

著作権法における写真の創作性
— 写真の創作性判断への「表現の選択の幅」論の適用可能性 —

鈴木康平*

Originality of Photograph in Copyright Act: Application Possibility of Concept of
Range of Choice of Expression to Judgment of Originality of Photograph

Kohei SUZUKI

抄録

本稿では、新しい創作性概念である「表現の選択の幅」説を用いて、写真の著作物の創作性判断について考察を行った。「表現の選択の幅」は、ある著作物の表現に対して、第三者に表現の選択の幅が残されている場合に創作性を認めるというものである。本稿では、写真の創作性判断を検討するにあたって、創作性を認めるか学説上争いがある写真の被写体の選択に関して検討した。関連する事例を検討した結果、写真の被写体の選択に創作性を認めることが妥当であるという結論に達した。被写体に関する考察を踏まえた上で、「表現の選択の幅」の概念は、被写体の選択など、制作の過程で何かを選択する行為が必須となる写真においては、写真の創作性がより認められやすくなると考えられる、という結論に至った。また、「表現の選択の幅」の概念上、被写体が客観的に見て特徴的であり、他の競争者に選択の余地があれば創作性は肯定される。しかし、選択の幅がないと考えられるものであっても、別の面から見れば選択の幅があると考えられることもでき、客観的に見て特徴あるものを選択しただけで創作性が認められるとするのは望ましくない。選択に幅があり、その選択が客観的な特徴を得ることに貢献した場合に創作性を認めることが望ましいであろう。

Abstract

This study examined the originality of the photograph. Especially, the author focused on the concept of "range of choice of expression". This is a concept that recognizes the originality when there is a choice of expression to others. In order to examine the originality of the photograph, this study examined the choice of the subject of the photograph which has a fight whether you recognize the originality in a theory. As a result of having examined related precedents, the author reached a conclusion that it is proper to recognize originality in the choice of the subject of the photograph. After having been based on this consideration, because the photograph has to choose something, the author reached the conclusion that it was thought that the originality of the photograph became easy to be recognized more by using the concept. And, if a subject is characteristic objectively, and other competitors have range of choice, the originality is recognized in the concept. However, you can think that there is a range of the choice from another side even if it is thought that there is not. It is undesirable to recognize originality just to choose characteristic objective things. Therefore, when there is range of choice and the choice contributes to get an objective characteristic, it would be desirable to recognize originality.

*筑波大学大学院図書館情報メディア研究科博士前期課程
Master's Program
Graduate School of Library, Information and Media Studies
University of Tsukuba

1. はじめに

著作物とは、「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいう」（著作権法2条1項1号）と著作権法では定められている。写真は単にカメラを被写体に向けて撮影するだけで制作できるため、著作物としての地位が低いとされ、保護期間が他の著作物と比べて短期間だった¹。現在は他の著作物と同じく著作者の死後50年保護されるが、絵画等に比べて創作性が争われる事例が多くみられ、その創作性をどこまで認めるか争いがある。本稿では、写真の創作性について争いがある被写体の創作性に関して検討した上で、新しい創作性概念である「表現の選択の幅」説の写真著作物への適用可能性を検討する。

2. 創作性概念

2.1 従来の創作性概念

従来、創作性が認められるには著作者の個性が表れていれば足りると解されている^{2,3}。しかし、文学や音楽などの著作物は別として、プログラムの著作物やデータベースの著作物などは著作者の思想・感情が表現されているとは考えにくい。このような従来の創作性概念は、「ありふれた表現のように著作者の権利によって保護することが適切でない表現を保護対象から除外するということを意味するものである」⁴と解される。すなわち、創作性を保護するというよりも、ありふれた表現を除外するという目的で創作性概念が用いられていることを意味する。

2.2 新しい創作性概念

新たな創作性概念として、「表現の選択の幅」を提唱する学説がある⁵。「表現の選択の幅」とは、「ある作品に著作権を付与しても、なお他の者には創作を行う余地が残されている場合に、創作性があると考えべきである」とする考え方である。著作権法が目的とする文化の発展とは、思想・感情の表現である情報の豊富化にあると考えるべきであり、「表現の選択の幅」の考え方は、「著作権法の理念に合致するというだけではなく、表現の自由という憲法の理念にも合致するものである」と述べられている。また、「重要なことは、権利者へのインセンティブと他の者の情報の利用の自由との調和点を探ること」であり、このような観点からも「表現の選択の幅」の考え方は有意義なものである、と述べられている⁶。

新たな創作性概念において、創作性が認められるか

否かの判断は原告の作品自体ではなく、第三者の作品がどのような表現を有しているか、あるいは第三者による別の表現の余地があるかによって決せられると解されている^{7,8}。そのため、前述したプログラムの著作物など、著作者の思想・感情が表現されているとはいい難い著作物に関しても、表現の幅があれば創作性を認めることができる点において、従来の創作性概念にはないメリットを有している。

この新たな創作性概念に関しては、「ありふれた表現でない場合に創作性を認めるという考え方であり、現在の著作権法において創作性要件が果たす実際の機能を正面から捉えた概念規定であるということが出来る」⁹と評価するものがみられる一方、「著作物の保護理由を著作者の個性には求めないものであるため、立法論とは〔ママ〕しては〔著作者の個性が表現されていることを根拠として付与されている〕著作者人格権自体の否定論につながる可能性もある。……解釈論として現行法上採用することには困難が伴う」（〔〕内筆者）¹⁰と述べるものや、表現の選択の幅の基準のみで創作性の有無を判断することはできず、従来の創作性概念との併用が必要であると述べるもの¹¹、「創作性概念を、個性ではなく「表現の選択の幅」と捉える意味は、さほどないものと思われる」と述べるもの¹²があり、学説上の争いがみられる¹³。

裁判例上も選択の幅という観点から判断するものがあり、そのような考え方を「創作的選択の幅論」、学説で提唱された考え方を「競争法的選択の幅論」の2つに分けて述べるものがある¹⁴。そこでは、従来の議論における個性の発揮を選択の幅という観点から再構成したものを「創作的選択の幅論」と呼んでいる。しかし、選択する幅の中にありふれた表現が含まれていた場合、裁判例上は創作性が認められるためには個性の発揮が必要とされており、選択の幅という概念は個性の発揮を言い換えたものと言えず、この点が検討すべき課題であることが述べられている¹⁵。

「競争法的選択の幅論」と「創作的選択の幅論」の差異として、「個性の発揮という従来の説明を否定し、これとは異なる観点から創作性を説明しようとする」点、「著作者ではなく競争者にとっての選択の幅と捉えられている」点、「既存の著作物の模倣であっても創作性が肯定される」という点が指摘されている¹⁶。もっとも3点目に関しては、「競争法的選択の幅論」の提唱者は模倣であっても著作物性が肯定されるものの、それは創作とはいえないから模倣者は創作者ではないとして著作権による保護を否定する¹⁷。また、従来創作性が認め

られなかった自然に形成されたものに関しては、他の競争者に選択の幅があるために創作性は肯定されるものの、「思想・感情」の要件から著作物性が否定されると述べられている¹⁸。本稿では新たな創作性概念として提唱される「競争法的選択の幅論」を単に「表現の選択の幅」と表記する。

「表現の選択の幅」を用いた新たな創作性概念は、従来の小説や絵画といった著作物と、コンピュータ・プログラムなどの機能的・事実的著作物の創作性判断を統一する目的で提唱されている。写真は芸術写真などの美術としての性質も持ちつつ、報道写真などは機能的・事実的な性質を有しており、従来の著作物と、機能的・事実的著作物の両方の性質を有していると言える。写真の創作性判断にあたって「表現の選択の幅」の概念の適用可能性を検討することは、写真の創作性を検討するだけでなく、「表現の選択の幅」の概念の具体的事例への適用可能性を検討することもできよう。

3. 写真著作物に係る事例

写真の著作物は、国内外の法律により保護されている（著作権法2条4項¹⁹、同法10条1項8号、ベルヌ条約2条1項他）。著作権法において、創作性のない写真は保護対象とならない。例えば証明写真や絵画等の複製のために撮影された写真などは著作物とは認められないため、保護対象とはならない（著作権法2条1項他）。写真に創作性が認められなかった事例として、版画写真事件（東京地判平成10年11月30日知財集30巻4号956頁²⁰）がある。「原作品がどのようなものかを紹介するための写真において、撮影対象が平面的な作品である場合には、正面から撮影する以外に撮影位置を選択する余地がない上、右認定のような技術的な配慮も、原画をできるだけ忠実に再現するためにされるものであって、独自に何かを付け加えるというものではないから、そのような写真は、「思想又は感情を創作的に表現したもの」（著作権法二条一項一号）ということとはできない」と判示された。また、撮影対象には完全な平面ではなく、凸凹が見られるものもあったが、「それらの凸凹はわずかなものであり、それがあってによって撮影位置を選択することができることも認められないから、これらの完全に平面ではない作品を撮影した写真についても著作物性を認めることはできない」と判示された。一方、スメルゲット写真事件（知財高判平成18年3月29日判タ1234号295頁）では、ホームページに掲載された商品の広告写真に対して、創作性が極めて低いながらも被写体の組合

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ことから、創作性が認められた。ただし、「創作性が微少な場合には、当該写真をそのままコピーして利用したような場合にほぼ限定して複製権侵害を肯定するにとどめるべきものである」と判示された。

写真の創作性が争われた事例として、被写体にポーズをとらせ、カメラアングルなどを工夫した点に創作性が認められた真田広之プロマイド事件（東京地判昭和62年7月10日判時1248号120頁）、同じく肖像写真に創作性を認めたものとして、創価学会写真ビラ事件・第一審（東京地判平成15年2月26日判タ1140号259頁）、アマチュアが撮影した写真であっても創作性が認められれば著作物であると判示した石垣写真事件（仙台高判平成9年1月30日知財集29巻1号89頁）、構図とシャッターチャンスに創作性が見られると判示したイルカ写真事件（東京地判平成11年3月26日判タ1014号259頁）などがある。また、高級注文住宅用モデルハウス事件（大阪地判平成15年10月30日判タ1146号267頁）では、建築を撮影した写真について、「原告写真は、被写体の選定、撮影の構図、配置、光線の照射方法、撮影後の処理等において創作性があるものと認められ、原告の思想又は感情を創作的に表現したものとして、著作物性を有するものというべきである」と判示されており、風景を写した写真であっても創作性が認められている。スナップ写真の創作性に関しては、東京アウトサイダーズ事件（知財高判平成19年5月31日判時1977号144頁）の第一審（東京地判平成18年12月21日判時1977号153頁）において、屋外で乳児を抱きかかえている姿を撮影した写真に関して、「家族の写真であっても、被写体の構図やシャッターチャンスの捉え方において撮影者の創作性を認めることができ、著作物性を有するものというべきである」と、スナップ写真であっても創作性が認められる旨判示された。

以上のように、写真の創作性は構図、シャッターチャンス、被写体などに広く認められている。一方、被写体に創作性を認めるべきか否かに関しては、学説上争いがみられる。写真は被写体を写しとることで創作されるものであり、写真の創作性は撮影技法に求められるものであって、被写体は写真の創作性とは関係ないと考えるものがあるためである。本稿では、新しい創作性概念である「表現の選択の幅」を取り入れることで、写真の創作性と被写体の関係に関して新たな考え方を提示することを目指す。まずは以下に被写体に創作性がみられるか争われた事例を2つ取り上げる。

3.1 みずみずしい西瓜事件

第一審：東京地判平成11年12月15日判タ1018号247頁

控訴審：東京高判平成13年6月21日判タ1087号247頁

(1) 事件の概要

Y1がすいか等を被写体とし撮影した写真Yを、Y2がカタログに掲載した行為が、Xの撮影した写真Xに係る著作権及び著作人格権を侵害するとしてカタログの発行等の差止め及び廃棄、損害賠償の支払、謝罪広告の掲載を請求した。

(2) 判旨の概要

本件では、第一審で、翻案について、「特定の作品が先行著作物を翻案したものであるというためには、先行著作物に依拠して制作されたものであり、かつ、先行著作物の表現形式上の本質的特徴部分を当該作品から直接感得できる程度に類似しているものであることが必要である」と基準を示した上で、被写体の決定自体は本質的特徴を直接感得できるものではないとし、著作権侵害を否定した。しかし、控訴審では著作権侵害が認められた。本稿では控訴審の概要について取り上げる。

写真著作物の創作性判断にあたっては、「景色、人物等、現在する物が被写体となっている場合の多くにおけるように、被写体自体に格別の独自性が認められないときは、……撮影時刻、露光、陰影の付け方、レンズの選択、シャッター速度の設定、現像の手法等において工夫を凝らしたことによる創造的な表現部分が共通するか否かのみを考慮して判断することになる。

しかしながら、被写体の決定自体について、すなわち、撮影の対象物の選択、組合せ、配置等において創造的な表現がなされ、それに著作権法上の保護に値する独自性が与えられることは、十分あり得ることであり、その場合には、被写体の決定自体における、創造的な表現部分に共通するところがあるか否かをも考慮しなければならないことは、当然である。写真著作物における創作性は、最終的に当該写真として示されているものが何を有するかによって判断されるべきものであり、これを決めるのは、被写体とこれを撮影するに当たっての撮影時刻、露光、陰影の付け方、レンズの選択、シャッター速度の設定、現像の手法等における工夫の双方であり、その一方ではないことは、論ずるまでもないことだからである」と、被写体の決定も創作性の判断基準となることを示し、写真Xの被写体は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あり、創作性判断にあたっては被写体の決定につい

ても検討する必要があると判示した。

その上で、写真Yにおける被写体の決定は、写真Xを依拠したものであり、写真Yにおける複製又は改変は著作権法に違法する行為であるから、写真Xに係る同一性保持権を侵害すると判示した。

(3) 検討

本件において裁判所は、原告写真と被告写真の類似性を判断するにあたっては、撮影上の工夫による創造的な表現部分のみならず、被写体の決定における創造的な表現部分にも着目しなければならないとし、被告写真と原告写真との類似性を肯定した。

第一審では、被写体ではなく、撮影や現像等の手法の工夫に創作性を見出す撮影手法説²¹をとり、控訴審では被写体の決定自体に創作性を見出す被写体許容説²²をとったように見える。しかし、実際には第一審も被写体許容説を否定したのではなく、法の見解としてはそれほど決定的な差異はない、と述べるものもある²³。

また、控訴審では先行著作物と被写体が同一あるいは類似した写真を撮影することを否定したわけではない旨が示されている。「被写体自体に格別の独自性が認められないときは、創造的表現は、撮影や現像等における独自の工夫によってしか生じ得ないことになるから、写真著作物が類似するかどうかを検討するに当たっては、被写体に関する要素が共通するか否かはほとんどあるいは全く問題にならず、事実上、撮影時刻、露光、陰影の付け方、レンズの選択、シャッター速度の設定、現像の手法等において工夫を凝らしたことによる創造的な表現部分が共通するか否かのみを考慮して判断することになる」と判示している。さらに、「先行著作物と被写体が同一ないし類似のものである写真一般について、そのような写真を撮影するのが著作権法に違反するといっているのではない。特に、先行著作物の被写体を参考として利用しつつ、被写体を決定し、自らの創作力を発揮して新しい写真を撮影することが、著作権法に違反するといっているのではない。当裁判所がいつているのは、先行著作物において、その保護の範囲をどのようにとらえるべきかはともかく、被写体の決定自体に著作権法上の保護に値する独自性が与えられているとき、上記のような形でこれを複製又は改変することは許されないということだけである。したがって、上記のように解したからといって、写真による表現行為が著しく制約されるということに、決してなるものではない」とも判示しており、「上記のような形でこれを複製又は改変すること」とは、本件のような著作者の思想又は感情を読み取るこ

とが出来ない複製又は改変のことを指すと解することができる。すなわち、先行著作物と被写体が同一であっても、その被写体に独自性がなければ、同一または類似の被写体の写真を撮影しても先行著作物の著作権侵害とは認められないということである。

本判決における「被写体の決定自体」という言い回しは、被写体の選択ではなく、配置・作成という意味であろうと述べるもの²⁴、撮影対象となる被写体を創り出す行為の創作性、などと言い換えたほうが明確であると述べるもの²⁵がある。被写体自体に格別の独自性が認められないときは被写体に創作性が認められない旨判示されていることや、本判決で争われた写真をみても、被写体の選択というよりも、被写体の配置・作成に創作性が認められたといえる。

3.2 廃墟写真事件

第一審：東京地判平成22年12月21日平21（ワ）451号

控訴審：知財高判平成23年5月10日判タ1372号222頁

(1) 事件の概要

写真家であるXが、自身が撮影した「廃墟」を被写体とする写真（いわゆる「廃墟写真」）と同一の被写体を撮影し、それを掲載した書籍を出版及び頒布するなどしたYの行為が、Xの有する写真の著作物の著作権及び著作者人格権を侵害する行為であるとして、Yの書籍の出版差し止め、損害賠償の支払い等を求めた。

(2) 判旨の概要

第一審でXは、「「廃墟写真」という写真ジャンルにおいては、被写体たる廃墟の選定が重要な意味を持つ」と主張したが、裁判所は、被写体の選択はアイデアであって表現それ自体ではない旨判示し、請求は棄却された。それに対し、Xは、「「廃墟写真」の写真ジャンルにおいては、被写体及び構図ないし撮影方向に本質的特徴があり、撮影に用いたフィルムやカメラのサイズ、カラーか白黒か、印刷の色付けの方法、撮影年次や季節の相違等からくる被写体やその周辺の状態などは、いわば味付けの部分であって、本質的要素ではない」と主張して控訴したが、棄却された。以下、控訴審の判旨の概要を取り上げる。

「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巻4号

837頁（江差追分事件））、この理は本件における写真の著作物についても基本的に当てはまる。本件の原告写真1～5は、被写体が既存の廃墟建造物であって、撮影者が意図的に被写体を配置したり、撮影対象物を自ら付加したものでないから、撮影対象自体をもって表現上の本質的な特徴があるとすることはできず、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」と説き、廃墟建築物は人為的被写体でないから、撮影対象事態に表現上の本質的な特徴があるとはいえない旨、判示した。そして、モノクロとカラーといった色調、撮影方向、撮影時期、撮影物の配置等の違いから、Yの写真がXの写真を翻案したものと認められないと判示して、控訴を棄却した。

(3) 検討

本件は廃墟という被写体の選択に創作性が認められなかった事例である。

第一審が写真の著作物の保護範囲の一般論として被写体の考慮を否定したと読める判決をしていることに対し、控訴審では、一般論については言及しておらず、本件の創作過程における具体的事情から、被写体の選択に創作性を認めなかったものであると述べるもの²⁶が見られるように、控訴審判決は被写体に創作性を認めることを否定したのではない。撮影者が被写体を配置・付加したわけではないから、被写体の選択自体に創作性が認められなかったのであり、撮影者が被写体を配置・付加したことにより創作性が認められた前掲みずみずしい西瓜事件と本件は矛盾するものではない²⁷。

本件の判決については、人為的な要素を含まない被写体の選択に創作性を認めなかったことは妥当だが、本件の一部の写真は、構図等に創作性を認める余地があったのではないかと述べるものがある²⁸。

前掲みずみずしい西瓜事件によって、被写体の選択自体に創作性を認めるのか争いが生じたが、本件によって、被写体に創作性が認められるのは、人為的な被写体である旨が判示された。単なる被写体の選択、例えば風景を被写体とした場合にまで、被写体に創作性を認めるわけではないことが明らかになった。廃墟の選定自体はアイデアであり、廃墟は撮影者によって被写体として手が加わったわけではないから、写真の創作性を認めるにあたっては、従来通り、撮影の表現に本質的特徴が見られるかによって創作性の有無を判断する旨述べた本件は妥当であったと考える。

4. 考察

4.1 被写体の創作性

ここでは従来の創作性概念において被写体の創作性が認められるものか考察を行う。

撮影手法説と被写体許容説の争いについては、撮影手法説をとるものとして、被写体を写し撮る際に創作性が生じるのであるから被写体については別個に考えるほうがよいと述べるもの²⁹、写真とは被写体を画像として表現したものをいうのであるから、被写体の創作ではなく、撮影ないし現像によって創作性が生じると解するもの³⁰などがある³¹。一方、被写体許容説をとるものとしては、写真の個性を感得せしめるものは写されたものであり、被写体の選択における創作性を全く否定することは妥当でないと述べるもの³²、被写体の組み合わせや配置は被写体自体の創作性とは別個の問題であり、さらに、コンストラクテッドフォトが現代写真で重要な領域となっていることから、被写体の造形と写真を切り離すことなく、作品全体の創造性を総合的に判断すべきであると述べるもの³³がある。また、これらの意見の対立は被写体の選択と被写体の配置・作成とを区別していないがために混乱を生じたものであり、選択自体は創作性判断の対象にはならず、配置・作成については対象となりうる旨述べるものがあり、そこでは前掲みずみずしい西瓜事件控訴審判決における「被写体の決定自体」とは被写体の選択ではなく、配置・作成という意味であろうと述べられている³⁴。被写体に人為的に手を加えることも、撮影者が被写体の配置を工夫したり、被写体そのものに写真撮影のために手を加える、例えばモデル撮影で髪型を指定する、といったことが含まれるものであるから、被写体の配置・作成に含まれるものといえる。以下、被写体の創作性について考察する。

写真とは、風景写真やスナップ写真など、自然に存在するものを写しとったものである、という認識の下では、被写体に創作性を認めることは著作権法が本来保護対象としないアイデアまで保護することになりかねないため、被写体の創作性は否定されることになろう。

しかし、写真は自然にあるものをありのまま写しているものばかりではない。撮影者が被写体に何らかの手を加えて制作される写真は多数存在する。例えば、モデルを撮影する際にポーズをとらせることはもちろん、ブツ撮りと呼ばれる静物写真の撮影では、撮影する静物を撮影者が選択し、配置することは通常のことである。構図やシャッターチャンスと同様に、撮影者の意図が反映されているといえよう。このような場合に被写体に創作性を認めないことは妥当ではない。実際に、被写体に

ポーズをとらせ、カメラアングルなどを工夫した点に創作性が認められた事例（東京地判昭和62年7月10日判時1248号120頁）では、「肖像写真であっても、被写体のもつ資質や魅力を最大限に引き出すため、被写体にポーズをとらせ、背景、照明による光の陰影あるいはカメラアングル等に工夫をこらすなどして、単なるカメラの機械的作用に依存することなく、撮影者の個性、創造性が現れている場合には、写真著作物として、著作権法の保護の対象になると解するのが相当である」と判示しており、被写体にポーズをとらせること、すなわち被写体に撮影者の意図を反映させることも創作性の一要素となっている。撮影者が自ら被写体に手を加えた場合に、被写体に写真の創作性が認められることは前掲みずみずしい西瓜事件からも明らかである。

被写体に手を加えるにしても、ありふれた表現はありうる。そのような場合にはもちろん創作性は認められない。また、手を加えることに制約があり、被写体との組み合わせが有限になってしまうような場合に被写体の創作性はどのように判断すればよいのか。制限上、特定の組み合わせしかありえないような場合には、被写体に関しては撮影者の個性が反映されていないから、被写体の創作性は否定される。しかし、制約があってもある程度被写体の組み合わせに幅があるような場合には、撮影者の個性が反映される余地があるといえるから、創作性が認められることが多いのではないかと考えられる。ただし、その幅が小さい場合には、デッドコピーなどに限定して著作権侵害を認めることが妥当である。

被写体に創作性を認めるとして、撮影者でない者が被写体に手を加えた場合に、写真に写った被写体の創作性を撮影者と被写体の創作者のどちらに認めるべきかという問題が生じる。例えば彫刻作品を撮影する場合に被写体の創作者である芸術家に被写体である彫刻作品の創作性を認める、すなわち芸術家が被写体である彫刻作品の著作権者となることは当然である。写真の創作性に関しては、被写体と写真表現は切り離せるものではないから、撮影者と被写体の創作者の共同著作物として認めること³⁵が考えられる。共同著作物として認める場合には、単に撮影者が指示して別の者に被写体に手を加えさせるのではなく、被写体に手を加えた者独自の創作的表現がなされていることが前提となる。撮影者が具体的な指示を与え被写体に手を加えさせた場合には、手を加えたものは創作的表現をしていないから、撮影者が著作権者となる。ただし、これは被写体に手を加える行為と撮影行為とが共に行われる場合に限られるものではないと考えられる。例えば、もともと写真撮影を目的として作成され

た被写体ではない場合は原則として共同著作物とは認められず、写真は被写体の二次的著作物となるであろうが、後に写真撮影を目的として被写体に手を加えた場合には、被写体に手を加えた行為と撮影とが時期をずらして行われたとしても、共同著作物と認めるべきである。写真の創作性を判断する上で被写体と撮影上の工夫の双方を考慮しなければならないことは前掲みずみずしい西瓜事件の控訴審判決において判示されていることから、撮影者でない者が撮影のために被写体に手を加えた場合には、その被写体に創作性が認められるようなものであれば、撮影者との共同著作物として認めてよいのではないか。なお、被写体の著作権者に許可を得ることなく写真を撮影し、著作権の制限事項に当てはまらないような利用を行った場合には、被写体の著作権者の著作権侵害になる可能性が高い。

また、写真を被写体の二次的著作物と考えればよいと述べるものもある³⁶。写真を撮影するために手を加えたものではないものを被写体としたときに写真が被写体となる著作物の二次的著作物となると解することもできるだろうが、前述したように写真を撮影するために被写体に手を加えた場合には、写真を撮影するという目的をもってなされたものであるから、むしろ写真著作物が主体となっており、被写体の二次的著作物と解することは妥当ではないのではないか。もっとも、写真を撮影する目的をもって被写体に手を加えたのではない場合であっても、被写体の創作性以上に写真独特の表現がなされている場合には、一概に被写体の二次的著作物として写真著作物を扱うことにも疑問が残る³⁷。

被写体に創作性を認めた場合に考えられる問題として、風景等の被写体にまで創作性が認められ、自由な表現活動が萎縮する可能性があることが挙げられる。しかし、被写体許容説はあらゆる被写体に創作性を認めるものではなく、人為的な被写体、すなわち、撮影者の手が加わった被写体に写真の創作性を認めるものである。前掲廃墟写真事件においても被写体に創作性が認められるのは、人為的な被写体である旨が判示された。したがって被写体許容説を採用したとしても、風景写真などの被写体に創作性が認められることにはならないため、懸念される問題は生じないと考えられる。なお、風景等、自然物が対象となっている場合であっても、どのような構図や撮影時期がベストか撮影者の個性が発揮される余地があるのであるから、創作性が即座に否定されるわけではないと述べるもの³⁸もあるが、その場合には構図といった撮影技法で創作性を認めればよいから、そのような被写体にまで創作性を認める必要はない。

以上から、人為的な被写体、被写体の配置・作成には創作性を認め、被写体の選択には創作性を認めないことが妥当である。

4.2 「表現の選択の幅」の写真への適用可能性

裁判例上では、被写体・組み合わせ、構図、シャッターのタイミング、ライティングなどが写真の創作性を判断する要素となっている。すなわち、裁判例上、写真は選択の組み合わせによって構成されていると捉えられているともいえる³⁹。

裁判例及び学説上、証明写真や絵画等の複製のために撮影された写真などは著作物として認められない。これは、絵画等の複製の場合には、複製するという目的上、構図は正面から撮影するものに限定されるであろうし、ライティングに関しても絵画等の全体がはっきり見えるようなライティングにせざるを得ず、撮影方法に選択の余地がないためである。証明写真や絵画等の複製のために撮影は、撮影者自身だけでなく、第三者にとっても選択の余地がないといえよう。したがって、従来から著作物として認められなかった写真に関しては、第三者に表現の選択の余地がないために創作性を認めない「表現の選択の幅」の概念を用いても同様の結論を得ることができると考えられる。

構図に創作性を認めることに関して、写真の典型的な構図は多数存在し、どの構図を選択するかは撮影者の判断に委ねられる⁴⁰。同じ被写体であっても構図の選択は撮影者によって異なるものであるから、構図の選択に創作性が認められるのは当然といえよう。ただし、構図の選択肢が多数存在するにしても、構図が限られる場合も存在する。例えば、観光地で著名な建築物を背景に写真を撮影する際には、どうしても他の写真と似た構図になってしまう場合が考えられる。このような写真は創作性を認めたとしても、その写真そのものを複製して利用するような行為以外に関しては侵害を構成しないと解すべきである。そのように解しなければ、記念撮影など当然に行われている行為が認められない恐れがある。また、そのような写真と似た構図の写真の撮影を認めても著作権者の市場での利益を損するものとは考えにくいことから、創作性を認めて問題は無い⁴¹。一方、構図に関して、被写体を特定の方向から撮影すること自体はアイデアであり著作権法の保護対象ではなく、構図に加えて陰影等の決め方に創作性が認められる旨述べるものがある⁴²。その理由として被写体をある方向から撮影すれば同様の表現にならざるを得ないと述べられているが、同じ方向から撮影したとしても、被写体の切り取り方、

写真全体のどのような箇所に配置するかなど、撮影者が選択する余地は広く、構図に創作性を認めないことは妥当ではない。

シャッターチャンスに関しても、どのようなタイミングでシャッターをきるかは撮影者ごとに異なるものであるから、第三者にとっても表現の選択の幅があるといえる。したがって、「表現の選択の幅」の概念上もシャッターチャンスにも創作性が認められることになる。もちろん、シャッターチャンスを捉えたことによって得られたものが創作的に表現されていなければならず、ある瞬間を切り取ったことによって得られた表現が凡庸なものであれば創作性は否定されるか、あるいは創作性が認められるとしても、複製等、その写真をそのまま用いる行為に限定して著作権侵害が成立するとすべきである。

写真は自然に存在する被写体をありのまま撮影するだけではなく、撮影者の意図で被写体に手を加えることがある。このような被写体の選択・配置は撮影者の個性が反映されているのはもちろん、撮影者以外の第三者にとっても選択の幅がある表現であるといえる。したがって、「表現の選択の幅」の概念上も人為的な被写体に対しては、被写体に写真の創作性を認めるべきである。

一方、風景などを撮影した場合、例えば富士山の全景を撮影する場合に、構図や撮影する時間帯・時期などは撮影者ごとに工夫できるが、被写体である富士山そのものを選択する余地はない。また、富士山をテーマにしているため、他の山で代替できるものでもない。したがって、第三者が被写体を選択する余地がないため、「表現の選択の幅」の概念上、選択の余地がない唯一の被写体（この場合には富士山）には創作性は認められないことになる。もっとも、いわゆる赤富士など普段見ることのできないような場合には、被写体自体は撮影者が手を加えたものということできないから、被写体そのものの創作性は認められないであろうが、その他の要素、例えばその時間帯を狙ったシャッターチャンス、撮影の適切な時期を捉えたこと、構図や色合いなどによって撮影者の個性を表現することができ、この表現には撮影者ごとに選択の余地があるため、創作性が認められることになる。一方、単にテーマを「山」として撮影者がある山を選択して撮影した場合、「表現の選択の幅」の概念上はその被写体が客観的に見て特徴的であり、他の競争者に選択の余地があれば創作性は肯定されることになる⁴³。「ある山」に富士山を選択した場合、富士山は客観的に見て特徴のある山と判断することは十分に可能であり、他の競争者には富士山以外の山を選択する余地が残されているから創作性は肯定されるはずであるが、こ

の場合はその特徴の形成に撮影者が貢献したわけではないから、「思想・感情」の要件から著作物性は否定される。しかし、撮影者の選択の幅は数ある山のなかで被写体としてどの山を選ぶかということであり、山の特徴そのものを選択して形成できるわけではない。これは競争者にとっても同様であるにもかかわらず、創作性が認められることには疑問が残る。既に述べたとおり、「思想・感情」の要件から著作物性は否定されると考えられているが、創作性も否定すべきではないか。客観的な特徴を有し、競争者にも選択の余地があるものを選択したことをもって創作性を認めるのではなく、創作者が何らかの選択をしたことが客観的な特徴を有する要因となり、さらにその選択には競争者にとっても選択の余地がある場合に創作性を認めるようにすればよいと考える。前述した赤富士の例も、見方を変えれば富士山の見せる様々な表情のうち、そのひとつを選んだとして競争者にも選択の余地があるから赤富士という被写体そのものに創作性が認められることになると考えることもできる。このように、選択の幅がないと考えられるものであっても、別の面から見れば選択の幅があると考えられることもでき、客観的に見て特徴あるものを選択しただけで創作性が認められるとするのは望ましくないのではないか。特徴あるものを選択したのではなく、選択によって客観的に特徴あるものとなった場合に創作性を認めたとしても、「表現の選択の幅」の概念から大きく逸脱するとは考えにくい。選択に幅があり、その選択が客観的な特徴を得ることに貢献した場合に創作性を認めることが望ましいであろう。

また、第三者による選択の余地があるものの、実質的に選択の余地が少ない場合、観光地での記念写真の撮影や、商品の広告写真などに創作性を認めるべきかという問題がある。商品の広告写真に関しては、創作性が極めて低ながらも著作物として認められた事例（スメルゲット写真事件（知財高判平成18年3月29日判タ1234号295頁））があるが、当該事例では、創作性が極めて低く、著作物性を肯定し得る限界事例であることが判示されている。広告写真がそのままコピーされた事例であったことから、著作権侵害が肯定されたが、似たような写真を自ら撮影して広告写真として用いていた場合には侵害が否定される可能性があったと考えられる。このように、選択の幅が存在するものの、その幅に制限があるものに関しては創作性を認めつつも、著作物そのものをそのまま複製・翻案等して使用する行為に限定して著作権侵害を認め、似た写真を撮影する行為に関しては著作権が及ばないと判断すべきである。

写真の制作にあたっては何かしら選択する行為が必須となり、また、裁判例においても構図やシャッターチャンス、被写体といった表現に幅のあるものを、創造性を認める要素としていることから、写真の創造性判断に「表現の選択の幅」の概念を用いることによって、創造性がより広く認められることになると考えられる。「表現の選択の幅」の概念においては、第三者に表現の選択の余地が残されているかが判断基準となるため、被写体や構図など、選択する行為を繰り返すことによって制作される写真は、むしろ絵画等に比べて第三者による別の表現を提示することが容易であろうから、創造性が認められやすいといえる。今後、「表現の創作の幅」の概念が写真の著作物に適用されることによって、従来著作者の個性が反映されているか否かが争点となっていたがゆえに、予見可能性が低かった創造性の判断が他者による表現の可能性を示すことによって認められるようになるため、客観的で予見可能性の高いものになることが期待される。

5. おわりに

本稿では、「表現の選択の幅」の概念を写真の著作物に適用した場合に、どのような結果が得られるか、被写体の創造性が争われた裁判例を考察した上で検討した。その結果、「表現の選択の幅」の概念は、被写体の選択など、制作の過程で何かを選択する行為が必須となる写真においては、写真の創造性がより認められやすくなると考えられる、という結論に至った。

また、「表現の選択の幅」の概念上、被写体が客観的に見て特徴的であり、他の競争者に選択の余地があれば創造性は肯定される。しかし、選択の幅がないと考えられるものであっても、別の面から見れば選択の幅があると考えられることもでき、客観的に見て特徴あるものを選択しただけで創造性が認められるとするのは望ましくない。選択に幅があり、その選択が客観的な特徴を得ることに貢献した場合に創造性を認めることが望ましいであろう。

本稿では写真に焦点を当てて考察を進めたが、「表現の選択の幅」の概念が他の種類の著作物にも応用できるのか検討することでこの新たな創造性概念の有用性、課題が明らかになるであろう。デジタル化によって従来の創造性の概念では対応が難しいと考えられる事例が現れている現状に対応するためにも、「表現の選択の幅」にとどまらず、創造性に関して研究が進められていく必要があるだろう。

注・引用文献

- ¹ 写真の著作物は最初の発行後10年間であった（旧著作権法23条）。その後、著作権法の改正により公表後50年とされ（著作権法55条）、1996年の法改正により、55条が削除され、著作者の死後50年となった（著作権法51条2項）。
- ² 島並良, 上野達弘, 横山久芳. 著作権法入門. 有斐閣, 2009, p. 24. [横山久芳]
- ³ 作花文雄. 詳解 著作権法. 第4版, ぎょうせい, 2010, p. 85.
- ⁴ 島並ほか・前掲注（2）p. 30. [横山久芳]
- ⁵ 中山信弘. 著作権法. 有斐閣, 2007, p. 53.
- ⁶ 中山・前掲注（5）p. 53.
- ⁷ 小泉直樹. 特許法・著作権法. 有斐閣, 2012, p. 113.
- ⁸ 高林龍. 標準著作権法. 第2版, 有斐閣, 2013, p. 21. 高林は、新たな創造性概念は「競業者にとって他に選択肢があるものについては権利者の独占を認め、他に選択の余地のないものの独占は認めないとするものである」（p. 21）と述べる。一方、従来の創造性概念については、「創造性があることは、創作する者にとっては他の表現方法を選択することが可能であった中で選択したものであること、すなわち選択の幅がある中における表現であることを意味する」と説いており、新たな創造性概念は創作者（著作者）ではなく、競業者（第三者）を基準に創造性を判断するものであることを述べる。
- ⁹ 島並ほか・前掲注（2）p. 30. [横山久芳]
- ¹⁰ 小泉・前掲注（7）p. 113.
- ¹¹ 高林・前掲注（8）p. 21.
- ¹² 作花・前掲注（3）p. 85. 作花は、中山が「個性」が小説とプログラムでは異なった概念として用いられていると述べているのに対し、「差異があることは当然のこととしても、「個性」が「異なった概念」として用いられているわけでは必ずしもないと思われる。また、「表現の選択の幅」が存在することは、個性に基づく表現がなされる上での前提となるものである」と述べる。
- ¹³ 岡村久道. 著作権法. 新訂版, 民事法研究会, 2013, p. 53. 岡村は、「この説は本法の目的から説き起こしている点で説得力があり、創造性を否定する基準としても比較的明快である」と評価する一方、「選択の幅が存在しても、実際に選択された表現がありふれた表現である場合にまで、著作物性を認めて特定の者に独占させることは不当であろう……選択

の幅が広いことは、創作性の必要条件とはなりえても……十分条件といえるか、つまり創作性を認めるための単独の基準となりうるか、疑問がある」と述べる。

¹⁴ 上野達弘, “創作性”, 現代知的財産法講座 I 知的財産法の理論的探求, 高林龍ほか編, 日本評論社, 2012, p. 198-205.

¹⁵ 上野・前掲注 (14) p. 198-202.

¹⁶ 上野・前掲注 (14) p. 202-204.

¹⁷ 中山・前掲注 (5) p. 58.

¹⁸ 上野・前掲注 (14) p. 205. 中山・前掲注 (5) p. 58.

¹⁹ 半田正夫, 松田政行編, 著作権法コンメンタール1 [1条~22条の2], 勁草書房, 2009, p. 357. [井藤公量] 著作権法2条4項は写真の著作物についての定義を定めたものであるが, 本書で著作権法2条4項の記述を担当した井藤は, 「技術の進歩は, 伝統的な写真の定義に入らないものを生み出していくことが必至である。そこで, 本条において, これらも写真の著作物に含まれると規定したのである」と述べている。

²⁰ 東京地判: 東京地方裁判所判決の略, 知財集: 知的財産権関係民事・行政裁判例集の略。なお, 裁判例の典には以下の略称を用いる。大阪地判: 大阪地方裁判所判決の略, 仙台高判: 仙台高等裁判所判決の略, 東京高判: 東京高等裁判所判決の略, 知財高判: 知的財産高等裁判所判決の略, 判タ: 判例タイムズの略, 判時: 判例時報の略。

²¹ 松田政行, 翻案権と類似性(1)写真〔西瓜写真事件: 控訴審〕, 別冊ジュリスト, 2009, no. 198, p. 102-103. 松田によれば, 撮影手法説とは, 「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, 撮影や現象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なるというもの」であり, その論拠は, 「被写体の創作性を保護すると写真に何を写すかというアイデア(思想・感情)にまで保護が及んでしまうのではないかという危惧がある」ためである。

²² 被写体許容説とは, 「人為的被写体の決定に創作性がある場合にもこれを撮影した写真の著作物性を肯定するもの」であり, その論拠は, 「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」ためである。(松田・前掲注(21) p. 103.)

²³ 「原判決は, 特段の事情のない限り被写体の共通性で

はなく撮影等手法の工夫の共通性を考慮して類似性を判断することを示している。すなわち原判決は, 「被写体許容説」を完全に否定したのではなく, 特段の事情がある場合には, 人為的被写体の類似性についての共通性を考慮することを許容しているのである。」(松田・前掲注(21) p. 103.)

²⁴ 岡村・前掲注(13) p. 81.

²⁵ 小泉直樹, 西瓜の写真が他人の写真に依拠しかつ他人の写真に表現されたものの範囲にあるので撮影行為およびカタログに掲載した行為が著作人人格権(同一性保持権)を侵害するとされた事例, 判例時報, 2002, no. 1779, p. 208-210.

²⁶ 谷川和幸, 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が否定された事例, 知的財産法政策学研究, 2012, no. 39, p. 343-367.

²⁷ 小泉・前掲注(7) p. 124.

²⁸ 木村達矢, 廃墟写真事件: 被写体を同一にする写真の翻案権侵害の成否, パテント, 2012, vol. 65, no. 4, p. 99-101.

²⁹ 中山・前掲注(5) p. 94-95.

³⁰ 島並ほか・前掲注(2) p. 50. [横山久芳] ただし, みずみずしい西瓜事件控訴審判決に対して, 「被写体の構図や位置関係等を決定する作業は, 写真の撮影行為の一環をなすものということができ, その意味で, 被写体の決定が写真の著作物の創作的な表現部分を構成すると考えられる場合はあろう」と述べており, 被写体許容説を否定しているわけではない。

³¹ 高林・前掲注(8) p. 25. では, 「被写体の一瞬を切り取って再現する一連の行為自体の創作性が評価されて著作物が成立する点においては美術の著作物と変わりはないから, 被写体の選択や配置を写真の著作物における創作性と評価することはできない」としており, 選択や配置自体に創作性が認められて編集著作物が成立する場合であっても, 写真の著作物はあくまで被写体を「写真として表現する過程における創作性が認められて成立する」と述べられている。

³² 小泉・前掲注(25) p. 210.

³³ 岡村・前掲注(13) p. 80. コンストラクテッドフォトとは, 被写体を自ら作りこんだ写真のことである。

³⁴ 岡村・前掲注(13) p. 80-81.

³⁵ 小泉・前掲注(7) p. 123-125. は, 甲が人形のポーズを決め, 乙は写真の構図等を決めてシャッターを切った場合, 甲の関与は「撮影者が意図的に被写体を配置」したものとして, 甲と乙は共同著作者となる余地があると述べる。

³⁶ 田村善之。著作権法概説。第2版，有斐閣，2001，p. 96。では、「被写体が美術の著作物に該当するのであれば、その美術的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、被写体を創作した美術家に与えられるべきである」と述べる。被写体を撮影者が創作した場合には、同一又は類似の写真に対して、被写体の二次的著作物であるとして、侵害を主張すればよい、と述べられている。

³⁷ これは写真に限らずいわゆる二次創作と呼ばれる創作物全般にあてはまる問題であり、二次的著作物に関する裁判例、学説等を精査し、考察すべき問題であるから、本稿では問題提起するに留めたい。

³⁸ 小泉・前掲注 (25) p. 210.

³⁹ フォトコラージュ（フォトモンタージュ、合成写真）に関しては、撮影後に画像を加工することによって作品を制作しており、選択によって作品が構成されているとは言い難い。このような撮影後の処理によって創作性を有する場合は、絵画等と同様、創

作性を認めるにあたって争いは生じにくいであろうし、本稿で扱っている写真の創作性の議論とは方向性が異なるものであるから、本稿では考察の対象としない。

⁴⁰ 被写体を写真の中央に配置する日の丸構図、画面を3つに分割する三分割構図、左右対称に被写体を配置するシンメトリー構図のほか、対角線構図、放射構図など多くの構図が存在する。

⁴¹ 前掲スメルゲット写真事件（知財高判平成18年3月29日判タ1234号295頁）では、「創作性が微少な場合には、当該写真をそのままコピーして利用したような場合にほぼ限定して複製権侵害を肯定するにとどめるべきものである」と判示されている。

⁴² 田村・前掲注 (36) p. 96.

⁴³ 上野・前掲注 (14) p. 205.

(平成26年9月30日受付)

(平成26年11月18日採録)