

《論説》

特許のフェア・ユースと 著作物のフェア・ユース (40)

松 川 実

《目次》

I. はじめに

II. 特許のフェア・ユース

1. アメリカ判例の推移
2. アメリカ判例の思想的背景
3. 検討 (以上, 本誌第 53 巻第 1 号)

III. 著作物のフェア・ユース

1. アメリカの著作権法の誕生

- (1) アメリカ著作権法の前史
- (2) フィラデルフィア憲法制定会議と著作権条項 (以上, 本誌第 53 巻第 2 号)
- (3) 1790 年連邦著作権法の立法過程
 - (ア) 請願
 - (イ) 下院法案 10 番 (H.R.10) (1789 年 6 月 23 日, ハンティントン提出)
 - (ウ) ウェブスター草案 (1789 年 4 月 16 日~17 日起草)
 - (エ) ジョージ・ワシントン大統領の演説 (1790 年 1 月 8 日)
 - (オ) 下院法案 39 番 (H.R.39) (1790 年 1 月 28 日, バーク提出)
 - (カ) 下院法案 41 番 (H.R.41) (1790 年 2 月 16 日, バーク提出)
 - (キ) 下院法案 43 番 (H.R.43) (1790 年 2 月 25 日, ブーディノー提出)(以上, 本誌第 53 巻第 3 号)

(4) 1790 年連邦著作権法の規定内容

- (ア) 題号
- (イ) 総則 (以上, 本誌第 53 巻第 4 号)
- (ウ) 違反行為 (以上, 本誌第 54 巻第 1 号)
- (エ) 登録, 納品 (以上, 本誌第 54 巻第 2 号)
- (オ) 外国人の著作物

特許のフェア・ユースと著作物のフェア・ユース (40) (松川)

- (カ) 原稿の損害賠償とコモン・ロー
- (キ) 訴答 (以上, 本誌第 54 号第 3 号)
- (ク) 小括

2. フェア・ユース法理の成立と発展

- (1) 1790 年法, 1802 年法および 1831 年法と翻案
- (2) イギリス法における公正な要約の法理
 - (ア) Burnet v Chetwood (1721)
 - (イ) Austen v Cave (1739)
 - (ウ) Gyles v Wilcox, Barrow, and Nutt (1740)
(以上, 本誌第 54 号第 4 号)
 - (エ) Pope v Curl (1741)
 - (オ) Tonson v Walker (1752) (以上, 本誌第 55 巻第 1 号)
 - (カ) Duke of Queensberry v Shebbeare (1758), 2 Eden, 329
 - (キ) Dodsley v Kinnersley (1761), Amb. 403 (以上, 本誌第 55 巻第 2 号)
 - (ク) Bell v Walker and Debrett (1785), 28 E.R. 1235
 - (ケ) Roworth v Wilkes (1807), 1 Camp. 94 (以上, 本誌第 55 巻第 3 号)
 - (コ) Wilkins v Aikin (1810), 34 E.R. 163 (以上, 本誌第 55 巻第 4 号)
 - (サ) Mawman v Tegg (1826), 2 Russ. 385 (以上, 本誌第 56 巻第 1 号)
 - (シ) Bramwell v Halcomb (1836), 3 Mylne & C. 737
(以上, 本誌第 56 巻第 2 号)
 - (ス) Lewis v Fullarton (1839), The Jurist, vol. ii. P. 127
(以上, 本誌第 56 巻第 3 号)
- (3) ストーリー裁判官とフェア・ユース
 - (ア) Gray v. Russell, 1 Story 11, 10 F.Cas. 1035 (C.C.Mass. 1839)
(以上, 本誌第 56 号第 4 号)
 - (イ) Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841)
 - ① 伝記, 書簡・手紙, 演説は著作権法によって保護されるか
(以上, 本誌第 57 巻第 1 号)
 - ② 未発行の著作物は保護されるか
 - ③ 手紙の書き手の権利はどのように保護されるか
 - ④ 編集物は著作権法によって保護されるのか
 - ⑤ 本件原告書籍の著作者ないしは著作権者は誰か
(以上, 本誌第 57 巻第 2 号)
 - ⑥ 本件被告小冊子は本件原告書籍の何を侵害しているのか
(以上, 本誌第 57 巻第 3 号)
 - ⑦ エクイティ訴訟とコモン・ロー訴訟 (以上, 本誌第 57 巻第 4 号)

- ⑧ 本件法廷意見に引用されたイギリスの判決
 - (i) 公正で誠実な要約
 - (ii) 許されない短縮
 - (iii) 手紙の著作権 (以上, 本誌第58巻第1号)
 - (iii-1) 手紙の著作権 (続) (以上, 本誌第58巻第2号)
 - (iv) 差止命令の要件 (以上, 本誌第58巻第3号)
 - (iv-1) 差止命令の要件 (続)
- ⑨ 公的文書の著作権 (以上, 本誌第58巻第4号)
- ⑩ ブッシュロッド・ワシントンとスパークスとの契約
(以上, 本誌第59巻第1号)
- (ウ) Emerson v. Davies, 8 Fed. Cas. 615 (C.C.D.Mass. 1845)
(以上, 本誌第59巻第2号)
- (エ) 小括 (以上, 本誌第59巻第3号)
- (4) 19世紀中葉から20世紀初頭のフェア・ユース
 - (ア) Story v. Holcombe, 23 Fed. Cas. 171 (C.C.D. Ohio 1847)
(No. 13,497) (以上, 本誌第59巻第4号)
 - (イ) Webb v. Powers, 2 Woodbury & Minot 497; 10 Law Rep. 152. (C.C.D. Massachusetts 1847) (No. 17,323) (以上, 本誌第60巻第1号)
 - (ウ) Greene v. Bishop, Federal Cases, Volume 10, 1128 [Case No. 5,763]; Clifford, Vol. 1, 186 (Circuit Court, D. Massachusetts, 1858)
(以上, 本誌第60巻第2号)
 - (エ) Lawrence v. Dana, Federal Cases, Volume 15, 25 [Case No. 8,136] (C.C. D. Mass. 1869) (以上, 本誌第60巻第3号)
 - (オ) Banks et al. v. McDivitt et al., 2 Federal Cases, Volume 2, 759 [Case No. 961]; Blatchford's U.S. Circuit Court Reports, Vol. 13, 163 (Circuit Court, S. D. New York, 1875) (以上, 本誌第60巻第4号)
 - (カ) Chapman v. Ferry and another, Federal Reporter, Vol. 18, 539 (Circuit Court, D. Oregon, 1883) (以上, 本誌第61巻第1号)
 - (キ) Reed v. Holliday, 19 Federal Reporter, Vol. 19, 326 (Circuit Court, W. D. Pennsylvania, 1884) (以上, 本誌第61巻第2号)
 - (ク) Harper and others v. Shoppell, Federal Reporter, Vol. 27, 519 (Circuit Court, S. D. New York, 1886) (以上, 本誌第61号第3号)
 - (ケ) Rice v. Williams, Federal Reporter, Vol. 32, 437 (C.C.E.D. Wisconsin, 1887) (以上, 本誌第61巻第4号)
 - (コ) Farmer v. Elstner, Federal Reporter, Vol. 33, 494 (Circuit Court, E. D. Michigan, 1888) (以上, 本誌62巻第1号)

特許のフェア・ユースと著作物のフェア・ユース (40) (松川)

(サ) Falk v. Donaldson, Federal Reporter, Vol. 57, 32 (C.C.S.D.N.Y. 1893) (本誌本号)

IV. 結論

III. 著作物のフェア・ユース

2. フェア・ユース法理の成立と発展

(4) 19 世紀中葉から 20 世紀初頭のフェア・ユース

(サ) Falk v. Donaldson, Federal Reporter, Vol. 57, 32 (C.C.S.D.N.Y. 1893)

本件では、写真が著作物であるかどうか、仮に、著作物であると認められた場合に、その著作者は、写真家か、それとも、被写体になってポーズなどをとった女優かが争われた事件であって、差止命令と利得返還請求が求められたエクイティ訴訟である。

原告、ベンジャミン J. フォーク (Benjamin J. Falk, 1853–1925) は、1853 年 10 月 14 日、ニューヨークに生まれた写真家である。ニューヨーク市立大学に入学して写真を学び、在学中から、著名な写真家ジョージ・G. ロックウッド (George Gardner Rockwood, 1832–1911) のスタジオで技術者として修行した。1872 年、理学士号を取得して大学を卒業し、1877 年、自分のスタジオをニューヨークの 14 番街に開設した¹⁵⁶⁹⁾。「1877 年のニューヨーク演劇界の中心は、マディソン・スクエアであった。そのため、1881 年、フォークは、舞台に近い場所を求めて、ブロードウェイ 949 番地 (22 番街) にスタジオを移転した。そこから、フォークは、演劇の登場人物の洞察力に富んだ肖像写真家としての評判を着実に高めていった」¹⁵⁷⁰⁾ という。フォークは、光の巨匠 (master of light) とも評されていたようである。

1569) Eyre George Shaw, One comment on “Benjamin J. Falk, photographer and master of light, 2016, 1p., <https://blog.mcny.org/2015/03/24/benjamin-j-falk-photographer-and-master-of-light/>

1570) Shaw 前掲注 (1569) 参照。

さらに、写真家の知的財産権を保護する写真家の著作権連盟 (the Photographers' Copyright League protecting the intellectual property rights of photographers) を設立した¹⁵⁷¹⁾。

被告らは、1872年に設立された「ドナルドソン兄弟社 (Donaldson Brothers)」という経営的にも成功したリトグラフ印刷会社の構成員のようである¹⁵⁷²⁾。「1878年のニューヨーク市の名簿には、4人の兄弟全員がリトグラフ職工であることが記されている」という¹⁵⁷³⁾。もともとは、スコットランド出身の父親ジョン・ドナルドソンと母親バルバラ・ヒュームの間の子供達4人で全員、エジンバラ生まれであって、1856年に、アメリカに移住してきた。フランク (Frank J. Donaldson, 1846–1896) が中心になり、その他の兄弟ジョージ (George W. Donaldson)、ジョン (John L. Donaldson)、そしてロバート (Robert M. Donaldson) が協力し合った会社であり、本件被告は、ジョージとロバートである。もう1人の被告チャールズ K. ミルズ (Charles K. Mills) の素性は不明である。ドナルドソン兄弟社は、1891年、アメリカン・リトグラフ社に統合されている。

本件では、被告らのドナルドソン兄弟社が、原告フォークの写真を見本として、リトグラフを作成してそれを販売したようである。その見本とされた写真は、その当時、著名であった女優ジュリア・マーロウ (Julia Marlowe, 1865–1950) の肖像写真であった。マーロウは、イギリス生まれの女優であって、シェークスピア演劇の解釈者としても著名であった。被告らは、原告の肖像写真を、再度、写真撮影という方法で複写したのではなく、肖像写真を基にリトグラフという石版画で、その肖像を正確に彫って、それに色づけをして製版した。原告は、これが、肖像写真の複製であるから、著作権侵害であると主張した。もっとも、写真から写真への複写ではない

1571) <https://blog.mcny.org/2015/03/24/benjamin-j-falk-photographer-and-master-of-light/>

1572) Donaldson Brothers Lithographers, Five Points, Manhattan, NY, 2017, <http://www.laurelcottagegenealogy.com/?p=13199>

1573) Donaldson Brothers Lithographers 前掲注 (1572) 参照。

ことから、原告は、コモン・ロー裁判所ではなく、エクイティ裁判所に提訴している。被告らは、原告の肖像写真の著作権は、原告ではなく、女優のマーロウであると反論した。その根拠は、写真家は、シャッターを切るだけが仕事であり、あとは、写真機という機械がすべて処理してくれ、女優の肖像写真の場合にも、ポーズや衣装、アクセサリーの選択、設定も、そのプロである女優が行なうものであるから、仮に、その肖像写真が著作物であっても、その著作権は、被写体である女優であるというものであった。

本件を担当したのは、ニューヨークの連邦地方裁判所判事タウンゼント (William Kneeland Townsend, 1849–1907) である。タウンゼント判事は、イエール大学修士課程およびイエール大学ロースクール修了後、1875 年からニュー・ヘブレンで弁護士業を開始した。1880 年には、イエール大学から法学博士号を取得している。1892 年から 1902 年までは、コネチカット地区地方裁判所判事であったが、1902 年からは、第 2 巡回裁判所判事に任用されている。1881 年から 1907 年までは、イエール大学ロースクールの教授も兼ねていた。1901 年、イエール大学ロースクール編「アメリカ法の 200 年の成長 (Two centuries' growth of American law) 1701–1901」¹⁵⁷⁴⁾ において、特許法、著作権法、商標法・不正競争、海事法など、それぞれの 200 年の発展の執筆を担当し、それは、合わせて全体の 5 分の 1 の分量であった。これは、「タウンゼント教授のロースクールへの最後の重大な貢献であり、1901 年に、イエール大学 200 周年記念として法学部が発行した論文集で執筆したものである。彼のアメリカの特許法の歴史の章は、特に、テーマの慎重且つ分かりやすい研究として評価され、司法の意見を形成する際に影響を与えた」¹⁵⁷⁵⁾ という。タウンゼント判事は、このアメリカ

1574) Members of the faculty of the Yale Law School, Two Centuries' Growth of American Law 1701–1901, New York and London 1901, 538.

1575) イエール大学ロースクールのタウンゼント判事の追悼集: ボールドウィン (Simeon Eben Baldwin, 1840–1927) の追悼: William Kneeland Townsend. Commemorative addresses at the Yale Law School, June 18, New Haven 1907, 9.

特許法 200 年の歴史において、その発展は連邦議会の制定法ではなく、マーシャル (John Marshall, 1755–1835), ストーリー (Joseph Story, 1779–1845), クリフォード (Nathan Clifford, 1803–1881), ブラッチフォード (Samuel M. Blatchford, 1820–1893), ブラウン (Henry Billings Brown, 1836–1913) という連邦最高裁判所の裁判官達が、特許権者の権利と公衆の利益のバランスを図りながら、苦勞して発展させたものであるという¹⁵⁷⁶⁾。また、タウンゼント判事は、著作権については、「著作権法の根拠となる憲法のこの規定は、マディソンとピンクニーによって 1787 年の憲法制定会議において提案され、何の議論もなく採択されてしまった。このようにして、わが国は、文学的財産権の保護を基本法で定めた最初の国となった。著作権に関するわが国の立法は、他国に比べて、著作権者の権利に関して、それほど自由主義的な理論に基づいて進められて来たわけではなかった」¹⁵⁷⁷⁾と批判している。例えば、1790 年の最初の連邦著作権法から 1891 年まで、著作権はアメリカ市民とアメリカの居住者にしか付与しなかった。そして、「著作権の発展における最新かつ最も重要な要素の一つは、国際的な著作権を確立しようとする試みである。ヨーロッパの国々のこの国際的な試みは、これを達成するための最初のものであった。この著作権運動は、1836 年にプロイセンで始まり、1886 年のベルヌ条約で最高潮に達した。この問題は、ヨーロッパで発生したのとほぼ同じ時期にアメリカでも議論されたが、アメリカでは、政争の道具とされ、議論も遅滞気味で、1891 年までヨーロッパの見解を採用することができなかった。1891 年 3 月 3 日に可決されたアメリカ国際著作権法によって、原則として、他の国々と同列に並ぶようになったが、ただし、保護に関するアメリカの理論から当然、予測された制限もある。つまり、同法は、アメリカで著作権のある外国の著作物は、

1576) William K. Townsend, Patents 1701–1901, Members 前掲注 (1574) 391–421 (421).

1577) William K. Townsend, Copyrights, 1701–1901, Members 前掲注 (1574) 422–434 (423).

書籍形式で出版される単なる楽曲を除き、すべてアメリカ国内で製造されたものでなければならないと規定している。……この法律は、アメリカで著作権を取得する目的で輸入する著作物の一般的輸入を禁止している」¹⁵⁷⁸⁾という。このように、タウンゼント判事は、すでにこの当時、国内製造条項をはじめ、国際協調に反する保護主義的なアメリカの著作権法規定に懸念を表していた。

本件はアメリカ人同士でアメリカ国内で発生した法紛争であるが、本件訴訟の対象物は写真である。その当時、アメリカは、対象物である写真の技術も普及率もヨーロッパから大きく遅れていた。そのため、アメリカ人は写真という新しい表現形態とそれに関わる法事情をヨーロッパから積極的に学んでいた。本件に関わるアメリカ人の裁判官達の判決文にも、その進んだヨーロッパ法事情を積極的に取り入れた形跡が如実に見られる。そのため、本件とも連続するヨーロッパにおける写真と著作権法の法的関係を概観することから始める。

(i) 写真には、「一方では画像の作成を可能にする光学装置と、他方ではこの画像を不可逆的な化学的プロセスによって恒久的な媒体に固定することが必要であった」¹⁵⁷⁹⁾という。小さな針穴から光を取り入れて壁などに景色を写すことは、すでに紀元前に知られていた。15世紀頃には、このピンホール装置が改良されて、「カメラ・オブスキュラ (小さな暗い部屋という意味)」と呼ばれる箱が発明され、特に画家たちの間で流行したという¹⁵⁸⁰⁾。さらに、針穴の代わりに、もっと明るい像が得られるように凸レンズを使ったものが登場したのは、16世紀になってからである。これによって、写真を作成する一連のプロセスにおいて、光学装置は基本的に完成した。

それに対して、化学変化のプロセスは19世紀まで待たなければならな

1578) Members 前掲注 (1574) 433.

1579) https://fr.wikipedia.org/wiki/Histoire_de_la_photographie

1580) その中に投影された像をトレースすることで、実景に似た絵画を描いたという。<https://ja.wikipedia.org/wiki/>

かった。フランス人のジョセフ・ニセプオール・ニエプス (Joseph Nicéphore Niépce, 1765–1833) とその技術協力者ルイ・ジャック・マンデ・ダゲール (Louis Jacques Mandé Daguerre, 1787–1851), イギリス人のウィリアム・ヘンリー・フォックス・タルボット (William Henry Fox Talbot, 1800–1877), フランス人のルイ・デジレ・ブランカール＝エヴラール (Louis Désiré Blanquart-Evrard, 1802–1872), フランス人のウジェーヌ・ディスデリ (André-Adolphe-Eugène Disdéri, 1819–1889) らは、画像を媒体に恒久的に固定する化学変化の発見に尽力した¹⁵⁸¹⁾。

ニエプスは、1826年、現存する限り、世界初の写真原版を残しているといわれているが、撮影するには8時間もの露光が必要であった。それを改良して、1839年、銀メッキをした銅板を感光材料として用いて露光時間を20分から、最終的には1～2分に短縮することができたのが、ニエプスの技術協力者ダゲールである。ダゲールは、その技術をダゲレオタイプと称したが、銅版の上にポジの画像がそのまま浮き上がった1枚写真になった¹⁵⁸²⁾。ダゲールは、「その発明につき、1839年、特許を取得したが、ダゲールは他人が無許可で且つ無償で利用することを認めたため、フランス政府はその特許を買い上げ、ダゲールに年間6,000フラン、ニエプスの息子に年間4,000フランの年金を与えた」¹⁵⁸³⁾ という。ダゲレオタイプは、このように誰でも無償で利用できたため、芸術家、一般庶民さらに公的機関

1581) 吉田成「写真表現の展開—19世紀を中心に—」日本写真学会誌66巻6号(2003年)559–568頁(560頁)。

1582) 小原真史「ダゲレオタイプ／銀板写真 Daguerreotype (仏)」<https://artscape.jp/artword/index.php/>によれば、「銀メッキされた銅板上にヨウ化銀を塗布することで感光性をもたせ、水銀蒸気で現像する技法。金属板の表面に直接像を焼き付けるために、複製不可能な一枚限りの写真となる。……金属板の上に焼き付けられた精緻な像は『ダゲレオタイプ狂』という言葉ができるほど人々を熱狂させ、肖像の民主化をもたらした。鏡のように魔術的な輝きを放つダゲレオタイプは『記憶をもった鏡』とも呼ばれ、主に肖像写真として欧米を中心に流通した」という。

1583) Histoire de la photographie, https://fr.wikipedia.org/wiki/Histoire_de_la_photographie

でも利用が急速に広まり、それはヨーロッパだけではなく、世界中に広がった。当初は写真を蔑視、軽視していた芸術家たちも、そのうち、自分の作品の製作に積極的に利用するようになり、芸術活動に不可欠な道具となった¹⁵⁸⁴⁾。しかし、「絵画や版画などとは違って、写真は被写体に反射した光の物理的な痕跡であ」¹⁵⁸⁵⁾ って、単なる補助品としてではなく、独立した存在と認識されていくようになる。肖像写真撮影のために世界中で爆発的に人気を得たが、ダゲレオタイプの発明から10年後の江戸末期、日本も例外ではなく、安政4(1857)年9月17日に鹿児島城内で撮影された「島津斉彬像」もその一例である¹⁵⁸⁶⁾。

さらに、公的機関での利用も始まろうとしていた。つまり、「フランスでは、合法的に写真を利用しようとしたのは、ある刑務所総監であった。1854年、モロー＝クリストフ (Louis-Mathurin Moreau-Christophe) は、写真専門の雑誌『ラ・リュミエール (La Lumière)』に、犯罪者の記録に写真を使うことを提案する記事を掲載したが、パリで開催された万国博覧会に関する本の中で、ラ・リュミエールの編集者であったエルネスト・ラカン (Ernest Lacan, 1829-1879) も1856年に、写真の記録簿が警察にとって非常に有用であると書いている」¹⁵⁸⁷⁾ という。しかし、囚人の写真撮影は記録の手段としてではなく、罰として捉えられたことと、似顔絵であれば、その描き手を特定して責任の所在を特定できたのに対して、写真のような単なる化学変化の画像では信頼が置けないと、なかなか導入されなかった。写真は

1584) Die Kunsthalle München, Fotografie und Malerei im 19. Jahrhundert, Eine Neue Kunst ? Eine andere Natur, 2004, <https://www.kunsthalle-muc.de/ausstellungen/details/fotografie-und-malerei-im-19-jahrhundert/>

1585) 李京彦「日本の地域社会における写真館文化についての考察—大阪・兵庫地域の事例を中心として」大阪芸術大学 (2017 年) 5 頁 ; www.grad.osaka-geidai.ac.jp/.../culture-no16-thesis.pdf

1586) 文化遺産データベース「銀板写真(島津斉彬像) ぎんばんしゃしん (しまづなりあきらぞう)」; <https://bunka.nii.ac.jp/db/heritages/detail/213559>

1587) Jens Jäger, Photography : a means of surveillance ? Judicial photography, 1850 to 1900, Crime, Histoire & Sociétés, Vol. 5, n° 1 | 2001, 6.

特許や監獄法、刑事証拠法で議論されるだけではなく、著作権の保護対象として考慮させるには、いくつかの前提条件が必要であった。

(ii) 写真の経済的価値に着目すれば、それが複製でき、さらに複製された作品を販売できることが必要である。しかし、写真の複製は、原版の性格に制限されることがある。ダゲレオタイプの原版は1枚しか存在しない単品作品であったため、写真の複製品を作成しようとする、その原版をさらにダゲレオタイプで撮影して同一の画像を創り出すか、あるいは、原版を見本として、その画像を精密な絵画として描き写すしかなかった。しかし、「一点ものであり、高価であるがゆえに、需要者が限定されるゲオレオタイプ」¹⁵⁸⁸⁾では、複製品を多数、作成して市場に流すということは困難であった。

1858年6月16日セース民事裁判所 (Trib. civ. de la Saine) Félix c. O'Connell et autres 事件では、女優エリザベット・ラシエル・フェリックス (Elizabeth Rachel Felix, 1821–1858) が若くして結核で姉妹サラの腕の中で死亡したが、サラ (Sarah Félix) はサルデーニャ王の写真家クレット (Louis Crette, 1823–1872) に死後の写真撮影を依頼し、クレットは2,3枚の写真を撮影したという¹⁵⁸⁹⁾。そのとき、家族の死床の肖像の所有権を保持すると同時に、その肖像写真が金儲けの対象になるのを防ぐために、サラはクレットが入手するすべてのネガとポジ・プリントを自分に引き渡すように契約を結ばせていた。しかし、この死床の顔写真は、クレットから他人の手に渡り、巡り巡って画家オコネル (Frédérique O'Conne, 1823–1885) の手に渡った。オコネルはその写真を見本に鉛筆書きで絵を描き、その絵

1588) 前川修「カルト・ド・ヴィジット論ヴァナキュラー写真の可能性1」美学芸術論集9号(2013年)4~21頁(5頁)。

1589) Photographie (contretype ancien) de Rachel sur son lit de mort; <https://colonnawalewski.ch/9i239/#>; しかし、Marie-Hélène Girard, Tombeau de Rachel, <http://www.medias19.org/index.php?id=2988> によると、ラシエルの姉サラが撮らせたのは2枚であるという。また、依頼した写真家は、シャルル・ネグレ (Charles Nègre, 1820–1880) であるというのが、判決文ではレイ・クレットとなっている。

をもとにリトグラフで増製され販売されたという¹⁵⁹⁰⁾。もともとの写真はダゲレオタイプではなく、イギリスのタルボットのカロタイプ方式で撮影されたもののようである。「問題の訴訟は、ラシェルの遺族が、オコネル夫人らに対して、このデッサンの流通の禁止と、損害賠償を求めて起こしたものである。結果は遺族側の全面的な勝訴だった」という¹⁵⁹¹⁾。

(iv) このように、ネガから写真の複製物の増製を可能としたのが、例えば、イギリスのタルボットのカロタイプ方式である。このカロタイプ方式とは、「紙に塩化銀を塗布し、中間的な陰画(ネガ)を取るのに使い、ここから別の感光紙に密着焼付けを行い陽画(ポジ)を得る方式をとっていた。……カロタイプの陰画は陽画を焼くに当たって再三使える、すなわち複製が作れるというダゲレオタイプにはない利点があった」¹⁵⁹²⁾という。

写真が自然界のあらゆる物体を被写体として撮影し、そのまま写し出す技術とすると、写し出された画像の権利は誰か保有するのかという問題がある。1840年頃、ダゲールのダゲレオタイプを評して、「すべてのものが美しく、完璧で、数学的に正確でありながら、何も生きておらず、何も話さず、何も表現していない写真原画。その原画への複製は、忠実であることは間違いないが、冷たく沈黙しており、その忠実さも、すべて物理的、物質的なものであり、……心が感じる類似点よりも、私たちの器官によって感じられる知覚される単なる同一性に還元されている」¹⁵⁹³⁾という。

1590) 橋本一径「イメージの権利—19世紀フランスにおける写真の著作権・肖像権」美学芸術論集9号(2013年)27~37頁(29頁)。

1591) 橋本・前掲注(1590)29頁。なお、裁判では死者の肖像は遺族が持つとの遺族勝訴の判断から、本件写真とデッサンの流通禁止が命じられたという。

1592) <https://ja.wikipedia.org/wiki/>

1593) Reflexions et Menus-Propos, D' un Peintre Genevois, Onzième Opuscule, De La Plaque Daguerre, Genève 1841, 10. 匿名の小冊子であるが、ジュネーブ大学文学教授ロドルフ・テプファール(Rodolphe Töpffer, 1799-1846)が著者であるようである。それは、新しい技術に対する敵対心が如実に表れている文章である。橋本・前掲注(1590)27頁によれば、この34頁の小冊子は、「絵画が精神の生み出す「類似」であるのに対して、写真は機械によって生み出された「同一性」でしかないという、後の論者たちによって繰り返されることになる議論」の源であるという。

例えば、ゴッホの肖像画と写真を展覧会で並べて見比べるのではなく、画集のあるページにゴッホの肖像画と写真が並べて印刷してある時に、「自分が比較しているのはあくまで絵画と写真だと考える時には、こんどは、比較されているのが実は写真と写真であることが見落とされている。比較されているのは絵画の写真複製と、その絵画に描かれた人物の写真とであるのに、写真に向けられた視線は印画紙を透過して被写体に届くと感じられるため、われわれはあたかも絵画とそこに描かれた当の人物とを比較しているかのように感じる」¹⁵⁹⁴⁾ という。なぜなら、「絵画はあくまでも画家の信念や願望や意図の反映であり、絵画に向けられた我々の視線には、写真に向けられた我々の視線のように透過性がないからであるという。ゴッホの肖像画は、ゴッホをモデルにする必要はないが、「ある写真が例えばゴッホの顔写真であるためには、被写体がゴッホであったことが不可欠の条件である」¹⁵⁹⁵⁾ からである。

(v) このように、写真が被写体と同一であるという見解が法的に解釈されると、例えば、自然風景を被写体として撮影して、その画像を入手すれば、その画像の権利者は自然であり、神であり、あるいは一般公衆であるという発想に結び付くことになる¹⁵⁹⁶⁾。

(vi) 被写体が人為的な建造物、彫刻、彫像、絵画、工芸品などである場合には、その写真画像と被写体は同一であるため、被写体の権利者がその写真画像の権利者になる。つまり、同一性が存在すれば、法的にはその主体と客体が同じであり、それが権利であれば保護される期間も同一になる。

1594) 清塚邦彦「写真を通じて物を見ること—K・L・ウォルトンの透明性テーゼをめぐって—」山形大学紀要(人文科学) 15巻2号(2003年) 19～50頁(20～21頁)。

1595) 清塚・前掲注(1594) 20頁。さらに、榎矢桂一「写真とは何か」大阪薬科大学紀要6号(2012年) 19～25頁(22頁) 参照。

1596) パブリック・ドメインとローマ法の *res publicae* (公共物)、*res nullius* (無主物)、*res communes* (共有物) との関係については、Carol M. Rose, *Roads, and Romatic Creations, Traditions of Public Property in the Information Age, Law and Contemporary Problems*, Vol. 66 (2003), 89–110 参照。

たとえば、1855年6月5日パリ控訴院 (Cour de Paris) Lesourd c. Goupil 事件判決¹⁵⁹⁷⁾では、被写体は、建造物であって、その建造物と被写体の写真画像は同一であるから、建造物の権利者が、その写真画像の権利者であると判断した。この事件の建造物は、1855年パリで開催された万国博覧会の産業館 (Palais de l'Industrie) である。Palais という言葉はフランス国家ないしは政府が所有の公有建物の総称でもあるため、この産業館はフランス政府所有ないしは公有物である。仮に、建物が公有物であれば、その写真画像も公有物であり、誰でも利用することができることになる。確かに、冒頭の標題には、「図面や写真による複製」という見出し語は存在したが、判決文を詳細に読めば、写真 (photographie) ではなく、産業館を「図面 (dessins)」や「リトグラフ (lithographies)」で表現した物が勝手に出版されたケースと解説されている¹⁵⁹⁸⁾。ただし、図面もリトグラフも写真も同一とみなされている。この時代、まだ、文芸作品は著作権で保護されても、美術作品、あるいは技術に関する芸術作品は保護されていなかった。図面やリトグラフは、人の手によって点と線で描かれた作品であるのに対して、写真は化学変化によって被写体の画像が表現され、それは点や線に限らず、濃紺などでも表現される。さらに、ある対象物をリトグラフで表わす場合に、その現場に赴くことができないような場合に、写真で対象物を撮影し、その原画を見本に石版画に彫られる場合もあるが、これらは全く同一とはいえない。

(vii) 仮に、対象物が人間の姿や顔である場合には人物画 (肖像画) と呼ばれ、人物画はかなり昔から存在した。「従来の肖像画の注文主は、限定さ

1597) 橋本・前掲注 (1590) 28 頁、松本俊輔「表現の自由と肖像権—情報法の構造を求めて—[外国法研究 (2): ドイツ・フランス編]」相模女子大学紀要 C. 社会系 75 号 (2011 年) 61~76 頁 (67 頁)。Lesourd c. Goupil (Cour de Paris, 5 Juin 1855), Aille, A. Huguet, Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire Journal de Législation, Doctrine et Jurisprudence Françaises et Étrangères, Années 1855–1856. Tomes I et II, Paris 1856, Art.13, 56.

1598) Lesourd c. Goupil (Cour de Paris, 5 Juin 1855) 前掲注 (1597) 57.

れた特権階級であった。しかもその大部分は、半身像であった。全身像は、さらに限定された人々にしか注文することができなかった¹⁵⁹⁹⁾ ようである。しかし、中世に入ると忘れ去られ、肖像画が復活するのもルネッサンス、あるいは宗教改革後であったという。「ルネッサンスの画家たちが肖像画に画筆をふるったのも、キリスト教的ドグマから解放された人間の個性尊重の情熱が感覚への信頼と結びついたことと、市民階級の自我意識の成長とが相剌的に肖像画への関心を高めたことによる」¹⁶⁰⁰⁾ という。

この人物画には絵画や彫刻などがあったが、1850年、ルイ・デジレ・ブランカール＝エヴラル (Louis Désiré Blanquart-Evrard, 1802–1872) は、鶏卵紙といわれる印画紙を発明し、さらに、1851年には、フランスのリールで、写真印画工場を設立した¹⁶⁰¹⁾。また、1854年、ウジェーヌ・ディセリ (André-Adolphe-Eugène Disdéri, 1819–1889) が、カルト・ド・ヴィジット (名刺判写真 *carte de visite*) を考案した¹⁶⁰²⁾。それらの発明の影響で、肖像写真や名刺版写真の交換が大ブームとなり¹⁶⁰³⁾、写真館には長蛇の列が作られたという¹⁶⁰⁴⁾。王族や貴族、領主はお抱え絵師に命じ、あるいは著名な画家に注文して肖像画を描かせた。そのため、その絵画の所有権も当然に雇用主あるいは注文主と考えられていたが¹⁶⁰⁵⁾、前述のように、写真

1599) 前川・前掲注 (1588) 7 頁。

1600) 末永豊「シュトルムにおける肖像画」岐阜大学教養部研究報告 12 号 (1976 年) 42～50 頁 (42 頁)。

1601) 菊池哲彦「精神の共和国とコミュニケーション・ネットワーク—第二帝政期フランスにおける写真の社会性について—」国際交流研究 5 号 (2003 年) 71～100 頁 (76 頁) によれば、「たとえば、パリの写真スタジオの総数を取り出してみても、第二帝政直前の 1851 年には約 50 件だったが、第二帝政期に入ると、1853 年には約 100 件、1856 年には 150 件以上、1864 年には 300 件以上、1870 年の普仏戦争開戦直前には約 400 件と、この時期に急激に増加している」という。

1602) 前川・前掲注 (1588) 4 頁。

1603) 1995 年、アトラスが開発した「プリント倶楽部」で撮影した小さな写真プリントを友人同士が交換する現象に類似していたようである。

1604) 菊池・前掲注 (1601) 99 頁。

1605) コーネリアス・ファン・デア・メルヴェ (梁田史郎訳)「加工 (*specificatio*)

は被写体と同一であるという見解によれば、その肖像写真と肖像写真のモデルが同一であるのであるから、肖像画の権利者は、モデルになる¹⁶⁰⁶⁾。しかし、そのモデルがもつ肖像に関する権利とは何なのか、各国の私法典の規定に根拠を置く財産権 (例えば、所有権) なのか、あるいは、成文の法的根拠がないような人格権なのか、あるいは、特別法である著作権法上の著作権なのかということが問題となってくる。

フランスでは、1791 年 1 月 13 日・19 日の著作権法¹⁶⁰⁷⁾は、演劇に関する著作権法であったが、1793 年 7 月 19 日・24 日の著作権法は、保護の範囲を、あらゆる文章、作曲、絵画および図面に拡大した¹⁶⁰⁸⁾。1839 年以降、ダゲレオタイプの写真が普及してくると、写真も著作物として「絵画」あるいは「図面」に含めて解釈されるべきではないかという議論が始まった。写真の著作物性に関しては、フランスの裁判例には、3つの流れがあった。つまり、写真を著作物と認めない立場と、写真を著作物と認める立場、そして、芸術的な写真だけを著作物と認める立場である¹⁶⁰⁹⁾。1860 年代初頭以降、「下級審裁判所では矛盾した判決が出された」¹⁶¹⁰⁾ というが、1862

の要件としての『新たな物 (nova species)』』九大法学 104 号 (2012 年) 212～182 頁 (201 頁参照)。

1606) Martin Bewier, Über das Recht am eigenen Bild, Borna=Leipzig 1916, 5 によると、肖像権の起源は、宗教改革当時の個人主義の台頭にあったが、ルネッサンスの思想の衰退と一緒に消失したという。

1607) 宮澤博明「著作権の誕生 フランス著作権史」太田出版 (2017 年) 24 頁。石井大輔「フランスにおける音楽著作権保護と管理の史的展開—SACEM の創設と初期の活動の考察から—」目白大学総合科学研究 6 号 (2010 年) 23～34 頁参照。

1608) フランス 1793 年 7 月 19 日・24 日著作権法 1 条「あらゆる種類の文書の著作家、音楽の作曲家、絵画を彫り刻ませる画家および図面を彫り刻ませる設計士は、その生存中、共和国の領土内で、その著作物を販売し、販売させ、頒布し、その所有権の全部または一部を譲渡する排他的な権利を有する」。宮澤・前掲注 (1607) 124 頁参照。

1609) Erick Mengual, Evolution du droit à l' image, <https://galerie-photo.com/evolution-droit-image.html>

1610) Frédéric Rideau, 9. Nineteenth Century Controversies Relating to the Protection of Artistic Property in France, Ronan Deazley, Martin Kretschmer and

年、この問題に初めて、破毀院の判断が下された。つまり、1862年11月28日破棄裁判所 Mayer et Pierson c. Betbéder et Shwalbé 事件判決である。この1862年破棄裁判所判決¹⁶¹¹⁾によると、「問題となったのはイタリアの政治家カヴール (Camillo Cavour) 氏のポートレートであり、メイエル (Mayer) とピエルソン (Pierso) の両氏により撮影されたこの写真が、ベベデル (Betbeder) 氏らによって、修整を加えられた上で、販売目的で複製されたのだった。破毀院はこの写真が『芸術的な著作物とみなしうるとして、1793年の法による保護下にあるとみなし、原告の訴えを認めた』¹⁶¹²⁾という。これは、写真を通常、絵画のような芸術作品の亜種として扱うことにしたが、それは、恐らく、「写真は光を使った絵画のようなものと考えられていた」¹⁶¹³⁾ からである。なぜ、写真を「芸術的な著作物と見做しうる」としか判断しなかったのかというと、それは、写真家が画家と同じような役割を果たしていることが明らかでなかったことが原因である。

この判決から約100年後、1957年3月11日の新著作権法は、写真が芸術作品であることを要求するようになった。そして、保護される可能性のある著作物に「芸術的または記録的性質を有する写真の著作物および写真に類似した方法で得られた同一性質の著作物」(3条)を挙げている。これによって、「芸術性のある写真」と「ドキュメンタリー性のある写真」とい

Lionel Bently (ed.), *Privilege and Property, Essays on the History of Copyright*, 2010, 241–254 (245).

1611) *Nomination et réunion d'une Commission à L'effet de préparer un projet loi, Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, Art. 760, *Propriété littéraire et artistique*, Paris 1861, 419.

1612) 橋本・前掲注(1590)27頁。水野鍊太郎「著作権法要義 全」有斐閣書房・明法堂(1899年)94～95頁は、「佛国ニ於テハ著作権法ニ明文ナキヲ以テ写真ノ『美術上ノ著作物』ナル語ノ中ニ包含セラル、ヤ否ヤノ問題ニ関シ学説並ニ裁判例区々ニ分レ一定スル所ナカリシカ、最近ノ判決例ニ於テハ之を美術上ノ著作物と認ムルコトニ決定シ他ノ美術上ノ著作物ト同一ノ保護ヲ与フコト、為レリ、学者ノ説モ亦比ノ判決ヲ是認スルモノ」と、1862年11月28日破毀院判決を紹介している。

1613) The 1709 Blog (2012); <https://the1709blog.blogspot.com/2012/02/protection-of-photographs-in-french.html?m=0>

う新たな区別が発生した。

例えば、広告カタログの写真に関する 1969 年のパリ控訴裁判所の判決では、「本件写真は、1957 年 3 月 11 日の法律で要求された記録的性格を有し、したがって、著作権保護の恩恵を受けることができる。ところで、芸術的な基準はほとんど変わっていない。それは、今も昔も、被写体、角度、照明などを考慮に入れて決定され」という。また、1982 年 7 月 1 日のボルドー控訴裁判所 (D.I. 603) は、フランスのソーテルヌ地方の城の写真につき、芸術的でもドキュメンタリー的でもないとして、著作物ではないと判断した。裁判所もこの 2 つの概念を明確にしようとしたが、かえって混乱を生じたようである¹⁶¹⁴⁾。

そこで、1985 年 7 月 3 日の著作権法は、この「芸術性」と「ドキュメンタリ性」という 2 つの要素を廃止した。写真も著作権保護の資格があると簡単に宣言されたが、オリジナル作品といえるには、著作物が「自分の人格を刻印した」ものであるという著作物の標準的なオリジナリティの要件が要求されるようになり、単に現実を再現するだけの写真、例えば、絵画をありのままに描くだけの絵画の写真を保護対象から明確に除外することになった¹⁶¹⁵⁾。

(viii) 1985 年 7 月 3 日著作権法は写真にもオリジナリティを要求するようになり、写真のオリジナリティとは具体的に何かが問題となる。香水の著作権保護の可能性を扱うケースでも明らかになっているように、その写真は撮影者のオリジナルの作品であるのか、あるいは撮影者側のノウハウの結果にすぎないのではないかとということが問われるようになっている。たとえば、2011 年破毀院で扱われた事件では、写真作家の原告が、自分の写真が部分的に、マルセイユ市広報誌と広告ポスターに勝手に、利用されたとして、マルセイユ市と広告ポスターの関係者を著作権侵害で提訴した。その写真は、「プロヴァンス風の皿の皿の端に続く円の円弧の中に配置された頭

1614) Mengual 前掲注 (1609) 参照。

1615) The 1709 Blog (2012) 前掲注 (1613) 参照。

と尾が出会う2つのウェハーがあり、2つの調和のとれた曲線を形成し、皿はサフラン色で、マルセイユの有名な料理であるブイヤベースとブルライドの色を連想させ、皿の縁に沿って二匹の魚の色合いの赤い縁取りがある」と説明されている。エクサン・プロヴァンス控訴裁判所は、2010年5月6日、「どのような方法で自分の人格を明らかにする創造的な活動の結果であるかを説明していない」とし、「この写真は、適切な照明、背景のトーン、調度品、ショットの角度についての研究を明らかにしていないことに注意しなければならない」と結論付け、「したがって、ノウハウだけを反映した技術的サービスの提供に過ぎない」として著作物であることを却下した。原告は上告したが、2011年10月20日、破毀院は控訴裁判所も、「問題となっている写真は心の作品ではない」と宣言して、控訴裁判所の判断を是認し、上告を棄却した¹⁶¹⁶⁾。したがって、フランスの裁判所は、現在、「心の作品」と「ノウハウの結果」の区別のために先例の蓄積に努めている。

(ix) イギリスの1710年のアン女王の著作権法は文学を保護することを主眼としたため、保護の対象は書籍だけであった。1734年の彫刻著作権法¹⁶¹⁷⁾では、設計、彫刻、食刻あるいは版画に拡大し、1766年の彫刻改正

1616) Cour de cassation, vingt octobre deux mille onzem, N° de pourvoi: 10-21251; <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024702385&fastReqId=1220224171&fastPos=1>

1617) イギリス 1734年彫刻著作権法2条「その救済、将来に向けてのそのような実務を予防するために、以下のように定められる。つまり、1735年6月24以降に、メゾチント (Mezzotinto)、キアロスкуро (Chiaro Oscuro) に、ないしは自分自身の著作物や発明から、発明、設計、彫刻、食刻あるいは創作した者、あるいはメゾチント、キアロスкуроに、ないしは、何らかの歴史的ないしはその他の版画をデザインさせ、彫刻させ、食刻させ、ないしは創作させた者はすべて、その最初の発行の日から数えて、14年間の間、その物を印刷、再刷する独占的権利と自由を有する。ただし、それらの物には、著作権者の氏名がプレートの場合にはそれぞれのプレートと一緒に刻まれ、版画の場合には各版画と一緒に印刷されなければならない」。

著作権法¹⁶¹⁸⁾では、さらに、肖像・社交・風景・建築・地図・海図の版画などが追加された。1862年法の法案段階で、下院における審議においては、アイルランド出身の弁護士ルイス議員 (John Harvey Lewis, 1814–1888) は、「写真は美術品ではなく機械的なプロセスである」として、この種の法律に「現時点で写真を含めるのは危険だろう」という問題を提起したという¹⁶¹⁹⁾。写真の機械性を根拠に、写真を著作物に含めることには懐疑的な意見が多かったようであるが、1862年の「純粋美術の著作物の著作権に関する法律を改正し、当該純粋美術著作物の製作及び販売における不正行為を抑止するための法律」で、著作権の保護の対象が、文学的な著作物だけではなく、絵画などの芸術的な著作物に拡大され、その際に、その芸術的な著作物の中に写真も含まれるようになった¹⁶²⁰⁾。これは、つまり、芸術的でない写真は著作物ではないことになる。1988年著作権法では、美術の著作物の基本的な分類によるもの(絵画、写真、コラージュ、または彫刻)は、

1618) イギリス 1766年彫刻改正著作権法1条「1767年1月1日以降、デザイン、彫刻、食刻、ないしはメゾチント (Mezzotinto)、キアロスクーロ (Chiaro Oscuro)、歴史的版画、肖像・社交・風景・建築・地図・海図の版画、図面を作成した者、あるいは、その自分の著作物、デザインないしは発明から、デザイン、彫刻、食刻、メゾチント (Mezzotinto)、キアロスクーロ (Chiaro Oscuro)、何らかの歴史的版画、肖像・社交・風景・建築・地図・海図ないしは小型地図、ないしはその他版画を創作させ、ないしは周旋した者は誰でも、これによって、本法で定める制限のもと、前述の法と本法の受益と保護を受け、受けると宣言されなければならない」。初めて、イギリス著作権法の中に肖像が加わった。

1619) Ronan Deazley, *Commentary on Fine Arts Copyright Act 1862*, 11, 2008, in *Primary Sources on Copyright (1450–1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org; Committee (Hansard, 20. March 1862) (HC Deb 20 March 1862 vol 165 cc1889–93) https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1862/mar/20/committee-1#column_1890

1620) イギリス 1862年著作権法1条「英国の臣民であるか、または英国領内に居住している者であり、英国領内または他の場所で作成されているか、または作成されていたか、本法施行前に売却も処分もなされていない、すべてのオリジナルの絵画、図面、および写真の著作者とその者の権利譲受人は、そのような絵画、図面、そのデザイン、そして、そのような写真、写真のネガをいかなる手段でも、いかなるサイズでも、複製、彫刻、再製そして増製する単独の排他的権利を、そのような著作者の自然の寿命の間と、著作者の死後7年間に有する」。

「芸術的な質の如何を問わず」保護の対象となり得る¹⁶²¹⁾。

2001年イギリス最高裁判所 *Antiquesportfolio.com v. Rodney Fitch* [2001] FSR 23 事件では、1999年6月、原告はインターネット上で骨董品の広告・販売を行う事業を開始するために、同月、被告のデザイン・コンサルタント会社に、ウェブサイト、名刺、広告資料、ロゴに関するデザイン及びブランディングのコンサルタントなどの業務を委託した。被告の資料には、ウェブサイトのバナーには画像をモチーフにしたアイコン、写真をトレースして簡略化したロゴの入ったナビゲーションボタン、写真を元にした原告の「パンフレット」の「表紙」に描かれた大きな絵などが含まれていたが、その中には、「*Millers Antiques Encyclopaedia*」というサイトに掲載されている骨董品(家具、美術品、ガラス製品など)の写真なども含まれていた。原告は、それらの素材が第三者の著作権を侵害しているので、被告に支払った対価の返還を求める訴訟を開始した。本件の主要な争点は、被告には第三者の著作権を侵害する素材を供給しないという旨の暗黙の条項が原告との契約に存在したかどうかであるが、ニューベルガー長官(David Edmond Neuberger, 1948-)は、水差しやソファなどの単一の立体の静止物を写真に撮るには、位置、角度、照明、ピントなど、写真家には技術と努力、例えば、特定の商品の色や陶器の釉薬のような他の商品の特徵など、商品の特定の品質を表現するために技術と努力が必要である。イギリス最高裁判所は、この写真は、そのような技術と努力のもとに撮影されたものであると著作物であると判示したが、それは、立体物の写真には最低限の注意と技術が使われていなければ、著作権ではないとい

1621) イギリス1988年著作権・意匠・特許法では、美術の著作物とは「芸術としての質の如何を問わず、絵画の著作物、写真、彫刻、またはコラージュの著作物、建物または建物の模型である建築の著作物、もしくは美術工芸品である」と定義づけられている。「絵画の著作物」は、さらに「絵画、素描、説明図、地図、図表または図面、およびすべての彫刻、版画、石版画、木彫または類似の著作物を含む」と定義づけられている。

うことも意味することになった¹⁶²²⁾。

(x) ドイツでは、1837 年 6 月 11 日のプロイセン著作権法「偽版および模造版に対する学問および芸術著作物の所有権の保護に関する法律」では、あらゆる種類の原稿、書き取った説教や口頭での講義など、文学的著作物が中心に保護され¹⁶²³⁾、さらに、絵画や図面の保護にも拡大されている¹⁶²⁴⁾。ドイツでは、肖像権の発端はすでに 1857 年にあった¹⁶²⁵⁾。つまり、1857 年、ドイツ書籍出版業組合が、著作権法の草案を起草したときに、その 46 条に以下のように定めたという。つまり、「肖像の偽版にはそれぞれの所有者に常に差止権がある」。その草案理由には、「所有者の同意を得ずに、芸術家が再刷・複製することは、個人の内面的で最もデリケートな関係を侵害することになることはいうまでもない」という。この所有者とは、肖像本人と考えられていたようである。しかし、この草案は成立しなかった。そこで、1869 年に、再度、ドイツ書籍出版業組合は、草案を起草したが、帝国議会に上程する前に、この肖像所有者に差止権を認める規定は削除された¹⁶²⁶⁾。この草案も成立することはなかったが、肖像の所有者に差止権を認める発想は、7 年後に成立した 1876 年 1 月 10 日ドイツ「無断複製から写真を保護する法律」に受け継がれ、肖像の所有者の代わりに、肖像の注文者に差止権を認めたのではなく、注文者にその肖像の複製権、つまり、

1622) <https://uk.search.yahoo.com/search?p=Antiquesportfolio.com+v.+Rodney+Fitch+%5B2001%5D+FSR+23&fr=yfp-search-sb>

1623) 1837 年 6 月 11 日プロイセン著作権法 3 条「(1) 次のものの、著作者またはその権利承継人の許可なしになされる増刷は偽版とみなされ、それゆえ、禁止される。(a) あらゆる種類の原稿、(b) それらが著作者の本名で発行されているかどうかにかかわらず、書き取った説教や口頭での講義、(2) それには、(a) 原稿、その写し、および (b) 書き取った説教あるいは講義の合法的占有者の同意が必要である」。

1624) 1837 年 6 月 11 日プロイセン著作権法 21 条「図面や絵画を銅版画、鉄版画、木版画、リトグラフ、カラー印刷、転写などの方法で複製する場合には、その原画の著作者ないしはその権利承継人の許可なく行なうことは、禁止される」。

1625) Bewier 前掲注 (1606) 5-6.

1626) Bewier 前掲注 (1606) 5-6.

著作権を認めることになった。仮に、注文者が、肖像本人、つまり、肖像の所有者である場合に、肖像本人に著作権の発生を認めることになった¹⁶²⁷⁾。これは、肖像写真の本来の著作者との関係で議論を巻き起こしたようである¹⁶²⁸⁾。なぜなら、写真の複製権は写真の作成者、つまり、撮影から画像固定までの一連の作業を行なった者に5年間、帰属することが定められていたからである¹⁶²⁹⁾。1900年5月26日のライヒ裁判所(RGSt. Bd. 33, 295ff.)の判決では、自転車工場の広告写真作成に関して、写真を注文したのは紳士で、モデルの女性は、その紳士のために写真を撮ることを写真家に同意したが、写真家が、その女性の同意なしに、プリントを増刷しようとした場合に、そのモデルの女性に異議を唱える権利はないと判断した。なぜなら、写真家に注文したのは、そのモデル女性ではなく、紳士であったからであるという。この判決後には、この「注文者」の概念につき、肖像本人と写真家の仲立ちとして、この注文者とはどのような管理を行なう必要があるのか議論されたようである。また、瞬間にカメラ撮影が可能になってくると、そもそも「注文者」という存在が必要なのかという根本的問題も提起され始めたようである¹⁶³⁰⁾。

1907年1月9日のドイツ「造形美術と写真の著作物の著作権に関する法(KUG)」で、1876年1月10日の「無断複製から写真を保護する法律」の多くの規定は廃止されたが、1907年の新法では、造形美術と一緒に写真も

1627) Bewier 前掲注(1606) 8によれば、この立法をコーラー (Josef Kohler, 1849-1919) は擁護したという。

1628) しかし、この立法に批判が集中し、Josef Kohler, *Eigenbild im Recht*, Berlin 1903, 7は、そのような批判は、著作者人格権と無体財産権(著作権)に関する恒常的で不幸な取り違えであると反論する。それでは、どれが著作者人格権で、どれが無体財産権であるかについては、コーラーは回答していない。

1629) 1876年1月10日ドイツ「無断複製から写真を保護する法律」1条「写真撮影により製作された著作物の全部または一部を機械的手段により複製する権利は、写真を作成した者に排他的に帰属する」。同6条「(1)複製に対する現行法の保護は、写真の著作物の作成者に5年間、保証される」。

1630) Bewier 前掲注(1606) 12。

著作物として保護され¹⁶³¹⁾、写真の作者の定義も定められた¹⁶³²⁾。つまり、写真の著作物の作者とは、撮影をしてそれを視覚で確認できるように画像を固定した者である。さらに、18条2項では、「人物の肖像絵画であれば、肖像画の注文者とその権利継承人はその肖像絵画を複製することができる。肖像画が造形美術の著作物、つまり肖像絵画である場合には、作者が生存している限り、原則として、注文者らは、写真によってのみ複製をすることができる」。同22条1文では、「(1) 肖像は、肖像本人の同意を得た場合にしか、頒布または公開することができない。特段、合意がなく、報酬を受けて肖像を描かせている場合には、肖像本人が同意したものと見做す。肖像本人の死後、10年が経過するまでは、肖像本人の親族の同意が必要である」。この22条の規定は、現在(2020年)でも有効であるが、同22条4文は、同本法でいう親族とは、肖像本人の生存している配偶者または生活パートナー、子供、配偶者も生活パートナーも子供もいない時には、肖像本人の両親をいう」と、2001年の同性の生活共同体の差別終了法¹⁶³³⁾により、「生活パートナー」の文言が追加されている。なお、1965年9月9日の現行著作権法の施行により、肖像権等に関する規定を除き、1907年1月9日の「造形美術と写真の著作物の著作権に関する法(KUG)」は廃止された。

これらの諸国の法状況を見ると、確かに、ドイツが肖像につき最も詳細な規定を有していた。それを見本として、わが国の明治20年(1887年)写真版權条例2条1項も、「写真版權ハ写真師ニ属シ写真師死亡後ニ在テハ其

1631) 1907年1月9日ドイツ「造形美術の著作物と写真の著作物の著作権に関する法律(KUG: Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie KUG vom 9. Januar 1907)」1条「造形美術の著作物と写真の著作物の作者は、本法の定めによって保護される」。

1632) 1907年1月9日ドイツ「造形美術の著作物と写真の著作物の著作権に関する法律(KUG)」3条「写真と類似した方法で製作された著作物も、写真の著作物と見做すものとする」。

1633) Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften vom 16. Februar 2001 (BGBl. I S. 280)。

相続人ニ属スルモノトス但シ他人ノ嘱託ニ係ルモノ、写真版權ハ嘱託者ニ属シ嘱託者死亡後ニ在テハ其相続者ニ属スルモノトス」と定め、明治32年(1899年)旧著作権法も、それを継承し、嘱託による写真肖像の著作権を、肖像本人でも写真家でもなく、嘱託者にしたが¹⁶³⁴⁾、これらはドイツの1876年1月10日ドイツ「無断複製から写真を保護する法律」と同様の問題を孕むことになった。

2011年12月1日欧州司法裁判所(ECLI:EU:C:2011:798; EUGH ZUM-RD 2012, 1) Painer 事件判決¹⁶³⁵⁾によると、写真家パインナー(Eva-Maria Painer)は、長年、幼稚園や放課後の保育園などで子どもたちの写真を撮影してきたが、ある日、背景のデザイン、位置や表情の決定して、カメラを操作してナターシャ・Kという子供の写真を数枚撮影し販売した。1998年、Kが10歳で拉致された後、新聞社や雑誌社は原告が撮影したKの写真を利用して似顔絵や合成写真を作成した。欧州司法裁判所では、犯罪捜査という公益性が高くとも、この肖像写真が、自由な創作的選択において表現されている著作者自身の知的創造物が表わされている限り、それは著作物であり¹⁶³⁶⁾、その利用には著作者の同意が必要であると判断された。ただし、現行国内法において、「ドイツ法の最大の特徴は、創作性の高さの度合いによって保護に明らかな違いを設けていることであり、写真についても創作性を有するものは『写真の著作物』として著作権を保護し、創作性を

1634) 日本・旧著作権法25条「他人の嘱託に依り著作したる写真肖像の著作権は其の嘱託者に属す」。水野・前掲注(1612)101~102頁によると、写真の著作権が写真師に帰属することは当然としながらも、「然レトモ、人物ノ写真ヲ其ノ人ノ許諾ナク店頭ニ羅列シ公衆ニ発売スルハ実ニ吾人ノ人身權ヲ侵スモノナリ之ヲ放任スルハ法律上決シテ正當ニアラス、故ニ本条ハ著作権ハ著作者ニ属ストノ原則ニ例外ヲ設ケ他人ノ嘱託ニ係ル肖像ノ写真ニ限り其ノ著作権ハ写真師ニ属セスシテ嘱託者ニ属ストセリ」という。

1635) <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115785&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>

1636) Manfred Rehbinder, Alexander Peukert, Urheberrecht, 18. Aufl., München 2018, 84.

欠くようなものは『写真』として隣接権の対象としての保護となっている」¹⁶³⁷⁾ ことである。

このように、写真の発祥国といわれているフランスや、それを発展させたイギリス、そしてドイツにおいても、写真が芸術的であるかどうかという基準で著作物か否かを決定するという実務は終息している。しかし、その後も「ノウハウの結果」とか、「技術と努力は存在したか」、あるいは「知的創造性か」という付加的な要件は常に課されて来ている。

① 本件対象物である原告書籍は著作物か

本件では、有名女優の肖像写真のリトグラフが、写真の著作物の著作者の複製権を侵害しているのではないかが問題となっている。

1976年の現行法では102条a項で著作権の対象が例示されているが、そこには写真はない。写真に近接の範疇とすれば、5号の「絵画作品、図形作品、彫刻作品」である。101条の定義規定では、この「絵画作品、図形作品、彫刻作品」には、「純粹美術・図形美術・応用美術の二次元および三次元の著作物、写真、版画そして美術の複製物、地図、地球儀、海図、図表、模型そして、建築計画を含め図面を含めるもの」としている。つまり、定義規定のなかで初めて写真が登場するが、絵画と写真は、絵画が上位概念で、その下に写真が含まれるという構造になっている。しかし、歴史上、絵画と写真が著作権法に導入される順序をみると、一般的には、絵画が先である。しかし、アメリカでは、1865年に写真が導入され、絵画は1870年になって著作権法に登場した。そのため、歴史上、写真を芸術の著作物あるいは絵画のなかに含めることはできなかった。アメリカの旧著作権法の中には、法文上、写真だけではなく、ネガも定められていたこともあつ

1637) 北川あずさ「写真の著作物とその創作性」青山学院大学法学部著作権法ゼミ卒論集(2010年)141～153頁(148頁)。さらに、小林尋次「再刊原稿著作権法の立法理由と解釈—著作権法全文改正の資料として—」第一書房(2010年)〔初出1958年〕26頁参照。

たが、1909年法以降、現行法にもネガの文言はない。

そもそも、1790年に制定された連邦最初の著作権法は、文芸と学術の発展を推奨していたため、その保護対象は、書籍、地図、図表に限定されていた。それが、12年後には、1802年法が「『1790年法で定めた期間、地図、海図、書籍の複本をその複本の著作者と著作権者に保証することによって、学問を奨励するための法律』という題号の法律を補充し、さらに、1790年法の利益を歴史的版画とその他の版画を、設計し、彫刻し、食刻する技能に関して拡大する法律」という題号であるように、著作権の保護対象として版画を含め¹⁶³⁸⁾、芸術作品も保護の対象に含めた。それが徐々に拡大され、写真は、ただか2箇条だけの1865年法において初めて著作権の保護対象となった。その1865年法1条によれば、「1831年2月3日の法の規定は、拡大して、今後作成される写真及びそのネガも含むものとし、写真及びそのネガの著作者の利益のために、版画と彫刻の著作者と同様に、同一の範囲で、かつ同一の条件で効力を生じるものとする」¹⁶³⁹⁾。さらに、1831年法では挿絵も含まれたが、これは書籍に挿入された一部と考えられたもので、独立した芸術作品とは見做されていない。ネガの言葉の挿入が1865年というのは、写真技術の発達からすると、非常に遅れている感が否めないが、アメリカでは、ネガ・ポジのセットであるタルボットのカロタ

1638) 1802年法2条「合衆国市民ないしは合衆国居住者であつて、1803年1月1日以降に、歴史的版画ないしはその他の版画を發明して設計し、彫刻し、食刻ないしは細工し、あるいは、自らの著作物と發明物をもとに、それらの歴史的版画やその他の版画を設計させ、彫刻させ、食刻させ、細工させた者は、1790年法が地図、海図、書籍のために規定しているように、書記官室でその題号を記録してから14年間、当該版画を印刷、再刷、発行、販売する独占的な権利と自由を有するものとする」。

1639) 1865年法2条「1831年2月3日の法で著作権が認められようとしている、それぞれの書籍、小冊子、地図、海図、楽曲、版画、彫刻ないしは写真の印刷された複製物は、発行後1ヶ月以内に、無料か、その他の費用で、ワシントンの連邦議会図書館に向けて、同図書館の利用のために、その著作者ないしは著作権者が郵送しなければならない。連邦議会図書館長は、受領すれば、書面で受領書を交付しなければならない」。

イブ方式よりも、1枚ものの原版式のダゲレオタイプに長年人気があったのが原因のようである。次に、2年後の1867年法にも写真は含まれている¹⁶⁴⁰⁾が、同法は納品に関する法律であるため、独立の著作物とは見做されなかった挿絵は著作物とは考えられていなかった。その3年後の1870年法は、写真とそのネガだけでなく、さらに絵画、図面、石版画、彫像、塑像など芸術作品も保護の対象に加えた¹⁶⁴¹⁾。写真を絵画の一部と見做す立法例からすると、立法の順序が逆であるため、写真を絵画の中に含めて保護することはできなかった。1874年法1条では、写真、挿絵、絵画も保護対象に含まれているが、ネガは含まれていない¹⁶⁴²⁾。1891年法も写真を保護

1640) 1867年法1条「著作権が保証されようとしている書籍、小冊子、地図、海図、楽曲、版画、彫刻なしは写真の著作権者のうち、ワシントンの連邦議会図書館へ、そのような書籍、小冊子、地図、海図、楽曲、版画、彫刻ないしは写真の印刷された複写物を発行後1ヶ月以内に納入しなかった者は、未納ごとに25ドルの罰金を支払わなければならない。それは、滞納者が居住する裁判管轄区域の連邦地方裁判所ないしは巡回裁判所において、連邦議会図書館長が合衆国の名義のもとに徴収する」。

1641) 1870年法86条「合衆国市民ないしは合衆国の居住者で、書籍、地図、海図、演劇、歌劇、彫刻、挿絵、版画、写真、そのネガの著作者、発明者、設計者、あるいは、絵画、図面、多色石版画、彫像、塑像の著作者、発明者、設計者、そして、芸術作品として完成することを意図した模型と設計の著作者、発明者、設計者、さらに、それらの遺言執行人、遺産管理者ないしは権利承継人は、本法の規定に従っていることを条件に、それらを印刷、再刷、発行、完成、複製、創作、仕上げそして販売する独占的自由を有するものとする。そして、演劇の場合には、それを公に上演し、再演し、ないしは、他人をしてそれを上演させ、再演させる独占的自由を有する。さらに、著作者は、自ら自身の著作物をドラマ化し翻訳する権利を保有することができる」。

1642) 1874年法1条「何人も次の語句を、書籍の場合にはすべての既発行の版の各複製物の扉ないしは扉の次頁に挿入し、あるいは、地図、海図、歌劇、版画、挿絵、彫刻、写真、絵画、図面、多色石版画、彫像、塑像、ないしは、本法によって定められたように芸術作品として作成、完成することを意図した模型や意匠の場合には、その目に見える部分に刻印ないしは素材に埋め込んでいなければ、著作権侵害訴訟を提起してはならない。つまり、『○○○○年に連邦議会制定の法律に従って、ワシントンの連邦議会図書館事務所でA.Bが登録した』あるいは、『著作権・年号・著作権者名』のように、著作権という単語、登録年、著作権を取得した者の名前を記載しなければならない」。

の対象として列挙している¹⁶⁴³⁾。1905年法も写真だけではなく、そのネガも保護対象に含めている¹⁶⁴⁴⁾。1909年法では5条に登録のための著作物の種類として(j)項に写真が含まれ、さらに、(g)項では美術の著作物、美術の著作物のための模型または意匠、(h)項では美術の著作物の複製品、(k)項では版画と図解など、総数で14箇条の例示規定があるが、ネガは含まれていない¹⁶⁴⁵⁾。

1643) 1891年法4965条「すべての地図、海図、劇作、歌劇、版画、挿絵、彫刻、写真、石版刷の題号、あるいは、すべての絵画、図面、彫像、塑像の解説の題号、あるいは本法によって定められたように芸術作品として作成し、完成することを意図した模型や意匠の題号が記録されたあとに、本法の規定に反して、その限られた期間内に、とりあえず2人以上の証人の立ち会いのもとで署名された書面による著作権者の同意を取得することなく、全体として、あるいは部分的に彫刻、食刻、細工、複写、印捺、発行、上演、翻訳または輸入し、あるいは、本法の規定を回避するために主要な意匠を変更し、あるいは、そのように印刷され、発行され、上演され、翻訳され、あるいは輸入されることを知りながら、前述のような地図またはその他の作品の複製物を販売し、または販売のために陳列した者は、それらが複製されるすべての原版と、複製であれ印刷であれ、そのすべてのシートを著作権者によって没収され、さらに、絵画、彫像、塑像の場合には、印刷中、印刷済み、複写され、発行され、輸入され、販売のために陳列されたが、その占有がまだその者にあるシート1枚毎に1ドルが没収され、その者によって販売され、販売のために陳列され、まだその者の占有にあるシートの複製物1枚毎に10ドルが没収され、その半分はその著作権者に、残りの半分は合衆国のために使用される」。

1644) 1905年法4952条「すべての書籍、地図、海図、演劇ないしは歌劇、彫刻、挿絵、版画ないしは写真ないしはそのネガ、ないしは、芸術作品の著作物として完成することを意図した模型や意匠の著作者、発明者、設計者ないしは著作権者とそれらの遺言執行者、遺産管理人ないしは権利承継人は、この章の規定に従うことを条件として、それらを印刷、再刷、発行、完成、複製、創作、仕上げ、そして販売する独占的な自由を有するものとする。演劇の場合には、公の上演ないしは再演し、他人に上演ないしは再演させる独占的な自由を有するものとする。そして、著作者ないしはその権利承継人は、アメリカ合衆国の法に基づき、その著作権を取得したはずの自分達のあらゆる著作物をドラマ化し、翻訳する排他的権利を有するものとする。……」。

1645) 1909年法5条「著作権登録を申請する際には、その著作権を主張する著作物を以下の種類の中から明記しなければならない。(a) 書籍(集合著作物、百科事典、住所録、地名辞典その他の編集物を含む)、(b) 定期刊行物(新聞を含む)、(c) 講義、説教、講演(口演のための準備も含む)、(d) 演劇ないしは歌劇作品、

本件原告フォークの写真は、女優マーロウ (Julia Marlowe, 1865–1950) を撮影した写真であるが、これは著作物か。現在も、原告の多くの写真は、インターネットで閲覧し、購入することも可能である。本件訴訟記録によれば、原告は、1889 年頃、マーロウがブロードウェイのいずれかの劇場の舞台上、約 20 または 30 の異なる位置で、スーツ姿であったり、「野蛮人インゴマル (Ingomar, the Barbarian)」の劇の中でのパーセニア (Parthenia) という役の衣装を着て、ポーズをとっているところを撮影したようである¹⁶⁴⁶⁾。インターネットで、筆者は、原告フォークがパーセニアの衣装を着たマーロウの写真を特定することができなかったが¹⁶⁴⁷⁾、1892 年、原告フォークがシェークスピアのシンベリン (Shakespeare's Cymbeline) のイモーゲン (Imogen) に扮したマーロウを撮影している写真を見つけることができた。それは、解説によると、キャビネット (12 cm×16.5 cm) という大きさのカード (cabinet card) に、ゼラチン・シルバー・プリント (Gelatin silver print) されたものであるという。このゼラチン・シルバー・プリントとは、「19 世紀末に発明され、今日でも使われている白黒写真の印画紙の総称。ゼラチンに臭化銀などの光に感じる物質を混ぜ、紙に塗って乾かしますが、普通は工場で製造されています。この印画紙は とても光に感じやすいので、暗室で感光させたあと現像液に入れて現像します。この印画紙の出現によって小さいネガからの引き伸ばしが簡単になりました」¹⁶⁴⁸⁾ という。原告フォークが、この時期に撮影した写真は、ほとんどが

(e) 楽曲、(f) 地図、(g) 美術の著作物、美術作品の模型や意匠、(h) 美術作品の複製物、(i) 図面ないしは科学・技術的性格のある塑性著作物、(j) 写真、(k) 版画と図解 (商品品目に利用される版画や標識を含む)、(l) 劇場用映画、(m) 劇場用映画以外の映画、(n) 録音物」。

1646) この中に、そのいずれかの写真があるかも知れない。https://cabinetcardgallery.com/category/photographer-rose-sands/

1647) このような写真であったかも知れない。http://www.josephhaworth.com/images/Fellow%20Actors/Julia%20Marlowe/Julia%20Marlow%20as%20Parthenia%20in%20Ingomar-Photo-B&W-Resized.jpg

1648) 写真の技法解説; https://topmuseum.jp/contents/images/explanation/

キャビネット・カードにゼラチン・シルバー・プリントしたものであるようである。アメリカでは、長くダゲレオタイプによる肖像写真が好まれてきたようであるが、原告フォークの装置は、ダゲレオタイプではなくタルボットのカロタイプ方式を使用していたものと思われる。

このような性質の本作写真が著作権法上、保護されるのか。本作は1893年頃に発生しているため、本作に適用すべき著作権法は1891年法になる。前述のように、同4965条にはすでに写真も著作権の保護対象として含まれているが、何が写真なのかという定義は著作権法にはない。そこで、次の手がかりは判例である。写真が訴訟の対象物とされた裁判例を探すと、きわめて少ないが、幸い9年前の1884年アメリカ連邦最高裁判所 *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S.53 という事件判決がある。この事件では、写真家ナポレオン・サロニー (Napoleon Sarony, 1821–1896) が、1882年、スーツ姿の作家オスカー・ワイルド (Oscar Fingal O' Flahertie Wills Wilde, 1854–1900) を撮影した¹⁶⁴⁹⁾。被告バロー・ジャイルズ・リトグラフ社 (Burrow-Giles Lithographic Co.) は、その写真を無断でリトグラフにして販売した。そのため原告は著作権侵害で被告をコモン・ロー裁判所に提訴した。1884年の段階には、前述のように、すでにアメリカでも1865年法によって写真も著作権法上保護されている。しかし、写真を著作権法で保護すること自体が、連邦憲法に違反しているのではないかという被告らの主張に対して、アメリカ連邦最高裁判所は、その点について重点的に審理した。ミラー裁判官 (Samuel Freeman Miller, 1816–1890) の法廷意見によれば、「当該写真が作者のオリジナルで知的な構想の表れである限り、連邦憲法もこの写真の著作権を認める法律を包含できるほどに十分

explanation.pdf; 白岩洋子「記録を残すために・写真資料保存修復の基礎 [1]」
記録を残すために」GCAS Report Vol.5 (2016年) 20～34頁参照。

1649) https://ja.wikipedia.org/wiki/%E3%82%AA%E3%82%B9%E3%82%AB%E3%83%BC%E3%83%BB%E3%83%AF%E3%82%A4%E3%83%AB%E3%83%89#/media/%E3%83%95%E3%82%A1%E3%82%A4%E3%83%AB:A_Wilde_time_3.jpg

広範であることに疑いが無い。しかし、彫刻、絵画、版画は著作者の知的な構想を具現化しているが、その知的な構想の中に新規性、発明、オリジナリティが存在するため、その独占的な利用や販売をその著作者に保証することは、この連邦憲法の目的に含まれている」といって、被告らの主張を棄却した。それで、本件の写真が著作物であるといえるかに関しては、「当該写真は有用で新しく、調和のとれ、特徴的で優美な画像である。原告サロニーは、自分のオリジナルの心理的な構想をもとに、写真機の前で被写体オスカー・ワイルドにポーズを取らせることによって、その構想を目に見えるようにした。当該写真の衣装、カーテン、その他のさまざまなアクセサリーを選択して配置し、優雅な輪郭を提示するように被写体を配置し、明暗を調整して配置し、望まれる表現を示して喚起し、かつ、原告が完全に行ったそのような処分、配置、表現からスーツ姿の被写体の写真を製作した」のであるから、当該写真は著作物であり、同旨の原審判決を是認している。しかし、本件写真を著作物であると認める事実認定としては、あまりに浅薄すぎる。それでは、何故にミラー裁判官の法廷意見は、このように蛙鳴蟬噪なのか。

原審は、1883年ニューヨーク南部地区巡回裁判所 *Sarony v. Burrow-Giles Lithographic Co.*, Federal Reporter, Vol. 17, 591 (C.C.S.D.N.Y.) である。被告バロー・ジャイルズ・リトグラフ社の控訴理由は、(i) 写真を著作権で保護することは連邦憲法違反であること、(ii) サロニーが著作権表示で、著作権者の氏名をフルネームでなく、クリスティアン・ネームを大文字1字の略語にして表示しているので、それは適法な著作権表示ではないから、本件写真は著作物ではないという点である。これに対して、コックス (Alfred Conkling Coxe Sr., 1847-1923) 判事は、簡潔にいずれの控訴理由も根拠がないとして棄却している。しかし、この全体で13頁の判決文は、その先の3~13頁にわたり、教科書のように著作権法に関する解説がある¹⁶⁵⁰⁾。これは、判決文の末尾に記載された氏名から、ロジャーズ (Henry 1650) そこでは、(1) コモン・ローの文学的財産権、(2) 商号・商標としてのブ

Wade Rogers, 1853–1926) 判事の手による解説のようである。ロジャーズ判事は、「写真」については、フランスの判例を詳細に説明して、「我々の意見」として、いくつかの重要な指摘をしている。

(i) 写真と絵画が根本的に異なるのは、写真が装置と化学の手を借りて、迅速に作品を完成させるのに対して、絵画は時間を掛けじっくりと完成させていく。ますます、技術の進歩によって、写真は一瞬のうちに完成させることが可能となっている。(ii) しかし、画家も自分の絵を思い付いた後に、思い付くままに、それを迅速に一筆でキャンパスに再現したとすれば、その筆は写真の装置とほとんど同じであるから、所要時間は決定的ではない。(iii) 立法者の頭の中では、これが芸術でないかどうかを判断する義務を大学の代わりに、法廷の裁判官に委ねることはあり得ないと考えていたであろう。(iv) 我々ができることは、どのような装置を使い、どのような化学変化を利用しても、すべての写真を芸術作品に含めるか、あるいは、それを拒否するかのも二者択一だけである。そうでなければ、恣意の余地があり、その結果、裁判官にとっても、訴訟当事者にとっても危険である。(v) ある絵画を芸術作品であると言い、別の絵画を芸術的ではないと言い切ることが本当にできるのか。すべての写真は、その善し悪しはどうあれ、それが美学の法則に適合しているかどうかにかかわらず、すべての絵画や図面や彫刻と同様に芸術作品である。

このように、ロジャーズ判事は、写真の芸術性を個別的に判断することは好ましいことではないと考えていたようである。ただ、そうとはいえ、写真の著作物性につき、一般論として、「写真家は自分の作品を構想し、アクセサリーや光の遊びをアレンジし、再現する際に必要とされる明瞭さや大きさに応じ、道具の距離をアレンジし、遠近法の効果を考え、その上で、自分が考え出し、配置し、創造したものを作成する。その際に使う道具の

ルーマの名前、(3) 講義、(4) 要約、(5) 翻訳、(6) 楽曲、(7) 演劇、(8) 判例集、(9) 新聞雑誌、(10) 写真、(11) 説明広告、(12) 版画、(13) 土着技術の保護につき、イギリス、フランス、ドイツの実務を参照しながら解説されている。

迅速さ、完璧さ、忠実さには何ら意味がない。私たちはすでに何度もいつてきたように、作者の権利は、その作品に個性を与えた創造に由来するものである」¹⁶⁵¹⁾ という。これが、その上告審である 1884 年アメリカ連邦最高裁判所 *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony* 事件判決で、法廷意見を書いたミラー裁判官が突っ込んだ議論をしていない本当の理由であろう。

それでは、本件で、タウンゼント判事は、原告フォークの写真をもどのように判断したのか。タウンゼント判事は、1884 年の *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony* 事件判決を受けて、それが芸術的であるかどうかという価値判断は避けながらも、それにオリジナリティや個性があるのかという点については、2 点から検討を加えた。つまり、(i) 原告フォークの写真と他の写真家の写真の比較から明らかになること、(ii) 原告フォークの写真と、1884 年 *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony* 事件のサロニー撮影のオスカー・ワイルドの写真の比較から分かることを検討した。(i) 別の写真と比較して、タウンゼント判事は、「原告は、光と影を様々な装置を使って、満足のいく結果を出している。マーロウが予想していた位置は側面からの角度であることが分かるだろう。頭と目の向きは、体をどこまで回して手を上げればいいのか、頭をどのように傾ければ、光と影が顔と姿の美しさを最もよく見せることができるのかという点についても、マーロウ自身は判断できなかったようである。ポーズは 2 枚の写真とも機械的に似ているが、1 枚の写真には、きれいな女性が自分の姿を見せるために、意識的にただ立っていたが、もう 1 枚の写真 (原告フォークの写真) の方では、そのモデルは、原告が選択したポーズを取り、モデルが想定した役柄に徹して自分自身を喪失しているようであった」。そのため、タウンゼント判事は、原告写真のオリジナリティを却下する根拠がないと述べた。(ii) サロニーの写真と比較して、原告フォークが、マーロウにポーズを取らせ

1651) *Sarony v. Burrow-Giles Lithographic Co.*, Federal Reporter, Vol. 17, 591, 560 (C.C.S.D.N.Y., 1883).

たということも、もしかすると、サロニーがオスカー・ワイルドにポーズを取らせたというのと同じように、もはや、荒唐無稽とはいえないのではないかと考えている。オスカー・ワイルドの写真の評判は、サロニーがデザインした衣装と、サロニーが考えたポーズに大きな要因があった。

その1884年アメリカ連邦最高裁判所 *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony* 事件判決での事実認定をもとに考えると、連邦最高裁判所は、そのサロニーの写真が、オリジナルの芸術作品であり、知的発明であり、著作権法に基づいて保護を受ける権利があると判断した。このサロニーのケースと本件原告フォークのケースを比較すると、サロニーがしたのと同じことを、本件原告フォークもしていたという。たとえば、サロニーは、光と影、様々なアクセサリーを使って、そのキャラクターに対して自分の精神的な構想を込めている。その結果、このサロニーの写真は有用で、新しく、調和のとれた特徴的な絵である。それゆえ、連邦最高裁判所はサロニーをその著作者であると判断した。とすれば、本件でも、原告フォークが、本件写真の著作者とならなければならないということになる。

1884年 *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony* 事件判決でアメリカの連邦最高裁判所は、1883年の女王座裁判所 *Nottage v. Jackson*, 11 Q. B. Div. 627 事件判決を援用して、以下のように述べている。「裁判官のコットン卿 (Sir Henry Cotton, 1821-1892) によると、『著作者とは、独創的な心あるいは偉大な才能の持ち主の心のように保護されるべきものを生み出し、製作し、創作することを必要とするが、その際、それが図面であろうが、絵画であろうが、写真であろうが、同じである』という」。これにより、タウンゼント判事も、本件判決書のなかで芸術には差がないのであると述べている。したがって、タウンゼント判事は、同じモデルを撮影しても、写真家によっての違い、つまり、オリジナリティとか、個性という違いが出てくると、さらに、写真も絵画も図面も芸術としては同じであるから、本件写真も著作物であると結論づけている。

② 著作者は誰か

本件では、原告フォークが連邦議会図書館に本件写真を発行前に郵送してしまったようで、発行後 10 日以内に納品しなければならないという著作権法の形式的要件を遵守していることにはならず、著作物としては保護されない¹⁶⁵²⁾と被告らは主張している¹⁶⁵²⁾。しかし、本件写真自体が保護される著作物に値するものであるかどうかについては全く争っていない。その代わりに、被告らは、本件写真が著作物であったとしても、その著作者は本件写真を撮影した原告フォークではなく、被写体であった女優のマロウであると主張している。

本件の特徴は、1884 年アメリカ連邦最高裁判所 *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony* 事件判決のように、一律に写真を著作物と認めて、個別的に本件写真の創作性や個性は判断していないが、次の認定段階、つまり、著作者は誰なのか、具体的には写真家なのか、被写体なのかという問題を決定する段階で、写真の実質的な創作性の有無を判断しなくてはならない点である。確かに、写真では「機械的、化学的作動が何を言っても大きな作用をする」¹⁶⁵³⁾ とはいってはみても、最終的には、何らかの作品完成に寄与する人間の創作、精神的創造の有無や程度を見極める必要がある。その際、当人がどのような創意工夫を施したのかということも、確かに判断要素ではあるが、外部の観察者が完成した作品から、どれだけの創意工夫を読み取ることができるかが重要である。

そこで、創作性を発揮する主体を (a) 写真家、(b) 画家と仮定し、さらに被写体やモデルを、(i) 自然や無主物、(ii) 意識はあるが、知能はあまりない生物 (たとえば、動物や人間の幼児)、(iii) 意識と知能のある生物 (た

1652) この点につき、タウンゼント判事は、「1888 年 1 月 6 日、原告は印刷された題号を連邦議会図書館長に送り、さらに、同年 2 月 22 日、完成した複写物を 2 部連邦議会図書館長に送った。この双方の送付ともに、連邦議会図書館長によって正式に確認されている。そのため、原告が連邦著作権法の定める要件を遵守していないという主張は、証拠がない」という。

1653) 小林・前掲注 (1637) 47 頁参照。

たとえば、人間)に分けて、主体が発揮する創作性の有無、さらにその減少や増幅を考える。

まず、(a-i) 写真家が、自然の風景を対象として撮影した場合に、出来上がった写真と自然の風景は同一であるから、前述のようにその写真は自然のものとする立場もある。しかし、人間中心主義の近代科学はそれを了承することはできないだろう¹⁶⁵⁴⁾。そのため、写真家が著作者と判断される。写真撮影は、前述のように、現場でないと不可能なため、大幅に自然条件に制約される¹⁶⁵⁵⁾。そのため、自然条件を十分に理解し、季節や天候、撮影時刻等に適合した写真術を身に付けていれば、創造性も高く、望まれた結果が得られよう。とはいえ、自然の力は、人間の想像を超えることもあり、人間だけでは達成できない創作性に達することもあるだろう。しかし、写真家としての能力が低ければ、望まれた結果が得られず、高い創作性も感得されないだろう。(b-i) 画家が風景や屋内の花瓶や果物を描く場合、その絵画の著作者は画家であろう¹⁶⁵⁶⁾。前述の同一性理論によっても、絵画の所有権が自然や花瓶、果物に属するとはいえない。画家は、風景や花瓶、果物も目の前に置いて描く必要はなく、記憶を写真のように利用して再現したり、全く自然界には存在しない風景や花瓶、果物を、現実のように、あるいは空想として画くこともできる。それ故、写真以上に、画家は創作

1654) 桜井徹「連載・環境倫理の提言(8):『自然の支配』の行方」環境技術 23 巻 9 号(1994 年) 581～585 頁(581 頁)、榛葉豊「近代科学はなぜ西欧にのみ興ったのか—神教の思考と科学の思考—」静岡理工科大学紀要 23 号(2015 年) 73～79 頁(73 頁) 参照。

1655) 北川・前掲注(1637) 148 頁によれば、「風景写真においては、ある地点から撮影すればほぼ同様の写真を撮影することができるだろうが、季節や天候、撮影時刻等といった写真の成果に影響を与える撮影条件の選択、被写体となる人間や動物の動きや位置、瞬間の選択などによって、被写体そのものを人為的に作出する場合にも、人物をモデルとした写真については背景や人物の衣装、表情やポーズの選択、物の写真についても背景や配置、組み合わせや照明の当て方などによって創作性を見出すことができる」という。

1656) 茶園成樹「判例研究 写真の著作権・編集著作権の侵害の成否—商品カタログ事件(大阪地裁判決 平成 7.3.28)」著作権研究 25 号(1998 年) 209～218 頁(216 頁) 参照。

性を発揮し、それが感得されることもあろう。(a-ii) 被写体が野生の動物であったり、ペットの猫であったり、幼児である場合、被写体は写真家の言葉を完全には理解できないため、写真家とのコミュニケーションは難しい。しかし、写真家は、その場で、被写体に対峙する必要がある。写真家が様々な指示を出しても、被写体がそれに従うことは望めない。単なる偶然や、被写体の気まぐれ、被写体の抵抗が創作性になるとは考えずらく、あくまで著作者は写真家である。写真家は、撮影自体よりも別な作業や創意工夫が必要になり、それを創作性として外部から感得されることは難しい。(b-ii) モデルが野生の動物であったり、ペットの猫であったり、幼児である場合、被写体は画家の言葉を完全には理解できないため、同様に画家とのコミュニケーションは難しい。しかし、画家は、その場に居て、それらと対峙する必要はない。記憶を写真のように利用して再現したり、全く自然界には存在しない風景や花瓶、果物を画くこともできる。著作者は、写真の場合以上に、画家である。それ故、写真以上に、画家は創作性を発揮し、それが感得されることもあろう。(a-iii) 被写体が人間である場合、被写体は写真家の言葉を理解できるが、被写体にも意思や自我があるため、写真家の指示通りに、ポーズや表情を作るとは限らない。また、肖像写真の場合には、被写体が注文してくることも多く、その場合、被写体の希望と写真家の創作意図とが衝突することもある。証明写真機やプリント倶楽部の機械で写真家自身が自ら、いわゆる自撮りをする場合、被写体と写真家は同一であるから、写真家が著作者になることは明白である。しかし、写真家と被写体が別人である場合、どちらが著作者になるかを決定する際には、写真家と被写体の力関係や、被写体がどのように関与したかが問題となり、本件被告らが主張したように、被写体が著作者になることもあり得るだろう。(b=iii) モデルが人間である場合、モデル体にも意思や自我があるため、画家の指示通りに、ポーズや表情を作るとは限らない。しかし、画家は、必ずしも、そのモデルを面前に描く必要はない。また、肖像画の場合には、モデルが注文してくることも多く、その場合、モデルの希望と

画家の創作意図とが衝突することもある。注文者の指示により、創作性が減少することも多く発生するものと思われる。自画像の場合には、モデルと画家が同一であるため、画家が著作者になる。画家とモデルが別人である場合、どちらが著作者になるかを判断する際には、両者の力関係や、モデルの関与の仕方や度合いが影響するが、モデルが常時、画家と対峙し、きめ細かく画家に指図を出し、画家を自分の手足(筆)として利用した場合には、それは、注文者の自画像であり、注文者が著作者となるだろうが、そこまでモデルが画家の作業に容喙したのでは、望ましい結果がえられないため、一般的には画家が著作者となろう¹⁶⁵⁷⁾。

本件被告らは、本件原告の写真家が写真機を操る単なる機械工であって、原告が被写体マーロウのような熟練した女優に衣装、顔の表情、ポーズを提案できたと考えることは、不合理であると主張している。その根拠として、被写体のマーロウを長い間観察してきたというビジュアー・シアター(The Bijou Theater)のガス技師の証言を証拠として提出している。つまり「この劇場で写真に写されているのと全く同じポーズでいるマーロウを見た。写真に写っている衣装は、その役柄を演じるときにマーロウがいつも着用するものである。マーロウの髪型は、当時の流行であった」という。しかし、この写真を検証すると、このガス技師が証言の際に見たという写真は、原告が撮影したものではなく、別の写真家がマーロウを撮影したものであったことが判明したという。そこで、タウンゼント判事は、原告の証言を重視して、「写真家は、ある女優が舞台上で扮することに慣れている役柄に、自分の理想を投入するために、その女優にポーズを取らせ、照明や陰影と様々なアクセサリーを配置し、この女優の芸術的な写真を制作し」女優は自我を喪失し、役に徹するレベルにまで達したと判断した。つまり、本件原告フォークの件は、(a-iii) 写真家が全面的に被写体に指示を出し、被写体がそれに従順に従った類型に該当すると認定したことになる。

1657) 小林・前掲注(1637) 47 頁参照。

③ 本件被告らは、原告の著作権を侵害しているのか

本件では 1891 年法 4965 条が適用される。同 4965 条によれば、著作権侵害の対象となる著作物には、地図、海図、劇作、歌劇、版画、挿絵、彫刻、写真、石版画、絵画、図面、彫像、塑像、模型や意匠がある。さらに、同条により、著作権侵害になる行為は、列挙された著作物のいずれかを、全体としてあるいは部分的に、彫刻、食刻、細工、複写、印捺、発行、上演、翻訳、輸入、変更、販売、販売のために陳列したことである。この著作権侵害行為の存在が認定されれば、法効果として、複製用原版ないしはシートが没収され、さらに侵害者の占有に未だに残っているシート 1 枚ごとに 1 ドル、複製物 1 枚ごとに 10 ドルが没収される。

本件では、被告が勝手に利用した著作物は写真であり、その著作物を利用した行為は、リトグラフ (石版画) である¹⁶⁵⁸⁾。版によって画像を複製する方法には、① 凹版 (おうはん)、② 凸版 (とっぱん)、③ 平版 (へいはん)、④ 孔版 (こうはん) がある¹⁶⁵⁹⁾。① 凹版とは、銅の板を彫った溝にインクを入れ、紙に写し取る方法であり、削り方の違いにより、エッチング、ドライポイント、エングレービング、メゾチントなどに分かれる。② 凸版とは、版を削って、削っていない部分にインクを載せ、上から紙をかぶせて紙の上からバレンで圧を掛けて摺り、版にのっているインクを紙へ転写させる方法である。木版画がその例である。③ 平版とは、手書きの絵画と同様に、平らな板にインクを載せて、油が水を弾く性質を利用して、インクを付けたくない部分には、油性のクレヨンでマスクをして、水性のインクを弾く

1658) 本件被告ドナルドソン兄弟社のリトグラフの例は、以下のサイトで閲覧できる。https://images.search.yahoo.com/search/images?p=Donaldson+Brothers+lithographers&fr=yset_ff_sys_hp&imgurl=https%3A%2F%2Fmedia.gettyimages.com%2Fphotos%2Fdonaldson-brothers-lithographers-of-new-york-produced-this-history-picture-id88803764%3Fs%3D594x594#id=188&iurl=https%3A%2F%2Fi.ebayimg.com%2Fimages%2Fg%2FflQAAOSwSideQ9ns%2Fs-1400.jpg&action=close

1659) 「『美検』版画の 4 形式！リトグラフ、エッチング、シルクスクリーンの違い」(2018 年); <http://theory-of-art.blog.jp/archives/21851629.html>

ようにする方法であり、リトグラフがその例である。④孔版(こうはん)とは、板に穴が空いていて、穴にインクを通して紙に着色する方法である。ステンシルやシルクスクリーンがある。本件被告らは、リトグラフ(石版画)を利用したと認定されているので、③平版を利用したものと思われる。それでは、原告フォークが利用した写真技術とは何か。ゼラチン・シルバー・プリントという方法を利用したものと思われる。前述のように、このゼラチン・シルバー・プリントとは、ゼラチンに臭化銀などの光に感じる物質を混ぜ、紙に塗って乾かして印画紙を作成し、暗室でその印画紙に感光させたあとに、現像液に入れて現像する方法である。これは、1890年頃に普及していた写真技術の一つである。被告らは、ゼラチン・シルバー・プリントの画像を見本に、平らな板にインクを載せて随所に油性のマスクをして作り出した陽画が、ゼラチン・シルバー・プリントの「複製」「複写」かが問題となる。これは、単に製造方法が全く違うというだけではなく、両者を見る観察者の目からも、その陽画の感じ方には大きな差があるようである。

1866年ニューヨーク南部地区巡回裁判所 Wood v. Abbott, Blatchf. Vol. 5, 325 事件では、原告は、恐らく、カロタイプ方式を使って、まず写真機で撮影した画像をガラスのネガに定着させ、写真術でそのガラスのネガから、紙の印画紙に陽画を転写し、さらに、それを小さいカードに貼って販売していたようである。被告は、原告が販売していた、その小さいカードを購入し、そのカードの画像を写真機で撮影して、そのネガを作り、そのネガをもとに大量に紙に陽画を転写して、それらを販売した事件である。この事件を担当したシップマン(Nathaniel Shipman, 1828-1906)判事は、原告のガラスのネガに固定された陰画から、印画紙に陽画を転写するものは、1831年法1条の保護対象ではないので、著作権法によって保護されないと判断している。

もっとも、この当時、類似の事件でいくつも反対の判断が出ている。例えば、イギリスの事件であるが、1863年民訴裁判所 Gambart v Balt, 14

C.B.n.s., 306 事件では、フランスの写真主義者ローザ・ボヌール (Rosa Bonheur, 1822–1899) の「馬の見本市 (Horse Fair)」の版画は写真撮影によって複製された。民訴裁判所の裁判官アール卿 (Sir William Erle, 1793–1880) は「写真撮影による版画の複製は、複製の一態様かと問われれば、それに対する私の回答はイエスである」と述べて、そうでなければ、彫刻だけでなく、書籍も写真家によって複製される可能性があり、著作者や出版社は、著作物の写真複製から保護されないことになり、ごくわずかな費用で作成可能な写真の複写が、版画と全くあるいはほぼオリジナルと同等で完璧なものによって駆逐されてしまうという。

イギリスだけではなく、アメリカでも、1866 年ニューヨーク東部地区巡回裁判所 *Rositer v. Hall*, 5 Blatchf. 362 事件では、画家ロシター (Thomas Prichard Rossiter, 1818–1871) が描き、銅版画工バーロウ (Thomas Oldham Barlow, 1824–1889) が削った「ジョージ・ワシントンの我が家 (The Home of Washington)」という銅板画が侵害対象である。被告は、この銅板画を写真に撮り、写真術によって本件銅版画をネガに固定したものを作成し、これを様々な大きさの印画紙にプリントして、原告らの同意を得ずに販売したという。ベネディクト (Charles Linnaeus Benedict, 1824–1901) 判事によれば、写真は、1831 年法 1 条の「印刷 (printing)」や「再刷 (re-printing)」ではないので、著作権で保護された銅版画を撮影しても印刷等にならないだけでなく、1831 年法 7 条は、彫刻、食刻、細工、販売、複製をすると犯罪になると規定している。しかし、「複製 (copy)」という言葉は、一般的な用語で追加されたもので、彫刻、食刻、細工という言葉に含まれない複製の方法をカバーすることが、まさにその追加の目的であり、この複製という用語が、何かをカバーするのであれば、写真の方法も当然、カバーされることになる。なぜなら、写真は、他のどのような方法よりも、もとをほぼ完全な複製物を作成することができるからである」という。

このように、写真から写真、あるいは銅版画から写真へという方向であれば、複製物として出来上がった写真は、原物の完璧ないしは完全なコピー

であるという。しかし、本件では、白黒写真から白黒写真へという方向ではなく、ドナルドソン兄弟社の製作したものを参照すると、多色刷りで大変カラフルな画像である。一般人の目による観察からすれば、白黒写真と多色刷りのリトグラフを同一のものと判断することは難しかったものと思われる。

そのような懸念から、原告および原告訴訟代理人は、本件を連邦議会制定の著作権法が適用されるコモン・ロー裁判所への提訴を断念し、その代わりにエクイティ訴訟を提起した。

④ 被告らには、免責事由があるか

本件の判決文には、1839年マサチューセッツ地区巡回裁判所 *Gray v. Russell*, 1 Story, 11¹⁶⁶⁰⁾; 1841年マサチューセッツ地区巡回裁判所 *Folsom v. Marsh*, 2 Story, 115¹⁶⁶¹⁾ 事件判決が参照されている。そのため、被告らはフェア・ユースを主張しているかのように誤解されかねない。しかし、この2つの判決を援用したのは、被告らではないようである。

その代わりに、被告らの訴訟代理人は、「オリジナル作品の芸術家が抱いていたアイデアや構想は、他人も別の言葉や形式に着せ替えれば、それに倣って自由に使用することができる。リトグラフの職工には、研究のため、新しい企画を考えるため、自分自身のアイデアを発展させるために、見本として、他人の写真作品を利用する完璧な権利があるはずである。本件のリトグラフ職工は、写真から他人の構想を使わせて貰い、その構想を自分自身の形式や表現に転用しただけである」という。

タウンゼント判事は、これをかなり「強引な」意見と評してはいるが、結論を述べていない。仮に、被告らが、「研究のため、新しい企画を考えるため、自分自身のアイデアを発展させるために」原告の著作物を利用し

1660) William W. Story, Reports of cases argued and determined in the Circuit Court of the United States, For the first circuit, Vol. 1, Boston 1842, 11.

1661) Story 前掲注 (1660) 115.

たのであれば、そのような侵害行為もフェア・ユースとして判断され、免責された可能性もあった。しかし、被告らはそのような立証も全く行っていないし、事実認定からは営利目的の単純な複製であったことは明らかであった。

⑤ 本件の結論

エクイティ訴訟であれば、原則として、連邦議会制定の著作権法の規定に縛られる必要はない。連邦議会制定の著作権法の規定に反していなくても、被告らの行為が正義の原則に反しているかどうか、判断の基準である。1839年マサチューセッツ地区巡回裁判所 *Gray v. Russell*, 1 Story, 11 事件判決で¹⁶⁶²⁾は、ストーリー裁判官によれば、1831年法では保護されていない編集物についても、「原告ゲールドには、それらの注の実際の形式と組み合わせにおいて構想と配列、組み合わせにつき著作者であると思われる、それゆえ、それにそった著作権を与えられる」と述べて、編集物の構想と配列、組み合わせに、エクイティ上の著作権を認めた。ストーリー裁判官は、コッテンハム卿 (Charles Christopher Pepys, 1st Earl of Cottenham, 1781-1851) の言葉を借りて、「それが量的に単行本の僅かな部分だけであれば、ある作家が他人の単行本の重要な部分すべてを複製することも許されてしまうかも知れない。それ故、常に注意しなければならないのは、量だけではなく価値も問題である」といって、少しの重要な部分の盗用も著作権侵害になることを明言した。さらに、1841年マサチューセッツ地区巡回裁判所 *Folsom v. Marsh*, 2 Story, 115¹⁶⁶³⁾事件判決では、ストーリー裁判官は、盗用には「その原著作物の全部ないしは大部分を複製していることは必要でない。しかしながら、少なくとも、原著作物のもつ価値をかなり減少させたとか、著作者の労働を実質的に着服したといわれる程度に複製していることが必要である」が、「仮に原著作物の価値が相当に減少した

1662) Story 前掲注 (1660) 11.

1663) Story 前掲注 (1660) 115.

り、原著作物の著作者の労働が実質的に他人によって独占されてしまうように有害な程度に達するほどに大量に複製されたならば、それは、法的観点では」盗用であるという。

タウンゼント判事は、ストーリー裁判官の見解を採用して、「原告フォークは、写真に表現された構想を抱いたエクイティ上の著作者であり、被告らは、その構想の重要な部分を盗用した。それ故、差止命令と利得の返還を認める命令を下すことにする」という。現代的な法理論によれば、これは、著作物の構想やアイディアも、他人がそれを勝手に使って、創作ないしは翻案をすると、一定の範囲で著作権法、一般私法、不正競争防止法の範囲で、法的責任を負うことがあるという法理である¹⁶⁶⁴⁾

1664) わが国では、山村江梨花「日米著作権法上における写真の著作権」青山学院大学法学部著作権法ゼミ卒論予稿集(2020年)1～13頁(5頁)によれば、「祇園祭を撮影した既存の写真に依拠して作成された水彩画に翻案権侵害の成立を認めている。祇園祭における神宮の差し上げの直前の厳粛な雰囲気を感じさせるのに十分描かれており、水彩画の創作的表現から写真の表現上の本質的特徴を直接感得することができる」という。なお、日向央「意外と知らない著作権 AtoZ (52) 祇園祭の写真を模写した「水彩画」は写真の著作権侵害になるか? [2008.3.13 東京地裁判決]」調査情報 498号(2011年)70～73頁参照。