

著作権法におけるスタンダード型規範の
司法による法形成(2)
—権利制約メニューとしての引用の制限規定、
著作物性、類似性について—

陳 信 至

目 次

- 第1章 序論—著作権制度の危機と司法による矯正の可能性
 - 第1節 著作権制度の危機—背景となる議論
 - 第2節 本稿の目的と構成(以上、第52号)
- 第2章 引用の制限規定
 - 第1節 はじめに—ルールとスタンダード
 - 第2節 「明瞭区別性」かつ「主従関係性」の二要件より32条1項の文言から導かれる要件への回帰
 - 第1項 最判〔パロディ・モンタージュ写真〕及び東京高判〔藤田嗣治〕に由来する「明瞭区別性」かつ「主従関係性」の二要件説(平成13年前半までの主流説)
 - 第2項 東京地判〔絶対音感・一審〕に由来する32条1項の文言に沿う総合衡量説
 - 第3項 多様な基準が用いられていた過渡期(平成13年後半～平成22年前半まで)
 - 第4項 二要件に触れずに32条1項の文言に沿う総合衡量説を採用する裁判例の全盛期(平成22年後半以降)
 - 第5項 検討—どの説をとるかによって具体的事例の解釈に差異が生じることがあるか(以上、本号)
 - 第3節 判決の結果から見た利用の目的・性質ごとに異なる判断基準をとる傾向
 - 第4節 引用規定の司法によるバイアスに対する矯正の失敗
 - 第5節 本章のまとめ
- 第3章 ルールとスタンダードの区別から見た著作物の定義規定
- 第4章 著作物の成立要件として機能させる美術の範囲の要件—いわゆる応用美術問題
- 第5章 著作物の成立要件として機能させる創作性の要件

第6章 著作権の保護範囲を画する類似性の要件

第7章 各スタンダード型規範の司法による法形成を論じる意義と残された課題

第2章 引用の制限規定

第1節 はじめに—ルールとスタンダード

議会は法規範を定立し、裁判所はその法規範を具体的事案に当てはめるという作業を行うものとされるが、「法を適用する」という司法プロセスは一定の裁量を伴わざるをえないので、実際には司法も法形成の一端を担っている。そこで、立法と司法の役割分担をとらえる視点に加え、法と経済学の文脈で、法内容の具体的なあり方については触れることなしに、法を定立する際に議会で法の内容が事前に定まっている「ルール」として定立するのが望ましいのか、それとも、法の内容を事後的に定める「スタンダード」として定立するのが望ましいのか、という法の「定め方」についての分析枠組みがある¹。結論からいうと、一般的には、共通した特徴を持つ状況下で頻繁に生じる訴訟紛争にかかわる法的問題については、特定性の高いルールが望ましい²。なぜなら、まず、効率性という観点からは、法を適用する度に法の内容を確定するためのコストが必要になるうえ、情報を取得するためのコストも必要になるから、法が頻繁に適用されるのであれば、司法的判断にかかる平均費用が減る限度で、ルールを立案するためにより多額の費用を投資することが正当化される。また、法が頻繁に適用されるのであれば、行動の頻度が高いことになるので、ルールのほうが低い費用で知ることができるのであるから、個人は法が何であるかを知るために費やす費用は少なくて済む。したがって、法の適用頻度が高い場合には、ルールのほうがスタンダードよりも効率的であるといえる。次に、事前に当事者の行動にどの程度の影響を与えるのかという観点からは、法が

¹ Louis Kaplow, *Rules versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992).

² 森田果「最密接関係地法—国際私法と“Rules versus Standards”」ジュリスト1345号(2007年)68頁、ヴァインシー・フォン＝フランチェスコ・パリシィ(和久井理子訳)「法的ルールの最適な特定性の程度について」新世代法政策学研究15号(2012年)328・340頁参照。

頻繁に適用されるのであれば、ルールのほうが法の内容を確認することが容易だから、個人が情報を得てから意思決定するケースが増加し、当事者は法の内容に関する情報を取得して行動を変更しようとするインセンティブを強く持つことになる。したがって、法の適用頻度が高い場合には、ルールにより望ましい行動が惹起される蓋然性が高まるといえる。

もっとも、事後の観点から見れば、法の特定性の程度をさほど要求しないスタンダードが用いられるということは、裁判所による事後的な規制が行われるということで、規制事項に係る現在ないし将来の状況についての情報を十分に持たないとき、あるいは環境が不安定であるために法的秩序が陳腐化しそうであるときには、規制環境の予期しない事柄に対して、司法的判断によってより容易に対処することができる³。また、司法による法形成の観点からは、条文が抽象的であるほど解釈の幅は広くなり、裁判官に大きな裁量の余地を残すことから、司法による法形成の役割が大きくなる⁴。そして、政策形成過程に顕著にバイアスがかかっていることが明らかな分野においては、立法機能と司法的判断機能を最適化する一つの方法として、議会が意図的に抽象的な概念を持ったスタンダード型の法規範を作り出すことによって、決定プロセスを議会から裁判所に引き渡すことができる⁵。この場合、第1章で述べたように、スタンダード型規範の具体化の作業を立法から司法に移行させる機能を有するゆえに、立法過程において反映されにくい層の利益をロビイングの攻撃に対する耐性が相対的に強い司法の場において汲み取ることが可能となり、司法によるバイアスの矯正が行われることが期待される。

このようなルールとスタンダードの区別に関する手法を著作権法の場面で考えてみると、著作権を制限する制限規定の中、私的複製と引用は他のルール型の個別制限規定に比べると、文言の抽象度が高く、解釈の余地が大きいので、その適用場面・範囲が比較的に開放されている。ただし、

³ フォン＝パリシィ・前掲注2・329・334頁参照。

⁴ 梶山敬士「はじめに」(2012年4月21日著作権法学会シンポジウム 著作権法の将来像と政策形成講演録) 著作権研究39号(2012年)17頁。

⁵ フォン＝パリシィ・前掲注2・320・337頁。

第1章で述べた通り、ユーザーによる非商業的利用に対して、ほとんどの著作権者が権利行使をしないため、私的複製の制限規定に関連する裁判例は極めて数が少なく、裁判例の積み重ねにより、司法によるバイアスの矯正が行われることは期待されにくい⁶。それに対して、32条1項の引用規定に関連する裁判例は多数出されている。32条1項によれば、「公表された著作物は、引用して利用することができる」。ここで、「利用する」ことができるという文言は、他の権利制限規定の多くが「複製する」ことができるといったような形で特定の利用行為に限定されているのに比して、広範な適用範囲を持っている。そのため、有形的再製である複製に限られず、無形的な再製である口述、演奏、上演、放送、公衆送信といった公の利用行為すべてが、この規定によって許されうるものと解される。

32条1項の文言によると、①公表されたものであること（＝「公表」要件）、②報道、批評、研究その他の引用の目的で利用すること（＝「引用の目的」要件）、③引用の目的との関係で正当な範囲内で行われるものであること（＝「目的上正当な範囲内」要件）及び④公正な慣行に合致するもの（＝「公正な慣行」要件）の四つの要件にすべて該当している場合に、許諾なしに他人の著作物を利用することが著作権侵害とならないと読み取ることができる⁷。ただ、文言から導かれる適法引用の要件については、

⁶ なお、テレビ番組の録画・転送サービスや、携帯電話向けの音楽ストレージ・サービス、紙媒体の書籍の電子書籍化サービス等、私的利用を容易にするサービスが著作権侵害の主体あるいは間接侵害の問題として論じられている裁判例はあるが、いずれもサービス提供者に対し著作権侵害に基づく差止請求が認められており、このようなサービスを用いて私的に著作物を利用することが実質的に制限されることにつながると指摘されている。村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論(6)－日本著作権法の制限規定に対する示唆－」知的財産法政策学研究50号(2018年)46-52・58頁。

⁷ 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年)94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1号(2006年)56・62-63頁、五十嵐敦「著作権の制限(引用の抗弁)について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第4巻 著作権法・意匠法』(2007年・新日本法規)262頁、中山信弘『著作権法』(第2版・2014年・有斐閣)324頁、茶園成樹「講演録『引用』の要件に

公表要件を除いて、「引用」の定義はなく、「目的上正当な範囲内」又は「公正な慣行」という文言には、スタンダード型の要件の判断基準も読み取れない。これが、裁判所による一定の裁量による解決が必要となるゆえんである⁸。

について」コピライト565号(2008年)12頁、同[判批](美術鑑定証書・控訴審)L&T 51号(2011年)90-91頁、同「出版物における引用」上野達弘ほか編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』(2015年・日本評論社)139-140頁、横山久芳「著作権の制限(1)」法学教室341号(2009年)144頁、同「引用規定の解釈のあり方とパロディについて」中山信弘ほか編『しなやかな著作権制度に向けてーコンテンツと著作権法の役割』(2017年・信山社)338頁、島並良ほか『著作権法入門』(第2版・2016年・有斐閣)183頁(島並執筆)、岡村久道『著作権法』(第4版・2019年・民事法研究会)230頁、板倉集一[判批](美術鑑定証書・控訴審)知財管理728号(2011年)1251頁、栗田昌裕「引用の要件についてー下級審裁判例の再検討」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』(2013年・弘文堂)274頁、山内貴博「引用」ジュリスト1449号(2013年)75頁、同[判批](美術鑑定証書・控訴審)小泉直樹ほか編『著作権判例百選』(第5版・2016年・有斐閣)151頁参照。

また東京高判平成14年4月11日裁判所HP[絶対音感・控訴審](山下和明裁判長)は、32条1項の文言を根拠に、「公表された著作物の全部又は一部を著作権者の許諾を得ることなく自己の著作物に含ませて利用するためには」、当該利用が「(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、の三要件を満たすことが必要である」と判示した。

なお、渋谷達紀『著作権法』(2013年・中央経済社)246頁は、引用の要件を、①「公正慣行合致性」の要件、②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「引用目的」の要件とに分けると解している。

⁸ 板東久美子[判批](藤田嗣治)池原季雄ほか編『著作権判例百選』(初版・1987年・有斐閣)139-140頁、山中伸一[判批](藤田嗣治・控訴審)斉藤博ほか編『著作権判例百選』(第2版・有斐閣・1994年)157頁、田村善之「著作権法講義ノート21」発明94巻3号(1997年)84頁、大楽光江[判批](藤田嗣治・控訴審)斉藤博ほか編『著作権判例百選』(第3版・2001年・有斐閣)163頁、辻田芳幸[判批](ラストメッセージ)斉藤ほか編・前掲著作権判例百選(第3版)165頁、相山敬士「フェアユースと教育利用」森泉章ほか編『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年・法学書院)299頁、上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」森泉ほか編・前掲310頁、平澤卓人[判批](創価学会写真ウェブ掲載)知的財産法政策学研究17号(2007年)187頁、半田正夫『著作権法概説』(第16版・2015年・法学書院)172頁参照。

第2節 「明瞭区別性」かつ「主従関係性」の二要件より32条1項の文言から導かれる要件への回帰

以下のように、引用規定の適用場面・引用に該当するための要件をめぐる、その当てはめを示した裁判例において多様な要件論が展開されていたので、統一がない状況にあった。

第1項 最判〔パロディ・モンタージュ写真〕及び東京高判〔藤田嗣治〕に由来する「明瞭区別性」かつ「主従関係性」の二要件説（平成13年前半までの主流説）

従来の裁判例には、32条1項の文言から導かれる「引用の目的」、「目的上正当な範囲内」、「公正な慣行」というスタンダード型の要件を直接に論じるのではなく、「明瞭区別性」（＝利用する側と被引用部分が明瞭に区別されていること）、かつ、「主従関係性」（＝利用する側が主、被引用部分が従の関係にあること。「附従性」とも呼ばれる）という「二要件」を定立し、この二つの要件が充足されているかどうかによって引用の該当性を判断するものが少なくなかった。引用に該当するための具体的な要件を説示した唯一の最高裁判決として、最判昭和55年3月28日民集34巻3号244頁〔パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審〕がある。この事件では、写真集や保険会社のカレンダーに掲載したスキーヤーが雪山の斜面を波状のシュプールを描きつつ滑降する場景を撮影したカラー写真に関し、被告がその一部をカットし白黒としたうえ、右上に自動車タイヤの写真を合成したモンタージュ写真を作成し、写真集等に自己の写真として複製掲載する行為が、原告がその写真に対して有する同一性保持権（旧著作権法18条1項）を侵害するか否かということが争われた。被告は、かかる表現について、自動車公害に迫られる人間の悲しさを示すように受け取られるとして、自動車公害の現状及び自動車関連企業の姿勢に対する割り切れない感情を風刺するものであると主張した。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」と規定していた旧著作権法30条1項2号について、「ここにいう引用とは、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の

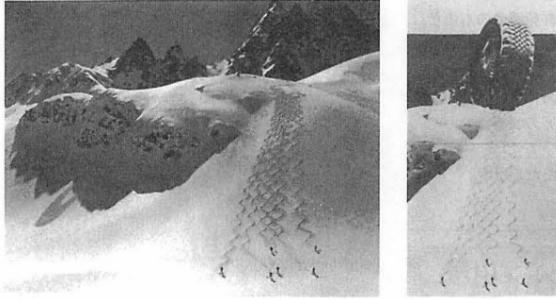
が相当であるから、右引用にあたるというためには、引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができ、かつ、右両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があると認められる場合でなければならない」と判示した。具体的な事案への当てはめにおいては、被告モンタージュ写真に取り込み利用されている原告写真は、モンタージュ写真の「従たるもの」として引用されているということとはできないから、非侵害とした原判決(東京高判昭和51年5月19日無体集8巻1号200頁[パロディ・モンタージュ写真・控訴審](駒田駿太郎裁判長)⁹⁾を破棄差し戻した。以上判旨より、引用に該当するための要件については、「明瞭区別性」、かつ、「主従関係性」という二つに分けることができると理解されるようになった¹⁰⁾。

⁹⁾ 原判決は、被告の主張を容れて、かかる目的のため写真を引用することが必要であったとして適法な引用であると判断したうえで、被告は自己の著作物中に正当の範囲内において原告の写真を節録引用するものであって、被告の行った原告の写真の改変は原告において受忍すべき限度を超えていないとして著作者人格権侵害に当たるとを否定し、一審判決を取り消し、原告の請求を棄却した。

¹⁰⁾ ただ、最判は「更に、法18条3項の規定によれば、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ある引用は許されることが明らかである」と判示した。引用に該当する第三の要件としての、著作者人格権を侵害しないことという要件については、著作者と著作権者が異なる者となる場合に、他の点では正当な引用に当たりうるのに著作者人格権を侵害する態様で用いられたとき、著作者の人格的利益の侵害のみが問題となるのにもかかわらず、著作権者の許諾が必要となってしまうため、誤りであるといわざるをえない。田村善之[判批](パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審) 齊藤ほか編・前掲注8 著作権判例百選(第2版)141頁、同・前掲注8・87頁、同『著作権法概説』(第2版・2001年・有斐閣)244頁、同「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669号(2006年)1319頁の注17、同「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題(3・完)一寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等」知的財産法政策学研究18号(2007年)32頁、板東・前掲注8・139頁(著作者人格権を侵害しないことは、引用に該当するか否かを判断する基準というより、著作権法50条で著作権の制限規定は著作者人格権に影響を与えないものであるとされていることを確認したものすぎないものである)、村井麻衣子[判批](脱ゴーマニズム宣言・一審)北大法学論集51巻3号(2000年)290頁の注11、上野・前掲注8・313-314頁の注6、五十嵐・前掲注7・264頁参照。

[パロディ・モンタージュ写真] 事件 (コピーライト612号4頁より抜粋)

左 原告写真 右 被告モンタージュ写真



もともと、この事件において、原告は著作権及び著作者人格権侵害になるとして慰藉料の支払等を求める本件訴を提起し、一審において請求を認容されたが(東京地判昭和47年11月20日無体集4巻2号619頁[パロディ・モンタージュ写真・一審](荒木秀一裁判長))、控訴審に入った段階で著作権侵害に基づく請求のほうを取り下げているから、最高裁の前に提示された原告の請求は著作者人格権侵害を理由とするもの一本であった。そして、引用は同事件に適用される旧著作権法の時代からして、あくまでも著作権の制限なのであって、著作者人格権の成否とは関係がないとされていたので(旧法18条3項、現行法50条)、最判[パロディ・モンタージュ写真]の法律構成は、引用に当たれば著作者人格権を侵害しないとする原判決の構成にとられすぎで、そもそもこの事件の原告の著作者人格権侵害に基づく請求に対して引用を論じる必要はなかった¹¹。つまるところ、最判[パ

実際のところ、最判[パロディ・モンタージュ写真]以降の下級審裁判例でも、東京高判昭和58年2月23日無体集15巻1号71頁[パロディ・モンタージュ写真・差戻控訴審](石澤健裁判長)を除いてこの要件は踏襲されていない。

また、旧著作権法30条1項2号は、正当の範囲内において節録引用することが許されるわけであるが、最判[パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審]の判示した「明瞭区別性」と「主従関係性」という伝統的二要件がその条文のうち、「正当の範囲内」の判断基準であるのか、あるいは「節録引用」の判断基準なのかは不明である。飯村・前掲注7・91-92頁、大須賀滋「制限規定(1)－引用」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系 Ⅲ』(2014年・青林書院)175頁参照。

¹¹ 齊藤博[判批](パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審)法政理論9巻1号

ロディ・モンタージュ写真]は著作者人格権侵害になるか否かという点が争われた事案において、あくまで傍論として、著作権侵害の具体的な判断において、引用の抗弁を否定した事案にすぎない¹²。

(1976年)156-157頁、田村・前掲注10 [判批] 141頁、同・前掲注8・87頁、同・前掲注10著作権法概説258頁の注3、同 [判批 (1)] (釣りゲータウン2・控訴審)知的財産法政策学研究41号(2013年)99-100頁の注8、飯村敏明 [判批] (パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審)小泉ほか編・前掲注7・144頁参照。

¹² 飯村・前掲注7・93頁、同・前掲注11・144-145頁、中山・前掲注7・322頁の注90、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』(2008年・商事法務)323頁、横山久芳「著作権の制限(2)」法学教室342号(2009年)114頁の注15、同「著作権の制限とフェアユースについて」パテント62巻6号(2009年)59頁の注17、斉藤博 [判批] (美術鑑定証書・控訴審)判例時報2114号(2011年)176頁、栗田・前掲注7・280頁、青木大也 [判批] (美術鑑定証書・控訴審)ジュリスト1460号(2013年)108頁、駒田泰土ほか『知的財産法Ⅱ 著作権法』(2016年・有斐閣)124頁(潮海久雄執筆)、島並良 [判批] (パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審)長谷部恭男ほか編『メディア判例百選』(第2版・2018年・有斐閣)109頁。

それに対して、最判 [パロディ・モンタージュ写真]を擁護する立場からは、確かに正当の範囲内において節録引用するものであるというだけでは著作者人格権侵害を否定することはできないが、一方において、正当の範囲内における節録引用が著作権侵害にならないとされているのに、他方において、正当な範囲内における節録引用であっても著作者人格権侵害を免れることはできないとすることは、正当な範囲内における節録引用を自由利用に委ねる規定の趣旨を没却することになるから、正当の範囲内における節録引用であるならば、著作者人格権侵害を構成しない場合もある。この意味において、著作者人格権侵害の有無が争われている本件において被告による原告の写真の節録引用の有無を論ずる意義があり、傍論とはいえない(最判 [パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審]判例タイムズ415号(1980年)100頁参照)。また、小酒禮 [判解]法曹会編『最高裁判所判例解説 民事篇』(1985年)153-154頁は、引用に当たれば著作者人格権侵害に該当しないというのが原判決の法律構成であったのだから、引用の該当性を肯定することによって著作者人格権侵害を否定した原審の判断につき、その前提を覆すために、最判 [パロディ・モンタージュ写真]が「明瞭区別性」と「主従関係性」という引用に該当するための要件を提示し、引用に当たらないという応え方をなしても間違いではないとし、判旨は現行法の解釈にもそのまま参考になる、と異なる見解を唱えている。同様に、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

最判〔パロディ・モンタージュ写真〕後の下級審の裁判実務では、東京地判昭和59年8月31日無体集16巻2号547頁〔藤田嗣治・一審〕（牧野利秋裁判長）（美術全集のうちの一巻中の美術史に関する解説文の数頁に一人の画家の絵合計12点が掲載された事案）¹³、東京高判昭和60年10月17日無体集17巻3号462頁〔同控訴審〕（蕪山巖裁判長）¹⁴を嚆矢として、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、現行著作権法32条1項の趣旨を根拠に明瞭区別性、かつ、主従関係性という二要件を必要なものとして、引用に当たるかどうかを判断してきた。とりわけ、東京高判〔藤田嗣治・控訴審〕は、「節録引用」を適法と定めていた旧著作権法30条1項2号に関する最判〔パロディ・モンタージュ写真〕を援用せずに、しかも「主従関係性」の判断の際の考慮事項として、「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」を具体的に示しており、最判〔パロディ・モンタージュ写真〕の提示した伝統的二要件は、同東京高判〔藤田嗣治・控訴審〕に

る引用要件の混迷―」コピライト608号（2011年）44-45頁は、社会通念としてとらえられていた「引用」概念が変容しているわけではなく、旧法の適用事例であるとしても、現行法の解釈において参考となると指摘する。

¹³ 判決は抽象論として、32条1項の規定の趣旨に照らせば、引用が「公正な慣行に合致し」かつ「引用の目的上正当な範囲内で行なわれた」の要件に合致するというためには、「少くとも、引用を含む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、右両著作物の間に前者が主、後者が従の関係にあると認められることを要する」と判示した。

¹⁴ 判決は抽象論として、「引用」とは、「報道、批評、研究等の目的で他人の著作物の全部又は一部を自己の著作物中に採録することであり」、また「公正な慣行に合致し」、かつ、「引用の目的上正当な範囲内で行なわれる」ことという要件は、引用規定の趣旨に鑑みれば、「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及び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を要する」としたうえ、「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もの」と判示した。

よってより洗練されて具体化・精緻化されている¹⁵といえる。

東京高判〔藤田嗣治・控訴審〕は抽象論として、明瞭区別性、かつ、主従関係性という二要件が現行著作権法の下において妥当することを判示した高裁レベルの判決として、その後の裁判例にも大きな影響を与えたと見られるものである¹⁶。同判決後の裁判例でも、後述の32条1項の文言から導かれる「引用の目的」、「目的上正当な範囲内」、「公正な慣行」というスタンダード型の要件に沿って総合衡量説を採用し、二要件に全く触れない東京地判平成13年6月13日判タ1077号276頁〔絶対音感・一審〕(飯村敏明裁判長)が出される前までは、引用に該当するためには明瞭区別性かつ主従関係性という二要件を満たす必要があると述べるものが多く、また、「少なくとも」二要件を満たすことを要すると述べているものもあったので、主流であった¹⁷。例えば、東京地判昭和61年4月28日無体集18巻1号

¹⁵ 山中・前掲注8・157頁は、東京高判〔藤田嗣治・控訴審〕の考慮事項は経済的側面への考慮が少ないが、その点を除けば米国著作権法におけるフェア・ユースと同様の事項を考慮することであると指摘している。田村・前掲注10〔判批〕141頁、五十嵐・前掲注7・264頁、岡村・前掲注7・231頁、東京高判平成15年7月31日判時1831号107頁〔「脱ゴーマニズム宣言」謝罪広告請求・控訴審〕(西田美昭裁判長)判旨も参照。

¹⁶ 今井弘晃「引用の抗弁」牧野利秋ほか編『新・裁判実務大系(22)著作権関係訴訟法』(2004年・青林書院)394-395頁、川原・前掲注7・59-60頁、高部・前掲注12・324・328頁、同『実務詳説 著作権訴訟』(2012年・金融財政事情研究会)268-269頁、同〔判批〕(藤田嗣治・控訴審)小泉ほか編・前掲注7・147頁。

¹⁷ 二要件を用いた現行法下の裁判例の分析について、上野・前掲注8・311頁・314-315頁の注7・注8、田村・前掲注10知財管理669号1310-1311頁、同「講演録 著作権法32条1項の『引用』法理の現代的意義」コピライト557号(2007年)11-12・14頁、同・前掲注10本誌18号31-33・35頁、同「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年)1036-1037・1039頁、同「日本の著作権法のリフォーム論—デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて—」知的財産法政策学研究44号(2014年)49・56頁、五十嵐・前掲注7・263-268頁、平澤・前掲注8・188-194頁、同〔判批〕(美術鑑定証書・控訴審)知的財産法政策学研究43号(2013年)302-306・308頁、茶園・前掲注7コピライト565号11-12頁・18-19頁の注42・19頁の注47、同・前掲注7 L&T 51

112頁 [「豊後の石風呂」論文] (元木伸裁判長)、東京地判平成7年12月18日知裁集27巻4号787頁 [ラストメッセージ] (西田美昭裁判長)、東京地判平成3年5月22日判タ784号233頁 [英語教科書準拠録音テープ] (清永利亮裁判長)、大阪地判平成8年1月31日知裁集28巻1号37頁 [エルミア・ド・ホーリィ 贋作・一審] (下村浩藏裁判長)、大阪高判平成9年5月28日知裁集29巻2号481頁 [同控訴審] (中田耕三裁判長) (一審判決引用)、東京地判平成8年9月27日判時1645号134頁 [四谷大塚問題解説書 (四進レクチャー)・一審] (西田美昭裁判長)、東京高判平成10年2月12日判時1645号129頁 [同控訴審] (伊藤博裁判長)、東京地判平成10年2月20日知裁集30巻1号33頁 [バーンズ・コレクション] (西田美昭裁判長)¹⁸、東京地判平成10年10月30日判タ991号240頁 [血液型と性格の社会史] (八木貴美子裁判長)、水戸地裁竜ヶ崎支判平成11年5月17日判タ1031号235頁 [飛鳥昭雄の大真実] (納谷肇裁判長) (ただし、最判 [パロディ・モンタージュ写真] を援用する)、東京地判平成11年8月31日判タ1016号217頁 [脱ゴーマニズム宣言・一審] (森義之裁判長)¹⁹、東京高判平成12年4月25日判時1724号

号89頁・90頁の注4、同・前掲注7「出版物における引用」140-142頁・143頁の注12、横山・前掲注7 法学教室341号145頁、同・前掲注12 パテント62巻6号51頁、同・前掲注7「引用規定の解釈のあり方とパロディについて」338頁・338-339頁の注6、栗田・前掲注7・282-295頁、村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論 (5) - 日本著作権法の制限規定に対する示唆 -」知的財産法政策学研究49号 (2017年) 94-95・97-98頁参照。

¹⁸ さらに、判決は新しい著作物を創作するうえで、既存の著作物の表現を引用して利用しなければならない本条項の立法趣旨から、利用する側に著作物性、創作性が認められない場合は、引用に該当せず、本条項の適用はないものであると判示した。

¹⁹ 判決は明瞭区別性については、漫画と論説という性質の異なる著作物で、欄外に出典が表示されているし、明瞭に区別して認識することができるということで、肯定している。主従関係性については、絵に対する批評を行っているのではないから、絵を含めた作品全体を引用する必要性はないという原告の主張に対し、判旨は、漫画の著作者は漫画によって自己の意見を展開しているのであるから、その意見を批評の対象とする場合、批評の対象を正確に示すには、文のみならず、絵についても引用する必要があるとしたうえで、原告漫画のごく一部を採録しているにすぎないこと、原告漫画のカットの採録はいずれも被告論説の対象を明示してその資料を提示すること、被告論説の理解を助けるものとし、かつ、原告漫画のカットがそれ自

124頁[同控訴審](山下和明裁判長)²⁰、東京地判平成12年2月29日判タ1028号232頁[中田英寿(詩)・一審](三村量一裁判長)、東京高判平成12年12月25日判時1743号130頁[同控訴審](篠原勝美裁判長)、東京高決平成12年9月11日裁判所HP[国語教科書準拠テスト](田中康久裁判長)、等がある。

第2項 東京地判[絶対音感・一審]に由来する32条1項の文言に沿う総合衡量説

ところが、引用に該当するための要件として、東京地判[藤田嗣治・一審]、東京高判[同控訴審]及びその後の裁判例に提示された明瞭区別性と主従関係性という二要件は、現行著作権法32条1項の趣旨からそのような解釈を基礎付けるものであることを明らかにされているものの、具体的に32条1項の文言のどの部分と対応するのかが明確ではないので、この二要件が32条1項のどこに位置付けられるのか、どの文言についての判断基準なのかということが問題になる²¹。主従関係性をどのようにとらえるの

体完結した独立の読み物となるというような事情もないから、原告漫画作品が漫画表現形式によって意見を表現しているのに関して、こうした意見を批評しようとするれば、当該意見を正確に指摘する必要があり、漫画のカットを引用することにならざるをえない等の事情を挙げ、主従関係性は失われないと判断し、引用の該当性を肯定した。

²⁰ 判決は、東京高判[藤田嗣治・控訴審]の判示を取り入れながら、被告の書籍が原告の漫画による意見を批評したり反論したりすることを目的とするものであるということ、被告の書籍に引用された原告のカットが原告漫画のごく一部にすぎず、批評、反論に必要な限度を超えて原告漫画の魅力を取り込んでいるとは認められないこと等、引用の目的、両著作物の性質・内容、分量、被引用著作物の採録の方法・態様等を総合的に考慮して、主従関係性を認め、原告カットに独立した鑑賞性があるとしても、主従関係性が失われえないということで、引用の該当性を肯定した。

²¹ 問題提起について、上野達弘[判批](脱ゴーマニズム宣言・控訴審) 齊藤ほか編・前掲注8 著作権判例百選(第3版)167頁、同・前掲注8・312・326頁、中山・前掲注7・324頁、高部・前掲注12・323・328-329頁、同・前掲注16[判批]147頁、茶園・前掲注7 コピライト565号3頁、同・前掲注7 L&T 51号89-90頁、同・前掲注7「出版物における引用」141頁、高林龍『標準著作権法』(第3版・2016年・有斐閣)174頁、大須賀・前掲注10・175-176頁、富岡英次「引用についての判断基準—特に引用の目

かということにも関係するが、議論の実益は、この二要件が適法引用のための必要十分条件なのか、それとも必要条件の一つにすぎないのか、という点である。前者とすれば、適法引用の成否は二要件で判断されることになるが、果たしてあらゆる著作物の利用形態がすべてこの二要件で合理的に処理できるか²²。後者とすれば、二要件以外にも、32条1項の文言から導かれる「引用の目的」、「目的上正当な範囲内」、「公正な慣行」のスタンダード型の要件を充足するか否かを検討する必要があるところ、こうした要件が明瞭区別性・主従関係の並列条件として提示されれば²³、適法な

的について一』『知的財産法研究の輪—渋谷達紀教授追悼論文集』(2016年・発明推進協会)624頁参照。

²² パロディ等、著作物を利用する側の表現と一体化させて提示する「取込目的型」の場合には、明瞭区別性の要件を満たすことは著しく困難であるため、自由な創作を大幅に制約する危険性が生じるおそれがあると指摘するものとして、田村・前掲注8・86-87頁、同・前掲注10著作権法概説242-244頁、同・前掲注10知財管理669号1312頁、同・前掲注17コピーライト557号14-15頁、同・前掲注17本誌44号49頁の注54、田村善之ほか『ロジスティクス知的財産法Ⅱ 著作権法』(2014年・信山社)89-90頁、飯村・前掲注7・93-94頁、同・前掲注11・145頁。

また、田村ほか・前掲85頁、潮海・前掲注12・124頁は、報道や論文の場合には主従関係性に関しては事案により、この要件を課すべきではない場合があると指摘する。ほかに、高部・前掲注16[判批]147頁も、あらゆる形態の引用がすべてこの二要件で合理的に処理できるかは問題であると指摘する。

²³ 作花文雄『著作権法制度と政策』(第3版・2008年・発明協会)235頁、同『詳解著作権法』(第4版・2010年・ぎょうせい)337頁、同・前掲注12・51-52頁、三村量一「講演録 マスメディアによる著作物の利用と著作権法」コピーライト594号(2010年)13頁、川原・前掲注7・62-63頁、渋谷・前掲注7・247頁は、二要件は引用の適正さを測る一つのメルクマールであるが、これですべてを尽くしているわけではなく、32条1項の文言に立ち戻って検証することが求められると指摘する。また、島並ほか・前掲注7・184頁、高林・前掲注21・174-175頁・175頁の注13は、明文規定のある「公正な慣行」や「目的上正当な範囲内」のような規範的要件は明瞭区別性・主従関係性を満たした引用の中から、さらに適法なそれを選別する機能を担うと解している。

具体的に、板東・前掲注8・139-140頁は、文芸評論の中で小説の一部を直接必要な部分以上に引っぱってきているが量的質的にも評論よりウェイトが低いような場合には、引用を行う必然性・必要性も要件とすべきことを指摘する。また、田村・

引用に当たるためにはさらに限定する方向に働く可能性は否定できないので、その当否が問題となる²⁴。

まず、明瞭区別性、かつ、主従関係性という二要件を採用した上記判決群においては、引用の該当性を肯定した東京地判[血液型と性格の社会史]、水戸地裁竜ヶ崎支判[飛鳥昭雄の大真実]、東京地判[脱ゴーマニズム宣言・一審]、東京高判[同控訴審]を除いて、結論的には引用を否定したものであるから、要件のすべてを尽くしているといえるか、すなわち、明瞭区別性かつ主従関係性という二要件が引用の該当性を肯定するための必要条件であるが、十分条件であるか否かは不明である²⁵。そして、引用の該当性を肯定した裁判例においても、二要件に合致することを認定するのだが、並列的に32条1項の条文そのものである「引用の目的」、「目的上正当な範囲内」、「公正な慣行」という文言から導かれるスタンダード型の要件への当てはめをもなしているものが多い(東京地判[血液型と性格の社会史]、水戸地裁竜ヶ崎支判[飛鳥昭雄の大真実]、東京地判[脱ゴーマニズム宣言・一審]、東京高判[同控訴審](原判決引用)参照)。

さらに、もう一つ重要なこととして、二要件のうち、明瞭区別性は、引用する側と被引用部分の他人の著作物とを区分できるか否かについて比較的容易に判断可能である(ルール型の要件に属する)のに対して、主従

前掲注10本誌18号57頁の注169は、32条1項の条文の文言上は、引用の目的上正当かどうかということが肝要であるから、二要件を満足しているからといってそれだけで32条1項該当性が肯定されることにはならないと指摘する。

²⁴ 結論において同旨のものとして、山内・前掲注7「引用」75頁、同・前掲注7[判批]151頁、大須賀・前掲注10・183頁参照。

²⁵ 最判[パロディ・モンタージュ写真]について、飯村・前掲注7・92頁、高部・前掲注12・323・328-329頁、同・前掲注16実務詳説 著作権訴訟269-270頁、同・前掲注16[判批]147頁。

それに対して、茶園・前掲注7 L&T 51号89頁は、二要件を採用した最判[パロディ・モンタージュ写真]後の下級審の裁判例では、二要件以外の要件は特に検討されておらず、また、二要件を満たすことから適法引用の成立を認めた裁判例もあったことから、明瞭区別性と主従関係性が適法引用の必要十分条件だと、異なる見解を唱えている。

関係性は、量的な基準のように見えるが、これが果たして量的な範囲をもって「主」と「従」を区別するということを意味するのか²⁶。仮にルール型の要件として、利用する側の全体と被引用部分との分量のみを量的に比較するならば、利用する側のほうがその分量が多いと思われる事案²⁷においても、主従関係性についての具体的な判断基準を示したリーディング・ケースである、東京高判〔藤田嗣治・控訴審〕²⁸をはじめとして、東京地判〔豊後の石風呂論文〕（他人の論文を被告刊行の著書に被告が著作したかのような体裁で収録された事案）²⁹、東京地判〔ラストメッセージ〕（編

²⁶ 問題提起について、半田正夫「はじめに」『シンポジウム 著作物の引用』著作権研究26号（1999年）87頁参照。

²⁷ 例えば、東京地判〔藤田嗣治・一審〕には、本件絵画が本件書籍に掲載されていることの寄与率は5%と認定された。

²⁸ 判決は主従関係性の判断の要素として、引用の目的、両著作物のそれぞれの性質、内容及び分量、被引用著作物の採録方法、態様等を挙げたうえで、事案への当てはめとしては、富山論文は美術史の記述としての性質・内容を有し、洋画の歴史を読者に理解させる目的で絵画の複製物を掲載したとしつつも、採録頁に上質紙を使い、各絵画の図版の大きさも小型のもので8分の1頁、大型のものは3分の2頁に割り付けられており、解説文の絵画に関する記述も当該絵画と同じ頁に記載されているものは2点にすぎないために解説文の記述との結びつきが希薄であるので、こうした採録の方法は、論文に対する理解を補足するといった性質を超えてそれ自体観賞性を有する図版として独立性を有するものであるから、論文に対し絵画が従たる関係にあるとはいえず、引用の要件を満たさないと判示している。

この事案に関しては、加戸守行『著作権法逐条講義』（6訂新版・2013年・著作権情報センター）266頁は、美術史においてその記述に密接に関連した資料的な意味で引用する場合は公正な慣行に合致するが、その引用された絵画を見る人が鑑賞する形で使われているということになるとすれば、公正な慣行に合致しないと述べている。また、荒竹純一『ビジネス著作権法』（2006年・産経新聞）315-316頁は解説書等においては、独立鑑賞性がある形態で採録する必要最小限性はないからであると評している。ほかに、引用された絵画の複製物の鑑賞性が主従関係性を否定するキーポイントとなった事案であると指摘するものとして、山中・前掲注8・157頁、五十嵐・前掲注7・265頁参照。

²⁹ 判決は他人の著作物を自己の著作物と誤解されてしまう体裁で自らの著作物中に取り込むことは、適法な引用ということではできないとしたうえ、被告が他人の論文を自己の著書中に転載するに当たり、被告が著作したかのような体裁となってい

集物の素材として各雑誌の最終号に掲載された挨拶文をまとめて掲載した書籍を発行した事案³⁰、東京地判〔バーズ・コレクション〕(新聞社が「バーズ・コレクション展」を美術館で開催するのに関連し、新聞記事への絵画の掲載³¹)、東京地判〔中田英寿(詩)・一審〕(原告の中学

ることから、本件論文がその余の部分に対して従たる関係にあるものともいえないとして、適法引用を否定した。

³⁰ 判決は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判断した。

³¹ ①「幻のコレクション展、きょうから前売り開始」という記事については、展覧会についての事実を伝達するにすぎないものであり、本件絵画を除く部分の記載は著作物性を有しないから、引用による利用とはいえないとした。②「はじめて世界はこの美に出あった」という記事については、展覧会に出品される絵画の中から、画家1人につき1点ずつを紙面に複製して紹介することを目的とした企画であり、絵画についての記事と絵画の複製との間には前者が主、後者が従との関係は認められないから、引用に当たらないとした。③「秘蔵の名画 バーズコレクション展から」という記事については、その中の本件絵画についての叙述部分の内容は抽象的であり、対象絵画の表題を他の作品と入れ替えても文章として成立するものであり、本件絵画を紙面に紹介することのみを目的とした記事であるから、主従関係性が認められないとして、引用に当たらないとした。④「ピカソの『苦行者』今度はじっくり」という記事については、ピカソの絵画に対応する女優の談話による新たな創造部分は僅少であり、内容的にも本件絵画を引用する必要性は微弱で、外形的にも読者の受ける印象は談話よりカラー印刷で本件絵画のほうが大きいことから、主従関係性が認められず、むしろ主眼は絵画の複製にあったと認定して主従関係性を否定した。

なお、⑤「幻のバーズコレクション日本へ」という開催決定の報道記事について、同紙上に掲載された絵画は展覧会の開催が決まったこと、開催されることになった経緯、出品される主な作品とその作家等を報道する記事の一部として掲載されたもので、41条に定める当該事件を構成する著作物に当たるものであり、複製された絵画の大きさ、その記事全体の大きさとの比較、通常の新聞紙という紙質等を考慮して、41条にいう「報道の目的上正当な範囲内において」複製されたものと認められるとして、時事の事件の報道のための利用に当たるとした。

以上に関して、岡邦俊[判批](バーズ・コレクション)同『マルチメディア時代の著作権の法廷』(2000年・ぎょうせい)148頁は、⑤以外の各記事についての裁判所の厳しい判断の背後には、新聞社が報道機関としての著作権法上の免責を安易に

生時代の詩の全文を、プロスポーツ選手の生立ちを著述した被告書籍に掲載した事案)³²、東京高判 [同控訴審]³³等によって示されている「主従関係性」は、その内容自体が規範的なものとなっており、単に量的ではなく、質的な判断がなされるため³⁴、こうしたスタンダード型の要件への当ては

主張できるとすれば、著作権法の秩序は崩壊しかねないというような危機意識があると指摘する。また、五十嵐・前掲注7・266頁は、引用著作物の創作性の程度、引用の必要性、分量等が主従関係性を否定する際の要素とされたと指摘する。

³² 判決は①本件詩は原告の自筆による原稿が写真製版された形で掲載されていたところ、被告書籍の65頁の中央部にこれがそのまま複写された形で掲載されていること、②詩には「中学の文集で中田が書いた詩。強い信念を感じさせる」との簡単なコメントを付すのみであったこと、③被告書籍の本文中には本件詩に言及した記述は一切ないことから、読者は詩を独立して鑑賞でき、被告が被告書籍中に本件詩を引用して利用しなければならなかったからではなく、本件詩を紹介すること自体に目的があったと認定して主従関係性を否定した。

本件について、五十嵐・前掲注7・266頁は、被引用著作物の鑑賞性、引用の合理性と関連性から、主従関係性が否定された事案であると指摘する。

³³ 判決は本件詩については、原告の自筆による原稿が写真製版によりその全文をそのまま複写する形で掲載されていること、被告書籍の本文中に本件詩について直接言及した記述が一切見られないこと等から、本文と本件詩の主従関係において、前者が主、後者が従と認めることはできず、本件詩の掲載が引用に当たらないと判示した。

³⁴ そもそも利用する側と被引用部分との分量のみを比較する際にも、利用する側のうち、どれだけの部分を比較の対象とするかが問題となる。具体的に、書籍又はその中の文章に絵画を採録した事例について、書籍、文章全体あるいは掲載頁のいずれを比較の対象とするかによって、結論は変わりうる。平澤・前掲注8・188-190頁、栗田・前掲注7・289-290頁参照。

この点について基準を明示した裁判例として、東京地判平成16年3月11日判タ1181号163頁[2ちゃんねる小学館・一審](三村量一裁判長)は、電子掲示板のスレッドを一体として見て対談記事の被引用部分が「従」であるとの被告の主張に対して、「電子掲示板に、発言者が自由に書き込みをしているような場合には、書き込みごとに独立した著作物と解すべきである」として、各書き込みを比較の対象としている。また、漫画カットと文章とを量的に比較するための指標について、東京高判[脱ゴーマニズム宣言・控訴審]は、漫画カットに対して文章が「主」と認められるためには、文章のほうを量的に見て圧倒的なボリュームがなければならないという

めにおいては、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、利用手段等、事案に応じて実質的に様々な要素を総合的に考慮して行われるのである³⁵。その結果、これらの多様な要素は「主従関係性」というスタンダード型の要件の考慮要素とされているものの、それはかなり広範なものであって、むしろ32条1項の文言から導かれる「引用の目的」、「目的上正当な範囲内」、「公正な慣行」というスタンダード型の要件の考慮要素と見たほうが理解しやすいのである³⁶。

ものではないとしたうえで、被控訴人書籍のカット採録頁中における文章と控訴人カットとの占める面積割合を根拠として、主従関係性を判断しようとする控訴人の主張に対し、引用された漫画カットを例又は資料とする論説がカット採録頁の前後の頁にわたって書かれていることを認定し、「カット採録頁における文章と控訴人カットとの占める面積割合をもって主従関係を判断すべきものではない」と判示している。

裁判例の傾向に鑑みると、分量の比較に当たっても、形式的な基準がとられるわけではなく、利用する側のうち、内容上、被引用部分と関連する部分は比較の対象に算入される例が多い。具体的には、書籍単位(東京地判[血液型と性格の社会史]、東京地判[教科書準拠国語テスト・一審]、東京高判[同控訴審](一審判決引用))、書籍の中の論文単位(東京地判[藤田嗣治・一審]、東京高判[同控訴審])、書籍数頁(東京高判[建築エスキース・控訴審])を、それぞれ引用著作物における比較の対象とした例がある。平澤・前掲注8・194頁、栗田・前掲注7・290頁も参照。

³⁵ 板東・前掲注8・139頁、村井・前掲注10・274・276-277頁(東京高判[藤田嗣治・控訴審]について)、同・前掲注17・94-95頁、辻田・前掲注8・165頁(東京高判[藤田嗣治・控訴審]について)、上野・前掲注21・167頁、同・前掲注8・320-323頁、盛岡一夫「引用の要件」『知的財産権法と競争法の現代的展開 紋谷暢男教授古稀記念』(2006年・発明協会)978・981-982頁、半田正夫ほか編『著作権法コンメンタール2』(2009年・勁草書房)197頁(盛岡一夫執筆)、荒竹・前掲注28・313-316頁、五十嵐・前掲注7・263-266頁、中山・前掲注7・323頁、作花・前掲注23著作権法制度と政策235頁、同・前掲注12・51頁、高部・前掲注12・323-324頁、同・前掲注16[判批]147頁、横山・前掲注7法学教室341号145-147頁、同・前掲注7「引用規定の解釈のあり方とパロディについて」352-354頁、渋谷・前掲注7・247-248頁、小倉秀夫ほか編『著作権法コンメンタール』(2013年・レクシスネクシス・ジャパン)624頁(金井=小倉執筆)、栗田・前掲注7・284-295頁、大須賀・前掲注10・177・182頁、富岡・前掲注21・623-624頁参照。

³⁶ 大須賀・前掲注10・176-177頁は、東京高判[藤田嗣治・控訴審]における主従関

以上のように、最判〔パロディ・モンタージュ写真〕後の下級審は、適法引用の判断基準として、明瞭区別性と主従関係性を挙げているものの、特に主従関係性の要件に関して、現実には様々な衡量が入れられており、もはや最判〔パロディ・モンタージュ写真〕の提示した伝統的二要件の枠を超えて、特定性の高いルールだったはずの主従関係性は変容してきたようにも考えられる³⁷。そして、このように多様な考慮要素を主従関係性という要件の判断に包摂させることには限界があり、要件の中身が肥大化しているという問題があるという旨の指摘³⁸がなされていることが注目される。飯村敏明「裁判例における引用の基準について」を嚆矢として、過度に「主従関係性」要件に振り回される必要はなく、元の条文に立ち戻って、その文言から導かれる「引用の目的」、「目的上正当な範囲内」、「公正な慣行」というスタンダード型の要件に沿って総合衡量をしたほうがよいと説く見解、いわゆる「総合衡量説」³⁹が有力に主張されるようになっていく。

係性の判断の要素は、主従関係性という要件の考慮要素とされているものの、むしろ、「公正な慣行に合致し」又は「引用の目的上正当な範囲内で行われる」という要件の考慮要素を説明したものと解することができる旨を指摘する。

³⁷ 飯村・前掲注7・92-93頁、上野・前掲注8・325頁。

³⁸ 上野・前掲注21・167頁、同・前掲注8・324-326・332頁。飯村・前掲注7・94頁も参照。

³⁹ 飯村・前掲注7・94-96頁、同・前掲注11・145頁、上野・前掲注8・327-332頁。

引用としての利用に対する著作権制限が認められるかどうかについては、様々な事情の総合的な考慮によるとして、「引用の目的」、「目的上正当な範囲内」、「公正な慣行」がどのような意味を持つのかという点に差異はあるものの、少なくとも32条1項の文言に沿う総合衡量説に賛意を表するものとして、田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト1255号(2003年)133頁、同・前掲注10知財管理669号1311頁、同・前掲注10本誌18号34頁、同・前掲注17法曹時報63巻5号1038頁、同・前掲注17本誌44号54頁、盛岡・前掲注35「引用の要件」978頁、同・前掲注35著作権法コンメンタール2・207頁、中山・前掲注7・322-324頁、高部・前掲注12・329頁、同・前掲注16実務詳説 著作権訴訟274頁、同・前掲注16〔判批〕147頁、茶園・前掲注7コピライト565号12-16頁、同・前掲注7「出版物における引用」142-147頁、大鷹一郎〔判批〕(創価学会写真ウェブ掲載)中山信弘ほか編『著作権判例百選』(第4版・2009年・有斐閣)125頁、金井=小倉・前掲注35・624頁、大須賀・前掲注10・182-183頁、潮海・前掲注12・124頁参照。

この総合衡量説により、適法引用の成否は32条1項の文言に沿って判断されるべきであり、特に「引用目的」及びその目的との関係で「目的上正当な範囲内」というスタンダード型の要件を判断する際には、『目的』、『効果』、『採録方法』、『利用の態様』(飯村説)⁴⁰、あるいは、「『被引用側の元の著作物全体における被引用部分の割合』、『被引用著作物の権利者に与える経済的影響』、『著作物の性質、引用の目的や態様等を相関的に考慮して』」判断する(上野説)⁴¹というのである。

以上の指摘を受けて、飯村裁判長が担当した東京地判[絶対音感・一審]は、書籍「絶対音感」のある一章に英語版演劇台本の翻訳文を掲載した行為について引用の成否を判断するに当たり、二要件には言及せず、32条1項の文言から導かれる「引用の目的」、「目的上正当な範囲内」、「公正な慣行」のスタンダード型の要件への当てはめの際には、「①本件書籍の目的、主題、構成、性質、②引用複製された原告翻訳部分の内容、性質、位置づけ、③利用の態様、原告翻訳部分の本件書籍に占める分量等」を総合的に考慮するという衡量要素を示したうえ、当てはめにおいては、原告の許諾を得ずに翻訳文を複製して掲載することが、公正な慣行に合致しているということもできないし、また、引用の目的上正当な範囲内で行われたものであるということもできないとして、引用の成立を否定した⁴²。

また、今井・前掲注16・412-413頁は、二要件と現行法の文言との関係につき、さらに詳細な検討が必要としながらも、条文の文言に立ち戻って検証することに好意的な評価を与えている。

⁴⁰ 飯村・前掲注7・96頁。

⁴¹ 上野・前掲注8・327-329頁。

⁴² 他方、控訴審では、東京高判平成14年4月11日裁判所HP[絶対音感・控訴審](山下和明裁判長)は32条1項の文言に沿って、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引用の目的上正当な範囲内で行われるものであることを述べたうえで、明瞭区別性の要件のほうは引用の性質上、当然に導かれる要件である旨を説く。当てはめにおいては、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し、この点については原審と判断を異にしつつも、出所の明示を怠った点において公正な慣行に合致しないと、引用の成立を否定し、著作権侵害を肯定した原審の判断を維持している。

第3項 多様な基準が用いられていた過渡期（平成13年後半～平成22年前半まで）

以上のような経緯を経て、平成13年6月の東京地判〔絶対音感・一審〕をはじめとして、その後の裁判例⁴³は、二要件に全く触れずに32条1項の文言に沿う総合衡量説を採用し、引用の該当性を判断するものが次第に増えてきている。例えば、平成22年前半までの裁判例において、いずれも引

東京高判〔絶対音感・控訴審〕は引用に当たるためには明瞭区別性が必要であるとす裁判例と位置付ける見解として、茶園・前掲注7 L&T 51号90頁、同・前掲注7「出版物における引用」142頁参照。

さらに、東京高判〔絶対音感・控訴審〕は「主従関係性」要件を引用に該当するための要件としては明示的に用いない点で、従前の二要件説をとる裁判例とは異なるものの、「引用した範囲、分量も、本件書籍全体と比較して殊更に多いとはいえないから、原告翻訳部分の本件書籍への引用は、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」と認定されており、実質的には、主従関係性の判断が行われているともいえるから、判断枠組みとしては実質的に大きな転換がなされているものではないと解するものとして、作花・前掲注12・48-49頁、栗田・前掲注7・296-297頁。同様に、東京高判〔絶対音感・控訴審〕は引用した範囲や分量という主従関係性において勘案されてきた要素を「引用の目的上正当な範囲内」で考慮していると解するものとして、平澤・前掲注8・197頁。

それに対して、東京高判〔絶対音感・控訴審〕を、「第一審判決と同様に二要件説を採用せず」、32条1項の文言に回帰する試みであると評価する見解として、上野・前掲注8・326頁、田村・前掲注10知財管理669号1311頁、同・前掲注10本誌18号34頁、同・前掲注17法曹時報63巻5号1038頁、同・前掲注17本誌44号54頁、富岡・前掲注21・624-625頁参照。

⁴³ 32条1項の文言に沿った総合衡量説による現行法下の裁判例の分析について、上野・前掲注8・315-316頁の注8・326頁、田村・前掲注10知財管理669号1311-1312頁、同・前掲注17コピライト557号13-14頁、同・前掲注10本誌18号34-35頁、同・前掲注17法曹時報63巻5号1038-1039頁、同・前掲注17本誌44号53-55頁、五十嵐・前掲注7・267-268頁、平澤・前掲注8・194-198頁、同・前掲注17・306-311頁、茶園・前掲注7コピライト565号11-12頁・19頁の注46、同・前掲注7 L&T 51号90頁、同・前掲注7「出版物における引用」141-142頁、横山・前掲注12パテント62巻6号51頁・59-60頁の注19、同・前掲注7「引用規定の解釈のあり方とパロディについて」340頁・340-341頁の注10、栗田・前掲注7・296-300頁、富岡・前掲注21・624-627頁、村井・前掲注17・96-103・111-113頁参照。

用の該当性の否定例であるが、東京地判平成15年2月26日判タ1140号259頁〔創価学会写真ビラ・一審〕(飯村敏明裁判長)(公明党等を政治的に批判することを目的として、第三者の撮った肖像写真をビラに掲載して、これを配布した事案)⁴⁴、東京高判平成16年11月29日裁判所HP〔同控訴審〕(篠原勝美裁判長)⁴⁵等がある。

もつとも、平成13年後半から平成22年前半までの裁判例のすべてが、明瞭区別性と主従関係性という二要件に言及しないものというわけではなく、32条1項でいう「引用」とは、二要件を満たす場合をいうとの説示を含む裁判例や二要件に他の要件を加えて判断する裁判例も存在している等、裁判例により多様な基準が用いられていた。具体的には、二要件を掲げながら、単に言及がなされているだけで、32条1項の「引用の目的」、「目的上正当な範囲内」、「公正な慣行」という文言から導かれるスタンダード型の要件の吟味がなされている裁判例として、原告が中国語で書いた詩9編を日本語に翻訳して被告の小説中にストーリーの一部を構成するものとして全文掲載した行為について、東京地判平成16年5月31日判タ1175号265頁〔XO醬男と杏仁女・一審〕(高部眞規子裁判長)、東京高判平成16年12月9日裁判所HP〔同控訴審〕(佐藤久夫裁判長)は、二要件については当てはめをなすことなく、被告が著した自伝的な小説において、交際していた男性の兄である原告の詩9編を、ストーリーの内容として、もしくは、主人公の心情を描写するための利用目的との関係で、これらの詩を使う必然性がなく、また、原告詩9編をその全文にわたって掲載したこ

⁴⁴ 判決は本件写真の被写体の上半身のみを切り抜き、被告ビラ全体の約15%を占める大きさで掲載し、これに吹き出しを付け加えていること等の掲載態様に照らして、本件写真の著作物を引用して利用することが、公明党等を批判する目的との関係で、社会通念上の正当な範囲内の利用であると解することはできず、公正な慣行に合致すると解することもできないと判示した。

⁴⁵ 判決は原判決を引用したうえ、被告ビラに掲載された写真は、ビラの表面に大きく目を引く態様で印刷されているうえ、本件写真の被写体の上半身部分のみを抜き出し、本件写真の創作意図とは反対の印象を見る者に与えることを意図した揶揄的な内容の吹き出しを付したものであるから、このような態様による写真の掲載を、公正な慣行に合致し、かつ、政治的に批判する目的上、正当な範囲内で行われた引用と解することはできないと判示した。

とが必要最小限の引用ということもできないから、公正な慣行に合致し、かつ、引用の目的上正当な範囲内で行われたものということとはできず、引用には当たらないという判断を行った⁴⁶。

それに対して、引用に当たるためには、あくまでも明瞭区別性と主従関係性の二要件を堅持する裁判例もある。いずれも引用の該当性の否定例であるが、東京高判平成13年9月18日裁判所HP〔建築エスキース・控訴審〕（山下和明裁判長）（書籍の中に建築家が建築物を設計するに当たり、その構想をフリーハンドで描いたスケッチを掲載し、これを解説する文章を付した事案）⁴⁷、東京地判平成13年12月25日判例工業所有権法〔教科書準拠教材Ⅰ〕（森義之裁判長）（国語教科書に掲載された作品を利用して市販の教材を作成した事案）⁴⁸、東京地判平成14年12月13日裁判所HP〔教科書準拠教材Ⅱ〕（森義之裁判長）（国語教科書に掲載された作品を利用して市販の教材を作成した事案）、東京地判平成15年3月28日判タ1166号223頁〔教科書準拠国語テスト・一審〕（森義之裁判長）（国語教科書に掲載された作品を利用して市販の教材を作成した事案）、東京高判平成16年6月29日裁判所HP〔同控訴審〕（北山元章裁判長）（一審判決引用）、東京地判平成16年3月11日判タ1181号163頁〔2ちゃんねる小学館・一審〕（三村量一裁判長）（電子掲示板に発言者がその発言の書き込みに際して各対談記事の内容を

⁴⁶ 田村・前掲注10本誌18号57頁の注169は、この事件では、明瞭区別性はなされており、主従関係性の要件も、小説の中に詩が9編ということなので、少なくとも量的には圧倒的に小説のほうが多いが、32条1項の文言上は、引用の目的上正当かどうかということが肝要であることを、本判決は明確にしたと評している。

⁴⁷ 判決は本件書籍の各頁においては、エスキースこそが表現の中心なのであり、エスキースが主、エスキースを説明するものが従たるものであるから、エスキースの掲載が引用に当たらないとした。

⁴⁸ 判決は被告書籍の設問部分は生徒に原告各著作物をいかに的確に理解させるかという点にあるものの、被告書籍における原告各著作物とそれ以外の部分の量的な割合等を総合すると、引用される側の原告各著作物が「従」であり、利用する側の被告書籍が「主」であるという関係が存するということはできないとして、引用を否定した。

転載した行為)⁴⁹、東京地判平成16年5月28日判タ1195号225頁 [教科書準拠国語ドリル] (高部真規子裁判長) (国語教科書に掲載された作品を利用して市販のドリルや入試用問題集を作成した事案)⁵⁰、東京地判平成19年10月29日ウエストロー・ジャパン [ジューズ販売サイト発信者情報開示請求] (金子順一裁判長) (商品を販売する際に商品メーカーの宣伝用写真をウェブページ上に掲載した事案)⁵¹、東京地判平成21年11月26日裁判所HP [オークション出品カタログ] (阿部正幸裁判長) (オークションの出品カタログに美術品の画像を掲載し、また、その一部をインターネットで公開した事案)⁵²、東京地判平成22年5月28日裁判所HP [がん闘病記転載] (岡本岳

⁴⁹ 判決は各発言においては、各対談記事がほぼそのまま掲載されていることから、閲覧した者は独立した著作物として鑑賞することができるのであり、発言者が各対談記事を引用して利用しなければならなかったからではなく、各対談記事を閲覧させること自体を目的とするものであったとして、各発言においては、各対談記事の転載部分が従であるとはいえず、著作権法上許された引用に該当するということとはできないと判示した。

なお、東京高判平成17年3月3日判タ1181号158頁 [同控訴審] (塚原朋一裁判長) は原判決を取り消したが、引用の成否は争点となっていない。

⁵⁰ 判決は各著作物は設問部分と明瞭に区別して認識することはできるものの、引用される側の各著作物が「従」であり、利用する側の教材が「主」であるという関係が存するということができないから、教材における各著作物の複製が引用に当たるといえることはできずと判示した。

⁵¹ 判決は発信者がオークションサイト内のウェブページにジューズを販売するために掲載したタイトルと写真を組み合わせた出品商品の表示のうち、写真を除くタイトルの記載事項は、商品の名称、個数、代金額等の販売条件の記載が主たるものであるということとはできないから、写真をジューズの販売のために利用したことは、「引用」の要件を満たさないものと判示した。

⁵² 判決は問題となったフリーペーパーのカタログ (掲載された画像は縦1.5cmから2.7cm、横が2cm程の大きさのもの)、パンフレットのカタログ (掲載された画像は縦4cm、横が5.7cm程の大きさのもの)、冊子カタログ (掲載された画像は、A作品については縦約14.5cm、横約7.5cmの大きさで、D作品については縦約16.5cm、横約13cmの大きさのもの) は、出品作品の絵柄がどのようなものであるかを画像により見る者に伝えるためのものである一方で、作品の画像のほか記載されている作者名、作品名、画材及び原寸等の文字記載部分は、資料的事項を箇条書きしたものであるから、著作物と評価できるものとはいえないし、またこれらカタログ等の主たる部

裁判長) (月刊誌に連載していたがん闘病記の一部を被告が自己のホームページ上に転載した事案)⁵³、等がある。

他方、引用の該当性の肯定例として、原告各図表を被告書籍に掲載した事案において、東京地判平成22年1月27日裁判所HP [月刊ネット販売 (図表編集)] (清水節裁判長) は、原告各図表は編集著作物とは認められず、また、「仮に、原告各図表が編集著作物であるとしても」と前置きしたうえで、被告が掲載した各図表は被告書籍の表現形式上、利用する側の著作物である執筆部分と明確に区別して認識すること、また、執筆部分の記載内容を読者に視覚的に分かりやすく伝えるための補足資料として利用されたものにすぎず、執筆部分が主、各図表が従という関係にあるとし、そして、被告書籍における原告各図表の利用に当たり、出典が明記されていることから、被告書籍に原告各図表を掲載した行為は、公正な慣行に合致するものであり、かつ、引用の目的上正当な範囲内で行われたものとして、適法引用の成立を肯定した。

さらには、32条1項の「引用の目的」、「目的上正当な範囲内」、「公正な慣行」という文言から導かれるスタンダード型の要件に沿って解釈することを基本としつつ、明瞭区別性と主従関係性の二要件に加えて、①社会通念上の相当性、②利用目的との関係で引用しなければならない必要性、③絵画、写真の場合には鑑賞の対象となりえない程度に縮小すること (=利

分は作品の画像であることは明らかであるとして、引用に該当すると認めることはできないと結論付けた。

⁵³ 判決は32条1項の立法趣旨は、新しい著作物を創作するうえで、既存の著作物の表現を引用して利用しなければならない場合があることから、「利用する側に著作物性、創作性が認められない場合は『引用』に該当せず、同項の適用はない」としたうえで、本件転載に係る記事は、いずれも1文ないし2文からなる被告の導入文が記載され、それに続けて数頁にわたって原告闘病記を掲載するという体裁になっているため、被告の導入文部分は、短文のうえ、内容も平凡なものとして、著作物性を認めることはできず、仮に、著作物性が肯定される余地があるとしても、その分量、内容からして、被告の導入文が主、引用されて利用される原告闘病記が従の関係があるものと認めることはできないから、引用を否定した。

用手段の必要最小限性)、という五要件を課している⁵⁴判決も出ている(東京地判平成19年4月12日裁判所HP〔創価学会写真ウェブ掲載〕(設楽隆一裁判長)(ある人物の行動を批評・揶揄する目的でその人物を被写体とする第三者の撮った写真をホームページ上に掲載した事案))⁵⁵。

第4項 二要件に触れずに32条1項の文言に沿う総合衡量説を採用する裁判例の全盛期(平成22年後半以降)

ところが、平成22年後半に入ると、裁判例のほぼ全部は二要件に全く触れずに32条1項の文言に沿う総合衡量説を採用し、引用の該当性を判断しているため、明瞭区別性と主従関係性の二要件を堅持する裁判例は見られなくなる。こうした判断手法が主流になるきっかけは、引用の該当性の肯定例である、知財高判平成22年10月13日判タ1340号257頁〔美術鑑定証書・控訴審〕(滝澤孝臣裁判長)⁵⁶である。同判決は、引用としての利用に当たるか否かの判断においては、米国著作権法におけるフェア・ユースの四要

⁵⁴ 平澤・前掲注8・187頁、上野達弘〔判批〕(創価学会写真ウェブ掲載)速報判例解説2号(2008年)278頁、田村・前掲注17法曹時報63巻5号1039頁、同・前掲注17本誌44号56頁、村井・前掲注17・98頁参照。

⁵⁵ 判決は当てはめの結果として、①被告がある人物の宗教者としての名誉欲を露わにした行動を非難する記事を創作するために、本件写真を使用しなければならない必要性はないこと、②被告が記事にしたものは、わずかに「Cの御尊体アルバム」との表題の下に、「↓西洋かぶれの出来そこない! (笑) ↓」と「名誉も地位も要りません。そのような人間が世界に一人ぐらいいてもいいでしょう。(D博士との対談から)」との記載だけであるにすぎず、被告ホームページにおけるこれらの表題や上記記載部分と本件写真とは、前者が「主」で、後者が「従」という関係を有しないこと、③本件写真を被写体を揶揄するような態様において使用することは、写真の著作者の制作意図にも強く反し、正当な引用として許容されるとは考え難いことから、被告ホームページにおける本件写真の掲載行為を「公正な慣行に合致」し、かつ、「引用の目的上正当な範囲内」で行われるものということとはできないとして、引用の該当性を否定した。

⁵⁶ なお、原審では、引用の主張がされていないため、東京地判平成22年5月19日判時2092号142頁〔美術鑑定証書・一審〕(清水節裁判長)は著作権侵害を認めて原告の請求を一部認容した。

素、すなわち、①利用の目的と性質、②利用された著作物の性質、③利用された著作物全体に占める利用された部分の量と実質的な価値、④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、を彷彿させる衡量要素として、「他人の著作物を利用する側の目的のほか、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・程度等が総合考慮されなければならない」旨を説いた。具体的な結論としても、利用の目的と性質という考慮要素を同事件の事案に当てはめる際には、鑑定証書の鑑定対象となった絵画を特定し、かつ、当該鑑定証書の偽造を防止する目的で行っているとしたうえで、「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」と解している。そして、その引用の目的達成のためには、「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、パウチラミネート加工されて製作された鑑定証書の裏面に鑑定対象の絵画の面積の約23.8%のカラー・コピー（縦16.2cm×横11.9cm、面積192.78cm²）を添付した利用手段については、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必要である反面、有体物の絵画の原作と所在を共にすることが想定されており、パウチラミネート加工されて製作された鑑定証書のみが独立して流通するとは考えにくく、著作権者が絵画の複製に関して経済的利益を得る機会が失われるということも考え難いことを理由に、公正な慣行に合致し、引用の目的上正当な範囲内で行われたものであると断じて、著作権侵害を否定する。

上記知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕は32条1項の文言に沿う総合衡量説により、引用の抗弁を認めた初めての高裁レベルの判決である。その後、それと同じ二要件に全く触れずに32条1項の文言に沿う総合衡量説を採用し、引用の該当性を肯定した裁判例としては、美術鑑定証書についてほぼ同内容の判断を示した東京地判平成26年5月30日裁判所HP〔美術鑑定証書Ⅱ〕（東海林保裁判長）、大阪地判平成25年7月16日裁判所HP〔岡山県パンフレット〕（山田陽三裁判長）等がある。ただし、パンフレットの

表紙に使われたイラストのウェブページの掲載は岡山県の事業を紹介する目的との関係で、その利用手段が当該目的に適うものであって、著作権者の利益を不当に害するようなものでもないとして、適法な引用に当たると判示した大阪地判 [岡山県パンフレット] は、引用の判断の前段階で、イラストのウェブページの掲載は原告による二次利用に係る許諾の範囲内の行為であると認めることから、後段階の引用に対する判断は傍論にすぎないと解しうること⁵⁷に留意する必要がある。

他方、二要件に全く触れずに32条1項の文言通りの要件に沿って引用の該当性を否定した裁判例としては、東京地判平成23年2月9日裁判所HP [都議会議員写真ビラ] (岡本岳裁判長) (都議選の候補者であった議員を批判するために第三者の撮った当該議員の肖像写真をビラ等に掲載した事案)⁵⁸、知財高判平成23年10月31日裁判所HP [同控訴審] (中野哲弘裁判長) (一審判決引用)、東京地判平成24年9月28日判タ1407号368頁 [霊言DVD] (大須賀滋裁判長) (名誉毀損を理由とする損害賠償請求に関する記者会見終了後、名誉毀損と主張する「霊言」を記録したDVD等を配布した事案)⁵⁹、東京地判平成25年12月20日裁判所HP [毎日オークションカタロ

⁵⁷ 本判決を特殊な事例と位置付ける見解として、青木・前掲注12・109頁参照。

⁵⁸ 判決は①本件写真それ自体や本件写真に写った被写体の姿態、行動を批評するものではなく、当該議員の特定のためであれば、他の写真によって代替することは可能であるので、ビラ等を見た者に具体的に当該議員をイメージさせる目的との関係で、ビラ等に本件写真を引用しなければならない必要性がないこと、②身振り手振りも含めた本件写真の全体を引用すべき必要最小限性もないこと、③本件写真の出所が一切明示されていないこと等から、被告が本件写真をビラ等に掲載したことは「公正な慣行」に合致し、「引用の目的上正当な範囲内」で行われたものということとはできないとして、引用の成立を否定した。

⁵⁹ 判決は①被告が名誉毀損と主張する部分が各霊言の一部にすぎないにもかかわらず、各霊言全体を複製・頒布して利用したことは、批判、反論の目的との関係で、社会通念上の正当な範囲の利用であると解することはできない、②本件DVD等の配布の時期については、被告の主張によれば記者会見の翌日に、原告の主張によれば本記者会見の翌週に、また、記者会見の席上においては本件DVD等を後日、記者会見における批判等に必要なものとして配布する旨を述べていなかったことから、

グ・一審] (大須賀滋裁判長) (美術作品を売買する目的でオークションカタログに美術作品の写真 (50cm²を超える表示の大きさ)⁶⁰を掲載した事案)⁶¹、知財高判平成28年6月22日判時2318号81頁 [同控訴審] (清水節裁判長)⁶²、東京地判平成27年4月27日裁判所HP [肖像写真投稿者情報開示

被告複製頒布行為が公正な慣行に合致するものと認めることもできないとして、引用の成立を否定した。

⁶⁰ 一方で、2009年の著作権法改正により新設された47条の2 (美術の著作物の原作品を譲渡した場合に、その譲渡の申出に伴う複製等に関する制限規定)の施行日 (2010年1月1日)以降に発行されたカタログの318号に係る複製について、施行令7条の2第1項1号及び同施行規則4条の2第1項1号により、47条の2が適用されるためには、当該複製により作成される複製物に係る著作物の表示の大きさが50cm²以下であることが必要であるとして、カタログ318号に係る複製の額縁部分を除く作品部分は、縦約6cm×横8.3cmの写真を印刷したものであり、その表示の大きさは約49.8cm²であることから、著作権侵害は否定された。

⁶¹ 判決は被告カタログにおいて美術作品を複製する目的は、被告オークションにおける売買であるものの、被告カタログの各ページに掲載された美術作品の写真の大きさが当該美術作品のロット番号、作家名、作品名、予想落札価格、作品情報等の文字記載部分の大きさを上回るものが多く、この文字記載部分に主眼が置かれているとまでは認め難いとし、オークションでは被告カタログの配布とは別に、出品された美術作品を確認できる下見会が行われていることに照らして、美術作品の写真を被告カタログに50cm²を超える表示の大きさと掲載する必要最小限性は見出せないことから、被告カタログにおいて美術作品を複製するという利用の方法や態様が、オークションにおける売買の対象作品を特定する目的との関係で、公正な慣行に合致し、正当な範囲内のものであるとは認められないと判示した。

この点に関して、高畑聖朗 [判批] (毎日オークションカタログ・一審) パテント68巻10号 (2015年) 22頁は、判決は「公正な慣行に合致」及び「引用の目的上正当な範囲内」であるかという32条1項の文言のみに沿って引用の該当性を否定しているように見えるが、オークションにおける売買という利用の目的との関係で、カタログにおいて美術作品を複製するという利用の方法や態様が正当な範囲内であるか否かの判断に際しては、文字記載部分と美術作品の写真の大きさを比較し、写真の大きさのほう文字記載部分の大きさを上回るものが多いことを決め手としていると理解して、二要件のうち「主従関係性」が判断要素として32条1項の「引用の目的上正当な範囲内」に包含されるとの考え方に立つものと指摘する。

⁶² 判決は被告カタログにおいて美術作品を複製する目的が、被告オークションにお

請求] (嶋末和秀裁判長) (創価学会ないしその名誉会長を批判することを目的として、電子掲示板「Yahoo! 知恵袋」に投稿記事とともに、第三者の撮った創価学会の名誉会長の肖像写真を掲載した事案)⁶³、大阪地判平成27年9月24日裁判所HP [大阪城ピクトグラム] (高松宏之裁判長) (実在する施設をグラフィックデザインの技法で描いた個々の「ピクトグラム」を小さくそのまま観光ガイドの冊子に掲載した事案)⁶⁴、東京地判平成27年11月30日裁判所HP [肖像写真投稿者情報開示請求Ⅱ] (嶋末和秀裁判長) (電子掲示板「Yahoo! 知恵袋」に投稿記事とともに、第三者の撮った写真創価学

ける売買の対象作品を特定するとともに、作品の真贋、入札への参加意思や入札額の決定に役立つようにする点にある一方で、各頁に記載された美術作品の写真の大きさがロット番号、作家名、作品名、予想落札価格、作品の情報等の記載の大きさを上回るものが多く、掲載された写真は、独立して鑑賞の対象となりうる程度の大きさといえ、上記の情報等の掲載に主眼が置かれているとは解し難いとし、被告オークションでは被告カタログの配布とは別に、出品された美術作品を確認できる下見会が行われていること等に照らして、美術作品の写真を被告カタログに記載された程度の大きさで掲載する必要最小限性は見出せないことから、被告カタログにおいて美術作品を複製するという利用の方法や態様が、被告オークションにおける売買という目的との関係で、社会通念上の合理的な範囲内のものであることや公正な慣行に合致することを肯定できる事情も認められないと判示した。

⁶³ 被告は各記事が、創価学会ないしその名誉会長に対する批評に当たり、本件写真はその対象である名誉会長を明示するために必要な資料として掲載されたものであるとして、引用に該当すると主張するが、判決は掲載された写真には、①写真の被写体である名誉会長の額に目のような模様が描き加えられていることから、このような写真の掲載が被写体である名誉会長に対する批評のために、正当な範囲内で行われたものであると認めることはできないこと、②「創価学会は永遠に不滅です。2014年も素晴らしく大活躍することは間違いないでしょう」との記述が、創価学会やその名誉会長に対する批評に当たらず、この記述のために本件写真を掲載することが必要であったともいえないとして、引用の成立を否定した。

⁶⁴ 判決は冊子における原告ピクトグラムの掲載は、原告ピクトグラムが有する価値を本来の予定された方法によってそのまま利用するものであり、他の表現目的のために原告ピクトグラムを利用しているものではないから、このような利用態様をもって、目的上正当な範囲内で行われた引用であるとはいえないとして、適法引用の成立を否定している。

会の名誉会長の肖像写真を掲載した事案)⁶⁵、東京地判平成28年1月18日裁判所HP [創価学会発信者情報開示請求] (嶋末和秀裁判長) (創価学会の名誉会長を批判することを目的として、ウェブサイト「NAVERまとめ」に投稿記事と共に第三者の撮った創価学会の名誉会長の肖像写真を掲載した事案)⁶⁶、東京地判平成28年1月29日裁判所HP [「風水」発信者情報開示請求] (東海林保裁判長) (「風水」に関するブログ記事の内容を挪揄する目的でその表現を改変したうえ、それをウェブサイトに匿名で投稿した事案。詳しくは後述参照)、等がある。

第5項 検討一どの説をとるかによって具体的事例の解釈に差異が生じることがあるか

以上のように、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、平成13年前半までは最判 [パロディ・モンタージュ写真] 及び東京高判 [藤田嗣治] に由来する「明瞭区別性」かつ「主従関係性」の二要件説を採用する裁判例が主流であった。そして、二要件に全く触れずに32条1項の文言に沿う総合衡量説を採用する東京地判 [絶対音感・一審] をはじめとして、平成13年後半から平成22年前半までの裁判例により多様な基準が用いられており、その趨勢は確定していない状況にあった⁶⁷。しかしながら、平成22年後半以降の裁判例を俯瞰すると、引用の該当性を肯定した

⁶⁵ 判決は、①記事のうち本件写真を説明する記述はなく、記事において本件写真を掲載する必要性は明らかではないこと、②写真の出典を明示していないことから、引用の成立を否定した。

⁶⁶ 判決は、①A名誉会長のレイプ事件のタイトルを付した記事のうち本件写真を説明する記述はなく、記事において本件写真を掲載する必要性は明らかではないこと、②写真の出典を明示していないこと、③記事における本件写真の掲載は写真の著作者の制作意図に沿うものでないことから、正当な目的の引用として許容できるものでないとした。

⁶⁷ 岡村・前掲注7・231頁、茶園・前掲注7 L&T 51号90頁、同・前掲注7「出版物における引用」141-142頁、井関涼子 [判批] (美術鑑定証書・控訴審) ジュリスト臨時増刊1420号 (2011年) 333-334頁、田村・前掲注17法曹時報63巻5号1038-1039頁、同・前掲注17本誌44号54-56頁、平澤・前掲注17・307-308頁、村井・前掲注17・97-98頁参照。

知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕を契機に、裁判例が二要件説との訣別という方向で収束し、明瞭区別性又は主従関係性に全く触れずに32条1項の文言に沿う総合衡量説を採用し、引用の該当性を判断する裁判例が主流になると総括することができる。

引用規定の適用場面・引用に該当するための要件をめぐって、学説では、あらゆる著作物の利用形態がすべて明瞭区別性、かつ、主従関係性という二要件で合理的に処理することができないことを認めつつも、利用される著作物を別個独立したものとして提示して論評を加える「批評・研究目的型」の利用の場合には二要件説を採用するのが妥当であるとの見解⁶⁸がある。このような二要件説を部分的に維持する立場では、明瞭区別性と主従関係性という二要件は、①引用の目的が存在すること、②当該著作物を利用することがこの目的を達成するために必要であること、③過度に引用される著作物の権利者に打撃を与えるものであってはならないこと、という適法引用の充足性を判断するためのメルクマールとして機能するのであるから⁶⁹、特に批評研究目的という伝統的な利用態様には、引用の成否を

⁶⁸ 「批評・研究目的型」の利用にあっては、利用される側の著作物が引用する際に明瞭に区別されなければ、正確な論評を加えるべくもなく、また、二次的著作物の利用に対する権利を認めた趣旨が潜脱されないようにするためには、利用の範囲がその目的に必要な範囲に止まっており、過度に権利者に打撃を与えるものであってはならないから、引用に該当するための基準として、明瞭区別性及び利用する側の表現が主、利用される側の著作物が従となるような利用態様であることが求められる二要件は妥当なものと評するものとして、田村・前掲注8・88頁、同・前掲注10著作権法概説244-245頁、同・前掲注10知財管理669号1312頁、同・前掲注17コピライト557号14頁、同・前掲注17本誌44号49頁の注54、田村ほか・前掲注22・85-86頁。

結論において同旨のものとして、平澤・前掲注17・348頁(批評や研究を目的とする利用形態においては、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、利用する側が「主」であるかを要件とすべきである)、潮海・前掲注12・124頁(論文等を批評する際に引用する場合には、引用する側の作品と引用される著作物を明瞭に区別することが慣行となっている)。

⁶⁹ 田村・前掲注8・88頁、同・前掲注10著作権法概説244-245頁。結論において同旨のものとして、村井・前掲注10・231頁(主従関係性については、その具体的な考慮要素として、引用の目的、両著作物のそれぞれの性質、内容及び分量、被引用著作

決する重要な要素となるという指摘がなされている。

明瞭区別性は、他人の著作物と区別すべきであることが要件になるとする程度の意味であっても、著作物を利用する側の表現と一体化させて提示する「取込目的型」の場合にまで、この要件が適法な引用に当たるための要件とすれば、自己の表現と被引用著作物との区分が付かないパロディの引用では、この明瞭区別性の要件を満たすことは著しく困難であるため、自由な創作を大幅に制約する危険性が生じるおそれがある⁷⁰。また、主従関係性をどのようにとらえるのかということにも関係するが、この要件を文面通りとらえると、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等を適法引用とすることは困難となる。したがって、あらゆる著作物の利用形態がすべて明瞭区別性かつ主従関係性という二要件で合理的に処理できないことが明らかである。

もちろん、批評研究目的という伝統的な利用態様に対してのみ、引用該当性の必要十分条件として、明瞭区別性、かつ、主従関係性が認められれば、32条1項の文言から導かれる「引用の目的」、「目的上正当な範囲内」、「公正な慣行」というスタンダード型の要件をも充足したものと評価されるところと考えられないわけではない。しかしながら、そもそも利用の目的と性質ごとに異なる判断基準をとる類型論的アプローチが可能であるならば、明瞭区別性については、著作物を利用する側の表現と一体化させて提示する「取込目的型」の利用と、利用される著作物を別個独立したものとして

物の採録の方法、態様等が「引用の目的」と、その目的にとって「正当な範囲内」であるかを判断するためのものとして機能している)、平澤・前掲注17・306頁(主従関係性の要件は、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)。茶園・前掲注7コピライト565号13-14頁、同・前掲注7 L&T 51号91頁、同・前掲注7「出版物における引用」144頁、作花・前掲注23著作権法制度と政策235頁、同・前掲注23詳解著作権法337頁、同・前掲注12・51-52頁、三村・前掲注23・13頁、板倉・前掲注7・1252頁、栗田・前掲注7・293-294・301-304頁、三山裕三『著作権法詳説－判例で読む14章』(第10版・2016年・勁草書房)361頁も参照。

⁷⁰ 前掲注22参照。

提示する利用とに二分化する基準にすぎないことになる。また、主従関係性については、実際のところ、二要件説をとる裁判例でさえ、前述の通り、東京高判〔藤田嗣治・控訴審〕を嚆矢として、主従関係性という要件はあくまで現行著作権法32条1項の趣旨からそのような解釈を基礎付けるものであることを明らかにしてきた。そのため、二要件説に立とうとも、総合衡量説に立とうとも、①「引用の目的」、②「目的上正当な範囲内」、③「公正な慣行」のスタンダード型の要件を構成する32条1項から導かれる趣旨に基づいて、審理判断を行うという点においては方向性が一致しているといえる⁷¹。そして、前述の通り、「主従関係性」の要件の下でも、当てはめにおいては引用の目的、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、利用手段等、事案に応じて実質的に様々な要素を総合的に考慮して行われるのであれば、「主従関係性」のような抽象的な要件は、同じ不確定概念である「引用の目的」、「目的上正当な範囲内」、「公正な慣行」という文言通りのスタンダード型の要件の充足性を判断するためのメルクマールとして、上手く機能するとは思えない。したがって、「取込目的型」の利用だけでなく、「批評・研究目的型」の伝統的な利用についても、当てはめの際には「明瞭区別性」、「主従関係性」というメルクマールに振り回される実益はなく⁷²、引用の該当性を判断するのに32条1項の条文に立ち戻って、その文言から導かれる「引用の目的」、

⁷¹ 結論において同旨のものとして、齊藤・前掲注12・176頁(公正な慣行への合致と目的上正当な範囲内はこれまでの明瞭区別性と主従関係性をも包摂しうる不確定概念であり、現行規定の定める要件とこれまで説かれてきた二要件をことさら対立的にとらえる必要はない)。大鷹・前掲注39・125頁、作花・前掲注12・51-52頁、栗田・前掲注7・304-305頁も参照。

⁷² それに対して、平澤・前掲注8・190-192・194頁、同・前掲注17・303・348-349頁は、裁判所は新たな創作活動に向けられた利用目的であるとされれば、利用する側が「主」であり、被引用部分が「従」であると判断される一方で、反対に、新たな創作活動に向けられていない利用目的と判断されれば、被引用部分こそが表現の中心として「主」であるとの評価を受ける。したがって、批評や研究を目的とする利用形態においては、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れば、当事者の予測可能性を確保することになる、という異なる見解を示している。栗田・前掲注7・286-287・302・305頁も参照。

「目的上正当な範囲内」、「公正な慣行」のスタンダード型の要件に沿う総合衡量説一本で審理判断を行ったほうがよいのではない。

ただし、32条1項の条文に立ち戻って、その文言から導かれる「引用の目的」、「目的上正当な範囲内」、「公正な慣行」というスタンダード型の要件に沿って、諸要素を総合的に衡量して判断するからといって、引用規定のフェア・ユース的活用を行って、引用規定の適用場面・範囲を広く、緩く解するとは限らないことに留意しておく必要がある。二要件を維持する説と総合考慮説の実質的な違いは、条文に根拠のない「明瞭区別性」要件からすると、柔軟な解決を阻む可能性があり、引用の成立範囲を不当に狭くしすぎる懸念があり⁷³、「主従関係性」要件についても、引用元を引用先の従たるものか判断することは難しく、予測可能性を害する⁷⁴、との見解がある。確かに前述したように、あらゆる著作物の利用形態がすべて明瞭区別性かつ主従関係性という二要件で合理的に処理できないことは明らかである。しかしながら、二要件に全く触れずに32条1項の文言に沿う総合衡量説を採用する裁判例を見ても、否定例がほとんどである。引用の該当性を肯定した、数少ない裁判例のうち、美術鑑定証書についてほぼ同内容の判断を示した、知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕、東京地判〔美術鑑定証書Ⅱ〕を除いて、「二要件を充足しない場合」であっても、条文の文言から導かれる「引用の目的」、「目的上正当な範囲内」、「公正な慣行」というスタンダード型の要件に沿って総合衡量をした結果、32条1項に該当することにより、著作権侵害を否定した裁判例は、そもそも存在していなかった。もっといえば、知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕、東京地判〔美術鑑定証書Ⅱ〕でさえ、従来の引用に該当するための要件とされてきた「明瞭区別性」と「主従関係性」の二要件に全く触れることなく、米国著作権法におけるフェア・ユースの四要素と類似した諸要素の総合的な衡量による判断枠組みを示した点で特徴的な判決といえるが、そもそも従来の明瞭区別性及び主従関係性という二要件をこの事案において検討するとしても、利用する側の鑑定証書本体と、被利用部分の絵画の縮小コピーという

⁷³ 前掲注22のほか、山内・前掲注7〔判批〕151頁、潮海・前掲注12・124頁。

⁷⁴ 潮海・前掲注12・124頁。

性質の異なる表現であることから、両者を明瞭に区別できることは明らかであろうし、両者の間に鑑定証書本体が「主」、鑑定対象の絵画の縮小コピーが参照資料として「従」であるとの理由から、主従関係性も満たされると考えれば、引用該当性を肯定できるとして、同じ結論に至るだろう⁷⁵。

また、32条1項に立ち戻っても、その際に検討の対象となるのは抽象度の高い「引用の目的」、「目的上正当な範囲内」、「公正な慣行」というスタンダード型の要件であり、それらの要件の具体的な事案への当てはめにおいては、裁判例の蓄積による具体化に委ねた部分が大きく、利用の目的・性質、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、利用手段等、様々な要素を総合考慮していくという点では、従来の「主従関係性」の議論と本質的な差異はないといわざるをえないのではなかろうか⁷⁶。結局のところ、仮に判断が分かれるとしても、それは32条1項の解釈によるものであり、二要件説をとるか、総合衡量説をとるかの違いによるものではない⁷⁷と思われる。したがって、ここで問題となる

⁷⁵ 山内貴博[判批](美術鑑定証書・控訴審)判タ別冊32号(2011年)311頁、同・前掲注7「引用」77頁。

⁷⁶ 同旨のものとして、川原・前掲注7・62頁。また、高林・前掲注21・175-176頁の注14は、32条1項の条文に従い「公正な慣行」と「引用の目的上正当な範囲内」の要件を吟味して様々な要素を総合考慮していくことを示した東京地判[絶対音感・一審]は、考慮の指針が示されていないという意味で、明瞭区別性と主従関係性を要件とした従来の裁判例と大差ないと指摘する。さらに、斉藤・前掲注12・176-177頁は、公正な慣行への合致と引用の目的上正当な範囲内は、これまでの明瞭区別性と主従関係性をも包摂しうる不確定概念であるので、現行規定の用語でいえば、これまでの二要件は公正な慣行となり、引用の目的上正当な範囲の中で読み込むことができる」と唆す。

⁷⁷ まず、32条1項における「引用の目的」というスタンダード型の要件の具体的解釈として、かねてから引用要件の再構成を主張して、明瞭区別性と主従関係性のみを判断基準とする二要件説を批判したうえで、32条1項の文言に基づく解釈論を主張してきた上野教授でさえ、①「引用」を過度に拡大解釈するならば、同項の適用を受けられるかどうか裁判官によって変わってくることとなり、侵害の判断が不安定になること、②既存の引用規定を一般条項的に解釈するよりも、考慮要素を明示した受け皿規定としての一般規定を設けたほうが、明確性と安定性がもたらされ

ること、という理由から、知財高判[美術鑑定証書・控訴審]、東京地判[美術鑑定証書Ⅱ]による「引用規定のフェアユース的活用」には疑問を呈した(上野達弘「権利制限の一般規定—受け皿規定の意義と課題—」中山ほか編・前掲注7・174-175頁)。同旨のものとして、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年)28頁、同・前掲注12・139-141頁(引用規定の特定の要件を無視して類推適用されれば、予測可能性及び他の個別制限規定との公平性を害することになる)も参照。

次に、32条1項における「公正な慣行」というスタンダード型の要件の具体的解釈について、ユーザーとしては権利者からの警告等に屈さざるをえず、慣行等は形成しようもないという場合も少なくないため、新しく生成されつつある利用形態の場合には、未だ「慣行」は存在しないという理由で、カテゴリー的にこの要件の充足が否定されてしまいかねないから、32条1項の文言解釈としては、公正な慣行がある場合にはそれに合致することを要する旨を示しているにすぎず、公正な慣行が存在していない場合には、そのような事情が引用の該当性を否定する方向には働かないと解するものとして、田村・前掲注8・84頁、同・前掲注10著作権法概説241頁、同・前掲注10知財管理669号1314-1315頁、同・前掲注17コピライト557号16頁、同・前掲注10本誌18号40頁、同・前掲注17本誌44号54頁の注62。似たような見解として、中山・前掲注7・321頁は、新しい分野においては引用が否定されてしまうおそれがあるとして、実例が乏しい分野については公正な慣行が存在しないという理由で引用を違法とすべきではなく、「条理」で判断すべきであると指摘する。高部・前掲注12・329頁も参照。なお、横山・前掲注7法学教室341号147-148頁、同・前掲注7「引用規定の解釈のあり方とパロディについて」356-357・360頁は、参照されるべき慣行が存在しない分野には、「社会通念」に照らして引用の利用態様が「社会的に相当なもの」であることが必要となると指摘する。もっとも、慣行が存在しない分野には、そもそも「社会通念」あるいは「社会的に相当なもの」というコンセンサスを得ることが困難といわざるをえないのではなからうか。

また、「公正な慣行」を従来から尊重されてきたルールや業界における常識等に置き換えるならば、権利の保護と利用とのバランスを尊重すべきとする著作権法の趣旨と相容れないルールや業界の常識は「公正な慣行」とは認められないと指摘するものとして、高林・前掲注21・176頁。さらに、飯村・前掲注7・95-96頁は、裁判所が「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、審理負担は大きいから、そもそも「公正な慣行」とは、ある特定の分野において現実に行われている引用の方法や態様を問題としているのではなく、引用一般を対象とするもので、「引用方法ないし引用態様が公正であること」程度の要件として、緩や

のは、むしろ、32条1項の文言から導かれる「引用の目的」、「目的上正当な範囲内」、「公正な慣行」というスタンダード型の要件の具体的な当てはめの結果である。そのような意味では裁判例の趨勢を見極める必要は残っており、抽象度の高い「引用の目的」、「目的上正当な範囲内」、「公正な慣行」というスタンダード型の要件に対して、裁判所の裁量をどこまで認めるかが焦点になり、そこでの考察が不可欠であるといえよう。

かに運用すべきであると指摘する。

それに対して、金井=小倉・前掲注35・626頁は、慣行が確立していればそれに従い、慣行が不明なら厳格に対応する、という厳しい見解を示している。また、茶園・前掲注7 コピライト565号15頁、同・前掲注7 L&T 51号93-94頁、同・前掲注7「出版物における引用」145-146頁は、ここで問題となっている「公正な慣行」とは、ある特定の分野において現実に行われている引用の方法や態様を問題としているのではない点で前掲飯村説と一致するが、ベルヌ条約9条2項、TRIPs協定13条において著作権の制限に関する「著作物の通常の利用を妨げず」、「権利者の正当な利益を不当に害しないこと」という「スリー・ステップ・テスト」の第2ステップ及び第3ステップに照らして、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ことであり、公正慣行要件はこれに合致することを求めるものと解している。