

I はじめに

本稿は、著作権法に明文の規定のある譲渡権の消尽（26条の2第2項）以外の支分権について消尽が認められるのか（譲渡以外の利用行為に対して消尽の適用があり得るのか）を検討するものである。本稿で対象とする主な想定事例は以下の通りである。たとえば、書籍を購入した者が行う自炊のための複製行為について、著作権者は書籍の販売に際して、自炊のための複製に対する対価取得機会があったとして、複製権は消尽し、代行業者が行う複製についても権利行使できなくなるのか。あるいは、音楽教室における演奏行為について、著作権者は楽譜・録音物の販売などに際して、楽譜を用いた演奏、録音物の再生に対する対価取得機会があったとして、演奏権は消尽し、音楽教室が行う演奏についても権利行使できなくなるのか。

このような課題を設定する背景には、既に指摘されている以下の問題意識がある。すなわち、「現行著作権法における消尽法理は、急激に多様化する著作物の利用態様に対して、著作物利用者と著作権者の適正な利益調整を図る法理としては、極めて不完全な状況にある」、¹⁾「個々の支分権のうち、著作物利用の局面との調整必要性が認識されるものは、著作物を固定した有体物の流通に関わる頒布権や譲渡権といったものに従来は限られてきたということが、このような不完全性を生み出す背後にあるのかもしれない」。

確かに、著作権法上、消尽を規定しているのは譲渡権のみである（26条の2第2項）。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も可能だとの指摘もある。²⁾ というのも、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⁴⁾ からである。

II 消尽法理の根拠

1 「円滑な流通の確保」という積極的根拠

もっとも、「消尽」を根拠として権利行使を否定することは、翻って、著作権者に対

して、第1譲渡の際にその後の著作物利用（支分権該当行為）を視野に入れた対価決定を半ば強制することになる。取引慣行が消尽ルールの採否を基礎付けるという側面と同時に、消尽ルールの採用が取引慣行を基礎付けるという側面があるのである。つまり、「事前の対価取得機会」はむしろ消尽法理を採用し、事後的な著作権行使という形での対価取得手段を奪った結果として現実化・顕在化するものである。『事前の対価取得機会』が現実存在していた以上、事後的に著作権行使を認めると二重利得になるので、消尽を認めるべき」という論法はトートロジーではないだろうか。あくまで、消尽法理の必要性は取引安全・自由流通の確保などにより根拠付けられ、対価取得機会が保障されていたことは、消尽法理の許容性を基礎付けるものとして副次的な位置づけを与えられるにすぎない。⁶⁾

ただし、「自由流通の確保・取引安全の保護」を消尽の積極的理由に位置づけるべきといっても、その内実は茫漠としたものである。「自由流通の確保・取引安全の保護」というのみでは、たとえば流通に直ちに關係しない行為（特許権者から直接購入した者による業としての使用など）については、消尽を正当化できない可能性もある。「円滑な流通」の意味内容は必ずしも明確ではないのである。⁷⁾

2 「所有権と著作権の調整」という積極的根拠

「自由流通・取引安全」は、あくまで譲受人・転得者の取得した「所有権」を前提とするものである。そうすると、「円滑な流通の確保」という不確かな概念を中間項として用いるのではなく、より直截に「所有権」との調整という具体的な権利・法益を前面に出すことによって、消尽法理は、より明確な形で根拠付けられるように思われる。⁸⁾

具体的に言えば、著作権者が著作物の原作品・複製物についての所有権（物を自由に使用・収益・処分する権利⁹⁾）を自ら譲渡するということは、当該著作物の原作品・複製物については、その譲受人・転得者により、その使用、収益や処分（＝転売¹⁰⁾）が行われることを前提にしていたと評価しうるし、著作権者としては、原作品・複製物を流通に置く段階で、以降の流通を想定して価格設定を行うことが可能である。他方、著作物の原作品・複製物の所有権を譲り受けた購入者も、著作権者自身が拡布した正規品そのものについては、以上のような価格設定を織り込んだ上、これを使用・再譲渡等（使用・収益・処分）することが可能であることを前提に取引に入る。他でもなく著作物の原作品・複製物を取得した以上、そこに化体された著作物を利用するために、当該複製物等を「使用」することが想定されている。反対に、原作品・複製物の所有権を譲り受けた者が使用・収益する際に、それらが支分権該当行為に当たることを理由として常に著作

権者の許諾を要するとすると、その取引費用の高さ故に、使用・収益・処分を行うことへの大きな阻害要因となる。

以上のように、「著作権（知的財産権）」と「所有権」の調整規範として消尽という法理¹¹⁾を位置づけることができる。権利行使の有無が浮動的な知的財産権者の意思に左右されないように、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、譲受人は権利行使のリスクを負うことなく、安心して取引に入り、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、使用・収益・処分が全て可能となるわけではない。あくまで著作権（知的財産権）との調整を要するのであり、著作権者（知的財産権者）の利益が不当に害されてはならないことは当然である。違法に作成・販売された海賊版についてまで、その所有権を取得した者が自由に再譲渡等を行うことができるのではなく、著作権（知的財産権）を行使することが認められるのはいうまでもない。以上のような考え方からは、伝統的な消尽正当化理論である「所有権説」が想起されるかもしれない。「所有権を取得せる場合に於ては該物件は特許権者の権利範囲を離脱せるものにして特許権者は爾後其使用に付き何等容喙する権利を有せざるものとす〔。〕是所有権の効力に照らし疑を容れざる所なり」と判示した大判大正元年10月9日民録18輯827頁〔絹団扇枠製造機械〕に端を発すると目されるこの「所有権説」がどのような考え方だったかはともかく、本稿の考え方は、消尽を所有権自体の効力として直接に認める考え方とは異なる点に注意を要する。所有権の効力自体は、物の有体的側面のみに及び、当然にはその無体的側面に対しては及ばず、知的財産権の行使に対する直接の影響¹²⁾は持たない。所有権の効力として直接に消尽を認めるという考え方は、有体物に対する権利と無体物に対する権利を混同するものである。本稿の立場は、あくまで、所有権と知的財産権を調整し、所有権に基づく物の使用・収益・処分を全うならしめるために、知的財産権者に対する過度の制約とならない限りにおいて知的財産権行使を否定するという、いわば所有権内在的な効力としてではなく、所有権外在的な権利間の調整の結果として権利行使を制限するという考え方である。したがって、「所有権説」に対して、「所有権の効力として消尽が生じるのであれば、侵害品についても、所有権さえあれば特許権の効力が否定されることにならざるをえない¹³⁾」との批判がしばしばなされるところ、所有権の効力ではなく、権利間の調整を理由とする本稿の立場では、当然に海賊版についてまで知的財産権行使が否定されるという結論に至るわけではない。

3 「所有権との調整」を基軸とした消尽正当化理論からの帰結

「所有権」との調整という見地からは、有体物の流通（転売）の保障のみならず、有体物の使用・収益（＝有体物を用いた著作物の利用）も保障する必要がある。つまり、転売（再譲渡）に対する権利行使の否定のみならず、著作権者の利益を害さない限りにおいて（＝別の対価取得機会が保障される限りにおいて）、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場合があるという帰結が導かれる。現に、特許権の消尽の文脈でも、特許製品の転売（再譲渡）のみならず、業としての使用も許容されているのである。ただし、特許発明とは異なり、著作物の場合には利用態様が極めて多様であるため、全ての利用行為に対する権利行使を一律に否定するべきなのかが問題となる。この問題の詳細については後述する。

さらに、「所有権」を基軸とした消尽法理の正当化という観点からは、たとえ海賊版を譲り受けた者であっても、それが善意取得なのであれば、これを保護するために著作権者の権利行使を否定すべきことになる。所有権の保護を通じた取引安全の保障が要請されるのであり、この要請を実現するのが著作権法 113 条の 2 である。消尽法理と善意者保護制度（113 条の 2）はワンセットのものと考えられる。¹⁴⁾ そうすると、前掲中古ゲームソフト最高裁判決によって消尽が認められた譲渡（公衆への提示を目的としない映画著作物の複製物の公衆への譲渡）についても、113 条の 2 を類推適用すべきということになる。

4 消尽法理と消費者厚生

繰り返しになるが、消尽法理により、著作物を購入しようとする者は、正規品を購入すれば、以降は著作権者からその使用・収益・処分に対して、権利行使を受けないという保障のもと、安心してこれを購入することができるし、他方、著作権者としても安心して以降の転々流通を織り込んだ価格設定を行うことができ、円滑に著作物の対価取得を図ることができる。著作権者は事前の対価取得が可能である以上、再譲渡以外の著作物利用に対して消尽を認めても、格別の経済的不利益は被らないかもしれない（しかも、第 1 譲渡時の価格転嫁による事前の対価取得という方法は、事後的な個別の著作権行使による対価取得よりも効率的な対価徴収方法といえるかもしれない）。

しかしながら、所有権に基づく使用・収益・処分のうち、再譲渡以外の著作物利用について消尽を認めることは、その後の著作物利用を視野に入れた対価上乘せを著作権者に半ば強制することになり、その結果、著作物の需要・消費者厚生を失わせるという事態が生じうる。特に、「その後の著作物利用」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の便益に悪影響を及ぼしかねない¹⁵⁾。特に、著作権法の場面は、使用態様が定型的である特許法の場面とは異なり、著作物の利用態様が多様である¹⁶⁾。したがって、著作権法では追加的な考慮が必要とされるのである。「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¹⁷⁾」との指摘や、貸与権の消尽を採用した場合には、「著作権者は複製ないしは最初の譲渡のところで公衆に貸与されることをも勘案した対価を要求せざるを得ないことになるが、そのために、このような利用行為に用いられない複製物にとっては、かえって最初の複製のところで著作権者に取られる対価が過大なものとなり、複製物の普及、ひいては著作物の使用に支障が生じることになる¹⁸⁾」との指摘が既になされているところである。

以上の点を考慮するのであれば、まずは、第1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、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、及び、想定される著作物利用が限定的なものであっても価格差別¹⁹⁾が可能な場合に限って、譲渡以外の行為に対する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、消費者厚生に対する悪影響は極めて限定的である。また、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消費者・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消費者・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者に対して過剰な価格設定が行われるという事態は避けられる。なお、限定的な利用者しか行わない利用行為、かつ、価格差別ができない場合には、消尽を否定し著作権者への許諾を要求することになるが、利用者が限定される場合には、多数の利用者が存在する一般的な利用行為よりも取引費用は低くなるといえる。

もっとも、このような考え方に対しては、以下の反論が予想される。まず、いかなる著作物利用が「一般的な利用態様」であるかを一義的に確定することは極めて困難であるとの批判である。また、著作権法自身が、著作物を「公に」利用する行為に対しては事後的な権利行使を保障し、「消尽」を認めないという定型的かつ明確な基準を既に立っているのではないかとの反論があり得る。前者の批判に対しては、確かにいかなる場

合に「一般的な利用態様」に該当するかを一義的に定めることが著しく困難であることは事実である。もっとも、前述のように、著作権者が著作物の原作品・複製物（著作物が化体した有体物）を自ら譲渡するということは、当該有体物について、その譲受人・転得者によりその使用・収益・処分が行われることを前提にしていたと評価しうるし、譲受人もそれを前提に取引に入っている。その際には、V1で述べる「アーケードゲーム機」などの例に典型的に現われるように、著作物の原作品・複製物（著作物が化体した有体物）の性質・使用目的によっては、およそ特定の用途・態様で用いられることが一般的ということが想定可能なケースは、非常に例外的なケースではあるが、存在はするだろう。このような場合には、後者の批判が問題とする「公に」利用する行為であり、かつ、個別の権利制限規定の対象とならない行為ではあっても、そのような利用行為を許容するために「消尽」による権利制限を認めることもあり得るのではないだろうか。いずれにせよ、「一般的な利用態様」であるとして消尽を肯定するケースは例外的なケースに限られ、消尽の適用を安易に認めることは許されない。

譲渡以外の利用行為について消尽法理の適用が許容される第1の場面は、以上の通り、第1譲渡の際に、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、及び、想定される著作物利用が限定的なものであっても価格差別が可能な場合である。ただし、このようなケースに加えて、想定される利用行為が一般的な利用態様に当たるか否かを問わず、第1譲渡時の対価上乗せ以外の対価取得手段、すなわち、著作物の原作品・複製物の所有者以外の者から、事後的に対価を取得する方策が残されているのであれば、消尽を認めても、著作権者は第1譲渡時の対価上乗せを強制されることにはならないのではないかと考えられる。著作権者の対価取得手段が残されているのであれば、所有者に対する著作権行使を否定し、所有権の円満な行使を保障したとしても、著作権に対する過度の制約とはならない。しかも、著作権者としては、他に手法が残されている以上、第1譲渡時の価格転嫁を強制されるという側面が希薄となり、需要・消費者厚生への悪影響も減殺される可能性もある。

たとえば、著作権法46条は、(45条2項に基づく)著作権者Aの許諾なくBが屋外恒常設置した場合にも適用され、自由利用が許されると解されており、原作品の一般利用者Cからの対価取得は認められない。しかし、AはBに対し展示権侵害を理由とする損害賠償という形で事後的に対価を取得する機会が保障されているといえる。46条は、完全に消尽法理と重なるわけではないものの、その理論を同条の規定趣旨の少なくとも一部に内包した権利制限規定と位置づけることはできよう。²⁰⁾あるいは、前述の著作権法113条の2は、たとえ著作権者Aの許諾なくBが著作物を譲渡した(第1譲渡が

違法)としても、そのことにつき善意無過失で当該著作物を譲り受けた者Cが行う再譲渡は譲渡権侵害を構成しないと定めている。善意取得者を保護する規定である。ここでも、著作権者Aは、違法譲渡を行ったBに対する譲渡権行使により事後的に対価を取得する機会が保障されているのに加え、113条1項2号によっても対価取得機会が保障されている。²¹⁾このように考えれば、さらに、著作権者Aと相手方Bとの間で著作物の複製物の転売禁止特約(あるいは貸与契約)が結ばれたにもかかわらず、Bが著作物を第三者Cに引き渡したところ、Cについて善意取得が認められ、その後Cが再譲渡したというケースにおいても、113条の2の適用場面と同様に善意取得者保護を達成すべく、Cに対する譲渡権行使を否定すべきである。著作権者AはBに対し債務不履行を理由とする損害賠償請求という形で事後的に対価を取得する機会が保障されているからである(解釈論としては、113条の2の類推適用となろうか。²²⁾このように、消尽や善意で取得した者の保護を認めると、Bの無資力リスクを著作権者Aが負担することになる。²³⁾しかし、善意で取得した者Cの保護に比べれば著作権者はこれを甘受すべきではないだろうか。

Ⅲ 複製行為(自炊代行)

以下では、本稿の問題関心の中核をなす「通常の取引通念に照らして、著作物の原作品・複製物の所有権を譲り受けた者が、物の使用・収益・処分として行うと想定できる一般的な利用態様(限定的な利用者しか行わないものではない利用態様)に、どのような支分権該当行為が含まれるのか」という課題を中心に、具体的に検討してみたい。

まず、いわゆる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これを否定すべきであるとの主張があるの²⁴⁾で、これを検討する。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、有体物たる書籍の劣化・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」と²⁵⁾と説く。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(対価の上乗せ)が可能なはずであるというので

ある。換言すれば、購入書籍を廃棄する限り、著作物が化体している媒体を電子データに変更する行為は、所有権を譲り受けた者が、物の「使用・収益・処分」として行うことができるものとして、通常取引通念に照らして想定されているといえる行為に含まれるということになる。²⁶⁾したがって、以上のような行為は、30条1項適用の如何を問わず、そもそも許容される適法行為であり、「複製権の消尽」を理由に権利行使を否定すべきと結論づけられる。

しかしながら、電子書籍市場が別途形成されている現状において、有体物としての書籍に関する通常取引通念上、果たして、有体物としての書籍という物理的存在を前提とした「アクセス機会」(＝書籍が滅失するまでは読める)以上の「アクセス機会」を利用者に保障することが想定されているといえるのだろうか。「仮に裁断済み書籍の廃棄が徹底されれば複製物の数の増加はないといえるとしても、書籍から電子データへの変更は無視し得ない質的変更のように思われる。両者は劣化の程度、読みやすさその他の読書環境、検索可能性等の点で大きな違いがあり、新たな対価獲得が認められるべき別個の財だと考えられる」との指摘もなされているところである。²⁷⁾有体物としての書籍に対する自炊代行を許容することにより、「新たな対価獲得が認められるべき別個の財」である電子書籍市場が侵食される可能性もある。²⁸⁾さらに、仮に、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が、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失わせることになるのではなかろうか。前述した通り、「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」との指摘も存在する。²⁹⁾その上、書籍の自炊という行為は、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ないとした場合、そのような利用者のみを狙い撃ちにする価格差別は著しく困難であろう。³⁰⁾以上の点を考慮すると、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。

IV 演奏行為(音楽教室)

次に、近時注目を集めている音楽教室と演奏権侵害の問題について取り上げる。仮に、音楽教室における教師・生徒の演奏や録音物の再生が公に演奏する行為として「演奏権」(22条)の対象となつた場合、楽譜販売等に基づく演奏権の消尽を認めるべき

かという問題である。

まず、練習用の楽譜（音楽著作物の複製・譲渡が行われたもの）を購入した者（から譲り受けた転得者）が、これを自ら練習のために演奏することは、たとえ練習の場が家庭内であろうが音楽教室であろうが、それが練習用の楽譜である以上は一般的な利用態様といえるかもしれない。音楽教室における演奏の教授は何も音楽教室内に留まるわけではなく、教室で学んだことをもとに自宅等での個人練習を行うことを前提としており、家庭内での演奏練習と音楽教室内での演奏練習は密接に結びついている。家庭内での演奏のみが一般的な利用態様であり、教室内での演奏は一般的な利用態様ではないという関係は認めにくいのではないか。「音楽教室における著作物使用にかかわる請求権不存在確認訴訟」の訴状（以下、単に「訴状」という）15-16頁³¹⁾では、「授業で学んだことをもとに自宅等での個人練習を行うことを前提としているため、授業では、楽曲の演奏も教師の示す演奏よりも、練習したり練習の成果を教師に確認してもらうために生徒が演奏している時間が大部分を占める。」とされている（下線筆者）。仮にこれが正しいとすると、このような態様での演奏行為に対して演奏権の消尽を肯定することで、楽譜の第1譲渡に際して演奏の対価を上乗せする（その後、JASRACに使用料を支払う）ことを半ば強制したとしても、需要・消費者厚生への影響は限定的とはいえないだろうか（あるいは、「演奏家用の楽譜」と「練習用の楽譜」として価格差別することも可能かもしれない）。

また、前掲訴状18頁によれば、「合奏を教授する方法として、他の楽器による演奏が録音されたCD等の録音物を再生して、他の楽器とのタイミングの取り方やハーモニーを合わせる演奏技法の習得に利用している。全体の合奏演奏から特定の楽器のパートの演奏を除いた『マイナスイワン』のCD等の録音物を教材として使用することもあれば、一部の原告では、市販のCDを使用することもある」とのことである。そうすると、少なくとも、「マイナスイワン」のCDは、その用途・特性からみて、まさに合奏練習のためにこれを再生するという行為こそが、一般的な利用態様といってよい。それゆえ、やはり、このような態様での録音物の再生行為（演奏行為）に対して演奏権の消尽を肯定しても消費者厚生への影響はないに等しく、他方で、「マイナスイワン」CDの所有権の円満な行使を確保するためには演奏権の消尽を認めて権利行使を否定すべきではないだろうか。これに対して、市販のCDについては、これを楽器演奏の練習に用いるために再生するという利用態様は、CD一般の用途・特性に照らしても限定的な利用態様であるため、演奏権の消尽を認めることはできない。

さらに、市販の楽譜ではなく、音楽教室が楽譜を記載した教則本を作成する場合を考

えると、その作成の際に複製権に係る使用料を JASRAC に支払った後、当該教則本を用いて教師が演奏を行うということは、音楽教室における一般的な利用態様といえると思われる（音楽教室における教則本である以上、それを用いてお手本として教師が演奏することは十分想定可能である）。そのため、音楽教室と JASRAC との第 1 取引によって、演奏権の消尽を認めることにより、複製権に係る使用料徴収に際して音楽教室における演奏の対価も上乗せすることを半ば強制したとしても、需要・消費者厚生への影響は限定的といえる。

以上のように考えると、演奏権の消尽を認めてもよい場面はありそうに思われる。

もっとも、仮に消尽を肯定したとしても、それは事後的な演奏権行使が否定されるだけで、演奏権に係る使用料を事前徴収すること自体は認められる。その上で、実際に事前徴収が行われているのか、言い換えれば、教則本作成の際の複製権使用料などに、演奏の対価も既に含まれていると評価できるのかは別の問題である。このことに関連して、前掲訴状 37 頁によれば、「原告らは、授業において教師及び生徒が演奏する楽曲については、教材の教則本または楽譜登載曲を使用し、その楽譜に基づいて演奏を行っている。楽譜を記載した教則本や授業で使用する CD 等の録音物を制作する際や生徒による発表会など著作権が及ぶ使用については、被告に申請をし、楽譜出版複製権及び演奏権についての著作権使用料を支払っている。」「これらの教材は、当然のことながら、音楽教室における授業において教師や生徒が教授や練習のために演奏することを前提にしているものである。生徒による発表会についても、授業における教師による教授および生徒の練習の成果の発表の場であり、音楽教室において教師や生徒が教授や練習のために演奏することを前提にしているものである。それにも拘わらず、被告が、そのような授業における教師や生徒により教授や練習のために行われる演奏であって前記のとおり人的結合関係のある教師と少人数の生徒しか耳にすることない演奏について、演奏権が及ぶと主張して、さらに著作権使用料を徴収することは、合理性を欠くといわざるを得ず、権利の濫用であり認められるものではない」（下線筆者）。もっとも、「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」・「譲渡」という別の支分権該当行為の使用料に含まれていると解するのは直ちには困難であろう。³²⁾³³⁾

V 上映行為（ゲーム）³⁴⁾

1 ゲーム機の販売と上映

本稿以前に、譲渡行為以外の利用行為について消尽を認めるべきと論じられていた事例として、アーケードゲーム機の例を挙げることができる。³⁵⁾アーケードゲーム機に係る

ゲーム著作物の著作権者 A が、当該アーケードゲーム機を B に譲渡した。さらに、B からこのゲーム機を譲り受けた C が自身の店内でこれを客に利用させる行為については、上映権の消尽を根拠に権利行使を否定すべきとの主張である。

確かに、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³⁶⁾物」である。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。にもかかわらず、事後的に著作権者 A が C に対し上映権を行使することは、アーケードゲーム機の所有権を取得した者が、その権利の本質である使用・収益・処分を円満に行うことを妨げることになる。そこで、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である。³⁷⁾³⁸⁾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行為が権利侵害を構成するということが妥当でないことは直感にも沿うところ、本稿の立場からは、この結論を理論的にも正当化しうるのである。すなわち、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 1 譲渡の際に著作権者に対価取得させても利用者の便益を失わせることにはならないのである。

現に、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³⁹⁾略)」と定められている。

2 ホテル・「ゲームバー」等でのゲームの貸出し・上映

他方、同じくゲームであっても、家庭用ゲームソフトをいわゆる「ゲームバー」や漫画喫茶・ホテル等に設置して上映し、客に利用させる行為⁴⁰⁾、あるいはいわゆる「e-Sports」において観客に向けて上映する行為などについては、上映権の消尽を認めるべきではない。家庭用ゲームソフトはその有体物としての用途・特性からみても、家庭内という限定的な利用を想定して価格設定がなされており、これを業務用途で複数人の利用者が繰り返し上映するという利用態様は、家庭用ゲームソフトの用途からして限定的な利用態様といえる。⁴¹⁾にもかかわらず、アーケードゲーム機と同様に、このようなゲームの利用行為に対して消尽を認めることにより、上映権行使を否定される著作権者が

ゲーム機の販売価格にその分を上乗せするという事態を招くことは、家庭用という本来の用途で用いる大多数の消費者に対して不利益を及ぼし、消費者厚生を著しく害することになる。

VI 貸与行為

1 第1貸与による貸与権の消尽

最後に貸与行為について検討する。まずは、第1貸与により貸与権が消尽し、その後の転貸行為に対する権利行使を否定すべきかという問題である。

貸与とは、著作物がいったん利用された後、著作権者の元に戻ってくるのを前提として価格設定がなされている。1つの著作物を複数人に繰り返し貸与することを通じた対価取得を前提に、1回1回の貸与の価格は低く抑えられている。にもかかわらず、いったん著作権者が貸与したことによって、貸与権が消尽することになると、著作権者から一度貸渡しを受ければ転貸し放題となる。そのため、複数回の貸与を前提にした対価取得機会が失われることになる。したがって、対価取得機会を事後的に保障するため、権利行使を認める必要があると考えられる。個人間での貸し借りではない公衆への転貸（レンタル業など）という利用態様は一般的な利用態様ではないため、第1貸与時にその後の転貸を視野に入れた対価設定をされると需要・消費者厚生に大きな悪影響が生じるのである。また、価格差別も成功しない。それゆえ、消尽を認めるべきではない。

2 第1譲渡による貸与権の消尽

(1) 消尽を否定すべき理由

次に、第1譲渡により貸与権が消尽するかという問題である。貸与権は消尽しないことが当然視されているが、この類型については、その政策的な理由付けはともかくとして、少なくとも理論的根拠は必ずしも明確ではない。一般に、著作物を譲り受けた者が公衆に貸与することによって複数回利用（さらには借り受けた者が私的複製により複製物を手元に保存すること）を自由にできるとしてしまうと、まさにそのような複数回利用から対価を取得するために認められた貸与権の意義が没却されるため、貸与権の消尽は否定されると説かれている。⁴²⁾

もっとも、①複数回利用を問題にするのであれば、第1譲渡により譲渡権は消尽し、転売行為に対しては権利行使が否定されるところ、ここでも、転売を繰り返すことによる複数回利用が行われる（著作物を譲り受けた者が私的複製により複製物を手元に保存しつつ、元の著作物を転売することも可能である）。譲渡と貸与で同じく複数回利用が

問題となるところ、両者の場面でなによえ結論が異なるのだろうか。また、②特許権においては、第1譲渡により業として貸与する権利も消尽するが、なぜ扱いが異なるのだろうか（プログラムを譲渡した場合、その後のプログラムの貸与に対して、特許権は行使できないが、著作権は行使できることになる）。

①については、複製物1個に対する利用頻度・アクセス機会の回数に大きな差異があることを指摘できるだろう。複数当事者間で、順次、独立した転売を繰り返すことの取引費用よりも、貸主の元で著作物を管理しながら行う貸与の方が取引費用が低いと考えられる。貸与による複数回利用は、より短期間に繰り返し行われやすいため、より多くの需要を満足することで、著作権者に対する経済的不利益が大きくなる⁴³⁾。他方、②については、著作物の複製物の譲渡を受けた者（個人が大多数である）が、個人間の貸し借りに留まらず、公衆への貸与（業としての貸与）を行うというのは一般的な利用態様ではなく、限定的な利用者しか行わないと想定される行為であるのに対し、もともと業としての利用が想定される特許発明では、通常の取引通念に照らしても、個人間の貸し借りよりも業としての貸与が一般的だと想定することが可能だといえるかもしれない。

いずれにせよ、少なくとも、著作権法上、第1譲渡による貸与権の消尽を肯定し、その後の公衆への貸与の対価分を複製物に一律に上乗せすることを半ば強制することは、需要・消費者厚生に悪影響を及ぼしかねない（価格差別も困難である）。「レコードの複製の対価を釣り上げようとしても、レコードの購入者にはレンタル業者以外の一般消費者の方が多く、レンタル店向けだけ区別して高くするシステムを実効的に構築することに困難がある以上、一律に高価格とせざるを得ないが……、それでは、かえって一般商品者の購入者が減少し、レンタルに流れるという悪循環が生じてしまう⁴⁴⁾」と指摘されているとおりである。結論としては、やはり著作権法上は貸与権の消尽は認めるべきではない。

(2) 消尽を肯定する法制

もっとも、国際的に見れば、貸与権の消尽を肯定する法制も存在する。たとえば、アメリカ著作権法109条には以下のように規定されている（下線は筆者）。

- (a) 第106条(3)の規定にかかわらず、本編に基づき適法に作成された特定のコピーもしくはレコードの所有者またはかかる所有者の許諾を得た者は、著作権者の許諾なく、当該コピーまたはレコードを売却しその他占有を処分することができる。
- ……

(b) (1)

(A) 第(a)項の規定にかかわらず、録音物(“the sound recording”)の著作権者またはコンピュータ・プログラム……の著作権者、また、録音物に音楽著作物が含まれる場合にはその音楽著作物の著作権者の許諾がなければ、特定のレコードの所有者またはコンピュータ・プログラム……のコピーの占有者は、直接または間接の商業的利益を目的として、貸与その他貸与と性質を同じくする行為によって当該レコードまたはコンピュータ・プログラム……の占有を処分またはこれを許諾することができない。前段の規定は、非営利の図書館または非営利的教育機関による非営利目的のレコードの貸与には適用されない。⁴⁵⁾……

(B) 本項は、以下のコンピュータ・プログラムには適用されない。

(i) 機械もしくは製品に記録され、かつ、当該機械もしくは製品が通常に機能しもしくは使用されている間は複製することができないコンピュータ・プログラム、または

(ii) ビデオ・ゲーム用に設計され他の目的にも設計できる限定目的のコンピュータに記録され、もしくはこれと共に使用されるコンピュータ・プログラム。

ただし、商業的・営利的な貸与(レンタル業)についてまで貸与権を消尽させることは、著作権者に対するインセンティブが減殺する可能性を大きくすると批判的な立場も存在するようである。⁴⁶⁾

また、台湾著作権法にも同じく貸与権の消尽を認める規定がある。⁴⁷⁾⁴⁸⁾

60条(消尽の準則(2))

1 著作物の原作品またはその適法な複製物を所有する者は、その原作品または複製物を貸与することができる。ただし、録音の著作物およびコンピュータ・プログラムの著作物は、この限りではない。

2 前項の但し書きは、適法に貸与された製品、機器または機材装置に組み込まれ、その貸与の主たる目的物ではないコンピュータ・プログラムの著作物の複製物については、適用されない。

興味深いことに、いずれの国も、自動車に搭載されたプログラム著作物が、自動車の貸与に伴って貸与された場合に、貸与権侵害となるのかといういわゆる「レンタカー問題」も消尽によって対処されている。

VII おわりに

本稿では、まず、消尽法理の根拠を著作権と所有権の調整におくことにより、「自由・円滑な流通」という必ずしも明確ではない中間項を介することなく、消尽があくまで有体物を対象とした理論であることを示した。

このような根拠論・正当化理論によって、デジタルコンテンツが「流通」の対象とされることを根拠にいわゆる「デジタル消尽」なる概念を作り上げ、本来全く問題領域が異なるにもかかわらず、消尽法理の適用を認めようとする議論が必ずしも妥当でないことがより明瞭となる。

また、必ずしも「流通」に関わらない著作物の利用を目的とする原作品・複製物の使用・収益を保障するために、譲渡以外の利用行為についても消尽を認めるべき場合があり得ることも明らかとなった。さらに、このように譲渡権以外の支分権について「消尽」という理論構成を用意することは、既存の権利制限規定には該当しないものの、実質的にみて侵害とすべきでない利用行為について、無理なく権利行使を否定するための新たな手段を提供することにもなる。特許法において不文の権利制限法理として完全に定着している消尽もまさに同様の機能を果たしている。

しかしながら、たとえ、譲渡以外の行為について消尽を認めるべき場合があり得るとしても、特許発明に比べ利用態様が極めて多様な著作物については、あらゆる支分権該当行為に対し一律に消尽を認めるべきと考えることはできず、消尽の成否を検討するための一定の指針が必要となる。本稿の主たる目的は、当該指針を提示し、一定の想定事例にこれを当てはめた場合の帰結を示すことであり、消尽を否定した場合に著作権者に残される対価取得手段とそれが消費者厚生に与える影響という見地から判断の指針を提示した。すなわち、(1)第1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、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及び想定される著作物利用が限定的なものであっても価格差別が可能な場合、あるいは、(2)「事後的な著作権行使・事前の対価上乗せ」以外の対価取得手段が残されている場合、この(1)(2)のいずれかに該当する場合に限って、消尽を認めてよいのではないかというのが結論である。

もっとも、残された課題は多い。Ⅱ1で述べたように消尽法理自身が取引慣行を基礎付けるという側面があるとすれば、特に、消尽の成否について予見可能な基準を定立することが重大な課題となる。本稿の立場は、決して譲渡以外の利用行為について安易に消尽を認めるべきと論じるものではなく、適用があるのは例外的なケースに限られると

するものではあるものの、適用基準のより一層の明確化に向けて検討を続けていきたい。

- 1) 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』224頁（商事法務，2016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]。これらの最高裁判決では，特許製品の譲渡のみならず使用や貸渡など生産以外の実施行為に対して広く特許権の効力が及ばないとされている。
- 4) 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]。
- 5) 前田健[判批]法学協会雑誌126巻8号196頁（2009年）も，インクカートリッジ最判の評釈において，最高裁のいう二重利得の禁止という理由は，「最初の取引以外から対価回収を許さないというルールを採用したことを前提にした上での議論である。これは，いわば循環論法であり，これ単独では消尽理論を採用するべきことの理由付けにはならない」と説く。
- 6) 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34頁（2005年），吉田広志「用尽とは何か―契約，専用品，そして修理と再生産を通して」知的財産法政策学研究6号73頁（2005年）が，流通保護を消尽の「積極的理由」に，二重利得の禁止を消尽の「消極的理由」に位置づけるのも同じ趣旨だと思われる。
- 7) 文脈は異なるが，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）も，「従来のわが国の消尽論では，この『円滑な流通』の意味内容が十分に解明されてこなかったきらいがある」と指摘する。
- 8) 愛知靖之『特許権行使の制限法理』203頁（商事法務，2015年）においても，本稿ほど明確ではなくその萌芽となるものではあるが，「所有権」を軸にした消尽の正当化を試みていた。
- 9) ここでは有体物の流通を念頭に置いているが，デジタル著作物のオンラインでの流通を考える際に，単なる「自由流通」なる茫漠としたものではなく，法的保護に値する権利・利益（法益）という形に具体化されたものを指定する必要があると考える。著作権という権利の行使を否定する以上，これと衡量すべきものも，このような法益という形で具体化されたものでなければならないと考えられるからである。「アクセス権限」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法益と評価することは，「アクセス権限」の内実の不確かさもあって，著しく困難であろう。そもそも，デジタルコンテンツが「流通」の対象とされることを根拠にして，「デジタル消尽」なる概念を作り上げ，本来全く問題領域が異なるはずの消尽法理の適用を認めようとする議論自体が必ずしも妥当ではないように思われる。
- 10) 著作物が化体した有体物の「使用」を通じた，著作物の「使用」・「利用」である。著作物の「使用」・「利用」こそが，著作物が化体した有体物の本来の使用目的である。このうち，著作物を知覚・鑑賞・享受するという意味での「使用」は，「消尽」を待つまでもなく，もとより支分権該当行為とされておらず適法である。他方，支分権該当行為となる「利用」行為についても，一定の場合には「消尽」により適法とすべきではないかというのが本稿の趣旨である。
- 11) アメリカにおいては，近時の連邦最高裁判決においても，消尽の根拠に関して，“common law's refusal to permit restraints on the alienation of chattels”（*Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, 568 U. S. 519, 538 (2013)), “common law principle against restraints on alienation”（*Impression Products, Inc. v. Lexmark Intern., Inc.*, 137 S.Ct. 1523 (2017)), すなわち，「財産譲渡の制限を禁じるコモンロー」が持ち出されている。鈴木将文[判批]

- WLJ 判例コラム 112 号 4 頁 (2017 年) は、後者の Lexmark 連邦最高裁判決の評釈において、「本判決がコモロー上の譲渡禁止を禁じる法理に依拠している点は、我が国においてかつて採られた所有権と特許権の調整原理としての消尽理論という考え方に近似するといえるかもしれない (ただし、我が国では、現在はこのような考え方は所有権と特許権を混同するものとして支持されていない……)」と述べている。
- 12) 最判昭和 59 年 1 月 20 日民集 38 卷 1 号 1 頁 [顔真卿]。
- 13) 田村善之『特許法の理論』265 頁 (有斐閣, 2009 年) (初出, 「用尽理論と方法特許への適用可能性について」特許研究 39 号 6 頁 (2005 年))。
- 14) 半導体集積回路配置法 12 条 3 項 (消尽) と 24 条 (善意者保護) も参照。ただし、著作権法と半導体集積回路配置法には過失の推定規定がないのに対し、過失の推定規定のある種苗法 (種苗法 35 条) では、21 条 4 項に消尽が定められているのみであり、善意者保護の規定はない。侵害品を譲り受けた時点で、たとえそれが侵害品であることを知らなかったとしても、不知につき過失が推定されるためだと思われる。この点からは、特許法における消尽でも同様に考えることになる。とはいうものの、侵害物の製造者ではなく、単なる譲受人 (流通業者や小売業者等) については、推定の覆滅を柔軟に認めるべきではあろう。
- 15) ただし、商品の価格は競争上の諸要因などを勘案して最終決定される以上、現実には直ちに値上げに結びつかないことも十分あり得る。しかし、本稿は、譲渡の利用行為についての消尽の可否を検討する思考実験を行うため、著作権法 (知的財産法) 外在的な諸要因は捨象し、著作権者が対価取得機会を利用しうることを前提に単純化された 1 つの理念型モデルを提示するものである。
- 16) ただし、特許権の消尽においても、間接侵害品の譲渡によって特許製品の生産等について消尽が認められるかという問題においては、間接侵害品と特許製品の関係が多様であること (間接侵害品は特許製品の数ある部品のほんの 1 つを占めるに過ぎないのか、特許製品の大部分を占めるかなど) から、消尽の成否を一律に決めることはできず、実質的な判断を要する (愛知・前掲注 8) 224 頁以下参照)。
- 17) 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)。
- 18) 田村善之『著作権法概説 [第 2 版]』161 頁 (有斐閣, 2001 年)。
- 19) See, Michael J. Meurer, Copyright Law and Price Discrimination, 23 Cardozo L. Rev. 55 (2001–2002)。
- 20) 前田健「著作権法の設計—円滑な取引秩序形成の視点から—」中山信弘=金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて』102–105 頁 (信山社, 2017 年) は、30 条や 46 条などは、「取引を総体として見た時に、その著作物の利用についての対価を著作権者はすでに得ており、その利用については許諾済みとみなせる場合に、自由使用が認められるべき場合がある」という観点から説明可能とする。
- 21) 譲受時には違法譲渡について善意無過失であった C が、その後、違法複製について悪意となった場合に、複製物を再譲渡する行為は、113 条 1 項 2 号により侵害とみなされるため、A による権利行使が可能となる。
- 22) 善意者保護制度がない特許権行使の場面では、同様に消尽を認めるべきである (愛知・前掲注 8) 206 頁)。
- 23) Nimmer on Copyright § 8.12 [A].
- 24) 平嶋・前掲注 1) 205 頁以下。
- 25) 平嶋・前掲注 1) 207 頁。
- 26) 自炊は、書籍から電子ファイルへの媒体変更という「著作物の複製物への加工」を伴うが、
- 20 著作権研究 No. 45 (2018)

本稿では「加工」に関する問題は扱わない。本誌掲載の谷川論文参照。

- 27) 谷川和幸〔判批〕L&T64号76頁(2014年)。
28) 横山久芳「自炊代行訴訟判決をめぐって」ジュリスト1463号41頁(2014年)。
29) 田村・前掲注17)94頁。
30) もっとも、消尽法理による複製権行使の制限が難しいというだけであり、30条1項の(類推)解釈など全く別の論理に基づき複製権侵害を否定することは十分あり得る。
31) https://music-growth.org/common/pdf/170727_01.pdf
32) JASRAC管理委託約款4条では著作権の管理委託に際して、支分権の一部を除外することができるとしており、複製権の管理委託と演奏権の管理委託は独立している。

管理委託約款4条

- 1 委託者は、日本国内における著作権について、別表に掲げる支分権又は利用形態の区分の全部又は一部を管理委託の範囲から除外することができる。
 - 2 委託者は、外国地域……における著作権について、次に掲げる支分権の区分の全部又は一部を管理委託の範囲から除外することができる。
 - (1) 演奏権、上演権、上映権、公衆送信権、伝達権及び口述権
 - (2) 録音権、頒布権、貸与権及び録音物に係る譲渡権
 - (3) 出版権及び出版物に係る譲渡権
 - 3 前2項の規定により管理委託の範囲から除外された区分に係る著作権は、前条第1項の規定にかかわらず、受託者に移転しないものとする。
- 33) なお、福岡高判昭和59年7月5日無体裁集16巻2号463頁〔クラブ・キャッツアイ控訴審〕は、「控訴人らは、前示カラオケについて、すでに著作権使用料が支払われている旨主張するが、……控訴人らの主張する使用料は、著作権法第21条による著作権者の複製権に基づき、著作物使用料規程……により支払いをうけている使用料であり、被控訴人が本件で主張する演奏権の侵害に消長を来たさなものと認められる。」と判示している。同様に、最判昭和63年3月15日民集42巻3号199頁〔同上告審〕も、「カラオケテープの製作に当たり、著作権者に対して使用料が支払われているとしても、それは、音楽著作物の複製(録音)の許諾のための使用料である」と述べている。

著作権者自身がカラオケテープの販売を行う、あるいは、販売の許諾を与えていた場合に、これを購入した者がカラオケに供するために当該カラオケテープを再生(演奏)すること、及び、その伴奏にあわせて歌唱することは、カラオケテープの一般的な利用態様といえるのではないだろうか。したがって、このようなケースでは演奏権の消尽を認め、演奏の対価を事前の使用料という形で徴収させるべきだったように思われる(もとより、録音物の再生行為一般がこのようにいえるわけではないため、適法録音物の再生行為につき演奏権侵害を否定する旧附則14条のように、消尽により演奏権侵害を一律に否定することは認めるべきではない)。もっとも、最高裁自身は、「カラオケテープの再生とは別の音楽著作物の利用形態であるカラオケ伴奏による客等の歌唱について、本来歌唱に対して付随的役割を有するにすぎないカラオケ伴奏とともにする理由のみによって、著作権者の許諾なく自由になしうるものと解することはできない。」と述べ、カラオケテープの利用に際して、歌唱行為を別個独立した行為として区別しているようである。

ただし、いずれにせよ、演奏に係る使用料が複製という別の支分権該当行為に係る使用料に含まれているという立場を採ることは直には困難であり、本件最高裁判決もこれと同趣旨だと考えられる。

- 34) 以下、店側が上映行為の主体である(38条の適用がない)ことを前提に議論を進める。
35) 根山敬士「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）。
- 36) 楳山・前掲注 35) 1231 頁。
- 37) 楳山・前掲注 35) 1230-1231 頁。
- 38) なお，この例では，C は著作権者 A との直接の取引関係にはないため，「黙示の許諾」という構成はとれない。
- 39) 以下，本稿におけるアメリカ著作権法の条文の翻訳は，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> によっている。
- 40) 平成 13 年，神戸市内の漫画喫茶において，家庭用ゲーム機を設置して無断上映し，客に利用させていたとして，上映権侵害の疑いで逮捕された事例（<http://www2.accssjp.or.jp/criminal/2000/0018.php>），平成 14 年，愛知県内のホテルで，客室のテレビに家庭用ゲームを無断上映し客に利用させていたとして，上映権侵害の疑いで書類送検された事例（<http://www2.accssjp.or.jp/criminal/2002/0202.php>），平成 23 年，神戸市内のホテルにおいて，客室のテレビに家庭用ゲーム（Wii）を無断上映し客に利用させていたとして，上映権侵害の疑いで逮捕された事例（<http://www2.accssjp.or.jp/criminal/2010/1030.php>），平成 30 年 6 月 12・13 日，京都市内及び神戸市内の「ゲームバー」4 店舗において，家庭用ゲームソフトを無断上映し客に遊戯させていたとして，上映権の侵害の疑いで逮捕された事例（<http://www2.accssjp.or.jp/criminal/2018/1216.php>）がある。
- 41) ゲームソフトではないが同じく上映行為である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ようである。
- 42) たとえば，中山信弘『著作権法〔第 2 版〕275 頁（有斐閣，2014 年）は，「譲渡権は複製物の譲渡から利益を得る制度であるので，最初の譲渡で消尽するのは当然であるが，貸与権は一つの複製物を複数の者が利用することから得られる利益を保護するための制度であり，消尽しては制度の趣旨が失われるからである。従って古本業を営む行為は譲渡権侵害とはならないが，貸本業を営む行為は貸与権侵害となる」とする。
- 43) もっとも，近時は PC やスマートフォンを用いたオンライン上での転売行為が気軽に行えるようになり，短期間に繰り返し転売行為が行われることにより，事実上，譲渡と貸与の差は縮まっているとの指摘もある（本誌掲載の小島論文参照）。
- 44) 田村・前掲注 18) 126 頁。
- 45) 録音物は 1984 年，プログラムは 1990 年の改正により，消尽の例外が定められた。
- 46) Guy A Rub, Rebalancing Copyright Exhaustion, 64 Emory L.J. 742, 806 (2015).
- 47) 以下の条文の翻訳は，基本的に著作権情報センター 外国著作権法令集 台湾編（増山周訳）<http://www.cric.or.jp/db/world/taiwan.html> によっている。
- 48) 詳細は，林季陽「台湾著作権法における貸与権とその消尽規定について」一橋法学 17 卷 1 号 149 頁以下（2018 年）を参照。