



HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|------------------|---|
| Title | 写真の著作物の保護範囲 : 写真に依拠して制作された水彩画が翻案権侵害に当たるとされた事例 |
| Author(s) | 比良, 友佳理 |
| Citation | 知的財産法政策学研究, 25, 117-157 |
| Issue Date | 2009-12 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/43619 |
| Type | departmental bulletin paper |
| File Information | 25_117-157.pdf |



写真の著作物の保護範囲 —写真に依拠して制作された水彩画が 翻案権侵害に当たるとされた事例—

東京地判平成20. 3. 13判時2033号102頁・判タ1283号262頁
(平成19年(ワ)1126号)〔八坂神社祇園祭ポスター〕

比 良 友佳理

I 事案の概要

本件は、アマチュアカメラマンである原告の撮影した写真を利用して広告宣伝等に利用した行為が、著作権及び著作者人格権侵害に当たるかが争われた事案である。

趣味として写真を撮影する原告は、被告八坂神社から撮影許可を得て平成14年7月17日に八坂神社で行われた祇園祭の様子を撮影した(以下本件写真という)。そして原告は、平成15年6月15日に本件写真を表紙に掲載した「京乃七月」と題する祇園祭の写真集を被告サンケイデザインより発行した。

被告サンケイデザインの代表者である被告Bは、平成15年及び平成16年に、祇園祭の広告宣伝のために本件写真を京都新聞に掲載し、また被告サンケイデザインは被告八坂神社の発注により本件写真を被告八坂神社のポスターに掲載した。さらに、平成17年には、被告サンケイデザインが被告八坂神社からの依頼を受け、原告の許諾を得ずに本件写真に依拠して水彩画を制作した(以下本件水彩画という)。そして、被告Bは京都新聞に、被告サンケイデザインは八坂神社のポスターに、本件水彩画をそれぞれ掲載した。

また、被告白川書院は、被告Bから本件写真を借りて、雑誌「月刊京都」に掲載・発行した。

本件は、原告が、被告らのこれらの行為は、本件写真の著作権及び著作者人格権を侵害するものであると主張し、被告らに対し損害賠償を請求したものである。

《当事者》

- ・原告：祇園祭を中心に撮影するアマチュアカメラマン
- ・被告八坂神社：祇園祭を執行する神社
- ・被告サンケイデザイン：印刷・デザイン企画等を目的とする株式会社
- ・被告B：被告サンケイデザインの代表取締役。被告八坂神社の三若神輿会の会長でもある
- ・被告白川書院：雑誌単行本の出版社

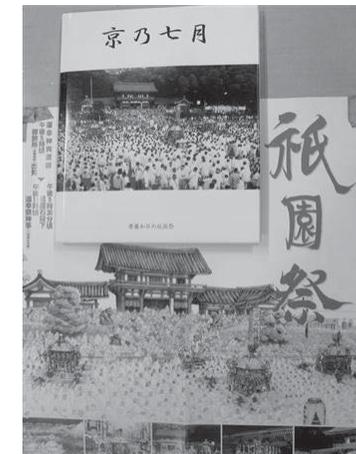
《認定事実等に基づく本件の流れ》

| | |
|------------|---|
| H14. 7. 17 | 原告、本件写真を撮影 ※本件写真は被告八坂神社の許可を得て、商店街のアーケード上から撮影された。 |
| H15. 6. 15 | 原告、写真集「京乃七月」発売 |
| H15. 7. 1 | 被告白川書院、「月刊京都」7月号に本件写真を掲載・発行 |
| H15 | 被告B、本件写真ポスターを制作(氏名表示なし) |
| H15. 7. 1頃 | 被告八坂神社、本件写真ポスターを京都市内各所に貼付 |
| H15. 7. 17 | 被告B、本件写真を京都新聞に掲載 |
| H16 | 被告B、本件写真ポスターを制作(氏名表示なし) |
| H16. 7. 1頃 | 被告八坂神社、本件写真ポスターを京都市内各所に貼付 →その後原告は本件写真ポスターを見つけ、無断使用につき抗議をしている |
| H16. 7. 17 | 被告B、本件写真を京都新聞に掲載 |
| H17. 6月頃 | 被告サンケイデザイン、本件水彩画を制作 ※原告から前年に抗議があったため、被告八坂神社と被告Bは相談をした上、原告とのトラブルを避けるために写真ではなく絵を用いることを決めたといういきさつがある。 |
| H17. 7. 1頃 | 本件水彩画ポスターを制作、京都市内各所に貼付 |
| H17. 7. 17 | 被告B、本件水彩画を京都新聞に掲載 |

【本件写真】



【(上)本件写真と(下)本件水彩画ポスター】



(左： <http://kazz-saitoh.info/index2.html>

右： <http://www.shikoku-np.co.jp/national/social/photo.aspx?id=20080313000406&no=1> より)

II 主な争点¹

- 一 本件水彩画の制作は、本件写真の翻案権侵害に当たるか
- 二 被告八坂神社は、共同して侵害を行った者に当たるか
- 三 被告八坂神社には、故意又は過失があるか

III 判旨

一部認容。

一 本件水彩画の制作は、本件写真の翻案権侵害に当たるか

1. 本件写真の著作物性について

裁判所はまず、翻案とは「既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の

¹ 本件ではこの他にも、本件写真の使用許諾の有無や被告白川書院の故意過失の有無など多くの争点があるが、本稿では、本件水彩画にかかる翻案権侵害の成否に焦点を絞るため割愛する。

本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為をいう。そして、著作権法は、同法2条1項1号の規定するとおり、思想又は感情の創作的な表現を保護するものであるから、既存の著作物に依拠して創作された著作物が、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場合には、翻案には当たらないと解するのが相当である」と述べ、最判平成13.6.28民集55巻4号837頁〔江差追分上告審〕の説示を引用した。

次いで、本件写真の創作性については「本件写真の被写体が客観的に存在する被告八坂神社の西楼門と、同じく客観的に存在しながらも時間の経過により移動していく神輿と輿丁及び見物人であり、これを写真という表現形式により映像として再現するものであること、及び、写真という表現形式の特性に照らせば、本件写真の表現上の創作性がある部分とは、構図、シャッターチャンス、撮影ポジション・アングルの選択、撮影時刻、露光時間、レンズ及びフィルムの選択等において工夫したことにより表現された映像をいうと解すべきである（注：下線は筆者による。以下同）。」「お祭りの写真のように客観的に存在する建造物及び動きのある神輿、輿丁、見物人を被写体とする場合には、客観的に存在する被写体自体を著作物として特定の者に独占させる結果となることは相当ではないものの、撮影者がとらえた、お祭りのある一瞬の風景を、上記のような構図、撮影ポジション・アングルの選択、露光時間、レンズ及びフィルムの選択等を工夫したことにより効果的な映像として再現し、これにより撮影者の思想又は感情を創作的に表現したとみ得る場合は、その写真によって表現された映像における創作的表現を保護すべきである」と判じた。

2. 本件写真の具体的な創作的表現について

まず、本件写真が撮影された状況として「被告八坂神社の境内の西楼門の正面よりやや斜めの位置で、アーケードの上に撮影ポジションをおき、子供神輿と神官の姿を明確にとらえることができるようにし、また、被写体を広角域で捉えてその遠近感を強調するために広角レンズを用いて、被

告八坂神社の境内の西楼門から4基の神輿までの全体にピントが合うように奥行きを広げ、さらに、夕方6時以降の時刻であることを考慮して、ASA400のフィルムにより、1/15秒のシャッタースピードで撮影されたものであり、結果として、「神官及び4基の神輿が相当細部にわたるまで鮮明に写し出されており、とりわけ、お祓いをする神官にあっては、手に持つ櫛の紙垂のなびく様子が止まって写されており、神輿にあっては、その屋根の円形模様、色彩その他の細部の装飾までもが色鮮やかに写されている」と認定した。

その上で「本件写真の創作的表現とは、被告八坂神社の境内での祇園祭の神官によるお祓いの構図を所与の前提として、祭りの象徴である神官と、これを中心として正面左右に配置された4基の黄金色の神輿を純白の法被を身に纏った担ぎ手の中で鮮明に写し出し、これにより、神官と神霊を移された神輿の威厳の下で、神輿の差し上げ…の直前の厳粛な雰囲気を感じさせるところにあると認められる」と判じた。

3. 本件写真と本件水彩画との対比

本件水彩画が本件写真に依拠して制作されたことを前提に、裁判所は両者の共通点に関して以下のように述べた。「本件水彩画は、その全体の構成から細部の描写に至るまで、本件写真を基にして制作されたとみられる部分が多い。すなわち、本件水彩画の全体的構成は、本件写真の構図と同一であり、西楼門（門脇の木々及び狛犬並びに八坂神社の石柱を含む。）、神官及びこれを中心として正面左右に配置された4基の神輿の位置関係がほぼ同じであるだけでなく、4基の神輿を担ぐ輿丁や多数の見物客の様子や姿態が全体として簡略化されているものの、その一部が不自然に類似して描かれている」「また、本件水彩画においては、本件写真と同様に、これらの西楼門、神官及び4基の神輿が、いずれも濃い画線と鮮明な色彩で強調されて描かれている」。そして、「本件水彩画においては、神官のお祓いを見守る人々は上記のとおり薄い画線と色彩で簡略化されており、また、西楼門背後の樹木は省略されている」として、「本件水彩画においては、このようにデフォルメされている部分もあるものの、とりわけ、4基の神輿は、金色及び西楼門と同一の赤色で彩色を施され、多くの純白の法被の中で浮かび上がるがごとく、鮮明に描かれている」とした。

そして、「本件水彩画のこのような創作的表現によれば、本件水彩画においては、写真とは表現形式は異なるものの、本件写真の全体の構図とその構成において同一であり、また、本件写真において鮮明に写し出された部分、すなわち、祭りの象徴である神官及びこれを中心として正面左右に配置された4基の神輿が濃い画線と鮮明な色彩で強調して描き出されているのであって、これによれば、祇園祭における神官の差し上げの直前の厳粛な雰囲気を感じさせるのに十分であり、この意味で、本件水彩画の創作的表現から本件写真の表現上の本質的特徴を直接感得することができるというべきである」と判じ、翻案権侵害が成立すると判じた。

二 被告八坂神社は、共同して侵害を行った者に当たるか

まず本件写真ポスターの制作による原告の氏名表示権侵害について、裁判所は、本件ポスターは「祇園祭のいわば看板ポスターとして、京都市内各所に約1か月間貼付された」ことから「このような本件写真ポスターの重要性からすれば、被告八坂神社が、初めて依頼する被告サンケイデザインに対して、そのポスターの写真の具体的選択につき、神輿を中心とすること等の注文をした以外は被告サンケイデザインの裁量に委ねていたとしても、ポスターを大量に印刷する前には、注文者である被告八坂神社が、本件写真を掲載して制作されたポスターでいいかどうかを最終確認するのが通常であるから、本件写真ポスターに本件写真を使用することを最終的に了解したのは、被告八坂神社であったと解するのが相当である。したがって、注文者である被告八坂神社は、本件写真ポスターの制作による原告の氏名表示権侵害について、被告サンケイデザインと共同して侵害行為を行ったものと認めるのが相当である」と判じた。

そして、本件水彩画ポスターの制作による本件写真の翻案権侵害、原告の氏名表示権及び同一性保持権侵害に関しても、同様の理由で、被告八坂神社が侵害行為を行った者に当たると判じている。

三 被告八坂神社には、故意又は過失があるか

裁判所はまず、本件写真ポスターの氏名表示権侵害につき、「被告八坂神社は、重要文化財、著作物その他文化的所産を取り扱う立場にある者であって、もとより著作権に関する知識を有するものであるから、著作物を

使用する際には、当該著作物を制作した者などから著作権の使用許諾の有無を確認するなどして、著作権を侵害しないようにすべき注意義務がある」との一般論を述べた。

そして、「本件写真を選択し、本件写真ポスターとすることを最終的に了解したのは、被告八坂神社であったと解するのが相当であるから、被告八坂神社は、その最終判断に当たり、被告サンケイデザインに対して、本件写真の著作者名や当該著作者名を表示しないことに対する承諾の有無を具体的に確認し、その状況次第では、更に著作者に当該承諾の有無を直接確認するなどして、著作者人格権を侵害しないようにすべき注意義務があったというべきである」として、被告八坂神社について過失があると判じた。

また、本件水彩画ポスターの制作による本件写真の翻案権侵害、原告の氏名表示権及び同一性保持権侵害に関しても、上記認定の通り被告八坂神社には注意義務があるとした上で、「被告八坂神社は、平成16年7月末日ころ、原告から本件写真ポスターの制作につき直接電話で抗議を受けたものであるから、この時点において本件写真の著作権者である原告が本件写真の使用を許諾していない事実を認識していた事が認められる」とし、被告八坂神社には少なくとも過失があると判じた。

四 損害額

まず、財産的損害として、原告のアマチュア写真家としての立場、本件写真の内容、財産的価値、侵害行為の態様等を総合考慮した上で、裁判所は、本件写真ポスターへの掲載行為に基づく本件写真の複製権侵害については各10万円、本件水彩画の制作による本件水彩画ポスターへの掲載行為については10万円の使用相当額になると認めた。また、精神的損害として、本件写真ポスターの制作によって原告の氏名表示権が侵害されたことに対する慰謝料は、年度ごとに各5万円になるとし、また、本件水彩画ポスターの制作によって原告の氏名表示権及び同一性保持権が侵害されたことに対する慰謝料は10万円になると判じた。

最終的に、弁護士費用2万円等を含め、被告サンケイデザインについては単独で22万円、被告サンケイデザイン及び被告八坂神社については連帯して33万円の損害賠償を認めた。

IV 評釈

一 はじめに

本件は、原告の写真に依拠して水彩画を制作した行為が、原告の翻案権を侵害するかが争われた事案である。写真の著作物については、以下で述べるようにほとんどの事案で著作物性が認められているものの、保護範囲を決める際、その創作的表現をどこに認めるかという点に関しては議論が分かれているところである。特に、風景写真における創作的表現の認定に関し、本件は一つの判断として今後の紛争の際にも参考になるものと思われる。

また、この事案の特徴的な点として、写真を基に描いた水彩画について翻案権侵害を認めたという点が挙げられる。これまで、肖像写真を基に描いたピラ絵につき侵害を否定した例があるが²、侵害を肯定した裁判例は見当たらず、写真の著作物の具体的な保護範囲に関しても注目に値する裁判例であるといえそうである。

さらに本件では、問題となった本件写真ポスター・本件水彩画ポスターを実際に制作した被告サンケイデザインのみならず、制作の依頼主たる被告八坂神社に対しても、著作権・著作人格権侵害に関し過失を認める判決が下されている。そこで、制作依頼主の負う注意義務に関する議論も若干紹介する。

二 写真の著作物性

はじめに、写真の著作物性について検討する。写真は著作物のひとつとして例示されており(著作権法10条1項8号)、写真が著作権法で保護されるということには問題はないだろう³。ただし、写真と一口にいっても様々なものがあり、具体的にどのような写真が著作物性を有するのかという問題が生じる。

裁判例を見てみると、傍論ではあるが、証明書用の肖像写真のように単

² 東京地判平成15.2.26判時1826号117頁[創価学会写真ピラ一審]、東京高判平成16.11.29平15(ネ)1464[同二審]。

³ ベルヌ条約2条1項も参照。

にカメラの機械的作用によって表現される写真は、撮影者の個性、創造性が現れない旨述べるものがある(東京地判昭和62.7.10判時1248号120頁[真田広之プロマイド])⁴。また、版画を忠実に再現することを目的として撮影された写真の著作物性を否定する判決もある(東京地判平成10.11.30知裁集30巻4号956頁[版画事典])。版画は厳密に言うとなぜか表面に凹凸があるが、こうした平面もしくは平面に近い被写体を、できる限り忠実に写し取る場合には、撮影する方向や構図において制約が多く、表現上工夫する余地がないといえるだろう。場合によっては、被写体を忠実に写し取る過程ではそれなりに高度なテクニックが必要とされるかもしれないが、そのようなテクニック自体は著作権法では保護されるものではないと解されている⁵。このような写真は写真撮影行為によって新たな表現がもたらされるものではないのであるから、著作物性を否定すべきであろう⁶。この他学説では、著作物性が認められるか否かの境界線上のものとして顕微鏡写真や航空写真、固定式監視カメラで撮影された写真等が挙げられている⁷。

とはいえ、三次元の立体の対象物を撮影する場合には、アングルや構図

⁴ ここでいう「証明書用の肖像写真」が、セルフ式自動証明写真機で撮影するものを指しているのか、それとも写真館等において人の手によって撮影される証明写真をも含んでいるのかは、必ずしも定かではない。

⁵ 中山信弘『著作権法』(有斐閣・2007年)91頁、金井重彦=小倉秀夫『著作権法コンメンタール(上巻)1条~74条』(東京布井出版・2000年)227頁[北岡弘章]、半田正夫=松田政行『著作権法コンメンタール1[1条~22条の2]』(勁草書房・2009年)555頁[井藤公量]。

⁶ 田村善之『著作権法概説』第2版(有斐閣・2001年)95頁、三山裕三『著作権法詳説:判例で読む16章』(レクスネクス・ジャパン・2007年)71頁。

⁷ 中山・前掲92頁。この他、いわゆるプリクラ(顔写真シール作成機で撮影された写真)の著作物性を否定する学説もある(齊藤博『著作権法』第3版(有斐閣・2007年)95頁、半田=松田・前掲554頁)。確かに、単に全自動でシャッターが押されるだけのものであれば、セルフ式自動証明写真機による証明写真と同じ扱いで問題はない。しかし近年では、撮影した画像を加工する機能が充実化している(背景や画像の明るさを選択する機能や、撮影画像に“落書き”をする機能等)。そうした多機能化に鑑みれば、写真加工段階においてプリクラにも創作性が認められる余地があるようにも思われる。

等にある程度選択の幅が出てくる。また、風景や人物など、時によって光の具合、表情、動き等が変化するものに関しては、シャッターチャンスも重要な要素になってくるだろう。よって、上記の[版画事典]事件や証明写真のような特殊な例は別論、構図を決めレンズ等の選択をし、シャッターを切った結果できあがった写真であるならば、著作物性が肯定されると解すべきである⁸。俳優のプロマイド写真について著作物性を肯定した例(前掲[真田広之プロマイド])や、ホームページで商品を紹介するために正面斜め上から商品を撮影した写真につき、著作物性を肯定し得る限界事例に近いと述べつつも著作物性を肯定した例(知財高判平成18.3.29判タ1234号295頁[スメルゲット二審]⁹)などがある。

【[スメルゲット]事件で著作物性が肯定された写真】



(<http://smellget.trialmall.com/ranali-log/>より)

なお、当然のことながら写真を撮影した者がプロのカメラマンであるか否かは著作物性の判断に関係しない¹⁰。

⁸ 田村・前掲95頁。

⁹ なお、同事件の一審である横浜地判平成17.5.17平16(ワ)2788[スメルゲット一審]では、当該商品を正面から写しただけの平凡なものであり、そこに「思想又は感情の創作的表現」が何ら見られないとして、著作物性が否定されている。なお、同事件の原告が同事件について執筆した書籍として、松本肇『ホームページ泥棒をやっつける：弁護士不要・著作権・知的財産高等裁判所・強制執行』(花伝社・2006年)がある。

¹⁰ 本件と同様に、アマチュアのカメラマンが撮影した写真につき著作物性を認めた例として、青森地判平成7.2.21知裁集27巻1号1頁[知られざる東日流日下王国一審]、仙台高判平成9.1.30知裁集29巻1号89頁[同二審]参照。

本件写真は、裁判所の認定したところによると「被告八坂神社の境内の西楼門の正面よりやや斜めの位置で、アーケードの上に撮影ポジションをおき、子供神輿と神官の姿を明確にとらえることができるようにし、また、被写体を広角域で捉えてその遠近感を強調するために広角レンズを用いて、被告八坂神社の境内の西楼門から4基の神輿までの全体にピントが合うように奥行きを広げ、さらに、夕方6時以降の時刻であることを考慮して、ASA400のフィルムにより、1/15秒のシャッタースピードで撮影されたもの」であった。このような撮影上の工夫があったことに鑑みると、本件写真の著作物性を肯定した本判決の判断は妥当なものであろう。

三 本件水彩画の制作による著作権侵害の成否

1. 問題の所在

以上で検討したように、本件写真に著作物性を認めることには問題がないと思われる。しかし、本件水彩画の制作が、原告の著作権侵害に該当するかについては、写真という表現形式における創作的表現をどう把握するかという問題と大きく関係する。

2. 写真の創作的表現

(1) 被写体と写真の創作性との関係

写真のどの部分に創作性を認めるかという問題を扱うに際し、ここでまず被写体と写真の創作性との関係を検討する。

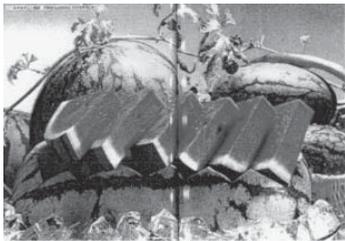
被写体と写真の創作性に関しては、特に被写体を撮影者が自ら配置、決定した場合に、そうした被写体を作り出す行為自体に創作性を認めるか否かで、裁判例、学説でも一つの論点となっている。以下では簡単に、対立する学説の内容と、被写体と創作性の関係が特に問題になった[みずみずしいすいか]事件を紹介する。

まず、被写体の選択・工夫自体の創作性を否定する説によると、被写体の選択、組み合わせ、配置の工夫は写真の前段階の作業であり、この段階では写真としての表現は未だ作出されておらず、そうした選択がいかにか独自のものであっても、表現の前段階のものとしてアイディアの範疇に入る

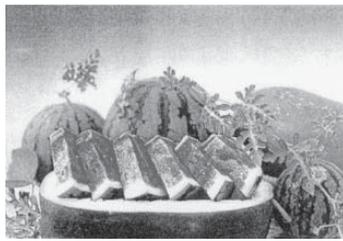
と考えられている¹¹。

裁判例では東京地判平成11.12.15判時1699号145頁[みずみずしいすいか一審]が、この考えに立ったものと思われる。この事案は、原告と被告がそれぞれ全く別の時・別の場所で撮影した、すいか等を被写体とする写真の類似性が争われた事案である。とりわけ、被写体の選択、写真中の構図、すいかの配置の仕方等で両者に共通する点があったため、そうした被写体の決定自体も保護範囲に含むべきかが問題となった。

【原告写真】



【被告写真】



(<http://www.saegusa-pat.jp/copyright/cr.02.3.3.htm>より)

裁判所は「いずれもが写真の著作物である二つの作品が、類似するかどうかを検討するに当たっては、特段の事情のない限り、被写体の選択、組合せ及び配置が共通するか否かではなく、撮影時刻、露光、陰影の付け方、レンズの選択、シャッター速度の設定、現像の手法等において工夫を凝らしたことによる創造的な表現部分、すなわち本質的特徴部分が共通するか否かを考慮して、判断する」と述べ、被写体の選択、組み合わせ、配置はそれ自体では創作的表現にはならないとの考えを採用しているものと思われる。具体的当てはめにおいても、問題となった原告写真と被告写真はアイデアの点で共通するものの、そうした共通点は被写体の選択、配置

¹¹ この立場に立つものとして、田村・前掲96頁、茶園成樹「写真の著作権・編集著作権の侵害の成否—商品カタログ事件—」著作権研究25号(1999年)、蘆立順美「商品カタログ事件」『判例百選』第3版(有斐閣・2001年)、野一色勲「原告の西瓜の写真と被告の西瓜の写真の共通点はいずれも被写体の選択、配置上の工夫にすぎないとした判決が変更され、請求が一部認容された事例」発明99巻8号(2002年)137頁、半田=松田・前掲558頁がある。

上の工夫にすぎず、それらは「写真の著作物である原告写真の創作性を基礎づけるに足りる本質的特徴部分とはいえない(原告が撮影するに当たりさまざまな工夫を凝らした撮影時刻の決定、露光、陰影の付け方、レンズの選択、シャッター速度の設定、現像の手法等によって生じた創作的な表現部分こそが、原告写真の特徴的部分であるということができ…)」と述べ、原告写真と被告写真の類似性を否定している。

他方、被写体の選択・工夫自体の創作性を肯定する説は、写真がそれを見る者に個性を感得せしめるのは、まず写されたものによるのであり、撮影対象である被写体を作り出す行為にも創作性を認めるべきと主張している¹²。

裁判例でも、東京高判平成13.6.21判時1765号96頁[みずみずしいすいか二審]が、「被写体の決定自体について…創作的な表現がなされ、それに著作権法上の保護に値する独自性が与えられることは、十分あり得ることであり、…写真著作物における創作性は、最終的に当該写真として示されているものが何を有するかによって判断されるべきものであり、これを決めるのは、被写体とこれを撮影するに当たっての撮影時刻、露光、陰影の付け方、レンズの選択、シャッター速度の設定、現像の手法等における工夫の双方であり、その一方ではない」と述べ、さらにそのような「被写体の決定自体に著作権法上の保護に値する独自性が与えられているとき」には、それを再製又は改変することは許されないと述べており、被写体を作り出す行為自体にも創作性を認める判断をしている¹³。

しかし、被写体に仮に何らかの「独創性」が認められたとしても、それはあくまでも被写体が独立して美術の著作物に該当するか否かという問題であり、写真の著作物性とは別個の問題であると解すべきである。被写

¹² この説に立つものとして、小泉直樹「西瓜の写真が他人の写真に依拠しかつ他人の写真に表現されたものの範囲にあるので撮影行為およびカタログに掲載した行為が著作人格権(同一性保持権)を侵害するとされた事例」判時1779号(2002年)208頁、加戸守行『著作権法逐条講義』5訂新版(著作権情報センター・2006年)123頁、作花文雄『詳解著作権法』第3版(ぎょうせい・2004年)105頁、斉藤・前掲95頁など。

¹³ 同判決は結論として、一審の判決を変更し同一性保持権侵害の成立を認めている。

体自体が創作的表現といえる程のものであれば、それに関する著作権は、被写体を撮影した写真家ではなく、被写体を創作した美術家に与えられるべきだからである¹⁴。よって、創作性が認められる被写体を作りだした者が、被写体を撮影した本人であったという場合には、被写体自体の著作権と、それを撮影した写真の著作権の両方が同一人に帰属するというにすぎないと考えるべきだろう。逆に、被写体を創作した者は、被写体たる造形物を用いて、撮影のために特殊な構図を演出する等具体的な写真表現の作出に創作的に関与していない限り、写真の著作者(共同著作者の一人)にはなりえないと解されている¹⁵。

したがって、被写体の決定自体はアイデアであり、被写体の選択工夫は被写体そのものに関する著作権の問題として、写真の著作権とは切り離して考えるのが妥当であると思われる。

他の裁判例を見ても、横浜地判平成19.1.31判時1988号95頁[草人形写真一審]、知財高判平成19.7.25判時1988号95頁[同二審]が、被写体となる人形を作成し写真撮影に一度立ち会ったというだけでは、当該写真及びそれを掲載した写真集の著作者とはならないと判じており、被写体の著作権とそれを撮影してできた写真の著作権とは別個のものとして扱われているようである。

ここで、本判決における被写体の位置づけを前掲[みずみずしいすいか二審]と対比しながら検討してみる。前掲[みずみずしいすいか二審]は「例えば、景色、人物等、現在する物が被写体となっている場合…、被写体自体に格別の独自性が認められないときは、創作的表現は、撮影や現像等における独自の工夫によってしか生じ得ないことになるから、…被写体に関する要素が共通するか否かはほとんどあるいは全く問題にならず、事実上、撮影時刻、露光、陰影の付け方、レンズの選択、シャッター速度の設定、現像の手法等において工夫を凝らしたことによる創造的な表現部分が共通するか否かのみを考慮して判断することになる。しかしながら、被写体の決定自体について、すなわち、撮影の対象物の選択、組合せ、配置等において創作的な表現がなされ、それに著作権法上の保護に値する独自性

¹⁴ 田村・前掲96頁、中山・前掲94・95頁、茶園・前掲評釈216頁。

¹⁵ 田村善之編著『論点解析知的財産法』(商事法務・2009年)250頁[駒田泰土]。

が与えられることは、十分あり得ること」である、と述べている。これは言い換えれば、撮影者の写真に関する創作活動とは無関係に存在するものを被写体とする写真であっても、場合によっては(「独自性」が認められれば)被写体自体に著作権法上の保護が与えられる可能性があると読むことができる。

他方、本判決は「お祭りの写真のように客観的に存在する建造物及び動きのある神輿、輿丁、見物人を被写体とする場合には、客観的に存在する被写体自体を著作物として特定の者に独占させる結果となることは相当ではない」と述べている。本判決は、少なくとも被写体が創作活動とは無関係に独立して存在するものである場合においては、そもそもはじめから被写体自体には著作権法上の保護創作性を認めないという考えを採用しており、場合によっては被写体自体に保護を与え得る前掲[みずみずしいすいか二審]とは、その点で異なる立場に立つものであると思われる。

また、保護範囲についても本判決は、「被写体自体が創作的表現になり得ると解すると、同一の撮影場所であれば、誰が撮影したとしても同一となるものを保護することを意味することになるとの反論があり得るものの、本件写真のように、撮影者が人々の動きのある神幸祭のある一瞬の風景を、上記のような構図、撮影ポジション・アングルの選択、露光時間、レンズ及びフィルムの選択等を工夫して撮影し、これを再現した、その創作的表現を保護するのであれば、特段の弊害は生じないものと解される」と述べており、被写体の独占に対する問題意識について触れ、被写体自体には創作性を認めずに、写真に具体的に現れた表現に限って保護を与えるという姿勢を明らかにしているものと思われる。

(2) 風景写真の創作性

それでは次に、風景写真に的を絞って、さらに細かく写真の創作性を検討してみる。本件写真は、被告八坂神社の祇園祭の風景という、客観的に存在するものを撮影した風景写真であるが、それと同時に、神輿や見物人等、客観的に存在しながらも時間の経過により移動するものをも撮影したものである。本件写真のような風景写真の場合、その創作性はどの範囲において認められるか。

この点、被写体自体の選択・構成に係る創意工夫に着目し、風景写真の

場合でも撮影対象物の選択や画面の選択、季節、天候、日時などの撮影条件の選択に創作性が認められるとする見解がある¹⁶。

しかし、こうした自然物を撮影した風景写真に著作権を認めても、撮影者が自らその風景を創作したわけではないことに変わりがない。また、特定のアングルを創作的表現として保護してしまうと、誰かがある風景を一旦撮影すれば、後発者は同じ風景を同様の角度から撮影することができなくなってしまう¹⁷。よって、本件のような風景写真について創作性が認められる範囲は、被写体を捉えるアングル等カメラワーク上の工夫¹⁸の結果生じた、具体的な構図や陰影等の表現に限られると解すべきである。上記のような、撮影対象物の選択や撮影条件の選択、あるいは被写体を特定の方向から撮影すること自体はアイディアの範疇に属すると解される¹⁹。そうした選択の結果として生じた映像表現としての写真に対して保護が与えられるべきであって、選択段階では著作権法で保護される表現は未だ生まれていないと考えるべきだろう。そして、類似性判断の場面においても、いくら撮影対象物や撮影条件が同一であったとしても、実際に出来上がった写真に現れる陰影や色彩の調子、構図、焦点等が異なるのであれば、著作権侵害には当たらないと解すべきである。逆に言えば、写真に現れた全体的な構成や被写体の細部における取扱等の具体的映像表現までもが類似して初めて、写真の著作権侵害が成立するというべきであろう。

そして、写真がこのように限られた程度の保護しか与えられないからこそ、写真の著作物性は厳格に解する必要がないということが許容されると考えられる²⁰。写真が著作物性を有するためには構図を決めてシャッター

を切れば足り、そこに高度の創作性が要求されることはないということは、前述のとおりである。

なお、自然物を撮影するケースにおいて、ありふれた景色、人物など、現存するものが被写体となっている場合には被写体に格段の創作性は認められないと述べる学説もあるが²¹、どの景色を撮影するかという選択はアイディアであって著作権で保護すべきではないと考える。たとえ被写体が前人未到の山奥の景色であろうと、日常生活の見慣れた風景であろうと、その被写体を写真にどう表現したかが問題なのであって、被写体となる景色自体がありふれているか否かという検討は不要であると思われる。

結局、風景写真において創作性が認められる部分は、被写体たる風景自体でもなければ、その風景の撮影条件でもなく、写真そのものに具体的に現れた、映像としての表現であると解すべきである。写真は、被写体をフィルム上にそのまま再現するという表現形式であるため、2つの写真が同一の対象を撮影した場合、外見上紛らわしくなることもあるだろうが、あくまでも被写体の共通性と表現の同一性は別の問題であるという点に注意しなければならないだろう²²。

本判決は、本件写真の創作性がある部分とは、「構図、シャッターチャンス、撮影ポジション・アングルの選択、撮影時刻、露光時間、レンズ及びフィルムの選択等において工夫したことにより表現された映像」であると述べており、撮影等の工夫だけでなく、それと被写体とが一体となった映像こそが保護を受けるという考えが示されているようである²³。風景写真における創作性の認定を正当に行ったといえ、この点で評価することができよう。

3. 類似性

(1) 序

次に、本件写真と本件水彩画の類似性について検討する。

¹⁶ 作花・前掲105頁。

¹⁶ 作花・前掲105頁。

¹⁷ 茶園・前掲評釈215頁。もちろん、先行者の写真に後発者が依拠していなければ著作権侵害は成立しない。

¹⁸ なお、本判決に対する判例タイムズのコメント(判タ1283号263頁)では、風景写真とはいえ移ろいゆく一瞬の風景を捉えたという側面が、創作的表現部分として考慮され得るということを判示した判決であると紹介されており、時間の経過によって変化する被写体をどのシャッターチャンスで捉えるかという点を、重要な工夫のひとつとして考えているようである。

¹⁹ 田村・前掲『著作権法概説』96頁。

²⁰ 田村・前掲『著作権法概説』96頁。

²¹ 小泉・前掲評釈210頁。

²² 茶園・前掲評釈215頁。

²³ 國分隆文「最近の著作権法裁判例の紹介(下)」L&T43号(2009年)105頁にある、本件に対するコメントも参照。

写真の著作物はこれまで述べてきたとおり、写真に具体的に現れた映像としての表現のみが保護されるという意味で、通常は保護範囲が絵画の著作物より狭く解釈されているとみられている²⁴。写真著作物が問題になった事案において、表現形式が写真から絵に変わって利用されている場合に侵害を肯定した裁判例は見当たらないことから、保護範囲・利用態様の両者の観点から見ても、本判決は写真の利用に関する今後の裁判例・実務に少なからず影響を与えるものと思われる。

(2) 類似性の判断基準

まず、類似性の判断枠組みについて検討する。

本判決は、翻案とは「既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為をいう。そして、著作権法は、同法2条1項1号の規定するとおり、思想又は感情の創作的な表現を保護するものであるから、既存の著作物に依拠して創作された著作物が、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場合には、翻案には当たらないと解するのが相当である」と述べ、最判平成13.6.28民集55巻4号837頁〔江差追分上告審〕で示された類似性の判断枠組みを踏襲している。

この〔江差追分上告審〕では、元の著作物の本質的な特徴が直接感得できるかという基準²⁵によって判断しているようにも思われる。しかし実際のところ、具体的事案への当てはめにおいては、説示の後半部分で述べら

²⁴ 中山・前掲92頁。

²⁵ この文言は、最判昭和55.3.28民集34巻3号244頁〔パロディ第一次上告審〕の説示を踏襲したものであるが、この事案で問題になっているのは同一性保持権侵害であったという点を留意しておくべきだろう。田村善之「創作的表現でないところに同一性があるにとどまる場合と著作権侵害の成否（消極）—北の波濤に唄う事件—」法学協会雑誌119巻7号(2002年)218頁参照。

れている、創作的な表現が再生されていない場合には著作権侵害にはならない、つまり創作的表現の再生という基準によって判断がなされていると解されている²⁶。

本来、「本質的特徴の直接感得」と「創作的表現の再生」、いずれの基準を用いたとしても、その具体的当てはめが適切に行われれば、結論はほとんどの場合において変わらないものと思われる²⁷。しかし「本質的特徴の直接感得」という基準には、その文言の性質上、下手をすると原著物の創作的な表現ではない部分や、アイデアの部分の同一であるにすぎない場合にも、「本質的な特徴を直接感得し得る」とか、「内容及び形式を覚知させる」ということで、類似性を肯定してしまうおそれがあるという問題を内包しているという指摘がある²⁸。〔江差追分上告審〕の説示では、単に「本質的特徴」とは述べて「著作物の表現上の本質的な特徴」という絞りをかけているので、あるいはこのような懸念は杞憂にすぎないのかもしれない。しかし、「本質的特徴」という文言が一人歩きしてしまうと、著作物の中で特徴的な部分を抽出することが優先され、特徴的な部分がそもそも著作権法で保護すべきものなのかという視点が置き去りになってしまう可能性を否定できないだろう。

したがって、筆者としてはそうした弊害のない「創作的表現の再生」と

²⁶ 田村・前掲評釈219頁、山根崇邦「著作権侵害が認められない場合における一般不法行為の成否—通勤大学法律コース事件—」知的財産法政策学研究18号(2007年)232頁、蘆立順美〔評釈〕ジュリスト1224号(2002年)294頁。

²⁷ もっとも、〔江差追分上告審〕で調査官を担当した高部真規子裁判官は、その後、翻案権侵害における「本質的特徴の直接感得」という基準は「創作的表現の再生」という基準よりもレベルが高いものであると述べている。また、既存の著作物に修正、増減、変更を加えた結果、新たに高度に創作的な表現が加わったことによって、新しい著作物の中では付加された部分に特徴が現れ、同一性ある部分が新しい著作物の中で埋没してしまい、表現上の本質的特徴を直接感得することができない状態になる場合がありうるとし、このような場合に翻案の成立に絞りをかける役割を有しているとも述べ、〔江差追分上告審〕説示の前半部分にある「本質的特徴の直接感得」にも独自の意義を認めているようである。高部真規子「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究34号(2007年)18頁。

²⁸ 田村・前掲評釈218頁。

いう基準による方が、より安定的に判断を行えるように思われる。そして、「本質的特徴の直接感得」という判断枠組みを用いるのであれば、上記のような問題に陥らないよう、あくまでも創作的表現のみが著作権法で保護されるということを常に念頭に置きながら「本質的特徴」の認定を適切に行う必要があると考えられる。

(3) 本判決の具体的な類似性判断に対する考察

本判決は、本件写真の創作的表現とは「神輿の差し上げ…の直前の厳粛な雰囲気を感じさせるところにある」と判じた上で、本件水彩画の創作的表現によれば「祇園祭における神官の差し上げの直前の厳粛な雰囲気を感じさせるのに十分であり、この意味で、本件水彩画の創作的表現から本件写真の本質的特徴を直接感得することができる」と述べている。この説示においては、本質的特徴たる厳粛な「雰囲気」が本件水彩画に維持されているか否かが、翻案権侵害の成否を決するメルクマールとなっているように思われる。

ここで、著作物の本質的特徴を「雰囲気」とすることについて、「雰囲気」の認定のレベルと類似性判断レベルで問題がないか、それぞれ検討してみよう。

まず、「雰囲気」の認定のレベルについては、当該著作物はどのような「雰囲気」なのかという判断を、裁判所が行ってよいのかという問題が生じ得る。客観的に知覚できる「神輿」や「見物人」といったような諸要素とは異なり、本件写真に接した者が本件写真から感じる雰囲気は、その人によって多種多様である可能性がある²⁹。実際、本件の裁判所が本件写真から「厳粛な雰囲気」を感じ取るまでの過程は、判決文からは窺い知ることができない。本質的特徴が「雰囲気」であるという本件説示は、その捉え方によっては、著作物から感じ取れるある種の“印象”のようなものによって類似性が決定するとも読めてしまうのではないだろうか。そもそも、

²⁹ 一口に「雰囲気」とは言っても、人によっては「厳粛な雰囲気」とは全くかけ離れたものを感じる可能性も否定できない。例えば、多数の見物人がひしめき合っている事から、本件写真は「賑やかな雰囲気」「騒がしい雰囲気」であると考えられるものではないだろうか。

こうした「雰囲気」の認定作業は、事実上当該著作物の個々の表現ではなく、その根底に流れるテーマのような、より抽象的なレベルのものを拾う作業となってしまうように思われる。そうになると、著作権法で保護しないはずのアイデアによって類似性判断を決するという状態に陥る危険性すらあるのではないだろうか。

さらに、類似性判断レベルについても、「雰囲気」の共通性を類似性判断の基準としてしまうことには若干の躊躇いを感じるころである。

本件写真と本件水彩画のうち、裁判所によって認定された相違点は神官の動作及び持ち物が異なるという点である。この相違点は、画面上におびただしい数の見物人の様子が配されていることもあって、瞬時に発見するのが困難であり、全体的に見て微細なものであるといわざるを得ないだろう³⁰。仮にこの程度の相違点で類似性を否定してしまえば、写真を細部まで忠実にトレースするようなデッドコピーに近い事例にしか著作権侵害が成立しないことにもなりかねない。よって、このようなわずかな相違点のみでは類似性肯定の判断を覆さなかった本判決は、結論としては妥当なものであるといえる。

しかし、この相違点について裁判所は、「雰囲気」概念を用いて特徴的な判断を行っている。すなわち、「本件水彩画では、神官の動作を紙垂が付された棒を高く掲げる動作に修正して、神官のお祓いの動作をより強調するものであって、この意味で、厳粛な雰囲気をもより増長させるものと認められる。したがって、上記の表現の相違は、本件水彩画から本件写真の表現上の本質的特徴を直接感得できるという上記認定を左右する程のものではない」と述べている。

この説示からは、本件写真の本質的特徴たる「厳粛な雰囲気」を増長させる変更であれば、類似性を否定する方向には働かないという理が導かれようである。そうであれば、例えば画面上の神輿をより目立つよう中央に集めて配置したり、あるいは神輿の数を増やしたりといったような変更も、それがより「厳粛な雰囲気」を醸し出すのであれば、依然として類似して

³⁰ 後に詳しく紹介する[創価学会写真ビラ]事件は、類似性が否定された例であるが、それと比較しても、同判決では被写体Dの式帽の有無、服装の違い等明らかな相違点が存在していたのに対し、本件の相違点はそれほどまで目立ったものではない。

おり著作権侵害に該当するということになりそうである。また逆に、「厳粛な雰囲気」を減じるような変更の場合には、この説示に従うと類似性が否定されるということになりそうである。例えば西楼門をピンク色に変えたり、本件写真の見物人を人形に置き換えたりといったような、パロディ的な利用の場合には、どんなに残りの部分が類似していようと、「厳粛な雰囲気」が損なわれているため非類似であるとして、著作権侵害にはならないという結論になりそうである。

しかし、このような「厳粛な雰囲気」が維持されているか否かの検討は、結局は表現そのものではなく、表現によって表そうとしているテーマの同一性を問うことになってしまっている。創作的表現の再生という基準から考えると、たとえ作品全体のテーマが同じであったとしても、それは単なるアイデアの類似にすぎないのであるから、それだけでは類似性は肯定されず、逆に、作品全体のテーマが異なっても、具体的な個々の表現が共通していれば著作権侵害は肯定すべきである³¹。

したがって、本判決のように「雰囲気」に着目して類似性判断が行われると、創作的表現が再生しているのかという視点から大きく乖離してしまうおそれが否定できない。いくら相違点が「厳粛な雰囲気」を増長させるものであっても、それはアイデアのレベルで類似しているにすぎないのだから、それだけで無条件に類似性判断から度外視してしまてはならないだろう。また同時に、「厳粛な雰囲気」を縮減する変更があったとしても、それはアイデアが相違しているということであるから、依然として創作的表現が類似しているならば類似性は肯定すべきという場合があるだろう。よって、「厳粛な雰囲気」が増長されるか縮減されるかといった抽象的なレベルの観点ではなく、あくまでも本件写真の映像としての創作的表現が再現されているかという、より具体的な観点からの類似性判断が望ましいと考える。

³¹ 侵害肯定例として、作品後半のストーリーは異なっているが、細かいストーリーとその具体的表現が共通していたという事案で類似性を肯定した東京地判平成5.8.30知裁集25巻2号310頁[悪妻物語?一審]、東京高判平成8.4.16知裁集28巻2号271頁[同二審]を参照。

次に、これまで検討した写真の創作性が認められる範囲に留意しながら、創作的表現の再生という基準に照らし、本件写真と本件水彩画の類似性を検討する。

(4) 裁判例との比較

本判決では、本件写真と本件水彩画の類似性に関し、「本件水彩画においては、写真とは表現形式は異なるものの、本件写真の全体の構図とその構成において同一であり、また、本件写真において鮮明に写し出された部分、すなわち、祭りの象徴である神官及びこれを中心として正面左右に配置された4基の神輿が濃い画線と鮮やかな色彩で強調して描き出されているのであって、これによれば、祇園祭における神官の差し上げの直前の厳粛な雰囲気を感じさせるのに十分であり、この意味で、本件水彩画の創作的表現から本件写真の表現上の本質的特徴を直接感得することができる」と述べている。ここから裁判所が類似性を肯定するに当たって重要視した要素を抽出するならば、①全体の構図、②画面上の強弱表現、の2点が挙げられよう。

まず①全体の構図に関して具体的には、「西楼門（門脇の木々及び狛犬並びに八坂神社の石柱を含む）、神官及びこれを中心として正面左右に配置された4基の神輿の位置関係がほぼ同じ」として、画面上の諸要素の位置が同一であるとしている。動かない西楼門、木々、狛犬、八坂神社の石柱に関しては、同じ構図であるというためには、同一の視点(角度)から対象物を捉えるだけでなく、それを同じ大きさ、位置で画面上に配置してあることが必要だろう。一方、動きのある神官、神輿については、写真でいうところのシャッターチャンス、すなわち対象物を捉える時間的要素によって具体的表現が決定づけられると思われる。

そして、②画面上の強弱表現については、「本件水彩画においては、本件写真と同様に、これらの西楼門、神官及び4基の神輿が、いずれも濃い画線と鮮やかな色彩で強調されて描かれている」「とりわけ、4基の神輿は、金色及び西楼門と同一の赤色で彩色を施され、多くの純白の法被の中で浮かび上がるがごとく、鮮明に描かれている」と述べ、色彩と画線の濃淡による、描写の強弱表現に着目しているものと思われる。

ここで、こうした諸要素が類似性の判断においてどのように扱われるべ

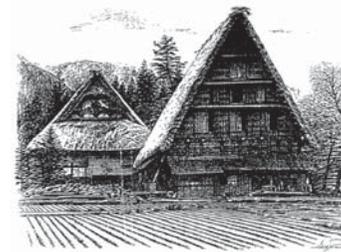
きか、従来の裁判例をいくつか取り上げて比較を試みる。本件の場合、特に実在する風景を描いている以上、本件水彩画が同じ場所を撮影した本件写真にある程度似ざるを得ないのではないか、という問題がある。そこでまず、風景を描く場合に表現の制約がどれだけあるのか、またそうした表現の制約がある場合に前記の要素はどう考慮されるかについて検討する。次に、写真と絵とでは表現形式が異なるが、こうした表現形式を変えるような利用態様において類似性はどのように判断されるべきかを検討する。

(i) 風景を描く際の全体的構図・構成—[山の民家]事件—

まず、現実存在する風景を描く場合における表現の制約に関し、参考になる事案として、東京地判平成4.11.25知裁集24巻3号854頁[山の民家]を紹介する。この事案で問題となった著作物は、原告被告ともに写真ではなく絵画であった。しかし、絵画の中でも特に写実的な風景画の事案であるため、実物をそのまま写し取るという点で、本件のような写真と近い性質を有するものと思われる。つまり、写実的な絵画は、想像画やイラストに比して“実物をそのまま写し取る”必要があるため、創作をする上である程度の制約があるものと思われ、その点で写真と共通する点もあるだろう。したがって、本件のような写真の保護範囲が問題となっている事案を検討するに当たっても参考になる事例と考えたため、取り上げる次第である。

この事案は、土産物業者である被告が製造、販売した土産用暖簾（暖簾に描かれた絵につき、以下被告絵画）が、故人Aの描いた素描画（以下本件著作物）を複製したものであるかが争われたものである。原告Xは故人Aの長男であり、本件で問題となった素描画2枚の著作権を相続により取得していた。本件著作物と被告絵画はどちらも、実在する同じ茅葺き屋根の合掌造りの寺と民家を描いたものであった。

【本件著作物(一)】



【被告絵画(一)】



【本件著作物(二)】



【被告絵画(二)】



裁判所は両者を対比した上で、「本件著作物(一)と被告絵画(一)、本件著作物(二)と被告絵画(二)は、それぞれ、線の太い細いや画風の差があり、対象物についても背景等の重要でない部分において若干の相違があるとはいえ、それぞれ、同一の対象物を同じ角度から同じ構図で写実的に描いたもので、表現内容の中心ともいべき建物やその近傍の樹木、畑の状況は、窓の開閉状況や道具類の位置等写生の時期が違えば変化しているはずの細部に至るまで一致している」と述べ、両者はその表現形式、表現内容が極めて類似しているとして、類似性を肯定した。

実在する風景を写実的に描こうとする場合は、その対象物そのものの形を変えるわけにはいかず、結果として誰が描いても似ざるを得ない部分が画面上の多くを占めるだろう。この[山の民家]事件であれば、葺き屋根の形・角度が同じであるという点や、畑の中に家が建っているといったレベルの同一性は、それは同じ風景を描いている以上、必然的に似てしまうものであるといえる。

しかし、いくら写実的な風景画であっても、対象物をどの角度から捉えどう画面上に構成するかということに関しては自由に選ぶことができるはずである。さらに、たとえ同じ方向から同じ風景を見て描いたとしても、それを絵画の画面上に具体的にどのような大きさ・構図で配するかという点で、描く者の個性が発揮されると思われる³²。

よって、実在する風景を忠実に描き取る場合においては、その表現の全体的構図・構成までもが同一である場合に初めて類似性を肯定すべきであろう。

この点について本件を見てみると、本件では原告は写真、被告側は水彩画という、どちらも実在する風景をそのまま忠実に写し取る表現形式で同じ風景を描いている。特に本件水彩画はポスターに使用するという都合上、現実存在する八坂神社のある風景を変更せず忠実に描いたものでなくてはならないという要請があったと思われる。しかし、たとえ同じ風景を描くにせよ、画面上の具体的構図・構成という、風景画において重要な要素が同一である場合には、[山の民家]事件同様、類似性を肯定する一要素として扱われるべきであると考ええる。

さらに、細部の構成にも注目してみよう。[山の民家]事件のように実在の民家と風景を描く場合、時とともに移ろいゆく樹木の葉の生い茂り方や光の様子、あるいは窓の開閉状況や道具の大きさ、形状、位置など、固定された建物と違って動くものの扱いについては、同じ藁葺き屋根の建物のある風景を描こうと思った場合でも、異なるはずである。この事件では「右側の民家の二階、三階、四階の窓の個数、位置、開閉状況、家屋の正面及び左端に置かれている道具類の大きさ、形状、位置、右側の家屋の右側にある広葉樹の枝ぶりや葉の茂り方、左側の寺の左側にある針葉樹の木立の葉の茂り方が同じである」と認められ、裁判所は、「写生の時期が違えば変化しているはずの細部に至るまでの類似は、別人がたまたま同一の風景を描く場合に一般に予想される類似性をはるかに超えるものである」と述べている。

³² 写生会や美術の授業などにおいては、大勢の者が同時に同じ風景を互いに近接した位置から描くということがしばしば生じるが、出来上がった絵の構図等の表現はそれぞれ異なるだろう。

翻って本件では、本件水彩画が本件写真と同一の風景を描いているが、それでも描いた時間が異なれば自ずと異なってくるはずの細部の構成、すなわち神輿を担ぐ人や多数の見物客の様子、姿態の「一部が不自然に類似して描かれている」と認定されている。もちろん、単純に“西楼門のある風景”ではなく、“年に一度だけ行われる祇園祭の様子”を描き取る以上、見物人が大勢いることや神輿があるということ、あるいは木々の季節的な様子などが共通していても、それらは似ざるを得ない部分であるといえ、その程度の同一性では類似性は肯定されないだろう。しかし本件水彩画ではそれ以上に、動きのある神輿の位置、人々の姿態・様子までもが類似しており、これほどの同一性が認められる以上、類似性を肯定した本判決の結論は妥当なものであるといえる。

(ii) 写真を基に絵を描く利用について—[創価学会写真ビラ]事件—

写真を基に絵を描くという行為は、実務上日常的に行われているものと思われる。例えば、クフ王のピラミッドなどは、まだ実際に訪れて直接見たことがない者でも、絵を描くことができるだろう。その場合、本や雑誌で見た写真の記憶を基に描いていることになるはずである。このような、ある写真に基づいて絵を描いたという場合、それが単にアイデアや創作的表現ではない部分の共通にすぎないのであれば、類似性は否定される。逆に、写真の創作的表現を再生しているといえるほど、緻密に写真の表現が再生されていれば侵害となろう。よって、問題は、どの程度まで写真の表現を具体的に写し取ると創作的表現の再生と認められるのかということである。

実際、イラスト、マンガ、アニメーションの制作現場においては、写真を参考資料として用いることが珍しくないといわれており³³、そうした写真の二次利用の問題について本判決は少なからず影響を有するものと思われる。そこで、以下では本件と同様に、写真を基に絵を描いたという利用が問題になった前掲[創価学会写真ビラ一審]、前掲[同二審]事件を紹介する。

³³ 桑野雄一郎著・福井健策編『出版・マンガビジネスの著作権』(著作権情報センター・2009年)168頁。

この事案は、原告Xの職員でありカメラマンであるCが、Xの名誉会長であるDを被写体とした原告写真を撮影し雑誌上で公開したところ、被告BがXの許諾を得ずに原告写真をトレースしてピラを作成、配布したという事案である(以下、被告Bがトレースして作成した絵を本件ピラ絵と呼ぶ)³⁴。

一審で裁判所は、本件ピラ絵と、基となった原告写真2とは、Dの顔及び上半身の輪郭並びに目、鼻、口、耳、眼鏡、ネクタイ及び勲章の位置及び形状において類似性が認められるとしつつも、「[1] 原告写真2はDの表情、輪郭等、及び本件勲章が鮮明に写し出されているのに対し、本件ピラ絵は、Dの顔の表情や輪郭、本件勲章の形状の細部までは、正確に描写されていないこと、[2] 原告写真2はカラーであるのに対し、本件ピラ絵はモノトーンであること、[3] 原告写真2では、Dは式帽を着用していないのに対し、本件ピラ絵では式帽を着用していること、[4] 原告写真2では、Dはスーツ姿であるのに対して、本件ピラ絵では、ローブ様のものを着用している点、[5] 原告写真2は、背景の装飾品がぼかして撮影されているのに対して、本件ピラ絵は、背景が省略されている点等大きく相違する。以上のとおり、本件ピラ絵は、本件写真2における、Dの顔の表情、輪郭等の具体的な表現上の特徴はすべて捨象されているのであって、本件写真2の表現形式上の本質的特徴部分を感得する程度に類似しているとはいえない。」と述べ、類似性を否定した。

二審においても、「本件ピラ絵が、1審原告写真2におけるCの肖像部分の輪郭等を手書きでなぞって線で表現するという表現形式を採ることによって、Cの顔の表情、輪郭等の1審原告写真2における具体的な表現上の特徴をすべて捨象し、それらの特徴を感得させないものとなっていることは、上記引用に係る原判決説示のとおりというべきである。そして、被写体である人物とその人物の装用品等の組合せや配置、人物のポーズ、表情等は、1審原告写真2のような肖像写真の撮影において、常に考慮され

³⁴ なお、この事件では、原告写真を白黒写真にし、背景と被写体であるDの下半身をカットして作成したピラも問題になっており、この写真ピラの作成、配布については原告写真の著作権及び著作人格権侵害に当たるとされているが、本稿ではさしあたり写真を基に絵を描いた利用についてのみ取り上げる。

る要素であるから、それらが具体的に表現された表現形式を抜きに、それ自体として写真の表現における本質的な特徴部分と評価すべきものではない。本件ピラ絵は、上記のとおり、写真を手書きの線による表現へと変更することによって、1審原告写真2における具体的な表現上の特徴がすべて捨象されているものであるから、1審原告写真2の表現上の本質的な特徴を直接感得させるものとはいえず、1審原告写真2の複製、翻案のいずれにも当たらないというべきである」として、類似性を否定した一審の判断を支持した。

このことから、単に写真に写ったものの大まかな輪郭をなぞって絵にただけでは、基となる写真の創作的表現が再生されたとはいえないということになる。

翻って本件を見てみると、本件水彩画は建物、人物ともに非常に緻密な描写で正確に書き込まれており、本件写真の大まかな輪郭だけでなく、細部の具体的な表現をも写し取っている。写真から絵にする過程において、[創価学会写真ピラ]事件のように表現上の特徴がすべて捨象されているとはとうてい言い得ないだろう。

また、[創価学会写真ピラ]事件においては、基となる写真がカラーだったのに対し本件ピラ絵はモノトーンであったということを、類似性を否定する方向に斟酌している。しかし本判決では本件水彩画も本件写真同様カラーであり、その上、鮮明な色彩で描いていることで、同じく鮮明な色彩表現をしている本件写真との類似性を肯定する際の一判断要素となっている。

このように、同じ「写真を基に絵を描く」という利用であっても、本判決と[創価学会写真ピラ]事件とでは、その写し取った度合いが大きく異なるのであって、こうした事情に鑑みれば類似性の判断が分かれるのも当然であると思われる。

よって、本判決では、本件水彩画のように細部における表現まで一致した場合に類似性が肯定されることが示されたにすぎない。写真を基に絵を描く行為がすべてが写真の著作権を侵害することにはならず、その意味で本件の射程は、そうした利用行為一般に及ぶものではないと解すべきであろう。

四 制作委託者に対する損害賠償請求の可否³⁵

1. 被告八坂神社の侵害主体性について

ここまで、本件水彩画の制作による原告の翻案権侵害の成否について論じてきたが、本件ではこの他にも、被告八坂神社に対する損害賠償請求が認められるかという争点もある。具体的には被告八坂神社の①侵害主体性、②過失の有無が問題となっているので、以下それぞれ考察していく。

はじめに被告八坂神社の侵害主体性であるが、民法719条の共同不法行為が成立すれば、直接の侵害主体でなくとも損害賠償請求は認められるため、その意味で本件では必ずしも侵害主体性を認定する必要はないが、争点となっているので念のため触れておこう³⁶。

本判決は、本件写真ポスターを直接制作した被告サンケイデザインのみならず、その制作を注文した被告八坂神社も、共同して侵害を行った者に当たると判断している。

その理由として裁判所は、本件ポスターは祇園祭の看板ポスターとして重要なものであること、そのような重要性からすれば、ポスターを大量印刷する前には注文主である被告八坂神社が、本件写真を掲載して制作されたポスターで良いかどうかを最終確認するのが通常であるから、本件写真を使用することを最終的に了解したのは被告八坂神社であったと認められることを挙げている。また、裁判所が挙げたこれらの事情の他にも、被告サンケイデザインの代表取締役被告Bが被告八坂神社の三若神輿会会長を兼ねていたことから、受委託者の関係性が深かったという事情や、被告八坂神社はポスターに使用する写真の選択につき「神輿を中心とした写真にすること」等業務遂行について具体的な指示があったという事情なども、被告八坂神社の侵害主体性を肯定する考慮事情になるという見方もあ

³⁵ この論点を中心に本件を分析した評釈として、森脇肇「著作権侵害を回避するために広告宣伝物の制作委託者が負うべき注意義務」知財管理58巻11号(2008年)1503頁以下がある。

³⁶ なお、民法709条、719条の伝統的理解によると、民法の不法行為に該当するということだけでは差止請求が認められないため、差止請求に関しては侵害主体性を論じる必要がある。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』(商事法務・2008年)261頁。

る³⁷。本稿の立場も、これらの事情の下では、被告八坂神社は侵害主体として認められるべきであると考え、その点について判決に賛成である。

しかし、本判決の結論に至るまでの根拠、すなわち制作委託において委託者が制作物の最終確認をしたことのみをもって侵害主体と認めてしまつては、委託者が最終確認をすることは一般的であるから、結果として委託者は常に侵害主体となつてしまうおそれがあるとして、本判決の判断手法には疑問が呈されている³⁸。

この点、本判決は被告八坂神社につき「共同して侵害行為を行ったもの」と述べるに留まっており、直接の侵害主体になるか否かについては正面からは論じていない。これは前述の通り、本件が損害賠償請求のみの事案であり、侵害主体性を論じる必要がなかったためとも思われる。いずれにせよ、本判決は、被告八坂神社が単に民法719条の共同不法行為責任を負うと認めたにすぎず、間接侵害³⁹や著作権の侵害主体論に関する一般論を打ち立てたものではないと思われる。よって、本件説示の判断手法は議論を呼び得るものではあるが、その射程はさほど広くはないものと思われる。

2. 被告八坂神社の過失について

(1) 著作権侵害における過失

著作権者は故意又は過失により著作権及び著作者人格権を侵害した者に対して損害賠償を請求することができる(民法709条)。一般に過失とは、今日では、侵害者が損害発生危険を予見し得たこと(予見可能性)を前提として課される、損害発生を回避する注意義務を怠ること(結果回避義務

³⁷ 森脇・前掲評釈1506頁。

³⁸ 森脇・前掲評釈1506頁。

³⁹ 吉田克己「著作権の『間接侵害』と差止請求」田村善之編著『新世代知的財産法政策学の創成』(有斐閣・2008年)294頁の分類によると、間接侵害の行為の類型は①管理支配型②道具提供型の2つに大きく分類でき、さらに①管理支配型は「行為支配型」と「システム支配型」に分けることができるとされている。本件をこれらの類型とあえて関係付けるとすれば、被告八坂神社が制作委託によって被告サンケイデザインを手足のように使って著作物の利用行為を行ったという意味で、「行為支配型」に位置づけることができるかもしれない。間接侵害について詳しくは、前掲・田村「著作権の間接侵害」を参照。

違反)であると解されている⁴⁰。そして、この定義を著作権侵害の場面にあてはめるのならば、著作権侵害における過失とは、他人の著作権に対する侵害の発生を認識ないし予見することが可能か、認識ないし予見すべきであるのに、著作権侵害の発生を回避する注意義務に違反することである、ということができよう。したがって、過失の認定に際しては、そうした注意義務の程度を検討することが重要になる。

過失の成否について、著作権法には特許法103条のような過失の推定規定はないので、具体的事案に応じて判断することになる⁴¹。そこで、以下ではいくつか裁判例を見ながら、過失の成否を決定する要素を紹介する。特に、問題となった著作物の制作に直接携わっていない者にはどのような場合に過失が認められるのかを検討する。

(i) 被侵害著作物の存在の認識

まず、直接制作に携わっていても間接的には著作権侵害に関わった者が、被侵害著作物の存在を認識していた場合や認識可能であった場合、権利関係の調査を怠ったことにつき過失が認められる⁴²。

例えば、東京地判平成2.4.27判時1364号95頁〔樹林〕では、美術誌を発行する被告会社は、一般に、既に公表された美術の著作物については、これを侵害して制作した作品の写真を雑誌に掲載することのないよう調査すべき義務があると判じ、原告著作物が美術誌に掲載され、原告の個展でも展示されていたという事案で過失を肯定している。

また、他に著作権者が存在する可能性があることを認識可能であったにもかかわらず、調査をしなかった場合も同様である。連載漫画につき、原作者として原告のペンネームが連載分に表示されていた事案で、原告が何らかの権利を有することは容易に知り得べきものであったとして過失を肯定

⁴⁰ 平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』(弘文堂・1992年)25頁、内田貴『民法Ⅱ 債権各論』第2版(東京大学出版会・2007年)320頁、潮見佳男『基本講義 債権各論Ⅱ 不法行為法』(新世社・2005年)27頁など。

⁴¹ 特許法と異なり著作権法に過失の推定規定がないのは、登録を権利発生要件としていないためであると説明されている。田村・前掲『著作権法概説』318頁。

⁴² 田村・前掲『著作権法概説』319頁参照。

した例がある(東京地判平成12.12.26平11(ワ)20712〔キャンディ・キャンディⅣ〕)。この他、真の著作権者から利用許諾を得よう連絡を受けたにもかかわらず、著作権の帰属に関する調査を怠った場合に過失が肯定された例(東京地判平成9.9.5判時1621号130頁〔ガウディとダリの世界展〕)や、書籍に建築家のエスキースやスケッチを掲載した行為につき、著作者の相続人の一人が当該エスキースの使用を拒否している旨の書簡を被控訴人から受け取っており、被控訴人らが本件エスキースの著作権者であると疑わせる外形的事実があったにもかかわらず、それ以上に何らの調査もせず、本件エスキースを掲載した行為について、当該書籍を出版した出版社の過失が認められている(東京高判平成13.9.18平12(ネ)4816〔建築エスキース二審〕)。

近時の事例でも、知財高判平成19.5.31判時1977号144頁〔東京アウトサイダーズ二審〕では、書籍に掲載した写真につき、写真提供者から当該写真を自由に使ってよいと言われていたことや、その者に「この写真はあなたのものか。」と尋ねたところ「そうである。」との答えを得たこと等を理由に、過失はないと主張していた出版社に対し、裁判所は、そのような事情が存したとしても、当該写真の著作権者、すなわち撮影者が誰かを確認し、書籍掲載の許諾を得る活動を全くしていないのであれば過失があると判じている。

(ii) 出版社等の注意義務

そして、このような認識ないし認識可能性がない場合でも、(大手の)出版社や放送事業者、広告、デザイン会社等、まさに著作権が直接関わる事業を営む者については、高度の注意義務が要求される場合が多い⁴³。

⁴³ 本文に掲げた裁判例の他に、出版事業者につき、東京地判昭和55.9.17無体集12巻2号456頁〔地のさざめごと一審〕、東京高判平成14.4.11平13(ネ)3677〔絶対音感二審〕など。

放送事業者につき前掲〔悪妻物語?一審〕、前掲〔同二審〕、東京地判平成15.12.19判時1847号70頁〔どこまでも行こう一審〕など。

広告・デザイン関係の事業者につき、後掲〔出る順シリーズ〕、後掲〔セキスイハイム〕、あるいは本判決における被告サンケイデザインの過失認定等を参照。

例えば、書籍のイラストが問題になった東京地判平成16.6.25平15(ワ)4779 [出る順シリーズ]では、書籍の編集・出版等を業とする被告は、美術の著作権について素人でありデザイン会社にイラスト制作を委託した以上注意義務を負わない旨反論していたが、裁判所は、書籍の編著・出版には言語の著作物だけでなく美術の著作物をも使用するのが通常であるとして、被告は注意義務を負うと判断した。この他、特に具体的事情を連ねることなく出版社の過失を簡単に認めた例(東京地判昭和53.6.21無体集10巻1号287頁[日照権]、東京地判平成14.4.15判時1792号129頁[ホテル・ジャンキーズ]等)や、資格取得講座を開講し、受験生用の教材等を発行することを業として行う会社につき、同じく特に具体的事情を掲げずに注意義務があると判じた例(東京地判平成18.11.15平18(ワ)4824 [中小企業診断士試験用予備校教材])がある。

とはいえ、出版社等であるという理由をもって常に高度の注意義務が課されるわけではない。例えば、学術書の持ち込み企画につき出版社の過失を否定した千葉地判昭和54.2.19無体集11巻1号62頁[医学部助手氏名脱漏一審]や、地方の小出版社の過失を否定した東京地判平成7.5.31判時1533号110頁[ぐうたら健康法]などがある。しかし、前者については、当該書籍がいわゆる持ち込み原稿であった上、採算性の低い学術書の出版に出版社が及び腰となることを防ぐという価値判断を認めることができるといわれており⁴⁴、後者についても被告出版社が地方の小出版社であり、侵害行為を直接行った医師が山梨県では名の知られた医師であることを相当程度勘案しているように思われる⁴⁵。この他、出版社の過失を否定した例として、被侵害著作物に接したことがあり、その上問題となった被写体の石垣について雑誌記事を書いたことがあるにもかかわらず、出版社の過失を否定した前掲[知られざる東日流日下王国二審]や、近時の事案でも東京地判平成19.1.18平18(ワ)10367 [共同執筆論文]がある。ただしこれらについても、前者は原告が専ら故意の不法行為を主張していた事案であるし、後者は、出版社の過失について原告がそもそも争っておらず、直

⁴⁴ 田村・前掲『著作権法概説』318頁。

⁴⁵ 田村・前掲『著作権法概説』318頁、大家重夫「著作権侵害、名誉毀損における出版社の責任—出版社の注意義務—」久留米大学法学32=33号合併号(1998年)236頁。

接侵害行為を行った者に対する過失を中心に争っており、出版社の過失につき裁判所が積極的に否定した事案であるとはいえないものであった。

このように、やや特殊な事案を除けば、一般論として出版社等は過失を肯定される場合が多いといえるだろう。こうした傾向に対して、裁判所が出版社等に、ほとんど結果責任主義に近い過酷な責任を課しているのではとする見方がある⁴⁶。しかし、出版社等の事業者に対し高度の注意義務を課す理由として、専門家としての注意義務を負うという点⁴⁷、侵害により多大な利益を得ている点⁴⁸、営利目的である商業出版社は利益を見込みづらい同人雑誌の発行者などに比して、ある程度までは調査に経費を投入できる点⁴⁹、あるいは原稿料や印税の計算の際に、侵害品が含まれている可能性を斟酌してリスクを分散することができる点⁵⁰などが学説で挙げられている。こうした合理的な理由が存在し、かつ上で紹介したような過失否定例も少なからずあり、裁判所が具体的に過失を判断しているのであれば、事案に応じて出版社に高度の注意義務を課すこともあながち不当とはいえないだろう⁵¹。

(iii) 委託制作における委託者の注意義務

間接的に、侵害行為に関わっている者の過失の問題として、著作物の制作を他人に委託ないし外注しているという場合がある。直接制作した者が別に存在するという点では、委託制作における委託者はこれまで見た出版社等と似た性質を有するとも考えられる。そこで次に、委託制作における委託者はどのような場合に注意義務を負うのかを見てみよう。

⁴⁶ 内藤篤『エンタテインメント契約法』(商事法務・2007年)314頁や、内藤篤「出版社の著作権侵害責任をめぐって」コピーライト422号(1996年)40頁を参照。

⁴⁷ 齊藤・前掲365頁。

⁴⁸ 田村・前掲『著作権法概説』319頁。

⁴⁹ 西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」齊藤博=牧野利秋編『知的財産関係訴訟法』(青林書院・1997年)136頁。

⁵⁰ 田村・前掲『著作権法概説』319頁。

⁵¹ 同旨、西田・前掲論文136頁。

①まず、委託者が受託者に“丸投げ”するのではなく、当該作業について具体的に指示を与えていたという事情があれば、委託者の過失を肯定する方向に斟酌される。

東京地判平成6.4.25判時1509号130頁[日本の城の基礎知識]は、被告会社が、実際原稿の執筆、図版の作成、編集の作業を他社スタッフやイラストレーターに下請けさせて行っていたという事案である。裁判所は、「被告書籍は、被告の営む通信教育講座…の教材として被告が発行するものとして被告によって企画されたものであること、実際原稿の執筆、図版の作成、編集の作業は…下請けさせて行ったものであるが、著作権は被告に帰属し、被告の名義で発行するものであることは同社との契約の前提となっていたこと、被告書籍作成の資料の一部となった…資料は被告が提供を依頼して集めたものであること、被告は…スタッフと打合せを重ねて、被告書籍を作成したものであることが認められ」、これらの事情の下では、被告会社は下請け会社に対し、他人の著作権を侵害するような方法で原稿や図版を作成することのないよう契約上これを要求し、納入された原稿、図版が他人の著作権を侵害するものでないか点検すべき義務があると判じている。

②具体的な作業は受託者の裁量にかなりの程度委ねていたという場合であっても、委託者と受託者との間に指導監督関係が認められる場合には、委託者の過失が肯定されている。

東京地判平成10.7.24判例自治184号28頁[アメリカン・ドキュメンツ写真展]では、被告都の施設である美術館で行われた写真展につき、写真展の関連書籍が問題になったという事案で、美術館の管理、運営に関する業務について、被告都は被告財団に包括的に委託していたという事情があった。被告都の過失につき、裁判所は、「(A) 本件委託契約等によると、被告財団は、右委託業務の遂行に当たっては、『年間事業執行計画書』や四半期ごとの『事業執行計画書』を被告都に提出して、事前に委託業務の執行計画を被告都に対し明らかにしなければならぬとともに、右計画の立案に際しては、必要に応じて被告都と協議して調整を行うと定められていること、(B) 被告都は、被告財団に対し、必要に応じて委託業務の状況について説明もしくは報告を求めることができ、被告都は委託業務の執行

について改善方法を指示することができる」とされていること、(C) 本件書籍のような展覧会の図録等出版物を販売しようとするときは、あらかじめ被告都と協議をして計画を立て、『有料出版物販売計画書』を被告都に提出して承諾を得なければならないと定められていること等の事実を照らすならば、被告都は、被告財団に委託している業務の範囲に含まれる本件書籍の販売に関して、被告財団を指導監督する権限があったものというべきである。」として、被告都は本件書籍の発行に当たり、事前に著作権等の法律に違反しないものであるか否かを検討する等の注意義務があると判じた。

③上①②で述べたような事情がない場合の委託者の注意義務については、裁判例が分かれている。

まず、委託者の過失を認めた例として、大阪地判平成11.7.8判時1731号116頁[パンシロントリム]がある。製薬会社が医薬品の包装箱等に使用する図柄の制作をデザイン会社に委託していたという事案で、製薬会社の、自らは単なるデザインの発注者にすぎず、デザイナーが何を参考として図柄を作成したものかは知らなかったし、著作権に関する確認の方法を持っていないとの主張に対し、裁判所は、デザイン会社が作成した図柄を大量に複製して使用するのは被告製薬会社自身なのであるから、被告もまた、自ら他人の著作権を侵害しないよう調査する注意義務を負うと判じた。そして、被告製薬会社は、デザイン会社及びデザイナーが著作権侵害の有無を調査する等の行為を行うに当たって、しかるべき注意を尽くすよう指揮・監督すべき義務があると判じている。

また、那覇地判平成20.9.24判時2042号95頁[写真で見る首里城]も、国営公園の維持管理等を目的とする財団が、問題となった写真集の編集及び制作をフォトライブラリー会社に委託していたという事案で、裁判所は特に具体的な事情を掲げずに、被告財団も写真集に掲載する写真の著作者及び著作権の帰属を確認すべき注意義務を負うと述べ、委託者である被告財団の過失を肯定している⁵²。

⁵² この事件では、問題となった写真集の企画・制作段階で、財団とフォトライブラリーの各担当者間が協議・検討を重ねたということが判決文中で認められているが、

他方、大阪地裁では相次いで2件、委託者の過失を認めない判決が出されている。

大阪地判平成17.1.17判時1913号154頁[セキスイハイム]では、建築会社である被告が、広告会社に広告誌の企画・制作を委託していたという事案で、裁判所は「被告積水らは、建築材料の製造販売や、建築工事の設計施工等を目的とする会社であり、宣伝広告の広告主となることはあっても、自ら広告を制作することを業とする会社ではない。このような会社が、少なくとも、…広告制作会社から、その顧客として、広告用写真のフィルムを借り受け、これを使用するに当たっては、その写真について別に著作権者が存在し、使用についてその許諾が得られていないことを知っているか、又は知り得べき特別の事情がある場合はともかく、その写真の使用に当たって別途著作権者の許諾が必要であれば、貸出し元の広告制作会社からその旨指摘されるであろうことを信頼することが許され、逐一、広告制作会社に対し、その写真の使用のために別途第三者の許諾が必要か否かを調査確認するまでの注意義務を負うものではない」「広告制作会社から、その顧客として、広告用写真のフィルムを借り受け、これを使用するに当たっては、その広告制作会社から、別途著作権者の許諾が必要であると指摘されない限り、その写真の著作権が既に消滅しているか、その広告制作会社が著作権を取得しているか、著作権者から使用の許諾を受けているかはともかく、その写真を使用することが他者の著作権を侵害するものではないものと考えて、その写真を使用したとしても、注意義務に違反するものとはいえない」と判じた。

また、大阪地判平成17.12.8平17(ワ)1311[旅行パンフレット]も、前掲[セキスイハイム]事件と同様の理由で委託者の注意義務を否定している。裁判所は「被告ドトールは、コーヒーの焙煎加工及び販売その他を目的とする株式会社であり、宣伝広告の広告主となることはあっても、自ら広告を制作することを業とする会社ではない。このような会社が、少なくとも、

どの程度財団側が具体的に指示をしたのかといったことは不明である。財団が企画・制作段階で深く関わっていたのであれば、前掲[日本の城の基礎知識]事件と同じ文脈で捉えるべきなのかもしれないが、少なくともこうした協議・検討があったという事情は過失の判断中で考慮されていないため、ここに分類した。

顧客として、パンフレット製作会社にパンフレットの製作を依頼して、完成したパンフレットの納入を受けてこれを頒布するにあたっては、そのパンフレットに使用された写真について、別に著作権者が存在し、使用についてその許諾が得られていないことを知っているか、又は知り得べき特別の事情がある場合はともかく、その写真の使用に当たって別途著作権者の許諾が必要であれば、パンフレット製作会社からその旨指摘されるであろうことを信頼することが許され、逐一、その写真の使用のために別途第三者の許諾が必要か否かをパンフレット製作会社に対して確認し、あるいは、自らこれを調査するまでの注意義務を負うものではないと解すべきである。なぜならば、一般に、パンフレット製作会社がパンフレットの製作にあたって使用した写真が、誰の撮影に係るものであるか、顧客には直ちに知り得ないものであり、その著作権についても、当該撮影者が有していたり、第三者に譲渡されていたり、あるいは既に消滅していたりと、様々な状況があり得るのであって、これも顧客には直ちに知り得ないものであるからである。したがって、特段の事情のない限り、顧客としては、パンフレットに使用される写真の著作権については、パンフレット製作会社において適切な対応がされていると信じ、その写真を使用することが他者の著作権を侵害するものではないものと考えたとしても、注意義務に違反するものとはいえない」との一般論を述べ、本件については特段の事情が認められないとして、委託者である被告の注意義務を認めなかった。

(iv)小括

さて、これまでの裁判例を俯瞰してみると、間接的に侵害に関わった者の注意義務に関し一般論として以下の傾向が認められるようである。

まず、被侵害著作物が存在していることや他に著作権者が存在していることが認識可能であった場合、注意義務が認められる。次に、そのような事情がない場合でも、出版社等には通常に比して高度の注意義務が課されることが多い。そして、出版社と作家という関係ではなく、委託者と受託者という関係であっても、作業に具体的指示がなされている場合や、両者に指導監督関係が存在したような場合には、受託者のみならず委託者にも注意義務が課されることがある。そして、上記のような事情がない場合の委託者の注意義務については、裁判例が分かれている状況である。

(2) 本件の検討

本件では、委託者たる被告八坂神社につき、重要文化財、著作物その他文化的所産を取り扱う立場にある者であって、著作権に関する知識を有するものであることを理由に高度の注意義務を負う旨説いている。この点については『『文化的所産を取り扱う』者であれば、常に高度の注意義務を負担するということになる上、相当規模の企業なら広告宣伝活動はもちろん著作権を含む知的財産管理も行っているであろうから、本判決のように特段その程度に触れることなく『著作権に関する知識を有する』という点を強調されれば、一般企業も常に高度の注意義務を負担すべきとの結論ともなりかねない』⁵³との危惧感が示されている。

確かに、この一般論だけでは、あたかも単に文化的所産を取り扱う者にまで、上で述べたような出版社や放送事業者と同程度の、高度の注意義務を負わせることになるとも読める。

しかし、本件では、原告は本件写真撮影時に被告八坂神社から撮影許可を取得していたこと、原告が被告八坂神社に原告写真集「京乃七月」を無料で配布していた等の事実があり、これらのことから被告八坂神社自身が原告と具体的に面識があったものと思われる。そして何より、この原告写真集「京乃七月」には本件写真が表紙に大きく掲載されており、そうである以上、被告八坂神社は本件ポスターが作成される前に本件写真に接していたのではないだろうか。それに加えて、本件水彩画ポスターにかかる権利侵害に限っての事情ではあるが、被告八坂神社は平成16年7月末ころには原告から本件写真ポスターの制作につき直接電話で抗議を受けており、遅くとも本件水彩画ポスターを制作するという時点においては、被侵害著作物の存在は確実に認識できたはずである。これらの事情から、被侵害著作物の存在は認識すべき事案であったということができよう。

⁵³ 森脇・前掲評釈1508頁。高度な注意義務を負うのは自らが営む事業そのものが著作権と密接に係る場合に限るべきで、著作関係物品を管理するとどまる者が「プロ」に制作委託する場合には、「プロ」に対して事細かに確認するなど積極的に侵害調査を自らおこなうほどの注意義務を負うべきではないと述べている。本件については、被告八坂神社の過失を肯定する結論には賛成であるが、「一般論として」高度の注意義務を負わせる点については賛同できないとしている。

また、被告八坂神社はポスターの写真の具体的選択に関し、被告サンケイデザインに対し神輿を中心とすること等の注文をしており、少なくとも完全な「丸投げ」の状態ではなかったことが窺える。

さらに、判決文によると、被告八坂神社は自身のホームページ上で掲載している写真の利用に際しては許可申請を受け付けるものとしていた、という事情が認められている。その他、第三者に撮影許可を与える際には著作権を損なわないよう留意する旨の注意を撮影条件に入れていた事など、単に文化的所産を保有するのみならず、その権利関係についても注意を払っていたという事情があり、著作権に関する知識は相当程度有していたと思われる。

このような本件の個別事情を踏まえれば、被告サンケイデザインの代表である被告Bに「心配はありませんか。」と念を押していたという程度では、被告八坂神社が注意義務を尽くしたとはいえないだろう⁵⁴。よって、被告八坂神社の過失を肯定した本判決の結論には賛成できる。

(3) 本判決の位置づけ

最後に、本判決は過失に関する裁判例の中でどう位置づける事ができるだろうか。

このような裁判例の傾向については、前掲〔セキスイハイム〕や前掲〔旅行パンフレット〕のような判決も一応あるが、全体としては広告・デザインの発注者について厳格に責任を認める傾向が固まりつつあると見られている⁵⁵。当然、今後の裁判例の蓄積を待たなければ断定することはできないが、委託者に厳格な注意義務を負わせる傾向が、本判決を含む最近の裁判例(前掲〔パンシロントリム〕[写真で見る首里城]等)によって形成されていく可能性はある。この点については今後の趨勢を注意深く見守る必要があるだろう。

⁵⁴ 同旨、森脇・前掲評釈1508頁。

⁵⁵ 小泉直樹「著作権侵害回避の注意義務と過失」コピライト49巻580号(2009年)9～10頁。