



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	撮影上の工夫を批評するための写真引用の可否
Author(s)	松井, 佑樹
Citation	知的財産法政策学研究, 56, 239-291
Issue Date	2020-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/79519
Type	departmental bulletin paper
File Information	ipl-56_06.pdf



撮影上の工夫を批評するための写真引用の可否

東京地判平成31年4月10日判決（平成30(ワ)38052）

〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ〕

東京地判令和元年7月30日判決（平成31(ワ)8400）

〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅴ〕

松 井 佑 樹

1 事案

1.1 当事者

1.1.1 〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ〕¹

X（原告：創価学会）は、宗教法人法に基づき設立された宗教法人である。Xは、機関紙等の出版等の収益事業を行う部門として、聖教新聞社報道局を有する。

Y1（被告1：NTTコミュニケーションズ株式会社）は、電気通信事業を営む株式会社である。

Y2（被告2：ソニーネットワークコミュニケーションズ株式会社）は、電気通信事業を営む株式会社である。

1.1.2 〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅴ〕

X（原告：創価学会）は、〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ〕における原告と同一である。

¹ 本事案に先立つ類似事案として、後掲註30)〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅰ〕、後掲註30)〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅱ〕、後掲註30)〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅲ〕がある。

Y3(被告:ソニーネットワークコミュニケーションズ株式会社)は、[創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ]におけるY2と同一である。

1.2 事案の概要

1.2.1 [創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ]

本件は、訴外P1(氏名不詳者:掲示板上の投稿者名は「末席の弟子」)が、後掲写真1をインターネット上のレンタル掲示板サービス上の自己の記事(後掲「記事1」)において無断で投稿したことについて、Xが、Y1に対し、特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律(以下「プロバイダ責任制限法」という)4条1項に基づき、上記公衆送信権侵害行為に係る発信者情報の開示を求め、また、訴外P2(氏名不詳者:掲示板上の投稿者名は「正義の子」)が、後述写真2をインターネット上のレンタル掲示板サービス上の自己の記事(後掲「記事2」)において無断で投稿したことについて、Xが、Y2に対し、プロバイダ責任制限法4条1項に基づき、上記公衆送信権侵害行為に係る発信者情報の開示を求めた事案である。

1.2.2 [創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅴ]

本件は、訴外P3(氏名不詳者:掲示板上の投稿者名は「弟子志願者」)が、後掲写真3をインターネット上のレンタル掲示板サービス上の自己の記事(後掲「記事3」)において無断で投稿したことについて、Xが、Y3に対し、プロバイダ責任制限法4条1項に基づき、上記公衆送信権侵害行為に係る発信者情報の開示を求めた事案である。

1.3 各写真と投稿記事

1.3.1 写真1

平成30年8月6日、Xの関連施設に赴いたXの名誉会長であるCと同夫人が、会員を激励している様子を撮影したもの。Xに雇用され、聖教新聞社の職員であった訴外Aが、Xの業務として撮影し、聖教新聞社が平成30年8月22日付けで発行した聖教新聞第3面にX名義で公表された。



(聖教新聞平成30年8月22日付日刊第3面より)

1.3.2 写真2

平成16年10月28日、Xの関連施設に赴き、スピーチ中であったCを撮影したもの。Xに雇用され、聖教新聞社の職員であった訴外Dが、Xの業務として撮影し、聖教新聞社が平成30年9月1日付けで発行したグラフSGI9月号38頁において、X名義で公表された。

1.3.3 写真3

平成30年11月18日、Xの関連施設において開催された会合の様子を撮影したもの。Xに雇用され、聖教新聞社報道局の職員であった訴外I²が、Xの業務として撮影し、聖教新聞社が平成30年11月19日付けで発行した聖教新聞第1面にX名義で公表された。

² なお〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示V〕については、評釈の都合上、人物に判決原文と異なる記号を付している。判決原文におけるA、B、C、D、Eを、本稿ではそれぞれI、J、K、L、Mとした。



(聖教新聞平成30年11月19日付日刊第1面より)

1.3.4 記事1

2018年8月23日13時52分52秒にP1から投稿されたもので、内容は以下のとおりである。

say say sayさま画像お借りします。

拡大して見させていただいたのですが、最後に見た先生の写真より（お痩せになっていた頃）、ふっくらされているイメージというのが第一印象。

言ってしまうとお元気な頃の先生のように見える。

そして、迎えられている人たちの視線が不自然な印象です。

視線が人によって角度が高いようにも見えます。

それと車のフロント部分下の影…

何であんなに青っぽいのでしょうか。

周りは黒っぽいのに。

(※右前輪と影の境界線が切り張りのようにも見える)

ホントに画像解析したいくらいですね。

1.3.5 記事2

2018年8月27日6時24分54秒にP2から投稿されたもので、内容は以下のとおりである。

この投稿を見て一瞬浮かんだ御書

『皆人のこの経を信じ始むる時は信心有る様に見え候が・中程は信心もよはく僧をも恭敬せず供養をもなさず・自慢して悪見をなす、これ恐るべし恐るべし』

あかり氏は本部の敵と言った。

本部とはF会長執行部現本部と存じますが、間違い無いですね。

仏子、婦人部Gさんを査問の上除名処分した。

しかも、査問委員長Hは富士宮時代に金銭問題を起こし、追い出された人物。

現創価学会本部に正義や如何。

師匠C先生を貶め辞任に追いやった空家、原っぱ

C先生の心中如何ばかりか、随筆 桜の城 とくにご覧ぜよ。

1.3.6 記事3

2018年11月25日23時45分22秒にP3から投稿されたもので、内容は以下のとおりである。

J会長、明日の同時放映の会場にどこでもいいから行ってみてほしい。

あなたが「裸の王様」であることが良くわかるだろう。

11月18日の同時放映が23日から始まった。

会場には200人程度いたが、Jへのスピーチへの拍手はわずか一人だけ。

拍手のないスピーチでも給料1億2千万円。

厚顔無恥な裸の王様、学会仏・J会長!!

幹部が必死に拍手していたが、誰も続かない。

その前にSGIインドのK男子部長の体験発表のスピーチがあった。

吹き替え無しの英語で画面下に字幕があったのに、会場が大拍手だった、甲記念講堂ではみんながJにヤラセ拍手をしてくれたが、会員の正直な感想はこんなものだ。

誰もあなたのスピーチに、期待も拍手もしてない。

あなたにL先生・M先生への思いが1ミリでも残っているなら、これから選挙に関係なく毎月幹部会やって、候補者にスピーチさせろ。

そして会員に直接投票させて、時期(原文ママ)会長を決めさせていただきたい。

1.4 争点

1.4.1 〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ〕

裁判所は、Y1、Y2に共通の争点を、①写真1、写真2の著作権者とし、さらにY1との関係では、②依拠性の有無、③適法引用の成否、Y2との関係では、④発信者情報開示を受けるべき正当な理由の有無を争点とした。

1.4.2 〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅴ〕

裁判所は、①写真3の著作物性、②写真3の著作権者、③適法引用の成否、④発信者情報開示を受けるべき正当な理由の有無を争点とした。

2 判旨

共に請求認容。

2.1 〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ〕

2.1.1 写真1、写真2の著作権者（Y1、Y2）

「Xの聖教新聞社（Xの機関紙等の出版等の収益事業を行う部門）の職員であったA及びDが、Xの業務として本件各写真を撮影したこと、写真1は、聖教新聞社が平成30年8月22日付けで発行した聖教新聞に、写真2は、同社が同年9月1日付（原文ママ）で発行したグラフSGI9月号38頁に、それぞれX名義で公表されたこと、Xの就業規則には『職員が職務上の行為として著作した著作物の著作権は、法人に帰属する。』と規定されていることが認められる。

そうすると、本件各写真は、Xの発意に基づきXの業務に従事する者が職務上作成する著作物であり、Xが自己の著作の名義の下に公表するものであって、Xの就業規則に別段の定めもないから、Xが著作権者としてその著作権を有すると認めるのが相当である（著作権法15条1項）。」

2.1.2 依拠性の有無（Y1）

「写真1は、平成30年8月22日付け聖教新聞に掲載されたこと、同月23日に投稿された甲1の1記事（評者註：記事1に先立って掲載された記事

と思われる。以下同じ。)には、『昨日の写真がどうも臭いと思っていたら…』との記載があること、甲1の1記事に掲載された写真と写真1は実質的に同一のものであることが認められ、これらの各事実からは、甲1の1記事の投稿者は、写真1に依拠して甲1の1記事に写真1と実質的に同一な写真を掲載したものと認めるのが相当である。」

「そうすると、P1が甲1の1記事の写真に依拠して記事1を投稿したというY1の主張を前提としても、それは、甲1の1記事を通して写真1に依拠したものであることができる。」

2.1.3 適法引用の成否(Y1)

「他人の著作物を引用した利用が許されるためには、その方法や態様が、報道、批評、研究等の引用目的との関係で、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と解される。」

「記事1は、匿名による投稿が可能なインターネット上の掲示板サイトに、十数行にわたり、車に乗っている人物を迎える人々の視線の高さが不自然であることや、写真の一部が切り貼りされたもののようにも見えるなどということを指摘する内容の文章が記載され、その最下部に、写真1を掲載したものである。このような記載内容からすると、記事1が写真1を掲載した目的は、写真1を上記のような観点で批評することにあるものと認められる。

しかし、記事1における写真1の大きさは、独立して鑑賞の対象となり得る程度の大きさであり、写真1を批評するとしても、写真1そのものを引用する必要性が高いとは必ずしもいうことができない上、批評の対象である写真1の出所も表示されていないこと考慮すると、記事1における引用の方法及び態様が、引用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ると認めることはできない。また、写真1を引用して利用することが公正な慣行に合致すると認めるに足る事情も存在しない。」

2.1.4 発信者情報開示を受けるべき正当な理由の有無(Y2)

「P2が記事2に写真2を掲載したことにより、Xの著作権(送信可能化権)が侵害されたことが明らかであるから、Xは、P2に対して著作権(送

信可能化権) 侵害を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求権等を有し、その権利を行使するためには、本件発信者情報の開示が必要である。」

「記事2の投稿に際しP2に対してインターネット接続サービスを提供したY2は、プロバイダ責任制限法4条1項の『開示関係役務提供者』に当たり、弁論の全趣旨により、Y2は本件発信者情報を保有しているものと認められる。」

「Y2は、開示すべき発信者情報に関し、電子メールアドレスの開示を受ける必要はないと主張するが、プロバイダ責任制限法4条1項に係る総務省令においては、電子メールアドレスも侵害情報の発信者の特定に資する情報として規定されている上、転居などの事情によってP2の実際の住所が、Y2がP2の住所として保有しているものと異なる可能性もあることに照らすと、電子メールアドレスの開示が不要ということとはできない。」

2.2 〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示V〕

2.2.1 写真3の著作物性

「写真3は世界広布新時代第39回本部幹部会の様子を撮影したものであるところ、講演者とともに、参加者及び会場のおおむね全体が写るように講演者の斜め後方から撮影されており、被写体の選択、構図、カメラアングル等に撮影したIの個性が表れているものと認められる。したがって、写真3は思想又は感情を創作的に表現したものであるとして、その著作物性が肯定できるものというべきである。」

2.2.2 写真3の著作者

「写真3は、Xの発意に基づき、Xの業務に従事する者が職務上作成した著作物であり、Xが自己の著作の名義の下に公表したものと認められる。そして、Xの就業規則に別段の定めもないから、著作権法15条1項に基づき、写真3の著作者はXであるといえる。」

2.2.3 適法引用の成否

「記事3中の写真は写真3の左部及び下部の一部が切り取られているほかは、写真3と同一のものであると認められるところ、Y3は、写真3の引用は投稿者の主張、意見を補足して説明するために必要かつ最小限度で

行われたものであるから、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われたものであるから、著作権法32条1項の『引用』が成立すると主張する。しかし、記事3の投稿内容を見ても、投稿者の主張、意見は判然とせず、Y3が主張するように、投稿者の摘示したい事実がJ会長のスピーチに対して拍手がほとんどないことであったとしても、記事3に掲載された写真はスピーチの一場面を収めたものにすぎず、同写真の性質上、これをもって拍手の多寡を補足して説明するものとはいえないから、写真3を引用する必要性は認められない。したがって、記事3の投稿に当たり写真3を引用したことが、公正な慣行に合致するものであるとか、報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内のものであると認めることはできない。

したがって、本件において、著作権法32条1項の『引用』は成立しない。そして、本件証拠上、他にXの著作権を制限する事由は認められない。」

2.2.4 発信者情報開示を受けるべき正当な理由の有無

「Y3は、記事3の投稿につき、法4条1項の『開示関係役務提供者』に該当し、本件発信者情報を保有していることが認められる。」「記事3の投稿によりXの公衆送信権が侵害されたことは明らかであるから、Xが記事3の投稿者に対する損害賠償請求等を行うために、Y3に対して本件発信者情報の開示を求めることには正当な理由がある。」

3 評釈

3.1 本判決の意義

〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ〕、〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅴ〕（以下両事件を「本件」もしくは「本判決」ということがある）は、共にプロバイダ責任制限法4条1項に基づく発信者情報開示請求において、インターネット上の掲示板で行われた写真の掲載行為に適法引用が成立するかについて具体的な判断を示した裁判例である。また、両判決は、後述するパロディ二要件に触れることなく、著作権法32条1項の文言を掲げ、その具体的な判断において「引用の必要性」に触れている点に特徴がある。

適法引用の成否については、後述する〔パロディ第一次上告審〕以降、裁判例、学説とも、様々な試みがなされている。以下では、これまでの裁判例、学説の蓄積を踏まえ、本判決の当否について検討を行う³。

3.2 著作権法32条1項

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。この規定は、新しい文化活動をなすにあたって、アイディアのみならず、どうしても既存の表現を利用しなければならない場合があり、そのような場合に公表された著作物を著作権者の許諾なく利用することを認めたものであると説明される⁴。

この規定の文言を分解すると、「引用」は、①「公表された著作物」にのみ認められ、②「公正な慣行に合致するもの」で、かつ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なわれるもの」でなければならないこととなる。このように、本規定の特徴は、その要件たる②、③が抽象的な文言で定められ、解釈の余地が大きく認められることにある。以下では、これらの要件につき、裁判例・学説が、いかなる理解を示してきたか整理をする。なお、本稿では、自己に著作権が帰属しない著作物の利用行為を「利用」といい、著作権法32条1項に規定される「引用」を、著作権法上、著作権者の許諾を要しない利用が認められたものとして、「適法引用」という。

³ 適法引用の成否について、裁判例、学説を網羅的かつ詳細に検討したものとして、平澤卓人「判批」知的財産法政策学研究17号187-212頁(2007)、同「判批」知的財産法政策学研究43号287-349頁(2013)がある。本稿は、平澤論文を参考にしながら、その後の裁判例の動向を含めて適法引用の成否について検討を試みたものである(以下、前者を論文①、後者を論文②という)。

⁴ 田村善之『著作権法概説(第2版)』240頁(有斐閣、2006)。

3.3 裁判例の展開⁵

3.3.1 概観

現在に至るまで、適法引用の成否に係る学説、裁判例に大きな影響を与えているのが、[パロディ第一次上告審]⁶である。この判決は、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（以下「明瞭区別性」という）、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（以下「主従関係」という）の二つの要件（以下「パロディ二要件」という）を示した（以下パロディ二要件によって適法引用の成否を判断する枠組みを「パロディ二要件型」ということがある）⁷。

[パロディ第一次上告審]以降、裁判例はパロディ二要件型により適法引用の成否を判断するものが多くみられた（以下後述する[絶対音感一審]までを「第一期」という）。

しかし、パロディ二要件型の判断枠組みに対しては、特に主従関係要件について、後述する飯村論文⁸、上野論文⁹が批判を展開した。さらにその

⁵ 平成19年頃までの裁判例、学説の動向については、平澤・前掲註3）論文①187-212頁が詳細な検討を行っている。本稿では、平澤論文①を参考にしながら、時系列による裁判例の整理を試みた。

⁶ 最判昭和55年3月28日民集34巻3号244頁。

⁷ なお、同判決は、「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でする引用は許されない」と判示して、著作者人格権を侵害しないことを適法引用の要件としている。しかし、著作者と著作権者が別の場合に、著作者の人格的利益のみが問題となる著作者人格権の侵害によって適法引用が成立しないとすれば、著作者のほか、著作権者の許諾も得なければならないこととなり、妥当を欠くとして、学説からはこの要件について批判が強く、裁判例もこの後に著作者人格権の侵害を理由に適法引用の成立を否定したものはない。学説について、田村善之「判批」斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選（第2版）』141頁（1994）。

⁸ 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91-96頁（2000）。

⁹ 上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」半田正夫古稀『著作権法と民法の現代的課題』310-332頁（法学書院、2003）。

後、飯村敏明裁判長による〔絶対音感一審〕¹⁰が、パロディ二要件型とは異なる判断枠組み（以下パロディ二要件によらずに適法引用の成否を判断する枠組みを「総合考慮型」ということがある）を用いて適法引用該当性の判断を行ったことを皮切りに、裁判例の中には、総合考慮による判断を明示し、もしくは著作権法32条1項の文言を示して適法引用の成否を判断するものがみられるようになった。また、パロディ二要件を用いつつも、それに加えて従来挙げられていなかった要件を付加するものや、形式的にはパロディ二要件を示しながら、具体的判断においてパロディ二要件に依拠しないものも現れた。そして、〔絵画鑑定証書控訴審〕¹¹において、総合考慮型の判断枠組みを用いて適法引用の成立を肯定する判断がなされるに至った（以下ここまでを「第二期」という）。

〔絵画鑑定証書控訴審〕以降、裁判例にはパロディ二要件を明示的に採用するものはなく、総合考慮型の判断枠組みにより適法引用の成否を判断している（以下「第三期」という）。また、第三期では、発信者情報開示請求訴訟において、開示関係役務提供者であるプロバイダ側から適法引用の主張がなされる裁判例が多くみられる。

3.3.2 第一期

〔パロディ第一次上告審〕以降、第一期に存在する裁判例のほとんどが、適法引用該当性の判断においてパロディ二要件を示している¹²。前述のよ

¹⁰ 東京地判平成13年6月13日判時1757号138頁。

¹¹ 知財高判平成22年10月13日判時2092号136頁。

¹² 裁判例全体からは少数ではあるが、パロディ二要件を示すことなく適法引用該当性を判断したものも存在する。著作物が独立した一箇の資料として収録されており、「引用」の範囲内に入るものではないとされた東京地判昭和57年3月8日無体裁集14巻1号97頁〔「将門記」訓読文〕、学会発表や議事録を無断で利用し論文を作製した事案について、適法引用の成立を認めた京都地判平成2年11月28日無体例集22巻3号797頁〔脳波数理解析論文一審〕、利用部分の特定に関する記載がなされていないとして、公正な慣行に合致するものではないとされた東京地判平成4年9月11日平成3年(ワ)第10022号〔日本家庭教師センター学院パンフレット〕、適法引用該当性を「具体的な事案において、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

うに、〔パロディ第一次上告審〕はあくまで旧著作権法30条1項2号の「節録引用」の解釈を示したにすぎないが、同判決の調査官解説は「現行の著作権法の解釈についてもそのまま参考になる」という見解を示しており¹³、これが後の裁判例に影響を与えたという指摘がなされることが多い¹⁴。

これらの判決は、著作権法32条1項の文言を挙げたうえで、同条の趣旨¹⁵から、パロディ二要件を具体的な判断基準として導いている。しかしながら、その具体的判断においては、明瞭区別性を理由に適法引用の成立を否定した事案はほぼ存在せず¹⁶、適法引用の成否を判断するのに決定的であったのは、専ら主従関係の存否であった。そして、この時期の裁判例は、主従関係の存否を判断するにあたり、様々な考慮要素を用いている¹⁷。

3.3.3 第二期

(1) パロディ二要件型の判断枠組みに対する批判

パロディ二要件型の判断枠組みに対しては、飯村敏明判事(当時)から、以下のような批判がなされた¹⁸。すなわち、①〔パロディ第一次上告審〕の射程は限定的と解される¹⁹、②主従関係要件は現行著作権法の文言との関

る」とした東京高判平成5年12月1日平成4年(ネ)第765号〔「諸君！」反論文掲載控訴審〕。

¹³ 小酒禮「判解」最判解民事篇35巻10号154頁(1989)。

¹⁴ 増田雅史「判批」小泉直樹＝田村善之＝駒田泰士＝上野達弘編『著作権判例百選(第6版)』141頁(2019)、山内貴博「判批」小泉直樹＝田村善之＝駒田泰士＝上野達弘編『著作権判例百選(第5版)』151頁(2016)など。

¹⁵ 例えば、東京高判昭和60年10月17日無体裁集17巻3号462頁〔レオナール・フジタ控訴審〕は、「著作権の保護を全うしつつ、社会の文化的所産としての著作物の公正な利用を可能ならしめようとする」ことが著作権法32条1項の趣旨とする。

¹⁶ 東京地判昭和61年4月28日無体裁集18巻1号112頁〔豊後の石風呂〕、大阪地判平成8年1月31日知的財産例集28巻1号37頁〔エルミア・ド・ホーリィ贋作一審〕では、主従関係に加えて、明瞭区別性も否定された。

¹⁷ 具体的な考慮要素としては、被利用著作物の利用著作物における量的割合、利用の目的、利用の態様等がある。詳細については平澤・前掲註3)論文①188-194頁を参照。本稿では、本判決が言及した考慮要素についてのみ後述する。

¹⁸ 飯村・前掲註8)91-96頁。

¹⁹ 飯村元判事は、〔パロディ第一次上告審〕の射程を限定的に解する根拠として、同

連性に乏しい、③公表された他人の著作物をどの範囲で活用することができるかは、時代と共に変化しきめ細かい判断を要するところ、パロディ二要件では、実質的に主従関係要件のみで適法引用の成否を判断せざるを得ず、様々な行為態様につき柔軟な解決をする基準としては適切性を欠くという批判である。このような批判から、飯村元判事は、パロディ二要件にこだわることなく、著作権法32条1項の文言に従って適法引用の成否を判断すべきとし、特に「引用の目的上正当な範囲」という要件が適法引用該当性の判断において最も重要となること、その判断にあたっては、引用の「目的」「効果」「採録方法」「利用の態様」等の要素が考慮されるべきであることを主張した²⁰。

これに続いて、上野達弘教授は、主従関係要件について飯村論文同様の批判を行った²¹。この中で、上野教授は、「引用の目的上正当な範囲」の判断において、主従関係要件との結びつきが明白になされないまま考慮されてきた、「被引用側のもとの著作物全体における被引用部分の割合」、「引用による利用が被引用著作物の権利者に与える経済的影響ないし効果」、「引用の目的」をより直接的に考慮すべきであると主張した²²。

(2)〔絵画鑑定証書控訴審〕までの裁判例

飯村元判事が裁判長として関与した〔絶対音感一審〕は、パロディ二要件を用いることなく、①利用書籍の目的、主題、構成、性質、②複製された被利用著作物の翻訳部分の内容、性質、位置づけ、③利用の態様、被利用著作物翻訳部分の利用した書籍に占める分量等を総合的に考慮して、適法引用の成立を否定した。その後も、同じく飯村元判事が裁判長を務めた

判決が旧著作権法の判断事例であることや、同判決が適法引用の抗弁を否定しており、特殊な利用態様についての判断であること、著作権侵害についての判示は傍論であることを指摘している。飯村・前掲註8)93頁。

²⁰ 飯村・前掲註8)95-96頁。

²¹ 上野・前掲註9)310-332頁。

²² 上野・前掲註9)327-329頁。平澤・前掲註3)論文①195頁註14は、飯村論文が採録方法や掲載の態様といった点を考慮に入れるのに対して、上野論文はそのような考慮をせず、著作権者に与える経済的不利益の大きさといった要素を重視していることを指摘している。

〔創価学会写真ビラー審〕²³は、①「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」であること、②「引用して利用することが公正な慣行に合致すること」という要件を一般論として展開し、〔創価学会写真ビラ控訴審〕²⁴もこの判断を維持した。

このように、飯村元判事の関与もあり、総合考慮型の判断枠組みを示す裁判例が登場した一方で、第二期の裁判例の主流は未だパロディ二要件型の判断枠組みによるものであった²⁵。ただ、飯村元判事が関与していない事案においても、従来のパロディ二要件型とは異なる判断を示すものが複数みられる。〔創価学会写真ウェブ掲載〕²⁶（設楽隆一裁判長）では、パロディ二要件に加えて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はなり得ない程度に縮小してこれを表示」することが適法引用の要件として示された。また、〔XO 醬男と杏仁女一審〕²⁷（高部眞規子裁判長）は、パロディ二要件を一般論として示しながら、あてはめでは、被利用著作物を利用する必然性を欠くことに触れ、「引用が公正な慣行に合致」しないこと、「引用の目的上正当な範囲内で行われたもの」といえないことを理由に、適法引用の成立を否定した²⁸。

²³ 東京地判平成15年2月26日平成13年(ワ)第12339号。

²⁴ 東京高判平成16年11月29日平成15年(ネ)第1464号。

²⁵ 東京地判平成13年12月25日平成12年(ワ)第17019号〔教科書準拠教材Ⅰ〕、東京地判平成14年12月13日平成12年(ワ)第17019号〔教科書準拠教材Ⅱ〕、東京地判平成15年3月28日平成11年(ワ)第5265号〔教科書準拠教材Ⅳ〕、東京地判平成16年3月11日判時1861号98頁〔2ちゃんねるの一審〕、東京地判平成16年5月28日判時1869号79頁〔教科書準拠教材Ⅴ〕、東京地判平成21年11月26日平成20年(ワ)第31480号〔ウエストオークションズ〕、東京地判平成22年1月27日平成20年(ワ)第32148号〔月間ネット販売〕、東京地判平成22年5月28日平成21年(ワ)第12854号〔がん闘病マニュアル〕。

²⁶ 東京地判平成19年4月12日平成18年(ワ)第15024号。

²⁷ 東京地判平成16年5月31日判時1936号140頁。

²⁸ この控訴審にあたる東京高判平成16年12月9日平成16年(ネ)第3656号〔XO 醬男

(3)〔絵画鑑定証書控訴審〕の登場

以上のような裁判例の動向の中で、〔絵画鑑定証書控訴審〕は総合考慮型の判断枠組みを用いて適法引用の成立を肯定した。同判決は、適法引用の要件として①引用して利用する方法や態様が公正な慣行に合致したものであること、②引用の目的との関係で正当な範囲内であること、という条文上の文言を示し、②については、社会通念に照らして合理的な範囲内のものであることを要し、「著作物等の文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り、もって文化の発展に寄与すること」という著作権法の目的を念頭に置くと、「引用としての利用に当たるか否かの判断においては、他人の著作物を利用する側の利用の目的のほか、その方法や態様、利用される著作物の種類や性質、当該著作物の著作権者に及ぼす影響の有無・程度などが総合考慮されなければならない」とした。

3.3.4 第三期

〔絵画鑑定証書控訴審〕以降、現在に至るまでの裁判例には、これまでみられなかった二つの特徴がある。第一に、適法引用の主張がなされる訴訟類型として、発信者情報開示請求訴訟が大きく増加している点である。発信者情報開示請求訴訟において適法引用の主張がなされた裁判例は、〔絵画鑑定証書控訴審〕以前には1件しか確認されなかった一方で²⁹、同判決以後、現在に至るまででは12件が確認された。これは今回確認された第三期の全26件の裁判例の約半分に当たる。

第二に、裁判例において、明示的にパロディ二要件型の判断枠組みを採用するものがなくなった点である。〔絵画鑑定証書控訴審〕以降、裁判例は、著作権法32条1項の文言を明示するだけのもの³⁰、文言を示したうえ

と杏仁女控訴審〕は、判断枠組みに関する一般論を説示はしなかったものの、当該事案において利用する必然性を認めることはできないこと、また利用する必要性があったとしても、必要最小限度の利用といえる程度のものとは認められないことを理由に、適法引用の成立を否定している。

²⁹ 平澤・前掲註3)論文②308頁において、東京地判平成19年10月29日平成19年(ワ)第1226号〔ジュース販売サイト発信者情報開示〕が紹介されている。

³⁰ 東京地判平成23年2月9日平成21年(ワ)第25767号・第36771号〔都議会議員写真

で、「引用の目的上正当な範囲」の要件を、「社会通念に照らして合理的な範囲内のものであること」と解するもの³¹、または明示的に総合考慮を行うことを示すもの³²に分類することができる³³。さらに、その多くが、あてはめにおいて利用の必要性について触れたうえで、適法引用該当性を否定している。

ビラ)、東京地判平成26年1月27日平成25年(ワ)第18124号[やっぱりハッピーでえ～発信者情報開示]、東京地判平成27年4月27日平成26年(ワ)第26974号[創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅰ]、東京地判平成27年11月30日平成27年(ワ)第18859号[創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅱ]、東京地判平成28年1月18日平成27年(ワ)第21642号[創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅲ]、大阪地判平成29年3月21日平成28年(ワ)第7393号[アクシスウォーマー]、東京地判平成29年7月20日平成28年(ワ)第37610号[ギャルハメウィークエンド発信者情報開示]、東京地判平成30年1月30日平成29年(ワ)第37117号[世界中に愛をワールドメイト発信者情報開示]、東京地判令和元年6月26日平成31年(ワ)第1955号[横浜ベイブリッジ写真掲載発信者情報開示]、東京地判令和元年7月17日平成31年(ワ)第99号[比較競艇.net 発信者情報開示]。条文を示しながら、明示的に「引用であること」を要件として挙げたものとして、東京地判平成30年6月19日平成28年(ワ)第32742号[一竹辻が花]。著作権法32条1項類推適用の可否について述べたものとして大阪地判平成29年1月12日平成27年(ワ)第718号[柴田是真]。

³¹ 東京地判平成24年9月28日平成23年(ワ)第9722号[霊言]、東京地判平成25年12月20日平成24年(ワ)第268号[毎日オークション一審]、大阪地判平成27年9月24日平成25年(ワ)第1074号[ピクトグラム]、知財高判平成28年6月22日判時2318号81頁[毎日オークション控訴審]、東京地判平成29年6月9日平成29年(ワ)第4222号[ホストラブ発信者情報開示]。

³² 大阪地判平成25年7月16日平成24年(ワ)第10890号[新おかやま国際化推進プラン]、東京地判平成26年5月30日平成22年(ワ)第27449号[絵画鑑定証書Ⅱ]、東京地判平成28年1月29日平成27年(ワ)第21233号[「風水」ウェブ掲載発信者情報開示]、東京地判平成30年2月21日平成28年(ワ)第37339号[沖縄うりずんの雨一審]。

³³ 上記の分類のほかに、利用態様が公正な慣行に合致しないことを理由に適法引用の成立を否定した知財高判平成30年8月23日平成30年(ネ)第10023号[沖縄うりずんの雨控訴審]、利用された著作物が未公表著作物であるとして適法引用の成立を否定した東京地判平成30年12月11日判時2426号57頁[ASKA]がある。

3.3.5 本判決の位置づけ

本判決は、発信者情報開示請求訴訟において、プロバイダ責任制限法4条1項の「開示関係役務提供者」に該当する被告プロバイダ側から、適法引用の主張がなされたものであり、第三期に急増した発信者情報開示請求訴訟において適法引用の主張がなされた裁判例の一群に属する。また、後述するように、本判決は、総合考慮型の判断枠組みを用いており、かつ、利用の必要性に言及している。これらはいずれも、第三期の裁判例に典型的にみられる特徴であることから、本判決は、第三期の典型的な裁判例の一つとして位置づけることができる。

3.4 本判決の検討

3.4.1 判断枠組み

(1) 本判決

〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ〕は、適法引用の成立要件について、「他人の著作物を引用した利用が許されるためには、その方法や態様が、報道、批評、研究等の引用目的との関係で、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と解される」としている。また、〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅴ〕は、一般的な判断基準を明示せず、結論として「公正な慣行に合致」しないこと、「報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内」のものではないことを認定して、適法引用の成立を否定している。

これらの判示から、本判決は、共に総合考慮型の判断枠組みを用いていと解される。

(2) 裁判例

裁判例が、第一期、第二期、第三期と変遷してきたことは、前述したとおりである。

(3) 私見

学説³⁴では、現在においても、適法引用の判断枠組みとしてパロディ二要件型を維持した理解を示すものが多い³⁵。他方で、前述した飯村論文、上野論文以外にも、パロディ二要件によらない判断枠組みを示すものも複数みられる³⁶。もっとも、両者の理解は必ずしも大きく乖離しているわけではないように思われる。すなわち、パロディ二要件型の判断枠組みを唱える学説が主従関係要件において考慮する要素は、総合考慮型の判断枠組みを主張する論者の唱える考慮要素と大きく重なっている³⁷。このように、異なる判断枠組みを用いたとしても、考慮すべき要素が重なるのであれば、判断枠組みの相違は適法引用の成否に決定的な影響を与えるわけではないだろう³⁸。このような理解からは、適法引用の成否を検討するうえで重要となるのは、判断枠組みの選択ではなく、いかなる考慮要素が適法引用の成否にどのような影響を与えているかを明らかにすることである。以下では、本判決が述べた考慮要素を取り上げ、本判決の結論にどのような影響を与えているか分析し、その当否について検討を行う。

3.4.2 利用の目的

(1) 本判決

〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ〕は、写真1の掲載態様が、「十数行にわたり、車に乗っている人物を迎える人々の視線の高さが不自然で

³⁴ 学説の整理として、山内貴博「引用」ジュリスト1449号75頁(2013)。

³⁵ 小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール』618頁〔金井重彦・小倉秀夫〕(レクシスネクシス・ジャパン、2013)、斉藤博『著作権法(第3版)』241頁(有斐閣、2007)、三山裕三『著作権法詳説―判例で読む14章(第10版)』360-361頁(勁草書房、2016)。

³⁶ 田村・前掲註4)242-247頁、山内・前掲註14)151頁、高部真規子『実務詳説著作権訴訟』235頁(きんざい、2012)。

³⁷ 三山・前掲註35)361頁は、主従関係要件の考慮要素として、総合考慮型の判断枠組みを採用した前掲註10)〔絶対音感一審〕のファクターが参考になるとする。

³⁸ もっとも、後述するように、批評・研究等を目的としない利用について適法引用の成否が問題となる局面においては、判断基準の相違が結論に決定的な影響を与え得る。

あることや、写真の一部が切り貼りされたもののようにも見えるなどということ指摘する内容の文章が記載され、その最下部に、「写真1を掲載した」ものであったことを挙げて、写真1をそのような観点から批評することが掲載目的であったとする。また、〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示V〕は、投稿者の主張、意見を補足して説明することを掲載目的と主張したY3に対して、投稿者の主張、意見は判然としないとしたうえで、「Y3が主張するように、投稿者の摘示したい事実がJ会長のスピーチに対して拍手がほとんどないことであったとしても」という形で、Y3主張の目的に言及しているが、利用目的を具体的に認定してはいない。

(2) 裁判例

(ア) パロディ二要件型

第一期初期の裁判例でパロディ二要件型の判断枠組みを用いた〔レオナルド・フジタ控訴審〕は、主従関係の判断について、「主従関係は、両著作物の関係を、引用の目的、両著作物のそれぞれの性質、内容及び分量並びに被引用著作物の採録の方法、態様などの諸点に亘って確定した事実関係に基づき、かつ、当該著作物が想定する読者の一般的観念に照らし、引用著作物が全体の中で主体性を保持し、被引用著作物が引用著作物の内容を補足説明し、あるいはその例証、参考資料を提供するなど引用著作物に対し付従的な性質を有しているにすぎないと認められるかどうかを判断して決すべき」と判示しており、「引用の目的」が主従関係の存否を判断するにあたって考慮されることを明らかにしている。また、このほかにも、多くの裁判例が、利用の目的を考慮している。

(イ) 総合考慮型

利用の目的を考慮する傾向は、総合考慮型の判断枠組みを用いた裁判例においても認められる。この中でも、〔絵画鑑定証書控訴審〕は、利用の目的について特徴的な判示を行っている。この事案は、絵画鑑定業を営んでいた被告が、鑑定をした絵画の鑑定証書の裏面に、絵画の14%、もしくは24%でカラーコピーされた複製を添付し、パウチラミネート加工を施していたというものであった。知財高裁は、当該事案の利用目的を、「本件各鑑定証書は、そこに本件各コピーが添付されている本件各絵画が真作で

あることを証する鑑定書であって、本件各鑑定証書に本件各コピーを添付したのは、その鑑定対象である絵画を特定し、かつ、当該鑑定証書の偽造を防ぐためであるところ、そのためには、一般的にみても、鑑定対象である絵画のカラーコピーを添付することが確実であって、添付の必要性・有用性も認められることに加え、著作物の鑑定業務が適正に行われることは、贋作の存在を排除し、著作物の価値を高め、著作権者等の権利の保護を図ることにもつながるものであることなどを併せ考慮すると、著作物の鑑定のために当該著作物の複製を利用することは、著作権法の規定する引用の目的に含まれるといわなければならない」と述べて、結論としても適法引用の成立を認めた。また、総合考慮型の判断枠組みを用いた裁判例の中には、具体的な目的を認定することなく、被告主張の目的を利用の目的と仮定したうえで、適法引用の成否を判断するものがあることも注目される³⁹。

(3) 私見

(ア) 裁判例の傾向

以上のように、裁判例は、適法引用の判断において利用の目的を考慮要素としてきた。判断枠組みの違いは、利用の目的を考慮要素とする点では、裁判例の判断に影響を与えていない。しかし、利用の目的の考慮要素としての位置づけには、判断枠組みによって相違があるように思われる。以下で詳述するが、パロディ二要件型の判断枠組みを用いた裁判例は、適法引用の成否を決する決定的な要素として利用の目的を考慮していたと解されるのに対し、総合考慮型の判断枠組みを用いた裁判例では、そのような傾向とは異なる考慮をしていると解されるのである。

パロディ二要件型の判断枠組みを用いた裁判例において、適法引用の成立を肯定したものは、それぞれ、新たな創作活動に向けられた利用とも評価し得る目的が認められる事案であった⁴⁰。具体的には、血液型と性格が相関するという被告の主張がなされた書籍において、被告の仮説を立てる前提として、そのような考え方が学界で強く否定されている背景である歴史的事情を述べる目的から、著作物を利用した「小さな悪魔の背中の窪

³⁹ 前掲註30)〔ギャルハメウィークエンド発信者情報開示〕。

⁴⁰ 平澤・前掲註3)論文①190頁。

み]⁴¹、自らをサイエンスエンターテナーと称する原告が、科学的なアプローチにより科学的に未解明の様々な分野について提唱している仮説を、被告が科学的論理的に検証、批評するため、被告書籍において原告の著作物を利用した〔飛鳥昭雄の大真実〕⁴²、時事社会問題を扱った原告の漫画を批評する被告書籍において、論説の対象を明示し、その例証、資料を提示するなどして、論説の理解を助けるため、原告の漫画のカットが採録された〔脱ゴーマニズム宣言一審〕⁴³、〔同控訴審〕⁴⁴がある⁴⁵。

一方で、著作物の利用目的が被利用著作物そのものの紹介にあると認められる場合、裁判例は適法引用の成立を否定している。例えば、有名なスポーツ選手である原告の半生を描いた被告書籍において、原告が中学校在学当時に創作した詩の全文が掲載された事案において、詩を紹介すること自体に目的があったとされた〔中田英寿一審〕⁴⁶では、適法引用の成立が否定されている⁴⁷。

このように、パロディ二要件型の判断枠組みを用いた裁判例において、

⁴¹ 東京地判平成10年10月30日判時1674号132頁。

⁴² 水戸地裁龍ヶ崎支部判平成11年5月17日判タ1031号235頁。

⁴³ 東京地判平成11年8月31日判時1702号145頁。

⁴⁴ 東京高判平成12年4月25日判時1724号124頁。

⁴⁵ 第二期の裁判例であるが、通販業界の動向、仕組みを解説する被告書籍において、インターネット通販を実施している事業者の実績を示すために、原告が著作権を有する図表を利用した前掲註25)〔月間ネット販売〕も、その目的がインターネット通販を実施している事業者が多額の売上高を計上していることを視覚的にわかりやすく伝えることにあったとし、適法引用の成立を肯定した(ただし、同判決では利用された図の著作物性が否定されており、適法引用についての判示は傍論である)。

⁴⁶ 東京地判平成12年2月29日判時1715号76頁。

⁴⁷ このほかに、教科書に準拠した教材や国語テストに教科書中の著作物が無断で利用された事案において、教材、テストの目的は複製された被引用著作物に表現された思想、感情等の理解を問うものにほかならず、各著作物の創作性を度外視しては教材の存立を維持することはあり得ないとされた一連の教科書準拠教材の裁判例、展覧会の開催を宣伝する広告記事において、展覧会に出展される絵画の複製に抽象的なコメントを付して掲載した事案につき、絵画を紙面に複製して紹介することを目的としたものと判断された東京地判平成10年2月20日知的財産例集30巻1号33頁〔バーンズ・コレクション〕などが挙げられる。

適法引用の成立が肯定されたものは、新たな創作活動に向けられた利用目的であり、さらにいえば、「報道、批評、研究」という、著作権法32条1項に例示された目的に該当し得る利用目的が認められた事例に限られている。そして、目的に着目することで整合的に整理をすることができる裁判例の傾向からは、利用の目的がパロディ二要件型の判断枠組みにおいて決定的な考慮要素であったと解することができる。

これに対して、総合考慮型の判断枠組みを用いた裁判例では、以下の二点から、パロディ二要件型の判断枠組みを用いた裁判例とは異なる形で利用の目的を考慮している場合があると考えられる。

第一に、総合考慮型の判断枠組みから適法引用の成立を肯定した〔絵画鑑定証書控訴審〕は、絵画のカラーコピーが、「その鑑定対象である絵画を特定し、かつ、当該鑑定証書の偽造を防ぐ」ことを目的に用いられた事案であった。このような目的は、批評・研究等の目的に該当するとは評価し難い。したがって、前述したパロディ二要件型の判断枠組みでは、適法引用の成立が否定されるはずであるが、同判決は適法引用の成立を認めている。ここからは、総合考慮型の判断枠組みがパロディ二要件型の判断枠組みとは異なる考慮により適法引用の成否を判断していると解することができる⁴⁸。

第二に、具体的な目的を認定することなく、被告主張の目的を利用目的と仮定する裁判例の存在を指摘することができる。利用の目的を決定的な考慮要素とするパロディ二要件型の判断枠組みにおいては、利用の目的を認定することが適法引用の成否を判断するうえで重要となる。これに対して、特定の目的を認定することなく、被告が主張する目的を利用目的と仮

⁴⁸ しかし、〔絵画鑑定証書控訴審〕の後、総合考慮型の判断枠組みを用いた裁判例には、批評・研究等以外の目的による利用が問題となった事案がいくつか存在するが、いずれも適法引用の成立は否定されている。具体例として、被告主催のオークションにおいて、出品される作品を明らかにする目的で作成されたカタログに、作品の写真が無許諾で掲載した前掲註31)〔毎日オークション一審〕、前掲註31)〔同控訴審〕、独自の染色技術を用いた創作著作作品の写真を、作品を収蔵していた被告美術館が作成者に無断で小冊子や、パンフレット、割引券、チラシ、フェイスブックに添付等した前掲註30)〔一竹辻が花〕がある。

定する裁判例は、利用の目的から適法引用の成否を直ちに判断しない立場に立つものと理解することができるのである。

以上のように、利用の目的は、裁判例において適法引用の成否を判断する際の考慮要素とされてきたが、判断枠組みによってその考慮要素としての位置づけに相違があったと評価することが可能である。

(イ) 適法引用における利用の目的の範囲

学説には、適法引用の成立範囲を、著作権法32条1項に例示される「報道、批評、研究」や、それに準じる目的によって利用された場合に限るべきとする議論が存在する⁴⁹。

しかしながら、著作権法32条1項は「報道、批評、研究その他の引用の目的」と定めており、批評等の目的は単なる例示にすぎない。したがって、規定の文言からは、適法引用の成立範囲の限定を導くことはできない。

また、実質的にも、適法引用の成立範囲を例示される目的に限定することは妥当ではないと解される。すなわち、適法引用は、「目的上正当な範囲内」の利用について、著作権の行使を制限することで、著作物の利用場面に応じて、著作権者と利用者の利害を適切に調整することが可能な規定であると解されるところ、その成立範囲を例示の目的により限定すれば、本規定により利害調整をすることのできる場面も、自ずと限定的となる。しかし、一般的抽象的な権利制限規定の存在しない現行の著作権法において、個別の利用場面ごとに権利制限規定を立法することでは、技術革新が絶えず生じ、著作物の新たな利用方法が日々開発される現在の状況に適切に対応することは困難である。むしろ、本規定の適用を多様な利用場面に認めたうえで、個別の利用目的との関係で、著作物の利用が「正当な範囲内」と評価することができるか否かにより適法引用の成否を判断することが、著作物の公正な利用を促進し、「文化の発展に寄与する」ものとして、妥当であるように思われる⁵⁰。

⁴⁹ 齊藤・前掲註35)242頁。

⁵⁰ 上記私見は、田村善之「著作権法に対する司法解釈のあり方—美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に—」法曹時報63巻5号1040-1041頁(2011)、平澤・前掲註3)論文②311頁を参考とした。

(ウ) 判断枠組みとの関係

前述したように、パロディ二要件型の判断枠組みを用いた裁判例は、適法引用の成立範囲を著作権法32条1項例示の目的に限定する傾向にあった。ここからは、パロディ二要件型の判断枠組みが、適法引用の成立範囲を、著作権法32条1項に例示された目的による利用に限定する機能を果たしていたと評価することも可能である。言い換えれば、パロディ二要件は、条文の文言を離れることで、適法引用の成立範囲に規定の文言からは導かれない限定(批評・研究等の目的による利用であること)を課すものであったと評価することも可能だろう⁵¹。

これに対して、総合考慮型の判断枠組みは、規定の文言に立ち返ることで、目的の例示に囚われることなく、適法引用の成立範囲を(適正に)拡張する可能性を有するものであると考えられる。そして、[絵画鑑定証書控訴審]は、そのような可能性が肯定された判決と位置づけることができるだろう⁵²。

(エ) 目的の認定

パロディ二要件型の判断枠組みを用いた裁判例は、利用目的を、利用者の主張のみならず、客観的な観点を考慮して認定してきた。例えば、[中

⁵¹ パロディ二要件が「引用」の定義として示されたとするものとして、茶園成樹『引用』の要件について」コピライト565号13頁(2008)。また、明瞭区別性が適法引用の要件として論理的に導かれると説くものとして、小倉＝金井編・前掲註35)624頁[金井重彦・小倉秀夫]。このような見解から、パロディ二要件型の判断枠組みによる適法引用の成立範囲の限定は、「引用」の一般的な意味、定義によるところが大きいと推測される。

しかし、本文で述べたように、著作権法32条1項は、目的を例示の形で規定しているのであって、「引用」の語義に解釈論が拘束される必要はないと思われる。飯村・前掲註8)94-95頁では、「引用」を「他人の作品を引っぱってくるとか、取り込みとか、そのまま再製するというようなこと」であって、「外形的には、『複製』行為と同じ行為を指す用語」とされており、評者も同様の理解に立つものである。

⁵² これに対し、同判決について、目的の範囲を拡張した点を批判するものとして、作花文雄『「引用」概念による構成利用と法制度上の課題—『美術鑑定証書』事件における引用要件の混迷—』コピライト605号34-52頁(2011)がある。

田英寿一審]では、掲載された詩の下部に「中学の文集で中田が書いた詩。強い信念を感じさせる」とのコメントが付されており、被告側が原告の人柄を描くために利用したと主張したが、裁判所は当該コメント以外空白となっていること、被告書籍の他の部分で本件詩に言及したことが一切ないことを理由に、利用目的を当該詩の紹介であつたと認定している⁵³。

適法引用は、著作物の公正な利用を促進するため、著作権者の権利を制限する規定であるから、その成否を判断するにあたっては、当事者の主観的な目的ではなく、客観的に認定される利用目的を判断の基礎とすべきであり、裁判例の傾向は妥当である。

そして、このような傾向は、総合考慮型の裁判例の多くにおいても同様に認められる⁵⁴。その一方で、一部の裁判例は、具体的な目的を認定せずに、利用の目的を被告主張の目的と仮定したうえで判断を行っていることが注目されるが、これは、総合考慮型の判断枠組みが、後述する利用の必要性の有無によって適法引用の成否を判断していることと関係すると思われる。すなわち、利用の必要性は、その利用目的との関係ではじめて明らかとなるものであるから、裁判所は、利用の必要性について判断するために、何らかの目的を前提としなければならない。そこで裁判所は、被告が主張した利用目的を前提に、利用の必要性の有無について判断をしているのである⁵⁵。

⁵³ そのほか、漫画に関する対談記事が2ちゃんねる上に掲載された前掲註25)〔2ちゃんねる一審〕は、被告側が当該対談記事の批評を利用目的として主張したのに対して、各対談記事がほぼそのまま掲載されていることや、掲載に際して「ファンブックの対談とかうぶしてほしいという人が多ければうぶしますよ～。やめてほしいという人が多ければしませんので……」、「う p きぼん」などの書き込みがなされていたことを挙げて、対談記事の閲覧それ自体を利用目的として認定している。

⁵⁴ 風水に関するブログ上で公開されていた記事を、氏名不詳者がインターネット上の掲示板に掲載したことについて、発信者情報開示請求がなされた前掲註32)〔「風水」ウェブ掲載発信者情報開示〕では、被告プロバイダは「風水」や「五術」について議論することが掲載目的であつたと主張したが、氏名不詳者が原告の記事を「自然科学」から「妖怪学」、「学術発表」を「詐欺発表」などと改変していたことから、掲載目的は原告の記事の内容を批判もしくは揶揄することにあつたと認定された。

⁵⁵ もっとも、仮定的な目的から導かれる利用の必要性は、目的と同様仮定的なもの

(4) 検討

本判決は、いずれも総合考慮型の判断枠組みを採用している。したがって、利用の目的は、適法引用の成否を判断するにあたって決定的な考慮要素とはならない。この一方で、総合考慮型の判断枠組みにおいては、後述する利用の必要性を判断する前提として、利用の目的が特定される必要があり、そのために本判決は利用の目的について言及をしているものと解される。

〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ〕において、P1は、写真1について、被写体の姿に対する違和感や、車に乗っている人物を迎える人々の視線の高さが不自然であること、被写体である車の影部分の違和感を挙げて、写真の一部が切り貼りされたもののようにも見えるという見解を主張している。このような写真1に対する詳細な指摘が認められる以上、前述した〔中田英寿一審〕や、〔2ちゃんねる一審〕とは異なり、本件では写真1の構図や、写真の構成を批評することが利用目的であったと解されるから、批評目的を認定した裁判所の判断は妥当である。

また、〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅴ〕において、P3による写真3の掲載目的は客観的に明らかとはいえない。しかし、本判決は、写真3の利用の必要性を判断するため、「写真3は、Xの集会で、J会長のスピーチに対して拍手がほとんどないという記事3における投稿者の主張、意見を補足して説明することを目的として掲載された」というY3主張の目的を利用目的と仮定したものと考えられ、その限りにおいて、裁判所の判断は妥当であると解される。

3.4.3 利用の態様（鑑賞性・著作物の利用された割合）

(1) 本判決

〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ〕は、写真1の大きさが「独立

にすぎない。後述するように、本稿は利用の必要性を適法引用の成否において中核的な考慮要素と解している。このような理解からは、仮定的に判断された利用の必要性が、適法引用の成立を認めるに足るとは解し難い。したがって、被告主張の目的を仮定したうえで利用の必要性について判断がなされるのは、適法引用の成立が否定される場合に限られることとなろう。

して鑑賞の対象となり得る程度の大きさ」であることを考慮して、適法引用の成立を否定している。

(2) 裁判例

近代日本の美術史についての美術全集において、著作権者の許諾を得ることなく絵画の複製物を掲載した〔レオナール・フジター審〕⁵⁶、〔同控訴審〕は、利用された絵画の複製物に「鑑賞性」があることを考慮して、適法引用の成立を否定している。また、〔脱ゴーマニズム宣言控訴審〕では、利用された漫画のカット個々には独立した「鑑賞性」が認められる一方で、当該カットは漫画のごく一部が利用されているにすぎず、「漫画の魅力」を取り込んでいるとは認められないとして、適法引用の成立を肯定している。これらの裁判例からは、利用により著作物の鑑賞性が複製され、もしくは当該著作物の「魅力」が利用部分から感得可能な場合には、適法引用の成立が否定されているようにも解し得る。しかし、絵画が20%程度の大きさにカラーコピーされ鑑定証書に添付された〔絵画鑑定証書控訴審〕は、鑑賞性のある複製が認められる事案であったにもかかわらず、適法引用の成立が肯定されており、裁判例の傾向は、整合的な整理ができないようにも思われる。

(3) 私見

従来の裁判例は、以下のように理解することで、一貫した整理をすることが可能である。すなわち、鑑賞性の有無は、適法引用の成立に直接の影響を及ぼさず、利用目的を認定するための一事情として働いていると理解するのである⁵⁷。

このような理解から裁判例を再度検討すると、〔レオナール・フジター審〕、〔同控訴審〕は、絵画が鑑賞性を有するほどに鮮明に複製されていた事実を捉えて、美術全集に当該絵画について言及した論文があったにもかかわらず、批評目的を否定し、絵画の掲載それ自体を目的として認定したものと理解することができる。これに対して、〔脱ゴーマニズム宣言控訴

⁵⁶ 東京地判昭和59年8月31日無体裁集16巻2号547頁。

⁵⁷ 平澤・前掲註3)論文①200-201頁。

審〕は、57カットという多数のカットを利用してはいるが、各カットは漫画というストーリーの一部を切り抜いたものにすぎず、カット自体が鑑賞性をもって再製されたとしても、カット個々だけではストーリーや全体の構成により生じる「漫画の魅力」は再現されないから、利用目的は当該カットの紹介それ自体ではないと認定されたのである⁵⁸。

しかし、利用により鑑賞性が再製されたからといって、直ちに利用目的が著作物の紹介にあるとされるわけではない。「鑑定対象である絵画を特定し、かつ、当該鑑定証書の偽造を防ぐため」に鑑賞性の認められる絵画の複製物を添付した〔絵画鑑定証書控訴審〕は、まさに当該目的の達成のため、鑑定証書の対象を特定するに足る鮮明な複製物の添付が必要な事案であった。また、絵画や写真を批評する場合においても、その細部を批評するためには当該著作物の鑑賞性を再製することが必要となる場合は十分考えられる。このような事案において、鑑賞性をそなえた利用であることを理由に、直ちにその利用目的が著作物の紹介と認定されるべきではない。

なお、鑑賞性以外にも、著作物の利用態様に関する事情として、著作物の利用された割合、具体的には被利用著作物の全部が利用されているか、もしくは一部しか利用されていないのかという事情も、利用目的を判断するための一事情として用いられていると考えられる。例えば、被利用著作物である詩の全部を用いたことを挙げ、適法引用の成立を否定した〔中田英寿一審〕、〔同控訴審〕⁵⁹がある一方、前述した〔脱ゴーマニズム一審〕、〔同控訴審〕では、各話のごく一部のカットを利用したことを挙げて、適法引用の成立を肯定している。

ただし、既に指摘されているように、著作物の利用された割合が「全部」

⁵⁸ 適法引用は、著作物の利用がなされてはじめて問題となるから、ここでの「鑑賞性」や「魅力」は、著作物の創作性とは異なる意味で用いられていることとなる。その具体的な定義を示すことは困難であるが、例えば絵画について、高解像度のカラーコピーがなされれば「鑑賞性」のある利用、もしくは「魅力」が感得可能な利用との評価がなされやすい一方で、低解像度のカラーコピーや、モノクロコピーでは、そのような評価がなされにくいものと考えられる。

⁵⁹ 東京高判平成12年12月25日判時1743号130頁。

か「一部」かを判断するにあたっては、その比較の対象が必ずしも一義的ではないという問題がある⁶⁰。例えば、前述した〔脱ゴーマニズム一審〕、〔同控訴審〕は、「漫画の魅力」が取り込まれていないことや、各話のごく一部のカットを利用したにすぎないことに言及しており、原告の漫画作品全体を基準に、利用の態様を判断しているものと解される。しかし、同事案は、個々のカットに表現された創作的な表現である絵が鑑賞性をもって再製されたものであり、カットという絵の「魅力」を取り込む利用がなされたとも評価し得る。また、個々のカットに描かれた絵を基準とすれば、その「全部」が利用された事案であるとも評価し得るのである。

これから明らかなように、利用の態様は、著作物の内容、性質によっては複数の評価が可能なものであるところ、このような事情で著作権侵害の有無が左右されることになれば、適法引用の判断は予測可能性を欠くこととなってしまう、妥当ではない。

したがって、鑑賞性や、著作物の利用された割合といった利用の態様は、利用目的を認定するための一事情とはなり得るが、決定的な考慮要素とはなり得ないと解される。

(4) 検討

〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ〕は、鑑賞性について言及する前に、写真1の利用目的が批評目的であると認定している。したがって、本稿の理解による限り、写真1の複製物が鑑賞性をそなえているという指摘は、本来批評目的を否定する方向に働く事情であるから、批評目的が認定された本件との関係では大きな意味を持たないこととなる。しかし、鑑賞性は、なお後述する利用の必要性との関係で述べられている可能性がある。

3.4.4 利用の必要性

(1) 本判決

本判決は、それぞれ、以下のように利用の必要性に言及している。〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ〕は、「写真1を批評するとしても、

⁶⁰ 平澤・前掲註3)論文①192頁註8。

写真1そのものを引用する必要性が高いとは必ずしもいうことができない」と述べ、これを考慮して「記事1における引用の方法及び態様が、引用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ると認めることはできない」と判断している。また、〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示V〕は、「Y3が主張するように、投稿者の摘示したい事実が」会長のスピーチに対して拍手がほとんどないことであったとしても、記事3に掲載された写真3はスピーチの一場面を収めたものにすぎず、同写真の性質上、これをもって拍手の多寡を補足して説明するものとはいえないから、写真3を引用する必要性は認められない」としたうえで、続けて「したがって、記事3の投稿に当たり写真3を引用したことが、公正な慣行に合致するものであるとか、報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内のものであると認めることはできない」と結論付けている。このように、前者では、「目的上正当な範囲内」ではない事情の一つとして、後者では、適法引用の成立を否定する事情として、利用の必要性が高くないこと、もしくは必要性が認められないことが考慮されている。

(2) 裁判例

第一期において、一般論として利用の必要性に言及したのが〔レオナール・フジタ控訴審〕である。同事案では、当事者が「引用に必要性及び必然性があること」を主従関係と「実質的に全く同一」の要件として主張したのに対し、判決では「著作者が著作に当たり、他の著作物の引用を必要とするかどうか、あるいは引用に必然性があるかどうかは、著作物が著作者の自由な精神的活動の所産であることからすれば、多分に著作者の主観を考慮せざるを得ないことになり、これを判断基準として採用することは客観性に欠ける結論に到達する虞れがあり、相当とはいえない」として、利用の必要性を考慮すべきではないという立場を示している。そして、これ以降、利用の必要性について明示的に触れる裁判例はわずかであったが⁶¹、前述のように第三期においてこの傾向は変化し、多くの裁判例が利

⁶¹ 前掲註47)〔バーンズ・コレクション〕は、展覧会の宣伝広告において、若手女優が出品されている作品についての談話を述べていることとの関係で、「内容的にも本件絵画二の複製を引用する必要性は微弱」であるとして、適法引用の成立を否定

用の必要性に言及している。

(3) 私見

(ア) 利用の必要性の意義

著作権法32条1項は、適法引用の要件として、「引用の目的上正当な範囲内で行なわれる」ことを要求する。これまで述べてきたように、同規定は「引用の目的」を例示の目的に限定しておらず、目的との関係で利用が「正当な範囲内」にとどまっているか否かが、当該要件の存否を判断するにあたって決定的となる。そして、適法引用は、公表された著作物について、著作権者の権利を制限し、許諾なき利用を許容する規定であるところ、そのような利害調整が正当化され得るのは、利用目的に照らして、その著作物を利用する必要性が高い場合に限られると解され、その意味で、利用の必要性は、「引用の目的上正当な範囲内」の利用か否かを判断する際の中核的な事情であると解される。この点、学説には、利用の限度として、必要最小限度性を求めるべきとするもの⁶²と、必要最小限度性を厳格に要求するべきではないとするものがある⁶³。論者によって必要最小限度が持つ意味合いが異なるような印象を受けるが、適法引用が著作権者の権利の制限という重大な法的効果を生じさせることに鑑みれば、ここでの必要性とは、利用目的に照らして真にその著作物を利用することが必要であること、言い換えれば当該著作物を利用する以外方法がないという意味での代替不可能性を要求するものであると解すべきである⁶⁴。

している。また、前掲註27) [XO 醬男と杏仁女一審] は、原告が著作権を有する詩の利用目的は、被告制作の小説のある場面における主人公の心情を描写するためであるところ、当該場面において当該心情を描写するために必ずしも本件詩を利用する以外の方法がないわけではないことを述べて、適法引用の成立を否定している。前掲註26) [創価学会写真ウェブ掲載] においても、「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」が適法引用の要件として挙げられている。

⁶² 加戸守行『著作権法逐条講義(6訂新版)』266頁(著作権情報センター、2013)。

⁶³ 作花文雄『詳解著作権法(第5版)』326頁(ぎょうせい、2018)。

⁶⁴ 田村・前掲註4)243頁。ただ、仮にこのように解したとしても、要求される代替不可能性の内容については、論者により見解が異なる可能性があり得る。

(イ) パロディ二要件と利用の必要性の関係

〔レオナール・フジタ控訴審〕が説いた利用の必要性に関する判示は、客観的に判断される必要性を考慮すればよいという批判を受けており⁶⁵、利用の必要性に言及する他の裁判例も、当事者の主観に依拠せず、客観的な必要性の存否を認定している。そのうえで、なぜ第二期までわずかにしかみられなかった利用の必要性に対する言及が、第三期において明らかに増加したのが問題となるが、これは、第三期の裁判例が総合考慮型の判断枠組みを採用していることが原因であると解される。

前述のように、パロディ二要件型の判断枠組みは、批評・研究等を目的とした利用のみに適法引用の成立範囲を限定するという機能を有していた。そして、この批評・研究等の目的における「正当な範囲内」の利用、すなわち必要性の認められる利用は、次のようになる。第一に、自己の批評・研究等による主張と、他の先行研究や主張が明確に区別されていなければならない(明瞭区別性)。第二に、批評や研究といった創作活動は、既存の研究や主張を足掛かりに、自己の理解や考えを述べるものであるから、既存の研究、主張は、自己の主張との関係であくまで従たるものでなければならない(主従関係)。このように、パロディ二要件は、批評・研究等を目的とした場合の利用の必要性を具体化したものと理解し得るのである⁶⁶。

(ウ) 利用の必要性と判断枠組み

したがって、上記の理解からは、パロディ二要件型の判断枠組みを採る裁判例は、利用の必要性という表現こそ明示しなかったものの、批評・研究等の目的における利用の必要性をより具体化した基準によって適法引用の成否を検討していたこととなる。また、パロディ二要件を示しながら、あてはめにおいて利用の必然性について言及した〔XO 醬男と杏仁女一審〕は、「本件詩の利用目的は、それを批評したり研究したりするためではなく、本文中においてある場面における主人公小悦の心情を描写するためである」と判示しているように、批評・研究等とは異なる目的による利用が

⁶⁵ 大楽光江「判批」斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選(第3版)』163頁(1994)。

⁶⁶ 田村・前掲註4)244頁以下、平澤・前掲註3)論文②348頁参照。

なされた事案であり、批評・研究等の目的を前提としたパロディ二要件を用いて判断をすることが困難であったため、パロディ二要件によることなく利用の必要性が検討されたものと理解することができる。

さらに、以上からは、二つの枠組みは異なる性質のものではないと評価することも可能だろう。つまり、総合考慮型の判断枠組みを用いて適法引用の成立を判断するとしても、問題となる利用が批評・研究等を目的としている場合には、その判断の実質はパロディ二要件型の判断枠組みを用いるのと同質のものとなるのである⁶⁷。

しかし、質的に異なることがないからといって、パロディ二要件型の判断枠組みを適法引用の判断枠組みとして用いることは以下の二点から適切ではないと思われる。

第一に、パロディ二要件型の判断枠組みは、批評・研究等の限られた目的による利用を前提としたものであり、その他の目的による利用がなされた場合に、適正な利害調整を図ることは期待できない。第二に、パロディ二要件型の判断枠組みでは、条文の文言から離れ、主従関係の有無という形で多様な考慮要素から適法引用の成否を判断する結果、〔レオナルド・フジタ控訴審〕に顕著のように、利用の必要性という観点からの検討が埋没するおそれがある。前述のように、適法引用は、著作物の利用の促進を図り、その限りで著作権者の権利を制限するものであるから、このような利害調整が正当化されるためには、利用目的に照らして著作物の利用が真

⁶⁷ 第三期の裁判例において、利用の必要性の存否について言及しながら、その内実においてパロディ二要件型の判断枠組みと同質の考慮をしているものがある。例えば、原告が作成したメールマガジンの内容を氏名不詳者がインターネット上に批評目的で投稿したことについて、発信者情報開示請求がなされた前掲註30)〔世界中に愛をワールドメイト発信者情報開示〕では、インターネット上で行われた批評が簡潔なものであり、利用部分全部を利用しなければ批評目的が達成できないものとはいえないとして、利用の必要性を否定し、適法引用の成立を否定した。また、原告がインターネット上に開設していたブログ上の記事を氏名不詳者がブログに転載し、その内容が虚偽であるとの批評をした前掲註30)〔やっぱりハッピーでえ～発信者情報開示〕においても、転載された記事の文字部分の大半を転載による利用部分が占めていたこと、批評部分が転載部分の一部のみにとどまっていたという事情を考慮して、利用の必要性を否定し、適法引用の成立を否定した。

に必要であることを要する。この意味で、利用の必要性は適法引用の成否を決する中核的な考慮要素であり、この観点で埋没されるおそれのあるパロディ二要件型の判断枠組みは、適法引用の判断枠組みとして適切ではない。

これに対して、総合考慮型の判断枠組みは、「引用の目的上正当な範囲内」という要件から、利用の必要性を多様な目的との関係で精密に判断することが可能である。したがって、適法引用の判断枠組みは、総合考慮型の判断枠組みがより適切であり、それを採用する裁判例が増加している第三期の傾向は、妥当なものと評価することができる。

(エ) 具体的判断内容

では、利用の必要性とはどのような場合に認められるか。「引用の目的上正当な範囲内」という文言から明らかなように、「正当な範囲」、つまり必要性の認められる利用の限界は、利用の目的によって画される。そして、利用の必要性を判断するにあたっては、パロディ二要件型の判断枠組みを用いた裁判例において適法引用の成立が肯定されてきた批評・研究等の目的と、〔絵画鑑定証書控訴審〕が認めたそれ以外の目的に分けて考えることが有用である⁶⁸。また、批評・研究等を目的とする場合には、さらに、その対象が被利用著作物それ自体である場合と、被利用著作物それ自体ではない場合に分類することができると解される^{69 70}。

(オ) 批評・研究等を目的とした利用で、その対象が被利用著作物それ自体である場合

この場合、裁判例は適法引用の成立をある程度広範に認めている。適法

⁶⁸ 田村・前掲註4)244頁、同「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14頁(2007)。

⁶⁹ 平澤・前掲註3)論文①202頁。

⁷⁰ 本稿において、「著作物それ自体」を批評・研究等するとは、被利用著作物について新たな視点や考え方を示すことを意味する。例えば、被利用著作物中に示される特定の主張について、賛成もしくは反対の主張をすることは「著作物それ自体」の批評・研究等にあたると解される。後掲註73も参照。

引用の成立を肯定した〔飛鳥昭雄の大真実〕、〔脱ゴーマニズム宣言一審〕、〔同控訴審〕は共に、著作物において主張された意見等に対して、利用者が批判を行うという事案であった。このような場合、利用者がなす批評・研究等を説得的に行うためには当該著作物の利用が必要不可欠となる場合が多いから、通常利用の必要性が高度に認められることとなる。しかし、仮に利用する著作物それ自体を批評・研究等する場合であっても、利用目的に照らして不必要な部分が含まれていることが明らかな場合には、当該部分に利用の必要性は認められず、適法引用の成立は否定される^{71 72}。

（カ）批評・研究等を目的とした利用で、その対象が被利用著作物それ自体ではない場合

この場合、裁判例は適法引用の成立に消極的な立場を採る。例えば、公明党都議会議員が公費をだまし取った事実があると考え、これを有権者に訴えようと考えた被告が、ホームページ上で公開されていた同議員の写真データをダウンロードし、協力者らと共に街宣活動等を行う際に配るビラとして複製・利用した〔都議会議員写真ビラ〕では、被告の批判の対象が写真それ自体や、写真に写った被写体の姿態、行動ではないことを指摘し、各ビラ等に掲載する議員の写真が利用された写真でなければならない理由はないとして、適法引用の成立を否定した。また、写真の被写体がローブを纏う行為を批評・揶揄するために写真をホームページ上に掲載した〔創価学会写真ウェブ掲載〕では、ほかに代替手段があることを挙げて利

⁷¹ 前掲註31)〔霊言〕、前掲註30)〔やっぱりハッピーでえ〜発信者情報開示〕などは、利用する著作物そのものへの批評目的が認められたが、その利用部分が不必要な部分に及んでいたことが明白であったために、「正当な範囲内」の利用ではないと判断された。

⁷² 前掲註41)〔小さな悪魔の背中の中の窪み〕は、本稿の整理において著作物それ自体の研究を目的とした利用であるか、また著作物を要約した形で、全212頁のうち約12頁にわたって利用したことが利用目的上必要の限度にとどまっているかという点について、肯定的な評価がし難いようにも思われる。この点、田村・前掲註4)259-260頁註5、平澤・前掲註3)論文①191頁註6は、同事案が本来であれば創作的な表現とは認め難い文章が共通しているにすぎなかったものであると指摘しており、参考となる。

用すべき必要性はないとの判断がなされている⁷³。

たしかに、このような場合、著作物それ自体を利用する必然性は乏しく、著作権者の権利を制限してまで著作物を利用させる必要は通常ないといふべきであろう。しかし、著作物それ自体を批評・研究等する目的ではなくても、当該著作物を利用する以外の代替手段が存在しない場合があり、そのような場合には利用の必要性が高度に認められるため、適法引用の成立を肯定すべきと指摘するものがある⁷⁴。批評・研究等の対象による整理は、あくまで類型的なものにすぎず、著作物それ自体を対象としない批評・研究等においても、その著作物の利用を避けずして批評・研究等を説得的に行うことが困難である場合には、当該目的に必要な限りで著作物の利用を認めるべきであり、上記指摘が妥当である^{75 76}。

⁷³ これらの事案の特徴として、いずれも被利用著作物が写真であったことが挙げられる。つまり、写真の著作物は、真実を伝える手段としての表現媒体として、被写体の選択等はアイディアとして著作権法上の保護の対象とはならず、具体的な構図に加えて陰影等の決め方に創造性が認められるにすぎないと解される(田村・前掲註4)95-96頁)。この理解からは、写真の著作物における「著作物それ自体」の批評・研究等とは、具体的な構図等撮影における工夫に対するものを意味することとなり、被写体に対する批評・研究等は含まれない。

したがって、写真を用いた批評・研究等の多くは、その被写体に対して行われるものであると思われるところ、それらはすべて写真の著作物それ自体を批評・研究等の対象としない場合に整理されることとなる。実際上も、被写体を批評・研究等する目的であれば、自己で写真を撮影することも可能である以上、通常他者の著作物を利用する必要性は認められないと解される。

⁷⁴ 閣僚がひな壇に整列するという、通常行われない行動であって、かつそのような行動を撮影した写真が限定されるような場合に、適法引用の成立の余地を認めるものとして、田村・前掲註4)242頁。また、平澤・前掲註3)論文①205頁は、前掲註26)[創価学会写真ウェブ掲載]の事案について、被写体がロープを身に纏う行為は特別な場合にあたり、それを撮影した写真はごくわずかしかな存在しないと考えられること、そ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になることから、利用の必要性を肯定すべきであったと指摘する。

⁷⁵ 傍論ではあるが、適法引用の成立を認めた前掲註25)[月間ネット販売]は、被利用著作物それ自体を批評・研究等の対象としない場合として分類される事案であった。

(キ) 批評・研究等を目的としない場合

批評・研究等を目的としない利用については、前述のように〔絵画鑑定証書控訴審〕が唯一の適法引用肯定例である⁷⁷。同判決は、利用目的の認定や、その利用が「正当な範囲内」か否かの具体的判断において、批評・研究等を目的とした利用について判断した裁判例とは異なる傾向の判断を示している。同判決の射程や、批評・研究等を目的とした利用以外の「引用の目的上正当な範囲」の検討は、本判決と直接関係はしないことから、本稿ではこれ以上の検討を行わない。

(4) 検討

〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示V〕では、被告3が主張した、P3の写真に関する意見を明確化し、補強する目的を利用目的と仮定したうえ

⁷⁶ 利用の必要性の判断は、一定の評価を要し、その限りで幅を許す概念であることは否定できない。また、適法引用が、著作財産権の制限という重大な法効果を有することに鑑みれば、著作物の利用により著作権者へ経済的に不利益な影響を及ぼすか否かという観点も、利用の必要性、もしくは、「引用の目的上正当な範囲内」の利用にとどまるか否かを判断するにあたって、黙示的に検討されていると考えられる。しかし、批評・研究等の目的における「正当な範囲内」の利用とは、前述のように利用者の意見や主張を補強するため必要な限度に限られるのであるから、著作物の利用によって著作権者へ経済的に不利益な影響が及ぶ場合は多くないようにも思われる。

したがって、少なくとも、批評・研究等の目的における「正当な範囲内」の利用か否かの判断にあたっては、本文でも述べたように利用の必要性が中核的な考慮要素となると解される。

⁷⁷ 原告が著作権を有するイラストが入ったパンフレットの表紙を、被告(岡山県及び新見市等)が無断でウェブページ上に掲載した前掲註32)〔新おかやま国際化推進プラン〕は、第三期の裁判例として唯一適法引用の成立を認めており、その利用目的も、批評・研究等の目的ではなく、被告岡山県の事業である「新おかやま国際化推進プラン」を紹介する目的であると認定されていることから、注目に値する。しかし、同事案は、パンフレットの利用、ウェブ掲載の許諾が関係者との間でなされているという事情や、著作権者の請求について権利濫用が認められているという事情があり、その射程はかなり限定的であると考えられる。同判決について触れるものとして、青木大也「判批」ジュリスト1460号109頁(2013)。

で、利用の必要性が判断されている。ここでのP3の意見とは、写真3が撮影されたX主催の集会において、J会長のスピーチに対して、会場の拍手はわずか一人だけであったというものである。これは、写真の著作物である写真3の著作物それ自体に対する意見ではなく、その被写体である人々についての意見と解することができる。したがって、写真3の利用は、批評・研究等を目的とした利用で、その対象が被利用著作物それ自体ではない場合に当たるから、通常、写真3を用いる必要性に乏しいこととなる。

また、写真3の内容は、人々が拍手をしている場面を撮影したものであるのに対し、P3が表明した意見は人々が拍手をしていなかったというものであるから、そもそも両者は関連性を有しておらず、写真3の利用がP3の意見を明確にし、補強することには到底ならない。したがって、「写真3を引用する必要性は認められない」とした裁判所の判断は妥当である。

これに対して、〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ〕は、批評目的が認定された点で〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅴ〕と類似する部分を持つが、より慎重な検討が必要となる。すなわち、P1は、写真1について、被写体の姿に対する違和感や、車に乗っている人物を迎える人々の視線の高さが不自然であること、被写体である車の影部分の違和感を挙げ、写真の一部が切り貼りされたもののようにも見えるという見解を主張している。これは、写真1の被写体ではなく、その撮影方法や表現手法という、写真の著作物の創作性に関する批評、意見である。したがって、P1の利用は、批評・研究等を目的とした利用で、その対象が被利用著作物それ自体である場合に当たる。この場合、P1は写真1それ自体を示さなければ、その批評、意見の意義を説得的に伝えることはできないから、写真1を利用する必要性は非常に高いものと解される。また、P1の意見は、被写体の目線や影といった細かな部分にまで及ぶため、その意見を行うにあたっては、写真1が鑑賞性をもって再製されることが必要となる。

この一方で、同判決では、「記事1における写真1の大きさは、独立して鑑賞の対象となり得る程度の大きさ」であること、「引用する必要性が高いとは必ずしもいうことができない」ことが示されたうえで、「引用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ると認めることはできない」という結論が導かれている。たしかに、本判決は、〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅴ〕とは異なり、写真1の利用の必要性

を一切否定しているわけではない。しかし、P1の利用目的からは、写真1を利用する必要性は高度に認められると解され、写真1が鑑賞性を有する程度の大きさで複製されていることも、利用目的上やむを得ないものである。実際上も、P1が写真1を利用することができないとすれば、写真1の細部に及ぶP1の意見の説得力は大きく減退せざるを得ない。

したがって、裁判所の判断に賛成することはできない。

3.4.5 出所の明示

(1) 本判決

〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ〕では、「批評の対象である写真1の出所も表示されていないこと」が、「記事1における引用の方法及び態様が、引用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ると認めることはできない」という結論を導くうえで考慮されている。

(2) 裁判例

裁判例の中には、出所の明示の有無について言及するものがいくつかある。〔飛鳥昭雄の大真実〕では、その利用の態様に応じて合理的と認められる方法及び程度により出所を明示していることが指摘され、適法引用が肯定された。これに対し、〔都議会議員写真ビラ〕では、著作権法48条1項1号を挙げたうえで、被告が用いた各ビラ等には、利用された写真の出所が一切明示されておらず、これが他人の著作物を利用したものであるのかどうか全く区別されていないという点を指摘して、適法引用の成立を否定している。

(3) 私見

著作権法48条1項1号、同項3号（その出所を明示する慣行があるとき）は、適法引用にあたり、利用する著作物の出所を、利用の態様に応じ合理的と認められる方法及び程度によって明示しなければならないとする。この出所明示義務の履行を、学説は、適法引用の独立した要件とは解していない。すなわち、学説は、他の要件を満たしていたとしても、出所明示義務に違反した利用に適法引用が成立しないとすれば、著作権法が出所明示義務違反について著作権侵害に比べ軽い罰則を設けた趣旨を没却すると

指摘する⁷⁸。このような指摘は説得的であり、出所明示義務の履行の有無は、適法引用の独立した要件とはなり得ないと解するべきである。

裁判例においても、出所明示義務違反のみから適法引用の成立を否定するものではなく⁷⁹、適法引用の成立が否定された〔都議会議員写真ビラ〕や〔沖縄うりずんの雨控訴審〕では、被利用著作物が利用著作物と明瞭に区別されずに利用されていることを判断するための事情として、出所が明示されていないことに言及している。たしかに、出所を明示せずに著作物を

⁷⁸ 田村・前掲註4)262頁、同・前掲註68)16頁。

⁷⁹ 東京高判平成14年4月11日平成13年(ネ)第3677号〔絶対音感事件控訴審〕では、翻訳台本から利用したものであることや、翻訳者を明示しなかったことを理由に、公正な慣行に合致しないとして適法引用の成立が否定された。また、映画製作会社である被告が、自己の製作するドキュメンタリー映画において、許諾なく、原告が著作権を有する沖縄国際大学ヘリ墜落事故の事故後の墜落現場の状況等を撮影した映像を使用した前掲註32)〔沖縄うりずんの雨一審〕は、ドキュメンタリー映画において資料映像を使用する際に、そのエンドクレジットにすら映像の著作権者を表示しないことが、公正な慣行として承認されているとは認め難く、当該利用が公正な慣行に合致しないとして、適法引用の成立を否定した。その控訴審である前掲註33)〔沖縄うりずんの雨控訴審〕も、「著作権法32条1項が規定する適法引用の要件として常に出所明示が必要かどうかという点とはともかく」と前置きしたうえで、同判決においては、被告映画の中で利用部分が一応区別されているとみる余地もあり得るとはいえ、映画の中で、これらの部分が明瞭に区別されているわけではなく、本件使用部分が「引用」であることを明らかにするという意味でも、その出所を明示する必要性は高く、少なくとも本件においては「公正な慣行」に合致するために、出所明示がなされるべきであったとして、適法引用の成立を否定している。〔絶対音感事件控訴審〕では、傍論ではあるが、利用自体について引用の目的上正当な範囲内で行われたものと評価することができるとの判断がなされており、また〔沖縄うりずんの雨一審〕、〔同控訴審〕も、原告の映像は事故現場を撮影しようとして米兵に止められるという代替性のない内容のものであって、利用の必要性が高度に認められる事案であったと評価できることから、両判決は共に出所を明示しなかったことが適法引用の成立を否定する直接の根拠となったものとも考えられる。しかし、両判決は、当事者が積極的に出所を明示する慣行が存在するとの主張を行っていた事案であり、裁判所も公正な慣行に合致しないことを理由に適法引用の成立を否定しているから、〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ〕とは事案が異なるものと解される。

利用する場合、利用する内容と利用される内容の境目が曖昧になり、他の著作物を利用していることが明らかにならない場合はあり得る。そして、前述のとおり、批評・研究等を目的とした利用の場合には、このような明瞭区別性を欠く利用態様は「引用の目的上正当な範囲内」とは評価し難い。したがって、出所明示の有無は「引用の目的上正当な範囲内」の利用か否かを判断するうえでの一考慮要素となり得るものと解される。

(4) 検討

〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ〕は、「批評の対象である写真1の出所も表示されていないこと」が、「引用の方法及び態様が、引用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ると認めることはできない」という判断を導く際に、考慮されている。本稿の理解からは、このような考慮は、掲載した写真1と、その掲載先である記事1が明瞭に区別されていないことを指摘する意図に基づくものと考えられる。しかし、記事1には、冒頭に「say say say さま画像お借りします。」と、写真1がP1の著作物ではないことが明らかにされており、また写真1とP1による文章での批評では、表現形式も異なっているから、本件において写真1と記事1は明瞭に区別されていると解される。にもかかわらず、「出所が表示されていない」ことを「合理的な範囲内」ではないことの考慮要素として挙げた本判決の判断には、賛同することはできない。

3.4.6 公正な慣行への合致

(1) 本判決

〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ〕では、「写真1を引用して利用することが公正な慣行に合致すると認めるに足りる事情も存在しない。」と判示し、また〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅴ〕では、結論として、「記事3の投稿に当たり写真3を引用したことが、公正な慣行に合致するものであるとか、報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内のものであると認めることはできない。」との判示がなされている。

(2) 裁判例

裁判例には、公正な慣行に合致しないことを理由に適法引用の成立を否

定したものがいくつか存在する。例えば、被告が自己の名誉毀損訴訟の提訴会見に出席したマスコミに対し、原告が著作権を有する宗教行為の動画映像である「霊言」を収録したDVDを後日送付した〔霊言〕では、DVD等が記者会見の翌日以降に送付されたこと、本件記者会見の席上においてDVDが後日配布される旨が述べられていなかったことを挙げて、公正な慣行への合致が否定された⁸⁰。この一方で、多くの裁判例では、公正な慣行に合致しているか否かは独立に判断されておらず⁸¹、「引用の目的上正当な範囲内」についての判断に付随する形で、公正な慣行への合致の有無が述べられている。

(3) 私見

学説では、公正な慣行が現に存在する場合にはそれに合致することを要求するべきであるが、公正な慣行が存在しない場合には適法引用の成立を制限する方向には働かないと解するべきとする主張がなされている⁸²。また、裁判官からも、「慣行の存在」及び「慣行の公正さ」を審理しなければならないとすると、裁判所の審理負担が大きくなり、審理することの意義に疑問があるとの指摘⁸³や、慣行が明らかではない分野では条理という形で慣行を認定する⁸⁴として、この要件を重要視しない見解が散見される。公正な慣行へ合致していないことを具体的に検討した事案も、当事者が積極的に公正な慣行の存在を主張した事案であり、そのような事情のない事案では、具体的な判断はなされていないと解される。上記学説が主張するように、表現形態が新しいために慣行などが存在しないものについて、公正な慣行に合致しているかが厳密に判断されるとすれば、そのような新た

⁸⁰ その他の例については、註79参照。

⁸¹ 前掲註31)〔毎日オークション一審〕、前掲註30)〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅱ〕など。

⁸² 田村・前掲註4)241頁。

⁸³ 飯村・前掲註8)95-96頁。飯村元判事は、このことから、同要件を、「慣行等も総合考慮して、『引用方法ないし引用態様が公正であること』程度の要件と見れば足りる」とする。

⁸⁴ 高部眞規子「著作権の制限」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』329頁(商事法務、2008)。

な形態の利用を絶対的に否定する方向に働きかねず、慣行が存在しない場合には当該要件は具体的に判断されないと解すべきである⁸⁵。また、指摘されているように、公正な慣行が存在するか否かを裁判所が具体的に判断することは大きな審理負担となり得ることからは、当事者からの十分な主張立証がない限り、公正な慣行への合致を具体的に判断する必要はないと思われる。

(4) 検討

〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ〕は、「写真1を引用して利用することが公正な慣行に合致すると認めるに足りる事情も存在しない。」と判示しているが、その具体的な判断内容は示されていない。ここからは、公正な慣行に合致しているか否かは具体的に判断されておらず、「報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内」の利用ではなかったことが適法引用の成立が否定された決定的な理由となったと解される。これは、〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅴ〕においても同様である。インターネット上における著作物の利用については、未だ慣行と認めることができるような指針が見出されていない現状であり、当事者から積極的な主張もなされていない以上、公正な慣行に合致しているか否かの判断に踏み込まなかったことは、妥当であったと考えられる。

3.4.7 まとめ

(1) 適法引用の判断枠組み、考慮要素

本稿では、本判決が言及した考慮要素が、適法引用の判断にどのような影響を与えているか、裁判例の傾向や、適法引用の趣旨も踏まえ検討した。その結果、本稿では、適法引用の成否の判断において、利用の必要性が中核的な考慮要素となり、その有無、程度を判断する前提として、利用の目的が考慮されることを示した。そして、このような理解から、著作物の利用の態様は利用目的を認定するための事情として、また、出典が明示されているか否かは、利用の必要性を判断するための事情として用いられていると理解することができることを明らかにした。

⁸⁵ 田村・前掲註4)241頁、平澤・前掲註3)論文②344頁。

さらに、裁判例、学説においては、適法引用の判断枠組みとしてパロディ二要件型と総合考慮型の二つの判断枠組みが存在するが、このうちパロディ二要件型の判断枠組みは、批評・研究等を目的とした利用における利用の必要性を判断する枠組みとして理解し得ることを示した。そして、多様な著作物の利用場面において、著作権者と利用者の利害を適切に調整するためには、総合考慮枠組みにより、条文上の要件に忠実な形で、利用の「目的上正当な範囲内」であることが認められるか否かという観点から適法引用の成否を判断するべきであり、批評・研究等を目的とした利用については、パロディ二要件型の判断枠組みを用いた裁判例の判断が参考となることを示した。

また、総合考慮型の判断枠組みを用いた場合、利用が「公正な慣行に合致する」か否かという要件が問題となる。この点については、利用形態によっては公正な慣行が存在しない場合もあり、そのような場合に適法引用が一切成立しないと解することは妥当ではないことから、当事者が公正な慣行の存在を積極的に主張した場合に限って、公正な慣行に合致しているか否かが具体的に判断されるべきとの考えを示した。

(2)〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ〕

本事案は、P1が写真1の撮影方法等、写真1の創作的表現それ自体を対象に意見・批評を行うため、写真1を利用したものであって、写真1を用いる必要性が高く、また、批評が細部へ及んでいるため、鮮明で鑑賞性をそなえた利用が必要であった。にもかかわらず、判決では、写真1の利用の必要性が必ずしも高くないと判断されたうえで、鑑賞性をそなえた利用であること、出所の表示がないことという本件では適法引用の成立を否定する理由とはならない事情を考慮して、記事1における引用の方法及び態様が引用の目的上正当な範囲内の利用ではなく、適法引用は成立しないとの判断がなされている。しかし、本事案において、P1が写真1を利用することができないとすれば、写真1の細部にまで及ぶ批評の説得力は大きく減退せざるを得ない。上記批評を説得的に行うためには、写真1の利用が必要不可欠であり、当該利用行為は「目的上正当な範囲内」の利用と評価できる。また、「公正な慣行」への合致について、インターネット上の著作物に関する慣行は未だ確立してはならず、当事者もこれについて具

体的な主張立証を行っていないから、本件においてこの要件により適法引用の成立が否定されることはない。したがって本事案では、適法引用の成立が肯定されるべきであった。

(3)〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅴ〕

本事案は、P3が、写真3の被写体であるJや人々に対する意見を述べていると思われる投稿に写真3を用いた事案であって、通常写真3を利用する必要性は乏しい。また、写真3は、X主催の会合において参加者が拍手をしている場面を撮影したものであるから、人々が拍手をしていなかったというP3の意見と関連性を有しておらず、当該目的に対する利用の必要性は到底認められない。

したがって、利用の必要性はないとして、適法引用の成立を否定した裁判所の判断は妥当である。

4 考察・今後の課題

4.1 本判決の裁判例における位置づけ—再考—

本稿では、本判決を考慮要素ごとに分解し、個別の判断の可否を検討してきた。以下では、本判決が、裁判例の中でどのように位置づけられるかを、これまでの検討を踏まえて再考する。

4.1.1 〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ〕の位置づけ

本判決は、撮影方法や構図等の不自然さを主張するため、写真の著作物が無断で利用された事案である。これまで、先行する研究内容や意見を批評するために、批評対象の文章や図、漫画のカットが利用された事案は存在したが⁸⁶、写真の著作物がその構図等の工夫を批評する目的で利用された事案は本判決がはじめてであり、裁判所が具体的な判断を示したことの意義は大きい。

本事案は、写真1の細部へP1が批評を行っており、その主張を根拠づ

⁸⁶ 前掲註42)〔飛鳥昭雄の大真実〕、前掲註43)〔脱ゴーマニズム宣言一審〕、前掲註44)〔同控訴審〕。

けるために写真1を利用する必要性が極めて高い事案であった。原告の主張に対する批評を目的に漫画のカットが利用された〔脱ゴーマニズム宣言一審〕、〔同控訴審〕は、厳密には漫画中で示される原告の歴史に対する意見が批評の対象であり、漫画のカットそれ自体を批評する目的があったわけではない。これに対し、本判決は、まさに写真の著作物そのものが批評の対象であり、〔脱ゴーマニズム宣言一審〕、〔同控訴審〕以上に著作物を利用する必要性が高い事案であったと評価できるだろう。それにも関わらず、適法引用の成立を否定する判断がなされた点でも、本判決は注目に値する。

さらに、本判決は、第三期に急増した発信者情報開示請求訴訟において適法引用の成否が問題となった事案の一つである。しかし、これらの発信者情報開示請求訴訟のほとんどが、著作物の利用の必要性が乏しい事案である一方、本事案は写真それ自体を利用する必要性が高度に認められる点で、例外的な事案として位置づけることができる。この点は、Xによる他の発信者情報開示請求訴訟において、利用の必要性がいずれも単に否定されていたのに対して⁸⁷、本判決のみが「高いとは必ずしもいうことができない」と含みを持たせた表現を用いていることから読み取れよう⁸⁸。

⁸⁷ 前掲註30)〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅰ〕、前掲註30)〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅱ〕、前掲註30)〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅲ〕。

⁸⁸ 発信者情報開示請求訴訟において適法引用の成否が問題となった裁判例には、原告が販売する製品を理由なく誹謗中傷し、原告製品ひいては原告の信用を毀損する目的で、原告が公開するコンテンツをウェブページに複製したとされた前掲註30)〔アクシスウォーマー〕、被写体の額に、一つないし三つの目のような模様が描き加えられた形で利用された前掲註30)〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅰ〕など、写真の被写体を誹謗中傷する目的や、揶揄する目的が明らかとされた事案が存在する。学説においても、小倉＝金井編・前掲註35)625頁〔金井重彦・小倉秀夫〕は、適法引用の考慮要素として目的の正当性に言及している。

この点、〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ〕の事案は、P1による写真1の利用目的について、XやCに対する誹謗中傷の要素が含まれているとも解し得るように思われ、利用の必要性が「高いとは必ずしもいうことができない」と判断された背後にこのような事情が考慮された可能性があり得る。

しかしながら、著作物それ自体に批評がなされている場合には、その背後にどの

このように、本件は、批評を目的とした高度に利用の必要性が認められる事案であって、従来の裁判例の傾向からは、適法引用の成立が肯定されるべき事案である。にもかかわらず、適法引用の成立が否定された背景には、発信者情報開示請求訴訟という、第一期、第二期にはほぼみられなかった訴訟において適法引用の成否が争われていることが、後述する同訴訟の構造的特徴との関係で影響を及ぼしている可能性がある。しかし、仮に発信者情報開示請求訴訟において、従来の傾向とは異なる判断が下されている可能性があるとしても、著作物それ自体への批評を目的とした利用がなされた本事案ですら、利用の必要性が「高いとは必ずしもいうことができない」のであれば、いかなる事案が「引用の目的上正当な範囲内」の利用となり得るのか、容易には想定し難い。この点については今後の裁判例の集積を待つべきと思われる。

4.1.2 「創価学会ウェブ掲載発信者情報開示V」の位置づけ

本判決は、写真の著作物が、その創作的表現以外の対象を批評するために、無断で利用された事案である。写真の著作物が、その被写体等の批評を目的として利用された事案はいくつか存在し⁸⁹、本判決もその一つとして位置づけることができる。ただ、本事案は、「J」会長のスピーチに対して拍手がほとんどない」というP3の主張を補足して説明することが利用目的として仮定されているのに対し、写真3は参加者が拍手をしている場面を撮影したものであるから、そもそも主張、意見と写真の利用の間に関連性がないものとして、当然に適法引用の成立が否定される類型であったと整理することも可能である。

ような目的があるにせよ、著作物を利用する必要性はかわらず高度に認められるはずであって、適法引用の成立が肯定されるべきである。したがって、適法引用の成否を判断するにあたっては、著作物の直接の利用目的を考慮すれば足り、その背後の目的まで考慮するべきではないと解される。平澤・前掲註3)論文①210頁も参照。

⁸⁹ 前掲註30)〔都議会議員写真ビラ〕、前掲註26)〔創価学会写真ウェブ掲載〕が挙げられる。

4.2 発信者情報開示請求訴訟の構造と問題点

以上述べたように、〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ〕は、適法引用の成立に関する判断について、これまでの傾向とは異なる方向性を示したものと解される。このような判断の根拠として、同事案が発信者情報開示請求訴訟でなされたという、従来の裁判例にはなかった特殊事情が影響を及ぼしている可能性があることは前述した。以下では、発信者情報開示請求訴訟がなぜこのような影響を適法引用の判断に及ぼし得るのかについて、同訴訟の特徴から、検討を行いたい。

4.2.1 発信者情報開示請求訴訟の構造

発信者情報開示請求訴訟は、プロバイダ責任制限法4条1項に基づいて行われる訴訟類型である。同規定により、インターネット上のウェブページ、電子掲示板等を典型とする「特定電気通信」（不特定の者によって受信されることを目的とする電気通信）による情報の流通によって自己の権利を侵害されたとする者は、①侵害情報の流通によって当該開示の請求をする者の権利が侵害されたことが明らかであるとき（1号）、②当該発信者情報が当該開示の請求をする者の損害賠償請求権の行使のために必要である場合その他発信者情報の開示を受けるべき正当な理由があるとき（2号）のいずれにも該当するときに限り、「開示関係役務提供者」に対して当該開示関係役務提供者が保有する当該権利の侵害に係る発信者情報（氏名、住所など⁹⁰）の開示を請求することができる。「開示関係役務提供者」とは、「当該特定電気通信の用に供される特定電気通信設備を用いる特定電気通信役務提供者」であって、典型的にはサーバを運営し、その機能を顧客に利用させる役務（ホスティングサービス）を行うホスティング

⁹⁰ 発信者情報は、①発信者その他侵害情報の送信に係る者の氏名又は名称、②発信者その他侵害情報の送信に係る者の住所、③発信者の電子メールアドレス、④侵害情報に係るIPアドレス、⑤携帯電話端末等からのインターネット接続サービス利用者識別符号、⑥侵害情報に係るSIMカード識別番号、⑦タイムスタンプが含まれる（特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律第四条第一項の発信者情報を定める省令）。

サービスプロバイダ（HSP）が該当する⁹¹。

このような規定ぶりから、発信者情報開示請求訴訟について以下のような特徴を指摘することができる。すなわち、発信者情報開示請求訴訟は、《権利者 対 侵害者》という従来の訴訟の構造とは異なり、《権利者 対 開示関係役務提供者》という形で、そもそも発信者自身の訴訟手続への参加が想定されていない。これは、「発信者」という氏名不詳者の情報の開示を求める発信者情報開示請求訴訟の構造的特徴である。

また、訴訟の位置づけにも特徴がある。すなわち、発信者情報開示請求訴訟は、あくまで開示関係役務提供者に対して発信者情報を開示することを求めるものとどまり、権利者が発信者に直接責任追及をすることを企図するものではない。したがって、発信者情報開示請求が認容されたところで、発信者は、なお自己への直接の責任追及の場において攻撃防御を行うことができるのである。

4.2.2 発信者情報開示請求訴訟の問題点

このように、発信者情報開示請求訴訟は、いくつかの構造的特徴を有している。そして、そのような特徴は、それぞれ次のような問題を生じさせているように思われる。

第一に、権利侵害主体とされる発信者と関係のない開示関係役務提供者が、発信者が権利侵害をしていない（正確には権利侵害が生じたことが明らかでない）ことを主張しなければならないために、被告側の十分な訴訟追行が期待できないという問題がある。この点は、開示関係役務提供者の行為を通じて、発信者の利益擁護や手続保障を図ることが不可欠であり、開示関係役務提供者が不熱心な応訴態度を示した場合には、開示関係役務提供者の責任が問われる可能性がある⁹²とされるが⁹²、開示関係役務提供者はそもそも問題となる行為を行った当人ではない以上、期待することのできる訴訟追行には自ずと限界があると思われる^{93 94}。

⁹¹ 曾我部真裕＝林秀弥＝栗田昌裕『情報法概説（第2版）』187頁（弘文堂、2019）。

⁹² 総務省総合通信基盤局消費者行政第二課『改訂増補第2版 プロバイダ責任制限法』72頁・80頁（第一法規、2018）。

⁹³ ここでの「不熱心な応訴態度」とは、一切訴訟活動を行わないなどの限定的な場

第二に、たとえ発信者情報開示請求が認容されても、その後の責任追及の機会が保障されていることから、発信者情報開示請求訴訟の段階では、権利侵害を主張する権利者の救済のため緩やかに権利侵害性を肯定する誘因が生じ得る点である。この点についても、「開示関係役務提供者が不熱心な応訴態度を示した場合には、裁判所においても、プライバシーや表現の自由といった価値の重要性に配慮した適切な訴訟指揮を行うことが期待される」との説明がなされている⁹⁵。しかし、裁判所の積極的な訴訟指揮にも限界がある。

このような問題点のうち、第二の点は、本判決においても垣間見られるように思われる。

すなわち、〔創価学会ウェブ掲載発信者情報開示Ⅳ〕の判示は、「記事1は、匿名による投稿が可能なインターネット上の掲示板サイトに、十数行にわたり、車に乗っている人物を迎える人々の視線の高さが不自然であることや、写真の一部が切り貼りされたもののようにも見えるなどということを指摘する内容の文章が記載され、その最下部に、写真1を掲載したものである」と丁寧に事実を挙げて、「記事1が写真1を掲載した目的は、写真1を上記のような観点で批評することにある」と批評目的を認定している。にもかかわらず、判決文はそこから一転して適法引用の成立を否定する方向に議論を進めている。しかも、そこでは従来の裁判例の傾向からは本事案の結論を左右することのない事情が考慮されるのみであり、論旨も非常に端的である。このような判決文からは、裁判所が適法引用を不成立とす

合を示すにすぎないと思われる。また、この開示関係役務提供者の「不熱心な応訴態度」に責任を課すことの問題点を指摘するものとして、町村泰貴「プロバイダ責任制限法施行後の状況(下)」L&T 23号57頁(2004)。

⁹⁴ 被告プロバイダ側の訴訟追行が、問題となる情報を流通させた当事者でないことから、情報を取得した経緯、背景、流通された理由もわからず、「不知」という主張を行うほかない実情を述べるものとして、別所直哉「プロバイダにおける対応状況③—実務運用の実態と実務からみた長期的課題」別冊 NBL141号65頁以下(2012)。また、開示請求者が最低限の主張・立証をしないと主張するものとして、丸橋透「プロバイダにおける対応状況①—消極的メディアエ이터としての悩み—」別冊 NBL141号49頁以下(2012)。

⁹⁵ 総務省・前掲註92)80頁。

る結論を前提としているとも解し得る⁹⁶。

第二の点については、高度の匿名性が確保されたインターネット上において権利を侵害される権利者の救済を促進するという観点から、積極的に評価されることも考えられる⁹⁷。しかし、プロバイダ責任制限法は、発信者情報の開示が発信者のプライバシー、個人情報及び表現の自由という重大な権利利益に関する問題であり、その性質上、一旦開示されてしまうと原状回復は困難であることから、みだりな開示を防ぐため、権利が侵害されたことが「明らかである」場合に限って開示を認めるものとし⁹⁸、また、同法4条2項も、開示関係役務提供者に原則として発信者への開示請求に関する意見聴取義務を課すなど、発信者の憲法上の権利利益に配慮した形で作られている。このような法の構造からは、権利者の保護を偏重し、発信者に不利益を課すことは許容されない。

一方で、このような問題は、ほとんどの事案において顕在化していない。なぜなら、著作権侵害を理由に発信者情報開示請求がなされた事案のほとんどは、前述のように利用の必要性が到底認められないような事案だからである。しかし、そのような所謂「筋の悪い」事案に紛れて、本件のような適法引用の成立を認めるべき事案があり得る。第三期の傾向から、今後、発信者情報開示請求訴訟内で適法引用の成否が判断される事案はますます増え、適法引用の判断事例全体の中でも大きな割合を占めることが予想される。そのような中で、本来適法引用が認められるべき事案でありながら、訴訟の特殊性から異なる判断がなされ、それが蓄積されれば、通常の著作権侵害訴訟における適法引用の成否に係る判断にも影響を与えかねない。このような事態は、著作権者と利用者の利害を調整するという適法引用の趣旨を大きく損なうことになりかねず、重大な問題である⁹⁹。

⁹⁶ 前掲註88も参照。

⁹⁷ 山本隆司「講演録 プロバイダ責任制限法の機能と問題点—比較法の視点から—」コピーライト495号2頁(2002)は、被害者の裁判を受ける権利(憲法32条)を保障する観点からこのような立場に立つ。

⁹⁸ 総務省・前掲註92)79頁。

⁹⁹ このような現状に対して、どのような対策が求められるかが問題となるが、この点は評者の能力の限界を超えるため、ここでは問題提起にとどめる。なお、脚注に

[付記]

本稿の執筆にあたっては、東京大学大学院法学政治学研究科の田村善之教授より懇切丁寧なご指導を賜りました。また、校正の際には、北海道大学大学院法学研究科の高橋直子特任助手に大変お世話になりました。さらに、東京大学法科大学院の棚良拡さん、橋口洋さん、飯田悠さん、神戸大学法科大学院の宮本昂尚さんをはじめ、多くの方から貴重なご意見、ご指摘をいただきました。この場を借りて感謝申し上げます。

示した参考文献のほか、発信者情報開示請求訴訟の構造上の問題点を指摘するものとして、谷川和幸「Twitter に投稿された画像の同一性保持権侵害等が認められた事例」福岡大学法学論叢63巻2号572-573頁(2018)、町村泰貴「発信者情報開示請求権の法的性質」別冊 NBL 141号143頁以下(2012)、山本和彦「提訴を容易にするための手続的方法」別冊 NBL 141号150頁以下(2012)や、総務省利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会「プロバイダ責任制限法検証に関する提言」(2011年7月21日)などが挙げられる。