

EUにおけるデジタル消尽に関する一考察 (2・完)

周 洪 騫

- 一、問題の所在
- 二、ヨーロッパにおける近時の裁判例
 - 1、UsedSoft v Oracle
 - 2、Nintendo v PC Box
 - 3、Svensson v Retriever Sverige AB
 - 4、Art & Allposters v Stichting Pictoright
 - 5、Ranks, Vasiljevičs v Microsoft (以上本誌176号)
 - 6、VOB v Stichting Leenrecht (以下本号)
 - 7、NUV, GUV v Tom Kabinet
- 三、考察——EUにおけるデジタル消尽の行方
- 四、おわりに

(1) 6、VOB v Stichting Leenrecht

本件は、オランダの現行著作権法はすでに貸出権 (lending right) を規定しているという宣言判決が求められた事案である。2012年、オランダではデジタル貸出に関する研究がなされ、公共貸出の範囲は有体的書籍に限るとの結論が出された。これを受けた原告 VOB (Vereniging Openbare Bibliotheken、オランダ公共図書館協会) は被告 Stichting Leenrecht (オランダ公共貸出権団体) に対して訴訟を提起した。

(1) 付託問題 (要約)

①指令2006/115/EC 1条1項、2条1項b号および6条1項に掲げる「貸出」とは、書籍などに対して商業的な目的としない以下の行為を含むと解すべきか：

——デジタル・コピーをサーバーに置いて (コピーA)、ユーザーがそのコピーを自分の電子計算機にダウンロードすること (コピーB) によって複製することを可能化にし、

——そのダウンロードされたコピー (コピーB) を一定に期間後に使用不可にし、かつ

——その期間において他のユーザーがそのコピー (コピーA) を自分の電子計算機にダウンロードすることをできないようにする行為

②問題①に対する回答が肯定的である場合：加盟国が貸出権の制限を適用するに際して、利用可能にされたコピー (コピーA) は情報社会指令 4 条 2 項にいう適法譲渡を経なければならないという条件を課すことは、貸与権指令 6 条またはその他の EU 法によって禁止されているか。

③問題②に対する回答が否定的である場合：貸与権指令 6 条はコピーAの由来 (source) について、例えば適法的に入手されたといったほかの要件を課しているのか。

④問題②に対する回答が肯定的である場合：情報社会指令 4 条 2 項にいう「最初の販売またはそれ以外の所有権の譲渡の場合」は、無制限の期間使用するためのデジタル・コピーを利用可能化にすることを含むものと解すべきか。

(2) 判決要旨

貸与権 (rental right) に対象は有体的コピーに限るが、貸与権指令の文言では、貸与権と貸出権が区別されているため、貸与権と貸出権の対象は必ずしも一致していない。確かに、「貸与権、貸出権および特定な著作権関連権利に関する理事会指令の提案に関する説明覚書」⁽³⁾では、欧州委員会⁽⁴⁾は旧貸与権指令⁽⁵⁾において電子データの利用可能化を排除するという意図が示されているが、その覚書は専ら映画の電子送信に関するものであり、その時の電子書籍は今のよう⁽⁵⁾に活発に利用されていないため、委員会は当時において電子書籍に関する利用を念頭に置いたとは推定できず、また、その意図は旧貸与権

指令の提案またはその指令自体の文言にも明示されていない。この結論は、貸出権指令前文（4）にいう「著作権は、新しい利用形態の開発などの新しい経済発展に適応しなければならない」という目標によっても裏付けられる。⁽⁶⁾電子書籍の公衆貸出の重要性などに鑑み、本件のような有体物の貸出と実質的に同様な効果を有する「貸出」は、貸与権指令の1条1項、2条1項b号および6条1項に掲げる「貸出」に含まれると解釈しなければならない。⁽⁷⁾

（3）検討

「機能的に同等」という言葉は CJEU の判決によって複数の意味を持っているが、本判決においては UsedSoft 判決で使われた意味に近いと指摘されている。⁽⁸⁾本件は、あくまでも図書館による電子書籍の貸出の社会的意義を認めた上、電子書籍の貸出（あるいはデジタル貸出）を承認したため、その他の流通行為（販売、貸与など）への直接適用は難しいと思われる。

にもかかわらず、本判決における電子書籍と紙書籍（有体書籍）の実質的な効果に関する分析は、重要な意味を持っている。本判決の根拠はあくまでも貸与権指令に限られ、判決の射程は電子書籍の販売などに及ばないが、貸与権指令前文（4）の文言を見る限り、「著作権は、新しい利用形態の開発などの新しい経済発展に適応しなければならない」という目標は貸与や貸出だけではなく、著作権全般にも当てはまることである。これは、指令などの立法当初では予想できなかった新しい著作物利用形態に関して、裁判所に裁量の余地を与えるものと解することもできであろう。

7、NUV, GUV v Tom Kabinet⁽⁹⁾

原告 NUV と GAU は、オランダの出版者の利益を守ることを目的とする組織である。被告 Tom Kabinet（以下、TK という）は、オランダの会社であり、2014年6月24日より中古電子書籍を扱うオンライン・マーケットを運営している。TK のサイトにおける電子書籍を中古売買により、TK は仲介料

を徴収している。TK は売り手に対して、売った電子書籍の元のコピーの削除を要求するほか、その電子書籍に電子透かしを付することによって、電子書籍のその後の流通を追跡できるようにしている。さらに、TK は侵害品に対して、「ノーティス&テイクダウン」(権利者や裁判所の申し立てによって侵害品を削除する手続)によって対応している。

2014年7月1日、NUV と GAU は TK に対して、アムステルダム地方裁判所に訴訟を提起した。同地裁は、UsedSoft 判決の射程が電子書籍などに及ぶかどうかは不明であるため、TK の行為は著作権法違反に当たるかどうか不明であるとして請求を棄却した。その後、NUV と GAU はアムステルダム上訴裁判所に上訴したが、上訴裁判所は2015年1月20日の判決において、TK の非合法的な電子書籍の販売を禁止するにとどまり、原審判決を維持した。この判決に対して、NUV と GAU はこれ以上上訴しなかった。

その判決を受け、TK は、2015年1月21日から、中古販売できる電子書籍の範囲を特定のサイトで購入された、正規品だと確認できるものに限定した。また、2015年2月16日から、TK は新たに新品書籍の販売も始めた。その方法として、TK は正規のサイトから電子書籍を購入し、電子透かしを付し、クラウドの形でユーザーに提供した。

2015年6月8日より、「読書クラブ」という名称で、個人または正規の出品者より電子書籍を購入し、オフィシャルの出品者より低い値段で電子書籍を提供している。TK のサイトは、ユーザーに読んだ電子書籍を TK に売ることを勧め、その代わりに、当サイトで電子書籍を買うための「クレジット」をユーザーに付与する。TK がユーザーから電子書籍を買収する際、ユーザーの手元にある元のコピーの削除を要求する。

この新しい運営方法に対して、NUV と GAU はハーグ地方裁判所で再び訴訟を提起しました。ハーグ地裁は、以下の問題について CJEU に付託判決を求めた。

（1）付託問題（要約）

①情報社会指令4条1項に掲げる「著作物の原作品またはそのコピーを販売その他の方法により、何らかの形態で公衆に頒布すること」は、著作権者が所有する著作物の経済的価値に相当する価格で電子書籍をダウンロードによって無期限に使用可能にすることを含むものと解釈すべきなのか。

②上記の質問に対する回答が肯定的である場合、その頒布権は、EUにおける（上記使用可能にすることを含む、筆者注）第一適法譲渡により消尽するのか。

③頒布権が消尽したコピーを後継の取得者に譲渡する行為に伴う性質上必要な複製行為に関して、その複製行為は許諾されていると解すべきなのか。もしそうであれば、どのような条件が課されるのか。

④情報社会指令5条は、頒布権が消尽したコピーが後継の取得者の間で譲渡するために必要な複製行為を著作権者が禁止することはできないと解釈すべきなのか。もしそうであれば、どのような条件が課されるのか。

（2）判決要旨

第一に、情報社会指令前文(15)によると、同指令はWCTによる多数の⁽¹⁰⁾新たな国際義務をEUにおいて実施することに寄与するものである。そのため、「公衆への伝達」と「公衆への頒布」といった概念の解釈は、WCT6条1項および8条の定義と一致しなければならない。⁽¹¹⁾

WCT6条1項によると、著作権者は、その著作物の原作品およびそのコピーについて、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。同条約6条および7条を扱う合意声明の文言によって明確されたように、「コピー」ならびに「原作品およびコピー」といった表現は、同条にいう頒布権とレンタル権にしたがい、有体物として流通に置かれる固定されたコピーに限定すべきである。そのため、電子書籍などの非有体物の頒布はWCT6条1項の対象にならない。⁽¹²⁾この点について、情報社会における著作権および関連する権利の特定の側面の調和に関する理事会指令の提案に關

する説明覚書 (COM (97) 628 final, 10 December 1997) も合意声明と一致している⁽¹³⁾。

第二に、同説明覚書において、欧州委員会 (EC)⁽¹⁴⁾ はこの提案は「保護された著作物の電子的頒布と有形的な頒布のための一貫した公平な基盤を提供し、それらの間に明確な線を引く機会を与えるものである」と述べた⁽¹⁵⁾。その文脈から見ると、EC は、インタラクティブなオンデマンド送信は、知的財産の新しい利用形態であり、加盟国はそれを公衆への伝達を制御する権利でカバーされるべきであるとの見方であると述べ、物理的コピーの頒布にのみ適用される頒布権は、そのような送信を対象としていないことを一般に認め⁽¹⁶⁾ている。

さらにその説明覚書において、EC は、著作物の「公衆への伝達」という表現はインタラクティブ・オンデマンド送信の行為をカバーすることを追記することによって、公衆伝達権は、ユーザーが自分で決めた時間と場所で一般にアクセス可能なウェブサイト上の著作物に個別に利用できるような場合にも適用されると述べた。有体物として流通することは頒布権の対象となるが、「有体物コピーの頒布以外」のあらゆる送信形式はすべて公衆伝達権の対象となる⁽¹⁷⁾ことが明確にされた。

第三に、このような解釈は情報社会指令の目的からも裏付けられる。情報社会指令の主な目的は、著作者への高水準の保護を確立し、公衆への伝達が行われたときを含め、著作物の利用に対して適切な報酬を得ることができるようにすることである。その目的を実現するために、同指令に掲げる「公衆への伝達」は、伝達通信が発信される場所にいない公衆への (有線、無線による送信または再送信を含む) すべての送信をカバーするような広い意味で理解⁽¹⁸⁾しなければならない。

第四に、CJEU は Allposters 判決において、情報社会指令前文 (28) に掲げる「有形物」および「その物」という文言で示されたように、同指令 4 条 2 項における頒布権の範囲は、コンピュータ・プログラムという例外 (UsedSoft 判決)⁽¹⁹⁾を除き、有体物にとどまると解される。

具体的に言うと、第一に、UsedSoft 判決に CJEU が指摘した通り、ソフトウェア指令は情報社会指令の特別法（lex specialis）であるため、ソフトウェアに関する結論をそのまま他の著作物に当てはめることができない。なぜなら、電子書籍は使用によって劣化することもなく、譲渡のコストやかかる努力も比較的の小さいため、電子書籍の中古市場を許すことによって、権利者が適切な報酬を得られなくなるおそれが有体物の中古市場の場合よりはるかに大きい⁽²⁰⁾。

第二に、ソフトウェアを有形的なメディアに通じて販売することとダウンロードによって販売することは経済的に同等な効果をもたらすが、有形的な書籍を販売することとダウンロードによって電子書籍を販売することは経済的・機能的に同等とは言えない。なぜなら電子書籍は、使用によって劣化せず、また流通に置くことも簡単だからである⁽²¹⁾。

また、電子書籍を Nintendo 事件で言う「複雑な内容」として理解しても、電子書籍のプログラム部分は付随的なものにすぎない。電子書籍はその中身があるからこそ保護されるので、「複雑な内容」に関する特別規定は適用され⁽²²⁾ない。

付託裁判所によると、読書クラブでの電子書籍の販売の申し出の段階では、保護された著作物の実際の中身については送信されていない。それに、一つの電子書籍が一人のクラブメンバーにしか利用可能化されていないため、公衆は存在しない⁽²³⁾。

この主張に対して、第一に、読書クラブのウェブサイトに登録さえすれば、誰でも自分が選んだ時間と場所でそのサイトの電子書籍を利用する機会が与えられている。このようなサービスは、ユーザーが実際にその機会を利用して電子書籍を入手するかどうかにかかわらず、情報社会指令 3 条 1 項に掲げる著作物の伝達に該当する⁽²⁴⁾。

第二に、本裁判所は、過去の判決に述べられてきたように、「公衆」という概念には一定の最小限（de minimis threshold）があり、その概念からあまりにも小さすぎるグループは除外されるが、その人数を決める際に、同時に

利用できる人数だけではなく、累積的に利用できる人数も考慮しなければならない。⁽²⁵⁾

それを本件事実に照らしてみると、興味のあるインターネットユーザーは誰でも読書クラブのメンバーになれる上、その読書クラブでは (i) 一つの電子書籍には同時に一人しかアクセスできず、また、(ii) ダウンロードされたコピーは利用期間が満了後に使用不可になることを保障する技術手段が整備されていない状態にある。そのため、本件読書クラブでは公衆送信行為⁽²⁶⁾が行われていると言わざるを得ない。

最後に、本裁判所がすでに判示した通り、公衆伝達権の侵害と認定するために、その伝達行為は「新しい公衆」への伝達、または元の伝達手段と異なる手段での伝達でなければならない。一般的に、電子書籍の購入者が利用許諾によって許諾されたのは自己の設備で読むことにすぎないので、TK 社が⁽²⁷⁾提供しているサービスは新しい公衆への伝達と判断しなければならない。

(3) 検討——従来の判決との比較を交えて

本判決について、以下、若干の検討を行う。

①伝達の該当性について

CJEU が述べた通り、WCT の文言に鑑みると、無体物に関して頒布権を認めることは難しいであろう。⁽²⁸⁾ただ、電子書籍などの取引は基本的にその書籍の経済的価値に相当する料金と引き換えに、無期限に利用を許諾することが多い。UsedSoft 判決の考え方をそのまま当てはめると、本件の取引形式も販売に近いと言えそうである。すなわち、CJEU は UsedSoft 判決において「販売」を「人が支払いと引き換えに、自己に属する有形または無形の財産に対する権利を他人に移転することによって行われる契約」と定義し、取引を全体として吟味しなければならないと述べた。しかし、本判決で、CJEU は電子書籍に対して特別法であるソフトウェア指令の規定を適用してはならないとし、前述の判断基準の適用を排除した。確かに、ソフトウェア

指令と情報社会指令は、頒布権消尽の規定が異なるが、行為の性質の判断においても異なる判断基準に従う理由があるのかが問題となる。このように考えると、UsedSoft 判決において CJEU が示した「販売」の定義は、その後の裁判例において一貫していないと思われる。

仮に本件の取引形式を伝達と認めても、CJEU の論理に関して疑問を抱かざるを得ない。CJEU によれば、読書クラブに登録され、まだ誰にも購入されていない段階ではすでに書籍の伝達行為が発生している。なぜなら、読書クラブに登録さえすれば、ユーザーには自分が選んだ時間と場所でそのサイトの電子書籍を利用する機会が与えられているからである。確かに、その電子書籍を利用する可能性が与えられた者の数は多い。しかし、その段階で書籍の内容は何一つ伝達されていないにもかかわらず、伝達行為が発生したというのは無理があるように思われる。加えて、この伝達の結果として、電子書籍を実際に購入、享受できるのは一人のユーザーだけなのである。確かに、TK 社のサービスを累積的に見ると、不特定多数の人間に伝達するおそれがあるが、それも一概には言えず、実際の利用人数などの事情を総合考慮した上で判断すべきと考える。

② 「新しい公衆」の該当性について

CJEU によると、「公衆」の範囲を決める際に、実際に利用したかどうかにかかわらず、利用する機会さえ与えられれば、「公衆」に含まれるとされる。これによって、本件において権利者が最初の伝達において想定した公衆の範囲を画定するときに、利用許諾によって許諾された者だけが最初の伝達行為の「公衆」範囲であるとされている。すなわち、最初の伝達において、潜在的な顧客全員ではなく、実際に購入した者だけが伝達対象に当たるという考えは、読書クラブでの伝達において、クラブメンバー全員（実際購入したかどうかにかかわらず）が伝達対象となるという考えとは矛盾しているのである。

③指令前文の引用・解釈の適切性について

CJEU は頻繁に情報社会指令の前文を根拠として引用しているが、指令の前文自体は法的拘束力を有しない。そもそも情報社会指令前文 (29) は、サービスと商品の区別について論じているものであり、有体物と無体物の区別について論じるものではない。CJEU は有体物・無体物という対立を商品・サービスという対立を同じものだと考えているようだが、その両者を一々対応するものではない。⁽²⁹⁾ 指令の目的から解釈するという CJEU の方針だが、情報社会指令には複数の目的があり、そのバランスを無視して著作者への保護だけを重視するのは検討を要するところである。

情報社会指令前文 (9) では、著作権および隣接権のハーモナイゼーションについて、それは著作者への高水準の保護および適切な報酬を保障する (前文 (9) および (10)) ように行わなければならないと規定されているが、⁽³⁰⁾ 情報社会指令前文には他にも複数の目的が定められている。したがって、著作者への保護が主要な目的といっても、その目的は絶対的なものとは言い難いであろう。

④経済的価値の分析の適切性について

現在の電子書籍市場では、有体書籍と電子書籍の値段はほぼ同じである。そもそも有体書籍を有する者が改めて電子版を購入することはあまりなからう。したがって、電子書籍は有体書籍と実際的に同じ経済価値を有し、機能的にも代替性が高いと言えよう。にもかかわらず、CJEU は電子書籍の中古市場の利益関係からその点を否定するのは、根拠に乏しいように思われる。

また、電子データ自体は劣化しないものの、技術の進歩により淘汰されることが考えられる。例えば、10年前の動画共有サイトでは480p (垂直解像度480本かつ順次走査。以下同じ。) の動画が主流だったが、今では1080p の動画も珍しくなく、1440p や2560p の動画まで観られるようになっている。これはいわば「絶対的な劣化」ではなく、「相対的な劣化」と言えよう。このように、権利者側は技術の進歩に応じて、より高い品質の内容を提供するの

で、デジタルコンテンツの中古市場を認めても、権利者の利益が著しく害されるとは限らないであろう。

⑤従来の判決との整合性について

本判決を CJEU の一連の判決と比較すると、つじつまが合わないところがいくつか見られる。

(a) 「販売」の定義

UsedSoft 判決において CJEU は一般的な定義に辿り着き、ソフトウェア指令に掲げる「販売」の定義を「著作物のコピーの経済的価値に相当する報酬を著作権者が確保できるようにすることが意図される料金の支払と引き換えに、当該コピーを顧客が恒久的に利用できるようにすること」と述べた。本判決はそのような解釈をソフトウェア以外の著作物に適用することはできないと判示したが、「販売」という概念自体の解釈をソフトウェアに限定する理由はないはずである。むしろ、UsedSoft 判決との整合性を考慮するならば、「本件は無体物の販売に関するものであるため頒布権は消尽しない」という判示を行ったほうがより妥当であったように思われる。

(b) 「機能的に同等」の判断

Nintendo 判決において CJEU はビデオゲームが「複雑な内容」であると判断したのに対して、Tom Kabinet 判決では電子書籍のプログラムの部分は付随的なものにすぎないため、「複雑な内容」に関する特別規定は適用できないと判示した。逆に言うと、電子書籍の主体たる部分は紙書籍と同等であると理解することもできる。にもかかわらず、本判決において CJEU は電子書籍と紙書籍が機能的に同等なものではないと述べたが、その判断には根拠が乏しいように思われる。確かに、電子書籍の複製や流通は簡単に行うことができるため、その中古販売を容易に認めると権利者への不利益が大きくなってしまふ。しかし、それはあくまでも経済的な側面から生じる差異であっ

て、機能的な側面に差をつけるものではない。以上のように考えると、本件においても、VOB 事件の判決に従って、「電子書籍は機能的な側面において紙書籍と同等な価値を有するが、経済的な影響を考慮して消尽は認められない」という判示を行ったほうがより妥当であったように思われる。

三、考察—— EU におけるデジタル消尽の行方

1、CJEU 判決の小括

CJEU は、情報社会指令とソフトウェア指令に基づき、UsedSoft 判決をはじめとする一連の判例を通じて、EU におけるデジタル消尽ルールを少しずつ確立してきた。その結果、デジタルコンテンツはコンピュータ・プログラムとそれ以外に分けられ、それぞれ異なる扱いがされている。しかし、プログラム以外のデジタルコンテンツは EU 法上頒布権の対象にならず、公衆伝達権の対象となっている。そのため、頒布権に関する消尽原則を公衆伝達権に直接適用することは、原則としてできないと考えられている⁽³¹⁾。コンピュータ・プログラムに対しても、プログラムが視聴覚作品と結合している場合（ビデオゲームなど）は、専ら情報社会指令の保護対象に当たると判断されている。

確かに、コンピュータ・プログラムの場合、ユーザーはプログラムの購入とともにシリアルコードなどを同時に入手することが多い。権利者側のオンライン認証システムなどがあれば、一回の購入で複数のユーザーがそのプログラムを利用することはできない。しかし、映画、音楽、書籍の場合、そのコピーの複製は比較的簡単にできる。以上のことから、コンピュータ・プログラムを他のデジタルコンテンツとは異なる扱いをすることには一定の正当性があると言えよう。ただ、このような区別は絶対的なものではない。シリアルコードを要しないプログラムもあり、認証が必要とされた映画もあるからである。

また、CJEUによるプログラムの範囲はとても曖昧なものである。Nintendo事件において、CJEUは著作物の内容にはコンピュータ言語に暗号化されても創作的価値が損なわれないものは「複雑な内容」であるため、ソフトウェア指令の保護対象ではないと判示したが、「創作的価値が損なわれない」ことという基準に関する説明がされていない。

加えて、本稿第二章 UsedSoft 判決の節に紹介した通り、同事件はその後ドイツにおいて UsedSoft の上訴撤回で終結した。このように、UsedSoft 判決ではソフトウェア中古販売が許容される理論的な可能性は示されたが、権利者側が中古販売に積極的に関与しない限り、実務上、最初の取得者の手元にあるソフトウェアのコピーを使用不可にしたかどうかを証明することは技術的に難しいであろう。中古ソフトウェアのライセンス転売には依然として違法のリスクがあると言わなければならない。

UsedSoft 判決と Ranks 判決によれば、CJEU はライセンスのみの転売をも認めるように見られる。しかし、ライセンスというのは権利者が利用を許諾する契約なのであるから、ライセンスの転売は契約上の地位の移転に当たると考えられる。そのような移転は、権利者の許諾なしに行うことができると考えてよいかという疑問は解決されないまま残されている。

CJEU はプログラム以外のデジタルコンテンツに関して、公衆伝達権にかかわる規定を適用している。この点について、CJEU は「新しい公衆」という論理で公衆伝達権の範囲を制限しているが、Tom Kabinet 判決を見る限り、その論理をデジタルコンテンツの伝達に適用することは難しい。

以上に鑑みると、EUにおける消尽原則はデジタルコンテンツに適用されないと言わざるを得ない。もちろん、プログラムに関する消尽は（かなり厳しいが）一定の条件の下であれば認められ得るが、それ以外のデジタルコンテンツに関する消尽は Tom Kabinet 判決によって否定されたに等しいのである。

2、デジタル消尽の行方

すでに前章で述べたように、CJEU は指令の条文ではなく、前文を頻繁に根拠として引用している。にもかかわらず、CJEU の一連の判決は整合性が取れているとは言い難い。すなわち、デジタルコンテンツの権利消尽について、裁判所による解釈論での解決はもはや限界を迎えているように思われる。したがって、デジタルコンテンツの消尽に関して統一的な解決を実現するには、何らかの立法が求められるものと考えられる。

インターネットはここ数年間、凄まじい速度で我々の生活を進化させている。Tom Kabinet 判決において意見を書いた Szpunar 法務官が述べた通り、無期限で使用できるようなコピーをダウンロードで提供することはもはや時代遅れの提供方法になっており、今はストリーミングやサブスクリプションなどのサービス形式が主流になりつつある。⁽³²⁾ UsedSoft 判決のような場合には、ライセンス行為を販売に当たると解釈することによって消尽を認めることができたが、そもそも期限付きが前提となっているサブスクリプションの場合では、所有を前提としている頒布権とその消尽規定を適用する余地はない。

新しいサービス形式においても、コピーの流通をコントロールしようとする権利者とそれを自由に利用・転売したいと考えるユーザーが衝突している。海外旅行の際に視聴できなくなる Amazon Prime Video もその一例であろう。利用規約の合理性はともかくとして、個人ユーザーはその内容について交渉することができず、よくわからないまま与えられた条項をそのまま受け入れるしかない。したがって、アナログの時代においてユーザーたちを保護してきた消尽原則が引き続きその役割を果たすことは難しいであろう。

このように、コピーの所有権の移転が行われないデジタルコンテンツに関しては、著作権法ではなく、民法上の契約法の規定が専ら適用されることになる。しかし、インターネット市場における消費者と事業者の間では、その情報の質および量並びに交渉力の格差が著しい。インターネットで「同意す

る」をクリックしても、自分の行為によって契約が成立したと意識している消費者の割合は非常に低いのが現状であろう。⁽³³⁾ 実際の利用許諾契約の内容を見ても、消費者に不利な条項が多いように思われる。したがって、消費者の基本的な利益を保障するには、利用許諾契約の条項を規制する法律が必要と思われる。⁽³⁴⁾ 例えば、EU 指令2019/770/EC 8条1項に掲げる「通常利用 (would normally be used)」もその一例である。同項では、デジタルコンテンツの提供者は、そのコンテンツの通常の利用方法に適する、または消費者が合理的に期待できるような質と量の物を提供しなければならないと規定されている。⁽³⁵⁾ 今後、同項のような規定は世界から注目を集めるのではなかろうか。

四、おわりに

本稿は、2012年 UsedSoft 判決から2019年 Tom Kabinet 判決までの CJEU 判決の中、代表的な判決を七つ取り上げ、EUにおけるデジタル消尽の原則について考察してみた。その結論として、以下のことが明らかになった。

まず、ソフトウェアの場合、CJEUはソフトウェア指令に基づき、著作権の消尽を認めている。しかし、この結論は理論的な段階にとどまり、実務的にどのようなビジネスモデルで行われるべきかという点についてまでは判示されていない。また、消尽原則の適用を受けるソフトウェアの範囲も明らかではない。

第二に、CJEUはソフトウェアとソフトウェア以外を区別し、ソフトウェア以外のデジタルコンテンツについては、「頒布」の枠組みではなく、「公衆伝達」の枠組みで判断をしているが、ソフトウェアとソフトウェア以外のコンテンツを区別する理由は十分でないように思われる。

第三に、CJEUはこの一連の判決を下す際に、指令の前文を根拠として頻繫に引用している。ところが、指令の前文自体には法的拘束力がなく、前文に関する論理にも検討を要するところがある。いずれにしても、指令の条文ではなく前文を根拠として引用することは、EUの現行法がデジタルコンテ

ンツの消尽に対応できていないことを示していると言えよう。

以上のような考察を踏まえて、本稿は、新しい利用環境に適するような消尽原則として、利用許諾契約の内容に着目し、ユーザーにとって必要な権利を認めるように立法的解決を行うことが望ましいという考えを示した。

無論、これは基本的な方向性にすぎず、十分なものではない。具体的には、ユーザーに認められるべき権利の種類や、「通常利用」の範囲など、残された課題は決して少なくない。ただ、デジタルコンテンツの円滑な流通や利用をめぐる議論は、今後ますます白熱していくことであろう。本稿がその議論に一石を投じるものになれば幸甚である。

(本稿は、中国国家留学基金の助成を受けたものである。)

- (1) Case C-174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken v Stichting Leenrecht*, 10 November 2016.
- (2) Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property. 知的財産における貸与権、貸出権および特定の隣接権に関する2006年12月12日指令（以下「貸与権指令」という）。
- (3) Case C-174/15, *VOB*, para. 35-38.
- (4) The explanatory memorandum on the Proposal for a Council Directive on rental right, lending right, and on certain rights related to copyright (COM (90) 586 final). 貸与権、貸出権および特定の著作隣接権に関する理事会指令の提案に関する説明覚書。
- (5) Council Directive 92/100/EEC of 19 November 1992 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property. 知的財産における貸与権、貸出権および特定の隣接権に関する1992年11月19日指令。
- (6) Case C-174/15, *VOB*, para. 41-44.
- (7) *Id.*, para. 51-54.
- (8) Vicky Breemen, *E-lending according to the ECJ: focus on functions and similar characteristics in VOB v. Stichting Leenrecht*, 39 (4) *EUROPEAN INTELLECTUAL PROPERTY REVIEW* 249 (2017).

- (9) Case C-263/18, *Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers v Tom Kabinet*, 19 December 2019.
- (10) WIPO Copyright Treaty, 著作権に関する世界知的所有権機関条約。筆者注。
- (11) Case C-263/18, *Tom Kabinet*, para. 39.
- (12) *Id.*, para. 40.
- (13) *Id.*, para. 41.
- (14) European Commission, 以下「EC」という。
- (15) Case C-163/18, *Tom Kabinet*, para. 42.
- (16) *Id.*, para. 43.
- (17) *Id.*, para. 44.
- (18) *Id.*, para. 46-50.
- (19) *Id.*, para. 52-54.
- (20) *Id.*, para. 55-56.
- (21) *Id.*, para. 57-58.
- (22) *Id.*, para. 59.
- (23) *Id.* Para. 60.
- (24) *Id.*, para. 65.
- (25) *Id.*, para. 68.
- (26) *Id.*, para. 69.
- (27) *Id.*, para. 70-71.
- (28) 無論、WCTはあまりにも古すぎて、今の技術環境に適していないという意見もある。See Sven Schonhofen, *Usedsoft and its Aftermath: The Resale of Digital Content in The European Union*, 18 (2) WAKE FOREST JOURNAL OF BUSINESS AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW, 262, 290 (2015); Maša Savič, *The Legality of Resale of Digital Content after UsedSoft in Subsequent German and CJEU Case Law*, 37 (7) EUROPEAN INTELLECTUAL PROPERTY REVIEW 414, 428 (2015).
- (29) See LILIA OPRYSK, RECONCILING THE MATERIAL AND IMMATERIAL DISSEMINATION RIGHTS IN THE LIGHT OF THE DEVELOPMENTS UNDER THE EU COPYRIGHT ACQUIS, 167 (University of Tartu Press 2020).; Giorgio Spedicato, *Online Exhaustion and the Boundaries of Interpretation*, in BALANCING COPYRIGHT LAW IN THE DIGITAL AGE 27, 46 (Roberto Caso & Federica Giovanella eds., Springer 2015).
- (30) 例えば、前文（3）、（6）、（7）条では域内単一市場の自由や円滑な稼働、（14）では学習および文化の促進、（33）、（38）、（39）ではエンドユーザ

一の利用上の自由がそれぞれ配慮されている。See also Ana Ramalho, *Copyright Lawmaking in the EU: What Lies Under the “Internal Market” Mask?* 9 (3) JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW & PRACTICE, 208 (2014).

- (31) ただ、VOB 判決では、図書館貸出用のコピーの合法性判断において、頒布権消尽の規定を参照してもよいと判断された。Case C-174/15, VOB, para.65.
- (32) Opinion of Advocate General Szpunar in Case C-263/18, delivered on 10 September 2019, para. 95.
- (33) See Aaron Perzanowski & Chris Jay Hoofnagle, *What we buy when we buy now*, 165 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 315 (2017).
- (34) Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services. デジタルコンテンツおよびデジタルサービスの提供契約に関する2019年5月20日指令。
- (35) *Id.*, Article 8. Paragraph 1. In addition to complying with any subjective requirement for conformity, the digital content or digital service shall:
- (a) be fit for the purposes for which digital content or digital services of the same type would normally be used, taking into account, where applicable, any existing Union and national law, technical standards or, in the absence of such technical standards, applicable sector-specific industry codes of conduct;
 - (b) be of the quantity and possess the qualities and performance features, including in relation to functionality, compatibility, accessibility, continuity and security, normal for digital content or digital services of the same type and which the consumer may reasonably expect, given the nature of the digital content or digital service and taking into account any public statement made by or on behalf of the trader, or other persons in previous links of the chain of transactions, particularly in advertising or on labelling unless the trader shows that:
 - (i) the trader was not, and could not reasonably have been, aware of the public statement in question;
 - (ii) by the time of conclusion of the contract, the public statement had been corrected in the same way as, or in a way comparable to how, it had been made;
- or
- (iii) the decision to acquire the digital content or digital service could not have

been influenced by the public statement;

(c) where applicable, be supplied along with any accessories and instructions which the consumer may reasonably expect to receive; and

(d) comply with any trial version or preview of the digital content or digital service, made available by the trader before the conclusion of the contract.