

真の著作権リフォーム (1)

Jessica LITMAN*

比良友佳理(訳)

【要約】

著作権制度は著作物の創作、普及、そして利用を育むエコロジーを生み出すために設計されている。著作権制度がうまく機能していれば、それはクリエイターが新たな著作物を生み出すのを促し、媒介業者 (intermediaries) が広く普及させるのを支え、読者や視聴者がそれらを楽しむのを助ける。もし制度がクリエイターの参入障壁を高めたり、媒介業者にきつい障害を課したり、あるいはユーザーに厄介な条件やハードルを押し付けるならば、そうした制度は少なくとも一部の目的の達成に失敗しているといえる。現在の米国著作権の制定法はこれら3点において不完全なものである。本稿では、現在の著作権制度がいかに本来意図していた受益者の役に立っていないものかを明らかにする。私見によれば、著作権法の正統性の土台というのは、クリエイターとユーザーにもたらされる明白な便益に求められる。しかしこうした土台には現在大きな亀裂が入ってしまっていると考えられる。その理由の大半は現代の著作権法が特にクリエイターやユーザーのためになっているとはいえないという認識が広がっていることに帰せられる。著作権法はその代わりとして、クリエイターとユーザーの間の導管を司る媒介業者の

* John F. Nickoll Professor of Law and Professor of Information, University of Michigan.
初期の草稿にコメントを下された Jon Weinberg, Seana Shiffrin, Jane Ginsburg, Rebecca Tushnet, Tom Cotter, Kurt Hunt 各位に感謝申し上げます。また、著作権リフォームという論題を立て、リフォームの形作りについて現在行われている議論をまとめて下さっている Pamela Samuelson には多大な恩義を感じている。私の考えは多くの人との対話に影響を受けているが、特に Jon Baumgarten, Mike Carroll, Julie Cohen, Troy Dow, Laura Gasaway, Daniel Gervais, Terry Illardi, Lydia Loren, Tyler Ochoa, Tony Reese, Jule Sigall, Kate Spelman, Chris Sprigman, Jeremy Williams に御礼申し上げます。これらの方々は私の結論の大部分に賛同しないだろうことは確信しているが、対話のお陰で私自身が本当は何を考えているのかをわかることができました。

手元に力を集中させてしまっている。こうした媒介業者らは近時、その影響力や著作物に関する権利を用いて、互いに著作物の利用を妨害し合っている。媒介業者への権利の集中は、以前は経済的に理に適っていたが、今日ではそうとはいえなくなっているのではなからうか。真の著作権リフォームを行う上で鍵となるのは、クリエイターにもっと権利を与え、ユーザーにもっと自由を与え、著作権の媒介業者のコントロールを減らすことで、著作権がもたらす便益を再配分することであると提案する。

目次

- I. 現在の著作権制度の欠点
 - A. クリエイターの著作権
 - B. ユーザーの著作権
 - C. 媒介業者の著作権
 - 1. 分配業者
 - 2. メーカー
 - D. まとめ
- II. 著作権リフォームの実際 (以上、本号)
- III. 著作権リフォームの目的
 - A. 抜本的な簡素化
 - B. クリエイターの権原の強化
 - C. ユーザーの権原の強化
 - D. 仲介の排除 (Disintermediation)
 - E. まとめ
- IV. 真の著作権改革に向けて
 - A. 著作権の保護範囲の見直し
 - 1. 商業的利用権の一元化?
 - 2. 実効性の検証
 - 3. より慎重な代替案
 - B. クリエイターと著作権の再結合
 - C. ユーザーの権利の認識
 - D. 堅固な仲介業者の除去
 - E. まとめ
- V. ここからそこへ向かうには
- VI. 結語

制定著作権法は古く、時代遅れで、柔軟性を欠き、様々な制度の欠陥を露呈するようになってきている。議会が現在の著作権法を制定したのは30年以上前のことである。その中でも重要な条項のほとんどは、それより前に数年をかけて起草されてきたものである。長期的かつ複雑化した交渉過程の中で、著作権のロビイストが1976年著作権法¹を書き表した。制定法は難解な論争を解決するために詳細を記述した大量の規定を含んでいる。これは前身の制定法における一般的な原則を、1960年代から1970年代初期の技術と市場に根ざした特定の文言に取って代えるものであった²。しかし制定法は変化に対応するにはうまく設計されておらず、時の経過とともに綻びが目立つようになった。具体的に書き込まれた特定の解決方法は、社会的、文化的、技術的变化を目の前に、不適切で時代遅れのものとなってしまっている³。著作権集約的なビジネスは議会に対し、新たな問題を解決するための新しい詳細な記述を要求するようになった⁴。続いて産業界内で行われた交渉の過程では、制定法の提案を一種独特で気まぐれな利害関係に合わせるよう調整が試みられ、その結果詳細な記述は一連の制限規定や但し書、制約、条件となって、従順な議会の手で法の中に組み込まれるに至った⁵。今日、合衆国法律集 (United

¹ Copyright Act of 1976, Pub. L. No. 94-553, 90 Stat. 2541 (codified as amended at 17 U.S.C. §§ 101–1205 (2006)).

² See JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT 22–34, 54–63, 122–45 (2d ed. 2006). Compare, e.g., Copyright Act of 1909, ch. 320, § 1(e), 35 Stat. 1075 (営利目的の公での音楽作品の演奏につき、範囲と例外を定めている), with Copyright Act of 1976 § 110 (公の利用権に対する例外を列挙している)。

³ LITMAN, *supra* note 2, at 57–63, 197–202.

⁴ See, e.g., Performance Rights Act of 2009, H.R. 848, 111th Cong. (2009); Fair Copyright in Research Works Act of 2009, H.R. 801, 111th Cong. (2009); Shawn Bentley Orphan Works Act of 2008, S. 2913, 110th Cong. (2008); Intellectual Property Enforcement Act of 2007, S. 2317, 110th Cong. (2007); Inducing Infringement of Copyrights Act of 2004, S. 2560, 108th Cong. (2004).

⁵ See, e.g., Prioritizing Resources and Organization for Intellectual Property Act of 2008, Pub. L. No. 110-403, 122 Stat. 4256 (codified as amended in scattered sections of 15 U.S.C., 18 U.S.C., and 42 U.S.C.); Family Entertainment and Copyright Act of 2005, Pub. L.

States Code) 第17編は膨れ上がり、つたで覆われた、理解不能な文章の集まりとなってしまう⁶。

記憶力の良い歴史家や著作権法に関わる法曹であればこうした問題に我々が以前も直面したことがあるのをよく覚えているかもしれない⁷。著作権法が発展する技術に立ち向かうという点は、議会が最初の著作権法を1790年に制定して以来ほぼ途絶えることなくテーマであり続けてきた⁸。これまでも何度も、著作権産業がその政治的影響力を駆使して議会に対し新しい法を制定するよう迫ってきたのに押される形で、著作権法はひどく時代遅れになるように成長してきた。現在の法は過去に比べ、より極端に失敗している可能性があり、条文の文言は何倍にも長く、ずっと細かく、昔に比べ理解するのが難しくなっているかもしれない。とはいえこの種の厄災は著作権の歴史を繰り返し悩ませてきたものである⁹。19世紀や20世紀にこうした問題に直面した際には、著作権強化派の法曹は法律を強化するべくいくつかの戦略を推し進めてきた。一つは制定法にある都合の悪い文言を回避するというもので、そのため裁判所に対し、制定法の文言がある場面ではある意味を指すものとし、別の場面では全く違う内容を指すよう解釈するように勧めてきた¹⁰。第二には、そうした法曹

No. 109-9, 119 Stat. 218 (codified as amended in scattered sections of 17 U.S.C. and 18 U.S.C.); Satellite Home Viewing Extension and Reauthorization Act of 2004, Pub. L. No. 108-447, 118 Stat. 3393 (codified as amended in scattered sections of 17 U.S.C. and 47 U.S.C.).

⁶ See, e.g., 17 U.S.C. §§ 110(2), 114.

⁷ See, e.g., LIBRARY OF CONG., REPORT OF THE LIBRARIAN OF CONGRESS FOR THE FISCAL YEAR ENDING JUNE 30, 1902, S. DOC. NO. 57-6, at 64 (2d Sess. 1902), available at <http://www.copyright.gov/reports/annual/archive/ar-1902.pdf>; Zechariah Chafee, Jr., *Reflections on the Law of Copyright: I*, 45 COLUM. L. REV. 503, 515-16 (1945).

⁸ Act of May 31, 1790, ch. 15, 1 Stat. 124.

⁹ Jessica Litman, *Copyright Legislation and Technological Change*, 68 OR. L. REV. 275 (1989).

¹⁰ おそらく最もよく知られた例は、1909年著作権法の10条及び19条における「publication」の語の意味であろう。See *Am. Visuals Corp. v. Holland*, 239 F.2d 740, 744 (2d Cir. 1956) (「裁判所は、原告が公表を行っていないためにコモン・ローに基づく

が、その場しのぎの解決策を他の利害関係者と交渉してきたというものであり、そこでは自分たちが望むような内容が制定法の条文に書かれているかのように振る舞うことで合意がなされた¹¹。第三に、彼らは互いに取決めを行い、それぞれのかゆいところを搔けるような著作権法へと改正するよう提案した。こうしたプロセスは彼らが想像する以上に時間がかかるものであったが、最終的には議会が協力的に制定してくれたこともあり、著作権のロビイストたちが制定法の文言を生み出したわけである。この結果、当然ながらできあがった制定法は以前のものに比べより長く、より柔軟性を欠き、欠陥の多いものへと退化したものとなったの

侵害の主張によって保護を求めているのか(『publication』に該当するためには、頒布 (distribution) は極めて大規模のものであることが必要とされる)、それとも原告が著作権の制定法に基づいて請求しているのか(その場合 publication の要件は極めて限定的なもので足りる)によって、異なる基準を適用している。)。Compare *Cont'l Cas. Co. v. Beardsley*, 253 F.2d 702 (2d Cir. 1958) (表示なしで少人数に100部のコピーを頒布することは一般的な publication に含まれ、著作権が剥奪されると判示), and *White v. Kimmell*, 193 F.2d 744 (9th Cir. 1952) (受け取った者に対し、人に回すよう勧める添付の説明書と共にコピー20部を頒布する行為は、著作権を剥奪しうる一般的な publication に該当すると判示), with *King v. Mister Maestro, Inc.*, 224 F. Supp. 101 (S.D.N.Y. 1963) (プレス・テントから報道陣への複数のコピーの頒布は限定的な publication に過ぎず、著作権を喪失しないと判示)。今日、同様の問題はコンピュータを媒介とする利用において見られる。著作権者は裁判所に対し、著作物がコンピュータのランダム・アクセス・メモリ (RAM) に表示されれば直ちに、侵害複製物の創作目的で固定されたことになるのだと主張してきたが、RAM で表示されれば著作権の付与目的の固定を満たすとは主張していない。Aaron Perzanowski, *Fixing RAM Copies*, 104 NW. U. L. REV. (forthcoming 2010)。同様に、著作権者は、ネットワークを介して一つのコピーを送信する行為が侵害の対象となる publication とみなされるべきであると主張してきたが、一つのコピーの送信が、著作物の最初の publication に伴う国会図書館への寄託義務の端緒になるということについては否定してきた。See generally 17 U.S.C. § 407.

¹¹ See LITMAN, *supra* note 2, at 47-50. For a current analogue, see, for example, *Principles for User Generated Content Services*, UGCPRINCIPLES, <http://www.ugcprinciples.com/> (last visited Sept. 16, 2010).

である¹²。

当初の有利な傾向が次第に風向きを変えていくのを観察していた(あるいはそれに関与していた)著作権のインサイダーは、制定法の整備を新たに始めるべきだと騒ぎ立てるようになった。著作権法が直面する問題に対し望ましい解決法を編み出すべく、様々なグループが個別にミーティングを行った¹³。企業は得意先の議員に対し、制定法を改正すべきだとするアドバルーンを掲げるように頼んだ¹⁴。様々な取引団体は、自分が希望する項目が、既に現行法の下でも確立されているのだと主張できるような立場を確保しようと努めた¹⁵。

¹² See LITMAN, *supra* note 2, at 48–63, 122–45. 著作権が拡大し続けてきたということは共通理解となっている。米国著作権の制定法はさらにひどく、その長文化の度合いは医療費や授業料といったものよりも速く倍増したほどである。

¹³ See, e.g., Pamela Samuelson et al., *The Copyright Principles Project: Directions for Reform*, 25 BERKELEY TECH. L.J. (forthcoming 2010), available at http://btlj.org/data/articles/25_3/cpp.pdf (20名の著作権専門家を招き、「現在の著作権法がどう改善しうのか、そして法が現在抱える問題をどう軽減しうのかを探求」した3年間のプロジェクトの結論を報告するものである); *A Special Conversation with Marybeth Peters*, AUDIO ARCHIVE (Sept. 17, 2007), <http://www.archive.org/details/FMCsummit07.petersconversation> (17 U.S.C. § 115 のリフォームを巡る音楽、レコーディング業界の利害関係者間での交渉が不成功に終わったことに関する記述)。

¹⁴ See, e.g., Ted Johnson, *Pols OK Bill on Royalties*, VARIETY, May 14, 2009, 2009 WLNR 9209693 (ラジオ放送に対し公の利用のロイヤルティを音楽著作権者に支払うよう求める法案に関するロビイング活動を記述); Wendy Davis, *Entertainment Industry Pushes for Law Requiring Colleges To Filter Networks*, MEDIAPOST (March 24, 2008), <http://publications.mediapost.com/index.cfm?fuseaction=Articles.san&s=79058&Nid=40725&p=918739> (学生のP2Pファイルシェアリングを遮断するよう大学に求める法案に関するロビイング活動を記述)。

¹⁵ See, e.g., *Capitol Records, Inc. v. Bertelsmann*, 377 F. Supp. 2d 796 (N.D. Cal. 2005) (著作権侵害の二次的責任 (secondary liability) の範囲を拡張しようとしている); Brief for Americans for Tax Reform as Amici Curiae Supporting Appellees at 15–17, *Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121 (2d Cir. 2008) (Nos. 07-1480-cv (L), 07-1511-cv (CON)) (コンピュータのRAM内での一時的な複製は § 106(1)を侵害すると論ずる); Brief for ASCAP et al. as Amici Curiae Supporting Plaintiffs at 17–19, *Viacom Int'l v. YouTube, Inc.*, Nos. 07 Civ. 2103 (LLS), 07 Civ. 3582

新しい著作権の整備を開始するには困難が伴う。著作権の再編は、たとえベストな状況下であっても時間と費用がかかるものである。著作権によって影響を受ける利害関係の数は膨大であり、そうした利害関係が現在の制度に対して抱く不満というのも多種多様である。制定法の整備は、前回議会が挑戦した際には20年以上を要しており、今度はもっと早く済ませられると考えられる根拠などは存在しない。さらに、今日がベストの状況にあるともいえない。著作権の法曹らは、かつては原告側に付く弁護士として仲の良い仲間だったけれども¹⁶、20年間以上を経て激しく多極化し、著作権を取り巻く論争は徐々に喧しいものになってきている¹⁷。こうした点が、強い不信感に包まれた雰囲気醸成してきたのであって、仲良く合意に至るのは困難になっている。

利害関係者らが、彼らにとって状況が悪化するかもしれないと心配するのはもつともな理由がある。著作権立法の多くは典型的に、導入から施行に至るまでに、多くの反復と長い年月を要するものであり、多くの著作権の法曹は少なくともある程度、著作権立法の歴史の専門家でもあるといえる。これまでの立法を学んだ者ならば、著作権の主要な改正の過程においては、著作権に影響を受ける新たなプレイヤーが登場し、自分たちのニーズに合わせて法を改正すべきだと主張するのがいつものパターンだということをよく知っているだろう。1909年著作権法の制定時に最高潮に達した改正のプロセスを例にとっても、レコードプレイヤー製作者とレコード製作者が、制定法における自分たちの扱いが満足い

(LLS), 2010 WL 2532404 (S.D.N.Y. June 23, 2010) (17 U.S.C. § 512における、インターネット・サービス・プロバイダのセーフ・ハーバーの範囲を限定的なものに解釈しようとして試みている); Brief for Motion Picture Ass'n of Am. as Amici Curiae at 14–20, *Capitol Records, Inc. v. Thomas*, 579 F. Supp. 2d 1210 (D. Minn. 2008) (No. 06-1497) (頒布目的でファイルを入手可能な状態に置くことが106(3)に違反すると主張); see generally LITMAN, *supra* note 2, at 24.

¹⁶ See Lloyd L. Weinreb, *Copyright Unbound*, in AN UNHURRIED VIEW OF COPYRIGHT, REPUBLISHED (AND WITH CONTRIBUTIONS FROM FRIENDS), at WEIN-1, WEIN-1 (Iris C. Geik et al. eds., 2005).

¹⁷ See Jessica Litman, *War and Peace: The 34th Annual Donald C. Brace Lecture*, 53 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 1 (2006).

くものになるまで、改正の試み全体をほとんど頓挫させようとしていた¹⁸。1920年代から1930年代にかけて、著作権法を現代化しようと多様な試みが行われたが失敗した背景には、ASCAPやラジオ放送局といった新たなプレイヤーがあらゆる点で一切同意しようとしなかったという事情が存在する¹⁹。1976年法に繋がる改正プロセスにおいても、テレビ放送局やケーブルテレビ事業者が次々に登場し、特別の扱いを要求した。その結果それが得られるまで、著作権の改正作業は停止したのである²⁰。デジタルミレニアム著作権法²¹制定に至るまでの5年間においても、電話会社とインターネット・サービス・プロバイダらは、ISPの責任に関するセーフハーバー条項が法案に組み入れられるまで、エンターテインメント業界やソフトウェア業界が求めた条項の制定を妨害できた²²。

最近になって出現した、新しい著作権の利害関係人が抱く期待は、今日では特におそろしいものになっている可能性がある。というのもYouTubeやP2Pのファイルシェアリング・ネットワークを利用する何億人も一般人が、著作権に対し直接的かつ個人的な利害関係を有しているからである²³。こうした一般人を有意な政治権力の中に組み込むことは

¹⁸ See LITMAN, *supra* note 2, at 39–40 and sources there cited.

¹⁹ See *id.* at 42–45.

²⁰ See Litman, *supra* note 9, at 326–32 and sources there cited.

²¹ Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, 2887 (1998) (codified at 17 U.S.C. §§ 101, 108, 109, 112, 114, 512, 1301).

²² See LITMAN, *supra* note 2, at 127–45 and sources there cited. この同じ5年間の間に、作曲家、音楽出版社、映画スタジオは著作権保護期間を75年（もしくは死後50年）から95年（もしくは死後70年）に延長するよう求めた。バーやレストランのオーナーは公の利用権のライセンス料の負担に怒り、上記の提案者らが保護期間延長法案にバーとレストランに関する免除規定を入れない限り、保護期間延長に反対するとした。

²³ See, e.g., Daniel Gervais, *The Tangled Web of UGC: Making Copyright Sense of User-Generated Content*, 11 VAND. J. ENT. & TECH. L. 841, 845–46 (2009)（「何十万というインターネット・ユーザーが音楽、動画、テキストのコンテンツをダウンロードし、改変し、ミキシングし、アップロードし、個人のウェブページやソーシャル・サイト上で、あるいは他者がそれぞれのコンピュータ上でコンテンツにアクセスできるようにするP2P技術を用いて利用可能な状態にしている。」）。YouTubeによると、

まだ成功していないが、彼らの大多数は18歳以上であって、多くの者は投票に行く。何年かのうちに、著作権リフォームの試みが高度に公共化することで、一般の有権者の利益が規範的な役割以上のものを果たするようになる可能性がある²⁴。有権者が著作権に関心を寄せているということを議会側が認識するような状況になれば、現在の利害関係者たちが目指しているものとは全く違ったものへと法を動かすことができるだろう。

私の理解が正しければ、著作権改正の新たなサイクルが始まりつつあるが、それはやっと始まり出したに過ぎない。我々は現在改正の試みのステージの極めて初期の、前史段階にいるのである。我々はまだロックインされてはいない。我々はまだ次の改正のベースを形作る土台や基礎となる前提を選択することができるはずである²⁵。

私のこれまでの研究では著作権立法の気が滅入るような歴史を概観し、著作権ロビイストたちが交渉を引き伸ばすのに没頭し、結果として、既に確立した著作権産業を豊かにする著作権法ができあがったという点、そし

「人々はYouTubeで一日に20億件の動画を視聴し、毎日何十万もの動画をアップロードしている。実際、毎分、YouTubeには24時間分の動画がアップロードされている」という。YouTube Fact Sheet, YOUTUBE, http://www.youtube.com/t/fact_sheet (last visited Sept. 17, 2010)。ウォール・ストリート・ジャーナルは2009年8月に「YouTubeは大規模なアクセス先へと成長した。6月には、1か月だけで4億2千8百万人の利用者が訪れている」と報道した。Jessica E. Vascellaro, *YouTube Pumps More Ads into Lineup*, WALL ST. J., Aug. 20, 2009, at B1.

²⁴ 2006年に知的財産リフォームを主義に掲げて設立されたスウェーデンの海賊党は、2009年6月に、欧州議会に一議席を獲得するのに十分な票を集めた。See Mats Lewan, *Ahoy! Pirate Party Gets Berth in European Parliament*, CNET (June 8, 2009), http://news.cnet.com/8301-13578_3-10259048-38.html。カナダでは、オタワ大学教授のMichael GeistがFacebookと個人ブログを用いて、カナダの著作権リフォームを提案する反対勢力を組織するのに成功した。See MICHAEL GEIST BLOG, <http://www.michaelgeist.ca/>; *Government Retreats on Copyright Reform*, Dec. 13, 2007, CBC NEWS, <http://www.cbc.ca/technology/story/2007/12/13/tech-copyright-delay.html>.

²⁵ See generally Amy Kapczynski, *The Access to Knowledge Mobilization and the New Politics of Intellectual Property*, 117 YALE L.J. 804 (2008); Pamela Samuelson, *Preliminary Thoughts on Copyright Reform*, 3 UTAH L. REV. 551 (2007).

てそれはクリエイターと一般大衆の犠牲のもとに成り立っている点を明らかにしてきた²⁶。次の改正でも同じような流れで同じような結果になりかねないと予想するだけの理由も存在する。しかし、そうならないとしたら？私たちの著作権制度を考え直す機会があるとしたらどうだろう？私たちはその代わりにどんな著作権法を作れるだろう？

本稿の第Ⅰ部では、現在の著作権法がクリエイター、媒介業者、読者、視聴者に対してもたらしている問題を描く。第Ⅱ部では大いに注目を集めている著作権リフォームの提案を概観し、それらが第Ⅰ部で示した問題に対処し損ねているということを示す。そして、第Ⅲ部では著作権制度の効率性と正統性を高めることを目的とした著作権リフォームにおける、代替的なゴールを提示する。思うに、賢明な著作権リフォームを行う上では法律を簡素化すべきである。すなわち、著作権制度をクリエイターや読者や視聴者にとって役立つものにすべきだということである。また、媒介業者から過剰な力やコントロールを取り上げるべきである。法の正統性を高める上ではこうした変更が必要不可欠であると考えられる。このような観点からすると、現在提案されている著作権リフォーム案はどれも賢明な改正とはいえないだろう。第Ⅳ部では、クリエイターとユーザーにとっての著作権制度の価値を高めるだろう変更に関するいくつかの包括的な提案を大まかに示す。そして最後に第Ⅴ部では、筆者が示した著作権リフォームが現実的な可能性を有しているか否かについて検討する。こうした変更を近いうちに条文化するのに十分な、著作権の議論の前提を変える方法は、現在のところまだ構想できていない。しかしながら著作権の問題に対して、型にはまらない解決手段を想像してみるのを厭わないような、著作権法に関する広い議論を喚起できれば、いくつかの変更が思っているほど不可能なものではないとわかるだろう。

I. 現在の著作権制度の欠点

著作権法制度は著作物の創作、普及、利用を育むエコロジーを作出す

²⁶ See, e.g., LITMAN, *supra* note 2.

ることを目指して設計されている²⁷。制度がうまく機能していれば、クリエイターによる新しい著作物の創作を促進し、媒介業者による広範囲への普及を補助し、読者や視聴者の利用を促すだろう²⁸。しかし制度がクリエイターに対する参入障壁を構え、媒介業者に対する障害を生み、読者や視聴者に対し煩わしい条件やハードルを課しているのならば、その制度は少なくともそのいくつかの目的を達成し損ねているということになる。そして現在の米国著作権の制定法はこれら3点全てにおいて欠陥を有している。

A. クリエイターの著作権

著作権法は少なくとも理論上は新しい創作活動を促進すべく、クリエイターに対し禁止権という形でインセンティブを付与している。こうしたインセンティブは新しい著作物の創作を促進し、さらにそれを公衆に利用できる形にし、創作物を普及させることでクリエイターが収益を得

²⁷ 用語法に関する注意について。本稿では、特定の制定法上のカテゴリーに言及する場合を除き、「著作者 author」よりも「クリエイター creator」、「分配/頒布 distribute」よりも「普及/流通 disseminate」、「使用 use」よりも「利用 enjoy」の語を用いている。これは主として、過去数10年の間に形成された「著作者」や「分配」、「使用」といった語が与える含意を避けるためである。「クリエイター」という語を用いることで、筆者は著作物を創作した個人を指し、著作物の資金を融通した者や使用者を除くことを意図しており、それら個人が現在あるいは過去の著作権法上で「著作者」と呼ばれていたか否かはここでは無関係である。「普及/流通」という語を用いることで、筆者は著作物を人々に利用可能にするあらゆる手段を包含することを意図しており、当該行為が著作権法上の排他権の対象となっているか否かはここでは無関係である。「利用」という語を用いることで、筆者は読む、聴く、観る、演じる、学ぶ、その他様々な種類の商業的活用に達しない利用を指すことを意図しており、現行法上、当該行為がライセンスを要するとされているか否かはここでは無関係である。See also *infra* note 54.

²⁸ See L. Ray Patterson & Stanley F. Birch, Jr., *A Unified Theory of Copyright*, 46 HOUS. L. REV. 215, 383 (2009) (著作権は「創作、伝達、知識の使用に関わる人々の利益」に資すべきである)。Patterson and Birch は、従来の著作権理論は著作者とユーザー間の二者の関係を想定していたが、そうではなく著作者、発行者、ユーザーの三者からなる関係を基礎とすべきであると主張している。Id.

ることを可能にするものだといわれている²⁹。著作権法をこのように説明することは、少なくとも多くの創作分野では、単なる希望の表明でしかなく、現実とは合致していない³⁰。

クリエイターは人々に見たり聴いたりしてもらった作品を書き、描き、演じ、映画を制作するといった機会を得る上で、その意欲を失わせる障害に直面している³¹。ユーザーのところまで到達するチャンスというものは、ミュージシャン³²や映画製作者³³、俳優³⁴、画家³⁵、彫刻家³⁶、写真家³⁷等に

²⁹ See, e.g., PAUL GOLDSTEIN, *COPYRIGHT'S HIGHWAY: FROM GUTENBERG TO THE CELESTIAL JUKEBOX* 7 (1994); Jane C. Ginsburg, *Copyright and Control over New Technologies of Dissemination*, 101 COLUM. L. REV. 1613, 1613 (2001). Diane Zimmerman が最近思い起こさせてくれたように、著作権のインセンティブ論による基礎付けの合理性は未だ理論上のものに過ぎない。See Diane Leenheer Zimmerman, *Copyrights as Incentives: Did We Just Imagine That?*, 12 THEORETICAL INQUIRIES L. (forthcoming 2011), available at <http://ssrn.com/abstract=1515964>.

³⁰ See WILLIAM PATRY, *MORAL PANICS AND THE COPYRIGHT WARS* 117–19 (2009).

³¹ See, e.g., TODD LONDON ET AL., *OUTRAGEOUS FORTUNE: THE LIFE AND TIMES OF THE NEW AMERICAN PLAY* 2 (2009) (Theatre Development Fund の研究によると、「演劇プロダクションのシステムは徐々に個人のアーティストを疎外するようになり、舞台用の新しい作品を開拓することにも消極的になってきている」という); Michael Cieply, *Films Finding a Tougher Market in Toronto*, N.Y. TIMES, Sept. 14, 2009, at C1 (2009年のトロント映画祭で上映されたインディペンデント映画の大多数は、米国での配給会社を見付けることができなかった); Jon Pareles, *1,700 Bands, Rocking as the CD Industry Reels*, N.Y. TIMES, Mar. 15, 2008, at A1 (「ミュージシャン志望者が不足に陥ったことは一度もない。たくさんのバンドがバンを運転して国を横断したり、海を越えて国際音楽見本市の South By Southwest で、無償のショウケースでの演奏を行ったりする。そして最も断固としたバンドは、フェスティバルで与えられた一枠だけでなく、周辺で行われる 5、6 箇所のパーティーでも演奏して、注目されたいと望んでいるのである。); BEFORE THE MUSIC DIES (B-Side Entertainment 2006) (音楽・レコード産業に関するドキュメンタリー映画)。

³² See, e.g., *American Idol* (FOX television series 2002–2010); see also Pareles, *supra* note 31.

³³ See, e.g., *On the Lot* (FOX television series 2007); *Project Greenlight* (HBO 2001–2005).

³⁴ See, e.g., *Grease: You're the One that I Want* (NBC television series 2007); *High School*

なりたいたと切望する人を焦らせる、ある種の褒美へと変化しており、そうした人々は弟子入り先やパトロン、著作物を創作する入門レベルの仕事を手に入れたいと望みながら、リアリティ番組での冷遇に快く耐えている。さらに、たとえクリエイターが書籍の出版やアルバムのリリース、記事の発表、シナリオの契約といったものに漕ぎ着けても、そこから僅かしか収益を得ることができないのが通常である。ほとんどの創作分野においては、著作物に対し著作者は短期間しかコントロールを及ぼせず、そこから稼ぐことのできる額は大きくないのである³⁸。著作権を管理しそこから稼ぐというのは彼らの代わりに著作権者が行っており、彼らは媒介者として、著作者とユーザーの間を媒介している³⁹。

著作権のロイヤルティで富を築くクリエイターはごく僅かである。いくらかの者は著作物の創作で生計を立てることができるだろうが、ほとんどの者は収入を補うために生活費だけのための別の仕事を必要としている⁴⁰。学問の世界には教壇に立ちながら、詩人や小説家、画家、作曲家、

Musical: Get in the Picture (ABC 2008); *Legally Blond the Musical: The Search for Elle Woods* (MTV television series 2008).

³⁵ See Randy Kennedy, *When Art Meets TV, Realism Might Not Make It to Reality*, N.Y. TIMES, July 20, 2009, at C1 (無名の視覚芸術家を発掘するため何百人もの画家をオーディションする新しいリアリティ番組)。

³⁶ See *Work of Art: The Next Great Artist* (BRAVO television series 2010).

³⁷ See *The Shot* (VHI television series 2007) (「10万ドルの賞金と雑誌 Marie Claire 用のファッション撮影を行うチャンス、そして撮影した写真が Victoria Secret のカタログの表紙に採用されること」をかけて争う、スチール写真の写真家のコンテストを扱ったリアリティ番組)。

³⁸ See, e.g., DONALD S. PASSMAN, *ALL YOU NEED TO KNOW ABOUT THE MUSIC BUSINESS* 68–98, 386–91, 398–404 (5th ed. 2003); Herman Finkelstein, *The Copyright Law—A Reappraisal*, 104 U. PA. L. REV. 1025, 1051 (1956); BEFORE THE MUSIC DIES, *supra* note 31.

³⁹ See BENJAMIN KAPLAN, *AN UNHURRIED VIEW OF COPYRIGHT* 75 (1967); PATRY, *supra* note 30, at 117; Graeme W. Austin, *Keynote Address*, 28 COLUM. J.L. & ARTS 397 (2004).

⁴⁰ See LONDON ET AL., *supra* note 31, at 50–80 (成功した劇作家ですら、手がけた演劇で生計を立てることができないと伝えている); U.S. BUREAU OF LABOR STATISTICS, *Musicians, Singers and Related Workers*, OCCUPATIONAL OUTLOOK HANDBOOK, 2010-11 EDITION, <http://www.bls.gov/oco/pdf/ocos095.pdf> (「典型的には夜や週末に働き、オー

実演家として活動する人が多くいる。NY や LA で食事をした際にあなたに料理を運んでくれたウェイターは、次のオーディションを待ちながら働いていることがほとんどなのだ。

なぜ著作権はこうも割に合わないものなのだろう？人々が十分なお金を払っても良いというほどの価値を著作物に見出していないというわけではない。著作権産業がアメリカ経済に対しどれほど経済的貢献をしているかに関する調査によると、著作権産業は年間 1 兆ドル以上の収益を生み出しているという⁴¹。しかしながらこれらのお金のうち最終的にクリエイターの手元に渡る額はほんの僅かである。著作権の制定法は媒介業者にとって有利となる、規定のバイアスを組み入れている。このバイアスは何よりもまず、クリエイターを犠牲にしている。米国著作権法は著作権を最初に著作者に与えるとしているものの、クリエイターは必ずしも法的意味での著作者であるとは限らない。従業者が職務の範囲内で創作した著作物の全て、及び独立契約者が創作した著作物の多くは、法的に使用者やコミッショナーが著作したものとみなされている⁴²。その他の著作物に

ディションを受ける時には仕事を中断し、結局、不採択となる、といった非常勤のスケジュールが一般的である。多くのミュージシャンや歌手は他のところで稼いだ所得によって収入を補っている。』); U.S. BUREAU OF LABOR STATISTICS, *Artists and Related Workers*, OCCUPATIONAL OUTLOOK HANDBOOK, 2010-11 EDITION, <http://www.bls.gov/oco/ocos092.htm> (「俳優は長期間の失業や、役を巡る熾烈な競争、オーディションでの頻繁な不採択に耐えている…所得が一定しないので、多くの俳優やプロデューサー、ディレクターは他の分野の仕事に就くことで収入を補完している。』)。For other examples, see Zimmerman, *supra* note 29, at 9–10.

⁴¹ See, e.g., THOMAS ROGERS & ANDREW SZAMOSSZEGI, FAIR USE IN THE U.S. ECONOMY: ECONOMIC CONTRIBUTION OF INDUSTRIES RELYING ON FAIR USE 8 (2010), <http://www.cccianet.org/CCIA/files/ccLibraryFiles/File/000000000354/fair-use-study-final.pdf> (「2007年に、フェア・ユース産業は 4 兆 7 千億ドルの歳入を生み出した。これは 2002年の 3 兆 4 千億ドルから比べて36%の増加である。』); STEPHEN E. SIWEK, COPYRIGHT INDUSTRIES IN THE U.S. ECONOMY: THE 2003–2007 REPORT 3 (June 2009), <http://www.iipa.com/pdf/IIPASiwekReport2003-07.pdf> (「2007年までに…著作権産業「全体」が米国の GDP に付加した価値は1兆5千2百億ドルに上る…これは米国の GDP の11.05%を占める。』)。

⁴² See 17 U.S.C. §§ 101, 201 (2006). 米国は職務著作の原則を有する数少ない国家の

関しても、クリエイターがまず著作者となり著作権を持つとされるが、著作権制度は、著作物を活用させることと引換えに分配業者 (distributor) に著作権を委託することを奨励している⁴³。著作者が一旦著作権を譲渡すると、法律上それを取り戻すのは容易ではない。制定法には35年、40年、56年、あるいは75年経過後に、著作者が再度著作権を主張できるようにするメカニズムが存在しているが⁴⁴、実行するのが極めて難しいように設計されている⁴⁵。同時に、実際問題として、一部の著作物のクリエイターは、個人として制度を利用することができない。例えば制定法上の強制許諾制度は、法定許諾料の分配請求者が、企業もしくは企業共同体 (collective entities) によって代表されるということを想定している。すなわち、これらの者が分配請求を行うのは著作権が分配業者あるいは媒介業者に委託されていることが前提となっているのである⁴⁶。

著作者は出版社に比べ少ししか交渉力を持っていないとの指摘もあるが⁴⁷、それは自然の法理として本来的にいえることではない。むしろそれ

一つであり、さらに一定の著作物につき使用者を著作者とみなす国の中でも、米国の原則の及ぶ範囲は極端に広い。

⁴³ 法は著作権を譲渡しやすくしている。See *id.* § 204. 一旦著作権が委託されると、新しい著作権者は元々の著作者の地位に立ち、ほとんど全ての著作権を行使する権利を持つようになる。その中には元のクリエイターを著作権侵害で訴える権利も含まれる。See, e.g., *Fantasy, Inc. v. Fogerty*, 510 U.S. 517 (1994).

⁴⁴ See 17 U.S.C. § 203(a)(3) (権利付与から35年もしくは40年後); *id.* § 304(c)(3) (著作権が最初に取得されてから56年); *id.* § 304(d)(2) (§ 304(c) に定められている終了の機会が行使されなかった場合に限り、著作権が最初に取得されてから75年後)。

⁴⁵ See generally Howard Abrams, *Who's Sorry Now? Termination Rights and the Derivative Work Exception*, 62 U. DET. L. REV. 181 (1985); Allison M. Scott, Note, *Oh Bother: Milne, Steinbeck, and an Emerging Circuit Split over the Alienability of Copyright Termination Rights*, 14 J. INTEL. PROP. L. 357 (2007). See *infra* notes 163–73 and accompanying text.

⁴⁶ See COPYRIGHT ROYALTY BD., LIBRARY OF CONG., <http://www.loc.gov/crb/> (last visited Sept. 17, 2010); SOUNDEXCHANGE, <http://www.soundexchange.com> (last visited Sept. 17, 2010).

⁴⁷ See, e.g., Gabe Bloch, Note, *Transformation in Publishing: Modeling the Effect of New Media*, 20 BERKELEY TECH. L.J. 647 (2005). 一部の産業のクリエイターは労働組合へ

は米国著作権法が分配業者に有利な方向に、昔も今も傾斜し続けているという事実を反映している。交渉力の不均衡の少なくとも一部は、著作権法の働きによって人工的に生み出されたものである⁴⁸。制定著作権法は出版社、レコード会社、映画スタジオその他様々な分配業者を有利に扱ってきた。それは出版社やレコード会社、映画スタジオやその他分配業者らにとって有利に機能する法律を、彼ら寄りの法律家が作成するのを議会が過去一世紀にわたって奨励してきたからである⁴⁹。有利に機能するというのは、著作権者に力を与え、最終的には分配業者が著作権を保有しやすいようにするシステムのことである。

法がクリエイターを犠牲にして分配業者を最優先することは、21世紀に比べ19世紀や20世紀の方がまだ実質的な意味をなしていた。最近まで、著作物の複製物を大規模に流通させるには大規模な資金投資が必要であった。紙、印刷機、放送用電波塔、映画用カメラやビデオカメラ、店舗、トラック、その他様々な大規模流通ネットワークに要する要素はどれも非常に高額であった。デジタル・ネットワークが生まれる以前は、分配業

の加入や団体交渉の結果、追加的な影響力を有しているが、通常の場合、就業の条件として著作権を譲らなければならない。

⁴⁸ See, e.g., Olufunmilayo B. Arewa, *Blues Lives: Promise and Perils of Musical Copyright*, 27 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 573 (2010). 近時の裁判所の判決は、著作物の表現の僅少な使用に関しても著作権者の許諾を求めよう著作権の制定法を解釈している。例えば、*Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films*, 383 F.3d 390 (6th Cir. 2004) は、この問題を悪化させてしまった。仮にクリエイターが著作物を公に公開する際に多数のところから無数のライセンスを求めなければならないとなると、クリエイターは大手の分配業者のライセンスに頼る必要が生じるだろう。See *Copyright Criminals: This Is a Sampling Sport* (PBS television broadcast Jan. 19, 2010), available at <http://www.copyrightcriminals.com/>. この不均衡に関する追加的な要素として、著作物の大規模な頒布を行うとなると必要となる、大規模な資本投資が挙げられる。See *infra* text accompanying note 49.

⁴⁹ See generally LITMAN, *supra* note 2. これは最近の現象というわけではない。英米の著作権法は印刷業者と出版社によって、彼らのために作られた法に端を発するものであり、常に分配業者中心であった。See KAPLAN, *supra* note 39, at 1-37; LYMAN RAY PATTERSON, COPYRIGHT IN HISTORICAL PERSPECTIVE 42-178 (1968); MARK ROSE, AUTHORS AND OWNERS: THE INVENTION OF COPYRIGHT 10-66 (1993).

者が著作物から得られる収益のうち大部分を受け取ることを当てにすることができて初めて、大規模な流通ビジネスが彼らの投資に見合った報酬を得ることができるだろう、と想定することに合理性があるといえた⁵⁰。しかし現在では当然ながら、ほとんどお金を費やさなくても、世界中の人に著作物を流通させる手段がいくらかでもある。これは、個人であっても僅かの費用で著作物のコピーを送信し合うことができるということを含意している。著作権者が無許諾の流通にパニックを起こすにつれ、こうしたことは多くの注意を引くようになった⁵¹。これが含意するもう一つの点はもっと興味深い。それはデジタル流通手段がもたらした新しい経済によって、我々はクリエイターを分配業者との関係で不利に扱うような著作権法を形成する必要がなくなったということである。もちろん、そうしたい

⁵⁰ See, e.g., KAPLAN, *supra* note 39, at 5-9, 75-78.

⁵¹ See, e.g., *An Update: Piracy on University Networks: Hearing Before the Subcomm. on Courts, the Internet, and Intellectual Prop. of the H. Comm. on the Judiciary*, 110th Cong. 6-8 (2007) [hereinafter *An Update: Piracy on University Networks*], available at <http://judiciary.house.gov/hearings/printers/110th/33812.pdf> (testimony of Cary Sherman, President, Recording Industry Association of America (“RIAA”)) (「海賊行為が最もはびこっている」大学が、その阻止に失敗したことについて不満を述べている); *id.* at 75-77 (letter from Dan Glickman, Chairman and Chief Executive Officer, Motion Picture Association of America (“MPAA”)) (映画産業の国内損失の44%を大学生の責めに帰している); *Protecting Copyright and Innovation in a Post-Grokster World: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary*, 109th Cong. 16-17 (2005), available at http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=109_senate_hearings&docid=f:34113.pdf (testimony of Marty Roe, Recording Artist, Arista Records) (P2P ビジネスが作曲家や作詞家が廃業する原因となっていると述べている); *id.* at 18 (testimony of Cary Sherman) (P2P は「音楽、映画、その他エンターテインメント産業に従事する何千人もの個人が、自分たちの仕事が消滅していくのを静観せざるを得ない」原因になっていると述べる); INT’L INTELLECTUAL PROP. ALLIANCE, COPYRIGHT INDUSTRIES’ GLOBAL CHALLENGES FOR 2009, <http://www.iipa.com/pdf/IIPA2009GlobalChallenges.pdf> (「侵害を行うウェブサイトからリリース前の著作物をアップするトップサイト、無断の [P2P] ファイルシェアリングに至るまで、インターネット上の海賊行為は急激な成長を遂げてきたのであって、その間適法な電子商取引の機会を妨害し、音楽、映画、ビデオゲーム、ビジネス・ソフトウェア、出版産業の損失の増加の原因となっている。」).

というのであれば話は別であるが。

B. ユーザーの著作権

クリエイターが著作権法の本来的な対象であるとするれば、読者や視聴者はその目的であるといえる。クリエイターによる著作物の創作と分配業者による流通を促進する最も重要な理由は、人々が本を読み、音楽を聴き、芸術品を見て、映画を楽しむことができるようにするためである⁵²。読者や視聴者には作品を享受し、そこから学び、作品と相互に作用し合い、作品についてユーザー同士でコミュニケーションをとってもらいたい。著作権はこのような形で知識の発展 (the Progress of Science) を促進している⁵³。これは専門的な言い方をすれば、法律に十分な自由を組み込んで、著作権が読んだり視聴したりすることの妨げにならないように注意を払う必要があるということである。

読者や視聴者ら⁵⁴は最近までは法の受益者であった。そこでは法は、ほとんどの人が著作権のことを気にせず著作物を楽しめるよう設計されて

⁵² See KAPLAN, *supra* note 39, at 75–76; L. Ray Patterson, *Fair Use for Teaching and Research: The Folly of Kinko's and Texaco*, in GROWING PAINS: ADAPTING COPYRIGHT FOR LIBRARIES, EDUCATION, AND SOCIETY 351, 356–63 (Laura N. Gasaway ed., 1997).

⁵³ *E.g.*, United States v. Paramount Pictures, Inc., 334 U.S. 131, 158 (1948). See generally Lloyd L. Weinreb, *Copyright for Functional Expression*, 111 HARV. L. REV. 1149 (1998).

⁵⁴ 著作権に関する人々の利益を論じる論文は、著作物について読む、聴く、見る、観る、演じる、作動する、コンパイルするといった行為を行う人々を、どう呼ぶべきであるかという問題に取り組んでいる。よく用いられる語としては「users」があり、これについては *see* Julie Cohen, *The Place of the User in Copyright Law*, 74 FORDHAM L. REV. 347 (2005); Patterson & Birch, *supra* note 28, 「consumers」という呼び方については *see* Niva Elkin-Koren, *Making Room for Consumers Under the DMCA*, 22 BERKELEY TECH. L.J. 1119 (2007); Joseph Liu, *Copyright Law's Theory of the Consumer*, 44 B.C. L. REV. 397 (2003). そして「fans」という呼び方については、*see* Fred Von Lohmann, *Is Suing Your Customers a Good Idea?*, LAW.COM (Sept. 29, 2004), <http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1095434496352>. See also Justin Hughes, *"Recoding" Intellectual Property and Overlooked Audience Interests*, 77 TEX. L. REV. 923 (1999) (“non-owners”). 本稿では、著作物を利用する個人を指して「ユーザー user」ないし「読者や視聴者 readers, listeners, and viewers」という語を用いる。

いた。著作権法の歴史のほとんどにおいて、法は狭い範囲に対して適用されてきたのであり、著作権法が中心的な関心事であるという個人や法人に対してのみ直接に影響を与えているものであった。著作権者には具体的に列挙され定義された利用行為に対するコントロール権を与え、その他の利用行為については制限しないことによって、著作権法は読者や視聴者に著作物を利用する自由をかなり認めていたのである⁵⁵。著作権法はごく僅かな数の著作物だけを保護し、狭い権利を相対的に短期間だけ与えていた。著作権の範囲が限定的だったことで、読者や視聴者が著作権法を気にせず、思うように著作物を利用する余地が多く残されていたのである。制定法には明示的なユーザーの権利はあまり見当たらないが、それは明示する必要がなかったからである。議会や裁判所は明示的なユーザーの権利を加えようと踏み出すことがあったが、それは著作権者が一見して合理的に思われる慣例を超える訴訟を提起し、自分たちの権利の境界線を過度に広げようとしたような場合に限られていた⁵⁶。制度の基本的な構造は、明示的な文言によってユーザー個人の利益の範囲を確立するというよりも、むしろ著作権の及ぶ範囲を限定することを通じて、読者や視聴者の権利を尊重するものであった。

⁵⁵ See KAPLAN, *supra* note 39, at 25–36; Jessica Litman, *Lawful Personal Use*, 85 TEX. L. REV. 1871 (2007).

⁵⁶ ユーザーを明示的に免除する制定法の条項は特異的なものであり、その多くの起源は着想自体に問題のある訴訟に端を発する。Compare, *e.g.*, 17 U.S.C. § 109(a) (適法に作られた複製物の再版を認める), *id.* § 109(c) (公の場所でのビデオゲームのプレイを認める), *id.* § 110(5)(A) (公の場所でのラジオとテレビ放送の再生を認める), and *id.* § 110(11) (DVDで販売された映画にある性的シーンや暴力的なシーンを視聴不可能にする検閲プログラムの家庭内使用を認める), with *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151 (1975) (小さなレストラン内でラジオを流すことが著作権侵害に当たるとする主張を退けた), *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*, 210 U.S. 339 (1908) (書籍の廉価の古書販売が著作権侵害に該当するとする主張を退けた), *Red Baron-Franklin Park Inc. v. Taito Corp.*, 883 F.2d 275 (4th Cir. 1989) (ビデオゲームを公で利用したことにつきゲームセンターの責任を肯定), and *Cleanflicks of Colo., LLC v. Soderbergh*, 433 F. Supp. 2d 1236 (D. Colo. 2006) (事業者に対し、商業的に販売される DVD から性的ないし暴力的なコンテンツを除外して編集する行為を禁止した)。

19世紀、20世紀を通して、著作権法がいかに読書や音楽の聴き方、あるいはテレビ番組の視聴方法を制約するものであるかという見解は、過激な拡張であると考えられてきた⁵⁷。しかしながら技術のお陰で個人が新しい態様で著作物を利用できるようになるにつれ、著作権者は著作物に関して非常に拡張したコントロールを求めるようになった。著作権者は議会と裁判所に対し、著作権というのは自分たちの財産権 (property) なのだからという理由に基づいて、著作権者に料金を支払わずに著作物の価値ある利用が行われるべきではないと主張してきた⁵⁸。こうした議論は制定法上と非制定法上の著作権保護の拡大を奨励してきた⁵⁹。無許諾のアクセスや利用を防ぐ技術的保護手段を迂回する行為を禁じる法律を立法するよう議会に対し説得すると⁶⁰、著作権者は次に、互換性のないフォーマットで著作物の複製物を流通させた上で、購入者はこれらの技術的なロックの解除ができる法的資格を有していないし、有するべきではない、と主張した⁶¹。今日、読者や視聴者は、不便さと高額な料金に直面しており、

⁵⁷ See Jessica Litman, *The Sony Paradox*, 55 CASE W. RES. L. REV. 917, 932–42 (2005); L. Ray Patterson, *Copyright Overextended: A Preliminary Inquiry into a Need for a Federal Statute of Unfair Competition*, 17 U. DAYTON L. REV. 385 (1992).

⁵⁸ See, e.g., *The Performance Rights Act and Parity Among Music Delivery Platforms: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary*, 111th Cong. 9–11 (2009) [hereinafter *The Performance Rights Act*], available at http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=111_senate_hearings&docid=f:54557.pdf (testimony of Marian Leighton-Levy, Founder and Owner, Rounder Records); see also *id.* at 14 (testimony of Ralph Oman, Lecturer, George Washington University, and former Register of Copyrights) (「以上の検討から帰結されることは、…財産権の問題である以上、著作物を創作し所有する者は、著作物を利用した人から代金を支払われる権利を有するべきである。それが著作権保護の基本的な前提である。」)。

⁵⁹ Jessica Litman, *Billowing White Goo*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 587, 593–96 (2008).

⁶⁰ See Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, 2887 (codified as amended at 17 U.S.C. §§ 1201–1204); *RealNetworks, Inc. v. DVD Copy Control Ass'n*, 641 F. Supp. 2d 913 (N.D. Cal. 2009).

⁶¹ See, e.g., DVD Copy Control Ass'n, RM 2008-8, Reply Comments (Feb. 2, 2009), available at <http://www.copyright.gov/1201/2008/responses/dvd-cca-inc-38.pdf>; Motion Picture Ass'n of Am., RM 2008-8, Comments (Feb. 2, 2009), available at <http://www.copyright.gov/1201/2008/responses/mpaa-46.pdf>;

その未来も互換性のないフォーマットを次から次へと狂気のように登場させるビジネスに取り囲まれている⁶²。その間、著作権者のコントロールが拡大したことにより、読者や視聴者が著作権者の用意したメニューを超えて著作物を利用する自由が圧迫されてしまっている。著作権法の重要な目的が読み、聴き、観るという行為の促進であるとするならば、こうした行為を行いつらくするような法律は本来の意図に反するものであるといえる⁶³。仮に著作権制度が実質的に著作物を読み、聴き、観るという行為を無にしてしまうような形で設計されてしまうと、著作権法の核となるゴールの一部を達成し損ねてしまうだろう。

読む、聴く、観るといった行為を困難にする著作権法に問題がある理由

[copyright.gov/1201/2008/responses/mpaa-46.pdf](http://www.copyright.gov/1201/2008/responses/mpaa-46.pdf); Software & Info. Indus. Ass'n, RM 2008-8, Reply Comments (Feb. 2, 2009), available at <http://www.copyright.gov/1201/2008/responses/software-information-industry-assoc-17.pdf>.

⁶² See, e.g., TARLETON GILLESPIE, WIRED SHUT: COPYRIGHT AND THE SHAPE OF DIGITAL CULTURE 267–81 (2007); Nate Anderson, *DRM Still Sucks: Yahoo Music Going Dark, Taking Keys with It*, ARS TECHNICA (July 24, 2008, 3:00 PM) <http://arstechnica.com/news.ars/post/20080724-drm-still-sucks-yahoo-music-going-dark-taking-keys-with-it.html>; Cory Doctorow, *How To Destroy the Book*, Speech Before the National Reading Summit (Nov. 13, 2009), in THE VARSITY, Dec. 14, 2009, available at <http://thevarsity.ca/articles/23855>. 現在の DRM の管理体制には他にも問題がある。DRM の中には、購入したコンテンツに対して、消費者が合理的に予測しうる範囲を超えたコントロールを出版社に与えるものがある。例えば2009年7月、Amazon.com はジョージ・オーウェルの『動物農場』と『1984』の出版社との間での著作権に関する紛争に関して、購入済みの電子書籍の複製物を購入者の Kindle 電子書籍リーダーから自動的に消去するとともに、顧客の口座の会計処理を「返品」扱いとすることで決着を付けた。See David Pogue, *Pogue's Posts: Some E-Books Are More Equal than Others*, N.Y. TIMES (July 17, 2009, 12:57 PM), <http://pogue.blogs.nytimes.com/2009/07/17/some-e-books-are-more-equal-than-others/>. See generally *Updated and Corrected: E-Books Buyer's Guide to Privacy*, ELEC. FRONTIER FOUND. (Jan. 6, 2010), <http://www.eff.org/deeplinks/2010/01/updated-and-corrected-e-book-buyers-guide-privacy> (人気の電子書籍リーダーのプライバシー関連ポリシーをまとめている)。

⁶³ See GILLESPIE, *supra* note 62, at 273–79; John A. Rothchild, *The Social Costs of Technological Protection Measures*, 34 FLA. ST. U. L. REV. 1181, 1198–1205 (2007).

は他にもある。こうした制限の中の一部に全く合理性を欠くものがあるために、一般の米国著作権制度の正統性に対する認識が害されてしまっているのである⁶⁴。著作権法の正統性は公衆の視点から見ると明らかに腐食が進んでいる⁶⁵。こうした損害はそれ自体、著作権制度の健全性を脅かすものである。

しかしながら、現在の著作権制度が読者や視聴者に与える害は、著作権者をして利用行為を追跡し、突き止め、計測し、換金し、制限するという煩わしいメカニズムを展開させることにより、単に著作物の利用を妨げるに留まらないものとなっている。より根本的にいえば、そうした制度はユーザーが作品にもたらすクリエイティビティを無視、もしくは軽視してしまっている。読む、聴く、観るという利用行為は決して、単に受動的に吸収するだけのものではない。それは常に、有意義なクリエイティビティと想像力を伴うものである⁶⁶。デジタル技術が広範囲にわたって広まったことにより、読者や視聴者は今や、自分のクリエイティブな利用行為を固定した形式上に表現し、世界中と共有できるようになった。インターネッ

⁶⁴ See, e.g., PATRY, *supra* note 30, at 161–70 (著作権産業による DMCA の迂回禁止条項の濫用を批判している); Jane C. Ginsburg, *The Right To Claim Authorship in U.S. Copyright and Trademarks Law*, 41 HOUS. L. REV. 263, 264 (2004) (「もしあなたが一般の人々に『米国著作権法は何を保護しているのでしょうか?』と尋ねると、多くの人は著作権法が貪欲なレコード会社を過剰に保護していると不満を漏らし始めるかもしれない。」); John Tehranian, *Infringement Nation: Copyright Reform and the Law/Norm Gap*, 2007 UTAH L. REV. 537, 548–49 (より高度に著作権が行使されることで、我々は「著作権法が禁止する行為と、平均的なアメリカ人が公正ないし正当だと考えるものとの間の大きな相違」に立ち向かわざるをえなくなっていると論じている)。

⁶⁵ Accord PATRY, *supra* note 30, at xx–xxiv; Paul Edward Gellar, *Beyond the Copyright Crisis: Principles for Change*, 55 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 165, 175 (2008); Jane C. Ginsburg, *How Copyright Got a Bad Name for Itself*, 26 COLUM. J.L. & ARTS 61, 63–67 (2002); see also MARK HELPRIN, *DIGITAL BARBARISM*, at xiii (2009) (「知的財産権はもはや、正当化するものであるとか、今後もこのままの形で持続していくだろうといった前提を享受することはできない。」)。

⁶⁶ See Jessica Litman, *Creative Reading*, LAW & CONTEMP. PROBS., Spring 2007, at 175, 175–80.

ト上では、著作権法が作られる前から読者や視聴者が表現してきたのと同じくらのクリエイティブな衝動をデジタルやオンラインに具象化したものが、洪水のごとく溢れてきている⁶⁷。こうしたクリエイティブな活動のほとんどは搾取的でなければ商業的でもない⁶⁸。それは著作権の対象となっているものの成功を損なうよりもむしろ高めるものであるように思われる。実際、ファン・コミュニティに焦点を当ててみると、それは需要をかきたてる傾向があることがわかる⁶⁹。そのため著作権者の多くは、そうした利用を咎めるのに消極的であった。しかしこうした活動は、通常、「寛容されている (tolerated)」ものではあるが⁷⁰、著作権制度はこれを違法のものとして推定する。そうした活動を例外や免除といった形で保護したり、適法と違法の境界線を注意深く引いたりするのではなく、法はあたかもそうした活動が存在しないかのように振舞っているのである(もちろん、そうした活動が完全に消滅する必要がある場合に、著作権者がかたじけなくもあえて反対する気になった時は別論であるが)⁷¹。読者や視聴者が従事するクリエイティブな活動を「tolerated use」として、促進あるいは許可するのではなく無視されるものとして扱う制度は、著作物の利用を促進するために設計されたものとはいえない。もし読者や視聴者がこうした法を賢明だとも合理的だとも思わないとしても、一体誰がそのことを非難できようか?

現在の著作権制度を非正当なものであると捉える見方が広まっていることは驚くべきことではないだろう。かなりの部分において、そうした

⁶⁷ See Sara K. Stadler, *Performance Values*, 83 NOTRE DAME L. REV. 697, 727–28 (2008).

⁶⁸ See generally, e.g., Rebecca Tushnet, *Payment in Credit: Copyright Law and Subcultural Creativity*, LAW & CONTEMP. PROBS., Spring 2007, at 135.

⁶⁹ See Litman, *supra* note 66, at 175–80.

⁷⁰ See Tim Wu, *Tolerated Use*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 617, 619 (2008) (「tolerated use」を「侵害に該当する著作物の利用のうち、著作権者は気付いているかもしれないが、それについて何も行動を起こしていないもの」と定義する)。

⁷¹ See Warner Bros. Entm't, Inc. v. RDR Books, 575 F. Supp. 2d 513 (S.D.N.Y. 2008) (ハリー・ポッター辞典の出版を禁止した); *Cease and Desist Notices: Fan Fiction*, CHILLING EFFECTS CLEARINGHOUSE, <http://www.chillingeffects.org/fanfic/notice.cgi> (last visited Sept. 17, 2010) (ファン・サイトに反対する警告状のアーカイブ)。

見方は、確立された著作権プレイヤーとして、自分たちこそが新規参入者に関するルールを設定する権利を持つべきだ、との著作権者の主張に端を発している。著作権の歴史を通して、常に守られたプレイヤーは自分たちによる自分たちのための著作権のルールで、新規参入者を拘束しようと目指し続けてきた。新規参入者はそうした動きの正当性を争い、自分たちのニーズに合った新しいルールを立法するよう議会に働きかけ、概して成功してきた⁷²。20世紀初頭、音楽出版社はピアノロール・メーカーを、楽譜出版社用に作っていたルールに従わせようと試みた。劇作家と小説家は映画製作者に対し、演劇制作者用に作っていたものと同じルールに従わせようとした。1920年代には、作曲家がラジオ企業の組織に対し、あたかもライブ演奏のステージに上がっているのと同じようにライセンスを受けるよう求めた。1930年代には、作曲家と音楽出版社が同様の要求を、トーキー映画を上映する映画館に対して求めた。1970年代には、著作権者とテレビ放送局が、ケーブルテレビの経営者はテレビ放送と同じ条件で、放送する信号全てについてライセンスを受ける必要があるべきだと主張した。そして1980年代には同じ主張を衛星テレビ局に要求した。1990年代には、著作権者がインターネット・サービス・プロバイダに対し、出版社やレコード会社が書籍やレコードを制作する際に求められるライセンスと同じ形で、コンピュータにおける著作物の複製全てについて許諾が求められるべきであると主張した。これらいずれのケースにおいても、新たなメディアから利益を獲得することに成功したビジネスは、新たな技術にはメディアに即した新たなルールが必要であると主張し続けてきた⁷³。今日でも、出版社やレコード会社、映画スタジオは、互いの関係を規律するためにそれらの者同士で合意した法律が、読者や視聴者といった一般のユーザーにも適用されるべきルールであると主張し続けている⁷⁴。こうしたルールが公正であるとか合理的であるということに、人々が同意しなければならぬ理由がどこにあるというのだろうか？

実際、こうした特定の正統性の危機は、アウトサイダーの集団から攻撃

を受けていた初期の状態よりも、より深刻であるかもしれない。なぜなら著作権法の正統性を疑う一般市民が、もはや制度を支持しないという形で応答するかもしれないからだ。一般市民は結局のところ、著作権法を制定することで著作権を著作権者に与えるということと、議会が立法した法を遵守することを通じて、著作権制度に投資を行っている⁷⁵。もし人々が著作権法について、投資の割に見返りが少ないと感じるようになったら、投げ売りするという形で反応を起こすかもしれない—選挙で選ばれた代表者に対し新たに制限規定や例外を立法するよう求めたり、あるいは単純に、もはや正当性が感じられない法を遵守しなくなったり。たとえ訴えられて何十万ドルも請求されるリスクがあることが広く知られていても、何百万人もの市民がP2Pファイルシェアリングソフトを用いて音楽を無許諾で共有してきた。彼らの多く、おそらくほとんどは、何も悪いことをしていないと信じているわけではない。人々が法の正統性について冷ややかな態度をとっているような状況下で著作権法を執行していくのは難しい作業である。単に著作権の取締りが怖いからという理由だけで著作権法を遵守する人は、いずれ著作権の取締りから逃れるか、断念させる方法を見付けるだろう。したがって、著作権制度が長期にわたって健全であり続けるためには、人々が、自分らが著作権に投じた投資がきちんと使われていると信じていることができるようにする必要がある。

C. 媒介業者の著作権

著作権制度は伝統的に二種類の媒介業者に依存してきたが、それら媒介業者が著作権のゴールを推し進めようとするモチベーションは主に経済的なものである。分配業者とは一般的に著作物の複製物を製作し頒布し、他の利用を許諾するものを指す。我々が受け継いできた過去の遺物とでもいうべき制度の下では、分配業者が著作権を保有していた。彼らが複製、翻案、公への頒布、公の利用、展示といった利用をライセンスしてきたのである。もう一つの媒介業者をここではメーカー (maker) と定義す

⁷² See LITMAN, *supra* note 2, at 39–41, 47–48, 58–62, 122–45.

⁷³ See *id.* at 39–47, 58–60, 127–36.

⁷⁴ See *id.* at 114–17.

⁷⁵ See Joel R. Reidenberg, *The Rule of Intellectual Property Law in the Internet Economy*, 44 HOUS. L. REV. 1073, 1076–79 (2008). Reidenbergはこの見識を展開して、著作権に服さないことは法の支配に対する正面からの挑戦であると論じている。*Id.*

るが、これは自分ではライセンスを受けた利用をするわけではないが、著作物を利用するための装置やサービスを開発し売り出す者を指す。分配業者とメーカーの関係は著作権の歴史の多くの場面で常に論争となってきたものである。

1. 分配業者

伝統的な法と経済学の視点によると、分配業者は必要不可欠であるという⁷⁶。著作物の市場を作ることで、分配業者はクリエイターに対し新しい作品を創作するインセンティブとなる資金を提供すると共に、読者や視聴者が利用できるよう、彼らの手元に著作物の複製物や実演を届ける⁷⁷。著作権をクリエイターから買い取る者としては、媒介業者は著作物のユーザーの立場に身を置いていると主張する⁷⁸。他方、複製物や実演を個人の読者や視聴者に売るといふ利害関係者としては、分配業者はクリエイターの立場に身を置いていると主張し、自己のためにレントを受け取る⁷⁹。当

⁷⁶ See, e.g., 1 PAUL GOLDSTEIN, COPYRIGHT: PRINCIPLES, LAW AND PRACTICE 4-20 (1989); Jane C. Ginsburg, *Creation and Commercial Value: Copyright Protection of Works of Information*, 90 COLUM. L. REV. 1865, 1907-16 (1990); see also *Am. Geophysical Union v. Texaco Inc.*, 802 F. Supp. 1, 16 (S.D.N.Y. 1992) (たとえ著作者が対価を得られなくても、科学論文の頒布を行う「出版の資金調達にとって、著作権の保護は必要不可欠である」と説く), *aff'd*, 60 F.3d 913 (2d Cir. 1994).

⁷⁷ See, e.g., Paul Goldstein, *Derivative Rights and Derivative Works in Copyright*, 30 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 209 (1983); 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, 1602 (1982).

⁷⁸ See, e.g., *Music Licensing Reform: Hearing Before the Subcomm. on Intellectual Prop. of the S. Comm. on the Judiciary*, 109th Cong. 75-88 (2005) [hereinafter *Music Licensing Reform*], available at http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=109_senate_hearings&docid=f:22919.pdf (testimony of Rob Glaser, Chairman and Chief Executive Officer, RealNetworks, Inc., for Digital Media Association); *id.* at 63-74 (testimony of Ismael Cuebas, Director of Merchandising Operations, TransWorld Entertainment Corp., for National Association of Recording Merchandisers).

⁷⁹ See, e.g., *id.* at 145-48 (testimony of Irwin Z. Robinson, Chairman and Chief Executive Officer, Famous Music Publishing, for National Music Publishers Association).

然、分配業者は知識の発展⁸⁰を促進するためだけに著作権市場に参入するわけではなく、彼らが著作権制度に参加するのは主に自己利益追求のためである。

分配業者は現在の著作権制度における自分たちの地位に多くの不満を抱いている。分配業者は現在の制定法の設計に一番責任を負っていたにもかかわらず、デジタル・ネットワーク環境がもたらした構造によって生じた問題の多くを予測し解決することに失敗したことに気付いているのである。分配業者が直面する困難—これは最も関心を集める部分であるが—は、デジタル頒布がもたらした課題に起因するものである。無許諾でデジタル頒布することの容易性は、多くの分配業者のビジネスモデルの基盤にとって脅威である⁸¹。

別の、しかし同様に重大な問題として、著作物のライセンスに付随して絡み合ったもつれに起因するものがある⁸²。大規模で確立したプレイヤーが伝統的なビジネスモデルを維持しようとするに法は寛容である⁸³。

⁸⁰ U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 8 (「連邦議会は次の事項について権限を有する…知識及び有用な芸芸の発展の促進…」)。

⁸¹ See, e.g., Jane Ginsburg, *Essay: From Having Copies to Experiencing Works: The Development of an Access Right in U.S. Copyright Law*, 50 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 113 (2003).

⁸² See *Music Licensing Reform*, *supra* note 78, at 41-48 (testimony of Glen Barros, President and Chief Executive Officer, Concord Music Group); *id.* at 75-78 (testimony of Rob Glaser).

⁸³ 著作権管理ビジネスのロビイストらは議会に対し、著作権の便益の多くを媒介業者に割り当て、強力な便益を既存の事業者に組み入れる著作権法を立法するよう説得するのに成功してきた。こうしたアドバンテージは二つの基本的な特色となって形になった。一つは、新たな権利やライセンス、例外に関するルールを議会が立法する際には、制定法の条項を既存の事業者が現に遂行している慣行に合致するものとする反面、外部の者にとって有用なものとならないような限定的な文言で定義する、という点である。§ 117(c) が定める例外は、コンピュータの保守・修理サービスが保守・修理目的のみでコンピュータを作動させることを許容するものであるが、これは他の目的でコンピュータを作動させようとする者が同条文を利用できないようにするのに足るよう限定的に起草されたものである。See 17 U.S.C. § 117(c) (2006). 第二に、議会は一般に著作権のうま味を、それを求める既存事業者に与え

分配業者が、確立された大規模な著作権プレイヤーであって、過去の成功にしがみ付こうとする限りは、現在の米国著作権法はその友であり続ける。様々な種類の著作物に対するコントロールや、規模の経済をライセンス取引に結び付ける、大規模なメディアの販路に対するコントロールができるお陰で、伝統的な利用に対して、確立したプレイヤーがライセンスすることはさほど困難を伴わない。クリエイターや分配業者は新しいメディアで著作物を活用しようとしても、その利用についてライセンスを行う権限を有する権利者を見付け出し、ライセンス条件を交渉する上での問題に直面して気力をくじかれてしまっている⁸⁴。確立した産業団体ですら、現在の法律に基づくライセンス条項が新しい利用に関して単に機能していないと不満を述べている⁸⁵。著作権を分割するといったイノベーション⁸⁶

るという点である。それゆえ、1998年に議会が著作権の保護期間を20年延長した際、議会は延長された期間の便益を、著作者ではなく現在著作権を有する者に授けるために、前もって著作権を取り戻そうとしていなかった著作者の一部に、限定的かつ行使が困難な終了権を与えるに止めた。See *Sonny Bono Copyright Term Extension Act of 1998*, Pub. L. No. 105-298, 112 Stat. 2827 (codified as amended in scattered sections of 17 U.S.C.). 終了権条項は、1976年の著作権延長に関する終了権条項と同様に、終了権を行使された権利を、最初の譲受人以外の者に譲渡する場合には再譲渡がより困難なものとしている。See 17 U.S.C. § 304(c)(6)(C)-(D).

⁸⁴ See *Music Licensing Reform*, *supra* note 78; Editorial, *Orphan Works*, D-LIB MAGAZINE, June 2006, available at <http://www.dlib.org/dlib/june06/06editorial.html>; Anonymous, *Showstopper*, QUESTIONCOPYRIGHT.ORG (Jan. 5, 2010, 23:49), <http://questioncopyright.org/showstopper>.

⁸⁵ See, e.g., *Section 115 of the Copyright Act: In Need of an Update?: Hearing Before the Subcomm. on Courts, the Internet and Intellectual Prop. of the H. Comm. on the Judiciary*, 108th Cong. (2004) [hereinafter *Section 115 of the Copyright Act*]; *Internet Streaming of Radio Broadcasts: Balancing the Interests of Sound Recording Copyright Owners with Those of Broadcasters: Hearing Before the Subcomm. on Courts, the Internet and Intellectual Prop. of the H. Comm. on the Judiciary*, 108th Cong. 22-37 (2004) (testimony of Dan Halyburton, Senior Vice President/General Manager of Group Operations, Susquehanna Radio Corp., on behalf of the National Association of Broadcasters) [hereinafter *Internet Streaming of Radio Broadcasts*].

⁸⁶ 17 U.S.C. § 201(d)(2)によると、著作権の支分権は全て別々に移転、保有できると

は、良いアイデアのようにも思えたが⁸⁷、著作物のライセンスを非常に複雑なものにし、潜在的なライセンシーを多面的で、時として互いに矛盾する要求に晒してきた⁸⁸。小規模なビジネスが新しい市場で著作物を利用する機会に対し合理的なロイヤルティを払おうと考えたとしても、なかなかそれをうまく実行できないという困難に直面する可能性があるのである⁸⁹。いくら弁護士に手伝ってもらっていても、些細な契約上のミスにより、企業はたちまち訴えられて破産に追い込まれてしまうのだ⁹⁰。

著作権における分配業者の地位が多少侵食されることは、おそらく自然であり望ましいものであるだろう。高価な頒布方法が安価な代替手段に取って代わるにつれて、分配業者に著作権の一番大きな分け前を与える正当化は薄れていく⁹¹。制定法の設計が、不必要な不確実性や浪費、障害を

されている。17 U.S.C. § 201(d)(2)。法は著作権者や一部の著作権を保有する者に対し権利の登録を求めておらず、著作権の一部の移転の登録はほとんどなされていない。これにより、ライセンス交渉を行おうとする者がライセンサーとしての権限を有する者であるとの証を見定めるのが困難になってしまっている。

⁸⁷ See H.R. REP. NO. 94-1476, at 123 (1976) (「[可分性は]長年著作者や彼らの代表者が求めてきたものであり、…他のグループからも広い支持を得てきたものである…」)。

⁸⁸ See, e.g., *United States v. Am. Soc’y of Composers, Authors & Publishers*, 485 F. Supp. 2d 438 (S.D.N.Y. 2007); Mark A. Lemley, *Dealing with Overlapping Copyrights on the Internet*, 22 U. DAYTON L. REV. 547, 565-74 (1997); Jessica Litman, *Sharing & Stealing*, 27 HASTINGS COMM. & ENT. L.J. 1, 18-23 (2005); Lydia Pallas Loren, *Untangling the Web of Music Copyrights*, 53 CASE W. RES. L. REV. 673, 689-702 (2003); Stadler, *supra* note, 67, at 732.

⁸⁹ See, e.g., *Country Rd. Music, Inc. v. MP3.com, Inc.*, 279 F. Supp. 2d 325 (S.D.N.Y. 2003); *Twentieth Century Fox Film Corp. v. iCraveTV*, 53 U.S.P.Q.2d (BNA) 1831 (W.D. Pa. 2000); *Non-waiver of Rights*, SOUNDEXCHANGE (Nov. 5, 2009), <http://soundexchange.com/?s=non+waiver+of+rights>.

⁹⁰ See *Paramount Pictures Corp. v. RePlayTV*, 298 F. Supp. 2d 921 (C.D. Cal. 2004); *Copyright.net Music Publ’g LLC v. MP3.com*, 256 F. Supp. 2d 214 (S.D.N.Y. 2003); John Borland, *iCraveTV.com’s Exec Discusses His Start-up’s Short Life*, CNET (Feb. 29, 2000), <http://news.cnet.com/2100-1033-237450.html>.

⁹¹ この見識については Michael Carroll に恩を受けている。See Michael W. Carroll,

頒布にもたらずのであれば、それは単純に無駄という他ない。

2. メーカー

媒介業者の二つ目の類型であるメーカーの利益についてはまだ紹介していなかったが、これは歴史的に、著作権法に重大な問題を引き起こしてきた。メーカーとは、著作物を享受するための装置や道具、サービスを作る人やビジネスを指す。このカテゴリーにはトランペットやピアノ、バイオリン、ラジオ、テレビ、テープレコーダー、コンピュータ、DVD プレイヤー、電子書籍リーダー、iPod が含まれる。トランペットを製造する者は、他人が作曲した音楽からお金を稼ぎ、それも時として多額のお金を稼ぐことがある。実際、こうした者たちのビジネスモデルは他人の音楽の商業的な活用に完全に依存している。一般的にいて、楽器市場は、読者や視聴者、演奏者が他人の作った著作物を利用したいという願いを利用して商業的な利益を得るものである。

これまでの歴史で、著作権法は装置メーカーを無視し続けてきた。結局、トランペットやラジオ、デジタルビデオレコーダーを製造して販売する行為は、著作物の複製や翻案、公の利用、公への頒布に必ずしも関係しないと扱われてきた。しかし装置を製造・販売する商売というものは、著作物のクリエイターによって作出された需要によってお金を儲けているといえるのかもしれない。そして、そうしたお金は著作権者の関心を引いた。関心を引くところに訴訟あり。著作権法の歴史は、著作権者が著作物を利用する装置の製造者とサービスの販売者に対してコントロールを及ぼそうとする試みの繰り返しを反映している。こうした試みは成功したのものもあれば失敗したものもある。

19世紀末にかけて、音楽出版社は自動ピアノ演奏装置とピアノローレルの製造者に対し著作権侵害訴訟を提起したが敗訴した⁹²。裁判所に拒絶さ

Whose Music Is It Anyway?: How We Came To View Musical Expression as a Form of Property, 72 U. CIN. L. REV. 1405, 1494–95 (2003).

⁹² See *White-Smith Music Publ'g Co. v. Apollo Co.*, 209 U.S. 1 (1908); *Kennedy v. McTammany*, 33 F. 584 (D. Mass. 1888); see also *Stern v. Rosey*, 17 App. D.C. 562 (1901) (蓄音機用蠟管の製造・販売は著作権侵害に該当しないと判示).

れた音楽出版社は、議会を説得し、1909年著作権法を「音楽著作物を機械的に複製するのに用いられる装置の部分」⁹³に対するコントロールも包括するものへと拡大させた。

ラジオ放送が一般的になると、著作権者は、放送局が著作物を無断で放送する行為や、それらの事業者が無許諾でラジオを使用する行為を禁止するよう求めた。そうした訴訟によって、一連の対立した判決群が生まれ、混乱を引き起こすこととなった⁹⁴。裁判所はラジオ放送や商業ベースのラジオの使用を音楽のライブ演奏とみなした場合には、音楽出版社勝訴の判決を出したが⁹⁵、反対に、そうしたラジオ放送等をリスナーを助ける装置やサービスとして位置付けた場合には、非侵害との判断を下したのである⁹⁶。

装置メーカーは著作物に寄生して利益を手にかけているのだから法的責任を負うべきだという考え方は、20世紀中頃、ジュークボックスが普及したことに引っ張られる形で、勢いを得るようになった⁹⁷。1909年著作権法の下では、許諾を得ずにジュークボックスを用いて音楽を公で利用する行為が、著作権侵害の責任を免れていた⁹⁸。著作権者はこうした免責が「ジ

⁹³ See Act of Mar. 4, 1909, ch. 320, § 1(e), 35 Stat. 1075, 1075–76 (current version at 17 U.S.C. §§ 101–1205 (2006)).

⁹⁴ See *Buck v. Debaum*, 40 F.2d 734 (S.D. Cal. 1929); *Jerome H. Remick & Co. v. Gen. Elec. Co.*, 16 F.2d 829 (S.D.N.Y. 1926); *Jerome H. Remick & Co. v. Am. Auto. Accessories Co.*, 298 F. 628 (S.D. Ohio 1924), *rev'd*, 5 F.2d 411 (6th Cir. 1925); *M. Witmark & Sons v. Bamberger Co.*, 291 F. 776 (D.N.J. 1923). 被告となった初期のラジオ放送局はしばしばラジオ受信機セットの製造ないし販売業者であり、ラジオの販売を促進するために放送局を営業していた。See, e.g., *Am. Auto. Accessories Co.*, 298 F. at 629.

⁹⁵ *Buck v. Jewell-La Salle Realty Co.*, 283 U.S. 191 (1931); *Gen. Elec. Co.*, 16 F.2d 829.

⁹⁶ *Debaum*, 40 F.2d 734; *Buck v. Duncan*, 32 F.2d 366 (W.D. Mo. 1929), *rev'd sub nom. Jewell-La Salle Realty Co.*, 283 U.S. 191; see also *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151 (1975); *Teleprompter Corp. v. Columbia Broad. Sys., Inc.*, 415 U.S. 394 (1974); *Fortnightly Corp. v. United Artists Television, Inc.*, 392 U.S. 390 (1968).

⁹⁷ See generally *Authorizing Royalties for Musical Compositions on Coin-Operated Machines: Hearing on H.R. 5921 Before Subcomm. No. 3 of the H. Comm. on the Judiciary*, 86th Cong. (1959) [hereinafter *Authorizing Royalties*].

⁹⁸ See Act of Mar. 4, § 1(e). See generally *Jessica Litman, War Stories*, 20 CARDOZO ARTS

ュークボックスによる音楽の合法的海賊行為」⁹⁹を助長していると主張し、議会に対して抜け穴を塞ぐよう要求した。制定法上のジュークボックスに関する免責を廃止しようとした1959年法案は制定にまで至らなかったが、その起草者は以下のように述べている。「この法律の背後にある基本的理論とは、音楽的もしくは文学的財産の利用から利益を得る者は何人も、公正な分担を支払うべきであるというものである」¹⁰⁰。著作権局の支持にもかかわらず、このジュークボックス法案やその他の同様の法案は、政治的な反発に打ち勝つことができなかった¹⁰¹。

1976年には、映画スタジオがこれと同じ基本的理論に基づき、Betamax 家庭用ビデオレコーダーを販売することに対して、Sony を相手取り訴訟を提起した¹⁰²。映画スタジオ側は Sony の Betamax 機器によって、スタジオが制作した TV 番組を、個人の消費者がスタジオの同意を得ることなしに複製することが可能になったと主張した。彼らによると、無許諾の複製は全て彼らの著作権を侵害するものだという。そして、こうした複製を行うための機器を製造し販売しているのだから、Sony が責任を負うべきであるというのである¹⁰³。合衆国最高裁判所は以下のように述べてこの理論を退けた。

テレビを毎日見る何百万人もの人々から選出された議員が、家で後から

& ENT. L.J. 337, 350–54 (2002).

⁹⁹ *Authorizing Royalties*, *supra* note 97, at 3.

¹⁰⁰ *Id.* at 6 (remarks of Rep. Emanuel Celler).

¹⁰¹ See HOUSE COMM. ON THE JUDICIARY, 87TH CONG., COPYRIGHT LAW REVISION PART 6: SUPPLEMENTARY REPORT OF THE REGISTER OF COPYRIGHTS ON THE GENERAL REVISION OF THE U.S. COPYRIGHT LAW: 1965 REVISION BILL 59–61 (1965). ジュークボックスの免除は1976年まで法に残っていたが、それ以降は年間8ドルという名目だけの強制許諾に取って代わることとなった。そして1989年にベルヌ条約を批准した際に、議会は強制許諾に代わって任意の包括許諾とした。See 17 U.S.C. § 116 (2006).

¹⁰² See generally JAMES LARDNER, FAST FORWARD: A MACHINE AND THE COMMOTION IT CAUSED (2002).

¹⁰³ See *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of Am.*, 480 F. Supp. 429, 432 (C.D. Cal. 1979), *rev'd*, 659 F.2d 963 (9th Cir. 1981), *rev'd*, 464 U.S. 417 (1984).

観るために番組を複製する行為を違法と決めた形跡、もしくはそうした複製を可能とする機器の販売を断固として禁止する立法を行った形跡を、著作権法に探し求めることは無駄な作業でしかない。¹⁰⁴

それでも1991年に、著作権者は同様の理論を用いてデジタル・オーディオ・テープ・レコーダーの販売を禁止するよう訴訟を提起した¹⁰⁵。訴訟から手を引くよう原告を説得するため、電化製品製造業者は、デジタル・オーディオ録音装置とメディアを製造・販売する者に対し、コピー・プロテクション技術の実施と、売上の減退分について著作権者に補償するロイヤルティを支払うことを義務付ける法律に賛成することに合意した¹⁰⁶。1992年の家庭内録音法 (The 1992 Audio Home Recording Act) はこうした妥協の具現物なのである¹⁰⁷。

その後、数年間にわたって、メーカーを規制する制定法や、メーカーに間接侵害者としての責任を負わせる訴訟が一般的なものとなった。1998年にはアメリカレコード協会 (RIAA) が最初のポータブル MP3 プレイヤーを禁止する著作権侵害訴訟を提起したが、敗訴に終わっている¹⁰⁸。1998年のデジタル・ミレニアム著作権法 (The 1998 Digital Millennium Copyright Act) には、装置メーカーに対しコピー・プロテクション技術を実施するよう求める限定的な規定と、コピー・プロテクション技術を突破して侵害行為を容易にする可能性のある装置の製造、販売、違法売買、提供を禁止する広範な規定が組み込まれている¹⁰⁹。インターネット・サービス・プロバ

¹⁰⁴ *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 456 (1984).

¹⁰⁵ *Cahn v. Sony Corp.*, No. 90-CIV-4537 (S.D.N.Y. filed Jul. 9, 1990).

¹⁰⁶ See H.R. REP. NO. 102-873, pt. 1 (1992).

¹⁰⁷ Audio Home Recording Act of 1992, Pub. L. No. 102-563, 106 Stat. 4237 (1992) (codified as amended at 17 U.S.C. §§ 1001–1010 (2006)). この法の条文のうちの一つが、音楽著作物の非商業的複製を行った消費者に対する著作権侵害訴訟を禁止している。しかし当該条文が及ぶ範囲は議論の余地が残っている。

¹⁰⁸ See *Recording Indus. Ass'n of Am., Inc. v. Diamond Multimedia Sys., Inc.*, 29 F. Supp. 2d 624 (C.D. Cal. 1998), *aff'd*, 180 F.3d 1072 (9th Cir. 1999). The court refused to enter the injunction. 180 F.3d at 1081.

¹⁰⁹ Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2680 (1998) (codi-

イダは侵害を防止する技術を組み込むべく、その構造を設計し直す義務を負うべきであると主張する権利者もいる¹¹⁰。こうした著作権の範囲の拡大によって、著作権者は、当該企業が、実際に著作物を複製、公へ頒布、あるいは公で利用するという著作権者に認められた制定法上の特権を侵害しているのか否かということとは無関係に、著作物から収益を稼ぐ行為を著作権侵害の対象にすべきだと主張するようになった。

このような局地的に流行している考え方は、様々な揉め事を引き起こしている。第一に、著作物の無許諾での利用を容易にしたことを理由に、メーカーに寄与侵害者としての責任を負わせようと試みる場合には、著作権者は、新しい装置や手段を利用する読者や視聴者が直接侵害者に該当すると主張することが要求される。ここで主張されている直接侵害者は法廷に現れることはなく、自分たちの利用行為が法に合ったものであると主張することができない上に、被告となるメーカーはユーザーの立場に立って主張するインセンティブをほとんど有していない¹¹¹。こうした状況の結果、権利が制止されることなく増殖を続けており、その間、裁判所は様々な個人的利用行為を著作権法に違反すると判断することなしにそれを前提としているか、よくその帰結を考えることのないままにそのように判断しているかのどちらかだという状態が続いている¹¹²。他方で、著作物の利用を

fixed as amended at 17 U.S.C. §§ 1201–1332).

¹¹⁰ See Saul Hansell, *Bits Debate: Should Internet Service Providers Block Copyrighted Works*, N.Y. TIMES (Jan. 15, 2008, 11:41 AM), <http://bits.blogs.nytimes.com/2008/01/15/bits-debateshould-internet-providers-block-copyrighted-works>; Mehan Jayasuriya, Jef Pearlman, Robb Topolski, Michael Weinberg & Sherwin Siy, *Forcing the Net Through a Sieve: Why Copyright Filtering Is Not a Viable Solution for U.S. ISPs*, PUBLIC KNOWLEDGE (2009), <http://www.publicknowledge.org/pdf/pk-filtering-whitepaper-200907.pdf>.

¹¹¹ 著作権者に救済を全く与えないという事態を裁判所は避けるかもしれないと危惧する被告は、訴訟の当事者ではない被疑直接侵害者に罪をなすり付ける方が、侵害が生じていないと主張するよりも良い戦略であると考えられる可能性がある。See, e.g., *Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121, 130–33 (2d Cir. 2008); *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146, 1160–63 (9th Cir. 2007); *UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks Inc.*, 665 F. Supp. 2d 1099 (C.D. Cal. 2009).

¹¹² E.g., *MGM v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913, 925–27 (2005); *A&M Records, Inc. v. Nap-*

可能にする新たな装置やサービスから利益を受けることの雲行きが法的に怪しくなると、作品を享受するユーザーを増やしたり、利用の価値を高めたりして著作権の核となるゴールを押し進めてくれる可能性のあるビジネスに対する投資が抑止されてしまうかもしれない¹¹³。こうした新たな機会は現在著作物の流通市場において支配的な地位にあるビジネスのマーケットシェアを侵食するものかもしれないが、現在ある著作物の流通とその利用を増大させ、さらに新しい著作物の創作も促進する可能性がある。それゆえ、現在著作物の市場で支配的な地位にある企業に、新たな装置の開発を禁止する権利を認めることに、政策的な合理性を見出すことは困難である。少なくとも、現在の権利の配分の下では、メーカーの収穫が過大であり、クリエイターや分配業者への分配が過小であるために、単純な富の移転が制度の健全性を改善することに繋がるといえることが説得的に示される必要がある。鉛筆やクレヨン、紙、はさみ、のり等の販売、購入、使用は、ほぼ確実に侵害行為に用いられる見込みがあったにもかかわらず、これまでそれをコントロールする権利が著作権者に認められたことはない。同様の原理はプリント基板やトランジスタ、電子にも当てはまるはずである。

D. まとめ

現行の制定著作権法は長く、複雑で、理解するのが難しい。それは著作物を創作し、ユーザーに届けようとするクリエイターの気力をくじく障害を並べる著作権制度の真実を例証するものとなっている。大量の改正や発展的な裁判所の判決によって、読者や視聴者が著作物を自由に利用できる自由の領域がだんだんと縮められてきた。分配業者は、安価で簡単なデジタルコピーが自分たちのビジネスモデルを蝕むだろうという脅威に直面しており、また同時に、ライセンスが複雑で高額になってしまったと感じている。また、著作物を利用する新しい装置やサービスのメーカーは、

ster, Inc., 239 F.3d 1004, 1014–19 (9th Cir. 2001); *Intellectual Reserve, Inc. v. Utah Lighthouse Ministry, Inc.*, 75 F. Supp. 2d 1290, 1294 (D. Utah 1999).

¹¹³ See Fred von Lohmann, *Fair Use as Innovation Policy*, 23 BERKELEY TECH. L.J. 829 (2008).

破滅をきたすような訴訟の脅威に晒されている。結果として、日常生活で現在の著作権のルールに従うよう求められる人々の多くは、ルールが不公正ないし不合理だと考えるようになったり、求められていることを実際には行わないようにしようと考えたりするようになった。著作権の正統性の侵食はそれ自体、著作権制度の健全性にとって問題を孕んでいるのである。

II. 著作権リフォームの実際

ここまで述べてきた問題は、将来の著作権リフォームに向けて現在様々な立場から主張されている試みにおいて、あまり焦点を当てられていない¹¹⁴。その代わりに、主要な著作権プレイヤーを代表する者は現在、制定法のリフォームを、彼らの最も英雄的な（筆者にいわせれば最も合理性のない）勝利¹¹⁵を確固たるものにすると同時に、予期せぬ敗北¹¹⁶をひっく

¹¹⁴ 実際、著作権法学者はより多くの便益を著作者や公衆にもたらす著作権法の見直しに関して、考え抜かれた提案をいくつもなしてきた。See, e.g., WILLIAM W. FISHER III, PROMISES TO KEEP: TECHNOLOGY, LAW, AND THE FUTURE OF ENTERTAINMENT (2004); Ginsburg, *supra* note 64, at 286–88; Neil Weinstock Netanel, *Impose a Noncommercial Use Levy To Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, 17 HARV. J.L. & TECH. 1 (2003); Jerome H. Reichman, Graeme B. Dinwoodie & Pamela Samuelson, *A Reverse Notice and Takedown Regime To Enable Public Interest Uses of Technically Protected Copyrighted Works*, 22 BERKELEY TECH. L.J. 981 (2007); Pamela Samuelson, *Preliminary Thoughts on Copyright Reform*, 2007 UTAH L. REV. 551. 管見の限り、これらの提案はいずれも立法の真摯な注目を集めていないように思われる。

¹¹⁵ E.g., *Hotaling v. Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints*, 118 F.3d 199 (4th Cir. 1997) (通常の図書館で、複製物を利用客に利用可能な状態にすることは頒布権侵害に該当すると判示); *Am. Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 60 F.3d 913 (2d Cir. 1994) (科学研究目的で論文をコピーする行為はフェア・ユースに該当しないと判示); *MAI Sys. Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993) (コンピュータの作動は OS ソフトの著作権を有する人の複製権を侵害すると判示); *United States v. Am. Soc'y of Composers, Authors & Publishers*, 485 F. Supp. 2d 438 (S.D.N.Y. 2007) (楽曲ファイルのダウンロードはそれを上演したことはないかと判示)。

¹¹⁶ E.g., *Am. Soc'y of Composers, Authors & Publishers*, 485 F. Supp. 2d at 441 (楽曲ファ

リ返す機会と見ているようである。もっと安価で効率的な、著作物のより良い頒布システムを構築することは、クリエイターに権利を付与した上で剥奪するという形で媒介業者を買収しなくとも達成できるかもしれないという考えは、全くといって良いほど真摯な注目を集めていない。デジタル・ネットワーク技術に対応した著作権法リフォームに関する産業界からの提案の多くは、全く逆のアプローチをとっている。彼らは媒介業者の権利を拡大し、媒介業者の支配を強化することで、安価で大量に行われる違法コピーの脅威によって減少していると思われる著作権者のインセンティブを埋め合わせることを目指しているのである¹¹⁷。

現在回覧されている提案の大半は、その骨子を、確立した分配業者の弱まってしまっている地位を強化し、メーカーや他の媒介業者、読者や視聴者に対して請求できる権利を強めるというところに置く。例えば、著作権者の中には複雑で時代遅れとなっている法定許諾条項を廃止して、自分がライセンスを行う際には簡素化したライセンスの文言に置き換えつつ、他方で他人が彼らからライセンスを受ける際には彼らの許諾を必要とする、という考えを支持する者がいる¹¹⁸。また、著作物の利用に対する著

イルのダウンロードはそれを上演したことにはならないと判示)。通常は、両当事者が、英雄的ではあるが合理性を欠く勝利の背景にある一般原則を受け入れつつ、他方で当該訴訟と似た事案に対する適用は拒むという形の立法に同意するという帰結に終わることが多い。See Litman, *supra* note 59, at 592–93. したがって、*MAI Systems Corp.*, 991 F.2d 511 はコンピュータ保守サービスが、サービスを行う上でコンピュータを作動させる際に侵害に該当する複製を行うことになるかと判示した。この判決は、条文の文言の読み方としていささか驚愕に値するものであり、議論を招来した。See, e.g., Pamela Samuelson, *Legally Speaking: The NII Intellectual Property Report*, COMMS. OF THE ACM, Dec. 1994, at 21. デジタル・ミレニアム著作権法の一部として、議会はコンピュータ保守サービスがサービスを行う際にコンピュータを作動させる行為に関する例外を明示的に立法したが、産業界からの圧力に屈服し、コンピュータの作動がコンピュータの OS ソフトの著作権侵害に該当するという驚愕に値する一般論を拒絶しなかった。See 17 U.S.C. § 117 (2006).

¹¹⁷ See, e.g., Karen Deane, *Secrecy Claims on Copyright Treaty*, AUSTRALIAN IT (Aug. 19, 2008), <http://www.australianit.news.com.au/story/0,24897,24202770-5013044,00.html>.

¹¹⁸ See generally Section 115 of the Copyright Act, *supra* note 85; *Internet Streaming of Radio Broadcasts*, *supra* note 85. この姿勢により、音楽著作物及び録音著作物のライ

著作権者のコントロールを拡大して、価値のあるあらゆる利用を、換金するか、少なくとも監視することを可能とすべきであると主張する者もいる¹¹⁹。こうした考えは著作権とその行使を、無数の個人的な利用に及ぼすかもしれないが、それらの利用には非商業的な利用や公ではない利用が含まれる。そしてそれらの主張は「著作権とは著作物の価値ある利用全てから利益を得、管理することを可能にするべきものである」という理屈に基づいている¹²⁰。

このような試みを背景で支える説明によれば、デジタル・ネットワーク技術は著作権制度に根本的な脅威をもたらしており、個人がデジタル形式で多数の完璧な著作物の複製を簡単かつ安価で行い、それを世界中に流通させることを可能にしている、という¹²¹。無断で行われる安価で簡単な複製は、著作物の大量頒布に対して著作権者がコントロールを及ぼせなくすることにより、著作権のインセンティブを重大に阻害するものといわれている¹²²。著作権という名の堤防にあるこうした漏れを修復しない限り、

センス条項である § 114 と § 115 の意図が不明確なものとなった。

¹¹⁹ See, e.g., *Ensuring Artists Fair Compensation: Updating the Performance Right and Platform Parity for the 21st Century: Hearing Before the Subcomm. on Courts, the Internet, and Intellectual Prop. of the H. Comm. on the Judiciary*, 108th Cong. 1-3 (2007) (statement of Rep. Berman); *id.* at 31-33 (testimony of Judy Collins, recording artist); *An Update: Piracy on University Networks*, *supra* note 51, at 1-3 (statement of Rep. Berman); *id.* at 6-8 (testimony of Cary Sherman); *Content Protection in the Digital Age: The Broadcast Flag, High-Definition Radio, and the Analog Hole: Hearing Before the Subcomm. on Courts, the Internet, and Intellectual Prop. of the H. Comm. on the Judiciary*, 109th Cong. 6-8 (2005) [hereinafter *Content Protection in the Digital Age*] (testimony of Dan Glickman); *id.* at 11-13 (testimony of Mitch Bainwol, RIAA).

¹²⁰ See Litman, *supra* note 59, at 595-99.

¹²¹ See Ginsburg, *supra* note 81; see also, e.g., *Piracy Deterrence and Education Act of 2003: Hearing on H.R. 2517 Before the Subcomm. on Courts, the Internet and Intellectual Prop. of the H. Comm. on the Judiciary*, 108th Cong. 61-66 (2003) (testimony of Maren Christensen, Vice President, Intellectual Property Counsel, Universal Studios).

¹²² See, e.g., Stephen Manes, *Full Disclosure: Copyright Law—Ignore at Your Own Peril*, PCWORLD (July 30, 2003, 3:00 AM), http://www.pcworld.com/article/111657/full_disclosure_copyright_lawignore_at_your_own_peril.html.

著作権者は新しい作品を作る意欲を失ってしまうし、出版社や映画会社、レコード会社も著作物の流通に対する投資をする意欲を失ってしまう、と著作権者の一部は主張している¹²³。だからこそ、著作権者に、著作物の複製物の作成、頒布をコントロールするための実効的な法的道具を与えることが必要不可欠であり、さらに(彼らによれば)、実際我々が貿易パートナーと知的財産条約を締結したことで、まさにそのようにする義務を負っているのだという¹²⁴。また彼らは、デジタル・ネットワーク技術がもたらした新しい利用形態から利益を得る権利を著作権者が有しているとも主張し、著作権の制定法はこうした新しい利用に対するコントロールが著作権の権利者に帰属し、帰属するべきだということを明らかにすべきであると主張している¹²⁵。

筆者が前述した「著作権の伝統的な法と経済学的観点」¹²⁶を具現する、こうした説明の前提は、疑ってかかるべきものであろう。この考えによると、媒介業者が必要不可欠な著作権アクターであって、彼らの利益はクリエイターや読者や視聴者の利益と連動しているという。媒介業者に強い権利を認めることがクリエイターやユーザーを利することに繋がるのか否かについては実証的な問題であるにもかかわらず、未だ実証研究の対

¹²³ See, e.g., HELPRIN, *supra* note 65, at 81-86; Henry Horbaczewski, *Copyright Under Siege: Reflections of an In-House Counsel*, 53 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 387 (2006).

¹²⁴ See, e.g., *Joint Study on 17 U.S.C. Sections 109 and 117: Public Hearing Before the U.S. Copyright Office and the Nat'l Telecomms. & Info. Admin.* (2000), available at <http://www.copyright.gov/reports/studies/dmca/testimony/transcript.pdf> (testimony of Steven Metalitz, representing American Film Marketing Association and six other trade groups); Brief of Americans for Tax Reform as Amicus Curiae in Support of Appellees Urging Affirmance at 15-20, *Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121 (2d Cir. 2008) (Nos. 07-1480-cv(L), 07-1511-cv(CON)), 2007 WL 6101600.

¹²⁵ See, e.g., *Internet Streaming of Radio Broadcasts*, *supra* note 85, at 37-39 (testimony of Steven M. Marks, General Counsel, RIAA). See generally Julie E. Cohen, Lochner in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of "Rights Management," 97 MICH. L. REV. 462 (1998) (議論を批判).

¹²⁶ See PATRY, *supra* note 30, at 62; Cohen, *supra* note 125; Zimmerman, *supra* note 29; *supra* text accompanying notes 76-80.

象とされたことがない¹²⁷。むしろ直感に訴えるものとして主張されている。媒介業者側のロビイストになってしまった人にとっては政治的に都合の良いものなのだろう。この概念は媒介業者の権利の大規模な拡大を過去100年にわたって正当化してきた。その時代に、著作権の保護範囲は格段に広がった¹²⁸。こうした拡大の大部分は、クリエイターやユーザーよりも媒介業者を豊かにした¹²⁹。クリエイターやユーザーが媒介業者の著作権の拡大から、間接的に利益を享受するのだとする媒介業者の擁護者の主張が仮に正しければ、媒介業者の著作権をさらに拡大すれば自動的に我々全員が豊かになるはずである。しかし著作権制度の実際の姿が、単純な法と経済学モデルとは似ても似つかないものになっているとすれば、そうした方向に拡大することは経済学者がいうところの「死荷重」を招来するに終わるに止まる¹³⁰。著作権制度の受益者であるはずのクリエイターやユーザーから見た場合の制度の欠点の原因は、前述したように、媒介業者に著作物の頒布と利用に関するコントロール権をデジタル・ネットワークの世界において合理性を有する量を超えて与えるという、著作権の便益の配分の誤りに起因しているのである。

仮に現在の、クリエイターが受け取る著作権の僅かな分け前が創作活動を継続させるのに十分で、読者や視聴者による、クリエイターの創作した著作物に関する現在の僅かな利用を促進するのに十分であるならば、次の

¹²⁷ See PATRY, *supra* note 30, at 62; David McGowan, *Copyright Nonconsequentialism*, 69 MO. L. REV. 1, 2–7 (2004); Zimmerman, *supra* note 29.

¹²⁸ See, e.g., NEIL WEINSTOCK NETANEL, COPYRIGHT'S PARADOX 54–80 (2008). 「初期の米国の著作権者と比較すると、現在の著作権者はより多くの種類の公表された著作物を包括する収容能力の大きい権利の束を享受しており、その保護期間ははるかに長く、他方で、必要とされる条件はより少ないものとされている。」 *Id.* at 55.

¹²⁹ デジタル頒布が、工場や店頭、トラックを用いるハードコピーの分配に取って代わる独立した代替手段としての上がった15年から20年の間に、著作権者が著作物の潜在的な利用に対し及ぼす法的コントロールは衰退することなく、むしろ、主として制定法によらない形で、著作権の権利範囲が大規模に拡大したことにより発達した。See *id.* at 60–80; Litman, *supra* note 59, at 593–96.

¹³⁰ See, e.g., Julie E. Cohen, *Copyright and the Perfect Curve*, 53 VAND. L. REV. 1799, 1801–04 (2000).

ような疑問が生まれるだろう。中間のところに落とされるお金は一体どんな役割を果たすのだろうか？おそらく現在の著作権制度が著作物の創作・頒布に向けた投資のためとして媒介業者に与えるインセンティブは、デジタルの世界ではただ単に過大となっている可能性がある¹³¹。強大な独占のレントがあるために、分配業者は自ずと敵対する著作物市場や、敵対する頒布ルート規制することに精力を注ごうとするかもしれない。媒介業者のインセンティブを大きくし過ぎると、より利益を生み出せる著作物をさらに売り込む機会を拡大すべく、あまり売れない著作物を人々から遠ざけようとする衝動に駆られるだろう。こうした制度はデジタル著作権管理技術に対する無駄な投資を促進するかもしれない。実際、媒介業者に過度のインセンティブを与えてしまうと、著作権の条文を、競合するメディアに対する参入障壁として機能するような形に改正するために行われる、非常に費用のかかるロビイング活動を促進してしまうことになりかねない。これは、いわゆる著作権リフォームなるものに関する現在の動向の実態をよく説明する叙述といえるのではなかろうか。こうした余分なインセンティブを取り除けば、著作権制度はもっと健全なエコシステムとして機能するのではないだろうか？

著作権の支分権の数が既に本来あるべきよりも密になっているという見解に対しては、インセンティブに基づいて著作権の範囲や深さ、強さ、長さの縮小に対する反対意見が唱えられることが多い。著作権を縮小すると、クリエイターが新しい著作物を創作し頒布させるインセンティブが減り、読者や視聴者の著作物の利用も減ってしまう、といわれてきた¹³²。著作権のインセンティブ論は、その支持者が自認している以上にその根拠が疑わしいものである。David McGowanの示唆的な論文によれば、経済的な観点から著作権法の個別のルールを正当化しようとする試みは、例外なく、最終的には直感や推測に依存している¹³³。著作権の経済的観点から

¹³¹ See Glynn S. Lunney, Jr., *The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the Digital Millennium Copyright Act*, 87 VA. L. REV. 813, 870–93 (2001).

¹³² See, e.g., I. Fred Koenigsberg, *The Fifth Annual Christopher A. Meyer Memorial Lecture: Humpty Dumpty in Copyrightland*, 51 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 677, 689 (2004).

¹³³ McGowan, *supra* note 127; accord Cohen, *supra* note 125.

の正当化は、それを裏付ける実証を欠いたまま、信仰される状態にまで高められたものでしかない。1998年の制定法が全ての著作権の保護期間を20年延長した結果¹³⁴、出版社は著作者に支払う前金を値上げし、映画スタジオも脚本家への報酬を値上げした、とっていえないことはないかもしれない。1995年の録音物のデジタル実演権に関する法律 (the 1995 Digital Performance Right in Sound Recordings Act)¹³⁵に対する反応として、ミュージシャンは音楽レコーディングの質を大幅に向上させた、とっていえないことはないかもしれない。McGowan 教授が主張するように「我々は何もデータを持っていないのだから、計算することもできないし、はっきりということもできないのである」¹³⁶。

著作権改正の賢明なアプローチはこのモデルを考え直すことかもしれない。クリエイターとユーザーの両方が、分配業者中心の著作権法によって虐げられているのであれば、そしてデジタル頒布技術によって多大な投資をしなくても大規模な頒布ができるようになったのであるならば、おそらく著作権制度の便益を再配分するべき時が来たということなのだろう。分配業者のコントロールを強化しても、クリエイターの生活を楽にしたり、クリエイターにより報いることになったりするわけではないように思われる。著作権ロビイストは近年の著作権の拡大によって読者や視聴者の著作物の利用行為が便利に、あるいは有益になったということを示していない。おそらく著作権の古典的なイメージは、過度に現実性を失わされてしまった結果、もはや有益なものとはいえなくなっているのだろう。それを便利にするために、どこか遠くに追いやられてしまったのだろう。

¹³⁴ Sonny Bono Copyright Term Extension Act of 1998, Pub. L. No. 105-298, § 102, 112 Stat. 2827, 2827-29 (17 U.S.C. §§ 302-304 (1994)) を改正し、ほとんどの著作物の著作権保護期間を著作者の死後70年にまで延長するものである。

¹³⁵ Digital Performance Right in Sound Recordings Act of 1995, Pub. L. No. 104-39, 109 Stat. 336 (codified as amended at 17 U.S.C. §§ 114-115 (2006)).

¹³⁶ McGowan, *supra* note 127, at 26. 仮に著作権のロビイング・ビジネスに従事する人が、そうした効果が証明可能だと信じているとすると、当然、そのようなデータを集めるはずである。おそらく、彼らはこの点に関して、議会を説得する必要すらないと思っているのだろう。

著作権者のコントロールをどうやって拡大するかを考えるより、なぜ拡大すべきなのかという点を問うべきであると筆者は提案する¹³⁷。提案されている著作権者の特権の拡大は、クリエイターの機会を拡大したり、読者や視聴者の著作物の利用を改善したりするのだろうか？著作権制度をもっと簡素で、効率的で、より透明なものにするのだろうか？著作権法は、表見的な正統性を増強する方向に設計されているように思われるだろうか？もしこれらの間に対する答えが否ということであれば、当該提案は現在の混乱を良くすることはなく、かえって悪化させるに違いない。

著作権制度が著作物の創作、流通、利用の促進を目的としているなら、現在の法が創作、流通、利用に課している負荷を減らすためにラインを引き直すことには意義があるかもしれない。現在の著作権の現状に深く染まっている人にとっては、こうした考えが危険なものに感じられるだろう。なぜなら創作、流通、利用に対する負荷は、著作権が「知識の発展」をする上での重要な手段だからである。このアプローチを進める上では、堅調な利用 (robust use) が著作権法のゴールと相反していたり、ゴールを損なうものだという考えを捨て去らなければならない。著作権の堅調な利用はそれ自体、著作権の核となるゴールなのであって、これまで分配業者にこれほどのコントロールを認めてきたのは、利用を促進するためのなのである。実際、仮に著作物に対する分配業者のコントロールがクリエイターとユーザーの利益を高めていることが明らかでないのならば、制度が実際にどう機能しているかに関する我々の考え方を考え直す必要があるように思われる。

[訳者付記]

本稿の翻訳は、明治大学文部科学省私立大学戦略的研究基盤形成支援事業 (平成23年度～平成27年度)「情報財の多面的価値と、創作・利用主体の役割を考慮した知的財産法体系の再構築」の成果の一部である。

¹³⁷ See Sara K. Stadler, *Forging a Truly Utilitarian Copyright*, 91 IOWA L. REV. 609, 664 (2006); Sara K. Stadler, *Incentive and Expectation in Copyright*, 58 HASTINGS L.J. 433 (2007).