

# 著作物の頒布及び上映における 著作権制度の課題（その1）

——コンテンツの著作権保護——

鳥 澤 孝 之\*

**抄 録** デジタル化・ネットワーク化による技術の進展は、著作物の流通を著しく促進していることから、著作権制度に大きな影響を与えている。特にコンテンツの利用においては、ビデオカセット、DVDなどのパッケージソフトウェア、電子書籍等について著作権保護を図ると同時に、公益性の観点から著作権者の排他的権利を制限することが必要になる。「その1」では、わが国の著作権制度について、映画の著作物などのコンテンツを中心に、著作物の頒布と上映に係る権利の変遷や、条約、外国法との比較などを通して考察する。

## 目 次

1. はじめに
2. わが国の著作物の頒布及び上映に係る著作権
  2. 1 映画の著作物の特徴と変容
  2. 2 支分権の変遷
  2. 3 複製物の頒布に関する裁判例
3. 条約及び外国法の著作物の頒布及び上映に係る著作権
  3. 1 条 約
  3. 2 米 国
  3. 3 ドイツ・EU
 (以上、本号)
4. 著作物の頒布及び上映に係る著作権の制限
  4. 1 複製権及び出版権の制限
  4. 2 頒布権及び貸与権の制限
  4. 3 譲渡権の制限
  4. 4 上映権の制限
  4. 5 契約のオーバーライド問題
5. 今後の課題  
(以上、次号)

## 1. はじめに

デジタル化・ネットワーク化による技術の進

展は、言語、音楽、美術、映画といった著作物（著作権法（昭和45年法律第48号）10条1項参照）の流通を著しく促進していることから、著作物の創作者（著作者）等の権利を保護する著作権制度に大きな影響を与えている。著作権は著作物の利用の内容ごとに権利者の排他的権利（支分権）を認めるものである。デジタル機器によるコピーでは複製権が、貸出しについては、音楽CDなどの商業用レコードは貸与権が、映画などの動画を内容とするビデオカセット、DVD等のパッケージソフトウェア<sup>1)</sup>においては頒布権が原則として適用される。また書籍及び雑誌は、従来の印刷物による流通では複製権、譲渡権及び出版権が働いていたが、米国のKindle（アマゾン）、iPad（アップル）といったモバイル・メディアの電子書籍（すでにある書籍を電子化した情報体、もしくは本のように操作して読むことができるように予めデザインされた情報体。）<sup>2)</sup>によるコンテンツ<sup>3)</sup>の流通で

\* 筑波大学大学院ビジネス科学研究科 博士課程  
Takayuki TORISAWA

は、公衆送信権が働き、物流か電子流通かによって著作権法上の取扱いが異なっている。

一方で、著作権制度は著作権法1条で「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ことを目的とする」と規定しているように、公益的な観点から、同法で限定的に列挙された規定の条件を満たす場合には、著作権者の排他的権利を制限することを認め、反射的に利用者へ便益を与えている。近年においては、そのような限定列挙された権利制限規定では、技術の変化が著しい状況では対応できないなどとして、米国著作権法<sup>4)</sup>107条で規定されているフェア・ユース規定と同様の著作権制限の一般規定の導入について、文化審議会著作権分科会で議論された<sup>5)</sup>。

このようにデジタル化・ネットワーク化の下での著作物の利用を促進させるために著作権制限の在り方が注目されているが、その前提として、著作物の流通に係る著作権について整理する必要があると思われる。すなわち、わが国では、有形的な複製物の著作物流通に係る支分権として複製権、頒布権、貸与権及び譲渡権が、無形的で公衆への伝達に係る支分権として上映権、公衆送信権等があるが、これらの支分権は著作権法が昭和46年に施行されて以来、技術の進展等に応じ、変化している。これらの権利を、著作権に関する世界知的所有権機関条約（以下「WIPO著作権条約」という。）と比較すると、WIPO著作権条約の頒布権が著作物一般に認められるものであるのに対して、わが国では映画の著作物に限定されるなど、違いが見られる。一方で、著作物の利用に対する支分権の排他的効力は、著作権制限規定の立法趣旨、各権利の制定趣旨等を勘案するなどして、合理的な解釈運用がなされる必要がある<sup>6)</sup>。

そこで本稿は、「その1」で映画の著作物を中心に、わが国の著作権法と条約、外国法を比

較した上で、関連する支分権の意義や、パッケージソフトウェア、電子書籍等のコンテンツの利用に関する著作権の保護について検討する。「その2」では、これらの権利に係るわが国の制限規定の状況について考察し、著作権制度の今後の課題について提言する。

なお、本文中で法律名が記載されていない条文は、著作権法によるものとする。

## 2. わが国の著作物の頒布及び上映に係る著作権

映画の著作物の著作権者はその流通について、他の著作物の場合とは異なり、頒布権が与えられている。その流通は著作物の複製物を介して行われることから、その作成に際して複製権が働く。一方で映画の著作物以外の著作物の流通においては、貸与や譲渡について貸与権及び譲渡権がそれぞれ著作権者に与えられることから、頒布権、貸与権及び譲渡権を対比して考察する必要がある。また、著作物の公衆に対し映写して利用する場合には、上映権が働く。

そこで本章では、映画の著作物の内容について確認した上で、頒布に係る支分権として複製権、出版権、頒布権、譲渡権及び貸与権を、上映に係るものとして上映権について変遷を考察<sup>7)</sup>し、併せて裁判例について検討する。

### 2. 1 映画の著作物の特徴と変容

著作権法では映画の著作物を明確に定義する規定はないが、「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含むものとする」（2条3項）との規定と併せて、立法担当官は、劇場用映画フィルム、ビデオソフト、ゲームソフトなどの連続影像収録物を含むと説明している<sup>8)</sup>。映画の著作物のコピーは「影像を連続して物に固定し、又はその固定物を増製する」録画によって行われる（2条1項14号）。



映画の著作物は他の著作物と比べて大きな特徴が2つある。第1に、著作物から発生する権利は著作者に帰属するのが原則であるが(17条1項)、映画の著作物に関する映画監督等の著作者の著作権は、映画製作への参加契約によって映画製作者(映画会社等)に帰属すると規定されている(29条1項)<sup>9)</sup>。

第2に、映画の著作物の著作権者には、著作物のすべての流通をコントロールできる強力な排他的権利である頒布権が与えられている。これは現行法の制定時に劇場用映画について「映画館等で公に上映されることを前提に、映画製作会社や映画配給会社がオリジナル・ネガフィルムから一定数のプリント・フィルムを複製し、これを映画館経営者に貸し渡し、上映期間が終了した際に返却させ、あるいは、指定する別の映画館へ引き継がせることにより、映画館等の間を転々と移転する」配給制度<sup>10)</sup>を想定したものであった。しかし条文の規定では、頒布権は劇場用映画を製作した映画会社に限らず、映画の著作物に該当する作品の著作権者に与えられる。

この点近年では、劇場用映画は一定期間の劇場公開後に、ビデオカセットやDVDなどのパッケージソフトウェアによって流通し、映画産業のビジネスモデルが変容している。図書館等の公共施設では、図書、雑誌のみならず、パッケージソフトウェアなどの多様なメディアを公共目的で公衆に利用提供しているが、そのような利用にどのような排他的権利が及び、また権利の制限が行われるのかが問題になる。

また映画産業ビジネスで流通していた商品のみならず、出版産業で取扱われた商品も映画の著作物に含まれる可能性が生じている。すなわち電子書籍の中には、ビデオやオーディオが付加された「エンハンスド・イーブック(Enhanced eBook)<sup>11)</sup>」があり、言語の著作物とされていたものが映画の著作物に該当する可

能性がある。出版物は従来から「出版社と小売書店の中間にあって、書籍・雑誌などの出版物を出版社から仕入れ、小売書店に卸売りする販売会社」である取次会社<sup>12)</sup>が日本中の出版社の本や雑誌を倉庫に一旦集め全国の書店に運ぶ、いわゆる「出版取次」によって流通してきた<sup>12)</sup>。しかし電子書籍が映画の著作物に該当することによって、劇場用映画と同様に頒布権が発生し、また出版社が映画製作者と同様に著作権を有する可能性があると考えられる。

## 2. 2 支分権の変遷

### (1) 複製物の作成に係る権利—複製権・出版権

著作物の複製、すなわち印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に複製して利用する場合(2条1項15号)には、複製権(21条)が働き、原則として著作権者の許諾が必要になる。複製権は、わが国で最初に著作権を規定した著作権法(明治32年法律第39号。以下「旧著作権法」という。)の制定時から著作権者に与えられていた権利であり、旧著作権法では1条1項で規定されていた。

複製権は(2)で後述する頒布権、譲渡権及び貸与権とは異なり、公衆に提供することを目的としない利用についても、排他的権利が及ぶ点で特徴がある。このような立法を行った理由としては、複製行為によって有体物が作成されると、将来的に他人によって反復利用される可能性や蓋然性があることが挙げられている<sup>13)</sup>。

複製権を有する者は、著作物の出版(文書または図画)を引き受ける者に対しては出版権を設定することができる。複製権者から出版権を設定された出版社等は、他の出版社等が著者などと契約して、無断で出版することを差し止めることができる(79条、80条、112条)。出版権は大正時代から昭和初期にかけて、他の業者による無断出版や、著者との二重契約による出版



で損害を受けた出版社の団体からの要望に政府が対応したもので、昭和9年の著作権法中改正法律（昭和9年法律第48号）により旧著作権法の第2章に規定された<sup>14)</sup>。現行の著作権法においては旧著作権法の規定を原型として、第3章で出版権が規定されている<sup>15)</sup>。

## (2) 複製物の頒布に係る権利—頒布権・譲渡権・貸与権

有形的な利用に係る著作物流通のうち、複製物の頒布（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。2条1項19号。）に係る支分権としては、頒布権（26条）、譲渡権（26条の2）及び貸与権（26条の3）がある。頒布権が映画の著作物に対してのみ認められるのに対して、譲渡権及び貸与権は、映画の著作物以外の著作物に認められる。またこれらの支分権のうち、現行著作権法の制定時に規定されていたのは、頒布権だけであった。

### 1) 頒布権

旧著作権法においては頒布権に関する明示的な規定はなかったが、有体物の複製物が複製した者の私的範囲から離れ、多数または不特定の者に到達可能な状態に置かれれば、複製権とは別個の「頒布権」が働くとする見解があった<sup>16)</sup>。

また出版権については「複製しこれを発売頒布するの権利」（28条ノ3本文）と規定され、複製物の発売頒布行為それ自体についても出版権者や著作権者が排他的権利を有するものとされていた<sup>17)</sup>。しかし現行著作権法においては、出版権は「頒布の目的をもつて…複製する権利」（80条1項）と規定され、発売頒布行為に係る排他的権利が条文から削減される結果となった。この点について当時の立法担当官からは「出版権を侵害して作成された複製物を情を知つて頒布する行為は出版権侵害として措置しているから（113条1項2号）、この改正は出版権

の内容を実質的に変更するものではなく、技術的な修正にすぎない」と説明されたところである<sup>18)</sup>。

現行の著作権法で規定する頒布権は、映画の著作物やそれに収録されている音楽、脚本等の著作物について、映画の著作物の複製物により、譲渡や貸出しを含む市場の流通をコントロールすることに関する排他的権利を内容とするものである。その立法趣旨は「映画の著作物については、他の著作物と異なり、その著作物特有の利用態様の存するところであり、本条は、映画の著作物の著作者が、その著作物の利用の地域的制限としての頒布（配給）…を許諾する排他的権利を有する旨、ならびに映画の著作物において複製された著作物の著作者が同様の権利を有する旨を定め」ることであり、「映画界において実際上行使されている配給権を完全に正当なものとすることが要求されている」ことから「映画の著作物に頒布権を認めることにより、著作権者は、空間的（場所的）のみならず、時間的にも映画の著作物の頒布を制限することができる」と立法担当官（文部省文化局）が草案作成時に説明していた<sup>19)</sup>。また文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約（以下「ベルヌ条約」という。）の1948年ブラッセル改正条約による規定では「映画的に翻案・複製された著作物の頒布権が規定されており、改正草案は、この趣旨に沿うものである」としている。一方で外国の立法例においては、イタリア、オーストリア、トルコ、西ドイツなどで頒布権を定めているが「いずれも著作物一般についての頒布権の規定であり、映画の著作物についてのみ頒布権を認めている立法例はみられないようである」と説明されている<sup>20)</sup>。

その他の著作物の頒布については、平成11年に、著作権法の一部を改正する法律（平成11年法律第77号）で譲渡権が規定される前は、複製許諾の際の条件として契約によりその複製物の



頒布をコントロールするか、国内で作成すれば著作権侵害となるべき行為によって作成された物の輸入や、著作権侵害行為によって作成されたものを、情を知って頒布、頒布目的の所持、申出等をした場合に、著作権侵害とみなす（113条1項）限度で、著作権者の保護を図っていた。

映画の著作物の頒布権は、現行法制定前から契約実務で行われてきた劇場用映画フィルムの配給権を法制化したものである<sup>21)</sup>。しかし著作権法では映画の著作物については劇場用映画フィルムに限らず、一般市場流通を前提とする映画のビデオカセット、DVD等についても頒布権が発生する（前述2.1参照）。この点「商業用レコードと同じく一般小売市場での流通を前提とするビデオカセットについての頒布権の存在は、レコードの頒布権を認めなかった理由と同じ理由での支障が十分に予想される」との指摘が文化庁担当官からなされていた<sup>22)</sup>。したがって立法当初から、映画のビデオカセット等のパッケージソフトウェアに頒布権が及ぶかどうかに関する問題があると認識されていたことが理解できる。

## 2) 貸与権

その後昭和59年には、著作権法の一部を改正する法律（昭和59年法律第46号）により貸与権（当時26条の2、現在は26条の3）が新たに規定され、映画の著作物を除く著作物の複製物の貸与により公衆に提供する排他的権利を著作権者に与える規定が設けられた<sup>23)</sup>。これはいわゆるレコードレンタル業が盛んになったことを契機に、議員立法（商業用レコードの公衆への貸与に関する著作権等の権利に関する暫定措置法（昭和58年法律第76号））の制定を経て改正されたもので<sup>24)</sup>、当時の著作権法関係条約に規定がない権利であった。貸与権の対象になったのはレコードレンタルに関係する商業用レコードのみならず、映画の著作物以外の著作物であった。しかし書籍、雑誌については、従来から貸本業

による貸与が自由に行われ、また権利を集中的に処理する体制が整っていないことなどから、平成16年法改正（平成16年法律第92号）による廃止まで、貸与権を適用しない旨の規定（附則4条の2）が置かれていた<sup>25)</sup>。

なお、貸与権が「著作物をその複製物の貸与により公衆に提供する権利」と規定されているのは、有体物を対象とする「貸与」行為は著作物にはなじまず、複製物を介して取引行為を考える必要があるためとの説明がある<sup>26)</sup>。また、漫画喫茶等において客に書籍、雑誌等を店内で閲覧させる行為については、顧客に独自の占有は認められず、店が直接占有していると考えられる<sup>27)</sup>ことから、「貸与」には該当せず、貸与権が働かないと思われる<sup>28)</sup>。

## 3) 譲渡権

さらに平成11年には、譲渡権（26条の2）が規定された。これはWIPO著作権条約6条1項で「頒布権」（著作物の原作品及び複製物について、販売その他の譲渡により公衆への供与を許諾する排他的権利）を著作物一般に認めたことに伴い規定されたもので、映画の著作物以外の著作物の原作品又は複製物の譲渡により公衆に提供することに関する排他的権利である。したがって、著作物の複製について許諾を得ても、その複製物の販売等の譲渡について許諾を得ない場合には、譲渡権侵害となる<sup>29)</sup>。

譲渡権は、頒布権や貸与権とは異なり、原作品または複製物が譲渡された時点で消尽することを定めている（26条の2第2項）。これは消尽の準則（first sale rule）、すなわち「著作権者はその著作物の複製物を売却その他譲渡する排他的権利をもつが、ひとたびそれを売却するときはその権利を失い、買主は制約なくそれを処分できるという準則<sup>30)</sup>」を背景とするものである。

同項では譲渡権の消尽事由を次のように定める。



① 譲渡権を有する者またはその許諾を得た者により公衆に譲渡された原作品または複製物（1号）。

② 文化庁長官の裁定等を受けて公衆に譲渡された複製物（2, 3号）。

③ 譲渡権を有する者またはその承諾を受けた者により特定かつ少数の者に譲渡された原作品または複製物（4号）。

④ 国外（わが国著作権法の施行地外の地域）において譲渡権に相当する権利を害することなく、または譲渡権に相当する権利を有する者もしくはその承諾を得た者により譲渡された原作品または複製物（5号）。

このような譲渡権の消尽規定は強行規定であり、譲渡当事者間の特約等によって譲渡権が消尽しないとするはできないとの説明が立法担当官からなされている<sup>31)</sup>。また、譲渡権は譲渡の可否に関して著作者の関与を可能にするものであり、頒布先、頒布場所、頒布期間等を含む流通のコントロールを内容とする頒布権とは性格が異なることなどから、頒布権の対象になる映画の著作物には譲渡権は適用されず、権利は消尽しないと説明されている<sup>32)</sup>。

④は、他国で適法に譲渡された著作物を並行輸入<sup>33)</sup>等で日本国内に輸入する場合に、改めて譲渡権を及ぼすことができるかどうかに関する規定である。この点、平成11年の法改正の際に「著作物等の流通は国境を越えて盛んに行われており、国際取引の安全に配慮し、著作物の円滑な流通を確保する必要があることから…外国での譲渡が適法に行われた場合には、その後国内で行われる公衆への譲渡には譲渡権が及ばない」国際消尽を採用したと立法担当官が説明している<sup>34)</sup>。

違法譲渡について善意無過失である者が行う公衆譲渡に関しては、譲渡権侵害でないものとみなす特例が規定されている（113条の2）。これは複製物等の所有という外形を信頼して取引

を行った善意無過失の者の取引の安全を図る観点から、譲渡権が消尽していないことを知らず、かつ知らないことについて過失のない者に対しては譲渡権を行使できないとしたものである<sup>35)</sup>。

また、著作者人格権や実演家人格権の侵害行為によって作成された物や、出版権侵害によって作成された物、放送事業者・有線放送事業者の複製権侵害行為によって作成された物について情を知って行う頒布は譲渡権侵害に当たらないため、これらの行為について著作権侵害の責任を問うには、113条1項2号で規定する著作権侵害とみなす行為に該当するかどうかの問題になる<sup>36)</sup>。

なお平成11年の法改正で譲渡権が規定される前には85条で、出版権が存続期間の満了等により消滅した後に出版権者が出版物（著作物の複製物）を頒布することは原則としてできない旨の規定が置かれていた。しかし譲渡権が規定されたことによって、出版権者は出版権の設定と同時に、譲渡権者から出版物の公衆への譲渡について許諾を得ることが必要になった<sup>37)</sup>。

#### 4) 問題点

以上から、複製物の流通において、映画の著作物に関するものは貸与のみならず譲渡についても権利が消尽しない一方で、それ以外の著作物の複製物は貸与に係る権利は消尽しないが、譲渡については一旦許諾を得て譲渡した以上権利が消尽し、映画の著作物がより保護される結果となっている。このような映画の著作物と他の著作物との間の、流通における排他的効力の違いは、現行法制定時に想定していた劇場用映画の配給制度に則って流通した映画フィルムのみならず、ゲームソフトやDVDなどの一般小売市場に流通するパッケージソフトウェアの中古販売（再譲渡）、頒布権の範囲と他の著作物とのバランス<sup>38)</sup>、公立図書館等での貸出しに係る著作権制限等において問題になると考えられ



る。

### (3) 上映権

上映権は、著作物を公に上映することを目的として、映写幕等に映写すること（放送、有線放送、インターネットなどの公衆送信を通じた場合を除く。）に関する排他的権利をいう（22条の2、2条1項17号）。

旧著作権法においては、明治43年の著作権法中改正法律（明治43年法律第63号）で「活動写真術に依り他人の著作物を複製し又は興行する者は偽作者と看做す」（32条の2。なお昭和9年の著作権法中改正法律（昭和9年法律第48号）により削除。）との規定が追加された。その後ベルヌ条約の1928年ローマ改正条約への加入に伴い、昭和6年の著作権法中改正法律（昭和6年法律第64号）で「文芸、学術又は美術の範囲に属する著作物の著作権は其の著作物を活動写真術又は之と類似の方法に依り複製（脚色して映画と為す場合を含む）し及興行するの権利を包含す」（22条の2）との規定が追加され、現行著作権法の上映権に相当するものとして、映画興行権が保護されていた<sup>39)</sup>。

上映権は現行法制定の際には映画の著作物に関する26条に頒布権とともに規定され、上映が「映画の著作物の物理的性質に基づく特有の利用形態<sup>40)</sup>」であることなどから、映画の著作物のみを対象とする支分権であった<sup>41)</sup>。しかし「公の伝達権」を規定したWIPO著作権条約に対応するため、平成11年法改正で、静止画像（写真、スライド、OHP等）などの著作物全般についても上映権で保護されることになった。

そのため上映に関する利用は著作権制限規定が及ぶ場合を除いて、著作権に基づく複製物の有形的利用よりも幅広くコントロールできる状態になっているが、現行法制定の経緯から映画の著作物を中心に主張される支分権となっている。

## 2.3 複製物の頒布に関する裁判例

映画の著作物については、並行輸入ビデオカセット、中古ゲームソフト、中古ビデオカセットといったパッケージソフトウェアの販売について争われた裁判例がある。

### (1) 並行輸入ビデオカセット

並行輸入ビデオカセットの販売に関するものとしては、「101匹ワンチャン事件<sup>42)</sup>」が挙げられる。同事件では、ビデオカセットが劇場用映画フィルムと同様に頒布権が認められるかが争点となったが、裁判所は次のように判示し、ビデオカセットの頒布権を肯定した。

「著作権法は、2条1項20号（筆者注：当時）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、26条1項では、劇場用映画の特定の形態の頒布権のみを著作者に専有させるといような限定をしていないのであって、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26条1項所定の頒布権の対象となる」。

「ある国において劇場公開後に発売されたビデオカセットが劇場未公開ないし劇場公開中の国へ大量に並行輸入されると、当該国における劇場公開による映画の興行に大きな打撃を与える結果となったり、当該国において著作権者に対価を支払って映画のビデオカセットを製造販売する事業を営む者に対しても看過できない損害を与える結果となる可能性があることが認められ、映画の著作権者である映画会社が各国における劇場公開時期、ビデオカセット販売時期等を計画的に調整する一環として、ベルヌ条約により我が国が保護の義務を負う映画の著作物について我が国の著作権法26条所定の頒布権を行使することは、著作権法が目的とした著作物の権利の保護の手段として予定されたところに



含まれるものである。」

## (2) 中古ゲームソフト

しかしその後、映画の著作物の頒布権を巡っては、中古ゲームソフトの販売に関する訴訟で、①中古ゲームソフトは著作権法上の映画の著作物に当たるのか、②映画の著作物に当たる場合、中古ゲームソフトのようなパッケージソフトウェアについても配給制度を前提にする劇場用映画フィルムと同様に26条の頒布権が及ぶのか、③頒布権が及ぶ場合、適法な第一譲渡後の販売についても排他的権利を行使できるのかどうか

が問題になった。このうち東京高等裁判所判決<sup>43)</sup>では次のように判示して、中古ゲームソフトが映画の著作物であることを肯定した上で、パッケージソフトウェアのような複製物については26条の頒布権は認められないとして、ゲームソフトの中古品販売を差し止めることはできないとした。

「著作権法における『映画の著作物』に関する規定は、主として、規定の設けられた当時現存した劇場用映画の有する特性に着目して設けられた規定であるとはいっても、それらの規定のすべてが、劇場用映画の配給制度を念頭において設けられたとみることは、無理があるといわざるを得ない。…著作権法上の『映画の著作物』に関する各規定は、多くは劇場用映画を念頭に置いて設けられたものであるとはいえるものの、頒布権を定める法26条1項を除き、これらを劇場用映画の配給制度を前提として設けられたものであるとすることはできない。」

「著作権法がその26条1項により映画の著作物にのみ頒布権を認めたのは、ベルヌ条約ブラッセル規定が映画の著作物について頒布権を設けていたことから、条約上の義務の履行として規定を設けたものであること、立法当時、劇場用映画については、劇場や映画館等で公に上映されることを前提に、映画製作会社により製作

され、完成したオリジナル・フィルムを本に一定数のプリント・フィルムが複製され、このプリント・フィルムが、映画製作会社から劇場、映画館等に貸与され、貸与の許諾を受けた各劇場、映画館等の間を転々と移転するという流通形態である、いわゆる配給制度の慣行が存在したこと、映画製作会社は、このような配給制度を通じての公の上映によって、劇場用映画の製作に投下した資金を回収しており、1本1本のプリント・フィルムが劇場公開により多額の収益を生み出すものとして、高い経済的価値を有する状態にあったこと、立法者は、このような劇場用映画に特有な流通形態である配給制度の存在と、1本1本のプリント・フィルムの高い経済的価値に着目し、配給制度を実効あらしめるための権利として、フィルムの頒布先、頒布場所、頒布期間等を規制する、他の著作物にはない極めて強力な権利として、頒布権を認めたものであり、頒布権を劇場用映画の配給権と同義であると理解していたことが認められる。」

「当裁判所は、法26条1項の立法趣旨に照らし、配給制度等を前提とせず、多くの複製物が製造されて流通に置かれ、その一つ一つは少数の者の視聴にしか供されない場合のものについては、法26条1項の頒布権が認められないとの立場に立つものであり、したがって、多数の複製物が製造され公衆に販売、貸与されるようなビデオ・ソフトが法26条1項の頒布権の対象となる『映画の著作物の複製物』に当たるとの上記見解は必ずしも相当でないと考える。上記立法当局者の見解は、法2条3項の『映画の著作物』に該当するものの複製物であれば、すべて当然に法26条1項の頒布権の対象になるとの見解を前提にしているものと思われる。しかし、このような見解は相当でなく、法26条1項の『複製物』は、上記のとおり、その立法趣旨に照らし、限定的に解釈すべきである。」

一方で大阪高等裁判所判決<sup>44)</sup>では、ゲームソ



フトが頒布権のある映画の著作物であることを肯定した上で、特許権は原則として消尽すると判示したいわゆるBBS事件最高裁判所判決を引用して、特許権と同様に、自由な商品取引という公共の利益と著作者の利益の調整として消尽の準則が適用され、ゲームソフトに認められる頒布権は適法な譲渡により消尽する旨、以下のとおり判示した。

「本件各ゲームソフトは、映画の効果に類似する視覚的又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、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。」

「法26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、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。」

「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障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（最高裁判所平成9年7月1日判決・民集51巻6号2299頁〔BBS事件〕参照。）」

「著作権においても、ことは同様であって、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。」

「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うことができ、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。」

これら2つの高等裁判所判決の上告審である平成14年の最高裁判所判決では次のように述べて、大阪高裁判決と同様の趣旨で、ゲームソフトに認められる頒布権は解釈によって適法な譲渡により消尽とした<sup>45)</sup>。

「(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を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、もつて文化の発展に寄与する』（著作権法1条）という著作権法の目的にも反することになり、（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ものといふことができ、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」

「26条の規定の解釈として、…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。」

「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、市場における商品の円滑な流通を確保するなど、上記（ア）、（イ）及び（ウ）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ものと解すべきである。」

その上で、消尽規定が譲渡権には規定されているのに対して頒布権には規定されていないことについては「映画の著作物についての頒布権には譲渡する権利が含まれることから、譲渡権

を規定する同条（筆者注：26条の2）1項は映画の著作物に適用されないこととされ、同条2項において、上記のような消尽の原則を確認的に規定したものであって、同条1、2項の反対解釈に立って本件各ゲームソフトのような映画の著作物の複製物について譲渡する権利の消尽が否定されると解するのは相当でない」と判示し、頒布権が消尽すると解釈することについて支障はないとした。

以上のように、本項の冒頭に挙げた中古ゲームソフトの販売を巡る訴訟の問題点に対し、①の映画の著作物の該当性については、東京高裁、大阪高裁、最高裁のいずれの判決でも肯定されたが、②の頒布権が及ぶかどうかの論点については、東京高裁では頒布権が否定されたものの、大阪高裁、最高裁では肯定されている。その上で③の適法な第一譲渡後の頒布権の行使については、大阪高裁、最高裁ともに消尽を原則とすると判示している。劇場用映画の配給制度を前提にしない映画の著作物はゲームソフトのみならず、個人観賞用のビデオカセット、DVD等があり、また頒布権は中古商品等の再譲渡のみならず、レンタル業等での貸出しに関する排他権を含むことから、著作権法上の譲渡権及び貸与権との関係を整理する必要があると考えられる。

### （3）中古ビデオカセット

その後、中古ビデオカセットの販売が頒布権侵害になるか否かについて争われた訴訟について、東京高等裁判所で判断された<sup>46)</sup>。

映画の著作物の頒布権と権利の消尽との関係について、前記の最高裁判所の判決を引用し「本件各ビデオソフトは、配給制度による上映により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など、上記最高裁判決が挙げる



(ア)、(イ)及び(ウ)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の原則についての説示は、本件各ビデオソフトにも当てはまる」とした上で、現行法の制定経緯において「劇場用映画と異なり配給制度を前提としない、放送事業者によって製作されたフィルム、ビデオテープ等を『映画の著作物』に含めるか否かが問題となり、これらも『映画の著作物』に含めるとの前提の下に、現行著作権法が制定された経緯があることは認められるものの、その際に、著作権法26条に規定する頒布権と権利消尽の原則との関係が問題とされた形跡はない。現行著作権法制定時の経緯は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の上記最高裁判決の解釈に影響を及ぼすものではない」としてビデオソフトについても頒布権が消尽すると判示した。

(2)の中古ゲームソフトの頒布権に関する最高裁判決と併せて検討すると、ゲームソフト、ビデオカセット、DVD等のパッケージソフトウェアは映画の著作物に該当しても、頒布権が消尽することになる。一方で貸与権は、映画の著作物が権利の対象から除かれているため、上記裁判例によれば、パッケージソフトウェアのレンタル営業に対して、適法な譲渡を経たものを利用していれば、頒布権も貸与権も主張できず、著作権を行使できないと解釈することも可能であると思われる。

#### (4) 検討

映画の著作物であるゲームソフトやビデオソフトの頒布権が消尽すると判示した判例及び裁判例に対する評価としては、立法者が頒布権を劇場への配給権と考えていたとしても、映画の著作物である以上、媒体に関係なく頒布権が働くことは否定できず、権利の消尽を前提にしないわが国の頒布権から解釈によって消尽を導く

ことに違和感があるとの見解がある<sup>47)</sup>。確かに頒布権を規定する26条には媒体と権利内容を関連づけるものではなく、また頒布権を制限する38条5項は、昭和59年法改正で貸与権を規定する際に設けられたものであるが、当時においても図書館等で貸出用に提供されていたビデオカセットに頒布権が及ぶことを前提に法案が作成されている<sup>48)</sup>。

一方で、「著作権者が真正商品たる複製物の流通をコントロールすることは、映画の著作物が持つ無体物としての特性ではなく、劇場上映用映画フィルムが持つ有体物としての特性…によってはじめて正当化できると考えられるから、そのような特性を持たない一般消費者観賞用パッケージメディアについては（本来的な映画かどうかを問わず）頒布権が消尽すると解すべき」とするもの<sup>49)</sup>、著作権が経済財的要素を強めている現在では妥当なものとするもの<sup>50)</sup>、譲渡権を規定する26条の2の反対解釈により頒布権に消尽原則は適用されないとの見解を否定したのは妥当な判断とするもの<sup>51)</sup>など、頒布権の消尽を肯定する最高裁判決等を評価する見解がある。

思うに、現行法制定当時の頒布権の立法趣旨に鑑みれば、作成及び保存に特殊な機材、技術、管理が必要であり、配給制度という流通先が映画館等の特定の施設に限られる供給システムなどの映画フィルム特有の利用形態に着目して排他的権利の対象となった映画の著作物の複製物の頒布においては、映画製作のコストの回収を図る観点から、権利が消尽することは予定されていなかったと考えられる。しかしその後、頒布のうち貸出しについては貸与権が、譲渡については譲渡権が創設され、映画の著作物以外の著作物も頒布について排他的権利が与えられた。この点条文上は、貸与権及び譲渡権は対象となる著作物から「映画の著作物を除く」とする規定により頒布権との整理を図っている。



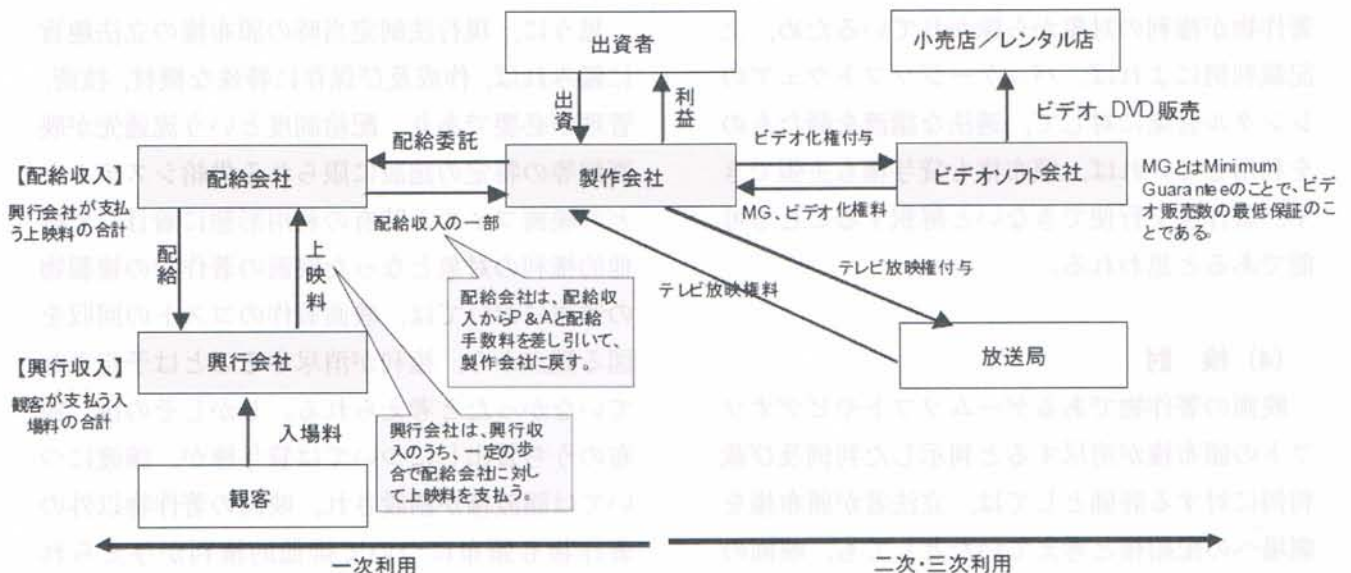
しかし権利消尽については、譲渡権において26条の2第2項で消尽規定が置かれたものの、頒布に係る支分権である頒布権、譲渡権及び貸与権の間で整理されているとは思われない。とりわけ譲渡権を創設した際に、映画の著作物以外の著作物と同様に、一般市場に流通する映画の著作物であるパッケージソフトウェアについてなぜ頒布権を与えるのかについて十分に整理されていないと思われる。さらに、制定当時とは異なり、著作物全般の複製物の頒布について排他的権利が与えられている現在において、劇場上映用映画フィルムだけに消しない頒布権を与える必要性について再検討する可能性もあると思われる<sup>52)</sup>。

また頒布権を創設する背景となった配給制度は、現行制定時から大きく変容している。配給制度は本来、中古ゲームソフトに関する最高裁判決が述べたように「映画館等で公に上映されることを前提に、映画製作会社や映画配給会社がオリジナル・ネガフィルムから一定数のプリント・フィルムを複製し、これを映画館経営者

に貸し渡し、上映期間が終了した際に返却させ、あるいは、指定する別の映画館へ引き継がせることにより、映画館等の間を転々と移転する」ことを内容とし、映画館における配給及び興行を想定したものである。

しかし、パッケージソフトウェア市場の成長によって、映画産業の構造に大きな影響を与えていると考えられる。すなわち、映画産業は本来、製作（プロデューサーが資金とスタッフ（監督、脚本家、カメラマン等）、キャスト（俳優）を集め、最終的に撮影・編集されたフィルムという完成品を作り出すプロセス）・配給（完成したフィルムをプリント（大量生産）し、作品の宣伝をすること）・興行（観客が足を運ぶ映画館を運営し、フィルムを配給会社から借り上げて上映すること）の3つの機能から構成され、映画館上映による興行（一次利用）を担っている。26条が規定する頒布権はこのような一次利用のために製作された映画の著作物を前提にしていると考えられる。

この一次利用に加えて、近年ではパッケージ



(出所) 野村総合研究所

【出典】 経済産業省『映画産業ビジネスモデル研究会報告書』(2009年) 附属資料1・iii頁

図1 映画産業における資金の流れ



ソフトウェアなどのメディアの多様化に伴い、消費者に対するパッケージソフトウェアの貸出し・販売（二次利用）や、映画コンテンツのテレビ放映権やネットでの配信権の売買（三次利用）が活発化し<sup>53)</sup>、映画産業における資金の流れが図1のようになっている。

一方で、映画のパッケージソフトウェアに関連する代表的団体である一般社団法人日本映像ソフト協会によれば、ビデオカセット、レーザーディスク、DVDなどの「ソフト」の売上金額は、1978年には20億4,900万円だったのが、2010年には2,665億4,800万円であり<sup>54)</sup>、130倍以上の市場拡大となっている。

このようなビデオデッキ等の再生機器やビデオカセット等のパッケージソフトウェアの普及に伴うビデオソフト市場の急成長により、映画興行による一次利用よりも、二次利用からの収益の方が大きくなる場合が増え<sup>55)</sup>、映画産業における収益の構造が変化していると考えられる。したがって、パッケージソフトウェアに大きく依存した現在の映画の著作物の流通の状況において、一次利用による配給制度を前提にした頒布権による排他的権利を及ぼすことについて再検討する余地があると考えられる。

### 3. 条約及び外国法の著作物の頒布及び上映に係る著作権

2. で述べたように、わが国の複製物の流通に係る著作権の支分権としては頒布権、譲渡権及び貸与権があり、上映に係るものとして上映権がある。これらの権利の範囲や制度上の位置付けを確認するには、著作権に関する条約や、外国法制と比較する必要がある。そこで本章では、主な条約と、主な外国法制度として米国、ドイツ及びドイツの制度の背景となっているEUの制度について考察する。

## 3. 1 条 約

### (1) ベルヌ条約

ベルヌ条約では、著作物の流通に対する排他的権利を内容とする頒布権及び上映権は、1948年のブラッセル改正会議によって、以下のような14条1項が加えられ<sup>56)</sup>、映画の著作物についてのみ認められた。

#### 第14条〔映画化権・上映権〕

(1) 文学的又は美術的著作物の著作者は、次のことを許諾する排他的権利を享有する。

(i) 著作物を映画として翻案し及び複製すること並びにこのように翻案され又は複製された著作物を頒布すること。

(ii) このように翻案され又は複製された著作物を公に上演し及び演奏し並びに有線により公に伝達すること<sup>57)</sup>。

このうち14条1項(i)号に言う「頒布」とはどのような内容であるのかが問題になる。なぜならば、英語の条文で規定する「distribution」では、最初の頒布行為のみ、または以後のすべての頒布行為の2通りの解釈が可能であるのに対して、フランス語の条文で規定する「mise en circulation」では最初の頒布行為のみを意味するからである。この点、ベルヌ条約37条1項(c)号では「これらの条約文の解釈に相違がある場合には、フランス文による」と規定されていることから、フランス語の条文が決定的な意味を持ち、関連する複製物が最初に頒布される（流通に置かれる）と同時に頒布権が消尽するという最低要件が設けられるべきであることを意味するとの指摘がある<sup>58)</sup>。

1967年のストックホルム外交会議では、オーストリア、イタリア及びモロッコがベルヌ条約9条1項中「reproduction（複製）」の次に



「and circulation（及び流通）」を加え、結果的に同項で規定した複製権を、複製とそれに続く何らかの複製物の流通を正当化する排他的権利にし、一般的頒布権に変える旨の提案をしたが、圧倒的多数で否決された<sup>59)</sup>。したがって、ベルヌ条約における最初の頒布に関する権利は、複製権から分離できない形で成立するものであり、著作権者等又は彼らの許諾を得て販売される複製物について頒布権を認める義務はない<sup>60)</sup>との指摘があることから、日本の映画の著作物に関する頒布権は、ベルヌ条約よりも排他的効力が大きい支分権であると考えられる。

## (2) TRIPS協定

その後1995年に発効した世界貿易機関を設立するマラケシュ協定の附属書1Cである知的所有権の貿易関連の側面に関する協定（以下、TRIPS協定と言う。）の11条において、貸与権が次のように規定された。

### 第11条 貸与権

少なくともコンピュータ・プログラム及び映画の著作物については、加盟国は、著作権者及びその承継人に対し、これらの著作物の原作品又は複製物を公衆に商業的に貸与することを許諾し又は禁止する権利を与える。映画の著作物については、加盟国は、その貸与が自国において著作権者及びその承継人に与えられる排他的複製権を著しく侵害するような当該著作物の広範な複製をもたらすものでない場合には、この権利を与える義務を免除される。コンピュータ・プログラムについては、この権利を与える義務は、当該コンピュータ・プログラム自体が貸与の本質的な対象でない場合には、適用されない<sup>61)</sup>。

TRIPS協定以前のベルヌ条約等の著作権関係条約においては、著作物の公衆への貸与につ

いての禁止・許諾の権利に関する規定はなかったが、TRIPS協定においては、11条で少なくともコンピュータ・プログラム及び映画の著作物に関して、14条4項でレコードについて貸与権が規定された。

このうち映画の著作物については、「貸与が自国において著作権者及びその承継人に与えられる排他的複製権を著しく侵害するような当該著作物の広範な複製をもたらすものでない場合」には貸与権の付与義務が免除されると規定されている。この点については、映画製作者とレンタル・ビデオ店との間で契約秩序が形成され、映画の著作物に関して貸与権を国内法で立法化することが困難な米国の事情に配慮したものであるとの指摘がある<sup>62)</sup>。

なお同協定の交渉においては、著作権を始めとする知的財産権に国際的権利消尽が認められるかどうか大きな問題になったが、6条で「この協定のいかなる規定も、知的所有権の消尽に関する問題を取り扱うために用いてはならない」と規定し、価値中立的なものとなっている<sup>63)</sup>。

## (3) WIPO著作権条約（WCT）

さらに1996年にはWIPO著作権条約（WCT）が作成され、2002年3月6日に効力が発生した。この条約では、6条で頒布権（Right of Distribution）が、7条で貸与権（Right of Rental）が、8条で公衆への伝達権（Right of Communication to the Public）が規定されている。

6条は、次のように規定されている。

### 第6条 頒布権

(1) 文学的及び美術的著作物の著作権者は、その著作物の原作品及び複製物について、販売その他の譲渡により公衆への供与を許諾する排他的権利を享有する。

(2) この条約のいかなる規定も、著作物の原



作品又は複製物の販売その他の譲渡（著作者の許諾を得たものに限る。）が最初に行われた後における（1）の権利の消尽について、締約国が自由にその条件を定めることを妨げるものではない<sup>64</sup>。

この規定ではベルヌ条約14条で映画の著作物についてのみ頒布権を認めているのとは異なり、一般的に著作物について頒布権を付与したものとなっている<sup>65</sup>。また最初の販売に伴う権利消尽についての条件として、国・地域の内側のみで消尽するものとして、条約で実質的に輸入権を付与しようとする試みが行われたが、結局6条(2)に規定されているように、完全に各国国内法に委ねられることになった。したがって各加盟国は著作権の消尽に関して、国内流通でのみ権利が消尽する国内消尽、EU等の地域内の流通でのみ権利が消尽する域内消尽、わが国の譲渡権が採用する国際消尽のいずれのタイプの制度も採用することが可能となっている<sup>66</sup>。

7条で規定する貸与権はTRIPS協定と同様なものとなり、公衆への商業的貸与を許諾する排他的権利の対象として、コンピュータ・プログラム、映画の著作物、レコードに収録された著作物であって締約国の国内法令で定めるものを挙げている。そして貸与権の制限や条件に関しても、同条2項で、TRIPS協定と同一の規定を置いている<sup>67</sup>。

8条で規定する公衆への伝達権は、わが国の上映権、公衆送信権（23条1項）などに対応するもので、次のように規定されている。

#### 第8条 公衆への伝達権

ベルヌ条約第11条(1)(ii)、第11条の2(1)(i)及び(ii)、第11条の3(1)(ii)、第14条(1)(ii)並びに第14条の2(1)の規定の適用を妨げることなく、文学的及び美術的著作物の著

作者は、その著作物について、有線又は無線の方法による公衆への伝達（公衆のそれぞれが選択する場所及び時期において著作物の使用が可能となるような状態に当該著作物を置くことを含む。）を許諾する排他的権利を享有する<sup>68</sup>。

本条は、いわゆるインタラクティブ送信<sup>69</sup>に適用する権利について規定したもので、いわゆるアンブレラ・ソリューションを創出したものとされている。すなわち、デジタル方式のインタラクティブ送信は、複製に関係した諸権利（頒布権、貸与権など）と、複製に関係しない諸権利（公の実演権、放送権、有線送信権など）の境界に関して混乱を引き起こし、国際的な議論の中で、頒布権を適用しようとした流れと、公衆伝達権（right of communication to the public）を適用しようとした流れがあり、インタラクティブ送信に係る権利の候補となっていた<sup>70</sup>。

しかしいずれの権利を選ぶかについての決定は容易でなかったことから、以下のような妥協案が生み出され、その解決策がアンブレラ・ソリューションと呼ばれた。

① インタラクティブ送信という行為は、条文においてできる限りニュートラルな方法で描写し、権利の名称を限定しないこと。

② インタラクティブ送信の特性は、特定のテクノロジーとは無関係のものとし、同時に、公衆の構成員がそれぞれ自由に選んだ時・場所においてアクセスできるような状態に置かれた時点で、著作物や著作隣接権の対象物が公衆に対して利用可能にされたとするという形で描写すること。

③ 付与される許諾権の名称について、各国に十分な自由が与えられること。

④ ベルヌ条約におけるギャップ（公衆伝達権・頒布権の対象範囲）は、解消されるべきこ



と<sup>71)</sup>。

### 3. 2 米 国

米国著作権法では、複製物の頒布に関する権利として頒布権（106条(3)）が、上映に関する権利として公の実演権（101条、106条(4)）が規定されている。

頒布権は「著作権のある著作物のコピーまたはレコードを、販売その他の所有権の移転または貸与によって公衆に頒布すること」に関する排他的権利であり、著作物一般を対象とする権利である。この頒布権の効力は“first sale rule”により制限され、「適法に作成された特定のコピーもしくはレコードの所有者またはかかる所有者の許諾を得た者は、著作権者の許諾なく、当該コピーまたはレコードを売却しその他占有を処分することができる」（109条(a)）とされている。

ただし、“first sale rule”の例外として、レコードとコンピュータ・プログラムについては、借り手の違法複製による脅威に鑑み、適法に作成された複製物であっても許諾なく商業的利益を目的として貸与することができないと109条(b)で規定されている<sup>72)</sup>。また著作物の輸入においては「著作権者の権原に基づくことなく、著作物のコピーまたはレコードで合衆国外で取得されたものを合衆国に輸入することは、106条に基づくコピーまたはレコードを頒布する排他的権利の侵害」と規定され（602条(b)），“first sale rule”の例外となっている。

さらに雑誌、書籍などの物理的な占有移転のみならず、コンピュータ・ネットワーク上の送信による場合についても、頒布権が及ぶかが問題となっている。この点、情報基盤タスクフォースの知的所有権作業部会は、『知的所有権及び全米情報基盤』と題する報告を、1994年にグリーンペーパー<sup>73)</sup>を、1995年にホワイトペーパーを公表した。ホワイトペーパーの報告では、

コンピュータ間のコピーの送信に関して頒布権の範囲が不明確で問題であるとし、「著作物のコピーまたはレコードが送信によって公衆に頒布されうるものであること及びかかる送信が著作権の排他的頒布権に該当することを、著作権法が明示的に認めるように修正すべきであると勧告する」としている。その上で、106条(3)の条文中「レンタル、リースもしくは貸与によって」の後に「または送信によって」を加える法改正案を提案している<sup>74)</sup>。

この提言を受けて、104回連邦議会に法案が提出されたが<sup>75)</sup>、立法には至らなかった。その理由としては、ホワイトペーパーの提案では、情報を拡散し公共の論説を促進する手段としてのインターネット・アクセスから得られる巨大な利益を無視するとの批判を考慮したとの指摘がある<sup>76)</sup>。一方で裁判例では、デジタル・ネットワーク上の著作物の送信が106条(3)のコピーの頒布に該当するとした旨のものがある<sup>77)</sup>。

なお、デジタル・コピーの頒布においては、デジタル送信によって受信者の端末、ハード・ドライブなどコンピュータ・ネットワークを通じた伝達過程において別個のコピーを生じさせるため、“first sale rule”は適用されない旨の報告が、米国議会図書館著作権局からなされている<sup>78)</sup>。

上映については、101条で「著作物を『実演する』とは、直接または何らかの装置もしくはプロセスを使用して…映画その他の視聴覚著作物の場合には、映像を連続して見せること、または映像に伴う音声を聞かせること」と規定され、106条(4)の「言語、音楽、演劇および舞踊の著作物、無言劇、ならびに映画その他の視聴覚著作物の場合、著作権のある著作物を公に実演すること」に関する排他的権利が及ぶ<sup>79)</sup>。裁判例としては、ビデオレンタルとそれを鑑賞する個室の提供を組み合わせたサービスにおけるビデオ上映が、公の実演権を侵害するかどうか



を争ったものがある<sup>80)</sup>。

### 3. 3 ドイツ・EU

ドイツの著作権法<sup>81)</sup>では、頒布権が17条で、上映権が19条4項で、公衆提供の権利が19a条で規定されている<sup>82)</sup>。

頒布権は「著作物の原作品又は複製物を、公衆に供給し、又は取引に供する権利」(17条1項)であり、「その頒布について権限を有する者の同意を得て、欧州連合の域内又は欧州経済領域に関する条約の他のいずれかの締約国の領域内で、譲渡の方法によって取引に供されている場合には、その原作品又は複製物の再頒布は…許される」(同条2項)と規定され、著作権の消尽について日本が採る国際消尽ではなく、欧州連合等の領域内でのみ適用されるという、いわゆる域内消尽が採用されている。この点EUの制度においては、ヨーロッパ連合機能条約(The Treaty on the Functioning of the European Union)では、34条で輸入の数量制限及びそれと同様の効果を有するすべての措置を構成国間で禁止するとして、域内消尽の原則に関する規定を置き、36条で「第34条…の規定は…工業的及び商業的所有権の理由から正当化される輸入、輸出又は通過に関する禁止又は制限を妨げるものではない」と規定している<sup>83)</sup>。また、情報社会における著作権及び関連権の一定の側面のハーモナイゼーションに関する欧州議会及び理事会指令<sup>84)</sup>(以下、EU著作権指令という。)では4条で、有体物の著作物の譲渡に係る排他的権利である頒布権について規定し、権利消尽については域内消尽を採用している。

頒布権には、譲渡に係る権利のほか、貸与(Vermietung、時間的に制限された使用の引渡しであって直接的又は間接的に営利を目的とするもの。)に関する排他的権利が含まれる。17条2項では、貸与する場合には著作物を適法に第一譲渡した後も権利は消尽しない旨規定され

ている。一方で図書館等の公衆に利用可能な施設による貸出し(Verleihung)については権利消尽により排他的権利を行使できないものの、27条2項に基づき法定の報酬請求権(いわゆる公貸権(public lending right))を得ることができる<sup>85)</sup>。これらの貸与及び貸出しの制度においてはECの「貸与権及び貸出権並びに知的所有権分野における著作権に関連する特定の権利に関する1992年11月19日の理事会指令<sup>86)</sup>」に対応したものである。同指令では1条で貸与権(Rental right、直接又は間接の経済的又は商業的利益を目的として、限定的な期間、使用に供することに関する権利。)と貸出権(Lending right、公共の施設を通して、直接又は間接の商業的利益を目的とせず、限定的な期間、使用に供する権利。)については再頒布によっても権利消尽しないと規定するとともに、5条1項で加盟国は貸出権について報酬請求権とすることもできる旨規定している<sup>87)</sup>。

上映権については、19条4項で「造形美術の著作物、写真の著作物、映画の著作物又は学術的若しくは技術的方法による描写を、技術的装置によって公衆に知覚可能なものとする権利」と規定され、22条の放送又は公衆提供を公衆に知覚可能なものとする権利は含まないとしている。

さらに2003年の著作権法改正<sup>88)</sup>により、19条aとして公衆提供の権利(著作物を、有線又は無線により、公衆の構成員がその選択に係る場所及び時において当該著作物を使用できる方法で、公衆に提供する権利。)が規定された。この規定は、EU著作権指令3条で規定する著作物の公衆への伝達権及びその他の目的物を公衆に利用可能にする権利に対応したものである。この改正では19条(口述権、上演・演奏権、上映権)、20条(放送権)、20b条(有線送信権)などの規定については改められていないことから、日本著作権法の23条に規定されている公衆



送信権の中の自動公衆送信(送信可能化を含む)に対応する権利が新たに設けられたものであるとの指摘がある<sup>89)</sup>。

なお権利消尽に関する裁判例としては、ビデオ上映に関連して、適法な譲渡を経たビデオカセットについて17条2項に伴って原則的に生じる権利消尽の効果は、公の上映が同項における頒布に当たらないため、上映権は消尽しないとするものがある<sup>90)</sup>。また公貸権制度を導入した1972年法改正前の旧27条1項で、営利目的の貸与についてのみ補償金請求権を認め、非営利目的の貸出しについて補償金請求権を認めていないことに関連して、同項が前提とする権利消尽の原則がボン基本法14条1項の所有権保障規定に反し違憲であるかどうかについて、連邦憲法裁判所に対して憲法訴願されたところ、1971年7月7日に権利消尽の原則が合憲である旨の決定をしている<sup>91)</sup>。

## 注 記

- 1) 店頭や通信販売されるパッケージに収められた市販のソフトウェア。市販ソフト(新村出編『広辞苑(第6版)』(岩波書店, 2008年)2266頁)。
- 2) 水越伸「用語の解説 メディアと社会」『現代用語の基礎知識2011年版』(自由国民社, 2011年)702頁。なお、電子書籍の著作権法上の課題を論じたものとして、拙稿「電子書籍の著作権制度上の課題—出版社と図書館の視点から—」パテント64巻7号57-64頁(2011年)参照。
- 3) コンテンツの創造、保護及び活用の促進に関する法律(平成16年法律第81号)第2条では、コンテンツを「映画、音楽、演劇、文芸、写真、漫画、アニメーション、コンピュータゲームその他の文字、図形、色彩、音声、動作若しくは映像若しくはこれらを組み合わせたもの又はこれらに係る情報を電子計算機を介して提供するためのプログラム…であって、人間の創造的活動により生み出されるもののうち、教養又は娯楽の範囲に属するもの」と規定している。
- 4) 17 U.S.C.
- 5) 文化審議会著作権分科会『文化審議会著作権分

科会 報告書』25-62頁(2011年)。

- 6) 作花文雄『詳解 著作権法(第4版)』(ぎょうせい, 2010年)308-309頁。
- 7) 泉克幸「我が国における頒布に関する権利の変遷」小野昌延先生古稀記念論文集『知的財産法の系譜』(青林書院, 2002年)525-550頁参照。
- 8) 加戸守行『著作権法逐条講義 五訂新版』(著作権情報センター, 2006年)67-69頁。
- 9) なおこの規定は、映画の原作品または映画に収録されている映画音楽、脚本等の作品の著作者が有する著作権に関する規定ではないことから、これらの作品の著作権は、契約によって映画製作者に譲渡されない限り、著作者側に著作権が残ったままであると、立法担当官から説明されている(加戸・前掲注8)・215頁)。
- 10) 最高裁判所判決平成14年4月25日民集56巻4号808頁, 判例時報1785号7頁(大阪高等裁判所判決上告審), 同号9頁(東京高等裁判所判決上告審)。
- 11) 境祐司ほか『電子書籍制作ガイドブック プロフェッショナルのための最新ノウハウのすべて』(インプレスジャパン, 2010年)184-185頁参照。米国で有名なものとして“Vook”(http://vook.com/(accessed:2011.9.15))が、日本では主婦の友社の『[ムービー付き]やさしいヨガ 4週間プログラム』(http://bukure.shufunotomo.co.jp/digital/?p=570(参照日:2011.9.15))等がある。
- 12) 社団法人日本出版取次協会「創立の経緯 取次とは」(http://www.torikyo.jp/gaiyo/souritu.html(参照日:2011.9.15))参照。
- 13) 加戸・前掲注8)・179頁, 小林尋次『再刊現行著作権法の立法理由と解釈—著作権法全文改正の資料として—』(第一書房, 平成22年)109-111頁。
- 14) 小林・前掲注13)・134-136頁参照。
- 15) なお、複写機器の発達等に鑑み、出版社に対して英国著作権法(Copyright, Designs and Patents Act 1988(c.48))などを参考にして、出版物の版面の複製に関する権利(いわゆる「版面権」)を出版社に与えることについて、平成2年の著作権審議会第8小委員会(出版者の保護関係)報告書で提言されたことがある(著作権法百年史編集委員会編著『著作権法百年史 資料編』(社団法人著作権情報センター, 2000年)708-738頁)。



- 16) 榛村専一『著作権法概論 改訂再版』(巖松堂書店, 1936年) 181-184頁, 勝本正晃『著作権法』(新法学全集第29巻諸法Ⅱ)(日本評論社, 1938年) 116-117頁。
- 17) 小林・前掲注13)・111頁, 山本桂一『著作権法』(法律学全集54-Ⅱ)(有斐閣, 昭和44年) 93, 220頁。
- 18) 安達健二・国分正明「著作権制度の改正について(七・完)」警察研究42巻4号27頁(1971年)。
- 19) 文部省文化局『著作権法法案コンメンタール』(社団法人著作権情報センター所蔵, 1966年) 27-1-27-3頁。
- 20) 文部省文化局・前掲注19)・27-13-27-15頁。
- 21) 松川実「映画配給制度と頒布権」広島法学31巻4号346-317頁(2008年)参照。
- 22) 加戸守行「新著作権法の施行概況と今後の動向」著作権研究4号57-58頁(1971年)。
- 23) この改正法の施行時に行った貸与権に係る議論として, 阿部浩二ほか「転換期における著作権制度の課題と展望」コピーライト25周年記念特集号2-12頁(1985年)参照。
- 24) 板東久美子「著作権法の一部改正について」コピーライト280号2-9頁(1984年)。
- 25) 板東・前掲注24)・6頁参照。
- 26) 加戸・前掲注8)・204-205頁。
- 27) 作花・前掲注6)・283頁。
- 28) コンピュータプログラムを著作権者に無断でグループ企業に再許諾して使用させたことについて, 貸与権侵害の成否が争われた「NTTリース事件」(東京地裁平成16年6月28日判決(判例時報1881号101頁, 判例タイムズ1179号320頁))に関連して, 貸与権における「公衆」の意義を解説したものとして, 金子敏哉「判批」ジュリスト1304号184-187頁(2006年), 増山周「判批」別冊ジュリスト198号『著作権判例百選[第4版]』(有斐閣, 2009年) 98-99頁参照。
- 29) 音楽CD見本品について, 著作権者からその複製について許諾を得た一方で, その販売について許諾を得ていなかった者について譲渡権侵害を認めた裁判例として, 東京地方裁判所判決平成22年6月2日(平成21年(ワ)第36373号)及びその控訴審判決である知的財産高等裁判所判決平成22年10月28日(平成22年(ネ)第10057号)参照。
- 30) 田中英夫編集代表『英米法辞典』(東京大学出版会, 1991年) 351頁。
- 31) ただし「同規定は適法譲渡後は排他的権利としての規制内容は存しないとしているわけであるから, 契約において適法譲渡後も『譲渡権』は消尽しない旨定めたとしても, 法律で規定していない排他的権利を契約において設定することは不可能であり…同規定が強行法規か否かということよりも」「不当な取引制限など競争法的観点から当該契約の有効性が問われ得る」とする指摘がある(作花・前掲注6)・690頁)。
- 32) 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461号48-49頁(1999年)。
- 33) 外国で販売されている商品が, 販売元の外国企業の総代理店等, (当該外国企業からみて) 正規の輸入ルートを通すことなく, 日本国内に輸入される場合(金子宏ほか編集代表『法律学小辞典(第4版補訂版)』(有斐閣, 2008年) 1102頁)。
- 34) 岸本・前掲注32)・49頁。
- 35) 加戸・前掲注8)・667-669頁。
- 36) 加戸・前掲注8)・655頁。
- 37) 加戸・前掲注8)・463-464頁。
- 38) 経済団体連合会産業技術委員会知的財産問題部会「WIPO著作権条約の批准と一般的頒布権の導入について」経団連くりっぷ79号19頁(1998年)参照。
- 39) 小林・前掲注13)・52-53頁, 山本・前掲注17) 99-101, 256-257頁。
- 40) 文部省文化局・前掲注19)・27-2頁。
- 41) なお現行法制定の際の改正草案では, 映画の著作物以外の著作物については, 上映自体には権利を及ぼさないものとし, 単にその上映のための前提手段としての複製及び録画についてのみ著作権を及ぼす旨説明されている(文部省文化局・前掲注19)・26-12頁)。
- 42) 東京地方裁判所判決平成6年7月1日判例時報1501号78頁。
- 43) 東京高等裁判所判決平成13年3月27日判例時報1747号60頁, 判例タイムズ1060号281頁。
- 44) 大阪高等裁判所判決平成13年3月29日判例時報1749号3頁。
- 45) 前掲注10)。
- 46) 東京高等裁判所判決平成14年11月28日(平成14年(ネ)第1351号)(裁判所HP)。判例評釈として, 佐藤豊「判批」知的財産法政策学研究5号173頁(2005年)参照。
- 47) 齊藤博『著作権法(第3版)』(有斐閣, 2007年)



- 177-182頁。
- 48) 後述する4. 2 (次号) を参照。
- 49) 島並良ほか『著作権法入門』(有斐閣, 2009年) 148-149頁〔島並良〕, 島並良「判批」別冊ジュリスト157号『著作権判例百選〔第三版〕』(有斐閣, 2001年) 135頁。
- 50) 中山信弘『著作権法』(有斐閣, 2007年) 228頁。
- 51) 作花・前掲注6)・686頁。
- 52) 島並ほか・前掲注49)・149頁注57〔島並良〕。
- 53) 経済産業省『映画産業ビジネスモデル研究会報告書』(2009年) 付属資料1:i-iii頁。
- 54) 一般社団法人日本映像ソフト協会「表1. 統計調査(1978年から2010年)の売上金額の推移」([http://www.jva-net.or.jp/report/videomarket\\_2.pdf](http://www.jva-net.or.jp/report/videomarket_2.pdf) (参照日:2011.9.15))。
- 55) 経済産業省・前掲注53)・iii頁。
- 56) ミハイリ・フィチオール(大山幸房ほか訳)『WIPOが管理する著作権及び隣接権諸条約の解説並びに著作権及び隣接権用語解説』(社団法人著作権情報センター, 2007年) 98-100頁。
- 57) 条文訳は『著作権関係条約集』(社団法人著作権情報センター, 2011年) 29頁によった。
- 58) フィチオール・前掲注56)・100頁。cf. Committee of Experts on a possible protocol to the Berne Convention for the protection of Literary and Artistic works First Session BCP/CE/I/3 para.123.
- 59) *Id.*, para.124.
- 60) フィチオール・前掲注56)・101-102頁。
- 61) 前掲注57)・305頁。
- 62) 尾島明『逐条解説 TRIPS協定』(日本機械輸出組合, 1999年) 68頁, 安藤和宏「米国著作権法における『公の実演』概念に関する一考察—レンタル・ルームでのビデオ上映は公の実演権を侵害するか—」企業と法創造4巻4号309-310頁(2008年)。
- 63) 尾島・前掲注62)・46-52頁。
- 64) フィチオール・前掲注56)・231頁。
- 65) なお, 「distribution」の訳語については, ベルヌ条約では「頒布」と訳されているところ, わが国のWIPO著作権条約の公定訳では「譲渡」となっている(前掲注57)・28-29, 164-165頁参照)。これは, WIPO著作権条約に加入するに際しての平成11年法改正において, 映画の著作物に関する規定する26条の頒布権の規定を改正せずに,
- その他の著作物を対象にした譲渡権を規定する26条の2を追加したという国内事情によるものである(フィチオール・前掲注56)・231頁)。このように用語の取扱いについて注意が必要であるが, 本稿では「頒布」の語を用いることとする。
- 66) フィチオール・前掲注56)・231-232頁, Reinbothe, J. and Lewinski, S., *The WIPO Treaties 1996 : The WIPO Copyright and Phonograms Treaty*, Butterworths, 2002, p.85.
- 67) フィチオール・前掲注56)・232-237頁。 *Id.*, pp.88-99.
- 68) 前掲注57)・167頁。
- 69) 「公衆への送信」の中で, 情報が常に公衆まで送信されている「放送」等とは異なり, 「サーバー」と呼ばれる送信用コンピュータに入力されている情報が, 公衆(端末)からのリクエスト(アクセス)があった場合のみ送信される形態(濱口太久未「解説『著作権法の一部を改正する法律』について—『インタラクティブ送信』について世界最先端を維持した日本の著作権法—」コピーライト436号3-5頁(1997年))。ただし, 8条中の「それぞれが選択する」はオンデマンド状況を意味し, 「利用可能化権の対象から, 決まった時間に予め確定しているプログラムに基づいて一般公衆が受信するために提供する形での利用を除いている」とする説明がある(Reinbothe, *supra* note 47, p.109. 抜粋和訳として文化審議会著作権分科会『文化審議会著作権分科会(IPマルチキャスト放送及び罰則・取締り関係)報告書』62頁(2006年)参照)。
- 70) フィチオール・前掲注56)・231-232, 237-243頁, 齊藤博「著作物のデジタル送信と『頒布権』」ジュリスト1092号41-42頁(1996年)。Ficsor, M., *The Law of Copyright and the Internet : The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford University Press, 2002, pp.493-510.
- 71) フィチオール・前掲注56)・239頁。
- 72) マーシャル・A・リーファー(牧野和夫監訳)『アメリカ著作権法』(レクシスネクシス・ジャパン, 2008年) 443-445頁参照。
- 73) ブルース・A・レーマン=ロナルド・H・ブラウン(大楽光江訳)『知的所有権と全米情報基盤: 知的所有権作業部会報告の予備草案』(社団法人著作権情報センター, 1995年)。
- 74) Lehman, B. and Brown, R., *Intellectual property and The National Information Infrastructure:*



- The Report of the working group on intellectual property rights*, 1995, pp.213-217. Appendix 1 : p.2. Appendix 2 : p.1. 和訳として、ブルース・A・レーマン=ロナルド・H・ブラウン（山本隆司訳）『知的所有権および全米情報基盤：知的所有権作業部会報告』（社団法人著作権情報センター，1995年）173-176，196，202頁参照。
- 75) S. 1284, H. R. 2441, 104th Cong., 1st Sess.
- 76) ロバート・ゴーマン=ジェーン・ギンズバーグ編『米国著作権法詳解—原著第6版—（下）』（信山社出版，2003年）573頁。
- 77) *Playboy Enters., Inc. v. Frena* (839 F. Supp. 1552 (M. D. Fla. 1993)) ; *Playboy Enters., Inc. v. Chuckleberry Pub'g, Inc.* (939 F. Supp. 1032 (S.D.N.Y. 1996)).
- 78) U.S. Copyright Office, *DMCA Section 104 Report*, 2001. ゴーマンほか・前掲注76)・576-577頁参照。
- 79) 条文訳は，山本隆司訳『外国著作権法令集（42）—アメリカ合衆国編—』（社団法人著作権情報センター，2009年）によった。
- 80) 安藤・前掲注62)・307-321頁。
- 81) Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (BGBl. I 1965 S.1273).
- 82) 条文訳は，本山雅弘訳「外国著作権法令集（43）—ドイツ編—」（社団法人著作権情報センター，2010年）によった。
- 83) 岡村堯『新ヨーロッパ法—リスボン条約体制下の法構造』（三省堂，2010年）293-299，378頁。
- 84) Directive 2001/29/EC of the European parliament and of the council on harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society. 条文訳については，原田文夫訳『情報社会における著作権および関連権の一定の側面のハーモナイゼーションに関する欧州議会およびEU理事会のディレクティブ 2001/29/EC』（社団法人著作権情報センター，2001年）を参照。
- 85) 社団法人著作権情報センター附属著作権研究所編『社著作権情報センター附属著作権研究所研究叢書No.13 公貸権制度に関する調査・研究 公貸権委員会』（社団法人著作権情報センター，2005年）25-26頁〔横山久芳〕。なお，本節での「貸与」，「貸与権」，「貸出し」，「貸出権」及び「公貸権」の用語については，同書1-2頁〔齊藤博〕によった。
- 86) Council Directive 92/100/EEC of 19 November 1992 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property.
- 87) 著作権情報センター附属著作権研究所・前掲注85)・3-8頁〔齊藤博〕，駒田泰土訳『欧州委員会理事会指令』（社団法人著作権情報センター，1996年）11-16頁。
- 88) Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft von 10. September 2003 (BGBl. I S.1774).
- 89) 三浦正広「WINDOW2004 EC著作権ディレクティブにもとづくドイツ著作権法改正」コピライト510号26-27頁（2004年）。
- 90) BGH, Urteil vom 15. 5. 1986—I ZR 22/84 (OLG Karlsruhe). 解説として，栗原崇光「ビデオカセット映画の頒布権と上映権に関する西独最高裁判決」コピライト312号13-15頁（1987年）参照。
- 91) BVerfG, 1 BvR 764/66 vom 7.7.1971. 解説として，栗田昌裕「著作権法における権利論の意義と射程（一）—ドイツにおける憲法判例と学説の展開を手がかりとして—」民商法雑誌140巻6号671-674頁（2009年）参照。

（原稿受領日 2011年5月31日）