

分割してインターネット配信する
著作物に対する法的保護
—日めくりカレンダー事件—

一審 東京地判平成19年12月6日（平成18年(ワ)第29460号）
控訴審 知財高判平成20年6月23日（判時2027号129頁）

平澤卓人

第1 事案の概要

X（原告、控訴人）は、自然写真を作品として発表している写真家である。一方、Y（富士通株式会社、被告、被控訴人）は、通信システム、情報処理システム及び電子デバイスの製造・販売並びにこれらに関連するシステムの構築及びコンサルティング等を業とする株式会社である。

Xは、平成14年までに、365枚の花の写真の画像データを1年間の日ごとに対応させたデジタル写真集（以下「本件写真集」という。）を作成した。なお、Xは、本件写真集中に画像データとして含まれる個々の花の写真について、それぞれ著作権を有している。

Xは、1年365日かけてこの写真集の写真を一日一枚ずつ配信していくサービスを企画した。そこで、Xは、平成15年4月又は5月ころ、被告に対し、訴外富士通パレックス株式会社を通じて、本件写真集中の花の写真的画像データ及びそれらの著作権を全部譲渡し、その対価として合計273万7500円の支払を受けた（以下「本件譲渡行為」という。なお、この譲渡契約締結の際、原告と被告がどのような合意をしていたのかにつき争いがある。）。

Yは、平成15年6月27日から平成17年7月15日までの間、Yがインター

ネット上に開設している携帯電話利用者のための「@Fケータイ応援団」というサイト(以下「本件サイト」という。)において、携帯電話の待受画面用の画像として、本件写真集中の花の写真の配信をした(以下「本件配信行為」という。)。もともと、花の配信ペースは毎週1枚であり、かつ、各配信日に対応すべき花の写真は用いられなかった。

Xは、Yに対し、本件配信行為が、本件写真集の編集著作物としての同一性保持権を侵害しているとして慰謝料の支払を求めた。また、Xは、本件配信行為が、配列された順序に従って写真を配信・使用してもらうとのXの有していた期待権を侵害するものであることも主張している。

第2 判旨

1 一審判決

一審判決は、本件写真集が編集著作物に該当し、本件配信行為が同一性保持権侵害を構成するか否かを判断することなく、本件配信行為について、Xの明示又は黙示の同意があったかについて、以下のように判示した。

「ア 前記(1)及び(2)において認定した各事実並びに前記(3)エにおいて認定した事実によれば、以下のとおりの事実を認めることができる。

a) 原告の被告に対する当初の提案は、本件写真集中の花の写真を、本件サイトで携帯電話の待受画面用に『日めくりカレンダー』として配信するという企画であった。

しかし、被告側の担当者であるBは、そもそも本件写真集中の花の写真を『日めくり』で配信しなければならないものであるとは考えていなかった。むしろ、Bは、原告に対し、本件サイトの更新がこれまで週1回であったことを告げ、その際に原告がこれにうなずいていたことから、原告に対し、本件写真集中の花の写真を本件サイトの更新に合わせて週1回の割合で更新したいと考えていることを告げたものであり、その上で、その後の原告との交渉を継続した。

b) これに対して、原告は、平成15年1月20日のBとの最初の会談の際、本件サイトにおいて携帯電話の待受画面用の画像を『日めくり』にすることは可能かという質問をし、Bは『技術的には可能である。』と

答えている。

しかし、原告は、本件サイトの更新が週1回であることをあらかじめ知っていながら、Bの『技術的には可能である。』という、とらえ方によってはあいまいな(少なくとも、本件サイトの当時の更新スケジュールを将来変更して『日めくり』にするという約束をしたものと受け止めることは難しい)回答に対して、現実には『日めくり』にして配信することになるのかどうかを再度確認することもなく、以後は、本件写真集中の花の写真を売却して、本件サイトにおいて配信してもらうための交渉に終始したのである。

そのため、原告がその内心において本件写真集中の花の写真を『日めくり』にして配信して欲しいとの期待を強く持っていたとしても、そのことは被告側の担当者に対しては十分に伝えられておらず、むしろ、原告にとっては、被告に本件写真集中の花の写真を購入してもらうことができるか否かが、被告との交渉においては最重要の関心事であったのである。

イ 上記アにおいて認定した各事実によれば、仮に本件写真集が編集著作物に該当するものであったとしても、原告は、被告が本件サイトにおいて本件写真集中の花の写真を毎週1回の割合で更新して配信することについて、遅くとも本件譲渡行為の時点までには黙示に同意していたものと解さざるを得ない。

また、原告が本件写真集の作成に際して企図した花の写真と1年365日の日付との対応関係についても、『日めくり』にすることによって初めてその配列の連続性に創作的な意義を見出すことができるものであるから、毎週1回の割合による更新、すなわち1週間は同じ花の写真が配信され続けることについて黙示の同意を与えた時点で、原告は、被告が本件写真集中の花の写真から本件サイトにおける配信日に対応すべきものを用いるとは限らないということについても、やはり黙示の同意を与えたものと解するのが相当である。

以上をまとめると、原告は、本件配信行為について黙示に同意をしていたといえることができる。」

また、一審判決は、原告主張の「本件写真集中の花の写真が原告の配列した順序に従って使用されるものと信じることについての期待権」に

について、上記のように本件配信行為についての黙示の同意をしていたのであるから、仮にそのような期待があったとしても、原告がその内心に抱いていた事実上のものにすぎず、民法709条に規定する「法律上保護される利益」とは認められないとした。

2 控訴審判決

(1) 編集著作物性の有無

「……著作権法12条は、編集著作物につき『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、著作物として保護する』と規定しているところ、前記2認定のとおり、控訴人が撮影した花の写真を365枚集めた画像データである本件写真集は、1枚1枚の写真がそれぞれに著作物であると同時に、その全体も1から365の番号が付されていて、自然写真家としての豊富な経験を有する控訴人が季節・年中行事・花言葉等に照らして選択・配列したものであることが認められるから、素材の選択及び配列において著作権法12条にいう創作性を有すると認めるのが相当であり、編集著作物性を肯定すべきである。」

(2) 同一性保持権侵害の有無

「……著作権法20条は同一性保持権について規定し、第1項で『著作物は、その著作物及びその題号の同一性を保持する権利を有し、その意に反してこれらの変更、切除その他の改変を受けないものとする』と定めているところ、前記2認定のとおり、平成15年5月27日ころまでに控訴人から本件写真集の個々の写真の著作物及び全体についての編集著作権の譲渡を受けた被控訴人が、別紙4記載の各配信開始日に、概ね7枚に1枚の割合で、控訴人指定の応当日前後に（ただし、正確に対応しているわけではない）配信しているものであって、いわば編集著作物たる本件写真集につき公衆送信の方法によりその一部を使用しているものであり、その際に、控訴人から提供を受けた写真の内容に変更を加えたことはないものである。

そうすると、著作権法20条1項が『変更、切除その他の改変』と定めている以上、その文理的意味からして、被控訴人の上記配信行為が本件写真

集に対する控訴人の同一性保持権を侵害したと認めることはできない（毎日別の写真を日めくりで配信すべきか否かは、基本的には控訴人と被控訴人間の契約関係において処理すべき問題であり、前記2認定の事実関係からすると、そのような合意がなされたままで認めることもできない。）」

(3) 期待権侵害を理由とする請求について

判決は、Xが、Yの担当者と面談した際、本件サイトの更新がその当時週1回であったことを認識していたこと、X宛ての注文書において画像の具体的な配信方法の記載がないことの各事実を認定した。そして、Xが配信についての期待を抱くことが正当と認められるような事情はなく、このような期待を内心において抱いたとしても何らかの法的保護に値する利益とは認められないとしてXの主張を退けている。

第3 評釈

1 はじめに

本件は、写真集を編集したXが、1日1枚ずつの配信を希望していたところ、契約の相手方たるYが、1週間に1枚ずつ配信したため紛争となった事案である。このような事案についての裁判所の判断はおそらく初めてであると思われる¹。

本稿の結論を先に言うと、Xの請求を棄却した結論は妥当であると考えられる。ただし、その論理構成としては、控訴審判決の方が座りがよいと考えられる。一審判決は、編集著作物性や同一性保持権侵害といった論点を回避し、同意の有無の問題としている。しかし、この同意がいかなる法的意味を有するかは、創作的表現の変更か否かにより決定される。それゆえ、編集著作物性や同一性保持権侵害の論点を回避することはできない。この論点に取り組んだ控訴審判決の判断方法が妥当である。ただし、全ての著作物について、控訴審判決の論理構成が妥当するわけではなく、その射程を見極

¹ 本判決の評釈として、石井宏和「判批」特許ニュース12445号(2009)12頁、堀江亜衣子「判批」発明2009年5月号52頁がある。

める必要はあると考えられる。

以下、①著作物性の有無と範囲、②同一性保持権侵害、③配信行為についての同意、④期待権侵害の順に論じていく。

2 著作物性の有無と範囲

(1) 本件写真集の編集著作物性

ア) 判断方法

はじめに、配信行為の点を除外し、Xの作成した本件写真集が、編集著作物に該当するのかを検討する²。

著作権法12条は、「編集物…でその素材の選択又は配列によつて創作性を有するものは、著作物として保護する」と規定する。

選択の点では、当該分野の対象を網羅的に収集する場合は、創作性は認められない(東京地判平成11.2.25判時1677号130頁[松本清張作品映画化リスト]、東京地判平成13.8.27平成11(ワ)25395[消防試験業務営業秘密]、データベースの事案であるが東京地中間判平成13.5.25判時1774号132頁[スーパーフロントマン中間判決])。

これに対し、多数ある素材の中から、一定の法則によらず任意に選択を行う場合には創作性が肯定される(辞典の文例につき東京地判昭和59.5.14無体集16巻2号315頁[時事英語要語辞典一審]、東京高判昭和60.11.14無体集17巻3号544頁[同控訴審]、城に関する文芸作品につき東京地判平成6.4.25判時1509号130頁[日本の城の基礎知識]、中学生の日曜教室の問題につき東京地判平成8.9.27判時1645号134頁[四進レクチャー一審]、東京高判平成10.2.12判時1645号129頁[同控訴審]、キリスト教の詩及び聖歌につき東京高判平成18.9.7判時1963号64頁[教文館控訴審]、特高警察の資料につき東京地判平成21.2.27平成18(ワ)26458・24160[特高警察関係資料集成])。もっとも、選択の対象である素材によっては、編

² 編集著作物に関する裁判例を網羅的に紹介するものとして田中孝一「編集著作物」牧野利秋・飯村敏明編『新・裁判実務体系 著作権関係訴訟法』(2004、青林書院)145頁、頼晋一「編集著作物について」牧野・飯村・三村・末吉・大野編『知的財産法の理論と実務 第4巻』(2007、新日本法規出版)23頁。

集著作物と認められない場合がある(原告取扱商品についての情報につき東京地判平成12.3.23判時1717号140頁[色見本帳本訴]、柱、ノンプル、ツメの態様、分野の見出し、項目、文字の大きさ、書体につき東京地判平成10.5.29判時1673号130頁[知恵蔵一審]、スクール情報誌におけるツメ見出し・カプセルにつき東京高判平成17.3.29平成16(ネ)2327[ケイコとマナブ控訴審])。

配列の点についても、容易に想起しうる順序で機械的に並べるだけでは足りず、何らかの独自性がなければ創作的であると評価できない(映画のリストの否定例として前掲東京地判[松本清張作品映画化リスト])。電話帳を例にとると、単に地域別に細分化しただけでは足りず(東京地判平成10.7.24平成9(ワ)4112[アサバン電話帳])、階層的に職種を積み重ねる職業分類のような場合に初めて編集著作物として認められる(東京地判平成12.3.17判時1714号128頁[タウンページデータベース])。また、新聞記事のように、配列についての多様な選択肢がある編集物については配列の創作性を肯定できるのに対し(東京高判平成6.10.27判時1524号118頁[THE WALL STREET JOURNAL]、就職情報誌の広告記事につき東京地判平成16.3.30平成15(ワ)285[ケイコとマナブ一審])、機能的な著作物ゆえ配列の方法が限定される場合には創作性を肯定できないことが多い(設計図の表につき名古屋地判平成12.3.8平成4(ワ)2130[ショッピングセンター設計図]、商品の取扱説明書につき大阪地判平成17.2.8平成15(ワ)12778[風呂バンス]、方位盤につき東京地判平成17.9.28判時1222号254頁[神聖館暦]、間取図作成ソフトにつき名古屋地判平成19.6.28判時1993号134頁[間取図作成ソフト])³。

本件と同じく写真集の編集著作物性が問題となった事案としては、横浜地判平成19.1.31判時1988号100頁[革人形写真集一審]、知財高判平成19.7.25判時1988号95頁[同控訴審]がある。一審判決は、本件写真集が、革人形の写真を順番に並べたといったものでなく、これらの写真に一定の動きを与えたり、物語性を付与するものとなっているとして、編集著作物性を肯定している。ただし、一審判決は、本件各人形を作品のテーマごと

³ ただし、選択肢が多いことを根拠に抽象的なアイデアと思われるパズルの編集著作物性を肯定した東京地判平成20.1.31平成18(ワ)13803[パズル]もある。

に「飛行家たち」「スポーツマン」「サンタクロースたち」等の各グループに分けて並べる提案をした原告も著作者の一人になるとの主張を退けている。これは、写真の配列が抽象的なアイデアにとどまる限りは著作権法上の保護を受けないことを示している(最判平成5.3.30判時1461号3頁[智恵子抄上告審]を参照)。

イ) 本件控訴審判決の検討

本件控訴審判決は、「控訴人が撮影した花の写真を365枚集めた画像データである本件写真集は、1枚1枚の写真がそれぞれに著作物であると同時に、その全体も1から365の番号が付されていて、自然写真家としての豊富な経験を有する控訴人が季節・年中行事・花言葉等に照らして選択・配列したものであることが認められる」として、本件写真集が編集著作物に該当することを認めている。

1年365日に対応する花の写真を選択する方法は無数に存在する。その中で、著作者が選択した一つの方法は、抽象的なアイデアを超えた創作的表現と違って差支えないであろう。なお、本件控訴審判決は、写真家としての経験や年中行事、花言葉に照らした選択・配列であることに着目しているが、無作為に365枚を選択して配列した場合であっても編集著作性を否定すべき理由はないと思われる⁴。

もっとも、本件で問題となったのは、花の写真の画像データが「File0001」から「File0365」までのファイル名で保存されたデジタル写真集である。

⁴ 近時、学説においては、著作権法における「創作性」の概念について、「個性の有無」ではなく「選択の幅」という観点から再構成しようという動きが生じている(中山信弘「創作性についての基本的な考え方」著作権研究28号(2003)4頁)。ここでいう「選択の幅」とは、著作者にとってのものではなく、競業者にとっての「選択の幅」であると指摘されている(「競争法的選択の幅論」という表現を用いてこのことを指摘するものとして、上野達弘「著作物性(1)総論」法学教室319号(2007)167頁脚注22)。論者によっては、このような議論の帰結として、編集著作物性の判断において、編集における新規性や独自性を考慮すべきと主張するものがある(横山久芳「編集著作物概念の現代的意義—『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)161頁)。もっとも、新規性や独自性を考慮し創作性の要求水準を上げることに慎重な学説もある(潮海久雄「編集著作物に関する基礎理論的考察—創作性・保護範囲の判断に与える影響—」著作権研究27号(2003)179頁)。

これが物理的に表現されたものとの認定はない。このような状態をもって、本件写真集の配列が創作的に表現されたものといえるだろうか。

この点について、本件控訴審判決は、本件写真集について編集著作物性を肯定しており、「File0001」から「File0365」までのファイル名で保存されたことをもって本件写真集の配列が創作的に表現されたと考えているようである。近年においては、デジタルデータの形で制作される著作物は数多いため、表現が物理的に再生されていない段階においても侵害の可能性は十分にありうる。そうであるならば、デジタルデータの段階でも、それが一定の操作をもって特定の表現がされることが決定していることを条件に、創作的に表現されたものと認めてよいと考えられる。本件でも、「File0001」から「File0365」までのファイル名で保存されており、パソコンの画面上で連続して再生することも可能であると考えられる。したがって、本件の写真集も創作的に表現されたものと認めてよいであろう。

(2) 本件写真集の配信の頻度は創作的表現たりうるのか

ところで、本件において、Xは、本件配信行為が、花の写真が毎週1枚というペースで進められ、「日めくりカレンダー」としての画像配信にならなかったことについても、同一性保持権侵害の根拠として主張している。この主張の趣旨は明らかではないところもあるが、本件写真集においては、1日1枚のペースで配信することも、その創作的表現の一部であるように捉えているとも解される。果たして、本件のような場合に、そのような著作物の時間的な構成も、創作的表現の一部と解することができるだろうか。

まず、時間的な構成が、当然に創作的表現の一部となる著作物の類型がある。音楽の著作物である。音楽の演奏の速さやリズムは、音楽の著作物を構成する不可欠の要素と考えられる。たとえ、当該音楽が一度も演奏されていなくとも、音楽家が演奏速度を楽譜に書き入れた時点において、その速度が創作的に表現されたものといえてよいであろう⁵。

⁵ もちろん、演奏者の技量により本来想定されたものとは異なるテンポで演奏された場合、直ちに同一性保持権侵害の問題が発生すると解するのは適当ではない。しかし、音楽出版社が、ある演奏を作為的に早送りして録音し、これを販売する場合

次に、映画の著作物においても、その時間的な要素は、創作的表現の一部となりうる。それゆえ、時間的な要素の変更も、当該著作物の「改変」に該当する（例えば、映画をテレビ放送するにあたりコマーシャルを挿入した事案について、改変に該当する余地があることを認めつつ、著作権法20条2項4号の「やむを得ないと認められる改変」に該当するとして同一性保持権侵害を否定した東京高判平成10.7.13知裁集30巻3号427頁 [スウィートホーム控訴審]を参照）。ただし、プレイヤーの操作により多様な展開が予定されたテレビゲームについては、通常の操作では到達できないストーリー展開やキャラクターの変化があつて初めて同一性保持権侵害と認められる（最判平成13.2.13判時1740号78頁 [ときメモスペシャル上告審]、東京高判平成16.3.31判時1864号158頁 [DEAD OR ALIVE 2 控訴審]⁶）。

に、同一性保持権侵害を構成しないのは不合理ではないか。そうすると、演奏のスピードの変更も形式的には「改変」に該当するとしつつ、演奏の場合は「やむを得ないと認められる改変」と解するのが妥当であろうか。実演については、多少のアレンジをしても同一性保持権侵害を構成しないものの、CDとして販売する場合にはやや厳格に解すべきとするものとして前田哲男「音楽エンタテインメントに必要な著作権知識」コピーライト558号(2007)9頁。なお、ドイツ法において、音楽の演奏の際に演奏者の技術不足等によってテンポや奏法が変更されることが許されていることを紹介するものとして、上野達弘「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察（2・完）」民商法雑誌120巻6号（1999）946頁。

⁶ これに対し、通常の人には不可能な連射を可能とするコントローラーの製造・販売について争われた事件について、原告のゲーム自体、もともとプレイヤーの操作次第で多種多様な展開を予定しているとして侵害を否定した判決がある（大阪地判平成9.7.17知裁集29巻3号703頁 [ファイティングスティックNEO一審]、大阪高判平成10.12.21知裁集30巻4号981頁 [同控訴審]）。また、原告のテレビゲームのプログラムの制限を超える能力をデータとして書き込むことのできるプログラムの製造・販売が争われた東京地判平成7.7.14判時1538号203頁 [三國志Ⅲ一審]は、原告のプログラム自体を改変するものではないとして同一性保持権侵害を否定している。

前掲最判 [ときメモスペシャル上告審]は、ストーリー展開の改変のみを目的とする機器等を業として販売する行為につき損害賠償責任を認めた判決であり、その射程を限定すべきと説くものとして、村井麻衣子「判批」『第3回著作権・著作隣接権論文集』（2002、著作権情報センター）。

しかし、映画の著作物においては、時間的な要素も、創作的表現の一部として、録画されたビデオやゲームソフトに固定されている。このような著作物においては、映像表現の中に、時間的な要素が不可分一体のものとして組み込まれているため、これを変更することは同一性保持権侵害を構成するのは当然である。

翻って、本件の事案においては、Xは365枚の写真集を作成したに過ぎず、これを1日1枚のペースで配信することは、Yがそのように配信を行って初めて表現されるものである。そうすると、Yが配信行為を行う以前においては、1日1枚のペースで配信することは、単なるXの主観的な期待にとどまり、著作権法の保護を受ける創作的表現とはいえないことなるう。

また、仮にYが1日1枚のペースで配信を開始した後、第三者がこの配信のペースを変更するようなプログラムを開発し、その配信のペースを変更したとしても、同一性保持権侵害を肯定することは困難だと考えられる。写真は、確かにその連続性が重視されるようなものも存在するが、基本的にはその1枚で1点の作品として完結しているものとして認識される。それにもかかわらず、配信方法も創作的表現の一部とされると、当該写真集の著作権が譲渡されて情を知らない第三者がこれを取得した場合には、当該第三者の利用を妨げる結果となる。すなわち、第三者がこのような事情を知らずに利用した場合、著作者からの損害賠償請求は、第三者の故意過失がないとして否定されるとしても、同一性保持権侵害に基づく差止請求には服することになる。そして、そのような結果になることをおそれ、写真集の著作権の譲受人が現れなくなり、社会的に望ましい利用がなされなくなるおそれがある。

これらのことから、写真の著作物について、1日1枚ずつ配信するというような、配信のペースについては、そのようなプログラムとして画像表現と一体化していない限り、著作物の創作的表現の一部と考えることは困難だと考えられる。

もっとも、配信の順序については別論が成り立ちうる。上記のとおり、デジタルデータとしての配列も、創作的な表現がされたものと考えられる。その配列を無視した配信は、創作的表現たる順序についての有意な変更として同一性保持権侵害を構成する可能性がある。本件の写真集

についても、既に365日に対応する写真が割り振られていたのであるから、この順序自体は創作的表現の一部であると考えられる。そこで、次に同一性保持権侵害の有無を検討してみる。

3 同一性保持権侵害の有無

(1) 問題の所在

本件写真集の配信方法自体は創作的表現の一部とは解されないとしても、本件においては、各配信日に対応すべき写真が用いられなかったのであるから、これをもって本件写真集の同一性保持権侵害とする可能性は残る。そこで、この可能性を検討してみる。

本件控訴審判決は、本件について「編集著作物たる本件写真集につき公衆送信の方法によりその一部を使用しているものであり、その際に、控訴人から提供を受けた写真の内容に変更を加えたことはない」ことを理由にして同一性保持権侵害を否定している。この判旨はどのようなことを意味するのか。本稿では、編集著作物について、いかなる場合に同一性保持権侵害が成立するかについて論じた後、個別の配信行為という本件事案に特有の問題を検討することとする。

(2) 編集著作物の同一性保持権侵害

同一性保持権は、他人の著作物の創作的表現が残存しているながら、その創作性のある部分に改変を加えた場合にのみ、侵害が成立する⁷。そして、編集著作物は、その素材の選択又は配列によって創作性を有すると認められるものである(著作権法12条1項)。とすると、編集著作物については、創作性を有すると認められる選択又は配列が再生されながら、その選択又は配列について改変が加えられた場合に、同一性保持権侵害が成立することになりそうである。

裁判例も、このような考え方に沿っていると考えられる。

東京地判平成17.7.1判時1910号137頁 [鉄石と千草 京城三坂小学校記

⁷ 田村善之『著作権法概説』(第2版、2001、有斐閣。以下「田村・概説」と略記。)436頁、中山信弘『著作権法』(2007、有斐閣)386頁。

念文集一審]は「編集著作物の著作権者の権利が及ぶのは、あくまで編集著作物として利用された場合に限るのであって、編集物の部分を構成する著作物が個別に利用されたにすぎない場合には、編集著作物の著作権者の権利はこれに及ばない」とし、「編集著作物はその素材の選択又は配列の創作性ゆえに著作物と認められるものであり、その著作権は著作物を一定のまとまりとして利用する場合に機能する権利にすぎず、個々の著作物の利用について問題が生じた場合には、個々の著作物の権利者が権利行使をすれば足りる」としている。そして、本件については素材たる個々の著作物を引用しているのみとして、同一性保持権侵害を否定した。

これは、編集著作物について創作性を有すると認められる選択又は配列が再生されなければ、権利侵害は生じないことを明らかにした判決である。

次に、東京地判平成14.3.28平成10(ワ)13294 [プロフェッショナル東京]は、「本件において原告会社が編集著作物についての著作権者人格権及び編集著作権の侵害として主張する改変部分については、いずれも、個々の文章表現や個別の写真に付された説明文の表現内容、配置に関するものであって、編集著作物の対象としての素材の選択・配列を改変するものではないから、そもそも編集著作物についての著作権者人格権の侵害や編集著作権の侵害を問題とする余地はないというべきである」と判示している。

この判決は、素材の選択及び配列の改変のみが、編集著作物の同一性保持権侵害を構成することを前提としている(なお、何をもって素材の選択及び配列の改変とするか議論の余地があることは後述する)。

逆に、素材の選択及び配列の改変が肯定される場合には、編集著作物の同一性保持権を構成する。例えば、原告の作成した書籍のペーパーレイアウト(完成時の紙面構成)を無断で変更した事案において、編集著作物の同一性保持権侵害が肯定されている(東京地判平成13.9.20判タ1097号282頁[浮世絵春画一千年史一審])⁸。

そうすると、本件写真集の素材たる写真をそのまま用いながら、その配

⁸ 編集物に収録された素材をそのまま複製しつつ、配列のみを変更して別の編集物を作成する行為が同一性保持権侵害になることにつき、半田正夫・松田政行編『著作権法コメンタール I [1条~22条の2]』(2009、勁草書房)611頁(横山久芳執筆部分)。

列を変更したような場合においては、本件写真集の同一性保持権侵害が成立する可能性がある。

(3) 公衆送信行為による同一性保持権侵害

ア) 公衆送信と改変の関係

それでは、本件配信行為は、編集著作物である本件写真集の同一性保持権を侵害するのであろうか。

前提として、公衆送信行為によって著作物の同一性保持権は侵害されるのかという問題点がある。この点について、東京地判平成15.12.19判時1847号95頁〔記念樹Ⅲ〕は、改変された著作物を公衆送信した行為について、著作権法20条が改変行為だけを侵害行為と規定していること等を根拠に、公衆送信による同一性保持権侵害は成立しないと判示した⁹。もっと

⁹ 判決は「……法20条は、条文上、改変行為だけを侵害行為としており、改変された後の著作物の利用行為については規定されていない。また、法113条1項には、同一性保持権侵害とみなされる行為が規定されているが、そこで列挙されているのは、頒布行為や頒布目的の所持、輸入などの行為である。すなわち、同項は、法21条から法26条の3に定められた支分権の対象となる行為の中から、一定の類型の行為のみを一定の要件を課して同一性保持権侵害とみなしているのである。法113条1項においては、頒布行為と同列に扱われるべき公衆送信（放送）行為や複製（録音）行為は、同一性保持権侵害とはみなされていないし、『頒布』は、法2条1項19号において定義されているとおりの行為をいい、公衆送信（放送）や複製（録音）を含むと解することはできない」と説示している。

なお、これに対し、第三者が改変した著作物を複製した事案において、裁判例は同一性保持権侵害を認める傾向にある（東京地判平成6.1.31知裁集26巻1号1頁〔パックマンⅡ〕、東京高判平成13.6.21判時1765号96頁〔シルエット in 北海道控訴審〕）。また、改変された著作物を公衆送信した事案について、公衆送信ではなく複製行為を捉えて同一性保持権侵害としたものとして東京地判平成19.4.12平成18(ワ)15024〔創価学会ウェブ写真掲載〕がある。

また、近時、改変後の観音像を公衆の観覧に供することを、改変後の行為にすぎず、同一性保持権侵害に該当しないとしたものとして東京地判平成21.5.28平成19(ワ)23883〔光源寺観音像〕がある。

学説は、既に改変された著作物の利用行為について同一性保持権侵害を認めることに慎重なものが多いもの（高部真規子「著作権侵害の主体について」ジュリス

も、この事案は、第三者が著作物を改変し、これを被告が公衆送信した事案であり、改変行為は既に終了していたと判断できる事案であった。

これに対し、本件は、被告が写真を1枚ずつ配信しており、配信行為以前に創作性を有する素材の選択又は配列に変更が加えられたのではない事案である。つまり、配信行為をもって初めて素材の選択又は配列が再生されたといえることができる。だとすると、本件配信行為については、前掲東京地判〔記念樹Ⅲ〕の射程は及ばないといえよう。

イ) 配信行為による創作的表現の再生

さらなる問題は、本件の配信行為によって、編集著作物の創作的表現が再生されたか否かという点にある。

本件において、実際に行われた配信行為は、1週間に1回、写真1枚をそれぞれ配信するというものであった。写真1枚の配信によって、本件写真集の素材の選択と配列が再生されているわけではないから、これのみによって同一性保持権の侵害を問うことはできない。

そこで、継続して行われた配信行為を一体のものとして捉え、この一連の配信行為によって本件写真集の素材の選択と配列が再生されたと考える余地がないわけではない。しかし、本件配信行為が一体のサービスとして行われていることを考慮しても、1週間に1回のみ配信を、全体として一体の公衆送信行為と考えることは困難であろう¹⁰。本件控訴審判決は、Y

ト1306号（2006）129頁、田村善之「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題（3・完）一寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等一」知的財産法政策学研究18号（2007）45頁、消極説を通説とするものとして飯村敏明「二次的著作物の利用行為の差止請求の審理判断の構造について」知財年報 I.P. Annual Report 2005（別冊NBL No.106）224頁）、改変された著作物の公衆送信についても同一性保持権侵害とするものもある（青江秀史＝茶園成樹「インターネットと知的財産法」高橋・松井編『インターネットと法』（第3版、2004、有斐閣）246頁、作花文雄『詳解著作権法』（第3版、2004、ぎょうせい）242～243頁）。この点について、詳しくは、拙稿「判批」知的財産法政策学研究17号（2007）216頁。

¹⁰ この点について、堀江・前掲注1）は、全体の送信行為により改変された配列が表現されていると考えているようである。しかし、各写真の配信が一体のものであるかどうかは、配信された写真の内容自体から推知することができない。そうすると、仮に本件写真集の著作権を譲り受けた第三者は、そのような事情を知らずに順

は「いわば編集著作物たる本件写真集につき公衆送信の方法によりその一部を使用しているもの」であるとして、同一性保持権侵害を否定する理由としているが、これは正当な判断であると考えられる。

また、本件控訴審判決は、「控訴人から提供を受けた写真の内容に変更を加えたことはない」ことも侵害を否定する理由としている。

この判示に対し、素材である写真そのものに改変行為がないことをもって、編集著作物の同一性保持権侵害を否定するのは誤りであると批判するものがある¹¹。確かに、前掲東京地判 [プロフェッショナル東京]も、個々の素材たる文章表現の変更は、編集著作物の同一性保持権侵害を構成しないとしている。しかし、写真の一部に改変が加えられると、編集著作物たる写真集における素材の選択と配列にも変更が加えられたとみることは可能である。本件に即して言えば、一枚の花の写真を黒く塗りつぶした場合、写真集全体が持つ美的な一体性、インテグリティが失われることは十分に考えられる。したがって、このことを理由として同一性保持権侵害を否定した点も妥当であろう¹²。

序を変更して、配信することも十分に考えられる。そのような場合に差止めまで認めるのは妥当ではないと思われる。本件において、配信が一体的となっていたのは、著作物に内在する性質ではなく、偶然の事情であり、これをもって、対世的な効力を持つ著作権法上の権利を認めることは妥当でないと考えられる。

¹¹ 堀江・前掲注1) 58頁。

¹² 編集著作物の素材を変更した場合に、編集著作物についての著作権法上の権利を侵害することになるかについては争いがある。

裁判例の中には、素材の変更があるにもかかわらず、編集著作物についての複製権侵害を認めた東京高判平成7.1.31判時1525号150頁 [会社案内パンフ控訴審]があるものの、侵害を否定するものが多数を占める。前掲東京地判 [プロフェッショナル東京]のほか、著作財産権侵害を肯定したものととして大阪地判平成7.3.28知裁集27巻1号210頁 [三光商事商品カタログ]、大阪地判平成9.3.13平成7(ワ)6803・9287・11640 [フライパン写真一審]、大阪高判平成10.2.13平成9(ネ)828 [同控訴審]、前掲東京地判 [神聖館展]、大阪高判平成17.12.15平成17(ネ)742 [風呂パンス控訴審]、知財高判平成18.3.29判タ1234号295頁 [スメルゲット控訴審]などがある。

学説では、編集著作物の権利は、素材が変更された場合には及ばないとするものとして、加戸守行『著作権法逐条講義』(5訂新版、2006、著作権情報センター) 131頁、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ 著作権法・商標法』(第2版、2007、有斐閣) 113

ウ) 判決の射程

もっとも、例えば、インターネットで1章ごとに配信する小説等について、作家の許可を得ず配信の順序を変えた場合、同様の結論でよいのであろうか。本件控訴審判決について、このような点を指摘するものがある¹³。

この点については、著作物の類型ごとに考えるべきであろう。例えば、小説は、その表現に接する者誰しものが、全体として1個の作品であり、一部のみでは作品として完結しないものと認識するものである。そうすると、表現に接した者や当該著作物の譲受人が、その文章の章立てを変更して配信してはならないことを容易に認識できるものである。そうであれば、一連の配信行為を一個の公衆送信行為として把握し、その順序の変更を同一性保持権の侵害と考えることができる。

微妙なのは、前回のストーリーを論理的な前提にして次回のストーリーが展開されるように、全体としては連続しているものの、配信した部分のみで一応の完結をみる場合である(ハリー・ポッターやロード・オブ・ザ・リングの各作品を想起せよ)。この場合については、当該著作物の譲受人が情を知らず順序を変えて配信することも十分に考えられるのであるから、順序の変更について同一性保持権侵害を肯定するのは抵抗を感じる。著作権の譲受人を含む表現の受け手が、例外なく一体として継続するものと認識できるためには、分割された当該部分のみで作品として完結していないことが必要条件となるであろう。そうすると、著作権法56条1項の「一部分ずつを逐次公表して完成する著作物」であるかが、同一性保持権侵害

頁、作花・前掲注9) 116頁がある。

これに対し、素材の変更の場合に及ぶと解する見解としては、潮海・前掲注4) 171頁、横山・前掲注4) 142頁、中山・前掲注7) 113頁、蘆立順美「判批」『著作権判例百選』(第3版、2001、有斐閣) 73頁がある。編集著作物の全体的観察により素材の選択・配列における創作的表現が認められる範囲を検討し、その表現が侵害と目される編集物に存在していれば、素材間に差異があっても侵害を認めてよいとするものとして、茶園成樹「新聞記事の要約」齊藤博・牧野利秋編『知的財産関係訴訟法』(1997、青林書院) 174頁。

¹³ 駒沢公園行政書士事務所日記「2008年6月25日日めくりカレンダー事件(控訴審)～著作権 慰謝料請求控訴事件判決(知的財産裁判例集)～」<http://ootsuka.livedoor.biz/archives/cat_50035061.html?p=10> (確認2009年1月19日)。

の成否を決するメルクマールになると思われる¹⁴。

ただし、前述の例のように、一話で完結を見るが、順序を変えるとストーリーがつながらなくなる場合には、同一性保持権侵害こそ成立しないとしても、著作権法113条6項の適用は考えられる。同項は、当該著作物の利用態様によって、表現が著作者の真の意図とは全く異なる意味合いを持つ場合に適用があるといわれており、配信された順序で著作者が創作したと誤認される場合であれば、適用の余地は十分にあるだろう¹⁵。

ただし、本件写真集のような、個別の写真の内容のみによって、他の写真との連続性を認識できない場合については、同一性保持権侵害はもとより、113条6項の適用も困難であろう。そうすると、残るのは、著作者と配信者との間の契約に基づく債務不履行責任の問題である。この点については、次に論じる同意の問題とも関係する。

¹⁴ 一話完結形式の連載漫画につき、逐次公表著作物と認めなかった最判平成9.7.17民集51巻6号2714頁 [POPEYE腕カバー上告審]参照。どこから読んでも楽しめるタイプの漫画であれば、このような結論が妥当であるとするものとして田村善之「判批」法学協会雑誌116巻3号(1999)485頁。

¹⁵ 確かに、裁判例において、同項の適用は慎重である(著作権法113条6項の適用を否定した裁判例として、著作者の意見・仮説に苛烈な批判を加えた事案について水戸地竜ヶ崎支判平成11.5.17判タ1031号235頁 [飛鳥昭雄の大真実]、東京地判平成14.3.26平成13(ワ)16152 [古河市兵衛の生涯一審]、東京高判平成14.11.27判時1814号140頁 [同控訴審]、著作物の極端な安売りをした事案について東京地判平成12.11.30平成12(ワ)944 [名作アニメ絵本シリーズ]、著作者の許諾なく著作物の改訂版を作成して自分の氏名を表示した事案について東京高判平成14.7.16平成14(ネ)1254 [小児歯科学教科書控訴審])。

しかし、作品自体のイメージが変更される場合には同項の適用が肯定された例はある(東京地判平成5.8.30知裁集25巻2号310頁 [悪妻物語?一審]、20条1項も適用しているが東京地判平成14.11.21平成12(ワ)27873 [Merry Christmas Mr. Lawrence])。また、異なるタロットカードに著者の解説文を流用した東京地判平成元.10.6判時1331号120頁[タロットカード解説書]の事案について、同項の問題として考える方が座りがよいとするものとして田村・概説(前掲注7))453頁。

4 配信行為についての同意

(1) 問題の所在

本件一審判決は、編集著作物性について判断することなく、本件配信行為についてXの明示又は黙示の同意があることを認定し、Xの請求を棄却している。Xが、同一性保持権侵害を主張していたことからすると、本件一審判決は、これを阻却する明示又は黙示の同意について判示したものと考えるのが自然ではある。しかし、本件一審判決を、同一性保持権侵害を阻却する黙示の同意を認めた裁判例として位置づけることは適切であろうか。以下においては、改変についての著作者の同意が問題となった裁判例を概観しつつ、本件一審判決の判断方法を検討する。

(2) 改変についての同意の有効性

まず、大前提として、改変についての同意によって、同一性保持権侵害が阻却されるのか否かについて検討しよう。

同一性保持権の包括的な不行使契約や同一性保持権の放棄の有効性については、学説上議論が絶えないところである。もっとも、改変の範囲や内容を特定しているのであれば、改変についての同意や同一性保持権の不行使契約を有効と認める見解が多い¹⁶。裁判例も、以下に紹介するように、改変についての同意を認定し、同一性保持権に基づく請求を棄却したものが存在する¹⁷。

¹⁶ 名誉又は声望を害する範囲での同一性保持権不行使の合意を無効とするものとして半田・松田編・前掲注8)769頁(松田政行執筆部分)、不行使契約の効力を限定的に考えつつ、著作権法20条2項4号の適用を判断する際の一要素として考慮するものとして上野達弘「著作者人格権に関する法律行為」著作権研究33号(2008)54頁、改変の許諾は包括的なものとならざるを得ないとして、事前の改変の許諾があっても一概に全てを無効とすべきではないとするものとして、中山・前掲注7)394頁、著作者の社会的名誉に関わらない限り、事前かつ包括的な不行使合意を有効とするものとして内藤篤『エンタテインメント契約法』(改訂版、2007、商事法務)152頁、著作者人格権の放棄まで認める見解として、田村・概説(前掲注7))412頁。

¹⁷ なお、氏名表示権については、真の著作者ではない者の氏名を表示するとの合意

(3) 改変についての同意の認定方法

もっとも、これまでの裁判例においては、契約書において同一性保持権についての条項があった事案は少なく、黙示の同意の有無が争われているものが多い。本件も、XY間の契約において、同一性保持権について、明示的な条項があったわけではない。そこで、どのような事実から黙示の同意が認定できるのか、著作権(支分権)譲渡が争われた事案についての裁判例とも比較のうえ検討してみよう。

ア) 契約書の文言

著作権(支分権)譲渡については、契約書における記載が重要となる。契約書において当該権利が譲渡される旨明確に記載されていない場合に、当該権利の譲渡は容易に認定されない¹⁸(東京高判平成15.8.7平成14(ネ)5907[ライオン丸控訴審]¹⁹、大阪地判平成17.1.17判時1913号154頁[セキスイツユーホーム]、東京地判平成17.12.22判時1930号133頁[静岡放送]、那覇地判平成20.9.24平成19(ワ)347[写真で見る首里城])²⁰。なお、

を公序良俗に反するとして無効とした知財高判平成18.2.27平成17(ネ)10100・10116[ジョン万次郎像控訴審]、覚書に著作者人格権を行使しない旨の記載があったが、原告は自己の氏名が本件書籍に表示されることを前提に覚書に署名・捺印したとして、氏名表示権の行使を認めた東京地判平成16.11.12平成16(ワ)12686[知的財産権入門]があり、その不行使契約が完全に有効なのか議論の余地がある(黙示の氏名表示権不行使の合意を認めつつ、契約の解除により黙示的合意が失効したとして氏名表示権侵害を認めた大阪地判平成17.3.29平成14(ワ)4484[Visual Disk]も参照)。著作者以外の別人を著作者として掲げる契約を、公序良俗に反し無効と解するものとして田村・概説(前掲注7))。

¹⁸ このような裁判所の態度に対し、エンタテインメント業界では契約書の作成なく取引が行われることも多いとし、疑義を呈するものとして升本喜郎「エンタテインメント訴訟における主張・立証活動—映画・音楽等に関する著作権侵害訴訟を中心として—」コピライト556号(2007)10頁がある。

¹⁹ 同判決は本件契約が作品の著作権に重大な制限を加えるものであるから、その譲渡対象の範囲の認定は厳格に行い、一定以上の疑問が残るものについては範囲に入らないとするのが著作権法の立法趣旨に合致する契約解釈であるとして、譲渡の対象として契約書に記載された「放送権」について、「有線放送権」や「衛星放送権」は含まれていないと解釈した。

²⁰ この他、当事者に契約の内容についての明確な認識がなかった事案において、出

翻案権については、契約書の譲渡対象として翻案権という文言がない場合には、著作権法61条2項に忠実に、その譲渡を容易には認めない傾向がある(東京地判平成18.12.27平成16(ワ)13725[宇宙戦艦ヤマトⅢ]、東京地判平成18.12.27平成17(ワ)16722[宇宙戦艦ヤマトⅣ]²¹)²²。

これに対し、改変についての同意は、同一性保持権についての契約条項が存在しない事案についても認められる場合がある²³。

すなわち、当該著作物に関する契約が明示的に締結されていない事案はもとより(東京地判平成9.8.29判時1616号148頁[俳句の添削一審]、知財高判平成18.10.19平成18(ネ)10027[空調技術の最新動向と計装技術控訴審])、著作物に関する契約が締結されているが、同一性保持権に関する条項が存在していなかった事案においても、改変についての黙示の同意が認定されている(契約書に「一切の」著作権が「譲渡」されるとの文言が使用されていた事案について、黙示の承諾を認定した東京高判平成7.7.11判例地方自治127号44頁[北アルプス鳥瞰図控訴審]、契約書に「対象作品に対する著作権及び対象作品の全部又は一部のあらゆる利用に関する一切の権利」と記載していた事案について、同一性保持権の不行使契約を推認した東京地判平成13.7.2平成11(ワ)17262[宇宙戦艦ヤマトⅠ])。

イ) 制作過程及び契約締結における事情

それでは、どのような事情が存する場合に、改変についての著作者の同意があったと判断されるのか。

版契約を出版権設定契約と認めなかった東京高判昭和61.2.26判時1201号140頁[太陽風交点控訴審]も参照。

²¹ これに対し、61条2項の推定を覆した裁判例として、知財高判平成18.8.31平成17(ネ)10070[振動制御システムプログラム控訴審]がある。

²² これに対し、著作権を包括的に譲渡する合意をした後、新たな支分権が創設された事案において、その権利の譲渡が認められた裁判例として東京地判平成19.1.19平成18(ワ)1769・12662[THE BOOM]、東京地判平成19.4.27平成18(ワ)8752・16229[HEAT WAVE]がある。両判決の分析として、藤野忠「判批」知的財産法政策学研究19号(2008)313頁。

²³ 契約に同一性保持権に関する条項があり、これが有効と認められた裁判例としては、プレイステーション用の改変について契約上の著作者人格権不行使合意の範囲内とした東京地判平成16.4.23平成15(ワ)6670[PS用プログラム一審]がある。

まず、当該著作物の制作過程における事情から、改変についての黙示の同意が認められる場合がある。すなわち、特定の使用目的に基づいて著作物の制作を依頼し、制作者がそのことを認識した上で制作を行った場合、その使用目的のための必然的な改変については黙示の同意が認められることが多い。

裁判例としては、契約締結の際、著作者に対し、原画にはない表示が付加された同種のパンフレットが示されており、同様の扱いになることが前提となっていた事案につき黙示の承諾を認めた前掲東京高判〔北アルプス鳥瞰図控訴審〕、原告が、被告の依頼によりプレイステーション用のプログラムを制作した事案について、PS用の改変について契約上の著作者人格権不行使合意の範囲内とした東京地判平成16.4.23平成15(ワ)6670〔PS用プログラム一審〕(知財高判平成18.4.12平成17(ネ)10051〔同控訴審〕で判断を維持)がある。

もっとも、当事者間において使用目的が明確に定まっていた場合でも、当該使用目的により必然的に要求される改変でなければ、黙示の同意があるとは認められない(原告が、被告から折り紙に関する書籍に用いるイラストの作成を依頼され、被告の要望により2色刷りにより作成したところ、被告が4色以上の色を着色して書籍に掲載した事案について明示ないし黙示の同意を否定した東京地判平成19.11.16平成19(ワ)4822〔おりがみあそび〕)。

これに対し、当該著作物の制作経緯からすると、必然的とはいええない変更であっても、その後の事情も併せて考慮することで、黙示の同意が認定される場合がある。

例えば、前掲知財高判〔空調技術の最新動向と計装技術控訴審〕は、会社の業務である維持講習の講習資料が問題となった事案である。当該講習資料は、控訴人の名義で公表されたため、職務著作とは認められないものの、会社の業務の一環として作成していたことは明らかな事案であった²⁴。加えて、同判決は、維持講習の講師を交代した際に、何の留保もなく講習資料の電子データを交付していること、講習資料が講習者の個性ではなく

²⁴ この事案について、職務著作であると認めてよいとするものとして藤野忠「判批」知的財産法政策学研究14号(2007)367頁がある。

当該分野での経験に基づく正確な専門知識を伝達することが予定されているものであること²⁵もそれぞれ考慮要素としている²⁶。

また、前掲東京地判〔プロフェッショナル東京〕は、原告が被告の依頼に基づいて雑誌の編集を行っていたところ、記事中複数の美容師の名前が間違っていることに加え、株式の公開に関する記事が証券取引法上の問題を生じさせる可能性があり、表現を変更する高度の必要性があった。そして、被告が表現の変更について原告の同意を得ようとしたが、原告代表者の居場所が分からずそれができなかった事案において、被告の訂正を許容している(ただし、表現の変更は同一性保持権侵害を構成しないとしており、正確には傍論)。

このように、改変者が著作物の制作過程に大きな関与をしており、かつ改変者に改変を許すべき特殊な事情がある場合に、黙示の同意が認められることが多い。このことは、職務著作(著作権法15条)において、制作を行った自然人が同一性保持権を一切享有しないこととも整合すると考えられる²⁷。

制作過程に特殊な事情がない場合には、著作者が改変を許したと判断される何らかの言動が認定されなければならない。もっとも、裁判例は、そ

²⁵ プログラムの著作物やCI、広告に使用するデザインのような機能的・現代的な著作物について著作者人格権の不行使契約を認めてよいとするものとして、早稲田祐美子「著作権法による保護と周縁の法律による保護」コピーライト2008年7月号15頁がある。

²⁶ ただし、会社ほど組織性が強くなく、改変により当然に人格的利益を害されるとみられる著作物の場合には、容易には黙示の同意は認定されない。例えば、大学の研究室において共著された教科書籍を、研究室を出た共著者の同意を得ず改訂した事案についての前掲東京高判〔小児歯科学教科書控訴審〕は、改訂した側が、改訂前の執筆者が教室に在籍していない場合は、他の者に改訂作業を任せるのが通常であり黙示の承諾が認められると主張したが、裁判所はこの主張を退けている。

²⁷ 公表名義が個人であるため、職務上作成した著作物の著作者が従業員になってしまふ不都合を解消するため、著作者人格権を行使しない黙示の同意を認めるべきとするものとして田村・概説(前掲注7))385頁。東京地判平成18.2.27判時1941号136頁〔空調技術の最新動向と計装技術一審〕について、このような考慮があるとするものとして、藤野・前掲注24)372頁。

の認定に慎重である。

例えば、原告の書籍を参考にする事の許諾があった場合に、その書籍をほとんど丸写しにした事案(東京地判平成13.1.23判時1756号139頁[ふいーどわーく多摩])、作品のデジタルワーク化を任せていた者が改変を行った事案(東京高判平成14.12.10平成13(ネ)5284[浮世絵春画一千年史控訴審])について、それぞれ黙示の許諾が否定されている。

ただし、特定の著作物の分野においては、一定の利用に供することが、反対の意思を表示しない限り改変を承諾したと見られるものもある(俳句の世界において、選者が選に際して添削を行うことは確固たる慣行であり、著作者がこの慣行を知って投稿した事実から黙示の承諾を認めた前掲東京地判[俳句の添削一審]、東京高判平成10.8.4判時1667号131頁[同控訴審]²⁸⁾。

改変についての事前の明示的な同意がある場合には、当該改変が、事前の同意の範囲内か否かという問題となる。この点につき、千葉地判昭和54.2.19無体集11巻1号62頁[医学部助手氏名脱漏一審]は、改変についてのほとんど包括的な許諾を認め、改変について許諾の範囲内という結論を出している。もっとも、東京高判平成11.9.21判時1702号140頁[恐竜のイラスト控訴審]は、「この飛んでいる恐竜を、つぶして使用したいとの事ですが、いかがなものでしょうか。(合成使用したい為)」との打診に対して、承諾する旨の書面を送付していた事案について、「合成使用」の内容として、描写をぼかしたり色を変更したりすることを含み、これらの変更について同意があるとの控訴人の主張を退け、同一性保持権侵害を認めている²⁹⁾。また、前掲東京地判[宇宙戦艦ヤマトI]は、著作者人格権の不行使契約を認定しながら、「原告の著作者人格権を害するなど通常の利用形態に著しく反する特段の事情の存在する場合はさておき」との留保を付けており、改変についての包括的な同意が完全に有効なのか再検討の余地を

²⁸⁾ 同判決について、著作者の同意内容が詳細に示されているとはいえ、そのような抽象的な同意のもとでは、俳句の添削は同一性保持権侵害を構成すると理解するものとして戸波美代「判批」著作権研究25号(1998)207頁。

²⁹⁾ 賛成するものとして、清永利亮「判批」『著作権判例百選』(第3版、2001、有斐閣)113頁。

残している。

なお、一定の表現の変更についての同意があった場合に、その他の表現の変更まで認められないのは当然である。逆に、そのような事実は、他の部分の変更についての黙示の同意を否定する方向に働く事実となる。これは、著作者が、当該著作物の創作的表現の変更について自己の意思でコントロールしようという姿勢が表れているといえるからであろう(翼竜をカットする承諾のみがあったにもかかわらず、それ以外のティラノサウルスについて色調や輪郭を変更した事案について同一性保持権侵害を認めた前掲東京高判[恐竜のイラスト控訴審]、イラストの海の色を変更することについて同意があった場合に、他の色彩についても変更を加えた事案において、海の色の変更について電話で連絡している事実を黙示の承諾を否定する根拠の一つにした東京地判昭和48.7.27無体集5巻2号243頁[シーサイド・レジャー])。

ウ) 改変を承認する著作者の言動

改変後の著作者の言動によって、黙示の同意が推認される場合がある。例えば、著作者に確定原稿を見せてその承諾を得た後、出版に及んだ場合に同一性保持権侵害を否定した大阪地判昭和60.5.29無体集17巻2号281頁[Y子の症例]、原告代表者が被告に訂正について陳謝し、訂正内容を被告に確認させたが、被告が異議を述べなかった事情をもって事後的な承諾とした前掲東京地判[プロフェッショナル東京]、改変した著作物を示され異議を述べなかったことを、黙示の同意を認める根拠の一つとした前掲東京高判[北アルプス鳥瞰図控訴審]がある。

しかし、著作者に校正の機会を与えたとしても、著作者が表現の変更を認識し異議を留めることが困難であれば、黙示の承諾を認めることはできない(著作者に対し、事前に確定原稿を見せていたが、原稿が大量であり、わずかの間に逐一検討するのがほとんど不可能であるとして、著作者が承諾を与えたことを認めなかった東京地判昭和61.2.7判タ588号103頁[もうひとつのヒロシマ])。また、異議を述べる機会があったにもかかわらず、異議を述べなかったことのみで同意があったということではできない(改変についての同意を否定したうえで、「やむを得ないと認められる改変」に該当するとして侵害を否定した裁判例であるが前掲東京高判[スイッチトホーム控訴審]参照)。

なお、著作者が改変について抗議をしたという事実は、黙示の同意を否定する事情として考慮しうる(氏名表示権についての判断であるが、前掲千葉地判[医学部助手氏名脱漏一審])。ただし、抗議がある場合でも、他の事情から黙示の同意が認められる場合もないわけではない(前掲東京高判[俳句の添削控訴審])。

(4) 本件一審判決の検討

ア) 本件における具体的事情

それでは、改めて本件の事案を検討し、本件一審判決における黙示の同意の認定方法を検討しよう。

まず、Yは、本件写真集の制作において一切関与していないので、制作過程において黙示の同意を基礎付ける事実はない。

次に契約書の点である。本件においては、X宛の注文書に「備考：①画像に関する権利は富士通パレックスを通し、富士通株式会社へ譲渡するものとします。②納入物件は富士通株式会社を使用するにあたり何ら支障の無いよう、第三者の著作権その他何らかの権利が含まれていないことを保証するものであること。③富士通パレックス株式会社、富士通株式会社は、当該著作権等の紛争から逃れるものとします。」という記載があるのみで、同一性保持権に関する条項はなかった。

本件一審判決は、過去の裁判例と同様、改変についての黙示の同意を認定しており、同一性保持権の不行使契約が明示的に締結されていないことを、黙示の同意を否定する根拠として用いていない。

もともと、本件一審判決は、上記注文書の記載を、黙示の同意を認定する根拠としても用いていない。前掲東京地判[宇宙戦艦ヤマトⅠ]は、著作権の譲渡についての契約書の内容も考慮しているのとは対照的である。前掲東京地判[宇宙戦艦ヤマトⅠ]の事案では「あらゆる利用を可能にする一切の権利」と、改変を予定したような記載になっているのに対し、本件はそうではないこと、上記条項がYの一方向的に発行した注文書に記載されていたにすぎないことが考慮されたとも考えられる。また、上記注文書においては、譲渡の対象として翻案権が記載されておらず、著作権法61条2項により翻案権の譲渡までは認められないと考えられる(前掲東京地判[宇宙戦艦ヤマトⅢ]参照)。そうすると、上記注文書は、Yが本件写真集

をそのままの形態で使うことしか予定されていないと見られてもおかしくない内容であったといえる³⁰。そうすると、上記注文書の記載のみによって黙示の合意を認定するのはやはり困難であろう。

それでは、本件においては、契約書の記載を手がかりにすることなく、改変についての黙示の同意を認めるに足りる事情があったといえるだろうか。

確かに、Xは、Yの担当者と面談した際に、本件写真集の配信に用いるサイトが週1回の更新であることを告げられ、その旨了解しており、その後も、毎日の配信でなければ本件写真集の利用を許さない態度に出ないまま、本件譲渡契約の締結に至っている。しかし、Xは、この面談の際に、Yに対し、毎日の配信とすることが可能か否かを質問しており、Yも「技術的には可能である」と、毎日の配信の可能性を残すような回答をしていることが認定されている。そして、その後も、XY間において譲渡契約に向けた準備作業こそ行われているが、365日配信することを同意したことを示すXの積極的な行為は認定されていない。

また、本件譲渡契約以降の事情についても、黙示の同意を認めるべき決定的な事実は見当たらない。本件一審判決は、Xが本件譲渡契約締結以降、主として要求していたのが風景の写真の購入や代金の増額修整であり、「日めくり」のコンセプトの要望の優先順位が低かったことを、黙示の同

³⁰ 確かに、前掲東京地判[宇宙戦艦ヤマトⅠ]においては、後に翻案権の譲渡を否定した前掲東京地判[宇宙戦艦ヤマトⅢ]と同一の条項によって黙示の同意を認定している。したがって、黙示の同意を認めるにあたって、翻案権の譲渡が認められる契約条項であるか否かは関係がないのかもしれない。ただ、前掲東京地判[宇宙戦艦ヤマトⅠ]は、翻案権侵害が争いになっていなかったのであり、仮に翻案権侵害の主張があった場合に、改変の同意はあるが翻案権は譲渡されておらず行使可能であるという結論を出していたかどうかは不明である(翻案権の留保は認めつつ、翻案についての同意を認めるという方法もあるが、そうすると、著作権法61条2項の意味がなくなるおそれがある)。翻案権を譲り受けたにもかかわらず、同一性保持権により利用を制限される事態を防ぐことが、黙示の同意を認める大きな意義にあるとすれば(田村・概説(前掲注7))410頁、中山・前掲注7)395頁)、翻案権が譲渡されているかが、黙示の改変を認めるか否かの重要なメルクマールとなると考えられる。

意を認定する一つの根拠としている。しかし、この事実は、Xが、Yの本件配信行為を承認するものとははいえない。逆に、Xが、本件譲渡契約締結以降、Yに対し、「日めくり」でないことについてのクレームの電子メールを送信していた事実が認定されている。

イ) 本件一審判決の評価

以上からすると、本件一審判決は、過去の裁判例よりも緩やかに黙示の同意を認めているといわざるを得ない。通常の著作物における創作的表現の変更の場合に、これらの事情をもって直ちに改変についての黙示の同意を認めるのは抵抗を感じる。むしろ、この認定方法は、365日にわたって配信しないことが本件譲渡契約に違反し、債務不履行にあたるか否かの判断方法のように思える。

そうであるとするならば、本件一審判決は、同一性保持権侵害の可能性について明示的に検討していないものの、暗黙のうちに創作的表現に関連しない変更であることを考慮しているのではないか。そして、これを前提として、実質的には本件配信行為が債務不履行にあたるかを検討した判断であると考えた方がよさそうである³¹。だからこそ、本件控訴審判決は一審判決を追認せず、編集著作物性を肯定した上で同一性保持権侵害を否定して請求棄却という結論を導いたと思われる。

ただし、どの程度の事情をもって、一連の配信行為を契約違反と判断するかは、著作物の性質によって変わりうると考えられる。例えば、小説のように連続性が強く要求される著作物については、配信の順序について契約書に記載がなかったとしても、特段の事情がない限り、著作者の設定した順序で配信すべき黙示の合意を認めてよいのではないかと思われる。つまり、順序を無視した小説の配信についての債務不履行責任を否定するには、配信した側が、順序に関係なく配信してよいとの合意が存在することを立証する必要がある。

³¹ 本件一審判決について、同一性保持権侵害の不行使契約の有無と関係づけることはできないと端的に論ずるものとして堀江・前掲注1) 58頁。

5 期待権侵害

本件では、Yの配信行為について、Xの期待権を侵害するものとの主張もされている。

近時、著作物に関する期待権が争われた裁判例として東京高判平成19.1.29判タ1258号242頁 [NHK番組改編控訴審]、最判平成20.6.12民集62巻6号1656頁 [同上告審]がある。これは、取材対象者が、取材された内容について、一定の内容の番組が放送されると期待していたところ、その期待に沿わない形で番組が制作され放送された事案である。

控訴審判決は、取材の経過等を検討し、取材者と取材対象者の関係を全体的に考慮して、取材者の言動等により取材対象者がそのような期待を抱くのもやむを得ない特段の事情の認められる場合には、取材対象者の番組内容に対する期待と信頼が法的に保護されるとして期待権侵害を肯定した。これに対し、上告審判決は「…当該取材に応ずることにより必然的に取材対象者に格段の負担が生ずる場合において、取材担当者が、そのことを認識した上で、取材対象者に対し、取材で得た素材について、必ず一定の内容、方法により番組中で取り上げる旨説明し、その説明が客観的に見ても取材対象者に取材に応ずるという意思決定をさせる原因となるようなものであったときは、取材対象者が同人に対する取材で得られた素材が上記一定の内容、方法で当該番組において取り上げられるものと期待し、信頼したことが法律上保護される利益となり得る」として取材対象者の期待権侵害が認められる余地を残しつつ、本件においては、取材対象者に格段の負担が生じるわけではなく、取材対象者に対する説明も、素材を一定の内容、方法で取り上げることをうかがわせるものではなかったとして、期待権侵害を否定している。

もっとも、この事案は、取材対象者が何らかの著作権を取得する可能性が低く(東京地判平成10.10.29知裁集30巻4号812頁 [SMAP 大研究]参照)、かつ、取材対象者と放送局の間において、契約によりどのような内容の番組を制作するかを事前に協議して決定することが困難な事案であった。

この他、期待権侵害が問題となるのは、医療契約や弁護士委任契約、労働契約など、包括的な委任契約又は準委任契約が締結されており、かつ情報の非対称性や交渉力格差があるなど、事前の契約内容のみによって両当

事者間の関係を規律するのが妥当でないとみられる事案である(弁護士との委任契約について期待権侵害を認めたさいたま地判平成19.3.28平成16(ワ)1301[弁護士遺言作成依頼放置]、雇止めについて期待権侵害を認めた東京高判平成19.11.28判時2002号149頁[中野区非常勤保育士雇止め控訴審])。

これに対し、本件は、両当事者が、写真集の利用方法について、それなりの交渉に基づいて契約を締結している。このような場合、当事者の合理的期待は、その締結された契約に一定程度反映されていると考えられる。そうであれば、本件写真集の利用方法に関する規律は、原則として、本件譲渡契約の合理的解釈に委ねられるべきであろう。本件控訴審判決は、契約締結時の状況やその際交わした書面の内容を重視して期待権侵害を否定しているが、このような判断方法は正当であると考えられる(なお、同様に、当事者の契約による解決が可能であった事案につき、写真集の制作に創作的な関与をしていない控訴人の不法行為の主張を退けた前掲知財高判[革人形写真集控訴審]も参照)。

6 総括

以上のように、定期的に配信する著作物についての配信方法の変更に対する法的保護は、著作物の類型に応じて検討すべきことになる。逐次公表著作物のような、配信部分のみで完結しないことが認識できる著作物であれば、一連の配信行為を1個の公衆送信行為とみて、同一性保持権侵害を肯定してよい。

次に、逐次公表著作物には該当しないものの、前回のストーリーを論理的前提にして次回のストーリーが展開されるような著作物であれば、配信順序の変更について113条6項の適用の可能性がある。また、このような著作物についても、別段の合意のない限り、契約書に記載がなかったとしても、著作者と配信者の間で、正確な順序で配信すべき黙示の同意を認めてよい。

最後に、本件の写真のように、通常は連続性が認められない著作物については、順序の変更による同一性保持権侵害や名誉声望毀損行為の成立は困難である。また、一定の順序で配信すべき合意については、著作者の側

で立証していく必要があると考えられる。

なお、本件のような事案でも、写真の受信者において、配信された写真のみが蓄積されていくプログラムがあるような場合であれば、受信者の側での創作的表現の再生を肯定し、同一性保持権侵害を肯定できる可能性はあると考えられる。この場合は、受信者を道具として、変更された創作的表現を再生しているとみることができるからである³²。

³² この点について、いわゆる著作権の間接侵害についての裁判例が参考になる(裁判例を包括的に紹介するものとして吉田克己「著作権の『間接侵害』と差止請求」田村善之編『新世代知的財産法政策学の創成』(2008、有斐閣)266頁、田村善之「著作権の間接侵害」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』(2008、商事法務)259頁)。

以前は、創作的表現の再生すなわち複製が行われるのが、サービス提供者の管理する「場」であれば、カラオケ法理その他の構成により、サービス提供者に複製権侵害が認められる場合が多かった(東京地決平成16.10.7判時1895号120頁[録画ネット仮処分]、知財高決平成17.11.15平成17(ラ)10007[同抗告審]、東京地決平成19.3.30平成18(ヨ)22046[ロクラク仮処分])。さらに、一時期は、複製が行われる場所が、サービス提供者の事務所等でないものの、複製機器の設置のみならず保守管理等についてもサービス提供者が行っている事案について、サービス提供者の複製権侵害を肯定した裁判例が現れた(大阪高判平成19.6.14判時1991号122頁[選撮見録控訴審]、東京地判平成20.5.28判時2029号125頁[ロクラク本案一審])。

しかし、近時は、複製行為がサービス提供者の支配・管理下であっても、ユーザーが個人でも可能な複製行為を助長するだけでは、サービス提供者を複製権侵害の主体としない判断が相次いでいる(知財高判平成21.1.27平成20(ネ)10055・10069[ロクラク本案控訴審]、幫助とした例として、知財高判平成20.9.30判時2024号133頁[土地宝典控訴審])。もっとも、ユーザー個人では不可能な複製を可能にするサービスについては、サービス提供者に複製権侵害が成立しうる(東京地判平成19.5.25判時1979号100頁[MYUTA])。

ともあれ、複製が純粋にユーザーの支配領域で行われるのであれば、サービス提供者に複製権侵害を肯定するのは困難である(東京地判平成12.5.16判時1751号128頁[スターラジオⅠ]、東京地判平成12.5.16判時1751号149頁[スターラジオⅡ]、知財高決平成18.12.22平成18(ラ)10012[まねきTV抗告審]も参照)。

もっとも、これらは、私的複製が原則として侵害とならない複製権侵害についての判断である(著作権法30条1項)。これに対し、そのような規定のない同一性保持権侵害については別論が成り立ちうる。例えば、前掲最判[ときメモスペシャル上

【付記】本稿は、北海道大学知的財産法研究会（2009年2月14日）において報告した内容を加筆修正したものである。同研究会の席上で、多くの貴重なご教示を頂いた。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いたほか、安藤和宏先生からも裁判例についての貴重な資料をご提供頂いている。この場を借りてお礼申し上げる。

告審]は、ゲームソフトのストーリーが本来予定された範囲を超えて展開することを可能にするメモリーカードを製造・販売した業者について同一性保持権侵害を肯定している。この事案においては、改変が行われるのがユーザーの私的領域である。したがって、同一性保持権については、創作的表現が再生される「場」がユーザーの私的領域であっても、侵害を肯定するのが裁判例の趨勢である。

また、仮に本件配信行為により配信された画像のみが蓄積されるシステムであったとしても、これを受領しただけのユーザーについて同一性保持権侵害が肯定される危険性はある。そのようなシステムの場合であれば、改変についてのYの管理性が肯定されるであろうから、Yを単なる幫助者とするのではなく、道具理論を用いてYを改変の主体とみるのが妥当であろう（道具理論とカラオケ法理の異動については上野達弘「著作権法における『間接侵害』」ジュリスト1326号（2007）80頁）。なお、前掲最判[ときメモスペシャル上告審]については、輸入販売業者につき侵害の主体と認めたものか、ユーザーを侵害主体とし、輸入販売業者には幫助者としての責任を負わせたのか不明である。後者の理解に立つものとして、上野達弘「判批」民商法雑誌125巻6号（2002）752頁、吉田・前掲266頁。

もともと、私的領域内の改変についても同一性保持権侵害とすることに対しては批判が多い（具体的な解釈論として、著作権法20条1項の「意に反して」という言葉の柔軟な解釈、20条2項4号の「やむを得ないと認められる改変」の柔軟な解釈、権利濫用の法理を用いて不都合を解消しようとする見解として中山・前掲注7）371頁、20条2項4号による同一性保持権侵害の制限を提案するものとして田村・概説（前掲注7）451頁、村井・前掲注6）33頁。立法論につき上野達弘「著作者人格権をめぐる立法的課題」『知的財産法の理論と現代的課題』（中山信弘選録、2005、弘文堂）358頁）。