

知っておきたい最新著作権判決例 3

平成 27 年度著作権委員会第 3 部会^{*} 脇坂 祐子

要 約

平成 27 年度著作権委員会第 3 部会において、弁理士として知っておくべきものとして選定した著作権関連判決（平成 26 年 12 月～平成 27 年 12 月）の中から、第 3 の判決を紹介する。

錦絵の写真転載事件

著作権の保護期間が満了した錦絵の写真を無断複製した行為につき、所有権侵害行為、又は商慣習もしくは商慣習法違反を理由とする不法行為の成否が争われた事例

大阪地判平 27・9・24 平 27(ワ)731
(裁判所 HP)

目次

1. 事案の概要
2. 争点
3. 判旨
4. 解説

1. 事案の概要

(1) 当事者

原告：P1（個人）

被告：明治図書出版株式会社

(2) 結論

請求棄却。

(3) 関係条文

著 51 条 2 項／民 709 条／民 703 条

(4) キーワード

保護期間を満了した著作物の利用、所有権、商慣習、商慣習法

(5) 概要

①本件事案について

著作権の保護対象ではない錦絵 4 点（本件錦絵）を所有する原告が、原告の許諾を得ず本件錦絵を被写体

とする写真を利用してその発行する教材に掲載したほか、その際、被写体である本件錦絵が原告所有であることを表示しなかった被告に対し、不法行為に基づく損害賠償請求等の請求を行った事案である。

②原告が本件錦絵から得る収益について

原告は、原告の祖父が蒐集した本件錦絵を含む「P1 コレクション」と称する江戸時代及び明治時代に制作された錦絵（浮世絵版画）及び肉筆絵巻約 1 万点を所蔵し、この所蔵品の写真映像・画像の使用・利用につき利用規定を定め、出版社・テレビ局等からその使用・利用申込があった場合は、当該利用規定の遵守を条件に、有償にて利用許諾し、その収益を得ている。

原告の上記業務については、原告自身が直接利用者の依頼を受けて行うほか、業務を委託している代理業者を通じて行う場合もある。

原告はこのほか、全国各地の美術館・博物館等において開かれる特別展に「P1 コレクション」の名で原告所蔵品を公開し、徴収された入場料の一部を収益として受け取っている。

③被告行為について

原告は、所蔵する 3 点の錦絵の写真撮影を株式会社講談社に許諾し、講談社は撮影した錦絵の写真を自らが発行する出版物に掲載した。

また原告は、所蔵する 1 点の錦絵を自ら写真撮影し、代理業者経由で株式会社朝日新聞社に有償で貸出し、同社はこれを自らが発行する出版物に掲載した。

被告は、上記出版物に掲載された合計 4 点の錦絵写真を、何らかの方法で複製又は撮影して、遅くとも平

^{*} 石神 恒太郎・伊藤 英彦・北岡 弘章・清原 義博・坂田 泰弘・清水 敬一・白井 里央子・富井 美希・榊田 剛・松田 真砂美・森定 勇二・吉村 公一・脇坂 祐子

成 13 年から、その発行する教材「最新歴史資料集」に掲載した。

この掲載については、原告の許諾を得ておらず、対価も支払っていない。また写真・資料の提供者名の掲載欄には原告の氏名も、通称である「P1 コレクション」の名称も記載はなく、その他本件錦絵が原告所蔵品であることを示す記載はない。

④留意点

本件錦絵は、著作権の保護期間を満了しており、著作権の保護対象とはなっていない。そのため著作権侵害そのものは争いとなっておらず、主として、商慣習又は商慣習法違反を理由とする不法行為及び所有権侵害を理由とする不法行為の成否等が争われた。

2. 争点

本事件の争点は、以下の 4 点である。なお本判決では①～③についてすべて否定されたため、④についての判示はない。

- ① 本件錦絵写真の無断複製を理由とする不法行為の成否（主位的主張：商慣習又は商慣習法違反を理由とする不法行為、予備的主張：所有権侵害を理由とする不法行為）
- ② 本件錦絵写真利用に係る被告の不当利得の有無（予備的請求）
- ③ 所蔵者名虚偽表示に係る被告の不法行為の成否
- ④ 損害額

3. 判旨

※下線は筆者が付加。

(1) 争点①について（本件錦絵写真の無断複製を理由とする不法行為の成否）

i) 予備的主張：所有権侵害を理由とする不法行為について

「・・・利用の対象となっているのは、有体物である本件錦絵そのものではなく、有体物である本件錦絵を撮影して得られた写真から感得できるところの本件錦絵の美術の著作物としての面、すなわち無体物としての面であるから、被告の行為は、その行為態様だけでなく、その利用対象の面においても、有体物である本件錦絵の排他的支配権能をおかすものでないことは明らかである。」「したがって、そこでは本件錦絵の所有権侵害は問題となり得ないから、原告が予備的請求原因として主張する所有権侵害の主張はこの点で明らかに

失当である。」

ii) 主位的主張：商慣習又は商慣習法違反を理由とする不法行為について

<前提>

「・・・事実上の商慣習に違反しただけでは不法行為法上違法とはいえないことは明らかであるから、ここで問題とされるべきは、少なくとも、それ自体で法規範足り得る商慣習法である必要があるが、商慣習法が存在すると認められるためには、事実上の商慣習が存在し、それが法的確信によって支持されていることが認められなければならない」

<原告所蔵品映像の掲載出版物からの転載等利用に関し、出版社や放送事業者が原告の許諾を得て原告の定めた利用規定に従い利用料金を支払う対応をしていることについて>

「・・・原告所蔵品の映像は一般に入手可能であるのに、その利用のため、原告の定める利用規定に従って契約締結をするという上記の前者の中には、原告所蔵品の文化的価値を尊重して、その対価支払が当然と考えてしている者もいるであろうが、そうでなく、本件錦絵の所有者である原告との紛争をあらかじめ回避して円滑に事業を遂行するため、原告の定める利用規定に従っている者もいるであろうことは容易に想像できるところであり（原告は、利用規定に従わずに原告所蔵品の映像等を利用した者に対する訴訟を複数回提起している（乙 1, 乙 2, 弁論の全趣旨）、その点をおいたとして、その対価の支払根拠は、結局、原告との合意に基づくことになるから、このような事実関係から、原告主張に係る商慣習又は商慣習法の存在を認めることはできない。」

<文化庁、国公立博物館、資料館等では所蔵する資料写真の使用につき料金を徴収したり、原版貸出には利用につき所有者の許諾を求める扱いがあること等について>

「・・・後者の博物館等については、あたかも著作権のない無体物を有償利用させているように見えるが、その利用者は、直接写真撮影をできない所蔵品等について写真映像を利用することができることから、博物館等から資料写真の写真原版を借り受け、その対価（対価額は少額にとどまる。）を支払っていると考えられ、そこには対価を支払う経済的合理性も認められるし、なによりそのような有償契約を利用者に求める根拠

は、所蔵品の所有者としての博物館等の所有権の権利行使としても、写真原版自体の所有権行使としても説明できるものであり、必ずしも原告主張に係る商慣習又は商慣習法の存在を認めさせ得るものではない（なお、博物館等が、館外所蔵者の所蔵品の資料写真の写真原版を貸し出す場合に、その利用につき所有者の許諾を求める扱いとされているのは、その資料写真の被写体となる所蔵品の所有者によるその公開範囲を決する権能を受けてされているものと解されるのであって、これも結局、所有権の問題として説明され得る。）。」

<結論>

「そうすると、上記事実関係があるからといって、それが原告主張のような商慣習があると認めることさえ困難であるし、したがって、さらにそれから進んで、それが法的確信によって指示され商慣習法にまで至っているものとは認めることはできないというほかない。」

<著作権法と商慣習法の関係>

「また、そもそも原告が商慣習又は商慣習法で保護されると主張する利益は、著作権法の保護しようとしている利益と全く一致しているところ・・・(中略)・・・著作権法が保護しようとしているのと同じ利益であり、しかも著作権法が明確に保護範囲外としている利益を保護しようとする慣習は、著作権制度の趣旨、目的に明らかに反するものであって、それが存在するとしても、そこから進んで、これを法規範として是認し難いものである。」

以上より、被告による錦絵写真転載利用行為が商慣習又は商慣習法違反であるとする原告主張は否定された。

(2) 争点②について（本件錦絵写真利用に係る被告の不当利得の有無（予備的請求））

原告錦絵の無体物の面についての利用については商慣習又は商慣習法の存在が認められず、また所有権の利用にもあたらないという上記認定のもと、「本件錦絵を掲載した本件教材の販売により原告が利益を得、他方で原告が被告と利用契約の締結をした場合に得られるはずの対価を得られなかったとしても、被告が法律上の原因なく利益を得たということもできない。」として、原告の不当利得返還請求を、理由なしとした。

(3) 争点③について（所蔵者名虚偽表示に係る被告の不法行為の成否）

被告が本件錦絵を掲載した教材（本件教材）の「写真・資料提供（敬称略・順不同）」欄に原告の名称も通称も記載されていなかったことについて、「・・・指摘に係る「写真・資料提供（敬称略・順不同）」欄（甲1）には、小さな文字で数百単位の所蔵者名称が記載されているのであるから、上記知識を有する一般読者であっても、現実になような点に気付いて上記認識に至り得るとは考えられないし、また原告の名称がないことに気付いたとしても、記載漏れの可能性も容易に思い至るところであるから、原告の記載がないことをもって本件錦絵の原告の所有権が否定されたと積極的に理解されるとまで解することはできない。」、したがって、これにより原告の所有権が否定されるとは理解されず、さらにそこから進んで原告の信用が毀損されるような事態が生じるとまでは認められないとして、所有権の否定による不法行為の主張は否定された。

4. 解説

(1) 本件事案の背景

1. (5) の「概要」にも記載の通り、原告は、自らの所蔵する錦絵又は肉筆画約1万点について、美術館・博物館への貸出しのみならず、写真や映像での利用についても有償で許諾することにより収益を得ている。原告主張によれば、本件錦絵の場合、利用当時の料金表にもとづく利用料は、全4点のうち3点が、1年あたり各3万5,000円、残り1点が3万円であり、4点合計では1年16万5,000円と、決して安くはない金額となる。またこのような無断転載が他にも発生すれば、収益の減少は深刻な額になりかねない。そのため原告としては見逃せない事態ととらえたものと推測される。

しかも、出版物等への原告所蔵品の掲載に際しては、資料提供者として原告の氏名（又は通称）が正しく表示されていないと、それを見た者からの貸与・使用許諾依頼がスムーズに行われず、原告の上記錦絵等の貸与業務の円滑な遂行及び発展に支障を来すことも考えられなくはない。

原告が、本件錦絵の著作権は既に消滅しているにもかかわらず、被告による著作物としての複製利用に対して訴訟を提起したのは、上記のような背景事情が

あったものと推測される。実際、原告はこの種の錦絵等写真の無断転載利用行為につき、過去にも訴訟を提起しているが（大阪地裁判決平成 16 年 9 月 28 日／平成 16 年（ワ）第 6772 号（確定）、大阪高裁平成 14 年（ネ）第 3824 号及び平成 15 年（ネ）第 516 号同附帯控訴事件（その後上告棄却により確定））、いずれも原告請求は認められていない。にもかかわらず、原告は本件訴訟の提起に及んでいることから、原告の「どのような形でも無断利用行為は許されない」とする姿勢は、相当真剣なものであることがうかがわれる。

以下、本件判決のうち、争点①について、「著作権と所有権の保護範囲の解釈」、「物のパブリシティ権」、「商慣習及び商慣習法違反を理由とする不法行為」の観点から解説を述べる。なお争点②乃至④については紙幅の関係上省略する。

（2）著作権と所有権の保護範囲の解釈について

本件錦絵のような、美術の著作物の原作品利用については、有体物としての面を利用する場合と、無体物としての面を利用する場合とがある。具体的には、前者であれば錦絵の現物を借り出して展示すること、後者であれば、錦絵を写した写真を複製して配布したり出版物に掲載したりすることが、その一例として挙げられる。

そして、前者の有体物利用について支配する権利が民法上の所有権として、無体物すなわち著作物としての利用を支配する権利が著作権であるから、両者は保護客体が異なっており、基本的には競合することはないはずである（なお所有権と著作権の衝突が生じうる若干の場面については著作権法 45 条及び 47 条の調整規定で処理されている）。

しかし現実には、本件錦絵のように、存続期間満了により著作権が消滅し、無体物としての面を自由に利用できるはずのものであっても、写真等を複製等することについて、原作品の所有者から利用契約や利用料の支払いを求められることがある。また、原作品の所有者がウェブサイト上で無断利用禁止を宣言する例も、日常的によく見られる。

このような例を見る限り、たとえ著作権の存続期間満了後であっても、所有権が、所有物の無体物としての利用にまで及ぶ場面があるかのようにも見られる。

この点に関し、本判決では、原告が予備的に主張していた、被告行為に対する所有権侵害について、先に

判断し、本件錦絵の利用の対象は無体物としての面であるから、有体物利用を対象とする所有権侵害は問題となりえない、したがって原告の主張は「明らかに失当」であるとして、原告主張をあっさり退けた。

所有権の使用収益の範囲が無体物利用にまで及ぶかについては、これを否定した、いわゆる顔真卿自書建中告身帖事件最高裁判決（最高裁昭和 59 年 1 月 20 日第二小法廷判決／昭和 58 年（オ）第 171 号）（以下、告身帖最高裁判決という。）があり、本判決はこの告身帖最高裁判決の考え方に従ったものといえる。

すなわち、上記最高裁判決では、「所有権は有体物をその客体とする権利であるから、美術の著作物の原作品に対する所有権は、その有体物の面に対する排他的支配権能であるにとどまり、無体物である美術の著作物自体を直接排他的に支配する権能ではないと解するのが相当である。」したがって、著作権が消滅すれば、著作物は公有（パブリックドメイン）に帰し、著作者人格権を侵害しない限り自由利用となるのであるから、「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。」と判示している。

そして、この種の紛争事案で原作品所有者が事実上最も問題視していると思われる、収益の減少（経済的不利益）についても、「経済上の不利益を受けるであろうことは否定しがたいところであるが、第三者の複製物の出版が有体物としての原作品に対する排他的支配をおかすことなく行われたものであるときには、右複製物の出版は単に公有に帰した著作物の面を利用するにすぎないのであるから、たとえ原作品の所有者に右のような経済上の不利益が生じたとしても、それは、第三者が著作物を自由に利用することができることによる事実上の結果であるにすぎず、所論のように第三者が所有権者の原作品に対する使用収益権能を違法におかしたことによるものではない。」と述べ、経済上の不利益と違法性判断とを明確に切り分けている。

一方で、告身帖最高裁判決の前後では、以下の通り、無体物利用に対する所有権の行使を肯定している（あるいは肯定していると理解される）判決もあり、解釈は一定ではなかった。

イ）「広告用ガス気球事件」（東京高判昭和 53・9・28）

裁判所は、「一般に、物の所有者は、その所有権の範囲を逸脱し若しくは他人の権利・利益を侵害する結果となるような場合を除き、その所有物を如何なる手段・方法によっても使用収益することができ、第三者は、所有者から使用収益を承認されている場合を除いては、直接にせよ間接にせよ、他人の所有物を利用することによって所有者の使用収益を阻害してはならない法的関係にあるものといわなければならない。」として、広告会社（原告）所有のガス気球を無断で撮影した写真を、ポスターとして使用する行為についても、上記「他人の所有物の利用」に含まれると解すべき、としている。

ロ)「長尾鶏事件」(高知地判昭 59・10・29)

「本件長尾鶏には、前示の如く独特な美しさがあり、その管理、飼育にもそれなりの工夫と人知れぬ苦勞があり、永年の努力の積み重ねの結果、ようやくにしてこれが育て上げられたものであることを考えると、本件長尾鶏を写真にとったうえ絵葉書等に複製し、他に販売することは、右長尾鶏所有者の権利の範囲内に属するものというべく、その所有者の承諾を得ることなくして右写真を複製して絵葉書にして他に販売をする行為は、右所有権者の権利を侵害するものとして不法行為の要件を備えるものとみられ、右権利を侵害した者はその損害を賠償する義務がある。」と判示されている。

ハ)「サロンクルーザー事件」(神戸地伊丹支判平成 3・11・28)

「原告は、本件クルーザーの所有者として、同艇の写真等が第三者によって無断でその宣伝広告等に使用されることがない権利を有していることが明らかである。」と判示されている。

しかし、告身帖最高裁判決以後は、これを踏襲する判決があらわれている。

ニ)「かえでの木事件」(東京地判平 14・7・3, 平成 14 年(ワ) 1157 号)は、著作権に関するものではないが、かえでを撮影した写真の複製という、無体物の面の利用について、「所有権は有体物をその客体とする権利であるから、本件かえでに対する所有権の内容は、有体物としての本件かえでを排他的に支配する権能にとどまるのであって、本件かえでを撮影した写真を複製

したり、複製物を掲載した書籍を出版したりする排他的権能を包含するものではない。そして、第三者が本件かえでを撮影した写真を複製したり、複製物を掲載した書籍を出版、販売したとしても、有体物としての本件かえでを排他的に支配する権能を侵害したということではできない。したがって、本件書籍を出版、販売等したことにより、原告の本件かえでに対する所有権が侵害されたということではできない。」と示して、かえで所有者の所有権侵害をはっきりと否定している。

ホ)「ギャロップレーサー事件」(最高裁第二小法廷判決平成 16・2・13)

裁判所は前提として、上記告身帖最高裁判決を引用し、「競走馬等の物の所有権は、その物の有体物としての面に対する排他的支配権能であるにとどまり、その物の名称等の無体物としての面を直接排他的に支配する権能に及ぶものではないから、第三者が、競走馬の有体物としての面に対する所有者の排他的支配権能を侵すことなく、競走馬の名称等が有する顧客吸引力などの競走馬の無体物としての面における経済的価値を利用したとしても、その利用行為は、競走馬の所有権を侵害するものではないと解すべきである。」と述べた上で、所有権侵害を否定した。

ヘ)「東京開化」錦絵の写真利用事件(前掲・大阪地判平成 16・9・28 / 平成 16 年(ワ) 第 6772 号)

本件と同様の事案であり、原告所蔵品写真映像の無断利用等に関し、パブリシティ権侵害が主張された事案である。ここでも、上記告身帖最高裁判決が引用され、原作品の無体物としての面における利用行為については所有権を侵害するものではない、との判断が、前提として示されている。

そして、学説においても、例えば「著作権法(第二版)」(中山信弘・有斐閣) 244 頁以降では、所有権が対象である物の無形的利用及ぶか否かという議論につき、これに実務的決着をつけたのが上記告身帖最高裁判決であるとして、「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。そのような情報のなかで特に保護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。」と

述べている。

また、「著作権法概説(第二版)」(田村善之, 有斐閣) 2頁以降では, 著作権と所有権の区別が問題となった事件として告身帖最高裁判決を取り上げると共に, 原告が対価支払の根拠として挙げた, 博物館の所蔵品撮影等には博物館の許可が必要でかつ有料が原則という点については, 美術館や博物館は, 中に入らなければ見ることができないから立ち入りについて対価を請求でき, 撮影禁止等の条件は立ち入る際の契約の問題であり, また所蔵品であれば保管場所を教えたり金庫を開けたりする必要もあるから, そういった行為の代償としての対価請求である, 従って隠していた所蔵品を撮影して出版する者から対価請求はできるが, 既に合法的に入手された写真を用いて出版することに対しては対価請求はできない, との解説を加えている。

さらに「詳解著作権法(第四版)」(作花文雄, ぎょうせい) 172頁でも, 「美術館所蔵(著作権を有していない場合)の絵画について, 観覧者が写真撮影することを美術館の管理権により規制することは可能であっても, 美術全集等に掲載されている当該美術館が所蔵する絵画を, その全集から複製することには, 美術館の所有権が及ぶものではないと解される」と述べ, その根拠に告身帖最高裁判決を挙げている。ただし, 前掲ギャロップレーサー事件の原審で競走馬のパブリシティ権侵害を認めた名古屋地裁・高裁判決及び同様の事件に関しパブリシティ権を認めなかった東京地裁・高裁の判決に関係して, 判決の結論はそれぞれ異なるものの, 競走馬の名称利用と各商品の販売収益との関係度についての事実認定も異なっているものと思えるとしつつ, 「物の名称や外形に伴う財産的利益について差止請求につらなる排他的権利性や準物権性を認めることは, 現時点ではいささか困難であると思われるが, 民法709条の法的保護に値する利益としての権利性については, 当該行為に対する違法性の評価や当事者間の利益衡量の上で認められる場合もあり得るのではないと思われる。」(174頁)と指摘しており, 各事案ごとの行為の違法性, 当事者間の利益衡量によっては, 権利侵害となり得る余地もあることを示唆している。

したがって, 以上の裁判所の判断及び学説を総合すると, 現在では, 美術の著作物の無体物利用に対する所有権の行使については, 基本的には否定する方向で解釈がほぼ固まっているものといえる。

(3) 物のパブリシティ権について

美術の著作物が, それ自体一定の知名度があり顧客誘引力を備えている場合には, 著作権のほか, いわゆるパブリシティ権(ここでは物のパブリシティ権のことを指す。以下同じ。)の主張の可否も問題となる。実際, 原告所蔵品は全国各地の博物館・美術館で展示され, また大手出版社発行の印刷物にも掲載されたりするものであるから, その知名度は容易に推察できるのであり, また錦絵自体の美しさからファンが多いことも窺われ, そうすると, 「錦絵そのものについての顧客誘引力のような経済価値が認められる余地もあるのではないか」という議論が生じるのも無理からぬ話である。

本判決においては, 原告はパブリシティ権を主張しなかったため, パブリシティ権の存否等の判断は示されていないが, 自然人ではなく「物」の無体物としての面の利用につき正面から争った事件の判決としては, いわゆるギャロップレーサー事件最高裁判決(平成16年2月13日第二小法廷)がある。ここでは, (i)各競走馬の所有者がその所有権に基づいて競走馬の名称等の使用を差し止めることはできないとし, また, (ii)知的財産権に関して各種の法律により調整が図られているにもかかわらず, これとは別に法令等の根拠もなく競走馬の使用者に排他的な使用権等を認めることは相当ではない, として, パブリシティ権の権利性を明確に否定した。なお(i)の判断においても, 告身帖最高裁判決が引用されている。

加えて, 前掲(2)への「東京開化」錦絵の無断利用事件においても, 原告所蔵の錦絵「東京開化」にパブリシティ権が認められるかにつき, 裁判所は, 告身帖最高裁判決及びギャロップレーサー事件判決を引用した上で, パブリシティ権の存在を肯定することができない, として否定している。

(4) 商慣習又は商慣習法違反を理由とする不法行為について

本件錦絵の著作物としての利用につき, 所有権侵害に関する主張が認められ難いと予測したためか, 原告は, 所有権侵害に基づく主張は予備的なものに止め, 主位的には, 商慣習又は商慣習法違反を理由とする不法行為を主張している。

ここで, 商慣習とは, 商取引の過程において形成された慣習(事実上の商慣習)のことであり, これが法

として効力を有するに至ったものを商慣習法という(法の適用に関する通則法3条、商法1条参照)。

本判決において裁判所は、「事実上の商慣習に違反しただけでは不法行為法上違法ではない」こと、及び「商慣習法が存在すると認められるためには、商慣習が存在し、それが法的確信によって支持されていることが認められなければならない」ことを前提として示したうえで、商慣習法の存否について検討を行っている。

そして、裁判所は、原告所蔵品の映像が、講談社発行の出版物を介して既に一般にも容易に入手され得る状態においても、その出版物掲載の映像をさらに転載利用あるいは放映しようとする出版社や放送事業者は、原告から許諾を得て原告の定めた利用規定に従い利用料金を支払うといった対応を行っていることが、「事実として」存在することを認めている。また、①文化庁、国公立博物館、資料館等においては、その所蔵する資料写真の使用を許可するにあたり、その使用に所定の料金を徴収しているところが多く、また館外所蔵者の所蔵品の資料写真の写真原版を貸し出す場合には、その利用につき所有者の許諾を求める扱いとしていること、②国立国会図書館の所蔵する資料を放映する場合、及び同図書館の許可を得て出版物等に掲載された資料を、別の出版物等に再利用する場合には、著作権が消滅した著作物であっても、事前に同図書館の許諾を要するものとされていること、③写真エージェンシー等は、その管理する写真を、著作権の有無にかかわらず有償で貸与していること、についても「事実として」認めている。またそれらの事実から、一見すると、著作物の無体物の面の利用について、その所有者から許諾を得ることが必要であったり、対価の支払いを必要としたりする、といった慣習が存在するように「見受けられる」ことも認めている。

しかし、商慣習又は商慣習法の存否については、所有者に許諾を得たり利用料金を支払ったりするのは、必ずしもそれを当然と考えて行っているわけではなく、所有者から訴訟提起されるなどのトラブルをあらかじめ避けるため、所有者の要求に従っているにすぎないこともある。また博物館等における原版貸出等は所有権行使としても説明できるものである、として、これらの事実から、上記、著作物の無体物の面の利用について所有者からの許諾が必要といったことについては、商慣習法どころか、事実上の商慣習すら認める

のは困難であるとしている。

ちなみに、前掲ギャロップレーサー事件判決においては、競走馬の名称等の使用料支払いにつき契約が締結された実例があることについて、「そのような契約は紛争をあらかじめ回避して円滑に事業を遂行するために行われる場合もあることから、競走馬の所有者が競走馬の名称等有する経済的価値を独占的に利用することができることを承認する社会的慣習又は慣習法が存在するとまでいうことはできない」として、商慣習及び商慣習法の存在を否定している。本判決は、このような過去の上記判決に従ったものといえる。

そして、本判決はさらに踏み込んで、「そもそも原告が商慣習又は商慣習法で保護されると主張する利益は、著作権法が保護しようとしているのと同じ利益である」ことを指摘した上で、そうであるならば、「著作権法が明確に保護範囲外としている利益を保護しようとする慣習は、著作権制度の趣旨、目的に明らかに反するのであるから、それが存在するとしても、そこから進んでこれを法規範としては是認し難い」と述べ、著作権法との整合性からこれに反するような商慣習又は商慣習法はそれ自体認められないことを示している。

この点については、告身帖最高裁判決において、「所有権に基づく複製等の許諾権が慣行として認められるならば、著作権法が著作物の保護期間を定めた意義が全く没却されてしまうため、そのような慣行を法的規範として是認することはできない」として、商慣習法を持ち出すこと自体を否定していると理解される判断を示しており、本判決もこのような考え方に即したものである。

実際、法律上規定されていない事柄について、現実に運用されているルールをあたかも法律であるかのように適用するには、相当の事実の積み重ねと一般社会の承認が不可欠である。また、知的財産に関しては各種の明文化された法律により調整が図られている以上、何らの法令に基づくものでもない商慣習又は商慣習法が、明文化された法律を覆すことがあってはならない、というのももっともである。

以上の通り、原告が主位的主張として行った、商慣習又は商慣習法違反に基づく不法行為についても、裁判所はその考え方をきちんと示した上で、これを否定した。

本判決において示された考え方は、いずれも過去の

判決で示された判断を再確認するような内容であり、特に目新しいものではないが、所有権と著作権のそれぞれの及ぶ範囲や、商慣習又は商慣習法の成立の可否につき、簡潔かつ明快に示されており、実務上参考になるものと思われる。

(5) その他（実務上の留意点）

本判決は、著作権自体は消滅している事案であり、判決の内容も現在の解釈の流れに則したもので、特に目新しい点はない。著作権が消滅した著作物について、複製等により利用することは自由である、ということが、過去の判決もふまえて明快に示されている。

ただし、実務においては、著作権が消滅した著作物の利用可否につき、単純に「利用可」という結論で片付けられない難しさがある。例えば、本判決の原告のように、権利を主張する姿勢を貫く所有者は、所有権、パブリシティ権、商慣習又は商慣習法といったように、考え得る様々な権利を武器に訴訟提起をする可能

性がある。そして、基本的に所有権に基づく権利行使は難しいとしても、各事案ごとの行為の違法性、当事者間の利益衡量によっては、権利侵害となり得る余地も全くないわけではない、という考え方もある（上記4. (2)の「詳解著作権法（第四版）」）。またそもそも、最終的にどのような判決が下されるかは別にして、訴えられる側としては、訴訟提起あるいはその前段階の警告を受けた時点で、ある程度のダメージを受けることとなる。

従って、現実にはどのような紛争が起こり、どのような請求をされるおそれがあるか、またその場合に予測される裁判所の判断等につき、様々なケースを想定して、仮に紛争となった場合にどのような立場で臨むかといった検討も十分行っておくことが必要といえる。

以上

（参考文献）本文中に記載

（原稿受領 2016. 6. 20）

パテント誌原稿募集

広報センター 副センター長
会誌編集部担当 須山 英明, 本田 淳

- 応募資格** 知的財産の実務、研究に携わっている方（日本弁理士会会員に限りません）
※論文は未発表のものに限ります。
- 掲載** 原則、先着順とさせていただきます。また、編集の都合上、原則「1テーマにつき1原稿」とし、分割掲載や連続掲載はお断りしていますので、ご了承ください。
- テーマ数** 知的財産に関するもの
5,000字以上厳守～20,000字以内（引用部分、図表を含む）パソコン入力のこと
※400字程度の要約文章と目次の作成をお願いいたします。
- 応募予告** メール又はFAXにて応募予告をしてください。
①論文の題名（仮題で可）
②発表者の氏名・所属及び住所・資格・連絡先（TEL・FAX・E-mail）を明記のこと
- 論文送付先** 日本弁理士会 第3事業部 広報・支援室「パテント」担当
TEL:03-3519-2361 FAX:03-3519-2706
E-mail:patent-bosyuu@jpaa.or.jp
〒100-0013 東京都千代田区霞が関3-4-2
- 掲載基準** <http://www.jpaa.or.jp/?p=9390>
- 選考方法** 会誌編集部にて審査いたします。
審査の結果、不掲載とさせていただくこともありますので、予めご承知ください。