



Title	写真のトレースと著作権
Author(s)	田村, 善之
Citation	知的財産法政策学研究, 72, 69-86
Issue Date	2026-06
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/99969
Type	departmental bulletin paper
File Information	72-04-Tamura.pdf



写真のトレースと著作権

田 村 善 之

I 序

最近、コミックやイラストにおいて、他者の写真をトレースしたのではないかという「トレパク疑惑」が指摘され、ネット上等で炎上するケースが増えている。世の中の全てのものごとを直接、見聞きすることは不可能であるところ、写真という手段により、間接的ではあるものの、写真という技術が普及していなかった時代に比して、より情報が豊かで、相対的には客観的な体験を獲得できるようになった。くわえて、インターネットが普及し、人はいながらにして、世界の様々な事象を撮影した写真を入手できるようになった。漫画家やイラストレータがこうした技術や社会の環境的な変化の恩恵を活用して創作を行うことにより、人々はより現実感があり、迫真性に富んだ作品に接することができているのである。もっとも、他方で、写真の撮影者の創作に対して相応の保護を与えないことには、写真の創作に対して適切なインセンティブを設けることに失敗することになりかねない。そこで、本稿では、関連する裁判例を題材に、他人が著作権を有する写真の著作物をトレースする場合、その結果、出来上がったものがどの程度、元の著作物と似ていると著作権侵害が肯定されるのか、逆にいえば、どの程度異なると侵害が否定されるのかということを検討してみよう¹。

なお、本稿はあくまで写真のトレースを扱う。トレースの対象が絵画や

¹ トレースされた場合を含めて、写真の著作権の保護範囲に関し、比良友佳理[判批]知的財産法政策学研究 25 号(2009 年)117～158 頁、谷川和幸[判批]知的財産法政策学研究 39 号(2012 年)343～367 頁、鮑妙堃[判批]知的財産法政策学研究 60 号(2021 年)227～260 頁、余佳敏[判批]知的財産法政策学研究 72 号(本号)掲載予定。本稿はこれらの文献、とりわけ直近に指導教員としての筆者の指導の下で執筆された余／前掲から得た示唆に負うところが大きい。

イラストなどである場合²には、絵画的表現の著作物一般に関する類似性の基準³を用いれば足り、特則的に論じるべきところに乏しいからである。また、肖像写真の場合、一般的には写真の撮影者が著作者となり、肖像本人に著作権が帰属するのは職務著作や(黙示のものを含めて)契約が成立した場合等に限られるが、そうした著作権の帰属⁴も本稿の関心事ではなく、あくまでもどこまでトレースできるのかという問題を扱う。

II 写真の著作物性に関する裁判例

最初に踏まえておかなければならないのは、写真の著作物性は比較的容易に認められるということである⁵。

平面の著作物をそのまま平面的に撮影した場合には、例外的に著作物性が否定される。

嚆矢となったのは、東京地判平成 10. 11. 30 知裁集 30 巻 4 号 956 頁[版画事典]⁶である。この事件では、版画を真正面から撮影した写真を書籍に掲載した行為が、当該写真の著作権を侵害することになるのかということが争点とされた(被写体である版画の著作物性が問題となった事件ではなく、版画を撮影した写真の著作物性が問題となった事件であることに注意)。裁判所は「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、…技術的な配慮も、原画をで

² 関連裁判例を紹介するものとして、谷川和幸[判批]著作権研究 49 号(2024 年)155～186 頁。

³ 具体例につき、田村善之「生成 AI をめぐる著作権法の課題」知的財産法政策学研究 70 号(2025 年)55～65 頁、上野達弘＝前田哲男『〈ケース研究〉著作物の類似性判断—ビジュアルアート編—』(2021 年・勁草書房)、津幡笑[判批]知的財産法政策学研究 24 号(2009 年)97～116 頁、丁文杰[判批]知的財産法政策学研究 30 号(2010 年)201～264 頁、石黒駿[判批]知的財産法政策学研究 56 号(2020 年)293～356 頁。抽象論に関しては、田村善之「著作権の保護範囲」同編『知財とパブリック・ドメイン第 2 巻：著作権法篇』(2023 年・勁草書房)151～190 頁も参照。

⁴ 高瀬亜富[判批]知的財産法政策学研究 32 号(2010 年)297～300 頁。

⁵ 裁判例につき、より詳しくは、余／前掲注 1 を参照。

⁶ 参照、今西頼太[判批]小泉直樹＝田村善之＝駒田泰士＝上野達弘編『著作権判例百選』(第 5 版・2016 年・有斐閣)24～25 頁。

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」こと等を理由に、その著作物性を否定している。



（室伏哲郎『版画事典』（東京書籍・1985年）250頁（左）・251頁（右）より）

最近でも、写真集の表紙や裏表紙をそのまま平面的に撮影したに過ぎない下記の写真についてやはり著作物性を否定する判決が下された（大阪高判令和6.1.26令和5（ネ）1384〔韓流BANK〕）⁷（この事件も、被写体である写真集の著作物性が問題となった事件ではなく、写真集の表紙等を撮影した写真の著作物性が問題となった事件であることに注意）。



（原告販売の「防弾少年団 BTS V テテ グッズ【写真集 Premium Photo Book 大型写真集】」の表紙・裏表紙を被告が撮影した写真）

⁷ 参照、余／前掲注1。

平面的な被写体を平面的に忠実に再現したのでは新たな表現を生み出したとはいえ⁸、著作権の保護を与えるに値しないから、これらの裁判例の取扱いには穏当なものといえよう⁹。

しかし、立体的な物が被写体である場合には、平面的な写真に撮影する際の構図等に創作性が認められる結果、原則として著作物性が肯定される¹⁰。

裁判例でも、ウェブサイトで商品を紹介するために、何ら工夫を施すことなく、正面斜め上から商品を撮影した写真であっても、著作物性が肯定されている(知財高判平成 18. 3. 29 判タ 1234 号 295 頁[スメルゲット])。



(<https://smellget.trialmall.com/ranali-log>/商品ホームページより)

写真の創作活動にインセンティブを付与するためには、少なくと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。他方で、芸術的なものであることなどを要求してしまうと、裁判官によって著作物性を認めるか否かの判断が分かれてしまい、予測可能性を著しく減じることになるだろう。したがって、構図を決めてシャッターを切った結果出来上がった写真であるならば、著作物に該当すると解すべきなのである¹¹。

⁸ 参照、加戸守行『著作権法逐条講義』(七訂新版・2021 年・著作権情報センター)131～132 頁。

⁹ 田村善之『著作権法概説』(第 2 版・2001 年・有斐閣)95 頁。

¹⁰ 田村・前掲注 9・95 頁、上野達弘「著作物性 (1) 総論」法学教室 319 号(2007 年)165 頁。

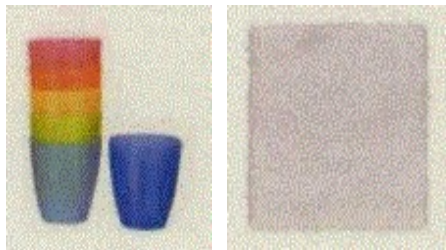
¹¹ 以上につき、田村善之＝高瀬亜富＝平澤卓人『プラクティス知的財産法II 著作権法』(2020 年・信山社)300 頁。反対説を展開する、池村聡「現代社会における写真の著作権」コピライト 718 号(2021 年)49～53・61～62 頁、同「写真の著作物性をめぐる実務上の諸問題」IP ジャーナル 16 号(2021 年)7～9 頁とそれに対する反論につき、参照、余／前掲注 1。

このような考え方がとられている結果、たとえば下記の写真のように、かなり平面に近いものであっても、構図や陰影等に創作性が認められ、著作物性が肯定されることになる（前掲大阪高判【韓流 BANK】）。



（原告販売の「防弾少年団 BTS ジミン グッズ【韓国語 単語カード 単語帳 63 枚入】＋ケース付」を被告が撮影した写真）

さらには、下記のように、かなり単純な写真、とりわけ右のものはマットという平面的な物体を平面的に撮影した写真であるにもかかわらず、生地質感が看取できるよう撮影方法に工夫が凝らされていると評価され、著作物性が肯定されている（東京地判平成 27. 1. 29 判時 2249 号 86 頁【IKEA】）¹²。



¹² もっとも、同判決の判断に対しては、このように平面的なマットを平面的に撮影する際の生地質感の工夫までもが著作物性を肯定する方向に斟酌されてしまうとすると、油絵を平面的に撮影する際にその質感を写真に表現する場合にまで著作物性を肯定せざるをえないことになりかねないが、これは従来の一般的な理解からは逸脱することになるのではないかという趣旨の反論が存在する（池村／前掲注 11 コピライト 50 頁）。たしかにこの事件は、筆者のような立場の下でも、限界線上に

このような立場からは、アマチュア史家の撮影した石垣の写真(著作物性肯定例として、青森地判平成 7. 2. 21 知裁集 27 巻 1 号 1 頁[知られざる東日流日下王国]、仙台高判平成 9. 1. 30 知裁集 29 巻 1 号 89 頁[同])やスナップ写真(同じく著作物性肯定例として、東京地判平成 18. 12. 21 平成 18(ワ)5007[東京アウトサイダーズ]、知財高判平成 19. 5. 31 平成 19(ネ)10003[同]¹³)であっても著作物性が肯定されるのは¹⁴、至極、当然のこととなる。

もっとも、裁判例は一枚岩ではないことにも留意が必要である¹⁵。

たとえば、先に紹介したスメルゲット事件の第一審判決は著作物性を否定していた(横浜地判平成17. 5. 17平成16(ワ)2788[スメルゲット])。その後も、下記の写真のように、立体的に撮影されているにもかかわらず、制作工程写真については、「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より、そのため、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」として、また、美術館写真については、「これら美術館写真の目的は、その性質上、いずれも

位置している。

¹³ 参照、高瀬／前掲注 4・285～317 頁。

¹⁴ その他の肯定例として、東京地判昭和 62. 7. 10 判時 1248 号 120 頁[カラーミニプロ(真田広之ブロマイド)]、名古屋高判平成 6. 10. 27 平成 6(ネ)134[光たばねて(柳山診療所前記念写真)]、東京地判平成 11. 3. 26 判時 1694 号 142 頁[Dolphin Blue(イルカ写真)]、東京高判平成 15. 2. 26 平成 14(ネ)3296[スカイダイビング中撮影写真]、東京地判平成 20. 6. 26 平成 19(ワ)17832[新外断熱住宅はもう古い！(リフレクティックス社工場内写真)]、東京地判平成 27. 6. 25 平成 26(ワ)19866[イベント会場写真]、東京地判平成 30. 4. 26 平成 29(ワ)29099[北海道高等学校校歌全集(応援風景写真)]、東京地判平成 31. 2. 28 平成 30(ワ)19731[たぬピク(両脚自撮り写真)]、東京地判令和元. 9. 18 平成 30(ワ)14843[アンダンテ(音楽雑貨商品写真)]、東京地判令和 2. 9. 24 令和 2(ワ)7411[スマートフォン自撮り写真]、東京地判令和 2. 12. 23 令和 2(ワ)24035[カフェと印度家庭料理レカ(カイラーサ寺院写真)]。これらの裁判例につき、詳しくは、池村／前掲注 11 コピライト 42～48 頁、同／前掲注 11 IP ジャーナル 6～7 頁。

¹⁵ 参照、余／前掲注 1。

一竹美術館の外観又は内部を忠実に撮影することにより、そのため、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」と論じて、著作物性を否定した判決がある（東京地判平成30.6.19平成28(ワ)32742[久保田一竹美術館]）。

制作工程写真



（『ヨーロッパ巡回展帰朝記念 一竹辻が花展』（1991年）より）

美術館写真

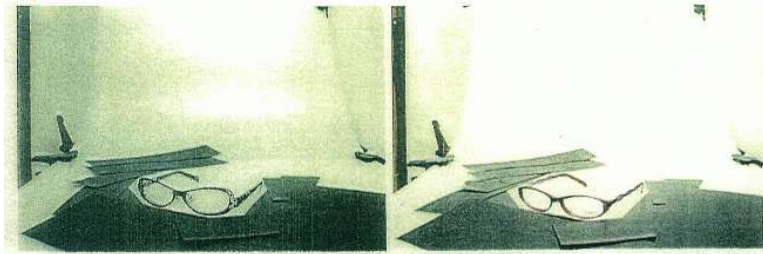


（『久保田一竹作品集』（1998年）より）

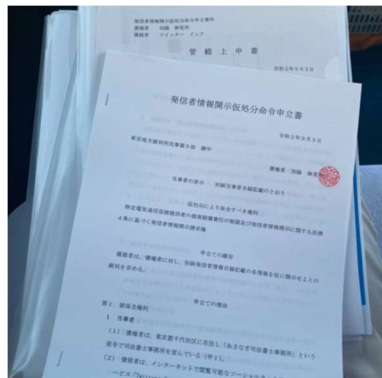
このほか、下記の商品写真について「本件写真データは、切り抜き用の写真データを作成するという制約の下で、被告の指示に従い、眼鏡の形、色を忠実に再現するとの目的を持って作成されたものであり、原告が本件眼鏡を撮影するに当たり、独自の工夫を凝らしたとは認め難く、本件写真データに、創作性が存在するということとはできない」と論じて、やはり著作物性を否定した判決（千葉地判平成28.2.5平成27(ワ)209[メガネサロ

ントミナガ]。知財高判平成 28. 6. 23 平成 28(ネ)10025[同]もこれを維持)や、仮処分申立書を撮影した下記の写真について、「書面等をその大体の部分が写真の枠内に収まるようにほぼ真上から撮影するというごくありふれたものであり、光量、シャッタースピード、ズーム倍率等についても、原告において格別の工夫がされたものと認めることはできない」ことを理由に、著作物性を否定した判決もある(東京地判令和 5. 7. 6 判時 2608 号 81 頁[仮処分申立書])。

メガネサロントミナガ事件



仮処分申立書事件



(https://x.com/asanagi_co/status/1301430991534268417?s=46 より)

しかし、これらの裁判例の立場の下では、いかなる写真であれば著作物性が肯定されるのか定かではなく、裁判官の恣意的な判断に陥りがちとなり、予測可能性を著しく欠くことになる¹⁶。そもそも、久保田一竹美術館事件は、被写体の人物の息子である原告に、被写体の生前中に写真家から著作権が譲渡されているとの原告の主張に疑義がある事案であるように思われなくもない¹⁷。

¹⁶ 鮎/前掲注 1・236 頁。しかし、前掲東京地判[IKEA]に反対し、前掲東京地判[久保田一竹美術館]に賛成するものとして、岡村久道『著作権法』(第 6 版・2024 年・民事法研究会)79 頁。

¹⁷ 前田哲男[発言]上野=前田・前掲注 3・262 頁。

メガネサロントミナガ事件にしても、依頼を受けて新聞の折込みチラシ用に撮影した写真がウェブサイトに転用されたという事案であったので、黙示の使用許諾の範囲であるか否かの問題として論じるべき事件であったように考えられる¹⁸。そして、仮処分申立書事件は、申立書に受付印がないことを示すためにツイッター上で引用されたという事案であり、判決自身、結局、著作権法 32 条 1 項により著作権が制限されると論じているばかりか、控訴審判決(知財高判令和 5. 12. 13 令和 5 (ネ)10082[同])に至っては、「本件写真が著作物であると認められるか否かについて判断するまでもなく」引用により著作権侵害が否定される旨を説いている。こうした事情に鑑みると、裁判所が著作権侵害を否定すべきであるという結論に別途、至っていたための便法として、写真の著作物性を否定するという論法が持ち出されたと見ることもできなくはない¹⁹。

いずれにせよ、裁判例で優勢なのは、立体的な被写体を撮影した写真は著作物性を満たすというものである以上、平面的な被写体を平面的に撮影したものでない限り、ありきたりの写真だから著作物に該当することはないだろうとの予断をもって気軽にトレースをしてしまうことは禁物であるといわざるをえない。

Ⅲ 写真の著作権の保護範囲に関する裁判例

以上のように、多数派の裁判例に従う限り、ほとんどの写真に著作権が宿っているのであるから、問題はその保護範囲であるということになる²⁰。

まず指摘しなければならないことは、写真に著作権があるといっても、自らが創作したわけではないものについてまでその撮影者が権利を主張できるわけではないということである。著作権の保護は自ら創作した範囲に及ぶに止まるというのが、著作権法の大原則である。したがって、被写体が自然物であるか、人工物であるとしても他の人が作成した物(e.g. 建造

¹⁸ 黙示の許諾法理の適用を示唆しているわけではないが、通常は著作権を譲渡する契約を締結するはずの事案であったことを指摘するものとして、前田／前掲注 17・264～265 頁。

¹⁹ 参照、余／前掲注 1 を参照。

²⁰ 裁判例につき、より詳しくは、鮑／前掲注 1・237～240 頁、余／前掲注 1 を参照。

物、市販品)である場合、被写体が同じであったり、似通っていたりするからといって、写真の著作権の保護が及んでくるわけではない。実際、裁判例でも、既存の廃墟を被写体とする写真に関し、同一の建物を撮影したというだけでは、未だに著作権侵害となるものではないとする判決がある(東京地判平成 22.12.21 平成 21(ワ)451[廃墟をゆく]、知財高判平成 23.5.10 判タ 1372 号 222 頁[同]²¹⁾。

原告写真1



丸田祥三『棄景—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。

(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。

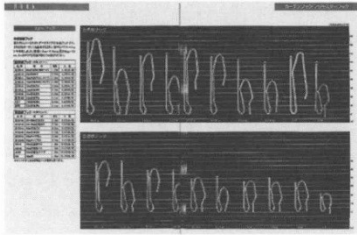
(谷川和幸[判批]知的財産法政策学研究 39 号(2012 年)354 頁より)

同種の商品を異なった配列で並べた写真に対しても、著作権の保護は及ばないとされている(大阪地判平成 7.3.28 平成 4(ワ)1958[カーテン用副

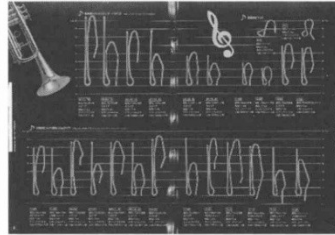
²¹ 参照、谷川/前掲注 1・343～367 頁。

資材商品カタログ]、大阪地判令和 2. 1. 27 平成 29(ワ)12572[播磨喜水]。先に著作物性が認められた例として紹介した単語カードを撮影した写真についても、同じ商品を異なった配列で並べた写真に対しては著作権の保護は及ばないとされた(前掲大阪高判[韓流 BANK])。

カーテン用副資材商品カタログ事件

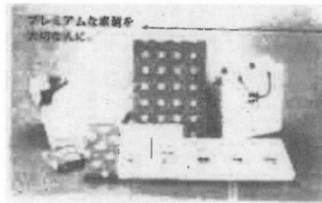


本件写真（原告）

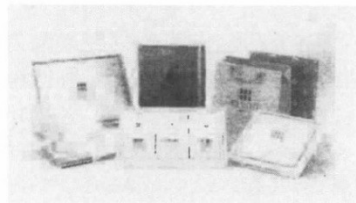


被告写真

播磨喜水事件



原告制作物 4



被告制作物 4

(上野達弘＝前田哲男『〈ケース研究〉著作物の類似性判断—ビジュアルアート編』(2021 年・勁草書房)236 頁より)

韓流 BANK 事件



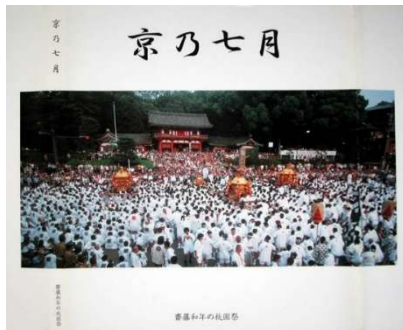
著作物とされた写真



被疑侵害写真

それでは、被写体が自然物や他者が作成した物である写真についていかなる場合に写真の著作権の侵害とされているのかというと、構図や陰影やシャッターチャンスなど、写真固有の創作性が発揮されている部分が共通している場合である。この点に関しては、写真から水彩画に起こしたという意味で、まさにトレースといってもよい行為が問題となった事件がある。東京地判平成 20. 3. 13 平成 19(ワ)1126[八坂神社祇園祭]がそれであり、原告が撮影し写真集の表紙(本件写真集表紙)に依拠して、被告会社の社員が水彩画を描きポスター(本件ポスター)に掲載した行為について、原告の著作権を侵害するものと認めている。

本件写真集表紙



(写真集『京乃七月』表紙。比良友佳理[判批]知的財産法政策学研究 25 号(2009 年)119 頁より。もともとは、<http://kazz-saitoh.info/index2.html> に掲載されていたもの(2009 年 12 月最終アクセス))

本件写真集表紙(下図上部)と
本件ポスター(下図下部)の対比



(比良友佳理[判批]知的財産法政策学研究 25 号(2009 年)119 頁より。もともとは、<http://www.shikoku-np.co.jp/national/social/photo.aspx?id=20080313000406&no=1> に掲載されていたもの(2009 年 12 月最終アクセス))

この事件で問題となった写真とポスターを見比べると、写真における神社、神輿、群衆の構図がほぼそっくり水彩画に再現されている。なるほど、神社や神輿や群衆自体は原告写真家が創作したものではないとしても、被写体の絶えざる動きの瞬間のシャッターチャンスをついて固定的な表現としたところに写真家の創作性が発揮されており、その表現を水彩画がそのまま用いている以上、たしかに著作権の保護範囲内に収めるべき事案であったといえる²²。

他方で、写真をトレースしたとしても、こうした写真の創作性が発揮されるところが再現されていない場合には、著作権の保護範囲の外に置かれる。そのことを明らかにした裁判例として、東京地判平成 30.3.29 平成 29(ワ)672 等[コーヒーを飲む男性]²³がある。事案は、原告が写真素材集 CD を販売しており、そのサンプルとして「コーヒーを飲む男性」と題するサンプル画像（「本件写真素材」）をインターネット上に掲載していたところ、被告がこれを参照して描いたイラスト（「本件イラスト」）を裏表紙に掲載した同人誌を販売したというものであった。裁判所は、「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ない」と論じて、著作権侵害を否定している。



本件写真素材



本件イラスト

（左：原告の写真素材集 CD「Makunouchi 043 Christmas Couple」に掲載の写真。

右：被告の小説同人誌の裏表紙に描かれたイラスト）

²² 比良／前掲注 1・139・144 頁、谷川／前掲注 1・362 頁。

²³ 参照、鮑／前掲注 1・227～260 頁。

この事件では、写真がそのまま平面的に再現されているわけではなく、立体的にやや曲げられているとともに、小さく掲載されていることもあって、一部が切り取られたうえで細部が相当に省略されており、色彩が白黒調に変更されたうえ、写真にはない光沢や陰影が加えられていたことが、著作権侵害を否定する裁判所の結論につながったと評することができる²⁴。

IV 結び

以上に紹介した裁判例でもまだ明らかにされていない領域がある。それは、著作権侵害が肯定された八坂神社祇園祭事件と、侵害を否定された廃墟をゆく事件やコーヒーを飲む男性事件の中間のどの辺りが侵害の分かれ目かということである。

侵害が否定されたコーヒーを飲む男性事件の写真は、コーヒーを飲む動作の瞬間を捉えているが、その肝心の動きを切り取ったところがイラストのほうでは忠実に再現されていない。他方、侵害が肯定された八坂神社祇園祭事件では、写真内の神社という建造物の形に加えて神輿や群衆の動きを瞬間的に切り取った様が忠実に水彩画に再現されていた。これらたった二例からこれが裁判例の傾向であると断じることとはとてもできないものの、現実の世界の一瞬を切り取る写真の妙技、シャッターチャンスとでもいべきものが再現されているか否か²⁵を侵害の成否の分岐点とすることは、相応の説得力を有しているように思われる。

他方で、神輿や群衆など動きのあるものではなく、建造物だけを撮影した写真について、その構図をトレースで再現した場合にはどうなるのであろうか。同じことは、建造物ではなく、たとえば飛行機などの人工物の形状、あるいは山の稜線などの自然物など、静物一般に妥当する。被写体を同じくする写真同士の間の著作権侵害が問題となった廃墟をゆく事件では建造物は似た角度から撮影されてはいるものの、トレースではないこともあって、完全に同一の構図というわけではない。したがって、この点に関しては、裁判例がブランクなのである。

²⁴ 鮑／前掲注1・241頁。

²⁵ 「シャッターチャンス」といっても多義的であるが、本稿における「シャッターチャンス」の意味については、後述注28を参照。

それでは、いかに考えるべきか。人間の時間には限りがあるから、自身自身で実際に現地に行ったり、現物を見たり、自ら写真を撮影したりする機会は限られる反面、一昔前と異なり、インターネットの時代にあつては容易に様々な写真をデジタルの形式で入手することができる。その結果、自ら体験していない、撮影していない事物についても、ネット上の写真を利用すれば、簡単にイラストや漫画に表現することができる。本稿の冒頭で述べたように、それはイラストレータや漫画家の利益になるというばかりでなく、それによってイラストや漫画の扱う題材が多様化したり、迫真性を増したりすれば、そうした表現を享受できる人々一般の利益にもつながる。

もちろん、その反面、写真も無から生まれるわけではない。これも前述したように、自由利用が行き過ぎて撮影者の利益が守られないとすれば、写真の撮影を生業とする者が減少するなどにより、かえって文化の発展にマイナスとなるかもしれない。しかし、静物を特定の角度から描写しようとすると、不可避的に輪郭等は同じものとならざるをえない。特定の角度から静物を描写することを写真家に独占させる帰結は、かえって後続の創作を過度に害するものとして採用すべきではないように思われる。陰影や光沢などの写真ならではの技法による表現が再現されている場合に侵害を認めれば、写真という創作の保護としては十分なではなかろうか。結論として、飛行機や山を撮影した写真に関しては、それをトレースしても、陰影や光沢などの写真固有の表現を再現しない限りは、著作権侵害とはならないと解すべきだと考える²⁶。

²⁶ 学説では、静物だけではなく、たとえば人の一連の動作の瞬間を切り取った写真に関しても、個の人物の姿態の独占を認めるべきではなく、微細な表情や筋肉の緊張、複数の人の配置等までもが再現されない限り、写真の著作権の侵害とはすべきでない旨を述べる見解も主張されている（福井健策編・桑野雄一郎＝赤松健著『出版・マンガビジネスの著作権』（第2版・2018年・著作権情報センター）207頁。同旨、鮑／前掲注1・240～241頁）。たしかに、特定の人物や、特定のスポーツのフォームなどでは同一のポーズとせざるをえない場合があることに加えて、そもそも一般的に人のとる姿態には限りがある。難問であり、写真の創作に対するインセンティブに悖るところがあつてはならないとしても、後続の創作者に与える影響に鑑みると、この見解が主張するように、人のポーズ自体はアイディアの領域に属してお

なお、以上の理は、被写体である静物自体を写真家が創作した場合には別論となる。学説や裁判例では、写真の著作権が被写体にまで及ぶか否かということが議論されており、判決の文言上はそれを肯定する被写体考慮説が優勢であるが、それを否定する被写体非考慮説に与する裁判例も存在し、対立している²⁷。筆者は後者に与している²⁸が、ただ被写体非考慮説

り、静物と同様、そこをトレースしても侵害にならないと解する辺りが穏当なところなのではなかろうか。

²⁷ 諸説につき、酒井麻千子「写真の技術的特性に対する意識—被写体の決定と創作性判断をめぐる議論」田村善之＝山根崇邦編『知財のフロンティア 1』（2021年・勁草書房）268～270頁。想定される両説の論拠とそれぞれの反論については、余／前掲注1に詳しい。もっとも、余／前掲注1は、被写体考慮説の立場からの叙述であるので、被写体非考慮説の立場から二点、付言しておく。

第一に、被写体非考慮説に対しては、被写体の決定に関する創作を他の写真の著作物に関する創作から分離することは困難である旨が指摘されることがある（詳細に論じるものとして、酒井／前掲272～277・281～282頁）。

しかし、著作物性を満たすためには、創作性ばかりでなく、その創作性が及ぶ部分が表現ではなくてアイデアである必要がある。そして、少なくとも筆者の被写体非考慮説は、創作性を問題としているのではなく、後続の創作活動の自由に配慮して、被写体に関する決定をアイデアとして写真の著作物の保護範囲から除くべきことを主張しているのであるから（田村・前掲注9・95～96頁）、そこに創作性が発揮されているというだけでは反論として不十分である（たとえば、酒井／前掲274～275頁は、文言上、被写体に関する決定等は「アイデア」ではないという結論を説いているが、その理由付けに使われているのはもっぱら創作性の話であり、酒井／前掲282～283頁自身、アイデアと表現の区別は、同論文の考慮の対象外であることを自認しているのであるから、反論は完結していないといわざるをえない）。

第二に、被写体非考慮説に対しては、写真の編集加工が容易になっている現状では、美術の著作物と写真の著作物の境界が不分明となっており、写真の著作物だけを取り立ててその保護範囲を狭くする解釈を正当化することが困難であり、ゆえに両者の区別に拘ることなく、保護範囲を決すべきである旨の指摘もなされている（詳細に論じるものとして、谷川／前掲注1・355～364頁）。

しかし、被写体非考慮説といっても被写体自体が著作物である場合にはその著作権の保護が発生するのであるから、結局、創作的であって、かつ（アイデアではなく）表現であるものについて、それを創作した者に保護が及ぶことに変わりはない。この創作的な表現であるか否かを判断していく際に、少なくとも筆者の被写体非考慮説は、写真の著作物であると切り分けることができる場合に、後続の創作の自由

といえども、被写体に関して写真の著作権の保護が及ぶことを否定するに止まるから、被写体自体が著作物である場合には、当該被写体の著作権の保護が及んでくることに注意しなければならない。したがって、写真をトレースして作成されたイラストに著作物である被写体が再現されている場合には、少なくとも被写体の著作権の侵害が肯定される可能性があるといえる。

下記の事件は、トレースに係るものではないが、原判決（東京地判平成11.12.15 判時 1699 号 145 頁[みずみずしいすいか]）が被写体非考慮説を採用して写真の著作権の侵害を否定したのに対し、控訴審（東京高判平成

に配慮して、定型的に被写体の部分をアイディアと理解することを提言する見解である（谷川／前掲 364 頁は、かかる定型的な判断に反対し、ゆえに被写体考慮説をとる）。そして、写真の著作物であることが明白である場合であっても、被写体が創作的表現である場合には、結局、被写体の表現の創作性がどこにあるのかを判断しなければならないことには変わりはない。その際、写真の著作物であるのか否か不分明な場合には、この思考経済に資する定型的な判断が使えないので、原則に帰って、どこに創作的表現があるのかを判断していかなければならない。その意味で、この第二の指摘が、かりに写真の著作物であることが明らかになった場合に、被写体が創作的表現でないのであれば被写体の要素が保護範囲に影響することはないという立場をとるのであれば、保護範囲の広狭に関して、筆者の見解とアプローチの仕方が異なることはないことになる。もっとも、被写体が実用品などであるために著作物性の要件を満たさないと考えられる場合（参照、田村善之[判批]知的財産法政策学研究 66 号（2022 年）9～67 頁、同「応用美術の著作物性」『切り拓く知財法の未来』（三村量一古稀・2024 年・日本評論社）495～516 頁）、そうした被写体に関する（著作物とは評価しえない）工夫が写真という媒体を経由することで、著作物に昇華することがありうるのだとすれば（たとえば、谷川／前掲 355 頁は、これを肯定する）、その限度で、筆者の被写体考慮説とは異なる結論となりうる。しかし、そのような工夫が著作権法では著作物とは評価しないと判断されたものであるならば、写真に撮られたからといって著作権の保護が及ぶと解すべきではないように思われる（被写体の工夫ではなく、シャッターを押す際の構図の問題として、保護範囲に影響する場合があることにつき、次注を参照）。

²⁸ 田村・前掲注 9・95～96 頁。筆者は被写体非考慮説であるが、写真家の手元の操作に左右される表現、たとえば、光量やピントの合わせ方など写真家がシャッターを切る際に手元で操作できることや、あるいは構図や陰影その他で移ろいゆくものであって、写真家がいかなるタイミングでシャッターを切るかということによって左右される表現には、写真の著作権の保護が及ぶと考えている。

13.6.21 判時 1765 号 96 頁[同])が被写体考慮説をとって侵害を肯定したので、注目された裁判例である。被写体非考慮説の下では、むしろ、被写体であるスイカかその他の配置が著作物であるとして、その保護が被告作品にまで及んでくるかということのほうが問題となるが、いずれにせよ、両作品の表現には相当程度隔たりがあり、著作権侵害を肯定した控訴審判決には疑問を禁じえない。もっとも、これはトレース固有の問題ではないので、別稿に譲ることとする²⁹。



原告作品「みずみずしいすいか」



被告作品

(<https://www.saegusa-pat.co.jp/copyrighthanrei/1960/>より)

[謝辞]

本研究は JSPS 科研費 JP24K00209 および JSPS 科研費 JP24H00131 の助成を受けたものである。

²⁹ 田村／前掲注 3 知的財産法政策学研究 55～65 頁。