

SLN No. 89 2001.5.28

中古ゲームソフト販売を著作権法上、合法と認めた2つの高裁判決

- ①東京高判平成13年3月27日 [中古ゲームソフト販売事件東京訴訟2審]
- ②大阪高判平成13年3月29日 [中古ゲームソフト販売事件大阪訴訟2審]

※現時点では両判決とも判例集未掲載であるが、最高裁のホームページ (<http://www.courts.go.jp/>) から原文を入手できる。

泉 克幸

(徳島大学総合科学部助教授)

はじめに

ゲームソフトの中古販売の是非を巡っては、その創作に投下した資本の回収を困難とする不当な行為であると主張するメーカー側と、ユーザーが購入したソフトはもはやメーカーの所有権を離れているのであって、そのソフトを販売店が購入して再販売する行為はなんらの問題も生じないとする販売店側との間で、激しい対立が続いている。そして、この問題を複雑にしているのが、ゲームソフトが映画の著作物足り得るという事実が存在していたためである。すなわち、著作権法は保護対象の1つである「映画の著作物」を、「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、かつ、物に固定されている著作物を含む」(2条3項)と定義しており、ゲームソフトの映像はこの定義に合致するから映画の著作物に該当する、との判断が、いくつかの下級審で示されていた。そして、「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」(26条1項)との規定が存在するところ、頒布の意味内容が「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、または貸与すること」(2条1項19号)なので、映画の著作物に該当するゲームソフトの著作権者(頒布権者)は中古販売を制限することが可能であるとの解釈も、一見、矛盾なく成立するようにみえるからである(なお、映画著作物以外の著作物についても販売に関する譲渡権の規定が平成11年改正により創設されたが、

SOFTIC

©2001 (財)ソフトウェア情報センター
本誌記事の無断転載を禁じます。

〒105-0001 東京都港区虎ノ門5-1-4 東都ビル4階
TEL. (03)3437-3071 FAX. (03)3437-3398
E-mail: staff@softic.or.jp URL <http://www.softic.or.jp/>



この事業は、競輪の補助金を受けて実施したものです。

最初の譲渡によって同権利が及ばなくなるとする消尽の規定が併せて盛り込まれている（26条の2）。同改正時に映画著作物については手つかずであり、従って、上に述べた状況は現在も続いている）。

中古ソフトの販売の合法性・違法性を巡っては、現在、東京と大阪で訴訟が継続中である（両訴訟の当事者は異なっている）。東京訴訟は販売店がソフトメーカーには頒布権に基づく差止請求権を有さないことの確認を求めたものであり、大阪訴訟は複数のメーカーが販売店の行なう中古販売に対し、頒布権侵害に基づく差止を請求したものである。ところで、上述したことからも分かるように、これらの訴訟におけるポイントは主として次の3つである。

- イ) ゲームソフトは映画の著作物に該当するか。
- ロ) ゲームソフトには頒布権が認められるか。
- ハ) ゲームソフトの頒布権は消尽しないのか。

東京訴訟1審では、「映画の著作物といい得るためには、(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）ものであることを要すべきである」が、「本件各ゲームソフト、画面上に表示される連続映像が一定の内容および順序によるものとして予め定められているものではないから、……、映画の著作物に該当するということはできない」との解釈により、中古ゲームソフトの販売が合法であるとの判断が下された（東京地判平成11年5月27日判時1679号3頁、判タ1004号98頁）。他方、大阪訴訟1審は、「ゲームソフトについて著作権が消尽しない頒布権を有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」と傍論で述べたものの、上記イ）、ロ）、ハ）の判断として、いずれもメーカー側の主張を容れ、中古販売の差止を命じる判決を下していた（大阪地判平成11年10月7日判時1699号48頁）。

以上のように、中古ゲームソフトの販売が著作権法上、許されるか否かの判断が2つの訴訟で分かれており、当事者を含めた全ての販売店とメーカーはもちろん、小中高生を中心とするユーザー、および著作権法を研究する者にとっても、それぞれの高裁の判断が待たれていたところであった。そして、この3月下旬、相次いで高裁の判断が出された。判決はいずれも中古ゲームソフトの販売は頒布権侵害に該当しないというものであったが、その理由付けが大きく異なっている。以下、両高裁の判断をそれぞれ紹介することとする。

1 東京高裁判決

東京高等裁判所は以下のように述べ、被控訴人（販売店）の本訴請求（＝原告（メーカー）には頒布権に基づく差止請求権が不存在であることの確認請求）には理由があるとの判断を行なった。

1-1 法 26 条 1 項の定める頒布権の概要および本件における問題の所在

裁判所は最初に、26 条 1 項の頒布権が「映画の著作物」のみに認められ、「複製物」の「頒布」に関する物権的権利である旨、また、頒布の定義（2 条 1 項 19 号）に従えば、著作者は頒布権によって著作物の複製物の譲渡・貸与であって公衆に関わるものについては、その相手、時期、場所などあらゆる面で完全に支配することが可能であり、著作物の複製物の流通を極めて強力に規制できる旨、指摘する。そして、本件で判断されるべきは、ゲームソフトの中古品が 26 条 1 項にいう「映画の著作物」の「複製物」に該当するかどうかであると述べた。

1-2 本件各ゲームソフトの、「映画の著作物」該当性について

(1) 裁判所は、10 条 1 項 7 号や 2 条 3 項でいう「映画」はフィルムによって固定され、映画館などで一般公開されることを目的として制作される、いわゆる劇場用映画を念頭において規定されているとしつつも、2 条 3 項の要件を満たすものについては著作権法上、「映画の著作物」に含まれるとする。そして、本件各ゲームソフト（販売される商品としての「本件各ゲームソフト複製物」と、これらを作るもととなった「本件各ゲームソフト原作品」の両者を含む）は劇場用映画ではないので、2 条 3 項の定める要件である、①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ていること（＝表現の要件）、②物に固定されていること（＝存在形式の要件）、③2 条 1 項 1 号にいう著作物であること（＝内容の要件）、の 3 要件を満たすか否かで決定されるとした。

(2) 被控訴人は 2 条 3 項の解釈として「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る方法で表現された著作物」とは、単に映像が連続して動いているように見えるだけでは足りず、NG フィルム選別、シナリオに従った粗編集、細編集、音づけ等の映画製作過程を通じて、著作者の思想、感情に基づいた一貫した流れのある映像が表現されていることが必要であり、また、「物に固定」されているためには、特定の有体物を媒介として、一定の内容の映像が、常に一定の順序で再生される状態にあることを要する旨の主張を行ったのに対し、裁判所は 2 条 3 項の文言から被控訴人の主張する上記要件を読み取ることはできず、そうであるなら、他に上記解釈が相当であることを裏付けるに足る実質的証拠が認められない限り、同解釈を採用することはできないと述べた。そして、①16 条（著作者）、29 条（著作権の帰属）、54 条（保護期間）などの映画の著作物に関する規定は劇場用映画の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するものではない、②三沢市市勢映画事件は本件とは事案が異なるし、2 条 3 項の解釈を判断したものではない、③ストックホルム改正会議の経緯によれば、表現の要件は映像の連続を感得せしめるものとしての映画の類似性を問題にしており、また、同会議の結論部分における映像のモンタージュやカット等の手法的な類似性が被控訴人の主張にはつながるものではない、④立法当時には存在していなかった著作物であっても、2 条 3 項の要件を満たし、しかも立法当時存在するか予想されたものと同様の扱いを受けるに値する場合には、2 条 3 項の保護の対象に含まれると解してよい、との判断から、被控訴人の主張はいずれも採用することができず、他にも、被控訴人の解釈を正当とする実質的根拠となるべき事由を認めるに足る証拠はな

いとした。

(3) 裁判所は、認定された事実によれば、本件各ゲームソフトは、①表現、②存在形式、③内容の3要件を満たすとの判断を行なった。

1-3 本件各ゲームソフトは、「頒布権のある」映画の著作物に該当するかについて

裁判所は、本件各ゲームソフトは2条3項にいう映画の著作物に該当するので反対の結論に導く合理的な根拠が認められない限り、26条1項にいう「映画の著作物」とみられるべきであり、その著作者には頒布権が認められるべきであると述べている。そして、上記根拠となるべき事情が認められないので、本件各ゲームソフトの著作権者である控訴人には頒布権を有するとした。

1-4 本件各ゲームソフト複製物は、頒布権の対象となる「複製物」に該当するかについて

(1) 裁判所は、複製の定義(2条1項15号)に従うならば、本件各ゲームソフト複製物が本件各ゲームソフト原作品を複製したことによって得られたものであることは明らかであり、他方、26条1項は「複製物」につき格別の限定をしていないのであるから、26条1項の文言にそのまま従う限り、本件各ゲームソフト複製物には、本件各ゲームソフトの頒布権が及ぶと述べた。しかしながら裁判所はこれに続けて、「当裁判所は、法26条1項の立法の趣旨に照らし、同条項にいう頒布権が認められる「複製物」とは、配給制度による流通の形態が採られている映画の著作物の複製物、および同法条の立法趣旨から見てこれと同等の保護に値する複製物、すなわち、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、したがって、通常は、少数の複製物のみが製造されることの予定されている場合のものであり、大量の複製物が製造され、その一つ一つは少数の者によってしか視聴されない場合のものは含まれないと、限定して解すべきである」との判示を行なった。

(2) 裁判所はその理由として、法が映画の著作物のみ頒布権を認めた実質的理由は、劇場用映画の配給制度を保護、保障することであり、この立法趣旨に照らすと、同条にいう複製物は配給制度を前提とするもの、およびこの立法趣旨にからみて同等の保護に値するもの、すなわち、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、したがって、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、大量の複製物が製造され、その一つ一つは少数の者によってしか視聴されない場合のものはこれに含まれないとするのが合理的な解釈であるとした上で、本件各ゲームソフト複製物は大量の複製物が製造され、その一つ一つは少数の者によってしか視聴されないものであることは明白なものであるから26条1項にいう「複製物」に当たらず、したがって頒布権の対象にはならないと述べた。

(3) 裁判所は、上記のような解釈が 26 条 1 項の文理に反することについては、当該条項を限定することを相当とする実質的根拠が認められる場合には、解釈により文言に限定を加えることが許されるのは当然であると述べた。そして、本件の場合、上記のように「複製物」の文言を限定することに実質的な理由があるとしている。

(4) 控訴人は、「頒布」を定義する 2 条 1 項 19 号の前段である「複製物の公衆への譲渡または貸与」がゲームソフトの流通形態の典型であるので、本件各ゲームソフト複製物には頒布権が及ぶと主張していた。この主張に対し裁判所は、本号前段は特に映画の著作物のみのために設けられた規定ではなく、広く著作物一般のために設けられた規定であるので、そのこと自体で映画の著作物に与えられる頒布権の対象として何が認められるべきかの問題とは関係がないと述べている。

(5) 控訴人は、貸与権に関する規定が創設された際に、映画の著作物には頒布権があることを前提にその対象から除外されたが、当時、貸しビデオも存在していたのであるから、同改正はビデオソフトのような多数の複製物が公衆に販売、貸与されるようなものも頒布権の対象となる映画の著作物に含まれることを前提にしている旨、主張していた。この主張に関連して裁判所は、立法当局者の解説や著作権法の解説書が述べるところは、以前から認められている映画の著作物の頒布権の及ぶものについては貸与についての保護をそれに委ねることとして、それが及ばないものについての保護の制度として貸与権が創設されたということに尽きるものであり、貸与権制度の創設に際して従来から存在した頒布権の内容に変更が加えられたとは理解できないと述べた。そして、裁判所はビデオソフトが 26 条 1 項の頒布権の対象となる「映画の著作物の複製物」に当たるとの見解を必ずしも相当ではないと評している。

(6) 控訴人は、映画の著作物につき頒布権を認めた実質的根拠は、映画の著作物は製作に多大なコストを要すること、および一度視聴されてしまえば視聴者に満足感を与え、同一人が繰り返して視聴する機会が比較的少ないという特性を考慮したものであり、本件各ゲームソフトもこれらの特性を有するので本件各ゲームソフトにも頒布権が認められるべき根拠があるとの主張を行っていた。これに対し裁判所は、26 条 1 項は単なる投下資本の回収一般を保護の対象として頒布権を認めたのではなく、劇場用映画の配給制度等の一定の流通態様を通じての投下資本の回収を保護の対象としていたものであり、また、一度視聴されてしまえば視聴者に満足感を与え、同一人が繰り返して視聴する機会が比較的少ないという点は他の著作物についても少なからず見受けられるところであり、いずれの点も（そして、両者の点を総合したとしても）頒布権を認める実質的根拠とはなり得ないと述べている。

(7) 控訴人は、ゲームソフトは中古品であっても内容が劣化せず、中古販売が複数のユーザーに数回にわたって完全な満足を与えていることから、ゲームソフトがユーザーに満足を与えるごとにその対価を還流させなければ、著作権者が十分な対価を得ることができないとの主張を行なった。裁判所はこれについても、前記(6)のとおり、頒布権は著作者に投下資本に見合った対価の取得を一般的に保障する制度ではないと述べた。さらに、裁判所はゲームソフト製作者が、中古ソフトの売買の際にも対価を回収しなければ十分な対価を得ることができないかどうかについては、これを明確にする資料を見出したいと述

べている。

(8) 控訴人は、近年、著作物一般に、複製物の中古品が公衆に対して販売されることで新品の販売と異なる著作物の享受をエンドユーザーに与える現象が生じており、中古販売業者が新品と異なる著作物を公衆へ提供する行為自体によって経済的利益を上げることに対しては、著作権者が何らかの権利を行使できるとすべきであるとの考え方がクローズアップされてきており、少なくとも映画の著作物については頒布権を認めることで、このような問題に対処すべきである旨、主張した。この主張について裁判所は、上記のような場合に、現行の著作権法が規定する権利のみでは著作権者の保護として不十分であり、中古販売による利益を何らかの形で著作権者に還元する立法等の措置を講ずる必要性があるとする議論は十分合理的に成立し得る、としつつも、だからといって、複製物が大量に流通することが予定されている収集の著作物のうち、映画の著作物のみ、複製物が大量に流通しないことを前提に認められた、極めて強力で流通を支配する権利である頒布権を認めるべき根拠にはならないと述べている。

1-5 まとめ

東京高裁は以上のとおり、本件各ゲームソフト複製物は26条1項の映画の著作物の「複製物」に該当しないので頒布権は認められず、控訴人であるメーカーが被控訴人側の行う中古販売の中止を請求することはできないと述べた。

2 大阪高裁判決

大阪高等裁判所は原審と同じく、「はじめに」に挙げたポイント(イ)および(ロ)に関しては、本件各ゲームソフトが頒布権のある映画の著作物に該当すると判断したものの、(ハ)に関しては原審と異なり、本件各ゲームソフトの頒布権は第一譲渡によって消滅するとの判断を行なった。

2-1 映画の著作物性について

裁判所は、著作権法2条3項の制定経過をベルヌ条約との関係で述べた後、同項を次のように解釈した。すなわち、2条3項は、第一に創作性につき他の一般著作物と同様のものとし、第二に、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」ることを求めているのであって、表現の内容たる「思想・感情」や表現物の「利用態様」における映画の類似性を求めておらず、第三に、映画が「物に固定」されることは、テレビの生放送番組のようなものを保護しないということで要件とされたのであるから、一定の内容の映像が常に一定の順序で再生される状態で固定されるというような特別の態様を要求するものではない、と。

次に裁判所は、本件各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全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聴覚的効果を創作的に表現しているというべきであって、本件各ゲームソフトは映画の効果に類似する視覚的または視聴覚的方法で表現され、かつ、創作性がある著作物性を有し、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、判示した。

2-2 頒布権の有無について

裁判所は、著作権法 26 条 1 項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の区別をしていないので、前記 2-1 で判断したとおり、本件各ゲームソフトが映画の著作物に該当する以上、著作権者である被控訴人らには頒布権を有すると判示した。また、本件各ゲームソフトは頒布権を認める前提を欠くので頒布権付きの映画の著作物には該当しない、との控訴人らの主張に対しては、以下のように応えている。すなわち、26 条が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、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ことはできない。けだし、本件各ゲームソフトが映画の著作物に該当する以上、26 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ころ、上記事由は、未だ本件各ゲームソフトの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であるからである、と。

2-3 頒布権の消尽等について

(1) 裁判所は、本件各ゲームソフトは小売店を経由して最終ユーザーに譲渡され、いったん市場に適法に拡布されたものということができ、そうすると、権利消尽の原則という一般原則により、被控訴人らは少なくとも最終ユーザーに譲渡された後の譲渡につき頒布禁止の効力を及ぼすことができない、と判示した。そして、その理由を以下のとおり述べている。

(2) 裁判所は、まず特許権の消尽理論について触れ、同理論の意義や特許制度の目的あるいは特許制度全体における消尽理論の位置づけ等を明らかにする。続いて、著作物自体または著作物の有形的複製物である複製物について商品取引が行われる場合、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のが相当であるとして、著作権法においても消尽理論の適用がある旨を述べ、その理由を次のように説明している。すなわち、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、著作物また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って、仮に、著作物また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という事になれば、市場における商品の自由な流通が阻害され、著作物またはその複製物の円滑な流通が妨げられて、かえって著作権者の利益を害する結果を来し、ひいては「著作権者の権利およ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、著作権等の権利の保護を図り、もっ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、著作物また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は保障されているものといえることができ、したがって、著作権者から譲渡された著作物また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えることができる（BBS 事件最高裁判決参照）からである、と。さらに、裁判所は、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、著作物の権利者および著作物の権利者以外の者の行な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、との判断を行なった。

（3）被控訴人は、現行著作権法の条文の構造、法 26 条の立法趣旨、同 26 条の 2 および 3 の制定経過等に照らして、本件各ゲームソフトに消尽論を適用する余地はないとの主張を行っていた。この主張に対し裁判所は、第一に、権利消尽の原則が認められるのは著作権法も当然の前提とする商品の取引の自由という原則に基づくもので、著作権法の明文の規定の有無にかかわらず論理的帰結であり、第二に、著作物の権利者および著作権者以外の者の行なう頒布等の具体的行為態様の如何により権利消尽の有無が決まり、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決められるものと解されるので、法 26 条の頒布権は当然に権利消尽の原則という一般的原則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・販売市場を阻害しない場合に、例外的に権利消尽の原則の適用がないと解するのが相当であると述べている。

権利消尽の原則が排除される余地に関しては、次のような判断を裁判所は行なっている。すなわち、法 26 条所定の頒布権には本来権利消尽の原則が働くが、立法当時に劇場用映画について社会的事実として存在していた配給制度に該当する商品取引形態（＝2 条 1 項 19 号の「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を譲渡し、または貸与すること」に当たる行為。「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ような態様とならないといえるから、権利消尽の原則の適

用されない例外取引形態というべきであり、このような取引については著作者の権利が及ぶと解するのが相当であり、昭和 45 年に法 26 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、劇場用映画に関する配給制度というわが国特有の取引形態を前提とすれば、取引上の混乱は少ないと考えられた結果であるといえる。映画の著作物についても、第一譲渡により適法に公衆に拡布された後にされた譲渡のように、およそ前記の配給制度が予想していないような場合（＝2 条 1 項 19 号の「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、または貸与すること」に当たる行為。「前段頒布」）には、原則どおり頒布権は消尽し著作権の効力が及ばないものと解し、配給制度に相応した後段頒布についてのみ権利消尽の原則の適用されない頒布権を認め、公に上映する目的で映画の著作物の複製物が譲渡または貸与された場合には、著作者の権利が及ぶと解するのが相当である、と。

（４）また、被控訴人らは、実質面等からしても本件各ゲームソフトに消尽しない頒布権を認めるのが妥当との主張を行っていた。裁判所は、本件のようなゲームソフトが、多数の者により多額の費用と時間をかけて製作される場合も多く、本件各ゲームソフトについても、その製作に多大の費用、時間及び労力を要したものであることが認められ、この点では劇場用映画に類似するということはできるとしたものの、一方で、ゲームソフトの複製物は、大量に生産され、直接、大衆に対し大量に販売され、劇場映画の配給制度とは全く異なる方法で流通していることが認められ、この方法による投下資本の回収ができる流通実態を取っているといい得るから、当然に流通実態の全く異なる劇場用映画と同一方法による投下資本の回収の機会を与えることに合理性があるということとはできないとの判断を下している。そして、被控訴人らゲームソフトの著作権者は、第一段階の販売（譲渡）の機会に、適正な価格を設定することにより、投下資本の回収を図ることが可能というべきであるから、前記の事実があるからといって、権利消尽の原則を排除する根拠とすることはできないというべきである、と述べている。

（５）最後に裁判所は、ゲームソフトの複製物は大量に生産され、直接、大衆に対し大量に販売され、本件各ゲームソフトは一次卸店を通じて、卸店、小売店を経由して最終ユーザーに譲渡されたのであるから、劇場用映画におけるような例外的商品取引形態でなく、いったん市場に適法に拡布されたものといえることができ、そうすると、権利消尽の原則という一般的原則により、被控訴人らは少なくとも最終ユーザーに譲渡された後の譲渡につき頒布禁止の効力を及ぼすことができないというべきである、と判示した。

3 若干のコメント

中古ゲームソフトの販売が禁止されるべきでないとの見解は、学説においてはほぼ多数説を形成しているといえる。今回、東京高裁、大阪高裁とも、中古ゲームソフトの販売が著作権法上合法との判断を下したことについては、結論部分においては好意的に評価されるであろう。しかしながら、その理由付けあるいは論理構成は、東京高裁が 26 条の解釈として、同条に含まれる「複製物」を限定的に捉える手法を採用したのに対し、大阪高裁の方は消尽論を採用しており、大きく異なっている（この点に関し、高橋岩

和「映画の著作物の頒布権と中古ゲームソフトの販路制限」CIPIC ジャーナル 111 号 44 頁、49 頁以下は、複製物が多数の者に視聴されるか少数の者に視聴されるかという基準は曖昧であり、第一譲渡後に原則として消尽するという基準の方が明確であるので、大阪高裁の論理構成に軍配を上げている)。さらに、それぞれの原審である東京地裁判決および大阪地裁判決を含めると、中古ゲームソフトについては4種類の考え方が示されたことになり、この問題の複雑さを明確に表しているといえよう。東京訴訟および大阪訴訟のいずれも、メーカー側が上告した模様である。今後、それぞれの訴訟がどのような経過を辿るかの予想は難しいが、中古ゲームソフトの著作権法上の評価、あるいは26条の解釈に関し、最高裁がある程度の明確な考え方を示すことを期待したい。また、この問題は、そもそも映画の著作物に関する諸規定の不明確さに由来しているところが大きい。したがって、今後は映画の著作物の範囲の確定(劇場用映画に限るのか、その他の映像作品も含めるのか)、消尽しない頒布権の必要性(なお、今回の両高裁の論理に従うならば、いずれの場合もビデオカセットやDVD等について、中古売買が容認される結論になろう)、権利として認められるべき利用形態の整備といった点につき、立法化の作業を、単に権利保護の強化という観点からではなく、映画産業の発展、ゲーム産業の発展といった観点も踏まえて、早急に行なうべきであろう。

(以上)