

知っておきたい最新著作権判例

平成 23 年度著作権委員会第 3 部会

岡野 功・香原 修也・木村 達矢・斉藤 整・佐藤 祐介・
高村 隆司・廣江 武典・村上 玲子・吉澤 尚

はじめに

本年度の著作権委員会第 3 部会では、平成 23 年の著作権関連判決から弁理士として知っておくべきと思われる判決を 2 回に分けて紹介する。各判決紹介は、概ね 3～4 頁に収まるように簡潔にまとめるとともに、できる限り対象となる著作物ないし図を引用するようにした。今回は、その第 1 回として、上半期（2011 年 1 月～6 月）にだされた判決から、IT 関連サービスに関する重要最高裁判決 2 件及びいわゆる伝統的な著作物に関する判決 2 件、そして職務著作に関する判決 1 件の計 5 件を紹介する。

目次

I. まねき TV 事件

最三小判平 23.1.18 平 21(受)653

担当：吉澤尚

II. ロクラク II 事件

最一小判平 23.1.20 平 21(受)788

担当：吉澤尚

III. 病院向けマニュアル本職務著作事件

知財高判平 23.3.10 平 22(ネ)10081

担当：廣江武典

IV. 廃墟写真事件

知財高判平 23.5.10 平 23(ネ)10010

担当：木村達矢

V. 「吹きゴマ」折り図事件

東京地判平 23.5.20 平 22(ワ)18968

担当：佐藤祐介

I. まねき TV 事件、最高裁判決

インターネットを利用する遠隔地テレビ視聴サービス
と著作権の侵害主体 1

吉澤 尚

最三小判平 23・01・18 平 21(受)653 裁判所 HP

1. 事案の概要

(1) 概要

本件は、Y（被告、被控訴人、被上告人）が、「まねき TV」という名称で、(2)のサービスの内容に記載のサービスを提供していたところ、テレビ局である X（原告・控訴人・上告人）らが著作権法に基づいてサービスの差止め及び損害賠償の支払いを求めた事案である。

平成 18 年 8 月 4 日の東京地裁の仮処分決定から、仮処分の抗告審決定、本案の第一審判決を経て、平成 20 年 12 月 15 日の控訴審判決まで、いずれも X の請求

は認められず、Y が勝訴し続けていた⁽¹⁾。

(2) サービスの内容

本件では、サービスの詳細を把握しておく必要があるため、以下、知財高裁が認定したサービスの詳細を紹介する。

「本件サービスにおいては、某メーカーが販売するロケーションフリーという名称の商品（以下「ロケーションフリー」という。）が用いられるが、ロケーションフリーは、地上波アナログ放送のテレビチューナーを内蔵し、受信する放送を利用者からの求めに応じデジタルデータ化し、このデータを自動的に送信する機能を有する機器（以下「ベースステーション」という。）を中核とする。

ロケーションフリーの利用者は、ベースステーションと手元の専用モニター等の端末機器をインターネットを介して 1 対 1 で対応させることにより、ベースス

ーションにおいてデジタルデータ化されて手元の端末機器に送信される放送を、当該端末機器により視聴することができる。その具体的な手順は、①利用者が、手元の端末機器を操作して特定の放送の送信の指示をする、②その指示がインターネットを介して対応関係を有するベースステーションに伝えられる、③ベースステーションには、テレビアンテナで受信された地上波アナログ放送が継続的に入力されており、上記送信の指示がされると、これが当該ベースステーションにより自動的にデジタルデータ化される、④次いで、このデータがインターネットを介して利用者の手元の端末機器に自動的に送信される、⑤利用者が、手元の端末機器を操作して、受信した放送を視聴するというものである。」(なお、参考までに装置の構成について、東京地方裁判所平成18年ヨ22042号決定に添付された別紙1、別紙2を掲載している。)

(3) 原審の判断

原判決(知財高裁平成20年12月15日判時2038号110頁)は、送信可能化行為において、使用される自動公衆送信は、公衆(不特定または多数の者)によって直接受信され得る無線通信又は有線電気通信の送信を行う機能を有する装置でなければならないのでるところ、各ベースステーションは、予め設定された単一

の機器宛に送信するという1対1の送信を行う機能を有するにすぎず、自動公衆送信装置といえないのであるから、・・・本件放送の送信可能化に当たらないとしていた。

2. 判旨

原判決を破棄する。

本件を知的財産高等裁判所に差し戻す。

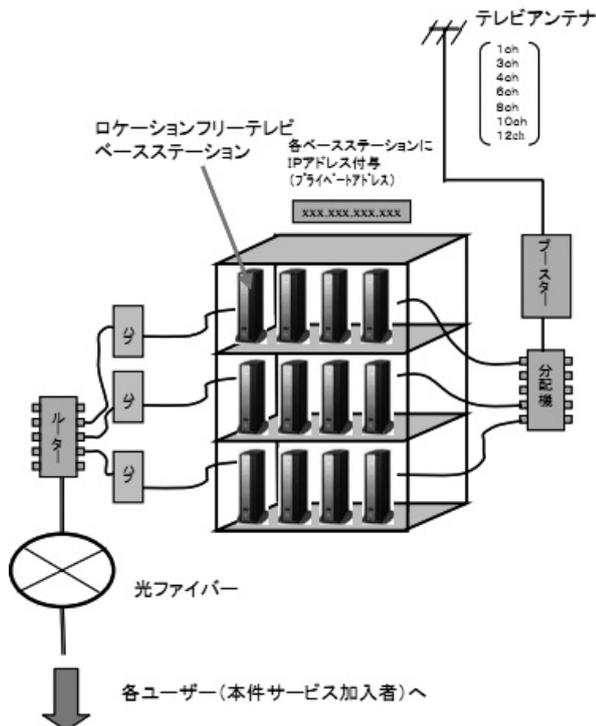
(1) 送信可能化権侵害について

ア 送信可能化とは、公衆の用に供されている電気通信回線に接続している自動公衆送信装置に情報を入力するなど、著作権法2条1項9号の5イ又はロ所定の方法により自動公衆送信し得るようにする行為をいい、自動公衆送信装置とは、公衆の用に供されている電気通信回線に接続することにより、その記録媒体のうち自動公衆送信の用に供する部分に記録され、又は当該装置に入力される情報を自動公衆送信する機能を有する装置をいう(著作権法2条1項9号の5)。

自動公衆送信は、公衆送信の一態様であり(同項9号の4)、公衆送信は、送信の主体からみて公衆によって直接受信されることを目的とする送信をいう(同項7号の2)ところ、著作権法が送信可能化を規

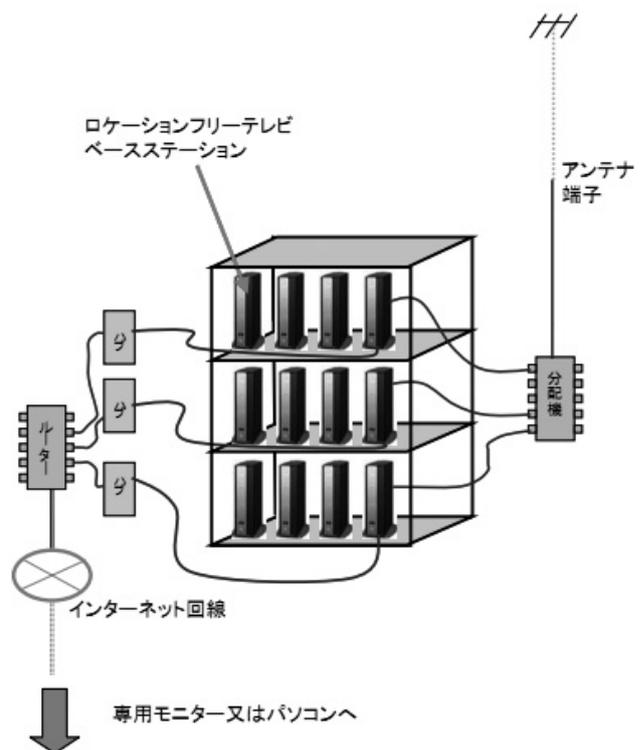
別紙1

本件サービスのシステム構成



別紙2

本件サービスのシステム構成



制の対象となる行為として規定した趣旨、目的は、公衆送信のうち、公衆からの求めに応じ自動的に行う送信（後に自動公衆送信として定義規定が置かれたもの）が既に規制の対象とされていた状況の下で、現に自動公衆送信が行われるに至る前の準備段階の行為を規制することにある。このことからすれば、公衆の用に供されている電気通信回線に接続することにより、当該装置に入力される情報を受信者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する装置は、これが予め設定された単一の機器宛てに送信する機能しか有しない場合であっても、当該装置を用いて行われる送信が自動公衆送信であるといえるときは、自動公衆送信装置に当たるといべきである。

イ そして、自動公衆送信が、当該装置に入力される情報を受信者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する装置の使用を前提としていることに鑑みると、その主体は、当該装置が受信者からの求めに応じ情報を自動的に送信することができる状態を作り出す行為を行う者と解するのが相当であり、当該装置が公衆の用に供されている電気通信回線に接続しており、これに継続的に情報が入力されている場合には、当該装置に情報を入力する者が送信の主体であると解するのが相当である。

ウ これを本件についてみるに、各ベースステーションは、インターネットに接続することにより、入力される情報を受信者からの求めに応じ自動的にデジタルデータ化して送信する機能を有するものであり、本件サービスにおいては、ベースステーションがインターネットに接続しており、ベースステーションに情報が継続的に入力されている。被上告人は、ベースステーションを分配機を介するなどして自ら管理するテレビアンテナに接続し、当該テレビアンテナで受信された本件放送がベースステーションに継続的に入力されるように設定した上、ベースステーションをその事務所に設置し、これを管理しているというのであるから、利用者がベースステーションを所有しているとしても、ベースステーションに本件放送の入力をしている者は被上告人であり、ベースステーションを用いて行われる送信の主体は被上告人であるとみるのが相当である。そして、何人も、被上告人との関係等を問題にされることなく、被上告人と本件サービスを利用する契約を

締結することにより同サービスを利用することができるのであって、送信の主体である被上告人からみて、本件サービスの利用者は不特定の者として公衆に当たるから、ベースステーションを用いて行われる送信は自動公衆送信であり、したがって、ベースステーションは自動公衆送信装置に当たる。そうすると、インターネットに接続している自動公衆送信装置であるベースステーションに本件放送を入力する行為は、本件放送の送信可能化に当たるといべきである。

(2) 公衆送信権侵害について

本件サービスにおいて、テレビアンテナからベースステーションまでの送信の主体が被上告人であることは明らかである上、上記(1)ウのとおり、ベースステーションから利用者の端末機器までの送信の主体についても被上告人であるといべきであるから、テレビアンテナから利用者の端末機器に本件番組を送信することは、本件番組の公衆送信に当たるといべきである。

3. 解説

(1) 本判決の理解

ロクラクⅡの最高裁判決と同様、カラオケ法理との関係でどのような判断がなされるか注目された事件であるが、最高裁は、必ずしも支配・管理及び利益の観点から、侵害の主体を判断しているとはいえず、むしろ、自動公衆送信装置の定義と送信可能化を行っている主体についての基準を示した。

しかしながら、この判旨は非常に分かりにくいものとなっており、最高裁調査官の解説を読み解いたうえで判旨を読みかえさなければ、正確な理解ができない判旨となっている。

(2) 1対1に送信される機能であっても、「公衆」向けの送信とそうではない送信があること

原則として、1対1の送信と評価できるのであれば、「公衆」向けの送信ではないはずである。そこで、まねきTV事件においては、送信元となるベースステーションは、予め設定された単一の機器宛てのみ送信を行っており、原審は、送信主体はだれかを断定するのではなく、この1対1の送信を行う機能を有するにすぎないベースステーションについては、著作権法第2

条第1項9号の5が規定する「自動公衆送信装置」には該当しないとして機能に着目して判断した。

しかし、最高裁は、1対1の送信の機能しか有していない場合であっても、当該送信行為の主体から見て、受信するものが「公衆」に当たる場合は、自動公衆送信にあたるとした⁽²⁾。これは機能を重視するこれまでの原審などの考えとは異なり、極めて、規範的に、主体から見て複数の受信者に送信しているかを評価するという考え方を採用したのである。

従って、最高裁は、まず、検討の流れとしては①送信の「主体」の判断を行った上で、②その主体からみて「公衆」性を検討し、その結果はじめて自動公衆送信装置の該当性を判断できるとして、装置該当性の判断と主体の判断を結び付けたのである。

(3) 本件での送信主体の決定基準

前述の通り、最高裁の考え方によれば「自動公衆装置」への該当判断をするために送信「主体」は誰かの判断が必要となることから、最高裁は、送信可能化を行っている主体の基準について、まず、「その主体は、当該装置が受信者からの求めに応じ情報を自動的に送信することができる状態を作り出す行為を行う者」としたうえで、自動公衆送信装置がインターネット接続され、これに「継続的に情報が入力」されているときには、当該装置に「情報を入力」している者が送信可能化を行っている主体であるとの基準を示した。

この点、この判旨の「情報を入力」の「入力」の意味を正確に理解する必要がある。そこで、条文を参照すると、著作権法第2条第1項第9号の5イにおいて、送信可能化該当行為として、

(1)「情報の記録」：自動公衆送信装置の公衆送信用記録媒体に情報を記録

(2)「媒体の追加」：情報が記録された記録媒体を自動公衆送信装置の公衆送信用記録媒体として加えること

(3)「変換」：情報が記録された媒体を自動公衆装置の公衆送信装置の公衆送信用記録媒体に変換すること

(4)「情報の入力」：自動公衆送信装置に情報を入力することの4つ⁽³⁾を定めている。

このうち「情報の入力」は、インターネット放送や「ユーストリーム」のようなウェブキャストの生中継、そして本件のようなアナログ放送の転送のように、情報を固定・蓄積することなく、サーバー等に情報が残

らない方法で、利用者からのアクセスに応じて送信できるように入力する行為をいう⁽⁴⁾

このように同条が、上記のように送信可能化の類型を規定しており、あえて「入力」の表現を用いていること、さらに、本件で問題となったサービスにおいては放送番組等をいったん媒体に記録する事案についての判断ではないことから、同条の情報の「入力」に該当するためには「継続的に」入力する行為であることが必要であると解釈して判示したものと解される。

(4) 送信の主体

それでは、次に、具体的な本件事案への当てはめとして、誰が「入力」している者にあたるか。

この点、最高裁は、ベースステーションにアナログテレビアンテナを接続し、当該アンテナで受信した放送がベースステーションに「継続的に入力される」等設定した上、ベースステーションを事務所に設置し、管理しているYが放送の「入力」を行っている者にあたるとした。

次に、当てはめの中で、アンテナに接続のみならず、事務所に設置、管理している点にも触れていることから、「継続的に入力」しているかどうかについて、単にアンテナ接続後何もしなかった場合はこのような結論となるか疑問がある。

なぜならば、最高裁は、「継続的に入力」の判旨を導き出す以前に、「その主体が当該装置が受信者からの求めに応じ情報を自動的に送信することができる状態を作り出す行為を行う者」としており、積極的な作為を要求したかのように読める部分があるからである⁽⁵⁾。

いいかえれば、初めにアンテナに接続後、何もしていないような場合、接続だけで、その後不作為の場合でも「入力」といえるのか。そもそも、それだけでは足りないから設置・管理の点にも触れたかのように読むこともできる。もっとも、この点は、最高裁の判断については明確ではない。差戻審の判断において、この点を考慮して、どの程度積極的作為を求めた事実認定がなされるか注目された。

この点、平成24年1月31日に知的財産高等裁判所において下された差戻審の判決（平成23年(ネ)第10009号 著作権侵害差止等請求控訴事件）においては、「Yは、データセンターと称する事務所を賃借し、同所に、高速インターネット回線を準備し、ベースス

ーションを載置するラック、ルーター、ハブ、ケーブル及び分配機、ブースター等（いずれも汎用品）を調達したことが、本件サービスの申込者からロケーションフリーのベースステーションが送付されると、これを同所内に設置し、ブースター及び分配機を介してアンテナ端子に接続し、ハブ及びルーターを介してインターネット回線に接続するほか、ベースステーションにポート番号を割り当てる等の設定作業も行い、ベースステーションに専用モニター又はパソコン等からの指令さえあれば自動的に放送データを送信し得る状態になったことを確認した後、申込者に対し、設置、設定の完了等を通知すること、本件サービスの利用者は、被告の「サポートデスク」を通じて問い合わせができるようにしていることなどから、Yは、ベースステーションをアンテナ端子に接続し、アンテナ端子を経由してテレビアンテナから本件放送が受信できるようにし、「テレビアンテナで受信された本件放送がベースステーションに継続的に入力されるように設定した上、ベースステーションをその事務所に設置し、これを管理している」ということができる。」と評価した。実質的に、管理・支配の要件の検討を行ったかのごとく認定を行っており、ロクラクⅡと合議体の構成はことなるものの、同じ知的財産高等裁判所民事第3部での判断によったことが影響している可能性があり、今後この差戻審の評価も議論になるものと思われる。

(5) 本判決の射程

(3)で触れた通り、本件の判断は、あくまで、著作権法第2条第1項第9号の5イの「情報の入力」についての判断であるから、送信可能化のうち記録非保存型の事例についての判断である。

従って、内部に記録媒体を備えた送信可能化や自動公衆送信については、直接の射程ではないと考えることができる⁽⁶⁾。

なお、本判決においては多くの評釈が表れており、評価のしかたにも若干違いもあるため、これまでに登場した評釈⁽⁷⁾も参照されたい。

注

(1)まねき TV 事件経緯

- ① 東京地裁平成18年(ヨ)22022号 著作隣接権仮処分命令申立事件平成18年08月04日決定

- ② 知財高裁平成18年(ラ)10014号 著作隣接権仮処分命令申立却下決定に対する抗告事件平成18年12月22日判決
- ③ 知財高裁平成18年(ラ)10013号 著作隣接権仮処分命令申立却下決定に対する抗告事件平成18年12月22日判決
- ④ 知財高裁平成18年(ラ)10012号 著作隣接権仮処分命令申立却下決定に対する抗告事件平成18年12月22日判決
- ⑤ 知財高裁平成18年(ラ)10011号 著作隣接権仮処分命令申立却下決定に対する抗告事件平成18年12月22日判決
- ⑥ 知財高裁平成18年(ラ)10010号 著作隣接権仮処分命令申立却下決定に対する抗告事件平成18年12月22日判決
- ⑦ 知財高裁平成18年(ラ)10009号 著作隣接権仮処分命令申立却下決定に対する抗告事件平成18年12月22日判決
- ⑧ 東京地裁平成19年(ワ)17279号 著作権侵害差止等請求事件平成20年05月28日判決
- ⑨ 東京地裁平成19年(ワ)5765号 著作権侵害差止等請求事件平成20年06月20日判決
- ⑩ 知財高裁平成20年(ネ)10059号 著作権侵害差止等請求控訴事件平成20年12月15日判決
- ⑪ 最高裁平成21年(受)653号 平成23年1月18日判決
- ⑫ 知財高裁平成23年(ネ)第10009号 著作権侵害差止等請求控訴事件平成24年1月31日判決
- (2)最高裁判所調査官山田真紀, 本判決の最高裁重要判例解説 (Law&Technology 51号 2011年4月発行, ジュリスト No.1423・2011年6月11日号, 「まねき TV 最高裁判決の解説及び全文」参照)において、「送信可能化において、その利用が前提とされている自動公衆送信装置(著作権法第2条第1項第9号の5)は、そこでの公衆性(同項7号の2参照)が行為者との関係において判断されるものであると解されること、送信可能化概念が導入された趣旨によれば、自動公衆送信において用いられる送信装置と自動公衆送信装置とは、同一の機能を有することが想定されていると解されることから、当該装置によって自動公衆送信がなされる装置であれば、自動公衆送信装置であると解する」との立場にたち、最高裁判決は「受信者からの求めに応じて自動的に送信する機能を有する装置を用いて行われる送信が、自動公衆送信にあたる場合は、その送信装置は自動公衆送信装置である」と判旨と解説されている。
- (3)加戸守行, 著作権法逐条講義五訂新版第41頁
- (4)加戸守行, 著作権法逐条講義五訂新版第43頁
- (5)奥邨弘司, パテント Vol.64 No.9・2011年8月号第93頁, 「まねき TV・ロクラクⅡ事件最判後の著作権間接侵害論」
- (6)前掲奥邨論文第94頁
- (7)大滝均, パテント Vol.63 No.8・2011年6月号, 「インターネットを利用する遠隔地テレビ視聴サービスを巡る二つの最高裁判決」

上山浩, NBL947・2011年2月15日号, 「ロクラクⅡ事件(最
一判平成23.1.20)・まねきTV事件(最三平成23.1.18)の検
討」

岡村久道, NBL959・2011年8月15日号, 「まねきTV事件・
ロクラクⅡ事件最高裁判決とインターネットサービス」

大西千尋, NBL960・2011年9月1日号, 「まねきTV・ロク
ラクⅡ最高裁判所判決についての一考察」

影島広康, 月刊ローヤーズ Vol.8 No.6・2011年6月号, 「ま
ねきTV」事件と「ロクラクⅡ」事件判決から見えるネット

上のサービスと著作権の今後」

岡邦俊, JCA ジャーナル Vol.58 No.4・2011年4月号, 「続・
著作権の事件簿(146)」

小泉直樹, ジュリスト No.1423・2011年6月1日号, 「まねき
TV・ロクラクⅡ最判の論理構造とインパクト」

三村量一他, 知財研フォーラム Vol.85・2011 Spring, 「判例
研究④「まねきTV事件・ロクラクⅡ事件最高裁判決の研
究」」

Ⅱ. ロクラクⅡ事件, 最高裁判決

インターネットを利用する遠隔地テレビ視聴サービス と著作権の侵害主体 2

吉澤 尚

最一小判平23・01・20 平21(受)788 裁判所 HP

1. 事案の概要

(1) 事実関係の概要

本件は, Y(被告・控訴人・被上告人)が, 「ロクラクⅡ」という名称で, インターネット通信機能付きハードディスク・レコーダー「ロクラクⅡ」(以下「ロクラクⅡ」という)2台1組のうち, 同社が管理する設置場所に設置した1台を「親機ロクラク」として, テレビ放送を受信・録画し, 利用者に貸与又は譲渡した

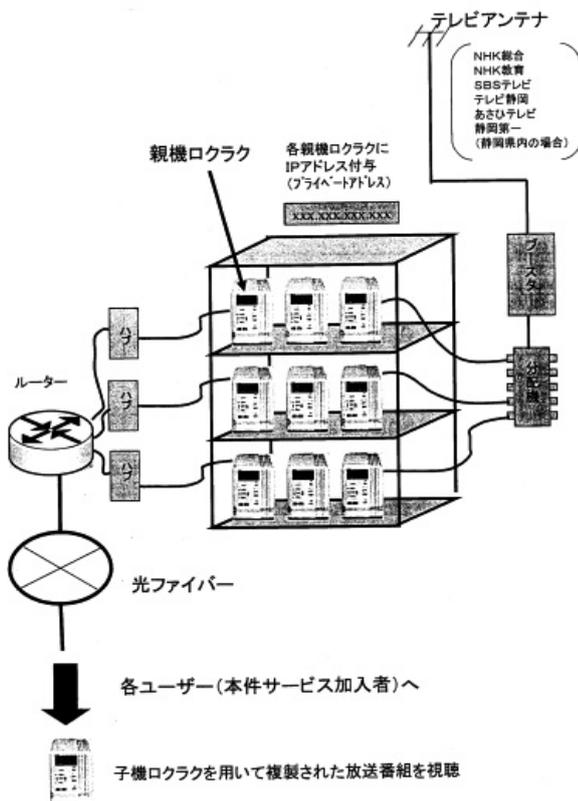
他の1台を「子機ロクラク」として当該利用者にテレビ番組の視聴を可能にするサービスを提供していた事案(なお, 参考までに装置の構成について, 東京地方裁判所平成18年ヨ22046号決定に添付された別紙1, 別紙2を掲載している。)である。

「親機ロクラク」において録画が行われていることから, ここに複製行為があることは当事者間に争いがなく, Yは, 子機ロクラクにより, 利用者が録画の操作をすることから, 利用者個人がその私的使用目的で賃貸したロクラクⅡを使って複製を行っているから, 複製行為の主体は利用者本人である旨を主張していた。

(2) 下級審での経緯⁽¹⁾と知財高裁の判断のポイント 仮処分決定及び本案の第一審はテレビ局であるXら

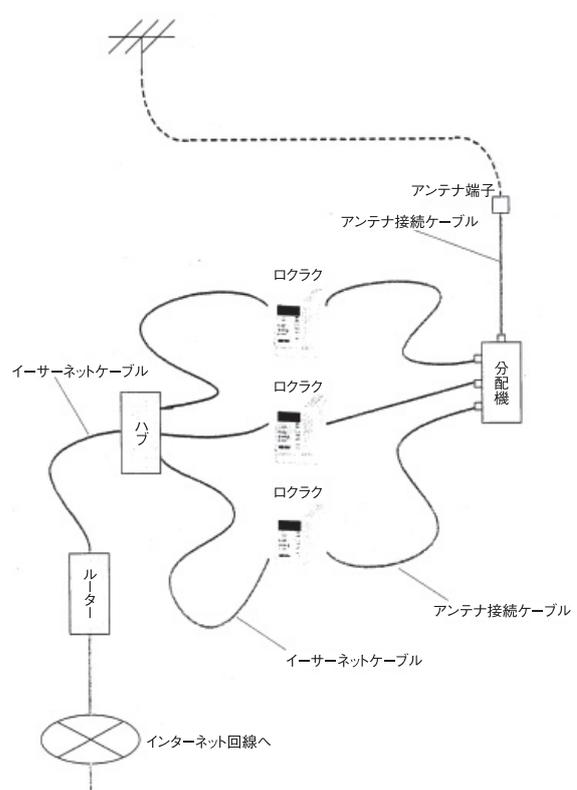
別紙1

本件サービスのシステム構成



別紙2

親機ロクラクが債務者事業所内にも設置されていた当時の設置状況



(原告・被控訴人・上诉人)局側の主張を認め差止め及び損害賠償請求を認容した。

しかし、知財高裁が、Yが、本件サービスにより利用者に提供すべき親機ロクラクの機能を滞りなく発揮させるための技術的前提となる環境、条件等を、主として、技術的・経済的理由により利用者自身に代わって整備するものにすぎないとして、複製行為を実質的に管理・支配するとはいえないから、同社においてテレビ番組の複製をしているとはいえないとして、第一審判決を覆してテレビ局側の請求を棄却した。

これに対し、最高裁が、平成23年1月20日に、複製の主体についての考え方を示した上で、X側を勝訴させる(原審を破棄し差戻す)判決を言い渡したものである。

2. 判旨

(1) 判旨の本体

① 主文

原判決を破棄する。

本件を知的財産高等裁判所に差し戻す。

② 複製等の主体についての検討

「放送番組等の複製物を取得することを可能にするサービスにおいて、サービスを提供する者(以下「サービス提供者」という。)が、その管理、支配下において、テレビアンテナで受信した放送を複製の機能を有する機器(以下「複製機器」という。)に入力して、当該複製機器に録画の指示がされると放送番組等の複製が自動的に行われる場合には、その録画の指示を当該サービスの利用者がするものであっても、サービス提供者はその複製の主体であると解するのが相当である。

すなわち、複製の主体の判断に当たっては、複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素を考慮して、誰が当該著作物の複製をしているといえるかを判断するのが相当であるところ、上記の場合、サービス提供者は、単に複製を容易にするための環境等を整備しているにとどまらず、その管理、支配下において、放送を受信して複製機器に対して放送番組等に係る情報を入力するという、複製機器を用いた放送番組等の複製の実現における枢要な行為をしており、複製時におけるサービス提供者の上記各行為がなければ、当該サービスの利用者が録画の指示をしても、放送番組等の複製をすることはおよそ不可能なのであ

り、サービス提供者を複製の主体というに十分であるからである。」

(2) 裁判官金築誠志の補足意見の抜粋

著作権法上の複製等の主体の判断基準に関しては、「最高裁昭和63年3月15日第三小法廷判決(民集42巻3号199頁)以来のいわゆる「カラオケ法理」が援用されることが多く、本件の第1審判決を含め、この法理に基づいて、複製等の主体であることを認めた裁判例は少なくないとされている。「カラオケ法理」は、物理的、自然的には行為の主体といえない者について、規範的な観点から行為の主体性を認めるものであって、行為に対する管理、支配と利益の帰属という二つの要素を中心に総合判断するものとされているところ、同法理については、その法的根拠が明らかでなく、要件が曖昧で適用範囲が不明確であるなどとする批判があるようである。しかし、著作権法21条以下に規定された「複製」、「上演」、「展示」、「頒布」等の行為の主体を判断するに当たっては、もちろん法律の文言の通常の意味からかけ離れた解釈は避けるべきであるが、単に物理的、自然的に観察するだけで足りるものではなく、社会的、経済的側面をも含め総合的に観察すべきものであって、このことは、著作物の利用が社会的、経済的側面を持つ行為であることからすれば、法的判断として当然のことであると思う。

このように、「カラオケ法理」は、法概念の規範的解釈として、一般的な法解釈の手法の一つにすぎないのであり、これを何か特殊な法理論であるかのようにみなすのは適当ではないと思われる。したがって、考慮されるべき要素も、行為類型によって変わり得るのであり、行為に対する管理、支配と利益の帰属という二要素を固定的なものと考えるべきではない。この二要素は、社会的、経済的な観点から行為の主体を検討する際に、多くの場合、重要な要素であるというにとどまる。にもかかわらず、固定的な要件を持つ独自の法理であるかのように一人歩きしているとすれば、その点にこそ、「カラオケ法理」について反省すべきところがあるのではないかと思う。

3. 解説

(1) 本判決が示した複製の主体性の判断基準

本事件との関連では、いわゆるカラオケ法理についての一定総括がなされるのではないかと期待が寄せら

れたが、本判決において、カラオケ法理が前提とする支配・管理と利益のうち利益についての議論はなされていない。また、必ずしも支配・管理という観点から判断したわけではない。

むしろ、本判決においては、複製の主体性を判断する基本的な基準として「複製の主体の判断にあたっては、複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素を考慮して、誰が当該著作物の複製をしているかを判断する」との基準を示している。

但し、当該基準においては、あまりにも不明確であるため、本判決においては、この基準を前提に、「放送番組等の複製物を取得することを可能にするサービスにおいて、サービスを提供する者（以下「サービス提供者」という。）が、その管理、支配下において、テレビアンテナで受信した放送を複製の機能を有する機器（以下「複製機器」という。）に入力して、当該複製機器に録画の指示がされると放送番組等の複製が自動的に行われる場合には、」と限定的な事例設定をした上で、このような場合には、「その録画の指示を当該サービスの利用者がするものであってもサービス提供者はその複製の主体であると解するのが相当である」と本事案を検討する上で必要な具体的な検討方法を示している。

限定的な事例設定をした判断をしている点については、本事件の最高裁判例解説⁽²⁾及び奥邨教授の論考⁽³⁾においても理解は同様であり、この点の本判決の理解の仕方についてこの考えで争いはないものと思われる。

また、判旨は、限定して設定した事例における、具体的な当てはめの結論の根拠として、このような場合においては「上記のような場合、サービス提供者は、単に複製を容易にするための環境等を整備しているにとどまらず、その管理、支配下において、放送を受信して複製機器に対して放送番組等に係る情報を入力する・・・複製機器を用いた放送番組等の複製の実現における重要な行為をしており、・・・」複製することが「およそ不可能」であることを指摘している。

この点、「重要な行為」「およそ不可能」という表現を用いた点について重視する考えもあるようであるが、複製の主体を考えるに当たり、これ自体を一般化した基準としてとらえるよりも考慮要素の中でどの点を重視するかについての思考過程の参考例を示したととらえるべきである。

なぜならば、この表現は、前述の限定設定事例の判断の中での登場している点に留意しなければならないし⁽⁴⁾、かつ何が重要な行為かは、個別具体的な事例で千差万別になるからである。

また、この点については、既に本最高裁判所判決後の差戻審の平成23年(ネ)第10011号 著作権侵害差止等請求控訴事件、同附帯控訴事件の判決が知的財産高等裁判所第3部において平成24年1月31日にされたので補足的に検討したい。

同差戻審判決においては、「ロクラクⅡは、親機ロクラクと子機ロクラクとをインターネットを介して1対1で対応させることにより、親機ロクラクにおいて受信した放送番組等を別の場所に設置した子機ロクラクにおいて視聴することができる機器であり、親機ロクラクは、設置場所においてテレビアンテナを用いて受信した放送番組等をハードディスクに録画し、当該録画に係るデータをインターネットを介して、子機ロクラクに送信するものであって、ロクラクⅡは、親子機能を利用するに当たり、放送番組等を複製するものといえる。」などとして、詳細にサービスの内容を認定したうえで、「複製への関与の内容、程度等の諸要素を総合するならば、Yは、本件サービスを継続するに当たり、自ら、若しくは取扱業者等又はハウジング業者を補助者とし、又はこれらと共同し、本件サービスに係る親機ロクラクを設置、管理しており、また、Yは、その管理支配下において、テレビアンテナで受信した放送番組等を複製機器である親機ロクラクに入力して、本件サービスの利用者が、その録画の指示をすると、上記親機ロクラクにおいて、本件放送番組等の複製が自動的に行われる状態を継続的に作出しているといえることができる。したがって、本件対象サービスの提供者たるYが、本件放送番組等の複製の主体であると解すべきである。」と判断した。

このように、差戻審においては、①設置及び管理、②支配の観点から事例を分析して、侵害の主体の判断をしており、「重要な行為」等の表現に触れてこれを基準として判断しているわけではない。このことから、最高裁の「重要な行為」等の判旨については実質的な判断の中で基準として独り歩きさせて考えるべきではないものとの評価をすべきと考える。

(2) カラオケ法理と本判決

前述の通り、カラオケ法理の主要となる要素である

管理・支配と利益の要件から判断しているわけではない。とすれば、本判決は、カラオケ法理とも異なる複製の主体についての判断基準の考え方の例を示したと評価できる。

この点、金築裁判官が指摘しているように、管理・支配という2つの判断要素は、社会的、経済的な観点から、重要な要素であるにとどまり、固定的な法理として、必ず必要な要素であるとは考えられない。とすれば、考慮されるべき要素も、行為類型によって異なる。すなわち、カラオケ法理だけに最高裁が執着しているわけではないことを示唆したとともに、事例毎に考慮要素が異なってくる可能性もある点が明らかになったと考えることもできる。

ただ、このように考えるとかえって、今後、クラウドサービス等の事例で複製等の主体を検討するに当たり、考慮要素すら断定できず、より侵害、非侵害の予測可能性が低くなることを意味することになり、新たな課題が潜在的に存在することを指摘できる。

いずれにせよ本判決により、カラオケ法理自体を再確認したわけではないが、カラオケ法理に始まる広い意味での侵害主体の規範的認定手法については、まねきTV事件とあわせ、継続的に同様の考え方を採用することを最高裁が明確に示したといえる。

(3) 本判決の射程

本判決の射程については、最高裁調査官解説にもあるように、判決設定事例についての判断にすぎない。

とすれば、本判決から、クラウドコンピューティングサービス提供者等について、侵害の判断をどのように考えるかについての基準は、明らかになっていないといえる。但し、逆に言えば指針がまだ不明確であるという残された課題は極めて大きいものと考えられる。今後、我が国の潜在的な成長分野となる可能性を秘めている分野であるから、このような新しい分野での発展を阻害しないような方向での法的課題の解決が強く望まれるところである。

その他、今後の課題については多くの評釈で触れられているので参照されたい⁽⁵⁾。

注

(1) ロクラクⅡ事件経緯概略

- ① 東京地裁平成18年(ヨ)22046号 著作隣接権等侵害差止請求仮処分命令申立事件平成19年03月30日決定
- ② 東京地裁平成19年(ワ)17279号 著作権侵害差止等請求事件平成20年05月28日判決
- ③ 知財高裁平成20年(ネ)10055号、10069号等 著作権侵害差止等請求控訴事件平成21年01月27日判決
- ④ 最高裁平成21年(受)788号 平成23年1月20日判決
- ⑤ ④の差戻審、知財高裁平成23年(ネ)第10011号 著作権侵害差止等請求控訴事件、同附帯控訴事件平成24年1月31日判決

(2) 最高裁判所調査官柴田義明氏、平成23年1月20日最高裁重要判決判例解説 (Law&Technology 51号2011年4月発行、ジュリストNo.1423・2011年6月11日号、「ロクラクⅡ最高裁判決の解説及び全文」参照)

(3) 奥邨弘司、パテント2011年8月号第92頁、「まねきTV・ロクラクⅡ事件最終後の著作権間接侵害論」

(4) 前掲最高裁判例解説は「本判決の射程は、その判文からも、放送番組等の複製物を取得することを可能にするサービスにおけるなど判決設定事例におけるものに限定される」としている。

(5) 既に掲げた文献のほか、以下のようなものがある。

大滝均、パテントVol.64 No.8・2011年6月号、「インターネットを利用する遠隔地テレビ視聴サービスを巡る最高裁判決」

上山浩、NBL947・2011年2月15日号、「ロクラクⅡ事件(第一判平成23.1.20)・まねきTV事件(第三判平成23.1.18)の検討」

岡村久道、NBL959・2011年8月15日号、「まねきTV事件・ロクラクⅡ事件最高裁判決とインターネットサービス」

大西千尋、NBL960・2011年9月1日号、「まねきTV・ロクラクⅡ最高裁判所判決についての一考察」

影島広康、月刊ローヤーズVol.8 No.6・2011年6月号、「まねきTV」事件と「ロクラクⅡ」事件判決から見えるネット上のサービスと著作権の今後」

岡邦俊、JCA ジャーナルVol.58 No.3・2011年3月号、「続・著作権の事件簿(145)」

小泉直樹、ジュリストNo.1423・2011年6月1日号、「まねきTV・ロクラクⅡ最判の論理構造とインパクト」

三村量一他、知財研フォーラムVol.85・2011 Spring、「判例研究④「まねきTV事件・ロクラクⅡ事件最高裁判決の研究」」

Ⅲ. 病院向けマニュアル本職務著作権事件

～原告の元従業員である被告を著作名義として出版された書籍が職務著作に該当するか争われた事例～

廣江 武典

知財高判平23・3・10 平22(ネ)10081 裁判所HP
(原審)東京地判平22・12・21 平20(ワ)35335

1. 事案の概要

訴外会社がY（被告・被控訴人）に対して病院の経営管理に関する書籍の執筆を依頼したところYは、X（原告・控訴人）を退職後にYを著作名義として、訴外会社から本件書籍を出版した。

病院の経営指導を行うXは、本件著作物がXの職務著作に該当するとして、本件書籍の出版の差止と損害賠償を求めた事案。

2. 判旨

控訴棄却

著作権法15条1項は、法人等において、その業務に従事する者が指揮監督下における職務の遂行として法人等の発意に基づいて著作物を作成し、これが法人等の名義で公表されるという実態があることに鑑みて、同項所定の著作物の著作者を法人等とする旨を規定したものである（最高裁平成13年(受)第216号同15年4月11日第二小法廷判決・裁判集民事209号469頁参照）。

そして、同法15条1項が定める「法人等の発意に基づくこと」については、法人等が著作物の作成を企画、構想し、業務に従事する者に具体的に作成を命じる場合、あるいは、業務に従事する者が法人等の承諾を得て著作物を作成する場合には、法人等の発意があると認められるが、さらに、法人等と業務に従事する者との間に雇用関係があり、法人等の業務計画や法人等が第三者との間で締結した契約等に従って、業務に従事する者が所定の職務を遂行している場合には、法人等の具体的な指示あるいは承諾が無くとも、業務に従事する者の職務の遂行上、当該著作物の作成が予定又は予期される限り、「法人等の発意に基づくこと」の要件を満たすものと解すべきである。

これを本件についてみると、Xと訴外会社との間において、本件執筆依頼に関する契約書は作成されておらず、Xの社内において、Xが訴外会社から本件執筆依頼を受けたことを示す業務依頼書や業務受託報告書等の書類も作成されていない。また、YがXを退職後、本件著作物の執筆作業がXの他の従業員に命じられたことは無く、さらに、YがXを退職する際、Xの社内において本件著作物の執筆作業の今後の取扱いについて何らの決定もされておらず、その後、執筆作業は一切行われていない。また、Xと訴外会社との間で連絡がとられたこともなかったものである。そして、

本件書籍の原稿料は、訴外会社からY個人に対して支払われている。

以上説示したところによれば、本件執筆依頼が訴外会社からXに対し依頼されたものと認めることは出来ず、かえって、同依頼は、訴外会社からY個人に対し依頼されたものと認めるのが相当である。

したがって、本件著作物は、XがYに対しその作成を企画、構想し、具体的に作成を命じた場合とも、YがXの承諾を得て著作物を作成した場合とも、Xの業務計画や第三者との間で締結した契約等に従って、所定の職務の遂行として執筆した場合とも、いうことが出来ないから、Xの発意に基づくものであると評価することはできない。

なお、YがXの業務時間内に本件執筆依頼に係る打合せのためにXの会議室を使用していたこと、就業時間中にXから貸与されたパソコン及びソフトウェアを用いて執筆したり、Xの負担で本件著作物を執筆する為の参考図書を購入したこと、Yが訴外会社を訪問した際の交通費をXが負担したことがあったことなどが認められる。

しかしながら、そのことをもって、本件著作物がXの発意に基づくものとする根拠となるものではない。従って、本件著作物は、Xの発意に基づくものではなく、職務著作としての要件を満たすものではないから、Xの著作物とは認められない。

3. 解説

特許法における職務発明があくまで発明者は従業者等であると規定しているのに対し、著作権法における職務著作物の著作者は、法人等とされる。

従って、著作物の創作に関与した従業者等には何らの権利も与えられないことになる。

同じ知的財産権の創作をした場合であっても著作権法は、従業者等の保護が特許法と比較して薄いと言える。そのためか判例は職務著作物の要件を定める著作権法第15条の規定の適用については慎重であると思われる。

本件においても訴外会社からXが執筆依頼を受けた事を示す業務依頼書や業務受託報告書、或いは、XからのYに対する執筆命令書、Yが執筆することについてのXからの承諾書が存在しないことを根拠に職務著作物の成立を否定している。従業者等の権利保護という観点からは妥当な判断と思われる。

なお、会社の承諾を得て、従業員が講師を務めた業界団体の研修会用に従業員が作成したテキストについて、「法人等が自己の著作の名義の下に公表」に当たらないとして職務著作物の成立を否定した判例（東京地

判平 17(ワ)1720 及び知財高判平 18(ネ)10027)も本件とは著作権法第 15 条の適用要件が異なるものの職務著作物の成立について考える際には参考となる。

IV. 廃墟写真事件

被写体を同一にする写真の翻案権侵害の成否

木村達矢

知財高判平 23・5・10 平 23(ネ)10010 裁判所 HP
(原審)東京地判平 22・12・21 平 21(ワ)451

1. 事案の概要

本件は、プロの写真家である X (原告・控訴人) が、X が撮影し原告書籍 1～3 に収録した「廃墟」を被写体とする写真 (原告写真 1～5) と同一の被写体を、Y (被告・被控訴人) において撮影して写真を作成し (被告写真 1～5)、それらの写真を掲載した被告書籍 1～4 を出版及び頒布した行為が、原告の有する写真の著作物の著作権 (翻案権、原著作物の著作権者としての複製権、譲渡権) 及び著作者人格権 (氏名表示権) を侵害したなどと主張して、被告に対し、〈1〉著作権法 112 条 1 項、2 項に基づく被告各書籍の増製及び頒布の差止め並びに一部廃棄、〈2〉著作者人格権侵害、名誉毀損及び法的保護に値する利益の侵害の不法行為による損害賠償、〈3〉著作権法 115 条及び民法 723 条に基づく名誉回復等の措置としての謝罪広告を求めた事案である。原審 (東京地判平 22・12・21 平成 21 年 (ワ) 第 451 号 裁判所 HP) は、「被告写真 1 ないし 5 の作成が原告写真 1 ないし 5 を翻案したものとは認められない」等と判示して X の請求を棄却したので、X 控訴。

2. 判旨

控訴棄却

「著作物について翻案といえるためには、当該著作物が、既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えたものであることがまず要求され (最高裁平成 13 年 6 月 28 日第一小法廷判決 平成 11 年 (受) 第 922 号・民集 55 卷 4 号 837 頁 (江差追分事件))、この理は本件における写真の著作物についても基本的に当てはまる。本件の原告写真 1～5 は、被写体が既存の廃墟建造物であって、撮影者が意図的

に被写体を配置したり、撮影対象物を自ら付加したものでないから、撮影対象自体をもって表現上の本質的な特徴があるとはできず、撮影時季、撮影角度、色合い、画角などの表現手法に、表現上の本質的な特徴があると予想される。」

「被告写真 1 は、……これら被告書籍が基調としていのように、枯れ葉色をベースにしたカラー写真である。原告写真 1 と同じく、旧国鉄丸山変電所の内部が撮影対象である。しかし両者の撮影方向は左方向からか (原告写真 1)、右方向からか (被告写真 1) で異なり、撮影時期が異なることから、写し込まれている対象も植物があつたりなかつたりで相違しているし、そもそも、撮影対象自体に本質的な特徴があるということとはできないことにかんがみると、被告写真 1 をもって原告写真 1 の翻案であると認めることはできない。」

「被告写真 2 と原告写真 2 の関係をみるに、両者とも、栃木県足尾町に所在する足尾銅山付近の通洞発電所跡 (建物外観) を撮影したものであり、建物右下方からの撮影であつて構図の点では近似している。しかし、撮影対象が現に存在する建物跡であることからすると、たとえ構図において似ていても、写真において表現されている全体としての印象が異なっていれば、一方が他方の翻案に該当するものと認めることはできない。撮影時季が違うことは、特に原告写真 2 でセピア色の中で白色に特徴付けられて写真左下に写っているすすきが、建物の色感覚をそのまま撮影したであろうと印象付けられる被告写真 2 にはなく、その位置に緑色の植物が写っていることから明らかである。これらの印象の違いと撮影物の違いにかんがみると、被告写真 2 が原告写真 2 の翻案に当たるといふことはできない。」(写真 3～5 についても翻案権侵害を否定。)

3. 解説

本件は、写真の著作物について、同一の被写体 (本件では「廃墟」) を撮影した写真の翻案の成否が争点となったものである。

写真とは、「一般にはスチールカメラで写した映像

のことで、被写体の像をレンズを通して感光材料（フィルム）の上に固定した画像や、デジタルカメラで撮影してメモリーに記録した画像データのことをいう。またさらに、そのフィルムやデータを使って印画紙に焼き付けたり印刷物にしたり、デジタルデータの場合は、ディスプレイなどで表示したりした画像のこと。」（小学館デジタル大辞泉）をいい、基本的には被写体をありのままに写し撮るものである（もっとも、近年では、撮影後の加工・修正も容易になっている）。したがって、写真の著作物においては被写体の選択が大きなウエートを占める。しかしながら、著作権法は、思想又は感情の創作的な「表現」を保護するものであるから（著作権法第2条第1項第1号）、たとえ思想又は感情若しくはアイデアそのものがいかに斬新ないし秀逸であろうと、又は、事実若しくは事件自体の発掘ないし収集に多大な費用や労力を要したとしても、思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件など表現それ自体でない部分や表現上の創作性がない

部分は、著作権法では保護されない。

そして、翻案とは、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為をいうものと解されるから（前記江差追分事件）、アイデア等は、著作物の翻案における「表現上の本質的な特徴」にはなり得ず、アイデア等が共通するとしても翻案に当たるとはならない。

本件では、「被写体が既存の廃墟建造物であって、撮影者が意図的に被写体を配置したり、撮影対象物を自ら付加したものでないから、撮影対象自体をもって表現上の本質的な特徴があるとはできず」としており、撮影者が意図的に被写体を配置したり、撮影対象物を自ら付加したものでない「被写体」の選択は、アイデアにすぎないとしているものと考えられる。逆にいえば、撮影者が意図的に「被写体」を配置したり、

原告写真1



丸田祥三『棄景 廃墟への旅』宝島社、1993、第5頁

被告写真1



小林伸一郎『廃墟遊戯 - Handy Edition』メディアファクトリー、2008、第16頁（原本はカラー）

原告写真2



切通 理作、丸田 祥三『日本風景論』（春秋社、2000、第316頁）

被告写真2



小林伸一郎『廃墟をゆく』（二見書房、2003、第46頁）（原本はカラー）

撮影対象物を自ら付加したりしたものである場合は、「被写体の選択」も表現上の創作部分と評価できる余地があるといえそうである（人為的な被写体について、「被写体の決定自体における、創作的な表現部分に共通するところがあるか否かをも考慮しなければならない」として依拠性を認め、同一性保持権侵害（改変部分に創作性がなく翻案とならない）を肯定した事案として「西瓜写真事件」（東京高判平13・6・21 平成12年（ネ）第750号 判時1765号96頁）がある。また、被写体である一般住宅の建築物を著作物に当たらないとしつつ、その建築物と類似の別の建築物を撮影してチラシに掲載した写真について著作物性を認め、写真の複製権侵害（相違する部分に創作性がないことから複製権侵害とした）を肯定した事案として、「グルニエ・デザイン事件」（大阪地判平15・10・30 平成14年（ワ）第1989号／平成14年（ワ）第6312号 判時1861号110頁）がある。

本件で問題となった被写体である「廃墟」は、例えば富士山のような周知の被写体ではなく、被写体の選択ないし決定に相当の労力を要したことが窺われる。さらに、一部の写真の説明文について、原告の思いこみに基づく誤った記載が、被告書籍にもそのまま掲載されていたようであり、「依拠」が推認される事情も窺われる。としても、本件のように、所与の客体としてそこに存在する、いわゆる非人為的な被写体の選択に写真の著作物の表現上の創作性を認める場合には、結果として被写体の独占を認めることに繋がるおそれがある。したがって、「撮影対象自体をもって表現上の本質的な特徴があるとすることはできず」との判旨は

妥当であろう（なお、仮に「依拠」の事実があったとしても、アイデアが類似しているにとり、表現が類似していなければ侵害は否定される）。

しかしながら、先の2件の判決と比較した場合には、（たとえ人為的な被写体でないとはいえ）本件の一部の写真については、構図、光線、背景等からなる写真の表現自体に「既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得すること」のできるといえる余地があったのではないかとも思われる。「被写体の選択」と「表現上の本質的な特徴」の境界は微妙であり、本件はその限界事例とも思われる。本件は上告及び上告受理申立てがされている。

参考文献

- 1) 中山信弘 『著作権法』（株式会社有斐閣 2007 93頁, 464頁）, 田村善之 『著作権法概説 [第2版]』（株式会社有斐閣 2001 54頁, 96頁）
- 2) 設楽隆一 写真(2)－立体物の撮影〔スメルゲット事件：控訴審〕 著作権判例百選 [第4版] 28頁
- 3) 松田政行 翻案権と類似性(1)－写真〔西瓜写真事件：控訴審〕 著作権判例百選 [第4版] 102頁
本判決（又は原審）の評釈として
- 4) 谷川和幸 「Law & Technology」No.52 2011年7月号 98頁
- 5) 高瀬亜富 「CIPIC ジャーナル」Vol.203 2011年8月号 8頁

なお、原告写真1, 2及び被告写真1, 2が掲載された上記各書籍は日本弁理士会にて閲覧できる。

V. 「吹きゴマ」折り図事件

アイディアに属する部分やありふれた表現からは、著作物の表現上の本質的特徴を感得できない

佐藤 祐介

東京地判平23・05・20 平22(ワ)18968
判例時報2117号111頁 裁判所HP

1. 事案の概要

折り紙作家である原告は、「1枚のかみでおる おりがみ おって遊ぶ -アクションおりがみ-」と題する書籍の著者であるが、被告運営のテレビドラマ番組ホームページに「吹きゴマ」の折り図が掲載されていたので、被告に対し、主位的に、被告折り図は、上記

書籍記載の「へんしんふきごま」の折り図を複製または翻案したものであり、著作権（複製権ないし翻案権、公衆送信権）および著作者人格権（氏名表示権、同一性保持権）の侵害に当たる旨主張し、損害賠償金の支払と著作権法115条に基づき被告ホームページへの謝罪文の掲載を求め、予備的に、被告の行為が著作権侵害及び著作者人格権侵害に当たらないとしても、原告の有する法的保護に値する利益の侵害に当たる旨主張し、上記利益の侵害の不法行為による同額の損害賠償金の支払と民法723条に基づき上記ホームページへの謝罪文の掲載を求めた。

2. 判旨

請求棄却。

「作図自体に作成者の思想又は感情が創作的に表現されている場合には、当該折り図は、著作物に該当するものと解される」が、「本件折り図を全体としてみた場合、…説明図の選択・配置、矢印、点線等と説明文及び写真の組合せ等によって、「へんしんふきごま」の一連の折り工程（折り方）を見やすく、分かりやすく表現したものであるとして創作性を認めることができるから、本件折り図は、著作物に当たる」。

「複製とは、印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により著作物を有形的に複製することをいい（著作権法2条1項15号参照）、著作物の複製は、当該著作物に依拠して、その表現上の本質的な特徴を直接感得することのできるものを作成することを意味するものと解され、また、著作物の翻案とは、既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為をいうものと解される（最高裁平成13年6月28日第一小法廷判決・民集55巻4号837頁参照）」。

「本件折り図と被告折り図は、32の折り工程からなる『へんしんふきごま』（吹きゴマ）の折り方について、10個の図面（説明図）及び完成形を示した図面（説明図）によって説明し、各説明図でまとめて選択した折り工程の内容及び紙の上下左右の向きを一定方向に固定している点で共通し、また、折り筋・折り目、矢印の配置についても、大部分が共通しているといえる。しかし、『へんしんふきごま』の折り方そのものは、所与のものであることから、折り筋を付ける箇所、折り筋に従って折る方向を示す矢印の配置が共通することは避けられない」。「また、32の折り工程のうち、どこからどこまでの折り工程を一つの手順にまとめて何個の説明図を用いて説明するかについては選択の幅があるが、本件折り図のように、各折り工程を1ないし10の手順にまとめて10個の図面で説明する構成とすること自体はアイデアであり、著作権法によって保護される表現とはいえない。さらに、本件折り図に示すような向きに紙の向きを固定した上で、各折り工程を説明することは、ありふれた表現である…。した

がって、上記の共通点は、本件折り図の表現上の本質的特徴を示したものであるということとはできない」。

これら共通点以外の「相違点が存在することから、折り図としての見やすさの印象が大きく異なり、分かりやすさの程度においても差異があるため、被告折り図から、本件折り図の表現上の本質的特徴を直接感得することができない」。

「被告折り図から本件折り図の表現上の本質的特徴を直接感得することができないのであるから、被告が被告折り図を本件ホームページに掲載して利用したことは、原告が本件折り図の利用に関して保有する法的利益を侵害したものと認められない。」また「被告が原告の許諾を得ずに本件ドラマで『へんしんふきごま』の折り紙作品を用いたことが違法な行為に当たるということもできない。」そのため、「被告の一連の行為が原告の法的保護に値する利益を侵害する違法なものとして不法行為を構成するものと認めることはできない。」

3. 解説

本判決は、複製・翻案の成否がどのように判断されているかを示す最新の判決例である。また、著作権侵害が成立しない場合に予備的に不法行為責任を問うことが多いがその判断構造を示す好例でもある。

原作品（著作物）に類似した作品がある場合に、類似作品に接した者が原作品の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできるか否かをメルクマールとして複製・翻案の成否を判断することは、ドキュメンタリー番組江差追分事件最高裁判決⁽¹⁾が確立した判例となっており、通説もこれにしたがう。そして、著作権法で保護される著作物は、思想・感情の創作的表現（2条1項1号）であるから、表現上の本質的特徴を示しているのは思想・感情の創作的表現といえる部分であり、事実を表した部分は思想・感情の表現ではないので除外し、またありふれた表現は創作的なものとはいえないのでこの部分も除外し、さらにはアイデアは表現ではないためアイデアに属するものも除外する、というように思想・感情の創作的表現とそれ以外の部分とを分けて後者を除外することも確立した判例となっている⁽²⁾。

本判決は、概ね、この判例に沿ったものといえる。

まず、判旨は、本件「吹きゴマ」（へんしんふきごま）の折り方は定まったものであり、折り方自体は事実で

あるが、それを説明するための図および文については表現の幅があり、原告折り図は分かりやすく表現したものであるとして創作性があり、著作物であるとした⁽³⁾。

そして、原告・被告の説明図では10個の図で表した点が共通し、各図においては折り筋・折り目、矢印の配置が共通しているが、これらの共通点はアイデア、ありふれた表現という著作物性がない部分でのものにすぎず、分かりやすく表現したものであるとして創作性を認めることができる部分については差異があるため、被告折り図から、原告折り図の表現上の本質的特徴を直接感得することができない、としている。

不法行為についての民法709条は、権利侵害（現行法では現代語化により「法律上保護される利益の侵害」が加わっている）と故意・過失とを成立要件として定め、権利侵害から違法性への解釈の流れのなかで、違法性を侵害結果と行為態様の相関的判断によ

て決定するという相関関係説（我妻栄）が通説的地位を占めていたが、それは過去のものとなったといわれており、過失を709条の要件の中心に据える過失一元説や権利侵害要件を重視する諸説が唱えられるにいたっている一方、判例の傾向は、身体・財物の物理的侵害以外の侵害では主として被侵害利益の要保護性と行為の違法性によって不法行為の成否を決めているとの判例分析もある⁽⁴⁾。本判決では、原告折り図の利用に関して原告が保有するどのような法的利益が問題になったかを検討した上で、被告行為の態様についても検討して、被告行為が不法行為を構成するか否かを判断しており、上記の判例の傾向に沿うものであるといえよう。

なお、裁判所が認定した原告の主張には、本件「吹きゴマ」自体著作物である旨述べる部分も見られるが、その著作物についての著作権が侵害されたと主張

原告折り図(1) へんしんふきごま	被告折り図(1) 吹きゴマ	原告折り図(2)	被告折り図(2)
<p>1</p>	<p>(1)(2) 三角形に折り、開いてまた折る</p>	<p>7</p>	<p>17</p>
<p>2</p>	<p>(3)(4) 開いて今度は縦に半分に折る。開いて横も折る。</p>	<p>8</p>	<p>(21)~(24) 4つのポイントそれぞれを矢印の方向へ折り目をつける</p>
<p>3</p>	<p>(5)(6) 開いて横に半分の半分に折る</p>	<p>9</p>	<p>(26)~(28) 【雑所】 4つのポイントをつまんで中心に折る感じで</p>
<p>4</p>	<p>(7)(8) 開いて横も半分の半分に折る</p>	<p>10</p>	<p>(29)~(31) 羽を間に折り込む</p>
<p>5</p>	<p>(9)~(12) 四つ角を中心に向かって折る</p>	<p>あいだにおりこむ</p>	
<p>○ふぶんにかどをあわせおろすじをつける</p> <p>6</p>	<p>(13)~(16) 四つ角をそれぞれ黒点まで折る。図にある所をよく折り目をつける。</p>	<p>ちゅうしんにゼロハンテープをはるとかいてがあんていします</p>	

工夫のヒント

紙の中心に回転させる1点をとれば、簡単に回転させることができます。吹いた息を受ける羽の面を、調整すると簡単に回転するので、息を受ける面を意識してカッコよい形を考えてみよう。金・銀などのホイル紙を使うと形が整えやすく保たれます。

完成!

平面図ではわかりにくいですが、この段階で羽を立てて全体的にふくらませるようにすれば完成! 独楽の底に画紙などで穴を開けたり、中心や羽にゼロハンテープを貼り、補強することで回りやすくなります。後は自分で応用していくのみ!

しているわけではないので、「吹きゴマ」自体の著作物性の判断はなされていない。仮にそのような主張をすればどのような判断がなされるかは非常に興味深いですが、チョコエッグ・フィギュア事件控訴審判決（大阪高判平17・7・28判例時報1928号116頁）などの判決例からすると、その著作物性が肯定される余地は少ないものと考えられる。

（追記）

本件は控訴されたが、控訴審は原審判決の「第4当裁判所の判断」を「4 結論」を除いてすべて引用した上で控訴審における補足的主張について判断して控訴を棄却した（知財高裁平23・12・26平23(ネ)10038裁判所HP）。

注

- (1) 判旨摘示の最高裁判決。
- (2) ドキュメンタリー番組江差追分事件最高裁判決を参照。ほかに、事実の表現については、たとえば、壁の世紀事件（東

京地判平10・11・27判例時報1675号119頁）、コルチャック先生事件（大阪高判平14・06・19判例タイムズ1118号238頁）等を参照、ありふれた表現については、たとえば、ラストメッセージ事件（東京地判平7・12・18判例時報1567号126頁）、ホテル・ジャンキーズ事件（1審東京地判平14・04・15判例時報1792号129頁、2審東京高判平14・10・29裁判所HP）、ふいーどわーく多摩事件（東京地判平13・01・23判例時報1756号139頁）、マンション読本事件（大阪地判平21・03・26裁判所HP）等を参照、アイデアとの区別については、たとえば、タウンページ・キャラクター事件（東京地判平11・12・21裁判所HP）、中国塩政史事件（東京地判平4・12・16判例時報1472号130頁）、すいか写真事件（1審東京地判平11・12・15判例時報1699号145頁、2審東京高判平13・06・21判例時報1765号96頁）等を参照。

(3) なお、表現の幅理論については、たとえば、交通標語事件（1審東京地判平13・05・30判例時報1752号141頁、2審東京高判平13・10・30判例時報1773号127頁）を参照。

(4) 大塚直「権利侵害論」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』有斐閣（2007年）266頁、およびそこに引用された各文献を参照。

（原稿受領2012.3.6）

パテント誌原稿募集

広報センター 副センター長
会誌編集部担当 須藤 浩

記

- 応募資格** 知的財産の実務、研究に携わっている方（日本弁理士会会員に限りません）
※論文は未発表のものに限ります。
- 掲載** 原則、先着順とさせていただきます。
- テーマ** 知的財産に関するもの
- 字数** 5,000字以上厳守～20,000字以内（引用部分、図表を含む）パソコン入力のこと
※400字程度の要約文章と目次の作成をお願いいたします。
- 応募予告** メール又はFAXにて応募予告をしてください。
①論文の題名（仮題で可）
②発表者の氏名・所属及び住所・資格・連絡先（TEL・FAX・E-mail）を明記のこと
- 論文送付先** 日本弁理士会 広報・支援・評価室「パテント」担当
TEL:03-3519-2361 FAX:03-3519-2706
E-mail:patent-bosyuu@jpaa.or.jp
〒100-0013 東京都千代田区霞が関3-4-2
- 選考方法** 会誌編集部にて審査いたします。
審査の結果、不掲載とさせていただくこともありますので、予めご承知ください。