

# 著作物や肖像の「写り込み」に関する

## 欧米の判例法理・基礎理論の調査研究

[継続研究]

大学院生の部



橋 谷 俊

北海道大学大学院  
法学研究科  
博士後期課程

### 第1章 問題の所在

テレビ番組や広告、雑誌などのいわゆるコンテンツを制作する際、映像・写真の撮影行為に伴って、著作権法で保護される他人の著作物や人の肖像が構図の中に不可避的・偶発的に写り込んでしまうことがある。あるいは撮影者・制作者の表現行為として、それらの要素を意図的に写し込むこともある。

その結果、新たにコンテンツを制作し利用する者、過去に制作されたコンテンツを再利用する者は、他人の権利を侵害する可能性に直面する。これがいわゆる「写り込み」の問題である。とりわけ、業としてコンテンツの制作・利用を行う企業等にとっては、このような写り込みの問題は、無視できない法的リスクとなる。

そこで本稿では、コンテンツに写り込む①著作物等の問題と、②人の肖像の問題の両方を取り扱う。著作物と肖像の両方を取り上げて検討しなければ、コンテンツの制作と利用に係る写り込みの問題を、実務的にクリアしていくことは難しいと考えられるからである。

写り込みは「付随的」や「軽微」といった言葉で言い表される程度問題と考えられるところ、侵害／非侵害の分岐点は果た

してどのあたりに置かれるべきなのか、ということアメリカ、イギリスの議論を手がかりに探ることが本稿の課題である。

## 第2章 著作物の写り込み

### 第1節 アメリカにおける議論状況

#### 1. 著作権侵害の要件

アメリカ著作権法 106 条には、日本の著作権法と似たような、自分の著作物を他人が無断使用することを禁止できる権利—著作権が規定されている。

アメリカでは、著作権者（原告）が著作権侵害訴訟を起こす場合、連邦著作権局への著作権の事前登録が必要である。そして、原告が著作権侵害を主張するには、①原告の著作物を被告が無断でコピーしたこと、②被告のコピーが不適切な盗用であることの立証が必要である。ここでは、被告が原告の著作物に触れる機会があったことと、被告のコピーが原告の著作物に実質的に類似していることが証明されればよい。

#### 2. 実質的類似性の法理

被告がコピーした部分が、原告の著作物に実質的に類似しているかどうかは、一般人からみて、質的・量的に原告の著作物において重要な部分かどうかによって判断される。

被告がコピーした部分が、原告の著作物において質的・量的に取るに足らない些細なものであれば、原告の著作物をコピーしたこと（使用したこと）にはならない。

#### 3. de minimis の法理

法は些事には関与しないという法諺に由来する。取るに足らない使用は許す点で、実質的類似性の法理との違いはよく分からない。

#### 4. フェア・ユースの法理

原告による著作権侵害の主張（攻撃）に対して、被告が抗弁（防御）として使用するものである。アメリカ著作権法 107 条に規定されている。

①被告の使用目的・性質、②原告の著作物の性質、③被告が使用した部分が原告の著作物において占める量と質、④被告の使用が及ぼす影響などをさまざまな事情を考慮して、被告の無断使用がフェアかどうか、裁判所によって柔軟に判断される。

被告が作ったヒップホップ調パロディ楽曲は、原告の楽曲に何か新しいもの加えて「変容的」(transformative)であるからフェア・ユースと判断した連邦最高裁判決 (*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994)) が、現在有力な法理判例である。

## 5. 写り込み関連の主な裁判例

### (1) 不可避的・偶発的な写り込み

量の問題として全部利用は侵害とされる (*Schumann v. Albuquerque Corp.*, 664 F. Supp. 473 (D.N.M. 1987))。

### (2) 意識的・意図的な写し込み

#### ①使用する著作物に代替性が認められる事案

ドラマの背景として使用したポスターについて、完全に焦点があっていなくても80%の大きさと写し出されたことから侵害とされている (*Ringgold v. Black Entertainment TV*, 126 F.3d 70 (2nd Cir. 1997))。

#### ②使用する著作物に代替性が認められにくい事案

##### A. 変容的で質・量ともに非実質的な使用と判断された事例

ロックバンドの伝記本において、記事とともに最大7.6×11cmの大きさで使用された過去のコンサートのポスターやチケットの画像7点について、伝記での使用はポスター等の元々の目的からは変容的であり、大きさも読者が認識可能な最小限度であるとして非侵害とされた (*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F.3d 605 (2nd Cir. 2006))。

##### B. 非変容的で質・量ともに実質的な使用と判断された事例

朝鮮戦争の退役軍人を称える彫像を撮影した写真を使用した記念切手は、図案の中心に彫像が写っており、切手の目的は同様に退役軍人を称えることであるから変容的ではなく侵害とされた (*Gaylord v. United States*, 595

F.3d 1364 (Fed. Cir. 2010))。

C. 公益目的があることを理由に、非変容的であっても侵害が否定された事例

世界的企業グループの収支報告会の録音と議事録を丸ごとスクープ配信したことは、アメリカの市場や投資家にとって重要な情報提供であり非侵害とされた (*Swatch Group Mgmt. Servs. v. Bloomberg L.P.*, 2014 U.S. App. LEXIS 1528 (2d Cir. 2014))。

## 第2節 イギリス法における議論状況

### 1. Incidental inclusion (付随的利用)

イギリス著作権法 31 条で規定。使用が非意図的かどうかは問題ではなく、なぜ使用したのが考慮される。

### 2. 写り込み関連の主な裁判例

プレミアリーグのユニフォームにあるロゴとエンブレムが写った写真を使用したステッカーとアルバムは、ロゴとエンブレムが写っていることがコレクターにとって重要であるから侵害とされた (*Football Association Premier League Ltd v. Panini UK Ltd* [2004] F.S.R. 1)。

### 3. fair dealing の法理

フェアとされる目的は、非商業的研究、私的学習、批評・論評、時事の報道の4つに限定。目的を限定していないアメリカのフェア・ユースとは大きく異なる。

## 第3章 肖像の写り込み

アメリカとイギリスでは国の制度が大きく異なるため、肖像の保護の枠組み・状況も異なる。いずれにしても些細な写り方の肖像は、さまざまな理由付けにより非侵害とされるようである。

## 第1節 アメリカ法における議論状況

### 1. プライバシーとパブリシティ

プライバシーとパブリシティは同根。人格的利益（人格権）を保護する。

プライバシー侵害行為の4類型（プロッサー教授が提唱）。第4類型が派生してパブリシティの権利となった。

- ①私的領域・事項への侵入、干渉
- ②私的事項の公表
- ③世間に誤った印象を与える事実の公表
- ④氏名・肖像の営利的利用

### 2. 著作権との違い—保護の枠組み

著作権は連邦法によって保護される。プライバシー・パブリシティに対しては、州法が保護を与える。著作権が連邦法によって保護される根拠は、合衆国憲法第1編第8節第8項の知的財産条項にある。

### 3. 主な裁判例

観光地で飲食店を営む夫婦が、公衆の面前で営業時間中に仲良く抱き合っている様子を写真撮影して雑誌に掲載しても、そのように自発的に行動した夫婦のプライバシーは消滅しており非侵害とされた (*Gill v. Hearst Pub. Co.*, 40 Cal. 2d 224 (Cal. 1953))。

## 第2節 イギリス法における議論状況

### 1. プライバシー保護の欠如？

イギリスではプライバシーの保護のために独立した権利は与えられていない。もっとも、プライバシーに対する法的保護が与えられていないわけではなく、保護を求める場合、「信頼違反」などの別の名目で主張することが必要で、救済が与えられるか否かは事案に即して判断される。

### 2. 主な裁判例

スーパーモデルのナオミ・キャンベルが薬物治療施設を秘密で訪れていたところをパパラッチに撮影され、薬物依存である旨の見出しとともにタブロイド

紙に掲載されたことについて、公道上の撮影とはいえ、訪問が秘密であったこと、健康状態は私的なことがらであることから侵害とされた（*Campbell v. Mirror Group Newspapers Ltd* [2004] 2 A.C. 457）。

### 3. 著作権法の制限規定の類推可能性

フェア・ディーリングや付随的利用の規定は、著作権が制限される場合を慎重に定めていることから、パブリシティ権、プライバシー権の制限に類推可能とみられる。

## 第4章 我が国における著作物の写り込みに関する議論状況

### 第1節 前提となっていた議論

原告の著作物と創作的表現が共通している写り込みは、セーフにするための権利制限規定がない限り形式的には侵害となってしまう（最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁〔江差追分〕）。

他方、裁判所の工夫によって、書の写り込みについて、類似しておらず創作的表現が共通していないとして侵害を否定した事例（東京地判平成11年10月27日判時1701号157頁〔雪月花第一審〕）や、バスの車体に描かれた絵画について、公開の美術の著作物等の利用を非侵害とする制限規定（著作権法46条）を活用して侵害を否定した事例（東京地判平成13年7月25日判時1758号137頁〔はたらくじどうしゃ〕）などが生まれていた。

### 第2節 立法へ至る動き—「A類型」からの変化

「知的財産推進計画2009」による「日本版フェアユース」の導入提言を受けて、著作権法を所管する文化庁で検討した結果、さまざまな写り込みにある程度柔軟に対処できそうな「A類型」が報告された。

しかし、平成24年（2012年）の著作権法改正において、結果として立法された著作権法30条の2は、「A類型」と比べて柔軟さに欠ける文言となった。

### 第3節 改正著作権法30条の2—付随対象著作物の利用

改正著作権法30条の2の内容が、文化庁の審議結果報告の内容から大きく変わった理由は、関係省庁との調整の結果とされる。

改正直後にもかかわらず、立法担当者や論者からは、趣旨に立ち返ってこの規定を柔軟に解釈すべきとのきわめて興味深い指摘が相次いだ。

### 第4節 改正法30条の2の要件論

著作権法30条の2は、写り込みが非侵害のとなる場合の4つの要件を定める。

要件①写真の撮影、録音又は録画の方法によって著作物を創作する場合であること

ビデオテープにあらかじめ録画しない生放送の写り込みも権利制限の対象と考えられている。

要件②分離することが困難であるため付随して対象となること

意図的な写し込み（利用）は、権利制限の対象から外そうと考えられていることが窺える。どうやら、背景の著作物に「ピントを合わせる」ことは非侵害であるが、何かをわざわざ持ち込んで後ろに置いて撮ることは侵害、と関係者は考えているようにみえる。

要件③写り込みが軽微な構成部分であること および、

要件④著作権者の利益を不当に害しないこと

定量的な割合は決めていないようであり、今後、具体的な事案に即して裁判所で判断されることになる。

### 第5節 写り込みについて侵害を否定すべき理由

不可避的な写り込みは事前に防止することが困難。不可避的な写り込みを侵害としてしまうと、権利者の戦略的な行動を誘発するおそれもある。

多くの著作者は写り込みから得られるライセンス料等を当てにして創作して

いるわけではないと考えられる。侵害を否定しても権利者の利益を不当に害することにはならないのではないか。

コンテンツの創作や再利用に関係するすべての著作物についてパーフェクトな権利処理が求められるとなると、創作やビジネスに過度の負担を強いることになり、停滞につながりかねない。実務的には、権利処理にかかるライセンス料以外のさまざまな間接的なコストをできる限り下げることが目下の課題と思われる。

## 第5章 我が国における肖像の法的保護に関する議論状況

### 第1節 ピンク・レディー事件最高裁判決（最判平成24年2月2日民集66巻2号89頁）

我が国におけるパブリシティ権侵害の一般的な基準（侵害となるべき行為を3つに類型化）と法的性質（人格権）を明らかにした、きわめて重要な最高裁判決である。

被告は女性週刊誌「女性自身」に白黒3ページの特集記事を組み、ピンク・レディーの代表曲「渚のシンドバッド」などの振り付けを利用したダイエット方法を紹介した。記事には写真14点を併せて使用したが無断掲載だった。

写真は、約200ページの雑誌全体の3頁で使用されたにすぎない上、いずれも白黒写真で、大きさも最大で縦8センチ横10センチ程度であったことから、読者の記憶を喚起するなど、記事の内容を補足する目的で使用されたとして非侵害と判断した。

最高裁が判示した、パブリシティ権侵害となるべき3つの行為類型は、以下のとおりである。

#### 1. 第一類型：独立鑑賞対象としての肖像の使用

ブロマイドやグラビアなど、肖像だけを鑑賞目的で無断使用することは侵害である。

もっとも、記事が伴っていれば非侵害とされるようにもみえるが、境界線は完全に明確とはいえないようである。



## 2. 第二類型：商品化での使用

Tシャツやステッカーなどのマーチャンダイジングでの無断使用は侵害である。お菓子の「おまけ」もこれに入る。

## 3. 第三類型：広告での使用

商品等の広告宣伝に肖像を無断使用することは侵害である。

店に来店した芸能人の写真を店に飾ることは広告には当たらない。

過去に制作した広告を非広告目的で展示・掲載等することは、肖像に関しては非侵害であろう。

## 4. ピンク・レディー事件最高裁判決の意義

プライバシー権と同じ人格権を根拠とする権利であることが明らかとなったため、侵害に対して差止め請求が可能とみられる。

そこで、表現の自由に対する萎縮効果を防止するために、侵害となるべき3つの行為類型をあらかじめ示すことで、侵害／非侵害の境界線をできる限り明確にした点に意義がある。

## 第2節 プライバシー権による救済

氏名肖像の使用がパブリシティ権の侵害に当たらない場合でも、プライバシー権の侵害となることある

### 1. パブリシティ権侵害との交錯事例

サッカーの中田英寿選手の幼少期の写真、タレント深田恭子氏らの制服姿での通学中の写真の無断掲載はプライバシー権の侵害とされた。顔や容姿の大写真は侵害となる。

### 2. 一般に苦痛・羞恥心を抱く姿態の無断撮影・公表

ヌードやセミヌード、下着姿を無断で公表することはプライバシー権の侵害である。一般人により近い人の水着姿の無断公表ほど侵害となりやすい。

### 3. 公衆に晒すことを予定していない姿態の無断撮影・公表

必ずしも羞恥心を抱くようなものでなくとも、公衆に晒すことを予定していない姿の無断公表は、誰であっても基本的にプライバシー権の侵害となり得る。

また、特定の個人にことさら焦点をあてる、特定の個人を大写しすることはプライバシー権の侵害となり得る。

## 第6章 まとめ—今後の課題

本稿ではアメリカ、イギリスにおける著作物や肖像の写り込みをめぐる事例と法理を検討した。そこで明らかになったことは、次のようなことである。

まず、アメリカにおいて、使用意図の有無は、侵害／非侵害の判断に影響を与えていない。使用する分量の元の著作物に占める割合が、ごく僅か（1%に満たない程度）であるといった場合には、そもそも元の著作物を実質的に使用していないとして非侵害と判断される傾向にある。特に不可避的・偶発的な小さい写り込みは、この法理でセーフとされる。

イギリスにおいても、著作物の付随的利用について侵害／非侵害を判断する際、音楽著作物を除き、意図的な利用かどうかには着目しないとする点が、アメリカの議論と共通している。もっとも、アメリカのフェア・ユース規定と、イギリスのフェア・ディールディング規定および付随的利用の規定は、権利制限の射程に収める行為の広さが大きく異なるようである。すなわちアメリカがより広く、イギリスはより狭い。イギリスと我が国で権利制限規定の射程がどれくらい異なるのかについては今後の課題としたい。

次に、アメリカでは、他人の著作物の意図的な写し込みや積極的な使用は、基本的にフェア・ユースの当否によって侵害・非侵害が判断されることになる。他人の著作物の無断使用がフェア・ユースと認められるかどうかは、それが「変容的」(transformative) な使用かどうか最も強く影響する。ある使用が変容的であることとは、その使用が別の目的や異なる性質を伴って、何か新たなものを元の作品に加え、新たな表現、意味、メッセージによって元の作品を変えることである。すなわち、報道、教育、パロディなど元の著作物とは別の目的・性質を付加して使用することによって、ある使用が変容的なものと認められるならば、たとえそれが他人の著作物の全部または大部分を使用するものであつ

でも、フェア・ユースの法理によって非侵害とされる可能性が少なくないようである。使用目的が営利的であっても、そのこと自体でその使用が変容的でないとは判断されることにはならない。さらに、使用する分量の元の著作物に占める割合がごく僅か(1%に満たない程度)で、元の著作物の表現の核心部分を使用するものでない場合には、より一層フェア・ユースと認められやすくなるようである。

第三に、ある使用が変容的ではないと認められる場合には、使用する量の多少にかかわらず、フェア・ユースとは認められにくいようである。画面や構図に写し出される大きさや時間の長さ、見え方の程度も重要な考慮要素となると、特に、変容的でないものを構図の中心で大写しにするような使い方は、基本的に侵害と判断されるようだ。

例外として、ある使用が変容的でないとしても、報道や教育など別の強い公益目的が存在するような場合には、フェア・ユースと認められる可能性もある。

このようにアメリカでは、他人の著作物等を変容的と認められる目的や全く新たな表現で使用し、使用する分量が元の著作物の1%を超えず、表現の核心部分を使用しなければ、フェア・ユースの法理によって著作権侵害には当たらないと判断される可能性が少なくないことが分かる。

アメリカやイギリスと我が国では、法制度が大きく異なっているため、両国の法理をそのまま単純輸入することは難しいかもしれない。

他方、どのような事案だと「軽微」で「付随的」と判断されてもよさそうなものか、あるいはどのような場合だと「著作権者の利益を不当に害すること」となりそうか、アメリカやイギリスの議論は、具体的な事案の処理にあたって、我が国においても参考となり得るように思われる。

以上のことを我が国の議論と比較すると、興味深い違いが浮かび上がる。他人の著作物をセットとして使う、テレビ番組や映画で他人のテレビ番組や映画を部分的に使う、モデルの小道具として使う、過去の印刷物を出版物に大きなサムネイル画像として掲載して使う、といったアメリカの事案は、いずれも利用者が意図的・意識的に使用した事例である。このような事案は、我が国での写り込みをめぐる議論に照らせば、すべからくアウト、と捉えられがちのようにも思われるが、これまで見てきたとおり、アメリカでは侵害／非侵害の判断は分かれている。アメリカではフェア・ユースがあるからすべてセーフになるかということ、決してそうではない。

この点が、原告・被告双方のさまざまな事情を考慮して、侵害／非侵害を判断するフェア・ユースの法理や、取るに足らない些細な利用は問題にしない de minimis の法理を持つアメリカと、我が国における現状の差異かと思われる。

肖像の写り込みに関しても、アメリカでは取るに足らないわずかな、短い、小さな写り込みは、問題とはしないようである。著作権法のフェア・ユース規定なのか、実質的類似性の法理や de minimis の法理なのか、いずれの法理によって非侵害（セーフ）とするのかには厳密な基準はないようである。要するに事案に即して取るに足らない利用、高い公益目的がある利用は、使いやすい法理を緩やかに類推しながら非侵害の結論を導いている、ということがいえるのかもしれない。いずれにしても被告が抗弁として主張しなければ始まらない。

一方、イギリスにおける肖像の保護をめぐる議論には大変興味深いものがある。大雑把に言えば、イギリスでは「プライバシー侵害」という言葉を使って裁判所に訴えることはできないけれども、違う言葉を使えば訴えが認められるというふうに見える。いずれにしても、ヨーロッパ人権条約（ECHR）第8条が要求するプライバシーの法的保護は、複雑な法律構成ではあるが概ね与えられており、かつ、著作権法のフェア・ディールや付随的利用の法理を類推して、些細な肖像の写り込みは許す素地はあるようである。

本研究を通じて、写り込む部分の量と質の問題（我が国の著作権法30条の2では要件③および④にかかわる問題）に関して、写り込む部分が元の著作物の1%を超えず、元の著作物における表現の核心部分を使用していなければ、権利者にさほど大きな影響は与えないとアメリカの裁判所は概ね考えていることが分かった。映像でいえば、数秒間の写り込み、写し込みは、元の著作物等を全部使用するものや内容の核心部分を使用するものでない限り、ほぼ非侵害と判断されているようである。我が国において写り込みの量と質の問題と侵害／非侵害の関係を考えるとき、定量的なめやすのひとつとなり得るかもしれない。