

《論説》

現代著作権法の課題

——中古ゲームソフト判決を契機に——

五味 由 典

目次

- 1 はじめに
- 2 中古ゲームソフト判決
 - (1) 東京地裁判決
 - (2) 大阪地裁判決
- 3 中古ゲームソフトが提示した問題
 - (1) 法的判断
 - (2) ゲーム内容の変化
- 4 著作物の流通と媒体の変化
- 5 まとめ

1 はじめに

平成11年5月に東京地裁で同年10月には大阪地裁で、ビデオゲームソフト⁽¹⁾の中古販売について全く異なった判断がだされた。両判決は、ビデオゲームソフトを映画の著作物として扱うのかどうかに主たる論点があった。しかしながら、これらの法律判断の背景にある著作物を巡る社会環境の変化は、アナログ化からデジタル化へという一点をとっても、現行著作権法の解釈による適用に限界を示すものとなっている。本稿では、はじめに東京、大阪両判決を概観し、そこに潜んでいる現在の著作権法上の課題を浮き彫りにする。そのうえで、浮き彫りにされた問題点について解決手段の一端を見出そうとするものである。

2 中古ゲームソフト判決

(1) 東京地裁判決⁽²⁾（以下、「東京判決」）

原告は、被告の販売したテレビゲーム用のビデオゲームソフト（以下、「本件ゲームソフト」）を購入した者から、本件ゲームソフトを買い取り、中古品として販売していた。被告は、原告の販売にかかる本件ゲームソフトは被告に著作権がある映画の著作物であり、中古品販売は頒布権を侵害するものとして、その中止を求めている。被告が本件ゲームソフトの中古品販売の中止を求めているのに対して、原告が中古品販売の差止請求権不存在確認の訴えを起こしたものが本件である。

判決は、はじめに映画の頒布権の性質について次のように説き起す。

「頒布権は、劇場用映画フィルムの配給制度という社会的な取引の実態と映画プリントの経済的価値に着目して、その行き先を指定する権利として認められたものであるが、映画の著作物に関する著作権法の他の規定、すなわち著作権の範囲（16条）、著作権の帰属（29条）及び著作権の保護期間（54条）に関する規定も、また、権利の集中化と保護期間の明確化により、劇場用映画の利用について専ら映画製作者が右のような配給制度を通じて権利行使する上で、円滑な権利処理が行われていることを企図して設けられたものということができる。」と、頒布権が映画フィルムの配給制度という慣行を明文化した規定であると。

そのうえで、「劇場用映画においては、思想・感情の創作的表現は、フィルム編集等の行為を通じて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行われるものであり、複製物たるプリント・フィルムを上映することにより常に同一内容の連続影像がもたらされることで、広範な地域における多数の映画館での上映を通じて膨大な数の観客に対して、同一の思想・感情の表現を伝達することが可能となっている。すなわち、複製物たるプリント・フィルムにより同一内容の連続影像が常に再現可能であることが、劇場用映画フィルムの配給制度の前提となっているものであるこ

とができる。そして、前記のとおり、『映画の著作物』に関する著作権法の規定が、いずれも、劇場用映画の利用について映画製作者による配給制度を通じて円滑な権利行使を可能とすることを企図して設けられたものであることを併せ考えると、著作権法は、多数の映画館での上映を通じて多数の観客に対して思想・感情の表現と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、劇場用映画の特徴を備えた著作物を、『映画の著作物』として想定しているものと解するのが相当である。」としている。ここでは映画の著作物について限定的に解している。

前記のことを踏まえて、「著作権法上の『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、要する」とした。

映画の著作物について検討された要件に基づいて、「本件各ゲームソフトは、画面上に表示される連続映像が一定の内容及び順序によるものとしてあらかじめ定められているものではないから、『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』（著作権法2条3項）に該当するということはできない。」したがって、本件各ゲームソフトが著作権法という「映画の著作物に該当することは出来ないから、これらが映画の著作物に該当することを前提として、これらについて頒布権を有する旨をいう被告の主張は失当である（。）」と判断した。

(2) 大阪地裁判決⁽³⁾（以下、「大阪判決」）

ゲームソフトの開発、製造販売を目的とする会社で、なおかつ自社で製造されたゲームソフト（以下、「本件ゲームソフト」）の著作権を有する原告が、本件ゲームソフトの中古品販売を扱う業者に対して、中古品販売の禁止及びその廃棄を求めて訴えた。

大阪地裁は、「著作権法上の『映画の著作物』には、劇場用映画のような本来的な意味の映画以外のものも含まれる」としたうえで、映画の著作物として著作権法上の保護を受けるためには、(1)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、(2)物に固定されていること、(3)著作物であることの要件が必要である、としたうえで、本件の争点を(1)(2)に限定して詳細に検討をおこなっている。

表現方法に関するはじめの要件については、『『映画の效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』ているとは、右に述べた『映画』と同様の視覚的又は視聴覚的效果を生じさせるもの、すなわち、多数の静止画像を映写幕、ブラウン管、液晶画面その他のものに急速に連続して順次投影して、眼の残像現象を利用して、『映画』と類似した、動きのある影像として見せるという視覚的效果、又は右に加えて影像に音声をシンクロナイズさせるという視聴覚的效果をもって表現されている表現物をいうものと解するのが相当である。』としたうえで、

「そこで、これを本件各ゲームソフトについて検討するに、証拠（検甲一ないし六）によれば、本件各ゲームソフトは、それぞれ、全体が連続的な動画画像からなり、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效果を生じさせる方法で表現されているといって差し支えない程度のものであることが認められる。したがって、本件各ゲームソフトは、いずれも、著作権法二条三項にいう『映画の效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、本件ゲームソフトが表現形式についての要件を充足していることを認めた。

次ぎに固定要件について、現行著作権法制定過程に言及したうえで、

「我が国著作権法において、著作物一般については固定性を要件とせず、

映画の著作物についてのみ固定性を要件としていることなどを併せ考えれば、著作権法上の映画の著作物の要件としての固定性は、これを映画の著作物としての性質に関わるものと見るのは相当でなく、むしろ、単に放送用映画の生放送番組の取り扱いとの関係で、これを映画の著作物に含まめないための要件として設けられたものであると考えるべきである。そうすると、右固定性の要件は生成と同時に消滅していく連続映像を映画の著作物から排除するために機能するものにすぎず、その存在、帰属等が明らかとなる形で何らかの媒体に固定されているものであれば、右固定性の要件を充足すると解するのが相当である。」としたうえで、本件各ゲームソフトについては、「CD-ROM中に収録されたプログラムに基づいて抽出された映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映像となっ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、右に述べたところの固定性の要件に欠けるところはない。」また、ゲームの展開が、プレイヤーによるコントローラの具体的操作に左右されるところが多い点についても、「画面上に表示される映像の内容や順序は、各回のプレイごとに異なるものとなるから、画面上に表示される具体的な映像の内容及び表示される順序が一定のものとして固定されているわけではない。しかし、これらの映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、常に同一の映像及び音声が続いて現れないことをもって、物に固定されていないということはできない。」と固定要件に該当しない理由とはなり得ないと判断した。

第三の要件、著作物性については、「その具体的内容を検討するに、いずれも著作者の知的精神的創作活動の所産が具体的に表現されたものと認めるに十分であるから、これらの著作物性を肯定することができる（。）」と、肯定したうえで、本件ゲームソフトが、プレイヤーの各回のプレイごとに具体的な画面表示が異なる点については以下のように言及した。

「本件ゲームソフトは、前述のとおり、プレイヤーの各回のプレイごとに

具体的に画面に表示される連続影像が異なるものであるが、そもそもテレビゲームは、各プレイごとのプレイヤーの操作によって、具体的に出現する連続映像が同一にならないことを前提として、それ故にこそゲームをプレイできるという性格のものであって、ゲームソフトの著作権者は、右のようなプレイヤーの操作による影像の変化の範囲をあらかじめ織り込んだ上で、ゲームのテーマやストーリーを設定し、様々な視覚的ないし視聴覚的效果を駆使して、統一的な作品としてのゲームを製作するものである（本件各ゲームソフトについても同様である。）。したがって、本件各ゲームソフトを含むゲームソフトは、ゲームソフト自体が著作権者の統一的な思想・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ものというべきで、「ゲームソフトの右のような性質からすれば、ゲームソフトは、プレイヤーのプレイを待たずに完成した著作物というべきことが明らかであるから、未編集の映画フィルムと同視して論じること相当ではない。」としている。

映画の著作物たりうるかという点については、「最近、インタラクティブ（双方向的）映画と呼ばれるあらかじめ決まった一連の動画影像ではなく、観客の反応に応じて画面上の動き、表情、筋書き等が変化するという形で、複数用意された影像が選択されてストーリー展開が変化するという形式の劇場用映画が試験的にではあるが現れていることが認められる。右のように、現行著作権法の制定時に観念されていた劇場における映画の上映、あるいは、放送媒体による一方的な送信形態による映画の公衆送信などとは異なる表現形式の著作物が既に出現しているのであり、これらを映画の著作物の概念から除外する合理的な根拠ないし必要性があるとも考えられない。

したがって、右のような映画の著作物の現状に照らせば、ゲームソフト等のインタラクティブな表現形式を取る著作物について、『映画の著作物』から排除すべき合理的な理由はないというべきである（。）と判断している。

大阪判決の場合は、ビデオゲームが映画の著作物という認定がなされたことにより、これより後の部分で、頒布権の性質、その消尽について言及されることとなる。

3 中古ゲームソフトが提示した問題

ゲームソフトが著作権訴訟において初めて登場したのは、無断複製について争われた「スペース・インベーダー・パートⅡ」事件⁽⁴⁾（以下、「インベーダー事件」）である。また、ゲームソフトを映画の著作物として扱うかを争った先例は、パックマン事件である。後者でゲームソフトが映画の著作物に該当すると判断されて以来、ゲームソフト＝映画の著作物という位置付けが、判例において確立してきた。大阪判決は、パックマン事件以来のこの一貫した判断基準に基づいてゲームソフトが映画の著作物に該当すると判断した。映画の著作物に該当すると判断した後に、頒布権の性質及びその消尽の可能性について判断する。しかし、東京判決は、「複製物たるプリント・フィルムを上映することにより常に同一内容の連続影像がもたらされることで、広範な地域における多数の映画館での上映を通じて膨大な数の観客に対して、同一の思想・感情の表現を伝達することが可能となっている」のであり、「複製物たるプリント・フィルムにより同一内容の連続影像が常に再現可能であることが、劇場用映画フィルムの配給制度の前提」と、頒布権の性質を明示して、そこから頒布権の認められている映画の著作物の範囲を確定する、という作業を行った。このような視点から考えると、プレイヤーの操作に左右されるところが大きく、同一内容の連続影像が常に再現することが事実上不可能であるゲームソフトは、映画の著作物に該当しないと判断した。東京判決は論の構成という点からも従来の判例とは違った画期的な判断と言える。

今回、両判決で異なった判断が示されたことは、パックマン事件以来構築されてきたゲームソフトについての著作権法上の評価が異なってきたことを意味するのではなく、そもそも、パックマン事件当時と今日とでは、以下に述べるようなゲームソフトを巡る様々な環境が異なってきていることに由来

するのであろう。第一に、ゲームソフトそのものを巡る法的環境の変化である。このことは、著作権法自体の法整備の問題にも関連する。第二に、「ゲームソフト」と一言で括ったとしても、そのゲーム性、内容において、常にゲーム性が同じではないということ。この問題は、テクノロジーの発展に対して著作権制度自体が常に抱える問題とも言える。そして第三に、「ゲームソフト」を巡る社会環境の変化である。これは、流通制度、経済構造の変化といった法律解釈に新たな要素を加えるものとも言える。以下、検討を加える。

(1) 法的環境

ゲームソフトを巡る争いが複製権侵害を中心にするものであったとはいえ、ゲームソフトは映画の著作物であるという判断は、出発点において必ずしも存在していなかった。昭和50年代後半の判例の推移をみる。インベーダー事件において、その著作物性は次のように判断されている。

「本件プログラムは、本件ゲームの内容を原告商品の受像機上に映し出すことを目的とし、その目的達成のためにいかなる情報を入れどの様な処理をすべきかを分析し、これについてのそれぞれの解法を発見して、情報の形式及び処理の順序を決定しこれに従って作成されたフローチャートに基づいてアッセンブリ言語によって表現したもの」で、「そこで表現されたプログラム作成者の思想は、学術の範囲に属し、かつ従来のテレビゲームの内容に比して独自の個性を有」し、「プログラム作成者の思想及びその具体的表現を享受することができると判断」、「本件プログラムは、その組み合わせに作成者の独自の学術的思想が創作的に表現されたものであるから、著作権法上保護される著作物に当たる」と具体的な著作物としての分類を明確にせず、著作物性を肯定している。少なくとも、映画の著作物として明確に分類する必要性はなかった。

次に現れたパックマン事件⁽⁵⁾は、ゲームソフトを映画の著作物として把握し、問題を処理している。

『映画の著作物』には、本来の意味における『映画』のほかに、『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』を含むものとされている（第2条第3項）。『パックマン』が本来の意味における映画に該当しないことは明らか」と、ゲームソフトが本来の劇場用映画の著作物とは区別されると判断している。そのうえで、2条3項の特則の立法趣旨等を勘案しながら、本来の意味における映画以外のものが『映画の著作物』に該当するための要件として、

「(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

(二) 物に固定されていること

(三) 著作物であること

『著作物』については、更に定義規定がある（第2条第1項第1号）から、右(三)の要件は、次のとおり言い換えることができる。

(三) 思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものであること。

右のうち、(一)は表現方法の要件、(二)は存在形式の要件、(三)は内容の要件であるといえる（。）と判示する。

パックマン事件によってゲームソフトが映画に該当するのではないが、2条3項により著作権法上保護に値する「映画の著作物」に該当することが、その要件と共に明確にされた。

昭和56年にパックマン事件が提訴された当時は、昭和60年の著作権法改正により付加されたコンピュータ・プログラムの保護規定が存在しなかった。このことから、昭和61年以降は、ゲームソフトの保護をコンピュータ・プログラムの著作物として保護することも可能であったにもかかわらず、以後のゲームソフトを巡る判決も、また大阪判決にあっても、この順序に則った判断を加えている。

パックマン事件で示された論理構成は一見正当と判断できる。しかしながら、同事件の持っていた事件の特殊性を見落とすことが、大阪と東京の異な

った判断を生むきっかけとなったと思われる。単なるゲームソフトの複製の問題として把握されてきているパックマン事件は、中古ゲームソフト問題と同じ問題を内包していた。パックマン事件では、被告会社が違法に複製したプログラムを用いたゲーム機器を被告が経営する喫茶店に設置していた。喫茶店の経営主体と違法複製したものとの間の関係を論じる必要がなく、違法複製のみに注目し、判断することができた事例である。一方で、あえて映画の著作物と判断したのは、そこに頒布権が働くことを想定したにほかならない。違法に複製したプログラムが組み込まれたゲーム機器を設置した喫茶店の経営主体が違法に複製を行った主体と異なることがあっても、設置自体を違法として把握するためには、頒布権を持ち出さなければならない。この点については、大家重夫教授は、「パックマン判決は著作権者にとって、無断複製のプログラムを設置している喫茶店主に対して上映権侵害により訴追できる大きな功績を挙げた」と評しうるとしている。⁽⁶⁾パックマン事件は、頒布権の役割から結果の妥当性を説き起こす東京判決の手法もまた示したといえる。

(2) ゲーム内容の変化

「ゲームソフト」そのもののゲーム性、内容について検討する。パックマン事件当時と今日とでは、格段にそのゲーム性が異なっている。パックマン事件当時に比べ、今日のゲームソフトは、プレイヤーが積極的に参加する形態へと変化している。

パックマン事件で問題となった、「パックマン」のゲーム内容は概略以下のようなものである。

登場人物は、パックマンとオイカケアカペイ等と命名された4匹のモンスター、合わせて5匹である。ビデオ画面上には、迷路が表示されその中央部分にモンスターの巣がある。迷路上に点在する240個の普通エサと4個のパワーエサ（これは常に出現しているものではない）を、パックマンはエサとして食べながら移動する。パックマンの移動は、操作レバーによりプレイヤ

ーが操作する。

パックマンの移動に応じ、モンスターが、それぞれの個性に応じた型でパックマンを追跡し、これを食べようとする。パックマンは普通エサを食べて移動している最中は、モンスターに追跡される一方であるが、パワーエサを食べると、この関係が一定時間逆転し、パックマンがモンスターを追跡し、これを食べることができる。パックマンがモンスターを食べると、高得点が得られる。パックマンが画面上に点在した全ての普通エサを食べ尽くすことによって一つのゲームの画面が終了となる。終了すると次に再び前と同一の画面が現れ、同一のゲーム内容を繰り返す。パックマンが3回モンスターに食べられるまでこのゲームは繰り返される。

スペース・インベーダー・ゲームも、パックマン同様にゲームの展開は比較的単純なものの繰り返しであった。攻撃してくるものを撃墜することによって得点を加算する。敵が全て消滅すると画面がクリアされ、同一の次の画面へと進む。しかしながら、次の画面も、基本的に前の画面とゲーム性は同じで、敵の数が増えたり、攻撃速度が速くなったりの相違はあるものの、全体としての画面に変わりはない。いずれのゲームを例にとっても、ゲーム機器が登場した初期のゲームの内容は、極めて単純なものであったと言えよう。

初期のゲームソフトのゲーム展開について、パックマン事件では、

「一方、プレイ映像は、プログラム（命令群）の多種、多様な命令が順次CPUにより読み取られることは、アトラクト映像及び挿入映像の場合と同様であるが、右読み取られた命令がそのままではなく、プレイヤーの操作レバーの操作によって与えられる電気信号により変化させられて、これによりプログラム（データ群）中から抽出されるデータの順序に変化が加えられる。したがって、ブラウン管上に映し出される映像もプレイヤーのレバー操作により変化する。しかしながら、プレイヤーが操作レバーを全く操作しなかった場合には、常に同一の連続した映像がブラウン管上に映し出されるし、理論上は、プレイヤーが同一のレバー操作を行なえば常に映像の変化は同一となる。また、いかなるレバー操作により、いかなる映像の変化が生ずるかも

プログラムにより設定されており、したがって、プレイヤーは絵柄、文字等を新たに描いたりすることは不可能で、単にプログラム（データ群）中にある絵柄等のデータの抽出順序に有限の変化を与えているにすぎない。

そうすると、アトラクト映像、挿入映像及びプレイ映像のいずれについても、プログラム（データ群）中から抽出したデータをブラウン管上に映像として映し出し再現することが可能であり、その意味で同一性を保ちながら存続しているといえる（。）」

と、あくまでも、プログラム中のデータの抽出順序による映像の違い、という点に視点を置き、ゲームの同一性が保持される、としている。そしてこのような同一性が保たれている限り、物に「固定」されたという「映画の著作物」の要件に合致する、と判断する。

近時、登場してきたゲームソフトは、そのゲーム展開の特徴から、インベダー事件当時のゲームと同様に扱ってよいか、疑問である。ロールプレイングとかシミュレーションと言われる最近のゲームは、インタラクティブ性を最大の特徴とする。これらのゲームは、従来のプレーヤーによる単純なハンドル操作のみでゲームが展開するのではなく、一定の数値の入力等により、敵（機械側）とプレーヤー側との間で、ゲームが展開する。一定の数値入力により、様々な性格の登場人物が作り出され、それが、全体としてのゲーム展開をも変えてゆく性格の物である。さらには、画一的に、プレーヤーが機械側と闘うのではなく、純然と、他のプレーヤーと闘う、というものもある。この場合には、いわば、無限にストーリーの展開が可能となろう。

シミュレーションゲームのソフトについて、裁判例として現れた三国志Ⅲ⁽⁷⁾事件を以下に検証してみる。

「三国志Ⅲ」のゲーム内容は次のようなものである。

登場人物は、製品出荷時において約500名が設定されている。それらの君主、武将は、中国の古書「三国志演義」から得た思想、感情をもとに登場人物像を分析し、その能力を6つの要素に分け、1から100までの範囲で、各登場人物毎にその能力を数値で表現して設定してある。これらの既成君主、

既成武将のほかに、ユーザー側で、データ登録用プログラムを用いて新君主8名、新武将60名の計68名の登場人物を作り出すことができるようプログラムされている。これらの能力もまた既成登場人物同様に数値設定できる。付与された能力の数値によって、闘いの場面の展開は複雑に変化する。ゲームの結末も当然千差万別となる。

「三国志Ⅲ」について東京高裁は、映画の著作物性を否定する。

「本件著作物は、いわゆるシミュレーションソフトの分野に属するゲームソフトであり、ユーザーの思考の積重ねに主眼があるものということができ、そのプログラムによって表されるディスプレイ上の映像の流れを楽しむことに主眼をもっているものでないといえることができる。そして、本件著作物におけるプログラムにはフロッピーディスクに記憶されてユーザーに供給されており（被控訴人プログラムが対応する NEC の P C 9800 シリーズまたはエプソンの P C 286 / 386 シリーズのパーソナルコンピュータ用の本件著作物は、三枚の 2 H D フロッピーディスクに収められて出荷されている。）その中には映像及び効果音に関するプログラムのみならず、シミュレーションに関するプログラムも含まれていることからすれば、ディスプレイに現れる映像及び効果音に関するデータ容量は極めて限られたものとなっていることが明らかである。映像も連続的なリアルな動きを持っているものではなく、静止画像が圧倒的に多い。本件ゲームで動画画像が用いられているのは、軍事戦争場面などの一部にとどまり、軍事戦争における開戦シーン、一騎打ちシーンなどの個々の映像も、右のようにフロッピーディスクに収容できる程度のデータ内容及びプログラムで動作させるため、定型データを利用するものとなっていて、同じ内容の定型的な画像及び効果音がたびたび現れるものにとどまっている。」そして、「ユーザーがシミュレーションにより思考を練っている間は、静止画の画面構成の前で思考に専念できるよう配慮されている（。）」。

このようなゲーム性から勘案すれば、「本件ゲームは、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ているものとは認

められず、本件著作物が、映画ないしこれに類似する著作物に該当するということとはできない。」と判示している。

また、「本件ゲームの起動画面で文字の連続影像が現れ、効果音が聴取されるが、これは、個々の影像とは独立のものであり、起動画面だけのものであるからこれらから、本件著作物について映画としての著作物性を認めることはできない(。)」との判断も行っている。

一方、大阪高裁平成11年4月27日判決⁽⁸⁾(以下、問題となったゲームソフトのタイトルから「ときメモ事件」)は、インタラクティブ性を否定し、映画の著作物と判断している。

「ときめきメモリアル」と名付けられた本件ゲームソフトの内容は、概ね次のようなものである。ゲームを行う者(プレイヤー)が架空の高校「きらめき高校」の高校生となる。その際に、プレイヤーが自ら(ゲームでの主人公)の能力に関して初期設定を行う。そして、ゲームに既に設定されている登場人物の中から憧れの人物(女生徒)を選択し、卒業式の当日、伝説の樹の下でこの女生徒から愛の告白を受けることをゴールとする。そこへ至る高校3年間の様々な出来事、行事等において、自らが憧れの女生徒に相応しい能力を備えるための努力を積み重ねる。いわゆる恋愛シミュレーションゲームである。本件訴訟では、ゲームに設定されていた当初の能力値以外に入力可能にするような装置を作ったことについて同一性保持権の侵害が争われた。

ときメモ事件は、シミュレーションゲームがいかなる著作物に該当するかという点について、本件ゲームソフトが「プレイヤーの主体的な参加によって初めてゲームの進行が図られる点で、『映画の著作物』と『プログラムの著作物』とが単に併存しているにすぎないものではなく、両者が相関連して『ゲーム映像』とでもいうべき複合的な性格の著作物を形成しているものと認めるのが相当」と、地裁判決を変更した。しかし、これは、原告が主張したインタラクティブ性を認めてのことではなかった。原告のこの点についての主張には、「ゲームにそのような特性があるからといって、ゲームの進行・展開は、あらかじめプログラムないしデータに保存された内容から選択

されるに過ぎず、右にいう『インタラクティブ性』とは、シミュレーションゲームに独自の操作方法ないしは操作と反応との関係を抽象的に表した技術的な概念というに止まり、それ自体をゲーム展開や登場人物に関する制作者の思想又は感情の創作的な表現ということは困難」と、否定している。この高裁判決は、「本件ゲームソフトのプログラムは、主人公の能力に関する初期設定を固定し、その設定を基盤とした上で、プレイヤーが選択した行動（コマンド）に対する能力項目の数値を創作的に加減させ累積させてストーリーが展開するという構造になっているから、プレイヤーによって作り出されるセーブデータは、プログラムとは別個独立に截然と区別されて存在する単なる数値ではなく、制作者が初期設定の数値によって表した主人公の人物像（能力値）を変化させ、それに応じたゲーム展開を表現するための密接不可分な要素として構成されているもの」としたうえで、「その初期設定はもちろん、コマンドの選択に関連付けられた各能力項目の数値の加減は、本件ゲームソフトの本質的構成部分となっているもので、これを改変し無力化することは、それによる表現内容の変容をもたらすものというのが相当」と判示している。

いわゆるインタラクティブ性の問題は、大阪判決のみならず、ときメモ事件においても、無視してよい視点、として把握されている。対する三国志Ⅲ判決は、シミュレーションゲームのインタラクティブ性を重視し、映画の著作物を否定する重要な視点として扱っている。

インタラクティブ性の問題について、三木茂弁護士は、東京判決の評釈においてニューメディアたるゲームソフトの著作物についてまで、映画類似著作物に含むと考えるのは、立法者の予期しないことであるとした上で、「映画類似著作物とは、一定の編集を経て完成された影像又は影像及び音の固定物であって、それを用いることによって影像の連続が平面的に再現されうるもの、と解するのが妥当で」東京判決の事実から「推察すればプレーヤーの主體的な参加によってゲームの進行が図られ、そのプレーヤーの操作如何によってテレビの画面に再現され影像が異なる点で、この（映画類似著作物）

定義には該当しない⁽⁹⁾」(括弧内筆者)と、インタラクティブ性を有するゲームソフトを映画の著作物と判断した大阪判決に否定的見解を示している。

パックマン事件において「プレイヤーの操作によって、画面影像が変化したとしても、全体として同一性が保たれている」とインタラクティブ性について判断したのは、ゲームソフト「パックマン」が、映画の著作物としての「固定」要件を満たすかどうかの問題から出発した。映画の著作物自体は、フィルムがなければ存在しない、ということから導かれる「固定」要件よりもかなり広く解釈されていると言えよう。ここでは、ゲームソフト「パックマン」を保護するためのインタラクティブ性の問題に過ぎなかった。この点は、以後のゲームソフト判決において、プレイヤーの操作によって具体的画面影像に変化が生じたとしても、同一性に影響はない、という一般準則へと昇華してしまった。これが映画の著作物であるための具体的判断基準は、まさに、この点に求められることになった。パックマン事件の具体的画面映像の変化を同一性の範囲内と把握することは、一画面内でのプレイヤーの動きを制限していたという意味では妥当である。しかし、「ときメモ」のようなゲームの場合にプレイヤーが基本的な構成要素である主人公の性格や、ストーリー展開までも変えることが可能になるほどのインタラクティブ性を帯びたものにパックマン事件の判断基準は当てはまらない。そもそも、固定要件は、「ビデオ・テープ、ビデオ・カセット、ビデオディスクなどの連続影像収録物(ビデオ・ソフト)も、その支持物あるいは固定物が光学フィルムか磁気テープ・ディスクかの違いに過ぎず、内容的には映画と区別を認める必要はない」から映画の著作物の概念に組み込んだのであり、又、「テレビの生放送番組のように、放送と同時に消えて行く性格のものは、映画の著作物としては保護しない」という趣旨も含んでの規定である。また、映画の著作物としての固定要件とゲームの展開という点は区別しなければならない。ゲームの展開が始まるのはプログラムにあるという点において、プログラムは固定された物に存在するが、それを実行することによって生じる具体的なゲーム展開は、常に変化するのみならず、瞬時に消滅してしまう。インタラ

クティブなゲーム展開を映画の著作物として保護するには、固定要件から可否的にならざるを得ない。その意味において、バックマン事件に依拠する判例理論を用いて、インタラクティブ性が最大の特徴である近時のゲームソフトの著作物性を判断することは、批判される。

4 著作物の流通と媒体の変化

今回の東京、大阪両判決の検討から導かれるもう一つ重要な視点は、著作物（ここでは「ゲームソフト」に限定されるが）を取り巻く社会環境の変化である。両判決はその点を頒布権の存在意義のなかで考察している。

大阪判決は、「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」があり、「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」を必要としたからとした。

伝統的な劇場用映画には形式的に該当しないビデオゲームを映画の著作物として保護できるか否かにあたって、「現行著作権法の制定当時、テレビゲームは存在していなかったから、映画の著作物にゲームソフトのようなものが入ってくることは、予想されていなかったものである。しかし、制定時以後の技術の進歩、メディアの発展や社会情勢の変化等に対応して、映画の著作物として保護すべき著作物として新しい形態のメディアが現われることも当然のことであるから、立法当初予定されていなかった種類の著作物であるからといって、これを排除すべきものではなく、制度の立法趣旨を踏まえて、著作権法上の映画の著作物としての保護を与えるに適したものか否かを、形式的な要件とともに実質的な側面からも判断すべき」であるとしている。

大阪判決が示した実質的な側面とは「テレビゲームのゲームソフトは、プロデューサー、ディレクター、キャラクター・デザイン担当者、映像担当者、サウンド担当者、プログラマー、シナリオライター等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、右のような傾向は、ゲーム機の高性能化とも相まって最近では一層顕著になってきており、ゲームの内容も映像・音楽の技術的な進歩による視聴覚的表現方法の向上が著しく、映画との差が小さくなってきている（。）」こと、本件各ゲームソフトにおいてみれば、「製作に多大な費用（本件各ゲームソフトの宣伝広告費を除いた平均製作費は約九億五〇〇〇万円程度に達する。）、時間及び労力を要したものであることが認められる。また、その反面、ゲームソフトは視聴者（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）で満足を与える点でも、劇場用映画と大きく異ならず、殊に人気ゲームソフトでは新作発表後二ないし三か月で中古品販売数量が新品販売数量を上回ることも少なくないというデータがあること」などを認定。これらの実態を勘案すると、「ゲームソフトについて、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（。）」（下線筆者）と結論付けている。

伝統的な劇場用映画には配給という制度があり、それを頒布権として認めた立法経緯があることは事実であり、著作物の流通形態を実質的な側面から検討すること自体は必要である。しかしながら、大阪判決は「頒布権のある映画の著作物」として著作物性の問題に投下資本の回収という要因を導いているとも考えられる判断をしている点でもその検討内容において疑問が残る。

映画の著作物にのみ前述の様な頒布権を認めることができたのは、流通形態が単純であり、投下資本の回収が容易であるからでもある。この点を考えると、ビデオゲームの流通はそれ以外の多くの著作物がそうであるように、その流通形態は複雑多岐にわたる。

ゲームソフトの流通形態が複雑なものとなっている理由は、著作物の媒体の変化にもある。以下、詳しく検討する。

パックマン事件が争われていた当時は、ゲーム機自体が大型で、一般需要者（ここでは、ゲームのプレーヤーのこと）が手に入れることの出来る品物ではなかった。喫茶店やゲームセンターに設置された大型の機械（後述の家庭用ゲーム機とは区別してアーケード機と呼ばれる機械）でのみゲームを楽しむことが出来た。ゲーム機自体が大型であった時代は、その販売経路の把握は容易であったし、一台当たりの売り上げ額も膨大なものであったので、映画配給権の発想から生じた頒布権が好都合であった。映画の著作物が著作物として化体された映画フィルム等の存在なくしては映画の著作物の利用ということはあり得なかった点、その映画フィルムの再生にあたっては、特殊な再生機器が必要となった点で、両者の共通項は多かったことから頒布権は認知されやすかった。大型のゲーム機器が家庭用ゲーム機器に取って代わられていくという変化は、これもまた伝統的な劇場用映画が家庭用ビデオ再生機器の普及により、興行収入が減少していくという現象とも共通している。大型のゲーム機の場合、機械一台に付き、一プログラムが基本で、利用者はゲーム毎に別の機械を利用しなければならなかった。これは、収納できるプログラムの容量というテクニカルな制限からくるものに他ならない。家庭用に普及させるために作られたゲーム機の場合、プログラム、プログラム再生装置、映像装置をそれぞれ分離することによって、省スペース、小型化が実現できた。映像装置は、どこにでもあるテレビジョン受像機を用いる。プログラムは、カセットあるいはそれに代わる媒体（現在の中心はCD-ROM）においてプログラム毎に販売する。プログラムを再生する装置には、汎用性を持たせる。このことによって、一般家庭でゲームソフトを楽しむ場合、プログラムのみの変更（買い換えが主流）で常に新たなゲームソフトが廉価で楽しむことができるようになった。パックマン事件当時主流であった再生機器・プログラム一体型流通形態は減少し、両者を完全に分離した、書籍・CDと同様の流通形態が出現している。これらの点においても、ゲームソフトと映画の著作物に共通項はあるが、その共通項のゆえに、パックマン事件が今回の中古ゲームソフト問題にまで射程を持つと考えることは行き過ぎであ

ろう。

ゲーム機器が大型機器から家庭用機器へと変化したように、著作物が流通する際に化体する媒体は、時々刻々と変化しうる。媒体の変化が同一著作物についての著作権法上の評価を変えることになってはならないのは当然であるが、今回の中古ゲームソフトの中心的課題の一つに媒体の変化があることも見落せない。この様な変化が生じた背景には、コスト上の問題の他に、よりスピーディーなゲーム展開を考え、より多くの情報が必要となり、そのためには頻繁に読み出しが可能な記憶媒体が要求されたからである。それに耐えうるものとしてのCD-ROMは、アクセスによっても劣化の少ない光学読み取り式媒体である。更に、読みとり速度を速めるために情報はデジタル化された。ゲームソフトがCD-ROMへ収納されたことによって、流動性が高くなり、中古市場が形成されていった。しかしながら、著作権法上評価されるのは、あくまでも、無体物としてのデジタルコンテンツである。たまたま、CD-ROM化されたゲームソフトが、映画の著作物の要件である「固定」要件に合致した。だから頒布権が使えるのではないか、というに過ぎない。映画の著作物としての「固定」要件は、判例を概観したことから解るように、存在形体としての「固定」という意味ではなく、「内容の同一性保持」と言い換えられた。この点は、「固定」要件によって、同一影像が同一人に鑑賞することができる、という映画の特性を示す不可欠の要素であるから示されたに過ぎない。しかしながら、両者の決定的な相違は、家庭用ビデオは劇場用映画を前提として成り立っているもので影像において全て異なることがないのに対して、家庭用ゲームソフトとして変化したゲームソフトはプログラムにおいて同一性を有していても、影像においては全く同一性を得られないと点にある、と言えよう。

今、例えば、現在注目されているインターネットを通じて情報を配布する、という「配信」がある。音楽をインターネットを通じて配信する制度は固定物を媒介として著作物が流通するということを否定し、無体物を無体物として需要者に届けることを可能にしている。音楽に限らず、小説、漫画の配信

も存在する。ゲームのプログラム自体が「配信」によって需要者の元に届けられるということもある。もちろん、発信に当たっては、発信元に何らかの固定物が存在する可能性は否定できないものではあるが、その点は、著作物の利用者からすれば、問題とはならない。これらは、媒体の変化であり、著作物の変化ではない。映画の著作物においてもこのような利用形態は十分に可能であり、その場合にはもはや伝統的な映画の著作物が有していたフィルムといった記憶媒体は必要なくなることになる。そうなれば、2条3項の固定要件自体、限定的な解釈をする必要に迫られる。

二次流通という問題に関連して、投下資本の回収手段から専ら頒布権（あることを仮定して）による二次流通の阻止ということにもまた限界がある。頒布権に基づいて、流通市場を事細かに調査し、その各段階から一定の利用料を徴収するという制度を作ったとしても、市場の複雑性や諸経費を考えると、本来の劇場用映画における配給権的頒布権に比べて分の悪いものである。⁽¹¹⁾この様な考え方は、21条の立法趣旨にも現れている。映画以外の著作物については、頒布権で著作物の複製物の流通自体を事細かにコントロールしチェックすることが不可能であるから、複製権として最初のコピーの段階における権利をおさえるということは、まさに、化体された著作物の流通の複雑さ⁽¹²⁾に由来するからであろう。二次流通のコントロールが分の悪いものであるにも関わらず、楽曲について集中管理が成り立っている、そこには多岐にわたる二次的利用形態が存在するからである。しかし、ゲームソフトは、二次的な利用形態がほとんど期待できない。「配信」という技術手段により複製権の問題としてその都度の利用料を徴収する方途を考えることがより有益である。

また、中古ゲームソフトを映画の著作物として議論したことにより、頒布権の問題が浮き彫りにされた。しかし、頒布権が最終的に認められようと否と⁽¹³⁾に関わらず、貸与権の問題は残る。ゲームソフトが、貸与によって利用されうるかどうかの現実の話は別であるが、少なくとも、映画の著作物でないと判断されれば、中古市場と同時に、レンタル市場も形成されてくる。どの

ような市場が形成されるかは不明であっても、レンタルCD市場と相乗りが成立すれば、貸与権の行使の方が投下資本の回収も実効性が期待でき得る。

5 まとめ

中古ゲームソフトを巡る東京、大阪両判決に検討を加えながら著作権に関連する問題点を検討してきた。今回の問題には、ゲームソフトのゲーム内容自体の変化に期するところが多い。ゲーム内容が複雑化するにしたがって、プログラムの記憶媒体も変化する。ゲームソフトの進化は、テクノロジーの変化ともいえる。記憶媒体がデジタルコンテンツとなったことが今回の中古ゲームソフト問題の法律論争の中心ではなかった。しかしながら、一方において、流通経路を検討し頒布権の役割を検討していることから勘案すると、デジタル信号化されたプログラムは劣化が少ないことこそが、中古市場が膨大となるきっかけとなったことも事実である。そのことから、ゲームソフト保護の問題自体をデジタルという視点から解釈し直さなければならない必要に迫られている。この一つの方法として貸与権の活用があろう。

最近、漫画喫茶が市中に出回っている。一定の料金を支払うと、店内で漫画を自由に読むことができるシステムをとったニュービジネスとして成長している。このことによって、新刊の漫画の売り上げが低迷している。本稿での詳述は避けるが、この問題もまた、貸与権によって比較的簡単に解決をはかれる問題であろう。もちろん、この場合、現行著作権法が貸与権に付している附則4条の2の制限をまずは撤廃する必要がある。しかしながら、需要者が漫画という著作物から遠退いているわけではなく、むしろ近づいているという点は、見落とせない事実である。これは、中古ゲームソフト問題も全く同一である。新たな形態のビジネスが発生するにはそれなりの理由があり、このような背景には、漫画は読みたい、しかし買って読むとあとで処分にかかる、という事情もある。ならば、手軽に利用できる漫画喫茶へ足を運ぶ。著作権法の問題は、有体物に化体しなければならない著作物の「空間的」宿命を変えなければならない転換期にさしかかっていると言える。この意味で、

貸与権を中心とした著作物利用のための法整備が必要と思われる。

以上、中古ゲームソフトの問題を端緒として、現代の著作権法上の問題点を種々指摘し貸与権を再検討することによって、新たな著作物利用形態への対処できる可能性を示唆するにとどまった。十分論じ尽くされない箇所も多々あった。大方のご批判を賜れば、幸いである。

- （１） 判決等において、「ビデオゲーム」と称される場合もあるが、「ビデオゲームソフト」という表現がなされる場合もある。しかし、これは、単なる「ゲーム」ではない。また、映画の著作物であることをあらかじめ認めるような「ビデオ」といった言葉を「ゲーム」の前に冠することは、必ずしも正確とも思えないので、本稿では、「ゲームソフト」という表現に統一した。実際には、本稿で扱うところの中古ゲームソフトは、特定のゲーム機器によって読み込み可能な、プログラムとそれを動かすために必要なデータから成り立っているものである。
- （２） 東京地判平成11年5月27日 判時1679号3頁。
- （３） 大阪地判平成11年10月7日 判例集未掲載。なお、本件判決文は、最高裁判所のホームページより引用。
- （４） 横浜地判昭和58年3月30日 判例時報1081号125頁以下。
- （５） 東京地判昭和59年9月28日 無体集16巻3号676頁、判時1129号120頁。
- （６） 大家重夫『中古ゲームソフトの販売をめぐる2つの判例』（判例紹介）「特許研究」29号特許庁工業所有権研究会企画委員会編 34頁以下。また、土井輝生教授も同様の意義を指摘される（『著作権判例百選（第2版）』有斐閣64頁以下）。
- （７） 東京高判平成11年3月18日 判時1684号112頁。
- （８） 大阪高裁平成11年4月27日 判時1700号129頁。
- （９） 三木茂「テレビゲーム用ソフトは著作権法上の『映画の著作物』に該当せず、同ソフトの著作権者は著作権法第26条1項の頒布権に基づく差止請求権を有しないとされた事例」（判例評釈）判時1700号219頁（判例評論494号41頁）。
- （10） もちろん、家庭用ゲームソフトに限定せず、従来型の大型ゲーム機器においても同一性のない点は当てはまるのだが、大型のゲーム機器の場合、一回あたりの収益という点から、家庭用のものに比してインタラクティブ性を減縮しなければならない、という点がある。
- （11） 劇場用映画がビデオ化されたものについて従前、頒布権の行使が行われなかったのは、「譲渡については権利者側から市販ソフトに関する頒布権の行使を差し控えている実態に」あったからで、「将来のビデオ・ソフトの利用発達度あるいは利用態様によっては、法改正を要する問題」である（加戸守行「著作権法逐条講義（改訂新版）」著作権情報センター、平成6年、159頁）。頒布権自体は、それに基づいて流通制度をコントロールすることが可能であるが、一連の中古ゲームソフト問題の発端は、中古ゲームソフト市場の拡大が、新作ゲームソフトの市場を

侵害しているという制作側からの主張から始まっている。この点を第一に考えるとすれば、ゲームソフト制作会社に金銭的收入が得られる何らかの法的根拠が与えられればよいわけで、そうであるならば、貸与権であっても結論に変わりはない。加戸・前掲書，161頁参照。

(12) 加戸・前掲書，146頁参照。

(13) 譲渡権は、著作権に関する世界知的所有権機関条約第6条によって認められた一般的頒布権を法文化したものであるとして平成11年改正で追加された権利である。しかしながら、26条の2第2項において、消尽規定を置くため、著作物の二次流通を議論する際にこの権利が有する意味はほとんどない。