



Title	民事判例研究
Author(s)	村井, 麻衣子; MURAI, Maiko
Citation	北大法学論集, 51(2), 359-383
Issue Date	2000-07-28
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15015">https://hdl.handle.net/2115/15015</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	51(2)_p359-383.pdf



# 民事判例研究

村井麻衣子

## 中古ソフトの頒布権をめぐる二判決

東京地判平成十一年五月二七日・判例時報一六七九号三頁

大阪地判平成十一年一〇月七日・判例時報一六九九号四八頁

### 【事実の概要】

本件はいずれも、家庭用テレビゲーム機ブレイステーション

用ゲームソフトの中古品販売の是非が争われた事案である。先に出された東京地裁判決は、ゲームソフトが「映画の著作物」にあたらなるとして中古ソフト販売を適法と判断したのに対し、その後に出された大阪地裁判決は、ゲームソフトが「映画の著作物」に該当し消尽しない頒布権を有することを認め、中古ソフト販売を違法としたため、全く逆の結論となった。両訴訟と

も控訴されたため、その行方が注目されている。

## (一) 東京訴訟

コンピュータソフトウェアの企画、開発、製造、販売等を行っているエニックスが、自己の製作販売に係るゲームソフト（ロールプレイングゲームと対戦型ダンスゲーム）について、本件各ゲームソフトは著作権法上の「映画の著作物」に該当するとして、著作権法二六条一項の頒布権を有する旨を主張し、ゲームソフト販売業者である上昇に対して、中古品販売の中止を求めた。これに対し、販売業者上昇が、本件各ゲームソフトは著作権法二条三項に規定される「映画の著作物」に該当しないから頒布権は認められない、仮に「映画の著作物」に該当するとしても、複製物の適法な第一譲渡によって頒布権は消尽するから中古品の販売行為には及ばない旨を主張して、ゲームソフトメーカーであるエニックスを相手方として、ゲームソフトの著作権に基づく中古品販売差止請求権の不存在確認を求めたのが東京訴訟である。

## (二) 大阪訴訟

ゲームソフトの開発・製造・販売を行っているゲームソフト

メーカー六社（カプコン、コナミ、スクウェア、ナムコ、ソニー・コンピュータエンタテインメント、セガ・エンタープライゼズ）が、ゲームソフトは映画の著作物に該当し、メーカー側の許諾を得ずにこれらの中古品を販売する行為は、メーカー側が有する頒布権を侵害すると主張して、ゲームソフトの中古販売のフランチャイズチェーンの運営・育成を行うアクトと、そのフランチャイジーである中古販売業者ライズに対し、ゲームソフトの中古品の販売の差止め及び廃棄を求めたのが大阪訴訟である。対象となったゲームソフトは、ロールプレイングゲーム三本、対戦格闘型ゲーム（アクションゲーム）、レーシングゲーム、サッカーゲームである。

## 【判旨】

### (一) 東京訴訟

原告（中古販売業者）の差止請求権不存在確認請求を認容。「……『映画の著作物』に関する著作権法の規定が、いずれも、劇場用映画の利用について映画製作者による配給制度を通じての円滑な権利行使を可能とすることを企図して設けられたものであることを併せ考えると、著作権法は、多数の映画館での上映を通じて多数の観客に対して思想・感情の表現としての

同一の視聴覚的效果を与えることが可能であるという、劇場用映画の特徴を備えた著作物を、『映画の著作物』として想定しているものと解するのが相当である。

著作権法上の『映画の著作物』といひ得るためには、(一)当該著作物が、一定の内容の映像を選択し、これを一定の順序で組み合わせることにより思想・感情を表現するものであって、(二)当該著作物ないしその複製物を用いることにより、同一の連続映像が常に再現される(常に同一内容の映像が同一の順序によりもたらされる)ものであることを、要するというべきである。」

「本件各ゲームソフトを含め、およそゲームソフトは、劇場用映画のようにあらかじめ決定された一定内容の連続映像と音声的效果を視聴者が所与のものとして一方的に受動的に受け取ることに終始するものではなく、プレイヤーがゲーム機を操作を通じて画面上に表示される映像を自ら選択し、その順序を決定することにより、連続映像と音声的效果を能動的に変化させていくことを本質的な特徴とするものであって、このような能動的な利用方法のため、プレイヤー個人がそれぞれのゲーム機を操作して個別の画面上にそれぞれ異なった映像を表示するという形態で利用されるものであり、多数人が同一の映像を一

度に鑑賞するという利用形態には本質的になじまないものである。現に、ゲームソフトは、多数の複製物を需要者たる公衆に直接販売し、その譲渡の対価を得ることで投下資本を回収するという取引形態がとられているものであって、劇場用映画のようにならば一度の上映を多数の観客に鑑賞させて入場料徴収により投下資本を回収することを前提とした、特有の複製物の取引形態は存在しない。また、ゲームソフトの個々の複製物が、劇場用映画の複製物であるプリント・フィルムのように、上映による多額の収益を生み出すという意味で高い経済的価値を有するということもない。」

「以上によれば、本件各ゲームソフトは、著作権法にいう『映画の著作物』に該当せず、被告がこれについて頒布権を有しないことは明らかであるから、その余の点につき判断するまでもなく、差止請求権の不存在確認を求める原告の本訴請求は、理由がある。」

(二) 大阪訴訟

原告(ゲームソフトメーカー)の差止・廃棄請求を認容。

「……著作権法上の『映画の著作物』には、劇場用映画のような本来的な意味の映画以外のものも含まれるが、著作権法の

規定に照らすと、映画の著作物として著作権法上の保護を受けるためには、次の要件を満たす必要があると解される。

(一) 映画の効果に類似する視覚的又は視聴覚的效果を生じさせる方法で表現されていること（表現方法の要件）

(二) 物に固定されていること（存在形式の要件）

(三) 著作物であること（内容の要件）

「著作権法は、映画の著作物についてのみ、『物に固定されていること』を要件としている。」

「……右固定性の要件は生成と同時に消滅していく連続映像を映画の著作物から排除するために機能するものにすぎず、その存在、帰属等が明らかとなる形で何らかの媒体に固定されている物であれば、右固定性の要件を充足と解するのが相当である。」

「テレビゲームは、同一のゲームソフトを使用しても、プレイヤーによるコントローラの具体的操作に応じて、画面上に表示される映像の内容や順序は、各回のプレイごとに異なるものとなるから、画面上に表示される具体的な映像の内容及び表示される順序が一定のものとして固定されているわけではない。しかし、これらの映像及びそれに伴う音声の変化は、当該ゲームソフトのプログラムによってあらかじめ設定された範囲のも

のであるから、常に同一の映像及び音声が続いて現れないことをもって、物に固定されていないということはできない。」

「以上によれば、本件各ゲームソフトは、著作権法上の『映画の著作物』に該当するものというべきである。」

「著作権法は、『頒布』の意義を、『有償であるか又は無償であるかを問わず、複製物を公衆に譲渡し、又は貸与することを行い、映画の著作物又は映画の著作物において複製されている著作物にあつては、これらの著作物を公衆に提示することを目的として当該映画の著作物の複製物を譲渡し、又は貸与することを含むものとする。』（二条一項十九号）と定義するとともに、映画の著作物の中で頒布権を認めるものとそうでないものとの区別をしていない。したがって、……本件各ゲームソフトが映画の著作物に該当する以上は、著作権者である原告らは本件各ゲームソフトについて頒布権を有することになる。」

「……もともと、映画の著作物に頒布権が認められた背景には、……劇場用映画についての配給制度という取引慣行があったという面があり、その趣旨からいっても、右頒布権は第一譲渡後も消尽しない権利として一般に解されてきたものであると

ころ、著作権法の規定から見ても、劇場用映画に限らず、映画の著作物の頒布権が第一譲渡によって消尽するとの解釈は採り得ない。」

【検討】

著作権法は、「映画の著作物」を著作物の例示の一つに掲げ（一〇条一項七号）、映画の効果に類似する視覚的又は視聽覚的效果を生じさせる方法で表現され、かつ、物に固定されている著作物を「映画の著作物」に含めると規定する（二条三項）。そして、映画の著作物についてのみ頒布権を認めている（二六条一項）。頒布とは、有償・無償を問わず、著作物の複製物を公衆に譲渡したり貸与したりすること（二条一項一九号前段）を指し、また、映画の著作物については、公衆に提示すること（一）を目的としてその複製物を譲渡したり貸与したりすることも含まれる（二条一項一九号後段）。従って、一般の著作物については、違法に作成された複製物の頒布行為（一一三条一項二号）あるいは適法な複製物を含めた第一譲渡行為（二六条の二）のみが著作権侵害とされるのに対し、映画の著作物の頒布権が消尽しないものであるとすると、適法な第一譲渡後の複製物の頒布行為にも権利が及ぶことになり、映画の著作物の著作権者は

その貸与や譲渡について流通をコントロールできる権利を有することになる。

本件各訴訟では、ゲームソフトメーカーが中古ソフトの販売業者に対し、このような権利を主張することは是非が問題となった。以下では、①ゲームソフトは「映画の著作物」にあたるか、②ゲームソフトは「頒布権のある」映画の著作物に該当するか、③映画の著作物に認められる頒布権は（ゲームソフトについて）適法な第一譲渡によって消尽するかを検討し、④独占禁止法との関係についても触れる。

なお、両判決に対する立場を述べておくと、東京判決については、中古ソフト販売を適法とした結論は支持できるが、その理論構成には問題があり、大阪判決については、頒布権の消尽を否定したことによる結論に問題があると思われる。

（一）ゲームソフトの「映画の著作物」該当性

①映画の著作物に頒布権が認められた趣旨

著作権法が映画の著作物についてのみ頒布権を認めた趣旨は、映画フィルムが高い経済的価値を有しており、映画製作会社や映画配給会社がプリント・フィルムを映画館経営者に貸し渡すにとどめて、上映期間が終わると返却させるか、あるいは映画

製作会社や映画配給会社の指示の下に別の映画館に引き継がせるなどの方法を通じてフィルム・プリントの流通をコントロールするという、社会実態として存在した配給制度を著作権法に制度化するためであったとされて<sup>(3)(4)</sup>おり、このことは両判決にも述べられている。

## ②東京地裁の判断とその問題点

東京地裁はこのような趣旨を考慮して、著作権法は劇場用映画の特徴を備えた著作物を「映画の著作物」として想定しているとし、映画の著作物に該当するためには、当該著作物が一定内容、一定順序で同一の連続映像が常に再現されることを必要とすると判示した。そして、ゲームソフトについては、表示される映像の内容や順序がプレイヤーの操作により決定されるという、いわゆるインタラクティブ（双方向）性を有することから、映画の著作物の要件を満たさない、すなわち、映画の効果に類似する視覚的又は視聴覚的效果を生じさせる方法で表された表現が存在せず、物に固定されてもいないので、二条三項にいう「映画の著作物」に該当しないとされた。また、ゲームソフトは、多数人が同一の映像を鑑賞する利用形態には本質的になじまず、多数の複製物を需要者に直接販売するという取引形態

がとられているとして、劇場用映画との違いを指摘している。<sup>(5)</sup>

確かに、映画フィルムには多額の投資がなされていることが多く、多数の観客に同時に上映することで効率的に資本を回収する必要から、劇場用映画という形態がとられてきたのであり、上映の地域的な範囲・順序や期間等を戦略的に決定し、資金の回収を行うことを可能とする配給制を保証するためには、劇場用映画についてのみ頒布権を認めれば十分である。

しかし、両判決も述べているように、映画の著作物についての著作権法上の特則は頒布権に関する二六条だけではない。他にも著作権の範囲（一六条）、著作権の帰属（一九条）、著作権の保護期間（五四条）に関する規定等、権利の所在を明確化し、著作物の円滑な利用を促すための規定が定められていることに注意する必要があると思われる。

劇場用映画の特徴から、一定内容、一定順序で同一の連続映像が常に再現されること、すなわちインタラクティブ性を有していないことを映画の著作物の要件として、二条三項の固定性等の要件を満たさないしてしまうと、大阪地裁が述べるような、あらかじめ決まった一連の動画映像ではなく、観客の反応に応じて画面上の動き・表現・筋書き等が変化するインタラクティブ映画と呼ばれる劇場用映画が、「映画の著作物」にあたらな

いことになる可能性がある。また、対象となる著作物の利用形態や取引・流通形態に着目する場合には、劇場用映画のように多数人が同一の映像を鑑賞するという利用形態を有する著作物、あるいは劇場用映画や放送用のフィルム等流通経路が限定されている著作物のみが、二六条により頒布権が認められる映画の著作物とされ、転々流通することが予定されて取引や譲渡が行われるビデオカセットやゲームソフトは映画の著作物に該当しないことになる。

つまり、東京地裁のように現在存在する劇場用映画の特徴を有するものに映画の著作物を限定してしまうと、インタラクティブ性を有する劇場用映画が将来実用化された場合や、劇場用映画の内容がビデオカセットとして流通する際に、著作権の範囲(二六条)、著作権の帰属(二九条)、著作権の保護期間(五四条)に関する規定等映画の著作物について定められた頒布権以外の特則が適用されないために、権利関係等が複雑化してしまうおそれがある。あるいは、ゲームソフト自体についても、その製作過程が映画の制作課程に類似しているならば、同様に権利関係の処理に支障を来すおそれがある。<sup>(7)</sup>

この問題は、二六条の頒布権の規定に関しては映画の著作物に該当しなくても、他の規定に関しては映画の著作物に該当し

うるといのように、映画の著作物の概念を相対化するならば、回避しうる。<sup>(8)(9)</sup>しかし、二条三項に映画の著作物について定義規定に類似する内容が定められているため、このように解することとは難しいと思われる。

### ③映画の著作物の該当性判断基準

従って、映画の著作物該当性を判断するにあたっては、著作権法二条三項が、映画の効果に類似する視覚的又は視聴覚的效果を生じさせる方法で表現され、かつ、物に固定されている著作物を「映画の著作物」に含めるとして、定型的に写真や演劇と区別することができる程度に規定している以上に、映画の著作物に該当する範囲を限定するべきではない。<sup>(11)(12)</sup>すなわち、何らかの方法で物と結びつくことによって、同一性を保ちながら連続しかつ著作物を再現することが可能である状態が固定であり、ゲームソフトのプログラムによってあらかじめ設定された範囲のものであるならば固定性を満たすとして、インタラクティブ性を有していても、そのことから映画の著作物の該当性が否定されるべきではないと考える。<sup>(13)</sup>たとえ動画による視覚的著作物全般を映画の著作物に該当すると解しても、<sup>(14)</sup>後述するように頒布権を貸与権と譲渡権に分離し、譲渡権については上映目的

で譲渡する以外は、適法な第一譲渡により消尽すると理解するならば、転々流通する「映画の著作物」について流通を阻害するという問題を生じないため、他の著作物との均衡を失するともない。

このように考えると、ゲームソフトも「映画の著作物」に該当することになる。裁判例においても、静止画像が圧倒的に多いソフトについて、映画ないしこれに類する著作物に該当するということはできないとした、東京高判平成一年三月一日・判タ一〇一〇号二八六頁「三國志Ⅲ」<sup>(15)</sup>を除いて、抽象論としてはゲームソフトが映画の著作物に該当すると述べられている（東京地判昭和五九年九月二八日・無体集二四卷三三七九六頁「バックマン・アーケード」<sup>(16)</sup>、大阪地裁判平成二年三月二九日・判時一三五七号一五一頁「ドンキーコング・ジュニア」<sup>(17)</sup>、東京地判東京地判平成六年一月三十一日・判タ八六七号二八〇頁「バックマン・フリーソフト」<sup>(18)</sup>、大阪地判平成九年七月一日・判タ九七三号二〇三頁「ネオジオ」<sup>(19)</sup>、大阪高判平成一年四月二七日・判時一七〇〇号一二九頁「ときめきメモリアル二審」<sup>(20)</sup>）。また、被告が口頭弁論に出頭せず、準備書面も提出しなかったため、映画の著作物にあたるという原告の主張が認められた判決として、東京地判昭和六〇年三月八日・判タ五六一

一六九頁「デイグダグ」<sup>(21)</sup>、東京地判昭和六〇年六月一日・判タ五六七号二七三頁「ボール・ポジション」<sup>(22)</sup>。他に、通常の映画と比べて映像の連続的な動きという点では格段に劣るものではあるが、映画の著作物に準ずる著作物にあたるとした、大阪地判平成九年一月二七日・判タ九六五号二五三頁「ときめきメモリアル一審」<sup>(23)</sup>がある。ゲームソフトの内容、すなわち静止画あるいは動画の量の多少にかかわらず、ゲームソフトとして一律の取扱いができるという点からも、望ましいと思われる<sup>(25)(26)</sup>。

(二)「映画の著作物」としてのゲームソフトの頒布権の存否  
貸与権が著作権法に導入される前、著作物の複製物のレンタル業の発展により、需要に相当する対価が著作権者に還元されないという問題がレコード等について生じたのに対し、レンタルビデオについては、映画の著作物について従来から認められていた頒布権により対処できていたという経緯があった<sup>(27)</sup>。そのため、一九八四年の著作権法改正によって、公衆に貸与する行為が著作権の権利範囲内とされた（二六条の三）際にも、映画の著作物を除くことが明記された。また、一九九九年著作権法改正により創設された譲渡権についても、映画の著作物を除く著作物についてこれが認められている<sup>(28)</sup>。

このような規定の構造になっている以上、映画の著作物に該当するとしながら、頒布権が存在しないと解釈した場合には、他の著作物については認められている貸与権や譲渡権が、映画の著作物にのみ存在しないという問題が生じてしまう。従って、映画の著作物に該当するとされた以上は、頒布権も有すると解するほかないと思われる。

また、映画の著作権の頒布権を否定してしまうと、映画の著作物についてのみ、公衆に提示することを目的として譲渡・貸与する行為も「頒布」に含めて（二条一項一九号後段）頒布権を及ぼすことで、上映権侵害の予備的・補助的行為である譲渡や貸与行為を押さえようとした趣旨が没却されてしまうおそれがある。

（三）「映画の著作物」としてのゲームソフトの頒布権の消尽の有無

①消尽しない頒布権の問題点

映画の著作物に認められる頒布権について、従来は、配給権を想定した著作物の行き先を決定する権利として理解されるとともに、消尽しないという前提の下に貸与権と同様の効果が認められてきた経緯があるようである。<sup>(31)</sup> このことから大阪地裁も、

映画の著作物について著作権法が規定する頒布権は消尽することなく、そのうちゲームソフトについてのみ消尽すると解釈するのは十分な理由がないと述べている。<sup>(32)(33)</sup> しかし、転々流通することを前提に取引にされるビデオカセットやゲームソフトについてまで、消尽しない頒布権が貸与のときのみならず譲渡の際にも及ぶとしては、権利者に商品の自由な流通をコントロールしうるといふ過大な権利を与えることになりかねない。大阪地裁は、このような弊害を認めながらも、投下資本の回収の機会を保証することにも合理性がないわけではないと述べるが、報酬を得る機会を与えることで、著作権者に著作物の創作へのインセンティブを与えるべきと考えるにしても、そのために著作物の流通をコントロールする権利を与えるべきかどうかは別問題であり、取引の安全や流通を阻害することになる点についての考慮がやはり必要であると思われる。<sup>(35)</sup>

映画の著作物についてのみ頒布権が認められた趣旨は、劇場用映画について社会に実在する配給権を制度化することにあるのであり、多数の複製物を需要者に直接販売するという取引形態がとられているゲームソフトやビデオカセット等は、その対象として想定されていなかった。映画産業あるいはゲームソフト産業を保護育成するような特別の産業立法がなされていない

いにもかかわらず、消尽しない頒布権を与えることで、他のゲームソフトと同様の取引形態がとられている著作物に比して、ゲームソフトを特に保護することになるような解釈をするべきではない。<sup>(36)</sup>

## ② ゲームソフトの特殊性

ただ、中古品市場はゲームソフトのみではなく書籍やCD等についても存在し、従来から新品と中古品間で競争が行われてきたにもかかわらず、その中で特に中古ゲームソフト販売について争われることになった背景には、ゲームソフトの特殊性から、中古ソフト売買によって著作権者に還元されない利益が書籍等に比べ大きいために、メーカーの投下資本回収が困難となっていることが考えられる。

例えば、ゲームソフトの特殊性として、デジタルの著作物であるため、新品と中古の差異が比較的小さいこと<sup>(37)</sup>、ゲームソフトの開発にかかる費用が莫大なものになってきていること、新品と中古の価格差が大きいこと<sup>(38)</sup>、ゲームソフトをコピーした後中古市場に回すという行為が行われていること<sup>(39)</sup>、等の事情が存在するのかもしれない。

ゲームソフトについて存在する特殊事情により、中古売買が

新品販売を圧迫し、開発者に利益が還元されないために、ゲームソフトの開発が抑制されたり品質が低下するようになっては、ソフトメーカーのみならず、最終的には消費者や販売業者にとっても不利益が生じることになる。<sup>(41)</sup> 中古ソフト問題を念頭に置かずに制定された映画の著作物の頒布権を認めるべきではないとしても、ゲームソフトの著作権者に何らかの権利を付与することの可否、保護されるべき利益、保護する手段の実効性や相当性（目的達成のための社会的コストとして、著作物の普及・流通にとつて不当な制限となる可能性や、中古市場が成立しないことによる消費者の不利益等の考慮を含む）<sup>(43)</sup> 等が立法の場で議論されること<sup>(44)</sup>によって、何らかの利益の還元システムを設定する等何らかの措置がとられることが望まれる。<sup>(46)</sup>

ゲームソフトのコピーを防止するための方策として注目されるのが、著作権法の技術的保護手段及び権利管理情報に関する一九九九年改正によって、コピー・プロテクション等の技術的保護手段を回避するための専用装置や、回避専用のプログラムを公衆へ譲渡や貸与すること、公衆への譲渡や貸与を目的に製造・輸入・所持すること等の行為が規制されるとともに、個人が行う私的複製であっても、技術的手段を回避して行う場合には、許諾を得ずに行うと著作権侵害となるようになったこと<sup>(47)</sup>で

(48) ある。不正競争防止法一九九九年改正によっても、技術的制限手段迂回装置提供行為の規律がなされ、アクセス管理技術やコピー管理技術を迂回する装置の製造・販売等に対し営業上の利益を侵害されるおそれがあるものは、差止請求や損害賠償請求等ができるようになった。<sup>(49)</sup> これらによつて個人がゲームソフトをコピーする行為やコピーの作成・利用を可能とする機器の製造・販売等が規制され、中古品が大量に出回ることと新品ゲームソフトの市場を圧迫するという事態が緩和されることも期待しうると思われる。

### ③ 結論

以上のように、頒布権が認められる「映画の著作物」の対象として想定されていなかったゲームソフトについて、立法の判断なくして流通をコントロールできるような権利を著作者に与えるべきではない。中古ソフト独自の問題については、何らかの立法が行われるか契約的な処理がなされる等の方法により対処されるべきと考える。従つて、ゲームソフトが映画の著作物に該当し、映画の著作物としての頒布権を有することは認めるものの、映画の著作物としての頒布権は適法な第一譲渡によつて消尽すると解すべきである。<sup>(50)</sup> 但し、二六条の規定する頒布権

には、他の著作物について認められている貸与禁止権に相当する役割も含められているため、頒布権が一律に消尽するという結論は採りえない。よつて、頒布権の内容を貸与権と譲渡権に分離して考え、<sup>(51)</sup> 貸与権については、著作物の複製物に対するコントロールを失うことなく、繰り返し同一の複製物により著作物を公に提供することを著作者の権利として理解するとともに、譲渡権については、著作物の複製物がいったん適法に譲渡された後、譲渡権は消尽するものと解するべきと考える。

譲渡権が消尽する対象の範囲については、配給権を保証するため、劇場用映画だけには消尽しない頒布権を認めることも考えられる。しかし、そもそも劇場用映画の配給権を保証するために頒布権を設ける必要はなく、他の著作物にも認められていた違法複製物の頒布禁止権と公の上映の禁止権で十分対処可能であったと指摘されているのだから、<sup>(52)</sup> ゲームソフトあるいはビデオカセットだけではなく、劇場用映画を含めた映画の著作物全般について譲渡権は消尽するとしても問題はない。むしろ、何が劇場用映画に該当するのかを確定する必要がなく、映画の著作物全てについて一律に扱える点で望ましいといえる。

このように考えると、一九九九年の著作権法改正により、すべての著作物に上映権と消尽する譲渡権が認められることになつ

(54) 二六条の二) ため、映画の著作物について貸与や譲渡に関する取扱いで他の著作物と異なるのは、適法に作成された複製物に關しても、公に上映しようとする者に譲渡、貸与する行為を禁止することが可能であるという点にとどまる。(55)

#### (四) 独占禁止法との関係

なお、本件訴訟が提起されることとなった経緯として、ソニー・コンピュータエンタテインメントがプレステーションを発売するにあたり、小売店に対しゲームソフトの販売価格の拘束や中古品の取扱いの制限等を行うことでCDのような流通制度を構築することを目指したものの、売れ残った商品の返品制度を設けなかったため、販売店は定価より低い価格で販売したり、価格を自由に設定できる中古ソフトの取扱いを再開するようになっていき、ソニーやソフトメーカー側と販売店側の対立が深まっていたという事情があったようである。(56) ソニー・コンピュータエンタテインメントが行ったゲームソフトの譲渡制限行為は、独占禁止法一九条(不正な取引方法第一二項の再販売価格の拘束、第一三項の拘束条件付き取引)に違反するとして、公正取引委員会により勧告がなされた。(57)

この勧告を行うにあたって、ソニーが販売するソフトの大半

はソフトウェア製造業者が製造したものであり、それらについてソニーは著作権者でないことから、中古ソフトのすべての取扱いを禁止することは、たとえ頒布権があるとしても頒布権の行使とはいえないと公取委は判断したようである。

すなわち、少なくともゲームソフトについて著作権を有していないゲームソフトメーカーの事業者団体やハードメーカーが(ゲームソフトについて著作権を有しているのは基本的には各メーカーのようである)(58)、販売業者等に対して、中古ソフトの取扱いの制限を求めたり、ゲームソフトの価格下落を防ぐ目的で拘束を課すことは、独占禁止法の私的独占(独禁法三条前段、二条五項)、不当な取引制限(独禁法三条後段、二条六項)、再販売価格の拘束(不正な取引方法の一般指定一二項)、不当な拘束条件付き取引(同一三項)、優越的地位の濫用(同一四項)等の各要件を満たせば、独占禁止法上の各違法行為に該当する(日本レコード協会が貸しレコード店へのレコード供給を遮断する行為が独占禁止法に違反するとして公正取引委員会により警告がなされた日本レコード協会事件がある)。(59)

さらに、著作権法は著作権等について独占を認めているが、市場の独占までも認めたわけではないとして、著作権法等知的財産権の権利の行使と認められる行為に独占禁止法を適用しな

いと規定する独占禁止法二三条について、著作権法により認められてゐる権利の独占が、直ちに独占禁止法で問題となる市場の独占に該当するものではないことの確認の規定である、<sup>(62)</sup>あるいは著作権の行使が権利濫用（権利行使を認めることが権利を設けた制度の趣旨に矛盾すること）とされる場合には独占禁止法二三条は適用され<sup>(63)</sup>ない、と理解するならば、仮に著作権法が消尽しない頒布権をゲームソフトの著作権者に与えてゐるとしても、著作権者であるゲームソフトメーカーが同様な譲渡制限を行う場合には、同じく独占禁止法の違反行為に該当しうることになる。

註

(1) 映画の著作物に関して頒布の定義が拡大されているのは、公衆への提供が頒布の本質であるところ、映画についてはフィルム<sup>(64)</sup>の譲渡・貸与がたとえ特定かつ少数の者に対してであつても、上映することにより公衆への提供という効果が生じるためとされる（泉克幸「ゲームソフトの譲渡制限と頒布権」『紋谷暢男教授還暦記念 知的財産権法の現代的課題』（発明協会・一九九八年）五〇七頁、加戸守行「著作権法逐条講義」（改訂新版・著作

権情報センター・平成六年）四四頁。

(2) 一九九九年著作権法改正により譲渡権が創設され、同時に、適法な第一譲渡により消尽することも定められた（岸本織江「解説『著作権法の一部を改正する法律』について（後編）——著作者の権利の保護充実——」コピーライト四六一号（一九九九年）四八—四九頁）。

(3) 加戸・前掲一五六—一五七頁、田村善之「著作権法概説」（有斐閣・一九九八年）一三八頁。

(4) この他、映画の著作物に頒布権を定める義務を加盟国に課しているベルヌ条約パリ改正条約一四條・一四條の二に従つて規定されたという事情もある（吉田大輔「映画の著作物概念に関する一考察——三沢市市勢映画事件最高裁判決を契機として——」『紋谷暢男教授還暦記念 知的財産権法の現代的課題』（発明協会・一九九八年）七四七頁）。このことは、両訴訟においても販売店側により主張されている。

(5) ビデオカセットに対する東京判決の立場は明らかではないと思われる。なぜなら、東京地裁が映画の著作物の要件とした、(一)当該著作物が、一定の内容の映像を選択し、これを一定の順序で組み合わせることにより思想・感情を表現するものであつて、(二)当該著作物ないしその複製物を用いることにより、同一の連続映像が常に再現される（常に同一内容の映像が同一の順序によ

りもたらされる)ものであることをビデオカセットは満たすことになるが、東京地裁が言及した利用形態や取引形態を強調すると、それらについてビデオカセットは劇場用映画よりもゲームソフトに類似しているため、映画の著作物に該当しないことになるからである。

(6) ユーザーがプレイする度ごとにモニターに写し出される連続映像が異なる、すなわちインタラクティブ性を有するゲームは、二条三項の存在形式(固定性)の要件を欠くがゆえに、「映画の著作物」にはあたらないとする説もある(小倉秀夫「優越的地位ないし頒布権を利用したゲームソフトの中古販売規制の可否」二つの中古ゲーム訴訟と一つの排除勧告」『知的財産権研究Ⅳ』(中山信弘編著・東京布井出版・一九九九年)一七六頁、西台満『法律学の新展開』(平成九年)一四五―一四八頁)。

しかし、そもそも固定性の要件は、放送・有線放送について、同時に多数の公衆に視聴される以上予定される、通常の家庭用受信装置(テレビ)の画面に著作物を写しだして公衆に提示する行為は、営利を目的としたり有料であっても著作権侵害とならない(三八条三項後段)のに対し、著作物が何かに固定されて何度も再生されることは上映に該当し、非営利かつ無料でない限り著作権侵害となる(三八条一項)点で区別する実益があるものである(田村・前掲著作権法一五四―一五五頁)。そして、

映画の著作物の該当性を判断するにあたって固定性の要件が存在する意義は、固定されない、すなわち再生することが予定されていないため、あえて映画の著作物として著作権の帰属を確定する(二九条) 必要がない、(固定されない場合の) テレビの生放送番組や演劇のような生成と同時に消滅していく連続映像を排除するために機能するにすぎない。

(7) ゲームソフトの製作過程について、岡部延夫「マルチメディア産業の現状と課題——ゲームソフト産業の場合——」『マルチメディアと法』(青山学院大学法学部・一九九七年)四一六―四一八頁参照。

(8) 「映画の著作物」の二元的解釈も可能とする、小畑明彦「中古ゲームソフトの頒布権について」CIPICジャーナル九五号(一九九九年)七三頁参照(但し、二条三項の「映画の著作物」に含まれても、二六条一項の「映画の著作物」には該当しないという考え方を提案するもの)。

(9) 但し、東京地裁は「著作権法上、「映画の著作物」については、著作者の範囲(十六条)、著作権者の帰属(二十九条)及び著作権の保護期間(五十四条)に関する規定がおかれているほか、その利用に関する権利として上映権及び頒布権(二十六条)が規定されている。」と確認してから映画の著作物の要件を論じているので、おそらくそれらの規定における映画の著作物についても同じ要件

が当てはまることを前提にしていると思われる。

(10) 写真の著作物については、未発行の原作品を公に「展示」する行為のみ展示禁止権が及び(二五条)、スライド等による上映には制約がないという映画の著作物の違いがあつた(田村・前掲著作権法一五四頁)。一九九九年改正によつて全ての著作物に上映権が認められることになつた(岸本・前掲五一―五二頁)ので、映画フィルムの一コマを映写する等の行為が未発行の写真の著作物の原作品の展示にあたらなるとされるならば、展示禁止権が及ばないという違いのみとなつた。

(11) 田村・前掲著作権法三三三頁(但し、「映画の著作物」の著作権の帰属を確定する二九条についての文脈)。

(12) なお、小倉・前掲評釈一七一頁は、思想又は感情を創作的に表現したものを著作物とする創作性要件(二条一項一号)について、その映画の著作物の全体的形成に創作的に寄与した者が映画の著作物の著作者とされている(一六条)ことから、「映画の著作物」により表現される「思想又は感情」とは、一本の映画全体を貫く思想又は感情をいうのであり、当該著作物全体を貫く思想又は感情を視聴者に伝達しない連続影像是、映画の著作物の要件を充足しないとす。

しかし、そもそも一六条が映画の著作物の全体的形成に創作的に寄与した者(映画監督、撮影担当者、美術担

当者など)を、映画の著作物の著作者であると規定しているのは、二九条により映画製作者に帰属されることになる著作権を、映画製作者により報酬を十分受けていることが想定される、映画監督等の著作権に限定するためである(田村・前掲著作権法三三〇頁)。一六条による著作権者以外の映画の著作物の作成に関与した者が、完成した映画の著作物に権利を行使できないのならともかく、二次的著作物である映画の著作物に原著作者としての権利を行使しうるのであるから(長塚真琴「映像と著作者の権利の帰属」著作権研究二五号(一九九八年)二三頁)、一六条の規定は映画の著作物の要件としての創作性とは無関係と考えられる。

また、小倉・前掲評釈一七一―一七三頁は、未編集フィルムや映画完成後の編集残フィルムも映画の著作物にあたるとした第一審(東京地判平成四年三月三〇日・判タ八〇二号二〇八頁〔三沢市勢映画一審〕)を取り消し、著作権法二九条一項により映画製作者が映画の著作物の著作権を取得するためには、著作物と認められるに足りる映画が完成することが必要であるとして、本件未編集フィルムの帰属を判断した原審(東京高判平成五年九月九日・判時一四七七号二七頁〔三沢市勢映画二審〕)(原審の結論を支持するものとして、長塚真琴「青森県三沢市市勢映画事件」著作権研究二二号(一九九四年)一九七一―

九八頁がある)を正当と認め上告を棄却した最判平成八年一〇月一四日(判例集未登載「三沢市勢映画上告審」・馬場巖「青い海のまち みさわ」未使用映画フィルムの著作権帰属事件」コピライト四三四号四二頁参照)も引用し、インタラクティブ性を有するゲームソフトは未編集フィルムと同様に、完成した「映画の著作物」とはいえないとする。

けれども、「映像著作物」を超えた「映画の著作物としての」創作性を要求すると、BGVのように風景を描写しただけの影像を内容とするビデオソフトが映画の著作物にあたらないことになる等、単なる「映像著作物」であるか「映画の著作物」であるかの判断が微妙なものとなつて、権利の所在が不明確になつたり、著作物の円滑な利用が憚られるおそれがあるとともに、「映画の著作物」ができた時点で、「映像著作物」としての著作権がどこに帰属するのかという問題も生じる(田村・前掲著作権法三二—三三—三四頁)。よつて、映画の著作物に必要とされる著作物の基本的要件としての創作性は、街頭にカメラをセットしておいて、そこへ人が通るシーンを自動的にフィルムにとつただけのものや、名作絵画をそのままビデオで連続的に写しているに過ぎないようなものを単なる録画物として除く程度のものであり(加戸・前掲四八頁)、映像著作物と区別された映画としての創作性は不要

と解しておくべきと思われる。

このように最高裁判決には問題があると思われるが、大阪地裁が述べるように、ゲームソフトの性質からすれば、プレイヤーのプレイを待たずに完成した著作物といふべきであり、未編集の映画フィルムと同視して論じることが相当でないとして、少なくともゲームソフトについて射程は及んでいないと考えるべきと思われる(小倉・前掲評釈一七三頁は、大阪判決と最高裁判決の抵触を主張する)。

(13) 石岡克俊「テレビゲーム用ソフトの『映画の著作物』該当性——中古テレビゲームソフト販売差止め東京訴訟判決」ジュリスト一七〇号(二〇〇〇年)二八〇頁。

(14) 著作権審議会マルチメディア小委員会における検討では、映画に関する規定の見直しとして、①映画の著作物の範囲を伝統的な劇場用映画に限定するとともに、それ以外の文字、音声、画像等の情報が統合され全体として一つの創作的表現となつている著作物については、「視聴覚著作物」又は「マルチメディア著作物」のような新たな著作物の分類を別途設ける、②映画の著作物という分類を廃止し、より広い範囲の著作物を含む「視聴覚著作物」又は「マルチメディア著作物」のような新たな著作物の分類を設ける、という対応例が考えられており、現行法における映画の著作物の概念について、見直すべき

時期に至つているとの意見が多かつたと報告されている  
 (著作権審議会マルチメディア小委員会 ワーキング・グループ「著作権審議会マルチメディア小委員会 ワーキング・グループ検討経過報告——マルチメディアに係る制度上の問題について——」(平成七年)四一頁)。

(15) パソコン用シミュレーションゲーム「三國志Ⅲ」の登場人物の能力値を変更するプログラムが著作人格権(同一性保持権)、著作財産権(翻案権)を侵害するかが問題となつた事案。原審判決(東京地判平成七年七月一日・知裁集二七卷三号五〇九頁)、控訴審判決ともに侵害を否定した。ゲームソフトの内容について、データ容量が限られているため、映像はリアルな動きを持つておらず、動画が用いられているのは軍事戦争場面等一部にとどまり、静止画像が圧倒的に多いと認定されている。

(16) ビデオゲーム(テレビゲームは一般家庭向けのものを指し、ビデオゲームはゲーム・センターや喫茶店向けのものを指すとする(泉・前掲五〇七頁))「バックマン」の著作権を有する株式会社ナムコが、「バックマン」の無断複製ビデオゲーム機を設置して顧客に使用させた喫茶店の経営者を、映画の著作物の上映権に基づいて損害賠償を請求した事件。請求認容。東京地裁は、「映画の著作物」に該当するための、映画の効果に類似する視覚的又は視聴覚的效果を生じさせる方法で表現されていること

(表現方法の要件)、物に固定されていること(存在形式の要件)、著作物であること(内容の要件)の各要件を満たし、映画の著作物と認められると判断した。

(17) 任天堂株式会社が発売したテレビゲーム「ドンキーコング・ジュニア」のソフトウエアプログラムを無断で複製・販売したゲーム複製販売会社三社と同社代表取締役等三名が著作権法違反(一一九条)の罪に問われた事案。被告人らの著作権法侵害を肯定。大阪地裁堺支部は、テレビゲームのロムに収録されている著作権が、ディスプレイ上の映像を中心とする映画の著作物と、ソフトウエア・プログラムの各著作物に対応する著作権であると認定した。

(18) ビデオゲーム「バックマン」の著作権者である株式会社ナムコが、書籍・雑誌の出版・販売業者である被告の、アメリカのパソコン通信ネットワークにアップロードされていたシェアウェア・ゲームソフト「Chomp」をダウンロードし、書籍の付属ディスクに収録して販売した行為が、複製権及び頒布権を侵害しているとして、損害賠償等を請求した事件。請求認容。東京地裁は、昭和五九年のバックマン事件と同様に、映画の著作物についての三要件を満たし、映画の著作物に該当すると認定した。

(19) ゲーム機のハード及びソフトの開発・製造・販売等を行う会社である原告は、「ネオジオ(NEO-GEO)」という

商品表示の家庭用ゲーム機（ゲーム機本体とコントローラーからなる）及び対戦モード用コントローラーを別売りとして製造販売している。被告は、連写機能が付加されている、原告ゲーム機本体にのみ接続可能な専用コントローラーに、「ファイティンググステイック NEO」又は「ファイティンググステイック NEO II」という表示を伏して販売していた。原告は、主位的に、映画の著作物についてのの上映権侵害とプログラムの著作物についての著作人格権侵害等に基づく損害賠償等、予備的に不正競争防止法に基づき「NEO」又は「ネオ」の表示の使用差止及び損害賠償を求めた。大阪地裁は、本件ゲーム機により映し出される影像の動的变化又はこれと音声によつて表現されるものは、それぞれが映画の著作物と認められ、原告は上映権を有すると述べたが、ゲームソフトウェアの上映は形式上も実質上もユーザーによつて行われているとした。主位的請求はいずれも棄却されたが、予備的請求が認められ、被告には表示の使用禁止とともに約一億二千万円の支払いが命じられた。

(20) 後掲「ときめきメモリアル 一番」の控訴審判決。人物設定の改変とそれによる「ストーリー」の改変、「女生徒との最初の出会いの時期」の改変がなされたとして同一性保持権侵害を肯定し、原判決を変更して被控訴人に対し一四六万円余の損害賠償支払いを命じた。

(21) 原告が開発・販売を行ったビデオゲーム「ディグダグ」のロムに収納されたオブジェクト・プログラムを一部改変した「ジグザグ」と題するプリンティッド・サーキット基板が無断製造された行為に対し、損害賠償等が請求された事案。被告が裁判に欠席したため、「ディグダグ」が映画の著作物に該当すると共に、そのオブジェクトプログラムも著作権法上保護される著作物である、という原告の主張が認められた。

(22) 株式会社ナムコが研究開発したビデオゲーム「ボール・ポジション」のロムに収納されたオブジェクトプログラムと、ほとんど同じオブジェクトプログラムを収納したロムを用いるビデオゲーム「トッププレーサー」を製造・販売する行為が、複製権を侵害するとして損害賠償等が請求された事案。被告が裁判に欠席したため、「ボール・ポジション」は映画の著作物に該当すると共に、そのオブジェクトプログラムは著作権法上保護される著作物に該当するものであるとする原告の主張が認められた。

(23) ゲームソフト「ときめきメモリアル」の著作権等があるコナミ株式会社、プレイヤーの能力を示すパラメータをデータとして収納し、ゲームのプログラム実行にあたり、ゲーム機のハードウェアにそのデータを読み込んで利用するメモリーカードを輸入・販売した被告に対し、同一性保持権等を侵害するとして、損害賠償等を請求し

た事件。大阪地裁は、原告の請求のうち、同一性保持権が侵害されたことを理由とする損害賠償と謝罪広告の請求を棄却し、メモリーカードに「藤崎詩織」のアイコンが無許諾で複製使用されていることについて、一四万円余の支払いを命じるにとどまった。

(24) 東京地決昭和六二年二月二四日・判時一二二二二号一三四頁「ドラゴンクエストII」を、ゲームソフトの映像表現が映画の著作物に該当することを認めた事例とする向きもあるが（石岡・前掲二七八頁等）、理由が全く示されていない決定であり、ビデオゲームの映像画面をファミコン雑誌に掲載することの差止め等の仮処分申請が認容された事案であつて、画像についての複製権のみで対処可能であるため、映画の著作物該当性については判断していない可能性がある。

(25) 但し、ヴィジュアルが一切用いられておらず、音楽と効果音だけで全てが表現されているようなゲームソフトは、映画の著作物に該当しないことになる（新潟大学渡邊ゼミ中古ソフト班「中古ソフト問題」<http://www2.henigata-u.ac.jp/~w-semi/sumet1999/99okyo.html>（一九九九年一月二十五日現在））。

(26) 岡邦俊「続・著作権の事件簿⑧中古ゲームソフトの販売を禁止した大阪地裁——『パラサイト・イブ』事件判決（一九九九・10・7）を巡って——」JCAジャーナ

ル四六卷二二号（一九九九年）三四頁は、個々のゲームソフトの具体的な内容から個別具体的に判断するべきであると主張する。これに対しては、個別判断の基準が明確ではなく、判断が分かれるものが出て混乱を招くという問題点が指摘されている（大家重夫「中古ゲームソフトの販売をめぐる2つの判決」特許研究二九号（二〇〇〇年）三八頁）。

(27) 辰巳直彦「知的財産と並行輸入」甲南法学三五卷三・四号（一九九五年）一〇六頁

(28) 岸本・前掲四八―四九頁。なお、譲渡権新設における中古ソフト問題の取扱いについて、吉田大輔「講演録 最近の著作権問題の動向」コピライト四六一号（一九九九年）一二頁参照。

(29) 但し、ゲームソフトに限定して言えば、プログラム著作物として貸与権や譲渡権を行使しうる（小倉・前掲評釈一八七頁）。ちなみに、プログラムが著作権法の保護を受けることが明示される前に、ゲームソフトのプログラムの著作物性を肯定した判決として、東京地判昭和五七年十二月六日・無体集一四卷三三七九六頁「スペース・インベーダー・パートII」、横浜地判昭和五八年三月三日・判時一〇八一号一二五頁「スペース・インベーダー」、大阪地判昭和五九年一月二六日・判時二一〇六号一三四頁「STRATEGY X」。

なお、映画の著作物とプログラム著作物の両方に該当するということは、一個の著作物を法的に二重に保護することになるのではないかという点については、著作物性をとらえる観点が全く別個であるということの意味するにすぎず、一個の著作物を法的に二重に保護することにはならないと説明される。

(30) 秋山多喜男「ビデオの流通と法的問題点」『メディア文化と法』(青山学院大学法学部・一九九五年) 三三八―三四〇頁、田村・前掲著作権法一三三頁。

(31) 頒布権は、複製物の貸与の場合だけでなく、譲渡の場合にも及ぶ権利として構成されているが、ねらいはあくまで映画の配給に関する貸与の場合に置かれていたため、消尽理論の適用を考慮する必要が認識されなかつたと推測される(半田正夫「映像の保護と利用」・総論)著作権研究二五号(一九九九年)九頁。

(32) なお、大阪地裁は、特許権について少なくとも国内消尽が広く承認されているという販売店側の主張に対し、著作権の複製物が譲渡された場合には、著作権者の許諾を得て複製されたものであっても、利用態様によっては、公衆送信権や貸与権などを侵害することがあり、特許権とはただちに同列に論じられないとしている。

しかし、転々流通することが予定されているゲームソフトの利用態様は、公衆送信権や貸与権がかかわる場面

よりも、特許製品が譲渡される場面に類似すると思われる。すなわち、特許権者は特許権が消尽するという前提で最初に流通におく段階において十分な利潤を獲得する機会がある一方、特許権者の許諾の下に譲渡された製品について、転々譲渡の度に特許権を侵害するとしては流通を甚だしく阻害することから、特許製品の譲渡の度に特許権が及ぶようになっていく特許法の条文(特許法六八条、二条三項一号・三号)にもかかわらず、特許権が消尽すると理解されている(田村善之「知的財産法」(有斐閣・一九九九年)二二〇―二二二頁)のに対し、公衆送信は著作物の大量の複製の原因となる行為(田村・前掲著作権法一五六頁)、貸与は一個の複製物により複数の需要を満たす行為(田村・前掲著作権法一二三頁)であるから、著作権者が最初の配布の時に予定して対価を得ている行為とは言い難いため、権利が及ぼされていると考えられるからである。但し、後述するようなゲームソフトをコピーして中古市場に回す行為が横行すると、一つの著作物で多数の需要が満足されてしまい、著作権者に利益が還流しないという問題が生じる。

(33) 前掲「バックマン・アーケード」判決も、著作権法が、劇場用映画とは全く取引実体を異にするものであっても、映画の著作物に該当する以上、上映権等を認めるとの立場をとったことは明らかであるとしている。だが、被告

は、映画の著作物と解することになると当然上映権及び頒布権が認められると述べており、映画の著作物に該当すること、どのような内容の権利をどの程度の範囲で認めるかは別問題であるという点が認識されておらず、また、被告が頒布権にまで議論を拡大してしまつたものの、原告は上映権侵害のみを主張している事案である(泉・前掲五一二頁)。なお、この当時、プログラムの無断複製によりビデオゲームが作成されたことを取得の時に知っていたれば、その使用を侵害とみなす——三条二項の規定がなかつたため、海賊版ビデオゲームを設置している喫茶店やゲームセンターを訴えるには、映画の著作物の上映権侵害を主張する必要がある(樋口雄悟(新潟大学渡邊ゼミ)「中古ソフト問題」[http://www2.hle.nigata-u.ac.jp/~w-semi/mogura/yuko\\_3.htm](http://www2.hle.nigata-u.ac.jp/~w-semi/mogura/yuko_3.htm) (一九九九年八月二五日現在))。

前掲「バックマン・フリーソフト」判決も、被告が映画の著作物としての本件ビデオゲームについて有する複製権及び頒布権を侵害したと判示しているが、ディスクへの収納とそれを販売した者が同一であり、複製権侵害のみを認定すれば足りた事案である(泉・前掲五一六頁)。東京地判平成六年七月一日・判時一五〇一七七八頁「一〇一匹ワンチャン」は、アメリカで販売されたビデオカセットの日本における製作・販売のライセンスを受

けていた被告が、当該ビデオカセットを並行輸入する行為が違法である旨の文書を頒布したのに対し、並行輸入業者が販売活動を妨害されたとして損害賠償を請求した事案において、「著作権法は、二条一項二〇号において『頒布』について『有償であるか又は無償であるかを問わず、複製物を公衆に譲渡し、又は貸与すること』と定義し、二六条一項では、劇場用映画の特定の形態の頒布権のみを著作権者に専有させるといふような限定をしていないのであつて、劇場用映画の複製であるビデオカセットを公衆に販売する行為も二六条所定の頒布権の対象となることは明白である。」と述べている。

しかし判決の引用する「頒布」の定義は、二六条以外にも適用される一般的定義であるのに、それを映画の著作物についてのみ認められている実質的理由を考慮することなく形式的に適用することは問題であり、また、著作物一般については違法複製物の頒布目的による輸入・頒布や頒布目的による所持のみが侵害行為とされているため、真正商品の並行輸入は自由であることとの均衡がとれない等の批判がなされている(辰巳直彦「映画のビデオカセットの並行輸入品の販売は映画著作権者の頒布権を侵害する——一〇一匹ワンチャン並行輸入事件——」特許管理四五巻五号(一九九五年)七二八頁)。わが国の著作権法において、映画の著作物の複製物については頒

布権が消尽しないと理解されていたことからすれば(同・七三二頁)、被告が頒布権を有すると信じて行った文書頒布を違法とはできなかった事例であると考えるべきである。

(34) 公衆への貸与が禁じられているのは、一個の複製物について何度も貸与が行われることによって多数の需要が満足され、著作権者に需要に相應する対価が還流しないことを防ぐためであるので(田村・前掲著作権法一一三—一二四頁)、貸与権が消尽しては意味をなさなくなってしまう。また、貸与権を含めて消尽とした場合には、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過大な対価を要求することになり、複製物の普及や著作物の使用に支障が生じるることになってしまう(同・一三九頁)。

(35) 著作権法一九九九年改正で著作物全般に譲渡権が認められたが、やはり流通についての考慮から消尽が定められている。「著作物等(音楽用CDや書籍など)の譲渡は、経済取引として日常的に大量・広範に行われており、譲渡行為の全てについて譲渡権が及ぶこととなると著作物の流通に大きな影響が生ずるおそれがあることから、譲渡権の消尽、譲渡権の制限、善意者に係る譲渡権の特例の規定を置き、権利の認められる範囲を制限することにより、権利の保護と円滑な流通の確保との調和を図ることとしている。」(岸本・前掲四八頁)。

(36) 辰巳直彦「講演録 著作物の無形的伝達と有形的頒布—— 一般的頒布権の導入を中心として——」コピライト四五五号(一九九九年)四〇頁。従来の映画配給権を前提とした頒布権を、当然に転売・再譲渡が予想されるビデオ・カセット等の市販ソフトにそのまま認めていくことは、将来のビデオ・ソフトの利用発達あるいは利用態様によっては、法改正を要することになる問題ではないかとも指摘されている(加戸・前掲一五九頁)。

(37) 書籍等と比べた場合、ゲームソフトは使用中に購入自体のフロッピーやパッケージという有体物に手を触れることが少ないため、それらの外見の劣化が小さいので、中古品と新品の差異が比較的生じにくく、さらに使用中外見を目にすることがないため、新品と中古品との区別が比較の意味をなさないという特徴が指摘されている(森本絃章「ゲームソフトの頒布権と用尽論に関する一考察」JCAジャーナル九五年一月号五頁)。しかし、説明書や保証書、ケースについては新品と中古の差異が生じうると思われる。

(38) プレイステーションのほとんどのゲームが定価五八〇〇円で、新品は五五一〇から五二二〇円で販売され、売れ残ると四九八〇円から三四八〇円(仕入れ値は四三五〇円)さらに九八〇円にまで段階的に値下げされる。一方中古は発売直後では四九八〇円から人気のないものは

三八〇円のものまであるようである（新潟大学・前掲）。

(39) プレイステーション用ゲームソフトにはコピー対策が施されており、CDROMをコピーする機器によってコピーしただけでは、オリジナルと完全に同じにはプレイできないが、ハード本体に埋め込むチップを用いれば、コピーしたソフトでもオリジナルと全く同じゲームをできるようである。ソフトがCDROMではなくROMカセットの形態をとるもの（スーパーファミコンなど）については、「吸い出し」ツールを用いることで、記録されているデジタルデータをパソコンのハードディスク等にコピーすることができるようある。また、パソコン上でプレイステーションその他家庭用ゲーム機のソフトを動かすことが可能となるエミュレータというものが、市販されたりインターネットで無料配布されている（小倉秀夫「現代著作権法入門講座⑩コンピュータ・ゲームと著作権」CIPICジャーナル八一号（一九九八年）七六一七七頁、同「法律一問一答」エミュやっぺいこと悪いこと」ゲームラボ一九九九年九月号五八―六〇頁、同「メーカーがクレーム市場なる日」ゲームラボ一九九九年一二月号五二―五六頁参照）。

(40) 一九九八年に販売された約一億四千万本のゲームソフトのうち、中古ソフトは三〇・二%（推定値）を占める（読売新聞一九九九年一〇月一六日夕刊九面）。

(41) 貸しレコード問題についての、田村・前掲著作権法二二四頁参照。

(42) 木谷雅人「ベルヌ条約議定書等の状況」著作権研究二〇号（一九九三年）五八頁。

(43) 小倉・前掲評釈一六六一―六七頁は、飽きたゲームを中古ゲームソフト販売店に売却したお金を原資として、新しいソフトを購入するユーザーがいること、中古品でしか入手できないゲームソフトが存在すること、新品ソフトの価格が高すぎることを指摘する（藤田康幸⇨藤本英介⇨小倉秀夫「著作権と中古ソフト問題」システムファイブ・一九九八年）二二―二七頁「小倉執筆部分」も参照）。辰巳・前掲講演録四一頁も、消費者が情報を消費する情報化時代において、著作権法と消費者保護の問題が深く関連するようになってくるかもしれないと述べる。

(44) 泉水文雄「ニュース97/11-98/01」[http://illage.infoweb.ne.jp/~sensui/news98\\_1.htm](http://illage.infoweb.ne.jp/~sensui/news98_1.htm)（一九九九年一月四日現在）、田村・前掲知的財産法三九〇頁。

(45) 辰巳・前掲講演録四〇―四一頁。

(46) 具体的な解決策として、①販売店が中古品の売上の数%をメーカーに支払うことを著作権法等により規定する方法、②著作権法等により一定期間のみ中古売買を禁止する方法、③プレイ権や超流通等により、ゲームの使用に応じてメーカーに対価を支払うシステムを技術的に構

- 築する方法、等が考えられる（新潟大学・前掲参照）。なお、（立法により）ゲームソフトに消尽しない頒布権を認め、流通・競争上の問題については別途独占禁止法等で対処するという方法も考えられるが（作花文雄「Q&A 映像ソフトと著作権制度」コピライト四六四号（一九九九年）五二頁参照）、新品の流通過程における譲渡行為にまで権利が及び、またその権利が五〇年存続すること考えると、解決策としては疑問がある。
- (47) 吉田・前掲講演録五―七頁。
- (48) 但し、コピープロテクト回避して行われる複製も、バックアップ目的であれば許容されている（四七条の二）と考えられる（小倉・前掲メーカー五五頁）。
- (49) 通商産業省産業政策局知的財産政策室「解説『不正競争防止法の一部を改正する法律』について」コピライト四六〇号（一九九九年）三八―四〇頁、田村・前掲知的財産法四七―五一頁。
- (50) ベルヌ条約における頒布権（distribution right）も、正文の仏文では流通の場におく（mise en circulation）という書き方になっており、第一頒布にのみ及ぶ権利であって、その後の頒布を含む権利ではないようである（木谷・前掲五六頁）。
- (51) 例えば、アメリカ合衆国著作権法でも、譲渡とともに貸与も頒布のうちに含まれており、権利者が複製物を譲渡すれば頒布権は消尽するが、商業的貸与に関しては消尽の範囲から除外されている。ドイツ著作権法も、頒布権の内容に譲渡と貸与が含まれているが、譲渡による頒布権の消尽と、営利的貸与が消尽の対象から除かれること、非営利的貸与については報酬請求権の対象になることが定められているようである（辰巳・前掲講演録三六一―三七頁、泉・前掲五〇八頁）。
- (52) 辰巳・前掲講演録三八―三九頁。
- (53) 田村・前掲著作権法一三八頁。
- (54) 岸本・前掲四七―五二頁。主にWIPO著作権条約を批准するための改正である（越田崇夫「解説『著作権法の一部を改正する法律』について（前編）——技術の進展と著作権保護の新たなステップ——」コピライト四六〇号（一九九九年）二四頁）。
- (55) 映画の著作物についてののみ、公衆に提示することを目的として譲渡・貸与する行為も「頒布」に含まれているため（二条一項一九号後段）、上映権侵害の予備的・補助的行為である譲渡や貸与には、頒布権が及ぶことになる（田村・前掲著作権法一三八頁。但し、上映権侵害にはあたらぬ非営利かつ無料の上映（三八条一項）であっても、それと知りつつ複製物を譲渡する場合には、頒布権侵害にあたる）ことがあるとする。また、著作権者の許諾を得ていない複製物を用いて公の上映がなされる場合、

非営利かつ無料の上映は差し止められないことで法的安定性を図るが、対価が得られていない複製物を用いて公の上映がなされることを防止する必要があるため、頒布権侵害を問いうる(同一三九頁)。

(56) 小倉・前掲評釈一六七―六八頁。

(57) 平成一〇年一月二〇日審判開始決定・審決集四四卷三八九頁。ソニーが応諾しなかったため、審判手続きが行われる。

(58) 泉・前掲五一七頁。

(59) 泉・前掲五一八一―五一九頁。

(60) 審決集未登載・梶谷武弘「日本レコード協会の著作権法上の権利濫用事件」〔社団法人日本レコード協会に対する警告(昭和五七年二月一日)〕公正取引三八九号(一九八三年)三四頁参照。著作権法に貸与権が創設される前の事件である。レコード等の製造業者を会員とする事業者団体である日本レコード協会が、会員各社が取引先レコード販売業者に対し、貸しレコード店へレコードを供給しないこと、貸しレコード店への供給ルートを究明すること等を申し合わせ、これを実施してレコードの出荷停止を行ったものがあるという事実認定がなされ、独占禁止法二三条により適用を除外される行為とは認められず、独禁法八条一項四号(構成員の機能活動の制限)又は五号(不公正な取引方法第二項の取引拒絶)に違反

するおそれがあるとして警告が行われた。

(61) 特許法で認める技術の独占が市場の独占と同じではないとする、白石忠志「技術と競争の法的構造」(有斐閣・一九九四年)二〇頁、田村善之「特許権の行使と独占禁止法」公正取引五八八号(一九九九年)二二六頁。

(62) 白石・前掲二〇頁、田村・前掲特許権二八頁。

(63) 田村・前掲特許権二八頁、三五頁(注一六)。