

平成17年(ワ)第24929号 損害賠償請求事件

原告 加藤雅昭

被告 (株)小学館

準備書面(2)

平成18年6月2日

東京地方裁判所民事第29部B係 御中

原告訴訟代理人弁護士 北村行夫

同 大藏隆子

第1 被告準備書面(2)に対する認否

以下、平成18年5月9日付被告準備書面(2)に対する認否・反論をする。但し、原告のこれまでの主張と重複する部分は原則として省略する。

1 スタイリストの立会い(第1第1項(2))

原告による撮影の際に、スタイリストが現場に立ち会ったことがあるとの点は否認する。2002年11号の特集の際に現場にいたフードコンサルタントのアシスタントは、あくまでも「フードコンサルタントのアシスタント」であって、撮影時の「スタイリスト」ではない。

被告は、上記アシスタントが、当該撮影時に食器・カトラリーなどを用意し、料理の盛り付けをしたことを「スタイリング」であるかのように主張するが、これは、飲食店を取材する際に、店側が食器や料理、ナイフやフォークを準備する場合と何ら異なるものではない。

2 被告から原告に対する指示・監督なるもの（第1第1項（3））

被告が、原告に対し、詳細な指示を出していたこと、および、原告がその指示に従って写真を撮影していたことは否認する。

被告は、原告が、ドライアイスで湯気を模造するなどして被写体を作りこむことに否定的で、ありのままの対象物を原告の感性で切り取って撮影していたことを認めている。そうとすれば、少なくともこのような場合、原告が写真を撮影するにあたっては、被告による具体的な指示・監督が働いていなかったことは明らかである。そして、このこだわりの性質は、食の撮影に関する基本姿勢の一つであることに鑑みれば、かかる撮影スタイルが二、三の例外にとどまらなかったことも明らかである。

また、被告は、原告が「ありのままの料理」を撮るという撮影スタイルをとっていたが故に、原告に撮影を依頼しなくなったとするが、この点も否認する。そもそも、原告の当該撮影スタイルは、原告への撮影依頼開始後すぐに把握しうることであって、そのことが原因であれば、被告の原告に対する撮影依頼はすぐに終了しているはずである。被告が、そうせずに、1998年から2003年の号まで原告に対する撮影依頼を続けてきたという事実は、上記の被告の主張が真実ではないことを優に推認させる。

3 デジタルデータを削除する場合の文書発行（第1第2項（3））

デジタルデータの存在について、原告と当時のサライ副編集長OJ氏が話し合った際、OJ氏が、原告に対し、「データを削除するにはその旨の文書を送付する」旨明確に約した事実がある。よって、これに反する被告の主張は否認する。

4 被告の「お詫び」の理由について（第1第4項）

被告が、原告に対する「お詫び」をした理由を、写真使用契約書を交わし

ていないことを知悉していながら、あくまで同契約書と同様の条件の了解を求めるという対応をしたことにあるとする点も否認する。もし、被告が、原告と甲 2 を取り交わしていないことを認識していたのであるなら、第三者が写真を二次使用しようとする際、被告においては、当該第三者に対し写真使用料を請求することはできないと解するのが素直であり、被告は、同契約書と同様の条件の了解を求めるといふことはしないであろう。

5 被告の参照する大阪地判（第 2 第 2 項）

大阪地判平成 17 年 1 月 17 日（甲 8）の判断が、本件に妥当するかなのような被告の主張は争う。

準備書面（1）でも述べたとおり、上記事例において、写真家たる原告は、被告との法的関係が請負であることを争っておらず、また、所有権について争う主張をしてはいるものの、原告は、引き渡したフィルムの点数も把握しておらず、預けたフィルムについて「役に立たなくなれば・・・返してくれてもいいし、役に立たなくなってしまうえば、それはそのまま預けっぱなしです」と述べるなど、事実上、所有権を放棄したかのような姿勢を示している。

よって、当該判決の前提事実は、本件と異なり、本件原被告間の法律関係の先例にもならないし、本件フィルムの所有権の帰属についての先例にもならない。

6 撮影実費の負担（第 2 第 3 項（1））

被告が本件写真の撮影実費の大半を負担していたとする点は否認し、原被告間の法律関係を請負であるとする点、本件フィルムの所有権は被告にあるとする点、いずれも争う。

被告は、「原告から請求があれば、実費は全額支払う」とするが、実際には、大多数の実費について、原告が請求しておらず、被告からの支払いがないのであるから、原告が、大部分の実費を負担しているという事実に間違いはな

い。

なお、詳細は後述するが、原告が、このたび被告によるフィルム代の支払い状況なるものを精査した結果、114本のフィルムについて、原告がフィルム代を請求しておらず、被告によるフィルム代という区分けをした支払いがないことが判明した。被告は、原告に対し、少なくともこのフィルム代を支払っていない114本のフィルムについては、原告にその所有権があることを認めるつもりなのだろうか。

問われるべきは、フィルム代という区分けのもつ意味であり、無体財産の発注（それが請負か準委任かという法的性質論は別として）における「材料費」の負担が、無体物記録媒体の所有権の帰属を左右するか、という点である。

7 所有権・著作権の帰属（第3第3項（3））

写真の所有権について、個別の契約関係によってその帰属が判断されるべきとする点は認め、本件において、被告にフィルムの所有権があるかのような主張は争う。

8 複製権侵害（第2第4項）

原告は、被告が原告の写真をデジタルデータ化したこと、それ自体で複製権侵害になると主張するものである。ただ、後述のとおり、原告は、今回、被告が、新しい主張の中で認めている事実を前提とし、本件の無断デジタルデータ化によって侵害された原告の権利として、複製権侵害に加え、自動公衆送信可能化権（以下「送信可能化権」と略す。）侵害を追加主張する。

9 請負と準委任の相違点（第3第1項）

本件原被告間の契約関係を請負とする点、争う。

後述のとおり、被告は、請負と準委任の本質的な差異を見落としている。

10 原被告間の具体的取引（第3第2項）

被告は、複数の事例を挙げて、あたかも被告の編集者が原告の撮影現場に度々立会い、原告の写真撮影時に詳細な指示を出していたかのように述べているが、この点否認し、争う。被告の主張するところは、事実の誇張もはなはだしい。

そもそも、原告の撮影現場に編集者が立ち会ったのは、地方取材 97 件中 1 件、都内の取材 91 件中 6 件と、ごくわずかのケースに過ぎない。また、原告の撮影現場に立ち会うライターが、原告による撮影に対し「詳細な指示」を出すということもなかった。

すでに主張したことであり、また、改めて後述することではあるが、被告は、原告に対し、写真のテーマの設定について指示を出すことはできても、原告の手によって生み出す写真著作物の内容について、詳細な指示を出すことはできなかった。もし詳細な指示によって本件写真と同じものが撮影できるなら、デジカメを買って実行してみればよい。

また、原告に対する報酬の支払方法が、原被告間の契約関係が請負契約であることの論拠となるとする点も、否認し争う。被告が原告に対し「写真著作物の創作を依頼する」という契約の本質からして、原被告間の契約関係は準委任と解するほかない。

もし、原被告間の法律関係が、被告の主張するような「写真フィルムの所有権を被告に帰属させる請負契約」だとすれば、写真著作権は原告に帰するが、その所有物たるフィルムの利用については、複製権等を行行使するたびに被告の所有物利用許諾を要するわずらわしい状態を目的とする契約を結んだということになる。そのような当事者の目的が不合理であることは多言を要しない。むしろ、被告は原告の報酬計算にあたり、原告が引き渡した写真フィルムの枚数をベースとせず、写真の複製使用料金をサライの掲載ページ数に応じて計算しているのであって、これはまさに、素直に複製許諾料の計算

式と見る他ない。報酬の計算式について被告が指摘するところは、正に、原告被告間の契約関係が、準委任契約であって、写真フィルムの所有権を被告に帰属させることが前提とされていない事実、そして、当該準委任報酬の支払いにつき、当事者間で写真の複製許諾料相当額が支払われる旨の合意がなされている事実、を指し示すものである。

なお、被告は、原告に対する支払報酬の計算ベースが、掲載カット数ではなく、掲載ページ数であることを捉えて、複製許諾料の支払いであることを否定するが、ページ数であれ、カット数であれ、引渡し枚数ではなく掲載写真の量に対応して報酬を計算するという発想は、まさに著作権使用料の発想のあらわれである。写真の掲載カット数を基礎におこうと、掲載ページ数を基礎におこうと、それは、当事者間の合意次第で如何様にも決しうる事項であって、このことが、本件の報酬の趣旨が著作権使用料であることを否定する理由にはならない。むしろ、被告の主張からすれば、報酬額が被告の「入手」する所有物の多寡に左右されなくなることを何と説明するつもりか。

11 請負契約における所有権の帰属（第3第3項）

判例の存在は認めるが、本事例が、当該判例の射程範囲内にあるとする被告の主張は争い、本件フィルムの所有権が被告に帰属するとする主張も争う。

また、フィルム代・現像代の負担については、先に述べたとおりである。詳細は、後述する。

12 デジタルデータ化の方法について（第4）

被告が、原告の写真データを被告社内のサーバーのハードディスクに蓄積保存したとする点は不知。但し、争うものではない。

その上で、当該写真デジタルデータが、被告の一般社員が閲覧できる状態に置かれていたものではないとする点は否認する。

また、サライ編集部が、取引のあるほとんどの写真家と、甲2の使用契約

書を締結できたとする点は否認する。

また、被告が、原告の写真データを削除したとする点は不知。被告による原告の写真データの保存が「一時的な保管」であるとする点は否認する。そもそも出版社による「一時的保管」なるものが、いかなる抗弁になるか、という点はさておいても、事実の問題として、被告自身、2001年から、原告の写真を順次デジタルデータ化したことを認めており、仮に、原告がこの件につき抗議を開始した2004年5月以降にデータの消去がなされたとしても、データの保有期間は、3年以上にも亘ることとなるから、「一時的」ではないことは明らかである。

第2 原告の主張

1 原被告間の契約関係は準委任である

請負と準委任の本質的な相違点は、請負の場合には「仕事の完成」というものが客観的に判断されるのに対し、準委任の場合には、契約目的の範囲内において、受任者に一定の裁量権があるがゆえに、客観的な基準では「完成形」というものが想定できない点にある。

したがって、請負契約が締結されている場合には、発注者側が予定する「仕事の完成」がありうる（例えば、設計図などの記載）。しかし、委任者において、委任事項につき、自身の意向（例えば、意図やテーマ等）を伝えることはできても、完成される仕事というものが客観的に定まらないものを、請負とすることはできない。そこでは、「仕事の完成」ではなく、善管注意を前提として誠実を尽くすことが債務の内容とならざるを得ない。

本件の場合、原告が撮影する写真が、具体的にどのような表現になるかは、原告のアンクル、シャッター速度、露光、シャッターチャンス等の創作的行為次第であり、予め、発注者側において「仕事の完成」としての結果を想定することはできない。よって、原被告間の契約関係は請負ではない。

2 本件写真ポジフィルムの所有権の帰属

- (1) 被告は、注文者が材料を供給した場合の請負目的物の所有権の帰属についての先例を引いて、本件においても、写真ポジフィルムの所有権が被告にある筈だと主張する。

しかし、原告準備書面(1)で述べたとおり、本件の場合、実費の主要部分を被告が負担してはいない以上、原被告間の契約関係を請負とみても、被告に写真ポジフィルムの所有権があると解することはできない。

- (2) のみならず、本件は、そもそも被告が参照する判例の射程範囲の外に位置する事例であるので、上記被告の主張は失当である。

というのも、被告が参照する、請負目的物の所有権の帰属を論じた判例は、製作物の所有権を注文者に得させることを目的とする請負契約における、当該製作物の所有権を論じたものに過ぎない。本件のように、原告が写真を撮影し、被告にその使用を許諾して複製使用させるという、無体物の利用に関する準委任契約について、示唆を与えるものではない。被告が参照する請負についての先例は、本件の事例とは状況を異にし、先例足りえないのである。

- (3) 仮に、上記判例が、請負・準委任を問わず妥当するものだとしても、本件が、上記判例の射程範囲の外に置かれることは変わりがない。

というのも、これらの先例は、請負契約のうち製造物供給契約的なもの、つまり「製作した物の所有権を注文者に帰属させることが契約の目的に含まれている種類の契約」につき、「注文者は、いつ当該製作物の所有権を取得するか」を判示したものである。すなわち、契約当事者が、予め、最終的には製作物の所有権を注文者に帰属させる旨了承している事案(言い換えるなら、建築請負の例のように、請負人が自らその物を使用収益する意図がない事案)について、製作物の所有権は、物の完成時から原始的に注文者に帰属するのか、それとも、完成時に物の所有権を有するのは請負人であって、引渡時にはじめて物の所有権が注文者に移転するのか、ということが論じられているのである。

本件の場合、仮に、原被告間の法律関係が請負と解釈されたにせよ、その請負の目的は、あくまでも「原告が写真を撮影し、その写真のサライ誌面への複製を許諾し、被告に複製使用させる」ということに尽きる。無論、被告に写真を使用させるためには、無体財産たる写真が化体した写真ポジフィルムの占有を原告から被告へと一旦移転させる必要はあるが、それ以上のこと

写真ポジフィルムの所有権を被告に帰属させること、については、契約の目的となっていないのである。

- (4) さらに、被告は、本件写真の著作権が原告にあることについては争わないところ、原告は、被告に対し、本件写真を複製使用させた後、被告以外の第三者に対して、当該写真を二次、三次使用させる権利を有しており、当該権利を行使して利益を上げるためにも、本件写真のオリジナル原板である本件写真ポジフィルムの所有権を持つことに意味がある。

他方、被告に本件写真の所有権が帰属したとしても、被告は、本件写真の著作権を有しない以上、その後本件写真を一切使用することはできない。写真の買取り（＝所有権・著作権の同時譲渡）であれば格別、本件において、被告が、当該写真の所有権を欲するとは到底解されない。

かような当事者間の権利関係から見ても、本件写真ポジフィルムの所有権を被告に帰属させるべき理由は見当たらない。

- (5) なお、被告は、自らがフィルム代を負担していることを理由に、自らに本件写真ポジフィルムの所有権がある主張するところ、この点について参考となる判例がある。

印刷請負の事例で、印刷のために中間生成物として作成される製版フィルム（版下）について、注文者が当該フィルムの作成に要する費用全額を負担したとしても、注文者が当該フィルムの所有権を取得したものとは解されないと判示した例である（東京地判平成13年7月9日・甲9）。当該判例によれば、製版フィルム等の作成に要する費用は、通常請負代金に含められているが、その費用は、請負人が、請け負った仕事を遂行するために必要な費用

であるから、これを注文者が負担するのは当然であるし、当該フィルムはそれ自体請負の目的物ではないから、当該フィルムの所有権を注文者に帰属させる旨の合意がない限り、当該フィルムの所有権は請負人である印刷業者に帰属し、注文者が印刷業者に当該フィルムの引渡しを求める権利を有しているものとはいえない、とされる。

本件にも、この理は正に妥当する。無体物たる写真は、ポジフィルムという記録媒体に化体してしか存立し得ない以上、原告が本件の準委任事項を遂行するためには、ポジフィルムを使用しなければならない。しかし、原告は、被告に対し、サライ誌面での写真の複製使用を許諾したのみであるから、当該複製使用のために被告にポジフィルムの占有を一時移転させることについては了承しているものの、被告にポジフィルムの所有権を得させることについては、何らの承諾をしていない。写真ポジフィルムという有体物自体は、本件準委任の目的物ではないのである。

かように、原被告間にポジフィルムの所有権を被告に得させる旨の合意がない以上、本件写真ポジフィルムの所有権は原告に帰属するのである。

3 「実費の負担」なるものについての反論

被告は、原告から請求を受けたフィルム代と現像料を支払ったことを理由に、本件写真の所有権を主張する。かかる実費の負担によっては、所有権の帰属が決められるものではないことは前項で述べたとおりであるが、この点、原告において、資料を精査したところ、フィルム代と現像代についても、必ずしも被告が支払っていないことが判明したので、ここに主張を訂正する。

この度、原告において、あらためてフィルム代の支払状況を精査したところ、原告がサライの撮影のために使用した総フィルム本数 1,360 本のうち、原告が、フィルム代を請求したのは、1,246 本分にとどまり、114 本分のフィルム代については、原告から、被告に対する請求をしておらず、フィルム代は原告において負担していることが判明した。よって、これらのフィルム

代について、被告から原告に対する支払いの事実はない。

また、原告から被告に対するフィルム代名下での請求のうち、347本分については、被告が原告にフィルム代を支払う際に、源泉徴収をしていることも判明した。これは、「実費」を支払っているということではなく、報酬を支払っているという被告の認識に基づく処理と解される。被告自身、原告に対するフィルム代・現像代の支払いも、写真の掲載ページ数に応じた報酬の支払いも、すべてを一括して「稿画料」名目の「報酬」の支払いとして経理処理を行っている（原告の支払調書・甲10の1ないし3）。

そもそも、準委任や請負において、報酬を請求する場合には、当該報酬の額は、当然のように実費の額を上回る。そうでなければ、受任者ないし請負人は足が出てしまい、仕事を引き受けないからである。したがって、材料費の支払いなるものを区分して請求したとか、区分して支払ったとかの一事に着目して、所有権の帰属を決するのはあまりにも乱暴である。

本件において、被告は、「実費」名目で支払いがあったことを重視するが、「実費」としての支払いがなされるか、特に内訳を示さずに報酬が支払われるかは処理の差に過ぎない。当該処理の差によって、片方では写真の所有権が出版社に帰属し、他方では、写真家に帰属するとすれば、それは、あまりに不合理なことである。

本件において、原告が、フィルム代を、写真の掲載ページ数に応じた報酬と区別して請求しているのは、支払いサイトを平明化する目的に出たものに過ぎない。被告のように、雑誌を出版するまで稿画料が支払われない方式のものでは、写真家の経済的負担が大きくなってしまうためである。原告において、サライのための撮影取材開始の日から、各サライの発行日までの日数を確認したところ、当該日数が100日を越えるケースが相当数確認され、撮影取材開始日からサライ発行までに400日以上の間がある場合も確認された。このような場合に、雑誌の発行まで一切の報酬が支払われないとすれば、写真家の経済的な負担は過大に失ってしまう。本件において、被告が原告に

支払った「フィルム代」や「現像代」は、つまるところこうした稿画料の一部払いをフィルム代名目で求めているものに過ぎない。これを支払ったかどうかで、所有権の帰属に影響があるとする被告の主張は失当である。

なお、被告は、「実費」のうちに含まれるべきマウントやスライドファイルへの封入について、被告においては、右の封入を求めていると述べる。

しかし、費用と手間のかかるマウント封入の作業は、まさに、原告が本件写真フィルムを自分の所有物であると考えていることを示している。被告が所有者ならば、写真フィルムの保存に必要なマウントを真摯に行うはずである。原告は、自らの所有物であるからこそ、サライ掲載後の二次的な写真利用のために備えて、自らが撮影したオリジナルの写真原板である本件写真ポジフィルムに対し、手間を惜しまずにこのような作業をしているのである。

4 無断デジタルデータ化の違法

原告は、被告による原告写真のデジタルデータ化は、その目的の如何を問わず、デジタルデータ化がなされた時点（すなわち、サーバーへの蓄積前の行為時）で、原告の複製権を侵害する所為であると主張する。

さらに、被告は、準備書面（2）において、原告の写真をデジタルデータ化し、社内のサーバーのハードディスクに蓄積保存したことを認めている。この点、被告は、当該サーバーは非公開サーバーだったとし、送信可能化権侵害の成立を否定するかのようである。しかし、サライ副編集長OJ氏は、2004年6月7日、原告に対し、被告社内のサーバーにアップされた写真データは、被告の一般社員が閲覧できる状態にあった旨明言している。被告らの一般社員の数は、100名を下ることはなく、むしろ1000名に近いであろう。

よって、非公開サーバーであったとする被告の主張は虚偽であり、被告のデジタルデータ化の所為は、原告の複製権のみならず送信可能化権をも侵害するものである。

また、被告は、デジタルデータ化の作業をするにあたっては、「取引のあるほとんどの写真家から、甲 2 の写真使用契約書を締結して写真をデジタルデータ化した上で被告において管理することについて了解を得ることができた」とするが虚偽である。

原告は、2003 年 1 月、OJ氏から、その当時、甲 2 の写真使用契約書の締結が完了していた写真家は、未だ 4 名にとどまる旨の発言を聞いている。さらに、2005 年 1 月、我が国最大の職業写真家の会員組織である社団法人日本写真家協会が、被告においてサライ掲載写真のデジタルデータ化作業を開始した時期以降に、サライの撮影に携わった写真家 31 名にアンケートを送付して、甲 2 の写真利用契約書に署名・押印をしたことがあるか問い合わせたところ、うち 18 人から回答があり、甲 2 の写真利用契約書の提示を受けたことがある者は 18 名中 3 名にとどまり、その 3 名全員が署名・押印をしていないことがわかっている（甲 11）。

もとより、被告が、「ほとんどの写真家から・・・了解を得ることができた」にせよ、原告から了解を得ずに原告の写真を無断でデジタルデータ化したことは、原告の複製権・送信可能化権を侵害する所為というほかないが、上記のとおり、被告は、「ほとんどの写真家から了解を得ていないのに」、大規模な無断デジタルデータ化を行ったものであり、その結果、どのようなダウンロードが行われたかは不明であるが、いずれにせよ、その所為は非常に悪質である。

以 上