



デジタル著作物のダウンロードと著作権の消尽

島並, 良

(Citation)

知的財産法の国際的交錯 (現代知的財産法講座 , 3):209-228

(Issue Date)

2012-12-25

(Resource Type)

book part

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90002647>

※ この論文ファイルは印刷不可です。



I 問題の所在

1. 著作権法26条の2は、映画を除く著作物の原作品または複製物に対する譲渡権を定めた上で（第1項）、一旦適法に流通に置かれた原作品または複製物のさらなる譲渡について、さまざまな角度から譲渡権を制限している（第2項各号）。このうち、譲渡権「を有する者又はその許諾を得た者により公衆に譲渡された著作物の原作品又は複製物」（以下では、真正商品ともいう。）の譲渡を適法とする同項1号は、譲渡権のいわゆる国内消尽を定めた明文の規定である。国内の知的財産諸法を通覧しても特異な規定であり¹⁾、なぜ譲渡権にだけこのような権利消尽の個別の明文規定が存在するのは必ずしも明らかではないが、ともあれ、同規定により著作権者は自らの意を受けて適法に市場に置かれた真正商品の国内流通（公衆譲渡）を以後コントロールすることが阻まれることになる。たとえば、古本屋や中古CDショップといった営業が著作権侵害を免れるのはこのためである。

この26条の2第2項1号は、その文言上、著作権者またはその許諾を得た者（以下では、著作権者等という。）による真正商品の第一拡布が国内でなされた場合に関する、しかも映画以外の著作物に限り適用される規定である。もっとも、第一拡布が国外でなされた商品については同条2項5号が同様の効果を規定しており、また映画の著作物についても劇場上映用フィルム以外の媒体（映画DVD、Blu-rayディスク等）に関しては、最高裁²⁾

1) 特許法、実用新案法、意匠法、商標法、不正競争防止法はいずれも消尽の明文規定を欠くが、解釈によって真正商品の国内譲渡が適法とされる。これに対して、種苗法21条4項本文と半導体集積回路の回路配置に関する法律12条3項は、それぞれ育成者権と回路配置利用権の消尽を定める明文規定である。

2) 最一小判平成14・4・25民集56巻4号808頁（中古ゲームソフト事件）。

の定立した判例法理によって同様に頒布権（著作26条1項）が消尽すると解されている。したがって、結果として、劇場上映用フィルムを除く全ての真正商品の譲渡について、著作権は国内・国際消尽するというのが、我が国における法制の現状である。

2. ところで、これら譲渡権や頒布権の消尽は、著作権者等が著作物の化体した有体物を適法に市場に置いた場合についてのみ妥当するとされている³⁾。すなわち、実店舗においてであれネットショップを通じてであれ、真正商品の第一拡布が書籍、絵画のキャンバス、写真の印画紙、CD-ROM、DVD、Blu-ray ディスクといった、手で触れることのできる有体物を通じてなされた場合に限り譲渡権・頒布権は消尽するというのが、現行法の建前である。

それでは、商品の第一拡布が無体的になされ、それが顧客の手で有体物に化体された場合はどうだろう。たとえば、顧客が正規のウェブサイトからインターネットを通じて電子的にダウンロードしたコンピュータ・プログラム、音楽、映画、電子書籍等のコンテンツについては、それらを格納したメディア（CD-R、SD カード、USB メモリ等）や視聴用機器（携帯用デジタル音楽プレーヤー、電子ブック、PC 等）を公衆に譲渡することは許されるのだろうか。

この点について、欧州司法裁判所は、いわゆるユーズドソフト事件において2012年7月3日に初めての判断を下し、適法にダウンロードされた後にライセンス契約に基づいて使用されていたソフトウェアの譲渡権は、消尽している旨を明示した。また、この判断の前から、米国では同様の事態についていかに対応するべきかが議論されている。インターネットを通じたコンテンツ取引が爆発的に増加している今日にあって、著作物の創作と利用の調整を図る著作権制度がこのような事態にいかに対応するのかを検討しておくことは、知的財産法学における喫緊の課題の1つであろう。そ

3) 譲渡権の消尽を規定した26条の2第2項1号、5号がいう「原作品」および「複製物」は、いずれも著作物が化体した有体物である。また、頒布権の消尽に関する最高裁判決（前掲注2）は、「家庭用テレビゲーム機に用いられる映画の著作物の複製物の譲渡」に関する判断である。

ここで本稿では、これら欧米の動向を参照しつつ、わが国での望ましい法制度を展望することにした。

II 欧州の状況

1 背景

本節ではユーズドソフト事件に関する欧州司法裁判所の判断を紹介することになるが、同事件の詳細に入る前に、欧州が複製物の譲渡と消尽についていかなる著作権制度を持つかを瞥見しておこう。

欧州では、国境を越えた効力を有する単一の「EU（欧州連合）著作権」なるものは存在しないものの、EU 各国における著作権制度は、国家間の条約、および EU レベルでの（それ自体として各国で執行力があり各国での国内法化が不要な）指令や（そのような効力のない）規則等によって、多面的に斉一化が図られている。

このうち譲渡権に関しては、WIPO 著作権条約（1996年）の6条1項が、「文字および美術の著作物の著作者は原作品および複製物を販売その他の所有権移転によって公衆の利用に供することについて排他的権利を有する」旨を規定しており、また同条2項が、「著作者の承諾を得て最初に販売又はその他の所有権移転が行われた後に、1項の権利が消尽する条件を締約国が定める自由」を認めている。2000年に同条約を批准したEUは、その後、2001年の「情報化社会における著作権と関連する権利の一定の側面の統一に関する指令⁴⁾」4条において、譲渡権と、そのEU域内で第一拡布された複製物に関する消尽について、明確に規定した。

その上で、EUの「コンピュータ・プログラムの法的保護に関する指令（ソフトウェア指令）⁵⁾」4条1項は、コンピュータ・プログラムの著作権者は(a)複製、(b)翻案、(c)原作品または複製物の譲渡・貸与に関する排他的権利を持つ旨を規定すると共に、同4条2項は、プログラムの著作権者によ

4) 2001/29/EC.

5) 2009/24/EC.

る欧州域内での第一拡布は、欧州における複製物の譲渡権（貸与は含まれない）を消尽させると明文で定めていた。プログラムの著作物の譲渡権消尽に関するこの規定は、いわゆるファーストセール理論（first sale doctrine）に基づくものであると理解されている（つまり欧州では、消尽原則とファーストセール理論の各語が互換的に用いられている）。ここで、同規定は明示的には複製物を対象としているので、ソフトウェアを格納したCD-ROM等が実店舗で販売された場合への適用が典型となるが、インターネットからデジタルダウンロードされた著作物の複製物へも適用があるかどうかは、指令の用語の解釈に委ねられている状況にあった。

なお、譲渡権の消尽とは別の問題として、ソフトウェア指令5条1項は、コンピュータ・プログラムの「合法的取得者」に対して、コンピュータの使用のために必要な範囲で、プログラムの全部又は一部の、そして恒久的又は一時的な複製と翻案を許している⁶⁾。

2 事実

以上の各規定と法状況を前提に起きたのが、ユーズドソフト事件である。事案の概要は次のとおりであった。原告オラクル・インターナショナル社（以下、オラクル）は、主にインターネット経由のダウンロードによって、自己が著作権を有するクライアントサーバー型のデータバンク用ソフトウェアを販売していた⁷⁾。

その方法は、次のとおり2段階となっていた。すなわち、ソフトウェアをいったん無償ダウンロードした顧客が、その後、代金の支払いと引き換えに非排他的・移転不能・無期限な「ユーザー権」を手にする旨のライセンス契約を締結したことになっていたのである。当該ライセンスで認められたユーザー権には、プログラムのコピーをサーバーに恒久的に格納する権利と、最大25人までのユーザーが自己のワークステーション・コンピュータのメインメモリーにそれをダウンロードすることで、それにアクセス

6) ただし同項は、反対の特約を認めている。

7) オラクルは、本件係争物であるソフトウェアのうち85%をダウンロードで、残る15%を顧客の要望に応じてCD-ROMまたはDVDで配布していた。

することを認める権利が含まれていた。

これに対して、スイスに本拠を置くドイツ会社である被告ユーズドソフトは、オラクルの顧客から得た「使用済み」ライセンスを再販売していた。この中古ライセンスをユーズドソフトから購入した後、オラクルのソフトウェアをまだ有していない顧客は、オラクルのウェブサイトから直接、当該プログラムをダウンロードすることになる。他方で、すでにそのソフトウェアを有しており、追加ユーザーのための追加ライセンスを購入しようとする顧客は、追加ユーザーのワークステーション用に手持ちのプログラムをコピーすれば良い旨をユーズドソフトから促されることになる。

そこでオラクルは、ドイツの裁判所に上記行為の差し止めその他の救済を求めて出訴に及んだところ、地裁はオラクルの申立てを認め⁸⁾、さらに高裁は控訴を却下した⁹⁾。そのためユーズドソフトはドイツ連邦通常裁判所に上告したところ、同裁判所はこの点に関する EU 指令の解釈について予備判決を得るために訴訟手続を一時停止し、欧州司法裁判所に事案を付託した。付託対象となった争点のうち、本稿との関係で重要であるのは、適法なダウンロードによってコンピュータ・プログラムの複製物が作成された場合に、ソフトウェア指令 4 条 2 項により譲渡権は消尽するのかわである。つまり、ユーズドソフトから「中古の」ライセンスを取得した顧客がオラクルのコンピュータ・プログラムを複製することが、ソフトウェア指令 5 条 1 項にいう「合法的取得者」の行為として許されるためには、その前提として、いったん適法にダウンロードされたプログラムがすでに消尽しているが故に、そこからライセンスを（ユーズドソフトを介して）取得する行為も適法である必要があったわけである。

3 欧州司法裁判所の判断

付託を受けた欧州司法裁判所は、その大法廷において次のとおり判決¹⁰⁾を下した。すなわち、「ソフトウェア指令 4 条 2 項を解釈する際には、自

8) LG München I, Urteil v. 15.03.2007, Az. 7 O 7061/06.

9) OLG München, Urteil v. 3.07.2008, Az. 6 U 2759/07.

10) UsedSoft GmbH v Oracle International Corp., Case 128/11 (3 July 2012).

分が所有者である著作物の複製物の経済的価値に相当する報酬を確保できるだけの料金の支払いと見返りに、インターネットからの著作物のダウンロードを無償で許諾している著作権者が、当該複製物を無期限で使用するための権利も許諾している場合には、コンピュータ・プログラムの複製物の譲渡権は消尽することを意味すると判断しなければならない。』。そして、「ライセンスの2番目の取得者は、ソフトウェア指令4条2項に基づく譲渡権の消尽に依拠することができるため、同指令5条1項にいうコンピュータ・プログラムの複製物に対する合法的取得者とみなすことができ、当該規定に定める複製の利益を享受できると考えなければならない。』。

ダウンロードによっても譲渡権が消尽する実質的な理由として、同判決は次のような説明をしている。まず、オラクルは顧客がソフトウェアを無償ダウンロードした後に有償のライセンス契約を結んでいるから、これは譲渡権が消尽する複製物の「販売」には当たらないと主張するが、しかし顧客はダウンロードしただけでは意味がない以上、ダウンロードとライセンス契約は一体として評価されなければならない。そして、一体として評価した場合、顧客がコンピュータ・プログラムの複製物を利用できるようになることの見返りとして、その経済的価値に相当する報酬を確保できるだけの料金がオラクルに支払われているのだから、これをCD-ROMやDVDなどの有体物の販売と区別する理由はない。したがって、オラクルの一連の行為は、ソフトウェア指令4条2項にいうプログラムの複製物の「最初の販売」に該当する。

こうして欧州では、指令の文言を実質的な理由から拡張的に解釈することで、手段がディスク等の媒体の配布であるかダウンロードであるか、そしてその法的構成が販売であるかライセンスであるかを問わず、ひとたびソフトウェア開発者がプログラムの配布から対価を得れば、譲渡権が消尽することが明確にされた。この結果、コンピュータ・プログラムの複製物をいったん適法に入手した者は、当該複製物を自由に販売することが広く許されることとなったのである。

本稿執筆の時点では同判決から問もないため、その評価や検討は彼の地においても未だ充分ではない。それは将来の議論蓄積に委ねられるほかな

いが、しかし、コンピュータ・プログラムのダウンロードを通じたライセンス契約がなされた場合であっても、それを格納した複製物の譲渡について譲渡権が消尽するという判旨の射程自体は、極めて明確である。また、本件ではライセンス契約において、ライセンシーたる地位（ユーザー権）の移転禁止条項が付されていたにも拘わらず、このような帰結がもたらされている点にも注意を要しよう。今後はさらに、それがEU ソフトウェア指令の対象であるコンピュータ・プログラムを超えて、音楽ファイルや電子書籍などのデジタルコンテンツの流通一般にも妥当するのか、またEU 域外の業者が開設するウェブサイトからのダウンロードについても同様の結論が維持されるのか、などが問題となるように思われる。

Ⅲ 米国の状況

1 ファーストセール理論と消尽原則

(1) 米国連邦著作権法では、明文の規定によって、真正商品たる複製物の譲渡は適法とされている。すなわち、複製物（コピー／レコード）の譲渡に関する譲渡権を定める米国連邦著作権法106条(3)を受けて、同法109条 a 項は、「適法に作成されたコピー／レコードそのものの所有者又はそれから許諾を得た者は、著作権者の許諾なく、当該コピー／レコードの譲渡その他の方法で、当該所有権を処分することができる。」旨を規定する。日本法（著作26条の2第2項1号）が、あくまで著作権者の立場から譲渡権の不適用場面の1つとして真正商品の譲渡を挙げるのとは異なり、米国法の場合には所有権者側に真正商品の処分権能を与えているが、その実質的な内容において両者に懸隔はない。

「適法に作成された複製物」の所有権が著作権者以外の手に渡る典型例は、譲渡権者自身が市場で複製物を最初に販売し（first sale）それが輻転流通した場合であることから¹¹⁾、同項に示される法理は、欧州と同じくファーストセール理論（first sale doctrine）と呼ばれている。同理論は、上述のとおり、譲渡権を制約するものとして米国連邦著作権法109条 a 項

に実定化されているが、最近では、より一般的な射程を有するコモンロー上の法理としての消尽原則 (exhaustion principle) の1つの徴表であるとする理解が有力である¹²⁾。ファーストセール理論と消尽原則の各語は、欧州と同じく米国でもしばしば互換的に使われるが、両者をこのように区別する立場によれば、消尽原則はさまざまな支分権について所有権者の利益保護を図る一般法理であるのに対して、それを譲渡権において具体化したものが109条 a 項にあるファーストセール理論であるとされる。

(2) それでは、譲渡権に関するファーストセール理論以外に、どのような場面で、消尽原則 (ないし論者によってはこれもまたファーストセール理論) に基づく所有権者の利益保護がなされているのだろうか。それには、次の4つの場面がある¹³⁾。

その第1は、真正商品の修理や修繕の場面である。たとえば、火災で燃えた書籍から燃え残りを集めて再度製本し販売する行為¹⁴⁾や、生徒の使用によって汚損した教科書を再販売する際に、汚損した表紙を複製して元通りに直す行為¹⁵⁾についても、複製権の侵害には当たらないとされる。もちろん、複製物の修理や修繕を越えた新たな再製は複製権の侵害であり¹⁶⁾、両者の線引きには (特許製品の許される修理と違法な再製造と同じ) 困難が横たわる。しかし、いずれにせよ、一定の範囲で複製物所有者による修理や修繕が許容されることに争いはない。図書館における蔵書保存のための増製¹⁷⁾は別として、このような修理・修繕を広く許す明文規定は米国法

11) ただし、109条 a 項が適用される first "sale" には、無償譲渡も含まれるとされる。See, *Walt Disney Prods. v. Basmajian*, 600 F.Supp. 439 (S.D.N.Y. 1984).

12) Aaron Perzanowski and Jason Schultz, *Digital Exhaustion*, 58 UCLA L. Rev. 889, 912 (2011).

13) See, *Id.* at 913-922.

14) *Harrison v. Maynard, Merrill & Co.*, 61 F. 689 (2d Cir. 1894).

15) *Doan v. American Book Co.*, 105 F. 772 (7th Cir. 1901).

16) See, *Ginn & Co. v. Appolo Publishing*, 215 F. 772 (E.D.Pa. 1914).

17) 17 U.S.C. § 108.

にも存在しないが、しかし消尽原則ないしファーストセール理論という一般法理からこれらの行為は承認されているのである。

譲渡権以外において消尽原則ないしファーストセール理論が適用される第2の場面として、真正商品の翻案や変形がある。たとえば、既刊書籍を適法に購入し別の作品と併せてニューコレクションとしてセット販売する行為¹⁸⁾や、既刊のマンガ本を合本し新タイトルを付して販売する行為¹⁹⁾は、いずれも翻案権侵害に当たらないとされた。また、購入したペーパーバック本に似たような図柄の固い表紙を付けてハードカバー本として販売する行為²⁰⁾についても、許される変型とされた。書籍に関するこれらの裁判例以外にも、たとえば紙のグリーティングカードを購入してセラミック板に転写し販売する行為について、翻案権侵害を否定した例²¹⁾もある。これらの行為は、有体物としての複製物の加工であるだけでなく、無体物としての著作物の翻案ないし変形に（著作物の単位の取り方によっては）該当し得るが、いずれも消尽原則によって適法と位置づけられたのである。他方で、過度な加工が施された場合、たとえば雑誌『ナショナル・ジオグラフィック』を購入して記事を裁断し、テーマごとに再構成した号を新たに販売する行為²²⁾や、美術絵画をそれと代替的なセラミック板に移す行為²³⁾については翻案権侵害であるとされており、ここでもまた適法と違法の分水嶺は不明確であると言わざるを得ない。しかしいずれにせよ、翻案権についても、著作権者の利益と所有権者の利益を衡量した上で、消尽原則ないしファーストセール理論という不文の法理の適否が議論されているという状況そのものは、指摘するに足りるだろう。

そして第3に、真正商品の展示の場面でも、著作権は消尽原則ないしフ

18) *Kipling v. G.P. Putnam's Sons*, 120 F. 631 (2 d Cir. 1903).

19) *Fawcett Publ'ns, Inc. v. Elliot Publ'g Co.*, 46 F.Supp. 717 (S.D.N.Y. 1942).

20) *Lantern Press, Inc. v. Am. Publishers Co.*, 419 F.Supp. 1267 (E.D.N.Y. 1976).

21) *C.M. Paula Co. v. Logan*, 355 F.Supp 189 (N.D. Tex. 1973).

22) *National Geographic Society v. Classified Geographic, Inc.* 27 F.Supp. 655 (D.Mass. 1939).

23) *Mirage Editions, Inc. v. Albuquerque A.R.T. Co.*, 856 F.2d 1341 (9 th Cir. 1988).

ファーストセール理論による制約を受ける。上述した複製権や翻案権を制約する消尽原則が明文の根拠規定を持たないのに対して、展示権における消尽原則は、米国連邦著作権法109条c項において定められている。すなわち、展示権を規定した「第106条(5)の規定にかかわらず、本編に基づき適法に作成された特定の作品の所有者又はそれから許諾を得た者は、著作権者の許諾なく、当該作品を直接または一度に画像1点を映写することで、作品がある場所にいる観衆に対して公に展示することができる。」。この結果、美術館や画廊は自己の所有する、あるいは所有者から借りた絵画や彫刻について自由に展示することが可能となる反面、展示権の侵害例は、たとえば盗品を展示する場合などに限られることになる。この展示権に対する大幅な制約は、1976年の現行連邦著作権法制定時に、著作権者の利益と所有権者の利益を衡量した上で、展示権の承認と同時に立法化されたものであるが、現在では消尽原則ないしファーストセール理論の1つの表れと位置づけられていることに、ここでは留意しておきたい。

最後に、第4の関連制度として、コンピュータ・プログラムの複製物所有者の権利に関する規定も挙げるができる。すなわち同法117条a項は、適法に作成されたコンピュータ・プログラムの複製物所有者に対して、①機械によるプログラムの使用に不可欠な段階で作成され、かつ、他の方法では一切使用されない場合か、または②プログラムの保存のみを目的とし、かつ、プログラムの占有を継続することが適法でなくなった際には全ての保存用複製物が廃棄される場合について、プログラムを複製、翻案することを認めている。この規定により、コンピュータ・プログラムを格納した媒体（複製物）を適法に購入した者は、コンピュータでの使用に際して必然的に随伴する一時的固定、バージョンアップやバグ修正等に要する改変、さらにはバックアップの保存を行うことが許容されることとなった。また、同条b項は、同じく適法に作成されたコンピュータ・プログラムの複製物について、その元になった複製物と共に、当該プログラムに対するすべての権利の貸与、販売その他の移転の一部としてこれを貸与、販売その他移転することができる旨を定める。つまり、たとえばPCのハードディスクからプログラムが削除されることを条件に、そのインストールに要

した媒体の譲渡や貸与を認めているのである。そして、こうしたコンピュータ・プログラムに関する複製権、翻案権、譲渡権、貸与権に対する制約もまた、米国では消尽原則ないしファーストセール理論の具体化であると理解されている。

2 コモンローとしての消尽原則

こうしてみると、米国における著作権の消尽原則ないしファーストセール理論は、わが国における頒布権や譲渡権の消尽と比べると、その射程がかなり広いことが理解されるだろう。彼の地の最近の学説では、先述のとおり複製物の流通に関する法理はファーストセール理論として整理され、それを含みより一般的な原則として、著作権の消尽が観念されている。これとは異なり、ファーストセール理論を消尽原則と互換的に用いる用語法を採る見解もあるが、各法理にどのようなラベルを貼るかは別として、要するに、著作権者と所有権者の利益を調整する場面において、真正商品たる複製物の流通だけでなく、その複製、翻案、展示をも適法とし得るような長い射程を持つ一般法理が存在するということが、ここでは重要であろう。

このように、所有権者による複製物のさまざまな利用態様について幅広く利用の自由を認める法理である以上、消尽原則が保護している利益は、(わが国の消尽理論について意識されているような)物の自由流通には限られないことになる。そこでは、所有権者がその所有物の使用・収益・処分について有する、より広い利益の保護が顧慮されていることになる。

そして実は、このような所有権者の利益の保護は、コモンローの長い伝統の上に立脚したものである。米国連邦著作権法がその1909年法において、譲渡権にファーストセール理論に基づく制約を初めて置いた際、連邦議会には従前の裁判例の準則を変更する意図はなく、むしろそれを明確化するための立法である旨が明示されていた²⁴⁾。また、従来の下級審裁判例を集大成したため、連邦最高裁レベルでのファーストセール理論の源流と目される Bobbs-Merrill 事件判決²⁵⁾は、この立法に先立つこと1年前にす

[24) H.R. REP. NO. 60-2222, at 19 (1909).

に下されていた。そして先に見たとおり、その後現在に至るまで米国連邦著作権法は、真正商品としての複製物の修理、修繕、翻案、変形、展示といった様々な場面で、著作権付与による創作誘因の確保と所有権の絶対性の保護とを微妙に衡量する伝統を、長らく有してきたのである。この伝統は、コモンロー上の他の法理と同じく、立法による基準の明確性（法的安定性）よりも、事案に応じたきめ細かい利益衡量（具体的妥当性）を重視したものである点に、ここでは特に注目しておこう。

ところで、コモンローの伝統に立脚する著作権のきめ細かい制約原理として、我々日本人が最も身近に想起するのは、フェアユースの法理であろう。近年わが国でも、米国連邦著作権法107条が定めるフェアユースの法理を参考にしながら、日本版フェアユース規定の創設の要否が活発に議論されている²⁶⁾。米国におけるフェアユース規定は、①使用の目的および性質（使用が商業性を有するかまたは非営利的教育目的かを含む）、②著作権のある著作物の性質、③著作権のある著作物全体との関連における使用された部分の量および実質性、④著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響、という4要素を総合考慮しつつ、規範的要件としての「公正な」著作物利用を適法と位置づける一般条項であるが、元々はコモンローに基づく判例の集積により形作られてきた法理を、現行著作権法制定時に条文化したものである。このように、コモンローの伝統に立脚した著作権の制約原理であるという点で、確かに、フェアユースの法理と消尽原則とは共通性があると言える。しかし、フェアユースの法理は107条においてその全容が（概括的にはあるが）条文化されたのに対して、消尽原則は109条と117条にその一端を覗かせるだけで、なお書かれざる一般法理としての力を失っていない。先に見たとおり、著作権と所有権の衡

25) *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*, 210 U.S. 339 (1908).

26) 日本法への導入論の主唱者によるものとして、参照、中山信弘「著作権の権利制限」高林龍=三村量一=竹中俊子編集代表『現代知的財産法講座Ⅰ 知的財産法の理論的探究』（日本評論社、2012年）273頁、284頁。また、一般規定と個別規定の理論的比較として、参照、島並良「権利制限の立法形式」著作権研究35号90頁（2008年）、同「著作権制限の一般規定」村林隆一先生傘寿記念『知的財産権侵害訴訟の今日的課題』（青林書院、2011年）482頁。

量が必要な場面では、時に明文の根拠なく消尽原則が登場し、複製権等を制約する原理としても作用するのである²⁷⁾。

コモンローに根ざした制度としてここで比肩すべきは、むしろ特許法上の消尽原則であろう。米国連邦特許法には、わが国の特許法と同じく、消尽原則ないしファーストセール理論の現れとなる明文規定は存在しない。それは完全に判例法として、そして（著作権法や特許法といった個別法ではなく）知的財産法を覆う一般原理として、形成と定着を見ている²⁸⁾。そして、本稿の主題に照らしてここで指摘したいのは、特許法における消尽原則ないしファーストセール理論が、コモンローの伝統に根ざした一般原則であるが故に、事案に応じたきめ細かい適用がなされているということである。その最たる例は、方法の発明に対する特許権についても、当該発明の本質的な特徴を化体した製品が特許権者によって販売されることで消尽するとした近時の連邦最高裁判決²⁹⁾であろう。方法の発明は、権利者による特許製品そのものの第一抔布を観念できないが、それでも連邦最高裁は消尽原則を「永続する原理」とであると位置づけ、特許権者と所有権者の利益状況を衡量した上で、方法の発明に関する特許権についてその適用を認めた。このような事案に応じたきめ細かい対応が可能であるのは、消尽原則が立法による明確な原理ではなく、コモンロー上の柔軟な原理として位置づけられているためである。

3 ダウンロードと消尽原則

もっとも、柔軟な利益衡量を可能とするこのようなコモンロー上の消尽原則が、適法ダウンロードによって作成された複製物についても妥当する

27) このほか、フェアユースの法理は著作物の市場を大幅には奪わない非消費的利用（私的利用やパロディがその典型例である）を他者に許すものであるのに対して、消尽原則は著作物の消費的な利用を所有者に許すものである点でも、異なるものとも言えよう。

28) 19世紀に端を発する特許法上の消尽原則形成の過程と内実については、参照、高橋直子「ファーストセール後の特許権の行使——アメリカ合衆国における裁判例を素材として」特許研究18号27頁（1994年）、玉井克哉「アメリカ特許法における権利消尽の法理（1X2）」パテント54巻10号19頁、11号31頁（2001年）。

29) *Quanta v. LG Electronics, Inc.*, 553 U.S. 617 (2008)。

かどうかは、いまだ裁判例がない。前述のとおり、譲渡権に関する消尽原則の現れである米国連邦著作権法109条 a 項は、「適法に作成されたコピー／レコードそのものの所有者又はそれから許諾を得た者」を対象とし、著作権者等による第一拡布が「販売」による旨を求めているが、同条 d 項は、同条 a 項が「レンタル、リース、ローン、その他によって複製物を占有した者」には及ばない旨を明確に定めている。したがって、米国では、ソフトウェアやコンテンツの拡布がなされた場合に、それが法的に販売とライセンスのいずれにあたるのかが、重要な分岐点となる³⁰⁾。また、同法107条 a 項は譲渡された複製物（コピー／レコード）の作成者が誰かを問わないから、ソフトウェアやコンテンツがダウンロードによって第一拡布され、顧客の手元で複製物が作成された場合にもファーストセール理論の適用は認められそうであるが、しかし同規定はファーストセール理論の現れとされているためか、米国でもダウンロードにより作成された複製物について同規定が及ぶかどうか議論されているのである。

そのような中で、デジタル配信された著作物の複製物について、譲渡権が消尽する旨の立法を新たにすべきだとする見解は、以前から存在した³¹⁾。これに対して最近の学説には、109条 a 項に実定化されたファーストセール理論と、コモンローに基づく消尽原則を区別した上で、後者を判例によってダウンロード複製物一般に押し及ぼすことを主張するものがある³²⁾。立法によるか解釈によるかはそれぞれであるが、それら消尽肯定説の根拠は、要するに、①最初から著作権者によって複製物が第一拡布される場合

30) 販売であるとされ消尽が肯定された例として、*SoftMan Products Co. v. Adobe Systems Inc.*, 171 F.Supp. 2d 1075 (C.D. Calif. 2001)、ライセンスであるとして消尽が否定された例として、*Davidson & Associates v. Internet Gateway Inc.*, 334 F.Supp. 2d 1164 (E.D. Mo. 2004) がある。

31) Mark A. Lemley, *Dealing with Overlapping Copyrights on the Internet*, 22 U. Dayton L. Rev. 547, 587 (1997) ; Joseph P. Liu, *Owning Digital Copies : Copyright Law and the Incidents of Copy Ownership*, 42 Wm. & Mary L. Rev. 1245 (2001) ; R. Anthony Reese, *The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks*, 44 B.C.L.Rev. 577 (2003).

32) Perzanowski & Schultz, *supra* note 12, at 935-942.

とダウンロードによって拡布される場合とで、著作権者と所有権者の置かれる利益状況に違いはないこと、また、②同じデジタル作品であるコンピュータ・プログラムについては前述のとおり117条 a 項において消尽原則に基づく特別な手当が施されているところ、やはり当事者の利益状況において、他のデジタルコンテンツの場合もそれと異なることにある。その結果、たとえダウンロード方式によって販売されたデジタルコンテンツであっても、購入者はその複製物について他人に譲渡したり、あるいはコンテンツを視聴するためのタイム・シフト、プレイス・シフト、そしてフォーマット変更に要する複製や翻案をしたりすることを、消尽原則によって認められるべきであると主張するのである。

IV 日本法への示唆

以上のとおり、欧州はインターネットで適法に配信された著作物をダウンロードした複製物について、それが販売ではなくライセンス契約との法的構成を採る場合であっても、その後の複製物譲渡を譲渡権の消尽を理由に適法とする方向に舵を切った。また、同様の事態について米国ではまだ明確な方向性は見えていないが、立法や解釈によってコモンロー上の一般原則である消尽原則を適用する旨の対応が模索されている。では、日本法の今後はどのように展望されるのだろうか。

もとより、EU法の桎梏もコモンローの伝統も共有しないわが国において、欧米の法をそのまま移入する理由はない。しかし、インターネットを介した著作物の流通状況を前提とすると、著作権制度の国際的な調和はそれ自体として価値を持つだろう。そこで以下では、まず一般論として、適法にダウンロードされた著作物の複製物に対する消尽原則の適用を認めることが望ましいのか（実質的正当化論拠）を、そして次に、日本法に焦点を絞り、現行著作権法がそれを受容する制度となっているのか（形式的正当化論拠）を、順に検討する。

1 実質的正当化論拠

譲渡権を制約する消尽原則がダウンロード著作物の複製物にも妥当するかどうかは、まさに消尽原則の適用射程の問題であるから、まず消尽原則が複製物の譲渡に及ぶ趣旨を明らかにし、次いでその趣旨がダウンロード著作物の複製物にも当てはまるかが考察されなければならない。必要性和許容性に分けて検討しよう。

(1) 消尽原則が複製物の譲渡に及ぶ趣旨のうち、その必要性に関して、我が国では「商品の自由な流通を確保すべきだから」という点が挙げられることが多い。もっともこの理由付けは、譲渡権が消尽する旨の結論そのものであり、消尽の実質的な必要性とは言いがたい。もう一步踏み込んで、なぜ商品の自由な流通は確保されるべきなのだろうか。譲渡権消尽の必要性（社会的便益）として米国の学説において挙げられるのは、主に次の4点である³³⁾。これらの諸点は、無体物に関する著作権と、有体物に関する所有権の調整の結果、所有者に著作物の利用を一定の範囲で許す一般的な必要性であるから、国や些細な法制度の違いを超えて、わが国にも基本的には妥当するものと考えられる。

① まず、消尽原則により中古品市場が形成され、社会が著作物を享受する機会を増やすことが挙げられる。仮に新品と中古品が完全に競争的である場合に、需要が一定であれば、トータルとしての複製物の流通数は変わらないだろう。しかし、中古品は新品よりも当然に安価であり、また中古品市場とも競争しなければならない新品市場の価格も下落することになるから、両市場が併存する方が需要は増大することになる。

② 次いで、著作者はいったん公開した著作物については、商業価値の

33) See, Perzanowski & Schultz, *supra* note 12, at 894-901 (①～④に加えて、イノベーションの促進とプラットフォーム競争を挙げる); Liu, *supra* note 31, at 1303-36 (①～④を挙げる); Reese, *supra* note 31, at 584-94 (①～③を挙げる); Molly Shaffer Van Houweling, *The New Servitudes*, 96 *Geo. L.J.* 885, 898-916 (2008) (④を挙げる).

変化や政治的・文化的な理由等でたとえ心変わりしても、市場での流通はもちろんその存在自体を妨げることはできないことから、消尽原則は著作物という文化資産の保存に役立つ。同原則により、有体物に最初に固定された状態で、その時点での著作物の有り様が維持されることになるのである。

③ さらに、消尽原則は消費者のプライバシーと自律性の保護に資する。もし同原則がなければ、複製物の所有者は自己の所有物について利用するたびに著作権者の許諾を得る必要が生じるが、それは、たとえば政治的な主張を含む著作物についてのアクセスを萎縮させることに繋がるだろう。

④ そしてまた、消尽原則は、市場での複製物の取引に際して利用条件の明確性を担保し、取引費用を低減させる。自己の所有物についてどのような利用が可能であるのかを、いちいち著作権者に問い合わせなければならないというのでは煩瑣に過ぎ、そのコストを考えると複製物の所有自体を躊躇うかも知れない。たとえば複製物を用いた著作物の公の上映は許されないが、公衆への再譲渡は可能であるといった具合に、どのような利用が許されるのかが明確であることそのものが、複製物を通じた著作物取引の促進に資するのである。

(2) それでは、これらの必要性は、ダウンロード著作物の複製物についても、第一拡布時から著作権者等によって作成された複製物と同じく妥当するだろうか。

まず、①価格低下による著作物享受機会の増加は、著作権者による正規配信市場と、中古複製物市場が競争する場合でも同じく生じるだろう。また、②著作物の保存効果についても、著作物が最終的に複製物という有体物に固定されることによって果たされるのであるから、著作権者による正規配信をそのままダウンロードして作成された真正商品たる複製物についても妥当する。さらに、③消費者のプライバシー／自律性の保護と、④取引費用の低減については、いずれも取引ないし著作物利用のたびに著作権者の許諾を得る必要がないことがその理由であるから、いずれもダウンロードされた著作物の複製物利用について当然にあてはまる。

そうであるならば、著作権者等による第一拡布の段階で、著作物が有体物に固定されているのか、それとも当初はインターネットを通じた電子的な配信によるがそのダウンロードによって購入者の手で有体物に固定されるのかに関わりなく、消尽原則の適用を認める必要性が存すると言えよう。

(3) これに対して、その許容性はどうか。消尽原則が複製物の譲渡に及ぶ趣旨のうち、その許容性に関しては、日米共に共通した思考が見られる。すなわち、「著作権者等は複製物の第一拡布時に、予めその代償（譲渡代金、ライセンス料）を得る機会が保障されているから」という理由付けである（二重利得禁止論）。

このような譲渡権消尽の許容性は、著作権者による著作物の第一拡布が、複製物の譲渡によるのか、それとも電子的な送信によるのかに拘わらず妥当することは論を俟たない。著作権者としては、顧客にダウンロードを許す時点で、その後の複製物流通の代償として足りるだけの料金を予め設定することは、最初から複製物を販売する場合と同じく可能である。先に見たユーズドソフト事件欧州司法裁判所判決が、複製物の経済的価値に相当する報酬を確保できるだけの料金の支払いを譲渡権消尽の条件としていることは、同様の考慮に基づくものであろう。

そうであれば、適法にダウンロードされた著作物の化体した複製物についても、譲渡権の消尽を肯定するだけの実質的な許容性が認められると言える。

2 形式的正当化論拠

それでは、わが国の著作権法の構造はこのような帰結を受容する素地を持つのだろうか。日本著作権法には、適法にダウンロード販売された著作物を格納した複製物について、その譲渡を適法とする旨の明文規定は存在しない。冒頭でも見たとおり、譲渡権の国内消尽に関する26条の2第2項1号、国際消尽に関する同5号、そして最高裁³⁴⁾によって解釈上承認された頒布権の消尽は、いずれも著作物の原作品および複製物という有体物

34) 前掲注2) 中古ゲームソフト事件最判。

が著作権者等によって第一拡布された場合に関する規範であるから、第一拡布が有体物を通じてではなく電子的になされるダウンロード販売の場合には妥当しない。その結果、現行著作権法の規定を字義通り適用すれば、正規ウェブサイトからダウンロードしたソフトウェアや音楽、映画、電子書籍などのコンテンツであっても、それを格納した媒体や機器ごと公衆に譲渡すると、譲渡権ないし頒布権の侵害に該当することになる。

ではここで、米国で唱えられているように、わが国でも「不文の消尽原則」は認められるだろうか。譲渡権の消尽を認める26条の2第2項1号が、創設的な限定規定か、それとも法の一般原則に基づきその具体例を確信的に示した例示規定か、という問題である。従来³⁵⁾の学説においてこの点が意識的に議論された例は見当たらないが、これまでは当然に、創設的確認規定であるとの立場が採られてきたように思われる。

しかし、わが国の著作権法はすでに、米国連邦著作権法と同じく、原作品や複製物の譲渡以外の場面で、著作権と所有権の調整に関するさまざまな諸規定を多数置いている³⁵⁾。米国における最近の学説³⁶⁾と同じく、消尽原則を（従来の日本の学説よりも）広く捉えるならば、これらは全て著作権法に通底する一般法理としての、消尽原則の現れということができる。

また、映画の著作物に関する頒布権が、消費者用のパッケージ・メディアについて一部消尽するという規範は、最高裁によって判例法理として樹立されたものである。そうであれば、最高裁自身も、そのような一般法理の存在を許容していると思われる。さらに、特許法等においては、手掛かりとなる規定を全く欠くにも拘わらず消尽原則が広く妥当すると解されており、逆に、著作権法が譲渡権（26条の2第1項）を創設するに際して同条第2項の消尽規定を同時に置いた意図が、著作権法に限り消尽をそのような局面に限るという点にあったことは伺えない³⁷⁾。そうであれば、同条2項は、あくまで確信的な例示規定であると解することが可能である。

これらの状況に鑑みると、ダウンロード販売された著作物を格納した複

35) 著作権法45条、47条の2、47条の3、47条の4、47条の8、47条の10等。

36) Perzanowski & Schultz, *supra* note 12.

製物について、広く知的財産法に内在する一般法理である消尽原則を適用し、その譲渡を適法と解することは、必ずしも現行法の構造に反しないものと思われる。

V おわりに

以上を要約すると、正規ウェブサイトからの配信により適法にダウンロードされた著作物の複製物は、その所有者が自由に譲渡することができる（譲渡権、頒布権の侵害には当たらない）ものと解される。その理由は、知的財産法に内在する一般法理である消尽原則の趣旨が、このようなダウンロード著作物の複製物についても等しく妥当する上に、わが国の現行著作権法の構造もその適用を受容すると考えられるからである。

米国の学説が主張するように、譲渡以外の著作物利用態様との関係でもこのような一般法理としての消尽原則の適用によって適法とされる場合があるのか、また、欧州の裁判例のように、ダウンロードが著作物の販売ではなくライセンスであるとの法的構成が採られた場合でも消尽の効果が同様に及ぶのかは、なお今後の課題として残されている。

37) 著作権法26条の2は、第1項・第2項のいずれも、WIPO著作権条約6条の規定を受けて、その国内法化の一環として平成11年改正で設けられた。第2項の消尽規定は、著作物の原作品および複製物を対象とする第1項を受けて置かれたため、たまたまそれらの第一抔布だけを対象とした体裁が採られたものと思われる。