

デジタルコンテンツの流通 と消尽原則

名古屋大学法学部教授 栗田昌裕





複製物の流通と著作権

複製物の流通と著作権

■ 複製物（原作品）の流通をコントロールする権利

権利の名称	根拠条文	対象著作物	内容	消尽
頒布権	26条	映画の著作物	譲渡＋貸与	譲渡部分のみ消尽*（判例）
譲渡権	26条の2	映画以外の著作物	譲渡	消尽する（26条の2第2項）
貸与権	26条の3	映画以外の著作物	貸与	消尽しない

* 公衆に提示する目的を有しないものに限る

- 著作物は「表現」であり、無体の情報である
- 著作物の媒体である有体物は「原作品」又は「複製物」と呼ばれて区別される
- 頒布権は劇場用映画フィルムの配給制度を維持するための権利。最初に創設された
- 貸与権は貸レコード業に対応するために1983-1984年に新設された
- 譲渡権はWIPO著作権条約上の「頒布権」をすべての著作物に認めるために1999年に新設された
 - 海賊版の製造は複製権の侵害に当たり、その販売は譲渡権の侵害に当たる
 - 譲渡権に制限を設けないと購入した物の再販売ができなくなるため（所有権の恒久的制限に当たる）、消尽の原則が認められている

消尽の原則

■ 内容

- 適法な第一譲渡が行われれば、その後の譲渡については権利を行使できなくなるという原則
- 譲渡権には明文の規定がある（著作権法26条の2第2項各号）
- 頒布権のうち、公衆への提示を目的としない複製物の譲渡については消尽を認める判例がある
 - 「公衆に提示することを目的としない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」については、「複製物を公衆に譲渡する権利は、いったん適法に譲渡されたことにより、その目的を達成した者として消尽」する（最判平成14・4・25民集56-4-808〔中古ゲームソフト大阪事件〕等）

■ 正当化根拠

1. 著作物の原作品やその複製物の譲渡に際して常に著作権者の許諾を要するとすれば、その円滑な流通が阻害されること
2. 著作権者には第一譲渡の際に対価を取得する機会を保障すれば十分であること

（前掲中古ゲームソフト大阪事件判決）



情報の流通と著作権

公衆送信権

■ 公衆送信権（23条）

1. 著作者は、その著作物について、公衆送信（自動公衆送信の場合にあつては、送信可能化を含む。）を行う権利を専有する。
2. 著作者は、公衆送信されるその著作物を受信装置を用いて公に伝達する権利を専有する。

利用行為	定義	規定	例
公衆送信	放送	公衆によって同一の内容の送信が同時に受信されることを目的として行う <u>無線通信</u> の放送	2条1項8号 地上波テレビ放送 衛星放送
	有線放送	公衆によって同一の内容の送信が同時に受信されることを目的として行う <u>有線通信</u> の放送	2条1項9号の2 ケーブルテレビ放送 有線ラジオ放送
	自動公衆送信	公衆からの求めに応じ <u>自動的</u> に行うもの	2条1項9号の4 ウェブサイト 電子掲示板、SNS
	その他	公衆からの求めに応じ <u>非自動的</u> に行うもの	23条1項 電話の申込みに応じてFAXで情報を送信するサービス

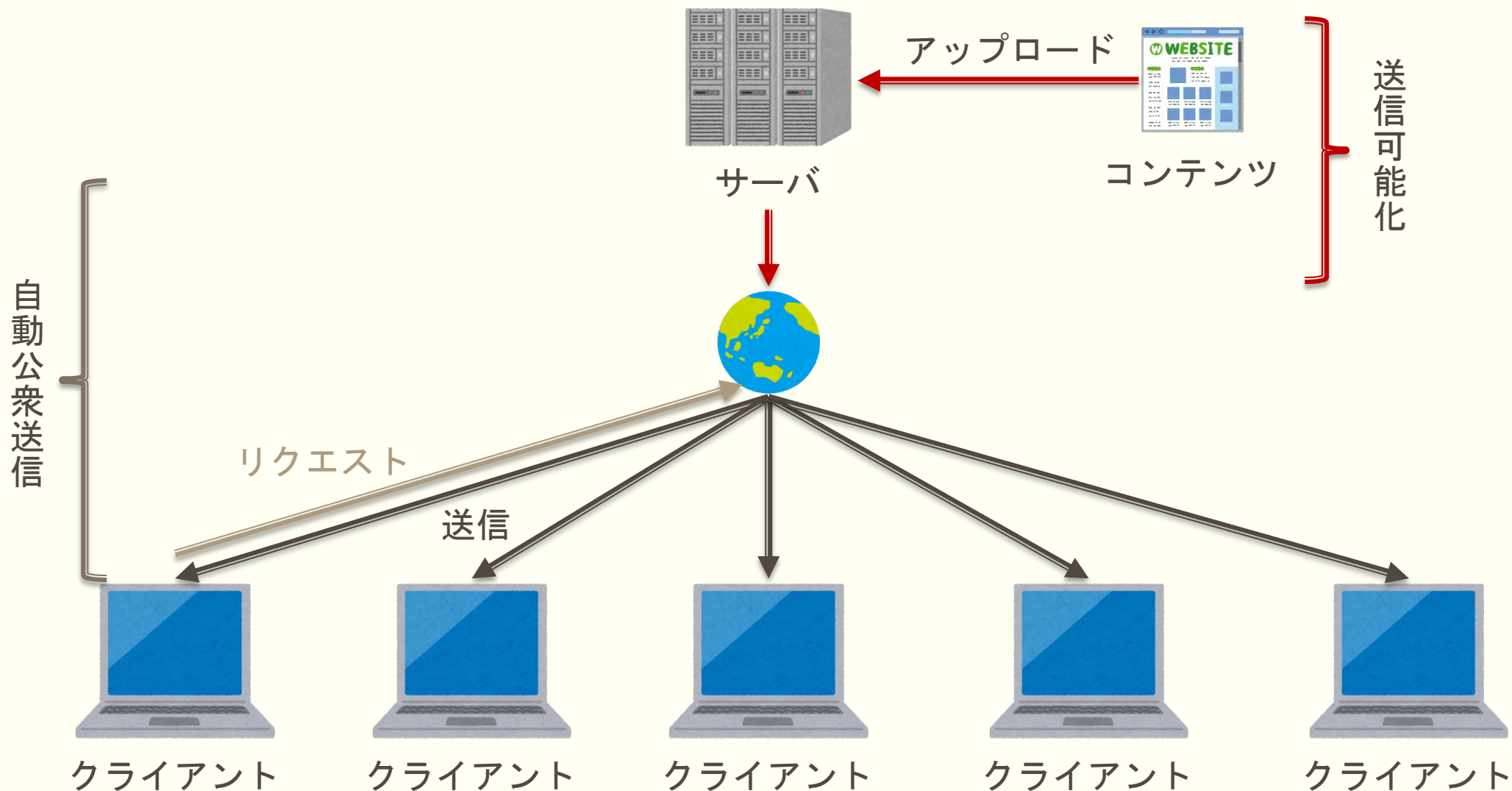
公衆送信権の特徴（インターネット関係）

- 「公衆からの求めに応じ自動的に行う」送信（公衆送信）
 - クライアントからのリクエストに応じて自動的にサーバがコンテンツを送信するインターネットを介した情報の送受信のこと
 - ウェブサイトの閲覧のためにサーバから情報を送信する行為も公衆送信にあたる

- 「送信可能化」
 - ① インターネットに接続されたサーバに著作物をアップロードする行為（2条1項9号の5イ）
 - ② 著作物が記録されているサーバをインターネットに接続する行為（同ロ）
 - 現実には1回もダウンロードされていなくても、インターネットに著作物をアップロードした時点で違法になる

- 消尽しない

公衆送信権（自動公衆送信・送信可能化）





デジタルコンテンツの流通

デジタルコンテンツの流通形態

- 四分類説（松川2007）
 1. 古典的中古取引形態（①）
 - CDやDVD等の有体の複製物の取引
 2. オンライン新複製物取引形態（②-a）
 - ダウンロードしたコンテンツを記録した記憶媒体の取引
 3. オンラインデータ転送取引形態（②-b）
 - ダウンロードしたコンテンツをインターネットを介して送受信する取引
 4. シリアルナンバー取引形態（③）
 - 使用許諾契約上の地位の譲渡
 - シリアルナンバーやIDとパスワードの組合せの取引

電子書籍の流通形態

■ 四分類説（奥邨2014）

1. 媒体に記録された販売されている場合に、購入した記録媒体を転売するケース（第1類）
2. ダウンロード販売されている場合に、購入時のダウンロードによって作成された記録媒体を転売するケース（第2類）
3. ダウンロード販売されている場合に、購入したデジタルコンテンツのファイルを（媒体に記録されていないファイルのままの状態）で転売するケース（第3類）
4. ストリーミング販売されている場合に、購入した閲覧権を転売するケース（第4類）

デジタルコンテンツの流通形態と消尽

- 第1類型（パッケージソフトウェアの転売）
 - 譲渡権の対象であり、消尽する
 - 音楽CD、映画DVD、ゲームソフトウェアのカートリッジ、オフィス用アプリケーションのDVD等がこれに当たる
- 第2類型（ダウンロードコンテンツの有体転売）
 - ダウンロード販売が、①譲渡権の対象か、②適法な第一販売に当たるかが問題となる
 - 日本法の譲渡権は有体物の譲渡を対象としているため、譲渡権の対象ではなく、消尽の問題とならない
 - 公衆送信権の問題
- 第3類型（ダウンロードコンテンツの無体転売）
 - 譲渡権の対象ではなく、消尽の問題とならない
 - 公衆送信権、複製権等の問題
- 第4類型（ライセンスの転売）
 - 譲渡権の対象ではない
 - ライセンスは一般に著作権者の権利不行使を目的とする不作為請求権と理解されており、この契約上の権利ないし地位の譲渡可能性は、通常、使用許諾契約によって規律されている

問題の所在

- 「書物からクラウドへ」(Zech2013; Hilty 2018)
 - 著作物の利用形態は、複製物の譲渡からサービスの提供へと移行しつつある
 - 仮にデジタル消尽を認めたとしても、サブスクリプション型サービスには適用の余地がない。

- デジタルコンテンツの自由な流通
 - デジタルコンテンツやライセンスの再販売をすべて著作権者の許諾に係らせるべきか
 - 有体物の譲渡と無体物の譲渡は等価といえるのか。それはなぜか

- 著作権法と契約法
 - デジタルコンテンツの使用に関わるほとんどの行為が著作権によって把握されており、消費者は使用許諾契約の枠内でしか著作物を使用できなくなっている
 - これは使用許諾契約の効力の問題であり、契約法（消費者法、約款規制法等）によって解決されるべき問題なのか。それとも、著作権法がその使命とする著作者、取得者及び公共の利益の調整という問題なのか(Ohly2020)



EU法・国際条約

著作権に関する世界知的所有権機関条約 (WIPO著作権条約; WCT)

■ 第6条（譲渡権）

1. 文学的及び美術的著作物の著作者は、その著作物の原作品及び複製物(original and copies)について、販売その他の譲渡により公衆への供与を許諾する排他的権利を享有する。
2. この条約のいかなる規定も、著作物の原作品又は複製物の販売その他の譲渡（著作者の許諾を得たものに限る。）が最初に行われた後における(1)の権利の消尽について、締約国が自由にその条件を定めることを妨げるものではない。

■ 第8条（公衆伝達権）

ベルヌ条約第11条1項ii号、第11条の2第1項i号及び同ii号、第11条の3第1項ii号、第14条1項ii号並びに第14条の2第1項の規定の適用を妨げることなく、文学的及び美術的著作物の著作者は、その著作物について、有線又は無線の方法による公衆への伝達（公衆のそれぞれが選択する場所及び時期において著作物の使用が可能となるような状態に当該著作物を置くことを含む。）を許諾する排他的権利を享有する。

- 日本法の「譲渡権」「公衆送信権」に対応する権利（前者の立法理由の一つ）
- 情報社会指令の制定にも影響を与えた

※ 文言の翻訳はCRICの著作権データベースに依拠した。

EU指令

1. 情報社会指令(2001/29/EC)
 - 著作権及び著作隣接権の保護に関する指令（著作権指令）
2. コンピュータプログラム指令（2009/24/EC）
 - コンピュータプログラムの著作権法上の保護を目的とする指令
 - 情報社会指令の特別法にあたる

情報社会指令(2001/29/EC)

- 第3条（著作物の公衆伝達権及びその他の保護対象の公衆供用権）
 1. 加盟国は、公衆の各員にその選択した時間と場所で使用可能にする方法での著作物の公衆供用(öffentliche Zugänglichmachung)を含む、その著作物の有線又は無線の公衆伝達(öffentliche Wiedergabe)を許諾し又は禁止する排他的権利を著作者に認めるものとする。
 2. 加盟国は、次に列挙する保護対象を有線又は無線で公衆の一員がその選択した時間と場所でアクセスできるようにする方法で公衆に供用することを許諾し又は禁止する排他的権利を次に掲げる者に認めるものとする。
 - a. 実演芸術家に対しては、その実演の記録物
 - b. レコード製作者に対しては、そのレコード
 - c. 映画の初回記録物の製作者に対しては、その映画の原作品及び複製物
 - d. 放送局に対しては、その放送の伝送形式が有線であるか無線であるか、ケーブルであるか衛星であるかを問わず、その放送の記録物
 3. 第1項及び第2項に規定する権利は、この条文に規定する公衆伝達又は公衆供用によって消尽しない。

- 日本法の「公衆送信権」に対応する権利

- 消尽しない

情報社会指令(2001/29/EC)

- 第4条（頒布権）

1. 加盟国は、その著作物の原作品(Original)又は複製物(Vervielfältigungsstück)に関する、販売その他の方法による公衆への頒布を許諾し、又は禁止する排他的権利を著作者に認めるものとする。
2. 頒布権は、共同体内では、原作品又は複製物に関しては、権利者による、または権利者の同意のある共同体内のこれらの物(Gegenstand)の第一販売またはその他の最初の所有権移転によってのみ消尽する。

- 日本法の「頒布権」「譲渡権」に相当する権利

- 著作物の「原作品又は複製物」の所有権移転によって消尽する

コンピュータプログラム指令 (2009/24/EC)

■ 第4条 (同意を必要とする行為)

1. 第5条及び第6条の規定を除き、第2条に基づく権利者の排他権は、以下の行為を行い、又は許諾する権利を含む。
 - a. あらゆる方法及び形式の、コンピュータプログラムの全部又は一部の永続的又は一時的な複製。コンピュータプログラムの読込、表示、実行、送信又は保存にコンピュータプログラムの複製が必要な場合には、これらの行為には権利者の同意を要する。
 - b. トランスレーション、アダプテーション、アレンジメントその他のコンピュータプログラムの改変及びこれによって得られた成果物の複製。ただし、プログラムを改変する者の権利を妨げない。
 - c. あらゆる形式の、貸与を含む、オリジナルコンピュータプログラム(original Computerprogramm)またはそのコピー(Kopie)の公衆への頒布(öffentliche Verbreitung)
2. 権利者による、又は権利者の同意のあるプログラムコピーの共同体における第一販売によって、共同体におけるその複製物を頒布する権利(Recht auf Verbreitung)は消尽する。ただし、プログラム又はそのコピーの再貸与をコントロールする権利については、この限りではない。

■ 日本法の「頒布権」「譲渡権」「貸与権」に相当する権利

■ 貸与権に相当する部分を除き、コピーの適法な第一販売によって消尽する

コンピュータプログラム指令 (2009/24/EC)

- 第5条 (許諾を要する行為の例外)

1. 特別な契約条項のない限り、エラーの修正をはじめとする適正な目的のための、適法な取得者によるコンピュータプログラムの使用に必要な場合には、第4条1項a号及びb号の行為には権利者の許諾を要しない。
2. ……………

- 適法な取得者の使用に必要な複製について権利を制限する規定

- 第一販売によって譲渡権が消尽すれば、第二販売による取得者は「適法な取得者」としてプログラムを複製することができる (UsedSoft事件)



欧州司法裁判所(EuGH)の判例



UsedSoft事件

UsedSoft事件先決裁定（2012年7月3日） C-128/11

■ 事案の概要

- Oracle社の提供するクライアント・サーバ型のデータベースソフトウェアのグループライセンスの転売をusedSoft社が行ったことが著作権の侵害に当たるかが争われた事例
- ソフトウェアはOracle社のホームページから無償でダウンロードできたが、使用するためにはライセンス契約が必要だった

- Oracle社のグループライセンス（売切型ライセンス）
 - ① サーバにプログラムのコピーを永続的に保存する権利
 - ② 25名のユーザにワークステーション（クライアント）のメインメモリにプログラムコピーをダウンロードする方法でアクセスを認める権利（なお、Oracle社はCD-ROMやDVDの提供にも対応していた）
 - ③ ダウンロードの方法により無償でアップデートやパッチの提供を受ける権利（保守契約）

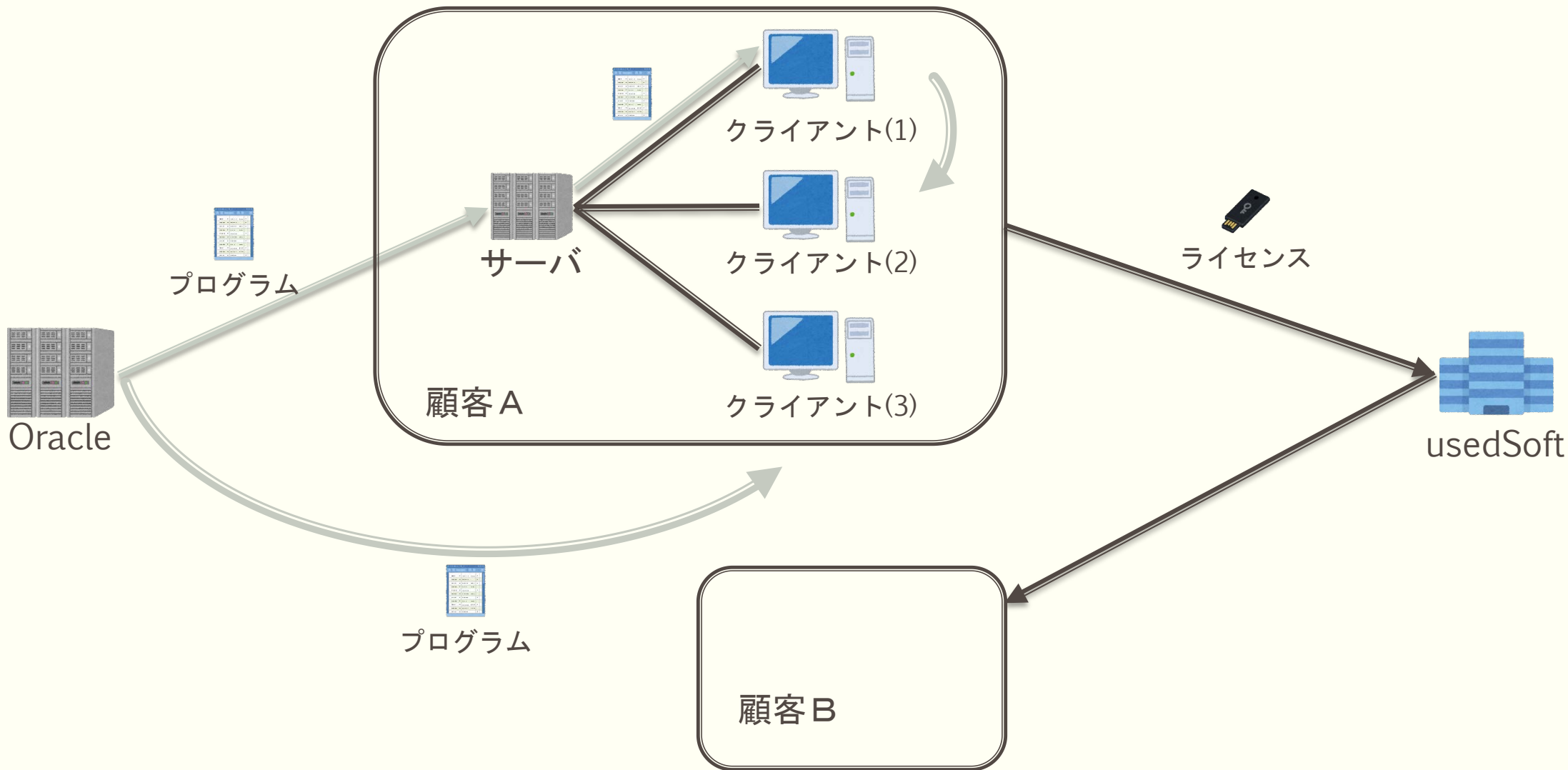
- 使用許諾契約には、「権利の許与」という表題の下に、以下の文言が含まれていた
「サービスに対する支払によって、お客様は、お客様の社内業務を目的とする場合に限り、本契約に基づいてOracleが開発し利用に供するすべてのものについて無償で使用する非独占的かつ譲渡不可の権利を取得するものとします」

UsedSoft事件先決裁定（2012年7月3日） C-128/11

- usedSoft社のビジネスモデル

- usedSoft社は「オラクル特売」と銘打って、余剰の「中古」ライセンスを販売した
- 例えば、10名のユーザしか予定していない顧客は、余った15名分のライセンスをusedSoft社を通じて再販売できた。また、全ライセンスを再販売することもできた
- ソフトウェアは以下の方法によって入手するものとされていた
 - ① ソフトウェアを保有していない購入者は、Oracle社のサーバから直接ダウンロードする
 - ② ソフトウェアを保有している者は、追加クライアントにソフトウェアをコピーする

UsedSoft事件のビジネスモデル



UsedSoft事件の主な争点

- 複製権の侵害

- ソフトウェアの複製は、原則として複製権の侵害になる
- 再販売が適法であれば、中古ライセンスの購入者は「適法な取得者」として複製が認められる（5条1項）

- 頒布権の消尽

- 再販売が適法かどうかは、①無償ダウンロードと有償ライセンスの組合せが「第一販売」と評価でき、②これによって頒布権が消尽するかどうかにかかっている

UsedSoft事件先決裁定（2012年7月3日） C-128/11

■ 付託質問

1. コンピュータプログラムのコピーを頒布する権利の消尽を主張できる者は、コンピュータプログラム指令5条1項の「適法な取得者」に該当するか。
2. 第一質問への回答が肯定である場合について。取得者が権利者の同意の下にインターネットからデータ記憶媒体へとプログラムをダウンロードすることによりコピーを作成した場合には、コンピュータプログラムのコピーを頒布する権利は、コンピュータプログラム指令4条2項前半に基づき、消尽するか。
3. プログラムコピーをコンピュータプログラム指令第5条1項及び4条2項前半の「適法な取得者」としてプログラムコピーを生成するために「中古」ソフトウェアライセンスを取得した者は、第一取得者がそのプログラムをすでに消去し、又は使用していない場合には、権利者の同意の下にインターネットからデータ記憶媒体へとプログラムをダウンロードすることにより第一取得者が作成したコンピュータプログラムのコピーを頒布する権利の消尽を主張できるか。

UsedSoft事件先決裁定（2012年7月3日） C-128/11

■ 先決裁定

1. コンピュータプログラム指令4条2項は、以下のように解釈しなければならない。すなわち、無償であっても、インターネットからデータ記憶媒体へとそのコピーをダウンロードすることを認めた権利者が、その者が権利者である著作物のコピーの経済的価値に対応する報酬を取得することを可能にするための料金の支払と引換えに、そのコピーを無期限に使用する権利を授与した場合には、コンピュータプログラムのコピーを頒布する権利は消尽する。（質問2）
 2. コンピュータプログラム指令4条2項及び5条1項は、以下のように解釈しなければならない。すなわち、著作権者のウェブサイトからダウンロードされるコンピュータプログラムのコピーの再販売を伴うユーザーライセンスの再販売が行われた場合であって、そのライセンスがその著作物のコピーの経済的価値に対応する報酬を取得することを可能にするための料金の支払と引換えに、権利者が第一取得者に無期限で許与されたものであったときには、ライセンスの第二取得者は、その後続取得者と同じく、同指令4条2項に基づく頒布権の消尽を主張することができる。また、そのため、同指令5条1項にいうコンピュータプログラムのコピーの適法取得者と評価され、同規定に基づく複製の権利を享受する。（質問1・3）
- ①著作権者がプログラムコピーのダウンロードを認めており、②著作物のコピーの経済的価値に相当する料金と引換えに、③コピーの無期限の使用権を授与した場合には、頒布権は消尽する（4条2項）
 - 頒布権消尽後にプログラムコピーとユーザーライセンスの組合せを取得した者は「適法な取得者」として、取得したコンピュータプログラムの複製を行うことができる（5条1項）

UsedSoft事件先決裁定（裁定理由）

■ 頒布権の消尽

- 「『販売』とは、支払と引換えに、ある者がその者に帰属する有体無体の財産の一つの所有権を他の者に移転する合意をいう」[Rn.42]
- ライセンスがなければプログラムを使用することはできないのだから、ダウンロードとライセンスは不可分一体のものとして評価されるべきである[Rn.44]。これに対して、保守契約は可分であり、頒布権の消尽には影響しない[Rn.66]
- 無償ダウンロードと「著作物のコピーの経済的価値に対応する報酬を取得することを可能にするための料金の支払と引換えに、そのコピーを無期限に使用する権利」の授与の組合せは「販売」と評価できる（4条2項）[Rn.48]

■ 複製権の例外

- 第一販売により、頒布権は消尽する。そのため、中古ライセンスの購入者は「適法な取得者」にあたる（5条1項）[Rn.73]
- ダウンロードは、適正な目的のための、適法な取得者による使用に必要な複製にあたる[Rn.81]

UsedSoft事件先決裁定（裁定理由）

■ 前提条件

- 有体又は無体のコンピュータプログラムのコピーを再販売する原取得者は、その再販売の時点で、自己自身のコピーを使用不可にしなければならない[Rn70, 78]
 - コピーが使用不可にされているかどうか証明困難であるとしても、それはCD-ROMやDVDでソフトウェアを販売する場合でも変わらない。この問題への対応として、権利者には技術的保護手段の使用が認められている[Rn.79]
- 頒布権の消尽の効果としては、取得者は、グループライセンスを分割し、任意の数の使用权のみを再販売する権利を有しない。この場合には、前項の要件を満たさないことになるからである[Rn.69-71,86]

■ 実質的根拠

- 経済的に見れば、プログラムを記録したCD-ROMやDVDの販売とダウンロード販売とは等価値であり、4条2項の解釈にあたって有体と無体を区別すべきではない[Rn.61]
- 経済的見地からしても、コピー1部の経済的価値に相応する対価を得ているにもかかわらず、再販売の度に著作権者が追加で対価を得られるとすることは、知的財産の特定の側面の保護に必要な限度を超えている[Rn.72]

■ 形式的根拠

- コンピュータプログラム指令は情報社会指令の特別法であり、コンピュータプログラム指令の適用要件を満たす限りにおいて、後者の適用は排除される[Rn.51]
- コンピュータプログラム指令4条2項は、コピーが有体か無体かを区別していない[Rn.55]

UsedSoft事件先決裁定（残された課題）

- 形式的論拠としてコンピュータプログラム指令が特別法であることに依拠している
 - ➔ コンピュータプログラム指令が適用されない著作物についても同様に考えるべきか



Tom Kabinet事件

TomKabinet事件先決裁定（2019年12月19日） C-263/18

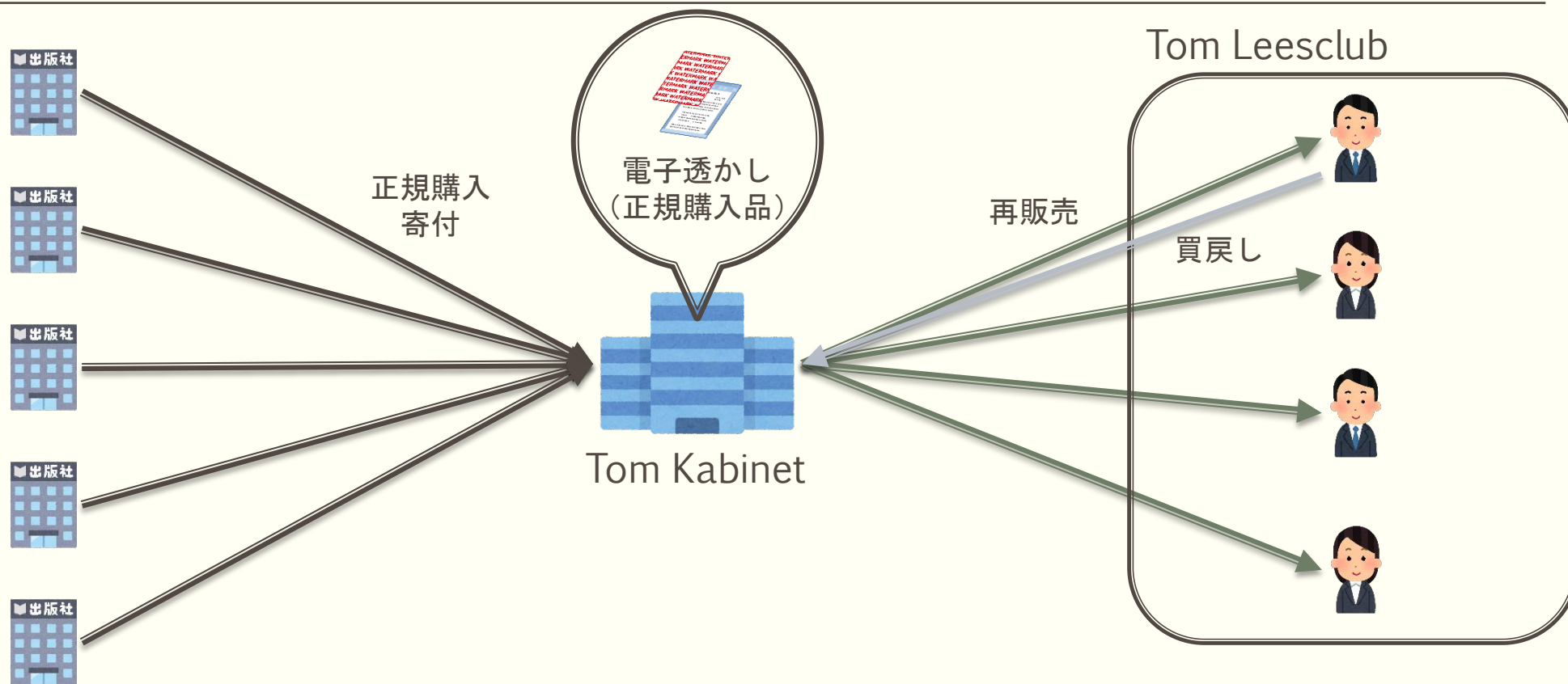
■ 事案の概要

- Tom Kabinet社の運営するプラットフォームを介した「中古」電子書籍の「再販売」が違法であるとして、出版社団体（オランダ出版社協会、一般出版社団体）がTom Kabinet社及び関連企業を訴えた事例
- 紛争中にTom Kabinet社はビジネスモデルを変更しているが、本件では問題となったのは以下の行為である

■ Tom Leesclub（トム読書クラブ）

- 中古電子書籍は、Tom Kabinet社が購入するか、会員が無償で寄付する
- 寄付する際には、手元のコピーを消去したことを宣誓しなければならない
- Tom Kabinet社は小売店のウェブサイトから電子書籍をダウンロードし、適法に購入されたコピーであることを示すために独自のウォーターマーク（電子透かし）を入れる
- 会員は購入した電子書籍をTom Kabinet社のサーバからダウンロードして閲覧する
- サービス開始当初 月額会費€3.99（寄付者割引€0.99） 電子書籍1冊€1.75
- 2015.11.18以降 会費制廃止 電子書籍1冊€2.00+「5クレジット」
「クレジット」（ポイント）は電子書籍の寄付や購入で付与される。直接購入も可能。

TomKabinet事件の主な争点



- 電子書籍の無期限のダウンロード販売は、「頒布」か「公衆伝達」か

TomKabinet事件先決裁定（2019年12月19日） C-263/18

■ 付託質問

1. 情報社会指令4条1項にいう「その著作物の原作品又は複製物に関する、販売その他の方法による公衆への頒布」は、著作権者が自己に帰属する著作物のコピーの経済的価値に相応する対価を取得し得る価格で、オンラインのダウンロードによって（著作権法上保護された書籍のデジタル複製物である）電子書籍を無期限で使用可能にすることも含むものと解釈すべきか。
2. 第一質問への回答が肯定である場合について。……………
3. ……………
4. ……………

TomKabinet事件先決裁定（2019年12月19日） C-263/18

■ 先決裁定

- ダウンロードによる公衆への永続的な利用のための電子書籍の譲渡は、情報社会指令3条1項にいう「公衆伝達 (öffentliche Wiedergabe)」、特に「公衆の一員がその選択した時間と場所で使用可能にする方法での著作物の供用」に該当する。（質問1）
- 質問1への回答に鑑みれば、質問2から質問4までに回答する必要はない [Rn.73]

TomKabinet事件先決裁定（裁定理由）

■ 裁定理由

- 問題設定：電子書籍のダウンロード提供は「頒布」か「公衆伝達」か[Rn.33-34]
 - 頒布(Verbreitung) 頒布権は消尽する
 - 公衆伝達(öffentliche Wiedergabe) 公衆伝達権は消尽しない
- 「公衆伝達」の基準を用いて著作物のオンライン利用の許容性を判断する先行判例に沿った判断

TomKabinet事件先決裁定（裁定理由）

1. WCT適合的解釈

- EU指令はWCTに基づく義務の履行をも目的としている
- 情報社会指令はWCT8条（公衆伝達権）、同6条1項（譲渡権）と適合的に解釈しなければならない
- WCT6条1項は意図的に「原作品及び複製物」という文言を採用しており、これは専ら有体物として流通可能な固定されたコピーを意味しているものというべきである。したがって、同6条1項は、電子書籍のような無体の著作物の頒布には適用されない

2. 立法過程

- WCT8条の文言を再現する形で情報社会指令3条1項が立法されている（指令提案理由書）
- 欧州委員会は、以下のように指摘していた（指令提案理由書）
 - 本提案は「保護対象の電子的及び有体的な頒布について一貫した基本枠組みを提供し、これらの頒布形式に相互に明確な境界を画する機会〔を与える〕」ものである
 - 頒布権は専ら物理的コピーの頒布に適用されるものであり、オンライン送信には適用されない
 - 公衆伝達権はオンライン送信に適用されるが、物理的コピーの頒布には適用されない

TomKabinet事件先決裁定（裁定理由）

3. 情報社会指令前文理由書

（高レベルの保護）

- 前文理由書4項・9項・10項から、同指令が「著作者に高レベルの保護を導入し、著作物の利用について、特に公衆伝達の場合にも、相応の報酬を保障すること」を目的としていることは明らかである
- 上記目的に照らせば、前文理由書23項が強調するように、「公衆伝達」は広義に解釈すべきである

（頒布権及び消尽の有体物への限定）

- 前文理由書28項・29項から、頒布権は有体物に化体した著作物の頒布をコントロールする排他権であって、その消尽は、サービス、特にオンラインサービスには適用されない
- 前文理由書28項は「有体物」(Gegenstand/tangible article)や「その物」(dieser Gegenstand/that object)という用語の使用によって、著作者にその知的創作の化体した有体物の第一取引のコントロールを可能にすることを意図している（EuGH ECLI:EU:C:2015:27 – Art & Allposters International）

TomKabinet事件先決裁定（裁定理由）

■ コンピュータプログラムとの区別

- 電子書籍は「コンピュータプログラム」ではないため、同指令は適用されない
- コンピュータプログラム指令の立法者は有体無体の区別なくコンピュータプログラムを保護する意図を有していたが、情報社会指令の立法者にはこれらを同視する意図はなく、むしろ両者を明確に区別しようとしていた
- 中古電子書籍は、以下の理由から新刊電子書籍の「完全な代替物」であり、物理的な書籍とは経済的にも機能的にも等価ではない
 1. 使用によって劣化しない
 2. 複製物の取引に追加の手間や費用を要しない
- 電子書籍に閲覧用プログラムが組み込まれていても、それは書籍に含まれる著作物の付随物に過ぎず、コンピュータプログラム指令の適用はない

TomKabinet事件先決裁定（裁定理由）

■ 公衆伝達の三要件

1. 伝達行為

- Tom Kabinetは、会員に著作物をその選択した時間と場所で使用可能にするものであるため、充足する

2. 公衆性（量的公衆性）

- Tom Kabinetは、電子書籍の反復取引を前提としていたため、同一の著作物のコピーを同時又は連続して使用する者の数が最小閾値(de minimis)の限度を超えて多いと判断された（累積的多数性）
- 正規品であることを示すウォーターマークは入れていたが、再販売者の手元のコピーを消去したり、Tom Kabinetの仕入数を超えた再販売を阻止するような技術的保護手段の実装を主張立証していなかった（“one copy one user”原則違反）

3. 新規視聴者（質的公衆性）

- 権利者が事前に想定していない者が第二取得者になっているため、新規視聴者の要件を充足する

■ 結論

- Tom Kabinetのビジネスモデルは、「公衆伝達」に該当する
- 公衆伝達権は消尽しないため、Tom Kabinetのビジネスモデルは同権利の侵害として違法である

TomKabinet事件先決裁定（残された課題）

■ コンピュータゲームの取扱い

- プログラムが単なる「付随物」とはいいがたい → コンピュータプログラム指令？
- 主たる価値は記録されているコンテンツにある → 情報社会指令？

■ UsedSoft事件先決裁定との整合性

	対象	適用法令	主な理由
UsedSoft事件	プログラム	コンピュータプログラム指令（頒布権）	複製物の流通は有体と無体で等価である
Tom Kabinet事件	電子書籍 →音楽・映画等？	情報社会指令 （公衆伝達権）	複製物の流通は有体と無体で等価ではない



ドイツ法の展開

実務への影響

- ドイツ国内裁判所は、電子書籍やオーディオブックのダウンロード販売については一般に消尽を否定していた
- Tom Kabinet事件はドイツ国内裁判所の先例に沿うものであり、実務への影響は限定的である

学説の評価

- UsedSoft事件

- デジタル消尽の一般原則を支持する見解も主張されているが、批判が強い（後述）

- Tom Kabinet事件

- ダウンロード販売を公衆伝達と評価する点には賛成しつつ、以下の指摘がある
 - 技術的保護手段によって公衆伝達権の行使を回避できる
 - 1回だけ再販売され、1人だけが使用可能であれば公衆性要件を欠く（Kuschel2020）
 - 「付属物」基準の不明確性
 - コンピューターゲームのような複合的な著作物をいずれの基準で取り扱うべきか分からない（Matzner2020）
 - DVD + オンライン認証方式でIDの再販売を契約で禁止していた事例で消尽を否定したドイツ連邦通常裁判所判決（BGH NJW2010, 2661 – Half-Life 2）
 - オンラインゲームが主流になり、各ゲームプラットフォームは購入したゲームの再販売を可能にするシステムを導入しつつあるため、実務的に解決されている(Matzner2020)
 - レンタル市場の活性化（Uphoff/Reich2020）
 - 貸与に関しては、one copy one user原則を遵守する限りにおいて紙の本と電子書籍を同様に扱うという先行判例がある（EuGH C-174/15 – Stichting-Leenrecht）
 - 電子書籍の中古市場が成立しなくなれば、需要は電子書籍の「レンタル」に向かうものと予想される

デジタル消尽の一般原則の否定

■ 有体と無体の相違

- 中古品が新品の「完全な代替物」（経済的等価物）であり、消尽による二次市場の成立が一次市場に与える影響が大きい。そのため、デジタル消尽を認めれば、著作権者に適正な報酬が保障されなくなるおそれがある
 - 紙の本と電子書籍 紙の本は使い古される = 二次市場が一次市場を侵食しない
消尽による二次市場の成立を認めてもよい
 - デジタルコンテンツ CD-ROMやDVDも使い古されるが、記録されているデジタルコンテンツは使い古されない
 - 有体と無体で区別する説得的な理由はない（Hofmann2020）
 - 取引に要する費用（梱包料、送料等）はなお異なる（Geier2020）

■ 実効性の欠如

- デジタルコンテンツの利用には「複製」が必然的に伴うが、複製権は消尽しない。頒布権の消尽のみを認めても意味がない。プログラム指令5条1項の適用があるプログラムの著作物に限定すべきである（Kuschel2019）
- プログラムについても期限付ライセンスモデル（サブスクリプション型の契約）に移行することにより、UsedSoft事件先決裁定の示した消尽の原則は意味をなくしている（Ohly2020）

書物からクラウドへ——契約法の優位性

- デジタルコンテンツの再販売可能性は、消尽の原則ではなく、使用許諾契約によってユーザーがどのような権利を取得したかによって決定される（Kuschel2019; Ohly2020）
- 取引可能性の原則
 - 有体物の再販売を契約によって禁止することはできないのに、デジタルコンテンツの再販売の禁止は契約法上許されるのか（Hofmann2020; Ohly2020）
 - 民法上の規律（民法137条1項〔法律行為による処分禁止〕、307条1項1文〔内容規制〕）
 - 約款規制法による規制（AGB-Gesetz）
 - 「デジタルコンテンツは摩耗しない」という目的物の性質を考慮すれば、民法や約款規制法の規定をそのままデジタルコンテンツには適用できない
 - デジタルコンテンツ指令8条（適合性の客観的要件）
 - 期待はできない。取引可能性が客観的に見て「通常使用される目的」とはいいがたい
- ➔ 著作権者が再販売を禁止する権利を有する限り、契約法上の救済手段は限定的なものに過ぎない（Ohly2020）
- ➔ デジタルコンテンツの取得者が有する権利について検討する必要がある（Kuschel2019; dies.2020; Ohly2020）

ユーザーの権利 = 享益権の創設 (Kuschel2019)

■ 「ライセンス」

- エンドユーザーライセンスを想定している。現行法上は、使用許諾契約上の地位とされているもの
- 私的使用のために著作物を利用する権利であり、直接の承継可能性を認めるために物権として構成しようとする

■ 著作権法上の権利

- 利用権(Nutzungsrecht)構成
 - 第三者への使用許諾権を含むために適切ではない（権利として大きすぎる）
 - ドイツ法では著作権は譲渡できないため、日本法の著作権の譲渡に相当する行為を実現するために設定される権利（設権的譲与）
- 著作権法上の許諾／債務法上の許可構成
 - 債権的権利ではユーザーの地位が不確定にすぎる

➡ 著作権法上の権利ではユーザーの権利を適切に表現することはできない

ユーザーの権利 = 享益権の創設 (Kuschel2019)

■ 民法上の物権

■ 役権(servitus)

- 「特定の不動産又は特定の人^の便益のため他人のものを利用する他物権」(原田1955)
- ローマ法上の唯一の他物権であり、市民法大全はこれを不動産役権(建物役権・地役権)と人役権(用益権・準用益権・使用权・住居権・労務権)に区別した
- 所有権の移転と同じ方式によって設定された

■ 用益権(Nießbrauch)構成 (Fichte1793; Weber1891)

- 用益権とは、他人の所有物を使用収益する一身専属的な権利をいう
ただし、譲渡可能な独占的ライセンスが想定されていた
- (批判)「用益権」は常に目的物に対する完全な使用収益の権利を含むが、ライセンスは内容・期間・場所に制限を設けることができるため、ライセンスの範型として適切ではない (Pahrow 2005)

■ 人役権(Dienstbarkeit)構成 (Kohler1895; Isay1903; RGZ76, 235)

- ローマ法上のservitus(役権)は一つしか設定できないが、ドイツ法上のServitut(役権)は複数設定できる。例えば、5000人に通行役権を設定することもできる。ライセンスはこれと同じように理解できる
- ドイツ民法典では制限人役権(beschränkte persönlich Dienstbarkeit)に相当する (Wedel1919)

ユーザーの権利 = 享益権の創設 (Kuschel2019)

■ 享益権 (Genussrecht)

■ 享益権の内容

- 著作権の負担として設定される他物権
 - 所有権 – 人役権 → 著作権 – 享益権
- 私的利用のために必要なあらゆる行為を行う権利
- ①自己の利用可能性の完全な排除と②保有するすべての複製物の消去という要件の下でのみ譲渡可能

■ デジタルコンテンツの三層構造

- | | | |
|-----------|------------|---|
| 1. 有体物レベル | 有体物であるメディア | 売買契約 |
| 2. データレベル | デジタルデータ | 民法903条の類推適用により、「所有権」を認め、これを移転する <ul style="list-style-type: none">○完全性利益○返還請求権○データ利用権○所有データの利用禁止権×同一内容のデータの利用禁止権 法的安定性と取引安全が確保されているため、物権法定主義に反しない |
| 3. 著作物レベル | 著作物 | 制限人役権をモデルとした「物的享益権」の設定契約と構成する |



日本法への示唆

従来の議論

■ デジタル消尽

- 現行法上はデジタル消尽を認めることは困難としつつも、限定的にデジタル消尽の可能性を検討する立場（齋藤2014; 奥邨2014; 同2020）
- ライブラリ化（同一複製物の消費者間での循環）により、新品市場を通じた著作権者への利益の還元が阻害される（谷川2013; 小島2018）
- プログラムとそれ以外の著作物を区別する論拠は脆弱（鳥澤2020; 奥邨2020）

■ 契約法の優位性

- 技術と契約による「オーバーライド」により消尽の原則が意味を失うことを指摘する立場（小島2018）

■ アクセス権

- 「ユーザーが著作物にアクセスすることを保障する権利」「コンテンツの所有を一定程度保障する権利」としてのアクセス権（小島2013; vgl.谷川2013）

日本法への示唆

- ライセンスの法的評価
 - 「許諾に係る利用方法及び条件の範囲内において、その許諾に係る著作物を利用することができる」権利（53条2項）。著作権者の承諾なく譲渡できない（63条3項）
 - 出版社やレコード会社等に対する許諾を前提としており、エンドユーザーの権利は主な対象ではない
- ライセンスの準物権化
 - 2020年著作権法改正は、著作物を利用する権利（利用権）に関する当然対抗制度を導入した（63条の2）
 - 現在、独占的ライセンスの独占性の対抗制度について議論が進んでいる

日本法への示唆

■ 享益権構成の可能性

- 著作権と利用権の関係を整理するための思考枠組みとして有効ではないか
 - 現在でも新しい規律が必要となるときは、私法の一般法としての民法法理が参照されている
 - 著作権を所有権になぞらえる考え方は、思考枠組みとしては一定の合理性を有する（例えば、利用権は債権的権利とされ、出版権は物権的権利とされる）
- 民法法理の著作権法への転用がどこまで可能か、役権概念の採用可能性、利用権の譲渡可能性（63条3項）などが問題となる
 - ドイツ法でも制限的人役権は不可譲渡性を有しており、その意味でも譲渡性は困難な問題となり得る
 - ドイツ法では民法法理が著作権法に適用されることは当然の前提とされており、例えば、サイトブロッキング請求権は物権的妨害予防請求権（民法1004条1項）の類推適用としても説明される

■ デジタルプラットフォームと消費者の保護

- デジタルコンテンツの負の特性である「特定のフォーマットや読書用デバイスやアカウントへの拘束」(Matzner2020)のために、消費者がロックインされ、又は不当に不利な立場に置かれるおそれがある
- 著作物としてのデジタルコンテンツの流通にかかわる利益の調整は、著作権法のほか、契約法、競争法、消費者法等の多面的な考察によって実現すべきである。エンドユーザーへの「享益権」の設定は一つのあり得る方法ではある

主要参考文献（邦語文献）

- 2007 松川実「オンライン配信と消尽」青山法学論集49巻2号(2007)1頁
- 2013 奥邨弘司「クラウド・コンピューティングとは何か」小泉直樹ほか著『クラウド時代の著作権』（勁草書房）
- 2013 谷川和幸「デジタルコンテンツの中古販売と消尽の原則」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』（弘文堂）
- 2014 奥邨弘司「電子書籍の中古販売・流通」ジュリ1463号43頁
- 2014 西口博之「電子書籍の転売と消尽」CIPICジャーナル223号47頁
- 2014 齋藤浩貴「著作物のダウンロード販売と頒布権、譲渡権の消尽」論ジュリ8号219頁
- 2018 シンポジウム「著作権消尽論の諸相」著作権研究45号
- 2020 鳥澤孝之「【判例評釈】Tom Kabinet（オランダ・中古電子書籍販売サイト）事件欧州司法裁判所（ECJ）2019年12月19日判決（Case C-263/18）」パテント73巻5号23頁
- 2020 奥邨弘司「欧州におけるデジタル消尽の行方」コピライト709号40頁

主要参考文献（欧語文献）

- Linda Kuschel, Der Erwerb digitaler Werkexemplare zur privaten Nutzung, 2019
- dies, ZUM 2020, 138
- Artur Geier, jurisPR-RR-WettbR 2/2020 Anm.1
- Franz Hofmann, ZUM 2020, 136
- Winfried Bullinger/Benedicta von Reuch, NJW 2020, 816
- Martin Metzner, IPRB 2020, 96
- Boris Uphoff/Daniel Reich, BB 2020, 83
- Ansgar Ohly, GRUR 2020, 179