

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(3)
—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(以上、第56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1項 第1類型—被引用著作物を批評する目的で批判の対象部分を採録したという利用の目的・性質の場合
 - 第2項 第2類型—市場の失敗とは関係なく、冒用・転載に近い利用の目的・性質の場合
 - 第3項 第1類型と第2類型の中間的類型として、市場の失敗が生じうる利用の目的・性質の場合
 - 第4項 検討—引用規定の厳しい解釈から柔軟な解釈への転換の可能性
 - 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1項 個別制限規定に関する条文構造のインテグリティ
 - 第2項 小括—司法によるバイアスに対する矯正の可能性
 - 第5節 本章のまとめ(以上、本号)
- 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

ここまで本稿は、各判決の文言に着目して裁判例を分類してきた。引用規定に関する裁判例を整理するに際して、以上のように各判決の抽象論に重きを置いて検討しても、「主従関係性」はいうまでもなく、たとえ32条1項の文言に沿うとしても、引用の該当性を肯定した判決も否定した判決も、「引用の目的」、「目的上正当な範囲内」、「公正な慣行」を繰り返しているにとどまり、抽象的な文章だけからは、いったいどのような場合に引用の該当性が成立するのか、よく分からないのである。裁判例の実像を探るためには、引用の該当性を判断するに当たり、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」あるいは「主従関係性」というスタンダード型の要件への具体的な当てはめを検討することが肝要となる¹。

そして、一般に、権利制限の要件は、利用の目的・性質を問う要件と、利用の手段を問う要件から構成されているところ、32条1項の引用については、利用の目的・性質を問う要件としての「引用の目的」であり、利用の手段を問う要件としての「目的上正当な範囲内」、「公正な慣行」あるいは「主従関係性」であると解することができる²。そこで、「引用の目的」という利用の目的・性質を問う要件と、「目的上正当な範囲内」、「公正な慣

¹ 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669号(2006年)1311頁、同「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題(3・完)ー寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等ー」知的財産法政策学研究18号(2007年)34頁、同「著作権法に対する司法解釈のありかたー美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材にー」法曹時報63巻5号(2011年)1038頁、同「日本の著作権法のリフォーム論ーデジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けてー」知的財産法政策学研究44号(2014年)54頁。

² 横山久芳「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)354頁参照。

行」あるいは「主従関係性」という利用の手段を問う要件に焦点を当てて、各要件の抽象的な説示そのものではなくて、判決の抽象論を離れ、それを適用した判決の結論に従って引用の該当性の有無の分岐点に着目すると、以下のように裁判例は、具体的にどのような事案で肯定され、どのような事案で否定されるのかについて、利用の目的・性質ごとに異なる判断基準をとる傾向にあるといえる。

第1項 第1類型—被引用著作物を批評する目的で批判の対象部分を採録したという利用の目的・性質の場合

被引用著作物の表現それ自体を批評することを目的として、批判の対象部分を採録したという利用の目的・性質の場合、①水戸地裁龍ヶ崎支判平成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)(被引用著作物の主張する仮説を「科学的論理的に検証ないし批評する目的」で、漫画本中の多数の記載や図絵を利用した事案)³、②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)、東京高判平成12年4月25日判時1724号124頁〔同控訴審〕(山下和明裁判長)⁴(漫画という表現形式によって意見を主張する被引用著作物の一部を、その意見に対する批評、反論を目的とした書籍の中に、当該漫画のカットを多数引用した書籍を発行するに当たり、画像に目隠しを施したり、コマの配置を変更したりする事案)のように、「引用の目的」要件に該当するのは勿論、批判本であるゆえに市場における代替可能性がないため⁵、他人の

³ 判決は「本件書籍は原告の仮説を科学的論理的に検証ないし批評する目的のものであるから、原告の著作部分を引用する必要がある」と判示した。

⁴ ただし、漫画のコマの引用に際して加えられた改変が著作権法20条4号にいう「やむを得ないと認められる改変」に当たり適法であるとされた東京地判〔脱ゴーマニズム宣言・一審〕に対し、東京高判〔同控訴審〕は、漫画のコマの配置等を変えた行為について同一性保持権を侵害するとした。

⁵ 〔脱ゴーマニズム宣言〕事件に関して、田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年・有斐閣)245-246頁は、被告書籍はいわゆる批判本であり、フリー・ライドしているという側面があるが、単なる要約本のように原告漫画の市場を直接、侵食するタイプの書籍ではないという事情に、批評の自由等を合わせて衡量すれば、侵害は否定されるべきであると評している。

著作物を翻案して自己の著作物に取り込む行為⁶や複製物の鑑賞性、分量の大小が全く問われない場合すらあるなど、利用手段の相当性、そして引用の該当性が認められやすい傾向にある⁷⁸。ただし、例外として、名誉毀

⁶ それに対して、渋谷達紀『著作権法』（2013年・中央経済社）250頁は、他人の著作物を翻案して自己の著作物に取り込む行為は、公正な利用行為ではないので、画像に目隠しを施したり、コマの配置を変更したりする行為は引用として許容されると判示した東京地判〔脱ゴーマニズム宣言・一審〕、東京高判〔同控訴審〕の解釈は妥当でないと批判している。

⁷ 〔脱ゴーマニズム宣言〕事件に関して、宮脇正晴〔判批〕（オークション出品カタログ）速報判例解説7号（2010年）262頁の注2は、批評を目的とする文章が比較対象なので、問題の漫画のカットの鑑賞性が高い場合であっても、適法引用が肯定される判断を示すものと評している。同旨のものとして、小塚荘一郎〔判批〕（絶対音感・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）149頁。

また、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）193-194頁は、掲載した漫画のカットが独立した鑑賞性を有することを認めつつ、利用する側が被引用著作物を批評するという関係にあることを根拠に引用の該当性を肯定したように、独立した鑑賞性のある態様での利用であっても、そのような掲載態様でなければ批評の目的を達成できないと判断されれば、引用が認められると指摘する。もっとも、高林龍『標準著作権法』（第4版・2019年・有斐閣）185頁の注10は、東京地判〔脱ゴーマニズム宣言・一審〕が、引用には客観的な必然性や必要性が必要であり、必要最小限の範囲内でしか許容されるべきではないという原告の主張を排斥して、ユーザーが必要と考える範囲内で引用することができることと判示したことについて、これとてユーザーの主観的な尺度だけで判断されるものではあるまいと指摘している。

他方で、〔脱ゴーマニズム宣言〕事件では、引用は批評を目的としていたという点以外に、もう一つの要素として、被引用著作物は漫画であり、視覚的要素に加えて、コマに従っていく経時的要素を併有しているので、そのうちの一部だけを取り出すということにより、元の経時的要素に存する鑑賞性が減殺され、結果として引用の該当性が肯定されやすい方向に働いたものと解する見解として、上野達弘〔判批〕（脱ゴーマニズム宣言・控訴審）斉藤博ほか編『著作権判例百選』（第3版・2001年・有斐閣）167頁、高部真規子「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）327頁参照。

⁸ 41条の制限規定によって処理した事例であるが、平成元年10月4日放送の被告のテレビニュース番組が、大阪府警による山口組の一斉摘発を伝える約7分間のニュースの中で、同年7月20日に行われた山口組五代目組長の継承式の模様を収録・編

損に関する記者会見終了後の翌日あるいは翌週に名誉毀損と主張する他人の著作物を記録したDVDを配布した、という時間的には離隔した状況で利用された事案⁹において、批判、反論の目的からであっても、批評、反論とは関係のない内容も多数含まれていること等を理由に、引用の該当性を否定した事例がある（東京地判平成24年9月28日判タ1407号368頁〔靈言DVD〕（大須賀滋裁判長）参照）。

集して制作された全体尺約1時間27分間の記録ビデオ映画を約4分間、無断で部分使用し、番組の中でキャスターらは、VTRを見せながら継承式について感想を述べ解説を加えた。大阪地判平成5年3月23日判時1464号139頁〔山口組五代目継承式〕（庵前重和裁判長）は、当該部分使用の目的が、山口組の一連の事件・動向を実際の映像・音声を用いて視聴者に伝えるとところにあったこと、部分使用した約4分間の尺は全体尺約1時間27分間の5パーセント弱だったこと等を認めて、41条所定の「時事的事件」及び「報道の目的上正当な範囲内」の利用であるとして侵害を否定した。

事件として報道するに足りる時事性を判断するにあたって、原秋彦〔判批〕（山口組五代目継承式）齊藤ほか編・前掲注7・161頁は、事実の取上げ方によりその報道としての評価も左右される相対性を排除しきれないゆえに、裁判所も、本件においては一個の事実のみを取り出してその性質を論ずるのではなく、その背景を含めて時事性を判断したものと評価する。また、茶園成樹〔判批〕（山口組五代目継承式）堀部政男ほか編『メディア判例百選』（2005年・有斐閣）201頁は、VTRに収録されている継承式それ自体は、被告のテレビニュースより約2か月半前に行われたものであるから、これを時事的事件ととらえることは難しく、VTRの内容を伝えるにしても、約4分間も放送することは、報道の目的上正当な範囲を超えていると考えられなくもないとしつつも、暴力団の動向を伝えるニュースでの使用という事案との関係から、報道の目的上「正当な範囲内」について緩やかに判断したものと指摘する。

それに対して、本橋光一郎〔判批〕（山口組五代目継承式）『判例著作権法 村林隆一先生古稀記念』（2001年・東京布井出版）746頁では、本件ビデオの一部を約4分間にわたり放映するというのは報道のため必要な範囲内での利用といえるか、疑問であるとする指摘がなされている。

⁹ 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頁参照。

第2項 第2類型—市場の失敗とは関係なく、冒用・転載に近い利用の目的・性質の場合

利用の目的・性質としては、市場の失敗に起因するもの¹⁰（取引から期

¹⁰ Gordonは、法と経済学の視点から、市場が失敗している場合に利用を認めるために機能するのがフェア・ユースであり、フェア・ユースを市場の失敗を治癒するための理論としてとらえ、(1)市場の失敗が存在すること、(2)被告への利用を許すことが社会的に望ましいこと、(3)フェア・ユースを認めることで著作権者のインセンティブが実質的に害されないこと、というフェア・ユース適用のための三段階テストを提唱し、フェア・ユースの基本的な原則を解明しようと試みた(Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1601, 1614-22 (1982))。このフェア・ユースの「市場の失敗理論」を採用したと見られており、高い取引費用による市場の失敗のみに着目し、それが許諾システムにより治癒されるとしてフェア・ユースの成立が否定されたTexaco判決も登場した。このTexaco判決での市場の失敗理論の採用に対し、Lorenは、外部性を有する利用については許諾システムによっても治癒されず、依然として市場の失敗が存在すると指摘し、Gordonにより提唱された市場の失敗理論を支持しながらも、著作権法の目的を達成するためには、外部性による市場の失敗が存在するときにフェア・ユースを認めるべきであると主張し、Texaco判決は市場の失敗理論を誤って適用したと批判した(Lydia P. Loren, *Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems*, 5 J. INTEL. PROP. L. 1 (1997))。Gordon自身も、後に、市場の失敗理論は市場の成立を理由にフェア・ユースの制限的な適用を意図するものではなかったとして、(3)のテストについては修正がなされており、高い取引費用の存在等を理由とする「市場の機能不全」だけでなく、言論の自由の問題等が関わるために市場の基準が妥当しない「本来的な市場の制限」という類型があり、後者の場合は、市場が機能するようになったとしても、著作物利用の正当性が認められるべきであるとして、市場の失敗のカテゴリーを二つに分類することで理論の精緻化を図った(Wendy J. Gordon, *Excuse and Justification in the Law of Fair Use: Commodification and Market Perspectives*, in THE COMMODIFICATION OF INFORMATION (Niva Elkin-Koren & Neil Weinstock Netanel eds., 2002); Wendy J. Gordon, *Market Failure and Intellectual Property: A Response to Professor Lunney*, 82 B.U. L. REV. 1031 (2002))。

Gordonの市場の失敗理論とその修正、Lorenによる市場の失敗理論の再定義を紹介する日本語文献として、村井麻衣子「著作権市場の生成とfair use—Texaco判決を

待される利益に対し取引交渉の達成に関する取引費用が高いこと、競業者の著作物利用又は敵対的な著作物利用等に対して普及させたくない動機、効率的に内部化されえない拡散的な外部利益、金銭化できない利益、非商業的活動、保有効果 (endowment effects)¹¹等) とはいいい難く、被引用著作物が有する価値を本来の予定された方法によって利用するものであり、冒用又は転載に近い利用の目的・性質の場合、裁判所は常に比較的簡単に引用の該当性を否定している。具体的には、①ピカソの原画とよく似通っており、その画面下方にピカソの署名を記載した美術品の贋作を作成した事案(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](下村浩蔵裁判長)、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))、②観光ガイドに個々の「ピクトグラム」を小さくそのまま掲載した事案(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))、③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した事案(東京地判昭和61年4月28日無体集18巻1号112頁[「豊後の石風呂」論文](元木伸裁判長))、④編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(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))、⑤

端緒として「(一)(二・完)」知的財産法政策学研究6号166-173頁・7号140-147頁(2005年)、同「フェア・ユースにおける市場の失敗理論とその修正－著作権制限規定の現代的意義－」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年・雄松堂)173-175・179-188頁、同「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年)168・170-172・174-178頁、同「多摩市立図書館複写拒否事件の検討－米国著作権法フェア・ユースに関する裁判例・議論からの示唆を踏まえて－」図書館情報メディア研究9巻1号(2011年)18・22-23・25-26頁、同「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(2)、(4)－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46号(2015年)97-111頁・48号(2016年)98-116頁、蘆立順美『データベース保護制度論－著作権法による創作投資保護および新規立法の展開』(2004年・信山社)89-90頁、平澤卓人[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)331-336頁等。

¹¹ セイラー教授の「行動経済学」によると、財の価値は一定ではなく、保有すると評価額が上がるため、交渉が困難であることになる。竹内幹「セイラー教授の『行動経済学』異端が異端でなくなった日」ファイナンス628号(2018年)78頁。

他人の著作物を電子掲示板や自己のホームページ上に転載した事案（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）、東京地判平成22年5月28日裁判所HP〔がん闘病記転載〕（岡本岳裁判長）、⑥原告の中学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が、書籍の本文中には本件詩に言及した記述は一切ない事案（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）¹²、⑦学習教材に他人のテスト問題を利用した事案（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））、⑧英語教科書に記載された本文等の内容をそのまま朗読、歌唱した録音のテープを製作販売した事案（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））等がある¹³。

¹² この事案について、利用する側が研究を口実にして単に被引用著作物を利用するにすぎないから、裁判所は、比較的簡単に引用の適法性を否定していると位置付ける見解として、平澤・前掲注7・190-191頁、同・前掲注10・304頁、小塚・前掲注7・149頁参照。また、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）360-361頁は、報道、批評、研究等の目的がなかったことを理由に引用を否定してもよかった事案であると指摘する。

¹³ 41条の制限規定によって処理した事例であるが、風力発電に関する投資ファンドを設立した会社のオフィスを被告NHKが取材した際、オフィスに掲示されていた風力発電用風車の写真パネルを、壁から外してテレビカメラで接写して写真全体に撮り切って全国ニュースで放送したという事案について、札幌高判平成23年11月18日ウエストロー・ジャパン〔NHKニュース風車写真・控訴審〕（小林正裁判長）は、ファンドの立ち上げという事件と、無断使用した写真及びそれらの被写体である風力発電所とは無関係であるとして、41条該当性を否定して侵害を肯定した原審（札幌地判平成22年11月10日ウエストロー・ジャパン〔同一審〕（石橋俊一裁判官））を容認したうえ、「この点、事件の正確な報道という観点から、一定程度緩やかに著作物の利用を認めるべきであるとしても、その利用を相当とするだけの関連性を要すると解すべきところ、本件ではそのような関連性を見出すこともできない」と加えた（平成25年3月27日上告棄却）。

なお、肯定例であるが、二次利用に係る許諾の範囲内の行為であるとの理由から、傍論と位置付けられるべきものとして、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) がある。

第3項 第1類型と第2類型の中間的類型として、市場の失敗が生じうる利用の目的・性質の場合

第1類型の利用と、市場の失敗とは関係ない第2類型の利用との間の中間的な類型として、市場の失敗が生じうる利用の目的・性質の場合、裁判所は常に第2類型のように比較的簡単に引用の該当性を否定することはないが、公正な慣行に合致した正当な範囲内での引用であるかどうかという利用手段の相当性を問うところ、厳しく審査し、利用目的・性質との関係で被引用著作物を利用しなければならない必要性、著作権者に経済的な損害を与えない利用手段の必要最小限性が認められなければ、適法な引用であるとは考えないことになる。その結果、引用の該当性が否定されるものがほとんどである。

具体的には、まず、被引用著作物が有する価値を本来の予定された方法によって利用するものではなく、それと本質を異にする表現が作られるが、揶揄・パロディの場合には、引用の該当性の否定例として、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) がある。それは「風水」に関する87字と143字のブログ記事の内容を揶揄する目的でその表現を改変したうえ(「自然科学」→「妖怪学」、「学術発表」→「詐欺発表」等の変更)、それをウェブサイトにて匿名で投稿した事案において、ブログ記事の著作権者の経済的利益を得る機会が失われることは考え難い利用手段であるものの、判決は米国著作権法におけるフェア・ユースの四要素を彷彿させる衡量要素、すなわち「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・程度などを総合考慮すべきである」旨を説いたが、当てはめる際には、被告情報は引用元等を明示することもなく引用元の表現を直接改変したうえ、それをウェブサイトにて匿名で投稿したものであるため、公正な慣行に合致した正当な範囲内での引用

であるともいえないとして、引用の成立を否定した。

〔「風水」発信者情報開示請求〕事件
対比表（裁判所HPより）

原告記事1（87字）	情報1
<p>風水とは、何なのかを述べるにあたり、一言で述べるならば「自然科学」だということです。自然科学の定義とは、自然に属する諸対象を取り扱い、その法則性を明らかにする学問のことです。</p>	<p>風水とは、何なのかを述べるにあたり、一言で述べるならば「妖怪学」だということです。妖怪学の定義とは、風水に属する諸対象を取り扱い、その法則性を明らかにする学問のことです。</p>

原告記事2（143字）	情報14
<p>これまで台湾における五術文化の学術発表にかかわってきて、とても不愉快な文化の冒流・歪曲にしか思えない独創と捏造による江湖派理論や、悪質な宗教による術数を利用した洗脳と金儲けを目撃する度に胸くそが悪かったのですが、こういった国家規模での認定試験ができたことで時代は着実に変わり始めました。</p>	<p>台湾における五術の詐欺発表にかかわって、とても愉快的な文化の笑い話・小説に思える独創な江湖派理論や、宗教による術数を利用した金儲けを目撃する度に、呆れたのですが、こういった国家機関での検閲制度ができたことで、新たな手口を防止する時代になりました。</p> <p>五術とか言ってみても、基本的には占いと割り切るべきで、俗的な迷信文化という肩書きの中で永遠に暮らすのが占い師の定めです。</p> <p>とかく流派が多く玉石ではなく、石石混淆の理論が入り乱れる五術ですが、陥れやすい騙されやすい、統一見解を得た見本が既に発刊されており参考になりますね。</p>

第二に、被引用著作物が有する価値を本来の予定された方法によって利用するものではないが、被引用著作物の表現自身を批評・揶揄することなく、その表現の背後の意図や他の対象を批評・揶揄する目的で、それと本質を異にする表現が作られる場合については、いずれも引用の該当性の否

定例であるが、①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)、最判昭和55年3月28日民集34巻3号244頁〔同第一次上告審〕(環昌一裁判長)¹⁴、②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)、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)、③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)、④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)、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)、⑤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請求〕(嶋末和秀裁判長)、⑥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)、⑦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)等がある。

第三に、利用する側の表現の文脈の中で、引用側が一定の主張を展開す

¹⁴ それに対して、最判〔パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審〕が破棄した東京高判昭和51年5月19日無体集8巻1号200頁〔同控訴審〕(駒田駿太郎裁判長)は、自動車公害に追われる人間の悲しさを示すように受け取られるとして、本件写真の美術的意図を批評・風刺するものであるという被告の主張を容れて、同パロディ作品は世相を風刺することを意図していたと認め、かかる目的のため写真を引用することが必要であったとして、適法な引用であると判断した。

この点に関して、本件では、被告としては車の轍に似たスキーのシュプールの写真であればどれでもよく、他の誰かから適当な写真の利用の許諾を得るなり等々の手段がありえたのであり、あえて本件写真を利用しなければならない必要性に乏しかったのであるから、パロディのためにはどうしてもこれを利用する必要があるほど本件写真が著名である等々の事情が示されていない本件を、一般のパロディの問題として位置付けることは危険であると指摘するものとして、田村善之〔判批〕(パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審) 齊藤博ほか編『著作権判例百選』(第2版・1994年・有斐閣)141頁、同「著作権法講義ノート 21」発明94巻3号(1997年)86-87頁、同・前掲注5・243-244頁参照。結論において同旨のものとして、伊藤真〔判批〕(パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審)『知的財産法最高裁判例評釈大系Ⅲ 小野昌延先生喜寿記念』(2009年・青林書院)50頁、同〔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7・117頁。

るに当たり、解説の対象・先行文献・参考資料・補足資料として、被引用著作物が有する価値を本来の予定された方法によって利用する場合について、いずれも引用の該当性の否定例であるが、①試験の問題として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）、東京地判平成13年12月25日平成12年(ワ)17019号 [教科書準拠教材Ⅰ]（森義之裁判長）、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）、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）、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5月28日判タ1195号225頁 [教科書準拠国語ドリル]（高部眞規子裁判長）、②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（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）、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）¹⁵、③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事案（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）、東京高判平成14年4月11日裁判所HP [同控訴審]（山下和明裁判長）、④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（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）¹⁶、⑤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事案（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）¹⁷、⑥商品を販売する際に商品メーカーの宣伝用写

¹⁵ この事案について、利用する側が研究を口実にして単に被引用著作物を利用するにすぎないから、裁判所は、比較的簡単に引用の適法性を否定していると、本稿の第2類型に近い利用に位置付ける見解として、平澤・前掲注10・304頁参照。

¹⁶ 前掲注15の見解として、平澤・前掲注7・190-192頁、同・前掲注10・304頁参照。

¹⁷ この点に関して、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、小説の中に、その時代状況を説明し把握させるために必要な作

真をウェブページ上に掲載した事案(東京地判平成19年10月29日ウエストロー・ジャパン[ジユース販売サイト発信者情報開示請求](金子順一裁判長))等がある。

以上に対して、極めて少ない引用の肯定例として、後述の知財高判平成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)、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)のほかに、京都地判平成2年11月28日無体集22巻3号797頁[脳波数理解析論文・一審](露木靖郎裁判長)(参考文献としての論文引用)、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)(被告書籍の文脈の中で、先行文献として血液型研究の歴史に関する原告の231頁の書籍を11頁に大幅に要約して被告書籍に利用した事案)¹⁸がある。もっとも、京都地判[脳波数理解析論文・一審]は、本来ならば創作的な表現とは認め難い文章が共通しているにすぎなかったとこ

品として他人の詩歌等を挿入する場合があるが、引用に名を借りて、自己の著作物中に登場する必然性のない他人の著作物を借用することは許されないと述べている。また、小塚・前掲注7・149頁は、裁判所は利用手段の相当性を厳しく審査し、被引用著作物を利用しなければならない必要性が認められなければ適法な引用であるとは考えないと解している。

他方で、この事案について、利用する側が短詩を批評したり、研究するための引用ではないから、適法な引用ではないとした事例であると、本稿の第2類型に近い利用に位置付ける見解として、高林・前掲注7・184頁の注9参照。

¹⁸ 要約して引用することも許容される理由について、判決は次のように判示する。①32条1項の解釈として、原著作物をそのまま使用する場合に限定されると解すべき根拠はない。②他人の著作物の記述の対象が広範囲で、一定の観点から要約したものを利用すれば足りる場合がある。その反面、他人の著作物の相当広い範囲の趣旨を引用する必要のある場合、そのまま引用すると、著作権者の権利を侵害する程度が大きくなる結果、「公正な慣行に合致するものとも、正当な範囲内のものともいえないおそれがある」。③原文の一部を切れ切れに引用することを認めるよりも要約引用のほうが原著作物の趣旨を正確に反映することになって妥当であり、現にこのような要約引用が社会的に広く行われている。そして、当てはめにおいて、判決は被告書籍の文脈の中で、先行文献として血液型研究の歴史的経緯に関する原告231頁の書籍を11頁に大幅に要約して被告書籍に利用した行為について、32条1項により許容される引用だと判断した。

ろ（大阪高判平成6年2月25日知裁集26巻1号179頁〔同控訴審〕（潮久郎裁判長）¹⁹参照）を引用の問題とした判決であり、引用に関する説示の先例的価値は高くない²⁰。また、東京地判〔血液型と性格の社会史〕は、原告の231頁の書籍を11頁に要約する行為が問題とされており、被告書籍の該当部分は相違点を考慮しても、原告書籍を読んだことのある一般人が被告書籍の該当部分を読めば、原告書籍を要約したものと直接容易に認識できる程度に原告書籍の「表現の本質的特徴」を具えているから、原告書籍の要約として翻案であると判示されたが、長い文章を非常に短く圧縮したというような要約であれば、元の著作物の創作的表現は残っていないという理由で、そもそも類似性のところで著作権侵害が否定されるべき事案であったといえる²¹。なお、被引用部分は著作物とは認められず、傍論と位置付けられるべきものとして、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）がある。

第四に、有体物の所有権等との関係で、美術の著作物の原作品の展示又は譲渡の申出に伴う複製の場合について、いずれも引用の該当性の否定例であるが、①新聞社が「バーンズ・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、入場券・割引引換券への絵画の掲載（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））²²、②オークション出品カタログに美術品の画像

¹⁹ 共通部分は、共通の命題を表したもので、創作性のある表現形式によったものではなく、方程式の使用は著作物性を有しないことからしても、著作権侵害を認めることはできないとした。

この点に関して、〔解説〕（脳波数理解析論文・控訴審）判例タイムズ846号（1994年）245頁は、記述の自由度が極めて狭い場合に表現形式としての保護が限定されているという観点から理解することができる、と高裁判決を評している。

²⁰ 田村・前掲注14発明94巻3号90頁、同・前掲注5・259頁の注5。

²¹ 田村・前掲注5・246-247頁・260頁の注6、村井麻衣子〔判批〕（血液型と性格の社会史）小泉ほか編・前掲注7・161頁、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）88頁。本判決の後に出示され、「創作的表現の共通性」を基準とした最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁〔江差追分・上告審〕も参照。

²² この事案について、著作物を利用する側が新たな創作活動をしているとはいえず、

を掲載した事案(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)²³、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グ・一審](大須賀滋裁判長)、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))等がある。

第4項 検討—引用規定の厳しい解釈から柔軟な解釈への転換の可能性

以上に見られる利用の目的・性質ごとに異なる判断基準をとる裁判例の傾向は、被引用著作物の表現それ自体を批評することを目的として、批判の対象部分を採録したという第1類型の利用について、被引用著作物の批評を普及させたくないという動機があつて市場の失敗が生じるため、「引用の目的」要件に当たるのはいうまでもなく、市場における代替可能性もないので、複製物の鑑賞性、分量の大小が全く問われない場合すらあるなど、「目的上正当な範囲内」、「公正な慣行」という利用手段の相当性、そして引用の該当性が認められやすいのである。一方で、利用の目的・性質としては市場の失敗に起因するものとはいいい難く、被引用著作物が有する価値を本来の予定された方法によって利用するという冒用又は転載に近い第2類型の利用について、裁判所は比較的簡単に引用の該当性を否定しているとまとめることができる。

問題になるのは、第1類型と第2類型の中間的類型として、市場の失敗が生じうる第3類型の利用であるが、例えばネットの小売業者が商品を販

単なる冒用に近いのであるから、裁判所は、比較的簡単に引用の適法性を否定していると、本稿の第2類型に近い利用に位置付ける見解として、平澤・前掲注7・190-193頁、小塚・前掲注7・149頁参照。

²³ 47条の2が施行される前に、オークションカタログへの美術の著作物の複製行為につき、32条1項の適用を否定した先例である本判決に関して、宮脇・前掲注7・261頁は、出品作品を紹介する掲載目的に照らせば、作品の資料的事項の紹介にとどまる文字記載部分が画像について補足説明する関係、すなわち画像が「主」となる主従関係である。そして、フリーペーパーのカタログに掲載された画像のような鑑賞性の乏しい画像であっても、比較対象となる文字記載部分の分量が少ないうえ、そこに当該画像の説明以外の意義を見出し難いから、この部分が画像との関係において「主」とはなりえないと判断したためであると評している。

売する際に著作権者である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（東京地判〔ジュース販売サイト発信者情報開示請求〕）のように、商品メーカーはマーケティング手段として再販売価格維持のために、小売業者の著作物利用を普及させたくないという動機による市場の失敗が生じうる。また、市場における代替可能性の観点からは、小売業者は商品メーカーの宣伝用写真を無断で利用したものの、著作権者である商品メーカーの当該宣伝用写真の利用市場と衝突せず、また、将来における当該宣伝用写真の潜在的販路を阻害しないので、というよりむしろ商品メーカーの宣伝用写真を利用することによって、同商品の販売促進に資することになる。にもかかわらず、判決は「引用の目的」という利用の目的・性質を問うところ、写真をジュースの販売のために利用したことは、自己の「創作的に表現した著作物」中に他人の著作物を採録するという「引用」の要件を満たさないものとして、適法引用の成立を否定した。

また、敵対的な著作物利用を普及させたくないという動機、割に合わない取引コスト、外部性、金銭化できない利益、非商業的活動等に起因する市場の失敗が生じうるにもかかわらず、最判〔パロディ・モンタージュ写真・第一次上告審〕、東京地判〔創価学会写真ビラ・一審〕、東京高判〔同控訴審〕、東京地判〔創価学会写真ウェブ掲載〕、東京地判〔都議会議員写真ビラ〕、知財高判〔同控訴審〕、東京地判〔肖像写真投稿者情報開示請求〕、東京地判〔肖像写真投稿者情報開示請求Ⅱ〕、東京地判〔創価学会発信者情報開示請求〕のように、被引用著作物の表現自身を批評・揶揄することなく、その表現の背後の意図や他の対象を批評・揶揄するため、利用手段の相当性を問うところ、利用目的との関係で被引用著作物を利用しなければならない必要性を満たさない場合が多いから、適法な引用にならないとされる²⁴。さらに、利用目的との関係で被引用著作物を利用しなければな

²⁴ 上野達弘「講演録 著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェア・ユースの可能性—」コピライト560号（2007年）11頁は、それらの場合には引用する側と引用される側の間に直接の批評関係がなく、また、このような著作物を利用する「必要性」、「必然性」もないことから、許されないことになると指摘する。

なお、分類の仕方について異なる点があるものの、平澤・前掲注7・188-199頁、

らない必要性があったとしても、他人の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事案において、東京地判〔「風水」発信者情報開示請求〕のように、公正な慣行に合致した正当な範囲内であるかどうかという利用手段の相当性を問うところ、発信者名義、引用元等の明示の有無を厳しく審査した結果、適法な引用と解する余地はないとされる。

それに対して、鑑定証書の裏面に鑑定対象の絵画の縮小カラー・コピーを添付する事案において、知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕は、まずは「引用の目的」という利用の目的・性質を問うところ、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は、鑑定対象である絵画のカラーコピーを添付する必要性等が認められることから、「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²⁵。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が、鑑定を業務として行う者は、鑑定業務に伴う行為とはいえ、複製物を作成する際には当然に利用許諾を受けるべき注意義務があるものと思われる。しかしながら、本件で、被控訴人X（著作権者）は、画家である亡Aの相続人であり、亡Aの作品について同業者として控訴人Yと同じく鑑定業務に従事していた。利用の目的・性質としては、確かにYに無許諾による複製を認めずとも、Xが鑑定業務を行っているのであるから、適正な鑑定が得られず、

同・前掲注10・293・306・346-348頁は、「引用の目的」を規範的要件として緩やかに解釈した知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕が現れるまでの裁判例は、批評、研究を典拠とする表現活動に向けられた他人の著作物の利用であったと見られる事案についてのみ、引用の該当性を肯定していたものに限られており、それ以外の目的の利用を適法な引用として認める裁判例は存在していなかったと指摘したうえで、同・前掲注7・209-212頁は、東京地判〔創価学会写真ウェブ掲載〕は①被写体の行動を批評するために第三者の写真を引用する必要性がないとした判断、②掲載態様が著作者の意図に反することを考慮した判断、③複製物の鑑賞性を独立した要件と位置付ける判断は、批評活動全体を大きく制約することになりかねないと判決を批判する。また、同・前掲注10・348頁は、〔都議会議員写真ビラ〕事件はビラの写真以外の記載が主、写真が従である従来の主従関係性及び明瞭区別性を満たす限りで、引用の該当性を肯定してもよいと指摘する。

²⁵ この事案では被引用著作物を利用しなければならない必要性等が詳細に論じられていると指摘するものとして、小塚・前掲注7・149頁参照。

美術品の流通が滞るといふ公衆への不利益もないであろう²⁶が、同業者Xが鑑定において作品の複製をなしうることによる優位性を失わせたくないと考え、ほかの同業者の著作物利用を普及させたくないという動機による市場の失敗が存在していると考えられる²⁷。この点に関して、知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕は「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ふことができるものでない」とした。正鵠を射たものといえる。そして、「目的上正当な範囲内」、「公正な慣行」という利用手段の相当性を問うところ、鑑定証書に添付される鑑定対象の絵画のカラー・コピー（面積192.78cm²）については、絵画の特定・偽造防止のため相応な大きさ・鮮明さを有するものであるから、少なくともライセンス料という著作権者の経済的利益を得る機会が失われる逸失利益が生じるようにも思われるが、それほど問題視されていないのである²⁸。

なお、知財高判〔美術鑑定証書・控訴審〕が示した理由のように、「著作権者等の権利の保護を図ることにもつながる」こと、その鑑定証書は有体物の絵画の原作と「別に流通することも考え難い」ことこそ、当該利用行為が著作権者の権利の保護に資するか否か、及び著作権者に経済的な損害を与えるか否かが適法な引用になるかどうかの決め手だと考えられるか

²⁶ 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）335頁。

²⁷ その意味で、本件において画家である亡Aの相続人が亡Aの作品について同業者として同じく鑑定業務に従事していなければ、市場の失敗は生じないと思われる。

それに対して、平澤・前掲注10・331頁は、鑑定が必要となるのが著作権者の死後である場合、相続人は多数に上り、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ので、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述べている。しかしながら、鑑定の商業的な業務を行っている以上、鑑定業者は著作権者との間の取引費用を内部化することは不可能ではないため、本件において権利者とユーザーの間の高い取引費用による市場の失敗が存在しているとは考えられないのではないかと。

²⁸ 青木・前掲注9・110頁は、利用の程度が強度である本件コピーについては、判旨では問題視されておらず、注意が必要であると指摘する。

もしれない。すなわち、美術鑑定の利用の目的・性質として、鑑定証書のみ鑑定対象の絵画のコピーを添付するのは、贋作の存在を排除し、著作物の価値を高めるという「著作権者等の権利の保護を図ることにもつながる」こと、また、利用手段の相当性を問うところ、美術鑑定の利用の目的・性質との関係で、鑑定証書は通常、有体物の絵画の原作とセットで流通することが想定されており、鑑定証書単独では著作権者の経済的利益を得る機会が失われることが考え難いから、適法な引用として著作権侵害を否定したわけである。そうだとすると、知財高判 [美術鑑定証書・控訴審]、東京地判 [美術鑑定証書Ⅱ] の射程は、絵画の鑑定業務と同程度に著作権者の保護につながる利用目的・性質、及び著作権者に経済的な損害を与えない利用手段を見出せる限りにおいてのみ、という限定的なものとして位置付けられてしまうことになる²⁹。実際のところ、知財高判 [美術鑑定証書・控訴審] の後、東京地判 [都議会議員写真ビラ]、知財高判 [同控訴審]、東京地判 [毎日オークションカタログ・一審]、知財高判 [同控訴審]、東京地判 [肖像写真投稿者情報開示請求]、東京地判 [肖像写真投稿者情報開示請求Ⅱ]、東京地判 [創価学会発信者情報開示請求]、東京地判 [「風水」発信者情報開示請求] のように、たとえ市場の失敗が生じたとしても、他人の著作物の複製を利用することは、著作権者の保護につながる要素や著作権者に経済的な損害を与えない要素を見出せない限り、適法な引用として32条1項により救済される余地はないとされる。

いずれにせよ、「鑑定書の偽造を防止する」という目的は、表現行為に何ら関わるものではないと理解すれば³⁰、知財高判 [美術鑑定証書・控訴審]

²⁹ 一方で、著作権保護に資するという事情が、著作物の利用を許容する方向に働かせることを付加的に指摘したにすぎず、著作権の保護といった大上段な議論は不要で、引用に必要な要件として示したわけではないととらえるものとして、山内貴博 [判批] (美術鑑定証書・控訴審) 小泉ほか編・前掲注7・311頁、平澤・前掲注10・327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の利用の理論(5)ー日本著作権法の制限規定に対する示唆ー」知的財産法政策学研究49号(2017年)107頁。

³⁰ 問題となった鑑定証書本体には日付、鑑定人、鑑定対象の絵画に係る「作品題名」、

は著作物の利用を必要とし、かつ、著作権者の利益にも資する正当な利用目的であることから、許される引用の目的に含まれると判断されたもので、このような解釈は、問題となる利用の目的が著作権法上正当なものと評価しうるか否かという観点から引用の目的を判断するものといえる。このような解釈を推し進めていくなれば、利用の目的が正当であって、かつ、利用の態様が相当なものであれば、適法な引用とみなすことが可能となり、引用規定を権利制限の一般条項として活用する余地が生じることになる³¹。

「作家名」、「寸法」等しか記載されないものの、有体物の美術作品の真贋を鑑定するという利用の目的と性質に着目し、鑑定証書においては多少なりとも鑑定対象の絵画の原作に対する研究的要素があると解することができる。山内貴博「引用」ジュリスト1449号(2013年)77頁参照。

それに対して、知財高判[美術鑑定証書・控訴審]は美術作品の鑑定書に偽造防止のため絵画のカラー・コピーを添付した行為について、「引用の目的」を規範的に広く解して、報道、批評、研究に準じる表現目的とは無関係の様々な著作物の利用を、引用として許容する可能性を示唆したものと位置付けるものとして、茶園成樹[判批](美術鑑定証書・控訴審)L&T 51号(2011年)92-93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)144頁、井関・前掲注26・334頁、斉藤博[判批](美術鑑定証書・控訴審)判例時報2114号(2011年)177頁、板倉集一[判批](美術鑑定証書・控訴審)知財管理728号(2011年)1253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608号(2011年)39-40頁、張睿暎[判批](美術鑑定証書・控訴審)新・判例解説 Watch 10号(2012年)249-250頁(判決は引用であることを前提とする利用行為の正当性を先に判断しているので、本件添付行為がそもそも「引用」であるか否かの明確な判断はしていない)、平澤・前掲注10・293頁、青木・前掲注9・108-110頁、田村ほか・前掲注21・82-83・85頁、駒田泰土ほか『知的財産法Ⅱ 著作権法』(2016年・有斐閣)125-126・139頁(潮海久雄執筆)(偽造防止目的は「引用の目的」の通常目的とはいえず、本件の事例にまで32条1項が適用されるとすると、あらゆる利用目的の行為に32条1項が適用されかねない)、辰巳直彦[判批](ダリ)小泉ほか編・前掲注7・165頁、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2・174-175頁、横山・前掲注2・342頁、村井・前掲注29・107頁。

³¹ いわゆる「引用規定のフェア・ユース化」の活用になる。引用規定の活用、又は知財高判[美術鑑定証書・控訴審]を支持するものとして、田村・前掲注1本誌18号36-39頁、同・前掲注1法曹時報63巻5号1038-1039・1050-1051・1054頁、同・前掲

その意味では、知財高判 [美術鑑定証書・控訴審]、東京地判 [美術鑑定証書Ⅱ] は、市場の失敗が生じうる第3類型の利用に属する従来の裁判例の傾向とも一線を画するものといえる。

このように、市場の失敗が生じうる第3類型の利用に対して、裁判例の傾向は、引用規定の適用を狭く制限しようとする裁判例もあれば、知財高判 [美術鑑定証書・控訴審]、東京地判 [美術鑑定証書Ⅱ] のように、32条1項の文言から導かれる「引用」又は「引用の目的」というスタンダード型の要件により、引用の適用場面は限定されるべきという格別の意義はなく、市場の失敗が生じうるならば要件を満たすもの、「目的上正当な範囲内」、「公正な慣行」という適法な引用として許される利用手段の相当性を問うところ、その利用の目的・性質に照らして利用手段が相当なものであるか否かを緩やかに解釈しようとする裁判例もある。引用の該当性を判断するに当たり、二要件説と32条1項の文言に沿う総合衡量説との両者を対立的にとらえるというよりも、議論がむしろ著作権の制限規定として、引

注1 本誌44号55・58頁、山内・前掲注29・311頁、同・前掲注30・76-78頁、平澤・前掲注10・310-315・346頁、中山信弘『著作権法』(第2版・2014年・有斐閣)326頁、辰巳・前掲注30・165頁、田村ほか・前掲注21・82-83頁、村井・前掲注29・107-114頁。

一方で、「引用」あるいは「引用の目的」を制限的に解釈したうえで、鑑定業務において鑑定証書に絵画のコピーを添付したことが、「引用」あるいは「引用の目的」に含まれているとはいえない、適法引用を理由に著作権侵害を否定した知財高判 [美術鑑定証書・控訴審]の判断に批判的な見解が示されているものとして、横山久芳「フェアユース」デジタルコンテンツ協会『法的環境動向に関する調査研究 著作権リフォーラム—コンテンツの創造・保護・活用の好循環の実現に向けて—』(2008年) (<http://www.dcaj.or.jp/project/report/>より、2017年5月7日確認)43頁、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)52-53頁、同・前掲注2・342-345・347頁、井関・前掲注26・334頁、斉藤・前掲注30・176-178頁、板倉・前掲注30・1253頁、作花・前掲注30・38-40・50-52頁、張・前掲注30・250頁、青木・前掲注9・109-110頁、茶園・前掲注30「出版物における引用」143-144頁、潮海・前掲注30・125-126頁、上野・前掲注30・174-175頁、富岡英次「引用についての判断基準—特に引用の目的について—」『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)636頁。

用規定を限定的かつ厳格に解釈すべきか、それとも引用規定を活用して緩やかに解釈すべきか、という基本姿勢の対立に移っているように見える³²。実際、裁判所の傾向というのは、こうした二つの立場に分かれていることも指摘できる³³。

学説の中で、著作権を制限する引用規定は限定的かつ厳格に解釈すべきとする立場は、現行法の解釈論としては、著作権の制限規定は、権利者の本来の権利内容を、公益性等特別の観点から一定の要件を満たす場合に特例的に制限する「著作権の例外」であるから、各個別規定が例示規定ではなく、「限定列举」されたものであり、「厳格性」が求められるものであるとする。第三者の予測可能性が確保されることが重要であり、これによって法的に安定した著作物利用が促進されることにつながるからであるとの見解³⁴が示されている。また、この著作権の例外は、ベルヌ条約の9条2項やTRIPs協定の13条が権利の例外を定める要件として、「特別の場合」であることを求めていることと整合するために³⁵、実際の運用においても、

³² 結論において同旨のものとして、山内・前掲注29・311頁参照。

³³ 結論において同旨のものとして、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年)10-11頁、同「デジタル化時代の著作権制度のあり方」同『ライブ講義 知的財産法』(2012年・弘文堂)408-409頁(初出「講演録 デジタル化時代の著作権法制度－日本の著作権法の動向と将来像－(前編)(後編)」二弁フロンティア2010年12月号・2011年1・2月号)、同・前掲注1・法曹時報63巻5号1039-1041頁、同「著作権法の政策形成と将来像」(2012年4月21日著作権法学会シンポジウム講演録)著作権研究39号(2012年)121頁、同・前掲注1本誌44号63頁参照。

³⁴ 井関・前掲注26・335頁。

³⁵ 山本隆司「権利制限の法理と私的複製の限界」『知的財産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)885-886頁、斉藤博『著作権法』(第3版・2007年・有斐閣)225-226頁、同・前掲注30・178頁、三山・前掲注12・328-329頁、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説』(第2版・2013年・世界思想社)172頁(三山執筆)、斉藤博＝吉田大輔『概説著作権法』(2010年・ミネルヴァ書房)119頁(吉田執筆)は、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、①著作物の通常の利用を妨げず、かつ、②権利者の利益を不当に害しない、③特別な場合という「スリー・ステップ・テスト」法理は、制限規定を設ける際には

例外規定であるゆえに厳格に解釈されなければならないとの考え方が一般的であった³⁶。そして、引用規定は、著作権法上他人の著作物を自由に利用できる場合をあらかじめ定めた自由利用の中の一つの類型にすぎず、諸制限規定との意味連関から、引用の内包外延は自ずと定まってくるので、「引用」あるいは「引用の目的」がどのようなものでもよいとすると、引用規定の要件が意味を持たなくなるから妥当ではない³⁷と指摘されている。

一方で、引用規定を活用して緩やかに解釈すべきとする立場は、法技術上、いったん権利を与えたのちにそれを制限することと、もともと権利がないとすることに違いがなく、そもそも「権利制限」という言葉は、権利者側の利益を出発点とした思考様式に囚われたものである³⁸。制限規定は実質的には例示規定として支分権の要件を立法技術的観点から書き分け

基準とされなければならず、自由利用の範囲を広げすぎた場合には、条約違反ということもありえると指摘する。さらに、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)303-304・310-311頁(本山雅弘執筆)は、ベルヌ条約、TRIPs協定13条等の国際条約との整合性という観点から、非営利・無料・無報酬の公の使用行為が非侵害とされる著作権法38条の制限規定の解釈に当たり、公益を著作権者の私益に優越させる結果として、著作権者の正当な利益を不当に害することがあってはならないという厳格解釈を唱える。

³⁶ 半田正夫[判批](血液型と性格の社会史) 齊藤ほか編・前掲注7・171頁は、30条以下の規定は著作権の行使を制限する規定であり、権利の制限規定はできる限り厳格に狭く解釈すべきであることは法解釈学の一般原則であると示唆している。また、上野達弘「現行法の状況」著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会『著作権制度における権利制限規定に関する調査研究報告書』(2009年・三菱UFJリサーチ&コンサルティング)9頁、同・前掲注30・171頁は、厳格解釈されてきた背景に裁判所は伝統的通説や起草者における、制限規定は「例外」として厳格解釈すべきと論じてきたことの影響を受けていると考えられると述べている。

³⁷ 横山・前掲注31パテント62巻6号48-49・52頁、同・前掲注2・343-344頁、齊藤・前掲注30・176-178頁、茶園・前掲注30 L&T 51号90-93頁、同・前掲注30「出版物における引用」143-145・147頁、井関・前掲注26・334-335頁参照。

³⁸ 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」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法 齊藤博先生御退職記念論集』(2008年・弘文堂)28頁。

ているものにすぎず³⁹、また、司法による事後的救済という安全弁の存在が不可欠であるため、制限規定が例外の列挙規定であることを理由に引用規定を限定的かつ厳格に解釈することを求めるのは妥当でない⁴⁰。そして、32条1項の文言上「引用」あるいは「引用の目的」という要件は、適法引用の利用場面を特定するための要件ではなく、利用する側の表現の目的に照らして当該利用目的を達成するための利用手段の相当性を判断するための要件にすぎない⁴¹、と解されている。こうして利用の目的それ自体を

³⁹ 作花文雄『著作権法制度と政策』（第3版・2008年・発明協会）192頁、同『詳解著作権法』（第4版・2010年・ぎょうせい）308-309頁（制限規定による縮減分をも織り込んだ内容として、複製権等が排他的な権利として規定されている）、岡村久道『著作権法』（第4版・2019年・民事法研究会）149頁。

さらに、岡村・前掲198頁は、最判平成14年4月25日民集56巻4号808頁〔中古ゲームソフト・上告審〕は映画著作物の頒布権について消尽を認め、もって明文規定のない著作権の制限を承認したことから、個別制限規定以外にも法解釈によって著作権の制限を認めるものであり、実質的に例示説に立つことを意味するとの見解を示している。

⁴⁰ 岡村・前掲注39・198-199頁。また、上野・前掲注24・4-5・17-19・25頁、同・前掲注36・1・5-6・8・10-11・15頁は、著作権法が著作物の保護と利用とを調整することを目的とするため、限定列挙された権利制限規定に該当しないという形式的な理由だけで権利侵害を肯定して事足りりとするのは十分でなく、また、正当な利用まで形式的に侵害となる結果、侵害が常態化することで著作権に対する規範意識が下がるという弊害がありうる、と指摘する。

なお、作花文雄「法解釈における著作権制度の体系及び構造」森泉章編『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）35頁、同・前掲注39著作権法制度と政策192頁、同・前掲注39詳解著作権法308-309頁は、制限規定に求められる限定性と厳格性はそれ自体として合理性のあるものであるが、複製権等、どのような範囲で権利内容を設定するかは、政策的に判断されるべきものであるから、各権利の制定趣旨を勘案して、当該排他的権利の実質的な規範領域を画することや、権利濫用の法理あるいは権利の内在的制約の法理により、制限規定の限定性と厳格性による権利の保障と、公正な利用の調和を図るべきことが肝要である、と指摘する。

⁴¹ 32条1項の文言から導かれる「引用の目的」や「引用して利用すること」というスタンダード型の要件により、引用の適用場面は限定されるという格別の意義を否定する見解として、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

限定する意味を持たせないと解されるならば、引用規定を活用することが可能となる。そして、著作権といえども法律が創造した人工的なものであり、1条が「文化的所産の公正な利用」と「著作者等の権利の保護」を同等のものとして挙げていることからしても、著作権者の経済的利益を得る機会を当然に優先すべきではなく、著作権者の利益と著作物を利用するユーザーの利益の調整が必要であり⁴²、特に著作権者が利益を得ることを企図している利用形態とは異なるのであれば、著作権者に与える経済的な影響に配慮する必要がないと判断されるべきである⁴³。

政策形成過程において、たとえ権利者寄りのバイアスがかかっているとしても、スタンダード型の要件について一定程度の解釈の余地は残されて

号(1999年)94-95頁は、「引用」とは、「翻案」行為を別にして、「複製」行為と同じ行為を指す用語にすぎないから、批判、研究に準じる表現目的とは無関係の様々な著作物の利用にも、他人の著作物を引っ張って、自己のものに取り込むことも広い意味での「引用」に含めることができると述べている。

ほかに、著作権法上の「引用」についても広義に解釈できるとする見解に与するものとして、大淵哲也「著作権間接侵害の基本的枠組(後編)」著作権研究40号(2013年)272頁注186(引用という語は、広義では「引いて用いる」ことないしは「取り込む」こととも解しうるから、社会通念に照らして許容すべきパロディであれば、「引用」そして他の32条1項の要件も満たして、権利制限が肯定されるものと解している)、渋谷・前掲注6・248頁(「報道、批評、研究」は例示にすぎず、絵画の鑑定書を作成するために当該絵画を複製して鑑定書の裏面に表示するように、社会的に正当と認められる目的であればよい)、加戸・前掲注17・266頁(引用の目的に関しては、「報道、批評、研究」は主たる例示であり、これだけには限らないが他人の著作物を自己の表現中に持ってくるだけの必然性が認められる目的がなければならぬ)、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)184頁(「引用」であるかが問題となるのは、引用物と被引用物との物理的・時間的一体性に疑問が生じるような例外的な場合に限られる)。宮脇・前掲注7・261頁、山内・前掲注30・77頁も参照。

⁴² 山内・前掲注30・78頁。また、岡村・前掲注39・197頁は、著作権は創作活動を奨励するために報奨として付与される人工的な権利にすぎず、文化の発展に寄与する限度でのみ正当化され、他の権利利益、公益等との関係を調整するための制限規定でもある、と指摘する。

⁴³ 田村ほか・前掲注21・77頁。

いる。とりわけ、政策形成過程のバイアスが存在するゆえに、フェア・ユースの導入が実現しなかった現在の著作権法においては、スタンダードとしての性格を有する引用規定を活用することによって柔軟な解決を図る必要性は、より高まったといえることができる。裁判所が政策形成過程において反映されにくい層の利益の代表という点では、本来であれば、引用規定のようにスタンダード型の要件が法で定められているところでは、法改正を待つことなく、その気になりさえすれば、ただちに司法による舵取りが可能となるはずである。このような観点からは、政策形成過程のバイアスを矯正するための望ましい司法のあり方として、引用規定を活用して緩やかに解釈する知財高判 [美術鑑定証書・控訴審]、東京地判 [美術鑑定証書Ⅱ]⁴⁴を支持したい。

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

以上をまとめると、第1類型と第2類型の中間的類型として、市場の失敗が生じうる第3類型の利用について、引用規定を限定的かつ厳格に解釈すべきか、それとも引用規定を活用して緩やかに解釈すべきか、裁判所の傾向は大きく二つに分かれている。どのような考えを持った裁判官が担当するかで、大きく解釈が違ってくるかもしれないが、裁判例においては引用規定に関して限定的かつ厳格な解釈を採用するものが趨勢を占めている一方で、この趨勢とは対極に位置するアプローチを示す知財高判 [美術鑑定証書・控訴審]、東京地判 [美術鑑定証書Ⅱ] も存在するが、主流派を形成するには至っていない⁴⁵。なぜなら、知財高判 [美術鑑定証書・控訴審] により、引用規定の活用の可能性が開かれたとしても、その後の裁判例を見ると、同じく美術鑑定証書についてはほぼ同内容の判断を示した東京地判 [美術鑑定証書Ⅱ]、被引用部分は著作物とは認められず、傍論と位置付けられる東京地判 [月刊ネット販売 (図表編集)] を除き、裁判所は「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比較的

⁴⁴ 田村・前掲注1 法曹時報63巻5号1049-1051頁、同・前掲注1 本誌44号56-58頁、村井・前掲注29・108-111頁。

⁴⁵ 結論において同旨のものとして、田村・前掲注1 本誌44号63頁、村井・前掲注29・111頁参照。

厳しくとらえており、引用規定の適用を制限しようとする態度をとっている。その結果、利用目的・性質との関係で引用しなければならない必要性、著作権者に経済的な損害を与えない利用手段の必要最小限性が過度に強調され、最終的に適法な引用と認めて侵害を否定した裁判例は見受けられない⁴⁶。

第1項 個別制限規定に関する条文構造のインテグリティ

では、なぜ、市場の失敗が生じうる第3類型の利用について、引用規定を限定的かつ厳格に解釈する裁判例が主流を占めているのだろうか。裁判所は、スタンダードとしての性格を有する引用規定を活用して緩やかに解釈する手法をとろうとしても、以下のように著作権法の個別制限規定に関する条文構造のインテグリティ⁴⁷に反するおそれがある以上、そこには自ずと限界が生じると考えられる。

政策形成過程においてバイアスがかかっているならば、司法プロセスにおいてもこのバイアスの産物そのものである規定の歪みがあるまま反映されるおそれがある⁴⁸と指摘できる。著作権法の場面でその条文の構造から考えてみると、著作権の権利を認める方向では、複製、公衆送信、二次的著作物の利用等一般的な形で定められている一方で、制限のほうは権利制限の一般条項がなく、かつ、特定の利用の場面を前提として、個別の詳細な制限規定の運用により著作権制限を行うというスタンスを採用している。こうして権利を認める規定は包括的に、それを制限する規定は個別

⁴⁶ 知財高判[美術鑑定証書・控訴審]の後の引用規定に関連する裁判例の分析について、青木・前掲注9・109頁、平澤・前掲注10・346-348頁、村井・前掲注29・111頁・111-113頁の注513参照。

⁴⁷ 排他的権利と著作物の自由利用の適切な調和点を模索していく著作権制度の中で、法制度の体系及び基本構造の視点を踏まえた論理の構築を図ることが重要であると示唆するものとして、作花・前掲注40・26頁参照。

⁴⁸ 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(1)」知的財産法政策学研究22号(2009年)47頁。

的にピンポイントで定められているという、著作権の制限規定に対して限定的かつ厳格な態度をとっている著作権法の構造は、まさに政策形成過程の少数派パイアスのなせる技である⁴⁹。これを受けて、事細かく条件を設定した著作権の個別制限規定を立法化すればするほど、複雑な個別制限規定が藪のように絡みついた結果、実際のところ、いまもお建前としては著作権の制限規定について類推適用を認めた裁判例はなく⁵⁰、というよりむしろその特定の要件からはずれた利用行為は権利侵害になると反対解釈⁵¹された。また、こうした個別の制限規定が立法されなければ、抽象的な要件を規定している引用規定の柔軟解釈により侵害でないとすることができたはずであるのに、個別の制限規定が立法化されると、異なる個別制限規定を主張するユーザー間でアンバランスな結果となること⁵²を避け

⁴⁹ 田村・前掲注1本誌44号56-57頁。

⁵⁰ 反対に、制限規定の類推適用を認めなかった裁判例として、東京地判平成20年2月26日裁判所HP[社保庁LAN電子掲示板]（設楽隆一裁判長）は、42条1項が複製のみ規定することから、送信可能化としてとらえた本件記録行為への同項の適用を形式的に否定したが、実質論からも類推適用を否定した。上野・前掲注36・5頁の注3・9・11、長谷川遼[判批]（社保庁LAN電子掲示板）小泉ほか編・前掲注7・159頁も参照。

⁵¹ 上野・前掲注24・21・23頁、同・前掲注36・8頁は、著作権法には権利制限規定として基本的に厳密に要件効果を明示したもので、それらの個別規定は原則として反対解釈されるものと解され、さらに、権利制限規定の改正が個別化の道を進むと、それだけ反対解釈が誘発されることになると懸念している。また、潮海・前掲注30・141頁は、著作権の個別制限規定を立法化すればするほど、反対解釈により、特定の要件からはずれた利用行為を侵害とせざるをえなくなり、実際は侵害の範囲が増えるというパラドックスが生じると警鐘をならす。

⁵² 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30・125-126・140頁は、引用規定の特定の要件を無視して類推適用されれば、他の個別制限規定しか主張できないユーザーにとって、又は個別制限規定は立法されない点で立法過程に関与できない私人にとって、不公平な結果となると指摘する。

また、齊藤・前掲注30・178頁は、32条1項の引用規定に隣接し類似の機能を有する諸制限規定との連関を見ることなく、著作物の自由利用全般を引用の中に包摂するかのような判断をしたのは妥当ではないと指摘する。

るため、32条の引用規定についてだけ一般条項的解釈をすることに融通性を持たせることを困難にしてしまっている傾向がうかがわれる。

具体的に、まず、36条1項の規定から、入学試験等又は検定の公正な実施のために、その問題としていかなる著作物を利用するかということ自体を秘密にする必要性があり、そのために当該著作物の複製についてあらかじめ著作権者から許諾を受けることが困難である試験又は検定の問題でない限り、同項所定の「試験又は検定の問題」ということはできないと解される。そのため、教科書に掲載された作品を利用して市販のテスト教材を作成した事案において、判決は36条1項所定の「試験又は検定の問題」としての複製に当たらないとした(東京高決[国語教科書準拠テスト]、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)、東京地判[教科書準拠国語ドリル]参照)。そして、教科書に準拠したテスト教材であるがゆえに、教科書に載せた著作物の創作的表現をどうしても利用しなければならない必要性があったものの、判決はいずれも引用の該当性を否定した(東京高決[国語教科書準拠テスト]、東京地判[教科書準拠教材Ⅰ]、東京地判[教科書準拠教材Ⅱ]、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)、東京地判[教科書準拠国語ドリル])。

次に、一度適法に公衆に譲渡された原作品又は複製物の譲渡については、譲渡権の対象外となる(26条の2第2項)。この譲渡権の消尽の法理を潜脱しないよう、所有権と著作権との調整を図る観点⁵³から、所有者の原作

⁵³ 田村善之「著作権法講義ノート 17」発明93巻11号(1996年)85頁、同「著作権法講義ノート 19」発明94巻1号(1997年)97-99頁、同・前掲注5・180・196・221-223頁、同・前掲注1知財管理669号1308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)15-16頁、同『知的財産法』(第5版・2010年・有斐閣)475頁、荒竹純一『ビジネス著作権法』(2006年・産経新聞)319-321頁、齊藤・前掲注35・270-271頁、作花・前掲注39著作権法制度と政策199頁、同・前掲注39詳解著作権法307・383頁、文化庁長官官房著作権課「著作権法の一部を改正する法律(平成21年改正)について」コピライト585号(2010年)23・32頁、池村聡

品の展示を自由とした45条1項（なお、複製物による展示についてはそもそも展示権の対象外である）のほか、2009年の著作権法改正によって同法47条の2の個別制限規定が創設されるまでは、所有者等が原作品の展示又は譲渡の申出のためにできることとして明文の規定で認められているのは、原作品による展示に伴って観覧者のための小冊子に著作物の画像を掲載すること（47条）が挙げられるが、これら以外の行為で当該譲渡の申出のために必要な著作物の利用行為については、これを著作権の効力の範囲外とする明文の規定は存在していなかった。これを受けて、裁判例においては、45条1項又は47条1項の制限規定を拡大ないし類推適用したものはなかったばかりか⁵⁴、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行為について、32

『著作権法コンメンタル別冊一平成21年改正解説一』（2010年・勁草書房）62頁、加戸・前掲注17・351-352頁、中山・前掲31・284・364-366・371-372頁、田村ほか・前掲注21・79・257-260頁、高林・前掲注7・164-165頁。

⁵⁴ この点に関して、学説では、47条の2が2009年改正により新設される前、日本の著作権法が権利制限の一般規定を欠くことに鑑み、「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があるところ、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にも引用規定の適用を認める解釈が主張されるのは、田村・前掲注1知財管理669号1312-1315頁、同・前掲注53コピライト557号15-16頁、同・前掲注1本誌18号36-38・39-40頁、平澤・前掲注10・315頁。この見解に与するものとして、宮脇・前掲注7・261頁も参照。

同様に、47条の2が2009年改正により新設される前、辰巳直彦[判批]（ダリ）中山信弘ほか編『著作権判例百選』（第4版・2009年・有斐閣）139頁は、複製権を有する者の利益、原作品を展示する者の利益及びその原作品を鑑賞する観覧者の利益を考量して、47条の「小冊子」においてそれが展示されている原作品のいずれかを観覧者に「特定」する態様で複製されている場合には、内容において著作物の解説が主体になっているか又は著作物に関する資料的要素が相当にあることは、特別強調すべき要件ではないと解している。さらに、辰巳・前掲注30・165頁は、現在においては、絵画展の入場券に小さく展示絵画を複製利用することも、新聞等における絵画展の広告記事に小さく展示絵画を複製利用することも、絵画展を「特定」し、著作権者の経済的利益を不当に害する利用態様とは認められない限り、公衆に美術の著作物をその原作品を展示することにより提示するための申出として、47条の2の要件を類推して、「引用」に当たると解している。

条1項の引用規定を活用して緩やかに解釈することにより、敗者復活で適法な引用として許容する余地はないとされた(東京地判[オークション出品カタログ]、東京地判[毎日オークションカタログ・一審]、知財高判[同控訴審]参照)。

2009年の著作権法改正によって創設された同法47条の2は、ルール型の個別制限規定として、ネットオークションに美術品や写真作品を出品する場合等において、前述した所有権と著作権との調整を図る観点からも、原作品を鑑賞する観覧者の利益⁵⁵や、消費者が同一商品の重複購入を防止する⁵⁶という観点からも、取引上こうした画像情報を掲載する必要性があるため、当該美術品や写真の画像のウェブサイトやカタログへの掲載等による複製を事細かく条件付きで許容するものである。47条の2の適用を受けるのは、著作権者の利益を不当に害しないための措置として施行令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、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以下であるものに限られる。また、オークションその他の取引において商品紹介用の画像を掲載する必要性が認められるのは、視覚的に商品情報を伝えなければ意味をなさないものであり、その典型は美術の著作物と写真の著作物であろうが、音楽CDや小説等の出版物について譲渡の申出をする際、当該出版物の表紙やCDジャケットを複製する行為が47条の2により許容されるかが問題となる。ここで、契約当事者としては、当該取引の対象として認識している著作物の複製物は、出版物の表紙やCDジャケットの複製物自体ではなく、言語の著作物又は音楽の著作物の複製物であるため、条文上、美術の著作物と写真の著作物の複製物に明確に限定している以上、上記事例につき47条の2によっては許されない⁵⁷ばかりか、スタンダードとしての

⁵⁵ 辰巳・前掲注30・165頁。

⁵⁶ 池村・前掲注53・64頁。

⁵⁷ 一方で、田村ほか・前掲注21・260-261頁は、当該出版物の表紙やCDのジャケットも取引の対象とされていることに変わりはないので、表紙やジャケットの複製についても、本条の適用が認められると解するべきであると指摘する。また、池村・前掲注53・63-65頁は、個別の事案に応じてこれらの種類の著作物についても拡大解釈により本条が適用されるべきであると指摘する。

性格を有する引用規定によって敗者復活を認めることも躊躇されることになる。

第2項 小括—司法によるバイアスに対する矯正の可能性

以上のように、著作権の制限が認められるか否かは、専ら条文に列挙された制限事由に該当するか否かによって決定されることとなり、それぞれの個別制限規定に掲げられた要件を満たさない場合でも、当該事案の特殊性を考慮してスタンダードとしての性格を有する引用規定によって敗者復活を認めるとすれば、事細かく条件を設定した個別制限規定の意義を失わせるおそれがあり、また、引用規定を主張する者だけが有利になる結果を招くことになってしまうのである。したがって、条文上の制限事由に該当しない場合に、裁判所が独自の判断で引用規定を活用して緩やかに解釈することにより判断を下すのは、やはり難しいのではなからうか。結局のところ、主流を占めている裁判例は、個別の制限規定が細かく規定されている著作権法の構造の影響を受けており、立法過程に民主的な正当性があることを前提にして行動するから⁵⁸、ユーザーによる非商業的利用の自由の確保に重点を置くアプローチではなく、著作権が制限されるのは例外的な場合に限られるとするアプローチを採用したうえ、引用規定に関して限定的かつ厳格に解釈してしまうのである⁵⁹。こうした引用規定の司法によ

⁵⁸ 横山・前掲注31パテント62巻6号49頁は、著作権法が制限規定について事細かく条件を設定した個別制限規定という方式を採用した理由としては、制限規定が著作権の効力範囲を画する基準となるものであることから、事前に立法によりその内容を明確に特定しておくことが望ましいこと、及び著作権の制限を認めるべきか否かは関係当事者の政策的な利害調整が必要となる問題であるため、裁判所よりも立法府の判断に委ねることが適切であると指摘する。また、作花・前掲注40・25頁は、法的安定性への配慮の下に、現行法体系において個別に制限規定を列記しているのであり、立法政策上の判断が比較的強く求められるところから、司法府に委ねることはある程度において抑制的であるべきものであると指摘する。

⁵⁹ 結論において同旨のものとして、上野・前掲注24・5頁、同・前掲注36・5・8-9頁は、伝統的学説や起草者の厳格解釈である解説は実務に影響しており、また、個別規定が限定列挙であるということが、厳格解釈をより容易にしている、あるいは厳格解釈を加速している、と指摘する。

る限定的かつ厳格な解釈が、まさに立法バイアスの産物そのものである個別制限規定に関する条文の構造の歪みをそのまま体现したものといても過言ではなく⁶⁰、司法による立法のバイアスに対する矯正の失敗であると評価することができるだろう。したがって、引用規定の司法による法形成は、ユーザーの行動の自由を不必要に制約する帰結を防ぐためには、あまり有望な手立てとはいえない。

以上の主流の裁判例は、引用規定を活用して緩やかに解釈することを否定したものはあるが、司法によるバイアスに対する矯正の可能性それ自体を否定するものとはいえない。形式的な文言解釈によれば必ずしもある規定に該当しないとはいえないケースについて、当該規定をその趣旨に遡って広く適用することが許されるのであれば、同規定の拡大ないし類推適用により、他人の著作物の利用行為を許容する解釈論が可能なはずである。実際に裁判所はいくつかの判決において個別制限規定の柔軟な解釈を見せていて、個別制限規定以外にも法解釈によって著作権の制限を認めるものであり、実質の意味においてフェア・ユースを認めたに等しいと考えられる⁶¹。具体的に、個別制限規定の柔軟な解釈として、41条所定の「時事的事件」及び「報道の目的上正当な範囲内」について緩やかに判断して侵害を否定した大阪地判平成5年3月23日判時1464号139頁〔山口組五代目継承式〕(庵前重和裁判長)⁶²、43条2号が引用の許される方法として翻訳のみを掲げ、変形・翻案を挙げていないのは、これらの引用が通常考えられないところからくるものにすぎず、立法趣旨からすれば決してこの場合

⁶⁰ 田村・前掲注33本誌32号10-11頁、同・前掲注33「デジタル化時代の著作権制度のあり方」408頁、同・前掲注33著作権研究39号121頁。また、Engelbrekt・前掲注48・47頁も、財産権という形で制定法により権原が与えられているという著作権制度の構造に鑑みれば、訴訟が権利者によって支配されていることは驚くに値しないと指摘する。

⁶¹ 中山・前掲注31・395頁の注218。また、岡村・前掲注39・198-199頁は、解釈論として1条の「文化的所産の公正な利用」に、米国のフェア・ユースと同様の一般的包括的権利制限規定の性格を肯定する立場では、個別制限規定以外にも同条によって著作権が制限される場合が包括的に認められると指摘する。

⁶² 前掲注8参照。

を排除するものではないことを理由に、要約引用に32条の適用を認めている東京地判〔血液型と性格の社会史〕（ただし、前述したように、元の著作物の創作的表現は残っていないという理由で著作権侵害が否定されるべき事案であった）、市営バスの写真を絵本に掲げる行為につき、当該バスの車体に描かれた絵画の著作権を侵害することになるのかということが争われた事件で、原作品が一般公衆に開放されている屋外や建造物の場所に「恒常的に設置」されているものを利用して著作権を侵害しない旨、定める46条を活用して、侵害を否定した東京地判平成13年7月25日判タ1067号297頁〔はたらくじどうしゃ〕（飯村敏明裁判長）⁶³等がある。著作者人格権に関するものではあるが、東京地決平成15年6月11日判時1840号106頁〔ノグチ・ルーム〕（三村量一裁判長）は傍論ながら、「建築物」の増築等に関する同一性保持権の適用除外である20条2項2号を「庭園」に類

⁶³ 村井麻衣子〔判批〕（はたらくじどうしゃ）知的財産法政策学研究10号（2006年）253-255頁は、46条にあっては、一定の場所に固定されているということよりも、公衆が容易にアクセス可能か、そのような状態に置かれることを著作権者が了解していたかということのほうが肝要であると指摘する。また、横山久芳「著作権の制限（1）」法学教室341号（2009年）138頁の注10、同・前掲注31「パテント62巻6号51頁は、文言解釈上多少無理があることは否めないが、同裁判例は公衆が自由にアクセスできる著作物について一般人の行動の自由という観点から広く自由利用を認めようとする46条の趣旨からすれば、46条の適用対象を一定の場所に固着されたものに限定する必要はないとし、公衆が自由にアクセスできる著作物は広く自由利用とすべきであるという価値判断に立脚し、46条をやや拡張的に適用したと評している。

他方で、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）127-128頁、同・前掲注1本誌44号51-52頁の注56は、46条の目的を、屋外に「恒常的に設置」され、迂回が困難なものの利用行為に権利行使を認めないことにあるととらえ、自由に移動するバスに描かれた絵画については46条の適用を認めることは困難であるとしつつ、46条柱書きに該当すると帰結する判旨の理論構成には、舞台を46条4号に移すことにより、一般条項的に利益衡量を図りうる同号の「専ら」という要件解釈の問題として、侵害の成否を考えることを可能とするメリットがあると評している。

なお、上野・前掲注24・15頁は、論議すべき問題として重要なのは、「恒常的に設置」という文言に合致するかどうかではなく、この事件で裁判官がどのような価値判断で結論的に権利侵害を否定すべきと考えるに至ったかであると指摘する。田村・前掲注1知財管理669号1319頁も参照。

推適用するとした。また、大阪地決平成25年9月6日判時2222号93頁〔希望の壁〕(谷有恒裁判長)のように、20条2項2号を、「土地の定着物であるという面、また著作物性が認められる場合があると同時に実用目的での利用が予定される面があるという点」で共通するとして、これを庭園に類推適用したものがある。

個別制限規定以外にも、法解釈によって実質上著作権の制限を認めるものとして、テレビゲームソフトが「映画の著作物」ではなく、頒布権の対象とはならないと解釈した東京地判平成11年5月27日判時1679号3頁〔中古ゲームソフトⅠ・一審〕(三村量一裁判長)、テレビゲームソフトが「映画の著作物」に該当するが、26条1項の「複製物」ではなく、頒布権の対象とはならないと解釈した東京高判平成13年3月27日判時1747号60頁〔同控訴審〕(山下和明裁判長)、テレビゲームソフトが「映画の著作物」に当たり、著作権者が頒布権を有するが、頒布権は消尽するとして、著作権者の請求を棄却した大阪高判平成13年3月29日判時1749号3頁〔中古ゲームソフトⅡ・控訴審〕(若林諒裁判長)⁶⁴、消尽理論を適用して著作権者の請求を退けた最判平成14年4月25日民集56巻4号808頁〔同上告審〕(井嶋一友裁判長)⁶⁵、書が有する「創作的な表現部分」、すなわち「墨の濃淡、かすれ具合、筆の勢い等の原告各作品における特徴的部分が実質的に同一であると覚知し得る程度に再現されているということとはできない」と判断し、著作権侵害における類似性を否定した東京地判平成11年10月27日判タ1018号254頁〔雪月花・一審〕(飯村敏明裁判長)、「墨色の冴えと変化、筆の勢いといった美的要素を直接感得することは困難である」とし、また、「これに接する者がその表現上の本質的な特徴を直接感得することができない」という理由で著作権侵害における類似性を否定し、控訴を棄却した東京高判平成14年2月18日判時1786号136頁〔同控訴審〕(篠原勝美裁判長)等がある。これらは、個別の制限規定が細かく規定されている著作権法の

⁶⁴ 大阪地判平成11年10月7日判時1699号48頁〔中古ゲームソフトⅡ・一審〕(小松一雄裁判長)は、テレビゲームソフトが「映画の著作物」に当たり、著作権者が頒布権を有し、頒布権は消尽しないとして、著作権者の請求を認めた。

⁶⁵ 岡村・前掲注39・198頁は、最判は映画著作物の頒布権について消尽を認め、もって明文規定のない著作権の制限を承認したと評している。

構造に縛られることなく相対的に自由にユーザー側の利用利益を優先させうる解釈枠組みであると認めうるだろう。

第5節 本章のまとめ

以上をまとめると、立法府が特定の種類の利用行為につき、関係当事者の利害調整の結果として、所定のルール型の要件を定め、たうえで権利を制限していることが明らかとなっている場合に、裁判所がルール型の要件を充足しない当該種類の利用行為に関して、たとえそのような利用により著作権者の市場機会に与える影響は些少なものであっても、事細かく条件を設定した個別制限規定に関する条文構造のインテグリティに反するおそれがある以上、裁判所はスタンダードとしての性格を有する引用規定を認めることに消極的になる。その意味では、引用規定のみをオープン・エンドにして、判断を立法から司法に移すことが可能になるとしても、また、引用規定を緩やかに解釈する手法をとろうとしても、主流を占めている裁判例は、あくまでも民主的な正当性が備わっている著作権法の条文の構造を前提にして、条文上の制限事由に該当しない場合に、裁判所が独自の判断で引用規定を活用して緩やかに解釈することを躊躇することになり、引用規定に関して限定的かつ厳格に解釈してしまうのである。こうした引用規定の司法による限定的かつ厳格な解釈が、まさに立法バイアスの産物そのものである各個別制限規定に関する条文の構造の歪みをそのまま体現したものとについても過言ではなく、司法による立法のバイアスに対する矯正の失敗であると評価することができるだろう。したがって、主流の裁判例における引用の制限規定の運用を前提とする限り、フェア・ユースのように広範な権利範囲に風穴を開ける機能を期待することは困難であり、引用規定の司法による法形成は、ユーザーの行動の自由を不必要に制約する帰結を防ぐためにはあまり有望な手立てとはいえない。こうなってくると、政策形成過程のバイアスが条文の構造に反映されている引用の制限規定よりは、裁判官が規定の構造に縛られることなく相対的に自由に判断しうる著作物の成立要件、著作権の保護範囲の類似性という既存のスタンダード型規範に頼らなければならないということになるだろう。それでは、章を改めて、関連する裁判例を分析しつつ考察してみることにしよう。