

# 著作物等の写り込みと些少な侵害に関する一考察(1): アメリカ法における位置づけを手がかりとして

橋 谷 俊

—目 次—

序 章 問題の所在

第1節 「写り込み」の問題とは

第2節 本稿の課題

第3節 考察の進め方

第1章 我が国における従前の議論

第1節 著作権法30条の2(付随対象著作物の利用)の立法経緯

1. はじめに

2. 著作権法30条の2(付随対象著作物の利用)

3. 知的財産戦略本部による一般規定導入の提言

4. 文化庁による「著作物の付随的な利用」の類型化(A類型)

5. 法案化での「明確性の原則」の重視と「A類型」からの変化

6. 立法直後からの問題提起

第2節 著作権法30条の2の要件論

1. はじめに

2. 第1要件について

3. 第2要件について

4. 第3および第4要件について

5. 立法前の写り込みへの遡及適用の有無

第3節 写り込み関連の裁判例の展開

1. はじめに

2. 「文化の範囲」の法理で処理した事例

3. 創作性/類似性の要件で処理した事例

4. 権利制限規定で処理した事例

5. 第1章のまとめ(以上本号)

第2章 アメリカにおける著作物等の付随的な利用をめぐる議論状況

第1節 著作権侵害の積極的要件

第2節 抗弁—特にフェア・ユース(fair use)の法理とふたつの基礎理論

第3節 付随的な利用(incidental use)の三類型と判例法理の展開

- 第3章 日本法の解釈論－「付随的な利用の三類型」への対処可能性
  - 第1節 第一類型：不可避的・偶発的な利用の処理
  - 第2節 第二類型：意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められる事案の処理
  - 第3節 第三類型：意識的・意図的な利用で原告著作物に代替性が認められにくい事案の処理
- おわりに 本稿のまとめと今後の課題

## 序 章 問題の所在

### 第1節 「写り込み」の問題とは

テレビ番組や広告、雑誌などのコンテンツを制作する際、映像・写真の撮影行為に伴って、著作権法で保護される他人の著作物が、構図の中に背景的・点景的・不可避的・偶発的に写り込んでしまうことがある。あるいは撮影者・制作者の表現行為として、それらの要素をある種意図的に写し込むこともある。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〕）が共通していれば、類似性が肯定される。その結果、新たにコンテンツを制作する者や、過去に制作されたコンテンツを再利用する者は、他人の著作権を侵害する可能性に直面する。これがいわゆる「写り込み」の問題である<sup>1</sup>。とりわけ、業としてコンテンツを制作・利用する

---

<sup>1</sup> 写り込みの問題に触れる我が国の論考・文献には、古いものとして、加戸守行『著作権法逐条講義』（1974年・著作権資料協会）185頁、近時のものとして、田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（2001年・有斐閣）106頁注（4）、島並良「二次創作と創作性」著作権研究28号（2001年）32頁、作花文雄〔判批〕判例評論527号（2003年）44頁、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、斉藤博「著作権の制限又は例外に関する一考察（その1）」知財管理55巻9号（2005年）1193頁以下、山崎卓也「著作権、パブリシティ権侵害における『実質的違法性』－引用、パロディを中心として－」コピライト544号（2006年）8-9頁、田村善之「著作権法32条1項の『引用』法理の現代的意義」コピライト554号（2007年）2頁、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、高部眞規

子「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究34号(2007年)17-18頁、齊藤博ほか「シンポジウム『翻案』討論」著作権研究34号(2007年)110頁以下[上野達弘、高部眞規子、梶山敬士、前田哲男、島並良発言]、作花文雄『著作権法 制度と政策〔第3版〕』(2008年・発明協会)195頁以下、前田哲男「工業製品の外観などに利用された著作物の『写り込み』的な利用について」野村豊弘＝牧野利秋編集代表『現代社会と著作権法：齊藤博先生御退職記念論集』(2008年・弘文堂)325頁以下、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)126頁、フェアユース研究会編『著作権・フェアユースの最新動向―法改正への提言』(2010年・第一法規)34頁[上野達弘発表]および68頁[自由討議における各委員の発言]、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、野口祐子『デジタル時代の著作権』(2010年・ちくま新書)215頁および221頁以下、中山信弘ほか「座談会 著作権法は何をめざすのか―中山信弘先生を囲んで―」Law & Technology 51号(2011年)8頁以下、前田哲男＝中川達也「いわゆる写り込み問題について」高林龍編『著作権ビジネスの理論と実践Ⅱ』(2011年・成文堂)319頁以下、高部眞規子『実務詳説 著作権法』(2012年・金融財政事情研究会)275頁以下、田村善之[判批]法律時報84巻4号(2012年)2頁注(6)、同「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)411頁以下、内藤篤『エンタテインメント契約法〔第3版〕』(2012年・商事法務)234-235頁、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)27頁以下、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)1頁、文化庁長官官房著作権課「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)16頁以下、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)7頁以下、前田健「平成24年著作権法改正の概要」法学教室387号(2012年)61頁、小泉直樹ほか「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)13頁以下、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頁以下、中山信弘「著作権法の憂鬱」パテント66巻1号(2013年)114頁以下、池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊 平成24年改正解説』(2013年・勁草書房)94頁以下[池村聡執筆]、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)17-20頁、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)424頁以下、渡部友一郎[判批]コピーライト632号(2013年)39頁、田村善之「日本の著作権法のリフォーム論―デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて―」知的財産法政策学研究44号(2014年)50頁以下、中山信弘『著作権法〔第2版〕』(2014年・有斐閣)305頁以下、岡本

企業等にとっては、このような写り込みの問題は、無視できない法的リスクとなる。

本稿が写り込みの問題を取り上げる理由は、第一に、この問題が新たなコンテンツの制作に際して現場を少なからず萎縮させていると見受けられるからである。第二に、この問題が再編集や素材の差し替えといった物理的な手直しが難しい過去のテレビ番組等の再利用をためらわせ、あきらめさせる要因にもなっており、実務上とても厄介な問題だからである。

たとえば具体的に次のような想定事例を考えてみる。

あるテレビ局が、過去に制作・放送したバラエティ番組を、ウェブサイト上でオンデマンド配信（二次利用）しようとする。この行為は、有償・無償にかかわらず、無断で行うならば番組に関係する他人の著作権・著作隣接権（公の使用禁止権）に抵触することになる。それゆえ、関係する権利制限規定（著作権法30条以下の各規定）の適用可能性がなさそうであれば、関係する著作権者等から再使用の許諾を得る「権利処理」の作業が必要になると考えられる。すなわち、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

---

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）1076頁以下、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）151頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール 26～88条〔第2版〕』（2015年・勁草書房）180頁以下〔小泉直樹執筆〕、高部眞規子「著作権侵害の判断再考」中山信弘編集代表『知的財産・コンピュータと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』（2016年・商事法務）59頁以下、梅田康宏＝中川達也『よくわかるテレビ番組制作の法律相談〔第2版〕』（2016年・日本加除出版）68頁以下および同86頁以下、橋谷俊〔判批〕知的財産法政策学研究48号（2016年）329頁、上野達弘「時事の事件の報道」外川英明ほか編「知的財産法のモルゲンロート—土肥一史先生古稀記念論文集」（2017年・中央経済社）588頁以下、前田健「著作権法の設計—円滑な取引秩序形成の視点から—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割—』（2017年・信山社）100-101頁注(48)などがある。

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、当該利用行為が著作権の制限規定（著作権法30条以下）に該当しない限り、著作権侵害となるからである<sup>2</sup>。

そこで番組の内容を確認したところ、次のような内容だったとしよう。

- ・ タレントである出演者の部屋に飾られている著名キャラクターのぬいぐるみや、有名アイドルが写ったポスターが、比較的大きくはっきりと写っている。
- ・ 部屋にあるテレビの画面には、人気アイドルグループが熱唱している他局のバラエティ番組が写っている。
- ・ 繁華街のシーンでは、聞き覚えのある音楽、聞き覚えのない音楽が、入り混じってさまざまに聞こえている。
- ・ 公園で簡単なインタビューに応じてくれた一般の人もいる。周りには、恋人同士？と思われる人もいる。

この想定事例では、他人の著作物、実演、レコード、放送など、著作権法によって公の無断使用が禁止されているものが数多く明確に写り込み、あるいは放送目的に限定して録音・録画されていると見られる。このような番組について、創作的な表現の共通度合いから類似性を否定することによって、写り込みに関する権利処理は不要と判断して二次利用を進めることは、筆者にはいささかめられる。写り方の点で、照明器具のカタログに写し込まれた書の著作物の小さな写真からは筆の勢いといったもとの書の持つ創作的な表現が感得できないとして侵害を否定した後掲東京地判平成11年10月27日判時1701号157頁〔雪月花一審〕の事案とは、ずいぶんと異なるように思われるからである。そもそも創作性（著作物

---

<sup>2</sup> 田村・前掲注(1)『著作権法概説〔第2版〕』46-47頁、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)72-77頁参照。飯村・前掲注(1)「権利制限規定の解釈における課題」113頁も、上記学説とはほぼ同様の判断枠組みを提示する。

性)<sup>3</sup>を否定することや、類似性<sup>4</sup>を否定して保護範囲から外すとといった判断<sup>5</sup>は、それらの外延が必ずしも明確でなくグレーの部分がとても大きいことから、なかなか容易なことではない。また、編集前の映像素材はもちろん、映像素材の編集後に行うテロップの貼り付けや音声・音楽のミキシングといった作業がなされる前の番組素材（クリーンピクチャー、白素材）も残っていないとなると、再編集や楽曲・音源の差し替えといった物理的な手直しも難しそうだ。

さらに、映像に写り込んでいるのは、著作権法の問題となるものだけではない。一般の人々の顔や姿といった「肖像」も多数写っている。人はみだりに撮影・公表され、あるいは無断で商品化や広告利用されないこと——肖像に係る権利——が判例<sup>6</sup>を通じて認められてきたところ、特にプライバシーに係る領域の写り込みについては、侵害／非侵害の分かれ目が未だ判然としないところがある。主な先行研究によれば、一般人の肖像の写り込みには原則として権利侵害は成立しないとする<sup>7</sup>。しかし、相対的

---

<sup>3</sup> 写真表現の創作性を判断した裁判例の傾向について、比良友佳理 [判批] 知的財産法政策学研究25号 (2009年) 124頁以下、文章 (言語) 表現について、渡部俊英 [判批] 知的財産法政策学研究28号 (2010年) 229頁以下参照。

<sup>4</sup> 絵画的表現の類似性を判断した裁判例の傾向について、津幡笑 [判批] 知的財産法政策学研究24号 (2009年) 105頁以下、丁文杰 [判批] 知的財産法政策学研究30号 (2010年) 247頁以下、写真表現について、比良・前掲注(3) 133頁以下参照。

<sup>5</sup> 田村善之「著作物の利用行為に対する規制手段の選択一統・日本の著作権法のリフォーム論」 著作権研究42号 (2015年) 23-24頁参照。

<sup>6</sup> ①最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁 [京都府学連] (警察官による捜査行為としての学生デモ隊の無断写真撮影につき不法行為該当性を否定)、②最判平成17年11月10日民集59巻9号2428頁 [FOCUS 法廷内写真・イラスト] (手錠・腰縄姿をした刑事被告人の法廷内の様子を無断写真撮影しイラストで描写し公表した行為につき不法行為該当性を肯定)、③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] (ダイエットに関する記事とともに人気アイドル「ピンク・レディー」が歌唱中等の写真を女性週刊誌に無断掲載する行為につき不法行為該当性を否定)。肖像の利用行為に関する法的権利性の承認をめぐる判例法理の展開について、中島基至「人格権の体系と展開 (ピンク・レディー判決まで)」設楽ほか編・前掲注(1) 1263頁、橋谷俊 [判批] 知的財産法政策学研究42号 (2013年) 317頁以下参照。

<sup>7</sup> 竹田稔『プライバシー侵害と民事責任 [増補改訂版]』(1998年・判例時報社)

に公益性が高いと思われる日々のニュース報道での肖像の写り込みとは異なり、コンテンツビジネスの実務では、肖像について権利処理が必要となる行為とそうでない行為の境界線が必ずしも明確とはいえないように思われる<sup>8</sup>。したがってコンテンツの制作者・利用者にとっては、一般人の肖像の写り込みも無視できない法的リスクとして捉えざるを得ない<sup>9</sup>。昨今、人の顔にモザイク処理だらけのテレビ番組が散見されるのは、そのひとつの現れといえよう。

このように、写り込みには著作権と肖像に係る権利の問題のふたつが併存する。そして、ある著作物がはっきりと明確に映っているような、類似性を否定できそうにない写り込みが存在するコンテンツを再利用するには、そのような写り込みを免責する権利制限規定がこれまで存在していなかったため、原則として関係する権利者からあらかじめ許諾を得る、あるいは「権利」の有無はさて置き関係者にあらかじめ仁義を切る、あいさつをする<sup>10</sup>といった実務的な対応が必要と考えられてきた。しかし、その作業を完全に実施することは事実上不可能、またはきわめて困難であることが多い。その最大の理由は、権利処理の手間とコスト、すなわち取引費用

---

265-267頁、田村善之『不正競争法概説〔第2版〕』（2003年・有斐閣）519頁、内藤篤＝田代貞之『パブリシティ権概説〔第3版〕』（2014年・木鐸社）305-306頁、田村・前掲注(1)〔判批〕2頁注(6)参照。

<sup>8</sup> 梅田＝中川・前掲注(1)『よくわかるテレビ番組制作の法律相談〔第2版〕』78頁は、「その日のニュースだけで放送するような場合は異なり、例えば番組のオープニング映像に用いて毎日のように放送したり、あるいはドラマのワンシーンに用いた上でDVD化して販売するような場合には、本人が受ける心理的不快感も大きくなってきますし、使用中止を求められた場合の影響が大きくなることもありますので、注意が必要でしょう。」とする。

<sup>9</sup> 前田＝中川・前掲注(1)「いわゆる写り込み問題について」348頁〔前田哲男講義〕は、「…肖像権の関係も、実は実務的には大きな悩みの種です。」とする。

<sup>10</sup> 内藤＝田代・前掲注(7)251頁および386頁参照。関係者へあいさつをする／しないをどこで線引きするかの検討・判断は、実務上きわめて重要である。仁義を切ることやあいさつをすることは、広告業界だけでなく関係先からのクレームや関係先とのトラブルを嫌うテレビ業界でもしばしば見受けられる。

がかかりすぎるからである<sup>11</sup>。というのも、特に昔の著作物については、メタデータなどとも呼ばれる権利関係の記録が満足に残っておらず、許諾を得る相手（権利者）やあいさつをする相手（関係者）の所在・連絡先がわからない、あるいは探しようのないことが多いからである。近時、このような権利者不明の著作物は、「孤児著作物」(Orphan works)と呼ばれ、著作権法上の大きな問題のひとつとなっている<sup>12</sup>。同様に、写り込みの問題となる一般人の肖像の多くも、ほとんどが「孤児」といえるかもしれない。連絡の取りようがない一般人の肖像は、残念ながら権利処理は難しい。筆者の実務経験では、過去の番組の再使用をあきらめることとなる原因は、孤児著作物よりも孤児肖像のほうが多いように思う<sup>13</sup>。コンテンツに係る不明の権利者・関係者を探す手間とコスト、協議・交渉等を含む許諾を得るためのコストや、コンテンツの再使用によって背負い込む法的リスクが、コンテンツの再使用によって期待できる利益に見合いそうもない場合、取引費用が期待利益を上回ることから<sup>14</sup>、企業等が合理的に行動するならば、法的リスクを避けるために当該コンテンツの再使用は取りやめることになる。

---

<sup>11</sup> テレビ番組の二次利用のための権利処理と取引費用の問題について、梶原均「NHK オンデマンドの1年」コピライト587号(2010年)31頁、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。絵画の鑑定証書への絵画のコピーの添付行為と取引費用の問題について、平澤卓人[判批]知的財産法政策学研究43号(2013年)331頁参照。

<sup>12</sup> 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『孤児著作物問題の研究—既存規範の動態的な分析と新規範の確立に向けての可能性—』(2011年・成文堂)参照。本稿では問題の指摘に止まる。

<sup>13</sup> 福井・前掲注(11)163頁は、「最後の、恐らくは最も厄介なオーファン問題は、権利者不明の肖像権問題です。」とする。

<sup>14</sup> See Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600, 1628 (1982). 村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論(2) —日本著作権法の制限規定に対する示唆—」知的財産法政策学研究46号(2015年)104頁参照。



## 第2節 本稿の課題

以上のような写り込みの問題を、著作権等を制限することによって立法的に解決するべく、平成24年(2012年)著作権法改正(同年6月20日成立、同月27日公布。平成24年法律第43号)によって、著作権法30条の2(付随対象著作物の利用)が新たに置かれ、平成25年(2013年)1月1日から施行されている。

しかしながらこの規定に対しては、次の第1章で詳しく見るとおり、『名も実も捨てた』フェアユース<sup>15</sup>といった厳しい概括評価もなされている。というのも、当初、立法過程において「権利制限の一般規定」を導入する趣旨で提言され、ある程度包括的な書きぶりだった文化庁での検討結果<sup>16</sup>における「A類型」と比べて、著作権法30条の2では、結果としてずいぶん詳細な個別規定に変わってしまったからである。また、権利者側は、権利制限の一般規定を導入する検討などそもそも不要といった立場<sup>17</sup>であった。それゆえ、その検討に多大なコストと時間が投じられたにもかかわらず、一般的な権利制限規定を目指したはずの著作権法30条の2は、残念ながら立法早々、利用者・権利者いずれの側からも歓迎されない少し出来の悪い規定、と位置づけられてしまっているのかもしれない。

もともと、著作権法30条の2の趣旨は、後に見ていくとおり、要するに付随的で軽微な写り込みは許す、ということである。そして、何が付随的で軽微なのかの判断は、裁判所に任せる、というものである。したがって実務的に重要なことは、いかなる場合に権利を制限すべきかをよく検討し、裁判所にこの規定をうまく使っていってもらふこと、といえるだろう。

他方、特にプロによる公の利用行為においてリスクとなり得るコンテンツでの写り込みは、著作物だけでなく人の肖像もあることは先に述べた。つまり、写り込みは、実定法上の規定が存在しない「権利」の問題を含む、裾野の広い分野横断的な法律問題なのである。とはいえ、著作権法30条の

---

<sup>15</sup> 中山・前掲注(1)『著作権法〔第2版〕』400頁参照。

<sup>16</sup> 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月〕』(2011年・文化庁ウェブサイト)44-45頁参照。

<sup>17</sup> 文化庁文化審議会著作権分科会・前掲注(16)37頁参照。

2は、著作権と著作隣接権（著作権法102条1項で準用）の制限規定であるから、著作物や実演ではない人の肖像の写り込みに対して、その規律は及ばないと考えられる<sup>18</sup>。30条の2の趣旨が、付随的で軽微な人の肖像の写り込みに対してどの程度まで類推できるのかということについて、上記のとおり実務的な観点から筆者はとて興味を持ってはいるが、本稿では著作物の写り込みに対処するための解釈論に絞って考察を進めることとしたい。

そして、写り込みは「付随的」や「軽微」といった言葉で言い表される程度問題と考えられるところ、なぜ写り込みをセーフにしなければならないのか、いかなる場合にセーフとすべきか、侵害／非侵害の分岐点はどのあたりに置かれるべきかを考察することを通じて、どのような法理や判断基準によって写り込みの問題を解決していくことができるのかを探ることが、本稿の課題である。

### 第3節 考察の進め方

本稿の基本的な問題意識は、写り込みの問題が、世の中に出てくる情報の豊富化・多様化の妨げにつながっているのではないかと、いうものである。さまざまなリスクやコンプライアンスを気にするあまり、コンテンツの制作現場やビジネスの現場での表現が萎縮し、コンテンツの再利用をためらい、あきらめるといったコンテンツを不必要に縮小させる弊害は、できる限り取り除いていく必要がある。他方で、軽微な写り込みや写し込みからも対価を得ようとか、それらをすべて禁止しようなどと念頭に置いて創作する者もほとんどいないように思われることから、軽微な写り込みや写し込みを侵害とすることは権利者にとっても特段不要と見て差し支えないのではないかと。そこで本稿では、権利者や対象者の市場へ実質的な悪影響を与えるものではないと考えられる、付随的で軽微な写り込みや写し込みと、それらが含まれるコンテンツの利用は、後発創作の自由の確保の観点から非侵害とされるべきである、という視点から考察を進めていく。

本稿は、アメリカ法を比較法の対象とする。主な考察の対象は、アメリカ

---

<sup>18</sup> 橋谷・前掲注(6)322頁注(144)参照。

カにおける著作物等の付随的な利用をめぐる事例と法理である。本稿がアメリカ法に着目する理由は、アメリカが、テレビ、映画、音楽、広告、出版といった世界のコンテンツ産業の中心地であり、写り込み関連のさまざまな事件が相応に存在し、原告・被告双方の諸事情を総合考慮して著作権侵害の可否を判断するフェア・ユースをはじめとする法理とその裁判例が豊富に蓄積しているからである。アメリカでの著作物等の付随的な利用をめぐる判例法理は、我が国の裁判所において今後どのような写り込みや、ある種意図的な写し込みといったものが「軽微」で「付随的」と判断されてもよさそうなものか、あるいはどのような場合だと「著作権者の利益を不当に害すること」となりそうか、我が国での検討において参考となり得る幅広い材料を提供してくれるだろう。

考察の進め方は以下のとおりである。まず第1章では、我が国における写り込みをめぐる従前の議論を整理する。平成24年(2012年)に立法された著作権法30条の2の立法経緯と要件論を検討したうえで同規定の残されている課題を確認し、裁判例の展開を概観する。次いで第2章では、著作物の付随的な利用をめぐる先例が豊富なアメリカの事例での考慮要素を分析し、付随的な利用の類型化を試みる。第3章では、アメリカにおける議論から得られる示唆を踏まえて、我が国において著作物の写り込みの問題に対処し得る解釈論を探る。おわりに、本稿のまとめと今後の課題を提示する。

## 第1章 我が国における従前の議論

### 第1節 著作権法30条の2(付随対象著作物の利用)の立法経緯

#### 1. はじめに

本章では、我が国における写り込みをめぐる従前の議論を整理する。

まず、我が国における著作物等の写り込みをめぐる最も重要な議論の紹介として、平成25年(2013年)1月1日より施行されている著作権法30条の2(付随対象著作物の利用)を取り上げる。第1節では立法へ至る動きを確認し、著作物の付随的な利用を処理する一般規定を目指した文化庁の

「A類型」からの変化を追う。第2節では同規定の要件論として立法直後から提起された興味深い議論を紹介する。

次に第3節では、30条の2の立法以前から存在する我が国における写り込み関連の裁判例の展開を概観する。写り込みの問題の対処には、権利制限＝抗弁だけではなく、実は著作物性や類似性の要件＝侵害判断のところでは処理するという方策もあり、必要に迫られてきた裁判所は事案に即してさまざまな解釈論を展開し、侵害／非侵害双方の事例を実際に積み重ねてきたことを紹介する。

## 2. 著作権法30条の2（付随対象著作物の利用）

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）の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。ゆえに、「創作的な表現」が共通していると思われる写り込みは、類似性が肯定されるということになり、権利制限規定の適用がなければ形式的であっても侵害に当たると解されてきた<sup>19</sup>。著作権法30条の2は、このような写り込みの問題を立法的に解決しようと置かれた規定である<sup>20</sup>。

### （付随対象著作物の利用）

**第三十条之二 写真の撮影、録音又は録画（以下この項において「写真の撮影等」という。）の方法によつて著作物を創作するに当たつて、当**

<sup>19</sup> 上野・前掲注(1)「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－」12頁参照。

<sup>20</sup> 平成25年1月1日施行（改正法附則第1条）。条文の解説として、文化庁長官官房著作権課・前掲注(1)「著作権法の一部を改正する法律（平成24年改正）について」21頁以下、永山・前掲注(1)「著作権行政をめぐる最新の動向について」7頁以下、前田・前掲注(1)「平成24年著作権法改正の概要」61頁、前田・前掲注(1)『『写り込み』等に係る規定の整備』30頁以下、池村＝壹貫田・前掲注(1)『著作権法コンメンタール別冊 平成24年改正解説』94頁以下[池村聡執筆]、大須賀滋「制限規定(2)－平成24年改正」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務体系Ⅲ－著作権法、その他、全体問題』（2014年・青林書院）187頁以下など参照。

該著作物（以下この条において「写真等著作物」という。）に係る写真の撮影等の対象とする事物又は音から分離することが困難であるため付随して対象となる事物又は音に係る他の著作物（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。以下この条において「付随対象著作物」という。）は、当該創作に伴って複製又は翻案することができる。ただし、当該付随対象著作物の種類及び用途並びに当該複製又は翻案の態様に照らし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。

2 前項の規定により複製又は翻案された付随対象著作物は、同項に規定する写真等著作物の利用に伴って利用することができる。ただし、当該付随対象著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし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。

### 3. 知的財産戦略本部による一般規定導入の提言

著作権法を所管するのは文化庁であるが、上記の法改正に先立ち、内閣の知的財産戦略本部において、2009年に以下の決定<sup>21</sup>がなされていた。

「著作権法における権利者の利益を不当に害しない一定の範囲内で公正な利用を包括的に許容し得る権利制限の一般規定（日本版フェアユース規定）の導入に向け、ベルヌ条約等の規定を踏まえ、規定振り等について検討を行い、2009年度中に結論を得て、早急に措置を講ずる。」

知財戦略本部のデジタル・ネット時代における知財制度専門調査会は、2008年の報告書<sup>22</sup>において、権利制限の一般規定の導入を提言する趣旨を、次のとおり明らかにしていた。

<sup>21</sup> 知的財産戦略本部『知的財産推進計画2009 [2009年6月24日]』（2009年・知的財産戦略本部ウェブサイト）3頁参照。

<sup>22</sup> 知的財産戦略本部デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会『デジタル・ネット時代における知財制度の在り方について（報告） [平成20年11月27日]』（2008年・知的財産戦略本部ウェブサイト）10-11頁参照。

「現行の著作権法は、著作物の公正な利用を図るという観点から、個別具体的な事例に沿って権利制限の規定を定めている。しかしながら、近年の技術革新のスピードや変化の速い社会状況を考えれば、個別の限定列举方式のみでは適切に実態を反映することは難しく、著作権法に定める枠組みが社会の著作物の利用実態やニーズと離れたものになってしまうという懸念がある。

例えば、情報通信技術を活用した新しい産業の創出という観点からは、現行の著作権法では個別の制限規定が想定していない新規分野への技術開発や事業活動に対して萎縮効果を及ぼしているという問題がある。この点については、本専門調査会のヒアリングにおいて、事業者から同旨の意見があったほか、権利制限の一般規定は著作物の利用のルールを事後に決するというものであって、それを導入することにより、創造的な事業への挑戦を促進すべきという意見もあった。

また、ネット上の写真・動画への写り込みやウェブページ印刷などの行為には、形式的には違法となるが、権利者の利益を実質的に害しているとは考えられず、また、社会通念上も違法とすべきとは考えられないものもある。

一方、本専門調査会のヒアリングでは、権利者からは、一般規定の導入により違法な利用行為が蔓延するのではないかと、また、司法の判断によってしか解決できないこととなる結果、権利者に更なる負担を強いることになるのではないかと意見があった。

以上のことから、個別の限定列举方式による権利制限規定に加え、権利者の利益を不当に害しないと認められる一定の範囲内で、公正な利用を包括的に許容し得る権利制限の一般規定（日本版フェアユース規定）を導入することが適当である。」

#### 4. 文化庁による「著作物の付随的な利用」の類型化（A類型）

知的財産戦略本部の上記決定を受けて文化庁が検討した結果、『文化審議会著作権分科会 報告書〔平成23年1月〕』において、相対的に抽象的な3つの行為類型による著作物の利用を「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」との結論<sup>23</sup>に至っていた。このうち写り込みは、「① 著作物の付随的な利用」として以下のように表現される行為類型（A類型）として位置づけられていた。なるほど一見すればフェア・ユースの考慮要素のように見えなくもない、ある種包括的な書きぶりだった。

**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**

『文化審議会著作権分科会 報告書〔平成23年1月〕』は、A類型について次のように説明していた。

「こうした著作物の利用は、その利用の程度が軽微であることに照らせば、権利者の利益を不当に害するものとはいえないと考えられるが、法を形式的に適用すれば、複製等の態様で著作物の利用が生じているといわざるを得ない。また、当該利用は、日常様々な行為に不可避的、あるいは偶発的に付随するという側面もあり、予め権利者から許諾を得ることには多くの場合困難を伴い、さらには、全てにつき予め権利者から許諾を得ることは現実的であるとはいえない。このような類型の著作物の利用は、付随的なものであり、利用の程度が軽微であることを特徴とするものであることから、利用局面を特定の場合（例えば映像や写真を撮影するという場合）に限定した個別権利制限規定という形ではなく、権利制限の一般規定という形で、ある程度包括的な考慮要件を規定し、権利制限に該当するかどうかにつき、裁判所の判断に委ねることがより適しているものと考えられる。」<sup>24</sup>

さらに、「当該著作物の利用を認識しつつ行われる、いわゆる『写し込み』と呼ばれる利用態様がAの類型に含まれるのかという問題があるが、これについては、利用者が当該著作物を認識していることにより、該当可能性が減少するという側面は否定できず、個別具体的な事案によっては、

<sup>23</sup> 文化庁文化審議会著作権分科会・前掲注(16)44頁参照。

<sup>24</sup> 文化庁文化審議会著作権分科会・前掲注(16)45頁参照。

該当しない場合もありうるものの、一律に該当可能性を否定するとはいえ、個別具体的な事案によっては、Aの類型に該当するものもありうると思えられる。なお、この点、Aの類型を、『写し込み』を含みうるものとして整理するか否かについては、慎重に検討すべきとの意見があった。」とも付言されている<sup>25</sup>。

「A類型」の書きぶりもさることながら、この報告書で最も注目すべきところは、どのような写り込みであれば「付随的」や「軽微」と評価されるのか、意図的な「写し込み」を権利制限の対象とするのか否かといった判断を、裁判所に委ねることが適当と明言している点であるように思われる。

## 5. 法案化での「明確性の原則」の重視と「A類型」からの変化

しかしながら実際には、「A類型」とはかけ離れた条文ができあがってしまった。「A類型」と30条の2を見比べれば明らかであるが、30条の2には、審議会が答申した「A類型」には見られなかった「録音又は録画…の方法によつて著作物を創作するに当たつて」や「分離することが困難」といった言葉が加わったことによって、文化庁が法改正で本来目指していたはずの一般性・包括性は大幅に低下してしまったといわざるを得ない。

なぜこのような言葉が加えられ、答申とはかなり異なる形で法制化されたのだろうか。文化庁の起草担当者によれば、審議会の報告を基にして文化庁が法改正の原案を作り、「内閣法制局や法務省をはじめとする関係省庁との調整」がなされた結果、具体的な法制化に当たっては罪刑法定主義における明確性の原則、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」が相当重んじられた旨の説明<sup>26</sup>がある。そして、文化庁での法改正の検討は、社会の変化に柔軟に対応するために、ある程度包括的な権利制限規定を著作権法の中に置けないのかということがそもそもの発想であったところ、日本の法体系の中では、明確性の原則を厳格に当てはめていかなければならないといった政府部内

<sup>25</sup> 文化庁文化審議会著作権分科会・前掲注(16)44頁注(62)参照。

<sup>26</sup> 永山・前掲注(1)「著作権行政をめぐる最新の動向について」5-6頁参照。



の議論が、結果として色濃く反映された規定ぶりになったというのである。

このような立法プロセスに対して、不透明であって、法案化の段階で文化庁での法改正の検討は完全に骨抜きにされ、趣旨そのものを実質的に変更する修正がなされたとの指摘<sup>27</sup>がある。また、これに関連して、審議会には議事録が残っているため第三者が検証・批判も可能であるが、本改正に係る政府部内での法案化の過程や理由は不明であり、批判のしようもない。立法に当たって重要なのは透明性であり、それなくしてはまともな議論もできず、民主主義の根幹にもかかわる問題であるとの厳しい批判<sup>28</sup>もある。さらに、権利制限の一般規定導入に係る問題として、内閣法制局や法務省について、「何か立法しようと思うと、立法事実は何か、困っていることを列挙しると、困っていることだけはいえようということになり、将来のことを見据えた立法というのは禁止に近いぐらいの状態になっています。」との指摘<sup>29</sup>も立法以前からなされていた。

「明確性の原則」に関していうならば、現行著作権法の諸規定が、果たして明確なものといえるのだろうか。どのような行為が違法でどのような行為が違法でないのか、現行法の抽象的な諸規定によれば、必ずしも明確とはいえないように思われる<sup>30</sup>。刑事罰との関係では、ある利用行為につ

---

<sup>27</sup> 中山ほか・前掲注(1)「座談会 改正著作権法と著作権法の課題」4-5頁[横山久芳発言]参照。

<sup>28</sup> 中山・前掲注(1)「著作権法の憂鬱」114頁参照。

<sup>29</sup> 中山ほか・前掲注(1)「座談会 著作権法は何をめざすのかー中山信弘先生を囲んでー」9頁[中山信弘発言]参照。

<sup>30</sup> 田村・前掲注(1)「日本の著作権法のリフォーム論ーデジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けてー」116頁以下参照。加戸守行ほか「(座談会)著作権法制100年と今後の課題」ジュリスト1160号(1999年)18頁[中山信弘発言]は、著作権法10条(著作物の例示)について、「…それが侵害の対象となるなど、刑法学者が聞いたら腰を抜かすような条文があります。」と指摘し、中山・前掲注(1)『著作権法〔第2版〕』661頁は、「著作権は権利の発生、帰属主体、権利範囲が判然としないことが多く、また極めて多くの一般人が巻き込まれる可能性があり、なかんづく後述の違法ダウンロードの刑事罰化は多くの青少年を犯罪人に仕立て上げる可能性も大きく、この種の権利侵害に窃盗と同じ重罰を課すことには問題が多い。」とする。

いて権利根拠規定を侵害に導く方向で柔軟に解釈することは許されないと<sup>31</sup>、反対に、犯罪の成立を否定するために存在する権利制限規定の条文に一般性を持たせることが、なぜ罪刑法定主義に基づく明確性の原則に抵触することになるのだろうか<sup>32</sup>。同一性保持権の適用除外を定める一般規定とされる著作権法20条2項4号は、罪刑法定主義や明確性の原則に反するのだろうか<sup>33</sup>。必要な権利制限規定の新設に「立法事実」を要求する政府部内には、包括的に権利を定める著作権法の構造を前提として、権利制限規定が果たす機能に対する消極的・否定的な見方が存在しているのかもしれない<sup>34</sup>。

## 6. 立法直後からの問題提起

本稿にとってさらに衝撃的なことは、このような立法経過をたどった30条の2に対して、起草担当者が「…法律上は『権利制限の一般規定』という用語は入りませんでした。しかし、審議会で権利制限の一般規定として検討した内容が、このような形で法制化されたものであるといえるのではないか…ある程度包括的な規定になっているのではないか。さまざまな工夫・調整の結果ではありますが、いわゆる権利制限の一般規定の趣旨はある程度実現しているのではないか」といった見方<sup>35</sup>を示し、第2節で見ていくとおり30条の2に係る4つの要件の該当性に関して、各条文解説<sup>36</sup>が、

---

<sup>31</sup> 飯村・前掲注(1)「権利制限規定の解釈における課題」115-116参照。

<sup>32</sup> 罪刑法定主義に基づく明確性の原則の趣旨は、憲法31条に定める国民の自由の保障であることについて、山口厚『刑法総論〔第3版〕』(2016年・有斐閣)17頁以下参照。

<sup>33</sup> 上野達弘「権利制限の一般規定—受け皿規定の意義と課題—」中山＝金子編・前掲注(1)175-176頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門〔第2版〕』(2016年・有斐閣)130頁〔上野達弘執筆〕参照。

<sup>34</sup> 田村善之「著作権の一般的な制限条項の機能とその運用手法について—立法論において議論すべきことは何か—」知財研フォーラム107号(2016年)11-13頁参照。

<sup>35</sup> 永山・前掲注(1)「著作権行政をめぐる最新の動向について」10-11頁参照。

<sup>36</sup> 文化庁長官官房著作権課・前掲注(1)「著作権法の一部を改正する法律(平成24年改正)について」21頁以下、前田・前掲注(1)『『写り込み』等に係る規定の整備』30

立法直後にもかかわらず柔軟に解釈・判断されていくべきであるとの考え方を示していたことである。すなわち、改正内容に対して立法早々異議を唱え、起草趣旨を可能な限り反映させようとする解釈論が、改正作業に従事した者から次々と提示されたのである。

このような状況からは、以下に見る各要件に係る各条文解説の立場を含め、権利制限規定の解釈に対する基本姿勢を転換しようとする動きが見て取れるように思われる。すなわち、著作権法の権利制限規定は、著作権法の目的が「著作者等の権利の保護」を第一義とするものである以上、いわば例外規定として努めて厳格に解釈すべきであるという姿勢<sup>37</sup>から、著作権法の目的は創作にインセンティブを与え著作物の豊富化を促すことによる「文化の発展」であり、著作権の内容は政策的にいかようにも制度設計し得るものであって、著作者の経済的利益と情報を利用する社会一般との調和を図る必要があるとの観点から権利制限規定を限定的に解釈しなければならない理由はないという姿勢<sup>38</sup>への大きな転換である。文化庁にあって著作権法の改正作業に携わった担当者から立法早々、後に見ていくように柔軟な解釈の可能性が積極的に示唆されていることは、立法過程に鑑みれば厳格解釈ではもはや立ち行かないとの認識が表れているように本稿には感じられ、きわめて興味深い。

---

頁以下、池村＝壹貫田・前掲注(1)『著作権法コンメンタル別冊 平成24年改正解説』98頁以下[池村聡執筆]、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)」(文化庁ウェブサイト)参照。

<sup>37</sup> 齊藤博『概説 著作権法』(1980年・一粒社)13-14頁参照。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)16頁からもそれが窺い知れる。

<sup>38</sup> 中山信弘『著作権法』(2007年・有斐閣)241-242・271-272頁、作花・前掲注(1)『著作権法 制度と政策〔第3版〕』192頁以下、田村善之「書評 中山信弘著『著作権法』」知的財産法政策学研究24号(2009年)342頁、同・前掲注(1)「デジタル時代の著作権制度のあり方」418-419頁参照。このほか、厳格解釈の問題点を詳しく検討するものとして、上野・前掲注(1)「著作権法における権利制限規定の再検討ー日本版フェア・ユースの可能性ー」3頁以下、同「著作権法の柔軟性と明確性」中山編集代表・前掲注(1)25頁がある。

## 第2節 著作権法30条の2の要件論

### 1. はじめに

本節では、著作権法30条の2が定める、写り込みを非侵害とする場合の4つの要件に関して議論されていることを整理する。4つの非侵害要件とは、条文上の並びで次のとおりである。

- 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

これらの要件に関して、それぞれ次のような議論が見られる。

### 2. 第1要件について

第1要件は、30条の2が権利制限の対象とするものは写真の撮影、録音・録画の方法によって著作物を創作する場合における写り込みに限る、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ものである。

まず、生放送での写り込みについては、結論の是非はさて置き、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<sup>39</sup>。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。これについて、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

---

<sup>39</sup> 日向・前掲注(1)「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』」28頁、中山・前掲注(1)『著作権法〔第2版〕』305-306頁参照。

妥当な解決を図ることが望まれるとの見解<sup>40</sup>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<sup>41</sup>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<sup>42</sup>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<sup>43</sup>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<sup>44</sup>や、これを敷衍して、ここでの創作性要件は固定カメラによる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<sup>45</sup>、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

---

<sup>40</sup> 池村=壹貫田・前掲注(1)『著作権法コンメンタル別冊 平成24年改正解説』99頁[池村聡執筆]参照。

<sup>41</sup> 前田・前掲注(1)『「写り込み」等に係る規定の整備』30頁、奥邨・前掲注(1)「フェア・ユース再考 ～平成24年改正を理解するために～」19頁参照。

<sup>42</sup> 池村=壹貫田・前掲注(1)『著作権法コンメンタル別冊 平成24年改正解説』99頁[池村聡執筆]参照。

<sup>43</sup> 前田・前掲注(1)『「写り込み」等に係る規定の整備』30頁参照。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。

<sup>44</sup> 永山・前掲注(1)「著作権行政をめぐる最新の動向について」12頁参照。

<sup>45</sup> 池村=壹貫田・前掲注(1)『著作権法コンメンタル別冊 平成24年改正解説』100頁[池村聡執筆]参照。

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<sup>46</sup>、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属対象著作物の複製、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<sup>47</sup>がある。

### 3. 第2要件について

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とする類型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前記「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厄介な変化と見られる。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。

---

<sup>46</sup> 前田・前掲注(1)『『写り込み』等に係る規定の整備』31頁参照。

この点、上野・前掲注(43)4頁は、「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。

<sup>47</sup> 清水・前掲注(1)「平成24年著作権法改正について」425頁参照。中山・前掲注(1)『著作権法〔第2版〕』307頁注(58)も同旨。

文化庁ホームページ<sup>48</sup>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となります。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
- 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

<sup>48</sup> 文化庁・前掲注(36)参照。

以上のような説明を踏まえたうえで、まず、分離することが困難か否かについて、起草担当者らは、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<sup>49</sup>。

もっとも、条文を素直に読むと、子供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

---

<sup>49</sup> 永山・前掲注(1)「著作権行政をめぐる最新の動向について」12-13頁、池村=壹貫田・前掲注(1)『著作権法コンメンタル別冊 平成24年改正解説』100-102頁[池村聡執筆]、前田・前掲注(1)『『写り込み』等に係る規定の整備』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。



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<sup>50 51</sup>。

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こと、『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<sup>52</sup>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。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<sup>53</sup>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<sup>54</sup>

<sup>50</sup> 清水・前掲注(1)「平成24年著作権法改正について」426頁注(20)、半田=松田編・前掲注(1)『著作権法コンメンタール 26～88条〔第2版〕』190頁〔小泉直樹執筆〕参照。

<sup>51</sup> 中山・前掲注(1)「著作権法の憂鬱」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(1)「座談会 改正著作権法と著作権法の課題」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。

<sup>52</sup> 小泉ほか・前掲注(1)「鼎談 平成24年著作権法改正と今後の展望」15頁〔池村聡発言〕参照。

<sup>53</sup> 前田・前掲注(1)『『写り込み』等に係る規定の整備』32頁参照。

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<sup>55</sup>。

他方、著作権法の解説書の最新版<sup>56</sup>では、背景絵画の写り込みについて「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ひとつの例として、ディズニール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<sup>57</sup>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<sup>58</sup>もある。

---

<sup>54</sup> 小泉ほか・前掲注(1)「鼎談 平成24年著作権法改正と今後の展望」14-15頁[池村聡発言]参照。

<sup>55</sup> 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、後掲札幌高判[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全面を接写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、と位置づけられる事例と思われる。

<sup>56</sup> 加戸・前掲注(37)319-320頁参照。

<sup>57</sup> 前田・前掲注(1)『『写り込み』等に係る規定の整備』32頁参照。

<sup>58</sup> 池村=壹貫田・前掲注(1)『著作権法コンメンタール別冊 平成24年改正解説』102頁注(17)[池村聡執筆]参照。

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、拡大したものである」との指摘<sup>59</sup>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<sup>60</sup>、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(分離困難)」との指摘<sup>61</sup>がある。

#### 4. 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<sup>62</sup>は、以下のような説明を行っている。

『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。」とする。

各条文解説<sup>63</sup>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

---

<sup>59</sup> 高林龍『標準著作権法〔第2版〕』(2013年・有斐閣)164頁参照。

<sup>60</sup> 清水・前掲注(1)「平成24年著作権法改正について」427頁参照。

<sup>61</sup> 大須賀・前掲注(20)191頁参照。

<sup>62</sup> 文化庁・前掲注(36)参照。

<sup>63</sup> 永山・前掲注(1)「著作権行政をめぐる最新の動向について」13-14頁、池村=壹

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「付属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<sup>64</sup>がある。

## 5. 立法前の写り込みへの遡及適用の有無

以上の議論を踏まえてもなお、本稿には疑問の残る点がある。過去に発生した写り込みに対して、果たして30条の2第1項の適用があるのかどうか、という点である。30条の2は2013年1月1日に施行された法律であるから、写り込みの生じた日が施行日前であったならば、改正附則1条により当該写り込みは30条の2第1項の適用を受けないと通常は解されるのかもしれない<sup>65</sup>。このことは、改正附則4条（罰則の適用に関する経過措置）の文言からも導かれるように思われる（なお、30条の2について適用されるその他の経過措置は見当たらない）。

### 平成24年改正法附則

#### （罰則の適用に関する経過措置）

**第四条** この法律（附則第一条第二号に掲げる規定については、当該規定）の施行前にした行為に対する罰則の適用については、なお従前の例による。

上記の経過措置は、改正法施行前に罰則の対象であった行為が権利制限

---

貫田・前掲注(1)『著作権法コンメンタル別冊 平成24年改正解説』102-105頁[池村聡執筆]、前田・前掲注(1)『『写り込み』等に係る規定の整備』33-34頁参照。

<sup>64</sup> 清水・前掲注(1)「平成24年著作権法改正について」426頁参照。

<sup>65</sup> 村尾＝持田・前掲注(1)「出版物に掲載する写真における写り込み」160頁参照。

規定の改正により罰則の対象とならないものとなった場合であっても、施行前にした行為については、従前のおり罰則を適用する旨を定めるものとされる。しかしながら、上記附則について「本改正で設けられた権利制限規定のうち、いわゆる『写り込み』等に係る規定の整備として設けられた30条の2…については、いずれも確認的色彩が強いもの(すなわち、改正により権利侵害に当たらないことを明確化したもの)であると考えられる。かかる観点からいえば、上記各規定に関しては、本条が適用される場合は想定しがたい。」との解説<sup>66</sup>がなされている。同様に、30条の2第1項の適否に関して、上記附則の解説と同様な立場から、「本項は、これまで適法であると考えられていた領域のうち、“コアな部分”につき適法であることを明確化したものであって、本項の要件を満たさないものが反対解釈により直ちに違法であるとは考えるべきではない。」との見解<sup>67</sup>がある。

### 第3節 写り込み関連の裁判例の展開

#### 1. はじめに

後に第3章において我が国における解釈論の再検討を試みるに当たり、本節ではその準備的考察として、写り込み関連の裁判例の展開を振り返る。概括的に述べるならば、写り込みの問題を正面から扱う条文を欠くなか、著作物性や類似性の要件、あるいは関連する権利制限規定を活用して問題に対処してきたが限界もあった、といえるのかもしれない。先に詳しく見たとおり、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」(後掲最判[江差追分上告審])が共通していると思われる写り込みは、多寡は問わず

---

<sup>66</sup> 池村=壹貫田・前掲注(1)『著作権法コンメンタール別冊 平成24年改正解説』207頁[壹貫田剛史執筆]参照。

<sup>67</sup> 池村=壹貫田・前掲注(1)『著作権法コンメンタール別冊 平成24年改正解説』100頁注(14)[池村聡執筆]参照。

侵害に当たると解さざるを得なかった<sup>68</sup>。そして、著作権法30条の2には、文化庁A類型にはなかった分離困難性の要件が新たに付加されたことにより、後掲〔雪月花〕のような意図的な写し込み的利用の事案が、今後30条の2で処理できるかどうかの見解も分かれている状況である。

以下では、「文化の範囲」の法理で定型的に処理した事例、創作性／類似性の要件で規範的に処理した事例、関連する権利制限規定によって処理した事例の順に、我が国の判例法理の諸相を紹介する。

## 2. 「文化の範囲」の法理で処理した事例

いわゆるファストファッションブランドのファッションショーの様子を撮影した映像の中に写り込んだモデルの化粧や髪型、衣装等の組合せについて、著作物を定義する著作権法2条1項1号の後半、「文芸、学術、美術又は音楽の範囲」すなわち文化の範囲<sup>69</sup>にあるところの美術の著作物からは外れるものと解して、カテゴリカルに著作物性を否定した事例が、知財高判平成26年8月28日判時2238号91頁〔激安ファストファッション二審〕<sup>70</sup>【図①】である。

<sup>68</sup> 田村・前掲注(1)『著作権法概説〔第2版〕』58-59頁、上野・前掲注(1)「著作権法における権利制限規定の再検討ー日本版フェア・ユースの可能性ー」12頁参照。

<sup>69</sup> 田村・前掲注(1)『著作権法概説〔第2版〕』30-31頁参照。

<sup>70</sup> 評釈として、小泉直樹〔判批〕ジュリスト1475号(2014年)6頁、本山雅弘〔判批〕ジュリスト1479号(平成26年度重要判例解説・2015年)278頁、角田政芳〔判批〕DESIGNPROTECT106号(2015年)7頁、奥邨弘司〔判批〕判例論評678号(2015年)20頁、橋谷俊〔判批〕知的財産法政策学研究47号(2015年)367頁などがある。

〔激安ファストファッション二審〕において知財高裁が、モデルの化粧や髪型、衣装の組合せなどをいわゆる応用美術と捉えたうえで、「実用目的のための構成と分離して、美的鑑賞の対象となり得る美的特性を備えた部分を把握できるものでもない」として美術著作物該当性を否定したことについて、設楽隆一「応用美術についての一考察ー知財高裁ファッションショー事件を契機として」中山編集代表・前掲注(1)275頁、田村善之「意匠登録がない商品デザインの保護の可能性ー著作権法・不正競争防止法の交錯〜」コピライト676号(2017年)2頁以下のほか、上記の各引用文献を参照されたい。本稿では、〔激安ファストファッション二審〕を、特定の類

この事件は、被告NHKの週刊報道番組が、ファッションショーの様相を撮影したビデオの一部を計41秒間、本編内で使用してテレビ放送した際に、ビデオに写り込んでいたファッションショーにおけるモデルの化粧や髪型、所作、背景映像といったものについて、著作権と著作隣接権<sup>71</sup>の侵害の当否が問題となったもので、事案は次のとおりである。イベント等の企画制作コンサルティング等を行う原告会社と、原告会社からイベントの企画運営等の業務委託を受けた原告Aは、平成21年(2009年)6月6日、いわゆるファストファッションのブランド「Forever 21」の衣装等を使用したファッションショーを開催した。訴外・株式会社JFCC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、自

㉗ モデルの髪型、化粧、衣服の組み合わせ等



㉘ ギフトを配布するポーズをとるモデル



㉙ 写りこんだ背景映像とモデル



【図①】渡部・前掲注(1) [判批] 33頁より

らが運営するファッション専門テレビチャンネル「fashion TV」において、収録した映像を放送した。被告NHKは、同年6月12日、毎週放送のテレビ報道番組「特報首都圏 “激安” ファストファッション～グローバル企業

型の創作物を著作権法の規律の外に置く文化の範囲の要件が機能した事例(田村・前掲注(5)35頁参照)と理解しつつ、写り込みの議論の文脈で検討するため、応用美術の論点には詳しく立ち入らないこととする。

<sup>71</sup> 第一審、控訴審ともに、モデルのポーズ・動作の振付けが著作物でない以上、振付けの演出やモデルのポーズ・動作は著作物を演ずることに当たらず実演には当たらない。また、ファッションショー全体は、「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)にも当たらないとして実演該当性を否定し、著作隣接権侵害を否定した。実演該当性に関する判旨、実演家の権利を保護する正当化根拠の分析は、橋谷・前掲注(1) [判批] 376頁以下を参照されたい。

が狙うニッポン～」を放送した。被告NHKは訴外JFCCより上記収録映像データの提供を受けて、上記番組内で上記収録映像の一部を、41秒間使用した（部分使用<sup>72</sup>した）。被告NHKが部分使用した収録映像は、前半10秒間、後半31秒間のふたつの部分に分かれる。前半部分は4つの場面で、後半部分は6つの場面でそれぞれ構成されている。各場面の再生時間は約2秒間から9秒間で、化粧・髪型をセットして衣装・アクセサリを着用したモデルが、歩いてポーズを取るなどの動作をする様子がそれぞれ写っていた。

第一審（東京地判平成25年7月19日判時2238号99頁〔激安ファストファッション一審〕<sup>73</sup>は、被告番組が部分使用した収録映像に写ったモデルの化粧や髪型、衣装等の組合せ、振付けなどは要するにありふれたものとして創作性を認めず、仮に創作性が認められるとしても、映像からはその細部を看取することができないため創作的表現は感得できないとして類似性を否定していた。細部がよく写っていないとして類似性を否定して処理するアプローチは、後掲東京地判平成11年10月27日判時1701号157頁〔雪月花一審〕と似ている。著作権法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、先に見たとおり遡及適用の規定もないと見られることから<sup>74</sup>、30条の2に基づく抗弁は困難であったと見られる。また第一審は、モデルの化粧や髪型、衣装等の組合せが一般的なものでなければ、著作物性が認められる可能性があると読み取れる説示でもあった。これを敷衍して考えると、映像に写っていたものが、たとえば一見して目に飛び込んでくるような奇抜で独創的な化粧・髪型であったとしたら、ありふれたものとして創作性を否定することは難しかったの

---

<sup>72</sup> 放送制作の実務では、他社が過去に制作した映画やテレビ番組その他映像ソフト等の一部を、自社の番組等に挿入して（インサートして）使用することがよくある。放送業界においてこのような使用態様は「VTRの部分使用」などと呼ばれたりする。本稿でも他人の映像等の一部を自分の映像へ挿入して使うことを「部分使用」と呼ぶことにする。梅田＝中川・前掲注(1)『よくわかるテレビ番組制作の法律相談〔第2版〕』214頁以下（テレビ番組）および218頁以下（劇場用映画）参照。

<sup>73</sup> 評釈として、渡部・前掲注(1)〔判批〕32頁、角田政芳〔判批〕AIPPI 58巻12号（2013年）2頁、橋谷・前掲注(1)〔判批〕329頁などがある。

<sup>74</sup> 村尾＝持田・前掲注(1)「出版物に掲載する写真における写り込み」160頁参照。



かもしれない<sup>75</sup>。あるいは映像に写った化粧や髪型、背景映像が、その細部がよくわかる形で大きくはっきりと写っていたならば、後掲の侵害事例の存在を踏まえると類似性を否定して非侵害の結論を導くことは難しかったのかもしれない(写真的表現の事案について、後掲東京地判[合格! 行政書士 南無刺青観世音]、後掲知財高判[CTは魔法のナイフ二審]、後掲東京地判[週刊ホンダCB750FOUR一審]、後掲知財高判[大熱狂!! プロ野球カード二審]、絵画的表現の事案について、後掲東京地判[山の民家]、同[日本の城の基礎知識]、後掲東京地判[八坂神社祇園祭ポスター]参照)。

これに対して控訴審は、第一審の判旨に見られる上記のようなある種の脆弱性を克服し得る判旨を展開した。モデルの化粧や髪型、衣装等の組合せについて、知財高裁は一步踏み込んで、著作物として保護する必要のない美的創作物と解することによって、著作権による保護の可能性を定型的に断ち切った。この判旨によれば、利用が意図的であろうが、写り方が大きかろうが、見た目が奇抜であろうが、100パーセント著作権侵害とはならない<sup>76</sup>。著作物性を否定して定型的に処理できれば、相対的に必ずしも外延が明確とはいえないためより難しいと思われる類否判断は不要となる。[激安ファストファッション二審]は、著作物性の要件の中でも特に文化の範囲の要件が、写ったものによっては意図的な写し込みを含めてより典型的に事案を処理し得る力強い法理であることを再認識させる画期的な事例といえるだろう。

ではなぜ、著作権法は、著作物として保護する創作物を文化の範囲にあるものに限定するとともに、特定の種類の創作物すなわち実用品は文化の範囲の埒外にあるものとして著作権による保護を与えないのだろうか。それは、実用品の創作の自由度が実用的な側面によって技術的に制約されていること、ゆえに産業の発達(意匠法1条)を促すには権利者以外の後発創作や競業の自由にも配慮する必要があることから、禁止権の及ぶ期間が著作権よりも短く範囲も狭い意匠制度と不正競争防止法2条1項3号のデッドコピー規制によって創作のインセンティブを与えれば足りるとし

<sup>75</sup> 小泉・前掲注(70)7頁参照。

<sup>76</sup> 田村・前掲注(5)23頁参照。

た政策的な判断があるからだろう<sup>77</sup>。化粧や髪型については、知的財産権によって特定の者に独占させることにより創作のインセンティブを与えるとしたら、公衆による日常的な利用に支障をきたし、社会に与える弊害が大きすぎるため、知的財産法による保護は不要というべきであるが、文化の発展（著作権法1条）に資する創作物に対しては、著作権によって創作のインセンティブを与えるとする政策的な判断も一方で存在する。したがって、文化の範囲の要件を使って処理し得る写り込みは、あくまで著作権によって創作のインセンティブを与える必要のない特定の種類の創作物に限られることから、この法理の射程はそう広くはないともいえる。ゆえに、文化の範囲の中にある通常の著作物の付随的な利用は、次に見ていく創作性ないし類似性の要件あるいは権利制限規定による処理を考えていくことになる。

### 3. 創作性／類似性の要件で処理した事例

著作権侵害の可否を判断する手法には、先に見たとおり原告著作物が著作権の保護を受ける「文化の範囲」にある著作物かどうかを定型的に判断する手法のほかに、①原告著作物の創作性を判断したうえで、被疑侵害著作物において原告著作物の創作的な表現と認められる部分が再生されているか否かを判断する「二段階テスト」と、②原告著作物と被疑侵害著作物に共通する部分を先に取り出したうえで、その共通部分が創作的な表現と認められるか否かを判断する「濾過テスト」のふたつがあるとされる<sup>78</sup>。

このふたつのテストのプロセスは違うといえは違うが、原告著作物の創作的な表現が被疑侵害著作物において再生されているか否かが侵害の可否の最終的な決め手になるとすると、二段階テストといっても結局は濾過テストと同じことを吟味していることになる。ある写り込みの事案が「文化の範囲」の法理を使って処理できるかどうかは、写ったものや写り方を問わず事案を定型的に処理できるかどうかという論点にかかわるため、本

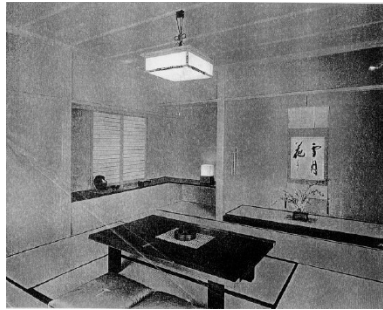
<sup>77</sup> 田村・前掲注(5)35頁、同・前掲注(70)20頁参照。

<sup>78</sup> 田村・前掲注(1)『著作権法概説〔第2版〕』48頁、菊池絵理「翻案権と複製権」牧野ほか編・前掲注(20)95-96頁参照。

稿での考察にとつてきわめて重要である。他方、ある写り込みの事案を創作性の要件(二段階テスト)で処理したか、あるいは類似性の要件(濾過テスト)で処理したのかということ、要するに原告・被告で創作的な表現が共通しているか否かに焦点を当てたという点で、本稿にはほとんど同じことのように思われることから、以下ではひとまとめに見ていくことにする。

## 非侵害事例

まず、「書」の意識的な利用について類似性の要件を使って処理した、写り込みの先例的事例である雪月花事件を挙げねばなるまい。被疑侵害著作物であるカタログにおいて写り込んだ原告著作物の書について、写り方が小さすぎて書の持つ創作的な表現が再生されていないとして類似性を否定して非侵害と帰結した東京地判平成11年10月27日判時1701号157頁[雪月花一審]<sup>79</sup>【図



【図②】裁判所ホームページより

<sup>79</sup> 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。

写り込みの事例ではなくかつ傍論ではあるが、肖像写真をトレースした人物画を掲載した「絵ビラ」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[創価学会写真ビラ一審]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「絵ビラ」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「写真ビラ」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。写真ビラ全体の約15パーセントを占める縦約17.5センチ×横約12センチの大きさで原告写真を掲載し、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

②】、東京高判平成14年2月18日判時1786号136頁〔雪月花二審〕<sup>80</sup>である。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、筆の勢い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。この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のサイズに縮小されており、墨の濃淡と潤濁等の表現形式までが再現されているとはいいい難いとして侵害を否定した。

〔雪月花一審〕の裁判長として事件を担当した飯村敏明判事（当時）は、「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違って差し支えないと思います。」<sup>81</sup>と述べ、利益衡量が展開されたことを示唆している。

次に、ごく小さな写真の写し込みをめぐる侵害を否定した比較的近時の事例として、横浜地判平成23年6月1日平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

態様から、裁判所は、写真ビラについて「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、32条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15(ネ)1464号〔創価学会写真ビラ二審〕）も同旨により写真ビラの32条引用該当性を否定し、被告絵ビ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。

<sup>80</sup> 評釈として、作花・前掲注(1)〔判批〕39頁、大野聖二〔判批〕著作権判例百選〔第5版〕(2016年)112頁がある。

<sup>81</sup> 飯村敏明「著作権侵害訴訟の実務」『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。

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3葉について、約1.5センチ×2.3センチ大のサイズの縮小画像が上記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。被告パンフレットには縮小画像3点のうち1点は全面が写り、もう1点は約半分、他の1点は約4分の1が写っていた。裁判所は、掲載された画像がきわめて小さく、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。

関連して、写り込みの事案ではなく、かつ傍論であるが、コラージュ看板での写真の使用について複製禁止権侵害を認めつつ翻案禁止権侵害を否定したという注目すべき近時の事例に、東京地判平成26年5月27日平25(ワ)13369号〔猫の写真看板〕がある。この事件はあくまで以下のとおり著作者人格権侵害も認めた侵害事例ではあるが、翻案該当性を否定した傍論部分が本稿の考察にとっての重要な関心事であることから、本稿では特に非侵害事例として把握する。

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うえ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、複製禁止権と著作者人格権（同一性保持権と氏名表示権）侵害を認める一方<sup>82</sup>、被告による原告写真の加工は、いずれ

---

<sup>82</sup> 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、慰謝料に係る原告の主張3,000万円に対して200万円が相当であるとした。

なお、事実によれば、被告が原告写真のコピーを使用したことについて、被告は複製権禁止権侵害の成立を争わなかったとのことであるから、請求を認諾している

も定型的で単純なものであつ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つて被告コラージュ看板を構成する素材のひとつにすぎないことから、「本件看板に接する者が、原告写真の表現上の本質的な特徴…を直接感得することができるといえないと解すべきである。」と説示して翻案禁止権侵害を否定した。つまり、事案との関係では、原告写真集のデッドコピーについて複製禁止権侵害を認めたにもかかわらず、被告コラージュ看板全体において原告写真がどこで使用されているのかがわからないと見るべきであるとして翻案禁止権侵害を否定した。この判旨は要するに「既存の著作物が別の著作物の中の一部に取り込まれた場合に、新たに思想又は感情を創作的に表現されたものが加わったことによって、同一性ある部分が新しい著作物の中で埋没してしまい、表現上の本質的特徴を直接感得することができないほど色あせた状態」<sup>83</sup>になつたと解して類似性を否定した事例と見受けられる。この東京地判〔猫の写真看板〕と前掲横浜地判〔おもてなしプレゼント〕は、意図的な写し込み的利用をどの法理で処理すべきか、という法理の役割分担を考えるに当たつての重要な議論<sup>84</sup>に直接関係しているため、第3章で詳しく検討する。

一方、映画のシーンに写つた社交ダンスのステップ（2歩以上の足の運び方の組合せのこと）について、ありふれたものとして創作性を否定した事例として、東京地判平成24年2月28日平20(ワ)9300号〔Shall we ダンス?〕<sup>85</sup>がある。被告映画「Shall we ダンス?」の出演者でもある原告振付

に等しい事案とも見られるが、もしかしたら翻案該当性を否定した同じ理由によって複製禁止権も非侵害となつた事案だったのかもしれない。

<sup>83</sup> 高部・前掲注(1)「判例からみた翻案の判断手法」18頁参照。

<sup>84</sup> 高部・前掲注(1)「判例からみた翻案の判断手法」17-18頁、同・前掲注(1)「著作権侵害の判断再考」59頁以下、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村=牧野編集代表・前掲注(1)294頁以下、田村・前掲注(1)「日本の著作権法のリフォーム論—デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて—」50-51頁注(55)、同[判批]知的財産法政策学研究41号(2013年)118-120頁参照。

<sup>85</sup> 評釈として、上田大輔[判批]コピライト615号(2012年)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』

師が考案・指導した社交ダンスのステップについて、裁判所は、原告の振付けが、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て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ものであって、いずれもありふれた動き、あるいは社交ダンスの振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た。この事件では、原告のステップの創作性は被告映画に実際に映っている部分だけが判断の対象とされたところ、要するに原告著作物(ステップ)の創作的な表現が被疑侵害著作物(映画)において再生されていないとして著作権侵害を否定した事例であるから、類似性を否定したこととほとんど変わらないように思われる。

このほか、傍論ではあるが、被告時代劇映画のシーンに写った主人公の着用する着流しや頬かむり、長袴といった衣装、さらには奉行所のお白洲、悪党の屋敷の建物や塀に囲まれた内庭といったセットなどについて、原告時代劇映画の類似部分と対比したうえで「創作性ある表現の類似とはいえない」などとして類似性を否定した事例に、東京地判平成26年4月30日平24(ワ)964号 [名奉行金さん本案]<sup>86</sup>がある。

---

一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、青木大也 [判批] 著作権判例百選 [第5版] (2016年)14頁などがある。

被告映画「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、以後繰り返しリピート放送もなされ、機内上映やバス社内での上映、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。被告河川書店は、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、平成20年4月に提訴したという事件である。

<sup>86</sup> 評釈として、田村善之 [判批] IPマネジメントレビュー15号(2014年)4頁、同16号(2015年)4頁などがある。

もっともこの事件は、俳優・松方弘樹が物語の主人公である遊び人・金さん/北町奉行・遠山金四郎を長年演じた原告東映のテレビ時代劇シリーズ「名奉行遠山の

金さん」を、松方弘樹が同じ主人公を演じてほぼそっくりにリメイクした被告時代劇映画の一部を使用した被告パチンコ機「CR松方弘樹の名奉行金さん」の遊戯中に再生される映像について、立ち回りとお白洲のシーンで金さん／北町奉行が悪党に対して啖呵を切りながら片肌を脱いで桜吹雪の入れ墨を見せつけるお決まりのクライマックスシーンにおける創作的な表現の共通性を一部認めて著作権侵害と帰結したものである。本件に至る経緯は、以下のとおり少々複雑である。

本件に先立って出された抗告審(知財高決平成24年3月16日判時2152号112頁[名奉行金さん抗告審])は、原告・被告の映像部分全体を対比して、俳優の演技、人物の背景、衣装、カメラワークが共通するとしうえて、原告の映像部分には映画著作者の個性が現れているとして創作性を認めた。そして、被告の映像部分は原告の映像部分の「表現上の本質的特徴を直接感得させるもの」で両者は「酷似」しているとして、侵害を肯定した原決定(東京地決平成23年12月2日平23(モ)40024号)を維持していた。

また、本件の原告東映と被告サンセイは、商標権をめぐる審決取消請求訴訟を争っていた。知財高判平成23年2月28日平22(行ケ)10152号[名奉行金さん]は、「遊戯用器具」(パチンコ機等)を指定商品とする原告(本件被告サンセイ)商標「名奉行金さん」は、歴史上の人物である「遠山金四郎」および時代劇等で演じられる「名奉行として知られている遠山金四郎」との観念を生じる点において、被告(本件原告東映)商標「遠山の金さん」に類似することから商品の出所につき誤認混同のおそれを生じさせるとして原告(本件被告サンセイ)の請求を棄却した(平成24年2月9日上告棄却)。また、知財高判平成26年3月26日判時2239号104頁[名奉行金さん]は、被告(本件原告東映)商標「遠山の金さん」は、商標法4条1項7号にいう「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標」には該当しないとして原告(本件被告サンセイ)の請求を棄却していた。

本案では原告東映の商標権侵害が主な争点となった。被告サンセイが「CR松方弘樹の名奉行金さん」という標章を被告パチンコ機に付して販売したことについて、裁判所は、被告標章が商標的に使用(商標法2条3項1号、2号)されていることは明らかであって、原告商標「遠山の金さん」と上記被告標章は、外観および称呼においては類似しないが、「歴史上の人物である遠山金四郎」、時代劇等で演じられる「名奉行として知られている遠山金四郎」という観念を生じる点において同一または類似であり、商品の出所につき誤認混同のおそれを生じさせるというべきであるとして商標権侵害を認めた。本稿の課題は、著作物の写り込みをめぐる問題を検討することであるため、商標権をめぐる論点には立ち入らないこととする。

さらに、名奉行金さん事件には、本案も著作権侵害を肯定した、主人公が悪党に桜吹雪を見せつけるクライマックスシーンの映像表現に関して、そもそも原告東映



## 侵害事例

書籍の表紙における入れ墨の写り込みについて著作者人格権侵害を認めた比較的近時の事例として、東京地判平成23年7月29日平21(ワ)31755号[合格!行政書士 南無刺青観世音一審]<sup>87</sup>【図③】、知財高判平成24年1月31日平23(ネ)10052号[合格!行政書士 南無刺青観世音二審]がある。

---

が著作権を主張できるのかという問題もあるが、上記のとおり本稿の課題とは直接関係しない論点であるため立ち入らないこととする。商標権をめぐる論点とあわせて、詳しくは田村・同15号4頁、同16号4頁を参照されたい。

<sup>87</sup> 岡本・前掲注(1)「入れ墨と著作権」1065頁参照。同1076-1077頁は、[合格!行政書士 南無刺青観世音]の事案に関連して、アメリカの被告映画「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る。」と指摘する。

ちなみに上記のミズーリ州東部地区連邦地方裁判所の事例の決定書では、理由が述べられていない(See *Whitmill v. Warner Bros. Entertainment Inc.*, 11-cv-00752 (E.D. Mo. April 28, 2011).)。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> (accessed Jul. 21, 2017).

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を使用したことについて、裁判所は、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創作性を肯定したうえで、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、原告入れ墨に見られる

本件表紙カバー



【図③】裁判所ホームページより

創作的表現が再現されているなどとして、氏名表示権と同一性保持権の侵害を認めた。

さらに、写り込みの事案ではないが、構図の中心に大きく原告著作物の創作的表現を見て取ることができる被疑侵害著作物について類似性を肯定して侵害と帰結した最近の事例として、知財高判平成27年6月24日平26(ネ)10004号「大熱狂！！プロ野球カード二審」<sup>88</sup>【図④】がある。

プロ野球選手の実名と写真が掲載された選手カードを集めてチームを編成、強化して対戦するという仕組みと個々の選手カードからなる原告SNSゲームに似た被告SNSゲームについて、裁判所は、中島選手（【図④】左上）とダルビッシュ選手（【図④】左下）の原告・被告のカードは選手写真のポーズ、配置、多色刷りで選手写真を拡大した二重表示部分の存在、部位や位置関係、背景の炎、放射線状の閃光の描き方という具体的な創作的表現が同一ないし共通しているとして類似性を肯定した。一方、坂本選手（【図④】右上）の被告カードについて、選手写真のポーズは原告カードと同じであるが、選手写真を拡大した二重表示になっている点と背景が放射線状の閃光になっている点は原告カードとは異なるとして類似性を否定した。また、今江選手（【図④】右下）のカードについて、原告・被告のカードでは選手写真のポーズが異なるとして類似性を否定した。同様

<sup>88</sup> 上村哲史「判批」著作権研究42号（2015年）161頁、今井弘晃「最近の著作権裁判例について」コピーライト659号（2016年）14頁以下参照。



【図④】裁判所ホームページより

に、構図の中心に大きく原告著作物の創作的表現を見て取ることができる被疑侵害著作物について類似性を認めた事例として、写真的表現に関して知財高判平成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23(ワ)785号〔週刊ホンダCB750FOUR一審〕、絵画的表現に関して東京地判平成4年11月25日知裁集24巻3号854頁〔山の民家〕、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〕、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〕などがある<sup>89</sup>。

#### 4. 権利制限規定で処理した事例

原告著作物の創作的な表現が、被疑侵害著作物において再現されていると認めざるを得ないような写り込みは、権利制限規定の適用がなければ著

<sup>89</sup> 詳しくは、橋谷・前掲注(1)〔判批〕331頁以下参照。より詳細は、絵画的表現の類似性について、津幡・前掲注(4)105頁以下、丁・前掲注(4)247頁以下、写真表現について、比良・前掲注(3)133頁以下参照。

著作権侵害に当たると考えることになる<sup>90</sup>。そこで、そのような写り込み関連の事案を権利制限規定で処理した事例はというと、数は少ないがあるにはある。

まず、明らかに類似性が肯定されるような大きい写り方の事案について、権利制限規定を適用して非侵害と帰結した有名な事例が、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]<sup>91</sup>【図⑤】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。

前掲東京地判〔雪月花一審〕と同じく裁判長を務めた飯村敏明判事（当時）は〔はたらくじどうしゃ〕について、著作権法46条には、第三者の自由利用を柱書で定め、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ふ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。」<sup>92</sup>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。」<sup>93</sup>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<sup>94</sup>。論者からは、



【図⑤】判時1758号142頁より

<sup>90</sup> 前掲注(2)に掲載の各文献を参照。

<sup>91</sup> 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5版〕（2016年）162頁などがある。

<sup>92</sup> 飯村・前掲注(1)「権利制限規定の解釈における課題」122頁参照。

<sup>93</sup> 飯村・前掲注(81) 216頁参照。

<sup>94</sup> 飯村・前掲注(1)「権利制限規定の解釈における課題」122-123頁参照。

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<sup>95</sup>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の指摘<sup>96</sup>がなされている。

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]<sup>97</sup>が有名である。平成元年(1989年)10月4日放送の被告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

---

この点、田村・前掲注(1)「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」127頁は、約3×7センチのサイズのバスの写真について「少なくとも内部の頁に、小さく本件バスの写真を掲げることについては、映り込み類似の問題としてこれを許容してもよいのではなかろうか。」とする一方、同注(21)は表紙に掲載された約8×14センチのサイズのバスの写真について、「本件絵画は、本件表紙の中心に据えられ、もっとも見る者の目を惹くように見受けられる(本件バスの写真が表紙に掲載されることになった主たる理由もそこにあるのではなかろうか)。かりにこの観察が正しいとすると、被告は本件絵画の美的な価値を少なからず利用していることになるから、この種の行為に著作権を及ぼさないことには創作活動のインセンティブの確保に支障をきたしかねないように思われる。」と指摘する。

<sup>95</sup> 村井・前掲注(91)258-259頁参照。

<sup>96</sup> 小島・前掲注(91)163頁参照。

<sup>97</sup> 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]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。

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ったこと、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。

もっともこの判旨に対しては、VTRに収録されている継承式それ自体は、被告TBSのテレビニュースより約2か月半前に行われたものであるから、これを時事の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指摘<sup>98</sup>がある。一方、継承式のビデオが作成され全国の末端組織へ配布されたという事件が最近生じたものと捉えて「時事の事件」に当たると判断したものと指摘して、著作権法41条の要求する時事性を広く解する学説<sup>99</sup>もある。

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比較的近時の事例に、札幌高判平成23年11月18日平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東京の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

---

<sup>98</sup> 茶園・前掲注(97)201頁参照。

<sup>99</sup> 上野・前掲注(1)「時事の事件の報道」592頁参照。中山・前掲注(1)『著作権法〔第2版〕』355-356頁は、報道目的利用が公益に資することと原告著作物の市場にほとんど影響しないことから時事性を広く解すべきとする。三村・前掲注(1)「マスメディアによる著作物の利用と著作権法」6頁は、「中山先生よりももっと柔軟な立場」とし、「個人的には、年報も『時事の報道』と認めてあげたいという気持ちなのですが、少なくとも月刊誌が時事の報道に当たらないという人は実務家にはいないと思います。」とする。

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)。

## 5. 第1章のまとめ

第1節では、著作権法30条の2の立法経緯を振り返った。権利制限の一般規定の導入を目指す旨の知的財産戦略本部の決定に沿って、文化庁において検討がなされた結果、「著作物の付随的利用」を権利制限の一般規定の対象とする案(A類型)がまとめられた。しかし、法案化に進んだ政府部内での検討において、罪刑法定主義に基づく「明確性の原則」が相当重んじられた結果、文化庁案のA類型には見られなかった要件が加えられたとされる<sup>100</sup>。相対的に抽象的な内容だった文化庁案のA類型と、4つの要件からなる30条の2とを見比べると、権利制限の対象となる行為は結果として相当狭められたように見える。もっともこの条文は、A類型で想定している利用というものは個別規定で対応できるのだから一般規定の導入は不要であり、したがって立法事実がないとか、一般規定を導入する場合でも著作物は権利者から許諾を得て利用するのが大原則であり、これをないがしろにしない厳格な要件の設定が必要とか、一般規定があると逆に刑事罰の適用に支障をきたし得る、といった権利制限の一般規定の導入に反対する意見が多数を占めた著作権分科会での議論<sup>101</sup>が色濃く反映されて

---

<sup>100</sup> 永山・前掲注(1)「著作権行政をめぐる最新の動向について」5-6頁参照。

<sup>101</sup> 文化庁文化審議会著作権分科会第31回(2010年5月21日)、第32回(2010年12月13日)、第33回(2011年1月25日)の各議事録を参照。この点、『文化審議会著作権分科会 報告書[平成23年1月]』の最終ページの「おわりに」(117頁)において、一般規定の導入に反対する意見を反映した次のような記述が見られる。

「なお、立法措置を講ずるに当たっては、関係者から出された懸念事項につき、十分に留意する必要があることはいうまでもない。特に権利制限の一般規定に関し

できあがったもの、と見ることもできるのかもしれない。

第2節では、30条の2の要件論をめぐる議論を紹介した。上記のような立法結果に対して、起草担当者からは、文化庁A類型の起草趣旨を貫徹する試みとでもいうべき30条の2の解釈論が、立法直後から提示された。とりわけ、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」と書き加えられたことによって生まれた分離困難性の要件をめぐる指摘が目される。起草担当者らは、子供にキャラクター人形を抱かせてスナップ写真を撮影し、ブログに掲載するといった行為は物理的に困難かどうかではなく、A類型に見られた文言である「社会通念」に照らして判断されるべきと指摘する<sup>102</sup>。つまり、キャラクターTシャツにしても、子どもが抱いたぬいぐるみにしても、ミッキーマウスとの記念撮影にしても、一般人による家族内での撮影行為や私的な撮影行為であれば、わざわざTシャツを脱いだり、子供からぬいぐるみを取り上げたり、せつかくの記念撮影を控えたりする必要があるとまでは社会通念上考えられていないと説明する。しかしこの点、「分離することが困難」の文言を文理解釈すれば、家庭内での意図的な写し込み行為も侵害となり得る（だから扱いに困る）

---

ては、これまで長い間個別制限規定により一定の利用秩序が形成されてきた我が国の著作権法に、権利制限の一般規定という新たな制度を導入するものであることから、導入により実質的に権利保護に欠ける制度になることのないよう、あるいは利用秩序に混乱が生じないよう、明確性の原則やスリーステップテスト等に十分に留意することが求められる。さらには、同様の観点から、立法措置を講じた後も、その趣旨や内容、特に権利制限の一般規定によっても権利者の利益を不当に害するような著作物の利用行為が権利制限の対象となるものではないこと等につき十分な周知を図ることや、適宜運用状況につき検証を行うこと等が強く求められるところである。」

当然といえば当然であるが、上記も文化庁の正式な見解表明としてA類型の法案化に大きく影響したことだろう。

<sup>102</sup> 永山・前掲注(1)「著作権行政をめぐる最新の動向について」12-13頁、池村=壹貫田・前掲注(1)『著作権法コンメンタル別冊 平成24年改正解説』100-102頁[池村聡執筆]、前田・前掲注(1)『『写り込み』等に係る規定の整備』31-32頁参照。



との有力な学説<sup>103</sup>も存在する。裁判例はというと、傍論ではあるが、30条の2の適否についてはじめて言及したものと思われる最近の事例に、大阪地判平成27年9月10日判時2320号124頁〔フラねこ〕<sup>104</sup>がある。判示によれば、裁判所は、被告イラスト画の掲載された紙やポスターを持って写真を撮ることを、30条の2第1項にいう「分離することが困難」な利用と解しているようにも見えるが、判然としない。

そこで、第3節で概観した写り込み関連の裁判例の展開を踏まえて、立法結果である30条の2の要件論として残されている問題を整理しておく、やはりそれは意図的な写し込み的利用の取扱いといえるのかもしれない。前記のとおり、起草趣旨に立ち返って社会通念から考えれば、30条の2の分離困難性ないし付随性の要件は緩やかに解することが可能との指摘がある一方、条文は、分離が容易であればどこせばよいといっているからである。『文化審議会著作権分科会 報告書〔平成23年1月〕』は、A類型に「写し込み」が含まれるか否かについて、事案によっては含まれる場合もあれば含まれない場合もあるとまとめていた<sup>105</sup>。このような写し込み的利用の取扱いについて念頭に置かれ、我が国での写り込みをめぐる議論を巻き起こし、30条の2の要件論にも大きな影響を与えている事例が、前掲〔雪月花〕である<sup>106</sup>。この事件は、「書」をよそから持ってきてわざわざ置

<sup>103</sup> 中山ほか・前掲注(1)「座談会 改正著作権法と著作権法の課題」14頁〔中山信弘発言〕および同16頁〔横山久芳発言〕、清水・前掲注(1)「平成24年著作権法改正について」426頁、半田＝松田編・前掲注(1)『著作権法コンメンタール 26～88条〔第2版〕』180頁以下〔小泉直樹執筆〕参照。

<sup>104</sup> 原告のホームページに掲載されていた猫のイラストの頭部を切り取ってフラダンスの衣装等を組み合わせて被告イラストを作成し、被告イベントのキャラクター画として被告が無断使用したという事件で、被告の娘が被告イラスト画の掲載された紙を持っている様子を写した写真や、被告イラスト画を使用したイベントポスターの写った写真をブログに掲載したことについて、裁判所は、被告による写真のブログ掲載は被告イラスト画の「宣伝を目的」とするものであるから、30条の2第2項によって許容されないと説示した。

<sup>105</sup> 『文化審議会著作権分科会 報告書〔平成23年1月〕』44頁注(62)参照。

<sup>106</sup> 大須賀・前掲注(20)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、そもそも複製に当たらないとされたのであるから、写り込みが複製

いたわけではないが、撮影現場となったモデルルームの床の間に「書」が置かれていたため、そのままセットの小道具として使うことにして、商品写真の背景として意図的に写り込ませたという事案であった。裁判所は、被告カタログからは墨の濃淡やかすれ具合といった原告毛筆書の創作的表現が見て取れないとして類似性を否定した。

では、「意識的な写り込ませ」事案について、分離困難性の要件が課された30条の2を使って侵害を否定できるのかということ、上記のとおり論者からは[雪月花]の事案を念頭に、意図的・意識的な写し込みを30条の2によって非侵害とすることは困難との有力な指摘がなされている<sup>107</sup>。これに対して30条の2の起草当事者は、[雪月花]は「そもそも複製該当性を否定しているのであるから、本条の適用を検討するまでもないはずである。」と反論し、引き続き侵害判断による処理が妥当と指摘する<sup>108</sup>。一方、[雪月花]の事案は「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30条の2の柔軟な解釈に

に当たる場合に、それを適法とみることができ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(1)『著作権法概説〔第2版〕』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。

<sup>107</sup> 中山ほか・前掲注(1)「座談会 改正著作権法と著作権法の課題」14頁[中山信弘発言]および同16頁[横山久芳発言]、半田=松田編・前掲注(1)『著作権法コンメンタール 26~88条〔第2版〕』180頁以下[小泉直樹執筆]参照。清水・前掲注(1)「平成24年著作権法改正について」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」での「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。」との記載に触れ、同426頁注(20)において、「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。

<sup>108</sup> 池村=壹貫田・前掲注(1)『著作権法コンメンタール別冊 平成24年改正解説』103頁注(21)[池村聡執筆]参照。

よる処理の可能性を示唆する注目すべき指摘<sup>109</sup>もある。[雪月花一審]は、飯村敏明裁判長(当時)の説明するとおり、そもそも著作物の付随的な利用を処理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<sup>110</sup>。一方、30条の2の立法以前から、背景的なあるいは付随的な著作物の利用行為のすべてを、[雪月花]で裁判所が展開したような規範的な解釈によって解決できるとは限らないことも指摘<sup>111</sup>されていた。論者によれば、[雪月花]の事案となった書の著作物というのはもともと保護範囲が狭く、裁判所は墨の濃淡やかすれ具合といった毛筆書の特徴的部分に着目して類似性の有無を判断したところ、写ったものが書ではなく構図そのものに創作性が現れる絵画や写真などが事案となる場合には、[雪月花]の判例法理で処理することは難しいと見られるからである<sup>112</sup>。

このように、著作権法30条の2の適否が正面から問題となった事例が未だ現れていないなか、条文に定める非侵害要件のひとつである分離困難性を、起草趣旨に立ち返って柔軟に解釈しようという議論が提起されている一方、その指針は確立されていないようである。そして、意図的・意識的な写し込みを含めた広い意味での写り込みの問題は、30条の2によって必ずしもすべてが解決されるわけではないと見られることから、引き続き存在し続けるといわざるを得ないだろう。ゆえに類似性の規範的解釈によれば、30条の2の要件論にかかわらず、写り方が不鮮明あるいはごく小さいといった写し込みを、被疑侵害著作物の主観的意図を勘案することなく処

<sup>109</sup> 岡本・前掲注(1)「入れ墨と著作権」1077頁注(23)参照。

<sup>110</sup> 飯村・前掲注(1)「権利制限規定の解釈における課題」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(1)『著作権法〔第2版〕』250頁注(11)、清水・前掲注(1)「平成24年著作権法改正について」416頁注(11)参照。

<sup>111</sup> 上野・前掲注(1)「著作権法における権利制限規定の再検討ー日本版フェア・ユースの可能性ー」12頁参照。

<sup>112</sup> 田村善之「著作権法の政策形成と将来像」著作権研究39号(2012年)126-127頁参照。

理し得る余地があるといえるだろう<sup>113</sup>。

さて、我が国の写り込みの裁判例は、上記のとおり前掲東京地判〔雪月花一審〕を嚆矢として、創作性／類似性の要件解釈による処理を積み重ねつつ、事案によっては関連する権利制限規定も柔軟に活用して問題に対処してきた。そのようななか現れたのが、前掲知財高判〔激安ファストファッション二審〕である。裁判所は、ファッションショーの模様を撮影した映像に写り込んだモデルの化粧や髪型などを、「文化の範囲」の法理を使って、著作権で保護されるべき美術著作物から類型的に除外して処理するという画期的な判旨を展開した。この事例は、著作権によって保護すべきものとそうでないものとをより明確に線引きしたものであり、特定の類型の創作物の写り込みを定型的に処理し得る判例法理として、これから重宝されることだろう<sup>114</sup>。

また、法理としての切れ味は「文化の範囲」ほどではないのかもしれないが、映画のシーンに写った社交ダンスのステップを「ありふれたもの」と解して、著作権で保護すべきものとそうでないものとを同様に線引きした前掲東京地判〔Shall we ダンス?〕も、写り込みをめぐる比較的近時の重要事例として把握しておきたい。重要な点は、なぜ裁判所は「ありふれたもの」の創作性を否定するのかという理由であるところ、あちらこちらに存在し、誰にでもなし得るありふれた表現に対して著作権による保護をもしも認めるとしたら、後発創作や他者による行動の自由を著しく制限することになり、文化の発展を阻害するからという趣旨の説明<sup>115</sup>が支配的と

<sup>113</sup> 上野・前掲注(1)「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 —」20頁参照。三村・前掲注(1)「マスメディアによる著作物の利用と著作権法」15-16頁は、『写り込み』であろうが『写り込ませ』であろうが、見えないものは見えない。何の字であることはわかるけれども、それ以上は分からない、『趣』か『遊』かがやっとわかるくらいである、ということであれば、『写り込み』か『写し込ませ』かという点は関係ないということになるわけです。」とし、絵画であれば他の作品と区別できる程度、漫画のキャラクターであれば何のキャラクターなのか区別がつく程度の利用であれば、〔雪月花〕の射程が及ぶ旨を指摘する。

<sup>114</sup> 田村・前掲注(70)13-14頁、橋谷・前掲注(70)403頁参照。

<sup>115</sup> 田村・前掲注(1)『著作権法概説〔第2版〕』16頁、中山・前掲注(1)『著作権法〔第2版〕』74頁、島並ほか・前掲注(33)28頁〔横山久芳執筆〕、蘆立・前掲注(85)216頁、

見られる。この判例法理により、映像や写真に写り込んだものがありふれた表現であれば、創作性ないし最終的には類似性の解釈によって侵害は否定される可能性が高いと理解しておいてよいと思われる。

さらに、市バスの車体に描かれた絵画を撮影した写真を幼児向け書籍の表紙と中身に使用したことについて、著作権法46条（公開の美術の著作物等の利用）を一般条項的に広く解釈して処理した前掲東京地判〔はたらくじどうしゃ〕も、30条の2との関係では特筆すべき重要事例と思われる。というのも、〔はたらくじどうしゃ〕が処理した事案は、分離困難性と軽微性の要件が課された30条の2、あるいは〔雪月花〕の判例法理のいずれによってもいささか処理が難しいと見られるからである。もっとも、被告書籍の本文14頁に掲載された約3×7センチのサイズの写真の掲載を非侵害とした判例法理は今後も類似事案を処理し得るとしても、表紙の中心にほぼ全面に掲載された約8×14センチのサイズの写真の処理は、いささか無理があったようにも思われる<sup>116</sup>。とはいえ、30条の2の立法以前に、事案に即した権利制限規定を一般条項的に広く解釈することによって、必ずしも小さくはない明瞭な写り方だった意図的な利用の事案をいささか無理してでも処理した〔はたらくじどうしゃ〕は、類似性を規範的に解釈することによって、軽微ではあるものの意識的な写し込みの事案を処理した〔雪月花〕と同様に、30条の2に課された分離困難性や軽微性の要件との関係で、その実務的な意義は今後も失われることはないと見てよいだろう<sup>117</sup>。

以上のように我が国の裁判例には、文化の範囲や類似性の要件、41条や46条といった権利制限規定を駆使したものがあって、多数の法理がさまざまに入り乱れていると見られるところ、写り込みや写し込みの問題はどうやら30条の2だけで解決しそうにない。他方で、この問題に過不足なく対

大寄麻代「著作物性」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系 著作権関係訴訟法』（2004年・青林書院）136頁、大鷹一郎「著作物性(1)」牧野ほか編・前掲注(20)6頁、東海林保「著作物性」高部眞規子編『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）35-36頁参照。

<sup>116</sup> 田村・前掲注(1)「デジタル時代の著作権制度のあり方」413頁参照。

<sup>117</sup> 田村・前掲注(1)「日本の著作権法のリフォーム論ーデジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けてー」52頁参照。

処していくに当たり、どのような事案でどのような法理を活用して、どのような場合であればセーフになるのかが、我が国の従前の議論からはまだわかりにくい状況にある。

そこで次の第2章では、テレビや映画、雑誌、広告などのコンテンツの制作や利用の分野で多数の事例の蓄積があって、さまざまな法理が存在しているアメリカ法の考察を通じて、我が国の問題を包括的に検討するための示唆を得ることとしたい。