

No. 124(2011/3)

## 鑑定証書の作製に際し絵画の縮小コピーを添付したことは引用に該当すると判断された事例——鑑定証書事件控訴審判決

泉 克幸 (徳島大学)

### 1 はじめに

絵画等の美術作品の鑑定証書が作製される際、鑑定の対象である美術作品を特定するために、当該美術品の縮小コピーが鑑定証書に添付されることがある。このような場合の縮小コピーは、美術作品の著作権（複製権）の侵害を構成するであろうか。鑑定証書事件はこの問題を扱ったおそらく初の事案である。

1 審の東京地方裁判所は複製権侵害に当たると判断し、鑑定を行った者に対して損害賠償を命じる判決を下した（東京地判平成 22 年 5 月 19 日。原判決）。これに対し、控訴審である知的財産高等裁判所は、そのような縮小コピーの作製も著作権法上の「複製」ではあるが、「引用」（著 32 条 1 項）に該当するので許されると判示し、原判決を取り消した（知財高判平成 22 年 10 月 13 日。本判決）<sup>1</sup>。

本件は美術品の鑑定業務に係る鑑定証書の作製という特殊な領域に関するものではあるが、引用の成否を決する基準について一般的な説示内容を含んでいる。わが国著作権法は米国におけるフェアユース規定のような一般的な制限規定を有していない。そのため、文化の発展という著作権法の究極的な目的、権利者と利用者との利益バランス、著作物の流通促進あるいは公正な取引秩序、等の観点を勘案するならば、権利侵害としないことが合理的である場合であっても、形式的には複製に当たる行為が行われると権利侵害が成立してしまうという不都合なケースも想定される。こうした不都合を回避する具体的手法の 1 つとして、現行の制限規定（著 30 条以下）を弾力的に解釈するという手法があり得るところである。その意味で、本件控訴審判決の示した引用に関する考え方は本件事案以外にも援用できる可能性を含んでおり重要であると思われるので、以下において紹介し、解説を行うこととする<sup>2</sup>。

<sup>1</sup> 原判決、本判決の原文は、いずれも裁判所HPより入手できる。

<sup>2</sup> 原判決および本判決の紹介として、水谷直樹「原判決判批」発明 2010 年 9 月号 54 頁、同「本判決判批」発明 2011 年 1 月号 33 頁がある。

## 2 事案の概要と原判決

(1) 亡A(平成11年4月18日死亡)は著名な女流画家であり、本件絵画1および同2を制作した。本件絵画1は題名を「花」とし、その大きさは縦33.2cm×横24.4cm(面積810.08cm<sup>2</sup>)であり、同2の題名も「花」であり、大きさは縦41.0cm×横31.9cm(面積1307.9cm<sup>2</sup>)である。控訴審の段階で本件絵画1・2(以下、「本件各絵画」)の著作権(複製権)は、亡Aの長男である亡B(平成21年12月27日死亡)の長男、X(原告、被控訴人)が有している。

Y(被告、控訴人)は美術展の開催および美術品の鑑定等を業とする株式会社であり、美術品を鑑定し、Yが真作と認める作品についてYの鑑定委員会名義の「鑑定証書」を発行している。Yは本件絵画1の所有者である美術商からの依頼に基づき、平成17年4月15日付けのY鑑定委員会委員長名義で、本件絵画1に係る鑑定証書と、その裏面に本件絵画1の縮小カラーコピー(大きさは縦16.2cm×横11.9cm。面積192.78cm<sup>2</sup>であって、原画である本件絵画1の面積の約23.8%に当たる。以下、「本件コピー1」)を添付した上で、パウチラミネート加工して本件鑑定証書1を作製した。また、Yは、本件絵画2の所有者から委任を受けた美術商からの依頼に基づき、平成20年6月25日付けのY鑑定委員会委員長名義で、本件絵画2の縮小カラーコピー(縦15.2cm×横12.0cm。面積182.4cm<sup>2</sup>であって、本件絵画の13.9%に当たる。以下、「本件コピー2」)を添付した本件絵画2に係る本件鑑定証書2を同様に作製した。

Xは、Yが本件コピー1および同2(以下、これらを合わせて「本件各コピー」という)を作製したことはXの著作権(複製権)を侵害するものであると主張し、同侵害に基づく損害賠償(著作権法114条2項または3項)として12万円の支払等を求める訴えを東京地方裁判所に提起した。

(2) 東京地方裁判所は、美術の著作物のうち絵画について、「画材、描く対象、構図、色彩、絵筆の筆致等により思想、感情を表現し、美的要素を備えるものとして、作者の個性的な表現が発揮されているのであれば、著作権の保護の対象となり得るものと解される」との見解を示した。また、複製については、「既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製することをいうが、美術の著作物である絵画について、複製がされたか否かの判断は、一般人の通常の注意力を基準とした上で、美術の著作権の保護の趣旨に照らして、絵画の創作的な表現部分が再現されているか、すなわち、画材、描く対象、構図、色彩、絵筆の筆致等、当該絵画の美的要素の基礎となる特徴的部分を感得できるか否かにより判断するのが相当である」と述べた。

そして、認定した事実によれば、本件各コピーは「いずれも、画題である『花』が、油彩を画材として、上記構図、色彩及び筆致等により描かれており、その大胆な構図や、単純化された花の表現、鮮やかな色彩の対比や絵の具の塗り重ねによる重厚な印象等、本件絵画1及び2の作風が表れている」とした上で、「本件鑑定証書1及び2に貼付された本件絵画1及び2の縮小カラーコピーは、通常の注意力を有する者がこれを観た場合、画材、描かれた対象、構図、色彩、絵筆の筆致等により表現される本件絵画1及び2の特徴的部分を感得するのに十分というべきである。したがって、本件鑑定証書1及び2に貼付された本件絵画1及び2の縮小カラーコピーは、本件絵画1及び2の美術の著作物としての本

質的な特徴的部分が再現されているというべき」と説示し、当該縮小カラーコピーを作製したYの行為は、本件絵画1および2の複製に該当すると判断した。

東京地裁はYが本件絵画1・2を複製し、著作権侵害行為に及んだのは少なくとも過失によるものと認めた上で、その損害額については、鑑定証書作製費用が作品1点につき6万円のところ、うち鑑定料3万円を除く3万円がYの得た利益であるとして、著作権法114条2項に基づくXの損害額を6万円(=3万円×鑑定証書数2通)と算定し、その支払をXに命じる判決を下した。

### 3 控訴審判決(本判決)

(1) 原判決を不服として、Yは知的財産高等裁判所に控訴した。控訴審においてYは原審に引き続き、複製権侵害の成否、権利の濫用・フェアユースの法理等の成否などについて主張を行ったが、新たに引用の成否に関する主張を追加した。その内容は次のとおりである。

「本件各鑑定証書に添付するため本件各コピーを作製したことは、以下のとおり、引用としての利用(著作権法32条)として許されるべきものである。

引用としての利用が適法とされるのは、①明瞭区別性及び②主従関係の2要件が充足される場合である。

しかるところ、本件においては、①の明瞭区別性があることは明らかである。

②の主従関係については、通常は、質及び量の2つの観点からその有無が判断されると解されるところ、鑑定証書の主目的は、あくまで鑑定の内容であって、本件各コピーは、同一性確認のためのものにすぎず、それ自体として鑑賞するためのものでないことは、パウチラミネート加工された裏面に縮小版で添付されていることから明らかであるから、質的観点から従たる存在といえることができる。また、本件各コピーは、表裏1枚の本件各鑑定証書の裏面であって、分量的には2分の1であるが、あくまでメインは表面であって、裏面である複製部分は分量的にも2分の1未満であると解され、本件の複製物は、量的観点からも従たる存在といえることができる。

なお、出所の明示は、引用としての利用における適法要件ではないが、本件各鑑定証書の表面の記載において、出所も明示されている。」

(2) 知的財産高等裁判所もYによる本件各コピーの作製は本件絵画1・2の著作権法上の「複製」に該当すると判断したものの、著作権法32条1項に規定する引用として許されるところの見解を示した。すなわち、まず、引用の適法性の要件について以下のように説示した。

「ア 著作権法は、著作物等の文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り、もって文化の発展に寄与することを目的とするものであるが(同法1条)、その目的から、著作者の権利の内容として、著作者人格権(同法第2章第3節第2款)、著作権(同法第3款)などについて規定するだけでなく、著作権の制限(同法第5款)について規定する。その制限の1つとして、公表された著作物は、公正な慣行に合致し、報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で引用して利用することができる(同法32条1項)、他人の著作物を引用して利用することが許されるためには、引用して利用する方法や態様が公正な慣行に合致したものであり、かつ、引用の目

的との関係で正当な範囲内、すなわち、社会通念に照らして合理的な範囲内のものであることが必要であり、著作権法の上記目的をも念頭に置くと、引用としての利用に当たるか否かの判断においては、他人の著作物を利用する側の利用の目的のほか、その方法や態様、利用される著作物の種類や性質、当該著作物の著作権者に及ぼす影響の有無・程度などが総合考慮されなければならない。

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

次に裁判所は、要件の充足性の有無について次のとおり述べた。

「ア …本件各鑑定証書は、そこに本件各コピーが添付されている本件各絵画が真作であることを証する鑑定書であって、本件各鑑定証書に本件各コピーを添付したのは、その鑑定対象である絵画を特定し、かつ、当該鑑定証書の偽造を防ぐためであるところ、そのためには、一般的にみても、鑑定対象である絵画のカラーコピーを添付することが確実であって、添付の必要性・有用性も認められることに加え、著作物の鑑定業務が適正に行われることは、贋作の存在を排除し、著作物の価値を高め、著作権者等の権利の保護を図ることにもつながるものであることなどを併せ考慮すると、著作物の鑑定のために当該著作物の複製を利用することは、著作権法の規定する引用の目的に含まれるといわなければならない。

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

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

知的財産高等裁判所は結論として原判決を取消し、Xが求める損害賠償等の請求を認めなかった。

#### 4 解説

##### (1) 本判決の意義

本判決は、絵画の鑑定証書を作製するに際して、その裏面に当該絵画の縮小コピーを添

付する行為は複製に当たるものの<sup>3</sup>、引用（著作権法 32 条 1 項）として許されると判断したものである。従来、引用が認められるための判断基準として判例は、「明瞭区別性」および「主従関係」の 2 要件を用いてきたが、近時、これに従うことなく、条文の文言に忠実な形で判断を行う判決例が増加しており、また、そうした判決例の動きを支持する学説も有力となってきている<sup>4</sup>。

もっとも、条文の文言に忠実な解釈を行う判決例においても、その具体的な考え方あるいは考慮要因は明確なものとなっていない。本判決も上記 2 要件ではなく、近時の判決例と同様の枠組で引用該当性を判断している。なお曖昧な部分も残るものの、「引用」が認められる基準とその考え方がある程度明示したという点で、本判決は重要であろう。

## （2）引用に関する判例と学説

引用に関する最高裁判所の判例としては、パロディ事件第一次上告審（最判昭和 53 年 3 月 28 日民集 34 卷 3 号 244 頁）がある。雪山を数人のスキーヤーがシュプールを残して滑降しているという構図のカラー写真（本件写真）の一部を切除し白黒とした上で、スノータイヤの写真をこれに合成させた写真（本件モンタージュ写真）の作成・発表が、本件写真の著作権および著作者人格権の侵害に当たるかどうか問題となった。最高裁は、引用に当たるためには「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」と述べ、「明瞭区別性」と「主従関係（従属性）」という 2 つの判断基準を明らかにした。この 2 要件論は、上記最高裁判決が「正当ノ範囲内ニ於テ節録引用」できると規定されていた旧著作権法下の事件であり（旧著 30 条 1 項第 2）しかも、引用に関する部分は傍論であったにもかかわらず、その後、現行法における引用の解釈においてもメルクマールとして用いられることとなった。たとえば、X 書籍を批判する内容の書籍（Y 書籍）の中に X 書籍の漫画のカットを数多く採録したことが引用に当たるかどうか争点となった事例において、「Y 書籍においては、Y 論説が主、X カットが従という関係がある」と述べ、主従関係が認められることから引用に当たると判断した脱ゴーマニズム事件（東京高判平成 12 年 4 月 25 日判時 1724 号 124 頁）などが出されている。

しかしながら、その後、2 要件論を消極的に捉え、あるいは再構成しようという見解があらわれてきた。すなわち、前記パロディ事件第一次上告審が示す 2 要件論の射程を限定して考えつつ、「適法引用」の要件を規定する著作権法 32 条の文言に即して引用が成立す

---

<sup>3</sup> 本件各絵画（原画）をカラー縮小コピーした本件各コピーが複製であることは原審および控訴審とも、ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件最高裁判決（最判昭和 53 年 9 月 7 日民集 32 卷 6 号 1145 頁）を引用してこれを認める。同最高裁判決は、著作物の複製について「既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製することをいう」と述べる。本件では、本件各絵画そのものは提出されておらず、控訴審において Y は、「本件各コピーを観ることによって本件各絵画の特徴を感得することができたとしても、その感得の対象はあくまでも縮小カラーコピーである本件各コピーの特徴にすぎない」と主張したが、裁判所はこれを採用していない。

<sup>4</sup> 詳しくは、上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」半田正夫先生古稀記念『著作権法と民法の現代的課題』（法学書院、2003 年）307 頁、田村善之「〔講演録〕著作権法 32 条 1 項の『引用』法理の現代的意義」コピーライト 2007 年 6 月号 2 頁、茶園成樹「〔講演録〕『引用』の要件について」コピーライト 2008 年 5 月号 2 頁など参照。

る範囲を確定しようという立場である<sup>5</sup>。また、「従来の議論において『主従関係』という名の下に包括されてきた概念の中には、多様な考慮要素が、その結びつきがかならずしも明白にされないまま詰め込まれてきたように思われる。このままでは、引用が許されるかどうかという判断に際して、どのような要素をどのように考慮するのかという判断基準が不明確かつ不安定になってしまい、第三者の予測可能性を著しく害する結果を招きかねない。したがって、従来の二要件説を再検討し、引用をめぐる要件論を再考すべきであると考える」<sup>6</sup>といった主張も見られるに至ってきた。

そして、判例の方も、明瞭区別性と主従関係の2要件によるのではなく、32条1項の文言に従って引用該当性を判断する流れが起こってきた。その初期の事例として絶対音感事件の第1審判決(東京地判平成13年6月13日判時1757号138頁)を挙げることができる。本件は、作曲家レナード・バーンスタインが書き下ろした英語版演劇台本を原告が日本語に翻訳した台本の一部(原告翻訳部分)を、被告が執筆・出版した絶対音感に関するノンフィクション作品(本件書籍)に掲載したことが引用に当たるとして許容されるか否かが争点となった事例である。東京地方裁判所は、事実関係につき認定を行った後、次のような考え方を示した。「以上の事実を照らすならば、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、著作者である原告の許諾を得ないで原告翻訳部分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(前記のとおり、被告らは、原告翻訳部分の掲載に当たっては、正当な著作者の許諾を受けようと努め、受けられたものと誤信していたのであり、その経緯に照らしても、原告翻訳部分を許諾を得ないで自由に利用できる公正な慣行があったものと認定することは到底できない)。したがって、原告翻訳部分を複製、掲載した行為は、著作権法32条1項の要件を満たす適法な引用とはいえない」。すなわち、東京地裁は当該事案の下では引用該当性を否定したものの、その判断を明瞭区別性・主従関係の2要件によるのではなく、「公正な慣行」と「引用の目的上正当な範囲内」という基準によって行っていることが分かる<sup>7</sup>。

また、創価学会写真ホームページ掲載事件(東京地判平成19年4月12日)は、原告の写真著作物(本件写真)を複製の上、一部を削除するなどして作成した写真(被告写真)を、自らのホームページに掲載した被告の行為が、複製権等の侵害に当たるかどうかの問題となったケースであり、引用の成立が争点の1つであった。判決において裁判所は、引

---

<sup>5</sup> 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頁(2000年)。同稿は、「最高裁における判断基準を前提とすると、実質的には、『主従関係』のみで判断せざるを得ないことになり、様々な行為態様につき柔軟な解決をする基準としては、適切を欠くのではないかという疑問がある。また何よりも、『主従関係』基準は、条文の文言との関連性が乏しい…そこで、現行著作権法32条の要件を再吟味して、より実質的な判断、あるいは基準化の作業をしていくべきであろうと思われる。具体的には、『目的』、『効果』、『採録方法』、『利用の態様』等、そういった要素からチェックしていくことが必要である」との考えを示す(同上96頁)。

<sup>6</sup> 上野・前掲注(4)332頁。

<sup>7</sup> ただし、茶園・前掲注(4)12頁は、判決は、「様々な事情の総合考慮によるとしており…『公正な慣行に合致』と『引用の目的上正当な範囲内』がどのような意味を持つのかは示されていません」と評価する。

用に関し、「著作権法 32 条 1 項における『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』引用とは、健全な社会通念に従って相当と判断されるべき態様のものでなければならず、かつ、報道、批評、研究その他の目的で、引用すべき必要性ないし必然性があり、自己の著作物の中に、他人の著作物の原則として一部を採録するか、絵画、写真等の場合には鑑賞の対象となり得ない程度に縮小してこれを表示すべきものであって、引用する著作物の表現上、引用する側の著作物と引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とともに、両著作物間に、引用する側の著作物が『主』であり、引用される側の著作物が『従』である関係が存する場合をいうものと解すべきである」と述べた。この判示部分は 32 条 1 項の文言から「公正な慣行に合致」および「引用の目的上正当な範囲内」という 2 つの要件を抜き出し、その具体的内容を、「健全な社会通念に従って…態様のもの」および「報道、批評…縮小して表示すべき」と説示して明確にしている点が特徴的である。さらには、明瞭区別性と主従関係という伝統的な判断基準をも、「公正な慣行に合致」および「引用の目的上正当な範囲内」の要件に読み込み、従来の判決例の流れとの接続を図ろうとしている点も興味深い。

### (3) 本判決の考え方

本判決は、前記「3 控訴審判決（本判決）」(2)アで示したように、32 条 1 項の解釈として「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、引用して利用する方法や態様が公正な慣行に合致したものであり、かつ、引用の目的との関係で正当な範囲内すなわち、社会通念に照らして合理的な範囲内のものであることが必要であり…」と、まず述べる。本判決も、近時の引用に関する判決例と同様、伝統的な明瞭区別性および主従関係の 2 要件からではなく、32 条 1 項の文言である (a) 公正な慣行に合致すること、(b) 引用の目的上正当な範囲内で行われること、をメルクマールとして引用の該当性を判断していることが分かる。そして、(a) に関しては、「引用して利用する方法や態様」が評価内容であり、(b) については、「社会通念に照らして合理的か」ということを基準に判断すべき旨を明らかにしている。本判決は、続けて、「引用としての利用に当たるか否かの判断においては、他人の著作物を利用する側の利用の目的のほか、その方法や態様、利用される著作物の種類や性質、当該著作物の著作権者に及ぼす影響の有無・程度などが総合考慮されなければならない」と説示する。ここで、裁判所は、引用が認められるか否かを決定する判断要因として、①利用の目的、②その方法・態様、③利用される著作物の種類や性質、④著作権者に及ぼす影響の有無・程度などを挙げ、その総合考慮により決定を行うとする。

判決はこうした一般論を本件事案に当てはめ、引用が認められるための要件を充足するかどうかを検討する（前記「3 控訴審判決（本判決）」(2)イ）。「①利用の目的」については、「本件各鑑定証書に本件各コピーを添付したのは、その鑑定対象である絵画を特定し、かつ、当該鑑定証書の偽造を防ぐためであるところ、そのためには…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…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」ことから、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が規定する引用の目的に含まれると説く。次に、「②利用の方法・態様」については、「本件各コピーは…鑑定証書の裏面に添付され…本件各コピー部分の

みが分離して利用に供されることは考え難いこと、本件各鑑定証書は…1部ずつ作製されたものであり…本件各絵画と別に流通することも考え難いこと」に照らせば、本件各鑑定証書の作製に際して、本件各絵画を複製した本件各コピーを添付することは、その方法ないし態様として、社会通念上、合理的な範囲内にとどまるものである、との理解を示す。さらに、「④著作権者に及ぼす影響の有無・程度」についても、「X等の許諾なく本件各絵画を複製したカラーコピーが…頒布された場合などとは異なり、X等が…経済的利益を得る機会が失われるなどということも考え難い」と述べる。

そして、判決は以上の判断を総合的に考慮すれば、「Yが、本件各鑑定証書を作製するに際して…本件各コピーを添付したことは、著作物を引用して鑑定する方法ないし態様において、その鑑定に求められる公正な慣行に合致したものということができ、かつ、その引用の目的上でも、正当な範囲内のものであるということができるといえるべきである」との結論を下したのである。なお、「③利用される著作物の種類や性質」に関して直接検討する箇所はみられないものの、鑑定証書の必要性、鑑定対象の特定にはカラーコピーが有用、本件各コピーが市場に流出する可能性が低いこと、といった分析・検討の前提・背景として、本件各絵画が絵画著作物という種類であり、それ固有の性質を有していることが折り込み済みなのであって、その意味で実質的には③についても考慮がなされているといえよう。

#### (4) その他

適法な引用に該当するには、引用して作成されるのが著作物である必要があるかという問題がある。四進レクチャー事件（東京高判平成10年2月12日判時1645号129頁）は、「引用とは、紹介…その他の目的で、自己の著作物中に他人の著作物…を採録することをいい、引用に該当するためには…引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される著作物と明瞭に区別して…」と述べ、引用して作成されるものが著作物であることを前提としているように見える。この点をより明確に指摘しているのがバーンズ・コレクション事件（東京地判平成10年2月20日知的裁集30巻1号33頁）である。同判決では32条1項の立法趣旨について、「新しい著作物を創作する上で、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、所定の要件を具備する引用行為に著作権の効力が及ばないものとするにありと解されるから、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」と述べる。

本判決は、以下のように説示し、引用して利用するものが本件鑑定書のような著作物でなくとも、32条1項に該当するとの考え方を示した。「『自己ノ著作物中ニ正当ノ範囲内ニ於テ節録引用スルコト』を要件としていた旧著作権法…30条1項2号とは異なり、現著作権法…32条1項は、引用者が自己の著作物中で他人の著作物を引用した場合を要件として規定していないだけでなく、報道、批評、研究等の目的で他人の著作物を引用する場合において、正当な範囲内で利用されるものである限り、社会的に意義のあるものとして保護するのが現著作権法の趣旨でもあると解されることに照らすと、同法32条1項における引用として適法とされるためには、利用者が自己の著作物中で他人の著作物を利用した場合であることは要件でないといふべきものであって…」引用の場合に、なぜ著作権が制限されるかという根本的な問題に関わることであるが、「新たな著作物の創作活動の基盤を確保する」という点に見出すならばバーンズ・コレクション事件判決のような理



解もあり得るものの、著作権法の究極の目的が文化の発展にあることに鑑みるならば、たとえ著作物性を有さない作品であっても文化の発展に寄与するのであれば、その創作活動を支援すべきものと考えることができ、したがって、本判決の理解は適切であったことになる。

本判決は、「控訴人が本件各絵画の鑑定業務を行うこと自体は、何ら被控訴人の複製権を侵害するものではないから、本件各絵画の鑑定業務を行っている被控訴人がこれを独占できないことをもって、著作権者の正当な利益が害されたということができないものでないことはいうまでもない」と述べている。この説示部分は、著作権が独占性・排他性という基本的かつ固有の性格を有しているところ、著作権者は自己の著作物を利用して得られるあらゆる経済的利益を独占できるものとの誤解を生じやすいが、著作権法が認める独占の範囲は著作権法 21 条（複製権）以下で特定されている著作物の具体的な利用行為にのみ及ぶのであって、当該著作物の取引や関連する市場の全てを独占できるわけではないということを指摘・確認している点で重要であろう。

#### （5）最後に

YはXによる本件の請求が権利の濫用またはフェアユース法理によって許されない旨の主張をしていた。原判決は、この主張に対し、「Xは、Xが有する本件絵画 1 及び 2 の著作権に基づいて、Yによる著作権侵害に対する損害賠償を求めているものであり、特段、Yを害する意図等は認められないこと、本件の請求額も 2 作品合計で 12 万円と少額であることからすると、Xの請求が、権利濫用に該当すると認めることはできない。また、フェアユースの法理については、我が国の現行著作権法には、同法理を定めた規定はなく、米国における同法理を我が国において直接適用すべき必然性も認められないから、同法理を適用することはできないというべきである」と述べ、Yの主張を斥けている（なお、本判決は引用の成立を認めたため、フェアユースまたは権利濫用に関する判断はなされていない）。

ところで、本判決は引用の成立を判断する手法として伝統的な明瞭区別性・主従関係の 2 要件論を離れ、「①他人の著作物を利用する側の利用の目的、②その方法や態様、③利用される著作物の種類や性質、④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る」との考え方を示したわけであるが、そこに挙げられた考慮要因に加え、本件事案に当てはめた際の検討・分析、さらには本判決の結論をみるならば、本判決は引用としてこれまで許容されてきた範囲を拡大させる可能性を含んでいるように思われる。すなわち、著作物を対象とする取引の多様化等を背景とし、現行の著作権法が現実に適切に対応しておらず、それゆえ、著作物の利用に関して様々な問題が生じているところ、わが国では権利濫用やフェアユースの法理に関する明示規定がなくこれらが認められにくいため、既存の制限規定を柔軟に解釈することにより、問題の解決を図ろうという考えがあり得る<sup>8</sup>。そこには、理念的にはフェアユースによる解決が望ましいところ、同法理において考慮される要因を個別の制限規定の要件に読み込む形で処理をするという、「個別制限規

---

<sup>8</sup> 現在、わが国においても一般的な制限規定を創設しようという動きがある。文化審議会著作権分科会法制問題小委員会・権利制限の一般規定ワーキングチーム「権利制限一般規定ワーキングチーム報告書」（2010年1月）参照。

定のフェアユース規定化」という現象が現れており、本判決もその1つと評価することができるかもしれない<sup>9</sup>。

また、ネットオークション等に美術品や写真を出品する際に、当該商品の紹介をするための画像の利用についての制限規定(47条の2)が平成21年改正法によって創設されたが、こうした利用形態は「著作物の流通促進、著作権者に過度の経済的不利益を生じさせない」といった一般的な考慮要因を32条1項の柔軟に解釈において取り込むことでも解決が可能であったところ<sup>10</sup>、より明確化を図るために32条から独立させて、明示規定として設けたとも考えることができる。そうすると、「個別制限規定のフェアユース規定化」からさらに進み、フェアユース規定化した個別制限規定によって処理される利用行為のうち、定型化できるものについては新規の個別制限規定として追加されるという現象が起っているのかもしれない。

---

<sup>9</sup> その他の「個別制限規定のフェアユース規定化」の事例として、市営バス車体事件（東京地判平成13年7月25日判時1758号137頁）を挙げることができる。同事件では、著作権法46条（公開の著作物等の利用）の「美術の著作物でその原作品が街路、公園その他の一般公衆に開放されている屋外の場所又は建造物の外壁その他一般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」の解釈として、横浜市の循環路線バスの車体に描かれた絵画が含まれる旨の判断を行っている。また、フェアユース規定を意識した個別制限規定の柔軟解釈に関しては、上野達弘「日本版フェアユースの可能性・必要性」フェアユース研究会『著作権・フェアユースの最新動向——法改正への提言』（第一法規、2010年）25頁参照。

<sup>10</sup> 田村・前掲注（4）16頁は同旨を指摘する。