



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	著作権法における私的秩序形成と消費者の権利 : 日本の消費者の視点から
Author(s)	Hazucha, Branislav; 劉, 曉倩; 渡部, 俊英 et al.
Citation	知的財産法政策学研究, 47, 261-299
Issue Date	2015-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/60331
Type	departmental bulletin paper
File Information	47_12.pdf



著作権法における私的秩序形成と消費者の権利 —日本の消費者の視点から

Branislav HAZUCHA・劉 曉倩・渡部 俊英

長沼 裕也(訳)

はじめに

何かものを買った人は、法が許す範囲内であれば、それについて何をしようがまったくの自由であるというのが、原則である。私的な目的での利用は自由であり、自分の本を読んだり、自分のCDを聴いたり、自分のDVDを観たりすることは、いつでも、どこでも、いかようにも自由であって、ただ、著作権法が権利者に与える著作権という排他権を侵害する場合に限って別論となるに過ぎない。友達に貸すのも自由、CDからMP3ファイルを作成してMP3プレイヤーで聴くのも自由、コンピュータ・プログラムのバックアップを作成し、それを収録していた元のCD-ROMやDVDが壊れるという非常事態に備えることも自由である。その有体物を破棄することも、ガレージセールやオンラインオークションで他人に販売することも自由である。

これらの自由は伝統的に著作権法へと反映されており、著作権者に与えられる排他権の範囲を制限することで、一方の側における著作権者の私的な利益と、他方の側における公衆と著作物の消費者の利益との間で、適切かつ相当な均衡を保っている。しかし、著作権の範囲に関するこうした制限の多くは、近時、困難を抱えている。著作権者がライセンスのスキームを用いて、あるいは技術的保護手段を採用して、ユーザによるバックアップの作成等の私的複製、友達へのビデオゲームの貸出、ダウンロードした楽曲や映画、電子書籍の第三者への再販売を妨げているからである。こうした行動は、一定程度、著作権法の改正や、法域によっては裁判所の判決

によって支持されてきた。そこでは、著作物を具現する有体物は一般の有体物と異なっていること、また、著作権者は消費者による著作物の利用態様をコントロールしうることが認められているのである。

最近の傾向は、著作権者が契約によって排他権の範囲に関する制定法上の制約を取り除くことを認める流れにあり、特に著作権法、契約法、財産法等の異なる法分野に属する規範の間に多数の衝突を引き起こしている。第一に、契約の自由は、契約当事者が契約関係の条件を決めることを、法の許容する限りで認めている。著作権者は、一般的に、この契約の自由によって自由に契約条件を定めることが可能であり、消費者にはその条件下で著作物の利用が許されるに止まると主張する。第二に、著作権法は、著作権者の排他権に対して一定の制約を課している。著作権の制限ないし制約は、伝統的に、著作物に関する正当な利益の保護という著作権者の利益と、著作物のアクセス・普及という公衆の利益との取引の結果であると理解されている。それにもかかわらず、著作権法がこれらの制限の性質について明示することはほとんどない。学説や裁判例には、著作権の制限、制約を強行規定と捉える見解もあれば、単なる任意規定であり契約で変更しうるとする見解もある。最後に、契約による著作物の利用の制限は、適法に取得された著作物を具現する有体物に関する消費者の所有権、特に、動産を取引する権利を著しく阻害するものである。

内国法における規範衝突を処理するために、いわゆる**特別法**の原則は、特別に定義された状況のもとでは特別規範が一般規範に優先して適用されるとする。**特別法**の原則は極めて単純であって、容易に適用しうるといわれているが、特に、規範衝突が二つの異なる法分野の間に生じ、これを立法者や裁判所がはっきりと予期していなかった場合などには、その適用は困難な課題と激しい議論に直面することもある。その際には、どちらの規範がもう一方の規範を覆すのかという問題が生じる。

本稿は、契約法、財産法、著作権法の間におけるこうした議論の例を検討する。そこでは、いずれの規範が**特別法**であり、いずれが**一般法**であるのかということが問題とされている。契約の自由は、著作権者に、著作権

¹ See, e.g., Silvia Zorzetto, “The *Lex Specialis* Principle and its Uses in Legal Argumentation: An Analytical Inquire” (2012) *Economía: Revista en Cultura de la Legalidad* 61.

者の排他権の範囲に関する制定法上の制限を単なる任意規定として、オーバーライドを認めるものなのであろうか。はたまた、著作権法の規定の方が特別法として、契約の自由に勝るとすべきだろうか。著作権法のもとに消費者の権利は存在するのであろうか。存在するとしても、それをライセンス契約によって制限することはできるのであろうか。

本稿の検討は四つの部分で構成されている。第一節では、前述した規範衝突について、米国、EU、日本といった三つの法域における近時の判例法理を吟味する。これらの法域の間には規範衝突の解決方法に大きな相違が存在するなかで、第二節は、著作権法や、著作権者が著作権法により付与され保護された排他権を行使する際に用いる技術的保護手段、ライセンス契約に対する消費者の高いコンプライアンスを実現するために、このような交渉の余地のない契約を公正かつ妥当であるとする消費者の重要性を探究する。そして、第三節では、実証研究を示し、現在、日本の著作権者が著作物の利用に対して課している技術上、契約上の制約を、日本の消費者が容認または拒絶する水準を吟味する。最後に、第四節では、技術上、契約上の制約を活用する現在の実務が、我々の実証研究に示された著作物の類型（レコード、テレビ放送、映画、ビデオゲーム、公演等）や利用の類型（複製、ライブコンサートの録音、フォーマットシフト、タイムシフト、プレイスシフト等）毎の重要性に関する消費者の選好を反映しているか否か、反映しているとすれば、それはどの程度であるかを検討する。

本稿の結論は、著作権者による技術上、契約上の制約が効率的に機能するのは、著作物の消費者が重要とは考えていない利用を制限する場合に限られる、というものである。反対に、著作権者が利用を制限しようとしても、その利用が極めて重要であると消費者に考えられている場合には、これまでに市場で成功したものはない。

I 私的秩序形成における著作権と消費者の権利の衝突

著作権者は、日頃から著作物の利用を可能な限りコントロールしようとしている。このことは、特に、著作権者が特定の利用類型を著作物の売上げに負の影響を及ぼすものと認識している場合に顕著である。こうした権利者の試みは、著作権者や様々な仲介者、消費者、新興市場の組織者等と

いった利害関係者の間に多くの衝突を引き起こしている。かかる衝突は、従来、著作権者の排他権を制限する複数のメカニズム、たとえば、権利消尽の法理²や多種多様の著作権の制限や例外³等によって解決されてきた。内国著作権法の多くは、かかる制限を明示的に制定法へ組み入れているか⁴、裁判所に解釈とその発展を委ねている⁵。なかには、著作権法分野の国際条約により認められたものもある⁶。

以下の検討では、著作権者が排他権の範囲を拡大するために、前述した著作権の制限や制約を契約によってオーバーライドしようと試みた多数の事例を吟味する。たとえば、著作物の小売価格の拘束、著作物の中古複製物の再販売の禁止、技術的保護手段やデジタル著作権管理システムを用

² See, e.g., Paul Goldstein and Bernt Hugenholtz, *International Copyright: Principles, Law, and Practice* (3rd edn, Oxford: Oxford University Press 2013) 311-4.

³ See *ibid.* at 371-403.

⁴ See, e.g., the U.S. Copyright Act of 1976, 17 U.S.C. §109 (ファーストセールドクトリン), and §§107-8 and 110-2 (著作権の制限); Japanese Copyright Act of 1970, Act No. 48, as amended, art. 26bis(2) (権利の消尽) and arts. 30-50 (著作権の制限); Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, OJ L167, 22.6.2001, p. 10, art. 4(2) (権利の消尽) and art. 5 (例外と制限).

⁵ See, e.g., *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 577, 114 S. Ct. 1164, 1170 (U.S. Sup. Ct., 1994) (米国著作権法107条はコモンローにおけるフェアユース判決の伝統を継続するものであり、線引が明確な規定ではなく、個別の事例に沿った分析を要するものであると述べる)。

⁶ See, e.g., *Berne Convention for the Protection of Artistic and Literary Works*, 9 Sept. 1886, as revised at Paris on 24 Jul. 1971, 1161 UNTS 31 (著作権の制限および例外に関する幾つかの類型を規定する); *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, 15 Apr. 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C (1994) 33 ILM 1125 (権利の消尽を認め、これを WTO 加盟国の国内法に委ねる 6 条と、著作権の制限および例外に限界を設ける 13 条を規定する); *World Intellectual Property Organization Copyright Treaty* (1996) 2186 UNTS 152, 36 ILM 65 [hereinafter “WCT”] (6 条 2 項で権利の消尽を、10 条で著作権の制限および例外を規律する); *World Intellectual Property Organization Performances and Phonograms Treaty* (1996) 2186 UNTS 245, 36 ILM 76 [hereinafter “WPPT”] (8 条 2 項、12 条 2 項で権利の消尽を、16 条で制限および例外を規律する)。

いることによる複製物の販売後の利用の排除等がそれである。

1.1 小売価格および二次市場に対するコントロール

歴史的に著作権者は、幾度も著作物の適法な複製物を再販売する行為を規制しようと、あるいは、せめて著作物が市場で再販売される条件だけでもコントロールしようと努めてきた。かかる努力の一つに、著作物の複製物が書店等の小売業者から最終消費者へと販売される際の最低価格を定めようとするものがある。米国の連邦最高裁判所はこの問題を **Bobbs-Merrills Co. v. Straus 事件**⁷で扱った。この事件では、著作権者が書籍の最低小売価格を定めるために小売価格の条件を販売書籍に印刷していた。著作権者は著作権表示の下に追加的な表示を付し、取扱業者に一冊当たり最低でも正価一ドルで販売することを要求した⁸。取扱業者がこれを怠った場合、著作権者はかかる販売を米国著作権法上の排他権侵害とみなす旨が記載されていた⁹。しかし、連邦最高裁は、原告の表示は著作権法の範囲を超えたものであり、ゆえに当該表示によって価格に制限を課す権利が創設されることはないとの結論に至った。連邦最高裁の法廷意見によれば、「本件において著作権者は自ら満足しうる量と価格で書籍の複製物を販売」¹⁰しており、それゆえ「既に販売に関する権利を行使している」¹¹という。よって、かかる表示は第三者を拘束せず、「契約やライセンスにより拘束されない者に対しては無効」¹²であるとされた。同様の法理——権利の消尽やファーストセールドクトリン——は他の多くの法域においても見られる¹³。

⁷ Bobbs-Merrill Company v. Straus et al. doing business as R.H. Macy & Company, 210 U.S. 339, 28 S. Ct. 722, 52 L. Ed. 1086, 1908 U.S. LEXIS 1513, 6 Ohio L. Rep. 323 (U.S. Sup. Ct., 1908).

⁸ See *ibid.* at 341.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.* at 351.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.* at ***2.

¹³ See, e.g., Japanese Copyright Act, *supra* note 4, art. 26bis(2); Directive 2001/29/EC, *supra* note 4, art. 4(2).

小売価格の拘束のほかに、著作権者は伝統的に中古著作物の再販売の抑止にも関心を抱いてきたが、著作物のアナログ形式の複製物に関しては、裁判所や議会に対してこうした制約を承認させることに成功してきたとはいいがたく、いまだ有意な成果を得ていない。同様のことはコンピュータ・プログラムの販売に関しても問題となっており、様々な形式のライセンス契約が付されている。かかるライセンス契約には、ユーザは単なるライセンシーに止まり、著作物たるコンピュータ・プログラムの使用が許諾されているに過ぎず、複製物の所有権は著作権者に留保されている旨の記載がなされることが通例である。問題の契約が商品の売買契約であるのか、それともライセンス契約に分類されるのかによって、その法的な意味合いはまったく異なるため、当事者の関係が著作権者と著作物のユーザとの契約として位置付けられることにより、その権利義務が大きく左右される可能性がある。

本稿が検討対象とした法域には、この問題に対して主に二つのアプローチが見られる。第一のアプローチは、米国連邦裁判所で発展した判例法に示されるものであり、「ライセンス」概念を広く解釈することに極めて寛容である。**Vernor v. Autodesk Inc.事件**¹⁴では、ガレージセールやオンライン・オークションにおける中古コンピュータ・プログラムの再販売が問題となり、第9巡回区控訴裁判所は、ライセンスが商品の売買契約と区別されるためには三つの主たる条件を満たす必要があると判断した。ユーザに認められているのは単なるライセンスに過ぎない旨を明確に述べる必要がある¹⁵、契約の名称がライセンス契約であるということだけでは不十分である¹⁶。さらに、ライセンス契約とされるには契約の内容に関してあと二つの条件をも満たさなければならない。つまり、ユーザによるコンピュータ・プログラムの譲渡を制限するものであり、また、その使用を顕著に制限するものである必要がある¹⁷。

契約内容に関するこの二つの条件を満たすことはそれ程難しくないた

¹⁴ 621 F.3d 1102, 2010 U.S. App. LEXIS 18957 (9th Cir., 2010).

¹⁵ See *ibid.* at 1111.

¹⁶ *Ibid.* at 1109.

¹⁷ *Ibid.* at 1111.

め、米国外の学説や裁判例には、著作物の販売をライセンスとして設計することが容易なデジタル時代に、ファーストセールドクトリンが存続しうるのか憂慮を表明するものもある¹⁸。まさにこれが、欧州司法裁判所が **UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.** 事件¹⁹でこの種の論理をとることに消極的な態度を示した主たる理由の一つであった。

欧州司法裁判所における争点の中心は、最初の販売がなされているか、また、それゆえにコンピュータ・プログラムのユーザがコンピュータ・プログラムの複製物の「適法な取得者」に該当するかということであった。米国連邦裁判所とは反対に、欧州司法裁判所は、市場で拡布されたコンピュータ・プログラムの事例において、ファーストセールドクトリンの適用を制限しようとしなかった。欧州司法裁判所は、「販売」概念を限定的に解釈すると、権利者に「ライセンス」と名付けられた契約がそこから外れてしまうことを認めることになり、もって「消尽原則が迂回され、あらゆる側面においてその意義を失わせる」ことになると釘を刺した²⁰。欧州司法裁判所にとって決定的な点は、ユーザが著作物の複製物を期間の制限なく使用しうるか否か、また、著作権者に複製物の価値の全額が支払われているか否かであった。欧州司法裁判所によると、問題の契約のもとで、著作権者はユーザに著作物たるコンピュータ・プログラムの複製物を永続的に使用させ、その代わりに「複製物の経済的価値に相当する報酬」の支払いを受けていたという²¹。それゆえ、著作権者はかかる複製物の所有権を

¹⁸ See, e.g., John A. Rothchild, “The Incredible Shrinking First-Sale Rule: Are Software Resale Limits Lawful?” (2004) 57 Rutgers L. Rev. 1; Brian W. Carver, “Why License Agreements Do Not Control Copy Ownership: First Sales and Essential Copies” (2010) 25 Berkeley Tech. L.J. 1887; Aaron Perzanowski and Jason Schultz, “Digital Exhaustion” (2011) 58 UCLA L. Rev. 889. See also *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, Case C-128/11, para. 49 (Court of Justice of the European Union (Grand Chamber), 3 Jul. 2012) (「供給者がこうした契約を『販売』ではなく『ライセンス』と呼ぶだけで、消尽原則が迂回され、あらゆる側面においてその意義を失わせることになるため、当該条項の実効性が損なわれることになる」と述べる)。

¹⁹ Case C-128/11.

²⁰ See *ibid.*, para. 49.

²¹ *Ibid.*, para. 45.

譲渡していたとされた²²。欧州司法裁判所は、コンピュータ・プログラムの複製物の譲渡が両当事者間のライセンス契約を伴っているとしても、コンピュータ・プログラム指令 4 条 2 項の意義の範囲内において最初の販売と解釈するに十分であると強調した²³。

同様の問題は日本の最高裁判所でも取り上げられており、中古ビデオゲームの販売に関する判決が二つ下されている²⁴。日本の著作権法は、著作物の複製物の頒布行為を規律するに当たって、伝統的に映画の著作物とそれ以外の著作物を区別している。その理由は、(映画フィルムにおける)映画の著作物の主たる利用方法がそれ以外の著作物、たとえば書籍、雑誌、専門誌、音楽メディア等の主たる利用方法と大きく異なるためである。前者は主に映画館における公の上映によって消費されるが²⁵、他方で、後者の消費は個々の消費者に対する複製物の販売を基盤としている。これを受けて、日本の著作権法は、映画の著作物の著作権者が映画フィルムやその他類似のメディアに関する権利を保持することや、その利用条件を決定すること、著作物を具現する有体物の返還や破棄を要求することを認めている²⁶。他方で、書籍、雑誌、専門誌、音楽メディアの複製物の場合は、消費者に販売されることが通常であり、消費者がこうした複製物を処分することは自由であって²⁷、消費者は期間の制限なく複製物を保持し、破棄し、あるいは第三者に対して贈与ないし再販売することができる。この場合の著作権者は、複製物の販売によって投資の見返りとして十分な利益を回収

²² *Ibid.*, para. 46.

²³ *Ibid.*, para. 48. Cf. Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs, art. 4(2), OJ L111, 5.5.2009, p. 16.

²⁴ 最判平成14. 4. 25平13(受)953号民集56巻4号808頁、最判平成14. 4. 25平13(受)898号判時1785号9頁。

²⁵ この仮定は、映画の著作物の著作権者が市販の映画DVDやブルーレイ・ディスクといったメディアの販売によって多額の収益を得ているという事実があるために、多少問題とする余地があるが、映画館における映画の著作物の公の上映による収益は、依然として権利者の全収益の相当部分を占めている。

²⁶ 民集56巻4号810-811頁、判時1785号10-11頁参照。

²⁷ 民集56巻4号812-813頁、判時1785号11頁。

していると考えられ、かような著作権者に複製物の流通のコントロールを認めたり、再販売に対してさらなる対価の請求を認めたりすることは不公正であると判断された²⁸。

かつては米国においても同様の考慮がなされたことがあったが²⁹、コンピュータ・プログラムやデータベースに関する事件で重要な判決がなされた1990年代前半には、状況は様変わりしていた。しかし、米国連邦裁判所とは異なり、日本の裁判所では、コンピュータ・プログラムに関する事案でファーストセールドクトリンの適用を制限する判決は下されていない。中古ビデオゲーム事件で、著作権者は、ビデオゲームの一部が映画の著作物であることをもって、ビデオゲームを映画の著作物と同様に扱うべきであると主張したが、日本の最高裁はこのような考え方をとらなかった。最高裁は、映画の著作物のうち、映画館やこれと同様の会場において公の上映により消費される映画フィルムとそれ以外の複製物（映画のビデオカセットやDVD等）を明確に区別した。映画フィルムについては、頒布権（著作物の複製物の譲渡および貸与に及ぶ³⁰）が消尽しないが、映画のビデオ

²⁸ 民集56巻4号811-813頁、判時1785号10-11頁。

²⁹ *Compare* *Straus v. Victor Talking Machine Co.*, 243 U.S. 490, 500-501, 37 S. Ct. 412, 415, 61 L. Ed. 866, 871, 1917 U.S. LEXIS 2016 (U.S. Sup. Ct., 1917)（「裁判所は、そのような試みを見逃すほど盲目的ではない。『ライセンス表示』は、所有物を完全な価格で販売しながらもその後の譲渡を制限する目的でなされたことが明らかだからである。こうした試みは、公衆の利益を損なうために、エドワード・クックの時代から今まで、法が忌避してきたものである。」）*with* *United States v. Wise*, 550 F.2d 1180 (9th Cir., 1977)（映画フィルムのライセンス）and *Hampton v. Paramount Pictures Corp.*, 279 F.2d 100 (9th Cir., 1960)（同上）。

³⁰ *See* Japanese Copyright Act, *supra* note 4, Art. 2(1)(xix). 日本の著作権法は、著作物の複製物の頒布について「頒布権」「譲渡権」「貸与権」を区別している。頒布権（著作物の複製物の譲渡および貸与に及ぶ）は映画の著作物にのみ認められており、譲渡権と貸与権は映画の著作物以外の著作物に認められている。譲渡権について、著作権法は、当該権利が権利消尽により制限されることを明示しているが、頒布権や貸与権の権利消尽の有無については言及を欠く。

かかる区別は、著作物の複製物の頒布の規律に関する歴史に起因している。最初に認められた権利は、映画の著作物の「頒布権」である。その後、1999年著作権法改正の際に、頒布権の認められる範囲を拡大することが企図されたが、起草者は、

カセットやDVDについては、著作権者の頒布権の主たる構成要素のうち、著作物の複製物の所有権を譲渡する権利が最終消費者に対する複製物の最初の販売により消尽し³¹、著作権者はかかる複製物を貸与する権利のみを保持するに過ぎない³²。

日本の最高裁は、市場における商品の自由な流通が阻害されると、著作物またはその複製物の円滑な流通が妨げられ、著作権者自身の利益を害することになるおそれがあり³³、ひいては「著作者等の権利の保護を図り、もって文化の発展に寄与する」という著作権法の目的にも反することになる³⁴とまで述べている。

ここで注意すべきは、この二つの日本の最高裁判決における著作権者の請求は具体的なライセンス契約に基づくものではなかったという点である。その主張はすべて、ビデオゲームが映画の著作物であるという前提に基づいていた。つまり、権利消尽の法理が映画の著作物に対して明示的には適用されていないことを理由に、ビデオゲームに対しても同様に適用すべきではないというものであった。ゆえに、ライセンス契約の履行を求めるという主張がなされていたとすれば、最高裁が如何なる判決を下していたかは明らかでない。そうはいうものの、一部の学説や特許法分野の下級審判決から推察すると、この問題に対する日本のアプローチは米国よりも欧州の解決法に近いといえるかもしれない³⁵。

頒布権をすべての著作物類型に拡大するのではなく、新たな権利を導入することにした。権利消尽の適用を、著作物の複製物の所有権の移転が生じる場合のみに限定することが意図されたのである。

³¹ See Japanese Copyright Act, *supra* note 4, Art. 26bis(2).

³² 民集56巻4号813頁、判時1785号11頁。See also Japanese Copyright Act, *supra* note 4, Art. 26ter.

³³ 民集56巻4号811頁、判時1785号10頁。

³⁴ 民集56巻4号811頁、判時1785号10頁。

³⁵ 田村善之「用尽理論と方法特許への適用可能性について」特許研究39号5・9-10頁(2005)(特許法における権利の消尽について論ずるもの)、谷川和幸「デジタルコンテンツの中古販売と消尽の原則—欧米の近時の動向」同志社大学知的財産法研究会『知的財産法の挑戦』420頁(光文社、2013)(著作権法における権利の消尽について論ずるもの)などを参照。

1.2 コンピュータ・プログラム v.s. それ以外の著作物

多くの法域の裁判所は、著作権者が注意書きやこれと同様の表示を書籍、雑誌、専門誌、オーディオカセット、音楽CD、映画のDVD等といった著作物の複製物に付し、著作権法の認める範囲を超えて所有権を主張しようとしても、ファーストセールドクトリンの適用を制限することについては伝統的に極めて慎重な立場を示してきた。この問題は近時、コンピュータ・プログラム以外の著作物に関して、前述した **Vernor 事件判決** を受け、米国の第9巡回区により再検討の俎上に載せられた。それが **Universal Music Group v. Augusto 事件** であり、事案は、販売促進用のCDの注意書きに、ユーザは単なるライセンシーに過ぎず、このCDに関する権利は権利者に留保される旨が記載されていたというものであった³⁶。しかし、第9巡回区は、コンピュータ・プログラムに関して発展してきた判例法を他の著作物にまで拡大して適用することに極めて消極的な態度をとった。第9巡回区は、コンピュータ・プログラムは他の著作物と異なり、別異に取り扱われるべきであると明言したのである³⁷。

この事案の著作権者は、販売促進用のCDをラジオ放送局や音楽評論家といった様々な者に対して拡布していた。このCDには、商業的利用を目的とするものではない旨の注意書きに加えて、ユーザは単にライセンスを認められたに過ぎない旨が記されており、受取人がライセンスに同意しない場合には、CDの返却または破棄が求められていた。被告は、様々なルートを利用して調達したこの販売促進用のCDをeBayのウェブサイト上でオークションにかけることを企図していた。

この事案で決定的となったのは、CDが一方的な郵便物として受取人に送られていた点である。米国では、迷惑郵便に関する連邦の特別法によって、一方的な郵便により発送された商品は贈与されたものとみなされていた³⁸。この法律の目的は、公衆に対して一方的に市販商品を発送し、その後に対価の支払いを請求するという不正な取引行為を防止することに

³⁶ UMG Recordings, Inc. v. Augusto, 628 F.3d 1175, 2011 U.S. App. LEXIS 52 (9th Cir., 4 Jan. 2011).

³⁷ See *ibid.* at 1183.

³⁸ *Ibid.* at 1180-81.

ある。著作権者が販売促進用のCDを一方的な郵便として発送していたことを理由に、第9巡回区は、複製物の権利の移転が贈与という形式で生じていると判断した³⁹。その結果、この所有権の移転に対してファーストセールドクトリンが適用された。

また、第9巡回区は、迷惑郵便に関する特別の規律が適用されなかったとすれば何らかのライセンス契約が成立しえたか否かについても検討し、かかる場合においても、ライセンス契約は成立しないと判断した。受取人の沈黙や不作為をもって契約締結の申込みに対する承諾と解することはできないというのである⁴⁰。ある者が相手方から申込みを受けた場合には、これを棚上げし、申込人が申込みを撤回するまで待つことができる⁴¹。申込みを受けた者のかような不作為を申込みの承諾と解することはできない。

依然として残された問題は、音楽CDがいわゆるシュリンクラップ契約（すなわち、特別な包装に契約条件を提示し、受取人がこの包装を開封するとライセンスに合意したものとする旨が記された契約）のもとで提供される場合にはどのような結果となるかという点である。第9巡回区は、受取人がかような包装を開封した場合には、ライセンス契約が適切に締結されたと認めるのだろうか。もしそうであるなら、書籍、専門誌、雑誌、音楽CD、映画のDVD等がすべてそうした包装で市場に出された場合にはどのような事態に陥るのであろうか。これらの著作物の中古販売はすべて著作権侵害とみなされてしまうのだろうか。こうした取扱いが許されるとすれば、それはファーストセールドクトリンがまったく適用できなくなるということを意味するのだろうか。

同様のことは、現在、オンラインで提供されている電子書籍、音楽、映画等の様々な著作物に関しても問題になる。正規のオンライン・ダウンロード・サービスの多くは、利用条件を定め、最終消費者用のライセンス契約を設けているため、ユーザには単にダウンロード・コンテンツを利用するライセンスが認められているに過ぎず、オンライン・サービスのプロバ

³⁹ *Ibid.* at 1181.

⁴⁰ *Ibid.* at 1182-3.

⁴¹ *Ibid.* at 1182 n.6.

イダには複製物に関する権利が留保されている。著作物の複製物を内包したダウンロード・ファイルの再販売に関するこの問題は、近時、米国連邦地方裁判所で検討された。

Capitol Records, LLC v. Redigi Inc.事件⁴²において、ニューヨーク南部地区連邦地方裁判所は、ユーザがiTunesからダウンロードした音楽ファイルを取引することを可能にするオンライン・システムについて検討した。被告のビジネスモデルは、適法な音楽ファイルの再販売はオーディオカセットや市販のCDの再販売と同様に扱われるべきであるという前提に基づいていた⁴³。しかし、連邦地裁は、かような法律構成を受け入れず、Redigiは原告の複製権と頒布権を侵害すると判断した⁴⁴。判決は控訴されたが、控訴審が地裁判決を大きく覆して被告勝訴とする見込みは小さいように思われる。

地裁判決は、「複製」という文言は極めて広く解釈されねばならないと強調した。如何なる複製も「複製」に含まれるべきであり、たとえ元々の複製物が破棄されるとしてもその結論に違いが生じることはない⁴⁵。インターネットを介する本件ファイル転送は、必然的に音楽ファイルの複製と削除を伴うため、最終的な複製物は元々の複製物と異なる。ゆえに、裁判所は、いささかの疑念もなく、ユーザとRedigiのクラウド・ロッカーとの間で音楽ファイルが転送される際に複製がなされていると判断した⁴⁶。また、地裁は、Redigiによるフェアユースの抗弁も退けた。その理由は、原告著作物が高度に創作的であったこと、複製物がデッドコピーであったこと、被告による一連の行為のすべてが営利目的でなされていたこと、Redigiの事業活動が問題の著作物の市場に対して負の影響を有していたことにある。

また、地裁は、著作権者の頒布権も侵害されたと判断した。その理由は、

⁴² 934 F. Supp. 2d 640, 2013 U.S. Dist. LEXIS 48043, 106 U.S.P.Q.2D (BNA) 1449, Copy. L. Rep. (CCH) P30, 405 (S.D.N.Y., 30 Mar. 2013).

⁴³ See *ibid.* at 644.

⁴⁴ *Ibid.* at 651.

⁴⁵ *Ibid.* at 649-50.

⁴⁶ *Ibid.* at 650.

著作物の複製物がユーザと Redigi のクラウド・ロッカーとの間で頒布されていたからである⁴⁷。くわえて、地裁は、ファーストセールドクトリンが適用されるのは著作物の適法な複製物のみであるという結論に至った。本件では、iTunes から直接ダウンロードされた音楽ファイルのみが適法な複製物であると判断された⁴⁸。地裁によると、ユーザと Redigi のクラウド・ロッカーとの間で音楽ファイルを転送する際に作成された複製物は許諾を受けておらず、ゆえにファーストセールドクトリンの抗弁をかかえる複製物に適用することはできない、というのである⁴⁹。

連邦地方裁判所の判断と完全な対極に位置するのが、欧州司法裁判所による **UsedSoft 事件** 判決である。この事案では、コンピュータ・プログラムを転送する際に作成されるすべての複製物が、コンピュータ・プログラムの使用に不可欠であるとして、コンピュータ・プログラム指令第 5 条 1 項の対象になると判断された⁵⁰。とはいうものの、コンピュータ・プログラム以外の著作物の事例における欧州司法裁判所の立場は明らかでない。

UsedSoft 事件 における欧州司法裁判所の判決は、コンピュータ・プログラム指令の解釈に限定されているため、特に、情報社会指令前文のリサイタル 28 と 29 を考慮する場合には、他の著作物への影響は僅かに限られよう⁵¹。欧州委員会は、**UsedSoft 事件** において欧州司法裁判所に対し、情報社会指令は権利の消尽やファーストセールドクトリンの適用を有体物に限定していると主張した。委員会の指摘は、リサイタル 29 がオンライン・サービス等の役務について権利の消尽の適用を明示的に否定している点を捉えるものであった⁵²。

もっとも、情報社会指令の各条項の文言は、委員会の想定よりも解釈の余地のあるものとなっている。同指令 3 条 3 項は、権利消尽の法理の適用対象から、著作物を公衆に伝達する権利とその他の保護対象物を公衆に利

⁴⁷ *Ibid.* at 651.

⁴⁸ *Ibid.* at 655-6.

⁴⁹ *Ibid.* at 655.

⁵⁰ Case C-128/11, para. 81. Cf. Directive 2009/24/EC, *supra* note 23, art. 5(1).

⁵¹ Directive 2001/29/EC, *supra* note 4.

⁵² Case C-128/11, para. 54.

用可能とする権利を除外している。単刀直入に言えば、権利者が著作物等の複製物をアップロードしているとしても、それによって第三者がその複製物をインターネット上の他の場所にアップロードすることが許される訳ではないのである。しかし、同条項も、適法にダウンロードした複製物を再販売する場合における権利消尽の制限については何ら言及していない。

この点に関して、同指令4条2項は、権利者が著作物等の複製物の権利を留保することを認めている。権利者が複製物の権利を留保する場合、その頒布権はEU圏内では消尽しない。したがって、同条項の解釈は、現実問題としては、「所有権の移転」の解釈次第ということになる。欧州司法裁判所は、**UsedSoft 事件**において、権利者の同意のもとで複製物をダウンロードする行為は所有権の移転に該当し、両当事者間に別途契約があるとしても変わるものではないと判断した。さらに、注目すべきは、同裁判所の判決が、コンピュータ・プログラム指令1条2項の規定に大きく依存していることである⁵³。同条項は、同指令の保護が如何なる形式のコンピュータ・プログラムに対しても適用されることを要求するものである。それゆえ、欧州司法裁判所は、コンピュータ・プログラムの保護に関して、CD-ROMやDVD-ROMに収録されたものとダウンロードによって取得されるものとの間で差異を設けることに消極的であった。しかし、ダウンロード版の電子書籍⁵⁴や音楽、映画の場合については、欧州司法裁判所の見解がどのようなものとなるのか、明らかではない。特に、かかるオンライン・プロバイダの契約条件に、ユーザは単なるライセンシーであり、オンライン・プロバイダが複製物に関する権利を留保する旨の記載がよく見られることを鑑みると、なおさらその感を強くする。

日本の裁判所が同様の事件を扱ったことはいまだにないが、他の知的財産権に関しては、前述の通り、契約による消尽法理の適用の制限を積極的

⁵³ See *ibid.*, paras. 57-9.

⁵⁴ See, e.g., Tess Priester, “Dutch Court Refers Preliminary Questions on the Lending of e-Books to ECJ” (2014), available at <http://www.futureofcopyright.com/home/blog-post/2014/09/04/dutch-court-refers-preliminary-questions-on-the-lending-of-e-books-to-ecj.html> (visited 30 Nov. 2014).

に認めることはほとんどない。それでもやはり、有体メディアにおける著作物の複製物とダウンロード型のものについて、たとえ消費者から権利者に複製物の価値の全額が支払われたとしても、これを同様に扱うか否かは明らかでない。

1.3 著作物の販売後の利用に対するコントロール

デジタル技術は、著作権者の正当な利益に新たな脅威をもたらすのみではない。著作権者は消費者による著作物の利用をコントロールできるようにもなった。アナログの世界において、私的複製等の私的で非営利的な利用類型は、多くの法域で著作権法により許容されているか、著作権者からも黙認されていた。こうした利用行為に対して著作権者が排他権を行使することは困難だったからである。しかし、デジタル技術によって、著作権者は、その著作物の複製物を利用する者であれば誰に対してでも、その利用に制限を設けることができるようになった。技術的保護手段やデジタル著作権管理システムは、著作物のこうした利用を捕捉し、規制を行う、新しい、安価で極めて効率的な手段となっている。

そうはいうものの、技術的保護手段やデジタル著作権管理システムは、いくらでも迂回されてしまうという大きな課題を抱えている。迂回者が著作権者との契約関係にあることは稀であるため、迂回行為に対する法的保護の規定が必要不可欠だと考えられるようになってきた。これを受けて、国際著作権法⁵⁵や各国の著作権法⁵⁶はそうした法的保護を採用している。

過去数十年にわたり、著作権者は、録音録画に関するDVDやブルーレイ・ディスク技術、アナログないしデジタルテレビ放送のスクランブリング技術、ビデオゲームコンソールに用いられる技術的保護手段等のように、著作物の消費を実現する様々な技術について多数の技術的保護手段を広汎に用いてきた⁵⁷。こうした技術的保護手段の回避行為は既に多くの法域

⁵⁵ See, e.g., WCT, *supra* note 6, arts. 11 and 12; and WPPT, *supra* note 6, arts. 18 and 19.

⁵⁶ See, e.g., Digital Millennium Copyright Act (1998) Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, §103; Directive 2001/29/EC, *supra* note 4, arts. 6 and 7; Act No. 33 (1999) (Japan); Act No. 77 (1999) (Japan); Act No. 43 (2012) (Japan).

⁵⁷ See, e.g., Branislav Hazucha, Hsiao-Chien Liu and Toshihide Watabe, “Copyright, Pro-

の裁判所で議論されており、大半は著作権者有利の結論に至っている⁵⁸。

近時、米国の **MDY Industries, LLC, v. Blizzard Entertainment, Inc.** 事件⁵⁹で、第9巡回区は、ゲーム開発者の Blizzard が、ユーザによる「World of Warcraft」のエクスペリエンスを改変することを目的とするチート、ボット、モッド、ハック、その他サードパーティ製ソフトウェアのうちの少なくとも一つの作成や使用」を制限する権利を有しているとまで認めている⁶⁰。各ユーザに代わって操作を行う自動化プログラムがシステム内で使用されることを防ぐために、Blizzard は Warden 技術を開発した。これは、ユーザのコンピュータの操作メモリ上で自動化プログラムが動作していないかスキャンする技術であった。第9巡回区は、Warden 技術が、Blizzard の著作物へのアクセスを保護する技術的保護手段に当たることを認めた。その結果、被告による自動化プログラム Glidder の使用は技術的保護手段の回避であると判断された⁶¹。

ここで注意すべきは、技術的保護手段により、消費者の私的複製やバックアップ、あるいは各国の著作権法の例外や制限の規定で認められた著作物の利用行為のほとんどが不可能になるということである。そのため、ユーザは、著作権者に対して、技術的保護手段をこうした例外や制限に適合させるように要求しうるのかという疑問が生じる。

著作権の個々の例外や制限に対するアプローチは各国で大きく異なる。国によっては、著作権の例外や制限の全部ないし一部を強行規定とし、契約によるオーバーライドは許されない旨を著作権法に明示している⁶²。た

tection Measures and Their Acceptance by Consumers”, in Katja Weekström (ed.), *Governing Innovation and Expression: New Regimes, Strategies and Techniques* (Turku: University of Turku Press 2013) 271, 281-8.

⁵⁸ See *infra* text accompanying footnotes 70-2.

⁵⁹ MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment, Inc., 2011 U.S. App. LEXIS 3428 (9th Cir., 17 Feb. 2011).

⁶⁰ See *ibid.* at 11.

⁶¹ See *ibid.* at 55-59.

⁶² See, e.g., Directive 2009/24/EC, *supra* note 23, art. 5(2); Belgian Law of 30 June 1994 on Copyright and Neighbouring Rights, as amended, art. 23bis (21条、22条、22条の2、23条1項、同3項は強行規定であると規定する)。

たとえば、コンピュータ・プログラム指令 5 条 2 項は「コンピュータ・プログラムを使用する権利を有する者がバックアップを作成する行為は、その使用のために必要な限度において、契約によって制限することは許されない」と明示している。しかし、これは例外的なものであって、原則とはいえない。一般的に、著作権法は、著作権の例外や制限に関する規定の性質について何ら言及していない。そのため、こうした規定が強行規定であるのか、あるいは単なる任意規定であるのか、不明確であることが多い。任意規定であるとすれば契約によるオーバーライドが許され、技術的保護手段やデジタル著作権管理システムによってそれが裏打ちされることになる。

学説には、著作権法を、著作権者、仲介者、消費者の間の公正かつ妥当なバランスを図るものとして捉えるべきであると主張するものもある⁶³。同様に、裁判所にも、著作権の例外や制限が著作物のユーザに一定の権利を付与していることを明示的に認めるものがある⁶⁴。それでもやはり、大多数の裁判所は、消費者の権利を承認することに反対している。そこでは、著作権の例外や制限は著作権侵害の主張に対する著作物のユーザの抗弁に過ぎず、消費者が訴訟外で主張しうような独立した権利ではないと認

⁶³ See, e.g., L. Ray Patterson and Stanley W. Lindberg, *The Nature of Copyright: A Law of Users' Rights* (Athens, GA: University of Georgia Press 1991); Jane C. Ginsburg, "Authors and Users in Copyright" (1997) *J. Copyright Soc'y U.S.A.* 1; Joseph P. Liu, "Copyright Law's Theory of the Consumer" (2003) 44 *B.C. L. Rev.* 397; Guy Pessach, "Reverse Exclusion in Copyright Law: Reconfiguring Users' Rights" (2001) (unpublished manuscript), available at <http://ssrn.com/abstract=1813082> (visited 30 Nov. 2014).

⁶⁴ See, e.g., *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13, paras. 12 and 54 (Sup. Ct. of Canada, 4 Mar. 2004) (以下のように、ユーザの権利を認めている。「著作権侵害の例外、いや、ユーザの権利と理解する方がより適切かもしれないが」、また、「こうした正当な目的を限定的に解釈するべきではない。さもなくばユーザの権利を不当に制限する結果となろう」); *Anthony G. v. Société Civile des Producteurs Phonographiques (S.C.P.P.)*, Case No. 0504090091 (TGI Paris, 8 December 2005) (P2Pのファイルシェアリングの事案において、私的複製の権利を認めている); *Christophe R. and UFC Que choisir v. Warner Music France and FNAC*, Case No. 03/08874 (TGI Paris, 10 January 2006) (CD音楽に関する事案において、私的複製の権利を認めている)。

識されているに過ぎない。

技術的保護手段の回避の事件で、被告は、複数の抗弁を用いて、技術的保護手段の回避を可能とする装置の製造や販売を正当化しようとすることが多い。しかし、裁判所は、こうした主張を認めることに対して極めて消極的である。ユーザによる私的複製やバックアップの必要性は、技術的保護手段の回避に不可欠な装置の製造や販売を認めるための抗弁として容認しうるものではないと判断されることが多い。メディアが脆弱であった時代にはバックアップが必要不可欠であったが、新たなメディアにおける質や信頼性の向上により、それが不要になっているとまで述べる裁判所もある⁶⁵。そのうえ、回避装置の主な目的が海賊版やポルノ作品を回避装置で利用可能とすることにあるとも述べられている⁶⁶。ゆえに、技術的保護手段により制約が課されている旨を消費者に予め通知していれば著作権者にとって十分であるという判断が繰り返しなされている⁶⁷。

それでもやはり、多くの消費者はこうした取扱いを不公正で不合理なものと考えている。かような法の運用により、消費者の適法な利益や権利を制限することが許されるからである。そのため、こうした技術的保護手段の多くが即座に迂回されている。人は、不公正さや不合理さを感じると、技術的保護手段や契約に従わず、代わりにその迂回手段を模索するようになる可能性が高い。そのため、映画のDVDやブルーレイ・ディスクの私的複製やビデオゲームにおけるチートの使用、自己のビデオゲームコンソール、コンピュータ、携帯電話に関する制限の解除等を望む消費者は数百万に上り、技術的保護手段やデジタル著作権管理システムの回避行為が大規模に行われる結果、これを防ぐことは極めて困難となる。

⁶⁵ See, e.g., Sony Computer Entertainment v. Paul Owen and Others [2002] EWHC 45 (Ch), [2002] E.C.D.R. 27, 304.

⁶⁶ See *ibid.* at 301 and 304.

⁶⁷ See, e.g., Studio Canal, Soc. Universal Pictures vidéo France and SEV v. S. Perquin, UFC Que choisir, Judgment No. 549 FS-P+B+R+I (Sup. Ct. of France, 28 Feb. 2006).

II 消費者の意識を研究する重要性

現代の著作権法は、デジタル環境における法の適用や行使について、数多くの困難を乗り越えてきた。この分野における最大の難問はオンラインの海賊行為やインターネット・ユーザに蔓延る著作権の不遵守であり、P2Pのファイルシェアリング⁶⁸や大容量のストレージ・サービス⁶⁹といったデジタル・ネットワークに関して議論がなされている。技術的保護手段やデジタル著作権管理システムの大規模な回避行為についても、著作権者は同様の問題を抱えている。

技術的保護手段は、当初、公衆による著作物の大規模なコピーを解決するものと考えられていたが、現実の運用を踏まえると、今までのところ、それに対する賛否は様々なものがある。技術的保護手段の多くが、市場に導入されるや否や迂回されており、世界中の多くの訴訟が、DVDやブルーレイ・ディスク技術、ビデオゲームコンソールなどに用いられる技術的保護手段の回避行為を防ぐ目的でなされている。こうした訴訟のターゲットは、技術的保護手段を破った個人⁷⁰に止まらず、回避行為に不可欠なアプリケーションをオンラインにアップロードした者、そういったアプリケ

⁶⁸ See, e.g., *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896, 2000 U.S. Dist. LEXIS 11862 (N.D. Cal., 2000), *aff'd*, 239 F.3d 1004, 2001 U.S. Dist. LEXIS 5446 (9th Cir., 2001); *In re Aimster Copyright Litigation*, 252 F. Supp. 2d 634, 2002 U.S. Dist. LEXIS 17054 (N.D. Ill., 2002), *aff'd*, 334 F.3d 643 (7th Cir., 2003); *MGM Studios v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913; 125 S. Ct. 2764 (U.S. Sup. Ct., 2005); *Universal Music Australia Pty Ltd v. Shaman License Holdings Ltd* [2005] FCA 1242; *In re Winny*, 65 Keishu 1380 (Sup. Ct. of Japan, 2011).

⁶⁹ See, e.g., U.S. Department of Justice, “Justice Department Charges Leaders of Megaupload with Widespread Online Copyright Infringement” (2012), available at <http://www.justice.gov/opa/pr/2012/January/12-crm-074.html> (visited 30 Nov. 2014); *Perfect 10, Inc. v. Rapidshare*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 146053 (S.D. Cal., 2010); *Atari Europe v. RapidShare AG*, I ZR 18/11 (BGH, 2012).

⁷⁰ See, e.g., Thomas Rieber-Mohn, “Norway: Court of Appeal Decision in Norwegian DVD Case” (2004), available at <http://merlin.obs.coe.int/iris/2004/3/article29.29.en.html> (visited 30 Nov. 2013); *321 Studios v. Metro Goldwyn Mayer Studios, Inc.*, 307 F. Supp. 2d 1085 (N.D. Cal., 2004).

ーションが存在する場所へのリンクを貼った者⁷¹、技術的保護手段の回避に不可欠なキットやモッドチップを提供する者⁷²にまで及んでいる。

権利者はこうした訴訟で勝訴する傾向にあるが、著作物のユーザに蔓延する著作権法の不遵守という状況は、過去20年間で大きく変わっていないように思われる。かような状況の主たる原因について、伝統的な説明は、デジタル環境では著作権侵害行為で捕まる可能性が低いと考えられているからであると述べる。たとえ捕まったとしても、処罰はたいして厳しいものにはならないと信じられているといわれている。さらに、多くの人がこうした行為は正常な行いであると考えているため、そのような違法行為に対して法的制裁がなされるおそれを認識しない。したがって、デジタル環境における著作権法の執行について、この悲観的な状況を打開しようとする提案の多くは、捕捉率の向上や処罰の厳格化を唱えることになる。同様に、多くの先進国で採択された近時の著作権法改正のほとんどが、こうした価値観を基礎としている。

これらの方策に共通する点は、法の遵守に関する外的要素に主眼を置き、著作権法の遵守を個人に強制しようとしていることにある。その手段として、著作権侵害者の捕捉率を引き上げ、著作権侵害行為に対する処罰や制裁を厳格化している。こうした手段のなかには、特定の著作権侵害行為だけでなく、非侵害行為までもを技術的に妨げようとするものもある。

かような戦略が抱える主な問題は、個人が法的規則を遵守する、あるいは無視する理由がほかにも存在するという事実を見落としている点である。一般的に、法を遵守する理由には、個人の外部で生じるものと、内部

⁷¹ See, e.g., *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y., 2000), *aff'd sub nom. Universal City Studios, Inc. v. Corley*, 273 F.3d 429 (2d Cir., 2001).

⁷² See, e.g., *Sony Computer Entertainment America, Inc. v. GameMasters, Inc.*, 87 F. Supp. 2d 976 (N.D. Cal., 1999); *Sony Computer Entertainment v. Paul Owen and Others* [2002] EWHC 45 (Ch); *Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment Inc & Others v. Ball & Others* [2004] EWHC 1738 (Ch); *Stevens v. Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment* [2005] HCA 58, (2005) 221 ALR 448, (2005) 79 ALJR 1850; *Nintendo Co. Ltd and Others v. PC Box Srl and 9Net Srl*, Case C-355/12 (Court of Justice of the European Union (Fourth Chamber), 23 Jan. 2014).

で生じるものがある。ゆえに、学説⁷³には、個人の法の遵守に影響を及ぼす内的要素と外的要素を区別するものがある⁷⁴。法規範の遵守に影響を及ぼす要素に関するこの見解は、Herbert L.A. Hart⁷⁵や Oliver W. Holmes⁷⁶などのほか、多くの学者⁷⁷に由来するものである。

外的要素は、制裁等、人間の行為に関する外的制約という形態をとることが多い。その目的は、個人に特定の行動を強いることにあり、そのために、法規範が要求する行動規範の違反に対して一定の制裁を課すという威嚇を用いる。個人を捕捉する可能性が高まれば高まるほど、また、特定の規範の違反に対する制裁が厳しければ厳しいほど、個人は規範に従って行動するようになると期待される⁷⁸。また、行為によっては、物理的その他

⁷³ See, e.g., Stephen R. Perry, “Interpretation and Methodology in Legal Theory”, in Andrei Marmor (ed.), *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy* (Oxford: Oxford University Press 1995) 97; Robert Cooter, “The Intrinsic Value of Obeying a Law: Economic Analysis of the Internal Viewpoint” (2006) 75 Fordham L. Rev. 1275; Branislav Hazucha 「他人の著作権侵害を助ける技術に対する規律のあり方—デュアル・ユース技術の規制における社会規範の役割—」 知的財産法政策学研究24号25・63-66頁 (2009) [田村善之・丹澤一成 (訳)]。

⁷⁴ See Lawrence Lessig, *Code: Version 2.0* (New York, NY: Basic Books 2006) at 340-45.

⁷⁵ See Herbert L.A. Hart, *The Concept of Law* (3rd edn, Oxford: Clarendon Press 2012) 90 (「外的視点は、観測可能な行動の規則性に自らを制限しており、一般的には社会の大多数を占める者の日常生活において規則が規則として機能する方法を再現することができない。社会の大多数を占めるのは、役人、法律家、さらには私人であり、規則を、様々な状況で、社会生活の行動の指針とする者、あるいは主張、要求、承認、批判、処罰の根拠とする者、つまり、日常生活の如何なる交流においても規則に従う者である。」)。

⁷⁶ See Oliver Wendell Holmes, Jr., “The Path of the Law” (1897) 10 Harv. L. Rev. 457, 459 (「ほかならぬ法を知りたいというのであれば、法を知ることにより予測しうる具体的結果のみを気にかける悪人の立場で法を観察しなければならない。法のうちにあるか外にあるかにかかわらず、抽象的な良心の呵責に行動の理由を見つける善人の立場で法を観察してはならない。」)。

⁷⁷ See, e.g., Benjamin C. Zipursky, “The Internal Point of View in Law and Ethics: Introduction” (2006) 75 Fordham L. Rev. 1143; Hazucha, *supra* note 73, at 63-66.

⁷⁸ See, e.g., Gary S. Becker, “Crime and Punishment: An Economic Approach” (1968) 76 J.

の手段を用いて、これを行えないようにすることもできる。実際に、様々な技術的保護手段が、デジタルコンテンツに対する特定のアクセス方法や使用方法を妨げている⁷⁹。

他方で、個々の人間の行動に対して内部から作用する要素も存在する。かかる要素は、ジェンダー、年齢、社会化の水準、社会規範の内部化などといった個人の性質からもたらされる。ここで重要なのは、個人が、特定の規範を自らの行動の理由として捉えているか否か、すなわち、特定の社会規範や法規範を内部化し、こうした規範を自らの行動の基礎と考えているか否かという点である⁸⁰。規範を内部化している場合、個人は規範に従うことが正しい行動であると考ええる。かような個人は、捕捉される可能性が高いことや、予想される制裁が極めて厳しいことを理由に規範に従うのではない。その規範に従うことが特定の状況における人間の行動として適切であり、ただ正しい道であると考ええるからである。

人間の行動においては、「正義」や「公正」といった概念が、こうした評価に重要な役割を果たしている。正義に適い公正であるとされる規範は遵守されることが通例である。他方で、規範が正義に反し不公正であると認識される場合には、対象者により無視され、迂回されることが多い。何が正義であり公正であるとされるのかは、個々の社会集団が認識し、遵守する社会規範に示されていることが一般的である。

社会規範は、人間の行動を規律する重要な手段の典型である⁸¹。社会規範と整合する法は厳守されることが多い。他方で、社会規範に反し、重要な社会規範を変えようとする法は、実施や行使が困難なことが通例である。それゆえ、Lawrence Lessigは、社会規範を法、市場、技術に並ぶ、四つの規制様式（すなわち、人間の行動に影響を及ぼしうる要素であり、人間の行動を社会的に望ましい方法で規律する手段となりうる要素）の一つに位置付けている⁸²。Lessigによれば、社会が対象者の特定の行動を制限しよ

Pol. Econ. 169.

⁷⁹ See Lessig, *supra* note 74, at 345.

⁸⁰ See *ibid.* at 344-5.

⁸¹ See *ibid.*

⁸² See *ibid.* at 120-32.

うとする際には、上記の要素の一部ないし全部を用いることで、特定の有害な行為を抑制し、社会的に有益とされる行為を誘引できるという⁸³。

第二節で論じたように、近時の著作権法改正や、著作物の複製物の利用に対するコントロールを拡大しようとする著作権者の試みは、前述した規制様式のうちの三つ、つまり、法、市場、技術の組合わせに依存するところが大きい。しかし、これまでに採用された保護手段の運用を見ると、ほとんどの場合、当初に期待していたほど効率的に機能していないことがわかる⁸⁴。したがって、以下では、著作物等の利用に関する個々の制約に対する消費者の意識を検討する。消費者は、著作物の利用に対する多様な技術上、契約上の制約を公正で正義に適うものと考えているのだろうか。著作物の利用に対して何らかの権利を有しており、それが著作権者による様々なライセンスや技術的保護手段を介して不公正かつ不当に制約されていると考えているのだろうか。前述の、コンピュータ・プログラムとそれ以外の著作物の扱いにおける違いを認識しているのだろうか。アナログの世界で自由であったことは、デジタル環境においても許されるべきであると考えているのだろうか。

Ⅲ 技術的その他の保護手段に対する消費者の意識

権利者が往々にして用いる技術的保護手段等の効率性を検討するため、日本の消費者の意識を調査した。これには複数の理由がある。平均して、日本人は当局に従い、法や、自らの共同体で認識されている規範を遵守する傾向にある。著作権産業の観点からも、標準的な著作物に関する日本の市場は成熟しており、日本の消費者は著作物の適法な複製物、たとえば音楽CDや映画のDVD等の購入にかなりの金額を費やしている。したがって、かような消費者が技術的保護手段等に問題を感じているのであれば、

⁸³ See *ibid.* at 122-3.

⁸⁴ See, e.g., Pierre Lescure, “Mission ‘Act II de l’exception culturelle’: Contribution aux politiques culturelles à l’ère du numérique” (May, 2013), available at http://www.culturecommunication.gouv.fr/var/culture/storage/culture_mag/rapport_lescore/index.htm (visited 30 Nov. 2014).

こうした手段には誤った点や不適切な点があるに違いない。

日本の消費者の意識を調査するために、我々は、レコード、映画、テレビ放送番組、ビデオゲーム、ライブの音楽演奏といった著作物等を消費する際に、それぞれに課されている制約をどの程度まで容認し、あるいは拒絶するのかを問うアンケートを作成した。このアンケートは一つの核となる前提に基づいている。消費者が、権利者により著作物の利用に課された制約に何らかの点で問題があると感じる場合には、制約を迂回する手段を模索する可能性が高くなるものと推定する。他方で、消費者が、特定の制約に何ら問題を感じず、これを受け入れている場合には、迂回手段を模索することはほとんどないものと推定する。

3.1 アンケートおよびデータ収集

現在日本で用いられている技術的保護手段等に対する日本の消費者の意識を調査するために、我々は最も一般的に用いられている制約を7つ取り上げた。かかる制約は、伝統的に、様々な技術的保護手段等を介して、日本の権利者の大多数により課されている。音楽CDの複製、CDからMP3などの録音形式への変更（フォーマットシフト）、放送後の都合のよい時間に視聴する目的でのテレビ番組の録画（タイムシフト）、インターネットを介した私的な目的でのテレビ放送のストリーミング（プレイスシフト：たとえば、海外旅行者がお気に入りのテレビドラマを海外で観たい場合に行われるもの）、映画の市販DVDやブルーレイ・ディスクの複製、ビデオゲームの複製、最後に、ポピュラー音楽のコンサートにおけるライブ演奏の録音である。いうまでもなく、誰もがこうした利用や制約を日常生活で頻繁に目にしている。

我々は、電子書籍、音楽ストリーミング、オンラインのビデオ・オンデマンドサービスやレンタルサービスの利用に対する制約等を調査対象に含めることも検討したが、最終的に、こうした保護対象物やその利用に対する制約はアンケートから除くことにした。その主たる理由は、日本ではかかる形式の娯楽市場がまだ黎明期にあり、一握りの消費者しか、かような保護対象物やその利用に対する制約に触れたことがないためである。実際、日本の電子書籍の市場占有率は、書籍市場全体に比して僅かに過ぎない。また、日本の電子書籍市場の大部分を占めるのはマンガであり、マン

ガ市場は、他の著作物に比して独特な性質を有している。電子書籍の利用に関する制約に対して消費者がどのように考えているのかを調査することは極めて興味深いと思われるが、マンガ市場全体の調査やマンガの流通方式の研究と併せて行う方が好ましいと思われる。同様の理由は、前述した他の新興の娯楽形式にも当てはまる。調査の複雑化を防ぐため、これらの研究対象の検討は、将来の課題とすることとした。

本アンケートは、グループ別に分けられた複数の質問項目で構成されている。主たる質問群により、日本の著作権や隣接権の保護対象物の利用に課された前述の各制約に対して、回答者がこれをどのように受け止めているかを測定する。回答者の意識を測定する方法として、5段階のリッカート尺度を用いた。回答には、各制約を全面的に容認できるというものから、全面的に拒絶するというものに至るまでの5段階の選択肢があり、回答者は、次の選択肢から自身の回答を自由に選択できる。1 - 「まったく問題ない」、2 - 「あまり問題ない」、3 - 「どちらともいえない」、4 - 「問題があるかもしれない」、5 - 「問題がある」。また、特定の質問に回答することに問題がある場合に備え、これらのほかに「わからない」という選択肢も追加した。

この主たる質問群に加えて、本アンケートにはほかにも複数の質問群があり、そこでは、制約に対する回答者の意識に影響を及ぼす可能性があると思われる多様な要素を測定する。第一の質問群は、人口統計に関するものであり、回答者のジェンダー、年齢、収入、職種、居住地などのデータの収集を意図したものである。また、著作権に関する知識を有しているか否か、どのように著作権法に関する知識を得たかという点も問うている。第二の質問群は、各保護対象物に関する回答者の消費習慣、たとえば、音楽を聴いたり、映画を観たり、ビデオゲームで遊んだり、ポピュラー音楽のライブコンサートに行ったりするか否かといった点に注目した。また、音楽CD、映画のDVD、ブルーレイ・ディスク、ビデオゲーム等の保護対象物を購入、レンタルするか否かも問うている。第三の質問群は、正当化される保護対象物の利用の水準に関する回答者の意識や、これらの複製行為に関する回答者自らの実体験を明らかにすることを目的としたものである。それゆえ、回答者はどの程度まで保護対象物の利用が許されるべきと考えているか、また、実際にどの程度レコードや映画の複製、テレビ番

組の録画をしているかを問うている。第二、第三の質問群の各質問では、5段階のリッカート尺度を用いて⁸⁵、回答者の意識や習慣を測定した。

本アンケートに基づく調査を開始する前に、北海道大学大学院法学研究科の学生からなる少人数のグループにおいて試験的な調査を実施した。学生にはアンケートへの回答を依頼し、その後、アンケートに対する意見について各学生と話し合った。こうした予備調査を実施した主たる理由は、アンケートが適切に機能するか否か、回答者が記載の質問や選択肢を十分に理解できるか否か、アンケートの理解や回答に当たって何らかの問題があるか否かを吟味することにあった。

予備調査の後、札幌の街頭で本調査を実施した。札幌は日本で5番目に人口の多い都市である。札幌を選択した理由は、日本の平均的な集団から標本を抽出するためである。東京や大阪周辺域外の大都市圏を調査する必要があり、札幌はかような地域の典型である。本調査の目標数は、札幌の街頭の人々から500件の回答を収集することであった。最終的には、2010年7月27日から8月10日の間に、札幌市の中心地域で、部分的な回答を含む531件のアンケート回答が集まった。

街頭調査の実施を経て、その調査結果⁸⁶が札幌やこれと同等規模の都市圏の住民に特有のものか、また、日本全体の母集団にも妥当するかを吟味したいと考えた。そこで、日本全体を対象とするオンラインの第二次調査を実施した。データの収集には、MyVoice Communications社が世論調査の実施を目的として提供しているオンライン・サービスを利用した⁸⁷。このシステムを介して、2012年10月3日から8日の間に、部分的な回答を含む1,252件のアンケート回答が集まった。オンライン調査では、日本全域にわたる15歳から59歳までの回答者を対象とした。

既に指摘したように、第二次調査を実施した主たる目的は、札幌の街頭調査に基づく先の調査結果を裏付けること、また、両調査結果の間に差があるのであれば、その違いをもたらす要素を特定することにあった。両調

⁸⁵ 正当化される著作物の利用に関する質問は例外であり、7段階のリッカート尺度を用いた。

⁸⁶ For more details, see Hazucha, Liu and Watabe, *supra* note 57.

⁸⁷ For more details, see <http://www.myvoice.co.jp>.

査結果は極めて類似しており、同程度に比較しうるものであるため、以下の検討では、主に2012年のオンライン調査結果を扱うものとする。

3.2 収集したデータの分析

著作物やその利用に対する一般人の捉え方について、伝統的に著作権者が示してきた従来の見解⁸⁸を踏まえると、回答者の大半が、検討対象とした多様な制約に深刻な問題があると考えているのではないかと予想された。他の可能性としては、回答者は制約に問題があるとは考えておらず、完全に遵守しているのではないかというものがある。かような調査結果となれば、著作権者にとって極めて喜ばしいものであるかもしれないが、特に、著作物のユーザの相当数が日常的にこうした制約を迂回しているという点を考慮すると⁸⁹、回答者の回答に少なからぬバイアスが生じていることを示唆することになったであろう。ゆえに、かような調査結果が出るとすれば、回答者が本調査に対して誠実に向き合っておらず、正直に回答していなかったことを意味する。第三の可能性として、前述した二つの極論の間をとる結果もありえる。かかる結果であれば、回答者が、検討した制約に問題があるか否かを明言できなかったことを意味しよう。したがって、こうした制約は、回答者にとって、何らかの障害にはなるが、たいした面倒ではないと考えられていることになる。

しかし、調査結果は予想よりもやや解釈の余地のあるものであった。いずれの調査においても、保護対象物の利用のなかには、消費者が他の利用と比して重要と考えているものがあることが示された。重要な利用が著作

⁸⁸ See, e.g., U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Courts, the Internet, and Intellectual Property, “Consumer Benefits of Today’s Digital Management (DRM) Solutions” (5 Jun. 2002) (著作物の消費者の行動や、技術的保護手段とデジタル著作権管理システムの強固な保護の必要性について、多数の著作権者の見解を示している); U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Subcommittee on Courts, the Internet, and Intellectual Property, “Hearing: Chapter 12 of Title 17” (17 Sept. 2014) (技術的保護手段とデジタル著作権管理システムの運用に関する様々な見解を示している)。

⁸⁹ 後述の通り、回答者の相当数 (27.82%; n=111) が、過去に何らかの手段で映画のDVDやブルーレイ・ディスクを複製したことをはっきりと認めている。

者の採用する技術的保護手段等で制限されると、回答者は、こうした制約の影響を受ける保護対象物の消費に深刻な問題が生じると考えていた。他方で、特定の利用が回答者にとってあまり重要でない場合、回答者は、その制限にまったく問題がないと考えていた。これは、制約のなかには回答者が比較的に問題があると感じているものもあれば、比較的に問題がないと感じているものもあるということを意味している。

技術的保護手段やデジタル著作権管理システムを用いた保護対象物の利用に対する制約について、回答者の受容度の判断に関するオンライン調査の結果は、図1に示した。この図は、5段階のリッカート尺度による回答者の判断から回答者が判断を控えた回答を除き、その平均値を95%信頼区間で示している。すべての回答者による実際の回答分布は、図2に示す。

注意すべきは、回答者が、平均8.73%の割合で判断を控えている（つまり、「わからない」を選択している）点である。ゆえに、実際に完全な回答が得られた数は、それぞれの制約で異なっている。回答者は、自身に馴染みのある利用、たとえば、音楽CDや映画のDVD、ブルーレイ・ディスク

図1：技術的保護手段の受容度の平均値

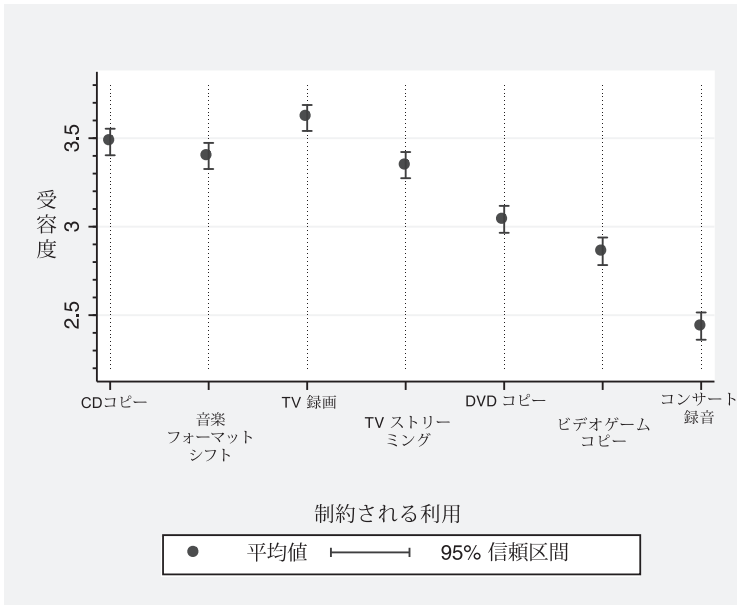
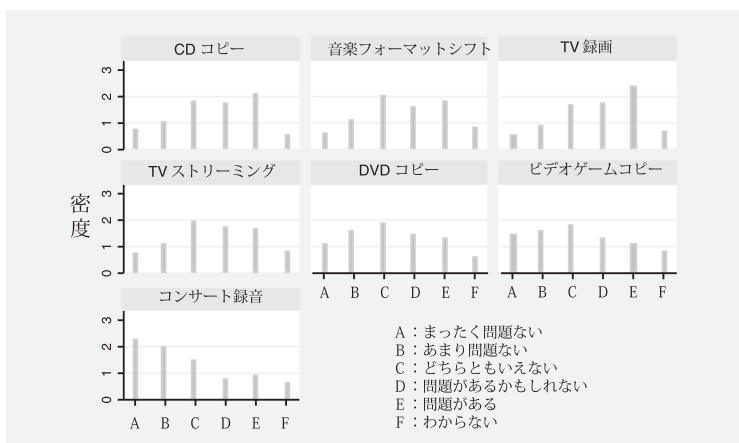


図2：技術的保護手段の受容度の分布



クの複製、ライブコンサートの録音、テレビ放送番組の録画などに関して、回答する傾向が強かった⁹⁰。しかし、制限されている利用のうち、ビデオゲームの複製やテレビ番組の私的なストリーミング、音楽のフォーマットシフトなどの、高度な技能を要する利用については、回答を抑える者が多かった⁹¹。このことは、電子書籍、音楽や映像のストリーミングといった新興の娯楽形式を調査対象から除いた我々の判断が正しかったことを裏付けている。

あるいは、他の解釈の可能性として、調査参加者が上記の場合に回答を抑えることが多い理由は、同一または類似の保護対象物に関する様々な利用に対して判断をすることが困難であったためであるという説明もありうるのかもしれない。たとえば、以下のような組み合わせが考えられる。(a) 音楽CDの複製と、CDからMP3へのフォーマットシフト、(b) テレビ番

⁹⁰ 判断を抑えた回答者の数は、以下の通りである。音楽CDの複製（88人；7.03%）、映画のDVDやブルーレイ・ディスクの複製（94人；7.51%）、ライブコンサートの録音（95人；7.59%）、テレビ放送番組の録画（106人；8.47%）。

⁹¹ 判断を抑えた回答者の数は、以下の通りである。ビデオゲームの複製（123人；9.82%）、テレビ番組の私的なストリーミング（128人；10.22%）、音楽のフォーマットシフト（131人；10.46%）。

組の録画と、テレビ番組のストーリーミング、(c) 映画のDVDやブルーレイ・ディスクの複製と、ビデオゲームの複製である。しかし、アンケートにおける制約の記載順序によって何らかのバイアスが生じることを抑えるために、個々の利用に関する制約を提示する順序は無作為とされており、各回答者によって異なっていたことは指摘しなければならない。

技術的保護手段等に対する回答者の意識の分析に話を戻すと、回答者の見地において最も問題があるとされた制約は、テレビ放送番組のいわゆるタイムシフト（つまり、テレビ放送番組を、放送後の都合のよい時間に視聴する目的で録画すること）に対する制約であった（ $\text{mean}=3.599\pm0.039$, $n=1,146$ ）⁹²。テレビ放送番組のタイムシフトに続くのが、音楽CD等の音楽メディアの複製に対する制約（ $\text{mean}=3.465\pm0.040$, $n=1,164$ ）⁹³、音楽CDからMP3等の音楽ファイルへのフォーマットシフトに対する制約（ $\text{mean}=3.384\pm0.039$, $n=1,121$ ）⁹⁴、テレビ放送番組のいわゆるプレイスシフト（つまり、インターネットを介した私的な目的でのテレビ放送のストーリーミング）に対する制約（ $\text{mean}=3.334\pm0.039$, $n=1,124$ ）⁹⁵となっている。それぞれの制約に対する回答の平均値は、最後に述べた二つの制約を除き、t検定において互いに統計的に有意な差がある。

⁹² 5段階のリッカート尺度における選択肢の回答（ $n=1,146$ ）の分布は、以下の通りである。1－まったく問題ない（ $n_1=87$; 7.59%）、2－あまり問題ない（ $n_2=144$; 12.57%）、3－どちらともいえない（ $n_3=268$; 23.39%）、4－問題があるかもしれない（ $n_4=272$; 23.73%）、5－問題がある（ $n_5=375$; 37.72%）。

⁹³ 5段階のリッカート尺度における選択肢の回答（ $n=1,164$ ）の分布は、以下の通りである。1－まったく問題ない（ $n_1=116$; 9.97%）、2－あまり問題ない（ $n_2=157$; 13.49%）、3－どちらともいえない（ $n_3=282$; 24.23%）、4－問題があるかもしれない（ $n_4=272$; 23.37%）、5－問題がある（ $n_5=337$; 28.95%）。

⁹⁴ 5段階のリッカート尺度における選択肢の回答（ $n=1,121$ ）の分布は、以下の通りである。1－まったく問題ない（ $n_1=99$; 8.83%）、2－あまり問題ない（ $n_2=171$; 15.25%）、3－どちらともいえない（ $n_3=318$; 28.37%）、4－問題があるかもしれない（ $n_4=249$; 22.21%）、5－問題がある（ $n_5=284$; 25.53%）。

⁹⁵ 5段階のリッカート尺度における選択肢の回答（ $n=1,124$ ）の分布は、以下の通りである。1－まったく問題ない（ $n_1=113$; 10.05%）、2－あまり問題ない（ $n_2=171$; 15.21%）、3－どちらともいえない（ $n_3=310$; 27.58%）、4－問題があるかもしれない（ $n_4=272$; 24.20%）、5－問題がある（ $n_5=258$; 22.95%）。

これらの対極にあるのが、ポピュラー音楽のライブコンサートの録音に対する制約であり、回答者からは、検討した制約のなかで最も問題の少ないものと考えられていた ($\text{mean}=2.455\pm0.41$, $n=1,157$)⁹⁶。ライブコンサートにおける録音の禁止に続いて、その制限を容認できるとされたものは、ビデオゲームの複製に対する制約であった ($\text{mean}=2.861\pm0.041$, $n=1,129$)⁹⁷。回答者の判断が5段階のリッカート尺度の中央付近を示したのは、映画のDVDやブルーレイ・ディスクの複製に対する制約であった ($\text{mean}=3.030\pm0.040$, $n=1,158$)⁹⁸。

3.3 考察

以上の二つの調査結果から、著作物の種類（すなわち、テレビ番組、レコード、ビデオゲーム、映画のDVD、ライブ演奏）や、その特定の利用（すなわち、複製、ライブコンサートにおける録音、フォーマットシフト、タイムシフト、プレイスシフト）毎に、消費者の考える重要性は大きく異なっていることがわかる。

こうした差異については、複数の説明が考えられる。かかる説明の一つとして、回答者には、個々の制約から成る特定のグループ類型（たとえば、テレビ放送番組のタイムシフトとプレイスシフト、音楽CDの複製とフォーマットシフトなど）を同様あるいは同程度に扱う傾向があり、それ以外の制約から成るグループ類型（たとえば、映画のDVDやビデオゲームの

⁹⁶ 5段階のリッカート尺度における選択肢の回答 ($n=1,157$) の分布は、以下の通りである。1 - まったく問題ない ($n_1=363$; 31.37%)、2 - あまり問題ない ($n_2=312$; 26.97%)、3 - どちらともいえない ($n_3=231$; 19.97%)、4 - 問題があるかもしれない ($n_4=114$; 9.85%)、5 - 問題がある ($n_5=137$; 11.84%)。

⁹⁷ 5段階のリッカート尺度における選択肢の回答 ($n=1,129$) の分布は、以下の通りである。1 - まったく問題ない ($n_1=227$; 20.11%)、2 - あまり問題ない ($n_2=246$; 21.79%)、3 - どちらともいえない ($n_3=280$; 24.80%)、4 - 問題があるかもしれない ($n_4=209$; 18.51%)、5 - 問題がある ($n_5=167$; 14.79%)。

⁹⁸ 5段階のリッカート尺度における選択肢の回答 ($n=1,158$) の分布は、以下の通りである。1 - まったく問題ない ($n_1=173$; 14.94%)、2 - あまり問題ない ($n_2=255$; 22.02%)、3 - どちらともいえない ($n_3=291$; 25.13%)、4 - 問題があるかもしれない ($n_4=229$; 19.78%)、5 - 問題がある ($n_5=210$; 18.13%)。

複製に対して、音楽CDの複製）と扱いを別に行っている可能性が考えられる。こうした傾向は、複数の要因によって説明することができよう。

第一に、問題となる対象物が何かということが重要となりうる。同一または類似の対象物に関する様々な利用は、回答者から同様に扱われることが多い。たとえば、音楽CDの複製とフォーマットシフトに対する回答者の意識は近似している。同様の関係が観察されたものは、テレビ放送番組のタイムシフトとブレイスシフト、映画のDVDやブルーレイ・ディスクの複製とビデオゲームの複製である。

第二に、長期的に継続している慣行が消費者に影響を及ぼしている可能性がある。利用のなかには、既に人々の通常の活動となっているものもあれば、まだ新しく、現れたばかりのものもある。検討した利用のなかで最も普及していたものは、音楽CDの複製とテレビ放送番組のタイムシフトであった。回答者はこの二つの利用を極めて重要なものと考えており、ゆえに回答者の大多数はかかる利用に対する制約を最も問題のあるものと考えていることがわかった。

最後に、消費者の抱える技術的な障害や困難等が、消費者の認識に大きく影響を及ぼしている可能性がある。ビデオゲームの複製やポピュラー音楽のライブコンサートにおける録音に対する制約には、極めて高度な技術的保護手段か、または身体的な干渉を伴う保護手段が用いられている。最近のビデオゲームに使用される技術的保護手段を回避するには、高度な技術的知識や技能を必要とする。さらに、そのためには、かような目的のために特別に開発、製造されたキットやモッドチップなど、特殊な装置も必要となる。同様に、ポピュラー音楽のコンサート会場への入場を許す際に、主催者は各参加者の所持品を検査している。録音機器や録画機器が見つかり、こうした事態のために用意されたロッカーへ機器を預けない限り、入場を許されない。こうした制約は極めて制限的であり、干渉も大きい。調査回答者は問題を感じておらず、多かれ少なかれ、これを容認していた。

検討した制約それぞれの扱いに差があることにつき、さらに考えられる説明として、容認や拒絶の程度が、回答者の特定の活動に関する実際の関心に左右されている可能性が考えられる。たとえば、関心が音楽にあり、ビデオゲームにない者は、音楽CDの複製に対する制約には問題があるとする一方で、ビデオゲームの複製に対する同様の制約には問題がないとし

て容認する可能性がある。しかし、我々の調査結果はこうした説明を裏付けるものではない。検討した著作物等の利用の各々に対する関心と、かかる利用の制約に対する回答者の意識の間に相関関係は見られず、あるとしても極めて弱い相関関係に過ぎない。

他方で、正当化される著作物の利用に関する消費者の考え方や複製に関する実際の習慣と、かかる利用を制約する個々の技術的保護手段に対する消費者の意識との間には、強い相関関係が見られた。複製しなくともよい、あるいは一度の複製で十分と考えている回答者は、家庭内複製、ことによると非営利的な利用であれば許されるべきだと考えている回答者よりも、こうした利用に対する制約を容認する傾向にある。

ただ、ここで注意すべきは、回答者は著作権侵害に従事する海賊であるとはいいがたいという点である。回答者は、著作物の利用に制限があることをはっきりと認識している。回答者に著作権法の知識はほとんどないが、著作物等について許されるべき利用の程度に関する判断は、日本の現行著作権法第30条における私的複製の例外規定に極めて整合的である⁹⁹。反対に、検討対象とされた著作物等をインターネットにアップロードすることや、その他の非営利的な態様での利用について、これを許されるべきであると考えている者は、回答者の21.48%未満に止まっている。

どの程度まで消費者に個々の著作物の利用が許されるべきかという点に対する判断にも差がある。正当化される利用の程度に関する消費者の判断は、音楽CDとテレビ放送番組との間ではほとんど差がないが、映画のDVDに関して容認されるべき利用の範囲は、これら二つの保護対象物に比して狭い、と考えられている¹⁰⁰。

また、正当化される著作物の利用に対する消費者の考え方のほかに、

⁹⁹ 正当化される著作物の利用に関する回答者の見解は、日本の著作権法第30条と整合性がとれており、タイムシフトについては419人中329人(78.52%)、音楽CDの複製については434人中343人(79.03%)、映画のDVDやブルーレイ・ディスクの複製については399人中356人(86.72%)が、これらの行為を容認している。

¹⁰⁰ たとえば、市販の映画DVDやブルーレイ・ディスクについては、回答者の10.28%(n=41)が、如何なる複製さえも許されるべきではないと考えていたのに対して、音楽CDとテレビ番組については、それぞれ4.38%(n=19)、3.34%(n=14)であった。

我々は、複製に関する消費者の実際の習慣も重要であるということがわかった。複製行為に没入することのない消費者は、著作物を常態的に複製するユーザよりも、その制約を容認する傾向にある。ただし、ここで注意すべきは、正当化される利用に関する考え方と複製活動の間に相関関係はなく、あるとしても極めて弱い相関関係に過ぎない点である。たとえば、如何なる複製も許されるべきではないと考えるユーザの多くが、検討対象の著作物を複製していることを認めている。反対に、非営利的な態様であれば検討対象の著作物の如何なる利用も許されるべきであると考ええるユーザのなかにも、まったく複製をしたことのない者がいる。

IV 私的秩序形成の現状と市場の見えざる手

我々の調査結果と、技術的保護手段等の実際の運用を比較すると、市場が、権利者による技術的保護手段等の活用方法に大きな影響を及ぼしていることが観察された。技術的保護手段等の多くは、著作権者や隣接権者により、過去数十年にわたって使用されてきたものの、今日では極めて限られた規模でしか用いられていない。保護手段が活用されるのは、主として、そうした商品の購入を消費者が厭わない場合である。そのため、今日、市販CDであれダウンロード用であれ、レコードにはまったく制約が付されていない。1990年代後半から2000年代前半にかけて、レコード事業者はレコードの利用に様々な制約を課そうとしてきたが、こうした努力のすべてが市場で失敗した¹⁰¹。同様に、今日、正規の音楽ダウンロード・サービスの多くは、ダウンロードした音楽ファイルを消費者が複製することを制限

¹⁰¹ See, e.g., Deirdre K. Mulligan and Aaron Perzanowski, “The Magnificence of the Disaster: Reconstructing the Sony BMG Rootkit Incident” (2007) 22 Berkeley Tech. L.J. 1157. See also Bob Brown, “Sony BMG Rootkit Scandal: 5 Years Later” (2010) Network World, available at <http://www.networkworld.com/news/2010/110110-sonybm-g-rootkit-fsecure-drm.html> (visited 30 Nov. 2014); Joris Evers, “Sony Halts Production of ‘Rootkit’ CDs” (2005) CNET News, available at http://news.cnet.com/Sony-halts-production-of-rootkit-CDs/2100-1029_3-5946825.html (visited 30 Nov. 2014).

していない¹⁰²。P2Pのファイルシェアリングによってダウンロード音楽が大規模に利用されることを防ぐために、レコード事業者のなかには、正規のオンライン・ダウンロード・サービスのプロバイダに要請して、提供される音楽ファイルのなかに、音楽ファイルの流出源の探知を可能にする特殊な識別子を導入させる事業者もある¹⁰³。この場合、レコード事業者は、ダウンロードしたファイルをファイル共有に供した消費者を訴えることが可能となる。

同様に、日本におけるデジタルテレビ放送の技術標準の策定の当初、主たる計画は、DVD技術に使用されているシステム（つまり、複製禁止、一世代のみ可能、複製自由の三つから自由に選択するというもの）と類似のシステムを採用するというものであった¹⁰⁴。しかし、かかる提案は、多くの利害関係者によって制限的に過ぎると判断された。消費者利益の代表団体側から反対され、さらには日本政府も同団体を支持した。ゆえに、当初の計画はやや和らげられ、新たなオプションが導入される結果となった¹⁰⁵。このオプションは、テレビ番組放送を録画した一台の機器から9回

¹⁰² See, e.g., Robbie Johnson, “Apple Drops DRM Copy Protection from Millions of iTunes Songs” (2009) *The Guardian*, available at <http://www.theguardian.com/technology/2009/jan/06/apple-drops-itunes-copy-protection> (visited 30 Nov. 2014); Bloomberg News, “Sony BMG Will Sell Music Without Copyright Protection” (2008) *The New York Times*, available at <http://www.nytimes.com/2008/01/08/technology/08digital.html> (visited 30 Nov. 2014).

¹⁰³ See, e.g., Amazon.com, “Amazon Music Terms of Use” (2014), available at <http://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=201380010> (visited 30 Nov. 2014); Apple, “iTunes Store: Terms and Conditions” (2013), available at <https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/us/terms.html> (visited 30 Nov. 2013).

¹⁰⁴ See, e.g., Study Group on the Promotion of Digital Content Distribution, Telecommunications Policy Subcommittee, Telecommunications Council, “Summary of Minutes (3rd meeting)” (2006), available at http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/joho_tsusin/eng/pdf/061024_1.pdf (visited 30 Nov. 2014).

¹⁰⁵ See, e.g., Takeyoshi Yamada, “[Follow-up] Dubbing 10: Right Holders Compromise at Last Moment” (2008) *Nikkei Technology Online*, available at http://techon.nikkeibp.co.jp/english/NEWS_EN/20080625/153820/ (visited 30 Nov. 2014); Promotion for Content Distribution Division, Information and Communications Bureau, Ministry of Internal Af-

まで複製を認めるものである。これは、日本の著作権法第30条が限られた範囲内での私的複製を認めていることを実践するものと理解されている。現在のところ、すべての無料放送局が、テレビ放送のデフォルトとして上記のオプションを採用している。多くのテレビ放送局は、より制限的なオプションをとれば視聴者を失ってしまうと考えているため、技術的保護手段の使用に対してかようなアプローチをとり続けているのである¹⁰⁶。

我々の調査で、映画のDVDやブルーレイ・ディスクの複製は、著作物等の利用の制約に対する消費者の受容度分布の中央に位置していた。現実問題として、技術的保護手段は映画のDVDにもブルーレイ・ディスク技術にも使用されている。前述の通り、視聴覚メディアの複製には三種類の制約が考えられる。複製禁止、一世代のみ可能、複製自由というオプションである。映画のDVDやブルーレイ・ディスクは、多くの先進国と同様に、日本国内で市販されており、伝統的に、第一のオプション、すなわち、複製禁止を採用している。しかし、我々の調査が示したように、相当数の回答者（27.82%；n=111）が、過去に何らかの手段で映画のDVDやブルーレイ・ディスクを複製したことをはっきりと認めていた。日本の市場で入手可能な商業的映像メディアのほとんどすべてが複製を禁じているのであるから、こうした回答者は、複製するために制限的な技術的保護手段を回避する必要がある。したがって、権利者は映像メディアに技術的保護手段を用いているものの、日本の人口の相当部分がこれを迂回していることになる。こうした制約を容認する回答者は多いが、他方で、これを容認しない者の数も決して少なくはない。くわえて、インターネットでこうした技術的保護手段の回避に必要なアプリケーションを探すことはそれ程難しくない。かようなアプリケーションをアップロードしたり、そのリンクを貼ったりする者に対してなされた訴訟の多くで権利者が勝訴すると

fairs and Communications, “Council Recommendations on Measures for Promoting the Production and Distribution of Content, and Legal Systems for Increasing Competitiveness” (2013) 25(1) New Breeze 12-13, available at https://www.ituaj.jp/wp-content/uploads/2013/03/nb25-1_web-6.pdf (visited 30 Nov. 2014).

¹⁰⁶ この見解は、著者が複数の主要なテレビ放送会社にインタビューした際に示されたものである。

いう状況は世界中でみられるが、だからといって、この種のアプリケーションのインターネット上での入手可能性、アクセス可能性を大きく減じるというところまでの成果はいまだに得られていないように思われる。

著作物等の利用の制約に対する消費者のこうした受容度分布の対極に位置しているのが、コンソール用のビデオゲームの複製とライブコンサートの録音に対する制約である。これらの利用行為については、著作権者は厳しい技術的保護手段等を採用している。こうした保護手段を迂回する者は少数に止まっており、大多数の消費者がかかる制限を容認しているために、保護手段は極めてよく機能している。ビデオゲームコンソールは極めて高度な技術的保護手段を採用しており、次世代機が出るたびにアップデートされている。同様に、コンサート会場で実施される保護手段は極めて厳しい。コンサートの参加者は、カメラ等の録音機器等を所持していないか所持品を検査される。こうした機器が見付かると、会場に設置されたロッカーに預けなければならない。かような状況は、スマートフォンの普及により変わる可能性がある。コンサート参加者の全員のスマートフォンをコンサートの終演までロッカーに預けるよう求めることは物理的に不可能だからである。そのため、スマートフォンの普及によってポピュラー音楽のライブコンサートの録音等禁止という現在の慣行がどの程度変化していくのか、今後の展開が注目される。

結 論

三つの主たる法域における現状の分析により、検討対象の国々には、著作権法、契約法、財産法の間に生ずる規範の衝突を解決するためのアプローチに大きな相違があることが示された。裁判所のなかには、著作権法を、特別な条件下で、契約法や財産法に対する特別法であると考えものもある。そうでないものもある。米国では、契約の自由が著作権法における権利の消尽の法理を破ることが多い一方で、EUと日本の裁判所は、権利消尽の法理や、財産法により保障される消費者の動産取引の自由が、著作権法により認められる作者の排他権や、契約法により保障される契約の自由をオーバーライドすることや、これを制限することを認めている。同様に、その他の著作権の例外や制限に対する契約上の制約に関しても、

様々なアプローチが見られた。著作権の例外や制限を強行規定であるとし、ゆえに契約の自由に対する特別法だと考える国もあれば、単なる任意規定であるとし、契約や技術的保護手段によって自由に制限しうると考える国もある。

ここで、最も巨大な利害関係者層である著作物の消費者が、交渉の余地のない契約によって著作権者の私的な利益と公衆の利益との微妙な均衡が前者重視の方向へと大きく変化するという事態を、どのように認識しているのかという疑問が生じる。かような私的秩序形成に対して消費者はカテゴリーカルに反対するように思われるかもしれないが、我々の実証研究は、日本の消費者が権利者の採用している主な技術的保護手段等をどのように受け止めているのかということを解明することで、その実情が、伝統的に考えられていたものとは異なり、もう少しニュアンスを含んだものである可能性を示している。消費者は、一部の著作物やその利用を他の利用よりも重要であると考えている。消費者にとって重要な著作物の利用が著作権者によって制限される場合、消費者は、かかる制約を不公正で正義に反するものと認識することが多く、ゆえに、こうした制約を頻繁に無視し、その回避手段を模索する。他方で、著作物の利用が消費者にとってそれ程まで重要でない場合には、こうした制約は習慣的なものとして容認され、かかる制約を実施する技術的保護手段等は極めて効率的に機能する。

また、我々の調査によって、著作権者さえも、意図的にせよ無意識にせよ、個々の著作物類型や利用類型における消費者の選好を考慮していることが示された。最も厳しい制約は、消費者があまり重要と考えていない利用に限って課されることが多い。反対に、消費者が極めて重要だと考えている著作物の利用には、まったく制約が課されないか、課されるとしても限定的なものに過ぎないことが多い。こうした利用に対して、より包括的で干渉の大きい制約を課そうとする試みは、生まれながらにして破滅する運命にある。

【訳者付記】

本訳は、文部科学省私立大学戦略的研究基盤形成支援事業（平成23年～平成27年度）「情報財の多元的価値と、創作・利用主体の役割を考慮した知的財産法体系の再構築」による研究成果の一部である。