

平成 22 年著作権関係裁判例紹介

弁護士 高瀬 亜富*



第 1 はじめに

本稿では、平成 22 年 1 月 1 日から同年 12 月 31 日までの間に言い渡された著作権関係裁判例の概況を紹介した後、特に注目すべき 2 件の裁判例について、従前の裁判例との関係・位置づけなどを検討する。

第 2 平成 22 年著作権関係裁判例概況

1 創作的表現の再生の有無（複製権・翻案権侵害の成否）が争われた事例

(1) 概説

著作権法の保護の対象は創作的表現たる著作物である（著作権法 2 条 1 項 1 号）。したがって、原著作物の創作的表現が再生されている限り、これに付加された部分があろうとなかろうと、著作権侵害が成立することには変わりはない。この意味で、侵害の成否を判断する場面においては、複製か翻案かを区別する実益は乏しい⁽¹⁾。

以下、創作的表現の再生の有無が争われた裁判例を紹介する。

(2) 東京地判平成 22.1.29 (平成 20(ワ)1586) [破天荒力第一審]

ア 事案の概要

ノンフィクション書籍中の記述について、複製権侵害の成否が問題となった事案である。原告は、被告書籍における 15 か所の記述が原告書籍の複製であると主張。東京地裁は、下記の記述についてのみ、下記イのとおり判示して複製権侵害を肯定した。

| 原告記述 | 被告記述 |
|--|--------------------------------|
| 正造が結婚したのは、最初から孝子というより富士屋ホテルだったのかもしれない。 | 彼は、富士屋ホテルと結婚したようなものだったのかもしれない。 |

イ 判旨

(ア) 原告書籍における創作的表現

「原告書籍記述部分は、…婿であった正造が孝子と離婚後も富士屋ホテルにとどまり、生涯再婚することなく、富士屋ホテルの経営に精力を注いだ事実について、『富士屋ホテル』を正造の結婚相手に喩えて、『結婚した』のは『富士屋ホテルだったのかもしれない』と表現した点において、筆者の個性が現れており、創作性が認められる。」

(イ) 被告書籍における創作的表現の再生

「被告書籍記述部分は、…婿であった正造が孝子と離婚後も富士屋ホテルにとどまり、生涯再婚することなく、富士屋ホテルの経営に精力を注いだ事実について、『富士屋ホテル』を正造の結婚相手に喩えて、正造が『富士屋ホテルと結婚したようなものだったのかもしれない』と表現したものであり、原告書籍記述部分…と実質的に同一の表現であるといえる。」

(3) 知財高判平成 22.7.14 (平成 22(ネ)10017, 10023) [破天荒力控訴審]

ア 事案の概要

上記(2)の控訴審である。知財高裁は、下記イのように判示し、原審が侵害と認めた上記記述についても、複製権侵害を否定した。

イ 判旨

(ア) 原告記述及び被告記述の共通点

「被控訴人書籍記述部分(対比文章。…略)と控訴人書籍記述部分の前段(本件文章。…略)とは、いずれも、正造と富士屋ホテルとの関係を、『(富士屋ホテル)と結婚したようなもの』『だったのかもしれない』との用語で記述している点が共通する。」

* 豊友法律事務所

(イ) 上記共通点の「創作的表現」該当性

『(特定の事業又は仕事)と結婚したようなもの』との用語は、特に配偶者との家庭生活を十分に顧みることなく特定の事業又は仕事に精力を注ぐさまを比喩的に表すものとして広く用いられている、ごくありふれたものといわなければならない。しかも、『だったのかもしれない』との用語も、特定の事実に関する自己の思想を婉曲に開陳する際に広く用いられている、ごくありふれた用語である。

…対比文章と本件文章との前記共通点は、結局、正造と富士屋ホテルとの関係という事実に関して共有されるであろうごく自然な感想という思想であるというべきである。また、対比文章及び本件文章は、これが表現であるとしても、上記のような思想をいずれもごくありふれた用語で記述したものであるから創作性が認められない。

(4) 知財高判平成 22.6.29 (平成 22(ネ)10008) [弁護士のかず控訴審]

ア 事案の概要

(ア) ノンフィクション小説を参考に執筆された漫画について、翻案権侵害の成否が争われた事案である。本件で翻案権侵害が争われた記述の一例は下記のとおり。

| | |
|------|---|
| 原告書籍 | 「男は林田則男といい、・・・100 億円近い資産を食い潰されそうなので、・・・取り戻したいという依頼であった。」 「私は、軽い気持ちで、同業としてそんな面汚しはとことん懲らしめてやらねばならないと思うと同時に、この依頼を首尾よく解決すれば、わが貧乏弁護士事務所にもそれなりの潤いをもたらされるかもしれないとの期待も抱いた。」 |
| 被告書籍 | ※漫画に登場するキャラクターのセリフ 「これはいい仕事だ♡ 数億円を損害賠償させれば報酬が…」 「それより顧問弁護士が数億円も横領した事件を解決すれば、ニュースになるぞきっと。」 |

(イ) 原審東京地判平成 21.12.24 平成 20(ワ)5534 [弁護士のかず第一審] は、原告書籍と被告書籍とは、表現それ自体ではない部分あるいは表現上の創作性のない部分での同一性があるにすぎないとして、翻案権侵害を否定した。これに対し、原告が控訴。

イ 判旨

「原告書籍各部分は、表現においてありふれたものであって創作性がないか、創作性があったとしても表現上の特徴はないこと、そして、被告書籍各部分と原告書籍各部分とは、取り上げられたエピソードやアイデアにおいて共通する部分があるものの、原告書籍各部分の表現上の本質的な特徴を直接感得するものとはいえないから、被告書籍各部分は、原告書籍各部分を翻案したものとはいえない」。

(5) 東京地判平成 22.7.8 平成 21(ワ)23051 [入門 歯科東洋医学]

ア 事案の概要

書籍表紙デザインに関する翻案権侵害の成否が問題となった事案である。原告図版及び被告図版については、下記の原告ホームページに掲載されている。

〈原告ホームページ〉

<http://www.nankodo.co.jp/wasyo/html/nyumon.html>

イ 判旨

「被告図版は、原告図版に依拠して作成され、かつ、原告図版の表現上の本質的な特徴といえる図形等の選択ないし配置の同一性を維持しながら、具体的な図形の形等の表記に変更を加えて、新たに被告図版の制作者の思想又は感情を創作的に表現したものであり、これに接する者が原告図版の表現上の本質的な特徴を直接感得することができるもの、すなわち、原告図版を翻案したものであると認められる。」

2 職務著作の成否が争われた事例

(1) 概説

下記(2)及び(3)は、大学における研究成果物たる「報告書」についての職務著作の成否が問題となった事案である。両判決は、①法人その他使用者(法人等)の発意に基づくこと、②法人等の業務に従事する者が職務上作成したものであること、③法人等が自己の著作の名義の下に公表するものであること、④作成の時における契約、勤務規則その他に別段の定めがないこと、という著作権法 15 条 1 項の各要件の充足性について詳細に検討しており、実務の参考になる⁽²⁾。以下、(2)に関しては上記④に関する判示部分の一部を、(3)に関しては上記①に関する判示部分の一部を其々紹介する。

(2) 東京地判平成 22.2.18 (平成 20(ワ)7142) [北見市環境調査報告書第一審]

ア 事案の概要

(ア) 大学法人と地方自治体との共同研究の成果たる「報告書」について、大学側研究代表者であった准教授(原告)と大学法人(被告)との間で職務著作が成立するかが問題となった事案である。

(イ) 被告大学法人の職務発明規程には、プログラムの著作物及びデータベースの著作物については、①被告がその権利の全部又は一部を承継する、②特別の事情がある場合にはその権利を職員等に帰属させることができる旨の定めがあるが(2条, 6条), その余の著作物に関する定めはない。

(ウ) 原告は、プログラム著作物及びデータベース著作物についての権利承継のみ規定する上記職務発明規程は、プログラム著作物及びデータベース著作物以外の一般の著作物については研究者にその著作権が帰属することを前提としたものであり、上記④の「別段の定め」にあたりと主張し、職務著作の成立を争った。

イ 判旨

「同規程は…、著作権法 15 条によれば、権利の承継を経るまでもなく、被告が著作者として著作権を有することになるものについて、プログラムの著作物やデータベースの著作物の性質に鑑みて、これら著作物については、特に、特許法等の規定する『発明』(特許法 35 条においては、職務発明について特許を受ける権利若しくは特許権は原始的に従業者に帰属する。)に含め、職員等が著作者となり、被告は職員等から著作権の承継を受けるものとしたものであると解される。したがって、同規程は、プログラムの著作物やデータベースの著作物については、上記『別段の定め』に当たると言い得ても、これら以外の著作物については、何ら規定していないと言わざるを得ない。」などと判示し、上記要件④の充足性を肯定したうえ、職務著作の成立を肯定した。

(3) 知財高判平成 22.8.4 (平成 22(ネ)10029) [北見市環境調査報告書控訴審]

ア 事案の概要

上記(2)の控訴審である。控訴人(原告)は、学問の自由が保障されるべき大学研究者の創作に係る著作物については、職務著作の適用は慎重である

べきであり、上記①の「使用者の発意」についても、慎重かつ厳格な検討が必要とされるべきである、などと主張して職務著作の成立を争った。

イ 判旨

「大学における通常の研究活動に学問の自由が保障されることはいうまでもないところ、『大学…における技術に関する研究成果の民間事業者への移転の促進を図るための措置を講ずることにより、新たな事業分野の開拓及び産業の技術の向上並びに大学…における研究活動の活性化を図り、もって我が国産業構造の転換の円滑化、国民経済の健全な発展及び学術の進展に寄与すること』を目的とする大学等における技術に関する研究成果の民間事業者への移転の促進に関する法律 1 条の趣旨に照らしても、本件のように、大学が外部の団体と締結した契約に基づく研究活動についてまで、学問の自由の保障をもって職務著作の規定の適用が制約されることにはならないというべきである。」などと判示し、上記要件①の充足性を肯定したうえ、職務著作の成立を肯定した。

3 「引用」の成否が争われた事案

(1) 概説

ア 従前、著作権法 32 条 1 項の「引用」の成否は、最判昭和 55.3.28 民集 34 卷 3 号 244 頁 [パロディ第一次上告審] が示した 2 要件、すなわち、①引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される著作物とを明瞭に区別して認識することができること(明瞭区別性)、②右両著作物の間に、前者が主、後者が従の関係があると認められること(附従性)という 2 要件に従い判断されるのが一般的であった。しかしながら、近時の裁判例には、同最判が示した 2 要件ではなく、著作権法 32 条 1 項の文言に従い同項適用の可否を判断するものも見られる。

イ また、著作権法 32 条 1 項をめぐっては、同項の適用に当たり、引用する側の著作物性が要件とされるべきかという点についても争いがある。

ウ 下記(2)の裁判例は、上記最判 [パロディ第一次上告審] の 2 要件に従い「引用」の成否を判断するものである。また、同項の適用のためには引用する側の著作物性が要件となる旨判示している。他方、知財高判平成 22.10.13 平成 22(ネ)10052 [美術鑑定書控訴審] は、「引用」の成否は著作権法 32 条

1 項の文言に即して検討するべきであり、また、引用する側の著作物性は要件とならない旨判示している。同判決は、著作権法 32 条 1 項の柔軟な適用を図った極めて注目される裁判例であり、第 3 で詳細に検討する。

(2) 東京地判平成 22.5.28 (平成 22(ワ)12854) [がん闘病マニュアル]

ア 事案の概要

ホームページ上における雑誌記事の無断転載につき、引用の成否が争われた事案。転載の態様は、被告において冒頭に若干の導入文が挿入された後、数頁にわたって原告の記事が掲載されるというものであった。

イ 判旨

『引用』とは、報道、批評、研究等の目的で自己の著作物中に他人の著作物の全部又は一部を採録するものであって、引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物を明瞭に区別して認識することができ、かつ、両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があるものをいうと解するのが相当である（最判昭和 55.3.28 民集 34 卷 3 号 244 頁。）」

「そして、同項の立法趣旨は、新しい著作物を創作する上で、既存の著作物の表現を引用して利用しなければならない場合があることから、所定の要件を具備する引用行為に著作権の効力が及ばないものとするにありと解されるから、利用する側に著作物性、創作性が認められない場合は『引用』に該当せず、同項の適用はないというべきである。」

などと判示した上、本件においては引用する側の被告の記述に著作物性が認められず、仮にこれが認められるとしても、引用する側の著作物が主、引用される側の著作物が従という関係が認められないとして、著作権法 32 条 1 項の適用を否定した。

4 著作権侵害についての「過失」の有無が争われた事案

(1) 概説

登録を権利発生の要件としない著作権法には、特許法 103 条のような過失の推定規定がない。そのため、著作権侵害に関する「過失」の有無については、個々の事案に即して判断されることになる⁽³⁾。もっとも、裁判例において、著作権侵害が肯定されつつ、行為者の過失が否定されることは稀である。

以下、過失肯定例と過失否定例を 1 件ずつ紹介する。

(2) 東京地判平成 22.2.10 平成 16(ワ)18443 [韓国楽曲カラオケ]

ア 事案の概要

(ア) 本件は、著作権等管理事業者であり、韓国の楽曲について著作権の信託譲渡を受けた原告株式会社アジア著作権協会が、いわゆる通信カラオケ事業者である被告に対し、著作権侵害に基づく損害賠償を求めた事案である。

(イ) 被告は、少なくとも原告から原告管理にかかる楽曲のリストの交付を受けるまでの期間は、「どの楽曲について著作権の管理権限を関係者に確認すればいいのか対応できなかった」などとして著作権侵害に関する過失を争った。

イ 判旨

(ア) 注意義務の基準

「被告…のような業務用通信カラオケ事業者であれば、他人の著作物を利用する際には、その著作権を侵害することのないよう、当該著作権の帰属を調査し、事前に著作権者から複製又は公衆送信の許諾を得るべく万全の注意を尽くす義務がある。」

(イ) 本件の経緯

「本件においては、平成 13 年 10 月 1 日の著作権等管理事業法の施行後は、JASRAC 以外の著作権等管理事業者が存在する可能性があり…、現に、平成 14 年 6 月 28 日に原告が著作権等管理事業者として登録し、同年 8 月以降、被告の加入する AMEI を訪問する等して、断続的ながら交渉していたものであり、また、請求対象期間である平成 14 年 6 月 28 日から平成 16 年 7 月末日までの間は、韓国の唯一の著作権管理事業者の KOMCA と JASRAC との間の相互管理契約の締結による著作権の管理も行われておらず、そのことは周知の事実であった。」

(ウ) 結論

「被告においては、利用しようとする楽曲に関し、事前に著作権の所在等について調査検討し、著作権者から許諾を得る等して、著作権侵害の結果を防止すべき注意義務があった」がこれを怠ったとして、被告の過失を肯定した。

(3) 知財高判平成 22.6.17 平成 21(ネ)10050 [「暁の脱走」格安 DVD 控訴審]

ア 事案の概要

(ア) 本件は、映画著作物の著作権を有する原告が、著作権の存続期間が満了しているものと誤信して原告が著作権を有する映画の DVD を販売していた被告（映画、テレビ・ラジオ番組、ビデオ等の企画、製作及び販売等を業とする株式会社）に対し、著作権侵害に基づく損害賠償などを求めた事案である。

(イ) 被告は、原告の請求にかかる映画が旧著作権法下で作成されたものであったため、「旧著作権法において、映画の著作物の著作者はだれかという問題については、法律専門家ですら意見が分かれているのであるから、その中で、被告にとって理論的に首肯でき、妥当な解決と考えられる説に依拠して社会活動上の判断をするのは当然である」として過失を争った。

(ウ) 原審東京地判平成 21.6.17 平成 20(ワ)11220 [「暁の脱走」格安 DVD 第一審] は、被告の過失を認め、原告の請求を一部認容した。これに対し、被告が控訴。

イ 判旨

(ア) 注意義務の基準

「原判決は、このような事業を行う者としては、自らが取り扱う映画の著作物の著作権の存続期間が満了したものであるか否かについて、十分調査する義務を負っているものと解すべきであると判示するが、一般論としてそのような調査義務を負っていることは認められるが、そうであるからといって、そのような業者が高度の注意義務や特別の注意義務を負っているということとはできない。」

(イ) 本件の特殊性

「旧著作権法における映画の著作物の著作者については、原則として自然人が著作者になるのか、例外なく自然人しか著作者になり得ないのか、映画を制作した法人が著作者になり得るのか、どのような要件があれば法人も著作者になり得るのかをめぐっては、旧著作権法時代のみならず、現在でも学説が分かれており、これについて適切な判例や指導的な裁判例もない状況であることは、…当裁判所に顕著である。」

…そして、本件各監督は、…自然人として著作者の 1 人であったといえるか否かの点は判断の分かれるところである。」

(ウ) 結論

「本件において、何人が著作者であるか、それによって存続期間の満了時期が異なることを考えれば、結果的に著作者の判定を異にし、存続期間の満了時期に差異が生じたとしても、被告の過失を肯定し、損害賠償責任を問うべきではない。」

5 著作者人格権侵害に基づく謝罪広告請求の可否が争われた事案

(1) 概説

著作者人格権が侵害された場合、著作者は、侵害者に対し、その名誉・声望を回復するために適当な措置を請求することができる（著作権法 115 条）。同条に基づく「適当な措置」として請求されるものの多くは、いわゆる謝罪広告である。もっとも、最判昭和 61.5.30 民集 40 卷 4 号 725 頁 [パロディ第二次上告審] が、同条⁽⁴⁾に基づく請求が認容されるためには名誉感情の毀損があったのみでは足りず、著作者の社会的名誉声望が低下したことが必要であると判示して以降、同条に基づく謝罪広告請求が認容されることは稀である。

下記(2)は、著作権法 115 条に基づく謝罪広告請求について、「事実経緯を周知するための告知」の限度で認容した裁判例である。法 115 条に基づく請求を（一部ではあるが）認容した数少ない裁判例の一つといえる。

(2) 知財高判平成 22.3.25 平成 22(ネ)10047 [駒込大観音控訴審]

ア 事案の概要

(ア) 本件は、観音像（下記 B 参照）製作者（R）の遺族が、被告寺院による同観音像仏頭部の取り替えが著作権法 60 条の「著作者人格権の侵害となるべき行為」に該当するなどとし、被告寺院に対し、著作権法 116 条 1 項、同 115 条に基づき、①仏頭部の原状回復及び②謝罪広告を求めるとともに、③法 116 条 1 項、同 112 条 1 項に基づき、原状回復までの間の一般公衆への同観音像の公開差止めなどを求めた事案である。

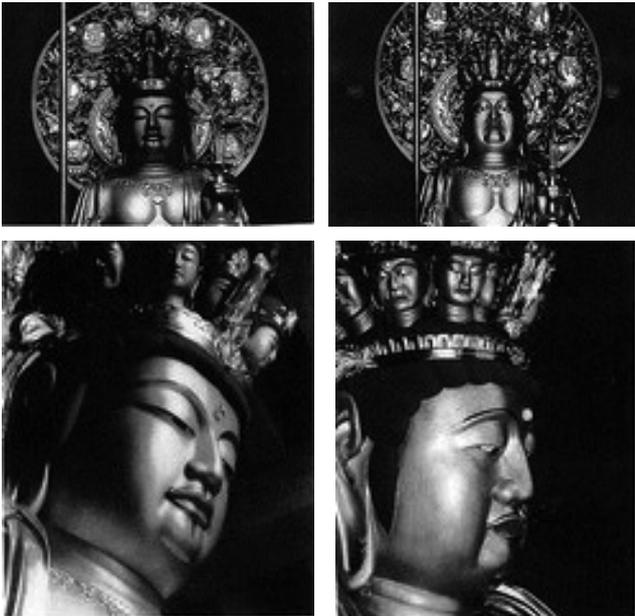
(イ) 原審東京地判平成 21.5.28 平成 19(ワ)23883 [駒込大観音第一審] は、①本件仏頭部の原状回復請求は認容しつつ、②謝罪広告請求、③原状回復までの間の一般公衆への公開差止請求は棄却し

た。原告，被告双方が控訴。

〈本件で問題となった観音像〉

A 頭部取り替え後

B 頭部取り替え前



(判決別紙「写真目録」より)

イ 判旨

「諸般の事情を総合考慮するならば，〔1〕原告が求める謝罪広告中（訂正広告を含む），その客観的な事実経緯を周知するための告知をすることで，R の名誉，声望を回復するための措置としては十分であり，〔2〕仏頭部を本件原観音像制作当時の仏頭部に原状回復する措置や謝罪広告を掲載する措置，公衆の閲覧に供することの差止めについては，いずれも，R の名誉，声望を回復するための適当な措置等とはいえない」。

〈本判決が命じた広告の内容〉

光源寺及びYは，光源寺から委託を受けて故R殿が共同して制作し，光源寺が東京文京区向丘2丁目38番22号所在の光源寺境内観音堂内に安置した木造十一面観音菩薩立像である「駒込大観音」について，光源寺においてYに対して仏頭部の再度の制作を委託し，これを受けてYにおいて仏頭部を新たに制作し，これにより光源寺においては新たに制作された仏頭部を備えた観音像を観音堂に安置し，拝観に供していること，及び故R殿の制作にかかる仏頭部も同じく観音堂に安置していることについて，故R殿の名誉・声望を回復するための適当な措置として，お知らせ申し上げます。

(判決別紙「広告目録」より)

第3 注目裁判例紹介

1 はじめに

続いて，平成 22 年に言い渡された裁判例のうち，特に注目すべき知財高判平成 22.9.8（平成 21(ネ)10078）[TV ブレイク控訴審] 及び知財高判平成 22.10.13（平成 22(ネ)10052）[美術鑑定書控訴審] の 2 件について，従前の裁判例との関係・位置づけ等を検討していく。

2 知財高判平成 22.9.8 平成 21(ネ)10078 [TV ブレイク控訴審]⁽⁵⁾

(1) 事案の概要

ア 本件は，音楽著作物の著作権等管理事業者である原告（JASRAC）が，「TV ブレイク」という名称の動画投稿サイト（以下，「本件サービス」あるいは「本件サイト」という。）を運営する被告会社に対し，被告会社が管理するサーバに原告管理著作物の複製物である動画ファイルが蔵置され，これが各ユーザのパソコンに送信されているなどとして，著作権（複製権及び公衆送信権）に基づき，当該行為の差止め等を求めた事案である。

イ 本件サービスは，「You Tube」や「ニコニコ動画」といった他の動画投稿サイトと類似のサービスである。本件サイトに投稿された動画は，本件サイトにアクセスした者であれば自由に閲覧することができるが，本件サイトに動画を投稿するためには，本件サイトにおいて会員登録をする必要がある。平成 20 年 4 月 24 日現在，本件サービスにおける総動画ファイル数は 4 万 1629 件，このうち，原告の管理著作物を録画した動画ファイルは少なくとも 2 万 0613 件ある。

ウ 本件サービスにおいては，他の動画投稿サイトにおいて採用されているような著作権侵害回避のための有効な措置は何ら講じられていない。被告会社が著作権侵害防止のために講じていた措置は，動画ファイルのアップロード時に警告を出すことのみである。事後的な削除措置についても，被告会社は，権利者から権利侵害であることの明白な動画ファイルの削除要求があっても，当該動画ファイルを直ちに削除することはせず，権利者からの度重なる削除要求を受けた後で初めて当該動画ファイルを削除するなどの対応をしていた。

エ 原審東京地判平成 21.11.13 平成 20(ワ)21902 [TV ブレイク第一審] は，被告会社の著作権侵害主体性

を肯定し、原告の差止請求を認容した。これに対し、被告会社が控訴。

(2) 判旨

控訴棄却。

ア 著作権侵害主体の判断枠組み

「著作権法上の侵害主体を決するについては、当該侵害行為を物理的、外形的な観点のみから見るべきではなく、これらの観点を踏まえた上で、実態に即して、著作権を侵害する主体として責任を負わせるべき者と評価することができるか否かを法律的な観点から検討すべきである。そして、この検討に当たっては、問題とされる行為の内容・性質、侵害の過程における支配管理の程度、当該行為により生じた利益の帰属等の諸点を総合考慮」して判断すべきである（原審の判断を是認）。

イ 直接的な著作権侵害行為の存在

「本件サービスにおいて、著作権を侵害する動画を本件サーバに投稿する行為を実際に行っているのは、ユーザであって、控訴人らではない。したがって、ユーザが本件サービスに投稿する動画の中に、本件管理著作物が利用されている場合には、ユーザが当該動画を本件サーバに投稿する行為は、ユーザによる本件管理著作物の複製権侵害に該当することはいうまでもないところである。」

ウ 被告会社の著作権侵害主体性

「本件サイトは、本件管理著作物の著作権の侵害の有無に限って、かつ、控え目に侵害率を計算しても、侵害率は 49.51%と、約 5 割に達しているものであり、このような著作権侵害の蓋然性は、動画投稿サイトの実態それ自体や控訴人会社によるアダルト動画の排除を通じて、控訴人会社において、当然に予想することができ、現実に認識しているにもかかわらず、控訴人会社は著作権を侵害する動画ファイルの回避措置及び削除措置についても何ら有効な手段を採っていない。

そうすると、控訴人会社は、ユーザによる複製行為により、本件サーバに蔵置する動画の中に、本件管理著作物の著作権を侵害するファイルが存在する場合には、これを速やかに削除するなどの措置を講じるべきであるにもかかわらず、先に指摘したとおり、本件サーバには、本件管理著作物の複製権を侵害する動画が極めて多数投稿されることを認識しながら、一部映画など、著作権者からの度重なる削除

要請に応じた場合などを除き、削除することなく蔵置し、送信可能化することにより、ユーザによる閲覧の機会を提供し続けていたのである。

しかも、そのような動画ファイルを蔵置し、これを送信可能化して閲覧の機会を提供するのは、控訴人会社が本件サービスを運営して経済的利益を得るためのものであったこともまた明らかである。

したがって、控訴人会社が、本件サービスを提供し、それにより経済的利益を得るために、その支配管理する本件サイトにおいて、ユーザの複製行為を誘引し、実際に本件サーバに本件管理著作物の複製権を侵害する動画が多数投稿されることを認識しながら、侵害防止措置を講じることなくこれを容認し、蔵置する行為は、ユーザによる複製行為を利用して、自ら複製行為を行ったと評価することができる」。

(3) 解説

ア 問題の所在

本件は、我が国において動画投稿サイト運営者の著作権侵害主体性が争われた（おそらくは）初めての事案である。本件で問題となったような動画投稿サイトについては、一定の割合で第三者の権利を侵害するコンテンツが投稿されているのが実態である。そのため、動画投稿サイト運営者の多くは、違法コンテンツのアップロードに備えた対策・措置を講じている⁽⁶⁾。

しかしながら、そもそも、動画投稿サイトの運営者は、自身が運営するサイトに投稿された違法コンテンツについて、著作権侵害主体としての責任を負うべき者なのであろうか。直接物理的な侵害行為（違法コンテンツのアップロード（複製、公衆送信））の主体は個々のユーザであり、動画投稿サイトの運営者は、「動画投稿サイト」という形態のサービスを提供している者に過ぎないのではないか。動画投稿サイト運営者の著作権侵害主体性が問題となる所以である。

以下、本判決の著作権侵害主体性に関する判示を検討していく。

イ 関連裁判例⁽⁷⁾

(ア) カラオケ法理による侵害主体性判断

i カラオケ法理の登場

直接物理的な利用行為を行っていない者の著作権侵害主体性について論じた重要な先例は、

最判昭和 63.3.15 民集 42 卷 3 号 199 頁 [クラブ キャッツアイ] である。この事案では、客の歌唱行為それ自体は著作権法 38 条 1 項の非営利演奏として非侵害であり、また、当時は、附則 14 条によりカラオケ店によるカラオケテープの再生も非侵害であったため、権利者側の請求を認容するためには、カラオケ店経営者が歌唱行為の主体であると認定する必要があった。

かかる事情の下、最高裁は、「客は…、上告人らの従業員による歌唱の勧誘、上告人らの備え置いたカラオケテープの範囲内での選曲、上告人らの設置したカラオケ装置の従業員による操作を通じて、上告人らの管理のもとに歌唱しているものと解され、他方、上告人らは、客の歌唱をも店の営業政策の一環として取り入れ、これを利用していわゆるカラオケスナックとしての雰囲気醸成し、かかる雰囲気を好む客の来集を図って営業上の利益を増大させることを意図していた」ことを理由に、カラオケ店経営者の演奏権侵害主体性を肯定した。一般的に、同最判は、①カラオケ店経営者が客の歌唱行為を管理しており（管理要件）、②それにより利益を得ている（利益要件）という 2 要件を満たす場合には、同経営者を客による歌唱行為の主体と認定し得る旨を判示したものと解されている（いわゆる「カラオケ法理」）。

かかるカラオケ法理は、同最判の事案から明らかな通り、直接的な利用行為者が権利制限規定の適用を受ける場合でも、その他の者を侵害者とするにより著作権侵害を肯定するという、適法行為の違法行為への転換ともいえるべき機能を有する⁽⁸⁾。

ii 下級審裁判例によるカラオケ法理の変容と射程の拡大

その後、同最判により示されたカラオケ法理は、下級審裁判例により若干の変容が加えられたうえで、直接的な利用行為に対する人的支配・管理が認められないような事案についてもその射程が拡大されていく。嚆矢となったのは、「ファイルログ」という名称のインターネット上のファイル交換サービス提供者の著作権侵害主体性が問題となった一連の事件である。この事案においては、ファイル交換サービ

スを利用して直接物理的な複製や公衆送信を行っているのは個々のユーザであったため、同サービスの提供者が著作権侵害の主体といえるかが争点となった。

かかる事案において、東京地判平成 15.1.29 判時 1810 号 29 頁 [ファイルログ著作権中間判決] は、「〔1〕被告…の行為の内容・性質、〔2〕利用者のする送信可能化状態に対する被告…の管理・支配の程度、〔3〕被告…の行為によって受ける同被告の利益の状況等を総合斟酌」すると判断枠組みの下、上記サービス提供者の著作権侵害主体性を肯定している⁽⁹⁾。

このファイルログ事件以降、同事件と同様の判断枠組みによりインターネット上のサービス提供者の著作権侵害主体性を肯定する裁判例が続く。かかる裁判例として、インターネットを利用したテレビ番組の転送サービスの提供者について著作権侵害主体性を肯定した東京地決平成 16.10.7 判時 1895 号 120 頁 [録画ネット]、東京地決平成 17.5.31 (平成 16(モ)15793) [同仮処分異議]、知財高決平成 17.11.15 (平成 17 年(ラ)10007) [同抗告審]、平成 19.3.30 (平成 18 年(ヨ)22046) [ロクラクⅡ第一審]などを挙げることができる⁽¹⁰⁾。

これらの裁判例においては、カラオケ法理の管理要件における「管理」の対象が、直接的な利用行為者の「行為」から、利用行為を誘発する「サービス」ないし「システム」に変容しているということが指摘されている⁽¹¹⁾。

iii カラオケ法理の射程拡大への警鐘

このような裁判例の傾向に対し、学説上は、適法行為の違法行為への転換という機能を有するカラオケ法理の射程は、直接、人的な関係により物理的に直接的利用行為者を支配している事案に限定されるべきであるとの見解も有力である⁽¹²⁾。

近時は、裁判例においても、カラオケ法理（の変容法理）による適法行為の違法行為への転換について警鐘を鳴らすものが現れている（知財高判平成 21.1.26 (平成 20(ネ)10055, 同 10069) [ロクラクⅡ控訴審]）。

同判決は、インターネットを利用した TV 番組転送サービスの提供者につき、個々の利用者

の行為が適法な私的利用行為であることを前提に、「控訴人が提供する本件サービスは、利用者の自由な意思に基づいて行われる適法な複製行為の実施を容易ならしめるための環境、条件等を提供しているにすぎない」などと判示してその著作権侵害主体性を否定しており、注目されていた⁽¹³⁾。

(イ) 不作為を理由に侵害主体性を肯定する裁判例
他方、BBS⁽¹⁴⁾上に原告の著作権を侵害する書き込みがなされたという事案において、カラオケ法理（ないしその変容法理）を用いることなく、「不作為」を理由として当該 BBS 管理者の著作権侵害主体性を肯定する裁判例も存在する（東京地判平成 16.3.11 判時 1893 号 131 頁 [2 ちゃんねる小学館第一審]、東京高判平成 17.3.3 判時 1893 号 126 頁 [同控訴審]）。この事案では、直接的な侵害行為である BBS に対する書き込み（複製、公衆送信）を行ったのはユーザであるため、直接的な行為者ではない当該 BBS の管理者が当該著作権侵害の主体といえるかが問題となった。

かかる事案において、上記両判決は、自身が管理する BBS に著作権を侵害する書き込みがなされたことを知り（得）ながら、これを「放置」したという不作為を理由に、BBS 管理者の著作権侵害主体性を肯定している（以下、両判決の判断枠組みを「不作為構成」という。）⁽¹⁵⁾。

(ウ) 最高裁判決によるカラオケ法理及び不作為構成の統合的理解

以上のような状況の中、平成 23 年 1 月、TV 番組転送サービスを提供する事業者の著作権侵害主体性が問題となった事案に関して、立て続けに 2 件の最高裁判決が出されている（最判平成 23.1.18（平成 21（受）653）[まねき TV 上告審]⁽¹⁶⁾、最判平成 23.1.20（H21（受）788）[ロクラクⅡ上告審]⁽¹⁷⁾）。両判決は、いずれも、原審において上記サービス提供者の著作権侵害主体性が否定されていたところ、最高裁がかかる原判決を破棄し、事件を知財高裁に差し戻したというものである。

両判決のうち、特に注目されるのが前掲最判 [ロクラクⅡ上告審] である。同判決は、複製の主体を判断する際の考慮要素につき、「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」と判示している。かかる基準により複製主体を判断する場合、カラオケ法理適用の際に考慮されてきた①管理要件及び②利益要件や、不作為構成による侵害主体性判断の際に考慮されていた③著作権侵害に対する認識・容認などは、いずれも、紛争類型に応じた著作権侵害主体性判断のための一要素に過ぎないことになる⁽¹⁸⁾。実際、前掲最判 [ロクラクⅡ上告審] は、カラオケ法理適用の際の要件ないし考慮要素とされてきた上記②の利益要件について、明示的には言及していない。

同判決は、カラオケ法理を再構成ないし再評価し、種々の要素を考慮して著作権侵害主体を規範的に認定・判断することを積極的に肯定した判決と位置付けることが可能である。

ウ 本判決の位置付け

(ア) 本判決の判断枠組とあてはめ

先に述べたような本判決以前の裁判例の傾向を意識してか、本件原告は、被告会社につき、主位的にカラオケ法理（の変容法理）による侵害主体性の肯定を、予備的に不作為構成による侵害主体性の肯定を主張していた。

これに対し、原審は、「問題とされる行為の内容・性質、侵害の過程における支配管理の程度、当該行為により生じた利益の帰属等の諸点を総合考慮」して、被告会社の著作権侵害主体性を肯定した。かかる原審の判示は、原告の主位的請求に依ってのものであり、カラオケ法理（の変容法理）により被告会社の著作権侵害主体性を肯定したものと解される⁽¹⁹⁾。

本判決は、上記原審の判断枠組みを是認したうえで、被告会社の著作権侵害主体性を判断しており、原判決と同様、カラオケ法理（の変容法理）により被告会社の著作権侵害主体性を肯定した判決と位置付けることが可能である。

(イ) 最判 [ロクラクⅡ上告審] との関係等

もっとも、本判決は、原判決の著作権侵害主体性に関する結論部分を改め（上記（2）ウ参照）、被告会社が、本件サービスにおいて原告管理著作物の著作権を侵害する動画が多数投稿されることを認識しながら、あえてこれを放置していたことを強調する内容としている。かかる本判決の判示

は、前掲東京地判 [2ちゃんねる小学館第一審]、前掲東京高判 [同控訴審] が採用する不作為構成との連続性を窺わせるものであり、注目される。著作権侵害主体に関する規範的判断を積極的に肯定した前掲最判 [ロクラクⅡ] をも併せて考慮すると、本判決は、本件サイトのようにユーザによる適法行為と違法行為が混在しており、個々の直接的著作権侵害行為を特定することが必ずしも容易とはいえない類のサービスを提供する者については、その著作権侵害主体性の判断にあたり、直接的な著作権侵害行為に対する「認識」が重視されることを確認した判決ということが可能である。

いずれにせよ、本判決は、被告会社が動画投稿サイトの運営にあたり有効な著作権侵害回避措置を講じていなかったことを重視して被告会社の著作権侵害主体性を肯定したものであり、動画投稿サイト運営者一般についての著作権侵害主体性を肯定する趣旨でないことは明らかである。

3 知財高判平成 22.10.13 平成 22(ネ)10052 [美術鑑定書控訴審]⁽²⁰⁾

(1) 事案の概要

ア 本件は、画家である亡甲から同人の創作にかかる絵画の著作権を相続した原告が、美術品の鑑定等を業とする被告に対し、被告が亡甲の絵画 2 点（本件絵画 1 及び本件絵画 2）に関する鑑定証書を作製した際、鑑定の対象となった絵画を縮小カラーコピーし、原告の複製権を侵害したと主張して、損害賠償金 12 万円の支払いなどを求めた事案である。

イ 本件における被告の複製行為の態様は以下のようなものである。すなわち、被告は、本件絵画 1 及び本件絵画 2 に関する被告鑑定委員会名義の鑑定証書を作製する際、鑑定の対象である各絵画を縮小カラーコピーしたうえ、各鑑定証書と表裏に合わせ、パウチラミネート加工した。鑑定証書は、全体の大きさが約 190mm × 約 134mm、表面に貼付された鑑定証書の大きさが 183mm × 120mm、裏面に貼付された絵画の縮小カラーコピーの大きさは、本件絵画 1 が 162mm × 119mm、本件絵画 2 が 152mm × 120mm である。

ウ なお、被告は、鑑定対象である絵画を特定し、かつ、鑑定証書の偽造を防止するため、鑑定証書の裏面に鑑定対象である絵画の縮小カラーコピーを添付

する扱いとしていた。

エ 原審東京地判平成 22.5.19（平成 20(ワ)31609）[美術鑑定書第一審] は、被告の上記行為が著作権法 21 条の「複製」に該当することを肯定したうえ、権利濫用の抗弁、フェア・ユースの抗弁を退け、被告に対して金 6 万円の損害賠償を命じた。これに対し、被告が控訴。被告は、控訴審において、著作権法 32 条 1 項の「引用」の主張を追加して争った。

(2) 判旨

原判決取消し、被控訴人請求棄却

ア 著作権法 32 条 1 項適用の判断基準

「他人の著作物を引用して利用することが許されるためには、引用して利用する方法や態様が公正な慣行に合致したものであり、かつ、引用の目的との関係で正当な範囲内、すなわち、社会通念に照らして合理的な範囲内のものであることが必要であり、著作権法の上記目的をも念頭に置くと、引用としての利用に当たるか否かの判断においては、他人の著作物を利用する側の利用の目的のほか、その方法や態様、利用される著作物の種類や性質、当該著作物の著作権者に及ぼす影響の有無・程度などが総合考慮されなければならない。」

イ あてはめ

(ア) 引用の目的

「本件各鑑定証書に本件各コピーを添付したのは、その鑑定対象である絵画を特定し、かつ、当該鑑定証書の偽造を防ぐためであるところ、そのためには、一般的にみても、鑑定対象である絵画のカラーコピーを添付することが確実であって、添付の必要性・有用性も認められることに加え、著作物の鑑定業務が適正に行われることは、贋作の存在を排除し、著作物の価値を高め、著作権者等の権利の保護を図ることにもつながるものであることなどを併せ考慮すると、著作物の鑑定のために当該著作物の複製を利用することは、著作権法の規定する引用の目的に含まれるといわなければならない。」

(イ) 引用の方法・態様

「本件各コピーは、いずれもホログラムシールを貼付した表面の鑑定証書の裏面に添付され、表裏一体のものとしてパウチラミネート加工されており、本件各コピー部分のみが分離して利用に供されることは考え難いこと、本件各鑑定証書は、

本件各絵画の所有者の直接又は間接の依頼に基づき 1 部ずつ作製されたものであり、本件絵画と所在を共にすることが想定されており、本件各絵画と別に流通することも考え難いことに照らすと、本件各鑑定証書の作製に際して、本件各絵画を複製した本件各コピーを添付することは、その方法ないし態様としてみても、社会通念上、合理的な範囲内にとどまるものといえることができる。」

(ウ) 著作権者に及ぼす影響の有無・程度

「以上の方法ないし態様であれば、本件各絵画の著作権を相続している被控訴人等の許諾なく本件各絵画を複製したカラーコピーが美術書等に添付されて頒布された場合などとは異なり、被控訴人等が本件各絵画の複製権を利用して経済的利益を得る機会が失われるなどということも考え難い」。

(エ) 結論

「以上を総合考慮すれば、控訴人が、本件各鑑定証書を作製するに際して、その裏面に本件各コピーを添付したことは、著作物を引用して鑑定する方法ないし態様において、その鑑定に求められる公正な慣行に合致したものであるといえることができ、かつ、その引用の目的上でも、正当な範囲内のものであるといえることができるというべきである。」

ウ 引用する側の著作物性の要否

「『自己ノ著作物中ニ正当ノ範囲内ニ於テ節録引用スルコト』を要件としていた旧著作権法(明治 32 年法律第 39 号) 30 条 1 項 2 号とは異なり、現著作権法(昭和 45 年法律第 48 号) 32 条 1 項は、引用者が自己の著作物中で他人の著作物を引用した場合を要件として規定していないだけでなく、報道、批評、研究等の目的で他人の著作物を引用する場合において、正当な範囲内で利用されるものである限り、社会的に意義のあるものとして保護するのが現著作権法の趣旨でもあると解されることに照らすと、同法 32 条 1 項における引用として適法とされるためには、利用者が自己の著作物中で他人の著作物を利用した場合であることは要件でないと解される」(下線は筆者による)。

(3) 解説

ア はじめに

本判決は、①著作権法 32 条 1 項適用の有無については、同項の文言に即して検討すべきであると判

示するとともに、②同項の適用のためには引用する側の著作物性は要件とはならないことを明示した、極めて注目すべき裁判例である。これらの判断は、両者相俟って、著作権法 32 条 1 項の柔軟な適用に道を開くものといえる。実務はもとより、いわゆる「日本版フェア・ユース」の導入をめぐる議論⁽²¹⁾にも影響を及ぼす可能性がある。

以下、本判決の「引用」に関する判示を検討していく。

イ 引用の判断基準について

(ア) 引用の判断基準に関する従前の裁判例の動向

従前、著作権法 32 条 1 項の適用の有無については、最判昭和 55.3.28 民集 34 卷 3 号 244 頁 [パロディ第一次上告審] が示した 2 要件、すなわち、①引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される著作物とを明瞭に区別して認識することができること(明瞭区別性)、②右両著作物の間に、前者が主、後者が従の関係があると認められること(附従性)という要件に従い判断されるのが一般的であった(東京高判昭和 60.10.17 無体集 17 卷 3 号 462 頁 [レオナルド・フジタ絵画複製控訴審]、大阪地判平成 8.1.31 知裁集 28 卷 1 号 37 頁 [エルミア・ド・ホーリー贋作]、大阪高判平成 9.5.28 知裁集 29 卷 2 号 481 頁 [同控訴審]、東京地判平成 11.8.31 判時 1702 号 145 頁 [脱ゴーマニズム宣言第一審] など)⁽²²⁾。

かかる 2 要件説に従う従前の裁判例は、上記 2 要件のうちの附従性要件の中で種々の事情を考慮し、著作権法 32 条 1 項適用の有無を判断してきた。同要件の中で考慮されてきた要素としては、①引用が一部引用か全部引用か⁽²³⁾、②引用の目的が、新たな創作活動等に向けられたものか、あるいは、被引用著作物の掲載自体にあるのか⁽²⁴⁾、③引用されて利用された後の被引用著作物の「鑑賞性」⁽²⁵⁾などを挙げるることができる。

(イ) 2 要件説に対する批判

しかしながら、近時、上記最判が示した 2 要件説に対して、飯村敏明判事や上野達弘准教授らを中心に、有力な批判が加えられている⁽²⁶⁾。①前掲最判 [パロディ第一次上告審] は旧著作権法 30 条 1 項 2 号の「節録引用」に関する判示に過ぎず、現行法下においてこれを踏襲すべき必然性はな

い⁽²⁷⁾、②従前の裁判例は、附従性要件のもと、同要件との結びつきを明らかにしないまま種々の要素を考慮しており、同要件は「パンク状態」にある⁽²⁸⁾、③2要件説に従って判断する場合、実質的には付従性要件のみで判断することとなり、様々な行為態様につき柔軟に解決する基準としては適切を欠く⁽²⁹⁾などというのである。

これらの学説は、かかる問題意識のもと、「引用」の判断基準を、著作権法 32 条 1 項の「公正な慣行に合致」及び「目的上正当な範囲内」という文言に即して再構成するべきであると主張する。そのうえで、飯村敏明判事は、目的、効果、採録方法、利用の態様を⁽³⁰⁾、上野達弘准教授は、被引用著作物全体に占める被引用部分の割合、被引用著作物の著作権者に与える経済的影響、引用の目的等を考慮して同項の適用の可否を判断すべしとしている⁽³¹⁾。

(ウ) 裁判例の動揺

上記のような批判を受けてか、近時、裁判例でも、前掲最判〔パロディ第一次上告審〕の2要件に拘泥することなく、著作権法 32 条 1 項の文言に従い種々の事情を総合考慮することにより、同項適用の可否を判断するものが現れている（東京地判平成 13.6.13 判時 1757 号 138 頁〔絶対音感第一審〕、東京地判平成 15.2.26 判時 1826 号 117 頁〔創価学会写真ビラ第一審〕、東京高判平成 16.11.29（平成 15（ネ）1464）〔同控訴審〕）。また、形式的には前掲最判〔パロディ第一次上告審〕の2要件に言及しつつも、あてはめの段階では条文の文言に即して引用の成否を判断する裁判例もみられる（東京地裁平成 16.5.31 判時 1936 号 140 頁〔XO 醬男と杏仁女〕）。

もっとも、これらの裁判例は、いずれも、結論としては著作権法 32 条 1 項の適用を否定したものであった。本判決以前には、管見の限り、著作権法 32 条 1 項の文言に即して同項適用の可否を検討し、これを肯定した裁判例は見られない。

(エ) 2要件説（ないしその変形説）を維持する裁判例

以上のように、著作権法 32 条 1 項に関する総合考慮型の裁判例が現れる一方で、前掲最判〔パロディ第一次上告審〕の2要件に従い引用該当性を判断する裁判例も健在である（近時の裁判例と

して、前掲東京地判〔2ちゃんねる小学館第一審〕、東京地判平成 21.11.26 平成 20（ワ）31480〔オークションカタログ〕、前掲東京地判〔がん闘病マニュアル〕など）。また、前掲最判〔パロディ第一次上告審〕の2要件を維持しつつ、これに付加的な要件を加えて判断する裁判例も見られる（東京地判平成 19.4.12 平成 18（ワ）15024〔創価学会写真ウェブ掲載〕）。

著作権法 32 条 1 項適用の判断基準に関する裁判例の趨勢は未だ定まっていない⁽³²⁾。

(オ) 本判決の位置付け

i かかる状況の中で、本判決は、著作権法 32 条 1 項適用の可否は同項の文言に即して検討すべきであるとし、その際の考慮要素を明示したうえ、結論として同項の適用を肯定した。著作権法 32 条 1 項に関する総合考慮型の判断基準を採用した初めての知財高裁判決であると思われる、注目される。

ii また、本判決が掲げた、①他人の著作物を利用する側の利用の目的、②引用の方法や態様、③利用される著作物の種類や性質、④当該著作物の著作権者に及ぼす影響の有無・程度という著作権法 32 条 1 項適用の際の考慮要素は、アメリカ著作権法のフェア・ユースに関する考慮要素を連想させるものであり、注目される⁽³³⁾。これらの要素は、2要件説の下でも附従性要件の中で直接・間接に考慮されてきたものではあるが、同要件との結びつきは必ずしも明らかにされていなかった⁽³⁴⁾。本判決は、これらの要素を考慮して「引用」の成否を判断することに正当性を与えるものといえる。

iii 本判決が列挙する上記考慮要素のうち、とりわけ注目されるのが、「著作権者に及ぼす影響の有無・程度」である。この考慮要素は、アメリカ著作権法のフェア・ユース適用の際に重視される「被利用著作物の潜在的な市場又は価値に対して利用が与える効果」と類似する考慮要素であるといえる⁽³⁵⁾。本判決は、被告（控訴人）による複製が著作権者の経済的利益に悪影響を及ぼさないことを引用の成立を肯定する方向に斟酌しているが、かかる判断を推し進めていけば、著作権法 32 条 1 項を事実上の一般的権利制限規定のように機能させることも可能に

なるかもしれない⁽³⁶⁾。そうなれば、本判決は、いわゆる「日本版フェア・ユース」の導入に関する議論にも、少なからぬ影響を及ぼすのではないだろうか。

iv また、本判決は、上記のような判断枠組みの下、結論として著作権法 32 条 1 項の適用を肯定し、著作権侵害を否定した点でも注目される。既述のとおり、本判決以前にも著作権法 32 条 1 項の文言に従い同項適用の可否を判断する裁判例は見られたが、かかる裁判例は、いずれも、結論としては同項の適用を否定したものであった。本判決は、著作権法 32 条 1 項の文言に即して同項の柔軟な適用を図った初めての裁判例ということが可能である。

ウ 引用する側の著作物性の要否について

本判決は、著作権法 32 条の適用にあたり、引用する側の著作物性は要件とはならないと判示した点でも注目される。

本判決以前の裁判例は、著作権法 32 条 1 項は新たな著作物創作を奨励することを立法趣旨とするなどとし、引用する側の著作物性を要求していた（東京地判平成 10.2.20 知的裁集 30 卷 1 号 33 頁 [バーンズコレクション]、前掲 [オークションカタログ]、東京地判平成 22.1.27 平成 20(ワ)32148 [ネット販売図表]（傍論）、東京地判平成 22.5.28 平成 21(ワ)12854 [がん闘病マニュアル]⁽³⁷⁾）。

これに対し、近時は、著作権法 32 条 1 項は旧著作権法 30 条 1 項 2 号の「節録引用」とは異なり、引用する側の著作物性は要件としていないなどとして、引用する側の著作物性は不要であると説く学説も有力となっていた⁽³⁸⁾。

かかる状況の下、本判決は、著作権法 32 条 1 項の適用にあたり、引用する側の著作物性は要件とはならないと明示した。「引用」の判断基準に関する前記のような判示と相俟って、著作権法 32 条 1 項の柔軟な適用を可能にする判示といえる。

以上

注

- (1) 田村善之『著作権法概説』58 頁（有斐閣、第 2 版、2001 年）など。
- (2) もっとも、この事案は、研究機関と地方自治体との共同研究の成果物に関する職務著作の成否が問題となったという特殊なものであり、その射程は慎重に検討する必要がある。
- (3) 田村・前掲注 (1) 318 頁。
- (4) 正確には、現行著作権法 115 条に相当する旧著作権法 36 条の 2 の解釈として論じられている。
- (5) 村井麻衣子「判批」判評 624 号 18 頁（2011 年）、岡邦俊「判批」JCA ジャーナル 57 卷 11 号 64 頁。原判決の判例批評として、佐藤豊「判批」パテント 63 卷 7 号 64 頁、岡邦俊「判批」JCA ジャーナル 57 卷 2 号 64 頁。なお、本判決に対しては、控訴人（被告）側から上告受理の申立てがなされている。
- (6) 他の動画投稿サイトにおいて採用されている著作権侵害回避のための措置については、原判決 59 頁の認定を参照。
- (7) 著作権の間接侵害に関する裁判例の動向については、田村善之「著作権の間接侵害」知的財産法政策学研究 26 号 35 頁（2010 年）（初出は、田村善之「著作権の間接侵害」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』293 頁 - 295 頁（商事法務、2008 年））、吉田克己「著作権の「間接侵害」と差止請求」知的財産法政策学研究 14 号 143 頁（2007 年）が詳しい。
- (8) 田村・前掲注 (7) 38 頁。
- (9) 同一サービスに関する先行仮処分申立事件である東京地決平成 14.4.11 判時 1780 号 25 頁 [ファイルログ著作権仮処分]、控訴審判決である東京高判平成 17.3.31（平成 16 年（ネ）405）[ファイルログ著作権控訴審]も同様の判断をしている。
- (10) 同種の事案において、テレビ番組転送サービス提供者の著作権侵害主体性が否定された例として、東京地判平成 20.6.20（平成 19(ワ)5765）[まねき TV 第一審]、知財高判平成 20.12.15 判時 2038 号 110 頁 [まねき TV 控訴審]。
- (11) 吉田・前掲注 (7) 160 頁以下、田村・前掲注 (7) 53 頁。
- (12) 田村・前掲注 (7) 66 頁以下。
- (13) なお、同判決の判断枠組みによれば、前掲東京地決 [録画ネット] 等は非侵害になると説くものとして、田村・前掲注 (7) 65 頁。
- (14) Bulletin Board System の略。電子掲示板。

- (15)高瀬重富「判批」知的財産法政策学研究 17 号 137 頁 (2007 年)。
- (16)山田真紀「判解」L & T 51 号 95 頁 (2011 年)。
- (17)柴田義明「判解」L & T 51 号 105 頁 (2011 年)。
- (18)柴田・前掲注 (17) 108 頁。前掲最判 [ロクラク 2 上告審] 金築誠志裁判長の補足意見も参照。
- (19)佐藤・前掲注 (5) 68 頁。
- (20)井関涼子「判批」ジュリスト 1420 号 333 頁 (2011 年), 茶園成樹「判批」L & T 51 号 87 頁 (2011 年)。なお, 本判決に対しては, 被控訴人 (被告) 側から上告受理の申立てがなされている。
- (21)この点についての詳細は, 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「権利制限の一般規定に関する中間まとめ」(平成 22 年 4 月) 等を参照。
- (22)なお, 同最判は, 第 3 の要件として「引用される側の著作物の著作者人格権を侵害するような態様」でないことを挙げているが, その後の裁判例の多くは同要件を踏襲せず, 本文中で述べた 2 要件に従い引用の成否を判断している。たとえば, 同一性保持権侵害を肯定しつつ, 著作権法 32 条 1 項の適用を肯定した裁判例として, 東京高判平成 12.4.25 判時 1724 号 124 頁 [脱ゴーマニズム宣言控訴審] がある。
- (23)前掲東京地判 [脱ゴーマニズム宣言第一審] など。
- (24)前掲東京地判 [2 ちゃんねる小学館第一審], 前掲東京高判 [脱ゴーマニズム宣言控訴審] など。
- (25)前掲東京高判 [レオナルド・フジタ絵画複製控訴審] など。もっとも, 前掲東京地判 [脱ゴーマニズム宣言第一審] も参照。
- (26)飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究 26 号 91 頁 (2000 年), 上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」半田正夫先生古稀記念『著作権法と民法の現代的課題』307 頁 (法学書院, 2003 年)。
- (27)飯村・前掲注 (26) 93 頁, 上野・前掲注 (26) 325 頁。
- (28)上野・前掲注 (26) 323 頁 - 324 頁。
- (29)飯村・前掲注 (26) 96 頁。
- (30)飯村・前掲注 (26) 96 頁。
- (31)上野・前掲注 (26) 327 頁以下。
- (32)以上のような「引用」に関する近時の裁判例の動向については, 田村善之「著作権法 32 条 1 項の『引用』法理の現代的意義」コピライト 554 号 13 頁 (2007 年), 平澤卓人「判批」知的財産法政策学研究 17 号 183 頁 (2007 年) などが詳しい。
- (33)アメリカ著作権法 107 条がフェア・ユース適用の際の考慮要素として例示しているのは, ①利用の目的や性格 (その利用が商業的な性格のものであるか, 非営利の教育目的のものであるのかということも含む), ②被利用著作物の性質, ③被利用著作物全体としてみた場合の, 被利用部分の量や本質性, ④被利用著作物の潜在的な市場又は価値に対して利用が与える効果である (白鳥綱重『アメリカ著作権法入門』210 頁 (信山社, 2004 年) の訳による)。
- (34)上野・前掲注 (26) 323 頁。
- (35)白鳥・前掲注 (33) 218 頁 - 219 頁参照。
- (36)著作権法 32 条 1 項の文言に即して同項の適用の有無を検討することにより, パロディについても同項適用の可能性が生じると指摘するものとして, 上野・前掲注 (26) 329 頁。
- (37)同旨の学説として, 齊藤博『著作権法』241 頁 (有斐閣, 第 3 版, 2007 年), 作花文雄『詳解著作権法』336 頁 (ぎょうせい, 第 4 版, 2010 年), 古沢博「他人の著作物の利用に関する著作権法上の諸問題」独協法学 9 号 44 頁 (1977 年) など。
- (38)田村善之「絵画のオークション・サイトへの画像の掲載と著作権法」知管 56 巻 9 号 1315 頁 (2006 年), 中山信弘『著作権法』261 頁 (有斐閣, 2007 年) など。

(原稿受領 2011. 3. 27)