

## 同一の廃墟を被写体として撮影された廃墟写真 について翻案権侵害が否定された事例

知財高判平成23年5月10日判タ1372号222頁  
(平成23年(ネ)10010号)〔廃墟写真事件〕

谷川和幸

### 第1 事案の概要

#### 1 請求

本件は、いずれもプロの写真家である原告・被告が、それぞれ、同一の「廃墟」を被写体とする写真を撮影・出版したことをめぐって生じた紛争である。

原告X（丸田祥三氏）は原告写真1ないし5を、被告Y（小林伸一郎氏）は被告写真1ないし5をそれぞれ撮影した<sup>2</sup>。

同一の番号が付された各写真はいずれも同一の「廃墟」を撮影した写真であり、例えば写真1は群馬県に所在する旧丸山変電所の建物内部を被写

---

<sup>1</sup> 本判決の評釈として、水谷直樹「判批」発明108巻7号33頁、小泉直樹「判批」ジュリスト1426号146頁、高瀬亜富「判批」CIPICジャーナル203号8頁、木村達矢「判批」特許65巻4号99頁が、原判決の評釈として、日向央「判批」調査情報499号72頁、谷川和幸「判批」L&T 52号98頁がある。本稿はこの原判決評釈を下敷きとした北海道大学大学院法学研究科知的財産法研究会における報告（2011年9月6日）をもとに、大幅に加筆修正を加えたものであり、一部見解を改めた部分がある。このような報告の機会を与えてくださった田村善之教授に深く御礼申し上げる。

<sup>2</sup> これらの写真は判タ1372号226頁に掲載されているほか、1ないし4の各写真については、Xが運営するブログでも閲覧することができる。<http://blogs.yahoo.co.jp/marumaru1964kikei/folder/640935.html> 2011年5月30日最終アクセス

体とするものである。Xは原告写真1を1993年発行の写真集に掲載して出版しており、同写真集で1994年日本写真協会新人賞を受賞した。被告写真1は1998年発行のYの写真集に掲載されている。

Xは、原告各写真と同一の被写体をYが撮影して写真を作成し、それらの写真を掲載した書籍（「被告各書籍」）を出版・頒布した行為が、写真の著作物の著作権（翻案権、原著作物の著作権者としての複製権、譲渡権）、著作者人格権（氏名表示権）及び法的保護に値する利益（民法709条）を侵害し、また、Yが「廃墟写真」という写真ジャンルの先駆者であるXの名誉を毀損した、と主張して、①被告各書籍の増製及び頒布の差止め並びに一部廃棄（著作権法112条1項、2項）、②著作権侵害、著作者人格権侵害、名誉毀損及び法的保護に値する利益の侵害の不法行為による損害賠償、③名誉回復等の措置としての謝罪広告（著作権法115条、民法723条）を請求した。

## 2 争点と当事者の主張

本件の主要な争点は、第1に、被告写真の作成がXが有する翻案権（著作権法27条）の侵害に当たるか、第2に、被告各書籍の発行・頒布が、Xの法的保護に値する利益の侵害による不法行為を構成するか、である（名誉毀損は原審、控訴審ともに成り立たないとされた。本稿ではこの点は扱わない。）。なお、各写真がいずれも写真の著作物に該当することについては争いが無い。

まず翻案権侵害に関して、Xは、「廃墟写真」という特殊なジャンルであることを強調し、従前見捨てられ見逃されてきた光景に耽美性を見出して被写体として選択したこと自体に写真家の個性が表れていると述べて、特定の廃墟を被写体として選定したことが重要な意味を持つと主張した。これに対しYは、被写体の選択は決定的ではなく、創作性のあくまでも一要素にすぎないと主張した。

次に不法行為について、Xは、名もなき「廃墟」を発見し、それを最初に被写体として取り上げた先駆者と認識されることによって生ずる営業上の利益の侵害を主張した。すなわち、一般に知られていない廃墟を探し出し、それを被写体とする写真を撮影することには多大な労力・時間を要するところ、Yは原告写真を見て廃墟を訪れ、Xに無断で同一被写体を撮

影し、営利目的で発表したことによって、Xのこの営業上の利益を侵害したとの主張である。Yは、特定の風景を特定の者に独占させることは不当であるなどとしてこれを争った。

## 3 原審の判断

原審（東京地判平成22年12月21日裁判所ウェブサイト（平成21年（ワ）451号））は、翻案権侵害、不法行為及び名誉毀損の成立をいずれも否定し、Xの請求を棄却した。

翻案権侵害については、「著作物の翻案（著作権法27条）とは、既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為をいうものと解される。そして、著作権法は、思想又は感情の創作的な表現を保護するものであるから（同法2条1項1号参照）、思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件など表現それ自体でない部分や表現上の創作性がない部分は、ここにいう既存の著作物の表現上の本質的な特徴には当たらないといふべきである。」と述べた最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁〔江差追分事件最高裁判決〕を引用し、「本件において、Xは、『廃墟写真』の写真ジャンルにおいては被写体である『廃墟』の選定が重要な意味を持ち、原告写真1ないし5の表現上の本質的な特徴は被写体及び構図の選択にある旨主張しているので、被告写真1ないし5の作成がこれに対応する原告写真1ないし5の翻案に当たるか否かを判断するに当たっては、Xが主張する原告写真1ないし5における被写体及び構図の選択における本質的な特徴部分が上記のような表現上の本質的な特徴に当たるかどうか、被告写真1ないし5において当該表現上の本質的な特徴を直接感得することができるかどうかを検討する必要がある」として1ないし5の各写真それぞれについて具体的に判断を行い、翻案権侵害を否定している。そのうち写真1にかかる部分は次のとおりである。

原告写真1



丸田祥三『棄景—廃墟への旅』(宝島社、1993年7月発行)に収録。

被告写真1



小林伸一郎『廃墟遊戯』(メディアファクトリー、1998年)に収録。

「Xは、原告写真1の被写体及び構図の選択における本質的特徴部分は、旧丸山変電所の、打ち捨てられてまさに廃墟化した建物内部を、逆ホームベース上の内壁を奥に配置して、左上に大部分の葺き板が消滅した屋根の痕跡を配置し、右上には葺き板の大部分を残しつつも数か所にわたり小さな亀裂を有する屋根の痕跡を配置し、これを上記内壁から見て相当後方から上記内壁に対して斜めに、そして上記内壁に接する内壁の一方とほぼ平行に撮影するという点にあり、この構図の斬新さは、原告写真1を見る者に強いインパクトを与えるものである旨主張する。

そこで検討するに、Xが主張する原告写真1において旧丸山変電所の建物内部を被写体として選択した点はアイデアであって表現それ自体ではなく、また、その建物内部を、逆ホームベース状内壁の相当後方から、上記内壁に対して斜めに、上記内壁に接する内壁とほぼ平行の視点から撮影する撮影方向としたことのみから、Xが主張するような『旧丸山変電所の、打ち捨てられてまさに廃墟化した』印象や見る者に与える強いインパクトを感得することができるものではない。

したがって、Xが主張する原告写真1における被写体及び構図ないし撮影方向そのものは、表現上の本質的な特徴ということとはできない。

次に、原告写真1と被告写真1とは、旧丸山変電所の建物内部を被写体とする点、逆ホームベース状の内壁を奥に配置した点、上部に屋根と空を配置した点、逆ホームベース状内壁の相当後方から、上記内壁に対して斜

めに、上記内壁に接する内壁とほぼ平行の視点から撮影した点などにおいて共通する。しかし、他方で、原告写真1と被告写真1とは、①原告写真1は、ハイコントラストの白黒写真で、遠近感が強調されているのに対し、被告写真1は、建物の内部全体を色鮮やかに映し出したカラー写真であり、画面中央の煉瓦のオレンジ色や空の青を強調することによって室内の壁の白さやそこに残るしみを際立たせたり、積み重なる煉瓦、屋根の鉄骨の錆、手前の床に散乱した残留物など個々の物体をその陰影を含めて克明に映し出していること、②原告写真1は『左側の内壁』とほぼ並行に撮影しているのに対し、被告写真1は『右側の内壁』にほぼ平行に撮影しているところ、丸山変電所の建物内部は左右対称ではなく、特に右側の屋根の葺き板はほぼ消失している一方で左側の屋根の葺き板は大部分が残っているため、原告写真1では右上から中央部にかけて斜めに走る屋根の葺き板の消失部分から空が見えるのに対し、被告写真1では右上に手前から奥にかけてまっすぐに走る屋根の葺き板の消失部分から空が見え、このように左右いずれの位置から撮影したかによって、屋根の部分の印象が異なるものとなっていること、③原告写真1では、生い茂る植物や光が強調されているが、被告写真1ではそのような表現は取られていないことなどの相違点があり、これらの相違点によって、原告写真1と被告写真1とでは写真全体から受ける印象が大きく異なるものとなっており、被告写真1から原告写真1の表現上の本質的な特徴を直接感得することはできない。

したがって、被告写真1の作成が原告写真1の翻案に当たるとのXの主張は、その余の点について検討するまでもなく、理由がない。」

法的保護に値する利益の侵害による不法行為の成否に関しても、廃墟を被写体とする写真を撮影すること自体は原則として自由であり、撮影に制約がない以上、ある廃墟を最初に被写体として取り上げて写真を撮影・発表した者において、その廃墟を発見ないし発掘するのに多大な時間や労力を要したとしても、そのことから直ちに他者が当該廃墟を被写体とする写真を撮影すること自体を制限しうるとするのは妥当でないなどとして、不法行為の成立を否定した。

#### 4 控訴審における当事者の主張

これに対しXが控訴。控訴審でXは「廃墟写真」の写真ジャンルにおい

ては、被写体及び構図ないし撮影方向に本質的特徴があり、撮影に用いたフィルムやカメラのサイズ、カラーか白黒か、印刷の色付けの方法、撮影年次や季節の相違等からくる被写体やその周辺の状況などはいわば味付けの部分であって、本質的要素ではない、と重ねて主張した。

## 第2 判旨

控訴棄却（その後、上告棄却・不受理決定<sup>3</sup>により確定）

### 1 翻案権侵害について

「著作物について翻案といえるためには、当該著作物が、既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えたものであることがまず要求され（最高裁平成13年6月28日第一小法廷判決・民集55巻4号837頁（江差追分事件））、この理は本件における写真の著作物についても基本的に当てはまる。本件の原告写真1～5は、被写体が既存の廃墟建造物であって、撮影者が意図的に被写体を配置したり、撮影対象物を自ら付加したものでないから、撮影対象自体をもって表現上の本質的な特徴があるとはできず、撮影時季、撮影角度、色合い、画角などの表現手法に、表現上の本質的な特徴があると予想される。」

「被告写真1が原告写真1の翻案に当たるか否かについてみるに、原告写真1は、群馬県松井田町に所在する国鉄旧丸山変電所の内部を撮影したものであるが、原告書籍1『棄景』が全体の基調としているように、モノクロ撮影を強調しハイコントラストにしたものである。控訴人がこれを翻案したと主張する被告写真1は、被告書籍1『廃墟遊戯』及び被告書籍4『廃墟遊戯-Handy Edition』に収録されているが、これら被告書籍が基調としているように、枯れ葉色をベースにしたカラー写真である。原告写真1と同じく、旧国鉄丸山変電所の内部が撮影対象である。

しかし両者の撮影方向は左方向からか（原告写真1）、右方向からか（被告写真1）で異なり、撮影時期が異なることから、写し込まれている対象

<sup>3</sup> 平成24年2月16日付

も植物があつたりなかったりで相違しているし、そもそも、撮影対象自体に本質的特徴があるということではできないことにかんがみると、被告写真1をもって原告写真1の翻案であると認めることはできない。」

写真2ないし5についても同様に翻案の成立が否定されている。

### 2 法的保護に値する利益侵害の不法行為について

「Xが原告各写真について主張する法的保護に値する利益として、まず廃墟を作品写真として取り上げた先駆者として、世間に認知されることによって派生する営業上の諸利益が挙げられている。しかし、原告各写真が、芸術作品の部類に属するものであることは明らかであるものの、その性質を超えて営業上の利益の対象となるような、例えば大量生産のために供される工業デザイン（インダストリアルデザイン）としての写真であると認めることはできない。廃墟写真を作品として取り上げることは写真家としての構想であり、控訴人がその先駆者であるか否かは別としても、廃墟が既存の建築物である以上、撮影することが自由な廃墟を撮影する写真に対する法的保護は、著作権及び著作者人格権を超えて認めることは原則としてできないというべきである。そして、原判決……に記載のとおり、『廃墟』の被写体としての性質、Xが主張する利益の内容、これを保護した場合の不都合等、本件事案に表れた諸事情を勘案することにより、本件においては、X主張の不法行為は成立しないと判断されるものである。」

## 第3 評釈

### 1 はじめに

本判決は、廃墟という既存の建築物を被写体とする写真について、撮影対象自体をもって表現上の本質的な特徴があるとは認めず、その結果、同一の廃墟を撮影した写真について翻案権侵害の成立を否定したものである。写真の著作物において被写体の類似性をもって翻案権侵害を肯定するかという点は従来から学説の議論や裁判例も存在する論点であり、本件はこの問題に関する一事例を提供する事案である。そこで本稿では、従来の議論を整理したうえで、本判決がこの問題についてどのような態度を示したものであるのかを検討する。



不法行為の成否も本件の重要な争点であるが、この点については既に詳細に論じた評釈<sup>4</sup>が存在するところであるから、本稿では、本判決後に公表された最判平成23年12月8日判時2142号79頁〔北朝鮮映画事件最高裁判決〕との関係を若干検討するに留める。

## 2 翻案権侵害の成否について

### (1) 「写真の著作物の保護範囲」をめぐる従来の議論

本件では、原告写真・被告写真の双方が同一の廃墟を被写体とするものであったことから、このような被写体の同一性をどう評価するか、すなわち、被写体の選択・決定という要素を写真の著作物の本質的特徴として考慮することができるか、という点が争点となった。これは「写真の著作物の保護範囲」という名前で議論されてきた論点であり、本件に先立って既に〔すいか写真事件<sup>5</sup>〕をめぐって議論の蓄積がある。この事件では、すいか等を配置して被写体とした原告写真と、被写体の選択や配置の点で共通点のある被告写真とが類似しているかが争われた。

〔すいか写真事件〕原告写真



〔すいか写真事件〕被告写真



学説上、このような被写体の選択やそこに施した工夫自体の創作性をもって写真の著作物の本質的特徴と扱う余地を認める立場（被写体考慮肯定説）と、そのような扱いを一切否定する立場（被写体考慮否定説）とが対立している。

<sup>4</sup> 高瀬・前掲注(1)

<sup>5</sup> 一審：東京地判平成11年12月15日判時1699号145頁、控訴審：東京高判平成13年6月21日判時1765号96頁

否定説の論者は、写真の本質とは撮影・現像行為であると見ている。すなわち、「写真とは、カメラを用いて被写体をフィルム等に画像として表現したものをいうから、写真の著作物の創作性は、被写体の創作ではなく、被写体を撮影ないし現像することによって生じるものと解すべきであろう」と述べる見解<sup>6</sup>や、「写真とは被写体を写し撮るものであるが、機器等の発達により、写し撮る際に創作性が生ずるようになったために著作物とされた」という経緯から被写体と写真自体とを切り分けるべきだとする見解<sup>7</sup>等がこの例である。写真の本質を撮影・現像行為に見るのであれば、写真の撮影や現像以前に存在する被写体は、写真の創作性とは無関係であり<sup>8</sup>、アイディアにすぎない<sup>9</sup>、ということになる。

〔すいか写真事件〕の一審も、次のように述べて、この否定説の立場に立つ。すなわち、「写真技術を応用して制作した作品については、被写体の選択、組合せ及び配置等が共通するときには、写真の性質上、同一ないし類似する印象を与える作品が生ずることになる。しかし、写真に創作性が付与されるゆえんは、被写体の独自性によってではなく、撮影や現像等における独自の工夫によって創作的な表現が生じ得ることによるものであるから、いずれもが写真の著作物である二つの作品が、類似するかどうかを検討するに当たっては、特段の事情のない限り、被写体の選択、組合せ及び配置が共通するか否かではなく、撮影時刻、露光、陰影の付け方、レンズの選択、シャッター速度の設定、現像の手法等において工夫を凝らしたことによる創作的な表現部分、すなわち本質的特徴部分が共通するか否かを考慮して、判断する必要があるというべきである。」

これに対し、被写体の選択・組み合わせ・配置等における工夫を写真の著作物の創作性の一要素として考慮する余地を認める立場も存在する。「写真がその観者に個性を感得せしめるのは、まず写されたものによって

<sup>6</sup> 島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（有斐閣、2009年）50頁〔横山執筆担当部分〕

<sup>7</sup> 中山信弘『著作権法』（有斐閣、2007年）94頁

<sup>8</sup> 駒田泰士「共同著作、二次的著作」高林龍＝三村量一＝竹中俊子編集代表『現代的財産法講座1 知的財産法の理論的探究』（日本評論社、2012年）228頁

<sup>9</sup> 田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（有斐閣、2001年）96頁

こそで」あるとして写真に占める被写体の重要性を強調する見解<sup>10</sup>、「被写体を自ら作り込んだ『コンストラクテッドフォト』が現代写真では重要な領域となっている。このような場合には造形と写真を切り離すことに無理がある一方、全体として2条1項1号に該当すれば、それを写真の著作物と呼ぶか、美術の著作物と呼ぶかは別として、著作物ということを防げる理由もない。したがって、両者を切り離すことなく、完成した作品全体の創作性を造形を含めて総合して判断」すべきとする見解<sup>11</sup>等がこの立場である。

〔すいか写真事件〕控訴審も、否定説に立って類似性を否定した原判決を取り消し、肯定説を採用したうえで類似性を肯定している。すなわち、「写真著作物において、例えば、景色、人物等、現在する物が被写体となっている場合の多くにおけるように、被写体自体に格別の独自性が認められないときは、創作的表現は、撮影や現像等における独自の工夫によってしか生じ得ないことになるから、写真著作物が類似するかどうかを検討するに当たっては、被写体に関する要素が共通するか否かはほとんどあるいは全く問題にならず、事実上、撮影時刻、露光、陰影の付け方、レンズの選択、シャッター速度の設定、現像の手法等において工夫を凝らしたことによる創造的な表現部分が共通するか否かのみを考慮して判断することになる。」

しかしながら、被写体の決定自体について、すなわち、撮影の対象物の選択、組合せ、配置等において創作的な表現がなされ、それに著作権法上の保護に値する独自性が与えられることは、十分あり得ることであり、その場合には、被写体の決定自体における、創作的な表現部分に共通するところがあるか否かをも考慮しなければならないことは、当然である。写真著作物における創作性は、最終的に当該写真として示されているものが何を有するかによって判断されるべきものであり、これを決めるのは、被写体とこれを撮影するに当たっての撮影時刻、露光、陰影の付け方、レンズの選択、シャッター速度の設定、現像の手法等における工夫の双方であり、その一方ではないことは、論ずるまでもないことだからである。」

<sup>10</sup> 小泉直樹「〔すいか写真事件〕控訴審判批」判評520号46頁

<sup>11</sup> 岡村久道『著作権法』（商事法務、2010年）85頁

このように議論は対立しているものの、実際のところ、深刻な帰結の差異は生じていない。なぜなら、否定説の論者も、被写体自体を独立の著作物と評価できる場合には、被写体自体の著作権の行使を許す余地を認めているからである<sup>12</sup>。仮に〔すいか写真事件〕で問題となったすいかのオブジェをそれ自体美術の著作物であると評価することができるのであれば、同控訴審判決の帰結は、そのような美術の著作物との間で類似性が肯定された事実として正当化しうる。そうすると、〔すいか写真事件〕控訴審判決と本判決とを併せて理解するならば、現在の学説・裁判例の到達点として、次のような命題を導くことができるだろう。すなわち、被写体自体に手を加えていない場合には、類似の被写体を撮影した写真について著作権侵害を肯定する余地はない。他方、被写体自体に著作物性を肯定しうる場合には、写真の著作物の保護範囲に取り込むか、独立の美術の著作物についての侵害と構成するか理論構成はともあれ、類似の被写体の撮影は著作権侵害となる。

もっとも、このような二分論ですべてを説明することはできない。肯定説からは、それ自体として著作物性を肯定しえないような被写体であっても、被写体の組み合わせ・配置を要素の一つとして考慮することで、他の要素（光量、露光などの工夫）と相まって、全体としては類似性を肯定しうる場合が認められよう。このような中間的な場合にこそ、肯定説と否定説との帰結の違いが際立つことになる。

本判決は「被写体が既存の廃墟建造物であって、撮影者が意図的に被写体を配置したり、撮影対象物を自ら付加したものでないから」と述べて、

<sup>12</sup> 田村・前掲注(9)。なお、この場合には依拠要件が一応問題となりうる。すなわち、先行者の写真を見たうえで類似の被写体を作り出して撮影した後行者は、先行者の被写体そのものには依拠していないともいえるからである。しかしながら、先行者の写真は被写体の二次的著作物であるところ、後行者はこのような二次的著作物を介して間接的に原著物である被写体に依拠したといえるから、依拠を肯定することは可能である。このような二次的著作物を介した間接依拠を肯定する裁判例として、大阪地判平成11年7月8日判時1731号116頁〔パンシロントリム事件〕、大阪地判平成21年3月26日判時2076号119頁〔マンション読本事件〕がある。参照、丁文杰「キャラクターの絵画的表現の保護範囲 —マンション読本事件—」知的財産法政策学研究30号201頁。

撮影対象自体に本質的特徴があるとするはできないとしている。以下に示す写真は本件で類似性が争われた写真の一つであり、左が原告写真2、右が被告写真2である。ここでは原告写真2の左下に白く鮮やかなススキが写っている。原判決も本判決も、このススキの有無を一つの重要な差異として取り上げて類似性を否定している<sup>13</sup>。

原告写真2



丸田祥三『日本風景論』（春秋社、2000年）に収録。

被告写真2



小林伸一郎『廃墟をゆく』（二見書房、2003年）に収録。

<sup>13</sup> ススキ部分にかかる原判決の判断は次のとおり。

「原告写真2では、左下手前に白く鮮やかなススキを入れ、逆光で穂が白く光って見えるのに対し、被告写真2では同じく植物は配置されているが、ススキではなく、逆光でもないことなどの相違点があり、これらの相違点によって、原告写真2と被告写真2とは写真全体から受ける印象が大きく異なるものとなり、被告写真2から原告写真2の表現上の本質的な特徴を直接感得することはできない。」

本判決の判断は次のとおり。

「被告写真2と原告写真2の関係をみるに、両者とも、栃木県足尾町に所在する足尾銅山付近の通洞発電所跡（建物外観）を撮影したものであり、建物右下方向からの撮影であって構図の点では近似している。しかし、撮影対象が現に存在する建物跡であることからすると、たとえ構図において似ていても、写真において表現されている全体としての印象が異なっていれば、一方が他方の翻案に該当するものと認めることはできない。撮影時季が違うことは、特に原告写真2でセピア色の中で白色に特徴付けられて写真左下に写っているすすきが、建物の色感覚をそのまま撮影したであろうと印象付けられる被告写真2にはなく、その位置に緑色の植物が写っていることから明らかである。これらの印象の違いと撮影物の違いにかんがみると、被告写真2が原告写真2の翻案に当たるということとはできない。」

それでは、本件の事案とは離れた架空の例として、Xがこのススキに関して何らかの人為的な働きをしていた場合を考えてみよう。例えば、この場所にはススキ以外の植物も自生していたが、ススキだけを残してその余の植物を抜き取った、という場合。あるいは、ススキの本数が多すぎて美しくないために間引きをしたという場合。そのうえで、被告写真にも似たようなススキが写っていたと仮定しよう。この場合に、ススキの配置の類似性をどう考えるべきであろうか。

否定説からは、撮影行為以前に存在する被写体はアイデアであって、写真の著作物の保護範囲に含まれない。また、ススキの配置自体を独立の著作物だと評価することは困難だろう。これに対し、肯定説からは、これを写真の著作物の本質的特徴の一つとして考慮することで、類似性を肯定する余地がある。

このように、被写体に何らかの手が加えられたが未だ独立の著作物とは評価できない中間的な領域こそが問題であり、写真の著作物の保護範囲については、まさにこの点を正面から捉えた議論がなされなければならない。

それでは、どのように考えるべきであろうか。ここでは、否定説が写真の本質を撮影・現像行為であると見ているのに対し、肯定説が「コンストラクテッドフォト」を挙げて、写真芸術はより幅の広い概念であると指摘している点が手掛かりとなる。非常に簡略化して整理するならば、否定説は、写真とは撮影・現像技法に着目した技術的な表現だと捉えているのに対し、肯定説は、写真とは芸術の一ジャンルであって、技術的な面だけを捉えるのでは不十分だと考えているように思われる。このことは、肯定説の論者である岡村<sup>14</sup>が、写真の著作物と美術の著作物との厳密な区別を放棄していることからもうかがえる。

それでは、写真の本質とは一体何なのであろうか。写真の著作物と美術の著作物とはどのような関係にあるのだろうか。両者の区別は厳密になされなければならないのだろうか。

<sup>14</sup> 岡村・前掲注(11)



## (2) 事後的に加工された写真：〔ロンドン・レッド・バス事件〕

写真の著作物の保護範囲に関しては、近時のイギリスの裁判例<sup>15</sup>が重要な示唆を提供する。事案の紹介の前にまず問題となった二つの写真を示そう。左が原告写真、右が被告写真である。

原告写真



被告写真



どちらも、ウェストミンスター・ブリッジを通行中のロンドン・レッド・バスを写した写真であって、バスだけが赤く、それ以外は白黒となっている。背景に国会議事堂等が写っている点は同じだが、撮影位置の違いから、角度やその他の写りこんでいる物体は大きく異なり、全体として受ける印象は全く異なっているといつてよい。〔廃墟写真事件〕控訴審を担当した裁判所がこの事件を担当することになれば、このような印象の違いから、類似性を否定するであろうと予想される。ところが、イギリスの Patents County Court において Birss 判事はこの両写真について類似性を肯定した。

さて、実は両写真とも、カメラで撮影されたそのままの写真ではない。画像編集ソフトを利用して事後的に加工が施されている。原告写真を撮影・編集したのは原告会社の経営者 Fielder 氏である。Fielder 氏はロンドンを象徴するような写真作品を創作したいと考え、ロンドン・レッド・バス、国会議事堂、ウェストミンスター・ブリッジとそこに流れる川がまとめて収まるような撮影スポットに立って（なおこのスポットは観光客が国会議事堂とウェストミンスター・ブリッジを撮影する際の定番スポットであ

<sup>15</sup> Temple Island Collections Ltd v New English Teas Ltd & Anor [2012] EWPC 1 (12 January 2012)

る。)、写真を撮影した。彼はその後画像編集ソフト Photoshop を用いてその写真に加工を施す。その際、「シンドラーのリスト」に着想を得て、白黒の背景の中でバスだけを赤く際立たせようと考えた。Fielder 氏が行った具体的な加工とは次のとおりである。まずバスの赤色を強調する。空はすべて切り取って真っ白にする。バス以外の部分をすべて白黒化する。手前の階段付近に写っていた人々をすべて消し去る。最後に、建物がちょうど垂直になるように、傾きが補正された。撮影開始から完成までに80時間を費やしたという。この写真はその後マグや文房具等のお土産に利用されて有名となり、多くの企業にライセンスされている。

被告会社は紅茶の製造販売業者であり、紅茶のパッケージに利用するロンドンを象徴するような画像として、原告写真に依拠して、被告写真を創作した。そこで、原告会社が原告写真の著作権侵害を主張して提訴したのがこの事件である。原告写真の重要な部分 (substantial part) が被告写真において再生されているかが問題となった。

Birss 判事は、まず両写真の構図の相違点・共通点を整理する。相違点としては、ウェストミンスター・ブリッジのアーチや川、手前の階段や街灯柱が写っていないこと、国会議事堂の写っている角度やその鮮明さが異なること、バスとビッグ・ベンとの位置関係、バスの大きさ、バスの手前の人々の有無、などが挙げられている。他方、共通点としては、ロンドン・レッド・バスが右から左へと走行している写真であること、バスはウェストミンスター・ブリッジの上にあり、その右側にビッグ・ベンが、奥には国会議事堂が写っていること、写っている人々は小さいこと、バス以外の自動車は写っていないこと、空がかなりの面積を占めていること、バスの高さが国会議事堂の高さとほぼ等しいこと、などが挙げられている。

また、両写真は、白黒の中でバスだけが赤く際立っていること、空が白く切り取られていること、という視覚的なコントラスト (visual contrast) の点でも共通している。

このような対比を経て、Birss 判事は、上述のような構図における相違点を考慮してもなお両写真は実質的に類似しており、侵害に当たるとした。その判断には、視覚的コントラストの共通性が大いに影響している。この視覚的コントラストは当初撮影された写真に存在したのではなく、Fielder 氏が事後的に Photoshop を用いて加工を施したものである。Birss 判



事によれば、原告写真は、ある場所であるタイミングにカメラのシャッターを押して撮影されたところの単なる写真（mere photograph）ではない。むしろ、注意深い選択や加工の結果として外観を作り出された、写真的作品（photographic work）と呼ぶべきものである。写真的作品の場合には、撮影後に施された加工が重要だというのである。それゆえ、この視覚的コントラストの加工の点で完全に一致する両写真が類似と判断されたのである。

なるほど、このような「写真的作品」という概念、つまり、写真の技法を用いてはいるものの、撮影後の加工の過程において創作性の発露が見られるような写真著作物を考えるのであれば、Birss判事の判断も納得できないではない。ただしそれは同時に次の疑問を提起する。そのような写真的作品は、もはや「写真の著作物」というよりも「美術の著作物」と呼ぶべきなのではないか？ という疑問である。美術の著作物であると考えるのであれば、Photoshopによる加工を美術的な創作性の発露と見て、その類似性を侵害判断で考慮することは、多くの論者にとって自然な理解であろう。

〔ロンドン・レッド・バス事件〕の両写真を最初に提示した際に、「〔廃墟写真事件〕控訴審を担当した裁判所がこの事件を担当することになれば、このような印象の違いから、類似性を否定するであろうと予想される」と述べた。これは、両写真を「写真の著作物」と捉えた場合の帰結である。他方、「写真的作品」という「美術の著作物」と捉えるのであれば類似性を肯定することもできそうである。

〔すいか写真事件〕の写真も同様に、すいか等を配置した被写体を作り出し、それを最終的に写真の技法を用いて表現するという一連のプロセスを写真形式の「美術の著作物」の創作過程であると捉えるならば、被写体の類似性をもって当該「美術の著作物」の権利侵害とすることはより納得しやすくないだろうか。

このような認識の変化が生じるのだとすれば、言い換えると、当初「写真の著作物」であると捉えて類似性を否定した両写真について、「美術の著作物」だと捉えなおすことで類似性を肯定する判断を支持しうるのであれば、当初の「この写真は『写真の著作物』である」という性質決定こそが、われわれの目を曇らせていたのだということになる。

### (3)「写真の著作物の保護範囲」の考え方

このように、ある写真を「写真の著作物」と捉えるか、「美術の著作物」と捉えるかによって、保護範囲に差が生じている可能性がある。しかし、ある写真作品を前にしたときに、それを「写真の著作物」と捉えるか、「美術の著作物」と捉えるか、という性質決定の差を理由に保護範囲を異ならせることは正当化しづらいように思われる。そもそも「写真の著作物」も「美術の著作物」も著作権法には定義規定がない<sup>16</sup>。10条1項は「写真の著作物」と「美術の著作物」とを号を分けて規定しているが、同項は著作物の例示規定にすぎず、それ自体として保護範囲を異ならせる根拠とはなりえない。また、写真の著作物について規律する多くの規定では、同時に美術の著作物についてもほぼ同じ扱いを規定しており（4条4項、18条2項2号、25条、45条<sup>17</sup>、47条、47条の2など<sup>18</sup>）、権利内容の面で両者を区別する根拠はない。

<sup>16</sup> 2条4項は「写真の製作方法に類似する方法を用いて表現される著作物」を「写真の著作物」に含むとしているが、これは伝統的な写真の概念に含まれないコロタイプ、グラフィア、写真染め等を便宜上写真の著作物と扱うための規定にすぎず（加戸守行『著作権法逐条講義〔五訂新版〕』（著作権情報センター、2006年）69頁）、写真の製作方法に類似する方法を用いている美術の著作物は「美術の著作物」ではなく「写真の著作物」であると捉えるべきだとする規定ではないと解したい。

<sup>17</sup> このうち、45条2項及び46条は美術の著作物だけを対象とする権利制限規定であり、この限りで両者を区別する必要があることは否定できない。もっとも、このような規律の差は原作品の個数の差に由来するものと思われるが、美術の著作物であってもコンピュータ・グラフィックスのように単一の原作品を観念できないものも登場しており、（立法論として）同条をどこまで厳格に維持すべきかは再考の余地がある。

学説上も、「写真を素材としていても、その組合せや加工を施すことにより『美術の著作物』となる場合」には46条の対象とすべきであり、さらに進んで、写真の著作物について46条を類推または拡張適用すべきだと述べる見解が見られる（半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール2』（勁草書房、2009年）384頁〔前田哲男執筆部分〕）。

<sup>18</sup> これに加え、写真の著作物についてのみ適用のある附則の規定として、附則5条2項、平成8年法律第117号（写真の著作物の保護期間を公表後50年までとしていた旧55条を削除した改正法である。）附則2項、3項がある。

写真と一口にいっても、風景や人物を写しただけの写真から、[すいか写真事件]のように被写体に創意工夫を凝らした写真作品、[ロンドン・レッド・パス事件]のように撮影後に加工を施した写真作品など多様なものがあり、その中にはむしろ「美術の著作物」として捉えられるべきものも存在する。そのような写真の多様性を考慮することなく、写真である以上は「写真の著作物」に当たり、「写真の著作物」の本質は撮影・現像行為にあるとしてその点の創作性のみを考慮してきた被写体考慮否定説は、写真芸術という美術領域への目配りを欠いていたのではないだろうか<sup>19</sup>。

写真の技法を用いている著作物は「写真の著作物」である、というドグマから離れて、「美術の著作物」を見る目をもって「写真の著作物の保護範囲」を考えるのであれば、「写真の著作物」一般について被写体をどのように取り扱うかということの問題にするのではなく、具体的な写真作品ごとに、この写真作品の本質的特徴は何か（被写体の選択・組み合わせ・配置を本質的特徴の一部として考慮しうるような写真作品なのかどうか。）を個別具体的に評価する態度こそが求められているはずである<sup>20</sup>。この意味で、従来「写真の著作物の保護範囲」という名前で行われてきた議論は、そのような一般化した問題設定自体に誤りがあったというべきである。

#### (4) 本件の廃墟写真の表現上の本質的特徴

ここまでの検討によって、ある写真を前にして、それを「写真の著作物」であるとの性質決定を行い、写真の本質を撮影・現像行為のみに見出す被

<sup>19</sup> 小泉・前掲注(10)49頁が、否定説は「アートとしての写真著作権の存立基盤を脅かしかねない」と指摘するのと同旨。

<sup>20</sup> 小島立「現代アートと法—知的財産法及び文化政策の観点から—」知的財産法政策学研究36号1頁は、写真著作物についての従来の裁判例の中には「視覚で認識可能な表現のみが問題とされるのではなく、被写体や構図の選択などの経時的要素が影響を与えている例が散見される」と指摘し、そのような議論は現代アートについても応用できるとする。写真をアートの文脈で捉えるべきとする被写体考慮肯定説の立場から見れば、これらの裁判例はまさにアートの保護範囲について判断した事例であるといえよう。

写体考慮否定説は、撮影・現像以外の点で創作的工夫を凝らした写真作品の存在を無視しており妥当でないこと、及び、このような写真作品の保護範囲を考慮するに当たっては、当該写真が「写真の著作物」であるのか「美術の著作物」であるのかという性質決定はもはや重要な意味を持たず、写真の本質という一般論よりもむしろ当該著作物の本質的特徴がどの部分に存在するのかという個別具体的な判断が求められることを述べた。

翻って本判決を丁寧に読むならば、原判決が「被写体として選択した点はアイデアであって表現それ自体ではなく」と述べて一般論として被写体の考慮を否定したとも読める判示をしていたのに対し、本判決では写真の著作物の保護範囲の一般論については何ら言及していないことに気付かされる。本判決は結論としては被写体（撮影対象自体）を本質的特徴の一部として考慮することを否定しているが、それは写真の著作物の本質から導かれているわけではなく、むしろ「被写体が既存の廃墟建造物であって、撮影者が意図的に被写体を配置したり、撮影対象物を自ら付加したものでない」という本件の写真の創作過程における具体的事情に由来するものである。このような本判決の立場は、個別的な写真作品の創作過程に着目して具体的に本質的特徴を認定する（それにより、場合によっては被写体の選択・組み合わせ・配置を本質的特徴の一部として考慮する余地を認める）本稿の立場と合致するものとの理解も可能である。

もともと、本判決がそうであるように、被写体考慮肯定説といえども、常に被写体の選択等を写真の本質的特徴の一部として考慮するわけではない<sup>21</sup>。本件においてXは、「廃墟写真」という写真ジャンルにおいては被写体及び構図ないし撮影方向に本質的特徴があるという、本件の写真に特

<sup>21</sup> なお、他方で、被写体を考慮した場合に、被写体の一致のみで直ちに侵害成立との判断を導くことにはならない。被写体考慮肯定説は、それ自体著作物とはいえない程度の創作的工夫しかないような被写体であっても、その他の要素と相まって総合的に判断したときに侵害を肯定しうることを認める見解であって、被写体の類似性のみで侵害を肯定すべきとする見解ではない。例えば[すいか写真事件]の原告写真と被写体のすいかの配置等は類似しているが、写真自体の色合いや光の当たり方等の点では全く異なる写真が撮影された場合には、類似性を否定することになる。谷川・前掲注(1)104頁はこの点で誤解を招く記述となっている。

有の具体的事情を主張している。この方向性自体は支持しうるものの、しかしながら、本件写真について被写体の選択等を考慮要素とすることはできない。その根拠は本判決が述べているとおり、被写体自体についてXの創作的関与が何らなされていないからである。確かに未だ知られていない廃墟を探し出し、その「従来見捨てられ、あるいは見逃されてきた光景に耽美性を見出し、これを被写体として選択したこと自体に、写真家としての個性、より具体的にいえば、写真家の美的センスないし感受性が表れている」というXの原審段階での主張はそのとおりかもしれない。そして写真作品の多様性を考えたときに、一定の被写体を撮影対象として選び出したこと自体を表現上の本質的特徴の一部として考慮しうる場合があることを完全に否定することはできない<sup>22</sup>。しかし、廃墟自体は写真家がそこに耽美性を見出すか否かにかかわらずそこにそのままの姿で存在し続けるのであり、写真家の行為とは無関係の「事実」として存在するものである。特定の廃墟に耽美性を見出して被写体として選択したことを保護対象に含めることは、すなわちそのような「事実」の独占を許し、本来他者に

<sup>22</sup> 「人々の動きのある神幸祭のある一瞬の風景」という被写体の選択を写真の創作的表現の要素の一つとして考慮した東京地判平成20年3月13日判時2033号102頁〔祇園祭ポスター事件〕はこの一例であるとの見方もできよう（同判決については、比良友佳理「写真の著作物の保護範囲—写真に依拠して制作された水彩画が翻案権侵害に当たるとされた事例—」知的財産法政策学研究25号117頁を参照。）。同判決でこのような風景を考慮要素とする一方、本判決では既存の建築物を考慮要素としていない点の整合性を問題視する指摘もあるが（日向・前掲注(1)75頁）、この点については次のように説明できるだろう。「移ろいゆく一瞬の風景」（〔祇園祭ポスター事件〕判時2033号匿名コメントの表現）を撮影することについて独占権を与えたとしても、全く同じ被写体は二度と存在しないのであるから、過度な保護による弊害は生じない。これに対し、廃墟は建造物として撮影の前後を通してある程度の期間同一の姿で存在する性質の被写体であるから、このような被写体を撮影することに独占を許すとその弊害は大きい。このような、両事件の被写体の性質の差が考慮の有無を分けたと考えれば、一応の説明はつく。

もともと、建造物といえども、常に全く同じ姿ではありえない。殊に、日々朽廃の度合いが進行する廃墟についてはなおさらである。そうであれば、被写体の性質の差といってもその差は相対的なものにすぎない。この点については後注(23)も参照。

とって自由であった特定の廃墟の撮影の自由を不当に制約することになってしまう。本判決はこのような実質論を表立っては述べていないが、不法行為の成立を否定する個所において、廃墟が既存の建築物である以上撮影することは自由である旨指摘しており、翻案の成否を検討する際にも同様の考慮がなされているものと思われる。

このようにして本件廃墟写真の表現上の本質的特徴として被写体の選択（撮影対象自体）を考慮することはできず、結局裁判所は、撮影時季<sup>23</sup>、撮影角度、色合い、画角などの要素が本質的特徴を構成するものと把握した。その結果、被写体が同じであるということは表現の類似性を基礎付けることはなく、むしろ、撮影時季や撮影角度等が異なるということから、表現の類似性が否定されるに至ったわけである。両写真を見比べれば、この具体的帰結は妥当である。

#### (5) 小括

従来、写真は当然に「写真の著作物」とであるとの性質決定を前提として、「写真の著作物の保護範囲」が論じられてきた。しかし、〔すいか写真事件〕や〔ロンドン・レッド・バス事件〕の写真がそうであるように、撮影現像行為以前・以後の創作的工夫に着目するならば、むしろ「美術の著作物」と性質決定することでその創作的工夫を積極的に保護することが適切だと考えられるタイプの写真作品が存在する。重要なのは「写真の著作物」なのか「美術の著作物」なのかという性質決定ではなく、結局、当該写真

<sup>23</sup> 撮影時季を考慮しつつ、撮影対象自体は考慮しない、という本判決の理屈が果たして成り立つものなのかは疑わしい。撮影対象を無視して撮影時季の異同を問うことに意味はないであろう（被写体は全く異なるが、どちらも春に撮られた写真であるという点で両者は類似している、などという判断はありえない。）。ここで撮影時季を考慮していることの実際上の意味は、特定の被写体を特定の撮影時季に撮影したこと、を考慮することにほかならない。言い換えると、「特定の廃墟を特定の時季に撮影した写真であること」が本件原告写真の表現上の本質的特徴の一要素として考慮されていることになる。これは撮影対象自体を考慮しないと述べたこととは実は一貫していない。むしろ前注(22)で指摘した〔祇園祭ポスター事件〕と同様、特定の風景の特定の瞬間を選択した点を表現上の本質的特徴として把握する見方であるといえる。このように考えることで、両判決を整合的に理解しうる。

作品の表現上の本質的特徴がどの点に存在するのかを個別具体的に検証することである<sup>24</sup>。廃墟写真をめぐる本判決の判示は「写真の著作物」の本質といった一般論を展開することなく、問題となった廃墟写真の表現上の本質的特徴がどの点にあるのかを個別具体的に認定しており、適切である。あてはめ段階において、既存の建築物に耽美性を見出したという被写体の選択（撮影対象自体）を表現上の本質的特徴と扱うことを否定し、その結果、本質的特徴とされたその他の要素との関係では類似性を認めることはできないとした帰結も妥当である。

### 3 不法行為の成否について

#### (1) 著作権法による保護と一般不法行為との関係

本件でXは、著作権侵害に加え、法的保護に値する利益の侵害を理由とする不法行為の成立も主張している。具体的には、「廃墟」という従来見捨てられてきた建造物を写真の被写体として取り上げた先駆者として世間から認知されることによって派生する営業上の諸利益がYの行為によって侵害されたとの主張である。そのような諸利益の内容としては、①廃

<sup>24</sup> このような個別具体的判断を志向することに対しては、総合考慮の名の下に判断基準を不安定なものとするおそれがあるのではないかと、との反論がありえよう。確かに、被写体考慮否定説が被写体を考慮しないというある種の割り切りを行うことで明確な判断基準を提示する意義を有していたことは否定できない。そしてそのような立場から見れば、被写体考慮肯定説はどのような場合に何を考慮するのが曖昧であり、保護の限界を画する基準として役に立たない、と批判されることとなる。しかしながら、著作物、言い換えると創作的表現とは本来多種多様なものであって、あらかじめ類型ごとに創作性を発揮しうるポイントを固定して捉えるべきものではない。写真的技法を用いた場合にはその技法（撮影・現像プロセス）のみを評価すべきだ、と考えるべきではない。

被写体考慮肯定説が示しうる唯一の判断基準は、そのような特定の要素を保護範囲に取り込むことが実質的に妥当かどうか、ということに尽きるだろう。これは曖昧で不明確な基準に見えるが、しかし、保護すべきものと保護してはならないものとを区別するという創作性概念それ自体がこのような実質的に曖昧な判断を要求していることの単なる反映にすぎない。むしろ、そのような曖昧な創作性概念を前提としつつ、「写真の著作物」の場合だけ明確な基準のために割り切りを行うという態度が不自然だったのである。

墟写真を写真集等に収録して販売することにより得られる利益、②Xが先駆者として、つまり二番煎じではないと認知されることに伴う顧客訴求力から得られる利益、③Xが発掘した廃墟を撮影した写真が事後的に利用される場合に利用許諾を行ったり、その廃墟の写真を新たに撮影するために業務委託契約を締結したりしうる地位にあることから得られる利益、という主張がなされている。

ところで、著作権侵害が否定される場合に、それと関連するものとして併合された不法行為に基づく損害賠償請求を認めてよいかどうかという問題は、従来から議論の対象となってきた<sup>25</sup>。そして近時、これに関する最高裁判決が公表された（最判平成23年12月8日判時2142号79頁〔北朝鮮映画事件最高裁判決<sup>26</sup>〕）。事案は北朝鮮の国民の著作物が著作権法6条3号の「条約によりわが国が保護の義務を負う著作物」に該当するかが争われたものである。原審は6条3号には該当しないとしつつも、そのような著作物の利用行為について不法行為の成立を認めた。最高裁は、我が国は北朝鮮の国民の著作物を保護する義務を負わず、6条3号所定の著作物には当たらないとしたうえで、不法行為の成立について次のとおり判示した。すなわち、「著作権法は、著作物の利用について、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に独占的な権利を認めるとともに、その独占的な権利と国民の文化的生活の自由との調和を図る趣旨で、著作権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、独占的な権利の及ぶ範囲、限界を明らかにしている。同法により保護を受ける著作物の範囲を定める同法6条もその趣旨の規定であると解されるのであって、ある著作物が同条各号所定の著作物に該当しないものである場合、当該著作物を独占的に利用する権利は、法的保護の対象とはならないものと解される。したがって、同条各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は、同法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではないと解するのが相当

<sup>25</sup> 田村善之「知的財産権と不法行為」田村善之編著『新世代知的財産法政策学の創成』（有斐閣、2008年）3頁

<sup>26</sup> 評釈として小泉直樹「判批」ジュリスト1437号6頁のほか、島並良「一般不法行為法と知的財産法」法教380号147頁がある。



である。」

そして、同事件で主張された利益、すなわち著作物を利用することにより享受する利益は「同法が規律の対象とする日本国内における独占的な利用の利益をいうものにほかなら」ないから不法行為は成立しない、と結論付けた。

この最高裁判決の射程が6条以外のどこまで及ぶのか、また「特段の事情」にはほかにどのような場合が含まれるのかは今後議論を呼ぶであろうが、いずれにせよ、各事案ごとに主張された「法的保護に値する利益」の内実を的確に理解し、それが「著作権法が規律の対象とする著作物の利用による利益」とどの点で異なるのかを考察することの重要性は高まったといえよう。そこで、この観点から、本件で主張された上記①ないし③の諸利益の内実を検討する必要がある。

## (2) 本件で主張された利益

まず①は廃墟写真を収録した写真集の販売から得られる営業上の利益である。Xは、Yが原告写真と類似した写真を収録した被告書籍（そこにはXの名前も言及されていない。）を販売した行為によりこの利益が侵害されたと主張している。この利益とは、写真著作物についての排他的利用権つまり著作権と氏名表示権が規律の対象としている利益にほかならない。

次に②は、Xが廃墟写真ジャンルの先駆者として、つまり二番煎じではないと認知されることによって顧客訴求力が高い水準で保たれ、これによってより多くの著作権収入を得られる利益である。Xは、Yの類似写真及び類似ではないにせよ同じ廃墟を被写体とした写真を、Xの名前を言及することなしに収録した被告各書籍の出版行為によりこの利益が侵害されたと主張している。廃墟写真ジャンルにおける先駆者と認定されることに伴う顧客訴求力、なるものが実際に存在するのであれば、確かに、そのような地位の保持は著作権法が規律の対象としている利益とは異なりそうである。それでは、そのような地位が法律上保護に値する利益として民法709条において保護されるであろうか。これについて本判決は、原告各写真は営業上の利益の対象となるような写真ではない、として否定している。また原判決はより実質的な見地から、「最初にその廃墟を被写体として撮

影し、作品として発表した者がだれであるのかを調査し、正確に把握すること自体が通常は困難であること」から、先駆者に独占権や氏名を表示させる権利を認めることは不合理である、としている。

最後に③は、Xが発掘した廃墟について、写真の利用許諾を行ったり、新たに撮影するための業務委託契約を締結したりしうる地位である。このうち前者はまさに著作権法が規律の対象とする利益である（しかも、原告写真について利用許諾を行う地位がYの行為によって害されているとは考えにくい）。後者は実質的には特定の廃墟についての独占権をいう②の利益と同質である。

このように見ていくと、①の利益は著作権法が規律の対象とする利益であることから不法行為を構成することはなく、②（及び③の後段）については不法行為の成立の余地はあるものの、未だ法律上保護された利益とまではいえない、として否定されたわけである。このような本判決の結論が妥当か否かは、廃墟写真ジャンルにおける先駆者の地位が具体的にどのような利益と結び付いているのか、という事情に依存するであろう。判決文を読む限り、この点に関するXの主張は抽象論に終始しているとの印象を拭えない。

## 4 まとめ

以上のとおり、本判決は廃墟写真の表現上の本質的特徴を具体的に認定しており、また、営業上の諸利益の侵害という不法行為の成立を否定している。いずれも従来学説上議論のあった論点について一事例を提供するものとして価値がある。