

著作権法32条1項の「引用」法理の現代的意義*

北海道大学大学院法学研究科教授 田村 善之

目次

はじめに	2
1. 日本の著作権制限規定の特徴	3
1) 概観	3
2) アメリカ合衆国著作権法におけるフェア・ユースの法理	3
3) 日本の著作権法における射程の広い制限規定	6
2. 一般的な制限条項の欠如と裁判例の補完	6
1) 一般的な法理の活用	6
2) 個別の制限規定の拡張	10
3. 伝統的な引用法理	11
4. 近時の学説と裁判例の動向	12
5. 検討	14
1) 研究批評型の引用	14
2) 取次目的型の引用	15
3) オークション・サイトのサムネイル画像	15
6. その他の問題	16
1) 公正な慣行	16
2) 出所明示義務	16
3) 著作者人格権	17
Q & A	18
レジュメ	19

はじめに

最初に、なぜ私が今日このようなお話しをすることになったのか、そのきっかけからお話ししようと思います(田村善之「絵画のオークション・サイトへの画

像掲載と著作権法」知財管理56巻9号(2006年))。

最大のきっかけは去年(2006年)になりますが、ネットのオークションで横浜市等が公売、つまり差し押さえた財産を競売にかけるときにネットのオークションを利用して、入札を効率よく行おうとしたところ、そういった行為が絵画の著作権に触れるのではないかということで問題となった事件がありました。

具体的にどういうことかといいますと、従来型の競売ですと内覧会というものを開きまして、その期日に来てもらい、絵画を中古で売ることになるのですが、オークション・サイトを利用しますと、絵画が競売にかけられているという情報自体が世の中に広く流布するわけです。その結果、多数の潜在的な需要者の目に触れることになりまして、入札の金額だけではなく、成約率も非常に高くなるということです。

何が問題となったのかといいますと、ネット・オークションのサイトにかける際に、「風景画があります」とか、「人物画があります」では何のことかわからない。内覧会と違いまして現物を飾るわけにはいきませんから、サムネイル(約1.5~2cm四方の小さな画像)がサイト上に掲載されるわけです。そうしますと、著作権法の条文上はそのサムネイルの掲載が、例えば複製であったり、送信可能化、公衆送信といった権利に抵触するのではないかということが問題になりました。幸か不幸かその事件は取り下げで終了しています。

最終的には事件は取り下げで終了しましたが、判決は出なかったわけですが、そういった行為が、どういった形で著作権法を跳めたら良いのかということをよく考えさせる問題になりました。条文上はじつははっきりしません。なぜはっきりしないかということをごこれからお話しします。

1. 日本の著作権制限規定の特徴

1) 概観

なぜ条文上ははっきりしないかといいますと、日本の著作権の制限規定に、ある種の特徴があるからだということになります。

著作権の制限規定は、著作権法30条から50条までです。条文の数でいいますと、おそらく世界的にもかなり多いほうだと思います。ただ、他方で個別の制限規定により対処するからこそ条文の数が多いということにもなっているわけです。条文の数が多いということも1つの特徴ですが、もう1つの特徴が、他国ではその例がある著作権を制限する一般条項、個別の条項を置くまでもなく一般的に公正な利用だったらセーフですというような形で、あとは裁判所に委ねるという形の条文がないということです。

これがないので、ネットのオークションのように現在の著作権法ができた時には想定されていなかったような利用態様に関する明文がありません。対応するための手掛かりが条文上は少ないということが現行著作権法上の1つの特徴です。

2) アメリカ合衆国著作権法におけるフェア・ユースの法理

著作権を制限する一般条項が一体どのようなものなのかということイメージしてもらうために、アメリカ著作権法のフェア・ユース(「公正使用」と訳したり、最近ではそのままフェア・ユースと言ったりします)について、紹介しようと思います。

フェア・ユースの法理は、アメリカでは判例によって発達したものです。特に条文がない所で、判例法理によって発展してきました。それが、現在の著作権法である1976年の現行法制定の時に、それまでの判例法理を条文化したほうが良いだろうということで条文に高められたものが、現在のアメリカ著作権法107条に定められるフェア・ユースの法理です。

そこでは4つの主たる考慮要素が掲げられています。1つ目は利用する側の「利用の目的と性質」。研究であるとか報道のように必ずしも公の目的でなくても良いのですが、そういったものは考慮するというわけです。

2番目は、「利用される著作物の性質」。権利者の方、著作権を主張している方の著作物の性質も勘案します。一般的にはニュースのような事実に基づく報道ですと、フェア・ユースが認められやすいといわれていますし、他方で小説とか映画のような、比較的独創性の高いものですと、フェア・ユースが認められにくいというようにいわれています。ただし、後から述べますよう

に、決定的ではありません。

3番目の要素として、「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」というものが考慮要素として挙げられています。例えば200ページある本のうちの100ページも利用されると、侵害になりやすいのですが、2ページくらいだったらそうではないかもしれないということです。少なれば少ないほどフェア・ユースが認められやすいということです。ただこれも後述しますように、決定的なものとはされていません。

4番目の要素は、裁判例ではこれこそが最も決定的な考慮要因だといわれるものですが、「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」等ということでして、利用された著作物がフェア・ユースされなければ、こういった利用態様があったらどう、このくらい売れたらどうというものが、フェア・ユースされることによって、経済的な不利益がどのくらい著作権者に生じているか、というところです。

以上の4つの要素が主たる考慮要素ではありますが、これは条文上、限定列挙ではありません。これら以外の要素も併せて総合的に衡量して、フェア・ユースが認められるということとして、判例法理で生成されたものだけあって、大変種々雑多な考慮要素が必要となるということです。

アメリカの裁判例では、ほとんどの著作権侵害訴訟でフェア・ユースの抗弁が出されますので、割合的としては認められないことのほうが大半なのですが、そうはいっても絶対数としては非常に多い数のフェア・ユースを認める判決例が累積しています。

後で日本法の解釈をする際に少し参考になりますので、有名な最高裁判決を3つほど紹介しておきます。まず1つ目が、SONYのベータマックス訴訟として知られる大変有名なケースです(Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417

*本稿は、2007年3月16日開催の著作権研究会での講演の原稿に、講演者が加筆・修正を加えたものである。

(1984))。アメリカでは私的複製を明確にセーフとする条文がありません。そういった環境下で、SONYの発売するベータのビデオデッキが、家庭内での大量の映画の複製を誘発しているということで、機械自体は著作権を侵害していませんが、著作権者、映画会社の主張では、著作権侵害行為を誘発する機械だ、SONYはその機械を売っているのではないかということで、侵害訴訟が提起されたということです。下級審段階ではいったんは侵害とする判決も出たという、ハードケースでした。このケースは最高裁まで行ったのですが、5対4の1票差で家庭内での行為をフェア・ユースだと認めました。

このケースでは、まだビデオテープが高額だった時代でして、アンケート調査をしたところ、約8割がタイム・シフティングのために録画していました。タイム・シフティングというのはライブラリー目的のように映画を撮ったらずっと取っておくのではなくて、ちょっと今日は出かけるから見られないとか、忙しかから後で見ようとか、そういった形で、その時間帯に見られないのでタイム・シフティングする、すなわち、後で見るためにいったん撮っておく。その後、実際自分で視聴したらそれを消す。今ではそうではない気もしますが、当時はそういった行為のほうが多かったということで、少なくともタイム・シフティングの目的であれば、それはフェア・ユースになるという言い方をしたのです。ほかに、もしかしたら侵害になる目的があるかもしれないけれども、タイム・シフティングの目的ではフェア・ユースだ、そうするとかなりの数がフェア・ユースだということになりますから、これは適法に使える用途が非常に多い。実質的に適法に使われる用途がある機械だということになります。

世の中のさまざまな複製機器は、必ず一定割合では侵害にも使われるわけです。一定割合で侵害に使われるからといって、複製機器等の製造販売を止めるわけにはいかないわけですし、実質的にある程度フェア・ユース、セーフの目的に使われるのであれば、そういった機械の販売を止めるわけにはいかないということになりまして、ベータマックスがセーフになったということです。

このケースでわかったことが何かといいますと、著作物全体の複製でもフェア・ユースになり得るということです。法理としては非常に重要です。

つまり、1976年の制定法には第3の要素で、著作物全体に占める利用された部分の割合が大事だと書いてあるのです。そうすると、いくらタイム・シフティング目的とは言え、映画を最初から最後まで全部録画するというのは、これはフェア・ユースに当たらないのではないかという議論ができるわけです。しかし、この判決は、「決してそれは決定的ではない。タイム・シフティングのときには、特に3番目の要件よりは4

番目の要件のほうが重要だ、ライブラリー目的でなければ、著作権者に与える影響、映画会社に与える影響はそう大きくはない」というように言い、完全なコピーであってもフェア・ユースになり得るということをも認めたということです。

また、今は量的な問題ですが、もう1点は質的な問題です。この判決の前までは、トランスフォーマティブ・ユースと言いまして、変形的な利用、あるいは創作的な利用ほどフェア・ユースが認められやすく、他方でそのままの複製は基本的には認められないと言われていたのです。ところがこのケースは私的複製で、タイム・シフティング目的ではありますが、そのままの完全なコピーでもフェア・ユースに当たり得るということも、最高裁として確認したという意味もあります。この2点において、大変重要な判決でした。録画に限らず大きな射程を持つ判決だったといえます。

2番目はCampbell v. Acuff-Rose Music, Inc.というこれも大変有名なケースです(Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 464 U.S. 569 (1994))。これは“Pretty Woman”(「プリティ・ウーマン」)という映画の主題歌にもなった著名な楽曲を模倣してパロディストが書き換えたというケースです。そのパロディストは、いったんは著作権者に許諾を求めに行ったのですが、嫌だと言われました。嫌だと言われたのだけれども、勝算があってやっぱり自分は出したいということで、パロディとなる楽曲を発売したということです。これも大変ハードケースです。先ほどのSONYのケースでは2つの関門がありました。簡単に言えば、完全にコピーしているということと、変形的利用ではなかったということの2つです。それに対してこちらのほうは、パロディ目的の変形的利用です。その点はフェア・ユースに有利なのですが、1つフェア・ユースにとってやや不利だったところは、営利目的だったということです。SONYのケースでは、SONYは営利目的ですが、ユーザーのほうは私的な目的だったので、私的な目的であれば許すべきかなということになるのですが、パロディとはいえ、営利目的ですとどうなるかわからない。従来ですとミッキー・マウスがいがわしい行為をしているような、そういったパロディに関して侵害だとされる判決が出ていたりしているわけです(Walt Disney Productions v. Air Pirates, 581 F.2d 751 (9th Cir. 1978))。したがって、どうなるかこれもわからないといわれていたのですが、最高裁はこれもセーフとしました。非常に面白おかしく歌ってはいるけれども、ある特定の思想を持っている原作を模倣する、そういった原作に対するパロディ目的が認められないわけではないのだということで、こういったものは変形的利用として認めるべきであるし、たとえれば営利であっても必ずしもだめだということにはいかないのだというように論じまして、これもセ

ーフになったということです。

SONYの判決とこの判決は非常に重要なのですが、この判決の結果、さらに営利目的であっても変形的利用であれば認められる可能性があるということが明らかになりました。現在では今言ったような事情で、条文よりは幾分広がりつつあるということです。

下級審で、パロディ関連で最近出された重要なケースとして、“Gone with the Wind”(「風とともに去りぬ」)のパロディが問題となったという大変有名な事件もあります(Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co., 252 F.3d 1165 (11th Cir. 2001))。どのようなケースだったかと申しますと、「風とともに去りぬ」は一定の価値観を体現している、つまり、白人社会の身分制度をじつは体現しているだろうということで、それをパロディするために黒人を主人公にして書き換えた小説“The Wind Done Gone”があるのです。それに対して、「Campbell v. Acuff-Rose Music事件」を使いまして、セーフと言った判決が出ています。大変話題の判決です。

3つ目、最後になりますが、もう1つフェア・ユースの重要な判決があります。それがNIH(National Institutes of Health:国立衛生研究所)の事件でして、「Williams & Wilkins事件」と呼ばれているものです(Williams & Wilkins Co. v. United States, 487 F.2d 1345 (Ct.Cl. 1973), aff'd by an equally divided Court, 420 U.S.376 (1975))。どのような事件かといいますと、NIHでは、研究者や他の図書館の求めに応じて、医学の雑誌論文などを複写するというサービスを行っていました。この行為が著作権を侵害するかどうかということが問題となったケースです。

下級審ではフェア・ユースに当たり得るとした判決が出たのですが、最高裁では意見が五分五分に分かれたのです。同数に分かれた結果、最高裁としては特別の説示をすることなく、原審がそのまま残りました。ちょっと日本では考え難い処理の仕方ですが、結果的にセーフになった原審が残ったという判決であります。一応最高裁まで行った。ただし、最高裁は判断を示さなかった。そういうケースです。

このケースは、最高裁が判断を示さなかったせいもありまして、最近、下級審でこれに反するかのような判決が出ています。これもアメリカでは非常に話題になったケースなのですが、日本でいえば高等裁判所に当たります第二巡回控訴裁判所が下した、American Geophysical Union v. Texaco Inc.判決です(American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913, 930-932 (2d Cir. 1994))。どのような事件だったのかといいますと、大変有名な石油会社Texacoの社内研究所で、研究者が論文が掲載されている雑誌を1冊買いまして、それが各部屋に回覧され、どんどんコピーされていったというケースです。「Williams & Wilkins事

件」の下級審の判断でいきますと、これはセーフになりますが、ここでは侵害とされました。

決め手になったのは当該雑誌を発行している出版社が、集中処理機関、コピーライト・クリアランス・センターを通じたライセンス供与の用意をなしていた点です。これは「Williams & Wilkins事件」の時代にはほとんどなかったのです。いまでは文献複写に関する集中処理機関がいくつかアメリカにはあるようですが、そのうちの1つにAmerican Geophysical Unionが実際に提供していたということを斟酌して、要するに裁判所によれば、どちらで低廉なお金を支払えば簡単にライセンスを得ることがができるのだから、そうしなさいと言ったということです。逆にこういった市場ができた、低廉かもしれないけれども、とにかくこういうコピーライト・クリアランス・センターができてくるときに、本件でフェア・ユースを認めてしまうと、第4の要素、先ほどお話しした、決定的といわれた著作権者に与える経済的な不利益があるではないかということなのです。もしコピーライト・クリアランス・センターがなければ、「今からコピーをしますからお願いします」と著作権者に電話をして、お金を支払う人は普通はなかなかないわけですし、勝手に複写してしまうでしょうから、こういった判断にはならないのですが、コピーライト・クリアランス・センターがあるということが、逆に著作権を強める方向に斟酌されたというケースです。

この判決について、アメリカでは非常に争われていまして、いろいろな見解があります。もちろん判決賛成の見解もありますが、他方ですべての著作物がコピーライト・クリアランス・センターに入っているわけではなく、またすべての著作物がある1つのコピーライト・クリアランス・センターに入っているわけでもないの、この判決の言うことを守ると、図書館とか研究所でいちいちいろいろなところに電話をしななければいけなくなるではないかということで、批判も強くあります(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)」知的財産法政策研究6~7号(2005年))。

以上がアメリカの姿でして、例えばサムネイルに関しても、こういったフェア・ユースの法理の下で著作権侵害の成否が問題とされることになるわけです。現在までのところ、検索エンジンのサムネイル表示について、フェア・ユースを否定した判決もありますが(Perfect 10 v. Google, Inc. et al., 416 F. Supp. 2d 828 (C.D.Cal)), フェア・ユースを肯定した裁判例もあり(Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811, 817 (9th Cir. 2003)), さらに検索エンジンによるキャッシュ表示に関してフェア・ユースを肯定する判決もあります(Blake A. Field v. Google Inc., 412 F. Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006))。事案にもよりますので、もう少し様

子を見ていないと裁判例の趨勢を見極めることはできないでしょう。

3) 日本の著作権法における射程の広い制限規定

こういったフェア・ユースの規定があるアメリカと比べますと、日本の場合に特徴的なのは、著作権を制限する一般条項がないということで、大変苦しいのです。

日本の著作権法にはフェア・ユースのような条文がありません。そうはいっても、多少なりとも一般的な制限規定、フェア・ユースそのものではありませんが、それに近い形で、ある程度運用できるかもしれない、あるいはできないかもしれない、そういった規定が2つほどあります。

1つが、30条1項の私的複製です。ただし、これは家庭内や、これに準ずる限られた領域での利用を認めるだけでして、条文の文言上はなかなか営利目的に伸ばすことができない大変大きな問題があります。私自身はこの条文を使って、例えば営利目的でも会社でもいいからファックスなどはセーフにしようと言っているのです。ファックスでは複製が行われますから、あれをセーフにする条文が必要なのですが、日本法にはないのです。ですが、おそらくどのような会社の法務部の方でも出張先の法務部長から電話を受けて、「その文献ならありますよ」と言って、ファックスすることがあるのではないかと思います。ああいったものをセーフにする手掛かりとなる条文が少ない。私は個人の自由を確保する30条1項の趣旨を類推することは不可能とまではいえないのではないかと思います（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130頁（2003年））。ここまで断言している方は少ないかもしれません。

もう1つが、今日お話しする引用です。正当な目的であれば、そして公正な慣行に合致していれば、これを認めるという条文が著作権法32条1項にあります。この32条1項がある程度広く使えないかという話になるわけです。

2. 一般的な制限条項の欠如と裁判例の補完

従来の裁判例をこれから紹介していきます。いきなり32条を使うということはもちろんあるのですが、それ以前にもいろいろと関門がありまして、著作権侵害に当たる要件を駆使して、著作権を限界線上の事例でセーフにしようとする努力を裁判例がすることがあり

ます。数は限られていますが、32条というのは最後の手段になりますから、まずは著作権の制限規定に行かないところで処理した判例を紹介しようと思います。

1) 一般的な法理の活用

① 著作物性

まず1つ目が、名誉毀損の事件のため著作権の専門部ではないところで扱われたものとして、「PC-VAN事件」（東京地判平成9.12.22判時1637号66頁〔PC-VAN OLT名誉毀損〕）があります。

どのようなケースだったのかといいますと、パソコンの通信網、今でしたらインターネットの掲示板を使うのですが、当時この事件ではPC-VANということ、パソコン通信網のオンラインの会話を利用して、そこにある人と会話しした通信記録を載せたというものです。

なぜそのようなことになったのかといいますと、原告が、その世界ではそれなりに有名なハンドルネームを持っていた方だったようなのですが、その方が「勝手に他人のIDを利用して、ただでパソコン通信を利用している」という疑惑を掛けられたのです。その疑惑に対して「いや、俺はそんなことはしていない」旨、反論したということで、この利用した人との間でやりとり（パソコン通信上のチャット）をしました。その発言をこちらの人は保存して置いといて、別の機会に「あいつはこんなことを言っている。でもやっぱりおかしい。全然釈明になっていない」という趣旨のことを、別の通信網に載せたのです。それに対して、最初に会話した人間（不正使用疑惑を抱かれた人間）が名誉毀損、著作権侵害で提訴したというケースです。

裁判所は、本件の会話はざくばらんな日常的な会話と異ならないので、著作権法2条1項1号の文芸・学術の範囲に属さないという理由で著作物性を否定しました。この程度の日常的な会話では、著作物にならないのだという判決を出して、著作権侵害を否定したのです。

もっとも、これは従来の通常の著作権法の考え方からいくと、このようにはならないというのが通常の理解です。裁判所は短い文章で日常会話だからだめだと言ったのですが、例えば従来の裁判例で、短い文章ですと、「ラストメッセージin最終号」という有名な事件（東京地判平成7.12.18知裁第27巻4号787頁〔ラストメッセージin最終号〕）があります。問題となった著作物かどうか争われた文章を【資料1】に挙げてあります。これは雑誌の最終号あるいは休刊号の編集者のお詫びの文章だけを集めた本です。

そのままのデッドコピー、フォトコピーでしたので、問題は、この挨拶の文章が著作物かどうか、もし著作物でなければセーフ、著作物であれば、そのまま複製してありますから侵害だということで、著作物性が争点

になったというケースです。

裁判所は図①から⑦までは著作物ではないといいつつ、図⑧と図⑨から著作物だといいました。この事件では、多少長めの文章から著作物と判断されました。もっとも、ただ長さだけでは決まらない。図⑦と図⑧ですと、図⑧のほうが短いですが、しかし、図⑦は単純

な定型文なのです。創造性はない。それに対して図⑧はなかなか普通こうは書かないでしょうから、こういった形ですと、創造性が認められやすいということですよ。

ほかにも有名なケースでは、古文の単語の記憶法で、「頭打ちつけ突然の死」ですとか、「朝めざましに驚く

【資料1】

Figure 1: A letter of apology for a book review. The sender apologizes for not mentioning the author's name and for using the magazine's name without permission. The recipient is 'Spring Life' magazine.

Figure 2: A letter of apology for a book review. The sender apologizes for not mentioning the author's name and for using the magazine's name without permission. The recipient is 'Spring Life' magazine.

Figure 3: A letter of apology for a book review. The sender apologizes for not mentioning the author's name and for using the magazine's name without permission. The recipient is 'Spring Life' magazine.

Figure 4: A notice from 'Gyama Gasshin' magazine. It announces a new issue (May issue) and expresses gratitude to readers.

Figure 5: A letter of apology for a book review. The sender apologizes for not mentioning the author's name and for using the magazine's name without permission. The recipient is 'Spring Life' magazine.

Figure 6: A letter of apology for a book review. The sender apologizes for not mentioning the author's name and for using the magazine's name without permission. The recipient is 'Spring Life' magazine.

Figure 7: A letter of apology for a book review. The sender apologizes for not mentioning the author's name and for using the magazine's name without permission. The recipient is 'Spring Life' magazine.

Figure 8: A notice from 'Gyama Gasshin' magazine. It announces a new issue (May issue) and expresses gratitude to readers.

ばかり」など、ゴロ合わせの短い文章に著作性を認めた判決（東京地判平成11.1.29判時1680号119頁〔ゴロで覚える古文単語1審〕）が出ていまして（東京高判平成11.9.30判タ1018号259頁〔同2審〕も傍論で著作性を肯定したが、著作権侵害は否定した）、むしろ「PC-VAN事件」のほうが例外だということになります。

また、日常会話という点の問題にもなりますが、有名な事件ではSMAPのインタビュー事件（東京地判平成10.10.29知裁集30巻4号813頁〔SMAP大研究〕）があります。大変有名なケースでして、SMAPのタレントさんだったらこういうように話すなあという感じの言葉がそのまま文章になっていたのですが、少なくとも日常的な普通の会話でも著作物になるという判決が出ています。

また、ネットの文脈では、「世界極上ホテル術事件」（東京地判平成14.4.15判時1792号129頁〔世界極上ホテル術〕）があります。このケースも一部では大変有名なケースですが、「ホテルジャンキーズ」という有名な電子掲示板がありまして、そこに「このホテルは良かった」、「このホテルは悪かった」という類の話を、皆が自由に書き込んだ。被告はその書き込まれた内容を多少改変しながら『世界極上ホテル術』という書籍にして発行したところ、一部の方から著作権侵害をいわれたケースです。この文章は本当に日常会話そのものですが、このケースでは侵害とされています。

元に戻りまして、結局、「PC-VAN事件」というのは著作性を否定するという形で処理をしたわけですが、これもやや無理をしたかなということですが、むしろ本件では著作性は否定できないが、違法行為の

摘発ですとか、目的が正当だったということや、著作権者の方も、元々経済的利益を考えていないわけですから、これは権利濫用という理由付けでも良かったのではないかなという気がします。実際、この判決に続く裁判例はありません。

②類似性

それに対しまして2番目に、こちらのほうは射程は限られるかもしれませんが、ある程度有望なものとして、「雪月花」という事件（東京地判平成11.10.27判時1701号152頁〔雪月花〕）があります。これは大変重要なケースでして、どのような事件だったかといいますと、[資料2]をご覧ください。

この事件は、床の間に飾られている照明器具のパンフレットの写真の片隅に、1.5cm四方くらいの「雪月花」という書が写り込んでいまして、これに対して書の著作権者が訴えたというケースです。

従来の裁判例ですと、この程度の書でも著作性は認められています（東京地判昭和60.10.30無体集17巻3号520頁〔動書Ⅰ〕、傍論ながら、東京地判平成元.11.10無体集21巻3号845頁〔動書Ⅱ〕）。実際この「雪月花事件」でも否定はされておられません。ただし裁判所は著作権侵害を否定しています。どうやって否定したのかといいますと、写真内の書は一字につき3mmから9mmの大きさであり、墨の濃淡、かすれ具合、筆の勢いなどの創作的な表現までもが再現されているとはいえない、つまり複製とはいえないと言ったのです。それで著作権侵害を否定したという重要な判決です。この判決の裁判長は、去年（2006年）の年末から知財高裁の裁判長をしておられます飯村敏明先生で

た。

これは書であるという点に着目した判決です。書の著作性がどこに認められるかといいますと、これは従来の裁判例でそうなっているのですが、「雪月花」という字体はパブリック・ドメイン、すなわち万人が書けるものですから、字体に関して著作性があるわけではありません。そうすると、雪という字体ではなくて、個々の書、雪と書くときの墨のかすれ具合ですとか濃淡ですとかそういった筆使いのところに、漸う著作性が認められるにすぎないということになります。

書の権利範囲が狭いといわれるのは、従来の裁判例ですと、翻案のときに、書体が似ているという程度では、セーフになるというにとどまっていた（前掲東京地判〔動書Ⅱ〕）。こういった、写真で撮るところまでセーフとはなかなか思いつかないところなのですが、画像が非常に小さく撮られていることに着目して、重要な墨の濃淡みたいなところまでが表れていないのではないかという理由で著作権侵害を否定しているというケースです。これは非常に重要な判決ですし、理論的にもしっかりしているものですので、今後も十分生き残る判決だと思います。

これを冒頭の絵画のオークションの例などで考えてみると、少なくとも、オークションの対象が書であるときには、このくらいの1字につき3mmから9mm程度の大きさであれば、通常はこの判決の理由付けでセーフになるだろうということがわかります。そういう意味で重要です。

問題は書以外にこの法理が使われるのか、例えば絵画の事件が出たときに、サムネイルは実質的な複製で

はないといえるかどうかということなのですが、多分いえないことのほうが多いと思います（飯村敏明「著作権侵害訴訟の実務」『著作権制度概説および音楽著作権』212頁（明治大学法科大学院（2006年）））。

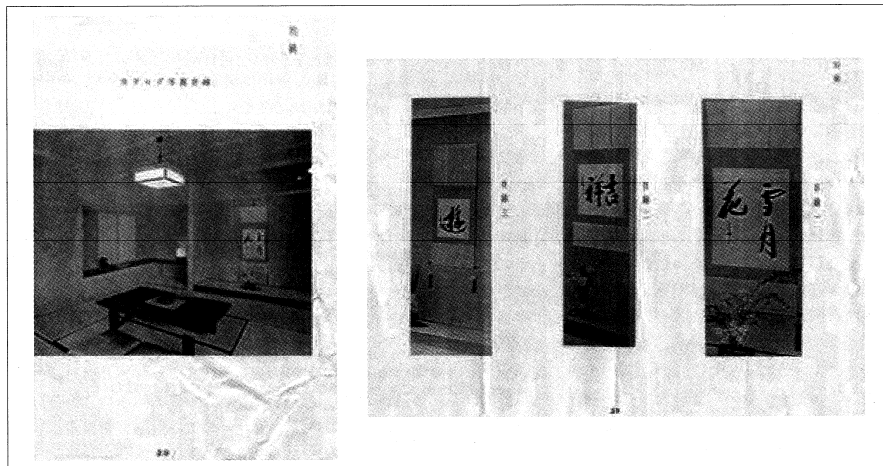
なぜかといいますと、サムネイルそのものの事件ではありませんが、「日本の城の基礎知識」という本に掲載された図画の著作権侵害事件（東京地判平成6.4.25判時1509号130頁〔日本の城の基礎知識〕）があります。[資料3]が原告の絵、[資料4]が被告の絵でして、配置を見ていただくと門の位置と後ろの小屋の位置が微妙に違ってきますから、トレースしたわけでは多分ないと思います。このケースで、これが侵害だとされているのです。

この判決からわかることは、結局、先ほどの書の場合は墨の濃淡、かすれ具合に創作的表現が認められるということでしたが、絵の場合に創作的表現というのは、例えば構図だったりするわけです。そういった構図、モチーフの選択の仕方や置き方などに創作性が認められるということです。

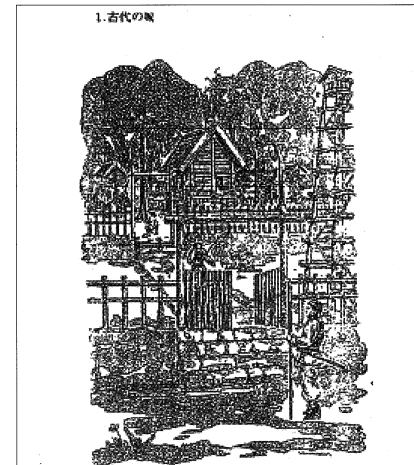
そうしますと、サムネイルくらいの画像にしても、このくらいのモチーフは普通、読み取れます。逆に言うと、読み取れないサムネイルにする意味がありません。おそらくこの絵がサムネイル画像になった場合には、先ほどの「雪月花事件」とは違って複製と認めざるを得ないだろうということです。この[資料3]と[資料4]程度の違いで侵害になるということは、モチーフが侵害になるということですから、それが読み取れる限りでは、たぶん複製とせざるを得ないだろうということです。

著作権侵害となる複製や翻案の基準については、大

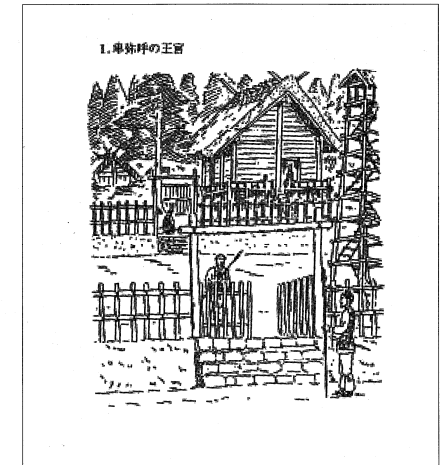
[資料2] 判例時報1701号161頁



[資料3] 判例時報1509号138頁



[資料4] 判例時報1509号138頁



変有名な「江差追分事件」ですとか、「北の波濤に唄う事件」と呼ばれる事件（最判平成13.6.28民集55巻4号837頁〔江差追分〕）があります（田村善之〔判批〕法学協会雑誌119巻7号（2002年））。この事件は、NHKの番組で、あるナレーションを放送したところ、いろいろと経緯はあったのですが、それが「私の著作物と似ている」ということで、ノンフィクション作家と争いになったというケースです。

事案を詳しく紹介してはくれませんが簡単に申し上げますが、2つの著作物がある程度似ていた場合に、その共通部分がアイデアにすぎないか、創作的な表現ではない場合には、「再生」したわけではないので、著作権侵害にならないということです。逆に言うところ両著作物の共通部分がアイデアではない創作的な表現である場合には侵害になるということを、最高裁として明示的に確認した判決です。したがって、創作的な表現部分が「再生」されている限りは、サムネイルといえども著作権と抵触し得るということにならざるを得ない。抵触しない場合というのは、こういった「雪月花事件」のような限界的な例に限られるのだということにならざるを得ないと思います。

2) 個別の制限規定の拡張

ここまでの話をまとめますと、基本的に著作物性を否定する判決は少しはあるのですが、あまり有望とはいえない。また、著作権侵害を否定する判決もあり、これは有望なのだけれども、射程が非常に限定されるということでもあります。

こうなると、制限規定に頼らなければいけないということなのですが、引用のような一般的な法理に頼る前に、制限規定をかなり拡張的に使う判決が

あります。それが「はたらくじどうしゃ」の事件（東京地判平成13.7.25判時1758号137頁〔はたらくじどうしゃ〕）です（村井麻衣子〔判批〕知的財産法政策学研究10号（2006年））。これもまた飯村先生が裁判長だった事件でして、大変重要なケースです。どのようなケースだったかといいますと、[資料5]にあります。実物はカラーですので多少見づらくはかもしれませんが、なかよし絵本シリーズの⑤『まちははしるはたらくじどうしゃ』というタイトルの絵本の表紙です。これは横浜市の市営バスの写真なのですが、車体に絵が描かれてありまして、この絵が許諾なく掲載されていたので、著作権者が訴えたというケースです。

この絵本では、この表紙に加えて、ページをめくった箇所にもかなり小さなバスの写真が載せられていました。したがって、2箇所について著作権侵害だといったケースです。これは私は結構驚いたのですが、判決は著作権侵害を否定したのです。何に驚いたかといいますと、適用条文に驚きました。条文は著作権法46条というものを使いました。46条というのはめったなことでは裁判例に出てこない条文なのですが、美術の著作物でその原作品が公衆に開放されているか、公衆の見やすい屋外の場所に恒常的に設置されているもの、または、建築の著作物は、著作権者の許諾を要することなく利用できるというものです。例えば都庁みたいなものはどうやっても写り込んでしまいますし、あるいは建築の著作物、その他美術の著作物で公園など公の場所にどんと置かれているものは、それが写真を撮る際に写り込んだり、あるいはテレビで放映する際に映り込んだりしても、それは著作権侵害にならないと定める条文です。

それで、この条文を飯村先生がかなり拡張的に使ったのです。どう拡張的に使ったのかといいますと、条文上最大のネックは「恒常的に設置されている」というところなのです。バスが動かないで公園に置かれていたら私も賛成します。しかしこれは走っているバスなので、「恒常的に設置されている」というふうに普通は言わないのですが、飯村先生は趣旨解釈をしまして、「ある程度、長期にわたり継続して不特定多数の者の観覧に供する状態に置くこと」と解しました。本件バスは特定のイベントのために短期間運行されるわけではないことに言及した上で、定期的に運行することが予定された市営バスの車体に作品を描いている、だから恒常的に設置されている。飯村先生は、たまたま展示したところを動いているだけであって、市内のどこかには飾られているではないかという趣旨で、恒常的に設置しているといえるということです。

私は、これは多少無理があるのではないかなと思っています。まず、なぜ恒常的に設置が要求されているのかといいますと、私の考えでは、46条の目的は、屋外に置かれているもので、だれもが自由にアクセスし

得る反面、迂回が困難なものを利用行為に対して権利を及ぼすと、公衆の自由を過度に阻害することになりかねないからでして、逆に恒常的に設置されていなければ物が移動した後で写せばいいのです。したがって、バスがいなくなった後で写せばいいだけの話ですので、多少きつかったのではないかなと思っています。

また、飯村先生ご自身が、利益衡量として、著作物の自由利用の領域を設けたほうが良いという判断を示されています（飯村・前掲212～213・216頁）。ただ、本当に大岡裁きをすべきだったのかどうか、よくわからないところがあるのです。私は本の中の写真に関しては、写り込みの例としてセーフでいいと思います。ただ、表紙にこのバスの写真を掲げた理由は、この絵が美しかったからとか、非常に目を引くからだったわけでありまして、別に表紙がこのバスである必要はないわけです。これはやはりただで使うわけにはいかないのではないかと私は思います（田村・前掲ジュリスト1255号127頁）。飯村先生も表紙については見解が分かれる余地があるとおっしゃっています（飯村・前掲216頁）。

今までの3つの判決のまとめになりますが、「PC-VAN」の事件ですとか、「はたらくじどうしゃ」の事件では多少無理をする。あるいは「雪月花」の場合はあまり無理をしません。いろいろな理由で特別の事情があるときにはセーフにする判決がいくつか出ているということが、非常に重要だということです。したがって、仮に侵害者の側になった場合でも、簡単に諦めなくていい場合もないわけではないということです。

大体以上が、引用に至る前までに決着をつけた判決の紹介です。それほど数が多いわけではなく、若干理由付けが苦しそうなのが2つと、理由付けは良いのだけれど射程が狭そうな事件が1つあるというのが現

【資料5】判例時報1758号142頁



状です。

さて、著作権の一般法理ですとか、個別の制限規定ではなかなか対処しづらいということになりますと、多少広めの条文である引用をどのくらい使えるのかということが問題になります。

3. 伝統的な引用法理

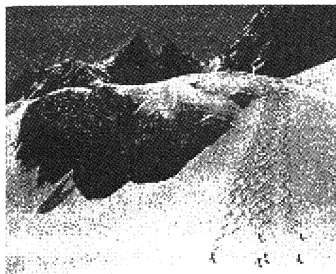
「伝統的な引用法理」というところにいきます。これについては最高裁の非常に有名な判決がありまして、従来はこの判決の要件が守られていたのですが、最近、先ほどお話ししました飯村先生を中心として、裁判所が動きだしているということをお話しします。ただし、完全に動いているかどうかはまだわかりませんので、従来の判決も非常に重要です。

まず、引用というのはどのような要件の下で判断されるのかということに関して、唯一と言っていい最高裁判決を紹介いたします。それが「パロディ事件」（最判昭和55.3.28民集34巻3号244頁〔パロディ第1次上告審〕）です（田村善之〔判批〕『著作権判例百選（第2版）』（有斐閣（1994年））140頁）。どのような事件だったかといいますと、まずは写真をご覧ください。【資料6】と【資料7】になります。【資料6】が、著名な写真家の方が撮られた雪山の写真でして、これは撮るのが結構大変ですから、それなりにお金がかかっているものです。それほど簡単なものではありません。それに対して【資料7】は、こちらも大変有名なパロディストの作品でして、タイヤの写真を切り取りまして、オリジナルの写真の上に貼ったというものです。見ていただければわかりますが、これはこれで面白いパロディでして、シュプールとタイヤの刻み跡が似ているので、シュプールがちょうどタイヤの轍のように見えるというものです。

この事件は芸術論争を巻き起こしまして、大騒ぎになったケースで、東京高裁で1度セーフになっています。それが、最高裁で逆転になり、侵害とされたということです。そのときに、旧法では「節録引用」について著作権を制限する条文があったのですが、その節録引用に該当するかどうか最高裁で示されました。

最高裁は、「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のが相当であるから、右引用に当たるというためには、（次がまず1つ目の要件）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（これを明瞭区別性の要件と呼びます。つまり両者が明瞭に区別さ

【資料6】民集34巻3号313頁



れていなければならない。)、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いうべき(こちらが附従性の要件と呼ばれたりします。))としました。明瞭区別性の要件と、附従性の要件と呼ばれています。

本件は、まず明瞭区別性の要件を満たさないとされました。つまりパロディの著作物を見ても、どこからどこまでがオリジナルの写真で、どこからどこまでがパロディで付加されたものなのかがわからないということです。

また、附従性の要件も、価値的に考えると少し微妙かもしれませんが、量的には圧倒的にオリジナルの写真が割合以上を占めているわけです。したがって、これも満たさないとということです。この基準は、パロディに使われますと、普通、明瞭区別性を満たしていませんので、すべて違法になります。ですから多少辛いのですが、パロディ以外のケースでは、なるほどと思わせることがあります。

例えば、だれかの論文を研究、批評したときに、自分が書いた部分と、他人が書いた部分とを区別していないのでは、一体何を研究しているのか、何を批評しているのかわかりません。また、主従性の要件を満たさなければ、「何らかの研究です」という言い訳で、少しのコメントを付加するだけで、他人の著作物に依拠できるのではないかとというような問題がありますから、これはこれで意味のある要件だと思います。

これは旧法の判決だったのですが、以降、現行法下でもこれを使う判決が多数出ています(東京高判昭和60.10.17無休集17巻3号462頁[レオナルド・フジタ絵画複製2審]、大阪地判平成8.1.31知裁集28巻1号37頁[エルミア・ド・ホーリイ贋作]、大阪高判平成9.5.28知裁集29巻2号481頁[同2審]、東京地判平成

【資料7】民集34巻3号314頁



11.8.31判時1702号145頁[脱ゴーマニズム宣言]、東京地判平成10.2.20知裁集30巻1号33頁[バーンズ・コレクション]、水戸地龍ヶ崎支判平成11.5.17判タ1031号235頁[飛鳥昭雄の大真実]、東京地判平成15.3.28平成11(ワ)13691号等[国語テストI]、東京高判平成16.6.29平成15(ネ)2467等[同2審](原判決を維持)、東京地判平成15.3.28平成11(ワ)5265[国語テストII]、東京高判平成16.6.29平成15(ネ)2515[同2審](原判決を維持)、東京地判平成16.3.11判時1893号131頁[[ファンブック]2ちゃんねる1審](傍論)、東京地判平成16.5.28平成14(ワ)15570[国語テストIII]。

ただし、常にこの二要件だけでいきますと、多少窮屈な場合があるのです。その典型例が本日、冒頭でお話ししましたオークション・サイトのケースです。この明瞭区別性、附従性の二要件をオークション・サイトに当てはめると、明瞭区別性は、サムネールの画像を掲示するのだから満たしています。問題は附従性の要件です。オークション・サイトで普通は絵画の画像のほかには画家の名前、絵画の大きさ、製作年月日等、著作物とはいえない情報が並ぶわけです。そうしますと、主はやはりサムネール画像なのであって、付加されている説明文というか、説明情報は従であるのが普通ではないかという気がします。実際、絵画の「オークション・サイト事件」の新聞記事で紹介されていた見解では、侵害であると考えものがほとんどを占めておりました。おそらくこの要件を満たさないとされたからではないかと思えます。

4. 近時の学説と裁判例の動向

ところが、最近、特に先ほどから何回も名前が出ております飯村先生を中心として、引用についてはこの二要件から訣別しようという動きが現れています。最近の動きなのですが非常に大事です。

まずこの主張の一番重要な点は、最高裁の射程を限定するという点です。限定しないことはいくら何でも、最高裁の判決がある以上は逃れられませんから限定する。どのように限定するかといいますと、これ

は旧法下の判決だというのが非常に大事だということです。

旧法下では節録引用と一言書いてあっただけだったのです。それに対して、現行の著作権法は、公正な慣行に合致するものであり、引用の目的上、正当な範囲内で行われるものでなければならぬ、というように条文がなっているのです。そこで、飯村先生が論文で新しいお考えを提唱されて、それから立教大学の上野達弘先生がほぼ同旨を説かれたということなのです(飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究26号91~96頁(2000年)、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』307頁[半田正夫先生古稀記念論集]法学書院(2003年))。

お二人ともほとんど同じようなことをおっしゃるのですが、まとめて紹介いたしますと、まずパロディ判決の打ち立てた二要件に対しては、旧法下の判決なので、現行法32条1項の条文のどこに入るのかがよくわからない。つまり、明瞭区別性と附従性というのは、公正な慣行かもしれないし、正当な範囲内の解釈かもしれない。よく構造がわからない。そして、現行法下でこの二要件を適用している判決がいくつもあり、二要件に合致することを認定するのだけれども、他方で公正な慣行と引用の目的で正当な範囲の条文への当てはめをやっていないものが多い、それはおかしいのではないかとしようにおっしゃるわけです。

さらにもう1つ重要なこととして、今の話は条文との齟齬というか、条文のどこで議論しているのかわからない判決が続いているだろうという話なのですが、もう1つ、附従性の要件と呼んでいるけれども、ここでさまざまな要素が衡量されている。したがって、附従性の要件下で裁判所は価値判断を行っているのではないか。量的な基準のように見えて、じつは総合衡量をしているのではないかとしようにおっしゃいました、結果的に、もっと元の条文に立ち戻って、条文どおりに総合衡量をしたほうがいいのではないかと、いうのです。

したがって、二要件ではなくて条文に従う。条文に従った上で、その際にはということ、「目的、効果、採録方法、利用の態様」を見ようというのが飯村説です。また上野説は、先ほど紹介したフェア・ユースと同じような要件論を展開しておられまして、「被引用側著作物全体に占める被引用部分の割合、被引用著作物の著作権者に与える経済的影響、引用の目的等を総合的に考慮する」というのです。

こうした見解は、学説上有力であるというだけではありません。

いくつか判決が出ていまして、その1つが飯村先生ご自身が東京地裁の裁判長を担当された「絶対音感事件」(東京地判平成13.6.1判時1757号138頁[絶対音

感]、東京高判平成14.4.11平成13(ネ)3677[同2審])です。この事件は大変有名な音楽家レナード・バーンスタインの演劇の脚本の著作権が主張されたケースですが、それを『絶対音感』という本のある一章にそのまま載せたというケースです。

さすがに他人の著作物を丸々コピーするのを認めるわけにはいきませんので、結果的には侵害になっています。しかし、二要件ではなくて、今お話しした条文に従った要件論と総合衡量で判断しています。

また、東京高裁のほうは一要件説といいますか、後ほど少しお話ししますが、二要件は取らず、明瞭区別性の要件には言及していますが、附従性の要件は取りませんでした。後で紹介いたしますが、出所を明示する公正な慣行に従うことを要求しまして、高裁は、二要件ではなく、明瞭区別性の要件プラス公正な慣行要件で判断しています。結果的には侵害を肯定していますが、完全な二要件を高裁も取らなかったということです。

もう1つが、やはりこれも飯村先生が東京地裁の裁判長を担当されておりますが、「創価学会写真ビラ事件」(東京地判平成15.2.26判時1826号117頁[創価学会写真ビラ]、東京高判平成16.11.29平成15(ネ)1464[同2審])というものがあります。これは宗教法人の名誉会長の写真を使いまして、1つは写真そのまま、もう1つは写真の輪郭をトレースし、各々に不穏当な吹き出しを付けたという事件です。それに対して、写真家の方が著作権侵害で訴えました。

この事件で地裁判決は、まず輪郭だけをとって吹き出しを付加した写真では、先ほどの「雪月花」の判決を使って、そもそも著作物の本質的特徴は再現されていないということで、セーフといたしました。一方、写真まで全部使ったほうの吹き出しに関しては著作権侵害とし、引用に当たるとどうかの判断の際には、これはとても正当な範囲内とも公正な慣行に合致しているともいえないということで、引用に当たらないといたしました。

そして、東京高裁判決も、前者については複製ないし翻案に当たらないとし、後者についても、地裁判決と同様に二要件論を展開することなく、公正な慣行と正当な目的の範囲内に該当するかどうかという枠組みで判断し、結局、32条1項の該当性を否定して著作権侵害を肯定いたしました。

これらの判決はいずれも、32条1項の該当性を肯定して著作権侵害を否定した判決ではありません。そういう意味では裁判例の趨勢を見極める必要は残っておりますが、少なくとも要件の構造としては、二要件から訣別するものが出てきているということが重要です。また、飯村先生だけではなく、東京高裁でも二要件を用いないものが現れているという点も非常に重要かと思えます。

次に、高部眞規子先生が東京地裁の裁判長を担当された事件で、「XO醬男と杏仁女事件」（東京地判平成16.5.31判タ1175号265頁【XO醬男と杏仁女】、東京高判平成16.12.9平成16(ホ)3656【同2審】）というものがあります。

どのようなケースだったかといいますと、中国出身でアパレルメーカーに勤務している小説家の方が自伝的な小説を書き、当時交際していた男性のお兄さんが中国では大変有名な詩人で、その方の詩を小説の中に散りばめた。ストーリーの内容として出てくるときもあれば、自分の心情をうまく映し出すために使うこともあるという形で、詩を9篇、引用していたというケースです。

そうしたところ、その詩を書いた著作者から訴えられた。訴訟の途中で、著作者の方が亡くなりましたので、著作権の相続人から訴えが承継されているというケースです。

このケースでは、高部先生が担当された東京地裁のほうは、一応万全を期すといえますが、二要件も掲げました。掲げましたが、結局二要件に従った判断はほとんどしていませんで、むしろ二要件を一応こういうようになると引用になります、と言った上で総合衡量をしました。結果的に引用該当性を否定する決め手とされたのは、この詩をストーリーに使う必然性が全くない、単に被告の小説家が自分の心情を語るのにふさわしい詩だと思って使っているだけだ、必要性がないので目的上正当とはいえない、ということです。附従性の要件にも一応言及しているのですが、結果的にはむしろ条文に従った判断と総合衡量が行われているということです。この論点に関して東京高裁は、引用に関する地裁の説示をほぼそのまま引用しております。

確かにこのケースでは明瞭区別はなされているわけですが、また、附従性の要件も見方によるかもしれませんが、小説の中に9篇の詩ですから、量的には圧倒的に小説のほうが多いわけですが、しかし、目的上正当かどうかが大変なわけですが、そうなることややはり従来の二要件は問題だということです。

以上が最近の裁判例の動きです。もう少し動きを注視しておく必要がありますが、従来の要件から訣別する、二要件がそれほど決め手になっていない判決が一部出ているということです。

ただし、先ほど紹介しましたように、まだまだそれでも二要件で判断するものは多いのも事実です。

例えばごく最近の裁判例ですと、「ファンブック」2ちゃんねる事件（東京地判平成16.3.11判時1893号131頁【「ファンブック」2ちゃんねる1審】）は、現在知財高裁におられる三村量一先生ですが、これは二要件に従って判断しています。なお、控訴審では、引用該当性は争点とされていません（東京高判平成17.3.3判時1893号126頁【同2審】）。

以上のように裁判例は動いているわけですが、ではどのように考えるべきか、ということを残された時間でお話ししようと思います。

5. 検 討

1) 研究批評型の引用

まず、二要件は先ほど少しお話ししましたように、研究批評型の引用にはこれからも妥当するだろうし、妥当すべきだろうと思っています（田村善之『著作権法概説【第2版】】244頁、有斐閣（2001年））。

今でも先例価値が高いと思われる優れた判決が、有名なレオナルド・フジタの事件（東京高判昭和60.10.17無体集17巻3号462頁【レオナルド・フジタ絵画複製2審】）です。

このケースは、出版社が洋画関係の美術全集、画集を作り、何冊もある画集なのですが、その中の1冊にレオナルド・ツグハル・フジタを入れようとした。しかし、許諾していただけなかったため、出版社としては、まず作品を白黒にし、それからそのような大きくは表示しない、他の許諾を得られたものに比べれば小さく表示する、加えて、レオナルド側から論文を付けるという形にして、引用に当たるということで、掲載しようとした。それに対して訴えられたというケースです。

判決では、これは著作権侵害とされています。理由は、絵画が特許コート紙や特許上質紙を用いたカラー、モノクロ図版で複製されており、大きさも8分の1ページから3分の2ページにのぼる。他方、解説文が当該絵画と同じページに掲載されているものは2点にすぎず、解説文に対する結びつきも必ずしも強くないということで、これは解説文に比べて絵のほうは従たる関係ではない、つまり引用を借口にしているにすぎないということを理由に、32条に当たらないといった判決です。こういった形で引用という言い訳を認めてしまいますと、いろいろなものが引用できるようになりますので、やはり批評研究目的であれば、本当に批評研究をちゃんとしていただかないと困るだろうということです。これは、おそらく新しい飯村要件論でも、引用の目的上、正当な範囲ということで、おそらくこういった形になるのではないかと考えています。

実際、最近の裁判例で二要件の枠組みを維持した前述の「ファンブック」2ちゃんねる事件の事案は、大別すれば、批評型に分類される引用のケースです。

2) 取込目的型の引用

それに対して、これは非常に大きな問題ですが、パ

ロディ目的はどうかということが問題となります。

実務的にはこれはかなり苦しいのではないかと思うのです。旧法下であるとはいえ、最高裁判決が一応あって、それでだめだといわれているのですから、おそろくきついただろうと思います。私も、アメリカのようにかなり広い範囲でセーフと認めるということは解釈論としては困難だろうと思っておりますが、それでも、例外的には侵害を否定する余地があるだろうと考えています。

例えば、マッド・アマノ氏の作品のなかには、「ロッキード事件」を批判するために、時の内閣の閣僚が雑壇上に整列している写真、閣僚就任の日に首相官邸で撮るあの写真を利用して、閣僚の顔にピーナッツを貼り付けた写真があります。なぜピーナッツだったのかといいますと、ご存じの方はご存じかと思いますが、1ピーナッツが確か100万円だったでしょうか、ピーナッツが賄賂の単位に使われていたのです。そこで、閣僚の顔にピーナッツを貼り付けたということです。

首相官邸の雑壇の写真の撮ることができる記者というのは、数が限られているわけですし、一瞬しかありません。加えて、権力構造を映し出すには好適の写真です。そういったことを考えますと、引用の必然性が非常に強いのです。代替手段もないということで、私はこうしたケースでは32条1項に該当するというところで侵害を否定しても良いだろうと思います（田村・前掲概説244頁）。つまり、非常に限定的なのですが、ほかに代替的な手段がなく、必要最小限の引用であれば、例えばこのケースのように例外的にパロディを認めて良いだろう。ただし、「Pretty Woman」（「プリティ・ウーマン」）のようなものをセーフにするわけにはいかない、と私は思っているわけです。

32条1項の解釈に関しては、研究批評型の引用であれば二要件が当てはまるべきだと思いますが、パロディは別に研究批評のためにやっているわけではないのです。パロディでの引用は、パロディの対象となる表現を自己の表現に取り込むためにやっているのだから、明瞭区別性はそもそも満たし難いだろうというのが前提です。そういった取込目的型の利用の仕方には二要件ではなく、上述したような代替的な手段がなく、必要最小限と評価し得る引用が否かということ衡量したほうが良いのではないかと、私は考えています。

そうしましたら、「XO醬男と杏仁女事件」の被告のほうの弁護士さんが、ありがたいことに、私の取込目的型引用論を裁判で主張してくださいまして、判決が、それに対して答えてくれています。

裁判所は、取込目的型引用論というものが仮に適用される余地があるとしても、本件ではその必要性がない、「XO醬男と杏仁女」という小説に、原告の詩を載

せる必要がないので、関係ありませんと言ったのです。私も当てはめとしては裁判所に賛成です。ただ、ここで肝要なことは、裁判所は、取込目的型引用という考え方の余地があるとしても等と言ってくれましたので、かなり弱みみではあります、少しは考えてくれるようでもあります。先ほど私が挙げた例でしたら、高部先生は考えてくれるのではないかと淡い期待を抱いている次第です。

3) オークション・サイトのサムネイル画像

3番目に、オークション・サイトをどのように考えるかについてお話しします。

この問題について考慮の対象に入れなければならないと私が考えているのが、譲渡権の消尽です。つまり、現行著作権法上はご存じのとおり、適法に譲渡されたものについては譲渡権が消尽します。したがって、以降は転々流通しても著作権者は権利を及ぼすことができませぬ。オークション・サイトというのは、そういう譲渡の市場を成立させるために必要なものなのです。

そうすると、ちょっと悪い言い方をしますと、著作権者の方は、譲渡権は消尽しているのに、からめ手でサムネイル画像を手掛かりに、事実上、譲渡行為からお金を得ようとするか、差し止めようとするか、そういった譲渡権の消尽の法理の潜脱をしようとする企みを容認しかねないというのが、じつは問題の本質なのではないかと私は思います。

オークション・サイトのサムネイル画像というのが、オークションを成り立たせるのに不要でしたら、こういう話にはならないのですが、サムネイル画像がなければネットによるオークションは事実上、成立しないはずだということが問題なのです。「風景画で富士山を綺麗に描いています」と文章で書かれているだけでは、どのような絵なのかかわからないので、だれも買う気がしないでしょう。ということになると、何のためのネット・オークションなのかということになります。

そういったことを考えますと、サムネイル画像はオークション・サイトの成立に必須なのです。そうすると、法が譲渡権を消尽させて、市場流通できるとしては、どのような絵なのかかわからないので、だれも買う気がしないでしょう。ということになると、何のためのネット・オークションなのかということになります。

そういったことを考えますと、サムネイル画像はオークション・サイトの成立に必須なのです。そうすると、法が譲渡権を消尽させて、市場流通できるとしては、どのような絵なのかかわからないので、だれも買う気がしないでしょう。ということになると、何のためのネット・オークションなのかということになります。

そのような趣旨で作られている条文としては、じつは47条という細かな著作権の制限規定があります。これは、美術館等で美術の作品を展示する際に、解説のために小冊子を出しても良い、その解説の小冊子に美術の作品の写真を載せても著作権を侵害しない、という規定です。

この趣旨を私は次のように理解しています。一般的に美術の原作品には著作権者は展示権というものを持っているのですが、他方で、原作品が著作者の手を離れて流通しているといえますと、所有権はもう著作

者のところにはないわけです。そして、原作品の所有権者は、その所有物である原作品を自由に使用したいという法的に保護されるべき利益を有しています。ここに、著作権者の展示権と原作品の所有権が対立してしまうのです。著作権法は、この対立について、原作品の所有者か、あるいはその許諾を得て展示する者に対しては、条文中、展示権は及ばないという制限規定を置くことで、その解決を図っています（46条1項）。

ここで問題とされているのは所有権者と著作権者の割り振り方でして、著作権者の展示権というのは基本的には所有権者の所有物の展示の自由を譲るべきことになっています。しかし、展示の際に、「何々は2階のここにあります」と説明をする場合、パンフレットがないと不便でしょう。したがって、展示の自由がサムネイル画像のようなものですが、付随的な著作物の利用で著作権に引っ掛かって妨げられることがないように、この線を守るために、少し著作権をへこませているのが47条だと思っております。

それと同様のことが、オークション・サイトにおける画像の掲載にもいえるのではないのでしょうか。もちろん、47条のように、本来立法で解決していただきたいところなのですが、特別の立法がないときにも、十分、32条1項の引用でいけるのではないかというように私は思っているところです。

6. その他の問題

1) 公正な慣行

なお、これはパロディに限らず問題となりますが、公正な慣行の問題についてもお話します。これは下手をすると、非常に厳しい要件として働きます。どうしてかといいますと、オークション・サイトもパロディもそうなのですが、公正な慣行に従っているということを厳しく要求しますと、当たり前の話ですが、新しい動き、新しい著作物の利用形態には公正な慣行がありませんので、この要件がある結果、ほとんどが引用に当たらないとされかねません。

また、こういう要件がありますと、逆に著作権者としては公正な慣行になってしまうと困りますから、どんどん侵害訴訟を提起したほうが良いということになるわけです。そうしますと、侵害警告や侵害訴訟がどんどん出されている状況では、とても公正な慣行があるとはいえませんので、全部侵害になりかねない、という問題が残っています。

私自身は、この要件については多少苦しいかもしれませんが、これは「公正な慣行がある場合には、公正な慣行に従え」と言っているだけであって、公正な慣

行がないときには気にしなくて良いだろう、という考えです（田村・前掲概説241頁）。

ここまで言い切っているのは私だけですが、この要件はどれも具合が悪いな、という問題意識は飯村先生も持っていらっしゃるようでして、飯村先生は論文の中で、慣行等も総合衡量して、引用ないし引用態様が公正であるという程度の要件と見れば足りると説いていらっしゃいます（飯村・前掲95～96頁）。したがって、あまり重きを置かないのです。重きを置くと、本当に生成途上の利用形態は全部アウトになりかねないので、総合衡量に入れていく、ということなのだろうと思います。

2) 出所明示義務

次に出所明示義務の問題についてお話いたします。これはどういうことかといいますと、引用に該当する場合でも、48条で出所を明示しなければいけないというようになっています。

では、出所の明示がやや危なかったときに、どうなるかということが問題になります。ここは学説が分かれ得る論点になっているところです。出所明示義務があるときに出所明示しなかったら、さてどうなるか。

条文上に明らかなことは、刑事罰がかかります。条文は122条でして、50万円以下の罰金ということになっています。起訴便宜主義というのがありますから、実際に立件されるのは、よほど態様が悪いか、なにか特段の事情がある場合に限られるでしょうが、とはいえ、一応刑事罰がかかります。

問題は、これを越えた効果がどのくらいあるのか。つまり一番の問題は、出所明示義務に違反しているけれど、他の要件は満たしている、例えば二要件を満たしているとか、あるいは32条の条文どおりになっている。しかし出所明示だけはしていないというときにどうなるのか。刑事罰がかかるのは仕方がないとしても、著作権侵害になるかどうか。つまり、他の要件は満たしているのだけれど、48条違反ということで、遡って32条に該当しないことになるのかどうか問題なのです。

学説は、一般的に48条は32条の要件ではないと考えています（加戸守行『著作権法逐条講義（五訂新版）』318頁（著作権情報センター（2006年））、田村・前掲概説262頁、茶園成樹『著作権の制限における出所明示義務』345頁（半田・前掲『著作権法と民法の現代的課題』）。

なぜかといいますと、条文の構造上そうなるのです。仮に48条が32条の要件だったとしますと、48条違反は全部著作権侵害になってしまいます。そうしますと、50万円以下の罰金では済まされない。懲役か、より高額な罰金か、とにかく50万円では済まないのです。そうすると、何のために122条で刑を軽くしているのか

わからない。したがって、48条に違反をしても、32条違反にはならないだろうというのが条文の建前だと思います。

これが普通の解釈だと思うのですが、問題は裁判例で、からめ手からやや違うような取扱いをする判決が出ていていることなのです。

それが「絶対音感事件」の2審、東京高裁の判決なのですが、出所明示が公正な慣行となっている場合には、当該事件で出所が明示されていないという事情を32条の該当性を否定する方向に斟酌しても良い、というように言っています（東京高判平成14.4.11平成13(※)3677 [絶対音感2審]）。

実際に東京地裁では正当な目的の範囲とはいえないと言ったのですが、この判決では、一般的には正当な目的の範囲とはいえるのだけれども、本件での最大の問題点は出所がちゃんと明示されていないことなのだ、ということも理由に、かつ、それが公正な慣行でもあるのだからという理由で32条該当性を否定しています。

ですから、真っ向から学説に反対しているわけではない。常に48条が32条の要件になるとは一言も言っていない。しかし、出所明示の慣行が48条の慣行とは別個に公正な慣行になっているのだったら、それは32条の要件だろうということです。

裁判所としてはまだ趨勢かどうかわかりませんが、こういった判決が1つ出ていまして、なおかつ、出所を明示していないことを総合衡量に入れる判決が、ほかにも若干ありますので、学説はともあれ、実務的に

は出所を明示しておいたほうが良いに越したことはないということです。出所明示をしていなかったときには、いろいろな学説を引いてくるということになるかと思えます。

3) 著作人格権

最後に、著作人格権の問題ですが、これは特にパロディ等で問題になります。

著作権のほうで結果的にセーフになっても、32条1項の引用などの著作権の制限規定は、著作人格権を制限するものではないとされていますので（50条）、著作人格権の成否は別途考えなければいけないのです。

結局、20条2項4号の同一性保持権を制限する一般条項を使えるかどうかの問題になります。時間の関係もあり、詳しく語ることはできないのですが、上野先生は20条2項4号を積極的に活用しようとおっしゃっています（上野達弘「著作物の改変と著作人格権をめぐる一考察(1)～(2)」民商法雑誌120巻4＝5号・6号（1999年））。

大体以上で、いただいたお時間もちょうど過ぎようかという時刻となりました。あとは質疑応答に委ねたく思います。長時間にわたって、ご清聴、ありがとうございました。

*本講演録を作成するに際しては、前北海道大学法学研究科修士の松原洋平氏の助力を得た。記して感謝申し上げます。