

論 説

暗号化と表現の自由

——米国デジタル・ミレニアム著作権法を素材に——

大日方信春

はじめに——本稿の関心

一 D M C A

二 修正一条

三 フェア・ユース

四 パブリック・ドメイン

五 その他の問題

おわりに——やはり立法裁量か

はじめに——本稿の関心

一 著作権 (copyright) の設定は、情報 (information) に管理可能性をもたらすことで、その商品化 (commodification) を促してきた¹⁾。著作権法は、言論市場での表現取引の適正さを確保するための取引のルールである、理解できるであろう。そこには著作者、創作者の作品生産の誘因を確保する規定とともに、著作物利用者、後続表現者の利益をめぐる規定もある。前者の権利群を財産権的と捉えるならば、後者の権利群は表現権的²⁾、一応の類型化が可能であると思われる。

わたしは、著作権の設定という国家行為が、表現行為を助成する一方、反面、表現の自由を制約する側面がある³⁾と見ている。そこでとくに後者の側面 (著作権の設定は表現の自由を制約していないか) について、これまで少し論述してきた⁴⁾。ただ合衆国最高裁判所は、著作権法に表現の自由論を直截に照射することには、消極的態度を示している。

二 合衆国最高裁は、著作権期間を延長する法改正の適法性が争われた二〇〇三年の判決⁵⁾のなかで、以下のよう⁶⁾にいう。

「[今回の法改正でも] 連邦議会は著作権保護の伝統的概略を変更していない。[したがって] 修正一条の審査は不要である」⁷⁾。

この「著作権保護の伝統的概略」(traditional contours) とは、著作権法に修正一条との調整法が法定されて

いること、著作権を制限する「伝統的修正」条保護手段」(traditional First Amendment safeguards) が規定されていることを指している。前者のうち最も重要な調整法が「アイディア・事実／表現形式」二分法 (idea-expression dichotomy, 17 U.S.C. §102(b)) であり、後者のうち最も重要な保護手段が「フェア・ユースの法理」(fair use doctrine, 17 U.S.C. §107) である。著作権法に内在するこの二つの法理論の機能により、著作権と表現の自由という二つの価値は balancing されているというのであろう。ただそれは、この二法理が有意性をもつ限りでの均衡状態である、と理解すべきである。

三 一九九八年に合衆国議会は、本格的な「デジタル時代」の到来にあわせて、合衆国法律集第一七編に第二章を追加している。⁽⁹⁾ 同年一〇月二八日、往時のビル・クリントン合衆国大統領の署名をうけたこの法律は「デジタル・ミレニアム著作権法」(Digital Millennium Copyright Act of 1998⁽¹⁰⁾ 以下「DMCA」と略記。)と呼ばれている。

本法については「DMCA」で詳述しているので、ここではその概要だけ記しておこう。

DMCAの要諦は、その本稿の focal point は、その「回避禁止条項」(anti-circumvention rules) にある(17 U.S.C. §1201(a)(1)(2)(3))。この条項をもつDMCAは、デジタル著作物 (copyright works) に設けられたアクセス制限の回避行為を、さらにある状況下においては、そのような装置の作成 (manufacture) あるいは取引 (traffic) を、違法行為としている。ここで注意を要するのは、つぎのことである。すなわち、DMCAは著作権を侵害する行為を禁止しているのではない。そうではなく、DMCAは著作物に設定されたアクセス制限装置の「回避それ自体」を禁止しているのである。⁽¹¹⁾

ところで後続表現者には、著作物の使用について、いくつかの privilege が認められていた。その典型例が著作

権の客体は〈form of expression〉であるとした「アイデア・事実／表現形式」二分法、後続著作物の利用目的、形態などにより先行著作物の権利を制限するフェア・ユースの法理である。この二つの法理論にillustrateされる「著作権保護の伝統的概略」が有効性をもつとき、著作権と表現の自由の両価値はbalancingされていると言われてきた。

ある論者はDMCAを評して、つぎのように言う。「回避それ自体を禁止する〔DMCA〕は、ユーザーに与えられたprivileged usesを廃止してしまう権限を著作権者に与える法的効果をもつ」⁽⁸⁾。どういうことであろうか。

四 われわれは、自然言語を媒介にして、思想、感情、意思などの伝達、また他者のそれらを理解する営為を、日常的に行っている。この言語の表記形式として通常想起されるのは、音声または文字であろう。ところでコンピュータ・プログラミングの世界でも右記営為がなされている。ただそこでは、コンピュータ言語であるコード（code）という人工言語が用いられているという違いがある。

DMCAは、著作権の保護を意図しながらも、権利侵害行為を禁止するのではなく、著作物へのアクセス行為を制限している。著作権侵害を意図してのものでなくとも、著作物に組み込まれたaccess control deviseの回避方法を、プログラマーがコードを用いて表記することが、そこでは制限されているのである。DMCAは、コードによる表現行為を制約している、といえるであろう。

またDMCAは、デジタル著作物へのアクセスを制限しているために、著作物の表現形式をデジタル状態のままで使用することを制約している。ところが従来の著作権法理論はフェア・ユースの法理により、その目的、性質に応じて、他者の著作物の〈form of expression〉を用いての表現行為を許していた。さらにDMCAの効果は、デジタル著作物にあるパブリック・ドメインにまで及んでいる。

前述したように、合衆国最高裁は著作権法の「伝統的概略」に変更なきとき、修正一条の審査を不要としていた。では DMCA はどうか。この法律の制定は、著作権法で確保されていた著作権と表現の自由の balance に、影響を与えているように思われる。⁹⁾

本稿は、DMCA にある constitutional objections について探究しようと思う。

一 DMCA

一 「全世界的な知的財産権の保護の促進」を目指して、世界知的財産権機構 (World Intellectual Property Organization, WIPO) は、国連の専門機関として、一九七〇年に設立された。¹⁰⁾ その WIPO は、「文学的または芸術的作品についての著作者の権利の、効果的かつ統一的な方法での発展と維持を目指して」、一九九六年十二月二〇日にジュネーブで、WIPO 著作権条約 (WIPO Copyright Treaty、以下 WIPO 条約と略記。) を採択している。WIPO 条約二一条は「技術的措置に関する義務 (Obligations concerning Technological Measures)」の表題の下で、以下の規定をもっている。

【WIPO 条約二一条】「締約国は、著作者によって許諾されておらず、かつ、法令で許容されていない行為がその著作物について実行されることを抑制するための効果的な技術的手段であって、その条約又はベルヌ条約に基づく権利の行使に関連して当該著作者が用いるものに関し、そのような技術的手段の回避を防ぐための適当な法的保護及び効果的な法的救済について定める」¹¹⁾。

右記した WIPO 条約 11 条は、著作権者が技術的措置を用いて著作権を保護しようとした場合には、その措置が実効的なものになるような法制度の整備を締約国に求めるものである。⁽¹²⁾そこで合衆国議会は、家庭用 VCR を使用しての TV 番組録画がフェア・ユースであるとされた一九八四年の判決以降、米国法が技術的措置の回避装置の製造および販売に対する有効な規制たりえているか不確実であると考え、WIPO 条約の批准をうけて DMCA を制定したのである。

二 著作権者が技術的措置を用いて著作権の保護を企図したとき、一九九八年「デジタル・ミレニウム著作権法」(DMCA) は、当該コピーライト・プロテクション・システムの回避を禁止している。DMCA の規定は、技術的保護の回避に対して、三つの類型でもって対応している。17 U.S.C. §1201 に法典化された条文を抄録しておく。

1 第一類型は「回避禁止規定 (anti-circumvention provision)」である。17 U.S.C. §1201(a)(1)(A) は、著作権法 (合衆国法律集第一七編) で保護されている著作物へのアクセスをコントロールしている技術的措置の回避を禁止している (アクセス・コントロール規定)。この規定は、アクセス・コントロールの回避それ自体を禁止している点で、わが国の著作権法とかの国のものを弁別する特徴的規定といえよう。⁽¹⁴⁾

【17 U.S.C. §1201(a)(1)(A)】「何人も、本編 [合衆国法律集第 17 編] により著作権が付与されている著作物へのアクセスを効果的にコントロールしようとする技術的保護手段を回避してはならない。この規定は本法の制定後二年の後に効力を生ずるものとする」(DMCA は一九九八年一〇月二八日制定)。

ここでいう「著作物へのアクセスを効果的にコントロール (する)」について、DMCA はつぎのように規定している。「当該技術的手段がその動作の通常の過程において著作物へのアクセスを行うには、著作権者の許諾を得て情報を入力し又は手続若しくは処理を行うことを必要とする場合をいう」 (§1201(a)(3)(B))。

2 第二類型と第三類型は「取引禁止規定 (anti-trafficking provisions)」と呼ばれている。このうち第二類型となる 17 U.S.C. §1201(a)(2) は、いわゆる digital piracy の道具となるものの配布、販売を禁止している (アクセス・コントロール取引規定)。Gschley は、本法の下、コピーライト・コントロール・システムを回避しようとする装置や技術をもつなら、それが商業上重要な価値以外もたない場合、または、著作物に付されたコントロールを回避する方法とともに売買された場合には、そこには potential criminal liability があるとする。¹⁵⁾

【17 U.S.C. §1201(a)(2)】「何人も、つぎの各項のいずれかに該当する技術、製品、サービス、装置、部品の〔全部〕ないし一部の、製造、輸入、公衆への提供、供給、またはその他の取引をしてはならない。

(A) 本編〔合衆国法律集第17編〕により著作権が付与されている著作物へのアクセスを効果的にコントロールしようとする技術的手段の回避を第一の目的とするもの、または〔そのために〕製造されたもの。

(B) 本編により著作権が付与されている著作物へのアクセスを効果的にコントロールしようとする技術的手段の回避を除けば、商業上の目的または用法しかもたないもの。

(C) 本編により著作権が付与されている著作物へのアクセスを効果的にコントロールする技術的手段を回避するために利用すると認識する当該人、または当該人と提携する者により売買されたもの。」

右記三条文にある「技術的手段を回避する」について、【17 U.S.C. §1201(a)(3)(A)】は、以下のような定義を与えている。すなわち「『技術的手段を回避する』とは、スクランブルをかけた著作物のスクランブルを解除すること、暗号化した著作物を解説すること、もしくはその他の方法で、著作権者の許諾なく、技術的手段を無効にすること、迂回すること、除去すること、無力化すること、または阻害することという」と。

本条項は、わが国では不正競争防止法で規制されているアクセス・コントロール回避装置の取引行為を、著作権

法で規制する旨規定したものである。

3 第三類型に関する 17 U.S.C. §1201(b) は、第二類型とよく似た形体で規定されている。ただ違いは以下のところにある。第二類型 §1201(a)(2) は「本編〔合衆国法律集第17編〕により著作権が付与された著作物へのアクセスを効果的にコントロールする技術的手段」を回避しうる技術の取引 (traffic) を規制対象にしている。これに対して第三類型 §1201(b)(1) は「同第17編」による著作権者の権利を効果的に保護する技術的手段によって可能となる保護」を回避しうる技術の取引を法上禁止される行為形態としている。¹⁶⁾ この違いはなにか。両法条の *circumvention technology* の取引禁止という点は共通である。ただ前者 (第二類型 §1201(a)(2)) は、原著作物へのアクセスを防止するために設けられた技術的手段の回避を規制対象としている。すなわち、著作物に設定されたアクセス・コントロールを回避する技術的装置について、その提供、販売等を禁止している。これに対して後者 (第三類型 §1201(b)(1)) は、適法に取得された著作物の複製から (したがって原著作物へのアクセスは許容されている) さらに複製を作成すること、その他の著作権侵害となる行為形態を防止するために設けられた技術的手段の回避を規制対象としているのである。¹⁷⁾ 換言すれば、後者はいわゆるコピー・コントロールを回避しようとする装置の取引を禁止しているのである。(コピー・コントロール規定)。

三 本稿における行論にとって、つぎの規定も重要である。それは上述の諸条項の適用を限定するために設けられている。

【17 U.S.C. §1201(c)】「本編の」その他の権利などには影響はない。

(1) 本条のいかなる規定も、本編による権利、救済、限定、著作権侵害に対する抗弁、そこにはフェア・ユース「の抗弁」も含まれている。「これらに」影響を与えるものではない。

……(省略)……

(4) 本条のいかなる規定も、‘consumer electronics’、通信、またはコンピュータを用いて行われる自由な言論およびプレスの権利を、拡大または縮小するものではない。」

少し煩瑣ではあったが、本稿の後の行論に必要な限りで、DMCAの関連規定をここに詳述しておいた。それらは一面で著作権の保護規定とその限定規定という、あの balance を踏襲する法構造をもつようにも見える。ところが著作権を限定する、その意味で表現の自由を保護する規定群 (17 U.S.C. §1201(c)) は、その適用において実に心許ないものだったのである。

二 修正一条

1 コンピュータ・コードと修正一条

一 コードは、ある特定の機能の実施をコンピュータなどに求める、一連の指令からなる。コードの書き手であるプログラマーは、自らのアイデアを、コンピュータが具現化しうるようなコードとして表出している。コードもまた言語 (language) であることは、プログラマーも、そして法学者も、ともに認めているところである。⁽²⁾

DVD に設定された CSS の暗号を解除する DeCSS の source code および object code をウェブサイトに掲示 (post) したことが DMCA 違反にあたるとされた *Corley* 判決⁽³⁾、第二巡回区連邦控訴裁判所 (Jon O. Newman

裁判官)は、まず〈コードが修正一条の対象であるか〉の分析に着手している。これは修正一条の分析枠組の端緒には、問題の法令が修正一条で保護されている言論を制約するものであるのかという問を置くことが、定石であると考えたからであろう。⁽²³⁾ Corley 判決は、コードでなされたコミュニケーションも修正一条上の言論である、との結論を導き出している。⁽²⁴⁾ いわく、

「コミュニケーションは、それがただ単にコンピュータ・コードという言語でなされている (expressed) ことを理由として、憲法上の「言論」に含まれないことはない。「コード」で記述されている数式や楽譜も、換言すると、知識のない者には理解できない記号での表記方法でも、ともに修正一条が cover するものである」⁽²⁵⁾

たしかにコンピュータ・コードや数式、楽譜を解さぬ人もいる。ただそうであつたとしてもそれらで表記されたものが修正一条の保護を受けないとはいえない。「仮にコンピュータ・コードが修正一条の目的となつている〔保護を受ける〕典型的な言論 (conventional speech) と区別されるというなら、それはその言語が解しがたい (obscure) という理由にはよらない〔別の理由による〕」⁽²⁶⁾

二では〈コンピュータ・コードで書かれたプログラムも言論か〉という問題はどうであろうか。このことはつぎの理由により疑問が浮かぶ。「もちろん、コンピュータ・コードは文学作品を書くための言語とは違う。それは、第一義的には、コンピュータを実行させるプログラムのための言語である。それらプログラムはコンピュータへ指令 (instructions) を出すことを本質としている」のだから。⁽²⁷⁾

この点についても Corley 判決はつぎのように述べ、コンピュータ・プログラムを修正一条の保護のカテゴリに含めている。「コンピュータ・プログラムは、その指令がコンピュータの使用を求めているということだけを理由として、修正一条の言論のカテゴリから除外されることはない」⁽²⁸⁾。「コンピュータを機能させるよう指示を出すとい

うプログラムの性質 (capacity) は、information を伝送する²⁸⁾とはな²⁹⁾ないことを意味してはいない。それは information をも伝送³⁰⁾しているのであり、その³¹⁾とは「コードによる」 instructions を修正一条の意図する「言論」にしている」のである。

ここで *Cortez* 判決は、重要な視点を確定されている。ここではつぎの言説を見てみよう。³²⁾

「コンピュータ・コードのような instructions は、それはコンピュータにより実施されることを意図してのものであるが、しばしば人類による理解や評価も可能である information も伝送している」。

この言説から *Cortez* 判決は、われわれの認識可能性を基準として、修正一条の客体性を判定していることがわかる。プログラマー＝人間は、コンピュータへの instructions を発しているコードから、プログラミング・スキルを向上させる information を読み取り、コードとしての表出を通じて、他者とアイディアの交換をしている。そういった information の伝送を可能にするコードの表出は、修正一条で保護される言論である、というのである。

2 言論規制類型でみる DMCA

一 コンピュータ・コードに修正一条の客体性を認めた後、*Cortez* 判決は、表現の自由の限界に関する規制類型論をつぎのように展開している。

「表現行為に対する政府の規制は、仮にそれが規制された言論の内容と関係のない理由によるものなら「内容中立」であるという」。³³⁾「表現の内容には関連性をもたない目的に仕える規制であるなら、たとえ若干の speakers や messages に付随的な影響が出たとしても、〔内容〕中立であると考えられている」。³⁴⁾ここでは、規制されているも

のが表現であるか、行動であるか、あるいは、言論的要素と非言論要素が混ざっているといえる「営為 (activity)」であるかという、内容中立を判定する合衆国最高裁のアプローチが適用できるように思われる。

Corley 判決は続けて、コードという言論表出メディアの特性を捉えて、そこに speech/nonspeech component の混在を認めている。連邦控訴裁は、大要、つぎのように言っている。コンピュータ・コードは、コンピュータにあるタスクを果たさせるものである。この成果物は、インターネットを通じて、世界中の誰もが即座に利用可能になる。この成果物を得るために人間に求められる行為は、限定的である。すなわち、マウスをクリックするのみである。このコードの実体は、また、その通常の機能については、ある修正一条上の分析手法が適合的である。コードには非言論的要素と言論的要素が混在しているのである。

DMCA を言論内容中立規制と理解した連邦控訴裁は、Turner 判決に依拠して、その憲法適合性を判定する審査基準をつぎのように定式化している。⁽³⁶⁾ (①当該規制が政府の実質的な利益に仕えていること、②その利益が自由な表現の抑圧には関係していないこと、③言論に対する付随的規制が規制によって得られる利益にとって必要以上のものではないこと)。

この憲法適合性の判定枠組をもちいて、連邦控訴裁は、連邦地裁 (Universal II) が被告 Corley に発給した DeCSS をウェブ・ページ上に置くこと (posting) および DeCSS を置いているウェブ・ページとリンクを貼ること (linking) についてのインジャンクションを認容している (前者を posing 規制、後者を linking 規制と呼んでおく)。⁽³⁷⁾

II DMCA の anti-circumvention rules (17 U.S.C. §1201 (a)) は、speech component と nonspeech component を併有する、と判定されていた。このことは、連邦控訴裁の裁判書を執筆した Newman 裁判官だけでな

く、連邦地裁の裁判書を執筆した Lewis A. Kaplen 裁判官にも共通する見解である。⁽⁸⁷⁾そして彼らは、上述の DMCA は、コンピュータ・プログラムの nonspeech component を規制したものであるという。DMCA は、いわゆる表現行為の非言論的要素を規制しているのであり、であるならば、speech component に付随的な影響が出ても、言論内容に中立な規制として正当化される。Newman として Kaplen の思考基盤が、ここに見られている。この思考法に対して「言論は expressive であると同時に functional である」と評したのが G. Schley である。また彼が引証している R. Shockley も同じよういう。「仮にわれわれがコンピュータ・コードを言論であるというなら、それは expressive であり functional でもある。それはコンピュータへの指令を表出しているのである。Function を expression から分離させることはできない」。⁽⁸⁸⁾また彼女は「機能性 (functionality) は本来的にこの表現 (expression) にもある。それをあつさり分けることはできない」ともいう。⁽⁸⁹⁾

Schley・Shockley の言説の眼目、それは DeCSS プログラムを規制する DMCA の規定が言論内容に基づく規制である、と論じることにある。Schley に語ってもらおう。「連邦議会が DeCSS プログラムの functional element を仮に気に入らずそれを規制しようとしたなら、それはプログラマーの expression に基づく規制したことになる」。⁽⁹⁰⁾

DMCA が表現の内容に基づく規制なら、当該法律の修正一条適合性は、厳格審査基準のもとで判定されなければならない。上述の二論者は、口をそろえて、こう言っている。⁽⁹¹⁾

3 DeCSS は「保護されない言論」ではないか

Schley・Shockley は上述のように言うが、連邦地裁の Kaplan 裁判官は、DMCA が仮に言論内容に基づく規制であったとしても「裁判所では〔言論内容に中立的な規制と〕同じ審査基準が適用される」という。彼はこの言明箇所の末尾に註を付し、つぎのような議論を展開している⁽¹⁶⁾。

あるカテゴリーの言論は、その内容に基づき規制されている。それらは不正確ではあるが「保護されない言論」と言われてきている。⁽¹⁶⁾ わいせつや「けんか言葉」と名づけられたものが、このカテゴリーに含まれている。この種の言論に対する規制は「定義的」衡量の過程を通して、その憲法適合性が判定されてきた。それは自由な言論の価値と政府の正当な利益を比較するテストである。⁽¹⁷⁾ DMCA による「取引禁止規定」(17 U.S.C. §1201 (a)(2)&(b)(1)) が被告側の言うように言論内容に基づく規制であることを認めたとしても、やはり裁判所の判断は裁判書の通りであろう。

DeCSS のようなコンピュータ・プログラムは、作者のアイデアの表出であり、その speech component / nonspeech component の区別不可能を語るのが Schley・Shockley であった。この言説に与する者からすれば、DMCA の DeCSS 規制は、言論内容に基づく規制であり、厳格審査基準による憲法適合性審査が必要になる。ところが、Kaplan 裁判官は、厳格審査の適用を必要としていない。なぜなら彼によれば、DVD に設定されている技術的保護手段を回避する言論は、まさに「保護されない言論」にカテゴライズされるからである。彼が DMCA について厳格審査を回避できるとした論拠がここにある。

これに対して Shockley のつぎの言説は逞しい。「著作権を実際に侵害することは悪いことである。しかし、な

にが著作権を侵害することかについて知ることに、いかなる違法性もない¹⁴⁾。Shockley なら、DeCSS は「保護されない言論」にカテゴライズされるべきではない、と言うであろう。

三 フェア・ユース

一 仮に後続表現が先行著作物を無断利用したとしても、当該著作物の利用目的やその性質に照らして、当該利用行為が「公正である」と評価されるとき、後続表現に対する先行著作物の著作権の効力が否定される。これが「フェア・ユースの法理」(fair use doctrine)である。合衆国議会は、フェア・ユース判定のさいに考慮されるべき 4 factors を例示しつつ、一九七六年にこの理論を法定している¹⁵⁾。

著作物は、通常なら、著作権者の許諾なしに利用できない。著作権法は、著作物について排他的権利を設定し、それを特定の権利者に付与しているからである¹⁶⁾。ところが「フェア・ユースの法理」はこの排他的権利を限定する法理論である。仮に後続表現がフェア・ユース性ある利用形態なら、当該利用行為を著作権者はコントロールできない。その意味でフェア・ユースは、後続表現者に先行著作物利用についての privilege を付与するためのコントロールなのである。ところで後続表現者に与えられたこの privilege を DMCA は extinguish する効果をもっていると言われている。このことは後述する。

二 Corley 事件で控訴人は、DMCA がフェア・ユースを不適正に妨害しているので修正一条および著作権条項に反する、と主張していた¹⁷⁾。これに対して連邦控訴裁は、大要つぎのような理由から、DMCA は後続表現者から

フェア・ユースを奪うものではないとしている。

1 「控訴人は「フェア・ユース」を、著作権条項および修正一条による要求であるというが、連邦最高裁がそのような理解を示したことはない」。

連邦控訴裁は、連邦最高裁が確かに控訴人の関心をひきつけるような「ばらばらの言説」を述べてきていることを認めている。それは *Stewart* 判決の「「フェア・ユース」は、法が促進しようとしている創作性のまさに息の根を止めるような場合には、著作権法規の厳格な適用の回避を裁判所に許している」⁽⁸⁷⁾ や *Harper & Row* 判決の「修正一条の保護は、著作権性のある expression とそれを否定されている facts や ideas を区別すること、また、伝統的にフェア・ユースにより差し支えないとされてきた学問研究や論評に自由を認めることで、すでに著作権法のなかに具体化されている」⁽⁸⁸⁾ また *Campbell* 判決の「著作権保護のはじめから、著作物のフェア・ユースの機会は、著作権のまさに目的である『学術と有益な技芸の進歩を促進すること』を実現するために必要であると考えられてきた」⁽⁸⁹⁾ という裁判書のなかの一節である。ただ、これらはいずれもフェア・ユースが憲法上の直接的要請であることを基礎づけるものではない。

この点については、*Corley* 判決を引用している *United States v. Elcom*, 203 F. Supp. 2d 1111 (N.D.C.A. 2002)⁽⁹⁰⁾ も同様の見解を示している。さらに *Elcom* は *Sony* 判決での連邦最高裁のつぎの点の参照も促している。*Sony* 判決で最高裁はフェア・ユースを「エクイティ上の合理の原則 (equitable rule of reason)」であるとしていたのである。⁽⁹¹⁾

これに対して論者のなかには、上述した「ばらばらの言説」を捉えて、連邦最高裁がフェア・ユースを憲法上の要請であるとしている、と理解した者もある。⁽⁹²⁾ J. Boyle は、さらにフェア・ユースを理由に著作権法の修正一条

上の審査を不要とした *Eldred* 判決での合衆国最高裁の言説も指摘しつつこのように言っている。⁽⁹⁾ Boyle の筆は「のあと」DMCA がフェア・ユースの *privilege* を取り払う効果をもつことに向かうのであるが、このことも後述する。

2 〈Coley 事件の控訴人は、著作物をオリジナル・フォーマットでコピーすることがフェア・ユースの内実であるというが、そうではない⁽¹⁰⁾〉。

Coley の控訴人はフェア・ユースを著作物の *the finest version* へのアクセスを正当化する法理論と捉えているようである。ところが連邦控訴裁は、つぎのようにこの見解を否定している。「フェア・ユースは、利用者の好む技術を用いて、あるいは、オリジナルのフォーマットでコピーするために、著作物へのアクセスを保障するものとは、決して捉えられてはきていない」⁽¹¹⁾。

また *Elcom* 判決の見解も Coley と軌を一にしている。*Elcom* はつぎのようにいう。「……DMCA はフェア・ユースを削除していないし、誰かのフェア・ユースの権利を侵害するような実質をもちあわせてもいない。……DMCA は、誰かが著作物から引用することも、研究や論評を目的としてテキストを比較することも、妨害していない。利用者は電子ブックに関してはある種のフェア・ユースに従事することが困難になったと感じるかもしれない。けれども、それでもフェア・ユースはなお有効である」⁽¹²⁾。*Elcom* 判決のこの言説は、オリジナル・フォーマットへのアクセスをDMCA は確かに禁止しているけれど、当該著作物を論評したり、必要な引用をするといったフェア・ユースについて「DMCA は何らその有効性に変更をもたらしていないことを捉えてのものである」。

Coley・*Elcom* の見解には「R. Nimmer が賛意を表明している。彼はColey判決の「フェア・ユース」は憲法上の権利ではないとの見解および *Elcom* 判決のDMCA は引用や論評を禁止するものではないという見解を是認

したあと、つぎのように言う。「フェア・ユースは著作物 (material) を、それが便利であるからと言って、「それ」をデジタル形式のまままでとる権利ではない」⁽¹⁶⁾。二つの判決および Nimmer の見解の意味はよく分かる。DMCA はたしかにデジタル形式の著作物からアナログ形式で引用することを禁止してはいない。ただ一九七六年法にいうフェア・ユースの法理は、後続表現者が先行著作物のまさに〈form of expression〉を権利者の許諾なしに利用できる、という法益ではなかったであろうか。アナログ形式に変換しての利用に適用されないことを理由に、DMCA はフェア・ユースとも親和性ある法規定であると言えるのであろうか。

また *Corley* 事件の控訴人は、access controls を回避したあとの著作物利用がフェア・ユース目的であるなら、当該回避行為は著作権を侵害するものではない、とも主張していた。⁽¹⁷⁾ それが 17 U.S.C. §1201(c) の意味であるというのである。ところが連邦控訴裁は、つぎのように判示し、控訴人の主張を一蹴している。「DMCA のターゲットは、著作物を保護している digital walls の回避である (そして、回避道具の取引である)。回避が起こったあとのそれらの利用に、DMCA 自体は関係ない」⁽¹⁸⁾。つまり、DMCA はデジタル著作物に付された技術的保護装置の回避を規制しているのである。その装置の回避が適法であろうと違法であろうと、ひとたび保護装置が解除された後のコンテンツのフェア・ユースに DMCA は影響しない。このことを 17 U.S.C. §1201(c) は規定している、⁽¹⁹⁾ というのである。ある論者はここに注目し、フェア・ユース目的での行為に DMCA を適用しないとしているようにも読める 17 U.S.C. §1201(c) にひいて、それは「訓示的なものにすぎず」⁽²⁰⁾ 17 U.S.C. §1201(a), (b) の「適用範囲を制限する法的効果は、ほぼ無に等しいともいえる」と評価している。⁽²¹⁾

デジタル著作物の技術的保護装置を回避することは、DMCA で禁止されつつある (17 U.S.C. §1201(a), (b))。但し、ひとたびその装置が解除された後のデジタル著作物のフェア・ユースは DMCA も許しつつある (17 U.S.C. §

1201(c)」。DMCAのこの条文構造の中で、第二二〇一条(c)項の法的効果はいかほどか。DMCAのなかで後続表現行為との価値を衡量した結果にみえる該の条項の有意性は、実に心許ないものといえないであろうか(「DMCA」本文参照)。

三 Boyleは、著作物のthe finest versionにアクセスすることがフェア・ユースのなかに含まれているはずだという、Coley事件の控訴人の立論に苦言を呈している。重要なのはこれではないと言うのである。少し彼に語ってもらおう。

「問われるべきなのは(Coleyでの控訴人がしたように)作品のpreferred versionへのpractical accessの権利が憲法上の保護を受けるかどうかではない。そうではなく、連邦議会が(以下のような性質をもつ)知的財産権を著作権者に与えたことが、修正一条に違反しないかということである。それ(問われるべきこと)は著作権法が一般に憲法適合的であるために必要とされたフェア・ユースおよび他の諸規定(の適用)にある形体の著作物について除外するというような(性質をもつ)知的財産権を連邦議会が権利者に与えたことである」⁽²⁾。

右記引用からわかること、それはBoyleがDMCAのaccess controls回避禁止規定を、立法者による新しい知的財産権の創設と見た、ということである。このような新しい権利の創設は、反面で、後続表現者の表現の自由を制約するはずである。だから彼は、この点を修正一条の法理論で査定すべきであると言うのであろう。

同じ視点はY. Benklerの論説のなかにも見られる。彼は技術装置それ自体の回避を制限したDMCAの法的効果をつぎのように分析している。「回避それ自体を禁止したことの法的帰結は、(後続)利用者のprivileged usesを無効にする権限を著作権者に与える(ことになった)」⁽³⁾。

DMCAは、後続表現者のフェア・ユースのprivilegeを剥奪する効果をもつ。本稿もこの視点に賛同している。

また DMCA は、デジタル形式の作品に物理的に設定されたアクセス制限を、保護している。それはちょうど、入場料を払わなければ美術館に入館できない（したがってその展示品を鑑賞できない）ことによく似ている。前述の Boyle は、この点を捉えて、DMCA は知的財産を有体物のように扱っていると言っている。⁽¹⁾やはり DMCA は「著作権保護の伝統的概略」を変更しているのではなからうか。

フェア・ユースの法理は、その背後で、表現の自由という憲法上の権利に裏打ちされている。⁽¹²⁾当該憲法上の価値を縮減するような法的効果をもつ規定を、連邦議会は、著作権条項（U.S. CONST. art. I, §8, cl. 8）に基づき制定できるのであろうか。この点については「五 その他の問題」で論述している。

四 パブリック・ドメイン

一 パブリック・ドメイン（public domain）とは、著作権の客体性をもたない、または、保護要件に欠けている（form of expression）のことである。そこには著作権期間が満了したものもあれば、獨創性に欠けるものもある。前者については優れた創作物について後世代に自由利用を認めるために、後者についてはそのこと自体を理由にして、いわゆる「ロモンズ」とされている。

Benkler は、information がパブリック・ドメインであるということの法的効果を、つぎのように説いている。

「誰も、その条件に適う information をある特定の仕方で利用することについて、他者を排除する権利を持たない。言い換えると、その information がパブリック・ドメインなら、すべての利用者がその利用について

等しい privilege をもつ」。

パブリック・ドメインの対概念は、エンクロウズド・ドメイン (enclosed domain) であろう。Benkler に倣えば、この状態にある information には、誰かに排他的権利が設定されていることになる。したがって、法上の例外を除けば、他の誰もが権利者の許諾なしに当該 information を利用することはできない。

わたしは、information の囲い込み (enclosure) および私物化 (privatization) には、深刻な constitutional objections が生じていると考えてきた。

II DMCA は、デジタル著作物へのアクセス制限装置を回避すること、および、回避装置の取引を、違法行為としていた。それは回避後の著作物の違法利用／適法利用を区別することなく、アクセス制限を回避することそのこと自体が規制対象であった。この法的効果は、デジタル著作物の中にあるアイデアや事実を含めたパブリック・ドメインにも及んでいる。

ところで連邦憲法一条八節は「連邦議会は「(つぎの) 権限を有する」との柱書に続けて【著作権条項】として第八項をつぎのように規定していた。「著作者に、その著作物に対する排他的権利を一定期間保障することにより、學術の進歩を促進すること」。

わたしはこの条項を試みにつぎのように書き換えることで、このなかにある【目的・手段】の關係が鮮明になることを指摘したことがある。すなわち〈連邦議会は「著作者に、その著作物に対する排他的権利を一定期間保障する」という手段で「學術の進歩を促進する」という目的を遂行する権限を、連邦憲法一条八節八項により付与された」と。この【手段節】にあたるところが、著作権である。著作権は、著作者に一定期間保障された、排他的権利である。ここで「一定期間」に注視されたい。著作権は保障期間が限定された財産権なのである。表現者による〈form of expression〉に著作権という財産権を設定したのは、これが経済学という公

共財の性質をもつ表現の（したがって市場では過少生産されるかもしれない）、言論市場への供給が増える誘因になればとの政策からである。また財産権であるにも関わらず著作権に保障期間があるのは、期間切れの〈form of expression〉をパブリック・ドメインとすることで、後続表現者の自由利用を認めるためである。これがさらなる「学術の進歩」に仕えると連邦憲法は言うのである。⁽⁶⁾ このことはよく知られたことであろう。

しかしDMCAには、著作権という期限つき財産権の、その期限を取り払う効果があるようである。再びBoyleに語ってもらおう。

「DMCAは、著作権を期限のないものにする効果をもつ。なぜなら、仮に著作権期間が切れたとしても、暗号化は依然として適法に保護されており、またたとえばDeCSSのような道具は、それはパブリック・ドメインとなった表現物へのアクセスを可能にするものであるが、法に反するものとされるのだから」。⁽⁷⁾

連邦憲法は、右記したように、著作権を「一定期間」に限る排他的権利としている。これはmonopolyを強く警戒していた「建国の父」たちの意思でもある。だからこそ著作権というmonopolyは「一時的なものでなければならぬ」とされたのである。⁽⁸⁾ ところがBoyleは、DMCAには著作権を無期限化する効果がある、というのである。

三 この点について裁判所ではどのように扱われたであろうか。Corley判決の控訴人は、DMCAについて、それは著作権条項が連邦議会に与えた権限（「一定期間」の著作権を設定する権限）を超えるものである、との立論を展開している。⁽⁹⁾ それは、CSがパブリック・ドメインと著作権あるもの（copyrighted materials）を区別することなく、それらの利用制限を著作権者に可能にさせており、それをDMCAがエンフォースしているという法的構造を捉えての議論であると推測できる。⁽¹⁰⁾ DMCAは、本来自由利用が許されるはずのパブリック・ドメインの、

その自由利用を規制する効果をもつというのである。

ただ本件における第二巡回区判決は、右記立論を審議するに至っていない。その理由は、控訴人が当該主張を正式な形で提起していないことに加えて、以下の点にあるようである。「その主張は完全に時期尚早で推論的なもの (premature and speculative) である」。「原告がパブリック・ドメインにあるもののコピーを妨害しようとしていたとか、injunctionで被告がそれをコピーすることができなくなつたと主張されてはいないし、いわんやその証拠もな⁽⁴⁵⁾」。

ある論者は「実際問題としては、これが一番大きな問題といえるであろう」と評価している。⁽⁴⁶⁾ パブリック・ドメインに対するDMCAの効果であるだけに、Corte⁽⁴⁷⁾ 判決での問題棚上げが残念である。

またEldred⁽⁴⁸⁾ 判決では、DMCAの制定後も依然として、デジタル形式で表出されたパブリック・ドメインの利用については変更がない、との回答が示されている。加州南部地区連邦地裁の見解に少し耳を傾けてみよう。「パブリック・ドメインにあるものは、[DMCAの制定後も] パブリック・ドメインのままである。それを表現することに対する知的財産権は誰にも与えられていない」。⁽⁴⁹⁾ 「発表者 (Publisher) は、その著作物を特定の電子形式でコピーすることに對する技術的保護を得ただけである」。⁽⁵⁰⁾ 「パブリック・ドメインにあるものが限定された形式でしか発表できなかったとしても、そのことはパブリック・ドメインからそれを取り除いたことにはならない。たとえそのことが特定の電子的コピーに對するコントロールを、発表者に許すことであつたとしてもそうである」。⁽⁵¹⁾

開けない共有のもの。パブリック・ドメインにあるものが「コモンズ」であるとされたのは、誰の自由利用も排除しないからであろう。でもDMCAによる著作権保護システムは、デジタル形式のものにまるで「有刺鉄線」(Barbed wire) を張り巡らしたかのようである。それは著作権者が既にもっている法的保護に「物理的」保護シ

システムを仕組んだかに見える⁽⁹¹⁾。しかし連邦議会にはこのような法規制をする権限があるのであるだろうか。少なくとも著作権条項（一条八節八項）から、このような規制権限を導き出すことに、疑義はないであろうか。

五 その他の問題

一 DMCAは、デジタル著作物に設定されたアクセス・コントロール装置の回避および回避技術の取引を規制していた。したがってDMCAは、言葉の正確な意味では、著作権に関する規定ではない。それはアクセス・コントロールを保護し、それを回避する行為それ自体を規制しているのであり、著作権の内容を変更するものではない⁽⁹²⁾。DMCAの制定後も、フェア・ユースについて、またパブリック・ドメインの自由利用について、なんら変更はないとしてきた裁判所の見解も、この理解と平仄があう。

二 ところで本稿ないで論述したように、連邦憲法は創作活動の誘因となることを目的として、著作権という手段の設定権限を、連邦議会に付与していた。連邦憲法一条八節八項が連邦議会に付与した権限は、こうした著作権設定権限に、ある意味で限定されているはずである。繰り返しになるが、DMCAは、著作権に関する規定ではない。そうであるならDMCAの制定は、憲法が連邦議会に付与した権限を逸脱する、違憲の立法行為ではなかろうか。Ecom判決の被告側が展開したのはこの立論であった⁽⁹³⁾。

これに対してEcomの原告側は、連邦政府の州際通商権限（一条八節三項）に関するLopez判決⁽⁹⁴⁾を引用しつつ、DMCAは「通商条項」（commerce clause）による立法権行使であるという⁽⁹⁵⁾。「通商条項」により連邦議会に与え

られた州際通商権限は、通常は広範囲に及ぶと理解されてきている（註94で *Lopez* 判決の理解を参照されたい）。但し、もちろん無制限ではない。「連邦議会は憲法上の制約を無効にするまたは回避するような仕方、その権限を行使することはできない」のである。では DMCA は「通商条項」に基づく権限行使として正当化できるであろうか。

三 この点について、*Eicom* 判決は、大要、つぎのように判示している。

まず第一に、DMCA が州際通商権限の行使といえるかについて。加州南部地区連邦地裁はつぎのようにこれを肯定している。「DMCA は、州間での通商および外国との通商に、実質的な影響のある行為を禁止している」⁽⁹⁵⁾。DMCA の規制対象である技術的保護の回避装置を取り（*trafficking*）することや売買する（*marking*）は、通常それらは on-line を用いてのものであるだけに、州を超えての通商に直接的な関連性をもつというのであろう。*Eicom* は第二に、DMCA の制定が通商権限の行使であったとしても、それが知的財産権条項で課されている制約を逸脱するものではないかについて判断している。連邦地裁はつぎのよういう。「仮に知的財産権条項と『根本的に相容れないわけではない』法律を連邦議会が制定したなら、その法律は議会権限の違憲的行使とはいえない。他方、仮にその法律が他の憲法上の規定の要求と『通約不可能に相容れない』ものであるなら、他のすべての点は通商条項により正当化されるとしても、それは立法権限を逸脱する法制定であるといえる」⁽⁹⁶⁾。そして *Eicom* 判決は、DMCA の制定が「海賊行為」や著作権侵害行為を可能にする道具の取引を防止することで著作権者の排他的権利を保護することを目的としたものであり、これは知財条項の目的とも軌を一にするものであるとして、通商条項による DMCA の制定が、他の憲法上の要求とは相容れないものではないとの判定を下している⁽⁹⁷⁾。

四 DMCA は、知財条項により課された議会権限への制約に抵触するものではない。したがって、州際通商権

限による DMCA の制定は、連邦議会の憲法上の権限を逸脱するものではない。これが *Elcom* 判決の結論である。⁽⁸⁾ DMCA は、言葉の真の意味では著作権に関する規定ではない。それなら「著作権条項」(一条八節八項)に基づく権限行使とは言えないはずである。先述したように、ここから DMCA を制定する権限は連邦議会にあるのであろうか、という疑義が浮かんた。「五 その他の問題」でともに *Elcom* 判決を取り上げて検討したのはこの問題であった。DMCA は「通商条項」(一条八節三項)による権限行使であり、それは憲法上正当な権限行使である。これが *Elcom* の回答である。

おわりに——やはり立法裁量か

一 コンピュータへの作用を意図している人工言語も、われわれの認識に作用する。*Cortley* 判決は、コンピュータの后者の性質に修正一条の客体性(speech elements)を認めたのであろう。したがって、それを規制する DMCA も表現の自由の法理で査定されなければならない。本稿の着眼点はここである。

デジタル著作物に設けられたアクセス・コントロールの回避等を規制する DMCA の該当規定は、言論付随的規制(言論内容中立規制)であるというのが、*Cortley・Elcom* 判決の回答であった。したがって、この類型の言論規制について適用されてきた憲法適合性審査の枠組を用いて、両判決は、DMCA について合憲判決を下している。

本稿「二 修正一条」で論述したように、DMCA は言論付随的規制かもしれない。そして〈言論に対する付随的規制によって得られる利益と失われる利益〉を衡量するなら、デジタル形式での表現行為がこれほどまで一般化

した現在に、DMCA およびそれに類似する言論規制が不必要であるとは言えないであろう。

ところが《著作権と表現の自由の価値衡量》という枠組からDMCAを見たとき、両価値の間隙には注視されるべき問題がなお残留している。それがBoyle・Benklerが指摘した¹⁰⁾と、DMCAは「著作権保護の伝統的概略」を変更しているのではないか、という問題である。

「著作権保護の伝統的概略」とは、一面で表現行為に対して負の効果をもつ著作権と、表現の自由を調整する法理論のことで、合衆国最高裁は、おもに「アイディア・事実／表現形式」二分法およびフェア・ユースの法理が有効に機能していることをもって、この「概略」に変更はないとしていた¹¹⁾。それは著作権が表現行為に与える負の効果について、修正一条の査定を不要とする理由を示しての言説であった。

しかし右記したように、Boyle・Benklerは、DMCAはこの「伝統的概略」を変更している、ということ。そのことを詳述したのが「三 フェア・ユース」および「四 パブリック・ドメイン」である。でも、では彼らはDMCAの憲法適合性審査をどのように展開すればよかったというのであろうか。

本稿の残された紙幅では、この問題に解答する余力をもたない。このことは他日を期するしかないようである。

ここでは、DMCAが言論付随的規制であるというなら、それに適用される憲法適合性審査の枠組のなかでの解法を模索しておきたい。

二 表現に対する付随的規制について、合衆国最高裁は、厳格審査基準による必要を認めていない。その最高裁の見解を引証してCortely判決は、内容付随的規制の憲法適合性判定基準を、つぎのように定式化していた。すなわち、それが政府の実質的な利益に仕えていて、その利益が自由な表現の抑圧とは関係がなく、さらに、その規制が「政府の正当な利益を促進するために必要となる以上に言論に負担を課することのないよう選ばれた手段¹²⁾」と整合

している場合に憲法適合性を有する⁽¹¹⁾。

ここで注目するのは立法目的達成のための手段である。表現規制法令の憲法適合性を厳格審査基準で判定しようとする場合、当該法令は規制対象である表現行為に対して、「最も制限的でない手段」(the least restrictive means)であることが要請されている⁽¹²⁾。ところが厳格審査をとらない場合には、この要件が課されることはない。Corley 事件の *amici curiae* は、DMCA の posting 規制について、より制限的でない規制手段の存在を指摘しつつ、憲法上の疑義を唱えていた。ただ連邦控訴裁は、つぎのように一蹴する。「内容中立規制なら、政府の目的を遂行するための、最も制限的でない手段を要求されない⁽¹³⁾」。そう軽々に論じてよいのであろうか。

ここでは Shockley の見解を引証しておこう。彼女は〈なかが著作権侵害かを知るのは悪いことではない〉と述べ、その意図をつぎのように示している。「われわれはある人を、著作権を侵害する方法を知ったことを理由に処罰できない。また著作権を侵害する方法を他者に教えたことを理由として処罰できるとすべきでもない。ここまではなら何ら違法行為を侵してはいないであろう。われわれは権利侵害者その人に焦点を合わせる必要がある。Copyrighted material の侵害方法に関する知識を、実際にもちいた者が処罰されるべきなのである⁽¹⁴⁾」。

Shockley の論理は説得力をもつように思われる。但しこの点については、Corley 判決の Newman 裁判官も裁判書のなかで、つぎのように触れている。「政府は他の方法で、著作物への不正アクセスを禁止することもできる。たとえば、不正アクセスを行った者に刑事上または民事上の責任を負わせることにするなどの⁽¹⁵⁾」。Corley も、DMCA の posting 規制が不正アクセスを防止するために absolutely necessary である⁽¹⁶⁾とは言えない⁽¹⁷⁾ことを、知っているのである。それではなぜ、そのことが DMCA の憲法適合性を判定するときに、反映されなかったのであろうか。

三 Corley 判決の裁判書中、DMCAと修正一条の関係を述べた最終盤で、Newman 裁判官は、つぎのような注目すべき見解を表明している。著作権法と憲法上の価値を診る裁判所の思考基盤が現れていると思われるので引用しておく。それは重要でも実質的でもある政府目的を達成するための法上の手段を選択する立法行為について、つぎのように言う。

「この選択に当面したとき、われわれはつぎのことを心に留めている。それは、われわれが〔右で〕認めたその選択に含意されている公共政策の問題を解決するのは、われわれではないということである。それは連邦議会である。われわれの任務は、連邦議会による立法的解決が……修正一条による制限に一致しているかを判定することであり、われわれ〔の任務〕はそれで果たされるのである」⁽⁶⁾。

言論付随的規制なら、規制目的達成のために法上とられた手段は、規制される言論行為との関係で「最も制限的でない手段」(least restrictive means)であることを要請されていない。そこでは目的にとって〈必要以上の負担〉を言論に課してはならないとされているだけである (less restrictive alternatives)。そして Corley からの右記引用部分を読むと、法律制定にあたり議会が言論行為にとって〈必要以上の負担〉となるかどうかを判断しているそのことに、相当程度の立法裁量を認めているようである。

ところが著作権法および広く知的財産権法制には、公共選挙論の文脈でいう「少数派のバイアス (Minoritarian Bias)」があるといわれている⁽⁷⁾。これは当該権利群の保護水準を決する立法過程において、本来は少数者であると考えられる権利者団体の声が強く反映され、多数者であると考えられる一般表現者の意見が反映されていないことを捉えての言説である。この立論を前提にすると、利害関係者によるいわゆるロビーイングに一般表現者の表現の自由は、大きく左右されそうである。また前述 Corley も併せ読むと、裁判所はこのことを、結果として容認して

いるようにも思われる。

裁判所は利害関係者のロビーイングに対する耐性が強いと言われている。仮に著作権法に「少数派のバイアス」があるなら、一般表現者の自由を保護することは、裁判所に頼るしかなさそうである。でも裁判所は「法を語る口」である。そこには立法者の政策判断を覆すための法理論が必要とされている。Boyle・Benklerも、そして本稿も、この法理論を探究することが今後の課題となろう。

(註)

- (1) See Diane Leenheer Zimmerman, *Information as Speech, Information as Goods : Some Thoughts on Marketplaces and the Bill of Rights*, 33 WM & MARY L. REV. 665, 668 (1992).
- (2) 大日方信春「著作権をみる憲法学の視点について」熊本法学一一四号(二〇〇八年)一頁以下、同「著作権と表現の自由の調整原理(一)・(二・完)」熊本法学一一六号一頁以下、一一八号(二〇〇九年)八九頁以下を参照。
- (3) Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003).
- (4) *Ibid.*, at 221. (「」は引用者による。以下、同じ)。
- (5) 米国は一九八〇年の著作権法改正でコンピュータ・プログラムの保護を規定して以来、デジタル社会の到来に対応するよう、著作権をめぐる法制度を整備してきている。文化庁長官官房著作権課内著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室編「著作権法・不正競争防止法改正解説 デジタルコンテンツの法的保護」(有斐閣、一九九九年)一三九頁にはこの概要が一覧表の形式で示されている。
- (6) Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998).

D. Nimmer は、DMCA の制定について、「一九七六年の法改正以降、most sweeping な法改正である」と評している。
See David Nimmer, *A Riff on Fair Use in the Digital Millennium Copyright Act*, 148 U. P.A. L. REV. 673, 674 (2000).

(7) 著作物に設定されたアクセス・コントロールの保護は、WIPO条約上の義務ではない（『著作権法・不正競争防止法改正解説』前掲書（註5）一四一頁）。ただこのことについて、米国はDMCAで、わが国では不正競争防止法で規定しているもので、ここで少し触れておく。

平成十一年の著作権法改正により、わが国でも著作物の「技術的保護手段」（二条一項二〇号）の回避に関する一定の行為は、刑事罰の対象にされている（一二〇条の二第一・二号）。またこのような技術的保護手段の回避を行うことにより可能となった複製を、その事実を知りながら行った場合には、たとえそれが私的使用のための複製であったとしても、民事上、違法行為とされるようになった（三〇条二項二号）。

ところでわが国の著作権法一二〇条の二で刑事罰の対象とされている行為は、技術的保護手段の回避を行うことを専らその機能とする装置およびその機能をもつプログラムの複製物を、公衆に譲渡または貸与等すること（二号）、業として技術的保護手段の回避を行うこと（二号）である。また同じく平成十一年に改正された不正競争防止法で「不正競争」（二条一項一〇・一一号）とされた行為も、「技術的制限手段」（二条七項）の解除を可能にする機能のみを有する装置若しくはプログラムを譲渡等することである。

これに対して、後述するように、DMCAは、技術的保護手段の回避を行う装置等の譲渡、貸与といった行為だけでなく、技術的保護手段を回避することそれ自体を違法行為としている（17 U.S.C. §1201(a)）。ある論者は、わが国とかの国の規定より比較して、「（DMCA）は、わが国の著作権法・不正競争防止法よりかなり広範囲で、DRM（デジタル・デー

タの利用をコントロールする技術 (Digital Rights Management) —— 引用者挿入」の回避を違法としている」としたあと、つぎのような評価を下している。「米国著作権法は、著作物へのアクセスという行為について著作権者の意思にかからしめる方向へ大きく踏み出したのである」(野口祐子「デジタル時代の著作権制度と表現の自由——今後の知的財産戦略に当たって考慮すべきバランス(下)」NBL七七八号(二〇〇四年)三三、三三頁。

- (8) Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use : First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, 74 N. Y. U. L. Rev. 354, 421 (1999).

- (9) 本稿と同じ視点を用いた JAMES BOYLE, *THE PUBLIC DOMAIN : ENCLOSING THE COMMONS OF THE MIND* 110 (Yale University Press, 2008) も参照。

D. Farber は *Eldred* 判決法廷意見の言明「(今回の法改正でも) 連邦議会は著作権保護の伝統的概略を変更してゐない。(したがって) 修正一条の審査は不要である」(537 U.S. at 221) の implication を「(ききよめに explicate) する」(この言明が意味するところは明確であると思われる。(すなわち) 連邦議会がこの概略を変更したとき、修正一条上の審査が必要とされる (615頁)」。Daniel A. Faber, *Conflicting Visions and Contested Baseline : Intellectual Property and Free Speech in the "Digital Millennium"*, 89 Minn. L. Rev. 1318, 1349 (2005).

- (10) 世界的財産権機構を設立する条約 (WIPO 条約) は一九六七年に採択され、一九七〇年に発効している。See <http://wipo.int/about-wipo/en/index.html> (last visited Feb. 10, 2010).

- (11) 訳文は「社団法人著作権情報センターのものを参照してください」 See <http://cric.or.jp/db/article/wch.html#11> (last visited Feb. 10, 2010).

- (12) See Glenn M. Schley, *The Digital Millennium Copyright Act and the First Amendment : How Far Should Courts*

Go to Protect Intellectual Property Rights? 3 J. HIGH TECH. L. 115, 124 (2004).

(13) See Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

(14) 蘆立順美「アメリカ著作権法における技術的保護手段の回避規制とFair Use理論」法学六六巻五号（二〇〇二年）四九七、五〇〇頁は「アクセスプロテクションの回避行為そのものが禁止される点で、わが国よりも規制範囲が広いという特徴を有する」と評価している。また前掲註（7）およびその野口祐子の評価も参照。

また、相山敬士「コモンスのための著作権法の基礎理論」クリエイティブ・コモンス・ジャパン編「クリエイティブ・コモンス デジタル時代の知的財産権」（N-TT出版、二〇〇五年）九五、一一二頁は、技術的保護手段の保護について、それは「従来の著作権侵害行為のカテゴリーからみれば、予備ないし補助行為といった行為を規制の対象とするものである」と評価している。

(15) See Schley, *supra* note 12, at 125. Schley の言説は、17 U.S.C. §1204 が刑事罰をもち、§1201, 1202 をエンフォースしていることを捉えているのである。

(16) See Universal City Studios, Inc. v. Corley, 273 F.3d. 429, 441. See also 1 MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT §12A.03[C] (1999).

(17) *Ibid.*

(18) See Schley, *supra* note 12, at 129. See also Ryan Christopher Fox, *Old Law and New Technology: The Problem of Computer Code and First Amendment*, 49 UCLA L. REV. 871, 877-879 (2002).

(19) 米国の映画産業界にDVD (Digital Versatile Disc) の技術がもたらされたのは一九九〇年代のはじめであるという (see 273 F.3d, at 436)。DVDは「視覚的、聴覚的品質において、貯蔵容量の面で、また耐久性の点でも、アナログ形式によ

る従来のものに比して、より優位なデータ配信を可能にした。

ところが映画産業界は、ある「懸念」(worry)も抱えていた (Rachel Simpson Shockley, *The Digital Millennium Copyright Act and the First Amendment: Can They Coexist?*, 8 J. INTEL. PROP. L. 275, 278 (2001))。デジタル形式の映像なら、継続的にそのデータを複製しても、品質の劣化は生じない。「事実上の完全な複製」(273 F.3d, at 436)のリスクが生じたのである。ある論者はつぎのように言い、映画産業界の「懸念」の根元を明らかにしている。いわく「電子情報システムは、世界中にいる無限の受領者へのデジタル化された著作物の完全な複製の提供を、一個人に可能にさせた」(Carolyn Andreppont, *Digital Millennium Copyright Act: Copyright Protection for the Digital Age*, 9 DEPAUL-LCA J. ART & ENT. L. POL'Y 397, 400 (1999))。

このような状況下にあった映画産業界は、映像著作物を digital piracy から守る装置が開発されるまで、デジタル形式を用いて映像を提供することを躊躇っていたのである。

(20) 映画産業界に第一の福音 CSS (Content Scramble System) がもたらされたのは、一九九六年のことである。CSSとは、DVDの内容を暗号化する一連の keys により形成されたアルゴリズムを機能させることにより、DVDの内容を digital piracy から保護する暗号化スキームである (see 273 F.3d, at 436, see also 82 F. Supp. 2d, at 214)。

このアルゴリズムを組み込んでいないプレイヤーでは、CSSを内蔵したDVDを再生できない。またこのCSSプログラムは、暗号解除装置なしでは、DVDの内容を複製することを不可能にしている。「この暗号化装置の開発は、映画産業界の懸念 (fears) を緩和することに、成功したのである」(Shockley, *supra* note 19, at 279)。CSS プログラムを内蔵したDVDを映画産業界が積極的に制作したために、DVDは、瞬く間にそれまでのアナログ形式のものに取って代わる地位を得ている。

映画産業界にもたらされた第二の福音とは。一九九八年に合衆国議会は、たとえばCSSといった、コピーライト・プロテクション・システムの解除を企図した装置の開発および使用を禁止している。これが本稿の関心を寄せているDMCAである。この具体的規定内容については、「DMCA」で詳述した。

(21) 映画産業界がCSSを組み込んだDVDで活気づいていた。一九九九年一月に、当時一五歳のノルウェー人Jon Johansenは、CSS解除装置が組み込まれていないDVDプレイヤーでDVDを再生する方法を発見した。彼はインターネットを通して知り合った二人と協力して、CSSの暗号を解除するkeys and informationをそれが組み込まれたプレイヤーから抜き出すことに成功したのである。彼はその暗号解除プログラムを用いて、CSSで暗号化されているDVDを、正規の暗号解除装置を組み込んでいないunauthorized playerでも再生可能にするプログラムDeCSSを書いている(see Schley, *supra* note 12, at 127-128; see also Shockley, *supra* note 19, at 279, 273 F. 3d, at 437)。

DeCSS制作後、Johansenはこれを自らのウェブサイトで公開(posted)しつづける(Johansenはノルウェーの刑法、四五条違反の嫌疑により起訴された。しかし、第一審および控訴審とも、無罪の判決をうけている。Johansen事件の詳細については、相内武達「DVD-Johansen 判決からみるアメリカ著作権法の著作物・著作権概念(1)」早稲田法学会誌五八巻二号(二〇〇八年)一頁以下を参照。なお、ノルウェー刑法一四五条は「クリエイティブ・コモンズ」(前掲書(註14)二五頁(注421)に英訳文がある)。その後、このプログラムは、インターネット上の多くのウェブサイトで利用可能になったと云ふ(see David A. Petteys, *The Freedom to Link 2: The Digital Millennium Copyright Act Implicates the First Amendment in Universal City Studios, Inc. v. Remondes*, 25 SEATTLE U. L. REV. 287, 295 (2001))。DeCSSはDVDのCSSプログラムを無効化するので、これを用いれば、CSSが組み込まれているDVDの複製も可能になり、また、DeCSS ユーザーのハード・ディスクにDVDをコピーすることもできる。その結果、CSSを組み込んでいないコンピュータ

タでも再生できるコンピュータ・ファイルにDVDは変換され、他のコンピュータ・ファイルと同じように、複製され、頒布され、伝達されていた(see 273 F.3d, at 437-438. DeCSS で作成されたファイルは、そのままではインターネット上での利用には不都合なほどの容量をもつので、DivXというソフトを用いて、通常は圧縮され利用に供されているようである。See 273 F.3d, at 438)° DeCSS の機能については、芹澤英明「アクセスコントロールとPreliminary Injunction」『エリスティーセブン号(二〇〇〇年)八六』八七頁も参照。

(22) See *Massachusetts v. Oaks*, 491 U.S. 576, 590-592 (1989) (Brennen, J. dissenting). 767 U.S. Schley, *supra* note 12, at 131 fn. 130が指摘している°

(23) See 273 F. 3d, at 445.

(24) *Ibid.*

(25) *Ibid.*, at 446. なお、ソース・コードが修正一条上の保護を受ける表現であるかについて、裁判所においては、ごまごまに判断が分かれていた。See e.g., *Karn v. United States Dept. of State*, 925 F. Supp. 1, 9 fn. 19 (D.C.Cir. 1996) (ソース・コードは「コメントと一体であるときは修正一条上保護される言論であるといえるけれども、そうでない場合はコンピュータを機能させる命令手段にすぎない」)° *Junger v. Daley*, 8 F. Supp. 2d 708, 715-718 (N.D. Ohio 1998) (ソース・コードは表現というよりも機能である。憲法上保護される言論ではないと考える)° *Bernstein v. United States Dept. of Justice*, 176 F.3d 1132, 1141, rehearing in banc granted, opinion withdrawn, 192 F.3d 1308 (9th Cir. 1999) (ソース・コードも憲法上保護される表現である)°

(26) *Ibid.*

(27) *Ibid.*, at 447.

- (28) *Ibid.*
 - (29) *Ibid.*, at 448.
 - (30) *Ibid.*, quoting *Hill v. Colorado*, 530 U.S. 703, 720 (2000).
 - (31) *Ibid.*, quoting *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 799 (1989).
 - (32) *See Ibid.*, at 450, quoting *Ward*, 491 U.S., at 791-793 (複世の規制).
 - (33) *See Ibid.*, quoting *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 377 (1968).
 - (34) *See Ibid.*, quoting *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405, 410-411 (1974) (星条旗を下下連にして平和の象徴として提示した「活動」は *O'Brien* 判決を適用した).
 - (35) *See Ibid.*, at 451.
- 連邦控訴裁の裁判書は *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969) を参照するよう求めつつある。それは、メディアの特性がそれに対する規制に適用される修正一条のスタンダードを異ならせることを、正当化するためである。 *See* 395 U.S., at 386.
- (36) *See* *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622, 662 (1994).
 - (37) ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所は、本件について「本条審理について comprehensive opinion を *Universal I* 判決で与え、 permanent injunction の発給を *Universal II* 判決で実施した」と。 *See* *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y. 2000) (“*Universal I*”); *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 346 (S.D.N.Y. 2000) (“*Universal II*”).
 - (38) *Universal II*, 111 F.Supp.2d, at 328-329.

- (39) Schley, *supra* note 12, at 136.
- (40) Shockley, *supra* note 19, at 293.
- (41) *Ibid.*
- (42) Schley, *supra* note 12, at 137.
- (43) See Schley, *supra* note 12, at 137, *see also* Shockley *supra* note 19, at 293.
- (44) *Universal* II, 111 F. Supp. 2d, at 332-333.
- (45) See *Ibid.* at 333 fn. 216.
- (46) Kaplen 裁判官は「人種、肌の色、信条、宗教、性別に基づいて他者に怒りを感じさせるような象徴物をたてる行為を処罰対象にした市条例の憲法適合性が争われた」R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377, 382-383 (1992) の参照を求めている。本件は当該条例が view point に基づく表現規制であることを理由に修正一条違反とされている。ただし「view point」は「While 裁判官執筆の補足意見が、view point に基づく区別は許されるとしながら、市条例が処罰の対象をけんか言葉に限定していないことを理由に、当該条例が overbroad であることから憲法に反するとの結論を導き出していることが注目される。彼は、市条例が overbroad でさえなければ、保護されない言論を規制することは修正一四条上適法である」と言っているのである (see 505 U.S., at 397ff)。
- (47) Kaplen 裁判官が引証している M. Nimmer の言説を論じよう。Melville B. Nimmer, *The Right to Speak from Time to Time : First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, 56 CAL. L. REV. 935, 942 (1968).
- (48) Shockley, *supra* note 19, at 295.

(49) See 17 U.S.C. §107. 合衆国著作権法一〇七条はつぎのように規定している。

「一〇六条及び一〇六条Aにかかわらず、著作物 (copyrighted work) のフェア・ユースは、著作権侵害にはあたらない。フェア・ユースには、批評、論評、ニュース報道、教授 (教室内使用のための複製のコピー作成を含む)、学術、研究等の目的のための、コピーないしフォノレコードによる複製、その他の上記規定の方法による複製行為を含む。ある著作物における既存著作物の利用がフェア・ユースにあたるか否かの判断にあたっては、つぎの要素が考慮されるべきである。

- (1) 利用の目的と特徴。これには、その利用が商業的なものか非営利の教育的なものかといった考察も含まれる。
- (2) 利用された著作物の性質。
- (3) 利用された著作物の全体に占める、利用部分の量と実質。
- (4) 利用が、利用された著作物の潜在的な市場ないし価値に与える影響。

著作物が未発表であるということ、そのこと自体は、仮にその認定が前記諸要素すべての検討の下でなされていれば、フェア・ユースの認定を禁ずるものではない。」

- (50) See 17 U.S.C. §106.
- (51) See 273 F. 3d, at 436.
- (52) *Ibid.*, at 458.
- (53) Stewart v. Abend, 495 U.S. 207, 211 (1990), quoting Iowa State University Research Foundation, Inc. v. American Broadcasting Cos., 621 F.2d 57, 60 (CA2 1908).
- (54) Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 560 (1985).
- (55) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 576 (1994).

(56) 本件では Adobe 社の e-Book を PDF フォーメントに変換であるソフトウェア AEBPR の開発が DMCA 違反であるか問われた。

(75) See 203 F. Supp. 2d, at 1134, fn. 4.

(86) 464 U.S. at 448.

(86) See BOYLE, *supra* note 9, at 276, fn. 8.

(88) See 537 U.S. at 221. 「裁判所が著作権保護の伝統的概略を変更してはならぬ……と云ふ」やうなる修正一条上の審査は「誤りである」。

(19) See 273 F. 3d, at 459.

(32) *Ibid.*

(32) 203 F. Supp. 2d, at 1134-1135.

(75) See Raymond T. Nimmer, *First Amendment Speech and the Digital Millennium Copyright Act : A Proper Marriage*, in COPYRIGHT AND FREE SPEECH : COMPARATIVE AND INTERNATIONAL ANALYSES 359, 377 (Jonathan Griffiths & Uma Suthersanen eds., Oxford University Press, 2005).

(59) *Ibid.*, at 378.

(99) See 273 F. 3d, at 443.

(79) *Ibid.*

(89) 野口祐子・前掲論文(註7) 三三三頁。

(69) BOYLE, *supra* note 9, at 105.

- (70) Benkler, *supra* note 8, at 421.
- (71) See Boyle, *supra* note 7, at 107.
- (72) 野口・前掲論文(註7)三五頁(註44)参照。
- (73) Benkler, *supra* note 8, at 360.
- (74) See *ibid.* at 362.
- (75) Benkler のように考へてゐる。See *ibid.* at 363-364.
- (76) See 17 U.S.C. §1201(a).
- (77) See 273 F. 3d, at 443.
- (78) U.S. CONST. art. I, §8, cl. 8, については「著作権条項」だけ掲げている。「知的財産権条項」の全文は以下の通り。「著作及び発明者に、その著作物及び発明に対する排他的権利を一定期間保障することにより、学術及び有益な技芸の進歩を促進すること」。
- (79) 大日方信春「著作権の憲法上の地位——合衆国憲法一条八節八項の文理解釈を導きの糸として」姫路法学四五号(二〇〇六年)一頁以下、とくに一一―一二頁参照。
- (80) もちろん、パブリック・ドメインになる前にも、言論市場に表現が出回ったなら、法上の「著作権限定規定」(exempted use) およびフェア・ユース規定に従って、市井の人は当該著作物の利用が可能である。 commons の拡大のみが「学術の進歩」に仕えるわけではないことは言うまでもなからう。
- (81) Boyle, *supra* note 9, at 104.
- (82) Howard B. Abrams, *The Historic Foundation of American Copyright Law : Exploding the Myth of Common Law*

Copyright, 29 WAYNE L. REV. 1119, 1177 (1983).

(82) See 273 F. 3d, at 436, 444-445.

(83) See brief for Appellants, at 42, n. 30, citing 273 F. 3d, at 445.

(84) 第二巡回区連邦控訴院は「Concourse Rehabilitation & Nursing Center Inc. v. DeBuono, 179 F.3d 38, 47 (2d Cir. 1999) ; United States v. Mapp, 170 F.3d 328, 333, fn. 8 (2d Cir. 1999) ; United States v. Restrepo, 986 F.2d 1462, 1463 (2d Cir. 1993) の参照を求め、そのとおりとすべし。」「われわれは」 footnote にて提示された論点について上訴審で審議するに十分ではない」と繰り返し判決を述べた。(273 F. 3d, at 445)。

(85) 273 F. 3d, at 445.

(86) 白鳥綱重「アメリカ著作権法入門」(信山社、二〇〇四年)二六五頁。

(87) 203 F. Supp. 2d, at 1131.

(88) *Ibid.*

(89) *Ibid.*, at 1132.

(90) See Boyle, *supra* note 9, at 86.

(91) 芹澤・前掲論文(註21)九〇頁は「つぎのようである。」「DMCAは、著作権の中にアクセスコントロール権という新たな肢分権を認めたものではない。インターネット上での著作権の保護範囲を新たに確定し、それに基づく取引行為を有効に成立させるために編み出された新たな保護手段なのである。」

(92) See 203 F. Supp. 2d, at 1121, 1137. また白鳥・前掲書(註(87)二六五頁も *Cortely* 判決に関する説明文の中で「DMCAのこれらの規定は著作権ではないが、それでは果たしてその憲法上の根拠はどこに求められるのかという問題もある」と

の問題を指摘している。

(64) *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).

Lopez 判決は、通商権限により連邦議会に規制権限が与えられた3つのカテゴリを、以下のようにいう (see 514 U.S. at 558-559)。

① 連邦議会は州際通商の経路について規制できる。

② 連邦議会は、州際通商の手段または州際通商における人および物について、仮にそれらに対する脅威が州内での行為からのものであっても、それらを規制しまた保護する権限を与えられている。

③ 連邦議会の州際通商権限には、州際通商に実質的な関連性ある行為および実質的影響があることに對する規制権限も含まれている。

(56) See 203 F. Supp. 2d, at 1138.

(56) 203 F. Supp. 2d, at 1138, citing *Ry. Labor Executives' Ass'n v. Gibbons*, 455 U.S. 457 (1982).

(57) 203 F. Supp. 2d, at 1138.

(58) *Ibid.*, at 1139-1140.

(59) *Ibid.*, at 1140-1141.

(60) *Ibid.*, at 1141-1142.

(61) See *Eldred*, 537 U.S., at 221.

(62) *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622, 662 (1994), quoting *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 799 (1989).

説

(30) 273 F. 3d, at 450.

(40) See *ibid.* See also Sable Communications of California, Inc v. FCC, 492 U.S. 115, 126 (1989).

論

(50) 273 F. 3d, at 454, fn. 29.

(60) 273 F. 3d, at 455.

(70) Shockley, *supra* note 19, at 296.

(80) 273 F. 3d, at 455.

(90) *Ibid.*, at 458.

(11) 南野森編「ブリッジブック法学入門」(信山社、二〇〇九年)二二二頁〔小島立執筆〕。