HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	著作権法における「公に」及び「公衆」概念の限界 ： 幸福の科学祈願経文事件
Author(s)	平澤, 卓人
Citation	知的財産法政策学研究, 46, 345-385
Issue Date	2015-05
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/59294
Type	departmental bulletin paper
File Information	46_09.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

著作権法における「公に」及び「公衆」概念の限界
―幸福の科学祈願経文事件

東京地判平成25.12.13平成24(ワ)24933・平成25(ワ)16293

平　澤　卓　人

第１　事案の概要（裁判所認定の事実を含む）

原告は、昭和61年10月に任意団体として活動を開始し、平成３年３月、宗教法人法に基づく設立登記をした宗教団体であり、Ｄ（以下「原告代表役員」という。）は、その代表役員である。被告Ｂと被告Ｃは夫婦であり、原告の信者であったが、平成24年４月頃、原告から除名処分を受けた。被告Ａ及びＥ（以下「Ｅ」という。）は、原告の職員であり、かつ、信者であったが、平成24年４月頃、原告から除名処分を受けた。

被告Ａ及びＥは、平成22年２月、心理カウンセリングを扱う一般社団法人である「一般社団法人カウンセラー検定協会」を設立した。同一般社団法人カウンセラー検定協会は、平成23年12月27日、その名称を「一般社団法人心検」（以下「心検」という。）に変更し、一般に受講生を募って心理学等を内容とする講座を開講するなどしていた。

Ｅは、平成22年頃から平成23年12月頃までにかけて、心検の上記講座等受講者のうち、原告信者である者から受けた質問や相談が心理学の範ちゅうを超えると感じた際などに、心検の「課外授業」として被告Ｂのカウンセリングを受けるよう勧め、上記勧めを受けた者が被告Ｂの自宅を訪れることがあった。また、Ｅは、心検の受講者以外の者にも、被告Ｂを紹介したことがあった。

被告Ｂは、上記のとおり自宅を訪れた者に対し、１時間から２時間程度

話を聞くなどしたうえで、初回の訪問については3万円、2回目以降の訪問については1万円の金員を受領していた。なお、被告Ｂは、上記金員のうち、初回分の20％（6,000円）をＥに紹介料として支払っていた。被告Ｂは、上記のとおり同被告の自宅を訪れた者の相談を聞く中で、被告Ｃの同席の下、本件経文①ないし③を読み上げることがあった。被告Ｂは、本件経文①ないし③を一人で又は被告Ｃとともに読み上げることがあった。

そこで、原告が、下記の各内容を請求する本件訴訟を提起した。

記

1　本件祈願経文の所有権に基づき、被告Ｂにつき本件経文原本①ないし③の、被告Ａにつき本件経文原本④ないし⑥の各返還

2　本件祈願経文原本に記載された祈願経文の著作権（複製禁止権、口述禁止権）に基づき、

(1)　被告Ｂにつき本件経文①ないし③の口述の差止め（著作権法112条1項）及び同経文の複製物の廃棄（同条2項）

(2)　被告Ａにつき本件経文④ないし⑥の複製及び上記複製によって作成された物の頒布（同法113条1項2号）の差止め（同法112条1項）並びに同経文の複製物の廃棄（同条2項）

3　被告らが、共謀して、原告の法具及び袈裟を使用し、本件経文を読誦して祈願模倣行為を執り行うとともに、上記祈願模倣行為が原告の許可の下でなされたものである旨の発言を行ったこと等は、原告の名誉・信用を毀損するものであり、かつ、本件経文に係る原告の著作権（口述権）及び上記法具等に係る原告の所有権を侵害するものであって、被告らの共同不法行為（民法719条前段）を構成するとして、不法行為に基づく損害3,300万円及び遅延損害金の支払

他方で、被告らは、原告に対し、本訴事件は原告が被告らに対する報復のために提起したものであり、本来であればおよそ法律問題となり得ない事実につき、成立し得ない法律構成で不当な主張をするものであるから、被告らに対する不法行為を構成すると主張し、上記不法行為に基づく損害賠償として、被告ら各自につき1,000万円等の支払を求めた。

被告ら及びEは、訴訟代理人弁護士2名を共同で選任したうえ、本件法具等の占有を否認し、原告の主張を全て争う内容の準備書面を提出したが、同弁護士は、平成25年2月21日付けで辞任した。Eは、同年3月19日付けで本件法具等の持出し等を認める内容の準備書面を提出した。

裁判所は、同年7月17日、本件弁論準備手続からEに関する弁論準備手続を分離し、同日、原告とEとの間に、本件法具等の席上交付等を内容とする和解が成立した。席上交付された本件法具等のうち、本件法具は同年2月下旬頃に、本件袈裟は同年4月10日頃に、いずれも被告BからEに受け渡されたものであった。

判決は、被告A及びBに対する経文原本の返還請求については、被告A及びBが経文原本を保有している証拠はないなどとして棄却した。次に、被告Bに対する口述の差止請求及び経文の複製物の廃棄請求は、口述禁止権侵害がないとして棄却した。また、被告Aに対する経文の複製・頒布の差止請求は、過去に被告Aが経文を公衆に頒布したことがなく、原告Aにおいて経文を破棄したとしてこれも棄却した。また、名誉・信用毀損、宗教法人としての本質の侵害、口述禁止権等侵害に基づく不法行為は否定したが、被告Bらが法具を原告から無断で持ち出したとして被告B及びCにつき所有権侵害の共同不法行為を肯定し、7万円の損害賠償を認めた。反訴については、本件訴訟の提起が裁判制度の趣旨に反し著しく相当性を欠くとはいえないとして棄却している。

以下では、著作権に関する部分のみを引用する。

第2　判決の内容

1　祈願経文の著作物性及び著作権者について

「…本件経文は、原告代表役員が天上界により降ろされた聖なる祈りの言葉として創作したものであり、原告における宗教的儀式の中で読誦して用いられるものであるとされるところ、…本件経文の具体的内容は、次のとおりであるとされる。」

「本件経文①は、地球人を誘拐する宇宙人の悪行を封印し、主に帰依する者の守護を祈願する旨の内容のものであり、『地球人をさらい』で始まり、その途中に『地球に守護神、エル・カンターレあり。その魂の兄弟、

リエント・アール・クラウドこそ、』との部分や、『われらエル・カンターレの弟子一同、地球を愛と慈悲の光の星とすべく、日々努力せる者なり。』との部分を含み、『ご指導、まことにありがとうございました。』で終わるものである。」

「本件経文②は、主を信ずる者につき罪が許され救われる旨を述べ、主を信ずることを呼びかけ誓うことを内容とするものであり、『幸いなるかな』で始まり、その途中に『ただひたすらに主を信じなさい。ただひたすらに主の救いを信じ、主の全能なることを祝福しなさい。』との部分や、『主エル・カンターレと共にある者に、ヒーリング・パワーが臨みますように。』との部分を含み、『魂の底より、お誓い申し上げます。』で終わるものである。」

（中略）

「以上によれば……本件経文には、原告代表役員の個性が表現されているものといえるのであって、その思想又は感情を言語によって創作的に表現したものであると認められる。したがって、本件経文は、言語の著作物（著作権法10条１項１号）として著作物性を有する。」

「原告は、原告代表役員から本件経文の著作権の譲渡を受けたものと認められるから…、原告は、本件経文に係る著作権（口述権、複製権）を有する。」

２　口述禁止権侵害について

「…Ｅは、平成22年２月、一般社団法人カウンセラー検定協会（平成23年12月に『一般社団法人心検』に名称変更）を設立し、一般に受講生を募って心理学等を内容とする講座を開講するなどしていた。」

「Ｅは、平成22年頃から平成23年12月頃までにかけて、心検の上記講座等受講者のうち、原告信者である者から受けた質問や相談が心理学の範ちゅうを超えると感じた際などに、心検の『課外授業』として被告Ｂのカウンセリングを受けるよう勧め、上記勧めを受けた者が被告Ｂの自宅を訪れることがあった。また、Ｅは、心検の受講者以外の者にも、被告Ｂを紹介したことがあった。」

「被告Ｂは、上記のとおり自宅を訪れた者に対し、１時間から２時間程度話を聞くなどした上で、初回の訪問については３万円、二回目以降の訪問

については１万円の金員を受領していた。なお、被告Ｂは、上記金員のうち、初回分の20％（6000円）をＥに紹介料として支払っていた。」

「被告Ｂは、上記のとおり同被告の自宅を訪れた者の相談を聞く中で、被告Ｃの同席の下、本件経文①ないし③を読み上げることがあった。」

「被告Ｂは、上記エのほかにも、本件経文①ないし③を一人で又は被告Ｃとともに読み上げることがあった。」

「著作者は、その言語の著作物を公に口述する権利を専有するところ（著作権法24条）、『公に』とは、その著作物を、公衆に直接見せ又は聞かせることを目的とすることをいい（同法22条）、『公衆』には、不特定の者のほか、特定かつ多数の者が含まれる（同法２条５項）。そして、当該著作物の利用が公衆に対するものであるか否かは、事前の人的結合関係の強弱に加え、著作物の種類・性質や利用態様等も考慮し、社会通念に従って判断するのが相当である。」

「そこで本件についてみると、被告Ｂが、『心検』の受講者等のうち、Ｅの勧めを受けて被告Ｂのもとを訪れた者の一部に対し、本件経文①ないし③を読み上げたことがあり（以下、本件経文①ないし③の読上げを『祈願』ということがある。）、また、本件経文①ないし③を一人で又は被告Ｃとともに読み上げたことがあることは前記…でみたとおりであるところ、上記行為は、いずれも、言語の著作物である本件経文①ないし③を口頭で伝達するものとして、『口述』（著作権法２条１項18号）に該当する。」

「しかし、上記…の口述のうち、後者（被告Ｂのみ又は被告Ｃと２人による読上げ）については、自宅内において、被告Ｂのみで又はその妻である被告Ｃと二人で行われたものであるから、上記口述が、公衆に直接聞かせることを目的として行われたものとは認められない。

したがって、上記読上げが『公に』なされたものと認められない以上、上記読上げが、本件経文①ないし③に係る原告の口述権を侵害するものとは認められない。」

「次に、上記…の口述のうち、前者（被告Ｂが、同被告のもとを訪れた者に対し、本件経文①ないし③を読み上げたこと）が、本件経文①ないし③を『公に』口述したものとして、口述権侵害を構成するか否かについて検討する。」

「被告Ｂは、…祈願を行った人数について、Ｅから紹介を受けた５名の

みであると述べている。他方、Ｅは、被告Ｂのもとを訪れて相談を受けるよう勧め、相談者からＥが相談料金を受け取り、そこから紹介料を差し引いて被告Ｂに渡した人数につき、『心検』受講者について５名であり、それ以外に相談者が被告Ｂに直接相談料を支払った者が１名であるかのようにも受け取れる証言をしている…。しかし、いずれにせよ、祈願を受けた人数は５、６名にとどまる。

原告は、この点について、被告Ｂが、多数の者を対象として本件経文の読み上げを行ったと主張し、原告信者らの陳述書…を提出する。しかし、上記陳述書の作成者のうち、自らが被告Ｂの祈願を受けたとする者は降霊会等への参加者を含めて４名である…。

以上によれば、被告Ｂが祈願を行った人数は５、６名にとどまるとみるべきであって、被告Ｂが多数人に対して祈願を行い、本件経文①ないし③を読み上げたものと認めることはできない。」

「この点に関し、原告は、上記読上げの時点における同席者が特定の少数人であったとしても、任意の条件の下に人数が増減する可能性があれば、不特定の者を対象にするものとして『公に』を充足するし、『公に』の要件が、排他的権利が及ぶ著作物の利用範囲を適切に画することにあるところから、当該行為が有償でなされたものであることは、私的領域の範囲を超えるものとして、『公に』の充足性についての重要な判断基準となると主張する。

しかし、上記陳述書において、被告Ｂの祈願を受けたとされる者は、いずれもＥから心検の『課外授業』等として被告Ｂの紹介を受けた者か、被告Ｂの子の友人等、被告Ｂと個人的な関係のある者として記載されているのであって、被告Ｂが、このような範囲を超えた者に対し、本件経文の読み上げを行ったことを認めるに足りるものではない。そうすると、祈願の対象となった範囲の者は限定されているのであって、原告が主張するように任意の条件の下に人数が増減するような範囲の者ではないというべきである。

したがって、この点についての原告の主張を採用することはできない。

さらに、…被告Ｂは、同被告のもとを訪れた者から金員を受け取っていたことが認められるが、Ｅによれば、上記金員は、相談料名目で支払われたものであり、祈願を行うか否かによってその金額が上下するものではな

いとされる上…、被告Ｂは、上記のとおり、実際に１時間から２時間程度、相談者の話を聞くなどしていたというのであるから、上記金員は、来訪者の話を聞き、相談に乗ることなどの対価として支払われたものとみるべきであり、これを祈願の対価と評価することはできないものというべきである。

そして、原告信者らの陳述書をみても、上記の相談料名目の金員とは別に、祈願の対価として金銭を支払った旨の陳述をするものはみられず、かえって、祈願の対価を支払ったことはない旨記載したものがみられるのであるから…、被告Ｂが、上記金員とは別に、祈願を受けた者からその対価を受領していたものとは認められない。なお、Ｇの陳述書…中には、被告Ｂが『30万円の、精舎でしかやれない経営系の祈願を５万円でやってあげると言うと、喜んでどんどん受ける人たちがいる』旨の被告Ｂの発言を聞いた旨の部分があるが、被告Ｂが対価を受領して本件経文①ないし③の祈願を行っていたことを具体的に裏付けるに足りるものではない。

したがって、対価の受領を理由として『不特定』であるとする原告の主張も採用することはできない。」

「原告は、本件経文①ないし③の読み上げは、定期的かつ継続的に行われたものであるから、不特定の者に対してされたものであるとも主張する。

被告Ｂは、本件経文①ないし③の読み上げを行った回数に関し、本件経文①につき10回程度、本件経文②につき１回、本件経文③につき５回程度にとどまるものと供述しているところ…、上記供述は、被告Ｃの供述…と概ね一致するものである。そして、前記原告が提出する陳述書…によっても、被告Ｂの供述する上記回数が不自然なものとは認められない。したがって、本件経文①ないし③の読み上げ回数は被告Ｂの供述のとおりであると認められる。

以上の事実に基づいて検討するに、被告Ｂが、上記カウンセリングを行うに際し、必ず本件経文の読み上げを行っていたものとは認められず、被告Ｂが必要であると感じた際に本件経文を読み上げたものと認められるにとどまることや…、その延べ回数が、上記のとおり、本件経文のうち、多いものでも10回程度にとどまるものであることを考慮すれば、上記読み上げが、定期的かつ継続的になされたものと評価することはできない。

したがって、この点についての原告の主張も採用することができない。

このほかに、被告Ｂが『不特定』の者に対して本件経文①ないし③を読み上げたことを認めるに足りる証拠はない。」

「したがって、被告Ｂが、同被告のもとを訪れた者に対し、本件経文①ないし③を読み上げたことが、本件経文①ないし③を『公に』口述したものに当たるとは認められず、口述権侵害に当たるものとはいえない。」

「以上によれば、被告Ｂにつき、本件経文①ないし③の口述権侵害は成立しないから、被告Ｂに対する本件経文①ないし③の口述の差止請求及び専ら口述権侵害行為に供された器具としての本件経文①ないし③の複製物の廃棄請求はいずれも認められない。」

３　本件経文④ないし⑥の複製・頒布の差止請求及び本件経文④ないし⑥の複製物の廃棄請求の可否

「…被告Ａが、上記(1)③のほかに、本件経文④ないし⑥を他人に交付した事実を認めることはできない。したがって、被告Ａが、本件経文④ないし⑥の複製物を頒布（著作権法２条１項19号）すなわち公衆に譲渡したものとは認められないから、被告Ａの行為が、著作権法113条１項２号に該当するものとは認められない。また…被告Ａは、原告を除名になった後、原告への信仰心を喪失し、原告の祈願経文を全て廃棄したものと認められるのであるから、上記(1)の①、③、④の行為があったからといって、被告Ａが、今後、本件経文④ないし⑥を複製するおそれがあるものとは認められないし、被告Ａが廃棄の対象となる本件経文④ないし⑥の複製物を所持しているものとも認められない。

したがって、被告Ａに対する本件経文④ないし⑥の複製及び頒布の差止め並びに本件経文④ないし⑥の複製物の廃棄はいずれも認められない」

第３　評釈

１　はじめに

本判決の注目すべき点は、口述禁止権侵害の主張に対し、「公に」口述されていないことを理由として侵害を否定したことである。

「公に」は、著作権法22条で「その著作物を、公衆に直接見せ又は聞かせることを目的として」とされている。このように、「公に」の要件は、2

条5項の「公衆」の要件と連動している。

ところで、近年の裁判例では、「公衆」の要件について、上演禁止権、貸与禁止権、そして公衆送信禁止権で新たな判断がなされている[1]。特に、公衆送信禁止権については、最判平成23.1.18民集65巻1号121頁［まねきTV上告審］の登場により議論が活発化している[2]。そして、これらの判決は、いずれも「公衆」の概念を広く解するものであった。

他方で、本判決は、「公に」口述されたものではないと判断しており、「公衆」若しくは「公に」概念の拡張の限界を示すものとして今後の実務に参考になると考えられる。

以下では、著作物性の要件を検討したうえで、「公衆」及び「公に」要件について判断した判決を概観し、本判決の意義を検討したいと考えている。

2　著作物性について

(1) 過去の裁判例について

本判決は、経文の著作物性について、「本件経文には、原告代表役員の個性が表現されているものといえるのであって、その思想又は感情を言語によって創作的に表現したものであると認められる」として著作物性を肯定している。

著作物性が認められるためには、文化の範囲に属するもので、ある思想又は感情を創作的に表現しているかによって決せられる（著作権法2条1項1号)。ここでいう創作性は、アイディアの創作性では足りず、表現が

---

[1] 作花文雄「著作権制度における『公衆』概念」コピライト560号(2007、以下「作花・公衆概念」と略記する。)38頁。

[2] 茶園成樹「EUにおける公衆への伝達権について」高林龍＝三村量一＝竹中俊子『年報知的財産法2013』(2013、日本評論社)2頁、奥邨弘司「公衆への送信および送信(利用)可能化に関する権利を巡る米国の状況」同14頁、上野達弘「公衆への利用可能化権に関する国際的検討」同25頁。本判決に言及しつつ、「公衆」概念の検討が必要であるとするものとして三村量一＝上野達弘「判例の動き」高林龍＝三村量一＝上野達弘『年報知的財産法2014』(2014、日本評論社)99頁。

創作的でなくてはならない[3]。逆に、誰が創作しても同じ表現となるものは創作性を欠くことになる[4]。

そのため、表現の方法が乏しく、ほかに表現する方法がない文章は創作性がなく、結論として著作物性が否定される[5]。

その典型例として、問題となる文章が極めて短い場合には、ほかの表現する方法がないとして著作物性が否定されることが多い[6]。

例えば、東京地判平成16.3.24判時1857号108頁［ライントピックス一審］は、ニュース記事見出しである「いじめ苦？都内のマンションで中３男子が飛び降り自殺」「マナー知らず大学教授、マナー本海賊版作り販売」「男女３人でトンネルに『弱そうな』男性拉致」「Ｅ・Ｆさん、赤倉温泉でアツアツの足湯体験」等のニュース見出しの著作物性を否定している。

他方で、裁判例には、短い文書でも標語や語呂合わせ等表現上の工夫が

---

[3] 田村善之『著作権法概説』(第２版、2001、有斐閣) 18頁、田村善之＝高瀬亜富＝平澤卓人『ロジスティクス知的財産法Ⅱ 著作権法』(2014、信山社) 9頁。

[4] 田村・前掲注３・15頁。

[5] 中山信弘『著作権法』(第２版、2014、有斐閣) は、創作性概念を思想・感情の流出物としての個性ではなく「表現の選択の幅」と捉え (65頁)、小説等において創作性は問題となることは少ないのに対し (66頁)、技術的・機能的著作物では創作性を選択の幅と捉えることが競争を促進し、情報の豊富化に資するとする (68頁)。そして、このような観点で捉えた場合、創作性の判断は、創作者の主観を離れ、市場あるいは社会における客観的な判断になるとする (70頁)。他方で、上野達弘「創作性」高林龍＝三村量一＝竹中俊子編集代表『現代知的財産法講座Ⅰ　知的財産法の理論的探究』(2012、日本評論社) は、中山教授の説を「競争法的選択の幅論」と位置付けたうえで (202頁)、創作性は表現の幅が広く存在する状態において表現者が特定の表現を選択するという知的活動を意味するものであり、表現の選択の幅が狭い場合には知的活動の働きようがないため創作性が否定されるとする「創作的選択の幅論」を提唱する (199頁)。なお、このような創作性の概念が、国家がどのような著作物に対し著作権によるインセンティブを与えるべきかによって決められるべきことを示すものとして、横山久芳「編集著作物の現代的意義―『創作性』の判断構造の検討を中心として―」著作権研究30号 (2004) 163頁。

[6] 裁判例につき、渡部俊英［判批］(ライブドア裁判傍聴記控訴審) 知的財産法政策学研究28号 (2010) 225頁、比良友佳理［判批］(弁護士のくず) 知的財産法政策学研究37号 (2012) 303頁。

あると認められる場合には著作物性を肯定するものもある。東京地判平成11.1.29平成10(ワ)21662［古文単語一審］は、「朝めざましに驚くばかり」との語呂合わせについて著作物性を肯定し（ただし東京高判平成11.9.30平成11(ネ)1150［同控訴審］で依拠を否定し棄却)、東京地判平成13.5.30平成13(ワ)2176［交通標語一審］は「ボク安心 ママの膝より チャイルドシート」の著作物性を肯定している（ただし類似性を否定して請求を棄却している)。しかし、これらの裁判例の著作物性を肯定する判断はいずれも傍論に過ぎない。

また、裁判例では、1、2文の表現が共通していた場合に著作権侵害を肯定するものもある。東京地判平成25.3.14平成23(ワ)33071［風にそよぐ墓標一審]、知財高判平成25.9.30判時2223号98頁［同控訴審］は、原告書籍の「みなさすがに不安と疲労の色濃く、敗残兵のようにバスから降り立った。」、「午後、作業衣と長靴を着けたD運輸大臣と、そして黒服を着用したE日航社長が体育館に見舞いに来られた。申し訳ない、と詫びる言葉が空々しく、別の世界の話に聞こえてならなかった。」、「その時十六人、カマの前で最後の別れをした。旅先のことでもあり、柩の中に入れるものもない。」、「八月十二日、自宅を出た夫は、この日の深夜、骨箱の中に入ってようやく戻ってきたのである。七日と十七時間ぶりであった。」の各表現に類似する表現について著作権侵害を肯定している。しかし、同判決は、26か所の表現が共通していることが指摘されていた事案ゆえの判断であり、1か所の表現のみが類似していた場合にまで権利範囲が及ぶと解すべきではない[7]。

次に、より長い表現の場合であっても、その表現方法が限定される場合には著作物性が否定されることになる。

表現の方法が乏しい場合として、ある地点への行き方や経路の記述がある。

その例として、東京地判平成13.1.23判時1756号139頁［ふぃーるどわー

[7] なお、東京地判平成22.1.29平成20(ワ)1586［破天荒力一審］は、原告書籍の「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」と共通する被告書籍の表現について著作権侵害を肯定したが、知財高判平成22.7.14判時2100号134頁［同控訴審］は著作権侵害を否定している。

く多摩］は、「JR中央線・総武線で東京から、特別快速二四分、快速二八分、各駅停車三七分。新宿から特別快速一一分、快速一五分、各駅停車一八分、中野から特別快速七分、快速・各駅停車一一分、地下鉄東西線（総武線に乗入れ）で一一分」との記載については、著作物性を否定している。他方で、「鶴川駅　小田急小田原線の駅。小野路の小島資料館へ向かうバスが出る。肝心のバス停は、改札を出た左手の先にひとつだけぽつんとある。改札から右へ進んだバスターミナルは無関係なので注意しよう」との記載については著作物性が肯定されている。

このように、ある地点への行き方を単純に文章にするだけでは著作物性は肯定されないが、そこに表現上の工夫を交えている場合には著作物性が肯定される場合がある[8]。

同様に、旅行記も、単なる滞在した場所や時間を記載するのみならず、感想等を交えるなど表現上の工夫がある場合には著作物性が肯定される。

東京地判平成14.4.15判時1792号129頁［ホテル・ジャンキーズ一審］は、「昨年の４月に、パンコールラウトへ行く前泊として、KLリージェントに泊まりました。リージェントは道路の反対側がKLプラザ、ロット10や伊勢丹などのショッピングモールなのでお買い物には最高のロケーションです。雨が降っても地下道で道を渡れるので傘要らずですし。（マレーの人は小雨程度では傘を使わないみたいですけど）リージェント自体はスタンダードルームに泊まったせいもありますが、まあ、普通です（でもヒルトンよりいいです）。南国らしい花が咲いている外観や、ロビーの雰囲気が好きなので、次回KLに行くとしたら、またリージェントに泊まると思います。KLでお買い物中心の滞在だったら、このBukit Bintan通り周辺か、最近新しいホテルが増えているペトロナスタワー周辺が便利かな？」の文書の著作物性が肯定されている。

次に、評価を交えず事実を時系列順に記載する場合にも著作物性が問題となる。

例えば、知財高判平成20.7.17判時2011号137頁［ライブドア裁判傍聴記控訴審］は、特定の裁判を傍聴し、証言内容等を評価や意見を交えることなく記載した1,700字を超える文章（「●証人のパソコンのファイルについ

[8] 上野達弘「著作物性(1)総論」法学教室319号(2007)165頁。

て ○ライブドアの平成16(2004)年9月期の最初の予算である ○各事業部や子会社の予算案から作成されている ■ライブドアファイナンスによる投資事業は含んでいない ○『売上は132億円／営業利益は22.7億円』で、最初の予算案だからアグレッシブだった ○証人は、『売上高は100～110億円／営業利益は7～8億円』が妥当と感じていた ■前年比増収増益で、実現可能な数字だった ○経営陣の考えで、全事業の増収増益が求められた…」）について、「原告の個性が発揮されている表現部分はなく、創作性を認めることはできない」としている[9]。

これに対し、前掲東京地判［ふぃーるどわーく多摩］は、「関田家 現在の若松町は、当時常久村と呼ばれていた。この地の名族関田氏の当主勘左衛門の長男庄太郎は、近藤勇の従兄弟で親友の宮川信吉と共に、新選組入隊を希望する。しかし長男は家を継げと断わられ、悔し涙にくれたという。家業は代々製油業だが、よろず屋的な面があり、石田散薬も扱っていた。出稽古に来る近藤勇の為にわざわざ離れの小屋敷を構え、上洛後甲陽鎮撫隊を組織した前後には、病身の沖田総司を匿い、甲陽鎮撫隊の後方野戦病院の役割も引受けていた。関田庄太郎は明治二七年一二月三日没。享年四九歳。」の記載は著作物性が肯定されている。

このように事実を書いた文章でもいかなる事実を取捨選択するかに幅があり、一定以上の長さがある場合には著作物性が肯定される。

また、挨拶文については、定形化しており誰でも使用し得るようなものは著作物とは認められない。この点について、東京地判平成7.12.18知的裁集27巻4号787頁［ラストメッセージin最終号］は、「小誌は、昭和63年4月に野菜と健康の情報誌『VEGETA・ベジタ』として創刊し、その理念に多くのかたがたより深いご賛意と共感をたまわり、厚いご支援の中で現在に至りました。しかしながら、このたび突然ではございますが、諸般の事情により本号（四月号）をもちまして休刊のやむなきに至りました。創刊以来五年の永きにわたりご愛読いただきました読者の皆様、またお力添えをいただきました諸先生に、ここにあらためまして心より御礼もうし

[9] 結論に賛成するものとして、渡部／前掲注6・225頁、井上由里子［判批］(ライブドア裁判傍聴記控訴審) 中山信弘＝大渕哲也＝小泉直樹=田村善之編『著作権判例百選』(第4版、2009、有斐閣) 13頁。

あげますとともに、不本意ながら休刊の運びとなりましたことを、深くお詫びいたします。いずれ、再スタートの機をかたく心に誓う所存でございますので、なにとぞ事情ご賢察のうえ、ご理解たまわりますよう伏してお願い申し上げます」の文書の著作物性を否定している。

他方で、同判決は、「休刊のお知らせ 東京地方の桜の開花が待たれる、昨年の３月23日、ニューシングルの人たちが心地よく住まうことをテーマにしたライフスタイルの提案誌として、『NESPA』が誕生しました。創刊号を読んでくださった方から、“本屋さんで見て気に入ったので買ってしまいました。がんばってください”という激励のハガキから、“内容をもう少し充実させてください”というお叱りの言葉まで、いろいろなご意見をお寄せくださいました。それ以来、毎号毎号、ハガキが増え続けました。皆様の思いを込めたハガキは、今でも大切に保管してあります。いつかまた、皆様とお逢いできる日のために、貴重な資料として私たちの財産にさせていただきます。１年と２か月間の短いおつきあいでしたが、『NESPA』ご愛読、本当にありがとうございました。」の文章や「ご声援ありがとう！！ １年間、表紙を飾ってくれたピンク＆ミントのふたり。かわいい！と大人気でしたが、今月号でひとまず、みなさんとお別れです。大声援にお答えする意味で、今月号はおまけ企画でも大活躍してもらいました。生まれ変わる新しい雑誌でも、何かの形で登場してもらう予定ですが、これまでのご声援に、作者とともにお礼を申しあげます。メル編集部」の文章は著作物性が肯定されている。

同様に、法律上の権利義務関係に関わる文書についても、定形化されやすく、一定の長さがあっても著作物性が否定される。

例えば、東京地判平成21.3.30平成20(ワ)4874［新聞販売黒書一審］は、原告が著作権者ではないとしているため傍論であるが、「貴殿が主催するサイト『新聞販売黒書』に2007年12月21日付けでアップされた『読売がYCHの訪店を再開』と題する記事には、M氏の代理人であるＥ弁護士に対する私の回答書の本文が全文掲載されています。しかし、上記の回答書は特定の個人に宛てたものであり、未公表の著作物ですので、これを公表する権利は、著作者である私が専有しています（著作権法18条１項)。貴殿が、この回答書を上記サイトにアップしてその内容を公表したことは、私が上記回答書について有する公表権を侵害する行為であり、民事上も刑事上も

違法な行為です。そして、このような違法行為に対して、著作権者である私は、差止請求権を有しています（同法112条１項）ので、貴殿に対し、本書面到達日３日以内に上記記事から私の回答を削除するよう催告します。貴殿がこの催告に従わない場合は、相応の法的手段を採ることとなりますので、この旨を付言します」などと記載された文書について創作的な表現ではないとしている。

同様に、原告代理人が作成した意見書及び取締役会議事録の著作物性を否定した大阪地判平成17.3.17平成16(ワ)6804［ダスキン取締役会議事録一審］、大阪高判平成17.10.25平成17(ネ)1300［同控訴審］がある。

他方で、利用規約という名称ではあるが、実際はサービス内容の説明という側面が強かった文書について、59の規約の大部分の文言と順序が一致していた場合に著作物性を認めて著作権侵害を肯定したものもある（東京地判平成26.7.30平成25(ワ)28434［銀座櫻風堂］）。また、火災保険改定について告知する文書について、主な改正の内容を３点に整理し、その内容を３行程度の文書にし、重要な部分に太文字や下線を用いたＡ４の文書について著作物性を認めたものがある（東京地判平成23.12.22平成22(ワ)36616［火災保険改定説明書］）。

以上のように、一文にとどまるのであれば、よほどの創意工夫のない限り著作物性は肯定されない。他方で、多数の文で構成された文章は、事実を時系列順に書いたり、ありふれた挨拶文の組合わせ、法的な権利義務に関係する文書などその表現方法が限られる場合には著作物性が否定されることがあるが、そのような事情がなければ著作物性を肯定することに問題はない。

(2) 本判決について

本件の経文に目を転じると、本件経文①は、「地球人をさらい」で始まり、その途中に「地球に守護神、エル・カンターレあり。その魂の兄弟、リエント・アール・クラウドこそ、」、「われらエル・カンターレの弟子一同、地球を愛と慈悲の光の星とすべく、日々努力せる者なり。」「ご指導、まことにありがとうございました。」で終わるものと認定されている。

また、本件経文⑥は、事業を成功させるために必要となる資質や行動等について述べ、事業繁栄を目指すことを呼びかけることなどを内容とする

ものであり、「大宇宙は」で始まり、その途中に「人、物、金、情報、空間、時間のすべての経営資源を活かし切って」との部分や、「仕事の厳しさと包み込む愛を忘れずに、今日も夢を語り、一日分手堅く強く前進せよ。」との部分を含み、「成功も無限である。」で終わるものとされている。

これらの経文については、一般的な文書にみられない表現が多く、前掲東京地判［ライントピックス一審］と比較しても一定の長さがあり、創作性を認めることに問題はないと思われる。

他方で、本件経文②は、主を信ずる者につき罪が許され救われる旨を述べ、主を信ずることを呼びかけ誓うことを内容とするものであり、「幸いなるかな」で始まり、その途中に「ただひたすらに主を信じなさい。ただひたすらに主の救いを信じ、主の全能なることを祝福しなさい。」との部分や、「主エル・カンターレと共にある者に、ヒーリング・パワーが臨みますように。」との部分を含み、「魂の底より、お誓い申し上げます。」で終わるものであるとされている。

同文書の内容は固有名詞を除けば、他の宗教的な文章において見受けられる表現も少なくない。もっとも、それらの文章が組み合わされ、一定の長さにわたる場合には、様々な表現方法があると考えられる。確かに、前掲知財高判［ライブドア裁判傍聴記控訴審］は、かなりの長文にわたる場合であっても著作物性を否定しているが、同判決はあくまで時系列に従って評価を交えず記載していたという特殊性があった。他方で、これらの宗教的意味のある文章をいかに組み合わせるかは様々な方法があると考えられるのであり、かかる経典の著作物性を肯定しても、後続の表現者の自由を害することは考えにくいように思われる。本判決からは同経文全体の長さは不明であるが、引用部分以外にも文章があり一定以上の長さがあるのであれば、著作物性を肯定することに差し支えないように思われる。

3　口述禁止権の侵害について

(1) はじめに

次に、口述禁止権侵害の判断を検討する。

口述禁止権は、著作権法24条において「著作者は、その言語の著作物を公に口述する権利を専有する」と規定されている。口述禁止権侵害が争われた裁判例は、著作物を口述していないとして否定される例が多い（東京

地判平成18.2.27判時1941号136頁［計装工業会講習資料一審］、知財高判平成19.2.28平成18(ネ)10090［中小企業診断士試験用教材控訴審］)。口述禁止権侵害は、録音された著作物の口述を再生する場合が想定され、他人の著作物を口述する場合はあまりないと考えられていたが[10]、本件はまさに他人の著作物の口述が問題となった珍しい事案である。

本件で問題となるのは「公に」ひいては「公衆」の要件である。以下では、学説における「公衆」の要件についての解釈についての議論を確認したうえで、過去の裁判例を整理することにする。

(2)「公衆」の意義についての学説

前述したように、著作権法上「公に」の要件と「公衆」の要件が関係していることからすると、本判決の検討においては、「公衆」要件についての議論も参照する必要がある。

「公衆」について、2条5項は「公衆」に特定多数の者が含まれることを明らかにしている[11]。また、不特定かつ多数の者が「公衆」に含まれることも争いはない。学説上大きな議論があるのは、不特定であるが少数の者について「公衆」に含まれるか否かである。

学説においては、「公衆」について、公衆の語の本来の意味(「公」は「一般に」「開かれた」を意味し、「衆」は「多い」「多くの人」を意味する)から、不特定かつ多数の者をいうとして、不特定少数は「公衆」に含まれないとするものがある[12]。

他の学説では、純粋な不特定少数の者は「公衆」に該当しないとしつつ、多数の者とするためには、ある時点における多数である「同時多数」でなくとも、一定の時間的経過を念頭に多数となる「累積多数」であれば足り

---

[10] 加戸守行『著作権法逐条講義』(6訂新版、2013、著作権情報センター)195頁。

[11] 加戸・前掲注10・72頁は、創価学会の5万人集まる大祭典について特定グループが公ではないとされるおそれがあるとして、著作物利用による経済的な効用を認めるに足りるような程度の特定多数者を公衆に含める趣旨で「特定かつ多数の者」という表現を用いているとする。

[12] 小倉秀夫＝金井重彦編著『著作権法コンメンタール』(2013、レクシスネクシス・ジャパン)208頁(小倉秀夫執筆部分)。

るとするものがある[13]。

他方で、需要者が不特定であれば「公衆」としてよく、不特定であればその者が少数であったとしても「公衆」に含まれるとするものもある[14]。その理由として、著作権法26条の２第２項が「公衆」（同１号）とは別に「特定かつ少数の者」（同４号）に関する規定を置いていることを挙げている[15]。

---

[13] 奥邨弘司［判批］（まねきTV上告審）AIPPI56巻９号（2011、以下「奥邨・判批」と略記する。）619頁。同論文は、貸本屋の貸与やウェブサイトへの掲載、ネットオークションでの譲渡を累積多数で説明する。

さらに、奥邨弘司「ロッカー・サービスと著作権―日米裁判例を踏まえたMYUTA事件判決再考」高林龍＝三村量一＝竹中俊子『年報知的財産法2012』（2012、日本評論社）18頁は、同時には１人しか入場できない映画館で、かつ一度しか上映しない場合には「公に」に該当せず、ロッカー・サービスも多数に上る可能性がないとして、サーバー全体を「公衆の使用に供することを目的として設置されている自動複製機器」（著作権法30条１項１号）には該当しないとしている。

また、作花文雄「放送番組の録画・配信サービスと著作権制度―私的利用と業的利用の境界領域の秩序形成―（「まねきTV」「ロクラクⅡ」の差戻審判決を踏まえて）」コピライト613号（2012）47頁も、「公衆」概念は、同時に又は異時の利用の累積総体であり、多数の人々による著作物の享受を可能とする利用行為に対する排他的権利の規範領域を画するものであるから、需要者が１人又は極めて少数しか想定されない場合には「公衆」に該当しないとする。

[14] 岡本薫『著作権の考え方』（2003、岩波書店）43頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009、有斐閣）130頁（島並良執筆部分）、島並良［判批］（まねきTV上告審）ジュリスト1440号（重要判例解説）（2012）282頁、高林龍『標準 著作権法』（第２版、2013、有斐閣）131頁、渋谷達紀『著作権法』（2013、中央経済社）123頁、三山裕三『著作権法詳説―判例で読む15章』（第９版、2013、レクシスネクシス・ジャパン）313頁、松田政行「著作権法近10年の視点・論点（判例・立法政策）―インターネットは著作権法のパラダイムを転換したか―」コピライト615号（2012）33頁脚注27、前田健「著作権の間接侵害論と私的な利用に関する権利制限の意義についての考察」知的財産法政策学研究40号（2012）206頁。

また、上野／前掲注２・34頁は、たとえ一人に対する単発の利用行為だとしても、相手方が家族や親密な友人ではない不特定人である以上、そのような場合に著作権等が常に及ばないと割り切ってよいのか検討が必要のようにも思われるとする。

[15] 上野／前掲注２・33頁。

もっとも、いかなる者を不特定とするかについても、私的複製（著作権法30条１項）の「家庭内その他これに準ずる限られた範囲内」の者以外であれば足りることを示唆するものや[16]、人的結合関係が存在するかどうかによって決せられるとするものがある一方[17]、利用を受ける機会が広く多数の者に与えられていたかを重視するものもあり[18]、その概念についても一致をみない。

なお、譲渡禁止権については、その対象に「原作品」を含んでいるため、原作品をオークションで販売する場合など、結果的に特定少数の者にしか譲渡しない場合でも譲渡禁止権の侵害となるとする見解が有力である[19]。もっとも、そのような場合も、譲渡禁止権が消尽することにより転々流通することから、累積多数に対する利用行為であるとする見解もある[20]。

裁判例では、職務著作に該当するかを判断するための「公表」の判断において、「不特定多数又は特定かつ多数の者に対して、口述、展示等の方

---

16 貸与禁止権について、金子敏哉［判批］(NTTリース)ジュリスト1304号(2006)187頁。同様に、私的領域内かどうかを重視するものとして、髙部眞規子『実務詳説 著作権訴訟』(2012、きんざい)286頁。WIPO条約の「公衆」の解釈を参照しながら「家族の通常の集まりおよびその最も親密な知人たち」は「公衆」に含まれないことは、一定のコンセンサスがあると論じる上野／前掲注２・33頁も参照。これに対し、私的領域内での利用は「公衆」に対する者ではないことになる一方、私的領域内でないからといって直ちに「公衆」に対する利用にはならないとするものとして、作花・公衆概念(注１)38頁。

17 茶園成樹「著作権(1) 法21条～26条」法学教室332号(2008)140頁。

18 駒田泰土［判批］(まねきTV上告審)判時2127号(判例評論634号)(2011)179頁は、「公衆」に該当するためには、当該利用を受ける機会が広く多数の者に与えられていたという意味での「公開性」が必要であり、そのような機会が排除又は制限されている個別的な性質の利用は公の利用ではないとする。

19 栗田隆「譲渡権・頒布権に基づく差止請求」『知的財産の法的保護』(2000、関西大学法学研究所)145頁、岡本・前掲注14・45頁。不特定多数に申し込みをする限り、譲渡人が特別の利益を取得する可能性があることがその理由であるとするものとして、田村・前掲注３・154頁。落札前に出品者との間に人的結合関係がないことを理由として同様の結論に至るものとして、島並＝上野＝横山・前掲注14・131頁(島並良執筆部分)。

20 奥邨・判批(注13)620頁。

法により提示されることを要する」と解するものもあるが（知財高判平成18.12.26判時2019号92頁［宇宙開発事業団プログラム控訴審］[21]）、後述する東京地判平成16.6.18判時1881号101頁［NTTリース］が、貸与禁止権について、需要者が不特定であるが少数である場合でも「同法26条の3にいう『公衆』」に該当すると明言し、その後の東京地判平成19.5.25判時1979号100頁［MYUTA］が、公衆送信について「（公衆とは）不特定の者又は特定多数の者をいう」として、不特定の少数の者を含むと読める表現をしている。さらに、前掲最判［まねきTV上告審］は、公衆送信禁止権について「不特定」であることのみをもって「公衆」に該当することを肯定した。

そこで、「公に」及び「公衆」について判断した裁判例について概観したうえで、本判決の意義と射程を検討したい[22]。

(3)「公に」及び「公衆」についての裁判例

①　判断枠組　～個別検討型と総合衡量型

裁判例においては、多数かどうかと不特定かどうかを別々に検討するものと、諸要素を総合的に考慮して「公衆」に該当するかを検討するものの両方が存在する。

前者には、多数の者に対する利用行為であることを認定して「公衆」に該当するとした大阪地判平成17.10.24判時1911号65頁［選撮見録一審］、大阪高判平成19.6.14判時1991号122頁［同控訴審］がある。

次に、前掲東京地判［NTTリース］は、貸与禁止権について、「著作権法26条の3にいう『公衆』については、同法2条5項において特定かつ多数の者を含むものとされているところ、特定かつ少数の者のみが貸与の相手方になるような場合は、貸与権を侵害するものではないが、少数であっても不特定の者が貸与の相手方となる場合には、同法26条の3にいう『公

[21] ただし、同判決は一般論として述べるのみで、実際の判断では同プログラムのソースコードやオブジェクトコードが論文に記載されず公表されていないとして控訴人名で公表されたことを否定している。

[22] 裁判例について、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール1［1条～22条の2］』（2009、勁草書房）359頁（伊藤真執筆部分）、作花・公衆概念（注1）36頁。

衆』に対する提供があったものとして、貸与権侵害が成立するというべきである。」として、不特定少数の者も「公衆」に該当すると判示したうえで、不特定の者に対する利用行為であることを認定して、「公衆」に該当するとした。

同判決以降、同様に貸与禁止権が争われた事案について、不特定であることをもって「公衆」にあたるとする裁判例が登場した（東京地判平成22.3.30平成21(ワ)6604［写真カタログ掲載・貸出］）。

さらに、公衆送信禁止権についての裁判例においても、不特定の者に対する利用行為であることのみをもって「公衆」に対する利用行為とする裁判例が登場し（前掲東京地判［MYUTA］）、最高裁も、前掲最判［まねきTV上告審］において「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…」として、不特定の者であることのみをもって「公衆」と判断するに至った[23]。

これらの裁判例は、多数の者に該当するか、又は不特定の者に該当するかを個別に検討したうえで「公衆」に該当すると判断している。

他方で、異なる判断方法を用いるものとして、演奏禁止権の侵害が問題となった名古屋地判平成15.2.7判時1840号126頁［社交ダンス教室一審］がある。

同判決は、「一般に、『公衆』とは、不特定の社会一般の人々の意味に用いられるが、法は、同法における『公衆』には、『特定かつ多数の者』が含まれる旨特に規定している（同法２条５項）。法がこのような形で公衆概念の内容を明らかにし、著作物の演奏権の及ぶ範囲を規律するのは、著作物が不特定一般の者のために用いられる場合はもちろんのこと、多数の

[23] 山田真紀［判解］ジュリスト1423号(2011)34頁。小泉直樹「まねきTV・ロクラクⅡ最判の論理構造とインパクト」ジュリスト1423号(2011)８頁、駒田／前掲注18・178頁も参照。同判決のこの判断に賛成するものとして、島並／前掲注14・282頁。同判決が、「公衆」要件を排除して自動送信行為の主体を確定し、そのうえで「公衆」に対する送信行為かどうかを判断していると分析するものとして、孫友容［判批］(まねきTV)知的財産法政策学研究45号(2014)385頁。

者のために用いられる場合にも、著作物の利用価値が大きいことを意味するから、それに見合った対価を権利者に環流させる方策を採るべきとの判断によるものと考えられる。かかる法の趣旨に照らすならば、著作物の公衆に対する使用行為に当たるか否かは、著作物の種類・性質や利用態様を前提として、著作権者の権利を及ぼすことが社会通念上適切か否かという観点をも勘案して判断するのが相当である（このような判断の結果、著作権者の権利を及ぼすべきでないとされた場合に、当該使用行為は『特定かつ少数の者』に対するものであると評価されることになる。）」と説示した（下線筆者）。

同判決は、多数の者かどうか、及び不特定の者かどうかを個別に検討することなく、諸要素を総合的に考慮して「公衆」に該当するかどうかを判断している。

このように裁判例では、「公衆」の判断にあたり、多数の者かどうか、及び不特定の者かどうかを別個に判断するものと、両者を個別に検討せず諸要素の総合考慮により判断するものに分かれている。

そこで、次に、このような判断方法の違いがあることを意識しつつ、多数の者かどうか、不特定の者かどうかの具体的な判断をみていくことにする。

② 多数の者かどうかの判断 ～同時多数型と累積多数型

次に、多数の者に対する利用行為かどうかの裁判例をみていく。

裁判例において、少数の者に対する利用行為と認められた判決は少ない。送信可能化禁止権について「公衆」に該当しないと判断した東京地判平成19.5.30判タ1255号328頁［サライ写真］が、フリーランスの写真家である原告が、被告出版社からの依頼により被告発行の雑誌のために、設定されたテーマに従って撮影した写真のポジフィルムを被告に交付していたが、ポジフィルムの一部を紛失するなどしたため原告が訴訟提起した事案について、当該ポジフィルムの写真の一部をデジタルデータ化してサーバーのハードディスクに蓄積保存したことは、被告の担当者４人のコンピュータ端末との関係においてサーバー機能を有するにすぎず、この担当者４人は、特定かつ少数であるとしている。

他方で、多数の者に対する利用行為であるとした裁判例は数多いが、そ

の判断方法は同じではない。

前述のとおり、学説では、多数の概念には、特定の時点における多数である「同時多数」と一定の時間的経過を念頭に多数となる「累積多数」があることを指摘するものがあった[24]。裁判例においても、特定の時点での人数を重視するものと、累積した人数を重視するものがある。

前者の代表例は、前掲大阪地判［選撮見録一審］、前掲大阪高判［同控訴審］である。この事案は、被告が集合住宅向けハードディスクビデオレコーダーシステムを販売しているところ、このシステムでは録画予約された番組について、そのサーバーのハードディスク上の1か所にその音声及び映像の信号を記録し、そのサーバーに接続されたビューワーで、当該番組の予約をしたビューワーから、録画から1週間の保存期間内に番組再生の要求があった場合には、自動的に、録画した番組の音声及び映像の情報信号を、当該ビューワーにのみ送信するものであった。

一審判決は、「被告商品においては、ビューワーは、集合住宅の各戸に設置されることが予定されているから、1サーバーに接続されるビューワー数は、設置場所によって異なるとしても、集合住宅向けに販売される以上、少なくとも10個以上は接続されるものと推認される。これは、10世帯以上の入居者（したがって、その入居者数は10に留まるものではない。）が利用者となることを意味するものである」として、結論として「被告商品の利用者の数は、公衆送信の定義に関して『公衆』ということを妨げない程度に多数であるというべきである」と判断した[25]。

さらに、控訴審判決は、「控訴人商品においては、ビューワーは、集合住宅の各戸に設置されることが予定されているから、1サーバーに接続されるビューワー数は、設置場所によって異なるとしても、集合住宅向けに販売される以上、少なくとも前記認定の24戸以上の入居者が使用者となることに照らせば、控訴人商品の利用者の数は、公衆送信の定義に関して『公衆』といい得る程度に多数であるというべきである」として送信可能化禁

[24] 奥邨・判批(注13)619頁。

[25] 一審判決は、被告は送信可能化及び複製の主体にはあたらないとしつつ、著作権法112条1項の類推適用によって差止めを認めている。

止権及び公衆送信禁止権の侵害を肯定している[26]。

なお、同判決は、「当該戸数に至らない場合、控訴人商品の使用態様、条件によっては、公衆送信・送信可能化権を侵害しない場合もあり得る」として、ある特定の時点における戸数を重視している。同判決は特定の時点において需要者が多数であるかを重視しており、長期間でみたときに多数になるかどうかを重視していない[27]。

他方で、時間的経過をも考慮して多数の者かを判断していると思われる裁判例として、総合考慮型の判断ではあるが、前掲名古屋地判［社交ダンス教室一審］を挙げることができる。この事案は、被告らがそれぞれ経営する社交ダンス教授所施設で音楽を録音したCDを再生し、その音楽に合わせて、ダンスを教授していたため、JASRACが演奏禁止権侵害を根拠に提訴したというものである。

判決は「被告らによる音楽著作物の再生は、本件各施設においてダンス教師が受講生に対して社交ダンスを教授するに当たってなされるものであることは前記のとおりであり、かつ、社交ダンスはダンス楽曲に合わせて行うものであり、その練習ないし指導に当たって、ダンス楽曲の演奏が欠かすことができないものであることは被告らの自認するところである」として、著作物の利用行為の目的及び必要性を検討した。

そのうえで、判決は「本件各施設におけるダンス教授所の経営主体である被告らは、ダンス教師の人数及び本件各施設の規模という人的、物的条件が許容する限り、何らの資格や関係を有しない顧客を受講生として迎え入れることができ、このような受講生に対する社交ダンス指導に不可欠な音楽著作物の再生は、組織的、継続的に行われるものであるから、社会通念上、不特定かつ多数の者に対するもの、すなわち、公衆に対するものと

---

[26] 控訴審判決は、カラオケ法理を用い、複製等の過程を管理・支配し、それによって利益を得ているとして、控訴人を著作権侵害の主体とし、大阪府内の集合住宅向けに商品を販売して同集合住宅の入居者に録音・録画をさせてはならない旨の差止めのみを肯定した。

[27] 同判決について、送信主体と入居者の間に人的結合がないことをもって不特定であることを理由に「公衆」とすべきであったと批判するものとして、茶園／前掲注17・140頁。

評価するのが相当である」とした[28]。

このように、同判決は、何ら資格や関係を有しない者が受講生となり、著作物の利用が組織的・継続的に行われることをもって「公衆」であると結論付けており、特定の時点における著作物の利用行為を受ける人数を摘示していない。同判決は、同時多数を重視せず、一定の時間の経過による人数の増加を考慮している判決に位置付けられる。

③　不特定の者であるかの判断

特定の者に対する利用行為とされた裁判例は、極めて少ない。

前掲東京地判［サライ写真］が、ポジフィルムの写真の一部をデジタルデータ化してサーバーのハードディスクに蓄積保存したが、これにより被告出版社の担当者4名との関係でサーバー機能を有していた事案について、この担当者4人を特定かつ少数であると判断しているくらいである[29]。

これに対し、不特定の者に対する利用行為であるとされた裁判例は数多くみられる。

特に、誰もが当該サービスの利用者となることで、著作物の利用行為を受けることができる場合には、これらの利用者をもって「公衆」とする傾向がある。

公衆送信禁止権侵害が問題となった事案では、前掲東京地判［MYUTA］がその典型である。

この事案は、ユーザーが楽曲の音源データを自己のパソコンで携帯電話用ファイルに圧縮し、インターネットを経由して原告の運営する「MYUTAサーバ」の外部保存媒体(ストレージ)にアップロードして蔵置しておき、これを任意の時期に自己の携帯電話にダウンロードできるようにしたサービスについて、本件サーバーからユーザーの携帯電話に向けての音源デ

---

[28] 相澤英孝［判批］中山＝大渕＝小泉＝田村編・前掲注9・129頁は、同判決は著作権法22条を拡張解釈するものとして批判しつつも、小規模のダンス教室については、著作権法38条の非営利上演に該当することを理由に適法とする。

[29] このほか、東京地決平成18.8.4判時1945号95頁［まねきTV仮処分］、知財高決平成18.12.22平成18(ラ)10012［同抗告審］は「公衆」に該当することを否定しているが、最高裁で覆されている。

ータの3G2ファイルの送信が自動公衆送信に該当するかが争われた[30]。

判決は、「本件サービスは…インターネット接続環境を有するパソコンと携帯電話…を有するユーザが所定の会員登録を済ませれば、誰でも利用することができるものであり、原告がインターネットで会員登録をするユーザを予め選別したり、選択したりすることはない。『公衆』とは、不特定の者又は特定多数の者をいうものであるところ…ユーザは、その意味において、本件サーバを設置する原告にとって不特定の者というべきである」として自動公衆送信禁止権の侵害を肯定した。なお、原告は本件サーバに蔵置した音源データのファイルには当該ユーザしかアクセスできないことを主張したが、判決は、「メールアドレス、パスワード等や、アクセスキー、サブスクライバーID（加入者ID）による識別の結果、ユーザのパソコン、本件サーバのストレージ領域、ユーザの携帯電話が紐付けされ、他の機器からの接続が許可されないように原告が作成した本件サービスのシステム設計の結果であって、送信の主体が原告であり、受信するのが不特定の者であることに変わりはない」と判断している[31]。

さらに、前掲最判［まねきTV上告審］も、利用者の所有するベースステーションを事務所内に設置しテレビ番組をデジタルデータ化しインターネットを通じて利用者の端末機械に自動送信し、利用者がテレビ番組を視聴できるようにしたサービスについて、「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

---

[30] 原告による被告の差止請求権の債務不存在確認を求める訴訟である。

[31] 判決は、本件サーバーに3G2ファイルを蔵置する複製行為は、本件サービスにおいて極めて重要なプロセスであるうえ、原告が本件サーバーを所有し管理していることや、ユーザーが個人レベルで音源データを携帯電話で利用することが技術的に相当程度困難であること等の理由から、カラオケ法理を用い本件サーバーにおける3G2の複製行為の主体を原告としたうえで、本件サーバーからユーザーの携帯電話に向けての音源データの3G2ファイルの送信が自動公衆送信に該当することも肯定し、被告の差止請求権を肯定した。

同判決に対し、侵害主体性を肯定した点と公衆送信行為を肯定した点に疑問を呈するものとして、山神清和［判批］（MYUTA）判時1996号（2008）201頁。

に当たる…」としている。

同様に、東京地判平成23.9.5判時2153号93頁［ジェーネットワークサービス］も、ストリーミング配信システムでテレビ放送に係る音及び影像をケーブルテレビ配線を介して受信したうえ、これをストリーミング配信用サーバ機にデータ化して入力し、ストリーミング配信用サーバ機からインターネット回線を利用してアクセスしてきた利用者に対しデータ化した音及び影像をストリーミング配信していた事案について、「本件サービスの内容及び利用者数等に照らすと、何人も本件サービス利用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るから、本件サービスの利用者は不特定かつ多数の者に当たり、『公衆』…に該当するものと認められる」として公衆送信禁止権侵害を肯定した。

次に、演奏禁止権・上演禁止権についてみると、カラオケスナックでの歌唱は、他の客に聞かせることを目的としたものとして、「公衆」に対する演奏権の侵害とされた（最判昭和63.3.15民集42巻3号199頁［クラブ・キャッツアイ上告審］)。また、カラオケボックスの各室での音楽の演奏と映画著作物の上映は、カラオケボックスを営む主体が演奏や上映を行っており、来店する顧客は不特定多数の者であるとして、演奏権侵害及び上映権侵害を肯定したものがある（東京地判平成10.8.27判タ984号259頁［ビッグエコー上尾店一審］、東京高判平成11.7.13判時1696号137頁［同控訴審］)[32]。そして、ダンス教室における音楽の利用について、総合考慮型の判断であるが前掲名古屋地判［社交ダンス教室一審］は、「何らの資格や関係を有しない顧客を受講生として迎え入れることができ」るとして、「不特定かつ多数の者に対するもの」と評価できるとしている。

そして、貸与禁止権についても、前掲東京地判［写真カタログ掲載・貸出］は、被告の委託を受けたアマナイメージズが三晃堂に対し写真を貸し出した事案において、「アマナイメージズは被告の受託者として、第三者（三晃堂）に写真の使用を許諾したものであり、三晃堂は、広く一般に写真の貸出業を行う写真エージェンシーであるアマナイメージズにとって、不特定の者に該当すると認められる（アマナイメージズが、本件写真の使用許諾先を三晃堂(特定の者)に限定していたとの事実は認められない。)。

[32] 中山・前掲注5・255頁。

そして、アマナイメージズにとって、三晃堂は不特定の者に該当するのであるから、アマナイメージズに対して、本件写真の使用許諾行為を委託した被告にとっても、三晃堂は不特定の者に該当すると認めるのが相当であると」して貸与禁止権侵害を肯定している。この事案も、広く一般に著作物の利用行為を享受する者を募っていたものとして位置付けられる。

他方で、一般に広く利用者を募っていない事案でも、不特定の者に対する利用行為であると認めた事案として、前掲東京地判［NTTリース］がある。

同事案は、原告が本件各プログラムについて著作権を有するところ、被告エヌ・ティ・ティ・リース株式会社は財団法人電気通信共済会に対してのみ再使用許諾を行い得るという条件で使用許諾を受けたにもかかわらず、原告に無断で被告エヌ・ティ・ティ・コムウェア・ビリングソリューション株式会社に使用許諾を行い、被告ビリングソリューション、東北通信及びテルウェル西日本（いずれもNTTグループの会社である。）にこれらのプログラムを使用させたことが貸与禁止権の侵害となるか争われた事案である。

判決は、「…プログラムの著作物について、リース業者がリース料を得て当該著作物を貸与する行為は、不特定の者に対する提供行為と解すべきものである。けだし、『特定』というのは、貸与者と被貸与者との間に人的な結合関係が存在することを意味するものと解されるところ、リース会社にとってのリース先（すなわちユーザ）は、専ら営業行為の対象であって、いかなる意味においても人的な結合関係を有する関係と評価することはできないからである」として貸与禁止権侵害を肯定した。

このように、同判決は、貸与禁止権における「公衆」が不特定であれば少数の者であっても足りるとしたうえで、特定とは人的結合関係が存在することを意味し、リース会社にとってのリース先はこれに該当しないとして、「公衆」に該当するとしている。

もっとも、同事案は、NTTグループから発注を受けて作られた関係特殊性の強い著作物であることに加え、被告が貸与の形式で使用許諾を行い、継続してリース料を徴収していたものであり、貸与の相手方が少数とはいえ、著作権者の得るべき市場機会を継続して奪っていた事案であると評価

できる[33]。

(4) 本判決の判断について

① 判断枠組について

本判決は、著作物の利用を受ける者が「公衆」に該当しないと判断した数少ない判決に位置付けられる。

本判決は、まず、「『公衆』には、不特定の者のほか、特定かつ多数の者が含まれる」と判示した。このような説示は、「公衆」について「不特定の者又は特定多数の者をいう」とした前掲東京地判［MYUTA］と同様に、不特定少数の場合も「公衆」にあたると解し得る説示である。もっとも、本判決は前掲東京地判［NTTリース］のように、不特定少数の場合も含むと明示しているわけではない。

そのうえで「当該著作物の利用が公衆に対するものであるか否かは、事前の人的結合関係の強弱に加え、著作物の種類・性質や利用態様等も考慮し、社会通念に従って判断するのが相当である」と判示し(下線筆者)、「公

[33] 島並＝上野＝横山・前掲注14・132頁脚注11(島並良執筆部分)は、同判決が反復継続性に着目して相手方の不特定性を肯定したものであり、営業行為としての貸与が常に「不特定」の者への貸与には該当するわけではないとして、その射程を限定する。

また、茶園／前掲注17・144頁は、貸与先が同一のグループ企業の貸与であることから「公衆」への貸与とすることに疑問を呈し、作花・公衆概念(注１)41頁は、「人的な結合関係」がないとしても、そのことにより直ちに「公衆」に該当するわけではなく、貸与禁止権が創設された趣旨に照らし判断されるべきとする。

他方で、泉克幸［判批］(NTTリース)判時1903号(2005)208頁は、少数だとしても不特定の者に貸与する行為を容認するならば、さらなる無断貸与が蔓延する蓋然性が高くなり権利者の経済的利益が不当に奪われることになるとして同判決に賛成する。また、金子／前掲注16・187頁は、貸与禁止権制定時の加戸守行政府委員の答弁から不特定少数に貸与する場合にも貸与禁止権が及ぶ旨説明していることを根拠に本判決に賛成している。

なお、中山・前掲注５・277頁は、本判決に対する立場は明確ではないが、親密な関係にある企業同士でも営利で貸与すれば貸与禁止権侵害に該当し、貸与禁止権は、非営利の場合に及ばない(著作権法38条)ことを根拠に、「公衆」要件を厳しく解釈しても問題はないとしている。

衆」に該当するかどうかについて諸要素を総合考慮して判断するとした。

この説示の後半部分は、前掲名古屋地判［社交ダンス教室一審］の「著作物の公衆に対する使用行為に当たるか否かは、著作物の種類・性質や利用態様を前提として、著作権者の権利を及ぼすことが社会通念上適切か否かという観点をも勘案して判断するのが相当である」とする説示とほぼ共通している[34]。

さらに、本判決は、前掲名古屋地判［社交ダンス教室一審］で示された要素に加え、「事前の人的結合関係の強弱」を考慮することを明らかにしている。この人的結合関係は、前掲東京地判［NTTリース］の「特定」の判断で説示された内容であり、多くの学説が特定の者に該当するか否かの判断において考慮している[35]。

いずれにしても、本判決は、前掲名古屋地判［社交ダンス教室一審］と同様に、諸要素の総合考慮型の判断枠組を説示している。

本判決が総合考慮型の判断枠組を示している理由は定かではないが、口述禁止権と類似する演奏禁止権について判断した前掲名古屋地判［社交ダンス教室一審］が影響を与えている可能性はある。さらに、本件は、利用者を広く一般に募っている事案ではなかったため、前掲東京地判［MYUTA］や前掲最判［まねきTV上告審］のように、不特定の者に対する利用であることを理由として、利用者を「公衆」とできなかったからかもしれない。

もっとも、以下にみていくように、具体的な判断においては、多数に対する利用かどうか、不特定の者に対する利用かどうかを個別に考慮しており、両要素を全く区別せずに論じている前掲名古屋地判［社交ダンス教室

---

[34] 「公衆」について、同様の判断枠組を示すものとして、髙部・前掲注16・285頁。

[35] 加戸・前掲注10・72頁は、2条5項の「特定」について、「行為者との間に個人的な結合関係があるもの」を指すとする。また、作花・公衆概念（注1）38頁も、「著作権法上の『公衆』概念における『特定』・『不特定』とは、著作物の利用行為者からみて、対象者が誰であるのかについて了知し得るか否かというものを意味するものではなく、利用行為者と対象者との関係の特定性の有無を問うものであり、『特定』の趣旨としては、人的関係や人的範囲の限定性、閉鎖性という意味合いがある」とする。

一審］の判断とは異なっている。

② Ｂ及びＣのみの読上げが「公に」に該当しないとの判断について

まず、判決は、最初に、被告Ｂのみ又は被告Ｃと２人による読上げについて、自宅内で被告Ｂのみで、又はその妻である被告Ｃと２人で行われたものであるとして、同読上げは「公に」なされたものではないとした。

従来から学説の多くが人的結合関係のある場合を「特定」である場合として挙げていたが[36]、ＢとＣでの読上げは、人的結合関係の典型例である家族の場合であり、「公衆」に該当しないことには異論をみないと思われる[37]。

③ その他の者についての判断要素

他方で、より問題となるのは、Ｅから紹介を受けて被告Ｂのもとを訪れた者に対する口述が「公に」なされたものかどうかである。

本判決は、(ⅰ)実際に口述を受けた者が「多数人」ではないと判断したうえで、(ⅱ)口述を受ける者は任意の条件のもとに人数が増減せず、(ⅲ)口述を受けた者から受領した金員は祈願の対価ではなく、そのことを理由に「不特定」とは解されない、(ⅳ)本件経文の読み上げの回数は多いものでも10回であり、定期的かつ継続的になされたものでもないとして、以上を総合して「公に」口述したものではないと結論付けている。

以上の要素のうち、(ⅱ)ないし(ⅳ)の要素は、いずれも最終的には「不特定」かどうかを判断している。そこで、まず「多数人」かどうかの判断について検討し、その後「不特定」かどうかに関する(ⅱ)ないし(ⅳ)の要素の判断を検討することにする。

---

[36] 加戸・前掲注10・72頁、金子／前掲注16・187頁、島並＝上野＝横山・前掲注14・131頁(島並良執筆部分)、中山・前掲注５・253頁。

[37]「家族の通常の集まりおよびその最も親密な知人たち」は「公衆」に含まれないことは、一定のコンセンサスがあると論じるものとして、上野／前掲注２・33頁。また、学校のクラスメートについて個人的結合関係を肯定して「特定」されているとするものとして、田村善之編『論的解析知的財産法』(第２版、2011、商事法務)261頁(駒田泰土執筆部分)。

④ 「多数人」に対する利用か

本判決は、「被告Ｂが祈願を行った人数は５、６名にとどまるとみるべきであって、被告Ｂが多数人に対して祈願を行い、本件経文①ないし③を読み上げたものと認めることはできない」として、「多数人」に対する利用行為ではないとした。

この説示が、２条５項の「多数」に該当するかを検討しているのか、それとも総合考慮における判断の一要素として検討しているのかは不明である。

２条５項の「多数」についてみると、著作物の種類及び利用態様によって相対的に決するとされ、何人以上であるかは一義的に決定できないとされる[38]。過去の裁判例では、10世帯以上の入居者が利用者となる場合に公衆送信禁止権について「公衆」に該当するとしたものがあった（前掲大阪地判［選撮見録一審］）。他方で、前掲東京地判［サライ写真］は、出版社の担当者４人がアクセス可能であった場合に「公衆」に該当しないとしていた。

確かに、５、６人に対する著作物の利用は、一般的にいえば、その規模の利用が許諾なく行われたとしても著作権の利益は大きく害されるとはいえず、かつそのような小規模の利用は日常的に行われ、これに著作権者の許諾を要するとすれば取引費用の大きさから利用自体が断念されかねない[39]。

しかし、本件において、実際に読み上げを受けた５、６人という人数を重視することは適切であろうか。

前述のとおり、学説では、多数の者といえるためには、特定の時点において多数でなくとも、長期間には累積して多数の者が利用するという累積

---

[38] 加戸・前掲注10・72頁、小倉＝金井編・前掲注12・211頁（小倉秀夫執筆部分）、中山・前掲注５・253頁。

[39] 取引費用が高い場合には、かかる利用自体が断念されるとすれば、許諾なしに利用できることとしても著作権者はその利益を大きく失わないと考えるものとして、スティーブン・シャベル（田中亘＝飯田高訳）『法と経済学』（2010、日本経済新聞出版社）181頁脚注53。

多数でも足りるとするものがあり[40]、裁判例にもそのような観点を考慮していると思われるものがある(前掲名古屋地判［社交ダンス教室一審］)[41]。

他方で、本判決では、訴訟提起時までの累積した人数を考慮しているものの、少なくとも多数人に対する利用行為かどうかの判断において、読み上げが継続された場合における累積的な要素を考慮していない。

前記の学説が累積多数を考慮するのは、長期間に当該利用が行われた場合に著作権者に与える経済的影響を無視することはできないからであると思われるが、本判決は、実際に読み上げを受けた人数を重視しており、累積して多数になり得る場合に著作権者に与える影響が適切に考慮されていないように思われる。

ここで、累積して多数となるかどうかを判断するにあたっては、訴訟提起までに読み上げを受けた人数よりも、いかなる目的で著作物の利用行為が行われているのかを検討するのが重要であると思われる。

例えば、純粋に営利目的の利用行為である場合には、仮に訴訟提起までに読み上げを受けた人数が少なかったとしても、その継続性が強く推認されると考えられる。また、仮に、読み上げが、宗教団体の不特定の構成員に対する分派活動の目的を有していたら、より継続性を有するものと認めることができたかもしれない。

しかし、本判決の認定に従う限り、読み上げの目的は相談・カウンセリングを補助するものでしかなかったことになる。そうすると、継続性があったかどうかは行為の目的のみでは判断できず、実際に読み上げを受けた人数等の他の事実によって判断するほかない。

そして、本件では、読み上げを行った可能性がある期間は、平成22年頃から平成23年12月までの約２年間で、読み上げを受けた人数は５、６名にとどまると認定され、判決は読み上げが定期的かつ継続的になされたものではないとしている。この人数をもって、累積して多数といえるか否かは

---

[40] 奥邨・判批(注13)619頁。

[41] 貸与権指令(Council Directive 92/100/EEC)の「公衆への伝達」(communication to the public)に該当するかについてのCJEUの判断であるSocietà Consortile Fonografici v Del Corso (Case C-135/10), 15.3.2012, [2012] E.C.D.R. 16においても、潜在的聴衆に著作物が利用可能となる累積的な効果(culmulative effects)が考慮されている。

微妙なところではあるが、その目的が継続性を推認させるものと断じ難いことからすれば、累積しても多数の者とはいえないとの判断も十分に成り立つと思われる。

いずれにしても、本件の判断においては、本件経文の読み上げの目的から、読み上げの継続性をより検討する必要があったのではないかと考えられる。そして、一定の継続性が認められる場合には、いずれ累積して多数に達することから「多数」に対する利用行為と認めてよいと思われる。その意味では、最初に著作物利用の目的及び事業への必要性を論じている前掲名古屋地判［社交ダンス教室一審］の判断が参考になろう。

⑤ 「不特定」の者に対する利用行為ではないとの判断について

次に、判決は、原告の主張に応える形で、祈願の対象となった範囲の者は限定されているのであって、原告の主張するように任意の条件の下に人数が増減するような範囲の者ではないとしたうえで、対価の受領を理由としても不特定には該当せず、読み上げが定期的かつ継続的に行われたものでもないとして不特定の者に対し読み上げがなされたとはいえないとしている。

人数の増減する範囲の者かどうかの判断において、判決は「被告Ｂの祈願を受けたとされる者は、いずれもＥから心検の『課外授業』等として被告Ｂの紹介を受けた者か、被告Ｂの子の友人等、被告Ｂと個人的な関係のある者として記載されているのであって、被告Ｂが、このような範囲を超えた者に対し、本件経文の読み上げを行ったことを認めるに足りるものではない」としている[42]。

もっとも、これらの点をもって不特定の者に対する利用行為ではないと判断できるかは微妙な点がある。

判決の事実認定では、Ｅは一般に受講生を募って「心検」で心理学等を内容とする講座を開講しており、そこでの受講生の質問や相談が心理学の範ちゅうを超えていると感じた場合にＢのカウンセリングを受けるように勧めており、勧められた受講生がＢの自宅を訪れている。そして、Ｂは、

[42] 任意の条件の下に人数が増減する可能性があれば不特定の者であると論じるものとして、渋谷・前掲注14・123頁。

Bの自宅を訪れた者に対し、本件経文の読み上げを行っていることが認定されているのである。

つまり、「心検」の受講生は一般に募っており、これは不特定の者にほかならず、近時の裁判例（前掲名古屋地判［社交ダンス教室一審］、前掲東京地判［MYUTA］、前掲最判［まねきTV上告審］）からすれば当然「公衆」に該当すると考えられる。

そうすると、Eが受講生にBを訪ねるように勧めるかどうかの判断が介在しており、受講生が自動的にBを訪れることにならないことによって、不特定の者に対する利用行為ではなくなると考えているのかもしれない。

さらに、判決は、Bがカウンセリングを行う際に、必ず本件経文の読み上げを行っていないことも根拠に、読み上げが定期的かつ継続的になされたと評価できないとしている。この点も、不特定の受講生が機械的に本件経文の読み上げを受けなかったことの理由となるだろう。

以上のとおり、本件の受講生は一般に募っているものであるが、その際に本件経文の読み上げを行うことは知らされず、その中のごく一部の人のみが本件経文を読み上げられたものである。そうであれば、本件は、一般に利用者を募り、その際に著作物の利用行為を行うことが利用者に明らかであった前掲東京地判［MYUTA］、前掲最判［まねきTV上告審］、前掲名古屋地判［社交ダンス教室一審］とは異なる事案であったということができる。

もっとも、これらの点をもって、需要者が特定されていたと判断できるのかは議論のあり得るところである。そこで、口述禁止権が「公に」の要件を課した趣旨から考察してみよう。

口述禁止権について「公に」の要件を要求した趣旨は、①公に使用行為がなされる場合にはその分著作物に利用価値があったことを意味しており、それに見合った対価を権利者に還流させるべきであること、②私的使用に比べれば権利侵害を把握するのが容易である点に求められること[43]、③公になされる使用行為を禁止しても、人間の行動の自由を過度に害する

[43] 田村・前掲注3・173頁。渋谷・前掲注14・123頁も、公の要件の趣旨を、公衆に対する著作物の提供又は提示が商機を生むため、この商機を他人が奪い著作者の財産的利益を害することを防止することに求めている。

ものではないこと[44]に求められよう。

ところで、①の利用価値について、著作権法は、著作物のあらゆる利用価値を著作権者に還流させることを目的とするものではないから、利用価値があるから直ちに著作権の権利範囲に属すると解すべきではない。あらゆる利用価値を著作権者に還流させることを前提としたうえで、「公衆」以外の者に対する利用行為は最初の対価の取得の時点において織り込み済みの行為であると考える可能性も示されてはいるが[45]、少なくとも現行法は対価取得の有無とは関係なく「公衆」ではない者に対する一定の利用行為を許容している。

著作権が著作物の全ての価値を著作権者に還流させるものではなく、文化の発展のため政策的に著作権者に一定の利用行為を禁止できる権限を付与したものと考えると[46]、排他権の範囲は、創作活動へのインセンティブと著作物の利用の促進の観点から決定されるべきであろう[47]。ところで、公開された場所での著作物の利用はもとより、著作物の利用行為を行うことを明らかにして一般に広く享受する者を募る場合には、著作権者が市場を通じて著作物を提供する機会を奪う可能性は否定できない[48]。そして、譲渡禁止権において論じられるように、市場を通じて著作物の利用行為を受ける者を集める場合には、その者が当該著作物についての特別の利益を

---

44 田村・前掲注3・109頁。

45 そのような理論的可能性を示しつつ、「公衆」概念による切り分けが絶対的でないことも指摘するものとして、前田／前掲注14・206頁。

46 田村・前掲注3・7頁。より広く、知的財産権の道具主義的扱いについて、Peter Drahos（山根崇邦訳）「A Philosophy of Intellectual Property（8・完）」知的財産法政策学研究43号（2013）244頁。

47 権利制限について、元来公共財である情報をどの範囲で切り取って、どのような内容の権利を創作者に分配することが情報の豊富化に裨益するか、著作物の過少生産・社会的非効率を防ぎ、弱者保護の手段として妥当なものであるのかとの観点から決すべきとするものとして、中山・前掲注5・281頁。

48 駒田／前掲注18・179頁は、公の使用に係らしめている趣旨を、多数者に利用を呼びかけることによって得られる有利な地位を権利者に留保することに求めている。

取得する可能性がある[49]。この利益は著作権者に還流されることが望ましい。

そうであれば、公開された場所での著作物の利用行為にとどまらず、一般に広く著作物を享受する者を募る場合であれば、その需要者をもって「公衆」として差し支えないと思われる。このような場合には、権利侵害の把握も容易であり、他者の行動の自由よりも著作権者の利益を優先させてよいと考えられる。特に、少人数で享受することが当初から予定されている著作物の場合（個室で口述を受けることを予定した経文など）には、公開された場所での著作物の利用行為のみを禁止権の対象としても、著作権者が十分な著作物の対価を得られないおそれがある。そうであれば、広く著作物の利用行為を受ける者を募る場合においては、著作物の利用行為を受ける者が同時に又は累積して多数にならなくとも、著作権者の排他権の対象として十分であると思われる。

これに対し、本件のように、著作物の利用行為を行うことが、サービスの利用者に明らかになっておらず、その利用者の中の一部が著作物の利用行為を受けるにとどまる場合に、排他権を及ぼすべきかどうかは微妙であるが、累積も含め人数が多数になる場合には著作権法２条５項で「公衆」とされることも考慮すれば、直ちに「公衆」に該当するとしなくてもよいと思われる[50]。

このような観点からすれば、本件の経文の読み上げは、著作権者が市場を通じて著作物を提供して利益を得る機会を奪っているとまではいえず、需要者が累積して多数にならない限りにおいて、「公衆」に対する口述ではないと判断してよいと考えられる。

⑥　人的結合関係の位置付けについて

前述したように、人的結合関係は、前掲東京地判［NTTリース］が「『特定』というのは、貸与者と被貸与者との間に人的な結合関係が存在することを意味するものと解される」として、特定の者であるとするための必要

[49] 田村・前掲注３・154頁。

[50] 多数の者が利用を受ける機会が排除、制限されている個別的な利用を公の利用に該当しないとするものとして、駒田／前掲注18・179頁。

条件として考えている。また、前掲最判［まねきTV上告審］も「被上告人との関係等を問題にされることなく」契約を締結しサービスを利用できることのみを根拠に「公衆」にあたるとしている。このように、過去の判決では、特定の判断において人的結合関係の有無が重要視されてきた。

本判決は、一般論としては「事前の人的結合関係の強弱に加え」として、人的結合関係を考慮する旨述べている。しかし、その位置付けは総合考慮のための一要素でしかなく、人的結合関係の存在を特定とされるための必要条件として捉えるかのような前掲東京地判［NTTリース］とは位置付けを大きく異にする。

さらに、本判決は、不特定の者に対する口述か否かの具体的な判断においては、人的結合関係に全く触れることなく不特定ではないと判断しており、実際の判断のための基準としても用いていない。

確かに、本件では、「心検」の受講者のうちＥが必要と判断し、ＥからＢを訪ねるように勧められてＢの自宅を訪れた者に対し、Ｂが必要と判断した場合にのみ本件経文の読み上げを行っているが、これらの事実のみをもって受講生らがＢと人的結合関係があったといえるか疑問の余地はある。

従来から、学説では、特定の者であるとするためには人的結合関係が必要であるとする見解がある一方[51]、人的結合関係があれば「特定」と判断されるとしても、人的結合関係がなければ必ず「公衆」と判断されるわけではないとするものがあった[52]。

人的結合関係のない場合でも、偶発的な著作物の利用行為にとどまる場合であれば、著作権者が著作物を市場で提供する機会を奪っているとまではいえないのであるから、当該利用行為を禁止権の対象とする必要性は弱いと思われる。もちろん、一般に著作物の利用行為を受ける者を募らない場合であっても、前掲東京地判［NTTリース］のように、関係特殊的な著作物を継続的なリースによって利益を得るような特別の事案については、著作物の市場機会を奪うものとして「公衆」に該当すると判断する余地はある。しかし、偶発的な利用行為に止まる事案であれば、これについてま

[51] 加戸・前掲注10・70頁、茶園／前掲注17・140頁。

[52] 作花・公衆概念(注１)41頁。

で著作権者の許諾を要するとすることは不要ではないかと思われる。

このような観点からすれば、本判決が、人的結合関係を重要視せずに「公衆」及び「公に」を判断したことは首肯し得るように思われる。そして、本判決は、人的結合関係が弱い場合でも「公衆」に該当しない可能性があることを認めたものとして重要であると考えられる。

⑦　対価の位置付けについて

本判決は、「被告Ｂは、同被告のもとを訪れた者から金員を受け取っていたことが認められるが、Ｅによれば、上記金員は、相談料名目で支払われたものであり、祈願を行うか否かによってその金額が上下するものではないとされる上…、被告Ｂは、上記のとおり、実際に１時間から２時間程度、相談者の話を聞くなどしていたというのであるから、上記金員は、来訪者の話を聞き、相談に乗ることなどの対価として支払われたものとみるべきであり、これを祈願の対価と評価することはできないものというべきである。そして、原告信者らの陳述書をみても、上記の相談料名目の金員とは別に、祈願の対価として金銭を支払った旨の陳述をするものはみられず、かえって、祈願の対価を支払ったことはない旨記載したものがみられるのであるから…、被告Ｂが、上記金員とは別に、祈願を受けた者からその対価を受領していたものとは認められない」などとして「対価の受領を理由として『不特定』であるとする原告の主張も採用することはできない」としている。

この判示からは、本判決が対価の受領をどのように位置付けているのか判然としない。この点について、前掲東京地判［NTTリース］は、リース会社のリース先に対する貸与は人的結合関係を欠き「公衆」に該当しないと判示している点からすれば、直接の対価がある場合には、利用者が不特定となり「公衆」に該当しやすくなると考えているのかもしれない。

確かに、市場における対価の支払いを伴う著作物の提供は公衆に対するものと考えられる一方、対価の支払いのない著作物の提供は家族や友人等の間で行われやすいものではある。

もっとも、著作権法は、上演や貸与に「公に」や「公衆」の要件を課す一方、これとは別に非営利上演（38条１項）や非営利貸与（同４項）を適法として、営利であっても「公に」又は「公衆」に対するものではない利

用行為を許容している。営利行為であることをもって直ちに不特定の者に対する利用行為と解することはかかる法の趣旨を没却しかねない。

もちろん、前述のとおり著作物を享受する者を広く募り、これにより特別の利益を得るような場合には「公衆」に対する利用行為といってよいが、本件の相談料は著作物を享受する者を募った結果として得られた利益とは言い難い。

このことからすれば、著作物の利用行為について対価が支払われていることは、一定期間でみれば累積して多数となりやすいことや、より関係の弱い者が利用者となりやすいことには繋がるものの、かかる事実のみをもって「公衆」に対する利用であるとすることはできないと考えられる。

⑧　小括

以上のように、本判決は、総合考慮型の判断枠組を用いつつ、まず実際に読み上げを受けた人数を検討し、そのうえで原告の主張に応じて、任意の条件の下に人数が増減するような範囲の者ではなく、対価の受領を理由として不特定とも認められず、定期的かつ継続的になされたものもなく、ほかに不特定とする理由もないとして「公衆」に該当しないとしている。

このような判断方法では、実際に読み上げを受けた人数が最初に検討されるため重要となるが、この点を重視することは妥当ではないことは前述のとおりである。

本判決が、実際に読み上げを受けた人数を起点として「公に」の要件を判断している背景には、本件における経文の読み上げが単なる営利的な目的のために行われていた事案ではなく、読み上げの目的や必要性を明確に認定することが難しかったからではないかと推測される。

逆に、純粋な営利目的の事案においては、前掲名古屋地判［社交ダンス教室一審］のように、最初に行為の目的や性格を確定させたうえで、累積して多数になるかどうかを検討すれば足りると思われる。そして、累積して多数になる利用態様であれば、著作権者に与える経済的影響は無視し得ず、「多数」に対する利用すなわち「公衆」に対する利用として「公に」の要件を満たすと考えてよいと思われる。

他方で、不特定か否かを判断するにあたっては、著作物の利用行為（本件では経文の読み上げ）を受ける者を一般に募集しているか否かが重要で

あり、この点が肯定されるならば、著作権者に与える経済的な影響は少なくなく、「公に」口述したと認めてよかったと思われる。

4　まとめに代えて

本判決では争点となっていないが、本件のような経文の読み上げについて著作権侵害を肯定することは、信教の自由（憲法20条）との関係において問題が生じないかとの疑問もあり得る。確かに、特定の宗教団体においては、特定の経典を利用せざるを得ない場合が考えられ、その場合にはアイディアにとどまらず創作的表現を利用する必要が生じ得る。特に、宗教団体が分裂する場合には、著作権者のみに経文を利用させることが不当な結果を生ぜしめることが考えられ、その場合には著作権の行使を権利濫用（民法１条３項）とすべきであろう。もっとも、多くの場合には、非営利口述の規定（著作権法38条１項）を用いることができると思われる。

以上

【付記】本稿は、平成26年７月12日の北海道大学知的財産法研究会において報告した原稿に加筆したものです。研究会において貴重なご教示を頂いた参加者の皆様にこの場を借りて感謝申し上げます。また、執筆開始から脱稿まで田村善之先生に懇切丁寧なご指導を頂きましたので重ねてお礼申し上げます。