

FCC 規則に対する司法審査申立

—放送フラグをめぐる *ALA v. FCC*—

魚 住 真 司⁽¹⁾

I はじめに—米国におけるテレビ放送のデジタル化

米国では60余年ぶりの大幅な改正となった通信法 (*The Telecommunications Act of 1996*, P.L.104-104) と、翌97年に制定された財政均衡法 (*The Balanced Budget Act of 1997*, P.L.105-33) によって、米国における地上波テレビ放送のデジタル化目標が2006年12月31日に設定された。その後、デジタル移行への目標日が2009年2月17日へと変更され、⁽²⁾ さらに低所得世帯向けデジタル—アナログ変換機能付チューナー (アナログテレビ受像機でもデジタル放送を受信できるようにするための簡易チューナー) の普及が遅れたことを理由に、その移行実施は2009年6月12日へと再度⁽³⁾ 延期された。

(1) 関西外国語大学外国語学部准教授 (担当科目: Media Studies)。2010年度科研費研究 (課題番号22530589) の一環として在外研究中 (執筆時)。

(2) *The Digital Television Transition and Public Safety Act of 2005* (= *Deficit Reduction Act of 2005*, P.L.109-171の一部) による。

(3) *DTV Delay Act* (P.L.111-4) による。なお米国では1980年代後半には、既にテレビ視聴世帯の過半数がケーブルテレビ経由で地上波テレビ放送を視聴しており、米国の地デジ化はケーブルテレビのデジタル化対応ならびにデジタル—アナログ信号変換機能付セットボックス (= これを介すると従来のアナログテレビでもデジタル放送がケーブル受信できる) の普及が重要課題であった。一方、日本におけるケーブル普及率はここ数年でようやく過半数に達したと考えられ、同じテレビ放送とは言っても、日米ではそのインフラの違いが存在したことに留意しておきたい。

米国の州際通信ならびに放送を管轄する連邦通信委員会（Federal Communications Commission = FCC、本部：ワシントンDC⁽⁴⁾）では、この地上波テレビ放送のデジタル化に先立ち、放送番組の著作権保護について、いわゆる「放送フラグ（Broadcast Flag⁽⁵⁾）」にもとづく著作権保護システムの導入を2003年11月に打ち出した。これに対し2004年1月、全米図書館協会（American Library Association = ALA、本部：シカゴ⁽⁷⁾）をはじめ、その他の図書館団体ならびに市民団体などから、その見直しを求める申立がワシントン特別区控訴裁判所に提出された。受理された申立は2005年2～3月にかけて審理が行われ、同年5月に判断が示されることとなった（*ALA v. FCC*, 406 F.3d 689, 2005）。

本稿はまず、米国の大学図書館をはじめ教育機関や市民団体等が問題視する「放送フラグ」を中心に、デジタル時代の放送番組をめぐる著作権議論の今日の状況を概観する。その上で、放送行政の規則制定過程における情報公開のあり方や市民参加、ならびに規則制定に対する司法審査申立（Petition for Judicial Review）について、日本への示唆を引き出すことを目的とする。

-
- (4) 米国における長距離電話や放送（＝電波は州境で遮断できるような性質のものではない）といった州際コミュニケーションを管轄する独立行政・規制委員会。ケーブルテレビは有線コミュニケーションであることから、その事業が州内にとどまる場合は州際コミュニケーションに分類できるわけではないが、FCCのケーブル規制については ancillary jurisdiction（補助的管轄）として、reasonable（合理的）と認められる範囲内で許容されている。例えば CNN などのケーブルテレビ番組の配信は通信衛星を利用して全米規模で展開されており、これは州際コミュニケーションなので FCC の管轄となる。
- (5) 当初、FCC は米国の地上デジタル放送方式の略称（＝ATSC）を流用して「ATSC Flag」と呼んでいたが（例えば18 FCC Rcd 23556）、本稿ではより一般的な呼称の「Broadcast Flag」を使用する。
- (6) *Report and Order and Further Notice of Proposed Rulemaking in the Matter of: Digital Broadcast Content Protection*（18 FCC Rcd 23550、2003 WL 22494589）。
- (7) ALA は1853年に構想され、1876年に創立された世界最大（現会員数6万人強といわれる）の図書館団体である。本部はシカゴだが、各種法廷闘争および米議会へのロビー活動を円滑に行うためにワシントン DC にオフィスを開設し、法務専門スタッフが常駐している。
- (8) 2011年3月11日の震災により、東北3県ではアナログ放送が最長1年間継続されることとなった。またケーブルテレビ事業者は3～5年の間、地デジをアナログ信号に変換して契約世帯

II 問題の所在—日本の「地デジ化」は何をもたらしたか

日本では2003年12月にテレビの地上波デジタル放送（地デジ）が開始されている。従来のアナログ放送からデジタル放送への「完全移行日」は2011年7月24日に設定され、その数ヶ月前から「高画質」や「双方向サービス」⁽⁸⁾など、地デジ化による様々なメリットが総務省や放送業界ならびに家電業界により宣伝された。これにより、大画面テレビ受像機への買い替え需要がもたらされたと言われている。

一方、DVDレコーダに代表されるデジタル放送録画機器については、デジタル放送の暗号化（スクランブル）実施（2004年4月）からほどなく販売不振に陥り、結果としてアナログ放送の時代には録画機器を生産販売していた複数の家電メーカーが市場から撤退することにつながった。その販売不振の原因として指摘されるのが、様々な著作権保護策によって犠牲となった機器の操作性ならびに消費者の利便性である。⁽¹⁰⁾

に配信することとなった。

(9) 「双方向機能」については、あたかもクイズ番組に視聴者がリモコンを使って直接答えることのできる機能が「双方向」であるかのように日本では宣伝されてきた。本来、テレビの双方向性とは何か、北米やドイツにおけるコミュニティ・テレビならびにパブリックアクセス制度（ここでは視聴者が「送り手」となって番組を制作している）を参考にした議論が必要であろう。

(10) 「普及進まず 操作の難しさなどで敬遠か」『毎日新聞』2007年3月3日。撤退したメーカーは、アナログビデオ録画機の代表的な方式である VHS を開発した日本ビクターをはじめ、日立製作所やパイオニアなども含まれる。一方、米国市場においては船井電機の Magnavox ブランドを除き、日本の全メーカーがハードディスクドライブ録画機の販売を見合わせている（2011年現在、DVD ディスク録画機を除く）。その理由として、米国では TiVo（ティーボ）と呼ばれるハードディスクドライブ録画機器が普及していることなどが挙げられている一方、1984年にソニーが著作権法違反で訴えられた *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.* (464 U.S. 417) を教訓に、日本の家電メーカーは全米映画協会（MPAA）の動向を見守っているのではないかと解釈する向きもある。例えば、Michael Kanellos, "Japan says no to Blu-ray, HD DVD recorders for U.S." *CNET News*, Oct. 3, 2006の記事と、これに対する読者等からのコメントを参照。

http://news.cnet.com/Japan-says-no-to-Blu-ray,-HD-DVD-recorders-for-U.S./2100-1041_3-6122067.html (last visited, Dec. 22, 2011).

日本の地デジ放送には、米国のそれと違って二重の著作権保護策が施されている。ハードディスクドライブやDVD-R等の記録可能メディア（＝放送を録画する媒体、かつてはビデオテープが主流であった）に関する著作権保護技術であるところの、いわゆる「CPRM」⁽¹¹⁾の採用と、本来は有料放送の視聴管理を目的に設立された「B-CAS」⁽¹²⁾の拡大運用である。前者は放送番組に混入される複製制御（コピー・コントロール）技術の呼称であり、後者は元々、暗号化（スクランブル）されて配信された映像を解読・復元するシステムを提供する企業の名称である。特に前者については当初、番組録画が1度しかできない仕様（＝「コピーワンス」⁽¹³⁾。ただし「複製が1度だけできる」わけではなく、番組録画自体が1度目の「コピー」にあたる）となっていたことから、消費者が従来著作権法で認められてきた私的複製（著作権法第30

-
- (11) CPRM=Content Protection for Recordable Media. 記録可能メディア著作権保護技術。映画ソフトのDVD-Videoで採用されていたCSS（Content Scramble System＝記録コンテンツ暗号化システム）を、より複雑にして複製を困難にした。松下、東芝、IBM、インテルの4社が共同で設立した団体(4C Entity)によって開発されたとされる。CPRMではメディアに記録される情報の一つにCCI（＝Copy Control Information、「コピー制御フラグ」とも訳される）が含まれており、これにより複製可能回数が放送事業者側で制御できる。
- (12) BS Conditional Access Systems Co., Ltd. 株式会社ビーエス・コンディショナルアクセスシステムズ（本社：東京）。もともとBSのWOWWOWなど有料放送の受信を限定させる目的で創設されたが、公共性が高い一般のテレビ放送（2011年7月24日の地デジ完全移行後、それは「地上デジタルテレビ放送」を意味する）の受信に拡大採用された。デジタル放送受信機器に同梱されるB-CASカードを機器に挿入しなければ放送波に仕組まれた暗号が解読できないようになっている。またそのカード番号の登録が機器に同梱されるハガキによって促されるのであるが、その際、住所氏名など個人情報をB-CAS社に提供することになる（ちなみに米国の「地デジ」にはそのような管理者・管理制度は存在しない）。これにより日本のデジタル放送は①B-CASによる限定受信と②CPRMによる著作権保護の、二重の放送事業者保護が実施されることとなった。これに対し、対応機器の複雑な操作性もあって、消費者側からの苦情ならびに機器の販売不振を招く結果となった。さらにはB-CAS一社独占による弊害や、財務内容の非公開についても議論を呼んだ（『朝日新聞』2008年7月9日、その後、財務情報は公開されるようになった）。
- (13) 「コピーワンス」は、放送番組を録画する行為自体を「コピー」と呼び、ハードディスクドライブに録画された番組をDVD-Rなどに移動させる行為を「ムーブ」と呼んで、コピーとムーブを区別している。なお、ムーブ後は録画機（のハードディスクドライブ）に当該番組は残らない。

条)を行うことができず、不満がひろがった。⁽¹⁴⁾

そこで2008年7月より、録画した番組(=オリジナル、本稿ではこれを「第一世代」と呼ぶ)から複製(第二世代)を作る回数について、「ダビング^{テン}10」と呼ばれる緩和措置がとられた。すなわち、上記 CPRM 信号に設定される複製可能回数を9回とし、これに1回の「ムーブ」⁽¹⁵⁾を加えて「ダビング10」と呼んだわけである。ところが、設定が「コピーワンス」のままの旧機種(緩和措置前に生産された録画機器)がまだ市場で流通していたことや、デジタル放送が外部チューナー(ケーブルテレビのセットトップボックス等)⁽¹⁶⁾を経た場合は「コピーワンス」になってしまうことなどから消費者は混乱した。またその緩和措置にしても、複製(第二世代)から次の複製(第三世代)を作ることはできない仕様となっており、消費者の不満を根本的に解決するには至らなかった。⁽¹⁷⁾このような複製制御と B-CAS 拡大運用の、いわば「二重の著作権保護策」により、日本の地上デジタル放送は従来のアナログ放送に比べ、高画質ながらも利便性が低下した感は否めない。

また、これらの問題は教育現場にも影響した。CPRM 信号の入った放送番組の複製(その多くは DVD-R 等に録画したもの)を視聴覚教材として授業に利用しようとしても、CPRM 対応 DVD プレイヤーでなければ、当該

(14) また(注13)の「ムーブ」においては、操作に失敗すると移動先の映像も移動前の映像も、両方が消去されてしまい、取り返しがつかないことから消費者の不満がさらに高まった。

(15) (注13)「ムーブ」参照。

(16) 多チャンネル受信やデジタル放送に対応していない旧型テレビの場合、「セットトップボックス」と呼ばれる(多チャンネル受信チューナーを兼ねた)補助機器をケーブル会社から借り受けることにより、ケーブルテレビの各種サービスを享受することができる。

(17) フラグを除去して複製を可能にする技法を紹介する文献も存在するが、それらは「裏技紹介」といったタイトルのブックレットにとどまっている。このような、「後ろめたい」印象のタイトルが付けられながらも種々の文献が存在する理由は、1999年の著作権法改定により第30条(私的複製)に新たな条項が追加され「技術的保護手段を回避して行う複製」が禁止された一方で、市場に流通する様々な機器が実質的に「保護手段の回避」を有名無実化しつつある現状があり、結果、デジタル放送番組の私的複製が一般消費者にとり、果たして合法なのか非合法なのか判別のつきにくいものとなったことが影響していると思われる。

DVD-Rを再生することはできない。すなわち、教員がCPRM信号の混入したDVD-Rを授業に持参しても、教室に設置されているDVDプレイヤーが従来型（CPRM非対応）の場合、当該DVD-Rに収録された放送番組については、音声さえ再生することはできないのである。⁽¹⁸⁾

これまでのアナログ放送番組は、教育利用のための複製およびその教室における上映が認められており（著作権法第35条）、放送番組は代表的な視聴覚教材の一つとして日本の教育を側面から支えてきた。ところが、日本の地上デジタル放送は複製制御を導入したために、従来のDVDプレイヤーをCPRM対応機器に新しく買い換えることができるか、あるいは経済的に余裕のある教育機関（もしくは視聴覚教育に対する理解が高く、かつ著作権保護技術に詳しい教員のいる教育機関）のみが教育番組を享受できるといった事態を招いており、今後の教育環境の格差が懸念される。

特に日本のテレビ放送は、これまで人々を「視聴者」としてその役割を固定してきたので見過ごされがちであるが、本来、放送の主体は国民であり、放送事業者は一般の人々にかわって放送業務を行う受託者に過ぎない。それは電波という媒体が放送事業者の所有に属さず、公共財であることから明らかである。新聞などの印刷媒体と違って、放送を「公共の福祉」に適合するよう放送法が規律しているのはそのためである。高画質と引き換えに消費者の利便性が損なわれ、ひいては放送の公共性や教育利用に影を落とすことにもつながった「地デジ化」とは、一般視聴者にとってどのような意義があったのか、放送番組の著作権保護強化は、人々の視点から放送を問い直す契機をもたらしたと言って良い。

(18) デジタル録画機器のアナログ出力端子自体も2013年末をもって全ての録画機器に搭載されないことが取り決められているという。例えば、浅川直輝「『2014年以降はD端子への出力を前面禁止』、次世代光ディスクの著作権保護方式が固まる」『日経BP net: Tech-On!』

<http://techon.nikkeibp.co.jp/article/NEWS/20051220/111766/> (last visited, Dec. 22, 2011).

Ⅲ 米 DMCA による著作権保護強化とその弊害

2003年11月、FCC は米国におけるデジタル放送への移行に先駆け、放送フラグの導入を提案した。⁽¹⁹⁾これにより放送番組の複製は極めて困難になることが予想された。何故なら、放送番組の複製行為が、たとえフェアユース（17 U.S. Code, sec. 107、著作物の批評・解説・報道・研究調査等、非営利目的での一部使用は許諾不要）⁽²⁰⁾ 目的であっても、デジタルミレニアム著作権法（*Digital Millennium Copyright Act* = DMCA, P.L. 105-304）によって、違法になるのではと懸念されたからである。

DMCA は、世界知的所有権機関（World Intellectual Property Organization = WIPO、本部：ジュネーブ）⁽²¹⁾ における1996年の著作権条約締結を受けるかたちで、米民主党のクリントン大統領の署名により1998年に成立し、2000年に施行された。メディアのデジタル化ならびにインターネットによるネットワーク社会の実現が、映画作品の違法コピーを氾濫させ

(19) 前掲、18 FCC Rcd 23550, 2003 WL 22494589.

(20) より具体的には、1. 使用の目的および性格、2. 著作権のある著作物の性質、3. 著作権のある著作物全体との関連における使用された部分の量および実質性、4. 著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響、といった要素が著作権訴訟の際、裁判所によって考慮されフェアユースの認定に至る。なお近年は、非営利目的であることよりも新たな創造につながる使用（transformative use）であったかが、フェアユースの要件として重視される傾向にある。なお、米国のフェアユース判決の傾向については、Barton Beebe・著、城所岩生・訳「米国著作権法フェアユース判決（1978-2005年）の実証的研究」『知的財産法政策学研究』（1）21（2008年）117、（2）22（2009年）163が詳しい。

(21) 1970年、知的財産権保護に関して国連加盟各国の議論や条約制定を促進するために設けられた機関であるが、国連同様「一国一票」による議決が原則となっており、いわゆる「南北対立」等の政治問題を抱えると言われる。また国連機関であることから、知的財産権を「国の権利」とみなす傾向を持ち、WIPO 自体の存在が、人々の国境を超えた共同作業の妨げとなる可能性がないわけではない。例えば世界の人々がインターネットを利用してコンピュータ・プログラムを共同開発するリナックスのような「オープンソース」の流れに対し、これを牽制するような発言が米国特許商標庁（U.S Patent and Trademark Office）の事務局長レベルであったことが伝えられており（Jonathan Krim, "The Quiet War Over Open-Source," *Washington Post*, 21 August 2003.）、WIPO の知的財産権へのスタンスが問われている。

ているとして、全米映画協会 (Motion Picture Association of America = MPAA、本部:ワシントン DC) が同法の成立を後押ししたと言われている。

DMCA は、第1部 (Title I) から第5部 (Title V) までの5部構成となっており、特に第1部 (Title I-WIPO TREATIES IMPLEMENTATION) 下のセクション130 (Sec. 130. Copyright protection systems and copyright management information) に掲げられた項目がフェアユースに影響を与えている。

具体的には、DMCA は合衆国法典第17巻 (17 U.S. Code) において、新たに 第12章 (Chapter 12-COPYRIGHT PROTECTION AND MANAGEMENT SYSTEMS) をつけ加えており、特にそのセクション1201 (Sec. 1201-Circumvention of copyright protection systems) では、デジタル著作権管理 (Digital Rights/Restrictions Management⁽²²⁾=DRM) に対し、その“circumvention” (回避、解除) を目的とした技術や機器を普及させること、ならびに回避手法の開示を禁じている。またセクション1204 (Sec. 1204-Criminal offenses and penalties) では、故意・過失を問わず回避行為があった事実をもって刑法上の罰則対象としている。その際、フェアユース目的で回避行為を行った場合であっても罰則対象となるのが不明瞭なのである。

一方、セクション1201のサブセクション (a) - (1) においては、“anti-circumvention exemptions” (回避禁止の例外規定) を掲げている。具体的には、著作権侵害の対象にならない利用について、相当の“adverse effect” (逆効果、逆作用) が認められる場合は、連邦議会図書館 (Library

(22) 「デジタル著作『権』管理」または「デジタル著作『規制』管理」。もとはDVD化された映画やダウンロード購入できる音楽データといったデジタルメディアの、第三者による複製や再利用を制限するために開発された技術の総称である。ところが同技術は、映画DVDを購入した消費者自身による私的複製 (バックアップコピー) や、フェアユースさえも困難にしてしまう側面をも持つことから、“Rights” (権利) ではなく“Restrictions” (規制) と呼ぶことで、本来消費者が持っているはずの権利に対する「規制」であることを明確にしようとする向きもある。このようなことから、二通りの呼称が存在している。

of Congress) により「回避禁止の例外」が規定される余地を残してある。その例外は、聴聞会やパブリック・コメントの募集を経て規定され、またその規定は3年ごとに見直されることとされた。

なお、2010年度に制定された現行の例外規定としては以下のようなものがある。

- ・映画 DVD について、大学とその教員ならびに映画やメディア・スタジオを学ぶ学生が、教育を目的として使用する場合。
- ・ドキュメンタリー映画を制作する場合。
- ・非商業的な映像作品である場合。

これらにあてはまる場合、著作権管理技術を回避して映画等の DVD を複製しても、当面の間は DMCA 違反に問われない。

ただし留意しておかなければならないのは、こういった例外規定は一般からの求めがあってはじめて実現するのであって、これら例外規定がこの先も自動的に更新されるわけではない、という点である。すなわち、例外規定の維持のためには3年ごとに誰かが DMCA の「逆効果」を訴え出ねばならず、それは一般の人々に相当な負担を強いることになりかねない。これではフェアユース条項の意義が先細りしかねないとして、ALA や電子フロンティア財団 (Electronic Frontier Foundation = EFF、次世代の言論を見守る団体、本部：サンフランシスコ)⁽²³⁾ といった複数の団体から、DMCA の根本的な見直し⁽²⁴⁾ が叫ばれている。

ちなみに、見直しを求めているそれら団体の一つであるパブリック・ナレ

(23) 米著作権法の制定は、そもそも「科学や有用な芸術の進歩を奨励する」“to promote the progress of science and useful art” (合衆国憲法第1条第8節8項) ことを目的としている。その手段として著作物の独占権を著者に一定期間認めることとしたわけであるが、フェアユース条項はその独占権とのバランスをとるために慣習法として発展し、1976年には *Copyright Act of 1976* (P.L. 94-553) の一部として米著作権法に追加された。

(24) 1990年、合衆国修正第一条では明確に保護されているわけではない電子メディアやデジタルメディアにおける言論の自由について、その法的保護を目的に法律家らによって設立された非営利組織。

ッジ (Public Knowledge、言論に関する市民団体、本部：ワシントン DC) は、例外規定の制定のために開催される聴聞会に毎回代表者を送り込んでおり、その様子をインターネット上で報告している。その報告によると、映画業界のコピー防止推進団体である DVD コピー管理協会 (DVD Copy Control Association、本部：サクラメント) の代表者が、聴聞会で「合法的な目的のためのコピー防止回避には免許を与えても良い」と発言したという。⁽²⁵⁾ これに対し、「いつからフェアユースは、著作権者に『お願い』しなければならないようなものになってしまったのか？」などといったように先細り傾向にあるフェアユースの位置づけに、DMCA 見直しを求める人々から不安と懸念の声があがった。⁽²⁶⁾

また、EFF が2010年2月に発表した報告書「予期せざる影響：DMCA 下の12年」⁽²⁷⁾ (*Unintended Consequences: Twelve Years under the DMCA*) によると、DMCA は以下のような弊害をもたらしているという (カッコ内の補足は筆者による)。

1. 表現の自由と科学調査・研究を萎縮させている。
2. (米著作権法の重要な要素である) フェアユースは包囲攻撃 (Fair Use Under Siege, p.9) を受けている。
3. 競争とイノベーションの妨げとなっている。
4. (そもそもの制定目的を外れて) DMCA は著作権者によって独自に解釈され、様々な訴訟に利用されるようになっている。

(25) Rashmi Rangnath, "The DMCA hearings bring out outrageous arguments against fair use and consumer rights," *Public Knowledge*, www.publicknowledge.org/print/2156 (last visited, Jan 4, 2012).

(26) 例えば Katherine Sender and Peter Decherney, "Defending Fair Use in the Age of Digital Millennium Copyright Act," *International Journal of Communication*, 1 (2007): 136-142.

(27) 報告書は2010年3月からEFFのウェブページでも公表されている。
<https://www.eff.org/wp/unintended-consequences-under-dmca> (last visited, Dec. 23, 2011).
 なお邦題はウェブページ『無名の一知財政策ウォッチャーの独言』
<http://fr-toen.cocolog-nifty.com> (last visited, Dec. 23, 2011) に拠った。

EFF の報告書はそれぞれについて複数の実例を挙げ検証しているが、中でも上記1.と2.の両方に関する事例は深刻であり、文献引用のあり方に将来的な影響を及ぼしかねない。

すなわち、近年米国の大学図書館で所蔵されることが多くなった電子書籍(e-book)について、その一形式であるアドビシステムズ社(本社:サンノゼ)の「eBook」方式は著作権保護機能を併せ持っており、複製可能範囲や可能回数については著作権者が様々に制限できる仕様となっている。これは著作権者や出版社にとっては朗報である一方、印刷媒体が廃れ電子書籍が普及すると同時にこのような複製制限機能が一般化すると、教育研究機関にとっては文献購入費の高騰を招きかねない。文献費の高騰は、人々の学究活動に影響する。つまり電子書籍の著作権保護機能については、その運用を誤れば研究・教育環境の格差を生み出しかねないのである。⁽²⁸⁾

そのような状況下、ロシア連邦のソフトウェア会社であるエルコムソフト社(ElcomSoft、本社:モスクワ)のプログラマー、ドミトリー・スクリャロフ(Dmitry Sklyarov)は、アドビ社の「eBook」方式を複製可能回数に制限のないPDF形式に変換できるソフトウェア・プログラムを開発した。ところが2001年に講演のため米国を訪れたスクリャロフは、DMCA 法違反の疑いで連邦検察局により逮捕され、数ヶ月間にわたり拘留されてしまう。⁽²⁹⁾

この事件は、「(著作権管理の)回避行為を目的とした技術や機器を普及させること」が即、刑法上の罰則対象となることを社会に知らしめた点で、DMCAの本質を物語っている。つまり、スクリャロフの開発したソフトが、「eBook」方式で出版された文献の「合法的な複製(フェアユース)」を可能にした側面については評価せず、もっぱら違法な複製を可能にした事実をもってDMCA違反に問うているのである。

(28) 米国ではまた、視覚障害者のためのパソコン用朗読ソフトが普及しているが、電子書籍についてはその著作権保護機能が音声ファイルの生成に支障をきたしているという。

(29) その後、エルコムソフト社自体も告発されるに至ったが、2002年12月に無罪判決が出ている。

以上のようにDMCAについては、フェアユース規定とのバランスについて複数の問題点が存在する。

IV FCCによる放送フラグ令

2001年1月、米国ではジョージ・W・ブッシュ大統領が率いる共和党政権が発足した。これを受けて、FCCではその委員長に共和党系のマイケル・パウエル (Michael Powell) が就任した (在任期間2001年1月22日～2005年3月17日)。パウエル委員長のもと、その他4人の新FCC委員の陣容は、ケビン・マーチン (Kevin Martin、共和党系・在任期間2001年7月3日～2009年1月3日)、キャスリーン・アバネーシー (Kathleen Abernathy、共和党系・在任期間2001年5月31日～2005年12月9日)、マイケル・コップス (Michael Copsps、民主党系・在任期間2001年5月31日～2011年12月31日)、グロリア・トリスタニ (Gloria Tristani、民主党系・在任期間1997年11月3日～2001年9月7日、後任はジョナサン・エーデルスタイン = Jonathan Adelstein、民主党系・在任期間2002年12月3日～2009年6月29日) となった。

2002年8月、FCCは将来の放送デジタル化を見据えて、「規制制定案についての告知」(NPRM = *Notice of Proposed Rulemaking*, 17 FCC Rcd 16027) を公表し、これに対する一般からの意見を求めた。FCCは寄せられた意見を集約した上で、2003年11月4日、「報告と命令」(*Report & Order = Report and Order and Further Notice of Proposed Rulemaking in the Matter of: Digital Broadcast Content Protection*, 18 FCC Rcd 23550, 2003 WL 22494589) を公表し、地上波デジタル放送に放送フラグの導入決定を告知している。具体的には、2005年7月1日以降に生産される全ての家庭用デジタルテレビ放送受信・録画機器に、放送フラグ解読機能の搭載を求めており、一般的にはこれをFCCによる“Flag Order”(フラグ令)と呼んでいる。

ここで放送フラグについて補足説明しておくならば、それは複製制御信号

(Redistribution Control Descriptor=RCD) の一種であり、一般的には、放送番組に対する海賊行為（違法な複製ならびに頒布）に対処する目的で開発された著作権保護手段の一つとして認識されている。デジタル放送では、映像ならびに音声をもと0のビット（bit、情報の最小単位）に置き換え、ある一定のビット数を「ひとまとまり」にして送信する。その際、複製管理情報（＝フラグ）を混入させることが可能である。家庭用 DVD レコーダーなどの録画機側で、このフラグを解読する機能を持たせておけばソフト（番組）・ハード（機器）両面での複製管理が完成する。

さて、FCC は2003年11月の「報告と命令」において、「放送フラグはフェアユースなど合法的な複製をも制限しかねない」とする ALA などから寄せられた反対意見に言及しながらも、「放送フラグの導入は、著作権法のいかなる原理原則（any underlying copyright principles）に影響（affect）をあたえたり、変更（alter）しようとするものではない」として、フェアユース規定を含む著作権制度とは距離を置こうとしている（*Report & Order*, paragraph 18）⁽³⁰⁾。

FCC はまた、「何らかの番組保護機能がなければ、番組著作者が放送を通じて高品質なデジタル番組を提供することはないだろう」⁽³¹⁾（*Report & Order*, paragraph 4）と、放送のデジタル化促進のために放送フラグ導入を正当化⁽³²⁾している。

(30) FCC によるフラグ令は、消費者による家庭内の複製を制限するものではなく、あくまでもその目的はインターネット等での大量再配信を防ぐことにあり、著作権保護策としては「ゆるい」ものであるとの指摘もある。また、FCC がそのような「ゆるい」規則制定を行った理由の一つとして、フェアユースの浸透している米社会が受け入れやすいように配慮したからではないかとの指摘もある。例えば、後藤貴子「なぜか日本よりゆるいアメリカのデジタルTVコピー規制」『PC Watch: 後藤貴子の米国ハイテク事情』2003年12月26日。http://pc.watch.impress.co.jp/docs/2003/1226/high36.htm (last visited, Jan 5, 2012).

(31) "...deter content owners from making high value digital content available through broadcasting outlets absent some content protection mechanism..."

(32) この部分については、全米映画協会（M P A A）や全米放送事業者協会（National Association of Broadcasters = N A B）といった、放送番組の供給側に対する FCC の配慮

さらに FCC は、差し迫りつつあるデジタル放送への移行前に「家電メーカーがフラグ対応機器を生産できるよう、何らかの複製管理技術を承認しておく必要」⁽³³⁾があり、「その技術が承認された際は、家電メーカーは2005年7月1日までに対応するよう要求する」と結論し (*Report & Order*, paragraph 52, 57)、最後に関連法規 (Code of Federal Regulations, 73.8000-9000) の改正と、民主党系 FCC 委員2人による部分的反対意見を併記して、この「報告と命令」は締めくくられている。

V ALA v. FCC とその後

FCC が2003年11月に発した「報告と命令」に対し、2004年1月、ALA (American Library Association、全米図書館協会) をはじめ、各種図書館団体や消費者団体⁽³⁴⁾、ならびにパブリック・ナレッジと EFF (電子フロンティア財団) の計9団体が放送フラグ導入見直しを求め、ワシントン特別区巡回裁判所に司法審査申立 (Petition for Judicial Review) を行った。

その後、申立人 (Petitioner = ALA) 側からと、その訴えに反論する立場の被告 (Respondent = FCC) 側からの、双方から数回にわたる上訴趣意書ならびに反論書の提出があり、申立人側はここで、

1. FCC には放送フラグ強制の、制定法上の裁量がない。⁽³⁵⁾

が反映されていよう。米国の地上デジタル放送がその後、放送フラグなしでも何ら支障なく実施され普及していることを鑑みると、このフラグ令については、当時の FCC 委員の構成 (共和党系3名で民主党系委員2名に対して優位) が影響したと解釈されてもやむをえない。実際、民主党系委員の二人は上記「報告と命令」の中で、放送フラグに対し部分的ながら反対意見を述べている。

(33) "...some technologies must be approved in order for manufactures to be able to produce flag-compliant devices..."

(34) Association of Research Libraries, American Association of Law Libraries, Medical Library Association, Special Libraries Association ならびに Consumer Federation of America, Consumers Union.

(35) 'FCC Lacks Statutory Authority to Impose a Broadcast Flag Mandate.'

2. 放送フラグ体制は著作権法に反している。⁽³⁶⁾
3. 「放送フラグが問題を解決してくれるだろう」とする FCC の結論は恣意的で気まぐれである。⁽³⁷⁾

といった主張を展開しており、また被告側もそれぞれに対し反論を試みている。⁽³⁸⁾ これらをふまえて、2005年2月22日には口頭弁論をむかえることとなり、申立人側は、放送フラグによっていかなる権利侵害がもたらされるか、特にフェアユースとの関連からその問題点を指摘した。

一方被告側は、訴訟参加人 (intervener) である全米映画協会 (MPAA) が、口頭弁論において申立人側の当事者適格 (standing) に疑問を呈した。この件について、当の FCC から疑問は呈されなかったが、裁判所は MPAA の疑問に理解を示したことから、申立人側は2005年3月29日に改めて総勢14名による宣誓供述書 (Affidavits) により当事者適格を主張することになった。そこでは ALA を代表してヴァンダービルト大学所属テレビニュース・アーカイヴ⁽³⁹⁾の職員や、EEF を代表するレッシング教授 (Lawrence Lessig)、さらに3大学⁽⁴⁰⁾の関係者らが名前を連ねた。それぞれの立場から、例えば録画番組を利用して実施されている遠隔授業に支障をきたしたり、テレビニュース・アーカイヴの維持運営が困難になるといった予見可能な事例を

(36) 'Broadcast Flag Regime Impermissibly Conflicts with Copyright Law.'

(37) 'FCC's Conclusions that there was a Problem, and that the Broadcast Flag Would Solve it, are Arbitrary and Capricious.'

(38) ALA, *ET AL*, v. FCC, *ET AL*, No. 04-1037 (Docket, *Initial Brief*, Oct. 4, 2004) ならびに (*Opposition Brief on Behalf of the FCC*, Nov. 3, 2004). なお、これらの上訴趣意書ならびに反論書は EEF によって PDF 化され、ネット上に公開されている。www.eff.org/cases/ala-v-fcc#tabs-0-related-2 (last visited, Jan 5, 2012).

(39) Vanderbilt University TV News Archive. 1968年8月5日以降の全ての三大ネットワークが放送したイブニング・テレビニュース番組を録画保存しており、一般にも有料でその複製を貸出している。詳細は拙稿「アメリカにおけるテレビニュースアーカイヴの試練: 『CBS v. Vanderbilt』事件と『Baker 修正』に見るテレビニュース保存・公開への法理」『レコード・マネジメント』42 (2001年3月), 22.

(40) North Carolina State University, University of California-Los Angeles, American University.

あげながら、放送フラグ導入による教育・研究機会提供の喪失について、申立人らの当事者適格が主張された。

以上をふまえて2005年5月6日に出された控訴審の判断は、放送フラグの導入を決定したFCCの裁量を否定するものであった。つまり、米国で生産・流通・販売され得る全てのデジタル放送受信・録画機器に、放送フラグを解読する機能を持たせるといった権限については、FCCの管轄・裁量を規定している1934年通信法 (*Telecommunications Act of 1934*, P.L. 416, Act of June 19, 1934) が、それを認めていないと判断した。

補足しておくならば、まず当事者適格について、裁判所はノースカロライナ州立大学・職員の主張を認めた。もし放送フラグがFCCの計画通り導入されると、当該大学図書館が実施している放送番組を利用した遠隔授業に支障をきたすことを認め、本申立の当事者適格を認定したのであった。⁽⁴¹⁾

またFCCの制定法上の裁量について、より具体的には1934年通信法の第1編 (Title I) の定めるところが審査された。すなわち「有線ならびに無線通信業務を適当な施設と妥当な料金で利用できるように有線および無線による州際ならびに海外通信を規制する目的」のためFCCを設置すると規定していることから (47 U.S.Code, sec. 151)、長距離電話や放送の管轄がFCCに認められている。さらに「その機能遂行上必要かつ規定と相違しない」⁽⁴²⁾ 限りにおいて、この他にもケーブルテレビ等に対する規制やルール作りが補助的管轄 (ancillary jurisdiction) としてFCCに認められている。

はたしてFCCの放送フラグ導入決定が、ここで定められている裁量の範囲に収まるのか。これについて裁判所は、「放送フラグは、デジタルテレビ

(41) *ALA v. FCC*, 406 F.3d 697-8. なお、当事者適格は一人でも要件を満たすことから、他の申立人の当事者適格について裁判所は審査していない。

(42) “The Commission may perform any and all acts, make such rules and regulations, and issue such orders, not inconsistent with this chapter, as may be necessary in the execution of its functions.” 47 U.S.C. sec. 154 (i).

(43) “The broadcast flag does not have any impact on a DTV broadcast transmission.” *ALA v. FCC*, 406 F.3d 693.

放送の送信 (transmission) に直接影響 (impact) しない⁽⁴³⁾との見解を示した。すなわち、放送フラグは放送番組の再分配 (redistribute) について機器 (apparatuses) の機能制限に影響を与えるのであるが、それはあくまで放送受信後のことであって、FCC には放送を受信した後の機器の機能について決定する裁量までは認められていない、と判断したのである。FCC としては、放送フラグの導入は放送のデジタル化を普及促進させるためのものであるという主張を展開してきたのであるが、裁判所は申立人側の主張を認め、放送のデジタル化と放送フラグは無関係であると判断したのであった。

ところで申立人側は、今回の判決があくまで FCC の裁量逸脱に依拠していることを十分に認識している。それはつまり、連邦議会において新たな法律が制定されれば放送フラグが復活することを意味しており、ALA をはじめとする申立人側ははまだフラグに対する警戒を解いていない。実際、2006年の109期連邦議会における上院・商務委員会において、放送フラグの再導入を目指した法案が提出されている (S.2686, “*Communications, Consumer’s Choice, and Broadband Deployment Act of 2006*” by Ted Stevens=R-Alaska, 上院を通過せず廃案)。一方、今回の申立人グループをはじめとするフェアユースの支持者たちも、フェアユース規定の強化を試みているが、こちらもいまだ結果はともなっていない。例えば2007年に、DMCA で曖昧になったフェアユースの存在意義を再確認する目的で、「フェアユース法案」 (*Fair Use Act = Communications, Consumer’s Choice, and Broadband Deployment Act of 2006*, H.R. 1201 by Rick Boucher=D-VA) と呼ばれる法案が提出されたのであるが、やはり審議未了廃案となっている。

そのような中、米国は放送のデジタル移行日である2009年6月12日を迎え、ひとまず放送フラグなしのデジタル化を果たした。これを受けて、2011年10月11日、FCC が放送フラグ規制を正式に破棄すると告知し (76 *Federal Register* 55817)、FCC 規則 (FCC Rule、47 CFR 73) からフラグについての関連条項は削除されたのであった。

VI おわりにかえて

FCCは、通信放送行政を専門に行う独立規制委員会 (independent regulatory commission) として組織され、その権限は規則制定 (= rulemaking、準立法機能) から裁決 (= adjudication、準司法機能) に至るまで幅ひろい。しかしながらその広範な権限を行使する際は、米行政手続法 (*Administrative Procedure Act* = APA, P.L. 79-404) により、適正手続 (due process) をふまえることが求められる。

本稿で取り上げた *ALA v. FCC* にも見られるように、FCCは規則制定の過程で、複数回にわたる情報公開や市民参加の機会を提供し、放送行政の透明化をはかっている。すなわち、その第一段階として「規制制定案についての告知」(*NPRM* = *Notice of Proposed Rulemaking*) を公表し、これに対する一般からの意見を求めている。第二段階として、寄せられた意見を集約し、その意見を反映させた *FNPRM* (*Further Notice of Proposed Rulemaking*) を公表することで再び意見の募集が行われる。ちなみに *ALA v. FCC* においては、通常なら第三段階にあたる「報告と命令」(*Report & Order*) が *FNPRM* を兼ねており、放送フラグの導入決定を告知するとともに意見の再募集を行っている。⁽⁴⁴⁾

規則制定の第四段階として、*Report & Order* に不満を持つ者に対し、通常は「不服申立」(*Petition for Reconsideration*) の機会がFCCにより与えられる。しかしながら *ALA v. FCC* においてはこの第四段階を経ることなく、規則制定の過程を離れて、司法審査申立 (*Petition for Judicial Review*)

(44) *Federal Register* (連邦官報) にて発表され、通常はその発表日から30日間、一般からの意見を受け付ける。なお、*NPRM* が特定の規則制定についての告知であるのに対し、大まかな政策立案のために *NOI*=*Notice of Inquiry* と呼ばれる告知を行って、意見募集する場合もある。

(45) ちなみに *Report & Order* においては、前段階で集約された意見が反映されていないと、次の司法審査の段階で「FCCは恣意的かつ気まぐれ (*arbitrary and capricious*) 」と判断されかねない。よって意見集約は慎重に行われる。

へと事態は展開した。⁽⁴⁶⁾

このように、規則制定の案件によっては必ずしも全ての段階が順序通り展開するわけではないが、重要なのは各段階における FCC からの告知ならびに意見募集が、「フェデラル・レジスター」（連邦官報）や FCC のウェブページ等を通じて誰にでもアクセスできるようになっている点である。つまり、規則制定自体については FCC の裁量を確保しつつも、市民参加の機会は各段階で確実に提供されており、これが行政の可視化を実現させているのである。ALA v. FCC のように、たとえ一旦制定した FCC 規則が司法審査によって無効になることはあっても、それはまさしく行政手続の前提である「デュー・プロセス」が反映された結果なのである。

翻って、日本の地デジ放送における複製管理技術の導入は、法に基づく適正手続を経た痕跡が乏しい。2004年4月に開始された「コピーワンス」は、その策定に至る経緯については情報公開がほとんど行われておらず、わずかにその策定に関わった団体名が、総務大臣の諮問機関である情報通信審議会の答申書等によって示されているのみである。⁽⁴⁷⁾ 一方、後年の「コピーワンス」

(46) 司法審査申立書には、まさに「FCC が “arbitrary and capricious” な Report & Order を発表した故」と記されている。

(47) 例えば、情報通信審議会・情報通信政策部会「資料28-2-2」『～デジタル・コンテンツの流通の促進に向けて～』（中間答申案）、2007年8月1日の1-2ページにおいては、「①『コピーワンス』の現状」と題する部分において、「・・・技術を開発したメーカー各社及び方式を選択した放送事業者等の合意により策定・適用されているのであり、我が国においては、その内容及び策定手続きのいずれの面においても、基本的に民間ベースの取り組みに委ねられており、法制度によって規定されているものではない」（下線筆者）としている。その上で、「コピーワンス」方式の策定に関わった者として、「社団法人デジタル放送推進協会（Dpa）」や「社団法人電波産業会（ARIB）」といった団体名をあげている。

http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/joho_tsusin/policyreports/joho_tsusin/joho_bukai/pdf/070801_1_2-2.pdf (last visited, Jan 5, 2012). また上記団体の他にも「コピーワンス」の策定に関わった者として、NHK と商業テレビ放送キー局などが共同で設立した「RMP (Rights Management and Protection) 協議会」の存在が指摘されている。いずれにせよ、公共性の高い地上波テレビ放送についての重要な決定が適法な行政手続の外で、業界団体の主導で実施されたことに対し疑問の声があがっている。例えば、小寺信良「『コピーワンス』大それた論」『ITmedia+D LifeStyle：コラム』、2005年11月21日。

<http://plusd.itmedia.co.jp/lifestyle/articles/0511/21/news003.html> (last visited, Jan 5, 2012).

緩和措置を議論する場（「デジタル・コンテンツの流通等に関する検討委員会」、情報通信政策審議会により2006年9月4日に設置）においては、消費者団体の代表者による参加ならびに委員会議事録のインターネット経由での閲覧が実現しており、またネットを通じた意見募集なども行われ、情報公開と市民参加促進への努力が感じられるようになった。ただし、日本の審議会制度に対しては、政管の隠れ蓑ではないかとの批判が依然として存在することから、特に公共性の極めて高い放送の行政に、審議会方式をこれから⁽⁴⁸⁾も継続すべきかは議論されなければならないだろう。

日本の行政手続法は2005年に改正されており、「意見公募手続」が定められている。そこでは、行政機関が命令を定める際、その命令案と関連資料を公示し、広く一般の意見を求めることとしている（第6章39条）。日本の放送行政にも、米国並みの「デュー・プロセス」を取り入れ、さらなる行政過程の透明化・可視化に取り組むべきではないだろうか。

（付記）*ALA v. FCC* に関する資料の一部と ALA 自体の資料については、筆者が2011年10月11日に ALA シカゴ本部を訪問した際、Director である Barbara Jones 氏と Deborah Caldwell-Stone 氏に提供を賜った。この場を借りて感謝申しあげたい。

(48) 例えば、青山定一監修・日隅一雄翻訳『審議会革命：英国の公職任命コミッショナー制度に学ぶ』現代書館、2009年。