

写真の著作物の保護範囲

—異なる表現形式での利用における侵害の成否を中心に—

筑波大学

図書館情報メディア研究科

2017年3月

吉田 貴紀

目次

図表目次	2
1. はじめに.....	3
1. 1. 研究背景.....	3
1. 2. 研究目的.....	4
1. 3. 研究方法.....	4
1. 4. 先行研究.....	4
1. 5. 論文の構成.....	5
2. 写真の著作権についての従来の考え方.....	5
2. 1. 著作物性.....	5
2. 2. 創作性の構成要素.....	6
3. 別作品への利用における問題.....	8
3. 1. 裁判例.....	8
3. 1. 1. 祇園祭ポスター事件.....	9
3. 1. 2. 写真ビラ事件.....	13
3. 2. 両判決の比較および問題点.....	15
4. 考察.....	16
4. 1. 写真の創作性の判断基準.....	16
4. 1. 1. 被写体に創作性を認めるか否か.....	16
4. 1. 2. 「表現の選択の幅」概念を用いた創作性の有無の判断.....	25
4. 2. 侵害の成否の判断基準.....	27
4. 2. 1. 創作性の高低と保護の強さ.....	27
4. 2. 2. 写真の各表現要素における保護範囲および侵害の成否の判断基準.....	33
4. 2. 2. 1. 被写体.....	33
4. 2. 2. 2. カメラアングル・構図.....	35
4. 2. 2. 3. シャッターチャンス.....	40
4. 2. 2. 4. 画面の色合い・陰影等.....	41
4. 2. 3. 侵害成立を回避するための利用態様.....	44
5. おわりに.....	45
謝辞.....	46
文献リスト.....	47

図表目次

図 1 : (上) 本件写真を表紙に掲載した写真集、(下) 本件水彩画を掲載したポスター	9
図 2 : (左) 原告写真、(右) 被告写真.....	18
図 3 : (左) 原告写真 1、(右) 被告写真 1.....	21
図 4 : (左) 原告写真 2、(右) 被告写真 2.....	21
図 5 : (左) 原告写真 3、(右) 被告写真 3.....	21
図 6 : (左) 原告写真 4、(右) 被告写真 4.....	22
図 7 : (左) 原告写真 5、(右) 被告写真 5.....	22
図 8 : (左) 本件写真 1、(右) 本件写真 2	28
図 9 : けろけろけろっぴ事件 / (左) 原告作品、(右) 被告作品	31
図 10 : 女優イラスト事件 / (左) 原告作品、(右) 被告作品.....	31
図 11 : パンシロントリム事件 / (左) 原告作品、(右上) 中間作品、(右下) 被告作品	32
図 12 : (左) “Cardinals on Apple Blossom”、(右) “The Cardinal”	35
図 13 : (左) 上から本件著作物 (一) および (二)、(右) 上から被告絵画 (一) およ び (二)	37
図 14 : 本件各カタログの写真の中で本件各作品が写り込んだ部分.....	42

1. はじめに

1. 1. 研究背景

著作権とは「著作物を利用しようとする者に著作権者が利用を認めたり、禁止したりすることができる権利」¹のことであり、写真も著作権法で保護される著作物の一つである。近年、インターネットの普及やデジタル技術の発達によって写真の撮影や公開、利用を手軽に行えるようになり、誰もが写真の著作物のユーザーとなり得る時代が到来している。これに伴い、写真著作物の利用に関するルールを明確化することや、写真著作物の自由利用の可能性を検討することの重要性が増しているといえる²。

他方で、写真著作物はそれ自体の利用だけではなく、別の作品を作成する際の資料や素材としても利用される場合がある。イラストや漫画、アニメーションといった絵による表現を行う作品の制作過程において参考資料として写真が用いられることは珍しくなく³、近年ではインターネットで資料となる写真を探すことも行われている⁴。こうした作品の制作時に各種の資料を入手、参照することは新たな発想のヒントを得たり作品の完成度を高めたりする上で必要不可欠である⁵が、その一方で特定の写真を参考に作成した作品がその写真に過度に類似していれば元の写真の著作権を侵害するおそれがある。実際に漫画作品等において写真の著作権侵害の疑いが指摘された例もあり、写真家が抗議し出版社が謝罪する⁶、漫画の連載が中断される⁷といった事態も発生している。

上述のように、イラスト等を制作する際の参考資料として写真を利用することは広く行われているため、写真について著作権侵害が必要以上に広く認められたり、侵害になるか否かを事前に予測しづらかったりすれば、創作活動に支障をきたすおそれがある。そこで、写真とは異なる表現形式の作品、特に絵による表現を行う作品を制作する際に写真を利用

1 青山紘一『著作権法（事例・判例）』4頁（経済産業調査会、2010）

2 高瀬匡富「判批」（東京アウトサイダーズ事件）知的財産法政策学研究 32号 316頁（2010）

3 桑野雄一郎著、福井健策編『出版・漫画ビジネスの著作権』168頁（著作権情報センター、2009）

4 一例として、2015年公開のアニメーション映画『バケモノの子』（細田守監督）では、舞台となった2006年の渋谷の風景を背景美術で描く際に、外国人観光客の写真をインターネット上で探して参考にしたという。氷川竜介「STAFF INTERVIEW & COMMENT & PROFILE 上條安里×大森崇、高松洋平、西川洋一」『バケモノの子』（劇場パンフレット）24頁（東宝、2015）

5 イラスト等の作品制作時における資料の重要性に言及したものとして、小川素治『イラストレーションの世界』38頁（ビッグ社、1980）、飯塚裕之『まんが家になろう！』2頁（小学館、2001）、臼井祥子「草薙」アニメーションノート5号8頁以下（2007）など。

6 坂茂樹『封印漫画大全』152頁（三オブックス、2009）

7 「集英社の料理マンガが連載中断 写真トレースはダメなのかで議論」J-CAST ニュース（2011-12-12）<http://news.livedoor.com/article/detail/6111846/>（参照 2017-01-12）

する行為について、侵害の成否の判断基準を明確化することが必要である。

1. 2. 研究目的

本研究は、以下の 2 点を目的とする。まず、従来の学説や裁判例を踏まえて写真の創作性の判断基準を再検討し、妥当と思われる判断基準を示す。そして上記の検討を踏まえて、写真以外の表現形式、特に絵という形式で写真を利用する場合を念頭に置いて侵害の成否の判断基準を考察し、侵害を回避するための利用態様を明らかにする。

1. 3. 研究方法

研究方法としては、文献調査を行う。写真の著作物に関する学説および裁判例、および裁判例の評釈を収集して検討し、侵害の成否の判断基準や保護が及ぶ範囲、侵害とならない利用態様について考察を行うものとする。

取り上げる裁判例としては、評釈や先行研究の存在する重要裁判例を中心に、本研究の主題と関連度の高いものを選択する。本研究の主要な検討課題である、写真を参考に絵を描くという行為について争われた裁判例としては、祇園祭ポスター事件（東京地判平成 20 年 3 月 13 日判時 2033 号 102 頁・判タ 1283 号 262 頁）と写真ビラ事件（1 審：東京地判平成 15 年 2 月 26 日判時 1826 号 117 頁、判タ 1140 号 259 頁、2 審：東京高判平成 16 年 11 月 29 日平成 15 年(ネ)第 1464 号）がある。ただしこれら 2 つの裁判例のみでは考察を行うには不十分であるため、「写真を参考に絵を描く」という事例のみならず、「写真を参考に似たような写真を撮影する」、「絵を参考に似たような絵を描く」という行為に関する事例や、その他著作物の保護範囲に関する事例を適宜参照するものとする。

1. 4. 先行研究

著作権法上の写真の創作性や保護範囲に関する先行研究は複数存在しているが、その多くは「ある写真をそのままコピーして利用した場合」、もしくは「ある写真を参考に似たような写真を撮影した場合」における法的問題を検討したものであり、「写真を参考に写真以外の作品（絵）を作成した場合」に関する研究はほとんど見当たらないのが現状である。また研究方法としては、ある特定の裁判例を題材としてその事例における法的問題を検討するもの（判例研究）が比較的多い。

写真の創作性や保護範囲に関して詳細な考察を行った例としては、鈴木康平「著作権法における写真の創作性—写真の創作性判断への「表現の選択の幅」論の適用可能性—」図書館情報メディア研究 12 巻 2 号 13 頁以下（2014）がある。鈴木は、写真の創作性の判断基準について、新しい創作性概念である「表現の選択の幅」論を適用することで客観的かつ予見可能性の高いものとすることを試みている。このように新しい創作性概念の適用可能性を中心とした研究であるが、写真の著作権に関する従来の学説や裁判例についても検討しており、参考になる点が多いと思われる。ただし、侵害の成否が問題となる写真の利

用態様としては「ある写真を参考に似たような写真を撮影した場合」を念頭に置いているとみられ、「写真を参考に写真以外の作品（絵）を作成した場合」については言及されていない。

また、先行研究において「写真を参考に写真以外の作品を作成した場合」について検討を行った数少ない例として、比良友佳理「判批」（祇園祭ポスター事件）知的財産法政策学研究 25 号 117-157 頁（2009）がある。比良は、写真をもとに水彩画を作成してポスターに掲載した行為が問題となった裁判例（3. 1. 1. 節で詳述）についての判例研究という形をとりつつも、写真の創作的表現をどこに認めるか、写真著作物の具体的な保護範囲といった同裁判例でも争われた著作権法上の問題について、多数の関連裁判例や学説を検討しながら詳しく考察している。比良は「写真を参考に絵を描く」という行為についても、特定の写真に依拠しようがしまいが実在する同じ風景を写實的に描こうとすれば必然的に似てしまうのではないか、写真を参考に絵を描く行為全般が著作権侵害になるか、という 2 つの問題についてそれぞれ別の裁判例を紹介しながら検討を行っている。ただし結論としては写真を参考に絵を描く行為すべてが侵害となるわけではないことを示すに留まっており、具体的な侵害の成否の判断基準や侵害を回避する方法を示すところまでは至っていない。

以上より、写真を参考に絵を描く行為における著作権侵害の成否の客観的な判断基準に関しては、先行研究においても十分に検討されていない点であり、本研究において写真を参考に絵を描く場合を念頭に置いて侵害の成否の判断基準および侵害回避の方法を考察することは一定の意義があるものと考えられる。

1. 5. 論文の構成

本論文では、まず「2. 写真の著作権についての従来のお考え方」で、写真の著作物性や創作性に関する従来のお学説や裁判例におけるお考え方や判断基準を概観する。その上で「3. 別作品への利用における問題」で、写真を参考に絵を描くという行為について異なる判断がなされた 2 つの裁判例を取り上げ、従来のお考え方では侵害の成否の判断基準が明らかでないことを示す。以上を踏まえ、「4. 考察」では、写真の創作性の妥当な判断基準と、写真を参考に絵を描く行為における侵害の成否の判断基準、侵害を回避するための写真の利用態様の考え方を考察する。

2. 写真の著作権についての従来のお考え方

2. 1. 著作物性

著作権法では写真そのものの定義は規定されていないが、一般に物理的または化学的方法で被写体をフィルムや印画紙等に影像として再現するものを指すと考えられている⁸。またデジタルカメラで撮影した写真も、従来のお写真と製作方法は異なるが写真の著作物に含

⁸ 中山信弘『著作権法』108 頁（有斐閣、第 2 版、2014）

まれると解されている⁹。著作権法で「写真の著作物」が著作物の一つとして例示されている（10条1項8号）ことから明らかなように、写真は著作権法の保護の対象となりうる。しかし、どのような写真に著作物性が認められるのか、どの程度の保護範囲を有するのかということに関しては著作権法上、特に明文の規定がない¹⁰。また、他の形式の著作物と異なる写真の特徴として、基本的には被写体をそのまま写し取るものであり、カメラという機械の機能に依存する面が大きいという性質があることが指摘されている¹¹。創作性のない写真は著作物性が認められないため、保護されるべき創作性は写真のどの部分にあるのかという点が問題となる。

従来の学説では、著作物性が否定される写真の例として、自動証明写真や絵画の忠実な複製写真¹²、固定式監視カメラで撮影した写真¹³などが挙げられている。裁判例をみると、版画写真事件（東京地判平成10年11月30日知財集30巻4号956頁）では、版画を忠実に再現することを目的に撮影された写真の著作物性が否定されている。本件判決においては、「原作品がどのようなものかを紹介するための写真において、撮影対象が平面的な作品である場合には、正面から撮影する以外に撮影位置を選択する余地がない上、右認定のような技術的な配慮も、原画をできるだけ忠実に再現するためにされるものであって、独自に何かを付け加えるというものではないから、そのような写真は、『思想又は感情を創作的に表現したもの』（著作権法二条一項一号）ということとはできない」と述べられ、撮影者による表現上の工夫の余地がなく創作性がないと判示された。また、タレントのプロマイド写真をキーホルダーにして無断で販売した行為が問題になった真田広之プロマイド事件（東京地判昭和62年7月10日判時1248号120頁）では、「本件写真は…撮影者の個性、創造性を窺うことができ、証明書用の肖像写真のように単なるカメラの機械的作用によって表現されるものとは異なり、写真著作物というに妨げない」と判示されており、傍論ではあるが証明書用の肖像写真には撮影者の個性や創造性が現れない旨に言及している。以上のように、撮影者による独自性が付与されていない写真、単なる機械的作用にのみ依存した写真は著作物性が否定されると考えられる。

2.2. 創作性の構成要素

写真において創作性が認められる要素としては、これまでの裁判例において、被写体の選定、構図、光量の調整（大阪地判平成7年3月28日知的裁集27巻1号210頁〔商品カタログ事件〕）、被写体のポーズや表情、背景、照明による光の陰影、カメラアングル（真

⁹ 中山・前掲注（8）109頁、渋谷達紀『著作権法』60頁（中央経済社、2013年）

¹⁰ 田村善之『著作権法概説』95頁（有斐閣、第2版、2001）

¹¹ 三浦正広＝半田正夫「判批」（真田広之プロマイド事件）別冊ジュリスト157号56頁（2001）、中山・前掲注（8）109頁

¹² 渋谷・前掲注（9）60頁

¹³ 中山・前掲注（8）109頁

田広之ブロマイド事件)、シャッターチャンス(東京地判平成11年3月26日判時1694号142頁、判タ1014号259頁[イルカ写真事件])などが挙げられている。ただし、写真の著作物性が肯定されるためにはこうした要素の全てを満たす必要はなく、その一部において創作性が認められれば足りると解されている¹⁴。

4.2.1. 節でも取り上げるスメルゲット事件控訴審(知財高判平成18年3月29日判タ1234号295頁)では写真の表現を構成する要素が詳しく判示されており、「写真は、被写体の選択・組合せ・配置、構図・カメラアングルの設定、シャッターチャンスの捕捉、被写体と光線との関係(順光、逆光、斜光等)、陰影の付け方、色彩の配合、部分の強調・省略、背景等の諸要素を総合してなる一つの表現である」と述べられている。その上で、「このような表現は、レンズの選択、露光の調節、シャッタースピードや被写界深度の設定、照明等の撮影技法を駆使した成果として得られることもあれば、オートフォーカスカメラやデジタルカメラの機械的作用を利用した結果として得られることもある。また、構図やシャッターチャンスのように人為的操作により決定されることの多い要素についても、偶然にシャッターチャンスを捉えた場合のように、撮影者の意図を離れて偶然の結果に左右されることもある。

そして、ある写真が、どのような撮影技法を用いて得られたものであるのかを、その写真自体から知ることは困難であることが多く、写真から知り得るのは、結果として得られた表現の内容である。撮影に当たってどのような技法が用いられたのかにかかわらず、静物や風景を撮影した写真でも、その構図、光線、背景等には何らかの独自性が表れることが多く、結果として得られた写真の表現自体に独自性が表れ、創作性の存在を肯定し得る場合があるというべきである。」として、上述のような表現はレンズの選択等の撮影技法、オートフォーカス等の機械的作用、偶然のいずれによっても得られる場合があること、ある写真にどのような技法が用いられたのか写真自体から知ることは困難な場合もあることを指摘し、結果として得られた写真の表現に独自性が表れていれば創作性を肯定できる旨を判示している¹⁵。

上記の判決で指摘されているように、写真の創作性を構成する要素として認定されるのは撮影時に用いられた手法そのものではなく、あくまでも撮影の結果として写真に得られた表現であるとされる。同様の考えは後述する祇園祭ポスター事件(東京地判平成20年3月13日判時2033号102頁・判タ1283号262頁)においても示されており、同判決では創作性のある部分が「構図、シャッターチャンス、撮影ポジション・アングルの選択、撮影時刻、露光時間、レンズ及びフィルムの選択等において工夫したことにより表現された映像」(傍線引用者)であると判示されている¹⁶。また、過去の裁判例が著作物性の構成要

¹⁴ 中山・前掲注(8)110頁

¹⁵ 写真の創作性について本件とほぼ同じ判示がなされた近時の裁判例として、ファッション写真事件(東京地判平成27年12月9日平成27年(ワ)第14747号)がある。

¹⁶ 比良友佳理「判批」(祇園祭ポスター事件)知的財産法政策学研究25号131頁(2009)

素として挙げているものは撮影の結果として写真に客観的に表現されているから挙げたものであり、撮影者自身が撮影の過程でこれらの要素を念頭に置いていたか否かといった主観的要素に着目するものではないことに注意を要するとの指摘もある¹⁷。このように、写真の創作性は作者の意図や用いられた手法により判断するのではなく、あくまでも写真そのものに表れた表現から判断するべきものと解されている。

なお、上で挙げた要素のうち、被写体を写真の創作性の構成要素として認めるか否かについては学説上争いがあり、裁判例においても、被写体の創作性が肯定された事例と否定された事例の両方がみられる。この点については 4. 1. 節で詳しく検討する。

3. 別作品への利用における問題

前節で述べたように、写真の創作性をどの部分に認めるかという問題はあるものの、絵画の複製写真等の一部の例外を除けば写真の著作物性自体が否定されることは少ない。学説や裁判例上も、写真の著作物性は極めて広く解されている¹⁸。そのため、元の写真自体をコピーしてそのまま利用するような場合に著作権侵害が成立することは予測しやすく、実務上も大きな問題は生じないと思われる。

しかし、同一被写体について撮影方法が類似の写真を別途撮影することや、別の被写体で類似した構図の写真を撮影すること、さらに写真に依拠してイラスト等の写真以外の作品を作成することについても侵害が成立するか否かは争いがあり¹⁹、裁判例においても事例により判断が異なっている。写真自体のコピーではない場合、元の写真の創作性はどの部分に認められるのか、後続の作品に元の写真の創作的表現が再生されているか否かといった点において、より厳密な検討を要することになる。

3. 1. 裁判例

写真以外の作品の作成が問題となった事例として、写真を基に絵を描く行為が著作権侵害になるか否かが争われた裁判例を 2 つ取り上げる。なお、いずれの事件においても争点

¹⁷ 北村行夫「判批」(版画写真事件)別冊ジュリスト 198 号 26 頁(2009)

¹⁸ 加戸守行『著作権法逐条講義』125 頁(著作権情報センター、六訂新版、2015)、田村・前掲注(10) 95 頁、高瀬・前掲注 21) 293 頁。津医療生活協同組合写真事件(津地判平成 6 年 1 月 31 日平成 4 年(ワ)第 117 号)では、「…写真には、被写体を忠実に機械的に再製することを目的としたものと、被写体の選択・構図のとりかた・カメラアングル・光量の調節・シャッターチャンスなどに撮影者の創意と工夫を加えて撮影したものとがあり、後者の写真については(その程度の差はあるものの)精神的創作性が認められるところ、それぞれの写真について創意と工夫の程度を判断することは極めて困難であるから、後者の写真については原則として著作物性を肯定するのが相当である」と判示されており、被写体を忠実に機械的に再製することを目的とした写真以外は原則として著作物性を肯定すべきとの見解が示されている。

¹⁹ 岡村久道『著作権法』463 頁(民事法研究会、第 3 版、2014)

は多岐にわたっているが、ここでは絵の制作が写真の著作権を侵害するか否かという点を中心に紹介するものとする。

3. 1. 1. 祇園祭ポスター事件

東京地判平成 20 年 3 月 13 日判時 2033 号 102 頁・判タ 1283 号 262 頁

(1) 事件の概要

アマチュア写真家である原告は被告八坂神社に許可を得て、平成 14 年 7 月 17 日に行われた祇園祭の風景写真（本件写真）を撮影し、平成 15 年 6 月 15 日に本件写真を表紙とする写真集を被告サンケイデザインより発行した。被告サンケイデザインの代表者である被告 B は本件写真を京都新聞に掲載し、また被告八坂神社の発注により本件写真を同神社のポスターに掲載した。さらに被告サンケイデザインは被告八坂神社の発注により本件写真に依拠した水彩画（本件水彩画）を制作し、被告 B は京都新聞に、被告サンケイデザインは被告八坂神社のポスターに、それぞれ掲載した。また、被告白川書院は本件写真を被告 B から借りて雑誌「月刊京都」に掲載した。

本件は、これらの行為が本件写真の著作権および著作者人格権を侵害するとされた事例である。争点は多岐にわたるが、ここでは本件写真の著作物性と、本件水彩画の制作における翻案権侵害の成否を取り上げる。



図 1：(上) 本件写真を表紙に掲載した写真集、(下) 本件水彩画を掲載したポスター

共同通信「祇園祭の写真、無断使用 八坂神社などに賠償命令」47NEWS (2008-03-13) <http://web.archive.org/web/20150613061221/http://www.47news.jp/CN/200803/CN2008031301000651.html>

(2) 判旨

①本件写真の著作物性について

まず「翻案」の判断基準については、「著作権法 27 条に規定する著作物の翻案とは、既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為をいう。

そして、著作権法は、同法 2 条 1 項 1 号の規定するとおり、思想又は感情の創作的な表現を保護するものであるから、既存の著作物に依拠して創作された著作物が、思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件など表現それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分において、既存の著作物と同一性を有するにすぎない場合には、翻案には当たらないと解するのが相当である」として、江差追分事件上告審（最判平成 13 年 6 月 28 日民集 55 卷 4 号 837 頁）での説示を引用した。

その上で裁判所は本件写真の創作性について、「本件写真の被写体が客観的に存在する被告八坂神社の西楼門と、同じく客観的に存在しながらも時間の経過により移動していく神輿と輿丁及び見物人であり、これを写真という表現形式により映像として再現するものであること、及び、写真という表現形式の特性に照らせば、本件写真の表現上の創作性がある部分とは、構図、シャッターチャンス、撮影ポジション・アングルの選択、撮影時刻、露光時間、レンズ及びフィルムの選択等において工夫したことにより表現された映像をいうと解すべきである。…すなわち、お祭りの写真のように客観的に存在する建造物及び動きのある神輿、輿丁、見物人を被写体とする場合には、客観的に存在する被写体自体を著作物として特定の者に独占させる結果となることは相当ではないものの、撮影者がとらえた、お祭りのある一瞬の風景を、上記のような構図、撮影ポジション・アングルの選択、露光時間、レンズ及びフィルムの選択等を工夫したことにより効果的な映像として再現し、これにより撮影者の思想又は感情を創作的に表現したとみ得る場合は、その写真によって表現された映像における創作的表現を保護すべきである」と述べ、構図の選択など撮影時の工夫による表現に著作物としての創作性があるとした。

②本件写真の具体的な創作的表現について

上記の判断基準を踏まえて、本件写真の具体的な創作的表現について判示している。まず撮影時の状況について「本件写真は、被告八坂神社の境内の西楼門の正面よりやや斜めの位置で、アーケードの上に撮影ポジションをおき、子供神輿と神官の姿を明確にとらえることができるようにし、また、被写体を広角域で捉えてその遠近感を強調するために広角レンズを用いて、被告八坂神社の境内の西楼門から 4 基の神輿までの全体にピントが合うように奥行きを広げ、さらに、夕方 6 時以降の時刻であることを考慮して、ASA400 のフィルムにより、1/15 秒のシャッタースピードで撮影されたものである」と撮影時の工夫

を述べ、その結果として「本件写真においては、神官及び 4 基の神輿が相当細部にわたるまで鮮明に写し出されており、とりわけ、お祓いをする神官にあっては、手に持つ櫛の紙垂のなびく様子が止まって写されており、神輿にあっては、その屋根の円形模様、色彩その他の細部の装飾までもが色鮮やかに写されている」と認定した。

その上で「本件写真の創作的表現とは、被告八坂神社の境内での祇園祭の神官によるお祓いの構図を所与の前提として、祭りの象徴である神官と、これを中心として正面左右に配置された 4 基の黄金色の神輿を純白の法被を身に纏った担ぎ手の中で鮮明に写し出し、これにより、神官と神霊を移された神輿の威厳の下で、神輿の差し上げ（神輿の担ぎ手がこれを頭上に担ぎ上げることをいう。）の直前の厳粛な雰囲気を感じさせるるところにあると認められる」と判じた。

③本件写真と本件水彩画の対比

本件水彩画が本件写真に依拠して制作されたことを認定したうえで、「本件水彩画は、その全体の構成から細部の描写に至るまで、本件写真を基にして制作されたとみられる部分が多い」とした。具体的な共通点としては、「本件水彩画の全体的構成は、本件写真の構図と同一であり、西楼門（門脇の木々及び狛犬並びに八坂神社の石柱を含む。）、神官及びこれを中心として正面左右に配置された 4 基の神輿の位置関係がほぼ同じであるだけでなく、4 基の神輿を担ぐ輿丁や多数の見物客の様子や姿態が全体として簡略化されているものの、その一部が不自然に類似して描かれているのである」「また、本件水彩画においては、本件写真と同様に、これらの西楼門、神官及び 4 基の神輿が、いずれも濃い画線と鮮明な色彩で強調されて描かれている」と述べた。そして、「本件水彩画においては、神官のお祓いを見守る人々は上記のとおり薄い画線と色彩で簡略化されており、また、西楼門背後の樹木は省略されている」としたうえで、「本件水彩画においては、このようにデフォルメされている部分もあるものの、とりわけ、4 基の神輿は、金色及び西楼門と同一の赤色で彩色を施され、多くの純白の法被の中で浮かび上がるがごとく、鮮明に描かれている」と認定した。

これらの認定を踏まえ、「本件水彩画のこのような創作的表現によれば、本件水彩画においては、写真とは表現形式は異なるものの、本件写真の全体の構図とその構成において同一であり、また、本件写真において鮮明に写し出された部分、すなわち、祭りの象徴である神官及びこれを中心として正面左右に配置された 4 基の神輿が濃い画線と鮮明な色彩で強調して描き出されているのであって、これによれば、祇園祭における神官の差し上げの直前の厳粛な雰囲気を感じさせるのに十分であり、この意味で、本件水彩画の創作的表現から本件写真の表現上の本質的特徴を直接感得することができるというべきである」と判示した。また、本件写真と本件水彩画の相違点については、「なお、本件写真と本件水彩画では、神官の動作及び持ち物に違いが認められる。しかしながら、本件水彩画では、神官の動作を紙垂が付された棒を高く掲げる動作に修正して、神官のお祓いの動作をより強調

するものであって、この意味で、厳粛な雰囲気をもより増長させるものと認められる。したがって、上記の表現の相違は、本件水彩画から本件写真の表現上の本質的特徴を直接感得できるという上記認定を左右する程のものではない。」とした。

以上の認定を踏まえ、「本件水彩画に接する者は、その創作的表現から本件写真の表現上の本質的な特徴を直接感得することができる」と認められるから、本件水彩画は、本件写真を翻案したものというべきである。」と判示し、本件写真の翻案権侵害が成立すると認定した。

(3) 検討

本件は、写真を基に作成された絵について元の写真の著作権侵害が肯定された事例である。裁判所は本件写真の創作性について、被写体自体は客観的に存在する祇園祭の風景であり独占は認められないとしつつも、時間の経過により変化していく風景のある一瞬を捉えた点を創作的表現として考慮することができる」と判示した²⁰。また本件写真と本件水彩画の対比においては、全体的構成が本件写真の構図と同一である、西楼門・神官・神輿の位置関係がほぼ同じである、人物の様子や姿態の一部が不自然に類似している、西楼門・神官・神輿が濃い画線と鮮明な色彩で強調されて描かれている、の4点を本件写真との共通点として認定しているが、これらのうち特に2点目と3点目は時間の経過により変化する要素に関するものであるといえる。このように裁判所は、被写体の選択の創作性を否定したうえで、撮影時の工夫、特にシャッターチャンスの捉え方によって得られた表現を重視して創作性の認定および侵害の判断を行ったとみられる。なお、本件写真の創作的表現および本件水彩画から感得できる本件写真の表現上の本質的特徴を「厳粛な雰囲気」と判示している点について、表現そのものではなく表現によって表わそうとしているテーマの同一性を問うことになってしまい、著作権法で保護されないはずのアイデアによって類似性を判断するという事態に陥る危険性があるとの指摘がある²¹。確かに、「雰囲気」という抽象的なものに基づいて創作性や類似性の判断を行うことは、アイデアではなく具体的な表現を保護するという著作権法の趣旨から外れるおそれがあり、またそもそも人によって感じ方が異なりうる「雰囲気」を裁判所が判断、認定することは妥当なのかという問題もある。あくまでも具体的な表現に基づいて創作性や類似性を判断するべきであろう。

また、本判決は写真と絵の相違点にも言及しており、興丁や見物客の全体的な簡略化、背後の樹木の省略、神官の動作・持ち物の違い、の3点に触れている。しかしこれらの相違点のうち、1点目については前述のように一部が不自然に類似しているとしてむしろ共通点を認定しており、2点目についてはそれ以上の検討がなされていない。また3点目については、厳粛な雰囲気を増長させるものであり、水彩画から写真の本質的特徴を直接感得で

²⁰ 本判決に対する判例タイムズの匿名コメント（判タ1283号263頁）参照。

²¹ 比良・前掲注（16）136頁以下

きるという認定を左右する程のものではないと認定している。認定された相違点はいずれも微細なものであり、上述のように表現上の共通点が細部も含めて多数存在するため、侵害を肯定した本件判決は、「雰囲気」を表現上の本質的特徴とした点には疑問が残るものの結論としては妥当であると思われる。

3. 1. 2. 写真ビラ事件

1 審：東京地判平成 15 年 2 月 26 日判時 1826 号 117 頁、判タ 1140 号 259 頁

2 審：東京高判平成 16 年 11 月 29 日平成 15 年(ネ)第 1464 号

(1) 事件の概要

原告 X、被告 Y はいずれも宗教法人である。

X の職員でありカメラマンである A が、X の名誉会長である B を被写体とした写真（原告写真 1・原告写真 2）を撮影し、雑誌上で公開した。Y の信者組織の支部の代表者 Y₃ は、原告写真 1 をモノクロにし背景をカットした写真（本件ビラ写真）を掲載したビラ（本件写真ビラ）、および原告写真 2 を基に作成された絵（本件ビラ絵）を掲載したビラ（本件絵ビラ）を作成し、信者に依頼して公衆に配布させた。これに対し X が、本件ビラ写真は原告写真 1 を、本件ビラ絵は原告写真 2 をそれぞれ複製または翻案したものであり、複製権、翻案権、同一性保持権、氏名表示権を侵害するとして、著作権および著作人人格権侵害に基づきビラの配布の差止等と、不法行為に基づき損害賠償の支払いを請求した。

ここでは争点のうち、原告写真 2 の著作物性と、本件ビラ絵における侵害の成否を取り上げる。なお、本件において問題となった写真・ビラ絵等は、判例集や裁判所ウェブサイトにおいても収録されていない。

(2) 判旨の概要

①原告写真 2 の著作物性の有無

1 審判決は、原告写真 2 の特徴について「原告写真 2 は、背景全体をぼかし、右端に彫像の一部を配置した室内で、スーツの上に後記イの勲章（合計四個）（以下「本件勲章」という。）を着用し、正面を向いて直立した B の姿（膝から上）が撮されたカラー写真である。」、その撮影時の状況について「A は、原告写真 2 を撮影するに当たり、B を引き立たせる効果を考へて、背景用に彫像を配置させたり、B の表情、輪郭及び本件勲章が鮮明に写し出せるよう、原告写真 1 と同様に、照明について入念な工夫をした上、撮影した。」と認定した。

その上で原告写真 2 の著作物性について、「上記認定した事実によれば、A は、原告写真 2 の撮影に当たり、B 及び本件勲章を引き立たせるため、背景、照明等に工夫を加えて撮影しているから、原告写真 2 には、A の個性が表現されている。したがって、原告写真 2 は、A の思想又は感情を創作的に表現したものであるということができ、著作物性を有する。」と認定

した。

2 審判決も 1 審判決と同様に、原告写真 2 は著作物性を有するとした。

②本件ビラ絵は原告写真 2 の複製または翻案といえるか

1 審判決はまず翻案の判断基準について、「当該著作物が先行する著作物を翻案したものであるというためには、当該著作物が先行著作物に依拠して作成されたものであり、かつ、当該著作物が、先行著作物の表現形式上の本質的特徴部分を直接感得できる程度に類似していることが必要である」とした。

また写真の著作物の創作性について「写真に著作物としての創作性が付与されるゆえんが、撮影や現像における独自の工夫によって創作的な表現が生じ得ることにあるというべき」とし、翻案か否かの判断にあたっては「先行著作物が撮影された際に、創意工夫がされたことによる創作的な表現部分、すなわち、表現上の本質的特徴部分が、後の著作物に現れているか否かを対比検討して判断すべきである」とした。

そして上記の観点から、本件ビラ絵と原告写真 2 の対比を行っている。まず原告写真 2 について、「A は、原告写真 2 の撮影に当たり、背景、構図、照明、光量、絞り等に工夫を加えて撮影していることから、原告写真 2 の特徴は、このような工夫をして撮影した個別的、具体的な表現そのものにある。」と認定した。そして本件ビラ絵と原告写真 2 の類似点については、「B の顔及び上半身の輪郭並びに目、鼻、口、耳、眼鏡、ネクタイ及び勲章の位置及び形状において、類似性が認められる」とした。その一方で、「① 原告写真 2 は B の表情、輪郭等、及び本件勲章が鮮明に写し出されているのに対し、本件ビラ絵は、B の顔の表情や輪郭、本件勲章の形状の細部までは、正確に描写されていないこと、② 原告写真 2 はカラーであるのに対し、本件ビラ絵はモノトーンであること、③ 原告写真 2 では、B は式帽を着用していないのに対し、本件ビラ絵では式帽を着用していること、④原告写真 2 では、B はスーツ姿であるのに対して、本件ビラ絵では、ローブ様のものを着用している点、⑤ 原告写真 2 は、背景の装飾品がぼかして撮影されているのに対して、本件ビラ絵は、背景が省略されている点等大きく相違する」と多数の相違点を指摘した。そして、「以上のとおり、本件ビラ絵は、本件写真 2 における、B の顔の表情、輪郭等の具体的な表現上の特徴はすべて捨象されているのであって、本件写真 2 の表現形式上の本質的特徴部分を感得する程度に類似しているとはいえない」として、本件ビラ絵は原告写真 2 の複製または翻案とはいえないと判示した。

2 審判決も 1 審判決と同様、本件ビラ絵は原告写真 2 の複製、翻案のいずれにも当たらないと認定した。2 審判決は本件ビラ絵について、「しかしながら、本件ビラ絵が、1 審原告写真 2 における C の肖像部分の輪郭等を手書きでなぞって線で表現するという表現形式を採ることによって、C の顔の表情、輪郭等の 1 審原告写真 2 における具体的な表現上の特徴をすべて捨象し、それらの特徴を感得させないものとなっていることは、…原判決説示のとおりというべきである。」と述べ、輪郭等を手書きでなぞっただけでは原告写真 2 の表

現上の特徴は再現されないと指摘した。

2 審において X は、被写体である C と勲章の組合せや配置、ポーズ、表情等にも工夫が加えられており、これらも表現形式上の本質的特徴部分に当たると主張した。これに対し裁判所は「被写体である人物とその人物の装用品等の組合せや配置、人物のポーズ、表情等は、1 審原告写真 2 のような肖像写真の撮影において、常に考慮される要素であるから、それらが具体的に表現された表現形式を抜きに、それ自体として写真の表現における本質的な特徴部分と評価すべきものではない」とした。そして、「写真を手書きの線による表現へと変更することによって、1 審原告写真 2 における具体的な表現上の特徴がすべて捨象されているものであるから、1 審原告写真 2 の表現上の本質的な特徴を直接感得させるものとはいえず、1 審原告写真 2 の複製、翻案のいずれにも当たらないというべきである」として、本件ピラ絵を掲載した本件絵ピラを作成、配布する行為は、原告写真 2 の著作権及び著作者人格権を侵害するものではないと判示した。

(3) 検討

本件は祇園祭ポスター事件とは対照的に、写真を基に作成された絵について著作権侵害が否定された事例である。裁判所は原告写真 2 について、背景や構図、照明など撮影時の工夫により撮影者の個性が反映された部分に創作性を認めているが、被写体自体には創作性を認めていない。なお、2 審判決においては被写体である人物と勲章の組合せや配置、ポーズ、表情等の工夫も表現の本質的特徴部分であるとする X の主張を否定しているが、これは写真の創作性は撮影者の意図や手法ではなく撮影の結果写真に得られた具体的な表現により判断すべきという、スメルゲット事件や祇園祭ポスター事件といった他の裁判例や学説にも見られる考えと同様の立場を示したものと思われる。

本件ピラ絵については、顔および上半身の輪郭、目・鼻・口・耳および装身具の位置・形状において原告写真 2 との類似性を認定したが、これらを原告写真 2 の創作的表現の再生とは認めなかった。そして相違点として、細部の不正確さ、カラーからモノトーンへの変更、式帽の追加、服装の変更、背景の省略の 5 点を挙げ、これらの差異により原告写真 2 の表現上の特徴はすべて捨象されていると認定した。原告写真 2 において創作性を認めしたのは背景、照明など撮影時の工夫により写真に表れた表現の部分であり、これらの要素はいずれも本件ピラ絵には表現されていない²²ため、上述のような類似点があっても原告写真 2 の創作的表現を再生したことにはならなかったといえる。

3. 2. 両判決の比較および問題点

前述のように写真ピラ事件と祇園祭ポスター事件は、ともに他者の撮影した写真に依拠して絵を作成したことが元の写真の著作権侵害に当たるか否かが争われた事例である。そ

²² 本判決に対する判例タイムズの匿名コメント（判タ 1140 号 259 頁）参照。

して前者は侵害否定、後者は侵害肯定と異なる判決が下されており、写真を基に絵を描く行為は著作権侵害になる場合とならない場合があることが見て取れる。両判決を比較することにより、写真を基に別の表現形式の作品を作成する行為における侵害の成否の判断基準を導き出すことができるように思われるが、実際には問題が残る。

大きな問題として、それぞれの事例において問題になった写真および絵の性質が大きく異なるため、単純な比較ができないという点が挙げられる。絵の基になった写真は祇園祭ポスター事件では祭りの様子をとらえた風景写真、写真ビラ事件では室内で撮影された人物の肖像写真であり、被写体や撮影の方法、実際の写真の表現には大きな差異がある。これらの写真に依拠して作成された絵も、祇園祭ポスター事件はカラーの水彩画であり、元の写真と細部の表現まで一致したものであったが、写真ビラ事件ではモノクロの線画であり、大まかに輪郭をなぞっただけで、背景の削除、人物の服装の変更など元の写真との差異が大きいものであった。このように、両判決には元の写真の特徴や、作成された絵と元の写真の表現上の差異の程度に大きな違いがあり、それぞれの判決の射程も必ずしも明らかでないため、両判決の比較から侵害の成否の判断を分けた決定的な要素を見出すのは困難である。

写真ビラ事件において侵害が否定されたことで、写真を基に絵を描く行為すべてが写真の著作権を侵害するわけではないことが示されてはいる²³が、具体的にどのような場合であれば侵害が否定されるのか明らかになったとはいえない。仮に、著作権侵害を確実に回避できるのは写真ビラ事件のように大幅な省略や改変を行った場合だけということになれば、写真を参考に絵を描くという広く行われている行為に支障をきたし、創作活動を委縮させるおそれがある。写真の創作性や侵害の成否について検討を深め、より一般的な判断基準を明らかにする必要があるといえる。

4. 考察

4.1. 写真の創作性の判断基準

本節では侵害の成否の判断基準に先立ち、まず写真の創作性の判断基準について、学説上争いがある被写体の扱いと、各要素における具体的な創作性の有無の判断基準を再検討する。

4.1.1. 被写体に創作性を認めるか否か

前述のように、写真において創作性のある部分を判断するにあたって、被写体の決定に創作性が認められるか否かには学説上争いがある。被写体の創作性を肯定する説として、写真がその観者に個性を感得せしめるのはまず写されたものによってこそであり、被写体

²³ 比良・前掲注(16) 145頁

の創作性を全面否定することは妥当でないとするもの²⁴、現代写真では被写体を自ら作りこんで撮影する「コンストラクテッドフォト」が重要な領域になっており、このような場合は造形と写真を切り離すことに無理があるため作品全体の創作性を総合的に判断すべきであるとするもの²⁵等がある。一方否定する説としては、写真は機器等の発達により撮影の際に創作性が生ずるようになったため著作物とされたのであり、被写体については別個に考える方が好ましいとするもの²⁶、被写体の決定に創作性を認めると保護の範囲が被写体にまで及んでしまい、被写体の著作権を撮影者が新たに取得したのと同様になってしまうとするもの²⁷等がある。この点が特に問題になった裁判例として、スイカ写真事件（東京地判平成11年12月15日判時1699号145頁、東京高判平成13年6月21日判時1765号96頁）と廃墟写真事件（東京地判平成22年12月21日裁判所ウェブサイト（平成21年（ワ）451号）、知財高判平成23年5月10日判タ1372号222頁）がある。

4.1.1.1. スイカ写真事件

1 審：東京地判平成11年12月15日判時1699号145頁

2 審：東京高判平成13年6月21日判時1765号96頁

（1）事件の概要

原告 X および被告 Y1 は写真家、被告 Y2 は写真の貸出しや撮影の企画・製作等を行う企業である。

X がスイカ、籠、背景のグラデーション用紙等を配置して被写体とした写真（原告写真）を撮影した。X 写真はテレビ番組のテキストおよび X の写真集に掲載され、出版された。その後、Y1 が X 写真と同じくスイカ等を並べた写真（被告写真）を撮影した。そして、Y2 が被告写真をカタログに掲載し、このカタログを発行、頒布した。X は、Y1 らの行為は X 写真に係る X の著作者人格権（同一性保持権）あるいは著作権（翻案権）を侵害するとして、Y1 らに対して損害賠償の支払いおよび謝罪広告の掲載、カタログの発行・頒布の中止、既発行分の回収等を求めて提訴した。

²⁴ 小泉直樹「判批」（スイカ写真事件2審）判時1779号210頁（2002）

²⁵ 岡村・前掲注（19）82頁。ただし本文中でも後述するように、岡村は被写体の選択と配置・作成を区別し、前者は創作性判断の対象にならないとしている。

²⁶ 中山・前掲注（8）113頁

²⁷ 半田正夫＝松田政行編著『著作権法コンメンタール1』606頁〔井藤公量〕（勁草書房、第2版、2015）



図 2：(左) 原告写真、(右) 被告写真

星野宏明「平成 12 年に発生した「みずみずしいスイカ写真事件」ってどんな事件？」シェアしたくなる法律相談所 (2015-05-18) <https://lmedia.jp/2015/05/18/64218/>

(2) 判旨の概要

本件の 1 審判決では、裁判所は「写真技術を応用して制作した作品については、被写体の選択、組合せ及び配置等が共通するときには、写真の性質上、同一ないし類似する印象を与える作品が生ずることになる。しかし、写真に創作性が付与されるゆえは、被写体の独自性によってではなく、撮影や現像等における独自の工夫によって創作的な表現が生じ得ることによるものであるから、いずれもが写真の著作物である二つの作品が、類似するかどうかを検討するに当たっては、特段の事情のない限り、被写体の選択、組合せ及び配置が共通するか否かではなく、撮影時刻、露光、陰影の付け方、レンズの選択、シャッター速度の設定、現像の手法等において工夫を凝らしたことによる創造的な表現部分、すなわち本質的特徴部分が共通するか否かを考慮して、判断する必要があるというべきである。」として、被写体の独自性による写真の創作性を否定した。

その上で X 写真と Y 写真の類似性および侵害の成否については、「確かに、原告写真と被告写真とは、中央前面に、大型のスイカを横長に配置し、その上に薄く切ったスイカを 6 切れ並べたこと、その後方に楕円球及び真球状のスイカを配置したこと、緑色をした丸いスイカと扇型に切った赤いスイカとの対比を強調していること等において、アイディアの点で共通する。

しかし、右共通点は、いずれも、被写体の選択、配置上の工夫にすぎず（しかも、細部において大きく相違する。）、右の素材の選択、配置上の工夫は、写真の著作物である原告写真の創作性を基礎付けるに足りる本質的特徴部分とはいえない（原告が撮影するに当たりさまざまな工夫を凝らした撮影時刻の決定、露光、陰影の付け方、レンズの選択、シャッター速度の設定、現像の手法等によって生じた創作的な表現部分こそが、原告写真の特徴的部分であるということができ、この点で、両者が異なることは、…明らかである。）。

以上のとおり、被告写真は、原告写真の表現形式上の本質的特徴部分を直接感得できる程度に類似したものということとはできない。したがって、被告写真は、その余の点を判断するまでもなく、原告写真を翻案したものではない。」と述べ、原告写真と被告写真において共通するのはアイデアに過ぎないとして侵害を否定した。

しかし2審判決では、「写真著作物において、例えば、景色、人物等、現在する物が被写体となっている場合の多くにおけるように、被写体自体に格別の独自性が認められないときは、創作的表現は、撮影や現像等における独自の工夫によってしか生じ得ないことになるから、写真著作物が類似するかどうかを検討するに当たっては、被写体に関する要素が共通するか否かはほとんどあるいは全く問題にならず、事実上、撮影時刻、露光、陰影の付け方、レンズの選択、シャッター速度の設定、現像の手法等において工夫を凝らしたことによる創造的な表現部分が共通するか否かのみを考慮して判断することになる。

しかし、被写体の決定自体について、すなわち、撮影の対象物の選択、組合せ、配置等において創作的な表現がなされ、それに著作権法上の保護に値する独自性が与えられることは、十分あり得ることであり、その場合には、被写体の決定自体における、創作的な表現部分に共通するところがあるか否かをも考慮しなければならないことは、当然である。写真著作物における創作性は、最終的に当該写真として示されているものが何を有するかによって判断されるべきものであり、これを決めるのは、被写体とこれを撮影するに当たっての撮影時刻、露光、陰影の付け方、レンズの選択、シャッター速度の設定、現像の手法等における工夫の双方であり、その一方ではないことは、論ずるまでもないことだからである。」として、被写体の決定についても創作性が認められる場合があるとの見解を示した。そして、「本件写真は、そこに表現されたものから明らかなおおりに、屋内に撮影場所を選び、西瓜、籠、氷、青いグラデーショ用紙等を組み合わせることにより、人為的に作り出された被写体であるから、被写体の決定自体に独自性を認める余地が十分認められるものである。したがって、撮影時刻、露光、陰影の付け方、レンズの選択、シャッター速度の設定、現像の手法等において工夫を凝らしたことによる創造的な表現部分についてのみならず、被写体の決定における創造的な表現部分についても、本件写真にそのような部分が存在するか、存在するとして、そのような部分において、本件写真と被控訴人写真が共通しているか否かをも、検討しなければならないことになるものというべきである。」として、原告写真は人為的に作り出された被写体を撮影したものであるため、被写体の決定自体に創作性が認められるか、認められるとして被告写真の被写体の決定における表現が

原告写真と共通しているかを検討しなければならないとした。その上で、原告写真と被告写真の類似性を否定した 1 審判決を取消し、両者の類似性を認め、著作者人格権（同一性保持権）の侵害を肯定した。

（3）検討

本件は、風景や建造物といった既存の事物をそのまま被写体とするのではなく、撮影のために被写体の配置・作成を行った写真に関して、類似の被写体を作成し撮影した写真の侵害の成否が争われた事例である。1 審判決では、写真の創作性は撮影や現像等における工夫により生じるものであるとして被写体の決定における創作性が否定されたが、2 審判決では被写体の決定自体にも創作性が認められうるとされた。2 審判決では本件写真の被写体が人為的に作り出されたものであることを重視して被写体の創作性についての検討が行われているように見受けられ、既存の事物をそのまま撮影した写真においても被写体の創作性を肯定したわけではない点に留意する必要があると思われる。

なお、X が主張していた翻案権侵害は 2 審判決において、被告写真は原告写真の粗雑な再生にすぎないとして否定され、著作者人格権（同一性保持権）の侵害のみ認められた。しかし仮に、新たな創作的表現を付与していることが必要となる翻案権侵害ではなく、単に元の作品の創作的表現が再現されていれば足りる複製権侵害の成否が争点となっていれば、侵害が肯定されたものと思われる。

4. 1. 1. 2. 廃墟写真事件

1 審：東京地判平成 22 年 12 月 21 日裁判所ウェブサイト（平成 21 年（ワ）451 号）

2 審：知財高判平成 23 年 5 月 10 日判タ 1372 号 222 頁

（1）事実の概要

原告 X、被告 Y はいずれもプロの写真家である。

X は廃墟を被写体とする写真を撮影し、これを書籍として刊行した。これに対して Y も X が撮影したのと同じ廃墟を被写体とする写真を撮影し、これを書籍として刊行した。

X は、Y が X 撮影の原告各写真と同一の被写体を撮影して写真を作成し、これを掲載した書籍（被告各書籍）を出版・頒布した行為は、X の写真の著作物の著作権（翻案権、複製権、譲渡権）、著作者人格権（氏名表示権）、および法的保護に値する利益（民法 709 条）を侵害し、また「廃墟写真」というジャンルの先駆者である X の名誉を毀損したと主張して、Y に対し被告各書籍の頒布等の差止め、廃棄、損害賠償等を求めた。

一審判決は、Y の写真から X の写真の表現上の本質的特徴を直接感得することはできないとして翻案物であることを否定し、名誉棄損や法的保護に値する利益の侵害の不法行為についても否定して、X の請求をいずれも棄却した。これに対し、X が控訴した。以下、2 審判決における、著作権侵害の成否に関する部分を取り上げる。



图 3：(左) 原告写真 1、(右) 被告写真 1



图 4：(左) 原告写真 2、(右) 被告写真 2



图 5：(左) 原告写真 3、(右) 被告写真 3



図 6：(左) 原告写真 4、(右) 被告写真 4

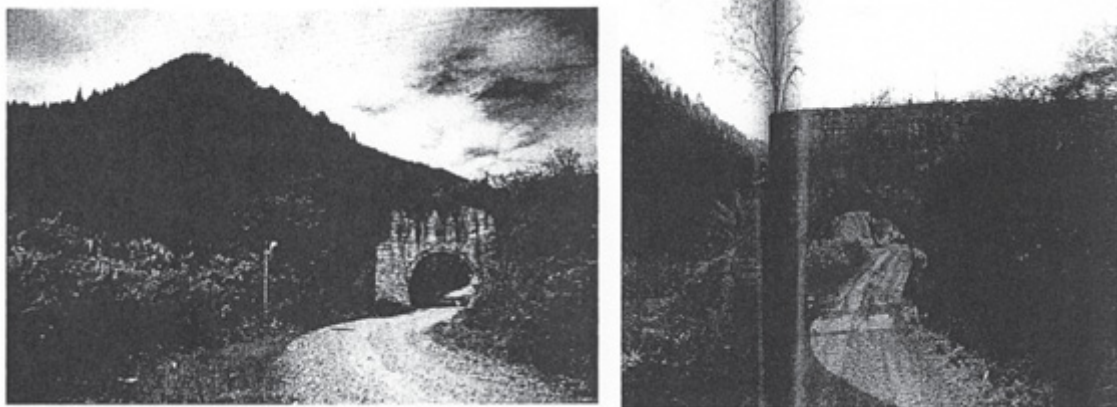


図 7：(左) 原告写真 5、(右) 被告写真 5

(図 3～6) 丸田祥三「8. 比較画像 他」風景剽窃裁判／写真家・小林伸一郎氏を盗作で提訴いたしました・・・(2010-01-10) <http://blogs.yahoo.co.jp/marumaru1964kikei/folder/640935.html>

(図 7) 判例タイムズ 1372 号 227 頁 (2012)

(2) 判旨の概要

控訴棄却。

裁判所は翻案の判断基準および写真著作物の本質的特徴について、「著作物について翻案といえるためには、当該著作物が、既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えたものであることがまず要求され（最高裁平成 13 年 6 月 28 日第一小法廷判決・民集 55 卷 4 号 837 頁（江差追分事件））、この理は本件における写真の著作物についても基本的に当てはまる。本件の

原告写真1～5は、被写体が既存の廃墟建造物であって、撮影者が意図的に被写体を配置したり、撮影対象物を自ら付加したものでないから、撮影対象自体をもって表現上の本質的な特徴があるとはできず、撮影時季、撮影角度、色合い、画角などの表現手法に、表現上の本質的な特徴があると予想される。」と述べ、その上で以下のように個別の写真ごとに判断を示した。

①原告写真1・被告写真1

「被告写真1が原告写真1の翻案に当たるか否かについてみるに、原告写真1は、群馬県松井田町に所在する国鉄旧丸山変電所の内部を撮影したものであるが、原告書籍1「棄景」が全体の基調としているように、モノクロ撮影を強調しハイコントラストにしたものである。控訴人がこれを翻案したと主張する被告写真1は、被告書籍1「廃墟遊戯」及び被告書籍4「廃墟遊戯-Handy Edition」に収録されているが、これら被告書籍が基調としているように、枯れ葉色をベースにしたカラー写真である。原告写真1と同じく、旧国鉄丸山変電所の内部が撮影対象である。

しかし両者の撮影方向は左方向からか（原告写真1）、右方向からか（被告写真1）で異なり、撮影時期が異なることから、写し込まれている対象も植物があつたりなかったりで相違しているし、そもそも、撮影対象自体に本質的な特徴があるということとはできないことにかんがみると、被告写真1をもって原告写真1の翻案であると認めることはできない。」

②原告写真2・被告写真2

「被告写真2と原告写真2の関係をみるに、両者とも、栃木県足尾町に所在する足尾銅山付近の通洞発電所跡（建物外観）を撮影したものであり、建物右下方向からの撮影であって構図の点では近似している。しかし、撮影対象が現に存在する建物跡であることからすると、たとえ構図において似ていても、写真において表現されている全体としての印象が異なっていれば、一方が他方の翻案に該当するものと認めることはできない。撮影時季が違うことは、特に原告写真2でセピア色の中で白色に特徴付けられて写真左下に写っているすすきが、建物の色感覚をそのまま撮影したであろうと印象付けられる被告写真2にはなく、その位置に緑色の植物が写っていることから明らかである。これらの印象の違いと撮影物の違いにかんがみると、被告写真2が原告写真2の翻案に当たるということとはできない。」

③原告写真3、4・被告写真3、4

「原告写真3と被告写真3は静岡県修善寺町所在の大仁金山付近の建物外観を撮影したものであり、原告写真4と被告写真4は東京都奥多摩町に所在する奥多摩ロープウェイの機械室内部を撮影したものであるが、いずれも現に存在する建築物の外観あるいは内部を撮影したものであって、撮影方向が違う以上、これら被告写真が原告写真の翻案に当たると

いうことはできない。原告写真3と原告写真4は、モノクロないしセピア色を基調とした写真であり、特に原告写真4はコントラストの強さを持ったものであって、ほぼありのままを伝えようとする印象を持つ被告写真3、4にはない強いインパクトを与えるものとなっている。」

④原告写真5

「原告写真5と被告写真5は、ともに秋田県大館市に所在する奥羽本線旧線跡の橋梁跡を撮影したものであるが、同様に現存する建築物を撮影したものであり構図も違うから、この点において既に被告写真5が原告写真5を翻案したものであるということとはできない。」

以上のように、いずれの写真についても翻案の成立が否定された。

(3) 検討

本判決は、少なくとも風景など既存の事物に手を加えずそのまま撮影する場合には、被写体の選択・決定自体は創作的表現として保護されないという見解を明示したものであるといえる。また、個々の写真についての検討部分をみると、スメルゲット事件控訴審等と同様、撮影手法そのものというよりは結果として写真に表れた表現を重視する立場をとっているように思われる。

加えて、原告写真2と被告写真2の検討において「撮影対象が現に存在する建物跡であることからすると、たとえ構図において似ていても、写真において表現されている全体としての印象が異なっていれば、一方が他方の翻案に該当するものと認めることはできない。」とされ、構図が類似するからといってただちに侵害となるわけではないことが示されている点も写真の翻案について考える上で重要であると思われる。

4. 1. 1. 4. 被写体の選択と配置・作成の区別

以上のように、スイカ写真事件2審では被写体の創作性が肯定され、廃墟写真事件では否定されている。両判決の結論は一見対立しているようにも見えるが、岡村が指摘するように、「被写体の決定」という画一的な命題のもとで議論するのではなく、被写体の選択と被写体の配置・作成とを区別して検討する²⁸ことで統合的な理解が可能である。すなわち、スイカ写真事件では被写体の配置や作成といった被写体に手を加える行為があった一方、廃墟写真事件では単に既存の廃墟を被写体を選択したのみで手を加えてはいないという差異がある。ここから、単なる被写体の選択には創作性が認められないが、被写体的人為的な配置・作成には独自性があれば創作性が認められうるという判断基準を導くことができる。被写体の選択そのものに創作性を肯定すると特定の被写体の独占を認めることになり、後続者が同じ事物について表現することが非常に困難になりかねない。他者の表現にこう

²⁸ 岡村・前掲注(19)82頁

した弊害を与えることは表現の自由という観点からも問題が大きいため、被写体の選択自体には創作性を認めないことは妥当であろう。

なお、被写体の配置・作成については、被写体に何らかの独自性が認められたとしても、それは被写体が独立して美術の著作物に該当するか否かという問題でしかなく、写真の著作物性とは別個の問題であるとする見解もある²⁹。しかし、例えば被写体自体には著作物性を肯定しえない人物の肖像写真において、被写体にポーズをとらせることが創作性の一要素と認められた事例（真田広之ブロマイド事件）も存在することを考えると、上述の見解には疑問が残る。静物の組み合わせや加工を行って被写体を構成することも、人物にポーズをとらせることも、被写体に手を加えて撮影者の意図や個性を反映させていることには変わりがなく³⁰、区別すべき合理的理由はない³¹。いずれも写真の創作行為の一環として考慮すべきであるとする。被写体の創作者が撮影者とは別の者であった場合の権利処理に懸念を示す意見もある³²が、被写体に手を加える行為が写真撮影を目的として行われたのであれば、撮影者と被写体の創作者の共同著作物として認めることが可能であろう³³。

4. 1. 2. 「表現の選択の幅」概念を用いた創作性の有無の判断

前節や 2. 2. 節で述べたように、写真において創作性が認められる要素は被写体の配置・作成、カメラアングル・構図、シャッターチャンス、陰影、色彩など多岐にわたる。しかし、どのような写真であっても常にこれらの要素すべてに創作性が認められる訳ではないため、個々の写真においてどの要素に創作性があるのか判断する方法が問題となる。

一般に、ありふれた表現、すなわち誰が行っても同じようなものになる表現には作者の個性が発揮されておらず、創作性が認められないとされている³⁴。写真において創作性が認められるとされる要素であっても、実際に写真に表れたのがありふれた表現、作者の個性が表れていない表現である場合は十分考えられる。例えばカメラアングルについて考えてみると、清水寺のいわゆる清水の舞台を撮影した写真にはほぼ同じカメラアングルのものが多数存在する。このような場合、このカメラアングルはありふれた表現ということができ、創作性を認めることは不適當であろう。しかし、表現がありふれたものであるか否かは常に一義的に明確に判断できるものではない³⁵ため、上述のように多岐にわたる写真の創

²⁹ 比良・前掲注（16）17頁、田村・前掲注（10）96頁

³⁰ 鈴木康平「著作権法における写真の創作性—写真の創作性判断への「表現の選択の幅」論の適用可能性—」図書館情報メディア研究 12 卷 2 号 18 頁（2014）

³¹ 岡村・前掲注（19）82頁

³² 田村・前掲注（10）96頁

³³ 鈴木・前掲注（30）18頁

³⁴ 島並良ほか『著作権法入門』50頁〔横山久芳〕（有斐閣、2009）、上野達弘「創作性」高林龍ほか編集代表『現代知的財産法講座 I 知的財産法の理論的探究』196頁（日本評論社、2012）

³⁵ 島並ほか・前掲注（34）27頁〔横山〕

作性の要素についての一般的な判断基準とするにはやや曖昧であり、予見可能性に欠けるように思われる。

こうした多岐にわたる創作性の要素について、ある程度明確かつ統一的な判断基準を導入するためには、近年有力に主張されている「表現の選択の幅」概念を用いた創作性判断を導入することが考えられる。「表現の選択の幅」とは、ある作品に著作権を付与してその表現の独占を認めても、他者に創作の余地が残される場合に、その表現に創作性を認めてよいとする考え方である³⁶。これはコンピュータプログラムやデータベースのような機能的著作物が登場し著作物の性質が多様化している状況を踏まえ、著作物を統一的に解釈するために提唱された解釈であるとされる³⁷が、創作性の有無を判断する基準として比較的明確であり、ありふれた表現かどうかは客観的判断に馴染みにくいという批判にも応えられるとの評価がある³⁸。裁判例においても、選択の幅という観点から創作性の判断を行うものが現れている³⁹。

写真の創作性判断に「表現の選択の幅」概念を適用することについては、鈴木が詳細な検討を行っている⁴⁰。鈴木は、証明写真や絵画の複製写真といった従来から著作物性が認められなかった写真については、構図やライティングなどが限定され撮影者本人にも第三者にも撮影方法に選択の余地がないため、「表現の選択の幅」概念を用いても同様の結論を得ることができるとしている⁴¹。そして、写真は被写体や構図など選択する行為を繰り返すことによって制作されるのであり、裁判例において創作性が認められる要素とされているのも表現に幅のあるものであることから、写真の創作性判断に「表現の選択の幅」概念を用いると創作性が認められやすくなり、また創作性判断が客観的で予見可能性の高いものになると評価している⁴²。少なくとも著作物性の有無に関して従来の学説や裁判例と同様の結論を得ることができ、さらに創作性判断の客観性や予見可能性を高めることができるとすれば、写真の創作性判断に「表現の選択の幅」概念を導入する利点は大きいと考えられる。

「表現の選択の幅」概念による創作性判断に対しては、選択の幅があっても実際に選択した表現がありふれたものであった場合の処理について課題があることも指摘されている

³⁶ 中山・前掲注(8) 65頁以下

³⁷ 酒井麻千子「著作権法における『創作性』概念に関する一考察」情報処理学会研究報告 2012-EIP-58 巻7号2頁

³⁸ 岡村・前掲注(19) 53頁

³⁹ ヨミウリ・オンライン事件(知財高判平成17年10月6日平成17年(ネ)第10049号)、宇宙開発事業団プログラム事件(知財高判平成18年12月26日(ネ)第10003号)、ライブドア裁判傍聴記事事件(知財高判平成20年7月17日判時2011年137頁、判タ1274号246頁)など。

⁴⁰ 鈴木・前掲注(30) 19頁以下

⁴¹ 鈴木・前掲注(30) 19頁

⁴² 鈴木・前掲注(30) 21頁

43. すなわち、「表現の選択の幅」のみを判断基準とすると、別の表現を選択する余地さえあれば、本来は創作性を否定されるべきありふれた表現にも創作性が肯定されてしまうおそれがあるというのである。裁判例においてもこの点に懸念を示すものがあり、富士屋ホテル事件（知財高判平成 22 年 7 月 14 日判タ 1395 号 323 頁）では「特定の思想を表現する方法に多数の選択肢があるとしても、その選択された表現自体がありふれたものであれば、これに創作性を認めることができないことは明らかである。」と判示している。しかしこの課題についても、鈴木が提唱する以下の考え方を採用することで解決できる可能性がある。鈴木は、単に選択の幅が存在することのみをもって創作性を肯定するのではなく、何らかの選択をしたことが客観的な特徴を有する要因となった場合に創作性を認めることが望ましいと述べている⁴⁴。この考え方に従えば、選択の幅が広い中からありふれた表現を選択した場合、その選択によって特徴を得たとはいえないので、創作性は否定されると考えられる。よって、ありふれた表現に創作性を認めてしまうという問題を回避しながら「表現の選択の幅」概念による創作性判断を行うことができるのではないか。

以上より、写真の個々の要素における創作性の有無は、「表現の選択の幅」概念を採用することで、従来の学説や裁判例における判断を踏襲しつつ、より統一かつ予測可能性の高い判断が可能になると考える。

4. 2. 侵害の成否の判断基準

本節では、まず写真の保護範囲および侵害の成否を判断するにあたって創作性の有無だけでなく高低を考慮することが適当であるか否かを検討する。そして、写真の創作性の構成要素のうち主要なものについて保護範囲を検討し、異なる表現形式（絵）での利用を想定して侵害の成否の判断基準について考察する。

4. 2. 1. 創作性の高低と保護の強さ

写真の保護範囲および侵害の成否の判断基準を考えるにあたって重要と思われる事例に、2. 2 節でも取り上げたスメルゲット事件控訴審（知財高判平成 18 年 3 月 29 日判タ 1234 号 295 頁）がある。

4. 2. 1. 1. スメルゲット事件

1 審：横浜地判平成 17 年 5 月 17 日平成 16 年（ワ）第 2788 号

2 審：知財高判平成 18 年 3 月 29 日判タ 1234 号 295 頁

⁴³ 岡村・前掲注（19）53 頁

⁴⁴ 鈴木・前掲注（30）20 頁。鈴木は、例えば「山」をテーマとして撮影者が富士山を選択して撮影した場合、富士山は客観的に見て特徴のある山ということが出来るが、その特徴の形成に撮影者が貢献したわけではないから、創作性を否定すべきとする。

(1) 事実の概要

インターネット上で商品の広告販売を行う会社である A は、平成 13 年 10 月から、シックハウス症候群対策品である「スメルゲット」「ホルムゲット」（本件各商品）の広告販売を行うようになった。この広告販売用のホームページ（本件ホームページ）には、「スメルゲットジェル・ハワイアンブルー（固形据え置きタイプ）」「スメルゲットエマルジョン（霧吹きタイプ）」と題された写真（本件写真 1・2）が掲載されるとともに、シックハウス症候群が疑われる症状の例を表現した本件各文章が掲載された。これらは A の取締役であり代表者である X が A の職務著作として作成したものである。A は平成 16 年 6 月 28 日に X に営業権を譲渡するとともに本件各写真および本件各文章にかかる著作権等を譲渡し、その旨を Y らに通知した。

Y らは平成 14 年 11 月から平成 15 年 6 月 27 日まで、本件各写真を Y 文章とともに、A に無断で自社のホームページに掲載していた。

X は本件各写真の複製権侵害、本件各文章の複製権ないし翻案権侵害を主張するとともに、本件各写真及び本件各文章により構成された本件ホームページは編集著作物であり、Y らは本件ホームページの複製権ないし翻案権を侵害したと主張した。一方 Y らは、本件各写真には著作物性を認める程度の個性や独自性がなく著作物に当たらない、本件各文章は事実の伝達にすぎず著作物に当たらない、また本件ホームページについても事実の伝達に過ぎないものであるうえ、その選択または配列に創作性はないから編集著作物には当たらないと主張した。

1 審判決は、本件各写真について「本件商品を正面から写しただけの平凡なもの」であるとして著作物性を否定し、侵害を否定した。また本件各文章の著作権侵害、本件ホームページの編集著作物としての著作物性についても否定し、X の請求をすべて棄却した。そこで X が控訴した。以下、本件各写真に係る著作権侵害の成否に関する部分を取り上げる。



図 8：(左) 本件写真 1、(右) 本件写真 2

これらの写真自体がコピーされ、別のホームページに無断掲載された。

「ラフィーネナチュラルライフ「シックハウス症候群対策商品・スメルゲット」」 有限会社
トリアルコーポレーション（2007-10-10）<http://smellget.trialmall.com/ranali-log>

(2) 判旨の概要

原判決変更、請求一部認容。

裁判所は、写真の創作性について「写真は、被写体の選択・組合せ・配置、構図・カメラアングルの設定、シャッターチャンスの捕捉、被写体と光線との関係(順光、逆光、斜光等)、陰影の付け方、色彩の配合、部分の強調・省略、背景等の諸要素を総合してなる一つの表現である。

このような表現は、レンズの選択、露光の調節、シャッタースピードや被写界深度の設定、照明等の撮影技法を駆使した成果として得られることもあれば、オートフォーカスカメラやデジタルカメラの機械的作用を利用した結果として得られることもある。また、構図やシャッターチャンスのように人為的操作により決定されることの多い要素についても、偶然にシャッターチャンスを捉えた場合のように、撮影者の意図を離れて偶然の結果に左右されることもある。

そして、ある写真が、どのような撮影技法を用いて得られたものであるのかを、その写真自体から知ることは困難であることが多く、写真から知り得るのは、結果として得られた表現の内容である。撮影に当たってどのような技法が用いられたのかにかかわらず、静物や風景を撮影した写真でも、その構図、光線、背景等には何らかの独自性が表れることが多く、結果として得られた写真の表現自体に独自性が表れ、創作性の存在を肯定し得る場合があるというべきである。

もっとも、創作性の存在が肯定される場合でも、その写真における表現の独自性がどの程度のものであるかによって、創作性の程度に高度なものから微少なものまで大きな差異があることはいままでもないから、著作物の保護の範囲、仕方等は、そうした差異に大きく依存するものというべきである。したがって、創作性が微少な場合には、当該写真をそのままコピーして利用したような場合にはほぼ限定して複製権侵害を肯定することと定めるべきものである。」と述べ、撮影技法に関わらず結果として得られた写真の表現に創作性が認められうること、創作性の程度によって保護される範囲は変わること、創作性が微少な場合は侵害が認められるのは当該写真そのもののコピーのような場合に限定されることを指摘した。

その上で本件各写真について、「本件写真1は、固形据え置きタイプの商品を、大小サイズ1個ずつ横に並べ、ラベルが若干内向きとなるように配置して、正面斜め上から撮影したものである。光線は右斜め上から照射され、左下方向に短い影が形成されている。背景は、薄いブルーとなっている。

本件写真2は、霧吹きタイプの商品を、水平に寝かせた状態で横に2個並べ、画面の上下方向に対して若干斜めになるように配置して、真上から撮影したものである。光線は右側から照射され、左側に影が形成されている。背景は、オフホワイトとなっている。

以上から、本件各写真には、被写体の組合せ・配置、構図・カメラアングル、光線・陰

影、背景等にそれなりの独自性が表れているということが出来る。」として、本件各写真には独自性があることを認めた。

そして、「確かに、本件各写真は、……同じタイプの商品を撮影した他の写真と比べて、殊更に商品の高級感を醸し出す等の特異な印象を与えるものではなく、むしろ商品を紹介する写真として平凡な印象を与えるものであるとの見方もあり得る。しかし、本件各写真については、……被写体の組合せ・配置、構図・カメラアングル、光線・陰影、背景等にそれなりの独自性が表れているのであるから、創作性の存在を肯定することができ、著作物性はあるものというべきである。他方、上記判示から明らかなように、その創作性の程度は極めて低いものであって、著作物性を肯定し得る限界事例に近いものといわざるを得ない。」として、本件各写真に著作物性を認める一方で、その創作性の程度は低いとも判示した。

侵害の有無については、「本件各写真の創作性は極めて低いものではあるが、被控訴人らによる侵害行為の態様は、本件各写真をそのままコピーして被控訴人ホームページに掲載したというものである（同事実は当事者間に争いが無い。）から、本件各写真について複製権の侵害があったものということが出来る。」として、侵害を認めた。

（3）検討

本件判決において裁判所は写真の創作性について、「創作性の存在が肯定される場合でも、その写真における表現の独自性がどの程度のものであるかによって、創作性の程度に高度なものから微少なものまで大きな差異があることはいうまでもないから、著作物の保護の範囲、仕方等は、そうした差異に大きく依存するものというべきである。したがって、創作性が微少な場合には、当該写真をそのままコピーして利用したような場合にほぼ限定して複製権侵害を肯定するにとどめるべきものである。」と述べており、創作性の程度には高低が存在し、創作性の程度によって当該写真が保護される範囲は変わるとの見解を示している。

このように創作性の程度に高低があることを認め、創作性の高低を侵害の成否の判断に反映させる考え方はホテル・ジャンキース事件（東京高判平成14年10月29日平成14年（ネ）第2887号、平成14年（ネ）第4580号）、交通安全スローガン事件（東京高判平成13年10月30日判時1773号127頁）など、言語の著作物においても用いられた例がある。ホテル・ジャンキース事件においては、「一口に創作性が認められる表現といっても、創作性の程度すなわち表現者の個性の発揮の程度は、高いものから低いものまで様々なものがあることは明らかである。創作性の高いものについては、少々表現に改変を加えても複製行為と評価すべき場合があるのに対し、創作性の低いものについては、複製行為と評価できるのはいわゆるデッドコピーについてのみであって、少し表現が変えられれば、もはや複製行為とは評価できない場合がある、というように、創作性の程度を表現者以外の者の

行為に対する評価の要素の一つとして考えるのが相当である。このように、著作物性の判断に当たっては、これを広く認めたいうえで、表現者以外の者の行為に対する評価において、表現内容に応じて著作権法上の保護を受け得るか否かを判断する手法をとることが、できる限り恣意を廃し、判断の客観性を保つという観点から妥当であるというべきである。」と判示されており、著作物性自体は広く認めたいうえで、他者による利用行為に対する評価において、表現内容に応じて保護が及ぶか否かを判断することが妥当であるとの立場が示されている。また、津幡はキャラクターのイラストの模倣事件（東京高判平成 13 年 1 月 23 日判時 1751 号 122 頁 [けろけろけろっぴ事件]、東京地判平成 11 年 7 月 23 日平成 10 年（ワ）第 29546 号 [女優イラスト事件]、大阪地判平成 11 年 7 月 8 日判時 1731 号 116 頁 [パンシロントリム事件]）を取り上げ、創作性の高い作品については表現に相当程度乖離があっても侵害が肯定されていることを指摘している⁴⁵。



図 9：けろけろけろっぴ事件／（左）原告作品、（右）被告作品

カエルを擬人化するという広く知られた手法の基本的表現はありふれたものであり、原告と被告の作品は具体的な表現を異にしているとして、侵害が否定された。



図 10：女優イラスト事件／（左）原告作品、（右）被告作品

⁴⁵ 津幡笑「判批」（博士イラスト事件）知的財産法政策学研究 24 号 110 頁以下（2009）

顔の主要部分に違いがあるため、一部に共通点があるにしても顔について同一性を認めることはできず、また顔以外の部分にも違いがあるとして、侵害が否定された。

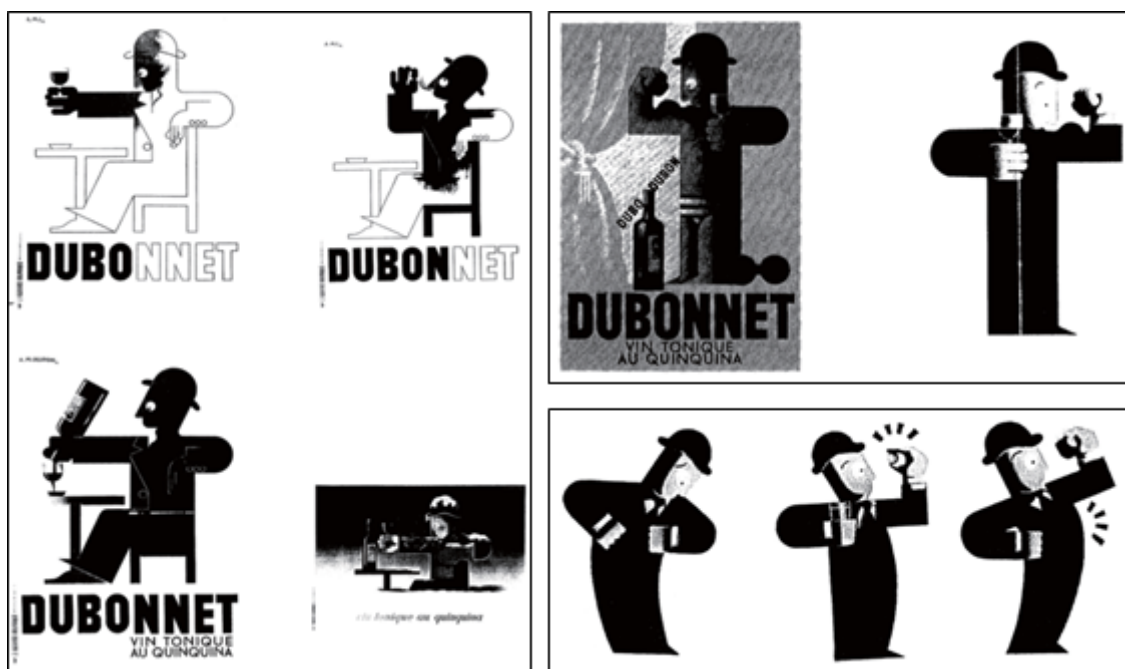


図 11：パンシロントリム事件／（左）原告作品、（右上）中間作品、（右下）被告作品

原告作品を基に原告の許諾を得たうえで中間作品が作成され、中間作品を基に被告作品が作成された。被告は被告作品の作成に際して中間作品の作者の許諾は得ていたが、原告の許諾は得ていなかった。被告作品には原告作品の創作的表現が再生されているとして、侵害が肯定された。

（図 9～11）津幡笑「判批」（博士イラスト事件）知的財産法政策学研究会 24 号 110-113 頁（2009）http://lex.juris.hokudai.ac.jp/gcoe/journal/IP_vol24/24_3.pdf

こうした考え方に対しては、創作性は有無のみが問題となるのであり程度を考慮する余地はない、客観的評価になじまない問題であり裁判所が評価を与えることは適切ではないといった批判も存在する⁴⁶。しかし、著作物性の有無を判断する段階においては創作性の程度ではなく有無のみが問題となるとしても、侵害の成否を判断するにあたっては創作性の有無だけでなく程度の考慮が必要になる場面が少なからずあると思われる。原著作物のデッドコピーのような場合には問題にならないとしても、両著作物の具体的な表現にある程度の乖離がある場合、創作的表現が共通しているのかアイデアが共通しているにすぎないのかの見極めが必要となる⁴⁷。この点については各事案において個別に判断することに

⁴⁶ 山本隆司「複製権侵害の成否」牧野利秋＝飯村敏明編『新裁判実務大系 22 巻 著作権関係訴訟法』308 頁以下（青林書院、2004）、井奈波朋子「判批」（ホテル・ジャンキーズ事件）著作物研究 30 号 203 頁以下（2003）

⁴⁷ 津幡・前掲注（45）107 頁

なり、具体的な表現の乖離が比較的大きくても侵害が肯定される場合もあればその逆の場合もある⁴⁸が、これは原著作物の創作的表現の保護がどこまでの範囲に及ぶか、すなわち原著作物の創作性がどの程度高いかを考慮していることになるのではないだろうか。また、創作性の高低を作品の芸術性の高低と同視するのであれば確かに法的判断になじまず適当でないが、創作性の高低を「選択の幅」という観点から捉えるのであれば、他者にどれだけ表現の選択の余地が残されるかという基準で創作性の有無と統一的に判断をすることができ、裁判所が評価を与えることも可能であると思われる⁴⁹。さらに上野が指摘するように、創作性が高い、すなわち選択の幅が広い場合はある表現について独占を認めても他者の表現に与える制約は小さいが、創作性が低い場合に表現の類似性を安易に認めると、他者の表現の自由が制約される程度が高くなってしまう⁵⁰。実務上の問題としても、写真における著作物性そのものは極めて広く肯定されていることを考えると、侵害の成否を判断する段階において創作性の高低を考慮することにより、著作物の保護と他者の自由な表現活動のバランスを取ることは妥当であると思われる⁵¹。

4. 2. 2. 写真の各表現要素における保護範囲および侵害の成否の判断基準

以下、写真の創作性を構成しうる主要な表現要素として「被写体」「カメラアングル・構図」「シャッターチャンス」「画面の色合い・陰影等」の4点を取り上げ、各表現要素について保護が及ぶ範囲と、侵害の成否の判断基準を考察する。考察にあたっては、それぞれの表現に選択の幅がどの程度存在するかという観点から、各表現要素の創作性の高低を考慮するものとする。

4. 2. 2. 1. 被写体

前述のように、被写体の単なる選択には創作性が認められないが、被写体に人為的に手を加えて撮影した場合における被写体の配置・作成には創作性を認める余地がある。ここでは被写体自体の創作性の有無や高低のほか、被写体が人為的に配置・作成された物であるか否かが、その写真に与えられる保護の強さにどのように影響するかについても検討したい。

スイカ写真事件控訴審と廃墟写真事件において問題となった写真を比較すると、スイカ写真事件のほうが廃墟写真事件よりも原告写真と被告写真の具体的な表現における差異は

⁴⁸ 津幡・前掲注(45) 110頁以下

⁴⁹ 半田＝松田・前掲注(27) 51頁〔金井重彦〕

⁵⁰ 上野・前掲注(34)。ただし上野は「表現の選択の幅」論について、表現者本人にとっての選択の幅という観点で判断するものを「創作的選択の幅論」、他者に残される選択の幅という観点で判断するものを「競争法的選択の幅論」と呼んで区別しており、本文中の指摘は前者の考え方に基づくものとみられる。

⁵¹ 島並ほか・前掲注(34)

大きいように思われる。スイカ写真事件における被告写真は、原告写真の被写体に似せたスイカのオブジェを新たに作成し撮影したもので、スイカ等の切り方や配置、画面におけるスイカと背景の比率等において原告写真とは多数の相違点が存在する。一方廃墟写真事件では、被写体が同一であることに加え、一部の原告写真と被告写真においてはカメラアングルや構図がかなり類似しているものが見られる（原告写真2と被告写真2など）。以上の点にもかかわらず、スイカ写真事件控訴審では侵害が肯定され、廃墟写真事件では侵害が否定されている。

被写体に対して人為的な配置・作成を行っていない場合、被写体の選択に創作性は認められないが、構図や画面の色合いなど撮影時の工夫によって生じた表現には創作性を肯定する余地がある。廃墟写真事件判決も、「撮影者が意図的に被写体を配置したり、撮影対象物を自ら付加したものでないから、撮影対象自体をもって表現上の本質的な特徴があるとすることはできず、撮影時季、撮影角度、色合い、画角などの表現手法に、表現上の本質的な特徴があると予想される。」と述べており、これらの点に創作性が認められうることを否定していない。しかし同判決は個別の侵害判断の部分において「撮影対象が現に存在する建物跡であることからすると、たとえ構図において似ていても、写真において表現されている全体としての印象が異なっていれば、一方が他方の翻案に該当するものと認めることはできない。」と判示し、構図の類似のみでは侵害にならないとしている。同判決は原告写真との比較的軽微な差異によって侵害を否定しており、全体として被写体の人為的な配置・作成を行っていない写真は保護範囲が狭いという立場をとっているように思われる。

こうした点について考える上で参考になると思われる別の事例として、米国の2つの裁判例（*Gross v. Seligman*, 212 F. 930 (2d Cir. 1914)、*Franklin Milt Corp. v. National Wildlife Art Exchange*, 575 F. 2d 62 (3d Cir. 1978)）が挙げられる。両者ともアーティストが自作品の権利を他者に譲渡した後、その作品と似た作品を再度制作したことが問題となった事例であり、問題となった作品は前者が若い女性にポーズをとらせて撮影した写真、後者が野生動物（猩々紅冠鳥）の水彩画であった。判決としては前者が侵害肯定、後者が侵害否定となっている。これらの判決は類似の問題について異なる結論を出しており一見矛盾するようにもみえるが、後者の判決において裁判所は、アーティストのスタイルが著作権の保護可能性に及ぼす影響についての議論の中で、写真のような正確性と明晰性を重んじるタイプの絵に対しては、個性的な表現の抽象的ないし印象派風の作品に比べて著作権の保護が薄いと結論付けている⁵²。ここでいう「正確性と明晰性」は、「個性的な表現」と対比されていることから「実在するものを実物に忠実に描写する」というほどの意味合いであろう。実在の事物を写實的に描く必要がある場合は作者の個性を発揮する余地が少なく表現の選択の幅も狭くなるが、現実には即した表現をする必要がないのであればより自

⁵² アラン・ラットマンほか、内藤篤訳『1990年代・米国著作権法詳解（下）』435頁以下（信山社、1992）

由な表現が可能となり、表現の選択の幅も広がる。ゆえに「表現の選択の幅」の観点からも、個性的な表現であればあるほど独占を認めても後続者の表現に与える制約が少なくなるため、より強い保護を与えることが許されると考えることができるのではないか。

写真の著作物においても、既存の建造物や風景等をそのまま撮影する場合、その被写体を選択した時点で対象物の形状や位置関係、選択可能な撮影位置等の要因により表現に制約が生じることになる。そのため、既存の事物をそのまま撮影した写真は被写体の人為的な配置・作成を行った作品に比べて表現の選択の幅が狭く、与えられる保護も弱くなると考えるべきであろう。



図 12 : (左) “Cardinals on Apple Blossom”、(右) “The Cardinal”

同じアーティストが、左作品の権利を他者に譲渡した後に右作品を制作した。

Britton Payne 「The Cardinals Paintings Case」 Copyright On! Copyright Law Enthusiasm (2014-06-18) <https://paynebritton.wordpress.com/2014/06/18/casenotes-franklin-mint-v-national-wildlife-art-exchange-the-cardinals-paintings-case/>

4. 2. 2. 2. カメラアングル・構図

特定の写真に依拠して絵画等を作成した場合に類似性が問題となる要素として、まずカメラアングルや構図が挙げられる（カメラアングルは被写体を捉える角度、構図はカメラアングルを含めた画面全体の位置関係や構成を指すものとする⁵³）。カメラアングルや構図に創作性が認められることは学説や裁判例においても広く肯定されているが、その一方で

⁵³ 上野千鶴子ほか『写真用語辞典』402頁、397頁（日本カメラ社、改訂版、1997）では、カメラアングルは「被写体に対するカメラの角度をいうが、撮影者の作画上の独自の視点を言うこともある。（後略）」、構図は「写真の主題をより強く生かすために、点、線、形、明暗、濃淡やマスを効果的に、美的に配置し、画面全体をまとめることをいう。（後略）」と定義されている。

前述のように廃墟写真事件においては構図の類似のみでは侵害が成立しないとの判示がなされており、侵害の成否の判断に当たってはどれほど強い保護が与えられるのかが問題となる。

ここでは主に風景写真における構図について検討する。実在する風景を写真ないし絵画で表現しようとした場合、ある程度似た表現になってしまうことは避けられず、表現にある程度の制約があるといえる。こうした制約について、写真ではないものの写実的な風景画が問題となった事例である山の民家事件（東京地判平成4年11月25日判タ832号199頁）は参考になるとと思われる⁵⁴。

4.2.2.2.1. 山の民家事件

東京地判平成4年11月25日判タ832号199頁

（1）事実の概要

原告 X は画家の遺族の一人、被告 Y1 は土産物用暖簾の製造業者、被告 Y2 は暖簾を土産物業者に卸売する業者である。

原告 X の亡父は主に民家を素描画として描き続けてきた画家であり、昭和43年7月に「明善寺（飛騨白川郷萩町にて）」と題する素描画（本件著作物（一））を、昭和45年7月に「合掌造りの集落（越中富山五箇山相倉部落にて）」と題する素描画（本件著作物（二））を制作した。本件著作物（一）および（二）はいずれも昭和48年9月発行の画集「山の民家」に掲載された。その後、本件著作物（一）および（二）の著作権は X が相続した。

被告 Y2 は昭和62年6月頃、被告 Y1 に対して合掌造りの建物をあしらった暖簾の製造を依頼した。Y1 は訴外 Z に被告絵画（一）および（二）の下絵を制作、納入させ、これらに基づき暖簾（被告商品（一）および（二））を製造して Y2 に納入し、Y2 が被告商品（一）および（二）を卸販売した。

これに対し X が、被告絵画（一）および（二）は本件著作物（一）および（二）を無断で複製したものであるとして、著作権の侵害に基づく被告商品の製造・販売の差止めおよび損害賠償、X 自身の名誉感情等を棄損されたとして不法行為に基づく損害賠償、著作者の死後における人格的保護のための謝罪広告を請求した。

本件の争点は多岐にわたるが、主な争点は被告絵画が本件著作物を複製したものであるか否かという点である。

⁵⁴ 比良・前掲注（16）140頁以下

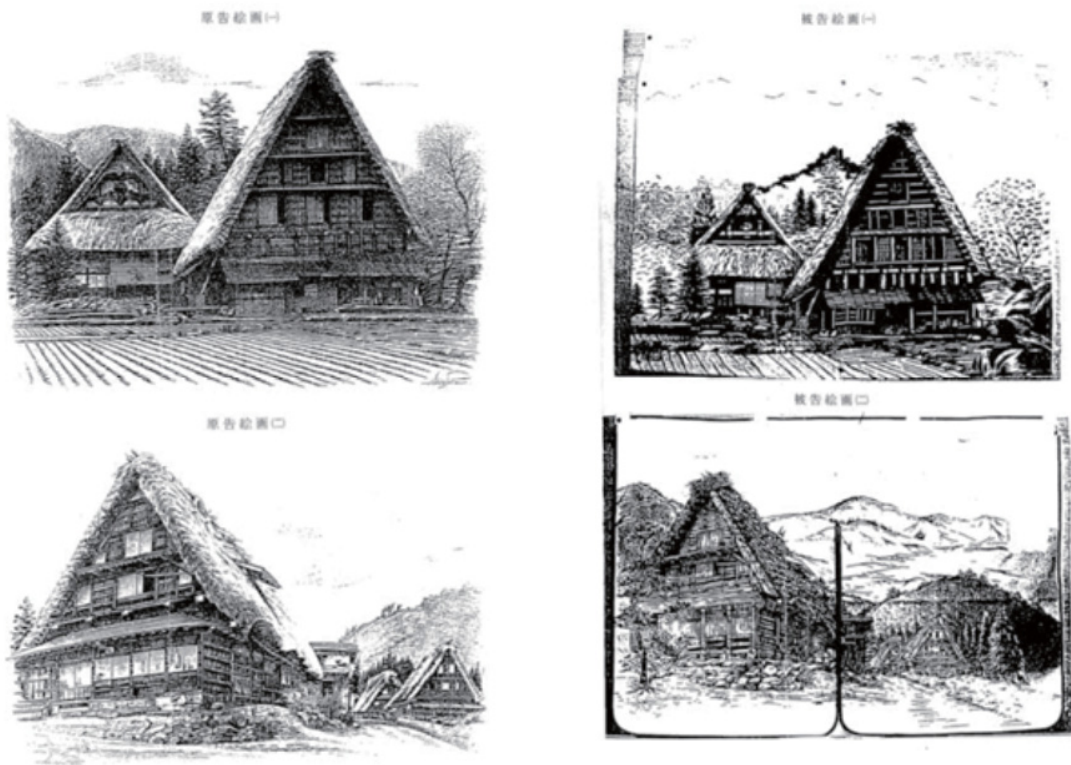


図 13：(左) 上から本件著作物 (一) および (二)、(右) 上から被告絵画 (一) および (二)
津幡笑「判批」(博士イラスト事件) 知的財産法政策学研究 24 号 106 頁 (2009) http://lex.juris.hokudai.ac.jp/gcoe/journal/IP_vol24/24_3.pdf

(2) 判旨の概要

著作権侵害に基づく被告商品の製造販売の差し止めおよび損害賠償、不法行為に基づく損害賠償は認容。謝罪広告は棄却。

裁判所は被告絵画の表現形式、表現内容が本件著作物と極めて類似していると認め、「本件著作物 (一) と被告絵画 (一)、本件著作物 (二) と被告絵画 (二) は、それぞれ、線の太い細いや画風の差があり、対象物についても背景等の重要でない部分において若干の相違があるとはいえ、それぞれ、同一の対象物を同じ角度から同じ構図で写實的に描いたもので、表現内容の中心ともいうべき建物やその近傍の樹木、畑の状況は、窓の開閉状況や道具類の位置等写生の時期が違えば変化しているはずの細部に至るまで一致している」とした。

また本件著作物への依拠の有無については、「本件著作物 (一) 及び (二) の複製を掲載した絵葉書セット、スケッチ画集は相当多数販売されており、同じく「山の民家」、「日本の民家素描お手本集」等の書籍も一般に販売されていたものであり、Z は写生等の現地調査を行わず、被告 Y 1 から提供された資料や自ら調査した資料を参考に、各二週間程度で被告絵画 (一) 及び (二) の下絵を製作したというのであるから、これらの事実を総合す

れば、Zが被告絵画（一）及び（二）の下絵を製作するのに参考にした資料中には本件著作物（一）及び（二）の複製が含まれており、Zは、本件著作物（一）及び（二）の複製の主要な部分をほとんどそのまま自己の筆法で写すようにし、周辺部を変更して被告絵画（一）及び（二）の下絵を製作したものと推認することができ、被告絵画（一）及び（二）、本件著作物（一）及び（二）に依拠して作出されたものといわざるをえない」として、被告絵画は本件著作物に依拠して作出されたものであると認定した。

被告らは、本件著作物も被告絵画も現存する同じ建物を描いたものであり類似点があるのは当然であると主張し、また被告 Y2 は本件著作物の存在を知らず、Zが参考にしたのも別の資料であると主張した。しかしこれに対しては、「本件著作物（一）及び（二）と被告絵画（一）及び（二）との対象物を見る角度、構図から、写生の時期が違えば変化しているはずの細部に至るまでの類似は、別人がたまたま同一の風景を描く場合に一般に予想される類似性をはるかに超えるものであると認められ、また、Zが合掌造りの建物をイメージするために参考にしたと主張する…写真は、構図、建物の位置関係、背景等が被告絵画（一）及び（二）と全く異なっており、右写真を参考にして被告絵画（一）及び（二）の下絵を製作したとは認め難く、被告らの右主張は採用することができない。」とした。

以上より、「Zは、被告絵画（一）及び（二）の下絵を製作するに当たり、本件著作物（一）及び（二）を複製した上、一部改変を加えたものと推認することができるから、右下絵に基づく被告らによる被告商品（一）ないし（四）の製造、販売は、本件著作物（一）及び（二）について原告が有する複製権を侵害するものというべきである。」として、Y1、Y2 が X の複製権を侵害したと認めた。

（3）検討

本件判決において裁判所は、個別の検討部分において「本件著作物…中に描かれているものほとんど全て…が、同じ構図、同じ位置関係、同じ大きさのバランスで、被告絵画…中にも描かれており、しかも、細部の描写についても共通している」と判示し、被告絵画の表現形式・内容が原告絵画（本件著作物）と極めて類似していると認定している。また、「表現内容の中心ともいえるべき建物やその近傍の樹木、畑の状況は、窓の開閉状況や道具類の位置等写生の時期が違えば変化しているはずの細部に至るまで一致している」とも指摘し、複製権の侵害を肯定した。

本件においては、構図の一致に加え、時期が違えば異なっているはずの細部の描写も一致していることが侵害肯定の根拠となったようである⁵⁵。本件の評釈をみると、比良は写実的な風景画をたとえ同じ方向から同じ風景を見て描いたとしても画面上にどのような大きさ・構図で配するか個性が発揮されると指摘し、「実在する風景を忠実に描き取る場合に

⁵⁵ ただし本件は原告絵画への依拠の有無が主要な争点となっており、判決においてもこれらの議論が創作的表現の再生に関するものと明言されていない点には注意が必要である。

においては、その表現の全体的構図・構成までもが同一である場合に初めて類似性を肯定すべきであろう」としている⁵⁶。そして本件判決を踏まえて祇園祭ポスター事件を検討し、「画面上の具体的構図・構成という、風景画において重要な要素が同一である場合には、[山の民家] 事件同様、類似性を肯定する一要素として扱われるべきである」と述べている⁵⁷。また津幡は本件を、絵画的表現に関してアイデアとは言えない創作的表現が酷似している場合に侵害が肯定される例として紹介しており、「それぞれの建物の見える角度、建物の位置関係及び建物の大きさのバランスが全く同じであるほか、建物の細部までもが共通していた事案であり、正当といえよう」と判決を評価している⁵⁸。両者とも、構図の一致を侵害肯定の一要素と捉えつつも、構図の一致のみを理由に侵害が成立するとは必ずしも認めていない点が注目される。

上述のように山の民家事件の判決においては、構図の一致だけではなく細部の描写も一致していることを根拠に侵害が肯定され、同判決の評釈においても構図の一致はあくまでも侵害肯定の要素の一つと捉えられている。学説上、既存の建造物や風景等を撮影する場合、撮影する方向すなわちカメラアングルの選択自体は保護されないと解されている⁵⁹。そして、風景写真における構図は前述のように対象物の形状や位置関係、選択可能な撮影位置等の制約を受けるため、表現の選択の幅が限られているといえる。さらに鈴木が指摘するように、観光地での記念写真など、形式的には異なる構図を選択する余地があっても実質的に選択の幅が限られる場合もある⁶⁰。このような場合に構図の類似を理由として安易に侵害が肯定されると、限られた表現に独占を認めることになり、後続者の表現に多大な支障をきたすことになる。

少なくとも移動することのない建造物や風景に関しては、比良が指摘するようにカメラアングルのみならず画面全体の構図までもがほぼ一致しているような場合に初めて類似性が肯定されるというべきであろう。さらに、構図が一致していることは侵害肯定のための要素の一つとはなってもそれ単独では侵害が成立せず、色合いや陰影、もしくはシャッターチャンスといった構図以外の表現においても何らかの共通点が存在していて初めて侵害が成立すると考えるべきであると思われる。

具体的に写真を元に別形式の作品を制作する行為に当てはめて検討すると、被写体が移動しない風景等である場合、ある写真と同一のカメラアングルで風景画を描くとしても、一部分をトリミングして描く、または元の写真よりも広い範囲を描くといった方法により構図を変化させれば侵害を回避できる場合が多いと思われる。また、山の民家事件のよう

⁵⁶ 比良・前掲注（16）142頁

⁵⁷ 比良・前掲注（16）142頁

⁵⁸ 津幡・前掲注（45）106頁

⁵⁹ 田村・前掲注（10）96頁

⁶⁰ 鈴木・前掲注（30）19頁以下

に原作品と構図がほぼ完全に一致していたとしても、色合いや陰影における表現が異なっている、もしくはシャッターチャンスの要素がある部分に変更を加えているといった場合は侵害が否定される可能性が高いのではないか。

4.2.2.3. シャッターチャンス

上述のように、被写体が移動しない風景である場合は構図の類似のみを理由に侵害を肯定することは妥当でない。しかし、写真の中に動きのある被写体、もしくは時期により位置や姿態が変化する被写体が写っている場合は、シャッターチャンスの創作的表現に関する問題が生じることになる。

裁判例を見ると、写真の著作物の創作性としてのシャッターチャンスは、動いている被写体をどの瞬間に撮影するかという意味には必ずしも限られていない⁶¹。被写体自体はほぼ静止していたとしても、それが恒常的に固定されているわけではなく撮影した時点での一時的な位置や姿態にすぎないような場合にはシャッターチャンスの創作性が肯定される傾向にあるようである。人物のスナップ写真を撮影者に無断で書籍に掲載したことが問題となった事例である東京アウトサイダーズ事件では、被写体の人物は自身の長男を抱いて庭に立っている姿でありほぼ静止状態であったと思われるが⁶²、裁判所はシャッターチャンスの捉え方において創作性が認められると判示している。また祇園祭ポスター事件においても、神輿や人物の動きがあり時間の経過により変化してゆく風景のある一瞬を捉えたことを創作的な表現部分として考慮している⁶³。上述した山の民家事件も、構図の一致に加えて窓の開閉や道具の位置といった時期により変化するはずの部分の一致が侵害肯定の要因となっており、シャッターチャンスの要素が再現されていたことで侵害が肯定されたと捉えることができよう。

被写体の選択や風景におけるカメラアングル・構図などの要素と異なり、シャッターチャンスは基本的にその写真に固有のものであり、後続者が再現することは不可能な場合が多いと思われる。そのため独占を認めても後続者の表現に与える弊害は少なく、より強い保護が与えられることも適当であるといえよう⁶⁴。

ただし、シャッターチャンスの創作性は、写真の中の時間経過により変化する要素に単独で認められるものではなく、その周囲の物体や背景との位置関係も含めて初めて成立すると解するべきであろう。仮に時間経過で変化する要素に単独で保護が与えられるとする

⁶¹ なお前掲の『写真用語辞典』でも、シャッターチャンスは「写真撮影にとって重要な要素の一つで、被写体をとらえる瞬間（シャッターを押すとき）のことである。（後略）」と定義されており、被写体が動いている場合に限定していない。上野ほか・前掲注（48）408頁。

⁶² 桑野雄一郎「判批」（東京アウトサイダーズ事件）コピライト 557号 36頁（2007）

⁶³ 本判決に対する判例タイムズの匿名コメント（前掲注（20）263頁）参照。

⁶⁴ 谷川和幸「判批」（廃墟写真事件）知的財産法政策学研究 39号 362頁（2012）

と、例えば特定のポーズをとった人物、特定の角度で駐車された自動車といったものについて表現の独占を認めることになりかねない。そのような事態になれば、たとえ元の写真と全く異なる背景や場面においても、写真と同様のポーズをとった人物や同様の角度から見た自動車を描写することが困難になり、後続者の表現に多大な制約を与えることになる。写真を基にした絵画等において、シャッターチャンスの創作性が再現されていることを理由とした侵害肯定が成立するためには、少なくとも原作品とカメラアングルが共通し、画面全体の構図までは再現されていないとしても時間経過で変化する要素の周辺や背景がある程度描写され、それらの位置関係が原作品と共通していることが必要になると考えられる。

なお、上述のようにシャッターチャンスの創作性に関しては基本的に強い保護を与えてよいと思われるが、シャッターチャンスにおいてもありふれた表現は存在しうる。例えば鉄道写真の有名な撮影スポットではレールの上を走る列車がある特定の位置に来た瞬間にシャッターを切ることが重要となるため、列車の位置に関するシャッターチャンスは実質的に表現の選択の幅が限られていると考えられる。こうした場合には、さほど強い保護は与えられないと解するべきであろう。

4.2.2.4. 画面の色合い・陰影等

上述した構図やシャッターチャンスの要素と比べると、画面の色合いや陰影といった要素は異なる表現形式にした場合に比較的再現されにくいと考えられる。写真を絵画にする場合について考えると、使用する画材や画法による差はあれど元の写真に含まれる要素のうち省略・簡略化される部分が多かれ少なかれ生じ、特に細部の微妙な陰影や色合いの表現は失われることが多いであろう。たとえば写真の輪郭のみをなぞって線画にするような利用においては、色合いや陰影における表現は再生され得ないことになる。また写真ビラ事件では、カラーであった原告写真を絵画では白黒にしたことが侵害否定の方向に斟酌されている⁶⁵。こうした微妙な表現上の要素は、実際の風景をそのまま写し取ることが可能である、写真という表現形式特有のものであるといえよう。

これらの表現上の要素における侵害の成否の判断基準を検討する上では、雪月花事件控訴審（東京高裁平成14年2月18日判時1786号136頁）に参考になる点があると思われる。

4.2.2.4.1. 雪月花事件

東京高裁平成14年2月18日判時1786号136頁

(1) 事実の概要

⁶⁵ 比良・前掲注(16)145頁

本件の原告である亡 A は書道家であり、その後同人の死亡に伴い 2 審においては X が本件訴訟を継承した。被告 Y1 は照明器具の製造・販売等を行う会社、Y2 は広告物の制作等を行う会社である。

亡 A は「雪月花」「吉祥」「遊」という文字を毛筆で書した作品（本件各作品）を制作した。Y1 らは照明器具の販売用カタログを 3 種類制作した（本件各カタログ）が、これらのカタログの中に、掛け軸として装丁された本件各作品が写った写真が掲載されていた。この写真の撮影は、住宅展示用モデルハウスの和室を利用して行われたものであり、その和室内に本件各作品が飾られていたために、本件各カタログの写真に本件各作品が写り込むこととなった。

そこで亡 A は Y1 らに対して、本件各作品を撮影して本件各カタログに掲載した行為は亡 A の複製権、氏名表示権、同一性保持権を侵害したとして損害賠償を請求したが、一審は亡 A の請求を棄却した。これに対して亡 A が翻案権侵害の主張を追加したうえで控訴し、同人の死亡に伴って X が訴訟を継承したのが本件である。



図 14：本件各カタログの写真の中で本件各作品が写り込んだ部分

吉田広志「2006match11」北海道大学法学部（2006-12-18）<http://lex.juris.hokudai.ac.jp/~hyoshida/seminar/2006/2006match11.pdf>

（2）判旨の概要

本件判決において裁判所は、まず書の著作物について「書は、一般に、文字及び書体の選択、文字の形、太細、方向、大きさ、全体の配置と構成、墨の濃淡と潤渴（にじみ、かすれを含む。以下、同じ。）などの表現形式を通じて、文字の形の独創性、線の美しさと微妙さ、文字群と余白の構成美、運筆の緩急と抑揚、墨色の冴えと変化、筆の勢い、ひいては作者の精神性までも見る者に感得させる造形芸術であるとされている（《証拠省略》参照）。他方、書は、本来的には情報伝達という実用的機能を担うものとして特定人の独占が許されない文字を素材として成り立っているという性格上、文字の基本的な形（字体、書

体)による表現上の制約を伴うことは否定することができず、書として表現されているとしても、その字体や書体そのものに著作物性を見いだすことは一般的には困難であるから、書の著作物としての本質的な特徴、すなわち思想、感情の創作的な表現部分は、字体や書体のほか、これに付け加えられた書に特有の…美的要素に求めざるを得ない。」とした。

そして、書の著作物の複製を写真によって行うことについては、「書を写真により再製した場合に、その行為が美術の著作物としての書の複製に当たるといえるためには、一般人の通常の注意力を基準とした上、当該書の写真において、上記表現形式を通じ、単に字体や書体が再現されているにとどまらず、文字の形の独創性、線の美しさと微妙さ、文字群と余白の構成美、運筆の緩急と抑揚、墨色の冴えと変化、筆の勢いといった上記の美的要素を直接感得することができる程度に再現がされていることを要するものというべきである。」と判示した。

その上で、本件各カタログ中の本件各作品が写った部分について、「上質紙に美しい印刷でピントのぼけもなく比較的鮮明に写されているとはいえ、…本件各作品の現物のおおむね五〇分の一程度の大きさに縮小されていると推察されるものであって、…字体、書体や全体の構成は明確に認識することができるものの、墨の濃淡と潤濁等の表現形式までが再現されていると断定することは困難である。」として侵害を否定した。

(3) 検討

雪月花事件控訴審判決では書の著作物について、文字というそれ自体は独占が許されない素材の基本的な形による表現上の制約を伴い、そこに付け加えられた微妙な表現に創作的な表現部分を求めざるを得ないという性質があることが指摘されている。実在する事物を撮影した写真の著作物も、被写体自体の形や色による表現上の制約があり作者の個性を発揮する余地が少ないという点で、書の著作物に近い性質があるといえよう。そして、書の著作物における墨の濃淡、潤濁等の微妙な表現に相当するのが、写真の著作物における画面の色合いや陰影といった表現であると考えられる。

前述のように、写真を絵画等にすると多くの場合細部の表現に省略が生じるため、縮小されたことにより原作品の創作的表現が失われたと認定された雪月花事件と同様に、色合いや陰影の表現が再現されているとは断定できない場合が多いであろう⁶⁶。

また、仮に写真を基にした絵画等において色合いや陰影の表現が再現されていたとしても、そもそもこれらの表現要素の創作性はさほど高くない場合が多く、侵害が成立しない可能性が高いと考えることもできる。画面の色合いに関しては、前述のように被写体自体の色による表現上の制約を伴うため、表現の選択の幅が狭いといえる。よって、写真が単

⁶⁶ 三村量一「マスメディアによる著作物の利用と著作権法」コピライト 50 巻 594 号 15 頁 (2010) は、雪月花事件判決の射程は書の著作物に限定されないとしている。

に実物そのままの色合いを表現している場合、その表現に独占を認めることはできず、保護範囲も狭くなると考えられる。陰影に関しても、被写体に人為的に照明を当てるなどの行為をしない限り、陰影の生じ方は被写体自体の形状や立地（建造物など固定されたものの場合）によってある程度幅が限られる可能性が高い。さらに、風景写真における陰影の表現は撮影する日時の選択に大きく依存すると思われるが、撮影日時が違っても類似の時間帯や天候の下で撮影すれば陰影もある程度似たような表現にならざるを得ないと考えられる。例えば、富士山が朝日に照らされ赤く染まる「紅富士」を撮影しようとした場合、撮影できる季節や時間帯が限定されるため、山肌に生じた陰影もある程度似たような位置や形になる場合が多いであろう。そのため、表現の選択の幅がさほど広いとはいえず、与えられる保護も弱くなると考えられる⁶⁷。

以上より、少なくとも実在の事物をそのまま撮影した写真については、色合いや陰影の表現に関して保護が及ぶのは写真自体のデッドコピーのような場合にほぼ限られるのではないかと思われる。写真を絵画等にした場合に画面の色合いや陰影の創作的表現の再現が成立するのは、スーパーリアリズム⁶⁸の手法を用いるなど、デッドコピーに近い形で元の写真に極めて忠実に模写したものに限定されると考えるべきであろう。

4. 2. 3. 侵害成立を回避するための利用態様

以上の検討を踏まえ、写真を参考に絵を描くという行為における侵害の成否の判断基準と、侵害を回避できる写真の利用態様の考え方について小括する。

まず、被写体自体に高度な創作性が認められる場合を除けば、写真に関して著作権侵害が成立するためには少なくともカメラアングルが一致ないし類似していることが前提条件になると考えられる。上述のようにシャッターチャンスの創作的表現は時間経過で変化する要素だけではなく、その周囲の物体や背景との位置関係も含めて成立するものである。また画面の色合いや陰影に関しても、撮影する方向はまったく異なるが画面の色合いが共通しているから侵害が成立するといった判断が成り立つことは考えにくい。絵において対象物を見る角度が元の写真と異なっている場合は、そもそも侵害が成立する余地がないと考えるべきであろう。

次に、写真の表現において最も強い保護を与えられるのはほとんどの場合シャッターチ

⁶⁷ ただし、風景写真における色合いや陰影の表現は気象条件等の影響を受けるため、シャッターチャンスの要素が強い表現も想定しうる。例えば山肌の一部にだけ偶然雲の影が落ちているといった場合は、その写真が撮影された時点でしか成立しなかった表現であると考えられるため独占を認めても後続者に与える弊害は少なく、より強い保護が与えられる余地があるように思われる。

⁶⁸ 極端に克明な描写を特徴とする写実主義の一傾向で、多くの場合は直接実物をもとに描写するのではなく、実物を写した写真をもう一度克明に描写するという手順で制作される。高見堅志郎「スーパーリアリズム」相賀徹夫編集著作出版『日本大百科全書 13』120頁（小学館、1987）

チャンスの要素であると考えられる。上述のようにシャッターチャンスは時間の経過によって変化する要素の特定の一瞬を選択したことで得られる表現であり、全く同じ表現を後日得ることは基本的に不可能であることから、表現の独占を認めても後続者の表現に与える弊害は少ない。そのため保護が及ぶ範囲も広くなり、シャッターチャンスの要素がある部分の表現が絵に再現されていた場合には侵害が肯定される可能性が高い。これに対し、画面の色合いや陰影の表現については比較的狭い範囲でしか保護が認められないと考えられるため、元の写真の表現を極めて緻密に再現したような場合を除いて侵害は成立しないと解すべきであろう。

以上より、被写体に手を加えず撮影された写真を基に絵を描く場合は、写真に写ったもののうちシャッターチャンスにより生じた具体的な表現、すなわち時間の経過により変化しうる具体的な表現を絵に再現するのを避けることで、著作権侵害を回避できる可能性が高いと考えられる。

また、被写体の配置・作成を行ったうえで撮影した写真における被写体の創作性も、自然状態では存在しない場面を一時的に作り出したものであるという点で、シャッターチャンスにより生じた表現とはやや異なるものの「時間の経過により変化しうる具体的な表現」と捉えることが可能である。したがって、時間の経過により変化する要素の再現を避けることで侵害を回避するという考え方は、被写体に手を加えて撮影した写真に関しても用いることが可能であると思われる。

上述の基準を用いて、3. 1. 1 節で取り上げた祇園祭ポスター事件の写真および水彩画を題材に、侵害が肯定された要因および侵害回避の方法を検討してみたい。本件写真と本件水彩画を比較すると、写真のカメラアングルは水彩画にも再現されているものの、西楼門の背後の木々が省略されている、写真下部の観衆がカットされているなど、構図は完全には再現されていない。また、色合いや陰影に関しても大まかには再現されているものの、被写体自体の色や形に由来する範囲での表現でしかないと思われ、創作的表現の再生が成立するほど元の写真に忠実とは言い難い。よって、同事件において侵害が肯定されたのは、元の写真における時間経過により変化する表現、具体的には神輿や人物の位置や姿態が水彩画に再現されていたことが最大の要因であると解することができる。したがって、水彩画を作成する際、神輿の位置を変更し、神官や輿丁、見物客といった写真に写る人物の姿態や位置をすべて写真と異なったものにしていけば、侵害は成立しなかった可能性が高いと思われる。

5. おわりに

本稿では、写真の著作物における創作性の判断基準および侵害の成否の判断基準について、絵という異なる表現形式での利用を主に想定して検討した。その結果、写真の創作性判断においては「表現の選択の幅」の概念を適用することで創作性の有無のみならず高低も含めて判断することが妥当であり、被写体に手を加えず実在する事物をそのまま撮影し

た写真に関してはシャッターチャンス以外の表現要素の創造性はさほど高くなく、異なる表現形式での利用にまでは保護が及ばない可能性が高いという結論に至った。

写真は、撮影時の工夫による創作的表現の余地はあれど基本的には被写体をそのまま写し取るものであり、結果として得られる表現も被写体自体の色や形、位置関係に依存する面が大きい。そのため、実在する事物を撮影した写真について安易に表現の独占を認めることは、同じ事物を表現しようとする後続者に多大な制約を与える可能性が高く、表現の自由の観点からも問題が大きいといえる。

また、文化の発展を究極の目的とする著作権法の趣旨からも、新たな作品の創作は活発に行われることが望ましい。著作権侵害を恐れた創作活動の過度の委縮を防ぐためにも、侵害の成否に関して予測可能性が高く、新たな創作活動の参考としての既存著作物の利用を行いやすくなるような判断基準が求められるといえよう。

本稿では写真を参考に絵を描くという行為に着目して考察を行ったが、技術の進歩や普及を受けて写真の活用方法は今後さらに多様化していくものと思われる。大量の写真著作物が作成・公開され、逐一使用許諾を得ることが非現実的になりつつある現状に対応するためにも、より柔軟に写真の利用が認められる可能性についてさらなる議論の深化が望まれる。

謝辞

本論文の執筆にあたっては、研究指導教員である村井麻衣子先生に終始丁寧なご指導を賜りました。村井先生には、筑波大学情報学群知識情報・図書館学類に在学中より3年以上もの長期にわたって多くのご指導・ご助言をいただきました。心より感謝を申し上げます。

また、副研究指導教員の呑海沙織先生、副査の吉田右子先生には、多様な視点からの的確なご指摘・ご助言を多数いただきました。厚く御礼を申し上げます。

最後に、日頃のゼミで様々なご意見やアドバイスをくださった研究室の先輩・後輩の皆様、図書館情報メディア研究科の同期の皆様、そして論文執筆中も変わらず支えてくれた家族に深く感謝いたします。本当にありがとうございました。

文献リスト

- ・青山紘一『著作権法（事例・判例）』633頁（経済産業調査会、2010）
- ・アラン・ラットマンほか、内藤篤訳『1990年代・米国著作権法詳解（下）』397-839頁（信山社、1992）
- ・岡村久道『著作権法』553頁（民事法研究会、第3版、2014）
- ・加戸守行『著作権法逐条講義』1070頁（著作権情報センター、六訂新版、2015）
- ・桑野雄一郎著、福井健策編『出版・漫画ビジネスの著作権』213頁（著作権情報センター、2009）
- ・斉藤博『著作権法』400頁（有斐閣、第3版、2007）
- ・作花文雄『詳解 著作権法』909頁（ぎょうせい、第4版、2010）
- ・渋谷達紀『著作権法』648頁（中央経済社、2013年）
- ・島並良ほか『著作権法入門』294頁（有斐閣、2009）
- ・田村善之『著作権法概説』608頁（有斐閣、第2版、2001）
- ・中山信弘『著作権法』541頁（有斐閣、第2版、2014）
- ・半田正夫＝松田政行編著『著作権法コンメンタール1』1054頁（勁草書房、第2版、2015）
- ・三山裕三『著作権法詳説―判例で読む15章』767頁（レクシスネクシス・ジャパン、第9版、2013）

- ・相澤英孝「判批」（版画写真事件）別冊ジュリスト157号42-43頁（2001）
- ・五十嵐敦「判批」（ラストメッセージ in 最終号事件）別冊ジュリスト198号8-9頁（2009）
- ・石井茂樹「判批」（ヨミウリ・オンライン事件）パテント59巻8号70-74頁（2006）
https://www.jpaa.or.jp/activity/publication/patent/patent-library/patent-lib/200608/jpaapatent200608_070-047.pdf（参照2017-02-07）
- ・井関涼子「判批」（東京アウトサイダーズ事件）知財管理58巻6号757-765頁（2008）
- ・井奈波朋子「判批」（ホテル・ジャンキーズ事件）著作権研究30号199-214頁（2003）
<http://shou-law.com/wp-content/uploads/2014/09/030530%E3%83%9B%E3%83%86%E3%83%AB%E3%83%BB%E3%82%B8%E3%83%A3%E3%83%B3%E3%82%AD%E3%83%BC%E3%82%BA%E4%BA%8B%E4%BB%B6%EF%BC%88%E8%91%97%E4%BD%9C%E6%A8%A9%E6%B3%95%E5%AD%A6%E4%BC%9A%EF%BC%891.pdf>（参照2017-02-07）
- ・井上百合子「判批」（ライブドア裁判傍聴記事件）別冊ジュリスト198号12-13頁（2009）
- ・上野達弘「判批」（ホテル・ジャンキーズ事件）別冊ジュリスト179号238-239頁（2005）
- ・上野達弘「展開講座 知的財産法の重要論点（第1回）著作権法編（1）著作物性（1）総論」法学教室319号160-171頁（2007）

- ・上野達弘「創作性」高林龍ほか編集代表『現代知的財産法講座 I 知的財産法の理論的探究』181-209 頁（日本評論社、2012）
- ・大瀬戸豪志「判批」（新橋玉木屋事件）別冊ジュリスト 157 号 20-21 頁（2001）
- ・大野聖二「判批」（雪月花事件）別冊ジュリスト 198 号 90-91 頁（2009）
- ・岡崎洋「判批」（雪月花事件）別冊ジュリスト 157 号 128-129 頁（2001）
- ・岡野功ほか「知っておきたい最新著作権判例」パテント 65 巻 4 号 89-104 頁（2012）
https://www.jpaa.or.jp/activity/publication/patent/patent-library/patent-lib/201204/jpaapatent201204_089-104.pdf（参照 2017-02-07）
- ・北村行夫「判批」（版画写真事件）別冊ジュリスト 198 号 26-27 頁（2009）
- ・桑野雄一郎「判批」（東京アウトサイダーズ事件）コピーライト 557 号 28-40 頁（2007）
- ・小泉直樹「判批」（スイカ写真事件 2 審）判時 1779 号 208-211 頁（2002）
- ・小島立「現代アートと法—知的財産法及び文化政策の観点から—」知的財産法政策学研究 36 号 1-56 頁（2011）
<http://hdl.handle.net/2115/48441>（参照 2017-02-07）
- ・酒井麻千子「著作権法における『創作性』概念に関する一考察」情報処理学会研究報告 2012-EIP-58 巻 7 号 1-6 頁（2012）
<http://id.nii.ac.jp/1001/00086742/>（参照 2017-02-07）
- ・酒井麻千子「旧日本著作権法における映画と写真の位置づけ—旧法第 22 条の 3 における「独創性」概念に関連して—」東京大学大学院情報学環紀要 情報学研究 83 号 69-85 頁（2012）
www.iii.u-tokyo.ac.jp/manage/wp-content/uploads/2016/03/83_5.pdf（参照 2017-02-07）
- ・酒井麻千子「19 世紀後半における写真保護法規の検討—日本及びドイツにおける写真と著作権との関係を中心に—」マス・コミュニケーション研究 83 号 115-133 頁（2013）
- ・設楽隆一「判批」（スメルゲット事件）別冊ジュリスト 198 号 28-29 頁（2009）
- ・鈴木康平「著作権法における写真の創作性—写真の創作性判断への「表現の選択の幅」論の適用可能性—」図書館情報メディア研究 12 巻 2 号 13-23 頁（2014）
- ・高瀬亜富「判批」（東京アウトサイダーズ事件）知的財産法政策学研究 32 号 285-316 頁（2010）
- ・田口重憲「スイカ写真事件。結果考察と影響」APA 著作権レポート 2 号 2-3 頁（2003）
<http://www.apa-japan.com/download/pdf/APA-report02.pdf>（参照 2017-02-07）
- ・田中浩之「判批」（ファッション写真事件）ジュリスト 1491 号 8-9 頁（2016）
- ・谷川和幸「判批」（廃墟写真事件）知的財産法政策学研究 39 号 343-367 頁（2012）
<http://hdl.handle.net/2115/51547>（参照 2017-02-07）
- ・茶園成樹「判批」（商品カタログ事件）著作権研究 25 号 209-217 頁（1998）
- ・帖佐隆「判批」（ホテル・ジャンキーズ事件）別冊ジュリスト 198 号 14-15 頁（2009）
- ・津幡笑「判批」（博士イラスト事件）知的財産法政策学研究 24 号 97-116 頁（2009）
http://lex.juris.hokudai.ac.jp/gcoe/journal/IP_vol24/24_3.pdf（参照 2017-02-07）
- ・中山信弘「創作性についての基本的考え方」著作権研究 28 号 2-11 頁（2001）

- ・野一色勲「判批」(スイカ写真事件) 発明 99 卷 8 号 137-143 頁 (2002)
- ・比良友佳理「判批」(祇園祭ポスター事件) 知的財産法政策学研究 25 号 117-157 頁 (2009) <http://hdl.handle.net/2115/43619> (参照 2017-02-07)
- ・松田政行「判批」(スイカ写真事件) 別冊ジュリスト 198 号 102-103 頁 (2009)
- ・三浦正広=半田正夫「判批」(真田広之ブロマイド事件) 別冊ジュリスト 157 号 56-57 頁 (2001)
- ・三浦正広「判批」(スメルゲット事件) コピライト 46 卷 545 号 43-47 頁 (2006)
- ・水谷直樹「判批」(山の民家事件) 発明 91 卷 2 号 81-82 頁 (1994)
- ・水谷直樹「判批」(廃墟写真事件) 発明 108 卷 7 号 33-35 頁(2011)
- ・三村量一「講演録 マスメディアによる著作物の利用と著作権法」 コピライト 50 卷 594 号 2-20 頁 (2010)
- ・本橋光一郎「判批」(イルカ写真事件) 別冊ジュリスト 157 号 44-45 頁 (2001)
- ・森脇肇「判批」(祇園祭ポスター事件) 知財管理 58 卷 11 号 1503-1513 頁 (2008)
- ・山本隆司「複製権侵害の成否」 牧野利秋=飯村敏明編『新裁判実務大系 22 卷 著作権関係訴訟法』 308-332 頁 (青林書院、2004) <http://www.itlaw.jp/reproduction%20rights.pdf> (参照 2017-02-07)
- ・山本隆司「判批」(江差追分事件) 別冊ジュリスト 198 号 100-101 頁 (2009)
- ・横山久芳「翻案権侵害の判断基準の検討」 コピライト 51 卷 609 号 2-32 頁 (2012)
- ・判例タイムズ 1283 号 263 頁 (2008)
- ・判例タイムズ 1372 号 227 頁 (2012)

- ・高見堅志郎「スーパーリアリズム」 相賀徹夫編集著作出版『日本大百科全書 13』 120 頁 (小学館、1987)
- ・飯塚裕之『まんが家になろう!』 207 頁 (小学館、2001)
- ・上野千鶴子ほか『写真用語辞典』 573 頁 (日本カメラ社、改訂版、1997)
- ・臼井祥子「草薙」 アニメーションノート 5 号 8-27 頁 (2007)
- ・小川素治『イラストレーションの世界』 102 頁 (ビッグ社、1980)
- ・坂茂樹『封印漫画大全』 253 頁 (三オブックス、2009)
- ・「スーパーリアリズム」 益田朋幸=喜多崎親編著『岩波 西洋美術用語辞典』 166 頁 (岩波書店、2005)
- ・森勇気「カラー原稿の制作技術」 ファンロード編集部編『イラスト・ラボ・スペシャル』 65-70 頁 (レポート、1992)
- ・横山明『新技法シリーズ 106 イラストレーションの実際』 107 頁 (美術出版社、1979)
- ・『バケモノの子』 (劇場パンフレット) 46 頁 (東宝、2015)

- ・「集英社の料理マンガが連載中断 写真トレースはダメなのかで議論」 J-CAST ニュース

- (2011-12-12) <http://news.livedoor.com/article/detail/6111846/> (参照 2017-02-07)
- ・共同通信「祇園祭の写真、無断使用 八坂神社などに賠償命令」47NEWS (2008-03-13)
<http://web.archive.org/web/20150613061221/http://www.47news.jp/CN/200803/CN2008031301000651.html> (参照 2017-02-07)
 - ・星野宏明「平成12年に発生した「みずみずしいスイカ写真事件」ってどんな事件？」シェアしたくなる法律相談所 (2015-05-18) <https://lmedia.jp/2015/05/18/64218/> (参照 2017-02-07)
 - ・丸田祥三「8. 比較画像 他」風景剽窃裁判／写真家・小林伸一郎氏を盗作で提訴いたしました・・・ (2010-01-10) <http://blogs.yahoo.co.jp/marumaru1964kikei/folder/640935.html> (参照 2017-02-07)
 - ・「ラフィーネナチュラルライフ「シックハウス症候群対策商品・スメルゲット」」有限会社トライアルコーポレーション (2007-10-10) <http://smellget.trialmall.com/ranali-log> (参照 2017-02-07)
 - ・Britton Payne「The Cardinals Paintings Case」Copyright On! Copyright Law Enthusiasm (2014-06-18) <https://paynebritton.wordpress.com/2014/06/18/casenotes-franklin-mint-v-national-wildlife-art-exchange-the-cardinals-paintings-case/> (参照 2017-02-07)
 - ・吉田広志「2006match11」北海道大学法学部 (2006-12-18) <http://lex.juris.hokudai.ac.jp/~hyoshida/seminar/2006/2006match11.pdf> (参照 2017-02-07)