

平成14年(ワ)第26178号 損害賠償請求事件  
口頭弁論終結日 平成16年1月30日

判 決  
当事者の表示 別紙当事者目録記載のとおり  
主 文

- 1 原告らの請求をいずれも棄却する。
- 2 訴訟費用は、原告らの負担とする。

事実及び理由

#### 第1 請求

被告らは、連帯して、原告Aに対し金2304万3462円、原告Bに対し金1675万7404円、原告Cに対し金2442万4732円、原告Dに対し金438万7974円、原告Eに対し金1337万9095円、原告Fに対し金1445万6133円、原告Gに対し金1205万8436円、原告Hに対し金842万1509円及びこれらに対する別紙遅延損害金目録記載の金員を支払え。

#### 第2 事案の概要等

##### 1 争いのない事実等

##### (1) 当事者

ア 原告らは、いずれも詩人ないし童話作家である。原告らは、別紙著作物目録記載の各著作物（以下「本件各著作物」という。）の著作権者であり、本件各著作物は、小学校の国語科検定教科書に掲載されている（弁論の全趣旨）。

イ 被告社団法人日本図書教材協会（以下「被告協会」という。）は、学校において使用される図書教材類の出版を業とする教材出版社が加盟する社団法人であり、昭和30年8月28日に設立され（設立当時の名称は「日本図書教材直販協会」である。）、昭和33年8月14日に文部大臣から社団法人としての認可を受けた。被告協会は、図書教材類に関する調査研究をなし、その質的向上及び出版倫理の高揚を図るとともに、会員相互の連絡研修を行い、もって学校教育の振興に寄与することを目的とする（定款4条）。被告協会は、図書教材類の質的向上に関する調査研究、図書教材の出版倫理の維持高揚、図書教材類に関する知識の啓蒙普及、会員相互の連絡研修に関する研究会及び講習会等の開催、関係官庁並びに関係業界との連絡協調、図書教材類出版事業の改善合理化に関する調査研究、機関紙の刊行その他被告協会の目的を達成するために必要な事業を行っている（定款5条）。

ウ 被告I（以下「被告I」という。）は、被告協会設立当初から事務局員として被告協会の運営に携わり、昭和32年8月から事務局長、昭和36年から昭和59年まで常任理事、昭和59年から現在まで専務理事の地位にある（甲1の9、乙5）。

##### (2) 訴外会社らの行為

ア 教材出版社である株式会社文溪堂、青葉出版株式会社、株式会社日本標準、株式会社教育同人社、株式会社新学社及び株式会社光文書院（以下、併せて「訴外会社ら」という。）は、少なくとも昭和55年から平成12年にかけて、小学校において使用される国語テスト（以下「本件各教材」という。）に、本件各著作物の一部を原告らの許諾なく複製し、これを出版した。

イ 原告らは、平成11年6月、東京地方裁判所に対し、訴外会社らを相手方として本件各教材の出版販売等の差止めの仮処分を申請するとともに、同月、訴外会社らを被告として本件各教材の制作販売の差止め及び損害賠償を請求する本案訴訟（同裁判所平成11年(ワ)第13691号）を提起した。東京地方裁判所は、同年12月、上記仮処分申請を却下したが、これに対する抗告審である東京高等裁判所は、平成12年9月、本件各教材の出版販売が著作権侵害に当たるとしてその差止めを命じる旨の決定をした。上記本案訴訟については、東京地方裁判所は、平成15年3月28日、原告らの訴外会社らに対する本件各教材の出版販売等の差止め及び損害賠償請求の一部を認容した（甲21、弁論の全趣旨）。

##### (3) 訴外会社らと被告協会との関係

訴外会社らは、被告協会に加盟する正会員である。被告協会に加盟している教材出版社は、訴外会社らを含めて正会員が現在19社あり、ほかに教科書準拠の学習教材に関する基本契約にのみ参加している教材出版社が54社ある。このうち、前者の正会員は、小、中、高等学校で使用される図書教材、教具・材料及びソフトウェア等を発行する出版社であり、後者は、塾や家庭学習用の図書教材、ソフトウェア及び視聴覚教材等を発行し、正会員のような学校用の図書教材はほとんど

発行していない。

被告協会の役員には、会長、副会長、専務理事、常任理事を含む理事及び監事がある。訴外会社らは、その代表者等の関係者がこれまで被告協会の副会長、常任理事を含む主要な役員に就任し、現在も株式会社文溪堂、青葉出版株式会社、株式会社教育同人社及び株式会社新学社の代表者が被告協会の理事であり、日本標準株式会社の代表者はその監事の地位にある（甲１の９、２の１、乙５）。

## ２ 事案の概要

本件は、原告らが、被告らに対し、主位的に、被告らが訴外会社らに対し誤った説明、指導をしたことが著作権侵害行為の教唆、幫助に当たると主張し、予備的に、被告らの不作為により訴外会社らによる著作権侵害を招いたと主張して、民法７０９条、７１９条２項に基づき、損害賠償を請求する事案である。

## ３ 本件の争点

### （１） 被告らの不法行為責任（民法７０９条、７１９条２項）の成否

#### ア 主位的主張について

被告らが訴外会社らに対し本件各著作物の本件各教材への複製は著作権法３２条１項所定の引用に当たるとの誤った説明、指導をしたことが、著作権侵害行為の教唆、幫助に当たるか。

#### イ 予備的主張について

被告らが訴外会社らに対する上記指導を改めなかったことが、不作為による不法行為を構成するか。

### （２） 消滅時効の成否

### （３） 損害の発生及び数額

## 第３ 争点に関する当事者の主張

### １ 争点（１）ア（誤った説明、指導による不法行為の成否）について

#### 〔原告らの主張〕

#### （１） 被告協会の訴外会社らに対する説明、指導

被告協会は、昭和４３年ころから平成１２年ころまでの間、被告協会に加盟する訴外会社らに対して、以下のア又はイのような方法で、教材の制作に当たったの教科書掲載作品の利用方法を説明、指導してきた。

ア 特に「教科書を参考として作成するテスト、ワークなどの編集上の注意について」と題する文書をはじめとする文書等での連絡。

イ 特に、昭和４７年６月ころから平成１１年ころまでに開催された小学校部会の編集部長会及び編集者研修会並びに平成１０年ないし平成１１年ころ開催された裁判対策全体会をはじめとする被告Ｉらを講師とする講習会などでの説明。

被告協会の説明、指導の内容は、①教科書掲載作品を本件各教材に複製することは適法引用に当たる、②教科書会社への謝金の支払により作品の著作権者に関する権利処理は一切不要である、③教科書掲載作品の分量の３０％の範囲内の複製であれば、著作者の許諾も使用料の支払も不要である、というものであった。

そして、このような説明、指導の方針は、被告協会の著作権等検討委員会、理事会、総会などで討議され、その内容が決定されたものである（甲３）。

#### （２） 被告協会の説明、指導内容の誤り

しかし、訴外会社らの発行する本件各教材における本件各著作物の利用は、少なくとも、適法引用の一要件である引用著作物と被引用著作物が主従関係にあることの要件を充たすものではなく、適法引用には当たらない。また、教科書会社との合意は、原告ら教科書掲載作品の著作権者の権利処理に関するものではないから、教科書会社との合意及びそれに基づく謝金の支払によって、作品の著作権者に関する権利処理が不要になる理由はない。

#### （３） 被告らの説明、指導と訴外会社らによる著作権侵害との因果関係

訴外会社らは、教科書に掲載された本件各著作物を原告らに無断で複製し、原告らの著作権を侵害した。この著作権侵害行為は、被告協会による上記説明、指導を受け、訴外会社らがこれに従った結果行われたものであり、被告らの説明、指導と訴外会社らの出版行為により生じた原告らの損害との間には因果関係がある。

#### （４） 被告らの著作権侵害の教唆ないし幫助

ア 本件各教材に教科書掲載作品を複製して利用することは著作権侵害に当たらず適法である旨の被告らによる訴外会社らに対する説明、指導は、訴外会社らによる著作権侵害行為の意思決定をさせるものであって、教唆に当たる。

イ また、前記説明、指導は、訴外会社らによる著作権侵害行為を、それが適法である旨の誤った情報を提供することによって、少なくとも意思決定を容易ならしめる行為であって、幫助に当たる。

すなわち、被告協会は、国語教材を発行する教材出版社の大多数が加盟する業界団体であり、被告協会が作品の無断複製が適法であると説明、指導すれば、その構成員である教材出版社各社が共同歩調をとることがほぼ確実になるという重大な意味を有する。したがって、上記説明、指導を受けた訴外会社らは、他社の処理も同様であるとの安心の下に、著作権侵害行為に及ぶことが可能となったのである。

(5) 被告らの故意、過失

本件各著作物の本件各教材への複製は適法引用とは認められず、教科書会社を通じての原告らの利用許諾の事実もない。したがって、被告らの訴外会社らに対する説明、指導は、虚偽又は誤った法解釈ないし事実認識に基づくものであって、こうした説明、指導により訴外会社らによる著作権侵害行為を主導した被告らには、その著作権侵害についての故意又は過失がある。

〔被告らの主張〕

(1) 原告らの主張は、不法行為の日時、場所、行為の具体的態様、訴外会社らによる著作権侵害行為及び損害の発生との各因果関係に関する具体的主張を欠き、主張自体失当である。

(2) 原告らの主張する事実を総合すると、むしろ被告協会又は訴外会社らが長期間にわたり掲載作品の著作権者との権利処理の必要性に思い至らなかった事情が明らかになるのであり、被告らが意図的・積極的に著作権者の許諾は不要であるとの立場をとり、教材出版社業界としての処理方針を指導していたということはできない。

2 争点(1)イ（不作為による不法行為の成否）について

〔原告らの主張〕

(1) 被告らは、昭和43年12月13日の教科書会社各社と教材出版社各社との間の合意に際し、被告協会加盟の訴外会社らに対し、上記合意に基づく被告協会を通じて教科書会社の団体である教学図書協会に対する謝金の支払を行えば、作品の著作権者に関する権利処理は不要である旨の説明、指導を行った。また、被告らは、同時期ころまでに、被告協会加盟の訴外会社らに対し、国語教科書に掲載された作品を本件各教材のような教材に利用するに際しては、旧著作権法（明治32年3月4日法律第39号。以下「旧著作権法」という。）30条1項第2所定の節録引用として許容される旨の説明、指導を行った。

(2) 被告らは、業界団体として積極的に教材作成に際しての著作権の権利処理についての研究会を開催する等し、加盟する訴外会社らに対し、いったんこうした説明、指導するという先行行為を行った以上は、その説明、指導の内容に誤りがないか、適宜専門家の指導を受ける等して確認し、それが誤りであれば速やかに訂正し、正しい説明、指導を行う等して、被告らの誤った説明、指導に従った訴外会社らの教材制作により、教科書掲載作品の原著作権者の権利を侵害することのないよう適切な措置を行うべき条理上の作為義務があった。

(3) しかし、被告らは、① 引用に関する規定を含む昭和46年の著作権法改正の際、② 昭和51年に、教学図書協会との上記合意の改訂及び引用の基準の合意をした際、③ 昭和56年11月ころに、教科書の著作者である大学教授らからの仮処分命令申立事件等の法的紛争があった際、④ 昭和58年に、音楽著作権者である社団法人日本音楽著作権協会（以下「JASRAC」という。）から音楽教材についての権利主張がされた際、⑤ 平成3年ころからの日本写真家協会との交渉の際、⑥ 平成7年ないし平成8年ころから、被告協会の処理方針を疑問視する加盟教材出版社からの意見が提出された際、⑦ 平成9年12月に、株式会社タトル・モリ エージェンシー及び日本ビジュアル著作権協会から、被告協会の主要な加盟者である教材出版社が質問状の送付を受けた際、また、それに先立ち同教材出版社の内部監査で弁護士から権利処理に問題がある旨の指摘を受けた際（甲6の1及び2）、⑧ 平成11年5月24日に、原告らを含む著作権者らから、被告協会の主要な加盟社である訴外会社らが著作権侵害の警告を受けた際（甲20の1及び2）、以上の各機会において、従来の説明、指導の内容を見直すべきであったにもかかわらず、上記作為義務を怠り、自ら行った説明、指導の内容に問題がなかったか否かの適切な確認を行わず、従前の誤った内容の説明、指導を改めることなく、訴外会社らによる本件各教材による著作権侵害を招いたものである。

よって、被告らは、民法709条、719条に基づき、不法行為による損害賠償責任を負う。

〔被告らの主張〕

(1) 原告らの主張は、不作為の不法行為の成立要件としての作為義務に関する具体的主張を欠き、いかなる根拠により作為義務が命じられるかも明らかにしておらず、主張自体失当である。なお、我が国の民法は、不法行為の被害者のための救済方法として、金銭賠償を原則とし、加害者に対し被害者の損害状態を消去するために金銭給付以外の特定のな作為や不作為を命じることは、特別に法令で定めた場合又は関係者に特約がある場合に限定されている。しかし、特定の救済が法令で定められている場合でも、これらの原状回復処分は、被害者の請求があった場合に限り、裁判所が、具体的事情の下で命ずるものであり、法令の定めが直ちに加害者の作為義務を構成するものではない。

(2) 被告らが昭和43年12月までに作品の著作権者に関する権利処理は不要である旨の説明、指導を行ったとの事実はない。仮に、この事実が認められるとしても、被告らは、業界団体及びその役員が加盟各社に対し著作権処理の一般的基準を内部的に説明、指導したにすぎず、団体外の特定の作品の著作権者に直接向けて説明、指導したわけではないから、説明、指導の内容に何らかの誤りがあったとしても、昭和43年12月までの時点における特定の作品の著作権者に対する不法行為を構成するものではない。また、我が国の法制上、一般に不法行為者は原状回復義務を負うものではないから、仮に、被告らの行為が作品の著作権者に対する不法行為となる余地があるとしても、以後被告らは作品の著作権者に対して原状回復に関する作為義務を負うものではなく、ましてその不履行が新たな不作為の不法行為となるものでもない。

### 3 争点(2) (消滅時効の成否) について

〔被告らの主張〕

原状回復を行うことは広義の損害賠償行為であり、第一次不法行為によって発生する義務であるから、原状回復を行わないことが第一次不法行為とは別個の第二次不法行為となるものではなく、原状回復請求権は第一次不法行為の時効完成時に消滅するものと解される。

そうすると、仮に被告らが昭和43年12月までに行った説明、指導が誤ったものであるのに被告らが訂正義務を履行しなかったとしても、その不履行を理由とする原告らの損害賠償請求権は、遅くとも、被告らが昭和43年12月までに行った説明、指導から20年が経過した昭和63年12月末日までに消滅している。

よって、被告らは民法724条の消滅時効を援用する。

〔原告らの主張〕

被告らの訴外会社らに対する誤った指導、説明行為は、被告らの作為義務を根拠づける先行行為にすぎず、それ自体が不法行為というわけではない。被告らの不法行為は、訴外会社らに対して行った説明、指導の内容に誤りがないか否かを適宜確認し、それが誤りであれば速やかに訂正し、正しい指導、説明を行う等して、被告らの誤った指導、説明に従った訴外会社らの教材制作により、原告らの権利を侵害することのないように適切な措置を行う義務があり、また、たびたび従来の指導、説明の内容を見直す機会があったにもかかわらず、それを行うことなく漫然と教材出版社らによる著作権侵害行為を招いたという不作為によるものである。

被告らは、上記不作為の時点ではなく、上記先行行為の時点をもって「不法行為ノ時」(民法724条)と理解し、それに基づいて損害賠償請求権の時効消滅を主張するものであるが、先行行為自体が不法行為というわけではないから、被告らの主張は誤りである。

### 4 争点(3) (損害の発生及び数額) について

〔原告らの主張〕

#### (1) 著作権(複製権)侵害による財産的損害

ア 著作権法114条2項に基づく主張(主位的主張)

著作権法114条2項は、侵害者が侵害行為により得た利益額は権利者の損害額と推定する旨規定し、権利者は、損害額の計算方法につき同条1項と2項を任意に選択して主張することができる。同条項の適用に当たっては、文言上要件として規定されておらず、またこれを要件とする同条項の適用場面を著しく制限する結果となる「著作権者が自らその権利を用いて事業を行っている」などの要件を考慮すべきではない。したがって、同項により、訴外会社らが原告らの本件各著作物に対する著作権を侵害したことによって得た利益額が原告らの損害と推定され、

かかる損害は、被告らと訴外会社らとの共同不法行為によるものであるから、被告らにも損害賠償責任がある。

損害額は、「教材価格×採択部数（本件各教材が実際に各小学校において採用され購入対象となった部数）×教材出版社の利益率（40%）×作品掲載率（本件各教材の総枚数中本件各著作物が掲載されている枚数の割合）」によるのが相当である。

イ 著作権法114条1項に基づく主張（予備的主張1）

（ア）著作権法114条1項の要件は、文言上、特許法102条1項の要件と全く同一であるが、その適用要件を検討する場合には、著作権と特許権の違いを踏まえた上で慎重な判断がされるべきである。すなわち、登録を要件とする特許権とは異なり、著作権は、著作物を創作したその時点で発生するため、必ずしも販売を具体的に実現する意図が明確でない場合があり得るし、著作権の侵害の態様は多種多様であることから、特許権よりも、より多くの侵害の危険にさらされているといえる。したがって、「侵害の行為がなければ権利者が販売することができた物」の要件について、侵害品との代替性をあまりに厳格にとらえることは、侵害を受けた権利者の損害の立証を容易にしようとした同条項の趣旨からも、また侵害を受けやすい著作権たる権利の性質上も妥当でない。同条項は、侵害者の製品に対応した正規品の販売が阻害されたとみなすことにより、正規品の販売利益を基準とした損害の計算を可能としたもので、同条項の趣旨は、侵害品と補完関係にある正規品を権利者が販売する可能性が抽象的にでも存在すれば、正規品の販売利益により損害の計算を認めるものと解釈すべきである。

そこで、同条項を適用した場合、「侵害の行為がなければ販売できた物」については、少なくとも本件各教材と同種類の教材を意味することとなる。また、本件においては、従来原告らは、本件各教材のような教材に作品の使用を許諾したことがなかったのであるから、単行本の販売によって得られた利益を本件各教材と同種の教材の販売によって得られるように教材の価格を設定するとみるのが相当である。また、譲渡数量については、本件のような複製権侵害の場合には、著作物を複製された数量を基準に算出するのが相当である。

したがって、損害額の算出は、「単行本価格（本件各教材に複製された本件各著作物が収録された単行本の価格）×印刷部数（本件各教材の印刷された部数）×全体比率（単行本中の本件各著作物が掲載されている割合）×印税率（単行本）」によるのが相当である。また、この場合、原告らは、著作物の学習教材への複製使用を許諾するに当たり、1年分の使用料の額が1使用当たり1万円に満たない場合は、これを1万円とする使用料の最低限度額を定めているので、最低額は1万円とすべきである。

（イ）なお、採択部数のみが明らかな年度については、採択部数には見本用、教師用、予備用、製造過程において生じる余剰部数等は含まれておらず、実際の印刷部数は採択部数の概ね1.2倍であることから、採択部数の1.2倍を印刷部数と推認するのが相当である。また、これら印刷部数、採択部数ともに明らかな年度については、昭和55年度から昭和63年度までの各年度の学年ごと、教科書会社ごとの教科書発行部数に、平成3年度の各教科書の発行部数に対する本件各教材の教材出版社ごとのシェア（教材比率欄）を乗じ、採択部数を算出し、印刷部数はその1.2倍として算出するのが相当である。

ウ 著作権法114条3項に基づく主張（予備的主張2）

著作権法114条3項に基づき使用料相当額の算出を行う場合でも、原告らが本件各著作物の複製を認めてきた単行本の価格を基準とすべきである。被告らが、著作権者の権利処理を行うことなく無断で作品を複製し作成してきた故に低廉な価格での販売が可能であった本件各教材の価格に原告らが拘束される理由はなく、本件各教材の価格は損害額算定の一般的な基準とはなり得ない。原告らにおいては、本件著作権侵害行為が行われた当時、かかる違法な使用形態を全く知らず、したがって、本件各教材に作品の使用を許諾することは全く想定していなかったのであり、原則として複製を認めてきた単行本の価格を基準とするのが相当である。

損害額の計算方法は、上記イ（ア）と同様である。

（2）著作権（複製権）侵害に対する慰謝料

ア 原告らは、本件各著作物を、本件各教材に複製することを訴外会社らに對して許諾する意思を全く有しておらず、このことは被告らも知っていたにもかかわらず、被告らは、適法引用ないし謝金で処理済みとの独自の見解に固執し、本件各著作物を無許諾で本件各教材に複製できるなどの説明、指導を行うなどして、本

件各著作物を本件各教材に無断で複製させ、原告らの著作権を侵害した。

イ 原告らは、その使用を許諾していないにもかかわらず、長年にわたり本件各著作物を本件各教材に複製されたことにより、多大な精神的苦痛を被っているが、かかる著作権侵害が行われた場合における慰謝料の算定に際しては、著作物の性質、侵害の態様、侵害後の対応、権利者の主観的事情等を総合的に評価して、社会的に相当と認められる額を判断すべきである。

ウ(ア) 本件各著作物は、いずれも詩ないし童話であって、著作者である原告らの人格的要素を色濃く反映した文芸作品であり、何人に著作物の利用を許諾するかを決定する自由を特に尊重すべき性質の著作物である。

(イ) 被告らによる本件各著作物に関する著作権侵害行為は、適法引用と独自の理解による過去50年以上にわたる著作物の無断複製行為の一部として長年継続されてきたものであり、また、かかる著作権侵害行為により訴外会社ら及び被告らは莫大な経済的利益を手中にしていた。また、単なる無断複製にとどまらず、その際に多くの同一性保持権侵害及び氏名表示権侵害といった著作者人格権侵害を伴っているものであり、その侵害態様は著しく悪質である。

(ウ) 被告ら及び訴外会社らによる著作権侵害行為は、学校現場という限られた社会で行われてきたため、原告らはその事実を近時に至るまで知る由がなかったが、かかる事実を知った後直ちにその中止を求め、本件訴訟提起、仮処分命令申立て等の行い得る限りの必要な措置をとったにもかかわらず、被告ら及び訴外会社らは、適法引用などの独自の主張に固執して、かかる行為の違法性を否定し、無断複製行為を継続してきたものであり、原告らによる侵害行為発見後の対応にも全く誠意が見られない。

(エ) 原告らは、いずれも日本を代表する詩人、童話作家であり、また本件各著作物が、いずれも原告らの代表作であるにとどまらず、現代における我が国の文芸作品を代表するものとして社会的に高い評価を受けた作品であることは、それが小学生用国語教科書に長年掲載されてきたことから明らかであって、原告らの本件各著作物に対する思い入れは並々ならぬものがある。

(オ) 原告らが訴外会社らに対し、法的手段に訴えなければ、被告ら及び訴外会社らはこれまで継続してきた著作権侵害行為をやめなかったことは明らかであり、かかる訴訟提起のために原告ら及びその関係者が費やした労力は多大なものがある。

エ 以上の本件における著作権侵害行為により原告らが被った精神的苦痛は著しく、それを慰謝する慰謝料としては、少なくともこれら著作権侵害行為により原告らが被った財産的損害の額と同額とするのが相当である。

### (3) 弁護士費用

原告らは、被告らに対する本件訴訟の提起を余儀なくされたところ、本件における弁護士費用は、少なくとも原告らの被った損害（著作権侵害による財産的損害及び慰謝料の合計額）の10%を下らない。

### (4) 原告らの損害額

原告らは、訴外会社らによる著作権侵害行為により、著作権侵害による財産的損害、慰謝料及び弁護士費用として、別紙損害集計表記載の額の損害を被った。

### (5) 遅延損害金の起算点

本件各教材は、それが使用される小学校の年度ごとに作成されるものであるから、各年度分の教材は、それぞれ少なくとも当該年度の最終日までには作成され、その過程で原告らの著作権を侵害する不法行為が行われていることは明らかである。したがって、本件において、被告らの著作権侵害の不法行為による損害賠償請求権は、各年度における教材分につき、遅くとも当該年度の最終日（ただし、平成12年度分については2学期の最終日）までには発生しており、遅延損害金も同時点から起算される。

### (6) 請求額

原告らは、被告らの不法行為によって被った損害として、上記(4)のうちの次の額及びこれらに対する別紙遅延損害金目録記載の損害金を一部請求として請求する。

ア	原告A	2304万3462円
イ	原告B	1675万7404円
ウ	原告C	2442万4732円
エ	原告D	438万7974円



オ	原告E	1 3 3 7 万 9 0 9 5 円
カ	原告F	1 4 4 5 万 6 1 3 3 円
キ	原告G	1 2 0 5 万 8 4 3 6 円
ク	原告H	8 4 2 万 1 5 0 9 円

〔被告らの主張〕

争う。

#### 第4 当裁判所の判断

1 上記争いのない事実等並びに証拠（甲1の1ないし9，2の1ないし3，3，6の1及び2，7ないし16，17の1ないし7，19ないし21，乙1ないし5，6の2ないし8，7の1ないし3，7の5ないし8）及び弁論の全趣旨によれば，以下の事実が認められる。

(1) 教科書会社である中教出版株式会社外9社は，昭和25年7月，東京地方裁判所に対し，教科書の内容についての解説，解答，翻訳及び翻案等を行う自習書等を発行する出版社（以下「自習書出版社」という。）を被告として，上記教科書会社に無断で自習書及び英習字帳等を発行出版したことを理由として，偽作禁止等を請求する訴訟を提起した。昭和27年9月2日，同裁判所において，自習書出版社が上記教科書会社の著作権及び出版権を無視したことを陳謝すること並びに上記教科書会社に対し処理費を支払うこと等を内容とする訴訟上の和解が成立した（乙7の1）。

そして，上記訴訟上の和解をふまえ，同年10月10日，教科書会社の団体である教科書懇話会と自習書出版社の団体である自習書協会との間で，自習書の発行については，教科書を全面的に複製し，又はその解説，解答のみになっていることから，教科書会社の許諾を受け処理費を自習書出版社が支払うこと等を内容とする協定を締結した。その際，英習字帳の取扱いについては除外されていたので，その後，教科書懇話会と自習書協会との間で，英習字帳については，教科書会社の許諾は受けずに自習書出版社が発行することとし，その代わり処理費という名目で一定の金銭を支払う旨の合意が成立した（甲11）。

(2) 昭和29年に文部省（当時）の学習指導要領が変わり，教科書に準拠したワーク，ドリル及びテスト等の図書教材が上記自習書出版社とは別の教材出版社から発行されることとなった。これらの図書教材は，教科書全体の順序，配列，構成を追いながら，教科書に掲載された文学作品や図画の全部又は一部を引用して作成されたものであった。そこで，上記教科書懇話会と自習書協会の中に新たに作られたテスト部会に参加した教材出版社との間で協議が行われ，前記英習字帳の取扱いにならない，教材出版社が教科書会社に処理費という名目で一定の金銭を支払うことで合意し，以後毎年覚書を更新し，処理費が支払われた（甲3，12）。

(3) 昭和36年5月10日，教科書会社の団体である自習書対策会と自習書出版社の団体である自習書協会との間で，教科書を対象とする自習書，ワーク・テスト類の出版に関し，自習書協会が自習書対策協会に処理費を支払うこと等を内容とする覚書を締結した（甲8，乙5）。

(4) 昭和30年に設立された被告協会は，昭和38年6月7日，加盟する教材出版社の編集者を集めて講習会を開催し，上記講習会においては，J著作権課長が旧著作権法改正の方針について講演したり，被告協会の顧問弁護士であるK弁護士（以下「K弁護士」という。）が図書教材の出版権，著作権及び教科書と準拠教材作成についての法的解釈や，教科書に準拠した教材作りの基本原則等について講習を行い，教材出版社らが著作権に関する理解を深めた。

K弁護士は，もと内務省の著作権課において昭和9年の旧著作権法改正を手がけた人物であり，「教科書と補助教材との関係」（乙1）と題する講習において，次のように述べている。

ア 「教科書は1つの編集著作物であるから，著作権法第14条の規定により，編集物全体の著作権は編集者に属するが，各個の著作物の著作権はその著作者に属する。編集物たる教科書全体から見れば一部の引用であっても，各個の著作物から見てその全部複製に該当するならば，その著作者の許諾がなければ，複製ができない。」，「教科書に登載の文章が，短いながらもそれだけで完結している著作でありとすると，これをテストに引用して来ると，その著作物を丸々全部複製したこととなる場合がある。（中略）それならばこのような場合は，予めその個々の著作物の原著作者の許諾を得なければテストに引用して出題に利用できないこととなるのであろうか。この問題は次のようにも考えられる。外国語の編集著作物を翻訳する場合において，その編集著作物全体を翻訳するのであれば，編集著作物全部と

しての著作権は編集者に属するから（著作権法第14条参照）編集者の許諾さえ得ればよいのであって、個々の著作物の著作者の許諾を受ける必要がない。これと同一筆法で、教科書という編集著作物の全部のテストを作るのであるから、テスト作成のために必要である限りは、そのうちに完結著作物があつたとしても、その原著作者の許諾を必要としないのではないか。しかし、このように解釈することは、異説も出るおそれがあるので、本件に該当する場合は、当該著作物の原著作者の許諾を得ておいた方が無難である。」。

イ 「教科書に登載されている文が、原著作物からの一部引用であって、しかも教科書には原著作者の作者名も掲げてあるような場合において、その一部のうちの又一部をテストに引用（孫引用）するとなると、原著作者との関係はどうなるか。」との問題に対し、「教科書がすでに原著作物の一部を引用しているのであり、テストはその一部のまた一部をテスト問題用として引用するのであるから、著作権法30条のいわゆる適法引用に該当して偽作とはならない。」。

(5) 教科書会社である日本書籍株式会社外6社は、昭和40年3月、東京地方裁判所に対し、被告協会主導のもとに同年に設立された図書教材出版社である日本教育図書出版株式会社を債務者として、同社が出版発行する教科書準拠の家庭学習用ワークブック「毎日の国語の勉強」等の学習書が、上記債権者らの教科書に係る著作権ないし出版権を侵害すると主張して、偽物物発売頒布禁止仮処分命令を申し立てた。同裁判所は、同年7月23日、国語教科書に準拠して作られた上記学習書について、いずれも旧著作権法にいう節録引用に当たり、国語教科書に掲載された作品の著作権を侵害していないということを理由に上記申立てを却下した。これに対し、上記債権者らは、東京高等裁判所に抗告するとともに、昭和43年2月に東京地方検察庁に告訴した（乙5）。

(6) 教科書会社の学校図書株式会社は、昭和42年8月、東京地方裁判所に対し、教材出版社である株式会社光文書院を被告として、国語教科書に準拠した国語テストが著作権を侵害するとして、損害賠償請求訴訟を提起した。昭和43年12月13日、上記訴訟当事者のほか、教学図書協会（教科書会社の任意団体）側として教科書会社15社、及び被告協会側として教材出版社17社が参加して、訴訟上の和解が成立した。その内容は、①教科書を利用したテスト用紙及びワークブック類の出版については、教科書会社の許諾を必要としないこと、②教材出版社は、教科書に準拠した図書教材を発行したことについては、毎年一定の礼金を支払うこと、③昭和44年度以降の図書教材出版の際の条件は、両者の協議によって定めることというものであった。

教学図書協会と被告協会とは、昭和45年1月22日、上記和解の趣旨に基づき、教科書を参考にして作成した教材としてテスト、ワーク、ドリル、プリント、学習帳、書き方等を対象とすること、上記和解に参加した被告協会に加盟する教材出版社は、教科書利用の謝金を支払うこと等を内容とする基本契約を締結した。その後、平成11年まで3年ごとに契約が更改され、教材出版社は、この合意に基づき、礼金を支払い続けた（甲11、乙5、6の2）。

(7) 昭和46年1月の現行著作権法施行を契機に、教科書や副読本、図書教材の中に掲載、引用する著作物の権利保護、使用料の問題が権利者である著作者団体（日本児童文学者協会、児童文芸家協会、文芸家協会、日本文芸著作権保護同盟）から提起された。これに対し、使用者団体である教科書協会、教学図書協会及び被告協会が折衝に当たった（乙5）。

なお、現行著作権法施行により、引用に関する規定が旧著作権法の「節録引用」から「引用」に変わったことに伴い、被告らは、K弁護士から「節録引用」の解釈は現行法でも同様であり、適法引用であるとの話を聞いた（甲3）。

(8) 教科書会社である株式会社三省堂は、昭和47年5月、被告協会の会員が発行する中学用テストが教科書に対する著作権を侵害していると主張して名古屋地方検察庁に告訴した。これを契機に、被告協会は、「教科書を参考として作成するテスト、ワークなどの編集上の注意について」と題する書面を作成して教科書に対する著作者の権利を侵害しない教材作りの指針を示した。また、同年6月には編集者研究会を開催し、図書教材作りの基本的な態度と教科書を参考とする図書教材作りについて被告Iを講師として研究会を行った（甲1の7、乙5）。

(9) 著作者団体である社団法人日本文芸家協会は、昭和50年1月、教科書会社及び教材出版社に対し、副読本に使用する文芸著作物の著作権について取決めをしたい旨申し入れた。そこで、被告協会、日本書籍出版協会及び教科書協会が折衝に当たり、4%の著作権料を支払うことで合意した。その後、被告協会は、昭和5



1年2月に日本文芸著作権保護同盟のL前事務局長を招いて研究会を開くなど、今後の副読本、教材作成に新しいルールをもって当たるように具体的な指導を行った。なお、ここでの副読本は、学校においてほとんど教科書と同じように使われていたものである(乙5)。

(10) 被告協会と教学図書協会は、昭和51年2月26日、上記(6)認定の昭和43年の訴訟上の和解の趣旨により、基本契約を更改し、①教材出版社が被告協会を通じて教学図書協会に謝金を支払うこと、②教材とする学校の対象を小、中学校から高校まで広げること、③教材の対象も出版教材に合わせてレコード、フィルム及びVTR等の視聴覚教材にまで広げること等が定められた(甲11、乙5)。

この際、両者の間で教科書に掲載された文学作品の教材への引用率が議論され、その結果、教材出版社が上記文学作品の3分の1又は30%まで使っても教科書会社はクレームをつけないが、これを超えたものについては、両者で協議し、教材出版社が一定のペナルティを「特別謝金」として教科書会社に支払うこととした(甲12)。

以上について、被告らは、被告協会に加盟する教材出版社に対し、上記教科書の引用率につき文書や編集者会議等で注意した(甲3、12)。

(11) 中学校英語教科書「トータル・イングリッシュ」の著作者である昭和女子大学教授らは、昭和56年11月ころ、被告協会に加盟する暁教育図書株式会社及び株式会社精華堂を債務者として、両社が出版している教科書準拠教材「新・英語ワーク」及び「英語の基本学習」の作成は上記教科書の複製、翻案に当たり著作権侵害であると主張して上記各教材の出版差止めの仮処分を申請した。これに対し、両社は、上記大学教授らに対し、出版差止請求権の不存在確認訴訟を提起した。この際、被告協会は、図書教材センターとともに両社の補助参加人として上記訴訟に参加したが(甲13)、同事件は、昭和57年4月、和解により終了した(乙5)。

なお、これを報道した同月30日発行の朝日新聞朝刊の記事には、「教科書の著作権をめぐる教科書会社と教材出版社の争いは以前にもあったが、被告協会の話では43年に和解が成立。現在は教学図書協会と被告協会との間で、教科書の利用や謝金の支払について契約がまとまり、慣行となっているという。」との記事に続いて、文化庁著作権課の話として「また、著作権法にはとくに教科書についての規定はないから、他の著作物と同じ保護を受けるべきだとの考え方にも一理ある。しかし、著作権法は骨格的なことしか書いていないので、法の趣旨にもとらなない形で、業界の公正妥当な慣行がつけられているなら、それはそれでよいと思う。」との記事が掲載されている(甲8、13)。

(12) 昭和58年3月、JASRACから教材出版社に対し、テストやワークに使用した音楽(詩や曲の利用)の著作権料を支払うようにとの申入れがあった。これに対し、被告協会は、教材出版社各社の編集者を集めて研究、検討の上、同年12月、JASRACに対し、曲や歌詞の一部の引用は適法引用に当たるとの主張を内容とする見解書を提出した(乙5)。

その後、被告協会は、JASRACとの間で、平成4年3月31日、被告協会に加盟する教材出版社は、JASRACの管理する音楽著作物を音楽ワークブックに使用した場合は、使用料を支払うこと等を内容とする覚書(甲9)を締結した。

(13) 被告協会は、平成5年10月27日、「合法的な教科書参考教材作りに関する編集幹部著作権等研修会」を開催した。

ア 同研修会で配布された「教材作りと著作権問題ートラブルを起こさない教材作り」(乙2)には、「図書教材を作るとき、教科書や教科書以外の日本人、外国人の著作物などを引用して利用することがありますが、引用の場合はむしろ自由でありまして、著作者に了解を得る必要はありません。しかし、引用できる条件には3つの重要な条件があります。」として、引用の要件を示した上、「教材出版社がテスト教材を作る際、他人の著作物をそのまま全部使う場合は認められていません。その際は、著者の了解を得て使用料を払うか、または書協(日本書籍出版協会)と日本文芸著作権保護連盟とで定めている使用料を支払わなければならないことになっていますので注意して下さい(法36-2)。ただ、テストなどへの使い方については、使い方によって使用料を支払わなければならない場合と支払わなくてもよい場合(引用による利用の場合)がありますので、おおいに研究してみてください。」との記載がある。なお、平成3年の教材出版社の著作権等研修会において

配布された被告Ⅰ作成の「教材作りと著作権問題ートラブルを起こさない教材作り」（乙３）にも、これと同じ記載がある。

イ また、平成５年の上記研修会において配布された「参考書、ワーク、テスト、資料集など図書教材の執筆について」（乙２）には、「教科書を執筆した著者が、教材会社の図書教材に、その教科書に載った著者自身の文書や図画を転載して利用する場合は、著者並びに教科書会社の両者から正式に了承を得ない限り、使用することはできません。それは著者が単独で了承していても、教科書会社は出版権をもっており、その出版権の侵害となります。」との記載がある。

(14) 被告協会は、日本写真家協会との間で、平成６年１２月１０日に協定を締結し、図書教材に写真を使用するに当たっては、写真著作者又は写真著作権者と教材出版社との間で写真使用に関する基本契約を締結し、契約条項にしたがって適正に使用するようにすること等が合意された（甲１０、１１）。

(15) 日本ビジュアル著作権協会及び株式会社タトル・モリ エージェンシーは、平成９年１２月、被告協会に加盟する株式会社文溪堂に対し、以下の内容の質問状を送付した（甲６の１）。

ア 株式会社文溪堂発行のワークブック、テスト、ドリル等の図書教材において、米国のルース・スタイルス・ガネット及びルース・クリスマン・ガネット著作の「エルマーのぼうけん」及びレオ・レオニ著作の「ぼくのだ、わたしのよ」、同レオ・レオニ著作の「ニコラス、どこへいったの」及びタトル・モリ・エージェンシーが管理する全ての著作物の一部分の文章及びイラストを過去・現在も含め使用したことがあるのかお尋ね致します。

イ もし上記著作物をご使用いただいていた場合、原著作者を含め著作物管理者等に了解を得て使用していただいているや否や。了解を得てご使用いただいている場合、何処に対して、何時、どの範囲と期間において許可を得たかについてもお尋ね致します。

これに対し、株式会社文溪堂は、同月２７日、上記著作物を使用し、その使用について原著作者の許諾をとっていない旨回答するとともに、「当社におけるテスト、ドリル、プリント教材に関する教科書引用に関しての見解は、『協会内の解釈として、教科書からの引用で、適法引用の範囲で使用している』と説明をしました。しかし、監査の弁護士から、その解釈では問題があると指摘を受けました。その指摘に基づき調査したところ、原著作者（原権利者）、出版権者に許諾を受けないと著作権法に抵触するという結論に達し、急遽許諾を受ける方向で活動を始めました。」と回答した（甲６の１及び２）。

(16) 被告協会は、平成１０年８月１９日、日本児童文学者協会等に対し、国語教科書掲載作品について話合いの申し入れをした。この「申し入れ書」（甲７）には、「各図書教材出版社は、教科書収録作品の一部利用は、著作権法３２条の「引用」として適法であるとの基本的見解に立っております。しかし、同条の『公正な慣行に合致』『正当な範囲内』との文言は本来多義的であり、将来その解釈をめぐる論争が行われることも考えられます。このため、当協会（被告協会）としては、近年の著作権をめぐる社会的情勢の変化をも考慮しつつ、貴協会をはじめとする著作者団体各位と誠実に協議することにより、教科書収録作品の図書教材への利用に関する合理的な基準を形成したいと念じております。本申し入れについての貴協会の基本的なお考えをお示しいただき、お話し合いをさせていただきたくお願い申し上げます。」との記載がある。

両者の間での交渉の結果、平成１１年９月３０日、小学校国語教科書著作者の会（社団法人日本児童文学者協会と社団法人日本児童文藝家協会が、両団体に属さない現行国語教科書に掲載された作品の著作者に呼びかけ、２団体と有志によって結成した団体）、社団法人日本児童文学者協会及び社団法人日本児童文芸家協会と、被告協会及び訴外会社らとの間で、「小学校国語教科書準拠教材における作品使用についての協定書」（乙６の４）を締結し、同年１０月８日、「小学校国語教科書準拠教材における作品使用についての協定」運用細則（乙６の５）を締結し、著作者の著作物を使用する場合は著作者及び著作権者の許諾を得ること、著作物の使用料は原則として印税によるものとし、ページ割で印税率５％とすること等が定められた。

(17) 原告らは、平成１１年５月２１日、訴外会社らに対し、本件各教材の制作販売の差止めを求める通告を行い（甲２０の１）、同年６月、東京地方裁判所に対し、本件各教材の出版販売等の差止めの仮処分及び本案訴訟を提起した。同裁判所は、同年１２月、本件各教材の出版販売は著作権法３６条１項の「試験問題とし

ての複製」に当たり適法であることを理由に仮処分申請を却下したが、これに対する抗告審である東京高等裁判所は、平成12年9月、これを取り消し、原告らの仮処分申請を認める旨の決定をした。

(18) 被告協会の著作権委員会が加盟する各教材出版社代表者に宛てた平成12年7月17日付け「平成12年度教科書関係資料費の納入問題について」と題する書面(甲15)には、次の記載がある。

ア 教科書に掲載された文学作品などを教材に使用することについては、教科書会社と教材出版社との昭和40年の裁判(仮処分の決定)並びに昭和43年の裁判(本訴)における和解により、すべて処理されているという認識できたが、今回起こった著作権裁判等における原著作者等の言い分である「その事件は教科書会社と教材会社との間で争われた裁判であり、その両者間での著作権処理であって、私たち原著作者との裁判でもなければ、原著作者と日図協(被告協会)との和解でもない。したがって著作権料はもらっていない」といった主張から、これらの著作者の団体と話し合いを行った結果、平成11年9月30日付で小学校国語教科書著作者の会と被告協会とが協定を締結し、著作者と教材出版社との間で直接著作権処理を行うことにしたものであること、昭和40年当時と今日とでは著作権認識が大きく変わっていることから、従来被告協会が当時の裁判の結果に基づき主張していた主張では通らないとして、新たに協定を締結し、その協定にしたがって著作者に許諾を受けたり、印税を支払うことにしたものであり、現在、その協定に基づく手続などが進められているところであること。

イ 教学図書協会と被告協会とは、基本契約を締結し、所定の謝金を毎年支払ってきたが、今回著作者の会と被告協会とが協定を締結し、原著作者に直接印税を支払うことにしたこと、謝金についてはその分を減額してもらいたい旨申入れをし、目下交渉を繰り返していること。その理由は、本来「適法引用」という立場をとるならば謝金を支払う義務はないが、和解により謝金を支払うことにした以上、その謝金には、① 原著作者分の使用料、② 教科書会社の持っている原著作者的部分の使用料、③ 及び編集著作権的なものの3つを含んでいるという考えから、その①の部分については二重払いとなるので、減額してほしいと申入れをしたものであること。これに対し、教学図書協会は、「謝金は教科書会社がもっている権利についてのみ頂戴しているもので、原著作者分については一切入っていない。したがってその分を減額することはまったく認められない」として平成11年度の現行額を平成12、13年度も支払うよう強く主張し、前記訴訟でも、同旨の見解書を裁判所に提出したこと。原著作者分が入っているということになると、今までなぜ原著作者に対し、印税を支払わなかったかということになり、重大な問題となるので、当然そういう主張をしなければならないこともよくわかること。しかし、問題は、昭和40年並びに43年の訴訟において、原著作者など全く問題にならず、専ら教科書会社が教科書についてのすべての権利を持っているという認識で争われていたことについての突っ込んだ論争がなかったことと、現実に当時は教科書会社との訴訟であって原著作者との訴訟でなかったことなどにより、今両者の間で見解が分かれることになったこと。

(19) 被告協会は、平成13年3月27日、社団法人日本文藝家協会との間で「小学校、中学校及び高等学校用図書教材等における文芸著作物についての協定書」(乙7の5)を締結し、同年7月18日、同協会との間で「小学校、中学校及び高等学校用図書教材等における文芸著作物使用についての協定書運用細則」(乙7の6)を締結し、図書教材に文芸著作物を使用する場合はその著作者又は著作権者の許諾を得て、使用料を支払うこと、使用料は「本体価格×発行部数×印税率(5%)×使用割合(ページ割)」で算出すること等が定められた。

(20) 被告協会は、平成14年3月25日に小学校国語教科書著作者の会及び社団法人日本文藝家協会に対し、同年7月15日に上記会員を除く国語教科書掲載作品著作者に対し、それぞれ国語教科書に掲載された作品に関する過去分使用料の支払に関する協議を申し出た(乙6の6ないし8、7の7及び8)。

平成14年10月3日付け社団法人日本文藝家協会理事長作成の「『会員有志』へのお答えー『日図協と過去分使用料について』に関して」と題する書面(甲19)には、「教材制作業者は長年にわたって、著者に無許諾で、また無償で、著作物の一部を転載し、これを販売して利益をあげてきました。業者は、昭和40年と43年の東京地裁判決を錦の御旗として、教材への転載を『適法引用』と勝手に認識し、『謝金』の支払いで問題を処理してきました。」との記載がある。

2 争点(1)ア(誤った説明、指導による不法行為の成否)について

原告らは、被告らが訴外会社らに対して、① 教科書掲載作品を本件各教材に複製することは適法引用に当たる、② 教科書会社への謝金の支払により作品の著作権者に関する権利処理は一切不要である、③ 教科書掲載作品の分量の30%の範囲内の複製であれば、著作者の許諾も使用料の支払も不要である、という誤った説明、指導をした旨主張する。

(1) 上記①の説明、指導について

被告らが教科書掲載作品を本件各教材に複製することは適法引用に当たるとの上記①の説明ないし指導したことを認めるに足る証拠はない。

すなわち、前記1で認定した事実によると、被告協会は、その講習会におけるK弁護士の見解（前記1(4)、(7)）や昭和40年7月23日の仮処分の却下決定（前記1(5)）等により、設立当初から少なくとも前記1(15)記載の日本ビジュアル著作権協会等からの質問状が加盟する教材出版社に到達した平成9年12月より前は、教科書に掲載された著作物の一部を本件各教材のような教材に使用することは引用に当たり、適法であるとの見解を有していたものと解され、被告Iも同様と解される。しかしながら、それ以上に被告らが訴外会社らに対してその見解に従うように訴外会社らに対して説明、指導したとは認められないし、かかる説明、指導の事実を窺わせる証拠もない。

また、訴外会社らは、被告協会の正会員であり、その代表者らが現在被告協会の理事又は幹事であることからすると、これまで訴外会社らが作品の著作権者に対して本件各著作物の使用許諾を得る等の権利処理を行ってこなかったのは、被告協会の上記見解を参考にして、同様の見解を有していたからであるとともに、長年にわたり、作品の著作権者からの権利主張等もなく、著作者に関する権利処理について思い至らなかったからであると推認される。

なお、K弁護士は、被告協会の講習会において「教科書がすでに原著作物の一部を引用しているのであり、テストはその一部のまた一部をテスト問題用として引用するのであるから、著作権法30条のいわゆる適法引用に該当して偽作とはならない。」との説明をしたが（前記1(4)イ）、この講習会が行われたのは、原告らが違法行為として主張する期間より前の昭和38年である上、同時に、同弁護士は、原著作物の全部を引用する場合は原著作者の許諾を得ておいた方が無難であるとの説明もしているのであるから（前記1(4)ア）、同弁護士の説明が教科書掲載作品を本件各教材に複製することが一般的にすべて適法引用に当たるとの説明とまではいえない。

もっとも、教科書に掲載された著作物の一部を本件各教材のような教材に使用することは引用に当たり、適法であるとの上記被告らの見解は、前記1(17)認定の仮処分に関する東京高等裁判所の決定及びその後の本案訴訟に関する東京地方裁判所の判決でも判示されているとおり、法的判断としては誤っていたものである。しかしながら、被告らの有していた見解が誤りであったからといって、訴外会社らの著作権侵害行為に対する教唆ないし幫助行為を行ったということはできない。

(2) 上記②の説明、指導について

被告らが教科書会社への謝金の支払により作品の著作権者に関する権利処理は一切不要であるとの上記②の説明ないし指導したことを認めるに足る証拠はない。

すなわち、前記1で認定した事実によると、被告協会は、昭和43年の訴訟上の和解及び教学図書協会との契約（前記1(6)、(10)）等により、設立当初から少なくとも前記1(15)記載の日本ビジュアル著作権協会等からの質問状が加盟する教材出版社に到達した平成9年12月の時点までは、訴外会社らの被告協会を通じての教科書会社への謝金の支払により、教科書に掲載された作品を適法に図書教材に複製することができるとの見解を有し、作品の著作権者に関する権利処理については全く思い至らなかったものと解され、被告Iも同様と解される。しかしながら、被告らは、作品の著作権者に関する権利処理について思い至らなかったのであるから、訴外会社らに対して作品の著作権者に関する権利処理は一切不要であるとの上記②の説明、指導を積極的に行ったと認めることはできない。

また、訴外会社らは、被告協会の正会員であり、その代表者らが現在被告協会の理事又は幹事であることからすると、これまで訴外会社らが原告らに対して本件各著作物の使用許諾を得る等の権利処理を行ってこなかったのは、被告協会の上記見解を参考にして、同様の見解を有していたからであるとともに、長年にわたり、作品の著作権者からの権利主張等もなく、著作者に関する権利処理については全

く思い至らなかったからであると推認される。

もっとも、上記訴訟上の和解及び基本契約により昭和45年以降平成11年まで被告協会を通じて教学図書協会に対して支払われた礼金ないし謝金には、教科書に掲載された作品の著作者に対する著作権料は含まれていないから（甲17の1ないし7）、謝金の支払により教科書に掲載された作品を適法に図書教材に複製することができるとの上記被告らの見解は、誤りであったというほかない。しかしながら、被告らの有していた見解が誤りであったからといって、訴外会社らの著作権侵害行為に対する教唆ないし帮助行為を行ったということはできない。

(3) 上記③の説明、指導について

被告らが教科書掲載作品の分量の30%の範囲内の複製であれば著作者の許諾も使用料の支払も不要であるとの上記③の説明ないし指導したことを認めるに足りる証拠はない。

すなわち、前記1(10)で認定したとおり、被告協会は、教学図書協会との間で教科書掲載作品の分量の3分の1ないし30%以内であれば教科書会社はクレームをつけない等の合意をしたが、それはあくまで教科書会社との関係での合意であり、著作者の許諾が不要であるとか著作者への使用料の支払が不要であるとの合意まで含むものではない。そして、被告らは、訴外会社らに対し、上記合意の引用率につき注意したが、被告らは、当時作品の著作者に関する権利処理について思い至らなかったのであるから、その際、上記範囲内の複製であれば著作者の許諾も使用料の支払も不要であるとの上記③の説明ないし指導をしたとまではいえない。なお、被告1の証人尋問調書（甲3）には、教科書会社の任意団体である教学図書協会が作品の著作者との関係でも上記分量の範囲なら教科書掲載作品を使ってもよいとの提案をしたかの記載があるが、それは提案に対する被告1の認識を記載したものであり、教学図書協会が著作者の権利について処理することができる権限を有するわけでもないから、これをもって被告らが上記③の説明ないし指導を行ったということとはできない。

(4) 前記第3の1〔原告らの主張〕(1)アについて

原告らは、被告協会が昭和47年5月に「教科書を参考として作成するテスト、ワークなどの編集上の注意について」と題する書面を通じて、前記①ないし③の3つの見解を示したと主張する。

しかし、本件全証拠によっても、前記1(8)で認定したとおり、上記書面は、教科書に対する著作者の権利を侵害しない教材作りの指針を示したものであるという以上の具体的内容は明らかでなく、これをもって、上記①ないし③の説明ないし指導を行ったということとはできないから、原告らの上記主張は理由がない。

(5) 前記第3の1〔原告らの主張〕(1)イについて

原告らは、被告協会の小学校部会の編集部長会、編集者研修会や裁判対策全体会において、上記①ないし③の説明ないし指導が行われたと主張する。

しかし、前記1(8)認定の編集者研究会では、教科書会社との関係でその権利を侵害しない教材作りが検討されたにとどまり、この際に上記①ないし③の説明ないし指導を行ったということとはできない。また、前記1(10)認定の編集者会議においては、教科書に掲載された文学作品の教材への引用率が議論されたにとどまり、この際にそこでの引用率によれば作品の著作者との関係でも適法引用に当たる等の上記①ないし③の説明ないし指導が行われたとはいえない。さらに、前記1(13)認定の編集幹部著作権等研修会においても、引用に当たる場合には著作者に了解を得る必要はないという著作権法32条の規定を説明し、かえって教科書の記載を転載した場合は教科書の著者の許諾を要する旨説明しているものであり、上記①ないし③の説明ないし指導が行われたとはいえないし、被告らの裁判対策全体会においても、上記①ないし③の説明ないし指導が行われたとの証拠はない。

(6) 以上のとおり、被告らが訴外会社らに対して上記①ないし③の説明ないし指導をしたことは、①ないし③の説明の内容ごとに検討しても（上記(1)ないし(3)）、また、原告らが主張する説明の方法ごとに検討しても（上記(4)及び(5)）、これを認めるに足りないから、これを前提とする原告らの主位的主張は、理由がない。

3 争点(1)イ（不作為による不法行為の成否）について

(1) 先行行為に基づく作為義務について

原告らは、本件各著作物の本件各教材への引用が適法引用に当たるとの見解を示すという先行行為を行った以上は、その誤りを是正すべき条理上の作為義務を負ったのにこれを怠ったことが不法行為に当たると主張する。

訴外会社らは、少なくとも平成9年12月の時点までは、教科書に掲載された作品の一部を本件各教材のような教材に使用することは適法引用に当たるとの見解に基づき、教科書掲載作品の著作者から使用許諾を得る等の権利処理を行ってこなかったことは、前記2認定のとおりであり、訴外会社らは、原告らの著作権を侵害したものである。

しかしながら、被告らが、本件各著作物の引用が適法引用に当たるとの見解や教科書会社に支払った謝金には作品の著作者に対する著作権料が含まれているとの見解を有していたものの、これを訴外会社らに対し、説明ないし指導した事実が認められないことは、上記2で説示したとおりである。したがって、被告らには、そもそもその誤りを是正すべき条理上の作為義務を基礎付ける原告ら主張の先行行為が存在しない。

## (2) その他の理由による作為義務について

そもそも、被告協会は、訴外会社らの教材出版社を会員として構成される任意団体であり、会員相互の連絡研修等を行うことも目的の1つとしているが、その見解を会員に義務づけたり、著作権者との間で常に契約の当事者となるべき性質の団体ではない。また、被告協会は、本件各教材の企画や内容の決定について、加盟している訴外会社らに対して指導することはなく、これらについては、訴外会社らが個別に行っていた(甲3)。しかも、被告協会は、本件各教材の企画や内容の決定等について対価を受領しているわけでもないから、教科書に掲載された著作物を本件各教材に使用するか否かやどの程度の分量を使用するかについては、訴外会社らが個別に判断して制作すべきものであり、訴外会社らは、各自の判断により、本件各著作物を使用することなく本件各教材を制作することもできたものである。また、本件各著作物の複製が適法引用に当たるか否かについても訴外会社らが各自判断できたのであり、現に、上記1(15)で認定したとおり、被告協会に加盟している株式会社文溪堂は、従前の被告協会の見解にかかわらず、監査の弁護士からの指摘を受けて作品の著作者の許諾を受けることとしたものである。

よって、被告らは、訴外会社らの著作権侵害行為を阻止すべき義務を負う立場にはなく、本件各教材の制作に当たり、原告らの許諾を得ることなく本件各著作物を複製したのは、訴外会社ら各自の判断によるものであり、被告らの不作為とは関係がない。

また、被告らは、少なくとも前記1(15)認定の日本ビジュアル著作権協会等からの質問状が会員に送付された平成9年12月の時点までは、教科書に掲載された著作物の一部を本件各教材のような教材に使用することは適法引用に当たり、教科書会社への謝金の支払により、教科書に掲載された作品を適法に図書教材に複製することができるとの見解を有していたこと及びこの見解が誤っていたことは、前記2認定のとおりである。そして、前記1認定の裁判所における仮処分却下決定及び和解内容(前記1(1)、(5)、(6))や文化庁著作権課長の見解(前記1(11))等ともあいまって、被告らは、上記時点まで上記誤った見解を維持し続けたものである。しかしながら、被告らは、上記時点以前には、長年にわたり、訴外会社らが原告らから使用料を請求されたり警告を受ける等することなく、自らの見解を改めるべき機会がなかったから、少なくとも上記時点までは、被告らに、上記見解を改めて訴外会社らに対し正しい説明ないし指導を行って著作権侵害行為を中止させることを期待することはできない。しかも、訴外会社らによる本件各教材の出版及び販売によって対価を受領しておらず、これにより営業上の利益を上げているわけでもない被告らに、訴外会社らの著作権侵害行為を是正すべき条理上の作為義務が発生するとはいえない。

なお、上記1(12)、(14)で認定したとおり、被告協会は、音楽や写真の教材への使用について、平成4年にJASRACとの間で、平成6年に日本写真家協会との間で、使用料の支払の合意をしているが、証拠(甲9、10)によると、これらはJASRACの管理著作物や写真家の写真一般に関しての合意であり、それらが教科書に使用されている場合の使用料の支払に関するものではないから、平成4年ないし6年の時点で、直ちに被告らに上記見解を改めて正しい説明、指導を行うべき条理上の作為義務が発生することはない。

## (3) 平成9年12月以降について

作為義務の発生原因として原告らが主張する先行行為が存在しないことは前記(1)のとおりであり、その他の理由によっても作為義務が発生しないことは前記(2)のとおりである。もっとも、被告らは、少なくとも平成9年12月の時点では、訴外会社らの行為が適法であるとの見解を有していたが、その時点以降原告ら



