

絵画のオークション・サイトへの 画像の掲載と著作権法

田 村 善 之*

抄 録 ネット・オークションのサイト上に競売にかかる絵画の画像を掲載する行為が、絵画に関する著作権と抵触するのかが問題とされている。

主として、著作権法32条1項の引用該当性が問題となるが、マッド・アマノ最高裁判決が提示した明瞭区別性、附従性という二要件に従う限り、オークション・サイトへの画像の掲載に対して32条1項を適用することは困難であろう。しかし、同最判は旧著作権法下における裁判例にすぎず、現行の著作権法32条1項に関しては、その文言に即して、前記二要件から離れた自由な解釈をなすべきであるという考え方が近時有力に唱えられている。そのような新しい解釈論を用いると、オークション・サイトに絵画の画像を掲載することは、正当な引用として許容される余地が大いにある、といえそうである。

このほか、本稿では、関連する著作権法の法理を俯瞰し、オークション・サイトに取引対象である絵画の画像を掲載する行為の適法性如何を検討することにした。

目 次

1. 問題の所在
2. 前提問題—絵画をめぐる所有権と著作権に関する著作権法の規律
3. 著作物の創作的表現が再生されているといえるか
4. 引用に該当するか
 4. 1 パロディ事件最判の定立した二要件とその当てはめ
 4. 2 二要件に対する批判と新たな裁判例の動向
 4. 3 検 討
 4. 4 絵画のオークション・サイトへの当てはめ
5. 同一性保持権との関係
6. 公表権との関係
7. その他の問題

れはじめている。従来型の内覧会で競売を実施する場合と比べ、オークション・サイトを利用した場合には、絵画が公売にかけられているという情報と、その絵画の画像が多数の潜在的な需要者の目に触れることになるため、入札額、成約率とも相対的に高くなり、より効率的な競売を実施することを期待することができるといえよう。

しかし、他方で、ネット・オークションのサイト上に競売にかかる絵画の画像を掲載する行為が、絵画に関する著作権と抵触するのかが問題とされている。実際、横浜市が税金滞納者から差し押さえた絵画をインターネットを通じて公売にかけるときにその画像を掲載したところ、美術品の著作権を管理すると主張する団体が著作権侵害訴訟を提起したという事件があった¹⁾。

1. 問題の所在

絵画の公売にネット・オークションが利用さ

* 北海道大学法学研究科教授 Yoshiyuki TAMURA

そこで、本稿では、絵画の原作品や複製物の売買が、オークション・サイト等、インターネットのサイトを通じて行われる場合に生起する著作権法上の問題を検討しておこうと思う²⁾。

2. 前提問題—絵画をめぐる所有権と著作権に関する著作権法の規律

有体物としての絵画に関する所有権と、無体物としての絵画の著作物に関する著作権の切り分けについては、著作権法も相応の配慮をなしている。

一般的に著作物の原作品や複製物を公衆³⁾に譲渡する行為に対しては著作権が及ぶとされているが(26条の2第1項)、著作権者(正確には著作権の一支分権である譲渡権の権利者)自身かその許諾の下で譲渡された物に関しては、著作権(正確には譲渡権)は用尽し、以降、所有者がこれらの物を転売したとしても、著作権は及ぶことはない(26条の2第2項1号、3号)。しかも、かりに譲渡権者の許諾を得ずに譲渡されたものであったとしても、公衆がそれを知ることが困難なことから、取得時に善意無過失であった者は、取得した物の転売を妨げられることはない(113条の2)⁴⁾。

絵画が公売市場等で転売された場合に、一定の報酬を著作者に還元させる追及権というものがあるが(ベルヌ条約14条の3)、日本の著作権法はこれを導入していない⁵⁾。

このように、著作権法が、著作権者自身かその許諾の下で流通に置かれた絵画の譲渡については、以降、著作権が及ぶことはないとしているにも関わらず、画像掲載という前述したようにネット・オークションに不可避的な行為がネットとなって、事実上、(ネットを経由するという限定があるとはいえ)公衆譲渡に対する著作権の行使が可能となってしまうとすれば、譲渡自由とした用尽法理が潜脱されることになりかねない。

ちなみに、美術の著作物の関係で、著作権と所有権との調和を図った規定が著作権法に全くないというわけではない。

美術の著作物の原作品の展示については著作権が及ぶとされているが(著作権法25条)、原作品の所有者は、著作権者の許諾を要することなく、これを展示することができる(45条1項)。その分、原作品の所有権の行使が著作権に優先されているのである^{6)、7)}。

ここで注目されるのは、所有者が原作品を展示する際に、その便宜を図る規定が置かれていることである。具体的には、観覧者のための解説、紹介用の小冊子に著作物を掲載することすら可能とされている(47条)。これは、画像に対する著作権があるからといって、所有者が展示場所で案内用のパンフレットに所有物の画像を掲載することができないのでは、所有者の原作品の展示を自由とした趣旨が達成しえなくなることから設けられた調整規定なのである。

譲渡権とその用尽規定が導入されたのは1999年であるが、そもそも、1970年の制定時から現行著作権法には譲渡権がなく公衆への譲渡は自由とされていたのである。しかし、その当時はインターネットが存在するはずもなく、著作権が及ばないとされていた譲渡の実質的な自由をネット上でも確保するための調整規定は著作権法には見当たらない。しかし、所有者の展示を自由としたうえ、その自由を確保するための規定が置かれていることに鑑みれば、同様の調整規定をネット経由の譲渡についても設けることが合理的であり、この点は立法の欠缺といつてもよいかもしれない⁸⁾。

以下、順に各種論点について検討していくことにしたい。

3. 著作物の創作的表現が再生されているといえるか

ネット上のサイトに画像を掲載する場合、ま

ず、絵画等を写真に撮影したり、スキャナーに読み込んだ時点で「複製」(著作権法2条1項15号)が行われており、これは複製権と抵触しうる行為となる(21条)⁹⁾。

また、サーバーにアップロードした時点で、送信可能化(2条1項9号の5)がなされており、さらに、実際にネット上で送信された時点で公衆送信(2条1項7号の2)が行われており、いずれも公衆送信権(23条1項)と抵触しうる行為となる。

したがって、著作権侵害の要件である法定の利用行為という側面で、侵害が否定されることはありえそうもない。

もっとも、ネット・オークションのサイトに掲げられる画像は、一般的にそれほど解像度に優れたものではないため、元の絵画を複製したり公衆送信したことにはならないのではないかと、という議論がある。

たしかに、ある行為が他人の著作権を侵害する行為と評価されるためには、法定の利用行為があるだけでは足りず、元の著作物の創作的な表現が再生されていなければならない(最判平成13.6.28民集55巻4号837頁[北の波濤に唄う]¹⁰⁾)。しかし、逆にいえば、元の著作物の創作的な表現が再生されていれば、それで十分であるということでもある。

関連する裁判例としては、照明器具の宣伝広告用カタログ内で、和室を撮影した写真内に掛け軸として掲げられていた書が映り込んでいた(末尾添付の図1を参照)という事案で、写真内の書は、1字につき3ミリから9ミリの大きさであり、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と判示して、著作権侵害を否定した判決がある(東京地判平成11.10.27判時1701号157頁[雪月花]、東京高判平成14.2.18平成11(ネ)5641[同2審])。

しかし、この判決の射程は、決して広いもの

ではない。書は、字体を創作的に表現したところに著作物性が認められるものであって、ゆえに、もともとその保護範囲も狭いという事情がある¹¹⁾。この判決は、そのような書特有の事情を巧みに活用して権利侵害を否定する論法を採用しているから、その射程は自ずから限定的なものとならざるを得ない。

これを絵画についていえば、書体という制約がある書と異なり、通例、絵画の構図自体が創作的な表現であると評価されることになる¹²⁾。そうだとすると、絵画の画像を掲載した場合、その構図を看取しうる限りにおいて、創作的表現が再生されていることになるから、それをサイトに掲載することは、著作権と抵触する複製や公衆送信行為をなしていると言わざるを得ない。そして、オークション・サイトで意味をなす程度の画像であれば、それが構図を看取しえないほどの画像であると評価することは困難であろう。

他方で、書がオークションに掛けられる場合には、先に紹介した前掲東京地判[雪月花]の射程が及ぶ可能性がある。

しかし、この場合にも注意を要するのは、デジタルの画像の場合、画像の大小が問題ではないということである。サイト上の頁内の相対的な大きさとしては小さく表示されていたとしても、高解像度であれば、閲覧者の手元でいくらかでも大きくできる。ゆえに、問題は解像度の高低なのである。

その意味で、仮に通常のパソコンの画面上でサイトの頁全体を表示したときには、当該書に関する画像が小さく表示されるとしても、画像データの解像度が高ければ、表示の仕方次第で、墨の濃淡、かすれ具合、筆の勢いなどの創作的表現の再現が可能であり、ゆえに、創作的表現が再生されていないという理由で著作権と抵触しうる行為であることを否定することはできない場合があるといえる。前掲東京地判[雪月

花]の射程が及び、創作的表現の再現がないとされるのは、書の場合であっても、サムネイル画面など、解像度の低いものに限られるといえよう。

4. 引用に該当するか¹⁹⁾

4. 1 パロディ事件最判の定立した二要件とその当てはめ

創作的表現の再生であることが否定されず、法定の利用行為も問題なく認められるということであれば、あとは著作権の制限規定が適用されるか否かということが問題となる。特に本件に適用される可能性があるのは、著作権32条1項の引用である。

引用に関しては、「節録引用」を適法と定めていた旧著作権法30条1項2号に関する最判昭和55.3.28民集34巻3号244頁〔パロディ第1次上告審〕¹⁹⁾が著名である。

この事件の事案は、写真家が写真集等に掲載したカラー写真(末尾添付の図4)に対し、被告がその一部をカットし白黒としたうエタイヤの写真を合成して本件モニタージュ写真(末尾添付の図5)を作成したというものである。

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」といふべきであるとして、本件の被告の行為は、原告の同一性保持権を侵害するのみならず、「従たるものとして引用されているということではできないから」節録引用に該当しない、と帰結したのである¹⁹⁾。

一般に最高裁のこの説示は、明瞭区別性、附従性という要件が示されたことと評価されており、以降の裁判例にも踏襲されている(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〕、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15(ワ)13691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平成15(ワ)15526〔「ファンブック」2ちゃんねる〕(傍論)¹⁹⁾、東京地判平成16.5.28平成14(ワ)15570〔国語テストIII〕¹⁹⁾。

この二要件をオークション・サイトに当てはめると、引用される絵画の画像とそれに対する説明書きとを区別している以上、第一の明瞭区別性の要件は満たしていると考えられるが、問題は第二の附従性の要件である。

絵画のオークション・サイトでは、一般に、絵画の画像の他に、画家の名前や絵画の大きさ、その他、制作年月日などの付随的な情報が記載されていることが多いが、しかし、その量は僅少なものに止まる。もちろん、附従性の要件は、必ずしも量の多寡のみを問題にするものではなく、質的な判断も伴うべきものであろうが、そうはいっても、過去の裁判例に鑑みると、オークション・サイトにおける絵画の画像との関係で、そこに対する説明文の量をもって附従性の要件を満足すると帰結することは困難である。

たとえば、前掲東京高判〔レオナルド・フジ

タ絵画複製2審〕¹⁹⁾では、絵画12点を画集に複製した行為が、画集に付された解説文を補足する資料として引用に該当するか否かということが争われた。

高裁は、絵画が特澆コート紙や特澆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頁から3分の2頁に上り、他方、解説文の当該絵画に関する記述と同じ頁に掲載されているものは2点に過ぎず、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等を理由に、解説文に対して従たる関係にあるということではできないと判示した(原審の東京地判昭和59.8.31無体集16巻2号547頁〔同1審〕を維持)。

絵画に言及する程度の文章が付加されているだけで、鑑賞に耐える絵画の複製を認めてしまうのでは、事実上、画集に対して絵画の著作権は働かなくなるということになりかねない。判旨は正当であろう。

この裁判例と比較すると、オークション・サイトにおける付記説明は、このレオナルド・フジタ事件で問題となった解説文よりも少ないといえることができる。他方、付記説明は、当該絵画の画像に関するものばかりであり、画像に隣接したところに付記されているという事情はより附従性要件を肯定する方向に斟酌しうる事情であるということではできようが、しかし、レオナルド・フジタ事件においても、同じ頁に掲載されている絵画に言及した解説文を含めて、附従性の要件を満たさないとされているのである。このように、従来の裁判例における引用の要件、特に附従性の要件に関するそれを前提とすると、絵画のオークション・サイトにおける画像の掲載をもって引用に該当するということは困難であると言わざるを得ない。

4. 2 二要件に対する批判と新たな裁判例の動向

しかし、このような最判の提示した引用に関する二要件の妥当性に関しては、近時、有力な疑問が投げかけられていることに注意しなければならない。

前掲最判〔パロディ第1次上告審〕は、旧著作権法上の「節録引用」に関する判決に過ぎない。そして、現行著作権法32条には、「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ない」という要件が定められているだけなのであるから、過度に前掲最判〔パロディ第一次上告審〕の定立した要件に振り回される必要はない¹⁹⁾。むしろ、肝要なことは、条文の文言どおり「正当な範囲内」という規範的な要件への当てはめの方であり、その際には、目的、効果、採録方法、利用の態様²⁰⁾、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、引用の目的等²¹⁾を総合的に考慮して、その成否を判断すべきである、というのである²⁰⁾。特に、最判が定立した要件中、附従性の要件に関して、その文言からすると柔軟な解決を阻む可能性のある要件であるが、現実には様々な衡量が入れられており、要件の中身が肥大化しているという問題があるという旨の指摘がなされていること²⁰⁾が注目される。

こうした見解は、単に学説上、有力であるというだけではない。

最近では、最判が示した二要件に拘泥することなく、32条1項の文言に従って、著作権侵害の成否を判断する裁判例が次第に増えている(いずれも32条1項該当性否定例であるが、東京地判平成13.6.13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〕²⁴⁾、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]³⁰⁾。二要件に触れる場合にも、単に言及がなされているというだけで、別途、引用の目的上、正当な範囲内の利用といえるのかという32条1項の文言上の要件の吟味がなされており、そちらの方が制限規定該当性判断の決め手となっている裁判例もある(東京地判平成16.5.31判タ1175号265頁 [XO番男と杏仁女]。東京高判平成16.12.9 平成16(ネ)3656 [同2審] も参照)。

4.3 検討

それではいかに考えるべきか。

前掲最判 [パロディ第1次上告審] が提示した明瞭区別性、附従性という二要件は、引用される著作物を別個独立したものとして提示して論評を加える批評、研究目的型の引用には、一応の目安として穏当なものといえよう。明瞭区別しない限りは正確な論評を加えるべくもなく、また、二次的著作物の利用に対する権利を認めた趣旨が潜脱されないようにするためには、引用の範囲がその目的に必要な範囲に止まっており、しかも過度に権利者に打撃を与えるものであってはならない³¹⁾、と解されるからである。

しかし、明瞭区別性、附従性という要件が、これを超えて、研究、批評型以外の類型の引用にまで妥当する要件として機能するとすると、その妥当性に疑問符がつくことになる³²⁾。

結論として、絵画のネット・オークション・サイトにおける画像の掲載のような、研究、批評型でもなく、旧著作権法や前掲最判 [パロディ第1次上告審] の時代には登場していない類型に関しては、最判の二要件によるのではなく、近時の有力説に従い、端的に32条1項の条文の文言に従い、著作権が制限されるか否かということ論じるべきである。そして、また最近の裁判例の傾向に鑑みると、明示的に、もしくは、

黙示的ながら実質的に二要件から乖離した判断がなされる可能性の方がむしろ高いのではないかと、と思われる。

4.4 絵画のオークション・サイトへの当てはめ

それでは、このような32条1項の文言に従って判断するという枠組みを採用した場合、絵画のオークション・サイトに画像を掲載することは32条1項に該当するといえるのであろうか。

まず、最初に問題となりうるのが、「引用の目的」である。

32条1項は、「報道、批評、研究その他の引用の目的」と規定しており、「報道、批評、研究」という例示は掲げられているが、それが限定列举されたものではないことは条文上、明らかである。

もっとも、学説のなかには、32条1項の適用が肯定されるためには、同項にいうところの「報道、批評、研究」に少なくとも準じる目的があることが必要であると理解するものがある³³⁾。

オークション・サイトの主たる目的は絵画の売買の促進にあるのであって、報道、批評、研究かそれに準じる目的があると断じるには、かなりの無理が伴うといえよう。そうだとすると、これらの目的を厳格に解釈する見解に従うと、オークション・サイトにおける画像の掲載が32条1項により救済される余地はないと判断されることになるのかもしれない。

おそらく、このような厳格解釈の背後には、著作権法の第一義的な目的は著作権者の保護にあるから、著作権者の利益に対して利用者の利用を優先する結果を招来する各種の制限規定は限定的に解釈されなければならない、という発想が存在するのであろう³⁴⁾。

しかし、つとに指摘されているように、著作権法の究極の目的が文化の発展にある以上(1条参照)、権利者の利益ばかりではなく、利用

者の利益にも配慮しなければならないことはむしろ当然であろう³⁵⁾。それを実現するために各種制限規定が設けられているのであるから、各種制限規定は著作権法の第一義的な目的が著作権者の利益の保護にあるのではないことの証左なのであって、制限規定とは異質な信念により過度に限定的に解釈してしまうと、制限規定の趣旨を果たし得なくなることは明らかである。

インターネットを利用したオークションという取引は、32条1項が制定された1970年よりも遙か後の1990年代に登場した新しい取引の形態である。同項に直接、オークション・サイトに関する言及がないことは異とするに値しないのである。

そして、前述したように(2参照)、著作権法は、譲渡権に関する用尽の規定において、原作品や複製物の公衆への譲渡を著作権の呪縛から解放しているのである。後述するように、オークション・サイトに関する画像掲載という取引に必然的に随伴する著作物の利用形態にして明文を欠くからといって、その著作権の行使を認め、結果的に、著作権法が自由とした譲渡に関して(オークション・サイト経由に限ってという限定はあるものの)事実上、著作権者の許諾を要することになるような解釈を採用してしまうと、用尽の規定の趣旨が潜脱されてしまうことになりかねない。

結論として、オークション・サイトによる画像の掲載も、32条1項の「その他の引用の目的」に該当すると解すべきである。

次に、「引用の目的上正当な範囲内」であるか否かという要件について。

近時の有力説に従えば、この要件のところでは種々の衡量がなされることになる。

まずは利用者側の便宜から考えてみよう。

絵画に関するネット・オークションに関しては、ことの性質上、現物自体を閲覧に供させることができないネット上のサイトに絵画の画像

を掲載することができないとすれば、結局、需要者にとってはどのような絵画であるのか不明確なままに入札を強いられることになる。

もちろん、相当に有名な絵画であり誰でも知っているとか、そこまで至らずとも美術全集その他の手段で情報入手する程度に知られている絵画であれば、需要者にとって全く情報のソースを欠くということにはならないが、そもそも公売にかけられることの多い数万円程度の価額の絵画でそのような情報入手しうる場合は決して多くはなく、また、仮に可能であったとしても、購入価格に比して探索費用が高価につくとすれば、探索自体を諦める者が頻出することになるだろう。

内覧会等の現物を展示している場所に出かけることなく、ネット上で売買することができるというインターネット上の取引が機能するためには、売買の対象となっている絵画の画像を掲載することが必要であるということである。

こうした利用者側の便宜に對置されるのは、権利者側の利益である。

オークションに掛けられている絵画の原作品やその複製物が、著作物(の複製物)であるとしても、既述したように、原作品や複製物が権利者自身かその許諾を得た者により譲渡されたものである場合には、譲渡権は用尽するから、その譲渡に対して著作権が及ぶわけではない。ゆえにオークションによって成立するかもしれない原作品や複製物の譲渡が著作権者にながしかの影響を及ぼすとしても(たとえば、著作権者自身が複製物や他の作品等を販売しているところ、その売り上げに影響する等)、それは法的な保護に値する利益とは言い難い³⁶⁾。

これに対して、当該掲載画像がインターネットを通じて流布することにより著作権者に生じるかもしれない不利益の方は、複製物に対する排他権の行使を著作権法が設けている以上は、当然のことながら、無視し得ない利益であると

いうことができる。そして、この種の画像から著作権者に還流するかもしれない利益が、サイトに画像がフリーで掲載されることにより侵食されるという事態を想定し得ることはないであろう。

しかし、先にも述べたとおり、32条1項の趣旨は、著作権法の目的に鑑みて、著作権者の利益と利用者の利益のバランスを図ろうとするものであって、著作権者に法的に保護に値する利益があるからといって、ただちに同項が適用されなくなるという話になるのではなく、あくまでも利用者の利益と衡量されることになるということの意味するに止まる。

しかも、ここで留意しなければならないのは、一般にオークション・サイトに掛けられるような絵画の場合、通例、それは原作品やその模写などであって、サイトに掲載されるデジタルの画像とは、その価額において桁が異なるということである。この種の絵画の場合、大半の著作権者は、原作品の譲渡価額による収入を見込んで創作をなしており、有名になってくるにつれて模写作品の市場を念頭に置きはじめるかもしれない。しかし、いずれにせよ、オークション・サイトに掲載されるような画像が、原作品やその模写の市場を侵食することはないだろう。

もっとも、有名画家の場合には、画集や絵がき、ポスターなど、より小さな複製物の市場も念頭に置いて創作するということもありえよう。また、今後の展開次第では、デジタル画像による収入までもが当初から当てにされるという時代が到来する可能性もないわけではない。

しかし、これらの市場を、オークション・サイトに掲載される画像が侵食することになるのか、ということは結局は掲載される画像の解像度次第といえそうである。

取引の対象となる絵画を示すというオークション・サイトへの画像掲載の目的を達成する程度の画素数では、いまだに絵はがきや画集の市

場を侵食することはないだろう。そして、この程度の画素数の市場からの収入を当てにして、創作活動を行っているものはほとんどいないであろう。

逆に、オークション・サイトに掛けられるような絵画に関する多くの著作権者にとって、その主たる収入源が原作品(もしくはその模写作品)の市場に求められているのだとすれば、オークション・サイトが活性化し、原作品等の売買、転売が促進されるということは、結局は、当初の原作品の取引を容易にし(譲受人にとっては転売の機会が増える分、相対的に高い価額で購入することが可能となる)、ひいては、創作活動の促進にも多少なりとも好影響がある、といえなくもないだろう。

このように考えると、結論として、絵はがきや画集等の市場を侵食する程度の高解像度の画像でない限り、絵画のオークション・サイトにオークションの対象となっている絵画の画像を掲載することは、「引用の目的上正当な範囲内」の行為であり、著作権を制限することを認めてよい、と考えるべきであろう。

最後に、「公正な慣行に合致する」ものでなければならぬ、という要件について。

インターネットを利用した絵画の公売は、過去にそれほど実績があるわけではないようだが、絵画以外のものも含めた一般のオークション・サイト、さらには、オークションに限らず商品を売買するサイトの数は極めて多い。そのなかには、対象物が著作物であったとしても広くその画像が掲載されているものもあり、ある程度、慣行なるものが形成されているのかもしれない。もっとも、なかには許諾があるものの表紙だけを掲げていると推察されるサイトもあり、一概に決めつけることは困難かもしれない。

そもそも、侵害でないということが明らかにならない限り、利用者としては権利者からの警告等に屈さざるを得ず、慣行などは形成しよ

うないという場合も少なくないだろう。そのような状況下で「公正な慣行」なるものを要求してしまうと、オークション・サイトのように新しく生成されつつある利用形態の場合には、未だ「慣行」は存在しない、あるいは利用の実態がある程度あるとしても権利者から警告を受ければ多くの場合、画像を抹消しているからそれは「公正な」慣行ではないという理由で、カテゴリカルにこの要件の充足が否定されてしまいかねない。少なくとも新たな利用形態の場合には、公正な慣行の存在を要求すべきではないであろう。文言解釈としては、本要件は「公正な慣行」がかりにあればそれに合致することを要求しているだけである、と読めば足りる。そのように読むのであれば、「公正な慣行」が存在していない場合には、そのような事情が制限規定の適用を否定する方向で斟酌されることはない、と解することができる²⁹⁾。

このような見解は未だ少数説に止まるが、しかし、これほど大胆な見解ではないとしても、公正な慣行なるものを著作権の制限の要件とすることは有力な批判があるところであり、この要件は緩やかに運用すべきである旨が説かれているところである³⁰⁾。そうだとすると、「引用の目的上正当な範囲内」という要件をクリアしているのであれば、前述したようにある程度、オークション等の物品の取引のサイトで対象物の画像を掲載しているという実態があるという事情があるだけで、裁判所がこれを汲んで、公正な慣行に合致するという要件の充足を否定しないと取扱う可能性のほうがむしろ高いといえるかもしれない。

この他、裁判例のなかには、引用する側が著作物であることが必要である旨を説くものがある(前掲東京地判[バーンズ・コレクション])。絵画のオークション・サイトでは、通例、著作権者名、最低価格等が付記されているに止まるので、引用する側が著作物であることを要すると

いう見解の下では、カテゴリカルに32条1項該当性が否定されることになりかねない。

しかし、32条1項の条文には、文言上、そのような要件は課されていない。引用する側が著作物であるか否かということは、正当な目的の範囲か否かということを判断する際に、考慮される一事情となるに止まると考えれば十分であろう。

なお、32条1項が適用されるためには、このほかにも引用の対象となる著作物が公表されたものであることが必要となる(32条1項)。この点は、公表権との関係でも問題となるので、後述するところを参照されたい(後述6)。

5. 同一性保持権との関係

オークション・サイトで絵画の画像を掲載する際には、贋作ではないことを示すために、署名部分のみを拡大して掲載したり、あるいは、傷がついている場合、その傷の部分のみを拡大して掲載するという行為が行われることがあるようである。そのような場合、物理的には、著作物の一部が掲載されていることになるから、同一性保持権との関係が問題となる。

しかし、この点は、あまり深く拘泥する必要はないのではないかと。

そもそも、署名や傷を拡大するために絵画の一部が掲載されたとしても、看者は一部を拡大して掲載しているということが明瞭に分かるのであるから、誤解が生じることもなく、ゆえに保護に値する精神的な苦痛等が著作者に生じることもない。したがって、この種の一部掲載は、著作権法20条1項にいう「改変」に該当しないと解すべきであるように思われる。

学説でも、誤植であることが明らかな場合や、有体物が壊れただけであることが第三者の目にも明らかである場合には、(後者の場合には所有権の侵害が問題となることは別論として)無体物である著作物の同一性が害されたわけでは

ないので同一性保持権侵害は成立しないと解すべきである、とされている³⁹⁾。

裁判例でも、他人の著作物を批判するために手書きの線や文字を加えても、本文中で引用者が書き入れたことが説明されており、元の著作物もほぼその同一性を保っており、読者が原告著作物の一部であると誤解するおそれがない場合には、やはり改変には該当しない、とするものがある（東京地判平成11.8.31判時1702号145頁 [脱ゴーマニズム宣言]³⁹⁾、東京高判平成12.4.25判時1724号124頁 [同2審]）。同様に、誤植であることが明らかであり、当該表現の意味内容を異なるものとしなない場合には、著作物の同一性を害するものとはいえない（東京地判平成2.11.16無休集22巻3号702頁 [法政大学懸賞論文]、東京高判平成3.12.19知裁集23巻3号823頁 [同2審]³⁹⁾。

他方で、写真の上下、左右が相当量、トリミングされた場合にこれを改変と認めた判決があるが（東京地判平成11.3.26判時1694号142頁 [Dolphin Blue]）、写真の構図が変更されるとするその認定からすると、看者がそれが著作物の全体像であると誤解する可能性がある事案のようであり、その点で明瞭に一部拡大と分かる事例にまでその射程が及ぶものではないと解すべきである。

また、百歩譲って、仮に改変に当たると解したとしても、20条2項4号のやむを得ない改変であるということで、同一性保持権侵害は否定されるのではなかろうか。

現物を手にとって確認することができないというオークション・サイトの弱点を相当程度、カバーするためには、そのような部分的な拡大を許容する必要がある。逆に、同一性保持権を侵害しないように、絵画全体について高解像度で掲載しなければならないとすれば、32条1項該当性が否定されかねないことも前述したとおりである。ゆえに、この種の行為は、20条2

項4号の「やむを得ない」行為であるとして取り扱うべきである。

同号に関しては、同項1号から3号に匹敵するような事情があることが必要であるという制限的な解釈が提唱されることが少なくないが、そのような理解に立脚したとしても、ここで問題としているような行為について「やむを得ない改変」が否定されることはないように思われる³⁹⁾。

裁判例でも、映画のテレビ放送の際にコマーシャルを挿入する行為は、民間放送での長時間の映画放送にあたって避けられないものであるとして、また、ピスタサイズの映画をビデオ化、テレビ放送する際に左右をトリミングする行為についても、当時、広く行われていたこと等を理由として、20条2項4号該当性を認める判決がある（東京地判平成7.7.31知裁集27巻3号520頁 [スウィートホーム]³⁹⁾。

テレビ放送の際に映画の映像をトリミングする行為が20条2項4号に該当するのであれば、オークション・サイトにとって必要不可欠と評価すべき署名部分や傷のある部分の拡大画像が、同号に該当するのは至極当然のことであると判断されるように思われる。

6. 公表権との関係

著作物が未公表著作物であった場合、その画像をサイトで公表することは、著作者が有する公表権を侵害する可能性がないわけではない（著作権法18条1項）。

しかし、第一に、公表権は未公表著作物について働く権利でしかないから（18条1項）、すでに公表された著作物については、公表権は消滅している。ここでいう公表については、著作権法に定義規定が置かれている（4条、3条）。原作品のみではなく、その複製物が公衆の要求を満たすことができる相当程度の部数、頒布された場合には、著作物は公表されたことになる

とされているから（3条1項、4条1項）、たとえば、市販の画集に掲載されている場合には、当該絵画に関する公表権はもはや消滅しており、これを気にする必要はなくなっている³⁹⁾。

著作物が未公表であった場合、あるいは、未公表であるか否か不明確な場合であっても、原作品をオークションにかける場合には、それほど拘泥する必要はない。

著作者が美術の著作物の原作品を譲渡した場合、原作品を公に展示することを同意したものと「推定」される（18条2項2号）⁴⁰⁾。本号は、原作品の所有権者を保護するための規定であり、原作品の転得者や所有権者から許諾を受けた者にも適用がある。くわえて、この場合、街路、講演、その他一般公衆に解放されている屋外の場所また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する場合でなければ（45条2項）、公の展示には著作権者の許諾も不要である（45条1項）⁴⁰⁾。

したがって、原作品がオークションの対象である場合、それが未公表著作物であるか、もしくは未公表かどうか分からない場合であっても、いったん原作品を（45条2項に列挙された場所以外の場所で）公に展示して「公表」（4条1項）してしまえば、公表権は消滅する。それ以降はオークション・サイトに画像を掲載しても、公表権侵害となることはない。

これに対して、オークションの対象が複製物であった場合には話が変化する。複製物に関しては、公に展示することについて、著作者の同意があったものと推定する規定はない。したがって、複製物の画像をオークション・サイトに掲載する際には、原作品かその複製物が公表されていることを確認しない限り、著作者から公表権侵害で提訴されるリスクを負うことになる。画集に掲載されていない絵画の複製物などの場合には、そのリスクを払拭しえないことがあるかもしれない。

なお、著作者が死亡した後でも、公表が自由となるわけではなく、一定の限定はあるものの、著作者の人格的利益を侵害する行為をなしてはならないとされていることに注意しなければならない（60条）⁴⁰⁾。

7. その他の問題

著作者人格権の一つである氏名表示権にも気をつける必要があるが、著作者の別段の意思表示がない限り、その著作物につきすでに著作者が表示しているところから従って著作者名を表示すれば足りる、とされているから（19条2項）、作品に表示されているところから従って著作者名を表示すれば、原則として⁴¹⁾、侵害のリスクを回避しうる。

この他、引用により著作権が制限される場合にも、原則として利用者は利用した著作物の出所を明示しなければならない、とされている（48条1項3号）。

著作物の出所が明示されることにより、他者は原著物に当たって引用等が適法になされているか等、著作権の制限規定が本当に遵守されているか否かということをチェックすることが可能となる。出所を明示する以上、迂闊に違法なことはできないという自戒を利用者に促すことが期待される。また、制限規定には、ある程度、著作権者の経済的利益を犠牲にすることで成り立っているという側面がある。そこで、出所明示義務を設けることにより、利用された元の著作物（の複製物）にアクセスする者が増え、著作権者の経済的利益が多少なりとも埋め合わせられる可能性が作られるという点も見逃せない。

著作物の出所は、利用の態様に応じ合理的と認められる方法、程度により明示しなければならないとされているが（48条1項本文）、出所明示義務の制度趣旨、すなわち引用者の自戒を促すとともに、引用によって生じるかもしれない著作権者の経済的な不利益を多少なりとも埋

め合わせることを図るという趣旨に鑑みれば⁴⁴⁾、元の著作物にアクセスすることが可能な程度に出所を特定する必要がある。

具体的には、書籍であれば、著作者名(48条2項)、題名、出版社の明示と、さらに必要があれば、頁数その他の手段により利用した箇所を特定すべきである。美術の作品であれば、著作者名、作品の設置場所を示すべきである、とされている⁴⁵⁾。なお、著作者名の表示に際しては、無名の著作物を除き、当該著作物に表示されている著作者名を示さなければならないとの確認的な規定が置かれている(48条2項。裁判例として、大阪地判平成5.3.23判時1464号139頁[山口組五代目継承式]⁴⁶⁾。

この程度の義務であれば、通常の事例では、その履践にさしたる困難を覚えることはないように思われる⁴⁷⁾。

注 記

- 1) 読売新聞2005年10月13日朝刊参照。もっとも、この訴訟は取下げにより終結したとのことである。
- 2) ネット・オークションに関しては、売買の対象が絵画である場合に限らず、より一般的に対象に著作物が含まれている場合、その画像をネット上に掲載することが許されるかということが問題となる。筆者の立場については、すでに、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133頁(2003年)に略述したことがある。本稿は、絵画に対象を限定しながら、そこで述べた発想をより具体的な解釈論に結びつけることを目的としている。
- 3) インターネットを介在させるとはいえ、原作品一個の売買を遂行しただけで、著作権法上の譲渡権に抵触する行為が行われることになるのか、ということが問題となるが、これは肯定すべきであろう。たしかに、最終的には買い手は一人で決着するわけであるが、売買の申し込みは不特定の者に対してなされており、「譲渡により公衆に提供する」という要件(著作権法26条の2第1項)を充足することに、文言上の支障はない。実質的に考えてみても、このように公衆に

向けて売買の申し込みをするということは、その分、利益を獲得する可能性も高まったということであるから、これに対する著作権の行使を認めることが、譲渡権を設けて著作権者に対価の還流を促そうとした著作権法の趣旨に遡うといえよう。もっとも、本文ですぐ次に述べるように、著作権者自身かその許諾の下で譲渡された原作品等に対しては譲渡権は用尽するとされており、さらに、善意無過失取得者の保護規定もあるので(113条の2)、議論の実益があるのは、いわゆる海賊版がオークションにかけられた場合に限られよう。

- 4) ただし、これが単に譲渡権を侵害しただけのものではなく、複製権をも侵害する無断複製物(海賊版)であった場合には、別途、頒布禁止権がかぶさるので、仮に取得時に善意無過失であったとしても、これから譲渡しようとする時点で悪意(警告書や新聞記事等で悪意になる場合は十分にありうる)となった場合には、著作権を侵害するものとみなされる(113条1項2号)。
- 5) フランスにつき、クロード・コロンベ(宮澤博明訳)『著作権と隣接権』(1990年・第一書房)147～151頁、その成立の経緯につき、宮澤博明『著作権の誕生』(1998年・太田出版)269～281頁、ドイツの制度につき、上野達弘「ドイツ編」『外国著作権法概説』(2003年・著作権情報センター)139頁。絵画等の美術的著作物は原作品に複製物と質的に相違する価値が見出される点で、複製禁止権を留保してさえおけば原稿を譲渡したとしても印税収入を見込むことができる小説の原稿等と利益状況を異にする。そこで、無名時代に廉価で原作品を手離してしまった画家等を完全に保護するために設けられたのが追及権である(千野直邦「追及権の沿革」著作権研究5号53～54頁(1972年)参照)。ベルヌ条約上、追及権を認めるか否かは各同盟国の法令によることとされており(ベルヌ条約14条の3、WIPO(黒川徳太郎訳)『ベルヌ条約逐条解説』(1979年・著作権資料協会)102頁参照)、日本の現行著作権法でもその導入が検討されたが、美術作品の公売市場が未発達であり時期尚早という理由で見送りとなって(文部省『著作権制度審議会答申説明書』(1966年)38～39頁)、現在に至っている。
- 6) もっとも、一般公衆に解放されている屋外の場

所か、一般公衆の見えやすい屋外の場所に恒常的に設置する場合はこの限りではないとされているが(45条2項)、これはこのような場所に展示された場合には、大幅に著作物が自由利用に供されてしまい、著作権者の利益が過度に害されるからである。

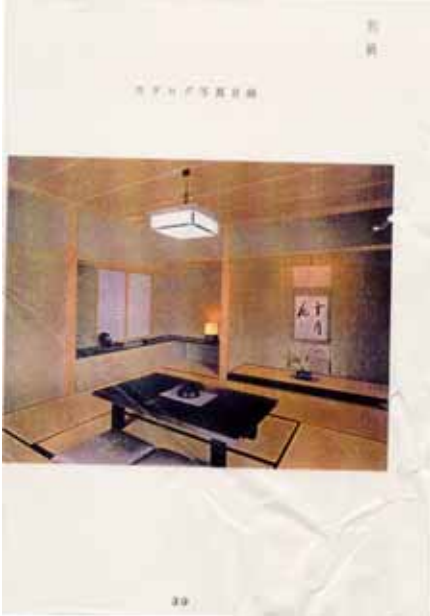
- 7) なお、著作権ばかりでなく、著作者人格権に対しても、所有者の展示の利益を優先する配慮がなされており、未公表の美術的著作物の原作品を譲渡した著作者は、原作品による展示の方法でこれを公衆に提示することについて同意したものと「推定」され(18条2項2号)、その限りで公表権を行使しえなくなる。
- 8) とはいうものの、以上に示したような価値判断が、裁判官の内心のなかで著作権侵害という結論を導き出すべきではないという心証を形成し、実際の裁判に影響する可能性がありうることは否めない。たとえば、市営バスの写真を絵本に掲げる行為につき、当該バスの車体に描かれた絵画の著作権を侵害することになるのかということが争われた事件で、原作品が一般公衆に開放されている屋外や建造物の場所に恒常的に設置されているものを利用して著作権を侵害しない旨、定める著作権法46条を活用して、侵害を否定した東京地判平成13.7.25判時1758号137頁[はたらくじどうしゃ](村井麻衣子[判批]知的財産法政策学研究10号(2006年)参照)など、その種の事例と推測される裁判例につき、田村・前掲注2)126～128頁参照。
- 9) ネットに掲載しようという目的が備わっていれば、当初の撮影行為の時点から、私的使用目的があるとは認められず、私的複製の制限規定が適用されることもない(30条1項参照)。他方で、当初、私的使用目的で撮影された画像が転用されてサイトにアップロードされた場合には、当初の撮影時点では私的複製の制限規定が適用され、著作権侵害が否定されることになるが、その後の転用時点で目的外使用ということで再度の複製があったものとみなされ、そこで著作権に抵触する行為が行われたことになる(49条1項1号)。もっとも、転用時点では、別途、送信可能化が行われているから、目的外使用を議論する実益はあまりない。
- 10) 田村善之[判批]法学協会雑誌119巻7号(2002年)。

- 11) 田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年・有斐閣)96～98頁。
- 12) たとえば、著作権侵害が肯定された東京地判平成6.4.25判時1509号130頁[山の民家]の事案(末尾添付の図2が原告、図3が被告の絵画)を参照。
- 13) 絵画のオークション・サイトにおける画像の掲載につき、32条1項該当性を理由に著作権侵害を否定する見解として公刊されたものとしては、簡便ながら、田村善之「著作権制度は時代と共に変化させるべきである」Right Now!16号3頁(2005年)。オークション・サイト一般における画像の掲載については、田村・前掲注2)133頁。
- 14) 田村善之[判批]齊藤博=半田正夫編『著作権判例百選』(第2版・1994年・有斐閣)。
- 15) 原審の東京高判昭和51.5.19無休集8巻1号200頁[同2審]を破棄差戻し。
- 16) なお、東京高判平成17.3.2判時1893号126頁[同2審]は原判決を取消したが、引用の成否は争点となっていない。
- 17) 他方で、最判は、引用に該当する第三の要件として、著作者人格権を侵害しないことを掲げているのであるが、その後の下級審の裁判例では、東京高判昭和58.2.23無休集15巻1号71頁[パロディ差戻後2審]を別とすれば、第一、第二の要件のみが踏襲されており、第三の要件は言及されないことのほうが通例である(本文で掲げた諸判決を参照)。具体的な当てはめに関しても、たとえば、東京高判平成12.4.25判時1724号124頁[脱ゴーマニズム宣言2審]は、引用の際、コマ組みが変更されたために同一性保持権侵害を肯定したカットを含めて、著作権法32条1項により著作権侵害を否定している。著作者人格権を侵害しないことを引用の要件に含めるべきかどうかということは、特に著作権が譲渡され著作者と著作権者が異なる者となった場合に議論の実益が生じる。最判の要件論では、たとえば、匿名の著作物について著作者の氏名を表示してしまったために著作者人格権侵害となるような場合、他の点では正当な引用に当たりうるのに著作権侵害にも該当することになる。著作者の人格的利益の侵害のみが問題のところ、何故、著作権者の許諾を必要としなければならないのか、説明に窮することになら

- う。最判が提示した第三の要件は、引用の要件ではない、と考えるべきであろう。
- 18) 板東久美子 [判批] 池原季雄他編『著作権判例百選』(初版・1987年・有斐閣)。
- 19) 以上につき、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』(半田正夫古稀・2003年・法学書院)310～332頁も参照。
- 20) 飯村・前掲注19)96頁。
- 21) 上野・前掲注19)326～329頁。
- 22) 賛意を表するものに、田村・前掲注2)133頁。今井弘晃「引用の抗弁」牧野利秋＝飯村敏明編『著作権関係訴訟法』(2004年・青林書院)412～413頁も、さらに詳細な検討が必要としながらも、好意的な評価を与えている。
- 23) 上野・前掲注19)323～325頁。飯村・前掲注19)93～94頁も参照。
- 24) もっとも、同判決は、32条1項の文言に従った要件を述べたうえで、明瞭区別性の要件のほうは、引用の性質上、当然に導かれる要件である旨を説く。
- 25) 今井・前掲注22)412頁の分析を参照。
- 26) WIPO・前掲注5)66頁も参照。
- 27) すでに、パロディのような取込目的型に関し、必然性、必要最小限性、著作権者の受ける経済的な不利益の僅少性という要件を掲げるものに、田村・前掲注11)242～244頁。前掲東京地判[XO番男と杏仁女]も、取込型の引用が肯定される余地に含みを残しつつ、いずれにせよ、本件では、必然性、必要最小限性を満たさないとする(前掲東京高判[同2番]も同旨)。
- 28) 齊藤博『著作権法』(第2版・2004年・有斐閣)241頁。
- 29) 齊藤博『概説著作権法』(第3版・1994年・一粒社)13～14頁。
- 30) 上野・前掲注19)312頁。
- 31) 仮に、そのような譲渡によって生じる利益の一部を著作(権)者に還流させるべきである、という議論があるとすれば、それは追及権(前掲注5))の導入などの立法論として議論すべきである。
- 32) パロディを例に、田村・前掲注11)241頁。
- 33) 飯村・前掲注19)95～96頁は、「慣行等」も総合考慮して引用ないし引用態様が公正であること
- 程度の要件とみれば足りると説く。
- 34) 田村・前掲注11)438頁。
- 35) 村井麻衣子 [判批] 北大法学論集51巻3号(2000年)。
- 36) 出版社の債務不履行責任を問う余地はある。
- 37) 上野達弘「著作物の改変と著作人人格権をめぐる一考察(1)～(2)」民商法雑誌120巻4＝5号752～753頁・6号968頁(1999年)。利用者の利益に比して、著作者の精神的な利益をアプリオリに優先しようとする従来の学説にどれほどの論拠があるのか、という問題意識は至当なものを含んでいるといえよう。
- 38) もっとも、コマースの挿入の仕方や(ノートルミングを含めて)トリミングの手法には選択の余地があることを考えると、一般論としては疑問が残る。その点、東京高判平成10.7.13知裁集30巻2号427頁[同2番]は、著作者がテレビ放映やビデオ化を承認しておりトリミングすることを了解していたことや、制作途中で監督業を引き継いだ訴外人の慎重な配慮の下でコマース挿入箇所やトリミングの手法が決定されたこと(後者は一番も斟酌)を考慮すればやむを得ない、とより周到に理由付けている。
- 39) もっとも、そのためには著作者の同意を得て公表されたものであることが必要であることには注意を要する(18条1項括弧書き)。疑義がある場合には、オークションの対象が原作品であれば、本文で後述するように、公に展示してしまえばよい。なお、3条、4条は著作権者の許諾を得ずに公に利用されたものを「公表」の定義規定から外しているが、これと公表権との関係については、田村・前掲注11)408頁。
- 40) 本号は「推定」規定であるから、本号に該当する事実が証明されたとしても、著作者の方で、契約の際に同意を与えていなかったことを証明して、公表権侵害を問うことができるとされている。しかし、本号の趣旨を全うするためには、同意がなかったということを事実として証明するだけで、本号の「推定」を免れることは許されないといえるべきであろう。本号は、むしろ契約の解釈規定(任意規定=default rules)であり、明示的に反対の意思表示がなされていない限り、同意がなかったということはできないと定めたものと解すべきであろう(田村・前掲注11)419頁)。
- 41) そして、この態様による公の展示がなされた場合、著作者の同意があったものと推定されるのであるから、18条1項括弧書きの限定が適用されることはない。
- さらに、著作権者の許諾がなくとも、公表されたことになる、とされている(4条4項)。もっとも、元来は、公表権侵害の成否を決する場面では、著作者の同意があれば、著作権者の許諾がなくとも、既公表著作物と解すべきことにつき、少数説であるが、田村・前掲注11)408頁。
- 42) 詳細は、田村・前掲注11)458～467頁。
- 43) 別段の意思表示がなされている場合等の例外の取扱いにつき、田村・前掲注11)430頁。
- 44) 田村・前掲注11)261頁。
- 45) 加戸守行『著作権法逐条講義』(5訂新版・2006年・著作権情報センター)318頁。
- 他方で、著作権者の名前までも表示することが要求されているわけではない。著作権者の経済的な不利益の埋め合わせを強調する場合には、著作権者の名前を表示するという意見が主張されるかもしれないが、著作人名に比して著作権者名は正確には分からないかもしれず、かえって著作権者のプライバシーを害するかもしれない(ちなみに、著作人名については、氏名表示権の規律のところで、19条2項により、既になされている表示にしたがって表示すればよいとされており、この種の問題に対する手当てが図られている)。
- 46) ただし、著作者がペンネームを止めて本名を名乗るとか、著者名を付さないことにするなど、既存の表示とは異なる表示を要求した場合には、
- 利用者は氏名表示権侵害となることを防ぐためには、その要求に従わなければならない運命にある(19条2項参照)。著作者の意思に従って、既存の表示方法と異なる表示をなしたとしても、出所明示義務違反に該当するものではないと扱うべきである。
- 47) なお、出所明示義務違反に対しては、122条により50万円以下の罰金が課されるが、出所明示義務に違背すると、著作権侵害が成立すると解されるとすれば、著作権侵害に対する刑事罰の定め他他に、別途、出所明示義務違反に対する罰則を設ける意味がなくなる。ゆえに、出所明示義務に違反したとしても、著作権の制限に関するその他の要件を充足している限り、著作権侵害となることはない(加戸・前掲注45)318頁、茶園成樹「著作権の制限における出所明示義務」『著作権法と民法の現代的課題』(半田正夫古稀・2003年・法学書院)345頁)。
- この点に関して、東京高判平成14.4.11平成13(ネ)3677[絶対音感2審]は、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よい旨を説く。しかし、出所明示の慣行があるかどうかは、48条1項柱書きにいう「複製又は利用の態様に応じ合理的と認められる方法及び程度」を斟酌する際にも考慮される事情といえよう。判旨のような理屈では、32条1項に該当するが、48条のみに違反する類型というものを想起することが困難となり、著作権侵害罪とは別に出所明示義務違反の罪を設けた著作権法の趣旨が潜脱されることになりかねないであろう。

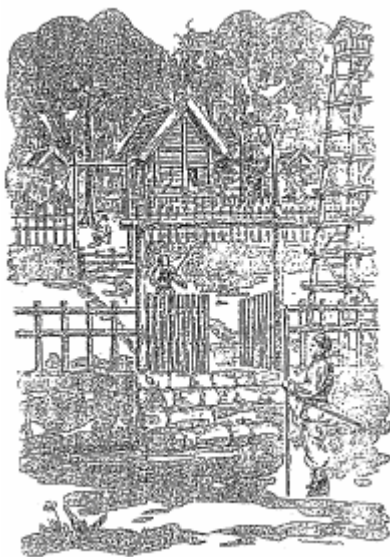
添付図面

[図 1] 判例時報 1701 号 161 頁



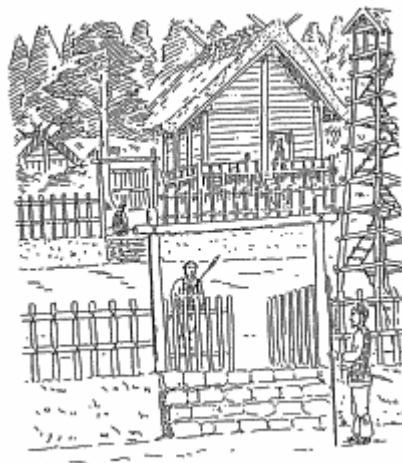
[図 2] 判例時報 1509 号 138 頁

1. 古代の城



[図 3] 判例時報 1509 号 138 頁

1. 卑弥呼の王宮



[図 5] 民集 34 卷 3 号 314 頁

[図 4] 民集 34 卷 3 号 313 頁

