

映画配給制度と頒布権

松 川 実

1. はじめに⁽¹⁾

一連のいわゆる中古ゲームソフト事件訴訟⁽²⁾は、平成 14 (2002) 年 4 月 25 日、最高裁判所の終結判決で論争に終止符を打ったが、その後も、ゲームソフト自体の問題ではなく、著作権法上、映画の著作物にだけに認められた

-
- (1) 本テーマについては、筆者はすでに 1 度論攷を発表したことがある。Minoru Matsukawa, *Die Weiterverbreitung gebrauchter Computer-oder Videospielein Rechtsvergleich zwischen deutschem und japanischem Urheberrecht*, Jürgen Becker / Reto M. Hilty / Jean-Fritz Stöckle / Thomas Würtenberger (Hg.), *FS für Manfred Rehbinder*, München u. Bern 2002, 305 ~ 319. 本稿はドイツ語による前稿の単なる日本語訳ではなく、全く別個の論文であるが、筆者の基本的な見解に変化はない。ドイツでは例えば、映画の著作物のために、消尽しない頒布権を特別認めているわけではないので、わが国のように有体物たる複製物の頒布権が消尽するかどうかは特別問題になることはなく、それらが無形の形でインターネット上流通することによって頒布権が消尽するかという問題が議論されている。目下、ドイツではこのようなネット配信と消尽がカレントなテーマである。尚、この点については、松川実「オンライン配信と消尽—アメリカ、ドイツ、日本の法比較的研究—」*青山法学論集* 49 卷 2 号 (2007 年) 1 ~ 65 頁参照。
- (2) いわゆる東京訴訟は、東京地判平成 11 年 5 月 27 日判時 1679 号 3 頁「中古ゲームソフト販売事件東京訴訟第一審判決」、東京高判平成 13 年 3 月 27 日判時 1747 号 60 頁「中古ゲームソフト販売事件東京訴訟控訴審判決」、最判平成 14 年 4 月 25 日判時 1785 号 9 頁「中古ゲームソフト販売事件東京訴訟上告審判決」、さらにいわゆる大阪訴訟は、大阪地判平成 11 年 10 月 7 日判時 1699 号 48 頁「中古ゲームソフト著作権侵害行為差止請求事件大阪訴訟第一審判決」、大阪高判平成 13 年 3 月 29 日判時 1749 号 3 頁「中古ゲームソフト著作権侵害行為差止請求事件大阪訴訟控訴審判決」、最判平成 14 年 4 月 25 日民集 56 卷 4 号 808 頁「中古ゲームソフト著作権侵害行為差止請求事件大阪訴訟上告審判決」であり、あわせて 6 つの判決が下されている。

頒布権（著 26 条）の妥当性、一連の本件訴訟の係属中の平成 11 年（法律 77 号）に立法化がなされた譲渡権⁽³⁾とその消尽（著 26 条の 2）と映画の著作物にだけ認められた頒布権の関係など、未だに解決されていない問題がある。これは、本件訴訟では、そもそも劇場用映画の製作・配給・上映を業とする者が当事者として訴訟に参加しているわけでもなく、それらの点については本件訴訟の本案の解決には直接必要がなかったために致し方ないのかも知れないが、そろそろ本格的に著作権法 26 条の妥当性について議論しなければならない時期が来ているように思われる。

2. 中古ゲームソフト事件訴訟最高裁判所の見解

本件につき最高裁判所の立場を要約すれば、①家庭用ゲームソフトは「映画の著作物」（著 2 条 3 項、10 条 1 項 7 号、26 条）に該当し⁽⁴⁾、②同ゲームソフトは頒布権（著 26 条 1 項）の対象となるが、③劇場用映画とは違い、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、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という。従って、最高裁判所の立場によれば、劇場用映画もゲームソフトも同様に映画の著作物ではあるが、一旦譲渡されると、消尽しない映画の著作物と消尽する映画の著作物が併存することになる。しかし、頒布権が

(3) 平成 8（1996）年 12 月に採択された WIPO 著作権条約が著作物一般に頒布権を認めたことから、我が国の著作権法においても、著作物一般に頒布権を認める必要があるとの判断により、譲渡権の規定が新設された。

(4) この点については、比較法的に考察すると、ゲームソフトは他の多くの国々でも「映画の著作物」と認めているので、わが国の裁判所がそれに同調することに何ら違和感はない。

消尽するか否かを定めた規定は現行著作権法（平成 19 年 12 月現在）にも存在しない。

この点につき、大阪高判平成 13 年 3 月 29 日判時 1749 号 3 頁「中古ゲームソフト著作権侵害行為差止請求事件大阪訴訟控訴審判決」は「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（前段頒布）には、（中略〔筆者〕）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又は貸与された場合には、作者の権利が及ぶと解するのが相当である」と述べている。この前段頒布及び後段頒布とは「頒布」の定義に関する著作権法 2 条 1 項 19 号の「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、又は貸与することをいい（前段〔筆者注記〕）、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つては、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、又は貸与することを含むものとする（後段〔筆者注記〕）」という規定を二分して、それを手掛かりとして、前期頒布には消尽を認め、後段頒布には消尽を認めないという見解である⁽⁵⁾。しかし、著作権法上頒布という文言は、3 条 2 項（翻訳物の発行）、4 条の 2（レコードの発行）、29 条 2 項及び 3 項（映画の著作物の著作権の帰属）、33 条の 2

(5) しかし、この見解を、東京高判平成 13 年 3 月 27 日判時 1747 号 60 頁「中古ゲームソフト販売事件東京訴訟控訴審判決」は明確に否定している。つまり、「映画の著作物」に関する著作権法の規定をすべて劇場用映画の配給制度に絡めて解釈することは妥当でないと断言し、「なお、被控訴人は、映画の著作物の頒布権は、法 2 条 1 項 19 号後段の「頒布」に限定されるべきである旨主張する。しかしながら、複製物の流通に対する極めて強力な支配権として頒布権を認めた立法趣旨からすれば、その趣旨を貫徹するため、後段の頒布のみならず、前段の頒布も法 26 条 1 項の頒布権の対象となると解することが相当であり、被控訴人の主張するように後段の頒布のみに限定するのは相当でないものというべきである。」と述べている。極めて妥当な見解である。

第2項（教科用拡大図書等の作成のための複製）、38条5項（公立視聴覚教育施設での映画フィルムの貸与）、49条1項1号及び3号、同2項1号及び2号（複製物の目的外使用等）等々、その著作物を特定することなく有償・無償で複製物を公衆に譲渡・貸与するという意味で多数用いられており⁽⁶⁾、それは決してゲームソフトという映画の著作物を念頭にした規定でも、前段後段で消尽するかしないかと区別する規定でもない⁽⁷⁾。従って、このように前段頒布あるいは後段頒布という理論構成は不適切である⁽⁸⁾。思うに、ゲームソフトという映画の著作物がどうして消尽するのかという点については、その理論的構成は不明瞭であるが判例法として認めざるを得ないだろう。

そこで、本件中古ゲームソフト事件訴訟は、平成11年の譲渡権創設以前に提訴された事件のために、不利益変更禁止の原則により、本件訴訟には譲渡権およびその消尽に関する規定（著26条の2第1項、同2項1号）は適用されないが、新設された譲渡権およびその消尽規定を含めて考えた場合、中古ゲームソフトの消尽をどのように考えるべきかが問題となっている。これらの規定の理論的な整合性を確保するためには、思うに、①「映画の頒布権は消尽しない」という原理を著作権法26条の2第1項及び2項の反対解釈によって導き出し、②「著作者は、その著作物（映画の著作物を除く。以下この条において同じ。）をその原作品又は複製物（映画の著作物において

(6) 著作権法2条9項は「この法律において、第1項第7号の2、第8号、第9号の2、第9号の4、第9号の5若しくは第13号から第19号まで又は前2項に掲げる用語については、それぞれこれらを動詞の語幹として用いる場合を含むものとする。」と規定するように、第19号の「頒布」も「頒布する」という一般語に近い使い方を想定している。

(7) 石岡克俊「著作物流通と独占禁止法」慶應義塾大学出版会（2001年）119頁以下参照。

(8) 「有償であるか又は無償であるかを問わず」という文言を前段頒布という概念に含ませてしまうと、後半頒布には、特に無償である場合に頒布には含まれないという解釈も可能となってしまう。

複製されている著作物にあつては、当該映画の著作物の複製物を除く。以下この条において同じ。) の譲渡により公衆に提供する権利を専有する。」(著作権法 26 条の 2 第 1 項) という規定の中の括弧書きにある 3 箇所の「映画の著作物」という文言を「劇場用映画の著作物」というように限定を加え、「著作者は、その著作物(劇場用映画の著作物を除く。以下この条において同じ。)をその原作品又は複製物(劇場用映画の著作物において複製されている著作物にあつては、当該劇場用映画の著作物の複製物を除く。以下この条において同じ。)の譲渡により公衆に提供する権利を専有する。」(尚、下線部は筆者) というように解釈せざるを得ないだろう。このように解釈すると、ゲームソフトという映画の著作物も、劇場用映画の著作物⁽⁹⁾ではないので、譲渡権およびその消尽に関する規定(著 26 条の 2 第 1 項及び第 2 項 1 号)の適用を受けるといことになろうが、これも解釈ではなく立法化なされることが望ましい⁽¹⁰⁾。

そこで、次に、ゲームソフトではなく、劇場用映画の著作物の頒布権は何故に一切消尽しないのかが問題となる。これは劇場用映画にだけ何故に強い頒布権を認めるのかという根本的な問題を孕んでいる。一連の中古ゲームソフト事件訴訟判決も、結局は、劇場用映画だけに消尽しないという強い頒布権を認める根拠としているのが、現行著作権法制定当時の劇場用映画の「配給制度」という当該業界の慣行である。しかし、正にちょうど最高裁判所が中古ゲームソフト事件訴訟判決を下した平成 14 (2002) 年の直前には、司法部ではなく、財務省、経済産業省、文化庁という行政官庁が相次いで直接・

(9) 劇場用映画の定義についても文言の明確性のために、東京地判平成 11 年 5 月 27 日判時 1679 号 3 頁「中古ゲームソフト販売事件東京訴訟第一審判決」を参考にすれば、例えば、著作権法 2 条 3 項の 2 として、「劇場用映画 オリジナル・フィルムを基にして複製されたプリント・フィルムを映画館において上映し、映し出される視聴覚的表現を一度に多数の観客に鑑賞させるという形態で利用される著作物をいう。」というような規定を追加すべきである。

間接に関与して、日本映画産業の活性化をテーマにした懇談会あるいは研究会を組織し、それらの報告書等が公開されている。①(財務省)原田泰・岡田章昌・吉田健司「第8章 映画：才能と資本を集めたベンチャー企業への変身を⁽¹¹⁾」、②(経済産業省)商慣習改善調査研究会「映画産業に関する商慣行改善調査研究報告書⁽¹²⁾」、③文化庁・映画振興に関する懇談会「これからの日本映画の振興について～日本映画の再生のために～(提言⁽¹³⁾)」である。そして、これらの報告書等では例外なく、この劇場用映画の「配給制度」の弊害や一部崩壊の事実が指摘され、明確あるいは暗黙にその全面的な廃止

- (10) 東京地決平成18年7月11日判時1933号68頁「ローマの休日激安DVD差止仮処分保護期間事件」では「本件改正法は、映画の著作物の保護期間を公表後50年から70年に延長するものであり、その適用があるか否かによって、著作物を自由に利用できる期間が20年も相違することになる。しかも、著作権侵害が差止め及び損害賠償の対象となるのみならず、刑事罰の対象となること(著作権法119条以下)をも併せ考えれば、改正法の適用の有無は、文理解上明確でなければならず、利用者にも理解できる立法をすべきであり、著作権者の保護のみを強調することは妥当でない。(下線部・筆者)」と法解釈には、それが刑罰権の発動にも影響するために慎重でなければならないという。極めて正鵠を得た指摘である。とりあえず、本件ゲームソフトに関して26条の2の「映画の著作物」という文言を「『劇場用』映画の著作物」に限定して解釈することは刑罰権の発動を制限することになるのでこの点の問題はなからう。尚、著作権法の刑事罰規定に関しては、松川実「著作権法における私法的解釈と刑法的解釈」青山法学論集49巻3号(2007年)1～53頁参照。
- (11) 日本経済の効率性と回復策に関する研究会編「日本経済の効率性と回復策—なぜ日本は米国に遅れたのか—」大蔵省財政金融研究所(2000年6月)191～216頁 <http://www.mof.go.jp/jouhou/soken/kenkyu/zk030/zk030z.pdf>
- (12) 三菱総合研究所(2001年2月) http://www.meti.go.jp/policy/media_contents/downloadfiles/0716cinema.pdf 尚、本研究会は、委員名簿によれば、安念潤司成蹊大学法学部教授を座長に、6名の映画業界の委員が名を連ね、その事務局は経済産業省商務情報政策局メディアコンテンツ課である。
- (13) 文化庁(2001年4月24日) <http://www.bunka.go.jp/1tyosaku/frame.asp%7B0f> 尚、映画振興に関する懇談会「これからの日本映画の振興について(提言)の概要」文化庁月報416号(2003年)20～21頁参照。

が提言されたりしている。最高裁判所の裁判官をはじめ、その他の裁判所の裁判官がこれらの報告書等の一つにでも触れたか否かは不明であるが、これらの判決で、しばしば「現行著作権制定当時」という時期的な限定がなされていることが注目せざるを得ない。それは、財務省、経済産業省、文化庁と同様に、裁判所も現在ではもう映画配給制度は不要なものと考えているのかも知れない。

また、本件テーマに関する下級審の判決のいくつかによれば、配給制度とはプリント・フィルムを配給業者が各劇場に貸与する形で行われているようであるが、仮に貸与だけであれば、昭和 59 年（法律 46 号）、著作権法に創設された「貸与権」（現行著作権法 26 条の 3）で十分対応が可能であり、あえて譲渡を含めた「頒布権」という別個の法概念を必要としないのではないかという疑問が生じる。さらに、「配給制度」というそもそも自由な流通を阻害する制度を、現在の現行著作権法は維持して行くべきなのかという、いわば根本的な問題もある。古くは、第二次世界大戦直後の公正取引委員会は、このような配給制度に否定的な審判をしているはずであり、アメリカでも第二次世界大戦中に、いわゆる配給制度を反トラスト法違反として排除しているという事実もある。以下では、このような問題点を、昭和 20 年代のわが国の映画の配給制度に対する公取委及び裁判所の見解を再確認し、またアメリカの訴訟を参考としながら、映画の配給制度の法的な妥当性を再検討することにする。

3. 中古ゲームソフト事件訴訟の判決と 映画の配給制度、頒布権

(1) 配給制度

中古ゲームソフト事件大阪訴訟最高裁判決は、「著作権法の制定された昭和 45 年当時、劇場用映画については、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という、いわゆる配給制度による取引形態が、慣行として存在していた」と認め、さらに「著作権法制定当時、劇場用映画の取引については、前記のとおり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」と述べている。

配給とは経営学上は「始発的生産者から終結的消費者にいたるまでの生産物の流過程の全体⁽¹⁴⁾」と定義されている。この定義によれば、映画配給とは、「映画製作者から映画観衆にいたるまでの映画の著作物の流過程の全体」ということになる。法律学上、配給という制度は一般的に国による統制配給を想起させる。例えば、最高裁判所は、食糧管理法施行規則に違反して芋類をその購入券の記入をしないで売渡した場合に、その取引の民法上の効力を否定しこれを無効とすべきものでないと判断した事件で、「食糧管理法は本来国民の食糧確保及び国民経済の安全を図るため食糧を管理しその需給及び価格を調整し配給の統制を行うことを目的としたもので、その所定の罰則も一つに右の統制のための取締規定である⁽¹⁵⁾。」と述べている。第二次世界大戦開始前、映画に関しても昭和14年（1939年）に制定された映画法（法律66号⁽¹⁶⁾）は、「本法ハ国民文化ノ進展ニ資スル為映画ノ質的向上ヲ促シ映画事業ノ健全ナル発達ヲ図ルコトヲ目的トス」（同法1条）として、映画製作・配給業の許可制（同2条）、映画製作従事者その他の制限（同8条）、主務大臣の推奨映画（同10条）、フィルムの提出命令（同11条）、検閲（同14条）、映画委員会の設置（同19条）、映画製作及び上映現場への臨検（同

(14) 福田敬太郎「配給論」同文館（1952年）2頁。さらに荒川祐吉「現代配給理論」千倉書房（1960年）119頁参照。

(15) 最判昭和34年5月21日判時187号22頁「売掛代金請求事件」。

(16) 昭和20（1945）年12月26日廃止。

20 条 1 項)、映画製作者・映画配給業者・映画興行者への業務報告命令 (同 20 条 2 項)、無許可映画製作・配給業への罰則 (同 21 条) などの規定を設け、映画関連事業者を統制して濫作を防止し、それによって映画の質を向上させようとした⁽¹⁷⁾が、さらに映画興行者に対する特定の映画の上映命令 (15 条 1 項) や行政官庁が特定した映画を映画興行者に交付して一定期間上映させること (15 条 2 項) など統制配給に関する規定も存在した。しかし、中古ゲームソフト訴訟大阪事件で最高裁判所が認定した映画の配給制度とは、かつての映画法が規定したような統制配給ではなく、私法上の契約である。昭和 20 年代の文献によれば、「松竹、大映及び東宝の三社はそれぞれ独立の興行館と契約を結んで自己の製作所有する映画又は配給権を有する映画を配給しているのであるが、その契約は通常賃貸借契約の形式で行われている。配給業者は歩合制、又は定額制 (歩合制の場合が圧倒的に多い) によって賃料を定めて映画を興行者に貸付けるのである。この場合、契約の仕方に次の三つの方法が考えられる。(1) 個々の映画を 1 本ずつ賃貸する方法。(2) 数本の映画を一括して賃貸する方法。この場合は数本の映画を不可分の一体として、謂わば抱き合わせて賃貸する場合を指すのであって、1 本ずつの映画を便宜上一個の契約に纏めて賃貸する場合は寧ろ (1) に属するものと見るべきであろう。(3) 一定の期間を定め、その期間内に供給される総ての映画を賃貸すべきことを約する方法⁽¹⁸⁾」があったという。(1) の個々の映画を 1 本ずつ賃貸する方法は一般的にフリー・ブッキングといわれ、(2) 及び (3) の賃貸及び供給方法は一般的にはブロック・ブッキングといわれるものである。尚、このような説明でも、経営学上の配給の定義からすれば、興行館から終結的消費者、つまり観客へ至る流通過程が欠落している。この欠落は、興行館と観客の間で締結される映画鑑賞契約によって埋められることになり、それで映画の著作物という生産物の流通過程の全体が把握されること

(17) 加藤厚子「総動員体制と映画」新曜社 (2003 年) 76 頁参照。

になる。

従って、前述の中古ゲームソフト事件大阪訴訟での最高裁判所がいう映画製作会社や映画配給会社がプリント・フィルムを「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」させるという取引形態は、法律上は賃貸借であるが、それがフリー・ブッキングであるのか、あるいはブロック・ブッキングであるのかは判決書きからは全く窺い知ることはできない。確かに、中古ゲームソフト事件大阪訴訟最高裁判所判決は、このような配給制度による取引形態が慣行として存在していたのは、「著作権法の制定された昭和45年当時」としているが、恐らく、ブロック・ブッキングによる取引慣行は現在でも、全部ではないにしても、一部では残っているものと推測される（尚、ブロック・ブッキングに関しては章を変えて後述）。

(2) 頒布権の中味

中古ゲームソフト事件大阪訴訟で最高裁判所は、頒布権の譲渡及び貸与の権利につき、ゲームソフトについては、「当該ゲームソフトについては、頒布権のうち譲渡する権利は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、被上告人らにおいて当該ゲームソフトの中古品を公衆に再譲渡する行為には及ばない。」と判示していることから、頒布権も「譲渡する

(18) 入江一郎「映画配給契約事件について」公正取引5（1950年）20～22頁（20頁）は、当初からブロック・ブッキングの違法性あるいは不当性を指摘してきた。尚、本著者は、東京高判昭和26年9月19日高等裁判所民事判例集4巻14号497頁東宝スバル審決取消請求事件では、被告である公正取引委員会の代理人を務めているが、第31回国会議院運営委員会（昭和33年12月17日）の議事録によると、「政府委員（佐藤朝生君）入江さんは公正取引委員会にも長くお勤めになっておりまして、公正取引委員会の仕事の内容もよく存じておりますので、われわれは適任だと思って選考したような次第であります」として、公正取引委員会委員の任命に関して同委員会が同意している。<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/sangiin/031/0096/03112170096004c.html>

権利」と「貸与する権利」とに分離することができるものと理解している。そのような前提に立てば、映画の配給制度とは、頒布権のうちでも、主としてブロック・ブッキングを確保するための「貸与する権利」にだけ係わるものであり、頒布権のうちの譲渡する権利は映画の配給制度には関係がないことになる⁽¹⁹⁾。仮にそうであれば、昭和 59 年に新設された貸与権（現行法では著 26 条の 3）と、頒布権のうちの貸与する権利とはどのように異なるのか。著作権法 26 条の 3 は映画の著作物に関する文言（つまり、括弧書き）を削除すれば「著作者は、その著作物をその複製物の貸与により公衆に提供する権利を専有する。」となり、理論上もこの貸与権は消尽しないとみなされていたし、平成 11 年の譲渡権およびその消尽に関する規定の創設により、その著作権法 26 条の 2 第 2 項の反対解釈として貸与権は消尽しないという理論はより強固なものとなったといわなければならない。その結果、この限りでは、著作権法に頒布権を存続させていく必要性はないと考えられる。

(3) 映画の著作物にのみ頒布権を認めた理由

中古ゲームソフト事件大阪訴訟で最高裁判所は、「映画の著作物にのみ頒布権が認められたのは、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、著作権法制定当時、劇場用映画の取引については、前記のとおり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映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⁽²⁰⁾。」という。これを受けて、現行著作権法起草者も最新版の著書の中では、「映画の著作物にのみ頒布権が認められたのは、①映画製

(19) 同様の指摘は、泉克幸「頒布権の限界と消尽」紋谷暢男教授古稀記念論集刊行委員会編「知的財産権法と競争法の現代的展開」発明協会（2006 年）801～834 頁（825 頁）。

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、③著作権者の意図しない上映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が理由である」と引用している。

しかし、①「投下資本を効率的に回収するために流通をコントロールすることは、映画業界だけではなくすべての業種の企業が望むことであるが、それを認めてしまえば、中古ゲームソフト事件大阪訴訟で最高裁判所も指摘しているように、「市場における商品の自由な流通が阻害」され、場合によっては独禁法に違反する事例も出てこよう。あえて、映画の製作者（著29条、2条1項10号）にだけ、例外的に流通コントロール権を是認する根拠は薄いといわなければならない。最近しばしば指摘されるように、大型の企画は各種メディアが任意組合を組織して出資し合い、配給収入のほか、ビデオ、DVD、放送、キャラクター・グッズなどの二次的利用の対価を分配して投下資本を効果的に回収しているとすれば、プリント・フィルムをブロック・ブッキングによって配給して資本を回収するという比率は低下しているものと思われる。さらにその際、映画の著作物の製作に発意と責任を有する者（著2条1項10号）とは中核となる映画製作会社なのか、組合員である各メディア企業も含まれるのか、著作権法29条が想定する映画製作者と現実とは乖離しているように思われる。したがって、この根拠は必ずしも実態に合致しているとはいえない。

②の「著作権法制定当時の配給制度の慣行」については前述した通りであるが、その慣行の合法性も問題となって来よう。仮に、そのような慣行が他

(20) 本文で上げた①②の根拠は、一連の中古ゲームソフト事件訴訟の全判決で述べられているが、ただ③「著作権者の意図しない上映行為を規制することが困難」との理由は、大阪訴訟最高裁判所の判決にだけ現れているようである。

の法律に触れる恐れが場合には、著作権法上の根拠としても承認することはできないはずである。

そこで問題は、③「著作権者の意図しない上映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性」とは何か。本件の一連の判決書にも、起草者の著作からも何らの解説もない。著作権法学会での映画製作会社関係の秋山氏によれば、「私が（尚、3 字省略〔筆者〕）親分 A というふうにお考えいただきます。これは頒布権がなかったら、先生方はすぐ上映権で違法上映は押さえられるとおっしゃる⁽²¹⁾のですが、不可能です。どうやってやったら押さえられるのか教えていただきたい。私が（同、3 字省略〔筆者〕）親分 A から、上映行為は子分 B、C、D、E 1 人捕まっても次から次へ上映行為を繰り返します。A である私は、A の指示があったということ（この〔筆者一部用語変更〕）世界で証明することはほぼ不可能でございますし、多分、永遠に捕まらない。彼らが新聞広告を打って映画興行をやるとは到底考えられませんが、実際にチラシなどを仮に入手したとしても、その上映を事前に差し止めるということが本当に可能かどうかということをお考えいただきたいと思うのです⁽²²⁾。」と述べられている。これは一般には知られていないが、映画業界にとっては切実な問題なのかも知れない。仮に、一旦映画配給会社が合法的に貸与したプリント・フィルムが無許可で転貸される場合には、法的には頒布権のうちの「貸与する権利」で違法な転貸を差し止めることは可能であると同時に、著作権法 26 条の 3 の貸与権も合法的に一旦貸与されても消尽しないと解されている以上、この貸与権でも差止は可能である。この範囲では頒布権の「貸与する」権利は独自の意味はない。そうすると、前述の秋山氏の例では、

(21) 上映権で十分対応が可能である意見とは、例えば、「シンポジウム頒布権・輸入権をめぐる諸問題」著作権研究 20 号 (1993 年) 84 頁 (半田正夫発言)。

(22) 牧野利明司会「シンポジウム『著作権関係訴訟』討論」著作権研究 29 号 (2002 年) 49 ~ 65 頁 (56 頁以下) (秋山発言)。

映画製作会社からプリント・フィルムが合法的に譲渡された場合には、譲受人から転売されたり、貸借されたそのフィルムが上映されることを差し押さえられるかといえ、仮に著作権法上頒布権 (26 条) が存在しなければ、著作権法 26 条の 2 の消尽が認められる譲渡権によっては不可能となる。それは上映権違反によって差し押さえる途が残されているだけである。そういう意味では、確かに頒布権のうちの「譲渡する権利」の意義は大きい。

しかし、問題は、頒布権のうち「譲渡する権利」に基づいて差止請求権が行使される場面とは果たして存在するのであろうか。つまり、映画業界でプリント・フィルムが、映画関連会社の倒産や解散を除いて、通常の合法的な契約により、他人に譲渡されるということがあるのかどうかである。中古ゲームソフト事件大阪訴訟最高裁判所判決も認めているように、「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、… (中略 [筆者]) 個々のプリント・フィルムは、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」財産である。このような高い経済的価値を有する財産を簡単に他人に譲渡するとは考えにくい。勿論、他人が何らかの方法により無断でプリント・フィルムの複製物を作成してしまい、それを上映する恐れはあるが、それはまず著作権法 21 条によって対処できる問題であって、中古ゲームソフト事件大阪訴訟最高裁判所判決も、現行著作権法の起草者の解説さらには前述の秋山氏の発言からも、「著作権者の意図しない上映行為を規制することが困難」という場面に違法複製によるプリント・フィルムの上映は念頭に置かれていないように思われる。仮にそうであれば、「著作権者の意図しない」ではなく「著作権者の権利に反する」という表現でなくてはならないはずである。なぜなら「著作権者の意図しない」とは、著作権者に一定の行為 (例えば、譲渡ないしは貸与) があって、その際の著作権者の意思とは別の使われた方がされるという意味に解されるのが一般だからである。そこで、そのようにプリント・フィルムが一旦

譲渡され、それが著作権者の意図しないような上映に用いられる場合とは果たして存在するのか。仮に、そのような場合が存在すれば、消尽しない頒布権の「譲渡する権利」を映画の著作物の著作権者に認める意義はあろう。しかし、そもそもブロック・ブッキングという配給（賃貸）制度を前提として投下資本を効果的に回収している我が国の映画業界で、プリント・フィルムが譲渡されてしまう場合とは極めて希な場合であるはずである。そのような希な場合を想定して、消尽しない頒布権の「譲渡する権利」を映画業界にだけ認めることは不適切である。

親分が子分を駒のように使って犯罪行為を行わせた場合には、一般的には教唆の問題（刑法 61 条、民法 719 条 2 項）となる。秋山氏がその例で指摘するように、違法な上映行為を行っていないが、子分に違法な上映行為を指図している親分 A を捕まえるのは容易ではないが、それに対処するために刑法の分野では最高裁判所⁽²³⁾も承認している共謀共同正犯理論がある⁽²⁴⁾。つまり、共謀に加わったが実行行為を分担しなかった首謀者も共同正犯に取り込むための理論である。勿論、首謀者を逮捕することが困難なのは、映画の違法上映の場合だけではなく、いわゆる暴力団の組抗争での対立組の組長や組員を殺害した場合も同様である。上映権侵害による差止請求事件でも、罪刑法定主義という厳しい縛りのない民事事件では共謀共同正犯理論を類推して、著作権法 112 条の著作権等を「侵害する者又は侵害するおそれがある者」に首謀者を被告に含めて差止を請求することは可能であろう。さらに、まだ国会において可決成立するには至っていないが、「犯罪の国際化及び組織化並びに情報処理の高度化に対処するための刑法等の一部を改正する法律案」（いわゆる共謀罪法案）では「共謀罪」が成立しうる⁽²⁵⁾。なぜなら、この共謀罪は法定刑が長期 4 年以上の懲役刑であれば適用が可能であり、著作権侵

(23) 最判昭和 33 年 5 月 28 日刑集 12 卷 8 号 1718 頁「練馬事件」。

(24) 前田雅英「刑法総論講義 [第 2 版]」東京大学出版会 (1994 年) 470 頁。

害罪（著作権法 119 条 1 項）も平成 17 年 1 月 1 日より著作権侵害罪が 5 年以下の懲役刑へと引き上げられ（現行法では 10 年以下の懲役、1,000 万円以下の懲役あるいはそれらの併科）、その段階から、理論上はすでに共謀罪の対象犯罪となっている。政府も、例えば、いわゆる海賊版のコンパクトディスクを大量に無断複製し組織的に販売を繰り返している集団、団体の構成員らを取り締まることができると説明している。仮に、この法案が成立すれば、なおのこと、著作権法にこのような集団あるいは団体の行為を取り締まるために、わざわざ頒布権を用意しておく必要はなくなるだろう。

もっとも、このような組織・団体の一定の行為を阻止するために刑法ではなく、著作権法のような私法の中で特別刑法規定として制定している例も見られる。つまり、長年、暴力団が自ら総会屋活動を行ったり、総会屋に力を貸すなどして株式会社から資金の供与を受けることが、昭和 57 年の商法改正により、利益供与罪（494 条）で犯罪とされるようになった。しかし、この規定は特定の業界、例えば、映画関連会社だけに適用される罪ではなく、商法上の会社すべて一律的に適用される規定である。その点からも、著作権法 26 条の頒布権が特定の業界だけを違法な集団・団体から保護するために立法されたものであるという説明自体が極めて異例といわなければならな

-
- (25) 松川・前掲注 (10) 5 頁以下参照。尚、第 165 国会衆議院文部科学委員会 6 号（平成 18 年 12 月 1 日）、保坂展人委員の質問に対し、三浦守政府参考人（法務省大臣官房審議官）は「現行著作権法 119 条の罪、例えばこの罪は 5 年以下の懲役刑が定められているということでございますので、この組織的な犯罪の共謀罪の対象犯罪に当たり得るということでございます。具体例としてどういうものがあるかということにつきまして、私どもの方で御説明をいたしたことがございますのは、例えば、いわゆる海賊版のコンパクトディスクの販売を繰り返している集団、団体の構成員らが大量のコンパクトディスクを無断で複製して組織的に販売することを共謀したりというような場合などを御説明したところでございます」と答弁している。

http://kokkai.ndl.go.jp/cgi-bin/KENSAKU/swk_dispdoc.cgi?SESSION=16431&SAVED_RID=1&PAGE=0&POS=0&TOTAL=0&SRV_ID=9&DOC_ID=4674&DPAGE=1&DTOTAL=14&DPOS=8&SORT_DIR=1&SORT_TYPE=0&MODE=1&DMY=16940

い。

以上のように、私見としては、著作権法 26 条は改正によって廃止すべきものとする。なぜなら、現在の映画の著作物の製作・配給・上映方法には、昭和 45 年当時には存在したものが徐々に消え去り、新しいものが多数誕生していると思われるからである⁽²⁶⁾。例えば、ブロック・ブッキングはフリー・ブッキングへと移行しつつあるといわれるし、プリント・フィルムよりもデジタル化された媒体が用いられることが多くなり、上映も一室に多数の観客を押し込むことから、一劇場が小規模の多数の部屋を用意し、同時に複数の映画を上映するシネマコンプレックスが優勢であるという。

4. ブロック・ブッキング制度と垂直統合

(1) わが国におけるブロック・ブッキング制度

ブロック・ブッキング⁽²⁷⁾とは、前述のように、「(2) 数本の映画を一括し

(26) Rolf Wank, *Die Auslegung von Gesetzen*, Köln u. a. 1997, 37 によれば、「常に歴史上の立法者の意思に解釈を結び付ける意味での主観説 (法制定時期の主観説) は、今日ではそれを主張する者は誰 1 人としていない。その法律の制定公布から相当の期間が経過した場合には、当然に進展があり、立法者が今日であればどう考えるかと仮定したり、今日の現実の立法者の意思に従わざるを得ない (現行時の主観説)」という。わが国の著作権法の頒布権 (26 条) が制定から 40 年近くも経過し、約 40 年前の制定の際に立法者が基礎としたいわゆる立法事実が消失あるいは大幅に変化しているとなれば、法解釈上は 40 年前の立法者の意思に従うことに合理性を見出すことが困難となろう。

(27) 第二次世界大戦直後の昭和 23 年 7 月 5 日には、第 2 回国会参議院労働委員会 (第 16 号) においていわゆる東宝の労働争議に関わる審議で、柴田義彦専門調査官の報告の中に、ブロック・ブッキングに関する否定的な指摘が出ている。つまり「東宝は単賃制度 (フリー・ブッキング) を根本方針として他社の全プロ制 (ブロック・ブッキングと呼ばれ、500 なり 600 なりの映画館に対して年 52 週を自社品で保証する。各館主はみずてんでこれと契約を取り交す制度) に対して鎬をけずつて来たのであります」という指摘である。

て賃貸する方法。この場合は数本の映画を不可分の一体として、謂わば抱き合わせて賃貸する場合を指す…（中略〔筆者〕）（3）一定の期間を定め、その期間内に供給される総ての映画を賃貸すべきことを約する方法⁽²⁸⁾」である。あるいは、「大手映画会社が有する全国の専門館（チェーン）で上映する作品についてあらかじめ公開日、上映期間、次回作品等年間の上映スケジュールを決めておくものである⁽²⁹⁾」とも説明される。現行著作権法の起草者が「頒布権の内容としては、まず、頒布先、即ち譲受人または借受人を限定したり指定したりすることが当然できますし、それから頒布場所を限定したり指定すること、例えば東京及び大阪におけるロードショーにするとか、海外送出国を禁止することなどが可能であります。更には、時間的に頒布期間を限定すること、例えば本年1年間の頒布を認めるというような限定も頒布権の内容となり得ます⁽³⁰⁾。」と解説しているところからすると、起草者も、頒布権とはこのブロック・ブッキングを意味しているものと解しているものと思われる。

このようなブロック・ブッキングの長所は、①計画的な製作スケジュールが可能となり、②計画的なフィルムのプリントが可能となり、③大規模な宣伝が可能となり、④劇場の稼働日数も確保されるという⁽³¹⁾。このように映画の製作・配給・上映の各関連企業にとっては、収益率アップあるいはリスク回避のために有用な制度であるといわれる。しかし、弊害も多々指摘されている（ここでは、紙面に限りはあるが、できるだけ生の声を反映させるためにそのまま引用することにする）。例えば、①『『受けなかった』作品の場合、スケジュールどおりに上映し続けることで、『ヒットする』作品で収益を獲得する機会を失うデメリット⁽³²⁾」がある。②『『受けない』リスクをヘッジす

(28) 入江・前掲注(18) 20頁。

(29) 商慣習改善調査研究会・前掲注(12) 10頁。

(30) 加戸守行「著作権法逐条講義5訂新版」著作権情報センター（2006年）194頁。

(31) 商慣習改善調査研究会・前掲注(12) 10頁。

るための興行保証や前売り券システムを出現させ、興行の（自己責任でより当る作品を選ぼうとの）経営意欲の喪失といった現象として現れている⁽³³⁾、③「我が国では、配給大手 3 社ごとに系列の映画館との間でブロック・ブッキング（映画館に 1 系列の配給会社の映画のみを購入させる取引）が結ばれていたことや、また映画館の地域的偏在状況があることから、多様な映画作品が広く上映される機会は限られている⁽³⁴⁾。」という。④「製作配給会社は、この 52 本以上の製作映画を根幹として、詰め込み押出しの配給をし、事実上ブロック・ブッキング方式で興行館に売り込んで行く。それ故この中には抱合わせや間に合せの弱い愚作が当然混って来ざるを得ない⁽³⁵⁾」と粗製濫造が指摘され、同様に、⑤「日本の興行形態が諸外国と違っている点はフリー・マーケットではないという点である。系列館の定まった興行形態、即ち ABCDE という館があれば、その何れの館も主たる製作会社の配給部と手を握って松竹ならば松竹、大映ならば大映、東宝ならば東宝というようにそれを中心に全プロと称して番組を組んでいる関係上、一ヶ年を 52 週間として、5 社の場合ならば 250、60 本、やがて 6 社となれば 300 本になるということになる。ここで理想をいうならば仮に A という館があるとする。A が一カ年 52 週間、即ち 52 本の映画をいろいろの製作会社の作品から 52 本ピックアップして上映するのがフリー・マーケットの理想である。それにもかかわらず系統を一応きめておいて、さらにその上に自分の決定した映画会社以外のものを組み合わせて二本建てにしようとしている。ここから次のような現象が起こってくる。即ち映画館の経営においては写真の使用料金が高くなり、製作会社はどうかといえば目先の利益にとらわれてその常設館、即ち興行者側の

(32) 商慣習改善調査研究会・前掲注 (12) 13 頁。

(33) 商慣習改善調査研究会・前掲注 (12) 13 頁。

(34) 映画振興に関する懇談会・前掲注 (13) 3 頁。

(35) 関川左経「映画産業に対する夢—観客が製作する映画—」公正取引 93 号 (1958 年) 32～37 頁 (34 頁)。

要求を満たそうとして粗製濫造になっても数多くの映画を出してゆくという傾向になる⁽³⁶⁾。」という。ここでいわれる全プロとは、ブロック・ブッキングのことであり、あらかじめ決められた作品ラインナップを系列館すべてで一定期間上映する日本独自のシステムであるといわれる。⑤「かつての映画全盛期の二本立て粗製乱造で失敗している日本映画界は、一本の製作費が最低でも一億円をくだらない現在、企画にはかなり慎重にならざるを得ない⁽³⁷⁾」という。⑥「何を基準にして映画を選ぶかという、そのときお客さんが一番観たいと思っていると推察できるものを選ぶ。これがフリー・ブッキングということなのですが、これがやっぱり興行会社が健全に育つ最大の秘訣だと思えます。義理と人情のしがらみで作品を決めていると、効率的な収益はあがりません。お客さまが入っていないのに、何日から何日までと決められたからこれはやっておかねばいけない、というのではなかなかむずかしい。年間を通して約束をしない。それがやっぱり一番自然です。純粋なフリー・ブッキング。どことも系列契約を結ばずに営業してるなんてのは本当に少ないでしょう。どこの世界も同じで、映画興行も護送船団方式だったんですね。突出してよくなることもない代わりに、つぶれるところも少なくしていこうということですから。これがブロック・ブッキングです。それが時代的にはついていけなくなっているんじゃないかと思えますね。…（中略〔筆者〕）お客さまがいま一番観たがっている映画をもってきて、少なくともお客さまが入っている間はずっとかけつづけるという簡単なことなんですね⁽³⁸⁾。」という。つまり、全プロないしはブロック・ブッキングによる上映期間の厳

(36) 永田雅一「企業から見た映画—日本の映画産業の発達は優秀映画の製作から—」飯島正ほか「映画の見方に関する一三章」中央公論社（1954年）205頁（213頁）。

(37) 丸山一昭「世界が注目する日本映画の変容」草思社（1998年）16頁。尚、丸山は新理研映画からテレビ朝日に転じた映画人である。

(38) 丸山・前掲注（37）175頁以下（安藤肇〔ワーナー・マイカル広告宣伝部長〕の発言）。

格な設定はヒット作による収益獲得の可能性を逃し、興行保証や前売り券システム⁽³⁹⁾を産み出し劇場主の自助努力を喪失させ、映画入場料の高額維持、粗製濫造による映画の客離れなどなどその実態には多くの問題があったようである。さらに映画業界の構造的な問題⁽⁴⁰⁾として⑦「日本映画は、参入する資本と才能に報酬を与えることができないシステム」となってしまう、「映画を作りたいという才能と情熱」を取り込むことが不可能となってしまったという⁽⁴¹⁾。こうなるとは、著作権法 26 条で映画の著作物にだけ頒布権を認めて、ブロック・ブッキングという映画業界の効率的な資本回収方法を特別に認めたことが仇となり、文化の発展に寄与するという著作権法自体の目的に反する結果にもなってしまったといえるかも知れない。

このような弊害を映画産業は放置してきたようであるが、「シネマコンプレックスの展開が一つの大きな契機となり、大手映画製作会社のブロック・ブッキングからの転換の試みや鑑賞料金の多様化など、製作から上映に至る流れの中で新たな状況も生まれ始めている⁽⁴²⁾。」という。また、松竹をはじめ大手配給会社も 2000 年からフリー・ブッキングに移行すると公表してい

(39) 劇場主は配給会社から与えられる興行保証や前売り券システムによって、配給会社から指定された映画を上映すればそれだけで安定収入が得られ、自館の入場者数による収益はそれに比べ微々たるもので、施設の整備などには投資をあまりしなかったといわれる。映画館のトイレが汚いという苦情の原因はこの辺にあったようである。尚、前売り券システムの実態がどのようなものであるかは、丸山・前掲注 (37) 38 頁参照。丸山が池田満寿夫に取材したところによれば、「エーゲ海に棒ぐ」と「窓からローマが見える」という映画を池田は、自ら監督、プロデューサーになり製作して約 22 億円の興行収入を上げたが、その大半を前売り券システムにより映画配給会社に吸い取られ、映画の上映後に彼に残った儲けは約 2,600 万円程だったと回顧していたという。

(40) 福井健策「映画ビックバンの法的諸問題 (1) - 日米比較の視点による映画製作・配給システムに関する法的考察 -」NBL662 号 (1999 年) 13 ~ 17 頁 (13 頁) 参照。古くは、関川・前掲注 (35) 32 頁。

(41) 原田・岡田・吉田・前掲注 (11) 200 頁。

(42) 映画振興に関する懇談会・前掲注 (13) 3 頁。

るようである。そうであれば、中古ゲームソフト事件大阪訴訟で最高裁判所が、ブロック・ブッキングという配給制度を前提として「映画の著作物にのみ頒布権が認められたのは、…（中略〔筆者〕）『著作権法制定当時』、劇場用映画取引」を念頭に置いたものという文面の真意は、「著作権法制定当時」はどうあれ、平成14年の判決言い渡しの当時にはもはやそのような劇場用映画の取引は少なくなっている、あるいは消失しつつあるという現状認識を窺わせるものである。そうであれば、もはや、著作権法に頒布権を存続維持させる最大の根拠がなくなりつつあるものと思われる。

（2）アメリカにおけるブロック・ブッキング制度

わが国でも著名である合衆国 vs パラマウント訴訟米連邦最高裁判所の1948年5月4日判決（U. S. v. PARAMOUNT PICTURES, INC., 334 U. S. 131 (1948) 334 U. S. 131 (157)）により、ブロック・ブッキング制度はアメリカではすでに60年前に崩壊しているといわれている。その判決によると、「ブロック・ブッキングとは、1本の映画あるいはまとまりとしての複数の映画のライセンスをしたり、ライセンスの提供をする実務であるが、但し、上映者が特定期間、配給者によってリリースされるその他の映画1本あるいは他の複数の映画のまとまりのライセンスも得ることが条件とされているものである。映画は、それらが現実に製作される前にブロックでライセンスされる。本件被告はみな、ユニテッド・アーティスツ以外は、このような実務をしてきた。ブロック・ブッキングは、競争者が映画の個々の長所にもとづいて1本1本の映画を得ようと努力することを阻害するものである。」という。つまり、米連邦最高裁判所のいうブロック・ブッキングとは、「違法な映画の抱き合わせの一形態であり、その反トラスト法違反の根拠は、望む映画と望まない映画の購入の拘束である」といわれる⁴³⁾。これは、日本のブロック・ブッキングとは同一でないようである。つまり、「日本のブロックブッキング・システムは上映期間も固定し、ヒットしてもしなくてもほとんど期間を

変えることができないという硬直化したシステムである⁽⁴⁴⁾」という指摘がある。

アメリカではこのような映画の抱き合わせ配給については、本件訴訟の原審であるニューヨーク南区連邦地方裁判所 (District Court of the United States for the Southern District of New York. [U. S. v. Paramount Pictures., 334 U. S. 131 (1948)]) も、1本の映画の独占が拡大⁽⁴⁵⁾されるという理由で違法と判断していたが、米連邦最高裁判所もそれを是認し、さらに以下のような理由を追加している。つまり「著作権法は、特許法と同様に、権利者への代償を第二の考慮とする。Fox Film Corp. v. Doyal, 286 U. S. 123, 127, 547 事件で、首席判事のヒューズは、連邦議会によって与えられた著作権の独占に関して、『合衆国の唯一の利益と独占権授与の第一の目標は、公衆が著作者の労働から得る一般的な便益にある』という。著作人や芸術家への独占という代償によって、彼らの創作的な才能の成果は公衆へ公開されるようになる。しかし、この代償もそれが著作権の質に結びつかない場合には、その公的な目的には役立たない。質のよい映画が要求される場合には、それが粗悪な映画の供給を受ける場合にだけライセンスが与えられ、質の悪い映画は質のよい映画の質を借用し、質のよい映画に頼ることによって独占が強化されてしまう」という。つまり、抱き合わせによって質の悪い映画にも独占が広がり⁽⁴⁶⁾、それは連邦

(43) Joseph Taubman, Book Review: Callmann, *The Law of Unfair Competition, Trademarks and Monopolies*, 1968, *Trademark Rep.* Vol. 60 (1970), 623-628 (624).

(44) 原田・岡田・吉田・前掲注 (11) 202 頁。

(45) U. S. v. PARAMOUNT PICTURES, INC., 334 U. S. 131 (1948) 334 U. S. 131 (158) によれば、「著作権の独占の拡大は、特許の保有者がその特許の使用を、資材 (特許化されたものも特許化されていないものも含む) の販売あるいは使用を条件にするようなものである。これは *Ethyl Gasoline Corporation v. United States*, 309 U. S. 436, 459, 626; *Morton Salt Co. v. Suppiger Co.*, 314 U. S. 488, 491, 404; *Mercoid Corp. v. Mid-Continent Investment Co.*, 320 U. S. 661, 665, 271 など禁止されている」。さらに、David B. Lytle / Beverly Purdue, *Antitrust target area under section 4 of the clayton act: determination of standing in light of the alleged antitrust violation*, *The American University Law Review*, Vol. 25, No. 4 (1976) 795-820 (817) 参照。

憲法⁽⁴⁷⁾が連邦議会に与えた著作者への独占権授与の目的に反するという事である⁽⁴⁸⁾。従って、著作権法によって排他的な権利を認められるべき著作物とは質のよいものだけとなる。しかし、果たして誰がその質を判断することができるのかという点については疑問がないではないが⁽⁴⁹⁾、ここでは公衆あるいは市場が望む映画という意味に解することができる⁽⁵⁰⁾。しかし、プロック・ブッキングが法律上放置され、「一般観客層の利益」を無視したいわゆる粗製濫造によって客足が全く遠のいていた日本の映画界にはそのまま当てはまる言葉であるかも知れない⁽⁵¹⁾。結局、米連邦最高裁判所は、映画の抱き合わせ配給を違法と判断した。

-
- (46) 独占の拡大については、Ancel W. Lewis, Jr., *The Defense of Misuse in Copyright Actions*, *Denver Law Center Journal*, Vol. 41 (1964) 30-41 (35)参照。
- (47) アメリカ合衆国憲法 1 条 8 項 8 号によれば、「一定の期間、著作者あるいは発明家に、それぞれの著作や発明に対して排他的な権利を保障することにより、学問あるいは有用な技能の発展を奨励するために、連邦議会は立法をなす権限がある」。
- (48) 尚、抱き合わせについてはさらに、Anonym, *Comments, Anti-Trust Law-Necessity of Proof of Separation of Products to Establish "Tying"*, *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U. S. 594 (1953), *Washington University Law Quarterly*, 1954, 233-243 (234)参照。
- (49) 厳格に考えれば、市場あるいは公衆が望む映画が必ずしも高品質とはいえない。関川・前掲注 (35) 32 頁以下によれば、「製作者はいい映画であって同時に多数の観客を動員する映画が、彼等の理想の作品となるのである」という。
- (50) 消費者の犠牲のもとという指摘については、Anonym, *The Tying Contract and its Treatment by the Federal Courts: A critical Analysis*, *Louisiana Law Review* Vol. 32 (1971-1972), 102-121 (102) 参照。さらに、関川左経「映画と独占禁止法」公正取引 96 号 (1958 年) 24 ~ 29 頁 (28 頁) によれば、「独禁法を最も分かり易くいって見れば、独占の弊害から業者や消費者を守ることであり、経済的に弱き立場にある者を、強大な力から保護するものだともいえよう。従って映画の場合に例を取れば何よりも先に観客の立場が考えられる。次には映画館が考えられ、最後に考えられる製作配給会社でも、弱小会社から強大な会社へと遡って考えられるであろう。」という。
- (51) 入江・前掲注 (18) 21 頁参照。

(3) アメリカ映画業界の垂直統合

アメリカでは、この合衆国 vs パラマウント訴訟米連邦最高裁判所判決により、映画の製作・配給・上映という業を統合的に経営することがシャーマン法上違法と判断された⁽⁵²⁾。同判決 (U. S. v. Paramount Pictures, Inc. 334 U. S. 131 (173)) によると、「仮に、司法省が主張するように、映画の製作・配給・上映の垂直統合がそれ自体違法ならば、本件のこれらの段階の審査は必要でないだろう。しかし、大多数の裁判所はこのような見解を採らない。裁判所の多数の見解では、シャーマン法のもとで垂直統合の合法性は、(1) 垂直統合が持っている目的、意図、あるいは (2) 垂直統合が創設する権力と付随する目的と意図によって定まる。第一に、垂直統合は、仮に合法的なビジネスの必要に一致させるための拡張というよりも、それが市場のかかなりの部分にコントロールし、且つ、競争を制限したり抑制する計画的なスキームである場合にはシャーマン法に衝突する。United States v. Reading Co., 253 U. S. 26, 57, 432; United States v. Lehigh Valley R. Co., 254 U. S. 255, 269, 270, 108, 109. 第二に、垂直に統合した企業体とは、他の企業ユニットの集団 (United States v. Aluminum Co. of America, 2 Cir., 148 F. 2d 416) のように、それは、独占を形成するだろう。つまり、その独占が機能していないとしても、競争を排除する権力を与えられているシャーマン法に違反し、独占しようとする目的や意図と結びついた独占を形成するだろう。当法廷が United States v. Griffith, 334 U. S. 107, n. 10 で指摘したように、規模それ自体は独占権の特徴ではない。

(52) U. S. v. Paramount Pictures, Inc. 334 U. S. 131 (140) によると、「被告は3つのグループに分けることができる。(1) 映画を製作しているパラマウント、ロウズ、RKO、ワーナー・ブラザーズ、20世紀フォックスと、その映画を頒布・上映する子会社あるいは系列会社。これらは5大メジャーとその上映会社被告として知られている。(2) 映画を製作しているコロンビア、ユニバーサルとそれらの映画を頒布している子会社。(3) 映画の頒布にだけ関わっているユナイテッド・アーティスト。5大メジャーは、その子会社あるいは系列会社によって劇場を所有したり統率したりしている。他の被告はそれをしていない」。

というのは、規模は独占の濫用の機会を伴うからである。そして、規模によって創設される（独占）権力が過去において競争を崩壊させたり阻止したりしたという事実は、必要な目的や意図が独占権の存在を伴うという有力な証拠である。United States v. Swift & Co., 286 U. S. 106, 116, 463; United States v. Aluminum Co. of America, supra, 148 F. 2d at page 430 参照。独占権力が垂直統合によってもたらされるかどうかという疑問に同様に影響を与えるものは、投入される市場の性質（United States v. Aluminum Co. of America, supra, 148 F. 2d at page 430）と、特殊な垂直統合が創設したり可能にする市場のレバレッジである。…（中略〔筆者〕）結果として、5大メジャーがさらに劇場を拡大することに対する禁止命令の発布はするべきではない。なぜなら、それはあまりに独占の問題に関連しすぎているからである。そして、当該地方裁判所は、この問題について完全に新たな審理を始めることが許されなければならない。しかしながら、我々は、決して、当該地方裁判所が5大メジャーによる劇場のさらなる拡大を禁止することについて誤りをおかしたとは考えていない」という。シャーマン法に違反する垂直統合の基準を明らかにして、結局本件被告の5大メジャーについては、その基準を充足するか否かを審理し直すために原審たるニューヨーク南区連邦地方裁判所に差し戻すことにした。1948年11月には、RKOは連邦司法省と同意判決に同意することにし、1949年2月にはパラマウントも、さらに同年末までにはその他のスタジオも劇場チェーンを分離売却し、ブロック・ブッキングを止めることに同意した。それらがその同意判決を呑んだのは、高騰する弁護士費用の重圧と、仮に裁判所によって強制的に解散させられた際の財政的な負担への懸念であったが、本当の理由はテレビの台頭であるといわれている。なぜなら、これらの映画会社もテレビ局を所有することを目論んでいたが、1934年のCommunications Act⁽⁵³⁾では、独占行為によって有罪判決を下された企業には放送免許が拒否されると規定されていたからである⁽⁵⁴⁾。これによって、アメリカ映画産業の製作・配給・劇場の垂直統合は消滅したといわれ⁽⁵⁵⁾、確かに

「この分野でも規制緩和が進んだ結果、最近では再びメジャーによる映画興行ビジネスへの進出がめだっている⁽⁵⁶⁾」というが、1948 年の合衆国 vs パラマウント訴訟米連邦最高裁判所判決は大きな重石となっているようである⁽⁵⁷⁾。

(4) 日本映画業界の垂直統合

それに対し、日本ではどうであったか。「映画会社は傾きかけていたが、映画の興行形態は変わらなかった。日本では、ブロックブッキング制は独禁

(53) Public Law Number 416, Act of June 19, 1934, ch. 652, 48 Stat. 1064.

(54) United States v. Paramount Pictures, Inc., [http:// www.everything2.com / index.pl ? node_id=1481392](http://www.everything2.com/index.pl?node_id=1481392)

(55) 合衆国 vs パラマウント訴訟米連邦最高裁判所のわが国での紹介は多い。古くは、石久保重好「アメリカ映画産業の構造 (5)」公正取引 96 号 (1958 年) 26 ~ 31 頁で詳細に紹介されている。最近では、原田・岡田・吉田・前掲注 (11) 195 頁によれば、「この寡占会社は、制作においては俳優、脚本家に不利な条件を押しつけ、興行においては系列の劇場に加わらない独立の劇場に圧力をかけてきたと言われている。しかし、1948 年、連邦最高裁は、入場料の価格維持協定、制度としてのクリアランス (公開時期をロードショー劇場、一般館というように劇場ごとにずらすこと。この期間をクリアランスと呼んでいる)、制度的ブロックブッキング (ここでの意味はより狭く、1 つの映画の上映権を得るための条件として他の映画の上映権を購入させる契約) の禁止などを内容とし、制作・配給機能と上映機能の分離という方針を打ち出した (映画館が自発的に特定の映画会社の映画を連続して上映することは禁止されていないので、特定の映画会社の映画を上映する映画館は当然に多かった。これは前述のような状況では、映画館にも映画制作会社にも合理性があったからである)。この結果、米国の映画会社は、次第に制作と興行の分離という方向に進むこととなった。… (中略 [筆者]) いずれにしろ、制作と上映の分離は、新しい資本や才能が映画制作に参入しやすい状況を作ることとなった。」という。つまり、垂直統合やブロック・ブッキングでは新しい資本や才能が映画業界には参入され難いということである。

(56) 福井・前掲注 (40) 15 頁。

(57) D. Richard Funk, *Standing Under Clayton § 4: A Proverbial Mystery*, *Dickinson Law Review* Vol. 77 (1972-1973), 73-93 (84) は、その後のブロック・ブッキングに関して、例えば *Field Productions, Inc. vs. United Artists Corp.*, 318 F. Supp. 87 (S. D. N. Y. 1969) などについて言及している。

法違反ではなかったし、制作と興行を分離しようという動きも見られなかった」といわれる⁽⁵⁸⁾。その根拠となるものは、東京高判昭和28年12月7日判時19号11頁東宝等審決取消請求事件である。これは実質的な子会社である新東宝が製作した映画を親会社である東宝が配給し、東宝が配給する映画は全国の映画配給の3分の1を占めたため、少なくとも制作と配給の垂直統合が解体される可能性があった事件である。公正取引委員会⁽⁵⁹⁾は、東宝と新東宝の両社の協定により、両社は共同して映画の販路及び顧客を制限するものであって、独占禁止法（旧）4条1項3号に違反し、両社の製作する映画の本数は日本全国で製作される映画の総数の約3分の1を占めるから、同法3条後段にも違反する（公取委昭和26年6月5日審決・審決集3巻44頁）と判断したが、東京高裁は、「しかしながら原告が原協定によつて配給する映画が、日本において製作配給される映画の総数の三分の一を占めるとの一事

(58) 原田・岡田・吉田・前掲注(11)199頁。さらに、映画全プロ契約事件については、公取委審決昭和25年2月27日審決集1巻114頁参照。

(59) 関川左経「映画の競争と事業分野について」公正取引113号（1960年）31～39頁（38頁）によれば「映画事業における独禁法の違法行為として、公取委は過去3度程これに対する判断を下している。すなわち、昭和22年の審決では、松竹、大映、東宝の3社が、二本立映画興行の禁止を協定したのを、この協定を止めさせており、これはこの当時、この3社しかなかった映画会社が、このような方針を打ち出せば、映画館は自由に映画を上映することができなくなる事態を救ったものであり、昭和24年の審決は、前述したように、映画製作配給会社が、映画館を1年もの長期に亘って、ある会社とのみ取引しなければならず、映画の取引を不当に拘束する条件をつけ取引している、不公正な取引を行っているものであるとしてかかる取引を止めさせたものである。昭和32年には、当時問題となっていた、映画上映時間制限、上映本数制限の議論のうちに、映画興行組合から要請されたという形で、松竹、大映、東宝、東映の4社が、二本立以上の映画上映をしないことを条件として、映画の取引をしているのを止めるように警告したが、これもまた、映画館が、自分で上映本数をきめたり、上映時間を決めたりする自由が失われることのないようにとの配慮から出されたものであった。」というが、映画産業の垂直統合、ブロック・ブッキングを解体することはできなかった。

をもつて、この取引分野における競争を実質的に制限するものとするのは相当でない」として事件を公取委に差し戻した⁽⁶⁰⁾。実質的競争を制限するとは、競争自体が減少して特定の事業者又は事業者団体がその意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる状態をもたらすことをいうのであって、その状態は単に数字の上のことではなく、相対的な問題であって一律には決し難いという。東宝新東宝が全国 3 分の 1 の配給量をもって、その範囲で上映劇場の競争をある程度自由に左右していたとしても、結局は独禁法違反になることはなかった⁽⁶¹⁾。

5. 結論

いわゆるわが国の映画配給制度（ブロック・ブッキング）はその弊害が多く、すでにその一部は崩壊し、配給会社と劇場との自由な契約（フリー・ブッキング）へと移行しつつある。また、製作・配給・上映という垂直統合的な業態は映画業界に新たな才能やアイデアの導入の妨げになっている⁽⁶²⁾。そのような段階に至っている映画業界の垂直統合とそれを前提とする映画配給制度を著作権法がその頒布権（26 条）によって今後も固持していこうというのは時代錯誤であり、それは必ずしも社会の要請でもなく、また究極的に

(60) 東京高判昭和 28 年 12 月 7 日判時 19 号 11 頁東宝等審決取消請求事件。本判決については、舟田正之「競争の実質的制限」金沢良雄編「独禁法審決・判例百選（第 3 版）」有斐閣（1984 年）18～19 頁、笠井昭夫「競争の実質的制限（1）」今村成和・厚谷襄児編「独禁法審決・判例百選（第 4 版）」有斐閣（1991 年）22～23 頁はほぼ肯定的である。

(61) アメリカ法との差異については、実方謙二「独占禁止法〔新版〕」有斐閣（1992 年）154 頁以下参照。

(62) 福井健策「映画ビックパンの法的諸問題（4・完）－日米比較の視点による映画製作・配給システムに関する法的考察－」NBL668 号（1999 年）58～66 頁参照。

は映画文化の発展にも反することにもなりかねない。現在刊行されている著作権法関連の注解書をみると、未だに頒布権の至高性が当たり前として書かれているが、これも時代錯誤である。

著作権法 26 条を廃止するか、あるいは 26 条の 1 を廃止するかは技術的な問題に過ぎないが、すべての著作物に対して頒布権を認め、その頒布権には一律的に消尽を認め、現行法のような映画の著作物ためだけの特権を排除する法改正をなすべきである。