

# 編集著作物の分割利用と著作者人格権侵害

—日めくりカレンダー事件を契機として—

1. はじめに
2. 「日めくりカレンダー」事件知財高裁判決
3. 編集著作物の創作性
4. 編集著作物の利用行為
5. 編集著作物の分割利用と同一性保持権侵害
6. 名誉・声望を害する利用によるみなし著作者人格権侵害
7. まとめ

井 関 涼 子

## 1. はじめに

編集著作物の創作性は、素材の選択又は配列にある（著作権法二二条）。以下、著作権法は条数のみ記載）。したがって、編集著作物の権利の侵害は、この選択又は配列の創作性を利用した場合にのみ問題となる。素材が事実やデータである場合、編集著作物の創作性があるのは具体的な素材込みの「表現」というよりも、実質的には、編集方針というアイデアであることも多い。そのような場合にも、素材が変われば、編集方針が同じであつても編集著作物の著作権は及ばないとすれば、事実を素材とする編集著作物の保護は不十分となるのではないかと、この問題が指摘されている。

編集著作物の創作性とは何か。分割して利用したときに、何をもつて、「選択又は配列の創作性」を利用したといえ、権利侵害が成立するのだろうか。特に、著作者が著作権を譲渡した後の利用について、著作者人格権が及ぶのはどのような場合であろうか。従来、著作権侵害が問題にならないが著作者人格権侵害が問題になる場面は、正当な引用に際しての同一性保持権侵害の問題や、言論の批判と反論の場面における名誉・声望を害する利用が主であつたと思われる。このような場面では、著作者の権利と言論の自由のバランスを慎重に図る必要がある。しかし、データベース等の事実的作品の場合は状況が異なり、言論の自由への配慮を必ずしも要するわけではない。なぜなら、批判等の言論の対象として利用されるのではなく、事実的作品の価値を、著作権の利用許諾を得た上で利用する際の利用の仕方が、著作者の人格権や人格的利益を侵害するのではないかという問題だからである。従来、紛争が、言論対言論である場合が多かつたのに対して、著作物を利用する者の経済的・商業的利益と著作者の人格的利益とが対立しているのである。

本稿では、写真を素材とする編集著作物について、利用許諾を得て公衆送信した行為に関して、編集著作物の分割利用が同一性保持権侵害等に当たると争われた「日めくりカレンダー」事件知財高裁判決<sup>1</sup>を中心として、以上の問題を

考察する。(以下、「本件」とは、「日めくりカレンダー」事件を指す。)

## 2. 「日めくりカレンダー」事件知財高裁判決

### (1) 事実の概要

X (原告、控訴人) は、自然写真を作品として発表している写真家である。Y (被告、被控訴人、〈富士通株式会社〉) は、通信システム等の製造販売を業とする会社であって、インターネット上に同社製造のiモード対応携帯電話利用者のための「@Fケータイ応援団」というサイト(以下「本件サイト」という)を開設している。

Xは、花の写真三六五枚につき、一日一枚で一年分とする日めくりカレンダー用デジタル写真集(以下「本件写真集」という)を作成し、その著作権をYに譲渡した。Yは、本件写真集の花の写真を、本件サイトの携帯電話待受画面用の画像として二年あまり(平成一五年六月二七日〜平成一七年七月一五日)配信したが、週に一枚ずつであり、各配信日に対応すべき花の写真は用いられなかった(以下、この配信行為を「本件配信行為」という)。そこで、XはYに対して、本件配信行為が、編集著作物である本件写真集について同一性保持権を侵害するとして、慰謝料を請求した。

本件写真集について、Xは次のような工夫をした。①三六五枚の写真を全体としてみた場合に自然に季節感を感じとれ、配色等のバランス、一体感もあること、②季節に特徴的な花はその季節に配するとともに、正月にフクジュソウ、節分時にはセツブンソウ、三月三日の桃の節句には桃の花、母の日にはカーネーション等、記念日に欠かせない花はそこに配置すること、③春にはフキノトウ、スイセン、夏にはミスバショウ等、季節にふさわしい花を配置するとともに、Xが自然写真家であることから、園芸種よりも山野草を多く配置するよう心がけたこと、④図書館等に赴いて花の特徴

や花言葉を調べたこと、花の中には野草等もあることから、Xの印象で花言葉を作ったものもあることである。<sup>2)</sup>Xは、写真の画像データをYに購入してもらう交渉の中でYの担当者に、写真の画像データと共に、カレンダーに日付けとそれに対応した花、Xが選んだ各日毎の花言葉一年三六五日分を記載したメモ（以下「本件メモ」という）を送付した。購入契約の成立後にXがYに納品した画像データのCD-Rには、フォルダ名「File0001」から「File0365」の各フォルダに各花の画像が収められ、各フォルダには、Yの配信する携帯電話一二機種に対応させるために各写真をそれぞれ一二枚に加工した画像が収められている。

本件写真集の写真についてのYの配信は、週一回、一枚の割合で行われ、初回平成一五年六月二十七日に配信したファイルは、本件メモによれば、六月二五日に対応する花であり、その後の配信は、概ね前回到配信したファイル名後半部分の数値に七を加えたファイルと対応しているものの、必ずしもそれに沿っていないものもあった。

本件写真集の利用に関するXとYとの交渉の経過は、次の通りであった。XがYのウェブサイトのビジネスコンタクト窓口を通じて、本件写真集を本件サイトで「日めくりカレンダー」として配信するという企画を提案したことを受けて、Yの担当者がXと初めて面談した際、Yの担当者は、本件サイトは毎週一回、金曜日に更新していることを説明したところ、Xも本件サイトの更新が週一回であることは既に承知していた。そして、Xは、本件サイトにおいて携帯電話の待受画面用の画像を毎日更新することは可能かという趣旨の質問をしたところ、Yの担当者は、「技術的には可能である。」と答えたが、それ以上に将来本件サイトの更新スケジュールを変更するというような具体的な話ではなく、Xからも毎日更新するのだから取引に感じられないとの回答もなかった。

Yは、当初、Xの画像データが携帯電話の待受画面用に適していないことが、二度にわたって購入を断ったが、Xの側で画像データを加工したため購入することとなった。Xは、花の写真と共に、風景の写真による日めくりカレン

ダー用画像もセットで購入してもらったことも希望したが、Yは、「風景」については本件写真集の提供開始後のユーザの反応をみて購入するかどうかを判断すると伝えた。配信開始後、XはYに対して、「日めくり」のコンセプトを生かすこと、風景の写真の購入、風景の写真を購入しないのであれば、花の写真の代金を増額修正することの要望を再三申し入れたが聞き入れられず、本件提訴に至った。裁判では、本件写真集は、編集著作物といえるか、本件配信行為が、同一性保持権侵害に当たるか、本件配信行為が、期待権侵害に当たるか、の三つが争点となったが、本稿のテーマと関係する編集著作物の成立と同一性保持権についてのみ取り上げる。<sup>3)</sup>

## (2) 裁判所の判断

### ① 編集著作物の成立について

Xは、本件写真集は、一日一日で花に変化があり、その一日一日の異なる花が一年三六五日繋がることにより、その異なる三六五日の花が全体として見た場合大きな季節の変化をも自然に感じさせるものとなっており、そこには一日一日の個々の花の写真の価値を超えた独自の存在意義があること、また、前後の花の並びだけにでも苦心はあって、同じ色や形の花が続かないように工夫をしており、これらのことより、本件写真集は、配列自体に創作性を有し、Xが配列した順序に従って一日一日異なる写真を用いることによって意味ある内容になっている編集著作物であると主張した。これに対してYは、本件写真集には花の写真とファイルナンバーしか存在せず、各花の写真に日付などは付記されていないから、Xの主張する配列の工夫などはアイデアに過ぎず、Xがこのアイデアを内心において有していたとしても、花の写真やファイルナンバーからは「具体的表現」として読み取ることはできず、単なる花の写真の画像データの集合ではないから、編集著作物には当たらないと反論した。

これにつき知財高裁は、「……本件写真集は、一枚一枚の写真がそれぞれに著作物であると同時に、その全体も一から三六五の番号が付されていて、自然写真家としての豊富な経験を有する控訴人が季節・年中行事・花言葉等に照らして選択・配列したものであることが認められるから、素材の選択及び配列において著作権法一二条にいう創作性を有すると認めるのが相当であり、編集著作物性を肯定すべきである。」と判示した。

## ② 同一性保持権侵害について

Yは、他人の著作物を素材として利用しても、その表現形式上の本質的な特徴を感得させないような態様においてこれを利用する行為は、原著物の同一性保持権を侵害しないところ、本件配信を受けたユーザーは、花の写真の画像データを取得して単に花の写真を携帯電話の画面上で見ることが可能になるに過ぎず、Xが主張している本件写真集の特徴等については何ら読み取ることができないから、仮に本件写真集に著作物性が認められたとしても、本件配信行為は同一性保持権侵害となり得ないと主張した。これにつき知財高裁は、「……控訴人から本件写真集の個々の写真の著作物及び全体についての編集著作権の譲渡を受けた被控訴人が、別紙四記載の各配信開始日に、概ね七枚に一枚の割合で、控訴人指定の応当日前後に（ただし、正確に対応しているわけではない）配信しているものであって、いわば編集著作物たる本件写真集につき公衆送信の方法によりその一部を使用しているものであり、その際に、控訴人から提供を受けた写真の内容に変更を加えたことはないものである。

そうすると、著作権法二〇条一項が『変更、切除その他の改変』と定めている以上、その文理的意味からして、被控訴人の上記配信行為が本件写真集に対する控訴人の同一性保持権を侵害したと認めることはできない（毎日別の写真を日めくりで配信すべきか否かは、基本的には控訴人と被控訴人間の契約関係において処理すべき問題であり、前記二認

定の事実関係からすると、そのような合意がなされたときまで認めることもできない<sup>⑥</sup>。」と判示した。

### ③ 原審東京地裁判決の判断<sup>⑦</sup>

原審は、本件紛争の実体は、Xが本件写真集の花の写真が日めくりカレンダーとして画像配信されることを期待していたのに対して、Yの本件配信行為が期待に添わなかったという行き違いに端を発するとして、「本件配信行為について、Xの明示又は黙示の同意があったか」について判断した。そして、「仮に本件写真集が編集著作物に該当するものであったとしても、原告は、被告が本件サイトにおいて本件写真集中の花の写真を毎週一回の割合で更新して配信することについて、……黙示に同意していた」と判示した。さらに、「原告が本件写真集の作成に際して企図した花の写真と一年三六五日の日付との対応関係についても、『日めくり』にすることによって初めてその配列の連続性に創作的な意義を見出すことができるものであるから、毎週一回の割合による更新、すなわち一週間は同じ花の写真が配信され続けることについて黙示の同意を与えた時点で、原告は、被告が本件写真集中の花の写真から本件サイトにおける配信日に対応すべきものを用いるとは限らないということについても、やはり黙示の同意を与えた」と結論づけた。

## 3. 編集著作物の創作性

### (1) 問題の所在

著作権法一二条一項は、編集物でその「素材の選択又は配列によって創作性を有するものは、著作物として保護する。」と規定するところ、本件写真集の「素材の選択又は配列」の創作性の判断について、知財高裁判決は、「控訴人が、季節・

年中行事・花言葉等に照らして選択・配列したものであることが認められる」ことを理由に、編集著作物性を認めた。しかし、このようなことは、Xの本件メモにより初めて明らかになることである。

ある評釈においては、本件判決は、画像データの入ったCD-Rのみをもって編集著作物と認めたのではなく、CD-Rとメモとの組み合わせをもって編集著作物性を認め、具体的な配列意図の感得の有無が、著作物性を認めるうえでの要件になっているようにも読めると解しつつ、しかし、素材の配列に関して、何らかの意図があることさえ感得できれば、創作性を認めてよいであろうと述べられている<sup>(8)</sup>。

一方で、「無作為に三六五枚を選択して配列した場合であっても編集著作物性を否定すべき理由はない<sup>(9)</sup>」とする評釈もある。

また、Yが主張するように、判断の対象である本件写真集には花の写真とファイルナンバーしか存在しないことに着目すれば、配列の工夫などはアイデアに過ぎず、花の写真やファイルナンバーからは「具体的表現」として読み取ることができず、単なる花の写真の画像データの集合でしかなく、編集著作物としての創作性はないという考え方もあり得る。

そこで、Xの本件メモに表れている創意工夫を、本件写真集の編集著作物としての創作性判断において考慮するかどうかが問題となる。この問題を一般化して言えば、編集物の創作意図や創作過程を、編集著作物としての創作性を判断する際にどの程度考慮するかということである。



## (2) 編集著作物の創作性を巡る学説

### ① 事実的編集物における創作性と選択の幅論

編集著作物の創作性判断について判例では、単一のカテゴリーに属する情報群を網羅的に選択し、機械的に並べた場合は、創作性は認められないとされており、これについては学説上も異論はない。<sup>11)</sup>このことは、著作物の定義規定である著作権法二条一項一号にいう「創作性」の解釈として導くことができるのであり、編集著作物と著作物一般との間に質的相違はなく、一二条一項は確認規定にすぎないという理解が従来の通説である。これに対して、編集著作物の特殊性を認め、一般の著作物と異なる解釈をすべきであるとする学説がある。<sup>13)</sup>

旧著作権法一四条では、編集著作権を認める編集物の素材を「著作物」として規定していたが、現行法一二条は、素材が事実やデータなど著作物ではない事実的編集物であっても編集著作権が成立しうることを明確にしたことを受けて、そのような事実的編集物の創作性の判断の特殊性を説くのである。すなわち、事実・データを素材とした編集著作物においては、具体的表現は事実・データの羅列であり、外見からは、情報の集合物が一定の方針の下に選択・配列されたものか、単にランダムに収集・配列されたものか判断できない場合もあるところ、編集著作物の創作性を考えるに際しては、単に著作物の外形から判断することはできず、編集物が創作された過程までも考慮に入れなければならない面もある。このような選択や配列は編集方針という一種のアイディアであるから、それ自体は本来著作権法上保護を受け得ないはずである。しかし、現行法が非著作物も素材として認め、素材の選択と配列に創作性が認められれば著作物として認めていることは、著作権法が、実質的には編集方針というアイディア保護に一步踏み込んだことを意味しているとするのである。<sup>15)</sup>このように、編集著作物は、通常の著作物と比較すれば、よりアイディア保護的側面のあることを示しており、それだけ法的安定性は低くなるが、それは非著作物を素材に加えたことの必然的帰結であろうとされている。

<sup>16</sup>。ただし、アイデア保護を安易に認めると著作権法の基本的枠組みを崩すことになるので、弊害に対して、解釈における工夫が必要であり、「競争法的観点からの規整も必要となり、事実・データを素材とした事実的編集著作物については、第三者に相当な選択の可能性を残している場合に創作性があると考えざるべきである。」<sup>17</sup>とされる。

このような編集著作物の創作性を巡る問題は、「素材の選択又は配列」の創作性をどの段階で認めるべきかという場面において、具体的に異なる結論に結びつく。たとえば、職業別電話帳の編集者は、職業分類表の作成過程において創意工夫を行っている。しかし、同じ職業分類で地域の異なる電話帳を作成した場合、通説によれば、具体的表現である電話番号の選択・配列が異なるから違法ではないと考えられている。<sup>18</sup>これではバランスを失っており、編集著作物において、素材から離れて選択方法、配列方法自体は保護しないという原則と、保護の根拠を（素材の）創作的な選択、配列においている原則との衝突があると指摘されていた。<sup>19</sup>上記のように事実的編集著作物の創作性判断に、アイデア保護の側面を認める学説においては、「素材の選択又は配列」の創作性を、職業分類表の創作過程に認めてよいと考え、創作的な編集方法や配列方法を流用していれば、素材自体は異なる場合にも編集著作権の侵害を認めるのである。しかし、この学説においても、具体的な電話番号を当てはめる過程の創作性を考慮しないのではなく、事実的編集著作物の創作性は、素材のあてはめの自由度と編集物全体の総量との相関関係によつて判断されると解している。<sup>20</sup>

このように事実的編集物の創作性判断は従来とは異なるという問題意識から出発し、「創作性」の判断構造自体に関する大きなパラダイムの転換が説かれている。すなわち、「創作性」を個性の発露とする従来の創作性概念は、音楽、文学、美術のような古典的著作物には当てはまるが、機能的・事実的著作物には妥当しないので、統一的創作性概念として、創作性を「表現の選択の幅」と捉えるのである。<sup>21</sup>この説においては、著作権法は、憲法の表現の自由の理念、自由かつ多様な表現空間の創出を目的として、表現の豊富化、多様化を目指しているとし、「創作性」の基準は「創作の幅」

と考える。古典的著作物であれば、裁判所は権利付与に際して価値中立的であることが要請されていたが、事実的・機能的作品も含めた表現の豊富化を目指す現代の著作権法にあっては、裁判所が、著作権によるインセンティブを与えるかどうかにつき規範的に評価判断をすべきである。その一つの表れが、事後的編集物の創作性判断において作品の新規性や独自性も考慮事情として含める「客観的創作性」という基準である。このように解さなければ、事後的編集物が保護されないケースが多くなり、現行法が事実的編集物の保護を認めた意義が減殺されてしまうとする。<sup>(23)</sup>

## ② 「創作法的選択の幅論」と「競争法的選択の幅論」

以上に述べた「選択の幅」論は、「創作法的選択の幅論」と「競争法的選択の幅論」に分けられるとする分析がある。<sup>(24)</sup>「創作法的選択の幅論」においては、創作性は、表現の選択の幅が広く存在する状態において、表現者が特定の表現を選択するという知的活動を意味しており、これは、創作性を個性の表れと考える従来からの説と異ならない。これに對して「競争法的選択の幅論」では、当該著作物の著作者ではなく、競争者にとつての選択の幅と捉えられている。<sup>(25)</sup>

このように分析した上で、「創作法的選択の幅論」を主張する説では、著作権法上の創作性を人間の知的活動のあらわれと理解するなら、例えば、形式的な条件に従つて機械的に作業をするという場合、知的活動の働く余地はないので、創作性は認められないとする。すなわち、選択の幅とは、「著作者にとつての」選択の幅であると主張されている。<sup>(26)</sup>この立場からは、競争者にとつての選択の幅と捉えるのであれば、仮にその判断が創作時ではなく原則として侵害時等を基準としてなされるなら、著作者の認定については著作物の創作過程を検証する方法により行うのが従来の判例・学説であることとの関係を検討する必要があると指摘されている。<sup>(27)</sup>

## (3) 「日めくりカレンダー」事件の検討

本件において、写真の選択も配列も無作為になされた場合でも編集著作物性を認めると考えることは、「競争法的選択の幅論」の帰結であると思われる。競争者にとつて、三六五枚の写真を選び、配列する方法は無数に存在するであろうから、競争者にとつての選択の幅はきわめて多く残されているのであり、当該カレンダーに編集著作権を認めても、競争阻害という問題は生じない。

しかし、このような帰結は、著作権法は、「人の思想感情」の表現すなわち知的活動を保護することと相容れないように思われる。競争者に選択の幅が残されているという点では、猫が自発的に描いた絵<sup>(28)</sup>であつても同じであるが、人の創作活動へのインセンティブとして著作権が付与されるのであるから、これを著作物として保護するのでは法目的に沿わない。もつとも、「競争法的選択の幅論」を採つても、このような場合には、著作権法二条一項一号の「思想・感情」の表現という要件を満たさないとして、結論としては著作物性を否定する考え方もあろう<sup>(29)</sup>。しかし、猫の絵であればともかく、人が機械的作業により作成した作品を、「思想感情がない」と判断することは、創作に当たつて選択の幅がないので創作性がないと判断することに比べて判断基準が明確ではないように思われる。

そもそも「競争法的選択の幅論」は、事後的編集著作物の創作性判断にアイデア保護の側面を認めるべきであるという点から出発し、アイデア保護の弊害を防止するために、競争法的観点から第三者の選択の幅を残す必要性により生じた理論である。すなわち、素材の選択・配列の創意工夫を保護するために考えられた理論であるにもかかわらず、競争法的観点を突き詰めると、選択・配列が無作為であつてもよいという結論につながると考えると、矛盾をはらんでいるように思われる。また、事後的編集物の創作性判断において作品の新規性や独自性も考慮する「客観的創作性」を判断するという考え方については、新規性や進歩性について客観的な判断基準と審査機関が設けられている特許法と異

なり、そのような判断根拠を何ら有しない著作権法においては、判断が恣意的にならざるを得ないと考える。

本件では、判決が、本件メモに表れている写真の選択・配列における創意工夫を、編集著作物の創作性を判断するに際して考慮した判断手法は、妥当であると考ええる。具体的な素材である写真の選択・配列である限り、アイデア保護には当たらない。一方、仮に写真の選択も配列も無作為になされたのであれば、人の知的活動は存在しないから創作性は認められず、編集著作物とは認められないと解する。無作為であるか創意工夫があるかは、画像データの入ったCD-Rのみからは判断できなかったとしても、そのことにより編集著作物の判断を左右する必要はないであろう。編集物を利用しようとする者は、それが無作為に選択・配列されたものであることが明確であれば無断で利用すればよいが、判然としない場合は編集著作物であると考えて行動することを要求しても酷ではないと考える。

#### 4. 編集著作物の利用行為

##### (1) 選択・配列についての創作性の利用

編集著作物が肯定されると、次に、編集著作物についての権利（著作権・著作者人格権）に対する侵害が成立する前提として、当該編集著作物としての利用行為があるかどうかが問題となる。これは、編集著作物の創作的表現、すなわち、選択又は配列についての創作性を利用していることが必要であり、素材のみを利用しているにとどまるのであれば、編集著作物の権利の侵害には当たらない。

この点が争われた「京城三坂小学校記念文集」事件東京地裁平成一七年七月一日判決<sup>30)</sup>では、文集を構成する個々の文章が書籍に引用された事案において、文集の編集者が、編集著作物又は共同著作物の著者として、引用部分が同一性保

持権を侵害すると主張した。これに対して東京地裁は、「編集著作物の著作者の権利が及ぶのは、あくまで編集著作物として利用された場合に限るのであって、編集物の部分を構成する著作物が個別に利用されたにすぎない場合には、編集著作物の著作者の権利はこれに及ばない」と判示した。

また、「プロフェッショナル東京」事件東京地裁平成一四年三月二八日判決<sup>①</sup>では、原告である編集・デザイン会社が、被告の依頼に基づき美容業界誌を編集したところ、被告が表紙の記事見出しや記事中の文章、配置を一部変更して増刷したことが、原告の著作者人格権及び編集著作権を侵害するかが争われた。ここでも、変更部分は、個々の文章表現等であって、編集著作物の素材の選択・配列を変更するものではないから、侵害に当たらないとされた。これに対して「浮世絵春画一千年史」事件東京地裁平成一三年九月二〇日判決<sup>②</sup>では、春画浮世絵の画像を選別し、これを配列したものに題字等を付した部分（ペーパーレイアウト）は、編集著作物に該当し、その著者に無断で出版社とデジタルワーク技術者がその配列等を変更した事情について同一性保持権侵害を認めた。

このように、編集著作物の一部が利用された場合は、それが選択又は配列の創作性を利用しているのか、素材としての利用にとどまるかについて判断が難しい場合も存在する。

## (2) 公衆送信による一枚ずつの利用

本件では、原告の写真集の一部を利用した公衆送信行為は、一週間に一回、一枚ずつ行われた。したがって、当該一回の一枚の配信により、本件写真集の写真の選択・配列における創作性は感得できず、編集著作物としての創作性は利用されていないと考えられる。そこで、毎週の継続的配信行為を一体のものとしてとらえ、一連の行為により本件写真集の写真の選択・配列の創作性が利用されたと解してよいかが問題となる。

写真の配信を受けたユーザーとしては、当該写真が、先週配信された写真、来週配信される写真と一連の写真であるとは、特に連続性を示唆する表示がなされていない限りは考えないであろう。そうすると、本件配信行為は、本件写真集の写真を素材として利用したにとどまると解される。<sup>(33)</sup><sup>(34)</sup> 本件判決が、「編集著作物たる本件写真集につき公衆送信の方法によりその一部を使用しているものであり」と判示しているのも同旨と思われる。したがって、本件配信行為は編集著作物としての創作性を利用したものではないから、編集著作物の権利を侵害するものではなく、この点に関する判旨は妥当である。

しかし、仮にたとえば三六五回で完結する連続小説で、一回ずつ配信すべきところ、飛び飛びに配信したとした場合はどうか。これについては、著作権法五六条一項の「一部分ずつを逐次公表して完成する著作物」であれば、一連の配信行為を一個の公衆送信行為として把握し、その順序の変更を同一性保持権侵害と考えるという説が主張されている。<sup>(35)</sup> 二〇一〇年現在では、一度に複数の画像を携帯電話にダウンロードし、これを携帯電話のカレンダー機能に対応させることにより、自動的に画像を変化させることが可能になっている。もし、一週間に一枚ベースの写真一年分を一度にまとめてダウンロードし、その後自動的に画像が毎週変化するものであれば、全体として一つの編集著作物の配信行為として捉えられるだろう。

### (3) 編集著作物の選択又は配列の利用

仮に一連の公衆送信行為を一体のものとして捉えることができたとすれば、これにより本件写真集の編集著作物としての創作的表現を利用しているかどうかが問題となる。本件では、本件写真集の写真のうち、一部の写真（全体の七分の二）が利用されたのであるが、編集著作物の素材の一部利用は、素材としての利用か、編集著作物としての利用かと

いう問題である。

まず、選択に創作性を有する編集著作物の場合、その選択の中からさらに選択している場合、元の編集著作物の創作的選択を利用したといえるであろうか。たとえば、ベストアルバムとして多数の曲が収録された音楽CDから、二曲を選んだ場合に、元の選曲を利用していると考えて、編集著作物の利用とされるか。

これについては、「選択」における「創作的表現」が保護の対象となるのであるから、利用された当該一部において、その創作的表現が感得されないと、編集著作物の利用があったとはいえないであろう。たとえば二曲だけでは未だ感得できないと思われる。本件における七分の二という量についても、この量の写真の「選択」という観点のみから考えると、選択の創作性は感得できないのではなからうか。

次に、「配列」の創作性を利用しているかどうかについては、本件では、七枚飛びではあるが、配列の順が逆行することはなかったから、その点においては、本件写真集の配列の創作性を利用しているといえるであろう。

以上の検討から、本件では、一連の配信行為を一体の公衆送信として把握できるような事情がある場合に限り、編集著作物としての創作的表現の利用が問題となり、配列の創作性を利用しているものとして、著作者の権利の侵害が問題となると考える。

## 5. 編集著作物の分割利用と同一性保持権侵害

### (1) 「意に反する」の解釈

仮に、一連の公衆送信行為を一体のものとして捉えることができる事情があったとすれば、著作権を譲渡した後の著



作者が主張しうる権利として同一性保持権（著作権法二〇条）がある。そこで、本件配信行為が、「意に反する」変更、切除、その他の改変に当たるかを検討する。

同一性保持権侵害の要件である「意に反する」の「意」とは何を意味するかを巡っては、諸説がある。同一性保持権は、著作者の精神的、内面的な利益を保護するという趣旨に忠実に、文言通りに解すれば、「主観的意図、こだわり」と考えられよう。判決例としては、「法政大学懸賞論文」事件東京高裁平成三年一月十九日判決で、懸賞論文の優秀賞を得た論文を、大学が紀要に掲載し出版する際に五三カ所、変更、削除したことが同一性保持権侵害に当たるかどうか争われた事案において、送りがなの変更や読点の削除、中黒点から読点への変更、改行の省略、等の変更についても、東京高裁は、たとえ実質的意味内容を害しないとしても、侵害に当たるとした。教育目的達成に支障がある教科書の場合のような事情はなく、他論文との表記の統一が必要な理由もないとして、「やむを得ない改変（著作権法二〇条二項四号）」とも言えないと判示されている。

このように、著作者の意思の尊重を徹底すると、ごく些細な変更も侵害とされるという実際上の不都合から、すべてを著作者の主観に委ねるのではない考え方が主張されている。たとえば、「意」とは、著作者の名誉感情であり、通常の間人であれば、特に名誉感情を害されることがないと認められる程度の改変は、同一性保持権の問題を生じないとする見解や、「意」とは、「著作物を通して付度される著作者の名誉心や自尊心」であると解する説、判決例でも、「著作者の精神的・人格的利益を害しない程度のも」と認められるから、意に反する改変とはいえず」と判示するものもある<sup>41</sup>。また、創作性の程度を同一性保持権侵害の判断において考慮し、同一性保持権の制限としての「やむを得ない改変（著作権法二〇条二項四号）」を判断する際に、創作性の程度を読み込むべきとする説がある<sup>42</sup>。

(2) 本件配信行為と同一性保持権侵害

著作者の「意」を主観的意思であると解すれば、本件配信行為が配列を変更するものであり、これに対して著作者が提訴している以上、「意に反する改変」に該当することは否定できないであろう。しかし、当該著作者の主観のみによるのではなく、通常の著作者などを基準として客観的要素も加味する考え方をとると、必ずしも一義的に決められないと思われる。たとえば、本件編集著作物の創作性が僅少であり、著作者人格の反映の度合いも少ないと考えれば、客観的な人格の損傷は認められないとして、「意に反する」場合に該当しないと考える立場もあり得よう。

(3) 黙示の同意

本件原審判決は、Xの明示又は黙示の同意があることを理由に、Xの請求を棄却した。しかしながら、判決の主旨が、同一性保持権の侵害の成否に関するものであるとすれば、同一性保持権は著作者の一身に専属し譲渡できないことから（著作権法五九条）、改変についての同意が認められるかどうかは、同一性保持権の不行使特約が認められるかという問題である。<sup>(44)</sup>これに関し学説は分かれている。

まず、著作者が、明確かつ具体的に改変内容を特定して同意していた場合は、その限りにおいて同一性保持権侵害を否定してよいが、著作者人格権の包括的な不行使特約や放棄の場合は、そのことを理由として直ちに同一性保持権侵害を否定することは妥当でないとする説がある。<sup>(45)</sup>この説では、著作権法が著作者人格権を設けた趣旨は、たとえ著作者が著作権を譲渡した後でも、自己の人格的利益を確保できるようにするためであるから、包括的不行使特約が締結されているという事情は、著作権法二〇条二項四号の判断の一要素として考慮することで、著作者と利用者の調整をすることを考えるのである。これに対して、不行使契約を締結することができないとすれば、著作物の利用に対する予測可能性

を奪うことになり、著作権に関する契約の支障となつて、かえつて著作権者の保護に悖ることになりかねないとして、著作者の保護は公序良俗や意思表示の瑕疵の規定に委ね、著作人格権の不行使契約や放棄も容認する見解もある。<sup>(46)</sup>

本件原審判決に関しては、黙示の同意を認定した方法が、過去の裁判例より緩やかであるため、これらの事情により直ちに改変についての黙示の同意を認めることに疑問を呈し、この判断は、実質的には債務不履行についての判断であると述べる見解もある。<sup>(47)</sup> 不行使特約を認めるかどうかについて、いずれの立場を採るにしても、黙示の同意を安易に認めることは、著作者が人格的利益を主張できる機会を著しく減じる可能性があると思われる、本件で黙示の同意を認めることは妥当ではないと考える。

## 6. 名誉・声望を害する利用によるみなし著作人格権侵害

### (1) 問題の所在

以上で検討したように、本件においてXが主張した同一性保持権侵害は、一連の配信行為を一体と考えた上で、これが「日めくり」ではなく「週めくり」になったこと、すなわち、写真集のすべてが利用されず、配列も飛び飛びでXの創作した配列とは異なり、素材の選択および配列が変更されたことに対するものである。しかし、Xはこれのみならず、Xが指定した日付に対応しない写真が配信されたことについても、人格的利益の侵害であると主張している。

仮に、初回配信日六月二十七日に、「File001」（一月一日用のフクジュソウ）が配信され、以降「日めくり」として順に三六五枚が配信されたとした場合、これらすべての配信行為を一体的に捉えても、編集著作物の素材の選択又は配列は何ら損なわれていない。しかし、Xにとっては、全く季節外れの花の写真が配信されれば、一週間程度ずれるよりも

大きく人格的利益が損なわれたと感じられるであろう。本件著作物は、「配列」のみならず、特定の時期に送信（公表）されるところに意味がある。このような「配信されるはずの時に配信されなかった」ことによる人格的利益の侵害は、救済されないだろうか。この「配信時のずれ」による侵害は、本事件において、すべての配信行為を一体として考えるのではなく毎回の配信行為を一個の行為と考える筆者の立場を採った場合でも、編集著作物ではなく個々の写真の著作物についての人格的利益の権利に対する公衆送信による侵害として問題になりうる。このように、編集著作物の分割利用においては、編集著作物としての創作性は利用されていなくても、配列と密接に結びついた利用時期に関して、その利用態様が問題になる場合も多いと思われる。そこで、本節では、特定の利用時期を想定した著作物に対する法的保護の問題として考察したい。

利用時期を想定した著作物としては、たとえば、「予想もの」の著作物（選挙結果の予想、試験問題の予想、競馬予想等）があり、これらは予想の対象が完了した後公表しても、その著作物の価値は失われている。その他、季節や行事に合わせた連載漫画、広告、音楽等（例…クリスマスマスをテーマにしたもの）も同様である。このような著作物にあっては、通常は利用契約に利用時期が明記されており、これに反すれば債務不履行の問題として解決されるかもしれない。しかし、論文の発行など、発行時期について明確な約定がない場合に、発行が遅れたために内容的に時機を逸してしまふケースや、著作者は季節性を重視していた音楽について、出版社が、異なる季節に発行したようなケースなどには問題が生じうる。

このような場合、本来は、公表権（著作権法一八条）、すなわち、未公表著作物を公開するかどうか、いつ公開するかについての自己決定権の問題となるであろう。しかし、著作権を譲渡した場合は、著作物をその著作権の行使により公衆に提供し、提示することについては、著作者は同意したものと推定される（一八条二項一号）。この推定に対して

反証を挙げられるケースは多くないかもしれない。

ではこれを、著作者の創作意図を外れた著作物の利用の仕方と捉え、著作権法一一三条六項に規定する名誉・声望を害する利用によるみなし著作者人格権侵害と考えることはできないだろうか。本節では、これについて検討する。

## (2) 名誉・声望を害する利用によるみなし著作者人格権侵害の意義

著作権法一一三条六項は、「著作者の名誉又は声望を害する方法によりその著作物を利用する行為は、その著作者人格権を侵害する行為とみなす。」と規定する。その立法趣旨は、著作者の創作意図を外れた利用をされることよって、その創作意図に疑いを抱かせたり、著作物に表現されている芸術的価値を非常に損なうような形で著作物が利用されたりすることを防ぐことであると言われている<sup>48)</sup>。そして、その具体例として著作権法起草者は、①芸術作品である裸体画を複製してスード劇場の立看板に使う、②香り高い文芸作品を商業ベースの広告・宣伝文書の中に収録して出版する、③芸術的な価値の高い美術作品を名もない物品の包装紙に複製する、④極めて荘厳な宗教音楽を喜劇用の楽曲と合体して演奏する、⑤言語の著作物を悪文の例として利用する、の五つを挙げている<sup>49)</sup>。

しかし、著作権法一一三条六項は、著作者人格権侵害とみなすための要件として、「名誉又は声望を害する方法」による利用であることを規定する。本来、著作者人格権は著作者の肉体的・精神的利益を保護する権利であるはずである<sup>50)</sup>が、名誉・声望は、社会が著作者に与える外部評価であって、客観的、対世的な利益であるから、これらは大きく異なる<sup>51)</sup>。このように、著作者の精神的利益とは異質の名誉・声望要件が要件として規定されている理由には、著作者人格権の保護を要求するベルヌ条約六条の二がローマ改正会議で導入された際に、著作者人格権を保護する考え方を持たないコモントリ諸国、特にイギリスが強く反対し、イギリスの要請により「名誉・声望」要件が加えられたといういきさ

つがある。<sup>(52)</sup>ベルヌ条約は最低基準を定めるものであるから、大陸法系諸国がこれに合わせる必然性はなく、我が国における氏名表示権、同一性保持権については、名誉・声望要件を規定していないが、著作権法一一三条六項のみなし侵害にはこの要件を規定したのである。

この名誉声望要件を巡り、一一三条六項の意義については異なる立場がある。一つの立場は、「著作者人格権が名誉権から独立した権利であることを示して」おり、「名誉権の侵害とせず、著作者人格権のほうに引き寄せて、みなし侵害としたことは、著作者人格権の射程範囲を画する際にも示唆を与える」という解釈である。<sup>(54)</sup>著作権法起草者は、一一三条六項は第四の著作者人格権を定めると説明している。<sup>(55)</sup>しかし他の立場では、一一三条六項は、一義的には社会における外部的名誉、評判を保護し、究極的には創作意図、芸術的価値という著作者の個性や人格的利益を保護するという二重構造になっており、<sup>(56)</sup>法的効果は著作者人格権と同一に扱われることになっているが、要件は名誉毀損の一規定にすぎないと解する。<sup>(57)</sup>この説では、第四の著作者人格権ではなく、名誉権の侵害とせず著作者人格権のほうに引き寄せて解釈することは不可能と解する。<sup>(58)</sup>またこの説では、著作権法起草者が挙げる上記の五つの例のうち、①④の例は、創作意図や名誉感情を害する利用方法ではあるが、必ずしも名誉または声望を害するとはいえず、⑤のみがこの要件を満たしうると解している。<sup>(59)</sup>

このような考え方の相違があることを踏まえて、以下では一一三条六項が適用される場合について検討を進める。

### (3) 名誉・声望とは

著作権法一一三条六項に定める「名誉又は声望を害する」とは、著作者の社会的な名誉の毀損を指し、主観的な名誉感情の毀損を含まないと解されている。<sup>(60)</sup>なぜなら、本項に該当すれば著作者人格権侵害とみなされ、差止請求（著作権

法一一二条)、刑事罰(一一九条二項一号)の対象となるため、客観的なものであるべきだからである。判例では、名誉回復等の措置の請求(現行著作権法一一五条)の要件である「名誉・声望」の解釈についてはあるが、「パロディ」事件(第二次上告審)最高裁昭和六一年五月三〇日判決<sup>62)</sup>において、「著作者の声望名誉とは、著作者がその品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的な評価、すなわち社会的声望名誉を指すものであって、人が自己自身の人格的価値について有する主観的な評価、すなわち名誉感情は含まれない」とされた。

著作権法一一三条六項が争われた判決例として、「悪妻物語(目覚め)」事件東京地裁平成五年八月三〇日判決<sup>63)</sup>では、被告のテレビドラマが原告のルポルタージュ風読み物の翻案権、放送権、同一性保持権侵害に当たるとされ、併せて、基本的ストーリーの変更等が、原告の創作意図に反する利用であるとして、一一三条三項(現六項)による侵害が認められた。本件で裁判所は、外部的な名誉・声望が害されたかどうかについて十分審理していないという批判があるが、<sup>64)</sup>判決は、原告が女性の自立、女性の権利擁護を目指す著作活動、社会活動を行っていること、その活動の一つとして著述された本件著作物が、そのような思想が汲み取れないものに改変されたうえ、日本有数のテレビ局において午後九時からの五四分間という視聴者のきわめて多い時間に放映されたことを認定して、「社会的な名誉声望を毀損された」と判示している。判決は、社会的名誉声望が、具体的にどのよう<sup>65)</sup>に毀損されたということは述べていないが、客観的な事実から、原告の社会的評価が低下するおそれがあることを認めたものと解され、単に「創作意図に反する」ということのみで一一三条三項(現六項)による侵害を認めたわけではない。

「小児歯科学書籍」事件(第一審)横浜地裁平成一四年一月二三日判決<sup>66)</sup>では、小児歯科学の教科書のうち、原告講師が執筆した部分が、改訂の際に教授らにより無断で一部変更された事案で、同一性保持権、氏名表示権の侵害と共に、平成四年当時の最新情報として記載した内容が、平成一一年に出版された改訂版にもそのまま記載されていたことにつ

き、著作権法一一三条五項（現六項）に基づくみなし著作者人格権侵害を肯定した。しかし、同事件控訴審の東京高裁平成一四年七月一六日判決<sup>66</sup>では、改訂版の出版行為は、改訂前と同様に教科書的な書籍として利用しようとするものであり、一一三条五項（現六項）が想定している場合には該当せず、同一性保持権侵害による損害の中の一事情として考慮すれば足りるとして、みなし著作者人格権侵害については否定した。

「駒込観音像仏頭すげ替え」事件東京地裁平成二二年五月二八日判決<sup>67</sup>では、仏師が制作した観音像の仏頭部をすげ替えられた事案で、この行為は、仏師の名誉感情を害するものではあるが、社会から受ける客観的な評価の低下を来たし、その社会的名誉又は声望が毀損されたものとまで認めることはできないとして、著作権法一一五条にいう名誉・声望回復措置として謝罪広告を請求することはできないとした。しかしその控訴審である知財高裁平成二二年三月二五日判決<sup>68</sup>では、仏師が檀家や信者、仏師等仏像彫刻に携わる者の間において当該原観音像の制作者として知られているから、当該すげ替え行為は、仏師が社会から受ける客観的な評価に影響を来す行為であると認定し、一一三条六項のみなし侵害の成立を認めた。原審判決では、同じ事実を名誉感情を害するものであると判断したが、すげ替えの事実自体は限られた範囲の者にしか知られていなかったことなどから、客観的な評価の低下を来すとまでは認められないとしていたのであり、名誉感情を害するにとどまるのか社会的評価の低下までもたらすものかという事実認定は困難であることが窺われる。

しかし、たとえ判断が困難であったとしても、これらの判決例では、同条項の「名誉・声望」は社会的名誉であると解しており、著作権法起草者や学説が立法趣旨として説いている、創作意図や名誉感情を害する利用方法に対する救済としては、本条項は適用されていないと思われる。

このように、著作権法一一三条六項に該当する行為が社会的名誉の毀損行為であるとすれば、民法七二三条の名誉毀



損との関係をどのように考えるべきであろうか。これについては、著作権法一一三条六項は名誉毀損の一規定に過ぎないと考えられる立場もあることは既に述べた通りである。また、民法上の不法行為による名誉毀損の特別な形態と考えられ、定型的な権利侵害類型として規定されることにより、著作者により安定的な権利行使が保障されているという見方もある。<sup>(69)</sup> 以下で詳しく考察する。

#### (4) 民法における一般的人格権及び名誉権と著作者人格権との関係

##### ① 民法上の議論

民法七二三条に規定する名誉毀損に該当すると原状回復を求めうることが重要であり、<sup>(70)</sup> このような効果を伴う民法七二三条にいう「名誉」とは、人の品性・德行・名声・信用その他の人格的価値について社会から受ける客観的な評価をいうとするのが通説である。<sup>(71)</sup> 自己の人格的価値についての主観的な名誉感情を含まないことは、「反対政党员委員委嘱状誤送付」事件最高裁昭和四五年二月一八日判決<sup>(72)</sup>により明らかにされている。また、「ある行為が名誉毀損となるかどうかを決めるには、その行為の性質上一般に人の名誉を毀損すべきものであるかどうかを定めるだけではなく、その人の社会における位置・状況等を参酌して審査しなければならない。」<sup>(73)</sup>とされている。大審院明治三八年二月八日判決は、別人の債務のために神社の神官の住所において差押えを受けたことが神官の立場において名誉を毀損するとした。著名な出版業者や弁護士について、その社会的立場を考慮した下級審判決もある。<sup>(74)</sup>

損害賠償請求（民法七〇九条）のみであれば、名誉感情への侵害で足りるとするのが下級審判決および多数説の立場である。<sup>(75)</sup> 責任の成否に関する限りは、「名誉毀損」の概念を厳密に規定する実益はなく、民法七二三条の原状回復による救済の対象になるか否かの点で、定義の実益があるとする説もある。<sup>(76)</sup>

名誉感情の侵害は、名誉毀損ではなく、プライバシー保護の問題として処理すべき、あるいは、人の精神的平安を害する行為として不法行為責任を成立せしめうるとする説もある<sup>(76)</sup>。この説からは、「名誉」は社会的評価を指すから、それが実態を伴わない「虚名」である場合は、民法七〇九条にいう「権利」・「法益」には該当せず、名誉毀損は成立しないとも説かれる<sup>(79)</sup>。そうすると、真実の摘示による名誉毀損は成立しないことになり、判例通説が認める違法性阻却事由としての真実性の抗弁は必要なくなる。この説によれば、人格権は、人格の自由な展開の保障や、個人の私的生活領域の平穩の保護を目的とするものであって、人の社会的評価を保護の目的とする名誉毀損とは異なることになる<sup>(80)</sup>。

一方で、名誉感情やプライバシー侵害のケースでも、名誉回復措置を認めるべきとの見解もあり<sup>(81)</sup>、また、名誉声望の低下が明らかでなくてもこれを請求できるとの説もある<sup>(82)</sup>。

しかしながら通説、判例では、名誉毀損にいう名誉を客観的な社会的評価と考えており、著作権法一一三条六項における「名誉・声望」の解釈と異ならないように思われる。

## ② 一般的人格権と著作者人格権、「著作者の人格権」との関係

では、民法上でいわれる一般的人格権と著作者人格権はどのような関係に立つか。これについては、著作者人格権と民法上的人格権を同質と考える説と異質と考える説に分かれている。異質説では、「著作物に内在している人格的価値」に権利性が見出されていると考え、民法的人格権の考え方にとらわれる必要はないとする<sup>(83)</sup>。同質と考える説には更に、著作者の人格権は、著作権法に規定する「著作者人格権」により完結しているので、これ以外に民法上的人格権侵害は認めるべきではないとする排他的競合説と、「著作者人格権」は、権利の排他的領域が明確なものを典例として列記したにすぎず、これらに該当しなくても、民法の一般法理で保護されることがあるとする補充的競合説がある。

これに関し、「名作アニメ販売」事件東京高裁平成一三年八月二九日判決<sup>84</sup>では、原告は、著作者が自己の著作物に対して有する人格的、精神的利益の保護を受ける権利を総称して著作者人格権といふべきと、著作権法一一三条も根拠の一つとして主張したが、裁判所はこれを容れず、著作物を販売されたことによる著作者人格権侵害を否定した。ところが、「船橋市立西図書館」事件最高裁平成一七年七月一四日判決<sup>85</sup>は、公立図書館の図書館職員が、閲覧に供されている図書を不正な取り扱いによつて廃棄することは、当該著作者が著作物によつてその思想、意見等を公衆に伝達する利益を不当に損なうとし、このような著作者が有する利益は、法的保護に値する人格的利益であるとした。すなわち、最高裁は、著作権法に規定する著作者人格権以外にも法的保護に値する「著作者の人格的利益」を認めたのであり、注目されている。しかし、この事件は、住民との直接的な関係を有する公立図書館において、既に閲覧に供されている図書に関し、著者やその賛同者等及びその著書に対する反感から、当該図書を廃棄したという事案の特殊性によるもので、その射程はこのようなケースに限定して狭く解すべきとする見解が多い<sup>86</sup>。なぜなら、図書館は、これから収蔵する書籍の選択については、図書の著者から独立して広範な裁量が認められるべきであり、著作者の利益を過度に認めると、著作者が図書館の活動に対して口を出す可能性が生じ、「いわば声の大きな著作者の主張によつて図書館の自由が害されるという危険性<sup>87</sup>」があるからである。このような観点から、思想等を伝達する著作者の人格的利益という構成では、収蔵された書籍とそうでない書籍を実質的に区別する論理がないこと、正規の手続によつた廃棄でも過失による廃棄でも害されうることを問題視し、別の不法行為としての構成、すなわち、名誉感情を保護法益とし、侮辱行為としての違法性を問う方が、故意を要し、収蔵書籍と新たな収蔵の区別が容易にできる点で望ましいとする見解もある<sup>88</sup>。

しかし、たとえ極めて限定的であったとしても、最高裁が、著作権法に規定する著作者人格権以外に「著作者の人格的利益」の存在を認めたことには、大きな意義があると思われる。

## ③ 裁判例

民法上の名誉毀損とみなし著作者人格権侵害（著作権法一一三条六項）の関係が問題となった判決として、「運鈍根の男」（古河市兵衛の生涯）事件東京高裁平成一四年一月二七日判決<sup>90</sup>がある。この事件では、著作物を引用して論評・批判した記述について、引用が全体として正確性を欠くものでなく、前後の文脈等に照らして当該著作物の趣旨を損なうとはいえないときは、一一三条六項の侵害に当たらないとされた。原判決は、民法上の名誉毀損の成否を先に審査し、名誉毀損とならない場合は、著作権法一一三条六項の名誉声望毀損行為も成立しない、と判示していたところ、控訴審判決は、一一三条六項と名誉毀損の不法行為の成否は別であると<sup>91</sup>した。

しかし、学説上は、名誉毀損の判断において、公正な論評の法理等の理由により違法性が阻却され不法行為の成立が否定されるような場合であっても、別途著作権法一一三条六項という侵害に当たるとする場合は、如何なるかを疑問視し、あるとすれば、バランス上問題がありはしないかと述べるものもある<sup>91</sup>。

## (5) 著作権法一一三条六項の「名誉・声望を害する」とは

ここまでの検討より、一一三条六項にいう名誉・声望は、社会的評価を指すという点では名誉毀損にいう名誉と異ならないが、事案によつては、社会的評価の低下と名誉感情を害されたに過ぎないことの区別は困難であること、一一三条六項と名誉毀損の成否を別と考える可能性もあること、著作権法に規定する以外にも著作者の人格的利益を認めることは可能であることが分かった。

一一三条六項は、「名誉又は声望を害する方法」と規定するところ、「害する」には、期待のないし将来的な名誉・声望の喪失も含むといわれている<sup>92</sup>。すなわち、名誉・声望形成機会を喪失したことも、社会性を有する概念であり、一一

三条六項により救済を受けると考えられる。

これに関し、氏名表示権についてはあるが、謝罪広告請求の前提としての名誉声望の侵害が問題になった事案で、「当落予想表」事件（控訴審）東京高裁昭和六二年二月一九日判決<sup>93</sup>は、控訴人が当落予想を行ったのは、自己の氏名が記事中に掲記され、それによつて政治評論家としての信用・名声が高められ、維持されることを期待したためであるところ、その氏名が表示されなかったため、上記期待が果たされなかったことを、著作者の人格的利益の侵害要因として挙げた。この人格的利益は、「著作物を自己名義で公表することによつて、著作者としての社会的名誉・声望が高められるという期待を保護するものであり、より一般的ないし社会性を有する概念である」とする説がある<sup>94</sup>。これに対する侵害は、既に形成されている名誉・声望の低下ではなく、名誉・声望形成機会の喪失であり、一種の期待利益の侵害にとどまるから、主観性を免れるものではない。しかし、著作権法は、客観的な優劣基準を設ける制度ではないから、「自己の創作を自己名義で公表し、社会において自己実現を行うこと自体についての期待として、普遍・客観的に前提することができないのではないか」というのである。そして、同一性保持権について、（謝罪広告請求の前提として）もし厳密な意味での名誉声望の客観的低下を要求すれば、原作と改作の価値を比較し、社会における評価も加味せざるを得なくなる<sup>95</sup>とする。

「市史」事件（控訴審）東京高裁平成八年一〇月二日判決<sup>96</sup>では、大学院生の論文が冒用され同一性保持権、氏名表示権、公表権のすべてが侵害された事例で、名誉声望の侵害を認めて謝罪広告請求を認容したが、ここでの名誉声望の侵害とは、既に確立された社会的評価の低下ではなく、自己名義で著作物を世に問うことによつて名誉声望を形成すべきであったのに、その機会を失ったことであつた。

(6) 「日めくりカレンダー」事件における著作権法一一三条六項の適用可能性

以上の考察を踏まえ、「日めくりカレンダー」事件において、一一三条六項の適用が可能かどうか検討する。本件においても、Xが、三六五日分の各日付に対応した写真を選択し配列した日めくりカレンダーを配信することにより、Xの写真家としての名声が上がった可能性があると思われる。Xは、特にカレンダーを手がけている写真家でもあった。ところが、YがXの意図した写真と日付との対応関係を損なう配信をしたために、そのような社会的評価を形成すべき機会を失ったといえるのではなからうか。これにより、Xの将来の社会的名誉・声望が損なわれたと考えて、一一三条六項を適用する余地もあるように思われる。

これに対しては、本件編集著作物の創作性が僅少であり、著作者人格の反映の度合いも少ないと考えれば、本件配信により客観的な人格の損傷は認められないという反論があるかもしれない。しかしながら、客観的な評価を吟味しすぎることは、創作物の価値を判断しない著作権法の体系にそぐわない。社会的評価の低下と名誉感情を害されたに過ぎないことの区別は相対的ともいえることや、一一三条六項と名誉毀損の成否を別と考える可能性に鑑みれば、本件のように、創作意図に反する利用態様がされた事案において一一三条六項を適用する可能性は残されていてよいだろう。

名誉毀損の判断において、公正な論評の法理等の理由により違法性が阻却され不法行為の成立が否定される場合に一一三条六項が適用されるのはバランスを欠くという問題は確かに存在する。また、一一三条六項は名誉毀損の一規定に過ぎないとして、その活用には消極的な説は、著作者人格権侵害訴訟に藉口してイデオロギー対立を法廷の場に持ち込むことは、著作者人格権の濫用であって、そのような論争は言論の場で行うべきであると主張する<sup>97)</sup>。このような指摘は、批評等に伴う著作物の利用について正鵠を得ていると思われる。実際にも、上記「運鈍根の男」(古河市兵衛の生涯)事件判決<sup>98)</sup>や「本多勝一反論権」事件最高裁平成一〇年七月一七日判決<sup>99)</sup>では、批評目的による引用について争われた。こ

のように正当な引用として著作権侵害が成立しない場合ゆえに、著作者人格権が持ち出される訴訟類型では、言論の自由が問題となり、名誉毀損において確立している公正な論評の法理等を迂回することは許されないであろう。

しかしながら、本件「日めぐりカレンダー」事件は、そのような論評の事案ではない。データベースや事実的編集著作物においては、商業目的で著作権の譲渡や利用許諾がなされて利用されるケースの方が多いであろう。商業ベースで利用され、著作者の創作意図を害する場合には、著作者人格権をよりどころとすることは、著作者人格権が、著作権を放手した後の著作者の保護を目的としていた趣旨によく合致するのではなからうか。

もっとも、既に見たように、名誉感情が害されたことよって、民法七〇九条の不法行為は成立すると考えられるから、損害賠償を請求することは可能である。これ以上に、著作者人格権の侵害を認める必要性があるかが問われなければならない。著作物の利用時期が創作意図に反する場合、既に公表されてしまった著作物について、公表前の状態に原状回復することは不可能である。未公表の著作物について、公表するという作為を請求することは、差止請求の内容として困難であろう。しかし、著作権法一一五条に基づく名誉声望回復措置請求権を行使して、謝罪広告を求めることは可能であろう。また、利用時期以外について創作意図に反する利用の場合、たとえば意に反する立て看板として利用されている場合は、立て看板の撤去の請求は可能であり、意味があると考えられる。

一三六項によるみなし著作者人格権侵害を緩やかに認めることの問題点として、著作者の創作意図は他人には分りにくく、著作物を利用する者にとって、法的安定性を欠くおそれがあることが挙げられる。著作者と著作物利用者との保護のバランスを図るためには、創作意図が行為者に対して明確に示されている必要があるだろう。契約に明記すれば、これに反する利用については契約違反による責任を問えば足りる場合も多いであろうが、著作権が譲渡され、契約当事者以外の者が利用する場合には、みなし著作者人格権侵害を認めることの意義が認められよう。

## 7. まとめ

本稿では、「日めくりカレンダー」事件を契機として、編集著作物の分割利用が素材の利用にすぎないために、配列の変更について同一性保持権侵害に問えない場合における、名誉・声望を害する利用方法によるみなし著作者人格権侵害の成立可能性を検討した。著作物の利用時期が創作意図に反する場合への適用可能性である。学説では、創作意図に反する利用がされた場合の著作者の保護が立法趣旨であると謳われながら、判決例では、名誉・声望要件を満たす必要から民法上の名誉毀損と変わらない判断がなされてきた。しかしながら、著作物の商業利用が盛んになり、著作権に関してはフェア・ユースの導入なども取りざたされ、著作物を利用する側の利益がクローズアップされる最近の情勢からすると、著作者の人格的利益を守ることの重要性にも配慮する必要があるだろう。名誉・声望要件が、元々著作者人格権を認めないコモンロー諸国の要望によりベルヌ条約に規定された経緯と、我が国が著作者人格権については名誉・声望要件を規定しなかったことに鑑みれば、みなし著作者人格権侵害についても、本来はこの要件を課す必然性はなかったであろう。著作者人格権以外の著作者の人格的利益も認められ得ることや、社会的評価と名誉感情の区別がつきにくい場合もあることなどを考え合わせ、名誉・声望を害することに、社会的評価を形成すべき機会の喪失も含めて柔軟に解することが妥当ではないかと考える。

(1) 知財高判平二〇・六・二三判時二〇二七号二二九頁、原審東京地判平一九・一一・六〔平一八(ワ)二九四六〇号〕裁判所HP。

(2) 判時二〇二七号一三七頁。

(3) 期待権の侵害については、Xは、Yの担当者が日めくりにすることは技術的に可能であると述べるのを聞いて、日めくりカレンダーで配信できるものと信用し、三六五日分の花の写真の加工を専門業者に依頼し、その加工代金として七三万円もの支払をしたのであり、三六五



日分の花の写真がXの配列した順序に従って使用されるものと信じていることについての期待権は法的保護に値すると主張した。しかし、Xは本件サイトの更新スケジュールが週一回であることを知りながら、Yの担当者に、これを変更して日めくりにするか否かの確認を取ることもなく、実際に配信されるまでこの点を話題にすることもなく、いかに本件写真集を購入してもらうかに終始した交渉をしたという経緯があった。知財高裁は、本件写真集に関する著作権譲渡契約に関し、Xが配列した順序に従い毎日花の写真を変えてYが配信するとの点について、その契約に関連する内容として注文書等に記載されていないことはもちろん、Xにおいてそのような期待を抱くことが正当と認められるような事情も存しないと判断し、仮にXが事実上の期待を内心において抱いたとしても、これを「期待権」ないし何らかの法的保護に値すべき利益と認めることはできないとして、Xの期待権に基づく主張を退けた。

- (4) なお、原審東京地裁では、後述するように、黙示の同意を根拠に判断したので、この論点については判断していない。
- (5) 判時二〇二七号一四一頁。
- (6) 判時二〇二七号一四一頁。
- (7) 東京地判平一九・一二・六(平一八(ワ)二九四六〇号)裁判所HP。
- (8) 堀江亜以子・本件判批・発明二〇〇九年五月号五二頁、五五―五六頁。
- (9) 平澤卓人・本件判批・知的財産法政策学研究二四号二五九頁、二六六頁(二〇〇九)。
- (10) 東京地判平一一・二・二五判時一六七七号一三〇頁(松本清張映画化リスト事件)、東京地中間判平一三・五・二五判時一七七四号一三三頁(自動車データベース事件)。
- (11) 半田正夫「松田政行編『著作権法コンメンタール』」五九一頁(横山久芳執筆)(二〇〇九)勁草書房。  
もともと、横山久芳「編集著作物概念の現代的意義」著作権研究三〇号二二九頁、一五〇頁(二〇〇三)は、単一のカテゴリーに属する情報群を網羅的に選択した場合であっても、カテゴリーの選択自体が物珍しいものであれば、創作性を肯定できるが、この場合は単一のカテゴリー(素材)を選択しているにすぎないから、「マージ理論」により編集著作権の保護を否定することとなる。
- (12) 齊藤博「著作権法(第三版)」一〇五―一〇六頁(二〇〇七)有斐閣、田村善之「著作権法概説・第二版」一三三頁(二〇〇二)有斐閣。
- (13) 潮海久雄「編集著作物の保護に関する基礎理論的考察」著作権研究二七号一六七頁(二〇〇〇)、横山久芳「編集著作物に関する基礎的考察」コピーライト四七五号二頁(二〇〇〇)、中山信弘「著作権法」一一七頁(二〇〇七)有斐閣。
- (14) 旧法下でも著作物以外のものを素材とした編集物に編集著作権を認めるかどうかにつき争いがあったことにつき、横山・前掲注11・一六

五頁。

- (15) 中山・前掲注13・一〇九〜一一〇頁。
- (16) 中山・前掲注13・一一七〜一一八頁。
- (17) 中山・前掲注13・一一〇頁。
- (18) 加戸守行『著作権法逐条講義(五訂新版)』一三四頁(二〇〇六)著作権情報センター。
- (19) 吉田正夫『編集著作物』齊藤博『牧野利秋編『裁判実務大系二七知的財産関係訴訟法』七二頁、七六〜七七頁(一九九七)青林書院。
- (20) 横山・前掲注13・コピーライト一〇頁。
- (21) 横山・前掲注11・一五三頁以下。
- (22) 中山・前掲注13・五二頁以下。
- (23) 横山・前掲注11・一六〇〜一六三頁。
- (24) 上野達弘『著作物性(一)総論』法学教室三一九号一六〇頁、一六七頁注三二(二〇〇七)。
- (25) たとえば、中山・前掲注13・五七〜五八頁。
- (26) 上野達弘・判批(自動車データベース〔翼システム〕事件)判評五二九号二二頁、一三三〜二四頁(判時一八〇六号一八三頁、一八五〜一八六頁)(二〇〇三)。
- (27) 上野達弘『著作者の認定』牧野利秋『飯村敏明編『新・裁判実務大系二著作権関係訴訟法』二二六頁、二三五〜三三六頁(二〇〇四)青林書院。
- (28) 猫は自発的に絵を描くことが知られている。Heather Busch = Burton Silver, *Why Cats Paint, Ten Speed Press* (1994)。
- (29) 中山・前掲注13・五八頁参照。
- (30) 東京地判平一七・七・一判時一九一〇号一三七頁。
- (31) 東京地判平一四・三・二八(平一〇〇七)一三二九四号)裁判所HP。
- (32) 東京地判平一三・九・二〇判タ一〇九七等二八二頁。
- (33) 平澤・前掲注9・二七三〜二七四頁同旨。堀江・前掲注8は、この点について明示的に検討しているわけではないが、配列の変更を検討しているというところは、各配信を一体のものとして解しているようである。

- (34) 平澤・前掲注9・二八九頁は、「配信された写真のみが蓄積されていくプログラムがあるような場合であれば、受信者の側での創作的表現の再生を肯定し、同一性保持権侵害を肯定できる可能性はある」『受信者を道具として、変更された創作的表現を再生しているとみることで「できる」と述べる。
- (35) 平澤・前掲注9・二七五～二七六頁。
- (36) 本件著作権譲渡契約において、翻案権譲渡の特掲(六一条二項)があつたかどうかは不明であるが、原告は翻案権侵害の主張をしていないので、翻案権も含めて譲渡していたと解される。
- (37) 中山・前掲注13・三九二頁。
- (38) 東京高判平成三・一二・一九知裁集二三卷三号八二三頁、判時一四二二号一三三頁。
- (39) 田村・前掲注12・四三六頁。
- (40) 野一色勲「同一性保持権と財産権」紋谷暢男還暦記念『知的財産権法の現代的課題』六四一頁、六七八頁(一九九八) 発明協会。
- (41) 東京地判平一八・三・三一判タ一二七四号二五五頁(国語テスト事件)。
- (42) 鳥並良「著作者人格権の客体」著作権研究三三三三三頁、三八頁(二〇〇八)。
- (43) 東京地判平一九・一二・六(平一八(ワ)二九四六〇号) 裁判所HP。
- (44) 堀江・前掲注8・五八頁は、本件原審判決は、そもそも本件写真集の編集著作物性や同一性保持権侵害の判断がなされていないのだから、同一性保持権の不行使特約の有無と関係づけることはできないとする。
- (45) 上野達弘「著作者人格権に関する法律行為」著作権研究三三三三三頁、五二～五四頁(二〇〇八)。
- (46) 田村・前掲注12・四一〇～四一二頁。
- (47) 平澤・前掲注9・二八六頁。
- (48) 加戸・前掲注18・六六五頁。
- (49) 加戸・前掲注18・六六五頁。
- (50) もっとも、松田政行『同一性保持権の研究』六八頁(二〇〇六) 有斐閣では、「著作者人格権も基本的には著作者の名譽を守る権利だと言われている。」とされている。ただし、同書では「主観的名譽感情の保護をも含めて『名譽(権)』と言っ。」とされているので、通説が「名譽」を社会的名譽と考えるのとは用語法が異なるかもしれない。

- (51) 松川実「著作権法第一―三条第六項の意義と機能」青山法学論集四九巻一号九三頁、九六頁(二〇〇七年)。
- (52) 小畑真一「著作者人格権および一般的人格権についての実質的一考察」著作権研究一六号二七頁、二八―三三頁(一九八九)、斉藤博「著作者人格権の理論的課題」民商法雑誌一一六巻六号八一五頁、八二七頁(一九九七)、斉藤博「著作者人格権の本質」コピーライト二〇〇六年二月号二頁、六頁、松川・前掲注51、一六〇頁以下。
- (53) 斉藤博「著作権法第三版」一五九頁(二〇〇七)有斐閣。
- (54) 斉藤・前掲注52・「著作者人格権の理論的課題」八二八―八二九頁。
- (55) 加戸・前掲注18・六六四頁。
- (56) 松川・前掲注51・九九頁。
- (57) 松川・前掲注51・一二六頁。
- (58) 松川・前掲注51・一七五頁。
- (59) 松川・前掲注51・一一五―一二四頁。
- (60) 田村・前掲注12・四五二頁など。
- (61) 上野達弘・判批(「運鈍根の男」事件)知財管理五四巻一号七九頁、八五頁(二〇〇四)、田村・前掲注12・四五二頁。
- (62) 最二小判昭六一・五・三〇民集四〇巻四号七二五頁。
- (63) 東地判平五・八・三〇知的裁集二五巻二号三二〇頁、同事件控訴審東高判平八・四・一六知的裁集二八巻二号二七一頁も一審の判断を維持。
- (64) 松川・前掲注51・一〇〇頁。
- (65) 判例集未登載(判決文未確認)。
- (66) 東高判平一四・七・一六(平一四(ネ)一二五四号)裁判所HP。
- (67) 東地判平二一・五・二八(平一九(ワ)二三八八三号)裁判所HP。
- (68) 知高判平成二二・三・二五(平二二(ネ)一〇〇四七号)裁判所HP。
- (69) 作花文雄『詳解著作権法(第三版)二五一頁(二〇〇七)ぎょうせい。
- (70) 澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為(第三版)一四二頁(二〇〇一)有斐閣。
- (71) 潮見佳男『不法行為法I(第二版)一七三頁(二〇〇九)信山社。澤井・前掲注70・一四二頁。

- (72) 最一小判昭四五・一二・一八民集二四卷一三号二一五一頁（反対政党委員委嘱状誤送付事件）。
- (73) 澤井・前掲注70・一四四頁。
- (74) 大判明治三八・一二・八民録一輯一六六五頁。
- (75) 東京控訴院判決昭一二・一・二七法律新聞四二一九号七頁（著名な出版社〔岩波書店〕であることを考慮、神戸地判昭六〇・一一・二九判時二〇九号一五頁（弁護士であることを考慮）など。五十嵐清『人格権論』一四〇一五頁（一九八九）一粒社。
- (76) 五十嵐・前掲注75・一四頁、澤井・前掲注70・一四三頁。
- (77) 幾代通Ⅱ徳本伸一『不法行為法』九〇頁注4（一九九三）有斐閣。
- (78) 潮見・前掲注71・一七四頁、幾代Ⅱ徳本・前掲注77・八九頁。
- (79) 潮見・前掲注71・一七五頁、一七八頁。
- (80) 潮見佳男『債権各論Ⅱ 不法行為法』(第二版)一八五頁（二〇〇九）新世社。もっとも、差止請求の場面では、「人格権としての名誉権」に基づくと述べられている。潮見・前掲注71・一七二頁。
- (81) 五十嵐・前掲注75・一一三頁。これに反対する見解として、竹田稔『プライバシー侵害と民事責任（増補改訂版）判例時報社（一九九八年）二二四頁。
- (82) 戸波美代・判批・別冊ジュリスト一九八号一七八頁。
- (83) 半田正夫『著作権法概説』(第九版)二二八頁（一九九九）一粒社。
- (84) 東高判平一三・八・二九（平一三（ネ）一四七号）裁判所HP。
- (85) 最一小判平一七・七・一四民集五九卷六号一五六九頁。
- (86) 今村哲也・本件判批・判評五七二号一六頁（判時一九三七号一七八頁（二〇〇六）など）。
- (87) 窪田充見・私法判例リマックス三四号五〇頁、五三頁（二〇〇七）。
- (88) 窪田・前掲注87・五二～五三頁。
- (89) 東高判平一四・一一・二七判時一八一四号一四〇頁。
- (90) 長沢幸男・判批・東高判平五・一二・一（平四（ネ）七六五号）「本多勝一反論権訴訟控訴審」L&T一八号二九頁、三四頁（二〇〇三）。（運鈍根の男」事件控訴審判決の担当判事による、原判決と同様の解釈に立つ先例に対する批判。）

- (91) 上野・前掲注61・八七頁。田村・前掲注12・四五四頁も一般の名誉毀損と同じ取り扱いでよいとする。
- (92) 松川・前掲注51・一〇六頁。
- (93) 東高判昭六二・二・一九無体集一九巻一号三〇頁。
- (94) 小泉直樹「著作者人格権」民商法雑誌一一六巻四・五号五八四頁、五九八〜五九九頁(一九九七)。
- (95) 小泉・前掲注94・六〇二〜六〇三頁。
- (96) 東高判平八・一〇・二判時一五九〇号一三四頁。
- (97) 松川・前掲注51・一二二頁。
- (98) 前掲注89。
- (99) 最二小判平一〇・七・一七裁判集民一八九号二六七頁。
- (100) 一一三条六項に規定する「利用」は、著作権の支分権の内容としての「利用」を意味しないと解する。一一三条六項は著作者人格権を規定するのであり、著作権とは別の権利であるからである。したがって、著作物の複製物を立て看板として展示することは、展示権(二五条)の内容ではないが、なお著作者人格権の侵害にあたりうる。

(付記) 本稿については、財団法人比較法研究センター知的財産判例研究会、及び、同志社大学知的財産法研究会における報告をした際に、メンバーの皆さまから多くの示唆をいただいた。記して感謝申し上げます。