

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(3)

平成18年8月25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 平成18年7月31日付被告準備書面(3)に対する反論

1 大阪地判平成17年1月17日と本件との差異

被告は、「原告は被告に引渡した写真の枚数を把握していない」とするが、この点否認し、争う。

原告は、被告に写真を渡す時点で、一々リストを交付することはしていなかった。しかし、原告は、必要に応じて、被告に渡したポジの枚数をいつでも確認できる体制を取っており、自身の撮影写真の特定・枚数把握に欠けるところはなかった。すなわち原告は、各撮影済みフィルムを現像所に引渡し、現像所から、それらの現像済みフィルムをフィルム1本分(36コマ)ずつ透明のシートに収めた状態で納品を受け、その一枚一枚をチェックして、使用推奨カットを切り離し、マウントに収めた上で被告に引き渡していたが、他方、右以外の残り全てのフィルムについて、企画ごとに

袋に入れ、テーマ・撮影年月日・撮影場所・コード番号・撮影本数等をメモした上で、すべて整理して保存していたのである。

さらに1984年からは、コンピューターを使って、上記データに媒体名、発行年月日、担当者名などを加えて登録し、文字ベースで写真整理データベースを構築していた。訴状添付のリストは、このデータベースに被告に引渡したポジフィルム総数や未返却枚数等を記入し再構成したものである。原告が添付リスト「サライ未返却写真一覧表」の備考欄に書き込んだ未返却のフィルムのコマ番号まで指摘出来るのは、自身の撮影データをこのように記録整理しているからである。

然るに、本件の前提事実と、引渡した写真の枚数を全く把握できていなかった上記裁判例の前提事実とには、大きな差異が存する。

また、原告としては、未掲載写真の紛失損害に関しても、いずれ被告の責任を追及するつもりでいる。もちろん原告は、本件訴訟の場で、未掲載写真に関するものを含めた被告の責任を追及することも可能ではあったが、原告が確認している限り、返却未了の未掲載写真は1783枚にも上る。これを同じ組上に載せることは、訴訟提起時の経済的負担・争点拡散といった懸念材料に鑑みれば得策ではない。それ故、本訴訟手続内では、雑誌掲載分に焦点を当てて、訴訟を迫行しているのである。実際、本件訴訟提訴前の段階では、原告は被告に対し、未掲載写真も含め、再三、返却を請求し、被告は、この請求に対し、「倉庫内まで探したが新たに写真は見つからない、一部は別のカメラマンに（間違っ）返却して処分されてしまった。」と電子メールで回答している（甲5）。

2 本件報酬の趣旨が著作権使用料であること

原告は、被告から委任を受けて写真を撮影し、被告雑誌への掲載（＝複製）を許諾して、これを貸し渡した。この一連の準委任行為は、すべて「被告に原告著作物たる撮影写真を使用させる」ことを目的としているのであ

り、この報酬として、著作権使用料が支払われるのは至極当然のことである。「稿画料」という呼び名もまた、被告が本件報酬を著作権使用料として理解していることの現れである。写真館での撮影ならともかく、撮影と印刷のためのポジの引渡しを切り離し、専ら前者のみの対価とするのは不合理・不自然も甚だしい。

3 原被告間の契約関係が準委任契約であること

被告は、本件原被告間の契約関係を請負と主張するが、本件において、請負の要件たる「仕事の完成」は観念できない。

被告は、仕事の完成とは、すなわち「被告の意に沿う写真を撮影すること」とするが、「被告の意」などという抽象的な基準では、債務の内容が判然とせず、履行請求ができない。

原告は、善管注意義務を尽くし、自己の感性と技術を生かして、写真を創作し引渡す。被告は、原告から引渡しを受けた写真のうち、編集方針の「意に沿う写真」を選択・編集して雑誌に掲載し、原告に対し、報酬として著作権使用料（複製許諾料）を支払う。この両者の関係からすれば、両者間には、準委任契約が存在したというほかない。

4 本件ポジフィルムの所有権の帰属

東京地判平成13年7月9日に関する被告の解釈主張は、著作物概念の無視を前提とするものであり、首肯できない。

被告は、本件契約の目的を、写真ポジフィルムの所有権を被告に得させることにあったというが、再三主張しているように、被告が原告と契約した目的は、「原告の撮影写真をサライ誌面に掲載すること」にあった筈である。

言い換えるなら、『無体財産たる写真著作物』についての複製許諾」こそが、本件準委任契約の本体たる目的であったのである。本件写真ポジフ

フィルムは、本件写真著作物が化体した媒体ではあるが、本件準委任契約の成果物である「無体財産たる写真著作物」があつてこそ価値を持つ有体物である。そして、著作権の大半は、小説にせよ、絵画にせよ、彫刻にせよ、音楽にせよ、ネットを介した流通等を除いて、有体物上の無体物だったのであるから、被告のように有体物に着目することは本末転倒と言わざるを得ない。

上記印刷用版下についての裁判例が述べているところは、「請負目的物の所有権を注文者に帰属させることを契約目的とする請負契約においては、請負人は、注文者に対し請負目的物の所有権を帰属させる義務を負う。しかし、請負業務遂行の過程で作成されるその余の物については、その実費を注文者が負担していようと、当事者間に特別の合意がない限り、その物の所有権は、請負人に帰属する」というものである。目的物の所有権が、当該契約の中で有している意味を踏まえる点にこそ、上記判決の真価がある。

繰り返し述べるが、本件原被告間の契約の目的は、「被告に原告の撮影写真をサライ誌面で使用させる」ことにあり、これを法的に俯瞰すれば、「原告が、被告に対し、原告の写真著作物の複製を許諾する」ことが契約目的である。本件ポジフィルムの所有権を被告に帰属させることは契約目的ではないし、原被告間で写真の買取契約が締結された等、ポジフィルムの所有権の帰属について特別の合意があつたとも窺われない。

そうとすれば、上記裁判例によっても、本件ポジフィルムの所有権は原告にあると考える他ない。

5 実費の負担についての理解

被告の理屈からは、原告がフィルム代を請求していない分については、原告の所有物と認めるということになろう。しかし、被告は、これについて明確な言及をしない。これを明らかにできないこと自体、被告の主張に破綻があることの現れであろう。

そしてまた、被告は、原告がフィルム代を請求する際でも、領収書が添付されていないものは報酬として扱っていることを認める。しかし、支払われる金員の性質が材料費か報酬かによって当事者の実体的な権利関係が左右されるというのであれば、領収書の有無に関わりなく、少なくとも当事者間で扱いを異にするべきではない。

「神田税務署の指導」とは、つまるところ被告の源泉徴収義務の範囲の確定に関するものに過ぎない。そして、著作者側が、報酬と材料費を区別するのは、本件報酬の支払いが雑誌発行後であるところ、材料費名下の支払いならば、それよりずっと早く得られるので、零細な著作者としては一部なりとも著作物創作の対価を得ておきたいためである。特に本件のように、季節モノの写真にあつては、発行月の1年近く前に撮影が行われることも珍しくないため、一層分別する必要がある。これをもって著作者が自己の権利を弱体化させる意思など毛頭ないのである。

前にも述べたが、準委任（請負も）の契約を受任する場合、受任者ないし請負人の報酬は、通常、実費の額を上回る。そうでなければ、誰も仕事など引き受けない。原稿用紙代とエンピツ代を下回る印税を承諾して小説を書き下ろす作家の存在などは、単なる観念的な議論に過ぎない。したがって、「実費」と「報酬」とが区別して支払われるか、まして況や領収書があるか否かによって、所有権の帰属に差をもたらすものではない。

6 「被告がコントロール権を確保することの必然性」なる主張

被告が、原告に対し、サライ掲載用写真の撮影を委任する際、原告が取材先で撮影した写真のポジフィルムを、被告に複製使用させる前に、他の雑誌社その他第三者に持ち込むことを良しとしないことは認める。これは、原被告間にて、原告の撮影写真の初回利用の場として、サライ誌面が用いられることについて、同意がなされているからである。

他方、当該写真がサライ誌面で使用された後については、著作権者たる

原告が誰に対し二次利用・三次利用を許諾しようとする原告の勝手である。この点につき、被告がコントロールを及ぼしたいのであれば、しかるべき合意をすれば足るだけのことである。

実際、原告はサライ誌面に掲載するために撮影した写真を被告が複製使用した後に他の雑誌社でたびたび二次利用し、これに被告が異議を述べたことは一度もない。下記は、その例である。また、かかる使用が、原・被告間の元の契約に反するとする理由もない。

記

- ① 勤文社刊 「男の達人」(1999年6月5日発行) 62ページ
山里の魚料理 甲府「みな与」(1996年2月4日号) 表紙写真と同様別カットを二次利用
- ② 新潮社刊 「旅」(2004年5月号) 96ページ
あったか朝粥 江指隆年氏インタビュー(2003年1月9日号) 顔写真を二次利用

また上記の例とは逆に、被告編集者の求めに応じ、原告が過去に他の出版社の企画で撮影したポジフィルムを貸し出しサライ誌面に一度ならず二次利用した例もある。

記

- ③ 1999年2月4日号 山里の魚料理 山形「飯豊」 トビラ 山のイメージ写真(蔵王温泉からの山並み)
プレジデント社「dancyu」1998年9月号で撮影した写真の二次利用
- ④ 2000年1月1日号 お国自慢の餅と雑煮 八丈島のもち撒きの写真
プレジデント社「dancyu」1995年9月号で撮影した写真の二次利用

⑤ 2002年12月19日号 失われゆく伝来の美味 サツキマス—長良川 長良川鉄道の写真(この写真に関しては原告に無断でポジフィルムからデジタル化も行なっている)

講談社「フライデー」1991年43号取材で撮影した写真を(F) 同社「CADET」1992年6月号で二次利用し、さらに被告雑誌サライで利用

このように原告は、被告雑誌のみならず他社雑誌で使用した写真の二次利用も行なっている。被告は原告の撮影写真の利用につきコントロールを及ぼしうるとして他の雑誌社に持ち込むことを禁止していると主張しながら、一方では原告が被告に「他社の雑誌取材で過去に撮影したものである」と説明して貸し出した写真について、「当該会社の了解は得ているか」などを確認することはなく被告雑誌へ掲載しているが、これは、他社のコントロール権だけは及ばないと考えたからか。

百歩譲って、二次利用についても制限を及ぼしたいとの被告の意思に合理性があるとしても、そのことは、ポジフィルムの所有権が被告にあるとまでする理由にはならない。被告の写真の所有権に関する主張は、つまるところ、本件写真の著作権が原告にあり、それを自由に行使できるという争いのない事実を形骸化させるものである。

7 被告による公衆送信可能化権侵害・複製権侵害

(1) 被告による原告写真のデジタルデータ化の実態

被告は、原告に対し、原告写真をデジタルデータ化した上、CD-ROMに落としたことはあるが、サーバー上のデータベースに蓄積保存はしていないと応答していた(甲11・3頁)。

その後、本件訴訟になるや、「ハードディスクのサーバーに蓄積保存した」「デジタルデータ化をして、社内のデータベースに保存をしていた」

との主張になり（被告準備書面（2）・15頁）、次いで、原告が、CD-ROMに複製した事実もある筈だ、と追及すると、これを認めるに至った（被告準備書面（3）・9頁）。

被告の主張は次々と変遷しつつも、本件デジタルデータが公衆送信可能化状態にあったことを否定する点で一貫している。しかし、そうだとすれば、サーバーへの蓄積の事実を認めるに至った現在、蓄積の目的は何であったのかを明確に答えるべきである。サーバー上に特定かつ少数の人物しか見ることのできない状態で写真データを蓄積していた、という説明を真に受けるとでもいうつもりだろうか。

本件提訴前のO J氏の発言は、甲第11号証のとおりである。すなわち、本件デジタルデータ化の目的は、データを最大限活用すべく、写真データを各「社員のパソコンから見れる」ようにすることにあつた。誰もが納得する極めて合理的な説明ではないか。本件サーバーのように、LANに結ばれたサーバー内にデジタルデータ化しているものの、当該データには数名しかアクセスできないなどという奇妙な理屈が、後知恵の結果であることは明らかである。被告が原告の写真をデジタルデータ化し、サーバー上に蓄積したという今や争いのない事実は、少なくとも編集に関わる多数の被告社員のパソコンから原告の写真データへとアクセスできる状態を作出することと不可分だったと見るべきである。上記、被告のO J発言こそ真実なのである。

(2) 求釈明への回答

原告は、被告が、本件単行本にデジタルデータを使用したという事実について、複製権侵害の構成要件事実として取り上げているわけではない。

本件単行本の一件は、原告が、被告による違法なデジタルデータ化を発見した端緒として言及したものである（原告準備書面（1）・15～16頁参照）。

(3) 写真使用契約書（甲2）について

ア 被告は被告の準備書面（2）15頁において「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」としていたが、準備書面（3）では「ある程度継続的に依頼した実績のある写真家の大半と契約」と主張を変えている。

被告は2001年16号から2003年15号までの2年間に発行された雑誌掲載写真についてデジタル化を行なったと認めているが、この間に被告雑誌サライに写真を提供した写真家は100名を下ることはない。被告が主張するように現在41名の写真家との間で写真使用契約書を締結しているとして、他方、写真家の総数を100名と仮定したとしても、60名もの写真家とは未契約のまま無断複製を行なったということになる。取引のあるほとんどの写真家と契約を締結したとの抽象的表現は、かかる契約実態の粉飾に他ならない。そして、これを拒否した写真家を発注対象から排除するという、予め予想され、現に実行された手法を考慮すれば、半数以上の写真家が被告の契約を拒否した事実は、この契約が著作権を守ろうとする写真家にとっていかに不本意なものとして受け止められているか、判るというものである。

イ 被告はデジタルデータ化の目的についても、当初O J氏が原告に「サライに掲載された写真を社内・社外で有効活用するためにデジタル化した」と説明し、回答書（案）では「編集業務目的で作成したデジタル・画像データ」、回答書では「単行本の編集目的で作成したデジタル・画像データ」、2004年8月6日付回答書では再び「社内・社外で有効活用する目的で作成したデジタル・画像データ」（甲3）、としていたにも拘らず、これが被告準備書面（1）では「写真の劣化や紛失を防ぐためにポジフィルムをデジタルデータ化」と主張を変遷させている

のは、言うまでもなく、「何故にLANの端末コンピューターに結ばれたサーバーにデータを蓄積したのか」という問いに対する苦しい弁解というほかない。

ウ 求釈明

「被告は、現在までに41名の写真家との間において、甲2の写真使用契約書を締結済みである。」と主張しているが、被告が甲3の回答書でデジタルデータ化をしたとして認めている2001年16号から2003年15号まで（甲3では13号までと説明していたが被告が15号までと訂正）の2年間に発行された雑誌サライに写真を提供した写真家のうちの41名と契約締結済みであると主張しているのか。

8 損害論

被告の主張はすべて争う。

以 上