

# 引用の適法要件

2006年3月修了

川原 健司

## I. はじめに —著作権法 32 条 1 項という条文

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。」と規定する。

これは、社会的に著作物の引用が広く行われている実態や、著作物が先人の文化遺産を母体として出来上がっていくという性質に鑑み、公正な慣行に合致し目的上正当な範囲内の引用である限りにおいて著作権が及ばないとしたものであり、著作権法 30 条以下で列挙されている著作権の制限のうちで、理論上も実際上も最も重要な条文である。法律学を論ずる者にとって特に縁の深い条文でもある。

条文に即して要件を拾っていくと、第 1 に引用ができるのは公表された著作物に限られる。次に、「引用して利用」とされているのは、自分の著作物の中に他人の著作物を入れる行為にとどまらず、引用文を含む自己の著作物の利用（複製など）に伴い、引用された他人の著作物を利用することまで適法化する趣旨だとされて

いる。なお、この要件に関連して、本項の適用に当たっては引用する側に著作物性が認められることが必要だと解されている<sup>1)</sup>。

公正な慣行に合致するものとしては、以下のような例が挙げられている。即ち、報道の材料として著作物を引用する場合、自説を展開するために裏づけのための他人の学説を引用する場合、他人の学説を論評する場合、自己の小説中の記述に関連して（例えば時代状況の把握などのため）他人の詩歌等を挿入する場合等である。そして、引用の目的上正当な範囲内で行われることも必要になる<sup>2)3)</sup>。32 条 1 項の解説として争いのない部分をまとめると以上の通りである。

しかし、引用をめぐる困難な問題はこの先にある。第 1 に、引用の成立要件に関しては判例・学説上の争いが存在する。いわば引用の成立をめぐる実質論である。現在の多数説は①明瞭区別性、②主従関係（附従性とも言われる）を要求するが、これらに加えて③必要最小限度性やその他の要件を要求する説もあり、この付加部分は固まってはいない。これは伝統的な論点とすることができる。第 2 に、近年、従来の要件論が条文の文言との関連性に乏しいことを問題視し、文言に忠実な解釈を説く学説が現れてい

1) 東京地判平成 10 年 2 月 20 日知的裁集 30 卷 1 号 33 頁（バーンズ・コレクション事件）。絵画を美術展の入場券に複製した事案。

2) 以上につき、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）242 頁以下。

3) なお、引用をする場合には出所を明示する義務がある（48 条 1 項 3 号）。但し、通説的解釈によれば出所の明示を欠いたからといって引用の成立が否定されるわけではない。著作権法の罰則規定が、著作権侵害罪（119 条）と出所明示義務違反の罪（122 条）を書き分けていることがその根拠である。加戸・前掲注 2)317 頁。

る。法の形式的根拠たる条文との関連を重視するものであり、上記の伝統的な要件論と対比すると、引用の成立に関する形式論とも言えよう。

法律の解釈を論じるにあたって、条文の根拠という形式論とその根拠を支える背後の実質論をともに備える必要があるのは言うまでもないことである。そして、著作権法 32 条 1 項の引用は、実際上も理論上も重要性が高い条文であるにも関わらず、形式論・実質論ともごく基本的な部分に未だなお詰めるべき問題点が残っている。これらの問題点に 1 つの考察を試みるのが本稿の目的である。従来判例の蓄積を反映するため、以下では実質論・形式論の順に論ずることとする。

## II. 実質論—引用の要件論

引用の要件論に関しては、影響力の大きい判例が存在する。そこで、判例に触れた後に学説等を踏まえた検討を行う。実質論・形式論双方の出発点であり、曖昧さを残さない解釈のために必要であるので、長文となるが判旨の重要部分は途中を省略せずに引用することとしたい。

### 1 判例

#### (1) パロディ＝モンタージュ事件

(最判昭和 55 年 3 月 28 日民集 34 卷 3 号 244 頁)

次のような事案である。写真家 X はスキーヤーが雪山を滑り降りる場面の本件カラー写真の著作者である。グラフィックデザイナーの Y が本件カラー写真の一部をカットして白黒で複製した上、無断で右上に自動車のタイヤを合成して本件モンタージュ写真を作成し、週刊誌等に発表した。X は著作権侵害・著作者人格権侵害を主張して損害賠償等を求める侵害訴訟を起こした。なお、控訴審において請求原因のうちの著作権侵害が撤回されている点には注意を要する。

旧法「三〇条一項第二は、すでに発行された他人の著作物を正当の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であり、更に、法一八条三項の規定によれば、引用される側の著作物の著作者人格権を侵害するような態様とする引用は許されないことが明らかである。」との一般論が示された。この事件は旧法下の事件だが、現行法下でも参考になると考えられている。

#### (2) 藤田嗣治絵画複製事件

(東京高判昭和 60 年 10 月 17 日無体集 17 卷 3 号 462 頁)

事案は次の通りである。X は藤田画伯の未亡人であり、藤田画伯の絵画の著作権を承継取得している。Y 出版社は近代日本の美術史を体系的に解説する書籍の出版を企画したが、その中の論文に藤田画伯の絵画が掲載されていた。X が著作権侵害を根拠に損害賠償・複製物の破棄等を求めた。判決は以下のような一般論・あてはめを展開している。

「著作権法第三二条第一項は、『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なわれるものでなければならない。』と規定しているが、ここに『引用』とは、報道、批評、研究等の目的で他人の著作物の全部又は一部を自己の著作物中に採録することであり、また『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』ことという要件は、著作権の保護を全うしつつ、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同条の規定の趣旨に鑑みれば、全体としての著作物において、その表現形式上、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ること及び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ことを要すると解すべきである。そして、右主従関係は、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（富山論文）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つて、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。」

「このように本件絵画の複製物はそれ自体鑑賞性を有することに加え、それが富山論文に対する理解を補足し、その参考資料となつていとはいえ、右論文の当該絵画に関する記述と同じページに掲載されているのは二点にすぎないこと前記認定のとおりであつて、右論文に対する結び付きが必ずしも強くないことをあわせ考えると、本件絵画の複製物は富山論文と前叙のような関連性を有する半面において、それ自体鑑賞性をもつた図版として、独立性を有するものというべきであるから、その限りにおいて富山論文に従たる関係にあるということとはできない。」

Yは上記の要件に加え、引用の要件として、引用の必要性・必然性、必要最小限度性も主張したが、判決はいずれも否定した。前者に関しては著作者（引用側）の主観に左右されて客観性を欠くこと、後者に関しては主従関係の判断中で考慮すれば足りることがその理由である。また、Yは鑑賞性が絵画等の美術著作物に本質的に伴う属性であるため、複製物が鑑賞性を有するからといって引用に当たらないとすることはできないと主張するが、この点も本判決は美術著作物についての著作権保護を危うくするものだと斥けている。

## 2 考察—明瞭区別性・主従関係

以上の判例を踏まえ、本節では引用の要件をいかに構成すべきか検討する。結論としては、①明瞭区別性、②主従関係、の2要件とするのが妥当であると考えられる。

### (1) パロディ＝モンタージュ事件について

まず、パロディ＝モンタージュ事件の最判を見よう。この判旨は、「引用」に当たるための要件として、①明瞭区別性、②主従関係、の2要件を要求したと解するのが現在では一般的だと思われる。これに加えて③著作者人格権を侵害する態様でないこと、の3要件を挙げたと整理するものもある<sup>4)</sup>。このうち、①②は正当であり、学説上も多数の支持を得ている。

問題は、③の著作者人格権である。これは学説上不要とする見解が多い。著作権が譲渡され著作者と著作権者が別の者となった場合に問題が顕在化する。著作者人格権侵害の態様で利用はしているものの他の引用の要件(明瞭区別性・主従関係)は充足しているという場合に、著作者人格権侵害のみを理由に財産権である著作権の侵害が成立することになるのは妥当でない、というのがその理由である<sup>5)</sup>。この論理は正当であろう。

4) 田村善之『著作権法概説（第2版）』（有斐閣，2001）242頁、半田正夫「判批」伊藤正己＝堀部政男編『マスコミ判例百選（第2版）』（有斐閣，1985）182頁。

5) 田村・前掲注4)244頁。

しかし、そもそも最判が著作者人格権の問題を引用の要件に取り込むことを真に意図していたのかどうか、検討する必要がある。本最判の調査官解説<sup>6)</sup>も、引用が著作権侵害への抗弁にはなりえても、直ちに著作者人格権侵害についての抗弁にはなりえないと述べている。民集登載の判決要旨<sup>7)</sup>も、著作者人格権については触れていない。最判が引用の要件として著作者人格権を侵害しないことを要求したと解するのは早計ではなかろうか。

最判が著作者人格権に触れたのは、原審の法律構成に応答する意図によるものだと思われる。原審は同一性保持権侵害を否定したのだが、その構成は以下のようなものであった。即ち、本件写真の利用は旧法にいう「節録引用」に該当し、引用の仕方はフォトモンタージュの技法に従ったものとして客観的に正当視されるものであり、他人の著作物の自由利用として許されるべきものである。従って、同一性保持権を侵害するものともいえない、と。本最判の調査官解説は、判文全体から見て引用を著作者人格権侵害への抗弁としたのではなく、「原審の著作者人格権侵害否定の判断における前提判断を覆えし、著作者人格権侵害の不存在を積極的にいうことができないとするためであった」としている。

敷衍すると、「引用が成立する（自由利用の範囲内である）。だから、同一性保持権侵害は成立しない」という論理を否定する方法としては、(ア)そもそも引用が成立していない、という論じ方のほか、(イ)「だから」の関係が成立しない、即ち引用が成立するからといって当然に同一性保持権侵害が否定されるわけではない、とする方法もある。そして、最高裁が著作者人格権に触れたのは(イ)の趣旨だったという読み方は文理上十分に成り立つのである。

つまり、あくまで著作者人格権侵害の成立を肯定するために必要な限度で引用の要件論に触れたにとどまる、ということになるだろう。ちなみに、最高裁は引用の成立を否定する（上記(ア)に当たる）判示も付加している。

したがって、引用の要件として③を掲げたと理解するのはミスリーディングであり、結論として引用の要件としては不要と解すべきだろう。

## (2) 藤田嗣治絵画複製事件について

次に、東京高判の藤田嗣治絵画複製事件を検討する。本判決は、現行著作権法 32 条 1 項の要件として、①明瞭区別性と②主従関係の要件を挙げた上で、②に関する考慮事項を以下のように具体化・精緻化した判例と解される。即ち、(A) 考慮する事実関係として、引用の目的、両著作物の性質・内容・分量、被引用著作物の採録の方法・態様を挙げた。(B) 想定読者の一般的観念という基準を定立した。(C) 付従的な性質の内容として、引用著作物の補足説明・例証・参考資料の提供を例として掲げた。引用の要件論においては主従関係が争点となることが多く、この判示は重要な意義を有する。

本判決は、要件論・具体化されたその判断方法の両面において妥当なものと評価できよう。特に、(A)(B)(C)の判断方法は多様な事案において妥当な帰結を導くことができる内容だと思われ、32 条 1 項が抽象的な文言であることも考慮すると、関係者の法的安定性を相当程度高めるものと評価すべきである。このほか、序論で触れたとおり、学説には必要最小限度性（論者によりニュアンスの違いがあるものの、引用する必要性・必然性がある、あるいは引用部分の分量が必要最小限度である、といった意味と捉えればよいと思われる。）を要求する説もあるが、これも②主従関係の中で捉える

6) 小酒禮「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和 55 年度 149 頁 (1989)。

7) 「旧著作権法（明治 32 年法律第 39 号）30 条 1 項 2 号にいう引用とは、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を採録することをいい、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、両著作物間に前者が主、後者が従の関係があることを要する。」

ことができるだろう。本判決は必要性・必然性についてのYの主張を認めていないが、考慮要素として挙げられた「引用の目的」の中で必要性・必然性はカバーすればよい。また、分量が長くなるほど付従的な性質を認めにくくなるのも明らかであるが、必然性・最小限度の分量と言っても、一字でも余計ではいけないといったような厳密な対応では文芸・学術活動に支障が生じるし、実情にもそぐわない<sup>8)</sup>。主従関係の判断の中の要素として緩やかに捉えておくのがよい。

結論として、引用の要件論としては①明瞭区別性、②主従関係の2点を要求し、②の判断要素として東京高判のアプローチによるのが妥当である。

### (3) 2要件を支える根拠

ところで、前記①②の2要件を支える根拠は、従前は明示的には論じられていなかったように見受けられる。2要件が学説上圧倒的支持を受けて半ば自明のもののようによびわかれていたという事情のためかもしれないが、異論もなく特に否定する理由がないから①②を残すというのは説得力が十分ではない。そこで、2要件に積極的意義づけを与えられないか、簡単にではあるがここで検討しておきたい。

この点、引用の制度趣旨に立ち戻る次のような説明が適切であろう。即ち、引用の制度は先人の著作物に基づく別の新たな著作物の創作を可能にし、それを奨励して文化の発展(1条)に資するための制度である。そして、①明瞭区別性・②主従関係は、奨励に値する創作の最低条件として位置づけることができる。換言すれば、①被引用著作物との区別が不明瞭なものや②主従関係にないものは、被引用著作物の著作権を制限してまで奨励すべきではない、ということである。

文化的所産の公正な利用、著作者の権利保護、文化の発展という1条の理念から一義的必然的に導出されるというものではないが、著作権法全体の理念と整合的な説明ということはできるだろう。この意味で、2要件が従来から多くの支持を得ていたことには十分な理由がある。

なお、付言すると、引用の制度趣旨に関する上記の問題関心自体は多くの論者に共有されていたと思われる。ただ、後述するように条文の文言と①②要件の関係が不明瞭だったこともあってか、多くの文献は引用の制度趣旨を文言との関係で説明していた。本稿の説明は、引用の要件の実質論のみに焦点をあて、その制度趣旨を直接に投影したものと位置づけられよう。

## 3 具体例

要件論の結論が出たところで、具体例として上記東京高判の判断枠組みに沿った裁判例にくつつか触れておく<sup>9)</sup>。以下の例の被引用著作物はそれぞれ、言語・美術・漫画と種類が異なっており、前記の判断枠組みが多くの事案に対応できる一般性を備えていることを示しているともいえよう。

### (1) 中田英寿事件

(東京地判平成12年2月29日判時1715号76頁)

Y出版社が「中田英寿 日本をフランスに導いた男」という書籍を発行したが、その中にはXの半生についてサッカーとの関わりを中心に私生活上のエピソードを交えた記述がなされ、Xの中学生時代の詩が記載されていた。Yは引用の成立を主張したが、全文記載という記載の態様、詩には「中学の文集で中田が書いた詩。強い信念を感じさせる」との簡単なコメントを付すのみであったことなどから、読者は詩を独立して鑑賞でき、Yの目的は創作活動でなくXの詩の紹介自体にあったと認定して主従関係要

8) 作花文雄『詳解著作権法(第2版)』(ぎょうせい, 2002) 307頁も、必要性や最小限度性は主従関係の判断過程で評価されるものと位置づけている。

9) 前記東京高判とは流れを異にするものまで含めて裁判例を網羅的にまとめた最近の文献として、今井弘晃「引用の抗弁」牧野利秋=飯村敏明編『新裁判実務体系 22 著作権関係訴訟法』(青林書院, 2004) 391頁がある。

件を否定した<sup>10)</sup>。

## (2) 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)

Y新聞社が、「バーンズ・コレクション展」を国立西洋美術館で開催するのに関連し、入場券・カラー特集の新聞記事に出品作品の複製をしたところ、X(ピカソの相続人の代表者)が複製権侵害を主張して起こした侵害訴訟である。問題となった新聞記事は5件あるが、いずれも引用は認められていない。うち主従関係要件で否定されたのは3件であり、一例を挙げると、絵画の複製や著名人の談話を載せたカラーの特集記事について、ピカソの絵画に対応する女優の談話による新たな創造部分は弱く絵画の複製を引用する必要性が微弱であること、読者の受ける印象は談話よりもカラー印刷の絵画の方が大きいことから、むしろ主眼は絵画の複製にあったと認定して主従関係を否定した。

## (3) 「脱ゴーマニズム宣言」事件

(1審—東京地判平成11年8月31日判時  
1702号145頁, 控訴審—東京高判平成12  
年4月25日判時1724号124頁)

漫画家Xの書籍「ゴーマニズム宣言」に対し、Yが批判本を執筆したが、その中でX書籍の漫画が57カットにわたって採録されており、Xは複製権侵害を主張した。

1審・控訴審とも、主従関係の成立を肯定し引用の抗弁を認めた。漫画につき字のみでなく絵まで採録されたことをXは問題視したが、1審は、採録の読者への効果が論説の対象を明示し、例証、資料提示としてYの論説の理解を助けるものであることや、批判対象を明確に示すために絵まで引用する必要があることを考慮した。控訴審は、批判・批評の目的であること・被引用カットがXの漫画の一部であり反論に必要な限度を超えていないことなどから、漫画部分の独立した鑑賞性を肯定する余地があるにも

関わらず、主従関係要件の充足を認めて引用を成立させた。引用の目的を、主従関係を肯定する方向で考慮した一例として参考になろう。

## Ⅲ. 形式論—条文の文言との関係

### 1 近年の問題提起

上記の藤田嗣治絵画複製事件のアプローチは多数説といえることができるが、近年はこれとは別に、条文の文言を重視する学説・裁判例の流れが生じている。

#### (1) 飯村説<sup>11)</sup>

引用の成立を否定したという事案であるために必要条件か十分条件かは明らかでないものの、最高裁は引用の適法要件として①明瞭区別性、②主従関係を判断基準としている。しかし、実質的には②主従関係のみで判断せざるを得ず、多様な要素が主従関係に持ち込まれる点に無理があり、また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。さらに、主従関係要件は条文の文言との関連性が乏しい。以上の指摘をした上で、32条1項の要件を再吟味して「引用の目的上正当な範囲内」が最重要の要件であるとし、この要件に関連させて、具体的には目的・効果・採録方法・利用の態様等のファクターをもとに引用の成否を判断することが必要だとする。

#### (2) 上野説<sup>12)</sup>

従前の学説・判例を分析した上で、従来の裁判例が様々な要素を主従関係要件の中で考慮しており、主従関係概念は「パンク状態」であり、この判断基準では引用が許されるかにつき第三者の予測可能性を著しく害すると批判する。その上で、「著作権法32条1項の文言に立ち返るならば、『正当な範囲内』の文言が活用される」として、その中で、引用が全部か一部かという点、権利者に与える経済的影響、引用の目的・

10) むしろ詩の方が主であると認定されている。

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91頁(1999)。

12) 上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」半田古稀『著作権法と民法の現代的課題』(法学書院, 2003)307頁。

批評関係も考慮することが正当化されると論ずる。

### (3) 裁判例—絶対音感事件

(1審<sup>13)</sup>—東京地判平成13年6月13日判時1757号138頁, 控訴審—東京高判平成14年4月11日最高裁HP)

書籍に翻訳台本の一部が掲載されたことが問題となり, 引用の成否が争点となった。1審判決は2要件に触れることなく「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」公正な慣行に合致しているとも引用の目的上正当な範囲内ともいえず, 適法な引用とはいえないとした。控訴審も条文の文言に沿う判断枠組みは維持している<sup>14)</sup>。

## 2 検討

### (1) 解釈の方向性

以上の問題提起を受けて, どのように考えるべきか。確かに, ①明瞭区別性, ②主従関係を論ずる従来の要件論は条文の文言から離れた議論であり, 解釈論として好ましいことではない。飯村説・上野説から指摘があるように, 条文の文言に沿った解釈論を展開するのは正当な方向である。

しかし, 32条1項がもともと抽象度の高い条文であることも考えるべきである。即ち, 条文に立ち戻った際に検討の対象となるのは「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」という要件であり, これらの要件に照らして様々な要素を考慮していくという点では, 判例の主従関係の議論と本質的な差異はないと思われる。よって, 上野説が強調する第三者の予測可能性の観

点は, 条文の文言に沿ったからといって改善するとは考えにくい。

むしろ, 条文との関係を意識するために従来の判例の議論と切り離された要件論を立てるのは, かえって予測可能性を害するのではないか。32条1項の抽象的な文言は, 具体的な事案での引用の成否をクリアに決めることはできず, 基準の形成を判例の蓄積による具体化に委ねた部分が大きいというべきである。このように抽象度の高い条文に関する限りは, 従来の判例と連続性のある議論を展開するほうが望ましいと私は考える。

したがって, 引用の解釈論としては, 条文の文言および従来の判例による議論の双方とのつながりを意識することが重要である。この方向で考えると次のような解釈論が妥当ではないかと思われる。即ち, 32条1項第1文は「公表された著作物は, 引用して利用することができる。」とするが, ここでいう「引用」に該当するために判例の要件論である①明瞭区別性と②主従関係を要求する。そして, 条文に続いて現れる要件である③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, をも併せて要件とするのである<sup>15)</sup>。

### (2) 必要条件か十分条件か

引用の適法要件をめぐる従来の判例・学説の議論には, それが条文のどの部分と対応するのかが明確にしないものも見受けられた。第1に判例を見ると, パロディ＝モンタージュ最判の①明瞭区別性, ②主従関係の基準が, 旧法の条文に言う(A)「正当の範囲内で節録引用すること」の基準なのか, (B)単に「節録引用」の基準であるのかは明らかでない<sup>16)</sup>。(A)ならば①②は十分条件的<sup>17)</sup>であり, (B)ならば必要条件にすぎない。現行法下の藤田嗣治絵

13) 裁判長は飯村判事である。

14) 事案の解決として控訴審は, 引用部分の出所を明示するという慣行の存在を認定し, 明示がない本件では公正な慣行に合致しないと判断した。通説が控訴審の判断と異なり, 出所明示を引用の適法要件として要求していない点については, 前掲注3)参照。

15) 細かい点だが, これらに加えて引用する側の著作物性の要件や公表された著作物の要件も必要になる。

16) 飯村・前掲注11)92頁の指摘である。

17) 「必要条件・十分条件」は飯村説の表現である。本稿が「的」を付したのは, 現行法の文言に即して言うとき, 前

画複製事件の判旨ではいっそうこの傾向が顕著である<sup>18)</sup>。(A)ならば①②は「公正な慣行に合致する、正当な範囲内での引用」の基準となり、(B)ならば条文の文言のいずれかの基準となろう。

学説を見ると、判例の記述に関連付けた記述であるためか、判例評釈にも(A)の十分条件的に見える要件論を論ずるものが一定数見受けられる<sup>19)</sup>。他方、概説書やコンメンタールでは条文の特定の文言と結びつけることによって(B)の必要条件的に論ずる割合が高い<sup>20)</sup>。従来の判例・学説の中には、類似の表現を用いつつも基本的な視座を異にする(A)(B)2種類の議論が混在していたといえることができる。

この点、十分条件的な解釈では32条1項の文言との距離を埋めることはできず、問題は解消しない。(B)の必要条件的に解すべきである。

### (3) 私見

次に問題となるのが、32条1項のうち「引用」「公正な慣行」「正当な範囲内」のいずれと関連付けるかである。後2者と結びつける学説もある中で私見が「引用」の要件とする理由は、従来の判例・学説の蓄積と連続性を持たせること

で予測可能性に資することにある。

上記(2)で述べたように、従来の議論では視座を異にする2種類の見解が混在していたが、これが問題を生じさせるのは条文の文言との関係についてのみである。引用の要件論という実質論部分の限度ならば、従前の議論の蓄積を利用することは有益であって混乱が生ずるとは思われない。そして、従前の学説の議論と乖離を生じさせない方が望ましいという観点から、「公正な慣行」でも「正当な範囲内」でもなく、「引用」という文言に①明瞭区別性と②主従関係を読み込むべきだと考えるのである<sup>21)</sup>。

ここでいう要件のうち、②主従関係は規範的評価的要件とする趣旨であり、よって「引用」も評価的要素を織り込んだ文言となる<sup>22)</sup>。裁判例の用いる主従関係の基準が、被引用側と引用側の質的量的比較にとどまらず、暗黙のうちに「被引用側の元の著作物全体における被引用部分の割合」をも考慮してきたという指摘があるが<sup>23)</sup>、規範的要件だと認めるなら上記の2側面とも「主従関係」と呼んで差し支えない。引用側・被引用側を比較して後者が前者より重みを持つならば主従の関係といえないことは明らかであるが、比較で引用側が上回っていても

掲注15)の2要件があるために(A)説からも①②だけで引用成立の十分条件とするのは厳密には問題があると考えたためである。「公正な慣行に合致する、正当な範囲内での引用」という範囲に限定すれば、「十分条件」としても差し支えない。

18) 前に引用した判決の一般論において、①明瞭区別性、②主従関係の要件を導く主語が何かは必ずしも明確ではない。『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』ことという要件は」を主語と読むならば、判旨が「引用」を採録という明確な意義で捉えている以上、十分条件的に捉えていると読むことになろう。

19) パロディ=モンタージュ事件に関する、半田・前掲注4)182頁、藤田嗣治絵画複製事件に関する、山中伸一「判批」齊藤博=半田正夫編『著作権判例百選(第2版)』(有斐閣、1994)156頁等。付言すると、たとえ論者が十分条件的に捉えていないとしても、文献上で条文の特定の文言と対応させる旨を明示していない場合には、それだけで十分条件的に読む余地が生ずる。この論点を扱う際には論旨を明確に示す必要がある。

20) 例えば、加戸・前掲注2)243頁は、①を公正な慣行の項の内部で、②を正当な範囲の項の内部で扱う。金井重彦=小倉秀夫編『著作権法コンメンタール上巻』400頁以下〔桑野雄一郎〕(東京布井出版、2000)は、①②とも正当な範囲の項で扱う。この他にも数種の学説があり、その一致が見られない点については上野・前掲注12)312頁参照。このように条文と結びつけて解すると、①②を満たしても他の理由で引用の成立を否定されることが論理的にはありうる。従って十分要件ではなく、必要条件にすぎないこととなる。

21) 「引用」に①②を読み込むと、十分条件的にも読める従前の判例の言い回しをほとんど変える必要がない。他面、(B)の諸学説の間では①②をどの文言と対応させるか見解の一致がないにもかかわらず要件論の論争が成り立っていた。従って今これを「引用」に移して読むとしても、議論の連続性は十分に保つことができる。

22) 条文の文言との関連を意識している論者は、「引用」という文言は明確で評価的要素を含まない解釈をしていたと思われる。飯村・前掲注11)94頁参照。

23) 上野・前掲注12)324頁。



被引用側の独立性が高い場合であれば、これも従たるものとして取り込んでいる関係とは言えないだろう。藤田嗣治絵画複製事件の判旨が主従関係を否定する際に、独立した鑑賞性に触れていたのもこのような趣旨と思われる。

評価的要件である②主従関係の判断方法は、裁判例上比較的固まっている藤田嗣治絵画複製事件の考慮事項・判断基準をそのまま利用すればよく、主従関係は引用の成否について大方の勝負をつける重要な要件として扱う趣旨である。したがって、残る③公正な慣行・④目的上正当な範囲内は主従関係という要件では拾いきれない事項を拾う調整弁的な位置づけとなる。例を挙げると、主従関係の考慮要素では著作者への経済的影響に関する考慮が少ないとの指摘が以前からあるが<sup>24)</sup>、これは④で考慮してよいと考える<sup>25)</sup>。他に「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」という文言があるにも関わらず「引用」の文言を規範的評価的に解することへの批判があるかもしれないが、そもそも著作権法全体を貫く目的が著作物の公正な利用と著作者等の権利の調整による文化の発展にあるのだから（著作権法1条参照）、その考慮を「引用」という文言に反映することはむしろ自然なことであり、利用者・著作者の利益調整を他の文言に委ねなければならないとする理由はないと思われる。

#### IV. まとめ

著作権法32条1項に関し、従来は条文の文言と離れた形で解釈論を展開してきた側面がある。これは法律論として妥当とは言えないが、同条は抽象的な文言であるから、従前の判例・学説と乖離の大きい解釈論を展開することも妥当ではない。

この2つの視点の調和という観点から、同条

の文言に沿い、「引用」に該当するために、その採録が①明瞭区別性と②主従関係の要件を満たすことを要求し、加えて残った条文の文言である③公正な慣行と④目的上正当な範囲内をも要件とすべきである。②③④はいずれも規範的評価的要件であるが、このうち②を中心的な要件とし、③④は微調整のための要件にとどめる。②の判断には定着した判断手法である藤田嗣治絵画複製事件の判旨を利用することができ、裁判例の蓄積も考慮すると関係者の予測可能性を害するという難点を抑えることもできよう。

冒頭で述べたように、著作物は先人の功績をもとに生み出されていくものである。この意味で、引用は著作権法の根幹に関わる重要な制度であり、実質論・形式論の両面で安定した解釈論が望まれる。本稿で示した1つの方向性を含め、今後も重点的に議論を重ねていく必要があるだろう。

(かわはら・けんじ)

24) 山中・前掲注19)157頁。

25) また、③公正な慣行に関しては、将来的に現在とは異なる慣行が定着した際には、私見の枠組みからは③で調整的に拾うことができる。この点、前掲の絶対音感事件控訴審が触れた出所明示の慣行が好例である。なお、出所明示の慣行が現在存在する旨の控訴審の認定自体には私見は反対である。