

平成18年（受）第2208号

申立人 三 谷 鞆 彦

相手方 柏書房株式会社

上告受理申立て理由書の補充書(1)

2007年3月1日

最高裁判所第三小法廷 御中

申立人代理人弁護士

柳 原 敏 夫

申立人は2006年12月6日25日付上告受理申立理由書を補充するために、下記の通り、上告受理申立理由書の補充書(1)を提出する。

目 次

1、はじめに――なぜ、補充するのか（上告受理申立理由書と補充書の関係）	1 頁
2、絵画の創作的な表現とは何か――直感的な指摘――	2 頁
3、絵画の創作的な表現とは何か――写生との対比――	4 頁
4、芸術裁判と真・善・美との関係	7 頁
5、絵画の創作性はどこからやってくるか	9 頁
6、絵画の創作性はどうやって証明するか	12 頁
7、構図の表現が絵画制作者の主題（モチーフ）に由来する表現であること（補足）	16 頁
8、身体の個々の表現が身体全体の有機的な結合に基づく表現であること：本件原画1と原告絵画1の身体表現のちがい（補足）	19 頁
9、模写の創作性の法的判断について	20 頁
10、最後に――素朴な疑問2つ――	22 頁

1、はじめに――なぜ、補充するのか（上告受理申立理由書と補充書の関係）

申立人は上告受理申立理由書（以下、本理由書という）において、本件原画と原告絵画との間に、いかに多くの表現上のちがいが見出せるか、

そして、それらのちがいがいずれも故三谷一馬に固有の芸術的な意図（モチーフ）に基づく制作結果であることを、原告絵画の実際の個々の表現に即して個別具体的に詳述し、証明した（12～31 頁）。

他方、その分、「故三谷一馬に固有の芸術的な意図（モチーフ）に基づいて制作した」ことが何ゆえに、絵画の創作的な表現と評価できるのか、その理論的側面の解明は必ずしも十分ではなかった。

よって、この理論的テーマについて、本書面をもって補充したい。

2、絵画の創作的な表現とは何か——直感的な指摘——

絵画の創作的な表現とは何か。これについて、まず、理論的ではないが直感的にズバリ本質を突いた指摘を紹介したい。それは、彫刻家佐藤忠良¹が佐藤と共に戦後日本を代表する彫刻家である舟越保武の随筆を紹介した以下の一節である。

《この数年、アトリエを出て外で古木をスケッチすることが多くなりました。以前から樹木には興味を持って描いていましたが、ある日、舟越保武が書いた「しわ」という随筆を読んだとき、まったく自然にスケッチブックを持ってアトリエを飛び出し、古木のスケッチに出かけたのです。

短い随筆なので、まだ読んだことのない人のためにも全文を紹介します。

顔のしわが、ますますふえて来た。年相応というのか。この顔はしわの奥に顔があるようなものだ。

「君はいい顔になった。しわがとってもいい」と言った友人がいた。これでも賞めたつもりなのか。私はちっとも面白くない。

自分の顔写真が、ひどく嫌いになった。とくにモノクロ写真を見ると、しわが強調されてみえる。

だけど政治家の顔は、何故しわが少ないのだろうか。ふしぎでならない。彼等は老年でも脂肪がつやつやしている。秘密の薬でもあるのか。

しわは顔だけではない。肘の後ろの所に、はっきり現れる。自分では、

¹ 佐藤 忠良（さとう ちゅうりょう、1912 年～）は日本を代表する彫刻家の一人。新制作協会彫刻部創立会員。生き生きとした女性像などをブロンズや木彫で表現している。絵本の『おおきなかぶ』の挿絵なども手がけている。桑澤洋子の親友でもあり、教育者として東京造形大学において創立より多数の後進の教育に携わる。女優佐藤オリエの父である。（出典：フリー百科事典『ウィキペディア（Wikipedia）』）

ちょっと気がつかないが、肘の後ろのしわは、そぞろ哀れ、といったところだ。

若い人には、スベスベとして肘の後ろも美しいのだが、年とともに、肘の後ろに横のしわが目立ってくる。ここには年令が正直に現れる。

暑い季節は半袖シャツとか、ご婦人方ではノースリーブとか、腕がむき出しになる。街の中で、御婦人の後ろから肘を見ると大体にその人の年令がわかる。腕の流れと直角だからよけいに目立つ。年輪といえば聞こえがいいがあのしわは、木枯らしが吹きぬけるようで、人の世の衰れを伝える。

腕を下に下げているときに、この横の線が強調される。しわなどというものではない。

ひどいときは溝のように見える。

そこで、年をとってみえるのをお嫌いな御婦人方に申し上げる。決して腕をまっすぐに下げないこと。最小限三十度ぐらいい、やんわりと、さりげなく肘をまげて歩いて下さい。

ハンドバックをヒョイと軽くかかえるだけで、肘の後ろの皮膚のしわは見えなくなる。

肥えた人ではしわは太い横一文字だけになる。

下にのぼしても、肘にしわの出ない、張りのある腕を見ると、つくづく、若いことの美しさが尊く思われる。

舟越保武は病気になる前は、ひとりで銀座あたりをよく歩いていたらしいが、ただぼーっと歩いているのかと思っていたら、この随筆を読むと前を歩く御婦人の後ろ姿までをよく観察していたらしい》（「見るということ」34～36頁）

なぜこのエッセイを取り上げたかという、世の中には、往々にして、1本の線（しわ）をどう描くかなどといった、その線がある場合とない場合とで《両者を比較して、一見してその具体的差異を認識し得るものではない》（一審判決31頁17行目）いようなものについては、《細部における些細な差異》（一審判決同頁6行目）にすぎないと無視去ることができるといった勘違いがまかり通っているからである。

しかし、肘の後ろの1本の線（しわ）をどう描くか、その重要性を知っているのがプロの美術家である。それは決して《細部における些細な差異》（一審判決31頁6行目）ではない。

また、肘の後ろの1本の線（しわ）とその線がない場合とは《両者を

比較して、一見してその具体的差異を認識し得るものではな》（一審判決同頁 17 行目）いかかもしれないが、だからといって、それは些細な取るに足りない表現ではない。《ただぼーっと歩いている》だけの人には気がつかないだろうが、《前を歩く御婦人の後ろ姿までをよく観察していた》プロの美術家にとっては、肘の後ろの 1 本の線（しわ）は人物の年齢を表現するために最も重要な表現方法にほかならないからである。

直感的にせよ、こうした 1 本の線の重要性を理解しようとししない者は、絵画の創作性の本質について、永遠に、とぼ口の外に留まり続けるだろう。

3、絵画の創作的な表現とは何か——写生との対比——

絵画の創作的な表現の理論的解明に入る前に、もう一つ、模写と写生との対比を検討しておきたい。

なぜなら、描き手の前にある対象をできるだけ忠実に写し取ろうとする点で模写と最も酷似する絵画制作である写生と模写を対比する中で、模写の本質と絵画の創作性の本質の両者が自ずと浮かび上がってくるからである。

この点、一審判決は、写生の創作性について、

《確かに、多数の人が、同一の風景、人物あるいは静物を対象として写生し、これを絵にすれば、構図の類似性があっても自ずから個性が表れるものであり、それぞれのものが別個の著作物として保護されることは当然である。》（一審判決 28 頁）

と全面的に肯定しながら、模写は次の通り、これと同様に論じられないとした。

《風景や人物あるいは静物を対象としてこれを描写し、絵として描く行為と、他人の著作物を模写しその創作的表現を再現する行為とを同一に論じることとはできない》（28 頁下から 8 行目）

しかし、ここには次の 2 つの疑問がある。

(1)、一つ目は、なぜ対象が「風景や人物あるいは静物」の写生の場合には、百人が描ければ百の写生に《自ずから個性が表れるものであり》とすることができるのか。判決はその理由を一言も明らかにしていない。これに対し、申立人はその理由を 5（頁）で明らかにしたが、要するに、写生の個性的表現もまた絵画制作者の脳（見ること）と手（描くこと）の百人百様の多様性に由来するものである。

すなわち、写生の制作過程もまた①写生の対象（自然や人）を写生者

の脳に認識する段階と、②写生者の脳で見た像を紙・画布に再現する段階とに分けることができ、写生においても①の認識段階が②の再現段階に劣らず重要であるかは、《芸術は「正しい土台」をもたねばならない》という信念から写生を極めようとした著名な画家デューラーが見出した有名な写生技法「デューラーの網」（甲51「遠近法の技法」26頁の下部）によっても明らかである²。

また、写生のうち、画家自身をモデルにする自画像の場合には、画家は自分自身を直接、紙・画布に写生することができず、通常、自分自身をいったん鏡に写して、（模写の原画と同様に）二次元の鏡に映った自分の像を脳に認識してから描くが、写生における認識段階の重要性はこの自画像を通じて最も明らかになる。

その結果、写生には脳（見ること）と手（描くこと）の百人百様の多様性が否応なしに反映する。

しかし、ひとたびこの理を承認したら、その理は必然的に模写にも及ぶ。なぜなら、絵画制作者の脳（見ること）と手（描くこと）の制作過程は模写と写生とで全く異ならないからである。そのとき、一審判決はもはや己の見解を維持できなくなるだろう（この重要な論点については、最後に再述する）。

(2)、二つ目は、なぜ、対象が「風景や人物あるいは静物」である場合と「他人の著作物」である場合とで同一に論じることができなのか。判決はその理由を一言も明らかにしていない。恐らく、一審判決は次のような積りなのであろう——そのちがいは、写生の対象は著作物ではないが、模写の対象は著作物（＝原著物）であって、既に原著物の美的な創作性が表現されているから、新たに美的な創作性を認めることは容易なことではないのだ、と。

しかし、第1に、美は何も原著物（＝絵画）だけに表現され、存在するものではない。写生における花やモデルといった自然や人物のうちにも美は厳然と存在している。もし、模写において、原著物（＝絵画）のうちに表現され、存在する美を模写により再現しただけでは新たに美的な創作性と認めることはできないというのであれば、写生においても、花やモデルといった対象のうちに存在する美を写生により再現したものについてもまた、新たに美的な創作性と認めることはできない筈である。

² デューラーは写生の対象である人物や自然をいったん「デューラーの網」に映った像に置き換えて認識することにし、そこから、写生者がその網に映った像を紙・画布に写し取ることを考案した。彼は、写生者の網膜が「正しい土台」（＝認識のための正しい土台）をもつために、「デューラーの網」を補強追加したのである。

その結果、写生に美的な創作性を認めることができるケースは殆ど稀になるだろう。これが理不尽なことは言うまでもない。しかし、それがまさに一審判決が模写に対し取った態度である。

第2に、写生だからといって、常にそこに《自ずから個性が表れるもの》ではない。なぜなら、対象の中には、誰が描いても同じような表現にならざるを得ない要素が存在し、それについては通常、創作性を認めることはできないからである。例えば、地平線を水平線として描き、太陽を円として描くことは誰がやっても同じ表現にならざるを得ない。それを個性的表現と呼ぶことはできない。著作権法も、言語著作物について、5つのWと1つのHだけからなる「事実の伝達にすぎない雑報及び時事の報道」のような誰が表現しても同じものにならざるを得ないものについては、著作物性を認めないことを明らかにしているが（10条2項）、このことわり（＝誰が表現しても同じものにならざるを得ない表現は創作的表現と認めない）は、言語著作物に限らず美術著作物についても当てはまる。一審判決はいとも簡単に写生に創作性を認めてあやしまないが、事態をより厳密に分析すれば、写生においても、創作性が認められる部分と認められない部分とが並存する（しかし、著作権法が美術著作物について、わざわざ「事実の伝達にすぎない雑報及び時事の報道」のような著作物性を否定する場合の規定を設けなかったのは、甲16の1執筆の裁判官も指摘する通り、言語著作物と異なり、《絵画を描くという造形と色彩による表現行為には、きわめて個性が現われ易い》（甲16の1。秋吉稔弘（代表）「著作権関係事件の研究」35頁）という美術著作物の特質をわきまえていたからと思われる）。

すなわち、上記一審判決は、次の2点において、致命的なまちがいをおかしている。

第1に、美は模写の対象である原著作物だけに存在するものではなく、写生の対象である自然や人物のうちにも存在する。この点で、模写と写生は変わらない。つまり、原著作物の美的表現を理由にして、模写と写生との個性的表現を区別する根拠にはなり得ない。

第2に、写生であっても、常にすべての表現が個性的表現と認められる訳ではなく、誰が表現しても同じものにならざるを得ない表現は個性的表現から除かれる。この点でも、模写と写生は変わらない。

ここから模写の問題点を次のように整理することができる。

模写においても、写生と同様、誰が表現しても同じものにならざるを得ない表現部分は個性的表現から除かれる。そこで、模写が著作物と認

められるかどうかは、そこに模写作者の個性的表現と言える部分が見出せるか否かにかかっている——もはやこれは模写に特有の問題ではない。むしろ写生だけの問題でもない。それは、およそ絵画作品において、それがいかなるときに美術著作物として認められるのか、という絵画の普遍的な問題が本件模写裁判で問われているのである。

そこで、本件を正しく解決するためには、まずは、一方で絵画や美術のような芸術を裁く裁判のあり方について、他方で絵画や美術一般の創作性について立ち入らなければならない。

4、芸術裁判と真・善・美との関係

芸術裁判を正しく判断するためには、真・善・美という3つの判断の相互関係を正しく理解しておく必要がある。なぜなら、この関係を正しく自覚しないときには、人は往々にして無自覚のまま、誤った判断に陥るからである。

通常、我々が物事を判断するときには、①真か偽か（認識的）、②善か悪か（倫理的、法律的）、③美か醜か（美的）という少なくとも3つの判断を同時に持つ。日常、それらは交じり合っていて、明確には区別されない。例えば、19世紀フランスで、W. シェークスピアの「オセロ」を上演した際、悪役イアーゴの女房殺しの場面に憤激した観客が俳優を射殺した事件が発生した³が、この悲劇は美的判断と倫理的判断とを区別できなかったためである。しかし、簡単にこの観客を笑うことはできない。我々もまた、例えば人を愛するとき、その理由は相手に②善（倫理的）の次元で人間的魅力があるからか、それとも③美（美的）の次元で美的、性的魅力があるからか、さらには両方ともあるからか、愛する本人にもよく分かっていないことが多いように、その区別は容易ではないからである。

しかし、科学者は、道徳的、美的判断を括弧に入れ、物事を真か偽か（認識的）の次元でのみ判断するように訓練を積んでいる。同様に、法律家は、通常の事件では、第一次的に認識的判断を専念し（事実認定）、それが済んだのちには、認識的、美的判断を括弧に入れ、紛争を法律違反かどうか（法律的）の次元でのみ判断する（法的評価）ように訓練を積んでいる。これに対し、芸術家は、美的判断において、認識的、道徳的判断は括弧に入れ、物事を美か醜か（美的）の次元でのみ判断するよ

³ 夏目漱石「文学論」（全集 14 巻 174 頁）

うに訓練を積んでいる。そして、これらの判断は誰でも自然にできることではない。意識的な訓練によって初めて可能となるものである。かつて、フランスの美術家デュシャンが「泉」と題して便器を美術展に提示したとき、多くの者たちは眉をひそめ、狼狽したという。しかし、デュシャンは単に、芸術を芸術たらしめるものが何であるかをあらためて問うただけである。つまり、便器という対象に対し、認識的（①真）と倫理的（②善）関心を括弧に入れて見るという芸術本来の判断を求めたにすぎない。しかし、このことをきちんと理解するには、それ相当の文化的訓練が要る。

そして、この「それ相当の文化的訓練」が芸術裁判でも求められる。なぜなら、通常の裁判と比較し、芸術裁判の大きな特色とは、裁判の対象が通常的事実認識（認識的判断）だけでは済まず、芸術裁判の対象である芸術作品を正しく把握するために適正な美的判断が不可欠だからである。ところが、この適正な美的判断——それはまさしく「言うは易き、行ない難し」の判断である。

この困難が、古来、著作権事件のみならず著作権以外の様々な芸術裁判（チャタレー事件、悪徳の栄え事件など）の審理をすこぶる困難にした。しかし、裁判制度が芸術が法廷に持ち込まれることを認める以上、「適正な美的判断」という課題は回避しようがない（それは、科学や技術が法廷に持ち込まれる以上、科学裁判・技術裁判において「適正な認識的判断」という課題は回避しようがないのと同様である）。そして、もし裁判所が「適正な美的判断」を誤り、裁判の対象である芸術作品を正しく把握することに失敗したときには、そのあと、たとえどんな立派な法的判断を下したところで、取り返しのつかない結果になる（それは、科学裁判・技術裁判において、認識の次元でミスしたら、どんな立派な法的判断を下したところで、取り返しのつかない結果になるのと同様である）。それは、事実として犯罪をやっていない者をやったと認定する冤罪事件と（その結果、権利が剥奪されるという点においても）構造的に同じである。

その意味で、裁判所が適正な芸術裁判を実施し、真に文化の発展に寄与するためには、③美（美的判断）と②善（法的判断）の峻別の必要性を自覚し、どんなに困難に満ちたものであろうとも、まずは③美という専門的分野の徹底した把握に向かうこと、つまり「適正な美的判断」の厳格な適用が不可避である（ちょうどそれは、科学裁判・技術裁判において、裁判の対象となる専門的分野の徹底した認識に向かうことが極めて重要性なのと同様である）。

以上の芸術裁判における課題を標語的に言えば、次のようになるだろう。

——美のことはまず美に聞け。その際、じっくり耳を傾けよ。それが十分果されてからのち初めて、善の判断に進め、と。

そこで、次に、「絵画の創作性について適正な美的判断はいかにして可能か」という本裁判の本質的な課題が初めて日程にのぼる。以下、この点を検討する。

5、絵画の創作性はどこからやってくるか

前述した通り、美は模写の対象である原著作物にだけ存在するのではない。写生の対象である花やモデルといった自然や人物のうちにも美は厳然と存在している。では、これに対し、これらの対象を紙やキャンバスに描く「絵画の創作性」はどこからやってくるのだろうか。それは——絵画制作者の脳（見ること）と手（描くこと）からやってくる。

(1)、見ること

見るとは、少なくとも絵画制作において見るとは、ただ目で見ることではない。それは脳で見ることである⁴。それは今日の大脳生理学の常識である。

《ヒトの視覚に目が必要なことは万人の知るところであるが、目は視覚の入口にすぎない。物の映像は目によってとらえられ、視覚信号に変換され、視神経によって脳に送られ、これが脳によって処理されて初めて視覚が成立するのである。》（平凡社世界大百科事典）

したがって、脳の情報処理の仕方に各人各様のちがい・個性があるように、見ることもまた否応なしに各人各様のちがい・個性が出る。

それについては、申立人は既に控訴理由書9～13頁で詳述したが、本書面では、以下に、これを裏付ける専門家の見解を紹介する。

ア、美術評論家の布施英利氏

《ものが見えるのは、目だけによるものではありません。脳がなければ、見ることはできないのです。しかし、その「脳の見方」は一様ではありません。子どもには小さいものは「小さい」としか思えない。それが遠くにある、と分かるようになるには、それなりの年月が必要なのです。

⁴それは、フランスの画家ドガが、デッサンとは描き方ではなく、見方であると言った（ヴァレリー「ドガ・ダンス・デッサン」〔清水徹訳〕136頁）という有名なエピソードと照応する。

しかし脳の情報処理の仕方にちがいがあるのは、大人と子どもの間だけではありません。美術館や画集で名画を見ると、世界にはいろいろな見方があることを教えてくれる。たとえば天才画家・ゴッホの絵を見ると、ぼくたちが見ているのとは違う見方をしているのが分かります。公園でキャッチボールしている大人が「小さな人間」に見えるように、ゴッホの絵は、ぼくたちが当たり前と思っていることとは違う見方でかかれています。

世界にはいろいろな見方があります。すぐれた画家は、それを教えてくれます》（「絵筆のいない絵画教室」127～128 頁）》

イ. 京都造形大学講師の藤井克裕氏

《見るということは、目が行うのだが、その目は中枢神経系が脳味噌が突起してできたものである。目は大脳と直結している。……見るということとは、一個の人間がまるごとで果たす営みに他ならない。それは、文化や社会の総体としての営みのひとつでもある。……よく、目とカメラを比較して、目の機能を説明することが行われる。……何よりも我々は物を目で見るのではなく、脳で見ているということで大きく違っている。》（「造形の基礎を学ぶ」56～62 頁）

ウ. 彫刻家の佐藤忠良氏

《……毎日古木を描きに出かけています。そしてえがいていくうちに、それまでも見ていたのだろうけれど気づかなかった多くのことにきづかされるようにもなりました。……私が古木を描いている時、いつもこのような理屈をつけて描いているわけではありません。これは静物や風景を描くときも同じです。私の心のなかのもの、それを人生観といってもいいように思いますが、それと描かれるものとが照応したときにはじめて絵になるのだと思います。……またヘンリー・ムーアさんの話になりますが、私がムーアさんとお会いした部屋のテーブルには、流木、木の実、動物の骨片などが転がり落ちそうなくらいぎっしり置かれていました。興味のない人にはただのがらくた、ごみのようなものばかりです。しかしごみとしか見えないようなものが、ヘンリー・ムーアの彫刻の秘密を語っているのです。

海の荒れた翌日、海岸に行くと流木がうちあげられているのを見ることがあります。そのとき、「あっ、おもしろいかたちだな」とふと手にとった経験がある人もいることでしょう。おもしろいかたちだと感じ、手を伸ばしたということは、その流木に何かを感じたからなのだと思います。それが何であるかは人それぞれ違います。しかし、その人の心の琴線に触れる何か、それがその人の人生観だったかもしれません。あるいは、

そのときの心の状態を示す何か、その何かが流木のかたちと照応したのです。ですから、流木が自分のなかにある何かと照応しない人には、何万回見たとしても、ただの流木にすぎないのです。……

テーブルに置かれたさまざまなものたちがヘンリー・ムーアの彫刻の秘密といいましたが、流木も、木の実も、動物の骨片もすべてムーアさんの人生観に照応したからそこにあり、それらに触発されて彫刻は作られたのだと思います。つまり、ヘンリー・ムーアというひとりの人間を仲立ちとして、流木と彫刻はひとつにつながっているのです。》（「触ることから始めよう」34～41頁）

ここで、佐藤忠良氏が言う《その人の心の琴線に触れる何か、それがその人の人生観だったかもしれません。あるいは、そのときの心の状態を示す何か、その何かが流木のかたちと照応したのです》というのは、広く美を感じる心＝美的判断のことであり、それは《おもしろいかたちだと感じ、手を伸ばしたということは、その流木に何かを感じたからなのだ》と思います。それが何であるかは人それぞれ違います。》の通り、美的判断は見る人の「個性、好み、洞察力」などに応じて個々人の個性がある。だから、そうした美を感じる心がない人には《流木が自分のなかにある何かと照応しない人には、何万回見たとしても、ただの流木にすぎない》。

すなわち、対象を見る人間の目＝脳の処理の仕方に見る人の個性が否応なしに反映し、その結果、「見る」という行為は見る者の個性的な行為とならざるを得ない。

そして、《ヘンリー・ムーアというひとりの人間を仲立ちとして、流木と彫刻はひとつにつながっている》の通り、このような個性的な見る行為が存在して初めて、描く対象は作品へと昇華することができる。

(2)、描くこと

対象を見ることにおいて、そこには見る者の「個性、好み、洞察力」などに応じて、各自が見る像も百人百様でありそれぞれ異なってくるが、しかし、それに続く「描くこと」もまた、機械的な一直線の行為ではない。言うまでもなく、誰もがすんなりと見た通りの像を紙や画布の上に再現できる訳ではない。各自が見た像を再現するためには——どうしたら、自分の脳が見た像を再現できるか、その表現手段をめぐって——そのための自分なりの独自の工夫が必要となるからである。

つまり、描く者の脳に写った像と紙や画布の上に表現された物とは機

械的に一直線に連結されている訳では全くなく、その再現にあたっては、否応なしに、描く者自身の個性、好み、洞察力、技量などが反映して、おのずと各人各様のものとならざるを得ない。まさに、見ることにしておのみならず、描くことにおいても《ヘンリー・ムーアというひとりの人間を仲立ちとして、流木と彫刻はひとつにつながっている》（前述の佐藤忠良「触ることから始めよう」）のである⁵。

6、絵画の創作性はどうやって証明するか

絵画の創作性の正体・淵源が以上のようなものだとしたら、次に、では、それをいかにして証明したらいいだろうか。言い換えれば、創作性があったかどうかを判断する基準は何だろうか。

この点、未だ判例も学説もないが、創作性一般の意義とこれまで明らかにしてきた美的な判断の意義とを総合考慮しながら、以下に吟味検討する。

(1)、創作性一般の意義

今一度、創作性一般の意義を確認しておきたい。一般に、ある作品に創作的な表現が認められるかどうかの判断は、「著作者の個性が何らかの形で現れていればそれで十分であり、それ以上、他に類例がないとか全く独創的であることまで要求するものではない」。

ここからすれば、絵画の創作性が認められるかどうかは一見そう難しいことではないように見える——その作品に描かれた線や形、色彩に制作者の個性が何らかの形で現れていさえすればそれで十分だからである。

(2)、模写における創作性有無の判断の躓きの石

しかし、ことはそう簡単ではない。なぜなら、たとえ模写と原画との間に表現上のちがいが認められる場合であっても、絵画の素人の第一印象により、「どうせ模写なのだから、そのちがいもまた些細なちがいに過ぎないのではないか」と速断される危険があるからである。

(3)、問題の吟味

ここで問われなければならないことは、上述した通り、芸術裁判の厳格な適用である。すなわち、そうした絵画の素人の第一印象を排斥し、両作品の間に認められる表現上のちがいについて、あくまでも適正な美的判断を下すこと、つまり、芸術的な観点からその模写の表現部分について「凡そ模写制作者の個性のかけらも見出せないのかどうか」適正な

⁵ その詳細は控訴理由書 13～16 頁に述べられている。

評価を行なうことである。

それは——ひらたく言えば、その表現部分は模写している過程で模写制作者の筆がついすべってしまったとか、或いは出鱈目に適当に書き直してみたといった非芸術的な理由で、原画の表現とちがってしまっただけのものであって、その結果、この表現上のちがいは、凡そ芸術的な評価に一顧だにせず、模写制作者の個性のかけらも見出せないと判断されるかどうかを評価することである。

(4)、証明責任の分配について

では、この「原画との表現上のちがいについて、そこに模写制作者の個性が何らかの形で現れているかどうか」の証明責任はどちらが負うのか。

この点、少なくともプロの画家の模写については、創作性を否定する側が証明責任を負うとするのが正義公平に適うだろう。なぜなら、前述した通り、肘の後ろの 1 本の線（しわ）をどう描くかに腐心するのがプロの画家であり、彼らにとって、絵画の制作とはもともと緻密な計算に裏付けられた極めて意識的、意図的な作業にほかならず⁶、それゆえ、彼らの制作が筆がついすべってしまったとか、或いは出鱈目に適当に書き直してみることは通常あり得ないからである（それは、プロの法律家＝裁判官が判決書きにおいて、筆がついすべってしまったとか、或いは出鱈目に適当に書き直してみるものが通常あり得ないのと同様である）。

(5)、本件の検討

故三谷一馬はプロの画家である。それは彼が約 70 年間にわたり絵筆一本で生計を立てて来たことから明らかである。だから、「原画との表現上のちがいについて、そこに模写制作者の個性が何らかの形で現れているかどうか」の証明責任は相手方が負うのが適切である。

しかし、相手方にこの証明責任を果そうという気は皆無だった。絵画の美的判断のとば口にすら立とうとしなかった（それは相手方の書証を見れば一目瞭然である。そこには美術の文献は一冊もない）。他方、申立人も、相手方の証明不十分を理由に最終的に原告絵画の創作性を肯定されることを潔しとしなかった。そこで、申立人は、自ら積極的に原告絵画の創作性を証明したいと願い、この間、相手方に成り代わって、「原画との表現上のちがいについて、そこに模写制作者の個性が何らかの形で

⁶ それは炎の画家と呼ばれ、直感的、直情径行的なイメージを持たれているゴッホの補色の研究をはじめとする緻密な計算や探求を積み重ねたケースからも明らかである（本理由書別紙 9 の報告参照）

現れているかどうか」を主張・証明してきた。

このとき、申立人は、プロの画家の絵に相応しい次の証明方法を取り上げた――原画と異なる故三谷一馬の表現部分は、故三谷一馬に信ずるところがあって、彼に固有の芸術的な意図に基づいて、敢えて原画の表現とは異なる表現方法を採用したものである、と⁷。

そして、「彼に固有の芸術的な意図に基づいて制作されたものかどうか」は、少なくとも次の2つのいずれかを検討することで明らかにされると考えた。

- ①. 構図や個々の表現が絵画制作者の主題（モチーフ）に由来する表現であること、または
 - ②. 個々の表現が身体全体の有機的な結合に基づく表現であること
- つまり、このいずれかが証明できれば「彼に固有の芸術的な意図に基づいて制作されたもの」と証明されると考えた。

以下、その理由について、順番に解説する。

- (6)、構図や個々の表現が絵画制作者の主題（モチーフ）に由来する表現であること

或る表現が絵画制作者の主題（モチーフ）に由来する表現である場合には、それは「その表現はたまたま偶然生じたのではなく、模写制作者の芸術的な意図に基づいた制作の結果である」と言うことができる。なぜなら、本理由書でも引用した通り、

《私は、何か表明したいことがあれば、その都度自分がそう表明すべきであると感じた流儀でそれを表現してきただけだ。モチーフが異なれば、自ずと異なる表現手段が必要とされるものである》（甲51「ピカソ 眼の記憶」28頁）

《主題は、作者にとっては、その意思を託すインスピレーションの源であり、画家はそれにもとづいて構図を考える。》（別紙参考文献1 柳亮「構図法」12頁）

つまり、主題（モチーフ）と表現方法・手段とは不即不離、表裏一体の関係にあり、絵のモチーフが絵の表現方法・手段に最も如実に反映する。したがって、模写と原画においても、構図や個々の表現方法のちがいが、それぞれの絵のモチーフのちがいに由来するものであれば、そのちがいがたとえ一見《些細な変更を加えたものに》見えようが、或いは

⁷ もちろん、一般的なケースでこれが証明できない場合でも絵画の創作性が認められる場合は十分にある。なぜなら、もともと創作性はそこに制作者の個性が何らかの形で現れていればそれで十分であり、芸術的な意図に基づいた結果である必要まで全くないからである。

《若干のちがい》に見えようとも、その表現方法はおのこの絵画制作者の芸術的な意図に基づいて制作されたものと言うべきであり、結論として、その表現は個性的表現＝創作性があると証明される。

(7)、身体の個々の表現が身体全体の有機的な結合に基づく表現であること

そもそも身体全体は有機的に緊密に結合されていて、身体の一箇所でも動くとき身体全体がそれに呼応するという緊密な関係にある⁸。従って、例えば人を追いかけて足を出すような動的な身体を描く場合には、足のみならず、身体全体が「追いかける」という動作に呼応するものとして描くことになる。その反対に、静的な身体を描く場合も同様に、身体全体が静的な動作に呼応するものとして描くことになる。

そこで、身体のある表現が絵画制作者の身体全体の有機的な結合に関する認識に由来する表現である場合には、それは「その表現はたまたま偶然生じたのではなく、模写制作者の芸術的な意図に基づいた制作の結果である」と言うことができる。なぜなら、本理由書でも引用した通り、

《佐藤忠良は、はじめに右肩を左肩より拳一つぐらい下げただけでも、身体全体がそれに呼応することを、女性モデルに実際に右肩を下げてもらいながら指摘した。けれどもその説明の直後、衝撃的とも言える言葉が佐藤忠良の口を衝いて出たのである。

女性の性器の位置もちょっとした身体の動きに呼応とし変化していると……。》(矢萩喜徳郎「平面空間身体」18～19頁)

つまり、身体表現において、身体全体の有機的な結合に関する認識と身体表現とは不即不離、表裏一体の関係にあり、身体全体の有機的な結合に関する認識の中身が身体表現に色濃く反映する。例えば、本件原画1のように「動的な身体」を描こうとし、他方、原告絵画1のように「静的な身体」を描こうとする場合、身体全体の有機的な結合に関する認識に基づき、前者は身体全体を「追いかける」という動作に呼応するものとして描くことになるのに対し、後者は、身体全体を「立ち止まる」といった動作に呼応するものとして描くことになる。

したがって、模写と原画においても、身体のある表現のちがいが、それぞれの作者の身体全体の有機的な結合に関する認識のちがい（例えば、一方は「動的な身体」を描こうとし、他方は「静的な身体」を描こうとする場合）に由来するものであれば、そのちがいがたとえ一見《些

⁸ もっとも、これは美的判断というより、その前段階として不可欠の科学的認識の次元の事柄である。

細な変更を加えたものに》見えようが、或いは《若干のちがい》に見えようとも、その身体表現はおのこの絵画制作者の芸術的な意図に基づいて制作されたものと言うべきであり、結論として、その表現は個性的表現＝創作性があると証明される。

(8)、本理由書の主張・立証の意味

申立人は、既に本理由書において、上の①「構図の表現が絵画制作者の主題（モチーフ）に由来する表現であること」の証明について、本件原画と原告絵画との間に、構図のちがいも含めていかに多くの表現上のちがいが見出せるか、そして、それらのちがいがいずれも故三谷一馬固有のモチーフに基づく制作結果であることを、原告絵画の実際の個々の表現に即して個別具体的に詳述し、証明した（12～27 頁。29～31 頁）。

また、上の②「身体の個々の表現が身体全体の有機的な結合に基づく表現であること」の証明についても、本件原画と原告絵画との間に、身体表現においていかに多くの表現上のちがいが見出せるか、そして、それらのちがいがいずれも故三谷一馬固有のモチーフ（静的な身体を描く）と身体全体の有機的な結合に関する彼の認識に基づく制作結果であることを、原告絵画の実際の個々の表現に即して個別具体的に詳述し、証明した（27～29 頁）。

以下、①「構図の表現が絵画制作者の主題（モチーフ）に由来する表現であること」、及び②「身体の個々の表現が身体全体の有機的な結合に基づく表現であること」について、若干、補足しておきたい。

7、構図の表現が絵画制作者の主題（モチーフ）に由来する表現であること（補足）

(1)、主題（モチーフ）と構図の関係

最初に、主題（モチーフ）と構図の関係について再確認する。両者の関係は次のように言うことができる――主題を何にするかで構図も変わる。言い換えれば、主題が構図を決定する、と。両者の密接不可分な関係は、以下の通り、古今東西あらゆるところで言われている。

《主題は、作者にとっては、その意想を託すインスピレーションの源であり、画家はそれにもとづいて構図を考える。》（別紙参考文献 1 柳亮「構図法」12 頁）

《考え方の根本は描きたい対象はなにかということ、そして、それを最大限に生かすにはどのように構成すればよいのか、……そこで“どう構成するのか”が問題になるわけである》（本理由書別紙 10 横山了平「構

図の基礎」(構図の生かし方))

(2)、本件原画 1 と原告絵画 1 の構図のちがい

では、本件原画 1 と原告絵画 1 の主題（モチーフ）のちがいは、どのように構図に影響を及ぼすか。本理由書 26～27 頁の一覧表を要約すれば、次のようになる（本理由書別紙 7 参照）。

	本件原画 1	原告絵画 1
モチーフ	逃げる小僧、それを追う主人、それを止める番頭という登場人物たちのダイナミックで動的な行動を表現。	江戸風俗の再現 ↓ 江戸時代の典型的な酒屋を描く。
構図	左から右へ横の動的な構図	安定した静的な構図
面に関する表現方法	横長の画面構成	縦長の画面構成
線に関する表現方法	傾斜した斜線主体	垂直の線主体

ア、面に関する表現方法

本件原画 1 は横長の画面構成を採用し、原告絵画 1 は縦長の画面構成を採用している（本理由書別紙 7 参照）。これらは決して単なる思い付きでも偶然でもなくて、構図を具体化するための技法「横の動的な構図には横長の画面構成が相応しく、安定した静的な構図には縦長の画面構成が相応しい」に拠ったものである。この絵画の技法は、古来、横の動き・変化を表現するのに横長の絵巻物が使われ、静的な安定さを表現するのに縦軸の掛け軸の絵が使われたことから明らかであり、次の文献にも同様の指摘がある。

《f になると、垂直力か上昇力が働く。それは縦長の矩形だからである。g になると、左か右かの水平力が強調されているのである。正方形であると。こういう内在力は生じにくい》（別紙参考文献 2 小林重順「造形構成の心理」70 頁）

イ、線に関する表現方法

本件原画 1 は傾斜した斜線主体の線を採用し、原告絵画 1 は垂直線主体の線を採用している（本理由書別紙 7 参照）。これらもまた単なる思い付きでも偶然でもなく、構図を具体化するための技法「横の動的な構図には傾斜した斜線が相応しく、安定した静的な構図には垂直の線が相応

しい」に拠ったものである。この絵画の技法は以下の文献からも明らかである。

《構成物のムーブマン（動勢）を出すには、その垂直、水平、直角を避けて、それらが若干いずれかへ傾斜して見える位置から描写するか、傾斜した場合を選ぶか、あるいは進んで故意に効果的に傾斜せしめるか、デフォルメしないと、ムーブマンは出ない》（別紙参考文献3 西田正秋「人体美学」上巻 331 頁左下から3行目～）

《斜線は、垂直または水平になって安定する中間の状態であるから、不安定で動的である。だからムーブマンを作ることに関与するものである。》

（別紙参考文献4 岩中徳次郎「画面構成」207 頁下から6行目）

(3)、本件原画4と原告絵画4の構図のちがい

次に、本件原画4と原告絵画4の主題（モチーフ）のちがいは、どのように構図に影響を及ぼすか。本理由書30～31頁の一覧表を要約すれば、次のようになる（甲22の合成図4参照）。

	本件原画4	原告絵画4
モチーフ	ひっくり返らんばかりに反り返った女性が子供を抱き上げた瞬間が描かれ、全体として左下から右上に向かうダイナミックな動きを表現。	江戸風俗を描くという本来の意図に沿い、江戸時代の日常生活用具の1つとして、「蚊いぶし」を描く。
構図	左下から右上への動的な構図	安定した静的な構図
面に関する表現方法	横長の画面構成	縦長の画面構成
線に関する表現方法	煙は左下から右上への斜めの、長い曲線	煙はほぼ真上に、短い曲線
バランスに関する表現方法	「蚊いぶし」とこれとセットで置かれる「松葉の入った籠」とのバランスをとくに考える必要はない。なぜなら、 (1)、これら小道具の配置は、主役である登場人物や主要な道具の配置のあとに決めればよく、 (2)、原画の横長の画面構成においては、「松葉の入った籠」をどこに配置しようがバランスが取	「蚊いぶし」と「松葉の入った籠」とのバランスに非常な配慮を払って両者の配置を決定。なぜなら、 (1)、原告絵画ではこれら小道具こそ主役であるからであり、 (2)、原告絵画の縦長の画面構成では、原画のような「松葉の入った籠」の配置では到底バランスが取れず、改めて、バランスの取れる位置に置き直した。

	れなくなることはまずならないから。	
--	-------------------	--

ア、面に関する表現方法

本件原画４は横長の画面構成を採用し、原告絵画４は縦長の画面構成を採用している（甲 22 の合成図４参照）。このちがいは元々、本件原画４の主役が３人の登場人物たちであるのに対し、原告絵画４では本件原画４の小道具にすぎない「蚊いぶし」だけを取り上げて描いたという違いに由来するものだが、しかし、それにとどまらず、それぞれの構図がこれらの画面構成を採用させるに至ったものである。つまり、本件原画４の構図は左下から右上への動的な構図であり、それゆえ本件原画４では横長の画面構成が相応しいのに対し、原告絵画４の構図は安定した静的な構図であり、それゆえ原告絵画４では縦長の画面構成が相応しい。その意味で、これもまた「横の動的な構図には横長の画面構成が相応しく、安定した静的な構図には縦長の画面構成が相応しい」という絵画の技法に拠ったものと言うことができる。

イ、線に関する表現方法

本件原画４の煙は左下から右上への斜めに向う曲線として描かれ、原告絵画４ではほぼ真上に向う曲線として描かれている（甲 22 の合成図４参照）。これもまた「横の動的な構図には傾斜した斜線が相応しく、安定した静的な構図には垂直の線が相応しい」という絵画の技法に拠ったものである。

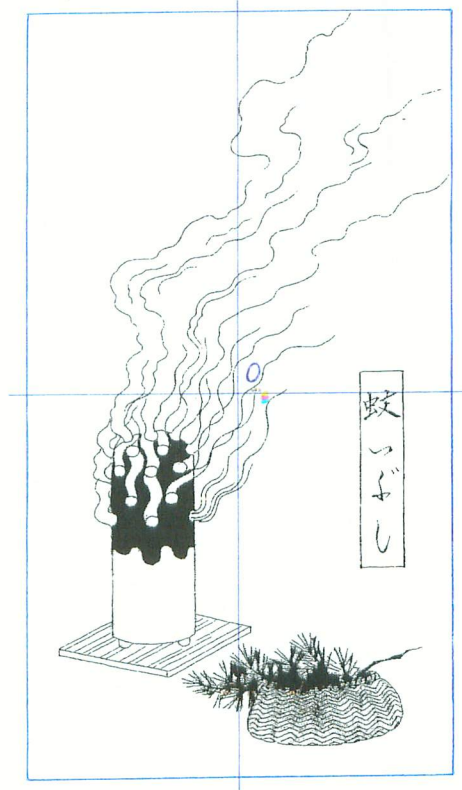
ウ、バランス

本件原画４の「松葉の入った籠」は「蚊いぶし」の右上に配置されているが、原告絵画４では右下の位置に置き直した（甲 22 の合成図４参照）。縦長の画面構成を採用し、「蚊いぶし」と「松葉の入った籠」と罫線で囲った「蚊いぶし」という文字の３者が主役の原告絵画４では、本件原画４のような「松葉の入った籠」の配置では到底バランスが取れないと考え、次頁の挿入別紙図面のように、静的バランスと動的バランスを考えた末、「蚊いぶし」の右下の位置に置き直したのである。これは、画面の中心を基点にして対象物の静的及び動的バランスを考えるという絵画の技法（（別紙参考文献５岩中徳次郎「画面構成」200 頁以下）に拠って故三谷一馬なり具体化したものである。

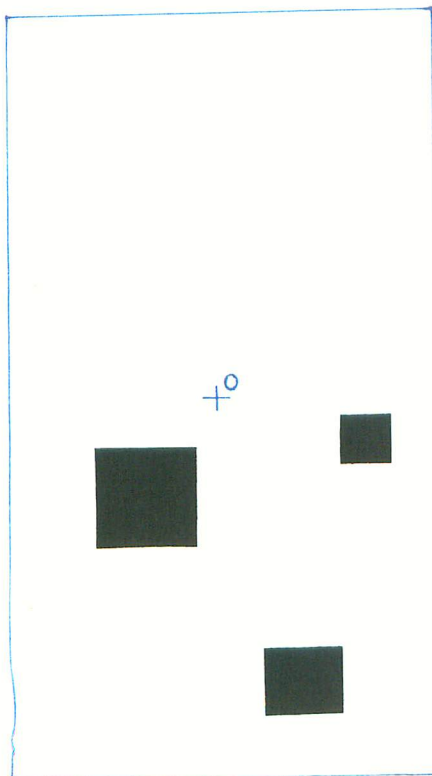
8、身体の個々の表現が身体全体の有機的な結合に基づく表現であるこ

挿入別紙図面

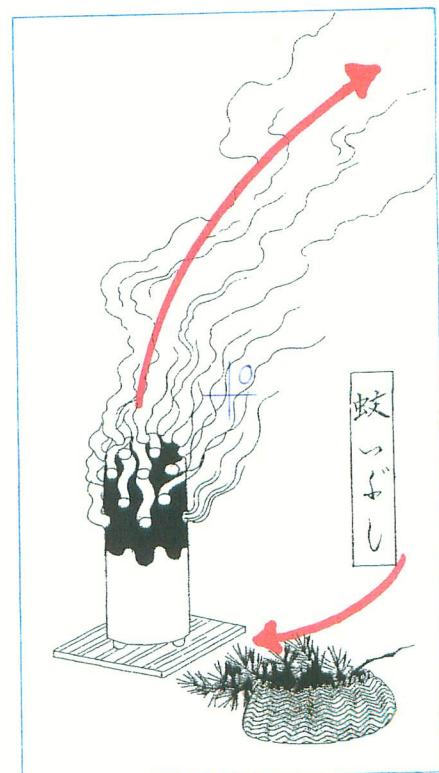
画面の中心をOとする。



静的バランス



動的バランス



と：本件原画 1 と原告絵画 1 の身体表現のちがい（補足）

本件の身体表現も両作品で著しくちがっている。それはモチーフのちがいに由来する。すなわち《モチーフが異なれば、自ずと異なる表現手段が必要とされる》（甲 51「ピカソ 眼の記憶」28 頁）からである。

本件原画 1 と原告絵画 1 の主題（モチーフ）のちがいがどのように身体表現に影響を及ぼすか。本理由書 27～29 頁の記載を要約すれば次の一覧表のようになる。

	本件原画 1	原告絵画 1
モチーフ	逃げる小僧、それを追う主人、それを止める番頭という登場人物たちのダイナミックで動的な行動を表現。	江戸風俗の再現 ↓ 江戸時代の典型的な酒屋を描く。
身体表現	動的な力んだ瞬間を表現	静的なできるだけ自然な体型に描く
主人	逃げていく小僧を激しく追うに相応しい力んで踏ん張った身体を表現	小僧を激しく追いかける必要も力んで踏ん張る必要もなく、静的なできるだけ自然な体型に描く。
小僧	速いスピードで逃げるに相応しい動的な力んだ身体を表現	勢いよく逃げる必要も力む必要もなく、静的なできるだけ自然な体型に描く。
番頭	激しく追う主人を必死に止めるに相応しい力んだ身体を表現	主人を必死に止める必要も力む必要もなく、静的なできるだけ自然な体型に描く。

つまり、主人、小僧、番頭の三人の身体表現については、既に本理由書において、本件原画と原告絵画との間に、いかに多くの表現上のちがいが見出せ、それらのちがいがいずれも故三谷一馬固有のモチーフに由来する制作結果であることを原告絵画の実際の個々の表現に即して個別具体的に詳述し、証明したが（13～23 頁）、これらはいずれも「身体表現は身体全体の有機的な結合という身体の科学的認識に基づかなければならない」という絵画の技法に拠ったものである。

9、模写の創作性の法的判断について

模写の創作性については、これを肯定する法的判断が多数散見できる。その根拠も、以下の通り、

(1)「かれの全人格を打ち込んで観察し、選択し、描写しているもので、景色や肖像を画く（＝写生）のとなんら選ぶところはない」（中川＝阿部

編・前掲 152 頁野村義男)

(2)「手描きのもの、たとえば署名のように思想感情を表現しないものであっても、その形象のうちに個人的特性を宿しており、絵画を描くという造形と色彩による表現行為には、きわめて個性が現われ易いように思われる」(甲 16 の 1。秋吉稔弘(代表)「著作権関係事件の研究」35 頁)

(3)「絵画などの美術の著作物は他の著作物に比して、著作者みずからがその作成に手を下すことが肝要で、文芸的著作物の原稿を著者みずから書かないで、口述筆記をしてもよいし、作曲家が、楽譜をみずから書き入れなくて、他人に書き入れさせても著作物たることに変わりがないのと大きなちがいがある。この見地から、模写などのコピーと、一般的な複製物のように、主として技術の利用によるものとは差異があることになる」(甲 17 の 3 中川善之助＝阿部浩二編「改訂著作権」76 頁野村義男)

「画家が自分の習作として、既存の名画を模写するのは、単純な機械的な模写とは違って、そこに、その画家のキャラクターなりなにかが出てくるわけです」(佐野文一郎・鈴木敏夫改訂「新著作権法問答」74 頁)すなわち、

①「手描き」という絵画制作の本質を的確に把握した上で絵画の創作性⁹を論じ、なおかつ

②模写の本質的特性もまたこの「手描き」つまり「著作者みずからがその作成に手を下す」という点にあって、複製機器による複製技術とは決定的に異なる点を的確に把握しており、

絵画制作と模写の本質に即して述べられており、絵画制作を知る者にとってすこぶる合点が行く。

そこで、参考までにこれらの見解をまとめて紹介する。

(1)、《それでは〔申立人代理人注：模写において〕如何なる場合に精神的創作が認められるかであるが、これを肯定して翻案になる典型例としてよくあげられるものが画家による名画の模写であり、この場合には、「かれの主観によってコピーされるものは、そこに創造性が認められるので」(中川善之助＝阿部浩二編・著作権(実用法律事典)72 頁野村義男)とか「かれの全人格を打ち込んで観察し、選択し、描写しているもので、景色や肖像を画くのとなんら選ぶところはない」(中川＝阿部編・前掲 152 頁野村義男)などと説明されている。……絵画を描くという造

⁹絵画を描くという「手書き」による表現行為は極めて個性が現われ易く、それゆえ、《五十人の生徒が同一の静物を写生すれば、同じような絵が五十できますが、これらはそれぞれ別個の著作物として保護されます。》(甲 15「著作権法ハンドブック 1989」8 頁)と評価されるのである。

形と色彩による表現行為には、きわめて個性が現われ易いように思われる（手描きのもの、たとえば署名のように思想感情を表現しないものであっても、その形象のうちに個人的特性を宿している）。それは、平面的対象を忠実に写生する場合〔申立人代理人注：すなわち、「模写」のことを指す〕であっても、同様であろう》（甲 16 の 1。秋吉稔弘（代表）「著作権関係事件の研究」 35 頁）

(2)、《名画の画家による模写のように、かれの主観によってコピーされるものは、そこに創造性が認められるので、諸外国で著作物になるとされる。……また絵画などの美術の著作物は他の著作物に比して、著作者みずからその作成に手を下すことが肝要で、文芸的著作物の原稿を著者みずから書かないで、口述筆記をしてもよいし、作曲家が、楽譜をみずから書き入れなくて、他人に書き入れさせても著作物たることに変わりがないのと大きなちがいがある。この見地から、模写などのコピーと、一般的な複製物のように、主として技術の利用によるものとは差異があることになる》（甲 17 の 3。中川善之助＝阿部浩二編「改訂著作権」 76 頁野村義男）。

(3)、《絵画彫刻などでは、完全な模写模造でない限り、創作性を認めてよい》（山本桂一「著作権法」〔法律学全集〕 63 頁）

(4)、《模写の場合でも、ガラス板をおいて丹念に、技術的に模写するだけなら、もちろんコピーですから、そこに新しい著作物はできないといえるが、画家が自分の習作として、既存の名画を模写するのは、単純な機械的な模写とは違って、そこに、その画家のキャラクターなりなにかが出てくるわけですから、……そこに別の著作物性がある。》（佐野文一郎・鈴木敏夫改訂「新著作権法問答」 74 頁）

10、最後に――素朴な疑問 2 つ――

以上、本理由書では十分展開できなかった理論的問題について、本補充書で説明を試みた。

最後に、ごく素朴な疑問を 2 つ表明して締めくくりとしたい。

(1)、疑問 1

美術評論家の布施英利は、レオナルド・ダ・ヴィンチの絵の創作性について次のように言う。

《レオナルド・ダ・ヴィンチの絵は、見たものを見たままにかいただけの超絶技巧の絵、などと考えられがちです。カメラで撮った客観的な画像みたいだ、と。しかし、それは、個性のある絵なのです。だって、そ

れと似た絵が他にないのですから。》（「絵筆のいらない絵画教室」59 頁）

同じように、故三谷一馬の絵は、江戸風俗の再現をモチーフにして原画の表現を自然なものに描き直したものだから、一見、個性のないありふれた絵ではないかと思うかもしれない。しかし、それは、個性のある絵である。なぜなら、それと似た絵が他にないからである。そのことは次の事実からも了解できるだろう。12 枚の別紙 1（朝日新聞の 2006 年 1 月～12 月のカレンダーの絵）はいずれも故三谷一馬の絵であるが、これらの絵の原画となったものは以下の一覧表の通りそれぞれちがう作者の手によるものである。しかるに、別紙 1 の故三谷一馬の絵とこれらの原画を集めた別紙 2（但し、7 月の絵の原画だけ入手が間に合わなかった）を見比べてみれば明らかな通り、原画のほうはそれぞれ異なる個性的表現の絵であるにもかかわらず、故三谷一馬のこれらの絵はどれも明らかに故三谷一馬の絵と分かる首尾一貫したもので貫かれている。この首尾一貫して貫かれているものを故三谷一馬の個性的表現と呼ばずしてどう呼べばいいだろうか。そうだとしたら、では、故三谷一馬のほかの絵には首尾一貫して認められる彼の個性的表現が原告絵画には欠落していると言うのだろうか。そのような判断には断じて納得がいかない。

別紙 1	別紙 1 の原画（別紙 2）の作者
1 月	菊池 貴一郎
2 月	歌川 広重
3 月	歌川 国直
4 月	北尾 重政
5 月	藤原 春季
6 月	二世歌川 豊国
7 月	玉 亭
8 月	溪斎 英泉
9 月	同上
10 月	歌川 豊広
11 月	歌川 国貞

(2)、疑問 2

これまで原審裁判所で何度も口に出かかって、遂に表明しなかった素朴な疑問がある。それは、模写裁判の判断で散々迷うくらいなら、一度、裁判官室にある静物でも何でもよい、それを裁判官の皆さん全員で実際に写生していただきたいということである。出来上がった絵は対象は同一で構図もほぼ同一であろうが、そしてその中には決してうまくない絵もあるかもしれないが、しかし、《確かに、多数の人が、同一の風景、人物あるいは静物を対象として写生し、これを絵にすれば、構図の類似性があっても自ずから個性が表れるものであり、それぞれのものが別個の著作物として保護されることは当然である。》（一審判決 28 頁）の通り、裁判官全員の絵を各自の個性的表現と評価することに躊躇しないだろう。なぜなら、自らの目で見て、自らの手で描いたそれらの絵は、機械的に真似た絵とは異なり、決して同じ絵にならないからである。それは、絵画制作者の脳（見ること）と手（描くこと）の百人百様の多様性という大脳生理学の常識に由来するものである。

それを確認したら、そのあと引き続き、例えばセザンヌの静物の絵でも何でもよい、それを裁判官の皆さん全員で実際に模写していただきたい。ここでも、出来上がった絵は対象は同一で構図もほぼ同一であろうが、そしてその中には決してうまくない絵もあるかもしれない。しかし、それらはその前に描いた写生の場合と同様、決して同じ絵にはならないだろう。そのとき、この「決して同じ絵にはならない」模写の体験と現実を前にしたとき、これを各自の個性的表現と呼ばずして何と呼んだらいいのだろうか。もし、へたくそな模写だからそれは個性的表現と呼べないとしたら、へたくそな写生もまた同様に個性的表現と呼べないこと

¹⁰ 今回、12 月の絵の原画は 2 枚あることが調査の結果判明した。これは、故三谷一馬の模写が、大観（甲 25）や尾形光琳、酒井抱一（甲 26・27）やゴッホ（甲 46・47）などの模写、つまり名画の創作性を習得する目的の本来の模写とは根本的に異質なものであることに由来する。つまり、故三谷一馬の模写は専ら江戸風俗を再現する目的で原画を素材として利用するものであり、だから、原画は別に名画である必要もなく（世に知られていないために、今回見つけられなかった 7 月の原画〔作者玉亭〕がそれである）、また故三谷一馬が原画に求めるものは素晴らしい表現方法ではなく、江戸風俗に関する正確な情報（表現内容）であり、それゆえ、原画は 12 月の原画のように 2 枚あっても全く構わないし、必要に応じて原画の表現を大胆に書き直した（一審判決が創作性を認定した原告絵画 2 と 3 がその典型である）。これこそ本来の模写には見られない故三谷一馬固有の際立った特徴であり、故三谷一馬の模写に容易に創作性を認め得る論拠である（控訴理由書 28～29 頁参照）。

になるが、写生においてそんな区別はしていない。第一、著作権法はいやしくも個性的表現でさえあれば足りるのであって、それ以上、うまいか下手かといった個性的表現の芸術的評価には立ち入らない（それは、結果的に表現の自由に対する国家の過剰な干渉となる）。

ちょっとした時間さえあればいつでも可能なこの実験は、百の論議、百の理論書よりも雄弁に模写の創作性を証明する筈である。

以上の素朴な疑問に合点が行くような判断を出されることを、申立人は本芸術裁判に切に望むものである。

以 上

別紙一覧表

別紙 1	朝日新聞のカレンダー 1 2 枚（平成 18 年 1 月～12 月）
同 2	別紙 1 の故三谷一馬の絵の原画 1 2 枚（但し、7 月の絵の原画はナシ）。 なお、これらは本理由書の別紙 1～7 と同様、各別紙がクリアブックに収められ、本文から取り外しできるようにしてある。その趣旨は、取り外しにより各原画を別紙 1 の模写の横に並べて両者を対比できるようにするためである。

別紙参考文献一覧表

文献 1	柳亮「構図法」12 頁
同 2	小林重順「造形構成の心理」70 頁
同 3	西田正秋「人体美学」上巻 331 頁
同 4	岩中徳次郎「画面構成」207 頁
同 5	同上書 200～203 頁

以 上