

論 説

応用美術の「写り込み」をめぐる一考察(2・完)
——イギリス法との比較を通じた
著作権法30条の2の解釈の検討——

末 宗 達 行

1. はじめに
2. 応用美術と「写り込み(写し込み)」
3. 付随対象著作物の利用に関する権利制限規定
 - 3.1. 立法過程
 - 3.2. 平成24年法での法30条の2の解釈
 - 3.3. 令和2年改正
 - 3.4. 小括 (以上、97巻4号)
4. イギリスにおける「付随的利用」にかかる権利制限規定 (以下、本号)
 - 4.1. 概要
 - 4.2. IPC Magazines 事件高等法院判決
 - 4.3. Panini 事件控訴院判決
 - 4.4. Fraser-Woodward 事件高等法院判決
 - 4.5. QC Leisure 事件高等法院判決
 - 4.6. 小括
5. 若干の検討
 - 5.1. 対象行為の限定に関して
 - 5.2. 日本法30条の2の「付随性」要件の解釈について
 - 5.3. 意図的に著作物を配置する場合における30条の2の適用可能性について
 - 5.4. 令和2年改正により、応用美術の論点における「写り込み」の問題は解決したのか？
 - 5.5. 結びにかえて

4. イギリスにおける「付随的利用」にかかる権利制限規定

4.1. 概要

イギリスにおいては、現行の1988年著作権・意匠及び特許法（以下、「1988年法」という）の制定時より、著作物の付随的利用に関する規定である31条が設けられている。1988年法31条1項は「著作物の著作権は、美術の著作物、録音物、映画又は放送におけるその著作物の付随的内包 (incidental inclusion) によっては侵害されない」とし、同条2項は「第1項に基づき著作権を侵害することなく作成されたものについては、その複製物を公衆に配布し (issue to the public)、又はそれを演奏し (playing)、上映し、若しくは公衆に伝達することによっても、著作権は侵害されることはない」とするが、ただし、例外として、音楽の著作物等については、「故意に内包されるときは、他の著作物に付随的に内包されたものとはみなさない」と規定する (1988年法31条3項⁽¹⁵⁴⁾)。加えて、著作者人格権については、著作者として確認される権利 (1988年法77条。Right to be identified as author) につき、「[著作者として確認される権利] は、次に掲げる規定のいずれかにより著作物に存する著作権を侵害しないこととなる行為によって、侵害されることはない」としたうえで、31条が挙げられている (1988年法79条4項⁽¹⁵⁵⁾ (b))。学説には、本規定の正当化根拠として、第一に放送や録音物等に複製されたすべての著作物につき許諾を得ることの困難性、第二に付随的利用が元の著作物の市場を損なわないこと、そして第三に映画製作等における芸術における自由度を許容することの3つを挙げるものも

(154) 訳文は、公益社団法人著作権情報センターHP「外国著作権法 英国編」(大山幸房・今村哲也訳) (<https://www.cric.or.jp/db/world/england.html>) (最終確認：2021年12月13日) を参考にした。

(155) 前掲注 (154)

⁽¹⁵⁶⁾
みられる。

31条1項の例としては、人物写真の背景における絵画や彫刻の内包や、⁽¹⁵⁷⁾テレビ放送の背景に絵画等があらわれることなどが挙げられる。また、3項の例については、映画やテレビ番組のバックグラウンドノイズとしての利用であれば許諾を要するとの言及や、⁽¹⁵⁸⁾テレビドラマのプロデューサーがドラマ内のキャラクターが著作物である音楽を聴くというシーンがあったときには「プロデューサーはシチュエーションを掌握しているため故意に内包したものとみなされることとなろうから、許諾を要することとなろう…逆に、ドキュメンタリーの制作者は同様の形で掌握しておらず、たまたま拾い上げられたBGMであるならば通常は故意に内包したとはみなされる⁽¹⁵⁹⁾ことはないだろう」との言及などがある。

⁽¹⁶⁰⁾
1988年法の前身となる規定は、1956年著作権法9条5項とされており、「…内包が単に背景によつてか、あるいは、そうでない場合には、映画又は放送において表現される主たる事物に付随的ではないときには、美術の著作物に存する著作権は、映画又はテレビ放送における当該著作物の内包によつて侵害されることはない。」との規定であった。現行の1988年法31条との相違は、第一に、旧法である1956年法の規定は美術の著作物に存する著作権に限定されていた一方で、⁽¹⁶¹⁾現行の1988年法の規定はそうした限定が無いこと、第二に、旧法の規定では「映画又は放送」における著作物

(156) Gwilym Harbottle and others. *Copinger and Skone James on Copyright*. vol. 1 (18th edn, Sweet & Maxwell 2021) [9-91]. (第二の理由は、アメリカの多くの裁判例で認められていることを指摘している。この点について、特に橋谷・前掲注(3) 321-323頁を参照)。

(157) Abbe Brown and others, *Contemporary Intellectual Property: Law and Policy* (5th edn, OUP 2019) para 5.50

(158) Brown and others (n 157) para 5.50

(159) Gerald Dworkin and Richard Taylor, *Blackstone's Guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988* (OUP 1989 [Reprinted 2002]) 76-77

(160) Panini (n 189) 8, Harbottle and others (n 156) [9-91] fn. 370

(161) Adrian Speck and others, *Laddie, Prescott & Victoria: The Modern Law of Copyright* (5th edn, LexisNexis Butterworths 2018) para 21.80

の内包に限定されていたが、他方で、現行法は「美術の著作物、録音物、映画又は放送」に拡張されていることが指摘されている。⁽¹⁶²⁾例えば、第一の相違については現行法の下では「サッカーの試合の放送において会場内放送設備を通じて演奏されている音楽を付随的に内包する〔場合〕」も権利制限の対象となることが指摘される。もっとも、第二の相違に関連して、現行法においても、文芸、演劇又は音楽の著作物における付随的内包には適用がない。⁽¹⁶⁴⁾他方で、両規定とも、著作権の存する作品（著作物）A の他方の作品 B への内包が「付随的」でなければならないことは共通していることも指摘される。⁽¹⁶⁵⁾

もちろん、著作権が及ぶる著作物の相当部分（substantial part）の取り込み（1988年法16条3項参照）についても、1988年法31条は、要件を充足すれば許容する趣旨の規定である（そうでなければ、本条は不要である）。⁽¹⁶⁶⁾以上のように日本の30条の2と類似した趣旨の権利制限規定の外国の立法例と位置付けられうることから、1988年法31条は、日本の30条の2の立法に際して、あるいは、同条の令和2年改正に際しても、審議会等における議論で意識されてきたようである。⁽¹⁶⁷⁾邦語での先行研究・資料には、付随的

(162) これら2つの相違点を指摘する判例として、*Panini* (n 189) 8-9

(163) *Dworkin and Taylor* (n 159) 76

(164) *Speck and others* (n 161) para 21.79

(165) *Panini* (n 189) 9

(166) *Speck and others* (n 161) para 21.81. なお、1988年法の立法に際しての国会審議において、後述するように著作権・意匠及び特許法案の審議を担当する政府構成員（minister）であった Beaverbrook 卿は、「[のちに1988年法16条3項（a）となる規定を参照して] 侵害が相当部分よりも小さくなされることはあり得ないため、相当部分よりも小さいものを扱う権利制限規定の必要性は全くない」と述べている（HL Deb 8 December 1987, vol 491, col 121）。

(167) 例えば、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会（平成22年第1回）〔大淵哲也委員発言〕（https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hosei/h22_01/index.html）（最終確認：2021年12月13日）（「…一般論としてありそのような論点としては、先ほどの写し込みかという話で、意図的なものは排除されるのか、偶発的なものしか入らないのかどうかというのは1個の大きな論点で、これは

な利用や背景的な利用に関する外国での権利制限規定の立法例として、当該規定の存在を指摘するものもあり、概略を説明するものも見受けられるもの⁽¹⁶⁸⁾、イギリス法の著作権権利制限規定として著名なフェアディーリング（fair dealing）とは異なり、必ずしも正面から検討がなされてきたとは⁽¹⁶⁹⁾

イギリスなどでも判例があるようですけれども、こういうあたりは今後詰めていくべきもので、付随的挿入というものでやってしまった場合に…こういうものでどう読んでいくのかというたぐいの問題じゃないかと思っております（…）。令和2年改正に際してのものとして、例えば、文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会（令和元年度第1回）〔大淵哲也委員発言〕（https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoki/r01_01/）（最終確認：2021年12月13日）（「〔平成24年改正時の審議会での議論におけるA類型が法30条の2につながったことを前提に〕…A類型というのは最初から写り込みという非常に具体的なイメージがありました。イギリス法だったら incidental inclusion，ドイツ法だったら unwesentliches Beiwerk，フランス法だったら判例法理の accessoire 理論というように、おおむねこの国でも共通のイメージがある。…」）がある。

(168) 上野・前掲注(31)12頁注63、池村＝壹貫田・前掲注(32)97頁〔池村〕、渋谷達紀『著作権法』（中央経済社、2013年）225頁

平成24年改正の立法過程における資料については、知的財産戦略本部 デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会・前掲注(34)10頁（「著作権資料の付随的挿入（第31条）に関して、具体的な要件を法律上明記しない権利制限の規定を定めている。」）がある。他方で、著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会・前掲注(42)71-77頁〔山本隆司〕では、イギリスにおける権利制限規定の概要等が紹介されているものの、31条に関する特段の言及は見受けられない。

(169) 特に応用美術の著作物性を広く認める場合における対応としての1988年法31条の存在を指摘するものとして、今村哲也「イギリスにおける応用美術の保護について」著作権研究43号（2016年）62頁。マイケル・F・フリント＝クライブ・D・ソーン（内藤篤監修、高橋典博訳）『イギリス著作権法』（木鐸社、1999年）145-146、445頁も参照。なお、前身の規定である1956年著作権法9条5項について、斉藤博「著作権の制限又は例外に関する一考察（その1）」知財管理55巻9号（2005年）1195-1196頁。

(170) フェアディーリングに関する先行研究として、例えば、横山久芳「英米法における権利制限」著作権研究35号（2008年）11頁以下（イギリス法については、CDPA 29条、30条（1）（2）を詳細に解説する。）など。また、関連して公益の抗弁に関する先行研究として、瀧麻衣子「イギリスにおける公益の抗弁について—権利制限の一般規定を目指す我が国に与える示唆—」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割—』（信山社、2017年）287頁

言えない状況にあったといえよう。

以下では、1988年法31条に関わる判断を示した IPC Magazines 事件高等法院判決、Panini 事件控訴院判決、Fraser-Woodward 事件高等法院判決、及び QC Leisure 事件高等法院判決の 4 つの判決を順に概観する。

4. 2. IPC Magazines 事件⁽¹⁷¹⁾高等法院判決

原告は「Woman」として知られる週刊誌の出版社であり、被告は Sunday Mirror 紙の出版社である⁽¹⁷²⁾。本件は、Sunday Mirror 紙及び同紙に折り込まれる「Personal」との題名の雑誌 (Sunday Mirror 紙読者へ購買時に無料で配布される) を宣伝する目的で、被告の委託により制作されたテレビ広告 (以下、「本件テレビ広告」という) に係る商標権及び著作権侵害の訴えを原告が提起したものである (ただし、後にサマリージャッジメント⁽¹⁷³⁾の要件の関係から、著作権侵害の訴えについてのみ McCombe 裁判官の判断がなされることになる⁽¹⁷⁴⁾)。

本件テレビ広告は全体で約20秒の長さであって、女性が1997年10月20日発行の Woman 誌とみられる刊行物 (ただし、Woman 誌であることは問題となっていない) を持ったまま登場しており、その表紙の中央には黒い帯が重なっており、その帯には大きく白い文字で印字された「57p」[57ペンスの意と思われる]⁽¹⁷⁵⁾との数字と文字が配されている。この点、Woman 誌の該当号の価格が57ペンスであることについては争いが⁽¹⁷⁶⁾ない。続けて、本件テレビ広告には、「Sunday Mirror 紙を購読すれば無料でついてくる! (Free with the Sunday Mirror)」とのキャッチコピーが書かれた被告

以下など。

(171) *IPC Magazines Limited v. MGN Limited* [1998] F.S.R. 431 (Ch)

(172) *IPC Magazines* (n 171) 433

(173) *IPC Magazines* (n 171) 433

(174) *IPC Magazines* (n 171) 435

(175) *IPC Magazines* (n 171) 434

(176) *IPC Magazines* (n 171) 434

雑誌を1部持つ同じ女性が映し出される⁽¹⁷⁷⁾（なお、これにナレーターの語りが加わるが、本稿では省略する）。本件広告は、反駁されていない証拠によれば、1997年10月18日にITVにおいて放送されるなどした。⁽¹⁷⁸⁾

原告は、第一に、「マストヘッド」と呼ばれるものの中に用いられる「Woman」のロゴ、すなわち雑誌のタイトル、第二に、雑誌の表紙のレイアウト、第三に、個々の芸術作品、とりわけ表紙に掲載されている2枚の写真、という3つの美術の著作物に著作権が存すると主張した。これら⁽¹⁷⁹⁾の著作物性については、まず、第一に挙げた「Woman」のロゴについて、被告は創作性が十分ないと主張したものの、McCombe 裁判官はこれを斥けた。⁽¹⁸⁰⁾次いで、第二の雑誌表紙のレイアウトについては、被告は創作性がごくわずかであり、上から重ねられた黒い帯によって大部分が消えてしまい、著作物の「相当部分」の複製にあたらぬとの主張を行ったものの、これもまた斥けられた。⁽¹⁸¹⁾第三の写真についても被告の主張は斥けられている。⁽¹⁸²⁾

そのうえで、被告代理人が主張した1988年法31条1項に基づく抗弁についての判断に進む。「付随的」との文言の解釈について、被告代理人の主張は、「本件の文脈における『付随的』とは、『放送の主題 (the main subject) に対して付随的』との意味であ[り] … [本件広告]の目的は、Sunday Mirror 紙を広告することである」というものであった。⁽¹⁸³⁾さらに、本件広告の副次的な目的として、「Sunday Mirror 紙と共に提供される雑誌の品質に言及して同紙を宣伝することである」、「[被告雑誌]が無料で提供されるという利点をほのめかすこと」、及び「他の女性誌の価格と比

(177) *IPC Magazines* (n 171) 434

(178) *IPC Magazines* (n 171) 435

(179) *IPC Magazines* (n 171) 435

(180) *IPC Magazines* (n 171) 437-438

(181) *IPC Magazines* (n 171) 439-440

(182) *IPC Magazines* (n 171) 440

(183) *IPC Magazines* (n 171) 440-441

較し、Woman 誌の正確な価格に注意を引き付けること」があるとした⁽¹⁸⁴⁾。そして、「表紙部分が見えることは、このことに対して付随的なものであると被告代理人は主張した⁽¹⁸⁵⁾」。

この点につき、McCombe 裁判官はまず、Laddie, Prescott & Victoria on the Modern Law of Copyright and Designs (2nd edn, Butterworths 1995) 138 ff の記述を参照する。すなわち、「[1988年] 法は、『付随的』という言葉の定義を何ら定めていないが、しかし、この言葉は、偶然な (casual)、本質的でない (not essential)、副次的な (subordinate) 単に背景的な (merely background) 等であるものという含みを持つありふれた英単語である。何が『付随的』であるかは事実及び程度の問題である一方で、その取り込み (the taking) により当該著作物が、内包された著作物と競合、又は代用品として機能することを可能とするかどうかということが、重要な考慮要素となるであろう。」というものである⁽¹⁸⁶⁾。さらに、同裁判官は「…31条3項での音楽の著作物について設けられた特別規定から示唆されることとして、[音楽等] …は別として、たとえ内包が故意であるとしても、著作物が付随的に内包されることはありうる、と同書の著者らが述べていることを考慮する⁽¹⁸⁷⁾」と述べる。そして、同裁判官は、「純然たる問題は、『偶然か (casual)、本質的でないか (inessential)、副次的であるか (subordinate) あるいは、単に背景となるようなもの (merely background) という意味で、これら著作物の内包が『付随的』であったか?』というものである」としたうえで、「仮に Woman 誌の表紙が使われていなければ、本件広告の効果は完全に失われるであろうから、当職には、問題に対する答えは否 (no) に違いないものと思われる。Woman 誌の1部を内包することは、本件広告の本質的かつ重要な特徴であった。その効果は、こ

(184) *IPC Magazines* (n 171) 441

(185) *IPC Magazines* (n 171) 441

(186) *IPC Magazines* (n 171) 441

(187) *IPC Magazines* (n 171) 441

れ以上ないほどに明白である。〔被告代理人〕でさえ、ロゴの内包が、レイアウト及び写真の内包と比べて『より付随的ではない』と認めざるを得ないように感じていることは、注目される。⁽¹⁸⁸⁾とする。

4. 3. Panini 事件控訴院判決⁽¹⁸⁹⁾

Chadwick 裁判官、Mummery 裁判官、及び Brooke 裁判官が審理を担当しているが、Brooke 裁判官は Chadwick 裁判官の意見に賛同しており、⁽¹⁹⁰⁾実質的な個別意見は述べていない。

4. 3. 1. Chadwick 裁判官の意見

本件の事実関係は、おおむね次のようなものである。一審被告 Panini UK は、コレクション用の著名なサッカー選手のステッカーと、アルバムを販売のために頒布しており、これらは、アルバムの指定位置にステッカーを貼り付け、アルバムがいっぱいになればコレクションが完成するというものであった。⁽¹⁹¹⁾なお、証拠によれば、特に若者の間で、この種の製品の市場が定着し、活発なものとなっており、交換のための中古市場もコレクターの間で形成されていると認められている。⁽¹⁹²⁾本件で問題となった一審被告製品は、「Panini's Football 2003 Sticker Collection」（以下、「一審被告製品」という）と題するステッカーコレクションであり、それに対応するアルバムは64頁からなる。⁽¹⁹³⁾うち、10頁は「世界のスーパースター」に、1頁は「巨匠（Hotshot）」に、1頁は導入ページにそれぞれ充てられ、残りの52頁がプレミアリーグの20のクラブにあてられた。⁽¹⁹⁴⁾なお、大半のクラブは

(188) *IPC Magazines* (n 171) 441

(189) *Football Association Premier League Ltd v. Panini UK Ltd* [2003] EWCA Civ 995, [2004] F.S.R. 1 (CA)

(190) *Panini* (n 189) 15

(191) *Panini* (n 189) 4

(192) *Panini* (n 189) 4

(193) *Panini* (n 189) 4

(194) *Panini* (n 189) 4

見開き1頁分を充てられたが、6つのクラブについては見開き2頁分が充てられており、各見開きページには12のステッカーのスペースと、2名分の選手の写真が掲載されていた⁽¹⁹⁵⁾。ステッカーコレクションは、「世界のスーパースター」が78選手、「巨匠」が6選手、そしてその他に312選手の合計396選手からなるもので、各ステッカーはおよそ2.5インチ×2インチの大きさで、表面には各選手の写真と氏名が、裏面にはアルバムのスペースに対応した識別番号がある⁽¹⁹⁶⁾。ほとんどの場合、選手は競技中においてクラブの「ユニフォーム (strip)」を着用した形で写っているところ、コレクターにとっての魅力の一つが、クラブユニフォームを着用して選手が写真に写っていることであるのに基づいて、ステッカーが制作されていることは明らかであるとされている⁽¹⁹⁷⁾。さらに、このことは、クラブユニフォームがアルバムの各所に記載されていること、アルバム自体における写真もまたユニフォームを着用した選手のものであることから補強される⁽¹⁹⁸⁾としている。

本件の請求は、ユニフォームに使用されている商標権侵害にも、ユニフォーム全体の著作権又は無登録意匠権の侵害にも基づくものではなく、ユニフォームにある個々のクラブバッジ及びプレミアリーグエンブレムの著作権侵害に基づくものである⁽¹⁹⁹⁾。まずクラブバッジについて、プレミアリーグの各クラブは、それぞれのバッジ又は紋章を有しており、典型的にはシャツの左胸上に配されるもので、ユニフォームを着用して協議を行う選手の写真は、いつもきまってほとんどの場合クラブバッジを含むことになるとされる⁽²⁰⁰⁾。一審被告製品におけるステッカーの圧倒的多数、そしてアルバムにおける写真自体のほとんど全てでも、クラブバッジを表示している⁽²⁰¹⁾。

(195) *Panini* (n 189) 4-5

(196) *Panini* (n 189) 5

(197) *Panini* (n 189) 5

(198) *Panini* (n 189) 5

(199) *Panini* (n 189) 5

(200) *Panini* (n 189) 5

もう一方のプレミアリーグエンブレムについて、同エンブレムはサッカーボールに右前足を置いて挙げている獅子の紋章であり、多くのクラブのユニフォームに個々のクラブバッジと共に取り入れられるとともに、キャプテンマーク（腕章）にも表示されている⁽²⁰²⁾。ユニフォームを着用して協議を行う選手の写真は、クラブバッジだけでなく、プレミアリーグエンブレムも含まれている可能性があるが、画角次第であることも指摘されている⁽²⁰³⁾。

プレミアリーグを運営する一審原告 Football Association Premier League Limited（以下、「FAPL」という。）は、リーグ設立以来、各シーズンにおいて公式ステッカー及びアルバムコレクションの制作のライセンスを行う⁽²⁰⁴⁾。1994年以來毎年、一審原告 Topps Europe Limited（以下、「Topps」という。）がライセンシーとなっており、本件訴訟が提起された時点におけるライセンスは、一審被告 Panini も参加した競争入札で2001年2月28日に付与されており、当該ライセンスにより、一審原告 Topps にはステッカー及びアルバムの制作における「公式のチーム紋章及びロゴを使用及び複製する」排他権が付与されている⁽²⁰⁵⁾。なお、一審被告 Panini は入札手続に参加したにもかかわらず、ライセンスを取得することなくステッカー及びアルバムを頒布する権利があると主張していることが指摘されている⁽²⁰⁶⁾。ただし、一審被告 Panini は注意深く、自らのアルバムを「非公式」と表示している⁽²⁰⁷⁾。

本件は、プレミアリーグエンブレム及び個々のクラブバッジに係る著作権者であると主張する FAPL 及びプレミアリーグに所属する14のクラブチーム、並びに独占的ライセンシーであると主張する Topps が一審原告

(201) *Panini* (n 189) 5

(202) *Panini* (n 189) 5

(203) *Panini* (n 189) 5

(204) *Panini* (n 189) 6

(205) *Panini* (n 189) 6

(206) *Panini* (n 189) 6

(207) *Panini* (n 189) 6

となり、一審被告 Panini UK を相手取り出訴したというものであり、主たる争点は、一審被告 Panini UK が1988年法31条の抗弁を援用することができるかどうかというもので、一審判決では抗弁を援用できないとされて⁽²⁰⁸⁾いた。

Chadwick 裁判官は、まず現行法の関連規定の確認を行い、前身となる1956年法の規定と現行法の31条の規定との相違について言及する。前述の通り、現行の1988年法31条との相違を2点指摘したうえで、両規定とも、著作権の存する作品(著作物) A の他方の作品 B への内包が「付随的」でなければならぬことは共通しているとする⁽²⁰⁹⁾。これに基づいて、第一に、1988年法における「付随的内包」の概念が、本質的には、1956年法における「背景によってか、あるいは、そうでない場合には、映画又は放送において表現される主たる事物に付随的ではないとき」との表現と同一のものであるとの考えが支持されることになる⁽²¹⁰⁾とする。さらに、第二に、文言の変更は、「付随的内包」の概念が、単に「背景によって」というものよりも広いものとなるという結論が支持されることとなるとの考えを支持することになると述べる⁽²¹¹⁾。とはいえ、Chadwick 裁判官は「本件上訴における結論が、旧法9条5項及び1988年法31条の間での文言上の相違の分析にかかっていると納得することはできない⁽²¹²⁾」と述べて、一審被告(上訴人)の主張に関する検討に移る。

一審被告(上訴人)の主張は以下の4つであった。第一は、エンブレム及びバッジが美術の著作物の不可欠な(integral)部分であるとしても、当該著作物にとって付随的であることはあり得るとして、「不可欠(integral)」であることと、「付随的」であることとの間での二分論は存在

(208) *Panini* (n 189) 4, 6; *Football Association Premier League Ltd v Panini UK Ltd* [2002] EWHC 2779, [2003] F.S.R. 38 (Ch) [19] [20]

(209) *Panini* (n 189) 8-9

(210) *Panini* (n 189) 9

(211) *Panini* (n 189) 9

(212) *Panini* (n 189) 9

しないという主張である。⁽²¹³⁾これは、一審判決において、一審裁判官が、31条の適用を否定する中で「私はバッジの内包が付随的かどうかを判断しなければならない。私には、これは付随的でないことは自明であるように思われる。今のユニフォームを着ているプロサッカー選手の写真からなる美術の著作物の不可欠の部分である。このことは、写真の複製の背後にある意図である。これこそが被告が意図していたことであり、仮にバッジが無ければ、被告が制作しようとしたもの、言ってみれば、現在プレーしているサッカー選手であるところの完全な写真を得ることとならないであろう」と述べたことに対応するものである。⁽²¹⁴⁾第二に、「エンブレム及びバッジの内包が付随的かどうかの判断は、『問題の写真が作成された』時点における状況に照らして答えられるべきものである」こと、第三に、「その内包の『付随性』は、美的な考慮要素に関して判断されるべきものである」こと、最後に、「1988年法31条の施行の意図に関する立法趣旨は、議会における議論を考慮することにより明らかにされるべきである」ことを主張した。⁽²¹⁵⁾

まず、Chadwick 裁判官は、一審被告の第四の主張について検討しており、いったん、主に1988年法の貴族院における法案審議の第二読会における Beaverbrook 卿の答弁を参照する。⁽²¹⁶⁾すなわち、「付随的」との文言の意味について「何が付随的であるかは、各事例のすべての状況により判断されるであろうし、そして、すべての状況に対して満足のいく定義を与える

(213) *Panini* (n 189) 10

(214) *Football Association Premier League Ltd v Panini UK Ltd* [2002] EWHC 2779, [2003] F.S.R. 38 (Ch) [19]

(215) *Panini* (n 189) 10

(216) 当時、著作権・意匠及び特許法案の審議を担当する政府構成員 (minister) であり (*Panini* (n 189) 10-11)、院内幹事 (Whips) の侍従職 (Lord-in-Waiting) にあつたとみられる (HL Deb, vol 491 iv)。なお、これら役職名等の訳語は、WIP ジャパン『平成24年度 文部科学省委託調査 スポーツ庁の在り方に関する調査研究 調査研究成果報告書』(平成25年3月) 191頁、及び濱野雄太「イギリスの議会制度」調査と情報1056号 (2019年) 5頁を参照した。

ことは不可能であろう。この文言は既に、1956年法の9条に定義されることなく登場している⁽²¹⁷⁾と答弁しており、また、「付随的」という文言が意図していない場合(unintentional)に限定していないことも設例を用いて答弁している⁽²¹⁸⁾。しかしそれに続けて、Chadwick 裁判官は「結論に至るために、国会における手続を頼りにすることは必要ない」と述べ、31条の規定ぶりをもとに解釈を行う⁽²¹⁹⁾。すなわち、「同法31条1項及び3項をあわせ読めば、1項の文脈における『付随的』とは、意図していない(unintentional)、あるいは故意でない(non-deliberate)内包に限定されているわけではないことが明らかである。仮に〔意図していない、故意でないものに限定している〕のであるならば、3項…は不要なものとなろう。私の見解では、我々に提示された資料には、『付随的』との語により国会が指していたことを解明するものは、他に何も無い。…おそらく、我々は、『何が付随的であるかは、各事例のすべての状況により判断される…』という…〔Beaverbrook 卿〕の明確な意思、そして『すべての状況に対して満足のいく定義を与えることは不可能であろう』との〔Beaverbrook 卿〕の認識から、いくらかの慰めを得ることができるかもしれない⁽²²⁰⁾と述べる。そのうえで、「考えるべき問題は…本件の状況において、ステッカー及びアルバムにおけるFAPLエンブレム及び個々のクラブバッジの内包が付随的であるのか否かというものである⁽²²¹⁾」と指摘する。

(217) HL Deb 8 December 1987, vol 491, col 123

(218) (成立後の1988年法31条3項における)音楽の著作物と同様の扱いを他の著作物にも認める趣旨の修正動議に対して、Beaverbrook 卿が反対する趣旨の答弁をす
 中で「まさに今例として挙げたスポーツイベントの中継放送であれば、広告掲示板又は建築物の付随的な場面が、容易に内包されるかもしれない。映像制作者であれば、著作権法の下で美術の著作物及び建築の著作物になるであろう物を内包したという事実を完全に認識しているであろうから、このことを意図していないものであるとは到底言えないであろう。しかし、映像制作者に対して、広告掲示板の著作
 者又は建築物の建築家からの同意を得なければならないと要求することは、公平(fair)ではないであろう」とある(HL Deb 8 December 1987, vol 491, col 123)。

(219) *Panini* (n 189) 10-11

(220) *Panini* (n 189) 11

次に、一審被告の第二の主張についての検討に進んでおり、「私が見受けるところでは、エンブレム及びバッジの内包が付随的かどうかの判断は『問題の写真が作成された』時点における状況に照らして答えられるべきものであるとの主張—これにより、写真が写真フィルム若しくは感光板に写された、又は（デジタルカメラの場合には）エンコードされた時点を指そうとしているのであれば—この主張を根拠づけるものは、何ら存在しない。」としたうえで、「考えるべき問題は、ステッカー及びアルバムに現れている写真の作成が、同法31条1項により、FAPL エンブレム又は個々のクラブバッジに係る著作権の侵害とはならないかどうか、というものである。この問題は、写真家が…写真を撮った時点のその者の意思がどういったものであったかを考慮することによっては答えることができない。当該美術の著作物—ステッカー又はアルバムに現れている選手の写真—が作成された状況を考慮することによって答えられるべきものである」と述べ⁽²²²⁾る。

さらに、ここで一審被告の第一の主張について検討しており、「私としては、大筋では、『不可欠 (integral)』と『付随的』との間での必然的な二分論は存在しないことは認めたい。著作権の存する美術の著作物が、写真家はその対象を見つけた背景の一部であることから、写真に現れるという場合、まさしく、その写真の不可欠な部分であるといい得る。写真家が対象を見つけた背景の一部である場合、編集で削除されない限り、必然的に写真に現れることになる。この意味では、著作権が侵害されたといい得る著作物（著作物 A）が、侵害しているといい得る写真（作品 B）にとって不可欠 (integral) である。」⁽²²³⁾と述べており、この点については大筋で肯定しているようである。とはいえ、同裁判官は、以下のように続ける。「しかし、このことは、同法31条1項のもとで、作品 B における著作物 A

(221) *Panini* (n 189) 11

(222) *Panini* (n 189) 11-12

(223) *Panini* (n 189) 12

の内包が『付随的』であるか否かという結論に結びつくわけではない。このことは、次の問題〔の考慮〕にかかっているように思われる。すなわち、作品Bが作成された状況を考慮して、なぜ著作物Aが作品Bに内包されることとなったのか、という問題である。そして、この問題を扱うにあたっては、その状況が必要とする場合には、あらゆる美的な理由に対するのと同じく、著作物Aが作品Bに内包されることとなった商業上の理由にもまた考慮を行うべきではないとする理由は私には見いだせない。特に、(本件のように) 作品Bが、専らというわけではないとしても主に商業目的のために、作成されたという場合に、(主に) 美的考慮要素—審美的な考慮要素を意味する場合には—を参照して著作物Aの内包の『付随性』を判断することは、私には全く不自然に思われる⁽²²⁴⁾と述べており、一審被告の第三の主張には否定的な見解が示されているようである。

以上のように、一審被告の4つの主張に応答したうえで、本件へのあてはめに進む。「1988年法31条1項の文脈における『付随性』判断のために考えるべき問題が、なぜ著作物Aが作品Bに内包されているのかであるならば、本件における答えは、(〔一審裁判官〕が考えた通り) まったくもって自明である。ステッカー又はアルバムに現れている選手の写真の作成時点における目的は、コレクターにとって魅力的となるであろうものを作成することであった。この結論は、写真を作成した〔写真家〕の主観的意図の探索によるものではない…。これは、写真が作成された状況の客観的評価によるものである。…情報に通じたコレクターであれば真正品でないと認識するであろうユニフォームに身を包んだ選手の写真であれば、この目的を達することはないであろう。しかし、ユニフォームが真正でなければならぬのであれば、クラブバッジ及び(適切な場合には) FAPL エンブレムを含んでいなければならない。このことは、〔一審裁判官〕がバッジの内包を『今のユニフォームを着ているプロサッカー選手の写真からなる美術の著作物の不可欠の部分』と表現したときに念頭に置いていたこ

(224) Panini (n 189) 12

どのように思われる。ステッカー又はアルバムに現れている選手の写真（作品B）の真正性（authenticity）は、著作権の存する個々のクラブバッジ及びFAPLエンブレムの作品Bへの内包にかかっていることになる。個々のクラブバッジ及びFAPLエンブレムの内包が『付随的』であるということは不可能である。個々のクラブバッジ及びFAPLエンブレムの内包は、ステッカー又はアルバムにおいて現れている選手の写真が作成された目的⁽²²⁵⁾にとって本質的要素である（essential）」として、結論として上訴を棄却した。

4.3.2. Mummery 裁判官の意見

Chadwick 裁判官の意見に同意しつつ、Mummery 裁判官は、補足して意見を述べている。

Mummery 裁判官は、付随的内包の抗弁がアルバムに適用され得るのかについて疑問があるとして、「アルバムは、1988年法3条1項(a)における『編集物』であるように思われる。編集物は『文芸の著作物（literary work）』である。31条1項の抗弁は、文芸の著作物における著作権資料の内包については、あらゆる状況にも適用されない。…サッカー選手により着用されている競技用ユニフォームに現れているクラブ紋章とプレミアリーグバッジにおける美術の著作権の侵害に関する請求は、個々のステッカーに関してのみならず、ステッカーアルバム自体に関してもなされたのである。私の暫定的な見解は、…ステッカーが貼りつけられることになるアルバムは資料の編集物であって、1988年法の適用にあたって文芸の著作物として扱われるのが適切であるというものである。もしこのことが正しいのであれば、アルバムにおけるクラブ紋章とプレミアリーグバッジのコピーの内包は、31条1項により許容される行為には該当しない。私は、編集された資料が相当に美的な性質のものであるとしても、作品が編集物として、ゆえに文芸の著作物として扱われることが適当であることを説明せね

(225) Panini (n 189) 12-13

ばならない⁽²²⁶⁾」と述べる。

他方で、Mummery 裁判官は、自らの意見は次の2つの理由からあくまで暫定的なものにとどまるとして、「第一に、裁判所はいずれの当事者からもこの点に関する詳細な法的主張の利益 (benefit) を受けていないから。第二に、いずれにしても31条1項の抗弁が適用されないため、この点を判断することなく本件上訴を処理することができるから、である。ステッカー及びアルバムにおける侵害資料の挿入は、Chadwick 裁判官により示された理由により『付随的』ではない⁽²²⁷⁾』という。第一の理由に関しては、一審原告代理人が、「文芸の著作物」に関する論点に関しての主張をするように裁判所から釈明を受けたときにも、それに従わず、他方の一審被告代理人の側も、一審原告 FAPL がこの争点を主張していないと述べるのみで、結局いずれの当事者も主張を行わなかったことにも、Mummery 裁判官は言及している⁽²²⁸⁾。こうした当事者の訴訟活動につき、「こうした立場は、満足なものとは程遠い。本件で判断を下すための唯一の重要な点は、31条1項の範囲に関する法律問題である。このことを支える十分な主張がない中では、裁判所は自信をもって、同項の範囲に関して十分な判断を提供することはできない。当事者は、理由を開示することなく、裁判所の判断の範囲を限定しようとしている⁽²²⁹⁾』と述べて、非難を加えているように見受けられる。

「付随的内包」の解釈に関する論点については、Mummery 裁判官は、Chadwick 裁判官の意見に賛同している。すなわち、「国会は、〔付随的という言葉〕に何ら特別な意味を与えないことを決めたのである。裁判所が定義を行う必要も存在しない。『付随的』という言葉がある状態を説明するために一般的に使用されている、そうした状況の範囲は十分に明確であっ

(226) *Panini* (n 189) 13

(227) *Panini* (n 189) 14

(228) *Panini* (n 189) 14

(229) *Panini* (n 189) 14

て、裁判所は、問題となっている特定の侵害行為の評価可能な客観的文脈に対して、その言葉を適用することができる。Chadwick 裁判官が示した理由により、本件における状況（特に、クラブ紋章及びプレミアリーグエンブレムを複製するステッカー及びアルバムの作成の商業的文脈及び目的、並びに、これら著作物とステッカー及びアルバムの主題との関係）は、ステッカー及びアルバムにおける内包が付随的でないことが自明であるとする〔一審裁判官〕の全体的評価を正当化する。〔一審裁判官〕の結論と意見を異にする理由は見いだせない⁽²³⁰⁾として、上訴を棄却すべきとする。

4. 4. Fraser-Woodward 事件⁽²³¹⁾ 高等法院判決

本件の事実関係は、おおむね次のようなものである（ただし、付随的内包の抗弁に関係するもののみ限定している）。原告 Fraser-Woodward Ltd は、本件で問題となった14枚の写真（以下、まとめて「本件原告各写真」といい、個々の写真を指す場合には「本件写真1」などという⁽²³²⁾）に係る著作権の著作権者であり、それらの写真は著名なサッカー選手である David Beckham と、元 Spice Girls のメンバーであった著名なポップシンガーである妻の Victoria など Beckham 家の家族に関する写真である。これらの写真は、タブロイド紙に掲載されていた⁽²³⁴⁾。他方、被告 Brighter はテレビ番組制作会社であり、制作した番組中において（以下、この番組を「本件被告番組」という）本件原告各写真が掲載された新聞紙面画像を使用し、被告 BBC がそれを放送した⁽²³⁵⁾。本件は、被告らによる使用が著作権侵害にあたる⁽²³⁵⁾として出訴されたものであり、被告の主な抗弁として、いわゆるフェ

(230) *Panini* (n 189) 15

(231) *Fraser-Woodward Ltd v. British Broadcasting Corp* [2005] EWHC 472, [2005] F.S.R. 36 (Ch)

(232) なお、判決の原文では「Beckham 1」などとあるが、「本件写真1」などはそれらと対応することになる。

(233) *Fraser-Woodward* (n 231) [1], [3]

(234) *Fraser-Woodward* (n 231) [1]

(235) *Fraser-Woodward* (n 231) [1]

アディーリングである30条1項の抗弁とともに、31条1項の付随的内包の抗弁も主張されている。⁽²³⁶⁾

本件原告各写真のうち、本件写真1から13については、販売等を目的とするセレブ写真撮影で著名な写真家 Jason Fraser により撮影されたもので、原告会社が写真の権利を保有している。⁽²³⁷⁾ また、本件写真14については、写真家の Michele Crosera が撮影したもので、原告に本件写真14に係る著作権を譲渡した。⁽²³⁸⁾ 本件写真14を除く本件原告各写真は、Beckham 家の2名以上の家族が公の場で日常の活動をしているときの明らかに不意を突かれた瞬間に撮影されたもので、本件写真14は妻 Victoria が一人で写っているものである。⁽²³⁹⁾

2002年末、被告 Brighter は、最終的に「Tabloid Tales [タブロイドという虚構]」という番組タイトルで放送された本件被告番組の制作に着手し、その目的は、本件における被告が主張するところでは「タブロイドジャーナリズム、並びに、タブロイド紙及び／又は取り上げられたセレブが自分たちに都合よくストーリーを作り上げ、利用するために採用している手法を、批判及び／又は批評することを意図し、実行した」というものであって、本件被告番組は2003年4月29日午後10時40分に放送された。⁽²⁴⁰⁾ なお、本件被告番組の長さは40分弱とされる。⁽²⁴¹⁾

31条1項の抗弁に関して、被告らは本件被告番組内における本件写真12の3回目の登場及び本件写真14の登場につき、同項の抗弁を主張した。⁽²⁴²⁾ Mann 裁判官は、Panini 事件控訴院判決を参照し、Chadwick 裁判官の意見、及び Mummery 裁判官の意見を一部引用したうえで、⁽²⁴³⁾ 「したがって、

⁽²³⁶⁾ *Fraser- Woodward* (n 231) [1]

⁽²³⁷⁾ *Fraser- Woodward* (n 231) [3]

⁽²³⁸⁾ *Fraser- Woodward* (n 231) [3]

⁽²³⁹⁾ *Fraser- Woodward* (n 231) [3]

⁽²⁴⁰⁾ *Fraser- Woodward* (n 231) [4]

⁽²⁴¹⁾ *Fraser- Woodward* (n 231) [4]

⁽²⁴²⁾ *Fraser- Woodward* (n 231) [81]

⁽²⁴³⁾ *Fraser- Woodward* (n 231) [82]

私に課せられた任務は、本件の文脈における写真の使用を調査し、そして、通常の意味における付随的（何らかの他の目的に付随的であることを意味していなければならない）かどうかを検討することである⁽²⁴⁾と述べる。

続けて、まず本件写真12について、以下のように述べる。すなわち、「[本件被告番組]は、写真、見出し及び本文を含む新聞記事の多くの場面を含んでいる。多くの場合、カメラがズームインするか、場合によってはズームアウトし、また対象を横切ってパンする。静止した対象の画像を面白くするために度々動かすことは、よくあり得ることである。テレビ番組で何秒も静止画を表示してしまうと、動きのある画像ほどには視覚的に面白くも刺激的でもないであろう。しかしながら、私の至った結論は、動きのある場合のほとんどではないにしろ多くの場合には、さらなる目的、すなわち画像の部分の文脈を提供または提示することがあるということである。[本件写真12]の3番目の登場の扱いにおいては、似たような目的が存在していると私は確かに考えている。…カメラは、その映像において写真に関する新聞の表現のほとんどを含む形でスタートする。下部の小さな一部が何らかの影の類で暗くなっている⁽²⁴⁵⁾…。最後に、ズームインをしながら見出しに集中する。新聞に掲載された写真—幼い赤ん坊を抱く誘拐計画の被害者となり得る人物の写真—の内包は明らかに故意（deliberate）であった。[本件被告番組]は、誘拐計画を含めた Beckham 家のセレブネタに関する新聞の扱いについての番組である。写真及び見出し…を並べることは、そうした扱いの一部である。[本件被告番組]によりこうした扱いが検討される際には、この組み合わせによってこそ、[本件写真12]の提示が、批判及び批評の目的のために行われたこととなるのである。しかし、まさにこの要素が、[本件写真12]が付随的に内包され得なかったこ

(244) *Fraser-Woodward* (n 231) [83]

(245) なお、Mann 裁判官は、後にこの影の効果を特に取り上げて、本件写真12の3回目の登場が付随的内包でないとする結論を補強するものであると論じるが（*Fraser-Woodward* (n 231) [85]）、本稿では省略する。

とを意味するのである。…〔本件被告番組のプロデューサーら〕は、同情的な写真の使用を含めた Beckham 家のセレブとしての扱いの文脈における見出しに興味を抱いた。私が確信しているところでは、〔本件写真12〕を含む紙面の概観とそれに続くズームインは、紙面を面白い形で表示するため、あるいは静止画よりも面白味のある動きのある画像を制作する単なる制作技術ではなかった、というものである。全体のストーリーの文脈にその紙面を位置づけ、そして検討されている側面（誘拐計画）に焦点を当てる意図的方法であったのだ。こうしたなかでは、〔本件写真12〕の内包は付随的ではなかった〔⁽²⁴⁶⁾ということになる〕というものである。つまり、本件写真12の3回目の登場については、付随的内包ではないとしたのである。

他方で、本件写真14については付随的内包にあたるとの結論が下されたが、これにつき Mann 裁判官は次のように述べる。すなわち、「〔本件写真14〕は、新聞の見出しの中に掲載された小さな写真である。番組における撮影された場面の焦点は、新聞の見出しにある。映されている4秒間の間に少しズームインするが、これは明らかにちょっとした演出や、視覚的な面白さを加えるためのものである。この場面に進む前に、〔ナレーター〕 Morgan 氏によりストーリーの導入がなされ、the News of the World 紙に掲載された見出しが3つ映し出され、その項目についての BBC ニュースの短い映像が映し出された。そして、それに関連する見出しと〔本件写真14〕が表示される。私が確信しているところでは、その見出しは扇情的な見出しの一例として表示されており、それがゆえにそこに映し出されているのである。この文脈においては、〔妻 Victoria〕の小さな写真は付随的である。オリジナル〔の新聞の見出し〕にたまたま存在していたがゆえに、そこに映し出されたのである。… Panini 事件判決においては、写真を公表した者〔つまり、一審被告〕は、仮に当該ロゴが存在しなかったならば、写真を公表しようとしなかったであろう。そのロゴが写真にとつ

(246) Fraser-Woodward (n 231) [84]

て重要であった〔からである〕。このことは、〔本件写真14〕には当てはまらない。私が判断できる限りでは、当該見出しは、ある一つの見出し（a headline）として選択されたのであって、〔妻 Victoria〕の写真も含まれているから選ばれたのではない⁽²⁴⁷⁾とし、結論として「以上の状況に照らし、〔本件被告番組〕における内包は付随的であるから、〔本件写真14〕の登場に関する侵害は認められないと認定する⁽²⁴⁸⁾」と述べた。

4.5. QC Leisure 事件⁽²⁴⁹⁾ 高等法院判決

関連する事実は、おおむね次の通りである。本判決は、プレミアリーグの試合の生放送へのアクセスを可能とする外国のデコーダーカードをイギリス国内で使用する行為にかかわる3つの事件に関するものである⁽²⁵⁰⁾。

プレミアリーグを運営する第一原告 Football Association Premier League Limited（以下、「FAPL」という。）は、プレミアリーグの試合の撮影を手配し、それらの放映権をライセンスすることを実施しており、試合の生放送の放映権は国ごとに（territorially）、かつ3年の期間に分けられている⁽²⁵¹⁾。生放送のライセンシーは、サブライセンスを行うことが許可されており、ギリシャにおいては第二原告 NetMed がサブライセンシーとなっており、第三原告が試合を放送するチャンネルの運営者であるが、結局のところ、第二原告及び第三原告はいずれも同一の所有者のもとにある（判決では両者はあわせて「NOVA」と言及されている⁽²⁵²⁾）。また、中東及び北アフリカ地域では別のサブライセンシーが存在している⁽²⁵³⁾。他方で、イギリスでは、生放送についてのライセンシーは訴外 Sky であった⁽²⁵⁴⁾。

(247) *Fraser- Woodward* (n 231) [86]

(248) *Fraser- Woodward* (n 231) [87]

(249) *Football Association Premier League Ltd v. QC Leisure (No.2)* [2008] EWHC 1411, [2008] F.S.R. 32 (Ch)

(250) *QC Leisure* (n 249) [1]

(251) *QC Leisure* (n 249) [2], [3]

(252) *QC Leisure* (n 249) [5]

(253) *QC Leisure* (n 249) [6]

第一事件の被告は、QC Leisure 及び David Richardson (QC Leisure は Richardson の商号)、並びに、第二事件の被告は AV Station Plc (AV) 及びその経営者である Malcolm Chamberlain であるが、これら被告らは、プレミアリーグの生放送を行う NOVA 等のチャンネルを受信するための装置及び衛星デコーダーカードをパブやバーに供給していた。⁽²⁵⁵⁾ また、第三事件の被告は、4件のパブの経営者やライセンシー等の6名であり、これらのパブでは中東及び北アフリカ地域のサブライセンシーの下での放送向けのデコーダーカードを使用して試合を上映していた。⁽²⁵⁶⁾

原告らが出訴した背景としては、国別の放映権のライセンス実務が外国デコーダーカードの流通により脅かされてしまうことへの懸念があるとみられる。イギリス国内のパブやバーがプレミアリーグの試合を上映しようとする場合、原告らが想定する正規の手段としては、イギリスのライセンシーである訴外 Sky との契約を結び、パブやバーの広さに応じた数千ポンドの年間利用料を支払う方法があるが、他方で、非正規の取扱業者を通じて、外国の当該国の国内利用であることが想定されたデコーダーカード及びデコーダーボックスを購入する方法も存在する。⁽²⁵⁸⁾ 後者の方法であれば、例えば、原告 NOVA のデコーダーカード等を利用する場合、年間700ポンドと安く利用することができるが、しかし、原告らにとっては深刻な収入減少となり得るというものである。⁽²⁵⁹⁾

原告らは、第三事件の被告ら(パブの経営者やライセンシー等)が、サービスへのアクセスするために設定されまたは適合するデコーダーカードを許諾なく商業目的で取引又は所持することにより1988年法298条の権利を侵害したこと、そして、衛星デコーダー内部での著作物のコピーの作成及

(254) *QC Leisure* (n 249) [7]

(255) *QC Leisure* (n 249) [9]-[11]

(256) *QC Leisure* (n 249) [12]

(257) *QC Leisure* (n 249) [8]

(258) *QC Leisure* (n 249) [8]

(259) *QC Leisure* (n 249) [8]

び上映すること、著作物の実演等すること、並びに公衆への伝達をすることにより著作権を侵害したことを理由として出訴した⁽²⁶⁰⁾。また、第一及び第二事件の被告らに対しては、デコーダーカードを供給した第三事件の被告らによる当該行為を許容することにより著作権を侵害したことを理由として⁽²⁶¹⁾ている。

本件の争点は、EU 単一市場の分割に関する論点や関係する EU 指令の解釈等、多岐にわたるものであるが、本稿では、その目的に照らして（本判決の判示全体からすれば重要性は必ずしも大きくないものかもしれないが）付随的内包に関する判示部分のみ取り上げることとする。

付随的内包の論点で問題となったのは、選手整列時におけるプレミアリーグアンセムの録音物の再生であった⁽²⁶²⁾。なお、試合の撮影、送信準備及び視聴者への送信のプロセスはおおよそ、①カメラで試合を撮影し、放送に使用される場面が選択され、試合中の環境音と共に選択された場面の結果物（以下、これを「Clean Live Feed」という）が、BT タワー経由で光ファイバーケーブルで IMG Media 社（以下、「IMG」という）の施設に送信される、② IMG が Clean Live Feed にロゴの追加、ビデオシークエンスの作成等の処理を行う（以下、この処理の結果物を「World Feed」という）、③ World Feed を BT タワーに送り返し、圧縮暗号化の上で外国放送局向けに衛星送信される、④外国放送局は圧縮暗号化されたものを元に戻し、これによりロゴ等を加えることができるようになるが、それをまた圧縮暗号化の上で、今度は視聴者向けに衛星送信する、⑤視聴者は、衛星アンテナで信号を受信し、デコーダーで暗号圧縮化されたものを元に戻す（この過程においてデコーダーカードが必要となる）などといったものであった⁽²⁶⁴⁾。被告らは、World Feed におけるプレミアリーグアンセムの内包は付随的な

(260) *QC Leisure* (n 249) [13]

(261) *QC Leisure* (n 249) [13]

(262) *QC Leisure* (n 249) [16]

(263) *QC Leisure* (n 249) [198]

(264) *QC Leisure* (n 249) [25]

ものであって、原告らの侵害主張のすべてについて31条の抗弁が適用される旨の主張を行った。⁽²⁶⁵⁾

Kitchin 裁判官は次のように判示した。まず、同裁判官は、「プレミアリーグアンセムは選手整列の間、スタジアムで演奏され、マイクが拾い上げたものであって、電子的に挿入されたのではない。よって、プレミアリーグアンセムがどの程度聞こえるのかは、会場に設置された音響システムの質及び環境音用のマイクの位置次第であると被告は主張するが、これは私も同意するところである。したがって、プレミアリーグアンセムは、父親と離れてしまった少年のためのアナウンスのように、会場の観客により聞かれることが意図されていたのであり、World Feedにより拾い上げられていたとしても、付随的な場合を除けば、何マイルも離れた視聴者向けのものであることを意図していたのではないと推論するように被告は求め⁽²⁶⁶⁾ている」とし、またこれに対して原告が「選手整列が撮影され、会場の環境音が録音されている理由は、FAPLのブランド認知を高め、ドラマチックな興奮を加えるためである⁽²⁶⁷⁾」と主張しているとする。

そのうえで、Kitchin 裁判官は「[いくつかのビデオ等を視聴したうえで]プレミアリーグアンセムは、全ての試合において一定の音量で演奏されているわけではなく、そして驚くに値しないが、群衆からの背景音もまた変化していることが明らかである。なかには、プレミアリーグアンセムの音をほとんど聞き分けられなかった⁽²⁶⁸⁾」と述べる。そして、「会場への場面の切り替えとスタジアムにおける背景音とともに選手整列の場면을放送するという放送局による決定が全くもって故意のものであることには疑いがない。その目的が会場における雰囲気を見聴者に伝え、試合開始前のわずかな時間に選手が整列しているところを見せることにあると推測され

(265) *QC Leisure* (n 249) [198]

(266) *QC Leisure* (n 249) [199]

(267) *QC Leisure* (n 249) [200]

(268) *QC Leisure* (n 249) [201]

る。しかしながら、特にプレミアリーグアンセムの音を内包するという意図が示されうるような証拠は全く見当たらなかった。…私の印象では、放送を担当した者は、プレミアリーグアンセムが演奏されていたかどうか、まして視聴者に聞こえたかどうかについて全く関心を持っていなかったものと思われる。…放送局も放送の視聴者もプレミアリーグアンセムが聞こえるかどうかについて何らの重要性も感じていなかったというのが私の結論である。放送局の目的は、選手が整列しているところを見せ、スタジアムの興奮と期待の感覚を伝えることにあるが、しかしプレミアリーグアンセムの内包はこの目的にとり本質的要素（essential）ではなかったのである。…私は被告らに同意するものであり、プレミアリーグアンセムの内包は…完全に付随的であった。ゆえに、選手整列に関する抗弁は認められ⁽²⁶⁹⁾る」と述べた。

4. 6. 小括

4. 6. 1. 付随的内包が認められる後行作品について

前述した通り、31条は、文芸、演劇又は音楽の著作物における付随的内包には適用され⁽²⁷⁰⁾ない。このことは、Panini 事件判決において Mummery 裁判官が、問題となった一審被告製品のうちアルバムについて、「3条1項 (a) における『編集物』であるように思われる。編集物は『文芸の著作物 (literary work)』である」と述べて、付随的内包の抗弁がアルバムに適用され得るのかについて疑問があるとの「暫定的見解」を示していたこ⁽²⁷¹⁾とで実際に問題となり得るものである。結局は、この点に関する当事者の主張が十分でなく、またいずれにしても31条1項の抗弁が認められないとして、同事件判決では問題となったアルバムが「編集物」ひいては「文芸の著作物」に該当するののかについては明らかとならなかった。この点につ

(269) *QC Leisure* (n 249) [202]

(270) *Speck and others* (n 161) para 21.79

(271) *Panini* (n 189) 13

いては、「個々の美術の著作物の創作及び頒布に関して適用可能な抗弁が、他の著作物と組み合わせられた時には適用されないことと〔なりうる〕」ことに関して、「こうした帰結の奇妙さは、〔1988年法〕が〔31条の〕」例外規定が適用される著作物の区分を限定列挙しており、おそらくは見落としによって、美術の著作物を含む編集物の場合を当該区分に加えていなかったためである」との指摘をする見解がある。⁽²⁷²⁾

なお、日本法との比較の観点からは、内包する側の創作性が必要とされるかどうかという点にも疑問が生じ得る。この点、管見の限りでは付随的内包にかかる議論において特段の言及があるように見られないところではあるが、そもそも31条1項において掲げられる「録音物、映画又は放送」については創作性が保護要件とはなっておらず、精神的技能、労力又は努力が発揮されたかどうかにかかわらず保護されることから、著作物の種類は問題となるとしても、創作性の有無は付随的内包の要件とはなっていないと考えられよう。Panini 事件判決における編集物かどうかの議論が仮に十分になされていれば、この点の言及もあり得たようにも思われる。

4.6.2. 31条1項における「付随的 (incidental)」の意義

1988年法31条1項における「付随的 (incidental)」との文言の定義については、IPC Magazines 事件判決における McCombe 裁判官は学説を引用して、その意味するところについて述べているが、当該学説のその後の改訂版でも「〔1988年〕法は、『付随的』という言葉の定義を何ら定めていないが、しかし、この言葉は、偶然な、本質的でない、副次的な、単に背景的な等であるものという含みを持つありふれた英単語である」との記述⁽²⁷⁴⁾

(272) Kevin Garnett, 'Incidental Inclusion under s.31' (2003) 25 EIPR 12, 579, 581. See also Harbottle and others (n 156) para 9-96 fn. 389.

(273) Lionel Bently and others, *Intellectual Property Law* (5th edn, OUP 2018) 118 (「ビデオレコーダー又はテープレコーダーのスイッチを入れてテーブルの上に置いたままにしたとして、結果物としての映画又は録音物は保護されることになる」とも述べる). See also Harbottle and others (n 156) [3-245], [3-257] and [3-279].

を維持している。

確かに、IPC Magazines 事件判決における McCombe 裁判官は、上記の学説の定義をそのまま基準と捉えて、それにあてはめる形で、「仮に Woman 誌の表紙が使われていなければ、本件広告の効果は完全に失われるであろうから、当職には、問題に対する答えは否 (no) に違いないものと思われる。Woman 誌の 1 部を内包することは、本件広告の本質的かつ重要な特徴であった。その効果は、これ以上ないほどに明白である」と述べているが、しかし、その判示は簡潔なものにとどまり、判断根拠が明らかになっているとは言い難いように見受けられる。そのためか、上級裁判所である控訴院判決であることも相まってと思われるが、IPC Magazines 事件判決でも引用された学説を含めて、Panini 事件判決の判旨を中心として⁽²⁷⁵⁾31条の準則についての議論がなされているように見受けられる（そもそも、Panini 事件判決において Mummery 裁判官は「国会は、[付随的との言葉] に何ら特別な意味を与えないことを決めたのである。裁判所が定義を行う必要も存在しない。『付随的』という言葉がある状態を説明するために一般的に使用されている、そうした状況の範囲は十分に明確であって、裁判所は、問題となっている特定の侵害行為の評価可能な客観的文脈に対して、その言葉を適用することができる」と述べており、⁽²⁷⁶⁾文言の定義自体の必要性にも疑義が呈されているとも考えられる）。

この点について、Panini 事件判決で Chadwick 裁判官は、作品 B における著作物 A の内包が『付随的』であるか否かは「作品 B が作成された状況を考慮して、なぜ著作物 A が作品 B に内包されることとなったのか、という問題」にかかっていると述べている。この判断は、⁽²⁷⁷⁾後行する作品（作品 B）が作成された状況に関する客観的な評価によりなされるもの

(274) Speck and others (n 161) para 21.81

(275) IPC Magazines (n 171) 441

(276) Speck and others (n 161) para 21.81

(277) Panini (n 189) 15

(278) Panini (n 189) 12

と理解されているようである。⁽²⁷⁹⁾ また、付随的かどうかの判断においては、Chadwick 裁判官が「この問題を扱うにあたっては、その状況が必要とする場合には、あらゆる美的な理由に対するのと同じく、著作物 A が作品 B に内包されることとなった商業上の理由にもまた考慮を行うべきではないとする理由は私には見いだせない」と述べている通り、美的な理由ととも⁽²⁸⁰⁾に商業的な理由も考慮されることになる。⁽²⁸¹⁾ もっとも、「著作物を内包する判断が商業的動機付けに基づくものである場合には美的な根拠に基づいて付随的内包の抗弁を主張することはほぼ不可能である」⁽²⁸²⁾と指摘する見解もみられるところである。⁽²⁸³⁾ 他方で、美的な動機付けに基づくものである場合にはより緩やかなアプローチが採用され得る可能性が残されているとの指摘も見られる。⁽²⁸⁴⁾

前述の通り、Panini 事件判決における、問題となったステッカーやアルバムにおける選手の写真の目的が「コレクターにとって魅力的となるであろうものを作成すること」にあるとして、情報に通じたコレクターにとって真正品であると認識されるユニフォームに身を包んだ選手の写真でなければ、この目的を達することできず、その場合にはクラブバッジと

(279) Speck and others (n 161) para 21.81, David Llewelyn and Tanya Aplin, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights* (9th edn, Sweet & Maxwell 2019) para 12-041 fn233, Harbottle and others (n 156) para 9-94. この点については Panini 事件判決の Chadwick 裁判官の意見におけるあてはめ部分においても、「これは、写真が作成された状況の客観的評価によるものである」と述べられている (*Panini* (n 189) 12)。

(280) *Panini* (n 189) 12

(281) Speck and others (n 161) para 21.81, Paul Torremans, *Holyoak & Torremans Intellectual Property Law* (9th edn, OUP 2019) 280, Harbottle and others (n 156) para 9-94

(282) Torremans (n 281) 280

(283) Robert Burrell and Allison Coleman, *Copyright Exceptions: The Digital Impact* (CUP 2005) 66も、Panini 事件判決が被告の行為の商業的性質を強調していることを指摘している。

(284) Burrell and Coleman (n 283) 66

FAPL エンブレムが含まれていることが必要であったとされる⁽²⁸⁵⁾。こうした認定は Chadwick 裁判官自身も認める通り、「写真が作成された状況の客観的評価によるもの⁽²⁸⁶⁾」であり、また、商業的な理由が考慮されているといえる。そして、こうした状況においては「ステッカー又はアルバムに現れている選手の写真…の真正性は、著作権の存する個々のクラブバッジ及び FAPL エンブレムの作品 B への内包にかかっている⁽²⁸⁷⁾」として、『付随的』であるとは認められなかった。クラブバッジと FAPL エンブレムの内包が、被告製品の目的の達成にとり重要な要素であったことが考慮されているように思われ、「何が『付随的』なものであるかの判断基準は客観的（objective）なものであって、その画像が作成された目的及び著作物資料の内包が本質的要素である（essential）か否かによる⁽²⁸⁸⁾」と述べる見解も、こうした点を指摘する趣旨であろうと思われる。また、QC Leisure 事件判決が「放送局の目的は、選手が整列しているところを見せ、スタジアムの興奮と期待の感覚を伝えることにあるが、しかしプレミアリーグアンセムの内包はこの目的にとり本質的要素（essential）ではなかったのである⁽²⁸⁹⁾」と述べていることも、軌を一にするように思われる。もっとも、付随的内包を行った側の主観的な意図を考慮する必要がないとしていることについて疑問を呈する見解もある⁽²⁹⁰⁾。

また、「付随的」との文言の意味するところについては、「付随的」内包と、「意図的」「故意による」内包との関係も問題となり得る。一見すると、「意図的」「故意による」内包であれば「付随的」内包には当たらないようにも考えられ、確かに「[31条3項に掲げられている類型]以外の著作物が3項の法準則から除外されていることが、それらの著作物が故意に

(285) *Panini* (n 189) 12

(286) *Panini* (n 189) 12

(287) *Panini* (n 189) 12

(288) *Llewelyn and Aplin* (n 279) para 12-041 fn233

(289) *QC Leisure* (n 249) [202]

(290) *Garnett* (n 272) 580, *Burrell and Coleman* (n 283) 66

内包されたとしても依然として付随的でありうることを意味するとは信じ難い⁽²⁹¹⁾」と述べる見解もある。しかし、Panini 事件判決の Chadwick 裁判官の意見において「同法31条1項及び3項をあわせ読めば、1項の文脈における『付随的』とは、意図していない (unintentional)、あるいは故意でない (non-deliberate) 内包に限定されているわけではないことが明らかである。仮に〔意図していない、故意でないものに限定している〕のであるならば、3項…は不要なものとなる⁽²⁹²⁾」とあるように、同条3項の規定ぶりから、「付随的」との文言は「意図的でない」「偶然的 (accidental)⁽²⁹³⁾」ものに限定されないものとみられる。もっとも、Fraser-Woodward 事件判決における本件写真12に関する判断、すなわち、本件写真12を含む紙面の概観とそれに続くズームインが、「全体のストーリーの文脈にその紙面を位置づけ、そして検討されている側面 (誘拐計画) に焦点を当てる意図的方法⁽²⁹⁴⁾」であり、付随的な内包とは認められなかった⁽²⁹⁴⁾ことを受けてと思われるが、「どのようにその著作物が内包されたのかについて故意の取り扱いがあれば、許容される行為からは除外され得る⁽²⁹⁵⁾」との説明を行う見解もある。

また、内包される著作物の割合がどの程度か (著作物全体が内包されても権利制限の対象となるかどうか) について、Panini 事件ではユニフォームにある個々のクラブバッジ及びプレミアリーグエンブレムの内包が問題となっていたところ、同控訴院判決の意義の一つとして「付随的内包は、著作物全体が内包されることを排除しておらず、ゆえに部分的内包に限定⁽²⁹⁶⁾されていない」ことを指摘する見解がみられる。

(291) Dworkin and Taylor (n 159) 77

(292) *Panini* (n 189) 11

(293) Bently and others (n 273) 256, David Bainbridge, *Intellectual Property* (10th edn, Pearson 2018) 270

(294) *Fraser-Woodward* (n 231) [84]

(295) Bainbridge (n 293) 271

(296) Torremans (n 281) 280

前述した通り Panini 事件判決の判旨を中心として議論がなされているようであるが、しかし、例えば Panini 事件判決の本件被告製品に複製されたロゴの大きさや、被告の意図はクラブユニフォームに身を包んだ選手を表示したいというだけのものであったことに照らして、Panini 事件判決の結論への批判も見受けられる。⁽²⁹⁷⁾

4.6.3. 31条3項の法準則

ここで31条3項に目を転ずる。同項は、音楽の著作物等については「故意に内包されるときは、他の著作物に付随的に内包されたものとはみなさない」と規定するところ、QC Leisure 事件判決は、はっきりと同項の規範に言及しているわけではないが、プレミアリーグアンセムの内包について Kitchin 裁判官は「[同裁判官] の印象では、放送を担当した者は、プレミアリーグアンセムが演奏されていたかどうか、まして視聴者に聞こえたかどうかについて全く関心を持っていなかったものと思われる。…放送局も放送の視聴者もプレミアリーグアンセムが聞こえるかどうかについて何らの重要性も感じていなかったというのが私の結論である。放送局の目的は、選手が整列しているところを見せ、スタジアムの興奮と期待の感覚を伝えることにあるが、しかしプレミアリーグアンセムの内包はこの目的にとり本質的要素 (essential) ではなかったのである」と述べており、故意によるものかどうかを問題としているように見受けられる。⁽²⁹⁸⁾ なお、そもそも31条3項がなぜ音楽の著作物等について他の著作物と異なる取り扱いをしているのかという疑問も生じうるが、音楽産業によるロビー活動の結果によるものであるとみられる。⁽²⁹⁹⁾ 学説には、「おそらくは、[音楽の著作物

(297) Burrell and Coleman (n 283) 65-66

(298) QC Leisure (n 249) [202]

(299) Speck and others (n 161) para 21.82. Harbottle and others (n 156) para 9-97も QC Leisure 事件判決の関連する判旨を同条3項にかかわるものとして整理している。

(300) 貴族院での法案審議において Beaverbrook 卿は、「音楽の著作物とその他の種

等]については他の著作物に付随的に内包されるとしても非常に大きな付加価値を与えうるから」との理由を付け加えて述べるものがある。⁽³⁰¹⁾

5. 若干の検討

イギリス1988年法31条に関する判例や議論の状況から得られる、日本法30条の2の解釈に関しての示唆について若干の検討を行う。

5.1. 対象行為の限定に関して

イギリス1988年法31条1項は「著作物の著作権は、美術の著作物、録音物、映画又は放送におけるその著作物の付随的内包 (incidental inclusion) によっては侵害されない」としており、抗弁の適用対象を「美術の著作物、録音物、映画又は放送における」ものに限定している。これによれば、文芸、演劇又は音楽の著作物における付随的内包には適用がないということになる。美術の著作物を含む編集物の場合については、Panini 事件判決では判断が示されなかったものの、同項を文言通り解釈してしまうならば、個々の美術の著作物については適用可能なものが適用できないことになるとも考えられる可能性も否定できず、立法における過誤であるとの指摘も見られた。これを踏まえれば、適用対象の限定は不合理な面が存在することは否定できないであろう。

日本の旧30条の2第1項における、対象行為の「写真の撮影、録音又は録画…の方法」への限定と比較すれば、イギリス法は「美術の著作物」に

類の著作物の取り扱いの間にひかれた区別は、本法案に先立つコンサルテーション
 手続における著作権団体の反応を反映したものである。音楽の著作物の著作権者
 は、付随的かつ意図していない内包のための例外をめぐって懸念を表明したが、そ
 の他の団体はそうではなかった。」と述べている (HL Deb 8 December 1987, vol
 491, col 124)。See also Harbottle and others (n 156) para 9-97. なお、前田・前掲
 注(6) 326頁注1は、同項を指して「音楽の著作物を特別扱いしている点に興味
 を引かれる」と述べている。

(301) Speck and others (n 161) para 21.82

おける場合も付随的内包の抗弁が認められうるという意味で広いものと言えたと考えられる。例えば、美術の著作物たる自分の作品の背景に著名な絵画の細密画を内包するなどである⁽³⁰²⁾。しかし、令和2年改正により「複製伝達行為」へと改められたことにより、むしろ逆に日本法の方が、対象行為が広がったことになる。

また、旧30条の2第1項で「著作物を創作するに当たつて」との要件がみられ、著作物を利用する側において創作性を備えることが求められていた一方で、イギリス1998年法31条1項は上記のように対象行為を限定してはいるものの、創作性の有無は付随的内包の要件とはなっていないと考えられる。すなわち、前述した通り、対象行為となっている「録音物、映画又は放送」については創作性が保護要件とはなっておらず、同項に列挙されている対象行為は創作性の有無に着目されているわけではないものと思われる。この点についても、令和2年改正により「著作物を創作するに当たつて」との要件は削除されている。改正前から学説が批判する通り、この要件を根拠づけるための違法行為に伴う付随的な利用を対象行為から除外する意図があったとする理由自体も、著作物の創作か否かと当該行為が違法か否かとの関連はないわけで、説得力を欠くものであったことは否定できない。さらに、イギリス法が対象行為を限定しているにもかかわらず、創作性の有無に着目しているわけではないことに照らせば、著作物を付随的に利用するために、利用する側が著作物を創作する必要性があるとする論理的根拠もないといえるように思われる。

以上を踏まえるならば、対象行為の限定に関しては、特に Panini 事件判決で問題となる可能性のあった美術の著作物を含む編集物の場合を念頭に置けば、不合理な面が存在することは否定できず、日本の令和2年改正による適用対象の拡大は妥当なものであると考えられる。ドイツにおける立法でも、イギリス法（当時の1956年著作権法9条5項）での適用対象の限定に十分な根拠がないと認識されていたようであり、イギリス法を参照し⁽³⁰³⁾

(302) Burrell and Coleman (n 283) 65

つつ適用対象を限定する方向を検討する必要はないように思われる(1956年著作権法9条5項では「映画又は放送」における著作物の内包に限定されていたことに比較すれば、現行法では適用対象が拡張されていることは確かである)。もっとも、イギリス法が対象行為を限定しているにもかかわらず、創作性の有無に着目しているわけではないことについては、著作物を付随的に利用するための前提として、利用する側が著作物を創作する必要性があることに論理的根拠がないことを導くことはできないかと思われる。

5.2. 日本法30条の2の「付随性」要件の解釈について

イギリス1988年法31条1項は「著作物の付随的内包によっては侵害されない」として、抗弁の適用対象を除けば、「付随的内包」と言えるかどうかを唯一の要件として機能しているように思われる。これを充足するかどうかについて、既に述べた通り、Panini 事件判決によれば、作品Bにおける著作物Aの内包が『付随的』であるか否かは「作品Bが作成された状況を考慮して、なぜ著作物Aが作品Bに内包されることとなったのか、という問題」により判断され、この判断は後行する作品(作品B)が作成された状況に関する客観的な評価によりなされるものと理解されているとみられる。著作物Aが作品Bに内包されることとなった理由については、美的な理由(動機付け)のみならず、商業的な理由(動機付け)もまた考慮され、Panini 事件判決を踏まえれば、商業的な理由による内包の場合には抗弁の適用は否定的な方向となる旨の指摘も見られるところである。また、Panini 事件判決及びQC Leisure 事件判決からすれば、作品Bにおける著作物Aの内包が、作品Bの目的の達成にとり本質的要素である(essential)かどうかを考慮されているように見受けられる。

日本の令和2年改正後の30条の2についてみてみるならば、正当範囲要件において、正当な範囲内かどうかを判断する要素として「当該付随対象

著作物の利用により利益を得る目的の有無」が挙げられており、かつ経済的利益を得ようとの目的があることが権利制限の適用に否定的な方向に働くものとされている⁽³⁰⁴⁾。これは、イギリス法の「付随的」かどうかの判断における著作物が内包されることとなった理由として商業的な理由（動機付け）が考慮され、商業的な理由による内包の場合には抗弁の適用は否定的な方向となる旨の指摘があることと対応するように思われる。

また、「軽微な構成部分」との要件については、令和2年改正により考慮要素が例示されており、前述した通り「その他の要素」で考慮されるものとして、「作品全体のテーマとの関係における当該著作物の重要性」が含まれ得るとの見解もみられた。この点については、イギリス法においても「付随的」かどうかの判断で、著作物の内包が、後行する作品の目的の達成にとり本質的要素である（essential）かどうかを考慮されていることと対応するように思われる。加えて、日本法の「軽微な構成部分」要件で列挙されている他の要素である「当該作成伝達物における当該著作物の再製の精度」については、例えば、QC Leisure 事件判決では、付随的かどうかの判断で、プレミアリーグアンセムの演奏が一定の音量であるかどうかや、聞きわけ可能かどうかを考慮されていたことと対応するのではなからうか。

さらに、前述した通り、イギリス1988年法31条1項における「付随的」との文言は、同条3項の規定ぶりから、「意図的でない」「偶然の（accidental）」ものに限定されないものとみられる。もっとも、Fraser-Woodward 事件判決における本件写真12に関する判断、すなわち、本件写真12を含む紙面の概観とそれに続くズームインが、「全体のストーリーの文脈にその紙面を位置づけ、そして検討されている側面（誘拐計画）に焦点を当てる意図的方法で」あり、付随的な内包とは認められなかったことをどのように捉えるか次第ではあるが、「意図的」かどうかは「付随的」かどうかの判断の考慮要素となり得るといえるのではないかと思われる。

(304) 加戸・前掲注(108) 271-272頁

日本法では、分離困難といふ難い場合や、意図的に著作物を配置する場合であったとしても、他の要件を充足するのであれば権利制限の対象となることを意図して、令和2年改正前において存在していた分離困難性要件が削除されたが、意図的な著作物の内包についての扱いを一律に排除するわけではないという点で共通しているように思われる。また、正当範囲要件において「当該付随対象事物等の当該複製伝達対象事物等からの分離の困難性の程度」が考慮要素となっている点も、Fraser-Woodward 事件判決における本件写真12に関する判断との共通性を見出せるかもしれない。

以上のことから、イギリス1988年法31条1項における「付随的」かどうかの判断において考慮されている事項は、令和2年改正後の日本の30条の2においては正当範囲要件や「軽微な構成部分」の要件においておおむね考慮されているのではないかとみられる。仮にイギリス31条1項における考慮要素でこの種の抗弁・権利制限の適用を認めてもよいと考えるのであるならば、正当範囲要件や「軽微な構成部分」の要件で既に考慮すべき事項がカバーされていることになるため、日本の30条の2における付随性要件において考慮される事項とはどのようなものなのかが問題となろう。

この点、私見としては、正当範囲要件及び「軽微な構成部分」の要件が存在する限りにおいては、付随性要件は独自の意義を持たないものと扱っても差し支えないのではないかと考える。すなわち、正当範囲要件及び「軽微な構成部分」の要件をいずれも充足する限りにおいては、付随性要件も充足していると考えてよく、また逆に、正当範囲要件又は「軽微な構成部分」の要件のいずれかが充足されないときには、付随性要件も充足していないものと解してよいであろう。前述の通り、『令和2年報告書』が、主たる正当化根拠を「権利者に与える不利益が特段ない又は軽微である」としたうえで、この正当化根拠を担保する意味で『付随性』が重要な要件となる」としているところ、本条の適用において最終的な要件として付随性が位置づけられるという意味では、付随性要件の重要性を何ら損なうような見方ではなく、『令和2年報告書』の趣旨とも抵触しないのではな

いかと思われる。もっとも、「…〔付随対象著作物〕は、…正当な範囲内において、当該複製伝達行為に伴つて、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる」（30条の2第1項本文）との条文の構造からして、付随性の要件を充足することと、正当範囲要件を充足することは独立の要件として読むのが通常であろうから、私見をそのままの形で、現行30条の2第1項の解釈論として持ち込むことは、難しいとの指摘もあり得よう。他方で、「軽微な構成部分」の要件については、「付随対象著作物」の要件として位置付けるのも差し支えないであろうから、現行法の解釈としては、「軽微な構成部分」の要件（付随対象著作物の定義を行う、かっこ書内の要件）を充足すれば、さしあたり付随性要件が充足されるとも考えられるかもしれない。

5.3. 意図的に著作物を配置する場合における30条の2の適用可能性について

イギリス1988年法31条1項における「付随的」との文言は、「意図的でない」「偶然の（accidental）」ものに限定されない一方で、同条3項は、音楽の著作物等については例外的に「故意に内包されるときは、他の著作物に付随的に内包されたものとはみなさない」と規定する。これについては、ロビー活動の結果であるとみられるものの、「おそらくは、〔音楽の著作物等〕については他の著作物に付随的に内包されるとしても非常に大きな付加価値を与えうるから」という説明をする学説がみられた。⁽³⁰⁵⁾

繰り返しになるが、日本法では、分離困難といひ難い場合や、意図的に著作物を配置する場合であったとしても、他の要件を充足するのであれば権利制限の対象となることを意図して、令和2年改正により、分離困難性要件が削除され、分離困難性は正当範囲要件の充足性を判断する際の一要素となつたと整理されている。⁽³⁰⁶⁾音楽の著作物の意図的な利用に関しては、

(305) Speck and others (n 161) para 21.82

(306) 前掲注(125) 参照

前述した通り、『令和2年報告書』において「テレビ番組やインターネット動画等のBGMとして楽曲を意図的に利用する行為」や「ブライダルの記録用ビデオを作成する際に楽曲が重要な要素となる主要場面（例：入場、乾杯、ケーキ入刀、プロフィール紹介のビデオ上映、余興）で流れる楽曲を収録する行為」が具体的に挙げられ、権利制限の対象とすべきではないとされている。帰結自体は、イギリス法とも軌を一にする一方で、その説明については相違があるように思われる。『令和2年報告書』は既存のライセンス市場への影響や利益目的に着目してこうした帰結を導くようであるが、既に述べた通り、仮に個人の自作の動画であっても権利制限の対象とすべきでないとの立場をとるならば、イギリス法31条3項と同様に、意図的な著作物の利用という側面に着目してよいであろうと思われる。もっとも、分離困難性が正当範囲要件の考慮要素となっているにもかかわらず、『令和2年報告書』がこれらの場面について意図的な著作物の利用に着目せずに説明しているのは、イギリス法と異なり、意図的な著作物の利用に関して著作物の種類による異なる取り扱いを行う条文上の根拠がないからであろうと推測される。音楽の著作物を特別に取り扱う根拠が求められるが、前述した通り、イギリス法31条3項の規定の説明として「おそらくは、〔音楽の著作物等〕については他の著作物に付随的に内包されるとしても非常に大きな付加価値を与えうるから」という説明をする学説がみられることを踏まえれば、音楽の著作物による付加価値の大きさを正当範囲要件の考慮要素のうち「その他の要素」において考慮することも考えられる。

また、意図的に著作物を撮影等に含ませるよう配置等する場合については、既に述べた通り、具体的な設例を用いて検討されることがあり、例えば、子どもが著作物であるぬいぐるみを持ったまま（あるいは、ぬいぐるみを子どものわきにおいて）写真を撮影するような場合や、テレビドラマ等のセットにおいて著作物を小道具として配置するような場合について議論が多く見られた。前者の場合については、令和2年改正により分離困難性

要件が削除されたことを受けて、適用対象となる可能性があるとして一般に理解されているようである。他方で、後者の場合については、旧30条の2のもとでは、自ら著作物を用意している以上は分離困難とは言えないとして、権利制限の対象とならないとする見解が多くみられたが、令和2年改正後における扱いについては必ずしも明らかではない。

この点、イギリス法においては、特にインダストリアル・デザインに関する文脈で、原則としては「映画制作者が、産業用物品 (industrial articles) が至る所にあるシーンを内包しても、[1988年法31条]により、少なくとも通常の状況においては、それら物品にかかるデザインに成立し得る美術の著作権を侵害することはない⁽³⁰⁷⁾」と指摘する見解がある。ただし、この見解は、Panini 事件判決を参照しつつ、「美術の著作権の目的たるデザインにかかる物品が、映画、写真その他美術の著作物において中心的な特徴となっている場合には、事情が異なるかもしれない。そうした場合には、その内包は、『付随的』ではないとして、[31条の] 抗弁の範疇に入らないかもしれない⁽³⁰⁸⁾」とも述べる。

テレビドラマ等のセットにおいて著作物を小道具として配置するような場合であっても、小道具として置かれるものにより、権利制限の対象とする必要性は変化するように思われる。というのも、例えば著名なキャラクターのぬいぐるみのようなものであれば、著作物（の複製物）であることの認識は一般に存在していると考えられ、各人の行動もそれを織り込んだうえで行われるであろうから、私人の自由を制約する程度は小さいのではないと思われる。他方で、例えば椅子や机などの家具といった実用品を小道具として配置する場合、仮にそれらが著作権法上は著作物として扱われるとしても、通常それらは実用品として使用されるものとして認識され、実際に使用されると考えられ、著作物としての認識の下で行動がされ

(307) Martin Howe and others, *Russell-Clarke and Howe on Industrial Designs* (10th edn, Sweet & Maxwell 2022) para 5-166

(308) Howe and others (n 295) para 5-166

るわけではないであろう。また、もし著作物としての認識があったとしても、どういった行為が著作権により規制される著作物の利用行為に該当するのかを逐一判断することを強いることになろう。この意味では、椅子や机などの家具といった実用品を小道具として配置する場合は、私人の行動の自由の制約の程度は大きいと考えられる。前述した通り、法30条の2の趣旨が一般社会における著作物利用の自由の保障や、私人の自由の確保という面もあることを強調すべきことを考えるならば、椅子や机などの家具といった実用品を小道具として配置する場合には、著名なキャラクターのぬいぐるみを配置する場合よりも、法30条の2の権利制限を及ぼすべきものと考えられる。

現行法解釈においてこうした考え方を反映することを試みる。まず、少なくとも令和2年改正後においては、分離困難性要件が削除され、分離困難性は正当範囲要件の充足性を判断する際の一要素となったと整理されているから、条文の構造上はイギリス法と類似しているように思われ、意図的に著作物を配置する場合についても、同様の扱いをしてもよいと考えられる。すなわち、令和2年改正後においては、テレビドラマ等のセットにおいて著作物を小道具として配置するような場合も、30条の2の権利制限の対象となり得ると理解する余地があると解してよいのではないだろうか。このとき、小道具として置く著作物の種類、性質等は、正当範囲要件を充足するかの判断を分けてよいと考えられるから、少なくとも応用美術を想定するならば—例えば、一般家庭のリビングを表現するために配置されるいすや机といった家具など—正当範囲要件を充足する方向に考えるべき事情として捉えてよいであろう。

(309) なお、イギリスの学説においても、1988年法31条が著作物の利用者としての後行の作者等々の自由度を確保することに資するものとなり得る旨の指摘が見られる(Burrell and Coleman (n 283) 65. 前掲注(156)とそれに対応する本文も参照。)

5.4. 令和2年改正により、応用美術の論点における 「写り込み」の問題は解決したのか？

本稿は、応用美術の論点における「写り込み」の問題の現状につき若干の検討を加えることを目的としている。そこで、先行研究における指摘を基にした冒頭の設例をもとに、令和2年改正により、応用美術の論点における「写り込み」の問題は解決したのか、という点について若干の検討を加えることとする。

第一の設例である「Aは、近況を知らせる趣旨の投稿をSNSにアップロードするため、自室において自らが所有するスマートフォンで自らの肖像を撮影したところ、背景に自室に備えていた家具や、自らが着用していた衣服もあわせて撮影された」場合については、あわせて撮影された家具や衣服が著作物に当たり、付随対象著作物となり得るかどうかの問題となろうが、令和2年改正前後を問わず、法30条の2の権利制限が及ぶと考えられよう。

また、順番が前後するが、第三の設例である「Cは、テレビ局の製作スタッフとして、テレビドラマにおける登場人物の家族が過ごすリビングのセットを作成するにあたって、最近の都会に住む三十代夫婦の家族の家らしい雰囲気を出すために、人気ブランド家具のテーブルとイスをセットの中に配置した」場合については、人気ブランド家具のテーブルとイスが著作物に当たり、権利制限が及ぶかどうかの問題となる。この点は既に述べた通り、テレビドラマ等のセットにおいて著作物を小道具として配置するような場合については、令和2年改正後における扱いについては必ずしも明らかではないものの、私見では、椅子や机などの家具といった実用品を小道具として配置する場合は法30条の2の権利制限を及ぼすべきものと考えている。

最後に第二の設例である「Bは、気に入った洋服を見つけて購入したことを知らせる趣旨の投稿をSNSにアップロードするために、その洋服を

着用したうえで自らが所有するスマートフォンで自らの肖像を撮影した」場合について検討する。洋服を購入したことを示す目的で撮影している場合であれば、いわば「見せるため」の消費（「見せびらかしのため」の消費）ともいえよう。そうであれば、「軽微な構成部分」との要件のもとでの考慮要素として「作品全体のテーマとの関係における当該著作物の重要性」が含まれ得るとの見解を前提とすれば、この場合の洋服は「軽微な構成部分」と言えないとも考えられる。もっとも衣服のデザインについては被写体の人物において着用が欠かせないから特別の考慮があり得るかもしれないが⁽³¹⁰⁾、例えば「車」「家具」と置き換えられたときには、やはり権利制限の対象とならないことが十分考えられよう。

しかし、第二・第三の設例についても仮に法30条の2のもとで権利制限の対象となるとして、応用美術にかかる写り込みの問題が解決できるという得るとしても、そもそも著作権は私的領域への介入の程度が強く、様々な実用品のデザインが身の回りにあることを考えるならば、実用品のデザインを著作物として認めただうえで、逐一の「複製伝達行為」について法30条の2の適用があり得るかどうかを検討するということは、 unnecessary 思考を強いることにならないのだろうか。つまり、端的に一定の類型については著作物性を否定してしまうことが思考の合理性に適うのではないか⁽³¹¹⁾という疑問も成り立ちうる。その意味では、やはり応用美術の保護の是非を、著作物性の有無の場面で論じることの意義は、令和2年改正後においても

(310) 「被写体の人物が身につける衣服のデザインについては…著作物性が完全にあり得ない衣服に着替えなければ付随的ではないとされることや、〔令和2年改正前規定につき〕分離可能性があるとして本条の適用が常に否定されることは、現実的妥当性を欠く」との指摘は既にみられる（作花・前掲注（33）311-312頁）。

(311) 田村善之「ポスト2018年改正下における日本の著作権法の中長期的課題—続・日本の著作権法のリフォーム論—」L & T 90号（2021年）2頁注11は、立法論を検討するにあたって著作権の権利を及ぼさないための選択肢には権利制限以外の手段も様々な存在すると指摘する。田村善之「著作物の利用行為に対する規制手段の選択—続・日本の著作権法のリフォーム論—」著作権研究42号（2015年）61頁注70も参照。

依然として存在しているのではないだろうか。

5.5. 結びにかえて

本稿に残された課題としては、少なくとも次のものが挙げられよう。

主たる対象ではない著作物をあわせて撮影等するにおいて、形式的著作権侵害が成立しうる場合に、どのようなときに侵害を否定するかという問題として「写り込み」の問題をとらえるならば、先行研究も既に指摘するように、⁽³¹²⁾例えば、表現上の本質的特徴の直接感得性の要件の問題、あるいは、時事の事件の報道のための利用（41条）や公開の美術の著作物等の利用（46条）といった他の権利制限規定の解釈の問題などもかかわる。本稿は、あくまでも、法30条の2の解釈に焦点を当ててのみの検討にとどまったが、これらについての検討も含めて問題を観察する必要があるろう。

イギリス1988年法31条についていえば、本稿の検討はあくまでも現行法の同条の解釈の現状について概観したものにとどまり、（前身の規定である1956年著作権法9条5項に関する若干の言及は行ったものの）歴史的経緯については調査が及んでいない。また、日本法に関する課題と同じく、権利侵害の要件の問題や、他の権利制限規定の解釈の問題についての検討もかなわなかった。

これら残された課題の検討は、別の機会としたい。

本稿が応用美術の著作権による保護に関する論点の研究、あるいは、法30条の2の解釈やイギリス法における付随的内包に関する規定に関する研究等に何らかの形で資するところがあれば、筆者にとり望外の喜びである。

【付記】 本稿は、公益財団法人放送文化基金2020年度助成、及び科学研究費補助金（基盤研究（C）、課題番号21K01274）による研究成果の一部である。なお、本稿脱稿後に、松田政行編『著作権法コンメンター別冊 平成30年・令和2年改正解説』（勁草書房、2022年）210-220

(312) 鈴木・前掲注(73) 64-65頁、橋谷・前掲注(64) 283-284頁参照。

頁〔大野雅史〕に接した。