

Title	〔商法四一六〕中古ゲームソフト販売行為が頒布権の侵害にあたら ないとされた事例 (大阪高裁平成一三年三月二九日判決)
Sub Title	
Author	諏訪野, 大(Suwano, Oki) 商法研究会(Shoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2001
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.74, No.10 (2001. 10) ,p.119- 131
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20011028-0119

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔商法 四一六〕

中古ゲームソフト販売行為が頒布権の侵害にあたらな
いとされた事例

〔大阪高裁平成一三年三月二九日判決
平成一一年（ネ）第三四八四号、著作権民事訴訟事件（上告）
判例時報一七四九号三頁〕

〔判示事項〕

ゲームソフトは映画の著作物に該当し、その著作権者は頒布権を有するが、著作権において有形的な商品取引の行われる場合、自由な商品取引という公共の利益と著作者の利益との調整として、消尽の原則が適用されると解するのが相当であるところ、劇場映画に関する配給制度のように消尽について特段の定めをしなくても取引上の混乱を生じることはない場合は格別、そのような状況が認められないゲームソフトについては消尽の原則が適用され、いったん市場に適法に拡布されたゲームソフトの中古販売は頒布権侵害とはならない。

〔参照条文〕

著作権法二条一項一九号、二条三項、二六条

〔事実〕

家庭用テレビゲーム機用ソフトウェア（以下「ゲームソフト」という。）のメーカーであるX1、X2、X3、X4、X5、X6（被控訴人・原告。以下、Xらとする）が、ゲームソフトの中古品を販売しているY1、Y2（控訴人・被告。以下、Yらとする）に対し、Xらが著作権者であるゲームソフトは映画の著作物（二条三項）に該当し、Xらの許諾を得ずにこれらの中古品を販売する行為は、Xらが有する頒布権（二六条一項）を侵害するとして、ゲ

ムソフトの中古品の販売差止め及び廃棄を求めた(原審・大阪地判平成一一年一〇月七日判時一六九九号四八頁)。

原審においては、①ゲームソフトが「映画の著作物」に該当するか、②争点①が肯定される場合、ゲームソフトの著作権者は頒布権を有するか、③争点②が肯定される場合、頒布権が第一次譲渡により消尽するかについて判断がなされた。

争点①について、「ゲームソフトは、それぞれ、全体が連続的な動画面像からなり、CG(コンピュータ・グラフィックス)を駆使するなどして、動画の影像もリアルな連続的な動きをもったものであり、影像にシンクロナイズされた効果音や背景音楽とも相まって臨場感を高めるなどの工夫がされており、一般の劇場用あるいはテレビ放映用のアニメーション映画に準じるような視覚的又は視聴覚的効果を生じさせる方法で表現されていると、差し支えない程度のものであることが認められ……著作権法二条三項という『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』ているものというのに十分である」と、「CD-ROM中に収録されたプログラムに基づいて抽出された影像についてのデータが、ディスプレイ上の指定された位置に順次表示されることによって、全体とし

て連続した影像となつて表現されるものであり、そのデータはいずれもCD-ROM中に記憶されているものであるから、……固定性の要件に欠けるところはな」く、また「影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、常に同一の影像及び音声が続いて現われないことをもつて、物に固定されていないといふことはでき(ず)……劇場用映画のように、映画フィルムを再生すれば常に同一の連続影像が再現されるのでなければ、『物に固定されている』とはいえないと解すべきものではない」として、ゲームソフトが二条三項の要件を満たすことを認容した。さらに、「ゲームソフト自体が作者の統一な思想・感情が創作的に表現されたものというべきであり、プレイヤーの操作によって画面上に表示される具体的な影像の内容や順序が異なるといったことは、ゲームソフトに『映画の著作物』としての著作物性を肯定することの妨げにはならない」とした。

争点②については、「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」とした上で、「配給制度の存在という社会的事実を前提として、著作権法が

映画の著作物のみに頒布権を認めた背景には、映画の著作物は、製作に多大な費用、時間及び労力を要する反面、一度視聴されてしまえば視聴者に満足感を与え、同一人が繰り返し視聴することが比較的少ないという特性が考慮されているものと考えられる。すなわち、右のような性質を有する映画の著作物について、投下資本の回収の多様な機会を与えるために、上映権及び頒布権を特に認めて、著作権者が対価を徴収できる制度を構築したものと考えられ、「ゲームソフトは……多数の者が組織的に製作に関与し、多額の費用と時間をかけて製作される場合も多く、この点では劇場用映画に類似するものであり、……視聴者（需要者）に短時間（劇場用映画と比較すればその差はあるが）で満足感を与えるものである点も、劇場用映画と大きく異ならず、……その投下資本の回収の多様な機会を与えることには合理性があり、これに対して頒布権を認めることも、劇場用映画と比較すればあながち不合理であるともいえず、少なくとも、映画の著作物に頒布権を認めた立法趣旨に照らして、頒布権のある映画の著作物として保護を受けるに値する実質的な理由がないとはいえない」としてゲームソフトの著作権者が頒布権を有することを認めた。

争点③については、「著作権法は、著作物一般について

は、頒布権を認めず、著作権を侵害する行為によって作成された物を情を知って頒布する行為を著作権侵害とみなす旨の規定（一一三条一項二号）を設けている。そして、映画の著作物についてのみ、他の著作物一般には認められていない頒布権を認め（二六条一項）、著作権を侵害する行為によって作成された物であるか否かを問わず、映画の著作物をその複製物により頒布する権利を著作権者に専有させている。また、ここにいる『頒布』とは、『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いい、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』（二条一項一九号）ものとし、頒布権の消尽については何ら規定するところがない。これらの著作権法の規定からすれば、映画の著作物の頒布権が第一譲渡行為に限定されたものであると解することはできず、また、第一譲渡後に頒布権が消尽するとする根拠もない」として頒布権の消尽を認めず、結果としてXらの請求を認容した。

Yらが控訴。

〔判 旨〕

控訴認容。

争点① ゲームソフトは映画の著作物に該当するか。

「ゲームソフトは、アニメーション映画におけるのと同様、ショットの構成やタイミング、カメラワークを含む作品成立にかかわるすべての表現要素をまとめた編集行為が絵コンテ段階で行われ、プレイヤーの操作・選択による変化をも織り込んで、著作者の意図を創作的に表現する編集行為が存在しているのであり、プレイヤーによる操作を前提としつつ、これを想定した上で著作者がいかに見せるかという観点から視聽覚的效果を創作的に表現しているというべきであつて、……映画の効果に類似する視覚的又は視聽覚的方法で表現され、かつ、創作性があつて著作物性を有し、右表現がプログラム化されてCD-ROMに収録されて固定されているから、映画の著作物に該当するというべきである。」

争点② ゲームソフトの著作権者は頒布権を有するか。

「法二六条は、劇場用映画の配給制度という取引実態を踏まえて、映画の著作物について頒布権という特別の支分権を認めて作られた規定であるところ、本件各ゲームソフトの流通、取引形態は、右劇場用映画の配給制度とは全く異

なるものであるということができるが、しかし、そのことから、直ちに、本件各ゲームソフトが頒布権を有しない映画の著作物に該当するとすることはできない。ただし、本件各ゲームソフトが映画の著作物に該当する以上、法二六条が適用されることになるのは当然であつて、明文によつて認められる権利を否定するにはそれだけの十分な理由付けが必要であるところ、右事由は、未だ本件各ゲームソフトについて頒布権を否定するに足りるだけの理由に至っていないというべきだからである。

なお、平成一一年法律第七七号による改正により、映画の著作物以外の著作物について譲渡権の規定が新設された（法二六条の二）ことに照らしても、控訴人らのような解釈を採ると、本件各ゲームソフトは、法二六条、二六条の二のいずれにも該当しないことになり、著作物のうち唯一譲渡権の認められないものを肯定するという不相当な結果を招くことになる。」

争点③ 頒布権は消尽するか。

「著作権法の領域において消尽の原則が適用されるのは同法も当然の前提とする商品取引の自由という原則に基づく。」

「特許権に権利消尽の原則が認められることは一般に承認

されている。特許権の消尽理論は、特許権の効力を特許製品の流通過程に及ぼすことが自由競争ないしは取引の安全を害することとなることから、特許権者と一般公衆の利益との調整を特許製品が流通に置かれる時点で考慮するものということが出来る。特許制度の目的は、権利者に独占的な実施を認めることによりその利益を保証して発明へのインセンティブを増すことにあるが、その効力は常に公共の利益とのバランスにより決定されなければならない、商品が転々流通することは産業発展にとって必須であるので、特許権がそれを阻害するような制度であってはならないという優れて政策的な判断から権利消尽の原則という理論が肯定される。

「著作権においても、ことは同様であつて、有形的な商品取引の行われる場合、すなわち著作物自体又は著作物の有形的複製物（複製物。以下単に『複製物』という。）につき商品取引の行われる場合、自由な商品取引という公共の利益と著作物の利益との調整として、消尽の原則が適用される」と解するのが相当である。

けだし、(1)著作権法による著作物の保護は、社会公共の利益との調和の下において実現されなければならないものであるところ、(2)一般に譲渡においては、譲渡人は目的物

について有するすべての権利を譲受人に移転し、譲受人は譲渡人が有していたすべての権利を取得するものであり、著作物又はその複製物が市場での流通に置かれる場合にも、譲受人が目的物につき著作権者の権利行使を離れて自由にこれを利用して再譲渡などを行うことができる権利を取得することを前提として、取引行為が行われるものであつて、仮に、著作物又はその複製物について譲渡等を行う都度著作権者の許諾を要することになれば、市場における商品の自由な流通が阻害され、著作物又はその複製物の円滑な流通が妨げられて、かえつて著作権者の利益を害する結果を来し、ひいては『著作者の権利及びこれに隣接する権利を定め、これらの文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り、もつて文化の発展に寄与する』（法一条参照）という著作権法の目的に反することになり、(3)他方、著作権者は、著作物又はその複製物を自ら譲渡するに当たっては、著作物の利用の対価を含めた譲渡代金を取得することができ、また、著作物の利用を許諾するに当たっては、著作権料を取得することができるのであるから、著作権者が著作物を公開することによる代償を確保する機会が保障されているものということができ、したがつて、著作権者から譲渡された著作物又はその複製

物について、著作権者がその後の流通過程において二重に利得を得ることを認める必要性は存在しないということが出来る……からである。」

「したがって、第一に、自由な商品生産・販売市場を阻害する態様となる限りにおいて権利消尽の原則が認められ著作権の効力が否定されるのは、市場経済の本質に根ざし、著作権法も当然の前提とする商品取引の自由という原則に基づくもので、著作権法の明文の法律の規定の有無にかかわらず論理的帰結であり、第二に、著作権の効力を権利者以外の行為に及ぼすことが自由な商品生産・販売市場を阻害する態様となる限りにおいて権利消尽の原則が働くのであるから、著作物の権利者及び著作物の権利者以外の者の行う頒布等の具体的行為態様の如何により権利消尽の原則の適用の有無が定まり、著作権の各種支分権のうち、自由な商品生産・販売市場を阻害する態様となり得る頒布等の権利の効力を及ぼすことの有無が定まることとなる。」

「頒布権は、その権利内容からして自由な商品生産・販売市場を阻害する態様となり得るから、当然に権利消尽の原則という一般的原则に服するものであり、ただ、具体的行為態様において、自由な商品生産・販売市場を阻害するものでない場合には、例外的に権利消尽の原則の適用を免れ

ることになると解するのが相当である。」

「頒布権には本来権利消尽の原則が働くが、……配給制度に該当する商品取引形態（後段頒布）は、流通に置かれる取引の態様からして自由な商品生産・販売市場を阻害する態様とならないといえるから、権利消尽の原則の適用されない例外的取引形態というべきであり、このような取引については右の原則は適用されず、著作者の権利が及ぶと解するのが相当であり、昭和四五年に法二六条により映画の著作物について頒布権が導入されながら、その消尽について何らの規定もされなかったのは、劇場映画に関する配給制度という我が国特有の取引形態を前提とすれば、そのような映画の著作物に頒布権を認め、その消尽について特段の定めをしなくても、取引上の混乱を生じることはないと考えられた結果であるということが出来る。」

〔研究〕

結論賛成。理論構成に反対。

一 本判決は、中古ゲームソフトの販売行為が頒布権侵害となるかという点に関する一連の判決の一つである。著作権法は、著作者がその映画の著作物をその複製物により頒布する権利を専有することを認める（二六条）。「頒布」とは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いい、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されている（二条一項一九号）。また、映画の著作物については、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含むものと定められているが（二条三項）、映画自体の定義はされていない。この点、立法担当者は映画の著作物が劇場用映画であることが明らかであるためこのような規定をしたものである（佐野文一郎「発言」『新著作権法セミナー（第14回）——映画、放送（テレビ）——』ジュリスト四八三号一一九頁）。ゲームソフトの影像が「映画の著作物」であると認めた裁判例は本判決を含め、すでに多数存在している（東京地判昭和五九年九月二八日判時一一二九号一二〇頁「パックマン事件」、東京地判昭和六〇年三月八日判タ五六一号一六九頁「ディグダグ事件」、東京地判昭和六〇年六月一〇日判タ五六七号二七三頁「ポール・ポジション事件」、東京地判昭和六二年二月二四日判時一一二二二号一三四頁「ドラゴンクエストII事件」、大阪地堺支部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・ジュニア事件」、東京地判平成六年一月三一日判時一四九六号一一一頁「フリーウエア・パックマン事件」、本判決原審。なお、静止画が多用されていることにより映画の著作物ではないとした判決として東京高判平成一年三月一八日判時一六八四号一一二頁「三國志III事件」。そのことを前提とすれば、映画の著作物たるゲームソフトの著作権者が頒布権を有することは法文上形式的に認められるはずである。しかしながら、本判決は頒布権の消尽を認めることで、東京地裁判決はゲームソフトは映画の著作物ではないとして（東京地判平成一年五月二七日判時一六七九号一頁）、東京高裁判決はゲームソフトが映画の著作物の複製物に該当しないととして（東京高判平成一三年三月二七日判時一七四七号六〇頁）、頒布権侵害を認めなかった。頒布権侵害を認めた原審でさえも、「ゲームソフトについて著作権者が消尽しない頒布権を有するとすることについては、立法論としては異論があり得ると思われる。」と述べる。

これまでゲームソフトを映画の著作物と認めた裁判例はゲームソフトの影像に関する上映権や複製権の侵害が問題となったものである。これに対して、中古ゲームソフト販売に関する一連の裁判例において問題となっている支分権

は頒布権である。この差異を踏まえ、判決に掲げられている三つの争点について検討を行う。

二 争点①ゲームソフトは映画の著作物に該当するか。

既述の通り、ゲームソフトが映画の著作物であると認められた裁判例はすでに多数存在する。ゲームソフトの影像に創作性があり(二条一項一号)、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おり、かつ、ROMに固定されていることにより二条三項の要件を満たし、よって映画の著作物に含まれるという理論構成であり、本判決も同様の見解を採用する。この点、前述の東京地裁判決が、映画が常に同じストーリーを展開するものであるため、プレイヤーの操作によってそのストーリーが変化するゲームソフトは映画の著作物にあたらないと判示したが、そのようなストーリーの変化についてもROM内に格納されているプログラムの範囲内で行われているのであり、技術の進歩による映画における表現の多様化の現われと考えるべきである。よって、ゲームソフトを映画の著作物と認めない理由はないと思われ、争点①につき判旨に賛成する。

三 争点②ゲームソフトの著作権者は頒布権を有するか。

判決は「ゲームソフトが映画の著作物に該当する以上、

法二六条が適用されることになるのは当然であって、明文によって認められる権利を否定するにはそれだけの十分な理由付けが必要である」としてゲームソフトの著作権者が頒布権を有することを認めた。しかし、「二六条は、劇場用映画の配給制度という取引実態を踏まえて、映画の著作物について頒布権という特別の支分権を認めて作られた規定である」とするにもかかわらず、「ゲームソフトの流通、取引形態は、右劇場用映画の配給制度とは全く異なるものであるということ」が頒布権否定の「十分な理由付け」に当たらないとした点は疑問である。頒布権が配給制度を踏まえて設けられた特別の支分権であるならば、ゲームソフトが映画の著作物に該当するとしても、配給制度を有しない以上、頒布権が認められることが当然であるとは言えないであろう。

頒布権が上映権や複製権と大きく異なる点は、著作物を「複製物により」利用する権利である点にある。複製物は有体物であり(二条一項一五号)、頒布権は実質的には有体物たる複製物の頒布についての排他的独占権であると言える。したがって、複製物の所有権が著作権者以外の者に属する場合でも、著作権者はその所有者に対して頒布行為を禁止しうることになる。しかしながら、資本主義経済

の下において、所有権のもつとも重要な作用は、もはやその客体である物を物質的に利用することではなく、これを資本として利用して利得をおさめることにあるのであつて（我妻榮『近代法における債権の優越的地位』九頁）、この意味で頒布権とは所有権のもつとも重要な作用を制限するものである。中古ゲームソフト販売に関する一連の判決において頒布権行使を避けようとする価値判断は右のような頒布権の所有権に対する影響の大きさが背景にあると思われる。この点、たしかに著作権法が民法の特別法であるため、所有権が制限されることは問題ないようにも見える（民法二〇六条）。しかし、著作権が無体物を、所有権が有体物を客体とし、各々の規制領域が次元を異にする点に鑑みると（最判昭和五九年一月二〇日民集三八卷一号一頁「顔真卿自書建中告身帳事件」）、無体財産権たる著作権が有体物を直接コントロールする、つまり所有権の規制領域に踏み込むことが許されるためには相応の理由が必要であらう。

頒布権は現行法制定時（一九七〇年）から存在するが、この時点では著作者が複製物の貸与や譲渡を排他的独占的になしうるのは映画の著作物のみに認められていたものであった。しかし、貸与権の創設（一九八四年）および譲渡

権の創設（一九九九年）により公衆に対する複製物の貸与・第一次譲渡に関して全ての著作物の著作者が排他的独占的になしうることとなった。この意味で、映画の著作物のみに認められる頒布権は複製物の貸与や譲渡に関する例外規定の位置に立つものとなったと解すべきである。条文の位置からすれば頒布権が最初にあるが、そのことはそれらの創設年代の順序や貸与権が複製物のみに適用されることに影響を受けたものと考えられ、頒布権が原則的規定であると解するのは妥当ではない。頒布権が例外規定であることからすれば、その解釈が厳格でなければならぬことは条文解釈の原則である。頒布権は映画の著作物にのみ認められているものであるが、頒布権が認められるべき映画の著作物は、右の例外規定性や他人の所有権に対する影響の大きさに鑑みて限定されるときも理由のないことではないと思われる。

ゲームソフトはあくまでも「映画の著作物に含まれるもの」であつて、映画の著作物として所与のものではない。判決も認める通り、頒布権は配給制度を踏まえて設けられたものである。したがつて、劇場用映画における配給制度と頒布権との関係を明確にして、ゲームソフトについても同様の利益状況が見出されるならば、そのとき初めてゲー

ムソフトは頒布権を認められるべき映画の著作物となろう。頒布権者となる映画の著作物の著作物とは、その全体的形成に創作的に寄与した者であるが(二六条)、著作者がその製作に参加することを約束しているときは映画製作者に著作権が帰属することが法定されている(二九条一項)。映画製作者とは映画の著作物の製作に発意と責任を有する者をいうが(二条一項一〇号)、映画製作については相当の資本投入が必要なことから、そのほとんどは会社(商法五二条)であろう。また、映画館における興行は營業的商行為である客の來集を目的とする場屋の取引(商法五〇二条七号。興行場法(昭和二三年法律一三七号)参照)であり、映画館興行主は商人(商法四条)である。映画館興行主が映画フィルム of 配給を受けることは付属的商行為(商法五〇三条)と考えられ、その相手方たる映画製作者も商法の適用をうける(商法三条)。映画製作者と映画館興行主との間に映画配給者が介在するにしても、頒布権者は映画製作者であり、頒布権の効果は映画製作者に帰属するべきであつて、映画製作者と映画配給者との間には頒布権に関して代理権の授与(民法九九条以下・商法五〇四条)がなされていると解すべきである。映画配給者もほとんどが会社であると思われるが、映画配給とは映画製作者からオ

リジナルの映画フィルムを借り受け、配給分の数のプリントを作成し、そのプリントを映画館興行主に配給することである。商法五〇二条一号は、賃貸する意思で動産を賃借し、または賃借したものを他に賃貸する行為を營業的商行とす。映画配給者はオリジナルそのものを賃貸するものではないが、それと同様の内容・価値を有するプリントを配給することから、同号の類推適用が可能ではないかと思われる。また、映画製作者は映画配給者を利用することにより、市場の状況を探り、適当な上映先の映画館興行主を見つけ、折衝を円滑に進めて、取引を容易に成立することができ。この点からは、映画配給者の行為は仲立に關する行為(商法五〇二条一号)に該当するとも解される。この意味で、配給制度とは映画の製作から上映までの過程において商人の間に存在する慣習、すなわち商慣習であると解され、この商慣習は法令たる著作権法により認められることにより法律と同一の効力を有する商慣習法となつたものである(法例二条)。換言すれば、現行著作権法制定以前には事実たる商慣習において存在していた配給権が著作権法によつて認められ、頒布権という商慣習法上の権利となつたものである。商慣習法は民法に優先して適用されるものであり(商法一条)、頒布権が複製物のコントロー

ルを直接なすことが可能となる根拠は実定法に求められる。そのような場合以外に頒布権を認めることは著作権者に過度な利益を与えるものであって妥当ではない。

したがって、劇場用映画における配給権のように二六条によって商慣習法上の権利とされるものを有しないゲームソフトは頒布権を認められるべき映画の著作物ではないと解され、争点②について判旨に賛成できない。

この点、判決は「映画の著作物以外の著作物について譲渡権の規定が新設された（法二六条の二）ことに照らしても、控訴人らのような解釈（ゲームソフトは頒布権のない映画の著作物・筆者註）を採ると、本件各ゲームソフトは、法二六条、二六条の二のいずれにも該当しないことになり、著作物のうち唯一譲渡権の認められないものを肯定するという不相当な結果を招くことになる。」と述べる。したがって、頒布権以外で複製物の第一次譲渡に関する排他的独占権が認められるのであれば、頒布権がないことは「不相当な結果を招く」ことにならない。そこで想起すべきは、ゲームソフトがプログラムの著作物としても保護されるという点である。ゲームソフトが最初に著作物であると認められたのは言語の著作物としてであり（東京地判昭和五七年一月六日判時一〇六〇号一八頁「スペース・インベー

ダー・パート2事件」、現在ではプログラムの著作物として保護されることに異論はない。映画の著作物と認められるゲームの影像にしても、そのプログラムなしでは「映画の効果に類似する視覚的または視聴覚的效果を生じさせる方法で表現され」（二条三項）、えないのであり、ゲームソフトがプログラムの著作物であるという面を看過または無視するべきではない。このゲームソフトがプログラムの著作物であるという面からは頒布権の適用はなく、適用されるのは譲渡権である。したがって、ゲームソフトの複製物の第一次譲渡に関しては著作権者が排他的になしうるのであって、頒布権が認められなくとも「不相当な結果を招く」とは言えない。また、譲渡権の消尽を定める二六条の二第二項は強行規定であることを忘れるべきではない（加戸守之『著作権法逐条講義三訂新版』一九二頁）。ゲームソフトは著作物として映画の著作物とプログラムの著作物という二面性を有するが、その複製物自体は一つの有体物である。その複製物に強行規定たる二六条の二第二項の効力が及んでいる以上、第一次譲渡後にその複製物の譲渡を所有者に対して禁止しうる理由を見出しえない。

前述の通り、判決は「明文によって認められる権利を否定するにはそれだけの十分な理由付けが必要である」とす

るが、これまで論じてきたことはその「十分な理由付け」に相当すると思われる。

四 争点③頒布権は消尽するか。

以上より、頒布権の消尽については述べるまでもなく中古ゲームソフト販売行為は頒布権侵害とならないとの結論に至る。しかし、本判決が争点②を肯定した上で、有形的な商品取引の行われる場合には頒布権に限らず著作権全体について消尽の原則が適用され、具体的行為態様において、自由な商品生産・販売市場を阻害するものでない場合にのみ例外的に権利消尽の原則の適用を免れるとしているため、この点につき検討を加える。

判決は「特許権の消尽理論は、特許権の効力を特許製品の流通過程に及ぼすことが自由競争ないしは取引の安全を害することとなることから、特許権者と一般公衆の利益との調整を特許製品が流通に置かれる時点で考慮するものということができる。」とした上で、このことを著作権にも適用して頒布権消尽理論を導くが、特許権と著作権との相違を看過していると言わざるをえない。特許権の消尽が認められるのは、著作権と異なり、排他的独占権の内容に「使用」が含まれる点にある。すなわち、特許権の効力とは、特許権者が業として特許発明の実施をする権利を専有

することであり（特許法六八条）、特許法上「実施」とは「物の発明にあつては、その物を……使用……する行為」（特許法二条三項一号）、「方法の発明にあつては、その方法を使用する行為」（特許法二条三項二号）ならびに「物を生産する方法の発明にあつては、前号に掲げるもののほか、その方法により生産した物を使用……する行為」（特許法二条三項三号）をいうのであつて、特許製品購入者の使用は文理上特許権侵害となる。したがって、特許権において消尽を認めることは特許製品の所有者にとってその使用のたびに特許権者に許諾を受ける必要がなくなり、また特許権者にとっても所有者に対して使用の都度許諾を与え

るといふ煩雑さを取り除くものであつて妥当なことと言える。一方、著作物を「使用」することは、小説を読む、音楽・絵画等を鑑賞する、ゲームソフトで言えばプレイすることであつて、二一条以下に定められた著作者が排他的独占的になしうる著作物の「利用」行為とは別個の概念である（三〇条・六三条参照）。複製物が誰の所有に属しようとも、その著作物を著作者の許諾なく利用することは当然に著作権侵害となるべきである。著作権が消尽することを原則とすると、実際に著作権が侵害された場合、著作者はその著作権が消尽していない旨の立証責任を負うこ

とになるが、その結論は妥当ではない。

また、譲渡権の消尽が認められるのは、強行規定たる消尽規定（二六条の二第二項）を明文で設けていることによる点は看過しえない。そのような規定のない頒布権に消尽を認めることは、二六条の二第二項を無意味にするものである。著作権は消尽しないことが原則であって、二六条の二第二項は著作権法の体系上例外的なものであり、そのため詳細な規定がなされていると解すべきである。頒布権を映画の著作物に限らず全ての著作物に認める諸外国も、その消尽は明文をもって初めて認められている（ドイツ著作権法（Gesetz über Urheberrecht und verwante Schutzrechte）一七条、英国著作権法（Copyright, Designs and Patents Act 1988）一六条(1)項(b)号・一八条、米国著作権法（U.S.C. Title 17 Copyrights）一〇六条(3)号・一〇九条(a)項）。このような解釈に対して判決は「形式論理としては一理あり、これをむげに否定することはできないけれども、立法者としては、消尽しない頒布権が認められる映画の著作物の範囲を明確にすることを避け、これを解釈に委ねて立法的に解決することを留保したものと考えることが可能であって、前記（頒布権は第一次譲渡後に消尽する…筆者註）のような解釈が十分成り立つというべきであ

る」とする。しかし、判決の解釈を採用すると現在の著作権法における頒布権の存在意義を失わせることになることが看過されている。頒布権の効力は、公衆に対する譲渡（第一次譲渡およびその後の譲渡）・貸与ならびに公衆への提示目的でなされる譲渡・貸与に及ぶ広範囲なものである。しかし、公衆への第一次譲渡・貸与については譲渡権と貸与権により全ての著作物の著作者が排他的になしうる。また、公衆への提示目的での譲渡・貸与についても、この目的に着目すれば、全ての著作物に認められる上映権（二二条の二）および公衆送信権（二三条）を侵害するおそれがある行為であり、予防請求（一二一条一項）の対象となる。以上より、頒布権に特有な差止可能な範囲は第一次譲渡後の譲渡のみである。したがって、頒布権の消尽を認めることは、法が頒布権を明文で認めている意義を失わせる結果となる。争点③はそもそも問題とならないが、一般論としても判旨の消尽理論には賛成できない。

諏訪野 大