

# 観音像仏頭部のすげ替え行為が著作者の死後の人格的利益の侵害にあたるとした事例

—駒込大観音事件(控訴審)—

(知財高判平成 22 年 3 月 25 日判決, 判時 2086 号 114 頁)

著作権侵害差止等請求控訴事件

清水 利明<sup>(\*)</sup>

## I. 事実の概要

浄土宗の寺である Y 1 (一審被告・控訴人兼被控訴人) は、江戸時代より高さ約 8 メートルの観音菩薩像を祀る「駒込大観音」の寺として有名であったが、観音像は東京大空襲により寺とともに消失した。このため、Y 1 の先代住職は昭和 62 年に仏像彫刻家である R に観音像の再建を依頼した。R を中心にその弟子らとともに制作され、平成 5 年頃完成した観音像(以下、「本件原観音像」という)は高さ約 3.5 メートルのもので、Y 1 の境内に新たに建築された観音堂に安置された。そして、開眼法要の後に一般公衆への観覧に供されるようになった。

先代住職の死後、Y 1 の代表者となった現住職は、本件原観音像の表情が参拝者を睨みつけるように見えることに強い違和感を感じており、檀家や一般拝観者からも同様の苦情や慈悲深い表情とするよう善処を求める旨の要望を受けていた。現住職は、R が既に死亡していたため、本件原観音像の制作にも関与した R の弟子である仏師 Y 2 (一審被告・被控訴人) に相談したところ、表情を変えるためには彫り直す方法では難しいとの助言を受けた。そのため、R の遺族である弟 X (一審原告・控訴人兼被控訴人) に、仏頭部の作り直しについての承諾を求めたが、X はこれを拒絶した。しかしながら、平成 15 年頃、現住職は Y 2 に新たな仏頭部の制作を依頼し、Y 2 は平成 18 年頃までにこれを完成させ、本件原観音像の仏頭部とすげ替えた。その後、すげ替え後の観音像(以下、「本件観音像」という)が一般公衆への観覧に供されるに至り、取り外された本件原観音像の仏頭部は、原形のままの状態、Y 1 が保管、安置している。

そこで、X は、R の遺族として、Y らの仏頭部をすげ替えた行為が著作権法 60 条(以下、「法」とする)に

規定する死後の人格的利益の侵害、すなわち著作者が存しているならば同一性保持権(法 20 条)及び著作者人格権のみなし侵害規定(以下、「名誉声望保持権」という)(法 113 条 6 項)の侵害となるべき行為であるとして、Y らに対して、法 116 条 1 項、112 条 1 項及び 115 条に基づき、原状回復及びそれまでの間の本件観音像の一般公衆への供覧の停止、名誉又は声望を回復するために適当な措置として、謝罪広告若しくは訂正広告の掲載等を求めた事例である。

なお、本事例において X の求めた請求の原因と内容は上記以外にも多岐に渡り、本件原観音像についての X の共同著作者性についても争われたものの、これは否定されている。Y 2 については制作へ関与した事実が認定されているに過ぎず、著作者性については認定がないことから、本稿においては本件原観音像の著作者は R 一人であることを前提に、著作者の死後の人格的利益の保護に基づく請求に限定して検討を行うものとする。

これについて原審<sup>(1)</sup>は、本件原観音像の仏頭部のすげ替え行為は、同一性保持権の「侵害となるべき行為」(法 60 条本文)に該当し、R が生前に作り直す意向を示した証拠もないことなどから、「著作者の意を害しない」(法 60 条但書)に該当せず、また、本件原観音像が信仰の対象として相応しくないと断定することもできないことなどから、「やむを得ないと認められる改変」(法 20 条 2 項 4 号)にも該当しないとして、本件原観音像の原状回復を認めた。そして、原状回復が認められる以上、社会的名誉又は声望を回復するための謝罪広告の請求を認める必要性はなく、「適当な措置」(法 115 条)に当たらないと判示した。そこで、X 及び Y 1 が控訴したものである。なお、本件控訴審終結後、上告されたものの、最高裁判所は上告を棄却、不受理とした<sup>(2)</sup>。

(\*) 電気通信大学産学官連携研究員、一般財団法人比較法研究センター特別研究員

(1) 東京地判平成 21 年 5 月 28 日(裁判所ウェブサイト) [駒込大観音事件(第 1 審)]。

(2) 最三小決平成 22 年 12 月 7 日(判例集未掲載)。

## II. 判旨

一部請求認容

### II-1. 法20条1項「意に反する」及び法60条但書「意を害しない」の該当性について

「以下の経緯に照らすならば、本件原観音像の完成後に、観音像の仏頭部を作り直した行為は、法20条1項所定のRの『意に反する…改変』と推認するのが相当であり、また法60条所定の『意を害しないと認められる場合』に該当すると認めることはできない。

すなわち、(中略)被告Y2及び被告Y1代表者の上記各供述部分からRが本件原観音像の完成後にその仏頭部を作り直す確定的な意図を有していたとまで認めることはできず、他にこれを認めるに足りる証拠はない。

そうすると、Rが、本件原観音像について、どのような感想を抱いていたかはさておき、本件原観音像の仏頭部のすげ替え行為は、法20条1項所定のRの『意に反する…改変』と推認するのが相当であり、また法60条所定の『意を害しないと認められる場合』に該当するとまでは認めることはできず、この点に関する被告らの上記主張は、いずれも採用することができない。』

### II-2. 法20条2項4号「やむを得ないと認められる改変」の該当性について

「被告らによる本件原観音像の仏頭部を新たに制作して、交換した行為には、相応の事情が存在するものと認められる。

しかし、たとえ、被告Y1が、観音像の眼差しを半眼下向きとし、慈悲深い表情とすることが、信仰の対象としてふさわしいと判断したことが合理的であったとしても、そのような目的を実現するためには、観音像の仏頭をすげ替える方法のみならず、例えば、観音像全体を作り替える方法等も選択肢として考えられるところ、本件全証拠によっても、そのような代替方法と比較して、被告らが現実を選択した本件原観音像の仏頭部のすげ替え行為が、唯一の方法であって、やむを得ない方法であったとの点が、具体的に立証されているとまではいえない。したがって、観音像の眼差しを修正し、慈悲深い表情に変えるとの目的で、被告らが実施した本件原観音像の仏頭部のすげ替え行為は、法20条2項4号所定の『やむを得ないと認められる改変』のための方法に当たるといえることはできない。』

### II-3. 法113条6項「名誉又は声望を害する方法により」の該当性について

「Rが死亡した(中略)日から10年以上が経過した本件口頭弁論終結日(中略)の時点においてもなお、Y1の檀家、信者や仏師等仏像彫刻に携わる者の間において、Rは『駒込大観音』を制作した仏師として知られているものと推認することができること等の事実を総合すれば、被告らによる本件原観音像の仏頭部のすげ替え行為は、Rが社会から受ける客観的な評価に影響を来す行為である。したがって、被告らによる本件原観音像の仏頭部のすげ替え行為は、法113条6項所定の、『(著作者であるRが生存しているとしたならば、)著作者の名誉又は声望を害する方法によりその著作物を利用する行為』に該当するといえる。」

### II-4. 法112条所定の差止請求等及び法115条所定の名誉声望回復措置等について

「被告らによる本件観音像の仏頭部のすげ替え行為は、確かに、著作者が生存していたとすれば、その著作者人格権の侵害となるべき行為であったと認定評価できるが、本来、本件原観音像は、その性質上、被告Y1が、信仰の対象とする目的で、Rに制作依頼したものであり、また、仏頭部のすげ替え行為は、その本来の目的に即した補修行為の一環であると評価することもできること、交換行為を実施した被告Y2は、Rの下で、本件原観音像の制作に終始関与していた者であることなど、本件原観音像を制作した目的、仏頭を交換した動機、交換のための仏頭の制作者の経歴、仏像は信仰の対象となるものであること等を考慮するならば、本件において、原状回復措置を命ずることは、適当ではないというべきである。

以上の事情によれば、Rの名誉声望を維持するためには、事実経緯を広告文の内容として摘示、告知すれば足りるものと(中略)することが相当であると解する。また、法115条所定に基づき、公衆の閲覧に供することの差止め等を求めることも適当でない。」

また、「法112条1項、2項を根拠としたとしても、前記と同様の理由によって、本件観音像を公衆の閲覧に供することの差止め及び原状回復は、必要な措置であると解することはできない。」

## III. 評釈

判旨反対

判旨は、法60条但書所定の「意を害しない」に関し

て、著作者の生前の言動から著作者本人の意思を推認することのみによりこれを判断し、「その行為の性質及び程度、社会的事情の変動その他」の事情をどのように考慮したのかについて、明らかにしなかったことに疑問がある。

「意を害しない」と認められるか否かを評価するにあたって、採用する客観的事実とその考慮が適切であれば、異なる結論が導かれたものと考えられ、判旨の結論及び理由付けに反対する。

### Ⅲ-1. 本判決の位置付け

本判決は、立体的な著作物に関して、所有者が原作品に直接改変を加えたことにより、同一性保持権の侵害(ただし、著作者が存していたとするならば同一性保持権の侵害となるべき行為か否か)が争われたものであり、建築の著作物について同様な改変が著作者の死後に問題となったノグチルーム事件<sup>(3)</sup>を含めると、二番目の事例であると位置付けられる。

そして、法60条但書の「意を害しない」という要件の該当性もまた、争点となった事例であるが、その解釈を示した裁判例は少なく<sup>(4)</sup>、知財高裁が本争点について扱った初めての事例であることから、同但書の判断枠組みについてより詳細な解釈が期待されたものの、その点が明らかにされなかったことについて課題を残したものといえる。

#### Ⅲ-2(1). 法20条1項「意に反する」の該当性

同一性保持権は、著作物に具現化された著作者の思想や感情の表現の完全性等を保つ必要性、及び、文化的所産の保護という観点から規定されており<sup>(5)</sup>、著作者の「意に反して」なされる改変を禁止している。そし

て、「意に反する」にあたるか否かは、著作者の意思を重視して判断するものとされている<sup>(6)</sup>。もっとも、著作者の意思をどの程度尊重すべきかについては、厳密に著作者の同意を要求するものではないが、法20条2項にも該当しない場合、すなわち、原作品の本質にふれない細部における問題や慣行に基づいた改変については、同一性保持権の問題とすべきではないと解され<sup>(7)</sup>、著作者の主観的意思について、本人の思いやこだわりを考慮し規範的に判断されるものといえる。

判旨は、著作物たる観音像の重要な部分のすげ替えであったことと、Rが仏頭部のすげ替えを容認したというに足る言動などの客観的事実もないことから、著作者の意思を推認して判断したものであり、妥当であるといえる。

#### Ⅲ-2(2). 法20条2項4号「やむを得ない改変」の該当性

法20条2項は、前項の規定にかかわらず、同一性保持権が及ばない範囲を規定している。同項1号から3号において具体的な場合を定め、さらに同項4号において、それ以外の「やむを得ないと認められる改変」を一般的に規定したものである。同項は、著作物の社会的性質に由来する制約として<sup>(8)</sup>、利用者側の事情、すなわち利用の意図や目的、改変の程度などを考慮して、著作者の「意に反する」利用であっても、実質的にみて違法とまではいえない利用を救済する例外規定であるといえる。

立法者によれば、同項4号は1号から3号と同様に「きわめて厳格に解釈運用されるべき<sup>(9)</sup>」とされ、概ね従来の裁判例もこれに沿うものの<sup>(10)</sup>、著作者側の意思や事情に反しても、事例ごとに利用者側の個別の

(3) 東京地決平成15年6月11日(判時1840号106頁)[ノグチルーム事件]。

(4) 本件地判・前掲注(1)のほか、東京地判平成16年5月21日(判例時報1936号140頁)[X O 醬男と杏仁女事件(第1審)]、ノグチルーム事件・前掲注(3)、東京高判平成13年9月18日(裁判所ウェブサイト)[エスキース事件]、そして、公表権に関するものであるが、東京高判平成12年5月23日(判時1725号165頁)[三島由紀夫手紙事件(控訴審)]がある。

(5) 加戸守行『著作権法逐条講義(五訂新版)』169頁(著作権情報センター、2006年)参照。半田正夫・松田政行『著作権法コンメンタール1(1条~22条の2)』[松田政行執筆]737頁(勁草書房、2009年)、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ(第2版)(著作権法・意匠法)』198頁(有斐閣、2007年)も同旨。一方で、中山信弘『著作権法』389頁(有斐閣、2007年)は、文化的所産の保護という観点から同一性保持権を根拠付けることに対して、原作品の破棄などが保護の対象となっていないことなどからみても疑問が残ると批判する。

(6) 加戸・前掲注(5)・171頁参照。これに対して、「意に反する」という要件の意味を客観的に捉え、社会的に承認される場合に限定されるとする説(野一色勲「同一性保持権と財産権」『紋谷暢男選定記念知的財産法の現代的課題』677-679頁(発明協会、1998年)参照)、「著作物の種類や、その利用態様などに応じて、平均的な著作者が有すると思われる意向をいう」(渋谷・前掲注(5)・427頁)とする説がある。以上の客観説に対して、中山・前掲注(5)・393頁は「仮にそのような趣旨を立法化するのであれば、現行法のような条文にはならなかったはずである」と批判する。

(7) 東京地判平成9年8月29日(判時1616号148頁)[俳句の添削事件]は、著作者の明示の同意がなくとも、著作物の改変の目的および態様や慣行に照らして、黙示の同意を推認することによって改変を意に反しないものと判示した。

(8) これは、ノグチルーム事件・前掲注(3)における20条2項2号に関する説示ではあるが、同項1号から4号に共通する考え方といえることができる。

(9) 加戸・前掲注(5)・173頁。

(10) 東京高判平成3年12月19日(判時1422号123頁)[法政大学懸賞論文事件]など。

事情を考慮して判断することになる<sup>(11)</sup>。

利用者側の事情として考慮される要素としては、従来の裁判例においては、著作物の改変につき強度の必要性等が要求されてきた<sup>(12)</sup>。しかし、近時においては、一定の事情によって違法性が阻却される場合があることを説示するものがあることなどから<sup>(13)</sup>、同号の適用を拡大させているとも考えられる。そして、学説上においては、同項4号を一般条項的に解し、著作者と利用者の諸事情を考慮して、利益衡量により判断することが提案されているところである<sup>(14)</sup>。

判旨は、Yらが仏頭部をすげ替えた行為には相応の事情があるとしながらも、観音像全体を作り替えるなど、他に採りうる方法があったことを重視して、やむを得ない改変にはあたらないとした。この判断は、代替方法があることをもってその該当性を否定した厳しいものであるが、厳格解釈を前提とする従来の判例及び通説に従ったものといえる。

本件観音像は、オーダーメイドの一点制作による美術品であることなど、その著作物の性質、制作の目的、利用の態様のほか、制作過程についての認定事実によれば、依頼から完成まで6年近くの歳月を要し、漆塗り等を行う専用の工房を境内に特別に建てるなど、多大な手間と費用がかかけられていることが伺える。また、全体を作り替えるとなると、本件観音像は、いわゆる「お焚き上げ」の措置により廃棄されるか、人目につかない場所に死蔵されることが容易に推察されることなどから、利益衡量説に立つならば、同項4号に該当するという判断を導く余地があったとも考えられる。

しかしながら、本事例は、著作者の死後における改変が問題となっており、法20条による同一性保持権

の侵害が認められたとしても、救済条件がより緩和された法60条による救済を受ける余地がある事例であり、実質的違法性を否定する諸事情は、法60条の適用において考慮することを前提とするならば、判旨が示す同項4号の適用における判断は妥当であるといえることができる。

### Ⅲ-2(3). 法113条6項「名誉又は声望を害する方法」の該当性

法113条6項は著作者の名誉又は声望を害する方法による利用を禁止する規定であり、その立法趣旨は、著作者の創作意図や芸術的価値を保護するものとされている<sup>(15)</sup>。判例及び通説によれば、著作者人格権が著作者の内心的・精神的利益を保護する権利である一方で、ここにいる「名誉又は声望」には、単なる主観的な名誉感情は含まれず、客観的な名誉・声望、すなわち社会的な評価と解される<sup>(16)</sup>。

また、「害する」は、社会的評価の低下<sup>(17)</sup>のみならず、名誉・声望を形成すべき機会の喪失<sup>(18)</sup>も含まれ、改変によって著作者の従来の主張と相容れないものとなる場合にも、社会的評価へ影響を与えるものとして、これに該当すると考えられる<sup>(19)</sup>。

本件において、Y1がすげ替え後の本件観音像を一般公衆への観覧に供する行為によっては、拝観者らがこれをRの作品であると誤認する可能性がある。また、仏頭部がすげ替えられた結果、Rは、自己の完全な作品に対して、もはや正当な評価を受けることができなくなっていることから、Rは社会的な評価を得る機会を失ったといえることができる。さらに、すげ替え前後の仏頭部は、その表情が明らかに異なり、Rの創作意

(11) 中山・前掲注(5)・401頁参照。

(12) 東京地判平成10年10月29日(判時1658号166頁)[SMAP大研究事件]、法政大学懸賞論文事件・前掲注(10)。

(13) 東京高判平成5年12月1日[諸君事件]、及び東京地判平成10年10月30日(判時1674号132頁)[血液型と性格事件]は、いずれも翻案引用の事例であるが、32条の要件に合致することを前提として、違法性が阻却される場合には「やむを得ない」改変に該当すると判示した。また、東京地判平成7年7月31日(判時1543号161頁)[スイートホーム事件]においては、映画のTV放送・ビデオ化に伴うトリミングについて、技術的な必要性や原告によるTV放送・ビデオ化についての承諾などを考慮し、「やむを得ない」改変に当ると判示した。

(14) 松田政行「同一性保持権の研究」91頁(有斐閣、2006年)は、本号の解釈については、規定の仕方から規範的要件として捉えることができ、評価根拠事実たる性質、目的、態様等に関する具体的事実に基づいて、著作者の利益と利用者の利益を考量して決するという利益衡量説を説く。上野達弘「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察(二・完)」民商法雑誌120巻6号(1999年)75-76頁も同旨。また、金井重彦・小倉秀夫「著作権法コンメンタル(上巻)1条~74条」[藤田康幸執筆]298頁(東京布井出版、2002年)も、本号はあえて一般的規定をおいているもので、厳格解釈することは正当ではないとする。

(15) 加戸・前掲注(5)・665頁参照。

(16) 松川実「著作者人格権侵害と名誉毀損」『現代社会と著作権法』[齊藤博先生御退職記念論文集]145頁(弘文堂、2008年)も同旨。また、「名誉声望」の解釈としては、名誉回復等の措置(旧著作権法36条の2、現行法115条)に関するものであるが、最二小判昭和61年5月30日(民集40巻4号725頁)[パロディモンタージュ事件(第二次上告審)]では、「著作者がその品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的な評価、すなわち社会的声望名誉を指すもの」と判示した。

(17) 田村善之「著作権法概説(第2版)」452頁以下(有斐閣、2003年)は、同項にいう名誉声望は社会的評価の低下を指すものとする。中山・前掲注(5)・407頁も同旨。

(18) 井関涼子「編集著作物の分割利用と著作者人格権侵害—日めくりカレンダー事件を契機として—」同志社法学62巻5号(2011年)58頁、小泉直樹「著作者人格権」民商法雑誌116巻4・5号(1997年)599頁も同旨。

(19) 東京地判平成5年8月30日(知的裁集25巻2号310頁)[目覚め事件]においては、作品の変更が従来の主張と相容れないものであることを捉えて、名誉声望の侵害を肯定した。小泉・前掲注(18)・603頁参照。

図とは全く異なる社会的評価を受けることとなる。よって、著作者の名誉又は声望を害する方法によりその著作物を利用しているということができる。

判旨は、Rが本件観音像の制作者として、檀家や信者、仏像彫刻関係者の間で知られていること等の事実から総合的に判断して、「社会から受ける客観的な評価に影響を来す行為」であるとし、同項に該当するとしたものであり、この判断は妥当といえる。

### Ⅲ-2(4). 法60条本文及び但書の該当性

法60条は、著作者の死後の人格的利益を定めており、著作者の死亡による著作者人格権の消滅後(法59条)においても、著作者が生存しているならば「侵害となるべき行為」(法60条本文)、すなわち公表権(法18条)、氏名表示権(法19条)、同一性保持権(法20条)、そして著作者人格権のみなし侵害規定(法113条各項)も含めた侵害行為を禁止している<sup>(20)</sup>。立法者によれば、保護の趣旨は、国家的な見地から文化的所産である著作物を保護するとともに、著作者の生前の人格的利益を保護するためとされている<sup>(21)</sup>。

著作者の存命中に限り保護される利益と、著作者の死後に期間を定めず保護される利益とは、同種の利益であるものの、一度消滅させた利益を復活させる上で、法は、保護が社会に与える影響を考慮して、より限定的な場面での利用に限る。具体的には、保護を受けることができる場を、「公衆に提供し、又は提示する」場合(法60条本文)に限定し、さらに、著作者の「意を害しないと認められる場合」(法60条但書)には、例外的にこれを侵害に問わないこととする。そして、侵害に対する救済を求めることができる者を、一定範囲の遺族に限定し(法116条)、その結果として、救済を求め得る期間を有限のものとしている<sup>(22)</sup>。

「意を害しない」は、「客観的に認められることを要

する<sup>(23)</sup>」とされる。その判断においては、「その行為の性質及び程度、社会的事情の変動その他」(法60条但書)を考慮するものであるが、これは、著作者自身の利益と利用者の利益を比較考慮して、後者を重視すべき場合には違法性を阻却する規定であると考えられる<sup>(24)</sup>。同但書の「意」と法20条の「意」は、いずれも著作者本人の意思であると捉えた上で、ここでは、著作者本人の生前の主観的な意思は判断の一つの要素に過ぎないものとし、行為時までの諸事情を考慮するものと考えられるから、利用が許容される要件は生前よりも緩和されていると考えるべきであろう<sup>(25)</sup>。死後の人格的利益の保護は、期間が定められず、規範的には永久に尊重されるべき利益とされる上で、許諾を得る余地がある生前の著作者人格権による保護と同様であるとするのは、著作者の死後の社会における利用を余りに窮屈なものとするおそれがある。著作者の死後においては、時間の経過とともに要件が緩和されてゆくものとみる方が、著作者の人格的利益の保護と社会における利用の要請のバランスをとる上では合理的であると考えられる。

具体的には、著作者の改変等を許容する意思の不存在を立証することまでの必要性はないと解し、生前の著作者と利用者の関係性や著作者の当該作品に対する感想をも考慮に入れた上で、「侵害となるべき行為」があった時点で、著作者が生きていれば利用者の行為をどのように考えるのか、すなわち、行為時において、著作者が生きていればその行為に許諾を与える可能性の有無を客観的に探る余地も残されているといえよう<sup>(26)</sup>。このように、「意を害しない」を本人の主観的意思の探求によらず、これを客観的に擬制することにより、著作者の死後において許諾を得る機会を失った利用者の不利益を解消できることとなる<sup>(27)</sup>。

なお、「やむを得ない」(法20条2項4号)と「意を

(20) 半田正夫・松田政行『著作権法コンメンタル2(23条～90条の3)』[伊藤真執筆]554頁(勁草書房、2009年)参照。田村・前掲注(17)・458頁以下も同旨。

(21) 加戸・前掲注(5)・366頁参照。これに対し、国家的見地からの保護という考え方に対しては、著作物以外の文化的所産との関係で平仄が合わず、保護措置の請求権者が一定の遺族に限られていることなどから、説得的でないとの批判がある。中山・前掲注(5)・416頁、半田・松田・前掲注(20) [伊藤真執筆]551頁、金井・小倉・前掲注(14) [小倉秀夫執筆]528頁も同旨。

(22) 但し、罰則については期間が定められることはなく、116条の救済を求め得る期間を経過した後は、必要に応じた国家による保全に委ねられることとなる。

(23) ノグチルーム事件・前掲注(3)。

(24) 村越啓悦「著作者人格権の侵害に対する救済」牧野利秋・飯村敏明編『新・裁判実務体系22 著作権関係訴訟法』507頁(青林書院、2004年)参照。

(25) 中山・前掲注(5)・417頁が同旨。本件の原審に関する本山雅弘「判批」速報判例解説6号(2010年)258頁も客観的事情を考慮すべきとするが、著作者の生前意思を含まないとする点で異なる。一方で、斉藤博「新著作権法と人格権の保護」著作権研究4号89頁(1971年)は、60条但書で死後の人格的利益に広い制限を加えることに反対する。また、渋谷・前掲注(5)・204頁は「意を害しない」と「意に反しない」とは同じ意味であり、著作者死亡後のことであるから用語を区別しているにすぎないとする。

(26) 横山久芳「判批」判例時報2012号(2011年)183頁も同旨。但し、本件について、Rが許諾を与えた可能性については否定的な見解をとる。

(27) 著作者の人格的利益は本質的には著作者本人にしか帰属しないことから、著作者の遺族の承諾によって利用が可能となることをもって不都合が生じないということではできない。

害しない]はいずれも著作権者人格権の適用除外要件であり、利用者側の事情を考慮する点で共通し、その関係性が問題となる。前者は利用者側の事情として利用の必要性の程度により判断するものであり、後者は著作権者の生前及び死後の客観的事実から著作権者の意思を擬制して判断するものであると解し、両者の判断方法は区別されよう。

判旨は、法60条の「意を害しない」について、法20条1項の「意に反する」と区別することなく、同一の評価根拠事実から、著作権者本人の生前の意思を採求することのみによって判断した。しかしながら、仮に、両規定の判断において、結果的に同様の結論が導かれる場合であっても、それぞれにおいて考慮すべき事情は自ずと異なることから、緩和された要件についての判断を行わなかったことは適当ではない。判旨は、両規定を区別しなかった理由について明らかにしていないが、「意を害しない」に係る判断においては、改変が行われた時点がRの死後7年しか経過していないことから、社会的事情の変動がないと評価したとも考えられる<sup>(28)</sup>。しかし、ここで考慮すべき事情は、条文からも明らかであるように、経年による社会的事情の変化に限られるものではない<sup>(29)</sup>。

本件における「意を害しない」の判断においては、判旨が原状回復の請求を否認する理由として採用した諸事情と同等の事情や、本件観音像がオーダーメイドの一点制作物であるという著作物の性質をここで考慮し判断することが適当であったと考えられる。そうすれば、以下のような理由付けにより同一性保持権及び名誉声望保持権の侵害該当性を否定する結論を導くことができたものと考えられる。

まず、著作権側の事情として、本件原観音像の完成前には、Rは先代住職の満足度を度々確認し、作り直しを示唆する発言があり、さらに完成後においては、現住職の依頼に応じて行なった二度の両眼の修繕の試みをもって補修に至っていないという事実が認定されている。このことから、Rは、完成後に作り直す確定的な意図を有していたとはいえないものの、眼差しや表情の補修の必要性があることを一定程度認識していたものと推認できる。また、生前のRが補修に対し

て否定的な感想を抱いている事実は伺えないことから、依頼に応じてさらなる補修を試みる可能性が高かったものと推認できる。

そして、利用者側の事情については以下のように指摘できる。まず、Y1にとっての観音像の制作目的は、判旨が認定するように、信仰の対象としてふさわしい観音像を観覧に供することであった。その為に多額の費用と時間を掛けてオーダーメイドで制作を依頼したものであるから、檀家や信者らの意向に合わせて眼差しや表情の補修を行う必要性が高い性質の著作物であるといえることができる。しかしながら、Rらによる二度の修繕によっても達成されなかった補修について、仏頭部のすげ替えによって行うための承諾をYらがRから得ることは、Rの死亡により、もはや叶わないこととなった。よって、仏頭部のすげ替えを不可能としてしまった場合、Y1は新たに観音像全体を作り直すか、満足を得られないままそれを受け入れるしか方法が残されない。新たな観音像を作り直すこととなれば、Y1に再び多大な負担を課すことになり、また、観覧に供されることがなくなった本件観音像は、いわゆるお焚き上げにより廃棄するか、人目につかない場所に死蔵することのほかに対応の余地が無いことになろう。

判旨は、「やむを得ない」の判断において、すげ替えが唯一の方法でないという積極的な立証がないことと指摘しているが、法20条2項における評価はさておき、少なくとも本件における法60条但書の評価においては、想定される他の方法を採用することによる不利益を指摘するなどの消極的な立証で足りるとすることが適当であったように思われる。Y1にとっては、他に採り得る合理的な補修の方法が無いことから、本件原観音像を廃棄若しくは死蔵した上で、新たな観音像を制作する以外には満足を得られる方法がない以上、文化的所産を保護する趣旨からも、完全とはいえないまでも原作品を尊重しながら改変を行うことを許容することは、法の趣旨にも合致すると考えられる。また、自己の作品が廃棄若しくは死蔵されることは、R自身も望まなかったと考えることも可能であろう。

このように、Rの生前の意思と当該著作物に対する感想、著作物の性質、制作の目的、すげ替えによる補

(28) 横山・前掲注(26)・183頁は、数年程度しか経過しておらず、その間に事情が大きく変化したとは考えられないとして、「意を害しない」ものとはいえないと指摘し、判旨に理解を示したものといえる。死後社会的事情が変動した等の事情が認められないことを理由として法60条但書の適用を否定したものに、XO醬男と杏仁女事件(第1審)・前掲注(4)(著作権者の死亡後2ヶ月で、原告の書いた詩を翻訳し採録した小説を出版した事例)がある。

(29) 生前の筆者の意思を重視して判断したものに、三島由紀夫手紙事件(控訴審)・前掲注(4)(手紙の筆者の死後28年経過して手紙を公表した事例)があり、「著作権者に著しい不快感を与えることは明白」であるとして、著作物の改変の方法や程度の重大さを評価して、著作権者の意思を推認することにより判断したエスキース事件・前掲注(4)(著作権者の死後十数年が経過した後の改変が問題となった事例)がある。

修の必要性、経済的合理性<sup>(30)</sup>、代替方法を採用した場合のR及びY1の両者にとっての不利益などを総合的に考慮して、変更の時点において、Rが生存していたならば、彫り直しを超えた仏頭部の作り直しについても承諾したものと擬制することが適当であったと考える。

すなわち、同一性保持権については、変更による所有者や信者らの利益を優先させ、著作者本人の「意を害しない」ものとして、死後における同一性保持権の侵害を否定することが適当であったといえる。

また、名誉声望保持権について、判旨は社会的評価を基準に侵害を肯定した上で、Rの「意を害しない」場合にはあたらなとして死後における侵害を肯定したものである。名誉声望保持権は、原則的には著作者の意思とは関係なく判断されるものであることから、仮にこれを覆す場合には、「意を害する」の解釈が問題となる。しかし、法60条但書を上記のように解するならば、名誉声望保持権侵害についても、同一性保持権侵害と同様に、著作者の死後における承諾があったものと擬制することによって、著作者の「意」を介して覆ることができ、結論としては、その侵害を否定することが適当であったといえる。

もっとも、Y1による法60条但書所定の「その行為の性質及び程度、社会的事情の変動その他」に関する主張は、必ずしも適切かつ十分なものとはいえない。しかし、本件で認定された事実は、著作者の意思を擬制するためには十分であったと考えられることから、Yらの行為は、著作者の「意を害しない」ものとして、著作者の死後の人格的利益の侵害を否定すべき事例であったと考えられる。

### Ⅲ-2(5). 残された課題

評釈では、著作者の死後の人格的利益の侵害該当性に係る解釈について、その妥当性を検討してきた。評者としては、判旨の侵害判断の結論及び理由付けに反対するものであるが、これに加えて判旨で認容された

救済方法の是非についても疑問がある。

判旨は、本件について、著作者の死後の人格的利益を侵害するものとした上で、法115条による救済として、諸事情の総合考慮により原状回復及び供覧の停止の請求を棄却し、謝罪広告ではなく事実経緯を説明する広告掲載のみを認容したものであるが、これは、Yらの行為は規範的に侵害となることは免れないとしても、諸事情を考慮すれば実質的な違法性は低いと評価し、救済の中でも最も軽微な措置である訂正広告のみを容認したものであると思われる。

判旨の結論は、重要な部分の大幅な変更を受けた著作者の遺族の感情に配慮して侵害の該当性を認めた上で、Y1にすぐ替え後の本件観音像を今後も供覧し続けることを許すという、権利者と利用者の利益のバランスを調整した結論ということもできるかもしれない<sup>(31)</sup>。しかしながら、侵害に対する救済として原状回復を認めた原審判決を覆し、変更行為の事実経緯を説明するための広告の掲載もって十分であるとした根拠については、諸般の事情を総合的に考慮するとの指摘に限られる。

そこで、まず、法115条による救済としては、一般的に謝罪広告若しくは訂正広告が想定されるどころ、従来の判例及び通説的見解によれば、謝罪広告については名誉又は声望の低下が要件とされている<sup>(32)</sup>。しかし、本判決は名誉又は声望の低下の有無を検討することなく、謝罪広告を認めず訂正広告が適当であったものであることから、その根拠が明らかでないという問題が指摘できる。

次に、判旨は、法115条及び112条のいずれを根拠としても、原状回復及び供覧の停止を認めず、法115条の「名誉若しくは声望を回復するために適当な措置」として訂正広告のみを認めることで十分としたことの問題である。

確かに、原状回復及び供覧の停止の措置が、Yらの行為の違法性の程度に鑑みて、適当ではないとしたことは理解できる。しかしながら、本件で問題となった

(30) ノグテルーム事件・前掲注(3)は、建築の著作物の変更についてはあるが、所有者が移築を必要とした理由として、保存を前提とした校舎の再整備に係る費用を前提事実として考慮するなど、経済的合理性が考慮されている。

(31) 三浦正広「判批」コピライト598号(2011年)35頁参照。また、辻田「判批」名経法学29号(2011年)237頁は、結論は妥当としながらも、そこに至る過程が必ずしも明確でないことを指摘する。

(32) 謝罪広告の認定には社会的名誉声望の低下が必要とするものに、パロディモニタージュ事件(第二次上告審)・前掲注(16)、三島由紀夫手紙事件(控訴審)・前掲注(4)などがある。学説上もこれが通説的見解であると思われる。そして、既に他の方法で名誉が回復されている場合や、侵害態様が軽微若しくは悪質でない場合には、侵害事実を告知する訂正広告が妥当とする見解がある(中山・前掲注(5)・505頁、田村・前掲注(17)・469頁参照)。なお、謝罪広告の認められた例として、東京地判昭和55年9月17日(無体集12巻2号456頁)[地のさざめごと事件]、目覚め事件・前掲注(19)、東京地判平成8年10月2日(判時1590号134頁)[市史事件(控訴審)]などがある。金井重彦「著作者人格権侵害に基づく謝罪広告請求の可否—医学論文事件」『知的財産法最高裁判例評釈大系[Ⅲ]著作権法・総合判例索引—小野昌延先生喜寿記念』57頁(青林書院、2009年)は、パロディモニタージュ事件(第二次上告審)・前掲注(16)以降は、容認されることは極めて希であると指摘する。

観音像という著作物は、世代を超えて公衆へ提示され続ける性質のものであることに鑑みれば、原状回復及び供覧の停止を否定する以上、将来に渡って改変された状態で公衆に提示され続けることとなり、それに対する救済としての妥当性が問題となる。新聞等への広告掲載措置は、既に生じた侵害への対応としては適当であるものの、その効果は、本質的な侵害の回復や停止ではなく、一過性のもに過ぎない性質であるともいえることから、これのみによって将来に渡る継続的な侵害の回復がなされると結論付けることは、理論的には十分ではないとも考えられる<sup>(33)</sup>。

侵害された状態が継続していると評価される場合において、原状回復や行為の停止、侵害物品の廃棄や回収等の実体的な救済措置を否定すべき相応の事情がある場合に、謝罪広告若しくは訂正広告のみを認容することで足りるとすることの理論的な整合性については、残された課題であるといえよう。

以上

---

(33) 鳥並良「判批」L & T 48号(2010年)68頁は、「当該措置により回復される…『すげ替え前の…仏頭部こそが自己の作品である』という事実ないし評価を世間一般に知らしめる利益」は、「仏頭部の原状回復と訂正広告のいずれの措置であっても同程度に回復されよう」と指摘する。しかし評者は、世代を超えて安置され続ける観音像の性質を鑑みれば、少なくとも同程度とはいえないと考えている。また、「日本大学法学部国際知財研究所研究会」(2012年1月18日開催)では、会場において、バランスの観点から結論として妥当性があるとする意見や、原状回復の容易性を重視して原審の結論を支持する意見など、様々な立場からの議論が行われた。