



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	写真の著作物性と写真著作物の保護範囲について：韓流単語帳事件
Author(s)	余, 佳敏
Citation	知的財産法政策学研究, 72, 87-148
Issue Date	2026-06
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/99970
Type	departmental bulletin paper
File Information	72-05-Yu.pdf



写真の著作物性と写真著作物の保護範囲について

—韓流単語帳事件—

原審 大阪地方裁判所令和 5. 5. 11 令和 3 年(ワ)第 11472 号

控訴審 大阪高等裁判所令和 6. 1. 26 令和 5 年(ネ)第 1384 号

同第 1886 号 損害賠償請求控訴、同附帯控訴事件

余 佳 敏

I 事案

1 事案の概要

原告は、原告サイトにおいて、「韓流 BANK」の屋号を用いて、韓国の芸能人に係る商品等を販売している。

被告は、アマゾンサイト上に開設している仮想店舗(以下「被告サイト」という。)において、「P1」の屋号を用いて、韓国の芸能人に係る商品等を販売している会社である。

令和 3 年 7 月初旬頃、被告は、アマゾンに対し、被告サイトの商品ページと原告サイトの商品ページが重複している旨並びに原告サイトにおいて被告サイト上の商品画像、商品名及び商品の説明文が盗用されている旨を申告した。

令和 3 年 7 月 11 日、アマゾンは、被告に対し、知的財産侵害の通知は、アマゾンブランド登録又は侵害通知用のオンラインフォームから送る必要があること、別のアマゾンストアに出品されている ASIN を報告する場合は、報告対象の ASIN が出品されているアマゾンストアにある侵害の通知フォームを利用する必要があること等を教示した上で、いずれかの方法で侵害の通知を再度提出してアマゾンで申立てを処理できるように協力してほしい旨を連絡した。被告は、前記アマゾンからの連絡を受け、同月 17 日までに、アマゾンブランド登録又は侵害通知用のオンラインフォー

ムから、本件申告1を行った。

当該ブランド登録又は侵害通知用のオンラインフォームには、「権利侵害を申告する」という表題のほか、「このフォームは、知的財産権の権利者またはその代理人が、知的財産権を侵害されたと思われる場合に、その旨をアマゾンに申告するためのものです。その他の規約違反や不正行為を報告するには、お問い合わせを使用してください。」と記載されている。被告は、本件申告1に際し、「著作権侵害」、「意匠権の侵害」、「特許権の侵害」、「商標権侵害」の選択肢のうち「著作権侵害」を選択し、当該フォームの検索機能等を使用して、本件商品1に係る商品詳細ページのASIN、申告対象とする画像、商品名、商品のブランド名等を選択・記載し、「著作物の登録番号」、「著作権のある商品／著作物を提示するサイトへのリンク」、「著作権があることの説明」のうち、「著作権のある商品／著作物を提示するサイトへのリンク」を選択し、対応する被告サイトのURLを記載したほか、侵害通知フォームの詳細欄に、「一審被告が作成したカタログの商品画像、商品名を盗用」している旨を記載している。控訴審判決は、ここにいう「盗用」は著作権侵害が原告各画像及び商品名に依拠して同一のものを作成してなされていることをいっているものと解している。

アマゾンは、本件申告1を受け、原告サイト上の本件商品1に係る商品詳細ページを削除する等によりその出品を停止し、原告に対し、同日、原告が出品した商品に関連した商品詳細ページについて著作権侵害であるとの報告が届いたこと、該当するASINの番号、出品を再開するためには申告した権利者の著作権を侵害することがないように商品詳細ページを訂正する必要があること、出品情報が誤って削除されたと思う場合はアマゾンに対して必要書類を提出すること、権利者が誤って通知を送信したと考えられる場合は権利者に連絡して通知取下げの申請を依頼すること、本件申告1の際に被告がアマゾンに通知した被告のメールアドレス等を通知した。

被告は、遅くとも同月23日までに、アマゾンに対し、概ね本件申告1と同様の方法で、本件申告2を行った。

同月23日、原告は被告に対し、被告より著作権侵害の申立てを受けアマゾンサイトにおける商品出品が停止されたこと、原告は韓国の制作会社より正規ルートで輸入し販売していること、どのような点で侵害という判断をしたのか理由を聞きたいこと等を記載したメールを送信した。

遅くとも同年8月5日から同月14日までに、被告は、アマゾンに対し、概ね本件申告1と同様の方法で、本件申告3ないし5を行った。

同月16日、原告は、被告に対し、被告から著作権侵害の申立てを受け改善策を講じているが、どの点について侵害という判断になったのかがわからず困っていること、被告が所有している著作権の題号又は商標を教えてほしいこと等を記載したメールを送信した。

同月25日、原告は、本件の訴訟代理人に委任の上、同代理人名義で、同月25日、被告に対し、本件申告1ないし5等について、当該申告に係る商品は、韓国の出版社又はメーカーが作成して販売しているものであり、これらについて被告が著作権を有していないこと、これらの商品をありのまま撮影しただけの商品写真及び当該商品の形状、サイズ又は特徴等を表したにすぎない創作性のない説明文についても被告が著作権を有していないことが明かであること、被告各画像には「P2」の文字が掲載表示されているが、原告を含む競業他社が同じ商品をアマゾンサイトで販売するに際して独自に撮影した商品写真を使用する場合、当該商品写真に「P2」の文字を付さない限り被告の商標権の侵害が生じえないこと、原告は被告の権利を侵害していないことから速やかに本件申告1から5等に係る申告を取り下げてほしいこと、原告が被告の権利を侵害していないことが明かになった場合には、被告のアマゾンに対する権利侵害申告は不法行為に該当するとともに不正競争行為（不競法2条1項21号）に該当すると考えられるため、被告の行為によって被った損害の賠償を請求するつもりであること等を記載した通知書（本件通知書）を内容証明郵便にて送付し、被告は同月26日にこれを受領した。

遅くとも同月28日から同年10月24日までの間、被告は、アマゾンに対し、本件通知書に対する対応を尋ねる旨の問合せを行った。これに対し、アマゾンは、同日、「被告から権利侵害の報告を受けアマゾンによる調査後商品削除の処理が行われており、被告の対応が適切となっているので安心してほしい旨、相手方に対してアマゾンによる対応方針に沿った対応をするよう案内して欲しい旨、本件に関してアマゾンにて対応できかねる旨等を記載したメール」を返信した。

被告は、前記の原告からの各メールに返信をせず、本件通知書を受領した後も、遅くとも同月28日から同年10月24日までの間、概ね本件申告

1と同様の方法で、本件申告6ないし10を行った。

アマゾンでは、本件申告2ないし10についても、本件申告1の場合と同様、一審被告から著作権侵害の申告がされたことを理由として、別紙表の各「出品停止日」に、原告サイト上の本件各商品の出品を停止し、原告各画像を原告サイト上から削除した。一審原告は、これらに対し、遅くとも別紙表の各「出品再開日」までにアマゾンに対する再開の申立て等を行い、当該各日までに原告サイト上の出品が再開された。

その後、原告は被告に対し、被告の申告行為が不正競争防止法2条1項21号の不正競争行為又は不法行為に該当し、当該行為により損害を被ったと主張して、不競法4条又は民法709条に基づき、損害賠償を求め、本訴を提起した。

被告サイト vs 原告サイト

商品		被告サイト	原告サイト
商品 1	画像	被告画像1、2、4ないし8は、それぞれ特定の芸能人ないし芸能人グループの写真集である本件商品1、2、4ないし8の平面的な表紙及び裏表紙(上記芸能人ないし芸能人グループの写真が全面に印刷されている。)を、できるだけ忠実に再現するため真正面から撮影しており、被写体となっている写真集の表紙及び裏表紙以外に背景や余白はない。 	一審被告による本件各申告当時、原告サイトに掲載していた本件各商品の画像は、別紙表の「原告主張の原告画像」欄記載の証拠番号の画像(以下、別紙表の符号に従い「原告画像1」などという。)である。そのうち、原告画像3以外の各原告画像は、いずれも対応する番号の被告画像とほぼ同一である。 また、証拠並びに原告自身が被告各画像自体を盗用したものではないことを前提とした上で被告各画像と原告各画像が画像として異なるものであるとは主張していないこと、本件各申告に基づきアマゾンにおいて出品停止の措置が採られていること及び弁論の全趣旨に照らせば、本件各申告当時に原告サイトに掲載されていた本件各商品に係る画像(原告各画像)は、画像としては被告各画像とほぼ同一であったと認められる。
	商品名	「防弾少年団 BTS V テテ グッズ【写真集 Premium Photo Book 大型写真集】」。なお、本件商品1の表紙には「BTS V PHOTOBOOK」、裏表紙には「BTS-V PREMIUM PHOTO BOOK」等の文字が印刷されている。	

商品 2	画 像	写真（続き 2）  写真（続き 3）	
商品 名		「パク・ソジュン PARK SEOJUN グッズ【写真集 Premium Photo Book 大型写真集】」。なお、本件商品 2 の表紙には「PARK SEOJUN PHOTOBOOK」、裏表紙には「PERK SEOJUN PREMIUM PHOTOBOOK」等の文字が印刷されている。	「パクソジュン（PARK SEOJUN）グッズ—プレミアムフォトブック写真集（Premium Photo Book）220mm×305mm（34p）」
商品 3	画 像	別紙（続き 5）  被告画像目録 3 被告画像 3 は、63 枚の単語カード並びに表紙及び裏表紙のカードの左上穴に金具のリングを通して一つの単語帳となっている本件商品 3 を、一審被告が撮影したものである。具体的には、被告画像 3 は、上記金具のリングから取り外した表紙及び裏表紙のカード（いずれもある特定の芸能人を撮影した写真が全面に印刷されている。）を左側に上下に並べ、その右側に一部裏表紙と重なる形で、金具のリングで一体となった残る 63 枚の単語カードを、一番上になるカード（同カードには、上記と同一の芸能人を撮影した写真が全面に印刷されている。ただし、白い縁取りがある。）の写真だけが全面的に見えるように、金具のリングを要として扇状に広げたものを正面から撮影したものであり、その背景は白である。	別紙（続き 2 9）  原告画像目録 3 原告画像 3 は、一審原告のデザイナーが作成した韓国語の単語帳商品を紹介するための画像テンプレートに、本件商品 3 の表紙を真正面から撮影した画像を挿入したものである。上記画像テンプレートは、ピンク色及び緑色を背景として韓国語単語が記載された側を上にして並べられた 5 枚ほどの個別の単語カードと、その左側に一部同各単語カードの上に重なる状態で、無地の黄色・ピンク色・緑色・水色・オレンジ色の 30 枚ほどの単語カードが左上穴に通された金具のリングを要として扇状に広げた単語帳とからなり、その背景は白であって、上記単語帳の表紙部分に実際の商品である単語帳の表紙を撮影した画像を挿入する形式となっており、原告画像 3 には、その表紙の画像以外には本件商品 3 を撮影した部分はない。

	商 品 名	「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」。なお、本件商品 3 の表紙に当たるカードには「JIMIN」 等の文字が印刷されている。	不明
商 品 4	画 像		
	商 品 名	「BTS 防弾少年団 パンタン JIN ジン グッズ 写真集 Premium Photo Book 大型写真集」。なお、本件商品 4 の表 紙には「JIN PHOTOBOOK」、裏表紙 には「BTS-JIN PREMIUM PHOTO BOOK」等。	不明
商 品 5	画 像		
	商 品 名	「防弾少年団 BTS ジョングク グッ ズ【写真集 Premium Photo Book 大12 型写真集】」。なお、本件商品 5 の表紙 には「JUNG KOOK PHOTOBOOK」、裏 表紙には「JUNGKOOK PREMIUM PHOTOBOOK」等の文字が印刷され ている。	「JUNG KOOK ジョングク (防弾少 年団/BTS) グッズ・プレミアムフォ トブック 写真集 (Premium Photo Book) 220mm×305mm SIZE (34p)」

商品 6	画像		
	商品名	「コン・ユ GONG YOO グッズ【写真集 Premium Photo Book 大型写真集】+メッセージカード」。なお、本件商品 6 の表紙には「GONG YOO PHOTOBOOK」、裏表紙には「GONG YOO PREMIUM PHOTOBOOK」等。	「コン・ユ (GONG YOO) グッズーブプレミアムフォトブック写真集 B ver. (Premium Photo Book) 220mm×305mm SIZE (34p)」
商品 7	画像		
	商品名	「イ ジョンソク Lee Jong Suk 【写真集 Premium Photo Book 大型写真集】+ポストカード」。なお、本件商品 7 の表紙には「LEE JONG SUK PHOTOBOOK」、裏表紙には「PREMIUM PHOTOBOOK LEE JONG SUK」等。	不明
商品 8	画像		「防弾少年団 (BTS) バンタングッズーブプレミアム フォトブック写真集 B ver. 220mm×305mm SIZE (34p)」

	商品名 「防弾少年団 BTS【写真集 Premium Photo Book 大型写真集】+プロマイド」。なお、本件商品 8 の表紙には「BTS PHOTOBOOK」、裏表紙又は商品中の写真には「BTS PREMIUM PHOTOBOOK」等の文字が印刷されている。	
商品 9	画像  「被告画像 9 及び 10 は、ある特定の芸能人を被写体にした写真を掲載した卓上カレンダーである本件商品 9 及び 10 の平面的な表紙及び裏表紙(表紙にはほぼ全面に上記芸能人の写真が印刷され、裏表紙には同芸能人の各写真が掲載された 12 か月分のカレンダーが印刷されている。)を、できるだけ忠実に再現するため真正面から撮影したものであり、被写体となっている卓上カレンダーの表紙及び裏表紙以外に背景や余白はない(なお、表紙の画像にのみカレンダーを綴る上部のリングが映っている。)」	「CHA EUN WOO チャウヌ(ASTRO/アストロ)2022 年-2023 年(令和 4 年-令和 5 年)2 年間フォト卓上カレンダーグッズ」
	商品名 「卓上カレンダー2022～2023(2 年分)+ステッカーシール[12 点セット]」。なお、本件商品 9 の表紙には、「2022 CHA EUN WOO 2022 PHOTO DESK CALENDAR」、裏表紙には「CHA EUN WOO 2022-2023 PHOTO DESK CALENDAR」及び「CALENDAR+STICKER」等の文字が印刷されている。本件商品 10 の表紙及び裏表紙には、掲載されている人物の芸名等に応じて、本件商品 9 の「CHA EUN WOO」が「V」と印刷されている以外は、本件商品 9 と同様の文字等が印刷されている。	

商品 10	画像		「V (バンタン／BTS) 2022 年-2023 年 (令和 4 年-令和 5 年) 2 年間フォト卓 上カレンダーグッズ」
商品 名	同商品 9		

2 主な争点

本稿で取り上げる争点は、本訴において、第一に、本件写真は著作物に該当するか、第二に、原告は被告の著作権を侵害する行為を行ったか、第三に、被告の行為は虚偽事実の告知(不正競争防止法 2 条 1 項 21 号)に当たるかという三点である¹。

¹ その他、本件では、原告の本訴提起の態様等が不法行為に該当するかということも争われている。この点について、一審判決は、「被告は、請求額減縮前の本件訴訟提起により、被告が精神的損害及び弁護士費用相当額の損害を受けた旨主張するが、本訴請求は一部理由があり不法行為に該当する余地はないところ、当初請求した損害の想定が異なつたとしても、訴訟係属中に請求を減縮している等の本件の事情に照らすと、これが独立して違法となるものとは考え難い。したがって、原告の本訴提起の経緯が不法行為に当たることを前提とする被告の相殺の主張は、理由がない」と判示した。そして、控訴審も「憲法上保障される裁判を受ける権利は、法治国家において最大限尊重されなければならないから、民事訴訟における訴えの提起が違法な行為といえるのは、当該訴訟において提訴者の主張した権利又は法律関係が事実的、法律的根拠を欠くものである上、提訴者が、そのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知り得たといえるのにあえて訴えを提起したなど、訴えの提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められる場合に限られる(最高裁昭和 63 年 1 月 26 日第三小法廷判決・民集 42 巻 1 号 1 頁参照)(訴えの提起が違法な行為となる場合)ところ、本訴においては、前記 2、3 のとおり、一審被告による本件各申告は不競法 2 条 1 項 21 号の不正競争行為に該当し、一審被告は一審原告に対し損害賠償責任を負うのであるから、一審原告の主張した権利ないし法律関係は事実的、法律的根拠を欠くものではない」と述べている。この点

II 判旨

第一審と控訴審判決は、共に、一審被告が、本件各申告によってアマゾンに告知した、一審原告が被告サイト上の被告各画像についての一審被告の著作権を侵害しているとの本件各申告の内容は全て虚偽の事実であると判断し、被告の過失を認定し、原告が主張した損害賠償請求を認めた²。

1 第一審判決

第一審は、以下のように述べて、被告商品写真の著作物性を否定した。

「写真集又は卓上カレンダーに係る画像である被告画像 1、2 及び 4 ないし 10 は、販売する商品がどのようなものかを紹介するために、平面的な商品を、できるだけ忠実に再現することを目的として正面から撮影された商品全体の画像である。被告は、商品の状態が視覚的に伝わるようほぼ真上から撮影し、商品の状態を的確に伝え、需要者の購買意欲を促進するという観点から被告が独自に工夫を凝らしているなどと主張するが、具体的なその工夫の痕跡は看取できない上、撮影の結果として当該各画像に表現されているものは、写真集等という本件各商品の性質や、正確に商品の態様を購入希望者に伝達するという役割に照らして、商品の写真自体(ないしそれ自体は別途著作物である写真集のコンテンツとしての写真)をより忠実に反映・再現したものにはすぎない。」と述べて、単語帳に係る画像であ

は、引用されている最高裁判決の判例法理を踏襲するものであり、本件第一審、第二審の本件に対するその当てはめに関する判断も、従前の裁判例(参照、増井和夫＝田村善之『特許判例ガイド』(第4版・2012年)324～325頁)に比して特に目新しいものとは言い難い。ゆえに、本稿では、以降、この論点を扱わない。

また、本件では商品名の著作物性と損害賠償額も争点とされているが、本稿が主として検討することを企図している写真著作物関連する問題とは直接、関わるものではないため、以下では、これらの論点は取り上げないこととする。

なお、本件紛争においては、美術の著作物等の「譲渡の申出に伴う複製」(著作権法 47 条の 2)を適用しうる余地はないことに注意されたい。仮に本件が譲渡の対象である単語帳そのものの著作権の侵害が主張されという事件であったのであれば、単語帳を撮影した原告写真に同条が適用されうるとしても、本件では被告写真を根拠とした著作権侵害の成否が争点となっているからである。

² 損害額に関しては、第一審は 5 万 2,492 円、控訴審は 5 万 3,179 円と算定している。

る被告画像 3 に対して、「前記同様に商品をできるだけ忠実に再現することを目的として正面から撮影された商品全体を撮影した平面的な画像 2 点と、扇型に広げた商品の画像 1 点を配置したものであり、当該配置・構図・カメラアングル等は同種の商品を紹介する画像としてありふれたものであるといえ、被告独自のものとはいえない。」と判示した。

その結果、虚偽の事実を告知するものと評価された被告申告行為に関する過失と違法性については、裁判所は、以下のように述べている。

「被告の行動に照らせば、被告は、アマゾンに対して自ら積極的に著作権侵害の虚偽事実を申告したといえ、被告が本件各申告をするにつき、少なくとも過失が認められ、本件各申告は違法である。」

その上で、被告の「権利行使の一貫(ママ：筆者注)として本件各申告を行い、やむを得ず著作権侵害という選択肢を選んだにすぎないこと、著作物性の判断を正確に行った上で申告することが求められるとすれば権利行使を不必要に萎縮させる等」という主張に対して、「被告に本件各商品に関する知的所有権がないことは自明である上、原告からの問合せに対応することなく本件各申告を続けたとの事実関係のもとでは、採用の限りでない」と帰結した。

2 控訴審判決

控訴審判決は、まず、被告画像 1、2、4、10 の著作物性については、以下のように述べて、その著作物性を否定している。

「インターネットショッピングサイトにおいて販売する商品がどのようなものを紹介するために、芸能人を被写体とする写真が印刷された平面的な表紙及び裏表紙を、できるだけ忠実に再現するため真正面から撮影した画像であり、上記表紙及び裏表紙以外に背景や余白はないのであって、被写体の選択・組合せ・配置、構図・カメラアングルの設定、背景等に選択の余地がなく、上記表紙及び裏表紙ひいてはそこに印刷された芸能人を被写体とする写真を忠実に再現する以外に、その画像の表現自体に何らかの形で撮影者の個性が表れているとは認められないから、上記各被告画像には創作性が認められない。」

他方、被告画像 3 の著作物性については、以下のように述べて、その著作物性を肯定している。

「単語帳に係る被告画像 3 も、インターネットショッピングサイトにおいて販売する商品がどのようなものかを紹介するための写真ではあるが、芸能人を被写体とする写真が印刷された表紙及び裏表紙を金具のリングから取り外し、各写真を表にして平面上に上下に並べ、その右側に一部裏表紙と重なる形で、63 枚の単語カードを写真側を表にして金具のリングを要として扇状に広げたものを撮影したものであり、正面から撮影されたものではあるものの、上記単語カードを扇状に広げることによってその重なり合いによる陰影が表現され、また、2 枚目以降の単語カードの白い縁取りからわずかに各写真が垣間見えるように広げることによって各単語カードにそれぞれ異なる写真が印刷されていることを表現しており、白い背景によって表紙及び裏表紙の写真等を浮き立たせる効果も生んでいるといえる。このような手法が商品としての単語帳を紹介する際にまま見られるものであったとしても、その被写体の選択・組合せ・配置、光線の調整・陰影の付け方、背景の選択には複数の余地があり、被告画像 3 の表現自体に撮影者の個性が表れていると認められる。」

このように被告画像 3 に関しては、原審と異なり、著作物性を肯定したので、控訴審は、続いて、被告画像 3 と原告画像 3 の類似性の有無の判断に移行し、以下のように、結論として類似性を否定した。

「被告画像 3 の表現上の本質的特徴は、・・・本件商品 3 撮影する際の被写体の選択・組合せ・配置、光線の調整・陰影の付け方、背景の選択等を総合した表現に認められるところ、画像テンプレートを利用して作成された原告画像 3 は、単語帳から取り外した一部の表紙等を並べてその横に単語帳を扇状に広げて置くなどの点で商品の見せ方に関する基本的なアイディアに被告画像 3 との共通点はあるが、取り外して並べられたのが表紙や裏表紙の写真面か、単語カードの韓国語単語が記載された面か、その枚数、色彩及び配置、金具のリングを要として扇状に広げられた単語帳がその右側に配置されているか左側に配置されているか等の配置、同単語帳の 1 枚目のカードに印刷された写真内容、同単語帳の単語カードの枚数、色彩、扇状の広がり方及び陰影等で異なっていることが一見して明らかであって、その素材の選択・組合せ・配置、光線の調整・陰影の付け方、色彩の配合、素材と背景のコントラスト等において被告画像 3 と異なるから、被告画像 3 の表現上の本質的特徴を直接感得させるものとはいえない。な

お、原告画像3で選択された素材のうち、本件商品3の表紙を正面から撮影した画像部分のみは被告画像3と共通するが、その画像自体は、被告画像1、2及び4ないし10について検討したと同様、平面的な上記表紙を忠実に再現したのみで創作性が認められない部分であるから、同画像部分が共通しているからといって、原告画像3が被告画像3と類似しているとは到底認められない。したがって、一審原告が原告画像3を原告サイトに掲載したことが、被告画像3に係る一審被告の著作権を侵害するものとは認められない。」

被告による本件各申告の違法性ないし故意・過失の有無については、裁判所はまず本件申告の性質から、被告の注意義務を明確にする。

「本件各申告は、アマゾンがあらかじめ設けている知的財産権侵害を申告するための侵害通知フォームを利用して行われたものであるところ、同フォームにおいては、申告者において、申告した画像や商品が申告者又は権利所有者の権利を侵害する客観的根拠があり、かつ違法であることを確信していること、当該申告に含まれる情報が正しくかつ正確であることを表明・保証することに同意した上で権利侵害申告を行うものとされている。そして、アマゾンに対する権利侵害申告がされた場合には、アマゾンによって申告対象のコンテンツが削除されるなどしてアマゾンサイトへの出品自体が停止され、当該出品者が直接的に経済的損害を被ることがあることが明らかであるから、侵害通知フォームによって著作権についての権利侵害申告をする者には、権利侵害申告をするに当たり、権利侵害の客観的根拠があり、かつ違法であることについて調査検討すべき注意義務を負っていると解すべきである。」

続いて、被告からの「著作物かどうかの判断は困難なものであり、これを正確に行ってアマゾンに申告することが求められるとすれば、その権利行使を不必要に委縮させる」という抗弁に対して、裁判所は、以下のように応答した。

「権利侵害申告をする者に対しては、侵害通知フォーム所定の同意事項の同意を義務付けることで明確に上記注意義務が課せられ、これに反した場合に被申告者に損害が発生することも容易に予見できることであるから、著作権侵害という法的判断を伴う事実を申告する以上、著作物性の判断が困難であるのであれば専門家に問い合わせることも検討されるべき

であって、その判断のための調査検討を怠って虚偽の事実の申告となる権利侵害申告をすることが許されるわけではなく、一審被告の上記主張は採用できない。」。

以上の一般論を前提として、裁判所は、以下のように、本件への具体的な当てはめをなしている。

「一審被告が著作権を有するとして本件各申告をした被告各画像のうち、被告画像 3 を除く平面的な被写体を忠実に再現しただけの写真といえる被告画像は、前記(3)アのとおり、いずれも著作物性が認められないところ、この種の写真に著作物性が認められないことは過去の裁判例において明らかにされ、これについては一般に異論も見られないところであるから、控訴人が著作物性判断のため著作権について調査検討したのであれば、上記被告画像が著作物といえないことは容易に明らかになったことといえる。

また、被告画像 3 は、著作物性が肯定されるものの、前記(4)のとおり、原告画像 3 は被告画像 3 とは、商品の見せ方というアイデアで共通点があるにすぎず、表現における類似性がないことは明らかであるから、原告画像 3 をもって、被告画像 3 について一審被告が有する著作権の侵害物とはいえないところ、このようにアイデアで共通していても表現で異なる場合に著作権侵害をいえないことは、著作物性についてみたと同様、著作権について少しでも調査検討すれば容易に明らかになったことといえる。」

さらに、商品名は、「本件各商品の特徴をありふれた表現で付記するなどしたものにすぎず、およそ著作物性が肯定される余地のないものであり」、「著作権について少しでも調査検討すれば容易に明らかになったことといえる」。

「そうすると、一審被告がアマゾンに対して原告サイト上に掲載された原告各画像及び商品名が一審被告の著作権を侵害している旨申告することが虚偽の事実の告知に当たることは、一審被告がその申告をするに当たり必要な調査検討をすれば容易に明らかになったといえるにもかかわらず、一審被告がこれについて調査検討した様子はうかがわれず、漫然と本件各申告をしたものと認められるから」とし、被告は前記注意義務を怠ったと認定した。

なお、「本件各申告がなされた経緯についてみると、一審被告は、本件申告 1 及び 2 を行った後、一審原告から、同各申告についてどのような点で

著作権侵害との判断をしたのか問い合わせるメールを受けたにもかかわらず、これに何ら返信することなく本件申告3ないし5を行い、再度一審原告から上記同様の問い合わせのメールを受け、さらに、一審原告代理人弁護士から上記各申告に係る著作権侵害は存在しないとの内容証明郵便による通知さえも受けたにもかかわらず、専門家に問い合わせるなどして著作権侵害の有無について然るべき調査検討をしようとしなければかりか、何ら回答せずに無視して、なお続けて本件申告6ないし10を行ったというのである。一審被告が本件各申告を行うに当たっては、侵害通知フォーム上において、『問い合わせ先情報』として一審被告の連絡先が申告の相手方（一審原告）に共有される旨が明らかにされており、一審原告から問い合わせ等があった場合にはこれに適切に対応すべきことが予定されていたのであり、現に、アマゾンにおいても、一審原告に対して、権利者が誤って通知を送信したと考えられる場合は権利者に連絡して通知取り下げの申請を依頼するよう通知していたというのに、一審被告は一審原告からの度重なる問い合わせ等に対して一切の対応をしないまま、上記経緯のとおり本件各申告を繰り返したというのであるから、その申告態様からして、一審被告は、著作権の正当な権利行使の一環として本件各申告をしたのではなく、むしろアマゾンサイトで競争関係にある一審原告の出品を妨害することによって自己が営業上優位に立とうとして本件各申告をしたことがうかがわれるというべきである。」等の経緯もあわせて、「一審被告による本件各申告が不競法2条1項21号の不正競争行為に該当する違法な行為であることは明らかであり、それらにつき一審被告には少なくとも過失が認められるというべきである。」と帰結している。

Ⅲ 評釈

1 本件の意義

本判決は、商品広告を目的とする商品の写真著作物の著作物性を肯定しながらも、同一商品の写真との類似性を否定し、それにもかかわらず、原告が著作権を侵害しているとの申告を被告がアマゾンに対して繰り返す行為は、虚偽事実の告知として、不正競争防止法2条1項2号に該当し、違法である旨を判示している。

従来の裁判例では、殆どの事例で写真の著作物性が肯定されており³、それが否定されるのは、後述するように、被写体を忠実に再現しているために撮影者の個性を表現する余地がない場合に限られていた。そのような中、本判決は、複数の写真につき著作物性を否定しつつ、一件のみ(傍論ではあるが)これを肯定しており、否定例と肯定例の境界線を示す好素材を提供するものといえる。

また、写真著作物の保護範囲について、いかなる要素を検討すべきかという問題も従来から議論の蓄積がある。本件は、同一商品の販売用の写真間の争いであって、被写体の同一性は不可避であるという事案における一事例を提供するものといえよう⁴。

³ 田村善之『著作権法概説』(第2版・有斐閣・2001年)95頁、松村信夫＝三山峻司『著作権法要説 実務と理論』(第2版・世界思想社・2013年)67頁[三山執筆部分]、白鳥網重『クスッと笑えて腑に落ちる 著作権法ガイドンス』(発明推進協会・2022年)54頁、岡村久道『著作権法』(第6版・民事法研究会・2024年)77～78頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』(第4版・有斐閣・2024年)58頁[横山執筆部分]等を参照。

⁴ なお、本件において、虚偽事実の告知(信用毀損行為)の該当性の判断は、虚偽事実の有無と被告の過失の2点をめぐって検討されている。前者については、本件著作権侵害に関する法的評価は、事実として評価しうる(事実と価値判断の関係について、田村善之『不正競争法概説』(第2版・有斐閣・2003年)439～440頁、小倉秀夫＝高瀬亜富＝金井重彦＝山口三恵子編『新版不正競争防止法コンメンタール』(第一法規・2025年)307～308頁[町田健一執筆部分]を参照)。

後者について、過失の判断については多くの議論があるが(高部真規子編『著作権・商標・不競法関係訴訟の実務』(商事法務・2015年)463～465頁[今井弘晃執筆部分]、金子敏哉「侵害警告と不競法上の虚偽事実告知に係る裁判例：近時の動向及び非登録型知財関係事案を中心に」『パテント』76巻12号(2023年)174～183頁等を参照)、本件では、被告が、原告の問合せメールを無視し、申告を繰り返したものである以上、明らかに注意義務に違反したことから、故意、過失を認定することにさしたる困難があるとは認め難い事例であった。

また、本件申告はアマゾンのプラットフォームにおいて行われたものであり、プラットフォームであるアマゾンもある程度、関与していたので、ECプラットフォームにおける権利申告の判断の一事例を提供する価値を有する。ECプラットフォームにおける申告と権利行使の抗弁に関する問題については議論があるが(金子・前掲184～185頁、小林利明[判批]ジュリスト1598号(2024年)9頁を参照)、

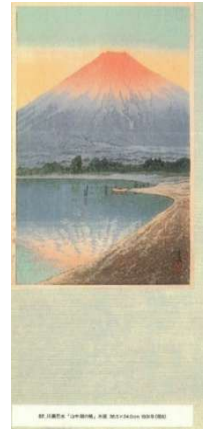
2 写真の著作物性

1) 序

前述のとおり、平面的な被写体を平面的に撮影した事案においては、著作物性が否定される。この種の事例で著作物性を否定した代表的な事例である[版画事典事件]（東京地判平成 10. 11. 30 昭和 63（ワ）1372）は、その後の同種事例における判断枠組に大きな影響を与えている。

版画写真番号五十七

版画写真番号五十五



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

この事件では、被写体となったのは版画、すなわち凹凸をわずかに有するものを含み、ほぼ平面的な原画であった。裁判所は、「版画に用いられた

本稿は写真著作権に関わる論点に焦点を絞って検討する。

なお、EC プラットフォーマーにおける申告者の注意義務とプラットフォームの表明保証条項の関係については、プラットフォーム次第で注意義務の内容が若干異なる可能性も示唆されているが（小林・前掲 9 頁）、そうした表明保証条項は、申告者とプラットフォームの間でのみ合意されたものであり、被疑侵害者の意識を反映したものではない。申告者とプラットフォームの契約を根拠に、第三者である被疑侵害者の利益に一方的な影響を及ぼすことは不合理である。したがって、プラットフォーム次第で、申告者の過失について異なる基準を適用することは相当ではないと解される。

撮影技法は、正面から忠実に再現するというものである。[版画事典事件]の場合には、版画をできるだけ忠実に再現した写真を撮影するためには、光線の照射方法の選択と調節、フィルムやカメラの選択、露光の決定等において、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」とし、著作物性を否定した。

本件において、この[版画事典事件]の著作物性否定例と関連するのは、被告画像の1、2、3、4、10である。

まず、被告画像1、2、4、10に関しては、芸能人を被写体とする写真が印刷された平面的な表紙及び裏表紙であり、第一審判決も、控訴審も著作物性を否定している。その理由は、控訴審判決によれば、「できるだけ忠実に再現するため真正面から撮影した画像であり、上記表紙及び裏表紙以外に背景や余白はないのであって、被写体の選択・組合せ・配置、構図・カメラアングルの設定、背景等に選択の余地がなく、上記表紙及び裏表紙ひいてはそこに印刷された芸能人を被写体とする写真を忠実に再現する以外に、その画像の表現自体に何らかの形で撮影者の個性が表れているとは認められないから、上記各被告画像には創作性が認められない」というところにある。

このような、「平面的な表紙及び裏表紙」という被写体の性質、及び「できるだけ忠実に再現するため真正面から撮影」し、「被写体となっている写真集の表紙及び裏表紙以外に背景や余白はない」という撮影手法は、[版画事典事件]における「平面的な版画及びわずかな凹凸のある版画」という被写体の性質及び「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」という撮影手法という事実関係とほぼ同様である。したがって、本件被告画像1、2、4、10について、著作物性が否定された点は[版画事典事件]の射程内にあると評価できる。

したがって、本件被告画像1、2、4、10に関する第一審と控訴審の判断は、「版画事典事件」以来、長きにわたって見られなかった平面的被写体を平面的に撮影した場合の写真の著作物性を否定する一事例(管見の限り、4番目の事例)を提供したという意義を有すると評価できよう。

それに対して、被告画像3の判断については、第一審においては、被告画像1、2、4、10と同様に、被写体を「忠実に再現」したものであることを理由に著作物性が否定されたのであるが、控訴審においては逆転し、被告

画像 3 に限って著作物性が肯定された。

したがって、以下では、主に本件被告画像 3 に着目して、従来の裁判例を位置付けることにより、写真の著作物性の境界線をさらに明確化にする。

2) 従来の裁判例

本件被告画像 3 の特徴は、本件被告画像 3 は商品の画像で、平面物である表紙及び裏表紙と立体物である単語帳の外観を共に展示して撮影された写真というところに求めることができる。

第一に、被写体をそのまま写真に再現するのか、それとも何らかの表現上の変更が加えられているのかという点⁵に着目して、本件と事案が類似する従来の裁判例を、忠実度の高いものから順に並べると、以下のように整理することができる。

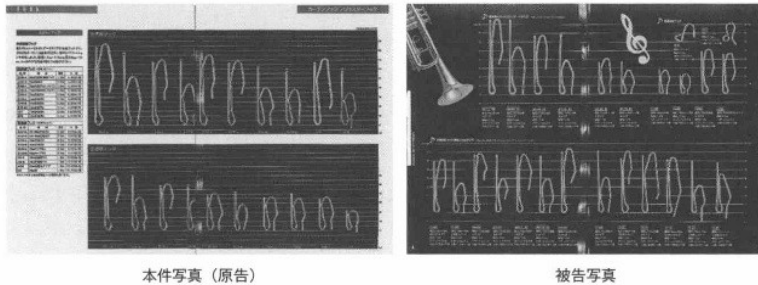
まず、被写体をそのまま表現することに最も接近するのは、[カーテン用副資材商品カタログ事件]（大阪地判平成 7.3.28 平成 4(ワ)1958）である。この事件は、広告デザインを業とし、カーテン用副資材等を製造販売する訴外 P 社から依頼を受けて商品写真等を掲載した商品カタログを制作した原告が、同じくカーテン用副資材等を製造販売する被告の商品カタログの頒布が、原告の有する著作権の侵害に当たると主張して、差止・損害賠償を請求した事案である。

この事件において、裁判所は、写真の著作物性について、「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

⁵ 後述する被写体の選択・配置等の観点と区別するため、ここでいう「忠実度」の問題は、主に撮影時の技術的作業（構図、アングル、背景の決定；ライティング（光線の照射）、陰影の調整；カメラ・レンズ等の選択、フォーカシング、露出（露光）、シャッタースピード、絞り、色調等の調整；シャッターチャンスの捕捉等）と現像・加工作業（現像・焼付時の工夫、画像の加工等）を指すものである（撮影時と撮影後の作業分類の内容について、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』（勁草書房・2021 年）267～268 頁参照）。

また、「忠実」という表現は、[版画事典事件]の判旨から由来するものであり、文言として写真における「迫真性」と間違いやすいが、ここでいう「忠実度」は、三次元の被写体を二次元の画像として固定する撮影行為において、本来的に再現不可能な立体性との関係で、不可避的に生じる何らかの差異の程度を意味するものである。

量の調整等に工夫を凝らし、撮影者の個性が写真に現れている場合には、写真の著作物(同法一〇条一項八号)として著作権法上の保護の対象になるものというべきである」と述べて、著作物性は「被写体の選定、写真の構図、光量の調整等」の工夫から撮影者の個性に体现されると評価した。



(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』(勁草書房・2021年)233頁より)

この事件における画像の忠実度に関して、裁判所は明示的な判断をしていないが、副資材商品の形状、材質、背景とのコントラストをなるべく忠実に表現するために、光量などの撮影手法について工夫が凝らされる余地は極めて限定される。この点で、この事件の忠実度の状況は、[版画事典事件]と類似するといえよう。ただし、背景の作成について、背景の色、横線の色、横線のピッチ、背景の作成方法には工夫が凝らされており、その意味で[版画事典事件]よりは著作物性が肯定されやすい事件であった。

続いて、[イケア製品写真事件](東京地判平成27.1.29平成24(ワ)21067)について検討する。この事件は、原告が、被告製品写真を被告サイトに掲載したことが原告の著作権を侵害し、被告が被告各標章を被告サイトのタイトルタグ、メタタグとして使用したことは、原告の商標権を侵害し、また、不正競争に当たると主張して、差止めと損害賠償を求めたという事案である。

この事件の被写体はフォーク、皿等の原告製品である。撮影に関する工夫について、裁判所は、「原告写真A9、A10、H1ないしH7、Cu1、B1、B2、P B1については、マット等をほぼ真上から撮影したもので、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」と述べた。

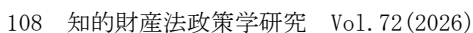
この事件の原告写真A9、A10、H1ないしH7、Cu1、B1、B2、P B1の被写体であるマット等は、ほぼ平面的な被写体を平面的に撮影したもの

また、原告写真A9、A10、H1 ないしH7、Cu1、B1、B2、P B1 以外の写真について、立体物である被写体を影がなく、白い背景とのコントラストの中で鮮やかに浮かび上がらせる効果を生み、原告製品の広告写真としての統一感を出し、商品の特性を消費者に視覚的に伝えるという効果を達成するために、構図、アングル、背景の決定、ライティング、陰影の調整、カメラ・レンズ等の選択、フォーカシング、露出(露光)、シャッタースピード、絞り、色調等の調整について工夫が凝らされており、ゆえに創作性を認められたといえる⁶。

[illegible]

この判決に対しては、マットの生地質感を写真に撮影する際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。池村聡「現代社会における写真と著作権」コピライト718号(2021年)50頁を参照。

次に、「スメルゲット写真事件」（知財高判平成18.3.29平成17(ネ)10094）は、シックハウス症候群対策品である「スメルゲット」及び「ホルムゲット」の広告販売をインターネット上で行うラフィーネ株式会社から、営業権及び本件各写真と本件各文章に係る著作権並びにこれらの著作物に関し被控訴人らに対して取得した全ての債権の譲渡を受けた原告が、ラフィーネの著作物である「スメルゲット」の写真及び文章をインターネット上のホームページで商品の広告販売を行う会社である被告らが無断で利用（掲載）したことにより著作権侵害が生じ、同侵害により発生した損害賠償請求権（民法 709 条）を控訴人がラフィーネから譲り受けたなどと主張して、被控訴人らに対し、損害賠償及び遅延損害金の連帯支払を求めた事案である。



同事件における写真は、控訴審判決の認定によると、一つは「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」ものであり、もう一つは、「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」というものである。第一審判決（横浜地判平成17.5.17 平成16(ワ)2788）では著作物性が否定されたが、控訴審では逆転して著作物であると認められた。たしかに、「本件各写真は、ホームページで商品を紹介するための手段として撮影されたものであり、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」が、「しかし、本件各写真については、前記認定のとおり、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のように、その創作性の程度は極めて低いものであつて、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。」とされたのである。

この事件の写真は、立体物を被写体としたものであり、[イケア製品写真事件]のマット等の平面的な被写体と比較して、アングルの決定・ライティング・陰影の調整等（例えば、右からライティングして、陰影を左にして、立体物の形状や容積等を表現するという工夫）から創作性が具現される余地は大きいといえる。

第二に、被写体の選択と配列という観点から従来の裁判例を、創作性が低いものから、高いものへの順に並べると、前述の裁判例を以下のように整理することができる。

まず、[版画事典事件]では、写真は既に創作された版画を真正面から撮影するものであり、被写体に対する配置の余地は見られず、被写体の配置については創作性がないと思われる。

続いて、前述[イケア製品写真事件]の原告写真A9、A10、H1 ないしH7、

Cu1、B1、B2、P B1 は、特定商品(被写体)をそのまま配したものであり、被写体の選択と配置について創作性が極めて低いといえる。[スメルゲット写真事件]における写真は、前述のとおり、一つは、「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」ものであり、もう一つは、「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」というものである。

こうした被写体の配置は簡単であるが、控訴審の認定によると、こうした「平凡な印象を与えるもの」にも、「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」。

次に、前述[イケア製品写真事件]の原告写真A1、A2等について、裁判所は、「被写体の配置や構図、カメラアングルは、製品に応じて異なるが、原告写真A1、A2等については、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などの工夫が凝らされて」と認定した。こうしたグラデーションとなる配置は、[スメルゲット写真事件]より創作性が高いといえよう。

[カーテン用副資材商品カタログ事件]では、裁判所は、背景の作成(色の選択、サイズが一目でわかるよう、5ミリ単位で青い横線を入れたこと、線が浮かび上がるようにシルク印刷の手法を取り入れたこと等)、商品の配置(「(本件写真2)複数のカーテンテープを正しく同一方向に揃えて配列」「(本件写真3)上部にギャザーテープをカーテンに使用した写真を配し、下部に左側はギャザーを施し右側は平板に引き伸ばされた状態のギャザーテープの実物の写真を配したものであること、その撮影に際しては、ギャザーテープの規格別の形状と用法が一目で対比できるような写真になるように意識する」)等に撮影者の工夫を凝らし、技量が作用することを理由とし、本件写真1から写真7の著作物性を逐一肯定した。この事件の写真の創作性は、主に被写体の配置に体现されるものといえる。また、カ

タログの性質の制限で、やむを得ずカーテン用副資材のサイズ・色・形状をある規律に従って配列する必要があるが、具体的な配置、又は背景の作成について創作性があるということは疑問がないであろう。この事件の配置の手法や背景の作り方は、[イケア製品写真事件]の原告写真A1、A2等のグラデーションより、創意や工夫は見られるため、創作性はより高いといえよう。

以上のような裁判例の趨勢と異なる判断を示したのが、[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）である。

裁判所は、下記の制作工程写真について、「…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であり、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ものというべきである」とし、著作物性を否定した。

（別紙）制作工程写真目録

1.



2.

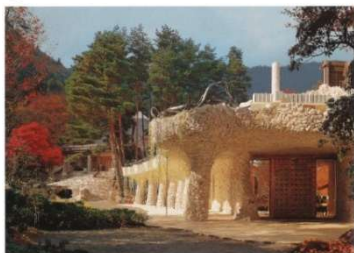


等

また、下記の美術館写真について「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であり、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ものである」と述べて、著作物性を否定した。

(別紙) 美術館写真目録

1.



2.



学説では、[一竹辻が花美術館グッズ事件]に対しては、批判が多い。

まずは、裁判所の判断について、[一竹辻が花美術館グッズ事件]の写真は、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⁷。高度の創作性の有無が裁判官の判断に馴染むものではない反面、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は、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と論じて、構図を決めてシャッターを押した場合には、原則として、著作物性を肯定すべきであるという見解⁸を引用した上で、当該判決のアプローチの下では、写真の著作物性に該当するまでの創作性の程度が明確ではなく、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ということを指摘するものもある^{9 10 11}。

⁷ 安達陽子[判批]パテント 72 巻 11 号(2019 年)30 頁を参照。

⁸ 田村・前掲注 3)95 頁。

⁹ 鮑妙堃[判批]知的財産法政策学研究 60 号(2021 年)236 頁を参照。

¹⁰ 著作物性が否定された美術館写真及び制作工程写真については、原告 A が著作権者であるか否かをめぐり、原告 A と被告との間で争いがある。

原告 A は、「(写真家である)訴外 E は、制作工程写真の著作権を撮影当時に原告 A へ譲渡したため、原告 A がその著作権を有している」と主張している。

これに対し被告は、「制作工程写真の撮影時期は昭和 60 年頃であり、約 30 年以上前のものであるところ、確認書は紛争が顕在化した平成 28 年 4 月になって初めて作成されている」こと、「一般に写真は買い取りが業界の慣行であるため、訴外 E が撮影当時にすでに著作権を譲渡していた可能性が高い」こと、さらに「撮影当時、

もう一つ、写真の著作物性を否定した裁判例として、「メガネサロントミナガ事件」（第一審：千葉地判平成 27(ワ)209、控訴審：知財高判平成 28.6.23 平成 28(ネ)10025)がある。この事件は、写真事務所を経営する原告(個人カメラマン)が、被告が本件写真データを使用して作成したチラシをメガネサロントミナガのホームページに掲載したことが著作権侵害に当たると主張して、損害賠償を請求した事案である。

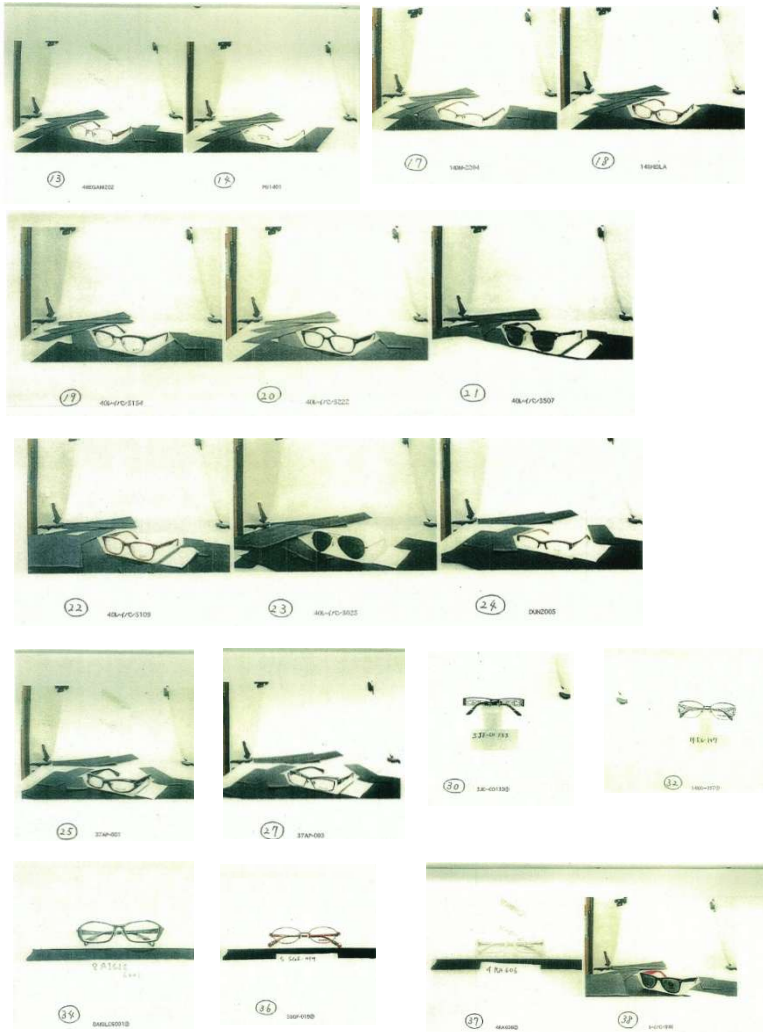


先代・故一竹がまだ存命であり、またその妻をはじめとする推定相続人も存在していた状況で、先代・故一竹を撮影した写真の著作権を原告Aに譲渡することは極めて不自然である」との点を挙げ、著作権譲渡の主張には不自然な点があると反論した。

これに対し原告Aは、「制作工程写真は、当時の慣行に従い、原告Aが訴外Eから撮影当時に著作権を買い取ったものであり、当時の慣行上、書面は作成しなかった。したがって、訴外Eと原告Aとの間には著作権譲渡の認識が存在しており、今回の訴訟に際し、その事実を確認するために訴外Eが確認書を作成したにすぎない」と反論している。この点について、裁判所は著作物性を否定するに止まり、著作者の帰属については判断を示していない。

こうした事情に鑑みて、裁判所としては、著作物性を否定することにより、著作権譲渡の有無の判断をなすという面倒なプロセスを避けることができたというメリットがあったかもしれない旨の指摘がなされている(上野達弘＝前田哲男『〈ケース研究〉著作物の類似性判断ービジュアルアート編』(勁草書房、2021 年)262～263 頁[前田・上野発言部分]参照)。

¹¹ 他方で、「一竹辻が花美術館グッズ事件」の立場が妥当であり、「イケア製品写真事件」において著作物性を肯定する認定はやや緩すぎるとして、写真著作物性についてより厳格な態度を取るべきであるとする説も存在する(岡村・前掲注 3)79 頁を参照)。



裁判所は、本件写真について、「被写体、その組合せ、被写体である眼鏡のつるの開閉については選択の余地がなく、撮影方向についても選択の幅は狭かった。また、本件写真データは切り抜いてチラシに使用されるものであり、眼鏡の形や色を忠実に再現することが求められていたのであって、このため、背景色については事実上選択の余地はなく、また、上記のとお

り、眼鏡の周囲に黒ケント紙を配置したのも、露光計で明るさを測って、その数値をカメラに入力して撮影したのも、眼鏡の色を忠実に再現するためである。被写体である眼鏡の配置も、筒の上に乗せて撮影したもの以外は一般的な配置方法である。さらに、つるを閉じた眼鏡を白い紙様の物で作られた筒の上に乗せて撮影したのは、眼鏡を白色の平面に直接置かないことにより、眼鏡が光を反射することを避けるためであると推測される。本件写真データの一部では、眼鏡の左側のつるの外側に配置された黒ケント紙の上に白色の紙が配置されているが、これは眼鏡の縁の左端及び左側のつるに配された装飾が目立つようにする等の目的の下に行われたものと推測される。

そうすると、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。」として、著作物性を否定した。

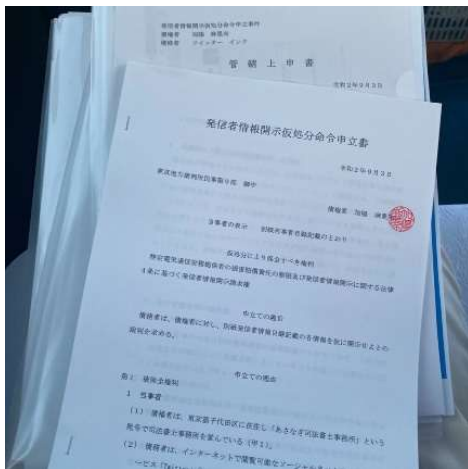
しかし、この事件の写真のデータは、被告がオフィス・ジノを通じて原告に依頼したものである。原告は撮影後、データをオフィス・ジノに納品し、報酬を受け取った後、被告はその写真データを使用してチラシを作成し、ウェブサイトに掲載した。発注書等において著作権譲渡の明示的な定めが存在しない以上、著作権が譲渡されたと認定するのは困難であるところ、裁判所は代替策として著作物性を否定した可能性がある旨の指摘もなされている¹²。

さらに、近時、写真の著作物性を否定する裁判例として、[申立書写真事件]（第一審：東京地判令和 5. 7. 6 令和 5(ワ)70144、控訴審：知財高判令和 5. 12. 13 令和 5(ネ)10082）が新たに現れた。

この事件は、司法書士である原告が、氏名不詳者による Twitter 上の投稿により自己の著作権・著作者人格権及び名誉権が侵害されたと主張し、発信者情報の開示を求めて被告株式会社に申立てを行ったところ、その申立てを却下した決定に対し異議の訴えを提起した事案である。

この事件の写真は、「発信者情報開示仮処分命令申立事件に関する申立

¹² 上野＝前田・前掲注 10) 259、263～265 頁[上野執筆部分]参照。



当該画像は、原告がX上で公開した文章に掲載されたものである(URL:https://x.com/asanagi_co/status/1301430991534268417?s=46、最終アクセス:2026年1月9日))

書及びこれに関する書面をiPhoneで撮影したものであるところ、その内容は、『管轄上申書』と題する書面等を重ねた上、若干斜めに『発信者情報開示仮処分命令申立書』と題する書面を重ね、ほぼ真上からこれを撮影したものであり、本件写真の左右には余白があるものの、上記各書面は本件写真の大部分を占めており、そのほとんどの部分が写真の枠内に収まっている」とされるものである。裁判所はこれ

に対し、「本件写真の構図は、書面等の大部分が画面内に収まるよう、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は認められない」として、当該写真の著作物性を否定した。

控訴審判決では、写真の著作物性についての独自の検討はなされていないものの、控訴人(第一審原告)の本件写真は著作物に該当するとの主張に対して、「仮に本件写真が著作物に該当するとしても、本件投稿における引用は著作権法32条1項の要件を満たす適法な引用に当たるといえること、また著作人人格権(氏名表示権)の侵害も認められないこと」は本件の結論を左右しないと判断した。

まず、画像の忠実度の観点から見ると、この事件の写真は申立書の文面内容を伝達することを目的としており、撮影における創意工夫の余地は相当に制限されている。被写体が二次元の文書である点では[版画事典事件]とは接近しているが、資料の厚みがわずかに表現されている点において、完全に平面的な再現とは異なるともいえよう。むしろ、本件写真の忠実度は、[カーテン用副資材商品カタログ事件]と[イケア製品写真事件]の中間に位置付けられると考えられる¹³。

次に、被写体の選択と配列から見れば、この事件では2つの書面をやや斜めに重ね、ほぼ真上から撮影しており、この点に一定の工夫が認められる。こうした工夫は、[イケア製品写真事件]における原告写真A9、A10、H1 ないしH7、Cu1、B1、B2、P B1 が特定商品(被写体)をそのまま配したのみであった点と比較すれば、創作性がより高いものの、本件[韓流単語帳事件]よりは低いであろう。

したがって、この事件の写真は、忠実度の観点からも、被写体の選択と配置等の観点からも、従来の著作物性肯定例の中間に位置付けられる事案であり、著作物性を否定する第一審判決の判断には疑問を呈さざるをえないが、控訴審において結局、著作権法 32 条 1 項の引用が認められた事案であり、この控訴審の枠組の下は著作物性の判断は結論に影響しないことになることに銘記すべきである¹⁴。

3) 本判決の位置付け

これら従前の裁判例と、本件の最も特徴的といえる本件被告画像 3 を比較してみよう¹⁵。

¹³ iPhone で撮影された写真に関しては、光量、シャッタースピード、ホワイトバランス等構図以外の要素は、機器の自動調整機能によりほぼ自動的に決定されとの見解がある。また、本件のように、書面の大部分を画面内に収めることを目的とする場合、構図の選択にも実質的な自由は乏しく、ほぼ真上から撮影するという方法以外に選択肢がなかったとされる([匿名解説]判例タイムズ 1515 号(2024 年)250 頁を参照)。

もっとも、自動調整機能の存在をもって直ちに撮影上の工夫を否定することには疑問が残る。撮影行為においては、どれほど精密な機器であっても、シャッターを切る瞬間には撮影者の判断が介在しており、その自動的な調整もまた撮影の機械性を具現するものであるといえよう。

¹⁴ この事件における原告の主張内容からすれば、原告の目的は著作権の保護そのものより、発信者の行為を制止することにあるといえよう。控訴審において裁判所が著作権法 32 条 1 項の引用該当性を認めたことは穏当な処理であったと考えられる。

¹⁵ 前述のとおり、[一竹辻が花美術館グッズ事件]と[メガネサロントミナガ事件]は、裁判所が他の論点を回避するために著作物性を否定した可能性が指摘されており、その射程は相対的に限定して解すべきである。したがって、全体の傾向を攪乱しないために、以下の位置付け及び検討からは、この2つの裁判例を除外して取り扱うこととする。

第一に、忠実度の観点からすると、本件被告画像3は、正面から商品全体を撮影するものであるが、「単語カードを扇状に広げることによってその重なり合いによる陰影が表現され、また、2枚目以降の単語カードの白い縁取りからわずかに各写真が垣間見えるように広げることによって各単語カードにそれぞれ異なる写真が印刷されていることを表現しており、白い背景によって表紙及び裏表紙の写真等を浮き立たせる効果も生んで

(本件被告画像3)

別紙(続き5)



被告画像目録3

いるといえる」ということである。

その中で、写真等を浮き立たせる効果を達成するために、ライティング、陰影の調整、カメラ・レンズ等の選択、フォーカシング、露光、シャッターチャンス等撮影の手法が必要となる。このような撮影手法は[版画事典事件]や[カーテン用副資材商品カタログ事件]より忠実度は低いといえる。

他方、[イケア製品写真事件]の原告写真A9、A10、H1 ないし H7、Cu1、B1、B2、P B1と比較すると、商品を浮き立たせる効果は同様であるが、質感を表現する[イケア製品写真事件]のこれら写真、厚みを表現する本件被告画像3は、表現する質感の性質はやや異なるが、陰影付け・ライティング・カメラ・レンズの選択等に体现される撮影手法の忠実度の程度はほぼ同じである。

さらに、[スメルゲット写真事件]と比べると、本件被告画像3は、表紙及び裏表紙をそのまま表現する必要性がある点で、立体物を被写体にする[スメルゲット写真事件]より忠実度は高いといえよう。

結論として、本件被告画像3の忠実度は[イケア製品写真事件]のマット等の写真と[スメルゲット写真事件]の中間に位置付けることができよう。

第二に、被写体に関する工夫の観点から、本件被告画像3の位置付けを検討する。

本件被告画像3は、単語帳商品全体を平面的に撮影した画像2点(いずれも単語帳の裏表紙)と、扇状に広げた単語帳の立体的な画像1点を組み合わせた構成であり、平面物と立体物のハイブリッドである。このように、

右側に単語帳を金具のリングを要として扇状に広げて、左側に表紙等を抜き出して重ねて配置するという手法は、平凡な印象を与えるものではあるが、[スメルゲット写真事件]と同程度の工夫を具現するものではある。そして、左側に位置する表紙の位置や扇型に広げた単語帳の配置は、商品をただ並べる[スメルゲット写真事件]の写真より、わずかに工夫の度合いが高いといえる。

一方で、本件被告画像 3 における被写体の選択や配置は、[イケア製品写真事件]の原告写真 A1、A2 の色彩のグラデーションの工夫に比べれば、工夫の程度は低いと評価されよう。

したがって、被写体の選択・配置という観点から、本件被告画像 3 の創作性は[スメルゲット写真事件]と[イケア製品写真事件]（原告写真 A1、A2 等）の中間に位置付けられると評価される。

以上をまとめると、本件被告写真 3 は、撮影手法の観点からも、被写体の配置の観点からも、いずれも著作権を肯定した従前の裁判例の中間に位置している、換言すれば、より限界線に近い事例において既に著作物性が肯定された例が過去にある事案であるといえる。その意味で、従前の裁判例の趨勢に鑑みれば、著作物性を肯定することに問題がない事案であったといえよう¹⁶。

4) 検討

以上のように、写真の著作物性について、従前の裁判例の判断基準は概ね緩やかにこれを認める傾向にある¹⁷が、他方、被写体が「平面物」である場合や、「忠実に再現」するように撮影されたという事情が存在する場合には、裁判例に揺らぎが見られる。

¹⁶ また、知的財産権に基づく権利行使と信用毀損行為との関係について、裁判例には、正当な権利行使の一環である限り、告知者に損害賠償責任を課さないという傾向がある（瀬川信久「知的財産権の侵害警告と正当な権利行使（再論）」田村善之編『新世代知的財産法政策学の創成』（有斐閣・2008 年）145～159 頁を参照）。このため、本件においても、第一審裁判所が信用毀損行為の成否に関する慎重な判断を回避する目的で、あえて著作物性を否定したのではないかという議論も成り立ちうるかもしれない。

¹⁷ 上野・前掲注 10) 227 頁[上野執筆部分]、鮑・前掲注 9) 236 頁等を参照。

前述のとおり、[一竹辻が花美術館グッズ事件]では、裁判所は、「忠实的再現」という目的で撮影されていることを理由に、著作物性を否定した。同様の文言は本件第一審でも看取することができる¹⁸。もっとも、「忠实的再現」というだけでは、それが具体的にいかなる意味であるのかということが定まるわけではない。現に、被写体の再現度という点では、[一竹辻が花美術館グッズ事件]よりも、明らかに本件被告画像 3 のほうが高いといえるにもかかわらず、著作物性に関する最終審の判断は逆転している。

結論からいうと、本件の控訴審判決のように、著作物性を緩やかに認める取扱いのほうが穏当な処理といえるように思われる¹⁹。

第一に、一般論として、人によって著作物を捉える基準が異なる以上、

¹⁸ 従前の裁判例を俯瞰すると、著作物性を否定する判決のほぼ全てが、「忠实的再現」ないしそれと類似する表現を使用している。その例として、[版画事典事件]、[一竹辻が花美術館グッズ事件]、[スメルゲット写真事件(一審)]がある。

¹⁹ これに対して、写真著作物性の判断を厳格にすべきであるとの議論もなされている(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) 8 頁、同・前掲注 6) 49～53 頁を参照)。

その見解は、短文やシンプルなイラストは著作物にならないとしており、さらには AI 創作に係る楽曲やイラストについても著作物性の有無を判断することは困難であるにもかかわらず、写真のみが原則として全て著作物であると判断されることは、バランスを失っていると指摘する。

しかし、短文については、実際に利用された態様に大きな差異が存在する。すなわち、撮影行為により同一作品を再製することは困難である(池村・前掲 IP ジャーナル 16 号論文 5 頁を参照)のに対し、短文は人々により他者の著作権を意識することなく、ついつい使用されることが多い(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』(勁草書房・2023 年)183～184 頁)。したがって、写真と異なり、短文については特に著作物性のハードルを厳格にしておく必要があるといえる。また、純粹に AI が創作した楽曲やイラストに対する判断の困難さは、実体法というよりは証明の問題である。したがって、これをもって要件論として写真著作物の著作物性の判断基準を厳格にすることは難しいであろう。

また、当該見解は、創作の実感が乏しいにもかかわらず、著作物性が肯定されるとも批判する(池村・前掲 IP ジャーナル 16 号論文 8 頁を参照)が、創作の実感という基準は曖昧であり、主観的なものにすぎない。創作の実感を証明させることは、結局、当事者の恣意的な主張に依存するか、裁判官の主観的判断に委ねるかのいずれかに帰結することになり、予測可能性を欠くことになりかねない。

文化の多様性と創作のインセンティブを促進するために、創作性を高く要求する必要はない²⁰。一般に、創作性の要件は、他と異なる表現がなされたものであれば足りるとか、著作者の個性の発露が認められればよい²¹、とされている。これを写真の著作物性に関していえば、三次元の被写体を二次元の写真にするのであれば、そこには被写体そのものの再現ではない、ゆえに他と異なる表現が生み出されており、そこに撮影者の個性が発揮されているといえる²²。そして、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が付与されるべきである。また、創作性の程度を裁判官の判断に委ねることは妥当とは思えない。したがって、構図を決めてシャッターを

²⁰ 田村・前掲注 3) 12、14 頁を参照。

²¹ 創作性について、「他人の著作物と異なるもの」を作成すればよいという観点は、田村・前掲注 3) 12 頁を参照。また、「創作者の個性」が表れていればよいという観点は、中山信弘『著作権法』(第 4 版・有斐閣・2023 年) 68～69 頁、島並ほか・前掲注 3) 58 頁[横山執筆部分]、小泉直樹『知的財産法』(第 2 版・弘文堂・2022 年) 237 頁、岡村・前掲注 3) 38 頁、三山裕三『著作権法概説―判例で読む 14 章』(第 10 版・勁草書房・2016 年) 21 頁、高林龍『標準著作権法』(第 6 版・有斐閣・2025 年) 20 頁、斎藤博『著作権法概論』(勁草書房・2014 年) 39 頁等を参照。

²² 他方、被写体が平面物である場合には、正面から撮影した場合には、技術的な写真の特徴と相まって、被写体そのまま再現される。そのため、そこには他と異なる表現がなく、創作性が否定されるといわざるを得ない。このように、写真の著作物性を検討する際に、平面物と立体物を分別に検討するのが一般的なアプローチである(岡村・前掲注 3) 77～79 頁、上野＝前田・前掲注 10) 227 頁[上野執筆部分]等を参照)。この分類基準が機能した典型例は、[版画事典事件]である。

本件第一審でも、本件被告画像 3 に関して平面的な画像が含まれていることを著作物性を否定する理由の一つと取り扱っている。しかし、平面物と立体物という分類は、物理的な性質上、写真も平面物であり、平面物を再現する時に表現の余地がない故に形成されたものであり、形式的なものである。写真の著作物性の判断の本質は「他と異なる表現」の有無にあることは銘記しておく必要がある。本件のような、平面物と立体物が同一の写真に収まっている場合は、そのどちらに分類されるのかということに過度に執着すれば、かえって著作権法の趣旨に相違するおそれがある(選択肢の分岐点に過度に執着すれば、概念法学に陥るおそれがあるという考え方について、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) 42 頁を参照)。

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である²³。

もちろん、著作権には、創作者にインセンティブを与えるという積極的な機能だけではなく、他者の自由を規制するという消極的な機能も存在する²⁴ ²⁵。しかし、著作権を付与したとしても、それが直ちに後続の利用を阻害するような帰結をもたらすわけではない。権利侵害を判断する際に、創作性が極めて低い著作物に対しては、デッドコピーのみが権利侵害になるとする取扱いをなせば足りる(前述[スメルゲット写真事件])はこの点を強調する)²⁶。

結論として、他と異なる表現が存在する限り、その程度を問わず、著作物性が肯定されるべきであるといえよう。

以上の観点に立脚して、前掲否定例を振り返ってみると、[一竹辻が花美術館グッズ事件]では、被写体は「一竹美術館の外観又は内部」と「制作工程の一場面」であった。美術館の外観や内部、制作工程の場面は、いずれも、二次元の写真として固定される際に他と異なる表現が生まれることは明らかであろう²⁷。それにもかかわらず著作物性を否定した裁判所の判断は、著作物性のハードルを不明確なものとし、実務的な混乱を招くものといえよう²⁸。

²³ 田村・前掲注3)95頁参照。

²⁴ 田村・前掲注3)7頁参照。

²⁵ 写真の場合には、人々の社会生活や企業活動に大きな制約を及ぼしかねないとの反論がなされている(池村・前掲注19)9頁を参照)。しかし、後述のとおり、仮に著作物性が肯定されたとしても、何か弊害がある場合には、類似性を否定したり、権利制限規定を適用したりすることも可能なのであるから、直ちに著作権侵害が肯定されるわけではない。人々の著作物に関する観念に対する影響は否定できないが、それが故に社会生活や企業活動に大きな影響があるとまでは言い難いであろう。

²⁶ [スメルゲット写真事件]における創作性程度と類似性判断基準の関係については、岡村久道[判批]小泉直樹ほか編『著作権判例百選』(第6版・有斐閣・2019年)19頁を参照。

²⁷ したがって、「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ものである」という裁判所の評価には疑問が残る。

²⁸ [一竹辻が花美術館グッズ事件]のような写真が全て著作物性を否定されてしま

これと比較すると、本件被告画像 3 の被写体である単語帳は、[一竹辻が花美術館グッズ事件]ほど立体感は強くないが、三次元の単語帳と表紙を二次元の写真にする際には、ライティング、陰影の調整、カメラ・レンズ等の選択、フォーカシング、露光、シャッターチャンス等の要素において、他と異なる表現を見出すことができる。

他方、[イケア商品写真事件]と比較するのであれば、同事件は、三次元のマット等被写体を二次元の写真に固定する際に、その質感を表現するための撮影上の工夫が凝らされている点に、被写体と異なる表現が認められる事案を扱ったものであるが、本件以上に平面に近い事例という意味で、本件よりもさらに限り線上に近い事例であったと評価できよう。

以上のように、写真の著作物性の判断について、本件被告画像 3 の著作物性を認めることは、従来の裁判例の趨勢に与するものであり、これに抗う[一竹辻が花美術館グッズ事件]の影響を払拭することが期待される。

3 写真の著作権の保護範囲

1) 序

本件では、依拠性は問題とされていないため、著作物性が肯定された以上、著作権侵害の成否は類似性の判断次第ということになる。本件では、とりわけ同じ商品を同じように並べて配置したものを撮影した写真間で侵害が成立するか否かということが問題となる。この論点は、被写体の選択と配置が写真の類似性の判断に影響するかという論点として、講学上、議論のあるところである。

2) 従来の裁判例²⁹

i) 写真対写真

みずみずしいすいか写真事件(第一審：東京地判平成 11.12.15 平成 11(ワ)8996、控訴審：東京高判平成 13.6.21 平成 12(ネ)750)

うと、創作者に対するインセンティブが過少となるおそれがある。他方、著作権が付与されたとしても、類似性の判断のところで、ほぼデッド・コピーの事案に限って保護範囲に収めることとすれば、他人の行動の自由を過度に阻害することはないであろう。

この事件は、原告が、被告Bが撮影して被告会社が発行するカタログ「シルエット in 北海道」に掲載された被告写真(被控訴人写真)が、原告写真(控訴人写真)「みずみずしいすいか」についての著作権及び著作者人格権を侵害すると主張して、差止・損害賠償等を請求した事案である。



(原告作品)



(被告作品)

控訴審の認定によれば、この事件において、原告写真と被告写真の共通点は、「前面の中央に半分に切った大きな楕円球の西瓜ないし冬瓜を、切り口を上に向けて配置し、その上には、略三角形に切った6切れの西瓜を傾斜させて一列に並べて配置し、半分に切った大きな楕円球の西瓜ないし冬瓜の後方には、大きな円球の西瓜を配置し、その左後方に、やや小さい円球の西瓜を配置し、半分に切った大きな楕円球の西瓜ないし冬瓜の後方右側には、籐の籠ないしざるに、横長に入れられた楕円球の西瓜ないし冬瓜を配置し、その楕円球の西瓜ないし冬瓜の右前方に小さい西瓜を配置し、後方には、西瓜にからめた葉や花の付いた蔓を配置し、青いグラデーション用紙により背景を夏(盛夏)の青空を思わせる青色としたという全体の構図において共通している。

そして、前面中央の半分に切った大きな楕円球の西瓜ないし冬瓜の上に、略三角形に切った6切れの西瓜を、傾斜させて一列に並べて配置した構図においても、本件写真と被控訴人写真とが共通していることは明らかである。」

他方、両写真の相違点は、やはり控訴審の認定によれば、「前面の中央に半分に切った大きな楕円球のものが、前者では、楕円球の西瓜であるのに対し、後者では、冬瓜である点(相違点①)、上記楕円球のものが、前者で

²⁹ 前述の「イケア製品写真事件」と「スメルゲット写真事件」では、写真はそのまま流用(デッドコピー)されており、著作物性が肯定されている以上、類似性を否定する余地はないので、ここでは検討しない。

は、水平方向に半球状に切られ、そのうえ、上記切り口がV字型に切り欠かれているのに対し、後者では、単に、水平方向に半球状に切られているだけである点（相違点②）、略三角形に薄く切られた西瓜が、前者では、右側に傾斜しているのに対し、後者では、左側に傾斜している点（相違点③）、前者では、中央前面に氷が敷かれているのに対し、後者では、これがない点（相違点④）、上記の大きな楕円球の西瓜ないし冬瓜の後方右側にあるのが、前者では、籐の籠に、横長に入れられた小さな楕円球の西瓜であるのに対し、後者では、ざるに、横長に入れられた大きな楕円球の冬瓜である点（相違点⑤）、右前方の小さい西瓜が、前者では、籐の籠に入れられているのに対し、後者では、入れられていない点（相違点⑥）、光の当て方等について、前者では、配置した西瓜の全体に、水滴が付く程度に水を撒き、右前方から西瓜の表面に光を当てて、西瓜がみずみずしくみえるように工夫されているのに対し、後者では、格別の工夫はなされていない点（相違点⑦）、カメラアングルについて、前者では、中央に配置された西瓜及び薄く切られた西瓜を、やや下方から撮影しているのに対し、後者では、やや上方から撮影している点（相違点⑧）で、それぞれ相違している。」

第一審裁判所は、「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六切れ並べたこと、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……、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」とし、類似性を否定した。

他方で、控訴審裁判所は、「本件写真は、そこに表現されたものから明らかなおと、屋内に撮影場所を選び、西瓜、籠、氷、青いグラデーション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」とし、類似性を肯定した。

播磨喜水写真事件(大阪地判令和 2.1.27 平成 29(ワ)12572)

この事件は、ビジュアル・アイデンティティ(IV)の制作等を目的とする株式会社である原告が、被告並びに被告が後に吸収合併してその権利義務を承継した株式会社ナカシマエナジー及び株式会社播磨喜水からの依頼を受けて制作、納品した制作物に関して、契約違反及び著作権侵害に当たると主張して、差止・損害賠償等を請求した事案である。

原告制作物4と被告制作物4は、いずれも贈答用に包装した播磨喜水の商品を複数組み合わせることで陳列するなどした写真である。

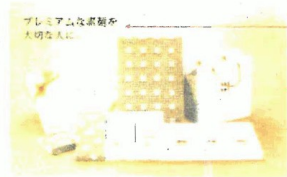
この事件において、裁判所は被写体の組合せ・配置について、以下のよう認定し、類似性を否定した。「しかし、写真に創作性が付与されるのは、被写体の独自性によってではなく、撮影や現像等における独自の工夫によって創作的な表現が生じ得ることによるものであり、被写体の選択や配置上の工夫は、写真の創作性を基礎付けるに足りる本質的特徴部分ではない。したがって、原告が指摘する被写体の配置、構図、背景については、写真の著作物の創作性を基礎付けるに足りる本質的特徴部分とはいえないから、これらの点が共通しても翻案とはならない」。

別紙 対照表 4

株式会社播磨喜水 商品画像関連

当社で制作した商品画像を模倣して類似した画像を制作している。

●当社で制作した商品画像



キャッチコピーが同一

商品の配置構成が同じ

●無断使用例



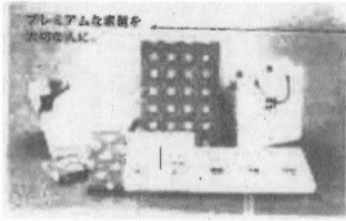
●当社で制作したカタログ



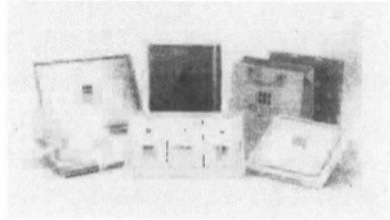
カタログに使用された四角

●無断使用例(ウェブサイト)





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』（勁草書房、2021 年）236 頁より）

廃墟写真事件（東京高判平成 23.5.10 平成 23(ネ)10010）

事案は、「廃墟」を被写体とする写真を撮影する写真家（原告）が、被告が原告各写真と同一の被写体を撮影して被告各写真を作成し、これを掲載した被告各書籍を出版及び頒布するなどした行為に対して、控訴人が自己が有する原告各写真の著作物の著作権及び著作者人格権を侵害するなど主張して、訴訟を提起したというものである。

裁判所は、写真著作物の翻案の該当性について、まず、「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³⁰）」³⁰とし、本件

³⁰ 江差追分事件（最判平成 13. 6. 28 平成 11(受)922）の以下の判旨は、複製権侵害、翻案権侵害の一般的な判断基準となっている。

「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

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」、ここでの表現上の本質的な特徴は「撮影時季、撮影角度、色合い、画角などの表現手法」にあると述べた。

続いて、具体的なあてはめとして、裁判所は以下のように認定した。

原告写真1と被告写真1は、同じく、旧国鉄丸山変電所の内部を撮影対象としたものである。異なるのは、基調ベース(原告のものはモノクロ撮影を強調しハイコントラストにしたものに対し、被告のそれは枯れ葉色をベースにしたカラー写真である)、撮影方向(原告は左方向から、被告は右方向からである)、撮影対象(撮影時期が異なるために写り込んでいる植物等が異なる)である。

原告写真2と被告写真2は、同じ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。裁判所は、「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。」というところから、印象の違いと撮影物の違いに鑑みて、翻案の該当性を否定した。

原告写真3・4と被告写真3・4は、裁判所の認定によると、「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。」

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を翻案したものということとはできない。」

すべきである。」

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



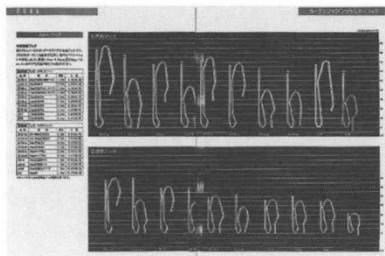
小林伸一郎『廃墟をゆく』（二見書房、2003年）に収録。

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

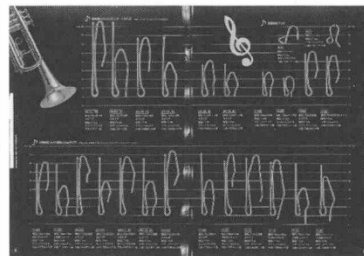
カーテン用副資材商品カタログ事件(大阪地判平成 7.3.28 平成 4 (ワ)1958)

この事件の原告写真と被告写真の共通点は、裁判所の認定によれば、「被告写真1は、罫線を引いた黒の地色を背景にしてカーテンフックを撮影したものであり、左から順に①アルファベットの p に似たカーテンフック、② h に似たカーテンフック、③ p に似たカーテンフック(①よりサイズが小さいもの)、④ h に似たカーテンフック(②よりサイズが小さいもの)の順で配置している点で本件写真1と共通しており(本件写真1のうち甲第一号証六、七頁各上段の写真と被告写真1のうち甲第二号証四頁上段の写

真)、同様に、被告写真 2 は、ロール状に巻いた二本のカーテンテープの芯地を立てて、その一端を若干前方に引き出して上から垂らしたものを、向かって右斜め前方より撮影し、グラデーションによる背景を用いている点で本件写真 2 と、被告写真 3 は、ギャザーテープをカーテンに使用したものと、左側はギャザーを施し右側は平板に引き延ばしたギャザーテープとを上下二段に配した写真である点で本件写真 3 と、被告写真 4 は、バルーンテープをカーテンに使用した写真と、上部はギャザーを施し下部は平板に引き延ばしたバルーンテープの写真とを左右に配したものである点で本件写真 4 と、被告写真 5 は、色の異なる複数のフレンジを切ってつなぎ合わせ、一本のフレンジに見せるように撮影している点で本件写真 5 と、被告写真 6 は、色の異なる複数のタッセルコードを切ってつなぎ合わせ、一本のタッセルコードに見せるように撮影している点で本件写真 6 と、被告写真 7 は、縦に延ばした状態で小さく撮影したタッセルを複数配し、大きく撮影したタッセルをその上部が小さなタッセルの上におおいかぶさるように左下から右上へ斜めに湾曲させて配したものである点で本件写真 7 と、それぞれ共通している。」というところにあった。



本件写真（原告）



被告写真

（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』（勁草書房、2021 年）233 頁より）

以上の共通点に対して、裁判所は、写真著作物の複製又は翻案を判断するのは、絵画の「他人の絵画を人の手で模写する場合」とは異なり、「写真 A の対象物と同一の対象物を被写体として写真 A と同様の撮影方法を用いて写真 B を撮影する場合ではなく、写真 A そのものを有形的に複製する場合であるから、写真 A と同一の被写体を同様の撮影方法を用いて写真 B を撮影したからといって、直ちに写真 A の複製になるとはいいい難い。まし

て、写真Bが写真Aの被写体とは異なる対象物を被写体として撮影したものである場合、被写体が個性のない代替性のある商品であり、同様の撮影方法を用いているからといって、写真Bをもって写真Aの複製であると解する余地はない。原告主張のように、一般人が写真上から被写体の相違を認識することができず、両者の撮影方法の同一性から一方の写真が他方の写真を再製したものであるとの認識を抱くというのは、主として、被写体が個性のない代替性のある商品であることによるのであって、撮影方法が同一のものであることによるのではない」。

結論として、被告写真と本件写真は、被写体の配置、構図の設定等(左から順に①アルファベットのpやhに似たカーテンフックの順で配置している点(写真1)等商品の配置の規律等)はそれぞれ共通しているが、「いずれについても、本件写真の被写体がパロマの商品であるのに対し、被告写真の被写体は被告の商品であるから」、類似性を否定して、著作権侵害を否定した³¹。

³¹ このように、裁判所は、被写体が異なることを理由に、直ちに「写真Aの複製であると解する余地はない」と結論を下している。学説ではこの判断に対しては批判的な見解が述べられることが少なくない(写真の表現の類似性の判断は、形式的な被写体の同一性に過度に依拠すべきではないとするものとして、茶園成樹[判批]著作権研究 25号(1999年)214頁を参照)が、類似性を否定した結論は支持されている(茶園・前掲 215～216頁、上野＝前田・前掲注10)232～233頁[上野執筆部分]を参照)。

この事件の原告写真と被告写真の被写体は、個性のない代替性のある同類型の商品であり、それが両写真における重要な要素を占めているために、両写真は印象としてはよく似ているようにも見える。しかし、この種の商品のカタログを作成することを著作権で独占させるべきではないとすれば、被写体考慮説に与したとしても、本件における被写体の共通性はなおアイデアと目すべきであり、ゆえに、被写体に関する他の工夫と撮影手法の共通性にまで立ち入った判断が必要であると解される。そして、原告写真と被告写真の被写体に関する工夫について見ると、サイズを交錯させて配列するという大まかな順序、サイズを示すための線引き、商品であるフックを目立たせるためにコントラストのある背景を選択する点など、抽象的なレベルでは共通性が認められる。たしかに、サイズや形状に基づく配列方法や、サイズを表示する線の引き方などにおいて多少なりとも似通ったところがあるが、これらもやはり著作権の独占に馴染まずアイデアに止まると解すべきであろう。より具体的なレベルに目を向ければ、フックの配列順、線引きの間隔、背景の構成な

ii) 写真対イラスト

以下は、写真の類似性を比較する際に、写真における創作的表現の考慮をより明確にするため、写真とイラストを比較した裁判例を別の類型として検討する³²。

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)

この事件は、アマチュア写真家である原告が、被告らが、原告の撮影した写真集『京乃七月』の表紙に用いられた原告写真を利用したことが原告の有する著作権及び著作者人格権の侵害に当たると主張した事案である。

この事件で、裁判所は「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」と述べしつつ、保護されたのは「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」するものと限定した。

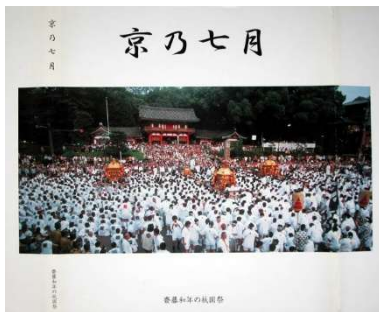
具体的には、「本件写真は被告八坂神社の境内の西楼門の正面よりやや斜めの位置で、アーケードの上に撮影ポジションをおき、子供神輿と神官の姿を明確にとらえることができるようにし、また、被写体を広角域で捉えてその遠近感を強調するために広角レンズを用いて、被告八坂神社の境内の西楼門から 4 基の神輿までの全体にピントが合うように奥行きを広げ、さらに、夕方 6 時以降の時刻であることを考慮して、ASA400 のフィルムにより、1/15 秒のシャッタースピードで撮影されたものである。」

どにおいて具体的な工夫に差異があり、著作物としての表現の同一性は認められない。ゆえに、類似性を否定した裁判所の判断は妥当であると評価できる。

³² なお、写真と絵画の類似性判断に関する従来の裁判例の位置付け方として、類似性の低い順から、[創価学会ウェブ写真事件](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)(類似性否定)、[コーヒーを飲む男性事件](類似性否定)、[八坂神社祇園祭ポスター事件](類似性肯定)と並べる評釈もある(鮑・前掲注 9)237～241 頁)。[創価学会ウェブ写真事件]と[八坂神社祇園祭ポスター事件]に関する同様の整理は、比良友佳理[判批]知的財産法政策学研究 25 号(2009 年)143～145 頁にも見られる。

「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ところにあると認められる。」

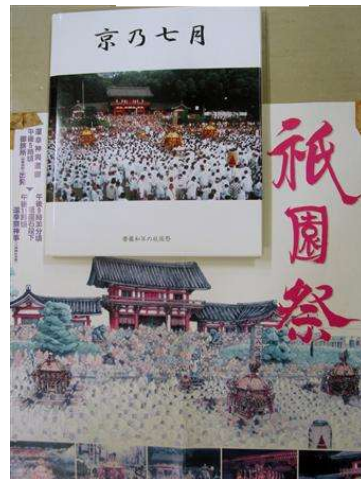
本件写真



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

本件写真（上）

本件水彩画（下）



<http://www.shikoku-np.co.jp/national/social/photo.aspx?id=20080313000406&no=>より

この事件において、裁判所は、まず、「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」と認定した。具体的には、「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。これに対して、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。」

その上で、裁判所は、「祇園祭における神官の差し上げの直前の厳粛な

雰囲気を感じ得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」として、厳粛な雰囲気が直接感得できるというところをもって、類似性を肯定した。

コーヒーを飲む男性事件(東京地判平成 30.3.29 平成 29(ワ)672)

この事件は、写真素材「コーヒーを飲む男性」を含む計 75 点の写真素材を収録した写真素材集 CD を販売している原告が、被告がインターネット検索で見付けた本件写真素材のサンプル画像を参照してイラストを作成し、同人誌イベントに出品する小説同人誌の裏表紙に掲載して同イベントで 50 冊を販売したことが著作権侵害に当たると主張して、損害賠償を請求した事案である。

裁判所は、本件写真の表現上の本質的特徴は、「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認められる」と認定した。

具体的に、複製または翻案の判断にあたっては、本件イラストと本件写真の共通点は、「右手にコーヒーカップを持って口元付近に保持している被写体の男性の、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」である。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。

裁判所は、以上により、「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」とし、複製権、翻案権侵害を否定した。



3) 本判決の位置付け

従来の裁判例を見ると、[みずみずしいすいか写真事件]以降、大体において、被写体の選択・組合せ・配置、構図、カメラアングル、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、色彩の配合等の要素から近似度が評価されてきた。以下では、以上の要素から従来の裁判例における写真の近似度を検討する。

第一に、被写体の選択・組合せ・配置の差異から従来の裁判例について検討する。

[みずみずしいすいか写真事件]において、「前面の中央に半分に切った大きな楕円球の西瓜ないし冬瓜を、切り口を上に向けて配置し、その上には、略三角形に切った6切れの西瓜を傾斜させて一列に並べて配置し、半分に切った大きな楕円球の西瓜ないし冬瓜の後方には、大きな円球の西瓜

を配置し、その左後方に、やや小さい円球の西瓜を配置し、半分に切った大きな楕円球の西瓜ないし冬瓜の後方右側には、籐の籠ないしざるに、横長に入れられた楕円球の西瓜ないし冬瓜を配置し、その楕円球の西瓜ないし冬瓜の右前方に小さい西瓜を配置し、後方には、西瓜にからめた葉や花の付いた蔓を配置し、青いグラデーション用紙により背景を夏(盛夏)の青空を思わせる青色とした」「前面中央の半分に切った大きな楕円球の西瓜ないし冬瓜の上に、略三角形に切った6切れの西瓜を、傾斜させて一列に並べて配置した構図においても、本件写真と被控訴人写真とが共通していることは明らかである」という全体の配置において共通しているが、それはアイディア程度にすぎない。切られたスイカの向き、前面の中央に半分に切った大きな楕円球の果物の種類、後ろの果物の種類と並べ方等においては異なる。以上に鑑みると、この事件において被写体の選択・組合せ・配置の近似度はかなり低いと評価できよう。また、この事件における構図とカメラアングルについて差異も大きく見られよう。

[播磨水喜写真事件]において、商品パッケージを前後二列で陳列するところ、左後ろの商品がやや斜めに、中央の商品を直立させるところが近似している。

しかしながら、商品の数、特に右後ろの商品の一列の商品の数、商品の向き、具体的には、原告写真の右後ろの商品は一個で右向きであり、被告写真の右後ろの商品は二個で左向きである。また、前左側と前右側の商品の並べ方も明らかに異なる。被写体の選択・組合せ・配置に関する工夫の近似度について、この事件は[みずみずしいすいか写真事件]に近いといえよう。

第二に、被写体の選択・組合せ・配置についての近似度が[みずみずしいすいか写真事件]と[播磨水喜写真事件]より高いが、構図・カメラアングルが異なる裁判例に目を転じてみよう。

[廃墟写真事件]において、原告写真1と被告写真1の撮影対象は同じく、旧国鉄丸山変電所の内部である。撮影時季は異なる故に、写し込まれている対象も植物があったりなかったりと相違している。撮影時季と植物の有無以外、被写体の選択・組合せ・配置について違いはほぼないであろう。しかし、撮影方向について、原告は左方向からで、被告は右方向からであり、構図とカメラアングルについて差異が見られよう。

[カーテン用副資材商品カタログ事件]において共通するのは、p に似た

カーテンフックと h に似たカーテンフックを配列しているところである。こうした配列はアイデアの範囲に属するに止まる。具体的な配列の数量、順番については差異が大きく見られうる。

また、この事件の背景の作成において、カーテンフック等を強調するための色の選択、サイズを表現するための横線の設計については共通している。しかし、具体的な色、背景の柄等については差異が大きであろう。なお、この事件において、構図から見ると、商品が画面を占める割合、位置等が異なるが、カーテンフック等を表現するためのカメラアングルについては画像から大きな差異も見られない。

第三に、構図・アングルがある程度似ているが、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、色彩の配合等の要素が異なる従来の裁判例を整理する。

まずは、[廃墟写真事件]において、原告写真 2 と被告写真 2 は、同じく建物右下方向からの撮影であって、構図は近似しているし、色合いとコントラストも近似していると評しうる。

次に、[コーヒーを飲む男性事件]において、構図・アングルがかなり似ているが、裁判所は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による類似性を判断している。具体的には、裁判所は①被写体と光線の関係、②写真の色彩が表現されていない、③被写体と背景とのコントラストが表現されていない、④被写体の細部まで再現されていない：頭髮の流れやそこへの光の当たり具合が再現されておらず、鼻や口も再現されていないことをもって類似性を否定した。

しかし、[八坂神社祇園祭ポスター事件]では、裁判所は創作的表現を、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を選択等の工夫にあると述べ、全体の構成から細部まで似ていること、及び厳粛な雰囲気が直接感得できることの 2 点から、類似性を肯定した。

したがって、[みずみずしいすいか写真事件]を除けば、被写体の選択・組合せ・配置、構図、カメラアングル、シャッターチャンスの捉え方、被写体と光線との関係、陰影の付け方、色彩の配合等の要素が細部まで近似する場合に限って、類似性が肯定されていると考えられる。

本件単語帳写真においては、単語カードを扇状に広げることや、裏表紙のカードを隣に並べるという配置は、原告写真や被告写真の中では創作的

表現の体現とはなりうるものの、共通するところについてはアイディアというべき水準程度にとどまり、具体的な表現に至るまで近似しているとはいえないであろう。また、本件カメラアングルは真正面からで、ライティングは右上からであると判断できるが、具体的な光線の調整・陰影の付け方、色彩の配合、素材と背景のコントラスト等において被告画像3とはかなり異なる。こうした近似度はいずれも、従前の裁判例の中間、又は近似度の最も低い側に位置している³³。換言すれば、より限界線に近い事例において既に類似性が否定された例が過去に存在する事案であるといえるため、その意味で、従前の裁判例の趨勢に鑑みれば、本件において類似性を否定することに疑問の余地はないといえよう³⁴。

³³ 例えば、[カーテン用副資材商品カタログ事件]と比較すると、両事件は共に同一と評価しうる商品を扱っているものの、その配列の仕方において相応に近似していた[カーテン用副資材商品カタログ事件]に比すると、本件の両写真における配列の仕方は相対的に隔たりがある。

[廃墟写真事件]と比較すると、同事件の裁判所は、風景写真において被写体は同じであるものの、季節の変化による被写体の要素、撮影方向、構図といった工夫に差異が見られ、写真作品の印象に大きな違いをもたらすということを類似性を否定する方向に考慮している。これに対して、本件における被写体の配置は、画像のテンプレートを利用したものであり、取り外して並べられたのが表紙や裏表紙の写真面か、単語カードの韓国語単語が記載された面か、その枚数、色彩及び配置、金具のリングを要として扇状に広げられた単語帳がその右側に配置されているか左側に配置されているか等の配置、同単語帳の1枚目のカードに印刷された写真内容、同単語帳の単語カードの枚数、色彩、扇状の広がり方等の差異は明らかであり、被写体に関して撮影者の手がほぼ加えられていない[廃墟写真事件]に比して、両写真の隔たりは大きいといえよう。

³⁴ なお、本判決の類似性を否定する論旨の運びは、「単語帳から取り外した一部の表紙等を並べてその横に単語帳を扇状に広げて置くなどの点で商品の見せ方」をアイディアとしており、「取り外して並べられたのが表紙や裏表紙の写真面か、単語カードの韓国語単語が記載された面か、その枚数、色彩及び配置、金具のリングを要として扇状に広げられた単語帳がその右側に配置されているか左側に配置されているか等の配置、同単語帳の1枚目のカードに印刷された写真内容、同単語帳の単語カードの枚数、色彩、扇状の広がり方及び陰影等」(すなわち、「その素材の選択・組合せ・配置、光線の調整・陰影の付け方、色彩の配合、素材と背景のコントラスト

4) 結びに代えて

i) 被写体非考慮説 vs 被写体考慮説

① 序

ところで、写真著作権の保護範囲については、従来から、被写体非考慮説と被写体考慮説の対立が存在する³⁵⁾。とりわけ、近時は、被写体に関する工夫と撮影手法・画像処理に関する工夫を区別なく、創作的表現であるか否かということのみを判断すれば足りるとする総合考慮説も提唱されている³⁶⁾。この総合考慮説は、分類としては被写体考慮説の一種と理解してよいだろう³⁷⁾。本判決も、後述するように、被写体考慮説あるいは総合考慮説に分類しうる説示をなしているので、最後に、これらの見解の対立に関して考察を加えておきたい。

② 裁判例

ここで、裁判例における被写体の組合せ・配置等ほかの要素の取扱いについて検討すると、以下のとおりとなる。

ト等」である)は表現としている。その上で、右表現が「異なるから、被告画像 3 の表現上の本質的特徴を直接感得させるものとはいえない。なお、原告画像 3 で選択された素材のうち、本件商品 3 の表紙を正面から撮影した画像部分のみは被告画像 3 と共通するが、その画像自体は・・・平面的な上記表紙を忠実に再現したのみで創作性が認められない部分であるから」と論じることにより、類似性を否定している。このような論理の展開に鑑みると、本判決は創作的な表現の共通性がないことを基準としており、本質的特徴の直接感得性は独自の機能を発揮していないように読める。もちろん、そうはいっても、明示的に本質的特徴の直接感得性が独立した基準とはならないとまで明言したわけではない。ゆえに、本判決をして、本質的特徴の直接感得性基準の独自性否定説に与したとまでは言い難い(本質的特徴の直接感得性基準の独自性肯定説と否定説の対立につき、参照、田村・前掲注 19) 168～173 頁)。

³⁵⁾ 被写体考慮説に立つものとして、三山・前掲注 21) 80 頁、小泉・前掲注 21) 254 頁、島並ほか・前掲注 3) 59 頁[横山執筆部分]等がある。被写体非考慮説に立つものとして、田村・前掲注 3) 96 頁、高林・前掲注 21) 26～28 頁、高林龍＝三村量＝竹中俊子編『現代知的財産法講座 I 知的財産法の理論的探究』(日本評論社・2012 年) 227～230 頁[駒田泰士執筆部分]がある。

³⁶⁾ 谷川和幸[判批]知的財産法政策学研究 39 号(2012 年) 359～360 頁、酒井・前掲注 5) 282 頁。

³⁷⁾ 鮑・前掲注 9) 243 頁を参照。

まず、被写体非考慮説に立つことを明言する裁判例として、[みずみずしいすいか写真事件]第一審判決があるが、他の多くの裁判例はむしろ被写体考慮説に与していると理解できる。

例えば、前述[廃墟写真事件]の裁判所は、風景写真について、「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、撮影者の工夫が施されていない被写体の選択・配置を考慮範囲から排除する考え方を呈示している。逆にいえば、被写体に関する工夫がなされていれば、それを保護範囲に影響させる論理が示されていると読むことができるだろう^{38 39}。

³⁸ これに対して、同判決を「被写体を考慮に入れてはいけない」と読む理解としては、鮑・前掲注9)244頁がある。

³⁹ ところで、同判決は、具体的な当てはめにおいては、撮影時期が異なることから写し込まれている植物を考慮に入れている（「裁判所は、ススキの有無を一つの重要な差異として取り上げて類似性を否定している」とするものとして、谷川・前掲注36)354頁）。しかし、ススキは自然物であるから、「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」ではなく、ゆえにこの点に関する具体的な当てはめをいかに評価するかということは検討を必要とする箇所である。

もっとも、この事件における原告と被告の写真は、写真内における廃墟の撮影された角度から推察するに、全く同一の位置から撮影したというわけではない。そうだとすると、原告写真であっても、被写体であるススキの配置はそのままに、多少、撮影位置を変えることにより、ススキが写らないか、あるいは目立たない構図とすることは可能であったかもしれない。そうすると、ススキの写り込みの有無は、被写体の配置の問題ではなく、構図の問題ということになり、ゆえに撮影者の工夫が施されていない被写体の配置を保護範囲の考慮要素から除くという一般論を展開した裁判所が、躊躇いもなくススキの有無を考慮することができたのだと理解することができるかもしれない。このように配置と構図との差異は微妙であり、裁判例の中には、構図と配置を区別なく取り扱うものもある。例えば、[コーヒーを飲む男性事件]では「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」という文言がある。

なお、この事件とは異なり、ススキに関して何らかの人為的な働きがされていた

他の裁判例においても、被写体に関する工夫を考慮に入れる裁判例が少なくない⁴⁰。本判決も、抽象論としては、「被告画像3の表現上の本質的特徴は、・・・本件商品3を撮影する際の被写体の選択・組合せ・配置、光線の調整・陰影の付け方、背景の選択等を総合した表現に認められる」と述べており、被写体考慮説に立っていると理解できる。その上で、具体的に原告写真と被告写真を比較する際には、被写体の配置・構図等を斟酌するに止め、被写体の選択において両者が共通していること考慮に入れていない⁴¹ ⁴²。この点で、本判決は、被写体考慮説、中でも総合考慮説の考え方

場合であれば、ススキの配置自体は著作物として評価しづらいから、その配置の類似性を著作権の保護範囲に勘案してよいか否かは、被写体考慮説と被写体非考慮説のいずれの見解に与するかによって異なることになる（谷川・前掲注36）355頁を参照）。

⁴⁰ 例えば、[スメルゲット写真事件]の控訴審判決において、裁判所は、「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、被写体の組合せ・配置だけではなく、被写体の選択も考慮要素に入れている。また、[カーテン用副資材商品カタログ事件]においても、裁判所は商品の背景や配置の仕方について評価している。さらに、[イケア製品写真事件]においては、裁判所は「原告写真A1、A2等については、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などの工夫が凝らされている」と述べ、被写体の配置に工夫があることを創作性の要素として認めている。

⁴¹ 本件における単語帳は撮影者が創作したものではなく、ゆえにそれを撮影することを著作権により独占させることは、後続の利用の自由を確保するという意味でも、創作していないものに権利を与えるわけにはいかないという意味でも、正当化することができるものではなく、ゆえに単語帳を撮影すること自体はアイディアに属するものといわなければならない。

⁴² 「被告画像3の表現上の本質的特徴は、・・・本件商品3撮影する際の被写体の選択・組合せ・配置、光線の調整・陰影の付け方、背景の選択等を総合した表現に認められるところ、画像テンプレートを利用して作成された原告画像3は、単語帳から取り外した一部の表紙等を並べてその横に単語帳を扇状に広げて置くなどの点で商品の見せ方に関する基本的なアイディアに被告画像3との共通点はあるが、取り外して並べられたのが表紙や裏表紙の写真面か、単語カードの韓国語単語が記載された面か、その枚数、色彩及び配置、金具のリングを要として扇状に広げられた

に近いと思われる。被写体の選択に加えて、配置等に関しても相当の違いがある本件において類似性を否定するところは従来の裁判例における取扱いと軌を一にする。すなわち、本件は従来の多くの裁判例と同様に、被写体考慮説の被写体に関する工夫も写真の保護範囲に入れる(もしくは、写真の意味で創作的表現に評価できる)という考え方を採用したと考えてよいだろう⁴³。

以上の裁判例から見ると、一般論として、被写体考慮説が採用されているということができよう。もっとも、具体的な当てはめにおいて、実際に被写体に関する工夫を理由として類似性を肯定する裁判例は[みずみずしいすいか写真事件]に止まっており、その意味で、多くの裁判例における被写体非考慮説に関する説示は⁴⁴、厳密に言えば傍論であるともいえよう。

単語帳がその右側に配置されているか左側に配置されているか等の配置、同単語帳の1枚目のカードに印刷された写真内容、同単語帳の単語カードの枚数、色彩、扇状の広がり方及び陰影等で異なっていることが一見して明らかであって、その素材の選択・組合せ・配置、光線の調整・陰影の付け方、色彩の配合、素材と背景のコントラスト等において被告画像3と異なるから、被告画像3の表現上の本質的特徴を直接感得させるものとはいえない。なお、原告画像3で選択された素材のうち、本件商品3の表紙を正面から撮影した画像部分のみは被告画像3と共通するが、その画像自体は、被告画像1、2及び4ないし10について検討したと同様、平面的な上記表紙を忠実に再現したのみで創作性が認められない部分であるから、同画像部分が共通しているからといって、原告画像3が被告画像3と類似しているとは到底認められない。したがって、一審原告が原告画像3を原告サイトに掲載したことが、被告画像3に係る一審被告の著作権を侵害するものとは認められない。」

⁴³ もっとも、この判決の事案では、結論として、本件の被写体に関する工夫(の共通する部分)は到底創作的表現とは評価できない。したがって、事実と結論の関係から見れば、被写体考慮説に関わる説示は傍論と目されるものといわざるをえない(被写体に関する工夫の同一性や類似性が結論として保護範囲に影響するかどうかにより、被写体考慮否定説に立つものかどうかを判別する考え方は、鮑・前掲注9)247頁を参照)。

⁴⁴ 被写体に関する工夫を理由として類似性を肯定する他の裁判例として、東京地判平成16.6.25平成15(ワ)4779[出る順シリーズ]がある。原告は、被告各写真が、原告各写真(ここでいう「写真」は、判旨においては「イラスト」と表現されている。しかし、原告の提出写真及び裁判所の事実認定によれば、当該著作物は立体物のイラ

ストを撮影した写真の著作物である。そこで、本稿では、後続する「写真対イラスト」の類似性判断との区別を明確にするため、原告著作物及び被告著作物を便宜上「写真」と称する。）の複製物ないし翻案物であるとして、著作権ないし著作者人格権に基づき、被告 LEC に対して本件各書籍の一部の出版等の差止めを求めるとともに、被告らに対し、損害賠償金 1,610 万 2,000 円及び遅延損害金の連帯支払並びに謝罪広告の掲載を求めたという事案である。



この事件における原告写真と被告写真の共通点は、裁判所の認定によれば、「全体として、立体の人形が、左手で立体の家を肩の高さに持ち上げている状態のものを写真で撮影したものである点、人形は、肌色一色で目、鼻、口の書き込み等細部を省略してデフォルメされ、胴体部分、脚及び腕が下に行くほど太いA型の体型をし

③ 考察

本稿は、被写体考慮説の中でも、被写体に関する創作がなされている場合には、それを考慮して保護範囲を確定する見解⁴⁵を支持する。その理由

ており、頭が小さな球状で、脚及び腕が人形の背丈の約2分の1ほどの長さで、手足は頭より大きいひしゃげた球状をしていること、上半身が中心線から右側に傾き、左腕の肘部分を曲げて手のひらを真上に向けて肩の高さで物を持ち上げるポーズをしていること、左手の上に三角屋根と格子状の青色の窓が施された複数の家が配置され、手のひらのすぐ上に配置された家の屋根の稜線部分に支えられるように別の家が載っていること、左斜め上にライティングを施し、人体及び人体の左手の上の家の右側部分に影を作るように撮影されていること等の点において共通である」とされている。他方、相違点としては、人形の素材表現、上半身の向き、右腕の位置、脚の構え及び左手上の家の数等が挙げられる。

そして、裁判所は、類否について、次のように述べて類似性を認めた。「原告イラスト1と被告イラスト1の共通点のうち、立体の人形を左斜め上にライティングを施して撮影する表現方法、人形を、頭や手足を球状ないしひしゃげた球状にしてデフォルメする表現方法、人形に物を持たせる表現方法等は、美術の著作物としてありふれた表現方法であって、かかる点が共通していることのみをもって被告イラスト1が原告イラスト1に類似しているということとはできない。しかしながら、人形を肌色一色で表現した上、人形の体型をA型にして手足を大きくすることで全体的なバランスを保ち、手のひらの上に載せた物が見る人の目をひくように強調するため、左手の手のひらを肩の高さまで持ち上げた上、手のひらの上に載せられた物を人形の半身程度の大きさに表現するという表現方法は、原告の思想又は感情の創作的表現というべきであり、原告イラスト1の特徴的な部分であるといえることができる。」

被告イラスト2ないし11についても、同様の理由により、原告著作物との類似性が認められた。

この事件において裁判所は、撮影手法に関してはライティングのみを評価している一方で、被写体の体型・ポーズ・デフォルメ・配置等被写体に関する工夫をもって類似性を肯定した。この点から、本判決は被写体考慮説に立つ裁判例と評価できよう。しかしながら、もっとも、被写体考慮説と被写体非考慮説との帰結の違いは、それ自体として著作物性が肯定しえない場合にこそ際立つのである(谷川・前掲注36)353頁を参照)。この事件のように、被写体それ自体が彫刻の著作物として評価されうることが明らかな事案においては、被写体考慮説と被写体非考慮説のいずれを採用しても侵害が肯定される。その結果、両説を区別して検討する実益は失われる。したがって、本判決は被写体考慮説を支持するものではあるが、両説の妥当性を検討する素材としては、さほど有益なものとは言い難い。

は、以下のとおりである。

まず、被写体非考慮説の主張は、写真家が自ら創作したわけではない被写体に関しては、正鵠を射ていると考える。そのような被写体の共通性を根拠に写真の著作物の保護範囲を広げることと認めてしまうと、選択された被写体を独占することで、他者の自由を過度に阻害しかねないからである。また、特に被写体が自然物となる場合には、こうした選択に対して著作権を主張すれば、後続の写真家の活動を過度に阻害することになろう⁴⁶。一方で、被写体が創作されたものではない以上、そこに着目して著作権の保護範囲を構築しなくても、創作に対するインセンティブが削がれるとは言い難い^{47 48 49}。これに対し、[八坂神社祇園祭ポスター事件]に見られる

⁴⁵ 学説として、被写体考慮説を主張するものの中では、被写体に関するアイディアは保護されるべきではないが、被写体に関する工夫は写真の「具体的な表現の形成に実質的に寄与するもの」となる場合には、著作物性の根拠になるものと解されるという議論がある（島並ほか・前掲注 3）58～59 頁）。

その他、総合考慮説を主張する学者も、常に被写体の選択を考慮するわけではなくと述べるものがある（谷川・前掲注 36）361 頁）。

⁴⁶ 田村・前掲注 3）95～96 頁を参照。

⁴⁷ 具体例として、裁判例において、[みずみずしいすいか写真事件]控訴審以外、ほぼ全ての裁判例は被写体の選定について創作的な表現とは認めていない。特徴的なのは、[廃墟写真事件]である。原告の廃墟建物の発見まで大量の労力が投下されたという主張に対して、裁判所は「控訴人がその先駆者であるか否かは別としても、廃墟が既存の建築物である以上、撮影することが自由な廃墟を撮影する写真に対する法的保護は、著作権及び著作者人格権を超えて認めることは原則としてできないというべきである」と述べ、これを採用しなかった。

⁴⁸ 著作権の根拠としては、田村・前掲注 3）6～8 頁を参照。

⁴⁹ 被写体非考慮説から、次のような反論もありうる。第一に、被写体と写真の表現は、原著物と二次的著作物のように、被写体が写真の表現に融合しているのにすぎないとする。第二に、仮に光景の選択に創作性を認めるにしても、それは写真著作物ではなく、編集著作物に分類されるべきであるとする。第三に、アングルの選択によって認識される光景も、撮影前に視認可能であり、撮影によって新しい表現を生じるわけではないとする（駒田・前掲注 35）228～229 頁を参照）。

しかし、これらの主張には次のような疑問が残る。第一に、「被写体が融合しているにすぎない」とする点は、写真の創作性判断から被写体に関する工夫を排除すべき理由にはならず、同説の根拠としては不十分である。第二に、光景選択に創作性

ような、変化する風景の中において一瞬を捉える切り取り方に基づいて類似性を肯定する判断手法は、被写体非考慮説の立場からしても是認しうると考えられる⁵⁰。

しかし、被写体非考慮説は、写真家自らが被写体について、例えば、被写体の組合せ・配置などの点で創作的な工夫を施している場合についてまで、それを保護範囲にカウントしない点で採用するをえないと考える。被写体に関する創作に基づいて類似性を拡大したところで、写真家が自ら創作した部分は、被写体の性質からの制約も受けているが、写真家の個性を体现する余地が大きいといえよう。また、被写体に関する工夫を区別することは困難であり、また区別する必要もないことから、被写体考慮説を採るのが妥当であると思われる⁵¹。

を認めながら、あえて写真著作物ではなく編集著作物に分類する必要性には疑問が残る。第三に、撮影前に存在する光景は確かに視認できるが、それは撮影の機械性の反映にすぎず、撮影によって固定されることで写真の表現となりうる。撮影前に視認できるかどうかを創作性判断の区別の根拠とすることはできない。

⁵⁰ とはいえ、被写体非考慮説に立つ見解の中にも、変化する自然光景におけるシャッターチャンスの選択も、名画等被写体の選択と同様に評価しうるとし、これをもって写真の創作性を導く根拠にはならないとして、こうした一瞬を捉える工夫まで保護範囲の中に含めないとする、より厳格な考え方が存在する(駒田・前掲注 35) 229 頁を参照)。

しかし、「シャッターチャンスの選択」を被写体の選択と同視する考え方は、「一瞬を捉える」ことのみに過度に着目しており、実際にはシャッターチャンス、フィルターその他の撮影手法の決定を含む撮影に関する工夫を過剰に抽象化する危険がある。その結果、写真の保護範囲を過度に限定し、撮影者の創作インセンティブを損なうおそれがある。また、変化する自然光景の一瞬を固定する行為に一定の保護を与えても、後続者の自由を過度に妨げるものではない(谷川・前掲注 36) 362 頁を参照)。

また、風景の変化は相対的なものであるとする主張もありうる(同・前掲注 36) 363 頁を参照)。

⁵¹ 創作の過程等によって、被写体に関する工夫と撮影手法に関する工夫を分離することが困難である点は、被写体の選択・配列と構図等の関係から理解することができる(裁判例としては、前掲注 39)の[廃墟写真事件]の判旨の読み方がその一例であり、学説としては、酒井・前掲注 5) 272～275 頁を参照)。また、区別する必要性が乏しい点については、写真の著作物という性質に過度にこだわることなく、具体的な写真作品ごとに本質的特徴は何かを個別具体的に評価する態度こそが求められ

さらに、写真家が自ら創作した部分に保護を与えたとしても、他者の自由を過度に阻害することはないであろう。かえって、こうした工夫に対する保護を否定してしまうと、創作に対するインセンティブを過度に阻害することになる。本来自由にアクセスできるはずの被写体を独占させてはならないという懸念に関しては、被写体に関する工夫に止まらず、写真の創作過程における各種の要素を保護範囲の確定の際に考慮することで対応することが可能であろう⁵² ⁵³。

なお、被写体非考慮説の立場から被写体考慮説に対しては、以下のような反論がなされている。

まず、被写体が美術の著作物に該当する場合には、被写体の著作者と写真の著作者が異なるため、権利関係は複雑になりかねない⁵⁴。しかし、その場合、被写体考慮説の下でも、被写体である美術の著作物が原著物となり、それを撮影した写真が当該被写体を原著物とする二次的著作物になるというに止まる。この程度の権利関係は、著作権の世界一般に見られるものであり、特にこの場面に限って異とする必要はない。

また、被写体が機能的な実用品である場合、一般的な理解に従えば著作権の保護を受けることはできないが、写真に撮影されたものと、その保護範囲のなかでという限定はあるものの、著作権の保護が可能になる。それは平仄が合わないのではないか、という反論もありえよう。

しかし、そもそも実用品に対して著作権の保護が否定される主たる理由は、登録意匠制度や不正競争防止法のデッド・コピー規制との役割分担に求められる。登録意匠権による保護は、出願と登録が必要である反面、業としての所定の実施行為を禁止しうるに止まり、その保護期間は出願後 25 年を限度とする。デッド・コピー規制は登録が不要であるが、禁止される行為は販売等に限定されており、保護期間も販売開始後 3 年と短い。そのような中、出願も登録も不要であり、業としての行為に限らず広汎に禁止権が及び、保護期間も著作者の死後 70 年を原則とするなど長期にわたる著作権の保護を安易に認める場合には、たしかに、登録意匠制度やデッド・

ているはずである（谷川・前掲注 36）359～360 頁を参照）。

⁵² 酒井・前掲注 5）272 頁を参照。

⁵³ 構図の決定と被写体の決定との関係について、酒井・前掲注 5）272～273 頁を参照。

⁵⁴ 田村・前掲注 3）96 頁、鮑・前掲注 9）247 頁を参照。

コピー規制の意義を過度に失わせることになりかねないであろう⁵⁵。もっとも、被写体考慮説はあくまでも写真の著作物の保護範囲を被写体の共通性にまで拡張しようとするに止まる。写真の著作物として利用される場合に限って権利を及ぼそうとするにすぎないのだから、その限度で業としてではない行為等に規制が及んだり、保護期間が長期に及んだとしても、登録意匠制度やデット・コピー規制の趣旨を損ねるとまで論難する必要はないのではないか。そして、その程度の保護が与えられたからといって、写真の著作物として利用されるに止まらない行為に対してまで保護を実現する登録意匠制度やデット・コピー規制の存在意義が失われることもないと考える。

⁵⁵ 著作権法による保護と意匠法による保護の調整の必要性は、田村善之「現代美術と著作権法」民事判例Ⅲ(2011 年)109～111 頁、同「タコの形状を模した滑り台の著作物性を否定した知財高裁判決について」知的財産法政策学研究 66 号(2022 年)41～44 頁を参照。