

No. 139(2014/11)

キルツァング v. John Wiley & Sons, Inc. 事件と米国における並行輸入と著作権の国際消尽

松村光章（ニューヨーク州弁護士）

一. はじめに

米国著作権法における「first sale doctrine」とは、適法に作成された著作物の複製物の所有者は、著作権者の許諾を得ることなく、当該複製物を売却その他処分することができるというものである¹。著作物の複製物の適法な第一譲渡によって、一部の例外を除き²、著作権者は当該複製物の所有者による売却その他処分について自身の頒布権³の行使が制限されるためである。なお、109条(a)に「第106条(3)の規定にかかわらず」とあるように、109条(a)に基づく「first sale doctrine」は106条(3)が支分権として規定する頒布権のみを対象とするもので、著作権者のその他の排他的権利に及ぶものではない。

ところで、米国著作権法は、前記106条(3)に基づく頒布権の他に、602条(a)(1)で著作権者の権原に基づくことなく、米国外で取得した著作物の複製物を米国に輸入することは106条に基づき複

¹ 米国著作権法109条(a)は「first sale doctrine」につき「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。」と規定する（山本隆司訳『外国著作権法 アメリカ編』（著作権情報センターwebサイト）（<http://www.cric.or.jp/db/world/america.html>））。

² 109条(b)により、録音物及びコンピュータ・プログラムについては、適法に作成された複製物であっても、それを営利目的で貸与することができない。

³ 米国著作権法106条(3)は、頒布権を、著作物のコピーまたはレコードを「販売その他所有権の移転または貸与によって公衆に頒布すること（またはそれを許諾すること）」と規定する（山本隆司訳『外国著作権法 アメリカ編』（著作権情報センターwebサイト）（<http://www.cric.or.jp/db/world/america.html>））。頒布権は公衆送信は包含するものの、送信可能化まで含むかについては、争いがある（奥郵弘司「公衆への送信および送信（利用）可能化に関する権利を巡る米国の状況」高林龍ほか編『年報知的財産法2013』19頁（日本評論社、2013））。

製物を頒布する排他的権利の侵害であると規定する⁴。米国内における適法な第一譲渡に関して 109 条(a)が適用されることについて争いはないものの、適法な第一譲渡が米国外で起きた場合、当該国において譲渡等を行う権利の消尽とは別に⁵、その後の米国への輸入や米国内での再譲渡に同条が適用されるかについては争いがあった。いわゆる著作権の国際消尽の問題である。

TRIPS 協定⁶や WIPO 著作権条約⁷の規定から明らかなように、著作権の国際消尽に関する世界的なコンセンサスは存在せず、その規定内容は各国の裁量に委ねられている。日本では、著作権法 26 条の 2 第 2 項 5 号が国際消尽の原則を採用している⁸。一方、米国では、Quality King 最高裁判決⁹が、米国内で適法に生産された製品が米国外で適法に販売されたという事案において「109 条(a)は米国外で適法に譲渡された著作物について及ぶ」としたものの、続く Costco v. OMEGA 事件¹⁰において、Quality King 最高裁判決の射程が米国内で著作物が生産された場合に限定されるのかが争いとなり、しかも Costco v. OMEGA 事件の最高裁判決が 4 対 4 で意見が割れたため¹¹、米国外で適法に作品を購入し、それを並行輸入によって米国に輸入し、再販売した場合、当該輸入及び再販売行為は 109 条(a)によって保護されるのかが長らく争いとなっていた。

以上のような状況において、本争点を取り扱った Kirtsaeng v. John Wiley 事件の原告申立が高裁に受理された。結論として、最高裁は 6 対 3 の判決により、米国外の適法な販売についても 109 条(a)は適用されるとし、米国において長らく争われてきた著作権の国際消尽の論点について一定の判断を示した。そこで本稿では、Kirtsaeng v. John Wiley 最高裁判決¹²を紹介し、同事件の法廷意見と反対意見においても意見が分かれた国際消尽の是非について検討することとする¹³。

⁴ 米国著作権法 602 条(a)(1)「本編に基づく著作権者の権原に基づくことなく、著作物のコピーまたはレコードで合衆国外で取得されたものを合衆国に輸入することは、第 106 条に基づくコピーまたはレコードを頒布する排他的権利の侵害であって、第 501 条に基づき訴訟を提起することができる。」(山本隆司訳『外国著作権法 アメリカ編』(著作権情報センターweb サイト)

(<http://www.cric.or.jp/db/world/america.html>)。

⁵ 著作権者は、創作と同時に、ベルヌ条約・万国著作権条約の加盟国各国における著作権の束を保有することになるところ、例えば、第一譲渡が日本で起きた場合、日本著作権法上の譲渡権は当該第一譲渡によって消尽する(著作権法 26 条の 2 第 2 項)。

⁶ TRIPS 協定 6 条「この協定に係る紛争解決においては、第 3 条及び第 4 条の規定を除くほか、この協定のいかなる規定も、知的所有権の消尽に関する問題を取り扱うために用いてはならない。」

(特許庁 web サイト <https://www.jpo.go.jp/shiryousonota/fips/trips/ta/chap2.htm#law6>)

⁷ WIPO 著作権条約 6 条「(2)この条約のいかなる規定も、著作物の原作品又は複製物の販売その他の譲渡(著作権者の許諾を得たものに限る。)が最初に行われた後における(1)の権利の消尽について、締約国が自由にその条件を定めることを妨げるものではない。」

(著作権情報センターweb サイト http://www.cric.or.jp/db/treaty/wch_index.html)

⁸ 著作権隣接権については 95 条の 2 第 3 項 5 号及び 97 条の 2 第 2 項 5 号を参照。また、国際消尽の例外として国外頒布目的商業用レコードの還流防止措置(113 条 5 項)がある。

⁹ Quality King Distributors Inc., v. Lanza Research Int'l Inc., 523 U.S. 135 (1998).

¹⁰ Costco Wholesale Corp. v. OMEGA, SA, 131 S. Ct. 565 (2010).

¹¹ スプリットデシジョンのため本判決は最高裁判決としての先例拘束性はなし。第 9 巡回連邦控訴審裁判所配下の裁判所のみを拘束。

¹² Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc. 133 S. Ct. 1351 (2013)

¹³ 本判決を検討する論考として、作花文雄「並行輸入と著作権制度の消尽法理：米国『Kirtsaeng』事件最高裁判決の通商政策・商取引に対するインパクト」コピライト 2013 年 7 月号 23 頁以下(2013)、藤原拓「米国外で適法に作成された著作物への権利消尽規定の適用」国際商事法務 41 巻 9 号 1396 頁以下(2013)。

二. 事案

被上告人 John Wiley & Sons, Inc. (以下「Wiley」という)は米国の教科書出版大手で米国で販売される多数の教科書につき著作権を有している。英語版の教科書は、米国外でも一定の需要があるため、Wiley は子会社の John Wiley & Sons (Asia) Pte Ltd. にアジア諸国で自社の英語版教科書を販売できる権利を譲渡の上、同社を通じて教科書を販売していた¹⁴。

上告人 Supap Kirtsaeng (以下「Kirtsaeng」という)は 1997 年に Cornell 大学に留学し、その後南カリフォルニア大学で博士号(数学)を取得後、タイに戻り数学を教えていた。米国とタイでの Wiley の教科書の価格差に気づいた Kirtsaeng は、タイの親戚・友人等にタイで販売されている Wiley の英語版教科書を送ってもらい、同書を米国内で eBay 等を通じて 600 冊以上転売し、その価格差を利益として得ていた¹⁵。そこで 2008 年に Wiley が Kirtsaeng を著作権侵害で提訴したのが本事案である。

連邦地裁は、米国外で生産された著作物については「first sale doctrine」の適用はないと判断し、「first sale doctrine」に基づく抗弁を考慮しなくてもよいと指示された陪審は、Kirtsaeng による Wiley の 8 作品の輸入及び米国内での販売は Wiley の米国著作権を侵害するものとして、Wiley が求めた法定損害額を認定した(一冊につき US\$75,000、合計 US\$600,000)¹⁶。原判決は、地裁判決を認容した¹⁷。109 条(a)の「lawfully made under this title(本編に基づき適法に作成)」には米国外で作成された複製物は含まないとして、それゆえに「first sale doctrine」の適用はないと帰結したのである。Kirtsaeng が上告し、最高裁が上告申立を受理したことで米国最高裁に移審したのが本件である。

本件の争点は、109 条(a)の「lawfully made under this title」という語句によって、109 条(a)の適用が米国内で生産されたものに限定されるか否かである。より実際的には、米国外で適法に生産販売された著作物が米国に輸入及び再販売された場合に、当該輸入及び再販売も 109 条(a)によって保護されるかが争われた。

三. 判旨

本件において Wiley は、109 条(a)の「lawfully made under this title」という語句によって同条の

¹⁴ アジア版の教科書には米国版にはない次のような輸出制限条項が記載されていた。「本書の販売はヨーロッパ、アジア、アフリカ及び中東においてのみ許諾され、左記地域からの輸出は認められない。本書の輸出又は他の地域への輸入を許諾なく行うことは出版社の権利を侵害し、違法である。出版社はその権利行使のため法的手段をとることができるものとする。」 *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1356 (“This book is authorized for sale in Europe, Asia, Africa, and the Middle East only and may be not exported out of these territories. Exportation from or importation of this book to another region without the Publisher's authorization is illegal and is a violation of the Publisher's rights. The Publisher may take legal action to enforce its rights.”).

¹⁵ *Kirtsaeng* の証言によれば、本事業による売上は US \$ 900,000 にのぼった (*John Wiley & Sons, Inc. v. Kirtsaeng*, 654 F.3d 210, 215 (2d Cir. 2011))。

¹⁶ *John Wiley & Sons, Inc. v. Kirtsaeng*, No. 08 Civ. 7834, 2009 WL 3364037. (S.D.N.Y. Oct. 19, 2009).

¹⁷ *John Wiley & Sons, Inc. v. Kirtsaeng*, 654 F.3d 210 (2d Cir. 2011).

「first sale doctrine」は米国内で適法に生産・販売された場合にのみ適用されると主張していた¹⁸。他方で、Kirtsaeng は、同語句は「first sale doctrine」の適用について地理的限定を設けるものではなく、「lawfully made under this title」とは、米国著作権法に「従って」又は「準拠して」という意味を有するに過ぎないと主張していた。

Breyer 裁判官による法廷意見¹⁹は、国際消尽を認め、「lawfully made under this title」は地理的限定を設けるものではないと判示した(破棄差戻し)。この法廷意見には二つの意見が続く。Kagan 裁判官による同意意見²⁰は、法廷意見を支持しつつ、本法廷意見と Quality King 最高裁判決を併せ読んだ場合に 602 条(a)(1)の輸入権の範囲が限りなく狭くなるという問題点とその原因について検討している。一方、Ginsburg 裁判官による反対意見²¹は、国際消尽を認めた法廷意見を批判し、Kirtsaeng が米国外で適法に生産販売された教科書を権利者の許諾を得ずに米国に輸入した行為は Wiley の著作権を侵害するものとして控訴審判決を認容すべきであったと説く。

法廷意見と反対意見がそれぞれ検討した主な点は次のとおりである。

【検討点1】 文理解釈(109 条(a)の文言から地理的限定解釈を読み取ることはできるか)

【検討点2】 歴史的解釈(立法経緯)

【検討点3】 論理解釈(602 条(a)(1)、その他の著作権法の条文との整合性)

【検討点4】 コモンロー及び判例法の解釈

【検討点5】 地理的解釈を採るべきでない実質的な理由

【検討点6】 国際消尽の是非

以下、法廷意見及び反対意見の判旨と同意意見による法廷意見の補足内容を紹介する。

1. 法廷意見

検討点1については、109 条(a)の文理解釈として「lawfully made under this title」には、著作権法に「従って」又は「準拠して」という意味しかなく、上記語句に何らかの地理的な要素を読み取ることにはできないため²²、「first sale doctrine」の適用は米国内で適法に生産された場合に限定されるという解釈(以下「地理的解釈」という)を採ることはできないと判断した。検討点2の歴史的解釈に関して、109 条(a)の旧法にあたる 1909 年著作権法 41 条²³からも地理的解釈を導くことはできず²⁴、議会

¹⁸ 本件における合衆国訟務長官のアミカスブリーフ及び第9巡回連邦控訴審裁判所もこの考えをそれぞれ支持。

¹⁹ 法廷意見は、Breyer 裁判官が起案し、Roberts 首席裁判官、Thomas 裁判官、Alito 裁判官、Sotomayor 裁判官、Kagan 裁判官がこれに賛成。

²⁰ 同意意見は、Kagan 裁判官が起案し、Sotomayor 裁判官がこれに賛成。

²¹ 反対意見は、Ginsburg 裁判官が起案し、Kennedy 裁判官と Scalia 裁判官(「III」及び「V-B-1」除く)がこれに賛成。

²² *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1358 (“The language of § 109(a) read literally favors Kirtsaeng's nongeographical interpretation, namely, that “lawfully made under this title” means made “in accordance with” or “in compliance with” the Copyright Act. The language of § 109(a) says nothing about geography.”).

²³ 1909 年米国著作権法 41 条は「That the copyright is distinct from the property in the material object copyrighted, and the sale or conveyance, by gift or otherwise, of the material object shall not of itself constitute a transfer of the copyright, nor shall the assignment of the copyright constitute a transfer of the title to the material object; but nothing in this Act shall be deemed to forbid, prevent, or restrict the

が同 41 条を本 109 条(a)へ改正する際に米国内で生産されたものにのみ適用されるとの地理的制限を設けたということもできないとした²⁵。

検討点3の著作権法の他の条文との整合性の検討にあたり、「first sale doctrine」の適用につき地理的解釈を採用した場合、米国内外で生産された複製物の公平な取り扱いを目的に現行法が「manufacturing clause (米国/カナダ以外で生産された英語による言語著作物の複製物につき、米国への輸入又は米国内での頒布を禁止)²⁶」を削除したこととの整合がつかず²⁷、また「lawfully made under this title」という語句に地理的解釈を読み込んだ場合、109 条(c)、109 条(e)、110 条(1)等において非現実的な帰結を導くことになるとして、地理的解釈は妥当でないとした²⁸。

検討点4のコモンロー及び判例法の解釈においては、17 世紀初頭の Lord Coke の「動産の譲渡人が譲受人による当該動産の再譲渡を制限することはコモンロー上認められていない」という論述を挙げ、コモンローの「first sale doctrine」からは地理的解釈を読み取ることができないとし、また Bobbs-Merrill 最高裁判決²⁹からも地理的解釈を導き出すことはできないとした³⁰。加えて、「Quality King 最高裁判決が地理的解釈を支持している」として Wiley 及び反対意見が引用した同判決の「作者が米国出版社に米国における独占的な頒布権を許諾し、イギリスの出版社にイギリスにおける独占的な頒布権を許諾した場合、米国出版社による米国版の複製物のみ 109 条(a)でいう“lawfully made under this title”ということになろう³¹」という判示事項については、Quality King 最高裁判決において 109 条(a)の「lawfully made under this title」の解釈が争点となっていない以上、傍論に過ぎず、先例拘束性がないと断じた³²。

transfer of any copy of a copyrighted work the possession of which has been lawfully obtained.」(下線及び強調は引用者)として、著作物の複製物を適法に取得した場合、その譲渡につき禁止、制限等されない旨規定されていた。

²⁴ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1360 (“The predecessor says nothing about geography (and Wiley does not argue that it does).”).

²⁵ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1360 (“So we ask whether Congress, in changing its language implicitly introduced a geographical limitation that previously was lacking. ... A comparison of language indicates that it did not.”)

²⁶ 1976 年米国著作権法旧 601 条(a)「Prior to July 1, 1986, and except as provided by subsection (b), the importation into or public distribution in the United States of copies of a work consisting preponderantly of nondramatic literary material that is in the English language and is protected under this title is prohibited unless the portions consisting of such material have been manufactured in the United States or Canada.」(下線は引用者)。

²⁷ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1361-62.

²⁸ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1362.

²⁹ *Bobbs-Merrill v. Straus*, 210 U.S. 339 (1908).

³⁰ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1363 (“The common-law doctrine makes no geographical distinctions; nor can we find any in *Bobbs-Merrill* (where this Court first applied the “first sale” doctrine) or in § 109(a)’s predecessor provision, which Congress enacted a year later.”).

³¹ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1376 (“In my view, that phrase is most sensibly read as referring to instances in which a copy’s creation is governed by, and conducted in compliance with, Title 17 of the U.S.Code.”).

³² *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1368 (“The language “lawfully made under this title” was not at issue in *Quality King*; the point before us now was not then fully argued; we did not canvas the considerations we have here set forth; we there said nothing to suggest that the example assumes a “first sale”; and we there hedged our statement with the word “presumably.” Most importantly, the statement is pure dictum. It is dictum contained in a rebuttal to a counterargument. And it is unnecessary dictum even in that respect.”).

さらに、地理的解釈を採るべきでない実質的理由として、検討点5において、同解釈を採った場合の実務上の影響を述べている。Kirtsaeng やアマカスブリーフが挙げた全米の図書館に所蔵された 200 万冊を超える米国外で生産された蔵書の貸出業務への影響や外国書籍についても「first sale doctrine」が適用されるという前提で数世紀にわたって営まれてきた中古本事業への打撃等³³について、これまで以上に国際取引が重要となっている米国において、こうした影響は看過できないとした。

検討点6の国際消尽の是非については、Wiley 及び反対意見による「地理的解釈を採らなかった場合、著作権者に国内市場と外国市場で自己の著作物に価格差を設けることが事実上不可能となる」という主張につき、事実上不可能になることを認めつつ³⁴、憲法及び著作権法には著作権者による市場分割を許容する文言が見当たらないこと³⁵、むしろ議会は著作権法制定時に「first sale doctrine」を通じて著作権者による国内市場の分割を禁止していること、このことは市場分割を禁止する競争法制とも一致するとして³⁷、本案における国際消尽を認めた。また、著作権者に国内外の市場を分割できる特別な権限を付与するかどうかは議会において議論されるべき事項であるとした³⁸。

2. 反対意見

検討点1の文理解釈について、109 条(a)の「lawfully made under this title」は「合衆国法典第 17 編(著作権法)に準拠して複製物が作成された場合」を指すものであるという³⁹。上記解釈を前提に、米国著作権法においては域外適用が観念できないと説明し⁴⁰、それゆえに米国外で生産された

³³ 法廷意見は、地理的解釈を採った場合の実務上の影響として、合計 5 つ検討しており、残りの 3 つとして、(3) 自動車、携帯電話、タブレット等のハイテク製品は米国著作権者の許諾に基づき米国外で製造販売された後に米国に輸入されるものもあるところ、地理的解釈によると当該ハイテク製品に搭載されている全ての著作物につき著作権者の許諾を得ない限り米国内で再譲渡できなくなる点、(4) 米国が 2011 年に輸入した外国製品は 2.3 兆米ドルに上るところ、当該外国製品はパッケージ表示、商品ロゴ、取扱説明書等の外国著作物を含み、米国の小売業者が、それら外国製品の多くを米国外の第一取引後に購入していることから、地理的解釈によった場合、これら小売業者が侵害訴訟の標的となりうる点、(5) 美術館は、適法に購入した外国で創作された著作物を展示するのに著作権者の許諾が必要となる点をあげる。

³⁴ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1370 (“Wiley and the dissent claim that a nongeographical interpretation will make it difficult, perhaps impossible, for publishers (and other copyright holders) to divide foreign and domestic markets. We concede that is so.”).

³⁵ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1370 (“... for we can find no basic principle of copyright law that suggests that publishers are especially entitled to such rights.”).

³⁶ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1371 (“But the Constitution's language nowhere suggests that its limited exclusive right should include a right to divide markets or a concomitant right to charge different purchasers different prices for the same book, say to increase or to maximize gain.”).

³⁷ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1371 (“To the contrary, Congress enacted a copyright law that (through the “first sale” doctrine) limits copyright holders' ability to divide domestic markets. And that limitation is consistent with antitrust laws that ordinarily forbid market divisions.”).

³⁸ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1371 (“Whether copyright owners should, or should not, have more than ordinary commercial power to divide international markets is a matter for Congress to decide. We do no more here than try to determine what decision Congress has taken.”).

³⁹ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1376 (“In my view, that phrase is most sensibly read as referring to instances in which a copy's creation is governed by, and conducted in compliance with, Title 17 of the U.S.Code.”).

⁴⁰ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1376 (“The Copyright Act, it has been observed time and again, does not apply extraterritorially.”).

Wiley の教科書は合衆国法典第 17 編に準拠したものではなく「lawfully made under this title」に該当せず、従って 109 条(a)の適用がないため⁴¹、Kirtsaeng の行為は 602 条(a)(1)侵害にあたりと結論付ける。

検討点2の歴史的解釈に関しては、602 条(a)(1)が並行輸入された書籍に苦慮していた米国出版業界の熱心なロビイング活動の末に新設されたという立法経緯からしても、米国外で生産された複製物に 109 条(a)は適用すべきでない⁴²と説明する。

検討点3においては、法廷意見のように 109 条(a)が米国外で生産された著作物の適法な譲渡にも及ぶとした場合、602 条(a)(1)及び 602 条(a)(3)が空文化することを指摘する。すなわち、法廷意見によった場合、米国外で適法に販売された複製物につき、米国著作権者の許可なく米国内に輸入する行為には 109 条(a)が適用されるため、議会が著作権者に自己の著作物の米国市場への輸入における排他権を設定するために設けられた 602 条(a)(1)の適用場面を実質的に観念できなくなるという⁴³。また 602 条(a)(1)の例外として学術目的などの例外的な場面において一定の数量に限り著作権者の許可なしに複製物を輸入できると規定する 602 条(a)(3)についても、図書館等による輸入行為全般が 109 条(a)によって保護された場合、602 条(a)(3)の適用場面がなくなる点を指摘している⁴⁴。

検討点4のコモンロー及び判例法の解釈においては、法廷意見が Bobbs-Merrill 最高裁判決は頒布権の消尽につき地理的要素を考慮していないと判断したことは誤りだとし、当時の著作権法が米国外で生産された著作物の複製物の輸入全般を禁止していたため、Bobbs-Merrill 最高裁判決に基づき消尽が起きるのは、米国内で適法に譲渡された場合であって、米国外での譲渡は含まないと説明する⁴⁵。また、法廷意見が傍論として退けた Quality King 最高裁判決の判示事項については、傍論であることは認めつつも、同傍論と同様、著作権者は 602 条(a)(1)によって外国で生産された複製物の米国への輸入を禁止できるべきとする⁴⁶。

⁴¹ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1376 (“The printing of Wiley's foreign-manufactured textbooks therefore was not governed by Title 17. The textbooks thus were not "lawfully made under [Title 17]," the crucial precondition for application of § 109(a).”).

⁴² *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1380 (“The history of § 602(a)(1) reinforces the conclusion I draw from the text of the relevant provisions: § 109(a) does not apply to copies manufactured abroad.”).

⁴³ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1378 (“the only independent effect § 602(a)(1) has under today's decision is to prohibit unauthorized importations carried out by persons who merely have possession of, but do not own, the imported copies. See 17 U.S.C. § 109(a) (§ 109(a) applies to any "owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title").”).

⁴⁴ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1379 (“But if, as the Court holds, such copies can in any event be imported by virtue of § 109(a), § 602(a)(3)'s work has already been done. For example, had Congress conceived of § 109(a)'s sweep as the Court does, what earthly reason would there be to provide, as Congress did in § 602(a)(3)(C), that a library may import "no more than five copies" of a non-audiovisual work for its "lending or archival purposes"?”).

⁴⁵ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1387, n.20 (“Thus, exhaustion occurs under Bobbs-Merrill only when a copy is distributed within the United States with the copyright owner's permission, not when it is distributed abroad. But under § 109(a), as interpreted in *Quality King*, any authorized distribution of a U.S.-made copy, even a distribution occurring in a foreign country, exhausts the copyright owner's distribution right under § 106(3). See 523 U.S., at 145, n. 14, 118 S.Ct. 1125. Section 109(a) therefore provides for exhaustion in a circumstance not reached by Bobbs-Merrill.”)

⁴⁶ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1376 (“I agree that the discussion was dictum in the sense that it was not essential to the Court's judgment. See *Quality King*, 523 U.S., at 154, 118 S.Ct. 1125 (GINSBURG, J., concurring) (“[W]e do not today resolve cases in which the allegedly infringing imports were

検討点5としては、法廷意見が国際消尽を認めるべき実質的理由として挙げた地理的解釈を採用することによる各種不都合の大半は非現実的であるとする⁴⁷。すなわち、各種不都合のうち、図書館による外国書籍等の購入は 602 条(2)(c)によって、その他の場合も、権利者の明示又は黙示の許諾、フェアユース等によって、法廷意見が想定する不都合はいずれも回避可能であると説明する⁴⁸。さらにその最たる証拠として、下級審裁判所において 109 条(a)が米国で生産された複製物にのみ適用されると判示されてから 30 年が経つにもかかわらず、複製物の所有者が著作権侵害で訴えられた事例がまだ見当たらないと説く⁴⁹。

そして、検討点6の国際消尽の是非については、経済状況及び特定商品に対する需要は国ごとに異なるため、著作権者は、それぞれの国において自身の作品について異なる値段を設定し、収益を最大化させるインセンティブがあることを認め⁵⁰、米国が条約の交渉等において国際消尽を否定する立場を貫き、他国が国際消尽法制を採用することに一貫して反対してきた中、法廷意見が一転して国際消尽を認めたことを非難する⁵¹。

3. 同意意見

同意意見は、法廷意見を支持しつつ、法廷意見と Quality King 最高裁判決を併せ読んだ場合の 602 条(a)(1)輸入権の空文化は、法廷意見の 109 条(a)の解釈に起因するのではなく、Quality King 最高裁判決が 109 条(a)につき 106 条(3)のみならず 602 条(a)(1)にも適用されると判示した点に原因があると説明する⁵²。すなわち、Quality King 最高裁判決が今日の帰結とは逆に「109 条(a)にかかわらず、著作権者は602条(a)(1)によって外国からの複製物の輸入を禁止できる」と判示していたならば、Wiley が 602 条(a)(1)制定時の立法意思であったと主張する著作権者による国内外市場の分割が実現でき⁵³、かつ、米国外で生産された著作物を米国市場で流通後に購入又は売却した者が著作権法侵害を問われることもないとする⁵⁴。

同意意見は、602 条(a)(1)にも 109 条(a)が適用されるとした Quality King 最高裁判決の誤りを示

manufactured abroad.”). But I disagree with the Court's conclusion that this dictum was ill considered. Instead, for the reasons explained below, I would hold, consistently with Quality King's dictum, that § 602(a)(1) authorizes a copyright owner to bar the importation of a copy manufactured abroad for sale abroad.”).

⁴⁷ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1373 (“The Court's parade of horrors, however, is largely imaginary.”).

⁴⁸ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1388-89.

⁴⁹ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1389 (“Most telling in this regard, no court, it appears, has been called upon to answer any of the Court's "horrors" in an actual case.”).

⁵⁰ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1374 (“Because economic conditions and demand for particular goods vary across the globe, copyright owners have a financial incentive to charge different prices for copies of their works in different geographic regions.”).

⁵¹ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1383-85.

⁵² *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1372 (“I write to suggest that any problems associated with that limitation come not from our reading of § 109(a) here, but from Quality King's holding that § 109(a) limits § 602(a)(1).”).

⁵³ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1372 (“Had we come out the opposite way in that case, § 602(a)(1) would allow a copyright owner to restrict the importation of copies irrespective of the first-sale doctrine. That result would enable the copyright owner to divide international markets in the way John Wiley claims Congress intended when enacting § 602(a)(1).”).

⁵⁴ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1372 (“But it would do so without imposing downstream liability on those who purchase and resell in the United States copies that happen to have been manufactured abroad.”).

唆しつつ⁵⁵、さりとして Wiley 及び反対意見の主張によった場合、Quality King 最高裁判決が 602 条(a)(1)に基づき著作権者が国内外市場を分割できる状態を取り戻すために 109 条(a)において誤った解釈を採ることになってしまうと説明する⁵⁶。そして、議会として著作権者には国内外市場を分割できる権限が必要と考えるならば、Wiley 及び反対意見の主張した理屈によるのではなく、Quality King 最高裁判決が採用しなかった「109 条(a)にかかわらず、著作権者は 602 条(a)(1)によって外国からの複製物の輸入を禁止できる」とする法改正の途を示唆している⁵⁷。

四. 検討

ここでは、まず検討点4であがった判例法の解釈を整理した後、検討点3の論理解釈に関する法廷意見と反対意見をみることにする。その上で、検討点6の国際消尽の是非について関して検討する。「lawfully made under this title」の文理解釈(検討点1)、109 条(a)の歴史的解釈(検討点2)については論評の対象としない。

1. 国際消尽に関する米国判例法の状況

本件は 109 条(a)の適用が米国で生産された著作物に限定されるのか否かが争いとなった事案で、最高裁は、109 条(a)は米国で生産された著作物のみならず、米国外で生産されたものにも及ぶと判示した。米国最高裁は既に Quality King 最高裁判決において、109 条(a)が 106 条(3)のみならず 602 条(a)(1)にも適用されると判断していることから⁵⁸、米国著作権者が自己の外国著作権に基づき当該外国で著作物の複製物を生産販売した場合、当該複製物を購入した者による米国への輸入又はその後の米国内での販売は 109 条(a)によって保護されることになる。

なお、反対意見は、Bobbs-Merrill 最高裁判決に拠った場合、米国外で生産された複製物の譲渡に 109 条(a)は及ばないとする。反対意見は Bobbs-Merrill 最高裁判決の射程につき、米国内において適法に譲渡された著作物に限定され、米国外で譲渡された著作物には及ばないと捉えるためである。当時の著作権法が米国外で生産された著作物の米国への輸入全般を禁止していたことからすると説得的であると考えられる。

しかし、法廷意見はこの点に立ち入ることなく、端的に Bobbs-Merrill 最高裁判決からは「first sale doctrine」が米国内で生産された複製物の譲渡にのみ適用されるとの解釈を読み取ることはできないと判示している。上記法廷意見の Bobbs-Merrill 最高裁判決の解釈と Quality King 最高裁判決及びそれに続く本判決の法廷意見を踏まえると、米国内外で権利者等によって適法に譲渡さ

⁵⁵ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1373 (“I think John Wiley may have a point about what § 602(a)(1) was designed to do; that gives me pause about Quality King’s holding that the first-sale doctrine limits the importation ban’s scope.”).

⁵⁶ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1373 (“At bottom, John Wiley (together with the dissent) asks us to misconstrue § 109(a) in order to restore § 602(a)(1) to its purportedly rightful function of enabling copyright holders to segment international markets.”).

⁵⁷ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1373 (“If Congress thinks copyright owners need greater power to restrict importation and thus divide markets, a ready solution is at hand — not the one John Wiley offers in this case, but the one the Court rejected in *Quality King*.”).

⁵⁸ *Quality King*, 523 U.S. at 152.

れた著作物については、109 条(a)によって、当該複製物を購入した者によるその後の米国内での販売(第一譲渡が米国外で生じた場合は、当該複製物の米国への輸入も含む)が保護されることとなる。

2. 602 条(a)(1)その他の著作権法の条文との整合性

同意意見及び反対意見は、本判決と *Quality King* 最高裁判決の判例によって、602 条(a)(1)の適用場面が限りなく狭くなるという。すなわち、法廷意見によった場合、米国外で適法に販売された著作物の複製物につき、米国著作権者の許可なく米国内に輸入する行為にも 109 条(a)が適用されるため、602 条(a)(1)の適用場面を実質的に観念できないと両意見は説明する。

これに対して法廷意見は、次の4場面を例示し、602 条(a)(1)が依然として存在意義があると反論している⁵⁹。

- (1) 米国出版社からの利用許諾に基づき外国において書籍を出版した外国出版社が、当該外国での販売の前に、その書籍を米国に送るなどした場合
- (2) 外国印刷業者等が自ら印刷した書籍につき、それらを適法に購入することなく、米国に送るなどした場合
- (3) 出版社が卸売業者に書籍を搬入したところ、卸売業者が、いまだ当該書籍の所有者でないにもかかわらず、当該書籍を米国に送るなどした場合
- (4) 米国外で著作物の貸与、利用許諾、寄託等を受けているに過ぎない者が、貸与、利用許諾、寄託等を受けている著作物又はその複製物を米国に送るなどした場合

上記につき、法廷意見も 602 条(a)(1)につき、反対意見が適切と主張するほどの意義がなくなることは認めている⁶⁰。602 条(a)(1)の意義が若干乏しくなったとしても、著作権者として米国外であっても自己の著作物を流通経路に置いた以上、以後の流通過程に著作権者が輸入権又は頒布権を通じて関与することをよしとしないという最高裁の考えを読み取ることができる⁶¹。この観点からすれば、同意意見が落とすところとして提案した「109 条(a)は 602 条(a)(1)には適用されない」によった場合、権利者はいったん外国市場において流通に置きながら、602 条(a)(1)を通じて流通経路に影響力を及ぼすことが可能となり、米国の図書館が外国書籍を外国で適法に販売する者から直接輸入する行為は 109 条(a)で保護されないため、現行の最高裁の法解釈とは相容れないと考える。

⁵⁹ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1368.

⁶⁰ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1368 (These examples show that § 602(a)(1) retains significance. We concede it has less significance than the dissent believes appropriate...)

⁶¹ 本判決では最高裁が *first sale doctrine* の趣旨について直接は言及していないものの、最高裁による著作権者による流通過程の支配への懸念は一貫している。*Bobbs-Merrill*, 210 U.S. at 351 (“To add to the right of exclusive sale the authority to control all future retail sales by a notice that such sales must be made at a fixed sum would give a right not included in the terms of the statute, and, in our view, extend its operation, by construction, beyond its meaning, when interpreted with a view to ascertaining the legislative intent in its enactment.”); *Quality King*, 523 U.S. at 152 (“The whole point of the first sale doctrine is that once the copyright owner places a copyrighted item in the stream of commerce by selling it, he has exhausted his exclusive statutory right to control its distribution.”).

3. 国際消尽の是非

法廷意見は、権利者として米国内であれ米国外であれ、いったん自己の著作物の複製物を流通経路にのせて譲渡対価を回収した以上、以降の流通過程に権利者の関与を認めるべきではないとしている。これに反対意見は真向から対立し、国ごとに異なる経済状況及び需要を踏まえた場合、著作権者においては、その収益の最大化のために、それぞれの国において異なる値段設定ができてしかるべきであると説く。

この点は、反対意見のほうが妥当であると考えられる。国際消尽を認めた場合、Wiley のような米国内外で同一のコンテンツを販売する著作権者においては、米国市場において自らが販売する正規品と並行輸入品との間のイントラブランド間での競争が発生する。イントラブランド間の競争よりも異なるブランド間の競争を促進したほうが社会全体の利益につながると考えられるため⁶²、法廷意見⁶³や同意意見⁶⁴が言及する、立法論によって国際消尽を再度否定するというアプローチは傾聴に値する⁶⁵。以下、若干の検討を行う。

まず、国際消尽の肯定は、昨今問題となっている新興国で流通する膨大な量の海賊版に対する権利者の撲滅対策を間接的に減退させることとなりうる。国際的な海賊版の大量流通は先進国の著作権者にとって看過できない問題であるところ、海賊版の取り締まりに当たっては、海賊版流通の禁止とともに、正規版が適正価格にて流通しないことには、消費者がそのコンテンツから離れてしまうだけである⁶⁶。ところが、新興国において自己の著作物を適正価格にて流通させた途端、それが自国市場に並行輸入品として還流し、権利者の自国市場における経済的利益に影響を及ぼすとなると、権利者としては、新興国においてコンテンツを流通させることに二の足を踏むことになる。また、新興国でコンテンツを流通させたとしても、還流時に自国市場を荒らすことにならないような価格設定を行うこととなり、結果として、対象市場における適正な価格設定ができなくなるおそれがある。

⁶² *Leegin Creative Leather Products v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705 at 2715 参照 (“Minimum resale price maintenance can stimulate interbrand competition—the competition among manufacturers selling different brands of the same type of product—by reducing intrabrand competition—the competition among retailers selling the same brand.”).

⁶³ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1371 (“Whether copyright owners should, or should not, have more than ordinary commercial power to divide international markets is a matter for Congress to decide. We do no more here than try to determine what decision Congress has taken.”).

⁶⁴ *Kirtsaeng*, 133 S. Ct. at 1373 (“If Congress thinks copyright owners need greater power to restrict importation and thus divide markets, a ready solution is at hand — not the one John Wiley offers in this case, but the one the Court rejected in *Quality King*.”).

⁶⁵ Wiley は 2014 年 6 月 2 日の議会の委員会において、同意意見の示したものと同内容の法改正を提案している。Mr. Stephen M. Smith, President and Chief Executive Officer, John Wiley & Sons, Inc. の発言 (“Consistent with the concurrence of Justices Kagan and Alito, Wiley recommends that Section 602(a)(1) of the Copyright Act (as amended) be revised to clarify that “importation” is not simply a synonym for “distribution,” and that the copyright owner’s right to control importation is a critical aspect of U.S. international trade law and policy which, unlike the right to control the distribution of copies within the U.S., is not subject to the application of the first sale doctrine.”)

<http://judiciary.house.gov/index.cfm/2014/6/hearing-first-sale-under-title-17>

⁶⁶ 福井健策「18歳からの著作権入門 「海賊版」の話 ～作り手達が本当に困るのはどんなことなのか」 CNET Japan 2014年9月5日

(http://japan.cnet.com/sp/copyright_study/35053300/2/)。福井健策『「ネットの自由」vs.著作権』(光文社、2012) 113頁参照。

比較法的にみても、一定の場合に国際消尽を否定する立法例がみられる。まず、ドイツ著作権法 17 条 2 項は、欧州連合域内での限られた国際消尽を認めている⁶⁷。また、我が国の著作権法は国外頒布目的商業用レコードに限りながらも 113 条 5 項として、所定の要件を満たした場合⁶⁸、著作権の譲渡に関する国際消尽(26 条の 2 第 2 項 5 号)を認めず、著作権のみなし侵害規定を設けている⁶⁹。113 条 5 項に基づくみなし侵害は、国外頒布目的商業用レコードが国内で頒布されることにより国内頒布目的商業レコードの発行により当該著作権者等の得ることが見込まれる利益が不当に害されることとなる場合にのみ認められ⁷⁰、最初の発行から 4 年を経過した国内頒布目的商業レコードに関しては認められない⁷¹など、その適用場面は限定的ながら、一定の運用実績をもたらしているものといえよう⁷²。

また、経済合理的な著作権者においては本判決以降も、本判決で禁止された手法以外の方法によって自己の著作物の流通経路の支配を維持しようと試みる事が予想される⁷³。そして、少なくとも第 9 巡回連邦控訴審裁判所配下の裁判所においては、著作物の複製物を「販売」した場合、「first sale doctrine」の適用があり、「license」であった場合、その適用がないという取扱いが確立さ

⁶⁷ 1965 年 9 月 9 日の著作権及び著作隣接権に関する法律(著作権法)(連邦法律広報第 I 部第 1273 頁) 17 条 2 項「著作物の原作品又は複製物が、その頒布について権限を有する者の同意を得て、欧州連合の域内又は欧州経済領域に関する条約の他のいずれかの締約国の領域内で、譲渡の方法によって取引に供されている場合には、その原作品又は複製物の再頒布は、賃貸する場合を除いて、許される。」(本山雅弘訳『外国著作権法 ドイツ編』)(著作権情報センター web サイト)(<http://www.cric.or.jp/db/world/germany.html>)。

⁶⁸ 具体的には、「国内頒布目的商業用レコード」を自ら又は他の者をして発行している著作権者又は著作隣接権者が「国外頒布目的商業用レコード」を国外において自ら又は他の者をして発行している場合において、情を知って、当該国外頒布目的商業用レコードを国内頒布目的で輸入すること、国内頒布すること、国内頒布目的で所持することをいう。

⁶⁹ 平成 16 年改正(平 16 年法 92 号)。アジア市場向けに安価で生産された国外頒布目的商業用レコードが国内に還流することで、権利者の国内レコード市場を通じた経済的利益に影響を与え、その経済的影響への懸念から、権利者として積極的な海外展開に踏み切れないという状況にあったことを踏まえ、国外頒布目的商業用レコードの国内還流を防止することで、権利者の経済的損失を防ぐとともに、我が国の多様な音楽文化の海外普及を促進すべく導入された規定である(山口顕「著作権法の一部を改正する法律等の概要について」コピライト 526 号 30 頁(2005)、島並良ほか『著作権法入門』(有斐閣、2009) 261 頁。)

⁷⁰ 著作権法 113 条 5 項本文。不当性の基準については、平成 16 年(2004 年)12 月 6 日付 16 庁房第 306 号社団法人日本レコード協会会長あて文化庁次長通知を参照。

⁷¹ 著作権法施行令 66 条。

⁷² 「輸入差止申立に係る対象レコードリスト」(日本レコード協会 web サイト)(http://www.riaj.or.jp/all_info/return/OpenReturnListAction.do)。

⁷³ Case Comment, *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, 127 HARVARD L. REV. 348, at 355-56 (2013) (“Copyright holders will likely now pursue several alternative means of controlling distribution, such as (1) seeking greater refuge in contract law by placing limits on foreign distributors and end users; (2) developing technological protection measures that make arbitrage more difficult, which may be legally reinforced through the Digital Millennium Copyright Act; (3) seeking greater refuge in trademark and tariff laws, which prohibit some types of parallel importation; and (4) shifting wholesale from selling goods in a physical marketplace to selling them in a digital marketplace, where some courts have interpreted the first sale doctrine in a manner adverse to the development of digital secondary markets.”(引用部分は省略。))

れつつあるため⁷⁴、Wiley のような国内外で著作物コンテンツを販売する著作権者は、自身の著作物コンテンツ配信につきライセンス形態への移行を加速することが考えられる⁷⁵。電子機器や通信環境の充実により著作物の複製物をデジタル形態で配信する環境が格段に整備された今日において、ライセンス形態への移行は、国際消尽のみならず国内消尽の適用の回避も意味するからである⁷⁶。Kirtsaeng 最高裁判決は、著作権者が国内外の市場において価格差を設けようとするを一切否定したわけではなく、そのうちの複製物の並行輸入に関する判決であったことを鑑みると、以上で述べた各観点からも、本判決が下した著作権の国際消尽について、立法論によって再度否定すべきかの検討は必要であると考えらる。

以上

⁷⁴ MDY INDUSTRIES, LLC v. Blizzard Entertainment, 629 F.3d 928 (9th Cir. 2010), UMG Recordings v. Augusto, 628 F.3d 1175 (9th Cir. 2011), Adobe Sys. Inc. v. Kornrumpf, 780 F.Supp.2d 988 (N.D. Cal. 2011), Adobe Sys. Inc. v. Kornrumpf, No. 12-16616. (9th Cir. 2014)参照。

⁷⁵ 弁護士の一部は Kirtsaeng 最高裁判決以降、権利者が「first sale doctrine」の適用を回避すべくライセンス形態に移行することを予測している (Ilaria Maggioni “Kirtsaeng v. Wiley Incentivizes Digital Distribution” Mealey’s Litigation Report: Cyber Tech & E-Commerce, Vol. 15, #4 June 2013、Theodore K. Cheng “Already and Kirtsaeng: Lessons for Prospective Intellectual Property Enforcement” (2014)

(<http://foxhorancamerini.com/wp-content/uploads/2014/02/Already-and-Kirtsaeng-Lessons-for-Prospective-Intellectual-Property-Enforcement-website.pdf>)。同種の分析として、John Villasenor “Rethinking A Digital First Sale Doctrine In A Post-*Kirtsaeng* World: The Case For Caution” Competition Policy International Antitrust Chronicle, Vol. 2, at 10 (2013) (“With respect to digitally delivered works, *Kirtsaeng* will give copyright holders a further incentive to accelerate the shift from physical distribution, where their power to divide markets has now been weakened, to digital distribution, where that power remains unaltered.”)。一方、「販売」と「ライセンス」の単純な切り分けによって「first sale doctrine」の適否が決定されることには批判もある (例えば、Clark D. Asay, *Kirtsaeng and the First-Sale Doctrine’s Digital Problem*, 66 STAN. L. REV. ONLINE 17, 18 (2013))。

⁷⁶ ReDigi 事件では、購入したデジタルコンテンツの中古販売における first sale doctrine が議論されるも、裁判所は、当該取引における 109 条(a)の適用を否定 (Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc., 934 F.Supp.2d 640 (S.D.N.Y., March 30, 2013))。我が国においてデジタル著作物と消尽を検討するものとして、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『現代知的財産法講座Ⅲ 知的財産法の国際的交錯』(日本評論社、2012) 209 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』(弘文堂、2013) 420 頁。