

## ビデオソフトの中古販売につき 頒布権侵害が否定された事例

(東京高判平成14. 11. 28  
平成14年(ネ)第1351号最高裁WP)

佐藤 豊

### 1. 事実の概要

本件は、ビデオソフトの製造販売の業者ら（株式会社橋本コーポレーション、株式会社ジョイナック、有限会社アキ総合企画、株式会社海燕書房、有限会社ビープロダクト、有限会社ダブルアックス、有限会社ワークビジネス社、株式会社アイダックス、有限会社ドルチェ・ヴィータ他一名。以下、併せて「ビデオソフト業者」という。）が中古ビデオソフトの販売業者（株式会社寿エンタープライズ。以下、「中古業者」という。）に対し、ビデオソフトの中古販売の差止めと損害賠償を請求した事案である。

ビデオソフト業者は、中古業者によるビデオソフトの中古販売はビデオソフト業者が有する頒布権を侵害するとした。主張の詳細は、①本件のビデオソフトは著作権法10条1項7号にいう映画の著作物であって、②ビデオソフトは映画の著作物の複製物として頒布権(著作権法26条)が認められるべきであり、③頒布権の効力を第一次拡布に限定すると、ビデオソフトの購入者が購入した複製品を家庭において複製した上で購入物を中古販売業者に持ち込んでいるという実情があり結果として第一次拡布の頒布権すら事実上保護されなくなるため、ビデオソフトに関して頒布権の消尽を認めるべきではない、というものである。

これに対し、中古業者は①著作権法26条1項にいう「映画の著作物の複製物」には、大量の複製物が製造されて、個々の複製物が少数の者によっ

てしか視聴されないものは含まれないと限定して解すべきであって、ビデオソフトは頒布権の対象とならないとし、②仮にビデオソフトが頒布権の対象となったとしても、ビデオソフトは小売店を経由して最終ユーザーである一般の消費者に譲渡され、一旦市場において適法に拡布されたものといえることができるから、最終ユーザーに譲渡された後の譲渡に対しては、頒布権の効力を及ぼすことができない(大阪高判平成13.3.29判時1749号3頁[中古ゲームソフト大阪控訴審])とした。

一審判決(東京地判平成14.1.31判時1791号142頁)は、①著作権法上の映画の著作物というためには、(1)当該著作物が一定の内容の映像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、(2)当該著作物の複製物を用いることによって同一の連続影像が常に再現されるものであることが必要であるとした。そのうえで、本件ビデオソフトは一定の内容の映像を一定の順序で組み合わせたものであり、前述の要件を満たすとして本件ビデオソフトを映画の著作物であるとした。また、②著作権法上、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との区別はなく、「映画の著作物の複製物」に関しても格別の規定を設けていないとした。そして、本件ビデオソフトが映画の著作物である以上、その著作権者は頒布権を有し、本件ビデオ映像物についても頒布権が及ぶとした。③これらをふまえた上で、著作権法2条1項19号の頒布を前段と後段に分け、市場において一般消費者に対して複製物を販売する場合のように複製物が公衆に拡布される場合の頒布(前段頒布)は、複製物の適法な第一譲渡により当該複製物の譲渡にかかる範囲で消尽するとして、本件ビデオソフトの中古販売についての禁止権行使を否定した。

ビデオソフト業者は判決を不服として控訴した。

## 2. 判旨

頒布権侵害を否定し、控訴棄却。

「…(著作権法上の映画の著作物であるための要件に関しては一審判決を踏襲するものとし、前記要件に照らせば、本件ビデオソフトは映画の著作物であると認められる) …。」

「映画の著作物の頒布権と権利消尽の原則との関係について、最高裁平

成14年4月25日第一小法廷判決(筆者註:最判平成14.4.25民集56巻4号808頁[中古ゲームソフト大阪上告審])…は次のとおり判示した。」

「…映画の著作物にのみ頒布権が認められたのは、映画制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、著作権法制定当時、劇場用映画の取引については、…専ら複製品の数次にわたる貸与を前提とするいわゆる配給制度の慣行が存在していたこと、著作権者の意図しない上演行為を規制することが困難であるため、その前段階である複製物の譲渡と貸与を含む頒布行為を規制する必要があったこと等の理由によるものである。このような事情から、同法26条の規定の解釈として、上記配給制度という取引実態のある映画の著作物又はその複製物については、これらの著作物等を公衆に提示することを目的として譲渡し、又は貸与する権利(同法26条、2条1項19号後段)が消尽しないと解されていたが、同法26条は、映画の著作物についての頒布権が消尽するか否かについて、何らの定めもしていない以上、消尽の有無は、専ら解釈にゆだねられていると解される。」

「そして、本件のように公衆に提示され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の映画の著作物の複製物の譲渡については、市場における商品の円滑な流通を確保するなど(の観点から)…、当該著作物の複製物を公衆に譲渡する権利は、いったん適法に譲渡されたことにより、その目的を達成したもものとして消尽し、もはや著作権の効力は、当該複製物を公衆に再譲渡する場合には及ばないと解すべきである。」

「当裁判所は、映画の著作物の頒布権と権利の消尽との関係については、上記最高裁判決の説示するところに従うこととし、これを援用する。」

「上記最高裁判決は、家庭用テレビゲーム機用ソフトウェアの頒布権が問題となった事案について判断したものである。しかしながら、本件各ビデオソフトは、公衆に提示することを目的としない点において、家庭用テレビゲーム機用ソフトウェアと同じであり、市場における商品の円滑な流通を確保する(等の観点からみた場合にも)…、家庭用テレビゲーム機用ソフトウェアと変わるところはない。上記最高裁判決の権利消尽についての説示は、本件各ビデオソフトにも当てはまるというべきである。」

### 3. 検討

本件は、ビデオソフトの中古販売の是非について判示した最初の事例である。著作物の中古販売に関しては、本件に先立ってゲームソフトの中古販売につき著作権者の禁止権行使が及ばない旨判示した最高裁判決がある(最判平成14.4.25民集56巻4号808頁[中古ゲームソフト大阪上告審]、最判平成14.4.25判時1785号3頁[中古ゲームソフト東京上告審])。本判決は、前記最高裁判決の射程がビデオソフトの中古販売にも及ぶ旨を明確にしたものであると位置づけられる。しかし、独自の論理を展開している部分もあるため、その射程を検討する意義は大きい。以下、争点毎に射程を検討していく。

#### 3.1. 頒布権侵害の構成要件

著作権者が著作物の中古販売を禁圧する根拠としてしばしば主張するのが、著作権法26条に規定される頒布権である。

頒布権について規定する著作権法26条1項の文言から読みとれる構成要件のうち、条文中直接的に定義されているのは「頒布」だけであり、「映画の著作物」については、著作権法2条3項に「…『映画の著作物』には、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する」と外縁的に規定されるのみである。そのためか、著作権法上の「映画の著作物」が何を指すかに関しては議論が分かれている。

##### 3.1.1. 「映画の著作物」について

前記最高裁判決は、上告受理申立ての理由となっていないという事情からか、「映画の著作物」の要件に関しては一般論を展開していない。

下級審の裁判例には、著作権法上の「映画の著作物」に関し、著作権法2条3項の文言を忠実に解釈して導き出した三つの要件を提示するものがある。「(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(著作物性の要件。著作権法2条1項1号。)」である(東京地判昭和59.9.28無体集16巻3号676

頁[パックマン]、東京高判平成13.3.27判時1747号60頁[中古ゲームソフト東京控訴審]、大阪地判平成11.10.7判時1699号48頁[中古ゲームソフト大阪一審]、大阪高判平成13.3.29判時1749号3頁[同控訴審]。以下、説明の便宜を図るため、本稿においてこの要件論を「第一説」と呼ぶこととする。)\*1。

他方で、映画の著作物というためには、「(1) 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、(2) 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」が必要であるとしたものがある(東京地判平成11.5.27判時1679号3頁[中古ゲームソフト東京一審]、以下、説明の便宜を図るため、本稿においてこの要件論を「第二説」と呼ぶ。)。第二説は、映画の著作物に関する著作権法の規定が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実現することを企図しているため、多数の映画館での上映を通じて多数の観客に対して同一の視聴覚的效果を与えることが可能であるという特徴を備えた著作物を、著作権法は特別に規定したと捉えている。

前記最高裁判決の調査官解説は、前記最高裁判決は原審が確定した事実関係の中から、第一説の三要件に当てはめるように事実を抽出して判断しているため、第一説に近いかたちで判断したものと評価することができる

\*1 この三要件をとりいれつつ、「映画の著作物」該当性を緩やかに解する見解として、泉克幸「前掲東京地判[中古ゲームソフト東京一審]判批」知財管理50巻7号1019頁(2000年)、大楽光江「前掲東京地判[中古ゲームソフト東京一審]判批」『ジュリスト平成11年度重要判例解説』所収(2000年、有斐閣)279頁、盛岡一夫「前掲東京地判[中古ゲームソフト東京一審]判批」発明97号104頁(2000年)、村井麻衣子「前掲大阪地判[中古ゲームソフト大阪一審]大阪・前掲東京地判[中古ゲームソフト東京一審]判批」北大法学論集51巻2号359頁(2000年)、高橋岩和「前掲大阪高判[中古ゲームソフト大阪控訴審]判批」CIPICジャーナル111号44頁(2001年)、阿部浩二「テレビゲーム用ソフトをめぐる、その理由を異にする4判決」コピーライト483号34頁(2001年)、諏訪野大「前掲大阪高判[中古ゲームソフト大阪控訴審]判批」法学研究74巻10号119頁(2001年)、浜田廣士「前掲最判[中古ゲームソフト大阪上告審]判批」時の法令1670号47頁(2002年)。

とする。この解説は加えて、第二説の(2)の要件(観客に対して同一の視聴覚的効果を与えるという特徴を有していること)を否定するように事実を抽出しているとも述べている\*2。

他方、本判決は前記最高裁判決の後に下されたものであるにもかかわらず、「映画の著作物」の要件論として第二説を採用した本件原審判決の判断をそのまま引用するに止めている。将来、観客に対して異なった視聴覚的効果を与えるという特徴を備えた映像の著作物が「映画の著作物」と認められない可能性が全くないわけではないということになるのか。

### 3.1.2. 「頒布」について

著作権法上の「頒布」について規定する著作権法2条1項19号の文言は、「有償であるか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っては、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」である。この条文の文言から明らかなように、その前段、すなわち、「複製物を公衆に譲渡し、又は貸与すること」(以下、「前段頒布」という。)については、ジャンルを問わずすべての著作物について適用があるのに対し、後段の「公衆に提示することを目的として…著作物の複製物を譲渡し、又は貸与すること」(以下、「後段頒布」という。)については映画の著作物にのみ適用がある。

前記最高裁判決は、当該行為が「前段頒布」に該当する場合には、適法に複製された著作物の複製物が一旦適法に拡布されることにより、その後の当該複製物の転々流通に関して著作権者は何らの禁止権も持たない旨判示した。本判決は「前段頒布」につき、前記最高裁判決を引用して同様の判断をした。前記最高裁判決は、著作権保護が社会公共の利益との調和の下において為されなければならないにもかかわらず、2回目以降の譲渡に禁止権を認めれば市場における商品の自由が流通が阻害され、著作物の円滑な流通が妨げられることになり、また、このような流通形態の下では、

\*2 高部眞規子「最高裁判所判例解説」法曹時報55巻6号208頁(2003年)192頁。

第一譲渡の際に十分な対価を得ることも可能であるから、その後の転々譲渡から多重に利得を認める必要はないという理由付けで、「前段頒布」の消尽を認めた。

一方、「後段頒布」に該当する場合の法的効果については、前記最高裁判決は明示的には述べていない\*3。本判決も前記最高裁判決と同様である。ここで改めて2条1項19号の「後段頒布」の文言を分析すると、「映画の著作物の複製物」を「公衆に提示することを目的」として、「譲渡又は貸与」していれば、後段頒布に該当することになる。少なくとも、「映画の著作物の複製物」を譲渡する時点で譲渡人が譲渡後に当該複製物が当該著作物の上演に供されることを認識していれば、その譲渡は「後段頒布」と評価されることになる。

ところで、26条の立法趣旨については、著作権法が映画の著作物についてのみ頒布権を規定したのは、①映画制作には多額の資本が投下され、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り、②劇場用映画の取引については①に示した事情のためにいわゆる配給制度の慣行があった、③配給制度を確保するため、著作権者が意図しない上映行為の前段階である複製物の譲渡と貸与を含む頒布行為を規制する必要があったという3つの事情によるものであると理解されている\*4。この理解にたてば、あるいは、映画の著作物の複製物に関して頒布権が消尽することはなく、第一拡布後の転々流通に対する禁止権行使が可能となるのかもしれない。

学説には、複製物一本を譲渡する場合でも、譲渡の相手方に公衆に提示させようと意図していれば「後段頒布」にあたることを捉え、頒布権が上演権侵害の予備的、補助的行為を押さえることを意図していると指摘する\*5とともに、「後段頒布」について消尽を否定するものがある。前記の配給制度の存在に加え、映画の著作物の上演権侵害の予備的行為の捕捉が比較

\*3 高部・前掲解説183頁。

\*4 前記最高裁判決を参照。

\*5 頒布権に上演権侵害の予備的行為、補助的行為を押さえる役割があることにつき、秋山多喜男「ビデオの流通と法的問題点」『メディアと法』(1995年・青山学院大学法学部)339頁、田村善之『著作権法概説』(1998年・初版・有斐閣)138頁参照。

的容易であること、映画の著作物の上演権侵害一回で発生する著作権者の不利益が、他の侵害行為に比して相対的に高いため、その予備的行為を控えなければ著作権者のインセンティブが不足しかねないというのである\*6。正当な見解というべきであろう\*7\*8。

それでは、消尽が否定される「公衆に提示することを目的とする」譲渡であるか否かを判別する基準はいったいどこに求めるべきであろうか。

前記最高裁判決は、専ら家庭用ゲーム機に用いられるソフトウェアを記録した媒体の中古販売に関する事例であり、本判決は家庭内において視聴されることを想定したビデオソフトの中古販売に関するものであった。こ

\*6 田村・前掲著作権法概説初版138頁。

\*7 また、「公衆に提示されることを目的としない」映画の著作物の複製物に関しては、著作権法113条の2も類推して適用されるべきである。なぜなら、①同条は、著作物の複製物が転々流通する際の取引者の予測可能性を確保するのが目的であり、②同条括弧書きで映画の著作物の複製物が除外されているのは、複製物の転得者が善意無過失である場合といえども、当該複製物を用いて著作物が公衆に提示されれば多大な損害が権利者に発生することを慮ったものであって、公衆への提示が為されないものについては、取引者の予測可能性の確保に優先する利益がないからである。

\*8 ただし、蘆立順美「前掲最判〔中古ゲームソフト大阪上告審〕判批」著作権研究30号215頁（2004年）222頁は、現行法がすべての著作物に上映権を付与しつつ（平成11年改正による）、上映の予備的行為を規整しうるのは映画の著作物のみ限定していることからすれば（2条1項19号）、配給制度と関係しない映画著作物について無許諾の上映行為を事前に禁止することを認めることは、他の著作物との均衡から考えて疑問もあるとし、そのうえで、配給制度に基づかない映画の著作物については、頒布権は原則として消尽する旨を説く。確かに、被疑侵害者が当該著作物を「映画の著作物」として利用していない場合、当該著作物の権利者は被疑侵害者による当該著作物の上映の予備的行為を禁止しえない。しかし、被疑侵害者が当該著作物を「映画の著作物」として利用していさえすれば、当該著作物が「映画の著作物」でなくとも、上映の予備的行為を禁止しうるのである（26条2項、28条。田村・前掲著作権法概説初版159頁。）。ゆえに、配給制度との関係を上映される映画の著作物について問わなくとも、他の著作物の保護との均衡を失うことはない。むしろ、26条が上映の予備的行為を禁止するのは、ある著作物が無断で上映されることによって権利者に与える不利益が、他の利用形態に比して相対的に大きいという事情によるということを検討すべきではなからうか。

れら二つの判決における権利者は、いずれも映画の著作物の複製物を大量に作成しそれを販売することで利益を上げる業態をとっている。このような業態をとる者が拡布した複製物は、従来はその品質、性質上、映画の著作物を公衆へ提示する行為に用いられることは想定しにくかった。

しかし、技術の進歩や著作物の利用形態の多様化によって、そのような複製物であっても、公衆への提示に堪えうるものが存在し始めている。たとえば、映画の著作物が収録されているDVDは、多くの場合収録されている映像が高品質であり、プロジェクタ等を用いた大人数での視聴に堪えうるものが多い。また、いわゆるマンガ喫茶の中には、家庭用テレビゲーム機を設置し、顧客に任意のソフトウェアを貸し出してゲームをプレイさせているところが多くある。カラオケに関する法理を援用すればマンガ喫茶の行為は上演権侵害にあたりと解する余地がある。

このような場合に、「公衆に提示されることを目的として」の要件をどのように解すべきであろうか。

文言上は、禁止権の対象となるのはあくまで「映画の著作物の複製物の譲渡」であるため、禁止権に服するのは譲渡人のみである。なるほど、譲受人の意思のなかに「公衆に提示する目的」が存在しさえすればよいと解すると、上演権侵害の予備的行為を禁止するという点で最大の効果を上げることができる。しかし、譲受人の意思に「公衆に提示する目的」が存在するか否かの判断時点を実際の譲渡後に設定すると、譲渡人は譲渡後の譲受人の当該複製物の利用についてまで責任を負わなければならないことになりかねない。このような帰結は、譲渡人の予測可能性を損なうものであり、適切ではない。

これらのことからすれば、当該「映画の著作物の複製物」が譲渡される時点で、禁止権行使を受けることとなる譲渡人が「当該複製物によって収録されている著作物が譲受人によって公衆に提示される可能性」を明確に認識していれば、禁止権に服することになると考えて良いと思われる。

なお、著作権法26条が規定する禁止権の内容に含まれるとはいうものの、貸与に関する禁止権は消尽しないものと解すべきである。前記最高裁判決は、「(権利者は)頒布の差止めを請求しているが、(中古業者)は貸与を行っている」と認めるに足りないから、貸与については(差止め請求の)理由がないことがあきらかである」と述べていることからすると、貸与する権利につ

いては消尽を認めた譲渡に対する禁止権とは別個の考慮をすべきである旨を示唆するものと思われる\*9。首肯できる示唆である。貸与に関する禁止権を認めないとしても、貸与によって複製物が転々流通することは通常想定されないため、取引の安全を害すことはない。仮に消尽を認めた場合、再度の禁止権行使は認められず、初回の禁止権行使で十分な対価を得ておかなければならないことになり、そうなれば、利益状況の上で実質的に譲渡と何ら変わらなくなってしまう。このような状況は映画の著作物以外に適用される貸与権（著作権法26条の3）とその利益状況に異なるところはないのである。

以上

参考文献

（脚注にあげたほかに）

辰巳直彦「著作物の無形的伝達と有体的頒布——一般的頒布権の導入を中心として——」コピライト455号25頁（1999年）

出版産業に関する商慣行改善調査研究会「出版産業に関する商慣行改善調査研究報告書」（2002年、独立行政法人経済産業研究所）

丹羽繁夫「ゲームソフトの著作物性をめぐる判例の展開と考察」半田古稀『著作権法と民法の現代的課題』（2003年、法学書院）218頁所収。

泉克幸「前掲東京地判〔中古ゲームソフト東京一審〕判批」知財管理50巻7号1019頁（2000年）

石岡克俊「前掲大阪高判〔中古ゲームソフト大阪控訴審〕判批」ジュリスト1206号271頁（2001年）

岡邦俊「続・著作権の事件簿（44）」JCA ジャーナル49巻6号64頁（2002年）。

大家重夫「前掲東京地判〔中古ゲームソフト東京一審〕・前掲大阪地判〔中古ゲームソフト大阪一審〕判批」特許研究29号34頁（2000年）。

---

\*9 高部・前掲解説183頁