

平成18年（ネ受）第10008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

2006年12月6日

最高裁判所 御中

申立人代理人弁護士

柳 原 敏 夫

頭書事件につき、申立人は下記の通り理由を提出する。

目 次

第1、事実関係と原判決の概要	2 頁
第2、上告受理申立ての理由要旨	2 頁
第3、はじめに――なぜ本件が上告審に係属することになったのか――	3 頁
第4、問題の所在	
1、本件の論点	3 頁
2、一審判決の態度	4 頁
3、模写とは何か――類似のケース――	5 頁
4、模写とは何か――絵画の世界における類似のケース――	7 頁
5、一審判決のためらい	7 頁
6、模写の創作性の吟味	8 頁
7、絵画一般の創作的表現について	9 頁
第5、原告絵画1の検討	
1、はじめに	10 頁
2、本件原画1と原告絵画1におけるモチーフの対比	11 頁
第3、人物の個々の表現	
1、主人	12 頁
2、小僧	16 頁
3、番頭	20 頁
4、人物のまとめ	24 頁

第4、構図	
1、主題（モチーフ）と構図（画面構成）の関係	24 頁
2、本件原画1と原告絵画1における構図（画面構成）	25 頁
3、小括	27 頁
第5、人体の全体構造の表現	
1、人体の全体構造の把握の重要性——人体の有機的結合について——	27 頁
2、本件原画1と原告絵画1における人体の全体構造の表現	28 頁
3、小括	28 頁
第6、原告絵画4の検討	
1、一審判決に対する不信感	29 頁
2、「煙の流れの描き方や籠の配置」に関するちがい	29 頁
3、小括	31 頁
第7、結論	32 頁

第1、事実関係と原判決の概要

申立人の父故三谷一馬は、我が国で初めて模写の創作性を認めた「新橋玉木屋」事件（平成11年9月28日の東京地裁判決。著作権法判例百選 NO. 9）の原告である。本件はその続編である。平成13年、相手方が「図説江戸考古学研究事典」という書籍を出版する際に、三谷一馬の作品集「定本江戸商売図絵」（検甲2）と「江戸庶民風俗図絵」（検甲4）に収められた絵画4点（以下、原告絵画という）を無断で使用したので、著作権侵害になるかどうか争われた事案であり、これに対し、一審判決は、原告絵画のうち原告絵画1と同4の2点は三谷一馬の創作性が認められないとして著作権侵害を認めず、原判決もこれを全面的に支持したものである。

第2、上告受理申立ての理由要旨

本件の争点は至って単純であって、原告絵画1及び同4を著作権法2条1項1号にいう「著作物」と認めることができるかどうかにある。それゆえ、申立人の上告受理申立ての理由もまた単純明快であり、その要旨は、

原判決が、原告絵画1及び同4には三谷一馬の創作性を認めることができず、著作権法2条1項1号にいう「著作物」と認めることができないと判断したことは、著作権法2条1項1号の解釈を誤り、かつ絵画という作品分析について経験則に著しく違背し、判決に影響を及ぼすこと

が明らかな法令違背がある
ということに尽きる。

以下、これを具体的に明らかにしたい。

第3、はじめに――なぜ本件が上告審に係属することになったのか――

本件のような絵画の無断使用をめぐる単純な著作権侵害の案件が、どうして上告審まで行くことになったのか？――理由は簡単である。申立人はよもや本件の著作権侵害が認められないことになるとはつゆ思わなかったからである。それくらい絵画の制作現場の感覚からして、申立人の請求認容は、「新橋玉木屋」事件と同様、疑いようもなかったのである。

しかし、現実に一審判決において、請求の一部棄却という思いもよらない判断が下され、原判決もこれを維持したとき、申立人は、これをただ晴天の霹靂といって驚くばかりでは済まなくなった。しかも、申立人を不信の極に追いやったことは、これらの判決が何一つ判断基準を示すことなく、原告絵画には創作性が認められず、本件原画の複製物にすぎないと判断したことである。

これには断じて承服できない。判断基準が間違っているからではなく、判断基準が不在のまま判断を下してこと足れりとしているからである。これでは「法（判断基準）による裁判」の放棄である。

よって、申立人が上告した根本理由は次の一点に尽きる――一審、二審裁判所の「逃げる司法」に対して、最高裁に「逃げない司法」判断を求めるためである。

模写の創作性の有無をめぐる著作権裁判で、いかなる場合に模写の創作性が認められるのか、その判断基準を何ひとつ明らかにすることないまま、結論を出した一審、二審裁判所の「法によらない裁判」に対して、法治国家に相応しく「法による裁判」の復権を求めるものである（原審判決がなぜ「逃げたか」その詳細はすぐあとの第4、2で明らかにする）。

第4、問題の所在

1、本件の論点

模写とは絵を写生すること、そっくりに写し取ることである。だから、原画と似ているのは当然である。

だが、本当にそれだけだろうか――似ているで、おしまいだろうか。果してそれに尽きるのだろうか。

なぜなら、光琳、大観、ゴッホ、彼らのどんな精密な模写といえども、そこには必ず原画との「ちがい」が認められるからである（甲 24～26。同 46～47 の各模写参照）。

では、これを一審判決（31 頁 6 行目以下）のように、些細な取るに足りない「ちがい」として無視することができるのだろうか。それとも、その「ちがい」に、光琳、大観、ゴッホをはじめとする模写制作者自身の新たな個性的表現＝創作性が認められるのだろうか？そもそも、この「ちがい」が創作的表現に該当するかどうかを判断する判断基準とは何なのか？——これが本件の唯一最大の論点である。

2、一審判決の態度

これに対する一審裁判所の態度はどうだったか。

ここで問われた最大の問題はいわゆる予備的主張と言われるものであり、それは次の通りである——「原画にはない三谷一馬固有の表現」として申立人が具体的に主張した「ちがい」は三谷一馬自身の新たな創作的な表現として認められるか、それとも些細な取るに足りない「ちがい」として無視することができるのか？

これに対する一審判決の回答は次の通りである。

《細部における些細な差異にすぎず、この差異により原告絵画 1 に新たな創作的表現が付与されたとみることはできない程度のもの》（31 頁 6 行目）、

《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く》（同頁 17 行目）、

《いずれも些細な変更を加えたものにすぎず》（32 頁 8 行目）

すなわち、全て些細な取るに足りないちがいにすぎないと判断した。

そして、その理由は何かというと——そのちがいは要するに「些細な取るに足りないちがいだから」である。

しかし、正直なところ、この理由づけには全く不満である。これを読んだ当事者なり市民に、裁判官は要するに自分の気分・印象で判断しているのではないかと疑われてもしょうがない判決だからである。これがもし曲がりなりにも、具体的な判断基準が示された上で、「よって、この基準に照らし、《原告主張のちがいは些細な取るに足りない「ちがい」にすぎない》と言われるのなら、まだしも、当事者にはその判断基準を吟味し、その上で納得するか、或いは改めてその判断基準を批判することができる。しかし、このような曖昧模糊とした印象による判断だけだったら、当事者には何が判断基準なのか永遠に示されず、これを納得す

る道も或いは批判する道も共に封じ込められたままであり、畢竟、法（法規範）による裁判とは到底言えないからである。

それゆえ、これに全く承服できなかった申立人は、控訴審で、
《このままでは、恣意的な判断と批判されても仕方ない》（控訴理由書 31 頁）

と、判断基準を明らかにするように裁判所に強く迫った。

にもかかわらず、原判決もまた、みずから積極的に何一つ判断基準を示そうとすることなく、一審判決をただ追認するものだった¹。それゆえ、裁判所のこれら一連の対応を目の当たりにして、申立人がこれでは「逃げる司法」ではないかと実感するしかなかったのである。

3、模写とは何か——類似のケース——

原画と模写の関係について、楽譜と演奏の関係と似ていると最初に喝破したのはゴッホである。ベートーヴェンの楽譜を忠実に演奏したときでも、各演奏者ごとにその演奏に個性が認められるのに、どうして絵画を忠実に模写したときにはその模写に模写制作者の個性が認められないのだろうか——これが天才画家ゴッホが見抜いた疑問だった。彼は、弟に宛てて次のように書いている。

《僕がこれらの模写に求めていることと、それがなぜ僕にとってよきことなのかを君にうまく伝えたいと思う。僕達画家はいつも作曲家のように独自の作品を創ること、作曲家以外であってはならない、と要求されている。そうあるべきかもしれない。しかし、音楽ではそうはいかない。ある者がベートーヴェンを演奏すれば、彼はそこに自分独自の解釈を加える。音楽、特に歌の場合は、作曲家の作品解釈は解釈の一つであり、また、作曲家本人だけが自分の作品を演奏すべきだとは誰も思っていない。》（ゴッホの手紙 607 信。甲 52。57 頁）

つまり、演奏家は、作曲家の作品を再現する＝演奏するとき、そこに演奏家独自の解釈を加えている、と。

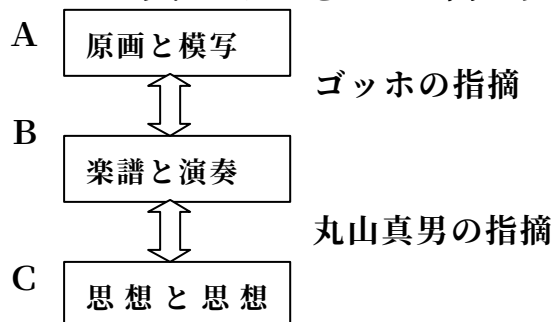
他方、思想と思想史の仕事の関係を、楽譜と演奏の関係に似ていると指摘したのは、政治思想史専攻の丸山真男である。彼は、次のように書いている。

《その意味で思想史家の仕事は、音楽における演奏家の仕事と似ている

¹ 《前記引用に係る原判決（29頁14行～32頁11行、35頁26行～36頁19行）の説示するとおり、これらの相違点をもって本件原画 1，4 に新たな創作的表現を付与したものと認めることはできず、》（24頁）

のではないのでしょうか。音楽は通常、再現芸術であります。その点で美術や文学と非常に異なった特色がある。つまり絵画ならば、作品というものにわれわれが直接当面することができます。ところが音楽となると、われわれがただ楽譜というものに直面してみても、そこから感興を得られるようなものではない。少なくとも普通はそうではない。演奏を通じてでなければ、作品はその芸術的な意味というものをわれわれに開陳してはくれません。ですから演奏家、いわば再現芸術家としての演奏家——管弦楽の指揮者も当然に含まれます——というものは、作曲家ないしは画家、文学者と違ってまったく自由に創造するということとはできない。気まま勝手にファンタジーを飛翔させることはできません。彼らは彼らの演奏しようとする楽譜に基本的に制約されます。つまり楽譜の解釈を通じてその作曲者の魂を再現しなければいけない。そうして解釈をするには、その作品の形式的な構造とか、これに先行する形式あるいはそれが受け継いだ形式、その中に盛られているイデー、あるいはその作品の時代的な背景といったものを無視することはできません。その意味で、どういう作曲者のどういう曲を演奏するのか、という、演奏の対象に拘束されております。けれども、さればといって演奏家にとっては、少なくとも芸術家としての演奏家にとっては、けっしてたんに楽譜を機械的に演奏に反映させること、楽譜を機械的に再現することが問題なのではない。そういう意味における楽譜の「客観的な」解釈というようなものは事実上ありえません。演奏が芸術的であるためには、必然に自分の責任による創造という契機を含みます。しかしそれは自分で勝手に創造するのではない。作曲家の作曲が第一次的な創造であるとすれば、演奏家の仕事はいわば追創造であります。あとから創造する——ナッハシェップフェン（nachschröpfen）なのです。これと同じように思想史家の仕事というのは思想の純粋なクリエーションではありません。いわば二重創造であります。》（「思想史の考え方について」〈丸山真男集第9巻〉）

つまり、これらを1つの図にすると、以下の通りとなる。



ゴッホや丸山真男に言わせれば、「演奏は楽譜の再現芸術だ。しかし、それは楽譜の機械的な再現ではない。その再現には、演奏家の自分の責任による創造という契機を含む²」と。だから、著作権法も再現芸術である演奏を実演の1つとして、著作物に準じる保護を与えている（著作権法2条1項3号）。

だから上図のBにおいて、楽譜にどんなに忠実な演奏であっても、著作権法上はすべて実演として保護される。

他方、上図のCにおいて、思想を表現した著作のみならず、その思想の歴史を記した著作も著作物として保護を受ける。

だとしたら、これらと酷似する模写についてだけ著作物として保護を受けないとしたら、おかしいではないか。

4、模写とは何か——絵画の世界における類似のケース——

模写と最も酷似する絵画制作は写生である。なぜなら、写生も模写も、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共通するからである。

ところが、写生の創作性については、

《例えば、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）

の指摘をするまでもなく、一審判決もまたこれを全面的に肯定する³。

だとしたら、写生と酷似する模写についても、「五十人の生徒が同一の絵画を模写すれば、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。》と考えるべきではないだろうか。

5、一審判決のためらい

ところが、一審判決は、《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はいできない》（28頁下から8行目）と

² 但し、その創造は、作曲家の作曲が第一次的な創造であるのに対して、いわば追創造であり、あとから創造する二重創造であるという違いもそのあとにきちんと指摘している。これが同じ著作物といっても、オリジナルな著作物に対する、二次的著作物というちがいとなって現れる。

³ 《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。》（28頁）

して両者の類似の関係を否定した。

しかし、一審判決がこれを肯定できなかった最大の理由は、申立人が主張する「模写と写生の類似の関係」について申立人の主張を誤って理解したためである。申立人は、確かに模写も写生と同様、別個の著作物として保護されるべきだと主張したが、一審判決のように《原告の主張は、他人の著作物の創作的表現をそのまま再現する行為を新たな創作行為であると主張するものであり》(28 頁下から9行目)、それがオリジナルな著作物であると主張したことは一度もない。なぜなら、楽譜と演奏の関係について、丸山真男がいみじくも指摘した通り、

《しかしそれは自分で勝手に創造するのではない。作曲家の作曲が第一次的な創造であるとすれば、演奏家の仕事はいわば追創造であります。あとから創造する－ナッハシェップフェン (nachschröpfen) なのです。これと同じように思想史家の仕事というのは思想の純粋なクリエーションではありません。いわば二重創造であります。》

これと同じように、模写についても次のように言うことができるからである。

《しかし、模写もまた自分で勝手に創造するのではない。原画の制作が第一次的な創造であるとすれば、模写制作者の仕事はいわば追創造であります。あとから創造する－ナッハシェップフェン (nachschröpfen) なのです。……いわば二重創造であります。》

つまり、模写が原画とは別個の著作物として保護されるが、同時にそれは原則としてオリジナルな著作物ではなく、原画の二次的著作物という関係にある、と。

にもかかわらず、一審判決は、申立人のこの主張を正確に理解せず、申立人が模写があたかもオリジナルな著作物であると主張していると間違っ

6、模写の創作性の吟味

では、模写において、制作者自身の創作性はどのようにして付与されるものか。

それは、本質的には模写にだけ特有の問題ではなく、絵を描くという行為において、制作者の創作性がどのようにして付与されるかという絵画一般の問題に帰着する。

この点について、美術研究家の松尾芳樹氏は次の通り指摘する。

《模写はもとより、原作に忠実に写さなければならない。これが原則である。しかし、原作に忠実ということと非個性的であるということは一

致しない。一個の花を在るがままに写生したとしても、そこに自ずと個人の資質が表われるように、模写にも自ずと個性が現れる》(甲 30「模写の魅力―巨匠が学ぶ日本の名画」10 頁)

つまり、模写の創作性の特色とは、原作に忠実に写しながらも、なおかつ個性的な表現が現れる点にある。なぜなら、描くという行為は、《一個の花を在るがままに写生したとしても、そこに自ずと個人の資質が表われるように、》、描く対象が何であっても自ずと個性的な表現が現れるものだからである。

それゆえ、ここでも、模写に最も類似する写生を例に取り、検討する。写生の制作過程もまた

① 写生の対象である自然や人物を写生者の網膜に認識する段階と、
② 写生者の網膜に写った対象を紙・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(《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」参照(甲 51「遠近法の技法」26 頁の下部))。

そして、①の対象の「認識行為」において、写生者の個性、好み、洞察力などが反映しておのずと百人百様の対象が各自の網膜に映り、次の②の対象の「再現行為」において、写生者の個性、好み、洞察力、技量などが反映して、おのずと各人各様の対象が紙・画布に再現される。

これと同じように、模写の制作過程もまた

① 模写の対象である絵画を模写作者の網膜に認識する段階と、
② 模写作者の網膜に写った対象を紙・画布に再現する段階
とに分けることができ、
①の対象の「認識行為」において、模写作者の個性、好み、洞察力などが反映しておのずと百人百様の絵画が各自の網膜に映り、次の②の対象の「再現行為」において、模写作者の個性、好み、洞察力、技量などが反映して、おのずと各人各様の絵画が紙・画布に再現される。

いわば、自分なりの個性、好み、洞察力などに応じて、対象である絵画を描き直している⁴。

7、絵画一般の創作的表現について

(1)、画家の計算に裏付けられた、意識的、意図的な作業

ここで1つ、絵画の創作について重要なことを確認しておきたい。

⁴ 模写の制作過程とその多様性については、控訴理由書9～16 頁に詳述した。

それは、言葉や文字を使わず、線と色彩だけで表現する絵画に対して、往々にして、その創作的表現とは無意識の直感的な作業ではないかと思う傾向があることである。しかし、それは少なくともプロの画家については全くの偏見である。彼らにとって、絵画の制作こそ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ないからである。その好例が、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である。なぜなら、彼くらい、緻密な計算や探求を積み重ねた画家はいないからであり、その有名な計算の1つとして補色の研究・探求がある（別紙9の報告参照）

つまり、少なくともプロの画家について、絵画における個性的表現＝創作的な表現かどうかは、それがたまたま偶然の結果ではなく、画家の計算に裏付けられた、意識的、意図的な作業の結果かどうかで判断することができる。

(2)、主題（モチーフ）と表現方法の関係

画家の計算に裏付けられた、意識的、意図的な作業として第一に取り上げられるものが主題（モチーフ）である。この点について、ピカソは次のように言った。

《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53「ピカソ 眼の記憶」28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、絵のモチーフが異なれば、それに対応して、絵の表現方法・手段も自ずと異なってくる。したがって、具体的な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、そのちがいは、たとえ一見《些細な変更を加えたものに》見えようが、或いはたとえ《一見してその具体的差異を認識し得るものではなく》とも、その表現方法はおのこの絵画制作者の自覚的、意識的な個性、洞察力等に裏打ちされた結果であり、それはまさしく「創作的表現」と呼ばれるに相応しい。

では、本件において、プロの画家三谷一馬は、原告絵画を制作するにあたって、どのような計算に裏付けられた、意識的、意図的な作業を行ったのか。以下、これを明らかにする。

第5、原告絵画1の検討

1、はじめに

(1)、原告絵画は三谷一馬が彼のモチーフに基づき意識的、意図的に本件原画を描き直しものである。それは次の3点の表現において顕著である。

- ①. 構図
- ②. 人体の全体構造の表現
- ③. 人物の個々の表現

以下、この点を具体的に明らかにするが、そのためにまず、本件原画と原告絵画におけるモチーフ同士を対比しておく。

2、本件原画1と原告絵画1におけるモチーフの対比

両作品におけるモチーフを対比一覧にすると以下の通りとなる。

モチーフ対比一覧表①

	本件原画 1	原告絵画 1
モチーフ	黄表紙(江戸時代の読み物)の挿絵 ↓ 物語の登場人物の劇的な感情・行動を表現 本件： A. 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の劇的な行動を表現。 B. 他方で、それ以外の同時代の風俗や人体の各部の描写には重きを置いていない。	江戸風俗の再現 ↓ 当時の庶民の衣食住の生活風俗を忠実に再現。 他方で、人物の劇的な感情・行動には関心なし。 本件：同上 a. 当時の庶民の衣食住の生活風俗を忠実に再現。 b. 他方で、人物の劇的な感情・行動には関心がなく、できるだけ自然な体型に描き直す。

すなわち、

(1)、本件原画1のモチーフ

本件原画1は「一刻価万両回春」という題の黄表紙（江戸時代の読み物）の挿絵として描かれたものであり、「春宵一刻値千金」と医学書「万病回春」をもじったこの題名からも窺えるように、この読み物は、人間の諸相を病名に見立てて、風刺、滑稽、教訓を織り交ぜて、一話見開き2頁で完結するように構成されたもので、本件原画1はそのうちの「一話」「銭積」の挿絵である。

小銭を積む（溜めること）と癩（胸、腹が急に痛む病）をもじった「銭積」という題名からも窺えるとおおり、この一話は欲深な金持ちを餓鬼にたとえ、その理不尽な振る舞いを描いたものである。

小説や読み物の挿絵は、一般に、その場面に相応しい登場人物の感情・

行動などを描くものであるが、本件の一話「銭積」の本文はおおむね以下の通りである。

『銭積』とは金の亡者になる難病で、人を苦しめ、我が身を苦しみ、死に至る。よくよく、日頃の行ないを慎むべきなのだが、こういう人間は難病を南鐐（＝8分の1両の貨幣）と聞き間違えて喜ぶだろう」

そして、3人の登場人物たちのセリフもおおむね以下の通りである。
主人「三杯もメシを食っておって、なぜ二杯でやめておかぬ。痛い目にあわさねば、分かるまい」

番頭「まあ、ご勘弁下さい。樽拾いも人の子でございます」

（樽拾いの）小僧「なんて無慈悲なご主人さまだ。樽拾いなんてなるもんじゃない」

これらの文章やセリフから、この場面が「銭積」という病にかかった店の主人の小僧への折檻を番頭が止めている場面であることが分かる。そこで、この挿絵もこの場面に相応しい登場人物を描くこと、つまり「逃げる小僧、それを追う主人、それを止める番頭」という劇的な行動を表現するものであることが分かる。

これが本件原画1のモチーフである。

(2)、原告絵画1のモチーフ

これに対し、原告絵画1のモチーフはもっぱら江戸時代の酒屋という「江戸風俗の再現」にある。

三谷一馬の経歴・一連の作品集（検甲2～4）からも明らかな通り、三谷一馬の終生の関心事は江戸時代の庶民の生活ぶりであり、その当時の庶民がどんな所で寝起きをし、どんなものを着て、どんなものを食べ、どんな仕事をし、どんな遊びをし、どんな格好をしていたかを三谷一馬自身の美意識で描くことが彼のライフモチーフであった。

その一方、「江戸風俗」とは直接関係のない、人間の感情のうねりやドラマチックな行動といったものには関心がなかった。

原告絵画1のモチーフもまたこれと同様である。したがって、それは人間の欲や業の深さを描こうとした本件原画1のモチーフとは根本的に異なる。

では、このモチーフに基づき具体的にどのように表現されたのか。以下、万人に理解しやすい③人物の個々の表現から順番に解説する。

第3、人物の個々の表現

1、主人

(1)、中央に立つ年老いた主人の表現において、いかなる両作品のちがいが見出せるか。これを個別、具体的に明らかにしたのが下記の一覧表A～Cである（ちがいがモチーフのどの要素に由来するものかにより、A～Cの3つに分類した。また、両作品の欄のうち、上段には表現の「ちがい」が何かを指摘し、下段にはその「ちがい」が生じる理由を指摘した。さらに①～⑫の番号は、番号に対応する項目がどの部分を指すか、別紙1の主人の絵の該当箇所に記入してあるので、別紙1と見比べながら、確認いただきたい）。

また、これらのちがいを一目で明瞭に確認できるのが別紙4の透明フィルム⁵である。これと別紙4の本件原画1（主人の部分）とを重ね合わせることで、両者のちがいを明瞭に感得することができる。

一覧表A（庶民の風俗を忠実に再現するか否か）

番号	項目	本件原画1	原告絵画1
	モチーフ	モチーフ対比一覧表①のモチーフB（同時代の風俗の描写に重きを置かない）	モチーフ対比一覧表①のモチーフa(庶民の風俗を忠実に再現)
①	髷（まげ）などの髪	ぞんざいに描いている。 理由：髷（まげ）などの髪は作者にとって同時代の風俗であり、これにたいした重きを置いていない。	ていねいに描く。 理由：元々、三谷一馬のモチーフは江戸風俗の再現であり、結髪についても丹念に調べ上げた上で、3人の結髪の違いも含めて丁寧に描いている。

一覧表B（動的な力んだ姿を表現するか否か）

番号	項目	本件原画1	原告絵画1
	モチーフ	モチーフA（小僧を追う激しい動き＝動的な力んだ姿を表現）	モチーフb(静的なできるだけ自然な体型に描く)

⁵ 別紙4の透明フィルムは、原告絵画の主人と番頭の部分を拡大したもので、サイズを別紙4の本件原画の主人と番頭の部分（但し、透明フィルムと対比しやすいように赤色に統一してある）の「主人の頭の先から左足のかかとまでの長さ」が同じになるように調整してある。

②	顔の向き	斜め下（左耳や鼻の向きから明らか）。	ほぼ真横（左耳や鼻の向きから明らか）。
		斜め下に逃げていく小僧を激しく追っているから、自ずと顔の向きも斜め下にいく。	小僧を激しく追いかける必要がなく、自然な立ち姿だから。
③	首	背中の着物の襟から突き出している。	背中の着物の襟から突き出ていない。
		必死になって小僧を追いかけているため、自ずと首が前に突き出る。	同上
④	着物の左肩の線	着物の線から、左肩が後ろに来ていることが分かる。	着物の線から、左肩が原画より前に行っていることが分かる。
		力んで踏ん張っているため、首を前に突き出す動作を強調する必要があるため、そのために左肩を後ろに引いた姿にした。	力んで踏ん張る必要がなく、左手を前に出すと左肩も前で出るのが自然だから、その自然のままに描いた。
⑤	左手の中指	中指の先を描く。	中指の先を描かない。
		逃げていく小僧を激しく追って力んでいるため、思わず指先にも力が入り、それが中指の先に表現。	小僧を激しく追いかける必要がないから、指先も自然体として表現。
⑥	右手首のしわ	あり。	なし。
		力んで箒を握っているため、手首が少し曲がり、それがしわとして表現されている。	力んで箒を握る必要がなく、手首を素直にのぼし、箒を自然に持っているから、しわもできない。
⑦	右足の位置	上がりかまちの際まで踏み込んでいる。	上がりかまちからかなり離れた場所。
		必死になって小僧を追いかけているため、自ずと足が上がりかまちの際まで踏み込むことになる。	力んで踏ん張る必要がなく、足も上がりかまちの際まで踏み込む必要がない。
⑧	右足の親指	長く大きく描く。	普通の親指として描く。

		力んで踏ん張っているため、力のこもった親指が大きく描かれた。	力んで踏ん張る必要がなく、親指も自然な形で描かれる。
⑨	両足の 間隔	長い。	短い。
		力んで踏ん張っているため、両足の間隔もおのずと長く取ることになった。	力んで踏ん張る必要がなく、両足の間隔も自然の状態でよい。
⑩	左足の 向き	アキレス腱の部分を真後ろから描いている。	真横から描いている。
		力んで踏ん張っているため、その力みを現わすため、足を平行に並べず、角度をつけて表現。	力んで踏ん張る必要がなく、平行に左右足を描き、自然な立ち姿で表現。

一覧表C（物語の個々具体的な状況を描くか否か）

番号	項目	本件原画 1	原告絵画 1
	モチーフ	モチーフ A（主人のいんごうな性格を表現）	モチーフ a(典型的な庶民の風俗を再現)
⑪	目	「まなこ」と「上まぶた」両まなこの間隔が寄っている。	「まなこ」と「上下のまぶた」両まなこの間隔がより広い。
		いんごうな性格の人間を表現するために、両まなこの間隔を寄せ、目の小さい陰険な表情になるように「上まぶた」だけにした。	三谷一馬の関心はいんごうな性格の人間ではなく、典型的な老人を三谷一馬の美意識で描いた。
⑫	口	大きな口を真一文字に結ぶ。きつく結んだ口を強調するため、鼻からのしわに加えて、もう一本短いしわを追加。	下唇がちょっと突出す感じで、口も原画ほど大きくない。しわも、鼻からのしわ一本だけである。
		同上。つまり、いんごうな性格の人間を表現するために、上記のような表現の口にした。	同上。ここでは、歯肉がやせた老人特有の口元を表現しようとした。

(2)、小括

以上により、主人について、少なくとも 12 箇所の表現のちがいとそれが偶然たまたまではなく、三谷一馬のモチーフに由来する意図的、意識的な描き直しであることが明らかにされた。そして、これは主人に限ったことではない。次の小僧、番頭もそうである。

2、小僧

(1)、続いて、右側の小僧の表現において、いかなる両作品のちがいが見出せるか。これを個別、具体的に明らかにしたのが下記の一覧表 A～D である（前述の主人と同様、ちがいがモチーフのどの要素に由来するものかにより、A～D の 4 つに分類した。また、両作品の欄のうち、上段には表現の「ちがい」が何かを指摘し、下段にはその「ちがい」が生じる理由を指摘した。さらに①～⑱の番号は、番号に対応する項目がどの部分を指すか、別紙 2 の小僧の絵の該当箇所記入してあるので、別紙 2 と見比べながら、確認いただきたい）。

また、これらのちがいを一目で明瞭に確認できるのが別紙 5 の透明フィルム⁶である。これと別紙 5 の本件原画 1（小僧の部分）とを重ね合わせることで、両者のちがいを明瞭に感得することができる。

一覧表 A（庶民の風俗を忠実に再現するか否か）

番号	項目	本件原画 1	原告絵画 1
	モチーフ	モチーフ B（同時代の風俗の描写に重きを置かない）	モチーフ a(庶民の風俗を忠実に再現)
①	髷（まげ）などの髪	ぞんざいに描いている。 髷（まげ）などの髪は作者にとって同時代の風俗であり、これにたいした重きを置いていない。	ていねいに描く。 元々、三谷一馬のモチーフは江戸風俗の再現であり、結髪についても丹念に調べ上げた上で、3 人の結髪の違いも含めて丁寧に描いている。

⁶ 別紙 5 の透明フィルムは、原告絵画の小僧の部分を拡大したもので、サイズを別紙 5 の本件原画の小僧の部分（但し、透明フィルムと対比しやすいように赤色に統一してある）の「小僧の頭の先からあごまでの長さ」が同じになるように調整してある。

⑮	草鞋	ぞんざいに描いている。	ていねいに描く。
		草鞋は作者にとって同時代の風俗であり、これにたいした重きを置いていない。	元々、三谷一馬のモチーフは江戸風俗の再現であり、草鞋についても丹念に調べ上げた上で、草鞋の紐の結び方も含めて丁寧に描いている。

一覧表B（動的な力んだ姿を表現するか否か）

番号	項目	本件原画 1	原告絵画 1
	モチーフ	モチーフ A（速いスピードで逃げる動き＝動的な力んだ姿を表現）	モチーフ b(静的なできるだけ自然な体型に描く)
②	顔の向き	より斜め上	より真横
		顔の向きを身体全体の傾斜に合わせており、それにより、より右への動きを強調できる。	単に急ぎ足で移動する動作を描いたもので、顔を静止の状態、そのまま右に移動している様子を描いた。
③	顔の大きさ	小さい。	大きい。
		顔を小さくすることにより、より右への動きを強調するため。	静的な移動であり、顔の大きさを変形する必要もなく、子供本来の大きさの顔を描いた。
④	顔・頭の輪郭	上から押しつぶしたように平べったい。	卵のように丸みを帯びる。
		身体全体の傾斜に合わせ、それにより、より右への動きを強調するため。	静的な移動であり、顔を変形する必要もなく、子供本来の丸みのある顔を描いた。
⑤	首	首が肩にのめり込む（顔の下に見える身体は胸である）	普通の首として描く
		首がのめり込み、顔も肩に沈めばそれだけ、抵抗が少なく、走る勢いがより一層感じられるから。	静的な移動であり、首を変形する必要もなく、子供本来の首を描くことになった。
⑥	右手の指	力が込められる（とくに人差し指と小指）。	力まず、自然な形で描く。

		力強く疾走しているから。	静的な移動であり、手を力む必要もないから。
⑦	左腕の高さ	高い位置。	低い位置。
		勢いや力強さを感じさせるため。	静的な移動であり、勢いや力強さは必要ないから。
⑧	上半身の傾き	より右斜め（頭と尻を結んだ線を両作品で対比すれば明らか）＝尻はより左の位置にある。	より垂直＝尻はより右の位置にある。
		より右斜めのほうが、右に走る勢いがより一層感じられるから。	静的な移動であり、右に走る勢いは必要ないから。
⑨	右足の膝の曲り方	大きい。	小さい。
		膝の曲げ方が大きいほど、走る勢いがより一層感じられるから。	静的な移動であり、走る勢いは必要ないから。
⑩	右足首の反り方	大きく反り返る。	自然に下を向く。
		同上。	同上。
⑪	両足の開き方	大きい。	小さい。
		同上。	同上。
⑫	着物の線 A. 肩	怒り肩（かどぼった肩）	なで肩。
		力んでいる様子を感じさせるため。	左手を上にはげると、左肩が上がる分、反対の右肩が自然と下がるから。
⑬	鼻	横に広がる	鼻筋がスッキリ。
		④の結果、顔が上から押しつぶしたように平べったいため、おのずと鼻もつぶれて描くことになった。	静的な移動であり、顔を変形する必要もなく、三谷一馬が考える典型的、理想的な子供の鼻を描く。
⑭	口	唇を描く。 受け口に描く。	唇を描かない。 受け口に描かない。

		④の結果、顔が上から押しつぶしたように平べったいため、おのずと口も受け口として描くことになった。	子供らしさを表現するため、細い線だけで小さく開いた口を描き、それ以上、唇や受け口は描かなかった。
⑮	あご	張っている。	張っていない。
		④の指摘通り、顔が上から押しつぶしたように平べったいので、あごも張ったように描くことになった。	静的な移動であり、顔を変形する必要もなく、子供本来の丸みの顔を描いたので、あごも張っていない。

一覧表C（正確、丹念な描写を心がけるか否か）

番号	項目	本件原画 1	原告絵画 1
	モチーフ	モチーフ B（人体の各部の描写に重きを置かない）	正確、丹念な描写を心がける。
⑯	耳	ぞんざいに描く	ていねいに描く。
		作者は小僧の逃げる身体を描くことに関心が行き、身体各部には関心がない。	耳は顔の中の大きな部分を占め、見る人の注意を引く所なので、必要に応じて丁寧に描く。

一覧表D（物語の個々具体的な状況を描くか否か）

番号	項目	本件原画 1	原告絵画 1
	モチーフ	モチーフ A（主人のいんごうな性格を表現）	モチーフ a(典型的な庶民の風俗を再現)
⑰	股引	小刻みな単調な波打つ線で描いている。	メリハリのあるしわや緩急のある線で、典型的な股引の中に足を感じさせるように描く。
		強欲な主人の下で、相当に着古した股引を着用しているから。	作者の関心は古着にはなく、典型的な衣服を描くことにあるので、典型的な股引に描き直した。

(2)、小括

以上により、小僧についても、少なくとも 17 箇所の表現のちがいとそれが偶然たまたまではなく、三谷一馬のモチーフに由来する意図的、意識的な描き直しであることが明らかにされた。

1、番頭

(1)、最後に、主人に向き合う番頭の表現において、いかなる両作品のちがいが見出せるか。これを個別、具体的に明らかにしたのが下記の一覧表A～Dである（前述の主人・小僧と同様、ちがいがモチーフのどの要素に由来するものかにより、A～Dの4つに分類した。また、両作品の欄のうち、上段には表現の「ちがい」が何かを指摘し、下段にはその「ちがい」が生じる理由を指摘した。さらに①～⑮の番号は、番号に対応する項目がどの部分を指すか、別紙3の番頭の絵の該当箇所に記入してあるので、別紙3と見比べながら、確認いただきたい）。

また、これらのちがいを一目で明瞭に確認できるのが別紙4の透明フィルムである。これと別紙4の本件原画1（番頭の部分）とを重ね合わせることで、両者のちがいを明瞭に感得することができる。

一覧表A（庶民の風俗を忠実に再現するか否か）

番号	項目	本件原画 1	原告絵画 1
	モチーフ	モチーフ B（同時代の風俗の描写に重きを置かない）	モチーフ a(庶民の風俗を忠実に再現)
①	髷（まげ）などの髪	ぞんざいに描いている。	ていねいに描く。
		髷（まげ）などの髪は作者にとって同時代の風俗であり、これにたいした重きを置いていない。	元々、三谷一馬のモチーフは江戸風俗の再現であり、結髪についても丹念に調べ上げた上で、3 人の結髪の違いも含めて丁寧に描いている。
⑮	E. 左袖の描き方	ぞんざいに描いている。	ていねいに正確に描く。 袖口のフキと長襦袢（下着）の袖口を描き、さらに長襦袢の内側が見え、腕が出ている様子を描写。
		着物の袖口は作者にとって同時代の風俗であり、これにたいした重きを置いていない。	三谷一馬のモチーフは江戸風俗の再現であり、着物の袖口についても丹念に調べ上げた上で、絵画的に正しく描いている。

一覧表B（力んだ姿を表現するか否か）

番号	項目	本件原画 1	原告絵画 1
----	----	--------	--------

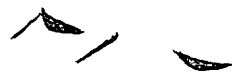
	モチーフ	モチーフ A（激しく追う主人を必死に止める動き＝力んだ姿を表現）	モチーフ b(静的なできるだけ自然な体型に描く)
②	顔の向き	より斜め上	より真横
		激しく追う主人を必死に止めている以上、顔の向きはおのずから座敷の主人の顔を見上げる。	主人を必死に止める必要がなく、主人に向う姿勢もより自然でよい。
③	あご	二重あご。	一重あご。
		激しく追う主人を必死に止め、力んでいるために、おのずとあごも二重になる。	主人を必死に止める必要がなく、自然の姿勢でよい。
④	首	あごから襟元への曲線が描かれず、首は描かれていない。	あごから襟元への曲線が描かれ、首の存在がはっきりと描かれる。
		力んでいるため、おのずと首はのめり込んでしまう。これがまた、江戸時代の力む状態を表現する典型的な表現方法である。	力む必要がなく、自然の姿勢として首も描かれる。
⑤	着物の線・描き方 A. 肩	怒り肩（かどばった肩）	なで肩。
		力んでいるため、おのずと肩は盛りあがってしまう。これがまた、江戸時代の力む状態を表現する典型的な表現方法である。	力む必要がなく、自然の姿勢としてなおかつ三谷一馬の美意識でもってなで肩を感じさせるように、着物の線を描いている。
⑥	着物の線・描き方 B. 胸	広くはだける。	はだけていない。
		激しく追う主人を必死に止め、力んでいるために、おのずと胸も広くはだける。	主人を必死に止める必要もなく、力む必要もなく、胸もはだけることもない。
⑦	腰の位置	箒の下。	箒の上。
		より腰を落して、激しい主人の動きを止めるため。	主人を必死に止める必要がなく、おのずと腰を浮かし加減に描いている。

一覧表C（正確、丹念な描写を心がけるか否か）

番号	項目	本件原画 1	原告絵画 1
	モチーフ	モモチーフ B（人体の各部の描写に重きを置かない）	正確、丹念な描写を心がける。
⑧	顔・頭の輪郭	上から押しつぶしたように平べったい。	卵のように丸みを帯びる。
		作者は番頭の量感ある身体を描くことに関心が行き、身体各部のバランスには関心がなかったから。	三谷一馬は身体各部のバランスに関心があるので、リアルに描くことは当然のことである。
⑨	目	(1)、逆への字形（次頁の挿入別紙図面参照）であり、これは目が下向きを意味する。 (2)、上まぶたが描かれていない。 しかし、番頭は主人を見上げているのに、下向きの目は不自然である。	(1)、山形（次頁の挿入別紙図面参照）であり、これは目が上向きを意味する。 (2)、上まぶたを描く。
		作者は主人を必死になって止める番号の動きに関心が行き、身体各部には関心がないから。	(1)：主人を見上げている以上、原画の下向きの目はおかしく、正しく描き直した。 (2)：上向きの表情なので、上まぶたを描くのが自然である。
⑩	鼻	(1)、横に広がる。 (2)、鼻と口がくっついて描かれている。	(1)、鼻筋がスッキリ。 (2)、鼻と口が自然な間隔で描かれる。
		(1)：②の結果、顔が上から押しつぶしたように平べったいので、鼻も横に広がりつぶれて描くことになった。	(1)：顔を変形する必要もなく、本来の自然な形の鼻を描いた。 (2)：原画の描き方は不自然であり、鼻と口を自然な間隔に描き直した。

挿入別紙図面

本件原画 1 の番頭の目・まぶたの描き方（模式図）



原告絵画 1 の番頭の目・まぶたの描き方（模式図）



⑪	口	口が開いていることは分かる程度のぞんざいな描き方。	何かを喋っている口元を表現するため、上唇、下唇を肥瘦の筆線 ⁷ で柔かく描き、上歯を細い曲線で描き、上歯と下唇の間に短い線を描き入れ、開いた口の奥行きを丹念に描こうとしている。
		②の理由と同様。	正確で丹念な描写を心がける立場から、息づかいを感じさせるように口を描こうとした。
⑫	耳	ぞんざいに描いている。	ていねいに描く。
		作者は主人を必死になって止める番号の動きに関心が行き、身体各部には関心がない	耳は顔の中の大きな部分を占め、見る人の注意を引く所なので、必要に応じて丁寧に描く。
⑬	着物の線 C. 襟の線	襟の幅が広い。	幅が狭い。
		作者は主人を必死になって止める番頭の動きに関心が行き、襟の幅のようなことには関心がない。	原画の襟は太すぎて不自然なので、自然な幅に描き直した。
⑭	着物の線 D. 右袖のしわ	しわの線が短く、中途半端である（着物の中にある腕を感じさせるようには描いていない）。	右肩から右上腕の動きを考えながら、着物の中にある腕を感じさせるようにしわをきちんと描いている。
		作者は主人を必死になって止める番頭の動きに関心が行き、着物のしわには関心がない。	正確で丹念な描写を心がける立場から、右腕の動きがはっきりするようにしわを描いた。

一覧表 D（物語の個々具体的な状況を描くか否か）

番号	項目	本件原画 1	原告絵画 1
	モチーフ	モチーフ A（主人のいんごうな性格を表現）	モチーフ a(典型的な庶民の風俗を再現)

⁷ 太い細いの変化のある筆の線のこと。

⑮	後ろ帯の描き方	大きい。	小さい。
		理由：強欲な主人の下で、相当着古した帯を着用していると思われるから。	理由：三谷一馬の関心は古着ではなく、典型的な衣服を描くことにあるので、典型的な帯に描き直した。

(2)、小括

以上により、番頭についても、少なくとも 15 箇所の表現のちがいとそれが偶然たまたまではなく、三谷一馬のモチーフに由来する意図的、意識的な描き直しであることが明らかにされた。

4、人物のまとめ

この結果、原告絵画 1 の登場人物だけで、三谷一馬のモチーフに由来する意図的、意識的な描き直しと認められる表現のちがいが、少なくとも 44 箇所見出せた。ところで、原告絵画 1 は、これでもなお《細部における些細な差異にすぎず、この差異により原告絵画 1 に新たな創作的表現が付与されたとみることはできない程度のもの》（一審判決 31 頁 6 行目）という扱いに甘んじなければならないのだろうか。

申立人は、既に、原告絵画 1 の《新たな創作的表現》は十分認められるに至ったと確信するが、念のため、残りの 2 つの表現（①. 構図 ②. 人体の全体構造の表現）について解説する。

第 4、構図

1、主題（モチーフ）と構図（画面構成）の関係

主題が表現方法・手段と不即不離の関係にあり、多大な影響を及ぼすことは前述したが、では、主題は、様々な表現方の中でも構図にいかなる影響を及ぼすか。どの美術解説書にも書いてある通り、主題が直接的にまず最も影響を及ぼすのは構図（画面構成）である。

《主題を何にするかで構図も変わる……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》（別紙 10 横山了平「構図の基礎」）

つまり、両者は、主題（モチーフ）を何にするかによって、おのずとそれに相応しい構図を採用することになるという極めて緊密な関係にあ

る。

2、本件原画1と原告絵画1における構図（画面構成）

では、このモチーフに相応しく両作品の構図は具体的にどのように採用・表現されたか。

(1)、まず、本件における本件原画1と原告絵画1の主題（モチーフ）を、再度、下記に取り上げる。

モチーフ対比一覧表①

	本件原画1	原告絵画1
主 題 (モチ ーフ)	黄表紙（江戸時代の読み物）の挿絵 という性格 ↓ ①形式：読み物の地の文やセリフの 文のスペースを確保する必要あり。 ②内容：「逃げる小僧、追う主人、 止める番頭」という劇的な場面を 描くのが目的。	江戸風俗の再現 ↓ 江戸時代の典型的な酒屋を描く。

(2)、次に、構図の表現において、いかなる両作品のちがいが見出せるか。これをモチーフとの関連性を踏まえて具体的に明らかにしたのが下記の一覧表である。

なお、この一覧表を一目で図示したのが別紙7である。また、一覧表中のA、B、……の記号は、別紙7の両作品中に記入されたものである。

さらに、一覧表に記述されている、

- ①. 本件原画の、中央の柱やその右側の格子などの描き方が、原告絵画と比べどれくらいちがうのか、
- ②. 本件原画の、主人のセリフのために酒樽等を置く一段目の棚の位置が、原告絵画と比べどれくらい高くなっているのか、
- ③. 本件原画の、画面左の棚の酒樽や桶の縦の線が、原告絵画と比べどれくらい右に傾いているのか

などは、別紙6の透明フィルム⁸を、同じ別紙6の本件原画1（主に左半

⁸ 別紙6の透明フィルムは、原告絵画の主に左半分を拡大したもので、サイズを別紙6の本件原画の左半分（但し、透明フィルムと対比しやすいように赤色に統一してある）の「真中の柱の左端から画面の左端までの長さ」が同じになるように調整してある。

分)と重ね合わせるにより、両者のちがいを明瞭に感得することができる。

構図対比一覧表

	本件原画 1	原告絵画 1
主 題 (モチ ーフ)	黄表紙の挿絵という性格 ↓ ① 形式：読み物の地の文やセリフの スペースを確保する必要あり。 ② 内容：「逃げる小僧、追う主人、 止める番頭」という劇的な場面を 描くのが目的。	江戸風俗の再現 ↓ 江戸時代の典型的な酒屋を描く。
動き	動 左から右への動きを表現する横長の 構成が採用。	静 安定した画面である、より縦長の 構成が採用。
	理由：本件原画のモチーフである、 左から右へ「逃げる小僧、追う主人、 止める番頭」という動的な場面を描 くのが目的であり、この動きを表現 する横長の構成が採用された。	理由：原告絵画のモチーフである 「天井の高い江戸時代の典型的な 酒屋を描く」のが目的であり、そ のためには、安定した画面構成で ある縦長の構成が採用された。
水平、 垂直、 斜線	左から右への動きや横長の構成を促 進させる要素： ①. 読み物の文のスペース（別紙 7 の A）確保のために、中央の柱 とその右側の格子が途中までし か描かれず、その分、横長の構 成となる。 ②. 主人のセリフのスペース（別紙 7 の B）確保のために、酒樽等 を置く一段目の棚（床に接して いる）の位置が本来より高くな り、その結果、右半分の床の位 置と高低差ができてしまい、こ れにより画面に高い左から低い 右へ動きを生み出した。 ③. 画面左の棚の酒樽や桶の縦の線 を、地面に垂直ではなく、右に 傾いて描き（別紙 7 のか～こ）、 これにより画面に左から右への	安定した縦長の構成を促進させる 要素： ①. 読み物の文のスペースが必要 ないから、中央の柱とその右 側の格子などを上まで画面一 杯に描くことができ（別紙 7 のア～ウ）、その分、縦長の構 成となる。 ②. 主人のセリフのスペースが必要 ないから、酒樽等を置く一 段目の棚の位置もリアルに描 くことができ、右半分の床の 位置と同じ高さとなり、安定 した画面構成になる。 ③. 画面左の棚の酒樽や桶の縦の 線を地面に垂直に描き（別紙 7 のカ～シ）、原画のような右 への傾きにより左から右に動 きが表現されることもなく、

	動きを生み出した。 ④. 右へ垂れ下がる読み物の文のスペース（別紙7のA）や小僧のセリフのスペース（別紙7のD）により、左から右への動きを生み出した（別紙7のあ～う）。 以上の詳細は、甲 55 の申立人陳述書(3) 7～8 頁参照。	安定した画面構成になる。 ④. 読み物の文やセリフのスペースがないから、原画のような影響がない。
--	---	--

3、小括

以上から、原告絵画1の画面構成においても、本件原画1とは全く異質な「江戸時代の典型的な酒屋を描く」という三谷一馬固有のモチーフに基づき、動的な場面を描くために横長のダイナミックな画面構成を採用した本件原画1とは全く異質な、静的で、より縦長の安定した画面構成を採用していることが明らかである。

第5、人体の全体構造の表現

1、人体の全体構造の把握の重要性——人体の有機的結合について——

人体の全体が有機的に緊密に結合されていることを理解することは人体を表現する上で極めて重要である。この点について、現代日本を代表する彫刻家佐藤忠良の次のエピソードがある。

《学生時代、いつもの様に女性のヌードモデルを前にして、彫刻を教わっていた時のことだった。彫刻家の佐藤忠良は、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……。その話を説明する為に急に黒板の前に進み、姿勢がそれぞれ違っている裸婦のデッサンを見事に描き、一本の線で表現された女性の性器を、デッサンの中にそれぞれ違った方向に描いたのである。

図解まで加えたその説明を聞かされて、わたしは漫然と聞いていられなくなっていた。おそらく佐藤忠良は、身体の一部が僅かでも動けば、それに全身が呼応し、女性の性器さえ例に漏れないことを説明したかったのだろう。女性の性器に言及したのは、身体の微妙な動きを感じ取れないでいた学生達へのカンフル剤であったことは間違いない。》（別紙8 矢萩喜従郎「平面 空間 身体」18～19 頁）

つまり、佐藤忠良が言わんとすることは、

- ①. 人体に対する認識として重要なことは「身体はその一部の僅かな変化でも、それに全身が呼応し、頭先从つま先に至るまで微妙な変化をもたらす、それは女性の性器さえ例外ではないこと」
- ②. にもかかわらず、こうした認識が誰にでも当然共有されているわけではないこと、そして、この認識が彫刻という表現行為にとって不可欠の前提であること。

言うまでもなくこの教えは彫刻にとどまらず絵画にも妥当する。

1、本件原画1と原告絵画1における人体の全体構造の表現

では、この「身体はその一部の僅かな変化でも、それに全身が呼応し、頭先从つま先に至るまで微妙な変化をもたらす」という教えが、具体的に、本件原画1と原告絵画1の人物の描き方においてどのように見出すことができるか。

それは、中央の主人の描き方に端的にちがいが見出せる。これを明らかにしたのが、甲55の申立人陳述書(3)9頁であり、今、その解説を対比一覧表にしたのが下記である。

	本件原画1	原告絵画1
モチーフ	モチーフA（小僧を追う激しい動き＝動的な力んだ姿を表現）	モチーフb(静的なできるだけ自然な体型に描く)
	「小僧を追う激しい動き」を表現したために、敢えて「真後ろに引いた左肩」を描いた（甲55別紙図3参照）。 その結果、肩が真後ろに引いた分、それだけ顔が前に突き出され、腰が後ろにかつ低く引かれ、なおかつ右足がその分前に踏み出され、全体として深い「く」の字の体型に描かれた（別紙図3参照）。	もともと「逃げる小僧を追う激しい動き」を表現するというモチーフはない。左手が前に突出したのに対応して左肩も前に出るという自然な体型で描かれる。 その結果、本件原画1とは異なり、顔はそれほど前に突き出た感じでなく、腰もその分前に高くなり、右足もその分後ろに下がるという、全体として背中の曲がった老人が立っている自然な体型に描き直されて描かれる。

3、小括

以上から、原告絵画1の主人について、その人体の全体構造の表現に

においても、本件原画 1 のような「逃げる小僧を追う激しい動きを描く」というモチーフではなく、静的なできるだけ自然な体型に描くという三谷一馬固有のモチーフに基づき、本件原画 1 とは異質な構造で主人の人体が表現されていることが明らかである。

第 6、原告絵画 4 の検討

1、一審判決に対する不信感

原告絵画 4 に関する一審判決に対する申立人の根本的な不信感は、次の点にある。

すなわち、「原画にはない三谷一馬固有の表現」として申立人が具体的に主張した内容に対して、一審判決は、これを、

《煙の流れの描き方や籠の配置に多少の差異が見られるもののこれらの差異は、本件原画 4 が浮世絵であり、原告絵画 4 が画筆で描かれていることによる差異以上のものとは認められず》(36 頁 12 行目)

として否定したことである。しかし、一審判決は、浮世絵（色彩木版画）と画筆という表現手段がちがえば、どうして、甲 22 の合成図 4 に見られるような両作品の「煙の流れの描き方や籠の配置」に関するちがいがおのずと生じることになるのか、その訳を全く説明しておらず（あたかも絵の世界の常識に属する事柄であるかのように読める）、なおかつ絵の世界で仕事をしてきた申立人が懸命にその訳を推理しようとしてもどうしても合点が行く説明が見出せないことである。むしろ、浮世絵（色彩木版画）と画筆という表現手段がちがっても、「煙の流れの描き方や籠の配置」において、原告絵画 4 よりもずっと本件原画 4 に酷似した模写が容易に制作できる筈である。

その意味で、申立人は、ここでもまた、「原画にはない三谷一馬固有の表現」として申立人が具体的に主張した「ちがい」は三谷一馬自身の新たな創作的な表現として認められるか、それとも些細な取るに足りない「ちがい」として無視することができるのか？について、明快な判断基準を示されることなく、浮世絵と画筆のちがいに由来するもので「取るに足りない」とお茶を濁されてしまったと不信感を抱かざるを得ない。

2、「煙の流れの描き方や籠の配置」に関するちがい

では、一審判決も認めざるを得ない両作品の「煙の流れの描き方や籠の配置」に関するちがいはいったい何に由来するものか。それらは主として画面構成に関する問題であり、前述した通り、画面構成は主題（モチーフ）と極めて緊密な関係にある。その意味で、本件も、それらは絵

のモチーフのちがいに由来するものである。そのことを明らかにしたのが下記の構図対比一覧表である。

構図対比一覧

	本件原画 4	原告絵画 4
モチーフ	人情本の挿絵（ただし、模写の対象となったのは、その場面に登場する小道具）。 原画の主演は3人の登場人物たちである。 この場面は、後ろに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ていて、左側の男性の姿勢も含めて、全体として左下から右上に向かうダイナミックな動きが描かれている（甲22）。	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。
描き方の特徴	1、もともと小道具は主演である登場人物の動きを盛り立てるのが役目。 本件原画も、登場人物たちの左下から右上に向かうダイナミックな動きに呼応するかのようになり、小道具の蚊いぶしの煙もまた、右上に向かってダイナミックに描かれている。 2、一般に、小道具の配置は、登場人物や主要な道具の配置のあとに決められる。 本件原画も、松葉の入った籠⁹は、恐らく一番最後に、余ったスペースである「蚊いぶし」の右斜め後ろに配置されたものと思われる。	1、原画で描かれたダイナミックな動きはすべて捨象され、あくまでも江戸風俗を描くという観点から、単に、日常生活用具として蚊いぶしを描いた。したがって、その煙の描き方も原画のような力強さを捨象して、自然なものに描き直している。 2、原告絵画4では、「蚊いぶし」も松葉の入った籠も小道具ではなく、むしろ主演である。従って、主演として相応しい検討の上で配置が決定される。 さらに、原告絵画4は罫線で囲った「蚊いぶし」という文字も主要な要素であり、そこで、右上に煙が昇っていく「蚊いぶし」に対して、松葉の入った籠が原画のような配置では構成のバランスが取れず、さらに、

⁹ 蚊いぶしの煙を出すために松葉を使うので、日常、これが蚊いぶしとセットで置かれる。

	3、原画には、罫線で囲った「蚊いぶし」という文字はない。 4、墨線に淡い色を加えた。	「蚊いぶし」の右側に「蚊いぶし」の文字を配置したときには、松葉の入った籠を右の手前に配置するのが最良のバランスと考え、原画の配置を描き直した。 3、罫線で囲った「蚊いぶし」という文字を新たに追加したのは重要な修正である。 なぜなら、一般にも、こうした文字は絵の重要な構成要素だからである。広重の「大はし阿たけの夕立」を模写したゴッホが、3点の文字を全て絵から意図的にはずし、なおかつその外に描いた（甲47）ことから、逆説的な意味で、ゴッホにとってこうした文字が絵にとっていかに大きな構成要素になるかを明らかにしている。 4、江戸風俗の再現という見地から道具を描くのであれば、淡い色よりも白黒のハッキリした墨線主体の墨絵のほうが効果的であると考え、なおかつ墨と面相筆¹⁰で描く日本画の美しさを長年追及していたので、意識的に、原画とは異なる墨線主体の墨絵で描き直した。
--	--	---

3、小括

以上の通り、原告絵画4もまた、江戸風俗の再現という三谷一馬固有のモチーフに基づいて、これと相容れない本件原画4の重要な表現方法（煙の流れの描き方や籠の配置）を意図的に削り取り、自らのモチーフに相応しい表現方法（煙の流れの描き方、文字の追加、籠と文字の配置）に置き換えられて表現されており、この点からしても、原告絵画4には本件原画4とは明らかに異質な三谷一馬固有の表現方法が認められる。

¹⁰ 線描き用の筆をいい、穂先が細く長い。

第7、結論

以上から明々白々の通り、原判決は、著作権法2条1項1号の解釈を誤ったものであり、さらに著しい経験則違反によりその適用を誤ったものであり、その結果、判決に影響を及ぼす重大な違反を招来したもので、その破棄は免れない。

以 上

別紙一覧表

- 別紙1：原告絵画1（主人の部分）
- 2：原告絵画1（小僧の部分）
- 3：原告絵画1（番頭の部分）
- 4：原告絵画1の透明フィルム（主人と番頭の部分）と
本件原画1（主人と番頭の部分）
- 5：原告絵画1の透明フィルム（小僧の部分）と本件原画
1（小僧の部分）
- 6：原告絵画1の透明フィルム（左半分）と本件原画1（左
半分）
- 7：甲55申立人陳述書(3)の別紙図1
- 8：矢萩喜從郎「平面 空間 身体」18～19頁
- 9：ゴッホの補色の研究についての参考情報
- 10：横山了平「構図の基礎」（「構図の生かし方」所収）

以 上