



Title	写真を参考にしたイラストによる著作権侵害が否定された事例
Author(s)	鮑, 妙堃
Citation	知的財産法政策学研究, 60, 227-260
Issue Date	2021-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/84870
Type	departmental bulletin paper
File Information	60_07.pdf



写真を参考にしたイラストによる 著作権侵害が否定された事例

東京地判平成30年3月29日判決〔コーヒーを飲む男性〕事件
平成29年(ワ)第672号 損害賠償請求事件(本訴)
平成29年(ワ)第14943号 同反訴事件(反訴)

鮑 妙 堃

1 はじめに

写真を基に絵画を描くという行為は、日常的に頻繁に行われている創作活動であろう。とりわけ、漫画やアニメの制作現場においては、写真を参考資料として利用することが珍しくないとされている¹。

本件は、写真に依拠して絵画(漫画)を描く行為について著作権侵害が否定された事件であり、写真著作物の利用に関する今後の裁判例や実務に少なからず影響を与える裁判例であるといえよう。

2 事案

2.1 当事者

原告(反诉被告)ペイレスイメージズ株式会社は、写真、CG、動画、イラスト等の映像コンテンツの販売、撮影業務等を目的とする株式会社である。

被告A(反訴原告)は、原告の販売中の写真素材のサンプル画像一枚を参照しイラストを描き、自らの作品に使用して販売した個人である。

¹ 桑野雄一郎=赤松健(福井健策編)『出版・漫画ビジネスの著作権』(第2版・著作権情報センター・2018年)167~168頁。

2.2 事案の概要

原告は、「Makunouchi 043 Christmas Couple」という題名の写真素材集CDを訴外株式会社ジーアンドイーコーポレーション（以下「訴外ジーアンドイー」）等のウェブサイトにおいて、定価4万1,040円で販売している。本件写真素材集CDには合計75点の写真素材が収録されており、その一つに「コーヒーを飲む男性」という題名の写真素材（以下「本件写真素材」）が収録されている。

被告は、同人誌イベントに出品する小説同人誌の裏表紙を作成した際、インターネット検索で得られた本件写真素材のサンプル画像を参照しイラスト（以下「本件イラスト」）を描き、そのイラストを自らの小説同人誌の裏表紙に掲載し、また同人誌イベントに当該小説同人誌を出品し、50冊を販売した。

その後、被告は、参考にした写真が販売されているものであることを訴外人物からの指摘を受けて知り、訴外ジーアンドイーに対し、謝罪及び使用料の支払いを申し出たところ、訴外ジーアンドイーより、原告に連絡するよう指示された。そこで、被告は、原告に同趣旨のメールを送付したところ、原告は被告に対し、当初、損害賠償金として本件写真素材の販売価格の20倍に当たる54万円の支払いを求めたが、のちにその金額を変更し、原告は、被告に対し、本件写真素材の販売価格とアトリファレンス料（構図や表現方法を参照して新たな作品を制作する際に著作者から許可を取得する代行手数料）の合計5万9,400円の5倍である29万7,000円の支払いを求めたが、被告はこれに応じなかった。

そこで、原告は、被告の一連の行為が原告の本件写真素材に係る著作権（複製権、翻案権及び譲渡権）を侵害すると主張して、本訴を提起した。それに対し、被告が、本件本訴の提起を含む原告による過大な損害賠償請求等が不法行為に当たると主張して、原告に対し、損害賠償請求を提起した。

2.3 主な争点

本稿で取り上げる争点は、本訴において、第一に、本件写真素材は著作物に該当するか、第二に、被告は本件写真素材に係る著作権を侵害したか

という二点である²。

3 判旨

原告の本訴請求及び被告の反訴請求をいずれも棄却した。

3.1 本件写真素材の著作物性について(判旨1)

裁判所はまず、写真とは「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、写真の著作物性に関しては、「そこに撮影者等の個性が何らかの形で表れていれば創作性が認められ、著作物に当たるといふべきである」と判示している。

次いで、本件写真素材の著作物性については、「本件写真素材は…(中略)右手にコーヒーカップを持ち、やや左にうつむきながらコーヒーカップを口元付近に保持している男性を被写体とし、被写体に左前面上方から光を当てつつ焦点を合わせ、背景の一部に柱や植物を取り入れながら全体として白っぽくぼかすことで、赤色基調のシャツを着た被写体人物が自然と強調されたカラー写真であり、被写体の配置や構図、被写体と光線の関係、色彩の配合、被写体と背景のコントラスト等の総合的な表現において撮影者の個性が表れているものといえる。したがって、本件写真素材は上記の総合的な表現を全体としてみれば創作性が認められ、著作物に当たる」(下線は筆者による)と述べている。

そのうえで、被告が「本件写真素材は、背景、照明・光量、色合いのいずれにおいても多くの類例がみられる平凡かつありふれた表現であり、創作性が存在しないため、著作物とは認められない」との主張に対し、「写真

² ほかに本訴において原告は本件写真素材の著作権者か、反訴において原告の行為が不法行為に該当するか否か、またそれによる損害の有無及び額といった点で両当事者の間で意見が分かれているが、本稿はこれらの点は扱わない。また、原告は本件写真素材の著作権者かという点につき、裁判所は「原告を本件写真素材の著作権者であると認めることはできず」と判示したが、本稿では、論述の便宜上、その点を考慮に入れないことにする。

の創作性は、写真を構成する諸要素を総合して判断されるべきものであるところ、背景、照明・光量、色合い等の各要素において、それぞれ似たような例が存在するとしても、そのことは直ちに創作性を否定する理由とはならない」として、これを退けた。

3.2 被告は本件写真素材に係る著作権を侵害したか（判旨2）

裁判所は、複製権侵害、翻案権侵害の判断基準について、以下のように一般論を説く。

「複製とは、印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に再製することをいうところ（著作権法2条1項15号参照）、著作物の複製とは、既存の著作物に依拠し、これと同一のものを作成し、又は、具体的表現に修正、増減、変更等を加えても、新たに思想又は感情を創作的に表現することなく、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持し、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ものを作成する行為をいうものと解すべきである。」

「また、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ができる別の著作物を創作する行為をいうものと解すべきである」（最判平成13.6.28平成11(受)922〔江差追分事件〕が引用されている）。

次いで、以下のように本件イラストと本件写真素材の共通点と相違点を列挙したうえで、結論として、本件イラストから本件写真素材の表現上の本質的な特徴を直接感得しうるものではないことを理由に、複製権、翻案権侵害を否定した。

「被写体の配置や構図、被写体と光線の関係、色彩の配合、被写体と背景のコントラスト等の総合的な表現に認められる」と述べたうえで、本件イラストは本件写真素材に依拠して作成されているものと認定しつつ、両者の共通点を「被写体の男性の、右手及びコーヒーカップを含む頭部から胸部までの輪郭の部分のみ」であり、他方、本件イラストと本件写真素材の相違点としては、「①本件イラストはわずか2.6センチメートル四方のスペースに描かれているにすぎないこともあって、本件写真素材における被写

体と光線の関係(被写体に左前面上方から光を当てつつ焦点を合わせるなど)は表現されておらず、かえって、本件写真素材にはない薄い白い線(雑誌を開いた際の歪みによって表紙に生じる反射光を表現したもの)が人物の顔面中央部を縦断して加入されている、②本件イラストは白黒のイラストであることから、本件写真素材における色彩の配合は表現されていない、③本件イラストはその背景が無地の白ないし灰色となっており、本件写真素材における被写体と背景のコントラスト(背景の一部に柱や植物を取り入れながら全体として白っぽくぼかすことで、赤色基調のシャツを着た被写体人物が自然と強調されているなど)は表現されていない、④本件イラストは上記のとおり小さなスペースに描かれていることから、頭髮も全体が黒く塗られ、本件写真素材における被写体の頭髮の流れやそこへの光の当たり具合は再現されておらず、また、本件イラストには上記の薄い白い線が人物の顔面中央部を縦断して加入されていることから、鼻が完全に隠れ、口もほとんどが隠れており、本件写真素材における被写体の鼻や口は再現されておらず、さらに、本件イラストでは本件写真素材における被写体のシャツの柄も異なっていること等が認められる。これらの事実を踏まえると、本件イラストは、本件写真素材の総合的表現全体における表現上の本質的特徴(被写体と光線の関係、色彩の配合、被写体と背景のコントラスト等)を備えているとはいえず、本件イラストは、本件写真素材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ない。

「なお、原告は、譲渡権侵害も主張するが、本件イラストが本件写真素材の複製及び翻案には当たらないため、本件イラストを掲載した小説同人誌を頒布しても譲渡権の侵害とはならない」として、譲渡権の侵害も否定した。

4 評釈

4.1 はじめに

本判決は、被写体を含め、本件写真素材を構成する諸要素を創作的表現として捉え、その創作性を認めつつ、被告が本件写真素材に依拠してイラストを描き、自らの作品に使用して販売した行為は、著作権侵害に該当しないと判じている。

従来の裁判例では、大半の事案で写真の著作物性が肯定されているが、

写真著作物の保護範囲を決める段階で、いかなる要素に着目して、その創作的表現を判断すべきかという点については議論があり、特に、被写体に関する要素を写真の創作的表現として考慮するか否かという点で見解が大きく分かれている。

そのような中、本判決は、被写体を考慮に入れる手法を採用している。また、事案の特徴として、本件は写真対写真の事件ではなく、表現形式を異にするイラストの素材として写真が用いられていることを挙げる事ができる。既存写真の表現形式を異にする再製がいかなる要件の下で既存写真の著作権の侵害に該当するかという点は従前から学説、裁判例で争われている論点であり、本判決にはこの問題に新たな否定例を加えたという意義を認めることもできよう。

4.2 写真の著作物性

写真の著作物性に関しては、現行著作権法の立法時から議論がなされており³、結局、写真が著作物の一つの例示として保護を受けうることを著作権法10条1項8号⁴に規定するほか、どのような写真が著作物性を満たすのかについては、明文の規定が置かれないまま現在に至っている。

4.2.1 先行裁判例

写真の著作物性に関する従前の裁判例を俯瞰してみると、ほとんどの事例で、それほど高い創作性が要求されているわけではなく、写真の著作物

³ 1970年著作権法改正の前後では、写真の著作物性につき、写真の創作過程において、自然科学的技術が重要な役割を果たすため、一般の著作物の場合に比し、人間による操作の余地が少ないという議論(山本桂一『著作権法』(有斐閣・1971年)246頁)、「精神的創作」という著作物の要件を望むこと困難なるものがあること、写真を本来の著作物として他の著作物と同列に並べて置くことで不都合が生じること等を理由に、写真を類別して検討する必要があるという議論(小林尋次『再刊—現行著作権法の立法理由と解釈』(第一書房・2010年)46・56頁)、著作物に該当する写真と該当しない写真があるとしたうえで、いかなる写真が著作物に該当しないものとするべきかということが重視されるべきだとする議論(伊藤正己ほか「新著作権法セミナー」ジュリスト485号(1971年)135～136頁)が提示されていた。

⁴ ベルヌ条約2条1項も参照。

性を広く認める立場が一般的である⁵と考えられる。抽象論として「写真を撮影するに当たり、自らの撮影意図に応じて構図を決め、シャッターチャンスをつまえて撮影を行ったこと」という認定のみで、ただちに著作物性が認められており（東京地判平成11.3.26平成8（ワ）8477〔Dolphin Blue事件〕）、具体的な当てはめとして、アマチュア史家が撮影した石垣の写真（仙台高判平成9.1.30平成7（ネ）207〔アマチュア史家事件〕）であっても、著作物性が肯定されている。

例外は、平面的な被写体をそのまま平面的に写真に撮影する場合であり、構図の工夫の余地がないことに加えて被写体をそのまま再現することを目的としており、陰影など写真固有の表現が加えられていないと目され、ゆえに撮影された写真自体には新たな創作性が付加されていないと評価しうる事案では、写真の著作物性が否定されている（東京地判平成10.11.30昭和63（ワ）1372〔版画写真事件〕）⁶。

これに対して、被写体が立体物である通常の場合では、被写体をどのように捉えるかについて工夫の余地がある⁷ため、一般に写真の著作物性が認められている⁸。

⁵ 高瀬亜富〔判批〕知的財産法政策学研究32号（2010年）292頁。写真の著作物性を広く認める学説として、加戸守行『著作権法逐条講義』（六訂新版・著作権情報センター・2013年）125頁、田村善之『著作権法概説』（第2版・有斐閣・2001年）95頁、作花文雄『詳解著作権法』（第5版・ぎょうせい・2018年）91～92頁、中山信弘『著作権法』（第3版・有斐閣・2020年）125頁等を参照。一方、判例、学説ともに結論としてかなり緩やかに著作物性を肯定する傾向にあることに対して批判的な立場をとるものとして、池村聡「写真の著作物性をめぐる実務上の諸問題」IPジャーナル16号（2021年）4～9頁がある。

⁶ 被写体をより忠実に写し取るためには高度なテクニックが必要とされる場合があるかもしれないが、そのようなテクニック自体は著作権法の保護対象ではないと解すべきである。詳細は中山・前掲注5）91頁を参照。

⁷ 田村・前掲注5）95頁、上野達弘「著作物性（1）総論」法学教室319号（2007年）165頁。

⁸ 以下の本文で紹介する〔スメルゲット事件〕、〔カーテン用副資材商品カタログ事件〕、〔IKEA製品写真事件〕のほか、著作物性の肯定例として、津地判平成6.1.31平成4（ワ）117〔津医療生活協同組合写真事件〕（被写体を忠実に機械的に複製することを目的としたもの以外の写真について、原則として著作物性を肯定すべきである

そのことを如実に示す好例が、ホームページに掲載された販売商品の写真の著作物性が問題とされ、一審と二審で結論が分かれた〔スメルゲット事件〕である。

第一審判決（横浜地判平成17.5.17平成16(ワ)2788）は、「本件各写真は、本件商品を正面から写しただけの平凡なものであり、そこに『思想又は感情の創作的表現』は何ら見られないから、これを著作権法上の保護の対象となる著作物ということはできず」として当該写真の著作物性を否定したが、控訴審判決（知財高判平成18.3.29平成17(ネ)10094）により覆されている。

知財高裁によれば、「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」ところ、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」とされたのである。著作物性を肯定しうる限界事例に近いとも評されているが、結論として写真の著作物性が肯定されている。

実用的な商業写真についての著作物性が肯定されたもう一つの例として、〔カーテン用副資材商品カタログ事件〕（大阪地判平成7.3.28平成4

と判示している）、青森地判平成7.2.21平成4(ワ)344〔知られざる東日流日下王国事件〕、東京高判平成13.6.21平成12(ネ)750〔スイカ写真事件〕、東京地判平成15.2.26平成13(ワ)12339〔創価学会ウェブ写真事件Ⅰ〕、東京高判平成16.11.29平成15(ネ)1464〔同〕、東京地判平成19.4.12平成18(ワ)15024〔創価学会ウェブ写真事件Ⅱ〕、知財高判平成19.5.31平成19(ネ)10003〔東京アウトサイダーズ事件〕、東京地判平成20.3.13平成19(ワ)1126〔八坂神社祇園祭ポスター事件〕、東京地判平成20.6.26平成19(ワ)17832〔リフレクティックス写真事件〕、東京地判平成24.12.21平成23(ワ)32584〔夕暮れのナバリ海岸写真事件〕、大阪地判平成28.7.19平成26(ワ)10559〔舞妓写生会写真事件〕、東京地判平成30.4.26平成29(ワ)29099〔高校野球応援風景写真事件〕等がある。また、傍論ではあるが、写真の著作物性を肯定する裁判例として、東京地判昭和62.7.10昭和57(ワ)2997〔真田広之プロマイド事件〕、東京高判平成23.5.10平成23(ネ)10010〔廢墟写真事件〕、大阪地判令和2.1.27平成29(ワ)12572〔播磨喜水写真事件〕等がある。

(ワ)1958)がある。裁判所は、「単なるカメラの機械的な作用のみに依存することなく、被写体の選定、写真の構図、光量の調整等に工夫を凝らし、撮影者の個性が写真に表れている場合には写真の著作物（著作権法10条1項8号）として著作権法上の保護の対象になる」と述べ、撮影対象の配置等に原告の工夫が認められるとし、商品写真の著作物性を認めた。

同じく製品の広告写真の著作物性が問題とされた〔IKEA製品写真事件〕（東京地判平成27.1.29平成24(ワ)21067）⁹では、被写体の影がなく、背景が白である場合であっても、「同種製品を色が虹を想起せしめるグラデーションとなるように整然と並べる」、「生地質感が看取できるよう撮影方法」等において原告の工夫が凝らされているとして、いずれの広告写真も著作物に該当すると判示されている。

このように従前の裁判例にあつては、立体的な被写体を撮影した場合には、（控訴審で取り消された〔スメルゲット事件一審〕を除き）著作物に該当する、とされている¹⁰。

ただし、こうした裁判例の趨勢に対して、（本判決の後に下されたものであるが）近時、反旗を翻す判決として、〔一竹辻が花美術館グッズ事件〕（東京地判平成30.6.19平成28(ワ)32742）が登場している。

この事件では、作品制作工程を記録する写真及び美術館を撮影した写真の著作物性が争点とされた。裁判所は、制作工程写真に関しては『辻が花染』の制作工程の各場面を撮影したものであるところ、これら制作工程写真の目的は、その性質上、いずれも制作工程の一場面を忠実に撮影することにあるとしつつ、また、美術館写真については、「一竹美術館の外観又は内部を撮影したものであるところ、これら美術館写真の目的は、その性質上、いずれも一竹美術館の外観又は内部を忠実に撮影すること」にあるとしつつ、いずれについても「被写体の選択、構図の設定、被写体と光線との関係等といった写真の表現上の諸要素はいずれも限られたものとならざるを得ず、誰が撮影しても同じように撮影されるべきものであって、撮影者の個性が表れない」と述べ、その著作物性を否定している。

⁹ 同じく商業写真の著作物性が認められた事件だが、前掲〔カーテン用副資材商品カタログ事件〕では結論として著作権侵害が否定された一方、〔IKEA製品写真事件〕では著作権侵害が肯定された。

¹⁰ 田村・前掲注5)95頁。

たしかに判決の文言としては、写真の目的が被写体を「忠実に」再現すること等を目的として写真の創作性を判断した先例として、前掲〔版画写真事件〕があるが、既述したように、その事案は、平面的な版画をそのまま平面的な写真に撮影したというものであり、構図の工夫をなしえない事件であった。これに対して、〔一竹辻が花美術館グッズ事件〕は、いずれも立体的な被写体を撮影したものであって、構図の設定、被写体と光線との関係等といった写真の表現上の要素について、選択の幅があり、撮影者の個性を表す余地がないとはいえないように思われる¹¹。

さらに、本判決のアプローチの下では、逆にどの程度まで創作性を発揮すれば写真が著作物に該当しうるのかということが明確ではなく、写真の著作物に基づく円滑な法律関係の構築に失敗し徒に混乱を招くことになりかねない。そもそも、高度に創作的か否かということが裁判官の判断に馴染むものとは思えない¹²。写真の創作活動にインセンティブを付与するという観点からも、写真がさらにフォトコピーされることを防ぐ権利は付与しなければならない¹³ことに鑑みても、〔一竹辻が花美術館グッズ事件〕の判断手法には疑問を覚えざるをえない。

4.2.2 本判決の位置付け

以上のように、従来の裁判例では、〔版画写真事件〕のような単に平面的な被写体を忠実に写し出したに過ぎない写真でない限り、写真の創作性の程度を問わず、著作物性が認められている。これに反する判断をなした前掲横浜地判〔スマルゲット事件一審〕は控訴審で覆されており、前掲東京地判〔一竹辻が花美術館グッズ事件〕に追随する裁判例はいまだ現れていない。

それを本件についてみると、本件写真素材は、右手にコーヒーカップを持つ男性を被写体とする人物写真であり、被写体に左前面上方から光を当てつつ焦点を合わせ、背景の一部に柱や植物を取り入れながら全体として白っぽくぼかすことで、赤色基調のシャツを着た被写体の男性が自然と強調されたカラー写真である。従前の裁判例の趨勢に鑑みると、著作物性が

¹¹ 安達陽子〔判批〕パテント72巻11号(2019年)30頁。

¹² 田村・前掲注5)95頁。

¹³ 田村・前掲注5)95頁。

肯定されるべきものだと思う。よって、本件写真素材の著作物性を(傍論ながら)肯定している本判決の判断は従前の裁判例に従うものであり、妥当なものといえよう。

4.3 写真を参考にしたイラストによる著作権侵害の成否

4.3.1 問題の所在

本件のように、写真を素材としつつ、イラストのような絵画に用いる行為がどのような要件の下で、既存写真の著作権の侵害に該当するかという論点は、従前から裁判例に一定の蓄積が認められるところであり、学説でも議論がなされている。そこで、以下では、写真の著作物の絵画化に係る従来の裁判例を検討していく。

4.3.2 裁判例

写真に依拠して絵画を描く行為が著作権侵害に問われた従前の裁判例にあつては、被告絵画と原告写真の共通点が、作品全体の構図(輪郭)に止まらず、被告絵画が細部の描写に至るまで原告写真を基にして描かれたと見られる部分が多いと思われる場合には、著作権侵害が認められるという傾向が見られる。

典型例としては、原告が撮影した祇園祭の写真を、被告が依拠して水彩画を制作する行為の著作権侵害性が争われた〔八坂神社祇園祭ポスター事件〕(東京地判平成20.3.13平成19(ワ)1126)がある。この事件で、裁判所は、本件水彩画が本件写真に依拠して制作されたと認定したうえで、「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…(中略)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。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」(下線強調は筆者による)と両者の共通点を概括している。

そのうえで、判決は「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」として両作品の類似性を認め、結論として翻案権侵害を肯定している。

同様の判断を示したものと位置付けることができる裁判例として、〔舞妓写真生会写真事件〕¹⁴（大阪地判平成28.7.19平成26(ワ)10559）がある。事案は、日本画家である原告の黒川雅子さんが、日本画の制作作用に撮影した舞妓の写真を無断利用して日本画を制作し、その日本画を展覧会に出展した日本画家である被告の坂根克介氏に対し、著作権（翻案権、展示権）侵害等を理由に侵害行為の差止等を求めたというものであった。裁判所は、被告が本件写真に依拠して本件絵画を制作したことは当事者間に争いがないところ、本件絵画は、本件写真の被写体である舞妓を、正面の全く同じ位置、高さから見える姿を本件写真の構図と同一の構成で描いていることから、これに接する者が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して、翻案権侵害を認めている。

他方、被告絵画が原告写真に撮影された被写体の輪郭のみをなぞるに止まり、他の表現を用いていないという事例で、原告ピラ写真に依拠してピラ絵を作成する行為の著作権侵害を否定する判決として、〔創価学会ウェブ写真事件〕¹⁵（一審：東京地判平成15.2.26平成13(ワ)12339、控訴審：東京高判平成16.11.29平成15(ネ)1464）がある。事案は、原告Xの職員であるカメラマンCが、Xの名誉会長であるDを被写体とした本件原告写真を撮影し雑誌で公開したところ、被告BがXに無断で本件原告写真をトレースして、本件絵ピラを作成、又はホームページに掲載した一連の行為の著作権侵害性が争われたものである。

第一審裁判所は、本件ピラ絵とそれの基となる原告写真とは被写体の顔及び上半身の輪郭等において類似していると述べつつ、両作品の相違点を

¹⁴ この事件に関する判例評釈として、高野慧太〔判批〕ジュリスト1533号（2019年）108～111頁を参照。

¹⁵ この事件では、原告写真をカットしてピラ写真を作成する行為の著作権侵害性も問題となっているが、本稿では、写真を基に絵を描いた部分のみ取り上げることにする。

四つ挙げたうえで、本件ピラ絵は、本件写真における被写体の顔の表情、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ものであって、本件写真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、著作権侵害を否定している。控訴審判決も、本件ピラ絵が、本件写真における被写体の肖像部分の輪郭等を手書きでなぞって線で表現するものであると述べたうえ、原審と同じく両作品の類似性を否定し、結論として著作権侵害を否定している。

ここで、本判決に目を転じてみよう。

本件イラストと本件写真は、裁判所の認定に従えば、右手にコーヒーカップを持つ被写体の男性の頭部から胸部までの輪郭の部分において共通する反面、①本件イラストは小さなスペースに描かれているものであって、本件写真における被写体と光線の関係は表現されておらず、かえって、薄い白い線が人物の顔面中央部を縦断して加入されている；②本件写真はカラー写真であるのに対し、本件イラストは白黒のものであり、本件写真における色彩の配合は表現されていない；③本件イラストの背景が無地の白ないし灰色となっており、本件写真における被写体と背景のコントラストは表現されていない；④本件写真における被写体の頭髮の流れやそこへの光の当たり具合、又は被写体の鼻や口は再現されておらず、さらに被写体のシャツの柄等においても相違している。

本件における両作品の共通度は、侵害肯定例であった〔八坂神社祇園祭ポスター事件〕〔舞妓写真会写真事件〕のように、全体の構図から細部の描写に至るまで酷似しているといえるほどの水準には到達していない。他方、侵害否定例であった〔創価学会ウェブ写真事件〕のように「表現上の特徴がすべて捨象されている」とまでいえるほど隔離しているわけでもない¹⁶。このように、本件は、写真対絵画の事例に対する従来の裁判例の中で、侵害肯定例と侵害否定例のちょうど狭間に位置する事案であったといえる。つまり、本件は、写真対絵画の事例において、構図や陰影などの細部の写

¹⁶ なお、本判決は色彩が異なることにも言及している。〔創価学会ウェブ写真事件一審〕も、元写真がカラーだったのに対し、それに依拠して創作されたピラ絵はモノトーンであったということをもって、類似性を否定する方向に斟酌しているように読み取れる。いずれも色彩が異なることは類似性を否定する方向に斟酌されうるといふ立場をとっているのであろうと位置付けられる。

真的な表現までもが共通しているわけではないが、選定された被写体とそのポーズは共通しているという事案における初の裁判例であると位置付けることができる。

4.3.3 検討

漫画業界では「トレース疑惑」なる現象が取り沙汰されることが少なくない¹⁷。

しかし、とりわけ劇画風の漫画は、人物の動きや背景がリアルであることが求められがちであって、その場合、実際にスケッチするか、写真を撮って参考にしないとなかなか描けないものが多いといわれている¹⁸。特に週刊、月刊の連載で締切りに追われる漫画家に逐一、現場に足を運ばせたり、モデルを雇ったりすることを求めることは、現実的ではないといえる

¹⁷ 漫画が写真をトレースしたのではないかという疑惑がかけられた紛争として、①かわぐちかいじ作画『沈黙の艦隊』が柴田三雄撮影の写真を無断利用したと主張された事件(参照、朝日新聞1991年11月7日夕刊23頁)；②「ぼくの村の話」に対して、写真集『成田国際空港』の著作者の小関与四郎が講談社に抗議した事件(参照、朝日新聞1992年4月16日夕刊15頁)；③井上雄彦作画『スラムダンク』のバスケットボール選手の描写の多くが、バスケットボール雑誌『HOOP』に掲載された写真からのトレースだとネット上で指摘された事件(参照、<https://jumpmatome2ch.biz/archives/7285>)等がある。

他方、漫画が他の漫画や絵画をトレースしたということが問題とされた紛争も少なくない。例えば、①かざま鋭二作画『火乃家の兄弟』が『画集大日本帝国海軍戦史』に掲載されたペン画を下絵として盗用したと主張された事件(参照、朝日新聞1977年11月16日夕刊10頁)；②豪村中作画『メガバカ』が、大場つぐみ&小畑健『デスノート』のコマ等をトレースするものだと指摘され、『週刊少年マガジン』編集部が盗作の事実を認め公式ウェブサイト上で謝罪し、ドラゴンカップの選考から除外となったという事件(参照、朝日新聞2007年12月13日朝刊30頁)；③末次由紀作画『エデンの花』の中に、井上雄彦作画『スラムダンク』『リアル』と構図等が酷似したものが多数あるとして、講談社が当該作品の連載中止と末次氏のすべての単行本を出荷停止、絶版、回収することを決定したという事件(参照、朝日新聞2005年10月19日朝刊38頁)；④キム・ソンモ作画のウェブ漫画『高校生活記録簿』の中に、やはり『スラムダンク』をトレースしたものと指摘された事件(参照、中央日報日本語版2018年8月3日)がある。

¹⁸ 時実象一『コピペと捏造』(樹村房・2016年)75頁。

かもしれない。そうすると、他者が撮影した写真を少なくとも素材とすることは制作現場の効率化にとって不可避とさえいえるかもしれない。

もちろん、いかなる模倣行為も、その程度如何に関わらず、許されると解してしまうと、逆に、写真の撮影等への投資からリターンを得る見込みが過度に減少し、創作活動に対する適切なインセンティブを付与することが過少となってしまうかねない。

著作権侵害の成否の分れ目を判断するという作業は、結局、この程度まで類似しているものを許容してしまうと、先行する創作者のインセンティブが過度に失われることになるのか、あるいは、その程度にしか類似していないものを規制してしまうと、かえって後続の創作者の創作活動に過度に支障が生じてしまうのか、という二つの領域のどちらに当該事案が属しているのかということを探る作業である、といわれている¹⁹。その境界線を引くことは容易ではないが、既に検討した裁判例の傾向に鑑みると、被写体の輪郭をトレースしたに止まる場合には非侵害であり（〔創価学会ウェブ写真事件〕）、細部に至るまで事細かになぞった場合には侵害が肯定されている（〔八坂神社祇園祭ポスター事件〕〔舞妓写生会写真事件〕）。そして、本件はこの両極の中間領域に属する事案であるが、平面的な写真をそのままトレースしたのではなく、雑誌の表紙が三次元的に若干歪んだ状況を描写しており、それに応じて歪曲面を表現するために光線を加えているほか、相対的に小さく描写しているために頭髮の細部の質感や輪郭、服の模様なども情報を落す形でデフォルメが加えられている。本判決は、この程度まで似ているに止まる場合には著作権侵害が否定される旨を判示したわけであり、非侵害の側から、侵害と非侵害の境界線についてさらに一步近付いた裁判例と位置付けることができる^{20 21}。

¹⁹ 田村・前掲注5)61～62頁。

²⁰ こうした裁判例の趨勢に鑑みると、バスケットボール選手の描写の多くがバスケットボール雑誌『HOOP』に掲載された写真からのトレースだとネット上で指摘された前掲注17)の『スラムダンク』の事件における両作品の共通部分は、ボールを右手に持ちシュートしようとするバスケット選手の輪郭の部分にとどまり、写真におけるバスケットネットの位置、後ろに立つ他の選手たちの姿等における描写が再現されていないので、著作権侵害とまでは言い難いと考えられる（写真については、

5 その他の問題

このように本判決は、写真を素材として絵画化するという行為について侵害否定例を示した事例判決であると理解しうるのだが、他方で、その際に述べられた抽象的な判断基準に係る説示は、写真対絵画の事例に止まらない広がりを持っている。その一つがいわゆる被写体考慮肯定説と被写体考慮否定説の対立に係る論点であり、もう一つが、いわゆる創作的表現の共通性一元説と本質的特徴の直接感得性独自基準説の対立に係る論点である。以下、順に検討してみよう。

5.1 写真の著作権の保護範囲（特に被写体の斟酌の可否）

写真の著作物の保護範囲に関しては、被写体の選択・工夫自体の創作性を肯定する被写体考慮肯定説²²とそのような扱いを一切否定し、写真の創

『HOOP』1993年月刊・バスケットボール一月号・臨時増刊の表紙、漫画のシーンについては、『スラムダンク』13巻129頁を参照）。

²¹ 本判決の評釈として、本山雅弘〔判批〕新・判例解説 Watch 27号（2020年）243～246頁は、被写体考慮肯定説に与しながら、被写体の類型と写真の創作性の程度・保護範囲の関係との観点から、本件写真素材が静止ポーズの静的被写体の人物写真であり、〔舞妓写真会写真事件〕における舞踊中の動的被写体の一瞬を捉えた写真と比べ、被写体の選択配置の創作性の程度が相対的に低く、既存写真表現の本質的特徴（創作的要素）を感得しにくいいため、類似性を否定する本判決の判断は妥当なものであるという結論に達している。

²² 肯定説に立つものとして、作花・前掲注5）94頁、小泉直樹「判例評釈」判例時報1779号（2002年）208～210頁、斉藤博『著作権法』（第3版・有斐閣・2007年）95頁、加戸・前掲注5）125頁等がある。その論拠について、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であり、被写体を全面的に排斥することになると、アートとしての写真著作権の存立基盤を失うことになるという論述（松田政行〔判批〕中山信弘ほか編『著作権判例百選』（第4版・有斐閣・2009年）103頁）、写真家が一般になしている工夫は被写体にも及んでいる写真創作の実態を踏まえ、被写体に関する工夫も写真の保護範囲を肯定する際に考慮に入れるのが自然であるという論述（本山・前掲注21）245頁）等がある。このほか、撮影後に写真に加工が施される場合、撮影と加工が区別し難いことがありえることを理由に、否定説のように「写真の著作物」か「美術の著作物」かという区別に拘泥することなく、端的

作的要素を撮影技法・現像等における創作性に求める被写体考慮否定説²³が対立している。そのような中、本判決は、「被写体の配置や構図、被写体と光線の関係、色彩の配合、被写体と背景のコントラスト等の総合的な表現において撮影者の個性が表れている」ことをもって創作性を肯定しており、保護範囲を決する場面でも、「被写体の配置や構図、被写体と光線の関係、色彩の配合、被写体と背景のコントラスト等の総合的な表現」等をもって本件写真の本質的特徴であると評価している。ここにいう「被写体の配置」云々が何を指すのかということは、判文上、厳密に特定されているわけではないが、この文言の初出と同一の文中で、直前に、「本件写真素材は、別紙1のとおりであるところ、右手にコーヒークップを持ち、やや左にうつむきながらコーヒークップを口元付近に保持している男性を被写体とし、被写体に左前面上方から光を当てつつ焦点を合わせ、背景の一部に柱や植物を取入れながら全体として白っぽくぼかすことで、赤色基調のシャツを着た被写体人物が自然と強調されたカラー写真であり、」との記載があることを見ると、被写体の選択その他の被写体に係る工夫を含む趣旨であるように読める。一見すると、被写体考慮説に与したように読める本判決のこの説示をどのように理解すべきか、従前の裁判例を俯瞰するところから始めてみよう。

5.1.1 裁判例

明示的に被写体考慮否定説に与した裁判例として、〔スイカ写真事件一審〕(東京地判平成11.12.15平成11(ワ)8996)がよく知られている。

事案は、スイカを被写体とした原告写真と全く別の時・場所で撮影したスイカを被写体とした被告写真との類似性が争われたというものであった。第一審の東京地裁は「写真に創作性が付与されるゆえんは、被写体の

に(写真の)著作物に表現されている本質的特徴は何かということに焦点を合わせて保護範囲を決すれば足りるとする見解も提唱されている(ゆえに分類としては肯定説となるが、谷川和幸[判批]知的財産法政策学研究39号(2012年)356~360頁)。

²³ 否定説に立つものとして、田村・前掲注5)96頁、茶園成樹[判批]著作権研究25号(1999年)、中山・前掲注5)127~131頁、半田正夫=松田政行『著作権法コメンタール』(第2版・勁草書房・2015年)558頁、島並良=上野達弘=横山久芳『著作権法入門』(第2版・有斐閣・2016年)55頁がある。

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…（中略）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作的な表現部分、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」と述べ、被写体考慮否定説に与することを明言した。

また、同一の廃墟を被写体として撮影された廃墟写真について翻案権侵害を否定した〔廃墟写真事件〕（東京高判平成23.5.10平成23（ネ）10010）において裁判所は、「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」ないと述べ、さらに（傍論ながら）「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」として、被写体を考慮に入れてはいけないという見解を明示している。

やや中間的な立場を示すものとして、前掲〔八坂神社祇園祭ポスター事件〕がある。同事件で裁判所も、「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」と述べている。少なくとも被写体が写真に係る創作活動とは無関係に独立して存在するものである場合においては、被写体自体には写真の著作物として保護されるべき創作性を認めないという考えを採用しており、その場合には写真に具体的に表れた表現に限って保護を与えるという否定説に与している姿勢を明らかにしていると評することができよう^{24 25}。

²⁴ 比良友佳理〔批判〕知的財産法政策学研究25号（2009年）131頁。したがって、この判決の理屈の下では、〔スイカ写真事件〕のように、写真の創作活動の一環として被写体の選定や配置等がなされた場合には、そのような選定や配置等に係る工夫も著作権の保護範囲に影響しうることになる。

²⁵ 読み方が難しい判決として、前掲〔舞妓写生会写真事件〕がある。この判決は、著作物性の判断において「写真が著作物として認められ得るのは、被写体の選択、シ

他方、多くの裁判例は、被写体に関する工夫も創作性に取り込みうると
いう一般論を述べつつ、各事案に対する当てはめとしては、被写体の同一

ャッターチャンス、シャッタースピードの設定、アングル、ライティング、構図・トリミング、レンズの選択等により、写真の中に撮影者の思想又は感情が表現されているからであり」と述べており、一見すると被写体の選択を写真の創作的表現にカウントする立場に与しているようにも読めるのだが、他方で、「写真の著作物性は…(中略)…撮影方法における撮影者の創作性に由来するのであって、被写体そのものの創作性に由来するものではない」とも明言しており、その趣旨を読み取りづらいところがある。ただ、創作性に関する具体的な当てはめのところでは、「舞を踊る舞妓が座った一瞬を切り取り、これを斜めの位置からほぼ同じ目の高さから撮影するという、撮影のタイミング及び撮影位置、撮影アングルを選択したのは撮影者の原告であり、本件写真[3]は、このことにより撮影者である原告の思想又は感情が創作的に表現されている」と説いており、これと合わせて読むと前記「被写体の選択」とは被写体があることを前提にそれを撮影のタイミングや撮影位置、撮影アングルの点においてどのように写真に切り取っていくのかということに関する「選択」のことを指しているようにも読める。また、保護範囲のところでは「本件絵画[3]、[4]は、いずれともその全体的構成は本件写真[3]の構図と同一であり、本件写真[3]の被写体となっている舞妓を模写したと一見して分かる舞妓を本件写真[3]の撮影方法と同じく、正面斜め前の全く同じ位置、高さから見える舞妓の姿を同じ構図で描いていることで本件写真[3]の本質的特徴を維持しているが、本件絵画[3]は、これに背景色に明るい単色を用い、さらに舞妓の姿も本件写真[3]よりも明るく淡い雰囲気となるよう表現した日本画として描かれることにより、また本件絵画[4]は、本件絵画[3]とは異なる背景色に暗い色を用い、さらに舞妓の着物の色を本件写真[3]とは異なる青味のものとした上、その輪郭をぼかして淡く光るように描くことで、背景から舞妓の姿を浮かびあがらせるよう表現した日本画として描かれることにより、それぞれ創作的な表現が新たに加えられたものであるから、これらに接する者がいずれも本件写真[3]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が創作されたものとして、本件写真[3]を翻案したものということができる。」と論じており、ここでも「被写体となっている舞妓を模写した」ことを勘案しているようにも読めるが、最終的にはその説示は、そのような「舞妓を「本件写真[3]の撮影方法と同じく、正面斜め前の全く同じ位置、高さから見える舞妓の姿を同じ構図で描いている」ことが保護範囲に影響していることを述べるに際して、その前提として「舞妓」を特定しているに止まるから、結局、被写体非考慮説でも説明しうる判文となっている(他方、本山・前掲注21)245頁は、本判決を被写体考慮説に与するものと読む)。

性や類似性を保護範囲に影響させることなく、結論としては被写体考慮否定説に立つものと同様に類似性を否定している。

例えば、前掲〔創価学会ウェブ写真事件〕は、直立不動の人物写真について、一番も控訴審も被写体の顔の表情や輪郭等に加えられた写真家の工夫を当該写真の表現上の本質的特徴として捉えているが、類似している被写体を描いたビラ絵との相違点から、写真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、著作権侵害を否定している。

また、〔播磨喜水写真事件〕（大阪地判令和 2. 1. 27平成29(ワ)12572）は、被告写真と原告写真が、被写体の配置、構図、背景等において共通性が見られるものの、写真に創作性が付与されるのは、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ることによるものであり、被写体の選択や配置上の工夫は、写真の創作性を基礎付けるに足りる本質的特徴部分ではないとして、侵害を否定している。

他方、被写体考慮肯定説をとったうえで、具体的な結論としても、被写体が似通っていることを理由に侵害を肯定する例外的な判決として、〔スイカ写真事件控訴審〕（東京高判平成13. 6. 21平成12(ネ)750）がある。前述した第一審判決と異なり、控訴審裁判所は、「被写体の決定自体に…（中略）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」と述べ、「著作権法上の保護に値する独自性が与えられる」場合には、被写体の選択、組合せ、配置等において創作的表現を認める余地があるとして、被写体を考慮に入れることなく類似性を否定した原判決を取り消し、被写体の共通性を斟酌して著作権を侵害するものと帰結している。

これらの事実と比較しながら本判決を見ていくと、本判決は、傍論ながら、本件写真素材について「被写体の配置や構図、被写体と光線の関係、色彩の配合、被写体と背景のコントラスト等の総合的な表現において撮影者の個性が表れている」と捉え、被写体をめぐる様々な工夫自体に創作性を認めている。また、本件写真の本質的特徴として、「被写体の配置や構図、被写体と光線の関係、色彩の配合、被写体と背景のコントラスト等の総合的な表現」（判旨2）であるとし、いずれも被写体をめぐる表現を取り上げている。ただし、具体的な当てはめの部分で、本件イラストと本件写真を比較すると、両者は、主に、右手にコーヒーカップを持つ被写体の男

性の頭部から胸部までの輪郭の部分において共通する反面、①被写体と光線の関係、②本件写真はカラー写真であるのに対し、本件イラストは白黒のものである、③被写体と背景のコントラスト、④被写体の顔や表情、シャツの柄等において相違すると述べ、被写体であるコーヒーを飲む男性の同一性や類似性を考慮に入れることなく、結論として侵害を否定している。

このように見てくると、本判決も従来の多くの裁判例と同様に、被写体に関する工夫をも創作性要素として捉える被写体考慮説に与しつつ、事案に対する当てはめとしては、被写体の同一性や類似性を保護範囲に影響させることなく、結論としては、被写体考慮否定説に立つものと同様に類似性を否定するものと位置付けることができる。

5.1.2 検討

そもそも、被写体が著作物に該当するのであれば (e.g. 被写体が彫刻として美術の著作物に該当する場合)、その表現に関する著作権は、被写体を撮影した写真家ではなく、被写体を創作した著作者に与えられるべきであるところ、被写体考慮肯定説の下では、被写体に係る創作性に対して写真の著作者の著作権が及ぶことになりかねず、同一の被写体をめぐって重複保護がなされ、権利関係が錯綜することになりかねない²⁶。

そして、この場合、被写体考慮否定説に与したとしても、被写体の著作権者は、当該被写体の著作権を楯にとり、同一ないし類似する被写体を用いて撮影した写真に対して、二次的著作物に該当するというところで著作権侵害を主張すれば足りるのだから、その保護に悖るところはない²⁷。

逆に、被写体が著作物ではない場合 (e.g. 実用品であって美術の著作物

²⁶ 田村・前掲注5)96頁。

²⁷ 田村・前掲注5)96頁。したがって、注22に引用した被写体考慮肯定説の危惧、すなわち否定説はアートとしての写真の存立を脅かす旨の批判は正鵠を射ていないように思われる。被写体がアートであるならば、被写体に美術の著作物としての保護を与えれば足りる。もちろん、現代美術など、被写体が美術の著作物に該当しない場合はありえようが(参照、田村善之「現代美術と著作権法」民事判例Ⅲ(2011年)109～111頁)、著作権法はそのような表現に対しては保護に否定的な態度を示しているのであるから、写真に撮影したとたんに著作物に昇華するというのでは判断に齟齬を生じることになる。

に該当しない場合²⁸⁾に、そのような被写体に関する工夫を写真の著作物の保護範囲を基礎付ける創作的表現であると理解してしまうと、本来著作物として保護されないと法が判断したはずの表現が著作権法の保護を享受しうることになってしまい、平仄が合わないことになろう。

したがって、写真の著作物の創作性は、被写体に関する創作に求めるべきではなく、被写体を撮影ないし現像することによって生じるものであると解するのが相当であろう。被写体に係る工夫は被写体そのものに関する著作権の有無の問題として、写真の著作権とは切り離して考えるのが妥当である²⁹⁾と思われる。被写体考慮否定説をもって是と考える所以である。

5.2 著作権の保護範囲に関する「本質的な特徴の直接感得性」基準の独自性の有無について

5.2.1 問題の所在

本判決は、「判旨2」の部分で原告写真と被告イラストの双方に共通する要素（「被写体の男性の、右手及びコーヒーカップを含む頭部から胸部までの輪郭の部分」）を特定しながらも、他方で双方にはいくつか相違する要素があることを指摘し、結論として、「本質的な特徴を直接感得させ

²⁸⁾ 実用品、応用美術に係る創作は著作物として保護しないのが多数説・裁判例の趨勢であることは、山本真祐子 [判批] 知的財産法政策学研究58号 (2021年) 109頁注94を参照。

²⁹⁾ 被写体の美術的著作物性と、それを平面に落とし込んだ写真の著作物性とを区別して観念することには、理論的な一貫性のほか、両者の著作権者が異なる場合、及び両者の著作権の効力が異なる場合に実益があることについては、島並良「写真の著作物の理論的構造」IPジャーナル16号 (2021年) 17頁も参照。なお、「写真の著作物」と「美術の著作物」の分類に拘泥することなく、問題の著作物の本質的特徴は何かということに焦点を当てるべきである旨を説く谷川・前掲注22)360頁の見解は、被写体考慮肯定説に分類しうる見解であるのかもしれないが(谷川・前掲注22)は、自らを明示的に「否定説」を批判する立場であると説いている)、そこにいう「本質的特徴」の捉え方次第では、撮影後の創作的な加工部分や撮影前の被写体に施す美的な創作をもって本質的特徴とするのであれば(谷川・前掲注22)356頁で挙げられている例示はすべてこの範囲に包含される)、(「写真の」著作物の著作者として位置付けるか否かの違いはともかくとして)著作者が享受しうる保護範囲は本稿にいう被写体考慮肯定説と変わるものではない。

るものとはいえない」ということを理由に非侵害と判断している。ここでは、一見すると、両著作物に共通する要素と相違する要素が総合衡量されており、後述する創作的表現の共通性一元説ではなく、本質的特徴独自性説を採用したかのように読めなくもない。この点は講学上、華々しく争われているところであるので、以下、本判決の意義を検討しておくことにする。

5.2.2 「本質的な特徴の直接感得性」基準の独自性の有無

著作権の保護範囲を決する際に「本質的な特徴の直接感得性」という文言を用いることは、〔江差追分事件〕(最判平成13.6.28民集55巻4号837頁)が最上級審判決として確立した慣行である³⁰。同最判は、以下のように説いていた。

i 「言語の著作物の翻案(著作権法27条)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

³⁰ 「本質的な特徴の直接感得性」という文言自体は、同一性保持権侵害に関する〔パロディ事件〕(最判昭和55.3.28民集34巻3号244頁)に端を発する。この事件は著作権侵害ではなく、著作者人格権の一類型である同一性保持権(旧著作権法18条3項)侵害に係るが、改変にも関わらずどの程度まで著作物の同一性が保たれている場合に同一性保持権が侵害されていると判断すべきかの判別は、結局、著作権の保護範囲と同一の基準で判断してよいとされており(田村・前掲注5)436頁)、実際、その後の裁判例ではこの基準が著作権侵害にも用いられるようになり(東京地判平成5.8.30知裁集25巻2号310頁〔悪妻物語一審〕、京都地判平成7.10.19知裁集27巻4号721頁〔アンコウ〕、東京地判平成8.9.30知裁集28巻3号464頁〔ブダペスト悲歌一審〕、東京地判平成10.6.29判時1667号137頁〔地獄のタクシー〕、東京地判平成10.10.29平成7(ワ)19455〔SMAP大研究〕等)、〔江差追分事件最判〕に至ることになる。

もっとも、〔江差追分事件最判〕は、翻案権侵害に係るものであったため、その後の下級審では、〔江差追分事件最判〕に基づき、既存の著作物の「表現上の本質的な特徴を直接感得」できるか否かという基準を採用する裁判例が主流となっている。他方で、複製権については、最判昭和53.9.7民集32巻6号1145頁〔ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー上告審〕に基づき、既存の著作物の「内容及び形式を覚知させるに足りる」か否かという基準を採用する裁判例が多く見られる。ただし、近時の裁判例の中には、複製権侵害と翻案権侵害とを区別せずに、前掲最判〔江差追分事件上告審〕が示した「本質的な特徴の直接感得性」基準を採用するものが増え始めている(丁文杰〔判批〕知的財産法政策学研究50号(2018年)384～388頁)。

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」、ii「そして、著作権法は、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（同法2条1項1号参照）、既存の著作物に依拠して創作された著作物が、思想、感情もしくはアイデア、事実もしくは事件など表現それ自体でない部分また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」（下線強調は筆者による。また、「i」、「ii」という記号は、以下の叙述の便宜上、筆者が付した）。

この判旨をめぐり、前半のi「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」の部分と後半のiiの部分との関係について、見解が分かれている。

当初、有力となったのは、判旨前段の「本質的な特徴の直接感得性」は後段の「創作的な表現の共通性」と同じことを言い換えたに過ぎないとする「創作的な表現の共通性一元説」³¹であった。この見解は、〔江差追分事件最判〕は、創作的表現の共通性という最上級審判決としては新たな基準³²

³¹ この説に立つものとして、田村・前掲注5)60～61頁、同〔判批〕知的財産法政策学研究41号(2013年)98～105頁、上野達弘「ドイツ法における翻案—『本質的特徴の直接感得』論の再構成」著作権研究34号(2008年)44～49頁、駒田泰士「著作物と作品概念の異同について」知的財産法政策学研究11号(2006年)148～155頁等。

³² 創作的表現の共通性をもって著作権の保護範囲を画する見解(先駆的な裁判例)として、東京地判昭和53.6.21昭和52(ワ)598〔日照権事件〕で裁判所は「著作権侵害の成否とは、要するに、思想そのものではなく、思想(それ自体独創性のあるものであると否とを必ずしも問わない。)についての創作性ある具体的表現が無断で利用されているかどうかということ」であると述べ、そして具体的な当てはめとしては、被告書籍において原告書籍からの無断で利用されている部分が2頁に過ぎないにもかかわらず、創作的表現が利用されている以上、著作権侵害となる旨を判示した。

邦語文献としては、管見の限り、著作物性の判断基準を保護範囲に持ち込むことを提唱した、D.S.カージャラ=楢山敬士「日本著作権法の基本概念」同『日本・アメリカコンピュータ著作権法』(日本評論社・1989年)293～304頁に端を発する。す

を打ち立てること、つまり後半の ii に主眼があり、前半の i の本質的特徴の直接感得性に係る部分は、創作的表現の共通性が語られるようになる以前の判例である〔パロディ事件〕³³が、同一性保持権侵害の成否を決する際の判断基準として説いたものを踏襲したものであり、判例法理としての連続性を保つために引用したに過ぎず、独自の意味を持たないと見るものである³⁴。

ところが、その後、〔江差追分事件最判〕の調査官を担当した高部眞規子判事を代表格として、「本質的な特徴の直接感得性」の部分に独自の意味を見出す「本質的な特徴の直接感得性の独自基準説」³⁵が提唱され、次第に有力となった。この見解は、「創作的表現の共通性」が肯定されたとしても、さらに「本質的な特徴の直接感得性」をも充足しない限りは侵害は否定されるとする。

後者の本質的な特徴の独自基準説に立脚するとすれば、創作的表現が共通しているにも関わらず「本質的な特徴を直接感得」しえないことを理由に侵害が否定されるのはいかなる場合であるのかということが問題となる。この点に関しては、主として写りこみの事例を念頭に置きつつ、「同一性ある部分が新しい著作物の中で埋没してしまい、表現上の本質的な特徴を直接感得することができないほど色あせた状態になる場合」には、前掲〔江差追分事件〕の「表現上の本質的な特徴の直接感得」の要件を欠き、侵害が否定される旨が説かれている³⁶。さらに、より一般的に、両著作物の共通部分と相違部分を把握したうえで、後者が前者を上回っている場合に侵

なわち、著作権法上の保護の対象となる著作物は、思想又は感情を創作的に表現したものでなければならず(著作権法2条1項1号)、それと平仄を合わせるためには、著作権の保護範囲を決する際にも、既存の著作物の創作的表現が残っているか否かという基準で臨むべきであるというのである(田村・前掲注5)58頁)。

³³ 前述注27参照。

³⁴ 田村善之〔判批〕法学協会雑誌119巻(2002年)1430～1445頁、同ほか『ブラクティス知的財産法Ⅱ著作権法』(信山社・2020年)34頁。

³⁵ 高部眞規子「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究34号(2007年)4～27頁、同「著作権の制限」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』(商事法務・2008年)307～338頁、同『実務詳説著作権訴訟』(第2版・きんざい・2019年)246～249頁。

³⁶ 高部・前掲注35)「判例からみた翻案の判断手法」18頁。

害を否定するという考え方も提唱されている³⁷。

裁判例においても、原告著作物と被告著作物を対比し、その共通部分と相違部分を把握したうえで、相違部分が共通部分を上回る場合には、「本質的な特徴の直接感得性」という基準に独自の意義を認めて著作権侵害を否定しているかのように読めるものが現れている³⁸。

例えば、傍論であるが、ゲームの主要画面の変遷に係る著作権侵害が争われた〔釣りゲータウン2事件〕³⁹（知財高判平成24.8.8平成24(ネ)10027）は、原告作品と被告作品の類似性が、「魚の引き寄せ画面」の類似性と、「主要画面の変遷」の類似性という二つの観点から争われているところ、控訴審判決は、その双方について、「本質的な特徴の直接感得性」基準に基づいて侵害を否定する判断を示すとともに、これまで裁判例で論じられることのなかった「まとまりのある著作物性」と「作品」という新たな概念を導入している。

さらに、傍論に止まらないものとしては、旅行業者向けのシステムに含まれる検索及び行程作成業務用データベースの著作権侵害の成否が問題となった〔旅nesPro事件〕がある。

旅行業者向けのシステムに含まれる検索及び行程作成業務用データベースの著作権侵害の成否が問題となった同事案一審（東京地判平成26.3.14平成21(ワ)16019）⁴⁰で、裁判所は、まず、被告CDDB（新版）においての原告CDDBと共通する要素を特定したうえで、その共通要素に関しては、「原告CDDBの創作的表現の本質的な特徴を直接感得することができる部分があるということができそうにも思われる」と述べて創作的表現に該当

³⁷ 本質的な特徴の直接感得性基準の枠内で論じているわけではないが、島並良「二次創作と創作性」著作権研究28号（2003年）28～36頁、高部・前掲注35）「判例からみた翻案の判断手法」18頁も、原告著作物と被告作品を対比して、共通する部分に創作性が低い場合や、共通しない部分の創作性が高い場合には、表現上の本質的な特徴を直接感得しづらくなる旨を説く。

³⁸ 詳細は丁・前掲注30）405～409頁。

³⁹ この事件に関する判例評釈として、田村・前掲注31）79～124頁、駒田泰士〔判批〕知的財産法政策学研究43号（2013年）109～144頁がある。

⁴⁰ 同事案一審は、後に知財高判平成28.1.19平成26(ネ)10038〔同〕により取り消され、知財高裁は、被告の有する4種類のデータベースのいずれについても著作権侵害を肯定している。

しうることを肯定しつつ⁴¹、被告CDDB（新版）において新設されたテーブルが、「被告CDDB（新版）において、新たな創作的表現として加えられたことを肯定できる」ことを理由に⁴²、結論として、「そうすると、従前の一致部分が削除されたり、新たな創作的表現が付け加えられたりしている被告CDDB（新版）全体から見た場合には、原告CDDBと共通性を有する部分は、被告CDDB（新版）の全体の中からみれば、もはや原告CDDB（新版）の表現の本質的な特徴を直接感得することができなくなっていると認めるのが相当である」と述べ、複製、本案に該当しないと説いている。ここでは、創作的表現が共通している（可能性がある）ことを是認しながら、

⁴¹ 「被告CDDB（新版）においては、被告CDDB（新版）が原告CDDBと共通性を有する部分のうち、『01市区町村テーブル』、『32駅テーブル』、『20ホテル・施設テーブル』、『21観光施設テーブル』、『09地点名テーブル』、『11接続テーブル』及び『10道路テーブル』により、出発地点、経由地、目的地に面した道路に関するデータの検索を可能にし、『09地点名テーブル』、『10道路テーブル』、『11接続テーブル』、『12禁止乗換テーブル』、『14区間料金テーブル』及び『15首都圏高速料金テーブル』により、道路を利用した移動に関する経路探索を行うことを可能にしている点では、なお原告CDDBの創作的表現の本質的な特徴を直接感得することができる部分があるといふことができそうにも思われる。」

⁴² 「しかし、出発地、経由地、目的地に面した代表道路地点に関連して、その緯度経度情報による経路探索を行うことを可能とする被告CDDB（新版）の『4市区町村マスタ』（原告CDDBの『01市区町村テーブル』）、『47駅マスタ』（原告CDDBの『32駅テーブル』）、『21施設マスタ』（原告CDDBの『20ホテル・施設テーブル』、『21観光施設テーブル』）、『35地点マスタ』（原告CDDBの『09地点名テーブル』）の各テーブル及びこれらを結ぶリレーション（別紙10の青丸と青丸を結ぶ黒太線）、これと関連する、『37単経路マスタ』（原告CDDBの『11接続テーブル』）、『36道路マスタ』（原告CDDBの『10道路テーブル』）、『38禁止経路マスタ』（原告CDDBの『12禁止乗換テーブル』）との別紙10記載のリレーションについては、それらを構成するテーブル、リレーションは、被告CDDB（新版）の全体のフィールド数、リレーションのとり方からみると、ごく一部となってしまう上に、新たに設けられたテーブルである、『137単経路補完マスタ』、『130食事土産マスタ』、『131施設別詳細種別マスタ』、『132施設種別マスタ』、『133施設詳細種別マスタ』、『134提携施設マスタ』、『135提携種別マスタ』、『136提携会社マスタ』等との間に新たなリレーションがとられている。そして、これら新設テーブルについては、上記各テーブルに含まれるフィールドの内容や機能等からすれば、これら被告CDDB（新版）において、新たな創作的表現として加えられたことを肯定できる。」

(一致部分が削除されていることにも言及はあるものの) 新たに創作的表現として付加された部分が共通部分を凌駕していることを理由に本質的特徴の直接感得性を否定し、非侵害という結論に至っている。本質的特徴の直接感得性基準の独自性説が具体の結論に影響した判決と理解することができよう⁴³。

5.2.3 本判決の理解

ここで、本判決に目を転じてみよう。

著作権侵害の成否を判断するに際し、本判決は、まず、本件写真の表現上の本質的特徴について、「被写体の配置や構図、被写体と光線の関係、色彩の配合、被写体と背景のコントラスト等の総合的な表現に認められる」と認定したうえで、本件イラストは本件写真に依拠して作成されているものと認定しつつ、両作品の共通部分を「被写体の男性の、右手及びコーヒーカップを含む頭部から胸部までの輪郭の部分のみ」と述べている。もっとも、それに続けて、当該共通部分がそれだけで創作的表現と評価しうるか否かという点には立ち入ることなく、両作品の相違部分の検討に移行し、判旨2に①～④として紹介した4点において両者は異なるとして、侵害を否定している。

本判決は明言しているわけではないが、そもそも、被写体非考慮説を採用する本稿の下では「被写体の男性の右手及びコーヒーカップを含む頭部から胸部までの輪郭の部分」が共通している程度では、いまだ創作的表現の域には到達していないと解される。また、抽象論としては被写体考慮説を採用する従前の裁判例の下でも、前述したよう〔スイカ写真事件〕控訴審判決を除き、この程度の共通性では著作権侵害となると取り扱われることはないように見受けられる。そうだとすると、本件は、創作的表現が共通しているにも関わらず、なお相違する部分が共通部分を凌駕していることを理由に侵害が否定されたというよりは、単に共通する部分が創作的表

⁴³ 一方、同事案控訴審判決(知財高判平成28.1.19平成26(ネ)10038)では、抽象論としては、本質的特徴の直接感得性の独自性基準説に親和的な説示を展開しているように読めるが(丁・前掲注30)420頁の分析を参照)、結論としては侵害を肯定しており、ゆえに同説を採用したことにより侵害を否定した原判決とは異なり、該当部分は傍論に止まる。

表現とまでは言い難いと判断した判決であると理解することができよう。特定したところ以外には共通するところがなかったことを確認するために、相違部分に言及があるに止まると読むのである。いずれにせよ、本判決の判文自身、創作的表現が共通しているけれども、相違部分が大きいために本質的特徴を感得しえないと述べているわけではなく、その意味で〔旅nesPro事件〕とは区別される。結論として、本判決をして本質的特徴の直接感得性基準の独自性説に立つものと理解するのは早計に失するといわざるをえない。

6 まとめ

第一に、本判決が、傍論ながら、本件写真素材の著作物性を認めた点は、(一部例外はあるものの)従前の裁判例の傾向に従った判断を示したものであることができる。

第二に、本判決は、一般論として被写体を本件写真著作物の創作的表現として捉える被写体考慮説に与するかのような口吻を示しつつ、具体的な当てはめとしては、被写体の輪郭の部分がなぞられているものの、細部の表現まで一致するとはいえない絵を描いた程度では、類似性が否定されると帰結している。この判断は、従前の数少ない裁判例と整合的に理解しうるものであり、写真を素材として絵画を制作する場合の侵害の成否について、侵害が否定される側からその分岐点に一步近付いた事例が提供されたと評しうる。

第三に、本判決は、類似性の判断基準をめぐる創作的表現の共通性一元説と本質的特徴の直接感得性独自基準説の対立に関しては、明確な態度を示していないと理解すべきである。

※本稿の作成に当たり、終始熱心なご指導を頂いた東京大学法学部政治学研究所田村善之教授、資料の収集にご協力を頂いた早稲田大学法学部学術院上野達弘教授、中央大学法学部高野慧太准教授に心より感謝の意を表します。

【参考写真】



本件写真素材



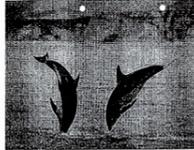
本件イラスト



本件イラスト(該当部分)



00000000



00000000

〔Dolphin Blue事件〕
自然の中に生息している
野性のイルカを被写体と
して撮影した写真(一部)



00000000



00000000

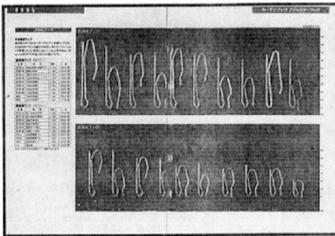


〔版画写真事件〕 版画を平面的に撮影した版画写真
上野達弘「著作物性(1) 総論」法学教室319号(2007年)165頁より

写真を参考にしたイラストによる著作権侵害が否定された事例(鮑)



〔スメルゲット事件〕販売商品の写真



原告カタログの「カーテンフック」のページ (写真)



被告カタログの「カーテンフック」のページ

〔カーテン用副資材商品カタログ事件〕カタログの「カーテンフック」写真
伊藤真「商品カタログの掲載写真や編集手法を真似されたが、著作権侵害には
当たらず、と敗訴！」アイマガジン4号(1996年)59頁より。



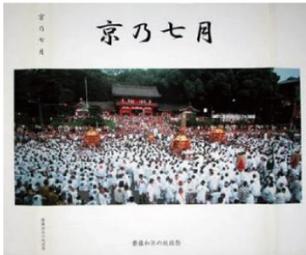
〔IKEA 製品写真事件〕一部の製品写真
左：原告製品写真 左：被告製品写真



〔一竹辻が花美術館グッズ事件〕一部の制作工程写真



〔一竹辻が花美術館グッズ事件〕美術館写真



本件写真

<http://kazz-saitoh.info/index2.html> より



本件水彩画ポスター

京都新聞2005年7月17日より

〔八坂神社祇園祭ポスター事件〕



〔原告作品〕



〔被告作品〕

〔スイカ写真事件〕原告写真と被告写真

原告写真1



丸田祥三『楽景—廃墟への旅』(宝島社、1993年7月発行)に収録。

被告写真1



小林伸一郎『廃墟遊戯』(メディアファクトリー、1998年)に収録。

廃墟写真Ⅰ：
谷川和幸[判批]知的財産法政策学研究39号(2012年)346頁より

原告写真2



丸田祥三『日本風景論』(春秋社、2000年)に収録。

被告写真2



小林伸一郎『廃墟をゆく』(二見書房、2003年)に収録。

廃墟写真Ⅱ：
谷川和幸[判批]知的財産法政策学研究39号(2012年)354頁より

〔廃墟写真事件〕

別紙 対照表 4

株式会社播磨喜水 商品画像調達
当社で制作した商品画像を複製して転出した画像を制作している。

●当社で制作した商品画像



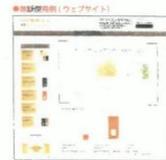
●キャッチコピー制作



●商品の複製構成が同じ



カタログに使用された画像



●当社で制作したウェブサイト

〔播磨喜水写真事件〕

原告制作物 4 と被告制作物 4 (別紙対照表 4)



【播磨喜水写真事件】

原告がデザインした素麺のパッケージや包装を並べたものを撮影した写真

別紙 被告制作物目録（続き 10）

播磨喜水 三箱ギフトセットのご紹介。

 ギフトボックスセット D 全3箱セット 総重量約1.5kg	 ギフトボックスセット E 全3箱セット 総重量約1.8kg	 ギフトボックスセット F 全3箱セット 総重量約2.1kg
--	--	--

天竺寺本店への御来店から、お席内（またはお車内）へ
播磨喜水 乾箱ギフトのご紹介。

 播磨喜水 乾箱ギフト 純白 全3箱セット 総重量約1.5kg	 播磨喜水 乾箱ギフト 純白 全3箱セット 総重量約1.8kg
---	---

【播磨喜水写真事件】

被告制作物目録