

# 知っておきたい最新著作権判決例

平成 25 年度著作権委員会 第 3 部会

石神 恒太郎, 市川 ルミ, 大西 育子, 大沼 加寿子, 岡野 功,  
北岡 弘章, 瀧野 文雄, 竹原 懋, 時田 稔, 中山 晋,  
廣江 武典, 前浜 正治, 吉村 公一, 脇坂 祐子

## 要 約

平成 25 年度の著作権委員会第 3 部会では、平成 25 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取りまとめた。各判決紹介は、できる限りコンパクトにまとめ、読み易く理解し易いものにするよう努力した。本稿をきっかけとして、各判決文に直接触れる読者が一人でもおられれば、委員会として幸甚である。

## 目次

1. 「基幹物理学」出版差止等請求事件  
東地判平 25.3.1 平 22(ワ)38003  
担当：市川 ルミ
2. 治療薬ハンドブック 2008 事件  
知財高判平 25・4・18 平成 24(ネ)10076  
担当：時田 稔
3. 通知書等掲載差止等請求事件  
東地判平 25.6.28 平 24(ワ)13494  
担当：石神恒太郎
4. 新梅田シティ庭園改変仮処分申立事件  
大地決平 25.9.6 平 25(ヨ)20003  
担当：竹原 懋
5. 書籍のスキャン代行（自炊代行）事件  
第一事件：東地判平 25.9.30 平 24(ワ)33525  
第二事件：東地判平 25.10.30 平 24(ワ)33533  
担当：脇坂 祐子

1. 「基幹物理学」出版差止等請求事件  
本冊を分冊化した分冊に関する  
著作者名表示の適法等が争われた事例  
市川 ルミ

東地判平 25.3.1 平 22(ワ)38003 (裁判所 HP)

## 1. 事案の概要

(1) 被告会社社長 Y2 と旧制中学の同級生である W は、本件著作物（本冊「基幹物理学－こつこつと学ぶ人のためのテキスト－」の本文部分）を被告会社 Y1 から出版する準備を進めたが、本件著作物のうち、

古典物理学の部分（ただし、相対性理論に関する記述を除く）については、大半の原稿を完成間近とし、量子物理学の部分については、原稿構成等のメモが途中まで存在する程度であり、本件著作物は、書籍とするには未完成の状態、平成 17 年 9 月 24 日に死亡した。

その後、被告 Y2 は、亡 W の相続人である原告 X'（亡 W の妻 X1、長男 X2 及び次男 X3）から紹介を受けた原告 X4（亡 W の親戚）と平成 17 年 12 月 22 日に面会し、本件著作物を書籍として完成させるために、古典物理学のうちの相対性理論の章を新たに執筆し、量子物理学の部分は、亡 W のメモを元に執筆し、その他の部分は、適宜内容の加除訂正を行うこととして、原告ら（X' 及び X4）と被告会社 Y1 との間では、原告らが被告会社に対して本件著作物に関する出版の許諾を与える旨の契約（本件出版契約）が成立した。本件出版契約では、本件著作物について、共同著作者を亡 W 及び原告 X4 とし、共同著作権者を原告 X' 及び原告 X4 とし、出版社を被告会社とすることなどが合意されたほか、少なくとも原告 X4 と被告会社との間では、原告 X4 が本件著作物の監修を行うことなどが合意された。但し、本件出版契約に係る契約書は、作成されなかった。

そして、本冊の原稿は原告 X4 によって完成され、平成 20 年 6 月 10 日、被告会社から本冊が発行された。本冊の表紙には、著者として亡 W 及び原告 X4 が、監修者として原告 X4 が、編集者として被告 Y2

がそれぞれ表示され、前付には、執筆担当者が記載されている。



本冊の表紙

(2) その後、被告会社は、本冊の練習問題に解答を付けたり、本冊を分冊化することを考え、原告 X4 から紹介を受けた Z に依頼したところ、代わりに被告 Y3 の紹介を受けた。

被告 Y2 から依頼を受けた被告 Y3 は、本冊の第 I 部・第 1 章「力学」の内容に若干の修正を加えると共に、章末練習問題の解答を新たに付録 B として付け加えて、分冊 I の原稿を執筆した。そして、被告会社は、平成 22 年 4 月 12 日、分冊 I 「基幹物理学 分冊 I 力学—こつこつと学ぶ人のためのテキスト—」を出版した。分冊 I の表紙には、著者として被告 Y3 が著者として、被告 Y2 が編集者として表示され、前付には、「底本」として、本冊の書名、監修者名（原告 X4）、著者名（亡 W 及び原告 X4）及び本冊の執筆担当が表示されている。

また、被告会社は、同年 6 月 30 日、本冊の第 I 部・第 2 章「熱学」及び「付録 A 数学の復習」の部分、分冊 II 「基幹物理学 分冊 II 熱学・数学の復習—こつこつと学ぶ人のためのテキスト—」として出版した。尚、分冊 II の内容は、本件著作物の該当部分の内容とほぼ同一である。分冊 II の表紙には、著者として亡 W が表示され、奥付には、著者として亡 W が、編集者として被告 Y2 が表示されている。



分冊 I の表紙



分冊 II の表紙

MC21  
J58

基幹物理学 分冊 I 力学  
—こつこつと学ぶ人のためのテキスト—  
著者 尾崎政男  
©Masao Ozaki 2010  
ISBN978-4-88699-019-8  
Printed in Japan  
刊行 たらべいあ

底本  
基幹物理学  
—こつこつと学ぶ人のためのテキスト—  
監修者 町田 茂  
著者 星崎憲夫・町田 茂  
©Norio Hoshizaki, Shigeru Machida 2008  
ISBN978-4-88699-017-4  
執筆分担  
第 I 部 古典物理学  
第 1 章 力学 星崎憲夫  
第 2 章 熱学 星崎憲夫  
第 3 章 振動と波動 星崎憲夫  
第 4 章 電磁気学 星崎憲夫  
第 5 章 相対性理論 町田茂  
第 II 部 量子物理学入門  
第 1 章 量子力学入門 町田茂  
第 2 章 変換理論 町田茂  
第 3 章 場の量子論から 町田茂  
付録 数学の復習 星崎憲夫



本書の部分または全体を如何なる手段によるとを問わず事前の承認なく複写・複製することを禁止します。

分冊 I の前付

著者紹介

尾崎 政男 (おごき まさお)  
理学博士  
専門分野：プラズマ物理学、場の理論、固体内核変換  
略歴：  
東京大学教養学部基礎科学科卒業  
東京大学大学院理学系研究科博士課程単位取得退学  
東京大学生産技術研究所文部技官（国家公務員試験上級職物理による）、  
同助手、2004年退職  
その間、埼玉工業大学非常勤講師  
現在 東京農業大学嘱託教授、日本獣医生命科学大学非常勤講師

---

基幹物理学 分冊 I 力学  
—こつこつと学ぶ人のためのテキスト—

定価 本体2,000円(税別)	発行所
2010年4月12日 第1版第1刷発行	たらべいあ
著者 尾崎 政男	〒179-0072 東京都練馬区光が丘3-8-9-1001
編集者 波多 坦	TEL.03-3939-3427, FAX.03-3939-3428

©Masao Ozaki  
Printed in Japan  
ISBN978-4-88699-019-8 C3042  
<http://www.therapeia.co.jp/>

分冊 I の奥付

(3) 以上の事実関係の下、被告会社 Y1 が出版する本冊、分冊 I 及び分冊 II に関して、亡 W の相続人であ

る原告 X' 及び原告 X4 が、本件著作物が亡 W 及び原告 X4 の共同著作物又は亡 W の原稿を原著物とする原告 X4 の二次的著作物であるにもかかわらず、被告らが著作者名を被告 Y3 と表示して分冊 I を出版したことが、亡 W 及び原告 X4 の氏名表示権を侵害し、これを理由に本件著作物に係る出版契約を解除したなどと主張して、被告会社に対し、原告らの著作権に基づき（分冊 I については、予備的に、原告 X1 による亡 W の死後における人格的利益保護措置請求権に基づく請求及び原告 X4 による氏名表示権に基づく請求として）、本件各書籍の出版等の差止め等を求めた。

## 2. 判旨

結論：請求一部認容

### (1) 争点 1 (分冊 I の著作者名表示が適法か否か) について

被告 Y3 は、本冊の一部を分冊とする趣旨で、その記述に若干の修正を加えて、分冊 I の原稿を執筆したものであり、分冊 I は、本件著作物の該当部分を複製ないし翻案したものであることは明らかである。本件著作物は、本冊において、その著作者として亡 W 及び原告 X4 の氏名が表示されていたので、分冊 I にも著作者名として表示されなければならなかった（法 19 条 1 項）。しかし、分冊 I の表紙及び奥付には、著作者名として被告 Y3 の氏名が記載されており、亡 W の氏名は記載されていない。かかる分冊 I の著作者名表示は、亡 W の氏名表示権の侵害となる。一方、被告らは、分冊 I の前付に、「底本」として本冊が表示され、「著者 W・X4」との記載がされているから、分冊 I が本冊を改訂した著作物であることが明らかにされており、法 19 条 3 項により、原著作者である亡 W の名を省略することができると主張する。しかし、書籍の著作者名は、その表紙及び奥付等に「著者」又は「著作者」などとして記載する方法によって表示されるのが一般的であるところ、法 14 条が、著作物に著作者名として通常の方法により表示されている者を当該著作物の著作者と推定すると規定していることにも鑑みると、分冊 I についても、その読者は、その著作者名表示から、著作者が被告 Y3 であると理解するものと解される。そうすると、前付の記載を理由に、分冊 I の表紙及び奥付に、亡 W の氏名が著作者名として表示されず、被告 Y3 が単独著作者として表示されることによって、亡 W がその「創作者であることを主張する

利益を害するおそれがない」（法 19 条 3 項）と認めることはできない。

### (2) 争点 2 (原告 X4 の氏名表示権の侵害の有無) について

亡 W が本件著作物の原稿をほぼ仕上げた後、その後、原告 X4 が一部を新たに執筆し、適宜内容の加除訂正を行って、本件著作物を完成させたことが認められ、本件著作物について、少なくとも当該創作部分の著作者としての権利を有すると認められる。原告 X4 が創作を行ったのは、亡 W の死後であり、生前亡 W と原告 X4 が共同で本件著作物を創作することを合意していたこともないため、共同著作物と認めることはできないが、原告 X4 は、本件著作物について、上記創作部分を新たに執筆しているから、その部分については本件著作物を翻案することにより創作した二次的著作物と認められる。したがって、本件著作物のうちの分冊 I に相当する部分について、原告 X4 は、二次的著作物の著作者として著作権及び著作者人格権を有していたと認められ、原告 X4 の氏名表示権を侵害する。

### (3) 争点 3 (被告会社の出版権原の消滅の有無) について

平成 17 年 12 月に締結された本件出版契約の中に、分冊 I 及び分冊 II の出版に関する具体的な合意が含まれていたと解することは困難であり、分冊 I の出版は本件出版契約に基づくものではなく、本件各書籍はそれぞれ個別の出版契約に基づいて出版されたものであったと認めるのが相当である。したがって、分冊 I の不適法な著作者名表示を理由とする債務不履行に基づいて出版契約を解除する旨の原告らの意思表示により、分冊 I に係る出版契約が解除されたとは認め得るものの、それとともに、本冊及び分冊 II に係る出版契約が解除されたものと認めることはできない。一方、出版契約が、著作者の人格権の対象となる著作物の利用に関する契約であって、当事者間の信頼関係を基礎とする継続的な契約であることを考慮すれば、分冊 I の不適法な著作者名表示によって、原告 X4 及び亡 W の著作者人格権が侵害され、原告 X4 及び亡 W の相続人である原告 X' がいずれも多大な精神的苦痛を被り、その後、それを理由として、原告らが被告会社に対し、出版の停止や損害賠償等を求めるに至っていたという事情の下では、分冊 I に係る出版契約はもとより、本冊に係る本件出版契約及び分冊 II に係る出版契

約についても、契約当事者間の信頼関係が著しく破壊され、もはやその継続が不可能になっていたと認められる。したがって、原告らは、信頼関係の破壊を理由として、分冊Ⅰだけでなく、本冊及び分冊Ⅱについても、その出版契約を解除することができるのと解するのが相当である。以上によれば、分冊Ⅰについては債務不履行解除に基づき、本冊及び分冊Ⅱについては、信頼関係の破壊を理由とする解除に基づき、被告会社が本件各書籍を出版する権原は、いずれも消滅したものと認められる。

#### (4) 争点4 (出版等差止め等の可否) について

被告会社は既に本件各書籍の出版権原を失っている。そうすると、被告会社が出版権原なく本件各書籍を出版する行為は、本件各書籍の著作者の複製権等を侵害するものと認められる。従って、原告X'は、亡Wから相続した原著作物に係る共有著作権に基づき、法28条、112条1項により、本件各書籍の出版の差止めを求めることができ(複製及び頒布の差止め)、一方、原告X4は、二次的著作物に係る著作権に基づき、法112条1項により、本冊及び分冊Ⅰの出版の差止めを求めることができると解するのが相当である。また、原告らは、法112条2項に基づき、その侵害の停止又は予防に必要な措置として、それぞれ出版差止めが可能な各書籍について、その書籍及び印刷用原版の廃棄を求めることができると解するのが相当である。

### 3. 解説

#### (1) 分冊Ⅰに関する著作者の推定

分冊Ⅰの著作者名表示に関して、原告の法19条1項に基づく氏名表示権の侵害に対する主張に対して、被告は法19条3項の抗弁を行っている。これに対し、本判決では、著作物に著作者名として通常の方法により表示されている者を当該著作物の著作者と推定すると規定している法14条に基づいて、「書籍の著作者名は、その表紙及び奥付等に『著者』又は『著作者』などとして記載する方法によって表示されるのが一般的である」と認定し、法19条3項の適用を認めなかった。

ここで、氏名表示権における著作者名表示については、著作者名を通常の方法により表示しなければならないことが要求される点が重要なポイントである。

分冊Ⅰは、被告Y3が、付録Bとして章末練習問題の解答を新たに執筆し、それ以外は本冊の一部に若干の修正を加えて分冊としたものであるため、「分冊Ⅰ

は、本件著作物の該当部分を複製ないし翻案したものであることは明らか」と裁判所が認定している通り、被告Y3は、付録Bである章末練習問題の解答の部分について、二次的著作物の著作者としての権利は有するものと考えられる。従って、分冊Ⅰについて、どのような著作者名表示が適切だったか(「通常の方法により表示」に該当するか)考察すると、分冊Ⅰの表紙や奥付に、著者として「亡W, X4, Y3」と表示されていれば、氏名表示権の侵害に問われなかったものと思われる。

#### (2) 本冊は共同著作物か二次的著作物か

本件著作物は、亡Wの遺稿に対して原告X4が補訂を行ったものであり、本冊を分冊化した分冊Ⅰについて、原告X4が、「共同著作物」の著作者なのか、「二次的著作物」の著作者なのかが問題となった。

本判決では、「原告X4が創作を行ったのは、亡Wの死後である・・・、亡Wの生前に、亡Wと原告X4が共同で本件著作物を創作することを合意していたこともない。・・・亡Wにおいて、原告X4と共同して本件著作物を創作する意思を有していたと認めることはできない・・・。そうすると、本件著作物が、亡Wと原告X4とが共同して創作した共同著作物と認めることはできない」として共同著作物の著作者であることを否定した。その一方、「原告X4は、本件著作物について、少なくとも上記創作部分を新たに執筆しているから、その部分については本件著作物を翻案することにより創作した二次的著作物と認められる。」として二次的著作物の著作者であることは認めている。

共同著作物であるか否かを巡っては、主観的な共同意思が必要とする共同意思説や、表現物から複数の者の共同の寄与があると判断できれば足りるとする客観的判斷説等がある(中山信弘「著作権法」有斐閣167-168頁)が、判旨は共同意思説に沿ったものといえる。

ここで、共同著作物か二次的著作物かでは法的効果が異なる点が重要なポイントである。

共同著作物であるならば、X'は正当な理由がない限りX4の出版を拒否することはできないが(法65条2項、3項)、二次的著作物ならば自由に拒否することができる。本事案では、分冊Ⅰについて、共同意思がない場合にまで、本件著作物を基本的に利用できるという強い権限をX4に認める必要がないと考えられ、共同意思説に基づいて、原告X4が「二次的著作

物」の著作者であると認定したことは妥当であったと思われる。

### (3) 信頼関係破壊の法理の適用

原告は、氏名表示権の侵害が争われた分冊Ⅰのみならず、侵害が争われていない本冊及び分冊Ⅱの出版契約の解除まで求めている。この点に関して、判旨では、「分冊Ⅰについては債務不履行解除に基づき、本冊及び分冊Ⅱについては、信頼関係の破壊を理由とする解除に基づき、被告会社が本件各書籍を出版する権原は、いずれも消滅したものと認められる」と認定している。

ここで、本冊及び分冊Ⅱについて、信頼関係破壊の法理を適用している点が重要なポイントである。

いわゆる信頼関係破壊の法理は、民法に明文の規定はないが、「当事者相互の信頼関係を基礎とする継続的契約において、『両当事者間の信頼関係が破壊されたと認められない特段の事情がある場合』には解除を認めない」とする判例の考え方（最判昭41.4.21民集20巻4号720頁等）であり、主に賃貸借契約に対する民法541条などによる解除を制限する法理である。即ち、当事者間の信頼関係が破壊されたと認められない特段の事情がある場合には解除を認めないとするものであると共に、当事者間の信頼関係が破壊されたと認められる場合には解除が認められることになる。

本判決では、分冊Ⅰに対する債務不履行に基づいて、本冊及び分冊Ⅱに関する原告らと被告会社との間の信頼関係が著しく破壊されたと認定し、本冊及び分冊Ⅱに関する出版契約の解除が認められた。本判決は、信頼関係破壊の法理が、知的財産関係訴訟において、出版契約の解除に適用された珍しい判決であるといえる。

## 2. 治療薬ハンドブック 2008 事件 編集著作物における選択及び配列についての複製 又は翻案の成否が争われた事件

時田 稔

知財高判平 25・4・18 平成 24(ネ)10076 裁判所 HP  
(原審) 東京地判平 24・8・31 平成 20(ワ)29705

### 1. 事案の概要

本件は、「今日の治療薬解説と便覧 2007」(控訴人書籍)を発行していた株式会社南江堂(原告、控訴人)

が、「治療薬ハンドブック 2008 薬剤選択と処方のポイント」(被控訴人書籍)を発行した株式会社じほう(被告、被控訴人)に対し、被控訴人書籍の薬剤便覧部分は、素材を薬剤又は薬剤情報とする控訴人書籍の編集著作物を複製又は翻案したものであり、被控訴人が被控訴人書籍を印刷及び販売する行為は、上記編集著作物について控訴人が保有する著作権(複製権及び譲渡権(いずれも著作権法 28 条に基づくものを含む。))の共有持分の侵害に当たると主張し、著作権侵害の不法行為に基づく損害賠償金の支払を求めた事案である。

原判決は、被控訴人書籍は、編集著作物としての控訴人書籍を複製又は翻案したものとはいえないとして、控訴人の請求を棄却した。そこで、控訴人がこれを不服として控訴したものである。

本件の主な争点は、a:一般薬便覧部分の薬剤の選択と配列についての複製又は翻訳の成否、b:漢方薬便覧部分の薬剤の選択及び配列についての複製又は翻案の成否、c:漢方薬便覧部分の薬剤情報の選択及び配列についての複製又は翻案の成否である。

## 2. 判旨

結論:請求一部認容

### (1) 編集著作物の創作性

「編集物でその素材の選択又は配列によって創作性を有するものは、編集著作物として保護されるものであるところ(著作権法 12 条 1 項)、編集著作物における創作性は、素材の選択又は配列に、何らかの形で人間の創作活動の成果が表れ、編集者の個性が表れていることをもって足りるものと解される。もっとも、編集著作物においても、具体的な編集物に創作的な表現として表れた素材の選択や配列が保護されるのであって、具体的な編集物と離れた編集方針それ自体が保護されるわけではない。」

### (2) 一般薬便覧部分の薬剤の選択と配列についての複製又は翻案の成否

ア 一般薬便覧部分の薬剤の選択について

「控訴人書籍一般薬便覧部分の薬剤の選択と被控訴人書籍一般薬便覧部分における薬剤の選択は、全体として見て、同一又は類似であるとはいえず、共通する部分についてもその選択に創作性が認められないものであるなど、被控訴人書籍一般薬便覧部分における薬剤の選択について、控訴人書籍の表現上の本質的特徴

を直接感得することができるとはいえ、複製にも翻案にも当たらない。」

イ 一般薬便覧部分の薬剤の配列について

「控訴人書籍一般薬便覧部分における個々の具体的な薬剤の配列と被控訴人書籍一般薬便覧部分における個々の具体的な薬剤の配列とは、・・・(中略)・・・項目名及び項目数、項目分けの方法、項目の配列が異なり、具体的な一般名に属する薬剤名のレベルでも、相違するものが多く存在し、その具体的な配列結果としての薬剤の配列(掲載順序)は、同一であるとはいえない。」

「被控訴人書籍をみる者がその一般薬便覧部分の個々の薬剤の具体的な配列順序及び配置から控訴人が主張するような分類項目の配列順序を並べ替えた後の個々の薬剤の配列順序を直接感得することは著しく困難であり、その本質的特徴を直接感得させることはできない。」

「以上のとおり、被控訴人書籍一般薬便覧部分に掲載された薬剤の具体的な配列から、控訴人書籍一般薬便覧部分に掲載された薬剤の具体的な配列の表現上の本質的特徴を直接感得することができない以上、複製にも翻案にも当たらない。」

(3) 漢方薬便覧部分の薬剤の選択及び配列についての複製又は翻案の成否

ア 漢方薬便覧部分の薬剤の選択について

「控訴人書籍漢方薬便覧部分においては、・・・(中略)・・・臨床現場での重要性や使用頻度等を踏まえて、148の処方名、307の商品名の漢方薬を選択するとともに、195の処方名、1900個以上の商品名の生薬並びに生薬及び漢方処方に基づく医薬品の中から1の処方名(『ヨクイニンエキス』)、2の商品名の生薬を選択した上で、これを『漢方薬』の大分類の中に含めたものである。控訴人は、『ヨクイニンエキス』について、漢方薬ではなく生薬であるにもかかわらず、これを漢方薬として選択したものである(甲59, 69)。

そして、生薬である『ヨクイニンエキス』については、『ポケット判治療薬 Up-To-Date (2008年版)』(乙2)及び『ポケット医薬品集 2008年版』(乙3)では、皮膚科用薬の章に掲載され、『薬効・薬理別 医薬品事典(平成16年8月版)』(乙5)では、『漢方製剤』ではなく『その他の生薬製剤』の章に掲載され、『日本医薬品集 医療薬 2008年版』(乙6)及び『最新治療薬リス

ト平成18年版』(乙11)においては、『漢方製剤』ではなく『その他の生薬および漢方処方にに基づく医薬品』に掲載されているのであって、これを『漢方製剤』の分類に選択した類書は、控訴人書籍の発行後に発行された『ポケット版臨床医薬品集 2008』(乙9)以外に見られないところ、同書における漢方薬の選択及び配列については、控訴人書籍と全く同一の148の処方名、307の商品名の漢方製剤に加えて『ヨクイニンエキス』が選択され、控訴人書籍と50音順を崩した4箇所を含め、全く同一の配列がされていること、同書が控訴人書籍の発行後に発行されたこと等に照らし、同書をもってありふれていることの根拠とすることはできない。

以上によれば、前記の漢方薬の薬剤の選択、特に『ヨクイニンエキス』を漢方製剤として選択したことには、控訴人らの創作活動の成果が表れ、その個性が表れているといえることができる。」

イ 漢方薬便覧部分の薬剤の配列について

「控訴人書籍の発行後に発行された『ポケット版臨床医薬品集 2008』(乙9)以外に、上記①ないし④(筆者注:①は、「葛根湯」-「葛根加朮附湯」-「葛根湯加川芎辛夷」の配列、②は、「桔梗湯」-「桔梗石膏」の配列、③は、「桂枝加竜骨牡蛎湯」-「桂枝加朮附湯」-「桂枝加苓朮附湯」の配列、④は、「ヨクイニンエキス」)について控訴人書籍と同一の配列をしたものは見当たらない。被控訴人が発行した『薬効・薬理別 医薬品事典(平成16年8月版)』(乙5)、『日本医薬品集 医療薬 2008年版』(乙6)及び『最新治療薬リスト平成18年版』(乙11)においてすら、『ヨクイニンエキス』は、『漢方製剤』の分類の中には選択されず、それとは別の『その他の生薬製剤』又は『その他の生薬および漢方処方にに基づく医薬品』等に分類されていたものである。また、被控訴人が控訴人書籍の発行より前に発行した『薬効・薬理別 医薬品事典(平成16年8月版)』(乙5)及び『最新治療薬リスト平成18年版』(乙11)においては、控訴人書籍及び被控訴人書籍とは異なり、上記①ないし③を含め、全て50音順に配列されていたものである。」

「以上によれば、控訴人書籍漢方薬便覧部分は、漢方薬の148の処方名を掲載したほか、多数の生薬の中から『ヨクイニンエキス』のみを大分類『漢方薬』に分類するものとして選択した上、漢方3社(筆者注:ツムラ、カネボウ、小太郎)が製造販売する薬剤がある漢方処方名については、当該漢方処方名に属する漢方

3社の薬剤を全て選択し、漢方3社が薬剤を製造販売していない漢方処方名については、臨床現場における重要性や使用頻度等に鑑みて個別に薬剤を選択したというのであるから、薬剤の選択に控訴人らの創作活動の成果が表れ、その個性が表れているということができ、上記のような考慮から薬剤を選択した上、歴史的、経験的な実証に基づきあえて50音順の原則を崩して配列をした控訴人書籍漢方薬便覧部分の薬剤の配列には、控訴人らの創作活動の成果が表れ、その個性が表れているから、一定の創作性があり、これと完全に同一の選択及び配列を行った被控訴人書籍漢方薬便覧部分の薬剤の選択及び配列は、控訴人書籍のその複製に当たるといわざるを得ない。」

#### (4) 漢方薬便覧部分の薬剤情報の選択及び配列についての複製又は翻案の成否

「漢方薬の薬剤情報のうち、組成及び容量等について、主にツムラが製造販売する商品の添付文書に記載された情報を優先し、必要に応じてそれ以外の会社の製造販売する商品の添付文書に記載された情報を選択することについても、同様の選択を行っている類書が存在する(乙2, 4, 9)。そもそも、ツムラが漢方薬の全処方名148のうち129に属する薬剤を製造販売し、平成19年当時の国内医療漢方薬のシェア82.4%を占めていることに照らすと、上記の共通点は、ありふれたものであり、表現上の創作性のない部分において共通するにすぎない。」

「『適応症』に係る情報は、『症状』についての情報と、『疾患』についての情報の2つからなるところ、その配列は、『症状』－『疾患』の順とするか、あるいは『疾患』－『症状』の順とするかのいずれかの配列しかないことからすると、そのいずれの配列にも創作性を認めることはできない。」

「以上のとおり、控訴人書籍と被控訴人書籍の漢方薬便覧部分の薬剤情報の選択及び配列は、いずれも、表現上の創作性のない部分において共通するにすぎない。」

しかも、控訴人書籍漢方薬便覧部分では、その他の副作用や価格を選択し、添付文書外の情報として証(筆者注: 疾病が生体に与えている状況の総合)を選択しており、他方、被控訴人書籍漢方薬便覧部分では、処方のポイント及び調剤・薬学管理のポイントを選択した結果、これに接する者が控訴人書籍の表現上の本質的な特徴を直接感得することができないものであ

る。」

### 3. 解説

#### (1) 編集著作物の創作性

本判決では、編集著作物の創作性について、「編集著作物における創作性は、素材の選択又は配列に、何らかの形で人間の創作活動の成果が表れ、編集者の個性が表れていることをもって足りるものと解される。」という判断基準を用いている。

これは、編集著作物が著作物として保護されるためには、通常の著作物と同様に編集著作物に編集者の個性が表れている必要があることを確認したものと考えられる。

編集著作物の創作性の判断基準としては、名古屋地判昭62.3.18「用字苑」事件<sup>(1)</sup>の「編集著作物における独創性とは、学問的な完全無欠さを要求するものではなく、素材の選択又は配列に、何らかの形で人間の精神活動の成果が顕れていることをもって足りると解すべき」や、東京地判平8.9.27「四進レクチャー」事件<sup>(2)</sup>の「編集著作物における創作性とは、従前見られないような選択又は配列の方法を採るといった高度の創作性を意味するものではなく、素材の選択又は配列に何らかの形で人間の創作活動の成果が顕れていることをもって足りると解すべき」がある。

また、編集著作物の素材の選択及び配列の創作性についての判断基準を示したものとしては、東京地判平22.1.27「月刊ネット販売」事件や、東京地判平10.5.29「知恵蔵」事件があり、「知恵蔵」事件では、本判決と同様に編集著作物の素材の選択又は配列の創作性における著作者の個性の現れについて言及している。

#### (2) 主な争点について

本件の主な争点のうち、a: 一般薬便覧部分の薬剤の選択と配列、及びc: 漢方薬便覧部分の薬剤情報の選択及び配列については、原審と同様に控訴審でも複製にも翻案にも当たらないとされた。

これに対し、b: 漢方薬便覧部分の薬剤の選択及び配列については、控訴審では原審とは異なり、複製に当たるとして被控訴人書籍の漢方薬便覧部分の著作権侵害が認められた。以下この点について解説する。

##### ア 漢方薬便覧部分の薬剤の選択について

控訴審と原審の判断が相違した理由として、生薬で

ある「ヨクイニンエキス」の分類についての判断の相違があった。

原審では、「一部の生薬については、単独で用いられることが想定され、単独で用いられた場合でも効能・効果を有するものもあることから、日本標準商品分類では、これらの生薬が薬効分類『59 その他の生薬及び漢方処方に基づく医薬品』に分類されていること、②『日本医薬品集 2008 年版』(乙 6)には、上記『その他の生薬及び漢方処方に基づく医薬品』に属するものとして、処方名で『ヨクイニンエキス』・・・(中略)・・・が分類されていること、③『ヨクイニンエキス』が『漢方薬』として分類されている書籍としては、『ポケット版臨床医薬品集 2008』(乙 9), 『治療薬マニュアル 1995』(乙 71), 『ポケット医薬品集 (1999 年版)』(乙 72) 等が存在することが認められる。

上記認定事実を総合すれば、薬効分類『59 その他の生薬及び漢方処方に基づく医薬品』に分類される処方名・・・(中略)・・・から、『漢方薬』の項目に分類するものとして、『ヨクイニンエキス』を選択することは、ありふれたものであるといえる。」と判断された。

控訴審においても、「日本標準商品分類では、生薬は、薬効分類『51 生薬』に分類されるが、一部の生薬については、漢方としてではなく単独で用いられることが想定され、単独で用いられた場合でも効能・効果を有するものもあることから、これらの生薬が薬効分類『59 その他の生薬及び漢方処方に基づく医薬品』に分類されている」と、日本標準商品分類について原審と同じような認定がなされている。

原審と控訴審とで、共に「ヨクイニンエキス」は日本医薬品集 2008 年版では「その他の生薬及び漢方処方に基づく医薬品」に分類されると認定されているにもかかわらず、原審ではヨクイニンエキスは漢方薬に分類されていると判断され、控訴審ではヨクイニンエキスは漢方薬には分類されてないと判断されている。これは、原審では「その他の生薬及び漢方処方に基づく医薬品」であるから漢方薬に分類されていると単純に認定したのに対し、控訴審では、薬効分類の内容を詳細に検討し、日本標準商品分類では薬効分類「51 生薬」があるにもかかわらず、単独で用いられる生薬を「59 その他の生薬及び漢方処方に基づく医薬品」に分類するのは、あくまで漢方薬と同様に効能・効果を有する「その他の生薬」として分類されていると認定したものと考えられる。

したがって、原審よりも漢方薬便覧部分の薬剤の選択に創作性を認めた控訴審の判断が妥当と思われる。ただし、原審が示した「治療薬マニュアル 1995」及び「ポケット医薬品集 (1999 年版)」の「ヨクイニンエキス」の分類について、控訴審で判断されていない理由は明らかでない。

#### イ 漢方薬便覧部分の薬剤の配列について

控訴審と原審の判断が相違した理由として、生薬である「ヨクイニンエキス」の分類及び 50 音順の原則を崩した配列についての判断の相違があった。

原審では、「薬剤の処方名(一般名)を 50 音順に配列すること自体は、極めてありふれた手法であり、50 音順に従って配列された具体的表現に創作性は認められない。」と判断された。また、省スペースの観点から 50 音順を崩して備考欄に共通する適応症、相互作用、副作用をまとめた点については、「『備考』欄に記載すべき事項は、薬剤情報の一部であり、『備考』欄に記載すべき事項が共通のものをまとめることにより原告書籍漢方薬便覧部分のコンパクト化(省スペース化)を図ることは、薬剤情報の配列における工夫の問題であって、そのことから薬剤の処方名の配列における創作性を見出すことはできない。」と判断された。さらに、「関連する薬剤について基礎的な処方のものから応用的な処方のものへと配列すること自体は、特段創作性のある配列方法であるものとは認め難い。」「本来は漢方薬に分類すべきものではない薬剤である生薬を、便宜上漢方薬の分類に含めて薬剤便覧に記載するとすれば、最後尾にこれを持ってくるというのはありふれた配列上の工夫であって、この点に処方名の配列における創作性を認めることはできない。」と判断された。

これに対し、控訴審では、控訴人書籍の発行後に発行された「ポケット版臨床医薬品集 2008」以外に、50 音順を崩して配列して控訴人書籍と同一の配列をしたものは見当たらず、漢方 3 社(ツムラ、カネボウ、小太郎)が製造販売する薬剤がある漢方処方名については、当該漢方処方名に属する漢方 3 社の薬剤を全て選択し、漢方 3 社が薬剤を製造販売していない漢方処方名については、臨床現場における重要性や使用頻度等に鑑みて個別に薬剤を選択し、あえて 50 音順の原則を崩して配列をすることに、個性が表れており創作性があると認定している。

漢方薬便覧部分の薬剤の配列について、原審のよう

に「ありふれた配列上の工夫」と認めるのか、控訴審のように「個性が表れており創作性がある」と認定するのは、特許出願における発明の進歩性判断に類似するものがあり<sup>(3)</sup>、判断のむずかしい問題であるが、控訴審のように「ヨクイニンエキス」を漢方薬へ分類すること、さらに、臨床現場における重要性や使用頻度等に鑑みて個別に薬剤を選択し、控訴人書籍の発行前に50音順を崩して控訴人書籍と同一の配列をしたものが見当たらないのであれば、そこに個性の現れを認めるのが妥当であり、原審のように、単に薬剤情報の配列における工夫の問題として創作性を認めないのは妥当でないように思える。

したがって、原審よりも漢方薬便覧部分の薬剤の配列に創作性を認めた控訴審の判断が妥当と思われる。

本判決は、事例判決であるが、編集著作物における素材の選択又は配列の創作性に関する判断事例の一つとして有用なものとする。

## 注

- (1) 『判例時報』, 1256号, 第90-100頁
- (2) 『判例時報』, 1645号, 第134-149頁
- (3) 前掲正治(2013), 「知っておきたい最新著作権判例」, 『パテント』2013年 Vol.66 No.14, 第121-128頁

### 3. 通知書等掲載差止等請求事件 内容証明郵便による通知書等の著作物性 が争われた事例

石神 恒太郎

東地判平 25.6.28 平 24(ワ)13494 (裁判所 HP)

## 1. 事案の概要

原告 X は、東京都で法律事務所を開設している弁護士である。被告 Y1 は、東京都で行政書士事務所を開設している行政書士で、インターネット上で被告ブログ 1 を公開しており、被告 Y2 は、インターネット上で被告ブログ 2 を公開している。

原告 X は、平成 23 年 10 月から 11 月にかけて、原告文書 1～3 を作成した。その内容は次のとおりである。

原告文書 1：平成 23 年 10 月 4 日、原告 X が訴外 A 社の代理人として被告 Y1 に宛てて送付した通知書

原告文書 2：原告 X が東京行政書士会会長宛てに提出した平成 23 年 10 月 17 日付苦情申告書

原告文書 3：原告 X が東京弁護士会綱紀委員会宛てに提出した平成 23 年 11 月 16 日付けの答弁書

被告 Y1 は、平成 23 年 10 月 13 日、被告ブログ 1 に被告記事 1 及び 2 を投稿し、同記事の中で、原告文書 1 を掲載した。原告文書 1 の本文部分は、URL の表示部分を含めても 17 行、URL の表示部分を除けば 13 行からなる。また、被告 Y1 は、平成 23 年 11 月 22 日、被告ブログ 1 に被告記事 4 及び 5 を投稿し、同記事の中で、「『toubensyo-01.pdf』をダウンロード」等の文字を掲載した。同文字をインターネット接続環境下でクリックすることにより、原告文書 3 の pdf ファイルのデータを掲載する本件各 URL に移動し、同ファイルを閲覧することができるようにした。

被告 Y2 は、平成 23 年 10 月 20 日、被告ブログ 2 に被告記事 3 を投稿し、同記事の中で、原告文書 1, 2 及び 3 を掲載した。原告文書 2 は、A4 版 5 頁からなる。

以上の事実関係の下、原告 X は、原告文書 1～3 の著作者及び著作権者であり、被告 Y1 及び Y2 は X の公衆送信権及び公表権を侵害していると主張し、被告 Y1 及び Y2 に対し、著作権法 112 条 1 項に基づき被告各ブログにおいて、被告各記事に含まれる原告各文書及び本件各 URL を掲載して使用することの差止め等を求めた。

## 2. 判旨

結論：一部認容

(1) 原告文書 1～3 の著作物性について

「著作権法は、著作権の対象である著作物の意義について、「思想また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をいう」(著作権法 2 条 1 項 1 号)と規定しているのであって、当該作品等に思想又は感情が創作的に表現されている場合には、当該作品等は著作物に該当するものとして同法による保護の対象となる一方、思想、感情若しくはアイデアなど表現それ自体ではないもの又は表現上の創作性がないものについては、著作物に該当せず、同法による保護の対象とはならない。そして、当該作品が「創作的に」表現されたものであるというためには、厳密な意味で作成者の独創性が表現として表れていることまでを要するものではないが、作成者の何らかの個性が表現として表れていることを要

するものであって、当該作品の性質等に照らし、その表現が平凡かつありふれたものである場合には、作成者の個性が表現されたものとはいえず、「創作的」な表現ということとはできないというべきである。」

「原告文書1は、原告が、訴外A社（通知人）の代理人として、平成23年10月4日、被告Y1に宛てて送付した通知書であり、表題、日付等の記載の後に、通知人の代理人として通知を行う旨及び被告Y1の作成するブログ内に通知人に関し事実と反する内容の記事が掲載されている旨を記載し、上記記事のURLを表示し、さらに、上記記事の内容が事実と反し通知人の名誉・信用を著しく害し多大な損害が発生しているものである旨、上記記事の削除を求め、削除に応じない場合には仮処分申立てや損害賠償請求等の必要な法的措置をとらざるを得ない旨、以後問合せは通知人本人ではなく通知人代理人にされたい旨を記載したものである。」

上記原告文書1は、上記のとおり、上記URLの表示部分を含めても17行、URLの表示部分を除けば13行からなるものである。」

「原告文書1は、上記のとおり、前提となる事実関係を簡潔に適示した上で、これに対する法的評価及び請求の内容等を短い表現で記載したものにすぎない。原告文書1の体裁、記載内容、記載順序、文章表現は、いずれも内容証明郵便による通知書として一般的にみられるものであり、ありふれたものというべきであるから、原告文書1において何らかの思想又は感情が表現されているとしても、上記思想又は感情が創作的に表現されているものとは認められない。」

「原告文書2は、上記のとおり、行政書士会に対する苦情申告書であり、その文書の性質上、当然に記載すべき項目（日付、申告書等の形式的記載事項や、申告すべき苦情の内容、事実関係の記載、上記事実関係の法的評価、非違行為に該当すると考える理由等）を含むものであるということが出来る。しかし、苦情の内容、事実関係、その法的評価等に関する点については、記載すべき内容が形式的かつ一律に定まるものではなく、これらをどのような順序で、どのような表現により、どの程度記載するかについては、様々な可能性があるものというべきである。そうすると、原告文書2は、上記のとおり表現について様々な可能性がある中で、記載の順序や内容、文章表現を工夫したものであるということができるのであって、このような点に、作成者

の個性の表出がみられるものというべきであり、思想又は感情を創作的に表現したものに当たるということができる。」

「原告文書3は、上記のとおり、懲戒請求手続において東京弁護士会綱紀委員会宛てに提出された答弁書であり、その文書の性質上、当然に記載すべき項目（表題、日付等の形式的記載事項や、懲戒請求理由に対する認否等）を含むものであるということが出来る。しかし、これらのうち、懲戒請求に至る経緯及び理由に対する認否、被調査人（原告）の主張については、記載すべき内容が形式的かつ一律に定まるものではなく、どのような順序で、どのような表現により、どの程度記載するかにつき様々な可能性があり得ることは原告文書2と同様であるところ、原告文書3は、これらの点について工夫がみられ、特に被調査人（原告）の主張の内容及び表現はこの種の文書において一般的なものとはいえないものというべきである。そうすると、原告文書3には、作成者の個性が表現として表れているものとみることが出来る。」

### (2) 公衆送信権侵害の成否について

「被告Y1が、被告ブログ1中の被告記事4及び5において本件URLを掲載して使用することにより、被告ブログ1の利用者が、上記アの方法によりダウンロードされた原告文書3を閲覧することができることが明らかであり、実際に利用者により原告文書3がダウンロードされているものと認められる。そして、被告Y1が本件URLを掲載して使用することは、それによって被告ブログ1の利用者が原告文書3をダウンロードし、原告文書3について原告が有する公衆送信権を被告Y1が侵害する行為を引き起こす行為であり、原告は、被告Y1による本件URLの掲載、使用を差し止めることができるものというべきである。」

## 3. 解説

### (1) はじめに

本判決は、(ア)内容証明郵便による通知書、(イ)東京行政書士会に対する苦情申告書及び(ウ)東京弁護士会綱紀委員会宛て答弁書の各文書の著作物性につき、(ア)は否定、(イ)及び(ウ)は、肯定したうえ公衆送信権及び公表権の侵害を肯定した事例判決である。

### (2) 著作物性の一般論について

著作物性が認められるためには、「思想又は感情を創作的に表現したもの」(著作権法2条1項1号)であ

ることを要する。

そして、作品が「創作的に」表現されたというためには、厳密な意味で独創性が発揮されたものであることは必要ではなく、作成者の何らかの個性が表現されたもので足りるとされる（東京地裁平成17年5月17日判決 判例時報1950号147頁 通勤大学法律コース事件1審，知財高裁平成20年7月17日判決 判例時報2011号137頁 ライブドア裁判傍聴記事事件など裁判例多数）。

本判決も、著作物性の一般論として、「作成者の何らかの個性が表現として表れていることを要する」、「当該作品の性質等に照らし、その表現が平凡かつありふれたものである場合には、作成者の個性が表現されたものとはいえ、「創作的」な表現ということはいえない」と判示しており、従来の裁判例に沿うものと評価できる。

なお、裁判例では、創作性の判断要素に関し、①当該作品の表現形式（用語の選択、全体の構成の工夫、特徴的な言い回しがあるか等）、②当該作品が表現しようとする内容・目的及びそれに伴う表現上の制約の有無・程度（その内容を表現しようとするれば、必然的に決まらざるを得ない構成、用語ではないか）、及び③当該表現方法が、同様の内容・目的を記述するために一般的・日常的に用いられる表現を用いたものではないかどうかといった点が総合的に判断されてきたとされる（大寄麻代 9 著作物性「新・裁判実務大系22 著作権関係訴訟法 牧野利秋・飯村敏明編」138頁，高部真規子「実務詳説 著作権訴訟法」110頁など）。本判決も、こうした判断要素を踏まえて、各文書の著作物性を判断したものと解される。

### （3） あてはめについて

まず、（ア）内容証明郵便による通知書については、「前提となる事実関係を簡潔に摘示した上で、これに対する法的評価及び請求の内容等を短い表現で記載したものにすぎない」、「内容証明郵便による通知書として一般的にみられるものであり、ありふれたものであるというべき」などとして、著作物性を否定している。

本件の（ア）内容証明郵便による通知書は、事実の摘示、その法的評価及び請求の内容等が短い表現で記載されている旨認定されているが、このような通知書は、通知書としては、本判決が評価するように、一般的にみられるものであり、ありふれたものといえよう。実務上取り交わされるいわゆる内容証明郵便によ

る通知書の類は、本件事案のように簡潔に表現されたものであることが多く、そのような通知書の多くは、著作物性が否定されるように思われる。もっとも、内容証明郵便による通知書であればすべて著作物性がないということではない。その表現に作者の個性が現れているような特別な場合には著作物性が肯定されることもある。

次に、（イ）東京行政書士会に対する苦情申告書については、「苦情の内容、事実関係、その法的評価等に関する点については、記載すべき内容が形式的かつ一律に定まるものではなく、これらをどのような順序で、どのような表現により、どの程度記載するかについては、様々な可能性があるものというべきである」、「原告文書2は、上記のとおり表現について様々な可能性がある中で、記載の順序や内容、文章表現を工夫したものである」ということができる」などとして、著作物性が肯定されている。

（イ）苦情申告書は、（ア）の通知書と比べれば、表現方法には様々な可能性があると思われる。しかし、小説や詩等とは異なり、いずれも、事実関係の適示とその法的評価を含むものであるとの文書の基本的性格については、大差はないようにも思われる。本判決において、（ア）の通知書と（イ）の苦情申告書において、著作物性の結論が分かれたのは、表現方法の可能性が相違することに加え、実際の文章の長短（（ア）通知書は、URLの表示部分を除けば、13行であり、（イ）苦情申告書は、A4版5頁であることが認定されている。）、及び実際の表現がありふれたものかどうか（（ア）通知書は、ありふれた表現であるとされたが、（イ）苦情申告書は文章表現を工夫した旨認定された。）という点にあったように思われる。

さらに、（ウ）東京弁護士会の綱紀委員に対する答弁書については、本判決は、「懲戒請求に至る経緯及び理由に対する認否、被調査人（原告）の主張については、記載すべき内容が形式的かつ一律に決まるものではなく、どのような順序で、どのような表現により、どの程度記載するかにつき様々な可能性があり得ることは原告文書2と同様であるところ、原告文書3は、これらの点について工夫がみられ、特に被調査人（原告）の主張の内容及び表現はこの種の文書において一般的なものとはいえない」などとして、著作物性を肯定している。ここでは、前記（イ）の苦情申告書で指摘された点に加え、特に「この種の文書において一般的な

ものとはいえない」表現が採用されたことがあえて指摘されており、著作物性を肯定する事情として評価されたことが窺える。

以上のとおり、本件の各文書は、著作物性が否定されることの少ない小説や詩などの作品と比べた場合、事実の適示及び法的評価などを記載するものである点で、いずれも表現上の制約の程度は比較的大きい文書といえる（なお、本件の各文書間の比較では、(ア)内容証明郵便による通知書は、他の(イ)苦情申告書及び(ウ)答弁書の文書に比べて、より表現方法の可能性は小さいと考えられる。）。したがって、この種の文書における著作物性の判断に当たっては、当該文書が、用語の選択、全体の構成に工夫があり、特徴的な言い回しを採用しているといえるか（前記判断要素①）、また、同様の内容・目的を記述するために一般的・日常的に用いられる表現を用いたものではないといえるか（前記判断要素③）が、より重要な要素になるといえよう。

このように、本判決は、事実の摘示及びその法的評価などを含む前記(ア)～(ウ)の各文書について、従来の裁判例に沿って著作物性の一般論を展開した上、作品の表現形式、表現上の制約の有無・程度及び一般的に用いられる表現であるか否かなどを踏まえつつ、著作物性の判断を示した事例判決として意義があるものといえる。

(4) その他の問題（公衆送信権侵害について）

本判決は、著作物性が肯定された前記(イ)及び(ウ)の文書については、公衆送信権侵害の成立を認めている。

被告 Y1 は、被告ブログ 1 に「『toubensyo-01.pdf』をダウンロード」等の文字を掲載し、同文字をクリックすることにより、原告文書 3 の pdf ファイルを三分割したデータを掲載する本件各 URL に移動し、上記ファイルを閲覧することができるようにしていたのに対し、本判決は、本件各 URL の掲載、使用の差止めを認めている。

一般に、ウェブサイト上で他人のウェブサイトのリンクを張る行為については、著作権を侵害しないものとされる（大須賀寛之 21 インターネットをめぐる著作権侵害について「知的財産法の理論と実務(4) 牧野利秋ほか編」293 頁、青江秀文 第 8 章 インターネットと知的財産法「インターネットと法 [第 4 版] 高橋和之ほか編」279 頁、佐野信 30 インターネッ

トと著作権「新・裁判実務大系 22 著作権関係訴訟法 牧野利秋・飯村敏明編」455～457 頁）。その理由については、リンクを張った者は、単にリンク先のウェブサイトの URL を指定しているにすぎず、リンク先のウェブサイトの情報を自ら複製しているわけでも送信しているわけでもないなどと説明されている。

本件では、認定された事実関係からは必ずしも明らかではないが、リンクを張る行為自体の著作権侵害の成否は特に争点となっていないことから、リンク先のウェブサイトがリンク元のウェブサイトとは別人のものであったという事情は特になかったものと思われる。

参考文献

本文中に記載

**4. 新梅田シティ庭園改変仮処分申立事件  
商業施設の庭園に巨大な構造物を造ることが庭園  
の著作者人格権の侵害となるか争われた事例**  
竹原 懋

大地決平 25.9.6 平 25(ヨ)20003 (裁判所 HP)

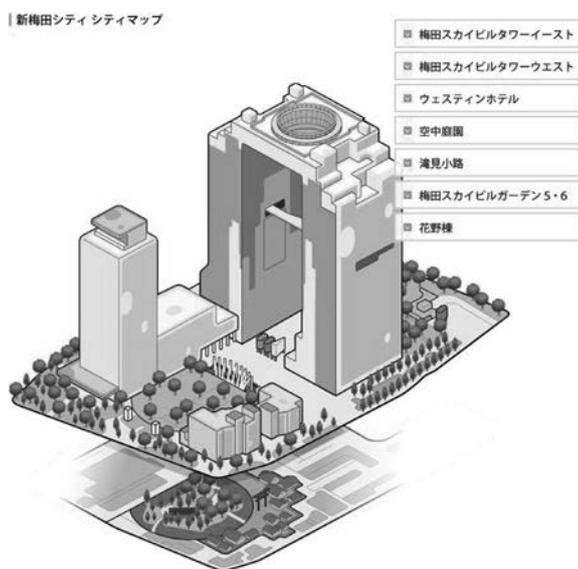
**1. 事案の概要**

(1) 債権者 X は、庭園の設計等を業とする造園家であり、株式会社である Z 社の代表者である。

債務者 Y は建築工事の請負及び施行等を目的とする株式会社である。

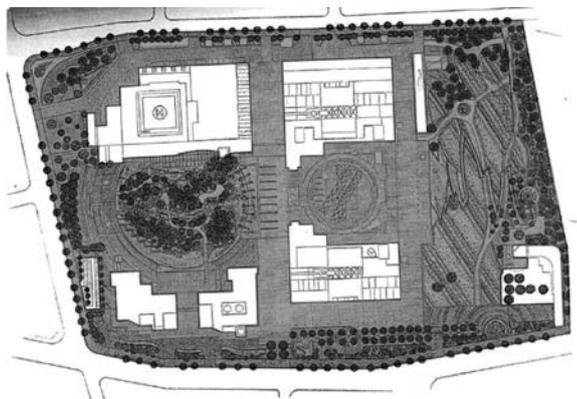
(2) 新梅田シティは、平成 5 年 7 月に全面開業した複合商業施設であり、高層ビルである「梅田スカイビル」を中心に、高層ホテル、小規模ビルなどが設置され、建物や構造物の底地を除く部分に、緑地、散策路、田園風景などで構成された庭園のほか、噴水（列柱）、水路（カナル）などの庭園関連施設（以下これらをまとめて「本庭園」という）が配置されている（以下の概略図と「別紙図面 1」を参照）。

新梅田シティを立体視した概略図  
 (以下の URL より引用。右斜め上方向が北)  
<http://www.skybldg.co.jp/access/citymap.html>



新梅田シティの敷地は、南北方向約 240 メートル、東西方向約 180 メートルの南北に長い略長方形の形状である。北部分は、そのほぼ全部が、自然庭園となっている（「別紙図面 1」参照）。

別紙図面 1（新梅田シティの平面図。右方向が北）

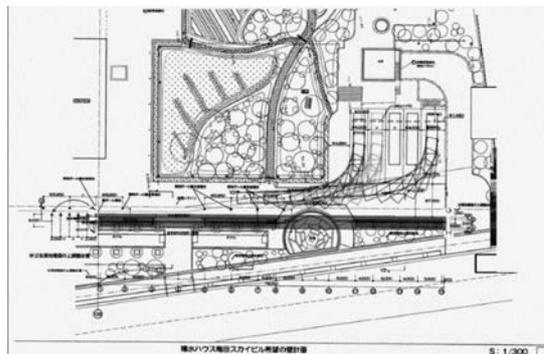


(3) 債務者 Y は、新梅田シティ開発計画の環境デザインについて、債権者 X が代表者を務める Z 社に対し、基本構造作成業務等を、新梅田シティの開発協議会名義で委託した。Z 社は、前記委託契約に沿った成果物を債務者 Y 又は開発協議会に納品し、債務者 Y 等より、環境デザインのイメージを現場に反映させるための監理業務の委託を受けた。本件庭園は、Z 社名義で作成された設計図等に基づき造成、造園された。

(4) それから約 20 年を経て、債務者 Y は、本件庭園の造園と関係のなかった建築家 P の発案を受け、新梅田シティの敷地内に「希望の壁」と称する巨大緑化モニュメント（以下「本件工作物」という）を設置することを計画し、平成 25 年 9 月末を竣工予定として工事が開始された。

本件工作物は、次に示す「別紙図面 2」の下から 3 分の 1 程度の位置において横方向に伸びる極太線状の図形で示された箇所を設置される壁状の構造物で、高さ 9.35 メートル、長さ 78 メートル、幅 2 メートルのコンクリート基礎を有する鋼製構造物であり、本件庭園の北東部分において南北方向に設置される。本件工作物には、地面に至る開口部 2 箇所（庭園の一部構造物をまたぐ形となる）と中空の開口部が 5 箇所設けられており、壁の両面をプランターとステンレスネットで構成し、これにツル性植物や多年草、あるいは中低木を植えることを予定している。

別紙図面 2（「別紙図面 1」の右下下部を拡大視した状態の図）



債権者 X は、本件庭園を設計した著作者であると主張して、著作者人格権（同一性保持権、著作権法 20 条 1 項）に基づき、本件工作物の設置工事の続行の禁止を求める仮の地位を定める仮処分を求め、本件申立を行った。

## 2. 判旨

結論：申立却下

※裁判所は、争点 1 ないし 3 について債権者 X の主張を認め、争点 4 について債務者 Y の主張を認めた。

(4) 争点 1 (本件庭園が著作物(著作権法 2 条 1 項 1 号)にあたるか) について

本件庭園は、新梅田シティ全体を一つの都市ととらえ、野生の自然の積極的な再現、あるいは水の循環といった施設全体の環境面の構想（コンセプト）を設定した上で、上記構想を、具体的施設の配置とそのデザインにより現実化したものであって、設計者の思想、感情が表現されたものといえ、その著作物性を認めるのが相当である。仮に池、噴水といった個々の構成要素はありふれたものであったとしても、前記構想に基づき、超高層ビルと一体となる形で複合商業施設の一角に自然を再現した本件庭園は、全体としては創造性に富んでいるというべきであり、これをありふれてい

ると評価することはできない。

必ずしも庭園の一部とはいえない通路や広場までを債権者の著作物とすることは広汎に過ぎ、著作物として認めることができるのは、債権者の思想または感情の表現として設置された植栽、樹木、池等からなる庭園部分に加え、水路等の庭園関連施設から構成される本件庭園と、これと密接に関連するものとして配置された施設の範囲に限られる。その範囲では、本件庭園を一体のものとして評価するのが相当である。

(5) 争点2(債権者Xが本件庭園の著作者か)について

債務者Y等の契約の相手方や基本設計図等の名義はいずれもZ社であるが、前記構想の前提となる思想、感情の主体は債権者Xであり、本件庭園の著作者は債権者Xというべきである。Z社は債権者Xがその計画を実現するために設立した小規模の法人であり、Z社は本件庭園の著作者でない(つまり本件庭園は職務著作にあたらぬ)。

(6) 争点3(本件工作物を設置することが、著作者の意に反する改変(著作権法20条1項)にあたるか)について

本件工作物は、著作物としての本件庭園内に設置される。これにより、本件庭園が空間的に遮断される形になるなどして、本件庭園の基本構想は、本件工作物の設置場所付近では感得しにくい状態となる。また、本件工作物は、高さ9メートル以上、長さ78メートルの巨大な構造物であり、本件庭園の景観、印象、美的感覚等に相当の変化が生じる。本件工作物の設置は、本件庭園に対する改変に該当する。

債務者Y等とZ社の契約においては著作権につき何ら取り決めがなく、平成18年に改修をした際の債権者Xの態度も全体としては抗議であり、本件庭園の改変につき債権者Xの黙示の承諾があったとはいえない。

(4) 争点4(本件工作物を設置することが、建築物の改変(著作権法20条2項2号)の規定若しくはその類推適用により、又はやむを得ないと認められる改変(同4号)にあたり、許容されるか)について

本件庭園は美的要素を有しているが、本件庭園の設置の本来の目的は、複合商業施設である新梅田シティの美観、魅力度あるいは好感度を高め、最終的には集客につなげる点にあり、美術としての鑑賞のみを目的とするものではなく、むしろ、実際に利用するものと

しての側面が強い。

本件庭園を著作物と認める場合には、本件土地所有者の権利行使の自由との調整が必要となる。土地の定着物であるという面、実用目的での利用が予定される面があるという点で、問題の所在は、建築物における著作者の権利と建築物所有者の利用権を調整する場合に類似するといえることができるから、著作権法20条2項2号の規定を本件の場合に類推適用することが、合理的と解される。

本件工作物の設置は、本件庭園の既存施設を物理的に改変せずに行うものであることから、著作権法20条2項2号が定める中では、「模様替え」に相当すると解される。本件庭園は建築物そのものではなく、著作権法の定めを建築基準法と同一に考える必要もない。

著作権法は、建築物について同一性保持権が成立する場合であっても、その所有者の経済的利用権との調整の見地から、建築物の模様替え等による改変について、特段の条件を付することなく、同一性保持権の侵害とはならない旨を定めている。これが本件庭園の著作者と本件土地所有者の関係に類推されると解する以上、本件工作物の設置によって、本件庭園を改変する行為は、債権者Xの同一性保持権を侵害しない。

もっとも、建築物の所有者は建築物の増改築等をすることができるとしても、一切の改変が無留保に許容されていると解するのは相当でなく、その改変が著作者との関係で信義に反すると認められる特段の事情がある場合はこの限りではないと解する余地がある。しかし、本件工作物の設置について、その経緯等を見ると、本件庭園の著作者である債権者との関係で、信義に反すると認められる特段の事情があるとまではいえない。

以上によれば、本件工作物の設置は、著作者である債権者の意に反した本件庭園の改変にはあたらないものの、著作権法20条2項2号が類推適用される結果、同一性保持権の侵害は成立しない。

### 3. 解説

(1) 著作権法20条の規定について

著作権法20条1項は、著作者人格権のうちの同一性保持権について定め、「著作者は、その著作物(中略)の同一性を保持する権利を有し、その意に反してこれらの(中略)改変を受けないものとする。」と規定する。その例外として、2項に例外を定め、その2号

において「建築物の（中略）模様替えによる改変」を挙げる。

すなわち、著作物に改変を加える場合でも、①作者の承諾があるとき、②建築物の模様替えのような改変であるときは、同一性保持権の侵害とはならない。

本事案では、本件庭園が著作物であること、本件工作物の設置が著作物の改変にあたることを裁判所は認定し、上記①の点についても、黙示の承諾を含め作者（債権者 X）の承諾があったといえないと判断した。しかしながら、上記②の点については、本件庭園を著作権法 20 条 2 項 2 号の「建築物」、本件工作物の設置を「模様替え」に相当すると解して、著作権法 20 条 2 項 2 号を類推適用することにより、本件工作物の設置という改変行為が、債権者 X の同一性保持権の侵害にならないと結論づけている。

20 条 2 項 2 号の「建築物」とは、著作権が認められるような芸術性のある建築物をいい、著作権法 10 条 1 項 5 号の「建築の著作物」を指す。本来、建築物は居住等するという実用目的のために用いられるものであり、その実用目的に伴う改変は必要不可欠であることから、建築物に居住等する者の利益と作者の利益とを比較衡量して同号が定められたものである。裁判所は、本事案においてもこの利益の比較衡量が妥当すると判断した。

## (2) 「建築物」の「模様替え」について

著作権法上、「建築物」については定義規定がないので、これが建築基準法上の「建築物」と同義であるのかが問題である。建築基準法 2 条 1 項 1 号は、以下のように定める。「土地に定着する工作物のうち、屋根及び柱若しくは壁を有するもの（これに類する構造のものを含む。）、これに附属する門若しくは扉、観覧のための工作物又は地下若しくは高架の工作物内に設ける事務所、店舗、興行場、倉庫その他これらに類する施設（鉄道及び軌道の線路敷地内の運転保安に関する施設並びに跨線橋、プラットホームの上家、貯蔵槽その他これらに類する施設を除く。）をいい、建築設備を含むものとする。」

しかしながら、建築基準法は国民の生命、健康及び財産の保護を図るために最低の基準を定める見地から「建築物」を定義しているのであり、著作権法はそのような見地から「建築物」という語を用いているわけではなく、この定義はそのまま妥当するものではないと解される。この点につき、以下のように述べ同様の考

えを示している文献がある。「著作権法上の『建築』（物）とは、『土地に定着する工作物のうち、屋根及び柱若しくは壁を有するもの（これに類する構造のものを含む。）、これに附属する門若しくは扉、又は地下若しくは高架の工作物内に設ける事務所、店舗、興業場、倉庫その他これらに類する施設』を指すものと解すべきである。」（小倉秀夫=金井重彦編『著作権法コンメンタール』301 頁〔小倉秀夫〕（レクシスネクシス・ジャパン、2013）※下線は筆者が付したもので、建築基準法の規定と相違する箇所を示す。）そして、この「建築物」の解釈について、「起草担当者が、庭園についても『建築の著作物』に含むものと解していたが、『建築』という語の日常用語的な意味との乖離が大きく疑問である」との見解を述べている。しかし一方で、「『建築の著作物』には長大橋のような一部の土木構造物や庭園、公園をも含」むという見解もあり（小倉=金井編『著作権法コンメンタール』422 頁〔山本順一〕（レクシスネクシス・ジャパン、2013））、必ずしも解釈が統一されていない。本件判決は、このような学説上の解釈の違いも意識し、あえて本件庭園を「建築物」と直接的に認定することはせず、「建築物」に関する規定である著作権法 20 条 2 項 2 号を類推適用するという形に止めたのかもしれない。

なお、庭園が建物と一体のものとして設計され、両者が有機的に一体となっていると評価できる場合について、両者を一体として「建築の著作物」と捉え、直接的に著作権法 20 条 2 項 2 号を適用した事例がある（イサム・ノグチ著作権仮処分命令申立事件、東京地決 15.6.11、判時 1840 号 106 頁）。

ところで、本事案において裁判所は、本件工作物の設置を「模様替え」と同様に捉えているのであるが、これは妥当なのであろうか。「模様替え」とは、上記『著作権法コンメンタール』（422 頁〔山本〕）の表現を借りれば、「建築物、家屋の内部について、調度や装飾などをしつらえ直すことで、改装に当たる」ものをいう。

ところが、本事案は、既存の本件庭園の中に、その庭園のコンセプトとは何の繋がりや共通性もなく、既存の庭園のコンセプトから見れば異物ともいえる巨大な美的創作物たる本件工作物を設置しようとするものである。しかも、本件工作物は、施設の維持管理に必要な不可欠ともいえない。このような本件工作物の設置が、一般に観念されるような「模様替え」や「改装」と同等の程度に収まるものであるのかという点につい

ては疑問が残る。また、実用目的の伴う改変を、建築物に居住等する者の利益と著作者の利益を比較衡量して認めるという 20 条 2 項 2 号の趣旨との間でも違和感を覚える。

この点に関しては、上記『著作権法コンメンタール』（422 頁〔山本〕）において、『『改変』については、『経済的・実用的な見地から効用の増大を図る結果として』の改変に限定し、『美的な価値の観点から居住者の好みの意図で直す』という行為を含まない見解等がある」と言及されており、「判例にも、解体、移築の事件で、個人の趣味による恣意的な建築物の改変は同一性保持権の侵害に当たると述べたものがある（ノグチ・ルーム移築事件）」との記載があって、参考となる。本事案のように、別人による美的創作物を新たに設置するような、必ずしも実用目的といえない改変の場合に著作権法 20 条 2 項 2 号の規定を適用すべきかについては、さらなる検討を要すると考える。商業施設の庭園について、その改装や構造物の追加は、究極的には商業目的、すなわち実用目的の施設の更新であるとも確かにいえるのであるが、盲目的に同号を類推適用するとすれば、商業施設の庭園の美的価値が他人の美的創作物により毀損され、基本コンセプトも異なったものになってしまうような場合にも、著作者は救済を得られず、著作者の権利が過剰に制限されることとなり、妥当性を欠くと考えられるからである。

#### 参考文献

- 1) 小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール』300 頁-305 頁〔小倉秀夫〕、408-423 頁〔山本順一〕（レクシスネクシス・ジャパン、2015）
- 2) 三山裕三『著作権法詳説 判例で読む 15 章〔第 9 版〕』99 頁-100 頁、245 頁-255 頁（レクシスネクシス・ジャパン、2013）
- 3) 作花文雄『著作権法 制度と制作〔第 3 版〕』37 頁-38 頁、108 頁-112 頁（発明協会、2008）

※本事案で問題になった「希望の壁」の詳細は、以下の URL の資料に記載されています。

[http://www.sekisuihouse.co.jp/company/topics/datail/\\_icsFiles/afieldfile/2013/11/05/20131105.pdf](http://www.sekisuihouse.co.jp/company/topics/datail/_icsFiles/afieldfile/2013/11/05/20131105.pdf)

**5. 書籍のスキャン代行（自炊代行）事件  
書籍のスキャン代行サービスが  
著作権侵害に該当するかが争われた事例  
協坂 祐子**

第一事件：東地判平 25.9.30 平 24(ワ)33525(裁判所 HP)

第二事件：東地判平 25.10.30 平 24(ワ)33533(裁判所 HP)

#### ◆第一事件

##### 1. 事案の概要

(1) 被告(株)サンドリーム及び被告(有)ドライバレッジジャパンは、依頼者から電子ファイル化の依頼があった書籍について、権利者の許諾を得ることなく、スキャナーで書籍を読み取って電子ファイルを作成し、その電子ファイルを依頼者に納品するサービスを行っていた。

これに対し、小説家・漫画家・漫画原作者である 7 名の原告らが、このような電子ファイル化の注文を受けた書籍には、原告らが著作権を有する作品（判決別紙作品目録 1～7 記載の作品）が多数含まれている蓋然性が高く、今後注文を受ける書籍にも含まれている蓋然性が高いとして、原告らの著作権（複製権）が侵害されるおそれがあるなどと主張し、①法人被告らそれぞれに対し、第三者から委託を受けて原告作品が印刷された書籍を電子的方法により複製することの禁止を求める（著作権法 112 条 1 項）と共に、②不法行為に基づく損害賠償として、各法人被告ら（被告代表者を含む）に対し、原告 1 名につき弁護士費用相当額 21 万円及び遅延損害金の支払いを求めた。

これに対し、法人被告らは、現在は原告らの書籍は取り扱っていない、本件スキャンサービスを許容しない作家の作品はスキャン等の複製を実施しない方針である、スキャン後のオリジナルは廃棄し複製物の数は増加しないので「複製」行為にあたらぬ、スキャン等の行為の主体は書籍の所有者であるユーザーであり、法人被告らは「補助者」にあたるから、本件スキャン行為はユーザーの私的使用のための複製の補助として適法である（著作権法 30 条 1 項、私的利用の抗弁の援用）、等の反論を行った。

##### (2) 争点

争点は複数あるが、紙面の関係上、差止請求（著作権法 112 条 1 項）の成否に関し、①法人被告らが原告

らの著作権を侵害するおそれがあるか(争点1-1)、つまり複製の主体は誰かということと、②法人被告らのスキニングが私的使用のための複製の補助として適法といえるか(争点1-2)の2点につき、以下に述べる。

## 2. 判旨

(1) 法人被告らが原告らの著作権を侵害するおそれがあるか(争点1-1)

ア)複製の主体等について「この複製の実現における重要な行為をした者は誰かという見地から検討するのが相当であり、重要な行為及びその主体については、個々の事案において、複製の対象、方法、複製物への関与の内容、程度等の諸要素を考慮して判断するのが相当である(最高裁平成21年(受)第788号同23年1月20日第一小法廷判決・民集65巻1号399頁参照)」という、いわゆるロクラクⅡ事件最高裁判決を引用したうえで、誰が複製の主体であるかについて以下のように判断した。

すなわち、複製の一連の経過である、「①利用者が法人被告らに書籍の電子ファイル化を申し込む、②利用者は、法人被告らに書籍を送付する、③法人被告らは、書籍をスキャンしやすいように裁断する、④法人被告らは、裁断した書籍を法人被告らが管理するスキナーで読み込み電子ファイル化する、⑤完成した電子ファイルを利用者がインターネットにより電子ファイルのままダウンロードするか又はDVD等の媒体に記録されたものとして受領する」という流れにおいて、「複製の対象となる書籍を法人被告らに送付するのは利用者であるが、その後の書籍の電子ファイル化という作業に関与しているのは専ら法人被告らであり、利用者は同作業には全く関与していない。」「本件における複製は、書籍を電子ファイル化するという点に特色があり、電子ファイル化の作業が複製における重要な行為というべきであるところ、その重要な行為をしているのは、法人被告らであって、利用者ではない。」として、「法人被告らを複製の主体と認めるのが相当である」と判断した。

イ)利用者が複製の主体であり法人被告らは補助者にすぎない、との主張については、本件電子ファイル化作業に関し、「一般の書籍購読者が自ら、作業に必要な設備を準備し、具体的な作業をすることは、設備の費用負担や労力・技術の面において困難を伴う」とした上で、「抽象的には利用者が因果の流れを支配してい

るようにみえるとしても、有形的再製の中核をなす電子ファイル化の作業は法人被告らの管理下にあるとみられるのであって、複製における重要な行為を法人被告らが行っているとみるのが相当である。」とした。

また、法人被告らが補助者というためには、「具体的事情の下において、手足とされるものの行為が複製のための重要な行為であって、その重要な行為が利用者の管理下にあるとみられることが必要である。」「法人被告らは利用者の手足として利用者の管理下で複製しているとみることができないのであるから、利用者が法人被告らを手足として自ら複製を行ったものと評価することはできない。」と示した。

(2) 法人被告らのスキニングが私的使用のための複製の補助として適法といえるか(争点1-2)

この点については、著作権法30条1項の適用は、利用者が複製の主体として被告とされる時の利用者側の抗弁であるところ、本件において複製の主体は法人被告らであるからそもそも前提を欠いている、として特段の検討なく否定された。

## ◆第二事件

### 1. 事案の概要

(1) 第一事件とほぼ同様である。すなわち、第三者(個人又は法人)から注文を受けて書籍をスキナーで読み取り、電子ファイル化する事業を行う行為につき、原告らの著作権(複製権)を侵害するおそれがあるとして、原告らが被告会社らに差止めを求めると共に、被告代表者らと各代表する被告会社らに対し、連帯して弁護士費用相当額の損害賠償及び遅延損害金の支払いを求めた事案である。

原告らは第一事件の原告らと同一の、小説家、漫画家及び漫画原作者7名で、被告会社らは、第一事件とは異なる会社4社(株)ユープランニング、(株)タイムズ、(株)ビー・トゥー・システムズ、(有)ジャカレ・アセット・マネジメント)と各代表者である。なお第一事件では各被告に代理人がついていたが、第二事件ではいずれの被告も代理人なしの本人訴訟となっており、(株)ユープランニング及び代表者は公示送達による呼び出しを受けたが口頭弁論期日に出頭せず、(有)ジャカレ及び代表者は第2回目以降の口頭弁論期日から出頭しなかった。

## (2) 争点

争点は複数あるが、主たる争点は、本件事業への著作権法 30 条 1 項適用の可否 (争点 2) である。そのほか、被告ビー・トゥー・システムズは、本件サービスは書籍の「加工」であって「複製」ではない、と主張している (本件事業による複製行為の有無/争点 1)。

## 2. 判旨

### (1) 本件事業への著作権法 30 条 1 項適用の可否 (争点 2)

被告タイムズ及び被告ビー・トゥー・システムズは、複製の主体はあくまで利用者であって、被告らは利用者の個人的使用を目的とした複製の代行あるいは手足として複製するにすぎないから、本件事業は利用者が行う私的複製として適法である旨の主張をした。

これに対し裁判所は、まず、複製の主体が誰であるかにつき、第一事件でも引用されたロクラクⅡ最高裁判決を引用し、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り、その複製の実現に当たり「枢要な行為」をしている者が複製の主体であるといえることができる。」とした。その上で、本件複製行為における一連の作業 (①利用者においてインターネットウェブサイトから書籍の電子化を申込み②直接被告会社らの指定する場所にこれを郵送するか、あるいは、書籍の販売業者等から直接被告会社らの指定する場所に郵送等し③これを受領した被告会社らにおいて、書籍を裁断するなどしてスキャナーで読み取り、書籍の電子ファイルを作成して④完成した電子ファイルを利用者がインターネットを通じてダウンロードするか、電子ファイルを格納した DVD ないし USB 等の送付を受ける) をみると、「書籍を受領した後に始まる書籍のスキャナーでの読み込み及び電子ファイルの作成という複製に関連する行為は、被告会社の支配下において全ての作業が行われ、その過程に利用者らが物理的に関与することは全くない。」そうすると「本件事業において、書籍をスキャナーで読み取って電子化されたファイルを作成するという複製の実現に当たり枢要な行為を行っているのは被告会社らである」として、複製行為の主体は被告会社らであり、利用者ではない、と判断した。

つぎに、本件事案に著作権法 30 条 1 項が適用され

るか否かについては、「同条項にいう「その使用する者が複製する」というためには、使用者自身により複製行為がされるか、あるいは使用者の手足とみなしうる者によりこれがされる必要があるというべきところ、既に検討したとおり、被告タイムズ及び被告ビー・トゥー・システムズは、本件事業における複製の主体であって、使用者自身でも、使用者の手足とみなしうる者でもないのであるから、本件においては、著作権法 30 条 1 項にいう「その使用する者が複製する」の要件を満たすとはいえず、したがって、同条が適用されるものではない」として、著作権法 30 条 1 項の適用を否定した。

### (2) 本件事業による複製行為の有無 (争点 1) について

被告ビー・トゥー・システムズが、同社が行っているのは書籍の加工であり複製には該当しない、と主張したのに対し、裁判所は、著作権法 2 条 1 項 15 号における複製の定義 (「印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に再製すること」) にもとづき、「本件事業においては、書籍をスキャナーで読み取り、電子化されたファイルが作成されているものであるから、書籍についての有形的再製が行われていることが明らか」として、複製行為が行われていると認定した。1 冊の本から一つの電子データが作成されているだけであるといった点についても、「本件事業においては書籍を有形的に再製した物である電子ファイルが作成されており、これにより複製行為が行われていることは明らかであって、その複製の元となる書籍の原本自体の複製後の帰趨や、複製物である電子ファイルがその後販売されているか否かは複製権侵害の成否に影響しないというべき」として、複製行為であることに変わりはない、との判断を示した。

## ◆解説

(1) 「自炊」及びそれに関連するビジネスについて  
「自炊」とは、自己の所有する書籍を、スキャナー等を使って電子データ化する行為をいう俗語である。通常は、書籍の背表紙を裁断又は加熱により分解したものを、スキャナーで読み込み・電子データ化する。スマートフォンやタブレット端末機器等に何冊分でも保存して携行できるため、重い書籍を持ち歩く必要もなく、かつ、いつでも読みたいときに読むことができる。

我が国における電子書籍の普及率が現状いまひとつであることと、近年のスキャナー等の機器類の高性能化・低価格化等もあいまって、自炊行為は一般化しつつある。

しかし、自炊を行うには、スキャナー等の機器を用意する必要があり、紙質・枚数によっては仕上げにコツがいるなど、ある程度の費用・労力・技術（コツ）と時間を要する。そこで、書籍の所有者に代わって書籍をスキャンし電子データ化する事業者（いわゆる「自炊代行業者」）が登場した。このスキャン代行業者は平成22年以後急速に増加し、1年数か月で約100社に至ったとのことである（講談社ウェブサイト、2013.10.30付プレスリリースより）。なお、自炊を手助けするサービスとしては、このほかにも、店舗にスキャナ等の機器が用意されており、利用者はそのスキャナ等を使用して自前の書籍を持ち込み自炊するものや、スキャナと裁断済み書籍も用意されており、手ぶらで立ち寄った利用者が裁断済み書籍から選んで自炊するものがある。

事業者が個人のためにスキャン作業を完全に代行するサービスが著作権侵害にあたるか否かについては議論があるが（論点を整理し検討したものとして、平成23年度著作権委員会第4部会「書籍の自炊代行に関する著作権問題」パテント2012、70頁～参照）、出版社や作家は、著作権侵害行為に該当するという立場から、これを差し止めるための動きを数年前から開始している。2011年9月には、出版社及び作家等122人の連名で自炊代行業者約100社に質問書を送付、その反応から悪質と思われた2社に対し、本判決と同じ7名の作家等が原告となって2011年12月に東京地裁に訴訟提起、スキャン行為の差し止めを求めた。これについては被告2社のうち1社が請求認諾、他の1社はサービス終了、会社解散のため、訴えは取り下げられ、判決により裁判所の判断が示されることはなかった（経緯については、前掲の講談社プレスリリース参照）。

したがって、本件判決は、この種のスキャン代行サービスに関して裁判所が初めて判断を示したもの、ということになる。

## （2）複製行為の主体性について

複製行為の主体が個人利用者であって、それが「限られた範囲内で使用する目的で」「自ら複製する場合」には、著作権法30条1項の規定により著作権の効力

が制限されるため、複製行為の主体が誰であるかについては、当該制限規定の適用との関係で論じられることが多い。

いわゆる「カラオケ法理」は、物理的には直接的な侵害行為を行っていないカラオケスナック経営者につき、「管理（支配）性」と「営業上の利益」という2点を基準にして当該経営者を著作権侵害者と認めた（クラブ・キャッツアイ事件判決／最判昭63.3.15）もので、物理的には侵害行為に関わっていなくても規範的に侵害行為の主体として捉えられずとして、その後の判決でもしばしば主体性の判断基準に用いられてきた。

また近年では、テレビチューナー内蔵の親機と端末の子機を設置し、個人ユーザーが子機から指示をすれば親機にテレビ番組が録画され子機にインターネットを介して送信される、というサービスについて、サービス提供者の侵害主体性を認めた「ロクラクⅡ事件」（最判平23.1.20）がある。これは、事実上の録画作業についてはサービス提供者も関与している（と評価された）ケースであり、本件判決においてもロクラクⅡ事件判決の内容をふまえた形の判断となっている。

しかしながら、ロクラクⅡ事件と本件事案とは、複製対象が放送番組か書籍かという点で異なっており、複製対象物も、サービス提供者の関与によりユーザーが取得するものか、それともユーザー独自で事前に用意しているものかで異なっている。さらには、複製に用いられる機器も、設定に専門的知識を有するような録画転送システムを用いたものか、誰でも店頭で購入して自分で設定し使用開始できるようなスキャナー等の機器を用いたものか等々、ビジネスモデルの内容について種々の具体的相違がみられる。

## （3）第一事件判決について

本件判決では、ロクラクⅡ事件での判断基準を引用して、複製の実現における「枢要な行為」をした者は誰か、という観点から複製の主体を判断すべき、とした。その上で、本件スキャン代行サービスの場合「書籍を電子ファイル化するという点に特色がある」から、「電子ファイル化の作業が複製における枢要な行為」と認めている。

「枢要な行為」という言葉自体が抽象的で、何が「枢要」であるかは各事案における個別具体的な事情により様々に異なる筈だが、本件判決では単に、電子ファイル化サービスにおいて物理的に電子ファイル化作業

を行っていることをもって、これを「枢要な行為」とし、複製の一連の過程における、各作業や使用機器の有する意義・位置づけや、社会的・経済的意義についての詳細な検討は示されていない（ロクラクⅡ事件判決では、金築裁判官補足意見により、「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」としたうえで、複製機器の社会的、経済的意義もふまえた判断が補足されている）。そのため本件スキャン代行サービスの場合の「枢要な行為」の認定基準というものは、結局、抽象的で曖昧なままである（この点に関する批判を述べたものとして、池村聡「自炊代行事件（東京地判平成 25.9.30, 同平成 25.10.30）における複製主体の判断について」NBL, No1015(2013.12.15)4 頁～参照）。

また、判決では、利用者の管理・支配性（いわゆる「カラオケ法理」でもこの点が一つの判断要素となっている）を否定する理由として、電子ファイル化作業に要する設備の費用負担や労力・技術の面における困難性を挙げている。つまり、「いくら利用者が指示しても法人被告らが行わなければ結局は行うことができないような困難な作業」を法人被告らが行っているのだから、電子ファイル化作業はあくまでも利用者ではなく法人被告らの管理下にある、との判断である。しかし、スキャナー等の機器は今や誰でも購入し簡単に操作できる時代、ロクラクⅡ事件における専門的知識・技術や相当程度の費用を要する録画サービスと同様に「困難」とすることには疑問が残る。

さらに、争点 1-2 の、著作権法 30 条 1 項の適用について、裁判所は、複製の主体が法人被告らである以上、私的使用による複製を論じるまでもないとして、何らの検討もなく否定している。しかし、複製行為の主体が誰であるかは、その背後に著作権法 30 条 1 項の適用という問題が控えているからこそ争われているのであるから、同規定の趣旨も検討した上での判断があれば、より納得できるものとなったのではないか。すなわち、著作権制限規定についてはベルヌ条約 9 条 2 において「著作物の通常の利用を妨げず、かつ、その著作物の正当な利益を不当に害しないこと」を条件として各国に認められており、また、著作権法 30 条 1 項による権利制限の根拠のひとつとして、「私的領域内で行われる複製は全体的にみても微々たるもので権利者に与える影響は少ない」ことが挙げられる（中山信弘「著作権法」有斐閣、244 頁）が、複製業者に依頼して

複製させることは、私的領域の範囲を超え、大量になされることで著作権者への経済的打撃が増大する可能性もあると考えると、スキャン代行業者という外部者は、利用者とは別に行为主体性を認めて侵害に問い得るのではないか。実際、前掲「著作権法」（中山信弘）では「30 条は、私的使用をする者が複製をする場合に限られ、私的使用をする者のために複製をする場合（例えば私的使用目的の複製の代行業）は含まれない」「30 条の趣旨は…（中略）…私的領域における複製を権利の範囲外とすることにより、そうであるならばコピー業者等の外部者の介入を排除すれば足りると考えられる」として、複製の代行業は利用者本人と同一視できる補助者にはあたらないことが明確に述べられている。また、加戸守行「著作権法逐条講義」（著作権情報センター）でも、「その使用する者が複製することができる」の意味について、「家庭のような閉鎖的な私的領域における零細な複製を許容するものであって、外部の者を介入させる複製を認めないという趣旨によるものであります。」とし、「使用する者」について「法律上の複製主体を指しておりますので、使用者自身による複製が原則でありますけれども、使用者の手足として、その支配下にある者に具体的複製行為を行わせることは許されます。例えば、会社の社長が秘書にコピーをとってもらおうというのは、社長がコピーをとっているという法律上の評価をするわけであります。ただし、コピー業者に複製を委託するということになり、その複製の主体はコピー業者であって、本条にいうコピーを使用する者が複製することにはなりません。」として、コピー業者による複製が 30 条の適用範囲外であることを示している。またその他の文献でも同様の見解が示されている（例えば、島並良、上野達弘、横山久芳「著作権法入門」有斐閣、161 頁）ことからすれば、スキャン代行業者についても利用者本人の補助者にすぎないとはいえない、とするのが自然と思われる。あえて複製の主体について「枢要な行為」を持ち出してまで抽象的な議論をするのは、単に問題をより複雑で理解しにくいものとするだけではなからうか。

このように、本件判決は、侵害か否かの結論は別にして、その理由において、行為主体性を認定する上での前提として掲げた「枢要な行為」が、それ自体抽象的である上に、実際の判断も、ロクラクⅡ事件に指摘されたような「単に物理的、自然的に観察するだけで

なく、社会的、経済的側面も含め総合的に観察したものはいい難い。このような漠然とした「枢要な行為」を基準に、今後発生しうる同様のあるいは類似のサービスにおいて侵害主体性の判断がなされるとすれば、事業者及び著作物を利用せんとする個人の予見可能性を欠くこととなり、自由な文化活動に不要な制約を招きかねない（なおカラオケ法理のような侵害主体の規範的な捉え方による拡張解釈について、権利制限規定の迂回にもなりかねないため立法により明確にすべきとした見解もある。前掲「著作権法」（中山信弘）480～481頁参照）。控訴審においてより具体的かつ説得力のある判断基準が示されることが望まれる。

#### （４）第二事件判決について

判旨は第一事件とほとんど変わるところはない。敢えて言うならば、複製の主体について、著作権法第30条第1項の適用との関係を考慮して判断した形となっている点が、第一事件と若干異なるが、実質的な違いはない。「枢要な行為」についても、単に、実際のスキャン・電子化作業を行っていたのが被告会社であったという、物理的関与をとらえて認定しており、社会的・経済的側面も含めた総合的な判断にあたるような指摘は見られない。被告側は代理人なしの本人訴訟で、口頭弁論期日に出頭しない者もあった状況で下された判決のため、別の事業者が被告になった場合にも被告の対応次第では異なる判断となることも考えられなくはない。しかし本件も控訴されているとのことなので、控訴審での判決に注目すべきである。

なお、被告は争点1として、本件サービスが書籍の「加工」であり「複製」ではない、という主張をしており、若干興味深いが、著作権法2条1項15号の定義「印刷…その他の方法により」「有形的に複製」することとは、「具体的に存在する物の中に著作物等を取録する行為」であって、録音、録画や、プログラム・データなどを磁気テープ・ディスク、ROMなどに記憶させることも複製に該当する（前掲、「著作権法講義」加戸守行）、との考え方からすれば、一冊の本から一つのデータしか作成されていないかどうかにかかわらず、「複製」を否定することは不可能と思われる。

#### （５）その他

本件判決自体はその理由において説得力に欠けるところがあるものの、この種のスキャン代行サービスが

私的複製の補助として著作権侵害にあたらないとすることについては、著作権法30条1項の趣旨から困難であると考えられる（ただし、「この種の自炊代行は30条1項の枠内にあるというべき」との見解について、田村善之「自炊代行業者と著作権侵害の成否」WestlawJAPAN判例コラム第19号（<http://www.westlawjapan.com/column-law/2014/140106/>）参照）。

しかし一方で、「私的領域内で行われる複製は全体的にみても微々たるもので権利者に与える影響は少ない」から著作権侵害とならない、のであれば、業者によるスキャン代行サービスであっても、量的に微々たるもので権利者に与える影響が少ないようなサービス形態をとるならば、私的複製として許容される余地もあるのではないか。例えばスキャン代行サービスの形態として、「個人の依頼のみ受け付ける」「原本のみを対象とし、裁断本からのスキャンは行わない」「スキャン後の裁断本は必ず廃棄する」「スキャン後の電子化データは必ず複製防止処置を施して納品する」、等の一定のルールを整備し、これを遵守する者のみ著作権の対象外とすれば、出版社の電子書籍事業に与える影響も限定的なものとなりうる。実際、法解釈とは別であるが、この種の業界において、例えば著作権者団体から構成される「Myブック変換協議会」（正式名称：蔵書電子化事業連絡協議会）等により、スキャン代行サービスの適正な利用を目指した一定のルール作りも図られているとのことである。

書籍の電子化が未だ普及していない我が国において、スキャナーによる電子化というサービスは、利用者側からすれば、分厚い書籍も手軽に読めるだけでなく、古い絶版本も劣化させずに保存できる等、書籍の個人的活用を助ける有意義なサービスである。また電子化という手段があるからこそ、分厚い書籍でも購入してみようという動機付けにもなりうるのだから、出版社・作家等にとっても有益な側面はある。そうすると法律によってこの種のスキャン代行サービスを一律に否定し、或いは著作権法30条1項の法解釈という議論による不安定な状況を長引かせるよりも、判決や立法により明確な基準を示すなどした上で、何らかの形でこの種のビジネスが適法・有効に活用される途を開くことが、むしろ文化の発展のためにも役立つのではなからうか。

以上

（原稿受領 2014. 5. 29）