

鑑定証書への絵画のコピーの添付と 著作権法上の「引用」

知財高判平成22年10月13日平成22年(ネ)10052号判例時報2092号135頁

平澤卓人

第1 事案の概要

1 亡Aは、著名な女流画家であり、本件各絵画は亡Aが制作した同人の著作物である。本件各絵画は、題名がいずれも「花」であり、画面の大きさは、本件絵画1につき縦33.2cm×横24.4cm（面積810.08cm²）、本件絵画2につき縦41.0cm×横31.9cm（面積1307.9cm²）である。

本件鑑定証書1は、本件絵画1の所有者である美術商からの依頼に基づき、平成17年4月25日付けの控訴人鑑定委員会委員長名義で、本件絵画1に係る「作品題名」、「作家名」、「寸法」等が記載されたホログラムシールを貼付した鑑定証書と、その裏面に本件コピー1（画面の大きさが縦16.2cm×横11.9cm。面積192.78cm²であって、原画である本件絵画1の面積の約23.8%）を添付したうえで、パウチラミネート加工されて製作されたものである。

本件コピー1は、本件絵画1を写真撮影・現像したうえで、プリントされた写真をカラーコピーして作製されたものである。

本件鑑定証書2は、本件絵画2の所有者から委任を受けた美術商からの依頼に基づき、平成20年6月25日付けの控訴人鑑定委員会委員長名義で、本件絵画2に係る「作品題名」、「作家名」、「寸法」等が記載されたホログラムシールを貼付した鑑定証書と、その裏面に本件コピー2（画面の大きさが縦15.2cm×横12.0cm。面積182.4cm²であって、原画である本件絵画2の面積の約13.9%）を添付したうえで、パウチラ

ミネート加工されて製作されたものである。

本件コピー2は、本件絵画2を写真撮影・現像したうえで、プリントされた写真をカラーコピーして作製されたものである。

被控訴人における絵画の鑑定業務においては、対象となる絵画の画題が「花」、「薔薇」、「風景」、「裸婦」、「静物」等共通するものが多いことから、鑑定対象の絵画を特定するために、また、これに加えて、鑑定証書の偽造防止のために、鑑定証書の裏面に鑑定対象の絵画の縮小カラーコピーを添付する扱いとしている。

- 2 亡Aの相続人である長男の亡B及び亡Bの長男であるX（原告、被控訴人）が、Y（被告、控訴人）に対し、美術品の鑑定等を業とする控訴人において、亡Aの制作した本件絵画1及び2について、本件鑑定証書1及び2を作製する際に、本件各鑑定証書に添付するため、本件各絵画の縮小カラーコピーを作製したことは、亡Aの著作権（複製権）を侵害するものであると主張し、同侵害に基づく損害賠償請求（著作権法114条2項又は3項）として、12万円及びこれに対する遅延損害金の支払いを求める事案である。

亡Bは、原審に本件訴訟が係属中の平成21年12月27日に死亡し、同人の相続人であるXが訴訟手続を受継した。

- 3 一審判決（東京地判平成22.5.19平成20(ワ)31609）は、Yの行為が「複製」に該当し、権利濫用の法理、著作権法47条の2の適用及び準用をそれぞれ否定し、6万円及び遅延損害金の支払いを命じた。同判決に対しYが控訴した。
- 4 控訴審判決は、Yの行為が複製に該当することを認めつつ、かかる利用が著作権法32条1項の「引用」に該当し、複製権侵害を構成しないとして破棄自判した。
- 5 なお、控訴審判決に対し上告がなされたが、平成24年3月13日上告不受理で確定した。

第2 本判決

1 複製の成否

「著作物の複製とは、既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知

させるに足りるものを再製することをいうところ(最高裁昭和50年(オ)第324号同53年9月7日第一小法廷判決・民集32巻6号1145頁参照)、……本件コピー1は、本件絵画1に依拠して作製されたもの、また、本件コピー2は、本件絵画2に依拠して作製されたものであり、その作製された画面の大きさは、それぞれ縮小カラーコピーというように、本件コピー1では縦16.2cm×横11.9cm、本件コピー2では縦15.2cm×横12.0cm等であるから、本件各絵画の大きさとは自ずと異なるが、本件各絵画と同一性の確認ができるものであり、本件各コピーの前記認定の作製方法及び形式からして、本件各絵画の内容及び形式を覚知させるに足りるものであるから、このような本件各絵画の再製は、本件各絵画の著作権法上の『複製』に該当することが明らかである。

この点について、控訴人は、本件各コピーは、いずれも著作権法が本来その保護の対象とする芸術性、美の創作性や感動を複製したものではなく、流通の安全性を図り不正品を防ぐ単なる記号の意味合いにすぎないもので、美術の著作物の複製が著作権法上の『複製』に該当するために必要な鑑賞性を備えず、本件各コピーの作製は同法上の『複製』に該当しないと主張する。

しかしながら、絵画は、絵画の描く対象、構図、色彩、筆致等によって構成されるものであり、一般的に創作的要素を具備するものであって、それ自体が控訴人の主張する鑑賞性を備えるものであるから、当該絵画の内容及び形式を覚知できるものを再製した以上、その絵画が有する鑑賞性も備えるものであって、絵画の複製に該当するか否かの判断において、絵画の内容及び形式を覚知させるものを再製したか否かという要件とは別個に、鑑賞性を備えるか否かという要件を定立する必要はなく、控訴人の主張は採用することができない。」

「また、控訴人は、本件各コピーを観ることによって本件各絵画の特徴を感得することができたとしても、その感得の対象はあくまでも縮小カラーコピーである本件各コピーの特徴にすぎないと主張する。

しかしながら、上記のとおり、本件各コピーによって本件各絵画の内容及び形式を覚知するに足りることは前記認定のとおりであるから、これをもって本件各絵画の複製を認定することに問題はなく、控訴人の主張は、本件各コピーの作製が著作権法上の『複製』に該当しないという意味であ

るとしても、これを採用することができない。」

2 引用の成否

(1) 引用の要件

「著作権法は、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を目的とするものであるが（同法1条）、その目的から、著作者の権利の内容として、著作者人格権（同法第2章第3節第2款）、著作権（同第3款）などについて規定するだけでなく、著作権の制限（同第5款）について規定する。その制限の1つとして、公表された著作物は、公正な慣行に合致し、報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で引用して利用することができる」と規定されているところ（同法32条1項）、他人の著作物を引用して利用することが許されるためには、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り、かつ、引用の目的との関係で正当な範囲内、すなわち、社会通念に照らして合理的な範囲内のものであることが必要であり、著作権法の上記目的をも念頭に置くと、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。

しかるところ、控訴人は、その作製した本件各鑑定証書に添付するために本件各絵画の縮小カラーコピーを作製して、これを複製したものであるから、その複製が引用としての利用として著作権法上で適法とされるためには、控訴人が本件各絵画を複製してこれを利用した方法や態様について、上記の諸点が検討されなければならない。」

(2) 要件の充足性の有無

「そこで、前記見地から、本件各鑑定証書に本件各絵画を複製した本件各コピーを添付したことが著作権法32条にいう引用としての利用として許されるか否かについて検討すると、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。

そして、本件各コピーは、いずれもホログラムシールを貼付した表面の鑑定証書の裏面に添付され、表裏一体のものとしてパウチラミネート加工されており、本件各コピー部分のみが分離して利用に供されることは考え難いこと、本件各鑑定証書は、本件各絵画の所有者の直接又は間接の依頼に基づき1部ずつ作製されたものであり、本件絵画と所在を共にすることが想定されており、本件各絵画と別に流通することも考え難いことに照らすと、本件各鑑定証書の作製に際して、本件各絵画を複製した本件各コピーを添付することは、その方法ないし態様としてみても、社会通念上、合理的な範囲にとどまるものといえることができる。

しかも、以上の方法ないし態様であれば、本件各絵画の著作権を相続している被控訴人等の許諾なく本件各絵画を複製したカラーコピーが美術書等に添付されて頒布された場合などとは異なり、被控訴人等が本件各絵画の複製権を利用して経済的利益を得る機会が失われるなどということも考え難いのであって、以上を総合考慮すれば、控訴人が、本件各鑑定証書を作製するに際して、その裏面に本件各コピーを添付したことは、著作物を引用して鑑定する方法ないし態様において、その鑑定に求められる公正な慣行に合致したものであるといえることができ、かつ、その引用の目的上でも、正当な範囲内のものであるといえるべきである。

この点につき、被控訴人は、著作権法32条1項における引用として適法とされるためには、利用する側が著作物であることが必要であると主張するが、『自己ノ著作物中ニ正当ノ範囲内ニ於テ節録引用スルコト』を要件としていた旧著作権法(明治32年法律第39号)30条1項2号とは異なり、現著作権法(昭和45年法律第48号)32条1項は、引用者が自己の著作物中で他人の著作物を引用した場合を要件として規定していないだけでなく、報道、批評、研究等の目的で他人の著作物を引用する場合において、正当

な範囲内で利用されるものである限り、社会的に意義のあるものとして保護するのが現著作権法の趣旨でもあると解されることに照らすと、同法32条1項における引用として適法とされるためには、利用者が自己の著作物中で他人の著作物を利用した場合であることは要件でないと解されるべきものであって、本件各鑑定証書それ自体が著作物でないとしても、そのことから本件各鑑定証書に本件各コピーを添付してこれを利用したことが引用に当たるとした前記判断が妨げられるものではなく、被控訴人の主張を採用することはできない。

なお、控訴人が本件各絵画の鑑定業務を行うこと自体は、何ら被控訴人の複製権を侵害するものではないから、本件各絵画の鑑定業務を行っている被控訴人がこれを独占できないことをもって、著作権者の正当な利益が害されたということが出来るものでないことはいうまでもない。」

第3 評釈

1 本判決の意義

本判決は、鑑定証書の裏面に鑑定対象の絵画の縮小カラーコピーを添付する行為が、適法な「引用」（著作権法32条1項）に該当すると判断した裁判例である¹。

¹ 本判決の評釈として、茶園成樹 [判批] Law & Technology 51号 (2011、以下「茶園・判批」と略記する。) 87頁、山内貴博 [判批] 判タ別冊32号 (2011、以下「山内・判批」と略記する。) 310頁、井関涼子 [判批] ジュリスト1420号 (平成22年度重要判例解説、2011) 333頁、斉藤博 [判批] 判時2114号 (2011、以下「斉藤・判批」と略記する。) 174頁、板倉集一 [判批] 知財管理61巻8号 (2011) 1249頁、作花文雄『引用』概念による公正利用と法制度上の課題—『美術品鑑定証書』事件における引用要件の混迷』コピライト51巻605号 (2011、以下「作花・引用概念」と略記する。) 34頁、岡邦俊「続・著作権の事件簿(149)」JCA ジャーナル58巻7号 (2011) 82頁、張睿暎 [判批] 新・判例解説 Watch 10号 (2012) 251頁。

また、同判決のみを論じるものではないが、田村善之「著作権法に対する司法解釈のありかた—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 (2011) 1029頁、高瀬亜富「平成22年著作権関係裁判例紹介」パテント64巻8号 (2011) 56頁、山内貴博「引用」ジュリスト1449号 (2013、以下「山内・引用」と略

著作権法32条1項は、引用の目的として「報道、批評、研究その他」を挙げているところ、これまでの裁判例は、批評や研究等の新たな創作に向けられた著作物の利用であったとみられる事案についてのみ同条の適用を肯定していた。本判決の事案は、新たな創作活動に向けられた利用形態ではないため、「引用」の目的を広く解した裁判例と理解できる。

また、これまでの裁判例においては、「引用」が肯定されるための要件として、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]の明瞭区別性と主従関係(附従性)の2要件を用いることが多かったのに対し、本判決ではこの2要件を用いず、引用の目的と当該利用形態が著作権者に与える経済的不利益を勘案していることも重要である。

本判決のように2要件に拘泥せず、「引用」の目的を広く解することになれば、同条が著作権法における権利制限の一般条項として用いられる可能性もある。もっとも、本判決のように「引用」の目的を広く解することは学説上において批判も多いところである。

そこで、本稿では、「複製」に該当するかの判断も含めて、本判決の内容を検討してみたい。

2 複製の判断について

(1) 複製の意義について

著作権法上の「複製」の意義について、最判昭和53.9.7民集32巻6号1145頁[ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー上告審]は「著作物の複製とは、既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製することをいう」と判示し、その後の多くの裁判例も「複製」について同様に解している。

本判決も、同判決を引用しながら、問題となっている縮小カラーコピーが各絵画の内容及び形式を覚知させるものであるとして、「複製」に該当すると結論付けた。

もっとも、このような「複製」の判断方法については疑問がないわけではない。

すなわち、前掲最判[ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー上告

記する。)73頁にも本判決の詳しい紹介がある。

審]の説示における「内容及び形式」を「覚知」させるかという基準は、「複製」の判断基準として妥当ではないとの批判がある²。

そもそも、前掲最判[ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー上告審]は、旧著作権法における「複製」の定義を示したものに過ぎない³。しかも、旧法下における「複製」とは演奏や上演、上映等の無形複製を包括する概念であり、現在の著作権法上の「複製」とは大きく異なるものであったことが指摘されている⁴。

また、前掲最判[ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー上告審]の判示部分は依拠に関する判示の傍論に過ぎないとの指摘もある⁵。

加えて、著作物を「内容」と「形式」に区別する根拠は不明である。創作的に表現されたものについて保護を与えている著作権法の条文に照らせば、原著物の創作的表現が再生されていれば足りるのではないかとの疑問がある⁶。このような点から、学説においては、「内容及び形式」の「覚知」という基準に拘泥せず、表現・アイデア二分論を前提として、原著物の創作的表現が再生されていれば侵害を肯定するのに十分であると

² 表現形式を、著作者の思想を文字、言語、色、音等の他人によって知覚され得る媒介物を通して客観的存在たらしめる外部的構成としての外面的形式と、著作者の内心に一定の秩序をもって形成される思想の体系である内面的形式に区別する見解として、半田正夫『著作権法概説』(第14版、2009、法学書院)77頁。著作物の内容と形式を区別する考え方について、大日方信春『著作権と憲法理論』(2011、信山社)104頁、上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成」パテント65巻12号(2012)150頁、同「著作権法における侵害要件の再構成(1)(2・完)ー『複製又は翻案』の問題性」知的財産法政策学研究41号33頁・42頁39頁(2013、以下「上野・侵害要件(1)又は(2)」と略記する。)

³ 上野達弘「ドイツ法における翻案ー『本質的特徴の直接感得』論の再構成ー」著作権研究34号(2008、以下「上野・翻案」と略記する。)43頁、市川正巳[判批]中山信弘＝大淵哲也＝小泉直樹＝田村善之編『著作権判例百選』(第4版、2009、有斐閣、以下「中山ほか編・百選」と略記する。)87頁。

⁴ 高林龍『標準著作権法』(2010、有斐閣)75頁、上野・侵害要件(1)(前掲注2)63頁、同・翻案(前掲注3)43頁。

⁵ 田村善之[判批]知的財産法政策学研究41号(2013、以下「田村・判批」と略記する。)122頁。

⁶ 上野・翻案(前掲注3)44頁。

する創作的表現説が有力に主張されていたところである⁷。

そして、最判平成13.6.28民集34巻3号244頁[江差追分上告審]は、「翻案」について、「既存の著作物に依拠し、かつ、表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為をいう」(以下「江差追分判示前半」という。)としたうえで、「既存の著作物に依拠して創作された著作物が、思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件など表現それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分において、既存の著作物と同一性を有するにすぎない場合には、翻案には当たらないと解するのが相当である」(以下「江差追分判示後半」という。)と判示した。

江差追分判示後半は、アイデアではなく創作的な表現の同一性がなければ侵害には該当しないことを説示しており、創作的表現説と整合的に読むことができる⁸。

他方で、江差追分判示前半における「既存の著作物の表現上の本質的特徴」を「直接感得」できるか否かが侵害を肯定できるための類似性の判断の基準となるとして、この判示部分に独自の意義を見出す見解もある(直接感得性説などと呼ばれる。)⁹。

⁷ 田村善之『著作権法概説』(第2版、2001、有斐閣、以下「田村・概説」と略記する。)58頁。駒田泰士「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)146頁、同「複製または翻案における全体比較論への疑問」野村豊弘＝牧野利秋編『現代社会と著作権法【齊藤博先生御退職記念論集】』(2008、弘文堂)319頁。中山信弘『著作権法』(2007、有斐閣、以下「中山・著作権法」と略記する。)129頁も「翻案」について、新たに創作性ある表現を付加し、しかも原著物の創作性ある表現が感得できるかを基準としている。

⁸ 田村・概説(前掲注7)61頁、上野・侵害要件(2)(前掲注2)64頁、同「創作性」高林龍＝三村量一＝竹中俊子編集代表『現代知的財産法講座Ⅰ 知的財産法の理論的探究』(2012、日本評論社、以下「高林ほか編・理論的探究」と略記する。)207頁。

⁹ 高部眞規子「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究34号(2008)4頁、同「著作物性と著作物の複製・翻案」高林龍＝三村量一＝竹中俊子編『現代知的財産法講

もつとも、同見解は、創作的表現が同一性を有する場合においてもなお、新たな創作的な表現が付加された場合等において本質的特徴を直接感得できなくなることを肯定するものであり、アイデアの同一性がない場合において類似性を肯定するものではない¹⁰。例えば、近時の裁判例においても、原告被告の画面について「表現それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分」において同一性を有するに過ぎないとして「本質的な特徴を直接感得」しないとした判決がある（知財高判平成24.8.8平成24(ネ)10027 [釣りゲータウン控訴審]）。

このように両説とも、アイデア・表現二分論の区別を前提にしている点では共通しているものと言える。

他方で、表現の「内容及び形式」を「覚知」するか否かを基準とすると、創作的表現ではないアイデアの部分の同一である場合にまで侵害を肯定してしまう可能性がある¹¹。例えば、ソース・プログラムをオブジェクト・プログラムに変換する場合のように外形的な表現形式を異にする場合にも侵害を肯定すべきことに異論はない¹²。前掲最判 [江差追分上告審] により、創作的表現ではないアイデアのみが同一である場合に翻案権侵害が否定されたことに鑑みると、アイデアのみが同一である場合に侵害を肯定する余地を残す「内容及び形式」を「覚知」するかという基準は妥当

義Ⅱ 知的財産法の実務的發展』（2012、日本評論社、以下「高部・著作物性」と略記する。）259頁、パロディについて同要件を活用する可能性を示唆するものとして、小泉直樹「表現の自由、パロディ、著作権」ジュリスト1395号（2010）154頁。創作的表現説との対立について、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」野村＝牧野編・前掲注7（以下「横山・翻案」と略記する。）281頁、大野聖二 [判批] 中山ほか編・百選（前掲注3）91頁も参照。

¹⁰ 高部・著作物性（前掲注9）261頁、田村善之「現代美術と著作権法」現代民事判例研究会編『民事判例Ⅲ－2011年前期』（2011、日本評論社、以下「田村・現代美術」と略記する。）106頁も参照。

¹¹ 上野・翻案（前掲注3）44頁、田村・判批（前掲注5）122頁。

¹² 中山・著作権法（前掲注7）211頁、高林・前掲注4・77頁。不可視的な再生も「複製」に該当することにつき、加戸守行『著作権法逐条講義』（5訂新版、2006、著作権情報センター）51頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（2009、有斐閣）134頁（島並良執筆部分）。

ではないと考えられる¹³。

裁判例に目を転じると、「複製」について、前掲最判〔ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー上告審〕の判示した基準を用いるものが依然として多い(東京高判平成14. 2. 18判時1786号136頁〔雪月花控訴審〕、大阪地判平成14. 12. 10平成13(ワ)5816〔21世紀の健康法 気〕、東京地判平成17. 3. 15判時1894号110頁〔グッドバイ・キャロル審〕、東京地判平成20. 2. 15平成18(ワ)15359〔運命の顔〕、大阪地判平成21. 3. 26判時2076号119頁〔マンション読本〕、東京地判平成21. 11. 9平成20(ワ)21090〔スピーカ測定器プログラム〕、大阪地判平成22. 2. 25平成21(ワ)6411〔猫のぬいぐるみ〕)。

もともと、「複製」と「翻案」の両方が問題となった事案においては、「複製」について前掲最判〔ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー上告審〕の判示した基準を用いつつも、「…思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件など表現それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分において、既存の著作物と同一性を有するにすぎない場合には、複製にも翻案にも当たらない」(下線筆者)などと判示して、江差追分判示後半が「複製」にもあてはまることを明らかにしたものが多数ある(東京地判平成14. 9. 5判時1811号127頁〔サイボウズ審〕、東京地判平成17. 5. 17判時1950号147頁〔通勤大学法律コース審〕、東京地判平成20. 1. 31平成18(ワ)13803〔パズル〕、知財高判平成22. 7. 14判時2100号134頁〔破天荒力控訴審〕、知財高判平成23. 5. 26平成23(ネ)10006〔データ復旧サービス控訴審〕、名古屋地判平成23. 9. 15平成21(ワ)4998〔Q & A過払金返還請求の手引〕)。

また、裁判例の具体的な判断部分に着目すると、前掲最判〔ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー上告審〕の判示した基準を引用しつつ、具体的には共通部分が創作的か否かによって判断している裁判例(前掲東

¹³ 「複製」についても、「表現上の本質的な特徴」を「直接感得」できるかを判断基準とすべきであると論じるものとして、高部・著作物性(前掲注9)263頁。

これに対し、横山・翻案(前掲注9)302頁は、本質的特徴を直接感得するかを基準としつつ、表現形式を考慮し、著作物の内面的要素を考慮することも示唆しており(296頁)、内容形式覚知説に近い立場のようにも読める。

京地判 [サイボウズ審]¹⁴、東京高判平成14. 9. 19平成13(ネ)602 [ソニーの「出井」革命控訴審]、東京地判平成17. 12. 26平成17(ワ)10125 [天台宗開眼法要集]、大阪地判平成19. 6. 12平成17(ワ)153・2317 [ハイブリッド用紙] や、前掲最判 [ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー上告審] の判示した基準を引用しつつ、共通する部分がアイデアや事実であることを理由にして侵害を否定した裁判例（前掲東京地判 [通勤大学法律コース一審]、前掲東京地判 [パズル]、前掲知財高判 [破天荒力控訴審]、前掲名古屋地判 [Q & A過払金返還請求の手引]）が多数存在している。

さらに、近時の裁判例は、複製についても、前掲最判 [ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー上告審] の判示した基準を引用せず、「表現上の本質的な特徴を直接感得することのできるものを作成すること」と定義するものもある（東京地判平成23. 11. 29平成22(ワ)28962 [CTは魔法のナイフ一審]、知財高判平成23. 12. 26判時2139号87頁 [アクションおりがみ控訴審]）¹⁵。

以上のように、裁判例は依然として形式的には前掲最判 [ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー上告審] の判示した基準を引用しているものの、江差追分判示後半のアイデア・創作的表現の区別を実際の判断において用いていることが多く、「内容及び形式」の「覚知」の基準は、具体的事件でのあてはめにおいては用いられていない可能性がある¹⁶。そうであれば、前掲最判 [ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー上告審] の基準を判示することは不要であると思われる¹⁷。

¹⁴ もっとも、同判決は創作的表現又は創作的特徴を直接感得できるかとの要件を用いており、前掲最判 [江差追分上告審] の判示を想起させる。

¹⁵ 上野・侵害要件(2) (前掲注2) 59頁。

¹⁶ 内容及び形式の覚知の有無を実際の判断基準として用いている裁判例もあるが、少数にとどまり、侵害否定の結論に至るものが多い(ロボットや戦闘機の形状について、大阪地判平成15. 12. 18平成14(ワ)8277 [AZUSA3]、バス、鉄道の路線案内図について、大阪地判平成21. 2. 24平成20(ワ)12703 [大阪市営地下鉄案内図])。

¹⁷ この点を指摘するものとして、岡/前掲注1・85頁。

(2) 本件の判断について

本判決は、前掲最判[ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー上告審]の判示した基準を一般論として引用し、コピーの大きさを認定したうえで、各絵画と同一性が確認できるとして、原著作物の内容及び形式を覚知できるとした。

もっとも、複製物の大きさによって「複製」の有無が決まるわけではないと考えられる¹⁸。著作権法2条1項15号の条文上、「複製」には、媒体への「録音」「録画」が含まれているように、人が機器を用いて複製物自体から反復して使用できれば「複製」に当たることを妨げない。仮に、そのままでは認識できない大きさのコピーであったとしても、拡大する機器を用いて認識可能となるのであれば足りるのであるから、複製物の大きさ自体は問題とならない。むしろ、縮小されることによって、画質が粗くなり元の絵画の創作的表現を認識できなくなれば、「複製」が否定される可能性はあり得るであろう(和室の写真に書が写り込んでいた事案について、「墨の濃淡、かすれ具合、筆の勢い等、原告各作品の美的要素の基礎となる特徴的部分を感得することは到底できない」とした東京地判平成11.10.27判時1701号157頁[雪月花一審])¹⁹。

ところで、控訴人は、本件の各コピーが「流通の安全性を図り不正品を防ぐ単なる記号の意味合いにすぎない」として、「複製」に該当しないこ

¹⁸ 過去の裁判例を概観しても、これより小さなコピーを作成した場合でも複製権侵害が肯定されている(55mm×80mmに複製した事案について、複製権侵害を肯定した東京地判平成元.10.6判時1323号140頁[レオナルド・フジタ展カタログ]、社告記事において絵画が約68mm×約95mmの大きさに掲載され、入場券の上部に、絵画が約106mm×約60mmの大きさにカラー印刷で複製された事案について複製権侵害が肯定された東京地判平成10.2.20判時1643号176頁[バーンズ・コレクション]、フリーペーパーには、縦1.5cmから2.7cm、横2cm程の大きさの画像が掲載され、パンフレットには縦が4cm、横が5.7cm程の大きさに掲載された事案につき複製権侵害を肯定した東京地判平成21.11.26平成20(ワ)31480[オークションカタログウェブ掲載])。

¹⁹ 著作権法47条の2は、ネット・オークション上の画像掲載を一定の場合に認めているが、その際の複製について、50平方センチメートル以下で画素数が3万2,400以下であり、かつ必要最小限度のもので公正な慣行に合致する等の要件が定められている(著作権法施行令7条の2、著作権法施行規則4条の2)。

とを主張していた。

確かに、学説上においては、日本法がフェア・ユースのような権利制限の一般条項を有しないことを考慮して、複製物の利用態様によっては「複製」に該当しない場合があることを示唆するものがある²⁰。

裁判例においては、音楽データを有料で公衆に送信していたところ、受信チューナーのRAMにおいてデータが蓄積されていたことについて、「RAMにおけるデータ等の蓄積は…一時的・過渡的な性質を有するものであるから、RAM上の蓄積物が将来反復して使用される可能性のある形態の複製物といえないことは、社会通念に照らして明らかというべきであり、したがって、RAMにおけるデータ等の蓄積は、著作権法上の『複製』には当たらないものといえる」としたものがある（東京地判平成12.5.16判時1751号128頁[スターデジオ]）。もっとも、判決も指摘するように、RAMへの蓄積は、将来反復して利用される可能性のないものであるからこそ「複製」に該当しないと判断できたものである。逆に言えば、本件は、将来利用され、複製され得る有形のコピーを作成している事案であるから、「複製」に該当しないと判断することは困難であろう。

また、部屋に掛けてあった書が写真に小さく写り込んだ事案について、「複製」及び「翻案」に該当しないとした前掲東京地判[雪月花一審]がある。

しかし、同事案は、書の特殊性が反映された事案についての判断であり、絵画等他の著作物について同様の判断を行うのは困難であるとされている²¹。形式を変更しても「複製」であることが妨げられないと解されている以上、当該複製物を廃棄しない限り看者が創作的表現を認識可能な複製

²⁰ 中山・著作権法（前掲注7）213頁は、「複製」について、形式的に有形的再製があるか否かということだけではなく、種々の要素を勘案して規範的に把握する必要があると論じる。また、高部・著作物性（前掲注9）265頁は、既存の著作物が別の著作物に取り込まれた場合に、本質的特徴を直接感得できなくなる可能性を指摘している。

²¹ フェアユース研究会編『著作権・フェアユースの最新動向』（2010、第一法規）35頁（上野達弘報告）、前田哲男「工業製品の外観などに利用された著作物の『写り込み』的な利用について」野村＝牧野編・前掲注7・332頁。

物を作成している場合において、これを「複製」でないとするのは平仄を欠くように思われる。個別的な事件においての妥当な解決は、本判決のように、権利制限規定の柔軟な解釈によって図られるべきと考えられる。

3 引用の判断について

(1) 問題の所在

本判決における引用の判断において注目すべきなのは、本件が、鑑定対象の絵画を特定及び鑑定証書の偽造防止のための絵画の縮小カラーコピーを鑑定証書の裏面に添付する行為が問題となった事案であり、一見すると「引用」の文言には適合しないかのような利用を適法な「引用」と認められた点にある。さらに、従来論じられていた明瞭区別性及び主従関係（附従性）の要件に該当するかを吟味することなく、引用の目的と著作権者に与える経済的不利益を考慮して、適法な「引用」であることを認めた点も見落とすことができない。

以下では、従来の「引用」の裁判例を概観したうえで、本判決の意義と射程を検討することにする。

(2) 引用の目的についての過去の裁判例及び学説

① パロディ最判の2要件と引用の目的

既存の著作物を利用しようとするとき、いかなる利用目的がある場合に適法な「引用」と認められるのか²²。

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、その利用は、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わなければならない」と規定している。

²² 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、以下「上野・引用」と略記する。）308頁。

裁判例につき、今井弘晃「引用の抗弁」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務体系 著作権関係訴訟法』（2004、青林書院）391頁、五十嵐敦「著作権の制限（引用の抗弁）について」牧野利秋＝飯村敏明＝三村量一＝末吉互＝大野聖二編『知的財産法の理論と実務 第4巻』（2007、新日本法規出版）262頁。

ところが、「引用」が争われた従来の裁判例は、問題となる利用行為が、同条にある「公正な慣行に合致」しているか、及び「報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内」であるかを検討することは少なかった。

むしろ、従来の裁判例が判断の基準として用いたのは、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〕の定立した要件である²³。

同判決は、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」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。

同判決の要件のうち、③の要件は踏襲されず²⁴、①及び②の要件、特に②の主従関係（附従性）の要件が、その後の多くの裁判例において適法な「引用」に該当するか否かを判別する主要な要件として機能することとなったのである。

ところで、この主従関係（附従性）の要件は、一見すると、引用する側

²³ なお、前掲最判〔パロディ第一次上告審〕の前後の時期においては、「引用」の目的をもって、適法な「引用」か否かを判断する裁判例が散見された（引用する側の著作物の主要な構成資料となっていることから「引用」を否定した東京高判昭和55.9.29判時981号75頁〔民青の告白控訴審〕、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」を否定した東京地判昭和57.3.8判時1038号266頁〔「将門記」訓読文〕、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〕）。

もつとも、これらの裁判例は、「引用」について、前掲最判〔パロディ第一次上告審〕の明瞭区別性及び主従関係（附従性）の要件を用いて判断するという方向性が固まる前の裁判例であった。

²⁴ 前掲最判〔パロディ第一次上告審〕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ことにつき、小酒禮〔判解〕最高裁判例解説民事篇35巻10号（1989）246頁、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。

の著作物と被引用部分の分量を吟味する要件のようにもみえる²⁵。しかし、裁判例において、引用する側の著作物と被引用著作物の分量について言及したものはごく少数に過ぎない(東京地判平成10.10.30判時1674号132頁[小さな悪魔の背中のかげみ]、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])。

裁判例を検討すると、主従関係(附従性)という要件において判断されているのは、既存の著作物の利用が、単に引用された著作物を認識させるために利用しているのか、それとも新たな創作活動を行うための著作物の利用なのか否かである²⁶。すなわち、引用された著作物を認識させるための著作物の利用であれば、引用された著作物が「主」であるとして、主従関係(附従性)が否定される。逆に、新たな創作活動に向けられた著作物の利用であれば、引用された著作物が「従」であり、引用して創作される部分が「主」であると判断されることになる。

このように、引用する著作物と被引用部分の単なる分量の比較ではなく、内容の点において主従関係(附従性)があるかを判断することは、必然的にその利用目的を吟味することにつながる。

まず、「引用」は主張されているが、被引用著作物をそのままの形で利用しているに過ぎない事案においては、明瞭区別性が否定されることもあるが、多くの裁判例は主従関係(附従性)を否定している(他人の著作物を自己の著作物として取り込んだことについて主従関係(附従性)及び明

²⁵ 主従関係の判断について分量を重視するものとして、半田正夫『著作権法概説』(第11版、2003、法学書院)。他方で、裁判例の一部が分量を考慮せず「引用」を肯定していることを指摘するものとして、小塚荘一郎[判批]中山ほか編・百選(前掲注3)123頁、小泉/前掲注9・154頁。

²⁶ 主従関係について、量的にのみ比較するのではなく、質的にみて、引用して利用する側の著作物等が主体性を保持していなければならないと論じるものとして、斉藤博『著作権法』(第3版、2007、有斐閣、以下「斉藤・著作権法」と略記する。)243頁。また、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]について、批評関係があればあるほど被引用部分の非独立性が高まり、主従関係が肯定されやすくなることを指摘するものとして、上野達弘[判批]斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』(第3版、2001、有斐閣)167頁、同・引用(前掲注22)323頁。

瞭區別性を否定した東京地判昭和61.4.28判時1189号108頁〔豊後の石風呂〕、英語の教科書の内容を録音したものについて主従関係（附従性）を否定した東京地判平成3.5.22判時1421号113頁〔英語教科書準拠録音テープ〕、被引用著作物の単なる贋作である場合に主従関係（附従性）と明瞭區別性を否定した大阪地判平成8.1.31知裁集28巻1号37頁〔エルミア・ド・ホーリィ贋作一審〕、大阪高判平成9.5.28知裁集29巻2号481頁〔同控訴審〕、著作物を修正のうえテスト問題として使用したものについて主従関係（附従性）を否定した東京地判平成8.9.27判時1645号134頁〔四進レクチャー一審〕。

次に、利用する側が、新たな創作的表現を付け加えている場合であっても、それが単なる付け足しに過ぎず、結局のところ、批評や研究を口実にして単に被引用著作物を利用し、これを需要者に認識させるに過ぎない場合にも、主従関係（附従性）は否定され、適法な「引用」とは認められない。

例えば、美術全集に絵画を掲載した行為について、絵画を解説した論文はあるが、当該論文とは関係なく掲載された絵画から美的感得を得て観賞できるとして、引用された絵画を「主」とした東京高判昭和60.10.17無体集17巻3号462頁〔レオナルド・フジタ美術全集事件控訴審〕、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た前掲東京地判〔バーンズ・コレクション〕、有名プロサッカー選手の伝記において本人創作の詩を掲載した事案について、本文中において詩に言及した部分が一切ないとして、詩の紹介自体に目的があるとして主従関係（附従性）を否定した東京地判平成12.2.29判時1715号76頁〔中田英寿一審〕、東京高判平成12・12・15判時1743号130頁〔同控訴審〕、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じ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主従関係（附従性）を否定した東京高判平成13・9・18平成12(ネ)4816〔建築エスキース控訴審〕、被引用著作物に設問等を付して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

等から主従関係(附従性)を否定した前掲東京地判[教科書準拠教材I]、書籍をアップロードした部分が「主」であるとして主従関係(附従性)を否定した東京地判平成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]がある。

また、新たな創作活動に向けられた利用行為であっても、パロディのように被引用著作物を自己の著作物と一体として利用する場合には、主従関係(附従性)は否定され、適法な「引用」として認められていない(前掲最判[パロディ第一次上告審]、東京高判昭和58.2.23無体集15巻1号71頁[同差戻後控訴審])。

他方で、引用する著作物が「主」であり、被引用部分が「従」であると判断され、適法な「引用」と判断されていたのは、結果として32条1項が例示する批評、研究の事案に限られていた。

批評を目的とする利用の事案としては、原告の仮説を批判的に検討する内容の書籍において、原告の文書や図を掲載した事案について、引用する側が「主」であるとして主従関係(附従性)を肯定した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]、時事、社会問題を論じる漫画を批評する90頁の書籍において、同漫画からその一部である57箇所を採録して、論評、批評を加える場合に、引用する側の書籍が「主」であるとして主従関係(附従性)を肯定した東京地判平成11.8.31判時1702号145頁[脱ゴーマニズム宣言一審]、東京高判平成12.4.25判時1724号124頁[同控訴審]がある。また、主従関係(附従性)の要件を用いるものではないが、批評目的の文書の掲載について、適法な「引用」と認めた東京高判平成5.12.1平成4(ネ)765[雑誌「諸君!」反論文掲載控訴審]もある。

次に、研究を目的とする利用の事案としては、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について、引用する側の書籍が「主」であるとした前掲東京地判[小さな悪魔の背中の窪み]、通販業界の内実を紹介する書籍において、インターネット通販を実施している業者が多額の売上高を計上していることを示すために、原告図表の3項目で売上高が上位30社のものを利用した図表を掲載したことについて、執筆部分が「主」で図表が「従」であるとした東京地判平成22.1.27平成20(ワ)32148[通販業界の動向とカラクリがよ〜くわかる本](ただし、著作物性が否定されているので傍論。)があ

る。

このように、主従関係（附従性）の要件は、著作物の利用が、批評や研究等の引用として首肯できる目的を真に有しているかを判断するものとして機能している。

ただし、そのような要件をクリアできる利用形態は、批評や研究等の新たな創作に向けられた既存の著作物の利用の場合に限られており、新たな創作とは無関係の利用を「引用」と認める裁判例は存在していなかったことに留意すべきである。

② 裁判例と学説の新たな動向

学説においては、明瞭区別性及び主従関係（附従性）の2要件ではない新たな要件論を構築しようとする動きが生まれた。そもそも、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ことが指摘された²⁷。そして、そのような学説においては現在の著作権法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」の判断をすべきであるとした。

そして、「目的上正当な範囲」の要件において、引用の目的、効果、採録方法や利用の態様といった要素を衡量していくべきとする見解²⁸や、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、②権利者に与える経済的影響、③引用の目的・批評関係を考慮すべきとする見解²⁹が現れた³⁰。他方で、明瞭区別性及び主従関係（附従性）を考慮しつつ、追加

²⁷ 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・引用（前掲注22）325頁。

²⁸ 飯村/前掲注27・91頁。

²⁹ 上野・引用（前掲注22）326頁。

³⁰ このような立場に好意的な見解として、高部真規子 [判批] 中山ほか編・百選（前掲注3）121頁、大鷹一郎 [判批] 中山ほか編・百選（前掲注3）125頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタル2』（2009、勁草書房）207頁（盛岡一夫執筆部分）、小泉/前掲注9・154頁。

的な要件を定立するものも登場した³¹。

裁判例においても、2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、性質、位置付け、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もの（東京地判平成13.6.13判時1757号138頁 [絶対音感一審]³²）、社会通念を重視しつつ総合衡量を行うもの（前掲東京高判 [雑誌「諸君！」反論文掲載控訴審]、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]）、掲載態様から「公正な慣行」に合致しないとしたもの（東京地判平成23.2.9平成21(ワ)25767・36771 [都議会議員写真ビラ]）が現れた。

また、従来の2要件を完全に無視するのではなく、著作権法32条1項の文言の検討において、明瞭区別性を考慮する裁判例も登場した（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、3要件を満たすことが必要であるとしつつ、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] で考慮した東京高判平成14.4.11平成13(ネ)3677・5920 [絶対音感控訴審]）。

加えて、従来の2要件を用いしつつ、「取込型」の場合に（ア）引用する側の著作物の表現の目的上、他の代替措置によることができないという必然性があること、（イ）必要最小限の引用に止まっていること、（ウ）著作権者

³¹ 引用の目的上正当な範囲内の要件において、主従関係（附従性）を考慮するものとして、加戸・前掲注12・244頁、明瞭区別性と主従関係を「公正な慣行」で考慮するものとして、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ』（第2版、2007、有斐閣）267頁、明瞭区別性と主従関係は「引用」に該当する前提の要件であり、「公正な慣行」「目的上正当な範囲」を別途検討すべきとするものとして、茶園成樹『『引用』の要件について』コピーライト48巻565号（2008、以下「茶園・引用」と略記する。）15頁、高林・前掲注4・168頁、横山久芳「著作権の制限(1)」法学教室341号（2009、以下「横山・制限(1)」と略記する。）144頁、島並ほか・前掲注12・168頁（島並良執筆部分）。

³² 同判決が2要件から訣別し32条1項の文言に回帰するものと位置付けるものとして、上野・引用（前掲注22）326頁。

に与える経済的な不利益が僅少なものに止まること、の3つの要件を満たすかを仮定的に検討し、引用する必然性を欠くことを主たる根拠に適法な「引用」ではないとしたものもある（東京地判平成16.5.31判時1936号140頁〔XO醬男と杏仁女一審〕）。

他方で、2要件に加えて、別の要件を追加し、「引用」の範囲を狭めるとも読める裁判例も登場した（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るとした東京地判平成19.4.12平成18(ワ)15024〔創価学会ウェブ写真掲載〕）。

もともと、近年の裁判例においても、従来の2要件を用いて判断をしているものも一定数存在し（東京地判平成19.10.29平成19(ワ)1226〔ジュース販売サイト発行者情報開示〕、前掲東京地判〔オークションカタログウェブ掲載〕、前掲東京地判〔通販業界の動向とカラクリがよ〜くわかる本〕、東京地判平成22.5.28平成21(ワ)12854〔がん闘病マニュアル〕）、裁判例の趨勢は定まっていない状況にある。

一方で、いかなる利用目的がある場合に「引用」を認めるかについては、著作権法32条1項で例示された報道、批評、研究に類する利用形態でなければ適法な「引用」とは認められないとする見解が多数を占めていた³³。

³³ 報道、批評、研究などが行われていることを必須とするものとして、高林・前掲注4・170頁、「引用」の目的として、報道、批評、研究とそれに準じた目的に限定されるとするものとして、齊藤・著作権法（前掲注26）242頁、同様に例示された目的に準ずるものに限られるとするものとして、茶園・判批（前掲注1）91頁、報道、批評、研究に限定されないが、他人の著作物を自己の著作物中に持つてくるだけの必然性が認められる創作目的を必要とするものとして、加戸・前掲注12・244頁、報道・論評に類するものに限定するものとして、大楽光江〔判批〕齊藤＝半田編・前掲注26、「引用」を自己の創作に係る表現によって他人の著作物を紹介、参照、論評等するために利用される場合に限るものとして、横山・制限(1)（前掲注31）144頁、報道、批評、研究等のために他人の著作物を自己の作品に採録する場合に限られ、自己の編集著作物やデータベースに利用することは「引用」に該当しないとするものとして、中山・著作権法（前掲注7）256頁、「報道、批評、研究」をあくま

他方で、著作権法の究極の目的が文化の発展にある以上、権利者の利益のみならず利用者の利益にも配慮する必要があるところ、日本の著作権法が、フェア・ユースのような著作権の権利制限の一般規定を欠くことに鑑み、検索サイトにおける検索結果の表示やインターネットのオークションにおける画像の掲載について、適法な「引用」の目的に含まれ得るとする見解も主張されていた³⁴。

③ 本判決の分析

(i) 本判決における引用の判断方法

まず、本判決は「他人の著作物を引用して利用することが許されるためには、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り、かつ、引用の目的との関係で正当な範囲内、すなわち、社会通念に照らして合理的な範囲内のものであることが必要であり、著作権法の上記目的をも念頭に置くと、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」との一般論を示した。

ここでは、利用する側の「利用の目的」が明示的に考慮されているうえ

で例示しながら、その他の例として「歴史小説の執筆」を挙げ、「引用」を新たな創作活動を保護・支援するものとして捉えるものとして、島並ほか・前掲注12・171頁(島並良執筆部分)、「自己の論述を補強するため同様の見解を紹介するようなこと」のみ例として挙げるものとして、作花文雄『詳解 著作権法』(第4版、2010、ぎょうせい) 336頁。

³⁴ オークション・サイトにおける画像の掲載について、田村善之「絵画のオークション・サイトへの画像の掲載と著作権法」知財管理56巻9号(2006)1312頁、同「著作権法32条1項の『引用』法理の現代的意義」コピライト47巻554号(2007)2頁、検索サイトについて、同「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題(3)」知的財産法政策学研究18号(2007)36頁。他方で、上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討ー日本版フェア・ユースの可能性ー」コピライト47巻560号(2007)11頁は、著作権者と利用者の基本権の原理間衡量の立場から、著作者の権利の優越性を批判しつつ、オークション・サイトへの掲載が「引用」に当たるかの結論を留保している。

に、「方法や態様」、「利用される著作物の種類や性質」、及び「当該著作物の著作権者に及ぼす影響の有無・程度」が考慮されている。他方で、本判決は、前掲最判〔パロディ第一次上告審〕の明瞭区別性及び主従関係（附従性）の要件に言及していない³⁵。

これは、前掲東京地判〔絶対音感一審〕等の裁判例と同様に、諸要素を総合的に考慮して「引用」の判断をする立場に立ったものとして理解することができる³⁶。

しかも、本判決は、諸要素を総合的に考慮するとの枠組みを用いたうえで、鑑定証書への絵画のカラーコピーの添付という「報道」「批評」「研究」に含まれているとは言い難い利用目的の場合に「引用」を認めている。とりわけ、本件は、新たな創作的表現を付加しておらず、従来の主従関係（附従性）の判断においては「従」であるとは認めにくい利用形態であった³⁷。

そうすると、本判決は、従来の2要件では適法な「引用」とは認めにくい事案であることを意識しながら、「引用」を肯定するために2要件を用いず、諸要素の総合的な考慮による判断をしたものとも考えることもできる。本判決の立場を前提とすると、今後「報道」「批評」「研究」以外の著作物の利用形態について、広く「引用」を肯定する余地が生まれることになると思われる。

さらに、本判決以降においては、同様に2要件を用いない裁判例が複数登場しており（前掲東京地判〔都議会議員写真ビラ〕、東京地判平成23.6.30平成20(ワ)13142〔生活と意見〕、東京地判平成24.9.28平成23(ワ)9722〔霊言〕）、その影響は大きい。

そこで、以下では、事案に対する具体的な判断の部分の説示を分析し、同判決の射程について考えていきたい。

³⁵ 板倉/前掲注1・1251頁、茶園・判批（前掲注1）89頁。

³⁶ 高瀬/前掲注1・67頁、諸要素の総合的な考慮に賛成するものとして、山内・判批（前掲注1）311頁。

³⁷ これに対し、山内・引用（前掲注1）77頁は、鑑定証書が主でコピー部分が従であるとすれば主従関係（附従性）の要件を充足できると指摘する。

(ii) 引用の目的

本判決は、「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」として、鑑定証書への絵画のカラーコピーの添付が、引用の目的に含まれるとした。

この説示では、「報道、批評、研究その他の引用の目的」との32条1項の文言には触れることなく、端的に著作物の利用形態についての有用性や必要性を検討している。

前述のとおり、学説では、引用の目的について「報道、批評、研究」及びそれに準じた目的があることを要するとするものがあるが、本判決はそのような立場は採用していないように読めるため、批判するものも多い³⁸。

もともと、日本においては権利制限の一般規定がなく、「引用」の解釈において著作権者の利益と著作物を利用する者の利益のバランスを図る必要性は認められよう³⁹。特に、技術の進歩により著作物の新たな利用形態が次々と生まれることからすれば、条文に定めのない利用形態について許容する余地を認めることが望ましい⁴⁰。

³⁸ 例えば、茶園・判批(前掲注1)92頁、板倉/前掲注1・1253頁、齊藤・判批(前掲注1)177頁、高林・前掲注4・171頁、井関/前掲注1・334頁、張/前掲注1・250頁。

³⁹ 日本版フェア・ユース規定導入に賛成する立法論の文脈ではあるが、実態に即した柔軟な解決が可能であることを指摘するものとして、寺本振透=深津拓寛「一般的フェアユース規定実現への課題と展望」寺本振透編集代表・西村あさひ法律事務所編『解説 改正著作権法』(2010、弘文堂)207頁。

⁴⁰ 英米法における開かれた制限の制度が新たな利用形態につき経済的に満足のい

もちろん、社会的に許容すべき著作物の利用形態は、個別の権利制限規定を設けて対応することも考えられるが、そのような立法がなされるまでのタイム・ラグがあることはもとより、そのような利用形態によって恩恵を受ける者が拡散しているため、立法過程において反映されにくいという構造的な問題も無視できない⁴¹。

これに対し、これらの問題は、「引用」の解釈により解決されるべき問題ではなく、権利制限の一般規定の立法により解決されるべき問題であるとする見解もある⁴²。

近時、日本においてもフェア・ユース規定の立法化が議論された。

平成20年11月27日の「デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会」における報告書では、「権利者の利益を不当に害しないと認められる一定の範囲内で、公正な利用を包括的に許容し得る権利制限の一般規定（日本版フェアユース規定）を導入することが適当」とされていた。そして、知的財産推進計画2009（平成21年6月24日知的財産戦略本部決定）では「著作権法における権利者の利益を不当に害しない一定の範囲内で公正な利用を包括的に許容し得る権利制限の一般規定（日本版フェアユース規定）の導入に向け、ベルヌ条約等の規定を踏まえ、規定振り等について検

く解決を達成する可能性があることにつき、Matthias Leistner（川田篤訳）「著作権における経済学的調査の寄与－現状の調査と学際的な理論の描写」知的財産法政策学研究29号（2010）36頁。

⁴¹ Peter K. Yu（青柳由香訳）「国際的な囲い込みの動きについて（1）～（4）完」知的財産法政策学研究16～19号（2007～2008）、田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号（2008）6頁。著作権法の立法過程の官僚行動について、組織存続、著作権法の規定間の整合性、国際条約や諸外国の動向との整合性の観点から分析するものとして、京俊介「著作権法改正の政治学的分析」新世代法政策学研究7号（2010）413頁。

⁴² ドイツ法を参照しながら「引用」の目的を厳格に解する一方、権利制限の一般規定の必要性を肯定するものとして、潮海久雄「インターネットにおける著作権の個別制限規定（引用規定）の解釈論の限界と一般的制限規定（フェアユース）の導入について－Googleサムネイルドイツ連邦最高裁判決を中心に－」筑波法政50号（2011）11頁。しかし、一般的な権利制限規定の必要性を認めながら、日本における「引用」の規定が広い解釈を可能とする文言になっているのにもかかわらず、ドイツ法における「引用」の解釈を参照してこれを限定する必要があるのか不明である。

討を行い、2009年度中に結論を得て、早急に措置を講ずる」とされていた。

そのうえで、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会権利制限の一般規定ワーキングチームによる「権利制限一般規定ワーキングチーム 報告書」では、権利制限の一般規定の対象となる行為として、写り込みを想定した「A その著作物の利用を主たる目的としない他の行為に伴い付随的に生ずる当該著作物の利用であり、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの」、最終的な著作物の準備段階における利用を想定した「B 適法な著作物の利用を達成する過程において不可避免的に生ずる当該著作物の利用であり、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの」、技術の開発や検証の場合を想定した「C 著作物の表現を知覚するための利用とは評価されない利用であり、当該著作物としての本来の利用とは評価されないもの」を想定していた。

さらに、平成23年1月に文化審議会著作権分科会が公表した「文化審議会著作権分科会 報告書」⁴³では、若干の修正がなされ、権利制限の一般規定により権利制限される利用行為として、「A その著作物の利用を主たる目的としない他の行為に伴い付随的に生ずる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であると評価できるもの」、「B 適法な著作物の利用を達成しようとする過程において合理的に必要と認められる当該著作物の利用であり、かつ、その利用が質的又は量的に社会通念上軽微であること」、「C 著作物の種類及び用途並びにその利用の目的及び態様に照らして、当該著作物の表現を知覚することを通じてこれを享受するための利用とは評価されない利用」が想定されていた。

もともと、「権利制限一般規定ワーキングチーム 報告書」及び「文化審議会著作権分科会 報告書」のA B Cの類型は、いずれも米国のフェア・ユース規定等の一般的な権利制限規定と比べて、対象となる行為が大きく限定されたものであった⁴⁴。

⁴³ http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/shingi_hokokusho_2301_ver02.pdf (平成24年12月22日確認)。

⁴⁴ これらの提案について、従来判例で柔軟な解釈により対応されてきたものに過ぎないことを指摘するものとして、中山信弘「著作権の権利制限」高林ほか編・理論的探究(前掲注8)280頁。

そして、結果として実現した平成24年著作権法改正は、A類型をもとにした付随対象著作物の利用（改正法30条の2）、B類型をもとにした検討の過程における利用（改正法30条の3）、C類型をもとにした技術の開発又は実用化のための試験の用に供するための利用（改正法30条の4）、C類型に関係する情報通信の技術を利用した情報提供の準備に必要な情報処理のための利用（改正法47条の9）であり、当初のABC類型よりも許容される行為が大きく限定されたものであった⁴⁵。例えば、改正法30条の2においては、「分離することが困難であるため付随して対象となる」「軽微な構成部分となるもの」など厳格な要件が規定されている⁴⁶。

加えて、平成24年著作権法改正においては、違法ダウンロードの罰則化（119条3項）⁴⁷、技術的保護手段回避に関連する行為の規制強化（2条1項20号、30条1項2号、120条の2第1号の改正）⁴⁸もなされており、全体としてみれば著作権を強化する方向での改正であったとの評価も可能である。

⁴⁵ 立法の経過等につき、文化庁長官官房著作権課「解説 著作権法の一部を改正する法律（平成24年改正）について」コピライト52巻618号（2012）16頁、永山祐二「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピライト52巻619号（2012）2頁、小泉直樹＝池村聡＝高杉健二「鼎談 平成24年著作権法改正と今後の展望」ジュリスト1449号（2013）12頁、中山信弘＝松田政行＝岩倉正和＝横山久芳＝相澤英孝「改正著作権法と著作権法の課題」Law & Technology 57号（2012）1頁、池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コメンタール別冊 平成24年改正解説』（2013、勁草書房）7頁。

⁴⁶ 「分離することが困難」とは技術的に困難な場合のみではなく、別の著作物を除いて創作することが社会通念上困難であると客観的に認められる場合を含むことにつき、文化庁長官官房著作権課/前掲注45・22頁、池村＝壹貫田・前掲注45・100頁。例として、キャラクターが描かれたTシャツを着た子供を撮影する場合を挙げるものとして、永山/前掲注45・12頁、同条の解釈につき、条文の文言が厳格であり、柔軟な解釈が必要であるとするものとして、前田哲男『「写り込み」等に係る規定の整備』ジュリスト1449号（2013）12頁、中山ほか/前掲注45・16頁（横山久芳発言）。

⁴⁷ 2年以下の懲役若しくは200万円以下の罰金、又はそれらを併科することが規定されている。小泉ほか/前掲注45・20頁（高杉健二発言、池村聡発言）を参照。

⁴⁸ 小泉ほか/前掲注45・17頁（池村聡発言）、奥邨弘司「技術的保護手段の回避に関連する行為の規制強化」ジュリスト1449号（2013）42頁参照。

このように、権利制限の一般規定の創設が予定されていたが、ごく一部について実現されたに過ぎず、再び立法の動きがあったとしても、平成24年改正のように、個別の権利制限規定の立法にとどまる可能性もある。このことからしても、著作権者と利用者の適切な利益の調整を立法のみに期待することは困難であると考えられる。

加えて、法律で限界線を描きつつ、妥当な結論を導くためにバッファードとしての一般条項を置くことは、様々な法律において採用されているところである(信義則(民法1条2項)、権利濫用(同3項)、公序良俗(同90条)、不法行為(同709条)等)⁴⁹。

特に、技術変化の激しい分野においては、紛争のバリエーションが豊富であり、ルール型の条項よりも効率化に資する行動を適法視するスタンダード型の条項が望ましいと示唆するものもある⁵⁰。

以上の点を考慮すると、本判決のように、様々な著作物の利用形態を「引用」として許容する可能性を残す解釈が妥当であると思われる⁵¹。そして、そのためには、従来の明瞭区別性及び主従関係(附従性)の要件を、「引用」を判断するための唯一のルールと解すべきではないと考えられる⁵²。

⁴⁹ 住居侵入罪の「正当な理由」を例に、実定法秩序自体の中に人本来の実践理性を働かせるためのバッファードが組み込まれていることを指摘するものとして、長谷部恭男「表現の自由と著作権」コピライト52巻616号(2012)10頁。

⁵⁰ スタンダード型の規定のみを志向するものではないが、島並良「権利制限の立法形式」著作権研究35号(2008)90頁。田村善之「日本版フェア・ユース導入の意義と限界」知的財産法政策学研究32号(2010)33頁も参照。

⁵¹ 著作権の制限をオープン・エンドにして、判断を立法から司法に移すことで、著作権業界の利益を反映しにくい判断となることを論じるものとして、Antonina Bakardjieva Engelbrekt(田村善之訳)「制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック(2・完)」知的財産法政策学研究23号(2009)42頁。ただし、同論文は、司法においても政治のプロセスの歪みを大きく反映する可能性があることも指摘する(同「制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック(1)」知的財産法政策学研究22号(2009)47頁)。立法よりも司法における判断の方が公平で透明性の高い判断を期待できるとするものとして、梶山敏士「フェアユースを中心とした著作権法の新潮流」ジュリスト1405号(2010)38頁も参照。

⁵² 最判[パロディ第一次上告審]の2要件を総合考慮の判断要因の1つとみること

(iii) スリー・ステップ・テストとの関係

ところで、「引用」について本判決のように広く解する立場を採用すると、ベルヌ条約及びTRIPs協定上のスリー・ステップ・テストの第1ステップである「特別の場合 (certain special case)」を満たさないとの指摘もある⁵³。

ベルヌ条約9条(2)は「特別の場合について前項の著作物の複製を認める権能は、同盟国の立法に留保される。ただし、そのような複製が当該著作物の通常の利用を妨げず、かつ、その作者の正当な利益を不当に害しないことを条件とする」とされる。また、TRIPs協定13条も「加盟国は、排他的権利の制限又は例外を著作物の通常の利用を妨げず、かつ、権利者の正当な利益を不当に害しない特別な場合に限定する」とする⁵⁴。

ところで、WTOパネル報告 (Report of the Panel 15 June 2000: United States –Section 110 (5) of the US Copyright Act, WTO/DS/160R) の解釈では、「特別の場合 (certain special case)」における“certain”について“‘certain’”という言葉の通常の意味は、『知られ、特殊化されている、しかし、明示的には特定されていない』『決定された、固定された、変化しない；明確な、精緻な、正確な』というものである。換言すれば、この言葉は、最初の要件の下に国内法における権利の例外または制限が明確に定義されていなければならないことを意味している。しかしながら、当該例外の範囲が知られ、特殊化されているのであれば、当該例外が適用される各々の場合及びありうべきすべての場合を明示的に特定する必要はない。これでも十分な程度の法的安定性が保証される」としている⁵⁵。

で、パロディを「引用」とする可能性がある」と論じるものとして、小泉直樹「総論」著作権研究37号(2011)9頁。

⁵³ 井関/前掲注1・334頁。

⁵⁴ 歴史的経過も含めて、小島立「条約における権利制限」著作権研究35号(2008、以下「小島・条約」と略記する。)72頁、小嶋崇弘「著作権法における権利制限規定の解釈と3 step test (1)～(5)―厳格解釈から柔軟な解釈へ―」知的財産法政策学研究26号221頁・27号131頁・30号43頁・31号45頁(2010)・36号118頁(2011)(以下「小嶋・権利制限(1)～(5)」と略記する。)

⁵⁵ 原文は“The ordinary meaning of ‘certain’ is ‘known and particularised, but not explicitly identified’, ‘determined, fixed, not variable; definitive, precise, exact’.”¹¹¹ In other words,

他方で、“special”とは、「換言すれば、権利の例外又は制限が量的及び質的な意味で狭くあるべき」⁵⁶としつつ、「権利の例外または制限が協定13条所定の第1要件を充足するために、正当な公共政策目的という観点から正当化されなければならないという主張は、同条の文言と両立するのが困難である」⁵⁷として、質的側面のテスト（何らかの正当化理由をその基底に有しているか）を放棄したとされる⁵⁸。

以上の解釈からすると、権利制限が適用される全ての場合を明示的に特定しなくても、“certain”の要件を満たすことから、「引用」が許される場合が予め特定されていなくても同条約に違反するものではないことになる。また、“special”については、どのような正当化根拠に基づくかという質的側面は問われず、量的な側面が問題となると考えられる⁵⁹。学説では、

this term means that, under the first condition, an exception or limitation in national legislation must be clearly defined. However, there is no need to identify explicitly each and every possible situation to which the exception could apply, provided that the scope of the exception is known and particularised. This guarantees a sufficient degree of legal certainty”である。訳文は、駒田泰士「著作権法上の権利制限をめぐる法政策と条約上の3 step test 一二つの覚書」日本国際経済法学会年報19号（2010、以下「駒田・覚書」と略記する。）116頁による。茶園成樹「著作権法の最近の諸問題－権利制限に関する3つの問題」ジュリスト1326号（2007）63頁も参照。

⁵⁶ 原文は “In other words, an exception or limitation should be narrow in quantitative as well as a qualitative sense.” である。訳文は、駒田・覚書（前掲注55）118頁による。

⁵⁷ 原文は “It is difficult to reconcile the wording of Article 13 with the proposition that an exception or limitation must be justified in terms of a legitimate public policy purpose in order to fulfill the first condition of the Article.” である。訳文は、駒田・覚書（前掲注55）118頁による。

⁵⁸ 駒田・覚書（前掲注55）119頁。同「3 step test はどこまで有用な原則か－フランスにおける議論を参考に－」上智法学論集51巻3=4号（2008）57頁も参照。

なお、同報告において、WTO加盟国に対し、加盟国が適合すると考える制限と例外の必要及び目的を決定する裁量を与えていることについて、P. Bernt Hugenholtz & Ruth L. Okediji, *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright*, Final Report (2008), available at <http://www.ivir.nl/publicaties/hughenoltz/finalreport2008.pdf>, at 23.

⁵⁹ フェア・ユースが量的な問題をクリアすることがより困難であることを指摘する

さらに、いかなる権利制限もその適用の範囲が制限されているという意味で“special”ということもでき、第1ステップに重きを置くべきではないとするものもある⁶⁰。

先に引用した「権利制限一般規定ワーキングチーム 報告書」46頁でも、米国のフェア・ユース規定がスリー・ステップ・テストに違反するかを検討し「スリーステップテストは、作者の権利制限に際して極端に拡張的な制限を禁じる趣旨で設けられたものではあるが、米国著作権法第107条のフェアユース規定は、判例の蓄積があり、規定の適用範囲がある程度予測可能であるので、第1ステップに適合しないとは言えないと考えられる」と結論付けている⁶¹。

また、TRIPs協定は、全体としても権利者を保護するための保護の最低基準を定めるものである一方、同7条では「知的所有権の保護及び行使は、技術的知見の創作者及び使用者の相互の利益となるような並びに社会的及び経済的福祉の向上に役立つ方法による技術革新の促進並びに技術の移転及び普及に資するべきであり、並びに権利と義務との間の均衡に資するべきである」として、権利者の保護のみを重視すべきでないことをうたっている⁶²。

ものとして、駒田・覚書（前掲注55）123頁。

⁶⁰ Daniel J. Gervais, *Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test*, 9 MARQ. INTELL. PROP. L. REV. 1, 17 (2005), Daniel J. Gervais, *Intellectual Property and Human Rights: Learning to Live Together*, in INTELLECTUAL PROPERTY AND HUMAN RIGHTS 9 (Paul L. C. Torremans, ed., Kluwer 2008).

⁶¹ 「権利制限一般規定ワーキングチーム 報告書」46頁。さらに、同報告書58頁では、この報告を踏まえて、同報告書のABCの類型について、スリー・ステップ・テストに整合すると考えつつ、立法の際に同テストに留意すべきとしている。

他方で、米国のフェア・ユース規定は予測困難なものであるとして、「特別な場合」の要件を満たさないとするものとして、フレデリック・ポロー・デュリアン（大田原薫訳）「ドラゴンと白鯨—スリーステップテストとフェア・ユース」高林龍＝三村量一＝竹中俊子編集代表『現代知的財産法講座Ⅲ 知的財産法の国際的交錯』（2012、日本評論社、以下「高林ほか編・国際的交錯」と略記する。）458頁。

⁶² 小嶋・権利制限(2)（前掲注54）162頁。TRIPs協定7条及び8条が、個別の規定を解釈する指針になることに加え、加盟国が協定に組み込まれた柔軟性を活用するこ

加えて、スリー・ステップ・テストは、フェア・ディールングという例外規定を有するイギリスが提案したものであることや、フェア・ユース規定を持つアメリカはベルヌ条約加盟後も同規定を改正していないことから、一般的な権利制限規定がスリー・ステップ・テストに必ずしも違反するものではないことが指摘されている⁶³。現在に至るまで、WTOの手続において、フェア・ユース規定がスリー・ステップ・テストに反すると判断されたことはない⁶⁴。

さらに、近時においては、スリー・ステップ・テストを柔軟に解釈する動きがある。例えば、マックス・プランク研究所提言は、「2」で「スリー・ステップテストは制限及び例外を狭義に解釈することを要求するものではない。それらはそれぞれの主旨及び目的に応じて解釈されるべきである」とし、「3」では「スリー・ステップテストが排他権の制限及び例外を一定の特別なケースに限定していることは以下のことを妨げない」とし、その「(a)」で「立法府が一般的な (open-ended) 制限及び例外を導入すること。ただしかかる制限及び例外の範囲が合理的に予測可能であること」としている⁶⁵。

以上からすれば、「引用」の目的を本判決のように広く捉えたとしても、

とを守る盾の役割を果たすことにつき、Peter K. Yu (安藤和宏訳)「TRIPs協定の目的と原則(2・完)」知的財産法政策学研究30号(2010)136頁。

⁶³ Christophe Geiger (安藤和宏訳)「情報化社会に対する著作権法の適応におけるスリー・ステップテストの役割(1)」知的財産法政策学研究27号(2010)116頁、Jonathan Griffiths (城所岩生訳)「中核制度の柔軟化—欧州著作権法の解放」知的財産法政策学研究35号(2011)1頁、米国が当初からWTO加盟国であったことを指摘するものとして、駒田泰士「ドイツ法における最新の議論状況」フェアユース研究会編・前掲注21・82頁。フェア・ユース規定とフェア・ディールング規定につき、横山久芳「英米法における権利制限」著作権研究35号(2008、以下「横山・権利制限」と略記する。)11頁。

⁶⁴ Griffiths/前掲注63・22頁。

⁶⁵ 翻訳につき、フェアユース研究会編・前掲注21に付属するCD-ROM収録(椋山敬士訳)。小島・条約(前掲注54)80頁、小嶋・権利制限(5)(前掲注54)118頁にも、同宣言についての言及がある。

ベルヌ条約やTRIPs協定に違反するものではないと考えられる⁶⁶。

(iv)「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」の説示
他方で、本判決は、「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」を考慮している点に注意すべきで
ある。

この説示が重要な意味を有しているとするれば、当該利用形態が著作権者
等の権利の保護に資するか否かが「引用」の判断のメルクマールとなる可
能性がある（このような考え方を「著作権者利益還元アプローチ」と呼ぶ
ことにする）⁶⁷。

著作権者利益還元アプローチでは、本件のように、著作物の流通を促進
させるための利用形態は、著作権者が作品若しくは複製物を売却する際の
価格を高めるとの意味において、本判決の射程が及びやすい利用形態であ
ると言うことができよう。例えば、インターネットのオークションの出品
カタログに当該著作物の画像を掲載する行為は、著作物の流通を促進して
著作物の価値を高め、当該著作物の第一譲渡時の取引価格を高めることで
著作権者の経済的利益に資するため、本判決の枠組みにおいて「引用」と
認めやすいものと考えられる（前掲東京地判[オークションカタログウェブ掲載]
においては、適法な「引用」とは判断されなかったものの、平成
21年の著作権法改正により一定の範囲で適法とされた。）。また、著作物の
適法な流通後の利用についても同様であろう（消尽の規定のない映画の著
作物の公衆への譲渡について、最判平成14.4.25民集56巻4号808頁[中古
ソフト上告審]を参照。⁶⁸）。

⁶⁶ なお、ベルヌ条約9条(2)が主張されたが、日本法の適用を直接問題にすれば足
りとした裁判例として、東京地判平成12.5.16判時1751号128頁[スターデジオ]
がある。もっとも、間接適用の可能性を認めるものとして、小島・条約(前掲注54)
78頁、孫櫻倩「世界の動向」寺本編・前掲注39・225頁。学説の議論状況について、
小嶋・権利制限(1)(前掲注54)231頁。

⁶⁷ 田村・現代美術(前掲注10)107頁。

⁶⁸ 同判決の「仮に、著作物又はその複製物について譲渡を行う都度著作権者の許諾
を要するということになれば、市場における商品の自由な流通が阻害され、著作物

他方において、著作権者利益還元アプローチでは、被引用著作物のパロディといった著作権者の意思を害する可能性のある利用形態について、「引用」を認めにくいことは言うまでもない⁶⁹。また、被引用著作物のリバーズ・エンジニアリングも、競業者を利することが多いと考えられ、そのような場合には、仮に社会全体の効率性が改善したとしても、「著作権者等の権利の保護」には悖る結果となるため、本判決の枠組みにより「引用」を認めるのは困難であろう。

このように考えていくと、「引用」を判断するうえで、「著作権者等の権利の保護」に資するかを基準にすると、適法とされる利用形態は多くないことになると考えられる。

米国のフェア・ユース規定(1976年著作権法107条)⁷⁰においては、第1ファクターで「利用の目的、性質。そのような利用が商業的性質を有するか、非営利の教育目的によるものか」といった点を含む」とし、その目的を限定

又はその複製物の円滑な流通が妨げられて、かえって著作権者自身の利益を害することになるおそれがあり、ひいては『著作権者等の権利の保護を図り、もって文化の発展に寄与する』(著作権法1条)という著作権法の目的にも反する…との判示は、本判決の上記部分との共通性を指摘できる。

⁶⁹ 田村・現代美術(前掲注10)107頁。

⁷⁰ 米国のフェア・ユース規定について、白鳥綱重『アメリカ著作権法入門』(2004、信山社)209頁、ポール・エドワード・ゲラー＝メルビル・B・ニマー編・エリック・J・シュワルツ著(高林龍翻訳監修、安藤和宏＝今村哲也訳)『英和对訳 アメリカ著作権法とその実務』(2004、雄松堂出版)291頁、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—(1)(2・完)」知的財産法政策学研究6号155頁・7号139頁(2005、以下「村井・著作権市場(1)又は(2)」と略記する。)、Barton Beebe(城所岩生訳)「米国著作権法フェアユース判決(1978-2005年)の実証的研究(1)(2・完)」知的財産法政策学研究21号(2008)117頁・22号(2009)163頁、Pamela Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 *FORDHAM LAW REVIEW* 2537, 2549 (2009)、山本隆司編著＝奥邨弘司著『フェア・ユースの考え方』(2010、太田出版)12頁、Neil W. Netanel, *Making Sense of Fair Use*, 15 *LEWIS & CLARK L. REV.* 715, 768 (2011) (Neil W. Netanel(石新智規＝井上乾介＝山本夕子訳)「フェアユースを理解する(2・完)」知的財産法政策学研究44号掲載予定を参照)。特にパロディについて、奥邨弘司「米国著作権法におけるParody」著作権研究37号(2011、以下「奥邨・Parody」と略記する。)13頁。

してはいない。

ところで、商業的利用について、*Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 451 (1984) は「著作権のあるものの商業的利用の全ては、著作権者に帰属する独占権に対するアンフェアな利用であるとの推定を受ける…」⁷¹として、商業的利用につき第4ファクターに不利な推定を与えるとした。

これに対し、*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994) は、*Sony* 判決の推定について、「商業的目的を超える何らかのものを含む事件」⁷²には適用されないとし、「二次的使用が *transformative* である場合には、市場代替性は少なくともより不確実であり、市場被害はそうたやすく推認されうるものではない」⁷³とし、*transformative use* について *Sony* 判決の推定が及ばないとした⁷⁴。

この *transformative* について、*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994) は、「新たな作品が、原著作物の創作の目的を超えているか、……若しくは、さらなる目的や異なる特徴を付したり、新たな表現や意味、メッセージを付することで原著作物を変更するなど、新たな何かを代わり

⁷¹ 訳文は、山本＝奥邨・前掲注70・27頁（山本隆司執筆部分）による。

⁷² 原文は“a case involving something beyond mere duplication for commercial purposes”である。訳文は、山本＝奥邨・前掲注70・27頁（山本隆司執筆部分）による。

⁷³ 原文は“*But when, on the contrary, the second use is transformative, market substitution is at least less certain, and market harm may not be so readily inferred*”である。訳文は、山本＝奥邨・前掲注70・27頁（山本隆司執筆部分）による（ただし、*transformative* のみアルファベット表記とした。）。

⁷⁴ *transformative* の基準が支配的になったことにより、非商業的使用及び教育的使用の条文上の文言がほとんど意味を失ったことを指摘するものとして、*Matthew Sag, God in the Machine: A New Structural Analysis of Copyright's Fair Use Doctrine*, 11 MICH. TELECOMM. L. REV. 1, 6 (2005)。また、同判決により、後続著作物が先行著作物の代用品となるか、表現市場での先行著作物の意義を後続著作物が「横取り」(*usurp*)するものになるかがフェア・ユース法理の焦点の急になることを指摘するものとして、大日方・前掲注2・145頁。

商業性についての裁判例の扱いについて、*Beebe* (2)/前掲注70・168頁を参照。

に付しているか」と表現している⁷⁵。

同判決が「さらなる目的」と判示するように、**transformative use**とは、パロディのように原著作物の外形に変更を加える場合のみならず、機能的にみて新たな利用価値を生み出す行為を含むとされている⁷⁶。むしろ、近時の裁判例においては、表現内容の変形よりも、目的の変形 (**transformation of the purpose**)こそが決定的であると評するものもある⁷⁷。

特に、未知の利用形態の場合に、**transformative**であるとして、フェア・ユースが肯定されている点が注目される⁷⁸。

例えば、検索エンジンにおいてクローラーがイメージを検索し、そのイメージでサムネイルを作成したことは、原著作物の使用に代替せず、イメージのための異なる目的 (**a different purpose for the images**)を生み出すとして **transformative** であるとしたもの (**Kelly v. Arriba Soft Corp.**, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003))⁷⁹、グーグルのイメージ検索において著作物がサムネイルとして表示される場合に新たな創作的表現を加えていないにもかかわらず高度に **transformative** であるとしたもの (**Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.**, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007))⁸⁰、学校用の盗用検出サービス (**plagiarism**

⁷⁵ 原文は“the new work merely ‘supersedes the objects’ of the original creation,……or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, message”である(同判決579頁)。

⁷⁶ Netanel, *supra* note 70, at 748. 横山・権利制限(前掲注63)15頁も参照。

⁷⁷ R. Anthony Reese, *Transformativeness and the Derivative Work Right*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 101, 127 (2008). 同論文では、表現について **transform** するものであっても目的を **transform** するものでなければフェア・ユースが肯定されにくい (**Dr. Seuss Enters. v. Penguin Books USA, Inc.**, 109 F.3d 1394 (9th Cir. 1997))のに対し、目的を **transform** するものであれば表現を **transform** しなくてもフェア・ユースが肯定される傾向にあるとする (**Kelly v. Arriba Soft Corp.**, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003); **Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley, Ltd.**, 448 F.3d 605 (2d Cir. 2006))。同論文を紹介するものとして奥邨・Parody(前掲注70)32頁。

⁷⁸ フェア・ユースの重要な機能の1つとして、立法が不完全な場合に、新たな技術やその他の進歩によって提起される問題において利益を調整する機能を提供することを指摘するものとして、Samuelson, *supra* note 70, at 2602。

⁷⁹ 同判決につき、山本＝奥邨・前掲注70・216頁(奥邨弘司執筆部分)。

⁸⁰ 同判決につき、山本＝奥邨・前掲注70・225頁(奥邨弘司執筆部分)。

detection service) において生徒の論文をデータベースに保存することが、盗用防止という学生の論文とは完全に異なる目的であるため transformative であるとしたもの (A.V. ex rel. Vanderhye v. iParadigms, LLC 562 F.3d 630 (4th Cir. 2009))⁸¹がある。

リバース・エンジニアリングについては、Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510 (9th Cir 1992)⁸²が適法と判断したが、Campbell判決以降のSony Computer Entertainment v. Connectix Corp., 203 F.3d 596 (9th Cir. 2000) はプレイステーション用のゲームをパソコンで使用できるようにするソフトの製造・販売について、消費者がプレイステーション用のゲームをプレイできる新たなプラットフォーム (パーソナルコンピュータ) を作り出すもので、控えめであるがtransformative (modestly transformative) であるとした⁸³。このように、リバース・エンジニアリングについても利用目

Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003) と同判決を比較すると、同事案はライセンス市場があったうえ、グーグルがサムネイルによって広告収入を得ていた点が異なっていたことが指摘されている (Samuelson, *supra* note 70, at 2612、田村善之「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題(1)－寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等」知的財産法政策学研究16号(2007) 104頁)。そのことと関連させて、transformative use である場合には、フェア・ユースの第4ファクターがほとんど考慮されなくなっていることを指摘するものとして、Netanel, *supra* note 70, at 764。

⁸¹ 同裁判において、原告は、被告の利用が何ら何かを著作物に付するものではなく transformative ではないと主張したが、判決は被告の利用形態が完全に異なる機能と目的 (entirely different function and purpose) を有しているとして、transformative であることを肯定している。同判決について、Netanel, *supra* note 70, at 764、山本＝奥邨・前掲注70・232頁 (山本隆司執筆部分)。

⁸² 同判決につき、Samuelson, *supra* note 70, at 2606、山本＝奥邨・前掲注70・200頁 (山本隆司執筆部分)。ただし、リバース・エンジニアリングでも、情報の入手方法に問題がある場合には、フェア・ユースが否定され得る (著作権局からソース・コードを入手していた事案についてフェア・ユースを否定したものとして、Atari Games Corp. v. Nintendo of America, 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992))。同判決について、山本＝奥邨・前掲注70・197頁 (山本隆司執筆部分)。

⁸³ 山本＝奥邨・前掲注70・205頁 (奥邨弘司執筆部分)。

のが transformative であるかによって判断されるようになっている⁸⁴。

また、パロディについても、利用する著作物を風刺するものであり、transformative であると認められる場合には、広くフェア・ユースを認める傾向にある(小説 *Gone with the Wind* の設定を変更し、同小説における奴隷制と南部の描写についての批判を行う *The Wind Done Gone* を出版した事案について、フェア・ユースを肯定した *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001)⁸⁵、バービー人形に性的なポーズをさせキッチン用品と一緒に撮影し、バービー人形が体现している慣習的な美の神話と女性を物とする社会的認識を非難しようとした事案についてフェア・ユースを肯定した *Mattel, Inc. v. Walking Mountain Productions*, 335 F.3d 792 (9th Cir. 2003)⁸⁶)。

他方で、当該作品ではなく社会一般を風刺 (satire) する場合には、フェア・ユースが肯定されにくいとされていたが (Dr. Seuss の子供向け教育用絵本 “*The Cat in the Hat*” に対し、O.J. Simpson 裁判を風刺した絵本 “*The Cat NOT in the Hat*” を出版したことについて、parody ではなく風刺 (satire) であるとしてフェア・ユースを否定した *Dr. Seuss Enters. v. Penguin Books USA, Inc.*, 109 F.3d 1394 (9th Cir. 1997)⁸⁷)、この区別は相対化しており⁸⁸、風刺であっても他のファクターを考慮して transformative であると判断される場合もあるとされる (Koons が、Blanch の “*Silk Sandals*” を使用し、ナ

⁸⁴ 泉克幸「フェアユースと競争政策—リバースエンジニアリングの議論を参考に」フェアユース研究会編・前掲注21・19頁。

⁸⁵ 同判決につき、山本＝奥邨・前掲注70・145頁(山本隆司執筆部分)、奥邨・Parody(前掲注70)24頁、Samuelson, *supra* note 70, at 2551。

⁸⁶ 同判決につき、山本＝奥邨・前掲注70・150頁(山本隆司執筆部分)、奥邨・Parody(前掲注70)25頁。

⁸⁷ 同判決につき、山本＝奥邨・前掲注70・135頁(奥邨弘司執筆部分)、奥邨・Parody(前掲注70)22頁。

同判決を、内容を transform するものだが、transformative な目的を欠くものと位置付けるものとして、Reese, *supra* note 77, at 126。

⁸⁸ 奥邨・Parody(前掲注70)29頁は、parody ではなく satire であると判断される場合にも、その目的が transformative である場合にはフェア・ユースであると肯定される余地があるが、裁判例には揺らぎがあると論じている。

イアガラ滝を背景にさらに足を加えたコラージュ作品“Niagara”を作成したことについてフェア・ユースを肯定した *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006)⁸⁹。

もともと、続編の執筆など、元の著作物と同様の目的の利用形態であるならば、それが表現内容に変更を加えるものであったとしても、transformativeの度合いは低いとされて、フェア・ユースは認められない傾向にある（小説 *The Catcher in the Rye* の60年後の世界を描いた作品を出版した事件について、被告の小説は単なる続編 (sequel) であり、パロディ的な批評を加えるものではないため minimally transformative であり、フェア・ユースには該当しないとされた *Salinger v. Colting*, 641 F. Supp. 2d 250 (S.D.N.Y. 2009)⁹⁰）。これは、transformative の概念が、表現内容の変形よりも利用目的の変更によって判断されることを明らかにしている。

さらに、伝記への画像の掲載 (*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.* 448 F.3d 605 (2d Cir. 2006)⁹¹、参考図書執筆 (*Warner Brothers Entertainment, Inc. v. RDR Books*, 575 F. Supp. 2d 513 (S.D.N.Y. 2009)⁹²) について

⁸⁹ 同判決につき、奥邨・Parody (前掲注70) 26頁、Netanel, *supra* note 70, at 761。

同事案が、表現と目的の両面において transformative であることを論じるものとして、Reese, *supra* note 77, at 120。

⁹⁰ ただし、Netanel, *supra* note 70, at 766 は、同判決について、原作品について批評する被告の目的についての明白な証拠があった場合に結論が変わり得ることを指摘する。

⁹¹ 同事案は、ロックバンド Grateful Dead についての書籍である被告書籍において原告のコンサートのポスターのサムネイル映像を使用したというものであり、判決は元の表現の目的とは異なっており transformative であるとしている。同判決について、Netanel, *supra* note 70, at 760、Samuelson, *supra* note 70, at 2573、山本=奥邨・前掲注70・188頁 (奥邨弘司執筆部分)。

⁹² 同事案は、ハリー・ポッターのファンである Steven Vander Ark が、多大な時間をかけて情報を集積しハリー・ポッター辞典 (lexicon) を作成したというものである。判決は、同書籍が参照するための情報源としての価値を有し transformative use であるとして、フェア・ユースを認めている。同判決について、Netanel, *supra* note 70, at 766。

同事案のような参考書籍が当該著作物に関する知識への公衆のアクセスを促進するものであり、学術の発展に資すると指摘するものとして、Samuelson, *supra* note

も **transformative** であるとしてフェア・ユースが肯定された事案がある。

このように、「引用」について「著作権者の権利の保護」に資するかを基準にすると、このような米国のフェア・ユース規定に比しても、その範囲が限定的にとどまることになる。

加えて、引用の目的には、32条1項が例示する「批評」のように、著作権者の意思に反してでも認められるべき形態がある。そうすると、著作権者利益還元アプローチは、32条1項の想定する利用形態の全てを説明し尽くせるものでもない。

以上のことからすれば、本判決における「著作権者等の権利の保護」の説明は過度に強調すべきものではない⁹³。本判決においても、当該利用形態の必要性・有用性を肯定したうえで、付加的に「著作権者等の権利の保護を図ることにもつながる」ことを併せ考慮しているに過ぎないのであるから、利用形態の必要性や有用性こそがより本質的な判断要素と解すべきであろう。

もともと、利用形態の必要性や有用性も一義的ではない。著作物を利用する者にとっては、有用であるからこそ著作物を利用しているのであるから、いかなる利用形態であっても主観的には有用かつ必要であるとも言い得る。

そこで、以下では、本件の事案に即して、当該利用形態の必要性及び有用性を考えてみたい。

(3) 鑑定証書への添付と引用の必要性

本判決は、「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」としているが、これはなぜであろうか。

まず、著作物の複製品が大量に流通することが、それ自体によって原作品の効用を低下させるということも考えられる⁹⁴。原作品の所有者の当該

70, at 2575.

⁹³ 本判決について、著作物の価値向上や著作物の保護といった議論は不要であったと指摘するものとして、山内・判批(前掲注1)311頁。

⁹⁴ そのような考え方を紹介しつつ、現代において、商標法等の知的財産法が特定の

絵画から得られる効用は、他の人が所有していないこと（財の希少性）を1つの根拠にしていると考えられるからである⁹⁵。

加えて、絵画の真作と贋作は与える効用は異なるところ⁹⁶、絵画の真作と贋作が区別できない事態となれば、買い手は、贋作であることのリスクを見込んで真作であってもより低い価格でしか購入しなくなるおそれがある⁹⁷。

コピーに独自の意味を付与し、現代における奢侈禁止法としての役割を有することを指摘するものとして、Barton Beebe（南部朋子訳）「知的財産法と奢侈禁止規範(2)」知的財産法政策学研究35号(2011)320頁。顕示的消費と財の希少性と知的財産法の関係について、小島立「ファッションと法についての基礎的考察」高林ほか編・国際的交錯(前掲注61)3頁。

⁹⁵ これは、個人のある財の限界効用が、同じ財が市場全体でどれだけ供給されているかによって影響を受ける効果のうち、総供給量が大きいほど限界効用が下がるというスノップ効果の一例と考えられる。エルメスのバッグを例にとるものとして、林敏彦『需要と供給の世界』（改訂版、1989、日本評論社）204頁。スノップ効果を消費者間のブランド価値崩壊のコミュニケーションと位置付けるものとして、森岡耕作「ブランド価値生成・変容と市場シェアのダイナミクス」三田商学研究52巻1号(2009)97頁。

⁹⁶ 一品製作の著作物の場合、購入者にとって贋作の与える効用が原作のそれより低いかどうかは争いがあるが、一般的には贋作が与える効用は真作に比べて著しく低いものと考えられることにつき、ウィリアム・D・グランブ著(藤島泰輔訳)『名画の経済学—美術市場を支配する経済原理—』（1991、ダイヤモンド社）269頁。有名な画家の絵画等、ユニークな芸術作品の場合、複製物はそれがどんなに正確でも、その画家の作品の価格に何らマイナスの影響を与えない市場において貧弱な代替物であることを指摘するものとして、William M. Landes=Richard A. Posner（山根崇邦訳）「著作権の考え方」知的財産法政策学研究10号(2006)7頁。また、真作と贋作の価値が異なるため、芸術品について著作権の必要性が乏しいことを指摘するものとして、ミケーレ・ホルドリニ=デヴィッド・K・レヴァイン（山形浩生=守岡桜訳）『〈反〉知的独占—特許と著作権の経済学』（2010、NTT出版）200頁、小島立「著作権と表現の自由」新世代法政策学研究8号(2010)261頁。

ただし、大宮知信『お騒がせ贋作事件簿』（2002、草思社）212頁は、米国にはインテリア用の美術品の贋作を製造・販売する会社があることを紹介しており、複製品が必ずしも無価値ではないことを示している。

⁹⁷ 情報非対称の場合のレモンの市場における逆選択の問題に近いと考えられる。ジ

ところで、芸術家が、最初に当該作品を売却する場合(一次市場)には、真贋の見極めの問題は生じにくい。そうすると、真贋の鑑定の必要が生じるのは、作品の二次市場以降の場合が多いと考えられる。

もっとも、鑑定が、当該美術品の二次市場以降の問題であるとしても、美術品の真贋の判定が困難となった場合には、一次市場の価格を低下させる危険性がある。つまり、一次市場における購入者は、二次市場での転売価格を一定程度考慮して価格を設定すると考えられ、二次市場における転売が困難となれば、一次市場においてより安い価格で購入することになると考えられる⁹⁸。そうすると、二次市場での真贋の判定が可能であることは、一次市場において作者が作品を売却する際により高い価格で売却することに一定の寄与をするものと考えられる⁹⁹。

以上のように、美術品について真贋の鑑定が行われることが、美術品の市場形成に一定の寄与をして、作者がより高い価格で原作品を売却することに一定の貢献をするものと考えられる¹⁰⁰。

次に、作者や作者の遺族ではない第三者による鑑定が有用であるのか検

ヨセフ・E・スティグリッツ＝カール・E・ウォルシュ(藪下史郎＝秋山太郎＝蟻川靖浩＝大阿久博＝木立力＝清野一治＝宮田亮訳)『ミクロ経済学』(第3版、2006、東洋経済新報社)457頁、ポール・ミルグロム＝ジョン・ロバーツ(奥野正寛＝伊藤秀史＝今井晴雄＝西村理＝八木甫訳)『組織の経済学』(1997、NTT出版)160頁、山下隆之「消費者選択理論と美術品需要」静岡大学法経研究43巻4号(1995)91頁も参照。

⁹⁸ 作品の一次市場における価格の形成について、様々な要因を指摘しつつも、二次市場での影響を肯定するものとして、河島伸子「追及権をめぐる論争の再検討(2・完)－論争の背景、EC指令の効果と現代美術品市場」知的財産法政策学研究22号(2009)151頁。

⁹⁹ どんな理由でアートを買うとしても、アートは値上がりを期待して売買されるコモディティーであり、次に高く買う人がいることが評価基準となり、購入の決定要因になっていると指摘するものとして、辛美沙『アート・インダストリー 究極のコモディティーを求めて』(2008、美学出版)234頁。

¹⁰⁰ 美術品市場が情報の偏在によりレモン市場の状況に陥りやすく、これを回避するために専門家に鑑定を依頼するインセンティブを導入したり、保証書を導入することが有用であると説くものとして、吉原龍介「美術品とレモン市場－ある試論的ノート－」福山大学経済学論集19巻1号(1994)11頁。

討する必要がある。

まず、作者の生前においては、作者本人に聞くことで真贋を判断できる¹⁰¹。他方で、作者死亡後においては、遺族による鑑定が行われる場合もあるが、これは完全な方法ではなく、真贋が不明な余地が生まれるとされる¹⁰²。

ところで、控訴審の主張整理において「被控訴人等は、本訴において、被控訴人等が鑑定に関与した亡A作品に対し、控訴人の鑑定では偽作であると鑑定されたなどというクレームを受けるに至っているとし、亡A作品の鑑定は、同人に死ぬまで付き添った画家でもある亡Bの最もよく行い得るところであって、控訴人の鑑定に信を措くべきものではないなどと記載しており」とあり、Xが、Yの鑑定の正確性について疑問を持っていたことがうかがわれる¹⁰³。

しかし、鑑定内容が正確であるかと、「引用」の目的として是認されるかは分けて考えるべきであろう。著作権法は、著作物の鑑定について著作権者やその遺族に排他的な権限を付与する法律ではない。鑑定業務については、より正確であることが望ましいとしても、遺族による鑑定に限界がある以上、第三者による鑑定を直ちに排除すべきことにはならないと思われる。鑑定の正確性については、市場による淘汰に委ねるのが適当である

¹⁰¹ 実際に鑑定を行っている者の手によるものとして、長谷川徳七『画商の「眼」力―真贋をいかにして見抜くのか』（2009、講談社）113頁。ただし、大宮・前掲注96・201頁には、横山大観が、なじみの表具屋が持ってきた大量の贋作を自作と勘違いして、本物であることを証明する箱書きを書きってしまったエピソードを紹介し（201頁）、自分が描いたことを忘れてしまう場合や、若描きの駄作を認めたくないとの思い等から自分が描いたものでも自分の作品ではないと言い出す画家がいることを紹介し、現存作家に聞く方法が完璧ではないことを指摘する（207頁）。

¹⁰² 長谷川・前掲注101・114頁によれば、配偶者による鑑定は結婚前の作品について判断できない場合があり、また遺族が少なくなるに従って真贋の見極めが難しくなるとされる。

大宮・前掲注96・208頁も、熊谷守一の贋作に未亡人が発行したシールが貼られていたことや、東郷青児の遺族の発行する本物を証明するシールが偽造されたことを紹介し、遺族の鑑定書が常に信用できるものではないことを指摘する。

¹⁰³ なお、長谷川・前掲注101・204頁は、本件の当事者である東京美術倶楽部が、従来は遺族や専門家のいない作家について鑑定を行うことにしていたが、これを変更し遺族の意向を無視していることを指摘する。

う¹⁰⁴。

また、コピーの添付に当たり、常に著作権者の許可が必要とすれば、その費用は著しく高くなるおそれがある。なぜならば、鑑定による絵画の真贋の判断が必要となるのは、著作者の関与し得る一次市場ではなく、それ以降の市場である。しかも、著作者が生存中においては著作者に聞くことで真贋の判断が可能であるから、鑑定が必要となるのは著作者の死後である。その場合、相続人は多数に上り、これらの者と一人一人連絡を取ることが困難であり、取引費用は格段に高くなる。

これらの点からすれば、鑑定証書へのコピーを添付するという目的を、「引用」の目的に含めた本判決の立場は妥当であろう。

さらに、鑑定証書が、別の贋作に張り替えられることも想定される。そのような場合に、鑑定証書が意味を持つためには、添付したコピーが鑑定した絵画を識別できるものであることが必要である。逆に言えば、鑑定した絵画であるか不明な程度のコピーが添付されるのであれば、鑑定証書が当該絵画を鑑定したものが分からなくなってしまい、鑑定証書としての意味を失うかもしれない。特に、贋作においては、本物に似せて作成するのが通例であるから、絵画の細かい傷や色合いまで分かるものである必要がある。このことからすれば、本件のようにカラーでパウチラミネート加工されたコピーを添付することも正当化されると考えられる。

(4) 市場の失敗と引用の必要性

以上のように考えると、本件においては、取引費用の大きさに基づく非効率の防止の観点から、「引用」の必要性や有用性を説明することが可能であると思われる。このような考え方は、Wendy J. Gordonによるフェア・ユースを市場の失敗の補正と捉える考え方と親和的であると思われる（このような考え方を「市場の失敗アプローチ」と呼ぶことにする。）¹⁰⁵。近時

¹⁰⁴ 鑑定を行う主体について公法的規制を行う（認可制等）ことはあり得るが、この場合国家による干渉の拡大や、特定の芸術家や表現に対するお墨付き（endorsement）の問題があり得る。駒村圭吾「国家助成と自由」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究 憲法』（2005、弘文堂）168頁を参照。

¹⁰⁵ Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of*

においては、日本法の権利制限規定においても、このような市場の失敗の考え方を導入しようとするものがある¹⁰⁶。

さて、市場の失敗アプローチは、「引用」の必要性を基礎付けるうえで、前述した著作権者利益還元アプローチよりも有用であると考えられる。

前述したように、32条に例示されている「批評」は、著作権者の利益に還元されず、むしろ著作権者にとって不利益が生じる利用形態であるため、著作権者利益還元アプローチでは説明のできない利用形態である。また、日本法では争いがあるが、パロディについても同様であろう。

他方で、市場の失敗アプローチでは、普及させたくない動機 (Anti-Dissemination Motives) を市場の失敗の一類型とするために、著作権者が批評やパロディについて同意しないことも市場の失敗と位置付け、これを治癒するための著作権の制限が正当化される¹⁰⁷。その意味において、市場の失敗アプローチは、著作権者利益還元アプローチよりも、「引用」で想定される利用形態を広く説明できることになる。

さらに、Wendy J. Gordon は、金銭化できない利益 (nonmonetizable interest) や外部性 (externalities) を市場の失敗に位置付けることによって、教育や

the Betamax Case and its Predecessors, 82 COLUM. L. Rev. 1600 (1982) は、米国のフェア・ユースについて、①新たな技術等の市場の障壁 (Market Barriers)、②外部性、金銭化できない利益、非商業的活動、③普及させたくない動機 (Anti-Dissemination Motives) 等の市場の失敗を補正するものとして位置付ける。

¹⁰⁶ 前田健「著作権の間接侵害論と私的な利用に関する権利制限の意義についての考察」知的財産法政策学研究40号 (2012、以下「前田・考察」と略記する。) 179頁、山本隆司「権利制限の共犯従属性—権利制限の従属性と一身性—」著作権研究35号 (2008) 129頁。なお、文化審議会著作権分科会の法制問題小委員会において、「市場の失敗」を根拠とする一般規定による権利制限の対象と位置付けることを検討すべきとの意見が出されていたことについて、「文化審議会著作権分科会 報告書」52頁。

¹⁰⁷ Gordon, *supra* note 105, at 1632.

もつとも、Wendy J. Gordon & Robert G. Bone, *Copyright*, in 2 ENCYCLOPEDIA OF LAW & ECONOMICS 189, 203 (B. Bouckaert & G. Degeest, eds., Edward Elgar 2000) によれば、批評やパロディの場合の市場の失敗は、ホールドアウト問題や資産効果、外部性、再分配、情報の非対称性など様々な説明があるとのことである。

研究目的の利用についても市場の失敗を肯定する¹⁰⁸。さらに、Wendy J. Gordon は、近時、フェア・ユースについて、高い取引費用等市場がうまく機能しない場合の「免責 (excuse)」と、非市場的な規範が支配すべきであるという本質的な市場の限界である「正当化 (justification)」に分けて説明するなど¹⁰⁹、さらに非金銭的な価値を重視する方向にシフトしつつあるとされている¹¹⁰。

そうすると、市場の失敗アプローチは、「引用」の目的や必要性を理論付けるうえで、本判決の示唆する著作権者利益還元アプローチよりは優位なものと言うことができよう。

もっとも、「引用」の必要性を全て市場の失敗に求めることには疑問もある。

まず、市場の失敗アプローチを採用する論者の多くが、その前提に、多かれ少なかれ「著作物の利用の利益は著作権者に還元されるべき」ことを議論の前提にしていると思われる。Wendy J. Gordon も、初期の論文においては「本稿におけるフェア・ユースへの経済的アプローチは、制定法に保護されたカテゴリーの範囲内において、著作権者が作品の全ての実質的な使用についての報酬を得るべきであるという前提を出発点にしている」¹¹¹と明言するように、著作権者に著作物の利益が還元されるべきことを前提にしたうえで、フェア・ユースによる市場の失敗の治癒を認めるものである。

¹⁰⁸ Gordon, *supra* note 105, at 1631.

¹⁰⁹ Wendy J. Gordon, *Excuse and Justification in the Law of Fair Use: Transaction Costs Have Always Been Only Part of the Story*, 50 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 149, 197 (2003). 村井麻衣子「フェア・ユースの市場の失敗理論をめぐって」著作権研究35号(2008)175頁に詳しい紹介がある。

¹¹⁰ Natanel, *supra* note 70, at 734.

¹¹¹ Gordon, *supra* note 105, at 1651 (原文は “the economic approach to fair use presented in this Article begins with the premise that a copyright owner is ordinarily entitled to revenue for all substantial uses of his work within the statutorily protected categories.”). 村井・著作権市場(2) (前掲注70) 168頁。

もっとも、Wendy J. Gordon (田辺英幸訳)「INTELLECTUAL PROPERTY」知的財産法政策学研究11号(2006)8頁では、知的財産法により無体財産より生じるあらゆる利益を内部化すべきでないと論じている。

しかし、現行著作権法においても、多くの著作権の権利制限規定を置いており、あらゆる市場機会について著作権者が取得すべきとの立場を採用しているわけではない¹¹²。また、読書のように排他権の対象となっていない行為も多く存在する¹¹³。

また、いかなる例外を付すとしても「著作物の利用の利益は著作権者に還元されるべき」ことを所与の前提として考えることが妥当ではないように思える。少なくとも、インセンティブ理論に立脚する限りでは、「著作権者に還元されるべき」利益の範囲こそが、論議の対象とされるべきであると思われる¹¹⁴。また、前述した立法過程のバイアス問題からしても、「著作物の利用の利益が著作権者に還元されるべき」を前提にすることは危険であろう¹¹⁵。

さらに、市場の失敗アプローチは、技術の進歩等により取引費用が低減されれば自由な利用を認めない結論に至り得るが、それが妥当かという問

¹¹² 排他権が、著作物の単純な複製（一次市場）を禁止する権利のみカバーし、著作物の創作的な利用（派生的市場）に及ばない可能性を示唆しながら、このことを著作権の制限において考慮しようとするものとして、Christophe Geiger（津幡笑訳）「著作権の制限を通じた創作活動の推進（2・完）－著作権法における排他性概念の省察」知的財産法政策学研究30号（2010）39頁。

¹¹³ 前田・考察（前掲注106）194頁。

¹¹⁴ 著作権を「限定された独占（limited monopoly）」と捉え、その目的を「公共善（the public good）」の促進に求め、フェア・ユースを市場の失敗では説明し尽くせないことを指摘するものとして、Samuelson, *supra* note 70, at 2617.

¹¹⁵ 前田・考察（前掲注106）195頁は、著作権者に独占権を与えることが望ましくないことを理由とする権利制限（第一類型の権利制限）と、著作権者の独占に服させても問題ないが取引費用等の市場の失敗が生じることを理由とする権利制限（第二類型の権利制限）に分類したうえで、私的複製（30条1項）や上演・公衆送信等の「公に」の要件、非営利実演等について既に対価を支払済みと評価する（同202～208頁）。そして第二類型の権利制限についてその意義は失われていないとしつつも、新しい技術的・社会的環境にあった修正を加える必要があると論じる（同209頁）。

しかし、著作権者に利益が還元されることが、著作権法の究極の目的である文化の発展につながるとは限らないのであり、著作権者と利用者の利益のバランスをどのように図れば文化の発展に資するのかを端的に検討すれば足り、あえて著作権者への利益の還元を原則とする必要はないように思える。

題がある¹¹⁶。米国のフェア・ユース規定につき市場の失敗の治癒の観点を取り入れたとみられる *American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 802 F. Supp. 1 (D.N.Y., 1992) は、結論としてフェア・ユースの適用を否定したが、これには批判が多い¹¹⁷。市場の失敗アプローチは、フェア・ユースを制限する議論になることも指摘されている¹¹⁸。

米国のフェア・ユースについての裁判例も、市場の失敗があるかではなく当該利用形態が *transformative use* であるかが決定的な要素になっていると指摘されている¹¹⁹。Netanelによれば、裁判所が *transformative* か否かを考慮する割合は、1995年から2000年までは70.45%であったのに対し、2001年から2005年までは77.27%、2006年から2010年までは95.83%に増えている。そして、2001年から2005年までの裁判例において裁判所が当該利用を *transformative* と判断した場合の被告の勝訴率は100%であるとする¹²⁰。

¹¹⁶ 知的財産がコードによって保護される場合には、同じバランスが設定されるように要求するものではなく、権利を認めてくれるかどうかは作者の利益になるかに依存し、フェア・ユースが個人的な利益に従属することになることを指摘するものとして、ローレンス・レッシング(山形浩生=柏木亮二訳)『CODE—インターネットの合法・違法・プライバシー』(2001、翔泳社)242頁。

¹¹⁷ この事案は、Texaco社の従業員が同社の研究のために科学雑誌のコピーをしていたというものである。同判決について、ライセンスできるものは、ライセンスされなければならないことになり、フェア・ユースにおける害の分析が循環論になることを指摘するものとして、Samuelson, *supra* note 70, at 2620。同判決の評価につき、村井・著作権市場(2)(前掲注70)140頁も参照。

¹¹⁸ Wendy J. Gordonの論説が、*Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417の少数意見及び*Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 566 (1985)の多数意見といずれもフェア・ユースを制限する側に引用されていることにつき、Netanel, *supra* note 70, at 734。

¹¹⁹ 米国のフェア・ユースについての裁判例が「市場志向的パラダイム」(market-centered paradigm)から *transformative use* であるかを重視する「*transformative use* パラダイム」に移っていると評するものとして、Netanel, *supra* note 70, at 734。

一定の留保を付しつつも、*transformative use* が第1要件の結果のみならず、総合的な判断にほぼ決定的な影響を与えていると結論付けるものとしてBeebe (2)/前掲注70・177頁。

¹²⁰ Netanel, *supra* note 70, at 755。

このように、米国におけるフェア・ユース規定の解釈においては、市場の失敗の有無よりも、当該利用形態が **transformative** であるかが決定的であるとされている¹²¹。日本の「引用」についての過去の裁判例も、新たな創作に向けられた利用形態か否かが主従関係（附従性）の要件において検討されてきたところ、これは **transformative** か否かと通じるものがある。ただし、「引用」の裁判例においては、これまで新たな表現を付加する場合のみを「引用」と認める傾向があった。本判決は、新たな表現を付加しない場合でも、著作物を異なる目的のために利用する場合に「引用」の可能性を認めるものであり、より **transformative use** に近い解釈を可能とするものと位置付けることができる。市場の失敗アプローチは、本判決の説明としては成り立ち得るとしても、これを強調することは「引用」の射程を狭めることになりかねない。

(5) 著作権者に与える経済的不利益

本判決は、「本件各コピーは、いずれもホログラムシールを貼付した表面の鑑定証書の裏面に添付され、表裏一体のものとしてパウチラミネート加工されており、本件各コピー部分のみが分離して利用に供されることは考え難いこと、本件各鑑定証書は、本件各絵画の所有者の直接又は間接の依頼に基づき1部ずつ作製されたものであり、本件絵画と所在を共にすることが想定されており、本件各絵画と別に流通することも考え難い」としつつ、「被控訴人等が本件各絵画の複製権を利用して経済的利益を得る機会が失われるなどということも考え難い」として、当該利用が、社会通念上、合理的な範囲内にとどまるものとした。

まず、本判決が、著作権者に与える不利益として、その経済的不利益を

¹²¹ ところで、山本＝奥邨・前掲70・20頁（山本隆司執筆部分）は、**transformative use** は、著作物の観賞価値を利用せず著作物の市場に被害を与えない利用方法に限られており、その意味で変形的利用よりもはるかに狭い概念であるとする。しかし、批評やパロディのための利用についても **transformative use** である場合には適法とされる傾向が強いことからすれば（パロディにつき、*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994)）、鑑賞価値を利用せず市場に被害を与えない利用形態に限定されているとは言い難いように思われる。

勘案しているという点が重要である。

これは、米国のフェア・ユース規定の第4要素である「利用された著作物の潜在的な市場や価値に与える利用の影響」を想起させる¹²²。また、スリー・ステップ・テストの「著作権者の正当な利益を不当に害しない」の要件にも通じるところがある¹²³。

従前の裁判例では、著作権者の意思、創作意図といったものを考慮して、「引用」該当性を否定するものがあつた¹²⁴。しかし、著作権は、著作権者に著作物についての経済的利益を還元させる権利であつて何らかの人格的な利益ではないはずであるから、このような著作者の精神的なこだわりや意図を考慮するのは妥当ではない¹²⁵。本判決が、著作権者に与える経済

¹²² 田村・現代美術(前掲注10)107頁、潮海/前掲注42・27頁、高瀬/前掲注1・67頁。

¹²³ 「引用」の判断において、著作権者に与える経済的影響を考慮することが、スリー・ステップ・テストの同要件と通じることになることを指摘するものとして、上野・引用(前掲注22)327頁。スリー・ステップ・テストを加盟国の裁判規範としてより柔軟な解決を目指す議論があることについて、井上由里子「欧州における著作権の権利制限—EC情報社会指令のもとでの現状と課題」野村=牧野編・前掲注7・14頁。これに対し、スリー・ステップ・テストを国内法における裁判規範として用いることに慎重なものとして、駒田・覚書(前掲注55)134頁。スリー・ステップ・テストを国内の裁判規範として用いることの問題性については、小嶋・権利制限(1)(前掲注54)253頁も参照。

¹²⁴ 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うかがわせる」揶揄的な内容であることを考慮して「引用」該当性を否定した東京高判平成16.11.29平成15(ネ)1464〔創価学会写真ピラ控訴審〕、被写体を揶揄するような態様において使用することは、本件写真の著作者の制作意図にも強く反し、本件写真の著作者が正当な引用として許容するとは到底考え難いとして「引用」該当性を否定した前掲東京地判〔創価学会ウェブ写真掲載〕。

¹²⁵ 拙稿〔判批〕知的財産法政策学研究17号(2007)208頁。揶揄するような態様であるかどうか、及び著作者の制作意図が「引用」の成否と無関係であることを論じるものとして、茶園・引用(前掲注31)15頁。

他方で、著作者の人格を傷つけることを目的とする「引用」は許されないと、前掲東京高判〔創価学会写真ピラ控訴審〕の結論に賛成するものとして、渋谷・前

的不利益のみを考慮しているのは正当な判断であると考えられる¹²⁶。

そして、本件においては絵画全体の「引用」を肯定している点も重要である。

前掲最判 [パロディ第一次上告審] は、「…引用とは、紹介、参照、論評その他の目的で自己の著作物中に他人の著作物の原則として一部を採録することをいうと解する」として、原則としては被引用著作物の一部の利用が「引用」として許容されるとした。もっとも、同判決は、文言上一部引用に馴染みやすい旧著作権法30条1項2号の「節録引用」の解釈であり、現行法において同解釈を踏襲すべき必然性はない¹²⁷。

その後の裁判例においては、引用した部分が、引用する作品全体のごく一部に過ぎないことをもって、主従関係（附従性）にあることの1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]）¹²⁸。

他方で、裁判例の結論に着目すると、引用される作品の全体を利用して、ほとんどの裁判例が「引用」に該当しないとの結論に達している（絵画につき前掲東京高判 [レオナルド・フジタ美術全集事件控

掲注31・269頁。同様に個人の人格権を害するような態様での引用が「公正な慣行」に合致しないとするものとして、島並ほか・前掲注12・170頁（島並良執筆部分）、同様に「引用」の要件に「人格権への配慮」を説くものとして、作花・前掲注33・338頁、元の著作物に対し著しく不当な評価が帰せられるなど元の著作物の経済的価値が毀損され、著作権者が実質的に不利益を被る場合には「公正な慣行」に合致しないとするものとして、横山・制限(1)（前掲注31）149頁。付随的に人格的利益を考慮するものとして、増田雅史「検索エンジンが有するキャッシュ機能の法的問題点－著作権法32条1項の『引用』要件の再構成－」中央ロー・ジャーナル4巻1号（2007）90頁。

¹²⁶ 被引用著作物の権利者に与える経済的影響を考慮するものとして、上野・引用（前掲注22）327頁、潜在市場への影響を実質的違法性において考慮するものとして、山崎卓也「著作権、パブリシティ権侵害における『実質的違法性』－引用、パロディを中心として－」コピーライト46巻544号（2006）2頁。

¹²⁷ 半田正夫「はじめに」著作権研究26号（1999）86頁。なお、茶園・引用（前掲注31）9頁は、この全部引用の基準について、社会通念上1個の作品の全部か否かで決するとする。

¹²⁸ これに対し、一部引用か全部引用かという点が前掲最判 [パロディ 第一次上告審] の主従関係と異なることを指摘するものとして、上野・引用（前掲注22）321頁。

訴審)、前掲大阪地判[エルミア・ド・ホーリィ贋作一審]、前掲大阪高判[同控訴審]、前掲東京地判[バーンズ・コレクション]、エスキースにつき前掲東京高判[建築エスキース控訴審]、写真につき前掲東京地判[創価学会写真ビラ一審]、前掲東京高判[同控訴審]、前掲東京地判[創価学会ウェブ写真掲載]、知財高判平成19.5.31判時1977号144頁[東京アウトサイダーズ控訴審]、詩につき前掲東京地判[中田英寿一審]、前掲東京高判[同控訴審]、前掲東京地判[XO 醬男と杏仁女一審]、東京高判平成16.12.9平成16(ネ)3656[同控訴審]。

本判決は、引用する作品の全体を利用する場合について、「引用」に該当することを認めている点に意義があると考えられる。従来の主従関係(附従性)の判断においては、引用する作品の全体を利用する場合には、被引用著作物が「主」と判断される可能性が高く、主従関係を肯定しにくい¹²⁹。本判決が、被引用著作物の全部引用であるにもかかわらず、適法な「引用」と判断されたことも、本判決が2要件説に囚われない解釈をしたことと関係していると思われる¹³⁰。

そして、本判決が、複製した各コピーが鑑定証書と独立して流通することが考え難いと認定しているとおおり、当該利用形態が著作権者に与える経済的不利益が小さいとみられることが、絵画全体の利用を許容している理由であると考えられる。

これに対し、ありとあらゆる著作物の利用機会について、著作権者がそ

¹²⁹ 従来の裁判例が、主従関係(附従性)の判断において、全部引用か一部引用かを考慮してきたことにつき、上野・引用(前掲注22)321頁。

もっとも、大家重夫「写真・漫画における引用」著作権研究26号(1999)111頁は、絵画の全部引用で鑑賞性を有する場合でも、評論する文書が関連性を有し、非常に密接に論じる場合には主従関係(附従性)を満たす可能性があるとする。半田/前掲注127・156頁も、2要件説を前提にしつつ、美術の著作物等の場合に全部引用が認められる場合があるとする。写真や俳句について全部引用を認めるものとして、加戸・前掲注12・244頁。齊藤・著作権法(前掲注26)242頁、中山・著作権法(前掲注7)257頁、半田=松田編・前掲注30・197頁(盛岡一夫執筆部分)も全部引用を肯定する。

¹³⁰ 被引用著作物の中でどのくらいの部分を利用するかを「正当な範囲内」の要件で考慮するものとして、島並ほか・前掲注12・167頁(島並良執筆部分)。

の利益を取得すべきと考えれば、鑑定証書に添付するコピーについての対価も著作権者が取得すべきとの結論にも至り得る¹³¹。その意味において、いかなる利益を著作権者が取得すべきかのベースラインが一義的であるわけではない¹³²。もっとも、前述のとおり、現行著作権法においても、多くの著作権の権利制限規定を置いており、あらゆる市場機会について著作権者が取得すべきとの立場を採用しているわけではない。

また、取引費用が高い場合には、かかる利用自体が断念されるとすれば、許諾なしに利用できることとしても著作権者はその利益を大きく失わないと考えることもできる¹³³。

これに対し、現行法における個別の権利制限規定を出発点として、権利制限規定を置いていない利用形態については全てその対価を著作権者に還流すべきとの考え方も成り立ち得るが、現行の著作権法が最も効率性を達成し得るルールを決め方である保証は全くないことに加え、既に論じた政治過程におけるバイアスを考慮すれば、立法の決定を所与の前提にすることはできない¹³⁴。

以上のように、著作権者が取得すべき利益が何かは一義的ではない。むしろ、いかなる著作権者に利益が与えられれば、創作活動に適切なインセンティブとなるかという動学的便益又は成果開発前のインセンティブ論の観点から検討する方が妥当であろう¹³⁵。

¹³¹ この点を指摘するものとして、作花・引用概念(前掲注1)52頁。

取引至上主義と契約価格差別理論につき、田村善之「効率性・多様性・自由」同『市場・自由・知的財産』(2003(初出2002)、有斐閣)222頁。

¹³² ベースライン問題につき、川濱昇「取引の自由と契約の自由—営業の自由論争再訪」田中成明編『現代法の展望 自己決定の諸相』(2004、有斐閣)89頁、長谷部恭男「それでも基準は二重である！」同『比較不能な価値の迷路—リベラル・デモクラシーの憲法理論』(2000、東京大学出版会)、得津晶「負け犬の遠吠え—多元的法政策学の必要性またはその不要性」新世代法政策学研究創刊号(2009)359頁。

¹³³ 米国のフェア・ユースの文脈であるが、スティーブン・シャベル(田中亘=飯田高訳)『法と経済学』(2010、日本経済新聞出版社)181頁脚注53。

¹³⁴ 著作権法につき既存の法律的状态を、適切に利益を衡量したベースラインとして受け入れる理由がないことについて、Matthias Leistner/前掲注40・30頁。

¹³⁵ 静学的便益と動学的便益の区別について、前田健『特許法における明細書によ

特に、絵画については、原作品の販売による収益が主であり、美術館等におけるポスターや絵ハガキ等の許諾料も考えられるがあくまで付随的なものにとどまると考えられる¹³⁶。そうすると、原作品の販売に影響を与え得るような作品の利用については著作権者による排他権行使の対象とすることが原則となろう。他方で、本件のような流通を予定していない小規模の利用については、原作品の販売に影響を与えるとは言えない。また、鑑定書に添付するコピーについて排他権を行使できるとしても、絵画創作に対するインセンティブが有意に大きくなるとも考え難い。その意味において、著作権者に与える経済的不利益が小さいと考えられる。

問題は、著作権者にいかなる程度の経済的不利益を与える場合にまで、適法な「引用」を認めるべきかという点にある。著作権者に、経済的不利益を与える場合は、「引用」を肯定すべきではないとする見解もある¹³⁷。しかし、「引用」を認めることが表現の自由や学問の自由と密接な関連性を有するとすれば、著作権者に経済的不利益が観念できるとしても、著作権者と利用者の利益を衡量した結果「引用」を認めるべき場合もあると考えられる¹³⁸。特に、批評や研究のような場合であれば、著作権者への経済

る開示の役割—特許権の権利保護範囲決定の仕組みについての考察』(2012、商事法務) 219頁、競争法における動的な競争の位置付けについて、稗貫俊文『市場・知的財産・競争法』(2007、有斐閣) 118頁、成果開発前のインセンティブ論について、山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(6)」知的財産法政策学研究34号(2011) 318頁。

¹³⁶ 河島伸子「現代美術と著作権法—文化経済学の視点から」現代民事判例研究会編・前掲注10・124頁。

¹³⁷ 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) 986頁、半田=松田編・前掲注30・200頁(盛岡一夫執筆部分)。

¹³⁸ 先行作品を引用したうえでそれを批判する場合には、先行作品の売上げが落ちて著作権者に経済的打撃が加わり得るとしても、言論の自由の観点から、著作権法上は甘受しなければならない不利益である旨説くものとして、島並ほか・前掲注12・167頁(島並良執筆部分)。また、著作権者の利益を著作権制限によりもたらされる利益に対し相対的に考慮することが必要であることを説くものとして、村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論とその修正」知的財産研究所編『デジタル・コンテンツ法のパラダイム』(2008、雄松堂出版) 196頁。

的不利益が観念できるとしても、従来の主従関係（附従性）の要件を満たす限りで適法な「引用」としてよいと考えられる¹³⁹。

米国のフェア・ユース規定においても、「痛烈な劇評のような致命的なパロディーが原作の需要を失わせる場合、それは著作権法の下で問題となる被害を生み出しているのではない」と判示されており（*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994)¹⁴⁰）、著作権者に不利な批評が著作権者の市場に悪影響を及ぼしたとしても、第4要素の検討のうえで著作権者に有利に働かないとされている¹⁴¹。

また、前述したように、当該利用形態が **transformative** である場合には、著作物の潜在的市場に影響を与えないとして、第4のファクターにおいても有利に考慮される傾向にある（*Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007); *A.V. ex rel. Vanderhye v. iParadigms, LLC* 562 F.3d 630 (4th Cir. 2009)¹⁴²; *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley, Ltd.*, 448 F.3d 605 (2d Cir. 2006)¹⁴³）。

(6) 引用する側の著作物性

本件においては、引用する側に著作物性がないことを理由に適法な「引用」に該当しないと主張がなされた。この点について、本判決は『自己ノ著作物中ニ正当ノ範囲内ニ於テ節録引用スルコト』を要件としていた旧著作権法…30条1項2号とは異なり、現著作権法…32条1項は、引用者

¹³⁹ スリー・ステップ・テストが、経済的影響を考慮するため、権利制限規定の根拠である社会的・文化的目的を考慮に入れにくい構造となっていることを指摘するものとして、小嶋・権利制限(1)(前掲注54)254頁。

¹⁴⁰ 原文は、“when a lethal parody, like a scathing theater review, kills demand for the original, it does not produce a harm cognizable under the Copyright Act”である(同判決591～592頁)。訳文は、ゲラー＝ニマー編・シュワルツ著・前掲注70・301頁による。

¹⁴¹ Griffiths/前掲注63・19頁。

¹⁴² 同判決では、原作の市場における代替になるかについて、当該利用が **transformative** かどうかとオーバーラップすることを指摘する(同判決643頁)。

¹⁴³ 後続著作物が原著物を **transform** するものなら別々の意義と効果をもって市場に現れるため、第1要件と第4要件の判断が重なることを指摘するものとして、大日方・前掲注2・142頁。

が自己の著作物中で他人の著作物を引用した場合を要件として規定していないだけでなく、報道、批評、研究等の目的で他人の著作物を引用する場合において、正当な範囲内で利用されるものである限り、社会的に意義のあるものとして保護するのが現著作権法の趣旨でもあると解されることに照らすと、同法32条1項における引用として適法とされるためには、利用者が自己の著作物中で他人の著作物を利用した場合であることは要件でないと解される」として、引用する側に著作物性がない場合においても、適法な「引用」に該当する余地を認めている。

過去の裁判例の中には、利用する側にも著作物性が必要と明示するものがあった(前掲東京地判[バーンズ・コレクション])。近時の裁判例にも、利用する側に著作物性が必要であることを明示し、このことを根拠に「引用」に該当しないとしているものがある(前掲東京地判[がん闘病マニュアル])。

これに対し、学説には、旧法の節録引用には「自己ノ著作物中ニ」との文言があり、利用する側の著作物性が必要であったが、現行法はそのような文言がなく、必ずしも利用する側の著作物性は必要としないとの見解が多かった¹⁴⁴。また、特に報道の際の利用では、新たな創作的表現を付加しない場合においても「引用」として認めることが必要であると説かれていた¹⁴⁵。

本判決は、上記学説と同様、旧著作権法の文言と対照のうえ、引用する側の著作物性が必要ないことを明示したという点に重要な意義を有する。

この点についても、本判決が、明瞭区別性及び主従関係(附従性)の2要件説を採用しなかったことと関係していると思われる。すなわち、この主

¹⁴⁴ 中山・著作権法(前掲注7)261頁、渋谷・前掲注31・263頁、増田/前掲注125・88頁、横山久芳「著作権の制限(2)」法学教室342号(2009)112頁、岡邦俊[バーンズ・コレクション判批] 齊藤=半田編・前掲注26・169頁、茶園・引用(前掲注31)16頁(ただし、實際上「引用」が認められるのは引用する側に著作物性が認められる場合であろうとしている)。

これに対し、利用する側の著作物性が必要とするものとして、作花・前掲注33・336頁、齊藤・著作権法(前掲注26)241頁、同・判批(前掲注1)177頁、盛岡/前掲注137・979頁、半田=松田編・前掲注30・200頁(盛岡一夫執筆部分)。

¹⁴⁵ 田村・概説(前掲注7)246頁。

従関係（附従性）を必要とする限り、引用する側が「主」である必要があるが、そのように解すると引用する側に著作物性が必要であるとの結論に達するのが自然であるからである。

本判決の立場を採用すれば、批評、研究の場合を超えて、新たな創作的表現を付加しない利用形態を「引用」として適法とする余地が広がることになる。また、本判決のように著作権者の経済的な不利益の大きさを判断要素とするのであれば、著作権者の利益が不当に害される結果にはならないと思われる。本判決の立場に賛成すべきであろう¹⁴⁶。

(7) 公正な慣行

本判決は、「公正な慣行」に合致することを、「目的上正当な範囲内」と同時に検討している。逆に言えば、本判決は、慣行の存在やその公正さを独立に検討することなく、適法な「引用」に当たるかを判断している。

過去の裁判例には、翻訳部分を翻訳台本から複製したことや翻訳者が誰であるかを明示せず書籍で利用した事案（前掲東京高判〔絶対音感控訴審〕）、掲載する必然性のない写真を出所を明示しないまま掲載した事案（前掲東京地判〔都議会議員写真ビラ〕）がある。

公正な慣行は、当該利用形態が一般化しているような場合（書籍における参考文献の掲載等）には要件として適切に機能するかもしれない。他方で、技術の発展等による新たな利用形態については、公正な慣行が存在していないことを根拠に、当該利用を認めない方向に働きかねない¹⁴⁷。そも

¹⁴⁶ 本判決のこの論点についての結論について賛成するものとして、茶園・判批（前掲注1）94頁、山内・判批（前掲注1）311頁、岡/前掲注1・85頁、井関/前掲注1・335頁。

¹⁴⁷ 裁判官が「慣行の存在」と「慣行の公正さ」を審理しなければならないとすると審理の負担が増えるため、同要件は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」程度の要件とみれば足りると論じるものとして、飯村/前掲注27・96頁。公正な慣行がある場合にはそれに合致すべきであるが、公正な慣行のない場合には引用を制限する方向には働かないと解するものとして、田村・概説（前掲注7）241頁、実例が乏しい分野については、慣行の欠缺があるから条理で判断すべきとするものとして中山・著作権法（前掲注7）257頁、慣行が明らかでない分野では条理といった形で慣行を認定するとするものとして、高部真規子「著作権

そも、著作権者に与える経済的不利益を考慮するのであれば、それ以上に「公正な慣行」を問うことにより守られるべき法的利益の内実が問われなければならない。それがあり得るとすれば、著作権者の経済的利益に還元されない第三者ないし社会全体の不利益(ある種の「外部性」)であると考えられるが¹⁴⁸、本件ではそのような不利益も観念し難い。本判決が「公正な慣行」の厳密な認定をしなかったことは妥当であろう。

なお、著作権法19条3項は「著作者名の表示は、著作物の利用の目的及び態様に照らし著作者が創作者であることを主張する利益を害するおそれがないと認められるときは、公正な慣行に反しない限り、省略することができる」として、同じく「公正な慣行」を要件に含めているが、裁判例は、同項の適用に当たり「公正な慣行」に言及しないもの(東京地判平成13.7.25判時1758号137頁[はたらくじどうしゃ])や、緩やかに「公正な慣行に反しない」と認めるもの(大阪地判平成17.1.17判時1913号154頁[セ

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』(2008、商事法務)329頁、従来からの慣行であっても法的観点からみて「公正」と言えなければ「公正な慣行」と言えないとしつつ、慣行が形成されていない業界や先進的な引用態様の場合には、あるべき慣行を措定したうえでその適合性を検討すべきとするものとして、島並ほか・前掲注12・169頁(島並良執筆部分)。他方で、業界の慣行を直ちに「公正な慣行」とすることを否定しつつ、この要件において①使用の目的及び性格、②著作物の性質、③著作物全体の関係での使用された部分や重要性、④著作物の潜在的市場やその価値に対する使用の及ぼす影響を考慮することを認めるものとして、高林・前掲注4・169頁。引用一般について、引用される著作物の通常の利用を妨げてはならず、その権利者の正当な利益を不当に害してはならないというルールがあり、それが公正な慣行であるとするものとして、茶園・引用(前掲注31)15頁、同・判批(前掲注1)93頁。

¹⁴⁸ 裁判例では出所明示しなかった事案について「公正な慣行」に合致しないとしたものがある。同判決を正当化するとすれば、出所明示を果たさない場合には、書籍の情報の原典を識別する機能が低下するという意味で公衆の不利益を観念すれば、同判決の結論を正当化できるだろう。もっとも、出所の明示を怠った「引用」が認められないとすれば、著作権侵害罪とは別により軽い出所明示義務違反罪(著作権法48条、122条)が規定された趣旨が没却されるとの批判が強い(茶園・引用(前掲注31)17頁)。あくまで「公正な慣行」の一考慮事情として捉えるものとして、島並ほか・前掲注12・170頁(島並良執筆部分)。

キスイツユーホーム]¹⁴⁹⁾があり、厳密に「公正な慣行」を認定していない本判決の立場とも整合する^{150 151)}。

4 おわりに

以上のように、本判決は、様々な利用形態について「引用」を肯定する可能性を広げるものであり、日本法が著作権の制限の一般条項に欠く現状において望ましいものと言うことができる。

しかし、本判決の示した総合衡量という判断方法では、「引用」と認められる利用形態が不明確になってしまうという問題もある。本判決以降の裁判例をみると、2要件を用いず、利用態様が過度に強調され、「引用」が否定されている傾向がある。

まず、東京地判平成23. 2. 9平成21(ワ)25767・36771 [都議会議員写真ビラ] は、都議会議員のホームページからダウンロードした議員の写真を同議員に不正があったと宣伝広報するビラに掲載して配布したりブログに掲載した行為について、「本件各ビラ等に本件写真を引用しなければならぬ必然性がないこと、本件写真の全体を引用すべき必要性もないこと、

¹⁴⁹⁾ 同判決は、「一般に、広告に写真を用いる際には、撮影者の氏名は表示しないのが通例であり、原告も従来、この通例に従ってきたが、これによって特段損害が生じたとか、不快感を覚えたといったことはなかったことが認められる」としたうえで「上記の事情に照らせば、本件使用は、その目的態様に照らし、原告が創作者であることを主張する利益を害することはなく、公正な慣行にも合致するものといえるから、同項によって原告の氏名表示を省略する場合に該当するというべきである」として氏名表示権に基づく請求を棄却している。

¹⁵⁰⁾ 他方で、「著作物の利用の目的及び態様に照らし著作者が創作者であることを主張する利益を害するおそれがないと認められること」「公正な慣行に反しないこと」のいずれも認められないとして同項の適用を否定した知財高判平成24. 4. 25判時2151号102頁 [CTは魔法のナイフ控訴審] もある。また、書籍の表紙に入れ墨を掲載することが公正な慣行に反しないとは言えないとした東京地判平成23. 7. 29平成21(ワ) 31755 [入れ墨]、ビデオ映像の一部を抽出して編集したというだけでは、公正な慣行に反しないとは言えないとした東京地判平成24. 3. 22平成22(ワ)34705 [SLビデオ映像] もある。

¹⁵¹⁾ 加戸・前掲注12・167頁も、「公正な慣行に反しない限り」について、公正な社会慣行があれば、それに従って表示する必要があると論じている。

本件写真の出所が一切明示されていないことなどからすれば、本件各ピラ等が被告の政治的言論活動のために作成されたものであることを考慮しても、これに本件写真の複製物である被告各写真を掲載したことが、『公正な慣行』に合致するものということとはできず、また、『報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内』で行われたものということもできない」とした。

次に、東京地判平成23.6.30平成20(ワ)13142 [生活と意見] は、原告の父である被告が、原告らの子の日記(原告が著作権を相続)等をウェブページに掲載し、その後書籍として出版した行為について、被告が引用することにより示そうとした自己の見解は、家族内あるいは私生活上の出来事に関わる原告らへの私憤や不満等に根ざすものであって、原告らに対する名誉毀損、名誉感情侵害及びプライバシー侵害の不法行為を構成し、そもそも引用の目的が社会的に許容し得るものではないとした。さらに、同判決は「これらの著作物における具体的な表現と引用される原告らの上記各著作物における具体的な表現との上記目的との対応関係は必ずしも明らかとはいえない」として、引用の目的との関係で合理的な範囲内にあるものと認めることはできないとも判示している。

また、東京地判平成24.9.28平成23(ワ)9722 [霊言] は、名誉毀損訴訟の提訴会見に出席したマスコミに対し、後日、宗教行為の動画映像である「霊言」を収録したDVDを送付した行為について、被告が名誉毀損と主張する部分が、本件各霊言の一部に過ぎないことや、名誉毀損とは関係のない内容も多数含まれていることからすれば、社会通念に照らして正当な範囲の利用であると解することはできず、「公正な慣行」にも合致しないとされている¹⁵²。

¹⁵² ところで、同判決においては「本件においては、引用する側の表現であると主張する本件記者会見における(配布資料を含む)説明、批判、反論等と被告が引用される表現であると主張する本件各霊言及びその活字起こしファイルとは、同時ではなく1日又は数日の時間的間隔を置いて伝えられたものであり、また伝達媒体としても異なることから、これらを理由として、著作権法32条1項の『引用』に当たらないと解する余地もあると考えられるが、以下においては、仮に『引用』に当たるとして、同項の他の要件について検討する」と判示している。ここでは、主

しかし、引用の判断に当たって、引用の態様や「公正な慣行」を過度に強調することは、表現活動への委縮効果を及ぼしかねない。これらの判決は、著作者の人格的利益を考慮しているのかもしれないが、著作者と著作権者が異なり得る以上、著作権を制限する引用の判断においてそのような利益を考慮することは合理的な根拠を欠くと思われる。前掲東京地判〔生活と意見〕は、名誉毀損やプライバシー権侵害になることを指摘するが、このことは名誉毀損やプライバシー権を根拠とする請求において考慮されるべきであり、保護法益を異にする著作権侵害訴訟における「引用」の成否に関係するものではない。

むしろ、本判決のように、著作権者に与える経済的な不利益を考慮することが重要であると思われる。ただし、上記の事案は、いずれも本件のように著作権者にほとんど経済的不利益を与えないとは言いがたい。これらの事案は批評型の「引用」に近いと考えられることからすれば、むしろ従来の主従関係（附従性）及び明瞭区別性を満たす限りで適法としてよいのではないかと考えられる。例えば、前掲東京地判〔靈言〕は、記者会見の参加者に後日配布するものであり記者会見との関連性が薄く、その意味においてDVD自体が「主」である利用と評価できよう。他方で、前掲東京地判〔都議会議員写真ビラ〕は、ビラの写真以外の記載が「主」であれば「引用」を肯定してもよいと思われる。

いずれにしても、本判決が論じるように、「引用」を制約する方向で考慮すべき利益は、著作権者の経済的利益であるということを議論の出発点とすべきである。そのうえで、本事案のような、新たな利用形態については、米国の **transformative use** のような、元の著作物と利用目的を異にし、かつ元の著作物と純粋に競合する市場への害がない場合には適法とされるべきであり、そのような検討を行ううえで、本判決のように①引用の目的と②著作権者に与える経済的不利益を考慮するという枠組みは適切である。他方で、従来の批評や研究を目的とする利用形態においては、批評そのものによる経済的不利益は考慮せず、むしろ真に批評や研究を目的とする利用か否かを識別するために、従来のように利用する側が「主」であるかを要件とすべきであると思われる。このように解することが、当事者

従関係（附従性）に近い要素を考慮していると思われる。

の予測可能性を確保しながら、新たな利用形態への対応を可能とすることになると思われる。

【付記】本稿は、平成25年2月16日北海道大学知的財産法研究会において報告した原稿に加筆したものです。同研究会において貴重なお教示を頂いた参加者の皆様にご場を借りて感謝申し上げます。また、執筆開始から脱稿まで田村善之先生に懇切丁寧なご指導を頂きましたので重ねてお礼申し上げます。