HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	スナップ肖像写真の著作物性と自由利用の可否 ： 東京アウトサイダーズ事件
Author(s)	高瀬, 亜富
Citation	知的財産法政策学研究, 32, 285-316
Issue Date	2010-12
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/45714
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ32_008.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

スナップ肖像写真の著作物性と自由利用の可否
－東京アウトサイダーズ事件－

知財高判平成19年５月31日平成19年（ネ）第10003号[1]
原審：東京地判平成18年12月21日平成18年（ワ）第5007号[2]

高　瀬　亜　富

第１　事案

１　原告は、日本国籍を有し、アメリカ合衆国に居住する者である。

原告は、1970年（昭和45年）８月ころ、当時暮らしていたマレーシア国ジョホールバルの自宅で、庭を背景に、当時の夫Ａが、当時乳児であった長男を抱いている姿を写真撮影した（以下、これにより得られた写真を「本件写真」という。）。本件写真のネガは、原告が所持している。

２　被告Y_1は、『東京アウトサイダーズ』と題する書籍（単行本（以下、「本件書籍１」という。）及び文庫本（以下、「本件書籍２」という。）が発行されている。以下、両書籍を包括して「本件書籍」という。）を執筆した者である。

被告Y_2は、本件書籍を発行した株式会社である。

３　本件書籍１の口絵１頁の左上部及び本件書籍２の口絵３頁の左中部には、本件写真のうちＡの上半身部分のみが、Ａの風貌を紹介する目的でそれぞれ掲載されている。

---

[1] 判時1977号144頁。判例評釈として、桑野雄一郎「判批」コピライト557号28頁（2007年）、斉藤博「判批」私法判例リマークス37号68頁（2008年）、井関涼子「判批」知財管理58巻６号757頁（2008年）がある。

[2] 判時1977号153頁

本件書籍は、Aを含む外国人の日本における活動を評伝風に描いたノンフィクションであり、本件書籍2の裏表紙には、「一攫千金を夢見るアウトサイダーたちが世界中から集まる街・東京。天才詐欺師、…政治家を手玉にとるロビイスト、世界各国の諜報部員…夜の東京に暗躍するアウトローたちに、日本のヤミ社会はビッグ・チャンスと失望を与えてきた。」などと記載されている。また、口絵に掲載された本件写真には、「元CIAのAは…」との一文が添えられている。

4　原告は、本件写真が本件書籍において無断で使用されたことにより、原告の著作権（著作財産権（複製権）及び著作者人格権（公表権、氏名表示権、同一性保持権））が侵害されたとして、被告Y_1及びY_2に対して不法行為に基づく損害賠償金110万円の支払いを、被告Y_2に対して本件書籍の印刷、頒布の差止め及び在庫の廃棄を求めて提訴した。

5　原審（東京地判平成18年12月21日判時1977号153頁）は、以下のとおり判示して、被告Y_2に対し、本件書籍を印刷、頒布することの差止め及び本件書籍のうち本件写真を掲載した部分の廃棄を命ずるとともに、被告両名に対して、原告に対し連帯して金45万円を支払うよう命じた[3]。

(1) 本件写真の著作物性

「原告は、本件写真を撮影した者である。写真を撮影する場合には、家族の写真であっても、被写体の構図やシャッターチャンスの捉え方において撮影者の創作性を認めることができ、著作物性を有するものというべきである。本件写真は、父子の姿を捉えたその構図やシャッターチャンスにおいて、創作性が認められ、その著作物性を肯定することができ、撮影者である原告がその著作権を取得する。」

(2) 著作権の帰属について

「被告らが主張するように、被告Y_1が、Aの親友であった訴外亡Bから、本件書籍の出版のためにAの肖像が撮影されている写真を正当に入手したとしても、このことは、本件写真の複製物を訴外亡Bが所有していたことを示すだけであり、原告が本件写真の著作権をAに譲渡したことを意味することにはならない。また、被告らは、スナップ写真のように『薄い著作権（thin copyright）』しか認められない写真については、被写体であり、かつ、現像された写真現物を所持していたAに著作権が承継されていたと考えるのが自然であると主張する。しかし、原告が本件写真のネガを所持していること（証拠略）からすれば、原告は、本件写真の複製を行い得る立場にあったのであるから、写真の複製物の所有権をAないしは訴外亡Bに譲渡したとはいえても、写真の著作権自体を譲渡したことを認めることはできないというべきである。」

(3) 写真の著作物性がある部分の利用について

「本件書籍における上記のような利用は、本件写真のうち、Aの顔と上半身が撮影されている部分を、その背景の一部も含めて、その風貌を示すために書籍に複製利用しているのであって、写真の著作物として利用していることにほかならない。…本件書籍の口絵に掲載されている写真が本件写真であることは、被写体の構図やその背景から明らかであるから、本件写真の撮影に際してなされた被写体の構図等の創意工夫は、一部とはいえそのまま本件書籍に再現されているのである。したがって、被告らが、創作的表現である本件写真をその一部において複製使用しているのは明らかであ」る。

(4) 過失について

「出版活動に携わる被告らとしては、取材に応じた者から写真の提供があったとしても、その者がその写真のネガなどを管理しており、その写真を撮影したことを窺わせる事情がない限り、写真の撮影者が別にいて、著作権を有しているという事態を容易に想定し得るところである。被告らは、単に訴外Bから本件写真の使用許可を得ている旨の主張をしているだけであり[4]、かかる主張を前提としても著作権者に対する確認作業は何ら行われていないのであるから、写真使用時に問題となり得る著作権処理について十分な措置を講じたとは言い難く、著作権侵害につき過失があるものといわざるを得ない。」

6　これを不服とする被告らは、原判決の取消しなどを求めて控訴を提起

[3] 著作者人格権に関しては、公表権、氏名表示権、同一性保持権侵害が成立することを前提に慰謝料額が算定されているのみで、特に争点として論じられているわけではない。

[4] 被告らは、本件写真は、被告Y_1がAの親友であった訴外Bから正当に入手したものであり、かつ、入手にあたって訴外Bから使用許可を得た旨の主張をしている。

（平成19年（ネ）第10003号）。これに応じ、原告も附帯控訴を提起した（平成19年（ネ）第10011号）。

第２　判旨

控訴（平成19年（ネ）第10003号）を棄却するとともに、附帯控訴（平成19年（ネ）第10011号）に基づき原判決一部変更（損害賠償額を85万円に増額）。

１　著作権の帰属について

「一審被告ら…は、一般人が日常生活のなかで特段の芸術的配慮なく人物を撮影するスナップ肖像写真の著作権は、肖像本人に譲渡されていると理解すべきであると主張する。しかし、そのように解すべき法的根拠はなく、上記主張は、独自の見解であるというほかないから、採用することができない。」

２　写真の著作物性がある部分の利用について

「本件書籍には、本件写真のうちＡの上半身部分が、そのまま掲載されているから、本件書籍には、本件写真の著作物性がある部分（シャッターチャンスの捉え方等）が再現されていることは明らかである。

一審被告ら…は、本件写真は本件書籍にＡの風貌を読者に伝える目的で掲載されていること、本件書籍における本件写真の掲載の大きさは、本件書籍１においては縦4.7センチメートル、横3.5センチメートル、本件書籍２においては縦5.3センチメートル、横４センチメートルであること、本件写真のうちＡの風貌がわかる部分のみを切り取って掲載していること、本件書籍における本件写真の掲載は、口絵の１頁の一部への掲載であることを主張するが、そのような事実は、本件書籍に、本件写真の著作物性がある部分が再現されている旨の上記判断を何ら左右するものではない。」

３　適法引用について

「著作権法32条１項は、『公表された著作物は、引用して利用することができる。』と規定しているところ、本件写真が公表されたものであることについての主張立証はないから、本件写真は『公表された著作物』であるとは認められない。したがって、著作権法32条１項の適用により本件写真の本件書籍への掲載が適法となることはない。

一審被告ら…は、本件写真が公表されたものでなくても、本件写真は少なくとも著作者の手元にのみにあったものではなく、Ａの活動を描いたノンフィクションにおいて本件写真を利用する必要性の高さに照らせば、著作権法32条１項が類推適用されると主張するが、本件書籍がＡの活動を描いたノンフィクションであるからといって、本件写真を利用する必要性が高いということはできないし、仮に、本件写真が著作者の手元にのみあったものではなくＡの活動を描いたノンフィクションにおいて本件写真を利用する必要性があるからといって、著作権法32条１項を類推適用すべきであるということにはならない。したがって、著作権法32条１項の類推適用により本件写真の本件書籍への掲載が適法となることもない。」

４　著作者人格権について

(1) 氏名表示権侵害について

「一審被告ら…は、本件写真は、プロのカメラマンではなく、しかもアマチュアカメラマンとして活動しているとも思われない一審原告が日常生活のなかで特段の芸術的配慮なく撮影したスナップ肖像写真であるから、一審原告が著作物の創作者であることを主張する利益はない旨主張する。しかし、一審原告が、プロのカメラマンやアマチュアカメラマンではなく、本件写真が日常生活のなかで撮影されたスナップ肖像写真であるからといって、氏名表示の利益がなくなるものではない。」

(2) 同一性保持権侵害について

「一審被告ら…は、本件書籍に本件写真の一部のみを掲載したことは、著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認められる改変に当たると主張する。

しかし、一般人が日常生活のなかで撮影したスナップ写真であるからといって、改変されてもやむを得ないということができないことは明らかである。また、本件書籍がＡの活動を描いたノンフィクションであるからといって、本件写真を利用する必要性が高いということはできないから、本件書籍に本件写真の一部のみを利用する必然性があったということもできない。本件書籍に本件写真の一部のみを掲載したことは、著作物の性質

並びにその利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認められる改変には当たらず、一審原告が本件写真について有する同一性保持権を侵害するものというべきである。」

５　過失について

「一審被告ら…は、一審被告Y_1は、Ｂから、本件写真を自由に使ってよいと言われており、同人に『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、一審被告Y_1は、Ｂに対して、本件写真の使用料についても尋ねたが、同人は不要であると答えたこと、Ｂは、長年にわたり、雑誌『東京ウィークエンダー』の編集長を務めた出版関係者であったことから、一審被告Y_1には過失がない旨主張し、乙６（一審被告Y_1の陳述書）には、その旨の記載がある。…しかし、仮に、一審被告ら…が主張する上記事実が存したとしても、一審被告らは、本件写真の著作権者が誰であるかを確認し、その者から本件書籍への掲載について許諾を得る活動を全くしていないのであるから、過失があるというべきである。」

「一審被告ら…は、本件のような場合、あえて撮影者は誰であるかを詮索しないのが通常であると主張する。しかし、出版物に写真を使用する際に著作権処理をすることなくこれを使用することは考え難いところである。そして、撮影者が誰であるかが分からなければ、著作権者は判明せず、著作権処理をすることは困難であると考えられるから、本件のような場合に撮影者は誰であるかを詮索しないのが通常であるとは認められない。

また、一審被告ら…は、本件のような場合、撮影者を捜索して著作権処理をしなければ書籍等に掲載できないとすれば、自由かつ円滑な出版活動に大きな支障が生じ、自由闊達であるべき出版活動が委縮してしまうことになるとも主張する。しかし、そもそも、出版物に写真を使用する際に著作権処理をすることは、出版物の著作者及び出版社にとって当然になすべき義務であるから、それをせずに大きな支障が生ずるとか、出版活動が委縮してしまうなどとする主張が失当であることは明らかである。」

第３　検討

１　はじめに

本件は、素人が日常生活の中で何気なく家族を撮影したスナップ肖像写真の利用について、著作権及び著作者人格権の侵害が認められた事案である。本件の争点は多岐にわたるが、本判決の個々の争点に対する判断それ自体は、従前の裁判例や学説に照らして特段目新しいものではない。しかしながら、本件において著作権及び著作者人格権の侵害が肯定されたことの意義は小さくはないように思われる。本件写真のようなスナップ肖像写真については、①自らの手により撮影することが困難であること、②過去に撮影された写真のほとんどは代替性がないこと[5]、③撮影者を探知することが必ずしも容易ではないことといった特殊性があり、撮影者の許諾がない限りこれを適法に利用することができないというのは、現実的ではないようにも思われるからである。

本判決の射程が徒に広く解される場合には、肖像写真の自由利用が不当に妨げられることにもなりかねない。本判決の意義・射程を明確にしておくことには一定の意義があるように思われる。

以下、本判決を検討していく。

２　写真の著作物性・保護範囲について[6]

(1) 関連裁判例など

ア　写真の著作物性について

本件では、素人が生活の一コマで何気なく撮影した（であろう）スナップ肖像写真の著作物性が争われた。著作権法２条１項１号の要件を充たす写真が著作権法上の著作物としての保護を受け得ることは疑いようのないところであるが（法10条１項８号、ベルヌ条約２条１項）、写真につい

[5] かかる肖像写真の特殊性①及び②を指摘する文献として、井関・前掲注(1)764頁。

[6] 著作物性について詳しくは、上野達弘「著作物性 (1) 総論」法教319号160頁 (2007年)、同「著作物性 (2) 各論 (1)」法教323号156頁 (2007年)、田村善之『著作権法概説』(有斐閣、第２版、2001年) ９頁以下、島並良=上野達弘=横山久芳『著作権法入門』(有斐閣、2009年) 14頁以下等を参照。

ては、その創作過程において、カメラという機械が重要な役割を果たすため、人間による創作性が発揮される場面が少ないとも言い得る[7]。そのためか、写真についての著作権侵害の成否が問題となった事案においては、当該写真の著作物性が争われることが多い。もっとも、学説・裁判例ともに広く写真の著作物性を肯定する立場が一般的であり[8]、写真の著作物性が否定されることは稀である。以下、写真の著作物性が争点となった裁判例を概観していく。

当然のことながら、写真の撮影者がプロか否かという点は、著作物性の判断には影響を与えない。職業写真家が撮影したタレントのプロマイド写真について著作物性が肯定されているのはもちろん（東京地判昭和62年７月10日判時1248号120頁［真田広之プロマイド］[9]）、素人が撮影した紀伊半島熊野地方の石垣写真についても、主題の決定や被写体・構図等の選択について撮影者の学問的観点からの個性が現れているなどとして、著作物性が認められている（青森地判平成７年２月21日知裁集27巻１号１頁［知られざる東日流日下王国第一審］[10]）。本判決以降の事例では、素人が八坂神社の祇園祭の様子を撮影した写真について、著作物性が認められている（東京地判平成20年３月13日判時2033号102頁［祇園祭写真集］[11]）。

[7] 山本桂一『著作権法』（有斐閣、1971年）246頁は、「写真撮影は、自然科学的技術に関するもので、一般の著作の場合に比し、精神的操作の余地が少ないとされる」と説明している。

[8] 写真の著作物性を広く認める学説として、中山信弘『著作権法概説』（有斐閣、2007年）92頁、田村・前掲注(6)95頁、加戸守行『著作権法逐条講義』（著作権情報センター、五訂新版、2006年）123頁、作花文雄『詳解著作権法』（ぎょうせい、第４版、2010年）102頁など。本判決以前に、スナップ写真にも著作物性が認められ得ることを指摘していた文献として、田村・前掲注(6)96頁。

[9] 三浦正広=半田正夫「判批」別冊ジュリスト128号56頁（1994年）

[10] 控訴審判決である仙台高判平成９年１月30日知裁集29巻１号89頁［知られざる東日流日下王国控訴審］も「本件各写真の撮影に当り、本件石垣の状況が理解しやすいよう、周囲の草木を取除いたり、また、撮影の位置、角度等に配慮し、望遠レンズや広角レンズを利用するなどしたりするなどの工夫を重ねて撮影を行った」と認定し、原審と同様、石垣写真の著作物性を肯定している。

[11] 比良友佳理「判批」知的財産法政策学研究25号117頁（2009年）、森脇肇「判批」知財管理58巻11号1503頁（2008年）

また、芸術写真か商業写真かという点も、著作物性の判断には影響を与えない。たとえば、知財高判平成18年３月29日判タ1234号295頁［スメルゲット控訴審］[12]では、シックハウス症候群対策商品の宣伝広告用写真についての著作物性が肯定されている。その他、実用的な商業写真についての著作物性が肯定された例として、大阪地判平成７年３月28日知裁集27巻１号210頁［カーテン用副資材商品カタログ］[13]、大阪地判平成15年10月30日判時1861号110頁［グルニエ・ダイン］[14]などがある。

結局のところ、写真に著作物性が認められるか否かは、法２条１項１号の要件を充たすか否かのあてはめの問題に帰着するのであるが、構図、シャッターチャンスを捉えて撮影を行えば著作物性が認められることを判示した東京地判平成11年３月26日判時1694号142頁［Dolphin Blue］[15]や、被写体を忠実に機械的に再製することを目的として撮影されたもの以外の写真については、原則として著作物性を肯定するべきであると説く津地判平成６年１月31日平成４年(ワ)第117号［津医療生活協同組合写真］などから明らかなように、裁判例は写真の著作物性を極めて広く認める立場であるといえる。

もっとも、このような裁判例の立場を前提としても、単にカメラの機械

[12] 三浦正広「判批」コピライト46巻43頁（2006年）、設樂隆一「判批」著作権判例百選〈第４版〉28頁（2009年）

[13] 茶園成樹「判批」著作権研究25号209頁（1999年）、蘆立順美「判批」別冊ジュリスト157号72頁（2001年）

[14] 岡邦俊「判批」JCAジャーナル52巻１号50頁（2005年）、日向野弘毅「判批」判時1879号189頁（2005年）、富岡英次「判批」判例タイムズ臨時増刊1184号180頁（2005年）

[15] 同判決は、「本件写真は原告が自然の中に生息している野性のイルカを被写体として撮影した写真であること、原告は、本件写真を撮影するに当たり、自らの撮影意図に応じて構図を決め、シャッターチャンスを捉えて撮影を行ったこと」に着目し、当該事案で著作物性が争われた写真についての著作物性を肯定している（判例評釈として、本橋光一郎「判批」別冊ジュリスト157号44頁(2001年)）。なお、学説上、構図を決めてシャッターを切った結果でき上がった写真であれば著作物性を肯定すべきと説くものとして、田村・前掲注(6)94頁。

的作用によって表現される証明書用の写真や（傍論としてかかる写真には著作物性が認められないことを示唆する裁判例として、前掲東京地判［真田広之プロマイド］）、平面もしくは平面に近い被写体をそのまま忠実に撮影した場合（東京地判平成10年11月30日知裁集30巻４号956頁［版画事典］[16]）については、当該写真の撮影につき何ら創作的な表現はなされていないから、著作物性は否定されることになる[17]。

イ　写真著作物の保護範囲

このように、裁判例は写真の著作物性を極めて広く認める立場であるが、このことは、他方で、第三者の行動の自由を広く制約する可能性を孕むものといえる。そこで、裁判例は、創作性の程度に応じて写真著作物の保護範囲を柔軟に解釈することにより、著作権者の保護と利用の自由とのバランスをとっている[18][19]。この理を端的に判示する裁判例として、前掲知財高判［スメルゲット控訴審］を挙げることができる。事案は、シックハウス症候群対策商品の宣伝広告写真をデッドコピーして利用した行為について、著作権侵害の成否が争われたというものである。裁判所は、抽象論

[16] 相澤英孝「判批」別冊ジュリスト157号42頁（2001年）

[17] その他、著作物性が否定された例として、前掲知財高判［スメルゲット控訴審］の原審である横浜地判平成17年５月17日平成16年（ワ）第2788号［スメルゲット第一審］がある。また、学説上、著作物性が認められないと指摘されているものとして、固定式監視カメラで撮影した写真（中山・前掲注(8)91頁）や、プリクラ（斉藤博『著作権法』（有斐閣、第３版、2007年）95頁）がある。さらに、著作物性が認められるか否かの境界線上にあると指摘されているものとしては、顕微鏡写真や航空写真がある（中山・前掲注(8)92頁）。

[18] 創作性との相関関係において保護範囲を定めるという裁判例の傾向は、写真著作物に限られるものではない。たとえば、インターネット上の掲示板に書き込まれた文章についての著作権侵害の成否が問題となった東京高判平成14年10月29日平成14年（ネ）第2887号、同4580号［ホテルジャンキーズ控訴審］は、「著作物性の判断に当たっては、これを広く認めたうえで、表現者以外の者の行為に対する評価において、表現内容に応じて著作権法上の保護を受け得るか否かを判断する手法をとることが、できる限り恣意を廃し、判断の客観性を保つという観点から妥当である」と判示している。

[19] 学説上、保護範囲との相関関係において写真著作物の著作物性について論じるものとして、田村・前掲注(6)95-96頁。

として、写真著作物の保護範囲等は当該写真の創作性の高低に依存するものであり、創作性が微少な写真についてはデッドコピーのような場合にのみ複製権侵害を肯定するべきであると判示したうえで、当該事案で問題となった写真につき、創作性の程度は極めて低いものであるとしながらも、被告による利用態様がデッドコピーであったことを重視して、著作権侵害の成立を認めている。

【スメルゲット事件控訴審において著作物性が肯定された写真】

〈http://smellget.trialmall.com/ranali-log/ より〉

それでは、本件のような肖像写真の保護はいかなる範囲に及ぶのであろうか。この点については、東京高判平成16年11月29日平成15年（ネ）第1464号［創価学会写真ビラ控訴審］が参考になる。事案は、肖像写真の被写体たる人物の上半身部分のみを切り取り、ビラに掲載して利用した行為について、著作権侵害の成否が争われたというものである。裁判所は、肖像写真の複製権侵害の成否を判断するにあたっては、人物を表現した部分に重きを置いて検討することが許されるとしたうえで、被告の利用行為によって、撮影者が照明や光量、絞りなどを工夫することにより表現した被写体の顔の陰影、人物が着用しているローブの状態が再現されているなどとし、複製権侵害を肯定している

この事案における被告の行為は、被写体たる人物の上半身部分のみを切り取って利用したというものであったため、被侵害著作物たる肖像写真の「構図」が再現されているとは言い難いものであった。この点で本件と類似するが、他方で、この事案においては、被告の利用行為により、撮影者が照明や光量、絞りなどを工夫することにより表現した被写体の顔の陰影、人物が着用しているローブの状態等が再現されていた。この点では、後述

するとおり、単にシャッターチャンスの捉え方が再現されているとして著作権侵害が肯定された本件とは異なる。

以上のほか、写真著作物をめぐっては、被写体に関する選択・工夫が写真著作物としての保護範囲に含まれるかという点が重要な論点となっている。これを肯定する裁判例・学説も見られるが[20]、被写体に関する選択・工夫は、写真著作物との関係ではアイディアの域を出るものではなく、別途被写体それ自体についての著作物性の問題として処理すべきであるとする裁判例・学説も有力である[21]。

(2) 本判決

本件原判決は、「本件写真は、父子の姿を捉えたその構図やシャッターチャンスにおいて、創作性が認められ」るとして、素人である原告が撮影した本件写真についての著作物性を肯定している。スナップ写真についても著作物性が認められ得ることは本件以前にすでに指摘されていたところではあるが[22]、同判決は、素人が日常生活の中で何気なく撮影したスナップ写真であっても、構図やシャッターチャンスの捉え方に創作性が認められ得ることを確認した点で意義を有する[23]。本件写真は、これまでに著作物性が問題になった写真の中でも最も創作性の程度が低い部類に属するものと思われ、注目される。

次いで、本判決は、本件写真のうち被写体たる人物Ａの上半身部分のみを切り取って利用した被告の行為について、「Ａの上半身部分が、そのまま掲載されているから、本件書籍には、本件写真の著作物性がある部分（シャッターチャンスの捉え方等）が再現されている」として、被告らの利用

[20] 裁判例として、東京高判平成13年６月21日判時1765号96頁［シルエット in 北海道控訴審］など。学説として、小泉直樹「二次的著作物について」コピライト494号21頁（2002年）、加戸・前掲注(8)122頁、作花・前掲注(8)102頁など。

[21] 裁判例として、大阪地判平成７年３月28日知裁集27巻１号210頁［カーテン用副資材商品カタログ］、大阪地判平成９年３月13日平成７年(ワ)第6803号［フライパン写真］、東京地判平成11年12月15日判時1699号145頁［シルエット in 北海道第一審］などがある。学説としては、中山・前掲注(8)95頁、田村・前掲注(6)96頁、茶園・前掲注(13)216頁などがある。

[22] 田村・前掲注(6)96頁

[23] 判時1977号145頁無記名コメント参照。

行為により本件写真の創作性ある部分が再現されていることを認めた。先に述べたとおり、本判決（が前提とする原判決）が本件写真についての著作物性を肯定する際に着目した要素は、「構図」及び「シャッターチャンス」であるが、本件では、本件写真のうち被写体たる人物Ａの上半身部分のみが利用されており、被告の利用行為により本件写真の「構図」が再現されているものとは言い難い[24]。本判決は、被写体たる人物についてのシャッターチャンスの捉え方が再現されていること（のみ）を根拠として、複製権侵害を肯定したものと位置づけることが可能である。

肖像写真が利用される場合には、少なくとも、肖像部分を含む形でデッドコピーされることが多いものと思われるが、本判決は、かかるスナップ肖像写真の利用については、著作物性や保護範囲の次元で侵害が否定されることは極めて稀であるということを示すものといえる。

３　著作権譲渡の抗弁、引用の抗弁について

(1) はじめに

以上のとおり、本判決は、本件写真についての著作物性を肯定し、被告らの利用行為がその保護範囲内のものであることを認めた。そのうえで、被告らの著作権譲渡の抗弁、引用の抗弁などを退け、著作権侵害の成立を認めている。先に見たとおり、スナップ肖像写真については、著作物性や保護範囲の次元で侵害が否定されることは極めて稀であるので、その自由利用のためにいかなる抗弁があり得るかという点は極めて重要である。

以下、本件における著作権譲渡の抗弁及び引用の抗弁について検討していく。

[24] 桑野・前掲注(1)37頁は、「本件書籍に掲載されている写真を見る限り、Ａの顔と上半身が撮影されている部分をその背景と共にトリミングしているため、本件写真における構図の特徴を感得することはまず不可能である。…構図は作品全体のバランスから成り立っているものであるから、その一部をトリミングした場合に構図が再現されていると評価するのは背理だと思われる。」とする。たしかに、本件書籍１掲載の本件写真を見る限り、被告の利用行為により本件写真の構図が再現されているとは言い難いように思われる。

(2) 著作権譲渡の抗弁について

ア　肖像写真の著作権の帰属について

肖像写真の著作権の帰属に関しては、旧著作権法25条が、「他人ノ嘱託ニ依リ著作シタル写真肖像ノ著作権ハ其ノ嘱託者ニ属ス」と規定していた[25]。本件写真は旧著作権法下で撮影されたものであるため、同条の適用があれば、本件写真の著作権は肖像本人であるAに帰属するところであるが[26]、原判決は、本件写真の撮影がAの嘱託に基づくものと認めるに足りる証拠はないとして、同条の適用を否定している。

そうすると、肖像本人といえども、原則として、撮影者の承諾を得ない限り自身の肖像写真を利用できないということになる。これは、旧著作権法25条のような規定をもたない現行法下で撮影された肖像写真については、肖像本人による利用の際、常に生じ得る問題である。

イ　本件における著作権譲渡の主張について

本件被告らは、これでは肖像写真の利用に不都合であるとし、本件写真のようなスナップ肖像写真は、たとえ著作物であるとしても薄い著作権（thin copyright）しか認められず、その著作権は肖像本人に譲渡されていると理解すべきであると主張して争った。

たしかに、本件写真のようなスナップ肖像写真は、特段の芸術的配慮なく撮影されることが多いものと思われ、その創作性の程度は低く、撮影者の写真著作物に対する思い入れも必ずしも強くはないことが多いと思われる。かかるスナップ肖像写真については、事案に応じて、肖像本人に対する黙示の著作権譲渡を認定すべき場合もあろう。たとえば、旅行先で見知らぬ観光客に自らを被写体とする写真撮影を依頼するというようなケースでは、事後的な著作権処理は事実上不可能に近く、撮影時における著作権譲渡を認定する必要性が極めて高い一方、撮影者は、自らが撮影したスナップ肖像写真について何の思い入れもなく、肖像本人への著作権譲渡を認定しても何ら撮影者の期待を害しないのが通常であると思われる。むしろ、自らが撮影したスナップ肖像写真のデータあるいはネガ・フィルムが内蔵されているカメラを、撮影終了後に何の留保もなく肖像本人に返還しているという場合であれば、撮影者は、肖像本人に対し、当該写真著作物に関する著作権譲渡の積極的な意思を有していたと解することも十分可能である[27]。

しかしながら、スナップ肖像写真について常にこのような処理が可能かというと、事はそう簡単ではないように思われる。撮影時において肖像本人と撮影者が親密な関係にある場合等、撮影者が自ら当該写真を管理していくという意思のもとにスナップ肖像写真の撮影がなされることも十分あり得るからである。本件は、まさにそのような事案だったのではないだろうか。すなわち、本件は、家族同士で写真撮影が行われたという事案であり、撮影者である原告は、本件写真の撮影時、自ら撮影した本件写真を自己の管理下に置き、折に触れて本件写真を見て撮影当時を懐かしみたいという意思を有していたはずである。著作権譲渡の手掛かりとなり得る本件写真のネガも、撮影者である原告が管理していた。かかる事実関係の下では、本件写真の創作性が低いということのみを理由に、肖像本人に対する著作権譲渡を認めることは困難なように思われる。

このように、本件の事実関係に即して検討してみると、被告らの著作権譲渡の主張が退けられたのはやむを得ないものといえる。しかしながら、被告らが提起した肖像写真の著作権の帰属に関する問題及びその解決の方向性は、極めて示唆に富むものであり、事案によっては被告らが主張するような黙示の著作権譲渡を認定することも必要であると思われる。

いずれにせよ、本判決は、スナップ肖像写真についての黙示の著作権譲

[25] 小林尋次『現行著作権法の立法理由と解釈』（文部省、1958年）72頁は、旧著作権法25条について、肖像本人の人格権の保護を目的とする規定であると説明している。これに対し、井関・前掲注(1)760頁は、肖像権は他人による肖像の無断利用を禁止する排他権にすぎないところ、かかる肖像権の保護は著作権の帰属とは無関係であると指摘し、同条は肖像写真利用の便宜という肖像権とは異なる利益の保護を目的とした規定であると解している。

[26] 肖像本人のみが旧著作権法25条の「嘱託者」となり得ることにつき、小林・前掲注(25)77頁。

[27] 観光地等で、肖像本人が構図等を決めたうえ、その場に居合わせた者に撮影を依頼してシャッターを押してもらうというような場合、肖像本人が著作者となり得ると指摘するものとして、斉藤・前掲注(1)71頁、三村量一「マスメディアによる著作物の利用と著作権法」コピライト594号12頁（2010年）。

渡をカテゴリカルに否定する趣旨ではないものと解される。

(3) 引用の抗弁について

ア　はじめに

上記のような著作権の帰属に関する問題を措くとすれば、本件のような写真利用の場合に真っ先に適用が考えられる抗弁（適用除外規定）は、著作権法32条１項の「引用」であろう。本件の被告らも、控訴審においてこの引用の主張を追加したが、本件写真が未公表であったこともあり、その適用は認められなかった[28]。それでは、仮に本件写真が公表されたものであった場合、著作権法32条１項の適用はあり得たのであろうか。また、今後の同種の事案において、同項の適用はあり得るのであろうか。以下、この点について若干の検討を加えておきたい。

イ　引用の判断基準に関する裁判例の動向

従前、著作権法32条１項の適用の有無については、最判昭和55年３月28日民集34巻３号244頁［パロディ第一次上告審］[29]が示した２要件、すなわち、①引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される著作物とを明瞭に区別して認識することができること（明瞭区別性）、②右両著作物の間に、前者が主、後者が従の関係があると認められること（附従性）という要件に従い判断する裁判例が一般的であった[30]。

しかしながら、近時、上記最判が定立した２要件の妥当性について有力な批判が加えられており、引用の判断基準を著作権法32条１項の「公正な慣行に合致」「目的上正当な範囲内」という文言に即して再構成するべきであるとの学説が有力となっている[31]。このような指摘を受けてか、裁判例でも、上記最判の２要件に拘泥することなく、著作権法32条１項の文言に従い種々の事情を総合考慮することにより引用の成否を判断するものが増えてきている（東京地判平成13年６月13日判時1757号138頁［絶対音感第一審］、東京地判平成15年２月26日判時1826号117頁［創価学会写真ビラ第一審］、知財高判平成22年10月13日平成22年(ネ)第10052号［美術鑑定書控訴審］など）。また、形式的には前掲最判［パロディ第一次上告審］の２要件に言及しつつも、あてはめの段階では条文の文言に即して引用の成否を判断する裁判例も存在する（東京地判平成16年５月31日判時1936号140頁

[28] 著作権法32条１項の直接適用が否定された点はともかく、著作権法32条１項の類推適用が否定された点については、本判決が未公表著作物に対する著作権法32条１項類推適用の可否について初めて判断した裁判例であるように思われ、注目される。

この点、本判決は、著作権法32条１項が明示的に「公表」要件を課している以上、未公表著作物については同条の適用を一切認めない旨を判示したものとも解し得る。たしかに、同項の公表要件の趣旨は、著作物公表の際の対価獲得に対する著作権者の期待の保護にあるものと解されており（田村・前掲注(6)203・246頁）、法は、未公表著作物については同条の適用を一律に排除する趣旨であるとも思われる。

しかしながら他方で、著作物の中には、創作の際、公表の際の対価獲得を想定していないものもあるのではないだろうか。かかる著作物については、公表の際の対価獲得に対する配慮は不要であるということも可能であり、未公表であっても著作権法32条１項の類推適用を認める余地があるように思われる（ほぼ同旨の指摘をする文献として、井関・前掲注(1)761-762頁）。本件写真のように、日常生活の中で何気なく撮影されるスナップ写真は、その典型例ということができる。この意味では、本件写真についても、未公表ではあるものの、著作権法32条１項を類推適用することは可能であったと思われる（もっとも、本件における被告らの利用行為が、著作権法32条１項のその他の要件を充たすかは別問題である）。

とはいえ、本件では、公表権侵害を否定することは困難であり、引用により著作権侵害を否定したとしても、大勢に影響はないかもしれない。

[29] 小西禮「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和55年度149頁（1985年）、田村善之「判批」別冊ジュリスト128号140頁（1994年）

[30] なお、同最判は、第３の要件として「引用される側の著作物の著作者人格権を侵害するような態様」でないことを挙げているが、その後の裁判例の多くは同要件を踏襲せず、本文中で述べた２要件に従い引用の成否を判断している。たとえば、同一性保持権侵害を肯定しつつ、著作権法32条１項の適用を肯定した裁判例として、東京高判平成12年４月25日判時1724号124頁［脱ゴーマニズム宣言控訴審］がある。

[31] 上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」半田正夫古稀記念『著作権法と民法の現代的課題』（法学書院、2003年）307頁、飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究26号91頁（2000年）参照。これらの文献においては、前掲最判［パロディ第一次上告審］は旧法下における「節録引用」についての判断基準を示したものに過ぎないこと（飯村・前掲93頁、上野・前掲325頁）、「附従性」という要件のもとに極めて雑多な要素が考慮されており、同要件はパンク状態にあること（上野・前掲323頁）などが指摘されている。

［XO 醤男と杏仁女］[32]）。

もっとも、裁判例において前掲最判［パロディ第一次上告審］の２要件が完全に捨て去られたというわけではない。２要件による引用該当性判断を堅持する裁判例や（東京地判平成16年３月11日判時1893号181頁［ファンブック罪に濡れた二人］[33]、東京地判平成21年11月26日平成20年（ワ）第31480号［オークションカタログ］など）、２要件に加え、健全な社会通念に従って相当と判断されるべき態様、引用すべき必要性ないし必然性、鑑賞の対象となり得ない程度に縮小することという要件を付加する裁判例（東京地判平成19年４月12日平成18年（ワ）第15024号［創価学会写真ウェブ掲載］[34]）も見られるところであり、裁判例の趨勢は未だ定まっていない[35]。

ウ　引用の必要性・必然性について

このように、裁判例における引用の判断基準が動揺するなか、近時の裁判例において重視され始めている考慮要素が、引用の必要性・必然性である。かつての裁判例においては、著作権法32条１項の適用にあたり、引用の必要性・必然性は考慮するべきではないとするものもあったが（東京高判昭和60年10月17日判時1176号34頁［レオナール藤田絵画複製控訴審］[36]）、近時の裁判例には、これを考慮要素として明示的に摘示するものが見られるのである。

たとえば、前掲東京地判［創価学会写真ウェブ掲載］は、前述のとおり、引用すべき必要性ないし必然性を引用の要件として摘示したうえで、写真中の被写体たる人物の行動を批評するための当該写真の利用につき、引用の必要性・必然性は認められないとして、著作権法32条１項の適用を否定している。また、前掲東京地判［XO 醤男と杏仁女］は、あてはめの際、登場人物の心情を描写するためには被侵害著作物たる詩を利用する以外の方法がないわけではないことを指摘し、著作権法32条１項の適用を否定している。

[32] 駒田泰土「判批」判時1962号197頁（2007年）

[33] 町村泰貴「判批」南山法学28巻４号149頁（2005年）

[34] 平澤卓人「判批」知的財産法政策学研究17号183頁（2007年）

[35] 以上のような「引用」に関する近時の裁判例・学説については、平澤・前掲注(34)が詳しい。

[36] 大楽光江「判批」別冊ジュリスト157号162頁（2001年）

エ　本件類似の事案における引用の適用

それでは、本件のように、被写体たる人物の容姿を紹介するために肖像写真が利用された場合、著作権法32条１項の適用は認められ得るのであろうか。伝統的な２要件に照らして判断するならば、本件のような写真利用の場合、引用する側の著作物である文章と、被引用著作物たる写真とは明瞭に区別できることが通常であると思われる。また、事案にもよるであろうが、多くの場合、附従性も肯定できそうである[37]。著作権法32条１項に関する伝統的な理解からは、本件類似の事案において被引用著作物たる写真が公表済みのものである場合、同項の適用が認められる可能性が高い[38]。

しかしながら他方で、近時の総合考慮型の裁判例や、引用の必要性・必然性を重視する裁判例に照らして判断すると、本件類似の事案において被引用著作物たる写真が公表済みのものであったとしても、著作権法32条１項の適用は否定される可能性が高い。

すなわち、本件書籍のような著作物は、本件写真のような記述対象たる人物の肖像写真があることによりその価値が高まるという側面があることは否定できないが、他方で、本件写真がなければ本件書籍が成立しないというほどの引用の必然性・必要性が認められないことも確かである。むしろ、写真中の人物の行動を批評するための引用ですら、当該写真についての引用の必要性・必然性が否定されていること（前掲東京地判［創価学会写真ウェブ掲載］）からすると、本件のように単に肖像本人の容姿を紹介する目的で肖像写真を利用する場合には、「その写真」の引用の必要性は否定される可能性が高い。実際、本判決は、著作権法32条１項の類推適用を否定する際、本件写真についての引用の必要性の低さを指摘しているところである。

[37] 被告らは、本件書籍には、本件写真の被写体Ａに関する記述が15頁以上あると主張している。附従性要件は量的な要素のみによって判断されるわけではないが、かかる被告らの主張を前提とすれば、本件においては、附従性要件は充たされていたと言い得る。

[38] 仮に本件写真が公表されたものであった場合、著作権法32条１項の適用があり得たと指摘するものとして、『著作権・フェアユースの最新動向－法改正への提言』（第一法規、2010年）141-142頁〔上野達弘発言〕。

このように、裁判例における著作権法32条１項に関する判断基準に動揺が見られることもあり、本件のような写真利用について同項の適用が認められるか否かは必ずしも判然としない。かかる現状を考慮すると、スナップ肖像写真の自由利用について、安易に「引用」の適用に頼ることは、リスクが大きいものと言わざるを得ない。

４　著作者人格権侵害を肯定した点について

本件では、以上のとおり複製権侵害が認められるとともに、著作者人格権（公表権、氏名表示権、同一性保持権）の侵害も認められている。以下、本件で特に争点として論じられた氏名表示権、同一性保持権侵害について検討していきたい。

(1) 氏名表示権

まず、氏名表示権について。本件においては、本件写真は原告が撮影したものであること、本件写真が被告らにより本件書籍に掲載されて発行される際、原告の氏名は表示されていなかったことが認定されており、形式的には、著作権法19条１項の氏名表示権侵害の要件を充足することは明らかである。これに対し、被告らは、本件写真は素人が日常生活の中で特段の芸術的配慮なく撮影したものであるから、原告には創作者であることを主張する利益はないなどとして、同条３項の適用を主張して争ったが、裁判所はかかる被告らの主張を退け、氏名表示権侵害を認めている。

この点に関する被告らの主張は、氏名表示権の保護法益を、自己名義を付されてしまったことによる社会的な名声の低下や、自己名義を付すことによる社会的な名声獲得の機会の喪失を防ぐことであると理解すれば[39]、成り立ち得る。本件写真は特段の芸術的配慮なく撮影されたスナップ写真であり、本件写真による社会的名声の獲得ということは想定し難いからである。

しかしながら、著作権法19条１項は、作品毎に一回限りの変名を個別に付すことを保障し、また、原作品については公衆への提示などと無関係に氏名表示権侵害が成立することを認めており、氏名表示権の保護法益を社会的名声との関係のみから説明することには無理がある。上記のような著作権法19条１項の規定ぶりからすれば、氏名表示権の保護法益に著作者の精神的利益が含まれることは明らかである[40]。そうだとすれば、日常生活の中で特段の芸術的配慮なく撮影された写真であるとしても、その一事をもって氏名表示の利益がなくなると解することはできない[41]。本件の事案に即してみても、前述のとおり、原告は、本件写真の撮影時、本件写真に対してそれなりの思い入れを有していたはずである。少なくとも、本件写真が大々的に利用される際には、本件写真に関する氏名表示の有無を自ら決めたい、という意思を有していたのではないだろうか。そうだとすると、本件において、前述のような被告らの主張が退けられたのは当然といえるかもしれない。

もっとも、この点に関する本判決の射程はそれほど広くはないという点には注意を要する。既述のとおり、見知らぬ他人に自身の肖像写真を撮影してもらうというような事案においては、撮影者から肖像本人に対する著作権の譲渡を認定し得るが、この場合、撮影者は、以後の当該肖像写真の利用については全て肖像本人の自由に委ねる意思であって、その利用に際して自己の氏名表示を求める意思など有していないのが通常であろう。かかる事案においては、端的に、氏名表示権の不行使特約ないしは対世的放棄を認めて侵害を否定することも可能であると思われる[42]。

---

[39] 氏名表示権の保護法益についてかかる理解を示す文献として、小泉直樹「著作者人格権」民商116巻4=5号598-600頁（1997年）。

[40] 氏名表示権の保護法益に関するかかる理解につき、田村・前掲注(6)426頁。

[41] 以上の指摘につき、井関・前掲注(1)762頁。

[42] 著作者人格権の不行使契約の有効性については、学説上争いがある。個別の不行使契約のみならず、包括的な不行使契約の有効性をも肯定するものとして、田村・前掲注(6)410-412頁。同412頁は、さらに進んで著作者人格権の放棄の有効性をも肯定している（なお、著作者人格権に関して、包括的不行使契約の有効性を肯定することと、その放棄を認めることとの間には、それほど大きな距離はないと解されることにつき、斉藤博他「著作者人格権に関する総合的考察－討論－」著作権研究33号154-155頁［田村善之発言］（2006年）、同［潮見佳男発言］参照）。態様によっては著作者人格権の不行使契約も有効になると説くものとして、中山・前掲注(8)364頁以下。これに対し、著作者人格権の不行使特約の有効性を認めることに慎重な見解として、斉藤・前掲注(17)215頁以下など。

著作者人格権の不行使特約を否定する場合には、著作物の利用に対する予測可能

(2) 同一性保持権

ア　著作権法20条２項４号に関する裁判例の動向

次に、同一性保持権侵害について。本件においては、父子の姿を撮影した本件写真のうち、父であるＡの上半身とその背景の一部のみを切除して利用した被告らの行為が、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」に該当するのかが争われた。

従前、同号の適用については、１号ないし３号と同程度の高度の改変の必要性が認められる場合に限定して認める裁判例が多数であった。その一方で、かかる裁判例は、個々の事案に即した妥当な結論を導くため、「権利濫用」（東京地判平成８年２月23日判時1561号123頁［やっぱりブスが好き］[43]）、「改変への黙示の同意」（長野地判平成６年３月10日判例自治127号44頁［北アルプス鳥瞰図］、東京地判平成９年８月29日判時1616号148頁［俳句の添削第一審］[44]）、あるいは、「事実たる慣習」（東京高判平成10年８月４日判時1667号131頁［俳句の添削控訴審］[45]）といった不文の適用除外を認めざるを得ない状況であった。

しかしながら、近時、このような不文の適用除外は法律構成が不明確であり、また、どのような事情が考慮されるか判然としないため、侵害判断が不明確となっていると指摘されており、かかる問題意識のもと、著作権法20条２項４号を著作者及び利用者の利益調整規定として活用すべきとの学説が有力となっている[46]。裁判例においても、同号を適用して同一性保持権侵害を否定するものが増えているところである（東京高判平成５年12月１日判決速報134号［諸君！控訴審］、東京地判平成７年７月31日判時1543号161頁［スウィートホーム第一審］[47]、東京高判平成10年７月13日知裁集30巻３号［同控訴審］[48]、東京地判平成10年10月30日判時1674号132頁［血液型と性格］[49]、東京地判平成18年２月27日判時1941号136頁［講習資料職務著作事件］）。

このような流れの中で、第三者の人格的利益への配慮に基づき著作物の改変がなされたという事案につき、同号の適用を認めて同一性保持権侵害を否定した裁判例が、東京地判平成11年８月31日判時1702号145頁［脱ゴーマニズム宣言］[50]である。同判決は、原告の創作にかかる漫画を批評するに際し、同漫画のカット中で醜く描写された人物の両目部分に目隠しをして引用した被告の行為について、同号の適用を認め、同一性保持権侵害を否定している。

イ　本判決

本判決は、以上のように裁判例が著作権法20条２項４号の積極適用に傾いていく中で、前掲東京地判［脱ゴーマニズム宣言］と同様の第三者の人格的利益に配慮するための改変につき、同判決とは異なり、同号の適用を否定している。一見すると、本判決は、従前のような４号厳格適用論を指向するもののように思われるが、本件と前掲東京地判［脱ゴーマニズム宣言］とでは、被侵害著作物の利用の必要性という点で明確に事案を異にしており、両者で結論が分かれたのは、かかる事案の相違によるものと解することが可能である。

すなわち、本件において、被告らは、本件写真中の乳児の肖像権・プライバシー権に配慮して本件写真の改変を行ったものであり、かかる改変の目的は、前掲東京地判［脱ゴーマニズム宣言］と類似する。しかしながら、前掲東京地判［脱ゴーマニズム宣言］における被告作品は、原告漫画中の

性を奪うこととなり、著作者が不利な内容での契約を強いられ、さらには契約自体が御破算となる可能性があるなど、かえって著作者の保護にならないことにもなりかねない（田村・前掲注(6)410頁）。著作者人格権の不行使特約を肯定する見解には十分な理由があるように思われる。なお、裁判例には、カメラマンが請負契約に基づいて撮影した写真を注文主に引き渡した場合には、契約の解釈として、写真の公表についても許諾したものと解するべきであると説き、公表権侵害の成立を否定するものがある（東京地判平成元年６月30日無体集21巻２号587頁［別冊 FMfan 写真掲載］）。

43 上野達弘「判批」著作権研究24号173頁（1998年）

44 戸波美代「判批」著作権研究25号199頁(1999年)

45 戸波美代「判批」別冊ジュリスト157号110頁(2001年)

46 上野達弘「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察（一）」民商120巻4=5号748頁（1999年）、同「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察（二・完）」民商120巻６号925頁（1999年）

47 吉田大輔「判批」ジュリスト臨時増刊1091号234頁（1996年）

48 北村行夫「判批」別冊ジュリスト157号188頁（2001年）

49 茶園成樹「判批」判時1694号199頁（2000年）

50 村井麻衣子「判批」北大法学論集51巻３号267頁（2000年）

カットを引用し、これに対して批評を加えることにより創作されたものであり、原告漫画の引用なくして被告作品は成立し得ないと評価することも可能な事案であるのに対して、本件は、単に肖像本人の容姿を紹介するために本件写真が利用されたという事案に過ぎず、本件書籍において本件写真を引用する必要性は必ずしも高くはないのである。この点で、本件と前掲東京地判［脱ゴーマニズム宣言］は決定的に事案を異にしている。同号が著作物の円滑な利用を確保するための規定であることに鑑みれば[51]、そもそも本件写真を利用する必要性が認められない本件において、同号の適用が否定されるのはやむを得ない。

以上のように、本判決は、あくまで本件における本件写真利用の必要性の低さゆえに同号の適用を否定したものと理解すべきであり、一般論として著作権法20条２項４号の厳格適用を指向するものとは思われない。写真利用の必要性が高いと認められる事案においては、本件のような改変であっても、同号の適用により同一性保持権侵害が否定される余地が残されているものといえよう[52]。また、見知らぬ他人に肖像写真を撮影してもらうというような事案においては、氏名表示権と同様、同一性保持権についても、不行使特約あるいは対世的放棄を認定して侵害を否定することが可能であると思われる。

５　過失について[53]

(1) はじめに

以上のとおり、本判決は、本件写真の著作物性を認め、被告らによる著作権・著作者人格権の侵害を肯定した。そのうえで、被告らについて、当該著作権・著作者人格権侵害についての過失があったものと認め、原告による損害賠償請求の一部を認容している。本件書籍の執筆者である被告Y_1の過失が認められたのはともかく、直接的には本件書籍の執筆に関与していない被告出版社Y_2の過失が認められたことが注目される。

以下、被告出版社Y_2の過失を肯定した点を中心に、本判決の過失に関する判示を検討していきたい。

(2) 関連裁判例

これまでにも著作権侵害に関する出版社の過失が争点となった事例は数多く存在するが、従前の裁判例は、著作権侵害を疑わせるような具体的な事情が認められる事案はもちろん、必ずしもそうとはいえない事案であっても、広く出版社の過失を肯定している。もっとも、出版社に対してある種の「結果責任」を課しているというわけではなく、著作権侵害についての調査義務を課すことが酷であると認められるような事案においては、出版社の過失は否定されている。このような出版社の過失責任に関する裁判例の背景には、著作物の利用により利益を得ている出版社が著作権侵害による損失も負担するべきであるという報償責任的な発想があるものと思われる。また、多数の著作物を利用していることによるリスク分散の可能性も相当程度考慮されているはずである[54]。

以下、被疑侵害書籍の執筆に直接的には関与していない出版社について、著作権侵害についての過失が認められた事例、否定された事例に分けて、従前の裁判例を概観していく。

ア　過失が認められた事例

著作権侵害の結果発生を疑わせる具体的事情が認められる場合には、これに応じた行為義務が課せられることは当然である。たとえば、東京地判昭和55年９月17日判時975号３頁［地のさざめごと］[55]では、旧版の奥付に記載のない者を編集著作権者であると誤信したという事案において、被告出版社の過失が肯定されている。また、東京地判平成２年６月13日判時

[51] 田村・前掲注(6)448頁等参照。

[52] 平澤・前掲注(34)215頁も同旨の指摘をしている。

[53] 出版者の著作権侵害責任について論じる文献として、比良・前掲注(11)146頁以下、青柳玲子「出版者の責任」『知的財産法と現代社会－牧野利秋判事退官記念－』(1999年) 447頁、大家重夫「著作権侵害、名誉毀損における出版者の責任－出版者の注意義務－」久留米大学法学32=33合併号219頁 (1998年)、三山裕三『著作権法詳説』(レクシスネクシス・ジャパン、第８版、2010年) 481頁以下などがある。鎌田真理雄「著作権侵害事件と過失 (特に共同不法行為類型について)」知財ぷりずむ４巻47号11頁 (2006年)、小泉直樹「著作権侵害回避の注意義務と過失」コピライト580号２頁 (2009年) も参照。

[54] 以上の指摘につき、田村・前掲注(6)319頁参照。

[55] 半田正夫「判批」判評289号158頁 (1981年)、植松宏嘉「判批」別冊ジュリスト128号200頁 (1994年)

1366号114頁［改訂薬理学］[56]では、新版の発行にあたり旧版の執筆担当者を変更したところ、変更後の執筆者が改訂前の表現を無断利用したという事案において、被告出版社の過失が肯定されている。

また、僅かな注意で著作権侵害の可能性を認識できたような事案においても、被告出版社の過失が肯定されている。たとえば、東京地判平成17年5月17日判時1950号147頁［通勤大学法律コース第一審］では、原告が被侵害書籍を被告出版社の親会社から発行しており、また、侵害書籍の発行時において当該親会社と被告出版社の代表取締役が同一人物であったという事案において、被告出版社の過失が肯定されている。その他、東京地判平成2年4月27日判タ742号201頁［樹林］[57]では、原著作物が美術史に掲載され、原告の個展においても展示されていたという事実が認定されたうえで、被告出版社の過失が肯定されている。月刊誌に掲載された写真著作物についての氏名表示権侵害等の成否が問題となった東京地判平成5年1月25日判時1508号147頁［ブランカ］[58]では、被告出版社が、当該月刊誌を制作していた被告会社の編集会議に参加し、編集方針にも関与していたことが認定されたうえで、被告出版社の過失が肯定されている。

さらに、裁判例は、以上のような事情が認められない事案においても、広く出版社の過失を肯定している。たとえば、被告出版社が発行した書籍に掲載されているイラストが、原告が創作したイラストの著作権を侵害するか否かが争点となった東京地判平成16年6月25日平成15年(ワ)第4779号［出る順シリーズ］[59]は、出版社であるということから直ちに著作権侵害についての調査義務を導き出したうえで、第三者の著作権や著作者人格権を侵害することのないように注意を払ったことを窺わせる事実は一切認められないなどとして、被告出版社の過失を肯定している。同様の裁判例として、東京地判平成6年4月25日判時1509号130頁［日本の城の基礎知識］[60]、東京地判昭和53年6月21日無体集10巻1号287頁［日照権］[61]、東京地判平成18年11月15日平成18年(ワ)第12689号［中小企業診断士試験用予備校教材］などがある。

なお、侵害の可能性を認識し得た場合の出版社の結果回避義務は、執筆者から、出版対象たる作品が第三者の著作権を侵害しない旨の保証を得ていたとしても、そのことのみをもって免責されるものではない。この点について判示する裁判例としては、東京地判平成14年4月15日判時1749号129頁［ホテルジャンキーズ事件］[62]がある[63]。

イ　過失が否定された事例

以上のように、出版社の著作権・著作者人格権侵害に関する過失を肯定する裁判例は数多いが、他方で、出版社に対して権利関係の調査を要求するのが酷であると認められるような事案においては、出版社の過失が否定されることもある。

たとえば、製作者の持ち込み企画により発行された学術書の中で原告の氏名表示権が侵害されていたという事案において、被告出版社の過失が否定されている（千葉地判昭和54年2月19日無体集11巻1号62頁［医学部助手氏名脱漏第一審］[64]、東京高判昭和55年9月10日無体集12巻2号450頁

[56] 大家重夫「判批」特許管理42巻2号199頁（1992年）、松本重敏「判批」別冊ジュリスト157号212頁（2001年）など

[57] 濱野英夫「判批」別冊ジュリスト157号114頁（2001年）

[58] 飯島澄雄「判批」別冊ジュリスト157号186頁（2001年）

[59] 坂田均「判批」知財管理55巻5号593頁（2005年）

[60] 菊池武「判批」著作権研究23号171頁（1997年）

[61] 久保利英明「判批」別冊ジュリスト128号198頁（1994年）

[62] 牧野利秋「判批」私法判例リマークス27号56頁（2003年）。同判決の過失についての判断は、控訴審である前掲東京高判［ホテルジャンキーズ控訴審］において是認されている。

[63] 放送事業者の注意義務に関して同旨を説く裁判例として、東京地判平成5年8月30日知裁集25巻2号310頁［悪妻物語？第一審］、東京高判平成8年4月16日知裁集28巻2号271頁［同第二審］がある。また、製薬会社が外注して製作させた包装箱等に、第三者の著作権を侵害する図柄が掲載されていたという事案において、被告製薬会社が外注先から当該図柄が第三者の著作権を侵害するものではない旨の確認を得ていたとしても、著作権侵害についての過失責任を免れるものではない旨を判示する裁判例として、大阪地判平成11年7月8日判時1731号116頁［パンシロントリム］がある。

[64] 相澤英孝「判批」ジュリスト808号103頁（1984年）

［同第二審］[65]）。これらの裁判例は、採算性の低い学術書の出版に関して、出版社に対して権利関係についての厳密な調査を要求することは酷であるという価値判断に基づき、被告出版社の過失を否定したものと解することが可能である[66]。

また、スポーツ医学に関する単行本内に、一般誌「宝石」に掲載された文章の著作権を侵害する部分があったという事案において、侵害行為を働いた医師が山梨県では名の知られた医師であり、被告出版社が地方の小出版社であるということを考慮して被告出版社の過失を否定した裁判例として東京地判平成７年５月31日判時1533号110頁［ぐうたら健康法］[67]がある。地方の小出版社は必ずしも多数の著作物を利用しているというわけではなく、著作権侵害リスクの分散が容易ではないということが考慮されたものであろう。

さらに、東京地判平成10年７月17日平成６年(ワ)第9490号［更年期からの素敵ダイエット］は、原告著作物は一定部数発行され、雑誌等で紹介されたことは認められるものの、一般に広く知られた書物であったとまでは認められないとして被告出版社の過失を否定している[68]。

ウ　小括

以上見てきたところから、出版社の過失責任に関する従前の裁判例は、次のように纏めることが可能である。すなわち、裁判例は、出版社に対し、著作権侵害回避のための広範な注意義務を課している。著作権侵害を疑わせる具体的な事情が認められる事案や、僅かな注意で被侵害著作物の存在を認識し得たような事案はもちろん、そのような事情が認められない事案においても、広く被告出版社の注意義務違反が認められている。かかる出版社の注意義務は、直接的な執筆者から、被疑侵害作品が「第三者の著作権を侵害しない」旨の保証を得ていたとしても、そのことのみをもって免れるものではない。他方、出版社に著作権侵害についての調査義務を課すことが酷であると認められるような事案、たとえば、採算性の低い学術書に関する著作権侵害が争われた場合や、被告出版社が小規模な会社である場合等には、被告出版社の過失が否定されることもある。

これらの裁判例の傾向を要するに、報償責任的な発想に基づき、(大手)出版社におけるリスク分散の可能性を考慮したうえで、被告出版社の過失の有無が判断されているということが可能である[69]。

(3) 本判決

本判決は、本件書籍の執筆者である被告Y_1の過失を肯定したうえで、直接的には本件書籍の執筆に関与していない被告出版社Y_2の過失をも肯定している。原判決も指摘するとおり、本件で問題となったような写真著作物については、取材に応じた者から写真の提供があったとしても、その者が当該写真を撮影したことを窺わせるような具体的な事情がない限り、他に撮影者がおり、その者が当該写真の著作権を有しているということは容易に想定できるところである。それにも拘わらず、被告Y_1及びY_2は、

[65] 馬場巖「判批」別冊ジュリスト128号130頁（1994年）

[66] 田村・前掲注(6)318頁

[67] 奥邨弘司「判批」著作権研究23号179頁（1997年）

[68] その他、被告出版社の過失が否定された事案として、前掲仙台高判［知られざる東日流日下王国控訴審］があるが、原告がもっぱら故意による不法行為を主張していたという特殊性がある。

[69] 裁判例の傾向は大要以上のように纏めることが可能であるが、学説上も、裁判例と同様、出版社に高度の注意義務を課すことを認める見解が多いように思われる（田村・前掲注(6)319頁、斉藤・前掲注(17)365頁、青柳・前掲注(53)456頁以下、西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」斉藤博=牧野利秋『知的財産関係訴訟法』（青林書院、1997年）136頁など）。かかる見解が出版社に高度の注意義務を課す根拠として挙げる点としては、①侵害作品を著した著者等よりも出版社のほうが侵害により多大な利益を得ていることが少なくないこと（田村・前掲注(6)319頁。青柳・前掲注(53)460頁も同旨）、②多数の著作物を利用している出版社は、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可能であること（田村・前掲注(6)319頁）、③営利目的である商業出版社はある程度調査に経費を投入できること（西田・前掲136頁）、④出版社は、「出版」という被害拡大手段を業として支配・管理していること（青柳・前掲注(53)460頁）などがある。

もっとも、裁判例の立場は出版社に対して過酷な責任を課すものであり、ほとんど結果責任主義に近いものであるなどとする批判的な見解も見られるところである（内藤篤「出版社の著作権侵害責任をめぐって」コピライト422号40頁（1996年））。その他、出版社に高度の注意義務を課すことに批判的な文献として、内藤篤『エンタテイメント契約法』（商事法務、2007年）314頁、小泉・前掲注(53)11頁など。

本件写真の利用にあたり、その所有者を確認したのみで著作権については何らの確認も行っていなかったようである。

また、従前の裁判例の傾向に照らしてみても、本件においては、①被疑侵害著作物たる本件書籍は、前掲千葉地判［医学部助手氏名脱漏第一審］で問題となった学術書のような採算性の低い書籍ではなく、純粋に市場を意識した書籍であると思われること、加えて、②被告Y_2は誰もが一度は聞いたことがあるであろう大手出版社であり、著作権侵害リスクの分散も可能であった（はずである）という事情があり、被告Y_2の過失は認められやすい事案であったといえる。

これらの点を考慮すれば、本件において被告出版社Y_2の過失が肯定されたのは当然といえるかもしれない。

６　本判決の射程

(1) はじめに

以上のとおり、本判決は、日常生活の中で何気なく撮影されたスナップ肖像写真が撮影者に無断で利用されたという事案において、著作権・著作者人格権侵害を肯定した。それでは、本判決を前提とした場合、肖像本人が自身の肖像写真を利用する場合であっても、撮影者の許諾を得ることが必要となるのだろうか。結論からいえば、本判決の射程は極めて限定されたものであり、本判決を前提としても、肖像本人による肖像写真の自由利用の可能性は多分に残されているということが可能である。

以下、本判決の射程を検討していく。

(2) 黙示の著作権譲渡による処理の可能性

まず、本判決は、家族同士という極めて親密な者の間で撮影されたスナップ肖像写真の無断利用について、著作権・著作者人格権侵害を肯定したものに過ぎず、撮影者と肖像本人との関係性が希薄な事案、たとえば、通りすがりの見知らぬ他人により撮影されたスナップ肖像写真の自由利用の可否が問題となるような事案については、何ら判示していないということが可能である。

先に述べたとおり、見知らぬ他人にスナップ肖像写真を撮影してもらうというような場合、撮影者は、自身が撮影する肖像写真については何の思い入れもないことが通常であり、肖像本人に対する黙示の著作権譲渡を認定することができる。著作者人格権についても、不行使特約あるいは対世的放棄を認めることにより侵害を否定することが可能であろう。本判決を前提としても、肖像本人が見知らぬ他人に撮影してもらった肖像写真を利用するというような場合には、撮影者の許諾は不要であると言い得る。

(3) 黙示の利用許諾による処理の可能性

それでは、上記のような黙示の著作権譲渡を認定することが困難な事案においては、肖像本人であっても、自身の肖像写真の利用にあたり撮影者の許諾を得る必要があるのであろうか。

難しい問題であるが、ひとつの可能性として、「黙示の承諾」により肖像本人の自由利用を認めることが考えられる。すなわち、本件のように、家族同士というような極めて親しい関係にある者同士の間で写真撮影がなされる場合、撮影者は、当該スナップ肖像写真の撮影時、肖像本人に対する著作権譲渡の意思までは有していないとしても、少なくとも、肖像本人による当該肖像写真の自由利用を認める意思は有しているのが通常であると思われる。このような状況下で撮影された写真については、撮影時において、肖像本人に対する黙示の利用許諾があったものと扱うことが可能であろう[70]。

著作者人格権についても、少なくとも、同一性保持権、氏名表示権については、黙示の不行使特約を認めて侵害を否定することが可能であろう。他方、公表権については、黙示の不行使特約を認めて侵害を否定することは困難かもしれない。撮影者がスナップ肖像写真の最初の公表についてまで肖像本人の判断に委ねる意思を有していたと解釈するのは無理があるようにも思われるからである。もっとも、公表権の趣旨は、著作者の著作物に関する人格的利益を保護することにあるところ[71]、スナップ肖像写真の創作性の程度は低く、撮影者の写真著作物に対する人格的利益は相対的に乏しいものと解される一方、肖像本人による肖像写真の自由利用を認め

[70] 肖像本人に対する黙示の同意を認めるべきであると説くものとして、井関・前掲注(1)761頁。なお、仮に、スナップ肖像写真の撮影後、撮影者と肖像本人との関係が疎遠になったとしても、一度与えた利用許諾は撤回することができないと解することにより、侵害を否定することが可能である。

[71] 田村・前掲注(6)413頁

る必要性が極めて高いことに照らせば、権利濫用等により公表権侵害を否定する余地はあるように思われる。

翻って本件をみるに、本件写真の利用行為者である本件書籍の執筆者被告Y_1は、本件写真の肖像本人でないことはもちろん、肖像本人から本件写真を入手したというわけでもないから、本件は、かかる処理により被告らを免責する余地がない事案であったといえる。このように考えると、本判決は、親密な者同士の間で撮影されたスナップ肖像写真についても、肖像本人による自由利用の余地は残していると解することが可能である。

7　おわりに

本判決は、肖像本人による肖像写真利用の自由と著作権の衝突に関する考察の契機を提供するものである。今日、写真著作物はテレビ報道や新聞・雑誌等の記事の中で頻繁に利用されているが、これらの利用に際して、逐一撮影者の許諾を要求するのは現実的ではない。また、インターネットやデジタル技術の発達により誰もが写真著作物のユーザーとなり得る時代が到来しており、写真著作物利用に関するルールを明確化することの重要性は益々増していくものと思われる。本件のようなスナップ肖像写真の自由利用の可能性についてはもちろん、より広く写真著作物一般に関する自由利用の可能性について、更なる議論の深化が望まれるところである。

[付記]
本稿の執筆にあたっては、北海道大学大学院法学研究科　田村善之教授から懇切丁寧な御指導を頂いた。この場をお借りして改めて御礼申し上げたい。