

被写体の行動を揶揄・批評するための
写真の引用の可否
— 創価学会写真ウェブ掲載事件 —

東京地裁平成19年4月12日判決（平成18年(ワ)15024）

平澤卓人

1 事案の概要

訴外Bは原告（創価学会）に就職し、同団体の一機関である聖教新聞社に配属後、原告の機構改編により編集総局写真局写真部の配属となり、その職務として原告の代表である訴外Cが出席する行事や会合の様態とその際のCの表情等の写真撮影を担当している者である。平成元年11月4日、「創価教育同窓の集い」においてCが創価大学の卒業生からローブを贈呈されたのを契機として、BはCがローブをまとった姿を職務の一環として撮影した。この写真（以下、本件写真という）は聖教新聞社が発行する機関誌「聖教グラフ」平成2年7月11日号に掲載された。同「聖教グラフ」には、「The Seikyo Shimbun」が著作権者として表示されている。

その後、本件写真は原告やCを批判する様々な雑誌やホームページにおいて掲載されていた。訴外Dが作成したホームページ「自由の砦」も、Cの膝から下の部分及び上下左右の背景部分の一部が切除され、白黒で複製された形態で本件写真を掲載していた。被告Aはホームページ「自由の砦」上に掲載されていた同写真を複製し自らのホームページ「創価学会からの脱会を考える会」に掲載した。そして、同ホームページに「Cの御尊体アルバム」との表題の下、「↓西洋かぶれの出来そこない！（笑）↓」と記載し、その下に被告写真を掲載して、同写真に「名誉も地位も要りません。そのような人間が世界に一人ぐらいいてもいいでしょう。（E博士との対

談から)」との引用形式のコメントを記載した。

原告が、本件写真の著作者（職務著作）として被告Aに対して複製権侵害（著作権法21条）、公衆送信権侵害（23条1項）、同一性保持権侵害（20条）に基づく損害賠償請求を行ったのが本件である。

2 判旨

(1) 本件写真の著作物性とその著作者

判決は、「Bは、本件写真の撮影に当たり、背景、構図、照明、被写体であるCの表情等に工夫を加えて撮影していることが認められるから、本件写真にはBの個性が表現されている。したがって、本件写真は、Bの思想又は感情を創作的に表現したものであるといえることができ、著作物性を有する」として写真の著作物としての著作物性を肯定した。

そのうえで、本件写真は職務著作（著作権法15条1項）に該当するとし、Bの所属する原告が著作者であると認定している。

(2) 被告写真が本件写真の複製物といえるか

被告Aの掲載した写真は、本件写真を白黒にし、やや不鮮明な態様で複製した上で、その上下左右の一部を切除したものであり、本件写真の複製物であると認定している。

(3) 同一性保持権侵害の有無

被告Aは、改変されてホームページに掲載されていた本件写真を転載したのであるから同一性保持権侵害を行っていないと主張した。判決は被告Aが別のホームページ上に掲載されていた本件写真を転載したことを認めつつ、次のように判示した。

「…著作物の一部改変して作成された同一性保持権を侵害する複製物をそのまま複製し、本件のように、自らのホームページに掲載する行為も、客観的には、著作物の改変行為であり、著作権法20条1項の同一性保持権侵害行為に当たるといえるべきである。この場合、複製者が、当該複製対象について、他人の著作物を改変して作成されたものであることを認識していたかどうかについては、同一性保持権侵害行為についての故意又は過失の有無の問題として検討されるべきことである。」

「被告写真は、前記認定のとおり、本件写真のうち、Cの膝から下の部

分及び上下左右の背景部分の一部を切除し、白黒で複製したものであるから、本件写真を改変して作成されたものであり、これをそのまま複製した被告の行為は、原告が有する同一性保持権を侵害する行為に当たるといえるべきである。」

(4) 著作権侵害についての故意又は過失の有無

「弁論の全趣旨によれば、被告は、その著作権が誰に帰属するか等を確認することなく被告写真をコピーして被告ホームページに貼り付けたものと認められるから、本件写真の著作権侵害（複製権侵害及び公衆送信権侵害）について少なくとも過失があることは明らかである。」

(5) 同一性保持権侵害の過失の認定

「…[別のホームページ上に掲載された写真は]Cないし原告に批判的な第三者がこれを無断でコピーして用いていることが一見して明らかである。そして、このような使用形態においては、元の写真を一部切除したりするなどの何らかの改変が加えられることはままたることであり、実際、本件写真は、平成2年から平成13年にかけて、改変が加えられた様々な態様で用いられており、被告もこのことを認識し得たはずである。それにもかかわらず、被告は、『自由の砦』に掲載された被告写真が、元の著作物に改変が加えられているものか否かを確認することなく漫然と被告ホームページにコピーしてこれを掲載したのであるから、本件写真の同一性保持権侵害について、少なくとも過失があるものと認められる。」

(6) 引用の成否

「著作権法32条1項における『公正な慣行に合致』し、かつ、『引用の目的上正当な範囲で行なわれる』引用とは、健全な社会通念に従って相当と判断されるべき態様のものでなければならず、かつ、報道、批評、研究その他の目的で、引用すべき必要性ないし必然性があり、自己の著作物の中に、他人の著作物の原則として一部を採録するか、絵画、写真等の場合には鑑賞の対象となり得ない程度に縮小してこれを表示すべきものであって、引用する著作物の表現上、引用する側の著作物と引用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができるとともに、両著作物間に、引用する側の著作物が『主』であり、引用される側の著作物が『従』である関係が存する場合をいうものと解すべきである。」

「…被告がCの宗教者としての上記行動を非難する記事を創作するため

に、他人の著作物である本件写真を使用しなければならない必然性はなく、宗教者としてのCの上記行動を非難するのであれば、ほかにさまざまな表現方法によることが可能なはずである。また、本件写真は、上記認定のようなものであり、本件写真を被告ホームページにおけるように、Cを揶揄するような態様において使用することは、本件写真の作者の制作意図にも強く反し、本件写真の作者が正当な引用として許容するとは到底考えがたいところのものである。

また、被告ホームページは、前記のような構成であり、被告が記載したものは、わずかに『Cの御尊体アルバム』という表題と『↓西洋かぶれの出来そこない！(笑)↓』との記載及び引用形式の上記記載だけであるにすぎず、被告ホームページにおけるこの表現方法は、これらの表題や記載と共に、被告写真を掲載することにその主眼があるといえるものである。被告ホームページにおけるこれらの表題や上記記載部分と被告写真とは、前者が『主』で、後者が『従』であるという関係にあるということができないことは明らかである。

したがって、被告ホームページにおける被告写真の掲載行為は、健全な社会通念に照らし許容し得る引用ということとはできず、これを『公正な慣行に合致』し、かつ、『引用の目的上正当な範囲内で行なわれる』ものということとはできない。」

(7) 結論・損害額

以上から、判決は、被告Aの行為が原告の有する本件写真の複製権、公衆送信権、同一性保持権を侵害すると判断した。

そして「被告は、前記認定のとおり、原告及びCの活動を批判する被告ホームページにおいて、本件写真の作者である原告の制作意図に反することを、殊更に意図した形態で、本件写真の複製物である被告写真を掲載したものであり、このような場合、著作権行使につき受けるべき金銭の額は、常識的な範囲での利用行為を想定して行われる通常の許諾の場合における金額と同一に論じることはできない」として、他企業の写真国内使用標準料金表によって算定される20万円を超える30万円を実施料相当額として請求できるとしている（著作者人格権に基づく慰謝料、弁護士費用をも別途算定して認容している）。

3 評釈

一 本判決の意義

本件は、被写体の行動を批評・揶揄する目的で写真をホームページ上に掲載した行為が、著作物の著作権及び同一性保持権を侵害するか争われた事案である。判決は、32条1項の引用の判断において、従来の裁判例が基準としてきた明瞭区別性、附従性に3つの要件を加え、新たな5つの要件を基準として判断を行った。そして、具体的な判断において、附従性を有しないことを認めつつ、写真上の被写体の行動を批評する場合には写真を引用する必然性がないこと、掲載の態様が作者の制作意図に反することを根拠に適法な引用ではないと判断している。これらの判断は、附従性を中心とした従来の引用の判断方法とは一線を画するものであり、注目に値すると考えられる。

さらに、他者が改変を行った著作物をホームページに掲載するために複製する行為は、同一性保持権侵害を構成しようとした判断も議論の余地のあるものである。以下では、引用と同一性保持権侵害の成否についてのそれぞれの判断について検討を加える。

二 引用の成否

1. 引用の判断方法について

(1) 制定法の文言

著作権法32条1項は「公表された著作物は、引用して利用することができる。この場合において、その引用は、公正な慣行に合致するものであり、かつ、報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行なわれるものでなければならない」と規定する。公表された著作物であるということを除くと、その要件として規定されているのは①公正な慣行に合致すること、②報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内であること、の二つである。ただし、両要件とも抽象的であり、解釈によりその内実を明らかにする作業が必要となる。

(2) 二要件を用いて判断する裁判例

① パロディ最高裁判決

引用の要件の具体化にあたって、裁判例に重要な影響を与えたのがパロディ最高裁判決(最判昭和55.3.28民集34巻3号244頁[パロディ第一次上告審])である。判決は、旧著作権法30条1項2号の「節録引用」の解釈として、①「引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができ」ること、②「右両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があると認められる」こと、③「引用される側の著作物の著作者人格権を侵害するような態様とする引用」でないことという3つの要件を充足すべきとした。このうち、①の要件(以下、明瞭区別性という)と②の要件(以下、附従性という)は、現行法32条1項の文言を具体化する要件として、以降の多くの裁判例において踏襲されている。

② 裁判例における附従性の判断方法

パロディ最高裁判決の二要件を踏襲した裁判例において、明瞭区別性を有しないことを理由に引用を否定したものはごく少数であり¹、その多くは附従性を有するか否かの判断によって結論が左右されている。もっとも、いかなる要素があれば、引用する側の著作物が「主」で、被引用部分が「従」であると評価されるのかは一義的に明らかではない。そこで、裁判例がいかなる観点から附従性の有無を判断してきたのかを分析してみたい²。

まず、従来はあまり論じられてこなかった点であるが、引用する側の著作物のいかなる部分と比較して附従性を判断するのかという問題がある。仮に、引用する側の著作物の全体と被引用部分を量的に比較するならば、引用する側の著作物の分量が多い場合には常に附従性が肯定されること

になりかねない。

この点につき裁判例は、引用する側の著作物はその内容や著作者の点で分かれておらず、全体として一体と認められる事案であれば、著作物全体と引用された部分を比較して附従性を判断している。例えば、血液型と性格が相関するという仮説を述べるため、背景となる歴史的事情を著述した原告書籍を引用した事案である東京地判平成10.10.30判時1674号132頁[小さな悪魔の背中の窪み]は、章立てこそ分かれているもの、内容の点で全体が一体をなしていると認定し、被告書籍全体と被引用部分を比較している。また、この論点を明示的に検討しているわけではないが、引用する側の書籍全体が、被引用著作物の内容を批判、批評する性質のものである事案を扱った裁判例も、引用する側の書籍全体を比較の対象としている(水戸地龍ヶ崎支判平成11.5.17判タ1031号235頁[飛鳥昭雄の大真実]、東京高判平成12.4.25判時1724号124頁[脱ゴーマニズム宣言控訴審])。

逆に、引用する側の著作物が、全体として一体ではなく、その著作者や内容の点で分かれている場合(論文集など)においては、被引用部分に関連する一部分との関係においてのみ附従性が判断されている。被引用部分と無関係な部分を除いて比較することで、真に必要な利用であるのかを附従性要件の判断において考慮する機能を有する。

このような判断手法を最初に採用したと考えられるのが、東京高判昭和60.10.17無体集17巻3号462頁[レオナルド・フジタ絵画複製控訴審]である。同事件は、近代日本の美術史を著述する美術全集の中において、著作権者の許諾を得ないまま絵画の複製物を掲載した事案である。判決は、美術全集の全体ではなく、当該書籍中において当該絵画を評論した富山論文と絵画の複製物を比較して附従性を判断した。

この事案においては、被告がもつばら富山論文との関係において附従性を有すると主張していたため、この点を意識して下された判断なのか定かではない。しかし、同判決以降の裁判例も、引用する側の著作物が全体として一体ではなく分割しうる事案においてはこのような判断方法を採用している(絵画の複製物と新聞の社告記事中で当該絵画に関する女優のコメントとを比較した東京地判平成10.2.20知裁集30巻1号33頁[バーンズ・コレクション]、エスキース(出来上がる建築物の構想)と書籍中において当該エスキースを評論した論文を比較した東京高判平成13.9.18平成12

¹ 明瞭区別性を否定した裁判例としては東京地判昭和61.4.28判時1189号108頁[豊後の岩風呂]、大阪地判平成8.1.31知裁集28巻1号37頁[エルミア・ド・ホーリイ製作一審]、大阪高判平成9.5.28知裁集29巻2号481頁[同控訴審]がある。

² 裁判例を概観するものとして今井弘晃「引用の抗弁」牧野・飯村編『新・裁判実務体系 著作権関係訴訟法』(2004、青林書院)391頁、五十嵐敏「著作権の制限(引用の抗弁)について」牧野・飯村・三村・末吉・大野編『知的財産法の理論と実務第4巻』(2007、新日本法規)262頁。

年(ネ)4816[建築エスキース控訴審]。近時、スレッド上に対談記事がアップロードされた事案について、スレッドを一体としてみれば、対談記事の引用部分が「従」であるとの被告の主張に対して、電子掲示板に発言者が自由に書き込みをしているような場合には、書き込みごとに独立した著作物と解すべきとして、被告の主張を退けた判決もある(東京地判平成16.3.11判時1893号131頁[ファンブック罪に濡れたふたり一審])³。

次に、このような作業を経て確定された比較対象となる部分と被引用部分とをどのように比較すべきなのかという問題がある。附従性という文言からは、量的な比率を連想させるが、裁判例はそのように単純ではない。確かに、引用する側の著作物の一定部分と被引用部分とを量的に比較した裁判例は存在する(前掲東京地判[小さな悪魔の背中の窪み]、東京地判平成13.12.25平成12(ワ)17019[教科書準拠教材Ⅰ]、東京地判平成15.3.28判時1834号95頁[教科書準拠教材Ⅳ])。しかし、その数はごく僅かであり、かつ、これらの裁判例も量的比率のみをもって附従性の有無を決しているわけではない⁴。

むしろ、利用の目的から見て、内容的に主従の関係にあるかが重要である。すなわち、被引用著作物を批判、評論する新たな著作物を創作する、あるいは被引用著作物を一資料として自らの主張を展開していく等、新たな創作活動に向けられた利用であるとされれば、引用する側が「主」であり被引用部分が「従」であると判断される。逆に、引用する側の著作物の読者・利用者に認識させることを主眼として被引用著作物を掲載するような、新たな創作活動に向けられていない利用と判断されれば、被引用部分

³ ただし、「著作物」という概念は2条1項1号において「思想又は感情を創作的に表現したもの」と定義され、著作権法全体の保護を受けるべきかを決定するものであるから、同判決のように全体中一定の部分を指す場合に「著作物」という概念を用いることは用語上の混乱を招く恐れがある。駒田泰土「著作物と作品概念との異同について」知的財産法政策学研究11号(2006)145頁参照。

⁴ 東京地判平成16.5.28判時1869号79頁[国語テストⅢ]は、量的に設問部分の方が本件各著作物よりも多い場合があったとしても、設問部分に解答欄としての余白が設けられていることや、設問部分にも本件各著作物が使用されていることがあることにも照らし、そのことから直ちに設問部分が主であるということとはできないと説示している。

こそが表現の中心として「主」であるとの評価を受ける⁵。

裁判例において、新たな創作活動のための利用と認められた事案は少数である。引用する側の書籍が被引用著作物を批判、批評する目的のものであり内容的に「主」であると認めたものとして前掲水戸地龍ヶ崎支判[飛鳥昭雄の大真実]や前掲東京高判[脱ゴーマニズム宣言控訴審]、引用する側が一定の主張を展開するにあたり、かかる主張が学界において否定されている歴史的な事情を述べるため被引用著作物を掲載した場合に、引用する側の書籍全体を内容的に「主」であると認めた前掲東京地判[小さな悪魔の背中の窪み]⁶がある。

これに対して、被引用著作物の掲載自体に目的があると認められた裁判例は多数に上る。有意なコメントを付さず書籍をアップロードした事案はもとより(書籍の転載部分が「主」であるとして附従性を否定した前掲東京地判[ファンブック罪に濡れたふたり一審])、引用する側の書籍の本文に被引用著作物についての記述がない事案(有名プロサッカー選手の詩を掲載した事案について、詩の紹介自体に目的があると認めた東京地判平成12.2.29判時1715号76頁[中田英寿一審]、東京高判平成12.12.25判時1743号130頁[同控訴審])、被引用著作物に関連する僅かな論評

⁵ なお、裁判例においては、引用する側が著作物性を有しない場合においては引用を認める余地がないとするものがある(前掲東京地判[バーズ・コレクション])。もともと、その後の裁判例は、かかる基準を用いれば引用を容易に否定できるような事案においても、この基準を用いていない(前掲東京地判[ファンブック罪に濡れたふたり一審]や本判決)。学説においては、引用する側に著作物性が必要であるとするものもあるが(斉藤博『著作権法(第3版)』(2007、有斐閣)241頁、作花文雄『詳解著作権法(第3版)』(2004、ぎょうせい)334頁、伊藤真「判批」『著作権判例百選(第3版)』(2001、有斐閣)117頁)、これに反対するものもある(岡邦俊「判批」『著作権判例百選(第3版)』(2001、有斐閣)169頁、報道目的の引用の場合にこの要件を不要とするものとして田村善之『著作権法概説(第2版)』(2001、有斐閣)246頁(以下、田村・概説という))。

⁶ ただし、同判決は、アイデアや事実が類似するのみでは翻案権侵害に当たらないと明言した最判平成13.6.28判時1754号144頁[江差追分上告審]以前に出されたものである。この判決の基準に従えば、同判決の事案は、創作的表現ではなくアイデアや事実の部分のみが類似しているに過ぎないのであるから、引用を肯定しなくとも複製権及び翻案権侵害を否定できたと考えられる。田村・概説(註5)260頁。

や被引用著作物を素材とした国語の問題を付しただけの事案においては被引用部分が「主」であると判断される(展覧会の宣伝を目的とする社告記事において絵画の複製物を女優のコメントとともに掲載した事案につき、新たな創造という要素は僅少であり、絵画を複製掲載することに主眼があるとして附従性を否定した前掲東京地判[バーズ・コレクション]、先人のエスキースから造形を空間に生み出す過程における建築家の模索する様子を感得させる目的でエスキースを掲載した事案について、エスキースこそが表現の中心であるとして附従性を否定した前掲東京高判[建築エスキース控訴審]、被引用著作物を素材とした国語テストを作成した事案について、作成する側の創意工夫も、被引用著作物をいかに正確に読み取らせ、いかに的確に理解させるかということにあり、被引用著作物の創作性を度外視できないこと等から附従性を否定した前掲東京地判[教科書準拠教材I]、前掲東京地判[教科書準拠教材IV])⁷。このような利用目的と判断される場合には、たとえ必要最小限の引用であったとしても、適法と解する余地はないとされる(前掲東京高判[建築エスキース控訴審]の説示)。

第三に、利用行為によって被る著作権者の経済的不利益も考慮されたいうえで、附従性の有無が最終的に判断される。目的の達成に必要な限度を越えて被引用著作物を利用したと認められれば、被引用部分が「主」と判断される。前掲東京高判[レオナルド・フジタ絵画複製控訴審]も、一般論として、必要な限度を著しく越える場合には附従性が失われうると述べている。

著作権者に与える経済的不利益の大小を判別する手法として、「作品」の全部引用であるか一部利用にとどまるかを検討する手法がある⁸。前掲

⁷ この他、引用の目的を考慮して附従性を否定した裁判例として、原告作成の問題に修正を加えて学習教材として利用した事案を扱った東京地判平成8.9.27判時1645号134頁[四進レクチャー審]がある。

⁸ この点、あまり論じられていないが、何をもって全部利用か一部利用かを判断すべきかという問題がある。本稿では、独立に鑑賞の対象となり経済的取引の対象となる最小の単位を「作品」と定義し、「作品」を基準として一部引用か全部引用かを判断する(著作物及び作品の概念については駒田・前掲論文(註3)145頁以下参照)。

最判[パロディ第一次上告審]も、原則として他人の著作物の一部を採録することが引用と認められることを前提としていた⁹。具体的な事案においても、引用する側の著作物に掲載された被引用部分が、被引用著作物全体のごく一部に過ぎないことをもって、附従性を肯定する一つの根拠とした裁判例がある(前掲東京高判[脱ゴーマニズム宣言控訴審])。

絵画の著作物を利用する場合においては、掲載した絵画の複製物が、画質や大きさの点で鑑賞可能なものであるかが考慮される。前掲東京高判[レオナルド・フジタ絵画複製控訴審]は、掲載した絵画の複製物が鑑賞性を有することから、論文の記述を理解することを助けるための付従的性格にとどまらず独立性を有しており、附従性は認められないと判示している。前掲東京地判[バーズ・コレクション]も、掲載した絵画の複製物がカラー印刷であることを考慮している¹⁰。

ただし、著作権者に与える経済的不利益が若干大きいと考えられる掲載態様であっても、そのような掲載態様でなければ批評、批判等の目的を達成できないと判断されれば、引用が認められる。前掲東京高判[脱ゴーマニズム宣言控訴審]は、被引用著作物の意見を正確に指摘しつつ多面的に

かかる基準で考える場合、絵画一点や写真一点、詩一点はそれ自体で鑑賞および経済的取引の対象となるため、それぞれの全体を引用する場合には全部引用になると考えられる。これに対して漫画カットの場合は、これが数十個集まった漫画という単位になって初めて鑑賞および経済的取引の対象となると考えられるので、漫画カット一個の掲載は一部引用に過ぎないと考えられる(東京地判平成11.8.31判時1702号145頁[脱ゴーマニズム宣言一審]が、「原告カットはいずれもそれ自体が独立の漫画として読み物になるものではない」と論じているのはこのような趣旨であると思われる)。

⁹ ただし、前述したようにパロディ最高裁判決は旧法における「節録引用」の解釈を展開したものであるところ、これが一部引用と親和的な文言であることを考慮すれば、現行法においては別の解釈を採用しうる余地がある点に注意すべきである。「節録引用」という言葉が一部引用を意味し、立法者もそのように考えていた点について半田正夫「はじめに」著作権研究26号(1999)86～87頁参照。

¹⁰ 文章の著作物においても被引用部分の鑑賞性を論じた裁判例がある(前掲東京地判[中田英寿一審]、前掲東京地判[ファンブック罪に濡れたふたり一審])。これらは、印刷が鮮明であることよりも、「作品」全部又は大部分の利用であることに着目して鑑賞性を肯定していると思われる。

批評、批判、反論を展開する場合には、引用する漫画カットの数が増加することになってやむを得ないとした。また、掲載した漫画カットが独立した鑑賞性を有することを認めつつ、引用する側の著作物が被引用著作物を批判・批評するという関係にあることを根拠に附従性は失われまいとしている。

以上を要約すると、裁判例は附従性を判断するに当たって、引用する側の著作物のうち、被引用部分と内容的に関連する部分を採録する。そして、この部分と被引用部分を対比し、その利用目的が新たな創作活動に向けられたものであるか、著作権者に過度の経済的不利益を与える掲載態様ではないかという点から、附従性の有無を判断していると評価できる。

(3) 総合衡量型の学説と裁判例

以上のような裁判例の附従性判断における考慮要素は、引用の適法性を判断するものとして一定の合理性を有すると考えられる。しかし、これらの要素を附従性の判断において考慮すべきかについては議論がある。

第一に、これらの要素を全て附従性の判断において考慮してよいのかという点がある。裁判例における附従性判断の現状に対して、附従性という名のもとに極めて多様な考慮要素が、その結びつきが必ずしも明らかにされないまま詰め込まれいわばパンク状態にあるとの指摘がある¹¹。

第二に、附従性の要件に拘泥する必要性があるのかという点がある。前述の通り、パロディ最高裁判決は旧著作権法30条1項2号の「節録引用」の解釈を扱ったものでしかなく、これを踏襲すべき必然性はないとされる¹²。

かかる観点から、近時、現在の著作権法32条1項の「公正な慣行に合致」、「目的上正当な範囲内」の文言に即して引用の判断枠組を再構成すべきとの主張がなされている。飯村敏明裁判官はその論文において、「目的上正当な範囲」の要件の中で引用の目的、効果、採録方法や利用の態様とい

た要素を衡量していくべきとしている¹³。かかる着想を發展させ、上野達弘准教授は「目的上正当な範囲内」の解釈の中で、附従性の判断において考慮されにくい、①被引用著作物の元の著作物全体における被引用部分の割合（引用が全部か一部か）、②権利者に与える経済的影響、③引用の目的・批評関係についても考慮すべきと論じた¹⁴。

裁判例も、全てが明瞭区別性と附従性の二要件を用いて引用の成否を判断しているわけではない。掲載の態様が特殊である事案等においては、二要件を用いずにこのような事情を柔軟に考慮して引用の成否を判断してきた^{15 16}。さらに、近時、上記のような附従性を中心とする判断の問題点

¹³ 飯村・前掲論文(註12)91頁。

¹⁴ 上野・再構成(註11)326頁。ただし、飯村説と上野説は若干の差異があるように感じられる。飯村説は採録方法や掲載の態様といった点も考慮するのに対して、上野説はそのような要素を考慮せず、著作権者に与える経済的不利益の大きさとといった要素を重視している。

¹⁵ 『将門記』の訓読文について、原告図書の54頁から140頁までの偶数頁に存する訓読文を写真版で複製し、44頁にわたって登載されていること、他の将門に関する記述や資料と並んで独立した一箇の資料として収録されていることといった掲載態様から適法な引用ではないとした東京地判昭和57.3.8判時1038号266頁[「将門記」訓読文]、引用の方法は著作権法32条の規定に適合し、適正なものであるとして引用を肯定した京都地判平成2.11.28無体集22巻3号797頁[脳波数理解析論文一審](ただし、大阪高判平成6.2.25判時1500号180頁[同控訴審]は類似する命題の解明過程等は著作物性を有しないと判断している点に注意)、引用された著作物の著者又は著作権者の氏名、当該著作物の掲載されている出版物名、出版物中における引用部分の掲載部分(頁数など)の特定に関する記載などがなされていないことから「公正な慣行に合致する」引用とは認められないとした東京地判平成4.9.11平成3(ワ)10022[日本家庭教師センター学院パンフレット]、評論の前提となる引用が、その一部において原著物と相違している場合であっても、全体的に考察してみると主要部分において原著物の趣旨から逸脱していないと認められるときには、公正な慣行に合致し、かつ、正当な範囲内にあるとして、適法な引用であるとした東京高判平成5.12.1平成4(ネ)765[雑誌「諸君!」反論文掲載控訴審]がある。

¹⁶ 二要件を形式的には用いながら、別の理由によって適法な引用ではないとした裁判例もある。編集物の素材として他人の著作物を採録する行為は引用に該当する余地はないとして適法な引用にあたらぬとした東京地判平成7.12.18知裁集27巻4号787頁[ラストメッセージ in 最終号]、引用する側に著作物性が必要性であるとし

¹¹ 上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」『著作権法と民法の現代的課題』(半田正夫先生古稀記念論集、2003、法学書院)323頁(以下、上野・再構成という)。

¹² 飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究26号(1999)93頁。上野・再構成(註11)325頁。

を意識しながら、意図的に二要件を用いなかったと見られる裁判例が現れている。飯村裁判官が関与した東京地判平成13.6.13判時1757号138頁[絶対音感一審]は、二要件を用いず、①本件書籍の目的、主題、構成、性質、②引用複製された原告翻訳部分の内容、質、位置づけ、③利用の態様、原告翻訳部分の本件書籍に占める分量等を総合的に考慮して不適法と判断した。同じく飯村裁判官が関与した東京地判平成15.2.26判時1826号117頁[創価学会写真ビラ一審]も、二要件を用いることなく、「…引用して利用する方法や態様が、報道、批判、研究など引用するための各目的との関係で、社会通念に照らして合理的な範囲内のものであり、かつ、引用して利用することが公正な慣行に合致することが必要である」との一般論を説示した。具体的判断においても被引用著作物を掲載した態様の点を捉えて、目的上正当な範囲内の利用ではなく公正な慣行にも合致しないと判断を否定している(東京高判平成16・11・29平成15年(ネ)1464[同控訴審]で判断を維持)。これらの裁判例においては、引用する側の著作物と被引用著作物の関係よりも、引用する方法や態様が社会通念に合致する相当なものであるかという点が重視されていると評価できる¹⁷。

(4) 二要件補充型の学説と裁判例

他方で、32条1項の解釈において、明瞭区別性や附従性を考慮しつつ他の要素も検討の対象に加える学説も多数存在する。多くは、「公正な慣行」の内容として明瞭区別性を要求する¹⁸。そして、「目的上正当な範囲内」に

て、これを満たさない部分につき二要件を判断するまでもなく引用を否定したものとして前掲東京地判[パーズ・コレクション]がある。

¹⁷ 前掲東京地判[国語テストⅢ]は、従来の国語テストの裁判例に比べて掲載態様を重視しており、上記傾向を意識したものとも考えられる。

¹⁸ 「公正な慣行」の内容として明瞭区別性を要求するものとして渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ 著作権法・商標法(第2版)』(2007、有斐閣)267頁、角田正芳=辰巳直彦『知的財産法(第2版)』(2003、有斐閣)284頁(角田執筆)、作花・前掲書(註5)334頁、加戸守行『著作権法逐条講義(五訂新版)』(2006、著作権情報センター)244頁、盛岡一夫「引用の要件」『紋谷暢男教授古稀記念 知的財産法と競争法の現代的展開』(2006、発明協会)978頁、大楽光江「判批」『著作権判例百選(第3版)』(2001、有斐閣)163頁。

において附従性を考慮しながら¹⁹、引用の正当な目的や引用すべき必然性、必要最小限度の引用にとどまることといった要素も斟酌する²⁰。(3)の諸要素の総合衡量による判断は引用しようとする者の予測可能性を失わせる危険があるとして、意識的に従来の二要件に回帰する動きもある²¹。

裁判例においても、32条1項の文言の解釈にあたり、従来の二要件に近い要素を考慮しつつ他の判断要素を加味して判断を下すものが存在する。東京高判平成14.4.11平成13(ネ)3677・5920[絶対音感控訴審]は、適法な引用であると認められるには①引用に当たること、②公正な慣行に合致するものであること、③報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行われるものであることという三要件を満たすことが必要であるとして、明瞭区別性を①で考慮し、引用した範囲や分量という附従性において勘案されてきた要素を③で考慮している(結論として、出所明示義務違反を理由に「公正な慣行」に合致しないと判断)。

引用すべき必然性ないし必要性を引用の要件とする学説は多いものの、裁判例は附従性と独立した要件としてこれを勘案することに否定的であった(これを考慮すべきでないとする明示的に論じるものとして、前掲東京高

¹⁹ 「目的上正当な範囲内」において附従性を考慮する見解として角田=辰巳・前掲書(註19)284頁、加戸・前掲書(註18)244頁、盛岡・前掲論文(註18)981頁、大楽・前掲論文(註18)163頁、金井=小倉編『著作権法コンメンタール(上巻)』(2000、東京布井出版)404頁(桑野雄一郎執筆部分)、作花・前掲書(註5)335頁も附従性の有無を判断するにあたっては、条文の文理として規定する基本的な要件に立ち戻って検証すべきとしており、同様の趣旨であると考えられる。

²⁰ 「目的上正当な範囲内」において、引用の必要性を考慮するものとして渋谷・前掲書(註18)、盛岡・前掲論文(註18)982頁、大楽・前掲論文(註18)163頁、最小限度であることを考慮するものとして金井=小倉編・前掲書(註19)404頁、引用の必然性と最小限度であることを考慮するものとして作花・前掲書(註5)335頁。これらを要件とすると引用の範囲を不当に狭めるおそれがあるという理由から反対するものとして中山信弘『著作権法』(2007、有斐閣)。

²¹ 三山裕三『著作権法詳説一判例で読む16章(新版改訂版)』(2004、レクシスネクシス・ジャパン)220頁以下(ただし、従来の二要件とは別個に引用の目的も考慮する)。

判[レオナルド・フジタ絵画複製控訴審]²²)。しかし、近時はこれを明示的に考慮する裁判例も現れてきている。東京地判平成16.5.31判時1834号95頁[XO醬男と杏仁女一審]は、形式的には二要件を用いながら、附従性の有無を判断することなく、引用する必然性を欠くことを主たる根拠に、公正な慣行に合致する正当な範囲内での引用とは言えないと判示している(東京高判平成16.12.9平成16(ネ)3656[同控訴審]もほぼ同様の判断を下している)。本判決以降の裁判例である知財高判平成19.5.31平成19年(ネ)10003・10011[東京アウトサイダーズ控訴審]も、未公表著作物について32条1項の類推適用を否定したため傍論となっただけはいるが、被引用著作物たる写真を利用する必要性が高くないことを指摘している。

(5) 本判決

本判決は、著作権法32条1項における「公正な慣行に合致」し、かつ、「引用の目的上正当な範囲内で行なわれる」引用にあたるためには、①明瞭区別性と②附従性の要件に加えて、③健全な社会通念に従って相当と判断されるべき態様であること、④報道、批評、研究その他の目的で引用すべき必要性ないし必然性があること、⑤他人の著作物の原則として一部を採録するか、絵画、写真等の場合には鑑賞の対象となり得ない程度に縮小してこれを表示することが必要であるとした。

③の利用態様については、近時重視される傾向にある要素であり、二要件で考慮することが困難な事情も柔軟に斟酌しうる(前掲東京高判[絶対音感控訴審]、前掲東京地判[創価学会写真ビラ一審]参照)。また、④の引用すべき必然性という要件も、前述の通り、近時の裁判例で重視され始めた要素である(前掲東京地判[XO醬男と杏仁女一審]、前掲東京高判[同控訴審]、前掲知財高判[東京アウトサイダーズ控訴審]参照)。⑤の要件は、著作権者に与える経済的不利益を、著作物の性質に応じて判断する要件であると解される。すなわち、いかなる利用方法が著作権者の満たすべき需要を満足させ、著作権者に許容し難い経済的不利益を与えるものであるか

²² 同判決は、引用の必要性は引用して利用する者の主観に左右され客観性に欠けるとしてこの要件を採用しなかったが、客観的な必要性を考慮すればよいとの批判がある。大楽・前掲論文(註18) 163頁。

という点について、通常の著作物については一部の採録であるかという点から判断し、絵画、写真等については鑑賞性の有無から判断すべきとしたものである(後者の点について、前掲東京高判[レオナルド・フジタ絵画複製控訴審]参照)。

以上の新たな要件を、明瞭区別性や附従性と並列される要件として提示した点に本判決の特徴がある。二要件を維持しつつ、考慮すべき要素を明示的に増やしたという点では(4)で論じた二要件補充型の裁判例の一つとして位置付けられよう。

2. 本判決における引用判断の具体的な考慮要素について

では、本判決は事案のどのような点に着目して適法な引用でないという結論に至ったのか。以下では、関連する過去の裁判例を参照しつつ、本判決の特徴について検討を加える。

2-1 附従性の判断

(1) 問題提起

本判決は、被告Aが付記したものは「Cの御尊体アルバム」という表題と「↓西洋かぶれの出来そこない! (笑) ↓」との記載等のみであることから、被告ホームページにおけるこの表現方法は、これらの表題や記載とともに被告写真を掲載することにその主眼があるとして附従性を否定している。このような判断は、従来の裁判例と比較していかなる特徴を有しているのか。

(2) 過去の裁判例

前述したように、過去の裁判例は附従性を判断するにあたり、新たな創作活動に向けられたものであるのか、それとも、被引用著作物の掲載自体を目的とする利用に過ぎないのかを重視してきた。そして、批評や研究といった新たな創作活動に向けられた利用であると判断される場合には、附従性を肯定してきた(前掲東京地判[小さな悪魔の背中の窪み]、前掲水戸地龍ヶ崎支判[飛鳥昭雄の大真実]、前掲東京高判[脱ゴーマニズム宣言控訴審])。

もっとも、裁判例を見ると、新たな創作活動に向けられた利用であるか否かは、単に引用する側の主観的な目的のみで決せられているわけではない。

有名プロサッカー選手の伝記を執筆するにあたって、当該選手が中学時代に創作した詩を掲載したという事案である前掲東京地判[中田英寿一審]を見てみよう。引用する側の著作物たる伝記は、当該選手の強い精神力、信念を基調とするものであり、被引用著作物たる詩もこれを裏付けるものとして「中学の文集で中田が書いた詩。強い信念を感じさせる。」とのコメントとともに掲載されていた。それゆえ、引用を認めた前掲東京地判[小さな悪魔の背中の窪み]のような、一定の主張をなすに当たって参考資料として被引用著作物を掲載した事案に近いとも考えられる。それにもかかわらず、判決は、詩に対してコメントこそ付されているものの、本件書籍の本文中に本件詩について直接言及した記述が一切見られないこと等から、本件詩を紹介すること自体に目的があったとして附従性を否定している。

この判決の意味するところは、研究・評論といった32条1項で首肯される目的で被引用著作物を利用した事案であっても、被引用部分に関する記載が少ない等、引用する側の著作物全体において被引用部分が大きな意味を持たない場合には、被引用著作物を紹介すること自体に目的があると判断され、附従性が否定されうるということである²³。

他方で、被引用著作物を掲載する態様も、掲載の目的を判断する一要素となる。例えば、「作品」の全部引用である場合²⁴や掲載した複製物に鑑賞性が認められる場合においては、被引用著作物を紹介すること自体に目的があると判断がなされやすい。過去において、掲載目的が紹介すること自体にあると判断された事案の多くは、「作品」の全部引用であった（一本の詩全体を掲載した前掲東京地判[中田英寿一審]、絵画一点を掲載した前掲東京地判[バーンズ・コレクション]）。また、被引用部分に一定の鑑賞性が認められることを根拠の一つとして、掲載目的が紹介自体にあると

²³ この他、引用する側の著作物の一資料として被引用著作物を掲載した事業において、掲載の態様から引用を否定した裁判例として前掲東京地判[「将門記」訓読文]。

²⁴ 「作品」および全部引用の意味については註8参照。

判断された裁判例も多い（掲載した絵画の複製物がカラー印刷であって読者の受ける印象はコメントよりも絵画の方が大きいことを一つの根拠として、当該絵画を複製掲載することに主眼があったと認定した前掲東京地判[バーンズ・コレクション]、詩を独立した著作物として鑑賞可能であることも根拠に、詩自体を紹介すること自体に目的があったとした前掲東京地判[中田英寿一審]、投稿された発言を閲覧した者は、対談記事の一部を独立した著作物として鑑賞できることから、被告の掲載行為は対談記事を閲覧させること自体を目的とするものであったと認定した前掲東京地判[ファンブック罪に濡れたふたり一審]）。

以上の通り、引用の目的が新たな創作活動に向けたものであるか否かについて、裁判例は単に引用者の意図のみをもって判断しているわけではなく、被引用部分と引用する側の著作物との内容的な関連性や、被引用著作物の満たすべき需要を満足させる態様であるかといった点も考慮した上で判断していると考えられる。

(3) 本判決の検討

本件の事案は、被告が写真に対して批判的・揶揄的なコメントを加えた事案である。掲載の目的としては、批評・研究といった新たな創作活動に向けられたものと考えられる事案であった。にもかかわらず、判決は写真をコメント等とともに掲載することに主眼があるとして、附従性を否定している。

本件の事案を見ると、同様の判断を下した過去の裁判例の事案と共通するいくつかの特徴が看取できる。まず、本件における掲載が「作品」たる写真の全部引用であるという点である。写真についても絵画や詩と同様に、それ一点のみをもって独立の取引対象・鑑賞対象となるところの「作品」を構成すると考えられる。それゆえ、写真一枚の掲載は「作品」全部の引用であるから、「作品」の一部を引用する場合に比べて、より意味のある表現を付加しなければ、掲載自体に目的があったと判断されることになる。

加えて、写真についてのコメントが非常に短いものであったことが、判断に大きく影響を与えている。確かに、同じく掲載自体に目的があるとされた前掲東京地判[中田英寿一審]の事案で、詩の下に掲載された「中学の文集で中田が書いた詩。強い信念を感じさせる。」と比較しても、コメン

トの長さの点で相違はない。また、引用する側に著作物性がなければ引用は認められないとした前掲東京地判[バーズ・コレクション]の一般論に従っても、本件で付したコメントが著作物性を満たすのは困難である²⁵。かかる程度のコメントを付したのみでは、写真をコメントともに掲載することに主眼があったと判断されてもやむを得ないと考えられる。

ただし、本件の被告ホームページは、題名や被告の主張から察するに、写真とコメントの他、Cが代表を務める原告を批判する内容が記載されていた可能性がある。仮に、そうであれば、原告を批判するホームページ全体との関係で、掲載自体を目的とする利用ではなく、批評という新たな創作活動に向けられた利用と評価される可能性はあったと思われる。宗教団体においては代表の人格的評価が団体の評価に直結しうゆえ、原告を批判するホームページ全体が本件写真と密接な関連性を有していると考えられるからである。そして、目的が正当であると判断されれば、本件で掲載された写真は白黒かつ不鮮明な形で複製されており、その鑑賞性は低く、より著作権者に不利益を与えない掲載手段が考えにくいことから、附従性を肯定することが可能であったように思われる。

もっとも、本件は批判の対象が著作物の創作的表現ではなく、被写体の行為である場合であった。かかる場合にも引用を広く認めてよいかは議論すべき問題である。この点を次に論じる。

2-2 被写体の行動を批評する場合における引用の必要性

(1) 問題の所在

本判決は、附従性の判断とは別に、被告AがCの宗教者としての行動を非難する記事を創作するためには他に様々な方法があり、他人の著作物である本件写真を使用しなければならない必然性はないことを、引用の判断において否定的に参酌している。このような判断は妥当であろうか。

(2) 過去の裁判例と学説

前述の通り、批判・批評の目的で被引用著作物を掲載した場合に裁判例は広く引用を認めているが（前掲水戸地龍ヶ崎支判[飛鳥昭雄の大真実]、

²⁵ 前掲東京地判[ラストメッセージ in 最終号]の具体的判断を参照。

前掲東京高判[脱ゴーマニズム宣言控訴審]）、これらの事案は被引用著作物の内容それ自体を批評することを目的としていた。では、本件のように、被引用著作物以外を批評の対象とする場合には、裁判例はどのように解しているのだろうか。

前述のパロディ事件は、雪山においてスキーヤーがシュプールを描きながら滑走している写真（被引用著作物）に対して、その上にタイヤの写真合成したという事案であった。パロディを行った人物は、かかる表現について、自動車公害に追われる人間の悲しさを示すように受け取られるとして、写真の美術的意図を批評するとともに、自動車公害の現状及び自動車関連企業の姿勢に対する割り切れない感情²⁶を風刺するものであると主張した。東京高判昭和51.5.19無体集8巻1号200頁[パロディ第一次控訴審]は、この主張を容れて、同パロディ作品は、被引用著作物たる写真を批判し、かつ世相を風刺することを意図していたと認め、かかる目的のため写真を引用することが必要であったとして適法な引用であると判断した。しかし、同判決は最高裁で破棄され（前掲最判[パロディ第一次上告審]）、差戻後の控訴審判決は、附従性がないこと、著作権人格権を侵害することを根拠に適法な引用でないと判断している（東京高判昭和58.2.23無体集15巻1号71頁[パロディ差戻後控訴審]）。

学説は、社会風刺を目的とする引用を認めるかのごとき前掲東京高判[パロディ第一次控訴審]の立場には批判的であるものが多い。原著物の意味内容や創作的表現自身を批評、揶揄する場合であればともかく、他の対象を批評する場合にまで著作権者に著作物の無断利用を受忍すべき根拠はないとされる²⁷。また、世相の風刺という目的は他の方法によっても達成可能なのであって、本件において被引用著作物たる写真を用いる必然

²⁶ 元の写真が自動車事故による災害保険を取り扱う保険会社のカレンダーに載っていたことから、このような企業の姿勢を風刺する意味があると主張されていた。

²⁷ 林修三「判批」『著作権判例百選（初版）』（1987、有斐閣）119頁、山本隆司「パロディによる表現の自由と著作権の保護の限界」ジュリスト1215号（2002）172頁。パロディのための変更が許されるかという文脈であるが松田政行「パロディと同一性保持権」同『同一性保持権の研究』（2006、有斐閣）所収143頁も参照。

性がなかったことも指摘されている²⁸。

ただし、より一般的に、著作物そのものが直接の批評の対象となっていない場合であっても、著作物の性質、引用の目的や態様等を相關的に考慮して「正当な目的の範囲内」かどうかを判断すべきとして、引用を肯定する余地を認める学説も存在していた²⁹。その後の裁判例としては、写真の被写体の人物に揶揄的な内容の吹き出しを付けて、被写体の人物とその所属団体を非難するピラを作成した前掲東京地判[創価学会写真ピラー審]、前掲東京高判[同控訴審]があるが、両判決とも掲載態様の点から適法な引用でないと判断しており、引用の必要性については論じられていない。

(3) 本判決の検討

本件の事案は、写真の被写体がローブを身にまとうという行動を批評・揶揄するために写真をホームページに掲載したという事案である。本判決は、代替手段があり引用すべき必然性はないとしているが、かかる判断は妥当か。

確かに、著作物の創作的表現を批評する場合に比べると、代替する手段を観念できるという点で、被写体を批評する場合の方が著作物を引用する必要性は低いと言うことができる。しかし、批評の対象によっては必要性が高い場合もありうると考えられる。

まず、写真に写された被写体の行動を批判するのではなく、被写体の人格一般を批評する目的で写真を利用する場合については、引用を認めるべき必要性が低いものと考えられる。この場合、批評の対象となる人物の姿を批評に際して提示しなくとも、人格を批評する目的を達せられる場合が多いであろう。仮にその必要性があるとしても、パブリック・ドメインにある写真を用いることも可能であって、著作権のある「その写真」を用い

る必然性はない。前掲東京地判[創価学会写真ピラー審]の事案は、そのような事案であったということができる。また、被写体の特定の行動を批評する場合であっても、人間が日常生活において一般的に行う行動を批評するのであれば、かかる行動を自ら撮影することも可能であり、「その写真」を用いる必要性は必ずしも高くはないと考えられる。

しかし、本件で問題となった西洋風のローブを身にまとうという行為は、一般の人間にとっては何か特別な場合しか行わないのもであり、これを撮影した写真はごく僅かしか存在しないと考えられる。他方で、このような行動を説得的に批判するためには、それを撮影した写真の掲載が必要であると考えられる。また、かかる行動を撮影できる者は、被写体と親密な関係にあることも多いであろう。それゆえ、被引用著作物自体を批評する場合と同様、撮影者に許諾を求めることは典型的に困難であり、引用を認める必要性は高い³⁰。

もちろん、批評対象が被写体であるにもかかわらず、なぜ著作権者が不利益を受忍すべきなのかという疑問は残る。しかし、著作権者はかかる被写体の姿態を社会に提示することで、一定の社会的評価を受けているのであるから、その被写体の行動を批評する際にかかる写真が用いられることを受忍すべきことが正当化できよう（著作権を譲り受けた者についても、かかる社会的評価を伴う著作物と知りつつこれを譲り受けているため、同様の理があてはまる）。また、表現の自由の優越的地位を考慮すれば、代替手段を欠く場合においてまで著作権を根拠に表現活動を制約することは許されないと考えられる。

本件写真の被写体が社会的影響力を有する宗教団体の代表であり、その行動に対する批評の必要性は高いということができる。そして、その団体が仏教の一宗派であるならば、団体の代表が西洋風の衣装を身にまとうという行動は、一定の議論の余地のあるものと考えられる。そうだとすれば、引用の必然性がないとした本判決の結論には異論の余地があると考えられる。

³⁰ 同様に、通常行わない行動であって撮影した写真が限定されると考えられる例として、閣僚がひな壇に整列するという行動が挙げられる。このような写真をパロディする場合に引用を認めるものとして田村・概説(註5) 242～243頁。

²⁸ 林修三「判批」時の法令1072号(1980)43頁、パロディを許容する見解であるが、この事案においては写真を用いる必要性が高くなく引用を認めなくてよいと論じるものとして田村・概説(註5)243頁。同じく、この判決は特殊な事業を扱ったものであって、パロディが許容される余地は残されていると理解するものとして中山・前掲書(註20)313頁。

²⁹ 上野・再構成(註11)328～329頁。

2-3 利用態様と著作者の意思

(1) 問題の所在

本判決は、掲載の態様が著作者の製作意図に反することや、著作者が引用として許容するとは考えられないことを、適法な引用ではないことの理由付けの一つとしている。このように著作者の製作意図ないし黙示的意思を考慮して、相当な掲載態様であるかを判断することは、どのような意味を有するのか。過去の裁判例を踏まえて検討してみる。

(2) 過去の裁判例

被引用著作物の引用にあたり、著作者に対して強烈的な非難や揶揄を加える場合には、著作者の意思に反することになると思われるが、過去の裁判例は引用の判断にあたり、このことを考慮に入れて判断しているのか。

例えば、前掲東京高判〔雑誌「諸君！」反論文掲載控訴審〕は、「…これは報道記者としての墮落である」、「誤りは人のつねといっても、誤るにも誤り方があるというもので、…本多記者は筆を折るべきである」などと被引用著作物の著作者を非難しながら引用を行った事案について、この点を考慮せず適法な引用であると認めている。前掲水戸地龍ヶ崎支判〔飛鳥昭雄の大真実〕も、被引用著作物の著作者である原告のことに「飛鳥氏の信用も一九九八年八月までとなってしまった」、「サイエンス・エンターテイナーという肩書きを返上してはいかがだろうか?」「恩知らず」などと評論していた事案について、被引用著作物の引用は適法であると判断している。

さらに、被引用著作物の創作的表現に一定の変更を加えながら、その著作者の意見を批評・揶揄した事案について引用としては適法であると認めた裁判例もある。前掲東京高判〔脱ゴーマニズム宣言控訴審〕は、漫画カットを批評するにあたり、①登場人物の指差すコマが変更されることになるコマ組みの変更、②コマ内の文章「業者による強制連行はあった」「しかしどう読んでも強制連行を軍が行ったということは書かれていない」という論理を批判・揶揄するために、手書きで文字を加え「新実による殺人未遂はあった」「しかしどう読んでも殺人未遂を麻原が行ったということは書かれていない」と読めるようにしたこと、③ある人物のイラストに目隠

しを書き加えたこと、という変更が加えられていた事案であった³¹。判決は①の点についてのみ同一性保持権の侵害を肯定したが、引用の判断においてはこれらの変更を考慮することなく適法な引用と認めている。

これらの裁判例を見ると、著作者に対する強烈的な非難・揶揄を伴って被引用著作物を利用する場合であっても、原則として引用の成否の判断においてこれを考慮しないという傾向が看取できる。このことは、過去の裁判例が、原則として明瞭区別性、附従性の二要件を用いて引用の成否を判断していることと関係している。附従性の要件は、被引用著作物と引用される側の著作物の関係を問うものであって、加えられた非難の内容や著作者の意思を考慮することは困難だからである（ただし、前掲東京高判〔雑誌「諸君！」反論文掲載控訴審〕は二要件を用いていない点に注意）。

しかし、近時、この傾向と異なる方向性を有する裁判例も登場している。前掲東京地判〔創価学会写真ピラー審〕、前掲東京高判〔同控訴審〕は、写真の被写体と彼が代表を務める宗教団体を批判する目的のピラーにおいて、写真の肖像部分を大きく掲げるとともに、この人物が喋っているかのごとき吹き出しを付け「私は日本の国主であり大統領であり精神界の王者であり最高権力者である！」等のコメントを掲載した事案を扱ったものである。

一審判決は写真のこのような掲載態様から、引用の成立を否定している。これに対して、控訴審判決も掲載態様を重視して引用を否定している点では一審判決と同じであるが、どのように掲載態様を考慮するかについて一審判決には見られない特徴がある。すなわち、同判決は、吹き出しに記載したコメントが、「…[元の写真]の創作意図とはむしろ反対の印象を見る者に与えることを意図したとかがわせる」揶揄的な内容であることを考慮している。これまでの裁判例において、引用の判断において登場することのなかった著作者の創作意図なるものが、弱い形ではあるが明示的に考慮されたことになる。

かかる判断がなされたのは、一審判決が明瞭区別性、附従性の要件に言及することなく、前述した掲載態様を重視する一般論に依拠して判断を行い、控訴審判決もそれを踏襲したためであると考えられる。すなわち、前

³¹ 上野達弘「漫画の引用と改変—「脱ゴーマニズム宣言」事件—」仙元隆一郎編『知的財産法判例研究Ⅲ』（2006、日本知的財産協会）579～580頁掲載の図を参照。

述べた総合衡量型の裁判例においては、その掲載態様が重視されるどころ、何が適切な掲載態様であるかを決するにあたって作者の製作意図や暗示的意思を考慮しうることになる³²。

(3) 本判決の検討

本判決は明瞭区別性や附従性と並ぶ引用の要件の一つとして、健全な社会通念に従って相当と判断されるべき態様のものであることを要求した。そして、本件写真を、Cを揶揄するような態様において使用することは、本件写真の作者の制作意図にも強く反し、本件写真の作者が正当な引用として許容するとは到底考えがたいとして、引用を否定する理由の一つとしている³³。

では、本件の掲載態様は引用の判断において考慮されるほど相当でないものであったのだろうか。確かに、被写体の行動を揶揄する形で写真を掲載している点において、先の前掲東京高判[創価学会写真ビラ控訴審]と本件の事案は変わらない。しかし、その方法は大きく異なる。すなわち、前掲東京高判[創価学会写真ビラ控訴審]の事案は、写真の上半身のみを抜き出し揶揄的な内容の吹き出しを付すことで、ローブを身にまとった被写体の高貴な印象を、権力や支配の象徴へと転換させるという、パロディに近い表現形式であった。かかる表現形式だからこそ、吹き出しの内容が作者の創作意図に反するかということが考慮されたと見ることができる。

これに対して、本件の事案は、写真を（第三者により改変された点を除いて）ほぼそのままの形で掲載し、揶揄的なコメントを引用者が付記したものと分かる形式で付したものに過ぎない。被引用著作物をそのままの形

で掲載し、これに対する何らかのコメントを加えることは、まさに32条1項の想定する通常の引用の形態であると考えられる。本判決も、掲載態様が作者の製作意図に反するとしているが、それは表現の形式というよりも付したコメントの内容に着目した判断であると考えられる。つまり、パロディのような利用方法であったがゆえの前掲東京高判[創価学会写真ビラ控訴審]の特殊な判断の射程が、本判決によって、通常の引用の形態にまで広げられたと考えられる。

このように、前掲東京高判[創価学会写真ビラ控訴審]から本判決にかけて、作者の意思がより直接的な形で引用の判断に影響を与えるようになったことは、看過することのできない変化のように思われる。本判決のように、作者の意思を重視して、付したコメントの内容のみによって引用が否定されるとすれば、非難・揶揄を伴った批評ひいては批評活動全体が大きく制約することになりかねない。前掲東京高判[雑誌「諸君!」反論文掲載控訴審]や前掲水戸地龍ヶ崎支判[飛鳥昭雄の大真実]のような事案においても、引用を認めない判断が下される可能性がある。

さらに、著作権者との関係で許諾なしに利用を認める引用の要件において、なぜ作者の意思を考慮すべきなのかという根本的な疑問もある。

パロディ最高裁判決は、引用の要件として著作者人格権を侵害しないことを挙げていたが、これは著作者の意思を引用の判断において考慮することを意味している。もともと、その後の裁判例はこの要件を踏襲せず、引用の判断と著作者人格権侵害の成否の判断を別個に行っている。著作者人格権侵害が成立すると判断された部分についても引用としては適法と認めた裁判例もある（前掲東京高判[脱ゴーマニズム宣言控訴審]）³⁴。

³² ただし、総合衡量型の判断において、作者の意思を考慮することは必然ではない。前掲東京高判[雑誌「諸君!」掲載反論文控訴審]は、判断方法こそ総合衡量型の裁判例と評価しうが、作者の創作意図が考慮された形跡はない。意識的に総合衡量を行う飯村裁判官が関与した一審判決や前掲東京地判[絶対音感一審]を見ても同様である。

³³ さらに、本判決は前掲東京高判[創価学会写真ビラ控訴審]と同様に、原告の製作意図に反する形態であることを考慮して著作権侵害に基づく損害賠償の額を通常より高く算定している。

³⁴ パロディ最高裁判決が、著作者人格権を侵害しないという要件を挙げたのは、引用が成立するならば同一性保持権侵害も成立しないとする原審判決の構成を否定するためであったと考えられている（小酒禮「判解」最高裁判例解説民事篇35巻10号(1989)246～247頁、田村・概説(註5)258頁脚注3）。最高裁判決が、著作者人格権に触れたのは、引用が成立するからといって当然に同一性保持権侵害が否定されるわけではないと論じるためであり、引用の要件としてこれを挙げたと理解するのはミスリーディングであるとするものとして川原健司「引用の適法要件」東京大学法科大学院ローレビューVol.1(2006)59頁。

両者を別個に判断するこのような立場は、著作財産権と著作者人格権を明確に区別する現行著作権法に忠実な解釈である(50条参照)。著作権は、著作権者に著作物についての経済的利益を還流させる権利であって何らかの人格的な利益ではない。そして、本判決で考慮されたような著作者の創作意図や黙示的な意思といった要素も、著作権侵害を阻却する引用の判断において斟酌する理由はないと思われる。特に、著作権が譲渡等により移転し、著作者とは異なる者に帰属した場合にこの問題点は表面化する。このような場合に、引用の判断において著作者の意思を考慮して、著作者でない著作権者の差止その他の請求を認める意味はあるのだろうか³⁵。著作者の意思といった要素は著作者人格権や一般的な人格権侵害(被写体の肖像権等)の判断において考慮されれば十分であると考えられる(ただし、本件のように被写体を侮辱される場合には、改変を伴わない限り同一性保持権侵害を問うことはできず、害されたのは「著作者の名誉又は声望」(傍点筆者)ではないので113条6項の適用も困難である)。

さらに、著作者の意思を考慮することによって、引用の成立範囲は大きく狭められる危険がある。批評や批判といった言論活動は、思想の自由市場を機能させるための特別な価値を有していると考えられる。その反面において、著作者は自らの著作物が批判を受けることを好まないのであるから、著作者ないし著作権者の許諾を得ることは典型的に困難であると考えられる。だからこそ、法はこのような場合について特別に無許諾で利用することを許容しているとも言う³⁶。著作者の意思を考慮することは、引用の持つかかる機能を無意味にすることになりかねない³⁷。

³⁵ パロディ最高裁判決の示した著作者人格権を侵害しないことという要件が適切でないことを論じる文脈で、同様の理を述べるものとして伊藤・前掲論文(註5)117頁、田村善之「判批」『著作権判例百選(第2版)』(1994、有斐閣)141頁。半田正夫「パロディ＝モンタージュ写真事件と著作権」ジュリスト719号(1980)88頁も参照。

³⁶ アメリカの Fair Use の法理を市場の失敗を治癒する理論はこのような考え方と整合的である。Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, 82 Colum. L. Rev. 1600 (1982)。これを紹介するものとして村井麻衣子「著作権市場の生成と fair use - Texaco 判決を端緒として - (一)」知的財産法政策学研究6号(2005)166頁以下。

³⁷ 批評においては著作者の意図と異なることがしばしばであり、これをどう理解す

本判決も、通常の批判・批評のための利用の場合にまで著作者の意思を考慮して不適法とすることまでは意図していないであろう。本件は、付されたコメントの量が僅かで写真を掲載すること自体に主眼があったと判断された事案であり、批判する側の著作物が「主」であると判断されるような通常の批判、批評の場合には、本判決の射程は及ばないと解すべきである。

3. 引用の判断についての総括

上記の通り、本判決における引用の判断において、附従性を否定した点は、ホームページの構成が判決の事実認定の通りである限りやむを得ない判断であると思われる。他方で、被写体の行動を批評するために写真を引用する必然性がないとした判断、掲載態様が著作者の製作意図に反することを考慮した判断はいずれも疑問である。

では、本判決が従来の二要件を修正した新たな五要件を定立した点はいかに評価すべきか。かかる判断枠組は、二要件に代替するものとして裁判例の新たな基準となるべきだろうか。

まず、五要件を定立して、判断要素を可視化した点は本判決の評価すべき点であろう。特に、本判決が附従性とは別個に考慮した、引用すべき必然性や著作権者に与える経済的不利益といった要素は、従来の裁判例では附従性の判断において参酌されてきたものの、附従性という文言に馴染みにくいことが指摘されていたからである。そして、引用すべき必然性を正面から要件としたことで、写真の被写体の行動を批評した本件事案の特殊性を、引用の判断において柔軟に考慮できるようになったと考えられる。

ただし、本判決には問題点もないわけではない。第一に、本判決は著作者の意思や社会通念に合致した掲載態様であることを重視するが、かかる要素を引用の判断において考慮することには疑問がある。特に、本判決は従来以上にかかる傾向を強めるものであり、かかる傾向が踏襲されれば引用の幅が大きく狭められてしまう懸念がある。さらに、著作者の意思や社

るかは読者に委ねられるべきであると指摘するものとして森脇敦史「発言する政府、設計する政府」渡辺武達・松井茂記編『メディアの法理と社会的責任』(2004、ミネルヴァ書房)145頁。

会通念は裁判官の解釈次第である以上、これらの点から掲載態様の相当性を判断することは、何が適法な引用と判断されるか予測することが困難となり、引用を伴う創作活動に萎縮効果を及ぼしかねないという問題もある³⁸。

第二に、本判決のように鑑賞性を独立した要件と位置付けると、引用の必要性が高い場合にも複製物が鑑賞性を有すれば引用を認める余地がなくなるおそれがある³⁹。

第三に、前述した通り、本判決は様々な要素から附従性の有無を判断しており、附従性要件に様々な要素が考慮されパンク状態であるという上記問題点を完全に克服しているわけではない。

著作権者の経済的利益を犠牲にしながら、社会的に有用な表現活動を促進するという引用の趣旨に立ち返ると、本判決における④の引用すべき必然性ないし必要性と、⑤の著作権者に与える経済的不利益の大きさとといった要素こそ引用の成否を決するのに本質的なものであるように思える。だとすると、附従性要件に固執することなく、これらの要素を柔軟に考慮できる引用の要件の再構築を図っていくべきであると考えられる⁴⁰。

³⁸ 三山・前掲書(註21)228頁～229頁。

³⁹ 複製した漫画カットが鑑賞性を有すると認めながら引用を認めた前掲東京高判[脱ゴーマニズム宣言控訴審]を参照。学説も、複製物が鑑賞性を有する場合であっても、引用の必要性が高いと認められれば引用を肯定すべきとするものが多い(大家重夫「写真・漫画における引用」著作権研究26巻(1999)111頁、大楽・前掲論文(註18)163頁、山本隆司「判批」コピーライト520号(2004)26頁)。

⁴⁰ 研究批評型の引用の場合に附従性の要件を維持しつつ、取込目的型の引用やオークション・サイトのサムネイル画像の掲載については附従性を要求しないことで、このような利用形態を一定の限度で適法な引用と認めるものとして田村善之「著作権法32条1項の『引用』法理の現代的意義」コピーライト554号(2007)14頁以下、同「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題 一寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等一(1)(2)(3・完)」知的財産法政策学研究16・17・18号掲載予定(2007)(以下、田村・検索サイトと略記)。

三 同一性保持権侵害についての判断

1. 改変の有無

(1) 問題の所在

本判決は、上下左右が一部切除され、白黒にされた形でホームページに写真の著作物を掲載した行為について同一性保持権侵害の成立を認めた。このような創作的表現の変更が同一性保持権侵害を構成する「改変」に該当するかを検討する。

(2) 過去の裁判例

写真の著作物の複製物を掲載するにあたってその一部分を切除した行為が争われた事案において、ほとんどの裁判例はこのような切除が「改変」に該当すると判断している。写真の上下又は左右を切除した事案である前掲東京地判平成11.3.26判時1694号142頁[Dolphin Blue]は「被告らが本件写真の上下又は左右を一部切除して本件雑誌に掲載したことは、その切除箇所が極めてわずかであるなど著作者の人格的利益を害することがないと認められる場合を除き、原則として同一性保持権の侵害に当たるものと解される」として、同一性保持権侵害の成立を認めている。

この他、写真の背景を消去し、被写体の上半身の肖像のみを表した白黒写真にしたうえに、肖像部分の上に文字や記号を重ねた事案について同一性保持権侵害を認めた前掲東京地判[創価学会写真ビラー審]、前掲東京高判[同控訴審]、父子の姿を撮影した写真を、子供の写された部分を切除して掲載した点について同一性保持権侵害を認めた東京地判平成18.12.21平成18(ワ)5007[東京アウトサイダーズ審]、前掲知財高判[同控訴審](本判決以降の裁判例)がある。

写真ではなく映画のトリミングが争われたケースにおいても、東京地判平成7.7.31知裁集27巻3号520頁[スウィートホーム一審]、東京高判平成10.7.13知裁集30巻3号427頁[同控訴審]は、ピスタサイズの映画を、ビデオ化、テレビ放送する場合に左右をトリミングした行為について改変に該

相当としている⁴¹。

ただし、切除部分のごく僅かであれば「改変」に該当しない場合がある。福岡地小倉支判平成7.7.20平成5(ワ)313[商品販売用カタログ写真掲載一審]は、技術的制約によりページの内側端写真部分が1ないし5ミリメートル程度切られたとしても同一性保持権侵害にはあたらないとされた(もっとも、掲載された写真が、商品販売用のカタログに掲載する目的で撮影された実用的なものであり、微妙なトリミングの差異により同一性を害されるような高度の芸術性を有するものでないことも考慮されている点に注意)。また、エスキースの事案であるが、エスキースの上部を全体の縦の長さの20分の1以下切除し、左右下部を全体の縦・横の長さの50分の1以下を切除した事案である東京地判平成12.8.30判時1727号147頁[建築エスキース一審]は、建築物全体に比べるとごくわずかな部分の切除であり、「著作者が存しているとするならば、社会通念に照らし、その名誉感情が害されるほどの表現上の変更ということはできず、同一性保持権の侵害となるべき行為には当たらない」としている。

(3) 本判決の検討

本件は、本件写真のCの膝から下の部分及び上下左右の背景部分の一部を切除し、白黒で複製した点について、20条1項の改変に該当するとされた。推測すると、元の写真の下部少なくとも四分の一程度が切除されたと考えられる。過去の裁判例に従う限り、かかる切除は、著作者の名誉感情が害されないと考えられるごく僅かのものとは言い難く、「改変」に該当するとした判断はやむを得ないと考えられる。写真全体の構成は、写真の著作物の創作的表現の一部であるため、かかる切除から保護されなくてはならないことは他の著作物と変わりはないからである。

ただし、このような切除を全て同一性保持権侵害としてよいかは一考の余地がある。写真の著作物は、事実のありのままを写し出し、そこに存する事実を伝達するという機能を有する。社会一般において、報道等の場合に、写真の中の焦点を当てる人間の部分のみを切り取って利用することは

⁴¹ もっとも、一審、控訴審ともに「やむを得ないと認められる改変」(20条2項4号)に該当するとしているため傍論である。

まま見かけられる。かかる利用方法は、特定の人物に焦点を当てる合理的な方法であると同時に、他に写っている人間の肖像権に配慮するという役割もあり、これを全て同一性保持権侵害と捉えることには躊躇を覚える。他方、そのような利用方法が一般的であることから、人物以外の点を削除して写真が掲載されたとしても、これに接する人は元の写真の全体像が掲載されたものと異なることを認識できる。それゆえ、かかる形態で写真の一部が掲載されたとしてもその精神的苦痛は大きくないと考えられる。

以上の点から考えると、焦点を当てる人物以外の部分を切除する場合には、利用者の便宜と著作者の人格的利益を衡量したうえで「やむを得ないと認められる改変」と解する余地があると考えられる⁴²⁴³。本判決以降の裁判例である前掲知財高判[東京アウトサイダーズ控訴審]は、焦点を当てる人物以外を削除した利用について「やむを得ないと認められる改変」に該当しないとしているが、当該書籍に本件写真を利用する必要性が高くないことをその理由として述べており、利用の必要性が高い場合にはかかる

⁴² 著作者の利益と利用者の利益との衡量を反映させることで、20条2項4号をより柔軟に適用すべきと説くものとして上野達弘「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察(2・完)」民商法雑誌120巻6号(1999)959頁以下。ただし、多くの裁判例は、同号に該当するためには、その利用の目的及び態様において、著作権者の同意を得ない改変を必要とする要請が同項の他の号に規定されている場合と同程度に存在することが必要であると論じるものが多い(東京高判平成3.12.19知裁集23巻3号823頁[法政大学懸賞論文控訴審]、前掲東京地判[教科書準拠教材I]、東京地判平成18.3.31平成15(ワ)29709[教科書準拠教材VI])。

⁴³ 他の解釈として、一部切除した著作物に接する者が、切除が行われたことを認識できるような切除の態様であれば、そもそも「改変」に該当しないと解する余地もある。改変を認めた多くの裁判例(前掲東京地判[Dolphin Blue]、前掲東京地判[スウィートホーム一審]、前掲東京高判[同控訴審])は、一部切除した写真・映画を著作者が撮影した著作物として提示した事案を扱ったものであり、その射程を限定する余地がある(田村・検索サイト(註40))。また、引用者が元の著作物に修正を加えてことが明らかな場合に、「改変」に該当しないとした裁判例もある(前掲東京高判[脱ゴーマニズム宣言控訴審])。ただ、一律に「改変」に該当しないと解釈すると、写真の著作物についての同一性保持権が無意味なものになりかねないとの懸念もある。諸要素を柔軟に勘案しうる点では、20条2項4号の解釈に反映させる方が適切であるように思える。

解釈を許容する余地を残していると考えられる⁴⁴。ただ、本件の場合には、被写体に焦点を当てるため写真の一部を意識的に切除したわけではなく、単に複製対象が既に改変されていたに過ぎないのであるから、「やむを得ないと認められる改変」と認めにくい事案であったと考えられる⁴⁵。

2. 他人が改変した著作物を複製しアップロードする行為の同一性保持権侵害の成否

(1) 問題の所在

本件は、被告Aが第三者のホームページに改変された形で掲載されていた写真を自己のホームページに転載したという事案である。すなわち、被告Aは改変された写真を複製して公衆送信しているものの、直接の改変行為については関与していない。このように自らは直接の改変行為を行わず、他人が改変した著作物を利用する行為は同一性保持権侵害を構成するのであるか。

(2) 制定法

著作権法20条1項は「その意に反してこれらの変更、切除その他の改変

⁴⁴ 写真の著作物の上下左右の一部が切除された場合に、事案によっては「やむを得ないと認められる改変」の範囲内として許容される余地があると論じるものとして本橋光一郎「判批」『著作権判例百選(第3版)』(2001、有斐閣)45頁。

⁴⁵ なお、裁判例においては引用の抗弁が認められる場合には、掲載に伴う一定の表現の変更が「やむを得ないと認められる改変」に該当するとした裁判例が存在する(評論のための改変を一定限度で適法とした前掲東京高判[雑誌「諸君!」反論文掲載控訴審]、要約のための改変を認めた前掲東京地判[小さな悪魔の背中の窪み])。これらの判決に従うと、仮に本件の掲載が引用に該当する場合には同号に該当することになりうる。しかし、前述の通り、引用では著作者の経済的不利益を考慮すべきなのに対して、同号の判断では、著作者の人格的利益を考慮しなければならない。したがって、引用の判断と「やむを得ないと認められる改変」の判断を連動させる必然性はない。これを連動させると、逆に引用の判断において同一性保持権侵害の有無を判断しなければなくなるため、パロディ最高裁判決の立場に回帰してしまうことになると思われる。

を受けないものとする」としており、著作物に改変を加える行為を、同一性保持権を侵害する行為として規定している。公表権(18条1項)・氏名表示権(19条1項)と比較すれば明らかのように、公衆へ提供、提示することは侵害行為とされていない。それゆえ、改変された著作物を公衆へ提供・提示する行為が、直ちに同一性保持権侵害となるわけではない。

ただし、改変された著作物を利用する行為については、国内で頒布する目的で輸入する行為は113条1項1号により、情を知って頒布する行為、頒布の目的で所持する行為は113条1項2号によりそれぞれ同一性保持権侵害とみなされる。逆に、情を知らずに改変された著作物を頒布する行為や、頒布以外の公衆へ提供・提示する行為(公衆送信、放送等)を侵害とみなす特段の規定があるわけではない。

(3) 学説

学説は、直接の改変行為のみが同一性保持権を構成し、改変後の利用行為については113条1項によって侵害とみなされている限りにおいて、同一性保持権侵害の責任を負うと考えるものが多いようである⁴⁶。

これに対して、被改変著作物の公衆に提供する行為一般について同一性保持権侵害を構成するとの立場も見られる。この立場は、公衆送信や放送等の行為により人格的利益の侵害は著しく拡大することになるという考慮を背景に、同一性保持権は公衆に提供・提示される著作物が「改変を受

⁴⁶ 高部真規子「著作権侵害の主体について」ジュリスト1306号(2006)129頁、田村・概説(註5)440頁。飯村敏明「二次的著作物の利用行為の差止請求の審理判断の構造について」別冊NBL106号「知財年報 IP .Annual Report 2005」(2005)224頁はこれを通説的見解と解している。ただし、改変者自身が、改変された著作物を頒布、公衆送信する行為は改変行為による損害の拡大と考えられることから、差止請求や損害賠償請求を認める見解もある(田村・概説(註5)440頁、これに好意的なものとして瀬戸さやか「著作者人格権の内容と人格権侵害について」牧野・飯村・三村・末吉・大野編『知的財産法の理論と実務 第4巻』(2007、新日本法規)339頁があるが、112条1項の解釈としては困難であるとの指摘もある(畑都夫「判批」『特許侵害裁判の潮流』(大場正成喜寿記念論文集、2002、発明協会))。かかる立場に立つても、第三者改変の場合に差止請求は困難であることについて田村・検索サイト(註40)参照。

けない」ものであることを確保することも含むと解釈する⁴⁷。113条1項との関係については、同項は改変された著作物の複製物の有体物としての利用に関する規定と捉え、無形的利用については別途、同一性保持権侵害を論じる余地があるとするものもある⁴⁸。

(4) 過去の裁判例

裁判例においては、第三者改変後の著作物の利用行為について、113条1項に忠実に判断したものが存在する。例えば、大阪地判平成12.10.17平成11(ワ)9425・平成12(ワ)4876 [犬のカレンダー] は、カレンダーの輸入業者について113条1項1号に基づく責任を認めつつ、輸入業者から改変されたカレンダーの譲渡を受けて販売していた販売業者について、113条1項2号を適用し、単に過失があるに過ぎない場合には侵害行為を構成しないと責任を否定した。

さらに、113条1項で規定されていない改変された著作物の利用行為については適法であると明言した裁判例もある。原告著作物に依拠して第三者が作成した歌曲をテレビ放送局が放送したという事案を扱った東京地判平成15.12.19判時1847号95頁[記念樹Ⅲ]は、放送による編曲権侵害・氏名表示権侵害をそれぞれ肯定したが、同一性保持権侵害については改変が第三者によって行われたことからこれを否定した⁴⁹。その理由として「…法20条は、条文上、改変行為だけを侵害行為としており、改変された後の著作物の利用行為については規定されていない。また、法113条1項には、同一性保持権侵害とみなされる行為が規定されているが、そこで列挙されているのは、頒布行為や頒布目的の所持、輸入などの行為である。すなわち、同項は、法21条から法26条の3に定められた支分権の対象となる

⁴⁷ 青江秀史=茶園成樹「インターネットと知的財産法」高橋・松井編『インターネットと法(第3版)』(2004、有斐閣)246頁以下。

⁴⁸ 作花・前掲書(註5)242~243頁(ただし、文理上無理との司法判断以外ないというのであれば、法制上の検討が求められるとしている)。同書は、過失認定により妥当な解決を図りうるとしており、本判決に近い立場を示していた。

⁴⁹ 別訴において原告のCに対する編曲権侵害に基づく損害賠償請求を認容する判決が確定している(東京高判平成14.9.6判時1794号3頁[記念樹Ⅰ控訴審])。

行為の中から、一定の種類の行為のみを一定の要件を課して同一性保持権侵害とみなしているのである。法113条1項においては、頒布行為と同列に扱われるべき公衆送信(放送)行為や複製(録音)行為は、同一性保持権侵害とはみなされていないし、『頒布』は、法2条1項19号において定義されているとおりの行為をいい、公衆送信(放送)や複製(録音)を含むと解することはできない」と説示した。

しかし、裁判例を詳細に見ていくと、直接の改変行為を行っていない主体に同一性保持権侵害の責任を認めたものも存在する。

例えば、注文者等が、改変行為を惹起する一定の指示・命令を行っていた場合について、注文者等に同一性保持権を認めた裁判例がある(原告著作物を注文者が認識しつつ類似する著作物を作成させた東京地八王子支判昭和62.9.18無体集19巻3号334頁[館林市壁画]、他人の著作物とは知らずにはしがきの変更を注文主が命じていた東京地判平成16.9.29平成16(ワ)4605[だれでもできる在宅介護Ⅲ一審]、東京高判平成17.2.24平成16(ネ)5468[同控訴審])。また、仲介業者が利用者の改変の要望を著作者に正確に伝達せず、結果として意に反する改変がなされた事案につき仲介業者に同一性保持権侵害を認めた裁判例もある(直接の改変者につき過失を否定して責任を認めない一方、イラストレーターから集めたイラスト作品のポジフィルムの貸出しを業務とする会社(Y1)とその代理店(Y2)に過失を認めて同一性保持権侵害を肯定した東京地判平成10.10.26判時1672号129頁[恐竜イラスト画改変一審]、東京高判平成11.9.21判時1702号140頁[同控訴審])⁵⁰。

⁵⁰ この他、ビデオゲームの映像を改変することを可能にするCD-ROMやメモリーカードをユーザーに対して提供する行為について、同一性保持権侵害に基づく損害賠償請求を認容した判決が存在する(最判平成13.2.13民集55巻1号87頁[ときめきメモリアル上告審]、東京高判平成16.3.31判時1864号158頁[DEAD OR ALIVE 控訴審])。ただし両者ともに損害賠償を請求した事案であり、提供者を侵害主体と解したのか侵害の幫助者と解したのか明確ではない。前者の判決につき調査官として解説を加えた高部真規子「判批」ジュリスト1219号(2002)142頁は、両者の理解とも可能であるとする。学説では、ユーザーを直接の侵害主体と捉え、メモリーカードの提供者には幫助者としての責任を認めたものとする理解が有力である(上野達弘「判批」民商法雑誌125巻6号(2002)752頁、松田政行「デジタル・コンテンツの利用

このような改変を惹起する具体的指示・命令がない場合でも、出版社や放送事業者の依頼に対して、第三者が自己の独断で他人の著作物を改変して二次的著作物を作成し、これが出版社や放送事業者によって公衆に提供・提示された事案において、裁判例は出版社や放送事業者に同一性保持権侵害の責任を認めている（出版社の事案として東京地判平成6.4.25判時1509号130頁 [日本の城の基礎知識]、東京地判平成16.6.25平成15(ワ)4779[東京リーガルマインドイラストレーション]、東京地判平成18.11.15平成18(ワ)4824・12689[中小企業診断士合格ポイントマスター一審]、第三者の持ち込み企画をテレビ放送局が採用した後、第三者と番組制作会社が元の著作物を改変したテレビドラマを作成し放送された事案として東京高判平成8.4.16知裁集28巻2号271頁[悪妻物語?控訴審]）。

さらに、裁判例の中には、第三者の改変行為に全く関与せず、改変された著作物を事後的に利用したのみである事案についても、同一性保持権侵害の成立を認めたものがある。113条1項との関係を意識しているのか不明のものもあるが（東京地判平成11.6.25平成10(ワ)20088 [中学生にもわかる著作権]）、この論点を意識しつつ同一性保持権侵害を肯定した判決も存在する。

「改変」となる行為を実質的に拡大して解釈し、同一性保持権侵害の成立を肯定した裁判例として東京地判平成6.1.31知裁集26巻1号1頁 [パックマンⅡ] がある。事案は、第三者が原告著作物に依拠して作成したビデオゲームを、被告がフロッピーディスクに収納して書籍に付属させて販売したというものである。被告は、改変を行ったのはビデオゲーム作成者であって自らは同一性保持権侵害の責めを負わないと主張したが、判決は一般に頒布するために付属ディスクに収納する際の複製行為が同一性保持権を侵害する行為にあると判示した。

113条1項の射程を限定して同一性保持権侵害を認めた裁判例として東京高判平成13.6.21判時1765号96頁[シルエット in 北海道控訴審]がある。事案は、写真家から写真のディープフィルムを預かりこれを貸し出すことを業とする会社が、第三者の改変した著作物をカタログに掲載したという

と同一性保持権に関する一考察」ジュリスト1310号(2006)131頁、吉田克己「著作権の『間接侵害』と差止請求」知的財産法政策学研究14号(2007)153頁）。

ものである。113条1項2号は著作者人格権侵害の行為によって作成された物がいったん流通過程に置かれた後の行為についての規定であって、カタログに掲載して発行した当の本人である被控訴人会社の行為は同号の「頒布」の問題として扱われるべきではないとした。そして、写真をカタログに掲載して発行及び頒布するという被控訴人会社の一連の行為全体が、全部であれ一部であれ、同一性保持権侵害の行為に該当するといふべきとした⁵¹。

以上の裁判例を整理することは困難であるが、判決の抽象論ではなく結論に着目する限りでは、前掲東京地判 [パックマンⅡ] の示した複製行為を同一性保持権侵害と捉える解釈によって整合的に説明できると考えられる。

前掲大阪地判 [犬のカレンダー] は、改変されたカレンダーの譲渡を受けて販売していた販売業者は自ら複製行為を行っていない事案であった。前掲東京地判[記念樹Ⅲ]は複製行為が介在していたかは定かではないが、原告はもっぱら放送行為について同一性保持権侵害を主張しており、複製行為については争われていない事案である（複製行為についても同一性保持権侵害にあたらないとの一般論も示されているが、複製行為についての具体的主張がないので傍論であると考えられる）。

これに対して、複製行為が介在する場合には、裁判例は同一性保持権侵害の成立を認めている（前掲東京地判 [中学生にもわかる著作権]、前掲東京高判[シルエット in 北海道控訴審]）。前掲東京高判[シルエット in 北海道控訴審]の抽象論は、一見すると別個の理論構成を採用しているようにも思えるが、改変された著作物をカタログに掲載して発行している点を捉えていることからすると、複製行為の有無をメルクマールにしていると解することもできる⁵²。

⁵¹ 同判決は、複製権について同様の理を述べた東京高判平成12.5.23判時1725号165頁 [剣と寒紅控訴審] を同一性保持権侵害の場合に拡張したものと考えられる。前掲東京高判 [剣と寒紅控訴審] の示した113条1項の解釈に賛成するものとして中山・前掲書(註20)510頁。

⁵² ただし、前掲東京高判[シルエット in 北海道控訴審]の抽象論は、前掲東京地判[記念樹Ⅲ]のような改変された著作物を放送する事案についても同一性保持権侵害と

他方で、出版社等の依頼が契機となって改変された著作物が作成された裁判例においては、同一性保持権侵害を問われた主体が複製行為を行っているか定かでない事案もあるが、これらの事案については、第三者の直接の改変行為について共同不法行為（民法719条）の責めを負わせることが可能であると思われる（明示的に共同不法行為を認めた裁判例として前掲東京地八王子支判[館林市壁画]、前掲東京高判[悪妻物語？控訴審]、注文主と直接の改変主体が共同して行為をなしたと認められるから113条1項2号について判断を要しないとした裁判例として前掲東京地判[だれでもできる在宅介護Ⅲ一審]）。出版社の依頼が改変行為の契機となっているばかりでなく、第三者の改変行為はもっぱら出版社等の出版や放送に向けられているからである。これらの事案を除けば、改変行為後の関与につき責任を認めた事案については、全て複製行為が介在した事案であると考えられる。

(5) 本判決

本判決は、自らのホームページに掲載するため改変された著作物を複製した行為は、同一性保持権を侵害する行為にあたる点とした。公衆送信行為ではなく、複製行為を捉えて同一性保持権を侵害する行為とした点は前掲東京地判[パックマンⅡ]と同じ判断である。この判決の射程を一個人がホームページに掲載するための複製行為に広げた点に本判決の意義がある。行為者の予見可能性について、故意・過失の判断において調整を図っている点も新たな判断である。

(6) 検討

本件のような、改変後の利用行為を同一性保持権侵害として捉えるためには二つの構成がありうる。一つは、改変された著作物を公に提供・提示する行為を同一性保持権侵害と捉える前記学説の立場であり、もう一つは、公に提供・提示される前の複製行為を同一性保持権侵害と捉える前掲東京地判[パックマンⅡ]や本判決の立場である。

まず、前者の立場は現行法の解釈としては困難であると考えられる。公

衆送信や放送、頒布といった行為は、現在において存在する著作物を公に利用する行為に過ぎず、それにより新たに著作物の複製物を生み出す行為ではない。そのような行為を改変と同視することは困難である。また、著作権法113条1項2号は、情を知って頒布するかもしくは頒布目的で所持する行為を特別に侵害とみなしている。公に提供・提示する行為を同一性保持権侵害と解釈できるとすれば、同号の存在意義が失われるばかりでなく、「情を知って」という要件の存在を無意味にしてしまう（同一性保持権侵害は、情を知らなくとも過失があれば成立しうる）。頒布以外の公に提供・提示する行為のみを同一性保持権侵害とみる解釈も考えられるが、そうすると頒布の場合のみ113条1項2号で「情を知って」という要件を加重されることを合理的に説明できない。

他方で、複製行為を同一性保持権と捉える後者の立場は解釈としてより難の少ないものと考えられる。複製対象が改変された著作物である場合には、改変された著作物の有形的な複製物を生じさせるが、これを「改変」と捉えることは不可能ではない。

また、かかる解釈を採用したとしても、113条1項2号の意義は完全には失われまいと考えられる。113条1項2号の適用が想定される事案としては、改変された著作物を譲り受けた後、自ら複製し頒布する場合（前掲東京地判[パックマンⅡ]のような事案）と、自らは複製行為を行わず、改変された著作物の複製物を大量に譲り受けるなどしてこれを頒布する場合（前掲大阪地判[犬のカレンダー]における販売業者のような事案）が考えられる。このうち、複製行為を「改変」とする上記解釈を採用すると、前者の場合には複製行為について同一性保持権侵害を問うことになるため、113条1項2号の守備範囲は狭くなるものの、後者の場合は113条1項2号の適用がない限り同一性保持権侵害を問うことができない。113条1項2号の規定はこの場合を規律する規定と解することになる⁵³。

⁵³ 前掲東京高判[シルエット in 北海道控訴審]は、「…113条1項2号は、著作者人格権侵害の行為等によって作成された物がいったん流通過程に置かれた後に、それを更に転売・貸与する行為を全部侵害することには問題があるために、その場合に限って『情を知って』の要件を付加したものと解すべき」として、自らが複製行為を行わない場合を113条1項2号が想定している侵害行為類型であると考えている。出

加えて、かかる解釈を採用しない限り、改変された著作物が改変者の手を離れた場合にこれを差止めることが困難であるという問題がある。特に、本件のようなインターネット上での掲載は、改変された著作物が公衆のアクセス可能な状態に永続的に置くことになり、差止請求ができない場合には著作者に精神的苦痛を与え続ける結果となる。同一性保持権侵害を否定する場合においても一般的な人格権侵害を認めうる余地はありとされるが⁵⁴、著作物の改変により生じる人格的利益の侵害であるから、著作権法の定める同一性保持権の枠外で侵害を肯定することには躊躇を覚える。過失の判断を厳格にして損害賠償責任を限定的にしか認めない一方で、当事者の主観を問わない差止請求を認容することを可能とする本判決の解釈は、著作者の実効的な救済を図りつつ行為者の予見可能性に配慮したものとして評価できるであろう。ただし、条文解釈として無理が伴うことは否めず、立法による対応が待たれるところである。

3. 過失の認定

(1) 問題の所在

上記の通り、本判決は他人が改変した著作物を複製することも同一性保持権侵害が成立しうるとしつつ、それが他人の著作物を改変して作成されたものであることを認識していたかどうかについては、同一性保持権侵害行為についての故意又は過失の有無の問題として検討されるべきとした。では、本判決は、過失の判断の基礎となる注意義務について、いかなる程度のものを要求しているのか。関連する裁判例との比較により検討を加える。

版社と頒布者が同一の場合には取引の安全を考慮する必要がないとしてこれに賛成するものとして中山・前掲書(註20)510頁註9。これに対して、田村・検索サイト(註40)は通例、頒布には複製が必要となるため、113条1項2号の知情要件が機能しなくなるとして、本判決の解釈に反対している。

⁵⁴ 作花・前掲書(註5)242頁(ただし同書は前述の通り、改変された著作物の無形的利用行為を改変と捉える解釈が可能であるとしており、一般的な人格権侵害とすることでこの問題を解決しようとするわけでない点に注意)。

(2) 過去の裁判例

第三者が直接の改変行為を行った事案につき同一性保持権侵害を認めた裁判例を概観すると、改変されたことを認識しうる特段の事情があることを根拠にして過失を認定する裁判例と、かかる事情を認定することなく調査義務違反を認めて過失を肯定した裁判例の二種類がある。

後者の典型例としては、出版社が他社にイラストの作成を依頼したところ、第三者の著作物が改変されてイラストが作成され、これを出版社が自己の出版する書籍の表紙に使用した事案である前掲東京地判[東京リーガルマインドイラストレーション]がある。判決は、出版社が製作当時において当該イラストが他者の著作権・著作者人格権を侵害するものであることを認識していなかったことを認めつつ、著作権・著作者人格権を侵害していないことの確認をする義務を出版社に認め、過失を肯定している。この他、前掲東京地判[日本の城の基礎知識]、前掲東京地判[中小企業診断士合格ポイントマスター一審]も改変を推認させる事情を認定することなく過失を認めている。

しかし、これらは出版社の依頼等が発端となって改変が行われた事案であって、出版社に共同不法行為の成立すら認めてよい場合であることは前述の通りである。かかる場合に、共同して出版行為を行う主体として、出版社に他者の著作物を改変させないようにする高度の注意義務を負わせることは当然であると考えられる(改変を推認させる事情を認定して過失を認定した裁判例ではあるが、調査義務を認めた判決として前掲東京地判[だれでもできる在宅介護Ⅲ一審]も参照)。

逆に、このような事案を除けば、第三者が直接の改変を行った事案においては、改変されたことを認識しうる特段の事情から慎重に過失を認定する傾向にあると考えられる。かなり具体的な事情に着目して過失を判断した裁判例として、被告書籍の出版企画が持ち込まれた際に、受け取った原稿に目を通したところ、原告書籍について言及があったため、出版企画を持ち込んだ者に確認したが問題はないとする回答があったため出版していたという事情から過失を認定した前掲東京地判[中学生にもわかる著作権]、被控訴人会社の代表取締役が控訴人写真の掲載された写真集を購入して持ち帰っていたことから控訴人写真を知っていたと推測されるとして過失を認定した前掲東京高判[シルエット in 北海道控訴審]がある。

ただし、より一般的な事情に着目して過失を認定した裁判例もある。前掲東京地判[パックマンⅡ]は、改変された著作物がパソコン通信によりフリーウェア又はシェアウェアとして提供されていたものであり、元のビデオゲームの影像と全く同一でなく変更された箇所があることは容易に想像されることから過失を認定している。

(3) 本判決の検討

本判決は複製権・公衆送信権侵害についての過失を簡単に認定しながら、同一性保持権侵害の過失の有無については、改変を伺わせる具体的事実からより慎重に認定を行っている。複製対象となる写真が、誰かしらが著作権を有する著作物であることは容易に認識できるのに対して、改変が加えられたか否かは、複製対象たる写真から容易に判断できないという事情に基づく⁵⁵。

その上で、本判決は、写真の著作者や被写体に批判的な第三者がこれを無断でコピーして用いていることが一見して明らかであり、このような使用形態においては何らかの改変が加えられることが多いことや、本件写真が改変を加えられた様々な態様で用いられていたことを根拠に過失を認定している。第三者が独立して改変を行った後にその利用行為を行った他の裁判例と同様に、改変されたことを推認しうる事情から過失を認定している。

ただし、本判決が、かなり一般的な事情から過失を認定している点には注意を要する。前掲東京地判[パックマンⅡ]は、複製対象であるビデオゲームが原告のものとは別の形式で提供されていた点に着目しているが、こ

のような事実がある場合にはビデオゲームが改変されている可能性は高く、過失を認めた判断に合理性があると思われる。これに対して、本判決は写真の著作者や被写体に批判的な第三者がこれを無断でコピーして用いていること等に着目して改変を予期できるとしているが、このような者のホームページに掲載されたからといって、改変を受けている確率はさほど高くはないと思われる。それゆえ、本判決は、前掲東京地判[パックマンⅡ]よりも改変を予測することが困難な事案について過失を認めたものであって、課される注意義務の程度はかなり高いといえることができる。

このような判断は、写真を複製して利用する者に酷ではないかと考えられる。本判決の判断からすると、当該著作物やそこに写された人物に敵対的な内容のホームページから著作物を複製して利用する場合であれば、常に同一性保持権侵害のリスクを負うことになりかねない。とりわけ、本件の事案は、経済的利益を得るため業として利用行為を行った事案ではないのであるから、その注意義務を低減されこそすれ加重すべきとは考え難い⁵⁶。差止請求に関しては故意・過失の有無が問われないのであるから、仮に注意義務の程度を低く設定しても、改変された著作物の除去という目的は達成できることも考え合わせれば、本判決が過失を認めた点には議論の余地があると思われる。前述した20条2項4号の解釈により、複製する主体の自由はある程度確保されるとしても、同号が規範的な判断を前提としており適法となる範囲が不明確であることに鑑みれば、注意義務の程度を低く設定することによって損害賠償責任を限定しておくことが著作物の円滑な利用に資すると思われる。

[付記] 本稿の作成にあたっては、田村善之教授から懇切丁寧なご指導を賜った。2007年7月20日の知的財産法研究会においても、参加者から貴重なご教示を頂いている。また、小坂準記さんをはじめ、法科大学院の同期諸氏には資料の収集や文章の修正に関してご助力を受けた。このような素晴らしい環境で学習することができたことを幸せに思うばかりである。この場を借りて感謝を申し上げたい。

⁵⁵ 過去の裁判例を見ると、同一性保持権侵害の過失判断と著作権・氏名表示権侵害等の過失判断を共通に行うものがほとんどであるが(前掲東京地判[日本の城の基礎知識]、前掲東京高判[悪妻物語?控訴審]、前掲東京地判[中学生にもわかる著作権]、前掲東京地判[東京リーガルマインドイラストレーション]、前掲東京地判[中小企業診断士合格ポイントマスター審])、本件と同様に、複製対象が他人の著作物を複製したものであることは容易に認識できるものの、改変が加えられているかは一見して明らかではない事案においては、別個に過失判断を行っている(前掲東京地判[パックマンⅡ])。

⁵⁶ 著作物を利用する行為によって利益をあげている場合には、より高度の注意義務が課せられるべきと論じるものとして田村・概説(註5)319頁。

資料(引用に関する主な裁判例)

裁判例名	年月日	判断	要件
パロディ第一次上告審(旧法下の事例)	最判昭和55.3.28民集34巻3号244頁	×	明瞭区別性、附従性、著作者人格権を侵害しない
民青の告白控訴審(旧法下の事例)	東京高判昭和55.9.29判時981号75頁	×	
「将門記」訓読文	東京地判昭和57.3.8判時1038号266頁	×	
パロディ差戻後控訴審(旧法下の事例)	東京高判昭和58.2.23無体集15巻1号71頁	×	明瞭区別性、附従性、著作者人格権を侵害しない
レオナルド・フジタ 絵画複製一審	東京地判昭和59.8.31無体集16巻2号547頁	×	明瞭区別性、附従性
Y子の症例	大阪地判昭和60.5.29無体集17巻2号281頁	×	
レオナルド・フジタ 絵画複製控訴審	東京高判昭和60.10.17無体集17巻3号462頁	×	明瞭区別性、附従性
豊後の岩風呂	東京地判昭和61.4.28判時1189号108頁	×	明瞭区別性、附従性
脳波数理解析論文一審	京都地判平成2.11.28無体集22巻3号797頁	○	
英語教科書準拠録音テープ	東京地判平成3.5.22判時1421号113頁	×	明瞭区別性、附従性
日本家庭教師センター学院パンフレット	東京地判平成4.9.11平成3(ワ)10022	×	
雑誌「諸君！」反論文掲載控訴審	東京高判平成5.12.1平成4(ネ)765	○	評論の趣旨・目的、対象となる原著作物の取り上げ方、原著作物と引用文との相違の程度等を総合考慮し、社会通念に照らして判断すべき
ラストメッセージ in 最終号	東京地判平成7.12.18知裁集27巻4号787頁	×	明瞭区別性、附従性、編集物の素材として他人の著作物を採録する行為は、引用に該当する余地はない
エルミア・ド・ホーリィ農作一審	大阪地判平成8.1.31知裁集28巻1号37頁	×	明瞭区別性、附従性

否定・肯定の理由	利用目的	利用した著作物
同一性保持権を侵害することを理由として原審に差し戻した。	パロディ	写真
単なる資料としての引用ではなく、引用する側の著作物の主要な構成資料であること、引用の分量、体裁から引用を否定している。	資料	文章
44頁にわたる搭載であること、被告図書書の構成からすると、他の将門に関する記述や資料と並んで独立した一箇の資料として収録されていることから引用を否定した。	紹介	文章
写真の主要部分を取り込み利用した本件モニタージュ写真にあっては、附従性を有さず、写真の著作者の著作者人格権も侵害する。	パロディ	写真
富山論文と本件絵画は、それぞれ独立して存在する意義を有し、あえていえば、両者は対等であるというほかはないとして附従性を否定した。	批評というより紹介	絵画
原告の扱った症例である旨の脚注が脱落していた点は違法であるが、それ以外は何ら違法な点はないとしている。	自己の著作物として掲載	症例報告
富山論文との比較のうえで、読者は富山論文の記述とは関係なく、絵画の複製物から美的感得を得てこれを鑑賞でき、それ自体鑑賞性をもった図版として独立性を有する。	批評というより紹介	絵画
他人の著作物を自己の著作物として、もしくは自己の著作物と誤解されてしまう体裁で取り込むことは、適法な引用とは言えないとして明瞭区別性、附従性両者を否定した。	他人の著作物を自己の著作物の一部として取り込む	文章
引用の方法は著作権法32条の規定に適合し、適正なものと認められるとして引用を肯定した(ただし控訴審で類似性が否定されている)。	研究	学術論文
本件テープの録音内容は教科書に記載された内容の朗読、歌唱であることから附従性を否定した。	他の媒体への転用	文章
被引用著作物の著者又は著作権者の氏名、出版物名、引用部分の掲載部分の特定に関する記載がなされていないことから「公正な慣行に合致する」引用ではないとした。	宣伝・広告のための一資料	家庭教師の満足度に関するデータ
全体的に考察してみて主要部分において原著作物の趣旨から逸脱していないと認められるとして適法と判断した。	批評	文章
編集物の素材として他人の著作物を採録する行為は引用に該当する余地はないとして引用を否定した。	紹介	文章
引用する側の著作物が被引用著作物に依拠して製作された絵画であることから明瞭区別性、附従性がないとした。	絵画の農作を輸入	絵画

裁判例名	年月日	判断	要件
四進レクチャー審	東京地判平成8.9.27判時1645号134頁	×	明瞭区別性、附従性
エルミア・ド・ホーリイ農作控訴審	大阪高判平成9.5.28知裁集29巻2号481頁	×	明瞭区別性、附従性
バーズ・コレクション	東京地判平成10.2.20知裁集30巻1号33頁	×	明瞭区別性、附従性、利用する側の著作物性
小さな悪魔の背中の窪み	東京地判平成10.10.30判時1674号132頁	○	明瞭区別性、附従性
飛鳥昭雄の真実	水戸地龍ヶ崎支判平成11.5.17判タ1031号235頁	○	明瞭区別性、附従性、出所明示
脱ゴーマニズム宣言一審	東京地判平成11.8.31判時1702号145頁	○	明瞭区別性、附従性
中田英寿一審	東京地判平成12.2.29判時1715号76頁	×	明瞭区別性、附従性
脱ゴーマニズム宣言控訴審	東京高判平成12.4.25判時1724号124頁	○	明瞭区別性、附従性
中田英寿控訴審	東京高判平成12.12.25判時1743号130頁	×	
絶対音感一審	東京地判平成13.6.13判時1757号138頁	×	
建築エスキース控訴審	東京高判平成13.9.18平成12(ネ)4816	×	
教科書準拠教材I	東京地判平成13.12.25平成12(ワ)17019	×	明瞭区別性、附従性
絶対音感控訴審	東京高判平成14.4.11平成13(ネ)3677・5920	×	引用(明瞭区別性)、公正な慣行合致、引用の目的上正当な範囲

否定・肯定の理由	利用目的	利用した著作物
原告問題の利用は批評活動とは到底言い難いこと、原告問題の利用がなければ教材としての存立を維持することができないことから附従性を否定している。	一部修正のうえテスト問題として使用	テスト問題
明瞭区別性、附従性をそれぞれ否定した。	絵画の贋作を輸入	絵画
若手女優の談話の絵画に関する部分は新たな創造という要素は僅少であり、複製を引用する必要性は微弱であること、読者の受ける印象は絵画の方が大きいことから絵画を複製掲載することに主眼があるとして附従性を否定した。	紹介、展覧会の宣伝	絵画
要約による引用も適法であり、量的にも、200頁以上ある被告書籍のうちで引用部分は11頁程度の分量であるから附従性も認められる(ただし全体で考察すべき理由も述べる)。	研究、批評	文章
原告の仮説を明瞭に区別し出所明示義務も果たしており、附従性もあるとして適法と認めた。	批評	文章、漫画カット、図
批評を目的とすること、漫画カットがそれ自体完結した独立の読み物となるといった事情も存しないこと、漫画カットは原告の論説の理解を助けるものであることから附従性を肯定した。	批評	漫画カット
本文に詩に言及した記述は一切ないこと、詩を独立した著作物として鑑賞することが可能で本件詩自体を紹介すること自体に目的があったと認められることから附従性を否定した。	伝記の一資料	詩
引用の目的、両著作物の性質、引用した分量、採録の方法態様を考慮の上、漫画を批評する場合においては批評の対象を正確に示すために絵についても引用の必要があること、カットは漫画のごく一部に過ぎず必要な限度を超えて漫画の魅力を取り込んでいるとは言えないとして引用を認めた。	批評	漫画カット
詩については、被控訴人の自筆による原稿が写真製版によりその全文をそのまま複写する形で掲載されていること、本文中に本件詩について直接言及した記述が一切見られないこと等から附従性を否定した。	伝記の一資料	詩
①本件書籍の目的、主題、構成、性質、②引用複製された原告翻訳部分の内容、性質、位置づけ、③利用の態様、原告翻訳部分の本件書籍に占める分量等を総合的に考慮して否定した。	研究、記述の説得性を増すための資料	翻訳した文章
本件エスキースが表現の中心であること、書籍全体の目的が、建築家のエスキースから造形を空間に生み出す過程における建築家の模索する姿を読者に感得させ、先人たちの構想・着想方法を学ばせることにあることから附従性を否定した。	紹介	エスキース(出来上がる建築物の構想)
設問についての被告の創意工夫は、被引用著作物を正確に読みとらせるためのもので、本件各著作物の創作性を度外視してはあり得ないことや部分的量的割合等を総合して主従関係を否定した。	国語のテスト	文章
出所明示義務違反ゆえ公正な慣行に合致しないとした。	研究、記述の説得性を増すための資料	翻訳した文章

裁判例名	年月日	判断	要件
創価学会写真ビラ一審	東京地判平成15.2.26判時1826号117頁	×	社会通念に照らして合理的な範囲内のものであり、かつ、引用して利用することが公正な慣行に合致すること
教科書準拠教材IV一審	東京地判平成15.3.28判時1834号95頁	×	明瞭区別性、附従性
ファンブック罪に濡れたふたり一審	東京地判平成16.3.11判時1893号131頁	×	明瞭区別性、附従性
国語テストⅢ	東京地判平成16.5.28判時1869号79頁	×	明瞭区別性、附従性
XO 醬男と杏仁女一審	東京地判平成16.5.31判夕1175号265頁	×	明瞭区別性、附従性（仮定的に取込型の場合①必然性、②必要最小限、③経済的不利益が僅かも検討）
創価学会写真ビラ控訴審	東京高判平成16.11.29平成15(ネ)1464	×	
XO 醬男と杏仁女控訴審	東京高判平成16.12.9平成16(ネ)3656	×	
創価学会写真ウェブ掲載	東京地判平成19.4.12平成18(ワ)15024	×	①健全な社会通念に従って相当と判断されるべき態様、②引用すべき必要性、必然性、③一部の採録であるか、絵画写真等であれば鑑賞性がない、④明瞭区別性、⑤附従性
東京アウトサイダーズ控訴審	知財高判平成19.5.31平成19(ネ)10003・10011	×	

否定・肯定の理由	利用目的	利用した著作物
専ら、原告を批判する内容の宣伝用ビラであること、上半身のみを切り抜き約15%を占める大きさを掲載し、吹き出しを加えていること等の態様から社会通念に照らして正当な範囲内の利用でなく、公正な慣行にも合致しない。	被写体を批判、揶揄したビラ	写真
国語テストでは被引用著作物を正確に読み取らせるものであり被引用著作物の創作性を度外視できないこと、量的な割合から附従性を否定した。	国語のテスト	文章
被引用著作物を閲覧させることを目的としてアップロードしている点から附従性を否定した。	紹介	文章
掲載態様に加えて、本件各著作物に表現された内容をいかに正確に読みとらせ、それをいかに的確に理解させるかという点に主眼があり、本件各著作物の創作性を度外視してはあり得ないものであるから附従性を有しない。	国語のテスト	文章
詩を利用する必然性がないことその他の事情から公正な慣行に合致する、正当な範囲内の引用とは言えないとした。	自己の心情を映し出すため小説に掲載	詩
写真を大きく目を引く態様で印刷し上半身部分のみ抜きだしたこと、写真の創作者と反対の引用を与えることを意図していたこと、揶揄的な内容の吹き出しをつけたことから公正な慣行に合致せず、正当な範囲内での引用でもないとした。	被写体の批判、揶揄	写真
主人公の心情を表現する手段として本件詩を掲載しなければならない必然性を認めることはできないうえ、被告小説における本件詩の掲載は、決して必要最小限度の引用といえる程度のものとは認められないとして引用を否定した。	自己の心情を映し出すため小説に掲載	詩
本件写真を使用しなければならない必然性はないこと、被写体を揶揄するような態様において使用することは、著作者の制作意図にも強く反し、著作者が許容するとは考えがたいこと、被告の付したコメントが短く、被告写真を掲載することにその主眼があるといえるため附従性がないことから引用を否定した。	被写体の行動の批判、揶揄	写真
著作物が公表されていないことから32条の適用・類推適用を否定している（引用の必要性が高くないことも述べている）。	書籍の登場人物の風貌を伝えるため	写真