

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 (4)

谷 川 和 幸*

目次

- 一 はじめに一問題の所在
- 二 諸外国の事例
 - 1 イギリス
 - 2 カナダ
 - 3 ニュージーランド (以上本誌61巻4号)
 - 4 アメリカ
 - (1) はじめに
 - (2) 1976年法施行前の判例群 (以上本誌62巻1号)
 - (3) 1976年法施行後の判例群 (以上本誌62巻2号)
 - (4) 検討
 - 5 オランダ及び欧州司法裁判所
 - (1) オランダ
 - (2) 欧州司法裁判所 (以上本号)
- 三 わが国の議論
- 四 検討
- 五 おわりに

*福岡大学法学部講師

二 諸外国の事例

4 アメリカ¹

(4) 検討

これまでに概観してきたアメリカの判例群²について、ここで整理をしておこう。まず、問題とされた行為と訴訟で侵害が主張された支分権との対応関係であるが、加工行為については複製権と翻案権が、販売行為については販売権・頒布権がそれぞれ対応している。

複製権の論点は、複製行為の意義—複製物の個数の増加が複製の要件かどうか—である。翻案権の論点は、新たな創作性の付与がないような加工行為が二次的著作物の作成行為と言えるかどうかである。また、一部の事案では編集物の再編集という観点が重要な意味を持っていた。

これらについて詳しく見ていきたい。

¹ (前号・前々号の脚注1と同内容だが、参照の便宜のために再掲する。) この問題に関するアメリカの議論状況を概観する文献として、以下のものがある。Amy B. Cohen, *When Does a Work Infringe the Derivative Works Right of a Copyright Owner?*, 17 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 623 (1999); Michael K. Erickson, *Emphasizing the Copy in Copyright: Why Noncopying Alterations Do Not Prepare Infringing Derivative Works*, 2005 *B.Y.U. L. Rev.* 1261 (2005); Daniel Gervais, *The Derivative Right, Or Why Copyright Law Protects Foxes Better than Hedgehogs*, 15 *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 785 (2013).

² なお、前号脱稿後の2017年8月24日に、本稿の課題と多少の関わりのある新たな判例が登場した (Disney Enterprises, Inc. v. VidAngel, Inc., 2017 WL 3623286 (9th Cir. 2017))。映画作品の正規品DVDを購入した業者が、当該映画作品を映像データとして保存するとともに、その映像に一定のフィルタリング (性的、暴力的場面などをカットして再生する機能) をかけてストーリーミング配信した行為が、家庭用映画法 (Family Movie Act) のもとで適法かが争われたものである。配信の際に (形式的に) 所有権が視聴者に移転し、再生後に買い戻されるという仕組みになっており、複製及び翻案該当性や消尽の原則との関係でも興味深い事案であるが、もっぱら家庭用映画法の解釈のみが争われたため、これらの点は議論の中心とはなっていない。

(A) 複製行為該当性：数の増加か、質の変化か、新たな媒体の作成か

(A-1) 「複製イコール増量」の定式

2000年までの判例は、複製を増量の意味で捉える立場で安定していた。

1976年法よりも前の時期には次のような判決があった。漫画を合本して「Double Comics」とした【6】事件で裁判所は、複製権を「複製物の増量に関する排他的権利」と呼んだうえで、「本件で被告は複製物を増量させたわけではなく、単に原告の著作物を異なる表紙のもとで再販売したに過ぎない」として増量すなわち複製行為該当性を否定している。揺り木馬を着色した【11】事件でも、原告の木馬そのものに着色が施されたことから、「元の著作物を複製した有体物」が作成されたわけではないとして複製行為該当性が否定されている。タオルがハンドバッグに加工された【8】事件で複製権侵害という主張がなされなかった理由も、原告のタオルそのものが加工されたので増量が認められないと考えたためであろうと推測されている。グリーティングカード上のイラストを陶器の飾り額に移し替えた【12】C. M. Paula事件でも、「もともとのイラストが陶器の飾り額の上で利用されることとなった」に過ぎず、数の増加がないことから、複製権侵害が否定されている。これらの否定例に対し、複製権侵害が肯定されたのが、教科書の欠けたページを複写して修繕した【3】事件である。裁判所が明示的に述べているわけではないが、複製権侵害が否定された【2】事件との対比からは、欠けたページについて複写による増量があると見ることができる事例であり、複製イコール増量という定式の下で、増量があると認められた事例だと位置づける

³ 同判決が引用するものも含め、1976年法よりも前の著作権法の下での最高裁判決において、著作権（複製権）イコール増量に関する排他的権利という定式が繰り返し登場していた。1790年法の下での *Stephens v. Cady*, 55 U.S. 528 (1852)（「著作権とは複製物の増量に関する排他的権利である」）、1870年法の下での *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*, 210 U.S. 339 (1908)（「複製物の増量に関する権利の保障が著作権法の主目的とされてきた」）、1909年法の下での *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201 (1954)（著作権法は「複製物の増量に関する排他的権利を与えている」）など。

ことができるだろう。

このような理解は1976年法にも引き継がれた。画集のページをタイル加工した【13】Mirage事件で裁判所が「確かに、被告は複製をしていないかもしれない」と一言述べた部分が、同じ第9巡回区で同様のキャンバス移し替えが問題となった【20】判決においても引用され、同様に複製権侵害が否定されている。いずれも増量がないと言える事案であった。翻案権侵害の成否については【13】判決と対立する【17】Lee判決（一審）も、複製権に関しては【13】判決と同様にこれを否定する。そこでは「複製が関わる事案においては著作権者は侵害者が最終的に販売する複製物の総量をコントロールすることができないが、そのような事案とは異なり、本件では原告は販売される複製物の総量については完全にコントロールしており、また、どの会社が便箋を入手するかを管理することができた」として、複製物の総量のコントロールの観点で複製権侵害の成否を判断するうえで決定的であることが示唆されている。これはすなわち、複製イコール増量（複製物の数の増加）という理解である。

（A-2）定式の揺らぎ（その1）

1900年代を通して維持されてきたこのような理解に反して、複製権の侵害を肯定したのが、油絵レプリカの【19】Peker判決（2000年）である。単なるキャンバスへの移し替えではなく、移し替えた後に実際に筆で油絵の具を塗り、もともとのお絵と寸分違わぬものへと加工したという事案であった。複製イコール増量という定式を適用するならば、権利者の許諾を得て作成されたポスターが消滅し、油絵レプリカが生み出されているのであるから、数の増加はないということになる。しかしながら裁判所にとって、そのような形式的な理解で侵害を否定することは耐え難く感じられたのである。それはポスターと油絵レプリカの価格が大きく異なることに由来する。裁判所は

次のように述べる。「原告はポスター 1 枚につき約50セントのロイヤリティを受け取る一方で、被告は各レプリカを300ドル以上で売ることができた。最終製品における原告の寄与の正確な価値がいくらであるにせよ、50セントという金額は原告が確保すべき公正な補償 (fair compensation) の額であるとは到底思われない。」

著作権者が受け取った利益に着目するこの考えは、カナダの *Théberge* 事件最高裁判決多数意見が「予期せぬ市場 (unanticipated market)」テストと呼んでいたものである。同判決はこの見解の出典として、【13】 *Mirage* 判決及び1999年の *Cohen* の論文⁴を挙げる。

ここで *Cohen* の論文に触れておこう。*Cohen* は【13】【17】のようなタイル加工の事案において判例の見解が分かれていることに触れ、これを、翻案権を拡張して著作権者の権利の保障を広げてきた歴史的展開と、財産権を保護するために著作権を制限するという消尽の原則の伝統とが衝突する場面であると捉える⁵。彼女は、二次的著作物が著作物として保護されるかどうかという問題とその創作が翻案権の侵害かどうかという問題を区別し、後者の文脈でオリジナリティ要件を課す【17】判決を批判する。一方で、単なる額装とタイル加工とを区別し、加工の永続性を根拠にタイル加工を著作物の「改作、変形、翻案」に当たるとする【13】判決の区別にも理由がないとする⁶。そこで、タイル加工のような複製物消費型の改変と、小説の映画化のような非消費型の改変とを区別したうえで、非消費型については原著作物の複製物を全く購入することなく多数の二次的著作物を販売して利益を上げることができることから、その利益を原著作者とシェアすべきだとする⁷。他方、複製物消費型の改変については、【12】 *C.M. Paula* 判決が述べていたように、

⁴ *Cohen*, *supra* note 1.

⁵ *Id* at 633.

⁶ *Id* at 647-650.

⁷ *Id* at 651.

1つの改変物を販売するためには1つの複製物を購入する必要があるので、経済的利益は著作権者に還元されていると見る余地がある⁸。しかし、彼女は消費型の改変を非侵害とする結論には進まない。「確かに、今や、将来の芸術家は便箋がタイル加工の形態で利用されることを予期することができるだろう。しかしLeeはどうだっただろうか？」と彼女は問う⁹。便箋としての販売を許諾した権利者は、それが将来タイル加工して販売されることによって追加的な収益を生むことを予期していただろうか。便箋の価格設定はそれを反映したものでしょうか。この問いの答えは、タイル加工という二次的な利用方法がどれほど普通の（customary）ことかによる。普通の二次利用については権利者はそれを予期したうえで当初の価格設定をしていると推測するのが合理的であるが、他方で、二次利用者が新たな利用方法を発見し、それが権利者にとって予期しなかったような利用である場合には、そのことは当初の価格設定に反映されていないはずである¹⁰。タイル加工は「間違いなく普通ではない利用であり、便箋の価格設定の際に権利者が予期していなかった新たな市場を構成するものである」。したがって、複製物消費型の改変であって、二次利用が普通の利用ではない場合には、「著作権者には補償が与えられるべきである」¹¹。以上より、複製物消費型の改変が翻案権の侵害に当たるかどうかの判断基準は、改変にオリジナリティがあるかどうかでも、改変の永続性でもなく、当該改変が当該著作物の利用方法として普通だったかどうかである¹²。

このように、同論文は直接的には翻案権侵害の判断基準について論じるものであって、複製権についてのものではない。もっとも、抽象的に言えば、

⁸ *Id* at 652.

⁹ *Id* at 653.

¹⁰ *Id* at 653-654.

¹¹ *Id* at 655.

¹² *Id* at 656-657.

著作権者に還元されるべき利益をどのように考えるかに関するものと言え、Théberge 事件最高裁もそのように捉えて複製権の文脈でこれを引用したのであろう。【19】Peker 判決は同論文を引用しているわけではないが、そこで述べられていること（「原告がG社との間でポスター制作に関するライセンス契約を締結した際、その契約はポスター制作以上のことを何も考えていなかった。この契約をすることで、許諾なく無数の油絵レプリカが合法的に作成されることが可能となるというようなことは原告にとって全く想像もできなかったであろう。」）はCohenの見解と通底している。

なおCohenは複製物消費型の改変と非消費型の改変という二類型で異なる議論をしているところ、非消費型というのが一複製権に引き付けて言うならば一増量がある類型に対応していると捉えることも出来よう。

(A-3) 定式の揺らぎ (その2)

一世紀にわたって安定して維持されてきた「複製イコール増量」の定式が【19】Peker判決によって揺らぎ始めたところに、新たな混乱を持ち込むのが【21】ReDigi判決（2013年）である。インターネットを用いてファイルを転送する場合に、送信元からファイルが削除されることで数の増加がないと言える場合にも、なお複製と言えるかどうか争われた。Peker判決のように複製物の質に着目する議論もありうるかもしれない¹³、裁判所はそれとはまた異なる複製概念を打ち出した。すなわち、複製権を「著作物を新たな媒体に化体させることに関する排他的権利」と定式化し、「新たな媒体」の作成があれば複製に当たるとする理解である。「追加的な媒体」の作成で

¹³ 複製物が送信元のコンピュータの記憶領域から、送信先のコンピュータの記憶領域に変化するから、物理的に異なることは確かである。とはいえ、どちらもコンピュータの記憶領域であり、またそこに保存されている音楽データは同一であり、さらに有体物であるコンピュータ自体が取引対象とされているわけではないのだから、Peker判決が問題視したほどの質の変化は存在しないようにも思われる。

ある必要はなく、「〔移転の後に〕存在するファイルの個数が1つか複数かということとは関係がない」として、明確に、「複製イコール増量」の定式が放棄されている。

以上の判例を、複製物の数の増加の有無と質の変化の有無に着目して表にまとめると次のようになる¹⁴。

	数の増加あり	数の増加なし
質の変化あり		【19】 侵害
質の変化なし	【3】 侵害	【6】 【11】 【12】 【13】 【17】 【20】 非侵害 【21】 侵害

（B） 翻案権：オリジナリティ要件を課すかどうか

1976年法の下でのアメリカの判例におけるもっとも顕著な対立点が、タイル加工事案を翻案と見るかどうかに関する巡回区間の対立である。第9巡回区控訴裁判所は1989年の【13】 Mirage 判決において、タイル加工を翻案（改作、変形）と判断した。これに対し、第7巡回区控訴裁判所は1997年の【17】 Lee 判決でこれを批判し、二次的著作物の成立にオリジナリティ要件を課すことで、何の創作性の発揮もないタイル加工は二次的著作物の作成には当たらないとして翻案権侵害を否定した。

この点をめぐっては、特に【13】 Mirage 判決を批判する内容で、多くの議論がある¹⁵。もっとも、わが国の解釈論に対する示唆という意味で言うならば、わが国では既に江差追分事件最高裁判決によってオリジナリティ要件が課されることが明確となっていることから¹⁶、アメリカ法に特有の議論に

¹⁴ ペーパーバックをハードカバーに事前製本した【7】、タオルをハンドバッグに加工した【8】及び布をベッドに加工した【18】はいずれも、現在の目から見ると、増量はないが質の変化があるように思われるので右上に分類したいところであるが、これらの事例で明確に裁判所が複製行為が該当性を判断しているわけではないので、表には含めていない。

¹⁵ 前掲注1の各文献及びそこで引用される文献を参照。

深入りする必要は無かろう¹⁷。そこで、ここでは次の点を指摘するにとどめたい。それは、なぜアメリカでは翻案権侵害として議論がなされているのかという点である。これは上記の「複製イコール増量」定式と関わりがある。すなわち、複製権侵害の枠組みでは、従来は、数の変化だけが問題とされ、質の変化を捕捉することができなかつたためである。改変によってもたらされた質の変化を捕捉するためには、別途、翻案権を持ち出さざるを得なかつたわけである。そうすると、複製行為を【19】Peker 判決のように質的变化をも取り込む形で観念し直すのであれば、これまで翻案権の枠組みで議論されてきたことが今後は複製権の枠組みで理解しなおされる可能性もあろう (Cohen の論文を複製権の文脈で取り上げる Théberge 事件最高裁判決はそのような可能性を暗示する)。

(C) 編集物の再編集という観点

ところでアメリカの判例の中には、編集物の再編集という観点を重視したと見られるものがある。「ナショナルジオグラフィック」の記事をテーマごとに集めて製本した【5】事件がその例である。これに加えて、【13】Mirage 判決と【17】Lee 判決の結論の違いを、オリジナリティ要件を課すかどうかという法解釈のレベルではなく、事実関係の差に着目して説明しようとする見解がある¹⁸。この見解は、両事件において加工元とされた複製物の性質の

¹⁶ 最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁(「言語の著作物の翻案(著作権法27条)とは、既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為をいう。」(下線は引用者))。

¹⁷ 創作性を発揮せずに定型的に改変をした者が侵害なしとされる一方、創作性を発揮して改変をした者が侵害ありとされるのは、「学術及び有用な技芸」の促進という著作権法の目的と矛盾するのではないか、という指摘(Cohen, *supra* note 1 at 649)は、二次的著作物の著作権の発生に適法作成要件を課すアメリカ法に特有の課題であり、日本法には当てはまらない。

違いを重視する。【13】 Mirage 判決の複製物は追悼画集であり、そこに掲載された多数の絵画の中の一枚が画集から分離されタイル加工された。一方

【17】 Lee 判決の複製物は初めから一枚の絵画だけが印刷されている便箋である。このように、前者に関しては、集合著作物 (collective work) の中から一部分だけが取り出されたという事情が存在する。この違いが結論を左右したのではないか。この見解はそのように考える根拠を次のように論じる。

集合著作物の著作者に与えられる権原は、各寄与物を集合著作物の一部として複製・頒布することに限られている (201条 (c))¹⁹。各寄与物の著作権者から集合著作物への収録を許諾された者 (集合著作物の著作者) は、各寄与物を個別に利用することはできない。もしそのようなことをすると、各寄与物の著作権者が有する著作権の侵害となる²⁰。一般に、各寄与物それ自体の市場とそれを収録した集合著作物の市場とは少々異なっている²¹。Mirage の事案で言えば、画集は壁飾りの代替品とはならない。各寄与物を集合著作物に収録することに同意をしたからと言って、その著作権者がそれを個別に利用する者との競争に直面させられるべきではない。彼はあくまでも集合著作物としての利用に同意したに過ぎないのである²²。

前出の Cohen と同様、著作権者が想定していた市場との違いに着目する見解であると言えよう。このように改変によってもたらされる質の変化 (当初の著作権者の想定との乖離) を重視する見解がアメリカに存在するところ、次に見る欧州の動向からも同様の発想を看取することができる。

¹⁸ Steve Lauff, Note, *Decompilation of Collective Works: When the First Sale Doctrine Is a Mirage*, 76 Tex. L. Rev. 869 (1998).

¹⁹ *Id.* at 897.

²⁰ *Id.* at 901.

²¹ *Id.* at 903.

²² *Id.* at 904.

5 オランダ及び欧州司法裁判所

(1) オランダ²³

これまで英米法の国の議論を見てきたが、最後に大陸法のオランダを取り上げたい。オランダは後出の Allposters 事件の付託国であるが、それだけではなく、同事件が起こる以前から、複製物に加工が施されて販売された場合の著作権侵害の成否について判示した最高裁判例を有していた（そしてその判例法理の妥当性も Allposters 事件の付託事項に含まれている）。しかもその事案が、本稿の冒頭で紹介したカレンダー事件と全く同じといってよいほどに類似しているのである。そのような事情から、オランダ法を検討することは不可欠だと考えられる。

(A) オランダ著作権法の規律

ここでまず、オランダ著作権法²⁴の条文の確認から始めたい。情報社会指令²⁵（2001年）を国内法化するための2004年改正を経た現行法では、頒布権が1条及び12条(1)に、その消尽が12b条にそれぞれ規定されている。

1条 著作権は、法によって制定された制限に従って、著作物を公開 (openbaar maken) 及び複製 (verveelvoudigen) することについて、文学的、科学的又は美術的著作物の作者又はその承継人に与えられる排他的権利である。

12条(1) 文学的、科学的又は美術的著作物の公開 (openbaarmaking) と

²³ J.H. Spoor, *Copies in Continental Copyright*, in COPIES IN COPYRIGHT (1980); Feer Verkade, 'First-sale' or Exhaustion Doctrine in the Netherlands, in A CENTURY OF DUTCH COPYRIGHT LAW - AUTEURSWET 1912-2012 291 (P.B. Hugenholtz et al. eds., 2012).

²⁴ Auteurswet 1912.

²⁵ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

は次のことを意味する。

- 一 著作物の全部または一部の複製物 (verveelvoudiging) の公開
- 二 著作物の全部または一部、またはその複製物の流通 (verbreiding)。

ただし当該著作物がまだ出版されていない場合に限る

- 三 〔略—貸与〕
- 四 〔略—公の上演〕
- 五 〔略—放送〕

12b 条 文学的、科学的又は美術的著作物の原作品又は複製物が、所有権移転の方法によって、著作者又はその承継人自身によって又はその同意のもとで、最初に、EU の加盟国のいずれか又は欧州経済領域の構成国のいずれかにおいて流通に置かれたときは、当該原作品又は複製物を流通させる行為は、貸与を除き、著作権の侵害とはならない。

2004年に12b 条が新設されるまで、オランダ著作権法には消尽の明文の規定は存在しなかった²⁶。もっとも、消尽の原則が認められていなかったわけではない。それは解釈によって認められていた。その際に手掛かりとされたのが1 条の「公開 (openbaar maken)」という文言である²⁷。openbaar が public、maken が make であり、英語に直訳すると make public となる。公衆に向けた利用行為全般を指す概念である。1 条では著作権の対象が openbaar maken と verveelvoudigen (=複製) に大きく二分されていることからして、

²⁶ Verkade, *supra* note 19, at 295.

²⁷ なお1 条のもう一つ概念である verveelvoudigen は消尽を導く手掛かりとなり得ないのかという疑問もあるが、verveelvoudigen に相当する英語は reproduce や multiply、duplicate であり (したがって、この語にはもともと増量という含意がある。)、複製権 (及び翻案権) のことを指していることが明白である。消尽が典型的に問題となる有体物の流通の場面とは無関係であるから、verveelvoudigen の解釈によって消尽の原則を導くという議論は成り立たない。Id.

わが国の支分権のリストのうち複製権（及び翻案権）²⁸を除くすべての公衆に向けた提供・提示行為を *openbaar maken* という概念で包摂していると理解できよう²⁹。翻訳が困難な用語であるが³⁰、本稿ではさしあたり「公開」という訳語を当てることとした。

以下では「公開」に含まれる行為のうち、原作品又は複製物の公衆への譲渡又は貸与行為に対する排他的権利を指して「頒布権」と呼ぶ。

(B) 消尽の原則を述べた先例—Leesportefeuilles 判決 (1952年)³¹

頒布権の制限、すなわち消尽の原則について、オランダ最高裁が初めて判断を下したのが1952年の Leesportefeuilles 判決である。

事案は、雑誌の詰め合わせの定期購読に関するものである。被告会社のビジネスモデルは、他社から出版された週刊又は月刊の雑誌を市場で購入し、それらを5から10種類程度詰め合わせにしたものを顧客に定期的に配送し、一定期間経過後に回収し、同じ詰め合わせのセットを10から15回ほど他の顧客に使いまわすというものであった（当然ながら、そのセットが最初に届く

²⁸ *verveelvoudigen* に複製権と翻案権が含まれることにつき、オランダ著作権法13条及び Jaap Spoor, *Verveelvoudigen: Reproduction and Adaptation under the 1912 Copyright Act*, in A CENTURY OF DUTCH COPYRIGHT LAW - AUTEURSWET 1912-2012 197 (P.B. Hugenholtz et al. eds., 2012) を参照。

²⁹ Mireille van Echoud, *Copyright Act - Auteurswet Unofficial translation*, in A CENTURY OF DUTCH COPYRIGHT LAW - AUTEURSWET 1912-2012 505 (P.B. Hugenholtz et al. eds., 2012). (Openbaarmaken は「公の上演や送信可能化を含む、あらゆる態様の公衆への伝達を捕捉している。さらにオランダ語の 'openbaarmaken' は著作物の物理的な複製物の伝達の形態すなわち展示や譲渡・貸与による頒布をも含んでいる。)

³⁰ Dirk Visser, *Openbaar maken: Communication to the public*, in A CENTURY OF DUTCH COPYRIGHT LAW - AUTEURSWET 1912-2012 225, 226 (P.B. Hugenholtz et al. eds., 2012) でも、「本稿において 'openbaar maken', 'openbaarmaking', 'openbaarmakingsrecht' というオランダ語は英訳せずにそのまま用いる。というのは、openbaarmakingsrecht によってカバーされているすべての異なった行為を含む英単語が存在しないからである」とされている。

³¹ Hoge Raad (Supreme Court of the Netherlands), 25 January 1952, *NJ* 1952, 95.

顧客は最新刊がすぐに読めるわけであり、その分高い購読料を支払う必要がある。逆に数週間遅れでも構わないという顧客は安く購読することができる。)。要するに雑誌の無断貸与である。

そこで、無断貸与された雑誌の出版社が原告となり提訴。当時の著作権法には12条(1)三の貸与の規定がなかったため、果たして被告の行為が著作物の公開 (openbaar maken) に当たるかが争点となった。

原审のアムステルダム控訴裁判所は次のように述べて侵害を否定した³²。

「著作権法は、openbaar maken という用語の一般的な定義を欠いている。」
「openbaar maken の日常的な意味は、公開 (aan de openbaarheid prijsgeven) である。」
「本件では、原告が世間に向けて雑誌を出版した時点で、公開は完了している。」
したがって、一旦公開された雑誌を貸与する被告の行為は openbaar maken ではない。

最高裁も、出版物を詰め合わせて貸与する行為は openbaar maken には当たらないとして、侵害を否定した。

最高裁はまた、レコードの無断貸与が争われた後の別の事件³³において、権利者の許諾を得て一旦適法に複製物が流通に置かれた以上、当該複製物に関する公開 (openbaarmaking) はそこで完了しており、その後に貸与等の方法でそれを流通させる行為が更なる公開にあたることはないとして、上記アムステルダム控訴裁判所と同様の解釈を示している。

これらの事件では、権利者等が適法に複製物を流通に置いたことを前提に、第一公開のみが公開であり、それによって公開は完了し、以降の流通は公開には当たらないという「公開」概念の限定解釈がなされている。消尽という言葉こそ用いられていないものの、ここで述べられているのは消尽の原則そ

³² Verkade, *supra* note 19 at 300 の紹介による。

³³ *Stemra v. Free Record Shop*, Hoge Raad, 20 November 1987, NJ 1988, 280.

のものであると言えるだろう³⁴。

このようにして、「公開 (openbaar maken)」という文言の解釈によって消尽の原則を導く判例法理が確立していった。そのような流れの中で、消尽の原則の例外に当たるとはならないかが問題となったのが、オランダ版カレンダー事件こと Poortvliet 事件である。

(C) Poortvliet 判決 (1979年)³⁵

原告の Rien Poortvliet (リーン・ポールトフリート) は著名な画家・イラストレーターであり、とりわけ動物やノームの絵で知られていた³⁶。彼は1976年6月に Unieboek という出版社との間で、彼の絵を利用したカレンダーを出版することを許諾する契約を締結するとともに、13枚の絵画をカレンダー用に提供した (12か月分と表紙で計13枚)。こうして Poortvliet の13枚の絵画を利用した1977年用のカレンダーが Unieboek 社から出版された。

被告 Hovener は、市場でこのカレンダーを多数購入し、原告らに無断で、原告の絵画の部分を取り出し、木の板にそれを貼りつけて販売した。

このように、問題となったのがカレンダーに掲載された絵画であるという点まで、わが国のカレンダー事件と共通した事案である。ただし、わが国のカレンダー事件では加工行為が複製権の侵害となるかがだけが問題となった (当時は譲渡権の条文が存在しなかったので販売行為は問題とならなかった) のとは異なり、オランダの事件では販売行為が頒布権の侵害となるかが問題とされている。すなわち、Poortvliet は Hovener の販売行為が頒布権の

³⁴ Verkade, *supra* note 19 at 302.

³⁵ Hoge Raad (Supreme Court of the Netherlands), 19 January 1979, *NJ* 1979, 412, with note L. Wichers Hoeth.

³⁶ Poortvliet が挿絵を描いたノームに関する書籍は、わが国でも、ヴィル・ヒュイゲン、リーン・ポールトフリート『ノーム不思議な小人たち新装愛蔵版』(グラフィック社、2017年)として翻訳出版されている。

侵害に当たると主張して、1976年11月に、販売禁止の仮処分 (kort geding) を申し立てた。

一審³⁷では、①カレンダーの発行によって公開が完了したことで頒布権は消尽しており (uitgeput³⁸)、また②被告が正規品のカレンダーを購入したことで原告は対価を受け取っているのだから損害はないと判断され、原告敗訴。

しかし控訴審³⁹ではこれが取り消され、差止が認められた。控訴裁判所は次のように述べた。①原告と Unieboek との間の契約は、カレンダーとして複製・発行することを内容とするものであり、絵画を分離して複製・発行することに関する排他的権利は、未だ原告に残っている。したがって、絵画を分離して木の板に貼り付けて販売した被告の行為は、原告に排他的に帰属するような方法で複製物を公開するものである。②この被告の行為により、原告の権利及び収益の機会が損なわれた。

そこで被告が上告。Leesportefeuilles 判決の考えを援用し、カレンダーの発行によって既に絵画の公開は完了しているので頒布権の侵害にはならないと主張した。

最高裁は次のように述べて消尽を否定し、上告を棄却した。

「原判決の認定によれば、原告は Unieboek との間の契約で、彼の絵画をカレンダーという目的と形態で複製及び公開することについて許諾を与えたが、絵画を分離して絵画として販売することの許諾は与えなかった⁴⁰。そして被

³⁷ ロッテルダム地方裁判所 (1976年12月7日)。

³⁸ 英語の exhaust に対応する動詞 uitputten の受身形。

³⁹ ハーグ控訴裁判所 (1977年11月11日)。

⁴⁰ 最高裁がこの事実を指摘していることの意味をどう捉えるかについては二つの可能性が指摘されている。一つは原告・出版社間の合意内容がその後の消尽の範囲に影響を与えることを示唆するものと読む可能性である。しかしこれでは、第三者からは知りえない合意内容によって消尽の成否が変わることとなり不当である。またレンタル禁止等の文言を複製物に記載しても消尽の成立には影響を与えないとする判例法理とも一貫しない。そこで第二の可能性は、原告が絵画の著作権の全部を手放して無権利者となっているわけではなく、絵画としての販売

告は購入したカレンダーから絵画を切り抜いて、木の板に貼り付けて販売した。被告の行為が著作権法12条にいう公開に該当するという原審の判断は正当であり、『公開』の解釈を誤ったものではない。

被告がカレンダーの一部であった絵画に異なる形態を与え、その形態で分離して公衆に頒布したということを考慮すれば—そしてカレンダーというものはその性質上、当該年度の前又はその年度内という短い期間に限って販売されるのが普通である—、カレンダーが既に発行済みであるということは問題とならない。」

被告が主張するように *Leesportefeuilles* 判決をそのまま適用するならば、原告の絵画はカレンダーの一部として既に発行済みであり、その後の再度の販売はもはや著作権法にいう「公開」には該当しないということになる。しかし最高裁は、カレンダーが既に発行済みであるという事情があっても、なお本件の被告の行為は「公開」に当たるとした。その根拠が、カレンダー内の絵画と木の板に貼られた絵画とでは異なる形態であること、そしてカレンダーに限られた期間内しか販売されない（のに対し、木の板はそのような時間的な制約を受けずに販売され続ける）ことの2点である。言い換えると、「新たな形態」と「新たな利用機会」(*de nieuwe vorm en de nieuwe exploitatiemogelijkheid*) ということになる⁴¹。最高裁は、いったん市場の流通に置かれた複製物に対し加工が施されたことにより新たな形態になり、新たな利

に関する権利は依然として保持しているということを確認したにすぎないと理解する立場である。Verkade, *supra* note 19 at 304は後者で理解すべきだろうとする。

⁴¹ L. Wichers Hoeth, *supra* note 31. 後出の *Allposters* 事件欧州司法裁判所判決の中でも、「権利者により市場に置かれた複製物が、その複製物の新たな形態を市場に出す者が新たな利用機会を有する (whoever markets that new form of that copy has new opportunities for exploitation) 程度に異なる形態となって公衆に頒布された場合には、著作権法12条の意味での新たな公開がある」とする見解が、ポルトフリート・ドクトリンと呼ばれている。

用機会がもたらされた場面において、消尽の原則が適用されないという例外法理を生み出したわけである⁴²。

このように消尽の原則の例外が認められたが、その後長らくその適用例は現れなかった。また2004年に情報社会指令の頒布権及びその消尽の規律を国内法化したことにより、現行法の下で Poortvliet 判決の法理が維持できるのかどうかも不透明となった。そのような状況で、同判決から30年以上を経て裁判所に持ち込まれたのが、後に欧州司法裁判所に付託されることとなる Allposters 事件であった。

(D) Allposters 事件 (2015年)

これまでに何度も登場してもはやおなじみとなった、ポスターの表面のインク層をキャンバスに移し替える技術 (Canvas Transfer) が欧州でも訴訟になったのが本件である。原告 Stichting Pictoright はオランダの権利者団体、被告 Art & Allposters International BV はキャンバスへの加工・販売業者である。

オランダ国内で提訴され、Poortvliet 判決が示した基準の適用が問題となった。一審⁴³では消尽が認められた (ポスターもキャンバスも市場は同じなので、新たな利用機会を持つ形式への変形とは言えない)。控訴審⁴⁴では消尽の原則の例外に当たるとして消尽が否定された (ポスターとキャンバスとは、見た目や耐久性が異なり、別の市場と言える。価格も異なり、需要層も異なる。)。最高裁は2013年になって、この事件の解決のためには情報社

⁴² Verkade, *supra* note 19 at 304. Verkade はここで商標権の消尽の例外について述べた商標指令 (89/104/EEC) 7条(2)にも触れている。

⁴³ ルールモント地方裁判所 (2010年9月22日)。

⁴⁴ スヘルトーヘンボス控訴裁判所 (2012年1月3日、ECLI:NL:GHSHE:2012:BV 0773)。

会指令の解釈が必要であるとして、先決判決を求めて事件を欧州司法裁判所に付託することを決定した⁴⁵。その付託事項は次の通りである。

(1) 著作権者又はその同意に基づいて EU 圏内で販売された著作物の複製物が、その後、その形式の変更を受け、そのような形式で再度流通するという場面において、著作権の行使ができるかどうかという問題について、情報社会指令 4 条 (頒布権) は関わりがあるか？

(2) (a) もし (1) が肯定されるとして、(1) のような変更が行われたという事実は、情報社会指令 4 条 (2) の消尽が妨げられるかどうかという問いに影響があるか？

(b) もし (a) が肯定されるとして、情報社会指令 4 条 (2) の消尽を妨げるような複製物の形式の変更があるかどうかを決定するために適用されるべき基準はどのようなものか？

(c) その基準は、転売者が複製物を異なる形式に変更し、そのような形式で公衆に広めたという場合には消尽は認められないとするオランダ国内法の基準 (Poortvliet 判決) の余地を残すか？

(2) 欧州司法裁判所⁴⁶

欧州司法裁判所は次のように述べて、消尽が認められないと判断した。

被告の加工工程によって複製物の耐久性が高められ、またポスターに比べて絵画の質が改善し、原作品に近いものがもたらされた。そこで、このような工程による媒体の交換は、ポスター自体は存在しなくなる一方で、絵画を

⁴⁵ Hoge Raad (Supreme Court of the Netherlands) (2013年7月12日、ECLI:NL: HR: 2013: CA 0265)。

⁴⁶ Case C-419/13, Art & Allposters International BV v Stichting Pictoright, January 22, 2015. 邦語文献として、今野裕之「著作物の媒体の変更と頒布権の消尽」国際商事法務44巻9号(2016年)1406頁。

体現した新たな物の創造 (creation of a new object) をもたらしたと判断しなければならない。「原作品に近いものをもたらしようなこのような複製物の改変は、実際には、著作物の新たな複製 (new reproduction of that work) に十分該当するものである。これは情報社会指令 2 条 (a) によって、著作者の排他的権利としてカバーされている行為である。」

「Allposters は、絵画はポスターからキャンバスへと移転され、もはやポスター上には存在しなくなるという意味で複製物の増量がない、という根拠で、これは複製に該当しないと主張する。すなわち、絵画を複製しているところのインク自体は変更されておらず、著作物は全く影響を受けていないと述べる。」「しかしこの議論は受け入れることができない。移転の過程でインクが維持されているという事実は、絵画の媒体が変更されたという認定に影響を与えない。重要なのは、変更された物体それ自体が、全体として見たときに、物理的に、権利者の同意のもとで市場に置かれた物体と同じかどうかである。本件においてはそのように言うことはできない。」

キャンバスの販売について権利者が同意していない本件のような事案に「消尽の原則を適用すれば、そのような物体の頒布を禁止したり、その著作物の商業的利用について適切な報酬を要求したりする可能性を権利者から奪ってしまうことになる。」本件の当事者は、加工によって生み出されたキャンバスの経済的価値がポスターの経済的価値を著しく上回るということを知っている。

従って、情報社会指令 4 条 (2) の消尽の原則は、権利者の同意を得て EU 圏内で市場に置かれた複製物が、その後、紙のポスターからキャンバスへの移し替えといった媒体の変更を受け、そのような新たな形式で再度市場に置かれたという状況においては適用されない。

この判断の特徴は、頒布権の消尽の例外と新たな複製とを関連付けて述べ

ている点にある。すなわち、新たな複製があれば、そのような複製物の譲渡について頒布権は消尽しないという法理である。ちょうどアメリカにおいて、二次的著作物の作成があれば消尽の原則は適用されないと考えられていたのと同様の枠組みである。わが国の特許製品の修理・再生産をめぐる「生産アプローチ」の立場も同様である。

そして、新たな複製に該当するかどうかの判断において、「複製イコール増量」定式は明示的に否定されている⁴⁷。その代わりに、「変更された物体それ自体が、全体として見たときに、物理的に、権利者の同意のもとで市場に置かれた物体と同じかどうか」が複製の基準である。物理的にといっても、微粒子レベルまで厳密に同一の物として存続することはもとよりあり得ないであろうから、ある程度法的評価に委ねられているということになる。本件では具体的には、耐久性と質、それに伴う経済的価値の点で、紙のポスターとキャンバスが異なる物体であると判断されている。そこでは結局、物理的な同一性というよりもむしろ経済的な財としての同一性に着目した判断がなされているように見える。

なお、オランダの Poortvliet 判決が今後も国内法の解釈として維持できるかどうか（付託事項（2）（c））については判断が示されていないが、両者はおおむね同じことを述べているように思われる⁴⁸。

（続く）

⁴⁷ 本誌61巻4号の第1回連載1115頁以下で、イギリス法では現行法の下でも増量に着目していると指摘したが、その際に参照した Laddie らの著書は2011年のものであり、2015年の本判決を反映していない。現在ではもはやその立場は維持できないように思われる（Brexitによって今後どうなるかは不透明であるが）。実際、同号1116頁脚注29の Copinger and Skone James on Copyright（2016年）は本判決を反映する形で複製概念を説明している。

⁴⁸ ただし、複製概念とリンクさせていない分だけ、Poortvliet 判決の方が例外が認められる余地が広いと言えるかもしれない（「消尽アプローチ」の立場と見ることができる。）。