

# 情報環境論序説

## Introduction to Information Environmentalism

松 本 俊 輔

### 1. 問題の所在

#### (1) 情報環境と法制度

情報をめぐる環境（以下、「情報環境」という）は、人、物、技術、社会的制度など、様々な要素から成り立っている。情報関連の法制度（以下、「情報法制」という）は、情報環境の構成要素のうちの、社会的制度の一つである。

#### (2) 情報環境の変化と情報法制

情報法制はある情報環境下で成立した制度であるから、情報環境が変化した場合、情報法制も変更されるべき、とも考えられる。

他方、情報法制も近代憲法下の法制度の一部であり、いかに情報環境が変化しても、市民社会に変わりがない以上、変更できない一定の内容が含まれる、とも考えられる。

#### (3) 本稿の概要

そこで本稿では、まず、近代憲法下で承認された主たる情報法制である「表現の自由」、「知的財産権」、「人格権（名誉権・プライバシー権を含む。以下、同じ）」の思想と史的展開を確認し（第2章、第3章、第4章）、次に、「表現の自由」と他の権利との調整の制度（「権利制限」など）を確認し（第5章）、さらに、それらの情報法制が現代の情報環境の変化にどう対応すべきかを検討し（第6章）、その結果導き出された視点や基準を、情報環境の変化に関連する現在の具体的問題に適用してどう考えるべきかを検討し（第7章）、最後に、残された課題は何かを確認する（第8章）。

なお、本稿において、「情報」とは、判断や行動の前提として必要となる各種の知識のことを指すものとする。

#### (4) 先行研究

##### 1) 国内の研究

情報環境に関する日本国内の研究で、本稿に先行するものは、私の知る限り、現在のところ、東浩紀著「情報環境論集」のみである。

東浩紀氏は、哲学者の情報社会論者であり、同書は、諸学の根源である哲学の視点から、情報社会における情報環境の変化とその意味や問題点を指摘しており、示唆に富む。<sup>(1)</sup>

##### 2) 国外の先行研究

情報環境に関する国外の先行研究としては、ジェームス・ボイル教授の「A Politics of Intellectual Property: Environmentalism For the Net?」などの一連の著作を挙げることができる。知的財産法の学者であるボイル教授の一連の研究は、知的財産権に代表される情報法制を、「権利」構成の呪縛から解き放つため、「環境」の観点を導入し、早くから、情報環境としての「Public Domain（公有）」に注目してきた点、卓見である。<sup>(2)</sup>

#### (5) 立法例

それでは、具体的に、情報環境に関する立法例は、あるのだろうか？

確かに、情報関連の各種の権利（表現の自由、知的財産権、人格権など）は、情報環境に関連する法律や判例により認められるが、情報環境に特に意識的に配慮して構想されたわけでも、法律名にそれが明示されているわけでも、ない。

他方、近年では、法律の名称自体にこれを明示する例があり、2008年6月に成立した「青少年が安全に安心してインターネットを利用できる環境の整備等に関する法律」は、情報法制を環境の観点からとらえるものとして注目に値する。

## 2. 情報環境としての「表現の自由」

### 一 「表現の自由」の思想と史的展開

#### (1) 「表現の自由」の保障根拠

近代憲法下で「表現の自由」を保障する根拠は、通常、以下の2つにあるとされる。すなわち、「表現の自由」には、「自己実現の価値」という人格の形成と発展にとって不可欠の価値が含まれること、いま一つは、「表現の自由」には、「自己統治の価値」という、民主主義の維持発展のために不可欠の価値が含まれること、がそれである。

#### (2) 「表現の自由」の史的展開

##### 1) 「表現の自由」の形式的保障

「表現の自由」は、封建社会が市民革命を経て市民社会に移行したことに伴い、近代憲法の中で国家権力の制限の一内容として、一様に定められるようになった。すなわち、国王などの絶対権力者に主権（政治的最終的決定権）が存在した封建社会では、国王の意に反する者は、「口封じ」や「焚書」などによって「表現の自由」を奪われ、一個人には、人格の形成発展も政治的決定への参加も認められていなかった。しかし、封建社会が市民革命を経て市民社会へ移行することによって、個人の尊厳が承認され、人格形成も政治参加も承認され、これらの前提をなす自由として、「表現の自由」が憲法上明文で承認されるに至った。

##### 2) 「表現の自由」の実質的保障

しかし、「表現の自由」の形式的保障は、必ずしも、その実質的保障を意味しなかった。それを、他のさまざまな口実によって、さまざまな形で禁止及び制限することが可能だったからである。「表現の自由」の形式的保障から実質的保障に至るまでには、相当の時間を要したことは、洋の東西を問わない。<sup>(3)</sup>

#### (3) 「表現の自由」をめぐる情報環境の変化

##### 1) 「知る権利」の承認

このように成立し発展してきた「表現の自由」をめぐるのは、市民社会成立時の情報環境と、後の、いわゆる行政国家現象が進展した時点での情報環境との間に、明らかに、情報環境

に相違がある。すなわち、「表現の自由」の前記の2つの価値は、単に、「国家からの自由」として国家による干渉を免れるのみでは保持することはできず、情報化の進展に伴い、市民・国民にとって重要な判断材料を大量に保有しつつも必ずしも公開していない国家（特に行政）に対し、それらの情報の公開を求めることまでできなければ全うできなくなってきた。

その結果主張され承認されるようになったのが、「知る権利」である。つまり、「表現の自由」は、本来、情報の「発信」を保障するものだったが、自己実現や自己統治の実現には、情報の「受領」も保障せねばならないと考えられるようになった。この権利は国家に対する権利であり、これを具体化する法律に基づき、情報公開請求権として具体的裁判規範性を取得するに至った。

##### 2) 反論権としての「アクセス権」の否認

その後、主にマスコミによる情報発信力と一般人の情報発信力との間には明らかに相違がある情報環境が出現し、一個人のマスコミに対する反論権の意味合いを含む「アクセス権」が主張された。<sup>(4)</sup>

しかし、マスコミに対するアクセス権は、国家や公共団体に対する情報公開請求権の場合とは違い、マスコミにとっての「表現の自由」である「編集権」と情報受領者の「表現の自由」との衝突の問題を生じるため、判例により、マスコミに対する反論権の意味合いを含む「アクセス権」の権利性は否定されている。<sup>(5)</sup>

##### 3) 背景をなす「思想の自由市場」の考え方

近年、「知的財産権」の過剰な保護を疑問視する際に、「情報の自由な流通」の阻害が根拠として挙げられることがある。<sup>(6)</sup>

これは、「表現の自由」の背景をなす思想として、早くから指摘されてきた「思想の自由市場」の考え方が、情報の過度の私有財産権化を容認する現在の情報環境の下で再評価され、「表現の自由」の価値の保障が「私権」としてではなく、「環境」の問題としてとらえ直されたものといえるだろう。

#### (4) 小括：情報環境としての「表現の自由」

このように、「表現の自由」は、その保障根拠の価値観を維持するため、情報環境の変化に応じ、様々に再構成されてきた。特に、今日のインターネットに象徴されるデジタル・ネットワーク環境下では、前記(3)の3)で指摘したとおり、情報の過度の私有財産権化を前に、「情報が自由に流通する環境」をも、その保障内容に含む概念として再構成されつつあることに、注目する必要がある。

「表現の自由」をめぐるアメリカの判例においては、早くから、この自由の背景をなす思想として、いわば比喩的に「思想の自由市場」ということが言われてきた。<sup>(7)</sup>

現在の情報環境下でこの思想を再吟味するに、この「思想の自由市場」という表現は、「表現の自由」の価値は、「権利」構成によって実現されるばかりでなく、「環境」整備によっても実現されることを示唆しており、かつ、情報の自由のもつ経済的価値をも暗示している点で、優れた比喩だと考えられる。

### 3. 情報環境としての「知的財産権」

—「知的財産権」の思想と史的展開—

#### (1) 「知的財産権」の保障根拠

知的財産権の存在理由（保障根拠）としては、通常、つぎの2つが挙げられる。一つは、創作的情報を個人的に秘匿せず広く社会一般に公開することと引き換えに、その創作に独占的財産権を付与することによって新たな創作を奨励する、という「インセンティブ論」であり、いま一つは、有体物を作った者に、国家以前の天赋人権として財産権（所有権）が認められるように、無体物の創作者にも、同様に、著作権や特許権などの財産権が認められる、という「自然権論」である。

なお、論者によっては、前者のみを挙げる者もあるが、後者を併記する例も多い。但し、後者のみを挙げるものはほぼ皆無である。これは、有体物に関する財産権（所有権）が永久の権利であるのに対し、知的財産権は期限付きの権利であることなど、政策的要素が強いことから、後者のみで

説明しきることは不可能という事情によるものと推測される。

#### (2) 「知的財産権」の史的展開

知的財産権（主に著作権）制度は、歴史的には、概要、2つの系統の展開を遂げてきた。

一つは、主にヨーロッパ大陸において展開してきた、「著作者の権利には、経済的利益を保護する財産権と、精神的な利益を保護する人格権があり、前者は譲渡可能だが、後者は譲渡不能である」という系統（以下、「大陸法系」という）の展開であり、いま一つは、「著作物に関しては、著作者に、それをコピー（複製）する財産権があるのみで、それは譲渡可能である」という系統（以下、「英米法系」という）の展開である。

しかし、その後、著作物の国際的保護の必要性から、前者の系統の条約（ベルヌ条約）が締結され、後者の国々も多数これに加盟したことから、現在では、法系の相違を超えて、後者にほぼ統一されつつあるのが現状である。

#### (3) 「知的財産権」をめぐる情報環境の変化

前記のようにして成立し展開してきた知的財産権をめぐる情報環境の変化（とそれへの対応）は、概要、以下のように要約できる。

- ① 保護対象の拡大：アナログからデジタルへ。
- ② 保護期間の延長：何世代にもわたる保護へ。
- ③ 法制度間の国際的調和の必要性の高まり。

#### (4) 小括：情報環境としての「知的財産権」

知的財産権制度は、理論的には、市民社会成立期に、「無体物にも、有体物同様の財産権を認める」という自然権的意味合いを持ちつつ成立した面はあるものの、実態は、創作者による新たな創作への奨励（インセンティブ）という政策的意味合いの強いものであった。

ゆえに、その後のデジタル・ネットワーク環境の進展からデジタル形式の著作物保護の必要性が高まり、「権利」保護の強化が進んだ。

このことが、実情としては、いわゆる「コピーライト派」と「コピーレフト派」という、著作物に過剰なまでに権利を主張する一派と、それ反感を持ち、情報に財産権など認めるべきではないとする一派との、思想的な対立を生むまでに至っている。

両派の主張の是非はともかく、急激に変貌する情報環境への知的財産法制の対応が両派を生み出した事実は疑いようもなく、これは、情報法制を、個人の「権利」と構成することの是非やその限界、更には、「権利」構成ではなく、「環境」整備といった観点からの法制度作りの必要性を示唆していると言えるだろう。

## 4. 情報環境としての「人格権」

—「人格権」の思想と史的展開—

### (1) 「人格権」の保障根拠

法律上、「名誉」とは、人の社会的評価のことであり、民事上も、刑事上も、保護される。この前提となる各人の「名誉権」は、憲法上明文はないが、憲法13条の幸福追求権またはその背後にある個人の尊厳の思想を根拠に保障されると解釈されている。

「プライバシー権」も同様に憲法上の明文を欠くが、これもまた、憲法13条の幸福追求権または個人の尊厳を根拠に保障されると解釈されている。

「人格権」も同様に憲法上の明文を欠くが、その根拠は、前二者と同様に解釈されている。

「名誉権」、「プライバシー権」および「人格権」の相互関係および範囲については諸説あるが、本稿では、「名誉権」は、個人の社会的評価に関する人格的利益を保護する権利を指し、「プライバシー権」は、個人の名誉以外の私生活領域における非公知の事実に関する人格的利益を保護する権利を指し、「人格権」は、それらを含むがそれらに限らない個人の人格的利益を保護する権利を指すものとする。

### (2) 「人格権」の史的展開<sup>8)</sup>

名誉権、プライバシー権、人格権の史的な展開も、英米法系と大陸法系に分けることができる（厳密には、前者でも、英国は米国と異なり、後者でも、フランスはドイツと異なるが、本稿では、主に、前者に関して米国法、後者に関してドイツ法の概要を述べる）。

### 1) 英・米における史的展開

元来、英国法における人格的利益の保護は、名誉権の保護（口頭による名誉棄損である slander と文書による名誉棄損である libel）に限られ、米国法もこれを継受していた。

しかし、19世紀末のアメリカにおいて、「イエロー・ジャーナリズム」と揶揄される興味本位の報道合戦が繰り返られる状況が生じ、個人の社会的評価にとどまらない人格的利益の保護、特に、非公知の事実の暴露に対する人格的利益保護の必要性が高まり、プライバシー権が、「一人で放っておいてもらう権利（The right to be let alone）」として提唱され、承認されるに至った。

その後、情報社会や行政国家の進展に伴い、プライバシー権は「自己に関する情報をコントロールする権利」として更に進化を遂げる。

### 2) 大陸法系における史的展開

これに対し、大陸法系でも、そもそもは、名誉権などの個別の人格的利益のみの保護（個別的人格権）を想定していたところ、それのみにとどまらない私生活領域その他の人格的利益保護の必要性が認識され、「個別的人格権に包摂されない人格的利益も、一般的人格権によって保護されることがある」という考え方が承認されるようになった。

その結果、「個別的人格権」の他に、母権としての「一般的人格権」が観念され、「個別的人格権」に対応できないが保護の必要のある人格的利益の保護は、「一般的人格権」の方で行う形となっている。

### 3) 日本における史的展開

このように、そもそも、「名誉権」、「プライバシー権」、「人格権」の概念は、その思想的・歴史的背景を異にするものであった。しかし、アメリカ流の憲法の下において、ドイツ流の民法を保持する日本においては、各概念を整合性を持って理解する必要性もあり、各概念の関係については諸説あるも、本稿では、前記のように、「人格権」を最も広い概念とし、次いで、「プライバシー権」、「名誉権」の順に個別具体的な内容を持つ関係と理解する。

(3) 「人格権」をめぐる情報環境の変化

1) 前記のとおり、プライバシー権は、そもそも「一人で放っておいてもらう権利」という消極的権利として、提唱・承認されてきた。

2) しかし、その後の情報化の進展は、個人の情報を行政機関その他の公的機関が大量にデータベース化して保有しているにもかかわらず、その本人がどのようなデータであるのかを容易に知ることも、必要がある場合に訂正や消去を求めることもできないという状況を生み出した（いわゆる「行政国家」現象）。

そこで、そのような情報環境への対応として、「自己に関する情報をコントロールする権利」という積極的なプライバシー権概念の再定義が提唱され、説得力を持って受け入れられるようになった（自己情報コントロール権）。

3) さらに、高度情報化社会にあっては、自己に関する情報をコントロールする必要性は、公的機関に対してのみではなく、民間企業に対しても（むしろ、それに対してこそ）ある。

そこで、このような情報環境に対応するため、個人情報保護法が制定された。ただし、この法律には以下の点で、注意を要する。

①まず、この法律の発想には自己情報コントロール権の考え方が強い影響を与えたが、実際に成立した法律は、個人の「権利」を定めたものではなく、個人情報取扱事業者の行為「義務」を定めたものだけということ。

②次に、この法律の保護対象である「個人情報」とは、生存者の個人識別可能情報のことであり、特に、人格的利益の保護という限定もないことから、財産的利益の保護も含まれると考えられるということ。

③さらに、前記の定義から、個人情報の場合、プライバシー権のように非公知であることは要件とされていないので、個人情報には、公知の情報も含まれるということ。

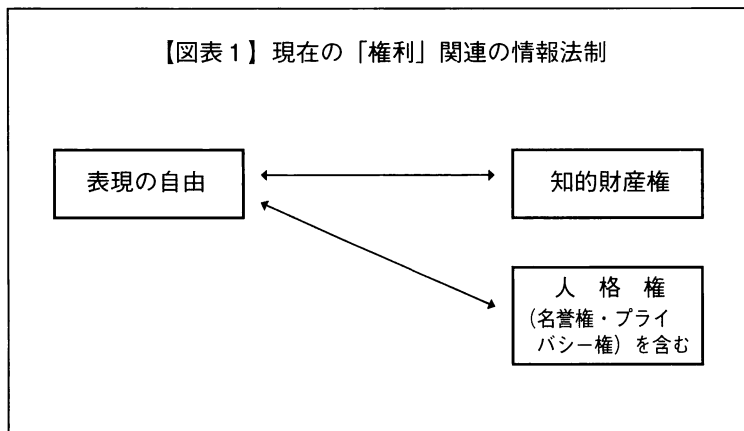
(4) 小括：情報環境としての「人格権」

以上を小括すると、まず、人格権の場合も、知的財産権の場合と同様に、情報環境の変化に応じて、その適用範囲を拡大してきたといえる。

また、人格権も、デジタル・ネットワーク環境下で表現の自由に基づく行為により侵害される可能性の高い領域だという点では、知的財産権と同じである。

他方、人格権の分野は、知的財産権の場合に比べ、その保護範囲や保護期間など、不確定概念が多いという特徴を有するともいえる。個人情報保護に至っては、前記のとおり、保護対象の法的性質が人格的利益なのか財産的利益なのかすら、条文上、不明確なのである。

以上の、現在の「権利」関連の情報法制を図解すると、以下のとおりである。



## 5. 情報環境としての「権利制限」

— 一個人の権利と「表現の自由」との調整 —

### (1) 「知的財産権」制度における権利制限

特許権や著作権などの知的財産権の目的は、創作（者の権利）の「保護」ばかりではなく、その「利用」にもあり、かつ、究極の目的は、「産業の発達」や「文化の発展」にある、とされている（特許法1条、著作権法1条）。

したがって、知的財産法は、「権利保護」ばかりでなく、「利用促進」のための「権利制限」をも定めているのが通常である。

通常の財産権（すなわち所有権）が有体物を対象にするのに対し、知的財産権は、情報という無体物に物権類似の権利を付与するものであることから、後者にあまり強い保護を与えると「表現の自由」との抵触を生じる。よって、通常の財産権にも公共の福祉のための制約はあり得るが、知的財産権の場合、「表現の自由」との調整のため、通常の財産権以上の社会的制約を負っており、「権利制限」も、この「権利保護」と「表現の自由」との調整を図った制度だといえる。

なお、知的財産法における「表現の自由」との調整は、「権利制限」ばかりではなく、権利の対象物である、「著作物」や「発明」の要件や期限付きの権利である点でも考慮されていることには、注意を要する。前者は、いわば「形式的意味における権利制限規定」であり、後者は「実質的意味における権利制限規定」ということもできる。

各国の「権利制限」には、概要、2つの類型がある。ひとつは、権利制限を具体的に列挙し明文化されたものに限定するタイプ（制限列挙型）の法制度で、いまひとつは、具体的な権利制限規定の他に、一般的抽象的な権利制限条項（以下、「一般条項」という）を設け、個別の条項にあたらぬ場合、一般条項で権利制限すべき場合にあたらぬかを検討するタイプ（一般条項型）の法制度である。

### (2) 「人格権」における権利制限

#### 1) 名誉権における権利制限

名誉権は、国家・社会秩序維持の目的で刑法

の名誉棄損罪（230条）により保護されるばかりでなく、私人間の利害調整の目的で民法の不法行為（709条）によっても保護される。

刑法の場合、当該行為が犯罪と認定され、当該行為者に刑罰を科される場合、憲法が「保障」している人権（生命、身体、自由、財産）を、逆に「制限」することになるため、犯罪の構成要件や刑罰が予め明確に定めなければならない（罪刑法定主義）。また、名誉棄損罪の場合、その構成要件が明文上定められているばかりでなく（230条）、違法性がないと認定される事由（違法性阻却事由）としていわゆる「真実性の証明」の規定も明文化されている（230条の2）。この規定は、230条の定める名誉棄損罪の「構成要件」に形式的に該当する行為があったとしても、230条の2の定める3つの要件（①事実の公共性、②目的の公益性、③真実性の証明）を充足する場合、実質的に「違法性」を欠くものとして名誉棄損罪の成立を認めない、というものである。

この規定は、知的財産権の場合のように、名誉権の「権利制限」とは明示していないものの、実質的に、被害者の名誉権と被疑者の表現の自由との調和を図った結果、名誉権の保護を制限するものであり、知的財産権における「権利制限」規定に相当する。

民事上の名誉棄損は一般条項である民法の不法行為の規定（709条）によるため、民法の場合には、名誉権の権利制限規定があるわけではないが、罪刑法定主義との関係で刑法の方が民法よりも名誉棄損の構成要件や違法性阻却事由が明確であることから、民法の不法行為の解釈上も、前記の刑法の規定や考え方が援用されているのが実情である。

### 2) プライバシー権における権利制限

プライバシー権は、刑法上は、包括的な権利としてではなく、住居侵入罪（130条前段）、信書開封罪（133条）、秘密漏示罪（134条）などの個別具体的な犯罪類型として規定されて来たに過ぎず、「プライバシー権」侵害そのものを構成要件とする規定も、違法性阻却事由（いわば権利制限）の規定も、存在しない。

民事上も、プライバシー権侵害の扱いは、一般規定である不法行為（709条）の解釈にあたり、同じ人格的利益侵害である名誉棄損の考え方を援用したり、それを、適宜、プライバシー権用に修正したり、利益衡量の考えを採用したり、いくつかの型はあるものの一定しておらず、対応は事例毎である。<sup>(9)</sup>

### 3) 人格権における権利制限

人格権に関しても、上記2)と同様であり、この権利は、名誉権、プライバシー権、人格権の中で一番、適用範囲が広い権利であるがゆえに、その権利内容、および、権利制限内容の不明確さも、一番強い。

ただ、前記1)および2)同様に、侵害事例の違法性の判断にあたっては、人格権と表現の自由との調整という観点が採られ、知的財産権における「権利制限」にあたる場合があるという点には、注意する必要がある。

### (3) 権利制限をめぐる情報環境の変化

権利をめぐる情報環境の変化に呼応して、権利制限をめぐる情報環境も変化してきた。

著作権法を例にとれば、権利強化の後に、その過程で積み残された権利制限規定の改正が行われてきたが、現在の「権利保護」と「権利制限」のバランスが、本当に「文化の発展」を促進するのに適切であるかどうかは、依然、検討の余地があるといわねばならないだろう。

確かに、情報に関する権利（特に、知的財産権）を取り巻く環境は、その分野の一流の実務家や学者にとってすら予想を超えるほどの劇的な変化を遂げてきている。<sup>(10)</sup>そして、その結果、現在の著作権制度が当初予想してこなかった当事者である「ユーザー」の視点を欠いている<sup>(11)</sup>とか、「著作権法はすっかり時代遅れになってしまった。」「単に修正するのではなく完全に打ち壊す必要があるようだ」といった指摘を受けることも多い。<sup>(12)</sup>そして、こういった指摘の一方で、「『文化』の発展に寄与することを目的とした著作権法が、『産業』の発展に寄与することを目的とした法律になりつつある。」「著作権法が想定しているのは、著作物の著作者と利用者の関係であって、著作物の生産者と消費者の関係ではない。権利制限規定

は消費者保護を目的としているものではない。」「著作権制限規定に該当する場合は、例外」であり、「例外規定はできるだけ厳格に解釈するという法律上の原則から」「著作権者の利益保護を重視する立場で解釈しなければならない」と論じる例もある。<sup>(13)</sup> 後者は、従来の著作権法の解釈論の延長線上にあり、むしろ当然の主張である。

しかし、情報に関する権利は、表現の自由と知的財産権にかかわるので、文化振興と同時に産業振興の意味合いを持たざるを得ないのであり、かつ、「You Tube」のように情報の発信者と受信者＝生産者と消費者が一体化した「生産＝消費者」<sup>(14)</sup>が至る所に存在する環境が出現していることを考慮すると、産業振興の面や消費者保護の面を、著作権法の守備範囲外だとして一刀両断に切り捨てるのは、まさに本末転倒した、「プロクルステスのベッド」的な思考と言わざるを得ない。

### (4) 小括：情報環境としての「権利制限」

以上を小括すると、以下のことが言える。

とかく、「権利制限」規定は、「権利保護」の原則に対する例外として、厳格に解釈されねばならないものとされがちである（特に、権利制限規定が制限列挙型であり、一般規定を持たない日本著作権法の場合）。

しかし、著作権法の「究極の」目的が「文化の発展」であることからすれば、「権利保護」と「権利制限」の関係は、単純に原則と例外で、前者が主で後者が従の関係にとらえるのではなく、両者を市民社会にとって大切な対等の要素ととらえて均衡させる、という思考が必要ではないかと思われるし、そう解しても、理論上も、おかしくはないはずである。

## 6. 情報環境の変化と各種制度の再検討

以上の、「表現の自由」「知的財産権」「人格権」の思想（保障根拠）とその史的展開の検討・再確認を踏まえ、ここでは、現代の情報環境の変化（アナログ環境からデジタル・ネットワーク環境へという変化）の下での、情報法制は、どうあるべきなのか、以下の4点について、検討してみたい。

すなわち、現在の情報環境下で、(1)近代市民社会

の法の基本原則は修正されるべきか、(2)情報法制は「権利」中心の構成のままでよいのか、(3)情報に関するルールは契約でどのようにでも変更可能なのか、(4)情報環境整備の権限は、誰にあるのか、である。

#### (1) 近代市民社会の法原則は修正されるべきか

まず、近代市民社会は「独立した個人」を前提に、国家権力の制限を目的に憲法を定め、その憲法で、概要、人権保障と権力分立を定めている。また、「独立した個人」の対照物として、「公共性」の概念が同時に誕生したことが指摘されている。よって、「公共の福祉」は、この延長線上で、人権相互間に内在する制約の原理（権利相互の調整原理）と理解される。

そこで、このような、近代市民社会の基本原則は、情報環境がアナログ環境からデジタル・ネットワーク環境へ変化したことに伴って、修正されるべきか、維持されるべきか、が問題となる。

私は、維持されるべきと考える。その理由は、これらの法原則は自由で民主主義的な社会に不可欠であり、情報環境がアナログ環境からデジタル・ネットワーク環境に変化したからといって、自由で民主主義的な社会から他の社会に変化したわけではないからである。

#### (2) 情報法制は「権利」中心の構成でよいのか

確かに、情報法制は、「表現の自由」、「知的財産権」、「人格権」などの、情報に関する個人の「権利」を保護するという構成で構築され、その適用範囲が拡大されてきた。しかし、「知的財産権」や「人格権」の保護の強化は、「表現の自由」の保障範囲を狭める弊害があることが指摘されてきた。<sup>(65)</sup>特に知的財産権に関しては、情報に個人の財産権という排他的権利を認め、強化を続けていることに対しては批判が強い。

よって、情報法制は、「権利」中心の構成を採ることが妥当なのか？という問題は、検討してみる価値のある問題だと思われる。

私は、この「権利」中心の構成は見直されてよいと考える。その理由は、次の2点にある。

まず、そもそも、「知的財産権」という制度自体、自由主義社会における、ある時点での情報環

境を前提に、情報に関する各種利害（表現の自由、財産権など）の均衡点として成立した制度であり、<sup>(66)</sup>その後の情報環境の大きな変化（知的財産の範囲の拡大、知的財産関連のビジネスの変化など）への対応が必要と考えるからである。

また、プライバシー権に関する「自己情報コントロール権」説には、現在、情報のコントロール可能性に重大な疑問が寄せられ、従来の「権利」構成の限界が指摘されているからである。<sup>(67)</sup>

よって、私は、現在の情報環境下の情報法制としては、「思想の自由市場」の考えを源流とする「情報自由流通」を原則（中心）に据え、その環境の下で、個人がどのような権利をどの程度持ち、私人間の「知的財産権」や「人格権」と「表現の自由」との調整はいかに図られるべきかを考慮して、各種の権利の適用範囲を確定するという構成が採られるべき、と考える。

#### (3) 情報に関するルールは、契約でどのようにでも変更可能か（限界はないのか）？

前記(1)で検証したように、情報環境の変化があったとしても市民社会の法原則は維持されるべきならば、私人間には私的自治の原則が適用され、憲法の基本原則も私人間では契約でどのようにでも変更可能、という議論も生じそうである。

そこで、情報に関するルールは、私人間の契約で無制限に変更可能か、が問題となる。

私は、市民社会における法の基本原則は、私人間の契約でも変更不可能（原則として私的自治だが、それには憲法上の限界がある）と考える。理由は、以下のとおり。

確かに、私人間では私的自治（およびその派生原理である契約自由の原則）の適用がある。しかし、憲法の価値観は、私人間でも、民法の一般条項など、私法を通じて、間接的には貫徹されると考えるのが通説だからである。

換言すると、近代市民社会では、国家と市民との間に、国家権力の制限を目的として憲法が成立し、私人間では、市民相互間の利害調整を目的として民法が成立し、国家と市民との間に国家・社会秩序維持を目的として刑法が成立した（各法律の名称、当事者、目的・内容は次の【図表2】を



参照)。

【図表2】市民社会における基本三法の概要

名称	当事者	目的・内容
憲法	国家と市民	国家権力の制限 (1) 国民主権 (2) 人権保障 (3) 三権分立
民法	市民と市民	市民相互間の利害の調整
刑法	国家と市民	国家・社会の秩序維持

よって、法の適用範囲は一応区別されるが、最高法規（98条）としての憲法の価値観は、民法の領域（その特別法である知的財産法を含む）でも維持される（私的自治・契約自由の限界という形で間接的効力が及ぶ）と考えるからである。

#### (4) 情報環境整備の権限は、誰にあるのか？

次に、前記のように、情報法制を、「権利」中心の構成より「環境」中心の構成に変えるのが望ましいとすると、その環境を整備する権限は、いったい誰にあるか、が問題になる。

終局的には、市民（国民）にある、と考えるべきだろう。理由は、以下の通りである。

確かに、環境整備は、実際には、行政機関が行い、それに関する立法は立法機関が行うだろう。しかし、市民社会を前提とする以上、情報環境の終局的な決定権者（主権者）も、市民（国民）でなければならないからである。

## 7. 導き出された基準の具体的問題へのあてはめ

前記6. の抽象的な問題の検討の結果導き出された結論は、概要、次のようなものである。

- ① 情報環境の変化にかかわらず、近代市民社会の法の基本原則（個人の尊厳、人権保障、三権分立など）は修正されてはならない。
- ② 現在の情報環境を前提とすると、情報法制は、「権利」中心の構成では限界があるので、「環境」中心の構成とすべきである。
- ③ 情報に関する憲法上の基本原則は、私的自治

の原則があてはまる民法の領域にも間接的に適用されるので、契約の自由にも限界がある。

- ④ 情報環境整備は、実際には行政機関等が行うが、その終局的権限は市民にある（国民主権）。よって、具体的な情報環境の整備には、国民の声を反映させるべきである。

この章では、これらの結論を、以下の2つ現実的課題、すなわち、(1)ネット上の表現の自由の規制根拠とその適用範囲、および、(2)私的自治の制限根拠とその適用範囲、に基準としてあてはめ、どう考えるべきか、検討する。

### (1) ネット上の表現の自由の規制根拠と適用範囲

#### 1) 問題の所在

市民社会における「表現の自由」は、従来、主要な3つのメディア（情報伝達媒体）のうち、「印刷」と「通信」では保護されるが、「放送」では規制可能であり、<sup>(8)</sup> その根拠として、従来は、①電波の有限希少性と②その社会的影響力の大きさが、挙げられてきた。

しかし、現在では、①に関しては、ケーブルテレビの出現や放送技術の進歩によって消滅したという理解が有力であり、②も、新聞・雑誌などの「印刷」に比して、「放送」の方が社会的影響力が大きいとする根拠はない、という意見も強く、結局、「放送」における「表現の自由（放送の自由、編集権）」の明確な規制根拠は存在しないとする見解が有力である。

その後、インターネットが出現し、「通信」回線を通じて「放送」類似の行為も行われるインターネットにも、「放送」と同様の表現の自由の規制を行い得るのが、問題視されるようになっていく。

#### 2) 関連する各種の議論

これには、肯定説と否定説の両方があるので、以下、紹介する。

##### (a) 肯定説（「情報通信法（仮称）」報告書の見解）

現在、総務省の研究会の最終報告書（以下、単に、「報告書」という）を受け、2010年をめどに、「情報通信法（仮称）」の制定準備が進められており、この報告書は、現在の放

送規制同様の規制をインターネットに対しても行い得る、という立場を採る。<sup>19)</sup>

報告書の提案は、情報通信社会の構造変化への対応などを理由として、現状では、9つの法令（電波法、放送法等）から成る複雑な通信・放送法制を、「情報通信法（仮称）」として一本化し、その際に、従来の各種法令の内容を、5つのレイヤー（層）ごとに整理して定めよう、というものである。

この5つのレイヤーの一つが「コンテンツ」と称される通信・放送の内容に関するルールであり、一言で言えば、「『特別な社会的影響力』に重点を置いて、コンテンツ規律を再構成するもの」である。

報告書によると、概要は次の通りである。

- ① まず、情報通信ネットワークを流通するコンテンツ（以下、単に「コンテンツ」という）を、「公然性を有するもの」と「公然性を有しないもの」とに分け、後者に関しては、「通信の秘密」を保障するが、前者に関してはしない。
- ② 次に、その「公然性を有する」コンテンツを、「特別な社会的影響力」を「有するもの」と「有しないもの」とに分け、後者（報告書は、これを「オープンメディアコンテンツ」と仮称）に関しては、「表現の自由」を保障するが、前者（報告書は、これを「メディアサービス」と仮称）に関しては規制を認める。そして、この「社会的影響力を有するもの」を更に、その社会的影響力の程度によって、「一般メディアサービス」と「特別メディアサービス」に分け、後者に関しては、現在の地上テレビ放送に関する規律を原則維持するが、前者に関しては、原則として現行の放送規制を緩和する、としている。

(b) 否定説（上記報告書批判＝松井茂記教授）

この報告書の提案に対しては、従来の放送規制の規制根拠とその適用範囲をめぐる議論の延長線上にある、有力な異論がある。

松井教授によると、報告書のコンテンツ規制には、概要、以下の問題点がある。<sup>20)</sup>

- ① 現在の放送法制が、そもそも問題のある放

送法における表現の自由規制の規定を、放送の規制根拠の妥当しない他の放送関連法にも準用しているという問題を抱えているにもかかわらず、そのような問題は所与のものとして、報告書が作られている点（具体的には、放送法3条の2、1項の放送内容規制は、電波周波数の希少性を根拠とすると解釈されるが、これが、それと無関係の有線テレビジョン放送法に、ほとんど無批判に持ち込まれ、更に、放送法の改正で、CS放送の委託放送事業者＝番組を作成し提供する事業者にも適用されることになる等、前記根拠があてはまらない拡大が続いたこと）。

- ② 報告書は、放送の規制根拠について、社会的影響力のみを採用し、従来、かなりの批判があるにもかかわらず併用されてきた、電波周波数の希少性を挙げていない点。すなわち、「社会的影響力という点で、テレビが新聞と異なるとする根拠は決して定かではない」、「テレビが新聞と比較して特別な社会的影響力を有しているとの主張には根拠はない」し、報告書が、「放送は、受け手にとり、多様かつ良質な情報を迅速に提供する有用な手段として現代社会において特別な役割を担っている」とする点も、「放送法が課している特別の義務の結果を、その特別の義務を正当化する根拠として援用することはできない」。
- ③ 報告書の規制分類では、どのサービスにあたるのか不明な場合がある、という点（たとえば、IPマルチキャストによる地上デジタル放送や衛星放送の再送信などは、『特別メディアサービス』に当たるのか『一般メディアサービス』にあたるのかは定かではない）。

3) 私見

思うに、インターネットは通信回線を利用する点で電波の希少性を考慮する必要はなく、メディアの類型毎に社会的影響力の大小を測る合理的基準も存在しないことから、私も、従来の「放送」における「表現の自由」の規制根拠は、いずれも、インターネット上の「表現の自由」の規制根拠とはできないと考える。

他方、青少年保護のための表現の自由（有害情報）規制には、メディアを問わず、相当の根拠（必要性）がある、とも考える。<sup>21)</sup>

しかし、この場合にも、市民社会における「表現の自由」の実効性を確保する「検閲禁止」との関係から、「誰が」有害情報と判断するのかは、重要な問題である。その点、青少年ネット環境整備法では、行政機関ではなく、第三者機関が作成したリストを国民が参照して最終的に判断することになっており、「情報環境整備の最終的権限は国民にある」という本稿の検討結果（本章＝「7.」冒頭の要約④）とも合致していると考えられる。すなわち、規制の適用範囲は、国民の自主的情報環境整備やそれを支援する公的機関の活動の範囲内か否か、という基準で判断すべきと考えられる。

また、同様の観点から、「報告書」が採っているメディアの規制根拠とその適用範囲には、以下のような点で、問題があると考えられる。

- ① まず、メディアの規制根拠とされる「社会的影響力」の有無や程度の判断基準と判断者が不明な点で問題がある。私の検討結果によると、情報環境整備の最終的権限は、市民（国民）にあるところ、報告書ではそれが保障されていないからである。
- ② 規制の適用範囲に関しても、「放送とそれに類似するもの」を一括りにしているが、放送に類似するか否かの判断は、誰が、どのような基準に基づいて行うのか、不明な点、問題がある。①と同じ理由からである。

## (2) 私的自治（契約自由）の規制根拠と適用範囲

### 1) 問題の所在

従来の憲法学における憲法の私人間への間接適用説は、「私人間にも憲法の効力が民法の一般条項（90条の公序良俗規定など）を通じて及ぶ」とする点では一応の成果は認められるものの、その先の、その公序良俗の解釈基準とはどのようなものか、説明が十分ではなく、不明確なままであった。

### 2) 関連する各種の議論

そこで、これに関連する以下のような議論が、

最近なされてきたので、紹介する。

#### (a) 私的自治の限界・公序良俗論の再構成論

山本敬三教授は、私的自治の限界や公序良俗の再構成を、民法の立場から論ずることで、いわば、私法における憲法の私人間効力の基準の明確化を試みている。<sup>22)</sup>

以下、山本教授の説の概要を紹介する。

まず、私的自治・契約自由と公序良俗について、以下のように考える。

- ① 私的自治は、契約自由とは区別して、「自分の生活空間を主体的に形成する自由」と理解すべきである。
- ② 憲法13条（人間の尊厳）はリベラリズムの思想に立脚しており、上記の意味での私的自治の保障と見ることができる。
- ③ 契約自由は、私的自治を支援する制度的行為としての契約に関する自由であり、私的自治の制度化と位置づけられる。
- ④ 契約自由もまた、憲法13条により要請される基本権である。
- ⑤ 公序良俗規範は、契約自由を制限する法律であり、消極的契約自由を制限する「禁止規範＝行為規範としての公序良俗規範」と積極的契約自由を制限する「無効規範＝効力規範としての公序良俗規範」を含む。後者は前者の順守を確保するための手段として位置づけられる。
- ⑥ 公序良俗規範による契約自由の制限は、裁判所がそれを解釈・適用することで現実化するが、裁判所は、国家機関である以上、憲法上の自由である契約自由に対して不当な制限とならないように、「公序良俗」違反の内容を解釈・確定」には、しなければならない。
- ⑦ この要望にこたえるため、「どのような理由があれば裁判所は憲法上の自由である契約自由を制限することが許されるのか」を明らかにする必要がある。

次に、公序良俗論の再構成の基本的視点として、以下の点を挙げる。

- ⑧ 契約自由を制限するために裁判所が援用

できる「理由」には、立法尊重義務と憲法尊重義務がある。

- ⑨ 立法尊重義務という「理由」が認められる結果、すでに立法が法令を通じて契約自由を制限する決定をおこなっているかどうか重要な意味を持ち、おこなっている場合、その「理由」を援用できるが、行っておらず、裁判所が独自に契約自由を制限する決定をおこなう場合、それができない。前者を「法令型」、後者を「裁判型」と呼ぶ。
- ⑩ 憲法尊重義務の中核は、基本権の保護にある。これは、契約自由を制限する実質的理由である。この他に、特に立法が契約自由を制限する場合、さらに政策目的の実現を実質的理由をすることも許され、実質的理由の観点からは、「基本権保護型」と「政策実現型」を区別できる。
- ⑪ 上記両視点の組み合わせにより、裁判所型—政策実現型—基本権保護型—公序良俗、法令型—政策実現型—基本権保護型—公序良俗の4つの基本計を導ける。
- ⑫ 「公序」と「良俗」を区別すべき理由はなく、「公序」についても、「良俗」についても、上記4つの基本型が認められる。

(b) プロデューサーの権限拡大論

これに関連して、次に、最近のエンターテインメント業界における著作権関係の情報環境の変化に鑑み、「プロデューサー」にこそ著作権を認めるべきだ、と主張する内藤弁護士の主張を紹介する。<sup>23</sup>

すなわち、この主張は、エンターテインメント業界にありがちな、「交渉を経た」契約まで、お気軽に「公序良俗」を根拠に無効にするべきではない、という主張である。

その根拠は、①エンターテインメント契約の当事者は「消費者」にはあらず、消費者契約法の適用がないこと、②エンターテインメント業界にありがちな、契約当事者双方の交渉を経た契約は、一方当事者の優越的地位を乱用の結果締結されたものではなく、独占

禁止法の適用もないこと、にある。

この主張は、この部分だけ取り出すと、一見、単に理論面だけの議論のようだが、実は、情報環境の変化への対応姿勢や対応内容とも大いに関係するので、以下、内藤弁護士の主張を要約して補足説明する。

① 著作権法とエンターテインメント契約法とは、静態としての作品をめぐる法として、相互補完的なものである。

② この議論は、著作権法において静態的に捉えられた作品にまつわるコントロール権能を動態的に捉えなおして、その本来属すべき「プロデューサー」の下に送り返すことにある。

③ 上記主張の理論的補強手段として、ハードローに対するソフトローの議論や、公序良俗論の再構成の議論を援用する。

すなわち、現行の著作権法上、創作当初から著作権が認められているのは、著作者であり、プロデューサーには、せいぜいが、報酬請求権的な権利しか与えられていないが、エンターテインメントをめぐる業界やその慣行という情報環境は、著作権法が当初予定していたものとは異なるのが現状であり、かつ、その変化の流れは、プロデューサーの権利がより大きくなる方向に向かっている。よって、プロデューサーこそ、現代の著作権者と位置付けられるべきだ、というのである。

(c) 著作権法における消費者考慮不要論

これとは別の方向性を持つ議論として、著作権の権利制限において「消費者」の概念を考慮することを否定する議論がある。<sup>24</sup>

すなわち、著作権法は、本来、文化保護のための法律だが、産業政策のための法になりつつあり、著作権法が、当初から予定しているのは、権利者と利用者のみだが、消費者の概念が登場している。しかし、著作権法は、本来、著作者の権利を保護するものであり、それに公益との観点から権利制限を加えることで、利用者の利益にも考慮するという形態をとっている。よって、「消費者」は、著作権法上も著作権の制限に関しても考慮すべき

ではない、とする議論である。

これもまた、作品から商品へと著作物をめぐる情報環境が変化したことに対し、一研究者が熟慮した末の見解だとは理解される。

### 3) 私見

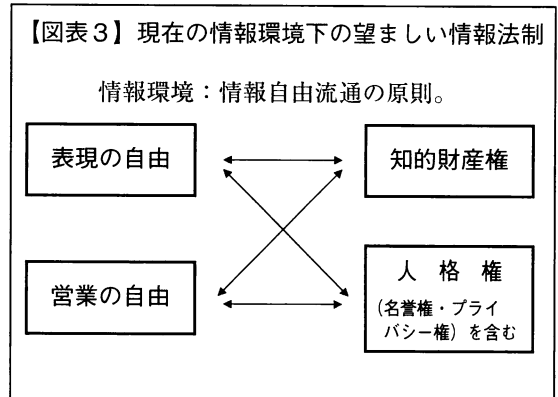
それでは、これらの見解を、どう考えるべきだろうか。本稿の前半で検討して導いた基準をもとに、これらの議論を検討してみよう。

まず、上記(a)は、市民社会の法原則の統一的理解という、公法と私法の交錯する領域における難問に挑んだ力作である。公法（憲法）が積み残した研究を、私法（民法）の領域から進化させたものという点で、偉業である。

次に、上記(b)は、情報法制、特に著作権法の関連する情報環境の大きな変化に、法改正をも視野に入れつつ、現行法の枠内で、法の解釈で足りる点はその解釈で、足りない点は、契約法を補完的に使用することにより、対応しようとしている点で注目すべきである。しかし、他方、著作権法の話をしつつも、「創作者」や「クリエイター」という用語や概念は（おそらくは意図的に）一切使わず、「プロデューサー」概念を最大限に拡大することで、一当事者の権限拡大に腐心しているという感は否めない。すなわち、筆者が繰り返し強調する、実際創作した者には、せいぜい「著作者人格権」で十分であり、他方、製品（プロダクト）である著作物のプロデューサーに貢献してきたプロデューサーにこそ「著作権」は帰属すべきだとの主張は、現在の情報環境において、はたしてそれが妥当かという観点から、慎重に検討する余地がある。

そして、(c)は、従来の法解釈には忠実だが、著作物の「製品」の面が重視される現在の情報環境への対応が不足と考えられ、他の法律との役割分担をも視野に入れた提言が望まれる。

以上の検討の結果、私見では、現在の情報環境下でより望ましい情報法制とは、概要、次のようなものではないかと思われる。



## 8. 残された課題

最後に、残された課題を考えるに、「テロとの戦い」と情報環境の関係は、悩ましい問題である。「テロ」という魔法の言葉が、近代市民社会の法原則を、いとも簡単に変更し監視社会を強化するのに対し、プライバシー権などとの調整基準は依然不明確なままだからである。以上

## 【参考文献】

- (1) 東浩紀『情報環境論集』(講談社、2007年)。
- (2) James Boyle, Duke Law Journal 47 (1997). 他、“Sharmans, Software, & Spleens *LAW AND CONSTRUCTION OF THE INFORMATION SOCIETY*”, Harvard University Press (1997).  
なお、本稿脱稿直前に、これに関連する同氏の  
新刊が発行されたので、これも付記する。  
“*The Public Domain: Enclosing the Commons of  
the Mind*”, Yale University Press (2008).
- (3) 奥平康弘『「表現の自由」を求めて』(岩波書店、  
1999年)、家永三郎『歴史のなかの憲法(上)』  
(東京大学出版会、1977年)。
- (4) 堀部政男『アクセス権』(東京大学出版会、  
1977年)。
- (5) 最高裁昭和62年4月24日第二小法廷判決(サン  
ケイ新聞事件)。
- (6) WIPO. Proposal by Argentina and Brazil for  
the Establishment of a Development Agenda  
for WIPO. 2004, WO/GA/31/11. available  
from <[http://www.wipo.int/meetings/en/  
doc\\_details.jsp?doc\\_id=31737](http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=31737)>, (accessed  
2008-10-15).
- (7) Justice Oliver Wendell Holmes Jr.'s dissenting  
opinion in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616  
(1919). *Keyishian v. Board of Regents*, 385  
U.S. 589, 605-606 (1967).
- (8) 三島宗彦『人格権の保護』(有斐閣、1965年)。  
斉藤博『人格権法の研究』(一粒社、1979年)。
- (9) 竹田稔・堀部政男編『名誉・プライバシー保護  
関係訴訟法』(青林書院、2001年)。
- (10) Paul Goldstein, “Intellectual Property The New  
realities That Could Make or Break Your  
Business”, PORTFORIO 2007.
- (11) 拙稿「情報の進展と著作権法の改正」(堀部政  
男編著『インターネット社会と法 [第2版]』、  
新世社、2006年5月)、247-248頁。  
名和小太郎『情報の私有・共有・公有ユーザー  
からみた著作権』(NTT 出版、2006年6月)。
- (12) ニコラス・ネグロポンテ『ビーイング・デジタル』  
(アスキー出版、1995年)。
- (13) 三浦正広「著作権の制限」(MIAJ 研究セミナー、  
2006)  
[[http://www.mlaj.gr.jp/documents/2006/  
miura.htm](http://www.mlaj.gr.jp/documents/2006/miura.htm)] (accessed 2008.10-15)
- (14) アルビン・トフラー『第三の波』(日本放送出  
版会、1980年)、331~413頁。
- (15) 前者に関しては、前記(6)参照、後者に関しては、  
松井茂記「モデル小説と名誉棄損・プライバ  
シー侵害」(法律時報69巻6号)、103頁、参照。
- (16) 前掲脚注(2)参照。
- (17) 堀部政男「ユビキタス社会と法的課題—OECD  
のインターネット経済政策による補完」(ジュ  
リリスト (No.1361) 2008.8.1-15)、10頁。堀部先  
生は、自己情報コントロールの困難性を指摘し、  
新たな権利概念を提唱。
- (18) 放送法3条の2は、印刷や通信メディアにはな  
い放送における表現の自由の規制根拠。
- (19) 総務省の「通信・放送の総合的な法体系に関  
する研究会報告書」(2007年12月6日：最終報告  
書)。
- (20) 松井茂記「『情報通信法』と表現の自由」(法律  
時報80巻6号) 80~84頁。
- (21) 最高裁平成元年9月19日第三小法廷判決(岐阜  
県青少年保護育成条例事件) 参照。
- (22) 山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私  
的自治(1)(2)」法学論叢133巻4-5号(1993年)。  
山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣、  
2000年)。
- (23) 内藤篤『エンターテインメント契約法(改訂  
版)』(商事法務、2007年)、3頁、25頁等。
- (24) 前掲脚注(13)参照。