

ファッションショーにおける化粧、髪型のスタイリング、 衣装やアクセサリーの選択とコーディネートにつき 著作物性を否定した事例(2・完)

橋 谷 俊

3. 写り込みをめぐる論点について

(1) はじめに

これまで見てきたように、本件控訴審は、本件番組の映像に写った①化粧・髪型、②③衣装等の組み合わせが応用美術であるとして、写ったもの自体を問題の対象として把握した上で、文化の範囲からは外れると判断してカテゴリー的に著作物性を否定した。

これに対して本件第一審は、本件番組において①化粧・髪型、⑦背景映像がどのように写ったのか、その写り方を問題とした。すなわち、本件番組において①化粧・髪型が写った各場面は数秒間の極めて短いものにすぎず、暗い室内で局所的に強い照明を当てて撮影されていることから、仮にこれらの点に創作性が認められるとしても、本件部分映像からはモデルの化粧・髪型の細部を見て取ることは困難であり、アイラインの引き方やまつ毛の流し方、目元、唇等における微妙な色の工夫等は看取できないとした。モデルの背景で上映された⑦背景映像についても、ややぼけている上、スクリーン上で左から右に動いており、本件番組において背景映像が映る時間は数秒程度と極めて短く、本件部分映像から背景映像の具体的な内容を看取することは困難であるとした。

このように、原告・被告双方に共通している要素を取り出し、そこが創

作的な表現と認められるのかということを含味する濾過テスト⁴⁷的な判断を展開し、本件番組からは①化粧・髪型、⑦背景映像の創作的表現は感得できないとして、創作性を否定したものと見られる。

映像や写真の撮影に付随して、他人の著作物等が偶発的・背景的・点景的・不可避免的に構図の中に写り込むことを「写り込み」という。あるいは撮影者・制作者の表現行為として、構図の背景にある他人の著作物等を意図的に写し込むこともある。そして、映像・写真における写り込みと写り込んだ元の著作物の「創作的な表現」（後掲 [江差追分上告審]）が共通していれば、類似性が肯定される。これが写り込みの問題である。

我が国において、写り込みを対象とする権利制限規定は、平成24年（2012年）著作権法改正によって30条の2（付随対象著作物の利用）が新設されるまでは存在しなかった。それゆえ、創作的な表現が共通していると見られる写り込みは、多寡は問わず侵害に当たると解さざるを得なかった⁴⁸。30条の2の施行日は平成25年（2013年）1月1日（平成24年改正法附則1条）であり、遡及適用の規定もないことから⁴⁹、本件において30条の2に基づく抗弁は困難であったと見られる。

以下では、写り込みという観点から見て、本件と事案に近いあるいは共通性があると思われる映像・写真・印刷物等での写り込み関連裁判例が、被疑侵害著作物における原告著作物の写り方をどのように判断・処理してきたのかを比較検討し、写り込みの問題としての本件第一審の位置付けを考える。

⁴⁷ 田村・前掲注(4)48頁参照。

⁴⁸ 田村・前掲注(4)58-59頁参照。

⁴⁹ 村尾治亮＝持田大輔「出版物に掲載する写真における写り込み」上野＝西口編著・前掲注(39)160頁参照。

(2) 類似性の要件により侵害の成否を決した裁判例

1) 非侵害事例

被疑侵害著作物において写り込んだ原告著作物について、創作的表現が再生されていないとして類似性を否定して著作権侵害を否定した先例的事例が、東京地判平成11年10月27日判時1701号157頁〔雪月花一審〕(【図28】裁判所ホームページより)⁵⁰、東京高判平成14年2月18日判時1786号136頁〔雪月花二審〕(【図29】裁判所ホームページより)⁵¹である。

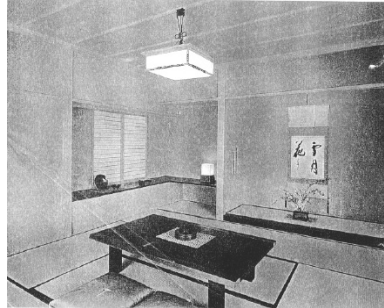


図28



図29

被告の照明器具カタログに写し込まれた書の著作物について、写った書の文字の大きさが最大8ミリだったことから、第一審は、墨の濃淡、かすれ具合、筆の勢といった毛筆書の特徴的部分と原作品とは実質的に同一とはいえない

として類似性を否定した。判旨は控訴審でもほぼ維持された。裁判所は、被告カタログにおいて原告作品の書は比較的鮮明に印刷されているが、原作品の50分の1の大きさに縮小されており、墨の濃淡と潤渴等の表現形式までが再現されているとはいえないとして、侵害を否定した。

ごく小さな写真の写り込みをめぐって侵害を否定した近時の裁判例として、横浜地判平成23年6月1日平成23(ワ)5673号〔おもてなしプレゼント〕がある。事案は、JRの販売する外国人観光客向け割引乗車券を使用し

⁵⁰ 評釈として、岡崎洋〔判批〕著作権判例百選〔第3版〕(2001年)128頁などがある。

⁵¹ 評釈として、作花文雄〔判批〕判例評論527号(2003年)39頁、大野聖二〔判批〕著作権判例百選〔第4版〕(2009年)90頁がある。

て新潟県村上市を訪れた外国人観光客に対して、「おもてなしプレゼント」として無償配布された原告作成の写真絵はがきセットのうち3葉について、約1.5センチ×2.3センチ大の大きさの縮小画像の1枚は約半分、他の1枚は約4分の1が他のはがきと重なり合っている形で、割引乗車券の販売宣伝用パンフレットに無断掲載された、というものである。裁判所は、掲載された画像が極めて小さく、うち2枚については一部しか見えないため、被写体の属性や構図の一部を除けば、原作品の創作的表現を感得することは著しく困難として侵害を否定した。

写り込みの事例ではないが、肖像写真をトレースした人物画を掲載した「絵ピラ」について、[雪月花一審]とほぼ同様の判断枠組みで類似性を否定した事例として、東京地判平成15年2月26日判時1826号117頁〔創価学会写真ピラ一審〕がある。原告創価学会の池田大作名誉会長の肖像写真をトレースして描いた人物画を、公明党を批判する「絵ピラ」に単色で掲載して配布したことについて、原告写真が鮮明に写し出している被写体の顔の表情や輪郭、被写体が着用している勲章の形状の細部まで、被告人物画では捨象されて正確に描出されておらず、人物画で描かれている服装も写真とは異なっているなどとして、類似性を否定した。もっとも、この事件は写真ピラにおける肖像写真の利用について著作権法32条所定の引用該当性が否定されたため、侵害と帰結した事例である⁵²。

同様に写り込みの事案ではないが、被告の行為について侵害、非侵害が分かれた最近の事例として、東京地判平成26年5月27日平成25(ワ)13369号〔猫の写真看板〕がある。被告が原告写真集をデッドコピーしたことに

⁵² 写真ピラ全体の約15パーセントを占める縦約17.5センチ×横約12センチの大きさと原告写真を掲載し、原告創価学会等を揶揄する吹き出しを付け加えていること等の原告写真の掲載態様から、被告写真ピラについて、裁判所は、「批判等の目的との関係で、社会通念に照らして正当な範囲内の利用であると解することはできず、また、このような態様で引用して利用することが公正な慣行に合致すると解することもできない。」として、被告による著作権法32条引用に基づく抗弁を否定した。控訴審（東京高判平成16年11月29日平成15(ネ)1464号〔創価学会写真ピラ二審〕）も同旨により被告写真ピラの32条引用該当性を否定し、被告絵ピラの類似性を否定した。この点につき、大西勝滋「引用の要件」清水節＝岡本岳編著『Q&A 著作権の知識100問』（2013年・日本加除出版）287頁以下参照。

について、被告が争わなかったため複製禁止権侵害を認めるとともに、被告が原告写真集の現物およびそのデッドコピーをくり抜いてコラージュ看板にして使用したことについて、著作者人格権(同一性保持権と氏名表示権)侵害を認める一方で⁵³、翻案禁止権侵害は否定したという事件である。原告写真家の撮影した猫の写真156点(いずれも原告写真集に掲載された写真で、現物が90点、等倍または拡大/縮小されたコピーが66点)を、被告が猫の顔の部分を中心に切り取った上に猫の目の部分をくり抜く加工を施し、これらを多数並べたコラージュ看板として百貨店内に設置したことについて、裁判所は、被告による原告写真の加工は、いずれも定型的で単純なものであって翻案には当たらず、また、原告写真は被告コラージュ看板で使用されている数百枚に及ぶ写真全体のごく一部であって被告コラージュ看板を構成する素材の一つにすぎないことから、被告コラージュ看板に接する者は、原告写真の表現上の本質的な特徴を看板から感得できるとはいえないとして翻案禁止権侵害を否定した。

この事件は、本件の事案との関係で見れば、原告写真集のデッドコピーについて複製禁止権侵害が肯定されたにもかかわらず、猫の写真である原告写真集の現物やそのデッドコピーについて猫の目の部分をくり抜いて被告コラージュ看板として使用したことにつき著作者人格権侵害を認めつつ、その被告コラージュ看板全体において、要するに原告写真がどこで使用されているのかが分からないとの理由で翻案禁止権侵害を否定したところが本稿にとっての主要な関心事であることから、ここでは非侵害事例として把握する。

⁵³ 原告は、著作権の行使につき受け取るべき金銭の額に相当する額(著作権法114条3項)につき、原告写真を看板等に使用する場合の使用料一点当たり10万円の5倍である50万円を主張したところ、裁判所は、原告写真は多数の猫の顔写真を用いたコラージュ看板を作成するために素材として使用されたものであり、個々の原告写真が一個の作品として使用されるものでなく、看板の設置期間も約2か月間だったこと等を総合考慮して、一点につき1万円、複製禁止権侵害の損害額は66万円(1万円×66枚)とした。一方、著作者人格権侵害について、被告による原告写真の改変行為は嗜虐的とも解し得るもので原告の意に大きく反し、原告の精神的損害は甚大として、慰謝料にかかる原告の主張3,000万円に対して200万円が相当であるとした。

2) 侵害事例

他方、写真での写り込みにつき著作権侵害を認めた近時の事例としては、被告の左ふともも部分に入っている十一面観音立像の入れ墨を撮影した写真画像を、被告が加工して自著の表紙カバー等に使用したことについて、原告の彫った入れ墨には仏像の輪郭線の筋彫りや描線の墨入れ、ぼかしの墨入れ等墨の濃淡によって独特の立体感が表現されているとして著作物性を肯定した上で、被告書籍の表紙カバー等に使用された写真画像は、陰影が反転し、セピア色の単色に変更されているものの、入れ墨に見られる創作的表現が再現されているとした東京地判平成23年7月29日平成21(ワ)31755号〔合格！行政書士 南無刺青観世音一審〕〔【図30】裁判所ホームページより）⁵⁴、知財高判平成24年1月31日平成23(ネ)10052号〔合格！行政書士 南無刺青観世音二審〕がある。

被告著作物における原告著作物の写り方が不鮮明あるいは小さい

といった事案（〔雪月花〕〔創価学会写真ピラ〕〔おもてなしプレゼント〕〔猫の写真看板〕）では類似性が否定される傾向にあるところ、では写り方が

本件表紙カバー



図30

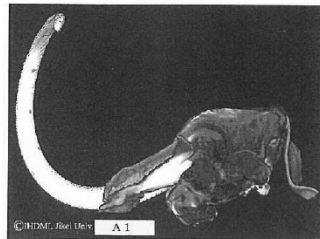
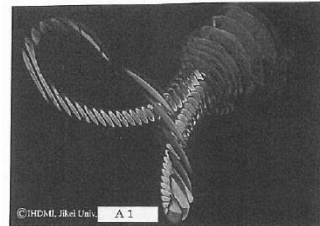


図31

⁵⁴ 岡本岳「入れ墨と著作権」設楽隆一ほか編『現代知的財産法 実務と課題 飯村敏明先生退官記念論文集』（2015年・発明推進協会）1065頁参照。

小さいという理由付けが成り立つのは、果たしてどのくらいの大きさまでなのか、ということが問題となる。そこで、写り込みの事例ではないが、書籍における写真の無断使用について著作権侵害を認めた東京地判平成23年11月29日平成22(ワ)28962号 [CTは魔法のナイフ一審] (【図31】 裁判所ホームページより)、

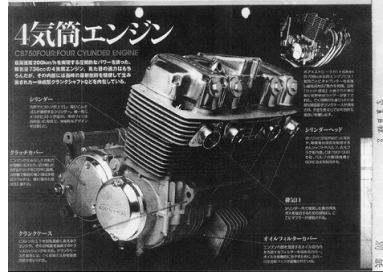


図32

知財高判平成24年4月25日判時2151号102頁 [CTは魔法のナイフ二審]、東京地判平成25年7月19日平成23(ワ)785号 [週刊ホンダCB750FOUR 一審] (【図32】 裁判所ホームページより) の事案から、写り方の程度問題を探ってみる。

[CTは魔法のナイフ一審] では、日本に冷凍状態のまま輸送されたマンモスの頭部をCT撮影したデータをもとに原告の作成した三次元CG画像2点が、被告書籍の本文と表紙に無断掲載されたことについて、裁判所は、CG画像の一方はマンモスの頭蓋骨内の構造を明らかにするために、半透明の色彩により水平断面像を配置する構成が取られていること、他方はマンモスの頭部の中心ではなく、キバの基部と副鼻腔の双方が断面に現れるように切断面を選択し、白いキバの部分に茶色の濃淡による陰影をつけることによって、キバの立体的形状を表現していること等から、いずれも原告の著作物であるとした上で、被告書籍では、カラー画像として作成された原告画像が白黒画像へ変更されているものの、原告画像が忠実に再現されていることから、原告画像における創作的な表現の共通性を認めて、複製禁止権、譲渡禁止権侵害および著作者人格権(同一性保持権、氏名表示権)侵害を肯定した([CTは魔法のナイフ二審] も同旨)。

同様に、[週刊ホンダCB750FOUR 一審] では、原告写真家が撮影したバイクのエンジンの写真について、エンジンの銀色を際立たせるために黒色の背景を使用し、エンジンの側面をライティングするなどの工夫を凝らし、三脚を使用できない制約の中、エンジンを構図の中心に捉えて撮影していること等から、原告が原告写真の著作者であると認めた上で、被告出版社が原告写真のエンジン部分だけをトリミングして、「4気筒エンジン」との見出しとエンジンや部品に関する説明書きを加えてエンジン部分の

トリミング画像部分を雑誌のページ
の中心に据えて大写して掲載し、被
告のウェブサイトにも掲載したこと
について、裁判所は、原告写真と被
告書籍での掲載写真は、若干の色調
の相違はあるものの実質的に同一で
あるとして複製禁止権侵害および著
作者人格権侵害（公表権、同一性保
持権、氏名表示権）を肯定した⁵⁵。

このほか、被告絵画と原告作品と
の類似性を肯定した事例として、土
産用の暖簾に掲載された絵画が、実
在する茅葺き屋根の民家と寺を描いた
原告スケッチを無断複製したもの
かどうか争われた東京地判平成4
年11月25日知裁集24巻3号854頁[山
の民家]（【図33】裁判所ホームペ
ージより）がある。裁判所は、同一の
対象物を同一の角度から写実的に描
いており、建物、樹木、畑の描き方
が細部まで一致しているとして類似
性を肯定した。また、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]（【図34】Westlaw
JAPAN 1994WLJPCA04250003より）
は、女王・卑弥呼の宮殿として描か
れた被告絵画について、古代の城を描いた想像図である原告作品の構図全



図33

1. 卑弥呼の宮殿



図34

⁵⁵ もっとも、控訴審（知財高判平成25年12月25日平成25(ネ)10076号[週刊ホンダCB750FOUR 二審]）では一転、原告は原告写真の二次利用について包括許諾を与えていたとして、被告による複製権侵害を認定した原判決を取り消すとともに、被告による公表権侵害、同一性保持権侵害も否定して、氏名表示権侵害のみを認めた。

体、すなわち建物、門、門番等の配置や大きさの描き方が極めて似ているとして類似性を肯定した。さらに近年の事例では、京都・祇園祭の模様を撮影した原告写真に依拠して描いた水彩画を、新聞やポスターに無断掲載したことについて、東京地判平成20年3月13日判時2033号102頁〔八坂神社祇園祭ポスター〕⁵⁶は、濃い線画と色彩により楼門、神輿、神官を描いた水彩画は、全体的な構図が写真と同一であって、写真が描出している祇園祭の厳粛な雰囲気を感じ得る可とするとして、類似性を肯定していた。

写実的な表現である写真や映像における類似性の当否の分かれ目を探る上で、これら〔山の民家〕、〔日本の城の基礎知識〕、〔八坂神社祇園祭ポスター〕では、写実的な絵画的表現の何に着眼して侵害が肯定されるのかを見極める格好の材料を提供してくれていることから、大変参考になる⁵⁷。

3) 小括

被告著作物に写っている部分のごく小さい、あるいは不鮮明など、原告著作物における創作的表現の細部や全部がよく分からないとされるような事案では、侵害が否定されている（〔雪月花〕、〔創価学会写真ビラ〕では「絵ビラ」について）。

他方、被告著作物での写り方が大きく、原告著作物の創作的表現がよく見て取れるとされるような事案では、侵害が肯定されている（〔合格！行政書士 南無刺青観世音〕、〔CTは魔法のナイフ〕、〔週刊ホンダ CB750FOUR 一審〕）。原告著作物を構図の中心に大きく据えて使用するような事案では、原告著作物との創作的な表現の共通性を否定することは、基本的に困難と見られる。このことは、〔山の民家〕、〔日本の城の基礎知識〕、〔八坂神社祇園祭ポスター〕といった絵画や風景写真等の事案においても同様である。原告作品である絵画や風景写真の全体的な構図や構成が、被告作品において見て取れる程度に再現されていれば、創作的な表現が共通するため類似する、といわざるを得ないだろう。

したがって、このように類似性が肯定されるような事案では、権利制限規定の適用がなければ、著作権侵害になると考えることになる。すなわち、

⁵⁶ 評釈として、比良友佳理〔判批〕知的財産法政策学研究25号(2009年)117頁がある。

⁵⁷ 比良・前掲注(56)140頁参照。

①他人の著作物に（著作物性の要件）、②依拠して作成・取得した（依拠性の要件）、③類似の範囲内にある、もしくは同一の著作物を（類似性の要件）、④著作権法で定められた行為（法定の利用行為：著作権法21条から28条、113条）により著作権者に無断で利用すれば、当該利用行為が権利制限規定（著作権法30条以下）に該当しない限り、著作権侵害を構成するからである⁵⁸。

（3）権利制限規定により侵害の成否を決した裁判例

明らかに類似性が肯定されるような写り方の事案について、権利制限規定の適用によって非侵害と帰結した有名な事例がある。東京地判平成13年7月25日判時1758号137頁〔はたらくじどうしゃ〕（【図35】判時1758号142頁より）⁵⁹である。市バスの車体に大きく描かれた絵画を撮影した写真を、幼児向けの書籍の表紙と中身に使用したことについて、裁判所は、バスに描か



図35

れた絵画を屋外に恒常的に設置されているものと解して著作権法46条（公開の美術の著作物等の利用）により侵害を否定した。

テレビニュースにおける写り込み関連の事案を、権利制限規定によって処理した事例もある。大阪地判平成5年3月23日判時1464号139頁〔山口組五代目継承式〕⁶⁰が有名である。平成元年（1989年）10月4日放送の被告

⁵⁸ 田村・前掲注(4)46-47頁、島並ほか・前掲注(44)248頁参照[上野達弘執筆]。飯村敏明「権利制限規定の解釈における課題」著作権研究35号(2008年)113頁も、上記とほぼ同様の判断枠組みを提示する。

⁵⁹ 評釈として、村井麻衣子[判批]知的財産法政策学研究10号(2006年)247頁、小島立[判批]著作権判例百選〔第4版〕(2009年)136頁などがある。

⁶⁰ 評釈として、茶園成樹[判批]メディア判例百選(2005年)200頁、堀部政男[判批]

TBSのニュース番組「筑紫哲也ニュース23」が、その日3年半ぶりとなった大阪府警による山口組の一斉摘発を伝える約7分間のニュースの中で、同年7月20日に行われた山口組五代目組長の継承式の模様を収録・編集して制作された全体尺約1時間27分間の記録ビデオ映画を約4分間、無断で部分使用(一部分を使用すること)した。番組の中でキャスターらは、VTRを見せながら継承式について感想を述べ解説を加えつつ、当該ビデオの複製物が全国の系列組織へ配布されたことを伝えていた。裁判所は、部分使用の目的が、山口組の一連の事件・動向を実際の映像・音声を用いて視聴者に伝えるところにあつたこと、部分使用した約4分間の尺は全体尺約1時間27分間の5パーセント弱だったことなどを認めて、著作権法41条(時事の事件の報道のための利用)所定の報道の目的上正当な範囲内の利用であるとして侵害を否定した。また、被告TBSが番組内で[山口組製作のVTRより]というクレジットスーパーを打っていたことについて、著作権法48条1項所定の出所明示を行っていたものと認めた。

他方、テレビニュースでの写真著作物の使用について、著作権法41条該当性を明確に否定した近時の事例に、札幌高判平成23年11月18日平成22(ネ)596号[NHKニュース風車写真二審]がある。風力発電に関する200億円の投資ファンドを設立した会社のオフィスを被告NHKが取材した際、オフィスに掲示されていた風力発電用風車の写真パネル2点の全部を、その会社の社長の許可を得て、壁から外してテレビカメラで接写して画面全体に撮り切って全国ニュースで放送したという事案について、裁判所は、ファンドの立ち上げという事件と無断使用した風車の写真とは無関係であるとして、著作権法41条該当性を否定して侵害を肯定した原審(札幌地判平成22年11月10日平成21(ワ)3924号[NHKニュース風車写真一審])を容認した(平成25年3月27日上告棄却)。

(4) 写り込み関連の裁判例の展開に対する学説の状況

以上のような写り込み関連の裁判例の展開に対する学説の状況はどう

著作権判例百選〔第2版〕(1994年)160頁、原秋彦〔判批〕著作権判例百選〔第3版〕(2001年)160頁がある。

か。[雪月花一審]や[はたらくじどうしゃ]で示された解釈について、一般化が可能との指摘⁶¹が近年なされた一方、書は字体を創作的に表現したところに著作物性が認められるものであるため、そもそも保護範囲が狭いこと、また、市バスに描かれた絵画の写真については書籍の中身に小さく使用することは許容されるとしても、表紙の中心に据えて、見る人の目を惹くような使い方は絵画の美的価値を少なからず利用しているものであることから、いずれも事例判決であって射程は決して広くない旨の指摘⁶²がなされていた。また、[はたらくじどうしゃ]は、問題となった行為が46条柱書きに該当することを(やや強引ながら)認めることで46条4号に舞台を移し、同号の「専ら」という要件解釈の問題として一般条項的に利益衡量を行うことを可能としたものという指摘⁶³や、[はたらくじどうしゃ]における被告書籍が、あくまでも幼児教育的観点から監修され、美術作品を鑑賞する目的で作成されたものではない点に鑑みると、著作権者への経済的不利益は過大とまではいえず説示は妥当とする指摘⁶⁴がなされるとともに、いずれの事例も、写り込みを自由とする明示的な条文がない中、妥当な解決を模索した裁判例としてその姿勢を高く評価すべきであろうとの再評価⁶⁵がなされている。

裁判長として事件を担当した飯村敏明判事(当時)は、[雪月花一審]について、「書に特有の性質だけで結論を導いたわけではなく、このような利用形態まで阻止しなければならない著作権者の利益と、このような利用形態を禁止した場合の一般人の不都合のバランスを考慮したと考えるべきだと思います。…どちらの結論が、現代の社会の一般的な良識に照らして、より妥当なのかは、結論を導く際に、常に考慮されているとって

⁶¹ 三村量一「マスメディアによる著作物の利用と著作権法」コピーライト594号(2010年)14-20頁参照。

⁶² 田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト1255号(2003年)127-128頁および127頁注(21)、田村・前掲注(4)97頁参照。

⁶³ 村井・前掲注(59)258-259頁参照。

⁶⁴ 小島・前掲注(59)137頁参照。

⁶⁵ 田村・前掲注(6)52頁参照。

差し支えないと思います。」⁶⁶と述べ、総合衡量が展開されたことを示唆している。また、同じく裁判長を務めた「はたらくじどうしゃ」に関して、著作権法46条には、第三者の自由利用を柱書きで定め、著作権者を保護すべき場合を例外として各号で書き分けるという他の権利制限規定にはない特徴・構造があり、立法経緯を踏まえると、「入念に検討した上で規定された規定とはいえない。したがって、…著作権法は、法46条に関する限り、総じて、第三者の行動の自由を尊重していると判断できよう。」⁶⁷と指摘。そして、「表紙については、見解が分かれる余地はあると思います。」⁶⁸と認めつつも、「専ら」「屋外の場所」「恒常的」「設置」といった文言を広く解釈していると述べている⁶⁹。「はたらくじどうしゃ」は、著作権者と第三者の利益等を総合衡量した「大岡裁き」ということになるだろう⁷⁰。

〔山口組五代目継承式〕も、事案との関係を見れば、大胆な「大岡裁き」といえるのかもしれない。すなわち、VTRに収録されている継承式それ自体は、本件放送より約2か月半前に行われたものであるから、これを時事的事件と捉えることは難しく、VTRの内容を伝えるにしても、ごく簡単に紹介する程度に利用すれば足り、約4分間も放送することは、むしろ継承式自体の解説を目的とするものであるから、報道の目的上正当な範囲を超えていると考えられなくもないとしつつも、暴力団の動向を伝えるニュースでの使用という事案との関係から、「正当な範囲内」について緩やかに判断したものとの指摘⁷¹がある。

⁶⁶ 飯村敏明「著作権侵害訴訟の実務」明治大学法科大学院編『2004年度 JASRAC 寄附講座講義録 著作権制度概説および音楽著作権』(2006年・明治大学法科大学院 知的財産と法リサーチセンター) 212-213頁参照。

⁶⁷ 飯村・前掲注(58)122頁参照。

⁶⁸ 飯村・前掲注(66)216頁参照。

⁶⁹ 飯村・前掲注(58)122-123頁参照。

⁷⁰ 田村善之「デジタル時代の著作権制度のあり方」同『ライブ講義 知的財産法』(2012年・弘文堂) 413頁参照。

⁷¹ 茶園・前掲注(60)201頁参照。

(5) 取るに足らない写り込みを処理するための理由付けをめぐる難しい問題

写り込みをめぐる難しい問題は、被告著作物に写り込んだ原告著作物の全部または一部がごく小さく、あるいは写り込んだ時間がごく短い時間であっても、原告著作物の創作的表現がはっきりと見て取れるような場合に、どのような理由付けで侵害を否定できるか、ということである。

たとえば〔おもてなしプレゼント〕では、被告宣伝用パンフレットに掲載された原告絵はがきの縮小画像3点のうち1点は、全面が写り、「被写体の属性や構図の一部」、すなわち創作的表現が見て取れたようである。しかしながら〔おもてなしプレゼント〕は、形式的には写真の著作物の増製に該当するとしても、実質的には複製に該当しないということを理由に著作権侵害を否定した。つまり、写り込んだ絵はがきの被写体の属性に加えて一部の構図は見て取れるという認定の下でなお著作権侵害を否定しており、このような事案との関係でその判旨を理解するならば、創作的表現が再生されているところがあるにもかかわらず、侵害を否定した事例ということになる。

同様に〔猫の写真看板〕も、被告コラージュ看板において原告写真の現物やそのコピーが使用されたことにつき複製禁止権侵害を認めつつも、原告写真以外の猫の写真を含む多数の写真やその複製物から猫の顔の部分を切り出し目の部分をくり抜く加工を施したものが並べられて一個の表現物となっている被告看板全体からは、要するに素材の一つとなっている原告写真がどこで使われているのか分からないとの理由で翻案禁止権侵害を否定した事例である。

したがって、実際の看板を見ないことには分からない面もあるが、判旨からは、被告コラージュ看板において原告写真の創作的表現が再生されているにもかかわらず、被告看板における新たな創作性の中に埋没して、原告写真の本質的特徴が感得できなくなったと判断した事例と位置付けられるのかもしれない⁷²。

〔おもてなしプレゼント〕や〔猫の写真看板〕に見られるこのようなア

⁷² 高瀬亜富〔判批〕知財判例時々々々々(知財弁護士.COM) <<http://www.ip-bengoshi.com/hanrei/26/20150127.html>> 参照。

アプローチは、最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁[江差追分上告審]⁷³の説示の前半部分である「本質的な特徴を直接感得」に着目し、同説示の後半部分に基づく「創作的な表現」の共通性の有無に関する判断に対して、作品全体を対比することにより翻案の該当性に関する概念的な判断を重ねて侵害の成否を決するという判断の枠組み⁷⁴に近いように思われる⁷⁵。

類似性の判断に際して、上記のようなアプローチによって処理したと見られる最近の主な事例が、知財高判平成24年8月8日判時2165号42頁[釣りゲータウン2]⁷⁶である。ともに携帯向けゲーム大手の原告GREEと被告

⁷³ 民謡・江差追分のルーツに迫る被告NHK制作のドキュメンタリー番組の冒頭部分のナレーションと、江差追分に関する原告ノンフィクション小説のプロローグについて、最高裁は、①かつてニシン漁で栄えた頃の賑わいはないとの江差町の紹介部分は一般的知見に属する「ありふれた事実」であり、表現それ自体ではない部分が同一にすぎない。②今の江差町が最も賑わうのが江差追分全国大会の時期との原告の認識自体は、著作権法上保護されるべき表現ではない。③原告と同じ認識のもとに表現された被告ナレーションは、原告プロローグと具体的な表現が異なる。④被告ナレーションは原告プロローグと同じ順序だが、原告プロローグの記述順序自体は独創的ではなく、表現上の創作性が認められない部分が同一にすぎない。⑤被告ナレーションは原告プロローグより格段に短いなどとして侵害を否定した。田村善之[判批]法学協会雑誌119巻7号(2002年)214頁、高部真規子[判解]『最高裁判所判例解説 民事篇 平成13年度(下)』(2004年・法曹会)549頁参照。

⁷⁴ 中平健「翻案権侵害の成否」牧野=飯村編・前掲注(27)342頁以下、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)16頁以下、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村豊弘=牧野利秋編集代表『現代社会と著作権法 斉藤博先生御退職記念論集』(2008年・弘文堂)296頁以下、大須賀滋「翻案権侵害の主張立証」論究ジュリスト2号(2012年)256頁、菊池絵理「翻案権と複製権」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅲ-著作権法、その他、全体問題』(2014年・青林書院)91頁以下、大須賀滋「著作権侵害訴訟総論」高部真規子編『裁判実務シリーズ8 著作権・商標・不競法関係訴訟の実務』(2015年・商事法務)7頁以下、中島基至「著作権侵害」高部編・前掲104頁以下参照。

⁷⁵ 田村・前掲注(6)50頁注(55)参照。

⁷⁶ 評釈として、田村善之[判批]知的財産法政策学研究41号(2013年)79頁・同42号(2013年)89頁、小泉直樹[判批]ジュリスト1446号(2012年)6頁、横山久芳[判批]ジュリスト1453号(平成24年度重要判例解説・2013年)267頁、駒田泰土[判批]知的財産法政策学研究43号(2013年)109頁などがある。

DeNAが配信する魚釣りゲームにおいて、魚を引き寄せ動作を行う画面（魚の引き寄せ画面）の内容と変化、海・川の釣り場を選ぶ画面や釣果を確認して魚拓をとる画面などユーザーがゲームを行う際に必ずたどる画面（主要画面）の選択・配列、各主要画面での素材の選択・配列等の類似性が争われた。

第一審の東京地判平成24年2月23日平成21(ワ)34012号〔釣りゲータウン2一審〕は、原告・被告ゲーム双方が、水面上を捨象して、水中のみを真横から水平方向の視点で描いている魚の引き寄せ画面について、特に、水中に三重の同心円を大きく描き、釣り針に掛かった魚を黒い魚影として水中全体を動き回らせ、魚を引き寄せるタイミングを魚影が同心円の所定の位置に来たときに引き寄せやすくすることを具体的に表現した点に原告ゲームの製作者の個性が強く表れており、被告ゲームにおいて同一性が維持されているとした。そして、このような表現には多数の選択の幅⁷⁷がある中で、原告ゲーム以前には一つも存在しなかったと認められることから、上記共通部分が平凡かつありふれたものであって創作性を欠くともいえないとして侵害を肯定した。

一方、主要画面の選択・配列と各主要画面での素材の選択・配列については、原告・被告ゲームにおいて多数の相違点が見られ、他の魚釣りゲームの状況や、現実の釣り人の行動様式等を考慮すると、共通点はありふれたものであって創作性のない部分が類似しているにすぎないとして侵害を否定した。この事例も本質的特徴には言及しているものの、事案との関係で見れば、創作的表現の共通性に基づいて侵害の成否を判断した標準的な事例と見られる。

これに対して、控訴審の知財高判平成24年8月8日判時2165号42頁〔釣りゲータウン2二審〕は、魚の引き寄せ画面について侵害を肯定した原審の結論を否定。主要画面の選択・配列や各主要画面での素材の選択・配列とともに、原告・被告ゲームに共通する点は、アイディアに属するものやありふれた表現であるとして非侵害と帰結した。

⁷⁷「選択の幅」とは、「個性」に替えて創作性を捉える新たな概念として、中山信弘教授が提唱するものである。中山信弘『著作権法』（2007年・有斐閣）52頁以下、島並ほか・前掲注(44)28-30頁〔横山久芳執筆〕参照。

まず、魚の引き寄せ画面について、原告が被疑侵害部分として特定・主張する被告ゲームの部分以外の部分、たとえば「魚の引き寄せ画面の冒頭の、同心円が現れる前に魚影が右から左へ移動し、更に画面奥に移動する等の画面」や「中央の円の部分に魚影がある際に決定キーを押すと、『必殺金縛り』、『確変』及び『一本釣りモード』などの表示がアニメーションとして表示される画面」を含めた魚の引き寄せ画面全体を対比することによって、被告ゲームの魚の引き寄せ画面に接する者が、その全体から受ける印象を異にするから、原告ゲームの表現上の本質的な特徴を直接感得できないと判断している。

次に、主要画面の選択・配列や各主要画面での素材の選択・配列の共通性に関して、アイディアの範疇またはありふれた表現として非侵害とする理由付けにおいて、原告ゲームと被告ゲームとの共通点それ自体がアイディアや創作性のないものにとどまる場合であっても、「アイデア等の組合せ」が被告「作品」の中で「重要な役割」を担っていれば、原告作品の本質的な特徴を直接感得できるものとして翻案と認められ得る旨の一般論を述べている。つまり、[釣りゲータウン2 二審]においては、主要画面の選択・配列や各主要画面での素材の選択・配列にかかる「アイデア等の組合せ」は、被告「作品」において「重要な役割」を担っていないと判断されたことから、本質的な特徴の直接感得性が否定されたものと見受けられる。

(6) 全体比較論に対する批判

このような本質的な特徴の直接感得性に着目し、[江差追分上告審]の説示を解釈する、いわゆる全体比較論⁷⁸⁾に対して、論者からは次のような批判がある。

すなわち、①被疑侵害著作物の部分を特定する手法が示されておらず、裁判規範として通用させるには理論的に未完成である。②外延が不明確な「まとまりのある著作物」や「作品」での比較によって侵害の成否を判断するとなると、著作物の類似性という形で著作権の保護範囲を予測するこ

⁷⁸⁾ 田村・前掲注(4)59頁参照。

とが不可能になり、法的安定性を著しく害する。③写り込みやパロディについて侵害を否定する方向に斟酌するためには、やはり利用の経緯や必然性、著作権者に与える不利益など諸事情を総合衡量することも必要であり、このような諸事情は類似性の比較判断では汲み切れないものであり実益に乏しいといった指摘⁷⁹がなされている。その背景的理解として、[江差追分上告審]における「本質的な特徴を直接感得」という文言は、「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]⁸⁰の説示を…踏襲したものであるが、厳密には、…同一性保持権侵害に係るもので…しかない。そのうえ、その文言は、下手をすると、原著作物の創作的な表現ではない部分やアイデアと目すべきところと共通するに過ぎない場合にも、『本質的な特徴を直接感得しうる』…ということで、侵害が肯定されかねないという問題点を内包していた。」との指摘⁸¹も、かねてよりなされていたところである。

このほか、「たとえ既存の著作物の創作的表現が『認識可能』のまま残っているとしても、広義の『色あせている』という場合であれば、それはまったく『独立の著作物』であり、そもそも既存の著作物を利用しているとは言えないのだから自由なのである、というような解釈はやや強弁の誹りを免れないように思われる。…少なくともドイツ法における『自由利用』のような規定を持たないわが国において、ドイツ法における『色あせている』論を採り入れて、たとえ既存の著作物の創作的表現が認識可能であっても規範的に見て『直接感得できない』場合には権利侵害に当たらないと考えることは疑問が残るところである」との指摘⁸²や、「意匠においても商標においても、全体比較は通説・判例が採用する類否判断手法とされているではないか、との批判がありうるかもしれない。しかし、意匠の場合

⁷⁹ 田村・前掲注(76)41号114-120頁参照。

⁸⁰ 田村善之[判批]著作権判例百選〔第2版〕(1994年)140頁参照。

⁸¹ 田村・前掲注(73)218頁参照。もっとも、同226頁注(1)は、「『本質的な特徴』の絞り次第では、創作的表現の再生基準と整合的に読むこともできなくはない。」とする。

⁸² 上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成(2・完)―複製又は翻案』の問題性―」知的財産法政策学研究42号(2013年)71-72頁参照。

も商標の場合も、比較の対象となる『全体』は、願書、図面、公報において具体的に開示されている。イ号に関しても、意匠であれば当該物品を通して、商標であれば出所表示機能等を発揮するものの範囲で、比較的明確に特定されうる。他方で、著作物たる創作的表現は、作品内部の様々な範囲において成立しうる融通無碍な性質を示す。ゆえに著作物の場合には、全体の範囲を曖昧にしたままの全体比較は安易にこれを行うべきではなく、むしろ部分比較こそが類似判断の基本とされるべきなのである。」との指摘⁸³もある。

いわゆる全体比較論と、その問題点を指摘する学説のいずれが妥当なのかを論じることは本稿の課題ではないため、本稿では各学説の紹介に止める。思うに、翻案をめぐる事件において、[パロディ第一次上告審]と[江差追分上告審]という二つの最高裁判決が存在することから、裁判所には上記最判に整合的な判示が求められるであろうことは理解できるところ⁸⁴、

⁸³ 駒田・前掲注(76)144頁参照。

⁸⁴ 飯村敏明「著作物の利用(改変態様)の可否に関する判断要素について」コピライト616号(2012年)4頁は、[パロディ第一次上告審]について「モンタージュ最高裁判決は、翻案権侵害が争われた事案ではなく、旧法下での同一性保持権侵害が争われた事案ですが、同判決は、事実上、翻案権侵害における判断基準として機能していた状況がありましたので、同判決との整合性に配慮する必要性がありました。」とする。また、[江差追分上告審]について、「その論理付けの手法からみて、『言語の著作物の翻案』に限定したものでない点は明らかです。…そして、同判決が、『言語の著作物の翻案』ではなく翻案一般について述べたとしますと、その判断手法(ロジック)及び判断基準の拠って立つ前提はモンタージュ最高裁判決と大きく相違しておりますので、同判決のロジックや判断基準は実質的に変更されていると見ることが出来ます(もっとも、この点は両判決が矛盾していることを述べている趣旨ではありません。)」とし、同12頁は、[江差追分上告審]が「形式的にはモンタージュ最高裁判決の判断基準に準拠する旨を述べています。」とする。

この点、中山・前掲注(7)151頁注(10)も、[江差追分上告審]における説示の前半部分である言語著作物の翻案の定義について、「二次的著作物の一般論として通用すると考えられており、その後の翻案事件に決定的影響を与えている。」とする。

最高裁判決が裁判実務へ与える影響の大きさについて、中野次雄編『判例とその読み方[三訂版]』(2009年・有斐閣)22頁[中野次雄執筆]は、「裁判官は『最高裁判所のするであろう判断』に拘束されるのであって、判例はこれを予測するための一

侵害の成否を決する基準—「表現形式上の本質的特徴の直接感得性」と「創作的な表現の共通性」の中身そのものは、実は同じもの—著作権で保護されるのは創作的表現であり、アイデアは保護されない（著作権法2条1項1号）—にすぎず、翻案が問題となる事案において裁判所ではそれを「本質的な特徴を直接感得」できるか否かと呼んできているのであり⁸⁵、すなわち言い換え可能⁸⁶、つまるところ言葉の問題というように読むのが素直

重要な一資料として意味をもつ」とする。

⁸⁵ 橋本英史「著作権（複製権、翻案権）侵害の判断について（上）」判時1595号（1997年）29頁は、「既存の『著作物における表現形式上の本質的な特徴』という概念は、著作物としての本質はその創造性にあることから、既存の『著作物としての創作的な表現形式の特徴』と同じ意義であるということが出来る。また、これらをさらに、既存の『著作物を特徴づける個性（創作）的な表現形式』ということも出来る。」とする。

⁸⁶ 上野・前掲注(82)65頁は、「『表現上の本質的特徴』とは、現行法では『創作的表現』と言い換えたほうがよい」とし、[江差追分上告審]の説示について、「『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』（下線筆者）というフレーズからは、①『表現』であること、②『本質的な特徴』であること、という2つの要素を抽出できる。そして、①はアイデアではなく『表現』の部分が問題になることを述べているものと理解できる。ここで『本質的な特徴』というものを『創作性のある部分』と読み替えれば、結局のところ、『表現形式上の本質的特徴』というのは『創作的表現』にほかならないことになる。」とする。

駒田・前掲注(76)131頁は、「『表現上の創作性がある部分』と『表現上の本質的特徴を直接感得しうる部分』が（全体比較論が説くように）別物たりうるのであれば、最高裁は、『本件プロローグと同一性を有する部分』は、アイデア・事実・創作的表現とはいえない部分であるというにとどめ、本質的特徴イコール創作的表現とする解釈の可能性をなるべく排除しようとしたはずである。しかし、そうはしなかったのであるから、本質的特徴イコール創作的表現と解するのが、おそらくもっとも自然な判決の読み方であろう。」とする。

裁判例でも、江戸時代の浮世絵（原画）を模写した原告作品について、原画の創作的表現にはない新たな創作的表現が加わっていれば、原告作品は原画の二次的著作物として保護され得る旨の抽象論を説示するところから、上記の読み替え・言い換え可能性が示唆されるものがある（東京地判平成18年3月23日判時1946号101頁[柏書房一審]、東京地判平成18年5月11日判時1946号101頁[豆腐屋一審]）。問題となった図絵の紹介を含め、両事件の詳細は、村井麻衣子[判批]知的財産法政策学研究

なのではないだろうか⁸⁷。

もっとも、高部眞規子判事によれば、写り込みの事例を念頭に、「本質的な特徴の同一性を維持」(〔江差追分上告審])という基準は、取るに足らない些細な程度の創作的表現の共通性(類似)について、侵害を否定する方向で斟酌するための一つの使える道具になり得るとしていた⁸⁸。そこには、裁判官が事案を柔軟に処理していくには、現行著作権法の規定が決して使いよい道具とはなっていないことを前提に、立法的対応もなかなか進まない中、それでも何とかして紛争の解決を図ろうとする裁判所の解釈

15号(2007年)341頁参照。

⁸⁷ 複製と翻案という概念にはとらわれず、被疑侵害著作物における原告著作物の有する創作的表現の再生の有無に専ら着目して侵害の成否を見極めようとする田村善之教授の基本的立場(田村・前掲注(4)58-59頁)が全面的に打ち出されている近時の論文、田村・前掲注(76)41号・42号は、被疑侵害著作物と原告著作物の共通要素の比較に当たり、同42号96頁において、一般論としてたとえば小説などにおける出来事の流れなど「かなり大きな単位の比較で侵害が肯定されることはありうる」とする。さらに、同42号105頁では〔釣りゲータウン〕での具体的事案について「画面の遷移という意味での素材の選択や配列の共通性ばかりでなく、個別の画面の共通性も合わせて、総体としてそれが創作的表現といえるか否かということは当然に許されて然るべきものである。」としている。

これらの点につき、大須賀・前掲注(74)「著作権侵害訴訟総論」10頁は、(田村)「教授のいわれる創作的表現共通説が実際の事案の検討においては、本質的特徴感得説と大きく相違しないことを示しているように思われる。」とする。

また、比良・前掲注(56)135-136頁は、「本質的特徴」という文言に引きずられてアイデアが保護されてしまうおそれのない「創作的表現の再生」という基準のほうが、より安定的に類似性を判断できるという立場から、『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、その具体的なあ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。…『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。」とする。

⁸⁸ 斉藤博ほか「シンポジウム 翻案 討論」著作権研究34号(2007年)110-112頁〔高部眞規子発言〕参照。

による努力といったようなものが感じられる⁸⁹。

(7) 本件第一審判決の位置付け

本件番組における①化粧や髪型、⑦背景映像の写り方は、それぞれ数秒間と極めて短く、ぼやけており、特に本件部分映像に写り込んだ化粧や髪型についてその細部や微妙な色の工夫等はよく分からないため、その写り方からは化粧や髪型の創作的表現を見て取ることができない、というものだった。このことから、本件第一審は、写り込んだものの特徴的部分に着目して類似性を否定した〔雪月花〕、〔創価学会写真ピラ〕（ただし、「写真ピラ」ではなく「絵ピラ」について）と似た事案について、〔おもてなしプレゼント〕型ではなく〔雪月花〕型の判断枠組み—創作的表現の再生を否定する複製の規範的解釈—により侵害の成否を決した一事例と位置付けることができるように思われる。

仮に本件番組において、化粧や髪型、背景映像の細部がよく分かる形で大きくはっきりと写っていたならば、あるいは明確に映し出された化粧や髪型が特殊で独創的で奇抜なものであったならば、果たして本件第一審が類似性を否定して非侵害の結論を導くことができたのかという点、それはいささか難しかったのかもしれない⁹⁰。前述のとおり、創作的表現が再現されて看取できるような態様の写り方であるならば、類似性は否定できないと思われるからである（写真的表現の事案について〔合格！行政書士南無刺青観世音〕、〔CTは魔法のナイフ〕、〔週刊ホンダCB750FOUR一審〕、絵画的表現の事案について〔山の民家〕、〔日本の城の基礎知識〕、〔八坂神社祇園祭ポスター〕参照）。

写り込み関連の事案として問題となり得るものには、上記裁判例のとおり、創作的表現が容易に看取できるものとそうでないものがあり、写り込む著作物等の種類やその写り込み方も多様である。著作権法30条の2に

⁸⁹ 駒田・前掲注(76)129頁は、全体比較論について「二次創作の自由に対して比較的好意的な立場をとり、翻案の侵害判断を柔軟にして、硬直的な結論を回避しようとする試みの一つであるといえようか。」とする。

⁹⁰ 田村・前掲注(62)127頁、作花・前掲注(51)44頁、飯村・前掲注(58)126頁参照。

は、後述のとおり特に「分離することが困難」でなければならないとの要件(分離困難性)が課されたことから、[雪月花]の事案を念頭に、写し込み、すなわち意図的・意識的な写り込みを30条の2によって非侵害とすることは、引き続き困難との指摘がある⁹¹。

これに対して、[雪月花]は「そもそも複製該当性を否定しているのだから、本条の適用を検討するまでもないはずである。」との反論⁹²がある一方、「著作権法30条の2によれば、付随対象著作物の利用として著作権侵害にならないものと解される。」との柔軟な解釈の可能性を示唆する注目すべき指摘⁹³もある。

思うに[雪月花]は、そもそも当該事案のような著作物の付随的な利用を非侵害とする権利制限規定が存在していなかったために、著作権者の保護と第三者の行動の自由との調整を図る必要性から、裁判所が「複製」を規範的に解釈することによって類似性を否定して非侵害の結論を導いた事例であった⁹⁴。また、30条の2の立法以前から、背景的なあるいは付随

⁹¹ 中山信弘ほか「座談会 改正著作権法と著作権法の課題」Law & Technology 57号(2012年)14頁[中山信弘発言]および同16頁[横山久芳発言]参照。

清水節「平成24年著作権法改正について」中山信弘ほか編『竹田稔先生傘寿記念知財立国の発展へ』(2013年・発明推進協会)426頁は、平成22年(2010年)4月の文化庁著作権分科会法制問題小委員会「権利制限の一般規定に関する中間まとめ」では、「具体的事案により権利制限の対象となり得るとされた利用者が当該著作物の利用を認識しつつ行われる『写し込み』は、本条の権利制限の対象から除外される可能性が高い。」とし、同426頁注(20)は、「なお、筆者が写し込みを対象と含めることが困難と解するのは、通常の文言解釈の結果であり、権利制限規定であることを理由に特に改正著作権法30条の2第1項を厳格に解釈したわけではない。」とする。

⁹² 池村聡=壹貫田剛史『著作権法コンメンタル別冊 平成24年改正解説』(2013年・勁草書房)103頁注(21)[池村聡執筆]参照。

⁹³ 岡本・前掲注(54)1077頁注(23)参照。

⁹⁴ 飯村・前掲注(58)126頁、同「裁判例における引用の基準について」著作権研究26号(1999年)95頁、半田正夫ほか「シンポジウム『著作物の引用』討論」著作権研究26号(1999年)144-145頁[飯村敏明発言]、中山・前掲注(7)250頁注(11)、清水・前掲注(91)416頁注(11)参照。

大須賀滋「権利制限規定(2)ー平成24年改正」牧野ほか編・前掲注(74)189頁は、[雪月花]と著作権法30条の2との関係について、「この事案は、そもそも複製に当

的な著作物の利用行為のすべてを、[雪月花]の展開したような複製の規範的な解釈によって解決できるとは限らないとの指摘⁹⁵もあったところである。つまり、30条の2の立法後も、この規定や複製の規範的な解釈によって必ずしも解決されるわけではない写り込み関連問題が、引き続き存在し続けることになりそうである。

本件第一審は、30条の2がなかった事件当時、著作物の付随的な利用と見られる事案について、[雪月花]と同様、著作権者の保護と第三者の行動の自由との調整を図った貴重な事例としての意義を有するものと評価したい。すでに見たとおり本件控訴審では、本件第一審とは異なるかつ画期的な判旨が展開されたとはいえ、本件第一審の有する意義が減殺されることはないだろう⁹⁶。

(8) 若干の検討

1) はじめに

以下では、本件番組の部分映像に写った本件ファッションショーにおける化粧や髪型、背景映像といったものについて、今後、類似の事案が問題となった際に、関連する権利制限規定—30条の2(付随対象著作物の利用)、32条(引用)、41条(時事の事件の報道のための利用)を活用して処理できるかどうかを考えてみる。仮に、本件ファッションショーにおけるモデルの化粧や髪型、背景映像の創作的表現が、本件番組の部分映像から看取

たらないとされたのであるから、写り込みが複製に当たる場合に、それを適法とみることができるかどうかという改正法30条の2の論点が生じる以前の問題として解決されたことになる。しかし、この事案を契機としていわゆる写り込みの問題が大きく意識されるようになったという点において、大きな影響力をもつ判断であったということができよう。」とする。

田村・前掲注(4)106頁注(4)は、[雪月花一審]について、「写真撮影の際に付随的に背景に紛れ込んだ著作物の取扱いという点で大変興味深い事件であるが、判旨は明示的にはそうした考慮を入れていない。」とする。

⁹⁵ 上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェア・ユースの可能性—」コピライト560号(2007年)12頁参照。

⁹⁶ 田村・前掲注(6)53頁注(58)参照。

できるようなやり方であったとしたら、類似性を否定するほかにどのような理由付けで侵害を否定できるのかには、前述のとおり議論があるものと思われるからである。そして、さまざまな写り込み関連問題の包括的な解決のためには、[雪月花] や本件第一審のように、事案によっては複製の規範的な解釈により対処しつつも、写り込みの事案を直接の対象とする著作権法30条の2はもちろん、「現行著作権法における著作権制限規定において、最も活用範囲が広い」⁹⁷とされる著作権法32条(引用)などの権利制限規定をより積極的かつ柔軟に活用することによって処理していく必要があるのではないか、というのが本稿の主な問題意識である。

次の検討は、事案との関係から活用可能性が高いと思われる順—30条の2(付随対象著作物の利用)、41条(時事の事件の報道のための利用)、32条(引用)で進める。

2) 権利制限規定の活用可能性

① 著作権法30条の2(付随対象著作物の利用)

本件は写り込みの事案としての側面を有する。そこで、本件番組の部分映像から化粧や髪型、背景映像の創作的表現が見て取れるとしたら、このような事案は、著作権法30条の2(付随対象著作物の利用)を活用して、侵害を否定することができるだろうか、ということが気になる。著作権法30条の2の定める、写り込みが非侵害となる場合の四つの要件とは、条文上の並びで次のとおりである。以下では各要件にかかる主な議論を概観する。

【著作権法30条の2の定める非侵害要件】

1. 写真の撮影、録音又は録画の方法によって著作物を創作する場合であること
2. 分離することが困難であるため付随して対象となること
3. 写り込みが軽微な構成部分であること
4. 著作権者の利益を不当に害しないこと

⁹⁷ 飯村・前掲注(58)119頁参照。

第1要件について

第1要件は、30条の2によって権利制限の対象となる写り込みは、写真の撮影、録音・録画の方法によって著作物を創作する場合、というものである。そこで直ちに想起されるものが、生放送における写り込みや手描きの写生での描き込みといったものが該当するかということである。

まず、生放送での写り込みについては、普通に条文を読めば、録音・録画を伴わないため適用外と解することになるのかもしれない⁹⁸。問題は、果たしてそれでよいのかどうか、ということである。

以上のような問題意識から、生放送といっても、写真撮影やVTRの録音・録画と変わるところはないのだから、具体的な事案においては柔軟な解釈運用によって妥当な解決を図ることが望まれるとの見解⁹⁹や、写り込みはむしろ生放送において許容される必要性が高く、録画番組の場合よりも生放送によるほうが利用の程度は一般的に見て軽微（複製が伴わないという理由か）であるから拡張ないし類推適用の対象となり得るとの見解¹⁰⁰が示されている。

また、写生やイラスト、CG等による描き込みについては、写真撮影、録音・録画いずれにも該当しないため適用外といわざるを得ないとする見解¹⁰¹に対して、写真に撮ったものを描き起こすといった場合は2項によって利用できるものであるから、最初から1項の拡張ないし類推適用があり得るとする見解¹⁰²がある。

さらに第1要件に関して、固定カメラによる撮影における写り込みについて、そもそも創作性の要件が充足されないため適用外とも解されるとこ

⁹⁸ 日向央「改正著作権法の注意点—『写り込み』と『違法ダウンロード刑事罰化』月刊民放2012年9月号(2012年)28頁参照。

⁹⁹ 池村＝壹貫田・前掲注(92)99頁[池村聡執筆]参照。

¹⁰⁰ 前田哲男『『写り込み』等に係る規定の整備』ジュリスト1449号(2013年)30頁、奥邨弘司「フェア・ユース再考～平成24年改正を理解するために～」コピーライト629号(2013年)19頁参照。

¹⁰¹ 池村＝壹貫田・前掲注(92)99頁[池村聡執筆]参照。

¹⁰² 前田・前掲注(100)30頁。上野達弘教授は、この点につき池村聡弁護士の見解と同様「困難であろう」とする。上野達弘「平成24年著作権法改正における権利制限」(2013年8月19日開催北海道大学サマーセミナー資料)3頁参照。

ろ、ここでの創作性の要件は、映画の盗撮行為中の付随的な広告等の写り込みを権利制限の適用外とする消極的な理由から設けられたものであり、実務では民法の一般原則の援用などにより適切な解決が可能とする指摘¹⁰³や、この指摘を敷衍して、ここでの創作性要件は固定カメラによる動きのない撮影行為を積極的に権利制限の対象外とする趣旨ではないから、具体的な事案では柔軟な解釈運用による妥当な解決を図るべきとする指摘¹⁰⁴、30条の2の趣旨は「新たな創作の自由を確保するというよりも、むしろ、付随対象著作物の利用の程度が質的・量的に軽微であり、著作権者に不利益を与えないことに強く着目して立法されたものである(23年報告書のA類型はその趣旨である)」から、メインの被写体を撮影等する行為が違法なものでないならば、利用する側の行為を著作物の創作に限定すべき理由はないとして、固定カメラで撮影するように創作性の要件を満たさない場合でも拡張ないし類推適用の対象となり得ると解すべきとする指摘¹⁰⁵、換言して、映画の盗撮といった全体の録画等の行為が違法である場合に写り込んだ付随対象著作物の複製、翻案が適法と判断されることはなく、そのような行為はただし書の要件にも該当することになるから、写り込みの対象を創作する場合に限定すべき理由が疑問との指摘¹⁰⁶がある。

第2 要件について

平成23年『文化審議会著作権分科会報告書』44頁¹⁰⁷

¹⁰³ 永山裕二「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピーライト619号(2012年)12頁参照。

¹⁰⁴ 池村=壹貫田・前掲注(92)100頁[池村聡執筆]参照。

¹⁰⁵ 前田・前掲注(100)31頁参照。

この点、上野達弘教授は、「たしかに、新たな創作行為を促進するという観点からは、著作物の創作が行われている場合に限って許容する考え方もあり得るが、著作物の創作がない場合でも、同条の類推適用により、侵害が否定されると解すべきであろう」として、前田哲男弁護士の見解に賛成している。上野・前掲注(102)4頁参照。

¹⁰⁶ 清水・前掲注(91)425頁参照。中山・前掲注(7)307頁注(58)も同旨。

¹⁰⁷ 文化庁文化審議会著作権分科会『文化審議会著作権分科会 報告書〔平成23年1

①著作物の付随的な利用

A その著作物の利用を主たる目的としない他の行為に伴い付随的に生ずる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの

第2要件は「分離困難性」の要件とも呼ばれているようであり、文化庁での検討結果として、「A～Cとする種類の著作物の利用につき、これを一定要件の下、権利制限の一般規定による権利制限の対象とすることが適当である」との文化庁での検討結果である上記「A類型」から「30条の2」への立法に当たって加わった最大かつやっかいな変化と見られる。すなわち、A類型では単に「行為に伴い付随的に生ずる」と書かれていた部分が、30条の2では「分離することが困難であるため付随して対象となる」と書き加えられた格好となっている。一見すると、外そうと思えば外せる意図的・意識的・積極的な写し込みを権利制限の対象から除外することを企図したものではないかとも思われるところ、この分離困難性をめぐってもいろいろ議論がある。

文化庁ホームページ¹⁰⁸では、「本条の対象となる著作物の利用行為としては、以下のような例が考えられます。(ただし、本条の対象となるかどうかについては、最終的には、個別具体の事例に応じ、司法の場で判断されることになります。以下、他の条文の対象となる著作物の利用行為の例についても同様です。)」との説明に続いて、以下のような非侵害行為が例示されている。

- 写真を撮影したところ、本来意図した撮影対象だけでなく、背景に小さくポスターや絵画が写り込む場合
- 街角の風景をビデオ収録したところ、本来意図した収録対象だけでなく、ポスター、絵画や街中で流れていた音楽がたまたま録り込まれる場合
- 絵画が背景に小さく写り込んだ写真を、ブログに掲載する場合

月]」(2011年・文化庁ホームページ)44頁参照。

¹⁰⁸ 文化庁「いわゆる『写り込み』等に係る規定の整備について(解説資料)(第30条の2、第30条の3、第30条の4及び第47条の9関係)」(文化庁ホームページ)参照。

- ポスター、絵画や街中で流れていた音楽がたまたま録り込まれた映像を、放送やインターネット送信する場合

「一方、以下のような著作物の利用行為は本条の対象とならず、原則として著作権者の許諾が必要となります。」として、以下のような侵害行為も例示されている。

- 本来の撮影対象として、ポスターや絵画を撮影した写真を、ブログに掲載する場合
- テレビドラマのセットとして、重要なシーンで視聴者に積極的に見せる意図をもって絵画を設置し、これをビデオ収録した映像を、放送やインターネット送信する場合
- 漫画のキャラクターの顧客吸引力を利用する態様で、写真の本来の撮影対象に付随して漫画のキャラクターが写り込んでいる写真をステッカー等として販売する場合

以上のような説明を踏まえた上で、まず、分離することが困難か否かについて、立法担当者らは、物理的に困難かどうかではなく、社会通念に照らして判断されるべきものと考えているようである。すなわち、たとえばキャラクターが描かれたTシャツを着た者を撮影する際に、その撮影行為が家庭内で行われるような場合や、あるいはテレビ番組のロケ等として行われる撮影であったとしても、撮影する側が出演者の衣装として準備・用意するような場合でなければ、要するに私服であれば、わざわざそのTシャツを物理的に脱がせる必要までではない、というのである。

他方、ドラマの小道具としてセットに絵画やぬいぐるみ等をわざわざ用いる場合、モデルや出演者に著作物が描かれたTシャツをわざわざ衣装として着せる場合など、家庭内ではない場において著作物を設置するなどして積極的な利用意図を持って利用する場合には、社会通念上分離困難とはいえないとする¹⁰⁹。

¹⁰⁹ 永山・前掲注(103)12-13頁、池村=壹貫田・前掲注(92)100-102頁[池村聡執筆]、前田・前掲注(100)31-32頁参照。

もっとも、前田哲男弁護士は、『分離することが困難』であることは、結果とし

もっとも、条文を素直に読むと、子どもにミッキーマウスの人形を抱かせて写真撮影するといった家庭内の行為も、そのように意図的にキャラクターを写し込んで撮影（複製）した写真を家庭内で飾っているだけであれば、著作権法30条（私的使用のための複製）により侵害とされることはないであろうが、意図的な写し込みのある写真を個人のブログやホームページに掲載するとすると、このような掲載は公の利用行為と解されるため、30条の2、30条いずれも適用外となり、結論として妥当かどうかはともかく侵害に当たることになるのかもしれない^{110 111}。

また、「背景絵画を意識してピントを合わせること」について、「エンタメ業界にいう『写し込み』、つまり自分で持ち込んで撮影するような場合は分離することが困難であるとは当然にいえませんので、この要件を満た

て『付随して対象となる』場合の典型的な理由を示していると解される。権利が制限されるべき根拠の核心は、『付随して対象となる』ものにすぎないと点であり、必ずしも『分離することが困難』とまではいえなくても、社会通念上、写真の撮影等に当たってあえて被写体から分離することまでは求められておらず、そのために本来の被写体に『付随して』撮影等の対象となる場合は、本条が拡張ないし類推適用されると解する。」とし、「もっとも、わざわざ意図して本来の被写体の近くにおいて撮影対象に含めるような場合には、『付随して対象となる』とはいえない場合が多いであろう。」とする。分離困難性を主たる要件として捉えていない点で、永山裕二・元著作権課長、池村聡弁護士とは異なる考えのようである。

¹¹⁰ 清水・前掲注(91)426頁注(20)参照。

¹¹¹ 中山信弘「著作権法の憂鬱」パテント66巻1号(2013年)114頁は、「常識的に考えれば、上記の例では、意図的にミッキーマウスを抱かせたのであるから分離は極めて容易であると思える。なぜ敢えて分離困難性などという要件をいれたのか、不思議である。今回の改正がなければ、ミッキーマウスを抱かせた例では、何らかの法テクニックを用いて違法ではないとすることも可能であったかもしれないが、『分離困難性』という要件が明示的に設けられたために、そのような解釈は困難となってしまったと考えられる。」として、本条を厳格解釈することによって引き起こされる問題の大きさを指摘している。また、中山ほか・前掲注(91)17頁[中山信弘発言]は、「権利制限規定は、制限であるがゆえに厳格に解釈しなければならないというのが今の流れ」と前置きしつつ、「制限には制限の理由があって、その理由に基づいた合理的な解釈は必要なのであり、制限であるがゆえに厳しく解釈しなければならないという法理はない」とする。

さないことになると思います。一方認識しつつ行う利用はどうかという、『分離することが困難である』という要件を満たす場合もあると思います」との見解¹¹²がある一方、「23年報告書は、『当該著作物の利用を認識しつつ行われる』ものを『写し込み』と呼ばれる利用態様とし、これも個別具体的な事案によってはA類型に該当するものがあり得るとしていた(20)23年報告書44頁(注62))。改正法は、創作者が撮影等の時点で付随対象著作物の存在を認識していないことを要件としておらず、上記の意味における『写し込み』も、当然に本条の対象となり得る(むしろそれが本条の対象となる場合の多くを占めるであろう)。なお、意図して本来の被写体の近くに置いて撮影対象に含めることは、上記の『写し込み』とは意味が異なることに留意する必要がある。」との見解¹¹³がある。

上記の各見解では「写し込み」の言葉の使い方に違い¹¹⁴が見られるものの、背景の著作物に意識してピントを合わせる行為は非侵害であるが、著作物をわざわざ持ち込んで置いて撮ることは侵害に当たるとする点で両者の見解は共通しているようである¹¹⁵。

他方、著作権法の解説書¹¹⁶の最新版では、背景絵画の写り込みについて

¹¹² 小泉直樹=池村聡=高杉健二「鼎談 平成24年著作権法改正と今後の展望」ジュリスト1449号(2013年)15頁[池村聡発言]参照。

¹¹³ 前田・前掲注(100)32頁参照。

¹¹⁴ 小泉ほか・前掲注(112)14-15頁[池村聡発言]参照。

¹¹⁵ 著作権法41条(時事の事件の報道のための利用)の該当性が争われた事例ではあるが、両見解に沿うような裁判例が、前掲札幌高判[NHKニュース風車写真二審]であろう。この事案は、室内壁面にあった写真パネルを壁から外して接写してインサートVTRとして使用したというものであったから、さすがに意識的にピントを合わせる写り込みにも該当しない意図的・積極的な著作物の利用と考えられる。また、ニュースでの利用であったとしても、当該写真はニュースが伝える事件の内容とは無関係であるから著作権法41条の適用対象外との判示もまっとうであり、写真の著作権者から事前に許諾を得て使用すべきだった、と位置付けられる事例と思われる。

もっとも、オフィスに掲示されている写真パネルが、オフィス室内を撮影した際に画の中に入り込んでしまうことについては、まさに30条の2が対象とする写り込みであると考えられるため、許諾を得る必要はなく、画に写り込まないにとわざわざ壁から写真パネルを外す必要もないと考えられる。

¹¹⁶ 加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』(2013年・著作権情報センター)319-320

「平成24年の法改正により設けられた第30の2の付随対象著作物の利用についての権利制限の対象となる場合もございます」との説明を加えつつも、なお「その背景絵画を意識してピントをそちらに合わせるとすれば、話は別」との記述を維持していることから、ピントを合わせる意図的な写し込みは引き続き権利制限の対象とはならないとの認識を示している。

“写し込み”に関して議論されているもう一つの例として、ディズニーランドでミッキーマウスと並んで撮った記念写真の扱いがある。すなわち、「ミッキーマウスも人物と同等又はそれ以上に重要な被写体であるのなら、ミッキーマウスは付随対象著作物とはいえず、本条の対象にはならない」との見解¹¹⁷がある一方、「客から写真を撮られること（及びそれがブログ等に掲載されること）は当然に認識していると思われ、客からの要望があれば撮影に応じるのである以上、写り込みの事例に関しても本条によるまでもなく、権利者による許諾があるとは考えられないだろうか」との見解¹¹⁸もある。

これらの見解に関して、「本条は、たとえばキャラクターがプリントされたTシャツを着た子供を撮影する場合のように、依拠性を否定することができない場合においても、社会通念上は分離困難であるとして複製権侵害にならないとして、『写り込み』の許容範囲を明確化し、拡大したものということができる。」との指摘¹¹⁹や、「キャラクターが描かれたTシャツを着た子供を撮影する場合などは、当該キャラクターの著作権者による複製等の許諾が強く推認される事例である」との指摘¹²⁰、写り込みを非侵害とする実質的理由とその判断基準について「著作権者の側からみて、著作物が一般公衆の知覚できる状況で存在し、その結果、付随的な利用が生じ得るようなものであるか（写真の撮影等の対象の一部）、利用の目的が利用する側の著作物の性質に照らして社会的に是認されるものであるか（分

頁参照。

¹¹⁷ 前田・前掲注(100)32頁参照。

¹¹⁸ 池村=壹貫田・前掲注(92)102頁注(17)[池村聡執筆]参照。

¹¹⁹ 高林龍『標準著作権法〔第2版〕』（2013年・有斐閣）164頁参照。

¹²⁰ 清水・前掲注(91)427頁参照。

離困難)」との指摘¹²¹がある。

また、アメリカでの事件ではあるが、前掲〔合格！行政書士 南無刺青 観世音〕の事案に類似するものとして、被告映画「The Hang Over Part II」の出演者の顔に描かれた、プロボクサーのマイク・タイソンの顔に施された入れ墨（本物）を模した図案について、ミズーリ州東部地区連邦地方裁判所¹²²が原告入れ墨師による仮差止請求を却下したという事例を紹介しつつ、プロボクサーの顔に施された入れ墨が惹起した著作権問題に対する一般的考察として、「これを我が国の著作権法の問題として考えると、タトゥーをプロボクサーの顔面に施した以上、ボクサーの顔写真が雑誌に掲載されたり、ボクシングの試合のテレビ放送にボクサーの顔が映り、その結果、ボクサーの顔面上のタトゥーが雑誌やテレビに写る（映る）ことは当然に予想されたことであるから、タトゥーアーティストとの間で明示の合意をしなかったとしても、その範囲での利用は黙示的に許諾されていたと解することができます。」との指摘¹²³もある。

第3および第4要件について

第3および第4要件に関して文化庁ホームページ¹²⁴は、以下のような説

¹²¹ 大須賀・前掲注(94)191頁参照。

¹²² *Whitmill v. Warner Bros. Entertainment Inc.*, 11-cv-00752 (E.D. Mo. April 28, 2011).

決定書では理由が述べられていない。以下の解説記事によれば、タイソンの顔の入れ墨が著作物であり、被告映画会社による無断使用を認めつつ、入れ墨を模した図案は、映画のストーリーラインにおいて重要な意味を与えられていないこと、被告映画会社は、映画の宣伝や公開準備にすでに数百万ドルを投じていること、さらには、映画を見たいという公衆の欲求や、差止めによって当事者ではない映画館主やディストリビューターといった者へ与える影響—公益—も衡量されたようである。Travis Burchart, *The Hangover II Must Go On: Tattoo Artist Denied Injunction in Mike Tyson/Tattoo Copyright Suit against Warner Brothers* - See more at: <http://www.lexisnexis.com/legalnewsroom/intellectual-property/b/copyright-trademark-law-blog/archive/2011/05/27/the-hangover-ii-must-go-on-tattoo-artist-denied-injunction-in-mike-tyson-tattoo-copyright-suit-against-warner-brothers.aspx>.

¹²³ 岡本・前掲注(54)1076-1077頁参照。

¹²⁴ 文化庁・前掲注(108)参照。

明を行っている。

『当該写真等著作物における軽微な構成部分となるものに限る』とありますが、『軽微な構成部分』であるか否かは、著作物の種類等に照らし、個別の事案に応じて判断されるものであり、予め定量的な割合が決まっているものではありません。

さらに、同項ただし書では、『著作権者の利益を不当に害することとなる場合はこの限りでない』とされており、著作権者の著作物の利用市場と衝突するか、あるいは将来における著作物の潜在的販路を阻害するかという観点等から、最終的には司法の場で個別具体的に判断されることとなります。」

各条文解説¹²⁵でも、上記に対する特筆すべき議論は見られないようである。つまり、何が軽微か、どのような行為が著作権者の利益を不当に害するのかの判断は、裁判所に委ねられているという理解で一致していると思われる。

この点、『文化審議会著作権分科会 報告書〔平成23年1月〕』等では「付随対象著作物が主たる対象に対して社会通念上軽微であるか否かを中心に判断しているところ、この軽微性の判断も容易ではないものの、分離の困難性に比較すれば客観的に判断できる要素が高いといえよう。」との規範的解釈の展開可能性を示唆する注目すべき指摘¹²⁶がある。

さらには、先に見た全体比較論は30条の2との関係について、「写り込みは、*de minimis*な著作物利用の例であり、全体比較論において想定されるような、新著作物の中で旧著作物が埋没しているケースと重なる部分が多いと考えられる。しかし、全体比較論は、一定の場合には、新著作物の中で旧著作物の翻案（さらには複製）自体が成立していないと解する理論である。したがって、この理論によって翻案等が成立しないとされる場合には、本条を適用するまでもないことになる（本条は、『付随対象著作物』の『複製又は翻案』が存すること前提とした規定である）。では、全体比較論によってもなお翻案等が成立する場合で、本条の適用がある場合とは、

¹²⁵ 永山・前掲注(103)13-14頁、池村＝壹貫田・前掲注(92)102-105頁〔池村聡執筆〕、前田・前掲注(100)33-34頁参照。

¹²⁶ 清水・前掲注(91)426頁参照。

具体的には一体どのような場合をいうのであろうか。」と述べて、軽微な部分を構成するかどうかの判断も容易ではないとされる写り込みの問題は、より高い予測可能性を確保するために、類似性の判断によるのではなく、今後はそのために立法された30条の2の規範的解釈によって処理していく必要性が示唆される指摘¹²⁷もある。

本件事案への当てはめ

では、今後生じるかもしれない本件のような事案において、被告は30条の2に基づく抗弁が果たして可能であろうか。

被告NHKの本件番組における本件映像の使用態様は、訴外JFCCから映像素材の提供を受けて、その一部を切り出して挿入して使用する、いわば二次的な使用である。よって、本件番組に挿入された本件部分映像に写り込んでいる化粧や髪型、背景映像等につき、被告NHKが30条の2に基づいて侵害を否定するとしたら、まず、本件部分映像における化粧や髪型、背景映像等の写り込みは、30条の2第1項に基づいて複製または翻案された「付随対象著作物」、すなわち先に見た30条の2第1項の定める四つの非侵害要件を充足するものである必要があるだろう。

そこで、本件の事案によると、第一に、本件映像に写り込んだ化粧や髪型、背景映像等は、訴外JFCCによって「fashion TV」の番組制作のためにVTR収録されたものであるから、「録画の方法」より「著作物を創作するに当たって」撮影されたものであると考えられる。

第二に、本件映像における本来の収録対象である「撮影等の対象とする事物又は音」は、本件ファッションショー全体であったと見られるところ、本件ファッションショーを構成する個々の化粧や髪型、背景映像といったものは、本件ファッションショーに必然的に含まれるものであることから、

¹²⁷ 駒田・前掲注(76)137-138頁参照。

「de minimis」とは、些細すぎる、取るに足らない些少な、という意味であり、「法は些事に関せず」(de minimis non curat lex)という法諺に由来していることにつき、安藤和宏「アメリカにおけるミュージック・サンプリング訴訟に関する一考察(1) —Newton判決とBridgeport判決が与える影響—」知的財産法政策学研究22号(2009年)214-215頁参照。

客観的に「分離することが困難であるため付随して対象となる」ものと考えられる。

第三に、本件において問題となっている化粧や髪型、背景映像等の写り込みは、映像すなわち動画におけるものである。「動画においては、『軽微な構成部分』かどうかの判断はより困難である。特定の瞬間を切り出せば画面のかなりを占めても、次の瞬間には小さくなったり、画面から消えてしまうことがあるから、時間的な変化を含めて軽微な構成部分かどうかを判断することが求められる。ワンショット中では軽微でなくてもシーン全体あるいは作品全体の中では軽微となり得る場合もあろう。」との指摘¹²⁸がある。ファッションショーの目的は服飾品、衣装を見せること¹²⁹であるから、化粧や髪型等もそれに付随して映像に写り込むことは社会通念上容易に予想されるとも考えられる。本件映像における写り込み方によれば、化粧や髪型はわずか数秒間の動きのある映像から細部の工夫を見て取れず、背景映像も動きのあるわずか数秒間の映像からは具体的な内容は不明というものであるから、質的・量的に軽微な構成部分と見て差し支えないのではないか。

第四に、本件映像に写り込んだ化粧や髪型、背景映像等の創作的表現がよく見て取れるような写り方であったとしても、これらがファッション専門のテレビチャンネルで放送されることは、これらの著作権者が対価を回収しようと予定している市場とは競合せず、著作権者に与える経済的な打撃も過大なものとはいえないと考えられることから¹³⁰、第1項ただし書にいう「著作権者の利益を不当に害すること」にもならないものと考えられる。

このように、本件映像に写り込んだ化粧や髪型、背景映像等は、30条の

¹²⁸ 前田・前掲注(100)33頁参照。

¹²⁹ 野間自子＝中島健太郎 [判批] BUSINESS LAW JOURNAL 92号(2015年)108頁参照

¹³⁰ 渡部・前掲注(1)39頁は、ファッション業界を知る方にインタビューした所感として、「業界では、露出が増えること(目立つこと)は通常プラスとされるどころ、ショーが特集番組で数秒間放映されたことについて、訴えが提起されたこと自体が奇妙だったようだ。」とする。

2 第 1 項に定める四つの非侵害要件を満たし得るものと見られるため、仮に訴外 JFCC が原告らの許諾を得ずに本件映像を収録していたものであったとしても、本件映像における写り込みは、30条の 2 第 1 項にいう「付随対象著作物」に当たると解されるのではないかと思われる。

次に、30条の 2 第 1 項の非侵害要件に照らすと、おおむね以上のように考えられる本件映像の一部を、被告 NHK が本件番組に使用して放送する行為が、30条の 2 第 2 項によって適法と判断されるだろうか。

原告が、被告 NHK の本件番組の放送によって著作権侵害を主張する本件部分映像(約40秒間)における各場面の再生時間は、前半10秒間が四つの場面、後半31秒間が六つの場面でそれぞれ構成されていたところ、それぞれ 2 秒間から 9 秒間という極めて短いものであった¹³¹。

30条の 2 が対象とするのは、「些細な著作物利用に関するものであり、法は些事に関せずとの法諺のとおり著作権侵害が成立しないことは常識的に当然なケースについて、その旨の明文規定がないため念のために置かれたものである。」¹³²という立法趣旨に立ち返って考えるならば、本件部分

¹³¹ もっとも、本件部分映像が使用されたところが約25分間の本件番組ではなく、1分間のストレートニュースであった場合に、それが「軽微な構成部分」となるのかどうか、30条の 2 の文言からは、基準となるべき単位が明らかではない。

また、本件番組の全体尺25分間に占める部分映像尺41秒間の割合は、わずかに2.7%弱にすぎないものであるが、この相対的な割合は、権利者の利益を不当に害するかどうかの考慮要素に加えるべきではないと思われる。というのも、30条の 2 第 1 項の対象とする写り込みは「撮影、録音又は録画の方法」にわざわざ特定されていて、「目的上正当」かどうかは要件とされていないことからすると、技術的に不可避免に入り込んで来てしまうものだからこそ、そのようなものは写り込みとして非侵害としようという趣旨が、条文の構造からも見て取ることができるように思われるからである。

したがって、第 1 項にいう「軽微な構成部分」かどうかと、第 2 項にいう権利者の利益を不当に害するかどうかは、機械的に入り込んでくる時間や分量という絶対的な単位から判断されるべきということになるだろう。他方、本件の事案でいえば、本件部分映像の尺と本件番組の尺との相対的な割合を考慮するのは、むしろ「目的上正当」であることを要件とする41条時事の事件の報道のための利用や、32条引用のほうでなされるべき判断ということになるだろう。

¹³² 島並ほか・前掲注(44)追補(2014年1月・有斐閣ホームページ)1頁参照。

映像のうちわずか数秒間の各場面に写り込んだ個々の化粧や髪型、振り付け、背景映像等の写り込みは、本件番組にあってはそれら写り込みの点に特に依存して活用するような鑑賞上の意味合いもなく、本件映像をそのまま一部使用する際に不可避免的に伴うものであることに変わりないため、撮影時と同様に利用時においても付随的な写り込みの域を出るものではないと見られる。したがって、被告NHKによる本件部分映像の放送も、第2項ただし書にいう「著作権者の利益を不当に害すること」には当たらないように思われる。

以上のようなことから、本件のような事案は、30条の2に基づく抗弁によって、侵害を否定し得るのではないかと考えられる。

他方、本件映像における本来の収録対象は「ファッションショー」なのであって、個々の化粧や髪型、背景映像等はファッションショーを構成するものであるから、それらを付随的な写り込みと見ることはいささか難しいのではないかと、すなわち30条の2第1項にいう付随対象著作物には当たらないのではないかとの見方もあるかもしれない。もっとも、そうであったとしても、本件映像における背景映像については、構図の中心に座らずまさに背景的に存在するものでしかないので、やはり付随対象著作物と見てもよいのではないだろうか。

このように、30条の2による写り込みの処理は、本来の収録対象が何であるのかによって、分離困難性の当否が変わってくるとも考えられるため、写り込みの包括的な処理のためには、その他の権利制限規定の活用も視野に入れた検討が求められるといえよう。

30条の2第2項の趣旨と機能

ここで、本件の事案に即して第2項の趣旨と機能について考えておきたい。30条の2第1項において侵害／非侵害を判断する最大の焦点と思われる分離困難性を判断する時点は、「創作に当たつて」の文言から、創作時、すなわち撮影等の時点とされる¹³³。写り込みが非侵害とされる主な理由を

¹³³ 文化庁長官官房著作権課「解説 著作権法の一部を改正する法律(平成24年改正)について」コピーライト618号(2012年)22頁、池村＝壹貫田・前掲注(92)101頁[池村聡執筆]、高林・前掲注(119)164頁参照。

考えてみると、条文上、「撮影、録音又は録画の方法」によることが要件とされているところ、この要件に鑑みれば、写真、映画等の撮影において技術的に不可避的な写り込みが発生、これらについて著作権侵害を否定しないことには、創作活動等に支障を来すおそれが大きいから、ということがいえるのではないかと¹³⁴。特に取材から放送までの時間が短いテレビニュースや、本件番組のような週刊の報道番組を含む放送制作の現場において、上記の理由は顕著に当てはまるように思われる。

また、利用時ではなく撮影時に著作権が制限される理由は、技術的に不可避である反面、権利者に与える影響が些細であること¹³⁵、また、このような写り込みの問題を取材・制作現場で意識するあまり、少なからず萎縮効果もたらされるとしたら、国民の知る権利に広く奉仕する放送に託さ

ちなみに、平成27年司法試験論文式試験選択科目[知的財産法]の第2問(著作権法)において、映画製作会社Yのドキュメンタリー映画のために定点撮影された素材フィルムに、約3分間たまたま写り込んでいた能舞台での「薪能」について、幻想的な描写になっていたことから、当該薪能の振付師Zに無断で、薪能が映っていたフィルムの部分を、映画製作会社Yが別企画の映画の1シーンとして使用した、という事案の「設問2」が出題された。

この設問2における著作権法30条の2の適用の可否に関して、法務省「平成27年司法試験の採点実感等に関する意見(知的財産法)」(法務省ホームページ)は、「同法第30条の2の適用を検討する際、同条第1項の定める分離困難性について、本件能映像をYが本件映画の1シーンに使用する時点で分離可能であることを理由としてこれを否定する答案が散見された。しかし、規定の文言から明らかなように、分離困難性は、Xが本件能を複製又は翻案した時点について問題となるものである。」と指摘し、分離困難性を判断するのは撮影時との考えを示している。

¹³⁴ 田村・前掲注(6)118-119頁注(202)は、「写り込みとして侵害を否定すべき行為類型には、著作権法をめぐる技術的な環境変化に対応して2種類のものが存在する」と指摘し、まず、「旧来型の写り込み」として、写真、映画等の撮影において発生する技術的に不可避的な写り込みを挙げる。第2の類型である「新しいタイプの写り込み」については、後掲注(154)参照。

¹³⁵ 島並ほか・前掲注(132)1頁参照。田村・前掲注(6)124頁注(217)は、このような旧来型の写り込みは「取引が困難」であるため、すなわち、市場が失敗していることを理由として著作権を制限すべき例として位置付けている。

れた公益¹³⁶が損なわれるおそれがある、というところにも求められるのかもしれない。

他方、ある写り込みが第1項の分離困難性テストをクリアして「付随対象著作物」となったならば、以降、その写り込みは自由に利用できるようになるのかというと、決してそうではない。

たとえば、ある写り込みの一部分だけを抽出、拡大等して単独で利用するといったことが、もしも30条の2第2項によって自由にできるとするならば、権利者に与えるディスインセンティブが大きすぎると考えられるからである。すなわち、法定の利用行為と権利制限規定という枠組みから著作権等の侵害／非侵害を個々の利用行為の場面で判断することによって、創作・投資のインセンティブと人の行動の自由とのバランスを図り、文化の発展を促すという著作権法の目的や構造にそむくことになるからである。

そこで、撮影録音録画に伴う不可避的・付随的な写り込みは、撮影時に非侵害としておいたほうが新たな創作活動を円滑にするとともに、人の行動の自由にも資すると認められるからこそ30条の2第1項ではそのように規定する一方、それを潜脱するような事後的・二次的な写り込みの利用—いわば目的外利用を、他の権利制限規定と同様、個々の利用時に捕捉して禁止するとともに、利用者の視点から付随的なものに止まる著作物の利用はより広く許すのが第2項の趣旨であり、裁判所による規範的な解釈が可能と見られる文言にはその機能が備わっているように思われる。

その意味で、著作権法30条の2が許容する写り込みの範囲は、第1項と第2項とで変わりはないと見るべきであり、写り込みにかかる侵害／非侵害は、付随的な著作物の利用といえるかどうかという観点から、撮影時と個々の利用時の2段階でテストされるという構造になっているのだろう。

② 著作権法41条（時事の事件の報道のための利用）

さて、次に考えるのは、著作権法41条の適用可能性である。筆者が本件番組を視聴した限り、本件番組における本件部分映像の使用は、著作権法41条（時事の事件の報道のための利用）の対象となり得る事案のようにも

¹³⁶ 三村・前掲注(61) 3頁参照。

見える。すなわち、写り込んだ化粧や髪型、背景映像等の創作性と類似性が肯定され、前述のとおり何を「撮影等の対象とする事物又は音」と見るかによって30条の2による抗弁が難しいという場合、41条の抗弁によって侵害を否定し得る事案なのかもしれない。

というのも、本件番組は、被告NHKでの放送(2009年6月12日)の約1か月半前の4月末に、アメリカのファッションブランド「Forever 21」が日本に進出し、その第1号店が東京・原宿にオープンして以来、1か月あまりで70万人が来店していること、店舗で販売されている衣服やアクセサリで全身をコーディネートしても、1万円以内で揃うこと等を伝えた後、「Forever 21」が世界15カ国454店舗で展開され、日本進出の前年2008年の売上は1,600億円にもものぼり、2009年はさらに売上の40パーセントアップを目指していること、日本でも将来100店以上の出店を考えていることなど「Forever 21」の展開の勢いを迫真性とともにも伝える文脈で、本件番組の放送直前の6月6日に東京で行われた「Forever 21」のファッションショーの様子の一部を紹介したものと見られるからである。東京・六本木ヒルズでの本件ファッションショーの開催は、「Forever 21」の日本進出に伴う出来事であることは明らかであり、事件と報道の対象に相当な関連性が認められることから¹³⁷、著作権法41条にいう「時事の事件」に当たるとではないか。本件の事案は、報道に名を借りた美術展の宣伝(東京地判平成10年2月20日知裁集30巻1号33頁[バーンズ・コレクション]¹³⁸)や、報道に名を借りたヌード写真の掲載による性的好奇心の刺激(東京地判平成13

¹³⁷ 中山・前掲注(7)355-356頁参照。

三村・前掲注(61)7頁は、「時事の事件の報道において報道対象となる事項を広げていくというか、広めに解釈するということは、これはフェアユースとは別の話として、一般的な法解釈のあり方として、現行法の解釈として相当な解釈であろうと思っております。」とする。

¹³⁸ 読売新聞社主催の展覧会「バーンズ・コレクション展」が開催されることを報じる記事中で、出品予定のピカソの絵画を掲載することは著作権法41条に該当して自由に報道利用できるが、その後、前売り券の販売開始を告げ、販売場所等を記載した告知文中に絵画を掲載することは、主催者からの挨拶文、宣伝記事でしかなく、時事の事件の報道には当たらないとされた。

年11月8日平成12(ワ)2023号 [いちげんさん]¹³⁹⁾ といった事案とも異なる。

また、本件番組は毎週金曜日に放送される週刊の報道番組であるところ、時事性に関して「時事の事件」とは「その日におけるニュース」¹⁴⁰⁾に限られるなどと狭く限定的に解さなければならないとしたら、本件番組のような毎週1回制作・放送されるニュース・報道番組は、41条の適用を受けて時事の事件を報道することができなくなってしまう¹⁴¹⁾。それでは、国民の知る権利を満足する報道の便宜を慮った41条の趣旨に反することになるだろう¹⁴²⁾。事案との関係から大岡裁きと見られる事例ではあるが、前掲[山口組五代目継承式]では、放送の約2か月半前に行われた継承式の模様を撮影したビデオを、一斉摘発による組員の大量逮捕、大規模家宅捜索が行われたというニュースにおいて放送したことについて、「時事の事件」を緩やかに解して41条の適用を認めている。

さらに、被告NHKは、前提事実によれば、原告らの許諾を得て本件ファッションショーを撮影し「fashion TV」を制作・放送した訴外JFCCから本件映像の映像データの提供を受け、本件番組で約40秒間本件映像を部分的に使用した。また、筆者が本件番組を視聴したところ、本件番組内では「映像提供：fashiontv」とのロゴクレジットを本件部分映像に付して使用していた。このような対応は、通常行われている報道番組の制作手順および出所明示の慣行（著作権法48条1項3号）に則ったものと思われる。しかも、被告NHKが使用した約40秒間の本件部分映像というのは、構成される各場面の再生時間がわずか2秒間から9秒間という極めて短いものであったことは前述のとおりである。また、本件番組の全体尺25分間に占める部分映像尺40秒間の割合も、わずか2.7%弱にすぎない。このような使

¹³⁹⁾ 週刊現代が、女優・鈴木保奈美がヌードになって出演している映画の3シーンを具体的に臨場感あふれる文章で記載し、ラブシーンで全裸になる場面などを撮影した写真を掲載したことは、読者の性的好奇心を刺激して週刊誌の購買意欲を掻き立てているだけであり、映画において女優がヌードになっているということが、時事の事件の報道に当たらないのは明らかとされた。

¹⁴⁰⁾ 加戸・前掲注(116)318頁参照。

¹⁴¹⁾ 中山・前掲注(7)356頁参照。

¹⁴²⁾ 田村・前掲注(4)250頁、三村・前掲注(61)6頁参照。

用態様は、著作権者が対価を回収しようとする市場とは競合せず、著作権者に与える経済的な打撃も過大なものとはいえないと考えられることから¹⁴³、著作権法41条にいう「報道の目的上正当な範囲内」での利用と解してよいのではないだろうか。

③ 著作権法32条(引用)

最後に、本件において著作権法32条(引用)を活用して処理する可能性を考えてみる。

著作権法32条は、適法引用の要件として、①「引用して利用すること」、②「公正な慣行に合致すること」、③「引用の目的上正当な範囲内であること」の三つを定めている。適法引用の要件を、このように条文に即して解釈すべきとの指摘¹⁴⁴が示されて以来、有力な学説¹⁴⁵が支持するだけでなく裁判例¹⁴⁶もこれに追随する傾向にあるようである¹⁴⁷。したがって、本稿に

¹⁴³ 田村・前掲注(4)250頁、渡部・前掲注(1)39頁参照。

¹⁴⁴ 飯村・前掲注(94)91頁、上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」森泉章ほか編『著作権法と民法の現代的課題—半田正夫先生古稀記念論集』(2003年・法学書院)307頁参照。

¹⁴⁵ 田村・前掲注(62)133頁および135頁、中山・前掲注(77)260頁、高部眞規子[判批]著作権判例百選〔第4版〕(2009年)121頁参照。

¹⁴⁶ 侵害肯定例ではあるが、東京地判平成13年6月1日判時1757号138頁[絶対音感一審]、東京高判平成14年4月11日平成13(ネ)3677号ほか[絶対音感二審]、前掲東京地判[創価学会写真ビラ一審]、前掲東京高判[創価学会写真ビラ二審]、東京地判平成23年2月9日平成21(ワ)25767号・36771号[都議会議員写真ビラ]。もともと、侵害否定例として、知財高判平成22年10月13日判時2092号135頁[美術鑑定書二審]が登場し、[美術鑑定書]と同じ者を被告とする最近の類似事案で、東京地判平成26年5月30日平成22(ワ)27449号[美術鑑定書Ⅱ]が追随。

他方、原告創価学会の池田大作名誉会長が被写体となっている原告写真を無断で被告ウェブサイトに掲載して同名名誉会長を揶揄する内容のコメントを掲載したことについて、東京地判平成19年4月12日平成18(ワ)15024号[創価学会写真ウェブ掲載]は、①公正な慣行に合致すること、②引用の目的上正当な範囲内であることとの2要件に加えて、③健全な社会通念に従って相当と判断されるべき態様、④引用すべき必要性ないし必然性、⑤一部を採録するか縮小して表示の要件を加えて、被告による32条引用の抗弁を否定したことにつき、平澤卓人[判批]知的財産法政策学

おける本件の事案に対する著作権法32条の活用可能性の考察も、さしあたり上記学説に従って行えばよいであろう。

第一に「引用して利用する」とは「複製」行為と同じ行為とされる¹⁴⁸。本件ファッションショーを訴外JFCCがVTR収録(録音・録画)する行為、訴外JFCCが収録した本件映像の一部である部分映像を被告NHKが本件番組において使用する行為は、いずれも「複製」(著作権法2条1項15号)に当たると解される。

第二に、「公正な慣行に合致する」かどうかについて、この公正な慣行の要件については、公正な慣行がある場合にはそれに合致することを要する旨を示しているにすぎず、表現の自由の観点から、公正な慣行がない分野では引用を制限する方向には働かないと解すべきとの指摘¹⁴⁹があった。裁判例ではたとえば、被告書籍において原告の翻訳を掲載するに当たり翻訳者である原告の氏名表示をしていなかったこと(東京高判平成14年4月11日平成13(ネ)3677号ほか[絶対音感二審])、公明党、創価学会および同名誉会長を批判する写真ビラに全体の15パーセントを占める大きさで同名誉会長の肖像写真を掲載して批判する文言を多数掲載すること(前掲東

研究17号(2007年)183頁、大鷹一郎[判批]著作権判例百選[第4版](2009年)124頁参照。

¹⁴⁷ 大鷹一郎「絵画の鑑定書と引用」清水＝岡本編著・前掲注(52)295頁は、引用をめぐる裁判例について「著作権法32条1項後段が定める『公正な慣行に合致』し、『引用の目的上正当な範囲内』かどうかの審理判断を行うという点においては、方向性が一致しているといえる。」とする。大西・前掲注(52)289-290頁も同旨。

大須賀・前掲注(94)177頁以下も、適法引用の要件について著作権法32条1項の文言に即して解釈する近時の有力説および裁判例の傾向を、肯定的に分析・紹介する。

菊池絵理「著作権侵害を阻却する事由」高部編・前掲注(74)146頁は、著作権法32条1項にいう「公正な慣行に合致」と「目的上正当な範囲内」の2要件該当性について、「引用の目的、被引用著作物及び引用作品の種類や性質、利用の方法や態様、被引用著作物の権利者に与える影響の有無及び程度等の諸要素を総合考慮して判断していくのが相当と考えられる。」とし、『目的上正当な範囲内』であるか否かについては、量的及び質的な観点から検討されるであろうし、被引用著作物の市場への影響等も検討されるものと考えられる。」とする。

¹⁴⁸ 飯村・前掲注(94)94-95頁参照。

¹⁴⁹ 田村・前掲注(4)241頁参照。

京地判[創価学会写真ビラ一審])は、公正な慣行に合致しないとされた。

この点、被告NHKは、原告らの許諾を得て本件ファッションショーを収録した訴外JFCCから、すでに放送された本件映像の一部である部分映像の映像データの提供を受け、部分映像には「映像提供：fashiontv」とのクレジットスーパーを付して本件番組を放送した。このような使用態様は、前述のとおり、通常行われている報道番組の制作手順および出所明示にかかる放送表示の慣行に則ったものと思われることから、第二の要件も満たし得るのではないかと。

第三に、「引用の目的上正当な範囲内であること」の要件は、著作権法41条と同じである。41条には32条1項の確認的意味を有するという側面があるとされ¹⁵⁰、32条において一番重要な要件とされる¹⁵¹。本件番組では、収録されたファッションショーそのものを「報道、批評、研究」するために本件映像を使用したわけではないが、ファッションブランドの日本進出の勢いを表す出来事の一つを伝える文脈で使用したのであるから、引用の目的上正当な範囲内の使用と解して差し支えないのではないかと。また、本件部分映像における各写り込みは、わずかに数秒間にすぎないことは前述のとおりである。このような利用態様が、著作権者の市場に与える影響はほとんどないことも前述のとおりであるから、第三の要件も満たし得ると解しても、差し支えないように思われる。

以上のことから、もしも本件の事案が類似性を否定し難いようなものであったとしたら、著作権法32条に基づく適法引用の抗弁も、被告NHKが採り得る選択肢だったのかもしれない。

3) 小括

以上の検討から、些細な写り込みについて侵害を否定する方向に斟酌するためには、やはり利用の経緯や目的、態様、必要性、著作権者に与える不利益など、諸事情を総合衡量することが必要ではないかと指摘したい。もっとも、このような諸事情を類似性の要件において考慮していくとなると、著作物の保護範囲が不明確なものになり、予測可能性が奪われてしま

¹⁵⁰ 田村・前掲注(4)251頁参照。

¹⁵¹ 飯村・前掲注(94)96頁参照。

うおそれもあることから¹⁵²、写り込みについて権利侵害を否定する機能は、基本的に権利制限規定の解釈に委ねるほうが、よりよいと考える次第である。

30条の2と32条との関係

そして、これまでに見てきたとおり、写り込みは人の私的な行動の自由に深くかかわる問題でもある。この点、ある写り込みが著作権法30条の2の写り込みの要件を充足しない場合、32条の引用でどの程度、敗者復活が認められるのかということに関していえば、30条の2は、写真撮影、録音・録画による創作において分離困難な形で付随的に発生する軽微な写り込みを要件としていることに鑑みると、これは、写真、映画等の撮影の際生じる技術的に不可避的な写り込みについて、撮影時において著作権侵害を否定しておかないことには創作活動等に支障を来すと考えられる類型、すなわち創作者の視点からの写り込みを主として念頭に置いているものと思われる。

30条の2によってこのような写り込みが非侵害とされる理由は、技術的に不可避である反面、権利者に与える影響が些細だからというところに求められるところ、写り込みとは呼べないからといって32条引用で直ちに救うというのは30条の2の意義を失わせるおそれがあると考えられる。よって、こちらについては、30条の2の規定を優先し、32条による敗者復活は認めるべきではないのかもしれない¹⁵³。もっとも、これは30条の2を狭く

¹⁵² 田村・前掲注(76)118-120頁、駒田・前掲注(76)132-134頁および137-138頁参照。

¹⁵³ 平成27年司法試験論文式試験選択科目[知的財産法]の第2問(著作権法)設問2として出題された、定点撮影された映画フィルムへ「薪能」が写り込んだ事案(前掲注(133)参照)の32条引用該当性について、田村善之＝中山一郎「知的財産法 論文式試験の解説」法学セミナー編集部編『司法試験の問題と解説2015』(2015年・日本評論社)246頁[田村善之執筆]は、「引用に関しては、写り込みの事例についてまで32条を活用することは30条の2の規定の意義を失わせるおそれがあるほか、そもそも上記のように、本件能の表現に依存することを目的とする本件能映像にあっては、本件能が主たる著作物になっており、正当な範囲内の引用とはいえないと考えられる。」と否定的である。法務省・前掲注(133)も、「本件能映像に写り込んだ本件能を本件映画に利用することについては、それが公正な慣行に合致し、利用の

解すべきということではなく、付随的な利用を非侵害とするのが30条の2の役割であり、事案に即して柔軟に解釈されるべきことには変わらない。

他方、私的な領域において発生する写り込みの問題については、そもそも30条の2が主に目的とするものではないと考えられる。ゆえに、利用者の視点から結果としてその一部に適用されることがあるとしても、人の私的な行動の自由を確保するために32条によって敗者復活を認めたところで、権利者に与える影響も取るに足らないものに止まると考えられることから、法の趣旨に反しないように思われる¹⁵⁴。

思うに、家庭内で子どものスナップ写真を撮影して個人のブログに掲載する際に、写り込みの問題を気にして、子どもにキャラクターの人形を抱かせるべきか、抱かせないべきか、あるいは、人形を抱かせてもよいか、抱かせてはいけないか、といった問題設定がなされて真面目に議論されること自体、著作権法は、人の私的な領域にいささか立ち入りすぎなのではと感じている一般の人も少なくないのではないか。そこで想起されるのが、30条の2の規定では「要件が厳しすぎ、実効性に欠けるように思われる」という指摘¹⁵⁵である。著作権法における条文と一般の理解との無視し難い乖離は、かねてより指摘¹⁵⁶されていた。

規範の内容に正当性を認めて遵守するという意欲を人々に喚起させる

目的上正当な範囲内といえる場合があるか慎重に検討することが求められよう。」と消極的である。

¹⁵⁴ 田村・前掲注(6)119頁注(202)は、複製技術に加えて、送受信技術が普及し情報通信網が整備されたことにより、誰もが公に送信することができるようになったために、私的領域と公的領域が渾然一体化して分から難くなってきたこと—著作権法の第三の波(田村・前掲注(4)193-194頁参照)—によって、たとえば他人の著作物が写り込んでいると見られる私的な写真を自分のブログに掲載するといった場合など、著作権の足かせが窮屈に感じられるようになったことを背景とする「新しいタイプの写り込み」に対しては、私人の行動の自由を確保する必要があるという点に、写り込みを非侵害とすべき積極的理由を求める(「旧来型の写り込み」については、前掲注(134)参照)。

¹⁵⁵ 清水・前掲注(91)427頁参照。

¹⁵⁶ 田村善之「法教育と著作権法—政策形成過程のバイアス矯正としての放任との相剋」ジュリスト1404号(2010年)39頁参照。

内的視点¹⁵⁷を著作権法が獲得していくことは、とても必要なことと思われる。そのためにも、意図的に写し込んだか否かにかかわらず、社会通念上取るに足らないと考えられるような写り込み—著作物の付随的な利用は侵害にならない、という予測可能性の高い社会規範、行為規範が、権利制限規定を最大限に活用した裁判例の積み重ねを通じて確立されていく必要があるのではないだろうか¹⁵⁸。

4. モデルの所作にかかる著作物性・実演該当性をめぐる論点について

(1) はじめに

本稿における最後の課題として、以下では、モデルの動作・ポーズの振り付けに関する著作物性と、モデルの動作・ポーズの実演該当性をいずれも否定した本判決の意義を考えることとした。

本件の判旨を振り返ると、まず、本件部分映像に映っていたモデルの次のような動作・ポーズ¹⁵⁹の振り付けについて、特段目新しいものではなく、作成者の個性が表現として表れているものではないとして、第一審、控訴審ともに著作物性を否定した。

- ・ モデルが手を前後に大きく振りながら歩き、立ち止まって両手を腰に当てた上で、腰を向かって左、右の順にゆっくりと大きくひねる様子（これについて、「ただし、場面1(1)では手を前後に振る様子は映っておらず、腰をひねる様子も、その一部が映っているにとど

¹⁵⁷ 田村・前掲注(156)40頁参照。

¹⁵⁸ 三村・前掲注(40)1304-1305頁は、「法改正により新たに設けられた条文に関しては、早期に当該規定の解釈を明示することが必要である。知的財産権分野においては、裁判所は、企業等の知的財産制度の利用者が予測可能性の下において経済活動を行うことを可能とするような内容の判決をすることを、心がけるべきである。」とする。

¹⁵⁹ 渡部・前掲注(1)33頁に掲載の画像(本誌47号368頁において引用)を参照されたい。

まる。」と指摘)

- ・ モデルがゆっくりと前方に歩く様子
- ・ モデルが両手を腰に当てて歩き、立ち止まって、手を腰に当てたまま、肩を揺らす様子
- ・ モデルが腕を下ろして揺らしながら歩き、やや斜め前方を向いて立ち止まって、左右に向きを変えながら肩と下ろした腕を揺らす様子
- ・ モデルが左手に持った紙袋から右手で中身を出し、左手に移し替えた上、右の手の平を広げて耳に当て、さらに、体の横で両手の平を上に向けて観客をあおるようなそぶりをした上、左手に持っていた物を右手で投げる様子
- ・ モデルが両手を腰の高い位置に当てて歩き、立ち止まって体をひねった後、後ろを向き、歩きながら毛皮のコートを脱ぐ様子

控訴審では、本件ファッションショーの中でギフトを与え、スポンサーであるメイベリンがサンプリングを行えるようにするためや、観客のスクリーミングを誘うなどの目的のための表現として、次のようなポーズや動作をすること自体、特段目新しいものとはいえないとした。

- ・ モデルが紙袋を持ったり、右の手の平を広げて耳に当てる行為や、両手の平を上に向けて観客をあおるようなそぶり

裁判所の説示するとおり、本件部分映像で見られた上記のようなモデルの動き、すなわち舞台上の一定の位置で決めるポーズの振り付け、舞台上の一定の位置で衣服を脱ぐ動作の振り付けというのは、たしかに、ファッションショーにおいてモデルが通常する動作の振り付けの域を出ないように思える。

次に、実演該当性に関する本件の判旨を振り返ると、以下の2点に分かれる。

第一に、実演とは「著作物…を演ずること」(著作権法2条1項3号)であるところ、第一審、控訴審ともに、上記のとおりモデルの動作やポーズの振り付けは著作物に当たらないことから、モデルの動作やポーズは著作物を演じるものではないとして、実演該当性を否定している。この理屈

によれば、動作やポーズの振り付けの著作物性が否定された時点で、実演該当性の成否はすでに決着しているといえる。

第二に、本件ファッションショー（の全体）が実演に該当するとの原告らの主張につき、第一審、控訴審ともに、本件ファッションショーのうち本件部分映像に表れていない部分の内容は明らかでなく、特に控訴審では、モデルは上記のような動作やポーズをとったにすぎず、その態様もありふれたものにすぎないと説示して、「これらに類する行為で、著作物を演じないが芸術的な性質を有するもの」（著作権法2条1項3号括弧書き）にも該当しないとした。本判決は「芸術的な性質」の判断基準を示していないが¹⁶⁰、ファッションショーはこれに該当しないと判断したはじめての事例ということになるだろう。

このように本判決は、本件部分映像に映ったモデルの動作やポーズにかかる振り付けの著作物性をまず否定し、次いで実演該当性を否定することによって、被告NHKの本件番組の放送は「実演」を放送したものでないと構成して、原告会社の放送権（著作権法92条の1）ならびに原告Aの実演家としての氏名表示権（著作権法90条の2第1項）の侵害を、いずれも否定したものである。

(2) 「芸術的な性質」

著作権法2条1項

三 実演 著作物を、演劇的に演じ、舞い、演奏し、歌い、口演し、朗詠し、又はその他の方法により演ずること（これらに類する行為で、著作物を演じないが芸術的な性質を有するものを含む。）をいう。

四 実演家 俳優、舞踊家、演奏家、歌手その他実演を行う者及び実演を指揮し、又は演出する者をいう。

著作権法上の「実演」には、「これらに類する行為で、著作物を演じないが芸術的な性質を有するもの」が含まれる（著作権法2条1項3号括弧書き）。本判決はファッションショーについて「芸術的な性質を有するも

¹⁶⁰ 野間＝中島・前掲注(129)108頁参照。

の」の該当性を否定したが、見てのとおり、どのような行為が「芸能的な性質を有するもの」なのか、条文からはよく分からない。

この括弧書きの淵源は、「実演家、レコード製作者及び放送機関の保護に関する国際条約」(ローマ条約) 9条¹⁶¹とされ、バラエティ番組などの出演者を実演家に含めること、すなわち実演家の範囲は各国の自由、という趣旨のようである¹⁶²。

そして、何が芸能的な性質を有する行為なのか、条文上その範囲が明らかでないことにつき、「実際の運営、慣習、さらには判例、そういったようなものにまつべき面が多々あるのじゃないか」という含みや、これ以上に煮詰めると、かえって、概念を壊すであろう¹⁶³といった理由で、立法時の内閣法制局の審査ではこのような表現にとどめられたようである。一方、現行法の立法担当者は、「アクロバットや奇術、舞台でおこなう催眠術、“びっくりショウ”の鉄を食べる人間や、底抜け脱線ゲーム、かつて人気のあったコント55号の野球拳なども、新法では実演のなかに取り込んで保護しているということです…たとえばキャバレーで舞台上に鉄棒を組んで、そこで機械体操をやってみせるといようなものは、機械体操それ自体はもちろンスポーツであり、実演に該当しませんが、そのような場所でお客に見

¹⁶¹ 「第9条〔芸能家の保護〕 締約国は、国内法令により、文学的又は美術的著作物を実演しないが芸能的な性質を有する行為を行う者に対してこの条約に定める保護を及ぼすことができる。」(公益財団法人著作権情報センターホームページ) 参照。

¹⁶² 野村義男『放送と著作権』(1964年・日本放送出版協会) 100頁および292-293頁参照。

¹⁶³ 伊藤正己ほか「新著作権法セミナー 第12回 著作隣接権」ジュリスト480号(1971年) 140頁[菊井康郎発言]参照。

上記文献からは、改正著作権法30条の2の審査において重視されたとされる「明確性の原則」の確保、すなわち、「できる限り何が違法で何が違法でないのかを条文上明確にすべきという考え方」(永山・前掲注(103) 5-6頁参照)によって、実演の定義規定である著作権法2条1項3号が審査された様子はいかががわからない。現行法の立法当時、実演を公に利用する者といえば、放送事業者、有線放送事業者、レコード製作者、映画製作者といったいわば業界のプロにほぼ限られていたことから、どのような行為が実演に当たるのか、芸能的な性質とは何か、といった実演の保護範囲の画定は、業界内の合意形成に任せておいて実際上特段支障ないと考えられていた、ということなのかもしれない。

せるために鉄棒を演ずることは、やはりここでいう“芸術的な性質を有するもの”と考えられると思います。同じような意味で相撲の“しょっきり”や“弓取り”なども実演には入りますね¹⁶⁴といった解説をしていた。

この点に関して、NHKと日本芸能実演家団体協議会（芸団協）との「実演の再利用に関する契約書」において、「第2条 本契約にいう実演には、演技、演奏、歌唱、舞踊その他著作権法に定める実演のほか、講演、対談、座談会などの形式による口述を含めるものとする」との取り決めがなされてきており、実務上、実演を業とする実演家の実演家としての行為は、契約上広く「実演」と解釈され、俳優がクイズ番組の司会をしても、トーク番組に出演しても、放送ではその行為が実演として扱われていることを紹介する文献¹⁶⁵もある。

では、著作権法においてなぜ実演が著作隣接権によって保護されるのか。いわゆる「機械的失業」への手当てといった説明¹⁶⁶から一歩進めて¹⁶⁷、そ

¹⁶⁴ 佐野文一郎＝鈴木敏夫『改訂・新著作権法問答』（1979年・出版開発社）269頁〔佐野文一郎発言〕参照。

¹⁶⁵ 半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール 1 1条～22条の2』（2009年・勁草書房）77-78頁〔棚野正士執筆〕参照。

¹⁶⁶ 半田＝松田編・前掲注（165）74頁〔棚野正士執筆〕参照。

¹⁶⁷ 中山・前掲注（7）544-545頁は、「今日的状況においては、実演家の保護の根拠は機械的失業対策とは言いにくいであろう。…今日では機械的失業対策というよりは、放送やレコードでの実演の利用により生じた利益の一部を実演家・放送業者・レコード製作者との間で分配するということに意味があると考えられるべきであろう。機械的失業対策であるならば、むしろレコードや放送と縁がない生演奏家の保護を図るべきであろうが、現行法ではレコードや放送に露出している実演家だけが保護される図式になっている。」とする。

小島立「より多様な実演を享受できる環境の整備－文化政策の観点から－」公益社団法人日本芸能実演家団体協議会実演家著作隣接権センター（CPRA）編『実演家概論 権利の発展と未来への道』（2013年・勁草書房）180頁は、『『実演家の権利』は、…『売れっ子』になった実演家と、その実演家を育てて養ってきた組織、そして実演が複製物や公衆送信の形で伝播する行為に関係する組織に対して支援を行うことができるものの、そこからこぼれ落ちる範囲の実演家に対しては十分な支援を行えないのではないか…『技術的失業』への対策という説明についても、『技術的失業』を蒙る実演家が『実演家の権利』の受益者になりうるのかどうかという点

の正当化根拠を探ることから「芸能的な性質を有するもの」が保護され得る趣旨を考えてみると、芸能的な性質を有する仕事には、著作物を演ずる＝著作物を伝達する実演と渾然一体となって、社会における表現の豊富化を促す側面が強いため、創作的表現でもなく、著作物の伝達行為でもない芸能的な性質を有する行為、いわば、何らかの芸能性、娯楽性、鑑賞性を有するプロが行う芸能活動は「芸能的な性質」を有するものと緩やかに解することによって、その仕事＝投資を著作隣接権で保護することは、文化の発展を図るという著作権法の最大目的にかなうと考えられるからなのではないだろうか。

ある者が、職業として芸能活動を行う者＝実演家を選択し、プロとして生計を立てていくには、他の職業と同様、訓練や教育といった人的資本への投資が必要となる。その職業訓練を提供し、活躍の場としての仕事を提供・管理し、人気＝顧客吸引力を備えたプロとして活躍できる実演家へと育て上げるのが、産業としての芸能マネジメント業である。そこでは、実演家自身はもちろん所属するマネジメント事務所によって、回収すべきさまざまなリスクマネーが実演家に対して投じられる¹⁶⁸。実演家が著作隣接権で保護される理由は、放送事業者やレコード製作者と同様、文化の発展に資する多大な投資がなされており、その回収は保護されるべきと政策的に判断されたから、と考えることもできるかもしれない。

あるいは、「衡平」の観点。すなわち、同じように実演家として仕事をしながら、たまたま自分の演じたものによって実演該当性が他律的に決まる、つまり他人の作ったものが著作物のときには自分の演じたものが実演として保護される一方、自分の演じたものが著作物ではないときには実演として保護されない、というのは業界内でいかにもバランスが悪い、というのが実は最大の理由なのかもしれない。

なお、著作隣接権は実演の創作性を保護するものではない。なぜなら実

で疑問が残る。」とする。

¹⁶⁸ 内藤篤『エンタテインメント契約法〔第3版〕』（2012年・商事法務）287頁以下、小島・前掲注(167)166-167頁、一般社団法人日本音楽事業者協会「プロダクションの機能と役割」同ホームページ<<http://www.jame.or.jp/about/production.html>>参照。

演該当性の成否には、創作性は要件とされていないからである¹⁶⁹。よって、著作権では「額に汗」が保護されることはないが¹⁷⁰、著作隣接権は「額に汗」を保護するものと解しても差し支えないだろう。自分の演じた実演が他人からリスペクトされるべき実演家の「魂」は、一定の範囲において実演家人格権（氏名表示権、同一性保持権）で保護されることから¹⁷¹、実演家の権利は、芸能活動を職業として行う者や、それらの者を養成してビジネスを行う者が行う、文化の発展に資するさまざまな投資を保護するものであると解することができるように思われる。

もちろん、アマチュアの者が著作物を演じたり、芸能的な行為を行う場合にも、その者の行為は著作権法上の実演と評価され、その実演に対して実演家としての権利を有することになると解されるが、芸能活動を職業とするプロとは異なりアマチュアによる実演は、一般に市場価値（顧客吸引力）が低いことから、ワンチャンス主義による録音録画の許諾を得ること（著作権法91条2項）や黙示の許諾によって比較的容易に権利処理（必要な許諾を得ること）がなされれば、その実演の二次的な利用において実演家の権利が問題となることはほとんどないだろう。

もっとも、2条1項3号本文にいうところの「演ずる」行為の多くに実演家の創作的表現が少なからず加わっていることは疑いなかろう¹⁷²。創作的表現のある実演は、いっそのこと二次的著作物として保護してもよいの

¹⁶⁹ 島並ほか・前掲注(44)187頁[横山久芳執筆]参照。

駒田泰士「実演家の権利に係る若干の論点についての考察—フランス法上の議論を導きの糸として—」CPRA編・前掲注(167)278頁注(56)は、「実演については、『演じられたものである(＝個性的なものである)』というその特性上、準創作性を肯認してよい。もっとも、準創作性が著作権法における実演保護の理由かどうかは別問題である。」とする。

¹⁷⁰ 田村・前掲注(4)24-25頁参照。

¹⁷¹ 斉藤博『著作権法〔第3版〕』（2007年・有斐閣）161-162頁は、「実演は、財産価値を有すると同時に、実演家の人格の発露として人格価値をも有する。」とする。

レコード製作者や放送事業者の行為は、文化の発展を促すものとはいえ、単に著作物を広く伝達することであるから、創作行為を行う著作者や実演家とは異なり、人格権によって保護されるべき価値は持たないといえよう。

¹⁷² 中山・前掲注(7)559頁参照。

かもしれない¹⁷³。実演家の実演は、すでに実演家人格権で保護されていることから親和的であろう。

(3) 裁判例

著作権法2条1項3号によれば、「実演」に該当する行為とは、①著作物を演ずる、あるいは②著作物を演じないが芸術的性質を有するものである。よって、実演該当性をめぐる問題は、①演じているものが著作物か否か、②芸術的性質があるか否か、の2点に整理できる。

本判決は、モデルの所作の振り付けは著作物に当たらないから、モデルの所作は著作物を演ずるものでないとして上記①の点をまず否定した。そして、ファッションショー全体について、映像に表れていない部分はよく分からず、表れた部分におけるモデルの所作の態様も「ありふれたもの」にすぎないから、芸術的性質はないとして上記②の点を否定し、実演該当性を完全に否定した。

論者の指摘するとおり、振り付けの著作物性の成否や実演ないし実演家の権利をめぐる裁判例はとても少ないところ¹⁷⁴、実演該当性の成否を判断した事例は、本判決がはじめてのようである。それを前提に以下では、ま

¹⁷³ 田村・前掲注(4)519頁、茶園成樹「実演家の人格権」ジュリスト1227号(2002年)76頁参照。

小林尋次『再刊 現行著作権法の立法理由と解釈—著作権法全文改正の資料として—』(2010年・第一書房〔初版1958年・文部省〕)50頁は、旧著作権法において演奏歌唱が著作物として保護され、演ずる内容である音楽著作物と同列の「第一次的著作物」と位置付けられてきたことについて、「演奏歌唱の如き実演芸術はこれを第二次的著作物とするの建前をとった方がまだ妥当である。」とする。

駒田・前掲注(169)283頁も、「実演は往々にして著作物の実演であるが、それ自体が二次的著作物を成立させる場合もありうるのである(比較的可なりというべきであろうが)」とする。

¹⁷⁴ 上田大輔[判批]コピライト615号(2012年)37頁、市村直也「判例で考える実演家の権利」CPRA編・前掲注(167)111頁、駒田・前掲注(169)262頁、早稲田祐美子「著作隣接権に関する裁判・実務の特徴」牧野ほか編・前掲注(74)234頁、野間＝中島・前掲注(129)108頁参照。

ず、もともと実演家の権利が問題となっていない事例を含めて、本件における所作のような程度の振り付けに果たして著作物性が認められ得るのかどうか、従来の裁判例を見ていくこととしたい。

次いで、演ずるものの著作物性や、ある行為の実演該当性の成否についての判断があり得たかもしれない事案ではあったが、実際には契約の当事者や解釈についての判断によって勝負を決した裁判例を概観することを通じて、どのような行為が実演に該当し、どのような行為をなす者が実演家となり得るかの示唆を得ることとしたい。

1) 振り付けの著作物性が問題となった事例

① 非侵害事例

ありふれた動作につき振り付けの創作性を否定した本判決に類似する事例として、東京地判平成24年2月28日平成20(ワ)9300号 [Shall we ダンス?] ¹⁷⁵がある。

映画「Shall we ダンス？」は、平成8年(1996年)1月27日の劇場公開後、同年9月頃にレンタルビデオ化、平成9年1月頃にセルビデオ化。レーザーディスク化はセルビデオの少し前の平成8年12月頃、平成9年3月には日本テレビ系列において地上波全国ネットで放送され、以後繰り返しレポート放送もなされ、機内上映やバス車内での上映、BS/CS放送、ビデオ・オン・デマンド(VOD)配信といったさまざまな二次利用に供されてきており、現在も二次利用されている。被告角川書店は、上記二次利用に際して原告振付師の許諾を求めたことはなく、原告に対して二次利用の使用料を支払ったこともなかったところ、原告が社交ダンスの振り付けの著作権を根拠に、セルおよびレンタルビデオとテレビ放送についての二次使用料合計約5,276万円の支払いを求めて、劇場公開から約12年後の平成20年(2008年)4月に提訴したという事件である。

¹⁷⁵ 評釈として、上田・前掲注(174)35頁、蘆立順美[判批]新・判例解説 Watch 13号(2013年)215頁、酒井麻千子[判批]著作権研究40号(2013年)214頁、升本喜郎「エンタテインメント訴訟における極私的『戦略論』『戦術論』—訴訟代理人としての主張・立証の方針と工夫、そして苦悩—」コピライト645号(2015年)11頁以下などがある。

被告映画「Shall we ダンス？」の出演者でもある原告振付師が考案・指導した社交ダンスのステップ（２歩以上の足の運び方の組み合わせのこと）について、裁判所は、被告映画に実際に映っているステップだけを創作性判断の対象とし、教科書にある基本的なステップや競技会等で広く一般的に使用されているステップを組み合わせ、適宜アレンジが加えられて流れのあるダンスとして作られた原告の振り付けについて、いずれもありふれた動き、あるいは社交ダンスの振り付けとしての独創性が認められるほどの顕著な特徴があるとはいえないとして創作性を否定し、著作権侵害に基づく原告の主張を退けている。

一方、歌詞やリズムを表現する手・指など身体の動きを歌いながら行う、手あそび歌の振り付けの創作性を否定した事例に、東京地判平成21年 8月 28日平成20(ワ)4692号 [たのしい手あそびうた DVDブック] がある。

被告書籍は、原告書籍と同じく全63曲の手あそび歌を掲載し、頁数、価格も同じで、全44曲の手あそび歌の実演を収録したDVDが付いているものである。このうち、書籍に掲載された手あそび歌は35曲、DVDに収録された手あそび歌は21曲が、原告・被告書籍およびDVDで共通している。忍術を使う忍者、ひげのある猫、相撲取り、ゴリラ、キラキラ光る星といったものを、指、手、腕など身体を動かして表現する振り付けは、誰もが思いつく、あるいは自然に思いつくありふれたものであるとして創作性を否定した。

なお、原告書籍について、幼稚園で人気が高く、よく遊ばれているものを選択することを基本としながらも、人気が高くなくても手あそび歌のジャンルの多様性にも配慮したり、定番の曲も入れて、できるだけ他社書籍とは異なるバージョンの歌詞や振り付けを選択するなどして、他の書籍との差別化を図る方針で編集されたものであるとして編集著作物性を肯定しつつ、原告書籍の編集著作物性は書籍とDVDにある全曲の選択において表れているところ、被告書籍における楽曲の選択は原告書籍・DVDの一部であるから、両者の創作的表現は共通していないとして侵害を否定した¹⁷⁶。

¹⁷⁶ 評釈として、張睿暎 [判批] 新・判例解説 Watch 7 号 (2010年) 239頁などがある。

② 侵害事例

バレエの振り付けの創作性が争われたものではないが、原告振付師が明示的に上演を拒否していたにもかかわらず、無断で行われたバレエの上演について、バレエの振付師を著作者と認めた上で、バレエの振り付けの無断上演について侵害を肯定した事例に、東京地判平成10年11月20日知裁集30巻4号841頁「我々のファウスト」¹⁷⁷がある。

原告のバレエの振り付けが著作物であることを前提に、原告の許諾のもとに行われた上演と、本件無断上演を行ったダンサーによる過去の上演を比較して、各舞踊は動作の基本的な推移が同じであり、特徴的な姿勢が同じであるとして類似性を肯定した。

このほか、日本舞踊の振り付けについて創作性を認め、無断上演にかかる侵害と氏名表示権侵害を肯定した事例として、福岡高判平成14年12月26日平成11(ネ)358号「日本舞踊」がある。

事案は、日本舞踊A流二代目家元を継承後に破門された被告a（原告の長女）が、A流の創始者で初代家元の原告（被告の母）に無断で、それらの振付者を被告aと氏名表示してA流の四つの舞踊を上演した、というものである。

裁判所は、第1舞踊はA流のために作られた創作音曲に独自の振り付けがされたもので、同流派を象徴する舞踊であるとし、その他の舞踊は、伝統芸能・民俗芸能として手本となる踊りはあるがそれとは離れて独自性のある振り付けがされたもので、日本民謡舞踊大賞コンクールで受賞する等、客観的にも芸術性が高いとして創作性を肯定し、著作物と認めた。そして、原告はA流の創始者初代家元であり被告aの二代目継承後も「宗家」を名

¹⁷⁷ 評釈として、田村善之「判批」著作権判例百選〔第3版〕(2001年)130頁、小倉秀夫「判批」著作権判例百選〔第4版〕(2009年)92頁などがある。原告振付師の名前、モーリス・ベジャールから「ベジャール事件」としても知られる。

被告公演主催者は、招聘したロシアのキーロフバレエ団のゼネラルマネージャーに対して、原告の振り付けの上演は許諾が得られないことを繰り返し伝え、「裁判沙汰になるのはいやですから」と原告作品に代わる演目を提案するよう求めたが、バレエ団からは具体的な代替演目が示されることなく、無断上演となったようであり、いささか筋の悪い事案であったようにも見える。

乗るなどして同流派で絶大な権限を有し、A流イコール原告という地位にあって、原告の了承なく上演公表されることはなく、A流としての舞踊作品は総監督として必ずチェックし、被告らが無断上演した四つの舞踊作品の作成に相当深く関与したことなどから、四つの舞踊作品の振付者(著作者)・著作権者は原告であるとした。その上で、被告aの二代目家元襲名後も、宗家となった原告からの実質的な権限移譲は行われていなかったことから四つの舞踊作品の著作権譲渡もなされていないとした。さらに、被告らに対して独自に上演を行う包括的な権限も与えられていなかったとして、被告らによる上演権侵害と氏名表示権侵害を認め、著作権帰属の確認と四つの舞踊作品の上演禁止を求める原告の請求を認めた原審(福岡地小倉支判平成7(ワ)240号・平成7(ワ)1126号)を是認した。

2) 実演に関する契約の当事者や解釈に対する判断によって勝負を決した事例

以下の裁判例は、いずれも演ずる内容の著作物性や行為の実演該当性の成否を直接判断したのではなく、実演に関する契約の当事者や解釈¹⁷⁸⁾について判断したものであるため、本件と直接には関係のない事例といえる。

しかし、どのような行為が実演に該当し、どのような行為をなす者が実演家となり得るかを考えるに当たって、よい検討材料を提供してくれると思われることから、関連する裁判例として概観しておきたい。

まず、アダルトビデオの女優の演技に関して、契約の解釈によって録画禁止権侵害を否定した事例として、東京地判平成5年12月22日平成元

¹⁷⁸⁾ 早稲田・前掲注(174)234-235頁は、「もともとプレイヤーが限られていたエンタテインメント業界においては、著作権法の条文を意識することなく、業界内における約束事やルールが大きな役割をもって発達してきた。いわゆる、ソフトローというものである。さらに、近年では改善されてきたとはいえ、これらの業界内では契約書の作成・締結といった書面に残す慣習があまりなかったことから、ひとたび裁判になった際には、当該事案における当事者の合理的な意思解釈の判断に困難が生じる場合もあるし、判決内容が業界の慣習と異なるのではないかと指摘されることもある。…実務上著作権隣接権が行使されるジャンルは、いわゆるエンタテインメント契約というソフトローが対象となるものであって、著作権法の条文だけを見ても理解しにくい点も多い。」とする。

(ワ)2477号・平成元(ワ)14436号 [ガラスの日記]¹⁷⁹がある。アダルトビデオに出演した原告女優の演技がシナリオに基づく実演であることを前提に、出演契約に基づく映画の著作物への実演の録画について原告の許諾があったものとして、同実演が録画されたビデオテープの複製・販売について、著作権法91条2項が定めるいわゆるワンチャンス主義により実演家の録画禁止権の侵害を否定した。

また、テレビ番組のテーマ曲等の演奏に関して、「買い取り」¹⁸⁰と呼ばれる包括的な実演の利用許諾があったことを認めて侵害を否定した事例として、東京地判平成17年12月22日判時1930号133頁 [ふるさと三国志] が

¹⁷⁹ もっとも、業界から引退して約5年が経過した元AV女優の宣伝用写真の無断掲載について、ビデオの公表から10年以上が経過し、原告が業界を引退して約5年が経過しており、原告が承諾を与えていたとは認められないとした事例(東京地判平成18年5月23日判時1961号72頁 [元AV女優写真])があることから、AV女優の演技にかかる実演家の権利がワンチャンス主義により働かなくなったとしても、当該実演の再利用時において、原告女優が業界を引退しているなどすでに業界から遠ざかっているといった事案では、プライバシー権による別途保護の可能性があるのかもしれない。

¹⁸⁰ 「買い取り」とは、①著作権等の譲渡を受けることと、②権利の譲渡を受けるわけではないが報酬の支払いは一度切りとして以降の使用は制限なく自由にできること、の二つの意味で使用される言葉であることにつき、福井健策編/福井健策＝二閑辰郎著『ライブイベント・ビジネスの著作権 [改題・改訂版] エンタテインメントと著作権―初歩から実践まで―①』(2015年・著作権情報センター) 162-163頁参照。

一つの楽曲について著作権譲渡と包括的利用許諾の両方が関係したことを認めた裁判例として、知財高判平成23年8月9日判時2126号125頁 [TBS愛の劇場] がある。テレビドラマのオープニング映像のために原告らが委嘱を受け制作した楽曲について、完成後納品を受けた被告TBSテレビが、平成16年1月から平成18年3月末までの間、放送で使用することについて、原告らによる包括的な利用許諾がなされていたことと、納品時に被告から原告らへ支払われた音楽制作費20万円が当該許諾の対価と認められることは、平成18年4月1日以降、原告らと被告子会社の音楽出版社・日音との間で別途締結された著作権譲渡契約によって当該楽曲がJASRACの管理著作物となり、JASRACからの放送使用料の分配対象となったことをもって、包括的利用許諾にかかる各認定が左右されることはないとした原審(東京地判平成23年3月24日判時2126号128頁)を是認した。

ある。被告ローカル民放テレビ局の番組のテーマ曲および背景音楽等として制作された楽曲とそれらの演奏等を、ローカルでのリピート放送や、被告系列テレビ局へのいわゆる番組販売(番組を放送する権利の許諾または譲渡)により全国で放送使用したことについて、約22年間で約6,259万円(源泉徴収後の金額)の委嘱料の支払いがなされていたことや継続的な制作業務の過程から、契約書はなかったが原告による包括的な利用許諾があったものと認め、許諾の範囲はローカル放送1回のみであったとの原告音楽家の主張を退けた。

問題となった楽曲の著作権と演奏の著作隣接権の帰属について裁判所は、契約書等、譲渡の合意があったことを明確に示す文書が作成されていないこと、被告テレビ局としては再放送等において追加の対価を支払うことなく自由に楽曲等を使用することができれば、契約の目的を十分達成することができることなどから、当事者において権利譲渡の合意があったとまでは認めることはできないとした。

レコードでの演奏にかかる実演家印税の未払いにより、原告実演家から被告レコード会社に対する当該レコードの製造販売の差止請求を認めた知財高判平成21年3月25日平成20(ネ)10084号[BRAHMAN]も、原告実演家から被告レコード会社への権利譲渡の合意を明らかにする契約書がないとして権利譲渡を否定している。原告実演家(ロックバンド)のレコード実演(レコードに固定された実演)の著作隣接権は、契約によって被告レコード会社に譲渡または放棄されたとする旨の被告の主張について、裁判所は、被告の主張にかかる契約は本訴提起より10年以上も前のもので、原審(東京地判平成20年10月22日平成20(ワ)9613号)では主張しなかったこと、契約書面には当事者の署名捺印がなく不自然な点があり、原告はその書面を見たことがないとも反論していること、しかも被告は原告に対してこれまで多額の実演家印税を支払い続けてきていることなどから、原告と被告との間には、原告のレコード実演にかかる著作隣接権を譲渡または放棄する旨の合意が成立したと認める余地はないとした。

レコードの著作隣接権の譲渡契約をめぐる関連事例として、東京地判平成19年4月27日平成18(ワ)8752号・平成18(ワ)16229号[HEAT WAVE]、東

京地判平成19年1月19日判時2003号111頁 [THE BOOM]¹⁸¹がある。

[HEAT WAVE] では、レコード実演にかかる著作隣接権を含む契約期間中に制作された原盤（マスターテープ）にかかる一切の権利はレコード会社に譲渡する旨を定める専属実演家契約を被告レコード会社と締結したロックバンドである原告実演家が、契約締結当時、実演家の送信可能化禁止権（著作権法92条の2）は法定されていなかったので譲渡の対象となり得ない旨主張し、同禁止権が原告実演家に帰属していることの確認を求めたのに対し、裁判所は、将来法改正により法定される権利であっても契約の対象とすることは可能であり、専属実演家契約の性質から、レコード会社に原盤に対する排他的な支配権を確保させ、原盤の自由かつ独占的な利用を可能とすること自体には合理性が認められ、音源配信にかかる相当な対価¹⁸²として実演家印税等も支払われていることなどを総合考慮して、上記専属実演家契約に基づいて制作された原盤にかかる実演家の送信可能化禁止権は、被告レコード会社に譲渡されていることの確認を求めた被告反訴請求を認めた。

類似事案であった [THE BOOM] も、訴外実演家が所属する原告音楽事務所が被告レコード会社との共同または原告が単独で制作した原盤にか

¹⁸¹ 両事件の評釈として、藤野忠 [判批] 知的財産法政策学研究19号 (2008年) 313頁、升本喜郎 [判批] 著作権判例百選 [第4版] (2009年) 140頁、安藤和宏 [判批] 知的財産法政策学研究26号 (2010年) 257頁などがある。

¹⁸² 安藤・前掲注(181)282-284頁は、レコード会社が音楽配信をCDのようなパッケージ商品と同一視して、パッケージ商品と同じ印税率と印税算定式によって音楽配信にかかる印税を支払っていることに対して、アーティストやプロダクション、音楽出版社が強い不満を持っており、両事件の問題の本質は音楽配信にかかる対価の相当性であって、両事件はこの利害対立が訴訟へ発展したものであると指摘する。具体的には、「サーバー等の設備投資、音源配信サービスの市場形成等に当たりSMEが投資した費用の一部を実演家に負担させることができるか否か、負担させるとしても」、印税率に「80%を乗じることが相当か否かについては、疑問の余地があるといわなければならない」と [HEAT WAVE] において裁判所も説示した、20%の配信控除を設定する業界の実務である。この点に関する詳細は、安藤和宏『よくわかる音楽著作権ビジネス 基礎編 4th Edition』(2011年・リットーミュージック) 291頁以下参照。

かる訴外実演家およびレコード製作者である原告の著作隣接権の半分または全部を含む一切の権利を無制限に被告レコード会社へ独占的に譲渡する旨を定める共同制作原盤譲渡契約の締結後に立法された送信可能化禁止権(著作権法92条の2、96条の2)の扱いをめぐる上記契約の解釈について、[HEAT WAVE]とほぼ同様の総合考慮を展開。原告と被告の双方が上記契約において意図した内容は、訴外実演家および原告の著作隣接権を含む一切の権利を被告へ譲渡し、被告による自由で独占的な経済的利用を可能とする一方で、その収益を原告に還元することにあるなどとして、送信可能化禁止権も上記契約の定める包括的譲渡の対象となるとして、原告による同禁止権の帰属確認請求を棄却した。

さらに、女子プロレスのCS放送をめぐる、争点となった女子プロレスの実演該当性を直接判断することなく、原告による実演二次使用料の代位請求を棄却した事例として、知財高判平成22年12月13日平成22(ネ)10069号[全女CLASSICS]¹⁸³がある。被告フジテレビが放送権契約に基づいて過去に収録し、地上テレビ放送した訴外全日本女子プロレス(全女)の興行試合の映像素材を、被告スカパーがCS放送したという事案で、全女の債権者である原告が著作権法94条2項に基づいてCS放送にかかる実演二次使用料を代位請求したところ、全女はプロレス興行を放送することについて所属選手から許諾を得ており、被告スカパーが当該映像素材を無償でCS放送することを全女は許諾していたとして原告の請求を退けた原審(東京地判平成22年7月30日平成20(ワ)34464号)を是認した。

このほか、漫画「サーキットの狼」を題材にしたテレビ番組をDVD化する権利を訴外出版社へサブライセンスした被告製作会社の行為に関して、当該テレビ番組のナレーションを担当した原告実演家から当該DVD化の許諾を得るべき者は実際にDVD化を行った訴外出版社であって、被告ではないとして被告による原告の録音禁止権侵害を否定し、原告が控訴

¹⁸³ 市村・前掲注(174)112-113頁は、『プロレス』と称される催事の中にもショーとしての要素が極めて強いものから弱いものまでさまざまなものがあるから、『プロレス』という名称だけで『実演』該当性を判断することはできまい。結局は、個々の具体的な演技の内容および観客の観覧目的等を総合的に考慮して大衆娯楽としての『芸』に当たるか否かを個別に判断するほかないものと思われる。」とする。

審で追加主張した二次使用料の支払いを受ける「期待権」の侵害と慣習に基づく二次使用料請求権の侵害についても、法律上の利益として確立しているとは到底認めることはできないとして否定したという事例（知財高判平成22年12月28日平成22(ネ)10066号 [蘇れ！サーキットの狼]）もある。

他方、本来なら91条2項に定めるワンチャンス主義により録音以降の録音禁止権は働かないと見られるテレビアニメにおける声の出演について、出演契約に基づくテレビアニメのビデオ化にかかる二次使用料の支払請求を認めた事例として、東京高判平成16年8月25日判時1899号105頁 [テレビアニメビデオ化声優二次使用料]¹⁸⁴がある。声優である原告が、実演家の著作隣接権ではなく被告アニメ音声製作会社と締結した出演契約等に基づいて、テレビアニメ作品のビデオ化にかかる実演二次使用料の支払いを被告アニメ音声製作会社とアニメ動画製作会社の2社へ求めたことについて、裁判所は、出演契約において、原告・被告が所属する業界団体の合意事項である「実務運用表」に基づきビデオ化にかかる実演二次使用料を支払う旨の実質的な合意が存在するとして原告の請求を認めた。

同様に、ケーブルテレビによる地上テレビ放送の同時再送信に対して、原告実演家団体が被告ケーブルテレビ会社との契約に基づく「補償金」の支払いを求めた事案について、知財高判平成17年8月30日平成17(ネ)10009号ほか [ケーブルテレビ同時再送信補償金]¹⁸⁵は、著作権法92条2項

¹⁸⁴ 評釈として、井奈波朋子 [判批] 著作権判例百選 [第4版] (2009年) 150頁などがある。ワンチャンス主義との関係について、早稲田・前掲注(174)239頁も参照。

¹⁸⁵ 評釈として、梅田康宏 [判批] コピライト539号 (2006年) 29頁がある。

なお、平成18年(2006年)著作権法改正によって、放送される実演の有線放送による同時再送信に対する実演家の報酬請求権(94条の2)が新設され、放送される商業用レコードの有線放送による同時再送信に対する実演家(95条1項)およびレコード製作者(97条1項)の二次使用料請求権が新たに認められている(平成19年(2007年)1月11日施行)。平成18年著作権法改正の詳細は、文化庁「著作権法の一部を改正する法律の制定について」(文化庁ホームページ) <http://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/h18_hokaisei/>参照。

94条の2の新設によりこの事件で問題となった「5団体契約」は2006年度で破棄されたことにつき、山本学「ケーブルテレビでの放送の同時再送信に関する5団体契約の破綻と新ルールの成立」コピライト575号(2009年)26頁参照。

によれば有線放送による放送の同時再送信には実演家の有線放送禁止権は及ばないが、契約に基づく補償金を受け取ることを著作権法が禁止するものではなく、実演家・放送事業者・有線放送事業者三者間の権利関係処理の簡便化を図る意味で一定の合理性を有する等として原告の請求を認めた。

(4) 本判決の位置付け

1) 意義

本判決は、ファッションショーにおけるモデルの動作や振り付けの著作物性の成否にかかる判断について、本件部分映像で見られた、モデルが舞台上の一定の位置で決めるポーズの振り付け、舞台上の一定の位置で衣服を脱ぐ動作の振り付けは、「特段目新しいものではない」として著作物性を否定している。

したがって結論を先取りするならば、本判決は、社交ダンスの基本的・一般的なステップの流れの著作物性を否定した東京地判 [Shall we ダンス?] と、小さい子どもたちが自由に遊ぶための手あそび歌の動作の著作物性を否定した東京地判 [たのしい手あそびうた DVDブック] が判示した、ありふれた動作の振り付けには創作性は認められないとする裁判例の流れに位置し、本件第一審がその流れに沿い、控訴審がそれを承認した事例、と位置付けられるだろう。

このことは、本件控訴審が、「各モデルの上記ポーズ又は動作は、そもそも応用美術の問題ではなく、ファッションショーにおけるポーズ又は動作が著作物として保護されるかどうかとの問題である。」と説示した上で、ファッションショーにおいてモデルに上記のような動作やポーズをさせることが独創的なものであるとの原告の主張について、仮にそれが目新しいものだったとしても、そのようなものはアイデアであるとして明確に退けていることから分かる。

つまり本判決は、事案との関係から判旨をよく読み込めば、先に検討したとおり、本件における化粧や髪型、衣装等の組み合わせに対して「文化の範囲」の要件を使ったようではなく、従前の裁判例が展開してきたように創作的表現の要件を使って、モデルの動作やポーズの著作物性の成否

を判断したものと見られる。

ここで大事なことは、通常するようなファッションモデルの動き、あるいは基本的・一般的な社交ダンスの動きや、誰でも思いつくような手あそび歌の動きといった事案について、なぜ裁判所は著作物性を否定するのか、という点であろう。その理由を端的に示しているのが、本判決と類似の事例と見られる〔Shall we ダンス?〕である。

社交ダンスの振り付けの著作物性を否定した理由として、裁判所は、社交ダンスの基本ステップはごく短いもので、ごくありふれたものであるところ、このような短い身体の動き自体に著作物性を認め、特定の者にその独占を認めることは、本来自由であるべき人の身体の動きを過度に制約することになりかねないこと、また、社交ダンスは、その技術の高さを競い合う競技（スポーツ）でもあって、そもそも既存のステップを自由に組み合わせられて踊ることが前提とされており、競技者のみならず一般の愛好家にも広く踊られていることから、振り付けについての独創性を緩和し、組み合わせに何らかの特徴があれば著作物性が認められるとすると、わずかな差異を有するにすぎない無数の振り付けについて著作権が成立し、特定の者の独占が許されることになる結果、振り付けの自由度が過度に制約されることにもなりかねないことなどを挙げて、後発創作の自由の確保の観点から判断を展開している点が、とりわけ注目される。

〔たのしい手あそびうたDVDブック〕も、本件と類似の事案に対して同様の判旨を展開している。たとえば、原告の従業員が独自に作詞し、振り付けを創作した「グーチョキパーでなにつくろう」という手あそび歌について、左右の手でそれぞれじゃんけんのグー・チョキ・パーの形を作り、これを組み合わせて動物等の動作を表現し、手あそびをする曲であるところ、その歌詞は「みぎてがグーでひだりてがパーでめだまやきめだまやき」、「みぎてがパーでひだりてもパーでおすもうさんおすもうさん」といったものであり、原告書籍には「じゃんけんの“グーチョキパー”を使って、さまざまなのをあらわすことができます。あそびながらどうぶつのがたや動きなども学べる楽しい手あそびです。子どもたちの好きなどうぶつやたべものでうたったり、ずかんや写真を見せて自由に考えさせたりしてもよいでしょう。」との記載や、「子どもたちの好きなどうぶつやたべものでうたったり、ずかんや写真を見せて自由に考えさせたりしてもよいでしょ

う。」との記載があることから、「表現する対象を自由に替えて遊ぶことが想定されている箇所であるといえるから、このような歌詞の一部の表現を著作物として保護するのは相当ではないものと解される。」と説示して創作性を否定している。

すなわち、多く子どもたちが自由に考えて替えて遊ぶ振り付けや歌詞だからこそ、著作権で保護してしまうと、人が自由に考えて歌ったり自分の身体の動かすことのできる範囲を無用に制約することにつながりかねないことを重視して、このような表現は特定の者に独占させてはならないという規範的な判断がなされていることが、事案との関係から読み取れる。

このような判断は、論者からもおおむね肯定的に受け止められているようである。たとえば、[Shall we ダンス?]における社交ダンスにおける振り付けは、そもそも表現の選択の幅が非常に限定されていること、ステップの組み合わせや流れといった抽象的なレベルでの著作物性が認められるとなると他者の表現活動を制約する影響が大きいことなどを挙げ、社交ダンスのように振り付けに基本や型があるようなものについて著作物性を緩やかに判断すること¹⁸⁶は適当ではないとの指摘¹⁸⁷、社交ダンスの振り付けは異なる者が創作したならば、全く同じステップの組み合わせとはならないとしても、似たような組み合わせになる可能性は高く、組み合わせの実質的な多様性も想定しづらい場合が多いと思われるとして、他者の振り付けの創作行為を過度に抑制することを回避するためにこれらの特徴を考慮して創作性判断を行うべきとの指摘¹⁸⁸がある。

¹⁸⁶ たとえば、原告の交通安全スローガン「ボク安心 ママの膝より チャイルドシート」の著作物性を肯定しつつ、被告のスローガン「ママの胸より チャイルドシート」とは非類似であるとして著作権侵害を否定した東京地判平成13年5月30日判時1752号141頁[交通安全スローガン]など参照。

¹⁸⁷ 上田・前掲注(174)39-40頁参照。

¹⁸⁸ 蘆立・前掲注(175)216頁参照。

もっとも、裁判所は原告の振り付け全体ではなく被告映画の各場面に実際に映っている一部分だけを創作性判断の対象としており、選択の幅は非常に限られていること、ゆえに個性が表れている、または、ありふれたものではないといった通常の創作性基準をもって創作性を否定する結論を導き得ること、実際に事案への当てはめでは通常の創作性基準をもって行われているようにも見受けられることなどが

再び本判決に目を転じると、上記の指摘は、本件に対してそのまま妥当するといえるだろう。というのも、ファッションショーにおけるモデルの動作には、姿勢よく大きく腕を振って足先を交差させながら闊歩する、立ち止まって腰に手をやる、髪をゆらしてくるりと轉身する、はらりと上着を脱ぐ、サングラスを取る、帽子を投げるといった、一定の型のようなものがあるように思われるところ、およそファッションモデルならば誰でもするであろうこのような一般的なモデルの動作を特定の者に独占させるならば、後発の表現行為を過度に制限することになるからである。また、ファッションモデルの動作は、観客席に挟まれた細長い舞台の構造と、衣服等を観衆に披露するファッションショーの目的上、選択の幅には自ずと制限があるとの指摘¹⁸⁹もある。

もっとも、振り付けにおける一定の型があるからといって、直ちに創作性が否定されるべきものではないことは、日本舞踊の振り付けの創作性を肯定して無断上演について侵害を認めた福岡高判〔日本舞踊〕が明らかにしていると思われる。ここでの事案、すなわち著作物性の成否が検討された舞踊は、A流のために作られた創作音曲に独自の振り付けがされたものであったり、手本とされた伝統芸能・民俗芸能の踊りとは離れてA流の舞踊として独自性のある振り付けがされたものというのであるから、ファッションショーにおいてモデルが通常する動作や社交ダンスの基本ステップの組み合わせの流れとは異なり、他流の舞踊とは異なるA流独自の表現だったのだろう。その目的から考えても、日本舞踊は所作そのものを鑑賞させるためにある。技術の高さを競い合うスポーツでもある社交ダンスの動きや、化粧、髪型のスタイリング、衣装やアクセサリーの選択とコーデ

ら、判示の言及する「独創性を備えることが必要」という文言については、この事案に対して創作性を否定した判断に直接影響を与えているわけではなく、特段の意義を見出すべきではないことにつき、蘆立・前掲注(175)217頁、上田・前掲注(174)41頁参照。

他方、酒井・前掲注(175)219頁は、ステップの組み合わせに何らかの特徴を有するというだけで著作物性を認めることに判旨が否定的であることなどから、〔Shall we ダンス?〕は通常の創作性よりも高い基準で著作物性の成否を判断していると分析する。

¹⁸⁹ 渡部・前掲注(1)36頁参照。

ィネート等をプレゼンテーションすることが目的のファッションショーのモデルの動きとは異なる¹⁹⁰。

さらに、たとえば日本舞踊A流の舞踊をA流に独占させて上記のような不都合が生じるかという、日本舞踊の舞踊は、弟子となって家元や師範などからそれぞれの流派独自の指導を受け、それぞれの流派の舞踊を体得し、それぞれの流派の舞踊として発表、継承していくものだとすると、一つの舞踊として完成したものをA流の舞踊として著作物として保護したとしても、他流における後発創作の自由はさほど制約されないように思われる。逆に、他流において異なる舞踊作品の創出を促すことが期待でき、よって社会における舞踊表現がより豊富になれば文化の発展につながるものであるから、A流の舞踊をA流に独占させることが生じさせる不都合といっても、文化の範囲にある著作物一般と変わらないのではないか。鑑賞を目的とするバレエの振り付けも、これと同様に考えて差し支えないものと思われる。

2) 射程

まず、振り付けの著作物性を否定した点について、本判決は従前の裁判例の流れに沿うものであり、事案に対して何か新しい判断基準を示したり新たな解釈を展開したわけではなく、ファッションショーやモデルの所作の芸術性の有無や高低を吟味したわけでもないだろう。あくまで、表現の豊富化・多様化を図るという観点から、著作物としての保護を与えるならば後発創作の自由に過度な制約を加えるおそれのあるありふれた動作について、後発創作の自由を確保するという規範的な観点から本件振り付けの創作性を判断し、その著作物性を否定した一事例、といえるのではないか。

ゆえに、後発創作の自由に大きな影響を与えないような独自性ないし鑑賞性を有する振り付け(たとえば日本舞踊やバレエ)については、本判決を含む一連の裁判例〔たのしい手あそびうたDVDブック〕〔Shall we ダ

¹⁹⁰ 蘆立・前掲注(175)217頁は、日本舞踊やバレエは美的な鑑賞の対象となる創作物であるのに対し、社交ダンスは競技としての側面を有する点で両者には違いがある旨指摘する。

ンス?])とは事案を異にし、そのような振り付けに関して何も判断していないことから、本判決の射程から外れるだろう。

やっかいなのは、実演該当性を否定した判旨の取り扱いである。これに関して、本件はある行為にかかる実演該当性の成否を判断したはじめての事例と見られ、前記のとおり類似の事例も見当たらない。それゆえ本稿では、個々の判決における実演ないし実演家の該当性をめぐる具体的な事案と結論の関係を抽出して検討することがかなわなかった。

これを前提に、実演該当性をめぐって本判決が明らかにしたこと、本判決で明らかになっていないことを簡単にまとめると、次のとおりである。

第一に本判決は、ファッションショーにおけるモデルの振り付けの演出について、先に見たとおり、振り付けの著作物性を否定したことによって実演該当性を否定したものであるから、著作権法2条1項3号本文に定める著作物を「演劇的に演じ」ることや、その他著作物を「演ずる」とことはどのような行為なのかについては触れていない。

この点、通常、ファッションショーでは、BGMが演奏される中、一定の順序に従って、モデルが服飾品をまとい、舞台上に登場し、退場することを繰り返し、聴衆に服飾品の魅力を伝達する。目的はあくまで服飾品を見せることにあり、登場するモデルがBGMに合わせて踊ったりするものではないため著作権法2条1項3号本文の定める実演には該当しない旨の被告ワグの訴訟代理人による指摘¹⁹¹がある。

また、ファッションショー全体について著作権法2条1項3号括弧書きに該当するとの原告主張に対して、本件第一審、控訴審ともに、どのような行為が同括弧書きにいう「著作物を演じないが芸術的な性質を有するもの」に該当するののかについての一般的な判断基準を示すことなく、第一審では、当てはめにおける個別の理由も示すことなく総合衡量により、また、控訴審では、本件部分映像に映っていないファッションショーの部分、すなわちファッションショー全体はその内容が明らかでなく、モデルの動作は「ありふれたものにすぎない」との理由を示して、原告主張を退けた。本判決はあくまで個別事案の処理しか行っていない、ということになると思われるが、本件控訴審が上記のように「ありふれたものにすぎない」と

¹⁹¹ 野間＝中島・前掲注(129)108頁参照。

説示して実演該当性を否定しているところに着目し、本件控訴審が「芸術的な性質」の有無を創作的要素の有無を見て判断していると評する論者の指摘¹⁹²がある。

この点、同被告訴訟代理人は、ファッションショーは服飾の作品発表、または流行の発信や販売促進などを目的にモデルに服を着せ、舞台等で観衆に提示する行為であって、通常ファッションショーの場合、あくまでも主たる目的は着用している衣装を魅力的に見せることである。モデルは、そのために一定の定型的なポーズと動作を行うのみであり、流れている音楽に合わせて演じたり、舞ったりしているわけではないため、芸術的な要素に乏しいとする一方、東京コレクションやパリコレクションなどの著名なファッションショーでは、音楽、照明など舞台演出に特別な趣向を凝らし、デザイナーの世界観を芸術的に聴衆に訴えている要素もあるとし、モデルも音楽に合わせて身体を動かしてその芸術的な世界観を表現しているならば、芸術的な要素が認められ実演と評価する余地もある旨指摘¹⁹³する。

ここから考えられることは、ファッションショーにおいて通常モデルが通常するような動作の振り付けの演出は、振り付けの著作物性との関係で、ありふれたものを演じる場合、「芸術的な性質を有する」ものとも認められないため、今後も実演該当性は否定される、ということだけである。したがって、実演該当性の成否をめぐる本判決の射程は、事案との関係から限定的に解されることになるだろう。

(5) 若干の検討

1) はじめに

本件の事案には、先に見た実演をめぐる裁判例との関係で、被告の防御方法としての実演家の権利のいわゆるワンチャンス主義の該当性や、既存映像を二次利用する際に、既存映像の中に映っているものが実演に該当するか否かをどのように判断するか、すなわち権利処理すべき対象とそうで

¹⁹² 本山雅弘 [判批] 新・判例解説 Watch 17号 (2015年) 288頁参照。

¹⁹³ 野間＝中島・前掲注(129)108頁参照。

ないものをいかにして線引きするか、という実務的に非常に重要かつ興味深い論点が隠されているように思われる。そこで、「芸能的な性質を有するもの」が実演として保護される趣旨を踏まえて、実演と非実演の境界線上にあると見られるさまざまな行為の位置付けを探ることを含め、思考訓練をかねた若干の検討を試みたい。

2) ワンチャンス主義の該当性

本件の前提事実によれば、訴外JFCCは、原告らの許諾を得て、本件ファッションショーを撮影し、その運営する専門テレビチャンネルにおいて放送したとある。では訴外JFCCは、原告らから何についての許諾を得たのだろうか。

訴外JFCCはCSチャンネル「fashion TV」を運営する著作権法上の放送事業者¹⁹⁴と思われるところ、原告から録音録画の許諾を得て本件ファッションショーを撮影したのであれば、その録音録画物である本件映像は、本件控訴審も付言するとおり「映画の著作物」なのであるから、許諾を得て「映画の著作物」に録音録画されたことになる。

だとすると、仮に本件ファッションショーないしモデルの所作が「実演」に該当したとしても、許諾の内容は録音録画であると解されるから、著作権法91条2項によって、「映画の著作物」である本件映像に録音録画されたファッションショーないしモデルの所作は、以降自由に録音録画できることになる（ワンチャンス主義）。よって、被告NHKが本件番組において本件映像の一部を複製して使用することについても、実演家である原告らの録音録画禁止権は働かない。さらに、92条2項2号ロは、許諾を得て録音録画された実演の録音録画物（映画の著作物）の複製したものを放送す

¹⁹⁴ 東京地判平成12年5月16日判時1751号128頁[スターデジオリ]は、被告CS放送サービスの「スカイパーフェクTV」において、商業用レコードを放送する音楽を中心としたラジオ番組「第一興商スターデジオリ〇〇」を運営していた被告第一興商について、送信される素材の収集や番組の編成など番組の送信過程の主要部分を自ら行っており、本件番組の送信の主体といえるため、電波の送信行為を自ら行っていないと、「放送を業として行う者」（著作権法2条1項9号）に該当するとした。

ることに対して、実演家の放送禁止権は働かないことを規定する(ワンチャンス主義)¹⁹⁵。したがって、本件映像の一部を複製して使用した本件番組を被告NHKが放送することについても、実演家である原告らの放送禁止権は働かないと解される。

これに対して、本件ファッションショーを演出したと主張する原告Aの実演家該当性を肯定する立場から、本件ファッションショーが「映画の著作物」以外のものに収録されているという理解に立脚し、「本件における被告の放送のように、被告自身が原告から許諾を得ないで録画した録画物を用いて放送する場合には、これに当たらず、原告らは放送権を行使することができるものと解される。」と指摘して、被告NHKによる本件部分映像の放送への92条2項2号イ(ワンチャンス主義)の適用を否定する文献¹⁹⁶がある。しかし、「録画」(2条1項14号)および「映画の著作物」(2条3項)の定義からも、本件映像は「映画の著作物」と解される。そもそも、上記文献が指摘するような、92条2項2号イの適否の問題となる「映画の著作物」ではない実演の固定物、とは具体的にどのようなものをいうのか、にわかに思いつかない。強いて挙げるならば、構図、カメラアングル、光量、絞り、焦点の設定に何ら工夫をせず、単に機械的・自動的に撮影したもの、とでもいうべき創作性のない動画・映像に実演を固定したもの、ということになりそうであるが、映画の著作物が未完成の状態でその製作が打ち切られた場合の収録、撮影済みの音や映像を挙げる学説¹⁹⁷がある。この指摘に関して、未完成の映画の未編集フィルムにおける実演家の権利が問題となったものではなく、未編集フィルム自体の著作権の帰属が争われた裁判例に、東京高判平成5年9月9日判時1477号27頁〔三沢市勢映画二審〕がある。当初「市勢編」と「歴史・文化編」の二編からなる市勢映画のために原告映画監督によって撮影されたものの、「歴史・文化編」が制作中止になり「市勢編」において約3分間使用されただけで大部分が残った「歴史・文化編」のための未編集フィルムについて、裁判所は「映像著

¹⁹⁵ 梅田康宏「放送事業者における権利処理実務」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『エンターテインメントと法律』(2005年・商事法務)276-277頁参照。

¹⁹⁶ 角田・前掲注(1)16頁参照。

¹⁹⁷ 齊藤・前掲注(171)189頁注(3)参照。

作物」という言葉を用いて「映画の著作物」の該当性を否定した。しかし、事案との関係で判旨をよく読み込むならば、ほとんど使用されなかった当該未編集フィルム著作権を被告映画製作者と原告映画監督のどちらが持つべきかという価値判断が先行し、映画監督に著作権を帰属させるために著作権法29条1項の適用を避けるべく、その理由付けとして当該未編集フィルムを「映像著作物」と呼んで「映画の著作物」の該当性を否定した、という特殊な事例のように見える¹⁹⁸。映画の著作物を実質的に規定する著作権法2条3項の解釈について、[三沢市勢映画二審]が明確な判断をなしているとは認められず、映画の著作物というには単に影像が連続して動いているように見えるだけでは足りず、編集作業を経た流れのある影像で表現されている必要があるといった[三沢市勢映画二審]の解釈が判例上確定しているわけではない旨を説示する東京高裁判決(東京高判平成13年3月27日判時1747号60頁[中古ゲームソフト東京訴訟二審])もある。

後に見るとおり、放送事業者が著作権法93条1項に基づいて実演の放送の許諾を得て作成できる実演の固定物は、実演の録音録画について許諾を得て作成するものではないから、92条2項2号イの適否の問題となる「映画の著作物」ではない実演の固定物、には当たらないだろう。また、放送

¹⁹⁸ [三沢市勢映画二審]に対しては、映画製作の参加を約したにもかかわらず、映画が未完成となったために未編集として残ったという理由で、当該未編集フィルムの著作権が原告映画監督に帰属することになるとしたら、映画の著作権を映画製作者に集約することによって映画製作者が映画製作のためになした多大な投資を保護する29条の趣旨に悖ることになるとの指摘(田村・前掲注(4)394-396頁参照)や、風景ビデオや家族ビデオのようなものであっても「映画の著作物」と評価できる以上、編集作業を経たものだけが29条の適用を受ける「映画の著作物」になるという解釈は違和感を禁じ得ないとの指摘(島並ほか・前掲注(44)103頁[上野達弘執筆]参照)といった批判がある。

思うに、映画製作が完成しないリスクは誰が負っているのか、製作費を負担した映画製作者に対して、映画製作者以外の者によって撮影素材が転用されるリスクまで負わせるべきなのか、という観点から考えると、当初予定した映画製作の完成・未完成にかかわらず、映画製作の過程で生じたすべての撮影素材は映画製作者のもつで一元的に管理されるべきであり、そのために撮影素材の著作権を映画製作に帰属させる実務的な必要性も決して少なくないのではないだろうか。

事業者ではない制作プロダクションや映画会社が制作するテレビ番組において実演を固定する場合、放送事業者が93条1項に基づいて行うものとは大きく異なる。すなわち、同じテレビ番組であっても91条2項に基づいて実演の録音録画の許諾を得て「映画の著作物」に当該実演が録音録画されることになるため¹⁹⁹、92条2項2号イではなく同号ロが適用されることにより、以降の放送は自由にできることになる。

このように考えると、録音録画の許諾を得て固定された実演の固定物の放送にかかる92条2項2号イの適否の問題は、録画物ではなく、主に録音物について関係する話なのかもしれない²⁰⁰。卑近な例として、東京地判[ふるさと三国志]で問題となった、テレビ番組のテーマ曲や背景音楽等のために演奏された実演を録音した音源が挙げられる。実際に[ふるさと三国志]では、原告音楽家が被告テレビ局に提供した音源の放送使用について、92条2項2号イの適否が争点の一つとなっていた。すなわち、当該音源は実演家が自ら実演を録音した録音物であるから、92条2項2号イが適用されるため放送は自由、との被告テレビ局の主張に対して、原告は、92条2項2号イは実演家が提供した記録媒体をそのまま用いて番組を放送することを前提とする規定であり、被告テレビ局は当該音源を番組に複製して放送使用したのであるから、音源をそのまま放送したのではなく、92条2項2号イの適用はないと主張した。裁判所は、先に見たとおり原告音楽家による当該音源の包括的な利用許諾があったこととその対価が支払い済みであることを認め、92条2項2号イの適否について判断することなく、原

¹⁹⁹ 前田哲男「映画の著作物」高林龍編集代表『2013年度JASRAC寄附講座 早稲田大学ロースクール著作権法特殊講義7 著作権ビジネスの理論と実践V』(2015年・早稲田大学大学院法務研究科)56-57頁参照。

²⁰⁰ 著作権法92条2項2号イは、同号ロとは異なり「映画の著作物」に録画されていることを要求していないが、定義上、「映画」以外に「録画」(2条1項14号)されることはあり得ないから、同号ロがある以上、同号イの録画に関する規律の意義は乏しいことについて、田村・前掲注(4)526頁および530頁注(1)参照。

島並ほか・前掲注(44)198頁注(20)[横山久芳執筆]も、「92条2項2号イは、実演の録音・録画物一般を対象としているが、実演の録画物のほとんどは映画の著作物であり、映画の著作物は同号ロで権利制限が認められるため、録画物については事実上ほとんど意味のない規定となっている。」とする。

告による合計5億円の損害賠償請求は棄却された。

放送の実務では、[ふるさと三国志]の事案のような、テレビ番組のオープニング、エンディング等のテーマ曲、背景音楽等の作曲、演奏、録音の業務を音楽制作会社等に委託する契約（音源制作委嘱契約などと呼ばれ、制作された楽曲は委嘱楽曲、音源は委嘱音源などとそれぞれ呼ばれる）は日常的に行われているところ、放送局での筆者の実務経験では、納入された音源を番組で使用して放送し、番組として二次利用することについて、実演家の権利とレコード製作者の権利は、音源制作委嘱の主たる目的として契約によってほぼ100パーセント包括的にあらかじめ処理されているように思われる。番組の放送や二次利用の際、番組に含まれる委嘱音源についてその都度利用許諾を得る（権利処理をする）必要があるといった内容の契約は見たことがない。[ふるさと三国志]は、当事者の主張のとおり、92条2項2号イの解釈が分かれ得ることを含め、契約書による取り決めの明確化とその重要性を教えてくれる。

他方、仮に訴外JFCCが、原告らから「放送」についての許諾しか得ずに撮影、本件ファッションショーを放送したのだとしたら、また、仮に本件のファッションショーないしモデルの動作が実演に該当するならば、3)で後述するとおり放送の実務では通常、著作権法91条2項ではなく93条1項（放送のための固定）に基づいて実演を固定するため、作成された実演の固定物は、放送のための実演の固定物となり、上記のワンチャンス主義の適用から外れることになる。というのも、前記のとおり訴外JFCCは著作権法上の放送事業者と解されるため、訴外JFCCは実演家から実演の放送についての許諾を得た場合、放送事業者はその放送のために実演を固定できるからである（93条1項）。その場合、被告NHKによる本件番組での本件映像の一部使用（部分使用）は、93条1項ただし書により、当初の放送のための実演の固定物のいわば目的外使用とされるため、同条2項1号により録音録画について91条1項の録音録画禁止権が、放送について92条1項による放送禁止権が、それぞれ働くことになる。また、93条1項に基づいて放送のための許諾を得て作成した、放送のための実演の固定物を用いて行う自局（94条1項1号）や他局（同項2号）での「番組丸ごと」リピー放送については、94条2項によりそれぞれ実演家に報酬請求権が発生する（知財高判[全女CLASSICS]参照）。

したがって、訴外JFCCが原告らから得た許諾が「放送」であった場合、被告NHKは本件部分映像に含まれる実演につき、当該実演家からあらためて放送のための許諾を得る権利処理²⁰¹が必要となるはずであり、被告NHKはそのための権利処理をするはずであるが、そのような形跡はうかがわれない。

推察するに、前提事実によれば被告NHKは訴外JFCCから本件映像のデータの提供を受けて本件番組で使用しており、本件映像(映画の著作物)の著作権者と解される訴外JFCCの許諾を得て放送で使用したものと見られるところ、本件ファッションショーやモデルその他本件映像に映っていた服飾品等についての権利処理は、訴外JFCCのところで「元栓処理」とされていたか、あるいは本件映像には「蛇口処理」²⁰²が必要な要素は映っていないと判断されたのかもかもしれない。

3) 放送事業者が著作権法93条に基づいて放送のために実演を固定する理由

ところで、放送事業者が番組で実演を収録する際、著作権法91条2項に定める録音録画についての許諾を得るのではなく(ワンチャンス主義によらないで)、基本的には実演の「放送」についての許諾を得て、93条1項に基づいて当該放送のために実演を固定している。放送の実務における一般的な理解として、これは次のような理由による。

第一に、実演家の所属事務所との間で、番組出演時に当該実演の録音録画の許諾を得るための対価を含むさまざまな協議をすることなく、自己の放送のためにのみ許される一時的固定(著作権法102条1項によって準用される44条1項)としてでもなく、民放系列各局等他の放送事業者による

²⁰¹ NHKは著作権法上の放送事業者であるから、本件番組における本件部分映像に含まれる実演について必要となる権利処理は、放送の実務上、著作権法93条1項に基づいて実演の放送についての許諾を得るだけでよい(放送だけでなく録音録画の許諾まで得ることは特段不要)と見られることにつき、金井重彦=龍村全編著『エンターテインメント法』(2011年・学陽書房)463-464頁[日向央=手島康子執筆]参照。

²⁰² 「元栓処理」とはある番組の二次利用に際して、当該番組の著作権以外の必要な権利処理を、当該番組を制作した者が行うことをいい、「蛇口処理」とは当該番組を利用した者が行う権利処理をいうことにつき、金井=龍村編著・前掲注(201)476頁注(35)[日向央=手島康子執筆]参照。

事後的な放送使用を含めて（94条1項2号・3号）、期限の定めなく円滑に当該実演を固定できるという実益があるからである。

要するに、特定の放送目的であればわざわざ録音録画の許諾を得ずに無期限で実演を固定できる93条1項と、自局での丸ごとリピート放送や他局での丸ごと放送、実演の一部を別の番組で使用する部分使用といった目的外使用、DVD化、オンデマンド配信、海外番販といった二次利用の際には、その都度具体的には実演家の所属事務所や実演家の権利を管理する権利者団体等へ対価の支払いがなされるようにした93条2項、94条の規律によって、放送事業者による実演の円滑な放送のために便宜を図りつつ、許諾した放送以外の実演の再利用に対する実演家の経済的な埋め合わせが図られているのである²⁰³。

実演家の所属事務所からすれば、もし、番組出演時に収録される実演について放送事業者へ録音録画の許諾を与えるとすると、91条2項のワンチャンス主義の適用を受けることにより、実演家の所属事務所は当該実演について無権利となってしまう²⁰⁴。ゆえに、番組出演者として容易に代わりのきかないような、人気（顧客吸引力）の高い実演家であればあるほど、実演家を守りその価値を高めるマネジメント業務²⁰⁵を担う所属事務所としては、出演自体を承諾しなかったり、あるいは出演を承諾するにしても、実演の利用対価を得る機会がそれこそ一度切りであることを踏まえて、幅広い二次利用の対価を含むより高額な出演料の支払いを当初にまとめて要求するのは、想像に難くないだろう²⁰⁶。

²⁰³ 田村・前掲注(4)528-529頁参照。

²⁰⁴ 伊藤正己ほか「新著作権法セミナー 第14回 映画、放送(テレビ)」ジュリスト483号(1971年)16頁[黒川徳太郎発言]は、テレビ番組が「実演家の関係において、映画ということになれば、実演家の権利がはずれてしまうために、当初の出演料が高くなる。つまりそのための経済的影響を受けることになるのではないか」ということで反対の意見を述べたわけです」とする。

²⁰⁵ 日本音楽事業者協会・前掲注(168)参照。

²⁰⁶ 上原伸一ほか「パネルディスカッション 映像コンテンツ契約の現状と課題」文化庁主催第6回コンテンツ流通促進シンポジウム「転機を迎えた我が国の映像コンテンツ契約」文化庁ホームページ(2009年)<http://chosakuken.bunka.go.jp/chosakuken/seminar/contents_sympo6/discussion09.html>[上原伸一発言]は、「実は93条にしても

第二に、放送事業者と実演家の権利を管理する権利者団体との間には、著作権法93条1項に基づいて固定、放送された実演のさまざまな二次利用や目的外使用に関して、集中管理による具体的な権利処理の枠組み²⁰⁷が存在していることから、出演交渉を頓挫または難航させるおそれもある実演の録音録画の許諾を、企画から放送までの限られた制作期間においてわざわざ得る必要性が、放送事業者にほとんど見当たらないことも、消極的理由として存在する。

このようなことから、出演時に録音録画の許諾を得ることが必ずしも容易ではないような実演家について、放送の許諾さえ得られれば無期限で当該実演を固定でき、かつ事後的な二次利用等の権利処理もおおむねできる

29条2項にしても、昭和45年法制定時代にテレビのほうでは、まだまだビデオによる製作がメインではなかった。あるいはビデオによって製作されたものでも、NHKさんはそうとう資力があつたので、ビデオで製作したもののほとんど残されていますが、民放では当時ビデオが非常に高かつたので、全部上書きして使っていたという事情がございます。その時代におきましては実は93条があるということは製作費の関係からいっても、あるいは実演家さんとの関係からいっても、実際にその時代において二次利用をすることが無かつたという実態においても、現実非常に意味のあるものであつて、放送事業者側からの要望もあつて、93条あるいは29条2項というようなものが、出来たという経過があるというふうに理解しております。また当然91条でも93条でも特別な定めとして、契約上で、これを超えた定めをすることはできますので、もしも全部91条でやれということになると、おそらくは実演家さんのみならず、実演家さんと先ほどおつしやつた、コラボレーションされているマネージメントプロダクションさんなどから、出演時における特約の要求がたくさん出て、出演時の契約あるいは出演交渉が、難儀をするというような場面も、考えられるのではないかとこのようところがあろうかと思ひます」とする。

²⁰⁷ たとえば、番組の丸ごと二次利用にかかる実演家の権利処理について、著作権等管理事業法に基づく一般社団法人映像コンテンツ処理機構 (ARMA) 「使用料規程」 <<http://www.arma.or.jp/content/shiyoryokitei.pdf>>参照。また、目的外使用としての「部分使用」の権利処理は、個別の相談ごととなり容易ではない場合もあるが、実演家の所属事務所や、一般社団法人日本音楽事業者協会、一般社団法人映像実演権利者合同機構 (PRE) などを通じて行われている。

既存の著作物等の利用にかかる権利処理コストを下げるためには、権利者団体等によって著作権や著作隣接権のさらなる集中管理が図られるべきであることにつき、梶原均「NHK オンデマンドの1年」コピーライト587号(2010年)30-31頁参照。

ように放送事業者への便宜が図られた著作権法93条・94条があるのに、放送事業者がわざわざ91条2項によって録音録画の許諾を得るといったことは、企画、制作、放送に充てられるわずかな時間を考えると、そこに労力やコストを費やす実益があるとはいえないため、放送事業者による番組制作では基本的に93条1項を活用して実演を固定するという実務が確立している。

4) 実演と非実演の実務上の分かれ目

さて、既存の映像を二次利用する際、映像に映っているものが実演に該当するか否かは、権利処理の要・不要を検討する上で、極めて重要なことながらである。通常のファッションショーにおいて著作物を演じないモデルの実演該当性は、「芸能的な性質」もないとして本判決によって明確に否定されたところ、以下では、実務上実演と非実演の境界線上にあると思われるものが、どのように線引きされ得るのかを考えてみる。

まず、たとえばファッションモデル出身で今やタレントや俳優として活躍する著名な芸能人が、モデルとしてファッションショーに出演する場合も、著名な芸能人ではないモデルと同様に、「芸能的な性質」はないとされるのだろうか。放送局や制作プロダクションがそのファッションショーを収録する際に、モデルの実演該当性はどのように考えればよいのだろうか。

先に見たとおり、何らかの芸能性、娯楽性、鑑賞性を有するプロが行う芸能活動は、衡平の観点から「芸能的な性質」を有する行為と緩やかに解するのが法の趣旨のようであることからすると、タレントや俳優として活躍する芸能人が行う行為は、ファッションショーでのモデルであろうが、バラエティ番組の司会であろうが、トーク番組のゲストであろうが同じ芸能活動と位置付けられ、実務上は「芸能的な性質」を有するものとして実演と解することになるのかもしれない。

次に、いわゆるナレーションは、どのように解すべきか。たとえばテレビ番組のナレーション台本は著作物と解されるところ、タレントや俳優が行うナレーションは、感情を込めて行われ、その者の個性(味)がナレーションに表れるのが通常である(ゆえに制作担当者はそれを期待してタレントや俳優にナレーションを依頼するのだろう)から、著作物を単に読ん

で伝える「口述」(著作権法2条1項18号)ではなく、著作物を演ずる「口演」による「上演」(2条1項18号括弧書き、同項16号)ということになるのだろう。声の出演のプロである声優が行うナレーション(知財高判[蘇れ!サーキットの狼]参照)や映画の吹き替え、アニメの声の出演(東京高判[テレビアニメビデオ化声優二次使用料]参照)も、同様に「口演」による「上演」と解される。

ナレーションといえば、とりわけ、年齢と経験を重ねたアナウンサーによるナレーションも俳優や声優が行うのと同様に、その者に独特の「味」がにじみ出ることが多く、ニュース原稿を正確に読んで伝える「口述」とは行為の内容が異なるように思われる。

もともと、いわゆる局アナによるナレーションが「口演」による「上演」に当たったとしても、通常は就業規則を前提とする黙示の許諾によって実演家人格権を除く実演家の権利はすべて使用者に帰属することになるだろうし²⁰⁸、放送局との雇用関係がないフリーのアナウンサーによるナレーションも、91条2項によって録音録画の許諾を得るワンチャンス主義で処理されるか、放送局があらかじめ包括的な利用許諾を得ておく「買い取り」契約([ふるさと三国志])によって処理されるかによって、実質的には局アナと同様の扱いとされることが多いだろう。また、アナウンサーによる司会、MC (Master of Ceremonies) の仕事も、上記と同様に処理されることが多いのではないか。

これに対して、アナウンサーがキャスターとしてニュースの原稿を読むことは、ニュース映像の再生に合わせて行うニュースリーダーを含め、著作物であるニュース原稿の内容を正確に伝達することを目的とするものであるから、それは「口述」であって著作物を演じる「口演」ではなく、通常は「芸術的な性質」もないと解されることになるだろう²⁰⁹。

²⁰⁸ 実演には著作権法15条(職務著作)のような規定はないため、使用者に実演家人格権が帰属しないことにつき、中山・前掲注(7)561頁、作花文雄『詳解著作権法(第4版)』(2010年・ぎょうせい)485-486頁、小倉秀夫=金井重彦編著『著作権法コンメンタール』(2013年・レクシスネクシスジャパン)350頁[小松陽一郎執筆]参照。

²⁰⁹ 金井=龍村編著・前掲注(201)473頁[日向央=手島康子執筆]参照。

ニュース番組において、抑揚をつけて感情を露わにして原稿を読むニュースリー

第三に、実務上の位置付けが特に難しいと思われるのが、いわゆるエキストラ²¹⁰の扱いである²¹¹。映画はもとより、ドラマを含むテレビ番組においてもエキストラは多数出演している。テレビ番組には原作、脚本、楽曲、音源といった他者の著作権や著作隣接権が数多く関係しており、あらかじめこれら他者の権利処理を行わないことには、テレビ番組のオンデマンド配信やDVD化といった二次利用はできないところ、権利処理すべき対象

ダーも時折見受けられるが、原稿の読み方の違いというべきであり「口述」の域を出るものではないだろう。

もっとも、日本俳優連合(日俳連)の組合員である声優が、ニュース番組等でニュースリーダーを行う場合、NHK・民放と日俳連が日俳連組合員の出演条件について定めた団体協約([テレビアニメビデオ化声優二次使用料])に従う結果、契約上、実演として取り扱われることになる(半田正夫=松田政行編『著作権法コンメンタール3 91条~124条・附則 著作権等管理事業法』(2009年・勁草書房)31頁[山崎卓也=鎌田真理雄執筆]参照)。NHKと日俳連との団体協約の内容は、長尾治助「出演契約と第三者への役務提供」立命館法學229号(1993年)25-30頁参照。

上記長尾論文は、出演契約に関する数少ない包括的な研究と見られるところ、同2頁では出演契約を次のように類型化して把握している。「①人の美意識に強く訴える演技を要し、理性的、感情的、肉体的動作に重点を置く、俳優、実演家、演奏家、歌手、人形劇人等による無形的文化創造行為、②相当の話術的演技を要し、口述内容に重点を置く、落語家、浪曲師、漫才師等による無形的成果の実現、③奇術師の実演、④相当の体力的演技を要し、肉体的動作に重点を置く出演、⑤文化的創造の全体的完成を旨とする、監督、演出等による指揮的行為、⑥スポーツ解説等ある状況の説明、知見を伝える事務的要素の濃い事実的行為」。そして、同3頁では「出演者は芸能の独自性に由来する職業の独立性に価値を見出し、文化創造の担い手として専門ないし非代替的存在性を多分に有する職業人である」としつつ、同4頁では「実演家は出演者に含まれるが、出演者すべてが実演家なのではない」とする。上記の出演類型に従ってみると、⑥の行為を行う解説者は出演者ではあるが実演家ではないということになるだろう。

小倉=金井編著・前掲注(208)148-149頁[矢吹公敏執筆]は、「口述と口演の区別は、著作権者とは別に、話し手に実演家の権利を付与することができる程度に話し手が演じているといえるか否かで判断される。」とする。

²¹⁰ 『広辞苑〔第6版〕』は、「①臨時のもの。番外のもの。②演劇や映画撮影で端役を演ずる臨時雇いの出演者。」とする。

²¹¹ 梶原・前掲注(207)30頁参照。

がそもそも多すぎて、そのために過大な権利処理コスト(手間、時間、費用)がかかってしまっている²¹²。このような中、もし仮に、個々のエキストラが実演家として権利処理すべき対象になってしまうと、権利処理すべき対象が多すぎて権利処理ができない、といういわゆるアンチ・コモنز問題²¹³に、ますます拍車がかかることになる。このような事情は、映画もテレビドラマも同じである。

そこでまず、この問題を線引きするために、エキストラは実演家には当たらない、と解する立論は可能だろうか。「著作物を演ずることが実演であり、その実演を行う者が実演家であれば、いわゆるエキストラは実演家の範囲から除かれる」とする文献²¹⁴もあるが、エキストラの氏名表示を省略することは、実演家の氏名表示権にいう「公正な慣行」(著作権法90条の2第3項)に反しないと解する論者の指摘²¹⁵の存在から考えると、たとえ群衆の中のひとりといった「端役」といえども、監督の演出・指示に従って脚本・台本を演じていることには変わらないことからすれば、エキストラの実演・実演家該当性を否定することは難しいのかもしれない²¹⁶。

²¹² 梶原・前掲注(207)31頁は、「番組制作時に、その後の利用について契約を交わしておけば、そのたびごとに許諾を得る必要がなく効率的である」とし、権利者へ支払う権料よりも高くなってしまっている権利処理コストを下げるためには、再利用に関する許諾とその条件をあらかじめ定めるマルチユース契約と、先に見た権利者団体等による集中管理を併せて推進することが最も有効である旨指摘する。このほか、福井健策『誰が「知」を独占するのか』(2014年・集英社新書)131頁以下参照。

²¹³ 田村善之「プロ・イノベーションのための特許制度の muddling through (2)」知的財産法政策学研究36号(2011年)166頁参照。

²¹⁴ 半田=松田編・前掲注(165)73頁[棚野正士執筆]参照。

²¹⁵ 中山・前掲注(7)562頁、島並ほか・前掲注(44)193頁[横山久芳執筆]、作花・前掲注(208)487頁参照。

²¹⁶ 駒田・前掲注(169)279-280頁は、フランス法には、「交換可能であったか否か(作品を成立させる上で他人の給付でも事足りるか)」という基準によって、端役である「補助的演者」を実演家から除外する規定があることを紹介しつつ、我が国の著作権法ではワンチャンス主義によって実演家の権利行使の機会がかなり狭められているとして、「交換不可能性のような不確定な概念を用いて権利者の範囲に絞りをかける必要性が、そもそもあまり存在しないといえるかもしれない。」とする。

これを逆から考えると、作品におけるエキストラ個々の貢献度や重要性は相対的に極めて低いことに鑑みれば、エキストラが実演家に当たるとしても、実演家には等しく氏名表示権が認められているからといって、映画やドラマ等において主役級の俳優と同列にエキストラ個々の氏名表示を強いることは合理的とはいえない。よって、映画やドラマ等においてよく見られるように、エキストラ個々の氏名を表示することに替えて、エキストラをとりまとめる所属事務所の会社名等²¹⁷を、作品において慣行に沿った形で表示したとしても、法の趣旨に反しないのではないかと。

さらに敷衍して考えるならば、テレビ番組においては先に見たとおり、代わりがきかないような主役級や慣行上クレジットされ得る俳優等実演家からは、出演（放送）の承諾を得て、著作権法93条に基づいて放送のために実演を固定することに実益があるのに対し、いわば代替性の高いエキストラについては、当初から91条2項に基づいて録音録画の許諾を得て、報酬の支払いも出演時の1回にまとめてワンチャンスで処理することが望ましいと考えられる²¹⁸。

というのも、上記のアンチ・コモنز問題を抑制し、かつ権利者の行方が不明となることによって権利処理が困難になるいわゆる孤児著作物問題²¹⁹の発生を未然に防ぎ、作品完成後の二次利用の権利処理コストを将来にわたって低減し、より円滑なテレビ番組の利用が図られる必要があると

²¹⁷ 斉藤・前掲注(171)220頁注(2)は、「交響楽団や劇団等による実演のように、多数の実演が関与し合ってなされる実演については、団体名の表示、それに、代表的な者を掲げる程度でよい。映画の著作物の製作にも多くの実演が関与するが、その製作に全体的に、または、主として寄与した者のみの表示で足りるとする考え方もありえよう。」とする。

²¹⁸ 福井健策編／内藤篤＝升本喜郎著『映画・ゲームビジネスの著作権〔第2版〕エンタテインメントと著作権－初歩から実践まで－②』（2015年・著作権情報センター）141-142参照。

²¹⁹ 田村善之「日本版フェア・ユース導入の意義と限界」知的財産法政策学研究32号(2010年)39-41頁参照。国際的な動向につき、菱沼剛「孤児著作物問題をめぐる議論について－認識された論点、提案された解決策および残された問題点」知的財産法政策学研究15号(2007年)299頁以下参照。

考えられるからである²²⁰。これによれば、テレビ番組の視聴機会が社会においてより増えることが期待できるという意味で、著作権法の目的である文化の発展に寄与すると考えられることから、テレビ番組におけるエキストラの出演についても91条2項によって録音録画の許諾を得ることによって、あらかじめ権利処理しておくことには、映画における取り扱いと同様の一定の合理性が認められるように思われる。

最後に、実務上実演と非実演の分かれ目にあってその位置付けが大変難しい問題である興行としてのスポーツと実演の関係について考えてみる。

本稿では先に(本誌47号403頁以下参照)、フィギュアスケートやシンクロナイズドスイミングといった、これまで舞踊著作物の問題として考えられてきたと思われる、美しさや芸術性を一要素として競うスポーツ競技の振り付けは、本件控訴審の判旨を敷衍すると、創作性の問題でなく文化の範囲の問題として、類型的に著作物の範囲から除外される可能性もあることを考察した。

では、これらスポーツにおける動作は、実演に該当するだろうか。また、スポーツを行う選手は、実演家となり得るだろうか。論者からは、「芸術的」かどうかをメルクマールとして、著作物を演じるものでなく、ショーとして行うこともないようなスポーツ競技での行為は、芸術的でないとして実演からは線引きし、他方、メダルのかかった公式試合とそうでない場における力の入れ具合の違いこそあれ、フィギュアスケートのように競技とショーで行う行為がおおむね同じようなスポーツについて、芸術的な性質を否定することが実質的に難しい点に着目して実演該当性を示唆する旨の指摘²²¹や、フィギュアスケートが実演に当たるのはショーとして行う

²²⁰ あらかじめ包括的な利用許諾を得て、報酬の支払いも1回のみとする「買い取り」契約によっても、その目的はおおむね果たされるのかもしれない。

市村直也＝前田哲男「著作隣接権とエンタテインメントビジネス」高林龍編集代表『2011年度JASRAC 寄附講座 早稲田大学ロースクール著作権法特殊講義5 著作権ビジネスの理論と実践Ⅲ』(2013年・早稲田大学大学院法務研究科)125頁[市村直也発言]は、エキストラについては、映画の円滑な利用を図るために、反対の合意がない限り実演家の権利が映画製作者に移る「推定譲渡」を認めて処理すべきとする。

²²¹ 田村・前掲注(4)521頁、中山・前掲注(7)543頁、島並ほか・前掲注(44)190頁[横

場合に限られる旨の指摘²²²がある一方、スポーツ選手が実演家たり得るかどうかにおいて、「演じて」いるかどうかをメルクマールとして、球技等のスポーツでは勝負に勝つためにプレーをしているだけであり実演家には当たらず、他方フィギュアやシンクロでは、プロ/アマ、競技/ショーを問わず、選手はすべて「演じて」いるのであるから実演家に当たるとする旨の指摘²²³もある。

フィギュアスケートやシンクロナイズドスイミングといったスポーツでは、技術に裏付けられた芸術性や表現力を、大会では競い、ショーでは観客に見せる、という行為の主な目的が異なる場面があるものの、選手が行う動作は基本的に同じであり、いずれも少なからず鑑賞性、娯楽性が備わっていること、すなわち芸能的な性質が認められることからすると、ショーで行う場合は実演に当たり、競技で行う場合には実演に当たらない、と行為を行う場面で線引きして解することは、いささか難しいのかもしれない。敷衍して考えると、プロレス興行においてプロレスラーが行う行為（〔全女CLASSICS〕）も同様に、試合の形式によるものの、プロレス技の応酬や音楽、照明を用いるパフォーマンスをショーとして観客に見せて、興奮させ楽しませることなのだから、芸能的な性質が十分に認められるといってもよいだろう²²⁴。スタントマンによるスタントも、いわゆる身体を使ったマジックと同様に、鑑賞性を有する身体を張った芸、興行²²⁵という

山久芳執筆]、小倉＝金井編著・前掲注(208)68頁[桑野雄一郎執筆]、福井編/福井＝二関著・前掲注(180)134-135頁参照。

²²² 加戸・前掲注(116)26-27頁、作花・前掲注(208)484頁参照、金井＝龍村編著・前掲注(201)474頁注(34)[日向央＝手島康子執筆]、半田＝松田編・前掲注(165)70-71頁[棚野正士執筆]参照。

²²³ 駒田・前掲注(169)280-281頁参照。

²²⁴ 福井編/福井＝二関著・前掲注(180)135頁参照。

²²⁵ アメリカの事例ではあるが、実演の全部利用について、パブリシティ権侵害を肯定した有名な連邦最高裁判決 (*Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562 (1977)) がある。オハイオのフェアで行われた「人間砲弾」の興行の様子のすべてを、原告芸人が大砲に入って発射されるまでの約15秒間の映像として、被告の地元テレビ局が原告に無断でニュースとして放送したことについて、連邦最高裁は、通常は利用対価が支払われるべきパフォーマンス(実演)が全部利用されたこと

点で、芸能的な性質を否定できないように思われる。これらの実演該当性が肯定される場合の弊害の大きさを考えてみると、芸能的な性質を伴うスポーツや興行における選手や芸人の動作を実演として保護したとしても、実演家に認められる録音録画禁止権(91条)は、他人による実演の録音録画のみを禁止し得るものにすぎず、複製を禁止するものではない。つまり、他人による実演の「真似」が禁止されることはない。ゆえに、スポーツ等の動作の振り付けに著作物性が認められるならば、複製禁止権で他人による「真似」も禁止され得ることと比べて、後発実演の自由の確保の点から見て独占の弊害は比較的に少ないといえるのかもしれない。二次利用の円滑性の確保の観点から考えても、実演家の権利はワンチャンス主義によって狭められており、顧客吸引力の低い実演は、契約によって包括的な利用許諾を得て処理すること(買い取り)が可能と見られることも、エキストラの場合とおおむね変わらないように思われる。また、多くの視聴が期待できるスポーツ試合や興行の収録に当たっては、放送と組み合わせた「放送権契約」が放送局と主催者との間で締結されることが通例である。収録された映像にかかるさまざまな関係権利者の個々の権利処理は、アンチ・コモンズ問題によって放送局には最初から実質的に不可能であるため、放送権契約上、主催者によってあらかじめ「元栓処理」されていることが多いと思われる²²⁶。

他方、興行が試合を観客に見せて楽しませるものであるといっても、基本的に大相撲の力士やプロボクシングのボクサーは、技術や体力によって試合の勝ち負けを競っているだけであるから、選手による感情表現が動作に表れることがあったとしても、陸上競技や水泳、球技等の競技と同様、そこに「芸能的な性質」を見出すべきではなく、実演該当性は否定されるべきであろう。そもそもスポーツというのは、著作権法の規律とは基本的

から、被告による「表現の自由」(合衆国憲法第一修正)の抗弁を認めず、原告のパブリシティ権侵害の主張を認めた。

²²⁶ 知的財産権ソフトロー収集班「【研究ノート】プロ野球・サッカー業界における放送許可権・商品化権等のライセンス実態調査 報告書—取引慣行と法の架橋をはかる—」ソフトロー研究4号(2005年)86頁以下、金井=龍村編著・前掲注(201)346頁[山崎卓也執筆]参照。

に無関係に行われてきているものであって、競技で勝つこと、よい試合をすること、力を出し切ることこそ選手にとってのインセンティブになっていると見られることから、著作権法による保護を別のインセンティブとして働かせる必要もないと考えられる。

また、芸術性や鑑賞性のあるスポーツだけでなく、勝ち負けのみを競うスポーツ全般における動作がもしも実演に該当し、およそスポーツ選手であれば実演家に当たるということになってしまうならば、主催者との「放送権契約」によらない試合等の収録・放送における権利処理の対象が大幅に増えてしまう。そうなると、スポーツ振興の一翼を担っているともいえる放送における円滑な取材、制作等に支障を来すおそれがある²²⁷。すなわち、スポーツ全般について実演該当性を認めることは、特に放送におけるアンチ・コモンス問題に拍車をかけることになるため、スポーツ文化の発展にとってはむしろ弊害が大きいといえるだろう。上記のような勝ち負けのみを競うスポーツにおける動作の実演該当性を一律に否定したとしても、フィギュアスケート等のように、動作をする場面によって実演該当性の当否が他律的に変わるためバランスを欠く、といった問題も生じないだろう。

さらに、著名なスポーツ選手の氏名・肖像の有する顧客吸引力は、いざれにしてもパブリシティ権（最判平成24年2月2日民集66巻2号89頁〔ピンク・レディー上告審〕²²⁸）によって保護されている。すなわち、同最判

²²⁷ 中山・前掲注(7)543頁参照。

²²⁸ 約200頁の女性週刊誌でダイエットに関する3頁の記事とともに無断掲載された全盛期のピンク・レディーの白黒写真計14点（最大で約8×10センチ）について、最高裁は、読者の記憶を喚起するなど記事を補足する目的での使用にすぎないとして侵害を否定した。詳細は、田村善之〔判批〕法律時報84巻4号（2012年）1頁、中島基至〔判解〕Law & Technology 56号（2012年）68頁、内藤篤『『残念な判決』としてのピンク・レディー最高裁判決』NBL 976号（2012年）17頁、宮脇正晴〔判批〕Law & Technology 58号（2013年）69頁、奥邨弘司〔判批〕ジュリスト1453号（平成24年度重要判例解説・2013年）273頁、上野達弘〔判批〕新・判例解説 Watch 15号（2014年）273頁、蘆立順美「出版物における氏名・肖像の利用とパブリシティ権—ピンク・レディー事件最高裁判決を中心として」上野達弘＝西口元編著『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』（2015年・日本評論社）250頁、橋谷俊〔判批〕知的財産法政策学研究41

が打ち立てたパブリシティ権侵害となるべき3類型—①独立鑑賞対象、②商品化、③広告における著名人の氏名・肖像の無断利用行為は、その氏名・肖像の有する顧客吸引力を専ら無断利用する行為となり、同最判が判示した「人格権に由来する権利」の行使の効果として差止めも認められ得ると解される²²⁹ことから、法的保護に欠けるといってもないだろう。

[付記]

本稿は、北海道大学大学院法学研究科知的財産法演習、同研究科知的財産法研究会、NHK判例研究会での各報告内容に、加筆修正したものである。本稿の執筆に当たり、指導教官の田村善之教授から繰り返しご指導を賜り、北海道大学大学院法学研究科の高橋直子特任助手には校正等で大変お世話になった。また、NHKの皆様から学外での研究報告の機会を賜った。記して心からお礼申し上げる。

号(2013年)231頁・同42号(2013年)297頁参照。

²²⁹ 中島・前掲注(228)78-79頁、奥邨・前掲注(228)274頁、上野・前掲注(228)274頁、蘆立・前掲注(228)266頁、橋谷・前掲注(228)42号337頁参照。