

デジタル時代における著作権と表現の自由の 衝突に関する制度論的研究(3)

比 良 友佳理

目次 序

1. 研究の背景
2. 本研究の構成

第一章 著作権と表現の自由の関係性

1. 著作権法対修正一条をめぐる合衆国最高裁判決（以上、第45号）
2. 「表現の自由のエンジン」としての著作権
3. 表現の自由の保護法益
4. 表現の自由を制限する著作権の本質
5. 小括（以上、第46号）

第二章 デジタル時代の著作権と表現の自由—緊張関係の揺らぎ

1. 著作権制度と複製技術の進歩の関係
2. 近年の著作権立法をめぐる動き
3. 表現の自由の変貌
4. 小括（以上、本号）

第三章 著作権に内在する調整原理による調整に対する批判的検討

第四章 著作権法に対する違憲審査基準

第五章 著作権と表現の自由の問題に対して司法と立法が果たすべき役割

第六章 著作権と表現の自由を論じる意義と残された課題

第二章 デジタル時代の著作権と表現の自由—緊張関係の揺らぎ

1. 著作権制度と複製技術の進歩の関係

以上のように、著作権と表現の自由はそれぞれの価値を追求しつつも、

常に対立する可能性を有したものであるといえるが、本稿は以下の理由から、現代の著作権法は表現の自由に特に配慮すべきであると考ええる。それは、デジタル技術の革新に伴い、著作権は以前にも増して表現の自由を浸食する可能性が高まっているという点である。これには著作権が禁止する利用行為を人々が容易に行えるようになってきているなど、著作権の行使を取り巻く環境の変化という側面と、それと対峙する表現の自由の概念も深化しているという2つの背景が存在する。

著作権を取り巻く環境の変化は、著作権と表現の自由の関係性にどのような影響を及ぼしうるだろうか。この点に関し、著作権と表現の自由を歴史的な側面から詳細に分析した Samuelson は、著作権史を pre-modern 期、modern 期、post modern 期の三期に分類する。そして、それらを表現の自由との関係性に照らし合わせてみると、現在の著作権法は偶然にも、近代著作権法が出来上がった時代と類似した性質を有していると論じている¹²⁰。Samuelson は post modern の現代には、近代著作権が制定されたばかりの pre-modern 期との間に以下の類似点が見出されると論じている。

- (1) 著作権産業が一極化・集中化している点、
- (2) 私益の最大化こそが支配的な価値となっている点、
- (3) 著作物に支払われる対価が適正価格を超えているのではないかと
思慮されることが多い点、
- (4) 著作権の保護期間が延長され、半永久的な権利となっている点、
- (5) 「創作者」よりも「著作物」や「権利者」といった概念が強調されて
いる点、
- (6) 排他権が拡大される形で解釈されることが多く、それとともにフ
ェア・ユースに代表される制限規定が浸食されている点、
- (7) 本来、保護範囲を絞り込むものとして機能するはずのオリジナリ
ティの要件の意義が薄れてきている点、
- (8) 著作権が付与される根拠が曖昧となっている点、
- (9) private ordering と private enforcement が台頭している点、
- (10) 侵害行為に対し「海賊行為」や「不法侵入」といったレトリック

¹²⁰ Samuelson, *supra* note 71, at 319.

が多用されている点、

(11) 刑事罰による制裁が強化されている点。

これらの近年の傾向の背景には、米国の産業全体に対して著作権産業の占める重要性が上昇しており、著作権産業界からの要望に議会が従うようになってきていること、および、情報技術、特に国境を越えたデジタル・ネットワークの発展によって著作物の複製と頒布が容易化していることが要因として挙げられている¹²¹。つまり、著作権法は現代に至るまで、技術の進歩に合わせ発達してきたが、他方で、著作権を行使することが表現の自由の価値に直接的に影響を与えやすくなっているという傾向が見られ、その点では皮肉なことに、近代著作権法が生まれた pre-modern 期が抱えていた問題に再び向き合わざるをえなくなっているというのである。

著作権の権利範囲が質的にも量的にも拡大し、強力に表現の自由を制約するようになってきているという Samuelson の分析的を射たものである。しかし、現在の著作権と表現の自由の対立は、Samuelson が考えるように pre-modern 期と単に「類似している」に過ぎないのだろうか。これについては、著作権史を複製技術の発展の歴史から紐解く「著作権の第三の波」論¹²²が、Samuelson が指摘する著作権環境の変化もさることながら、デジタル技術、インターネット技術の登場がもたらす技術的な変化が、過去にもないような緊張関係を表現の自由と著作権にもたらしていることを明らかにしているので、次にそれを紹介する。

著作権の第三の波論によると、近代著作権法が形作られた18世紀から20世紀初頭までは、印刷技術はまだ発達していなかったため、複製を行うこ

¹²¹ Samuelson, *Id.*, at 326-27.

¹²² 田村善之「効率性・自由・多様性」北大法学論集53巻4号(2002年)1034頁、同「インターネットと著作権—著作権法の第三の波—」[1999-2]アメリカ法202頁、同(比良友佳理(訳))「デジタル化時代の著作権制度の再検討」[2010-1]アメリカ法25頁以下、同「日本の著作権法のリフォーム論—デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて—」知的財産法政策学研究44号(2014年)64頁以下。Jessica Litman, *The Exclusive Right to Read*, 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 29, 34 (1994)も参照。

とができたのは出版社やレコード会社等、複製技術を利用するために相当の資本を投下した一部の者に限られていた（第一の波）。この時代においては複製を行う者も複製の数も現在に比べれば格段に少なく、そうした状況下では複製と公の使用行為を規制する著作権は、主として私的領域よりもむしろ公的領域を規律するものでしかなかった。

ところがその後、20世紀も半ばを過ぎると、複製技術が一般の人々にも普及し始め、日々利用可能な技術へと変容していった（第二の波）。それに伴って、著作権は複製禁止権を積極的に行使する限り、私人の自由を過度に制約しかねないものへと変容していった点にこの時代の特徴がある。また同時に、日々大量に行われる複製を権利者が網羅的にチェックすることが困難であったため、著作権は実効性を問われるようにもなった。

そしてその後インターネット技術が登場することで、現在は公的領域と私的領域が渾然と分かちがたいものに変容した（第三の波）。インターネット技術が登場したことで著作物の頒布コストは格段に低下し、またデジタル技術によって品質の高いコピーを低いコストで行えるようになった。さらに、検索技術の発達によってネット上の著作物の利用状況を一瞬にして把握できるようにもなったのである。

以上の示唆に富む歴史分析に基づき、現在の著作権を取り巻く状況の特徴を描き出すと、次の点に集約することができるだろう。

第一に、複製技術・通信技術の普及とコストの低下により、誰でも簡単に他人の著作物を利用しやすくなり、誰もが著作権侵害をなすようになったという点である。これは、コピー機や各種レコーダーが普及した第二の波の時代に既に現れ始めていた現象であるが、第三の波が到来した現在では、デジタルコピーによってより高品質・低価格な複製が可能になった上に、コピーしたデータを改変、再頒布するなど、利用態様が多様化したという点も見逃せない^{123 124}。さらに、オープンソース運動やWikipedia等

¹²³ デジタルコピー技術の向上によって可能になった新たな創作類型の例として、ミュージック・サンプリングがある。ミュージック・サンプリングについて詳しくは、安藤和宏「アメリカにおけるミュージック・サンプリング訴訟に関する一考察 (1) (2・完) - Newton 判決と Bridgeport 判決が与える影響 -」知的財産法政策学研究 22号 (2009年) 201頁・23号 (2009年) 231頁。

のサイトに代表されるように、ネットワーク技術を通じて自発的な創作者の個々の成果を集結させ、より複雑な作品を作り上げることも可能になっている¹²⁵。特に著作物の頒布はインターネットの登場によって事実上コストフリーで行えるようになった点は重要である。それまでアマチュアが何か作り上げても、世の中に広く発表することは難しく、せいぜい身近な人に見せるのが限度であったのが、今日では誰でも自宅にいながら全世界に著作物を伝達することが可能となっている¹²⁶。また作品の受け手としても、

¹²⁴ ローレンス・レッシング (山形浩生(訳)) 『REMIX ハイブリッド経済で栄える文化と商業のあり方』(翔泳社・2010年) 24-25頁は、文化的作品をそのまま享受する従来の「リードオンリー (RO)」文化に加え、文化的作品を単に読むだけでなく身の回りの文化を自分で創ったり創り直したりしてその文化に加える「リード/ライト (RW)」文化がデジタル技術のおかげで花開いていると指摘する。しかも、各種メディアの発達により、アマチュアは従来技術的あるいは資金的な問題で、せいぜい文章くらいしか取りうる表現手段がなかったが、現在では音、画像、動画といった様々なメディアを、その垣根を超えてミックスすることがアマチュアでも可能になっているという (61-63頁)。こうしたアマチュアやセミプロ発の創作物の品質は、もはやプロに匹敵するレベルに達しているという点も特筆すべきであろう。

¹²⁵ NETANEL, *supra* note 85, at 85-87.

オープンソース運動に関しては、Yochai Benkler, *Coase's Penguin or, Linux and the Nature of the Firm*, 112 YALE L.J. 369 (2002)、エリック・スティーブン・レイモンド (山形浩生(訳)) 『伽藍とバザール：オープンソース・ソフト Linux マニフェスト』(光華社・1999年)、ピーター・ウェイナー (星睦(訳)) 『なぜ、Linux なのか?—フリーソフトウェアムーブメントの挑戦』(アスキー・2001年)、Glyn Moody (小山裕司(監訳)) 『ソースコードの反逆：Linux 開発の軌跡とオープンソース革命』(アスキー・2002年)、クリス・ディボナ=サム・オックマン=マーク・ストーン (編著) (倉骨彰(訳)) 『オープンソースソフトウェア：彼らはいかにしてビジネススタンダードになったのか』(オライリー・ジャパン・1999年)。

また、ドミニク・チェン『フリーカルチャーをつくるためのガイドブック クリエイティブ・コモンズによる創造の循環』(フィルムアート社・2012年)も参照。

¹²⁶ こうした技術の変化に応じて条文上の文言が指す意味にも変化が生じている。米国著作権法の「public」という概念は元々、典型的には人々の前で直接上演するという意味合いであったのだが、視聴覚技術と通信技術の発達により、同時に各家庭に放送されるテレビやオンデマンドで見ることができるインターネットによる配信等も含むものへと拡大したと指摘するものとして、Rebecca Tushnet, *Copy This*

簡単に他人の様々な著作物を入手できるようになると、そうした作品の断片を組み込んで、別の人がさらに新しい作品を作り出し、さらにそれが将来の別の作品の一部となるという連鎖も生じやすくなる。こうした創作のサイクルはインターネットが普及する以前からも存在したが、インターネットによってコミュニケーションにかかるコストがほぼゼロになった結果、爆発的に広がり隆盛期を迎えているといえるだろう¹²⁷。

さらにユーザーが入手した著作物を単に保存するに当たっても、従来は著作物あるいは複製物を物理的に手元に保管していたのに対し、現在ではストレージ・サービスやクラウド・コンピューティング・サービスが発達してきている。これらのサービスはコンテンツの複製を不可避的に伴うため、単に著作物を保存しておくという行為でさえ著作権法との抵触が問題となりうる¹²⁸。こうした現象は換言すれば、著作権法の規律が個人の私的な領域をも司るようになったといってもよいだろう。

第二に、著作者、著作権者も多様化してきているということが出来る。大作映画や商業音楽のCDのように、多額の投資をして創作され、投資を回収するために著作権を積極的に行使する商業ベースの著作物は今日も当然のことながら存在する。しかし他方で、かなり以前に営利での著作物の提供を終えていて権利行使の意思を持たない権利者や、インターネットの世界を中心に、現在では私人のアマチュアが自発的に創作する著作物が多数存在し、しかも簡単にそれらにアクセスできるようになっている¹²⁹。

Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It, 114 YALE L.J. 535, 542 (2004).

¹²⁷ チェン・前掲注(125)『フリーカルチャーをつくるためのガイドブック クリエイティブ・コモンズによる創造の循環』26-28頁。また、本論文の冒頭に示した例も参照。

¹²⁸ クラウド・コンピューティング・サービスについては小泉直樹＝奥邨弘司＝駒田泰士＝張睿暎＝生貝直人＝内田祐介『クラウド時代の著作権法』（勁草書房・2013年）、一般社団法人ソフトウェア情報センター（編）『クラウドビジネスと法』（第一法規・2012年）等を参照。

¹²⁹ レッシング・前掲注(124)『REMIX ハイブリッド経済で栄える文化と商業のあり方』45-76・98-105頁、田村・前掲注(122)「日本の著作権法のリフォーム論—デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて—」72-75頁。

後者のような著作物に関しては、著作者はむしろ弱い著作権保護で十分と考える者もあり、さらには著作権の行使に全く関心を寄せていない者も少なからずいると指摘されている¹³⁰。世界中のネット上のクリエイター、ブロガーやWikipediaの編集者らが、経済的対価を一切受け取らずに日々新しい創作を行っていることから、それは明らかである。つまり、「創造の大衆化」によって現在では著作物の権利者の内部でも分化が進み、第二の波時代から存在した権利者対ユーザーという対立軸に加え、積極的な権利者対消極的な権利者というグラデーションのようなもう1つの対立軸が、著作権法を語る上で重要になってきているということである¹³¹。

さらに、著作権の帰属先が不明であるにもかかわらず権利が存在するた

レッシングはプロとアマチュアによって推進されるリミックス文化が、コミュニティの形成と教育にとって重要な価値を有すると指摘する。

¹³⁰ 田村・前掲注(122)「日本の著作権法のリフォーム論—デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて—」73頁、パメラ・サミュエルソン及びCPPメンバー(石新智規=橋本有加(訳))「著作権の原則プロジェクト:リフォームの方向性」『コンテンツに係る知財創造サイクルの好循環に資する法的環境整備に関する調査研究—コンテンツをめぐる法的環境のこの10年とこれから—報告書』(2011年・デジタルコンテンツ協会)79頁。

さらにこうした著作権者の意向の分化に応じて著作物の保護の程度も分化してよいのではないかという議論がある。田村善之「日本版フェア・ユース導入の意義と限界」知的財産法政策学研究32号(2010年)39-44頁。

著作者の著作権行使に関する意思を著作物にマークを用いて表示させるクリエイティブ・コモンズの活動につき、ローレンス・レッシング(山形浩生(訳))『コモンズ』(翔泳社・2002年)、クリエイティブ・コモンズ・ジャパン(編)『クリエイティブ・コモンズ デジタル時代の知的財産権』(NTT出版・2005年)、チェン・前掲注(125)『フリーカルチャーをつくるためのガイドブック クリエイティブ・コモンズによる創造の循環』第4章、安藤和宏『よくわかる音楽著作権ビジネス 実践編』(リットーミュージック・2011年)286頁、野口祐子『デジタル時代の著作権』(筑摩書房・2010年)223-241頁。

¹³¹ 田村・前掲注(122)「日本の著作権法のリフォーム論—デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて—」73頁、レッシング・前掲注(124)『REMIX ハイブリッド経済で栄える文化と商業のあり方』243-249・265-66頁、チェン・前掲注(125)『フリーカルチャーをつくるためのガイドブック クリエイティブ・コモンズによる創造の循環』20-26頁。

めに利用が進まない孤児著作物 (orphan works) 問題が、インターネット技術の発達によって深刻化している¹³²。孤児著作物とは著作者の存在の有無や著作者の所在が不明な著作物を指し、著作権者を探し出すサーチコスト、著作権者がいた場合に許諾を求める交渉コスト、利用の対価を分配する際の徴収対価分配コストが莫大な額となって利用を妨げ、社会的な損失を引き起こすことが危惧されている¹³³。孤児著作物自体はインターネットの出現以前から存在していたが、インターネット技術によってそうした著作物にも誰でも簡単にアクセスできるようになった結果、著作物を目の前にしても利用許諾を求めることができないというもどかしい状況が急激に増加し、問題が表面化することとなった。とりわけ、著作物のデジタル化、アーカイブ化など大量の著作物が関わる作業において孤児著作物がプロジェクトの妨げとなることは近年大きな問題となっている¹³⁴。孤児著作物

¹³² 孤児著作物問題に関しては、菱沼剛『孤児著作物問題の研究－既存規範の受動的な分析と新規範の確立に向けての可能性－』（成文堂・2011年）、同「孤児著作物問題を巡る議論について－認識された論点、提案された解決策および残された問題点」知的財産法政策学研究15号（2007年）299頁が詳しい。また、田村善之「Google Books 和解答の光と影」NBL 925号（2010年）27頁、福井健策『著作権の世紀』（集英社・2010年）165頁以下、同『誰が「知」を独占するのか－デジタル・アーカイブ戦争』（集英社・2014年）152頁以下、作花文雄「マス・デジタル化時代における著作物の公正利用のための制度設備－拡大集中許諾制度の展開・『Orphan Works』問題への対応動向－（前編）」コピライト650号（2015年）50頁も参照。

¹³³ 必ずしも孤児著作物のみを対象とするものではないが、国立国会図書館の保有するデジタル・アーカイブを電子書籍化するに当たって権利者の探索や権利処理に多大なコストを要することを示す実証研究として、「電子書籍の流通と利用の円滑化に関する実証実験報告書」（http://www.bunka.go.jp/chosakuken/jikken/pdf/h24_hokokusyo.pdf）（最終閲覧2014年12月1日）を参照。

¹³⁴ 1つの利用に関わる権利が大量で、権利処理に要するコストが膨大となり利用が妨げられるアンチ・コモンズ問題に関しては、マイケル・A・ヘラー＝レベッカ・S・アイゼンバーグ（和久井理子（訳））「特許はイノベーションを妨げるか？－生物医学研究におけるアンチコモンズ－」知財管理51巻10号（2001年）1651頁、Nari Lee（田村善之＝立花市子（訳））「標準化技術に関する特許とアンチ・コモンズの悲劇」知的財産法政策学研究11号（2006年）85頁、田村善之「プロ・イノベーションのための特許制度の muddling through (2)」知的財産法政策学研究36号（2011年）165-166頁。

に対する1つの方策として裁定許諾制度の活用¹³⁵が注目を浴びているが、克服すべき課題もあり、現段階では抜本的解決には至っていない。裁定許諾制度については章を改めて後述することとする。

いずれにせよ、そのような状況であらゆる著作物に一律に強力な保護を与えては、多様な作者の意向と乖離する上に、ユーザー側の利用への配慮を欠くことになるだろう。

第三に、権利者による侵害抑制手段が発達したという特徴が挙げられる。一部の著作権者はコピー・プロテクションなどの技術的保護手段(Digital Rights Management, DRM)によって、デジタルデータの利用を技術的にコントロールすると同時に、シュリンク・ラップ契約やクリック・オン契約¹³⁶といった著作物の使用許諾契約を用いて、著作権法の枠組みを超えて

See also, Authors Guild v. Google Inc., 770 F. Supp. 2d 666 (S.D.N.Y. 2011). 城所岩生「最近の判例」[2011] アメリカ法596頁。

¹³⁵ 今村哲也「我が国における著作権者不明等の場合の裁定制度の現状とその課題について」日本知財学会誌11巻1号(2014年)63頁以下、福井・前掲注(132)『誰が「知」を独占するのーデジタル・アーカイブ戦争』194頁。

¹³⁶ シュリンク・ラップ契約とは、ソフトウェアのパッケージに添付される契約の一種で、契約内容はパッケージ内部に記載されているにもかかわらず「パッケージの開封によって契約に同意したものとみなす」等の条項が含まれたものを指す。また、クリック・オン契約とは、小売店で購入したソフトウェアのプログラムをインストールする際、使用条件に同意を求める文章が画面に表示され、「同意する」をクリックしなければインストールを続行できない仕組みを指す。いずれについても購入したユーザー側は、たとえ契約内容に不服を持ったとしても、小売店に返品してトラブルになったりインストールを中止したりするよりは、ソフトウェアの利用を優先してパッケージを開封したり「同意する」ボタンをクリックすることが多く、購入してしまった商品について後戻りをする労力を厭う消費者の性質を利用した契約であるといえ、その法的有効性をめぐっては多くの議論がなされている。

会沢恒「アメリカ新判例を読む(14) シュリンクラップ契約ーProCD判決の定着!?!—M.A. Mortenson Co. v. Timberline Software Corp., 998 P.2d 305 (Wash. 2000)」ジュリスト1197号(2001年)99頁、曾野裕夫「情報契約における自由と公序」[1999-2]アメリカ法192頁、同「契約と技術による著作権の拡張に関する日本法の状況」知的財産法政策学研究3号(2004年)185頁、Lucie Guibault(会沢恒(訳))「著作権の制限とクリックラップ・ライセンス：著作権取引はどうなるのか？」知的財産法政策

自らの権利を保全ないし強力に管理しようとしている¹³⁷。特に技術的保護手段についてはそれを支援する立法がなされたことによって、より効果的にユーザーの利用行為をコントロールできるようになっているという問題がある¹³⁸。

これらの点を総合すると、著作権は歴史上これまで見られなかったほど、個人の私的な領域に規律を及ぼす存在になり、また一部の権利者は技術的に自らの権利を強く管理するという現象が見られ、個人の表現の自由をより制約する方向に著作権がシフトしていると評価することができる。今日ではもはや、著作権法に抵触するリスクを抱えることなしに日常生活を送ることは困難であるのではないだろうか¹³⁹。他方で、全ての著作物に一律に強力な権利を認める必然性は低下していることから、上記のような表現の自由の浸食を防ぐという観点からも、著作権法が表現の自由に配慮する形で見直されるべき時が到来したというべきである。

学研究 3 号 (2004年) 95頁、田村善之『知的財産法』(第 5 版・有斐閣・2010年) 465-466 頁、Mark A. Lemley, *Intellectual Property and Shrinkwrap Licenses*, 68 S. CAL. L. REV. 1239 (1995); Mark A. Lemley, *Beyond Preemption: The Federal Law and Policy of Intellectual Property Licensing*, 87 CAL. L. REV. 111 (1999); Charles R. McMains, *The Privatization (Or “Shrink-Wrapping”) of American Copyright Law*, 87 CAL. L. REV. 173 (1999).

¹³⁷ これら権利者による技術的な対抗策が表現の自由に与えるインパクトと問題点に関しては、野口祐子「デジタル化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 (上)」NBL 777号 (2004年) 18頁を参照。契約による著作権のオーバーライド問題に関しては、曾野裕夫「情報契約と知的財産権」ジュリスト1176号 (2000年) 88頁。

¹³⁸ 野口・前掲注(137)「デジタル化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 (上)」18頁。技術的保護手段の回避規制に関する近時の改正については、奥邨弘司「技術的保護手段の回避に関連する行為の規制強化」ジュリスト1449号 (2013年) 42頁を参照。

¹³⁹ 著作権法があらゆる人、あらゆる行為に関わるようになっており、大半の人々が著作権と抵触することなしに時を過ごすことができなくなっていると指摘するものとして、Jessica Litman, *The Exclusive Right to Read*, 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 29, 34 (1994)。また、自由で民主的な文化における様々なサービスで提供されている複製物について、著作権を完全に侵害せずに簡単にアクセスすることは想像しがたい状況にあると指摘するものとして、Tushnet, *supra note* 126, at 545-46.

2. 近年の著作権立法をめぐる動き

上記のような技術環境の変化に対し、著作権立法の近年の傾向を一言で表すならば、まさに「権利の拡大」というほかない。

我が国の近年の法改正の動向を見ると、重罰化が進み、著作権により強い抑止力を与えているということが1つの特徴として炙り出される。

現在、窃盗罪を犯した者は10年以下の懲役または50万円以下の罰金刑に処せられるが(刑法235条)、著作権侵害の罰則は度重なる法改正を経て、現在では10年以下の懲役または1,000万円以下の罰金と定められており(著作権法119条1号)¹⁴⁰、有体物の窃盗行為を上回る強いサンクションが課せられている。またこれは、表現の自由との関係が従来から議論されている名誉毀損罪(刑法230条。法定刑は3年以下の懲役もしくは禁錮または50万円以下の罰金)やわいせつ物頒布等の罪(刑法175条。法定刑は2年以下の懲役または250万円以下の罰金もしくは科料またはその両方)と比べても重い刑罰である。

さらに、刑事罰の拡大は私的使用目的の利用の一部にも及ぶこととなった。2009年著作権法改正により、インターネット等にある著作権を侵害するコンテンツを悪意でありながら録音録画する行為について、それが私的使用目的であっても違法となることになったが(著作権法30条1項3号)、2012年改正では、一定の場合に2年以下の懲役もしくは200万円以下の罰金という刑事罰が科されることとなったのである¹⁴¹。

¹⁴⁰ さらに、法人の代表者、または法人もしくは人の代理人、使用人、その他の従業者が、その法人または人の業務に関連して罰則に違反する行為を行った時には、行為者を罰するのに加え、その法人または人に対し、3億円以下の罰金が科せられる(著作権法124条1項)。

¹⁴¹ 改正の経緯につき、福井健策『「ネットの自由」vs. 著作権』(光文社・2012年)127-131・165-166頁、山田奨治『日本の著作権はなぜこんなに厳しいのか』(人文書院・2011年)103頁以下、齋藤千尋「違法ダウンロード刑事規制をめぐる動き—平成24年著作権法改正—」国立国会図書館 調査と情報ISSUE BRIEF 747号(2012.10.18.)1頁、鈴木友紀「違法ダウンロード刑事罰化をめぐる国会論議—著作権法の一部を改正する法律」立法と調査334号(2012年)25頁。条文の解釈につき、池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊 平成24年改正解説』(勁草書房・

これに加え、現在のところ著作権侵害は親告罪であるが(123条1項)、目下交渉中の環太平洋戦略的経済連携協定(TPP)で非親告罪化が議論の俎上に載せられており¹⁴²、それまで著作権者が権利行使しなかったために事実上許容されていた「寛容的利用(tolerated use)」¹⁴³が権利者の意図とは無関係に刑事事件化される可能性も出てきている。

もちろん、こうした著作権の強化と平行して、著作権の制限規定も整備されてきたことは事実であるが、それらの制限規定によって免責される行為は非常に詳細な文言によってピンポイントに特定されたものとなっている。例えば2007年改正では記録媒体内蔵複製機器(パソコンや携帯電話等)の保守、修理に際して修理業者等が行う一時的複製に対する著作権の制限規定(著作権法47条の4)が導入され¹⁴⁴、2009年改正においては美術の著作物等の譲渡等の申し出に伴う複製に関する規定(47条の2)や、検索エンジンが検索のためにウェブデータを取り込んだり表示したりするために行われる複製に関する規定(47条の6)、情報解析のための複製等(47条の7)、送信の障害防止等のための複製(キャッシング)(47条の5)、コンピュータにおける著作物の利用に伴う複製(47条の8)に関する規定が盛り込まれた¹⁴⁵。

2013年) 172-196頁。

また、違法ダウンロード対策の諸外国における状況については、前橋奈保子「インターネット上の著作権侵害に関する各国の法制度」国立国会図書館 調査と情報 ISSUE BRIEF 747号(2012.4.5.)1頁を参照。

¹⁴² 鈴木將文「TPPにおける知的財産条項」ジュリスト1443号(2012年)36頁、福井・前掲注(141)『「ネットの自由」vs. 著作権』20頁以下。TPPに関しては、渡辺惣樹『TPP 知財戦争の始まり』(草思社・2012年)も参照。

¹⁴³ Tim Wu, *Tolerated Use*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 617 (2008)。Wuの定義によれば、tolerated useとは「侵害に該当する著作物の利用行為のうち、著作権者は気付いていないかもしれないが、それについて何も行動を起こしていないもの」を指す。

¹⁴⁴ 文化庁長官官房著作権課「著作権の一部を改正する法律について」コピライト551号(2007年)34-35頁。また、改正前にこの点について立法論を論じるものとして、田村善之「デジタル機器の保守・修理・買換えと保存されたファイルの複製の可否」知財管理55巻11号(2005年)1529頁。

¹⁴⁵ 文化庁長官官房著作権課「著作権法の一部を改正する法律について」コピライ

これらの適用場面は極めて限定的であり、パソコンメーカー業界、携帯電話産業、検索エンジン、オークションサイト運営会社といった特定の利益団体の働きかけが背後に存在し、それらをピンポイントに救済する規定となっている点には注意が必要である¹⁴⁶。

他方で、より一般的、包括的に著作権を制限する日本版フェア・ユース規定の導入¹⁴⁷が、2009年に知的財産戦略本部の推進計画¹⁴⁸において提言さ

ト585号(2010年)21頁、池村聡『著作権法コンメンタール 別冊 平成21年改正解説』(勁草書房・2010年)、寺本振透=西村あさひ法律事務所(編)『解説 改正著作権法』(弘文堂・2010年)。

47条の2、47条の6について、改正前にそれぞれの解釈論を論じるものとして、田村善之「絵画のオークション・サイトへの画像掲載と著作権法」知財管理56巻9号(2006年)1307頁、同「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題(1)～(3)―寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等―」知的財産法政策学研究16～18号(2007年)がある。

¹⁴⁶ 田村・前掲注(122)「日本の著作権法のリフォーム論―デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて―」27-29頁。

¹⁴⁷ 田村善之「日本版フェア・ユースの導入の意義とその限界」同『ライブ講義知的財産法』(弘文堂・2012年)470頁、上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討―日本版フェア・ユースの可能性―」コピーライト560号(2007年)12頁、横山久芳「著作権の制限とフェアユースについて」パテント62巻6号(2009年)48頁、島並良「著作権制限の一般規定」村林隆一先生傘寿記念 知的財産権侵害訴訟の今日的課題 編集委員会(編)『知的財産権侵害訴訟の今日的課題』(青林書店・2011年)482頁、奥邨弘司「フェア・ユース再考～平成24年改正を理解するために～」コピーライト629号(2013年)2頁、潮海久雄「インターネットにおける著作権の個別制限規定(引用規定)の解釈論の限界と一般的制限規定(フェアユース)の導入について: Googleサムネイルドイツ連邦最高裁判決を中心に」筑波法政50号(2011年)11頁、中山信弘「著作権の権利制限」高林龍=三村量一=竹中俊子(編)『現代知的財産法講義 I 知的財産法の理論的探究』(日本評論社・2012年)273頁、大淵哲也「著作権の権利制限規定の一般条項(いわゆる日本版フェアユース)」法学教室347号(2009年)、富岡英次=中村稔「著作権制限規定をめぐる最近の議論について―文化的創作活動保護の視点から」高林龍(編)『早稲田大学ロースクール著作権法特殊講義 2 著作権侵害をめぐる喫緊の検討課題』(成文堂・2011年)79頁、平嶋竜太=梶山敬士「フェアユース規定に関する課題と展望」高林(編)・前掲『早稲田大学ロースクール著作権法特殊講義 2 著作権侵害をめぐる喫緊の検討課題』307頁。また、

れたことを契機に具体的に議論されたことは特筆すべきであるが、以下のとおり成功したとは言いがたい。当初、法案の原案として、文化審議会著作権分科会は長期の審議の結果、2011年に以下の3つの類型について権利制限規定を設けることを提言した。

- A その著作物の利用を主たる目的としない他の行為に伴い付随的に生ずる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの。
- B 適法な著作物の利用を達成しようとする過程において合理的に必要なと認められる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの。
- C 著作物の種類及び用途並びにその利用の目的及び態様に照らして、当該著作物の表現を知覚することを通じてこれを享受するための利用とは評価されない利用。¹⁴⁹

これ自体、米国のフェア・ユースに比べると具体的な規定ぶりであり、知的財産戦略本部の思い描いていたものからかなり後退しているという辛辣な評価がなされている¹⁵⁰。ところがさらに、政府提出法案に至るまでの法案審査の過程において様々な変更が加えられた結果、A類型は分離困

著作権法学会シンポジウム「権利制限」著作権研究35号(2008年)2頁以下も参照。

¹⁴⁸ 知的財産戦略本部『知的財産推進計画2009 [2009年6月24日]』(2009年) <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/090624/2009keikaku.pdf> (最終閲覧2014年12月1日)を参照。

¹⁴⁹ 文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会 報告書 [平成23年1月]」44-50頁 (2011年) http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/shingi_hokokusho_2301_ver02.pdf (最終閲覧2014年12月1日)を参照。

¹⁵⁰ 中山信弘「著作権法の憂鬱」パテント66巻1号(2013年)113頁はフェア・ユース規定導入で最も期待されていたのはクラウド・コンピューティング等の新しいネット・ビジネスやパロディを救済することであったにもかかわらずそれらが先送りされ、他方で従来の制限規定の解釈でも対処が不可能ではなかった「当り障りのないもののみを規定してお茶を濁した形」となっていると述べ、「実を捨てて名を取ったフェアユース」であると批判する。

難性の要件や録音、録画等によって著作物を創作する際に適用を限定する(＝生放送が含まれないように読める¹⁵¹) 絞りがかかって改正著作権法30条の2へ、B類型は念頭に置かれていた「著作権者の許諾に基づく利用」と「個別権利制限規定に基づく利用」のうち後者を削った形で30条の3へ、そしてC類型については3つの類型の中では最も包括的な規定であったにもかかわらず、解体され技術開発等のための試験の用に供する利用に関する30条の4と、情報提供準備における情報処理に関する47条の9という非常に限定的な規定へと様変わりしてしまった。この法案審査過程は外部からは何が起きているかが見えづらく、蓋を開けてみれば「フェア・ユース」というには程遠い、これまでと同様に限定的な制限規定が加わったに過ぎない。一般条項導入の気運が高まっていただけに、この落差のある結果に対しては、早くも批判と失望の声が集まっている¹⁵²。

また、米国においても、前述のとおりCTEAによって著作権の保護期間が20年延長されたのに加え、1998年のデジタルミレニアム著作権法(DMCA)によって、アクセス・コントロールの回避防止規定や、インターネット・サービスプロバイダー(ISP)の免責条項が適用される条件として権利者からの削除通告に従うことを要する旨を定めた規定などが導入され、修正一条に抵触するのではないかという点で問題視されている¹⁵³。

¹⁵¹ ただし、前田哲男『『写り込み』等に係る規定の整備』ジュリスト1449号(2013年)30頁、池村=壹貫田・前掲注(141)『著作権法コンメンタル別冊 平成24年改正解説』100頁。

¹⁵² 中山信弘=松田政行=岩倉正和=横山久芳=相澤英孝「座談会 改正著作権法と著作権法の課題」Law & Technology 57号(2012年)15頁。

なお、平成24年改正の内容について詳しくは文化庁長官官房著作権課「著作権法の一部を改正する法律(平成24年改正)について」コピライト618号(2012年)31頁。

¹⁵³ 大日方信春「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」熊本法学119号(2010年)1頁、同・前掲注(15)『著作権と憲法理論』185頁以下、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 778号(2004年)32-33頁、ミケーレ・ボルドリン=デヴィッド・K・レヴァイン(山形浩生=守岡桜(訳))『〈反〉知的独占—特許と著作権の経済学』(NTT出版・2010年)152-161頁、大林・前掲注(83)「表現の自由と著作権に関する憲法的考察—判例法理の批判から新たな議論の展開へ」301-303・

こうした著作権保護強化の立法がなされる近年の状況について、Boyleは英国の産業革命時の土地の囲い込み運動になぞらえ「第二の囲い込み運動 (Second Enclosure Movement)」と呼び、あらゆる無体物が権利化されていく現状に危機感を顕にしている¹⁵⁴。

3. 表現の自由の変貌

以上、著作権側の歴史をまず振り返ってきたが、他方、日本の表現の自由をめぐる理論の歴史を見てみると、こちらも情報伝達手段の発展や情報に関する環境の変化とともに、「表現」の指す概念が拡大されてきたといえる。

日本国憲法21条1項は「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する」と規定し、さらに同条2項は「検閲は、これをしてはならない。通信の秘密は、これを侵してはならない」と定めている。この表現の自由は、戦前の治安維持法等に見られる言論統制の反省を受け¹⁵⁵、国家による干渉や検閲などを受けずに表現を行うことのできる権利

309-310頁。

¹⁵⁴ James Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, LAW & CONTEMP. PROBS., Winter/Spring 2003, at 33. Boyleのこの論は著作権法に限らず知的財産法一般に関するものであり、このほか、ビジネス方法特許の増加、ヒトゲノムの権利化、商標法におけるダイレクション理論の導入、EUの「データベースの法的保護に関する指令」の発令も「第二の囲い込み運動」の中に位置づける。著作権法に関してはDMCAや著作権保護期間延長、著作権の保護対象の拡大(特に事実の寄せ集めに過ぎないものに対する保護)、DRMによる保護によってフェア・ユースに該当する利用まで禁止されている点等を挙げて、パブリック・ドメインが攻撃にさらされていると警鐘を鳴らしている。See also, 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 (1999). 国際的な文脈において、知的財産権の取り決めに関し、先進国による囲い込みによって発展途上国が採りうる政策的余地が制限されていることを指摘するものとして、Peter K. Yu (青柳由香(訳))「国際的な囲い込みの動きについて(1)~(4・完)」知的財産法政策学研究16号(2007年)31頁・17号(2007年)19頁・18号(2007年)1頁・19号(2008年)51頁。

¹⁵⁵ 我が国の戦前の言論統制を概観する文献として、池田政章『憲法社会体系Ⅱ(憲

という、いわゆる「国家からの自由」が歴史的にも理論的にも出発点となっている。そうした伝統的な表現の自由の概念においては、受け手の自由は特に問題視されていなかった。

ところがその後、社会的に大きな影響力を持つマスメディアが発達するにつれ、情報の送り手であるメディアと受け手である一般国民との分離が進み、表現の自由を一般国民の側から再構成するという試みがなされるようになった。そうした情報の受け手に焦点を当てた自由は、「知る権利」として、積極的に政府やメディアといった送り手に対して情報を求めるという社会権の性質を帯びるようになり、表現の自由は「国家による自由」という側面も有するものへと拡大したのである¹⁵⁶。それに加え、国民が送り手となってマスメディアを通し自己の意見を表明するというアクセス権論¹⁵⁷や、自らが送り手となる立場を要求し、表現活動を行う場を積極的

法政策論』(信山社・1999年)67-87頁、奥平康弘「戦前の出版・言論統制」ジュリスト378号(1967年)31頁。

¹⁵⁶ 芦部信喜(高橋和之(補訂))『憲法』(第6版・岩波書店・2015年)175-176頁。「知る権利」については石村善治『言論法研究[論文選]』(信山社・1993年)218-235頁以下、清水英夫＝堀部政男＝奥平康弘＝佐藤幸治「研究会『知る権利』の法的構造」法律時報44巻7号(1972年)27頁以下、芦部信喜「民主国家における知る権利と国家機密」ジュリスト507号(1972年)16頁、清水英夫『言論法研究』(学陽書房・1979年)13-31頁、下河原忠夫『21世紀のアクセス権への前進 知る権利とプライバシー』(公人社・1992年)。

¹⁵⁷ 堀部政男『アクセス権』(東京大学出版会・1977年)。同『アクセス権とは何か』(岩波書店・1978年)、山口和秀「アクセス権と表現の自由」ジュリスト増刊『現代のマスコミ』(1976年)61頁以下、清水・前掲注(156)『言論法研究』52-67頁。

これらの議論のきっかけとなったのは米国の修正一条に基づくBarronによる論文である。ジェローム・A・バロン(清水英夫＝堀部政男＝奥田剣志郎＝島崎文彰(訳))『アクセス権—誰のための言論の自由か—』(日本評論社・1978年)。See also, Jerome Barron, *Access to the Press—A New First Amendment Right*, 80 HARV. L. REV. 1641 (1967).

ただし、裁判所等の判断機関によるコントロールのおそれやマスメディアへの萎縮効果、経済的負担等、アクセス権が抱える問題点を指摘し、表現の自由の一内容としてアクセス権を認めるのは困難であると述べる見解があり、その法的根拠やアクセス権の認められる内容には争いがあることに注意。棟居快行＝赤坂正浩＝松井

に求めるパブリック・フォーラム論¹⁵⁸、さらには「表現する自由」のコロラリーとして、望まない表現を受領したくないという受け手の「表現からの自由」を保護するための「囚われの聴衆」論¹⁵⁹や、表現の強制に抗う「表現しない自由」あるいは「沈黙の自由」¹⁶⁰等が学説で紹介・提唱されるようになった。つまり今日では、表現の自由は、単に外部に向かって表現を発信する行為だけでなく、より広い情報の収集・伝達・受領プロセスの保護といった、表現にまつわる様々な側面を包含した広範な概念として理解

茂記＝笹田栄司＝常本照樹＝市川正人『基本的人権の事件簿』（第4版・有斐閣・2011年）156頁以下。

¹⁵⁸ パブリック・フォーラム論に関する文献として、紙谷雅子「パブリック・フォーラム」公法研究50号（1988年）103頁、同「表現の自由（3・完）－合衆国最高裁判所に見る表現の時間、場所、方法および態様に関する規制と、表現の方法と場所の類型」国家学会雑誌102巻5・6号（1989年）243頁、長岡徹「アメリカ合衆国におけるパブリック・フォーラム論の展開」香川大学教育学部研究報告第I部64号（1985年）53頁、中林暁生「表現する場を提供する国家」ジュリスト1422号（2011年）94頁、同「伝統的パブリック・フォーラム」法学73巻6号（2010年）188頁、横大道聡「公的言論助成・パブリックフォーラム・観点差別－連邦最高裁判決の検討を中心に」法学政治学論究65号（2005年）165頁以下、松田浩『『パブリック』『フォーラム』－ケネディ裁判官の2つの闘争』長谷部（編）・前掲注（98）『講座人権論の再定位3 人権の射程』181頁。

¹⁵⁹ 最判昭和63.12.20判時1302号94頁〔大阪市市営地下鉄車内放送〕の伊藤正己裁判官による補足意見を参照。「囚われの聴衆」論に関する文献として、松井茂記『『聞きたくない表現を聞かされない自由』について－小田急事件及び大阪地下鉄事件を契機にして』法律のひろば42巻6号（1989年）44頁、渋谷秀樹「地下鉄車内放送と『とらわれの聴衆』－大阪市営地下鉄商業宣伝放送差止等請求事件」ジュリスト938号（1989年）40頁、横大道聡『『囚われの聴衆』についての一考察』小谷順子＝新井誠＝山本龍彦＝葛西まゆこ＝大林啓吾（編）『現代アメリカの司法と憲法－理論的対話の試み』（尚学社・2013年）76頁、甲斐素直『人権論の間隙』（信山社・2009年）148頁等。なお、論者によっては「囚われの聴衆」論をプライバシー権（憲法13条）や内心の自由（憲法19条）から説明するものもあるので注意が必要である。

¹⁶⁰ 横大道聡「表現しない自由と表現の『帰属』」法政論叢44巻2号（2008年）50頁、佐藤・前掲注（96）『憲法』486頁以下、浦部法穂『全訂 憲法学教室』（日本評論社・2000年）127頁以下。

されるようになってきているのである¹⁶¹。

また、こうした表現の自由そのものが指す領域が拡大する一方で、新聞や図書の閲読の自由、あるいは筆記行為の自由等、表現の自由の周辺に位置する権利ないし利益についても判例で一定の保護が図られるようになってきている¹⁶²。

さらにインターネットという新たな通信技術の登場は、こうした表現の自由の拡大をさらに加速させたといえよう¹⁶³。例えばフィルタリングやネット上での情報公開の規制が表現の自由と抵触するかが論じられる今日では、表現の自由が単に情報の発信や享受における自由だけでなく、情報の自由な流通をも含むものへと拡大していると評価してよいだろう。学説においても、インターネットは通信と表現という両方の側面を有しているところ、サイバースペース上のコミュニケーションとして、ホームページの開設だけでなく他のホームページへのアクセスや掲示板の利用といったものまでもが、「表現」として捉えられうるようになったという指摘がなされている¹⁶⁴。

したがって、憲法21条1項が保障するものは、今日では情報の発信、収集、受領を含めた「コミュニケーションの自由」として理解されているところである¹⁶⁵。

¹⁶¹ 芦部・前掲注(156)『憲法』176頁、松井茂記『日本国憲法』(第3版・有斐閣)444-445頁、鈴木秀美「放送法制」公法60号(1998年)82頁。

¹⁶² 安西文雄「表現の自由の保障構造」安西ほか・前掲注(98)『憲法学の現代的論点』388頁以下。

¹⁶³ インターネット技術の登場に伴う表現の自由の新たな問題を論じるものとして、常本照樹「サイバースペースにおける表現の法的規制と私的コントロール」田村善之(編)『情報・秩序・ネットワーク』(北海道大学図書刊行会・1999年)281頁、高橋和之「インターネットと表現の自由」ジュリスト1117号(1997年)26頁、白田秀彰「情報テクノロジーの進展と法的課題」堀部政男(編)『情報公開・プライバシーの比較法』(日本評論社・1996年)377頁、大沢秀介「インターネットと表現の自由」法学教室194号(1996年)81頁、山口いつ子「サイバースペースにおける表現の自由」東京大学社会情報研究所紀要51号(1996年)15頁。

¹⁶⁴ 松井・前掲注(1)『インターネットの憲法学』100頁。

¹⁶⁵ 高橋・前掲注(93)『立憲主義と日本国憲法』193-195頁、芦部・前掲注(156)『憲

そして、インターネット技術が表現の自由にもたらした変化は、概念の拡大だけに留まらない。近年のデジタル技術・ネットワーク技術の進歩により、サイバースペースが誕生し、1990年代中頃からサイバースペースにおける法規制の形が米国で活発に議論されるようになった。このサイバースペース原理論は、その後の表現の自由のあり方にも大きなインパクトを与えたといえるので、ここで紹介しておこう¹⁶⁶。

初期のサイバースペース原理論においては、地理的国境も参入障壁もほぼなく、分散型の特質を有するサイバースペースでは、それまでのリアルスペースで採られていたようなトップダウン型の制定法よりも、個々人が自主的に選択を行う自律的構造の方が適しているというセルフ・ガバナンス論が主流であった¹⁶⁷。しかしLessigはこのようなサイバースペースとリアルスペースの法の分離を批判し、有名なCode論を提唱した。それによれば、サイバースペース上に限らず一般に、人の行動に対する規制要素として①制定法を中心とする「法 (Law)」や「社会規範 (Social Norm)」、②「市場 (Market)」、③「構造 (Architecture)」、④「コード (Code)」の4つが存在し、サイバースペースにおいては、それらのうち③構造とそれを構成する書き換え可能な④コードが、リアルスペース上よりも強力に機能するという¹⁶⁸。その具体例として、P2Pによるファイル共有に対し、著作権者がサイバースペース上で採りうる方策が挙げられている。ファイル共有の

法』176頁、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂・2011年）248-250頁、渋谷秀樹『憲法』（有斐閣・2007年）324頁等。

¹⁶⁶ サイバースペース原理論を詳細に紹介した文献として、小倉一志『サイバースペースと表現の自由』（尚学社・2007年）74-94頁、平野晋『電子商取引とサイバースペース』（NTT出版・1999年）。山口・前掲注(30)『情報法の構造 情報の自由・規制・保護』145-171頁も参照。

¹⁶⁷ David Post & David Johnson, *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*, 48 STAN. L. REV. 1367 (1996)。平野晋=牧野和夫『判例 国際インターネット法—サイバースペースにおける法律常識』（プロスパー企画・1998年）67頁、小倉・前掲注(166)『サイバースペースと表現の自由』74-77頁。

¹⁶⁸ ローレンス・レッシング(山形浩生=柏木亮二(訳))『CODE—インターネットの合法・違法・プライバシー』（翔泳社・2001年）、同(山形浩生(訳))『CODE VERSION 2.0』（翔泳社・2007年）。

対策の1つとして、音楽ファイル等を違法ダウンロードする人々に対し訴訟を提起するという手段がある。これは①法に則ったものであり、サイバースペースが出現する以前からも用いられてきたものである。それに対しもう1つの新たな手法は、ネットワーク本来の構造を書き換えるよう新たな技術的対応を行う方法である。これは、コンテンツの背後にある著作権法上のルールを無視してコンテンツをコピーすることが事実上可能であった従来の状態(構造)そのものを変更させる手法であり、サイバースペースにおいて大きな力を有するものである¹⁶⁹。このような構造を決定づけるコードは、自然と湧き出るものではなく、誰かが作り上げるものであるといわれており、誰がどのような価値観をもって構築するかによって、サイバースペースにおける自由やコントロールのあり方が左右され¹⁷⁰、コードの決定によっては表現の自由が従来以上に浸食されてしまうおそれも秘めている。

以上のように、表現の自由における「表現」概念は、日々発達する技術から得られる新たな対話の可能性を守るために拡大してきたと考えられる。だがもちろん、このことから直ちに「自由」の指す範囲が無限定に広がったということが導かれるわけではない。アクセス権論や囚われの聴衆理論など、裁判所が表現の内容の一内容として認めていない権利内容も多くあり、量的に表現の自由の概念が増加したとはいえないだろう。

ただ、少なくともここで強調しておきたいのは、新たな技術によって質的な部分で表現の自由の概念にはある種の深みが生まれているということである。そして、新技術のおかげで可能になった様々なコミュニケーションを、著作権法やさらにはコードという新たな制約方法によって制圧してしまっただけでは、そうしたせつかくの恩恵を人々が享受できなくなってしまうだろうということである。

4. 小括

デジタル技術・インターネット技術の普及によってもたらされた変化に

¹⁶⁹ レッシング・前掲注(168)『CODE VERSION 2.0』の序文を参照。

¹⁷⁰ レッシング・前掲注(168)『CODE VERSION 2.0』8-9頁。

より、著作権と表現の自由の緊張関係には確実に変化が訪れているといえよう。表現手段、著作物の利用手段が発達したことで、著作者も利用者も多様になり、著作権の行使が人々の日常的な表現活動の自由にまで直接関わる蓋然性が高まっている一方で、表現の自由の概念も広がってきており、両者の緊張関係はますます微妙なバランス関係にあるといえる。したがってデジタル時代を迎えた今日、著作権と表現の自由という2つの権利を調整する何らかの手だてを確立することは、喫緊の課題となっているのである。