慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	著作権法に基づく権利の行使と競争秩序：頒布権・消尽・独占禁止法
Sub Title	Exercise of distribution right and competition : its exhaustion and antimonopoly law
Author	石岡, 克俊(Ishioka, Katsutoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2003
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.76, No.1 (2003. 1) ,p.127- 154
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	金子晃教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20030128-0127

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.

著作権法に基づく権利の行使と競争秩序

――頒布権・消尽・独占禁止法――

石岡克俊

一　はじめに
二　著作権と流通制限
（一）　ビデオカセット並行輸入事件
（二）　中古テレビゲームソフト販売差止事件
（三）　頒布権・譲渡権・消尽
三　著作権法に基づく権利の行使と独占禁止法
（一）　ソニー・コンピュータエンタテインメント事件
（二）　法適用上の問題と検討
四　結　語

一　はじめに

これまでに著作権法に基づく権利の行使が、市場における競争秩序に有意な影響を及ぼし、競争法ないし独占禁止法との関連が明確に意識されることはそれほど多くなかった。[1] この点、特許権を中心とする工業所有権とは著しく対照をなしている。[2]

しかし、近年、情報化の進展やデジタル技術の革新に伴い、人間の知的・精神的創作活動の成果たる著作物が、さまざまな媒体（メディア）に固定され、複製され、市場において大量に流通・取引されるようになった。これらには、ソフトウェアと呼ばれるものや、コンテンツと呼ばれるものが含まれ、徐々にその産業上の意義を増大させてきた。

また、それと同時に、こうした著作物やその複製物に関わる事件が具体的なかたちで現われ、著作権法に基づく権利の行使と市場における競争秩序との関係や、それらの調整をめぐる諸論点が、にわかに俎上に上ってきた。具体的には、後に本稿で詳述するように、著作権法に関連する事件として、ビデオカセット並行輸入事件〔二―(一)参照〕及び一連の中古テレビゲームソフト販売差止訴訟〔二―(二)参照〕、独占禁止法に関しては、ソニー・コンピュータエンタテインメント事件〔三―(一)及び(二)参照〕がある。いずれも、わが国法制下において「映画の著作物」[3] のみに認められ、かつ、著作物及びその複製物の流通を全面的にコントロールすることが可能な権利（頒布権）をめぐる事件である点、象徴的である。

周知のように、頒布権は、「映画の著作物」[4] に特有の支分権として著作権法上認められている権利である（著作権法二六条）。[5] 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」であり（著作権法二条一項一九号前段）、特に「映画の著作物」においては、公衆に提示することを目的とし

て「映画の著作物」の複製物を譲渡・貸与することを意味する（著作権法二条一項一九号後段）。

著作権は、複製権・頒布権・貸与権・翻案権等の利用権の束として構成され、通常、著作物を利用する場合には、それぞれの支分権ごとの許諾に加え、地域、期間、数量又は改変行為等、さまざまなかたちで制限を課すことが可能である。

特に、頒布権は、場所的、時間的、内容的に範囲を限定して許諾しうる消尽しない権利であるとされ[6]、それゆえ流通を全面的にコントロールし得る他に類を見ない強力な権利だと理解されている（ただし、頒布権の行使には価格拘束（再販売価格維持などのコントロール）までは含まれないと解されている[7]）。

このように、「映画の著作物」に頒布権が認められると、取引の過程でその複製物が転々譲渡されるたびに著作権者の許諾が必要となり、結果、流通が著しく妨げられることが危惧されている。著作権法が想定している劇場用映画フィルム以外の物品、たとえばゲームソフトのような商品に頒布権を認めると、著作権者がその商品の流通をコントロールすることができ、後述するように中古品販売業者への譲渡やその販売にまで制限を及ぼすことが可能になる。

権利が消尽せず、そのために商品の自由な流通に少なからず弊害をもたらすにもかかわらず、映画の著作物についてのみ頒布権が認められてきたのは、①映画製作には多額の資本が投下されており、流通をコントロールして効率的に資本を回収する必要があったこと、②劇場用映画フィルムの配給権というかたちの社会取引の実態があったこと、③著作権者の意図しない上映行為を押さえることが困難であるため、その前段階である頒布行為を押さえる必要があったこと等の理由による[8]。

法文上、映像表現にかかわる著作物が、広く「映画の著作物」として認められ、近時の媒体（メディア）の多様化に伴って、さまざまな物品（著作複製物）に頒布権が認められる可能性が出てきた。権利の消尽がないとさ

れる頒布権は、物品の流通制限を権利の行使として行うことが可能である。しかし、多様化する映像媒体（メディア）全般に頒布権を認めることについては、先に指摘したように、無視できない競争秩序への影響が認められ、いまその妥当性が問われている。

本稿では、こうした問題に対応すべくなされた「映画の著作物」並びに頒布権をめぐる一連の判例の展開を取り上げ、かかる問題がどのように認識され、いかなる理論構成と根拠の下で解決が図られてきたかを整理し、そこで展開された理論を検討することで知的財産権法の一つである著作権法と市場における競争秩序との相互の結び付きを明らかにする。また、これらの議論を踏まえ、独占禁止法の観点から問題となった事例を取り上げ、その際行われた同法上の評価に対する批判と問題点を指摘する。

二　著作権と流通制限

（一）ビデオカセット並行輸入事件(9)

本件は、わが国においてビデオテープ等の販売を行っている原告が、米国・ディズニー社が著作権を保有する映画「101DALMATIANS」（日本名「一〇一匹わんちゃん」のビデオカセット一〇〇〇本（以下、「本件ビデオカセット」という。）を米国から輸入し、これを販売しようとした際、当該ビデオカセットのわが国での販売について許諾を受けている被告らが、本件ビデオカセットの並行輸入販売は違法である旨の文書を取引先取扱店等に配布した事案である（なお、ディズニー社は、ベルヌ条約により本件映画のビデオカセットについて米国はもとよりわが国著作権法による保護を受けており、また、原告は本件ビデオカセットのわが国における販売についてディズニー社の許諾を受けていなかった）。

本件は、被告らによる文書配布行為が、原告の本件ビデオカセットの販売を妨害したとして、原告が被告らに対し損害賠償を求めたものであり、その争点は、損害の原因たる当該配布文書に記載された「違法」性の根拠、すなわちディズニー社の本件映画に関する著作権（頒布権）侵害の有無にあった。

裁判所は、本件につき「ディズニー社が本件映画の複製物であるビデオカセット等について我が国において頒布権を有している」[10]とした上で、「原告が本件ビデオカセットを日本において販売することは、……本件映画の著作権者であるディズニー社の許諾を得ていない以上、ディズニー社の本件映画の著作権（頒布権）を侵害するものであ」[11]り、「被告らが、……本件文書を配布したことは、アメリカ合衆国法人である著作権者から許諾を得て業として日本国内において本件映画のビデオカセットを製造販売している者の行為として、何らの違法もない」[12]と判示し、原告の請求を棄却した。

判決は、上記結論の根拠として、①法文上、頒布権が劇場用映画という特定の形態にのみ限定されていないこと、②ビデオカセット（映画の著作物の複製物）を著作権者の許諾を得ずに頒布する行為が、並行輸入品であることから当然に頒布権の侵害とならない明文の法令も確立した判例もないこと、③著作権が対価徴収権として構成されるところ、頒布権は、映画の著作権者である映画会社が映画製作のために費やした多額の資金の回収及び利潤の確保のために、各国における映画の劇場公開時期、ビデオカセットの販売時期等を計画的に調整する一環として、頒布権を行使することは著作者の利益の保護手段として予定されていることを指摘している[13]。

他方、本件ビデオカセットが、米国において製造販売されたものであり、米国著作権法一〇九条(a)項あるいはファースト・セール・ドクトリンの法理の適用可能性についても言及されているが、米国内での頒布の許諾がわが国における頒布を含んだものとはいえず、相当の対価が支払われていることを認めるに足る証拠もないことから、並行輸入された本件ビデオカセットの頒布はディズニー社の著作権（頒布権）を侵害すると結論付けている。

このように、本件は、真正品ビデオカセットの並行輸入に関する事案であり、一義的には頒布権の国際消尽の是非が争われた事例である。そのため、判決では、国際消尽を否定するための根拠を縷々検討しているが、本稿が主として関心を向けている頒布権の国内消尽については何ら触れるところがない。しかしながら、判決はビデオカセットに対しても頒布権が当然に及ぶとし、その上で国際消尽をめぐる法令上ないし判例上の根拠や具体的な権利保護のあり方を議論していることから、国内において流通する限り頒布権は消尽しないとの考え方を前提に論旨を展開させていると見ることができる。

他方、本判決のような結論を採用することにより、並行輸入されるビデオカセットの通商制限、価格競争の限定、販売時期の遅延、さらにはアクセス可能なバージョンの制限を指摘し[14]、頒布権が消尽しないことによる流通制限の可能性、ひいては競争秩序への有意な影響を抽象的なかたちで認識し言及した最初の判例として注目される。

（二）中古テレビゲームソフト販売差止事件

本件では、家庭用テレビゲーム機用ソフト（以下、「ゲームソフト」という）の開発、製造及び販売を目的とするゲームソフト製作会社が、自ら発売元として適法に販売し、小売店を介していったん一般消費者に譲渡され、遊戯に供されたゲームソフト（以下、「中古ゲームソフト」という）をゲームソフト販売業者が再び買い入れ、中古品として販売している行為について、著作権（頒布権）侵害の有無が問題となった。

ほぼ同時期に、東京（以下、「東京事件」という）及び大阪（以下、「大阪事件」という）において、同様の論点を有する訴訟がそれぞれ提起され、いずれも最高裁判所まで争われた。

東京事件は、中古ゲームソフトの販売業者である原告がゲームソフトの著作権者である被告に対し、頒布権による差止請求権の不存在確認を請求した事案であり、一方、大阪事件は、ゲームソフトの著作権者である原告ら

が中古品販売業者である被告らに対し、中古ゲームソフトの頒布差止め及び廃棄を請求した事案である。

これら一連の訴訟における主たる論点は、①ゲームソフトが「映画の著作物」に該当するか否か、②仮に「映画の著作物」に該当するとして、これについて頒布権が認められるか否か、③頒布権が認められるとして、当該複製物の譲渡によりその権利は消尽するか否か、であった。

本件に関し、初めて示された判決は、東京地裁によるものであった。[15] 東京地裁は、ゲームソフトの「映画の著作物」該当性につき「映画の著作物」に関する諸規定、とりわけ「映画の著作物」のみについて認められる頒布権の趣旨を、かかる権利を認める背景となった劇場用映画の特質を検討することによって、「映画の著作物」の要件を明らかにし、ある著作物が「映画の著作物」といい得るためには、⑴一定の内容の影像を選択し、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ること、⑵著作物ないしその複製物を用いることにより、同一の連続影像が常に再現される（常に同一内容の影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述べ、ゲームソフトのようにプレイヤーの操作によって各回のプレイごと影像の内容・順序が異なるインタラクティブ性の強いものについては、「映画の著作物」に該当せず、これを前提とする頒布権はそもそも存在しない旨判示し、中古ゲームソフトの販売を容認した。

これに対し、大阪地裁判決[16]は、ゲームソフトの「映画の著作物」該当性につき、定義規定（著作権法二条三項）から導き出される三要件（①映画の効果に類似する視覚的効果を生じさせる方法で表現されていること、②物に固定されていること、③著作物であること）を検討し、その該当性を首肯した上で、頒布及び頒布権を規定した著作権法の文言が、「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を区別していないことから、ゲームソフトが「映画の著作物」に該当する以上、著作権者であるゲームソフト製作会社は頒布権を当然に有することを認めた。更に、「映画の著作物」に頒布権が認められた背景及び趣旨から、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、それを否定する根拠は著作権法にも存在せず、また、他の権利及び支分権との関係、わが国の立法動向、条約や他国の立法例、ゲームソフトの流通実態の検討を通じ、ゲームソフトについて第一譲渡後の消尽を認めることは、解釈上十分な根拠がないと判示し、中古ゲームソフトを公衆に販売するゲームソフト販売業者の行為は、ゲームソフト製作会社の頒布権を侵害すると結論付けている。

両地裁は、東西で正反対の結論を示すこととなった。「映画の著作物」を定める著作権法二条三項がいわゆる劇場用映画に加え、映画類似の効果を有する著作物の存在を文理上想定しているところ、東京地裁は、これまで判例上承認されてきた先の三要件[17]とは異なる独自の要件[18]を見出し、ゲームソフトの「映画の著作物」該当性を否定した[19]。

他方、大阪地裁判決は、一連の判例において、初めて権利の消尽について取り上げ、解釈上、頒布権につき第一譲渡による権利の消尽はないとの判断を示した。「映画の著作物」に頒布権が認められた背景にはいわゆる配給制度があり、その趣旨から頒布権は第一譲渡後も消尽しない権利として、これまで一般に解されていた。それゆえ、消尽しない権利である頒布権を他の商品にも認め、そのことに伴い、商品の自由な流通が妨げられるという影響や弊害を考慮するならば、東京地裁や後述の東京高裁ように、独自の要件を立てたり、独自の解釈を試みることにより、消尽を議論する前の段階で頒布権の効力を否定する必要があったのである。無論、大阪地裁も頒布権を認めることの問題に気づいていなかったわけではなく、次のように指摘し、懸念を示している。すなわち、「ゲームソフトのように、上映目的として譲渡されず、また配給制度という流通形態をとらないものが、多数一般消費者に販売され、また、一般消費者に譲渡された後にも、著作権者が消尽しない頒布権を行使し、流通をコントロールすることが、商品の自由な流通を阻害し、権利者に過大な保護を付与する可能性を有している[20]」と。

東京事件の控訴審判決[21]は、結論的には原審と同様の立場をとり、中古ゲームソフトの販売を容認した。ただし、

その理論構成は、原審と大きな違いを見せている。同判決は、大阪地裁と同様、ゲームソフトが「映画の著作物」に当たり、かつ頒布権を有することを認めた上で、頒布権を規定する著作権法二六条一項の「複製物」に該当するかどうかについて解釈を試み、その範囲の限定を行っている。「著作者は、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〔傍点筆者〕」との規定を踏まえ、ここでいう「複製物」が、配給制度による流通を前提とするもの、かつ、立法趣旨から劇場用映画並に保護に値するものでなければならず、一つ一つの複製物が多数の者の視聴に供される場合の複製物、通常は、少数の複製物のみが製造され、著作者はそれら少数の複製物の流通の支配を通じて投下資本を回収すべく予定されている場合のものに限定されるとする。

いずれの判決も、流通コントロール権としての頒布権を認めることに伴う競争秩序への弊害ないしは影響を認識している点では一致しており、殊に東京事件の地裁・高裁の両判決においては、それを何らかのかたちで限界付けようと企図し、独自の解釈を試みている点が注目される。

この東京高裁判決の直後に下された大阪事件控訴審判決[22]では、前掲・大阪事件地裁判決に若干の補足を加えて引用し、ゲームソフトが「頒布権のある映画の著作物」と認める一方で、著作権に関し消尽原則を適用し、頒布権は第一譲渡によって消尽するとする後の判決に大きな影響を及ぼす判断を示した。

この判決は、まず消尽原則適用の前提ないし根拠として、社会公共の利益と著作者利益（ないしは著作物保護）との調整・調和の必要性を挙げ、権利消尽に関する著作権法の解釈につき、公共の利益と同法一条に掲げる目的との両方を同時に考慮すべきことが示されている。そして、権利消尽の具体的根拠として、有体物取引一般に認められる当事者の合理的前提、市場における商品の自由かつ円滑な流通、著作権者の利得機会の確保を上げ、著作権の効力の限界を導こうとする。これらは、いずれも特許権に関し権利消尽を認めたＢＢＳ事件上告審判決[23]のロジックをそのまま著作権の領域において採用したものである。

また、消尽原則は、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認められ、明文の法律の規定の有無にかかわらないこと、また、消尽原則適用の有無は関係当事者の具体的態様の如何によることが示されている。

判決によれば、頒布権には譲渡の権利が含まれており、その権利内容から原則として自由な商品生産・販売市場を阻害する態様となり、消尽原則の適用を受けるとする。しかし、この要件を阻害しない例外的な場合が存在することも明らかにされている。判決は、まず、頒布の定義（著作権法二条一項一九号）に基づき「複製物を公衆に譲渡し、又は貸与する」前段頒布と、映画の著作物に関し「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」後段頒布とに分け、前段頒布につき配給制度が予想していない類型（例えば、ゲームソフト）を念頭に置き、かかる場合に頒布権は消尽し著作権の効力は及ばないものと解する。他方、後段頒布は、自由な商品生産・販売市場を阻害しない例外的な類型、つまり配給制度を念頭に、公に上映する目的の場合に限り、消尽原則の適用のない頒布権を認めようとする。

これまで特許権などの工業所有権においては、消尽原則が学説上[24]、判例上[25]及び法律上[26]適用されると解されてきたが[27]、著作権に関しては、明文の根拠[28]がない限り権利の消尽はないとされてきた。しかし、本判決が述べているように、消尽原則は、自由な商品生産・販売市場を阻害する場合に認められ、著作権場合にも、明文の法律の規定を待つまでもなく消尽し得ることが示された。さらに、消尽原則が適用される態様につき、判決は、著作権法において規定されている頒布の定義にしたがって具体的な態様を確定し、実際上、例外的に頒布権が消尽しないのは配給制度を前提とする劇場用映画のみであることを明らかにしたのである[29]。

これに続く、最高裁判決[30]は、両事件とも基本的に大阪事件控訴審判決の考え方を踏襲した。

最高裁は、その判決において、ゲームソフトが「映画の著作物」に当たり、かつ、その著作権者が著作権法二

六条一項所定の頒布権を専有するとの判断を是認したうえで、次節において詳論する三つの根拠を挙げ、それらの観点から「公衆に提示することを目的としない家庭用テレビゲーム機に用いられる映画の著作物の複製物の譲渡については、……いったん適法に譲渡されたことにより、その〔権利の―筆者注〕目的は達成したものとして消尽し、もはや著作権の効力は、当該複製物を公衆に再譲渡する行為には及ばない」[31]旨、判示した。

(三) 頒布権・譲渡権・消尽

最高裁は、消尽原則適用の根拠につき、特許製品で既に判例上導かれている理論に依拠し、著作物又はその複製物を譲渡する場合においてもこの理が妥当することを認め、大阪高裁判決をほぼ引用しつつ、これと同様の議論を展開した。

すなわち、「(ア)著作権法による著作権者の権利の保護は、社会公共の利益との調和の下においては実現されなければならないところ、(イ)一般に、商品を譲渡する場合には、譲渡人は目的物について有する権利を譲受人に移転し、譲受人は譲渡人が有していた権利を取得するものであり、著作物又はその複製物が譲渡の目的物として市場での流通に置かれる場合にも、譲受人が当該目的物につき自由に再譲渡する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って、仮に、著作物又はその複製物について譲渡を行う都度著作権者の許諾を要するということになれば、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、かえって著作権者自身の利益を害することになるおそれがあり、ひいては『著作者等の権利の保護を図り、もって文化の発展に寄与する』(著作権法一条)という著作権法の目的に反することになり、(ウ)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譲渡代金を取得し、又はその利用を許諾するに当たって使用料を取得することができるのであるから、その代償を確保する機会は保障されているという

ことができ、著作権者又は許諾を受けた者から譲渡された著作物又はその複製物について、著作権者等が二重に利得を得ることを認める必要性は存在しないからである[32]」と。

これら三つの点は、ＢＢＳ上告審判決[33]以来、消尽原則適用の根拠として定着した感があるが、その結論の妥当性にもかかわらず、法目的との関係で整理・検討しておかなければならない点がいくつかある。

まず、判決は、消尽原則適用の根拠として、著作権者の権利保護と社会公共の利益との調和の必要性を挙げ〔ア〕、商品取引一般に認められる当事者間の合理的前提、ないし著作物又はその複製物を譲渡する権利が消尽しない場合に考えられる市場での商品の自由な流通及び著作権者自身への悪影響を、法目的との関係で指摘している〔イ〕。

ここで示された内容それ自体の妥当性を否定するわけではないが、本判決中の「社会公共の利益」の意義及びその位置付けが法目的との関係でどのように理解されるべきか、本判決では必ずしも明らかではない。

この点、原審の大阪高裁判決[34]は、特許権の効力が特許製品の流通適程に及ぶことの自由競争や取引の安全に対する阻害効果ゆえ、特許権者と一般公衆の利益調整を特許製品が流通に置かれる時点で考慮する理論として消尽を捉え、産業発展の見地から、これを肯定したＢＢＳ上告審判決の意義に言及している。その上で原審は、産業上の技術の発達のために、特許法による発明の保護と公共の利益の調和を指摘する一方、「所有権の絶対と自由契約を内容とする自由な商品生産・販売市場の維持、保護」は、「産業の発達」等の達成という「社会公共の利益」の前提であるとする。

原審を踏まえても、本判決において、調和すべき価値としての「著作権法による権利者の保護」と「社会公共の利益」とが、いかなる関係に立つものか、すなわち、「社会公共の利益」という概念が著作権法の目的に包含され、著作物の保護と対置されるものとして理解すべきなのか、それとも著作権法の法目的からは直接導くこと

ができない別個の価値を念頭に置いたものなのか、必ずしも明らかではない。

前者のように、「社会公共の利益」が、「文化の発展」の前提たる「自由な商品生産・販売市場の維持、保護」を含め、著作権法の目的に包含されるものとして理解する場合、同法の目的との関係でどのように解されるべきか。著作権法一条によれば、法が掲げる究極的目的としての「文化の発展」は、著作物等の文化的所産の「公正な利用」と「著作権者等の権利の保護」の二つの方策によって実現されるべき旨が示されている。つまり、ここでいう著作権者の権利保護と調和されるべき「社会公共の利益」は、著作権法三〇条以下等に具体的に列挙される「公正な利用」の側面にこそ、位置付けられるべきだということになる。

しかし、判決はその後で、商品取引一般に認められる当事者間の合理的前提とともに、「市場における商品の自由な流通」や「著作物又はその複製物の円滑な流通」の阻害について触れ、それらが著作権者の権利保護や法目的に反する旨、指摘する。これは、著作物という知的・精神的創作物が、商品というかたちをとりつつ流通する場合、いかなる範囲で著作者によるコントロールを認めるかという問題を、「市場における自由な流通」という市場取引一般において考慮されるべき原則によって限界付けようとするものである。「市場における自由な流通」が妨げられると、著作者自身の利益を害するおそれがあり、その結果、法目的にも反するというのは、著作物又はその複製物の流通過程において、権利の消尽を肯定しなければ、その購入者は自由にその物品を支配することができず、結果、著作権者の物品の販売も滞ることになるということ、また、そのことは、最終的に著作権法の目的たる文化の発展の一方策たる「権利の保護」に悖ることになるということを意味する。

そもそも著作物又はその複製物に関する流通の保護ないしはそのコントロールの必要性は、効率的な投下資本の回収というインセンティヴの確保やフリーライドの防止など、排他的独占権たる著作権の実効を保つために必要な範囲において認められるべきものである。その意味で、著作権法の法目的からは流通のコントロールの要請

こそ見出すことができ、「市場における自由な流通」をそれから直ちに導き出すことは困難である。むしろ、原審の指摘にもあるように、「市場における自由な流通」は、著作物又はその複製物に対する流通のコントロールを限界付ける「社会公共の利益」の前提として解すべきであろう。

したがって、ここでいう「社会公共の利益」は、「文化の発展」といった法目的に包含されるものなのではなく、あくまで、著作権者の権利保護の前提として理解されるべきものであり、いうなれば、著作権制度に先立ち存在し、同制度の中ですでに組み込まれている市場取引の一般原則（例えば、民法一条一項）を意味するものと考えられる。これまで、判決において繰り返し言及されてきた「市場における商品の自由な流通」や「自由な商品生産・販売市場の維持・保護」等といった市場秩序ないし競争秩序への配慮やこれらとのバランスは、著作権法（ないし特許法）の法目的から直接導き出される理念では本来的にない。[35] 本判決は、人間の知的・精神的創作活動の成果たる著作物が化体した商品とその市場の調整を著作権制度の前提ないし基盤として理解できる市場取引の一般原則を媒介として妥当な結論を導いた点は評価できるものの、かかる理念を未整理のまま法目的との関係で取り上げ議論してきたことは、いたずらに混同を招き、その点で妥当ではなかったと思われる。商標法のように商品市場における自由な流通の保護といった理念を含まじめて理解できるものならば格別、著作権法の法目的からは、かかる点を評価すべきではないし、また、その余地もない。

他方、判決は、著作権者の利得機会の保障と二重利得の不要（利得機会の一回性）を説く〔ウ〕。この点は、著作権法一条の目的にいう「著作者の権利の保護を図る」ことと関連し、権利者が譲渡ないしは許諾の際の利得の範囲及び程度について、法目的との関連で政策的に判断し得る問題であるともいえる。[36] なお、本判決は、利得機会の一回性を、権利保護と商品の自由な流通との間の最も合理的な調和点として認めたものと評価することが可能である。

近時、WPO著作権条約六条を受け、平成一一年著作権法改正により譲渡権が創設された（著作権法二六条の二）。これは、すでに譲渡の権利を含む頒布権が認められてきた映画の著作物を除き、著作物一般につき原作品又は複製物による公衆への譲渡に関する権利である。譲渡権は、頒布権とは異なり、権限を有する者の公衆および特定少数の者への譲渡により消尽するものとされている（著作権法二六条の二第二項）。これは、最初の譲渡の可否に関してのみ著作者の関与を可能にする趣旨によるものであるとされ、[37] 利得機会の一回性については他の著作物においても明文で規定されることとなった。

これまで見てきたように、消尽原則適用の実質的根拠をめぐっては若干の問題はあるものの、最終的に裁判所は、公衆に提示することを目的としないゲームソフト（家庭用テレビゲーム機に用いられる映画の著作物の複製物）の譲渡につき、頒布権（譲渡部分）の消尽を認め、著作権の効力は、その複製物の公衆への再譲渡には及ばないとの結論を示した。すなわち、消費者（最終需要者）がゲームソフトを中古販売業者へ譲渡することや、ゲームソフト販売業者が中古品を販売することを禁止・制限することは、著作権（頒布権）の行使として認められないとの判断を示したのである。

一方、ちょうど同じ時期に、これら一連の裁判と並行して、公正取引委員会では、家庭用テレビゲームソフトの中古販売をめぐる事件が審判に付されていた。次章に見るように、ソフトメーカーによる卸売業者並びに小売業者に対する中古ゲームソフトの取扱い禁止をめぐる法的評価にかかるもので、頒布権消尽の有無とともに大きな関心を呼んでいた。

公正取引委員会は、審判手続の過程において、一連の中古テレビゲームソフト販売差止事件の動向を意識していたことが垣間見られ、そのことを示すかのように、控訴審レベルでおおよそ結論の方向性が収斂したことを受けて、審決に至っている。

先に、本判決における「社会公共の利益」は、著作権者の権利保護の前提として位置付けられ、いわば市場取引における一般原則から導き出されることを指摘した。そして、裁判所における「市場における商品の自由な流通」や「自由な商品生産・販売市場の維持・保護」等といった市場秩序ないし競争秩序への配慮は、本件に関する一連の判決においても見られるように、それぞれの権利行使の態様との関係で一般的・抽象的に評価・検討され、その結果、製品市場における定型的なかたちでの権利の処理（頒布権の消尽）を確定した。中古ゲームソフトの販売禁止が権利の行使として認められなくなった段階で、次に問題となり得るのは、中古ゲームソフトの販売それ自体と競争秩序とのかかわり、つまり次章で取り上げる中古品取扱い禁止という個別具体的な行為の独占禁止法上の評価についてである。裁判所は、権利の行使としての中古品販売の禁止を認めなかったが、中古品販売の禁止や制限を含む契約それ自体の有効性を否定したわけではなく、これらはむしろ独占禁止法との関連で評価されるべき問題であるとしたのである。

三　著作権法に基づく権利の行使と独占禁止法

（一）ソニー・コンピュータエンタテインメント事件[38]

本件は、プレイステーションと称する家庭用ゲーム機・同ソフトウェア及び同周辺機器（以下、「ＰＳ製品」という）の製造販売、同ソフトウェア（以下、「ＰＳソフト」という）の仕入販売等の事業を行う被審人（ソニー・コンピュータエンタテインメント[39]）が、小売業者と直接に取引を行う「直取引」を基本とし、取扱店舗の限定などの流通政策を具体化するとともに、ＰＳ製品の流通を委ねる小売業者及び卸売業者との関係で、(1)ＰＳソフトの値引き販売禁止（なお、当該価格拘束については、平成九年一一月には消滅していた）、(2)ＰＳソフトの中古品取扱い

禁止、(3)ＰＳ製品の横流し禁止という販売方針を採用し、これらの者に上記方針を遵守要請、また同要請の受入れ事業者のみとの特約店契約の締結、さらに同方針遵守状況の調査並びに是正措置を講じていた事例である。

これに対し公正取引委員会は、「被審人の上記販売方針は、販売業者に対する拘束力を伴わない単なる要請や方針の表明にとどまらず、販売業者のＰＳ製品の販売に係る事業活動を拘束するものであったと認められる」[40]とし、(1)値引き販売禁止、(2)中古品取扱い禁止及び(3)横流し禁止のそれぞれの行為につき法適用の可否を論じている（なお、(2)中古品取扱い禁止行為は、本稿の主たる関心事であり、次節で項を改め検討を加えることにする）。

まず、審決は、値引き販売禁止につき「再販売価格の拘束に当たり、特段の正当な理由の存在も認められない以上、……公正競争阻害性を有するもの」とし[41]、当該行為が不公正な取引方法・一般指定一二項一号及び同項二号に該当し、独占禁止法一九条に違反するとした。

次に、横流し禁止行為につき、「それ自体、取扱小売業者に対してＰＳソフトの値引き販売を禁止する上での前提ないしはその実効確保措置として機能する閉鎖的流通経路を構築するという側面及び閉鎖的流通経路外の販売業者へのＰＳ製品の流出を防止することにより外からの競争要因を排除するという側面において、ＰＳソフトの販売段階での競争が行われないようにする効果を有して」[42]おり、その点で公正競争阻害性が認められ、また、ＰＳソフトの値引き販売禁止行為が消滅したとしても、当該行為に係る公正競争阻害性の根拠の一方は依然意味を失っておらず、現時点においても公正競争阻害性が認められ、不公正な取引方法・一般指定一三項に該当し、独占禁止法一九条に違反するとした（なお、両行為とも、公正取引委員会により、価格拘束行為を取り止めていることの確認、特約店契約中の関係条項削除、また将来における行為の差止めなどを内容とする排除措置が命じられている）。

（二） 法適用上の問題と検討

中古品取扱い禁止行為が、ＰＳソフト販売の競争に及ぼす影響・効果につき、審決は「新品のＰＳソフトの価格や販売数量と中古のＰＳソフトの価格や販売数量とは、一般的・抽象的には相互に影響し合う関係にあ[43]り、ＰＳソフトの中古品の取扱い禁止は新品ＰＳソフトの販売価格に影響を及ぼし、新品ＰＳソフトの販売価格を維持する方向に作用すると認めた。

また、「新品のＰＳソフトの独占的な供給者である被審人が、特約店に対し、一般消費者のニーズが高い中古品の取扱いを禁止することは、中古ＰＳソフトの市場への参入自体を制限するものともいえ、観念的にはそれによって同市場における競争が制限されることとなり[44]」、ひいては「中古品市場における競争制限は新品市場における競争制限につながることにもなる」。それ故、中古品取扱い禁止は、「新品あるいは中古品を巡る販売段階での競争に様々な悪影響を及ぼし得るものではないかと考えられる[45]」と述べている。

このように、審決は、中古品取扱い禁止行為の新品及び中古品販売に関する競争への悪影響につき、一般的ないし観念的と断った上で、二つの視点からその問題性を指摘している。すなわち、中古品取扱い禁止行為が、①新品ＰＳソフトの販売価格に影響を及ぼし、新品ＰＳソフトの販売価格を維持する方向に作用し、また、②新品ソフトの独占的な供給者による当該行為が、中古ＰＳソフト市場への参入を制限し、同市場の競争を制限することとなり、ひいては中古品市場の競争制限は新品市場の競争制限につながる、と。

まず、この審決が、いかなる視点から被審人の行為を捉えようとしているのか明らかではない点が問題である。中古品取扱い禁止行為による新品ソフトの販売価格維持の可能性を指摘している点は、何らかの競争阻害効果の存在を示唆し、それに続く指摘において、独占的供給者による中古市場への参入制限が新品及び中古市場の競争制限の惹起を示唆している。仮に、ＰＳ製品市場というものを観念し、進んで私的独占の該当性を検討するのだ

とすれば、当該行為と競争の実質的制限との関係を指摘し、これらを結びつける意義もあり、かつ、それ自体、興味深い論点であると思われる。しかし、本件は前節を見ても明らかなように、不公正な取引方法に関わる事案である。だとすれば、先に指摘したように、観念的に競争が制限され、新品及び中古品販売をめぐる販売段階での競争に悪影響を及ぼしうるということ、このことをもって公正競争阻害性ありと判断してよかったはずである。けだし、独占禁止法に定める不公正な取引方法とは、「公正な競争を阻害するおそれ」を行為の本質とし、ここでいう「おそれ」とは、公正な競争を阻害しているという事実の存在までは必要なく、抽象的危険性（可能性）で足りるからである。[46]

しかし、審決では「中古品取扱いを禁止したことにより、ＰＳソフトの販売段階での競争が実際にどのような態様でどの程度影響を受けるものであるかを……具体的に判断するため」[47]に必要な中古品市場の状況、ゲームソフト販売業者の事業活動に及ぼす影響、さらには一般消費者の購買行動を含めて幅広い実態把握とその分析といった「具体的な認定・判断をするに足りる証拠は十分ではない」[48]とし、競争に対する影響を具体的に認定・判断する必要性を説いている。私的独占など、ある程度具体的な競争制限効果が、法の適用上要件とされているものならば格別、中古品取扱い禁止行為の不当性（公正競争阻害性）判断において、ここでいう幅広い実態把握とその分析が果たして必要か疑問なしとしない。

他方、本件において中古品取扱い禁止は、被審人の流通政策の下で、再販売価格の拘束行為及びそれと一体的なものとして横流し禁止行為と共に行われ、「新品と中古品との関係や一般的な経済法則に照らせば、中古品取扱い禁止により新品ＰＳソフトの販売価格に影響が及ぶこととなる」[49]。これらを併せ考えれば、中古品取扱禁止行為は「新品ＰＳソフトの再販売価格の拘束行為の実効的な実施に寄与し、同行為を補強するものとして機能していると認められ」[50]、「本件中古品取扱い禁止行為は、その点において再販売価格の拘束行為に包含され、同行為

全体として公正競争阻害性を有するものと認めることができる」[51]と審決は述べている。

このように、中古品取扱い禁止行為は、新品ＰＳソフトの再販売価格維持行為の実効的実施に寄与し、補強するものとされ、価格拘束行為に包含されることから、全体として公正競争阻害性を有するものと認められている。このため、本件においては価格拘束行為の消滅により、価格拘束行為の一部を占めているとみられる中古品取扱い禁止行為の違法性も伴って消滅し、結局、これに対する排除措置も命ぜられないまま、特約店契約中の中古品取扱い禁止条項はそのまま残存しつづけることとなった。

しかし、こう解することには、問題がある。いわゆる非価格制限行為について、公正取引委員会が示す公正競争阻害性（不当性）の判断基準は、①市場における有力な事業者による「市場閉鎖効果」（新規参入者や既存の競争者にとって代替的な流通経路を容易に確保することができなくなるおそれ）[52]と、②「価格維持効果」（価格が維持されるおそれ）[53]であるとされる。審決における認定上、本件中古品取扱い禁止行為の「価格維持効果」は、明らかであるといえ、これ自体、独立した行為として排除措置を命ずることができたし、そうすべきであったと考えられる。けだし、審決のように解すると、価格維持効果が認められているにもかかわらず、再販売価格維持行為がなくなることにより公正競争阻害性がすべて消滅することとなり、審決における認定事実を踏まえるとそれは明らかに矛盾すると考えられるからである。

このように公正取引委員会は、特約店契約中の横流し禁止条項の破棄を命ずることによって、被審人の行為の公正競争阻害性が除去されると判断したようであるが、本件においては、価格維持効果が依然として残っており、その原因ともいえる中古品取扱い禁止行為についても違法を宣言し、排除措置を命ずるべきであったし、理論的にもそれが可能であったといえるだろう。

四　結　語

近年、顕著となってきた媒体（メディア）の多様化により、さまざまな映像表現にかかわる著作物が「映画の著作物」となり、その結果、さまざまな物品（著作複製物）が頒布権の対象となる可能性が出てきた。それに伴い、一般に権利の消尽がないとされていた頒布権の行使による競争秩序への無視できない影響が指摘されるようになり、また、現実に具体的な事件となってその妥当性が議論されるようにもなった。

本稿は、こうした問題を直接の契機とし、「映画の著作物」並びに頒布権をめぐる一連の判例を取り上げ、この問題に対する裁判所のアプローチを整理し、市場における競争秩序と、著作権法及び独占禁止法の結び付きについて検討を加えてきた。まず、劇場用映画以外の物品（具体的には、ビデオカセット）に広がったことに伴う競争秩序への影響を抽象的なかたちで認識した段階。次に、こうした懸念をより具体的なかたちで認め、劇場用映画の特質を抽出することにより限定的な法解釈を試み、「映画の著作物」の該当性や頒布権の行使を否定した段階。「市場における自由な流通」等を前提とする「社会公共の利益」と市場における競争秩序との調和を図ることにより、頒布権の消尽を根拠付けた最終段階。

著作物又はその複製物に関する流通のコントロールは、取引相手方に対する事業活動の制限ないし拘束を必然的にもたらし、かかる行為の競争秩序に対する影響は、一般的・抽象的レベルにとどまらず、個別具体的な行為とのかかわりにおいても、競争阻害効果が認識されているところである。にもかかわらず、法はインセンティヴの確保やフリーライドの防止など、著作権の実効を保つために必要な範囲においてそれを認め、他方、著作物という知的・精神的創作物が、商品というかたちで流通する場合には、「市場における自由な流通」を前提とする「社会公共の利益」によって限界付ることとした。

また、ここでいう「社会公共の利益」は、必ずしも法目的から直接導き出すことはできない概念であることは先述のとおりであるが、これは著作権法などの知的財産権による権利保護の前提として理解され、これらの制度に先立ち存在し、同制度の中にすでに組み込まれている市場取引の一般原則を意味する。したがって、ここでは「社会公共の利益」の前提である「市場における商品の自由な流通」等といった市場秩序ないし競争秩序への配慮は、一連の判決においても見られるように、法目的とは別個に評価・検討され、そこでの結論に基づき、判決は製品市場における権利の消尽という定型的な取扱いを肯定してきた。そこでは個別・具体的な事情を想定し、何らかの政策的考慮（例えば、価格への影響や多様な選択肢の確保といった競争法的考慮）を反映させることは、そもそも予定されておらず、権利の行使に伴う個別具体的な行為の評価は、もっぱら独占禁止法の問題であるとされたのである。

他方、法は「著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為」には同法の適用を除外している（独占禁止法二一条）。公正取引委員会は、これは知的財産権法による権利の行使につき、文理上、「権利の行使と認められる行為」と「権利の行使と認められない行為」とに分かち、前者につき独占禁止法の規定が適用されず、独占禁止法違反を構成しないこと、他方、「権利の行使」とみられる行為であっても、知的財産保護制度の趣旨を逸脱し又は同制度の目的に反すると認められる場合には、この行為は知的財産権法による「権利の行使」とは認められず、独占禁止法が適用されることを確認する趣旨で設けられたとの理解に立ち、解釈・運用が行われている。[54]

これまで見てきたように、すでに法廷においてゲームソフトの領布権が消尽する旨判示され、中古品取扱い禁止行為が、ここでいう「権利の行使」として認めることはできないため、独占禁止法二一条の規定を検討するまでもなく、本件行為につき独占禁止法が適用されることになる。

しかし、審判係争中にあっては、いまだ領布権の消尽につき裁判所における結論が十分に示されていなかったこともあり、中古品販売が著作権に基づく領布権を侵害し、その禁止は独占禁止法二一条の対象となるとの主張もなされていた。これに対し、審決は、本条の規定が「著作権法等による権利の行使とみられるような行為であっても、競争秩序に与える影響を勘案した上で、知的財産保護制度の趣旨を逸脱し、又は同制度の目的に反すると認められる場合には、当該行為が同条にいう『権利の行使と認められる行為』とは評価されず、独占禁止法が適用されることを確認する趣旨で設けられたものであると解される」とし、独占禁止法二一条に関する公正取引委員会の基本的な理解を示した。その上で、「PSソフトが頒布権が認められる映画の著作物に該当し、中古品取扱い禁止行為が外形上頒布権の行使とみられる行為に当たるとしても」、「中古品取扱い禁止行為が再販売価格の拘束行為と一体として行われ」、公正競争阻害性を有する再販売価格の拘束行為に包含されるものであるから、独占禁止法二一条の適用はなく不公正な取引方法に該当するとしている。もちろん、本審決中、外形上頒布権の行使とみられる行為であっても、公正競争阻害性がある限りにおいて独占禁止法の通用を認めるとしている点は妥当だが、すでに述べたように、中古品取扱い禁止行為を価格維持効果との関係で、独立した違法類型として把握し適用することも企図されるべきだっただろう。

ところで、これまで一連の判例の展開の中で、一般的・抽象的なかたちで、頒布権の譲渡に係る部分の消尽が確定し、中古ゲームソフトの販売禁止が著作権法による権利の行使ではなくなったことで、中古ゲームソフトの問題は、中古品取扱い禁止行為の個別的・具体的なかたちでの評価にポイントは移っていった。裁判所は、権利行使としての中古品販売の禁止を否定したが、中古品販売の禁止や制限を含む契約それ自体の有効性を否定したわけではなかったからである。

しかし、すでに指摘したとおり、裁判所の判断を受けた公正取引委員会の法適用は、明確な独占禁止法二一条

の理解にもかかわらず、あまりにも後ろ向きなものであったといわねばならない。知的財産権に基づく権利の行使への法適用において、本件審決のように明白な価格拘束を伴った行為については他にさまざまな制限が行われていたとしても、価格拘束に付随したかたちで捉えることができ、違法性の判断にあたりそれほど困難な問題は生じないと思われる。しかし、知的財産権の権利の行使が、非価格制限のかたちをとって行われた場合（むしろ、それが通常であるが）には、そうはいかない。この場合、個別・具体的に行為の態様との関係で公正競争阻害性などの違法性を判断していくことになるが、本件のような厳格なかたちでの立証が要求されるならば不公正な取引方法の実効そのものが危うくなってしまうことになろう。すでに該当個所にて、いくつかの問題を指摘したので、繰り返し述べることは避けるが、殊に、わが国独占禁止法の基本的な規制枠組みである「一定の取引分野における競争の実質的制限」（市場支配力の形成・維持・強化）の捉え方と公正競争阻害性のそれとの混同ないし不分明は近時、ますますその傾向を強めつつあり、本件を含めこのような理解のままだと、わが国独占禁止法の法執行はたいへん覚束ないものとなってしまうに違いない。

（1） かつて、今村成和教授は、知的財産権の行使行為に関する適用除外を定める独占禁止法の現二一条に言及した際、「特許権以外の権利については、実質的に、独占禁止法違反の問題が生ずる余地は余りない」と述べておられた（今村成和『独占禁止法』〈有斐閣、新版、一九七八年〉一九八頁）。

（2） これまで、知的財産権の行使行為に関する適用除外の位置付け及びその性格をめぐる議論は、特許を中心とした工業所有権を前提として展開されてきた（たとえば、『知的財産権と独占禁止法』〈日本経済法学会年報一〇号・一九八九年〉所収の諸論稿及び稗貫俊文『知的財産権と独占禁止法』〈有斐閣、一九九四年〉等参照）。

（3） 以下、「映画の著作物」には「映画の著作物において複製されている著作物」も含むものとする。

（4） 「映画の著作物」につき、著作権法は「映画の効果に類似する視覚的又は視聴覚的効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する」（著作権法二条三項）と、市場における流通・取引の実

態によらず、専ら影像を見る側からの客観的な効果に着目し定義している。なお、「映画の著作物」の意義に関する諸論点につき、拙著『著作物流通と独占禁止法』（慶應義塾大学出版会、二〇〇一年）一〇五頁以下参照。

(5) なお、一九九九年改正以前においては、上映権も映画の著作物特有の支分権として認められていた。現行法において、上映権の対象は全ての著作物に拡大された（著作権法二二条の二）。

(6) たとえば、紋谷暢男『無体財産権法概論』（有斐閣、第九版補訂版、二〇〇一年）一四〇頁。

(7) 根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説』（有斐閣、二〇〇〇年）三八一頁参照。なお、著作物再販制度の検討の際、この点が議論され、報告書において同様の見解が示されている（再販問題検討のための政府規制等と競争政策に関する研究会『著作物再販適用除外制度の取扱いについて』〈一九九八年一月〉第二部―第一―3―(2)。ただし、一定の著作複製物（書籍・雑誌、新聞、音楽用CD・音楽用レコード・音楽用テープ）の再販売価格維持行為を独占禁止法の適用除外とする同法二三条四項の規定は、著作複製物を発行する事業者ないしはその発行する物を販売する事業者の行為について適用除外を認めたものであり、先般の著作複製物の多くが著作権者と発行者とを異にしていることや、著作権法に基づく権利が利用権として構成されていることからも（価格設定を利用として解することは困難）、同法二一条にいう「権利の行使」と同一延長線上で捉えることには問題がある。なお、同法二三条四項の解釈につき、拙著・前掲（4）六七頁以下参照。

(8) 文化庁長官官房著作権課内著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室編『デジタル・コンテンツの法的保護―著作権法・不正競争防止法改正解説』（有斐閣、一九九九年）一一四頁。

(9) いわゆる「一〇一匹わんちゃん事件」判決（東京地裁平成六年七月一日判決、平成五年（ワ）第四九四八号、損害賠償請求事件、判例時報一五〇一号七八頁）。

(10) 東京地裁平成六年七月一日判決、平成五年（ワ）第四九四八号、損害賠償請求事件、判例時報一五〇一号七八頁〔八一頁〕。

(11) 同右。

(12) 同右〔八二頁〕。

(13) 同右〔八一―八二頁〕。

(14) 同右〔八二頁〕。
(15) 東京地裁平成一一年五月二七日判決、平成一〇年（ワ）第二二五六八号、著作権侵害差止請求不存在確認請求事件、判例時報一六七九号三頁。
(16) 大阪地裁平成一一年一〇月七日判決、平成一〇年（ワ）第六九七九号・第九七七四号、著作権侵害行為差止請求事件、判例時報一六九九号四八頁。
(17) 平成九年改正前において、「映画の著作物」につき頒布権と共に認められていた上映権に関する事案であるが、パックマン事件（東京地裁昭和五九年九月二八日判決、判例時報一一二九号一二〇頁）、フリーウェア・パックマン事件（東京地裁平成六年一月三一日判決、判例時報一四九六号一一一頁）。また、本件両事件における控訴審以降の判決。
(18) 先述の二要件、すなわち、(1)一定の内容の影像を選択し、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ること、(2)著作物ないしその複製物を用いることにより、同一の連続影像が常に再現される（常に同一内容の影像が同一の順序によりもたらされる）ものであること。
(19) この判決の問題の詳細については、拙著・前掲(4)一〇五頁以下参照。
(20) 大阪地裁平成一一年一〇月七日判決、平成一〇年（ワ）第六九七九号・第九七七四号、著作権侵害行為差止請求事件、判例時報一六九九号四八頁〔六一頁〕。
(21) 東京高裁平成一三年三月二七日判決、平成一一年（ネ）第三三五五号、著作権侵害差止請求権不存在確認請求控訴事件、判例時報一七四七号六二頁。
(22) 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、著作権侵害行為差止請求控訴事件、判例時報一七四九号三頁。
(23) 最高裁平成九年七月一日判決、平成七年（オ）第一九八八号、特許権差止等請求事件、判例時報一六一二号三頁。
(24) 紋谷・前掲(6)一七九―一八〇頁、中山信弘『工業所有権法・上・特許法』（弘文堂、第二版、一九九八年）三六一頁以下等。
(25) 特許権につき、傍論ながらＢＢＳ事件上告審判決（最高裁平成九年七月一日判決、平成七年（オ）第一九八八号、特許権侵害差止等請求事件、判例時報一六一二号三頁）。

(26) たとえば、半導体集積回路の回路配置に関する法律一二条三項及び種苗法二一条四項参照。
(27) ただし、商標権については、権利者と最終消費者とを直結するきずなであることから、それが流通過程にある限り、権利は消尽しないとされる（紋谷・前掲(6)一八〇頁）。
(28) 平成一一年の著作権法改正で新たに加えられた譲渡権に関する規定を参照。この改正によって、著作物又はその複製物の譲渡に際しいわゆるファースト・セール・ドクトリンが採用された（著作権法二六条の二第二項）。
(29) 拙著・前掲(4)一二〇頁。
(30) 大阪事件につき、最高裁平成一四年四月二五日判決、平成一三年（受）第九五二号、著作権侵害行為差止請求事件、判例時報一七八五号七頁。東京事件につき、最高裁平成一四年四月二五日判決、平成一三年（受）第八九八号、著作権侵害差止請求権不存在確認請求事件、判例時報一七八五号九頁。なお、以下では、便宜上、大阪事件上告審判決から引用する。
(31) 最高裁平成一四年四月二五日判決、平成一三年（受）第九五二号、著作権侵害行為差止請求事件、判例時報一七八五号七頁〔八頁〕。
(32) 同右。
(33) 平成九年七月一日判決、平成七年（オ）第一九八八号、特許権侵害差止等請求事件、判例時報一六一二号三頁。
(34) 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、著作権侵害行為差止請求控訴事件、判例時報一七四九号三頁〔一五頁〕。
(35) そのことは、「市場における自由な流通」等が阻害されるとしても、流通のコントロールによりインセンティヴを増加させ、権利の保護を強化することも可能であり、これらの阻害が、即、法目的に反することにはならないことからも明らかであろう。
(36) 殊に、国際的消尽との関連で問題となろう〔二―(一)参照〕。なお、譲渡権につき国際的消尽を認めた著作権法二六条の二第四項参照。
(37) 文化庁長官官房著作権課内著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室編・前掲（8）一一四頁。
(38) 平成一三年八月一日公取委審決、平成一〇年（判）第一号、㈱ソニー・コンピュータエンタテインメントに対す

る件、判例時報一七六〇号三九頁。

(39) なお、被審人は、わが国の家庭用ゲーム機器及びソフトの各分野において、平成八年度出荷額第一位の最有力の事業者であり、ゲームソフト販売業者にとっては、PSソフトの「独占的供給者」であった。

(40) 平成一三年八月一日公取委審決、平成一〇年（判）第一号、㈱ソニー・コンピュータエンタテインメントに対する件、判例時報一七六〇号三九頁〔五七頁〕。

(41) 同右〔六〇頁〕。

(42) 同右〔六五頁〕。

(43) 同右〔六二頁〕。

(44) 同右。

(45) 同右。

(46) たとえば、今村・前掲(1)九八―九九頁。

(47) 平成一三年八月一日公取委審決、平成一〇年（判）第一号、㈱ソニー・コンピュータエンタテインメントに対する件、判例時報一七六〇号三九頁〔六二頁〕。

(48) 同右〔六二―六三頁〕。

(49) 同右〔六三頁〕。

(50) 同右。

(51) 同右。

(52) 山田昭雄＝大熊まさよ＝楢崎憲安『解説 流通・取引慣行に関する独占禁止法ガイドライン』（商事法務研究会、一九九一年）一六一頁以下参照。なお、「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第2部―第二―2―(2)（注4）及び（注5）。

(53) 同右一七一頁以下参照。なお、「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第2部―第二―3―(3)（注7）。

(54) 根岸＝舟田・前掲(7)三五九頁参照。なお、公正取引委員会事務総局「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」第2（一九九九年七月）。