

著作権の消尽

— 頒布権・譲渡権以外の支分権は消尽するか —

京都大学大学院法学研究科 教授 愛知 靖之



要約

消尽の積極的根拠は、著作権を初めとする知的財産権と所有権（物を自由に使用・収益・処分する権利）との調整に求めるべきである。この考え方を前提とすれば、原作品・複製物の「処分」（譲渡）のみならず、原作品や複製物の「使用」を介した著作物の利用やそれによる「収益」を自由に行うことを保障するために、明文に規定のある譲渡権や最判平成14年4月25日民集56巻4号808頁〔中古ゲームソフト〕が認めた頒布権の一部（公衆に提示することを目的とせず複製物を公衆に譲渡する権利）以外の支分権についても、例外的なケースに留まるものの、一定の場合には消尽を認めるのが妥当である。

目次

1. はじめに
2. 消尽の根拠
 2. 1 特許権の消尽と著作権の消尽の統一的理解
 2. 2 消尽の積極的根拠—「円滑な流通」の保障?—
 2. 3 消尽の積極的根拠—著作権と所有権の調整—
 2. 4 消尽の根拠と「デジタル消尽」
 2. 5 消尽の根拠と譲渡以外の著作物利用
3. 著作権の消尽を巡る従来の議論
 3. 1 複製権の消尽—自炊代行—
 3. 2 上映権の消尽—ゲーム機の販売と上映—
4. 演奏権の消尽—音楽教室事件—
 4. 1 判旨の紹介
 4. 2 判旨の評価
5. おわりに

1. はじめに

著作権法上、明文で消尽が規定されているのは譲渡権に関する著作権法26条の2第2項のみである⁽¹⁾。しかしながら、26条の2第2項自体は、消尽に関する創設的な限定規定ではなく、「消尽法理」という一般原則の具体例を確認的に示した例示規定と解することが可能だとの指摘もある⁽²⁾。現に、特許法に全く規定のない特許権の消尽が判例法理によって明確に承認されている⁽³⁾ほか、著作権法においても、最判平成14年4月25日民集56巻4号808頁〔中古ゲームソフト〕が、頒布権の一部（公衆に提示することを目的とせず複製物を公衆に譲渡する権利）について消尽

を明文の規定がないにもかかわらず肯定している。2で詳述するように、学説上も、以前から、譲渡権・頒布権以外の支分権について消尽を認め得るとする立場も示されていた。さらに、判例評釈で取り上げられることはほとんどないものの⁽⁴⁾、東京地判令和2年2月28日判時2519号95頁〔音楽教室第1審〕、知財高判令和3年3月18日判時2519号73頁〔同控訴審〕では、演奏権の消尽が争点の1つとされている。

このように、特許権と異なり、著作権は多数の支分権で構成されているが故に、消尽の対象となる権利の範囲という著作権の消尽に特有の問題が生じる。そこで、筆者は、既に、譲渡行為以外の行為について著作権の消尽を認め得るのかという問題をテーマとした論考を公表している⁽⁵⁾。本稿は、この前稿と重複する内容とはなるものの、これを簡略化して紹介するとともに、前稿では触れられなかった音楽教室事件の判示を検討することを目的とする。

2. 消尽の根拠

2. 1 特許権の消尽と著作権の消尽の統一的理解

著作物またはその複製物の譲渡に関する消尽の根拠について、前掲中古ゲームソフト最判は、特許権の消尽に関する前掲BBS最判を引用しつつ、「特許権者又は特許権者から許諾を受けた実施権者が我が国の国内において当該特許に係る製品を譲渡した場合には、当該特許製品については特許権はその目的を達成したも

品を再譲渡する行為等には及ばないことは、当審の判例とするところであり…、この理は、著作物又はその複製物を譲渡する場合にも、原則として妥当するというべきである。」と述べた上で、その根拠として、①著作権者の権利保護が社会公共の利益との調和の下で実現されなければならないこと、②著作物またはその複製物の「円滑な流通」を保障すべきこと、③著作権者には事前の対価取得機会が保障されており、事後的な権利行使を肯定することにより、著作権者に二重の利得を得ることを認める必要性が存在しないことを挙げている。

この最高裁判決からは、消尽法理を著作権と特許権で統一的に理解する姿勢を見て取れるが、学説上は、さらに、譲渡権の消尽に関し、著作権者が適法に譲渡した複製物に対して加工が行われた上で再譲渡が行われたといったケースについて、前掲インクカートリッジ最判の判断枠組みを導入すべきと説く見解⁽⁶⁾や、後述するように、自炊代行の事案に関し、特許法上の消尽法理を著作権法に導入することにより、「複製権の消尽」を認める見解⁽⁷⁾など、具体的な判断枠組み・判断基準のレベルでも、消尽法理を著作権と特許権で統一しようという注目すべき動きが見られる。

2. 2 消尽の積極的根拠—「円滑な流通」の保障?—

さて、最高裁が列挙した①から③の根拠のうち、①「社会公共の利益との調和」は、消尽法理に固有の理由付けというよりは、権利制限規定を含む権利の効力制限一般に妥当する説示に過ぎない⁽⁸⁾。また、③二重利得の禁止も消尽の積極的根拠にはなり得ない。というのも、消尽によって事後の権利行使が否定されるからこそ、事前の対価取得機会を活用せざるを得ないのであって、事前の対価取得機会を活用できるのだから、事後の権利行使を認める必要がないという論法は、トートロジーだと思われるからである⁽⁹⁾。あくまで、消尽の消極的根拠に過ぎないと考えるべきであろう。したがって、消尽の積極的根拠は、②著作物の原作品・複製物の「円滑な流通」の保障に求められることになる。

しかしながら、「円滑な流通の保障」・「自由流通の確保」と言ったところで、その内実や射程は必ずしも明確ではなく、なにゆえ流通確保が求められるのかをさらに明らかにすることが必要となる⁽¹⁰⁾。

2. 3 消尽の積極的根拠—著作権と所有権の調整—

前掲中古ゲームソフト最判は、②著作物またはその複製物の「円滑な流通」の保障について判示する際に、「商品を譲渡する場合には、譲渡人は目的物について有する権利を譲受人に移転し、譲受人は譲渡人が有していた権利を取得するものであり、著作物又はその複製物が譲渡の目的物として市場での流通に置かれる場合にも、譲受人が当該目的物につき自由に再譲渡をすることができる権利を取得することを前提として、取引行為が行われる」と述べている。ここで、商品の譲渡の際に、譲渡人が譲受人に移転する「目的物に対して有する権利」とは所有権を意味する。つまり、商品の流通は、あくまで譲受人・転得者の取得した「所有権」を前提とするものなのである。商品を譲り受けた者が、自ら所有権（物を自由に使用・収益・処分する権利）を行使することによって、その「使用」（原作品や複製物の「使用」を介した著作物の「利用」）やそれによる「収益」、あるいは「処分」すなわち転売・再譲渡を自由に行うことができるということが、まさに、「円滑な流通」の保障の内実なのである。著作物の原作品・複製物の所有権を譲り受けた者が、それを使用・収益・処分する際に、それらの行為が支分権該当行為に当たるとを理由に、常に著作権者の許諾を要するとすると、その取引費用の高さ故に、所有権に基づく原作品・複製物の使用・収益・処分に対する大きな阻害要因となる。有体物が転々流通する場面では、目的物の転得者と著作権者等が直接に取引し、利用許諾を得ることが困難となることが多い（取引費用が高い）。また、著作権行使の有無が著作権者の意思という浮動的な事情に左右されることもあり得る。このような状況を放置すると、目的物を譲り受けた者が、所有権のもと目的物を円満に使用・収益・処分することが妨げられる。消尽法理という権利行使を否定するルールを設定することにより、原作品・複製物の譲受人に対して著作物の利用許諾を得ることなく、安心して取引に入り、それらの使用・収益・処分を行うことが可能となるのである。

とはいえ、もちろん常に所有権が優先し、原作品・複製物の使用・収益・処分（著作物の利用）が全て許容されるわけではない。著作権者が事前に対価を取得することができなかつた侵害品についてまで、その所有権を取得した譲受人が自由に使用・収益・処分（著

作物の利用)を行うことができるということになれば、著作権者は当該著作物利用から一切の対価取得機会が認められないことになり、著作権者の利益を大きく害することになる。したがって、侵害品の流通に対しては、著作権が優先し、その行使が認められることは当然である⁽¹¹⁾。さらに、後述するとおり、著作権者が原作品・複製物を譲渡するに際し、原作品・複製物の用途・特性に照らして、通常想定される著作物の利用態様を越えた利用が多数行われる場合にまで、著作権が行使できないとなると、当該著作物利用に対する十分な利得を著作権者に還元することができなくなる(それゆえ、仮に消尽が認められ権利行使が否定されるとなれば、著作権者等としては、第一譲渡の際に、そのような多様な利用態様がなされる可能性を織り込んだ対価設定をせざるを得なくなることから、著作物の価格が高くなり、需要者・消費者の便益にも悪影響をもたらすことになる)。このようなケースでも、消尽を否定し、事後的な著作権行使を認めるべきである。

以上のように、「著作権(知的財産権)」と「所有権」の調整を行うための規範として消尽法理が存在すると考えることができる⁽¹²⁾。著作権法自体が、展示権と原作品の所有権との調整規定(45条以下)や、複製権等とプログラム著作物の複製物の所有権との調整規定(47条の3)などを有しているように、「著作権と所有権の調整」法理自体は、もともと著作権法に明文でビルトインされているのであり、消尽法理もこれらと共通した思想に拠って立つものと考えられることができる。

さらに、このような権利間の衡量を要するのは、著作権法だけに留まらず、特許法などでも同様である。消尽法理は、知的財産法に共通して妥当する一般原則である。著作権法上、消尽を規定しているのは譲渡権のみではある(26条の2第2項)。しかし、前述のように、26条の2第2項自体は、消尽に関する創設的な限定規定ではなく、消尽法理という一般原則の具体例を確信的に示した例示規定と解することが可能である⁽¹³⁾。このことは、特許法に全く規定のない特許権の消尽が判例法理(前掲BBS最判・前掲インカートリッジ最判)によって明確に承認されているほか、著作権法においても同じく明文の規定のない頒布権の消尽が一定の場合について肯定されていること(前掲中古ゲームソフト最判)からも明らかであろう。

2. 4 消尽の根拠と「デジタル消尽」

著作権の消尽との関係では、従前から、いわゆる「デジタル消尽」の是非が議論されてきた⁽¹⁴⁾。著作権者等が、デジタルコンテンツをダウンロード販売したところ、これを入手した者がコンテンツを「転売」する行為(デジタルコンテンツを有体物に格納した上で転売や、デジタルコンテンツの送信による転売、デジタルコンテンツにアクセスする権限や「使用権」の転売など)に対して著作権を行使できるのかという問題である。

このうち、デジタルコンテンツを有体物に格納した上で転売が行われるケースについては、当該有体物の「所有権」に基づく使用・収益・処分として著作物の利用を保障すべきという点では、著作権者等により有体物の第一譲渡が行われているという本稿が対象とする通常のケースと利益状況に大きな差はなく、消尽の理論的根拠がそのまま妥当すると考えてよい⁽¹⁵⁾。26条の2第2項を直接適用することができないとしても、不文の消尽法理を適用し、譲渡権の消尽を認めるべきであろう。

しかし、デジタルコンテンツが有体物に化体することなく「転売」されるケースについては、やはり、前述の通り、単なる「自由流通の確保」という内容と射程が曖昧な(スローガンの)根拠ではなく、法的保護に値する権利・法益という形に具体化された根拠を措定する必要があると考える。著作権という重要な権利の行使を否定する以上、これと衡量すべきものも、権利・法益という形で具体化されたものであることが必要だからである。「アクセス権限」や「使用権」なるものが持ち出されることもあるが、これを法的保護に値する具体的な権利・法益と評価することは、「アクセス権限」や「使用権」の内実の不確かさもあって、直ちには困難であろう。さらに、「デジタル消尽」なるものを積極的に承認することができないのは、このような形式的な理由付けだけではなく、より実質的な観点からも基礎付けられる。すなわち、少なくともデジタル環境下では、コンテンツを入手した者が手元にコンテンツの複製物を残したまま、コンテンツを他者に送信したり、「アクセス権限」等を譲り渡すという一連の行為を、さしたる取引費用をかけることなく、極めて容易に行うことができる。このことにより、実質的には、デジタルコンテンツの貸与に近い状況、すなわち、コンテンツのライブラリ化が進むこと

になりかねず、1つの複製物の複数回利用から著作権者が対価を取得することを保障するという我が国が貸与権の消尽を否定している趣旨⁽¹⁶⁾を没却することになるのである⁽¹⁷⁾。また、有体物が転々流通する場面では、目的物の転得者と著作権者等が直接取引し、利用許諾を得ることが困難である（取引費用が高い）という事情があるのに対し、デジタルコンテンツの場合には、オンライン上で著作権者と直接取引することが有体物に比べて容易である⁽¹⁸⁾。有体物の流通を前提とする消尽法理を安易にデジタル環境下に適用することは妥当ではない⁽¹⁹⁾。

2. 5 消尽の根拠と譲渡以外の著作物利用

著作権法における消尽法理を、著作権と所有権とを調整するための規範と位置づけると、有体物たる原作品・複製物の処分（転売・再譲渡）のみならず、その使用・収益（＝原作品・複製物を用いた著作物の利用）も保障する必要が生じる。そうすると、著作権者の利益を害さない限りにおいて、譲渡以外の著作物利用行為に対しても、著作権行使を否定すべき場合があるのではないかという議論につながり得る。そこで、以下では、従来の学説で、頒布権・譲渡権以外の支分権に消尽を肯定し、譲渡以外の著作物利用行為に対する権利行使を否定すべきと説く見解を紹介し、その是非を検討する。

3. 著作権の消尽を巡る従来の議論

3. 1 複製権の消尽－自炊代行－

従来の学説の中には、自炊代行の事例について、代行業者による複製行為に対する複製権行使は消尽により否定されるべきであるとの主張がある⁽²⁰⁾。論者によれば、利用者が書籍の対価を支払うことで取得する権原は、有体物としての書籍の所有権のみならず、「購入書籍1冊に化体した著作物1コピー分についての自由かつ安定的なアクセス機会」も含まれる。さらに、このような「アクセス機会」に時間的制限はない。そうすると、書籍の劣化・毀損による物理的な「アクセス機会」の消失に対応するための複製行為は、たとえ代行業者の手によって行われるものであっても、もともと書籍の対価に包含されていることになる。そこで、著作権者は「自らの著作物の書籍販売による対価獲得という反面で、一定の条件下で書籍という態様を介して他人によって当該著作物にアクセスされること

を中心とした利用行為がなされることを受容しているものと解されるべきであろう⁽²¹⁾。著作権者は、時間的制限のない「アクセス機会」付与を前提とした価格設定を行うことができるのであり、事前の対価取得機会は十分に保障されていたというのである。したがって、以上のような行為については、たとえ、代行業者が行うものであったとしても、30条1項適用の可否を問題とするまでもなく「複製権の消尽」を理由に当然に権利行使は否定されるべきという。

しかしながら、仮に、代行業者が行うこのような業としての複製行為も「消尽」によって適法とされるというルール形成をした場合、（理想的には）このような著作物利用を視野に入れた形で書籍の対価が決まることになる。そうすると、その分の対価を上乗せされた書籍を購入する消費者の便益を損なうことになるのではなかろうか。「今後刊行される書籍については、自炊代行による私的複製の可能性を念頭に置いた対価を発行時に取得すれば足りるのではないか、という再反論がなされるかもしれないが、大半の書籍が自炊されるわけではないとすれば、自炊を想定していない読者層にとって書籍の価格が高すぎることになり、市場による書籍の普及を多少なりとも妨げることになる⁽²²⁾。前述のように、消尽によって事後の権利行使を否定することは、著作権者等を事前の対価取得機会を活用せざるを得ない状況に追い込むことを意味する。所有権に基づく原作品・複製物の使用・収益、すなわち、それらに化体した著作物の利用について消尽を認めることは、そのような著作物利用を視野に入れた対価上乗せを著作権者に半ば強制することになる。その結果、高い価格が付くことにより、需要者・消費者に経済的負担を課しその便益を損なう。ひいては原作品・複製物が高すぎる価格故に購入されず、かえって、著作権者の利益を害することにもなりかねない。特に、特定の原作品・複製物について、想定される著作物の利用態様が一般的なものではなく、限定的な利用者しか行わないようなものであった場合に、著作物に一律にその対価分を上乗せすることを消尽法理により半ば強制することは、当該利用を想定していない多数の消費者に対しては、自らが行うわけでもない利用分の対価を上乗せされている以上、需要に見合わない高すぎる価格となり、消費者・需要者の便益を大きく損なうことになるのである⁽²³⁾。

近時、特許権の消尽の場面でも、「IoT技術の進展

により、例えば情報通信分野等において部品の汎用化が進み、用途が多様化⁽²⁴⁾したことを背景に、「特許発明の実施により得られる収益が部品の用途により異なる場合や、装置を用いたサービスによる収益が装置の売買による収益を大きく上回る場合に、ライセンス料はどう考えるべきか」が課題とされ⁽²⁵⁾、この場合に、「従来の消尽論をそのまま適用すると部品や装置等が市場に置かれた時点で特許権が消尽するため、用途の違いやサービスによる収益の多寡が考慮できず特許発明に係るライセンス料を適切に算定できないおそれ⁽²⁶⁾」があることが指摘されている。そこで、特許権者と特許製品の取得者間の契約で想定・特定された用途以外での利用について、消尽を否定し、特許権行使を認める可能性などが今後の論点となっている⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾。特許法の場面以上に、利用態様が多様化する著作権の場面でも、著作物の原作品・複製物の用途・特性に照らして、想定される利用態様を念頭に置いた消尽法理の構築が重要となるのではないだろうか。IoT技術の進展により特許法の場面で浮かび上がってきたこのような懸念と同様に、著作権法の場面でも、著作権者が原作品・複製物を譲渡するに際して通常想定される著作物の利用態様を越えた利用が多数行われ、かつ、それぞれの利用態様が各々特定の利用者しか行わない限定的な利用態様である場合にまで、著作権が行使できないとなると、当該著作物利用に対する十分な利得を著作権者に還元することができなくなる。このような事態に対処するため、著作権者等としては、第一譲渡の際に、そのような多様な利用態様がなされる可能性を織り込んだ対価設定をせざるを得なくなる。しかし、これでは著作物の価格が高すぎることとなり、需要者・消費者の便益にも悪影響をもたらすことになるのである。

もっとも、想定される著作物の利用態様が限定的なものであって、特定の利用者しか行うことがないものであったとしても、そのような用途に用いる利用者についてのみ高い価格を付け、当該利用を想定していない利用者に対してはより安い価格を付けるという「価格差別」が可能なのであれば、当該利用を行わない消費者に対して過剰な価格設定が行われるという事態を避けることができる。

書籍の自炊という行為も、これが書籍の購入者であれば誰でも行う一般的な利用態様ではなく、限定的な利用者のみが行う利用態様にすぎず、さらに、自炊を

行う購入者に絞って価格を上乗せするような価格差別が困難であることにも鑑みると、消尽法理による複製権の制限には慎重であるべきだと思われる。

3. 2 上映権の消尽—ゲーム機の販売と上映—

他方で、第一譲渡の際に、著作物の原作品・複製物（著作物が化体した有体物）の用途・特性に照らして、通常想定されるその後の著作物利用が一般的なものである場合には、その想定範囲内の著作物利用行為に対しては、消尽を認めることが妥当である。というのも、想定される著作物利用が一般的な態様である場合には、当該原作品・複製物の取得者が、想定された当該著作物利用をその通りに行うことが一般的である以上、著作権行使を消尽により否定し、当該著作物利用を視野に入れた対価上乗せを著作権者に半ば強制することになったとしても、購入者（需要者・消費者）は自らが行う著作物利用に対する対価を支払うだけだからである。自身が行うことを想定していない利用態様（他の限定的な利用者のみが行う利用態様）に対する対価までを負担することにはならない。「限られた利用者しか行わないような利用行為であるにもかかわらず、消尽によって権利行使を否定することで、著作権者が著作物の第一譲渡時に一律にその利用行為の対価分を上乗せせざるを得なくなると、当該利用行為を想定していない利用者・消費者にとっては、著作物の価格が高くなりすぎるため、不利益を被る」という懸念はこのようなケースでは生じないのである。もっとも、通常想定されるその後の著作物利用が一般的なものであることは、著作物の原作品・複製物の用途・特性から客観的に判断されるべきであって、著作権者自身が第一譲渡の際にどのような想定を行っていたかのみで決めるべきではない。さもなければ、消尽の成否が著作権者の主観に左右されてしまうためである。

また、前述のように、想定される著作物利用が限定的なものであっても、そのような用途に用いる利用者についてのみ高い価格を付けるという価格差別が可能なのであれば、当該利用態様を想定しない者に対して過剰な価格設定が行われるという帰結には至らないため、このようなケースにおいても消尽を認めて差し支えない。

したがって、以上のようなケースに該当することが明らかだという例外的な場合においては、2で述べた消尽の積極的根拠を貫徹するためにも、譲渡以外の著

作物利用行為に対して支分権の消尽を認めることが妥当である。実際、「消尽論の根拠は、権利者にとって通常想定される範囲内の行為については最初の譲渡の際に対価を得る機会があり、それ以上に多重的な利得の機会を権利者に与える必要がないという考えに基づいていますので、これに従うと、著作権の場合でも、異なる支分権の行為が想定範囲内である可能性は否定できないように思われます。」「例えば、著作権者が観光バス上映用に高額で販売した業務用 DVD は、それが観光バス内で上映されることは著作権者にとって通常想定される範囲内の行為と言えるかと思えます。…ある種の消尽が認められる場合はあっても良いような気もするのですが」⁽²⁹⁾として、「通常想定される範囲内の行為」について、消尽を肯定することを示唆するような見解もある。

ただし、取引安全の要請からも、著作物の原作品・複製物の用途・特性から客観的に見て、通常想定されるその後の著作物利用が一般的なものであること、あるいは、想定される著作物利用が限定的なものであっても、そのような用途に用いる利用者についてのみ高い価格を付けるという価格差別が可能であることが明らかの場合に限って、消尽が認められると解すべきである。したがって、実際に消尽が認められるのは極めて例外的なケースに限られよう。

やや古典的なケースとなるものの、以上のようなケースの典型例がアーケードゲーム機であり、従来の学説においても、著作権者が販売したアーケードゲーム機を店内で客に利用させる行為について、上映権の消尽を根拠に権利行使を否定すべきと論じられていた⁽³⁰⁾。アーケードゲーム機は、その用途からして「元来公衆に利用させる目的の物」である⁽³¹⁾。その有体物（著作物の複製物）としての用途・特性からして、不特定の客が利用するという態様こそが、アーケードゲーム機の一般的な利用態様であり、取引当事者は全てこのことを前提に取引に入っている。アーケードゲーム機を客に利用させることによりゲーム著作物を上映する行為は、当該アーケードゲーム機について想定される一般的な利用態様であり、そうである以上、消尽を肯定することで、第一譲渡の際に著作権者に対価取得させても、当該利用（上映）を行わない者に対する過剰な価格設定により需要者の便益を失わせるという事態は生じない。他方、事後的に著作権者がアーケードゲーム機を店内に設置する者に対し上映権を行

用することは、所有権に基づき使用・収益・処分を行うことを妨げることになる。このような行為に対する上映権行使は消尽により否定すべきなのである。公に上映するための機器として取引が行われているにもかかわらず、それを本来の用途通りに公に上映すると権利侵害を構成するという帰結が妥当でないことは直感にも沿うところ、消尽法理により、この結論を理論的にも正当化しうるのである⁽³²⁾⁽³³⁾。もとより、著作権者から直接に購入した者は黙示の許諾によって対処しうるが、購入者が転売した機器を転得した者については、消尽による対処が合理的である。

観光バス上映用の DVD などが転売された場合についても、同様に上映権の消尽を認めるべきであろう⁽³⁴⁾。観光バスの車内での映画等の上映については、業務用 DVD の販売・レンタルという形での価格差別が行われていると捉えることができるからである。

4. 演奏権の消尽—音楽教室事件—

4. 1 判旨の紹介

音楽教室事件においても、当事者から演奏権の消尽について主張がなされ、裁判所もこれに応答している。

前掲音楽教室第1審では、原告ら（音楽教室側）が、「音楽教室において、生徒は、レッスンで演奏する曲の楽譜や教則本を購入しており、教師もレッスンで演奏する曲の楽譜を保有している。楽譜及び教則本は、これを用いて演奏することが当然に想定されているものであり、被告は、楽譜の譲渡の際に当該楽譜を用いての演奏に対する対価を含めた金額を徴収することが可能であったことに照らすと、楽譜についての譲渡権…のみならず、演奏権についても消尽していると評価することができる。」「音楽教室において、マイナスワン音源の再生が行われる。マイナスワン音源は、演奏が除かれている特定の楽器のレッスンの際に、教師の伴奏に代わり、生徒の演奏の合奏の相手とするための補助手段（教材）として再生されることが当然に想定されるものであり、被告は、マイナスワン音源の CD 等の譲渡の際に、当該 CD 等の再生に対する対価を含めた金額を徴収することが可能であったので、演奏権についても消尽していると評価することができる。」「被告は楽譜等の譲渡の段階で演奏に係る対価を上乗せすることは困難であると主張するが、ここでは対価取得の機会の保障があったか否かが問題であり、実際にそのような機会を利用して対価を取得したか否かを

考慮するものではない。」との主張に対して、以下のように判示して、これを退けている。

「原告らは、音楽教室のレッスンで使用する楽譜等及びマイナスワン音源は、教師及び生徒に購入された後に演奏に用いられることが当然に想定され、被告は、これらが譲渡される際に、複製権のみならず演奏権の対価を含めて使用料を徴収する機会があるから、演奏権についても消尽すると主張する。」「楽譜等やマイナスワン音源は、その性質からして、購入後に演奏に用いられることがあり得るとしても、楽譜等やマイナスワン音源の購入者が、これらの楽譜等を使用して『公衆に直接…聞かせることを目的として』演奏するとは限らず、購入者の家庭内における演奏に使用し、あるいは著作権法 38 条 1 項などの権利制限規定により演奏権が及ばない態様で演奏される可能性も当然あり得ることである。そうすると、音楽教室のレッスンで使用する楽譜等及びマイナスワン音源が、購入された後に演奏に用いられることが当然に想定されているということとはできない。」「また、音楽著作物の楽譜への掲載及び著作物の CD 等への録音（いずれも複製権）と、音楽教室のレッスンにおける演奏（演奏権）とは、支分権が異なる別個の行為であり、著作物の利用形態も異なるものなので、行為ごとに権利処理することが許されると解するのが相当である。そして、著作権法が、同じ著作物であってもその利用態様ごとに対応する支分権を定めていることに照らしても、異なる支分権である複製と演奏のそれぞれについて対応する使用料を取得したとしても、著作権者が不当に二重の利得を得ていると評価することはできない。」「さらに、原告らは、被告には演奏権の対価を含めて使用料を徴収する機会があったことも根拠として挙げるが、楽譜等の複製権に係る使用料を算定する際に、当該楽譜等の購入者がその後に演奏権の及ぶ態様で演奏するかどうかを把握することは困難であると考えられることからすると、楽譜等について被告に事前に演奏権に係る対価取得の機会が保障されているということとはできない。」「以上によれば、講師や生徒が楽譜及びマイナスワン音源を購入することにより、音楽教室における演奏に係る演奏権が消尽するということができない。」

同控訴審判決も、原判決の「音楽教室のレッスンで使用する楽譜等及びマイナスワン音源が、購入された後に演奏に用いられることが当然に想定されていると

いうことはできない。」という判示部分を「音楽教室のレッスンで使用されるものとして作成された楽譜及びマイナスワン音源だからといって、購入された後に、それが演奏権が及ぶ態様でのみ演奏に用いられるということとはできない。」などと修正しつつ、これを引用し、さらに、以下のように判示して、演奏権の消尽を否定した。「楽譜やマイナスワン音源の作成に当たり著作権者が取得する対価は複製権（著作権法 21 条）の行使の対価であり、音楽教室におけるレッスンにおける利用に対する対価は演奏権（著作権法 22 条）の行使に対する対価であり、行使方法の全く異なる別々の支分権の行使に対する対価であって、権利として異なる以上、たとえ一つの創作行為により生じた著作物に係るものとはいえ、それぞれについてその利用の対価を取得したとしても二重の利得と評価する理由もなければ、両者を同時に行使しなければ不当と評価する理由も見当たらない。また、複製権の行使によって無限定に演奏権の消尽を認めれば、ひとたび複製権を行使しただけで当該音楽著作物をほぼ無限定に演奏されてしまうこととなって、著作権者の経済的利益を不当に害することは明らかである。仮に、音楽著作物の複製物と当該音楽著作物の演奏とを関連付け得る範囲において消尽の範囲を決るとしても、演奏が複製物を利用しながら行われるものであるのか否か、複製物をどの程度利用するのか等、演奏権の行使態様としては様々なものが想定され、これらにつき複製権の行使段階で予測することは困難であるから、著作権者において複製権の行使段階で対価徴収の機会を有していたとはいえない。」「以上によれば、教本に掲載された楽譜やマイナスワン音源が音楽教室のレッスンで使用しているからといって演奏権が及ぶ態様でのみ演奏に用いられるとは限らない点はもとより、音楽教室のレッスンで使用されることを前提にしてもどのような利用態様であるかを把握し、対価を徴収することは、やはり困難なのであるから、複製権行使の段階で演奏権の消尽を認めることについては、その実質的理由を欠くというべきであり、利用申込書等に音楽教室での利用が予定されていること等を把握できる記載があるとしても、そのことから直ちに演奏権の消尽が理由付けられるものでないことは明らかである。」

4. 2 判旨の評価

しかしながら、「私も結論は賛成なのですが、『支分

権が異なる』というだけで一律に消尽論の対象外と解してよいかどうか気にならなくもありません⁽³⁵⁾と指摘されているように、一審判決も控訴審判決も、複製権と演奏権が異なる支分権であることを根拠に、複製と演奏それぞれの利用に対して対価を取得したとしても、二重の利得と評価することはできないと説く判示に対しては、問題の所在を誤解しているのではないかと批判をせざるを得ない。ここで検討すべきは、著作権者が、複製の対価と演奏の対価を個別に獲得することができるのか、複製の対価に演奏の対価を含める形でまとめて獲得しなければならないのかという問題ではない。消尽を否定することにより、事後的な演奏権行使という形で、楽譜やマイナスワン音源などの取得者・転得者に対して個別に対価取得を行うことが許されるのか、消尽を肯定することにより、楽譜やマイナスワン音源などの第一譲渡の際に、その後の演奏利用も視野に入れた対価を事前に一括して取得させるべきなのか、問われるべき問題である。ここで問題とすべきは、「複製権に基づく対価を取得できたのだから、演奏権は消尽すべき」と言えるのかではなく、「事前に将来の演奏利用を視野に入れた対価を取得できたのだから、演奏権は消尽すべき」と言えるのかである。演奏権の消尽の成否について、複製権という別の支分権行使が絡んでくることはない。あくまで演奏権に固有の問題である。仮に、消尽が認められた場合、事前の対価徴収を複製の対価の中に演奏の対価を包括する方式で行うのか、それぞれ別個に徴収するのかという対価（使用料）の徴収方法の問題と消尽の成否はもとより別問題である。「ある支分権に基づく利得獲得がなされたからといって、他の支分権に基づく利得獲得を認める必要がないとはいえない⁽³⁶⁾」のは当然であり、「演奏」という独立した支分権該当行為に対する使用料の支払いが、「複製」という別の支分権該当行為の使用料に当然に含まれていると解するのが直ちに困難であることも言うまでもない⁽³⁷⁾。演奏権について消尽が肯定されたとしても、それは事後的な演奏権行使という形で演奏の使用料を徴収することが禁止されるだけであって、複製の使用料に加えて、さらに別途演奏の使用料を徴収することが禁止されるわけではない。楽譜等やマイナスワン音源の第一譲渡の段階で、それらの販売価格に、複製の使用料分に加えて演奏の使用料分を上乗せして徴収することが必要となるだけである。たとえ演奏権の消尽が認められたと

しても、（第一譲渡の段階で）複製の使用料とは別にさらに演奏の使用料をあわせて徴収すること自体は当然に許容されるのである。複製の使用料を取得する機会が保障されていた以上、演奏の使用料を取得することは許されないといった議論がされているわけではない。第1審が説くように「行為ごとに権利処理することが許される」のは当然であり、控訴審が説くように、複製と演奏「それぞれについてその利用の対価を取得したとしても二重の利得と評価する理由もなければ、両者を同時に行使しなければ不当と評価する理由も見当たらない」ことも言うまでもない。全ての支分権に係る使用料を取得する機会をまとめて1回だけ保障すればよいといった議論が行われているわけではないし、「複製権の行使によって無限定に演奏権の消尽を認め」（控訴審判決）ようというわけでもない。「演奏」という独立した支分権該当行為に対する使用料の支払いが、「複製」という別の支分権該当行為の使用料に当然に含まれているのであれば、著作権者は演奏に対する事前の対価取得機会を実際に活用していたと言えるし、演奏の使用料を上乗せすることなく、純粹に複製の使用料のみを徴収していたのであれば、演奏の使用料を獲得する機会が保障されていたにもかかわらず、それが活用されていなかったというにすぎない。消尽が肯定された後、改めて、演奏の使用料分を楽譜等や音源の価格に上乗せして取得すれば良いだけである。消尽の成否は、著作権者等が第一譲渡から実際に対価を得ていたか否かという事情によって左右されるわけではないのだから、従前から実際に演奏の使用料が複製の使用料に含まれて徴収されていたのかという事情は無関係である。当然のことながら、消尽が否定された後、改めて、演奏の使用料を楽譜やマイナスワン音源の価格に上乗せして獲得することは許される（これらが転々流通する度に事後的な演奏権行使をすることが禁じられるだけである）。以上のように、複製権と演奏権で支分権が異なることを根拠に演奏権の消尽を否定するという理由付けには疑問が残る。

もっとも、本稿の立場からは、演奏権の消尽を肯定し、演奏の使用料を楽譜やマイナスワン音源の価格に上乗せして獲得することを著作権者に求めることが、需要者・消費者の便益等に照らして妥当であるか否かは、音楽教室におけるレッスン用の教材としての楽譜やマイナスワン音源について、これらを音楽教室における演奏の練習のために利用するという態様が、通常

想定される一般的な利用態様と評価できるかどうか次第である。第1審・控訴審は、音楽教室における演奏練習以外の利用態様（家庭内における演奏等）も想定されることを理由に消尽を否定した。この点については、「演奏権が一律に消尽するという判断を下すことは困難」と述べながらも、楽譜やそれに付属する音源の発売に際して、「購入された楽譜及び音源のうち相当程度の部分が…音楽教室へのレッスンに使われるであろうということは当然に想定されます。少なくともこれまでは、著作権者にとって、楽譜及び音源の販売時にしかレッスンにおける演奏の対価の回収機会がなかったのですから、演奏の対価のうち一部については、楽譜や音源の値段に反映されていたのではないかと考えることもできます」と指摘し、複製権と演奏権では支分権が異なるという形式的な理由付けや、購入後に演奏権の及ぶ態様で演奏されるのかを第一譲渡の段階で把握することは困難だという理由付けに対して、疑問を呈する見解がある⁽³⁸⁾。そして、このことが「事案によっては、楽譜を用いた演奏について黙示の許諾を認める根拠となり得よう」との指摘もされている⁽³⁹⁾。しかし、黙示の許諾では転得者に対する対処ができない。このような黙示の許諾構成の問題点に対しては、「許諾を単独行為と考えれば」、著作権者が第一譲渡する時点で、目的物が転売されても転得者の利用行為に対して著作権（支分権）を行使しないという許諾をしたものと処理することも可能だと論じられている⁽⁴⁰⁾。しかし、このような転得者に対する黙示の単独行為による利用許諾という構成では、著作権行使の有無が著作権者の意思という浮動的な事情に左右されることが起こり得るため、転得者が著作物利用を許容されるか否かについての予見可能性が失われ、取引安全を損なうおそれがある。権利者の意思に左右されない消尽による画一的処理が望ましいのではないだろうか。

5. おわりに

本稿では、著作権の消尽をテーマに、消尽法理の根拠を著作権と所有権の調整に置きつつ、頒布権・譲渡権以外の支分権であっても、非常に例外的なケースに留まるものの、一定の場合には消尽を認め得ることを改めて示した。

著作物の原作品・複製物の取得者が行う利用態様が通常想定される一般的な利用態様の範囲内か否かとい

う視点は、IoT時代における特許発明の実施態様の多様化を背景に特許権の消尽においても近時注目されつつある問題にもつながっていく。特許法・著作権法など、法分野を越えた消尽法理の統一的理解の必要性が叫ばれる中、本稿がその一助となれば幸いである。

(注)

- (1) 著作権等を侵害することなく作成された物を公衆に向けて頒布する行為が侵害とされていないこと（113条1項2号参照）も、消尽に関連していると考えられるかもしれない（田村善之「著作物の利用行為に対する規制手段の選択—続・日本の著作権法のリフォーム論—」著作権研究42号62頁（2015年））。
- (2) 島並良「デジタル著作物のダウンロードと著作権の消尽」高林龍ほか編『現代知的財産法講座Ⅲ 知的財産法の国際的交錯』227頁（日本評論社、2012年）。
- (3) 最判平成9年7月1日民集51巻6号2299頁[BBS]、最判平成19年11月8日民集61巻8号2989頁[インクカートリッジ]。
- (4) 例外として、土肥一史「音楽教室事件1審判批」コピライト711号28-29頁（2020年）、内田剛「音楽教室事件1審判批」発明118巻6号58-59頁（2021年）、横山久芳「音楽教室事件控訴審判批」NBL1200号73頁（2021年）など。
- (5) 愛知靖之「譲渡以外の行為と著作権の消尽」著作権研究45号33-53頁（2019年）。
- (6) 谷川和幸「複製物への加工と消尽論」著作権研究45号36-37頁（2018年）。
- (7) 平嶋竜太「『自炊』代行事件を契機にみる著作権法における消尽法理の不完全性について」野村豊弘先生古稀記念『知的財産・コンピュータと法』212-224頁（商事法務、2016年）。
- (8) 前掲インクカートリッジ最判でも、消尽の根拠として明示されていない。
- (9) 愛知・前掲注5・5頁。
- (10) 島並・前掲注2・224頁、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』444-445頁注40（弘文堂、2013年）。
- (11) 著作権と所有権との調整を根拠とする本文のような考え方は、所有権自体の効力として消尽を直接に認める考え方とは異なる。あくまで、所有権に内在的な効力としてではなく、所有権に外在的な権利間調整の結果として著作権行使を制限するという考え方である。だからこそ、所有権さえあれば著作権侵害品であっても常に著作権行使を否定すべきということにはならない。権利間の調整を理由とする本稿の立場では、当然に著作権侵害品についてまで権利行使が否定されるという結論に至るわけではないのである。特許権の消尽に関するものではあるが、田村善之「修理や部品の取替えと特許権侵害の成否」知的財産法政策学研究6号35頁（2005年）も「用尽理論の目指すところが、特許製品についての所有権を取得した者の保護にあることに間違いはなく、ただ特許権者の利益と調整をするために、侵害品ではなく適法に拡布さ

- れた製品であることが要件とされているに過ぎない。所有権理論は、たしかに説明不足であるとしても、問題の核心の一端を捕捉していると評価しうる」と述べる。
- (12) 以上、愛知・前掲注 5・5-6 頁。「田村善之『著作権法概説 [第 3 版]』154 頁 (有斐閣、2001 年) も、「著作権者の複製物の譲渡を禁止する権能は、…複製物を譲渡しようとするその所有権者の利益と対立する。譲受人となるべき第三者の取引の安全を図る必要性もある。そこで、法は、両者の調和を図るため」の措置を定めていると論じる。前掲注 11 で引用した田村・前掲注 11・35 頁の記述も参照。また、蘆立順美「譲渡権の消尽—中古ゲームソフト事件最高裁判決を中心として—」高部眞規子裁判官退官記念『知的財産権訴訟の煌めき』541 頁 (金融財政事情研究会、2021 年) も参照。
- (13) 鳥並・前掲注 2・227 頁。
- (14) 松川実「オンライン配信と消尽—アメリカ、ドイツ、日本の法比較的研究—」青山方角論集 49 巻 2 号 1 頁 (2007 年)、鳥並・前掲注 2・209 頁、谷川・前掲注 10・420 頁、奥邨弘司「電子書籍の中古販売・流通」ジュリスト 1463 号 43 頁 (2014 年)、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」論究ジュリスト 8 号 219 頁 (2014 年)、紙谷雅子「金の卵を生む鶯鳥を殺すのは誰?—デジタル時代の消尽の法理」学習院大学法学会雑誌 50 巻 1 号 411 頁 (2014 年)、小島立「デジタルでの第一配布と消尽論」著作権研究 45 号 41 頁 (2018 年)、栗田昌裕「デジタルコンテンツの流通と消尽原則—EU 法及びドイツ法を中心とした考察—」情報通信政策研究 5 巻 1 号 49 頁 (2021 年) など。
- (15) 鳥並・前掲注 2・224-226 頁、奥邨・前掲注 14・47 頁、田村・前掲注 1・62 頁。
- (16) 愛知・前掲注 5・15-16 頁参照。
- (17) 谷川・前掲注 10・446-448 頁。
- (18) 田村・前掲注 1・62 頁。
- (19) 蘆立・前掲注 12・543 頁も参照。
- (20) 平嶋・前掲注 7・205-211 頁。
- (21) 平嶋・前掲注 7・207 頁。
- (22) 田村善之「日本の著作権法のリフォーム論—デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて—」知的財産法政策学研究 44 号 94 頁 (2014 年)。
- (23) 以上、愛知・前掲注 5・7-8 頁。
- (24) 産業構造審議会第 16 回知的財産分科会 (令和 3 年 6 月 28 日) 資料「知財エコシステムの自律に向けた中長期的課題」53 頁 https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/chizai_bunkakai/document/16-shiryu/01.pdf (令和 4 年 10 月 4 日確認)
- (25) 産業構造審議会・前掲注 24・53 頁。
- (26) 産業構造審議会・前掲注 24・53 頁。
- (27) 産業構造審議会・前掲注 24・56 頁。
- (28) 取引安全を確保し、転得者による円満な所有権行使を保障するためには、消尽が否定される旨の公示・表示などの方策を十分に検討する必要があるだろう。
- (29) 高林龍・三村量一・上野達弘編『年報知的財産法 2021-2022』55 頁 (日本評論社、2021 年) [上野達弘発言]。
- (30) 椋山敬士「消尽を巡る状況」飯村敏明先生退官記念論文集『現代知的財産法 実務と課題』1230-1231 頁 (発明推進協会、2015 年)。
- (31) 椋山・前掲注 30・1231 頁。
- (32) なお、アメリカ著作権法 109 条 (e) では、「第 106 条 (4) および第 106 条 (5) の規定にかかわらず、コイン式機器による使用を意図した電子視聴覚ゲームの場合、本編に基づき適法に作成された上記ゲームのコピーの所有者は、当該ゲームの著作権者の許諾なく、これをコイン式機器を用いて公に実演または展示することができる。(以下略)」と定められている (日本語訳は著作権情報センター 外国著作権法令集 アメリカ編 (山本隆司訳) <http://www.cric.or.jp/db/world/america.html> (令和 4 年 10 月 4 日確認) による)。
- (33) 愛知・前掲注 5・13-14 頁。
- (34) 愛知・前掲注 5・22 頁注 41、高林・三村・上野編・前掲注 29・55 頁 [上野発言]。
- (35) 高林・三村・上野編・前掲注 29・55 頁 [上野発言]。
- (36) 内田・前掲注 4・59 頁。
- (37) 愛知・前掲注 5・13 頁、同・21 頁注 33。
- (38) 村上遼「音楽教室における著作権問題」知財ふりずむ 18 巻 216 号 166 頁 (2020 年)。
- (39) 横山・前掲注 4・73 頁。
- (40) 高林・三村・上野編・前掲注 29・55 頁 [横山久芳発言]。前述のように、消尽に肯定的な立場を示唆するような発言を行っていた上野も、横山発言を受けて、将来の転得者による上映も含めて著作権者が許諾していると評価できる場合などであれば、問題はないかもしれないと述べている (同・55 頁)。

(原稿受領 2022.10.4)