

# 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

## 序 文

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、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 2 回として、下半期（2011 年 7 月～12 月）の判決から、最高裁判決 2 件及び入れ墨の著作物性が問題となった事件の計 3 件を紹介する。

## 目次

1. 観音立像入れ墨事件  
東地判平 23・7・29 平 21(ワ)31755  
担当：木村達矢
2. 北朝鮮映画事件  
最一小判平 23・12・08 平 21(受)602, 603  
担当：佐藤祐介
3. Winny 事件  
最三小判平 23・12・19 平 21(あ)1900  
担当：廣江武典

### 観音立像入れ墨事件 入れ墨の著作物性が問題となった事件 木村 達矢

東地判平 23・7・29 平 21(ワ)31755（裁判所 HP）

## 1. 事案の概要

X（原告）は、「X1」の屋号で彫物師を業としており、Y<sub>1</sub>（被告）の依頼により同人の左大腿部に「日本の仏像 100 選（主婦と生活 生活シリーズ 328）」（以下「日本の仏像 100 選」という。）に掲載された向源寺観音堂（滋賀県）の十一面観音立像の写真（以下、同仏像を「本件仏像」、同写真を「本件仏像写真」という。）をモデルとして十一面観音立像の入れ墨（以下「本件入れ墨」という。）を施した。

Y<sub>1</sub>は、「合格！行政書士 南無刺青観世音」と題す

る書籍（以下「本件書籍」という。）を執筆し、X から無償譲渡された本件入れ墨の写真の陰影を反転し、セピア色の単色に変更した画像（以下「本件画像」という。）を、X の許諾を得ずに氏名表示を付することなく本件書籍の表紙カバー及び扉の 2 か所に掲載し、Y<sub>2</sub>（被告）は本件書籍を発行、販売した。Y<sub>1</sub>及び Y<sub>2</sub>は、それぞれ自己のホームページに本件表紙カバーの画像を掲載した。

X は、本件表紙カバー及び本件扉、インターネット上のホームページに掲載された本件画像が、X の有する本件入れ墨の著作者人格権（公表権、氏名表示権、同一性保持権）を侵害し、本件書籍中の記述が X の人格権及びプライバシー権を侵害するとして、損害賠償を請求した。

## 2. 判旨

結論：請求一部認容

### (1) 本件入れ墨の著作物性

「本件入れ墨は、本件仏像写真をモデルにしながらも、本件仏像の胸部より上の部分に絞り、顔の向きを右向きから左向きに変え、顔の表情は、眉、目などを穏やかな表情に変えるなどの変更を加えていること、本件仏像写真は、平面での表現であり、仏像の色合いも実物そのままに表現されているのに対し、本件入れ墨は、人間の大腿部の丸味を利用した立体的な表現であり、色合いも人間の肌の色を基調としながら、墨の濃淡で独特の立体感が表現されていることなど、本件仏像写真との間には表現上の相違が見取れる。

そして、上記表現上の相違は、本件入れ墨の作成者である原告が、下絵の作成に際して構図の取り方や仏像の表情等に創意工夫を凝らし、輪郭線の筋彫りや描線の墨入れ、ほかしの墨入れ等に際しても様々の道具を使用し、技法を凝らして入れ墨を施したことによるものと認められ、そこには原告の思想、感情が創作的に表現されていると評価することができる。したがって、本件入れ墨について、著作物性を肯定することができる。」

### (2) 著作者人格権侵害の成否

「原告はその著作物である本件入れ墨の複製物を被告らが公表する前に自ら公刊物に掲載して公表していたことが明らかである。したがって、本件入れ墨は未公表の著作物ということはできないから、被告らの上記行為が、原告の有する本件入れ墨の公表権を侵害するものということとはできない。」

「原告の氏名が表示されていないことは当事者間に争いがなく・・・被告らによる上記各掲載が著作権法19条3項により著作者名の表示を省略することができる場合に該当すると認めることはできず・・・本件入れ墨の著作者である原告の氏名を表示しないまま、本件入れ墨の複製物である本件画像を本件書籍及び本件各ホームページに掲載した被告らの行為は、いずれも原告が有する本件入れ墨の氏名表示権を侵害するものである。」

「本件画像は、本件入れ墨を撮影した写真を加工して作成したものであるから、本件入れ墨に依拠したものである。そして、本件入れ墨と本件画像とを対比すると、本件画像は、陰影が反転し、セピア色の単色に変更されているが、本件入れ墨の表現上の同一性が維持されており、その表現上の本質的特徴を直接感得するのに十分な大きさ、状態で、ほぼ全体的にその表現が再現されていると認められ、他方、上記変更には、創作性があるとは認められない。したがって、本件画像は、本件入れ墨の複製物である。」

「被告らは、原告に無断で、原告の著作物である本件入れ墨に上記の変更を加えて本件画像を作成し、これを本件書籍及び本件各ホームページに掲載したものであり、このような変更は著作者である原告の意に反する改変であると認められ、原告が本件入れ墨について有する同一性保持権を侵害するものである。」

### 3. 解説

本件では、(民法上の)人格権及びプライバシー権侵害も争点になっているが、本稿では著作者人格権侵害の点についてのみ扱う。

#### (1) 本件入れ墨の著作物性

本件は、入れ墨の著作物性が問題となったおそらく初めての事案である。著作物とは「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、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)。そして、入れ墨とは「皮膚に、針・骨片・小刀などで傷をつけ、墨汁などを入れて文字や絵画などを描くこと。また、そのもの。」(小学館「デジタル大辞泉」)であり、人体に施される点で特殊ではあるが、そこに描かれた文字(文章)や絵画が「思想又は感情を創作的に表現したものである」であれば、紙や画面等他の媒体上に表されたものと変わるところはなく、著作物となり得る(著作物は無体物であり、人体は著作物が表現される媒体にすぎない)。

としても、本件入れ墨は、「日本の仏像100選」に掲載された向源寺観音堂(滋賀県)の十一面観音立像の写真モデルに制作されており、本件仏像写真の模写ないし模倣にすぎないとすれば、「創作的に表現したものである」とは認められず、著作物性は否定される。

本判決は、「本件仏像写真との間には表現上の相違が見て取れ」、「そこには原告の思想、感情が創作的に表現されていると評価することができる」とし、さらに「入れ墨を施すに際しては、輪郭線の筋彫りや描線の墨入れ、ほかしの墨入れ等に際しても様々の道具を使用し、技法を凝らしたこと、これにより本件入れ墨と本件仏像写真との間には表現上の相違がある」として、本件入れ墨の著作物性を肯定した。

本件では、入れ墨の図案そのものに、顔の向き、表情も穏やかな表情に変える等の変更が加えられていることから、(判決には(改変前の)入れ墨の写真は添付されていないので、本件表紙カバー及び扉の写真と対比して判断するほかないが)少なくともXの個性が表されている程度の創作性は付加されていると思われる、本件入れ墨に著作物性を認めた判旨は妥当であろう。

判決は、さらに「入れ墨を施すに際して・・・技法を凝らしたこと」による「表現上の相違」についても創作性を認めている。

入れ墨を施術するに際し、様々な道具を使用し、技

法を凝らすこと自体は、思想又は感情を「表現したもの」ではなく、「思想または感情」ないしアイデアにすぎず、著作物として保護されることはない。もちろん、技法を凝らした結果、入れ墨に表現上の相違が表れていれば、著作物として保護され得るが、相違が入れ墨の技法から必然的に生じるものにすぎない場合には創作性は否定され、著作物性も認められないと考えられる。本件では、その部分についても必然的に生じる相違を超える創作的表現が認められたものと思われる。

## (2) 本件仏像写真の著作権との関係

本件では、争点とはなっていないが、本件仏像写真の著作権との関係も別途問題となり得る（原著作物を機械的に写し撮ったにすぎないと評価されるものを除き、構図・照明・光量・絞り・背景・陰影といった写真表現としての写真家の創作部分が付加されていれば、写真の著作物と認められる。本件仏像写真には、構図や陰影に撮影者の個性（創作）が表現されていると考えられるから、著作物性は認められるであろう）。本件入れ墨は、本件仏像写真をモデルとしていることから、本件仏像写真の二次的著作物と考えられる（本件仏像との関係では三次的著作物）。二次的著作物の著作権は、「二次的著作物において新たに加えられた創作的部分についてのみ生じ、原著物と共通しその実質を同じくする部分には生じない」（「ポパイ・ネクタイ事件」最高裁第一小法廷判決 平9・7・17 平4（オ）1443）。したがって、本件入れ墨に、原著物である本件仏像とは共通しない本件仏像写真において新たに加えられた構図や陰影といった写真表現としての創作的部分が再生されていなければ、本件入れ墨が本件仏像写真の著作権（及び著作者人格権）を侵害することはない。本件画像は、顔の向き、表情などに変更が加えられていることから本件仏像写真において新たに加えられた構図・照明・光量・絞り・背景・陰影といった写真表現としての創作的部分が再生されていることはないと考えられ、本件仏像写真の著作権（及び著作者人格権）を侵害することはないと思われる。なお、仮に本件入れ墨が本件仏像写真の著作権（及び著作者人格権）を侵害しているとしても、本件入れ墨に新たに創作性が付加されていれば、全体として二次的著作物となるから、これを改変することは（当該創作部分の改変か否かにかかわらず）二次的著作物の著作者人格権を侵害することになり、本件の結論に影響しな

い。

## (3) 著作者人格権侵害の成否

### ア 公表権侵害

Xは、本件入れ墨の複製物を被告らが公表する前に自ら公刊物に掲載して公表していたことから、公表権侵害は否定された。公表権は、「まだ公表されていないもの（その同意を得ないで公表された著作物を含む。）を公衆に提供し、又は提示する権利」（著作権法18条1項）であり、自ら公表していた以上、公表権が侵害されることはない。

### イ 氏名表示権侵害

本件では、Xの氏名が表示されていないことは当事者間に争いがなく、専ら、氏名表示権の制限規定である著作権法19条3項<sup>(1)</sup>により著作者名の表示を省略することができる場合に該当するかが争われた。

この点、判旨は、本件画像が表紙カバー及び扉という書籍中で最も目立つ部分において利用されていることから、著作者が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と認めることはできず、また、氏名表示を省略することが公正な慣行に反しないとも認められなかった。仮に、表紙カバーに氏名表示をすることがデザイン等との関係で難しいとしても、扉等に氏名表示をすることは可能であることからすれば、判旨は妥当であろう。

なお、本件では争点とはなっていないが、氏名表示権は、「著作者名を表示しない」（著作権法19条1項）権利でもあり、「著作物を利用する者は、その著作者の別段の意思表示がない限り、その著作物につきすでに著作者が表示しているところに従って著作者名を表示することができる」（同2項）ことから、Xが本件入れ墨を無名で公表していた場合には、「著作者が表示しているところに従って著作者名を表示」したものであるとする余地もある。しかし、本件では一部の雑誌に掲載された入れ墨の写真に、Xの屋号が表示されていたようであり、いずれにしても氏名表示を省略することができる場合には当たらないであろう。

### ウ 同一性保持権侵害

本件画像は、陰影が反転し、セピア色の単色に変更されているが、本件入れ墨の表現上の同一性が維持されており、その表現上の本質的特徴を直接感得できることから、同一性保持権侵害が認められた。改変の程度が大きく、その表現上の本質的特徴を直接感得できないレベルに達していれば、もはや複製（ないし翻案）

とはいえ、別の著作物と評価されるから、同一性保持権侵害とはならない。本件は、入れ墨の著作者人格権が問題となっており、その表現上の本質的特徴は、仏像そのものではなく、入れ墨の創作的表現の本質的特徴でなければならない。その意味で、直接感得性の範囲は狭いと考えられるが、入れ墨の写真の陰影を反転し、セピア色の単色に変更した程度では、直接感得性を否定することは困難であろう。なお、本件控訴審では、被告は同一性保持権侵害の制限規定である著作権法20条2項4号<sup>(2)</sup>所定の「やむを得ない改変」に該当すると主張しているが、判決は特に理由を付すことなく当該主張を排斥している。コスト等の事情から、モノクロ単色への変更は「やむを得ない」と認められる余地があるとしても、少なくとも本件表紙カバーはカラー表示であり、本件入れ墨の写真をそのまま掲載することが可能であったと考えられ、写真の陰影を反転し、さらにセピア色の単色に変更することが「やむを得ない」とはいえないであろう。

#### (4) その他

Xは、本件訴訟において、本件入れ墨の著作権（複製権、翻案権、公衆送信権〔送信可能化権を含む。〕）侵害に基づく損害賠償は請求しないと意思を明らかにしている。また、本件訴訟で差止め（著作権法112条）及び名誉回復の措置（著作権法115条）は請求されていない。したがって、本件書籍自体は現在も販売されており、各ホームページ上の画像も削除されていない。

本件は、入れ墨の著作物性が問題となった珍しい事件である。入れ墨が著作物になり得ることに異論はないと思われるが、人体に施されるという特殊な性質上、人格を有する人の身体の上に他人の独占排他性を有する無体権（著作権及び著作者人格権）が存在することになる。とすると、入れ墨を施された者の人格権や自己の身体を利用する権利（控訴審で被告は「他人の許諾を得ない限り、自己の身体の利用ができないとすることは社会通念に照らし不合理である」と主張している）と著作者人格権とが衝突する場合もあり得るのではないかとと思われる（著作権法20条2項4号や利益衡量により妥当な解決を図ることになるか）。

本件は控訴され、損害額が半額に減額されたが、侵害の成否については原審判決をほぼそのまま引用して維持されている。

## 注

### (1) 著作権法19条3項

著作者名の表示は、著作物の利用の目的及び態様に照らし著作者が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と認められるときは、公正な慣行に反しない限り、省略することができる。

### (2) 著作権法20条2項4項

2 前項の規定は、次の各号のいずれかに該当する改変については、適用しない。

四 前三号に掲げるもののほか、著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認められる改変

## 参考文献

- 1) 本件控訴審の判例評釈として、秀 桜子 『コピーライト』 2012.4 「判例紹介 入れ墨の著作物性を認め著作者人格権侵害を肯定した事案」 34～45頁

本件表紙カバー



本件扉



本件仏像写真



佐藤昭夫監修「日本の仏像 100 選 (主婦と生活 生活シリーズ 328)」(株式会社主婦と生活社, 1996, 第 11 頁) (原本はカラー)

### 北朝鮮映画事件

未承認国の著作物はわが国著作権法で保護されるか  
その保護が否定されたときの不法行為法による保護  
の成否

佐藤 祐介

最一小判平 23・12・08 平 21(受)602, 603  
裁時1545号 7 頁 判時2142号79頁 判タ1366号93頁

## 1. 事案の概要

朝鮮民主主義人民共和国 (以下、北朝鮮という) の行政機関 X<sub>2</sub> (朝鮮映画輸出入社) の著作物である映画の一部を、Y (フジテレビ) がニュース番組の中で使用して放送した。そこで、X<sub>2</sub> と、X<sub>2</sub> から日本国内における同映画の独占的利用権を得ている X<sub>1</sub> (有限会社カナリオ企画) とが原告となって、Y を被告として訴訟を提起し、著作権 (公衆送信権) の侵害停止・予防としての放送の差止めを請求するとともに、著作権を侵害する不法行為に基づく損害賠償を請求した<sup>(1)</sup>。

1 審 (東京地判平 19・12・14 平 18(ワ)6062 裁判所 HP)<sup>(2)</sup>

東京地裁は、① X<sub>2</sub> の当事者能力 (民事訴訟において訴訟関係の主体である当事者となることのできる一般

的資格) の有無、②北朝鮮の著作物の我が国著作権法による保護の可否、③ X<sub>2</sub> は映画著作物の著作権を有するか、④ X<sub>1</sub> の利用許諾権の範囲、の 4 つの争点につき、①は肯定するものの、北朝鮮はベルヌ条約の同盟国であるが我が国は国家として承認しておらず、著作権の保護は、ジェノサイド条約における集団殺害の防止等のような普遍的な国際公益の実現を目的としたものではなく、各国政府の政策によるものであって、外務省および文部科学省が未承認国である北朝鮮の著作物を保護する義務をベルヌ条約上負うとは考えないとの見解を示していることから、本件映画著作物は著作権法 6 条 3 号の「条約により我が国が保護の義務を負う著作物」とはいえない、として②を否定し、③、④の点を判断するまでもなく、差止め請求および損害賠償請求はその前提を欠くとして X らの請求を棄却した。

そこで、X らはこれを不服として控訴し、かりに本件映画著作物が著作権法の保護を受ける著作物に当たらないとしても、Y の無許諾放映は、X らが同映画について有する法的保護に値する利益の侵害に当たると主張して民法 709 条に基づく損害賠償請求を予備的に追加した。

控訴審 (知財高平 20・12・24 平 20(ネ)10011 裁判所 HP)<sup>(3)</sup>

知財高裁は、差止め請求および損害賠償請求が渉外的要素を含む点から準拠法が我が国著作権法となることを追加したうえで、1 審の②の判断を支持した。

予備的請求については、つぎのように述べて、X<sub>1</sub> についてのみ一部認容した。すなわち、「著作権法の保護の対象とならない著作物については、一切の法的保護を受けないと解することは相当ではなく・・・、利用された著作物の客観的な価値や経済的な価値、その利用目的及び態様並びに利用行為の及ぼす影響等の諸事情を総合的に考慮して、当該利用行為が社会的相当性を欠くものと評価されるときは、不法行為法上違法とされる場合がある」との理解を示す。

そして、本件での事実認定として、①「本件映画は 2 時間を超える劇映画であり、その内容等に照らし、相当の資金、労力、時間をかけて創作されたものといえるから、著作物それ自体として客観的な価値を有する」、② X<sub>1</sub> は「日本国内において本件映画の利用について独占的な管理支配をし得る地位を得て〔お

り]・・・放送局に対して本件各映画著作物に属する作品の放送を許諾することにより現実に利益を得ていた」と事実認定して X<sub>1</sub>の享受する利益は法律上保護に値する利益である、とする。他方、X<sub>2</sub>は日本国内に営業所等を一切有せず日本国内での映画の利用は X<sub>1</sub>にもっぱら委ね、自らは利用に関する権利を行使しないことを約していることから、日本国内において法律上保護に値する利益を有するものとは認められない、とした。

さらに③ Yによる「本件無許諾放映は、報道を目的とするニュース番組の中で行われたものであるが、・・・[Y]にとってはスポンサー収入の対象となる営利事業であること、本件無許諾放映の時間は128秒間であり、本件映画全体の上映時間からすれば、わずかな一部の利用といえなくもないが、約6分間のテレビ番組中で2分間を超える放映をすることは、それ自体としては相当な時間の利用であるといえる」、④ X<sub>1</sub>は Yによる「無許諾放映により本件各映画著作物に含まれる作品のビデオカセット及びDVDの販売ができない状況になっている」、これらから、Yが X<sub>1</sub>「に無断で営利の目的をもって本件無許諾放映をしたことは社会的相当性を欠く行為であるとの評価を免れ」ず、違法な侵害に当たる、とした。

こうして、Yの無許諾放映は、X<sub>1</sub>の法律上保護される利益を違法に侵害したものであって、X<sub>1</sub>に対する不法行為を構成すると認められる、とした。

XらおよびYは双方上告。

## 2. 判旨

### (1) 北朝鮮の著作物の我が国著作権法による保護について

「一般に、我が国について既に効力が生じている多数国間条約に未承認国が事後に加入した場合、当該条約に基づき締約国が負担する義務が普遍的価値を有する一般国際法上の義務であるときなどは格別、未承認国の加入により未承認国との間に当該条約上の権利義務関係が直ちに生ずると解することはできず、我が国は、当該未承認国との間における当該条約に基づく権利義務関係を発生させるか否かを選択することができるものと解するのが相当である。」

ベルヌ条約についてみると、その3条(1)(b)などから、「非同盟国の国民の著作物を一般的に保護するものではない。したがって、同条約は、同盟国という国

家の枠組みを前提として著作権の保護を図るものであり、普遍的価値を有する一般国際法上の義務を締約国に負担させるものではない。」

外務省や文部科学省の見解によると、「我が国は、未承認国である北朝鮮の加入にかかわらず、同国との間における同条約に基づく権利義務関係は発生しないという立場を採っているものというべきである。」

「我が国は、同条約3条(1)(a)に基づき北朝鮮の国民の著作物を保護する義務を負うものではなく、本件各映画は、著作権法6条3号所定の著作物には当たらないと解するのが相当である。」

### (2) 不法行為について

著作権法6条「各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は、同法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではない」。

X<sub>1</sub>が「主張する本件映画を利用することにより享受する利益は、同法が規律の対象とする日本国内における独占的な利用の利益をいうものにほかならず、本件放送によって上記の利益が侵害されたとしても」不法行為を構成しない。

かりに X<sub>1</sub>の「営業が妨害され、その営業上の利益が侵害された・・・としても、・・・本件放送は、テレビニュース番組において、北朝鮮の国家の現状等を紹介することを目的とする約6分間の企画の中で、同目的上正当な範囲内で、2時間を超える長さの本件映画のうちの合計2分8秒間分を放送したものにすぎず、これらの事情を考慮すれば、本件放送が、自由競争の範囲を逸脱し、・・・[X<sub>1</sub>]の営業を妨害するものであるとは到底いえないのであって、・・・[X<sub>1</sub>]の上記利益を違法に侵害するとみる余地はない。」

## 3. 解説

### (1) 本判決の意義

未承認国の著作物は我が国著作権法により保護されるか、著作権法で保護されない場合の不法行為の成否、の2つの点について、最高裁としてはじめて判断したものであり、実務上重要である。

(2) 未承認国である北朝鮮の著作物が我が国著作権法により保護されるか

判旨は、著作物の保護が普遍的価値を有する一般国際法上の義務でないことから、我が国が未承認国の著作物を保護するか否かを選択できるとしたうえで、外務省や文部科学省が保護を消極に解していることより我が国が北朝鮮著作物を保護しないとの立場をとっていると、北朝鮮の著作物は著作権法6条3号所定の著作物には当たらないとしている。

これについては、私権の享有の有無は国家の承認とは別である、裁判所はベルヌ条約の解釈を通じて著作権法6条3号該当性を判断できる、として疑問視する見解が国際法学者によって出されている<sup>(4)</sup>が、知財法分野では概ね是認されるようである<sup>(5)</sup>。

(3) 不法行為の成否

原審の判断を否定し、不法行為の成立を認めるのにより制限的な立場をとる。

原審は、不法行為成否判断につき、被侵害利益が法律上保護される利益であるかどうか、および無断利用行為が違法なものであるかどうかに焦点を合わせる。前者については、①無断利用された著作物の客観的な価値や経済的な価値、②無断利用によってこうむった不利益、を主な考慮要素として判断する。後者については、③無断利用行為の目的・態様、④無断利用行為の及ぼす影響、を考慮要素とする。そして、これら①～④等の諸事情を総合的に考慮して、当該無断利用行為が社会的相当性を欠くものと評価されるときは、不法行為が成立するとの判断枠組みを採用する。

これに対して、本件最高裁判示は、著作権法が保護の対象とする著作物に該当しない著作物の利用行為は、特段の事情のないかぎり、不法行為を構成しないとの基本的立場を鮮明にする。これは、著作物を含めた情報は本来公有に属し何人であれどのような利用行為も許されるところ、一定の著作物についての一定の利用行為を一定期間著作者等に独占させることとしてインセンティブを与え文化の発展に寄与する等の目的から、著作権法が特にその保護される著作物・利用行為の範囲、期間の制限を設けたことに鑑みると、それらから外れるものは原則自由である、との理解<sup>(6)</sup>に基づく。特段の事情については、著作権法によって保護される著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害する場合は例示されている。著作権

法の保護法益とは異なる法益の侵害とは、営業妨害などが想定されている<sup>(7)</sup>。

そのうえで、本件判示では、X<sub>1</sub>の営業が妨害され、営業上の利益が侵害されたか否かにつき検討し、Yの無断放映が自由競争の範囲を逸脱しX<sub>1</sub>の営業を妨害するものとはいえないとして、不法行為の成立を否定している。

したがって、最高裁は、単に、著作権法で規律された著作物の利用による利益ではなくて、それとは別の観点から権利・法益を観念することができる場合に、それらの権利・利益が侵害されたとき不法行為の成立を認める<sup>(8)</sup>という判断枠組みをとることを明らかにしたといえることができる。具体的な考慮要素として、原審がとりあげた①については考慮しない点が注目される。②、③、④の要素は考慮していると見られるが、Yの有する営業の自由を考慮しており、侵害者とされる者の権利・自由を被侵害者の権利・利益に対置していることも重要である。原審の上記の「①～④等の諸事情を総合的に考慮して、当該無断利用行為が社会的相当性を欠くものと評価されるとき」という要件とは異なっているが、不法行為成立要件が明確に示されたわけではない。

不法行為成立についてのこのような最高裁の制限的な姿勢は、本件原審や通勤大学法律コース事件において不法行為の成立を認めた近時の知財高裁判決<sup>(9)</sup>とは方向を異にし、他の下級審判決<sup>(10)</sup>の大勢とおおむね軌を一にするものであるといえる。

注

- (1) 同時期に日本テレビが同じようにニュース番組の中でX<sub>2</sub>の著作物であってX<sub>1</sub>が独占利用権を有する映画(ただし、本事件とは異なる映画である)を無断放映したとして、Xらによる日本テレビを被告とした訴訟が提起されている。以下、本事件をフジテレビ事件、日本テレビが被告となっている事件を日本テレビ事件と呼ぶことがある。
- (2) 日本テレビ事件の1審判決日は同日である(東京地判平19・12・14 平18(ワ)5640 裁判所HP)。この日本テレビ事件1審判決についての判例批評として、茶園成樹・知財管理58巻8号(2008)1099頁および横溝大・知的財産法政策学研究21巻(2008)263頁。
- (3) 同日に日本テレビ事件の控訴審判決(知財高平20・12・24 平20(ネ)10012 裁判所HP)も言い渡されている。この日本テレビ事件控訴審判決と本件フジテレビ事件控訴審判決を含めた判例批評として、横溝大・著作権判例百選<第4版>(2009)228頁、白杵英一・平成20年度重要判例解説(2009)

321 頁, および猪瀬貴道・ジュリスト 1366 号 (2008) 172 頁, 日本テレビ事件控訴審判決の判例批評として上野達弘・Law & Technology 45 号 (2009) 60 頁, およびフジテレビ事件控訴審判決の判例批評として張睿暎・著作権研究 36 号 (2010) 198 頁。

- (4) 白杵「判批」前掲注 3, 猪瀬「判批」前掲注 3, 横溝「判批」前掲注 3。
- (5) 茶園「判批」前掲注 2, 上野「判批」前掲注 3, 張「判批」前掲注 3。
- (6) 中山信弘『著作権法』有斐閣 (2007) 208~209 頁, 中吉徹郎「判批」著作権判例百選<第 4 版> (2009) 58~59 頁 (28 事件, 後掲注 9), さらに民法学者からのものであるが, 潮見佳男『不法行為法 I [第 2 版]』信山社 (2011) 91~92 頁, 窪田充見『不法行為法』有斐閣 (2007) 131~132 頁。
- (7) 営業上の利益以外には, 表現の自由に基づく作者の人格的利益 (「作者が著作物によってその思想, 意見等を公衆に伝達する利益」) が裁判例 (最小 1 判平 17・07・14 民集 59 巻 6 号 1569 頁 判時 1910 号 94 頁) において現れている。
- (8) 潮見『不法行為法 I [第 2 版]』前掲注 6 92~93 頁。なお, 続く 93~94 頁では, 立法当時想定していなかった事態が生じたため「規律の欠缺」が存在するに至った場合と, 立法後の社会・経済事情の変化や市民意識の変化等が生じ, 新たな権利・法益保護の枠組みが必要とされたときも挙げられている。
- (9) 知財高判平 18・03・15 平 17(ネ)10095, 10107, 10108 裁判所 HP
- (10) たとえば知財高判平 23・05・26 平 23(ネ)10006 裁判所 HP (データ SOS 事件) では, Y は X の成果物に無断で「ただ乗り」し他人の成果物を不正に利用してビジネス上の利益を享受しているとの X の主張に対して, X「主張の『オリジナル広告文』が法的保護に値するか否かは, 正に著作権法が規定するところであって, 当該広告が著作権法によって保護される表現に当たらず, その意味で, ありふれた表現にとどまる以上, これを『オリジナル広告』として, 控訴人が独占的, 排他的に使用し得るわけではない。・・・被控訴人が控訴人のそのような広告と同一ないし類似の広告をしたからといって, 被控訴人の広告について著作権侵害が成立しない本件において, 著作権以外に控訴人の具体的な権利ないし利益が侵害されたと認められない以上, 不法行為が成立する余地はない。」としている。

### Winny 事件

ファイル共有ソフトの公開, 提供行為について, 著作権法違反罪の幫助犯が成立するかどうかが争われた事例

廣江 武典

最三小判平 23.12.19 裁判所 HP

## 1. 事案の概要

### (1) 事案の概要

本件は, 著作権法違反の正犯者ら 2 名が, それぞれ著作権者の許諾を得ずに, 著作権の対象となる著作物であるゲームソフトや洋画の各情報を, インターネット利用者に対して自動公衆送信しうる状態にして, 上記著作物の著作権者が有する公衆送信権を侵害する実行行為に及ぶに先立ち, 被告人が自己の開設するホームページ上にファイル共有ソフトである Winny を公開しダウンロード可能な状態において, インターネットを利用する不特定多数の者に提供して, Winny を用いて上記実行行為に及んだ正犯者ら 2 名をそれぞれ幫助したという著作権法違反幫助の事案である。

### (2) 第一審判決

第一審判決は, Winny の技術それ自体は価値中立的であり, 価値中立的な技術を提供する事一般が犯罪行為となりかねないような, 無限定な幫助犯の成立範囲の拡大は妥当でないとしつつ, 結局, そのような技術を外部へ提供する行為自体が幫助行為として違法性を有するかどうかは, その技術の社会における現実の利用状況やそれに対する認識, さらに提供する際の主観的態様いかんによると解するべきであるとした。その上で, 本件では, インターネット上において, Winny 等のファイル共有ソフトを利用してやり取りがなされるファイルのうちかなりの部分が著作権の対象となるもので, Winny を含むファイル共有ソフトが著作権を侵害する態様で広く利用されており, Winny が社会においても著作権侵害をしても安全なソフトとして取りざたされ, 効率もよく便利な機能が備わっていたこともあって広く利用されていたという現実の利用状況の下, 被告人は, そのようなファイル共有ソフト, とりわけ Winny の現実の利用状況等を認識し, 新しいビジネスモデルが生まれる事も期待して, Winny がそのような態様で利用される事を認識しながら, 本件 Winny を自己の開設したホームページ上に公開して, 不特定多数の者が入手できるようにし, これによって各正犯者が各実行行為に及んだことが認められるから, 被告人の行為は, 幫助犯を構成すると評価することが出来るとして, 著作権法違反罪の幫助犯の成立を認め, 被告人を罰金 150 万円に処した。



### (3) 原(第二審)判決

この第一審判決に対し、検察官が量刑不当を理由に、被告人が訴訟手続きの法令違反、事実誤認、法令適用の誤りを理由に控訴した。原(第二審)判決は、幫助犯の成否に関する法令適用の誤りの主張に関し、インターネット上におけるソフトの提供行為で成立する幫助犯というものは、これまでにない新しい種類の幫助犯であり、刑事罰を科するには罪刑法定主義の見地からも慎重な検討を要するとした上、「価値中立のソフトをインターネット上で提供することが、正犯の実行行為を容易ならしめたと言えるためには、ソフトの提供者が不特定多数の者のうちには違法行為をする者が出る可能性・蓋然性があると認識し、認容しているだけでは足りず、それ以上にソフトを違法行為の用途のみに又はこれを主要な用途として、使用させるようにインターネット上で勧めてソフトを提供する場合に幫助犯が成立すると解するべきである。」とし、被告人は、本件 Winny をインターネット上で公開・提供した際、著作権侵害をする者が出る可能性・蓋然性があることを認識・容認していた事は認められるが、それ以上に、著作権侵害の用途のみに又はこれを主要な用途として使用させるようにインターネット上で勧めて本件 Winny を提供していたとは認められないから、被告人に幫助犯の成立を認める事は出来ないと判示し、第一審判決を破棄し、被告人に無罪を言い渡した。

## 2. 判旨

### (1) 本件上告を棄却する

### (2) 理由

所論に鑑み、被告人によるファイル共有ソフトの公開、提供行為につき著作権法違反罪の幫助犯が成立するかどうかを職権で判断すると、原判決には、幫助犯の成立要件に関する法令の解釈を誤った違法があるものの、被告人の行為につき著作権法違反罪の幫助犯の成立を否定したことは、結論において、正当としては認めることができる。その理由は、以下のとおりである。

幫助犯は、他人の犯罪を容易ならしめる行為を、それと認識、認容しつつ行い、実際に正犯行為が行われることによって成立する。原判決は、インターネット上における不特定多数者に対する価値中立ソフトの提供という本件行為の特殊性に着目し、「ソフトを違法行為の用途のみに又は、これを主要な用途として使用

させるようにインターネット上で勧めて、ソフトを提供する場合」に限って幫助犯が成立すると解するが、当該ソフトの性質(違法行為に使用される可能性の高さ)や客観的利用状況のいかんを問わず、提供者において外部的に違法使用を勧めて、提供するという場合のみに限定することに十分な根拠があるとは認め難く、刑法 62 条の解釈を誤ったものであるといわざるを得ない。

新たに開発されるソフトには、社会的に幅広い評価があり得る一方で、その開発には迅速性が要求されることも考慮すれば、かかるソフトの開発行為に対する過度の萎縮効果を生じさせないためにも、単に他人の著作権侵害に利用される一般的可能性があり、それを提供者において認識、認容しつつ当該ソフトの公開、提供をし、それをを用いて、著作権侵害が行われたというだけで、直ちに著作権侵害の幫助行為に当たると解するべきではない。かかるソフトの提供行為について、幫助犯が成立するためには、一般的可能性を超える具体的な侵害利用状況が必要であり、また、その事を提供者においても認識、認容していることを要するというべきである。すなわち、ソフトの提供者において、当該ソフトを利用して、現に行われようとしている具体的な著作権侵害を認識、認容しながら、その公開、提供を行い、実際に当該著作権侵害が行われた場合や、当該ソフトの性質、その客観的利用状況、提供方法などに照らし、同ソフトを入手する者のうち例外的とはいえない範囲の者が同ソフトを著作権侵害に利用する蓋然性が高いと認められる場合で、提供者もその事を認識、認容しながら同ソフトの公開、提供を行い、実際にそれをを用いて著作権侵害(正犯行為)が行われたときに限り、当該ソフトの公開、提供行為がそれらの著作権侵害の幫助行為に当たると解するのが相当である。

これを本件についてみるに、被告人において、本件 Winny を公開、提供した場合に、例外的とはいえない範囲の者がそれを著作権侵害に利用する蓋然性が高いことを認識、容認していたとまで認める事は、困難であり、被告人は、著作権法違反罪の幫助犯の故意を欠くと言わざるを得ず、被告人につき著作権法違反罪の幫助犯の成立を否定した原判決は、結論において、正当である。

よって、刑訴法 414 条、386 条 1 項 3 号により、裁判官大谷剛彦の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定(上告棄却)する。

### (3) 裁判官大谷剛彦の反対意見

提供行為の幫助犯としての可罰性は、提供行為が一般的、抽象的に著作権侵害の可能性を持っていれば足りるものではなく、正犯者が侵害的に利用するという具体的でより高度の蓋然性が認められる状況で提供行為が行われる場合に、幫助行為としての可罰性が肯定されると考えられる。この点では、多数意見とほぼ認識、理解を共にしている。

しかしながら、本件の事情からすれば、本件 Winny の公開・提供行為については、その提供ソフトの侵害的利用の容易性、助長性というソフトの性質、内容、また提供の対象、範囲が無限定という提供態様、さらに上記の客観的利用状況等に照らし、まずは、客観的に侵害的利用の「高度の蓋然性」を認めるに十分と考えられる。

多数意見は、結論として、被告人において、例外的とはいえない範囲の者がそれを著作権侵害に利用する蓋然性が高いことを認識、認容していたとまで認めることは、困難である、として被告人の幫助の故意を認定していない。私は、本件において、被告人に侵害的利用の高度の蓋然性についての認識と認容も認められると判断するものであり、多数意見に反対する理由もここに尽きるといえよう。

ソフト自体の有用性の反面としての侵害的利用の容易性、誘引性があることを開発者として当然認識していたと認められること、Winny がかなり広い範囲(およそ例外的とはいえない範囲)で侵害的に利用され、流通しつつあることについて認識があったと認められること、侵害的利用の抑制への手立を講ずることなく提供行為を継続していたことなどから被告人は侵害的利用の高度の蓋然性を認識・認容していたと認めざるを得ず、幫助犯としての犯罪の成立が認められる。

## 3. 解説

本件事件の主たる争点は、著作権侵害罪の成否ではなく、刑法における幫助犯の成否である。その点から

は、弁理士業務との直接的な関係は無いと言える。しかし、ソフトウェア開発者がソフトウェアの開発提供行為の責任を問われて、警察に逮捕されると言う大きな話題を集めた事件であるので裁判経緯とその結末を理解しておくことは、弁理士にとっても重要であると思われる。

また、新しく開発された技術がその効用を追求する余り、無限定に広く社会に提供されれば、その副作用として他の法益が侵害される場合があり、そのような場合への配慮をしつつ開発を進める事が開発者の社会的責任として望まれており、新技術を扱う弁理士としても考えておかなければならない問題でもあるので本稿で取り上げることとなった。

さて、刑法第 62 条 1 項は、「正犯を幫助した者は、従犯とする。」と規定しており、「正犯を幫助する」とは正犯による犯罪の遂行を援助・補助することを意味している。幫助が刑事処罰の対象となるのは、犯罪を直接行っていないくとも、犯罪を助長するものであるから、犯罪予防の観点から禁圧する必要があるからである。

第一審の京都地裁は、インターネット上において、Winny 等のファイル共有ソフトを利用してやりとりがなされるファイルのうちかなりの部分が著作権の対象となるもので、Winny を含むファイル共有ソフトが著作権を侵害する態様で、広く利用されており、Winny が社会においても著作権侵害をしても逮捕されにくい安全なソフトとして利用されていたという現実の利用状況の下、被告人は、上記のような態様で利用される事を容認しながら、Winny を自己の開設したホームページ上に公開し、不特定多数の者が入手できるようにした事が認められ、正犯者 2 名がそれぞれ Winny が匿名性に優れたファイル共有ソフトであると認識したことを一つの契機としつつ、公衆送信権侵害の各実行行為に及んだことが認められるのであるから、被告人がそれらのソフトを公開して不特定多数の者が入手できるように提供した行為は、幫助犯を構成すると評価することができるとした。

即ち、第一審判決は、幫助犯成立の為には被告人が Winny を公開・提供した際に、著作権侵害をする者ができる可能性・蓋然性があることを認識・認容してい

ば充分であると広く幫助犯の成立を認める立場に立った。

一方、第二審の原判決は、価値中立のソフトをインターネット上で提供することが、正犯の実行行為を容易ならしめたといえるためには、ソフトの提供者が不特定多数の者のうちには違法行為をする者が出る可能性・蓋然性があると認識し、認容しているだけでは足りず、それ以上に、ソフトを違法行為の用途のみに又は、これを主要な用途として使用させるようにインターネット上で勧めてソフトを提供する場合に幫助犯が成立すると解すべきであるとし、「違法行為の用途のみ又はこれを主要な用途として」との限定を加えると共に「違法行為に使用させるように勧めて提供する」場合に幫助犯が成立すると極めて限定的に幫助犯の成立を認める立場に立ち、第一審判決を取消して、被告人を無罪とした。

最高裁は上記のような原判決の立場を十分な根拠があるとは認め難く、刑法 62 条の解釈を誤ったものであると否定して、「ソフトを入手する者のうち例外的とは言えない範囲の者が同ソフトを著作権侵害に利用する蓋然性が高いと認められる場合で、提供者もその事を認識・認容しながら同ソフトの公開、提供を行い、実際それを用いて著作権侵害(正犯行為)が行われたときに限り、当該ソフトの公開、提供行為がそれらの著作権侵害の幫助行為にあたりと解するのが相当であ

る。」と判示した。

即ち、例外的とは言えない範囲の者が著作権侵害に利用する蓋然性が高く、提供者にもその認識・認容があった場合に幫助犯の成立を認めるとの基準を示した。

そして、本件の場合、例外的とは言えない範囲の者がそれを著作権侵害に利用する蓋然性が高い状況下での公開、提供行為であったが、被告人がその事を認識・認容していたとまで認めるに足りる証拠は無いとして、著作権法違反罪の幫助犯の成立を否定した原判決は結論において、是認できるとして上告を棄却したのである。

概略的に言えば、第一審判決は、幫助犯の成立を広く認め、第二審判決は、幫助犯の成立を極めて限定的に認める立場を取り、最高裁は、その中間的な立場を取ったと言うことができよう。

なお、幫助犯の成立を認めた他の事件としては、速度違反自動監視装置(オービス)による撮影を困難にするナンバープレートカバーを販売して、購入者による速度違反行為を容易にしたという道路交通法違反幫助事件がある。(大阪高裁 平成 12 年(う)1030 号 平成 12.12.14 判決)

以上  
(原稿受領 2012. 8. 16)

