

038 「今日の治療薬」事件

平成27年8月26日

聖法律事務所 仁戸田康平

原審 東京地判平成24年8月31日判例集未登載（全部棄却）

平成20年（ワ）第29705号 出版差止等請求事件

http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/530/082530_hanrei.pdf

裁判官 大鷹一郎 高橋彩 上田真史

控訴審 知財高判平成25年4月18日判時2194号105頁（原判決変更）

平成24年（ネ）第10076号 出版差止等請求控訴事件

http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/226/083226_hanrei.pdf

裁判官 土肥章大 高部眞規子 齋藤巖

上告及び上告受理申立

判例評釈掲載文献

生駒正文＝久々湊伸一・特許ニュース13917号6頁、長塚真琴・知財管理64巻6号908頁、IP研究会・特許ニュース13669号1頁、岡邦俊・JCAジャーナル60巻7号88頁、藤田晶子・パテント67巻6号89頁、時田稔・パテント67巻9号16頁

第1 事案

1 当事者

原告（控訴人） 株式会社南江堂

会社HP記載の事業内容：「医学、薬学、看護学、リハビリテーション医学、栄養学等、学術専門図書雑誌出版・販売、ならびに洋書、洋雑誌輸入販売。」

被告（被控訴人） 株式会社じほう

会社HP記載の事業内容：「医療・医薬品に関する新聞・雑誌・書籍・CD-ROM等の発行およびオンライン情報提供」

2 請求と主たる争点

被告の発行する被告書籍の印刷及び販売行為が、原告書籍について原告が有する著作権（複製権及び譲渡権。いずれも著作権法28条に基づくものを含む。）の共有持分を侵害するとして、原告は被告に対し、不法行為に基づく損害賠償請求及び弁護士費用を除く損害に対する遅延損害金の支払を求めた

主たる争点

- ・原告書籍便覧部分の編集著作物性及び被告による著作権侵害の有無
- ・原告の損害額（判示は著作権法第114条2項を適用。本稿では扱わない。）

著作権法第12条1項

「編集物（データベースに該当するものを除く。以下同じ。）でその素材の選択又は配列によって創作性を有するものは、著作物として保護する。」

3 原告書籍（控訴人書籍）の概要

（1）原告書籍の出版経過

原告書籍：「今日の治療薬 解説と便覧」

→昭和52年8月1日初版発行、昭和57年以降は毎年改訂されている
本件で「原告書籍」とされたのは、2007年度版のみ
（平成19年2月15日発行）

編集は、某医科大学名誉教授Aとともに行われた。

平成20年5月7日、A教授は死去するも、生前、原告とA教授との間では、原告書籍にかかる著作権の共有持分割合を（原告：A教授）＝（90：10）と合意していた。

（2）原告書籍の編集方針

※初版出版当時の背景

「日本標準商品分類¹」が中分類「87 医薬品及び関連製品」において、①神経系及び感覚器官用医薬品、②個々の器官系用医薬品、③代謝性医薬品など、使用目的に応じて9項目の小分類を設けており、この小分類に基づき薬剤（情報）を整理した書籍は存在した。

もともと、「日本標準商品分類」では、薬剤の特徴、副作用、使い方を調べるに

¹ 「統計調査の結果を商品別に表示する場合の統計基準」として、昭和25年以降、総務省が設定しているもの

は、ケース毎に膨大な添付文書²や解説書を確認する必要があり、臨床現場における簡易迅速な薬剤（情報）の検索は極めて困難であった。

上記の背景から、原告書籍では、3つの編集方針を採用し、昭和52年初版発行

- ① 日常よく使用される医家向け薬剤は、全て便覧に掲載
- ② 「日本標準商品分類」の分類・配列、分類項目名称には依拠しない
独自の臨床視点から、分類項目名称、薬剤の効能・種類を以下のように分類・配列
「大大分類」（効能ごと）
「大分類」（大大分類をまた効能ごとに細分化）
「中分類」（大分類を薬剤の組成や効能で細分化）
「小分類」（中分類を必要に応じて特徴等から細分化）
上記の分類体系に従って個々の薬剤を配列
- ③ 「大分類」の薬剤群毎に冒頭に解説を載せ、必要な図表を添付し、各薬剤の特徴、効能、副作用及び使い方等は、「組成・剤形・容量」、「用量」、「備考」の各欄に分け、添付文書の内容のうち必要十分なものを、マーク等を用いて便覧に掲載

（3）原告書籍の構成

原告書籍（本文の総頁数1140頁）のうち、「原告書籍便覧部分」

- └── 一般薬便覧部分（大大分類～小分類で分類、別紙1-1）
 └── 「薬剤」「組成・剤形・容量」「用量」「備考」
- └── 漢方薬便覧部分（中分類・小分類はなし、別紙1-2）
 └── 「薬剤名」「組成・容量・〔1日用量〕」「備考」

4 被告書籍（被控訴人書籍）の概要

被告書籍：「治療薬ハンドブック 薬剤処理と処方のポイント」

（平成20年1月25日発行）

「品名、規格単位」「適応、用法・用量」「警告、禁忌、副作用等」と適宜「臨床情報」の各項目を設け、一覧表形式により薬剤情報を提供
この一覧表を「被告書籍便覧部分」

一般薬の掲載部分を「被告書籍一般薬便覧部分」（別紙2-1）

漢方薬の掲載部分を「被告書籍漢方薬便覧部分」（別紙2-2）

とそれぞれ呼称する。

² 医薬品には原則的に添付される文書として規定されている（医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律（旧薬事法）第52条1項）。

第2 裁判所の争点に対する判断

1 複製・翻案の意義、編集著作物の著作物性について

いわゆる江差追分事件最高裁判決（最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁）を引用した後、編集著作物の著作物性一般について言及している。

2 複製及び翻案について

著作物の複製（著作権法21条）とは、（中略）、著作物の翻案（同法27条）とは、（中略）。そして、思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件など表現それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分において既存の著作物と同一性を有するにすぎない著作物を創作する行為は、既存の著作物の複製にも翻案にも当たらない（最高裁平成11年（受）第922号同13年6月28日第一小法廷判決・民集55巻4号837頁参照）。

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

2 本裁判例の判断構造

本裁判例では、

- I. 一般薬便覧部分の薬剤の選択と配列
- II. 漢方薬便覧部分の薬剤の選択と配列
- III. 漢方薬便覧部分の薬剤情報の選択と配列

という順で、それぞれ侵害の成否を判断している。

各便覧部分について、

1. 薬剤（薬剤情報）の選択
2. 薬剤（薬剤情報）の配列

に分けた上、それぞれについて、両書籍の記載の共通部分を抽出し、当該共通部分についての創作性を検討している。

I 各書籍の一般薬便覧部分の薬剤の選択と配列について

1 薬剤の選択（侵害否定）

理由は以下の2点

- 具体的薬剤の選択について、大分類ごとにみて、100%一致する分類項目がない
- 控訴人の主張によれば一致率100%という下記大分類についても、共通部分に創作性がなく非侵害

・大分類「高脂血症」

⇒「日本動脈硬化学会『動脈硬化性疾患予防ガイドライン』（2004年版，2007年版）に抗高脂血症薬として掲載された薬剤と同一」、「薬剤という性格上、学会等で定められた結果、その選択に創作性が認められないもの」

・大分類「抗寄生虫薬」

⇒「共通して選択された抗寄生虫薬は、薬価基準点数早見表（乙103）の備考欄（薬効）における『抗トリコモナス』、『抗マラリア』、『回虫駆除』、『フィラリア駆除』、『駆虫』、『吸虫駆除』、『抗原虫』、『カリニ肺炎治療』の記載を含むものの全てが収載されている。そして、被控訴人書籍において選択されたこれらの薬剤は、『ポケット判治療薬Up-To-Date（2008年版）』（乙2）にも全て収載されているため、選択の幅が乏しい

・大分類「消炎酵素」

⇒「選択されている具体的薬剤は、全て、『日本医薬品集データベース2006年9月版』において、薬効別中分類が、『酵素製剤』、『酵素製剤・他に分類されない治療を主目的としない医薬品』又は『眼科用剤・酵素製剤』に分類されており、選択の幅に乏しく、創作性なし

○ 発表者の疑問

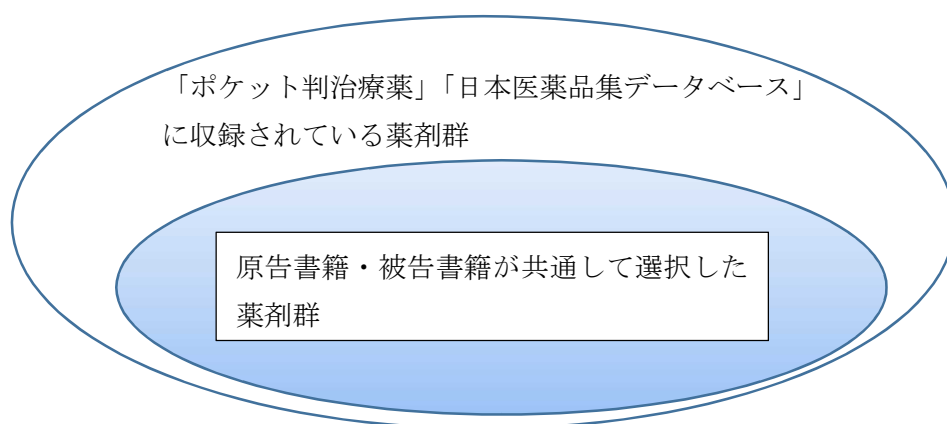
波線箇所の判示は、留意すべきと考えられる。

当該薬剤が他書籍において「過不足なく選択（収録）されている」のであれば、原告書籍による薬剤の選択結果はありふれていると評価できそうだが、他書籍にも同様に「分類されていること」が、選択の幅を狭めることといかに関係するのか、

なぜ創作性を否定する方向に働くのか。判断の当否は、書籍中の具体的表現（薬剤の具体的選択結果）によるため不明であるものの、判決文の表現としては疑問が残る。

<波線部の図式>

「抗寄生虫薬」「消炎酵素」に分類されている薬剤については、
判示に従えば、下図のような関係となる



2 薬剤の配列（侵害否定）

「両者の分類体系は、項目名及び項目数、項目分けの方法、項目の配列が異なり、具体的な一般名に属する薬剤名のレベルでも、相違するものが多く存在し、その具体的な配列結果としての薬剤の配列（掲載順序）は、同一であるとはいえない。」

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

(1) 共通性

ア 薬剤の選択について

(ア) 控訴人は、控訴人書籍一般薬便覧部分の具体的薬剤の選択と被控訴人書籍一般薬便覧部分の具体的薬剤の選択が同一であると主張して、改訂版具体的薬剤対比表等（甲79，80）を提出する。

(イ) なるほど、改訂版具体的薬剤対比表等（甲79，80）における控訴人の判定方法によれば、控訴人書籍一般薬便覧部分における薬剤の選択と被控訴人書籍一般薬便覧部分における薬剤の選択について、大分類ごとの具体的薬剤の一致率は、100%

が8分類, 90%以上100%未満が29分類となる。

(ウ) しかしながら, 上記証拠においては, 控訴人書籍にのみ掲載されて被控訴人書籍には掲載されていない薬剤が1154個あり, その逆の薬剤が971個に及んでいる。このようにいずれか一方にのみ掲載されている薬剤がある上, 全体の数も, 原判決別表1-1及び同2-1によれば, 控訴人書籍と被控訴人書籍とで, その選択結果の数が300以上も異なり, 選択の対比の対象となる薬剤数においても大きく異なるものであることから, 具体的薬剤の選択が同一であるとまではいえない。

・・・(中略、控訴人主張の一致率の判定が事実と異なる旨の認定)・・・

イ 薬剤の配列について

(ア) 控訴人書籍一般薬便覧部分における個々の具体的な薬剤の配列と被控訴人書籍一般薬便覧部分における個々の具体的な薬剤の配列とは, 「大大分類」, 「大分類」, 「中分類」, 「小分類」及び「一般名」という5層の分類体系に従って分類されている点及び「大大分類」の分類項目数が13である点では共通する。

(イ) しかしながら, 控訴人書籍と被控訴人書籍とは, 「大大分類」を始め各層の分類項目の配列が異なる上, 個々の具体的な薬剤の配列は, 控訴人書籍一般薬便覧部分では, 「小分類」又は「一般名」の分類項目ごとに控訴人及びA教授が臨床現場における使用頻度や重要性が高いと認めた順に配列したものであるのに対し, 被控訴人書籍一般薬便覧部分では, 「一般名」の分類項目ごとに, 先発薬のグループの薬剤を先にし, ジェネリック医薬品のグループの薬剤を後にし, それぞれのグループ内では, 原則として50音順になるように配列したものである。

(ウ) また, 控訴人書籍と被控訴人書籍の分類体系は, 項目名及び項目数, 項目分けの方法, 項目の配列が異なり, 共通しているとはいえない。しかも, 控訴人書籍と被控訴人書籍の分類体系は, 大大分類の個数こそ同一であるが, 大大分類の配列や項目分けの方法が異なること, 大分類及び中分類についても, 項目名及び項目数, 項目分けの方法, 項目の配列が異なることから, 類似していないことは明らかである。

さらに, 控訴人書籍と被控訴人書籍とでは, 具体的な一般名に属する薬剤名のレベルでも, 相違するものが多く存在する。

そして, その具体的な配列結果としての薬剤の配列(掲載順序)は, 原判決別表1-1及び2-1に示すとおり, 明らかに相違しており, これが同一であるとはいえない。

(2) 複製又は翻案の成否

ア 薬剤の選択について

(中略)

イ 薬剤の配列について

(ア) 前記(1)のとおり, 控訴人書籍一般薬便覧部分における個々の具体的な薬剤の配列と被控訴人書籍一般薬便覧部分における個々の具体的な薬剤の配列とは, 「大大分

類」,「大分類」,「中分類」,「小分類」及び「一般名」という5層の分類体系に従って分類されている点及び「大大分類」の分類項目数が13である点では共通するものの、両者の分類体系は、項目名及び項目数、項目分けの方法、項目の配列が異なり、具体的な一般名に属する薬剤名のレベルでも、相違するものが多く存在し、その具体的な配列結果としての薬剤の配列（掲載順序）は、同一であるとはいえない。

(イ) 臨床現場で迅速に必要な薬剤情報を得られることを目的とし、個々の具体的な薬剤を分類体系に従って分類して掲載する薬剤便覧において、コンパクト化の要請と薬剤情報の網羅性の要請を踏まえ、分類体系の分類項目を前提に、その項目ごとに該当する薬剤を選択し、それらを配列することには、編集者の個性が表れるということが出来るものの、そもそも、著作権法は、表現上の創作性を保護するものであるから、それが具体的に表現として表れなければ、これを保護する余地はない。

控訴人書籍一般薬便覧部分における個々の具体的な薬剤の配列は、選択された薬剤が、本件分類体系に基づいて小分類又は一般名に分類され、その分類項目ごとに控訴人及びA教授が臨床現場における使用頻度や重要性が高いと認めた順に配列されたものであるものの、被控訴人書籍をみる者がその一般薬便覧部分の個々の薬剤の具体的な配列順序及び配置から控訴人が主張するような分類項目の配列順序を並べ替えた後の個々の薬剤の配列順序を直接感得することは著しく困難であり、その本質的特徴を直接感得させることはできない。

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

編集著作物については、具体的な編集物に創作的な表現として表れた素材の選択や配列が保護されるのであって、具体的な編集物と離れた編集方針それ自体が保護されるのではないところ、控訴人の主張は、結局のところ、著作権法上保護の対象とならない、本件分類体系に従って薬剤を分類するという控訴人書籍の編集方針、すなわちアイデアの保護を求めるものにほかならない。

II 各書籍の漢方薬便覧部分の薬剤の選択又は配列について

1 薬剤の選択（侵害肯定）

原告書籍、被告書籍がそれぞれ選択した薬剤は、完全に同一

特に、生薬であり漢方薬ではない「ヨクイニンエキス」を漢方製剤として選択したことには、原告らの創作活動の成果の表れと評価されている。

2 薬剤の配列（侵害肯定）

原告書籍、被告書籍いずれにおいても、「処方名」（合計149）の配列は、原則として50音順としていること、例外的に50音順でない4箇所も、崩し方、「ヨクイニンエキス」の加え方まで完全に同一

「ヨクイニンエキス」以外の配列を崩した3箇所については、「臨床現場の使用実態に即した配列にしたもの」などと認定。

また、「ポケット版臨床医薬品集2008」以外に、上記の4箇所を同じように崩した書籍は見当たらない。

⇒完全に同一である薬剤の選択及び配列につき、創作性を肯定して、侵害を認定

(1) 同一性

ア 薬剤の選択

（中略）

イ 薬剤の配列

控訴人書籍漢方薬便覧部分における「処方名」（合計149）の配列は、原判決別表1-2の「処方名」欄記載のとおり、原則として50音順としているが、例外的に50音順を崩して配列した箇所が、①「葛根湯」－「葛根加朮附湯」－「葛根湯加川?辛夷」の配列（原判決別表1-2の通し番号13～15）、②「桔梗湯」－「桔梗石膏」の配列（同20・21）、③「桂枝加竜骨牡蛎湯」－「桂枝加朮附湯」－「桂枝加苓朮附湯」の配列（同32～34）、④「ヨクイニンエキス」の配列（同149）の4箇所である。被控訴人書籍漢方薬便覧部分における「処方名」（合計149）の配列は、原判決別表2-2の「処方名」欄記載のとおり、原則として50音順としているが、例外的に50音順を崩して配列した箇所が控訴人書籍と同じ上記①ないし④の4箇所である。その結果、両者の「漢方処方名」の配列は、50音順を崩した4箇所及び生薬を1個だけ最後に加えた点においても、完全に同一である。

(2) 複製の成否

ア 薬剤の選択について

前記1(2)エ及び1(4)エ認定のとおり、控訴人書籍漢方薬便覧部分においては、148の処方名、1000個以上の商品名の漢方薬から、臨床現場での重要性や使用頻度等を踏まえて、148の処方名、307の商品名の漢方薬を選択するとともに、195の処方名、1900個以上の商品名の生薬並びに生薬及び漢方処方に基づく医薬品の中から1の処方名（「ヨクイニンエキス」）、2の商品名の生薬を選択した上で、これを「漢方薬」の大分類の中に含めたものである。控訴人は、「ヨクイニンエキス」について、漢方薬ではなく生薬であるにもかかわらず、これを漢方薬として選択したもの

である（甲59，69）。

そして、生薬である「ヨクイニンエキス」については、「ポケット判治療薬Up-To-Date（2008年版）」（乙2）及び「ポケット医薬品集2008年版」（乙3）では、皮膚科用薬の章に掲載され、「薬効・薬理別 医薬品事典（平成16年8月版）」（乙5）では、「漢方製剤」ではなく「その他の生薬製剤」の章に掲載され、「日本医薬品集 医療薬 2008年版」（乙6）及び「最新治療薬リスト平成18年版」（乙11）においては、「漢方製剤」ではなく「その他の生薬および漢方処方に基づく医薬品」に掲載されているのであって、これを「漢方製剤」の分類に選択した類書は、控訴人書籍の発行後に発行された「ポケット版臨床医薬品集2008」（乙9）以外に見られないところ、同書における漢方薬の選択及び配列については、控訴人書籍と全く同一の148の処方名、307の商品名の漢方製剤に加えて「ヨクイニンエキス」が選択され、控訴人書籍と50音順を崩した4箇所を含め、全く同一の配列がされていること、同書が控訴人書籍の発行後に発行されたこと等に照らし、同書をもってありふれていることの根拠とすることはできない。

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

イ 薬剤の配列について

控訴人書籍及び被控訴人書籍の漢方薬便覧部分は、「処方名」（漢方処方名）を原則として50音順とし、例外的に、①「葛根湯」－「葛根加朮附湯」－「葛根湯加川?辛夷」の配列（原判決別表1－2の通し番号13～15）、②「桔梗湯」－「桔梗石膏」の配列（同20・21）、③「桂枝加竜骨牡蛎湯」－「桂枝加朮附湯」－「桂枝加苓朮附湯」の配列（同32～34）、④「ヨクイニンエキス」の配列（同149）の4箇所のみ50音順を崩して配列している点において同一である。

このうち、控訴人は、④の「ヨクイニンエキス」について、漢方薬ではなく生薬であるところから、全く別個に配列し、これを漢方薬の最後に配列したものである。

また、上記②の配列については、「桔梗湯」及び「桔梗石膏」は、いずれも生薬「桔梗」を含む漢方製剤であり、咽喉における症状に用いられる点で共通しているところ、「桔梗湯」は、「漢方医学のバイブル」の1つである「傷寒論」及び「金匱要略」に記載された漢の時代から伝わる生薬の配合及び分量についての歴史的な処方であり、喉痛等に対して処方する機会が極めて多いのに対し、「桔梗石膏」は、原典を有しない比較的新しい処方であるため、まず「桔梗湯」の処方を考えることが臨床現場においては通常であること、また、「桔梗湯」は、単体で処方されることが多い漢方製剤であるが、「桔梗石膏」は、他の漢方製剤と共に処方されることが多い漢方製剤であるため、まず単体で処方することのできる「桔梗湯」を前にもってこることが臨床現場における使用に資することから、臨床現場の使用実態に即した配列にしたものである（甲7

6, 弁論の全趣旨)。

さらに、上記③の配列も、「桂枝加竜骨牡蛎湯」が、前記のとおり「漢方医学のバイブル」の1つである「傷寒論」及び「金匱要略」に記載された漢の時代から伝わる歴史的な処方であるのに対し、「桂枝加朮附湯」及び「桂枝加苓朮附湯」が、江戸時代に日本で書かれた「方機」という書物に記載された処方であるところ、歴史が深い処方の方が信頼が高く、臨床現場においてより頻繁に用いられているところから、「桂枝加竜骨牡蛎湯」を先に配列することとしたものである(甲76, 弁論の全趣旨)。

このように、控訴人書籍における薬剤の配列は、漢方処方が、歴史的、経験的な実証に基づく薬効、中心的な役割を果たす主薬、基本方剤等、複数の分類基準によって区別される上に、基本方剤に新たな薬効を持つ生薬が加味されることで、多くの漢方処方に派生するという関係にあるところから、そのような歴史的、経験的な実証に基づく生薬の薬効及び基本方剤分類を考慮した配列にしたものである。

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

ウ 以上によれば、控訴人書籍漢方薬便覧部分は、漢方薬の148の処方名を掲載したほか、多数の生薬の中から「ヨクイニンエキス」のみを大分類「漢方薬」に分類するものとして選択した上、漢方3社が製造販売する薬剤がある漢方処方名については、当該漢方処方名に属する漢方3社の薬剤を全て選択し、漢方3社が薬剤を製造販売していない漢方処方名については、臨床現場における重要性や使用頻度等に鑑みて個別に薬剤を選択したというのであるから、薬剤の選択に控訴人らの創作活動の成果が表れ、その個性が表れているということができ、上記のような考慮から薬剤を選択した上、歴史的、経験的な実証に基づきあえて50音順の原則を崩して配列をした控訴人書籍漢方薬便覧部分の薬剤の配列には、控訴人らの創作活動の成果が表れ、その個性が表れているから、一定の創作性があり、これと完全に同一の選択及び配列を行った被控訴人書籍漢方薬便覧部分の薬剤の選択及び配列は、控訴人書籍のその複製に当たるといわざるを得ない。

3 一審の判断

(1) 薬剤の選択について

「各処方名ごとの薬剤（漢方薬）の選択に際し、漢方3社が製造販売する薬剤を優先すること、すなわち、漢方3社が製造販売する薬剤がある漢方処方名については、当該漢方処方名に属する漢方3社の薬剤を全て選択し、漢方3社が薬剤を製造販売していない漢方処方名については、漢方3社以外の他社が製造販売する薬剤を選択することは、臨床現場で使用する薬剤便覧を作成する者にとってありふれたものであるといわざるを得ない。」などとして、原告書籍漢方薬便覧部分の薬剤の選択の創作性を否定した。

(2) 薬剤の配列について

前記①～④の配列について、配列上の工夫にすぎない、基礎的な処方（「葛根湯」など）から応用的な処方（「葛根湯朮附湯」など）へと配列する自体は、特段創作性のある配列方法とは認めがたいなどとして、侵害を否定した。

（発表者個人の考え）

たしかに、①～④の個々の配列自体は、ありふれた工夫に過ぎず、選択の幅もほとんどないものと考え得る。

もっとも、漢方薬には、体系的に五十音順を変更しても良いと考えられる薬剤はまだ多く存する。例えば、A「柴胡桂枝湯」（サイコケイシトウ）とB「柴胡桂枝乾姜湯」（サイコケイシカンキョウトウ）は、いずれも方剤構成から一般に「柴胡剤」に分類される。五十音順であれば、B→Aの順で掲載される一方、BはAと組成が重複しており、体系上はA→Bの順で掲載することも不自然ではないと考えられる。原告書籍（発表者が確認したのは2012年度版）は、これをB→Aと五十音順を崩さずに掲載している。

どの漢方薬について五十音順を崩して配列するかは、単なる工夫を超えた個性が発露しており、かつ、選択の幅も相当に大きいといえるのではないか。

III 各書籍の漢方薬便覧部分の薬剤情報の選択及び配列（選択、配列とも侵害否定）

原告書籍と被告書籍で共通しているのは、以下の3点

- ① 剤形、製品番号及び製造会社略号、組成、容量、1日の用量、適応症（疾患・症状）、相互作用（併用注意）、重大な副作用を選択したこと
- ② 主に某社の製造販売に係る漢方薬剤の組成、容量、適応症（疾患・症状）を選択し、必要に応じて、某社以外の製造販売に係る薬剤の薬剤情報を追加的に選択してい

ること

- ③ 適応症については、「疾患」－「症状」の順に掲載していること

本判決の判断

①について

臨床現場で漢方薬を用いる医療従事者にとっておよそ必要不可欠な情報に係る項目と重なる内容であり、類書の薬剤便覧にも同様の選択が行われている→表現上の創作のない部分を共通するにすぎない。

②について

同様の選択をする類書が存在し、某社が漢方薬の国内シェア82.4%を占めることに照らし、共通点は、ありふれたものであり、創作性の内部分を共通するにすぎない。

③について

「適応症」に係る情報は、「症状」と「疾患」についての2つの情報からなるため、「症状」－「疾患」とするか、「疾患」－「症状」とするかのいずれかの配列しかなく、いずれの配列にも創作性は認められない。

以上のとおり、原告書籍、被告書籍がそれぞれの漢方薬便覧部分で掲載している薬剤情報については、表現上の創作性のない部分を共通するに過ぎない。

第3 本判決の意義

1 編集著作物に関する議論

編集著作物に関しては、どこまでを編集著作物として議論するかという問題ですら、明確に定まった基準があるわけではない。例えば、スポーツ実況テレビ放送番組も、素材である画面の選択や配列によって創作性を有する編集著作物であるとする学説も存する³が、疑問を呈する見解もある⁴。

創作性の問題に関しても、そもそも、編集著作物においては、編集方針そのものに特色のある場合が多く、編集方針が決まれば、後は労力と資本の投下だけで完成することも多い。もっとも、編集方針というアイデアが保護されるのではなく、当該編集方針に基づいた素材の選択又は配列という具体的表現が保護される。また、ここでいう選択や配列は一種のアイデアに近いとされる⁵。

³ 渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ（第二版）』（有斐閣、2007年）37頁。

⁴ 中山信弘『著作権法（第二版）』（有斐閣、2014年）138頁。

⁵ 中山・前掲4、130頁以下は、「既に社会で広く行われている編集方針に基づいた編集

特に、編集著作物の著作物性を判断するにあたっては、編集方針が画期的で、洗練されればされるほど、素材の選択や配列に関する「選択の幅」は狭まってしまい、かつ、表現上の個性も発揮できないというジレンマが生ずる。

一方で、編集著作物の著作物性の判断は、「素材の選択又は配列」を対象として、通常の著作物と質的に何ら変わらないとの見解も存する⁶ほか、「素材」をどこまで抽象化するか、分類そのものの著作物性を肯定しうるか、競争政策的な観点がどのように解釈に影響を及ぼすかなど、様々な要素で異なる見解が示されている⁷。

2 本判決の位置付け

本判決は、編集著作物の著作権侵害の肯否につき、原告・被告両書籍の具体的記載に基づいて一定の理由を付し、侵害の肯否についての判断要素を提示している。一審とも結論が分かれており、素材の選択、配列についてどのように創作性を見出すべきかについて、好個な先例と考えられる。

もっとも、漢方薬の薬剤の選択について、著作権法上の独占を認めてよいかは疑問がある。このような選択結果に独占的な保護を肯定すれば、臨床現場に資する一切の工夫、書籍としての有用性の向上が阻害されかねない⁸。『ヨクイニンエキス』を漢方薬に分類した配列の保護ではあまりにも保護範囲が広すぎるとの考慮から、全薬剤の選択結果のみについて、保護を及ぼしたのではないかと想像する。

傍論ではあるが、素材の具体的選択が一部異なる場合、編集著作物の（配列にかかる）翻案権侵害をどのように考えるのかなど、編集著作物の保護範囲全体に対しても、示唆的な判決ではないかと思われる⁹。

以上

物の創作性は否定される傾向となろう」と述べられている（同書131頁）。

⁶ 田村善之『著作権法概説』（有斐閣、1998年）23頁以下。

⁷ 編集著作物の保護のあり方や解釈論全般については、潮見久雄「編集著作物の保護に関する基礎理論的考察」著作権研究27巻（2000年）167頁以下や、蘆立順美『データベース保護制度論』（知的財産研究所、2004年）110頁以下等、有為な研究が複数ある。

⁸ 三山裕三『著作権法詳説―判例で読む16章（第八版）』（レクシスネクシス・ジャパン、2010年）119頁においても、「なお、人文科学や社会科学の分野に比べ、自然科学の分野、特に実学的要素をも併有する医学の分野では、公知の医学的・薬学的知識及び臨床知見は絶対であり、これに加えて医療の現場では合理性と効率性が追及される結果、単一の最適結果に向かう傾向が強いから、これらの分野を扱った事実的編集物にあっては必然的に表現、体裁が類似してくることは避けがたく、安易に侵害を認めると既得権保護」となる、とされている。

⁹ 岡邦俊・JCAジャーナル60巻7号91頁。なお、例えば、潮見・前掲7等の見解によれば、素材（薬剤）を一部入れ替えても配列結果に対する著作権侵害を肯定しうることとなる。