Kobe University Repository : Kernel

PDF issue: 2025-09-16

講演録 著作権法と消費者法の交錯

島並, 良

(Citation)
コピライト,630:2-15

(Issue Date)
2013-10

(Resource Type)
journal article

(Version)
Version of Record

(URL)
https://hdl.handle.net/20.500.14094/90002641

講演録

著作権法と消費者法の交錯*

神戸大学大学院法学研究科教授　島並　良※

目次

Ⅰ　はじめに …… 2
1．前提 …… 2
2．交錯の理由 …… 3
3．欧米の研究動向 …… 4
4．日本の議論状況 …… 4
Ⅱ　著作権法における消費者 …… 5
1．実務における柔軟解釈 …… 5
2．著作物享受自由の原則 …… 6
3．消費領域への著作権の浸食現象 …… 7
Ⅲ　消費者法における著作物 …… 8
1．消費者法の趣旨と射程 …… 8
2．著作物をめぐる消費者像の転換 …… 9
3．欧米著作権法学と消費者保護思潮 …… 10
4．検討 …… 11
Ⅳ　おわりに …… 12
Q&A …… 14

Ⅰ　はじめに

ただいまご紹介にあずかりました神戸大学の島並です。まず、CRIC月例研究会という伝統ある機会を頂戴したことについて、主催者の方々と、お暑い中、ご多端の折にご出席いただいた皆さまに感謝申し上げます。

本日は、「著作権法と消費者法の交錯」と題して、私が最近考えていること、また今書いております関連論文の内容の一端について、紹介させていただきます。

今日のお話は四つのセクションに分かれております。まず、「Ⅰ　はじめに」で本報告が取り上げる問題の所在とそれに対する私の問題意識を、次に「Ⅱ　著作権法における消費者」でそのような問題がなぜ、どのように生じているのかを、さらに「Ⅲ　消費者法における著作物」でその問題への対応策と若干の提言を、そして最後に「Ⅳ　おわりに」でまとめと今後の展望をそれぞれお話しさせていただきます。

1．前提

知的財産法（知財法）と消費者法は、これまで接点があるとはあまり認識されてきませんでした。知財法は知的財産という「客体」に着目してその保護を図る法分野、消費者法は消費者という「主体」に着目してその保護を図る法分野ということで、取り扱う対象を異にしており、住んでいる世界が違うと考えられてきたと思われます。

また、取り扱う対象だけでなく、法目的も両者には隔たりがあるというのが一般的な理解でした。例えば、知財法分野の一つの柱である著作権法（以下では、断りのない限り同様）１条によれば、その目的には、文化的所産の公正な利用、著作者等の権利の保護、そして文化の発展が掲げられており、文化立法であるという建前が掲げられています。それに対して、消費者法分野の大きな柱である消費者契約法の１条を見ますと、その目的として、消費者の利益の擁護、国民生活の安定向上、国民経済の健全な発展と書かれており、同法

＊本稿は、2013年７月18日開催の著作権研究会での講演原稿に、講演者が加筆・修正を加えたものである。

が本来的には経済立法であるという建前が伺えるわけであります。

では、そのように異なる対象を扱い、異なる目的を持ったこれら二つの法分野について、本日どうして交錯を論じなければならないのでしょうか。それを見る前に、ここで、本報告で用いる消費者および消費者法という二つの用語について、緩やかな定義を与えておきたいと存じます。

まず、「消費者」とは、コンテンツ財という著作物について、供給者たる事業者としての著作権者に端を発する供給連鎖（サプライチェーン）の末端に位置し、それを享受する個人をいいます。もちろん、著作権者は事業者である必要はないのですが、コンピュータプログラムやデータベースといった産業財としての著作物はもちろんのこと、映画や、日本音楽著作権協会（JASRAC）が著作権を信託的に譲渡されている音楽などの伝統的な著作物も含め、現代社会において少なからぬ著作権者は、個人ではなく事業者たる法人であるということができます。

また、プロの画家や作家は、個人ではありますが、それによって生計を営んでいるわけですので、事業者といってよいでしょう。このように、現代では多くの著作物は事業者たる著作権者から供給されるのですが、その供給連鎖の一番先にいて、著作物を享受する個人が消費者だということになります。

なお、消費者契約法の２条１項は、「この法律において『消費者』とは、個人（事業として又は事業のために契約の当事者となる場合におけるものを除く。）をいう。」としており、また、同条２項は「この法律において『事業者』とは、法人その他の団体及び事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人をいう。」と定義しております。そこにいう消費者、事業者の定義が、ほぼそのまま本日のお話にも妥当すると理解していただければ結構かと存じます。

他方で、「消費者法」とは、事業者と消費者の情報・交渉力格差に着目して消費者を保護するための法分野という程度に、大まかに把握しておいてください。ご案内のとおり、消費者法という特定の法規はございませんが、講学上、あるいは実務上も、このような特徴を持った法分野を消費者法と呼んでおり、本報告でもその用語法に従いたいと存じます。

2．交錯の理由

さて、このように定義される消費者法は、どうして著作権法ほかの知財法（ここでは特に創作法）と交錯することがあるのでしょうか。それは、創作物を知財法で保護する結果、消費者による創作物享受の利益が損なわれる局面があるからです。典型的には、知的財

産権による独占がコンテンツ財の価格を押し上げることによって、知的財産権がない状態と比較すると、消費者による著作物へのアクセスが制約を受けることとなります。また、独占価格を支払って著作物へのアクセスは許されたとしても、その享受の時期や場所、回数について著作権者が決定することができるならば、やはり消費者による著作物享受の利益は害されることとなります。

他方で、独占利益の大きな創作に過剰投資がなされることによって、結果として消費者が望む知的財産が十分には供給されない可能性もあります。特許の例を挙げますと、先進国では美容技術や遺伝子組み換え食物のような食糧技術について膨大な研究開発投資がなされていますが、それは先進国内でそのような技術への需要があるからです。しかし、途上国でいまだに蔓延するマラリアの治療薬については、望ましい研究開発投資がなされていないということが指摘されています。これは、仮に膨大な投資によって画期的なマラリア治療薬が開発されたとしても、本当にそれを欲している途上国の国民には、投資回収に見合う独占価格が付けられた高額な治療薬を購入する資力がないからです。

つまり、特許法は特許権という独占権を付与するだけで、そこからのリターンは市場に委ね、技術の需要に応じてリターンが大きくも小さくもなるという仕組みをとっているために、研究開発投資は本来消費者ないし人類社会にとって真に望ましい技術分野ではなく、市場での大きな独占利益が見込める分野に、偏ってしまっているというわけです。

同様のことは、著作権制度でもあり得ます。すなわち、消費者が文化的・自律的な生活を送る上で望ましい良質な作品、例えば、地味ではあっても重要な社会問題を扱うドキュメンタリー等が本当に十分供給され

ているのか、著作権という市場中心の投資回収手段が国によって用意されているばかりに、より多くの独占利益が見込める作品、例えば、過激で煽情的な描写を中心とした娯楽大作映画等に過剰な投資が流れているのではないか、という危惧もあり得るわけです。

3．欧米の研究動向

ともあれ、消費者による知的財産へのアクセスを制約するこうした要因、すなわち創作物に対する知的財産権による直接的なアクセスの制限や、あるいは創作投資の偏りがもたらす望ましい創作の不在が、昨今のバイオ技術や、デジタルないしインターネット技術の進展によってますます深刻なものとなっており、またそれがWTO体制の確立によって先進国から途上国に押しつけられる構造となっていることが、特に欧米の知財法学では問題視されつつあります。

彼の地の知財法学を眺めますと、知財法と社会正義との関連を意識するものが増えてまいりました。知財法の解釈・立法を通じて、創作誘因だけではなく、貧困の是正や患者の救済などの社会正義ないし分配的正義を実現すべきだとする論文や書籍が目につきます。また、そうした新しい知財法の捉え方をテーマに据えたシンポジウム等も多く開かれるようになりました。そして、そのような達成されるべき社会正義の一つとして、消費者の自律的生活の構築があり、また、それに役立つ著作権制度という視点が語られるようになっているのです。

例えば、たまたま昨年に同じイエール大学の出版部門から出された二つの書籍が、いずれも話題となっています。一つ目は、カリフォルニア大学デービス校のサンダー教授が書いた『商品から善き生へ：知的財産と国際正義』というもの[1]で、特許を中心に、国際的な正義の観点から先進国と途上国の間の知財法秩序形成を論じています。また二つ目は、ジョージタウン大学のコーエン教授による『ネットワークにおける自己構築：法、コード、日常的実践』という作品[2]で、この方は著作権とプライバシーの専門家なのですが、市民の自律的な自己形成にとって望ましいネット上での情報秩序について広く論じています。

欧米の知財法学において、このような社会正義の観点が考慮されるようになったのはなぜでしょうか。その背景には、国家や社会の発展ないし豊かさとは何かという点の捉え方が、厚生経済学、開発経済学の議論の深化を踏まえて、変化したことがあるように思われます。すなわち、近時の経済学においては、国家・社会の発展や豊かさを物質的環境の改善と捉え、国民一人あたりのGDPや可処分所得の増加としてその度合いを計測するパラダイムは、もはや全面的には維持されていません。そこでは、発展を遂行し享受する主体である人間そのものに光を当てた「人間発達」という観念が提起されることにより、人々が自己の望む生を送るための潜在能力（capability）を拡張することが望ましい発展なのであるとする新しいパラダイムである「潜在能力アプローチ」が力を持つようになりました。

これは、インド出身のノーベル経済学賞受賞者であるアマルティア・セン教授が初めて唱えたもので、その後、この発想をもとり入れた人間開発指数（Human Development Index；HDI）が、国家の発展度を計る指標として国連の年次報告にも採用されるに至っております。

このアプローチによれば、長寿を全うし、健康を楽しみ、地域社会の文化的な活動に参加し、人生と地域社会に直接影響を与える決定に参加し、そして世界の知識と情報のストックにアクセスするといったことができる可能性、すなわち潜在能力を構成員がどれだけ持つかが、社会の発展や豊かさの指標として重要な意味を持つことになります。そして、規範的にも、物的生産の拡大ではなくこうした潜在能力の増大こそが国家による諸政策の目標であるべきだとされるわけです。

世界の知識と情報のストックへ個人がどれだけアクセスできるかは、情報通信インフラの整備はもちろん、報道の自由の保障等の公法的制度に加えて、私法的な、とりわけ財産的情報に関する知財法制度において、情報を享受する主体の利益がどれだけ保護されているのかが重要な役割を担います。もちろん、知財法学においては、かねてから「保護と利用のバランス」の必要性が唱えられ、知的財産にアクセスし利用する主体の利益も考慮されてきました。しかし、ここにいう知的財産利用者は、知的財産権者と競争関係にある事業者や、あるいは非事業者であっても既存創作物に依拠した新たな二次創作に従事するクリエイティブな個人に、限られてきたように思われます。最近の欧米の知財法学では、このような旧来の視野を、さらに、知的財産をただ単に享受するだけの個人たる消費者の利益保護へと広げる契機が重視されているものといえるでしょう。

4．日本の議論状況

翻って日本の議論状況を見ますと、なお、事業者間のあるべき秩序を構想する「競争法」として、知財法およびその一つである著作権法を捉える見解が強いように思われます。

例えば、経済法学を専攻する根岸哲教授によれば、知財法は、「独占禁止法とともに、相互に補完連動関係に立ちつつ市場経済秩序の基本を構成する公正かつ自由な競争秩序……を実質的に担っている」し、また

「担うべき」であるとされ、したがって、知財法と独占禁止法は、「それぞれが独自の体系や構造を有しつつも、全体として実質的に統合された『競争法』を構成するものとして、相互に合理的・整合的に解釈されるべきである」とされます[3]。そして、その前提として同教授は、両法の目的に着目され、「知的財産の不当な模倣・ただ乗りを防止して、知的財産に対する一定の独占的利用を保護することにより、新たな知的財産の創出と利用に対するインセンティブを与え、産業の発達、文化の発展、または国民経済の健全な発展に寄与すること」を目的とする知財法と、「知的財産とそれを利用した製品を含むあらゆる領域の市場における競争制限・阻害行為を一般的に排除することにより、公正かつ自由な競争を促進し、一般消費者の利益の確保と国民経済の民主的で健全な発達の促進」を目的とする独占禁止法は、「究極目的を共通にして」いるとされます[4]。

また、中山信弘教授の体系書『著作権法』では、その冒頭において、「現在では著作権が経済財としての機能を高め、特にソフトウエア関連の企業を中心に、著作権は特許権と並んで企業戦略の柱の一つになりつつあり、著作権法はビジネスローとしての性格を濃くしている。」[5]とされ、また「著作権はある種の独占権であり、財としての性格を強めれば、競争法的要素を織り込まざるをえなくなろう。独占による弊害の除去は、独禁法だけに頼るのではなく、著作権制度にもビルトインできるはずであるし、また解釈論としても競争法的要素を取り込むこともできるはずである。従来の著作権法学においては、この競争法的側面は余り重視されてこなかったが、今後の著作権法制度のパラダイムを考えてゆく上において、極めて重要な要素であると考えられ、本書においても競争法的視座は重要な地位を占めている。」[6]とも述べられています。

知的財産の独占を許容する知財法と、文字どおり独占を禁止する独占禁止法は、一見すると真逆の方向性を持つようにも見えますが、いずれも競争法の傘の下にあり、相互に「補完連動」することによって事業者間の望ましい競争のあり方を規律していると捉えるこれらの理解は、1990年前後に根岸教授によって精力的に提唱されて[7]以来、その後は経済法学[8]のみならず知財法学[9]においても主流的な理解として受け入れられることとなりました。

なるほど、知財法制度は、事業者間の競争のあり方を強く規定しますから、そのような側面があることは確かです。しかし、知財法の目的が事業者間競争秩序の形成にのみにあるわけではありません。ここであらためて述べるまでもなく、さまざまな発明、著作物、そして商標は、好むと好まざるとを問わず私たち個人の日常生活を夥しい数で取り囲んでいます。どのような知的財産をいかなる価格や環境で享受できるかは、個人の生活の有り様を大きく左右しているといえるでしょう。そうであれば、こうした機能を持つ知的財産に対して個人が自由にアクセスできる社会環境を整備することは、国家・社会にとっても重大な関心事となるはずです。

そこで本報告では、著作権法の解釈や立法において、「著作者の個性保護」や「事業者間の利害調整」を超えた「消費者（著作物享受者）の利益保護」を考慮する必要はないか、消費者が著作物を享受する利益はこれまでも反射的・結果的に守られてきた面もありますが、著作権と正面から対抗する利益として、より積極的な保護を構想するべきではないか、ということを考えてみたいと思います。

Ⅱ　著作権法における消費者

1．実務における柔軟解釈

かつて著作権法は、非常に形式的・硬直的な法形式を（あえて）採っていると考えられてきたように思います。他人の土地に足を一歩でも踏み込めば土地所有権の侵害が成立し、土地利用者側の諸事情（故意過失や利用の必要性等）を所有権者側の諸事情（土地の価値や損害の程度等）と衡量したりはしないのと同様に、著作物の無断利用があれば原則として著作権侵害となり、あとはこれまた限定列挙され、なおかつ柔軟な運用が許されない権利制限規定に該当しない限り、利用者の法的責任は免れないというわけです。

ところが、裁判所における実務での運用を前提としますと必ずしもそうではないということが、例えば上野達弘教授の一連の業績によって認識されるようになりました。その一例を挙げますと、著作者人格権のうちの同一性保持権につきまして、上野教授は次のようにおっしゃるわけです。「判例においても、同一性保持権の主張を権利濫用によって排斥するものや、改変についての『事実たる慣習』に依拠するもの、改変についての『黙示の同意』を根拠とするものなど、20条2項（やむを得ない改変等の規定、同一性保持権の制限規定です）に基づかずに1項の適用除外を行う事例が積み重ねられてきた。いわば『不文の適用除外』が広範に展開されてきた。」[10]。

また、同じく上野教授は、いわゆる適法引用の要件につきましても、同様に柔軟な解釈が著作権法ではすでに展開されていることを指摘します。すなわち、

「従来の裁判例を内在的に検討すると、主従関係の判断要素として掲げられてきた要素（e.g. 引用の態様、被引用著作物の性質、引用の目的（批評関係））が、以上のようなプロセスをへて考慮され、結果として主従関係の判断に結びつけられてきたと考えることができるように思われる。このように、従来の裁判例においては、『主従関係』という名のもとにきわめて多様な考慮要素が、その結びつきがかならずしも明白にされないまま詰め込まれてきたように思われる。」[11]。つまり、条文に書かれざるさまざまなファクターが、そしてまた条文に書かれていない主従関係という要件の考慮の中で、取り込まれているという指摘であります。

さらに、ご案内のとおり、昨今日本でもフェア・ユース規定を新設すべきかどうか議論が展開されているわけですが、まさにこのCRICの月例研究会報告の中で、上野教授は次のような指摘を行っております。「わが国著作権法における権利制限規定は、限定列挙されたものであり、しかもそれが厳格解釈されてまいりました。そのため、さまざまなケースにおいて、形式的に見れば権利侵害となってしまうことが少なくありません。」。しかし、「近時の判例・学説におきましては、形式的に見れば権利侵害となってしまいそうな行為でありましても、結論として権利侵害を否定すべきと考えられるものについて、さまざまな解釈論（権利制限規定の拡大解釈・類推適用、黙示的許諾、権利濫用、本質的特徴の直接感得論等）によって解決を図ってまいりました。」。つまり、「さまざまな解釈論により、いわば『不文の権利制限』というべきものが数多く行われているわけであります。」[12]。

このような現実は、フェア・ユース規定を新設すべきかどうかという立法論に対しておそらく中立的であり、これまでどおり裁判官による解釈運用に任せれば足りるという議論もあれば、いやいやそれが可能である旨の手がかりを条文上明らかにしなければならない、そして、それを通じて裁判官の無用なご苦労を除去すべきだという立場もあり得るわけです。ただ、いずれにしましても、条文の建て付けやこれまでの通念には反し、裁判例においては著作権法上のさまざまな局面において、諸事情を考慮する柔軟な解釈運用が実際には行われているということを、ここでは指摘しておきましょう。

2．著作物享受自由の原則

ところが、さまざまな局面で柔軟化された著作権法解釈におきましても、なお、著作物を享受する主体としての消費者の利益は、等閑視されてきたのではないかと思われます。諸事情総合考慮型の解釈に際して考慮される事実（規範的要件を支える評価根拠事実、評価障碍事実）の中に、著作物を享受する消費者の利益が明示的に挙げられることはありません。そしてじつは、そのような等閑視にも、まったく理由がなかったわけではありません。それは、次に述べるように、著作権法（そして産業財産権も含む知財法全体）が「著作物享受自由の原則」とでもいうべき建前を採用しているからであります。

著作権法は著作物を純粋に享受するだけの行為、例えば読書や、絵画の鑑賞、音楽・映画の視聴そのものは適法と位置づけております。すなわち、著作権侵害を構成する行為である、いわゆる著作物の「利用」行為は、複製、上映、上演、公衆送信、譲渡、貸与など著作権法21条から27条までに限定列挙されておりまして、そうした法定利用行為のカタログに該当しない行為は、およそ著作権侵害行為に当たらないという建て付けになっておりますところ、著作物を享受する行為、いわゆる著作物の「使用」行為と呼ばれるものは、いずれもそのカタログに含まれていないのであります。そうであれば、著作物を使用するにすぎない消費者の利益は当然に保護されているのですから、侵害の成否を判断するに際して殊更に考慮する必要性を欠くということにもなりそうですが、実際のところそうではありません。なぜなら、消費者による著作物の使用が、同時に消費者自身による著作物の利用を伴う場合があるからです。

例えば、インターネット上で購入した著作物たる楽曲ファイルを、iPod等の携帯型デジタル音楽プレーヤーで聴くには、当該楽曲を携帯端末に複製（ダウンロード）し、演奏（再生）することが前提となります。また、テレビの受像機を用いて、著作物たるテレビ番組を視聴するためには、それに先立ち当該番組を受像機の画面上に上映しなければなりません。したがって、消費者が著作物を享受するためには、著作物の単なる使用を超えて、その利用を必然的に伴う場合がございます。今後デジタル作品の享受、すなわちタブレット型コンピュータやスマートフォンを用いた電子書籍の読書や絵画・映画の鑑賞がさらに一般的に普及するならば、私たちの生活において著作物享受に随伴する著作物の利用は、否応なしにますます増大することになります。

ところで、著作物の享受にその利用が随伴する場合、著作権は特許権におけるような「業として」の行為だけを権利侵害とするものではないために、非事業者たる消費者による個人的利用行為についても、著作権侵害に該当し得ることが原則となります。ただし、これには次のような大きな例外があるわけです。

第一に、複製権につきましては、私的使用目的で使用者自身によってなされる複製は権利が制限されます

(30条１項柱書き)。ここで著作権法は、私的使用を個人的に、又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において使用することと定義しておりますが、つまり私的複製には「個人的なもの及び家庭内その他これに準ずる限られた範囲内のもの」という二つの類型があることになります。このうち、個人的使用とはレンタルした音楽CDから、楽曲をiPadに録音して一人で聴くといったような、自分単独での使用（読書や鑑賞等）を指します。また家庭内その他これに準ずる限られた範囲内とは、テレビ番組をハードディスクレコーダーに録画して、放送時間とは別に時間をずらして家族で鑑賞するような、自分の所属する閉鎖的グループで使用する場合を指し、典型的には社内の同好会とかサークルのように、10人程度の一つの趣味なり活動なりを目的として集まっている、限定されたごく少数のグループなどとされます。

第二に、著作権に含まれる支分権のうち、著作物の提示に係る上演権、演奏権、上映権、公衆送信権、伝達権、口述権、そして展示権はいずれも公になされることが侵害成立の要件とされています（22条以下）。したがって、例えば自宅で映画DVDを再生し一人で鑑賞すると、形式的にはテレビ画面で映画の著作物が上映されることになりますが、上映権侵害には当たりません。また、自宅で一人ヒット曲を口ずさむという行為が、演奏権侵害とならないのも同様であります。さらに、複製物の提供に係る頒布権（26条）は、そもそも頒布が複製物の公衆への譲渡対応を指し、譲渡権（26条の２）と貸与権（26条の３）につきましては、原作品・複製物をそれぞれの貸与により、公衆に提供することについて権利が付与されておりますから、結局これらの頒布権、譲渡権、貸与権という三つの支分権は、いずれも公衆に対してなされる行為にだけ及ぶということになります。このため、例えばレンタル店で借りた映画DVDを家族や友人に貸しても、（レンタル店との契約違反の問題は別論として）著作権法上の頒布権侵害とはならないわけです。また、教科書をサークルの後輩にあげるといった行為も、譲渡権侵害には当たらないことになります。

ところで、著作物の私的複製が適法とされていることと、公への提示、公衆への提供だけが違法とされていることとは、どのような関係にあるのでしょうか。先ほども見ましたとおり、私的とは個人的または限られた範囲内という意味であり、また、公衆は特定少数者以外のことを指します。ここで公衆要件にいう特定性は、事前の人的結合関係がある場合を指し、またこれが少数であることが求められるのは、人数が多いために人的結合関係が希薄になって不特定者と同視できる場合を排除するためだと考えられております。

そうであれば、私的要件と公衆要件はほぼ裏腹な関係に立つということになります。著作物の複製は、単独でも完結する行為であるのに対しまして、著作物の提示や提供はその性質上単独では完結せず、著作物へのアクセスを許される他者の存在を必ず前提としますから、要件の立て方に違いが出てこざるを得ないわけです。要するに、単独での私的複製が許される範囲と、他者に向けた提示・提供が公衆への行為ではないとして許される範囲は、完全に重なると考えてよいように思われます。

また、第三に、非営利的な提示・提供行為についても38条は幅広く権利を制限しておりますため、結果として消費者自身による、すなわち商業的なサービスを利用しない対応での著作物の利用行為は、この観点からも適法と位置づけられることになります。

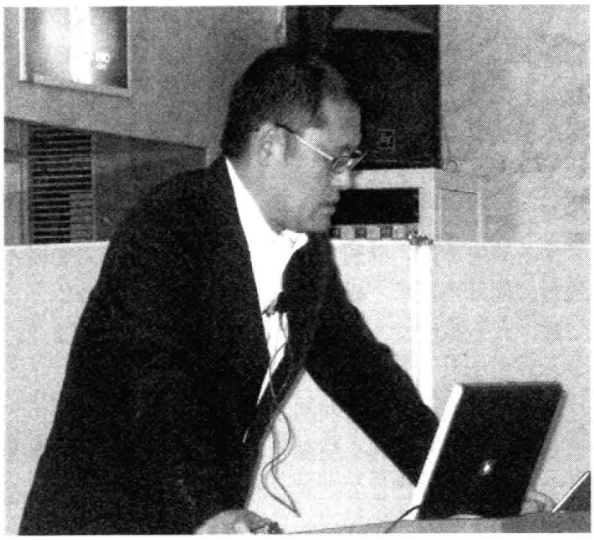
以上をまとめますと、従来の著作権法は、一方では消費者による著作物享受がその使用にとどまる場合には、そもそも当該行為に対して支分権が設定されていないために適法です。また他方では、消費者による著作物享受はその利用を伴う場合であっても、それが私的であり公衆に向けられたものでなければ、あるいは非営利的なものであれば、やはり適法と位置づけられているわけであります。つまり、消費者による著作物享受については広く自由とされてきたということができるように思われます。

このことは、じつは著作権法だけに当てはまるものではありません。特許権や商標法におきましても、個人たる消費者による知的財産の享受は広く適法とされています。先ほども述べましたとおり、特許権は「業として」の特許発明の実施のみに及び（特許法68条本文）、消費者が非業実施を家庭内で個人的に行う行為については特許権侵害に該当しません。また、商標権の侵害成立要件につきましては、商標の「業として」の使用という文言は条文上ありませんが、商標そのものが「業として」使用をするものであるという定義が与えられておりますので（商標法２条１項各号）、結果として商標権侵害たる商標の使用（いわゆる「商標的使用」）は、事業の一環としてなされるものだけを指すということになります。すなわち、知財法の広い分野で、消費者による知的財産の享受は自由な領域に置かれていたということになります。

3．消費領域への著作権の浸食現象

ところが近時、この消費者による著作物享受自由の原則に対する制約がさまざまな点で強まってきております。すなわち、消費領域への著作権の浸食現象というものが見られるわけです。

例えば、立法による浸食として、30条１項各号に定



められました私的複製の例外を挙げることができます。公衆で使用される自動複製機器を用いた複製（同条同項１号）、技術的保護手段を回避してなされる複製（同２号）は、たとえ私的複製であっても複製権の侵害に該当します。さらに、違法にアップロードされた音楽・動画を悪意でダウンロードする行為は、たとえ私的であっても、民事的にはもちろん一定の範囲で刑事的にも違法であるという位置づけが与えられました（同３号、119条３項）。

また、30条２項に定められております私的録音録画補償金制度は、消費領域についての著作物の享受を全面的に禁ずるものではありませんが、著作物を享受をするにあたっては対価を支払いなさいということを消費者に求めるものでありますから、その限りで著作物の享受活動が制約を受ける制度であるということがいえます。

さらには、公衆送信権侵害を構成する自動公衆送信の中に、送信可能化という送信準備行為が明示的に含まれるようにもなりました（23条１項）。サーバに著作物を蔵置して送信に備える行為は、それまでも法定利用行為とされていた複製については私的であれば複製権が制限され得るのに、新たに加わった法定利用行為である送信可能化については、たとえ実際の公衆送信の前の私的な段階であっても公衆送信権侵害と位置づけられることとなったわけです。

他方で、解釈による消費領域の浸食も種々見られます。例えば、利用主体認定の柔軟化をその例に挙げることができるでしょう。このような柔軟化によって事業者の活動が規制される結果、その反射的な効果として消費者自身による著作物へのアクセスが制約を受ける結果となっております。あらためて詳しく申し上げるまでもありませんが、クラブキャッツアイ事件最高裁判決[13]によるカラオケ法理、あるいは近時のロクラクⅡ事件最高裁判決[14]によるロクラク法理といった判例法理により、自然的な観察では著作物の利用行為をしていない主体、つまり利用者の背後にいるサービス提供事業者が、著作権侵害責任を負わされ、その結果、当該サービスを受けていた消費者の著作物享受の自由が制約を受けるに至ったわけです。

さらには、MYUTA事件東京地裁判決[15]で打ち出された考え方、すなわち事前に誰でもそのサービス事業者と契約を結べるならば、結果的に単独の主体への送信であってもなお「公衆」送信であるという考え方が、このたび、まねきTV事件最高裁判決[16]によって判例法理とされました。そのことによって、確かに事業者の助力を得ているとはいえ、消費者自身が著作物を享受するためであり、また一見すると私的に見える電子ファイルの送信行為についても、なお著作権の傘が及ぶことになっております。

最後に、これは契約による権利制限のオーバーライド問題と呼ばれるものですが、事業者と消費者の間の契約によって、私的活動の自由が制約を受けるという局面も増えてまいりました。もちろん従来から、契約自由の原則の下、公序良俗に反しない限り、事業者たる著作権者が消費者たる著作物利用者に対してさまざまな制約を契約上課すことは許されるというのが日本での議論の出発点です。そして、このような基本的な考え方が、いわゆるシュリンク・ラップやクリック・オンといった契約当事者間の十分な意思の合致が必ずしも存在しないような新たな契約類型についても、基本的には妥当すると考えられるようになりました。例えば、購入したプログラムをパソコン３台までしかインストールしてはなりませんといったような制約を、CD等の媒体やネット上を通じてプログラムを購入した消費者が受ける契機が、これら新たな契約類型の増大とともに顕在化してきたわけです。

Ⅲ　消費者法における著作物

さて、こういった著作権の消費領域への浸食という現代的な現象に対して、著作権法は為す術もないのでありましょうか。もしそうだとすると、著作権法の外から消費者法が乗り出してきて、著作権の行使を一定の範囲で制約するということは考えられないのでしょうか。

１．消費者法の趣旨と射程

大村敦志先生の消費者法の体系書[17]を拝見しますと、

消費者法の存在理由は二つあると解説がなされております。一つは、事業者に対して情報・交渉力に劣り、また精神的・肉体的に脆弱な消費者を保護する必要性があること。そしてもう一つが、ポスト福祉国家においては、そのような国民の要請に可能な範囲で応答する責務を国家が負っているということ。これら二つの事情を前提に、消費者法という法領域の必要性、存在理由が語られているわけであります。

ところで、この二つの事情は、いずれも事業者・消費者間で取引される財の性質を問わずに当てはまる説明であります。有体物に関する消費者取引に限らず、無体物に関する消費者取引についても、情報・交渉力等に劣る消費者保護の必要性が同様に妥当し、それについて対応をすべき国家の責務もまた同様に観念できるのではないかと考えられます。ところが、実際には大村先生の詳細な体系書においても、知財法については、ただ不競法だけについて消費者法との関係性が検討されているにすぎず、著作権法はもとより特許法や商標法についても消費者法との関連は想定されていないわけであります。

では、このような消費者法による知財法への無関心は、必然なのでしょうか。これまでの消費者法が例えば著作権法に関心を払わないのは、前提とする消費者像が単に著作物を受動的に享受するだけのものにとどまるからだと思われます。そのような、受動的な消費者像の下では、消費者は既存の著作物を単に使用、鑑賞するか、あるいは使用に必要な範囲内で誰の手助けも得ず単独で、もしくは家庭内に準ずる限られた人的関係の中だけで、細々と著作物を利用（複製、上映、譲渡等）するにすぎません。そうした場合、著作権者に対する経済的な打撃は創作インセンティブを左右しない、ごくわずかなものに限られ、著作権の効力を及ぼす正当化根拠をそもそも欠くことになります。そして、そうであれば、わざわざ消費者法が乗り出してきて消費者を保護する必要性もないわけであります。

しかし、近年、著作物の消費活動が非個人的ないし家庭外における利用行為、特に商業的に提供された場や道具の活用を伴うことが増大し、その結果、著作権による自由領域の浸食、換言すれば消費者法との交錯現象が見られるということは、先に述べたとおりであります。

煩を厭わず繰り返しますと、その最たる例がクラウドサービスを活用したコンテンツのストレージ保存行為であります。クラウドサービス提供会社が所有する、しかし、その物理的所在すらユーザーには見えないインターネット上のサーバにユーザーが著作物たるコンテンツのデータをストレージする行為は、複製や送信という著作物の利用行為を不可避的に伴います。そしてそれらの行為は、サービス提供会社の提供するクラウドという場を活用しているがゆえに、個人的家庭内の行為にとどまるものとは評価されません。例えば、サーバからユーザーに向けたデータ送信はサービス提供会社による行為であり、かつ、ストレージ後のデータ使用者がユーザー自身であったとしても、公衆送信に該当すると解されていることも、先ほど述べたとおりであります。

同様の現象は、テレビ番組をインターネット上で転送するサービスについても当てはまります。東京キー局の地上波テレビ番組データを、東京で受信し、インターネットを経由して、地方や外国で視聴する行為には、たとえ機器を所有する特定のユーザーのみに対する転送であったとしても、当該サービス提供会社による非私的な複製や、あるいは公衆送信が介在するというのがわが国の最高裁の立場であることは、また先ほど述べたとおりであります。

インターネットの外でも、例えばいわゆる書籍の自炊（版面スキャン）による電子ファイルの作成について、それを代行する業者による複製は、その著作物を享受する主体が消費者個人であってもなお消費者が自ら行う複製ではないため、私的複製制度によっては救済されず違法とならざるを得ません。

このように、消費者自身による著作物の享受を前提にしていても、それが商業的なサービス提供会社からの助力を得ている場合には当該助力が著作権侵害と位置づけられ、結果として消費者による著作物の享受が著作権法による間接的な制約を受けることになります。

もちろん、従来から消費者が、例えば映画館で映画を観るためには、映画館による商業的な上映という助力が前提になっておりまして、そのような助力が上映権に服する以上は、消費者による著作物の享受（映画鑑賞）は一定の間接的な制約を著作権法から受けていたといえます。しかし、映画館のような商業的サービスを活用した消費者による著作物享受が、一方では著作物のデジタル化により、また他方ではインターネットやオート・スキャナーをはじめとする著作物利用技術と事業の普及によって、近時ますます身近なものとなっているのであります。今や著作権は、せっかく登場した社会的に有益な新技術およびそれを用いた新事業の恩恵を消費者が受けることへの足かせとなっているといえます。

2．著作物をめぐる消費者像の転換

消費者の著作物享受に関するこうした制約的な現況につきましては、著作権を実効的に保護するためには致し方ない――したがって、消費者法の出る幕はない――とする評価も可能であります。新たな技術や

事業は著作権の敵であり、それらが登場したからといって、著作権の保護状況、すなわち著作権者の経済的利益が悪化させられるいわれはないというわけです。確かに、新たな技術やそれを生かした新事業は、それらが登場する以前にはなかった新たな市場を開拓したものばかりではなくて、旧来の市場を浸食する場合も少なくありません。例えば、テレビ番組を放送対象地域外で視聴することを可能とする転送サービスによって、正規にライセンスを受けた区域外再放送は不要となりますし、またドラマ等の放送後に発売されるDVDやブルーレイといった、パッケージ商品の売上げは減るものと思われます。

しかし、このような捉え方は、受動的な著作物享受主体としての消費者像が、現在次のとおり二つの意味で能動的な消費者像へと転換を迫られているという現実を無視するものであって、妥当でないように思われます。

第一に、著作物を享受する消費者は、享受の対象、時期、場所を自ら主体的に決定するという意味で、能動的な主体となりました。例えば、音楽作品や映像作品が同時受信を前提とするラジオ、テレビ放送によって届けられる場合に、これまでの消費者には、何を、いつ、どこで享受するかの選択肢はほぼ与えられておらず、限られたチャンネルの中から一つの番組を選択し、そこで放送局が選択した作品を自宅の居間で放送と同時に視聴するということが前提とされていたわけです。ところが今では、インターネットを介して好きな視聴覚作品を購入し、携帯プレーヤーで、いつでも、どこでも視聴できるようになりました。

書籍の場合には、以前から消費者は享受の対象と時期と場所を比較的自由に選択できたわけです。しかしなお、書店にある有限の書棚に陳列された限りでの対象選択であったものが、ネットショップの登場によって購入可能な書籍の幅が飛躍的に広がりました。いわゆるロングテール現象であります。また、電子書籍の拡充は有体物としての書籍を自宅に収蔵し、読書のたびに持ち出すという必要性を失わせました。消費者はお仕着せの限られた著作物をただ受動的に享受するだけの主体から、何を、いつ、どこで享受するのかを自ら主体的に決定する主体に転換したわけです。

著作物享受の時期と場所につきましては、視聴に伴うタイムシフティング、プレースシフティングのための複製が、私的な範囲にとどまる限り、私的複製のための複製として、現行法上も許容されております。そしてそのような、時的、場所的移行、シフティングを可能とする機器や媒体の製造販売も許容されております。しかし、そこに機器、媒体の提供にとどまらない商業的サービス、先ほど述べましたクラウドを活用したストレージサービスや番組転送サービス等ですが、それが介在したとたん、にわかに私的範囲を超えた違法な複製として、消費者は享受の機会を失うというわけです。

第二に、著作物を享受する消費者は、著作物に関して他人と交流し、作品とそれへの意見を共有し合うという意味でも、能動的な主体となりました。かつての消費者は、一人だけで作品を鑑賞するか、あるいはごく限られた家族や友人の間でのみ、つまり私的な関係で作品に関する感想を共有してきたわけです。作品鑑賞に際して、外部から与えられる新たな視点は、マスコミを通じた論評や宣伝にほぼ限られておりました。そして何より重要なのは、そこでの作品内容の共有は、著作権が消尽した書籍やレコードを、直接譲渡、貸与することでもっぱら実現されたということであります。しかし、現在では自己のブログやネットショップの商品欄に付されたコメント欄、さらにはTwitterやFacebookなどのSNS（ソーシャル・ネットワーク・サービス）を介して、見知らぬ消費者同士の意見交換や議論が可能となりました。このような、いわゆるソーシャルな交流は、作品への理解に非権威的な新しい視点を提供し、好評であれ悪評であれ、消費者間での作品への意見形成、共感を促すものであります。

そして、このような交流的消費（communicative consumption）と欧米では呼ばれる新しい作品享受の在り方は、必然的に作品そのものの伝達と共有の手段をも根本的に変化させております。消費者は、自分が面白いと思った映像を手軽に動画投稿サイトへアップロードし、他人にも聴いてほしいと感じた音楽を、ファイル・シェアリングソフトを用いてP2Pでやり取りをします。その際に、商業的なサービスが介在することや、あるいはインターネットに接続すれば誰でも受信可能な状態で、作品がサーバにアップロードされており、公衆送信可能化された状態が作出されていることは、むしろ前提であるはずです。しかし、現行法はそれら商業性や公衆性をテコに、消費者による交流的消費を通じた著作物享受の機会を奪っているわけです。

3．欧米著作権法学と消費者保護思潮

こうした問題意識から、欧米においては、著作権法領域における消費者の保護を論じた論攷が数多く書かれています。例えば、Joseph P. Liu, Copyright Law's Theory of the Consumer, 44 Boston College L. Rev. 397（2003）は、ボストン大学のLiu教授が正面から消費者と著作権法のかかわりを論じたものです。また、Julie E. Cohen, The Place of the User in Copyright Law, 74 Fordham L. Rev. 347（2005）は、先ほども出てきましたジョージタウン大学のコーエン教授が、や

はり著作権法の中で消費者（コーエン教授のいうuserは本稿にいう消費者とほぼ重なります）が占めている地位を論じたものであります。さらに、Natali Helberger and P.B. Hugenholtz, No Place Like Home for Making a Copy: Private Copying in European Copyright Law and Consumer Law, 22 Berkeley Tech. L. J. 1061（2007）は、掲載された媒体はカリフォルニア大学バークレー校のローレビューですが、二人の筆者はいずれもアムステルダム大学に所属する研究者で、特にHugenholtz教授は欧州を代表する著作権法学者ですのでご存じの方も多いのかもしれません。この論文は、とりわけ私的複製に焦点を当てて、消費者保護と著作権法の関係を論じています。

そうした中、米国につきましては、ご案内のとおりフェア・ユース規定がありますので、比較的柔軟に消費者保護という観点を著作権法の中に取り込むことが可能なわけですが、欧州におきましては、著作権法自体に消費者の利益を取り込むということではなくて、むしろ著作権法の外から消費者法が一定の制約を著作権の行使に対して与えています。そして、先に挙げたHelberger and Hugenholtz（2007）によると、著作権法を外から制約する欧州消費者法の法理には、次の三つがあるとされています。

まず一つ目は、合理的期待への適合性原理というものです。これは、消費者は、通常の同種財が持つ質と性能であって、消費者が合理的に期待することができるものを、取引の対象となる財が有することを期待する権利を有するというものです。若干トートロジカルな定義ですが、そういった（契約によっても制約され得ない）期待を保護するということが、欧州指令の中で規定されているわけです[18]。もちろん、これらの欧州指令の規定は、当初は有体物の取引を念頭に置かれたものなのですが、その後、現在ではコンテンツを格納したCDやDVDの購入者が私的複製（これが一定範囲で認められること自体は、欧州情報社会指令によってその自由が保障されているものです）ができるものと合理的に期待できるかどうかが議論されています。したがって、消費者にとって予想外の技術的保護手段がかけられることは許されない。つまり、消費者保護の観点から、私的複製への過剰な制約は許されないとされているわけです。

また二つ目に、契約文言の公正性原理というものを欧州消費者法は持っております。すなわち、契約の文言は事業者と消費者の間の公正を保つものでなければならないということが、これも同じく欧州指令の中で明文の規定で定められているわけです[19]。そのため、私的複製を制限する契約条項の公正性が議論されております。

さらに三つ目の基本原理として、情報提供ルールと呼ばれるものがあります。消費者取引におきましては、事業者は消費者に必要な情報を提供する義務が課されている旨が、離隔的取引、あるいは電子的商取引に関する欧州指令の中で規定されております[20]。そこで、コンテンツ財やサービスの取引において、価格や内容に加えてコンテンツの享受環境、例えば私的複製が可能な回数等について、十分な情報が事業者から消費者に提供されているかどうかが問題とされる事例が増えているようであります。

4．検討

以上を前提として、日本の著作権法における消費者利益の保護について、次の二つのポイントに絞って若干検討してみたいと思います。

(1) まず、伝統的な著作物享受自由の原則の趣旨が、先ほど述べたとおり消費者像が二つの意味で転換した後においてもなお妥当するのか、ということが検討されなければなりません。

従来、伝統的な著作物享受自由の原則は、次の三つの観点から認められると考えられていたように思います。すなわち、一つ目は、個人の私的領域における活動の自由を保障する必要性があること。二つ目に、個々の私的活動による権利者への経済的打撃は些細なものであり、したがって、権利行使を認めるまでもないのだという、こちらは許容性の観点です。そして三つ目として、仮に多数の個人に対する権利行使を認めたとしても、結局は権利の実現（侵害者の捕捉と執行）に多大なコストがかかるわりには1件あたりの損害賠償額はわずかであり、引き合わない。そうであれば、最初から著作物享受自由の原則を認めた上で、私的な領域には介入しないという制度が社会全体として効率的であろうということであります。

では、消費者像が二つの意味で転換した現代においてもなお、これら三つの理由が妥当するのでしょうか。まず一つ目の、個人の私的領域における活動の自由保障という必要性の観点は、現代でも同じように妥当すると考えざるを得ないのだろうと思います。

ところが、二つ目、三つ目の理由は、必ずしもそうではありません。なぜなら、消費者による個人的な活動であっても、それがたくさん集積することによって、結果として権利者への経済的打撃が大きくなる可能性があります。そうであれば、背後にいるサービス提供事業者を叩くことによって、サプライチェーンの末端にいる消費者による使用や利用も制

約を与えなくてはいけないのかもしれません。

さらに、権利の実現コストにつきましても、これまでバラバラに存在していた消費者が、サービス提供事業者ごとに統合されるということですと、そのサービスの傘の下で行われている著作物の使用や利用は、サービス提供事業者をコントロールすることによって、消費者たる侵害者を捕捉したり、あるいは権利を執行したりすることが、かつてほど困難ではなく権利の行使に見合うものとなってきたように思われるのです。

そうすると結局、著作権法制度の中でどれだけ消費者の保護を観念するのかという問題は、「個人の私的領域における活動の自由保障」を、著作権者への経済的打撃の些少性や権利行使の非効率がもはや妥当しない場合も、なお尊重すべきかという点に帰着することになります。換言すれば、消費者個人による自立的社会の構築を、どれだけ強く法が目指すかということにつながるということです。

(2) 仮に消費者の利益を著作権法で保護するとした場合に、どのような具体的手立てがあるのか。これをあらかじめ考えておくことも、有益であろうと思います。もちろん、最終的には権利濫用ほかの民事法の一般原則に頼る手もありますが、著作権法内在的な対応がどれだけ可能でしょうか。

その一つの手立てとしては、権利の消尽があります。著作権法には譲渡権について明文の規定（26条の2第2項1号、5号）があり、頒布権（26条）についてもかなり広い範囲で中古ゲームソフト最高裁判決によって消尽が承認されているということはご案内のとおりです。これら権利の消尽の規定あるいは解釈論は、いずれも複製物の所有権と著作権の調整を図るもので、複製物所有者が消費者である場合にも結果として妥当します。

ただし、頒布権はもちろん明文規定のある譲渡権についても、消尽の射程や限界についてはなお、必ずしも明らかになっておりません。例えば、特許権の消尽でも問題となったように、対象物（複製物）を修理・加工した場合はどうか。また、権利者による第一拡布が複製物ではなく、ネットを介した配信等でなされた場合はどうか（いわゆるデジタル消尽の問題）。これら、いわば権利消尽の応用問題を解決するに際しては、複製物の所有者の属性によって、つまりそれが事業者か消費者かで結論が変わってくる（消費者が複製物を所有している場合には、より広く権利消尽を認める）という可能性があり得るでしょう。

また、ご案内のとおり、日本版フェア・ユース規定の導入の可否が現在論じられておりますが、仮に立法的な対応がなされますと、米国のように同規定を活用して消費者利益を考慮する素地が広がります。ここは、さまざまな議論があるところですし、私もいくつか論文を書いておりますが、要するにフェア・ユース規定のような（「ルール」と対置される意味での）「スタンダード」を創設しますと、立法による事前の規範定立から、司法による事後の規範定立へと、規範定立の主体と時期が変わることになります。消費者の個別的な利益を考慮するには、主体としては立法よりも司法が、そして時期としては事前よりも事後が望ましいということであれば、まさに「消費者利益をより考慮するための受け皿として」フェア・ユース規定を導入すべきだということになります。

さらに、先述のとおりわが国における公衆性の要件は、大変緩やかに解されておりまして、自分自身にデータを個人的に送信する行為も、サービス事業者を介在させた上で、事前の段階で契約さえ結べばそのサービスを誰でも受けられるということであれば、公衆性要件を満たしてしまうとされています。消費者の利益保護という観点からは、このような公衆性要件の解釈自体を改める必要があるかもしれません。ここでも、事業者が利用（送信）主体である場合と、消費者がその主体である場合とで、公衆性の判断基準が異なるという解釈の方向性もあってよいでしょう。

この議論を押し進めますと、インターネットを介した商業用サービスの事業者について、たとえその事業者が利用行為の主体であるとの認定が（柔軟に）なされてしまったとしても、消費者による情報享受のためにする利用については、一定の範囲で抗弁を認めることがあってよいかもしれません。つまり、消費者の自律的生活に資するサービス提供の一環としての利用である旨の権利制限を、著作権法の中で、解釈・立法により認めていく方向性も考えられます。

Ⅳ　おわりに

以上のとおり、元来は自由であった消費者による著作物の享受が、インターネットを活用した商業的サービス事業の介在を理由に、制約を受ける例が最近増えてきています。そのような現況を前にすると、単に著作物を受動的に享受するだけでない、能動的な消費者の新たな利益を著作権の対抗利益として正面から位置

づけるべきではないかと思われます。

最後に、このような議論の含意について触れておきます。まず、能動的消費者の著作物享受の利益を著作権法の解釈・立法において保護することは、著作権法の目的ないし指導原理の理解に拡張を迫ることを意味します。上述した著作物享受の対象、時期、場所を自ら決定する利益や、著作物に関して他人と交流し作品とそれへの意見を共有し合う利益は、いずれも消費者自身が自律的な善き生を送るための基盤として、社会正義（social justice）ないし分配的正義（distributive justice）の観点から保護が求められる人格的利益です。

ところで、著作権制度は創作への誘因として正当化されるのであり、その目的は創作の最大化であるという伝統的な理解においては、著作権を制約する原理は、①創作誘因として不要であるか、もしくは②他者の創作（例えば、二次創作）にとって阻害要因となるか、いずれでしかありません。したがって、それを超えた能動的消費者の著作物享受の利益保護を理由に著作権を制約するためには、社会（分配的）正義の実現もまた創作誘因と並ぶ著作権制度の目的であり、それが解釈・立法における指導原理たり得るという理解に立つことが必要となります。

ここで、著作権法を含む知財法において、社会正義がどこまで考慮されるべきかは、それ自体が近時の欧米知財法学における課題です。先にも見ましたとおり、そこでは、バイオテクノロジーとインターネットに代表される新技術の発達と、先進国主導のWTO体制がもたらした（国際的な）分配的「不」正義を、いかに矯正していくべきかが議論されています。その議論は、特許法の分野では、途上国におけるエイズ治療薬へのアクセス問題や、先進国による伝統的知識の「収奪」問題に代表されるように、技術独占が貧富の格差をむしろ拡大・固定化してしまうことをどのように防ぐかが最大の焦点ですが、著作権法の分野では、事業者たる著作権者よりも情報と交渉力に劣る消費者が、いかに満足な著作物享受環境を得られるかに光が当てられているのです。

他方で、社会正義の実現が求められるとしても、それを著作権法自身が担う必要性については、別途検討がなされなければなりません。消費者の著作物享受の利益を保護するとの結論をとった場合に、それを実現する手段として、著作権者による自発性（権利の不行使）や社会規範ではなく、裁判規範性のある法による対応が求められるのはなぜか。またさらに、法的対応のうち、税による資源再分配ではなく著作権へ制約を課すことがなぜ正当化されるのか。これらは、個別具体的な著作権法の解釈・立法論を展開するための前提的な検討事項として、今後の著作権法学において重要な位置を占めることになるように思われます。

私の報告は以上です。かつてはいわゆる「業界」内秩序であった著作権法が、市民生活に大きな影響を及ぼすこととなった現在、消費者保護の観点は著作権法の研究・実務の両面で今後ますます重要になるだろうという点を最後に強調して、終わりとさせていただきます。ご清聴ありがとうございました。

◇本稿の内容は、拙稿「著作権法における消費者の地位」川濱昇ほか編『競争法の理論と課題（根岸哲先生古稀祝賀）』（有斐閣、近刊）所収予定および拙稿「私的複製の正当化根拠」著作権研究40号掲載予定の内容と一部重複します。

---

1 Madhavi Sunder, From Goods to a Good Life, intellectual property and global justice, Yale Univ. Press (2012).
2 Jullie E. Cohen, Configuring the Networked Self : Law, Code, and the Play of Everyday Practice, Yale Univ. Press (2012).
3 根岸哲「『競争法』としての民法、知的財産法、独占禁止法」法曹時報56巻1号1頁（2004年）。
4 前掲注3・9頁。
5 中山信弘『著作権法』（有斐閣、2007年）3頁。
6 前掲注5・8－9頁。
7 根岸哲「知的財産法と独占禁止法」日本経済法学会年報10号21頁（1989年）、同「知的財産権法と独占禁止法」『独占禁止法の基本問題』（有斐閣、1990年）185頁、同「知的財産権法と独占禁止法」日本工業所有権法学会年報第15号65頁（有斐閣、1991年）。
8 根岸哲編『注釈独占禁止法』（有斐閣、2009年）534－536頁（和久井理子執筆）、泉水文雄ほか『経済法』（有斐閣、2010年）355、359頁（宮井雅明執筆）。
9 田村善之「競争法における民事規制と行政規制」同『競争法の思考形式』（有斐閣、1999年）1－17頁、同『知的財産法第5版』（有斐閣、2010年）350－352頁。
10 上野達弘「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察―ドイツ著作権法における『利益衡量』からの示唆―」民商法雑誌120巻4・5号748頁、6号925頁（1999年）。
11 上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」『著作権法と民法の現代的課題』半田正夫先生古稀記念（法学書院、2003）307頁。
12 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―」『コピライト』560号2頁（2007年）。
13 最判昭和63年3月15日民集42巻3号199頁。
14 最判平成23年1月20日民集65巻1号399頁。
15 東京地判平成19年5月25日判時1979号100頁。
16 最判平成23年1月18日民集65巻1号121頁。
17 大村敦志『消費者法（第4版）』（有斐閣、2011年）37頁。
18 Sale of Consumer Goods Directive, arts. 3 (1), 2 (2) (d), 7 (1).
19 EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, rec. 9.
20 Distance Selling Directive, art. 4 ; Electronic Commerce Directive, art. 5.

Q&A

【Q1】 今のお話を伺っていて、ロクラクⅡ事件やまねきTV事件の判決を書いた最高裁の判事が、事前に先生のお話を聞いていたら、別の判決が可能だったろうというふうに思っております。

質問としては二つあって、一つは、アメリカの憲法学者が表現の自由の立場から今先生のおっしゃっていることと近いコピーレフトという考え方を述べているように聞いておりますが、その考えと先生が今お話しになったこととのかかわりをもしお聞かせいただければ、というのが一つです。もう一つ、今伺った素晴らしい考え方が、日本の法改正等に影響する可能性はどうなのかをお聞かせいただきたいと思います。

【A1】 ご質問をありがとうございます。いずれも非常に難しい問題ですが、まず、表現の自由との関連です。これは私も十分に咀嚼をしているわけではありません。日本では知財法学者よりもむしろ、著作権法に関心のある憲法学者によって米国の議論が参照されているようです。例えば、私の所属している神戸大学に木下昌彦准教授という憲法専攻の方がいるのですが、彼は有体物を含めた財産権研究の一環として著作権についても関心を持っておられ、例えば北海道大学の研究会で著作権と憲法の関係について報告をしたりしております。

米国においては、著作権法と特許法の両方を研究対象とされている方はそう多くない反面、憲法研究から出発して著作権法も専門とされる学者がたくさんいらっしゃいます。そういった方々の間では、著作権と、その対抗原理としての憲法上の表現の自由との関係は、非常に強く意識されています。この表現の自由と著作権の対抗関係に関する研究には米国ではずいぶん長い歴史と蓄積があるのですが、私が報告で触れた最近の研究は、むしろそのような伝統的な〈表現の自由vs.著作権〉という構図への批判から出発しています。つまり、伝統的構図では、あくまで表現者の表現の自由や二次創作の自由が著作権の対抗原理として意識されるわけですが、それは表現活動に従事する創作者こそが偉いというロマン主義的な創作観（これは著作権法の基盤でもあります）に、なお捕われている点で正当でないというのです。

そしてむしろ、表現活動には従事しない、ごく普通の市民が自律的な生活を営む上で、著作物という文化的所産に自由にアクセスし、それを享受することがいかに重要であるか、そのようなアクセスと享受の自由を憲法上も保障していく必要性があるのではないかということが強調されます。例えば、著作権のフェア・ユース規定の恩恵は、新たな創作を行う者だけではなくて、ただ単に著作物を享受する一般消費者についても及ぶという論文を、これまたジョージタウン大学のタシュネット教授が書いています（講演者注：Rebecca Tushnet, Copy This Essay：How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It, 114 Yale L.J. 535 (2004)）。このように、日本ではまだ議論が始まったばかりの表現の自由と著作権という問題を超えて、米国ではさらにその先が議論され始めているわけです。

それから二つ目のご質問は、こういった消費者の利益保護が、現実に日本の解釈・立法においてどのようなプロセスで実現されるのかという問題です。正面からのお答えがなかなか難しいのですが、最近でこそ議員立法が散見されるものの、従来から著作権法の改正は、良くも悪くもいわゆる審議会立法がなされてきました。著作物のユーザー代表を選ぶのはなかなか難しいのですが、これまでの審議会では、メンバーの中に、権利者団体代表に加えて消費者団体の代表の方が入っておられます。そういった方々がきちんと消費者の利益を立法（担当）者に伝えていくことがこれからも必要でしょうし、あるいは今後も学者・研究者が審議会で一定の地位を占めるということであれば、欧米の新しい動向にも目を配りつつ、今まで以上に広い視野の中で著作権法を捉える役割も期待されるところです。

他方で、実務での解釈論では、もちろん研究者が新しい解釈を展開する論文を書くということもありますが、利用者サイドを代理する弁護士の方々にあっては、ぜひ訴訟の場でも裁判官に対して、継続的に消費者利益を主張していただきたいと存じます。その中で徐々にでも、例えばサービス事業者による著作物利用行為の先にいる消費者（著作物使用者）の利益がより一層顧慮される機運が芽生えていけばいいなと、期待を持っている次第です。

【Q2】 先生のお話は面白いというか、過激で挑発的、ただ、私から見るとこじつけという面もあるように思いますので、ちょっと意見を言わせていただけますでしょうか。

消費者が著作物を享受するためには、本来2000円の本だったら2000円を出さなければいけないし、

3000円のCDだったら3000円を出さなければいけない。本来だったらそうでなければ享受できない。そういうルールがあるのです。ところが、私的使用の複製という制度があるためにどうなるかというと、友だちが10人で1枚3000円のCDを買って順に私的複製を繰り返せば、本来10枚売れたはずが1枚しか売れないということで、著作権者の実入りが少なくなって、創作インセンティブがなくなってしまう。

今現在、私的複製が技術の発達で過度に自由になったために、著作者の受けられる利益が減っているという状況が紛れもなくあります。30条を設けて、はっきり合法化したということ自体が問題なのではないですか。例えば、クラシック音楽の世界では、最近オペラの録音ができなくなったのですが、これは高い金をかけて録音しても簡単に私的複製されるので投資が回収できないのです。そうすると、昔の歌手と違って現代の歌手は、非常に有能な人でもほとんど録音が残されない。つまり、私的複製が横行しているために、文化が世の中に出ていかないという面もあるのです。

ですから、先生のおっしゃる理屈は、一面は妥当したとしても反面はそうではなくて、やはり技術の発達によって十分な回収が得られなければ創作活動に人生を捧げようというような人が減ってくるという、非常に深刻な問題があると思います。

【A2】 ご質問というよりもご意見を頂戴しましたので、私からも回答ではなく、私の考えを重ねてお話しいたします。今いただいたご意見は要するに、著作物の私的な領域における享受であっても、それが著作権者の経済的利益を害するものであれば、創作誘因を確保するために制約を受けるべきだというお話だと受けとめました。

消費者の利益を保護することで、著作権者の利益が害されることがあるのはご指摘のとおりです。そして従来は、ご質問者と同様の問題意識から、例えば権利制限規定の立法・解釈において、著作権者の利益をあまり害さない範囲でのみ著作権の制限を認めようといった発想が強かったのだろうと思います。これはベルヌ条約上のスリー・ステップ・テストの制約があるために、致し方ない面もあります。

ただ、本日の私のお話は、著作権者の利益と消費者の利益が正面から衝突し得ることを前提に、その調整に際して常に前者を優先させるという従来の発想そのものの正当性を疑おう、というものなのです。つまり、権利制限だけでなく支分権の初期設定も含め、果たしてそのような著作権保護偏重でいいのか、たとえ創作誘因が低減したとしても（じつは著作権保護の低下と創作誘因の低減の関係については、なお実証的な研究が待たれるところですが）、著作権保護よりも社会的に達成すべき政策目標が別途あるのなら、そちらを優先させることがあってもいいのではないか、というわけです。

ですので、私、あるいは私が依拠した欧米の議論に対する批判として、「それでは著作権者の経済的利益が害され過ぎる」というのはあり得る立論ですが、「そもそも害されること自体およそまかり成らぬ」というご趣旨であるとするなら、立脚点が違うことになります。繰り返しになりますが、著作権者の利益が害されることで創作誘因が低減し得ることを前提に、それでもなお、より達成すべき社会的なメリットを重視するのだという議論としてご理解いただければ幸いです。

※**しまなみ・りょう**：1994年東京大学法学部卒業。1996年同大学大学院法学政治学研究科修士課程修了。1996年同研究科助手。2000年神戸大学大学院法学研究科助教授。2007年同研究科教授。主な著書は、『著作権法入門』（共著、有斐閣、2009）、The Future of the Patent System（編著、Edward Elger、2012）など。