

著作物の付随的利用に関する法的課題

写り込みに焦点をあてて

筑波大学

図書館情報メディア研究科

2015年3月

鈴木 康平

目次

1. はじめに	3
2. 平成 24 年改正以前の写り込みへの対応	5
2.1. 写り込みに関する裁判例	5
2.1.1. 雪月花事件	5
(a) 事件の概要	5
(b) 判旨の概要	5
(c) 検討	6
2.1.2. はたらくじどうしゃ事件	8
(a) 事件の概要	8
(b) 判旨の概要	8
(c) 検討	10
2.2. 改正以前の著作権法と写り込み	12
2.2.1. 時事の事件の報道のための利用	12
2.2.2. 公共の場所に設置されている著作物	12
2.2.3. パブリックドメインに帰した著作物	13
2.2.4. 図書館における複写	15
2.3. 改正以前の写り込みに関する議論	16
2.4. 肖像権、パブリシティ権、プライバシー権	17
2.4.1. 肖像権	17
2.4.2. パブリシティ権	19
2.4.3. プライバシー権	22
2.5. 小括	24
3. 米国著作権法における写り込み	25
3.1. 米国における写り込みに関する裁判例	26
3.1.1. Ringgold 事件	26
3.1.2. Sandoval 事件	28
3.1.3. Davis 事件	28
3.2. 小括	29
4. 著作権法 30 条の 2	31
4.1. 改正の経緯	31
4.2. 条文解釈	35
4.2.1. 「写真の撮影、録音又は録画の方法」	36
4.2.2. 「著作物を創作するに当たつて」	38
4.2.3. 「分離することが困難である」	39

4.2.4.	「軽微な構成部分」	43
4.2.5.	「著作権者の利益を不当に害するもの」ではない	46
4.2.6.	著作者人格権	48
4.2.7.	裁判例への当てはめ	50
4.3.	小括	51
5.	提案	55
5.1.	改正案における要件	56
5.2.	予想される批判とその反論	57
6.	おわりに	59
	参考文献	61

1. はじめに

著作物の付随的利用は、「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」と解されており、典型例として写り込みが挙げられている¹。

著作権法における「写り込み」とは、「写真や映像の撮影といった行為に伴い、本来行為者が意図している撮影対象とは別に、軽微な程度ではあるものの、いわば付随的に美術の著作物や音楽の著作物等が複製され、あるいは当該著作物が複製された写真や映像を公衆送信等するといった利用」行為と捉えられている²。デジタルカメラやカメラ機能を搭載した携帯端末の普及によって、写真はフィルムカメラが主流となっていた時代と比べて、自分でコンテンツを作成できる身近なメディアとなり、インターネットを通じて誰でも簡単に世界に公開が可能となった。それに伴い、従来問題となることが少なかった写真に関する著作権法をはじめとする法律上の問題が増加することが予想される。写り込みに関する問題もその一つである。写り込みについては、著作権者の利益を害するものではないことが多いと考えられる利用が多いものの、平成 24 年改正以前の著作権の制限規定は適用されず、著作権侵害に問われるおそれがあった³。例えば、テーマパークでキャラクターの着ぐるみと共に撮影した写真や、人物を撮影した際にその人物が着ているキャラクターがプリントされた T シャツも写っている写真、親がぬいぐるみを抱いた子どもを撮影した写真、街の様子を撮影した際に映画のポスターが写り込んでしまった写真は、個人でプリントアウトして楽しむような利用であれば著作権法 30 条（以下、著作権法の条文を参照する際には、引用などの場合を除き、法律名を省略する。）の私的使用のための複製であるから著作

¹ 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」44 頁（2011）

http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/shingi_hokokusho_2301_ver02.pdf。以下、Web ページは全て 2015 年 1 月 14 日に最終閲覧した。

² 文化審議会著作権分科会・前掲注（1）44 頁。

³ 加戸守行『著作権法逐条講義』245 頁（著作権情報センター、六訂新版、2013）。本書の改訂作業は文化庁著作権課が担当しており（本書「六訂新版にあたって」を参照）特に六訂新版で追加された平成 24 年改正の解説については実質的に文化庁の公式見解といえるが、後掲する著作権課の名義で「コピライト」に掲載された平成 24 年改正解説の記述と内容が重複するものであるため、本稿では平成 24 年改正の具体的な条文の解説としては著者が個人名となっている本書ではなく、著作権課名義で公表された解説を参照する。

そのほか、平成 24 年改正の解説として、池村聡「著作権法の一部を改正する法律の概要」NBL983 号 18-27 頁（2012）、壹貫田剛史「著作権法の一部を改正する法律（平成 24 年改正）について」知財ぷりずむ 11 巻 121 号 49-56 頁（2012）、文化庁長官官房著作権課「いわゆる「写り込み」等に係る規定や技術的保護手段に係る規定等の整備 あわせて、違法ダウンロードの刑事罰化に係る規定の整備」時の法令 1919 号 12-25 頁（2012）、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について」文化庁月報 531 号（2012）http://www.bunka.go.jp/publish/bunkachou_geppou/2012_12/special_01/special_01.html、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）」<http://www.bunka.go.jp/chosakuken/utsurikomi.html> などがある。

権侵害に問われないが、写真をブログ等でアップロードした場合、21条の複製権や、23条の公衆送信権の侵害となりうる。

上記のような問題を解決するため、第180回国会において著作権の一部を改正する法律が平成24年6月20日に成立し、同月27日に公布、翌年1月1日から施行された。平成24年改正は、「近年のデジタル化・ネットワーク化の進展に伴い、著作物等の利用態様が多様化しているとともに、著作物等の違法利用・違法流通が広がっていることから、著作物等の利用の円滑化を図りつつ、著作権等の適切な保護を図るため」行われたものである⁴。この法改正によって、いわゆる「写り込み」に係る規定を定めた30条の2が新設された。

しかし、30条の2によって従来の問題が解決されるとは必ずしも言えず、解釈によっては従来よりも写り込みが問題となる可能性がある。そこで、本稿では、30条の2について法解釈論を展開し、その課題を明らかにするとともに、課題を解決するための法改正を提案する。

本稿の第2章以降の構成は次のとおりである。第2章では、平成24年改正以前の著作権法において写り込みがどのように扱われてきたのか、裁判例と学説を取り上げ検討する。また、写り込みと関係する肖像権、パブリシティ権、プライバシー権についても若干の検討を行う。第3章では米国著作権法において写り込みがどのように扱われるのか、裁判例を取り上げて検討する。第4章では30条の2について、条文解釈を行い、課題を明らかにする。第5章では第4章で明らかにした課題を解決するために、30条の2の改正案を提示する。第6章では本稿の総括を述べる。

本稿は著作物の付随的利用について検討するものであるが、付随的利用の典型例として写り込みが挙げられていること、実際に過去に付随的利用が問題になった事例は写り込みであり、今後も主なものになると考えられること、30条の2は写り込みを対象としていることから、写り込みに焦点をあてて著作物の付随的利用について、過去の裁判例や30条の2に関する解説・学説を取り上げて検討を行う。

⁴ 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52巻618号16頁（2012）。

2. 平成 24 年改正以前の写り込みへの対応

本章では、平成 24 年改正以前の著作権法において、写り込みがどのように扱われてきたか、裁判例と学説を取り上げる。

2.1. 写り込みに関する裁判例

30 条の 2 が成立する以前の写り込みに関わる裁判例として、「書」の写り込みが著作権侵害であるか争われた雪月花事件（東京高判平成 14 年 2 月 18 日判時 1786 号 136 頁）、絵が描かれたバスの写真を使ったことが絵の著作権侵害であるか争われたはたらくじどうしゃ事件（東京地判平成 13 年 7 月 25 日判タ 1067 号 297 頁）が挙げられる⁵。以下、各裁判例について、事件の概要、判旨の概要を示し、検討を行う。

2.1.1. 雪月花事件

第一審 東京地判平成 11 年 10 月 27 日判タ 1018 号 254 頁

控訴審 東京高判平成 14 年 2 月 18 日判時 1786 号 136 頁

(a) 事件の概要

X は書家であり、平成 4、5 年ごろまでに「雪月花」「吉祥」「遊」の各作品（以下まとめて「原告各作品」という。）を完成した。

Y らは各種照明器具の製造、販売等を行う会社および広告物、宣伝物の企画、制作等を行う会社である。Y らが発行した照明器具の宣伝用カタログ 3 冊（以下「本件各カタログ」という。）に原告各作品が写り込んでいた。

Y らの行為が、X の有する複製権、氏名表示権及び同一性保持権を侵害したと主張して、損害賠償を請求した。

(b) 判旨の概要

⁵ 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）」8 頁（2008）<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/houkoku/081127digital.pdf>において、権利制限規定に直接該当しないものであるが、複製の柔軟な解釈、制限規定の柔軟な解釈により適法とされた事例として挙げられている。

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 巻 50-52 頁（2014）でも写り込みの事例として紹介されており、「いずれ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」と述べられている。

Xの請求は第一審で退けられ、控訴したが棄却された。本稿では控訴審の判旨の概要を取り上げる。

「書は、一般に、文字及び書体の選択、文字の形、太細、方向、大きさ、全体の配置と構成、墨の濃淡と潤濁（にじみ、かすれを含む。以下、同じ。）などの表現形式を通じて、文字の形の独創性、線の美しさと微妙さ、文字群と余白の構成美、運筆の緩急と抑揚、墨色の冴えと変化、筆の勢い、ひいては作者の精神性までも見る者に感得させる造形芸術であるとされている……。他方、書は、本来的には情報伝達という実用的機能を担うものとして特定人の独占が許されない文字を素材として成り立っているという性格上、文字の基本的な形（字体、書体）による表現上の制約を伴うことは否定することができず、書として表現されているとしても、その字体や書体そのものに著作物性を見いだすことは一般的には困難であるから、書の著作物としての本質的な特徴、すなわち思想、感情の創作的な表現部分は、字体や書体のほか、これに付け加えられた書に特有の上記の美的要素に求めざるを得ない」と、書の著作物としての特性を示した。

上記のような書の著作物としての特性をふまえた上で、「著作物の複製とは、既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製することであって、写真は再製の一手段ではあるが（著作権法二条一項一五号）書を写真により再製した場合に、その行為が美術の著作物としての書の複製に当たるといえるためには、一般人の通常の注意力を基準とした上、当該書の写真において、上記表現形式を通じ、単に字体や書体が再現されているにとどまらず、文字の形の独創性、線の美しさと微妙さ、文字群と余白の構成美、運筆の緩急と抑揚、墨色の冴えと変化、筆の勢いといった上記の美的要素を直接感得することができる程度に再現がされていることを要するものというべきである」と、書の著作物の複製にあたる要件を示した。

その要件に照らして、本件各カタログ中の原告各作品は小さく掲載されており、「限定された範囲での再現しかされていない本件各カタログ中の本件各作品部分を一般人が通常の注意力をもって見た場合に、これを通じて、本件各作品が本来有していると考えられる線の美しさと微妙さ、運筆の緩急と抑揚、墨色の冴えと変化、筆の勢いといった美的要素を直接感得することは困難であるといわざるを得ない」として、本件各カタログ中の本件各作品部分において、本件各作品の書の著作物としての本質的な特徴が再現されているとはいえないから、Yらの行為は本件各作品の複製に当たるとは言えない、と判示した。

また、著作者人格権の侵害、控訴審で新たに請求された翻案の成否に関しても、本件各作品の本質的な特徴が再現されていないことから、どちらも請求は認められなかった。

（c）検討

2条1項1号に、著作物とは「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」と定められている。書が著作物足りうることは動書事件（東京地判平成元年11月10日判タ719号191頁）でも示されている。

思想又は感情の創作的表現部分が著作物の本質的な特徴であるとして、書の場合には、字体や書体のほか、これに付け加えられた書に特有の配置や墨の濃淡といった美的要素が本

質的特徴であると判断された。そして、その本質的特徴が再現されているか否かが複製に当たるかの判断基準となった。

複製・翻案権侵害の判断基準に関して、学説上、直接感得性説と創作的表現説があるとされる。直接感得性説が原著作物の本質的特徴を直接感得できるか否かが判断基準になる⁶のに対して、創作的表現説は原著作物の創作的表現が再生されているか否かに判断基準を置く⁷。本件は書の創作的表現の再現の有無によって著作権侵害の成否を判断すべきであるとするものであるから、創作的表現説であるといえる、とする説⁸がある。本件各作品が有する本質的特徴が再現されていない旨判示されていることから、創作的表現の有無が判断基準とされる創作的表現説を本件が採用しているという主張に賛成する。

ただし、本件の判決について、「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って、ゆえに、もともとその保護範囲も狭いという事情があり、「書特有の事情を巧みに活用して権利侵害を否定する論法を採用しているから、その射程は決して広いものではない」と述べるもの⁹、文字・書体自体の保護を回避するために権利の射程を制限したものであり、他の著作物の場合には同様の論理を用いることは困難が伴うと述べるものがある¹⁰。本判決の範囲を狭くとらえると、書ではなく、絵画や写真といった本質的特徴を感得しやすいと考えられる著作物が写り込んでいた場合、たとえ小さく写っていたとしても著作物の全体像が写り込んでいれば創作的表現が再現されている場合が少なくないと考えられる。例えば、オークション・サイトのサムネイルくらいの大きさの画像であっても、構図などの創作的表現は読み取れるのが普通であり、逆に読み取れないサムネイル画像としての意味がないのであるから、絵画の場合には複製と認めざるを得ないと考えられている¹¹。写真の場合、ライティングやシャッタースピードの調整、絞りの調整による表現に創作性が認められるような写真で、小さく写り込んでいる場合には、創作的表現を読み取ることは難しいと考えられる。一方で、構図やシャッターチャンスに創作的表現がある場合には創作的表現が読み取りやすいと考えられる。構図は絵画同様、写真全体の印象に影響するものであるし、シャッターチャンスを捉えた写真も、その表現が全体として読み取りやすいと考えられる。詩や俳句といった文芸作品が写り込んだ場合も、小さく

⁶ 大野聖二「判批」別冊ジュリスト 198 号 91 頁（2009）。

⁷ 大野・前掲注（6）91 頁。

⁸ 大野・前掲注（6）91 頁。

⁹ 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 127 頁（2003）。

¹⁰ 作花文雄「判批」判時 1800 号 206 頁（2003）。

¹¹ 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 47 巻 554 号 9 頁（2007）。

なお、平成 21 年の著作権法改正により、47 条の 2 が設けられ、オークション・サイトのサムネイルについては許容された。ただし、著作権法施行令 7 条の 2、著作権法施行規則 4 条の 2 によりその範囲はかなり限定されており、写り込みに適用することは難しいと考えられる。例えば、デジタル方式で用いる際には画素数が 32400 以下であることが必要とされる。47 条の 2 について、加戸・前掲注（3）353 頁は、権利者の利益が不当に害されないよう慎重な解釈運用が望まれる旨述べているが、作花文雄『詳解著作権法』389 頁（ぎょうせい、第 4 版、2010）は、ネット上では種々のサムネイルが利用されていることを挙げ、より広範囲に制限を認めるのが望ましい旨述べる。

写り込んでいても文字を読み取ることができればその本質的特徴は読み取れると考えられる。

一方、判決は書に特有の論理だけではなく、著作権者の利益や、著作権により利用を禁じられることによる一般人の不都合とのバランスを考慮したものであると述べるものもあり¹²、創作的表現を再現しているか否かという要素のみで著作権侵害が判断されることにはならないと解することもできる。本件の場合、仮に書の創作的表現が再現されていたとしても、写り込んだ大きさからは書の代用品として用いることは考えにくく、著作権者の利益を不当に害することになるとは考えられない。

本件のような利用行為にまで著作権侵害を認めることは一般的に考えて不合理であるが、判決当時の著作権の制限規定では対応ができないものであったため、本来は著作物性が認められてもおかしくはないが、著作物性を認めないという判決に至ったものと考えられる。

2.1.2. はたらくじどうしゃ事件

東京地判平成 13 年 7 月 25 日判タ 1067 号 297 頁

(a) 事件の概要

原告はロコ・サトシの名で創作活動をしている画家である。平成 6 年に横浜市営バスの車体に横浜市街の全面に打ち出したデザインを施すことを企画したのを受けて、市営バスの車体の左右両側面部、上面部及び後面部に絵画を描いた（以下「原告作品」という。）

原告作品は赤、青、黄及び緑の原色を用いて、人の顔、花びら、三日月など様々な図形が独特のタッチで描かれている。原告作品が描かれたバス（以下「本件バス」という。）はパシフィック横浜循環バス路線を毎日定期的に繰り返し運行していた。

被告は平成 10 年、その表紙及び本文 14 頁左上に本件バスの写真を掲載している『まちをはしる はたらくじどうしゃ』（以下「被告書籍」という。）を出版、販売した。被告書籍中に原告作品の著作者氏名の表示はされていなかった。

原告は被告に対し、被告書籍に原告作品を複製して掲載した被告の行為が、著作権及び著作者人格権（氏名表示権）を侵害するものであると主張し、損害賠償を請求した。

(b) 判旨の概要

本件の主な争点は、原告作品は「その原作品が街路、公園その他の一般公衆に解放されている屋外の場所又は建造物の外壁その他一般公衆の見やすい屋外の場所」に「恒常的に設置されているもの」といえるか（46 条柱書）本件バスの写真を被告書籍に掲載し、販売することは、「専ら美術の著作物の複製物の販売を目的として複製し、又はその複製物を販

¹² 飯村敏明「著作権侵害訴訟の実務」『著作権制度概説および音楽著作権』明治大学法科大学院 212 頁(2006)

売する」行為に当たるか（46条4号）の2点である。46条は公開の美術の著作物等の利用について定めたものである¹³。

原告作品が美術の著作物に該当するののかに関して、原告作品には独特の表現手法がみられるなどの理由から、原告の個性が発揮された美術の著作物であると判示した。

46条の趣旨について、「美術の著作物の原作品が、不特定多数の者が自由に見ることができると屋外の場所に恒常的に設置された場合、仮に、当該著作物の利用に対して著作権に基づく権利主張を何らの制限なく認めることになると、一般人の行動の自由を過度に抑制することになって好ましくないこと、このような場合には、一般人による自由利用を許すのが社会的慣行に合致していること、さらに、多くは著作者の意思にも沿うと解して差し支えないこと」などを総合的に考慮して、屋外の場所に恒常的に設置されている美術の著作物の利用を原則的に自由としたものといえる、と判示した。

本件バスについて、毎日定期的に繰り返し循環していること、路線運行中は不特定多数の者が本件バスをみることができると、夜間は横浜市営バス専用の駐車施設内に駐車され、その間には不特定多数の者が見ることができないことを事実として認め、46条柱書の該当性について、「前記の趣旨に照らすならば、同条所定の「一般公衆に開放されている屋外の場所」又は「一般公衆の見やすい屋外の場所」とは、不特定多数の者が見ようとすれば自由に見ることのできる広く開放された場所を指すと解するのが相当である。原告作品が車体に描かれた本件バスは、市営バスとして、一般公衆に開放されている屋外の場所である公道を運行するのであるから、原告作品もまた、「一般公衆に解放されている屋外の場所」又は「一般大衆の見やすい屋外の場所」にあるというべきである」と判示した。

「恒常的に設置する」に関しては、「前記の趣旨に照らすならば、同条所定の「恒常的に設置する」とは、社会通念上、ある程度の長期にわたり継続して、不特定多数の者の観覧に供する状態に置くことを指すと解するのが相当である。……公道を定期的に運行することが予定された市営バスの車体に原告作品を描いたことは、正に、美術の著作物を「恒常的に設置した」というべきである」と判示した。原告は恒常性について、本件バスは夜間、車庫内に駐車されるため恒常的とはいえないと主張したが、「広く、美術の著作物一般について、保安上等の理由から、夜間、一般人の入場や観覧を禁止することを通常あり得るのであって、このような観覧に対する制限を設けたからといって、恒常性の要請に反するとして同規定の適用を排斥する合理性はない」と判示し、原告の主張は理由がないとした。また、原告は、本件バスは移動するので「設置する」に当たらないと主張したが、「同規定の前記趣旨に照らすならば、「設置」の意義について、不動産に固着されたもの、あるいは一定の場所に固定されたもののような典型的な例に限定して解する合理性はないというべきである」と判示し、原告の主張を退けた。

46条4号の趣旨について、「専ら複製物の販売を目的として複製する行為についてまで、著作物の利用を自由にした場合には、著作権者に対する著しい経済的不利益を与えることになりかねないため、法四六条柱書の原則に対する例外を設けたものである」と判示した。

¹³ 46条柱書「美術の著作物でその原作品が前条第二項に規定する屋外の場所に恒常的に設置されているもの又は建築の著作物は、次に掲げる場合を除き、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる。」同条4号「四 専ら美術の著作物の複製物の販売を目的として複製し、又はその複製物を販売する場合。」

被告の行為が4号に該当するかについて、「被告書籍は、幼児向けに、写真を用いて、町を走る各種自動車を解説する目的で作られた書籍であり、……幼児教育の観点から監修されていると解されること、表紙及び本文一四頁の掲載方法は、右の目的に照らして、格別不自然な態様とはいえないので、……原告作品が描かれた本件バスの写真を被告書籍に掲載し、これを販売することは、「専ら」美術の著作物の複製物の販売を目的として複製し、又はその複製物を販売する行為には、該当しないというべきである。」と、46条4号に該当しないと判示した。

著作者人格権である氏名表示権については、「被告書籍における著作物の利用の目的及び態様に照らし、著作者氏名を表示しないことにつき、その利益を害するおそれがないと認められる」と判示し、氏名表示権の侵害を否定した。

(c) 検討

本件は、屋外の場所に恒常的に設置されている美術の著作物について46条の解釈・適用が争われた事例である。

46条柱書の適用に関して、その趣旨から、「恒常的に設置」とは、継続して公衆が自由に見ることができる状態にあれば要件を満たすと述べるもの¹⁴や、そのような状態になることを知った上で著作者がバスに絵画を描いたのであれば46条を適用してよいと述べるもの¹⁵がある。一方、46条の目的は、迂回が困難なものの利用行為を許すものであって、恒常的に設置されていないものは動いた後に写せばいいのであるから、本件の解釈には無理があったと述べるもの¹⁶もあり、解釈が分かるところではあるが、通常の自動車と違い、定期的に同じルートを巡回するバスは、定期的に同じ場所で不特定多数の者が見ることができるのであるから、恒常的に設置されたものという判断は妥当であったと考える。また、「屋外の場所」に関して、バスは夜間車庫に入っているものの、判旨でも述べられているように夜間は公園等が封鎖され、設置してある美術作品にアクセスすることができない状況はあり得ることに加え、実際にバスが不特定多数の者の目に触れるのは公道を走っている昼間であるから、夜間車庫に入っていることをもって屋外の場所といえないと断ずるのは適切ではないため、屋外の場所に設置されているという判断は妥当であったと考える¹⁷。

46条4号は著作権者の経済的利益を害する行為については自由利用を認めないものであり、写真や絵ハガキ、ポスターなどに複製して販売する場合には自由利用が認められず、鑑賞目的ではない雑誌に掲載する行為などは許容されると考えられている¹⁸。本件では、本件バスを掲載した書籍を販売する行為は、幼児向けに写真を用いて町を走る各種自動車を解説する目的で作られたこと、本件バスの掲載は本文で紹介されている各種自動車の一例

¹⁴ 田中孝一「判批」判例タイムズ1096号157頁(2002)。

¹⁵ 村井麻衣子「判批」知的財産法政策学研究10号254-255頁(2006)。

¹⁶ 田村・前掲注(9)127頁、田村・前掲注(11)10-11頁。

¹⁷ なお、飯村・前掲注(12)216頁は、屋内の場所にあたるもの、すなわち「屋外の場所」にあたらないものとして、美術館の屋外に設置されている展示物や、美術館の庭に設置されているものを挙げている。

¹⁸ 加戸・前掲注(3)348頁、作花・前掲注(11)385-386頁、中山信弘『著作権法』369頁(有斐閣、第2版、2014)。

との印象を受けることなどの事情から、46条4号にはあたらないとした。この判決を支持するものとして、「被告書籍はあくまで幼児向けに写真を用いて町を走る各種自動車を解説するものであって、原告作品の描かれたバスを美術の著作物として鑑賞する等の目的を想定して販売された書籍ではな」く、「表紙に用いられたからといって、その絵画を鑑賞としての利用に供する目的を持った書籍でない以上、著作権者に与える経済的な不利益はさほど大きくないと想定できる」として、46条4号に当たらないと述べるものがある¹⁹。

一方、本件バスが選ばれたのは販売促進に利用された可能性もあるという指摘²⁰や、内部の頁に小さく本件バスの写真を掲載することは許容されても、本件バスの写真を表紙の中心にすえていることは、「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おもわれる」²¹との指摘もある。本件を担当した裁判官も、本文中の写真については販売目的と言えないとしても、「表紙については、見解が分かれる余地はあると思います」と述べる²²。

「専ら」販売目的の複製であるかは、表紙やグラビアなどが雑誌の販売促進に大きく貢献しているか否かで判断されるべきであると述べるもの²³もあり、表紙に掲載することと書籍の内部に掲載されることを書籍への掲載、という一括りで判断するのは無理があろう。表紙に掲載する場合は、書籍への掲載よりもむしろ、写真や絵ハガキ、ポスターに複製する行為に近いと考えられる。被告書籍中で本件バスは「路線バス」として紹介されているが、本件バスは一般的な路線バスとは異なる外観と考えられる。表紙に本件バスの写真を用いたことは原告作品の美的価値を販売促進に利用したと捉えることのできる行為であるとも考えることもでき、46条4号に当たらないと判断する必要はなかったと考える。

一方、書籍の内部に掲載された写真については、書籍を実際に開かなければ目につかないものであるから、販売促進に大きく貢献しているとはいえないため、「専ら」販売目的の複製とはいえないと考えられる。また、書籍の内部への掲載は引用に関する32条の活用もあり得ると述べるものがある²⁴。引用の要件をどのように解するかについては学説上争いがあるものの、幼児教育の目的で本文中に写真を利用するのであれば、引用であると捉えることもできるかもしれない。しかし、本件バスのような著作物が描かれたバスを一般的な路線バスとして紹介する必然性があるかは疑問であり、引用とされない可能性も小さくないから、46条で対応したことは妥当だと考える。

¹⁹ 村井・前掲注(15)255-256頁。

²⁰ 大江修子「判批」コピーライト41巻487号22頁(2001)。また、牛木理一「バス車体上の絵の利用は自由か」<http://www.u-pat.com/body08.html>は、幼児教育を目的とする絵本であったとしても、商業的に利用して商業的利益をあげている旨述べる。

²¹ 田村・前掲注(9)127-128頁。

²² 飯村・前掲注(12)216頁。

²³ 加戸・前掲注(3)348頁。

²⁴ 田村・前掲注(9)128頁。

2.2. 改正以前の著作権法と写り込み

報道のための利用や公共の場所に設置された著作物など、従来から写り込みが認められていた分野が存在する。本項ではそれらを簡単に紹介する。

2.2.1. 時事の事件の報道のための利用

時事の事件を報道する場合、当該事件を構成し、又は当該事件の過程において見られ、若しくは聞かれる著作物は、報道の目的上正当な範囲内において、41条により自由に利用することができる²⁵。例えば、ニュースの番組で、盗難された絵画がどのような絵画であるか知らせるために絵画を複製した場合、スポーツ大会入場式で流れる行進曲が放送された場合、事件現場の報道の際に偶然流れていた音楽が放送された場合などには著作権侵害とはならないと解されている²⁶。

41条には著作権者の利益を害するかどうかは要件として条文上明言されていない。報道の目的上正当な範囲内であれば、事件の正確な報道という側面が重視されるということである。ただし、前述した盗難絵画の報道の場合には、当該絵画の複製がカラー印刷して鑑賞に耐えるようなものであったり、音楽の場合には報道時間によっては正当な範囲を超えると判断される場合もあり得ると解されている²⁷。文言上は要件となっていないものの、「報道の目的上正当な範囲内」という要件に著作権者の利益を害するか否かという要件も含まれていると解することができる。

2.2.2. 公共の場所に設置されている著作物

公共の場所に設置された著作物が写り込んだ場合、46条により美術の著作物の原作品または建築の著作物は著作権が制限されるため利用することができる。ただし、美術の著作物の複製物を専ら販売目的で利用する行為については著作権者の経済的利益を害する行為と考えられるものであるため権利制限の対象にならない(46条4号、前掲はたらくじどうしゃ事件参照)。

建築の著作物については、「建築の著作物を建築により複製し、又はその複製物の譲渡により公衆に提供する場合」を除いて利用することができる(46条2号)。したがって、写真に建築物の著作物が写り込む場合は問題ない。ただし、窓等に別の著作物が映り込んでお

²⁵ 41条「写真、映画、放送その他の方法によつて時事の事件を報道する場合には、当該事件を構成し、又は当該事件の過程において見られ、若しくは聞かれる著作物は、報道の目的上正当な範囲内において、複製し、及び当該事件の報道に伴つて利用することができる。」

²⁶ 加戸・前掲注(3)318-319頁、中山・前掲注(18)355頁。

²⁷ 加戸・前掲注(3)319頁。

り²⁸、撮影した写真においても写り込んだ著作物の特徴が感得できるような場合には 46 条が適用されるものではないと考えられるため、著作権侵害となるか否かを検討する必要がある。また、例えば街頭の看板や広告は複製物であって、美術の原作品ではないため、46 条の対象とはならないと考えられる。

46 条は美術の著作物の原作品と建築の著作物の制限規定を定めたものであって、それら以外の著作物、例えば石碑に刻まれた文芸作品・音楽作品や写真の著作物には適用されないと解されている²⁹。写真の著作物の自由利用が認められなかった理由として、「写真の属性から、屋外設置作品からの複製であるかネガからの複製であるかの判別が困難であること」が挙げられている³⁰。この解釈を採用する場合、美術の著作物または建築の著作物以外の著作物が写り込んだ場合には 46 条ではなく、30 条の 2 の対象となるか否かが問題となる。しかし、46 条の立法趣旨が、「設置者の意思及び社会的慣行を考慮して……これらの著作物の自由利用を認めたもの」³¹である以上、屋外に恒常的に設置された著作物はその種類を問わず、自由利用を許容すべきではないか。著作権者の利益を害するような利用形態の場合に自由利用を認めなければよいのであり、著作物の種類で区別すべき合理性は低いと考える。また、写真の著作物の適用が認められない理由として挙げられている屋外設置のものからの複製かネガからの複製か判別が困難である、ということにも疑問がある。キャンパスに絵具を使って描かれた作品であれば、複製であるかそうでないのかの判別が容易であると考えられるが、デジタル上で描かれる絵画やイラストが、印刷されて屋外に設置されている場合、屋外に設置されたものからの複製であるか、元のデータからの複製であるかは判別が困難な場合が多いと考えられる。そのような性質は、現在ではネガからだけではなく、データから印刷されることが一般的である写真の場合と同様であるにもかかわらず、デジタル上で描かれた絵画やイラストは美術の著作物であるから 46 条の適用対象となり、写真は適用対象とならないのは不合理である。以上から、美術の著作物や建築の著作物以外についても 46 条の適用対象とすることが妥当であり、類推解釈あるいは拡大解釈で対応すべきである。

2.2.3. パブリックドメインに帰した著作物

写り込んだ著作物が、著作権が消滅し、パブリックドメインに帰した著作物であった場合を検討する。所有者である博物館に無断でパブリックドメインに帰した著作物を複製して出版した出版社に対して、所有権に基づき出版物の販売の差止め及びその著作物の複製部分の廃棄を求めた事件である顔真卿自書建中告身帖事件（最判昭和 59 年 1 月 20 日民集 38 卷 1 号 1 頁）において、「著作権の消滅後に第三者が有体物としての美術の著作物の原作品に対する排他的支配権能をおかすことなく原作品の著作物の面を利用したとしても、右

²⁸ ここでの「映り込み」は、窓や水面、光沢のあるものの表面に他の被写体が反射し、撮影されることを指す。

²⁹ 加戸・前掲注（3）346 頁。

³⁰ 加戸・前掲注（3）346 頁。

³¹ 加戸・前掲注（3）346 頁。

行為は、原作品の所有権を侵害するものではないというべきである」と判示されている。また、「原作品の所有権者はその所有権に基づいて著作物の複製等を許諾する権利をも慣行として有するとするならば、著作権法が著作物の保護期間を定めた意義は全く没却されてしまうことになるのであつて、仮に右のような慣行があるとしても、これを所論のように法的規範として是認することはできないものというべきである」と判示されており、美術館や博物館などで撮影が禁止されているものが写り込んだ場合であっても、パブリックドメインに帰した著作物に関しては自由に利用することができる。

学説上も「物の無形的利用とは、基本的には情報の利用であり、その規整は知的財産法の領域に属する。そのような情報の中で特に保護をすべきものに法的保護を与えているのが各種知的財産法であり、知的財産法において保護されていないということは、原則として自由利用の領域に属すると考えられる」³²と説かれることから、パブリックドメインに帰した著作物については自由に利用ができると解することが相当である。

したがって、パブリックドメインに帰した著作物が写り込んだ場合には、著作権法の制限規定に該当するか判断するまでもなく、自由に利用できるといえる。ただし、パブリックドメインに帰した著作物であっても著作者人格権を侵害するような態様で利用した場合は、著作者人格権の侵害となり得る（60条）。ただし、パブリックドメインに帰した著作物が著作者人格権のために自由な利用が認められないようでは、そもそも権利期間を定めて権利期間が経過した後は自由に利用できるようにしている制度そのものを否定することにもなりかねないから、著作者人格権にもとづくパブリックドメインに帰した著作物の利用の制限は慎重に判断されるべきと考える。

また、パブリックドメインに帰した著作物であっても、商標権、意匠権等の産業財産権により保護されている場合も考えられるため、そのような産業財産権等には著作権とは別に注意する必要がある。もっとも、商標が写り込んだとしても商標としての使用に当たらない場合は商標権を侵害するものとはいえない。「登録商標の機能と関わり合いがない使用態様のものは、特別の事情がない限り、登録商標の正当な権利行使……の本来の商標の経済的機能の発揮に不当な影響を及ぼすことはない」と解せられ、この行為についてまで権利侵害を認めることは、実質的理由なく不必要に権利者を保障する弊害をもたらす反面、一般人は不当に自由を奪われることになり、公正な競争秩序を維持するゆえんではない」と判示したもの（大阪地判昭和51年2月24日無体集8巻1号102頁）、「商標とは本来自他商品識別の機能を果すものとして使用されるものでなければならず、……第三者が登録商標と同一の若しくはこれと類似の標章を商品について使用するものであつても、その使用態様が自他商品を識別するという機能の面において使用されているものと認められないときは、商標権者は第三者のその標章の使用を禁止し得ないものと解すべきである」と判示したもの（東京地判昭和51年9月29日無体集8巻2号400頁）など、商標としての使用に当たらないものは商標権を侵害しない旨を示す裁判例が多数存在する³³。したがって、商

³² 中山・前掲注（18）244-245頁。

³³ 東京地判昭和63年9月16日無体集20巻3号444頁、東京地判平成7年2月22日知財集27巻1号109頁、東京地判平成10年7月22日知財集30巻3号456頁、東京地判平成13年1月22日判タ1053号261

標としての使用にあたらなような態様の写り込みは許容されると考えられる³⁴。意匠権の場合も実施にあたらなければ侵害にはならない。意匠の実施は意匠法 2 条 3 項において、「この法律で意匠について「実施」とは、意匠に係る物品を製造し、使用し、譲渡し、貸し渡し、輸出し、若しくは輸入し、又はその譲渡若しくは貸渡しの申出（譲渡又は貸渡しのための展示を含む。以下同じ。）をする行為をいう。」と定められており、写り込みが意匠の実施に該当するとは通常考えにくく、意匠権が問題となることはないと考えられる。

2.2.4. 図書館における複写

31 条 1 項³⁵では、図書館等の利用者の求めに応じ、公表された著作物の一部分の複製が認められており、実務上、一著作物の半分までと解釈されている³⁶。しかし、事典の項目や俳句などは著作物全体の分量が少ないため、紙面を複製する際に、一部分のみを複製することが困難な場合や、それらの複製を目的としていない場合にも写り込んでしまうことがあり、結果的に著作物の利用が阻害されてしまうことがある。

上記のような状況を改善するため、「図書館における著作物の利用に関する当事者協議会」を構成する図書館団体である社団法人日本図書館協会、国公立大学図書館協力委員会、全国公共図書館協議会は、同協議会を構成する権利者団体と協議を行い、「複製物の写り込みに関するガイドライン」を平成 18 年 1 月 1 日に作成した³⁷。ガイドラインには、同一紙面上に著作物が写り込んだ場合、権利者に許諾を得る必要がない旨が示されている。ただ

頁、東京地判平成 16 年 6 月 23 日判タ 1164 号 264 頁、東京地判平成 22 年 11 月 25 日判時 2111 号 122 頁など。

³⁴ 二瓶和紀 = 宮田ただし『映像の著作権』146 頁（太田出版、2012）は、商標等が写真の被写体と何らかの結びつきがあると誤解されるような態様で写り込んでいる場合には、不正競争防止法の「混同」（不正競争防止法 2 条 1 項 1 号）の概念にあたる可能性もないとはいえない旨述べるが、そのような態様で写っているものはもはや写り込みとは言えないと考えられる。

³⁵ 31 条 1 項「国立国会図書館及び図書、記録その他の資料を公衆の利用に供することを目的とする図書館その他の施設で政令で定めるもの（以下この項及び第三項において「図書館等」という。）においては、次に掲げる場合には、その営利を目的としない事業として、図書館等の図書、記録その他の資料（以下この条において「図書館資料」という。）を用いて著作物を複製することができる。

一 図書館等の利用者の求めに応じ、その調査研究の用に供するために、公表された著作物の一部分（発行後相当期間を経過した定期刊行物に掲載された個々の著作物にあつては、その全部。第三項において同じ。）の複製物を一人につき一部提供する場合

二 図書館資料の保存のため必要がある場合

三 他の図書館等の求めに応じ、絶版その他これに準ずる理由により一般に入手することが困難な図書館資料（以下この条において「絶版等資料」という。）の複製物を提供する場合」

³⁶ 全国公共図書館協議会「公立図書館における複写サービスガイドライン」1 頁（2012）

<http://www.library.metro.tokyo.jp/Portals/0/zenkouto/hukusyasa-bisu.pdf>、国立国会図書館「著作権にかかわる注意事項」（2012）<http://www.ndl.go.jp/jp/service/copy/copyright.html>。

³⁷ 日本図書館協会・国公立大学図書館協力委員会・全国公共図書館協議会「複製物の写り込みに関するガイドライン」（2006）<http://www.jla.or.jp/Portals/0/html/fukusya/uturikomi.pdf>。

し、権利者の経済的利益を大きく侵害するおそれがあることを理由に、楽譜、地図、写真集・画集（書の著作物を含む）、雑誌の最新号の4種類の資料はガイドラインの対象外とされている。なお、対象外資料に関して、ガイドラインのQ&Aにおいて、上記4種類の資料が、複製しようとする紙面に付随的に使われているような場合はガイドラインの対象外とはならない旨が示されており³⁸、著作物の付随的な利用は、図書館と権利者との間で許容されてきたことがわかる。

2.3. 改正以前の写り込みに関する議論

前掲雪月花事件に関して、写り込みといった付随的利用に関する解釈運用の在り方を考察したものが³⁹。そこでは付随的利用の要件として、英米法にみられる法理である「当該著作物の利用が、偶発的であること、創作される著作物において本質的でないこと、従属的であること、又は単に背景となるものであること」という観点が参考になり得ると述べ、「各要件がいずれも備わっていなければ付随的利用として許容されないということではなく、総合的に判断した上で公正な利用としての可否が判断されることになるべきものと思われる」と述べる⁴⁰。また、平成24年改正以前に「主要な被写体の背景に何か絵らしき物が写っているという程度のもは、著作物の実質的利用というには足りず、著作権がそもそも働かないジャンルのものであります」と述べるものもある⁴¹。

写り込んだ著作物の本質的特徴が再現されていたとしても、「a: 利用される著作物の性質および存在理由 b: 利用目的の有無および内容 c: 利用する側の作品等の性質 d: 利用の具体的態様」等を考慮して、著作権の実質的な利用がないと評価できるのであれば、「規範的な意味での「実質的利用」を否定すべきである」と述べ、実質的利用か否かを判断するにあたっては、写り込む著作物が欠けても元の著作物に何ら影響が生じない消去可能性テストが重要であると述べるものがある⁴²。また、工業製品の外観に著作物が利用されている場合には「物」としての側面の利用は著作物としての利用とならないと解したとしても不利益はないと述べる⁴³。

³⁸ 日本図書館協会・国公立大学図書館協力委員会・全国公共図書館協議会「「図書館間協力における現物貸借で借り受けた図書の複製に関するガイドライン」に関するQ&A」(2006)

<http://www.jla.or.jp/Portals/0/html/fukusya/q&a.pdf>.

³⁹ 作花・前掲注(10)206頁以下。

⁴⁰ 作花・前掲注(10)206頁。

また、付随的利用が制限規定として明記されていなくとも、「ほぼ同様の結論を導くべき必要性がある場合も少なくないと思われる」(209頁)と述べる。

⁴¹ 加戸守行『著作権法逐条講義』288頁(著作権情報センター、五訂新版、2006)。

⁴² 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」斉藤博先生御退職記念論集『現代社会と著作権法』337-340頁(弘文堂、2008)。

⁴³ 前田・前掲注(42)341-342頁。

また、権利者の黙示の許諾が認められる場合や、民法1条3項⁴⁴の権利濫用にあたる場合もあるとするものがある。黙示の許諾にあたる場合として、「例えば、テーマパークや観光地など、多くの人の来集が想定され、写真撮影等が行われることが容易に想定できる場所に掲示してある著作物等（キャラクター等）については、その権利者が黙示の許諾を与えていると考えられる場合もあろう」と述べられている⁴⁵。ただし、それは撮影時の場合であって、著作物が写り込んだ写真をウェブページにアップロードして公衆の閲覧に供した場合には、撮影時と比べて黙示の許諾、権利濫用ともに該当する場合が減少する可能性があると述べられている⁴⁶。

以上のように、平成24年の改正以前にも写り込みを許容すべきと考えるものが存在していたことがわかる。

2.4. 肖像権、パブリシティ権、プライバシー権

写り込みは著作権のみが問題となるわけではなく、人物が写り込んだ場合には肖像権やパブリシティ権、プライバシー権が問題となる可能性がある。本稿は著作権法上の課題を扱うものであるが、重要な論点であるため若干の検討を行う。

2.4.1. 肖像権

肖像権とは、自己の容ぼう姿態をみだりに撮影等作成され、これを公表されることを拒絶することができる権利であり、自己の肖像の作成の拒絶権（意思に反して、撮影されることを拒絶する権利）、作成された肖像を公表することの拒絶権、肖像を営利目的で利用するについての拒絶権（パブリシティ権）、以上3つの形態を含むものと解されている⁴⁷。肖像権という権利自体は法令では定められておらず、京都府学連事件（最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁）⁴⁸で確立したとされている⁴⁹。

⁴⁴ 民法1条3項「3 権利の濫用は、これを許さない。」

⁴⁵ 経済産業省「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」ii.91頁（2012）

<http://www.meti.go.jp/press/2012/11/20121120001/20121120001-3.pdf>

なお、準則が2013年9月に改定されてからは30条の2に関する記述も追加されている。

⁴⁶ 経済産業省・前掲注（45）ii.92頁。

⁴⁷ 大家重夫『肖像権』25頁（太田出版、改訂新版、2011）。

⁴⁸ 京都市内で行われたデモ行進を、警察官が許可条件に違反するとして写真撮影したところ、学生が抗議し、旗竿で警察官の下顎部を突いて約一週間の治療を要する傷害を負わせた事例。

⁴⁹ 最高裁は、「憲法一三条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定しているのであって、これは、国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものといえる。そして、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態（以下「容ぼう等」という。）を撮影されない自由を

肖像権と写り込みとの関係については、街の人事件（東京地判平成 17 年 9 月 27 日判時 1917 号 101 頁）⁵⁰において、「本件写真は、原告の全身像に焦点を絞り込み、容貌を含めて大写しに撮影したものであるところ、このような写真の撮影方法は、撮影した写真の一部にたまたま特定の個人が写り込んだ場合や不特定多数の者の姿を全体的に撮影した場合とは異なり……被写体となった原告に強い心理的負担を覚えさせる」と判示されており、意図せず写り込んだ場合や個人の特定ができないような場合については肖像権侵害とならないことが示唆されている。「ブブカアイドル事件第一審」（東京地判平成 16 年 7 月 14 日判時 1879 号 71 頁）⁵¹も「例えば、年末の帰省時期における空港の人混みを流すように撮影したようなものではなく、原告 H らに焦点を当て、特定することができるように撮影したものであるから、通常一般人の常識的理解として公開を許容しているものとは、到底認められ……ない」と判示しており、特定の個人に焦点を当てたものでなければ肖像権の主張が認められ難いと読み取ることができる。また、法廷内撮影事件（最判平成 17 年 11 月 10 日民集 59 巻 9 号 2428 頁）⁵²において、「ある者の容ぼう等をその承諾なく撮影することが不法行為法上違法となるかどうかは、被撮影者の社会的地位、撮影された被撮影者の活動内容、撮影の場所、撮影の目的、撮影の態様、撮影の必要性等を総合考慮して、被撮影者の上記人格的利益の侵害が社会生活上受忍の限度を超えるものといえるかどうかを判断して決すべきである」旨判示されており、過度に肖像権が主張されることによって、表現の自由が制限されることは否定されている。

京都府学連事件及び法廷内撮影事件の判決から、写り込んだ人物が特定できない場合と特定できる場合とに分けて検討するものがある⁵³。写り込んだ人物が特定できない場合は肖像権が問題になることは考えられず、問題になったとしても特段の事情のない限り受忍限度の範囲といえ、肖像権侵害は成立しないと解されている⁵⁴。人物が特定できる場合、例えば広告に利用するために観客がクローズアップされたコンサート会場の写真・映像の場合には、会場の雰囲気伝える上で鑑賞者の表情を広告に利用する必要性は肯定されると考えられるものの、そのような被写体にされることをすべての者が了承しているとはいえない

有するものというべきである」と判示しており、続けて「これを肖像権と称するかどうかは別として」とされているものの、憲法 13 条の幸福追求権を根拠として肖像権を認める旨を示している。

⁵⁰ 胸部に「SEX」の文字がデザインされた服を着た銀座の横断歩道を歩く女性の全体像を許可無く撮影し、ウェブサイト公開したことが肖像権を侵害するか争われた事例。

⁵¹ 女性芸能人のプライベート写真を雑誌に掲載し、出版・販売したことがプライバシー権・パブリシティ権を侵害するか争われた事例。

⁵² 週刊誌のカメラマンが裁判所の法廷において、隠しカメラを用いて当該裁判における被告人を無断で撮影した写真や法定内での容ぼうをイラスト画で週刊誌に掲載したことが不法行為にあたるとして被告人が訴えた事例。

⁵³ 経済産業省「電子商取引及び情報取引等に関する準則」ii.66-ii.69 頁（2014）。

<http://www.meti.go.jp/press/2014/08/20140808003/20140808003-3.pdf>。

⁵⁴ 経済産業省・前掲注（53）ii.66、ii.68 頁。特定できない例として、画像の解像度が低い場合やぼかし・モザイクなどの画像処理を行った場合が挙げられている。

い上、報道等での利用でもないため、肖像権侵害の可能性は否定出来ないと解されている⁵⁵。一方、観光地で肖像が写り込んだ場合は撮影目的や写り込んだ肖像が従たる存在と評価出来る場合には受忍限度の範囲といえる場合が多いと解されている⁵⁶。

コンサート会場などの写真・映像の場合に、肖像権侵害の可能性は否定出来ないと解されているが、例として挙げられている観客をクローズアップした写真・映像の場合は肖像権侵害の可能性も否定できないものの、特定の観客をクローズアップしていないコンサートの様子を撮影したものであれば、コンサート会場は不特定あるいは多数の人物が集まる場所といえるため、観光地で肖像が写り込んだ例と同様に受忍限度の範囲といえる場合が多いと考えられる⁵⁷。学説上でも、ドイツでは肖像権が明文化されており（ドイツ著作権法 22 条）、その例外規定（ドイツ著作権法 23 条）では、人物の肖像が風景の点景として写ることや、その人物が参加している集会等に関するものに写ることなどは肖像権の保護が及ばないことが定められていることを指摘し、公の場での撮影に人物が写り込んだ場合には殊更に強調されているような場合を除いて肖像権侵害は成立しないと考えるものがある⁵⁸。

以上から、人物が殊更に強調されたものではなく、また、名誉または声望を害するようなものではない意図しない写り込みの場合であれば問題となることは少ないといえる。そもそも人物を強調するようなものは写り込みとはいえず、実際は名誉・声望を害するような特段の事情がなければ写り込みによって肖像権侵害が生じることはないと考えられる。

2.4.2. パブリシティ権

肖像権の形態の一つである肖像を営利目的で利用するについての拒絶権はパブリシティ権と呼ばれている。これは、著名人の氏名・肖像は顧客吸引力を有する場合があり、そのような顧客吸引力を排他的に利用する権利と捉えられている。写り込みに関しても、著名人が写り込んだ場合にはパブリシティ権の問題になりうる。

⁵⁵ 経済産業省・前掲注（53）ii.66、ii.68-69 頁。

⁵⁶ 経済産業省・前掲注（53）ii.66、ii.69 頁。

⁵⁷ 経済産業省・前掲注（53）ii.69 頁でも、「コンサート会場等に来訪する者は、そのような写真・映像撮影の被写体とされることを十分に予知しているし、その利用態様からは、権利侵害の程度は低く、なお受忍の範囲内との評価も有り得る」と述べられており、あくまで特定の観客をクローズアップした場合に、そこまでの撮影を了承しているということではできないという考えから肖像権侵害の可能性が否定出来ないと解していると考えられる。

⁵⁸ 内藤篤 = 田代貞之『パブリシティ権概説』56-58 頁（木鐸社、第 3 版、2014）。竹田稔『プライバシー侵害と民事責任』267 頁（判例時報社、増補改訂版、1998）も「一般的な公共の場所（街頭・公園・通勤電車・駅・空港等）に市民が身を置いている場合、公衆の容貌・姿態を撮影する行為は、それが一般人が通常取っている行動であってその行動自体が撮影されることに心理的負担を覚えない形態でなされるときは、肖像権侵害に当たらない」と述べる。

パブリシティ権はマーク・レスター事件(東京地判昭和51年6月29日判時817号23頁)⁵⁹で初めて実質的に認められたといわれている⁶⁰。パブリシティ権という用語が初めて使われたのは光 GENJI 事件(東京地判平成元年9月27日判時1326号137頁)⁶¹であり、「パブリシティ権の帰属主体は、氏名・肖像の有する独立した財産的価値を積極的に活用するため、自己の氏名・肖像につき、第三者に対し、対価を得て情報伝達手段に使用することを許諾する権利を有すると解される」と判示された。

最高裁まで争われたものとしてはピンク・レディー・パブリシティ権事件(最判平成24年2月2日裁時1549号1頁)がある。この事件では芸能人を被写体とする写真を週刊誌に無断で掲載した行為が、パブリシティ権を侵害するかについて、最高裁まで争われた。

最高裁は、「肖像等を無断で使用する行為は、肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用し、商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付し、肖像等を商品等の広告として使用するなど、専ら肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするといえる場合に、パブリシティ権を侵害するものとして、不法行為法上違法となると解するのが相当である」と3つの類型を示した。その上で使用された写真がピンク・レディーそのものを紹介するものではなく、ピンク・レディーの曲の振り付けを利用したダイエット法の記事の補足として用いられていること、雑誌約200頁のうち3頁のみの使用であったこと、白黒写真であったこと、掲載された大きさが小さいことから、顧客吸引力の利用を目的とするものとはいえないとして、パブリシティ権を侵害するものではないと判示した。

最高裁の判示によれば、パブリシティ権の侵害となるのは、「専ら肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするといえる場合」である。本判決の裁判官の金築誠志は補足意見として、「肖像等の無断使用が不法行為法上違法となる場合として、本判決が例示しているのは、……肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用する場合、……商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付する場合、肖像等を商品等の広告として使用する場合の三つの類型であるが、これらはいずれも専ら顧客吸引力を利用する目的と認めるべき典型的な類型であるとともに、従来の下級審裁判例で取り扱われた事例等から見る限り、パブリシティ権の侵害と認めてよい場合の大部分をカバーできるものとなっているのではないかと思われる。これら三類型以外のものについても、これらに準ずる程度に顧客吸引力を利用する目的が認められる場合に限定することになれば、パブリシティ権の侵害となる範囲は、かなり明確になるのではないだろうか」と述べており、補足意見からは、本判決はパブリシティ権の侵害となる場合を明確化したものと捉えることができる。

⁵⁹ 映画中の肖像をその俳優に無断で菓子類の宣伝用のテレビコマーシャルに提供したことが肖像権等を侵害するか争われた事例。

⁶⁰ 「氏名や肖像が、……人格的利益とは異質の、独立した経済的利益を有することになり(右利益は、当然に不法行為法によつて保護されるべき利益である。)俳優等は、その氏名や肖像の権限なき使用によつて精神的苦痛を被らない場合でも、右経済的利益の侵害を理由として法的救済を受けられる場合が多いといわなければならない」と判示し、著名人の氏名・肖像に経済的利益を認めた。

⁶¹ 著名人の許諾なしにその氏名・肖像を表示した商品に対して物品販売禁止等仮処分の仮処分決定が下されたが、氏名・肖像を使用した者がその仮処分決定の取消を申し立てた事例。

一方、最高裁が示した 3 つの類型は「など」と付されていることから、あくまで例示であってパブリシティ権侵害の明確な判断基準が提示されたわけではないと解し、パブリシティ権侵害の成否については、人の肖像、氏名が 宣伝広告に利用されるか、商品化される場合に限り違法とすべきであると述べるものもあり、パブリシティ権の侵害の判断には未だ争いがみられる⁶²。

写り込みの事例でパブリシティ権の侵害となるかどうかは、ピンク・レディー・パブリシティ権事件において、パブリシティ権侵害が否定された要因が、対象となる写真の大きさなどの使用態様が全体の軽微な部分であると認められたことであると言えること、学説上で営利利用が認められるかに重点を置くべきという主張があることを踏まえると、写り込んだ肖像の営利性を利用するものではなく、かつ、対象となる写真における軽微な構成部分と言える場合には「専ら肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするといえる場合」とはいえないから、パブリシティ権を侵害しないと考えられる⁶³。

なお、パブリシティ権を侵害しないものであっても写り込みの態様によっては肖像権侵害に問われるおそれもある。ただし、著名人はその社会的な立場から、一般人よりも受忍限度が広く認められる可能性が指摘されている⁶⁴。したがって、一般人であっても写り込み

⁶² 田村善之「判批」法時 84 巻 4 号 4 頁（2012）。内藤ほか・前掲注（58）111 頁も 3 つの類型は例示と見るべきと述べる。

⁶³ 内藤ほか・前掲注（58）419 頁は、意図しない写り込みはパブリシティ権、肖像権のいずれにしても、権利侵害とされるべきでない旨述べる。また、経済産業省・前掲注（53）ii.73 頁は、コンサートで撮影した著名人の肖像をウェブページ上の広告等に使用する場合は著名人の承諾がなければパブリシティ権の侵害となる可能性が高いが、観光地などで撮影した写真や映像に著名人が写り込んでいても顧客吸引力を利用するものとはいえないからパブリシティ権の問題とはならない旨述べる。

⁶⁴ 大家・前掲注（47）110 頁は、「有名人の写真を撮影、掲載することは、公共の利害に関することで、かつ、公益目的があるケースが多いのである」とし、肖像権侵害にならない場面が一般人と比べて多いと述べる。経済産業省・前掲注（53）ii.69 頁も、「著名人は社会的に広く存在と行動が注目される立場にあり、一定程度その肖像等が利用されることによって知名度・注目度があがり活動にも資することがあり、パブリシティ権を侵害しない使用態様であれば著名人も肖像利用を許すことを承諾することが推測されるであろうことを考えると、一般人よりは受忍限度の範囲が広く認められる可能性がある。また、撮影時の具体的事情によっては、著名人の推定的承諾が認められるといえる場合もあろう」と述べられている。

裁判例においても、前掲マーク・レスター事件で、「俳優等の職業を選択した者は、もともと自己の氏名や肖像が大衆の前に公開されることを包括的に許諾したものであつて、右のような人格的利益の保護は大幅に制限されると解し得る余地があるからである。それだけでなく、人気を重視するこれらの職業にあつては、自己の氏名や肖像が広く一般大衆に公開されることを希望若しくは意欲しているのが通常であつて、それが公開されたからといって、一般市井人のように精神的苦痛を感じない場合が多いとも考えられる。以上のことから、俳優等が自己の氏名や肖像の権限なき使用により精神的苦痛を被つたことを理由として損害賠償を求め得るのは、その使用の方法、態様、目的等からみて、彼の俳優等としての評価、名声、印象等を毀損若しくは低下させるような場合、その他特段の事情が存する場合（例えば、自己の氏名や肖像を商品宣伝に利用させないことを信念としているような場合）に限定されるものというべきである」と判示されている。

の場合には肖像権侵害が認められるのは特段の事情がある場合であると考えられるため、著名人の場合には写り込みによって肖像権侵害が生じることはほぼないと考えられる。

2.4.3. プライバシー権

プライバシー権に関しては、宴のあと事件（東京地判昭和 39 年 9 月 28 日判タ 165 号 184 頁）⁶⁵において日本で初めて扱われた。裁判所はプライバシー権について以下のように判示した。「いわゆるプライバシー権は私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利として理解されるから、その侵害に対しては侵害行為の差し止めや精神的苦痛に因る損害賠償請求権が認められるべきものであり、民法 709 条はこのような侵害行為もなお不法行為として評価されるべきことを規定しているものと解釈するのが正当である。

そしてここにいうような私生活の公開とは、公開されたところが必ずしもすべて真実でなければならないものではなく、一般の人が公開された内容をもつて当該私人の私生活であると誤認しても不合理でない程度に真実らしく受け取られるものであれば、それはなおプライバシーの侵害としてとらえることができるものと解すべきである。」「プライバシーの侵害に対し法的な救済が与えられるためには、公開された内容が（イ）私生活上の事実または私生活上の事実らしく受け取られるおそれのあることがらであること、（ロ）一般人の感受性を基準にして当該私人の立場に立つた場合公開を欲しないであろうと認められることがらであること、換言すれば一般人の感覚を基準として公開されることによつて心理的な負担、不安を覚えるであろうと認められることがらであること、（ハ）一般の人々に未だ知られていないことがらであることを必要とし、このような公開によつて当該私人が実際に不快、不安の念を覚えたことを必要とするが、公開されたところが当該私人の名誉、信用というような他の法益を侵害するものであることを要しない。最高裁レベルでは石に泳ぐ魚事件（最判平成 14 年 9 月 24 日裁判集民 207 号 243 頁）⁶⁶において、「人格的価値を侵害された者は、人格権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差し止めを求めることができるものと解するのが相当である。」「原審の確定した事実関係によれば、公共の利益に係わらない被上告人のプライバシーにわたる事項を表現内容に含む本件小説の公表により公的立場にない被上告人の名誉、プライバシー、名誉感情が侵害されたものであって、本件小説の出版等により被上告人に重大で回復困難な損害を被らせるおそれがあるというべきである」と判示され、プライバシーが人格権に含まれることが示された。

プライバシーを扱う事例は 1964 年以降に蓄積し、下級審レベルではプライバシーを権利として認めるものが多数存在し、最高裁判所はプライバシーを権利と明言はしないものの、「プライバシー」という言葉を用いて不法行為責任や人格権に基づく差し止めを認めるよ

⁶⁵ 著名な小説家が執筆した小説『宴のあと』が、小説のモデルとなった原告のプライバシー権を侵害するものか争われた事例。

⁶⁶ 『石に泳ぐ魚』という小説に登場する人物が原告と酷似しており、原告のプライバシー権を侵害するものか争われた事例。

うになっていることから、「ひとりにしておかれる権利」である伝統的なプライバシー権が法的に保護される権利として裁判例上、認められていると分析されている⁶⁷。

写り込みとプライバシー権に関しては、人物が写り込んだ場合には肖像権により対応することができると考えられる⁶⁸。ただし、プライバシー権から肖像権を除外することを提案するものもある⁶⁹。仮にそのような立場をとる場合、プライバシー権と肖像権の考慮要素が重なることはなくなるが、人物が写り込んでいる場合はプライバシー権ではなく、肖像権で対応することになると考えられるため、人物の写り込みを肖像権あるいはプライバシー権のいずれで対応しても問題はないと考えられる。

人物以外のものが写り込んだことによりプライバシー権が争われる場合は肖像権とは別途検討しなければならない。アパートのベランダに干していた下着等の洗濯物が撮影され、ストリートビューの画像としてインターネット上で公表されたことがプライバシー侵害であるか争われた事件（福岡高判平成24年7月13日平成23年（ネ）第439号）が参考になる。裁判所は「写真ないし画像の撮影行為については、被撮影者の承諾なく容ぼう・姿態が撮影される場合には肖像権侵害として典型的に捉えられるが、さらに、容ぼう・姿態以外の私的事項についても、その撮影行為により私生活上の平穩の利益が侵され、違法と評価されるものであれば、プライバシー侵害として不法行為を構成し、法的な救済の対象とされると解される」と判示し、容ぼう・姿態以外の撮影についてもプライバシー侵害となり得る旨を示した。ただし、撮影行為が違法となるか否かの判断は、「被撮影者の私生活上の平穩の利益の侵害が、社会生活上受忍の限度を超えるものといえるかどうか判断基準とされるべきであると解される」とされ、「本件画像は、……公道から周囲全体を撮影した際に画像に写り込んだものであるところ、本件居室のベランダは公道から奥にあり、画像全体に占めるベランダの画像の割合は小さく、そこに掛けられている物については判然としないのであるから、一般人を基準とした場合には、この画像を撮影されたことにより私生活の平穩が侵害されたとは認められないといわざるを得ない」として、受忍限度の範囲内であると判示した。また、「一般に公道において写真・画像を撮影する際には、周囲の様々な物が写ってしまうため、私的事項が写真・画像に写り込むことも十分あり得るところで

⁶⁷ 石井夏生利『個人情報保護の理念と現代的課題　プライバシー権の歴史と国際的視点』275-282頁（勁草書房、2008）。

⁶⁸ 内藤ほか・前掲注（58）102-106頁は、肖像権を対マスメディアなどとの関係で「放っておいてもらう権利」（伝統的なプライバシー権である「ひとりにしておかれる権利」）と捉え、その限りでプライバシー権の1種と位置づけている。また、経済産業省・前掲注（53）ii.70頁は、人物が写り込んだ場合には肖像権の制限される場面での考慮要素とほぼ重なりと解し、人物が写り込んでいるものの、肖像権とプライバシーが重ならない場合として、「本人が否か判別困難な肖像と氏名を並べて公表している場合や周辺の景色などから人物を特定できる場合など」と例示している。

⁶⁹ 大家・前掲注（47）62-66頁は、プライバシー権の定義が困難であること、プライバシーは秘匿、放置、隔離してほしい、という意味合いが中心であるのに対して、肖像は露出しているものであり、言葉の上で同一視するのは適切ではないこと、日本の私法はドイツ法の影響を多く受けており、肖像権の概念は知られていること、プライバシー権について最高裁の見解が明確でないことを理由に、プライバシー権から肖像権を除外することを提案している。

あるが、そのことも一定程度は社会的に容認されていると解される」とも判示されている。本件から、プライバシーに関するものが写り込んでいても直ちに侵害となるとはいえず、写り込みの態様に応じて判断されるものであると考えられる。

2.5. 小括

本章では平成 24 年改正以前に写り込みが法的にどのように扱われてきたのか、裁判例や学説を通して検討した。著作権法には写り込みに関する制限規定は存在しなかったものの、裁判例では写り込んだ著作物はその本質的な特徴が再現されていないとすることや、写り込みを主な対象とはしていない制限規定を柔軟に解釈することによって、社会通念上許容されるべきと考えられる著作物の利用を認めてきた。学説上も写り込みは許容されるべきと考えられてきた。

しかし、写り込みに関する明文規定を欠くために生じ得る問題もある。裁判例は下級審判決であり、強い拘束力をもつものではない。今後、裁判例と同様の事例であっても著作権侵害が否定されないことも考えられる。また、明文規定を欠くために、本来は許容されるべき著作物の利用が萎縮されることも考えられる。したがって、写り込みを含む著作物の付随的利用を認める明文化された制限規定を設けることが、著作物の利用を円滑化するために必要とされていたと考えられる。

また、本章では肖像権、パブリシティ権、プライバシー権についても若干の検討を行った。まず、肖像権については、写り込んだ人物が特定できない場合には問題が生じることは考えにくく、特定できる場合であっても、その人物がクローズアップされているといった事情がない限りは問題が生じることは考えにくい。

次に、パブリシティ権については、その侵害の成立には肖像の有する顧客吸引力の利用を目的とするものであることが最高裁判決から読み取ることができるが、写り込みの場合にはその要件を満たす場合は考えにくい。また、パブリシティ権を侵害しない場合であっても肖像権を侵害するものであることも考えられるが、著名人はその性質上、一般人と比べて肖像権侵害が成立する可能性が低くなると考えられている。したがって、写り込みの場合には肖像権侵害が生じる可能性はほぼないと考えられる。

最後に、プライバシー権については、人物が写り込んだ場合にはプライバシー権と肖像権に大きな違いがあるとは考えにくく、肖像権の侵害か否かを判断することでプライバシー権についても対応できると考えられる。人物以外の写り込みでプライバシー権が問題となる場合には、写り込みが想定される公の場において私的事項が写り込むことは想定されることであることを理由に、一定の写り込みは社会的にも容認されていることを示す裁判例から、写り込みの態様に応じて判断されると読み取ることができる。

肖像権、パブリシティ権、プライバシー権は明文規定が存在しないため、著作権と比べてそれらの権利の侵害が生じるのか判断することが困難である。今後の裁判例、学説の蓄積により基準が形成されていくことが期待される。

3. 米国著作権法における写り込み

日本以外でも、多くの国で著作物の付随的利用が認められている。例えば、ドイツ（著作権法 24 条、57 条⁷⁰）、イギリス（著作権法 31 条）、カナダ（著作権法 30.7）、オーストラリア（著作権法 67 条）では著作物の付随的利用が認められている⁷¹。

米国には著作権の一般的制限規定としてフェア・ユース（著作権法 107 条）がある。以下に条文の日本語訳を示す⁷²。

米国著作権法

107 条 排他的権利の制限：フェア・ユース

第 106 条および第 106A 条の規定にかかわらず、批評、解説、ニュース報道、教授（教室における使用のために複数のコピーを作成する行為を含む）、研究または調査等を目的とする著作権のある著作物のフェア・ユース（コピーまたはレコードへの複製その他第 106 条に定める手段による使用を含む）は、著作権の侵害とならない。著作物の使用がフェア・ユースとなるか否かを判断する場合に考慮すべき要素は、以下のものを含む。

- （1）使用の目的および性質（使用が商業性を有するかまたは非営利的教育目的かを含む）、
- （2）著作権のある著作物の性質。
- （3）著作権のある著作物全体との関連における使用された部分の量および実質性。
- （4）著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響。

上記のすべての要素を考慮してフェア・ユースが認定された場合、著作物が未発行であるという事実自体は、かかる認定を妨げない。

フェア・ユースの適用にあたっては、4 つの要素を総合的に判断して決せられる。その判断にあたっては、変容的利用（transformative use）であるか、または非営利的使用であるかが重要とされる⁷³。変容的利用とは、ソニー・ベータマックス事件⁷⁴やプリティ・ウーマン事件⁷⁵により確立したものであり、フェア・ユースの第 1 の要素である「使用の目的および

⁷⁰ ドイツ著作権法 57 条は、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 1193-1203 頁（2005）において詳細な検討がなされている。そこでは、付随的な利用の対象はどれか（複製等の本来の対象はどれか）、置換可能性、偶然性、非本質性が基準として挙げられている。

⁷¹ 文化審議会著作権分科会過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会「中間整理」31-32 頁（2008）
http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/bunkakai/26/pdf/shiryo_04_1.pdf。

⁷² 山本隆司編著『フェア・ユースの考え方』25 頁〔山本隆司〕（太田出版、2010）。

⁷³ 山本隆司『アメリカ著作権法の基礎知識』138-139 頁（太田出版、2004）。

⁷⁴ Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (U.S. 1984).

⁷⁵ Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569 (U.S. 1994).

性質」の判断にあたって、新しい表現、意味付け、メッセージで原創作物を改変して新たな目的または異なる性質の新規物を付け加えているか否かを考慮し、新規物が付け加えられていれば変容の利用と判断するものである⁷⁶。ただし、これは二次的著作物の作成であれば該当するというわけではなく、逆に報道目的といった二次的著作物の作成ではないものでも変容の利用に該当するものもあり、変容の利用は「原著作物の表現を利用しつつも、原著作物の鑑賞的価値を利用せず、原著作物の表現に別の意味づけを与える使用方法」と解されている⁷⁷。

もっとも、写り込みの事例はフェア・ユースではなく de minimis 法理によってその解決が図られているとされる⁷⁸。de minimis 法理は「些事に法は介入せず」(de minimis non curat lex) という法諺に基づいている。de minimis 法理は、著作権のささいな事例は滅多に訴訟が提起されないために、著作権法の分野においてほとんど議論されていないと指摘されている⁷⁹。

3.1. 米国における写り込みに関する裁判例

本稿は我が国の著作権法を対象としたものであるが、本稿が主な対象としている 30 条の 2 は元々日本版のフェア・ユースの設立を目的としたものであったことから、米国においてフェア・ユースあるいは de minimis 法理で処理された写り込みの事例は 30 条の 2 の運用にあたって参考になると考えられる。そこで、本節では写り込みに関する 3 つの裁判例を取り上げる⁸⁰。

3.1.1. Ringgold 事件

Ringgold 事件⁸¹は、現代アートのアーティストである Ringgold が作成した“Church Picnic Story Quilt”というキルト作品を元に作成されたポスターが、テレビドラマ中に写り込んでいたことが著作権侵害となるか争われた事例である。

“Church Picnic Story Quilt”の著作権は Ringgold が保持していたが、作品の現物は High Museum of Art が所有しており、ポスターとして作品を模写し、それらを販売する非排他的ライセンスを有していた。作品が写り込んだドラマはアメリカ人の家族を題材にしたシチュエーションコメディであり、ポスターが写り込んだ回は教会における演奏会を題材にした話を扱った回であった。その教会のセットに装飾としてポスターが利用されていた。

⁷⁶ 山本・前掲注(73)135-136頁。

⁷⁷ 山本・前掲注(72)31-32頁〔山本隆司〕。

⁷⁸ 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」コピライト53巻629号17頁(2013)、山本・前掲注(72)277-279頁〔山本隆司〕。

⁷⁹ Davis v. The Gap, Inc., 246 F.3d 152, 173 (2d Cir. 2001)。

⁸⁰ 裁判例の選択は、奥邨・前掲注(78)17-19頁及び山本・前掲注(72)277-297頁〔山本隆司〕〔奥邨弘司〕で紹介されているものを参考にした。

⁸¹ Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc., 126 F.3d 70 (2d Cir. 1997)。

ドラマ中、ポスターが写り込んだシーンは全体で 9 つあり、いくつかのシーンではポスターに視聴者の注意が向くようなやりとりや行動、カメラワークはなかったものの、ポスターが画面の中心に写っていた。写り込んだ時間はいずれのシーンでも 1.86 秒間から 4.16 秒間であり、合計は 26.75 秒間だった。

de minimis 法理の該当性を判断するに当たっては、量的・質的に分析し、著作物の実質的な利用が行われているか判断する必要がある。もっとも長く写り込んだ 4 秒間から 5 秒間のシーンではポスターの約 80%が写っており、はっきりとポスターを見ることができ、完璧にピントが合っていないとも短いシーンで細かな部分を見ることができ、ポスターの視覚効果を補強していること、合わせて 26 秒間から 27 秒間であることから、量的に de minimis 法理を当てはめることはできないと判断された。

制作スタッフによって作品のテーマに関連したものが選択されていたり、装飾の目的であるとしても、最終的に写り込んだ距離がある程度あり、ピントが合っていなければ、一般的な視聴者はその著作物がそのセットに貢献している効果を見分けることができないであろうが、今回の場合は Ringgold のポスターであることを認識することができ、十分に細部も見ることができるため、質的にも de minimis 法理を適用することはできないとされた。

第一審ではフェア・ユースの該当性について、第 1 の要素である「使用の目的および性質」については、営利目的での使用であることは認められるが、ポスターを番組の宣伝目的で使用してはならないこと、Ringgold の作品を不当に利用しようとしたわけではないことから、営利目的であることによる影響は弱まるとされた。第 2 の要素である「著作物の性質」については、作品が想像力に富んだ著作物であることから Ringgold に有利に働いた。第 3 の要素である「著作物全体との関連における使用された部分の量および実質性」については、ポスターが写り込んだ時間は短時間であり、はっきりとピントがあっているわけではないため、Ringgold に不利とされた。第 4 の要素である「著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響」については、ドラマでの利用がポスターを代替するとは考えることができないことに加えて、ドラマの放送により Ringgold が受けたライセンスにおけるマイナスの影響が主張されていないため、Ringgold に不利とされた。4 つの要素を考慮して、ドラマ中でのポスターの利用はフェア・ユースが成立するとされた。

それに対して控訴審は、第一審の判決は 107 条の前文にあるフェア・ユースにあたる利用の例示（批評、解説、ニュース報道、教授、研究または調査等）のいずれのカテゴリに該当するか、あるいは類似するかのものであるかの明確な判断がなされていないことを指摘し、フェア・ユースの該当性を再検討した。第 1 の要素について、ポスターがドラマのセットに装飾のために利用されていることは前文の例示のどのカテゴリにも全く類似していないとし、また、変容的利用とも言えないとした。なぜなら、ポスターは装飾目的に利用するのが主な目的であり、ドラマでの利用はまさにその目的で行われたものだからである。仮にポスターの主題の意味とドラマとの関連が認められなくとも、装飾としての効果は明白であり、実際にポスターは教会のホールの装飾目的に利用されたと判断された。そして、映画やテレビ番組のために著作権のある作品の大規模な利用を認めることはフェア・ユースによって認められる範囲を超えるとした。第 2 の要素、第 3 の要素については第一審判決と同様の結論であったものの、第 3 の要素が被告に有利であったとしても、安易にフェア・ユースを認めてはならないことを指摘した。第 4 の要素については、仮に Ringgold が装飾

として彼女の作品を利用するライセンスの相場を示したとすれば、Ringgold に有利に働くとした。Ringgold はライセンスに関して主張しており、証明する準備をしていたことから、第4の要素を被告に有利と判断するには不十分であるとした。以上から、フェア・ユースの成立を否定した。

3.1.2. Sandoval 事件

Sandoval 事件⁸²は、New Line Cinema Corp.が制作した“Seven”という映画中に芸術家・写真家である Sandoval が撮影した写真が写り込んだことが著作権侵害か否かが問題となった事例である。映画は多くの場合、背景なども作りこむことが通例であるため、偶発的な「写り込み」というよりは意図的な「写し込み」の事例といえる。

“Seven”は殺人犯の写真家をベースにしたフィクションであるが、その作品中には2人の捜査官が写真家のアパートを写真家が殺人犯である証拠を探すために検索するシーンがある。その際にアパートの後ろの壁に大きなライトボックスと共に多数の写真がスライドの状態で貼り付けられていた。そのうち10枚が Sandoval のセルフポートレート写真であり、公表されたものではない写真だった。10枚の写真は合計で35.6秒ほど写り、ピントはあっておらず、2枚の写真を除いて遠くの背景に写っているのみだった。その2枚については何が写っているかほとんど認識できず、4秒間と2秒間写ったのみだった。さらにそのうち1枚は1.5秒後にそのシーンの撮影小道具によって不明瞭になっていた。

第一審では写真の利用はフェア・ユースであると判断されたが、控訴審はフェア・ユースを判断する前に *de minimis* 法理を検証する必要があるとした。裁判所は、Ringgold 事件での *de minimis* 法理の判断を参考にして、Sandoval の写真は Ringgold 事件で争われたポスターと比べて十分に詳細が読み取ることのできる写り込みではなく、照明は暗く、遠くに写っていること、ピントもあっていないこと、また、Ringgold 事件において、何度も写り強調されたポスターと違い、Sandoval の写真は他の写真と区別できない態様で写り込んでいるために何度も強調されていないことを指摘した。また、Ringgold 事件で制作スタッフによって作品のテーマに関連したものや装飾の目的であっても、最終的に写り込んだ距離があったり、ピントが合っていないければ、典型的な視聴者はその著作物がそのセットに貢献している効果を見分けることができない、と判示していることを挙げ、Sandoval の写真が写り込んだのは瞬間的であり、不明瞭であり、ピントもあっておらず、写り込みの態様も曖昧だったために、*de minimis* 法理から著作権侵害を否定した。

3.1.3. Davis 事件

Davis 事件⁸³は、衣料品メーカーのポスターに写っていた7人の男性モデルのうちの一人が、アイジュエリーと呼ばれるメガネのようなアクセサリーをつけていたが、ポスターにアクセサリーが写っていることが、アクセサリーの著作権侵害が争われたものである。

⁸² Sandoval v. New Line Cinema Corp. 147 F.3d 215 (2d Cir. 1998).

⁸³ Davis, 246 F.3d at 152.

アイジュエリーのデザイナーである Davis がデザインしたアイジュエリーを身につけた男性モデルが国際的な衣料品メーカーである The Gap, Inc.の作成したポスターの中央に写っていた。被告は、問題となったアイジュエリーは男性モデルのものであり、提供はしていないと主張した。また、ポスターはバスの待合所に飾られ、それは頭と肩の部分でトリミングされた態様であったと Davis は主張した。

第一審では The Gap, Inc.の主張が認められたが、控訴審ではポスターにアイジュエリーが利用されたことに de minimis 法理が適用されるかという点に関して、ポスターには非常に目立つかたちでアイジュエリーが写っていること、モデルが中央に立っていることなどから de minimis 法理は成り立たないとした。また、フェア・ユースの適用に関しても、Davis の著作物であるアイジュエリーは装飾品として使用されており、変容的利用とはいえないとした。Davis は受け取るべきロイヤリティを失っていることで市場にも影響を与えているから、フェア・ユースの4つの判断要素はすべて Davis に肯定的であり、フェア・ユースの適用を認めなかった。

3.2. 小括

Ringgold 事件では、ポスターがはっきりと映像に写り込んでいたため de minimis 法理の適用は否定され、フェア・ユースについてもポスターは本来の目的である装飾目的で使われており、変容的利用とはいえないとして、成立が否定された。Sandoval 事件では映像にはっきりと写り込んでいないことから de minimis 法理が適用された。Davis 事件でも Ringgold 事件と同様、著作物であるアイジュエリーがポスターにはっきり写っており、本来の目的である装飾目的で使われているから変容的利用ともいえないとして、de minimis 法理、フェア・ユースの成立は共に否定された。

これらの判決から、前述した雪月花事件、はたらくじどうしゃ事件が米国著作権法下において、どのように判断されるものであるか若干の検討を行う。まず、雪月花事件では写り込んだ書は全体からみて小さく写っており、書特有の表現の特徴を読み取ることができないため、Sandoval 事件を参考にすれば de minimis 法理が適用されると考えられる⁸⁴。ただし、仮に書の特徴が読み取れると判断されたとすると、de minimis 法理は適用されず、書は本来鑑賞や装飾を目的とするものであり、雪月花事件における写り込みの態様も装飾目的のものであるため、変容的利用とはみなされない可能性が高く、フェア・ユースが成立しないことも考えられる。これは Ringgold 事件、Davis 事件判決と同様である。

はたらくじどうしゃ事件は、バスに描かれた絵画は表紙、書籍内部共にはっきりと写っているため、de minimis 法理は適用されないと考えられる。絵画の書籍への掲載は絵画の本来の目的である鑑賞目的から外れるものとはいえないため、変容的利用とはみなされない上、表紙への掲載に関しては販売促進効果を狙ったと考えることもでき、フェア・ユースは成立しないと考えられる。一方、絵画は路線バスに描かれており、広く公開されているものであるから、そのバスの写真が掲載されたことで著作権者の市場に与える影響は少な

⁸⁴ 山本・前掲注(72)287頁〔奥邨弘司〕も同旨。

いと考えることもできる。書籍内部への掲載については、路線バスとして紹介するために掲載されているため教育目的の利用とされ、さらに内部へ小さく掲載する行為が著作権者の市場に影響を与えることは考えにくいから、フェア・ユースが成立する可能性がある。もっとも、書籍内部に関しても、路線バスとして紹介するバスとして、当該絵画が描かれたバスを採用する必要性は必ずしもなく、他の路線バスでも代替可能であるから、雪月花事件と比べてフェア・ユースが成立する可能性は低いと考えられる。

de minimis 法理、フェア・ユースの法理を活用することで著作物の付随的利用である写り込みを保護できる可能性がある。一方、写り込みの主たる対象と考えられる絵画や音楽等の著作物は鑑賞がその本来の目的であり、それらがはっきり写り込んでいる場合には著作物本来の目的で使われているとみなされ、変容的利用ではないとされる可能性がある。ただし、米国の 3 つの事例はいずれも偶然の写り込みというよりは、ある程度の意図をもって写し込ませたものであったことを考慮しなければならない。Ringgold 事件、Davis 事件ともにポスターやアイジュエリーといった装飾目的の著作物を装飾のために利用したのであり、例えば記念写真の撮影時に気付かずに絵画が写り込んでしまっているような場合は、絵画を鑑賞目的で使ったとはいえないため、変容的利用にはあらずとも、その使用の目的および性質からフェア・ユースに肯定的な判断がなされる可能性は高い。また、そのような著作物の利用は実質的な利用とはいえず、de minimis 法理が適用される可能性も高い。

このように米国では写り込みといった著作物の付随的利用が著作権の制限対象になっている。日本のような個別権利制限規定ではたとえ社会的には利用が許容されるべき著作物の利用態様であっても、形式的には著作権侵害となってしまう。雪月花事件、はたらくじどうしゃ事件は著作物が複製されていないといった論理や既存の制限規定を柔軟に解釈することで対応しているが、どちらも下級審判決に留まり、同様の論理が適用されないことも十分に考えられる。デジタル技術や通信技術の発達により、これまで想定されていなかった著作物の利用が増加し、個別権利制限規定では対応が難しくなっている。日本に de minimis 法理やフェア・ユースの法理を導入すれば、先に検討したように雪月花事件、はたらくじどうしゃ事件のようなものにも対応可能になると考えられる。もっとも、雪月花事件においては、著作物の本質的特徴が書を写した写真からは読み取れないことから著作物の複製とはいえず、著作権侵害が否定されていることは、de minimis 法理が少なくとも写り込みという分野においては既に取り入れられていると見ることも可能である。しかし、前述したように雪月花事件は下級審判決であり、強い拘束力をもつものではない。また、判例法を採用するとされる米国と違い、成文を重視する大陸法を採用するとされる日本において、条文として定められていない de minimis の法理によって写り込みを含めた著作物の付随的利用を処理することには限界があると考えられる。したがって、日本へ明文規定として de minimis 法理のような著作物の実質的利用がなければ著作権侵害を問わない規定や、一般制限規定であるフェア・ユースを導入することについて検討しなければならない。平成 24 年改正は元々日本版フェア・ユース導入が検討された結果行われたものである。次章では平成 24 年改正の改正経緯も含め、写り込みについて定めた 30 条の 2 について、検討を行う。

4. 著作権法 30 条の 2

本章では 30 条の 2 について、その改正の経緯を簡単に紹介し、条文の要件についての解説・学説を参照しつつ、法解釈を行い、30 条の 2 の課題を明らかにする。

4.1. 改正の経緯

「著作権法の一部を改正する法律」(平成 24 年法律第 43 号)が、第 180 回通常国会において、平成 24 年 6 月 20 日に成立し、同年 6 月 27 日に公布された。この改正は、「文化芸術立国」、「知的財産立国」の実現に向け、近年のデジタル化・ネットワーク化の進展に伴い、著作物等の利用態様が多様化しているとともに、著作物等の違法利用・違法流通が広がっていることから、著作物等の利用の円滑化を図りつつ、著作権等の適切な保護を図るため」に行われたものとされる⁸⁵。主な改正内容は、いわゆる「写り込み」等に係る規定の整備、国立国会図書館による図書館資料の自動公衆送信に係る規定の整備、公文書等の管理に関する法律、著作権等の技術的保護手段に係る規定の整備、いわゆる「違法ダウンロード」の刑事罰化に係る規定の整備の 5 点である。30 条の 2 (以下、本章において「本条」という。)は上記法改正のいわゆる「写り込み」等に係る規定の整備で新たに追加されたものであり、平成 25 年 1 月 1 日から施行された。以下に本条の全文を示す。

(付随対象著作物の利用)

30 条の 2

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、当該創作に伴つ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つ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。

本条は権利制限の一般規定(いわゆる日本版フェア・ユース)の導入が検討された結果、立法されたものである。以下、立法までの経緯を概説する。

⁸⁵ 文化庁長官官房著作権課・前掲注(4)16頁。

日本版フェア・ユースの導入については、近年のデジタル技術や通信技術の発達による新たなネットビジネスの登場や従来想定されていなかったコンテンツの利用形態の登場を受けて、個別権利制限規定による対応では著作権者の利益を不当に害しない場合であっても形式的に違法となってしまう状況を踏まえて、デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会において検討され、平成 20 年 11 月に報告書が公表された。報告書では、「個別の限定列挙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」と、日本版フェア・ユースを導入すべきであるとの要請がなされた⁸⁶。フェア・ユースを導入すべき理由の一つとして写り込みの問題も挙げられている⁸⁷。報告書の要請を受け、内閣に設置された知的財産戦略本部が決定した知的財産推進計画 2009 でも「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」と日本版フェア・ユースの導入が言及された⁸⁸。平成 21 年 3 月には著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会により、文化審議会著作権分科会で検討を行うための基礎的な資料が整備された報告書がまとめられた。この報告書でも写り込みが 41 条（時事の事件の報道のための利用）に該当せず、形式的には権利侵害となってしまうことが指摘されている⁸⁹。そして、平成 21 年 5 月から著作権分科会で権利制限の一般規程について検討が開始された。検討が進められる過程で権利制限の一般規定ワーキングチームが設置され、平成 22 年 1 月に報告書がまとめられた⁹⁰。報告内容をもとに更に検討が重ねられ、平成 23 年 1 月に文化審議会著作権分科会報告書がとりまとめられた。

報告書では、著作権の権利制限の一般規定、いわゆる日本版フェア・ユースの類型として、以下の 3 つの類型を示し、3 つの種類の著作物の利用につき、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した⁹¹。

著作物の付随的な利用（以下「A 類型」という。）

「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

⁸⁶ デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会・前掲注（5）11 頁。

⁸⁷ デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会・前掲注（5）11 頁は、「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」と述べる。

⁸⁸ 知的財産戦略本部「知的財産推進計画 2009」3 頁・22 頁（2009）

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/090624/2009keikaku.pdf>。

⁸⁹ 著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会「著作物の流通・契約システムの調査研究 著作権制度における権利制限規定に関する調査研究 報告書」6-7 頁〔上野達弘〕（2009）

http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/houkokusho_090601.pdf。

⁹⁰ 権利制限一般規定ワーキングチーム「権利制限一般規定ワーキングチーム 報告書」（2010）

http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/pdf/kenri_houkokusho.pdf。

⁹¹ 文化審議会著作権分科会・前掲注（1）44-50 頁。

もの」

例：写真や動画への写り込み

適法利用の過程における著作物の利用（以下「B 類型」という。）

「B 適法な著作物の利用を達成しようとする過程において合理的に必要と認められる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的に又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの」

例 1：CD への録音の許諾を得た場合におけるマスターテープ等中間過程での複製

例 2：キャラクター商品の企画に際し、社内会議資料や著作権者に許諾を得るために必要となる企画書等における複製

著作物の表現を享受しない利用（以下「C 類型」という。）

「C 著作物の種類及び用途並びにその利用の目的及び態様に照らして、当該著作物の表現を知覚することを通じてこれを享受するための利用とは評価されない利用」

例 1：技術開発・検証のための素材としての利用

例 2：ネットワーク上で複製等を不可避免的に伴うサービス開発・提供行為

報告書で提示された A 類型については、「写真や映像の撮影といった行為に伴い、本来行為者が意図している撮影対象とは別に、軽微な程度ではあるものの、いわば付随的に美術の著作物や音楽の著作物等が複製され、あるいは当該著作物が複製された写真や映像を公衆送信等するといった利用」が典型例として想定されている⁹²。

報告書に基づき文化庁が改正法の原案を作成、内閣法制局へ提出され審査を受け、第 180 回国会で平成 24 年 6 月 20 日に「著作権法の一部を改正する法律(平成 24 年法律第 43 号)」として成立、同年 6 月 27 日に公布された。なお、文化庁が提出していた改正法原案と国会に提出された改正法案に著しい相違があるが、修正経緯および理由は不明であり、そのことを批判するものがある⁹³。

⁹² 文化審議会著作権分科会・前掲注(1)44頁。

⁹³ 日本弁護士連合会「平成 24 年著作権法改正(平成 24 年法律第 43 号)における法令審査過程に関する意見書」(2013) http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2013/opinion_130620_2.pdf によれば、文化庁への行政文書開示請求により開示された資料によれば、文化庁の改正法原案は次の通りだったとされている。

第 48 条

著作権は、次の各号に掲げる場合であつて、著作権者が当該著作物の利用からもたらされるべき財産上の利益を害するおそれがないものと認められる場合においては、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる。

一 他の行為（当該他の行為が他の著作物を利用することを目的として行われる場合にあつては、当該他の著作物の著作権を侵害しないものに限る。）に付随して当該著作物を利用する場合

本条はこの改正により新たに設けられたものであり、A 類型を原型として立法されたものといえる。なお、B 類型は 30 条の 3 (検討過程における利用)、C 類型は 30 条の 4 (技術の開発又は実用化のための試験の用に供するための利用)、47 条の 9 (情報通信技術を利用した情報提供の準備に必要な情報処理のための利用) として平成 24 年改正により新たに設けられている。

平成 24 年改正は日本版フェア・ユースの導入を出発点としていたため、改正法はフェア・ユースではない、といった批判がある⁹⁴。その批判に対して立法担当者は「仮にここでいう「フェアユース」が正に米国著作権法 107 条の「フェアユース」やそれに類するものをいうのであるとすれば、報告書の段階でフェアユースではないのであり、最終的な条文がフェアユースでないこともまた当然である」と述べる⁹⁵。たしかに、報告書の段階でいわゆる一般制限規定としてのフェア・ユースとはいえないかもしれない。しかし、30 条の 2 に限っても、報告書で示された A 類型はこれまでの個別制限規定と比べて広い範囲での適用が期待でき、いわゆる日本版フェア・ユース導入への第一歩となり得るものだったのに対して、実際に立法されたものは多くの要件が付され、実質的にこれまでの個別制限規定と大差ないものになってしまったことに批判が集まっているのではないだろうか⁹⁶。

二 当該著作物の利用 (著作権を侵害しないものに限る。) の準備のために必要と認められる限度において当該著作物を利用する場合

三 当該著作物を研究開発の素材として用いるために必要と認められる限度において当該著作物を利用する場合

四 電子情報処理組織を使用する方法その他の情報通信の技術を利用する方法により行われる役務の提供の過程において、当該役務の提供を可能とするために、知覚による表現の認識 (プログラムの著作物にあっては、電子計算機を機能させることを含む。) ができない態様で当該著作物を利用する場合

意見書では、文化庁及び内閣法制局へ開示請求を行い開示された資料からは検討の具体的過程、重要な修正理由が不明であることが指摘されている。

⁹⁴ 中山・前掲注 (18) 399-400 頁は、報告書で示された 3 類型の時点ですでに、フェア・ユースを導入するにあたって最も意味があると考えられるネット・ビジネスとパロディが含まれておらず、「実を捨て名を取ったフェアユース」と批判し、平成 24 年改正については、「最早フェアユース規定と呼べるようなものではなく、「名も実も捨てた」フェアユースと言うべきであろう」「結果的にフェアユースとは正反対のものとなっている」と述べる。また、奥邨・前掲注 (78) 5 頁は、「報告書の定義するところの権利制限の一般規定とは呼べなくなっている、ましてや元々言われていた日本版フェア・ユース……からすると、はるかに個別、具体的になってしまったわけです」と述べる。

⁹⁵ 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』7 頁 [池村聡 = 壹貫田剛史] (勁草書房、2013)。

⁹⁶ 例えば、土肥一史「平成 24 年改正著作権法を振り返る」文化庁月報 531 号 (2012)

http://www.bunka.go.jp/publish/bunkachou_geppou/2012_12/special_02/special_02.html は、「A 類型は、些末な利用を権利制限とする趣旨であり、ドイツにも同趣旨の規定がある。「些事に法は介入せず」のデ・ミニミス (de minimis) 法理の適用があるような「写り込み」のケースである。であるにもかかわらず、明確性の原則が執拗に主張された」と述べる。

以上のように、本条は最終的には個別制限規定として設けられたが、日本版フェア・ユースあるいは権利制限の一般規定を設けるといった目的から改正が行われたものであり、そのような本来の目的は、本条を解釈する際にも考慮しなければならない。次項では本条の具体的な解釈論を展開する。

4.2. 条文解釈

本条が適用される場合として、「写真を撮影する際にポスターや絵画が写り込むといった場合や、映像を撮影する際に音楽が録り込まれるといった場合」といった本来意図していないものの写り込みについては本条の適用対象になる行為であるとされている⁹⁷。

複製又は翻案された付随対象著作物は写真等著作物の利用に伴って利用できると規定している本条2項に関しては、付随対象著作物を含んだ写真等著作物を、「インターネット配信、放送等の方法で利用する行為が本項による権利制限の対象となる」とされている⁹⁸。

一方、本条が適用されない例として、雑誌の表紙でモデルがキャラクターのTシャツを着ている場合、ドラマや映画のセットに背景として写り込んでいる場合が挙げられている⁹⁹。

1項に「翻案」が含まれる理由としては、絵画等がセピア色の写真に写り込む場合や、3Dカメラに撮り込まれて立体的に写り込む場合に翻案とされる可能性があることが挙げられている¹⁰⁰。

雪月花事件の検討において、絵画などの場合は創作的表現を読み取れることが多いであろうから複製になりうるとの学説を挙げたが、本条において、文化庁の解釈からは本来意図した撮影対象でなければ絵画や写真が写りこんでも著作権侵害とならないことになる。

本条は付随対象著作物の利用について定めたものであり、写り込んだものが著作物であることが前提とされている。そのため、写り込んだものが著作物でない場合や、著作物であってもその創作性が写真等著作物において表現されていないものは本条の適用がされないのはもちろん、著作権の侵害にもあたらない。

本条の要件としては、「写真の撮影、録音又は録画の方法」「著作物を創作するに当たって」「分離することが困難である」「軽微な構成部分」「著作権者の利益を不当に害するもの」ではない、といったものがある。以下、それぞれの要件に関して解説・学説を参照しつつ、検討を行う。

⁹⁷ 文化庁長官官房著作権課・前掲注(4)22頁。

また、永山裕二「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピライト52巻619号11頁(2012)では、1項の対象となる典型例として、「本来意図した撮影対象だけでなく、背景に小さく絵画が写り込む場合」「本来意図した収録対象だけでなく、看板やポスター等に描かれている絵画等や流れていた音楽がたまたま録り込まれる場合」が挙げられている。永山は平成24年改正時の文化庁長官官房著作権課長である。

⁹⁸ 文化庁長官官房著作権課・前掲注(4)22頁。

⁹⁹ 永山・前掲注(97)12頁。

¹⁰⁰ 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15頁〔池村発言〕(2013)。

4.2.1. 「写真の撮影、録音又は録画の方法」

本条は「写真の撮影、録音又は録画の方法」(以下「撮影等」という。)により創作された著作物を対象とする。これは、「「写り込み」が想定される著作物が 静止画(撮影)や動画(録画)により表現されるものと 音(録音)により表現されるものに限られるとの考え」から要件となっている¹⁰¹。

撮影等以外の方法で創作された著作物、例えば模写などに本条は適用されるのか。肉筆であれば他人の著作物を取り込むことを回避することが容易であろうから本条の適用を否定する説がある¹⁰²。一方、イラストやCG等で風景をそっくりに描く場合に、写真を元に描く場合には後述する本条 2 項により翻案利用に伴って付随対象著作物を描くことが可能であること、著作権者の利益が写真の場合と比較して格段に強く害されるともいえないこと、この要件は写り込みが生じる典型的な場面を想定したものであることを理由に、「本条が定める他の要件を満たす限り、本条の拡張ないし類推適用の対象になり得ると解する」と述べるものもある¹⁰³。撮影等に比べ、模写などの場合には他人の著作物を取り込むことを回避することが容易であると考えられるが、写真と模写では一般に写真のほうが模写と比べて著作物がはっきりと写り込んでいると予想される。それにも関わらず、写真の場合には適法となり、模写の場合には違法となるのは不合理である。

また、立法担当者は「録音、録画を伴わない生放送や生配信を想定した場合、やはり本条の適用はないことになる」と述べ、生放送や生配信に対する本条の適用を否定する¹⁰⁴。もっとも、実際には写真撮影、録音、録画の場合と異なるところはなく、柔軟な解釈運用により対応することが望まれる旨も述べており、立法担当者も本要件に関して柔軟な解釈運用を許容していることが読み取れる¹⁰⁵。生放送や生配信は録音、録画と違い、撮影後に動画を編集して提供するということができない。したがって、編集によって権利侵害のおそれのある著作物を取り除くことができる録音、録画に比べて、著作権侵害のリスクが高くなる。また、生放送や生配信は予想しない出来事により著作物が写り込む可能性が通常の録音、録画と比べて高いと考えられる。そのような状況を考えれば、むしろ生放送や生配信にこそ本条の適用が期待されているのではないか。生放送が多く行われている報道の

¹⁰¹ 永山・前掲注(97)12頁。

¹⁰² 小倉秀夫=金井重彦編著『著作権法コンメンタール』582頁〔金井重彦〕(レクシスネクシス・ジャパン、2013)。

¹⁰³ 前田哲男「「写り込み」等に係る規定の整備」ジュリスト1449号30-31頁(2013)。

¹⁰⁴ 池村ほか・前掲注(95)99頁〔池村聡〕。

¹⁰⁵ 池村ほか・前掲注(95)99頁〔池村聡〕は、「生放送や生配信の場合、カメラのレンズを介しているのであって、……写り込みを避ける事が出来ないという意味では、写真撮影や録音、録画による場合と異なるところはなく、本項の趣旨は同様に妥当するものと思われ、具体的な事案においては、柔軟な解釈運用により妥当な解決を図ることが望まれる」と述べる。前田・前掲注(103)30頁も「録画の方法による場合よりもむしろ生放送による場合のほうが一般的に見て軽微である。映画・ドラマでは許容される写り込みが生放送番組では許容されないとする合理的な理由がない」として、拡張ないし類推適用の対象になり得ると述べる。

ための利用を定める 41 条においても、写り込みの場合には「報道利用かどうかの問題以前の問題として、そもそも著作物の利用たり得ない場合」に該当し、そのような場合は後述する 30 条の 2 の対象となり得ると解されている¹⁰⁶。録音、録画の要件を厳密に適用し、生放送や生配信を適用外とする理由はなく、生放送や生配信にも本条が適用されるべきである。

複写機やイメージスキャナ（以下「スキャナ等」という。）を使ってコラージュ作品などの著作物を創作した場合には撮影等の対象に含まれるのか。単に著作物を複製するだけではないため、撮影等に含まれないと一概にはいえない。もっとも、コラージュ作品の場合、組み合わせる素材となる画像があるのであれば、それらをスキャナ等を用いてコラージュすることは、画像編集ソフトを用いてコラージュすることと大きな違いがあるとはいえない。したがって、そのような場合は本条 1 項の対象ではなく、コラージュの素材となる画像の利用が 2 項の対象となるかが問題となる。すなわち、コラージュの素材となる画像に付随対象著作物が含まれていた場合には本条の対象となり、その付随対象著作物を本条の要件を満たす限り、スキャナ等を用いた著作物の創作にあたって利用することができると考えられる。また、スキャナ等に直接被写体を置く等してスキャナ等をカメラ代わりに写真を撮影する技法がある¹⁰⁷。フォトグラムというカメラを用いず直接印画紙上に被写体を置き、感光させることで写真を撮影する技法があるが、そのデジタル版ともいえる技法であり、こちらは前述した素材としての画像があることを前提としたスキャナ等による著作物の創作とは区別しなければならない。このような場合、被写体は撮影者自身が意図的に設置するものであり、写り込みが生じる余地は少ないものの、全く想定出来ないわけではない¹⁰⁸。このような著作物の創作は撮影等にあたるのか。カメラを用いた写真撮影においても被写体を撮影者が選択・配置して撮影することは行われているものであるから、この点において写真の撮影とは別とする理由はなく、スキャナ等を撮影機材としている写真家がいることから、スキャナ等を用いていることをもって写真の創作と別にする理由にはならない。スキャナ等を用いた写真の創作において発生する写り込みも著作権の制限対象となるべきものであり、「撮影等」に含まれると解釈することで本条の適用対象とすることが妥当である。

図書館資料の複製の際の写り込みに関しては、図書館と権利者の間で協議が行われてガイドラインが作成されている現状があり、実務上は写り込みが許容されているにも関わらず、撮影等という要件を複写機による複製にまで及ぶと解釈するのは無理があるため、本条の適用は困難であり、依然として図書館資料の複製の際の写り込みは著作権法上認めら

¹⁰⁶ 加戸・前掲注(3) 319-320 頁。

¹⁰⁷ 写真家の西村陽一郎は写真展「青い花」でスキャナ等を用いて撮影した写真を展示した。Kurt Novak や Katinka Matson はそれぞれ自身の Web ページ (<http://www.kurtnovak.com/>、<http://www.katinkamatson.com/>) でスキャナ等を用いて撮影した写真を公開している。

¹⁰⁸ スキャナというといわゆるスキャンしたい原稿を蓋で抑えこむフラットベッド型が想定されるが、原稿を下に置き、上からスキャンするオーバーヘッド型のスキャナも普及しており、特にオーバーヘッド型ではスキャン時に著作物が写り込む可能性があることは否定できない。

れていない。撮影等の要件を広く解釈することでそれらの課題を解決できる可能性を示したものの、条文の文言を厳密に解釈すれば本条の対象とはならないことになる。

そもそも、本条の元となったといわれる A 類型は、著作物の付随的な利用を広く認める趣旨であって、写真や動画への写り込みはその典型例として挙げられているものだった。しかし、立法にあたって、写り込みの対象が静止画や動画、音により表現されるものに限られると想定されてしまったが故に、模写や生放送などが本条の対象となるのか曖昧になってしまった。以上から、撮影等に限定することは本来著作物の付随的な利用として許容されるべき写り込み以外の利用行為が本条の適用範囲外とされてしまうものであり、不必要な要件であるとする¹⁰⁹。

4.2.2. 「著作物を創作するに当たつて」

本条には「著作物を創作するに当たつて」との要件がある。本要件によって本条から除かれるものとして、著作物の創作に当たらないような場合、例えば、定点撮影のような何の創作性も加えられないような場合が想定されている¹¹⁰。著作物に該当しないものを除外した理由として、「例えば、創作とは認められず、かつ違法行為にも当たる映画の盗撮行為に付随して写り込む場合も本条の対象となり、不合理な結果となってしまう」と説明されている¹¹¹。

この理由に対して、本条の立法趣旨から、撮影等が違法でないならば著作物の創作に限定する理由がないとして、固定カメラで撮影するような著作物の創作には当たらない場合も類推適用の対象になり得ると解するべきという反論がある¹¹²。また、撮影等自体が違法である場合は著作物の写り込みが適法と判断されることは考えにくく、ただし書にも該当するであろうから、他の要件を満たす場合には本条の適用対象とすべきであると述べるも

¹⁰⁹ 本条の雛形といえる A 類型を示した文化審議会著作権分科会・前掲注(1)45頁には、「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否かにつき、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」とあり、立法の経緯から考えても不要な要件であるとする。

¹¹⁰ 田村・前掲注(5)117頁は、「店舗内や街中の防犯カメラの一部には撤去を必要とするものが出てきてしまうことになりそうである」と述べる。

¹¹¹ 永山・前掲注(97)12頁。

¹¹² 前田・前掲注(103)31頁は、「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……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合理的な理由はない。固定カメラで撮影するように著作物の創作には当たらない場合も、本条の拡張ないし類似適用の対象になり得ると解するべきである」と述べる。

のもある¹¹³。もっとも、本要件を付したのは、違法行為に付随する写り込みを排除する趣旨であって、「固定カメラによる撮影のような場合を積極的に権利制限の対象から除外する趣旨ではない」と述べられており¹¹⁴、立法趣旨からは固定カメラによる撮影の場合でも本条の適用がありうることが示唆されているが、この主張に対しても、「本条を厳格に解釈すると違法ということになる。立法的に些事な事柄に注目して大本を見失った要件ではないか、との印象を受ける」と反論するものがあり¹¹⁵、本要件の必要性には疑問がある。

除外される可能性がある対象として定点撮影、すなわち撮影時に撮影者の思想・感情を反映しない固定カメラによる撮影が挙げられているが¹¹⁶、写り込みが問題となる場合は、むしろ固定カメラのように撮影時に撮影者が意図的に被写体を選ぶことができない場合に発生することが少なくないと考えられる。また、固定カメラで撮影した画像又は映像をテレビ番組の放送等で使用することも考えられ、そのような場合に本条が適用されないとなれば、そもそもの目的である著作物等の利用の円潤化が阻害されるおそれがある。

実際に本条を運用するにあたっては、前述した説のように本条を拡張ないし類推適用するか、あるいは、著作物性が認められないような表現物であっても、広く著作物性を認めることで対処していくことになりかねない。後者のような運用がなされた場合、創作性の認められる範囲が必要以上に広がることになりかねず、著作権法全体に影響を及ぼしかねない。また、広く著作物性を認めるといっても、固定カメラの中でも監視カメラのような著作物を創作する意図をもたずに撮影された映像等に著作物が写り込んだようなものに著作物性を認めることは難しい。したがって、「著作物を創作するに当たって」との要件は不要であったと考える。

4.2.3. 「分離することが困難である」

まず、写真等著作物から分離することが困難であるとは、「ある著作物(「写真等著作物」)を創作する際に、創作時の状況に照らして、付随して対象となった他の著作物(「付随対象著作物」)を除いて創作することが、社会通念上困難であると客観的に認められることをいう」と説かれる¹¹⁷。

¹¹³ 清水節「平成24年著作権法改正について」竹田稔先生傘寿記念『知財立国の発展へ』425頁(発明推進協会、2013)は、「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いであろうから(本条ただし書の要件にも該当することになる。)限定すべき理由が疑問であり、機械的な撮影等であっても他の要件を充足する場合には対象とすべきであるように思われる」と述べる。

¹¹⁴ 池村ほか・前掲注(95)99-100頁〔池村聡〕。

¹¹⁵ 小倉ほか・前掲注(102)586頁〔金井重里〕。

¹¹⁶ 固定カメラによる撮影であっても著作権が生じることはある。例えば、カメラは固定されているが、撮影者が遠隔操作でシャッターをきって作成した写真や、撮影者や撮影に協力する者が固定カメラの前でパフォーマンスを行い、その様子を撮影した動画などは、著作者の思想・感情が創作的に表現されているといえるから、固定カメラによる撮影であっても著作物である。

¹¹⁷ 文化庁長官官房著作権課・前掲注(4)22頁。

社会通念上困難であると認めるにあたって、撮影の際に写り込む著作物を避けて写真等著作物を作成することができなかつた場合に分離が困難であったとするのか、それとも撮影の際に避けられたとしても意図せず写り込んだものであれば分離が困難であったとするのかといった場合が考えられる。撮影の際に写り込む著作物を避けて写真等著作物を作成することができなかつた場合には分離することが困難だったといえる。また、撮影の際に避けられたとしても意図せず写り込んだ場合についても分離することが困難とはいえないとすると、表現の幅を大きく制限しかねない。なぜなら、写真の場合にはシャッターチャンスも創作的な表現のひとつであり¹¹⁸、時間をかければ写り込みを回避できるような場合にまで写り込みを認めないとすれば、シャッターチャンスを逃してしまうことが考えられる¹¹⁹。映像の場合も同様である。

また、現在の技術水準からみて電子データの場合には写り込んだ著作物だけを除去することは可能なことが多く、客観的、技術的に分離することが困難であることが要件であると考え、その要件を充足しない場合がほとんどになってしまうため、撮影等に関して分離することが社会通念上求められるか否かを基準として判断すべきと述べるものもある¹²⁰。立法担当者も「困難か否かは、あくまで社会通念に照らして判断されるものであり、物理的に困難か否かを基準に判断するものではない」と述べている¹²¹。なお、撮影後の画像処理によって付随対象著作物を消去することが可能な場合、2項は「分離することが困難であること」を要件としていないため、そのような場合でも適用されると解説されている。これは、「第1項において、「付随対象著作物」の複製等を「写真等著作物」の創作時において権利制限しているにもかかわらず、創作後の利用行為時において「分離することが困難」でないことを理由に権利制限されないとすると、本条の趣旨を没却しかねないとの理由によるものである」と説明されている¹²²。逆に考えれば1項では画像処理によって消去することが可能な場合は分離することが困難ではないと解することもできるが、学説上も指摘されているように、現在の技術水準でも写り込んだ著作物を画像から削除することは比較的容易であり、今後の技術の進歩によって、更に容易になることが予想されるから、技術的には分離することができる場合に一律に分離することが困難ではないとしてしまうと、適用範囲が時を経るにしたがって狭くなってしまふことになる。以上から、技術上は撮影後に分離することができるとしても、撮影の際に意図せず写り込んだ著作物については、社会通念上分離が困難であったというべきである¹²³。

¹¹⁸ 構図とシャッターチャンスに創作性が見られると判示したものとして、イルカ写真事件（東京地判平成11年3月26日判タ1014号259頁）がある。

¹¹⁹ 例えば、強い風によって桜の花びらが宙を舞う様を撮影しようとした時に、背景にポスター等の著作物があり、撮影する位置を変えれば写り込みは回避できるものの、その場合、花びらが舞うシーンというシャッターチャンスを逃してしまうことが考えられる。

¹²⁰ 清水・前掲注（113）426頁。

¹²¹ 池村ほか・前掲注（95）100頁〔池村聡〕。池村は私見として、本要件を過度に厳格に解釈するのではなく、柔軟な解釈で妥当な結論を導くべきではないかという旨述べる。

¹²² 文化庁長官官房著作権課・前掲注（4）22頁。

¹²³ 前田・前掲注（103）31-32頁も、「わざわざ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」と述べる。

もっとも写真等著作物の利用にあたって付随対象著作物を画像処理によって消去しても問題がないような場合であれば、付随対象著作物を画像処理によって消去、あるいはモザイク、ぼかしを入れるなどして、著作物の本質的特徴が感得できないように加工すれば著作物の利用にあたらなため、著作権法上の問題にはならず余計な争いを避けることができる。ただし、報道や裁判資料として写真等著作物を用いる場合には、付随対象著作物を完全に削除することは真実を偽ることになりかねないため、一切の画像処理を施さないか、画像処理を施したことを明示した上で、完全に付随対象著作物を消去はせず、モザイク、ぼかしを入れる程度の必要最小限の画像処理に留めるべきである。

写り込みに意図がある場合、いわゆる「写し込み」と呼ばれる場合であっても、社会通念上わざわざ分離することを求められないような場合は権利制限の対象となり得ると解するものもみられる。具体的には、キャラクターの T シャツを着た子どもを撮影する場合や、ぬいぐるみを子どものそばに置いて写真を撮影する場合は挙げられている¹²⁴。学説上も、キャラクターの T シャツを着た子どもを撮影した場合も「社会通念上は分離困難であるとして複製権侵害とならないとして、「写り込み」の許容範囲を明確化し、拡大したものとすることができる」と述べるものがある¹²⁵。一方、本条の条文上、ぬいぐるみを抱いた子どもの写真を撮影し、Web 上で公開すると著作権侵害となり得ると述べるものもある¹²⁶。また、雑誌の表紙でモデルがキャラクターの T シャツを着ている場合が本条の対象外の例として挙げられていることは前述したが、雑誌の場合には T シャツに描かれているキャラクターの価値を利用して販売を促進しようとする意図があることから、たまたま写り込んだ場合とは状況が異なると述べられている¹²⁷。さらに、「写し込み」と呼ばれる場合といっても、被写体として写ってしまうことを認識しつつ撮影を続行する場合と、エンタメ業界などで、著作物を自ら小道具として用意して、何らかの演出意図をもって撮影する場合があります。後者の場合には権利制限の対象とならないとするものもある¹²⁸。しかし、そのように解すると、子どもにキャラクターのぬいぐるみを抱かせて写真を撮影するような場合も、

¹²⁴ 永山・前掲注(97)13頁。T シャツの場合、ぬいぐるみの場合ともに子どもと撮影した場合が例として挙げられている。子どもであれば社会通念上許され、大人であれば許されないという意図ではなく、典型例として子どもを挙げただけであって、大人の場合でも許容される想定であると考えられる。また、池村ほか・前掲注(95)100-101頁〔池村聡〕は、キャラクターの T シャツの例以外にも、壁に絵画が飾ってある部屋で撮影する場合に絵画を外して撮影する必要はないとする。ただし、池村は写し込みの場合には自ら用意しているため分離困難とはいえず、適用対象外であると述べており(108-109頁)、あくまで撮影のためではなく、元々絵画が飾ってあった場合には分離する必要はないという見解であると考えられる。

¹²⁵ 高林龍『標準著作権法』164頁(有斐閣、第2版、2013)。

¹²⁶ 中山信弘・松田政行・岩倉正和・横山久芳・相澤英孝「改正著作権法と著作権法の課題」Law & Technology 57号15頁〔中山発言〕(2012)。清水・前掲注(113)426頁も「「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」と述べる。

¹²⁷ 永山・前掲注(97)12頁は、付随的利用の権利制限規定があるドイツの判例でも雑誌の表紙への掲載については付随的利用に該当しないと判断されている旨述べる。

¹²⁸ 池村ほか・前掲注(95)108-109頁〔池村聡〕。

著作物を自ら用意して撮影することになり、後者に該当するため、権利制限の対象とならないことになる¹²⁹。

以上のようにいわゆる「写し込み」の場合には、社会通念上問題がない場合であっても、分離することが困難とはいえないために、権利制限の対象にならないと判断される可能性がある。しかし、社会通念上問題がないような場合にまで著作権者の権利を認める必要性は低いと考えられるため、そのような場合にはいわゆる「写し込み」であっても、権利制限の対象として運用することが望ましいと考えられる。

また、「分離することが困難である」という要件が明示的に設けられたために、社会通念上問題がないような場合に、何らかの法テクニックを用いて違法でないとする解釈が困難となってしまったと指摘するものもある¹³⁰。しかし、「分離することが困難である」ことは独立の要件ではなく、「付随して対象となる」著作物であることこそが要件であって、「分離することが困難である」ことは「付随して対象となる」場合の典型例であり、必ずしも分離困難であることが求められているわけではないと述べるものもある¹³¹。

分離が困難かどうかは、「イベント主催者と創作者との間に資本関係や契約関係があり、創作者がイベント主催者に対して影響力を行使することができる場合には、イベント主催者が意図して使用する音楽は、創作者から見ても分離困難とはいいがたいであろう」と、創作者の立場から判断されるべきであると述べるものもある¹³²。しかし、創作者がイベント主催者に影響力を持つからといって、イベント主催者が意図しているものかを汲み取って、あらかじめ撮影等する際には演奏をやめるように 2 者の間で取り決めをしておくことを要求することは、創作者に必要以上の負担をかけることになりかねないことに加え、イベントの円滑な運営にも支障をきたすおそれもある。したがって、創作者の立場とは関係なく、写し込みが意図的なものでないか、あるいは意図的であったとしても、社会通念上許容されるような範囲であって、著作者の利益を不当に害しないような態様での写し込みの場合には、分離が困難であったと判断して本条が適用されるべきである。もっとも、客観的に判断して明らかに社会通念上分離することが困難でないという場合には、写し込みが意図的なものであるか否かによらず、本条は適用されない¹³³。

また、分離が困難かどうかを社会通念上という基準に加えて、軽微性との相関関係も踏まえて判断するという提案をするものもある。そこでは、軽微であればあるほど、そのような軽微なものを分離することは他の要素に係わらず困難であると判断する。そして、軽微でない場合はそもそも分離が困難に関わらず本条は適用されないのであるから、分離

¹²⁹ 中山・前掲注(18)307-308頁は、「ミッキーマウスの描かれた T シャツを着せた場合とミッキーマウスの人形を抱かせた場合とは、犯罪の成否を分けるほどの大きな実質的な差異があるのであろうか。」「利用形態や権利者に与える損害等を総合的に勘案して結論を導くほうが妥当であろう」と述べる。

¹³⁰ 中山信弘「著作権法の憂鬱」パテント 66 巻 1 号 114 頁(2013)。また、小倉ほか・前掲注(102)583 頁〔金井重里〕は、「写し込み」を除くためであれば、「そのような場合なら、たいていは商業利用であろうから、端的に商業利用のための写込み、撮り込みを除外する規定でよかったのではないかと述べる。

¹³¹ 前田・前掲注(103)31頁。

¹³² 前田・前掲注(103)32頁。池村ほか・前掲注(95)101頁〔池村聡〕も同旨。

¹³³ 池村ほか・前掲注(95)101-102頁〔池村聡〕。

困難性と軽微性を関連づけることで処理ができるのではないかと述べる¹³⁴。そのような判断基準を採用するのであれば、「分離することが困難である」という要件は必要ないと考えられる。

以上から、「分離することが困難である」という要件は文言を厳格に解釈して運用するよりも、比較的緩やかな解釈が学説上でのみならず、立法担当者らによっても行われていることを読み取ることが出来る。すなわち、分離することが困難とは、技術上可能かといった客観的な基準ではなく、社会通念上という判断基準を採用することによって、許容されるべき写り込みの態様を本条の適用対象にしようという意図を読み取ることが出来る。

しかし、客観的（技術的）に分離が困難ではないもの、特に写し込みといったものを、社会通念上という判断基準から分離が困難であるとするのは、「分離することが困難である」という要件の適用範囲が広がりすぎてしまうおそれがあるとして、文言に忠実に客観的（技術的）に分離が困難かという基準で解釈されることも考えられる。むしろ、文言からはそのように解釈するのが自然であるとも考えられる。現行法の下で、許容されるべき写り込みを本条の対象とするためには文言にとらわれない柔軟な解釈をとらざるを得ないが、フェア・ユースのような一般制限規定ならばともかく、個別制限規定であり、分離困難性を明文化している以上、柔軟な解釈には限界がある。

したがって、「分離することが困難である」という要件は不要だと考える。

4.2.4. 「軽微な構成部分」

「軽微な構成部分」については、「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ない」とされており¹³⁵、「軽微」をどの程度まで捉えるか、見解がわかれると予想される¹³⁶。雪月花事件において、著作物が写真に小さく写っていることが結果的に著作物性を認めない判決を導いたことや、はたらくじどうしゃ事件においても、内部の頁に小さく掲載された写真に関しては写り込みに許容してよいという学説があること、「割合は問わないが半分とかを占めれば付随的とは一

¹³⁴ 明治大学知的財産法政策研究所「平成 24 年著作権法改正の評価と課題」パネルディスカッション議事録 21 頁〔奥邨発言〕(2012) http://www.kisc.meiji.ac.jp/~ip/_src/20120804/20120804sympo.pdf。この提案に対しては「軽微で分離できて、不当に利益を害する場合、どういう場合があるのか」等の論点があると指摘されている(21 頁〔金子発言〕)。パネルディスカッションではそれ以上の議論は行われなかったようだが、軽微で分離できる場合は社会通念上分離が困難か否かの基準で判断され、不当に利益を害する場合はただし書で対応することが可能と考えられる。

¹³⁵ 文化庁長官官房著作権課・前掲注(4) 22 頁。

¹³⁶ 小倉ほか・前掲注(102) 584 頁〔金井重里〕は、「軽微という文言自体法律用語としてまれである。立法としては明瞭性の原則から疑問のある要件である」と述べる。

般的にはいえないであろう」と述べるもの¹³⁷があることから、写真等著作物において写り込んだ著作物の大きさは、軽微か否かの判断基準のひとつになると考えられる¹³⁸。

一方、写り込んだ著作物の大きさだけで軽微か否かの判断をすることはできない。「創作上・鑑賞上意味がないものは面積的に大きくても軽微であり得るし、他方、例えば画面のほとんどが無地で構成されているような場合には、面積的な割合が小さくても軽微とは評価できない場合」がありうると述べるものがある¹³⁹。小さく写っている、すなわち写真等著作物の全体からみて付随対象著作物の割合が小さいとしても、付随対象著作物が写真等著作物を構成しているような場合、軽微な構成部分ということとはできない。付随対象著作物が、全体のどのような箇所に写り込んでいるか、というレイアウトも判断基準のひとつとなり得る。写真全体からみて1割程度の割合しか占めていない場合であっても、写り込んだ著作物が写真の中心に位置しているような場合、その著作物が写真の主な表現と言える可能性がある。また、映像の写り込みの場合には、一時的に割合が大きくなる場合も考えられる。カメラワークで著作物が拡大されるような場合、ごく短時間であれば映像全体からみて軽微であると判断できる場合が多いと考えられる。ただし、映像を切り取った一コマで鑑賞するような形態で提供する場合には、その一コマは写真の著作物のコピーと解されるから¹⁴⁰、その一コマにおいて軽微であるか判断する必要がある。具体的には、映画作品において著作物がその1シーンに写り込んでいた場合、映画の著作物としては軽微と判断されても、パンフレットやグッズなどの作成において1シーンを切り取る場合には、写真の著作物として、その1シーンにおいて軽微といえるか判断する必要がある。このように、動画の場合は軽微であると判断されても、切り取り方によって軽微ではないと判断される可能性があるため、軽微の判断においては、問題となる著作物が写り込んだ著作物が提供される形態の全体像を把握した上での判断が必須となると考えられる。

写真等著作物に写り込んだ割合だけでなく、実際に写真等著作物が利用される際のサイズも軽微の判断において重要となると考えられる。例えば、葉書サイズの写真で小さく写り込んでいる場合には軽微な構成部分であると認められたとしても、10平米の看板等に1平米の大きさを写り込んでいた場合に軽微な構成部分といえるのか。写り込みであるのだから全体から見て割合が小さければ軽微と捉えることもできるが、鑑賞する上で、1平米もの大きさのある著作物を軽微と判断することができない場合も考えられる。もっとも、これは撮影後の利用行為なので、本条2項の対象となり、2項は軽微の要件はないため、2項ただし書に該当するかが争点となると考えられる。ただし書については後述する。

¹³⁷ 小倉ほか・前掲注(102)584頁〔金井重里〕。

¹³⁸ 池村ほか・前掲注(95)103頁〔池村聡〕も「写真に絵画が写り込んだといった「静止画×静止画」の事案においては、写真全体の面積に占める写り込んだ絵画の面積の割合が重要な判断要素になるう」と述べる。

¹³⁹ 前田・前掲注(103)33頁。中山・前掲注(18)305頁は、「ぼけた写真が背景に写り込まれているような場合には、かなり大きくても本条が適用されてもよいであろう」と述べ、割合だけではなく、写り込みの態様も重要であることを指摘している。

¹⁴⁰ 加戸・前掲注(3)201頁。

また、軽微か否か判断するにあたっては従来から、「写り込む著作物を欠き、または他の著作物に置き換わっても、被告になんら影響は生じないかどうかテストしてみることに、いわゆる消去可能性テスト・置換可能性テストを行うことが提案されていた¹⁴¹。

消去可能性テストをクリアしたものは、写り込んでいてもいなくとも写真等著作物それ自体に影響をあたえるものではないといえるため、著作物の実質的利用はないと判断できるとされている¹⁴²。すなわち、消去可能性テストをクリアしたものは軽微であると判断できると考えられる。置換可能性テストに関しては、写り込んだ著作物の代わりになり得る同種の著作物の場合、その視覚的効果等の利用が必要とされているとみることでもできるが、一方、写り込んだ著作物を非著作物に置き換えても影響が生じないのであれば、写り込んだ著作物の実質的な利用はないといえるため、「他の著作物」との置換可能性テストは必ずしも決定的ではないが、「非著作物」との置換可能性テストは、有益であると述べられる¹⁴³。これらのテストを用いれば、ぬいぐるみを抱えた子どもの写真であっても、抱えているものがぬいぐるみではなく、非著作物であったとしても影響はないため、著作物の実質的利用とはいえず¹⁴⁴、また、キャラクターの T シャツを着た子どもを写した写真であっても同様といえる。これらの事例は前述した分離が困難かという要件においては、文言をそのまま適用すれば分離が困難とは言えず、そのため社会通念上許容されるような範囲であって、著作者の利益を不当に害しないような態様での写り込みの場合であれば、分離困難の要件を満たすとして対応した。上記のような場合か否かを判断するにあたって、消去可能性テスト及び置換可能性テストは有効だと考えられる。

また、いわゆる「写し込み」はこれらのテストをクリアすることは難しい場合が多いと考えられる。「写し込み」は撮影者等が明確な意図をもって写り込ませるのであるから、写し込んだものを消去、あるいは別のものに変更しては、元々の意図が達成されず、影響を与えることが多いと考えられる。ただし、例えば著作権が存続しているあるキャラクターの人形を写り込ませるような場合、そのキャラクターでなければならない必然性がある場合には代替不可能であろうが、そのキャラクターの人形であることに必然性がない、すなわち何らかの条件を満たした人形であればよいのならば、著作権がない、あるいは著作権を主張しないと明言されたキャラクターの人形を利用すればよいから、置換可能性テストをクリアできる。必然性があるか否かという判断は非常に難しいと予想されるが、必然性があるものは、写し込まれた著作物を非著作物に置換した場合には印象が大きく変わることが多いと考えられる。例えば、雑誌の表紙にキャラクターの T シャツを着たモデルが写っているような場合には、別の T シャツに置換した場合には表紙から受ける印象が大きく変わることが多いと考えられる。したがって、写し込まれた著作物が非著作物に置換でき、置換された後でも印象が変わらない、すなわち影響がないものであれば、置換可能性テストをクリアしたと判断すべきである。

¹⁴¹ 前田・前掲注(42)339頁。

¹⁴² 前田・前掲注(42)340頁。

¹⁴³ 前田・前掲注(42)340頁。

¹⁴⁴ 前田・前掲注(42)340頁。

4.2.5. 「著作権者の利益を不当に害するもの」ではない

付随対象著作物として認められたとしても、その種類や用途、複製、翻案、その利用の態様に照らして著作権者の利益を不当に害するものは写り込みとして許容されない(本条1項ただし書および2項ただし書)。

ただし書に該当するか否かは、「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になる」と説明されている¹⁴⁵。

はたらくじどうしゃ事件で、46条4号が一般に自由利用が認められている場合であっても販売目的の複製であればその利用を認めていないことから、写り込みであっても著作権者の財産的利益を害するものであれば著作権者の意図を害しているといえる。この点に関して、写真等著作物において付随対象著作物が販売促進のために利用されているとみることができるか否かによって判断されると考えられる。しかし、付随対象著作物として認められた、すなわち写真等著作物の軽微な部分として認められた著作物が販売を促進しているとは考えにくい。

したがって、付随対象著作物として認められたものは財産的利益が問題となることはないと考えられる。なお、2項は目的要件が規定されていないため、営利目的の利用であっても、ただし書に該当しない限り権利制限の対象となる¹⁴⁶。しかし、営利目的となる対象として想定されているのは写真等著作物であり、写り込んだ著作物ではないと考えられるから、写り込んだ著作物、すなわち付随対象著作物が販売促進のために利用されているような場合には、2項の権利制限には該当しないとみることができる。

本条のようなただし書を含むものとして、著作権の制限を定める30条から50条において、学校その他教育機関における複製等を定めた35条、裁判手続等における複製を定めた42条がある(以下「35条等」という。)。35条等と本条の違いは、制限される著作物の性質である。35条等ただし書が著作物一般を指すのに対し、本条ただし書は付随対象著作物に限定している。35条等は付随対象著作物のように著作物を構成している軽微な部分ではなく、いわゆる著作物全般について、著作権の制限を規定している。しかし、自由に複製されると、当該著作物の販売に影響を及ぼすことになる場合などには複製が許容されないことをただし書で定めている¹⁴⁷。

付随対象著作物については、販売に影響を及ぼす可能性が高い場合には、そもそも写真等著作物における軽微な構成部分とはいえ、付随対象著作物として認められないと考えられる。以上から、1項ただし書に関して、付随対象著作物として認められ、かつ財産的利

¹⁴⁵ 文化庁長官官房著作権課・前掲注(4)22頁。

¹⁴⁶ 文化庁長官官房著作権課・前掲注(4)22頁。

¹⁴⁷ 作花・前掲注(11)351、375頁。

益の侵害が成立するような場合は考えにくく、人格的利益に関しては著作者人格権でカバーできるため、1項ただし書に該当する場合は想定しにくい¹⁴⁸。

1項ただし書に該当する場合として、「映像の一部分として音楽を録り込んでいたような場合、高音質かつフルコーラスでということになれば、全体の割合からいえば軽微な部分であっても、権利者の利益を不当に害する場合もありうる」と例示されている¹⁴⁹。仮に全体の割合から音楽が録り込まれた時間が少ないという点のみで軽微と判断されるとすれば、軽微という判断自体に問題があると考えられる。軽微か軽微でないかの判断は全体の割合だけでなく、写り込んだ著作物がどのような態様で写り込んでいるか等を総合的に考慮して判断すべきである。

また、高音質かつフルコーラスの音楽を録り込んでいた場合に著作権者の利益が侵害されるとしても、音楽の部分のみが抽出されて利用されることによって不利益が生じると考えるのが相当であり、音楽が録り込まれた映像全体が視聴されることによって不利益が生じるとは考えにくい。付随対象著作物に該当する著作物のみを抽出して利用するような場合は、本条2項の対象となる写真等著作物の利用に伴う付随対象著作物の利用に該当するため、2項ただし書に該当するものであるか検討すべきである。写真等著作物から付随対象著作物のみを抽出して利用する行為に関しては後述する。

2項ただし書に関しては、「翻案や公衆への提示・提供を含む全ての利用を許容するものであり、また2項による利用段階での付随性・軽微性を改めては要求していないから、1項に比べるとただし書の適用場面が広いであろう」と考えられている¹⁵⁰。例えば、先に例示した映像の一部分として高音質かつフルコーラスの音楽を録り込んでいる著作物を公衆送信する場合や、解像度が高く、写真全体としては軽微であっても、写真を拡大することによって十分鑑賞に耐えうるような著作物が写り込んだ写真を公衆送信するような場合は2項ただし書の対象になり、本条の適用が否定されうると考えられる。

もっとも、写真等著作物の制作者が、映像から軽微と判断された音楽を正規の音源と同様に鑑賞に耐えうるものとして利用されることや、写真を拡大して利用されることを想定しているとは考えにくい。したがって、権利者の利益が害されていると、写真等著作物の利用者が明確に認識できるような場合や、付随対象著作物の部分のみを利用することも可能である旨を示唆しているような場合などを除いて、1項の要件を満たした写真等著作物を公開する行為は権利制限の対象とすべきである。なお、動画にたまたま録り込まれた音楽のみを動画から抽出して利用する場合や、写真に写り込んだ著作物のみをトリミング等、拡大して利用する場合などは、2項が「写真等著作物の利用に伴って」との要件を含むことから、ただし書に該当するか検討するまでもなく、2項が定める権利制限の対象として認められないといえる。

¹⁴⁸ 前田・前掲注(103)34頁も、「1項の本文の要件を満たしながら、なおただし書に該当するのはどういう場合なのかは、具体的には想定しがたいが、念のためにただし書が置かれたものと理解できる」と述べる。永山・前掲注(97)13頁は、1項ただし書は、「確認的に置いたという性格が強い」と述べる。

¹⁴⁹ 永山・前掲注(97)14頁。

¹⁵⁰ 前田・前掲注(103)34頁。

また、1項で厳格に要件を絞り込んでいるのであるから2項ただし書に該当する場合は考えにくいと述べるもの¹⁵¹もあり、上で検討したように2項ただし書に該当すると考えられる場合はそもそも1項の要件を満たしていないものが多いと考えられる。

以上から、1項のような厳格な要件を設けるのであればただし書は不要であろうし、より広範に権利制限を認める趣旨であるのならば、1項の要件は緩和し、2項ではただし書に該当するような場合、すなわち著作権者の利益を不当に害する場合に限って権利制限を認めないといった立法をすべきであったと考える。

なお、複製物の目的外使用を定める49条に本条が含まれていないが、ただし書に該当するような使用に供する行為については複製物の目的外使用に該当する可能性があり、利用と複製または翻案が一連の行為として行われる場合には著作権者の許諾が必要と解する余地がある旨述べるものがある¹⁵²。このような場合は、複製物中の付随対象著作物を利用の主たる対象として用いている利用であると考えられるが、「写真等著作物の利用に伴って利用」する行為ということではできないであろうから、そもそも2項に該当せず、本条の適用対象とはならないと考えられる。付随対象著作物の利用と複製または翻案が一連の行為として行われる場合であっても、複製または翻案は1項、利用は2項により適用を考えるのであるから、複製物の目的外使用か否かではなく、あくまで本条で判断することで対応可能と考えられる。

4.2.6. 著作者人格権

本条は写り込みの性質上、未公表の著作物も対象になると想定されている¹⁵³。著作者人格権は本条の規定に影響を受けないため(50条)、未公表の著作物が写り込んだ写真等著作物を公開した場合、公表権(18条)を侵害する可能性が考えられる¹⁵⁴。著作者人格権に関して、特段調整規定が設けられていない理由として、立法担当者は「著作者人格権は著作物の著作物に対する精神的利益の保護を目的とする重要な権利であり、その制限は高度の公益性が認められる場合に限って行い、その制限の程度も必要最小限にとどめるべきであるとの理由による」と述べる¹⁵⁵。ただし、「具体的な事案においては、例えば、権利濫用の法理や黙示的許諾の法理により、侵害が否定される場合も当然あり得る」と述べる¹⁵⁶。これは、未公表の著作物がどのような態様で写り込んでいるかということや、未公表の著作物がどのような経緯で写り込むことになったのかが公表権侵害となるか否かに影響すると考えられる。例えば、撮影禁止の場所で撮影した写真や動画に未公表の著作物が写り込ん

¹⁵¹ 小倉ほか・前掲注(102)586頁〔金井重里〕は、著作権者の利益を不当に害する場合にフェア・ユースの議論があったため、米国著作権法のフェア・ユースの条件の一つである「著作権のある著作物の潜在的市場又は価値に対する使用の影響」の条件が紛れ込んだのだろう、と述べる。

¹⁵² 渋谷達紀『著作権法』226-227頁(中央経済社、2013)。

¹⁵³ 永山・前掲注(97)13頁。

¹⁵⁴ 前田・前掲注(103)34頁。

¹⁵⁵ 池村ほか・前掲注(95)107頁〔池村聡〕。

¹⁵⁶ 池村ほか・前掲注(95)107頁〔池村聡〕。

だ場合には、その場所の管理者の管理権を侵害するものであると考えることができるため、民法 709 条¹⁵⁷に基づく不法行為が成立する可能性がある。仮に不法行為が成立した場合、そのような不法行為により作成された写真等著作物の付随対象著作物に対して権利濫用の法理や黙示的許諾の法理が適用されることは考えにくく、公表権侵害を否定される可能性は低いと考えられる。もっとも、撮影が禁止されているとしても、撮影が禁止された敷地外から未公表の著作物を撮影することが出来る場合は、撮影者は未公表の著作物であるとは知らずに撮影するのであるから、公表権侵害を肯定するのは酷であるため、仮に写り込みの態様が著作権者の経済的利益を害する場合にはそもそも本条が適用されないのであるから、権利濫用の法理を適用し撮影者を救済し、未公表の著作物を撮影可能な状態にした者に対して公表権侵害を主張すべきである¹⁵⁸。一方、撮影が許可された場所であれば、そのような場所に未公表の著作物が写り込むような状態にしているということは、写り込むことを黙示的に許諾していると捉えることができるから、公表権の侵害を認めるのは権利濫用とされる可能性が高い。したがって、撮影が禁止された場所での撮影によって生じた著作物の付随的利用を除き、著作物の付随的利用により公表権侵害が肯定される可能性は低いと考えられる。

本条の要件を満たす付随対象著作物の氏名表示がなされることは、写り込みという性質上考えにくく、氏名表示権（19 条）との関係も問題となりうる。ところで、無名の著作物については著作者名の表示をする必要はない（19 条 2 項）¹⁵⁹。また、著作者名の表示は、著作物の利用の目的及び態様に照らし、著作者が創作者であることを主張する利益を害するおそれがないと認められるときは、公正な慣行に反しない限り、省略することができる（19 条 3 項）。写り込みでの使用は、その立法趣旨から、「本条の要件を満たす利用においては、付随対象著作物の著作者の氏名表示を省略することは、特段の事由がない限り、著作権法 19 条 3 項によって許容されるであろう」と考えられている¹⁶⁰。立法担当者による解説でも、調整規定が設けられていないことは「19 条 2 項や 3 項により、妥当な解決を図ることが可能であると考えられたことによる」と述べられている¹⁶¹。また、前述したはたらくじどうしゃ事件においても、「被告書籍における著作物の利用の目的及び態様に照らし、著作者氏名を表示しないことにつき、その利益を害するおそれがないと認められる。したがって、被告の行為は、原告の有する著作者人格権侵害を構成しない」と判示されており、裁判例から判断しても写り込みの場合には氏名表示を省略して問題ないと考えられる。

著作物を著作者に無断で翻案した場合は、著作者人格権である同一性保持権（20 条）の侵害となる可能性がある。本条の立法趣旨から、「本条によって許されている翻案に必然的

¹⁵⁷ 民法 709 条「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。」

¹⁵⁸ そもそもそのような著作物が未公表の著作物に該当するのかに関して、著作権者の同意を得ないで公表されたものも未公表の著作物とされていることから（18 条 1 項括弧書）、撮影が禁止された敷地外から撮影できる著作物が未公表の著作物である可能性は否定できない。

¹⁵⁹ 中山・前掲注（18）492 頁。

¹⁶⁰ 前田・前掲注（103）34 頁。

¹⁶¹ 池村ほか・前掲注（95）107 頁〔池村聡〕。

に伴う改変については、そもそも改変に当たらないとされるか、又はやむを得ないと認められる改変（著作権法 20 条 2 項 4 号）として許容されるべきであろう¹⁶²と考えられている。立法担当者も調整規定が設けられていないことは「20 条 2 項 4 号により、妥当な解決を図ることが可能であると考えられたことによる」と述べている¹⁶³。翻案している以上、改変にあたらないとするのは難しいが、条文の趣旨を没却しないためにもやむを得ない改変として認めるべきである。

著作者人格権の侵害に至らない行為であっても、著作者の名誉または声望を害する方法で著作物を利用する場合には 113 条 6 項のみなし侵害にあたる。みなし侵害の例として、芸術作品としての裸体写真が風俗広告に使われる場合やクラシックが風俗店の BGM に使われる場合などが挙げられる。写り込みに関しては、裸体写真が風俗広告にそのまま使われたり、店内 BGM として音楽が使われたりした場合には付随対象著作物とはいえない可能性が高いが、付随対象著作物と認められた範囲でも名誉または声望を害する行為はみなし侵害に該当する¹⁶⁴。もっとも、写真等著作物がみなし侵害を構成することは想定できても、本条の要件を満たした付随対象著作物がみなし侵害に該当する場合は想定しがたく、実際にみなし侵害が問題となることはないと考えられる。

日本の著作権法は、著作者人格権を世界最高水準で保護しており、「デジタル時代になると、世界一強い著作者人格権が、著作物の利用・流通の阻害要因になり、日本だけが世界の進歩から取り残されることはないのか」という懸念が示されている¹⁶⁵。本条が著作物の利用の円潤化を目的としていることから、著作者人格権を根拠とする過度な権利主張を安易に認めない姿勢が必要になる。

4.2.7. 裁判例への当てはめ

前述した雪月花事件及びはたらくじどうしゃ事件に本条を当てはめた場合、どのような結論が得られるか、若干の検討を行う。

まず、雪月花事件に関して、カタログ中の書の著作物性が認められないとして、著作権侵害を構成しないとされたが、仮に著作物性が認められたとして、検討する。「写真の撮影、録音又は録画の方法」の要件は、カタログに掲載されたものは写真であるから満たしている。「分離することが困難である」の要件は、モデルルームの照明を撮影したものであるから、書を写真に写り込まないようにすることは容易であったと考えられる。そのため、条文の文言を厳格に適用すれば分離が困難とはいえないことになろう¹⁶⁶。ただし、前述したと

¹⁶² 前田・前掲注(103)34頁。

¹⁶³ 池村ほか・前掲注(95)107頁〔池村聡〕。

¹⁶⁴ 前田・前掲注(103)34頁は、「本条の対象となる付随対象著作物の利用は、著作者の社会的な評価の低下をもたらすとは考えにくいから、特段の事由がない限り、同項のみなし侵害には該当しないと考えられる」と述べる。

¹⁶⁵ 中山・前掲注(18)469-470頁。

¹⁶⁶ 田村・前掲注(5)53頁は「対象を物理的に移動することが困難とはいいい難いものであったから、改正法 30 条の 2 を適用して侵害を否定することはできないかもしれない」と述べる。渋谷・前掲注(152)225

おり、社会通念上許容されるような範囲であって、著作者の利益を不当に害しないような態様での写り込みの場合には、本条を適用して問題ないと考えることができる。カタログに掲載された書を実際の書の代替品として利用することは考えにくく、また、写り込んだものが書ではなく、全く別のものであっても、著作権者の利益を不当に害するものであるとも言い難いため、ただし書にも該当しないと考えられる。各カタログは照明器具の宣伝が目的であり、掲載された写真は原告各作品を主題としたものではないこと、原告各作品は本件各カタログに小さく掲載されていることから軽微な構成部分といえると考えられる。したがって、書は付随対象著作物であるとして本条が適用されると考えられる。

次にはたらくじどうしゃ事件に本条を当てはめると、バスに描かれた原告作品が写り込みか否かの判断に適用されると考えられる。前述したように、本件バスと原告作品は一体となったものであり分離することは困難であるが、本件バスが被告書籍に掲載された理由としては路線バスであるからというよりも、原告作品が描かれた目をひく外観であるからであるとみることができる。内部に小さく掲載されているのみであれば、当該頁あるいは書籍全体として軽微な部分として捉えても問題ないと考えられる。

しかし、表紙については書籍で最も目立つ部分である。したがって、原告作品は写真等著作物における軽微な構成部分ということはできないから付随対象著作物とは言えず、本条による制限は適用されないと解するのが妥当と考えられる¹⁶⁷。

もっとも、いずれの事例についても本条の文言を厳格に解釈して運用すれば、本条を適用することは困難と考えられる。これまでの検討は本条の文言にとらわれず、その趣旨から「広く」解釈した結果、導かれたものである。検討した2件の事例が本条の適用対象にならない可能性に言及し、2件の判決の意義は改正後も失われていないと述べる学説もあるが¹⁶⁸、本来は改正によってこれらの類似事例が適用対象になることを期待されていたと考えられるのであり、そのような評価を下さざるを得ないということは、本条は当初の目的を達成していないといえる。

4.3. 小括

ここまで本条の要件を検討してきたが、著作権法の制限規定に関して、これまで、制限規定は限定列挙規定であり、その解釈には厳格性が求められていた。そのような立場では制限規定を類推解釈・拡大解釈することは困難である。しかし、現在では限定列挙規定よりも例示列挙であると解釈するものや¹⁶⁹、厳格性は必要ないとするものが有力になってき

頁も、本条への適用可能性について、「書を背景とするのであれば、許諾のある書を床の間に掛ければよいことである」と、本条は適用されない旨述べる。

¹⁶⁷ 田村・前掲注(5) 53頁は「表紙画像は……軽微性の要件の充足にも困難を覚えるだろう」と述べる。

¹⁶⁸ 田村・前掲注(5) 53頁。

¹⁶⁹ 岡村久道『著作権法』209-210頁(民事法研究会、第3版、2014)。岡村は、個々の制限を事前に列挙しておくことは不可能であり、新たな問題が起きても個別列挙規定を新設しなければならないため迅速性に限界があるため、文化の発展が妨げられる旨指摘し、一般的包括的権利制限規定の新設を提案する。

ている¹⁷⁰。したがって、本条についても立法経緯から付随的な利用を認めることが目的であるといえるため、趣旨に合った解釈として、本稿における本条の解釈、そして本条の課題をここでまとめる。

これまで、「写真の撮影、録音又は録画の方法」「著作物を創作するに当たつて」「分離することが困難である」「軽微な構成部分」「著作権者の利益を不当に害するもの」ではない、という要件について検討してきた。

まず、「写真の撮影、録音又は録画の方法」という要件については、模写といった要件上は適用外となり得るものも、他の要件を満たしていれば適用対象として解釈すべきである。本要件により撮影等に限定することは、本来許容されるべき利用行為が本条の適用範囲外とされてしまう可能性があるものであり、本要件は不要である。

「著作物を創作するに当たつて」の要件については、本要件により除外される可能性がある対象として定点撮影が挙げられているが、定点観測のような場合にこそ写り込みが問題となることが少なくないと考えられる。そのような場合に本条が適用されないとすれば、そもそもの目的である著作物等の利用の円滑化が阻害されるおそれがあり、運用にあたっては著作物の範囲を広くするしかないが、本条の適用対象とするためだけに無闇に著作物の範囲を広くすることは著作権法そのものに大きな影響を与えうるものであるから適切ではない。したがって、本要件は不要である。

「分離することが困難である」の要件については、写り込みが意図的なものでないか、あるいは意図的であっても社会通念上許容されるような範囲であって、著作権者の利益を不当に害しないような態様での写り込みの場合には、分離が困難であったと判断して本条が適用されるべきである。社会通念上許容されるような写り込みの態様であれば、わざわざ分離困難の要件を付す必要もないと考える。柔軟な解釈により分離が困難という基準を広げすぎるとは、明文化された要件を無視することになりかねず、実際にそのような運用がなされるかは定かでない。したがって、解釈による解決には限界があり、本条の目的を達成する上で、本要件は不要である。

「軽微な構成部分」という要件については、軽微であるか否かの判断にあたっては、付随対象著作物の写真等著作物全体からみた割合、レイアウトなどが判断要素になり得る。しかし、その判断はケースバイケースで判断されるべきものであり、割合がいくらであれば軽微であるとみなすといった規定を設けることは適切ではない。そこで、軽微であるか否かの判断にあたっては、消去可能性テスト・置換可能性テストをクリアするものであるかを判断基準として採用すべきである。ただし、消去可能性テストをクリアしたものは軽微であると判断できるが、置換可能性テストに関しては非著作物と置換してテストをクリ

¹⁷⁰ 作花・前掲注(11)308-309頁は、支分権の権利内容を定めた上で、制限規定でその内容を縮減するか、はじめから支分権に制限規定の縮減内容を盛り込んで規定するかは立法技術的な相違であると述べ、制限規定の立法趣旨や各権利の制定趣旨を勘案して合理的な解釈運用がなされる必要があると述べる。中山・前掲注(18)282頁も、「権利を制限するにはそれなりの理由があり、その理由にとって最も合理的な解釈を導くべきである」と述べる。また、岡村・前掲注(169)210頁も、厳格に解釈する理由はなく、柔軟かつ弾力的な解釈をすべきであると述べる。

アし得るかを判断する必要がある。これらのテストをクリアするものであれば社会通念上許容されるような範囲であるとして、本要件を満たしていると判断できる。

「著作権者の利益を不当に害するもの」ではない、という要件については、本条 1 項の要件を満たすものであれば著作権者の利益を不当に害するものとなることは考えにくい。したがって他の 1 項の要件を残すのであれば本要件は 1 項、2 項ともに不要である。1 項の要件を緩和し、2 項はただし書に該当するような場合、すなわち著作権者の利益を不当に害する場合に限って権利制限を認めないといった立法をすることが望ましいと考える。

「写真の撮影、録音又は録画の方法」「著作物を創作するに当たつて」「分離することが困難である」の 3 要件に関しては、技術的に不可避な写り込みについて、技術的な側面から、創作活動に支障をきたすことを防ぐために著作権を制限するという類型（旧来型の写り込み）のみを念頭に置いたものであり、これらの要件について柔軟な解釈を展開するのは、インターネットによって著作物の利用範囲が拡大した結果、私人の行動の自由を確保するために著作権を制限するという類型（新しいタイプの写り込み）を視野に入れたものであると指摘するものがある¹⁷¹。平成 24 年改正が「近年のデジタル化・ネットワーク化の進展に伴い、著作物等の利用態様が多様化しているとともに、著作物等の違法利用・違法流通が広がっていることから、著作物等の利用の円滑化を図りつつ、著作権等の適切な保護を図るため」に行われたものであることから¹⁷²、後者の類型を念頭に行われたものであると考えられる。それにも関わらず、条文の文言上の要件からは著作物の利用の円滑化が図れているとはいえず、著作権者を過度に保護しているとみることができ、改正の目的が達成されているとはいえない。また、当初の立法目的に近づけるため、柔軟な解釈が提唱されているが、そのような解釈が取れるかは不明という見解もある¹⁷³。さらに、解釈上は立法趣旨等から広く写り込みが許容される可能性が示されているとしても、著作権法に詳しくない者が学説や立法趣旨まで調査することは考えにくい。自身の行為が著作権侵害か否かを判断するにあたって、立法趣旨等を参照せずに条文の文言からのみ判断をするならば、立法趣旨等を考慮した解釈上は本条の対象となり得るものであったとしても、自身の行為が著作権侵害であると判断することで著作物の利用を萎縮してしまい、改正の目的であった著作物の利用の円滑化が阻害されるおそれがある。

以上から、1 項に関しては「軽微な構成部分」、2 項に関しては「著作権者の利益を不当に害するもの」ではない、という要件を満たすものであれば著作物の付随的な利用を広く認める趣旨で立法された本条の目的を達成するには十分であり、その他の要件はむしろ立

¹⁷¹ 田村・前掲注（5）118-119 頁。「政策形成過程に影響を与えにくい私的ユーザーの声を吸い上げるという意義をも認めることができよう」とも述べる。

¹⁷² 文化庁長官官房著作権課・前掲注（4）16 頁。

¹⁷³ 中山・前掲注（18）307 頁。中山は本条について、多くの要件が明文の規定として設けられたために、グレーの部分が排除されてしまい、フェア・ユースの考え方と真逆である旨指摘する（308 頁）。さらに、中山は、改正の趣旨から柔軟な解釈を採用するものに対して、解釈としては妥当であっても、「明文の規定で具体的要件を詳細に定めているのに、裁判所がその要件には当てはまらない行為を合法という判断を下すか、と言う点には懸念もある」（400 頁）と述べており、実際の裁判で柔軟な解釈が採用されない可能性が指摘されている。

法の趣旨を損ないかねないものだったのではないかと考える¹⁷⁴。本条の要件に対しては、柔軟な解釈が提唱されており、立法担当者も条文の文言にとらわれない柔軟な解釈を求めている¹⁷⁵。本稿においても柔軟な解釈による本条の適用を検討したが、明文化された具体的要件の解釈には限界があることや、改正の目的である著作物の利用の円滑化を図るためには著作権法に詳しくない者に萎縮効果を与えないことも重要であり、解釈論による解決ではなく、本条の改正による解決が望ましいと考える。

¹⁷⁴ 清水・前掲注(113)426-427頁は、「付属対象著作物の軽微性に加えて、分離の困難性というより不明確な基準が必要であるか疑問である。……今回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」と述べる。

¹⁷⁵ 立法を担当した池村聡は、福井健策 = 池村聡 = 杉本誠司 = 増田雅史『インターネットビジネスの著作権とルール』174頁〔池村聡〕(著作権情報センター、2014)において、「形式的にはこの制限規定の要件を満たさないからといって、直ちにそれが著作権侵害に該当するとは考えるべきでなく、……妥当な結論を導くための解釈上の工夫(柔軟な解釈)が望まれるといえるでしょう」と、文言にとらわれすぎない柔軟な解釈が必要であることを述べる。

田村・前掲注(5)117-119頁は、本条の元となったA類型時点で示されていなかった「写真の撮影、録音又は録画の方法」「著作物を創作するに当たつて」「分離することが困難である」の要件に対する起草過程関係者の解釈からは、文言を厳格に解釈するのではなく、むしろ柔軟に、あるいは無視するような解釈をすることも辞さない態度が伺えることを指摘し、極めて注目に値する旨述べる。また、「そこで提示されている解釈論は、……文化庁を通過したA類型に戻そうとするものであり、……政策形成過程、あるいは立法過程の(一部の)バイアスを矯正する試みであると評価することができる」と述べる。

以上のように、立法担当者、研究者共に本条の要件が過度に厳しい旨を指摘し、解釈によって実質的に元のA類型に近づけようとしている姿勢がみてとれる。

5. 提案

本稿では、第2章で平成24年改正以前の写り込みに関する裁判例や著作権法において写り込みがどのように扱われていたか検討し、第3章で米国の3つの裁判例を挙げ、写り込みは de minimis 法理、フェア・ユースの法理によって解決が図られていることを示した。第2章、第3章の検討からは、平成24年改正以前には既存の制度の柔軟な解釈によって写り込みの解決が図られていたことを読み取ることができたが、フェア・ユースのような一般制限規定ではなく、個別制限規定を採用する日本の著作権法において写り込みを含めた著作物の付随的利用を扱うには限界があることが明らかになった。第4章では平成24年改正で新設された30条の2の解釈を行った。平成24年改正の目的である著作物の利用の円滑化であったのに対して、30条の2の適用には多くの要件を満たす必要があり、さらにそれらの要件の一部は、文言からは許容されるべき写り込みまでも30条の2の対象外としうるものだった。学説・立法担当者は文言にとらわれない柔軟な解釈により、許容されるべき写り込みを30条の2の適用対象にすることを示していた。本稿でも柔軟な解釈を試みたが、文言からあまりに離れた解釈には限界があることや、著作物の付随的利用が写り込みに限定されてしまっていること、著作権法に詳しくない者は著作物の利用を萎縮するおそれがあることを指摘することができ、解釈による解決には限界があることが明らかになった。

著作物の付随的な利用を広く認める上ではフェア・ユース規定のような一般的な制限規定を導入することも1つの手段として考えられる。しかし、平成24年改正においてフェア・ユースの導入が見送られたことから考えて、一般的な制限規定としてのフェア・ユースが導入されるにはまだ時間が必要と考えられる。

したがって、本稿では、より広く著作物の付随的な利用が認められることを目的とした30条の2の改正を提案する。現行法については既に掲載しているが現行法と改正案とを対比するために、改めて現行法を示し、次にその改正案を提示する。なお、改正案には現行法と異なる箇所を下線を引いた。

【現行法】

(付随対象著作物の利用)

30条の2

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、当該創作に伴つ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つ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。

【改正案】

(付随対象著作物の利用)

30条の2

その著作物の利用を主たる目的としない他の行為（以下この条において「被付随的利用行為」という。）に伴い付随的に生ずる利用であり、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著作物（以下この条において「付随対象著作物」という。）は、当該利用行為に伴つて複製又は翻案することができる。

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、被付随的利用行為に伴つ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。

本改正案は、平成23年1月に文化審議会著作権分科会報告書で示されたA類型「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」¹⁷⁶を30条の2第1項に盛り込んだものである。30条の2が元々は写り込みに限定したものでなかったことから、対象を写り込みに限定しうる「写真の撮影等」の要件は削除した。「分離することが困難」に関しても「軽微な構成部分」の要件でカバーできると考えられるため削除した。また、1項ただし書は社会通念上軽微であると判断された著作物の利用に対して適用される状況があるとは考えにくいため削除した。2項は一部文言を1項に合わせて修正したことを除き、現行法のままとしている。

5.1. 改正案における要件

本改正案における適用の要件は、第1に「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利用であること」、第2に「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こと」である。

第1の要件「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利用であること」は、現行法で求められている写真の撮影等によって創作される著作物であることに限定されない。したがって、模写や生放送、固定カメラによる撮影等にも改正案は適用される。また、撮影等に限定していないため、図書館における複製において目的外の著作物が写り込んでしまう場合にも適用されることになる。さらに、撮影等以外の著作物の付随的利用にも適用される。

第2の要件「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こと」を充足するか判断するにあたっては、前述した消去可能性テスト・置換可能性テストをクリアする

¹⁷⁶ 文化審議会著作権分科会・前掲注(1)44頁。

ものであるかを基準として採用すべきである。各テストをクリアする具体的基準は事例に応じて異なるものと考えられるが、裁判例の蓄積によってある程度の基準が構築されるものとする。ただし、過去の裁判例に過度にとらわれることは避けなければならない。消去可能性テスト・置換可能性テストをクリアするものであれば、前例がなくとも改正案の適用対象としなければならない。

現行法と異なり、分離困難の要件は含まれないため、キャラクターの T シャツを着た子どもを撮影した場合や、キャラクターの着ぐるみと撮影した写真をウェブ上にアップロードして公開した場合にも、社会通念上軽微と判断されれば改正案の適用対象となる。また、「写し込み」についても分離困難の要件が含まれないことにより、要件を満たせば適用対象になる。

また、改正案 2 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」と定めている。現行法においては 1 項にも含まれていたが、改正案 1 項には含まれていない。これは社会通念上軽微であると判断された著作物の利用に対して適用される状況があるとは考えにくく、1 項はあくまで被付随的利用行為に伴う複製・翻案を許容するものであるため、著作権者に与える不利益が大きくないと考えるためである。一方、2 項は利用行為全般を許容するものであり、たとえ 1 項の要件を満たすものであっても、著作権者の利益を害する場合がないとはいえない。そのため、2 項にはただし書を設けることを提案している。

5.2. 予想される批判とその反論

本改正案に対しては、「付随的」「社会通念上軽微」といった基準が明確性の原則に反しており、法的安定性が損なわれるという批判が考えられる。

しかし、現行の 30 条の 2 に定められている「分離することが困難」「軽微な構成部分」といった要件も曖昧なものであり、解釈の幅があることや、運用する際には「社会通念上」どのように判断されるかが重視されていることが解説・学説から読み取ることができることから、現行法も法的安定性が高いとはいえない。むしろ、著作物の付随的な利用を認めようとするあまり、本来著作物性を認めるべきではないものにまで無理に著作物性を認めたり、分離することが困難である状況に幅を持たせたりすると、条文上の文言と解釈とが乖離してしまうおそれがある。分離困難性に関する解釈は本条のみの解釈として運用することも可能だが、著作物性に関する解釈は著作権法全体に影響をおよぼすものであり、無理な解釈を採用することは避けなければならない。他方、無理な解釈を避け、30 条の 2 の要件を厳格に当てはめようとする、本来許容されるべき著作物の付随的な利用まで阻害することになりかねない。以上を考慮すると、要件を簡略化し、著作物の付随的な利用を広く認める余地を残した要件を採用したほうが立法経緯に沿ったものであると考えられる。

また、30 条の 2 の元となったといえる A 類型が示された文化審議会著作権分科会報告書においても「付随的」「軽微」といった表現に明確性の原則から問題があるという意見に対して、「権利制限の一般規定という性質に照らせば、明確性の原則との関係について、ある程度柔軟に解してもよいのではないかとの意見や、現行著作権法や他の法律でもこの程度

の表現は用いられており、特段問題はないのではないかとの意見が出された」とあることや¹⁷⁷、明確性の原則に関して、違法性阻却事由を定める刑法 35 条¹⁷⁸が抽象的な規定で足りるとされているのと同様に、限定された範囲での制限規定とする必要はない旨述べるものもある¹⁷⁹。以上から、A 類型の表現が他の法律と比べて特段曖昧なわけではないことが読み取れる。改正案は A 類型の表現を採用するものであり、改正案も他の法律と比べて特段曖昧な表現を採用しているわけではないといえる。

以上から、改正案は必ずしも明確性の原則に反しているとはいえず、法的安定性を損なうものではないと考える。

¹⁷⁷ 文化審議会著作権分科会・前掲注(1)45頁。

また、報告書がまとめられる以前の平成 22 年 3 月 17 日の著作権分科会法制問題小委員会の第 2 回(文化庁「文化審議会著作権分科会法制問題小委員会(第 2 回)議事録」(2010)

http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h22_shiho_02/gijiyoshi.html)において、「例えば軽微という言葉であっても不明確であるおそれがあるので慎重にというふうに書いてあって、「軽微」以上に制約的な言葉というのは果たして見つかるのかなということです」(小泉発言)「英国法の 31 条、ドイツ法 57 条などでは、著作物の付随的な利用について権利制限規定を設けているということで、これらの国では特にこれが不明確だから問題があるというようなこともなく、普通に常識的なところを出しているかと思しますので、……私がイメージしていたところはこの英国法、ドイツ法などにあるようなものと同趣旨ということであれば、範囲が不明確だ等々の問題はむしろないんじゃないかというふうに考えております」(大淵発言)「必要と認められる範囲でだとか、あるいはやむを得ずとか、不当に利益を害さないとか、あるいは通常の家用品装置だとか、そういう意味での言葉は著作権法であれ、他の法律であれあるわけでありまして、特にこれがもっと厳格にすべきであるという必要性はないというふうに思いますし、……これももっとやれと言うとどういう文言になるのかという問題は必ず出てくると思います」(中山発言)との発言があり、「軽微」や「社会通念上」といった用語が特段不明瞭なものであるとは必ずしもいえないことがわかる。このような議論を踏まえて A 類型は示されたが、実際の 30 条の 2 には要件を厳密にしようとするあまり A 類型にはなかった要件を追加し、その結果、本来は許容されるべきであった利用を排除する規定になってしまったと考えられる。

また、中山・前掲注(18)400頁は、「もし著作権法に罪刑法定主義を厳格適用するならば、著作権法の立法が刑法の原理に縛られることになり、柔軟性が失われることになる」と指摘し、著作権法が罪刑法定主義を厳格に適用していない例として、著作権侵害の対象である著作物の定義を定めた 2 条 1 項を挙げている。

¹⁷⁸ 刑法 35 条「法令又は正当な業務による行為は、罰しない。」

¹⁷⁹ 田村・前掲注(5)116-117頁は、「「明確性の原則」なるものにして、既に条文の文言として包括的な行為を著作権の侵害とする条文が設けられている中で、それに対して、私人の自由を確保するために、風穴を開けようとして制限規定を新設しようとしているのだから、ちょうど違法性阻却事由を定める刑法 35 条が抽象的な規定で足りるとされているのと同様に、限定された範囲での制限規定となることを要しないというべきであろう」と述べる。

6. おわりに

本稿では、写真等に写り込んだ著作物等の取扱いを定めた30条の2について、法成立以前に写り込みが問題となった事例の検討を行った上で、各要件について、解釈論を展開した。要件には主に「写真の撮影、録音又は録画の方法」「著作物を創作するに当たつて」「分離することが困難である」「軽微な構成部分」「著作権者の利益を不当に害するもの」ではないといったものがあるが、平成24年改正が元々は日本版フェア・ユース導入の議論から始まったものであることを受け、文言にとらわれずに広く解釈する立場をとるものが有力であり、立法担当者の解説からも30条の2の元となった文化審議会著作権分科会報告書で示されたA類型に近づけようという意図がみられた。しかし、文言を厳格に解釈すると本来許容されるべき著作物の付随的利用が妨げられるおそれは否定出来ない。また、多くの明文化された要件により、著作権法に詳しくない者が著作物の利用を萎縮してしまうことも考えられる。したがって、A類型には含まれていなかった「写真の撮影、録音又は録画の方法」「著作物を創作するに当たつて」「分離することが困難である」という3つの要件は不要であるという結論に至った。

以上から、本稿ではA類型に近づけた30条の2の改正案を提示した。改正案では、不要と判断した3つの要件は削除し、社会通念上軽微であると評価できるかという点と、著作権者の利益を不当に害さないかという点の2点に絞って著作物の利用が許容される付随的利用であるかを判断することを提案した。軽微性の判断については消去可能性テスト・置換可能性テストを採用し、テストをクリアする基準については裁判例の蓄積である程度定まると予想される。また、改正案2項には、2点に加えて著作権者の利益を不当に害する場合は適用対象外となる旨の要件をただし書として加えている。

明確性の原則や法的安定性を重視した結果が現行30条の2の文言に繋がったと考えられるが、これから出現するであろう現時点では想定できない著作物の利用についても、付随的利用と判断できるものであれば著作権侵害を問わないことを定めた規定でなければ急速に発展するデジタル技術や通信技術に対応することはできない。想定できない著作物の利用まで含めて厳格に定めることは不可能であり、現時点での著作物の利用のみでなく、将来にわたっての著作物の利用についての制限規定を考える場合には、明確性の原則や法的安定性に過度にとらわれることのないようにしなければならない。法はその性質上、どうしても技術の後追いにならざるを得ない側面もあるが、著作権法が目的とする文化の発展を妨げるようなことがあってはならない。

また、写り込みについては、人物の写り込みに係る肖像権やプライバシー権の侵害にあたる場合も考えられる。本稿でもそれらの問題に関して若干の検討を行ったが、肖像権、プライバシー権共に条文上で明確化された権利ではないため、著作権よりも複雑な問題が生じうるものであり、今後更に検討していく必要がある。

本稿は、鈴木康平「写り込みに関する法的課題 - 著作権法 30 条の 2 を中心に - 」日本知財学会誌 10 巻 3 号 55-70 頁 (2014) を骨子として、大幅に加筆修正等し、修士論文として執筆したものである。

参考文献

1. 飯村敏明「著作権侵害訴訟の実務」『著作権制度概説および音楽著作権』明治大学法科大学院 207-219 頁（2006）
2. 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』（勁草書房、2013）
3. 池村聡「著作権法の一部を改正する法律の概要」NBL983 号 18-27 頁（2012）
4. 石井夏生利『個人情報保護の理念と現代的課題 プライバシー権の歴史と国際的視点』（勁草書房、2008）
5. 壹貫田剛史「著作権法の一部を改正する法律（平成 24 年改正）について」知財ぶりずむ 11 巻 121 号 49-56 頁（2012）
6. 牛木理一「バス車体上の絵の利用は自由か」（2001）<http://www.u-pat.com/body08.html>
7. 大江修子「判批（はたらくじどうしゃ事件）」コピライト 41 巻 487 号 21-22 頁（2001）
8. 大野聖二「判批（雪月花事件）」別冊ジュリスト 198 号 90-91 頁（2009）
9. 大家重夫『肖像権』（太田出版、改訂新版、2011）
10. 岡村久道『著作権法』（民事法研究会、第 3 版、2014）
11. 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」コピライト 53 巻 629 号 2-30 頁（2013）
12. 小倉秀夫 = 金井重彦編著『著作権法コンメンタール』（レクシスネクシス・ジャパン、2013）
13. 加戸守行『著作権法逐条講義』（著作権情報センター、六訂新版、2013）
14. 加戸守行『著作権法逐条講義』（著作権情報センター、五訂新版、2006）
15. 経済産業省「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」（2014）
<http://www.meti.go.jp/press/2014/08/20140808003/20140808003-3.pdf>
16. 経済産業省「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」（2012）
<http://www.meti.go.jp/press/2012/11/20121120001/20121120001-3.pdf>
17. 権利制限一般規定ワーキングチーム「権利制限一般規定ワーキングチーム 報告書」（2010）http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/pdf/kenri_houkokusho.pdf
18. 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 12-27 頁（2013）
19. 国立国会図書館「著作権にかかわる注意事項」（2012）
<http://www.ndl.go.jp/jp/service/copy/copyright.html>
20. 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 1193-1203 頁（2005）
21. 作花文雄『詳解著作権法』（ぎょうせい、第 4 版、2010）
22. 作花文雄「判批（雪月花事件）」判時 1800 号 201-209 頁（2003）
23. 渋谷達紀『著作権法』（中央経済社、2013）
24. 清水節「平成 24 年著作権法改正について」竹田稔先生傘寿記念『知財立国の発展へ』413-431 頁（発明推進協会、2013）

25. 全国公共図書館協議会「公立図書館における複写サービスガイドライン」(2012)
<http://www.library.metro.tokyo.jp/Portals/0/zenkouto/hukusyasa-bisu.pdf>
26. 高林龍『標準著作権法』(有斐閣、第2版、2013)
27. 竹田稔『プライバシー侵害と民事責任』(判例時報社、増補改訂版、1998)
28. 田中孝一「判批(はたらくじどうしゃ事件)」判例タイムズ1096号156-157頁(2002)
29. 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巻25-140頁(2014)
30. 田村善之「判批(ピンク・レディー・パブリシティ権事件)」法時84巻4号1-4頁(2012)
31. 田村善之「著作権法32条1項の『引用』法理の現代的意義」コピーライト47巻554号2-17頁(2007)
32. 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124-135頁(2003)
33. 知的財産戦略本部「知的財産推進計画2009」(2009)
<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/090624/2009keikaku.pdf>
34. 著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会「著作物の流通・契約システムの調査研究 著作権制度における権利制限規定に関する調査研究 報告書」(2009)
http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/houkokusho_090601.pdf
35. 土肥一史「平成24年改正著作権法を振り返る」文化庁月報531号(2012)
http://www.bunka.go.jp/publish/bunkachou_geppou/2012_12/special_02/special_02.html
36. 内藤篤=田代貞之『パブリシティ権概説』(木鐸社、第3版、2014)
37. 中山信弘『著作権法』(有斐閣、第2版、2014)
38. 中山信弘「著作権法の憂鬱」パテント66巻1号106-118頁(2013)
39. 中山信弘=松田政行=岩倉正和=横山久芳=相澤英孝「改正著作権法と著作権法の課題」Law & Technology57号1-24頁(2012)
40. 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52巻619号2-26頁(2012)
41. 二瓶和紀=宮田ただし『映像の著作権』(太田出版、2012)
42. 日本図書館協会・国公立大学図書館協力委員会・全国公共図書館協議会「複製物の写り込みに関するガイドライン」(2006)
<http://www.jla.or.jp/Portals/0/html/fukusya/uturikomi.pdf>
43. 日本図書館協会・国公立大学図書館協力委員会・全国公共図書館協議会「図書館間協力における現物貸借で借り受けた図書の複製に関するガイドライン」に関するQ&A」(2006)
<http://www.jla.or.jp/Portals/0/html/fukusya/q&a.pdf>
44. 日本弁護士連合会「平成24年著作権法改正(平成24年法律第43号)における法令審査過程に関する意見書」(2013)
http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2013/opinion_130620_2.pdf
45. 福井健策=池村聡=杉本誠司=増田雅史『インターネットビジネスの著作権とルール』(著作権情報センター、2014)
46. 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」(2011)
http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/shingi_hokokusho_2301_ver02.pdf

47. 文化審議会著作権分科会過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会「中間整理」
(2008) http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/bunkakai/26/pdf/shiryo_04_1.pdf
48. 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)」
<http://www.bunka.go.jp/chosakuken/utsurikomi.html>
49. 文化庁「文化審議会著作権分科会法制問題小委員会(第2回)議事録」(2010)
http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h22_shiho_02/gijiyoshi.html
50. 文化庁長官官房著作権課「いわゆる「写り込み」等に係る規定や技術的保護手段に係る規定等の整備 あわせて、違法ダウンロードの刑事罰化に係る規定の整備」時の法令1919号12-25頁(2012)
51. 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について」文化庁月報531号(2012)
http://www.bunka.go.jp/publish/bunkachou_geppou/2012_12/special_01/special_01.html
52. 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52巻618号16-37頁(2012)
53. 前田哲男「「写り込み」等に係る規定の整備」ジュリスト1449号28-34頁(2013)
54. 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」齊藤博先生御退職記念論集『現代社会と著作権法』325-343頁(弘文堂、2008)
55. 村井麻衣子「判批(はたらくじどうしゃ事件)」知的財産法政策学研究10号247-260頁(2006)
56. 明治大学知的財産法政策研究所「平成24年著作権法改正の評価と課題」パネルディスカッション議事録(2012)http://www.kisc.meiji.ac.jp/~ip/_src/20120804/20120804sympo.pdf
57. 山本隆司編著『フェア・ユースの考え方』(太田出版、2010)
58. 山本隆司『アメリカ著作権法の基礎知識』(太田出版、2004)
59. 鈴木康平「写り込みに関する法的課題 - 著作権法30条の2を中心に - 」日本知財学会誌10巻3号55-70頁(2014)

以上、参考文献に挙げた Web ページは全て 2015 年 1 月 14 日に最終閲覧した。