

# 17 情報取引の形態に関する基礎的考察 —サイバースペースにおける情報財の保護と自由利用、その法的規整—

長期在外研究員 小島 立<sup>(\*)</sup>

サイバースペースの出現は、一方では情報へのアクセスや表現行為、情報発信を容易とする恩恵をもたらしたものの、他方では技術的保護手段の回避を規制する法改正、そして契約による私的な規律の隆盛も相俟って、情報の自由なやり取りや利用を制限する可能性を示すに至っている。

本研究では、マスマーケットにおける今後の情報取引の形態について考察を進める。主な検討の対象は次の2点である。第一に、契約法理や技術的保護手段との連関。第二に、知的財産法と契約法、そして契約を用いた情報取引を正当化する際にしばしば用いられる価格差別論、これら三者の関係。以上の諸点に注目しながら、情報を利用する際の対価という観点から、情報の流通過程全体を見据えた検討を行いたい。

また、情報の自由利用という観点においては、近年のアメリカ法における著作権法と表現の自由に関する議論の進展も参照し、知見を得たいと考えている。

## 1. 問題意識と分析視角

技術的保護手段の回避を禁止する新規立法や法改正に伴い、サイバースペースにおける情報取引は、情報提供者が契約を用い、流通のイニシアティブを握りつつある。結果、著作権法が従来はコストフリーでの利用を許していた利用類型に対し、禁止あるいは課金される状況が出現するに至っている。この現状を、著作権法が骨抜きにされており好ましくないととらえるのか、それとも別の角度から肯定的にとらえ直すことができるのか。

ここで、本研究の前提条件をなす現状確認を行っておこう。デジタル技術の進展並びにインターネットに代表される地球規模でのネットワーク化は、一方で情報への容易なアクセスという恩恵をもたらすと同時に、他方で主として著作物の違法コピーとその交換(Napster等を見よ)により、情報提供者の創作や流通を阻害する可能性も指摘されるに至った。1996年、世界知的所有権機関(WIPO)における著作権条約の締結により、締約国は違法コピーを防ぐ技術的保護手段(例えば、カット・アンド・ペーストを禁止するコピー・コントロール技術や、何らかの認証無しには情報へのアクセスを行わずにアクセス・コントロール技術)を迂回することを禁止する立法を求められた。アメリカにおいては、1998年にデジタルミレニウム著作権法(Digital Millennium Copyright Act、通称DMCA)が成立して迂回行為そのものが禁止され、日本においても著作権法と不正競争防止法の改正により、専ら技術的保護手段を迂回するために用いられる機器の提供が禁止されるに至っている。

技術的保護手段の迂回を禁ずる法整備(アメリカにおいては迂回行為それ自体、日本においては専ら迂回行為のために用いられる機器の提供行為の禁止という保護レベルの濃

淡はあるが)は、一般ユーザーレベルにおいて、このような迂回行為が実質的に不可能になったことを意味する。その結果、技術的保護手段によって担保された契約の重要性がクローズアップされることとなった。技術的保護手段は、一方では、いわゆる「ハッカー」「クラッカー」と言ったほうが適切か。彼らは技術的には「プロ」である)による情報への不正なアクセスを防御するという消極的側面を持つが、一般ユーザーという技術的な「アマチュア」に対しては、技術的保護手段に裏打ちされた契約を促進ないし強要するという、積極的あるいは攻撃的な側面を有する点に留意する必要がある。

敷衍するならば、従来の知的財産法において自由利用の領域とされていたものが、技術的保護手段に担保された契約において制約を受ける局面が生じる可能性がある、あるいは現に生じているということである。この問題に知的財産法学はいかに回答すべきか、それが喫緊の課題として問われているのである。

## 2. 参照すべき法領域並びに比較法研究の対象

本研究は、このような現実を踏まえ、契約法と技術的保護手段によって、主にサイバースペースにおける情報取引がいかなる変容を遂げるのかという点について検討を加える。従来の研究においては、著作権法の権利制限規定(著作権法30条以下)の法的性格といった点が議論されてきたものの、当該局面における当事者の行動の動態的分析に欠けるところがあつた。本稿は、契約法と技術的保護手段による今後の情報取引の在り方に関して、取引秩序全体における「対価」や「費用」を分析視角として検討することで、今後の情報取引を法的に考察する上での基本的・統一的な視座の獲得を目指すものである。

(\*) 九州大学大学院法学研究院助教授

本研究のテーマを分析するに当たっては、知的財産法(とりわけ著作権法)、契約法、そして情報へのアクセスやコピーを制限するという意味で技術的保護手段といった視点が必要である。

分析に際しては、加えて以下の視点も不可欠である。アクセスが許されない情報を分析するという意味で、営業秘密保護法。創作・表現活動との関連性という観点から憲法、とりわけ表現の自由との関係。情報提供者が市場において独占的な力を行使することが少なくない現状においては、独占禁止法や産業組織論。本報告が情報取引を「対価」という観点から考察する以上、独占企業がいかなる価格行動をとるのかという意味でも、独占禁止法や産業組織論といった分野の知見は欠かせない。そして、情報の囲い込みの対概念をなすパブリック・ドメインに関する考察。紙幅の都合上、本稿でこれらすべての論点を網羅的に扱うことは不可能であるが、以上のような幅広い視点を常に忘れてはならない。

そして、本研究では、アメリカ法を比較法の検討とする。理由は以下のとおりである。

第一に、サイバースペースにおける契約法の地位を飛躍的に高めたシュリンクラップ契約、それを認めた裁判例(ProCD事件上訴審判決)の存在。

第二に、世界に先駆けてデジタル化に伴う技術的保護手段の迂回を禁ずる立法的措置(Digital Millennium Copyright Act)を講じた点。

第三に、契約における情報の取扱いに関し、立法的解決(Uniform Computer Information Transactions Act)を図った点。

第四に、実世界での動きに呼応し、隣接法領域のみならず、隣接諸科学の観点も視野に入れ、複数の陣営による原理論的な考察が屹立している点。

今後の立法、更にはグローバルな視点の確立という観点からも、アメリカ法の正確な理解は欠かせない。それは、アメリカ法の単なる「外形的模倣」に留まらない地道な作業の重要性という見地からも、意義深いことと考えられる。

### 3. ProCD事件

ある事象の分析を行うには、それが初めて登場した時点に立ち返り、その経緯や発生した前提条件を探ることが必要と言われる。本研究の扱う主題に即せば、それはシュリンクラップ契約が初めて認められたProCD事件<sup>(\*)</sup>である。

原告ProCD社は、3,000以上の電話帳の情報を網羅したデータベースを作成し、一般ユーザーには1セット150ドル、商業ユーザーには、それよりも高い価格設定を行っていた。

その際、一般ユーザー向けの商品には、商業目的での利用禁止が付されていた。いわゆる「シュリンクラップ契約(Shrink-wrap License)」である。被告Zeidenbergは、一般ユーザー向けの商品を購入し、その利用制限に反してデータベース・サービスを開始した。その際、Zeidenbergは商業目的のユーザーに対し、ProCD社よりも低廉な価格設定を行った。本件で注目されるべき争点は、シュリンクラップ契約の成立と有効性に関してであり、事実審の段階においては、シュリンクラップ契約の成立は否定された。

問題になるのが上訴審<sup>(\*)</sup>である。第7巡回区のFrank H. Easterbrook判事は、シュリンクラップ契約の成立と有効性を共に肯定した。その際に用いられた正当化理由が価格差別論(Price Discrimination)と呼ばれるものである。説明は後に譲るが、判決でEasterbrook判事が挙げている例は、簡略化してまとめると以下のようなものである。

ロースクールの学生が、検索結果を教育目的での利用に限るという契約の下、パブリック・ドメインの文書を含んでいるLexisのデータベースを利用している。Lexisは、より高い時間当たりの利用料を法律事務所に対して課しているが、この際、学生は自分がデータベースにアクセスできる権利をその法律事務所に対して転売する(resell)ことはできるのだろうか。

ProCD社は、ソフトウェアとデータを2種類の価格、すなわち、安い価格を個人利用向けに、そして高い価格のものを商業利用向けに提供している。Zeidenbergは、後者の価格を支払うことなくデータを利用しようとした。もしもロースクールの学生がアクセスする権利を法律事務所へ売ることができないのだとしたら、Zeidenbergも同様に、当該データを利用することはできない。

ProCD事件を分析する際に重要な点は、価格差別論からも分かるとおり、①情報を利用する際の「対価」という観点、そして、②需要者が複数の利用類型から選択を行うことができるという点の二つにある。そこでは情報の利用、流通の過程で、いかなる費用に着目すべきなのかという点が問われているとも言える。そこで、価格差別論に進む前に、近年のアメリカ法学で取り上げられた情報の利用に関する一つのモデルを検証してみたい。

### 4. 「公正利用(Fair Use)」・「対価を通じた利用(Fared Use)」・「価格差別(Price Discrimination)」

今後の情報取引では、流通過程全体を見据え、“Fair Use”(公正利用)から“Fared Use”(対価を通じた利用)への移行が見られるとの指摘がある<sup>(\*)</sup>。問題となるのは、Fair Use

(\*)1 ProCD, Inc., v. Zeidenberg, 908 F. Supp. 640 (W.D. Wis. 1996).

(\*)2 ProCD, Inc., v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).

(\*)3 See Tom W. Bell, *Fair Use vs. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine*, 76 N.C. L. Rev. 557 (1998).

の成否を判断する考慮要素としても重視される取引費用である。許諾が容易に得られる場合、Fair Useの成立は否定される方向にあり、情報通信技術の発展に伴い、Fair Useの領域は縮減することになるだろう。日本法の権利制限規定(著作権法30条以下)においても、取引費用が考慮されている条項は複数存在するため、従来はコストフリーでの利用を許してきた権利制限規定の利用類型に課金となされる可能性が示された点で、この知見は貴重である。

費用という観点から見た場合、Fair Useが“Free Use”、つまりコストフリーでの利用なのかという点にも疑問がある。それは情報利用の局面のみには妥当する考えであるが、利用者は情報収集先までの所要時間、運賃、コピー代等の費用を支出している。さらに、Fair Useと侵害行為の境界線も不明であり、訴訟提起の可能性等も含まれる。これらは情報利用における「隠れた費用」である。

純粹理論的には、情報通信技術の発展とFair Useによって諸々の隠れた費用が減り、価格差別論の適用によって商品役務の選択範囲の幅が広がるならば、需要者は自己の利害状況に応じて財を取捨選択でき、財の提供者の利潤も増すので、厚生観点からは好ましい。

このように、情報取引過程全体における価格という視座の下、マスマーケットを念頭に置いた情報契約を考えると、その問題を解く重要な鍵の一つに価格差別論(Price Discrimination)がある。シュリンクラップ契約やクリックオン契約の成立を容認する代わりに、情報へのアクセスや利用の態様に依り、情報提供者に複数のオプションをあらかじめ用意させ、それぞれに異なる価格を割り付けさせるという仕組みである。この思考枠組が、ProCD Inc. v. Zeidenberg(通称ProCD事件)の上訴審(第7巡回区上訴裁判所)で、Frank H. Easterbrook判事によって説かれたものであることは前述した。

この問題に関しても議論は多岐に渡る。これは統一商事法典第2編(Uniform Commercial Code Section 2B、通称UCC 2B)を情報契約に適合的であるように法改正する段階で喧々諤々の議論が交わされたところである。統一コンピュータ情報取引法(Uniform Computer Information Transaction Act、通称UCITA)の成立という形でこの問題は一応の決着を見たが、裁判例にも乏しく、問題点が依然としないところが多い。

この点で、シュリンクラップ契約の成立性に関し、マスマーケット・ライセンスそれ自体、社会的な効率性が増すので容認すべしとする議論があるが、シュリンクラップ契約やクリックオン契約の成立がパレート優位をもたらす(これにも留保が必要である)という記述的(Descriptive)な言説が、「契約を成立すべし」という命題と直結しない点に留意が必要である。契約の成立という一種の「フィクション」を認めるには、もう一段の正当化を要する。

契約の成立に関する議論とは別に、価格差別それ自身が社会的な効率性を増すのかどうかという点も大きな議論の対象である。この点、経済分析によれば効率性は増すと言う。しかし、経済分析が前提とする社会的諸条件が達成困難なのではないとも言われる。価格差別論が有効に機能する諸条件として、情報提供者側が消費者の選好(Preference)、並びにある財にどの程度の対価を支払う用意があるのかということ(いわゆる“Willingness to Pay”)を完全に把握する必要があると言われるが、この点で価格差別論を導入することには、プライバシーなどとの関係での強い緊張関係が存することに留意せねばならない。

## 5. 価格差別論が明らかにした点

もともと、コピープロテクトやアクセス・コントロールといった技術的保護手段の法的保護を念頭に置けば、今後の情報社会を見据えた新たな法制度の構築を模索する上で、価格差別の議論を避けて通ることはできないように思われる。以下、価格差別論が浮き彫りにした問題点を指摘することとする。

第一に、これは既に述べたこととも重なるが、情報流通全体における「費用」の所在を明らかにしたと言える。“Fair Use”と価格差別の結果、情報取引全体において費用が低減する(場合によっては増大する)可能性が示されたと言える。

第二に、価格差別と裁定取引によって見えてくる問題がある。これはサイバースペースのみならず、有体物の世界とも関連する。

本来、シュリンクラップ契約においては、有体物の所有権が需要者に移転しているにもかかわらず、どうして使用許諾契約が必要なのかという疑問が重ねて呈されてきた。我々が書籍や音楽CDを購入した場合、その媒体に付着した情報を享受するに際し、「読書許諾契約」や「聴取許諾契約」といった契約を結んだことはない。何故、シュリンクラップ契約の場合にのみ、契約を締結する必要があるのか。つまり、ソフトウェアの使用許諾契約を自明のものとして構成することには、何段階ものハードルが課されているのだということを明確に認識することが必要である。

その一方で、書籍や音楽CD、ゲームソフトに関しては、中古市場やレンタル市場の規制が度々問題とされてきた。これは、中古品等が新品と代替性を有しているということであり、中古市場を舞台とした一種の裁定取引が行われているに等しい。価格差別論が有効に機能するための条件として、前述のとおり裁定取引の防止が挙げられており、ここにも関連性が見受けられる。

以上の問題点は、有体物の所有権、契約法の規律、そして情報の利用が交錯することから生じる問題点を示している。サイバースペースにおける情報取引は、シュリンクラップ

契約を過ぎ、情報提供者と需要者が直接の契約関係に立つクリックラップ契約が主流になりつつある。しかしながら、シュリンクラップ契約は過去の遺物ではなく、有体物の所有権と知的財産権、そしてそれを取り巻く契約との関係という古くて新しい問題に新たな光を投げ掛けているという点は、いくら強調しても強調しすぎることはない。サイバースペースにおける情報取引の在り方を検討することは、古典的な問題が、装いを新たに問い直されているということと同時に示しているという格好の例だと思われる。

第三に、価格差別と「対価を通じた利用」、技術的保護手段によって、情報流通のイニシアティブを握るのは誰かという点である。現状の知的財産法の保護範囲や保護レベルに変更がないのであれば、ごく自然に考える限り、情報提供者側の力が増すであろう。この点で、小規模な創作者や需要者の自由利用をいかに考えるべきなのかが問われていると言える。

## 6. 知的財産法・表現の自由・情報の豊富化

これまで知的財産法は、情報を豊富化させることを目的としてきた。その際の「情報の豊富化」とはいかなる意味を有するのかという点が、今後深められねばならない。そもそもこのような言説それ自体、価値中立的に語り得るものなのか。契約による情報の私財化(Commodification)も含め、情報の私財化における権利の強さが政治形態と密接にかかわるという主張がアメリカにおいて最近なされている。つまり、知的財産権の文脈でパラフレーズするならば、強い知的財産権の保護は、必然的に大規模な情報提供者(彼らは「強い」知的財産権を数多く有することが多い)による情報流通を促進する側面を持つというのである。知的財産権の保護レベルを弱めるとするならば、つまり情報の自由利用を促進すると言い換えることができようが、その方向性はユーザーレベルの創作活動を奨励する方向につながると言えるだろう<sup>(\*)</sup>。

また、二次的著作物(Derivative Works)の創作に当たって、原著物の著作(権)者が差止請求権を行使するのは違憲であると主張する見解が登場していることも興味深い<sup>(\*\*)</sup>。この問題点は、『風とともに去りぬ』のパロディ版出版に絡み、アメリカで実際に訴訟が起きたこともあって、俄かに注目を集めている点である。この点で、差止請求権に代わり、「利益の配当(Profit Allocation)」という考えが提唱されている。これは低廉な金銭によって、著作(権)者と二次創作者の調整を図ろうとするもので、日本でも議論されている対価請求権に近い考えと思われる。いずれにせよ、二次的著作物の局面に限定してではあるものの、憲法学者から差止請求権の存在に対

して疑義が示されている点が大いに注目に値する。

これら著作権(知的財産権)と表現の自由の見直し論には、明確な戦略がうかがえる。それは、大規模な創作者・情報提供者によって事実上支配されている情報流通において、小規模創作者の立場を強化しようという意図である。「厚生上の損失」という価格差別論に対して寄せられている批判も考慮に入れるならば、今後の情報取引を考える上で避けて通れない指摘であろう。

これは、知的財産法において近年説かれている、いわゆる“Property Rules”から“Liability Rules”への転換を図る方向性とも一致する(日本においても、差止請求権から対価徴収権への移行を説く見解が見られる)。

“Property Rules”と“Liability Rules”に関する研究の嚆矢は、1972年にGuido CalabresiらがHarvard Law Reviewに掲載した論文である。財産法や不法行為法(Torts)を考える際に、“Property Rules”と“Liability Rules”のいずれが望ましいのかという選択について、Calabresiらが説いた結論は至極明快である。つまり、「取引費用(Transaction Cost)」の多寡が両ルールを選択を決定付けると言う。

これを情報契約に応用するといかなる結論が導かれるかという点であるが、サイバースペースにおける予測可能性の困難さ、つまり、今後のネット社会において取引費用が増す可能性が指摘される中、価格差別論を梃子に“Liability Rules”を導入することには一定の合理性があると言えるだろう。

## 7. 情報取引秩序の構築に向けて

以下では、実際に価格差別論を用いて情報取引秩序を構築する上で問題点を簡単に指摘したい。

第一に、情報の囲い込みとサービスの利用の交錯という点である。データベースを例に取れば、一見、情報へのアクセスが制限されているように見えるものの、それは検索サービスの利用にすぎないという場合である。このケースでは、知的財産法との関係は問題とならない。しかし、検索サービスの利用を超え、情報それ自体の利用に制限が付されている場合には事情が異なってくる。この場合には、知的財産法との緊張関係が明瞭に現れる。営業秘密のような秘密情報の場合には、利用条件に制限を付すことも許されるだろうが、ただ単に技術的保護手段で囲いこまれている情報を同一に扱うことはできない。絵画や音楽、言語著作物、事実情報といった個々の情報の特質に応じ、アクセスや利用の条件をキメ細かく定めていく作業が必要となる。こういった作業においては、美学や記号論といった隣接学問分野の知見を借りることが求められよう。

(\*) Wendy J. Gordon, *Market Failure and Intellectual Property: A Response to Professor Lunney*, 82 B.U. L. REV. 1031 (2002)、野口祐子「デジタル時代の著作権制度と表現の自由(下)」NBL 778号(2003年)36頁以下参照。

(\*\*) See Jed Rubenfeld, *The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality*, 112 YALE L. J. 1 (2002)。Rubenfeld教授の論稿は、「想像の自由(Freedom of Imagination)」と「フィクション」という二つの概念をキーに、二次的著作物の創作と表現の自由の関係を抉り出すもので、興味が尽きない。

第二に、「対価を通じた利用」によって、従来はコストフリーでの利用が許されていた、引用といった利用類型にも課金がなされ、学問の自由といった根源的な自由への萎縮効果をもたらす可能性が考えられる。ここで注目すべきことは、研究者や学生が商業データベースにアクセスをなす場合には、通常は研究組織等への帰属に基づいて、学問研究の範囲内の利用に関しては、その対価の支払いを実質的に免れているという実態である。こういった実態を単なる事実として眺めるだけではなく、根源的な自由が確保されるような状況を、規範的にも創出していくことが今後必要ではないかと思われる。

また、「対価を通じた利用」が何を意味するのかという点に関しても考察が求められよう。現行の差止請求権の下では、情報の利用者は権利者によって行動の自由を束縛される可能性を常に有している。単なる金銭の問題で片付く場合もあれば、創作活動それ自体を奪われる恐怖の場合もあるだろう。差止請求権は、権利者と利用者の関係を上下関係として固定する機能すら有する。

しかしながら、「対価を通じた利用」の下では、利用者は一定の対価を支払うことで、上下関係を離脱し、権利者と対等な地位に立つことが可能となる。つまり、上下関係が水平的関係に構築し直されるという意義を有する。三次創作、四次創作と、そのような水平関係の連続の下に動的な創作活動が営まれるということになる。

また、本研究では、主にサイバースペースにおける情報取引を検討してきたが、情報はサイバースペースでしか入手できないというのではない。いわゆる「オフライン」は厳然として存在し、その重要性は些かも減じていない。

重要なことは、情報へのアクセスルートは一つだけしか存在しないというのではなく、代替手段が用意されていることが望ましいという点である。価格差別の下で、利用者が複数の利用類型から選択をなすことができるという点とも関連する。選択の可能性が確保されていることの意義は、価格差別論の内部に留まるものではない。

つまり、パブリック・ドメインをはじめ、商業ベースの検索システムやデータベース、オープンソース、行政機関による情報提供、図書館や美術館、博物館、大学といった社会に開かれた社会的基盤、こういった複数のチャンネルを利用者が自己の置かれた状況に応じて選択できる、多元性が確保された状況が、今後の情報社会において望ましいと考えられる<sup>(\*)</sup>。

## 8. 結語

以上、本研究は、今後の情報取引の在り方について、「対価」という観点から検討を行い、情報取引の検討を行う上で

の分析視角や法的視座を得ることを目標とした。問題設定が広範であり、様々な角度からの分析がなければ、問題の全貌を掴むことはできない。学際的な研究が盛んなアメリカに滞在したからこそ、このような研究を行おうと思ったのは紛れもない事実であるものの、己の力不足を痛感したというのが正直なところである。

また、本研究で扱ったテーマは現代的であるものの、そこで問われている問題は極めて古典的であり、事象の一見した華やかさに惑わされることなく、地道な研究を重ねることの必要性も痛感した。今後は、本研究で得た分析視角を基に、契約法全般との関係等も含め、今回の研究で触れられなかったヨーロッパにおける動向等も踏まえ、情報社会における情報取引の在り方について、個々の情報の特質を踏まえ、より本格的な検討を行っていくつもりである。

(\*) See Pamela Samuelson, *Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 147, 153 (2003).