

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*

Dan L. BURK ** & Julie E. COHEN***

会 沢 恒****(訳)

I. はじめに

ネットワーク上における著作権の行使に関する議論が盛んになっている。権利管理システム、及びシステムの迂回からこのシステムを保護すべく制定された法が、そうした議論における中心的な位置を占めつつある。こうしたシステムや法を擁護する者は、これらなくしてネットワーク上における著作権の行使を意味ある形で行うことは不可能であると主張して

* 本稿は、Harvard Journal of Law & Technology Volume 15, Number 1 Fall 2001に掲載された論文の翻訳である。

** ミネソタ大学ロースクール教授。筆者らは、Andrew Appel、Graeme Dinwoodie、Wendy Gordon、Kamiel Koelman、Roberta Kwall、Mark Lemley、Michael Madison、Michael Meurer、Neil Netanel、Maureen O'Rourke、Pamela Samuelson、Shari Steele、Peter Tanski、ボストン大学ロースクール、カードーン・ロースクール及びデュポール大学ロースクールにおける教員研究会の参加者各位、「第28回コミュニケーション・情報・インターネット政策研究会議」参加者各位、ならびにデイトン大学ロースクール「インターネット世界における著作権のバランスに関するシンポジウム」参加者各位から、貴重な助言を受けた。またミネソタ大学ロースクール及びジョージタウン大学ローセンターから、夏季研究活動の資金援助を受けた。また、Kristen Dahling 及び Kathleen Howard(ミネソタ大学)、Mitzi Chang 及び Ilana Safer(ジョージタウン大学)から、優秀な研究支援を受けた。ここに謝意を表する。

*** ジョージタウン大学ローセンター教授。

**** 北海道大学大学院法学研究科助教授。

いる。これに反対する者は、デジタル的な権利管理のための技術的・法的枠組みの出現によって、著作権法における伝統的な権利と制限のバランスが脅かされ、活気に満ちたパブリック・ドメインの維持と発展を妨げると訴えている。本稿では、これらの問題に対して筆者らが今までに明らかにしてきた見解¹を維持した上で、また別の問題を提起してみたい。現在までのところ、権利管理システムの議論においては、このシステムは所与のものとして扱われてきた。すなわち、こうした議論において、システムの設計に関する判断は、政策過程に対する外在的な変数とみなされてきたのである。本稿ではこの仮定に疑問を呈したい。権利管理システムを、伝統的な著作権のバランスを保つように設計し実装することは、可能であろうか？それが可能ならば、法はどのようにこれを推進すべきか？法はそうすべきであろうか？

本稿では、このような技術によって保護された著作物に対する公衆からの適切なアクセスを可能とする法的・制度的インフラストラクチャによって、権利管理システムが支持されるか否かを検討する。特に、このようなアクセスを維持する上で歴史的に重要な役割を演じてきたフェアユースの法理によって提起される、設計上の問題に焦点を当てる。ただし、本稿を通じて、この「フェアユース」という用語をより一般的に、この目的に資する著作権法上の様々な制限原理をも指すものとして使っている。第II章ではまず、フェアユース法理の概略と、著作権で保護された作品やそ

¹ Dan L. Burk, *Muddy Rules for Cyberspace*, 21 CARDOZO L. REV. 121, 168-76 (1999) [hereinafter *Muddy Rules*]; Dan L. Burk, *Anticircumvention Misuse* (manuscript on file with author) [hereinafter *Anticircumvention Misuse*]; Julie E. Cohen, *Copyright and the Perfect Curve*, 53 VAND. L. REV. 1799 (2000) [hereinafter *Perfect Curve*]; Julie E. Cohen, *Copyright and the Jurisprudence of Self-Help*, 13 BERKELEY TECH. L.J. 1089 (1998) [hereinafter *Self-Help*]; Julie E. Cohen, *Lochner in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of "Rights Management"*, 97 MICH. L. REV. 462 (1998) [hereinafter *Lochner in Cyberspace*]; Julie E. Cohen, *Some Reflections on Copyright Management Systems and Laws Designed to Protect Them*, 12 BERKELEY TECH. L.J. 161 (1997) [hereinafter *Reflections*]; Julie E. Cohen, *A Right to Read Anonymously: A Closer Look at "Copyright Management" in Cyberspace*, 28 CONN. L. REV. 981 (1996) [hereinafter *Cohen, Read Anonymously*].

の他に一般に利用可能な情報関連の作品に対する公衆の適切なアクセスを求める、法的・政策的要請について検討する。第三章は、権利管理システムの性格と目的、現行米国の迂回禁止条項の下におけるその法的地位、及びそれがフェアユースに及ぼしうる影響について論ずる。第四章では、保護された著作物に対する公衆からの適切なアクセスを可能にする技術的・制度的な選択肢について検討し、著作権の国家的強制を引き換えとした最小限のシステムの柔軟性の要請と、迂回禁止の保護を引き換えとした「キー・エスクロー」とを組み合わせた提言を行う。第五章においては、このようなシステムの法的実行可能性を評価し、この提言が国際的な著作権に関する協定の下で米国が負う義務と調和するという結論を導く。最後に、第六章において、この提言の実施が望ましい政策であるか否かを検討した上で、デジタル時代においてフェアユースを維持する現実的な選択肢として最も望ましいものになりうる、と結論づける。

II. フェアユースの社会的機能

フェアユースは、著作権法の政策枠組の中で、相互に関連する様々な機能を果たしている。まず、連邦最高裁の指摘するところによれば、フェアユースとは一種の「安全弁」であり、著作権による制限と合衆国憲法第一修正 [上の言論の自由] の要請とを調停するものである²。著作権とは、一種の言論の抑制である。表現的な作品に対する著作者の財産権を定めることで、その表現を他者が用いることを法的に抑制している。このような政府による言論の統制は、一般的には好まれない。しかし、著作権で保護されるコンテンツの場合、連邦憲法は著作権による抑制を認めつつ、自由な表現に対する政府の介入を禁じている。フェアユースは、このように一見矛盾する憲法の規定の部分的な調和を図るものである。この法理によって、著作権で保護されている素材を、批評、論評、パロディ、報道、その他公共の利益となる用途に利用することが認められる³。その結果、創作的な作品に対する財産権を維持しつつも、自由な意見交換、討議及び知

² See *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 560 (1985).

³ See 17 U.S.C. § 107 (1994).

識の発展が促され、公共の利益に資することとなる⁴。他の著作権法上の原則、特にいわゆる「アイデアと表現の区別」の原則もまた、この機能を果たす⁵。

フェアユースはまた、著作権法により財産だとされた情報の市場において生じる可能性のある、2種類の「市場の失敗」を矯正する手段と考えられている。市場の失敗の1つは、ライセンスの交渉に関する取引費用が、その利用の価値を上回るような場合である。このような状況において、フェアユースは著作物の有効利用を可能とする⁶。かかる状況では、無制約の排他権によって著作物の利用が妨げられてしまうかも知れない。権利者を探し出し、ライセンスのための交渉を行うために費やす費用が、許諾を受けた利用から回収できる額を上回る場合、著作物の潜在的なユーザがそれでも利用しようとするとは考えにくい。フェアユースの法理によって、潜在的なユーザは、ライセンスを求めることなく著作物から必要な部分を取り出して利用することができる。かくして、この法理がなければ行われなかったであろう利用が可能となるのである。

しかし、この第1のタイプの「市場の失敗」説は、それ自体としては、フェアユースの法理の多くを説明するものでも正当化するものでもない。

⁴ See Harper & Row, *supra* note 2, 471 U.S. at 560.

⁵ See *id.* at 556; 17 U.S.C. § 102 (b) (1994). フェアユースの法理とアイデアと表現の区別が、著作権法と第一修正の要請との折り合いをつけるのに十分であるか、著作権に関して他の制限を設ける必要があるかについては、裁判所においても、論者の間でも意見が分かれるところである。See, e.g., Eldred v. Reno, 239 F.3d 372, 375 (D.C. Cir. 2001) [訳注：これに対する最高裁判決がその後下されている。Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003)] ; Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on the Enclosure of the Public Domain*, 74 N.Y.U. L. REV. 354 (1999); Mark A. Lemley & Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases*, 48 DUKE L.J. 147 (1998); Neil Weinstock Netanel, *Market Hierarchy and Copyright in Our System of Free Expression*, 53 VAND. L. REV. 1879 (2000). 但し、筆者らは、著作権が第一修正に関する「安全弁」を必要としない、という意見を聞いたことがない。

⁶ 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).

この説は、取引費用が低い場合には、無許諾の利用について比較的価値の低いもののみ、フェアユースとすることを正当化するだけである。逆に言えば、より実質的な著作物の無許諾の利用は、取引費用が例外的に高い場合に限り正当化されることになる。だが、最高裁は、権利者を探し出すことが容易であったり、ライセンス・メカニズムが利用可能な場合でさえも、著作物の無許諾での利用がフェアユースとなりうることを明らかにしてきている。例えば、Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.判決では⁷、ラップ音楽グループである2 Live Crew が著作権によって保護された曲を無許諾でパロディに使用したことが、フェアユースになりうることを明らかにしている。例えば、Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.判決では⁷、ラップ音楽グループである2 Live Crew が著作権によって保護された曲を無許諾でパロディに使用したことが、フェアユースになりうることを明らかにしている。このバンドがライセンスを申請したが拒絶されたにも関わらず、である⁸。しかもこのパロディは営利目的で市場に売り出されたのであり、このことは2 Live Crew にとってこの曲を利用する価値は、ライセンスの取引費用を上回るものであったことを示している。

この2 Live Crew の事件は、第2のタイプの市場の失敗、すなわち、著作物の社会的に有益な利用の価値が完全には内部化されない、ということ象徴している⁹。論評や批評、パロディ、その他の無許諾の利用が、公の論議を促し、十分な情報を有した市民を涵養するという、重要な価値を有することがありうる。だが、こうした価値は拡散したものであり、これを享受するのは著作物のユーザ以外の情報の受け手である¹⁰。個人による非営利の著作物の共有と複製が制約を受けずに行われることにより、思いがけない創作が刺激されたり、社会内で自由にアイデアを交換するとい

⁷ 510 U.S. 569 (1994).

⁸ *Id.* at 594.

⁹ See Robert P. Merges, *Are You Making Fun of Me?: Notes on Market Failure and the Parody Defense in Copyright*, 21 AIPLA Q.J. 305 (1993).

¹⁰ See Lochner in Cyberspace, *supra* note 1; Lydia Pallas Loren, *Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems*, 5 J. INTELL. PROP. L. 1 (1997). Alfred Yen は、社会はこのような使用において「非経済的な」利益を持つこともある、と論じている。See Alfred C. Yen, *When Authors Won't Sell: Parody, Fair Use, and Efficiency in Copyright Law*, 62 U. COLO. L. REV. 79 (1991); see also Lochner in Cyberspace, *supra* note 1, at 551-59.

った、多大だ分散している価値を生み出す¹¹。そのようなプラスの外部性が存在する場合、著作物の利用は社会的厚生を増大させると言えるが、潜在的なユーザは、こうした価値を完全に評価できないために、利用を思いとどまるかもしれない。かかる場合でも、フェアユースの法理に従えば、潜在的なユーザは、彼らからすればあまりに高コストに思えるライセンスを迂回することができるのである¹²。ここでもまた、フェアユースの法理は憲法上の基礎を有する。著作権保護の立法権限を連邦議会に付与している憲法の文言とその歴史を見れば、その目的は、まさしくこの種の利用を通じた知識の向上にあることは明らかである¹³。フェアユースは、交換されるべき情報を提供することを通じて直接的に、また自覚と教養を持つ市民の公共的討議及び将来の創作活動の双方への参加を容易ならしめることによって間接的に、「進歩」という利益を供給するのである。ここでもまた、著作権に関する他の制限や例外が同様の機能を果たしている¹⁴。

最後に、フェアユースの法理によって、著作権の伝統的な枠組を動揺させる新しい技術に対して、著作権を適応させることができる¹⁵。例えば、

¹¹ See Benkler, *supra* note 5; *Perfect Curve*, *supra* note 1; Neil Weinstock Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 YALE L.J. 283 (1996). 非営利の私人が被告として関わったケースは訴訟となった事件にはほとんどないが、最高裁は *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.* 判決 (464 U.S. 417 (1984)) において、広く行われている個人による非営利的複製もフェアユースでありうる、ということを確認にした。 *Id.* at 447.

¹² この問題は、ある著作物の批判的な批評やパロディにより、元となった作品の市場が被害を受けうる場合に最も深刻になる。評論やパロディには強い社会的利益が存在する。が、そのような派生物は自らの利益への直接的な脅威である、と批判された作品の著作権者が感じることも多々あろう。See Campbell, *supra* note 7, 510 U.S. at 590-92; Richard A. Posner, *When is Parody Fair Use?*, 21. J. LEGAL STUD. 67 (1992).

¹³ See Ray Patterson, *Understanding the Copyright Clause*, 47 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S. 365 (2000).

¹⁴ See, e.g., 17 U.S.C. § 108 (1998) (図書館における複製の特権について); 17 U.S.C. § 109(a) (1997) (ほぼ全ての著作物について、頒布権をその最初の販売のみに限定); 17 U.S.C. § 110 (1999) (非営利活動・非営利団体に対する、公演権の対象からの免責)。

¹⁵ See Pamela Samuelson, *Fair Use for Computer Programs and Other Copyrightable*

著作権によって保護されたコンピュータ・プログラムのリバース・エンジニアリングを行うための「あそび」を与えるために、裁判所はフェアユースの法理を使ってきた。新しいソフトウェアの開発に際しては、しばしば、共同運用可能な製品を設計するために、他のプログラムの構成を研究する必要性が生じる。特許を受けていない限り、コンピュータ・プログラムの実用的機能はパブリック・ドメインに属しており、競争的ないし補完的なプログラムを開発する人々はこれを自由に模倣できる。しかし、他のソフトウェアを研究する最も効率的な方法はオペレーティング・コードの逆コンパイルであるが、その際には、調査対象のプログラムの複製が必然的に作成される。こうしたリバース・エンジニアリングの過程における複製が、著作権の侵害だとみなされるおそれがある。しかし裁判所は一貫して、プログラムを研究してパブリック・ドメインに属する情報を抽出するための一時的ないし中間的な複製の作成はフェアユースの範疇に属する、と判示してきた。著作権の対象とならない技術標準へのアクセスをコントロールすることによって、著作権者が新たな市場の発展を支配したり妨害したりしかねない状況で、フェアユースの法理はそうした市場の発展を保証する、という理由によって、裁判所はそう判断している¹⁶。

関連する適用例を挙げれば、フェアユースの法理により、寄与侵害に対する責任の及ぶ範囲が限定され、著作物の市場に付随して生じる市場を發展させることがある。米国法によれば、著作権侵害を助長する技術あるいはサービスの提供行為そのものが、著作権侵害を構成することがある。しかし、このような寄与侵害に対する責任が生じるのは、直接侵害を可能とするために提供された技術が、侵害以外に実質的な用途を持たない場合——別の言い方をすれば、提供された機器が本質的に侵害以外では役に立た

Works in Digital Form: The Implications of Sony, Galoob, and Sega, 1 J. INTELL. PROP. L. 49 (1993).

¹⁶ See *Sony Computer Entm't, Inc. v. Connectix Corp.*, 203 F.3d 596, 602-08 (9th Cir. 2000); *DSC Communications Corp. v. DGI Techs.*, 81 F.3d 597, 601 (5th Cir. 1996); *Bateman v. Mnemonics, Inc.*, 79 F.3d 1532, 1539 n.18 (11th Cir. 1996); *Sega Enters. Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992); *Atari Games Corp. v. Nintendo of Am., Inc.*, 975 F.2d 832, 843-44 (Fed. Cir. 1992).

ない場合——に限られる¹⁷。この「二重目的」の技術を保護することにより、著作権者がその利益と抵触する新しい市場の発展を妨げることを防ぐのである。このような保護を求めるのに必要となる、実質的には侵害に相当しない用途というものを、しばしばフェアユースの法理が提供する。Sony v. Universal City Studios 判決¹⁸において、最高裁は、ソニーのベータマックス・ビデオレコーダが、放送された視聴覚著作物の録画という侵害を可能にする機能を備えているにも関わらず、この機器の販売は寄与侵害に当たらないとした。この場合に必要とされる侵害に相当しない用途は、「タイム・シフト」、すなわち、後で見るためにテレビ番組を録画する行為の中にあるとされた。裁判所はこのような利用をフェアユースと判断したのである。この判決によって、家庭用ビデオレコーダの市場が拡大しただけでなく、この事件の原告の業界が有する著作権によって保護された映画に関する販売とレンタルの市場もまた、発展する道が開けたのである¹⁹。

¹⁷ See Sony Corp. of Am., *supra* note 11.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ 多くの論者が、侵害の請求が認められないことによって、コンテンツ・ユーザが大きな利益を得ることを許した判決の皮肉な帰結を指摘している。筆者らは、たとえ VCR の提供が寄与侵害に相当すると裁判所が判断したとしても、ビデオレコーダとビデオレンタルの市場は発生したであろうと考える。ユースの定理の下において一定以下の取引費用を仮定するならば、VCR の売上による利益が存在するならば、家電メーカーは、著作権者とライセンスについて交渉するであろう。Cf. Edmund W. Kitch, *The Nature and Function of the Patent System*, 20 J.L. & ECON. 265 (1997) (当初の発明者によって改良する権利がコントロールされる、知的財産権の「見込み」理論を提言)。しかし、もし VCR がこのような協定の下で開発され販売されていたとしたら、現在市販されている VCR とは異なった機能を有していたことであろう。例えば、これらの VCR は、すでに録画済みのビデオテープを再生するだけの機能を持つように設計されていたり、コピー防止機能を内蔵したものになったかもしれない。従って問題は、技術やその関連市場が発展したであろうかではなく、その技術がどのようなものになったであろうか、ということである。これは必然的に、誰が市場の発展をコントロールしたか（あるいはしなかったか）の関数である。Cf. Mark A. Lemley, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, 75 TEX. L. REV. 989 (1997) (最初の発明者に改良をコントロールする権利を留保することは技術革新にとって有害だと主張)。

要するに、フェアユースの法理は、文化的な成果の普及と生産において、重要な——そして憲法上要求される——役割を果たす。しかし以下で述べるように、フェアユースの法理は現在、新たな頒布技術と無反省な立法措置の組み合わせにより危機にさらされているのである。

Ⅲ. 権利管理をめぐる現在の技術的・法的インフラストラクチャ

著作権者にとって、デジタル・ネットワークは前途有望であり、また脅威でもある。コンピュータ・ネットワークは、情報商品の発行と流通に関わるコストを大幅に軽減ないし最小化するが、その一方で無許諾の複製の作成と頒布のコストをも大幅に削減する。研究者や業界ウォッチャーは、デジタル・ネットワークによって著作物の正規複製商品の市場が崩壊するとの予言に異議を差し挟んできた。が、無許諾の複製に対する技術的・法的な追加的保護なしで、実験的にデジタル配信を実施する試みに対し、著作権者は躊躇してきた²⁰。ここ数年の間に、著作権者は技術と法の両方の領域において成功を収めた。こうした新しい技術的・法的保護は、著作権

²⁰ See, e.g., *WIPO Copyright Treaties Implementation Act: Hearing on H.R. 2281 Before the Subcomm. on Telecommunications Trade & Consumer Protection of the House Comm. on Commerce*, 105th Cong. (1998) (Business Software Alliance の代表兼 CEO である Robert W. Holleyman の発言) ; *Copyright Legislation: Hearings on H.R. 2281 Before the Subcomm on the Judiciary*, 105th Cong. (1997) (Business Software Alliance 代表 Robert W. Holleyman の発言、ソングライターの Allee Willis が Broadcast Music 社のために発言、SciTech Software 社 CEO の Tom Ryan が、Software Publishers' Association のために発言、Interactive Digital Software Association の相談役・上席副代表である Gail Markels の発言、及び Legal and Governmental Affairs, Association of American Publishers の副代表 Allan R. Adler の発言) ; *National Information Infrastructure: Hearing on S. 1284 Before the Senate Comm. on the Judiciary*, 104th Cong. (1996) (Creative Incentive Coalition の常務取締役 Kenneth R. Kay の発言) ; *Copyright Protection on the Internet: Hearings on H.R. 2441 Before the Subcomm. on Cts. & Intell. Prop. of the House Comm. on the Judiciary*, 104th Cong. (1996) (McGraw-Hill Companies, Inc. の上席副社長 Barbara A. Munder, Motion Picture Association of America, Inc. 及び Association of American Publishers 議長兼 CEO の Jack Valenti の発言)。

によって保護されたコンテンツへのアクセスとその利用について、著作権法が保証する権利以上の保護を行うものである。

著作権業界と技術専門家は、購入者と第三者によるデジタル著作物の無許諾利用を防止するためのパッケージ化・配信ソフトウェアを開発した。著作権業界が構想したように、これらの「権利管理システム」によって、デジタル著作物の考えうる利用をほぼ完全に管理し、監視し、利用量を測定することが可能になるであろう²¹。しかし、このような管理が強化されれば、著作権者は、著作権法が現在提供している以上の保護を不当に享受できるようになる。本稿にとって特に重要な点として、著作権法は、フェアユースの法理（あるいは公共の利益に資することを目的とする他の様々な例外規定）に基づいて、著作物の一定の複製を許容しており、また著作権保護期間の終了後については、いかなる利用も認めている²²。対照的に、権利管理システムでは、いかなる利用についても、ライセンスを得ること、利用料を支払うことを義務づけることが可能である。しかもその場合、当該情報が現在著作権によって保護されているか（あるいはそもそも保護されていたか）否かは関係ない。

著作権業界はまた、権利管理システムに対する広範な法的保護の獲得にも成功した。著作権業界は、連邦議会及び国際協定の締結過程の双方にお

²¹ See, e.g., Daniel J. Gervais, *Electronic Rights Management and Digital Identifier Systems*, J. ELECTRONIC PUBLISHING, March 1999 (last visited Oct. 1, 2001) <<http://www.press.umich.edu/jep/0403/gervais.html>>; IPR Systems, *What is Rights Management: The Nature of Knowledge and Rights Management Systems* (last visited Oct. 1, 2001) <http://www.iprsystems.com/html/rights_management.html>; Mark Stefk, *Shifting the Possible: How Digital Property Rights Challenge Us to Rethink Digital Publishing*, 12 BERKELEY TECH. L.J. 138 (1997). 権利管理についての研究ないし権利管理サービスの提供を現在行っている団体を掲載した便利な要覧がある。See Gervais, *supra*; Lock-My-Doc, *Digital Rights Management (DRM)* (last visited Oct. 1, 2001) <<http://www.lockmydoc.com/drm/drm.html>>.

²² See, e.g., 17 U.S.C. § 108 (1998) (図書館における複製の特権); 17 U.S.C. § 109(a) (1977) (大部分の著作物について、頒布権を最初の販売に制限); 17 U.S.C. § 110 (1999) (非営利活動・団体について公表・公演権の対象から免除); see also 17 U.S.C. § 302 (1998) (著作権保護期間の設定)。

いて、ほぼ3年に及ぶロビー運動を行った。その努力は、デジタル・ミレニウム著作権法 (DMCA) 第1編において報われた。これにより、権利管理システムの改竄や迂回、さらに迂回ツールの製造、頒布及び輸入が禁じられた²³。DMCA はまた、議会図書館長に対し、著作権局長官と協議の上、迂回禁止が伝統的なフェアユースの実務に及ぼすインパクトを評価し、必要な場合には、一定のカテゴリの著作物の一定のユーザをこの禁止から免責する規則を制定することを授權している²⁴。しかしまた同法は、かかる免責が迂回技術の禁止に対する抗弁を提供するものではないことを明示している²⁵。従って、実際問題としては、最終的に規定されるであろういかなる免責も、その有用性は限られたものに過ぎない。ほとんどのユーザは、迂回ツールを提供されない限り、迂回を行う権利を行使できないことは自明である。

権利管理システムの発達は、技術によって行為を規制できることを力強く示している。物理的な障害や空間の関係が現実の空間における行動を規

²³ Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, Title I, 112 Stat. 2860 (1998) (codified at 17 U.S.C. § 1201(a)-(b)) (1999). DMCA のデバイス禁止条項では、他の商業的に重要な目的または用途を持つデバイスを除外している。17 U.S.C. § 1201(a)(2), (b)(1) (1999). しかし実際問題としては、フェアユース法理や他の著作権保護の制限によって著作物の利用を可能にすることが、商業的に重要だという要件を満たすと考えられないであろう。See 17 U.S.C. § 107 (1992) (諸々の要素の中でも、「著作物の潜在的な市場や価値に対して利用が及ぼす影響」について、裁判所が考慮するよう指示); Harper & Row, *supra* note 2, 471 U.S. at 562 (1985); David Nimmer, *A Riff on Fair Use in the Digital Millennium Copyright Act*, 148 U. PA. L. REV. 673, 712-14, 727-28 (2000). 権利管理システムの法的保護に関する1996年 WIPO 著作権条約及びその要件については、後掲第V章で論ずる。

²⁴ 17 U.S.C. § 1201(a)(1)(B)-(D) (1999).

²⁵ 17 U.S.C. § 1201(a)(1)(E) (1999); see also *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 82 F.Supp.2d 211, 322-23 (S.D.N.Y. 2000) (「もし連邦議会が、フェアユースの法理をそのような訴訟 [DMCA のデバイス禁止条項を根拠とする訴訟] における抗弁に利用できると考えたのであれば、そのように明言していたはずである」), *appeal pending sub nom. Universal City Studios, Inc. v. Corley*, No. 00-9185 (2d Cir.) [訳注: これに対する控訴審判決がその後の下されている。Universal City Studios, Inc. v. Corley, 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001)] .

制するのと同様に、技術標準は仮想空間における行動を束縛する。物理的世界において、人間が強固な壁を通り抜けたり、2つの空間に同時に存在したり、超高層ビルをポケットに入れて持ち去ったりすることはできない²⁶。同様に、ある特定のコンピュータ・システム上において、その行為を行えるようにプログラムされていないが故に、一定の行為は端的に実行できない——パスワードなしで、または2つの端末機から同時にアクセスできないように、あるいは「読み取り専用」ファイルを改変できないように、システムがプログラムされていることがある。技術はその仕様の範囲内のことしか行わないという言説は、明々白々のことであり、トートロジーであるとすら言える。しかし、Larry Lessig と Joel Reidenberg が指摘しているように、技術標準を決定するのは設計者であるため、設計者は、システムに関して取られる行動を支配する権能を有しているのである²⁷。ひとたび、行為に対する規制が技術を統御する基準に組み入れられたならば、この技術標準は事実上、その技術の利用を統制する新しい手段になる。本質的に、この技術標準は一種の法になるのである。このような一連の技術的なルールは、同様の行為を統御する目的で設定された一連の法的ルールを補完し、あるいは代替しうる。従って、政府としては、法的なルールの策定により達成しうる目標を、技術標準を援用ないし執行することで達成できるのである。政府の行為によって技術標準を法的統制の代替としていく一連の複雑な相互関係については、Reidenberg の詳しい研究がある²⁸。

しかし、一連の技術標準を策定するのは国家だけではない。むしろ多くの場合、その作業は民間部門に委ねられる。権利管理システムの場合、技術的規制に組み込まれるルールを決定するのは著作権者である。デジタル情報へのアクセスとその利用に技術的制限を設けることで、著作権者は、知的財産法上のルールを事実上無効にできる。例えば前述の通り、著作権者は、技術的制御を行うことにより、当該コンテンツの複製を（それがフ

ェアユースであるか否かに関わらず）認めないことができる²⁹。DMCA の迂回禁止条項がそうであるように、国家がかかる技術的制御の不可侵性を支持する場合、権利の法的行使における焦点は、無許諾の侵害行為に対する制裁から、権利者の許諾を得ないアクセスへの制裁に移ることになる。

こうした展開の含意は明らかである。技術的制約が法的制約に取って代わるとき、情報に関する権利の設計に対するコントロールは「公共部門ではなく」民間部門に委ねられることになる。そして民間部門は、フェアユースのような公衆によるアクセスの法理を動かす公序を、支持するかも知れないし、無視するかも知れない。権利者は事実上、自らの知的財産権法を、コンピュータ・コードの形で作成することができる。その上、DMCA が著作物に対する技術的コントロールを、公序に対する影響に関わりなく正当化しているようであるという意味で、DMCA は事実上、かかる私的立法をそのまま承認することになる。しかしながら、この帰結——あらゆる著作権者に自らの著作権法をカスタム・デザインすることを認めること——が、連邦議会の意図であったとは考えられない³⁰。

もちろん、技術的に埋め込まれたルールの普及は、情報に対する権利の私的配分が奨励され、公的機関によって執行される、初めての状況というわけではない。とりわけ、秘密保持契約や知的財産のライセンスといった契約上の合意については、国家の強制力が日常的に動員されてきた。技術的コントロールとは、かつては詳細なライセンス契約の対象であったであろう条件を課すものだと言えるから、かかるコントロールはある種のライセンスの枠組と等価の存在だと考えることもできる。そしてこの類推を進めるならば、技術的制約の迂回に対する制裁は、ライセンス違反に制裁を課す私法たる契約法の代替に過ぎないことになる。

しかし、契約法との比較は、著作権についての確立した既存の公序と矛盾する技術的コントロールの採用を正当化することにはならない。英米法においては、伝統的な契約が問題となった場合、私人間の契約が無条件で強制されるとされたことはない。契約が違法である、非良心的

²⁶ Lawrence Lessig, *Constitution and Code*, 27 CUMBERLAND L. REV. 1 (1997).

²⁷ LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE (1999); Joel R. Reidenberg, *Lex Information*, 76 TEX. L. REV. 553 (1998).

²⁸ See *id.* at 568-76.

²⁹ Stefik, *supra* note 21, at 147.

³⁰ DMCA の他の文言にも同様の示唆がある。See 17 U.S.C. § 1201(e)(1) (1994 & Supp. V 1999).

(unconscionable) である、あるいは公序に反すると判断された場合、強制し得ないものと判断される³¹。契約法は州法であるため、連邦制を根拠にしても同様の結論を導くことができる。すなわち、州法に従って契約を強制することにより、連邦の知的財産制度、ないしは連邦憲法自体に内在する公序に違反することになるのであれば、かかる契約条項は専占される (preempted)³²。連邦の政策の定める限度を超えて連邦制定法上の権利に影響を及ぼそうとすることは、契約を無効とする根拠となる。

この帰結が契約による場合と技術による場合とで異なるべきだと考える理由はない。情報コンテンツに対するアクセスやその利用について、契約によっては認められないような制約が権利管理システムによって課される場合、この制限も [契約による場合と] 同様に公序と矛盾するものであり、従って無効だとみなされるべきである。以前、筆者の一人は、技術的制約を支援するために国家の強制力が展開される場合、それは制定法上ないし契約上の制約を強制する場合と同程度に止めるべきである、と論じたことがある³³。別の言い方をすれば、情報財における財産権の政府による創造と承認に対して連邦憲法が制約を加えるのであれば、こうした制約は法的に規定される財産権に対しても技術的に規定される財産権に対し

ても同様に適用される。場合によって、技術的コントロールの行き過ぎが見られる際には、公衆がアクセスしようとする憲法が求めている情報に関して、私的に設けられた技術的障壁を打破すべく、限定的な自力救済の権利ないし「ハッカー行為を行う権利」が憲法上要求されているとすら言える³⁴。

迂回禁止条項の擁護者からの典型的な反論は、契約の文言でなく、個人の財産へのアクセスを規制するという法的権利に訴えるものである。すなわち、パブリック・ドメインに属する情報へのアクセスを確保するために住居に侵入する権利などない、というものである³⁵。このように、有形財産のアナロジーから、知的財産へのアクセスをコントロールするために権利管理システムを構築することは個人の所有する不動産を柵や壁で囲うことと違いはない、と結論される。この比喩は概念のレベルにおいてすら大きな問題を孕んでいる。無形の情報の経済学と情報関連の作品に対して国家の与える権利の範囲は共に、不動産に対する私権の経済的・法的基盤とは著しく異なる³⁶。だが、たとえこのような不動産の比喩が的を射ているとしても、これは行き過ぎた主張である。個人の不動産所有者が、地役権や通行権のある土地に柵をめぐらすことや、柵を公道まで延長することは違法である³⁷。

実際、この不動産の比喩を続けるとしても、公衆がアクセスする権利 (public rights of access) は、古くから、塀で囲む権利に勝るとされてきた。権利管理システムによる「囲い込み」は、19世紀に、当時開発されたばかり

³¹ See RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 8, 178, 208 (1979).

³² 専占の問題に関する詳しい分析として、see *Self-Help*, *supra* note 1; David L. Lange, *The Intellectual Property Clause in Contemporary Trademark Law: An Appreciation of Two Recent Essays and Some Thoughts About Why We Ought to Care*, 59 LAW & CONTEMP. PROBS. 213 (1996); Mark A. Lemley, *Beyond Preemption: The Law and Policy of Intellectual Property Licensing*, 87 CAL. L. REV. 111 (1999); David Nimmer et al., *The Metamorphosis of Contract into Expand*, 87 CAL. L. REV. 17 (1999); Malla Pollack, *Unconstitutional Incontestability? The Intersection of the Intellectual Property and Commerce Clauses of the Constitution: Beyond a Critique of Shakespeare Co. v. Silstar Corp.*, 18 SEATTLE U. L. REV. 259 (1995); David A. Rice, *Public Goods, Private Contract, and Public Policy: Federal Preemption of Software License Prohibitions Against Reverse Engineering*, 53 U. PITT. L. REV. 543 (1992)。しかも、連邦知的財産政策は、制定法上のものであると同時に憲法上のものでもあるので、連邦議会が現在、これらの新しい「契約」を尊重するルールを制定しようとしているかどうかは関連性がない。

³³ *Self-Help*, *supra* note 1, at 1140-42.

³⁴ See *id.* at 1140-42.

³⁵ See, e.g., *NII Copyright Protection Act of 1995: Joint Hearing Before the Subcomm. on Cts. and Intell. Property of the House Comm. on the Judiciary and the Senate Comm. on the Judiciary*, 104th Cong. (1995) (著作権局長官 Marybeth Peters の発言) (著作権保護管理を、書類を施錠した事務所に保管することに喩える); David Fridman, *In Defense of Private Ordering*, 13 BERKELEY TECH. L.J. 1151 (1998); Raymond T. Nimmer, *The Relation Between Contract and Intellectual Property Law*, 13 BERKELEY TECH. L.J. 827 (1988).

³⁶ See Muddy Rules, *supra* note 1, at 133-35.

³⁷ See 43 U.S.C. §§ 1061, 1063; *Camfield v. United States*, 167 U.S. 528 (1897); *Stoddard v. United States*, 214 F. 566 (8th Cir. 1914); *Hanley v. United States*, 186 F. 711 (9th Cir. 1911).

りの技術である有刺鉄線を用いて行われた私有地の囲い込み (enclosure) とよく似ている。この技術が開かれた土地にも適用されたことにより、例の悪名高い「放牧地戦争 (range wars)」がもたらされた。かつてはアクセス可能であった私有の放牧地の区画に柵が設けられたため、これに対抗して、柵を取り壊すという非合法的な策がとられた。重要な点は、この柵の設置のための安価で効果的な手段の発達により、合法的に保有されている私有地の囲い込みのみならず、公用地の違法・無権限の囲い込みがもたらされたことである。結果として、私有地を囲う合法的柵の取り壊しと、公用地の無権限の囲い込みの双方を制裁する制定法が立法されることとなった³⁸。

DMCA の迂回禁止条項を「柵の取り壊し」の脅威に対する反応であると考えれば、この比喩が適切であることに気付くはずである。技術の利用によって、管理されたコンテンツの内のパブリック・ドメインに属する要素に対して公衆がアクセスできないようにすること、そして／あるいは、そのようなコンテンツのフェアユースを妨げることは、公用地に無権限で柵を設置する行為と等しい。しかしながら、19世紀の柵の取り壊しに関する法と異なり、著作権者が公衆のアクセスを妨げる正当な権利がないにも関わらず、公衆が引き続き「地役権」や「通行権」を享受することについて、DMCA の迂回禁止条項は何ら保証していない。このことは、そのような公衆の権利がもはや認められないから、ではありえない。現行の DMCA の文言には、そのような公衆によるアクセスの権利を廃棄し、あるいは無効としたと示唆する箇所はない。反対に、フェアユースその他の著作権の範囲の制限が、デジタル・メディアにおいて引き続き効力を持つことを、DMCA は明確に述べている³⁹。もっとも、現在の文言にはそのようなアクセスについて規定はない。

そうすると、ある論者が的を射た指摘しているとおり、DMCA がフェアユースを再確認する文言を有するとしても、それは単なる空約束に過ぎない

³⁸ See 43 U.S.C. §§ 1061, 1063; ERNEST STAPLES OSGOOD, THE DAY OF THE CATTLEMAN 191-95 (1929); Scott S. Smith, The Wire that Won the West, AM. HERITAGE INVENTION & TECH., Fall 1998, at 34, 38-40.

³⁹ See 17 U.S.C. § 1201(c)(1) (1997).

いのではないかと、という問いが生じる⁴⁰。そのように考える必要はない。特に Reidenberg が明らかにしたことであるが、連邦議会は、確立した公共政策上の目的を促進する方向に技術の発展を誘導するために、種々の利用可能な手段を有している⁴¹。権利管理システムの場合には、この順番が完全に逆転していることを指摘したい。技術上の要請が、法的禁止の立法を不当に推進している。デジタルでの複製・頒布技術が急速に発展し普及した結果、このような複製に対する技術的な制御手段を法的に支える方向に急ぐ動きがみられたが、この際、法的・技術的双方のインフラストラクチャを動かすべき政策バランスに対して、適切な配慮が払われることはなかった。そうではなくて、権利管理システムの法的保護については、望ましい政策のバランスを考慮しつつデザインされるべきものである。第IV章では、この結果を得るために可能な様々なメカニズムについて検討する。

IV. フェアユース・インフラストラクチャの設計案

現行の DMCA の迂回禁止条項は、フェアユース法を無に帰してしまう私的なプログラムの利用を事実上、容認している。しかし、このようなやり方で権利管理技術を規制する法体制を整備する必要はない。それよりむしろ、著作権保護のインセンティブ構造と、パブリック・ドメインや正当なフェアユースに対する著作権法の関心との間のバランスをとる方向へ、技術の発展を進めさせるよう、法を整備することができる。本章では、デジタル・メディアにおけるフェアユースの維持のためのインセンティブを創出すべくデザインした、DMCA の修正を提案する。

デジタル的権利管理環境下において、フェアユースに対する期待を実現するためには、公衆による、従来のメディアでフェアユースと考えられてきたのと同様のアクセスや再利用の特権を認める、何らかの技術的メカニズムが必要である。大まかに言って、このようなシステムを設計する方法

⁴⁰ See Pamela Samuelson, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised*, 14 BERKELEY TECH. L.J. 519, 546-47 (1999).

⁴¹ See Reidenberg, *supra* note 27, at 586-92.

は二つある。第一に、権利管理システムそのものを、フェアユースのアクセスを検知し規制するような形に設計することが可能である。第二に、権利管理システムの外部の意思決定者が、フェアユースを主張する者に対して権利管理システムのコントロールを無視する権限を与える、というやり方もある。本稿では、双方のアプローチの要素を組み合わせたフェアユース・インフラストラクチャを提案する。

A. フェアユースを念頭に置いたプログラミング

フェアユースのための便宜を図る最も直接的な方法は、著作物の購入者に対してコンテンツのフェアユースを直接に認めるような権利管理システムの開発を義務づけ、ないしは促進することであろう。できるならば、著作物へのアクセスをコントロールする技術的ルールの中に、フェアユースのために必要な「あそび」を直接プログラムすることが望ましい。例えば、著作物から一定のビット数だけを取り出したり、一定の時間だけ表示したり、一定の回数だけ部分的に実演するといったことをユーザに認める条件をシステムに盛り込むことが考えられる。ユーザは、望んでいる利用の性質次第では、追加的な許諾を求めたり料金を支払ったりすることなく、こうした行動を取ることができるであろう。

現実には、フェアユースに対するアルゴリズムに基づいたアプローチによっては、現行著作権法の定式化するフェアユースの影すら、提供できる見込みはまずない。ある特定の著作物について、フェアユースとして適当であるかも知れないアクセス特権の範囲をシステム設計者が想定できるかどうかについて、筆者らは悲観的である。また、裁判所がフェアユースだと判断するであろう利用のタイプをシステム設計者が予想できるとも思えない。フェアユースは、単純化し難い、状況特定の判断である。場合によっては、ユーザが著作物全体をフェアユースとして利用できることもある。例えば、著作物が弱い保護しか受け得ない場合、学問、批評、ソフトウェアのリバース・エンジニアリングといった保護された目的のための利用である場合、さらに／あるいは当該著作物の市場に明らかな影響が

ないと予想される利用の場合、などである⁴²。実際、ソフトウェアのリバース・エンジニアリングや、特定の単語、テーマ、画像についての文章、音楽、ビデオファイルの自動検索（ある種の学問研究にとっては必要なプロセスである）のような利用は、ユーザが著作物全体へアクセスすることができなければ不可能である⁴³。別の状況においては、幾つかの要素が特定の利用目的よりも重視され、ほんの一部を入手することでさえフェアユースの限度を超えることもありうる⁴⁴。

可能な利用と結果の範囲をコンピュータ・コードに組み込むには、目の回る複雑さと、ほとんど不可能なレベルの洞察の双方が必要になる。現在のところ、このような分析を可能とする適当なアルゴリズムはない。関連することだが、フェアユースとは、著作物利用の日々変化する条件に対応するための、ダイナミックで平衡に基づく原理である。対照的に、フェアユースのプログラム化というのは比較的静的なものである。少なくとも現時点においては、司法判断の個別的帰結とフェアユース法理の総体的なダイナミズムの双方に近似するような権利管理プログラムを作成する実現可能な方法はない。

別の方法として、ほとんどの場合フェアユースを構成する範囲、ないし少なくとも著作権者がフェアユースではないと争おうとはしない範囲に収まる程度の裁量的なアクセスをユーザに認めるよう、著作権者が権利管理システムに組み込むことも考えられる。かつて、同様の基準を策定しようとする試みがなされたこともあった。例えば、1976年の著作権法改正の際には、教育関係者、図書館関係者、著作権業界によって、教育目的の複製の免責条項について交渉された。あるいは、「フェアユース会議

⁴² See, e.g., Campbell, *supra* note 12; Sony Corp. of Am., *supra* note 17; Sega Enters., *supra* note 16; Higgins v. Detroit Educ. Television Found., 4 F.Supp. 2d 701, 707 (E.D. Mich. 1998).

⁴³ See Sega Enters., *supra* note 16, 977 F.2d at 1526-28; Andrew W. Appel & Edward W. Felten, *Technological Access Control Interferes with Noninfringing Scholarship* (Feb. 17, 2000) (public comment filed with Copyright Office).

⁴⁴ See, e.g., Harper & Row, *supra* note 2, 471 U.S. at 564; Nihon Keizai Shimbun, Inc. v. Comline Business Data, Inc., 166 F.3d 65, 72-73 (2d Cir. 1999).

(CONFU)」においてデジタル著作物・マルチメディア著作物に関するフェアユースの基準の協議が試みられたが中断された⁴⁵。このようなフェアユースのためのパラメータの標準設定は、司法判断なしで一定のレベルの利用をフェアユースと取り扱うための利害関係者による私的合意を表している。このような合意に基づく基準を権利管理システムの許可するアクセスに組み込んでいくことも考えられる。

それでもやはり、交渉によって設定される標準設定が、より柔軟な法的基準の認める社会的利益の範囲を完全にカバーできる能力があるか、筆者らは懐疑的である。司法判断の下で認められるフェアユースを超えるアクセスをこうした標準設定が認めることもあるかも知れない。だが、むしろ、「免責」という考え方を採ることによって、フェアユースに対するミニマムな見方に傾きやすくなるだろう。著作権者はフェアユースにあたる状況のほんの一部しか認めないのではないか。実際、著作権者がミニマムのガイドラインにこだわったことが、CONFUの議論の決裂をもたらしたのである⁴⁶。さらに、1976年の教育用の複製の「免責」ガイドラインに関する場合でも、著作権者、コンテンツ・ユーザ、さらには裁判所さえも、このガイドラインがフェアユースの上限を規定したかのように振舞う嘆かわしい傾向を見せた⁴⁷。むしろ、このガイドラインはフェアユースの最低限

⁴⁵ See H.R. REP. NO. 94-1476, 94th Cong., at 68-74 (1976) (書籍及び定期刊行物に関する非営利教育機関の授業におけるコピーのガイドライン協定を示す), *reprinted in* 1976 U.S.C.C.A.N. 5659, 5681-88; INFORMATION INFRASTRUCTURE TASK FORCE, INTELLECTUAL PROPERTY AND THE NATIONAL INFORMATION INFRASTRUCTURE: THE REPORT OF THE WORKING GROUP ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS 83-84 (1995) [hereinafter NII WHITE PAPER] (CONFUの設立と発展について論じる)。

⁴⁶ See *Final Report to the Commissioner on the Conclusion of the Conference on Fair Use* (Nov. 1998) (last visited Oct. 1, 2001) <<http://www.uspto.gov/web/offices/dcom/olia/confu/confurep.htm>>.

⁴⁷ See, e.g., *Princeton Univ. Press v. Michigan Document Servs., Inc.*, 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996) (en banc), *cert. denied*, 520 U.S. 1156 (1997); *Marcus v. Rowley*, 695 F.2d 1171 (9th Cir. 1983); *Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Corp.*, 758 F.Supp. 1522 (S.D.N.Y. 1991); *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Tycos Copy Service, Inc.*, Copyright L. Rep. (CCH) P25,230 (D. Conn. 1981); *Basic Books, Inc. v. Gnomon Corp.*, Copyright L.

度、上限ではなくむしろ下限の線引きをすることを意図していた⁴⁸。こうしたことから、自力強制力を持つ「ロック・アウト」システムと同様の標準設定を組み入れる設計のみに基づいたインフラストラクチャを推奨することに、筆者らは気が進まない。「上限」効果がさらに悪質なることを憂慮するからである。

直接的にデザインされたフェアユース「標準設定」という発想の別の形態として、標準設定の内容を別の起源に求めることが考えられる。司法判断や最低基準をめぐる交渉は、現在のフェアユース実務における唯一可能な基準ではない。おそらく、フェアユースのより正確な尺度は、一般ユーザの日常の行動である⁴⁹。権利管理システムをフェアユース法理の帰結や利益団体の交渉の成果に近似させるのではなく、むしろ、フェアユース規範に近似させるよう設計することも考えられる。これが機能するためには、著作権管理システムは大量の無許諾の複製を容認することが必要であるが、それは比較的小規模なものとなるだろう⁵⁰。この種のルールの前例と

Rep. (CCH) P25,145 (D. Conn. 1980); NII WHITE PAPER, *supra* note 45, at 82-83 (『教室基準』の下で認められる複製と同一目的に資する、同一の態様で行われる教育的利用はフェアユースであると言いやすいだろう…); Robert Kasunic, *Fair Use and the Educator's Right to Photocopy Copyrighted Material for Classroom Use*, 19 J.C. & U.L. 271, 281, 284-85 (1993); Albert D. Spaulding, *Fair Use of Research and Course Packets in the Classroom*, 31 AM. BUS. L.J. 447, 448 (1993).

⁴⁸ See H.R. REP. NO. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess., at 68-74 (1976), *reprinted in* 1976 U.S.C.C.A.N. 5659, 5681-88.

⁴⁹ Cf. Jessica Litman, *The Exclusive Right to Read*, 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 29, 35-37 (1994) [hereinafter Litman, *Exclusive Right*]; Jessica Litman, *Copyright Noncompliance (or Why We Can't "Just Say Yes" to Licensing)*, 29 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 237 (1997) [hereinafter Litman, *Noncompliance*].

⁵⁰ MP3圧縮技術の出現で個人による音楽の複製に関する規範にいささか変化が見られることを指摘しておく。法がこの変化を容認すべきか否か、それはどのような状況下でなされるのかについては、激しい議論の対象となっている。See *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001); *UMG Recordings, Inc. v. MP3.com, Inc.*, 92 F.Supp. 2d 349 (S.D.N.Y. 2000)。自動的なフェアユースの標準設定を特定するためのいかなる過程においても、このような問いには注意深い検討が必要である。

して音楽個人録音法 (Audio Home Recording Act) がある。この法律では、完全な複製の作成を一代のみ認める、連続複製防止技術を備えた設計が、デジタル音楽テープや記録装置に対して要求されている⁵¹。別の例として DMCA の第1201(k)条がある。同条は、ビデオカセットレコーダーのコピーコントロール技術が、放送番組や一部のケーブルテレビ番組に対するタイムシフトの能力を維持するよう求めている⁵²。いずれの制定法上の規定の射程も最適のものであると言うつもりはないが、この種の機能の例として挙げることはできるだろう。

しかしながら、規範に基づくフェアユースの標準設定も、交渉に基づくものと同様の批判が可能である。このような標準設定はやはり限界事例において柔軟性に欠け、裁判所がフェアユースと判断するであろう利用を全て含むものではない。かくして、規範に基づくコントロールがフェアユースの下限ではなくむしろ上限を実装するものとみられるのならば、デジタル著作物のユーザが享受できるフェアユースの範囲は、伝統的メディアで享受してきたものより、はるかに狭いものになる。やはり、この種のフェアユース標準設定のみに基づくフェアユース・インフラストラクチャを推奨することはできない。

B. フェアユースのためのキー・アクセス

フェアユース・インフラストラクチャのデザインに際しての第二の選択肢として、技術的に保護された作品へのアクセスを得る過程に、外部の判断者を導入することが考えられる。現在のところ、特定の利用の独特な状況を吟味した上で、それがフェアユースにあたるかどうかを判定できるのは人間の知能だけである。そこで、暗号化された著作物へアクセスするためのキーの申請をユーザに要求することを考えることができる。このようにして、実用上、技術的な標準設定では近似できない判断能力を組み込んだ、アクセスの必要性のケース・バイ・ケースでの判断が可能となる。

このような方法の一つのバリエーションとして、著作権者の手にフェア

ユースとするかどうかの判断を委ねることを考えることができる。しかしながら、利用するかどうかについての意思決定権限を、ユーザから著作権者へと根本的にシフトさせる法的ルールを推奨することはできない。前述の通り、集合的な公益が著作権者の個別利益に反する状況における公衆によるアクセスが、フェアユースとして許されていることがしばしばある。よって、公益が最も強くアクセスを要請する正にその場合に、著作権者にはそれを否定することについて強いインセンティブが存在することがありうる。現在、ユーザがフェアユースであると判断する利用を行うために、誰かに申請をする必要はない。ユーザはただ単に、自分の判断が誤っていた場合に侵害に対する損害賠償を支払う用意があればよいだけである。ユーザに申請の負担をかけることは、フェアユースのダイナミクスを大幅に変更し、受け入れがたい社会的費用が発生するであろう⁵³。

加えて、フェアユースの事前許諾制度は、3つのより一般的な点で反対を受けやすい。密接に関連する第一と第二の理由は、事前許諾の要求には費用がかかり、自発的な利用を抑制するだろうということである。意図されている利用がフェアユースと言えるかをケース・バイ・ケースで判断するには、長く複雑な許諾プロセスが必要となりうる。だが、迅速で低コストの事前審査手続でさえも一定の取引費用を伴い、この手続がなければなされたであろう利用が抑制されることになりうる。前述の通り、かなりの社会利益が、この種の無計画の利用から生じている。特に研究及び教育の

⁵³ この種の負担のシフトの例として、DMCA の第2編がある。これは、自らの権利を侵害していると著作権者が主張するデータについて、オンライン・サービス・プロバイダに対して、そのシステムから削除することを要求する手続を定立している。See 17 U.S.C. § 512(c) (2001). 注目を集めているいくつかの紛争において、著作権者は、修正一条の保護の中核にあるような活動としてのデータの利用に対して、この司法外在的な「通知と削除」の手続を援用している。See Reimerdes, *supra* note 25; Felten v. Recording Industry Ass'n of America, Inc., No. CV-01-2660 (GEB) (D.N.J.); Julie E. Cohen, *Call it the Digital Millennium Censorship Act: Unfair Use*, THE NEW REPUBLIC ONLINE, May 23, 2000 (last visited Oct. 1, 2001) <<http://www.tnr.com/online/cohen052300.html>> (ケルベロス・ウェブ・セキュリティ基準の実装用の企画に対する批判を封じるための、マイクロソフトによる通知と削除の手続の利用の試みについて記述)。

⁵¹ See 17 U.S.C. § 1002 (2001).

⁵² See 17 U.S.C. § 1201(k)(2) (2001); see also Sony Corp. of Am., *supra* note 11 (当該慣行をフェアユースであると判示)。

プロセスは、アド・ホックな調整の要素を不可欠に伴っている。

第三の異議は、現在ユーザの享受しているある種の匿名性が、第三者への申請によって損なわれる可能性が高い、ということである。伝統的メディアにおける現在の原則的形態では、フェアユースのアクセス（そしてアクセス一般）は匿名である——誰が、いつ、どのような態様で著作物を利用したか、著作権者には分からない。フェアユースが副次的作品の出版や頒布という結果になったとしても、その作者は自分の名前を公表する必要はない。個別のフェアユースについてユーザの身元及び利用を著作権者に明らかにすることを義務付けることによって、この状況を逆転させることは、先に議論した理由により特に推奨したくない。一般的に、ユーザが匿名のままであることを望むかも知れない様々な状況がある。例えば、パロディやその他の否定的な論評を伴う場合はそうであろう。パロディ作者その他のフェアユース・ユーザに対して、アクセスのための申請を第三者になすように要求することは、こうした利用を抑制する可能性がある。筆者の一人が他の論文で詳細に論じているが、情報を匿名で受け取るという憲法上の権利を支持する強力な主張が可能である⁵⁴。ユーザに身元確認を義務付ける法的枠組みの整備はこの権利に反するものと言え、よって憲法上の弱点を持つものとなるであろう⁵⁵。

著作権者による私的な検閲の危険を回避するためには、デジタル著作物のフェアユースを維持するためのいかなる外部調停メカニズムにも、何らかの第三者の参加が必要だと思われる。既存の機関がアクセスの調停に動員される場合もあろう。例えば、著作権者がアクセスを拒否した場合には、行われようとしているアクセスがフェアユースである可能性が高いという判断の下で、司法的に必要なアクセスを強制する、という手続を構想することが可能であろう。特許制度においては、潜在的に侵害たりうる行為

⁵⁴ See *Read Anonymously*, *supra* note 1.

⁵⁵ オーストラリアでは最近、迂回機器は許可された目的でしか使用しないという内容の署名入りの宣誓書を受領者が提出する場合にのみ、迂回機器の流通を許可するという解決策が取られた。だが、筆者らはこの理由により支持しない。See Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000, Schedule 1, § 116A(3) (Aus.) (amending Copyright Act (1968)).

に原告が携わる前に、あらかじめ、侵害ではないとの宣言判決を裁判所に求めることが日常的に行われている。この種の法的手続は、フェアユースの判断を著作権者の慈悲に委ねるのではなく、中立の判断者の手に戻すことになる。

しかしながら、司法的に運営される手続では、費用や自発性、匿名性といった問題の解決をあまり考慮していないように思われる。フェアユースについて事前の司法的評価を要求するいかなる手続も、フェアユースの費用を大幅に増大させ、フェアユースの権利を責任ルールから財産権ルールへと実質的に転換することになるであろう⁵⁶。現在のフェアユースの考え方下では、ある著作物を利用するかどうかは、事前にはユーザによって決定される。もし後に侵害訴訟が起された場合、裁判所はユーザの判断を是認するかもしれないし、しないかもしれないが、仮に制裁を課せられるとしても、それは利用後のことである。事前の司法判断が必要になれば、間違いなく多くの利用を抑制することとなる。自発的な利用が完全にならなくなる。実際、この制度の下では、手続を行うための資源を持った資本力のある企業のみがフェアユースのユーザとなろう。こうした企業はアクセスを得ることの見返りが手続の費用を上回る場合にのみ、そうした利用を行うだろう。こうなると、フェアユース法理の大きな強みの一つ、すなわち、アクセスと利用に関する変動し続ける規範を承認し正当化する能力が損なわれるのではないかと、という懸念がある⁵⁷。さらに、裁判所における手続の間、フェアユースを主張する原告の身元を秘匿する何らかの手

⁵⁶ See generally Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972) (権原を財産権ルール、責任ルール、不可譲ルールに分類)。フェアユースは責任ルールであり、本質的には許諾料ゼロの強制実施権である。See Dan L. Burk, *The Trouble With Trespass*, 4 J. SMALL & EMERGING BUS. L. 27, 50 (2000).

⁵⁷ Cf. Litman, *Noncompliance*, *supra* note 49 (著作権法の内容は、何が著作権侵害で何がそうでないのかについての一般人の理解に合理的に近似しなくてはならないと主張)；Michael Madison, *Legal-Ware: Contract and Copyright in the Digital Age*, 67 FORDHAM L. REV. 1025 (1998) (著作権訴訟を審理している裁判所は、著作権法にある「オープンスペース」の規範を明示し、維持する積極的な努力をすべきであると主張)。

統的手段が講じられない限り、この場合にも匿名での利用の可能性が危ういものとなるであろう。

かくして、フェアユースのアクセスを外部的に調停するに際しては、第三者の介入を比較的低コストに抑え、匿名性を最大限に保護するための修正を加える必要がある。この役割を果たすに当たって、調停者は現在、既存の機関が果たしていない機能を遂行する必要があり、その上、著作権者とユーザの双方の信頼を得なければならない。例えば、Mark Steffik と Alex Silverman は「デジタル財産信託」というアイデアを提案した。これは、著作権業界と消費者団体双方からの代表で構成され、フェアユースのアクセスを管理する、というものである⁵⁸。

電子商取引のコンテキストで発展した考え方が、このような第三者機関のより詳細なモデルを提供してくれる。電子商取引の世界では、暗号化技術だけではオンライン取引に必要なセキュリティや認証を提供することができない、と早い時期から判断されている⁵⁹。公開鍵暗号技術は、技術的に破ることのできないセキュリティを提供し、なりすましを技術的に防ぐことはできるが、当該技術システムに暗号鍵を使用している人間がこれらのキーを安全に保管し続けることを保証することはできない。むしろ、このオープン・ネットワークの技術的改良には、制度的インフラストラクチャによる支援が必要となる。キーと特定ユーザとを結びつける「信頼し

⁵⁸ See Mark Steffik & Alex Silverman, *The Bit and the Pendulum: Balancing the Interests of Stakeholders in Digital Publishing*, 7 AM. PROGRAMMER 1, 13-14 (1997).

⁵⁹ インターネットを管理するプロトコルの性質が本質的に安全でないことから、暗号化アプリケーションは電子商取引にとって重要である。このオープン・アーキテクチャは幅広い相互運用性及び資源の共有を提供するが、それ自体は強固なセキュリティやユーザ認証に適さない。See Dan L. Burk, *Cyberlaw and the Norms of Science*, 1999 B.C. INT. PROP. & TECH. F. (1999) (last visited Oct. 1, 2001) <http://infoeagle.bc.edu/bc_org/avp/law/st_org/iptf/commentary/content/burk.html>. しかし、電子商取引の成長に伴って、安全なコミュニケーションとユーザ認証を必要とする目的のために、ネットワークを利用することが増加している。これらの新しい利用形態を促進するためには、暗号化技術やプロトコルをネットワークに追加して、セキュリティ及び認証を提供しなければならない。See *Public Key Infrastructure Symposium*, 38 JURIMETRICS J. 241 (1998).

うる第三者機関」の介入は、電子取引のセキュリティを確保する一つの方法である⁶⁰。

これまでのところ、電子商取引のための信頼しうる第三者機関の仲介ネットワークという考え方は、当初の見込みを完全には満たしていない。これらの団体の法的な権利及び責任の適切な組み合わせに関するコンセンサスの欠如がその原因の一端であるようである。第三者機関に関する初期の法律文献は、そのクライアントや信頼を寄せた者に対して責任を負わせるための様々な法律構成について議論している⁶¹。一方、初期のベンチャーはそうした責任から逃れようとして、一連の免責約款を採用したが、これは信頼を起こさせるには程遠いものである⁶²。責任についての議論が盛んに行われていたときに、より良い代替手段が出てきた。他の革新的な技術者たちは、自動化された取引における既存の主要なアクターと協力して、煩わしいやりとりやキーの認証に直接ユーザを巻き込まない安全なインターネット取引プロトコルの確立を提唱した⁶³。

しかしながら、デジタル権利管理の分野においては、信頼しうる第三者機関の発展を支持する主張はより明快であるし、電子商取引における第三者機関というインフラストラクチャの発展を阻害してきた法的障壁も、より容易に回避できるであろうと思われる。既に論じたように、完全に自動化され、ユーザの目に触れないところで機能する適切なフェアユース・インフラストラクチャの見込みは思わしくない。これまでのところ、コンテンツ産業は非デジタル・メディアでは既に達成していたアクセスとセキュ

⁶⁰ See A. Michael Froomkin, *The Essential Role of Trusted Third Parties in Electronic Commerce*, 75 OR. L. REV. 49, 52-53 (1996).

⁶¹ See *id.*; Jane Kaufman Winn, *Couriers Without Luggage: Negotiable Instruments and Digital Signatures*, 49 S.C. L. REV. 739 (1998) [hereinafter Winn, *Couriers*]; Jane Kaufman Winn, *Open Systems, Free Markets, and Regulation of Internet Commerce*, 72 TUL. L. REV. 1177 (1998) [hereinafter Winn, *Open Systems*].

⁶² See Froomkin, *supra* note 60, at 105-07 (ベリサインのユーザ向け標準書式の同意書を検討); Winn, *Couriers*, *supra* note 61, at 773-79 (同旨); Winn, *Open Systems*, *supra* note 61, at 1245-49 (同旨)。

⁶³ See Jane Kaufman Winn, *Clash of the Titans: Regulating the Competition Between Established and Emerging Payment Systems*, 14 BERKELEY TECH. L.J. 675 (1999).

リティの適切なバランスを保証する、権利管理のためのインフラストラクチャの開発を行う意向を示していない。ここで提案するシステムは、デジタル権利管理システムに対する既存の市場におけるインセンティブを、法によって変更しようとするものである。

ここでの提案の要は、キー・エスクローという考え方である。すなわち、著作権者ではなく信頼しうる第三者機関によって、権利管理のための暗号鍵を管理させようというのである。第三者機関が、技術的に保護された著作物へアクセスするためのキーを保管し、ユーザがフェアユースとしての利用の申請を行うとキーを伝達する。かかる第三者機関は公的に設立される機関であり、著作権の直接侵害・間接侵害の責任の双方から制定法によって免責され、エスクロー及び個人情報保護の義務の遵守について規制・監督に服することとなるであろう。

前述したように、事前の許諾のいかなる要求も自発的な利用に影響を与え、これによりフェアユース制度全体の柔軟性や順応性が脅かされることになる。が、第三者機関による認証手続はこの影響を最小限に止めるよう設計することができるであろう。特定の利用についての難しい事前の判断を回避し、伝統的なフェアユースの費用構造・インセンティブ構造にできるだけ近似させるために、こうした第三者機関は、アクセスの申請の正当性についての判断を行うことは要求されず、また判断しようとしめない。むしろ、簡単なオンライン手続によって、単に申請者にキーを発行するだけとする。

匿名性の問題の解決はずっと困難である。これまでキー・エスクローという考え方が批判を浴びてきたのにはもっともな理由がある。それは、この考え方が、個人の通信の不可侵性をシステムティックに掘り崩しかねない政府の計画の中核を構成していたからである⁶⁴。しかし、ここではそれとは異なる種類のプライバシーの利益が問題となっている。ここでの論点は、個人の通信に対する政府のアクセスではなく、公に流通している著作

⁶⁴ See A. Michael Froomkin, *It Came From Planet Clipper: The Battle Over Cryptographic Key "Escrow"*, 1996 U. CHI. LEGAL F. 15 (1996); Hal Abelson et al., *The Risks of Key Recovery, Key Escrow, and Trusted Third Party Encryption* (1998), (last visited Oct. 1, 2001) <<http://www.cdt.org/crypto/risks98>>.

物に対する公衆のアクセスである。この場合、第三者機関によるエスクローという考え方は公益のために機能し、双方の目的と矛盾することなく、プライバシーを確保するように機能し得るのである。

代替案として、真の匿名性を確保するよう、第三者機関のシステムを設計することもできる。かかるシステムにおいては、エスクロー機関は身元確認記録を保存せず、あるいは作成することさえせずに、申請者にキーを開示する。このようなシステムによって、フェアユース・ユーザが伝統的なメディアで享受しているのと同様の匿名性を提供できるだろう。伝統的メディアの場合よりも強力な匿名性を提供することすらできるかも知れない。例えば、エスクロー・キーを介した匿名でのアクセスによって、図書館からの貸し出し手続を代替する、ということが考えられる。だが、正にこの理由によって、こうしたやり方が政治的に受け入れられない可能性もある。

次善の策として、申請と発行されたキーの記録を第三者機関に義務付けつつ、現在、多くの図書館ユーザの記録について行われているのと同様の、厳しいプライバシー保護の下に置く、ということが考えられる。著作権業界はおそらく、後に海賊版が現れた場合に特定のアクセス申請者と結びつけることができるよう、キーと身元とを照合する機能を要求するであろう⁶⁵。しかし、身元確認情報の開示は、裁判所の命令のみにより、ありふれた侵害やフェアユースたりうる利用は除外して、現実の海賊行為がなされたことが証明される場合にのみ行われることを推奨したい。これは著作権者にいささかの立証の負担を課すが、それにも関わらずこのメカニズムは、伝統的メディアで流通していた著作物では享受できない、かなりの利点を著作権者にもたらすであろうことを指摘しておきたい。さらに、第三者機関のプライバシー実務の規制には、キーのアクセス情報の売却や譲渡の禁止や、アクセスや利用の記録の一定期間後の破棄を義務付けることが含まれるべきである。だが、同時に筆者らは、キー自体にコピー防止機能を付加することの要求を受け入れ、無権限でのキーの複製に対する処罰を支持す

⁶⁵ 海賊版とフェアユース申請者を結び付けるには、各申請者に独自の暗号鍵を発行するか、著作物の個々の複製を特定するための「電子透かし」を使うことが必要になる。いずれの手段も現在の技術的能力の範囲内であるように思われる。

る⁶⁶。

コントロールされたキーによるアクセスと厳格なプライバシー保護の組み合わせによって、大規模な海賊行為というシステムの濫用を最小限に止めつつ、批評家やパロディ作家らを脅かすキーへのアクセス情報の利用も防止することができると、筆者らは慎重ながらも楽観的な見方をしている。にも関わらず、この措置を「次善の」と称するのは、フェアユース・ユーザのために最も厳格なプライバシー保護の制度であったとしても正当な利用を抑制する可能性があるからである。

C. 混合フェアユース・インフラストラクチャ

デジタル権利管理環境におけるフェアユースを維持するための、これら二つのメカニズムのそれぞれに、長所と短所とがある。自動的なフェアユース機構は人間の介入を必要としないが、法の許すフェアユースの全範囲を網羅するものではない。対照的に、アクセスを取り次ぐための第三者機関の仲介を利用すれば、フェアユースの全範囲を網羅できるが、匿名性や自発性に関する懸念の点で劣っている。我々が提案する最適の結論は、この二つを組み合わせたインフラストラクチャである。

ここで提案するフェアユース・インフラストラクチャの第一層目は、私的な非営利の利用の慣用的な規範に基づくフェアユースの自動的標準設定を組み込んだ、権利管理技術の設計を必要とする。提言のこの部分を促進する法的ルールは、著作権の登録及び献納を促進するために採用されている米国著作権法の現行の規定と同様なやり方、すなわち、米国著作物の著作権行使について、フェアユースの自動的標準設定の実装を条件とする、ということになる⁶⁷。フェアユース法における「最低限への競争」を防

⁶⁶ しかしながら、キーの複製が可能な技術の製造や頒布に対する処罰を我々は支持しない。Cf. 17 U.S.C. § 1201(a)(2), (b)(1) (1999); *supra text accompanying notes* 25-41.

⁶⁷ See 17 U.S.C. § 411(a) (1999); *see also infra* Part V (国際条約の遵守の問題について検討)。「米国の著作物」とは、米国で最初に発行された著作物、米国と他の国で同時に最初に発行された著作物、または著作者が全て米国国民、常居者、もしくは米国に本社を置く法人であって条約締約国ではない他国で最初に発行された著作物を言う。See 17 U.S.C.A. § 101 (2001).

ぐために、自動的標準設定の認める複製のレベルはフェアユースで認められる全範囲を規定するものではない、と法に明記すべきである。

一方、より広範囲のアクセスをフェアユースとして求める者は、第三者機関の仲介に頼るであろう。この制度の下では、米国著作物とそうでない著作物の双方に関し、迂回禁止という保護について、キー・エスクローへアクセスのためのキーを預託することを条件とすることで、このような預託を促進することになる⁶⁸。エスクロー機関を通じたアクセスを得ることを怠ったユーザは、迂回技術を利用したとして訴訟に服することとなるだろう。だが、これらのユーザにも、迂回技術を利用した責任に対する制定法上ないし憲法上の抗弁の援用が成功して、責任を免れる可能性がまだ残っている。エスクロー機関にキーを預託しないこととした権利者は、迂回に対する法的保護を求めることができない。このような預託管理されない著作物については、「ハッカー行為を行う権利」が、事実上エスクロー・キーを介したアクセスの代わりとなるであろう。第三章で指摘したように、DMCAにおける迂回技術の開発・頒布の禁止は、この抗弁を現実的に可能なものにするために修正される必要があるだろう⁶⁹。最後に、キー・エスクロー・システムの相対的な匿名性を維持するために、申請者や発行されたキーの記録は、前述の線に沿って厳格な法的保護によって守られる必要がある。

エスクロー機関としては、米国議会図書館のような公的機関が最もありべきで、また適切であろう。前述の通り、民間のエスクロー機関が発展する見込みはほとんどないと考えられる。コンテンツ保有者がその著作物

⁶⁸ See 17 U.S.C. § 405(b) (1999); 17 U.S.C. § 412 (1994); *see also infra* Part V (国際条約の遵守の問題について検討)。

⁶⁹ 著作権局はエスクロー機関の設置事務を担当することになるかもしれないが、この理由やその他の理由で、DMCAで確立された現行の法的枠組みの範囲における権限によってはこれを効果的に行えないであろう。さらに言えば、フェアユースのための包括的なキー・エスクロー制度の設立と、権利管理システムの保護の迂回禁止に対する一定の免除を指定する権限を著作権局に付与するにあたっては、これを限定的に行っているDMCAの姿勢とは、矛盾するものと考えられる。See 17 U.S.C. § 1201(a)(1) (1999).

に対する低コストないし無料のアクセスを促進する機関に、自発的に資金を出すという可能性は低い⁷⁰。当然と言ってよいことだが、フェアユースのユーザはエスクロー機関への資金提供者としてはあまり良い候補ではない。フェアユースの要点は低コストないし無料でコンテンツへのアクセスを提供することにあるから、エスクロー機関に資金提供するためにフェアユースの料金を課すというのはこの目的に反することになる。しかし、仮にコンテンツ保有者が民間のキー・エスクロー機関に資金を提供しようとしたとしても、公的機関の方が好ましい選択であろうと考える。フェアユースの根本にある公序は、公に対する説明責任と機関の長期間にわたる存続について一定の保証を求めているからである。

米国議会図書館は、著作権問題や著作権で保護された作品の献納及び保存に関して長年の経験があるので、エスクローの役割を果たす理想的な候補者である⁷¹。しかも、筆者らの見解では、出版ないし登録されている著作物に現在適用されている献納の要求は、著作権者が米国議会図書館に対して、当該著作物を読み、閲覧し、聞くことができる無限定の権限を付与し、これを、議会図書館が開発または入手するデジタル保存ツールや検索ツールの対象とすることを要請している⁷²。本稿の提言は、これらの献納された著作物に対するフェアユースのアクセスを運営する方法を提供するものである。最後に、米国議会図書館を含む諸図書館の持つ強力なプライバシー保護の伝統は、これらの機関を、フェアユース・ユーザのプライ

バシーを維持するための最適の存在にしている⁷³。フェアユース・インフラストラクチャへの資金提供は、一般の租税収入、著作権者に課せられる小額の管理費、またはこの2つの組み合わせによって確保できるであろう。

加えて、この制度は企業秘密に対する適用除外を盛り込む必要がある⁷⁴。但し、この適用除外がフェアユースのアクセスを命じるルールを呑み込んでしまわないよう、特別の注意を払う必要がある。技術的保護が登場する前に流通していた著作物の世界でそうであったように、創作的作品の大多数——詩、戯曲、小説、映画、録音物など——について、企業秘密かどうかについての意味のある問題が生じることはまずないだろうと予想される。単に著作権者が著作物を技術的保護で覆い隠そうとしているからという理由で、当該著作物が企業秘密を含んでいると判断されるべきではない。市民一般、あるいは一定のグループ（例えば、物理学者、室内装飾業者、フォーチュン500社の企業図書室員、あるいは10万ドルを超える年収のある個人）の人間に提供された著作物は、企業秘密とされるべきではない。より特定すれば、公衆一般または特定のグループ（例えば、小企業やグラフィックデザイナー）に対して販売されたコンピュータ・ソフトウェアも「企業秘密」指定に適格なものとされるべきではない。この制度からソフトウェアを除外するルールを設けるとすれば、著作権保護の及ばない機能的要素を発見するためにソフトウェアの逆コンパイルを認めるフェアユース法理を否定することになるからである⁷⁵。最後に付け加えると、コンピュータ・プログラムの場合、フェアユースのアクセスのために提供され

⁷⁰ しかしながら、情報処理産業がプライバシー保護立法の危機に直面して「自主規制」の努力をしたことは注目に値する。

⁷¹ デジタル作品のアーカイブ保存は、保存メディアの劣化や保存・読み出し・表示フォーマットの旧時代化に関する複雑な問題を引き起こしている。See *The Internet Archive: Building an 'Internet Library' Storage and Preservation of the Collections* (2001) (last visited Oct. 1, 2001) <<http://www.archive.org/about/storage.html>>; Brewster Kahle et al., *Public Access to Digital Materials* (2001) (last visited Oct. 1, 2001) <<http://www.archive.org/news/colloquia/2001/PublicAccess0309.doc>>. 米国議会図書館をキー・エスクロー保管機関として指定することで、これらの問題を研究し、保存能力を最適化するための米国議会図書館の能力が高まる可能性が高い。

⁷² See 17 U.S.C. § 407 (1999); 17 U.S.C. § 408(b) (1994).

⁷³ See Library of Congress Regulation 1917-3, § 5(B)(13) (1997); *Read Anonymously*, *supra* note 1, at 1031 & n.213.

⁷⁴ 情報の公開を政府機関に要請している他の連邦制定法も同様の除外規定を含む。See, e.g., 5 U.S.C. § 552(b)(4) (1994) (情報自由法から企業秘密を免除); 10 C.F.R. § 207.4 (ESECA ([訳注] 1974年エネルギー提供・環境調整法 Energy Supply and Environmental Coordination Act of 1974, Pub. L. No. 93-319) で伝達される企業秘密は、一般公開から免除されると規定); 21 C.F.R. §§ 20.20(a), 20.61(c) (連邦食品薬品局に伝達された企業秘密を一般公開から免除)。

⁷⁵ 現行 DMCA のソフトウェアのリバース・エンジニアリングの迂回禁止及び機器の禁止の例外規定は、著作権法の下でフェアユースと判断されるべき行為の一部のみを認めている。See *infra* text accompanying notes 106-07.

るキーは、逆コンパイルに対する技術的制限を乗り越える能力を有する必要がある⁷⁶。

最後に、外国人によるキーへのアクセスについて、海外の競争相手が米国製品の技術的保護をすり抜けてしまうという懸念がこのシステムにあるという点に言及しておく。だが、正当な企業秘密については適用除外が認められる以上、本稿の提言にはほとんど懸念はないと確信している。まず、DMCA 以前の著作権法の下におけると同様に、この提言においては、外国人が米国へやって来て、著作物を入手しフェアユースを行うことは、ソフトウェアのリバース・エンジニアリングを含め、全くの自由である。外国での活動に関して言えば、迂回禁止法のない国については、キーの需要はほとんどない。単に著作物を入手し、法に触れることなく技術的保護に対するハッカー行為をするのみである。さらに、独自の迂回禁止法を持つ国でも、キーの使用は現地の著作権法に従う要請によって制約されている。

他国にも迂回禁止法があるということは、アクセスと保護のバランスをグローバルな環境でとる必要があることを浮き彫りにしている。そこでは米国のアプローチは孤立したのではなく、本稿の提言は DMCA よりも広い適用範囲を見出しうる。これまで、米国著作権法の範囲内でのフェアユース・インフラストラクチャの実装に焦点を当ててきたが、ここで示したエスクローの原理は、新しい欧州連合 (EU) の著作権指令にも適用できるかもしれない⁷⁷。新しい EU 著作権指令は、幾つかの点で米国法より

⁷⁶ しかし、リバース・エンジニアをしようとする者へ、ソース・コードを直接に公開することは主張しない。Pamela Samuelson と Suzanne Scotchmer が述べるように、競合相手にリバース・エンジニアリングの作業をするよう要求することによって、重要な先行者のインセンティブが維持される。See Pamela Samuelson & Suzanne Scotchmer, *The Law and Economics of Reverse Engineering*, 101 YALE L.J. ([訳注] 101 YALE L.J. 1575) (forthcoming 2002); see also Pamela Samuelson et al., *A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs*, 94 COLUM. L. REV. 2308 (1994) (ソフトウェアのイノベーションは市場の失敗を回避するための一定限度の人為的な準備時間を必要とすると主張)。

⁷⁷ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information

も、ユーザのアクセスの問題についてより真剣に認識していることが反映されている。DMCA と同様に、EU 著作権指令は加盟国に対し権利管理システムを法的に保護することを要求している⁷⁸。しかしながら米国とは異なり、EU 著作権指令は、著作権法を与える排他権に対する例外や制限を利用する手段を、著作権者がユーザに提供するよう要求する法律の制定を、加盟国に認めている⁷⁹。こうした制限や例外は指令に列挙されているが、私的複製や批評やパロディ、ニュース報道といったものを明示的に含んでいる⁸⁰。さらに、技術的コントロールによってユーザの権利が無効化されることを防ぐために、許された利用の促進を可能とする技術的手段をコンテンツ保有者が設計するインセンティブを、同指令は創設している。すなわち、コンテンツ保有者がアクセスの手段を自発的に提供していない場合に限り、加盟国はかかる手段の提供を義務付ける法律を制定することができる⁸¹。本稿の提言するキー・エスクロー・システムは、加盟

society, 2001 O.J. (L. 167) 10 [hereinafter E.U. Copyright Directive].

⁷⁸ See *id.* arts. 6(1)-(2). 同指令には DMCA を連想させる文言も若干あるが、DMCA よりも WIPO 著作権条約 (discussed *infra* text accompanying notes 84-86) の文言により忠実である。条約と同様に、EU 著作権指令は、故意の迂回行為及び迂回機器の開発・頒布に対抗する「適切な法的保護」を提供するよう、加盟国に求めているだけである。E.U. Copyright Directive, *supra* note 77, arts. 6(1)-(2). アクセスと利用のコントロールを区別する複雑で矛盾した DMCA の文言や、複雑な免責条項の長々としたリストは、同指令にはない。

⁷⁹ See E.U. Copyright Directive, *supra* note 77, art. 6(4).

⁸⁰ See *id.* art. 5.

⁸¹ 著作権の除外規定や制限から恩恵を受ける手段をユーザに提供するためにコンテンツ保有者が採用することのできる「自発的手段」の一つとして、「権利者と他方当事者の間の合意」を認めるという、厄介な条項が EU 著作権指令には含まれていることを注記しておく。E.U. Copyright Directive, *supra* note 77, art. 6(4). 一見すると、この条項は、アクセスの条件として著作権の除外規定や制限の恩恵を受ける権利を放棄するよう、コンテンツ保有者がユーザに要求することが許されるようにも読みうる。フェアユースその他のユーザ特権を廃止することを意図した、マス・マーケット・ライセンスに関する最近の米国での経験を考えれば、このヨーロッパの条項は同様の「シュリンク・ラップ」ないし「クリック・ラップ」ライセンス条項の激増を招くかのようなものである。See generally Mark A. Lemley, *Intellectual Property*

国がユーザのアクセスを保証し、あるいは著作権者によるアクセスの自発的提供を促進する、適切な手段となりうる。

EU 著作権指令は、米国のフェアユースの概念のような、広く、融通無碍で、あるいは不確定な要素を想定していない、ということは注意に値する。むしろ、「公正な取引」に関するヨーロッパ的伝統の中で、加盟国が、著作物の無許諾利用をユーザに認める特定の状況を、この指令は列挙している⁸²。この指令の列挙する著作権の除外規定や制限は、個別的なものであり、比較的限定的なものである。こうした例外規定に見合ったアクセスをユーザに認めるための権利管理インフラストラクチャの設計は、米国のフェアユースに対応するインフラストラクチャの設計よりは難しいものではないかもしれない。それでもなお、例えば、複製が「私的な利用を目的とし、直接的にも間接的にも営利目的ではない」という指令の要請⁸³に当たるか否かを考慮できるアルゴリズムを設計することは依然として困難であろう。従って、ここで論じたキー・エスクローのあり方は、依然としてユーザのアクセスを提供する魅力的な方法であろう。

本稿の提言は、伝統的メディアにおけるフェアユースの状態を完全に復元することはないであろう。プログラムというのは柔軟なものではあるが、デジタル・メディアは伝統的メディアとあまりに多くの点で異なったように機能する。それでもなお、自動的標準設定とキー・エスクローの要素の双方に基づいた混合フェアユース・インフラストラクチャは、伝統的なフェアユースの状態に大きく近づくものと考えられる。また、デジタル・フェアユースのための混合インフラストラクチャの発展によって、非デジタル・

and Shrinkwrap Licenses, 68 S. CAL. L. REV. 1239 (1995); Madison, *supra* note 57; J.H. Reichman & Jonathan A. Franklin, *Privately Legislated Intellectual Property Rights: Reconciling Freedom of Contract with Public Good Uses of Information*, 47 U. PA. L. REV. 875 (1999)。だが、このような条項は著作権指令の要求する著作権の除外規定や制限によって意図された恩恵を消費者に与えるものではなく、逆に、権利放棄約款の使用がキー・エスクローや、これと同様のフェアユース・アクセスの手段を義務付ける立法を認めるものとなるであろう。

⁸² See E.U. Copyright Directive, *supra* note 77, art. 5.

⁸³ *Id.* art. 5(2)(b).

メディアの著作物には決して必要とされなかった「新たな」フェアユースの認識につながることもありうる。例えば、期限を区切って閲覧を認める合意の期間満了後に、一定の目的で著作物にアクセスする権利といった具合である。かくして、本稿の提言はフェアユースの実践と規範の継続的発展を可能にするであろう。そこで次に、この提言が国際法の問題として実現可能であるか、政策の問題として望ましいかについての考察に移る。

V. 条約による制約

本稿の提言する制度の実現可能性を評価するに際し決定的な考慮要素として、法的に誘導されるフェアユースの自動的標準設定、及び権利管理用キーのエスクローが、国際的な著作権条約により米国に課せられている義務に適合するのか、ということがある。本章では、本稿の提言と、著作権に関する世界的所有権機関条約 (WIPO 著作権条約)、文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約 (ベルヌ条約)、及び知的所有権の貿易関連の側面に関する協定 (TRIPs 協定) との適合性を考える。ここでの結論は、本稿の提言がこれら全ての協定の基準に達しているということである。

第一に、本稿の提言が WIPO 著作権条約の規定に抵触しているように思えるかもしれない。何と云っても、現行 DMCA の立法は、米国の著作権法をこの条約の下での義務に沿ったものにするために必要なものとされていたのである⁸⁴。しかしながら、Pamela Samuelson の説明通り、米国著作権法は DMCA 制定以前に既に、技術的保護手段の迂回に対する「適

⁸⁴ 本稿執筆時点では、WIPO 著作権条約はまだ発効していない。しかし、EU 著作権指令の発令により、EU 加盟国による批准及び国内実行のための立法の採択への道が開かれたため、近い将来発効すると思われる。See World Intellectual Property Organization: Copyright Treaty, December 20, 1996, art. 21(iii), 36 I.L.M. 65 [hereinafter WIPO Copyright Treaty] (欧州共同体による批准文書の寄託によって、同条約が EC を拘束すると規定)。[訳注：WIPO 著作権条約は2002年3月6日に発効した。WCT Notification No. 32 WIPO Copyright Treaty, Entry into Force (Dec. 6, 2001) (last visited Aug. 3, 2004) <http://www.wipo.int/edocs/notdocs/en/wct/treaty_wct_32.html>]

切な法的保護及び効果的な法的救済」という条約上の要請を満たしていた⁸⁵。本稿の提言通りに修正されたとしても、DMCAの迂回禁止措置は依然として、条約の要請以上のものである。さらに、条約に付随する「合意声明書」では、締約国は、フェアユースを含め、著作権に対する既存の制限や例外をデジタル環境下で引き続き適切なものとして認めてもよいこと、また適切であれば新しい例外や制限を設けてもよいことが宣言されている⁸⁶。この解釈規定は、条約の下で、フェアユースが引き続き存立できることを明示的に意図している。本稿の提言はかかるフェアユース規範の実行であり、しかも連邦議会が創設した十分な迂回禁止保護措置を大きく維持する形で実行するものである。

次に、WIPO条約により新しくされようとしている旧ベルヌ条約に照らして、本稿のキー・エスクローの提言について検討する。ベルヌ条約第5条(2)によると、「(著作権)の享有及び行使には、いかなる方式の履行をも要しない」⁸⁷。本稿で提案したフェアユース・インフラストラクチャがこの要請に抵触することはまずない、と考える。その理由を理解するには、著作権保護の条件と迂回禁止保護の条件とを区別し、本稿の提言の各要素を個別に検討することが重要である。

本稿の提言の第一段、すなわちプログラム化された標準設定という形でのフェアユースの保証について言えば、米国著作物の著作権の行使についてかかる標準設定の採用を条件とする旨のルールは、ベルヌ条約上の要請

⁸⁵ See *id.* art. 11; Samuelson, *supra* note 40, at 530-32. 米国法で既に提供されている保護措置としては、寄与侵害や代位責任の法理に加え、衛星通信のスクランブル解読禁止ルール (47 U.S.C. § 605 (1994 & Supp. V 1999)) や音楽家庭録音法 (Audio Home Recording Act, 17 U.S.C. § 1002 (1994)) の連続コピー防止の要求といった、迂回に対する追加的な特定目的の保護などがある。後二者の各条項とも、権利管理システムとDMCA下の法的保護の組み合わせよりも、ユーザの行為に対する制約の程度は低い。

⁸⁶ See Agreed Statement Concerning the WIPO Copyright Treaty, Dec. 20, 1996 (last visited Oct. 1, 2001) <<http://www.wipo.org/eng/diplconf/distrib/96dc.htm>>.

⁸⁷ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, July 24, 1971, art. 5(2), S. TREATY DOC. NO. 99-27 (1986), 828 U.N.T.S. 221, 273 [hereinafter Berne Convention].

に適合すると考える。本稿の提言は、米国起源の著作物の著作権は、当該著作物が登録されるまでは裁判所で行使できないとする、現行の著作権法411条に倣ったものである⁸⁸。米国著作物を、海外の著作物よりも厳しい基準の対象とすることは、条約上の義務に反するものではない。さらに、海外の著作物の著作権者にも、こうした基準に従うインセンティブがあると考える。なぜならば、そうすることによって、キー・エスクロー・システムの下でフェアユース・キーを入手しようとするユーザの数が減少するからである。

プログラム化された標準設定についての提言とは異なり、本稿の提言するキー・エスクロー・システムは、迂回禁止保護についてのみ条件を設定するものである。この条件は、米国著作権法の他の2つの規定を真似たものである。第412条によると、著作物は、いかなる国を起源とするものであろうとも、創作後に迅速に登録されなければ、著作権者は将来における法定損害賠償や弁護士費用を受け取る権利を失う⁸⁹。第405条によると、著作権表示はもはや著作権保護の要件ではないが、著作物に著作権表示をしないと、著作権の訴訟上の行使における損害賠償責任に対し、被告が「善意の侵害者」の抗弁を提出することを認めることになる⁹⁰。これらの規定と同様に、本稿の提言は権利よりもむしろ救済に影響を及ぼすものである。さらに言えば、これらの規定と異なり、侵害に対する救済に影響を与えることもない。[キーの] 預託という要件は、著作物や著作権に対して向けられたものではなく、著作物保護を目的とした権利管理システムに対するものである。著作権者が制定法上の迂回禁止に対する保護を享受するためにも、預託が要求されている。預託しない場合であっても、当該著作物の権利管理システムが迂回された際には、著作権者は著作権法によって無

⁸⁸ See 17 U.S.C. § 411(a) (1999) (米国著作物についての侵害訴訟の必要条件として、著作権登録を要求)。

⁸⁹ See 17 U.S.C. § 412 (1994) (最初の発行後3ヶ月以内に登録されない限り、発行後で登録前の侵害行為に対して、法定損害賠償や弁護士費用を認めることを禁止)。

⁹⁰ See 17 U.S.C. § 405(b) (1999) (著作権表示がないことを信頼した旨を証明する善意の侵害者は、侵害の責任を負わない)。

許諾の複製に対し完全に保護されている。制定法上の迂回禁止に対する特別な保護の機会を利用するか否かに関わらず、著作権者はベルヌ条約の下で要請されている全ての権利を享受する。

迂回禁止に対する保護それ自体に関しては、WIPO 著作権条約は第3条で「この条約で定める保護について、ベルヌ条約第2条から第6条までの規定を準用する」と規定する⁹¹。この条項を基に、技術的措置の「適切な法的保護」の要請に、ベルヌ条約の無方式主義が適用されると読むことも可能ではある。だが、前述の通り、米国は DMCA 可決以前に既にそのような保護を提供している。本稿の提案する変更は、DMCA の提供する保護にのみ影響を及ぼすものである。寄与侵害の法理その他既存の保護措置には影響せず、これらは全て、預託やその他の方式がなくとも利用可能である。従って、提言のこの部分は、ベルヌ条約の下での米国の義務とフェアユースの根底にある憲法上の政策という、共に遵守しなければならない2つの義務のバランスを保つための、正当で、完全に守りうる努力であると考えている。

要式性の問題とは別に、プログラム化されたフェアユースの標準設定とキー・エスクローの組み合わせという本稿の提言が、ベルヌ条約の下での米国の実体的な義務や、TRIPs 協定⁹² 下の関連する義務と合致するかも検討されねばならない。この分析は、ベルヌ条約が TRIPs 協定に編入されていることで複雑になっている。すなわち、TRIPs 協定の分析に際しては、TRIPs 協定内のベルヌ条約の要請と、それとは区別される TRIPs 協定それ自体の要請の双方を検討する必要がある⁹³。

ベルヌ条約では、著作権者の有する複製についての排他権の例外を設けるためには、3つの要素から成るテストを満たすことが求められている。すなわち、「そのような複製が当該著作物の通常の利用を妨げず、かつ、その著作者の正当な利益を不当に侵害しないことを条件と」して、例外を

⁹¹ WIPO Copyright Treaty, *supra* note 84, art. 3.

⁹² See Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, April 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, 33 I.L.M. 1125 (1994) [hereinafter TRIPs Agreement].

⁹³ See *id.* part II, § 1, art. 9(1).

設けることができる⁹⁴。TRIPs 協定はこの要件を取り入れた上で、著作権者の持つあらゆる排他権に対する制約や例外を網羅するよう拡張している⁹⁵。この文言と米国のフェアユース法理に抵触の可能性があることを指摘した研究者もいる⁹⁶。確かに、ベルヌ条約と TRIPs 協定それ自体の双方に、報道、研究他、多くのフェアユースの適用をカバーする、数多くの例外や制限が含まれている。しかしながら、フェアユースの法理は、より広く、条約に列挙されておらず、著作物の通常の利用と著作者の正当な利益の双方に抵触すると考える、多くの他の無許諾の利用に対しても、潜在的に適用されるのである。

TRIPs 協定を運用する世界貿易機関 (WTO) の紛争処理パネルは最近、米国著作権法の定める・ある別の例外が、TRIPs 協定の3要素テストに違反しているという裁定を下した。最近制定された第110条(5)は、一定の小規模事業主が、著作権者に対して (追加的な) 著作権利用料を支払わずに、ラジオ・テレビ放送を流すことを認めているが、これは著作物の通常の利用と抵触し、著作権者の正当な利益を害する、とパネルは裁定した⁹⁷。フェアユースの法理は同様の異議申し立てに抗し切れないであろうと、専門

⁹⁴ Berne Convention, *supra* note 87, art. 9(2).

⁹⁵ TRIPs Agreement, *supra* note 92, art. 13.

⁹⁶ See, e.g., Neil W. Netanel, *The Next Round: The Impact of the WIPO Copyright Treaty on TRIPs Dispute Settlement*, 37 VA. J. INT'L L. 441 (1997); Ruth Okediji, *Toward an International Fair Use Doctrine*, 39 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 75 (2000); Marshall Leaffer, *The Uncertain Future of Fair Use in a Global Information Marketplace*, 62 OHIO ST. L.J. 849 (2001). 著作権者の権利に関するその他の米國法上の制限や例外も同様の問題を提起する。See, e.g., Lydia Pallas Loren, *Paying the Piper*, 3 J. SMALL & EMERGING BUS. L. 231 (1999) (1998年に音楽ライセンス公正法 Fairness in Music Licensing Act によって著作権法第110条(5)に追加された、小規模事業主がラジオ番組を流すことを認める包括的例外について議論); Laurence R. Helfer, *World Music on a U.S. Stage: A Berne/TRIPs and Economic Analysis of the Fairness in Music Licensing Act*, 80 B.U. L. REV. 93 (2000) (同旨)。

⁹⁷ Report of the Panel, United States—Section 110(5) of the U.S. Copyright Act, WT/DS160/R (June 15, 2000) (last visited Oct. 1, 2001) <<http://www.wto.org>>.

家は推測してきた⁹⁸。

しかしながら、フェアユースは2つの重要な点において第110条(5)とは異なる。第一に、フェアユースの法理は、ベルヌ条約/TRIPs協定の3要素テストと同様の配慮の多くを、明示的に組み込んでいる。この法理を適用する裁判所は、「著作物の潜在的市場や価値に対して、利用の与える影響」を考慮しなければならないし、フェアユース法理を新たな複製技術や頒布技術に適用する事例では、この考慮が空疎なものではないことが明確になる⁹⁹。おそらく、フェアユースの法理は単に、米国が自国の法で認める例外に対し、ベルヌ条約/TRIPs協定の3要素テストを適用するための手段を提供するに過ぎない。第二に、フェアユースは、適用の範囲が非常に広いという正にその点で、第110条(5)とは異なる。フェアユース法理のある特定の適用がベルヌ条約/TRIPs協定の3要素テストに抵触するとされたとしても、この法理全体がそのように判断されるということはありません。前述の通り、実際のところ、この法理は全体として見ると、ベルヌ条約/TRIPs協定の枠組みが明示的に認めている数多くの利用を可能としているのである¹⁰⁰。

⁹⁸ See Okediji, *supra* note 96; Leaffer, *supra* note 96; see also Tyler G. Newby, *What's Fair Here is Not Fair Everywhere: Does the American Fair Use Doctrine Violate International Copyright Law?*, 51 STAN. L. REV. 1633, 1648-50 (1999).

⁹⁹ 17 U.S.C. § 107 (1994); see, e.g., Harper & Row, *supra* note 2; Napster, *supra* note 50; Princeton Univ. Press, *supra* note 50; Am. Geophysical Union v. Texaco, Inc., 60 F.3d 913 (2d Cir. 1994); Los Angeles Times v. Free Republic, 56 U.S.P.Q.2d 1862 (C.D. Cal. 2000).

¹⁰⁰ この文脈では、WTO パネルが旧110条(5)の「ホームスタイル」条項をそのままにしたことは注目に値する。この条項では、小規模事業主が「個人の住宅で一般的に用いられているような受信機器の一つ」使って放送を流すことを認めている。17 U.S.C. § 110(5)(a) (1999); see also Report of the Panel, United States--Sections 301-310 of the Trade Act of 1974, WT/DS152/R (Dec. 22, 1999) (last visited Nov. 1, 2001) <<http://www.wto.org>> (「法遵守は、異なった法制度の下では異なったやり方で確保されうる。重要なのは達成手段ではなく、最終的な結果である。加盟各国の法制度の特異性を理解し尊重することによってのみ、遵守されているか否かを正しく評価できる。」)。

TRIPs 協定の他の文言でもこの結論が支持されている。特に、Okediji 教授の指摘通り、第7条は、知的財産権の保護は「技術的知見の創作者及びユーザの相互の利益となるような並びに社会的及び経済的福祉の向上に役立つ方法による技術革新の促進並びに技術の移転及び普及に資するべきであり、並びに権利と義務との間の均衡に資するべきである」と述べる¹⁰¹。前述の通り、フェアユースは、まさしくこのような社会的なバランスを保つためのものであり、本稿の提言はこのバランスを維持するためにデザインされている。

さらに第40条では、「知的所有権に関する実施許諾等における行為又は条件であって競争制限的なものが貿易に悪影響を及ぼし又は技術の移転及び普及を妨げる可能性」がある、と具体的に認めている¹⁰²。第40条(2)では、「実施許諾等における行為又は条件であって、特定の場合において、関連する市場における競争に悪影響を及ぼすような知的所有権の濫用となることのあるもの」を規制する立法の制定を加盟国に認めている¹⁰³。加盟国が個別的に対応することが認められているとする競争上の制約の具体例としては「有効性への異議申し立てを妨げる条件や強制的なパッケージライセンスの供与」が含まれている¹⁰⁴。

デジタル権利管理の文脈では、第40条の文言が知的財産へのアクセスや使用に対する技術的な制約に適用されるかについてまず検討する必要がある。筆者としては適用されると考える。前述の通り、書面のライセンスによって伝達されうる条項を具体化することにより、技術的コントロールは多くの場合においてそうしたライセンスと同様のものとして機能するし、故に TRIPs 協定の文言がカバーする「実施許諾等における行為又は条件」となるであろう。たとえコントロールそれ自体がライセンスに相当するものとみなされないにしても、そうしたコントロールはしばしば書面のライセンスを伴うから、「実施許諾等における行為又は条件」を構成するであろう。

¹⁰¹ TRIPs Agreement, *supra* note 92, art. 7; see Okediji, *supra* note 96.

¹⁰² TRIPs Agreement, *supra* note 92, art. 40(1).

¹⁰³ *Id.* art. 40(2).

¹⁰⁴ *Id.*

第40条は第一義的には、米国では反トラスト法に関わる問題と考えられている反競争的慣行を含む、不正競争に対する特定の規制に関する規定であろう。しかし、米国の著作権制度においては、財産的権利と不正競争についての配慮を調整する上で、フェアユース法理が重要な役割を果たす¹⁰⁵。一例を挙げれば、前述の通り、裁判所はフェアユースの法理を、著作物たるコンピュータ・プログラムに対して、互換性のある製品や競合製品を開発するためのリバース・エンジニアリングを目的としてアクセスすることを保証するための法的手段であると考えてきた¹⁰⁶。DMCA はリバース・エンジニアリングを目的として権利管理システムを迂回することを認める条項を持つものの、この条項は非常に狭く、フェアユースに関する現行の判例による定式化の下では正当とされるリバース・エンジニアリング行為の射程を十分にカバーしていない¹⁰⁷。さらに言えば、いまや、ソフトウェアのシュリンクラップ・ライセンスが、プログラムにアクセスする条件として、購入者によるフェアユースのリバース・エンジニアリングの権利の放棄を要求することを意図する条項を含むことは日常茶飯事である。こうした技術的・契約的制約は「技術の移転及び普及を妨げる」条件を構成する。本稿の提言するシステムはこの問題を解決するためのものである。

最後に、ベルヌ条約や TRIPs 協定の具体的な規定に該当するかどうかは別として、フェアユースは、国際法の原則の下で、条約から留保された主権の一部と見こともできるだろう。国際法の一般原則においては、一定の状況下で、国家は、条約関連事項に対し主権を留保することができる¹⁰⁸。連邦議会はベルヌ条約も TRIPs 協定も自力執行的条約であるとは考えておらず、米国への適用は各条約を実行する国内立法によるものに限定された

¹⁰⁹。いずれの場合も国内実行のための米国の立法はフェアユース法理の変更を行っていないし、フェアユースが憲法上の原則であるとするればそのようなことはできない。よって、条約の実行のための国内立法は、フェアユースに関連する事項を、米国の主権のコントロールの下に留保する試みだと見ることができる。

この、フェアユースを留保された主権に属する事項であるとする見方は、ベルヌ条約が、加盟時に批准国が明示的に留保を宣言しない限り、条約の批准ないし加盟は条約の全ての要請を受け入れたことになるとの規定を有していることから、複雑化している¹¹⁰。批准書の寄託の際、米国は明示的な留保を宣言しなかったし、おそらくベルヌ条約は3要素テストからの逸脱を許さないであろう¹¹¹。しかし明らかに、米国は加盟に際してベルヌ条約の全ての要請を受け入れてはいないし、こうした立場は他の締約国から概ね受け入れられている。国際法の下では他の締約国の沈黙は黙認とみなされる、との Okediji 教授の見解に筆者らも同意する¹¹²。国際社会は米国のフェアユース及びベルヌ条約へのアプローチを十分理解していた。他の締約国による黙認を米国は10年以上も信頼していたのであり、他の締約国も今となつては見過ごしてきた法理に対して異議を申し立てることはできないと言える。

迂回禁止の保護それ自体について言えば、TRIPs 協定はそうした要請を一切課していない。WIPO 著作権条約の迂回禁止条項が起草されたのは、TRIPs 協定が署名のために開放された、その3年後であった。WIPO 著作権条約は、「ベルヌ条約以外の条約といかなる関係も有するものではなく、また、この条約以外の条約に基づくいかなる権利及び義務に影響を及ぼすものではない」¹¹³。従って、TRIPs 協定は迂回の問題については沈黙して

¹⁰⁵ See Anticircumvention Misuse, *supra* note 1.

¹⁰⁶ See *supra* text accompanying notes 40–41.

¹⁰⁷ See 17 U.S.C. § 1201(f) (1999); Julie E. Cohen, *WIPO Treaty Implementation in the United States: Will Fair Use Survive?*, 21 EUR. INTELL. PROP. REV. 236, 239 (1999).

¹⁰⁸ See Vienna Convention on the Law of Treaties, opened for signature May 23, 1969, art. 19, 1155 U.N.T.S. 331; Okediji, *supra* note 96, at 144–48 (主権留保に関するルールと国際著作権法の文脈におけるその適用について検討)。

¹⁰⁹ See Uruguay Round Agreements Act, Pub. L. No. 103–465, 108 Stat. 4809 (1994); Berne Convention Implementation Act, Pub. L. No. 100–568, 102 Stat. 2853 (1988).

¹¹⁰ See Berne Convention, *supra* note 87, art. 30.

¹¹¹ See Okediji, *supra* note 96, at 146.

¹¹² See *id.* at 121, 147–48.

¹¹³ 実際のところ、WIPO 著作権条約は自動的にベルヌ条約の全締約国を拘束するものではなく、この新条約を実際に批准する国のみ拘束する。See WIPO Copyright

おり、むしろおそらくは、本稿の提言が促進する政策や実務を受け入れる余地がある。

結論として言えることは、本稿の提言するような、フェアユースの便宜を図る立法は、ベルヌ条約/TRIPs協定の枠組みの下で許容される立法の範囲内にある、ということである。本稿の提案するフェアユース・インフラストラクチャは、著作物保護に関するいかなる条約の義務にも違反しておらず、おそらくは条約の他の目標を促進することになる。従って、本稿のフェアユース・インフラストラクチャの提言の実施にあたっては、技術も法も障害とはならない。最後に、他の要素が障害となりうるかの考察に移る。

VI. 反論（または、社会工学的リスク）

本章では一歩下がって、本稿における混合権利管理インフラストラクチャの提言が賢明なものであるかを検討する。ここまで、立法措置が技術の変化の方向を変えることができる、と主張してきた。本稿の提言は事態を改善するかも知れない——例えば、乗用車にまずはシートベルト、後にエアバッグの装着を義務付けた連邦規制のことを考えてみよ——し、悪化させるかも知れない。例えば、議会の義務付けた「通信傍受対応」電話交換機の導入により、私的通信の多くの重要な属性に対する保護が弱体化した¹¹⁴。DMCA自体、ある技術的な方向性を他よりも優先させるといふ、うまくない立法的判断の反省に値する例である。法改正はまた、議会が意図または予測しなかった、好ましからざる技術的対応の引き金となる可能性がある。例えばLarry Lessigが説得的に論じるところでは、特定の検閲を認めるポルノ禁止フィルターウェアの開発は、それが先んじようとしたサイバースノーリング法よりもはるかに悪い技術の発展である¹¹⁵。本稿の提言にも同様の効果があるであろうか？本稿の提言する変化はエアバッグのような

Treaty, *supra* note 84, art. 21.

¹¹⁴ See Susan Freiwald, *Uncertain Privacy: Communication Attributes After the Digital Telephony Act*, 69 S. CAL. L. REV. 949 (1996); see also 47 U.S.C. § 1002 (1994).

¹¹⁵ See Lawrence Lessig, *What Things Regulate Speech*, 38 JURIMETRICS J. 629 (1998).

ものか、それとも「センサーウェア」のようなものか？議会が生産的に活動する可能性に固執するのは甘い考え方なのか？Jessica Litmanの言う通り、著作権関係立法は特定の利益集団による攻略に弱いということは繰り返し実証されてきた¹¹⁶。著作権管理システムに対しては、異なる法的対応の方が良いだろうか？

混合フェアユース・インフラストラクチャを実現しようとする本稿の提言は、2つの点において伝統的なフェアユースの権利よりも劣っている。第一に、非デジタル・メディアにおいてフェアユース・ユーザが享受してきた自発性は完全には培われない。適切に設計された自動的標準設定でさえ、裁判所がフェアユースとみなすであろう全ての利用を許容するものではない。最新のインターネットによるキーの入手手続でさえ自発性を妨げるものであり、非デジタル・メディアのユーザは負う必要のない取引費用が課されることとなる¹¹⁷。さらに、現実には、フェアユース・ユーザのキーの入手を妨げる、サーバ停止その他技術的問題がある。

第二により重要な点として、次善の策である本稿の提言は、プライバシーを保護するのであって匿名性を保護するものではない。従来のフェアユース・ユーザは双方を享受してきた。統合型であれ分散型であれ、伝統メディアのフェアユース・ユーザの氏名や連絡先が登録されたデータベースは存在しない。自身の情報財の生産と頒布にあたってフェアユースに依拠する者の多くは——批判的論評を含む学術的著作やリバース・エンジニアリングで作られるソフトウェアの生産者の如く——長期的には匿名性を好まないと推測される。しかし、匿名性は、より「非公式」な形での批判や別な形での調査を促進するのに必要不可欠である。多くの社会への批判者や反対者が象牙の塔の外で活動しており、彼らはコミュニティから向け

¹¹⁶ See Jessica Litman, *Revising Copyright Law for the Information Age*, 75 OR. L. REV. 19 (1996); Litman, *Exclusive Right*, *supra* note 49; Jessica Litman, *Copyright Legislation and Technological Change*, 68 OR. L. REV. 275 (1989).

¹¹⁷ しかしながら、権利管理システムのある支持者が主張するように、非デジタル著作物のユーザは他の種類の取引費用を負担する。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).

られる軽蔑をそらすために知的探求という規範を援用することができない¹¹⁸。さらに言えば、匿名性は正当なフェアユース・ユーザよりはむしろ「海賊行為」をする者の専売特許であると主張することは、盗聴は隠しだてをする必要のない無実の人間を脅かすものではない、と主張することに似ているように思われる。我々の考えでは、いずれも見掛け倒しの主張に過ぎない。従って、本稿の「次善の」制度を批判に耐えうるものにするには、エスクロー・キーにアクセスするフェアユース・ユーザのプライバシー保護を、特に厳格にしなければならない。本稿の提言は、プライバシー保護をより緩やかにした形で実施しようとする試みを支持するものと解釈されるべきではないことは、強調しておきたい¹¹⁹。

要するに本稿の提言は、悪状況を最善のものとするようデザインされた次善の解決策である。権利管理システムは、デジタル著作物のフェアユースを破壊し、潜在的なフェアユース・ユーザ及び読者一般の自発性や匿名性を失わせる虞がある。本稿の提言は、こうしたシステムの導入を受け入れつつ、社会的に価値のある利用に対する悪影響を最小限にしようとするものである。しかしながら、このように特徴づけることによって次のような疑問が提起される。我々もまた、権利管理システムを所与のものとして捉えているのではないか、デジタル環境におけるフェアユースの維持という問題に対するより良い解決策を排除しているのではないだろうか？

¹¹⁸ See Seth F. Kreimer, *Sunlight, Secrets, and Scarlet Letters: The Tension Between Privacy and Disclosure in Constitutional Law*, 140 U. PA. L. REV. 1, 59-71 (1991).

¹¹⁹ また、本稿の提言の採用により、匿名性を維持するための他の措置を排除すべきではない。これまで述べてきた通り、プログラム化された標準設定による許容範囲を超えるフェアユースのためのキー・エスクロー・システムは、著作権管理システムに侵入することとした個人が、DMCAの迂回禁止条項に基づいた訴訟や刑事訴追に対して、憲法上の抗弁を提出することを妨げるものではない。更に、匿名性とプライバシーは、フェアユース・ユーザだけの問題ではなく、ユーザ一般に関する問題であることは、繰り返して述べる価値がある。See *Read Anonymously*, *supra* note 1. デジタル権利管理の時代に読者に対して匿名性やプライバシーを保護する措置を講ずることは、本稿の射程を超えるテーマである。とは言うものの、可能な限り、匿名での支払制度を尊重するよう著作権管理システムが設計されるように、連邦議会には命ずることができるし、そうすべきである。

他の解決策としてはどのようなものがありうるであろうか？第一に、著作権局がDMCAに基づく規則制定権限を行使し、フェアユースの伝統的な範囲を維持するよう、権利管理技術の迂回の禁止に対する一連の例外を設けることが考えられる¹²⁰。だが、初めて行われたこの規則制定手続の結果からすると、これはありえないと思われる¹²¹。逆に著作権局は、DMCAによる規則制定権限付与の範囲をできる限り狭く解釈してきた¹²²。しかしながら、たとえ著作権局が迂回禁止に対し意味のある例外を宣言することとなったとしても、他の制定法の条項が迂回技術の開発や頒布を禁止していることから、こうした例外は無意味なものとなり、裁判所で法律自体の有効性を争うより他なくなるであろう¹²³。

次にそうした訴訟が提起された場合、DMCAの迂回禁止条項は現在の形では違憲だという判決が出るかもしれない。そうなった後は、保護された著作物をフェアユースとして使用しようとする個人は、民事訴訟や刑事訴追を恐れることなく、保護技術に対してハッカー行為をする権利を享受することになる。結果的に、保護を無にする技術がより容易に利用可能となり、使いやすいものとなるかも知れない。もちろん、本稿の提言でもこの帰結が許容されることは明白であるが、プログラム化された標準設定及びフェアユースのためのキー・エスクローという選択肢が利用可能なため、

¹²⁰ See Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, 64 Fed. Reg. 66,139 (proposed Nov. 24, 1999); U.S. Copyright Office, *Rulemaking on Exemptions from Prohibition on Circumvention of Technological Measures that Control Access to Copyrighted Works* (last visited Oct. 2, 2001) <<http://www.loc.gov/copyright/1201/anticirc.html>>.

¹²¹ See Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, 65 Fed. Reg. 64,556, 64,564-66 (2000) (codified at 37 C.F.R. § 201.40) (アクセス・コントロール機構が正常に機能していないか旧式のものとなった文芸作品についての例外、及びデジタル検閲ソフトでブロックされるウェブサイトの一覧についての例外を規定)。

¹²² See *id.* at 64,559-60.

¹²³ See 17 U.S.C. § 1201(a)(1)(E) (1999) (迂回行為禁止の例外は、他の条項に対する抗弁とはならないと規定)；see 17 U.S.C. § 1201(a)(2),(b) (1999) (迂回技術の製造、頒布、輸入の禁止)。

そのような異議を申し立てるインセンティブが減少するかも知れない¹²⁴。

注記しておく、まず、連邦地裁における DMCA についての初期の判断からすると、こうした予言をあまりあてにできないと言える¹²⁵。だが、控訴裁判所がより強い気概を見せると仮定しても、憲法訴訟によって定義されるフェアユースの枠組みの下では、暗号化その他の方法で保護されたデジタル著作物へのアクセスを求める個人は、現在よりもかなり狭いフェアユースによる利用、低い自発性や匿名性を享受するにとどまるであろう。裁判所は迂回禁止条項を文面上無効であると判断するかも知れない(そして筆者らの意見ではそうすべきだ)が、合憲性に関する判断は、漸次的な、適用ベースのものとなるほうがよりありそうな帰結であろう¹²⁶。かくして、DMCA に基づく訴追や訴訟の脅威が、引き続き多くの正当なフェアユース活動を抑制するであろう。さら言えば、迂回禁止立法が文面上無効とされたとしても、民間業者による権利管理システムの実装を妨げるものではないのである。もちろん連邦議会がそうすることは可能だが、そのような法案が可決されるとは思えない。最もユーザ・フレンドリィな迂回技術でさえ、一定レベルの技術力を要求するのである。

最後に、DMCA の迂回禁止条項に対する裁判上の異議申し立てが成功することにより、コンテンツ保有者がシステムをより柔軟に設計し、ある程度の自発的で匿名のフェアユースに対応させるインセンティブが生まれるか、という問いが残る。例えば、合憲性をめぐる費用のかかる裁判に繰り返し巻き込まれる見込みがあるのであれば、電子あぶり出し(電子透

かし)技術¹²⁷を実装するインセンティブがもたらされるかも知れない。この技術を用いれば、一定のデジタル著作物の拡散に対し、特定の頒布ポイントや特定のコピー、さらには特定のユーザにまでさえ追跡することが可能となる¹²⁷。おそらくこのことから、著作権者は、デジタルの海賊行為を抑止する手段として、もっぱら電子透かし技術にのみ頼る方向に動くであろう。

だが、我々の考えでは、最低限のフェアユースをプログラムに組み込むことを義務付け、これにキー・エスクローを加えるシステムは、より柔軟な設計に対するより強力なインセンティブを作り出すであろう。明らかに、本稿の提言は、国家に支えられた著作権の強制の条件として、最低限のシステムの柔軟性を要求している。私的秩序形成が次第に著作権行使の戦略の中心になりつつあるが、著作権業界は引き続き、国家に支えられた著作権の強制は、ある程度は必要不可欠である、と考えている¹²⁸。特に憲法訴訟の不確実性と比較すれば、フェアユースにおける公共の利益を含めた著作権制度の根底にある全ての利益に資する「情報法」(lex informatica)の発展を、本稿の提言が促す可能性が高いと考える。

さらに付け加えれば、デジタル権利管理の下におけるフェアユースの問題に対する万能薬として、電子透かし技術は無条件に支持することはできない。電子透かし技術に基づく権利管理システムは、「ロック・アウト」システムやフェアユースの事前承認要件の普及の場合と比べてより完全な、デジタル素材の自発的なフェアユースを支えるであろう。だが、特定

¹²⁴ 本稿の提案する法制度は、現行制度よりかなり制約が緩いため、合憲性の問題を克服できるであろう。

¹²⁵ See *Microsystems Software, Inc. v. Scandinavia Online AB*, 98 F. Supp. 2d 74 (D. Mass. 2000); Reimerdes, *supra* note 25. Felten 事件 (*supra* note 53) は、DMCA の合憲性を判断する為のより良い手段となるであろう。Felten 及び他の原告らは、プリンストン大学でコンピュータ科学を研究しており、迂回禁止技術の効果に関する研究成果の議論や発表を妨げるとして、DMCA の迂回機器禁止条項の執行を禁じると差止宣言判決を求めている。

¹²⁶ Cf. Reimerdes, *supra* note 25, 82 F. Supp. 2d at 332-39 (DMCA の迂回機器の禁止に対する適用違憲の主張を却下し、文面上過度に広範であるが故に違憲の主張に至っては判断することすら拒否)。

¹²⁷ See NII WHITE PAPER, *supra* note 45, at 188-89; Kenneth W. Dam, *Self-Help in the Digital Jungle*, 28 J. LEGAL STUD. 393 (1999); Rosemarie F. Jones, *Wet Footprints? Digital Watermarks: A Trail to the Copyright Infringer on the Internet*, 26 PEPP. L. REV. 559, 569 (1999).

¹²⁸ もちろん、最低限のフェアユースの義務付けとキー・エスクローという「人參」を課すことが、国家による強制への選好を低下させるかもしれない。Cf. Tom W. Bell, *Escape from Copyright: Market Success vs. Statutory Failure in the Protection of Expressive Works* (working paper Mar. 29, 2000) (on file with authors) (著作権法は、著作家が著作権保護について制定法上の制度以外の選択肢を採用することを可能にすべきだと主張)。しかし、大いなるハッカーの才能からすると、純粋な私的秩序形成のシステムは著作権業界の最善の利益とはならないであろう、と筆者らは考える。

のユーザに特定のコピーを登録するシステムは、フェアユース・ユーザ、引いては全ての読者の匿名性を破壊するであろう。電子透かし技術には他の権利管理の形態よりも優れた点があると考えられる。また、電子透かし技術に基づくシステムを、匿名性（またはプライバシー）を損なう形で設計する必要はない。だが、そのようなシステムの正当性は、あくまでも実装の際の具体的な細部に左右されると思われる。

最後にフィルターウェアの例に戻ると、インターネット上のポルノグラフィのゾーニング立法を連邦議会が可決したかどうかに関わらず、市場がフィルターウェアを発展させていたであろうということは大いにありえることである。本稿の提言について同じことは当てはまらず、この点は長所の一つであると考え。著作権管理システムが問題となる場合には、市場の圧力は冷酷にも柔軟性の劣るコントロールの方向へと働く——あるいはむしろ、フェアユース・ユーザの要望や慣行ではなく、権利者のビジネスの計画に柔軟に対応しうるコントロール、と言うべきかも知れない。柔軟性を増す方向への動きを作るにはそれ以外の刺激が必要である。本稿の提言はこの刺激を提供できるものとする。少なくとも、これによってかかる可能性に関する議論が活発になることを希望するものである。

[編集者付記] 本稿は、2月23日・24日に開催された国際シンポジウム「知的財産法政策学の基本理念の確立に向けて」の第三セッション「知的財産権とコモンス」(24日実施)においてこれを基調とする報告が行われたことを契機に作成した翻訳である。当日ご報告の労をとっていただいた上に翻訳掲載の許可をくださった Dan L. Burk 先生、ならびに翻訳掲載を許可してくださった Julie E. Cohen 先生に謝意を表したい。

ⁱ [訳注] WIPO 著作権条約第1条(1)。

ⁱⁱ [訳注] “steganography” 「電子あぶり出し」と “digital watermark” 「電子透かし」とを本稿は相互互換的に用いているが、技術者は両者を区別することがある。ある情報を別のコンテンツに埋め込むという点で技術的には類似するが、前者が埋め込まれた情報自体に主たる関心があるのに対し、後者は埋め込み先のコンテンツに主たる関心がある。例えば、特許庁総務部技術調査課技術動向班「標準技術集 電子

透かし」<http://www.jpo.go.jp/shiryou/s_sonota/hyoujun_gijutsu/denshi_sukashi/>(2003年3月28日更新、2004年7月14日最終閲覧) 特に2-E ステガノグラフィ参照。著作権管理の手法として用いる場合には主に後者を考えることになる。このため、原文で “steganography” となっている語もあえて「電子透かし」と訳出している。