

# 適法引用（著作権法32条1項）の要件について

福 永 誠

(法学専攻 リーガル・スペシャリスト・コース  
推薦教員：宮脇正晴)

## 目 次

はじめに

第一章 裁判例の概観

第一節 二要件説の代表的裁判例

第一款 パロディ・モンタージュ事件第一次上告審

第二款 レオナルド・フジタ事件控訴審

第二節 総合考慮説の代表的裁判例

第一款 美術鑑定書事件控訴審

第三節 小 括

第二章 学 説

第一節 二要件説への批判

第一款 飯 村 説

第二款 上 野 説

第三款 茶 園 説

第四款 他の学説も含めた議論状況

第三章 検 討

第一節 二要件説の裁判例の分析

第一款 明瞭区別性

第二款 主従関係

第三款 二要件説の主従関係についての小括

第四款 二要件説の問題点

第二節 総合考慮説の裁判例の分析と問題点

第三節 私 見

第一款 裁判例の分析の小括と学説の問題点

第二款 引用の要件について裁判例の分析から

おわりに

## はじめに

### (1) 問題意識

著作権法32条1項は「公表された著作物は、引用して利用することができる。この場合においてその引用は、公正な慣行に合致するものであり、かつ、報道、批評研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行われるものでなければならない。」と規定している。つまり、適法な引用として他人の著作物を利用することができる要件として ① 公表された著作物であること、② 引用して利用すること、③（その引用が）公正な慣行に合致すること、④ 引用の目的上正当な範囲内であることが考えられる。

しかし、裁判例を概観すると必ずしもこの要件が詳細に検討されているわけではなかった。適法引用が認められる要件は後述するパロディ・モンタージュ事件第一次上告審で示された「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」明瞭区別性と「両著作物との間に前者が主、後者が従の関係がある」主従関係という二要件を充足することであった。この明瞭区別性と主従関係を要求する二要件説はその後の裁判例に影響を与えたが、二要件説は条文との結び付きが乏しく<sup>1)</sup>、裁判例も二要件説で説明できない要素を考慮していると思われるものが散見された<sup>2)</sup>。このような批判から、条文上の「公正な慣行」、「正当な範囲内」という要件から適法引用を判断すべきとする総合考慮説が誕生した<sup>3)</sup>。しかし、「公正な慣行」と「正当な範囲内」という抽象的な文言から諸要素を考慮するため予測可能性が低く、本来であれば引用に当たることの無いような利用態様であっても適法引用となる問題が生じた<sup>4)</sup>。

情報技術の発達によって他人の著作物を利用する機会が爆発的に増加したという社会背景から、今後、引用の規定が争点となることが予想される。しかし、適法引用の判断基準が混迷を極めていることは前述の通りである。

本稿では、適法引用の判断基準について検討を行うこととしたい。その際、二要件説の裁判例の考慮要素を抽出し、著作権者の経済的利益が検討されている考慮要素とその他の考慮要素とに分類し、前者について二要件説以外の枠組みに組み入れることを提案する。そして、従来の学説が克服していなかった問題点について提起し、二要件説の裁判例のメルクマールである明瞭区別性・主従関係を維持しつつ、二要件説では説明できなかった要素を組み入れた適法引用の要件を提示したい。

## (2) 本稿の構成

本稿では以下の構成で検討する。第一章では、適法引用の判断基準の変遷について二要件説と総合考慮説の代表的な裁判例を紹介する。その中で、判旨を参照しながら明瞭区別性と主従関係の枠組みの変容について確認する。その上で、第二章では、二要件説への批判から総合考慮説を支持する学説の誕生とその変化について紹介し、現在の学説状況も踏まえ適法引用の判断基準についての理解を深めるとともに学説を整理する。第三章では、レオナルド・フジタ事件控訴審をもとに二要件説の裁判例を分析し、主従関係について考慮要素ごとに検討していく。そして、主従関係では説明できない要素を抽出し、これらを組み込む新たな枠組みの必要性を説く。総合考慮説の裁判例の分析では判決に影響を与えた要素について確認する。以上を踏まえて、裁判例、学説の問題点を提起し、それを克服する適法引用の要件について私見を述べる。

## 第一章 裁判例の概観<sup>5)</sup>

本章では、適法引用の要件について裁判例の変遷を確認する。具体的には、適法引用の要件として二要件説を初めて示したパロディ・モンタージュ事件第一次上告審を紹介したのち、二要件説の代表的な裁判例としてレオナルド・フジタ事件控訴審を紹介し、適法引用の要件として二要件説の主従関係が考慮要素に細分化したことについて言及する。その後、引用

の判断基準として総合考慮説を採用した代表的な裁判例として美術鑑定書事件控訴審を検討し、適法引用の判断基準の変化について述べる。以上の代表的な裁判例を検討することで適法引用の要件の変遷を確認したい。

### 第一節 二要件説の代表的裁判例<sup>6)</sup>

#### 第一款 パロディ・モンタージュ事件第一次上告審（最判昭和55・3・28 民集34巻3号244頁）

事案の概要は次のとおりである。Xは主に山岳及びスキー関係の作品を作成している写真家であり、スキーヤーがチロルの雪山の斜面を波状のシュプールを描いて滑走する様を描いたカラー写真（以下本件写真）を作成し、これを写真集や広告カレンダーに掲載した。Yはグラフィックデザイナーであり、Xの本件写真を利用したフォトモンタージュ写真を作成し、これを写真集や週刊誌に掲載した。その際、Yは、Xの作品を、Xに無断で、写真集においては約三分の一、週刊誌においては約六分の一をそれぞれ切除し、Xのカラー作品を白黒に変え、その右上方に自動車のスノータイヤを配して画像を合成し、これをYの作品として公表した。

Xは、Yに対して、著作権及び著作者人格権侵害であると主張し、損害賠償請求及び謝罪広告の掲載を求めた。一審ではYの著作権侵害を肯定するとともに引用の抗弁を否定したが、控訴審では著作権侵害、著作者人格権侵害とも認められなかった<sup>7)</sup>。

最高裁は、適法引用の成否につき傍論ながら<sup>8)</sup> 次のように述べた。まず一般論として、「〔旧著作権法<sup>9)</sup>〕30条1項第2は、すでに発行された他人の著作物を正当な範囲内において自由に自己の著作物中に節録引用することを容認しているが、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

作物との間に前者が主、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ぬ」と述べた。そのうえで、「本件写真部分は、本件モニタージュ写真の表現形式上前説示のように従たるものとして引用されているということはできない」とし、本件モニタージュ写真が適法引用に当たらないと結論した。

このように最高裁は適法引用の要件について引用して利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明瞭区別性と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主従関係を必要とすることを示した。

## 第二款 レオナルド・フジタ事件控訴審（東京高判昭60・10・17判時1176号34頁）

事案の概要は次のとおりである。Yが出版する美術全集（以下本件書籍）に、故藤田嗣治の絵画12点を掲載すべく、同画伯の妻で著作権を承継したXに複製の許諾を求めたが、拒絶された。Yは、本件書籍前半部の図版部分中の「鑑賞図版」としての掲載は断念したが、後半の本文所収の訴外T執筆部分の「補足図版」ならば同論文の引用として許諾は不要と判断し、Xの許諾を得ずに掲載出版した。

Xは、著作権侵害を理由として、Yに対し、本件絵画複製および本件書籍の頒布の差止等を求める訴訟を提起した。原審判決は、Xの差止請求を認容し、損害賠償請求についても一部認容した<sup>10)</sup>。

判決は、主従関係の要件について、「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

であり、このことは本件におけるように引用著作物が言語著作物であり、被引用著作物が美術著作物（本件絵画の複製物）である場合も同様であって、読者の一般的観念に照らして、美術著作物が言語著作物の記述に対する理解を補足し、あるいは右記述の例証ないし参考資料として、右記述の把握に資することができるように構成されており、美術著作物がそのような付従的性質のもの以外ではない場合に、言語著作物が主、美術著作物が従の関係にあるものと解するのが相当である」と述べた。そのうえで、「本件絵画の複製物はそのような付従的性質のものであるに止まらず、それ自体鑑賞性を有する図版として、独立性を有するものというべきであるから、本件書籍への本件絵画の複製物の掲載は、著作権法第三二条第一項の規定する要件を具備する引用とは認めることができない」と結論した。

パロディ・モンタージュ事件第一次上告審では明瞭区別性と主従関係が適法引用の要件として提示されたが判断構造は不明確であった<sup>11)</sup>。レオナルド・フジタ事件控訴審は主従関係の判断において ① 引用の目的、② 両著作物のそれぞれの性質・内容、③ 分量、④ 被引用著作物の採録の方法、態様という考慮要素に分け、かつ、看者の一般的観念に照らし、引用著作物が被引用著作物との関係で主体性を持つことを要求している。加えて、被引用著作物が引用著作物の例証ないし参考資料として引用著作物の内容の把握に努めるものであれば主従関係は認められるが、その場合でも被引用著作物が独立した鑑賞性を有するため適法引用ではないとしている。以上の点が、主従関係の判断における新たな判断構造といえよう。

## 第二節 総合考慮説の代表的裁判例<sup>12)</sup>

### 第一款 美術鑑定書事件控訴審（知財高判平 22・10・13 判時2092号136頁）

事案の概要は次のとおりである。画家であった亡Aの相続人である長男の亡Bおよび、亡Bの長男で亡Bの死亡後に訴える手続きを受継したXが、美術品の鑑定等を業とするYに対し、Yが、亡Aの制作した絵画について鑑定証書を作成する際に、鑑定証書に添付するため絵画の縮小カラーコ

ピーを作製したことは、亡Aの著作権を侵害するものであると主張し、同侵害に基づく損害賠償請求を求めた事件である。

原審判決は、Yがカラーコピーを作製したことは、Xが承継した著作権を侵害するものであり、Yには少なくとも過失があることが認められXの請求を一部認容した<sup>13)</sup>。

判決は、まず美術品のコピーの添付が引用の目的に含まれるかという点について、当該添付は「鑑定証書の偽造を防ぐため」であり、「添付の必要性有用性が認められることに加え、著作物の鑑定業務を適切に行われることには、贋作の存在を排除し、著作物の価値を高め、著作権者等の権利保護を図ることにつながる」として、引用の目的に含まれることを肯定した。そして、「本件各コピー部分のみが分離して供されることは考え難いこと」、「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」本件各コピーの添付は「その方法ないし態様としてみても、社会通念上、合理的な範囲にとどまる」と判示し、適法引用を認めた。

本判決のように、明瞭区別性、主従関係という要件ではなく諸要素の考慮から直接的に適法引用の成否を判断する立場は、「総合考慮説」と呼ばれる。二要件説であれば、明瞭区別性と主従関係を要件とし、後者においては引用の目的、両著作物の性質・内容、分量、採録方法の態様を考慮要素として判断するところ、総合考慮説を採る本判決は、著作権者の権利保護という観点から引用の目的を認め<sup>14)</sup>、美術鑑定書に付したカラーコピーの流過程も懸案し、正当な範囲内であるとして、適法引用を認めている。

### 第三節 小 括

以上、代表的な二要件説の裁判例と総合考慮説の裁判例を概観した。パロディ・モンタージュ事件第一次上告審以来、明瞭区別性と主従関係が適法引用の判断基準であった<sup>15)</sup>。この基準で専ら判断されるのは主従関係であるが<sup>16)</sup>、判断構造は明確でなかった<sup>17)</sup>。そこで、レオナルド・フジタ事件控訴審は、主従関係について、引用の目的、両著作物の性質・内容、分

量、採録方法の態様というより詳細な考慮要素を提示した。

しかし、明瞭区別性と主従関係という要件は、著作権法32条1項の文言との結び付きが乏しい<sup>18)</sup>。そのため、条文に即した解釈を行うことを念頭に置き、「公正な慣行」と「目的上正当な範囲内」という要件から様々な要素を考慮し、適法引用を判断する総合考慮説が現れた。美術鑑定書事件控訴審では、引用したことの有用性・必要性や著作権者の経済的利益など様々な要素から適法引用を判断している<sup>19)</sup>。近年では「公正な慣行」と「目的上正当な範囲内」という要件から様々な要素を考慮して適法引用を判断する総合考慮説が裁判例に多く見られるようになってきている<sup>20)</sup>。

## 第二章 学 説

本章では、二要件説への批判から総合考慮説が有力になる過程を確認する。より具体的には、総合考慮説を支持した飯村、上野の見解を紹介し、二要件説の批判と総合考慮説のメリット、問題点について検討する。その後、明瞭区別性と主従関係という二要件説のメルクマールを維持しつつ、総合考慮説のメリットを備えた茶園説を紹介する。最後に、その他の学説も含めた議論状況を示す。

### 第一節 二要件説への批判

明瞭区別性と主従関係からなる二要件で適法引用を判断する二要件説であるが、明瞭区別性は容易に判断できるため<sup>21)</sup>、適法引用の判断は専ら主従関係にあった<sup>22)</sup>。しかし、主従関係の枠組みにおいてはレオナルド・フジタ事件控訴審で示した引用の目的、両著作物の性質・内容、分量、採録方法の態様だけでなく様々な要素の考慮が行われており主従関係では説明できないとの批判があった。加えて、明瞭区別性も主従関係も条文とは結び付きが乏しいという批判も有力に行われていた。それを指摘し、引用の要件を再検討する試みを示したものを紹介する。

## 第一款 飯村 説

飯村によれば、適法引用の判断は実質的には主従関係で行われており、それも「多様な要素を総合的に考慮して結論を導いているのであり、これを『主従関係』の判断に押し込めるのは、多少無理がある」<sup>23)</sup>としている。その上で、引用は条文上 ①「引用して利用すること」、②「公正な慣行に合致すること」、③「引用の目的上正当な範囲内であること」を要件とし、①については「外見的には、『複製』行為と同じ行為を指す用語」<sup>24)</sup>であるため<sup>25)</sup>、実質的に②、③を検討することで適法引用の判断をすべきとしている。

これらのうち、②「公正な慣行」要件は、裁判所が『慣行の存在』及び『慣行の公正さ』を審理することの負担の大きさと、その意義について懐疑的であるため、「引用方法ないし引用態様が公正であること」程度でよいとしている<sup>26)</sup>。更に、抽象的・規範的な③「引用の目的上正当な範囲内であること」の要件に「目的」、「効果」、「採録方法」、「利用の態様」等を実質的に判断し、具体的な判断基準を設定するべきであるとしている<sup>27)</sup>。

## 第二款 上野 説

上野も主従関係において考慮されている諸要素は必ずしも明白でないまま詰め込まれていると指摘し<sup>28)</sup>、適法引用の要件の再構成を検討している。上野は裁判例の分析から主従関係の実態について研究し、被引用著作物の元の著作物全体における被引用部分の割合の判断が被引用著作物の鑑賞性の程度の判断として用いられていると指摘する。さらに、引用される著作物の性質にも着目し、音楽著作物のように時間というもので表現されるという意味合いを持つ経時的要素<sup>29)</sup>を有していれば、その経時的要素に鑑賞性があると認められるので、著作物の一部引用であればその経時的要素が減殺されるため、付従性が高まり、主従関係が認められやすいと指摘する。最後に、裁判例において引用の目的で考慮されてきたものは主に批評関係であり、引用が批評を目的としていれば主従関係は肯定されやす

いと述べる。その上で、従来、主従関係において考慮されていた要素のうち、二要件に結び付かない「被引用側の元の著作物全体における被引用部分の割合」、「被引用著作権物の権利者に与える経済的影響ないし効果」、「引用の目的」を32条1項の文言に立ち返り、「正当な範囲内」という要件で検討するべきであるとしている<sup>30)</sup>。

### 第三款 茶園説

茶園は、適法引用の条文上の要件、すなわち ① 公表された著作物であること、② 引用該当性、③ 公正な慣行に合致すること、および ④ 引用の目的上正当な範囲内のうち、②の引用該当性において従来の「明瞭区別性」、「主従関係性」（さらに「引用の目的」も考慮し、「他人の著作物を自己の著作物中に採録することが一定の目的のために行われ、それゆえ自己の著作物と他人の著作物との間に一定の関係がある場合」も要件とするようである）を考慮すべきであることを主張している。

また、③「公正な慣行」要件と「引用の目的上正当な範囲内」の要件について、これら引用に該当するものの中から適法引用を選別する機能を持つとしている<sup>31)</sup>。そして、③「公正な慣行」において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を考慮し、④「引用の目的上正当な範囲内」では、明瞭区別性と引用の目的の存在以外の様々な事情、特に引用される側の著作物の市場への影響にかかわる事情が考慮されるべきと説いている。たとえば、引用される側の著作物と引用する側の著作物のそれぞれの性質・内容・分量、引用される側の元の著作物全体との関連における引用される部分の量的割合や質的重要性、引用の態様を考慮するとしている<sup>32)</sup>。

### 第四款 他の学説も含めた議論状況

現在の学説の状況としては ① 公表された著作物であること、② 引用であること、③（当該引用行為が）公正な慣行に合致していること、④

引用の目的上正当な範囲内であることを適法引用の要件とする学説が有力である。その中で、②において、明瞭区別性と主従関係を考慮するのである<sup>33)</sup>。しかし、学説は未だ一致をみておらず、公正な慣行と正当な範囲内という要件から諸要素を総合的に考慮する見解<sup>34)</sup>、明瞭区別性と主従関係を公正な慣行から考慮する見解<sup>35)</sup>や、明瞭区別性は公正な慣行から、主従関係は正当な範囲内から考慮する見解<sup>36)</sup>、正当な範囲内から明瞭区別性と主従関係を考慮する見解<sup>37)</sup>がある。また、公正な慣行と正当な範囲内という抽象的な規範から侵害かどうかを判断するのではなく、従来の二要件（明瞭区別性と主従関係）の方が予測可能性の観点から望ましいとする見解<sup>38)</sup>もある。

また、32条1項の趣旨の解釈を巡って引用する側の著作物性が必要であるかについても見解が分かれている。つまり、引用として他人の著作物を利用できるのは、他人の著作物を利用して新たな著作物を作り「文化の発展に寄与する」ため創作活動を奨励する趣旨であるという考え<sup>39)</sup>と、引用は「文化的な所産と公正な利用に留意しつつ、著作権者等の権利の保護を図」るため、著作権者とその利用者の公正な利用が、引用として他人の著作物を利用することが表現の自由等の妨げにならないよう調整的な役割を担う趣旨であるという考え<sup>40)</sup>である。前者であれば、新たな著作物を創作するために引用が許されるのであるから引用する側の作品に著作物性が認められなければならない<sup>41)</sup>。他方、後者であれば、引用は公正利用としての表現の自由との調整なのであるから必ずしも引用する側に著作物性は要求されない<sup>42)</sup>。しかし、旧法下の節録引用において「自己の著作物中」という文言があったが現行法では削除されており<sup>43)</sup>、この点から引用する側に著作物性を必要としていないと思われる<sup>44)</sup>。また、引用の必然性・必要性を要求するか、最小限度を要求するののかについても諸説分かれている<sup>45)</sup>。

### 第三章 検 討

本章では、二要件説の裁判例の分析を通して、適法引用の判断にどのような要素が考慮されていたかを明確にする。主従関係については二要件説の裁判例をレオナルド・フジタ事件控訴審の判決に沿って、主従関係を① 引用の目的適合性、② 引用著作物と被引用著作物の性質・内容、③（引用著作物と被引用著作物を比較した）相対的分量、④（引用著作物に採録される被引用著作物と元の著作物との比較した）被引用著作物の採録の方法に分類し、考慮要素の精緻化を試みる<sup>46)</sup>。そして、二要件説の裁判例が著作権者の経済的利益を考慮していることを確認する。そして、著作権者の経済的利益という要素は主従関係の枠組みでは説明できず、これを組み入れる判断枠組みの必要性を指摘する。次に、総合考慮説の裁判例を分析し、少ない裁判例から判決に影響した要素を分析する。その上で、総合考慮説の予測可能性の低さと引用の規定の趣旨を逸脱しかねない危険性を含んでいるという批判を行う。最後に、あるべき適法引用の要件について私見を述べたい。

#### 第一節 二要件説の裁判例の分析

二要件説の裁判例を明瞭区別性、主従関係を分析していく。適法引用の成否を決定づける主従関係についてはレオナルド・フジタ事件控訴審を参考に① 引用の目的適合性、② 引用著作物と被引用著作物の性質・内容、③（引用著作物と被引用著作物を比較した）相対的分量、④（引用著作物に採録される被引用著作物と元の著作物との比較した）被引用著作物の採録の方法に裁判例を分類する。

#### 第一款 明瞭区別性

明瞭区別性が否定された事件につき、前掲「豊後の石風呂」事件、前掲

エルミヤ・ド・ホーリイ贋作事件、前掲同控訴審がある。前掲「豊後の石風呂」事件は原告著作物である論文が被告の著作にかかる部分と明瞭に区別できないとし、エルミヤ・ド・ホーリイ贋作事件では、被告の絵画は原告の絵画を依拠して制作されたものであると看取し得るため明瞭に区別できないとしたが、判旨はどちらも明瞭区別性のみならず主従関係にも言及し、両要件を充足しないことから適法引用を否定している<sup>47)</sup>。明瞭区別性が認められるためには、引用された部分を文章等で特定したり<sup>48)</sup>、出典を明示するなど<sup>49)</sup>引用著作物（またはその一部）と被引用著作物とが明瞭に区別されていることにとどまらず、被引用著作物が他人の著作物であることが明瞭に認識できなければならない必要がある<sup>50)</sup>。しかし、明瞭区別性を充足しないことのみを理由として適法引用を否定した裁判例は存在しない<sup>51)</sup>ため、その判断は専ら主従関係でなされているとみるべきである。

## 第二款 主従関係

前掲レオナルド・フジタ事件控訴審では主従関係は「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」と述べた。本稿では、同判決の考慮要素をもとに裁判例を分類し、規範の抽出を試みる。

### (1) 引用の目的適合性<sup>52)</sup>

著作権法32条1項に「報道、批評、研究」と例示するように<sup>53)</sup>引用著作物が、その目的に近い利用行為なら引用が認められやすい<sup>54)</sup>。引用の目的が「報道、批評、研究」に準ずる利用行為であれば引用著作物に主体性が認められるからであると考えられる。

前掲中田英寿事件の「本件詩を紹介すること自体に目的があった」場合や、前掲「ファンブック罪に濡れた二人」事件の「本件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」場合などは被引用著作物に主体性があるため引用が否定されている<sup>55)</sup>。しかし、前掲「脱ゴーマニズム宣言」事件控訴審では、漫画の一部のカットが独立した鑑賞性を有する場合でも、批評という引用の目的があり、引用著作物が主体性を有することから引用が認められている。このように被引用著作物が独立した鑑賞性を有する場合であっても批評等の引用の目的に合致した利用行為（引用せざるを得ない）であれば主体性が認められる（前掲「脱ゴーマニズム宣言」事件控訴審はその他の考慮要素も大きく影響しているため一概に断定することはできない。）。

ここから、引用の目的適合性は被引用部分の利用目的が32条1項に例示する「報道、批評、研究」に近似しているかが判断基準となるといえる。

## (2) 引用著作物と被引用著作物の性質・内容

### (i) 経時的要素<sup>56)</sup>

両著作物の性質・内容を考慮するに際して、引用著作物と被引用著作物の性質が異なる場合（例えば、絵画、漫画、歌唱など）は引用される著作物の経時的要素の程度によって主従関係が判断される。

例えば、前掲「脱ゴーマニズム宣言」事件控訴審のように漫画という言葉の著作物と絵画の著作物から成り、1頁1頁が著作物として成立するが、作品全体を通さないと表現内容を看取しにくいいため経時的な要素が高いといえる。そのため、その一部を引用しても独立性が低く、両著作物の関係で引用著作物が主体性を保持するのに影響は小さい。しかし、前掲レオナルド・フジタ事件控訴審、前掲バーズコレクション事件のように絵画の著作物は経時的要素が少なく独立性が高いため、引用著作物が主体性を保持することは難しい。

つまり、被引用著作物の持つ経時的要素が低いほど引用著作物の主体性は認められにくい。そして、経時的要素の高低は後述する被引用著作物の

元の著作物の全体における被引用部分の割合という引用割合が関係する。

(ii) 表現内容の作品に占める価値

両著作物の性質・内容の考慮に際して、引用著作物中の表現内容の作品に占める価値の優劣が検討されていると思われる。

進学塾のテスト問題を利用して学習教材を作成した前掲四進レクチャー事件では、原告著作物の利用がなければ教材としての存立を維持することができないと判示し、被引用著作物側に表現内容の作品に占める価値があるため主従関係を否定している。また、国語教科書に掲載された作品を利用して教材を作成した前掲共学研究社事件では、複製された原告著作物の思想感情を看者に読み取らせることが必要不可欠であると判示し、被引用著作物の表現内容の作品に占める価値が引用著作物より高いため主従関係を否定している。さらに、原告の闘病生活についての日記をインターネット上に掲載し、それを被告が利用した前掲「がん闘病マニュアル」事件では、被告が記述した文章は平凡なものであり主体性は認められないとして引用を否定している。被告の創作部分より被引用著作物の創作部分に主体性があると判断されており、表現内容の作品に占める価値が被引用著作物の方が高いとして主従関係を否定している。

このように引用著作物の表現内容の作品に占める価値が被引用著作物側にある場合、引用部分に主体性があるというべきであり、引用著作物は付随的な性質にとどまるために引用が否定される。

(3) 相対的分量（引用著作物と被引用著作物との比較から）

引用著作物の一定部分と被引用部分を比較し、分量（量的な割合）に言及したものとして前掲血液型と性格の社会史事件<sup>57)</sup>、前掲小学校用国語検定教科書事件、前掲国語テスト掲載事件がある。裁判例は、いずれも引用著作物と被引用著作物の量的比率も含めて主従関係を判断しているが<sup>58)</sup>、前掲「脱ゴーマニズム宣言」事件控訴審では、「カット採録頁における文章と控訴人カットの占める面積割合をもって主従関係を判断すべきではない」と述べ<sup>59)</sup>、前掲血液型と性格の社会史事件は批評関係も考慮している

こと、前掲小学校用国語検定教科書事件と前掲国語テスト掲載事件では原告著作物の創作性を度外視しては成り立たないことも考慮に入れて、副次的に判断していることから相対的分量は重要ではないと思われる。

そもそも引用著作物のいかなる部分と被引用著作物の分量を比較するかについて裁判例は一致をみない。例えば、前掲血液型と性格の社会史事件では、引用する側の著作物がその内容と著作者の点で、全体として一体と認められるという認定<sup>60)</sup>の下、引用著作物の書籍全体の分量と被引用部分が比較されているのに対して、論文集や画集のように引用著作物が全体として一体ではなく分割しうる場合<sup>61)</sup>には被引用著作物と関連のある一部分について比較されるようである。

少なくとも引用著作物の中で被引用著作物の分量が多ければ量的比率から引用著作物側が主体性を持つことができなくなるので引用が否定されることになる可能性が高いが、その判断には引用著作物の性質を考えた上で比較対象（引用著作物側の比較対象部分）が異なるといえよう<sup>62)</sup>。

(4) 被引用著作物の採録の方法（引用著作物に採録される被引用著作物と元の著作物との比較から）

(i) 割合的分量（引用著作物に採録される被引用著作物の割合と元の著作物との比較）

採録の方法・態様について被引用著作物が元の著作物の一部引用か全部引用かという、被引用著作物側の全体における被引用部分の割合という引用割合が裁判例で考慮されているという見解がある<sup>63)</sup>。例えば、前掲レオナルド・フジタ事件控訴審、前掲バーンズコレクション事件では原告絵画が、前掲中田英寿事件では原告の詩が全部引用されており、前掲「脱ゴーマニズム宣言」事件控訴審では原告漫画が一部引用されている。この要素は独立した鑑賞性と深く結びついている。つまり、全部引用であれば被引用部分の鑑賞性が高くなり、引用著作物との関係で独立性が高くなるので付従性が希薄になりやすい。そのため、全部引用は、適法引用が否定されやすい。一方で、一部引用であれば被引用部分の鑑賞性は低くなるため引

用著作物との関係で独立性が低くなり、付従性が高まるため適法引用が肯定されやすい。しかし、前掲「脱ゴーマニズム宣言」事件のように被引用著作物が独立した鑑賞性を有する場合でも、付従性が肯定されることもあるため、被引用著作物の引用割合については程度の問題といえることができる<sup>64)</sup>。

(ii) 独立した鑑賞性

引用の目的、両著作物の性質・内容及び分量、被引用著作物の採録方法の態様を考慮し、引用著作物の主体性、被引用著作物の付従性を判断する際に、被引用部分が独立した鑑賞性を有するとして引用を否定する場合がある。

前掲「脱ゴーマニズム宣言」事件控訴審は、被引用著作物が独立した鑑賞性を有するが引用が肯定された裁判例である。被引用著作物が漫画であり経時的要素が高く、独立した鑑賞性は低いこと、さらに引用の目的が被引用著作物の批評ということが参酌されている。

次に、独立した鑑賞性が認められ、引用が否定された例として、前掲レオナルド・フジタ事件控訴審、前掲中田英寿事件、前掲「ファンブック罪に濡れた二人」事件がある<sup>65)</sup>。前掲レオナルド・フジタ事件控訴審は掲載した絵画の著作物が画質や大きさの点で鑑賞可能かが考慮されている<sup>66)</sup>。また、前掲中田英寿事件、前掲「ファンブック罪に濡れた二人」事件は掲載した言語の著作物の全部が利用されている点が、鑑賞性が高いと考えられているのではないと思われる。

これら引用が否定された例に共通することは被引用著作物が経済的利益獲得のための取引の対象になるということである。本来であれば被引用著作物の著作権者はそれらを出版し、また、許諾を与えることによって経済的利益を得ることができるはずであるが<sup>67)</sup>、前述の独立した鑑賞性が認められ引用が否定された例では、被引用著作物の著作権者の経済的利益の機会を大きく損ない、かつ、その経済的利益の享受を引用する側にフリーライドしている<sup>68)</sup>。

そのため、独立した鑑賞性という文言は著作権者の経済的利益が考慮されていると思われる。しかし、批評は、著作権者の経済的利益の機会を失わせるかもしれないが、新たな創作活動や表現の自由のためやむを得ないものであるため著作権法32条1項で許容されているのではないかと思われる<sup>69)</sup>。

つまり、諸要素から被引用著作物の独立した鑑賞性を考慮するがそれは著作権者の経済的利益の考慮を行っている。その上で重要になるのは、被引用著作物がどの程度元の著作物を占めるのかという、割合的な分量である。もっとも、独立した鑑賞性が認められる場合であっても引用の目的に合致し、著作権者が許諾しそうにないやむを得ない理由がある場合は適法引用が認められるのではないかと思われる。

### 第三款 二要件説の主従関係についての小括

#### (1) 著作権者の経済的利益の有無の判断において参酌される考慮要素

著作物の性質・内容は被引用著作物の経時的要素の程度の判断を含み、それは被引用著作物側の元の著作物の全体における被引用部分の割合という採録方法の態様から導き出される。これらは被引用著作物の経済的利益が考慮されているように思われる。つまり、被引用著作物側の元の著作物の全体における被引用部分の割合という間接的な考慮要素を通して被引用著作物の鑑賞性の高低を検討する。鑑賞性が高ければ、それは本来著作物として市場に流通し、金銭的価値を持つ取引対象となるべきものである。それを引用として利用することを許容することは、被引用著作物が持つ金銭的価値にフリーライドされかねない<sup>70)</sup>。また、被引用著作物が独立した鑑賞性を持たない場合でも引用著作物の表現内容の作品に占める価値が被引用著作物にある場合は、被引用著作物の金銭的価値にフリーライドされるため許されるべきでない。前掲レオナルド・フジタ事件控訴審では、原告絵画が全部引用されており、前掲中田英寿事件は原告が作成した詩が全文掲載されていた。前掲「ファンブック罪に濡れた二人」事件は、イン

ターネット掲示板の書き込みの全部引用されており独立鑑賞性の程度も高く、被引用著作物の著作権者に与える経済的影響が大きいといえよう。また、前掲四進レクチャー事件、前掲共学研究社事件、前掲「がん闘病マニュアル」事件に加え、原告絵画から受ける印象が読者には大きいことから絵画の適法引用を否定した前掲パーズコレクション事件、原告エスキースが表現の中心であり、絵画の著作物であるエスキースの適法引用を否定した前掲建築エスキース事件も著作権者の経済的利益に対するフリーライドの有無から判断を下しているように思われる。

## (2) それ以外の考慮要素

一方で、著作権者の経済的不利益を認めてでさえも引用として認められる利用がある。それは当該利用行為が著作権法32条1項に規定する「報道、批評、研究」に関係性を持つときである。たとえば、批評するとき、その著作物の著作権者は、批評により自己の著作物の評判が落ち、著作物の金銭的価値の低下により経済的利益を喪失することを考える。そうすると、著作権者はそれらの利用行為について許諾を与えたくない<sup>71)</sup>。しかし、その場合、表現活動が制限されてしまうため著作権法は引用を規定し著作権者による表現活動の制限を抑えているのであろう。その例が被引用著作物を批評する目的で適法引用を認めた前掲「脱ゴーマニズム宣言」事件第一審、批評の対象を明示する目的で適法引用を認めた前掲「脱ゴーマニズム宣言」事件控訴審、被引用著作物の主張する仮説を検証批評する目的で適法引用が認められた前掲とんでも本事件であろう。一方で、必ずしも被引用著作物を利用しないといけないというわけではないとする前掲「XO醬男と杏仁女」事件や、創作活動をするうえで被引用著作物を引用して利用する必要はなく、単に紹介することに目的がある前掲中田英寿事件や前掲「ファンブック罪に濡れた二人」事件の場合は、適法引用は否定されている。

このように主従関係の考慮要素は著作権者の経済的利益を参酌するものと、それ以外とに分類できる。前者は被引用著作物の性質・内容、採録の

方法・態様から市場における著作物の金銭的価値に乗じたフリーライドを抑える役割があり、被引用著作物の元の著作物の全体における被引用部分の割合を考慮し判断される。一方、後者は著作者の経済的利益を勘案しつつ、引用の必要性がある利用行為は引用として認められる可能性が高い。

#### 第四款 二要件説の問題点

二要件説では明瞭区別性と主従関係から適法引用を判断する。そして、明瞭区別性をもって適法引用を否定する裁判例は少ないことから<sup>72)</sup>、その判断は専ら主従関係で考慮される。しかし、主従関係を判断する際の引用の目的、両著作物の性質・内容、分量、採録方法の態様という考慮要素は必ずしも主従関係に直接結びついていない<sup>73)</sup>。確かに引用著作物と被引用著作物の単純な量的割合の比較<sup>74)</sup>や、引用の目的は主従関係の枠組みに収まるものだといえよう<sup>75)</sup>。

一方で、被引用著作物の性質・内容の判断で考慮される被引用著作物の経時的要素の程度は被引用著作物の元の著作物の全体における被引用部分の割合（引用割合）という採録方法の態様から導き出される<sup>76)</sup>。経時的要素が高いものはそれ単体の鑑賞性が高く、著作物として市場に流通し取引の対象となるものであると考えられる（独立した鑑賞性）。そのため、引用として他人の著作物を利用できる行為を容易に許すと、著作権者の経済的利益を得る機会を逸する。そのため、両著作物の性質・内容の経時的要素・表現内容に占める価値の考慮要素、採録の方法の態様という考慮要素では著作権者の経済的利益が考慮されている。

しかし、この著作権者の経済的利益の考慮というのは前掲パロディ・モンタージュ事件第一次上告審、前掲レオナル・フジタ事件控訴審が示した主従関係の考慮要素の枠組みには入っていない<sup>77)</sup>。この点が、主従関係では説明できない要素が実質的に考慮されている。つまり、前掲パロディ・モンタージュ事件第一次上告審や、前掲レオナル・フジタ事件控訴審が示した二要件説の主従関係の考慮要素だけでは裁判例の判断に限界

がある<sup>78)</sup>。そのため、二要件説の立場では主従関係の考慮要素に含まれない要素を検討する枠組みが必要であると考えられる。

## 第二節 総合考慮説の裁判例の分析と問題点

総合考慮説は、考慮要素として他人の著作物を利用する目的のほか、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・程度など様々な要素を「公正な慣行」、「引用の目的上正当な範囲内」という要件で適法引用を判断する。二要件説の明瞭区別性、主従関係の枠組みにとらわれず、社会通念や著作権者の経済的利益なども考慮し、柔軟な判断をできる一方で予測可能性は低くなる。

総合考慮説では著作権者の経済的利益にとどまらず著作権者の権利保護に言及している（前掲美術鑑定書事件控訴審）、作者の創作的意図から反するとして適法引用が否定された前掲創価学会写真ビラ事件控訴審も創作意図という著作人格権のような権利保護に言及している。著作権者に利用許諾を取らなかったことで引用を否定した前掲絶対音感事件第一審も著作権者の経済的利益を鑑みたものと捉えることができる。それに伴って引用側には引用の必要性が要求されている（前掲都議会議員写真ビラ事件<sup>79)</sup>）。また、社会通念上引用が正当な範囲であるとはいえないとする前掲創価学会ビラ写真事件第一審、前掲幸福の科学事件、前掲創価学会事件Ⅱも引用の必要性がないことを理由に否定している。（前掲創価学会ビラ写真事件第一審、創価学会事件Ⅱでは、専ら被写体を揶揄するために用いられていることから引用の目的がないと思われ、前掲幸福の科学事件も霊言の一部を複製頒布する行為は引用の目的がないように思われる。）このように総合考慮説では「公正な慣行」、「引用の目的上正当な範囲内」という要件の下判決を下すことができる。

総合考慮説の裁判例は著作権法32条1項の文言に従って「公正な慣行」、「引用の目的上正当な範囲内」という要件から様々な要素を考慮して引用の適法性について判断する。社会通念や著作権者の経済的利益、作者の

無形的な利益など、明瞭区別性や主従関係にとらわれず、判決を下すことができる。一方で、「公正な慣行」、「引用の目的上正当な範囲内」という文言は過度に抽象的であり、考慮要素が多様化するため予測可能性が低い<sup>80)</sup>。加えて、本来「報道、批評、研究その他」を引用の目的とし、「正当な範囲内」で他人の著作物を利用することを許容していた引用の役割を逸脱してしまうおそれがある。つまり、考慮要素の判断によっては本来引用が許容していない著作物の利用行為も引用となる可能性がある。こうなると引用は著作権法を制限する包括的な規定になる<sup>81)</sup>。特に前掲美術鑑定書事件控訴審では、引用の目的に列挙されていない著作物の利用行為をその必要性・有用性<sup>82)</sup>から、加えて流通態様、著作権者の経済的利益から引用を認めており、このような要素は二要件説では考慮されていなかった。そのため裁判例の連続性がなく、著しく予測可能性を欠く。つまり、総合考慮説の立場からは法的安定性を確保することと、裁判例と連続性を持たせる規範を確立する必要がある。

### 第三節 私 見

#### 第一款 裁判例の分析の小括と学説の問題点

以上、裁判例の分析を通して、二要件説では、適法引用の要件である明瞭区別性と主従関係のうち、主従関係の「引用の目的適合性」、「両著作物の性質・内容」、引用著作物と被引用著作物を比較した「相対的分量」、引用著作物に採録される被引用著作物と元の著作物を比較した「被引用著作物の採録の方法」は著作権者の経済的利益の判断に考慮される要素とそれ以外に分類することができた。そのうち、それ以外の考慮要素に分類される「引用の目的適合性」と「相対的分量」は主従関係の枠組みで説明できるものの、「両著作物の性質・内容」、「被引用著作物の採録方法」から考慮されていた著作権者の経済的利益は主従関係という引用著作物と被引用著作物の関係のみでは説明できないものであるため（被引用著作物と元の著作物との関係が考慮されているため）、これを主従関係に押しとどめて

解決しようというのは大いに問題である。

一方で、著作権法はその一条で最終的な法目的である「文化の発展に寄与する」ため「著作権者等の権利を保護」することを定めている。著作物という無体物は公共性<sup>83)</sup>という性質を備えているため、容易にその金銭的・非金銭的価値にフリーライドを許してしまうと、著作者の創作意欲が減退するため著作物の過少生産が起き<sup>84)</sup>、著作物が社会全体にもたらす効用も減少するため、「文化の発展に寄与」という法目的を達成することは難しい。そのため、著作権法は知的創作活動の成果物に対して「著作権」を付与して保護し、一定の排他権を与えることで著作物を創作することへのインセンティブを与えているのである<sup>85)</sup>。そうであるとすれば、引用という制限規定であっても著作権者の経済的利益を考慮する必要がある。つまり、適法引用の成否において著作権者の経済的利益を考慮することは妥当であるものの、主従関係においてこれを説明することは限界がある。

また、総合考慮説では主従関係にとらわれず、「公正な慣行に合致」、「引用の目的上正当な範囲内」という要件から著作権者の経済的利益など様々な要素を考慮することができる。しかし、文言が過度に抽象的であることから予測可能性を著しく欠く。そのため法的安定性を確保するために考慮要素を明確化する必要がある。したがって、二要件説の明瞭区別性と主従関係という一定のメルクマールを維持しつつ、二要件で考慮することが適切ではない（しかし適法引用の成否の検討に当たり考慮すべき）要素（経済的利益）については、他の要件で考慮するのが適当である。

この点、従来の学説は十分に応えていなかった。例えば、飯村説によれば、「引用の目的上正当な範囲内」の要件の下で「目的」、「効果」、「採録方法」、「利用の態様」を総合考慮するということであったが<sup>86)</sup>、考慮要素が過度に曖昧であること、かつ、単に「目的」としてしまうと前掲美術鑑定書事件控訴審のように著作権者の権利保護のための有用性・必要性などを引用の目的とするような本来引用規定が想定していない利用態様にまで権利制限を広げかねない<sup>87)</sup>。加えて、主従関係というメルクマールもない

ので予測可能性を著しく欠くという問題がある。

また、上野説であれば「正当な範囲内」の要件で「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ないし効果」、「引用の目的（批評関係）」を考慮するが<sup>88)</sup>、主従関係というメルクマールを無視し、「正当な範囲内」という非常に抽象的な要件で引用の成否を検討することは、予測可能性を欠くことは指摘したとおりである。それに加えて、「引用の目的」は引用著作物と被引用著作物が、どちらが主であり従であるかの主従関係の判断には適当であるように思われる。つまり、「引用の目的」では主従関係に適さない採録態様を除く役割を持つのである。また、上野は「引用著作物と被引用著作物の表現内容の作品に占める価値」の考慮は行っていないが、この要素も著作権者の経済的利益に関係するので「正当な範囲内」の要件で考慮することが妥当であると思われる。

茶園説では、引用該当性から明瞭区別性と主従関係を導き、「正当な範囲内」という要件で「引用される側の著作物と引用する側の著作物のそれぞれの性質・内容・分量、引用される側の元の著作物全体との関連における引用される部分の量的割合や質的重要性、引用の態様を考慮する」ということであった<sup>89)</sup>。しかし、引用該当性における主従関係の考慮要素と「正当な範囲内」の考慮要素が重複しているように思われる。つまり、引用著作物と被引用著作物の量的比率は主従関係で検討されるべきであり、「正当な範囲内」の要件では検討すべきでない。加えて、「引用される側の著作物と引用する側の著作物のそれぞれの性質・内容・分量、引用される側の元の著作物全体との関連における引用される部分の量的割合や質的重要性、引用の態様」考慮すると述べているが、要素が多様で抽象的すぎるため精緻化する必要があると思われる。

本稿第二章第四款で学説状況も混迷を極めていることを確認したとおり、二要件説、総合考慮説の問題点に十分対応できていない。以上の問題点を踏まえたうえで、それを克服するために適法引用の要件について私見を述

べる。

## 第二款 引用の要件について裁判例の分析から

### (1) 公表された著作物であること

引用して利用するためには対象が公表された著作物でなければならない。公表された著作物であれば、引用行為は特段利用行為を規定していないので<sup>90)</sup> その範囲は、言語の著作物、音楽の著作物等あらゆる著作物に及ぶ<sup>91)</sup>。

### (2) 引用該当性

著作権法上はどのような行為が引用というのかについて明文で規定していない。ただ「引用して利用することができる」と定めているだけである。そのため、引用というためには、パロディ・モンタージュ事件第一次上告審判決で「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、右両著作物との間に前者が主、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」と示したように明瞭区別性と主従関係が要求されるものと解する<sup>92)</sup>。

本稿では、主従関係のうち「引用の目的適合性」と引用著作物と被引用著作物を比較した「相対的分量」が引用該当性について考慮されるべきであると考え。なぜなら、従来、主従関係で説明されていた「両著作物の性質・内容」、「採録方法の態様」は被引用著作物の元の著作物との関係を参酌し、被引用著作物の著作権者の経済的利益の考慮しており、引用著作物と被引用著作物の主従関係を表すものではないためである。さらに、パロディ・モンタージュ事件第一次上告審が述べる「紹介」、「参照」という利用行為は程度にもよるが、前掲中田英寿事件や、前掲「ファンブック罪に濡れた二人」事件のように独立した鑑賞性が高まるため引用を否定する方向に働くと思われる。そのため、実質的には32条1項に例示する「報道、批評、研究」に利用行為が近似しているかが焦点になると思われる。加えて、引用著作物と被引用著作物を比較した「相対的分量」では、裁判例で

も補強的な要素にとどまるように引用著作物中における被引用著作物の相対的分量が多いほど主従関係は認められにくいという程度の理解で問題ないと思われる。

この点、わが国著作権法の著作権の制限は個別制限規定であるため、権利制限規定がある利用行為以外は著作権侵害となってしまう。そこで、「引用」という文言を柔軟に解釈し、「公正な慣行」、「目的上正当な範囲内」という文言に着目し包括的な権利制限規定のように用いて柔軟に対応すべきであるとの見解<sup>93)</sup>がある。しかし、「権利制限規定は、立法府が、ある特定の著作物の利用について、その必要性・有用性・社会的意義と著作権者との利益との衡量を行った結果、一定の要件の下で、これを適法とするとの立法判断により、設けたものである」から、「いったん立法による諸利益の衡量・調整を経てでき上がった既存の権利制限規定に対し、裁判所がその立法趣旨からかい離した解釈適用を行うことは、もはや解釈論としての域を超えており、権利制限規定の存在をないがしろにしかねない。」<sup>94)</sup>と思われる。そのため、引用該当性という要件を無視して、あらゆる利用行為に著作権法32条1項を運用することには賛成できない。

### (3) 公正な慣行に合致すること

この要件に関して、立法者は「世の中で著作物の引用行為として実態的に行われており、かつ、社会感覚として妥当なケースとして認められるものが、公正な慣行に合致する」<sup>95)</sup>と述べるが、社会に存在する慣行が存在する場合であってもそれが公正と認められるかどうかを審理することは負担が大きく<sup>96)</sup>、また、情報技術の発達による新たな利用行為についてはそもそも慣行が存在しないことがあり得る<sup>97)</sup>。そのため、実質的には「引用の目的上正当な範囲内」の要件において、著作権者に著しい不利益を与えないということに集約されると思われる<sup>98)</sup>。

### (4) 引用の目的上正当な範囲内であること

適法引用となるためにはその引用が引用の目的上正当な範囲内で行われなければならない。二要件説では明瞭区別性と主従関係が認められれば、

「公正な慣行」要件と「引用の目的上正当な範囲内」要件を満たし、適法引用が認められる。総合考慮説では諸要素を「公正な慣行」要件と「引用の目的上正当な範囲内」要件で考慮して適法引用の判断を下していた。

しかし、二要件説では条文との関連性が明らかではないこと、加えて、主従関係で説明できない著作権者の経済的利益を考慮していることが批判されてきた。総合考慮説では、様々な要素を考慮することから予測可能性に欠けるという問題があった。

そのため、「引用の目的上正当な範囲内」要件の下では、「著作物の性質・内容」、「採録方法の態様」の分析から得た、著作権者の経済的利益の考慮を行うことで、主従関係では説明できなかった被引用著作物と元の著作物との関係を考慮することができる。その際に考慮すべき具体的な要素としては、「被引用著作物の経時的性質の程度」、「引用著作物と被引用著作物の表現内容の作品に占める価値」、「引用著作物に採録された被引用部分と被引用著作物との割合的分量」であると考えられる。

従来、学説は引用該当性で明瞭区別性と主従関係を考慮し、「正当な範囲内」か否か（又は「公正な慣行に合致する」か否か）は前掲レオナルド・フジタ事件控訴審の判決内容を参考にした考え<sup>99)</sup>や、それと上野の見解を折衷したような考え<sup>100)</sup>が見受けられる。しかし、主従関係の本質は「引用の目的適合性」と、引用著作物と被引用著作物を比較した「相対的分量」である。本稿は、この点を明らかにすることによって適法引用における二要件説との連続性を維持しつつ、「引用の目的上正当な範囲内」という要件で二要件説の主従関係では説明できなかった著作権者の経済的利益の考慮について、「被引用著作物の経時的性質の程度」、「引用著作物と被引用著作物の表現内容の作品に占める価値」、「引用著作物に採録された被引用部分と被引用著作物との割合的分量」とし考慮要素を精緻化した。このような著作権者の経済的利益の考慮要素の精緻化は、今までになく今後の適法引用の予測可能性を高めるものと思われる。

## お わ り に

### (1) 総 括

第一章では適法引用に関する裁判例を概観し、パロディ・モンタージュ事件第一次上告審が示した明瞭区別性と主従関係という二要件説が適法引用の解釈においてメルクマールとなり、レオナルド・フジタ事件控訴審でさらに主従関係を判断する考慮要素が細分化した。しかし、二要件説では条文との結び付きが薄い。そのため、現在では二要件にとらわれず、条理から適法引用を判断する総合考慮説が現れた。総合考慮説では、様々な要素を条文に即して考慮し適法引用を判断する。第二章では、学説は未だ一致をみないことを確認した。第三章では、二要件説の裁判例を主従関係について分析すると、主従関係では説明できない著作権者の経済的利益が考慮されており、二要件説からはこれを考慮する枠組みが、総合考慮説からは予測可能性を高める必要があることを確認した。

その上で、私見として、引用の要件は引用該当性で明瞭区別性と主従関係を「引用目的適合性」と引用著作物と被引用著作物との比較した「相対的分量」が考慮されるべきであることを指摘した。そして、主従関係で説明するには限界があった著作権者の経済的利益の考慮に関しては「引用の目的上正当な範囲内」という要件の下、「被引用著作物の経時的性質の程度」、「引用著作物と被引用著作物の表現内容の作品に占める価値」、「引用著作物に採録された被引用部分と被引用著作物との割合的分量」を考慮することとした。このような考慮要素の精緻化は適法引用の予測可能性を高めることに貢献出来ると思われると結論付けた。

### (2) 今後の課題

総合考慮説の裁判例は少なく、事例も偏っているため判例の蓄積を待つばかりである。本稿では、二要件説の主従関係で説明できない著作権者の経済的利益について「引用の目的上正当な範囲内」という要件の下検討す

るという結論に至ったが、総合考慮説の裁判例は著作者の制作意図という著作権者の経済的利益以外の要素についても考慮している。そのため、著作権者の非経済的利益についてどのような要素が保護に値するかは今後の検討課題としたい。さらに近時、情報技術の発達により社会的に見れば公正であるものの、権利制限規定がないばかりに著作権侵害になってしまう著作物の利用について、引用規定を包括的な権利制限規定のように用い、解決しようとする傾向があった。実際に情報技術の発達に立法が追いついてないためにそのような「受け皿」としての包括的な権利制限規定が検討されたが<sup>101)</sup>、4つの個別制限規定の立法に終わった<sup>102)</sup>。わが国が個別制限規定を設けているのは、「著作権の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、裁判所より立法府の判断にゆだねることが適切である」<sup>103)</sup>ためである。また、行為の頻度や規範適用による紛争解決の頻度が引用規定は他の条文に比べて相対的に高いことが考えられるので、包括的な規定ではなく、より具体的な個別の規定が適している<sup>104)</sup>。そのため、情報技術の発達によって侵害となってしまうような利用行為の救済については引用規定ではなく専ら立法によって解決が図られるべきであろう<sup>105)</sup>。

- 1) 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)91頁、上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」森泉章編『著作権法と民放の現代的課題——半田正夫先生古稀記念論集——』308頁(法学書院, 2003)。
- 2) 代表的な裁判例として、後掲レオナルド・フジタ事件控訴審、後掲「脱ゴーマニズム宣言」事件控訴審。
- 3) 代表的な裁判例として後掲絶対音感事件第一審。学説として飯村・前掲注(1)91頁以下参照、上野・前掲注(1)307頁以下参照。
- 4) 代表的な裁判例として後掲美術鑑定書事件控訴審。
- 5) 旧法下の裁判例につき、『民青の告白』事件第一審(東京地判昭47・10・11無体裁集4巻2号538頁)、同控訴審(東京高判昭55・9・29判時981号75頁)、パロディ・モンタージュ事件第一審(東京地判昭47・11・20判時689号57頁)、同控訴審(東京高判昭51・5・19判時815号20頁)を検討したが、統一した判断基準はない。

- 6) 同様に明瞭区別性と主従関係から適法引用を導く二要件説を採用する裁判例として、レオナル・フジタ事件第一審（東京地判昭和59・8・31判時1127号138頁）、レオナル・フジタ事件控訴審（東京高判昭和60・10・17判時1176号34頁）、「豊後の石風呂」事件（東京地判昭和61・4・28判時1189号108頁）、英語教科書の補助教材用録音事件（東京地判平成3・5・22判時1421号113頁）、「家庭教師の満足度」事件（東京地判平成4・9・11平成3年（ワ）10022）、四進レクチャー事件（東京地判平成8・9・27判時1145号134頁）、エルミヤ・ド・ホーリイ贋作事件（大阪地判平成8・1・31判タ911号207頁）エルミヤ・ド・ホーリイ贋作事件控訴審（大阪高判平成9・5・28知裁集29巻2号481頁）、血液型と性格の社会史事件（東京地判平成10・10・30判時1674号132頁）、バーンズコレクション事件（東京地判平成10・2・20判時1643号176頁）、とんでも本事件（水戸地判龍ヶ崎支判平成11・5・17判タ1031号235頁）、「脱ゴーマニズム宣言」事件第一審（東京地判平成11・8・31判時1702号145頁）、「脱ゴーマニズム宣言」事件控訴審（東京高判平成12・4・25判時1724号124頁）、中田英寿事件（東京地判平成12・2・29判時1715号76頁）、建築エスキース事件（東京高判平成13・9・18平成12年（ネ）4816）、小学校用国語検定教科書事件（東京地判平成13・12・25平成12（ワ）17019）、国語テスト掲載事件（東京地判平成15・3・28判時1834号95頁）、共学研究社事件（東京地判平成16・5・28判時1869号79頁）、「X O 醬男と杏仁女」事件（東京地判平成16・5・31判時1936号140頁）、「ファンブック罪に濡れた二人」事件（東京地判平成16・3・11判時1893号131頁）、オークションカタログ事件（東京地判平成21・11・26平成20年（ワ）31480）、「がん闘病マニュアル」事件（東京地判平成22・5・28平成21年（ワ）12854）、秀和システム事件（東京地判平成22・1・27平成20年（ワ）32148）を検討した。詳細な分析については後述する。
- 7) なお、差戻控訴審（東京高裁昭和58・2・23無体裁判集15巻1号71頁）では、引用の要件については前述の最高裁判示部分と同じであり、第二次上告審（最終昭和61・5・30判時1199号26頁）では、そもそも引用の成否については争点になっていない。
- 8) 小酒禮「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和55年度35巻10号（1985）154頁。判旨部分は著作人格権を侵害するような態様とする引用は許されないとするため、引用に関わる判旨部分は傍論であるが、このように判決が述べたのは「原審の著作人格権侵害否定の判断における前提判断を覆し、著作人格権の不存在を積極的に行うことができないとするためであった。」としている。同旨を述べるものとして斎藤博「判批」民商84巻1号（1981）48、49頁。飯村「判批」別冊ジュリスト231号（2016）144、145頁。
- 9) 昭和45年改正以前の旧著作権法は30条1項2号に、発行後の著作物を「自己ノ著作物中ニ正当ノ範囲内ニ於テ録録引用スルコト」によって複製する行為は著作権の侵害とみなさないと規定し、同2項は、これに出所の明示を要するとしていた。
- 10) 東京地判昭和59・8・31無体裁判集16巻2号547頁。
- 11) 渋谷達紀「判批」法協98巻11号（1981）1558頁。主従関係の問題について量的な主従関係であるのか、質的内容的な主従関係であるのかと疑問を呈する。伊藤真「判批」別冊ジュリスト157号（2001）117頁も付従性（主従関係）の要件は、条文上は、「正当な範囲内」というところから導かれているが、何が「正当な範囲内」であるかは法文上明らかでないと指摘している。

- 12) 総合考慮説の裁判例として他に、絶対音感事件第一審（東京地判平13・6・13判時1757号138頁）、絶対音感事件控訴審（東京高判平14・4・11平成13(ネ)3677・5920）、創価学会ピラ写真事件第一審（東京地判平15・2・26判時1826号117頁）、創価学会写真ピラ事件控訴審（東京高判平16・11・29平成15年(ネ)1464）、都議会議員写真ピラ事件（東京地判平23・2・9平成21年(ワ)25767・36771）、幸福の科学事件（東京地判平24・9・28判タ1407号368頁）、パンフレット事件（大阪地判平25・7・16平成24年(ワ)10890）、美術書鑑定事件Ⅱ（東京地判平26・5・30平成22年(ワ)27449）、創価学会事件Ⅱ（東京地判平27・4・27平成26年(ワ)26974）がある。詳細な分析については検討において後述する。
- 13) 東京地判平22・5・19判時2092号142頁。
- 14) 青木大也「判批」ジュリスト1460号（2013）109頁は鑑定業務が「著作権法の規定する引用の目的」に合致するかはあまり関係がなく、強いて言えば「正当な範囲内」の問題とすべきであると指摘している。同じように鑑定業務が引用の目的に含まれないとして批判するものとして、井関涼子「判批」ジュリスト臨時増刊1420号（2011）334頁、板倉集一「判批」知財管理61巻8号（2011）1253頁、張 睿映「判批」新・判例解説 Watch10号（2012）250頁。
- 15) 小酒・前掲注(8)154頁。本判決は旧法下ではあるが現行の著作権法の解釈にもそのまま参考になるとしたため、現行法下もこの二要件は用いる裁判例が多数になったと思われる。一方で、飯村・前掲注(8)144、145頁は最高裁が旧法30条1項2号の解釈について述べた部分は傍論であり判例拘束力は有しないとす。
- 16) 上野・前掲注(1)93頁、飯村・前掲注(1)311頁。
- 17) 渋谷・前掲注(11)1558頁、伊藤・前掲注(11)117頁。
- 18) 飯村・前掲注(1)91頁、上野・前掲注(1)308頁。
- 19) 杉原嘉樹「『引用』の成否及び日本版フェア・ユースについて」学習院法務研究4号（2011）102頁。
- 20) なお、総合考慮説が現れてからも二要件説をとる裁判例は存在する。近時のものとして前掲オークションカタログ事件、前掲秀和システム事件、前掲「がん闘病マニュアル」事件。
- 21) 飯村・前掲注(1)93頁、上野・前掲注(1)311頁。
- 22) 同上。
- 23) 飯村・前掲注(1)94頁。
- 24) 飯村・前掲注(1)94、95頁。
- 25) 飯村・前掲注(1)95頁。渋谷達紀『知的財産法講義』（有斐閣 第二版 2007）262頁も引用について「自己の著作物などの一部に、他人の著作物を複製又は無形的に再製……して、自己の著作物を創作する行為をいう。」と述べるので同旨と思われる。
- 26) 飯村・前掲注(1)96頁。
- 27) 飯村・前掲注(1)96頁。
- 28) 上野・前掲注(1)308頁。
- 29) 上野・前掲注(1)322、323頁、330頁。経時的要素とは、時間の経過の中で表現されるものという意味で用いられている。

- 30) 上野・前掲(1)326～329頁。例外として「取込型」引用と引用の目的が批評関係であっても、利用されている著作物そのものが直接の批評の対象となっているとは言い難い場合には今後検討を要するとしている。
- 31) 茶園茂樹「引用の要件について」コピライト 2008年5月号(2008)2頁以下参照。
- 32) 茶園・前掲注(31)13～15頁。
- 33) 同様に引用要件において明瞭区別性と主従関係性を要求するものとして、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)63,64頁,鳥並ほか『著作権法入門』183～187頁〔鳥並良執筆〕(有斐閣 第二版 2016),横山久芳「著作権の制限(1)」法学教室341号(2009)143～150頁,高林龍『標準著作権法』(有斐閣 第二版 2013)167～172頁,愛知靖之「判批」旬刊商事法務2035号(2014)46頁。
- 34) 中山信弘『著作権法』(有斐閣 第二版 2014)324頁,高部真規子『実務詳解 著作権訴訟』(きんざい 2012)274頁,同「判批」別冊ジュリスト231号(2016)147頁,飯村・前掲注(1)91頁,上野・前掲注(1)327,328頁。
- 35) 斎藤博『著作権法』(有斐閣 第三版 2007)241～244頁,渋谷・前掲注(25)263～269頁。
- 36) 加戸守行『著作権法逐条講義』(著作権法情報センター 六訂新版 2013)266,267頁,半田=松田編『著作権法コンメンタール2』191,192頁〔盛岡一夫執筆〕(勁草書房 2009),金井=小倉『著作権法コンメンタール』619～627頁〔金井=小倉執筆〕(レクシスネクシス・ジャパン 2013),角田=辰巳『知的財産法』248,249頁〔角田政芳執筆〕(有斐閣 第七版 2015),盛岡一夫「引用の要件」紋谷暢男教授古稀記念論文集刊行会『紋谷暢男教授古稀記念 知的財産権法と競争法の現代的展開』978～986頁(発明協会 2006)。
- 37) 千野=尾中『著作権法の解説』23,24頁〔尾中普子執筆〕(一橋出版 八訂版 2009),半田=紋谷編『著作権のノウハウ』235～238頁〔清水幸雄・柳沢眞実子執筆〕(有斐閣 第六版 2002)。
- 38) 三山裕三『著作権法詳説——判例で読む16章』(レクシスネクシス・ジャパン 第八版 2010)320～322頁。栗田昌裕「引用の要件について」『知的財産法の挑戦』(弘文堂 2013)274頁以下も二要件説を重視する立場のように思われる。
- 39) 斎藤・前掲注(35)241頁,鳥並ほか・前掲注(33)183頁ほか。
- 40) 川原・前掲注(33)64頁,横山・前掲注(33)143頁,中山・前掲注(34)256頁,宮脇正晴「判批」速報判例解説7号(2010)262頁,愛知・前掲注(33)47頁。
- 41) 鳥並ほか・前掲注(33)184頁,斎藤・前掲注(35)241頁,同「判批」判例評論630号(2011)31頁,作花文雄『詳解著作権法』(ぎょうせい 第四版 2010)336頁,同「『引用』概念による公正利用と法制度上の課題」コピライト2011年9月号(2011)34頁以下参照,高林・前掲注(33)171頁など。
- 42) 茶園・前掲注(31)16頁,同「判批」Law&Technology51号(2011)95頁,宮脇・前掲注(40)262頁,中山・前掲注(34)261頁など。
- 43) 立法過程を詳しく述べるものにつき,茶園・前掲注(31)2頁以下参照,作花・前掲注(41)「『引用』概念による公正利用と法制度上の課題」34頁以下参照。中山・前掲注(34)

326頁も「敢えて『自己ノ著作物中ニ』という要件を外したのであるから、文理上からも著作物性を要求しないと解することが可能であり、またそのように解するのが妥当と考えられる。」としている。

- 44) 作花氏や斎藤氏は現行法の改正過程から「引用」という言葉自体に旧法の「自己ノ著作物中ニ」という意味合いが含まれているとしている。裁判例では引用側に著作物性を要求するものとして前掲バーズコレクション事件、前掲がん闘病マニュアル事件。一方、著作物性が不要なものとして前掲美術書鑑定事件控訴審があり統一されていない。
- 45) 引用の必要性や必然性を要件とするものとして、加戸・前掲注(36)244頁、作花・前掲注(41)『詳解著作権法』337頁など。なお、前掲レオナルド・フジタ事件控訴審判決では引用の必要性・必然性について適法引用の要件とすることを否定している。
- 46) 裁判例を詳細に述べるものとして、今井弘晃「引用の抗弁」牧野＝飯村編『新・裁判実務大系著作権関係訴訟法』391頁以下(青林書院 2004)、栗田・前掲注(38)274頁以下、平澤卓人「被写体の行動を揶揄・批評するための写真の引用の可否——創価学会写真ウェブ掲載事件——」知的財産法政策学研究17号(2007)183頁以下、同「絵画鑑定書への絵画のコピーの添付と著作権法上の『引用』」知的財産法政策学研究43号(2013)287頁以下、五十嵐敦「著作権の制限(引用の抗弁について)」牧野ほか編『知的財産法の理論と実務第四巻』262頁以下(新日本法規出版 2007)参照。
- 47) しかし、判旨は「明瞭に区別し、これを従たるものとして引用しているということは到底できない。」として、主従関係にも言及している。
- 48) 前掲小学校用国語検定教科書事件、前掲国語テスト掲載事件、前掲血液型と性格の社会史事件、前掲とんでも本事件、前掲「家庭教師の満足度」事件。
- 49) 前掲秀和システム事件、前掲「脱ゴーマニズム宣言」事件第一審、前掲レオナルド・フジタ事件控訴審。
- 50) 栗田・前掲注(38)284頁。
- 51) 栗田・前掲注(38)284頁、平澤・前掲注(46)「絵画鑑定書への絵画のコピーの添付と著作権法上の『引用』」303頁。
- 52) 雑誌「諸君!」反論文掲載事件(東京高判平5・12・1平成4年(ネ)765)もあるが二要件に言及せず、引用の目的が批評関係であることから主従関係を肯定している。同様にして、ラストメッセージin最終号事件(東京地判平7・12・18知裁集27巻4号787頁)も主従関係に言及することなく、引用を否定している。
- 53) 当然これは例示規定であるためここに掲げる目的に限られるわけではない。加戸・前掲注(36)266頁。
- 54) 前掲とんでも本事件、前掲「脱ゴーマニズム宣言」事件第一審、前掲「脱ゴーマニズム宣言」事件控訴審。
- 55) 前掲中田英寿事件、前掲「ファンブック罪に濡れた二人」事件、前掲建築エスキース事件。他に代替方法があったとして引用を否定したものにつき前掲「X O醬男と杏仁女」事件。
- 56) 上野・前掲注(1)322, 323, 330頁。
- 57) 引用著作物が231頁あるのに対して被引用著作物の引用部分が11ページ程度の量であっ

た。

- 58) 前掲小学校用国語検定教科書事件は、前掲国語テスト掲載事件は否定例。前掲血液型と性格の社会史事件は肯定例。
- 59) 被告引用著作物の90頁の書籍に対して原告漫画の一部である57カットが採録されていたが結論としては引用を認めている。
- 60) 前掲とんでも本事件、前掲「脱ゴーマニズム宣言」事件控訴審。
- 61) 前掲バーズコレクション事件、前掲建築エスキース事件。
- 62) 著作物の個数につき、山本隆司「著作物の個数論による著作物概念の再検討」コピライト2008年5月号（2008）2頁以下参照。
- 63) 上野・前掲注(1)321, 322頁。
- 64) 上野・前掲注(1)321頁。
- 65) 独立した鑑賞性という文言は用いていないが同じように被引用部分の独立性から引用を否定した「将門記」事件（東京地判昭57・3・8判時1038号266頁）がある。
- 66) 絵画の複製物のうちカラー図版は特濃コート紙を、また、モノクロ図版は特濃上質紙を用いており、各図版の大きさも、最小のもので八分の一ページ、大型のものは三分の二ページであり、1ページに一点の割合で掲載されていた。
- 67) 村井麻衣子「判批」北大法学論集51巻3号（2000）276, 277頁も、レオナルド・フジタ事件控訴審を挙げ、鑑賞性を持った図版として独立性が高い場合は、絵画集として被引用著作物と市場において競合し、著作権者に与える経済的影響が大きいとする。前田哲男「判批」判例評論508号（2001）198頁も当該引用行為が「被引用著作物の通常の利用に代替せず、当該著作物の本来的な市場に悪影響を与えないこと」が必要であると述べている。
- 68) フリーライドという言葉は主に不正競争防止法で聞かれる言葉であるが、著作物というある種の公共的な性質を持った無体物に対してもこの考え方は妥当と思われる。無体物の公共性という性質について述べるものにつき、Wendy Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, 82COLUM.L.REV.1610-12（1982）, 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利用の理論（2）——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）98, 99頁, 山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義（1）」知的財産法政策学研究28号（2010）213~223頁。公共的な性質とは、無体物は他者が無断で利用した場合であってもそれが消費することなく同時に利用可能であること、かつ、他者からのそのような利用を排除することが難しいという性質であると考えてもらえばよい。
- 69) 村井・前掲注(67)271頁。「批評を目的とした被告書籍への原告の漫画のカットの採録が引用に該当することを限界線上において認めたもの」として意義があるとする。
- 70) 村井・前掲注(67)279頁, 小林尋次「再刊現行著作権法の立法理由と解釈——著作権法全文改正の資料として——」（第一書房 2010）161頁。引用が他人の著作物が有している財産的価値にフリーライドすることを許すべきでない」と指摘している。
- 71) Gordon, *supra* note 68, 1632, 1633.
- 72) 前掲「豊後の石風呂」事件, 前掲エミリア・ド・ホーリイ贋作事件や栗田・前掲注(38)

- 284頁, 平澤・前掲注(46)「被写体の行動を揶揄・批評するための写真の引用の可否——創価学会写真ウェブ掲載事件——」188頁。
- 73) 飯村・前掲注(1)94頁, 上野・前掲注(1)324頁。一方, 栗田・前掲注(38)274頁以下は間接的に結びついていると述べる。
- 74) 前掲血液型と性格の社会史事件。
- 75) 上野・前掲注(1)324頁, 茶園・前掲(31)13頁。
- 76) 上野・前掲注(1)321頁。
- 77) 上野・前掲注(1)325頁。
- 78) 上野・前掲注(1)325頁。飯村・前掲注(1)94頁。
- 79) 職業写真家が撮影した都議会議員の写真が無断でビラや看板等に利用した行為が争われた都議会議員写真ビラ事件では, 引用の必然性・必要性を否定し, また, 出所の表示がないことから引用を否定している。
- 80) 井関・前掲注(14)334頁, 栗田・前掲注(38)304頁, 作花・前掲注(41)52頁。
- 81) 井関・同上, 栗田・同上, 作花, 同上。田村善之「絵画オークションサイトへの画像の掲載と著作権法」知財管理56巻9号(2006)1312頁, 同「著作権法32条1項の『引用』の現代的意義」コピーライト2007年6月号(2007)2頁以下, 平澤・前掲注(46)「絵画鑑定書への絵画のコピーの添付と著作権法上の『引用』」301頁, 杉原・前掲注(19)116頁。
- 82) 板倉・前掲注(14)1253頁, 井関・前掲注(14)334頁, 張・前掲注(14)250頁。
- 83) Gordon, *supra* note 68, at1611.
- 84) *Id.* at1613.
- 85) 中山・前掲注(34)13頁, 田村善之『著作権法概説』(有斐閣 第二版 2001)はしがきiii頁。
- 86) 飯村・前掲注(1)96頁。
- 87) 飯村・前掲注(1)95頁。引用自体に特別な意味を持たせているわけではないと思われる。
- 88) 上野・前掲注(1)326~329頁。
- 89) 茶園・前掲注(31)13~15頁。
- 90) 著作権法は引用行為について特段明文規定を置いていないためである。公表されていない著作物の引用を否定した例として, 東京アウトサイダーズ事件(知財高判平19・5・31判時1977号144頁)。
- 91) 飯村・前掲注(1)95頁。
- 92) 飯村・前掲注(1)92頁, 茶園・前掲注(31)13頁。
- 93) 田村・前掲注(81)「絵画オークションサイトへの画像の掲載と著作権法」1312頁, 同・前掲注(81)「著作権法32条1項の『引用』の現代的意義」2頁以下参照。
- 94) 愛知・前掲注(33)48頁。井関・前掲注(14)334, 335頁。また, 同じように裁判所が解釈によって個別規定の立法趣旨をオーバーライドしてはならないと述べるものについて横山久芳「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)52頁。
- 95) 加戸・前掲注(36)243頁。
- 96) 飯村・前掲注(1)95頁。
- 97) 田村・前掲注(85)241頁, 愛知・前掲注(33)46頁。

適法引用（著作権法32条1項）の要件について（福永）

- 98) 茶園・前掲注(31)15, 16頁, 田村・同上, 愛知・同上。
- 99) 飯村・前掲注(1)96頁。
- 100) 茶園・前掲注(31)14, 15頁。
- 101) 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に関する報告書」([http://jhla.jp/files/shiryo\\_3\\_2.pdf](http://jhla.jp/files/shiryo_3_2.pdf)) (2017年1月20日参照), 早稲田祐美子「著作権の包括的な制限規定の導入について」自由と正義62巻8号(2011)54~58頁。
- 102) 現行法の30条の2, 30条の3, 30条の4, 47条の9である。立法後の議論として小泉 = 池村 = 高杉「鼎談 平成24年著作権法改正と今後の展望」ジュリスト1449号(2013)12~27頁, 中山 = 松田 = 岩倉 = 横山 = 相澤「改正著作権法と著作権法の課題」Law & Technology 57号(2012)1~24頁, 永山祐二「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピーライト2012年11月号(2012)2頁以下参照。
- 103) 横山・前掲注(94)49頁。
- 104) 鳥並良「権利制限の立法形式」著作権研究35号(2008)90, 101頁。
- 105) 柔軟性のある権利制限規定の導入の動きとして, 内閣府知的財産戦略推進事務局「知的財産推進計画2016」([http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizaikeikaku2016\\_gaiyou.pdf](http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizaikeikaku2016_gaiyou.pdf)) (2017年1月20日参照)。