

論文

著作権の所有権的構成再考

Rethinking Copyright as Property Right

山口 裕博

桐蔭横浜大学法学部

(2018年3月17日 受理)

I. はじめに

著作権法は様々な要因から混沌とした状況に置かれている。著作権法を保護する法的スキームは、政治的妥協の産物として誕生した歴史的契機を内包しながら、著作物を生み出す著作者、著作者と社会との間の仲介者、および著作物利用者の相互の権利関係を規律する前提を提供する役割を担っている。著作権保護の基底にある社会環境は、著作権を生み出す原動力であったアナログ技術の社会構造からデジタル技術・インターネット技術のそれへと移行し、近時加速度的な変貌を遂げており、表現の自由の制約問題に加え¹⁾、具体的な著作物の利用面での著作権者サイドと利用者サイドの対立関係を深化させている。

著作権保護法制は、著作者に対して著作物の使用に関する著作(財産)権と著作物に対する著作者の個人的感情を保護する著作者人格権という二種類の権利グループで構成され、創作活動へのインセンティブを与えるとともに、社会の文化的発展に寄与することを目的としている。それは社会の文化的発展を支える普遍的支柱としての役割を担うものとされてきたが、情報化社会の急速な展開に伴う著

作権の肥大化という権利拡大現象の出現により、創作活動を抑制する効果を醸成するまでに至っていて、逆に社会の文化的発展を阻害する事態を招来している²⁾。

著作物はその内容が一般公衆に広められて社会的存在となることで初めて価値が発生し、著作者の手元に残されずに伝播されることが予定されている。革新的印刷技術の開発が著作権法の端緒とされているのは、こうした著作物の特性を象徴するものである。著作物自体は抽象的、観念的存在であり、社会へ伝達されるためには有体物と結びつくことが必要となる。デジタル情報としての著作物はインターネット空間での蓄積やダウンロード中での逐次再生が可能となり、有体物から切り離されても価値を発揮することになった。著作権法はアナログ技術の行時代に誕生して法的基本構造が確立しており、インターネット技術の革新的発展に対応した法制度とするためには、著作権の権利構成自体の再検討が求められている³⁾。

著作物の権利関係のうち、経済的価値のあるものは創作行為を行った著作者の手元を離れ、権利行使に長けている組織に帰属して、経済活動の中に組み込まれて経済的利益を生み出す基盤となる。著作者が自らの著作物の

権利行使をするのは例外的で、著作者と社会を仲介する団体・組織に著作権行使を委ねて利益を確保するが、ネット社会ではその傾向は一層強化される。経済活動において著作物を使用する著作権管理・行使組織は、最大限の権利確保を計る必要があり、著作権保護法制自体は著作者の利益と著作物利用者に課せられる負担との均衡を企図していたとしても、前者の優位性が際立つことになる。

著作者と著作物利用者との権利不均衡を解消するため、各国の著作権法は著作権の制限法理を規定する。すなわち保護期間徒過、フェア・ユースもしくはフェア・ディール、第一譲渡法理、アイデアと表現の二分法がそれである⁴⁾。

著作物の利用促進の観点からは、著作物に対する著作者の権利の及ぶ範囲を確定することにより、著作権自体の権利構造を明らかにする必要があり、本稿は、著作権法の制限法理のうちアイデアを保護しないとす法理を除き、著作権法の混迷の根源に潜んでいる著作権の所有権的構成の一端について、アメリカ法・カナダ法の判例動向を参考に若干の考察を加えようとするものである⁵⁾。

II. 著作権と著作物を化体する動産の権利

著作者の権利のうち、著作者人格権の法的性質についての通説的見解は存在せず、著作者の自分の著作物に対する個人的感情の法的保護を権利に内包している。これに対して著作財産権は、著作物が社会に伝達されて一般公衆に認識されて利用可能な状態になって価値を獲得することから、相対的な排他的許諾権となっているのが通説的見解となっている⁶⁾。

著作権は著作物について著作者に認められる排他的支配権であるとともに期間限定的な相対的な権利であり、私権として構成されている⁷⁾。著作者に発生した著作権は譲渡可能

であり、著作権者は著作物の利用許諾を通じて利益を確保することができ、著作物の無断利用は民事上の責任を発生させるだけでなく、刑事責任が科せられる原因ともなる。著作物自体は無体物であるが、著作権は、有体物に対する権利である物権、取りわけ所有権の権利構成に類似しており、それを借用している⁸⁾。我が国の著作権法自体においても、共同著作物に関する共同著作者の権利関係について共同著作権の成立を規定しており、このことを前提にしているということがでる。

著作権は財産権の一種であり、個人に財産権が帰属することを正当化する理由として、財産権は労働の成果に発生する自然権であるとするロックの説⁹⁾、財産権は個人の自己実現に不可欠であるとするヘーゲルの説¹⁰⁾が知られているが、裁判所は著作権が財産権に属することを前提にしており、著作権法は「財産権関係を相互接合するための唯一のメカニズムとされてきたと理解される必要がある」¹¹⁾と説明されている。

抽象的・観念的な存在である著作物は、通常は固定されることにより利用条件が備わりますが、著作物の種類により違いが生ずる。芸術領域に属する絵画と楽曲とを比較すると、前者の場合、キャンバスに描かれた油彩画は著作物がキャンバスと油絵具という動産と一体化しており、そのことにより価値が認められるが、後者の場合の著作物は、楽曲という生の情報であり、固定されずに演奏という利用形態でも有価値なもとなる。

絵画の著作物を利用する手段としての写真技術の発達により、絵画とその著作物の権利関係が問題化する。古くは顔真卿自書建中告身帖事件¹²⁾において、最高裁は「美術の著作物の原作品に対する所有権はその有体物の面に対する排他的支配権にとどまり、無体物である美術の著作物自体を直接排他的に支配する権能ではないと解するのが相当である」とし、パブリック・ドメインに属する美術の著作物の「適法に入手した写真乾板を用い」ても、美術の著作物の原作品に対する所有権

侵害にはならないと判示した¹³⁾。

パブリック・ドメインの錦絵の写真を無断で複製したことにつき、所有権侵害、または商慣習もしくは商慣習法違反による不法行為責任の成否に関する大阪地判平成27年9月24日¹⁴⁾において、大阪地裁は「著作権法が保護しようとしているのと同じ利益であり、しかも著作権法が明確に保護範囲以外としている利益を保護しようとする慣習は、著作権制度の趣旨、目的に明らかに反するものであって、それが存在するとしても、そこから進んで、これを法規判として是認し難いものである」として、不法行為責任の成立を否定している。

パブリック・ドメインに属する美術の著作物の利用につき、著作権侵害の問題が発生することはなく、例外的条件が備わった場合以外は民事責任を問われることもないことが確定しており、著作権侵害問題が発生するのはその保護期間中に限定されることが再確認されている。著作権保護期間中の美術の著作物の複製物を購入した者は、著作物自体の無断使用は禁止されているが、複製物自体の使用については、有体物の所有権者としてどの範囲まで認められ、逆に著作権が支配する領域はどこからかが問題となる。

この問題は専ら消尽法理の問題となるが、次のような事例においては複製物の加工・販売行為が著作権侵害に問われることがあり、複製物と複製された著作物の区別が問題となる。すなわち、(1) 出版された書籍の一部を切り取った上で額装して高額で販売した事例¹⁵⁾、雑誌の表紙を切り取り、額装して加工を施して販売した事例¹⁶⁾、(2) ペーパーバックをハードカバーにして販売した事例¹⁷⁾である。著作物自体はそのままにして複製物である書籍に加工を加えて販売した(1)の場合に著作権侵害が問われることになると、著作権者は著作物の化体した書籍全体を支配することになる¹⁸⁾。

Ⅲ. 著作権消尽法理¹⁹⁾

著作権の消尽法理はコモンローに歴史的起源を有するものであるとされているが、同法理がアメリカ連邦裁判所において初めて承認されたのは1908年のBobbs- Merrill v. Straus事件²⁰⁾においてである。この事件では出版業者が一定価格以下で譲渡しないことを条件に書籍の販売を行ったところ、契約条件自体が強制力を有するか、および再売は一般に認められるかが問題となり²¹⁾、特殊な争点となったのが書籍の販売・再販価格を維持する慣行の合法性である。

アメリカ連邦最高裁は、価格維持条件に関する契約条項の強制力は消尽を根拠に否定されるとした²²⁾。同裁判所は、特許法において価格維持条項やその他の契約条項が制限されていることを引き合いに出しているが、特許法の判例は著作権事件にそのまま適用できないとしている²³⁾。

アメリカ連邦最高裁が根拠とした著作権法は1908年当時において消尽を認めていなかったが²⁴⁾、著作権の保護を受けている著作物のコピーを販売する著作権者の権利を拡大解釈し、契約上の制約を受けずに著作物を広く流布することを促進できるとした²⁵⁾。

消尽法理の制約として、アメリカ著作権法第109条a項は、コピーもしくはレコードの「所有者」に消尽が認められると規定しており²⁶⁾、これを受けて同条d項は、レンタル、リース、もしくは貸与により複製物を占有している者には消尽は認められないとしている²⁷⁾。また著作権者は、コンピュータ・ソフトおよび音楽著作物の録音されているレコードの第一譲渡後であっても貸与権を有しており、消尽法理は適用されないことが規定されている²⁸⁾。

アメリカ連邦最高裁は、国境を跨いだ取引が問題となったKirtsaeng v. Wiley Publishing事件²⁹⁾において消尽法理を適用した。同事件は、タイの留学生が学費を工面する便法

として、知人および家族に頼んでタイで出版されたテキスト・ブックを購入してアメリカに送って貰い、それをアメリカ国内で販売することで利益を得る方法を考えて実行したものである。

アメリカ連邦最高裁は、消尽法理を規定する第 109 条 a 項の「本編に基づき適法に作成された」との文言について、国内で作成されたとの解釈を採用せず、地理的な意味を有するものではないとした³⁰⁾。多数意見は、Boob-Merrill 事件判決を引用して、一般大衆への流布という広い政策目標に言及している³¹⁾。これに対して少数意見は、第一譲渡が認められるのは合衆国で製作されたものに制限され、外国で作られ輸入された物には適用されないと解釈している³²⁾。

アメリカ連邦最高裁はまた、消尽法理はコモンローに歴史的起源を有するものであるとし、コーク卿が土地の譲渡禁止と動産のそれとは区別されると述べる次の箇所を引用している³³⁾。

「定期不動産権、一頭の馬、もしくはその他の不動産に関する人的財産または動産を所有している者が、それらに有する自分の権利もしくは財産権のすべてを贈与もしくは譲与する際、受贈者もしくは受譲者がそのものを譲渡しないことを条件とした場合、それは無効である。その理由は、権利および財産権全体はその者の手の届かぬものであり、したがって再び戻ってくる可能性はゼロであり、さらに人と人との間の商売や取引に背くからである。私が示した理由から、(動産譲渡の制限)は(権利)者からその者に付与されたすべての権限を不法に剥奪することになるのである」。³⁴⁾

コーク卿の主張するところは、動産の移転に付随した、譲渡に基づく没収を内容とする解除条件が無効であるのは、次の二つの理由によることを明らかにしているとされている³⁵⁾。(1) 復帰する可能性に類似したコモンロー上の権利もしくは解除条件違反を理由とする不動産占有回復権は、動産には存在し得な

い、および (2) そのような条件は違法な営業制限である。

消尽法理の起源をリットルトン卿もしくはコーク卿の見解に求めることに反対する見解は、リットルトン卿およびコーク卿は、譲渡制限を強行することが『相続可能不動産権 (fee) に反する』が意味しているのは、コモンロー上の期間不動産権 (estate) の法技術的性格に反するということであるので、著作物への類推はできないとする³⁶⁾。

技術的保護手段の施された製品であるデジタル・コンテンツの購入者がそれを転売する権利を認められるかは、アメリカにおいて議論の対象となっており、消尽法理の危機ともいべき状況が出現している。

著作物を化体した複製物の譲渡もしくは権利の移転に伴い消尽法理が機能することになるが、著作権者が実際にはそれらを売却せずに、レンタル、リース、もしくは貸与したに過ぎない場合には頒布する権利は消尽しないので、著作権者は依然として中古の複製品が流通する市場を支配する。一定の産業界における著作権者は、複製物の譲渡とするよりもリースを選択することが一般的である。実際にはリースであるものを譲渡とした場合には消尽法理は適用されない。逆に譲渡であるものをリースとした場合には消尽法理が適用されることになる。リースの名称を付したものが譲渡と見なされるかは、当該契約のリース条件がどの程度まで厳格でありかつ有効であるかに基づいて判断されることになるが、この点の判例法理は必ずしも一貫しているものではない。

Vernor 事件判決³⁷⁾は、それまでの判例が採用した、取引の実態に重きを置いていたソフト・ユーザーがライセンスを受けた者であるか、もしくは複製物の所有者であるかという取引の性状決定の判断基準を適用することを明らかにしている。すなわち、「第一に、本官らは著作権者はユーザーにライセンス付与が明記されているかを判断する。第二に、著作権者は当該ソフトをユーザーが譲渡でき

ることを顕著に制限しているかを判断する。最後に、著作権者が注目に値する使用制限を課しているかを判断する」³⁸⁾

第九巡回区控訴裁判所は、当該複製物がそれまで繰り返して制限的ライセンス条件付きで流通されていて、その占有者が自由に処分できることを期待していなかったかが問題となるとし、著作権者のライセンスは有効であるとして消尽は認められないと判示した。

Vernor 事件後の第九巡回区控訴裁判所判決には、上記の判断基準を採用した判決を下したのものもあるが、ユーザーへの注意喚起が欠如していたとしてソフトウエアの効力を否定するものもあることが指摘されている³⁹⁾。

デジタル・コンテンツが転売された場合にも第一譲渡法理が適用されるかに関しては、制定法の条文に固執するアプローチか、オンラインおよびオフラインを区別しないアプローチの二つがある⁴⁰⁾。

ユーザーがデジタル音楽ファイルの転売をするプラットフォームおよびサービスを提供することが著作権侵害に該当するかを争点とする ReDigi 事件判決⁴¹⁾においてニューヨーク州南部地区地方裁判所は、著作権法の条文を尊重する立場から第一譲渡法理の適用を否定する判決を下している。ReDigi は、iTunes で購入した音楽ファイルを転売するオンライン上の市場であり、売主がクラウド上にアップロードした音楽ファイルを手元に残していないことを確認していたが、同裁判所は、ReDigi のサービスは音楽ファイルを無許可での複製または頒布を伴うこと、および後者には頒布する権利以外は消尽させない第一譲渡法理の適用がなされないとし、「第一譲渡の抗弁は、レコードのような、著作権保有者が商品の流通に置いた物質的な品目に限定される」とする⁴²⁾。

ヨーロッパ司法裁判所は ReDigi 事件判決の数ヶ月前、UsedSoft GmbH v. Oracle 事件⁴³⁾において、ReDigi 事件判決とは異なり、オンラインおよびオフラインを区別しないアプローチを採用し、頒布権は有体物だけでな

く無体のコピーにも認められるので、オンライン上のソフトも消尽するとし⁴⁴⁾、消尽法理が適用されるのは最初のダウンロードのみ限定されないことを明らかにした。

この事件はドイツのソフト会社である Oracle が、中古のソフトのライセンス権を転売していた UsedSoft をドイツ連邦裁判所に訴え、同裁判所が予備的問題の審理をヨーロッパ司法裁判所に付託したものであり、Oracle からソフトを購入する者の大部分はダウンロードを通じてであった。

Oracle は、自らに著作権が認められている中古のソフトウエア・ライセンス購入を UsedSoft が許可し、購入者が後にそのサーバーから当該ソフトをパッチとアップデートを加えてダウンロードした時点で違法にコードを複製したと主張したが、ヨーロッパ司法裁判所はコンピューター・プログラムのコピーをダウンロードすることによりその所有権が移転するとし、次のように述べている。

「2009年9月24日指令第4条第2項の意味での『売買』に以下のような広い解釈、すなわち、コンピューター・プログラムのコピー利用権の付与が無期限でなされ、著作権者が著作権の保護を受けている著作物のコピーの経済的価値に相当する報酬を受領できるようにするため一定額の費用支払いと引き替えになされる、製品マーケティングのあらゆる形態を包含する解釈がなされないとすれば、同規定の実効性は損なわれるであろう。なぜならば、サプライヤーは消尽法理を回避しかつその法理からあらゆるものを奪うために、当該契約を『売買』ではなく『ライセンス』とすれば足りるからである」⁴⁵⁾

ヨーロッパ司法裁判所は、ダウンロードによりコピーを入手することも頒布に該当するので、頒布権は消尽するとし⁴⁶⁾、消尽しないとすると、著作権者は「新たに売買がなされる度に更に報酬請求」⁴⁷⁾が可能になるとする。

UsedSoft 事件判決の射程距離は必ずしも明確ではないが、同判決後、ドイツ連邦裁判

所は二つの事件で同判決を踏襲している⁴⁸⁾。またヨーロッパ司法裁判所は、公共図書館の貸与権例外則が問題となった事件で、デジタル書籍を貸与する場合にも適用される旨判断した⁴⁹⁾。同裁判所は、著作権法は消尽の新しい形態を採用すべきであるとする⁵⁰⁾、デジタル書籍の貸与は、紙媒体の書籍のそれと「本質的に類似した特徴」があるとする⁵¹⁾。

IV. 著作権法と契約法との相克

著作権を取得した著作者およびその相続人等が自ら著作物を利用することは稀であり、著作物を無断で使用されても著作権侵害に対して適切に権利主張を行うことができるのはごく少数にとどまる。このため、創作行為を行った者が著作権者であるのは例外的であり、著作者が著作権管理団体に著作権を譲渡することは珍しくなく、経済的価値を生み出す可能性を秘めた著作物の著作権は、著作権の管理能力を有する組織が権利主体になること一般的であるいえよう。このため、経済活動のなかで著作権に重要な位置づけがなされている場合には取引レベルでの問題として処理され、その他の場合には著作権管理団体等の著作権を管理・行使する側と著作物を利用する者との関係が重要性を有することになる。

著作権は著作物が利用されることを通じて権利としての価値を生じるということもできるのであり、権利移転の場面だけでなく、著作物の利用についても契約スキームが不可欠である。著作物を利用する場合、著作物のユーザーがどのような著作物を購入したのか、またどのような契約類型を介して利用が認められるに至ったかにより、著作権者の著作物に対する支配力に差が出てくる。

紙媒体の書籍の購入者は購入した書籍を自由に転売できるが、インターネット上においてデジタル書籍を購入した場合には、利用規約で転売を認めていない限り不可能である。

また、パソコンソフトに代表されるパッケージソフトについては、パッケージ開封またはソフトのインストール時の同意クリックにより使用者間にライセンス契約が締結されると見なされ、ライセンス契約上のソフト譲渡の可否は同契約条項による⁵²⁾。逆に、パソコンソフト入りのDVD購入者は、パッケージの開封もしくはパソコンソフトをパソコンにインストールする前は、当該DVDを第三者に譲渡することが可能であり、パソコンソフトの著作権者はその取引を阻止することはできない。

以上のような紙媒体の書籍および電子書籍もしくはパッケージソフトにおける著作権者の支配力の違いは、取引対象が動産に化体している著作物もしくは電子情報そのものか、または売買契約かライセンス契約であるに起因している。取りわけ契約類型が売買またはライセンスであるかによる相違点は、購入者が購入物の所有権を取得することを認められるか否かを理由としているので、ライセンスと認定されるかは重要な意味を有することになる。

著作物を利用する場合には、利用者は著作権者との間でライセンス契約を締結することになるが、ライセンス契約の黙示的に成立することが認められるだけでなく、契約実態上では利用許諾と著作権譲渡が明確に区別されない状況の下では、利用権の保護を図るためには、利用許諾を得たライセンシーだけでなく、利用権を獲得した著作権譲受人も考慮に入れる必要があるとされている⁵³⁾。

ライセンス契約が著作物の利用が商業ベースで行われる際に用いられる場合には、ライセンシーの権利確保が重要な課題となる⁵⁴⁾。他方では、著作権もしくは著作物ライセンス契約の抱える特殊性として、ライセンシーが事業者ではなく、一般消費者であることが一般的である点である⁵⁵⁾。このため、著作物の複製物購入者は消費者としての位置づけが必要になる場合がある。

V. 著作物利用者の権利⁵⁶⁾

著作権が制限される公正な使用に該当する場合、著作物使用者側にも著作物使用上の権限が認められるとする考えをカナダ最高裁が明らかにしており、その出発点は Théberge 事件である⁵⁷⁾。

被上告人 Théberge は国際的に著名な画家であり、画商である上告人 Galerie d'Art du Petit Champlain Inc は、ポスター製作の目的で Théberge の絵画の複製画を限定数製作する権利を入手していたが、出版されたカード、写真、およびポスターを購入後、購入物のインクを剥がしてキャンバスに移動する工程を経て、それらに化体されたイメージをキャンバスに移してキャンバス地のポスターを作成して高額にて販売した。

このことを知った被上告人は、無許可での複製を行ったことによる著作財産権侵害、および作品の名声を傷つけたことによる著作者人格権侵害を理由に、差し止め、不当利得返還、および損害賠償請求の訴えを提起し、あわせて差押え令状を請求し、いずれも認められていた。上告人は、元のポスターはインク層の移転過程で必然的に破壊されているので複製は行われておらず、作品の名声を損傷することも行われていないとし、合法的に購入したポスターに有する財産権を行使したに過ぎないと主張した。

カナダ最高裁は 4 対 3 の僅差での多数意見により、上告人側の差押え取消請求を含む主張を認めた。なお、キャンバス地への複製に関する差押については、ケベック州控訴裁判所が控訴を認めたため復活した。

本件での最大の争点は、著作権侵害の存否および著作者は複製品の終局的な頒布まで支配できるのかである。法廷意見となった多数意見は、現存する複製物数はインク層をキャンバスに移動させたことにより増加しておらず、著作権保護の目的に照らして「複製」は行われていないので著作権侵害は発生してい

ないとする。これに対して少数意見は、著作権で問題とされるのはアイデアの有体物への固定であり、インク層の移動により物質への新たな固定となるのであり、それは著作権の目的に照らすと「複製」と見なされるべきで、元の物が破壊された場合でも同じことなので著作権侵害となるとする。

法廷意見を代表して Binnie 裁判官は、著作権法の果たす役張りについて次のように述べる。

「著作権法は通常、芸術作品や知的作品の奨励と普及における公の利益を促進することと創作者の正当な報酬の獲得との間の均衡を図るものとして示されている」。⁵⁸⁾

「これらの（創作者の権利）と他の政策目的との間の適切な均衡は、創作者の権利を承認することだけでなく、それらの制限的な性質にしかるべき重しを加えることにある。酷い経済関係の下においては、芸術家や著作者達に対して複製権を理由に過度の報酬を与えることは、彼らに過小の報酬を与えることが自滅的であるのと同様に不十分である。作品の公認のコピーが公衆の構成員に譲渡された場合には、それに何が起こるかを決定するのは著作者ではなく、購入者である。著作権や他の知的財産権を有する者により過度に支配することは、創造的革新を社会全体の長期的利益に組み入れかつ裝飾する、パブリック・ドメインが有している能力を過度に制限するか、もしくは適切に利用することへの実際の障壁をつり出すことになる」。⁵⁹⁾

少数意見の Gonthier 裁判官は、「上告人が出版社  .G.I. に譲渡した権利には、媒体を問わずに著作物を複製する権利は含まれていない。付与されたのは紙上の一定数の複製物を譲渡する権利である。契約上の『製品』は文具製品に他ならない。したがって、譲渡により付与された権利は一定の制限を伴う。・・・上告人は（紙以外の）その他いかなる媒体における複製物を作る一切の権利を保有している。したがって上告人は、授権された被上告人の著作物をキャンバスに移すことにより、

カナダ著作権法第3条第1項に反」する行為を行っているとする⁶⁰⁾。

Théberge 事件判決は、著作権に課せられた目的を説明すると同時に著作権法制の内部において複製物を所有するユーザーを位置づけるとともにその役割についても説明を加えることを試みており、複眼的アプローチを採用している⁶¹⁾。いずれにせよ、カナダ法上における著作権侵害の判断基準には著作物を複数作られたかの要件が含まれていることになる。

Théberge 事件判決を踏まえて、カナダ最高裁は CCH 事件判決⁶²⁾においてフェア・ディーリング例外則は著作物利用者の権利であることを明らかにした。

本件において、カナダ・オンタリオ州の弁護士会 Law Society of Upper Canada (LSUC) は会員の調査研究の用に供する図書館を運営し、会員の求めに応じて図書館職員による写真複写サービスおよび図書館利用者による私的使用のためのセルフサービスでの写真複写サービスを提供し、出版社の CCH Canadian (CCH) は、1993 年、出版物である判例集の会員向け複写サービスを行っている LSUC に対して著作権侵害訴訟を提起した。すなわち、11 個の著作物について著作権が存在し、その権利を有していることの確認、LSUC が著作権を侵害していることの確認、および複製を禁止する本案的差止請求がこれである。LSUC は著作権侵害責任を否定し、判例集に掲載された判決、判決要旨、制定法、規則、もしくは条約本文の部分を図書館職員もしくは図書館利用者が調査目的で一部のみ複写しても著作権侵害には該当しない、と主張した。

カナダ最高裁は、控訴審判決を破棄して全員一致で次のように判示した。

出版社の出版物が著作物であるかについては、「頭注、判決概要、項目索引、および報告された判例の編纂はすべて著者に起源を有する成果であり、単なるコピーではない。それらは些少ではない技術と判断を駆使したも

のである。そうであるので、それらは著作権が存する『独創的』作品である」⁶³⁾とする。

また、写真複写が著作権法と一致しない態様で使用された証拠もなく、LSUC の警告掲示によりコピーが違法に用いられることを明示的に認めたとする控訴院判決は誤りであり、コピーが著作権を侵害する目的で使用されたとしても、LSUC は図書館利用者がコピーすることを選択した書籍、コピーの目的、もしくは写真複写そのものに対する十分な支配力を欠いているとする⁶⁴⁾。

LSUC による CCH の出版物の取り扱いがカナダ著作権法第 29 条のフェア・ディーリングに該当するかの判断の前提として、著作権侵害の例外則について全員一致の法廷を代表して、McLachlin 首席裁判官は次のように一般原理を述べる。

「手続的に被告は、ある物についてのその者の取り扱いが公正であることの立証責任を負担する。しかし、フェア・ディーリングという（著作権）の例外は、抗弁に過ぎないというよりは著作権法の重要部分として理解されるのが適切であろう。フェア・ディーリング例外則に該当する一切の行為は著作権侵害とはならないのである。フェア・ディーリングという例外は、著作権法に規定されている他の例外と同様、利用者の権利である。著作権者の権利と利用者の権利との然るべき均衡を図るために、それは制限的に解釈されてはならない」⁶⁵⁾とし、Vaver 教授の著書の文章を引用する。すなわち、「利用者の権利は単なる抜け道ではない。それゆえ、著作権の権利と利用者の権利の双方は、救済的立法に利する様に公正かつ均衡の取れた解釈がなされるべきである」⁶⁶⁾。

同最高裁はさらに、著作権法第 29 条のフェア・ディーリングに該当することの立証責任は被告側にあり、(1) 著作物の利用が調査もしくは私的な研究目的であること、および (2) それが公正であることを証明する必要があるとし⁶⁷⁾、公正であるかの判断を行うためには、著作物の使用目的、使用行為の

性格、使用行為の金額、著作物の性格、使用に代わる手段、および当該使用が著作権者の市場において著作物に及ぼす影響などの要素を考慮に入れる必要があるとし、次の様に述べる⁶⁸⁾。

「第29条のフェア・ディーリング例外則に依拠する人もしくは組織は著作権で保護された著作物に関する自らの使用行為が調査もしくは私的な研究目的であったことおよび公正であったことを立証するだけで足りる。それらの者が行うこの点に関する立証につき、自分たちが日頃行っていることもしくは方針が調査を基礎としていて公正であることを立証すること、もしくは著作物を使用するすべての個人は事実上調査を基礎としていることの立証で足りる」⁶⁹⁾とする。

カナダ最高裁は判決最後において、以下の様な宣言的判決 (declaratory judgement) を下している。

「本官は、弁護士会の附属図書館が報告された判例、判決要旨、制定法、規則もしくは条約の一部を『法へのアクセスポリシー』に則ってコピーした場合には、弁護士会は著作権を侵害していないことの確認を行う。本官はまた、弁護士会が附属図書館で写真コピーを継続し、著作権侵害のコピーに責任を持たない旨の警告を掲示することで、著作権侵害を授権していないことの確認を行う」⁷⁰⁾

著作者の権利と利用者の権利のバランスをとることが著作権に必要であるとし、利用者の権利としてフェア・ディーリングを位置づけることは注目すべき方向変換であり、学界の大勢は方向変換を支持していたが、「一般的な受け止め方は否定的で、利用者の権利は単なる比喩に過ぎず、何も変わっていないとしていた。たとえば、アクセス・コピーライトが直後に示した反応は、『この判決は著作権で保護された著作物の大部分はフェア・ディーリングには該当しない。最高裁判所が明確に述べているのは、著作権はオリジナルの著作物にあるということであり、かつ各種団体はアクセス・コピーライトのライセ

ンスもしくは法を破るリスクに署名するに違いないからであるとする』ということである」⁷¹⁾

カナダ最高裁は Bell Canada 事件⁷²⁾において、フェア・ディーリング規定の目的から拡大かつ自由な解釈を行うことにより、著作権侵害の例外則解釈に新たな方向性を示すことになった。

この事件では、オンライン・ミュージック・プロバイダーの Bell Canada 他がインターネット上で音楽著作物の自由な試聴サービスを提供する行為は、カナダ著作権法第29条のフェア・ディーリング規定に該当してSOCANの著作権を侵害しないかが争点となった。プロバイダーが行う試聴は、30秒から90秒間音楽著作物を抜き出してユーザーのパソコンに流すもので、視聴後はユーザーのパソコンには音楽著作物は残らなかった。

カナダ最高裁は、以下の様に CCH 事件判決の意義を確認するとともに、そこで示されたフェア・ディーリング該当性判断の二段階基準を適用して、全員一致で Bell Canada 他の行為はフェア・ディーリングに該当する旨判示した。

「CCH 事件判決は、利用者の権利は著作権法の公益目的をさらに促進する本質的な部分であることを確認している。同法における保護とアクセスとを適切な均衡あるものとする道具の一つがフェア・ディーリングの概念であり、それは利用者が、フェア・ディーリングとはならず著作権侵害に該当すると思われる行為を行うことを認めるものである。こうした二つの利益の間の然るべき均衡を図るため、フェア・ディーリング規定は『制限的に解釈されてはならない』のである」⁷³⁾

フェア・ディーリング該当性判断基準の第一段階は、著作物の使用が調査目的であるかである。カナダ最高裁は、CCH 判決の示した言明、すわなち「利用者の権利が過度に制約されないようにするため、調査には拡大かつ自由な解釈がなされるべきである」⁷⁴⁾が

適用され⁷⁵⁾、その基準の対象は著作物利用者であり、オンライン・プロバオダーではないとする⁷⁶⁾。さらに、基準の第一段階が適用されるのは新しい物の創作に限定されることはなく、その敷居自体は比較的強く押さえられていて⁷⁷⁾、試聴によりユーザーは購入する音楽を確認できるので、調査に該当するとした⁷⁸⁾。

第二段階は、著作物の利用が公正であるかであり、カナダ最高裁はCCH事件で示された6つの要素、すなわち(1)著作物の使用目的、(2)著作物使用の性格、(3)著作物使用の量、(4)著作物使用の代替手段の存在、(5)著作物の性格、(6)著作物の使用による著作物への効果、について順次判断を行っている⁷⁹⁾。

カナダ最高裁は、オンライン上で音楽著作物の試聴を行うことが公正であるかどうかの判断は、量的な側面からではなく、ユーザーの観点から行うべきであるとし、次のよう技術的中立性原理が適用されることを明らかにしている。

「デジタル著作物に関する事件において、取引の『全体的な』量に照準を合わせると、非デジタル著作物に比べて不公正であるとの均衡を欠く事実認定を招きやすい。……関係するメディアの形態もしくは技術的洗練度を無視して、絶えず同じように機能するものとして著作権法を適用することは、技術的中立性の目標を浸食する可能性があると思われる」。⁸⁰⁾

カナダ最高裁は、CCH事件から10年後のBell Canada事件において、利用者の権利を考慮することは著作者の権利との関係を適切に保つために重要であることを確認することになった。

著作物利用者の権利とされるものが果たして「権利」といえるかが問題となる。

著作権と著作物利用者の権利との関係は、著作権者が著作物の使用における対物権を有しているのに対応して、著作物利用者は使用許諾を得るかもしくは使用料の支払いを行わ

ずに著作物を使用しない義務を負担しており、それは著作権の例外則であるフェア・ユースおよびフェア・ディーリングの範囲で著作物を使用した場合には著作権侵害に問われないとするものであって特権に過ぎないとされている。しかしCCH判決において、カナダ最高裁は宣言的判決を下している⁸¹⁾。そうした判決が下されても、損害賠償、差止請求、もしくは履行・不履行強制が認められるものではないが、判決としての効力は有しているため⁸²⁾、同一の事実関係の事件においては拘束力を有することになる。このため、著作物の利用者は著作権例外則に該当するとして著作権者に対して著作物の使用を請求できないので厳密には権利そのものではないが、それに限りなく近いものとなった。

著作権例外則が適用される領域においても、利用規約などで著作物の利用を制限する技術的保護手段が講じられていることが多く、著作物利用者の権利はその制限を受けることになる。著作物利用者の権利が技術的保護手段のある場合でも認められるかにつきChapelane教授は、4つの解釈の可能性を論じている⁸³⁾。

利用規約における制限条項は、(1)著作権例外則に優位する、(2)著作権例外則が特権であり、ホーフエルト流の権利ではないことを確認している、(3)著作権例外則がホーフエルト流の権利であることを前提にした解釈を否定しないが、技術的保護手段で保護されている著作物に関して利用者の権利を大幅に制限している、(4)著作権制限則で利用可能であると期待されることから利用者が便益を得られるようにする義務を著作権者に課している。

VI. まとめに代えて

著作権の財産権として位置づけることは、大企業を不当に利するが、著作権自体が社会の収入と富の正当な分配に不可欠なのは法理

論的にもデータ上も明らかであるとの主張もなされている⁸⁴⁾。著作権の肥大化現象と認識した場合、その処方箋は著作権者の権利保護と著作物利用者の権益を調整するシステム構築であり、それがいずれの方向に向かっていくかは今後とも注視する必要があるだろう。

【注】

- 1) Eric Barendt, 'Copyright and Free Speech' in Jonathan Griffiths & Uma Suthersanen, *Copyright And Free Speech: Comparative and International Analyses* 11 (Oxford Univ. Pr. 2005).
- 2) Neil Weinstock Netanel, *Copyright's Paradox*, at 86 (Oxford Univ. Pr. 2008).
- 3) Aaron Perzanowski and Jason Schultz, *The End of Ownership: Personal Property in the Digital Economy*, (The MIT Pr. 2016).
- 4) Siva Vaidhyanathan, *Intellectual Property: A Very Short Introduction*, pp.20-33 (Oxford Univ. Pr. 2017).
- 5) 茶園成樹「著作者の権利と所有権」コピーライト No.648/vol.55 1-18 頁 (2015 年) は、著作権と所有権の関係を詳細に検討する。
- 6) 紋谷暢男『知的財産権法概論 第3版』8～9 頁 (有斐閣 2012 年)。
- 7) 中山信弘『著作権法第2版』35 頁 (有斐閣 2014 年)。
- 8) 中山信弘「知的財産の『無体』財産たる所以——知的財産権と所有権との違い」https://www.jurists.co.jp/sites/default/files/seminar_pdf/ja/news09.pdf
- 9) Jeremy Waldron, *The Right to Private Property*, at 137 (Oxford Univ. Pr., 1988). ロバート・P・マージェス『知財の正義』第2章 (勁草書房 2017 年) 参照。
- 10) Id. at 344-45 (Oxford Univ. Pr. 1988). ロバート・P・マージェス注9第3章参照。
- 11) Martin Krehmer, with Lionel Bently and Ronan Deazley, 'The History of Copyright History: Notes from an Emerging Discipline', in Ronan Deazley, Martin Kretschmer, Lionel Bently ed. *Privilege and Property: Essays on the History of Copyright* p.6 (Open Book Publishers 2010).
- 12) 最判昭和 59 年 1 月 20 日民集 38 卷 1 号 1 頁、判時 1107 号 127 頁、判タ 519 号 129 頁。
- 13) ドイツの裁判所で著作権侵害を認めていることにつき、茶園成樹「有体物の写真撮影・利用に対する保護——ドイツにおける所有権による保護を中心に——」設楽隆一他編『現代知的財産法-実務と課題』1315 頁 (発明推進協会 2015 年)。
- 14) 裁判所 HP。
- 15) Greenwich Workshop, Inc. v. Timber Creations, Inc., 932 F. Supp. 1210 (C.D. Cal. 1996).
- 16) Rosebud Entertainment, LLC v. Professional Laminating LLC, 958 F.Supp.2d 600 (2013).
- 17) Lantern Press, Inc. v. American Publishers Co., 419 F. Supp. 1267 (E.D.N.Y. 1976).
- 18) 著作物の化体した複製物の加工・販売行為の著作権問題については、谷川和幸「複製物に物理的加工を施して販売する行為に著作権は及ぶか (1)～(4) 未完」福岡大学法学論叢第 61 巻第 4 号 1103 頁、同第 62 巻第 1 号 1 頁、同第 2 号 359 頁、同第 3 号 595 頁 (2017 年)。
- 19) 相山敬士「消尽を巡る状況」設楽隆一他編『現代知的財産法-実務と課題』1221 頁 (発明推進協会 2015 年)、Peter Mezei, *Copyright Exhaustion: Law and Policy in the United States and the European Union* (Cambridge Univ. Pr. 2017); Ariel Katz, 'Digital exhaustion: North American observations' in John A. Rothchild, ed. *Research Handbook on Electronic Commerce Law* Chapter 6 pp.137-67 (Edward Elg. 2016); Ariel Katz, 'The Economic rationale for exhaustion: distribute on and post-sale restraints' in John A. Rothchild, ed. Re-

- search Handbook on Electronic Commerce Law Chapter 2 pp.23-43 (Edward Elg. 2016).
- 20) 210 U.S. 339, 28 S.Ct. 722 (1908).
- 21) *Id.* at 350.
- 22) *Id.* at 346.
- 23) *Id.*
- 24) アメリカ著作権法上で消尽法理が認められたのは、Boob-Merrill 事件の翌年の 1909 年著作権法においてである。1909 Copyright Act: An Act to Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, Pub. L. No. 60-349, ch. 320, § 41, 35 Stat.1075, 1084 (1909).
- 25) 210 U.S. at 350-51.
- 26) 17U. S.C. § 109(a).
- 27) *Id.* § 109(d).
- 28) *Id.*
- 29) *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, 568 U.S. 519,133 S.Ct.1351 (2013).
- 30) *Id.* at 530.
- 31) *Id.* at 539 (cited *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*, 210 U.S. 339).
- 32) *Id.* at 567.
- 33) *Id.* at 538-59.
- 34) 1 E. Coke, *Institutes of the Laws of England* § 360, p. 223 (1628).
- 35) William F. Frachter, 'Legal Interests in Chattels Personal', in *Perpetuities and other Restraints: A Study of the Michigan Statutes and Decisions Relating to Perpetuities and Other Devices Which Fetter the Alienability of Property, Against the Background of the Laws of England and Other American Jurisdictions* 155 (Univ. of Michigan L.S. 1954).
- 36) Guyv A. Ruh, (Rebalancing Copyright Exhaustion), 67 *Emory L.J.* 741, 759-61.
- 37) *Vernor v. Autodesk* 621 F 3d 1102 (9th Cir 2010).
- 38) *Id.* at 1110-11.
- 39) Copyright User Rights pp.99-100. ネットオークションで無料のプロモーション用 CD を転売した場合に第一譲渡法理が適用されないとした *UMG Recordings Inc v Augusto* 628 F 3d 1175 (9th Cir 2011) においては、CD のラベルに転売禁止が明記されていてもライセンスとはならないとし、著作権者の主張するソフトウェア・ライセンスの強制力を否定した。被告が第三者より購入した原告製のソフトウェアをウェブサイト上で転売した事例である *Adobe Systems Inc v Christenson*, 809 F 3d 1071 (9th Cir 2015) において、第一譲渡法理を援用する著作権訴訟の被告が最初の段階の立証責任を果たすと、第一譲渡が発生していないことの立証責任は著作権者に移ることを明らかにした。
- 40) Stavroula Karapapa, 'Reconstructing Copyright Exhaustion in the Online World', *Intellectual Property Quarterly*, 304 (2014).
- 41) *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, 934 F Supp 2d 640 (USDC, 2013).
- 42) *Id.* at 655.
- 43) Case C-128/11, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp* [2012] ECR 407 I-0000.
- 44) EU ソフトウェア指令第 4 条第 2 項は、「あるプログラムのコピーの……第一譲渡」があった場合には、「当該プログラムもしくはそのコピーを更に貸与することを支配する権利を除き」第一譲渡による頒布権の消尽を認めるとする。Article 4(2) of the Computer Programs Directive 2009/24.
- 45) Case C-128/11, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp* [2012] ECR 407 I-0000 par.49.
- 46) *Id.* par. 52.
- 47) *Id.* par. 63.
- 48) Peter Mezei, *Copyright Exhaustion: Law and Policy in the United States and the European Union* (Cambridge Univ. Pr.

- 2017), 98–101.
- 49) C-174/15 (VOB/Leenrecht) (2016).
- 50) Id. par. 45.
- 51) Id. par. 53.
- 52) シュリンクラップ契約の有効性を認めた ProCD 事件 (ProCD v. Zeidenberg, 86F. 3d1447 (7th Cir. 1996)) を中心にしたデジタル環境下での情報取引について、小島立「デジタル環境における情報取引についての基本視座」財団法人知的財産研究所編『デジタル・コンテンツ法のパラダイム』137 頁 (雄松堂出版 2008 年) 参照。PC 用のウイルスチェックソフトウェアのライセンス契約中のライセンス条件に関するクリックオンによる契約の成否、有効性が争点となった事例に東京地判平 26.2.18 (平 24ワ 27975) TKC ローライブラリー文献番号 25517706 があり、拘束力を認めている。
- 53) 古城春美「著作物の利用と対抗問題」設楽隆一他編『現代知的財産法——実務と課題』1203 頁、1207–08 頁 (発明推進協会 2015 年)。
- 54) 曾野裕夫「著作権ライセンス契約におけるライセンシーの地位の保護のあり方」知的財産法政策研究 vol.9 135 頁 (2005 年)。
- 55) 金子宏直「ライセンス概論」梶山敬士他編『ビジネス法務体系 I ライセンス契約』21 頁 (日本評論社 2007 年)。
- 56) Pascale Chapdelaine, *Copyright User Rights: Contracts and the Erosion of Property* (Oxford Univ. Pr. 2017); Niva Elkin Koren, 'Copyright in a Digital Ecosystem: A User Rights Approach', in Ruth L.Okediji ed. *Copyright Law in an Age of Limitations and Expectations*, Chapter 5 pp.132–168 (Cambridge Univ. Pr. 2017); Michael Geist, 'The Canadian Copyright Story: How Canada Improbably Became the World Leader on Users' Rights in Copyright Law', in Ruth L.Okediji ed. *Copyright Law in an Age of Limitations and Expectations* Chapter 6 pp.169–205 (Cambridge Univ. Pr. 2017).
- 57) Théberge v Galerie d'Art du Petit Champlain Inc [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34.
- 58) Id. par. 30.
- 59) Id. par. 31–32.
- 60) Id. par. 178–79.
- 61) Pascale Chapdelaine, note 56, p.176.
- 62) CCH Canadian Ltd v Law Society of Upper Canada, [2004] 1 SCR 339, 2004 SCC 13.
- 63) Id. par. 36 (referred to Copyright Act § 5).
- 64) Id. par. 43–45.
- 65) Id. par. 48.
- 66) Id (cited Vaver, *Copyright Law*, (Irwin Law 2000) at p.171).
- 67) Id. par. 50.
- 68) Id. par. 60.
- 69) Id. par. 63.
- 70) Id. par. 90.
- 71) Michael Geist, note 56 at 183.
- 72) Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada, 2012 SCC 36, [2012] 2 SCR 326.
- 73) Id. par. 11 (cited CCH at par. 48).
- 74) CCH Canadian Ltd v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 SCR 339, 2004 SCC 13. par. 51.
- 75) Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada, 2012 SCC 36, [2012] 2 SCR 326 par. 15.
- 76) Id. par. 28.
- 77) Id. par. 27.
- 78) Id. par. 30.
- 79) Id. par. 34–48.
- 80) Id. par. 43.
- 81) Id. par. 90.
- 82) cf. *Black's Law Dictionary* 9th ed, sub verbo "right"、小山貞夫編著『英米法律語辞典』292 頁 (研究社 2011 年) 参照。
- 83) Pascale Chapdelaine, note 56, pp.50–52.
- 84) Justin Hughes and Robert P. Merges, 'Copyright and Distributive Justice', 92 Notre Dame L. Rev. 513.