

平成19年5月30日判決言渡 同日原本交付 裁判所書記官

平成17年(ワ)第24929号 損害賠償請求事件

口頭弁論終結日 平成19年4月18日

判 決

東京都新宿区 < 以下略 >

原	告			X	
同	訴訟代理人弁護士	北	村	行	夫
同		杉	田	禎	治
同		大	井	法	子
同		杉	浦	尚	子
同		吉	田		朋
同		雪	丸	真	吾
同		芹	澤		繁
同		亀	井	弘	泰
同		大	藏	隆	子
同	訴訟復代理人弁護士	近	藤	美	智子

東京都千代田区 < 以下略 >

被	告	株	式	会	社	小	学	館
同	訴訟代理人弁護士	木	澤	克		之		
同		石	島	美	也	子		
同		藤	原			浩		
同		鈴	木	道		夫		
同		風	祭			寛		
同		市	村	直		也		

主 文

- 1 被告は，原告に対し，金328万円及びこれに対する平成17年12月16日から支払済みに至るまで年5分の割合による金員を支払え。
- 2 原告のその余の請求を棄却する。
- 3 訴訟費用は，これを10分し，その9を原告の負担とし，その余を被告の負担とする。
- 4 この判決は，第1項に限り，仮に執行することができる。

事 実 及 び 理 由

第1 請求

被告は，原告に対し，金3206万円及びこれに対する平成17年12月16日から支払済みに至るまで年5分の割合による金員を支払え。

第2 事案の概要

本件は，フリーランスの写真家である原告が，被告からの依頼に基づき，被告発行の雑誌のために，設定されたテーマに従って撮影した写真のポジフィルムを被告に交付していたところ，被告が，当該ポジフィルムの写真の一部をデジタルデータ化してサーバのハードディスクに蓄積保存したことにより，原告の当該写真について有する著作権（主位的に送信可能化権，予備的に複製権）を侵害し，ポジフィルムの一部を紛失したことにより，原告の当該ポジフィルムについて有する所有権を侵害し，被告のもとにある，原告撮影に係る写真のポジフィルムの貸出しを希望した第三者に対し，使用料を要求したことにより，借受けを断念させ，原告の当該ポジフィルムの貸出しによる許諾料を得べき営業を妨害した，と主張して，の損害として，主位的に著作権法23条1項及び民法709条，予備的に著作権法21条及び民法709条に基づき，送信可能化又は複製許諾料相当額の1387万円，の損害として，民法709条に基づき，ポジフィルム117枚（表紙写真4枚，その他113枚）分の1815万円，の損害として，民法709条に基づき，許諾料相当の逸失利益4万円，ないし の合計3206万円に対する，不法行為後である

平成17年12月16日（本訴状送達の日翌日）から支払済みに至るまで年5分の割合による遅延損害金の支払を求めたのに対し、被告が、については、送信可能化の事実、複製の枚数、損害について争い、また、ポジフィルムの所有権は、当初より被告に帰属し、原告に帰属していないとして、所有権侵害（）及び営業妨害（）のいずれも否認して、争っている事案である。

1 前提となる事実等（争いがない事実以外は証拠を末尾に記載する。）

当事者

原告は、多数の雑誌社等に写真を提供しているフリーランスの写真家である（甲13）。

被告は、雑誌「サライ」（以下「サライ」という。）等、数多くの出版物の発行を業とする出版社である。

原告から被告に対するポジフィルムの交付

原告は、平成10年ころから、平成15年6月ころまで、被告が発行する雑誌であるサライに掲載するための写真を撮影する仕事（以下「本件撮影業務」という。）を行った。原告と被告間の作業の概要は、サライ編集部が設定したテーマに沿って写真を撮影した原告が、撮影した写真のうち何枚かを選別してポジフィルムの形で被告に交付し、被告において、掲載写真を決定するというものであった（細かい作業内容及び合意の法的性質については、後記のとおり争いがある。なお、このようにして原告が撮影した写真を総称して「本件原告撮影写真」と、原告が被告に交付したポジフィルムを総称して「本件交付ポジフィルム」と、そこに写された写真を「本件交付ポジフィルム写真」ということがある。）。

著作権の帰属

本件原告撮影写真の著作権は、被告に交付されたものと、原告の手元に残されたもののいずれにおいても、原告に帰属している。

2 争点

本件交付ポジフィルム写真に係る送信可能化権又は複製権の侵害の有無
(争点1)

本件交付ポジフィルムの所有権の帰属(争点2)

本件交付ポジフィルムの紛失の有無・枚数(争点3)

被告による営業妨害の有無(争点4)

原告の損害(争点5)

3 争点についての当事者の主張

争点1(本件交付ポジフィルム写真に係る送信可能化権又は複製権の侵害の有無)について

(原告の主張)

ア 送信可能化権の侵害

被告は、本件交付ポジフィルムのうち、サライの2001年16号以降の号に掲載されたポジフィルム461枚に写された写真(別紙「サライ全掲載写真一覧表」の「デジタル化」欄に「 」が付されている行記載の写真)について、スキャニング等によって複製し、これをデジタルデータ化した上で、被告の多数の社員が編集その他の目的でアクセスすることが可能な状態となっているサーバのハードディスクに蓄積保存した(以下、当該ポジフィルムに写された写真をデジタルデータ化したものを「本件デジタルデータ」ということもある。)。このサーバへの蓄積行為は、同ポジフィルムについての送信可能化権を侵害するものである。

被告内には、写真のデータベースが存在しており、そこに蓄積されたデータは、社員のコンピュータ端末から見る状態にある。被告には、1000人に近い特定多数の社員がおり、また、編集部員だけでも300人を下らないのであるから、本件デジタルデータのサーバへの蓄積は、公衆への送信を可能化するものである。

被告は、一般社員がアクセスし得ない状態にして、準備行為として、本

件デジタルデータをサーバに蓄積した旨主張するが、被告が、写真をデジタルデータ化してサーバに蓄積する目的は、個々の社員のコンピュータ端末から見られるようにして、当該写真を有効活用することにあるのであるから、同目的に合致しない状態に置いてあった旨の上記被告の主張は、信用することができない。

イ 複製権の侵害

上記アのとおり、被告は、本件交付ポジフィルムの一部である461枚に写された写真について、スキャニング等によって複製し、デジタルデータ化しており、サーバへの蓄積前の行為ではあるが、デジタルデータ化する行為自体が、原告の上記ポジフィルムに写された写真に係る複製権を侵害するものである。

また、被告は、本件デジタルデータを、CD-ROMに保存しており、このCD-ROM化の行為も、上記ポジフィルムに係る複製権を侵害するものである。

(被告の反論)

ア 被告の行為

被告のサライ編集部では、本件交付ポジフィルムのうち、サライの2001年16号(平成13年8月16日発行)から2003年15号(平成15年8月7日発行)までの号に掲載された写真のポジフィルムについて、印刷会社から返還された後、その都度順次デジタルデータ化する作業を行った。具体的には、ポジフィルムに写された写真をフィルム・スキャナーでデジタル化して本件デジタルデータを作成し、これをハードディスクのサーバに蓄積保存したものである。また、デジタルデータ化作業の過程において、本件デジタルデータをCD-ROMに保存した。

なお、本件交付ポジフィルムのうち、デジタルデータ化したものは、405枚である。この枚数は、本件デジタルデータを保存したハードディス

ク内を検索し，原告撮影に係るものが364枚あることを確認し，さらに，ハードディスクに保存する前に保存していたCD-ROM内に41枚が保存されていることを確認し，それらを合計した枚数である。

イ 送信可能化権の侵害のないこと

被告のサライ編集部においては，取引のあるほとんどの写真家との間で，写真をデジタルデータ化して被告において管理する旨の条項を含む契約書式（甲2の契約書から原告の名称等を削除した一般的な契約書式，以下，これを「本件契約書式」といい，甲2の契約書を「本件契約書」という。）によって写真使用に係る契約を締結することができたので，被告のもとにある写真のデジタルデータ化の作業を順次進めていた。これは，本件契約書式に基づき，写真の維持保存に努めるとともに，写真の二次使用についての管理システムが円滑に稼働するための準備を開始したものである。したがって，あくまで準備行為としてデジタルデータ化をして社内のデータベースに保存していたということであって，保存された本件デジタルデータを，被告の一般社員が閲覧できる状態に置いていたわけではない。被告が本件デジタルデータを蓄積保存したハードディスクは，デジタルデータ化作業に関わった社員4人のコンピュータ端末との関係においてサーバ機能を有していたにすぎず，被告の一般社員のコンピュータ端末との関係においてサーバ機能を有していたわけではない。被告のその他の社員が本件デジタルデータにアクセスすることは，全く不可能な状態であった。

以上のとおり，本件デジタルデータを閲覧できる被告社員は4人であり，特定かつ少数の者であるから，著作権法2条5項の「公衆」には該当せず，本件交付ポジフィルム写真の一部のデジタルデータをサーバへ蓄積した行為は，原告の送信可能化権を侵害するものではない。

ウ 複製権の侵害のないこと

写真の劣化や紛失を防ぐためにポジフィルムに写された写真をデジタル

データ化し、社内のデータベースに保管していることは、複製利用目的もなく、当該ポジフィルムの著作権者の複製権を侵害する行為には該当しない。

また、被告は、上記アのとおり、デジタルデータ化作業の過程において、本件デジタルデータを CD-ROM に保存したことがあるが、この保存についても、原告の複製権を侵害するものではない。

争点 2（本件交付ポジフィルムの所有権の帰属）について
（原告の主張）

ア 本件交付ポジフィルムについての原告による所有権取得

原告は、スライ掲載用の写真を撮影する際に、ポジフィルムを購入するが、その購入時に、当該ポジフィルムの所有権を取得するものであり、本件交付ポジフィルムについても、ポジフィルム購入時に、その所有権を取得し、その後も所有している。

そもそも、被告が原告に対し、写真の撮影を依頼した目的は、原告が創作した無体財産たる写真をスライ誌面において掲載使用すること、すなわち、複製許諾を得ることであり、この目的に付随して、当該無体財産が化体する有体物たるポジフィルムの占有の移転を受ける必要があるが、所有権の移転を受ける必要はない。このような、原告と被告間の取引の目的にかんがみれば、原告から被告に対するポジフィルムの所有権の移転を認めるべき原因事実はないのであるし、ポジフィルム購入時に被告がその所有権を取得した事実もない。

イ 本件交付ポジフィルムの所有権に関する原告と被告間の合意

(ア) スライ掲載用の写真の撮影の手順

スライ掲載用写真の撮影の手順は、以下のとおりである。

a まず、スライ編集部がテーマを決定し、原告に対する撮影依頼が行われる。この場合、取材先が決定されている場合と、決定されていない

い場合があり，後者の場合には，原告が事前調査や取材先との交渉などを担当することがある。

- b その後，ライターとの日程調整を経て，撮影現場に原告及びライターが赴くが，撮影現場にスタイリストが立ち会うことはなく，また，編集者が立ち会うこともほとんどなかった。
- c 取材先での撮影は，原告が，撮影対象物の決定，アングル，シャッター速度，露光，シャッターチャンス等を自ら決定して，行った。写真撮影のプロセスは，写真のテーマの決定，テーマに沿った対象物の特定又は設定，対象物を撮影する方法の決定及び実行とに区分されるが，写真著作物の創作性が発揮されるのは，この場面であり，これは，原告がすべて決定していた。
- d 撮影が終了すると，原告は，写真を自ら現像し，使用推奨カットを選択し，時間的余裕のある限り，マウントを付した上で，サライ編集部に引き渡した。使用推奨カット以外については，原告が自己の手元で保管した。サライ編集部から原告に対し，各引渡しの後，再撮影の指示がされたことはない。
- e サライ編集部は，原告からポジフィルムの引渡しを受けると，使用推奨カットの中から掲載写真を決定した。

(イ) 費用の支払

原告は，サライ発刊後，被告から，許諾料のほかに，感材代（フィルム代と現像代）名目で支出金額全額の支払を受け，取材時の交通費の全部又は一部の支払を受けた。しかし，レンズなどの機材費，ストロボやカメラのバッテリー代，マウント代，打合せ飲食費等の大部分については，支払を受けていない。

被告は，原告に対する実費以外の支払を，掲載写真の枚数ではなく掲載頁数を基準にして行っており，許諾料ではなく，業務遂行に対する対

価の支払である旨主張するが、引き渡された枚数ではなく、掲載量に応じた計算をしており、許諾料の性質を有しているものである。

また、被告は、フィルム代について実費を負担していると主張するが、フィルム代支払の際に源泉徴収をしている例や、フィルム代を、報酬の支払と一括して稿画料名目の報酬として経理処理をしていることもある。

(ウ) 小括

以上のとおり、被告が企画のテーマを決定する際に、写真のイメージを抱くことがあったとしても、具体的な写真が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によるのであって、原告と被告間の撮影についての合意は、あらかじめ発注者に仕事の完成としての表現が決まっている請負とは異なるものである。また、費用の支払に係る事情からも、被告にポジフィルムの所有権を帰属させるべきであるということもできない。したがって、撮影に係る契約関係を法的にみれば、準委任契約であり、ポジフィルムの所有権が被告に帰属することを内容とするものではない。

ウ 原告による管理及び被告の対応

(ア) 原告による本件原告撮影写真の管理

原告は、被告にポジフィルムを交付する際に、交付枚数等のリストを作成することはしていなかったが、必要に応じて、本件交付ポジフィルムの枚数をいつでも確認できるように管理していた。すなわち、原告は、各撮影済みフィルムを現像所に引き渡し、現像所から、それらの現像済みフィルムを、フィルム1本分ずつ透明のシートに収めた状態で受け取り、その1枚1枚をチェックして、使用推奨カットを切り離し、マウントに収めた形で被告に引き渡していたが、他方、残りすべ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、整理して保存していた。

原告は、昭和59年から、コンピュータを用いて、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。

このように、原告は、原告撮影写真を管理していたものであり、このことは、原告が、本件交付ポジフィルムの所有権を有していることと整合するものである。

(イ) 本件交付ポジフィルムの返還要求及び返還

原告は、本件撮影業務をするようになった平成10年の段階で、サライ編集部Aに対し、口頭で、使用後の写真を返還するように要請しており、同人から、「遅くなりますが返却します。」との明確な回答を得ている。原告は、その他、機会のあるごとに、被告に対して、本件交付ポジフィルムの返還を依頼している。

そして、本件訴訟提起前に、原告が、被告に対し、本件交付ポジフィルムのうち未返還のものの返還を求めたところ、被告は、編集部の倉庫内も含めて、本件交付ポジフィルムを探し、これを断続的に返還した。この間の返還の遅れについて、被告は、原告に謝罪している。このような、本件訴訟提起前の、本件交付ポジフィルムの返還に関する被告の行動・態度は、被告が、本件交付ポジフィルムについて、原告に返還すべきものであること、すなわち、原告が所有権を有することを明確に認識していたことを示している。

エ 被告が主張する、被告が本件交付ポジフィルムの所有権を取得する必要性について

被告は、発行する雑誌に掲載された写真については、被告において、二次使用をコントロールする必要性があり、本件交付ポジフィルムについても、同様に、被告がコントロール権を及ぼす必要性がある旨主張するが、以下のとおり、理由がない。

まず、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禁じているが、これは、原告と被告間で、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、合意がされているからである。

他方、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、当該写真の二次使用、三次使用を許諾することは、著作権者として自由になし得るところである。被告が、この点についてコントロールを及ぼす必要があるとしても、それは、しかるべき合意をすれば足りるものである。

実際にも、原告は、撮影した写真が、サライ誌面で用いられた後に、他の雑誌社発行の雑誌で二次使用したことはあるが、これに対し、被告が異議を述べたことはない。

(被告の反論)

本件交付ポジフィルムの所有権は、以下のとおり、当初より、被告が取得し、その後も、被告が有しているものである。

ア 本件交付ポジフィルムの所有権に関する原告と被告間の合意

(ア) サライ掲載用の写真の撮影の手順

サライ掲載用写真の撮影の手順は、以下のとおりである。

- a まず、サライ編集部において、サライの特集記事を企画し、取材先を決めた後、編集者とライターが協議をして、掲載写真の内容、大きさ及び撮影カット数、依頼する写真家などを決定する。その上で、写真家への依頼を行う。
- b 撮影当日は、ライターが取材先と事前に打ち合わせた内容に従って、撮影が行われるが、ライターのほかに、スタイリストが参加して準備する場合もあり、そのような場合には、スタイリストが小道具等を配置するなどしている。

被告のサライ編集部では、撮影について、パンフォーカスで（ピントが1点ではなく全体に合っているように）撮ること、包みものの料理（餃子、コロッケなど）は、中身が見えるように切った状態で撮ること、麺類は引き上げ、丼ものなどは中のご飯が見えるようにスプーンで一部分をすくって撮ること、ドライアイスで湯気を模造するなどの画面の作込みを行うこと等の方針を決めており、原告を含め、撮影を委託する写真家には、これに従って企画どおりの写真を撮影し、納品することを求めている。

- c 撮影終了後、原告の場合には、原告自ら現像を手配し、現像後のポジフィルムをチェックし、使用推奨カットを選択して、多くの場合、これをマウントして、被告に納品する。納品されたポジフィルムが不出来であったり、撮影指示が反映されていないなどの問題がある場合には、被告から原告に対し、再撮影が指示されることもある。
- d サライ編集部は、納品されたポジフィルムの中から、掲載する写真を選択し、サライの記事を制作していく。

(1) 費用の支払

- a 被告は、ポジフィルム納品後に、原告から、フィルム代、現像代等の写真材料費、取材に要した交通費、打合せ飲食費等すべての経費についての請求書が送付されるので、その請求内容を確認の上、原告にこれらの費用を支払っていた。

被告のサライ編集部では、ストロボのバッテリー代及び原稿引渡時の交通費・宅急便代等の諸費用については、写真家から、被告あての領収書を添付した請求書が提出される限り、全額写真家に対して支払っている。原告からの請求がなければ支払っていない。

また、消耗品であるストロボの放電管、シャッター、レンズなどの機材費、カメラのバッテリー代等は、フリーの写真家である以上、必

要経費として扱われるべき費用であるから、原告を含むいかなる写真家からも請求されたことはなく、被告がこれらの費用を支払ったことはない。なお、マウント代及びマウントを収めるファイル代については、サライ編集部においてマウントして納品することを求めたことはないので、その費用を負担する予定はない。

さらに、原告は、被告が、経費節減を図るため、取材時の交通費についても制限を課しており、被告が取材時の交通費の全額を負担していない旨主張するが、必要な取材と判断した以上、ライター又は写真家に対して交通費を含む取材費の制限を課したことはない。

なお、被告が原告に支払った写真材料費について、一部、稿画料として処理して、経費として処理していない場合があるが、これは、税務署の指導により、実費の請求書に領収証が添付されていない場合に、源泉徴収の対象となる報酬とみなすとの処理をしているからにすぎない。

b 被告は、これらの実費とは別に、原告に対し、撮影料として、取材で撮影した写真が掲載された場合、掲載された頁につき、掲載写真のカット数にかかわらず、1頁当たり2万5000円、写真が表紙に使用された場合には、別途5万円を支払った。

原告は、被告が原告に許諾料を支払って原告撮影写真を掲載した旨主張するが、被告は、原告に対し、撮影業務を委託し、その業務遂行に対する対価として撮影料を支払ったものである。

(ウ) 小括

以上のとおり、原告と被告間の、撮影についての合意は、契約の目的が撮影業務を行うことに主眼があるのではなく、特定のサライの企画に基づき、あらかじめ決められた被写体をサライ編集部の意向に従って撮影し、当該サライに掲載可能な写真のポジフィルムを納品すること、す

なわち、仕事の完成引渡しに主眼があるものである。撮影された写真が納品されても、サライ編集部有意向に従ったものでなければ掲載不可能であるため、仕事が完成したとはいえず、報酬が支払われることもない。

したがって、原告と被告間の合意の性質は、準委任契約ではなく、請負契約である。

そして、被告は、上記のとおり、注文した写真を撮影するための必要なフィルム代及び現像代を全額負担しているほか、交通費、打合せ飲食費等の実費について、請求された全額を支払っているのであって、請負契約における材料の提供者に該当するのであり、原告が、ポジフィルムを購入した時点において、被告は、当該ポジフィルムの所有権を取得するものである。

イ 原告による管理及び被告の対応

(ア) 原告は本件交付ポジフィルムを管理していなかったこと

a サライ発行から数週間後に、印刷会社から被告のサライ編集部に対し、入稿したポジフィルムが返還されるが、従来、被告では、当該ポジフィルムを、編集者が保管していることが多かった。他方、写真家から納品された複数のポジフィルムのうち使用しなかったものについては、被告において保管する必要がないため、順次、写真家に渡すことが多かったが、被告が保有したままになっている場合もあった。ただし、いったん納品されたポジフィルムについては、それが使用された写真か否かを問わず、写真家からその返還を要求されることはなかった。

なお、写真家の手元には、納品した写真以外にも、取材時に撮影した多くの写真が残されているが、これらについては、被告として必要がないため引渡しを求めることはない。

b 原告においても、本件交付ポジフィルムが自己の所有物であるとい

う認識を有していなかったことが、以下の事実から明らかである。

原告は、平成10年5月ころから平成15年6月ころまでの間、本件撮影業務を行っていたが、取引開始から5年以上を経過し、同業務の依頼がなくなっていた同年11月10日になって、初めて、被告のサライ編集者に対し、被告が保管している、すべての原告撮影に係るポジフィルムを返還するように要求した。原告が、自己の所有物を被告に貸し出すものとの認識を有していれば、掲載使用いかんにかかわらず、その内容や枚数について正確に把握し、返還されなければ逐次請求するはずであるが、取引期間中そのような請求はされなかった。

原告と被告間において、ポジフィルムの納品に当たって、その内容、カット数等の明細リストを作成したことはないため、使用したポジフィルムについては、サライの誌面を確認して把握することができるものの、未使用カットについては枚数の記録もない。

原告からの返還要求は、上記返還要求以降、繰り返されてきたが、原告においても、掲載使用写真のリストを当初から作成していたわけではなく、その枚数についての主張自体が随時変更されてきている。

また、原告は、被告に対し、取引期間中、納品したポジフィルムの保管状況について確認したことはない。このことは、自己の所有物の保管を依頼しているという認識を欠くことを示している。

(イ) 本件交付ポジフィルムの返還要求及び返還

原告は、上記(ア) b のとおり、被告との取引開始から5年以上を経過し、同取引がなくなっていた平成15年11月10日になって、初めて、被告のサライ編集者に対し、原告撮影に係るポジフィルムの返還要求を行った。

被告は、原告の突然の返還要求を受けて、保管していたポジフィルムのすべてを順次原告に引き渡した。被告のこの返還行為は、早期の円満解決を図るため、自己の所有物である本件交付ポジフィルムの管理処分権に基づいて行った処分行為であり、借り受けた原告の財産を返還するという趣旨で行われたものではない。

ウ 被告が本件交付ポジフィルムの所有権を取得する必要性

(ア) 被告は、本件撮影業務を委託する際、原告に対し、サライ編集部に納品するほかに、他の雑誌社その他第三者に撮影写真を持ち込むことを禁止している。写真を含むサライの記事全体は、被告にとって貴重な財産であり、企業として経済活動を行う以上、これを守るために、第三者による二次使用に関するコントロール権を確保しようとするのは、経済的合理性に合致する。

(イ) そして、被告は、写真を含むサライ掲載記事の財産的価値を守り、かつ、取材先やライターその他記事の作成に貢献した人々に対する義務を履行するために、所有権に基づき、写真のポジフィルムを保管することによって、その二次使用についてコントロールをしていく必要がある。

争点3（本件交付ポジフィルムの紛失の有無・枚数）について

（原告の主張）

原告が、被告のサライ編集部に対して貸し出した写真のポジフィルムのうち、実際にサライ誌面において使用されたものは、合計1013枚である。被告は、現在までに、原告に対し、896枚を返還したが、別紙「サライ未返却写真一覧表」記載のとおり、残りの117枚について、これを紛失し、原告の所有権を侵害した。

（被告の反論）

本件交付ポジフィルムのうち、サライ誌面に使用された写真のポジフィルムの枚数が1013枚であるとの原告の主張は否認する。

また、原告は、上記1013枚のうち、被告から896枚の返還を受け、残りの117枚について返還されておらず、被告が紛失した旨主張するが、被告は、本件交付ポジフィルムについて、原告から、突然、返還を求められ、以降、保管していたポジフィルムをすべて順次原告に引き渡したものであり、引渡しの際に、掲載・非掲載の峻別作業をしたわけではない。したがって、枚数については、不知というほかない。

争点4（被告による営業妨害の有無）について

（原告の主張）

被告は、平成15年8月ころ、広告制作プロダクションから、原告撮影に係るサライ掲載写真を旅行パンフレットに使用したいとの申入れを受けた際、原告の許諾を得るとともに、当該写真が写されたポジフィルムの交付を要請した同プロダクションに対し、自社の著作権なるものを主張し、原告に支払う許諾料と同額の対価を支払うように請求した。そのため、同プロダクションは、原告の写真を使用するために、想定していた金額の倍額を支払わなければなくなり、予算的に受け入れることができなかつたため、当該写真の使用を断念した。

被告の上記行為は、原告の、当該写真使用許諾により得られるはずであった許諾料を失わせるものであり、営業妨害の不法行為を構成する。

（被告の反論）

被告は、平成15年8月21日、広告制作プロダクションから、サライ2002年24号（平成14年12月19日発行）の117頁に掲載された「味処 西陣」の「柳葉魚鮓」の写真1点の貸出依頼を受け、当該写真の二次使用についての原告の許諾を得た上で、同プロダクションに対し、貸出しに当たって、被告に対する使用料ないし手数料として、原告に支払う二次使用許諾料と同額の支払を請求した。その後、同プロダクションから、検討の結果、予算に合わないので借出しを断念した旨の連絡を受けた。

被告のサライ編集部は、上記プロダクションに対する使用料請求の際、原告と被告との間で、本件契約書に基づいた合意が成立しておらず、そのため、同契約書の条項に基づく、第三者への使用料支払請求はできず、個別の交渉が必要であることを認識していたが、あくまで本件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ついて、被告が、後日、原告に対して詫びている。

しかし、被告が所有し、保管するサライ掲載写真のポジフィルムを第三者に貸し出す場合には、被告も、貸出しの可否について判断する権限を有しており、許諾する場合には、原告が受ける著作物許諾料とは別に一定の対価を得たとしても、これにより原告の権利を侵害することになるわけではない。

したがって、写真の二次使用を検討していた第三者が、使用するために要する費用の全体額が予算に見合わないとして使用を断念したとしても、原告に対する営業妨害には該当しない。

争点5（原告の損害）について

（原告の主張）

被告の行為により、原告に生じた損害は、以下のとおりである。

ア 送信可能化権侵害又は複製権侵害による損害

上記（原告の主張）のとおり、被告は、本件交付ポジフィルム写真のうち、サライの2001年16号以降の号に掲載された写真（ポジフィルム461枚分）について、被告のサーバのハードディスクに保存して、自動公衆送信し得る状態にし、又は、デジタルデータ化若しくはCD-ROMに保存して、上記ポジフィルムに係る送信可能化権又は複製権を侵害した。

これらの侵害による損害は、送信可能化又は複製に係る許諾料相当額として観念し得るところ、対象となった写真のうち、サライの表紙に用いられたものは2枚であり、その許諾料は1枚当たり5万円、その他のサライ誌面に用いられた写真459枚の許諾料は、1枚当たり3万円を下らない。

よって、送信可能化権侵害行為又は複製権侵害行為により原告の受けた損害は、合計1387万円（5万円×2枚+3万円×459枚）となる。

イ 紛失による損害

上記（原告主張）のとおり、被告は、本件交付ポジフィルムのうち、別紙「サライ未返却写真一覧表」記載の117枚を紛失して、原告の所有権を侵害した。

これらのポジフィルムは、サライに掲載されたものであり、他の雑誌、パンフレット等で二次使用される可能性は濃厚であって、原告は、本来、第三者から当該写真についての許諾料を得られるはずであった。

このような経済的価値にかんがみれば、上記紛失に係るポジフィルムのうち、サライの表紙に用いられた写真4枚については、1枚当たり30万円、サライ誌面に用いられた写真113枚については、1枚当たり15万円を下らない。

したがって、上記紛失に係る損害は、合計1815万円（30万円×4枚+15万円×113枚）を下らない。

ウ 営業妨害による損害

上記（原告主張）のとおり、原告は、被告の営業妨害によって、広告制作プロダクションから写真の複製許諾により得られるはずであった許諾料4万円を得ることができなかった。よって、同金額が、被告の営業妨害により原告が受けた損害である。

（被告の反論）

ア 送信可能化権侵害又は複製権侵害による損害

被告は、原告との間でも、他のサライ関係の写真家同様、本件契約書による合意が成立することを見込んで、ポジフィルムのデジタルデータ化作業を開始したが、結局、合意は成立せず、その後、原告から、本件デジタルデータについて削除するよう求められたため、これに応じて、同データ

すべてを削除した。また、本件デジタルデータが存在した間に、被告がこれを使用した事実は一切ない。

したがって、仮に、被告の行為が、原告の送信可能化権又は複製権を侵害するものであったとしても、原告には財産的損害は何ら発生していない。

仮に、被告が本件交付ポジフィルム写真の一部をデジタルデータ化したことで損害が発生しているとしても、その損害額は極めて微少なものと評価されるべきである。

被告は、将来の使用を目的として、準備行為としてデジタルデータ化したが、現に使用することのないまま、本件デジタルデータをすべて削除したのであるから、実際の使用とは別に定められた、デジタル化料金のような定め、例えば、有限責任中間法人学術著作権協会の使用料規程における、複写目的の電子化についての電子化料金を著作物1頁につき30円とする旨の定めなどを参考とすべきである。

イ 紛失による損害

被告が、原告から納品された本件交付ポジフィルムを紛失しても、自己の所有物の紛失であって、原告に財産的損害は発生していない。

ウ 営業妨害による損害

被告が、自ら所有し保管する、本件交付ポジフィルムの第三者への貸出しについて対価を請求することは、所有権に基づく行為であり、何ら違法性はない。当該第三者が予算の都合で利用を断念した結果、原告が許諾料を得ることができなくなったとしても、損害には当たらない。

第3 争点に対する当裁判所の判断

1 争点1（本件交付ポジフィルム写真に係る送信可能化権又は複製権の侵害の有無）について

事実認定

上記前提となる事実等、証拠及び弁論の全趣旨によれば、以下の事実が認

められる。

ア 原告は、平成10年ころから、平成15年6月ころまで、被告の依頼により、本件撮影業務を行った。原告が撮影した写真は、ポジフィルムの形で、被告に交付され、被告は、交付されたポジフィルムに写された写真の中から、サライに掲載すべきものを選択していた（争いが無い。）。

イ 被告は、被告が発行する雑誌等に掲載された写真等のデータを保存するデータベースシステムとして、SVD（小学館ビジュアル・データベース）システム（以下「SVD」という。）を運営しているところ、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、同システムにおいて写真を管理することを企画し、2001年16号（平成13年8月16日発行）のサライから、サライ発行後、その都度、特集記事に使用されたポジフィルムに写された写真について、デジタルデータ化する作業を行っていた（甲3，乙14の1）。

ウ 被告は、平成14年12月ころまでには、SVDにおいて管理するデータを、第三者に貸し出す場合の使用料の配分等の定めを内容とする、被告と写真家間の契約書の書式（本件契約書式）を作成しており（甲2，3，13）、原告を含めて、サライ掲載用の写真を撮影する業務を担当していた写真家との間で、本件契約書式に基づく合意を形成するべく作業を進めていた（甲12，13）。

被告は、同月、第三者からサライ掲載写真の二次使用の申入れがされた際に、原告との間でも、本件契約書による合意を求めて、同契約書を原告に送付したが、原告は、これに同意せず、本件契約書による原告と被告間の合意は成立しなかった（甲7，13）。

エ 被告は、上記イのとおり、2001年16号（平成13年8月16日発行）掲載分から、2003年15号（平成15年8月7日発行）の掲載分まで、サライに掲載された特集記事の写真をデジタルデータ化しており、

本件交付ポジフィルム写真のうち、この期間の掲載写真について、デジタルデータ化（フィルム・スキャナーを用いたデジタル化）を行った（甲3，乙14の1）。そして、被告は、デジタルデータ化した本件デジタルデータについて、サーバに蓄積保存した（甲12）が、同サーバに保存する過程において、本件デジタルデータを、いったん、CD-ROMに保存した（乙31）。また、同サーバは、SVDの準備作業を行っていた被告の社員である担当者4人のコンピュータ端末との関係においてサーバ機能を有するにすぎず、被告の一般社員のコンピュータ端末から閲覧することはできなかった（甲12，乙31）。

オ 被告は、原告から、平成16年5月26日付けの書面により（甲6）、上記イのデジタルデータ化についての抗議及び本件デジタルデータの削除の要求を受け、遅くとも、平成17年5月27日までには、本件デジタルデータを削除した（甲3，乙12の1，31）。同削除作業において、まず、ハードディスク等に保存されているデータを検索して本件デジタルデータを抽出したが、その際、本件デジタルデータ数を一応確認した（乙31）。

検討

ア 送信可能化権の侵害の有無

原告は、主位的に、上記において認定した、本件デジタルデータをサーバに保存した被告の行為が、本件デジタルデータを自動公衆送信し得るようになるものであり、本件交付ポジフィルム写真のうちの対象となったものの送信可能化権を侵害する旨主張するので、以下、検討する。

本件デジタルデータが保存されたサーバは、SVDの準備作業を行っていた、被告の担当者4人のコンピュータ端末との関係においてサーバ機能を有するにすぎず、他の被告社員の個々のコンピュータ端末から閲覧することはできなかったのであって、上記担当者4人は、特定かつ少数であり、

特定かつ多数の者を含む「公衆」（著作権法2条5項）には該当しないから、他の要件について検討するまでもなく、上記行為は、送信可能化には当たらず、これによる送信可能化権の侵害は認められない。

この点、原告は、被告によるデジタルデータ化の目的が、個々の社員のコンピュータ端末から閲覧することができるようにして、当該写真を有効活用することにあつたことからすれば、本件デジタルデータが保存されていたサーバが、担当者4人だけの関係でサーバ機能を有していたにすぎないとの被告の説明は、信用することができない旨主張する。

しかしながら、被告は、上記イ、ウで認定したとおり、サライ掲載写真のデジタルデータ化作業を始めるとともに、デジタルデータ化した写真のデータを二次使用等に供する際の、写真家との使用料の配分等を定める本件契約書式を作成し、原告を含む写真家との間で、本件契約書式に基づいて合意を形成する作業を進めていたことからすれば、本件契約書式に定める条件で、同データの活用を図るシステムを構築することを計画していたと認められるのであり、その場合、本件契約書式に基づく合意が成立していない写真家の撮影に係る写真データについて、一般社員が閲覧可能な状態に置かず、準備作業を行っていた社員4人においてのみ閲覧可能な状態で保存していたことに、不合理な点は認められない。したがって、原告の上記主張を採用することはできない。

原告は、本件デジタルデータを、SVDの準備作業をしていた被告社員4人の間でサーバ機能を有するハードディスクに収納していたデータベースに保存していたとする、被告の知的財産管理課長のBによる説明（乙31）と、データベース化自体を否定していた、被告のサライ副編集長であったCによる説明（甲12）とを前提とすると、被告内には、一般社員が閲覧可能なデータベースと、SVD準備作業に従事していた4人の社員のみが閲覧可能なデータベースとが存在したことになるが、被告の、本件

交付ポジフィルムのずさんな保管状況に照らすと、そのように区別したデータベースを構築していたとは到底考えられない旨述べる（甲21）が、原告が指摘する事情によっても、上記の各説明により推認される運用が、到底考えられないものであるということとはできず、合理性を欠くものともいえない。したがって、原告の上記供述を採用することはできない。

そして、他に、本件デジタルデータについて、自動公衆送信し得るようにしていたことを裏付ける証拠はないから、これを認めることはできない。

イ 複製権侵害の有無

被告が、本件交付ポジフィルム写真の一部について、デジタルデータ化し、サーバに蓄積する過程で、CD-ROM に保存した事実は、当事者間に争いがなく、これによれば、デジタルデータ化の作業を行って、その結果得られた本件デジタルデータをハードディスクその他の記憶媒体に保存したこと、更に CD-ROM にも保存したことは、いずれも上記ポジフィルム写真に係る複製権を侵害するものであると認められる。

被告は、写真の劣化や紛失を防ぐためにポジフィルムに写された写真をデジタルデータ化し、社内のデータベースに保管していることは、複製利用目的もなく、当該ポジフィルムの著作権者の複製権を侵害する行為には該当しない旨主張するが、複製物の利用目的がない複製行為であっても、複製権の侵害となり得る場合があることは明らかであるから、被告の主張は失当といわなければならない。

ウ 複製の対象

複製に係る本件交付ポジフィルム写真の枚数について、原告は、ポジフィルム461枚である旨主張し、被告は、同405枚である旨反論するので、以下、検討する。

まず、被告がデジタルデータ化する作業の対象とした、2001年16号から2003年15号までのサライに掲載された写真のうち、原告撮影

に係るポジフィルムの枚数は、別紙「サライ全掲載写真一覧表」の「デジタル化」欄に「 」が付されている行記載の写真の合計461枚である（甲19）ところ、被告がデジタルデータ化の対象としたのは、上記エのとおり、サライの特集記事の写真であるから、2002年22号（平成14年11月21日発行）の広告企画については、被告において、二次使用を念頭においていなかったため、これに係る24枚のデジタルデータ化は行っていないものと認められる（乙31）。

そして、本件交付ポジフィルムのうち、原告に返還されていないものがあるところ（別紙「サライ未返却写真一覧表」）（甲20）、上記期間に対応する未返却分は、同別紙の「 」欄の88から117までの写真のポジフィルム、合計30枚である。この30枚と上記の広告企画に使用したポジフィルムの枚数24枚とを合わせると54枚となり、2001年16号から2003年15号までのサライに掲載された写真のうち、原告撮影に係るポジフィルムの枚数461枚から上記54枚を控除すると、407枚となるが、この枚数は、被告が、本件デジタルデータを削除した際に確認したとする405枚に近い枚数である。

これらのことと、被告は、保管する本件交付ポジフィルムをすべて原告に返還していると認識していること（乙30）、被告が主張する405枚については、上記オのとおり、原告からの削除要求を受け、原告とのトラブルに発展する可能性があることを考慮しつつ削除した際に一応確認した枚数であり、それなりに正確な数字であると考えられること、掲載された写真のデジタルデータ化に際し、広告企画に係るものであったり、紛失していたなどの、上記のような理由以外に、デジタルデータ化を行わなかった理由も見出し難いこと等の事情を併せて考慮すると、返還されていない上記30枚は、被告がデジタルデータ化する作業をした時点において、既に被告の手元に存在せず、これらの写真のデジタルデータ化が行わ

れなかったものと推認される（ただし、被告主張の405枚については、何らの記録も残されておらず、上記461枚のうちどの範囲でデジタルデータ化を行ったのか等も不明であって、確実な数字であるとも言い難い。）。

したがって、複製の対象となった写真は、別紙「サライ全掲載写真一覧表」の「デジタル化」欄に「 」が付されている行記載の写真461枚から、2002年22号の広告企画に係る写真24枚及び別紙「サライ未返却写真一覧表」の「 」欄に88から117までの表示がされている写真30枚を除いたものであり、その枚数は407枚であると認められる。

2 争点2（本件交付ポジフィルムの所有権の帰属）について

事実認定

上記前提となる事実等、証拠及び弁論の全趣旨によれば、以下の事実が認められる。

ア サライ掲載用の写真の撮影の手順

原告と被告間の本件撮影業務の内容は、おおむね、以下のとおりであった（甲13，16，乙30）。

(ア) まず、被告のサライ編集部において、記事のテーマを決定し、企画を練り上げ、取材先や、撮影対象、掲載写真の大きさ、枚数等についてある程度の内容を決定する。この際、撮影を依頼する写真家の人選もされる。その後、企画を具体化する作業に入り、取材許可を得たり、写真に写し込む小道具などの準備を取材先に依頼したりする。

原告の場合、上記のように、企画が具体化された後に撮影依頼を受けることのほか、十分具体化されない段階で依頼され、原告において、テーマや取材先を提案することもあった。

(イ) 撮影については、記事のテーマとその具体的企画に従って、撮影する対象が決定されており、また、パンフォーカスで撮影する、麺類は引

き上げた状態で撮影する等の、一般的な撮影方針が示されていたが、実際の撮影において、撮影対象をどのように撮影するのか、アングル、シャッター速度、露光等については、すべて写真家に任されており、原告においても同様であった。

(ウ) 撮影時に使用する機材、ポジフィルム等は、すべて原告が購入して、後日、経費等の精算が行われていた。

(I) 撮影後の写真の現像、被告に納品する使用推奨カットの選択は、原告に任されており、現像したポジフィルムのうち、使用推奨カットとして選択しなかったものについては、原告の手元に残された。

(オ) その後、納品された使用推奨カットの中から、被告において、サライ掲載用写真を最終的に決定する作業を行った。

イ 費用の負担

被告は、原告から、ポジフィルムの納品を受けた後、取材や打合せ時の交通費、打合せの際の飲食費、ポジフィルムの購入費等の請求を受け、その支払を行った（甲13、乙2の1～2の5、3、27の1～27の3、30）。

また、被告は、納品された写真をサライに掲載した場合には、掲載された写真の枚数にかかわらず、掲載された頁当たり2万5000円、写真が表紙に使用された場合には、別途5万円の支払をした（甲13、弁論の全趣旨）。

ウ 原告から被告に対する本件交付ポジフィルムの返還要求等の状況

原告と被告間の取引は、平成10年ころに始まり、平成15年6月ころまで継続されたが、この間、本件交付ポジフィルムのうち、サライに掲載されなかった写真に係るポジフィルムについては、サライ編集部から返還されたものがあったが、サライに掲載された写真については、原告に返還されたポジフィルムはなかった（甲13）。

原告は、平成15年8月ころに、2回、原告撮影に係るサライ掲載写真について、そのポジフィルムの貸出依頼を受け、その際、該当するポジフィルムを探したが、手元にないことに気付き、これを契機として、被告から戻されているポジフィルムを調べ、本件交付ポジフィルムの大部分が返還されていないことを認識するに至った（甲13）。

そこで、原告は、同年11月10日、被告のサライ編集者に対し、本件交付ポジフィルムの返還を正式に要求し、その後も、数回にわたり、返還要求を行った（甲13、乙5の1、5の4、7）。

被告は、原告からの本件交付ポジフィルムの返還要求を受け、被告内の倉庫等を調査するなどして探し出し、見付け次第、順次原告に返還した（甲3～7、乙5の1～5の4、6）。被告は、返還の際、返還が遅くなっていることについて、原告に迷惑をかけた旨述べて、度々謝意を表している（甲3、7）。

エ 本件契約書の条項

被告は、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、その運営するデータベースシステムであるSVDにおいて写真を管理することを企画し、平成13年8月ころから、サライの特集記事をデジタルデータ化する作業を開始した。平成14年12月ころまでには、SVDにおいて管理し、管理に係るデータを第三者に貸し出す場合の使用料の配分等の定めを内容とする、被告と原告間の写真使用契約書（本件契約書）を作成し、原告に送付したが、原告の同意を得られなかった（甲2、3、13）。

本件契約書では、第4条において、契約する写真家が、被告に対し、被告において、写真のポジフィルムを管理・保管し、又は写真を保存等するためにデジタルデータ化してSVDで管理・保管することを了承する旨を定めており（甲2）、写真家が、あらかじめ、被告による写真の保管方法

について、了承するという内容とされている。

検討

以上の事実に基づいて検討すると、原告が、ポジフィルム購入時点から、本件交付ポジフィルムの所有権を取得していたものと認められ、当初より被告が所有していた旨の被告主張を採用することはできない。理由は、以下のとおりである。

まず、原告と被告間において締結された、原告が写真を撮影し、撮影された写真が写されているポジフィルムを被告に引き渡すことを内容とする合意の法的性質が、原告が主張するような準委任契約であるのか、被告が主張するような請負契約であるのかについては、その合意の法的性質によって、直ちにポジフィルムの所有権の帰属が導かれるものではないことから、この点をひとまず措くとして、上記合意は、写真という著作物をポジフィルムの形で引き渡すことを内容とするものであり、ポジフィルム自体の所有権と、そこに化体されている著作物である写真の著作権とが別個に考えられるのであるから、費用の負担状況、サライ掲載後の報酬等の支払などの諸事情を考慮した上、原告と被告間の合意において、ポジフィルム自体の所有権をいずれに帰属させることを内容としていたのかを合理的に解釈するのが相当である。

そこで、原告と被告間の取引についてみると、上記(1)イのとおり、被告は、フィルム代及び現像代、交通費、打合せ飲食費等の費用について、原告から請求された金員を経費として支払っていたのであるが、実際に納品された具体的なポジフィルムとの関係で、原告がすべてのフィルム代を請求し、これが支払われていたか否かは、必ずしも判然としない。

また、上記(1)イのとおり、当該写真がサライに掲載された場合には、1頁当たり2万5000円、表紙に掲載された場合には、5万円が、原告に対して支払われたが、これらの支払は、写真の掲載量を基準にした支払であること、上記金額は、二次使用又はそれ以上の複数回の使用を予定して設定さ

れていると考えられる，被告提供に係る「小学館フォトサービス（SPS）」の使用料金額（雑誌での使用について1万5750円，ポスターやカレンダーでの使用について3万1500円）（甲14）とほぼ同程度であること，原告が，第三者からサライ掲載写真1点についての二次使用の申入れを受けた際に，許諾料として4万円の提示が原告にされ，原告も了承したこと（甲13，弁論の全趣旨）などに照らせば，上記支払金額は，写真の著作物の複製許諾料（複製許諾の対価）であったと考えるのが相当である。

そして，著作物についての著作権と所有権とは，別個に帰属し得るものであるが，著作権者は，当該著作物の所有権を有しない場合，保有する著作権の行使において，事実上，大幅な制約を受けることになるのであるから，当該著作物が，二次使用等が予想される写真の著作物である場合，上記制約を受ける著作権者に対する対価，報酬等の有無なども，所有権の帰属に関する当事者の意思を検討する際の考慮要素になると考えられる。原告と被告間の合意においては，経費としての支払と，上記のとおり，掲載された場合の許諾料の支払があるものの，それ以上に，ポジフィルムの所有権が被告に帰属することを考慮した，対価，報酬等の金員の支払がされたとは認められず，上記の各支払が当該趣旨を含むことをうかがわせる事情も認められない。

さらに，被告は，平成15年11月10日以降，原告から，度々，本件交付ポジフィルムの返還要求を受け，その都度，倉庫を探すなどして対応に努め，原告に対し，返還が遅れたことを詫びるなどした上，自らの所有物であること等を何ら告げずに当該ポジフィルムを返還しているところ，このような被告の対応は，本件交付ポジフィルムの所有権が被告にあるとの認識とは明らかに相反するものといえる。被告は，このような対応をとったことについて，返還したポジフィルムについては，被告において既に不要であったことや，原告との関係を悪化させたくなかったことなどを主張するが，被告にとっては，突然の要求であり，かつ，倉庫等を探すなどして対応を迫られる

ものであって（甲5，乙30），そのような対応を必要とする，原告の返還要求が度々されたのであるから，原告との関係を悪化させないためであるとの理由は，原告との取引が，既に途絶えていた当時の状況においては，上記対応を十分説明できるものとは言い難い。

なお，本件契約書の条項においては，上記(1)エのとおり，納品されたポジフィルムを被告においてどのように管理するかについて，あらかじめ写真家の上承を得ることが明確な合意内容とされていることからすると，被告の内部においても，同ポジフィルムの所有権が当然に被告にあるとの共通の認識が形成されていなかったことがうかがえるところである。

以上からすれば，原告と被告間で，原告がポジフィルムを購入した時点よりその所有権を被告に帰属させる旨の合意が形成されていたものとは認められず，そうであれば，原告は，当該ポジフィルムを購入した時点において，その所有権を取得しているものであり，そこに，自らの写真による表現を化体して，本件交付ポジフィルムとしていると解されるから，本件交付ポジフィルムの所有権は，原告に帰属すると認めるのが相当である。

被告の反論に対する検討

被告は，まず，原告と被告間の合意は，契約の目的が撮影業務を行うことに主眼があるのではなく，特定のサライの企画に基づき，あらかじめ決められた被写体をサライ編集部の意向に従って撮影し，当該サライに掲載可能な写真のポジフィルムを納品すること，すなわち，仕事の完成引渡しに主眼があるから，請負契約であって，フィルム代，現像代等を負担する被告に，本件交付ポジフィルムの所有権が帰属する旨主張する。

しかしながら，原告と被告間の契約の目的が，原告が被告に対し，サライに掲載可能な写真のポジフィルムを納品することであるとしても，そのことから，直ちに，当該ポジフィルムの所有権の帰属が決められるとはいえないことは，上記において検討したとおりである。そして，被告によるフィル

ム代等の費用負担が，必要な経費すべてについて行われていたのかは，上記における検討のとおり，判然としないのであるし，それ以上に，被告に所有権を帰属させる旨の意思をうかがわせる事情も認められない。したがって，被告の上記主張を採用することはできない。

また，被告は，被告における二次使用に関するコントロール権を確保して，被告にとって貴重な財産である，写真を含むサライの記事全体を守るためには，被告において，納品された写真のポジフィルムの所有権を取得する必要があることを主張する。

しかしながら，被告が主張する，二次使用に関するコントロール権は，写真のポジフィルムの所有権の帰属にかかわらず，契約等によって対応が可能なものであると考えられるし，被告において制作した記事については，写真を含む当該記事についての編集著作権が成立することが考えられるのであるから，この権利の範囲でも，被告が主張するコントロール権を及ぼすことは可能であると解される。したがって，この点についての被告主張も理由がない。

被告の上記主張に沿う証拠（乙30の該当部分）は，上記(1)の認定に照らし，採用することはできない。

さらに，被告は，原告が，被告からの業務の依頼がなくなってから，初めて，すべての原告撮影に係るポジフィルムを返還するように要求したこと，原告と被告間において，ポジフィルムの納品に当たって，その内容，カット数等の明細リストを作成していないこと，原告からの返還要求に際し，掲載使用写真のリストを当初から作成していたわけではなく，その枚数についての主張自体が随時変更されていること，原告から被告に対し，取引期間中，納品したポジフィルムの保管状況について確認したことはないことなどを理由に，原告は，自己の所有物の保管を被告に依頼している認識を欠く旨主張する。

確かに、原告においては、被告との間の本件写真撮影業務に係る期間中、自己の所有物であるポジフィルムの管理に不十分な点があり、その返還要求も時機に応じて適切に行われていたとは言い難い面が認められる（甲 1 3 , 乙 3 0 ）が、被告においても、交付を受けた本件交付ポジフィルムについての適切な管理を行っていたわけではなく、原告に何枚を返還（被告の立場によれば譲渡）したのかも記録されていない（弁論の全趣旨）から、本件においては、双方の管理体制が、ポジフィルムの所有権の帰属の決め手となるわけではなく、原告が時機に応じて適切にポジフィルムの返還要求を行っていないことも、その所有権を否定するほどの根拠となるものではない。したがって、この点についての被告主張も採用することができない。

まとめ

以上から、本件交付ポジフィルムの所有権は、原告に帰属すると認められる。

3 争点 3（本件交付ポジフィルムの紛失の有無・枚数）について

証拠（甲 1 3 , 1 9 , 乙 3 0 ）及び弁論の全趣旨によれば、原告が、被告のサライ編集部に対して交付した、本件交付ポジフィルムのうち、実際にサライ誌面において使用されたものは、合計 1 0 1 3 枚であること、被告は、現在までに、原告に対し、8 9 6 枚を返還したこと、別紙「サライ未返却写真一覧表」記載のとおり、残りの 1 1 7 枚について原告に返還されていないこと、被告は、保管する本件交付ポジフィルムをすべて原告に返還していることが認められ、そうであるとすれば、被告は、上記 1 1 7 枚のポジフィルム（以下「本件紛失ポジフィルム」という。）を紛失したものと認められる。

この被告の行為は、原告の本件紛失ポジフィルムについての所有権を侵害する不法行為を構成するものと認められる。

4 争点 4（被告による営業妨害の有無）について

証拠（甲 1 3 ）及び弁論の全趣旨によれば、被告は、平成 1 5 年 8 月、広告

制作プロダクションから、サライ2002年24号（平成14年12月19日発行）の117頁に掲載された「味処 西陣」の「柳葉魚鮓」の写真1点の貸出依頼を受けたこと、当該写真の二次使用について原告の許諾を得たこと、被告は、同プロダクションに対し、貸出しに当たって、被告に対する使用料ないし手数料として、原告の二次使用許諾料と同額の支払を請求したこと、その後、同プロダクションから、検討の結果、予算に合わないので借出しを断念した旨の連絡を受けたことが認められる。

この事実関係において、原告は、上記プロダクションに対し、使用料ないし手数料を請求した被告の上記行為は、当該ポジフィルムの所有権が被告にあるとの誤った認識のもとに、請求する地位にないにもかかわらず、請求をした違法な行為であり、その結果、同プロダクションが当該ポジフィルムの二次使用を断念し、原告に許諾料相当額の得べかりし利益を喪失させたとして、不法行為を構成する旨主張する。

しかしながら、被告において、当該ポジフィルムの所有権が被告にあるとの認識に基づいて、使用料等の請求を行ったものであるか否かは、必ずしも明らかでない上、仮に、そのような認識を有していたとしても、雑誌の発行者として、当該雑誌の誌面に掲載された写真について、二次使用を希望する第三者に対し、何らかの金銭請求をすることは、金額が不相当に高額でない限り、それ自体で違法な行為であるとまで評価することはできない。当該第三者においては、許否の自由があるのであるし、被告において、積極的に、原告の二次使用許諾料取得を妨害する意思を有していたなどの事情が認められない以上、上記行為をもって、原告の営業を妨害する不法行為を構成するということとはできない。

したがって、原告の主張する、被告の営業妨害の不法行為は認められない。

5 争点5（原告の損害）について

被告には、上記において認定したとおり、本件デジタルデータ407枚につ

いて、該当するポジフィルムに写された写真についての複製権侵害（上記1）及び本件紛失ポジフィルム117枚についての所有権侵害の不法行為（上記3）が認められるから、以下、これらについての原告の損害を検討する。

(1) 本件デジタルデータに係る複製権侵害の損害

上記1において認定したとおり、本件デジタルデータ407枚について、該当するポジフィルムに写された写真についての複製権侵害が成立する。

原告は、この損害について、複製許諾料相当額を逸失利益として請求する（表紙掲載写真について1枚当たり5万円、表紙掲載写真以外のものについて1枚当たり3万円）ところ、その損害については、当初の原告と被告間の合意による本件交付ポジフィルム写真の許諾料が、表紙掲載写真について5万円、その他は、掲載頁当たり2万5000円であること、同デジタルデータ化によってサーバに蓄積した目的が、その後、データベースとして、社内・社外における有効活用を図り、二次使用等に供して使用料を得ることにあつたと解され、複製等の許諾料を得るための準備的な行為であつて、データベースとして実際の利用には供されていないこと、有限責任中間法人学術著作権協会の使用料規程（乙32）によれば、複写目的の電子化について、著作物1頁当たり30円と定められていること等の事情が認められる。

これらの事情を総合考慮すれば、表紙掲載写真について、1枚当たり5000円、その他の写真について、1枚当たり2000円が、複製許諾料相当額であると解するのが相当である。

そうすると、本件デジタルデータ407枚のうち、表紙掲載写真に係るポジフィルム分が2枚、その他が405枚であり（甲19）、その金額は、以下の計算式のとおり、82万円となる。

$$1 \text{ 万円} (5000 \text{ 円} \times 2 \text{ 枚}) + 81 \text{ 万円} (2000 \text{ 円} \times 405 \text{ 枚}) = 82 \text{ 万円}$$

本件紛失ポジフィルム117枚についての所有権侵害の損害

原告は、この損害について、表紙掲載写真に係るポジフィルムについて、1

枚当たり30万円，その他の写真に係るポジフィルムについて，1枚当たり15万円としてその損害額を算出すべきである旨主張するところ，ここでも，当初の原告と被告間の合意による本件交付ポジフィルム写真の許諾料が，表紙掲載写真について5万円，その他は，掲載頁当たり2万5000円であること，二次使用等がされる可能性は，写真ごとに異なり得るが，損害を考えるに当たっては，その平均的な程度を考慮すべきであるところ、現実に掲載写真について、第三者からのその二次使用の申込みが行われたのは、わずかな事例にすぎないこと，ポジフィルムの所有者である原告においても、その管理、保管状況には、前記のとおり不十分な面があり、その財産的価値が高いものと認識されていたとは言い難いこと、被告が運営する小学館フォトサービスにおいて、破損の場合には、使用料の10倍の料金を請求することがあり得るとしている（甲14）が、これは、取扱いについて注意喚起するための抑止的な意味をもった表示であると考えられ、実損害額を反映しているとは認められないこと，ネガ保険において保険金額としてカラー写真1点について15万円が定められているが（甲15），あくまで保険金額であって、実損害額を示唆するものではないこと等の事情が認められる。

これらの事情を総合考慮すれば，表紙掲載写真に係るポジフィルムについて，1枚当たり5万円，その他の写真に係るポジフィルムについて，1枚当たり2万円が，その損害であると解するのが相当である。

そうすると，本件紛失ポジフィルム117枚のうち，表紙掲載に係るポジフィルムが4枚，その他が113枚であり（甲20），その金額は，以下の計算式のとおり，246万円となる。

$$20万円(5万円 \times 4枚) + 226万円(2万円 \times 113枚) = 246万円$$

まとめ

上記(1)及び(2)の合計は，328万円となる。

第4 結論

以上の次第で、原告の請求は、金328万円及びこれに対する平成17年1月16日から支払済みに至るまで年5分の割合による遅延損害金を求める限度で理由があるから、これを認容し、その余は理由がないから、棄却することとし、主文のとおり判決する。

東京地方裁判所民事第29部

裁判長裁判官 清 水 節

裁判官 山 田 真 紀

裁判官 國 分 隆 文