

鑑定書における絵画の引用の適法要件

知財高裁平成22年10月13日判決 平成22年(ネ)10052号

損害賠償請求控訴事件 取消 (上告受理申立て)

判例時報2092号136頁

原審 東京地裁平成22年5月19日判決 平成20年(ワ)31609号

損害賠償請求事件 一部認容・一部棄却 (控訴)

判例時報2092号142頁 (参考 原審判決)

板 倉 集 一**

【要 旨】

本判決は、著作物の適法引用の要件のメルクマールとされてきた判例法理である「明瞭区別性」及び「主従関係」という2要件に全く触れることなく、現行32条の文言に忠実に適法引用の要件について、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にあるか否かを判断し、他人の著作物を利用する側の著作物の目的、その方法や態様、利用される著作物の種類や性質、著作権者に及ぼす影響の有無・程度などを総合的に評価すべきとした事例であり、他人の著作物を利用する側の著作物性を不要とした事例として意義がある。

<参照条文>著作権法32条1項

【事 実】

X (原告・被控訴人) は、著名な女流画家亡Aの養子であり、亡Aの長男である亡きBとともに亡Aの相続人である。Y (被告・控訴人) は、美術品の鑑定等を業とする株式会社であり、

真作と認める作品に鑑定証書の発行を行っている。鑑定証書は、作品題名、作家名、寸法等が記載されたホログラムシールを貼付した鑑定証書とその裏面に絵画を写真撮影し、現像、プリントされた写真を縮小カラーコピー (以下、「本件各コピー」という) したものをパウチラミネート加工して作製されている。亡Aの創作した絵画 (以下、「本件各絵画」という) の鑑定証書 (以下、「本件各鑑定証書」という) には、絵画面積の約23.8% (縦16.2cm×横11.9cm) と絵画面積の約13.9% (縦15.2cm×横12.0cm) の本件各コピーが貼付されている。

X及び亡Bは、Yが鑑定証書作製の際に亡Aの本件各絵画の本件各コピーを作成したことが著作権 (複製権) を侵害するものであると主張して、著作権侵害に基づく損害賠償請求 (民法709条、著作権法114条2項又は3項) をした。亡Bは本件訴訟継続中に死亡し、そのためXが訴訟手続を受継した。これに対して、Yは、本件各コピーは芸術性、美の創作性、感動を複製

* 同志社大学名誉教授 Ryuichiro SENGEN

** 神戸学院大学法科大学院教授 Shuichi ITAKURA

本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

したものではなく、流通の安全性を図り不正品を防ぐための単なる記号の意味合いにすぎないこと、Xの主張は、権利の濫用であり、フェアユースの法理に反することを主張した。

原判決は、Yによる本件各コピーの作製は、亡Aが有し、X及び亡Bが相続した著作権（複製権）を侵害するものであり、Yに過失が認められるとして損害賠償請求を一部認容した。Yがこれを不服として控訴したため控訴審において、Yは、本件各コピーの利用は引用にあたるとする新たな主張を追加した。

【判 旨】

「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……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。」

「本件各鑑定証書に本件各絵画を複製した本件各コピーを添付したことが著作権法32条にいう引用としての利用として許されるか否かについて検討すると、本件各鑑定証書は、……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實であって、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である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。」

引用して利用する側の著作物性については、「旧著作権法（明治32年法律第39号）30条1項2号とは異なり、現著作権法（昭和45年法律第48号）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

本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

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ものであることは要件でない」と解される」

【研究】

1. 本判決の意義

本判決は、鑑定証書に添付された美術の著作物の複製が著作権法32条1項所定の適法な引用であることが認められたものであり、実務的な影響が大きいこと、従来適法引用の要件とされてきた明瞭区別性と主従関係の2要件に全く触れることなく判断している点において特徴的であること¹⁾、そのみならず、本判決は、引用する側が著作物である必要はないとする判示をしたおそらく初めての裁判例として意義を有すること²⁾、先行判例研究において指摘されているとおりである。

2. 引用する側の著作物性

学説・裁判例は、引用する側の著作物性について見解が分かれている。肯定説³⁾は、「許容される引用目的を『報道、批評、研究その他』と表現した32条1項の文理から引用は新たな創作活動に資するためにこそ許容されるべき」とする⁴⁾。肯定説の立場からすれば、本件については、鑑定書が著作物でなければ、適法引用の成否について検討する必要はないことになる。否定説⁵⁾は、旧法に規定されていた「自己ノ著作物中ニ」という要件が現行法では外されたこと、文理上、著作物性を要求していないことを理由とする。本判決は、否定説の立場から、①現行引用規定が、引用者が自己の著作物中で他人の著作物を引用することを要件とせず、②引用する側が著作物か否かに関わりなく、「正当な範囲内で利用」するものであれば、「社会的に意義」を有する引用として適法とする趣旨

であることを理由としている。事実の伝達にすぎない雑報や時事の報道のような著作物でないものにも他人の著作物を引用できることからすると否定説が妥当であろう⁶⁾。以下、適法引用の要件等について検討する。

3. 引用規定の趣旨と2要件

著作権法32条は、①公表された著作物について、②引用して利用できること（引用）、この場合において、③公正な慣行に合致するものであり（公正な慣行に合致）、かつ、④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なければならない（引用の目的上正当な範囲内）旨を規定している。裁判例には、著作権の保護を適切に図りつつ、社会の文化的所産としての著作物の公正な利用を可能ならしめようとする趣旨（著作権法1条）を体現したものとすものがある⁷⁾。いわゆるフェアユース規定のない制限規定のなかで、公正利用に配慮した「一般条項に近い柔軟な規定」⁸⁾といえる。

かつて、最高裁判例は、旧著作権法30条1項2号の節録引用に関する事例において、引用の要件として、引用して利用する側の著作物と利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識できることが必要であり（明瞭区別性）、かつ、両者の著作物の間に前者が主、後者が従の関係が認められること（主従関係）の2要件が必要であると判示した⁹⁾。その後、現行法施行後も2要件は踏襲されたが¹⁰⁾、文言上、2要件が明文化されていないため現行規定と2要件との関係が学説において問題とされ、2要件は、適法引用の必要条件にすぎず十分条件とはいえないのではないかとの疑問が提示された¹¹⁾。

4. 適法引用の要件に関する裁判例

(1) このような適法引用の要件に対する見直し論から、裁判例には、2要件によらない事例（絶対音感事件1審）が登場した¹²⁾。その後も、2要件によらない裁判例は増え、適法引用の要件として、①引用、②公正な慣行に合致、③引

本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

用の目的上正当な範囲内の3要件を挙げる事例が散見されるようになる¹³⁾。2要件によらない裁判例は適法引用の要件として、②及び③を挙げつつ、要件②及び③について個別に判断する事例¹⁴⁾から、要件②及び③について、「公正な慣行にも合致し、かつ、政治的に批判する批評の目的上、正当な範囲内で行われた引用と解することはできない」として両要件をまとめて判断する事例も見られるようになる¹⁵⁾。他方、この間にあって、従来の明瞭区別性と主従関係の2要件で判断する事例もかなり見受けられ、2要件が全く考慮されなくなったわけではない¹⁶⁾。

以下に見るように、2要件は、適法引用の要件としては、要件①ないし③に取って代わりつつあるが、それぞれの要件の評価要素として再構成される傾向にあるように思われる。すなわち、2要件は、「引用の適正さを図るメルクマールとしての役割を果たしてきたが、これですべてを尽くしているわけではない」のである¹⁷⁾。メルクマールとして果たしてきた役割は大きいですが、他方で、例えば、いわゆる「取込目的型」については、明瞭区別性の要件を満たさない場合が多いとされることもあって¹⁸⁾、2要件によってすべてが説明しきれないことがあり、要件としてではなく評価要素の一つとすることが求められることになる。

(2) 裁判例における適法引用要件の評価要素については、おおむね次のような状況にある。例えば、絶対音感事件1審判決では、要件②及び③をあげ、その評価要素として、(a) 引用する側の著作物の目的、主題、構成、性質、(b) 引用された著作物の内容、性質、位置づけ、(c) 利用態様、分量などを総合的に考慮して判断するものとするが¹⁹⁾、これらの評価要素が要件②及び③のいずれの評価要素であるかについても、なぜこれらを実評価要素とすべきかについてもほとんど言及していない。結局、同事件控訴審判決²⁰⁾は、引用の要件として、要件①ないし

③の3要件を挙げつつ、①については、明瞭区別性により（括弧による区別でこの要件を充足と判示）、②については、出所明示（48条1項・2項）により（翻訳者名の記載なく公正な慣行に反すると判示）、③については、引用する側の著作物のテーマとの関連で、説得力を増すための引用・照会であり、かつ、引用範囲、分量とも引用の目的上正当な範囲内であると判示している。

5. 適法引用の要件に関する学説

2要件を適法引用の要件としない見解は、引用の目的、効果、採録方法、利用の態様等から総合的に判断すべきとする見解²¹⁾、あるいは、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、引用目的等を総合的に考慮する見解²²⁾として、現行規定の文理解釈から主張されたものである。第三者の予測可能性の観点からも、条文文理との整合性ある解釈からも興味深い学説であるが未だに通説には至っていない。適法引用の要件をめぐる学説は、その後も収斂せず、未だ通説が存在しない状況にある。

この間、学説では、適法引用の要件として、要件①ないし③の3要件を挙げ、その評価要素として2要件を位置づける見解が主張されるようになる。例えば、2要件を要件②の評価要素と位置づける見解²³⁾、明瞭区別性を要件②の、主従関係を要件③の評価要素とする見解²⁴⁾、あるいは、2要件を要件①の評価要素として位置づける見解等が主張されている²⁵⁾。これらの見解は、適法引用規定の文言に合致し、判例の2要件を取り込んだ見解として注目されるが、最後の見解が有力となりつつある。

6. 本判決の評価

本判決は、適法引用の要件として、2要件に触れることなく、引用する方法や態様が、要件②及び③を充足すること、すなわち、社会通念に照らして合理的な範囲内にあることを必要と

本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

する。要件①については、格別の判断はなく要件②及び③をまとめて判断している。そして、具体的な評価要素として、(a) 利用の目的、(b) 利用の方法や態様、(c) 利用される著作物の種類や性質、(d) 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としている。

本判決における評価要素の充足性の判断において問題と思われるのは、鑑定業務において本件各鑑定書に本件各コピーを添付したことが、引用の目的に含まれるとする点である。鑑定業務が報道、批評、研究その他との関係に含まれるとはいえないのではないか。

また、本件各鑑定書に本件各コピーを添付した理由が絵画の特定と鑑定書の偽造防止にあるとすれば、本件各コピーは絵の構図、筆致、色彩等が鮮明でなければそもそも真偽を明確にできないであろうから、学説において、絵画については、引用の態様が、資料的な意味での引用であれば公正な慣行に合致するが実質的に鑑賞的な形であれば公正な慣行に反するとされていることからすると²⁶⁾、本件各コピーの複製の態様は問題であろう。すなわち、原審において、施行日との関係で適用又は準用されなかったが、美術の著作物等の譲渡等の申し出に伴う複製の制限規定（著作権法47条の2）において、複製が許容される図画としての複製物の大きさが50cm²以下とされていること（著作権法施行規則4条の2第1項1号）との関係²⁷⁾から社会通念上妥当といえなくなる可能性がある。

さらに、本判決は、評価要素として著作権者が経済的利益を得る機会の喪失の有無に触れており、いわゆるスリーステップテストの第3ステップに関連づけて判断をしているようである（ベルヌ条約9条の2項）²⁸⁾。現行の引用規定がより一般条項的に解釈される方向に向かいつつあることを示すものともいえ²⁹⁾、第三者の予測可能性を高める意味でも事例の集積が待たれるところである³⁰⁾。

注 記

- 1) この点につき、茶園成樹「鑑定書に添付するために絵画の縮小コピーを作製する行為が著作権法32条1項にいう引用としての利用にあたりとされた事例」Law and Technology第51号（2011）87頁参照。複製の判断において、本判決は、絵画の内容及び形式を覚知させる再製の要件とは別個に鑑賞性の要件を定立する必要はないと判示し、これに対して、原審は、鑑賞性に対応する絵画の創作的表現部分（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）が再現されているか否かを問題としており、複製の判断基準を異にしている。原審において、適法引用の主張がなされていたならば結論が異なっていたのであろうか。
- 2) 水谷直樹「絵画鑑定書へ当該絵画の縮小カラーコピーを添付することが、著作権法32条所定の引用に該当するとされた事例」発明108巻1号33頁。
- 3) 齊藤博・著作権法（第3版）（有斐閣 2007）241頁、作花文雄・詳解著作権法（第4版）（ぎょうせい 2010）336頁、高林龍・標準著作権法（有斐閣 2011）171頁、裁判例として、東京地裁平成10年2月20日判決「バーンズ・コレクション事件」知的裁集30巻1号33頁。
- 4) 高林龍・前掲注3）171頁。
- 5) 渋谷達紀・知的財産法講義Ⅱ（第2版）（有斐閣 2007）263頁、中山信弘・著作権法（有斐閣 2007）261頁、田村善之・著作権法概説（第2版）（有斐閣 2001）246頁、裁判例として、本件判決。
- 6) 渋谷達紀・前掲注5）263頁。
- 7) 東京高裁昭和60年10月17日判決「レオナルド・フジタ絵画複製事件」無体裁集17巻3号462頁。
- 8) 高部真規子「引用(2)－美術全集への掲載」著作権判例百選（第4版）121頁。
- 9) 最高裁昭和55年3月28日判決「パロディ事件」民集34巻3号244頁。
- 10) 東京地裁平成11年8月31日判決「脱ゴーマニズム宣言事件」判例時報1702号145頁、同控訴審東京高裁平成12年4月25日判決 判例時報1724号124頁、東京地裁平成10年10月30日判決「血液型と性格の社会史事件」判例時報1674号132頁、前掲注3）「バーンズ・コレクション事件」、東京地裁平成7年12月18日判決「ラストメッセー

本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

- jin最終号事件」 知的裁集27巻4号787頁。
- 11) 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(2000)91頁。
 - 12) 東京地裁平成13年6月13日判決「絶対音感事件」判例時報1757号138頁。
 - 13) 東京地裁平成16年5月31日判決「南国文学ノート事件」判例時報1936号140頁。
 - 14) 東京地裁平成15年2月26日判決「創価学会ピラ写真事件」判例時報1826号117頁。
 - 15) 注14) 同控訴審東京高裁平成16年11月29日判決平(ネ)1464号 最高裁HP, 東京地裁平成23年2月9日判決平21年(ワ)25767号・36771号「都議会議員写真事件」最高裁HP。
 - 16) 東京地裁平成13年12月25日判決平12(ワ)17019号「小中学校用国語科検定教科書事件」LEX/DBインターネット(TKC)文献番号28070014, 東京地裁平成15年3月28日判決「国語教科書準拠教材事件」最高裁HP, 同控訴審東京高裁平成16年6月29日判決 最高裁HP, 東京地裁平成16年5月28日判決「共学研究社事件」判例時報1869号79頁, 東京地裁平成21年11月26日判決平20(ワ)31480号「オークション出品カタログ事件」最高裁HP, 東京地裁平成22年1月27日判決「秀和システム事件」最高裁HP。
 - 17) 作花文雄・前掲注3) 336頁。
 - 18) 「取込目的型」とは、引用される著作物と自己の著作物の表現と一体化させて提示する引用のこととされている(田村善之・前掲注5)242頁)。
 - 19) 前掲注12)「絶対音感事件」。
 - 20) 前掲注12) 同控訴審東京高裁平成14年4月11日判決平13(ネ)3677号・5920号 最高裁HP。
 - 21) 飯村敏明・前掲注11) 96頁。
 - 22) 上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」森泉章他編・著作権法と民法の現代的課題(法学書院 2003)307頁。
 - 23) 渋谷達紀・前掲注5) 267頁は、これらの3要件のほかに「利用」を要件として挙げている。
 - 24) 角田政芳=辰巳直彦・知的財産法(第5版)(有斐閣アルマ 2010)351頁。
 - 25) 茶園成樹・前掲注1) 91頁, 島並良他・著作権法入門(有斐閣 2009)168頁, 高林龍・前掲注3) 168頁。
 - 26) 加戸守行・著作権法逐条講義(五訂新版)(著作権情報センター 2006)243頁。
 - 27) 茶園成樹・前掲注1) 判例評釈93頁。
 - 28) スリーステップテストは、(a) 特別の場合であること, (b) 複製が当該著作物の通常の利用を妨げないこと, かつ, (c) 著作者の正当な利益を不当に害しないこと, を要件とする。
 - 29) 水谷直樹・前掲注2) 判例評釈34頁。
 - 30) なお、別論であるが、本件のように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べき注意義務があるものと思われる。

(原稿受領日 2011年5月18日)