

平成18年（ネ受）第10013号

申立人 三 谷 鞆 彦

相手方 日本ビーンズ株式会社

上告受理申立て理由書

2007年2月7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	6 頁
2、一審判決の態度	6 頁
3、模写とは何か――類似のケース――	8 頁
4、模写とは何か――絵画の世界における類似のケース――	10 頁
5、芸術を裁く裁判のあり方について――芸術裁判と真・善・美との関係――	12 頁
6、絵画や美術の個性的表現について	13 頁
7、個性的な表現の実証方法	17 頁
第5、原告絵画の検討	
1、原告絵画の個性的表現について	19 頁
2、本件原画と原告絵画におけるモチーフの対比	19 頁
第6、人物の個々の表現	
1、はじめに	22 頁
2、主人（男）	24 頁

3、女房	28 頁
4、老婆	31 頁
5、人物のまとめ	34 頁
第7、画面全体の表現	
1、はじめに――主題（モチーフ）と表現方法の密接な関係――	34 頁
2、東洋的伝統技法か線遠近法（＝透視画法）か	36 頁
3、カラーによる三次元の立体感、質感の表現か、モノクロによる二次 元の模式図的表現か	37 頁
4、小括	42 頁
第8、模写の創作性の法律的判断について	44 頁
第9、結論	32 頁
第10、最後に――故三谷一馬の個性的表現についての素朴な疑問――	45 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。本件も最高裁第三小法廷に係属中の著作権侵害事件（平成18年(受)2208号。以下、「柏書房」事件という）と同様、「新橋玉木屋」事件の続編である。

平成4年から当方の指摘を受けた平成17年までの14年間、相手方は、故三谷一馬の作品集「江戸商売図絵」に収められた「豆腐屋」の絵を、主力商品（豆腐）のパッケージの正面に無断で使い続けてきたので、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、「柏書房」事件に続いて本件も担当した東京地裁民事46部の一審判決は、原告絵画は故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

本件の争点も、「柏書房」事件と同様、至って単純であって、原告絵画を著作権法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、原告絵画には故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？

それを明らかにするために1つのエッセイを紹介する。以下は、彫刻家佐藤忠良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、ちょっと気がつかないが、肘の後ろのしわは、そぞろ衰れ、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

えがいがあなのしわは、木枯らしが吹きぬけるようで、人の世の衰れを伝える。

腕を下にさげているときに、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》（別紙文献1「見るということ」34～36頁）

これが美術家（画家・彫刻家など）である。肘の後ろの1本の線（しわ）が美術家にとっていかに大切なものか、余すところなく明らかにされている。むろん本件の故三谷一馬にとっても同様である。

しかし、原告絵画について、「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点に対して、一審判決は、

《本件原画における男性の頭が肩にめり込み、怒り肩になっていた浮世絵に特徴的な誇張的表現を、首のめり込む程度を若干減らし、怒り肩も若干盛り上がりを抑えた表現で描かれているものの、全体的に見ると両者の差異は細部における僅かなものであり、これを原告絵画における創作的な表現とみることは到底できない》（22頁6行目）、

《原告絵画においては、女性に背負われた幼児の頭が反り返った程度が、若干抑えられて描かれているものの、これにより、石臼をひくために前傾姿勢を取っている女性と首を後ろに傾かせて寝ている幼児とのバランスに特段の変化が生じているということもできず、これを原告絵画における創作的な表現とみることもできない。》（同頁8行目）、

《画面右側上部の奥座敷に座り、油揚げを揚げている老婆については、本件原画より原告絵画の方が若干小さく描かれているほか、顔のしわな

どの描写が多少簡略化して描かれているものの、顔のしわの描写については単に簡略化されただけであるとの印象を否定することはできず、老婆の体の大きさがやや小さめに描かれているとしても、その姿態から着物の柄に至るまで実質的に同一であり、そこに何らかの創作的な表現が付加されたことを肯定することはやはり困難である。》(同頁13行目)

《豆腐屋の店舗の様子についても、画面左下にある豆腐を入れる箱の上部四隅の金具、屋根、屏風の色ないし明暗、及び登場人物の着物の色などにおいて、異なる部分があるものの、これらは原告絵画において、精密な描写を省略し、若干の簡略化がなされたという程度のものであるとの印象を否定することはできず、そこに何らかの創作的な表現が付加されたものということとはできない》(同頁下から7行目)

として、全て否定した。

しかし、肘の後ろの1本の線(しわ)の決定的な重要性を知る者が果してこのような判断を納得できるであろうか。しかも、一審判決は、こうした判断の大前提となる、そもそもいかなる場合が《僅かなちがい》¹に該当するのか、《若干のちがい》にすぎないのか、その判断基準を全く明らかにしなかった。

その上、原判決もまた、申立人の上記疑問に何ひとつ答えることなく、一審判決を維持したとき、申立人はこれには断じて承服できなくなった。その最大の理由は判断基準が間違っているからというよりも、判断基準が不在のまま、単なる印象でもって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)。

¹ 同一部で出された本件に先行した柏書房事件の判決でも、《些細な差異》《些細な変更》という言い方がされ、いかなる場合にそれに該当するのか、その判断基準は全く明らかにされなかった。

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 25～29。同 36 の各模写参照）。

では、これを一審判決のように、些細な取るに足りない《若干の簡略化がなされたという程度のものであるとの印象》（22頁下から11行目）として無視することができるだろうか。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「若干のちがい」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。

《本件原画における男性の頭が肩にめり込み、怒り肩になっていた浮世絵に特徴的な誇張的表現を、首のめり込む程度を若干減らし、怒り肩も若干盛り上がりを抑えた表現で描かれているものの、全体的に見ると両者の差異は細部における僅かなものであり、これを原告絵画における創作的な表現とみることは到底できない》（22頁6行目）、

《原告絵画においては、女性に背負われた幼児の頭が反り返った程度が、若干抑えられて描かれているものの、これにより、石臼をひくために前傾姿勢を取っている女性と首を後ろに傾かせて寝ている幼児とのバランスに特段の変化が生じているということもできず、これを原告絵画における創作的な表現とみることもできない。》（同頁8行目）、

《画面右側上部の奥座敷に座り、油揚げを揚げている老婆については、

本件原画より原告絵画の方が若干小さく描かれているほか、顔のしわなどの描写が多少簡略化して描かれているものの、顔のしわの描写については単に簡略化されただけであるとの印象を否定することはできず、老婆の体の大きさがやや小さめに描かれているとしても、その姿態から着物の柄に至るまで実質的に同一であり、そこに何らかの創作的な表現が付加されたことを肯定することはやはり困難である。》（同頁13行目）

《豆腐屋の店舗の様子についても、画面左下にある豆腐を入れる箱の上部四隅の金具、屋根、屏風の色ないし明暗、及び登場人物の着物の色などにおいて、異なる部分があるものの、これらは原告絵画において、精密な描写を省略し、若干の簡略化がなされたという程度のものであるとの印象を否定することはできず、そこに何らかの創作的な表現が付加されたものということとはできない》（同頁下から7行目）

しかし、正直なところ、この理由づけには全く不満である。肘の後ろの1本の線（しわ）の重要性を知る美術家ならずとも、これを読んだ一般市民に、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仕方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「若干のちがい」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 34 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²。それゆえ、

² 《模写作品が原画と異なるモチーフに基づくものであるからといって、当然に、模写作品に著作物性が認められるというわけではない。したがって、原判決が、「控訴人絵画は、本件原画の模写の範囲を超えて、これに亡三谷一馬により何らかの創作的表現が付与された二次的著作物であると認めることはできず、本件原画の複製物にすぎないものといわざるを得ない。」と判断したことに誤りはない。》（15 頁）

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 50。57 頁）

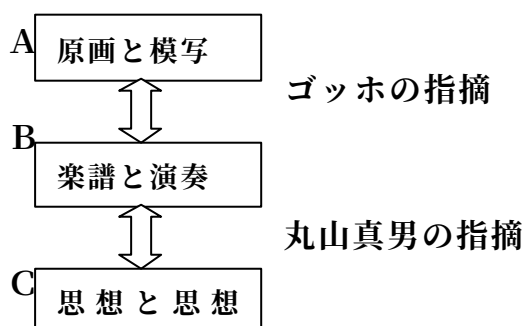
つまり、演奏家は、作曲家の作品を再現する＝演奏するとき、そこに演奏家独自の解釈を加えている、と。

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、作曲者ないしは画家、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³」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。

³ 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がいとなって現れる。

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。

ところで、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37「著作権法ハンドブック 1989」8頁)

の指摘をするまでもなく、先行した柏書房事件の一審判決も以下の通り、全面的に肯定する。

《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。》(柏書房事件一審判決 28 頁)

しかし、模写もまた、対象こそちがえ(自然や人物ではなく、絵画である)、対象をできるだけ忠実に描くという点で写生と全く異ならない。にもかかわらず、上記判決によると、なにゆえ、写生ではいとも簡単に創作性が認められ、模写ではいとも簡単に創作性が否定されるのか?それが全く合点がいかない。

この点について、上記判決は次のように述べる。

《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)

恐らく、これは次のような意味である——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(＝原著作物)であって、既に原著作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、美は何も原著作物(＝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美は既に存在している。もし、模写において、原著作物(＝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。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、それがまさに原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「そこにおのずから個性的な表現が認められる」訳ではない。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。原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、「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、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38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——もはやこれは模写特有の問題ではない。また、写生だけの問題でもない。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ここで改めて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、他方で絵画や美術の一般論に立ち入らなければならない。

5、芸術を裁く裁判のあり方について——芸術裁判と真・善・美との関係——

絵画や美術のような芸術を判断の対象とする裁判、いわゆる芸術裁判を正しく判断するためには、あらかじめ芸術裁判と真・善・美との関係を正しく理解しておく必要がある。

通常、我々が物事を判断するときには、真か偽か（認識的）、善か悪か（道徳的、法律的）、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。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努める。同様にして、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、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ように努める（法的評価）。これに対し、芸術家の美的判断においては、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うに努める。しかし、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。

ところで、通常の裁判と比較し、芸術裁判の大きな特色は、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は適正な美的判断が不可欠だということである。それが、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（「チャタレイ」事件、「悪徳の栄え」事件など）の審理を著

しく困難なものにした⁴。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、科学が法廷に持ち込まれる以上、「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）。裁判所が適正な芸術裁判を実施し、文化の発展に寄与するためには、この厳格な適用が不可避である。

以上の芸術裁判における特色を標語的に言えば、次のようになる。

——美のことはまず美に聞け。それから、善の判断に進め、と。

この関係を承認したとき、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、という本裁判にとって本質的な課題が初めて正面から日程にのぼる。以下、この点を検討する。

6、絵画や美術の個性的表現について

(1)、見るとは何か

絵画や美術において、どのような場合に個性的表現が認められるのか。言い換えれば、絵画や美術において個性はどこに見出せるのか。

それはまず第一に、「見る」という行為が否応なしに見る者の個性的な行為であることに由来する。

では、そもそも「見るとはどういうことか」。これについて、申立人は既に控訴理由書 10～14 頁で、図解を交えて詳細に論じたが、本理由書ではそれを裏付ける見解を紹介する。

まず、美術評論家の布施英利氏は次のように言う。

《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。

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。

⁴ 元最高裁判事の大野正男氏は、大岡昇平との対談「フィクションとしての裁判〔臨床法学講義〕」（79 年 12 月朝日出版社）の中で、自らの体験に基づき芸術裁判の困難さを率直に表明している。

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》(別紙文献2「絵筆のいらない絵画教室」127～128頁)》

次に、京都造形大学講師の藤井克裕氏は、『見る』ということ」で次のように言う。

《見るということは、目がそれを行うのだが、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とはではなく、脳で見ているということで大きく違っている。》(別紙文献3「造形の基礎を学ぶ」56～62頁)

彫刻家の佐藤忠良氏は「見るということ」というエッセイで次のように言う。

《……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けれど気づかなかった多くのことに気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。》(別紙文献 1「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、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、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)、描くとは何か

ところで、対象を見る行為において、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⁵が、しかし、それから先の描く行為もまた、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そのため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の表現物とは機械的に連結されている訳ではなく、その再現にあたって、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、見る行為においてのみならず、描く行為においても《ヘンリー・ムーアというひとりの人間を仲立ちとし

⁵ その詳細は控訴理由書 14～16 頁に述べられている。

て、流木と彫刻はひとつにつながっている》（佐藤忠良の別紙文献1）のである。

(3)、では、こうしたカラクリを持つ絵画制作において、個性的な表現があったかどうかを判断する基準はいかなるものか。

この点、未だ判例も学説もないが、創作性一般の意義と美的な判断の意義とを総合考慮して、以下に吟味検討する。

ここで、議論の突破口を、恐らく原審裁判所が密かに懸念していながら最後まで口に出さなかった問題点から検討することにする。それはポパイ・ネクタイ事件である（最高裁平成9年7月17日第一小法廷判決）。というのは、たとえ模写作品に原画と異なる表現があるからといって、それをいとも簡単に「新たな個性的表現＝創作性である」と認めたら、ポパイ・ネクタイ事件（次頁の挿入別紙1参照）の被告作品のように、原画を元に適当にでたらめに表現しただけのケースまで著作物と認められてしまい、それでは困る、という懸念を原審裁判所が抱いていたと推測されるからである⁶。

確かにこうした懸念は一理ある。だから、我々は、ここで「原画を自分で適当にでたらめに表現しただけのケース」を除外する必要がある。それを満たす判断基準があり得るか。

少なくとも1つはある。それが次の基準である。

「原画と異なる模写作品の表現部分について、それが美的な規範、つまり技法として一般に認められている美術の表現方法にかなったものであるかどうか」

である。言い換えれば、模写制作者は、自らの網膜に写る像を紙・画布に再現する際、「技法として一般に認められている表現方法」のうちから再現に最も相応しいと判断した技法を選択したかどうかである。なぜなら、

第一に、ここでいう個性的な表現とは、あくまでも美的な判断における個性の発現のことであって、単に自由気ままに判断すれば足りるものではない。そして、「美的な判断における個性の発現」とは、セザンヌやピカソなど前代未聞の表現方法を最初に表明し得る天才的画家は別として、通常であれば、絵を描く者が、「技法として一般に認められている表

⁶ 尤も、この懸念は厳密には杞憂にすぎない。なぜなら、この場合、たとえ著作物と認められたとしても、所詮、これは二次的著作物にすぎない。それゆえ、無断使用すれば翻案権侵害として追及の手を逃れることはできないからである。

挿入別紙 1

1 著 作 物

第一目録

(四)



(一)



(五)



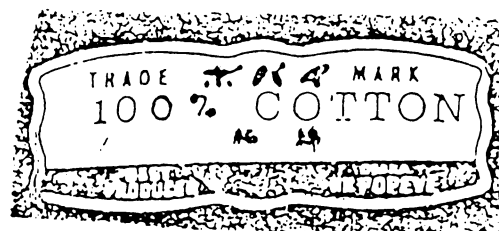
(二)



(六)



(三)



現方法」のうちから、自分の網膜に映った像を紙・画布に再現するに最もふさわしいと考えた技法を選択していれば、そこに「美的な判断における個性の発現」があったと評価してよいからである。

第二に、著作権法上も、この場合、創作的表現とは言えないケース＝「誰が表現しても同じものにならざるを得ないもの」ではあり得ないからである。つまり、6(1)で前述した通り、模写制作者の網膜に写る像自体が、既に模写制作者の個性、好み、洞察力などを反映した個性的なものであるが、その個性的な像を再現するために最も相応しいと模写制作者が判断した判断の仕方もまた模写制作者の個性、好み、洞察力などが反映した個性的なものにほかならず、してみれば、そのような過程を経て最終的に表現されたものは到底「誰が表現しても同じものにならざるを得ないもの」ではあり得ないからである。

7、個性的な表現の実証方法

(1)、では、次に、こうして得られた「原画と異なる模写作品の表現部分について、それが美的な規範、つまり技法として一般に認められている美術の表現方法にかなったものであるかどうか」という判断基準を当てはめて、個性的な表現があったかどうかを実際に証明するためにはどのようにしたらいいだろうか。

まず、証明の主要な対象は、実際に制作された作品そのものである。これに対し、模写の第1段階の「見る行為」において、模写制作者の網膜に写る像自体が個性的なものであることを直接証明することは不可能である。たとえ模写制作者自身の陳述書をもってしても、それは所詮、あとから記憶を辿って構成したものにとどまる。

現在のところ、考え得る最善の証明方法は次のものである。つまり、原画と異なる模写作品の表現部分について、

- ①. それが技法として一般に認められている美術の表現方法のどれか1つを選択して表現されたものであること。
- ②. かつ、それがたまたま偶然生じたのではなく、模写制作者の意識的、意図的な作業の結果であること。

確かに、①が成立すれば、通常なら、模写制作者の網膜に写った像を再現するために最も相応しいと模写制作者が判断した技法を選択したと考えられる。しかし、その中には、たまたま偶然生じる可能性がない訳ではない。その偶然性を排除するために②の要件が加わったのである。これならば、安んじて創作性を認定してよいいわば最強の証明方法である。

(2)、計算に裏付けられた意識的、意図的な絵画制作について

ところで、絵画制作に関し、往々にして世に誤った偏見が流布している。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の制作とは無意識の直感的な作業ではないかという偏見である⁷。しかし、少なくともプロの画家についてそれは全くの偏見である⁸。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。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（別紙文献4の報告参照）

(3)、主題（モチーフ）と表現方法の密接不可分な関係

では、これらの意識的、意図的な作業のうち、最も緻密な計算が画家に求められるのはいかなる場合であるか。その1つが主題（モチーフ）に相応しい表現方法を探求・選択するときである。これについて、ピカソは次のように言う。

《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）

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《若干のちがい》に見えようとも、その表現方法はおのお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。

すなわち、前記(1)②の「その表現が模写制作者の意識的、意図的な作業の結果であること」を証明するためには、「その表現が絵画制作者のモチーフに由来するものであること」を証明することが最も強力であり、

⁷ 「芸術は爆発だ！」といった言葉がCMで流行したことにも一因がある。

⁸ 岡本太郎ですら、「爆発だ！」とは、単純に火薬などで爆発させることなく、「異質なものがぶつかり合って、音もなくパーと開いていく」趣旨であると説明している。

説得力がある。

そこで、本件において、プロの画家故三谷一馬が、原画の模写にあたって、技法として一般に認められている美術の表現方法のうちから、彼の網膜に映った像を紙に再現するに最もふさわしいと考えた技法を選択して表現したものであることを明らかにするが、そのために、我々もまた、主題（モチーフ）と表現方法の密接不可分な関係に着目して、彼の採用した技法がいずれも彼自身のモチーフに由来する極めて意図的、意識的な表現であることを以下に明らかにして、故三谷一馬の創作性の証を立てたい。

第5、原告絵画の検討

1、原告絵画の個性的表現について

(1)、結論

原告絵画には三谷一馬の個性的表現が認められる。なぜなら、原告絵画は故三谷一馬が「技法として一般に認められている表現方法」のうちから彼なりに表現として最も相応しいと考えた方法を選択して描いたもの、言い換えれば、美的な規範に沿って、彼自身の主題（＝モチーフ）に基づき意図的に本件原画を描き直しものだからである。それは次の3点の表現において顕著である。

- ①. 線遠近法（＝透視画法）
- ②. モノクロによる二次元の模式図的表現
- ③. 登場人物の個々の表現

以下、この3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、本件原画と原告絵画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次頁の通りとなる。

モチーフ対比一覧表

	本件原画	原告絵画
モチーフ	江戸の庶民の平安な生活を描いた絵巻物『近世職人尽絵詞』中巻の一つで、豆腐屋の家族の働く姿を絵と短いセリフで表現。 3人の登場人物のセリフ ⁹ からも窺える通り、また、トンビに油揚げをさらわれた瞬間をユーモラスに描いた隣の店の絵（甲13）からも分かる通り、 作者は、儒教的な倫理秩序の中で、登場人物の（老婆の）独特の存在感溢れる表情・姿や（男女の）ユーモラスな瞬間を表現しようとしている（その詳細は甲53の陳述書(2)参照）。	「江戸風俗の再現」という三谷一馬の首尾一貫したモチーフに沿って、江戸時代の典型的な豆腐屋を描く。 つまり、 「江戸時代の豆腐屋で、どんな人達が、どういう用具や品物を使って、どんな風に商売をしていたか」を現代の人々にも分かるように表現したものである。 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)、本件原画のモチーフ

本件原画は『近世職人尽絵詞』という絵巻物（以下、本絵巻物という）の中巻に描かれたものがある。

もともと絵巻物とは、絵と詞書（ことばがき。文章・セリフのこと）とからなり、多くが物語的、説話的な内容を持ち、主として人事を対象とし人の世の悲喜劇を扱っている。また、その作画法は、古い伝統的東洋画の技法である、視点を移動しながら俯瞰で描くため、「遠大、近小」（遠くが大きく、近くが小さい）の図柄や平面の奥が立ち上がるように表現され、のちの西洋的な線遠近法（透視画法）とは逆の効果を生み出している。

本絵巻物もまた、これらの絵巻物の伝統にのっとって描かれている。その制作意図は、中巻の詞書に

「繁栄し恵まれた江戸を顕彰し記録するため」

とあるように、老中松平定信のために制作されたものである。絵はすべ

⁹ 主人のセリフ「いなかうとはかたき豆腐をこのめるか をかしき」（田舎者は固い豆腐を好むとはおかしなやつだ）
女房のセリフ「たまたまは江戸の人もさふらさそや」（たまには、江戸の人にもいますよ）
老婆のセリフ「あすはきのえねの日ぞ」（明日は甲子の日だよ）

て鵜形恵斎が描き、全巻に様々な職業に従事する人々や繁華な街の賑わいが軽妙な筆でユーモラスに描かれている。

以上から明らかな通り、本絵巻物は自然の風景よりも人間に関心を持ち、しかも当時の位階や身分の中に置かれた人間関係を描くことに関心がある。そこには、本絵巻物を献上した老中松平定信を意識して、儒教的な倫理秩序を再現しようとする作者の意図が読み取れる¹⁰。

この意図は本件絵画にも反映している。その端的な現れが独特の存在感溢れる表情・姿をもって大きく描かれている奥に座る老婆である。ここには年長者を敬う儒教的な倫理秩序を明らかに意識した描き方がされている。なぜなら、「作者が重要と思う人物を遠くに大きく丹念に描く」という東洋的伝統的技法（別紙文献5、同6参照）を採用して、作者が重要と思う人物として年長者の老婆が選ばれており、彼女が大きく丹念に描かれているからである。

さらに、絵に添えられた老婆のセリフ

「あすはきのえねの日ぞ」（明日は甲子の日だよ）

からもそのことが窺える。つまり、店の中央で働く若夫婦のユーモラスなセリフ

男のセリフ「いなかうとはかたき豆腐をこのめるか をかしき」（田舎者は固い豆腐を好むとはおかしなやつだ）

女のセリフ「たまたまは江戸の人もさふらさそや」（たまには、江戸の人にもいますよ）

に対し、これとは全く無関係にポツンと吐かれた老婆のこのセリフは、甲子（きのえね）とは「房事¹¹禁止の日」（前田勇編「江戸語の辞典」310頁）という意味であり、年長者から若い連中に対する「甲子の日には房事を慎むように」という教えを垂れていることが窺えるからである。

加えて、本件原画の作者鵜形恵斎のユーモラスな絵手本「略画式」（別紙文献8）からも明らかな通り、鵜形恵斎は好んで人物のユーモラスな瞬間を捉えて描いた。その特徴は本絵巻物にも遺憾なく発揮されていて、本件原画にもこの特徴が鮮やかに活かされ、若い男女のユーモラスな瞬

¹⁰ 本絵巻物が「作者が重要と思う人物を遠くに大きく丹念に描く」という東洋的伝統的技法に則って制作されたことは、本絵巻物中の絵（別紙文献9と同10）に明瞭に見て取れる。前者の絵の主役は「惣嫁（街頭で客を引く私娼のこと）」であり、（丸で囲んだ）奥の惣嫁が（丸で囲んだ）一番手前の蕎麦売りより大きく描かれている。後者の絵の主役は「花魁（おいらん。江戸時代の上位の遊女）」であり、（丸で囲んだ）奥の花魁がほかの人物たち（例えば、丸で囲んだ下位の遊女）より大きく描かれているからである。

¹¹ 男女の性交のこと。

間が見事に捉えられて描かれている。

以上から、本件原画のモチーフは、江戸の庶民の平安な生活を、儒教的な倫理秩序の中で、なおかつユーモラスな瞬間を捉えて描くことにあると言ってよい。

(2)、原告絵画のモチーフ

これに対し、原告絵画のモチーフはもっぱら江戸時代の豆腐屋という「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首尾一貫したモチーフであった。

その一方、「江戸風俗」とは直接関係のない、儒教的な倫理秩序や人間の感情のうねりや人間の行動の際立った瞬間といったものには関心がなかった。

原告絵画のモチーフもまたこれと同様である。したがって、それは人間を儒教的な倫理秩序の中で、なおかつユーモラスな瞬間を捉えて描こうとした本件原画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登場人物の個々の表現」から解説する。

第6、登場人物の個々の表現

1、はじめに

(1)、ここでは、登場人物たちの個々の表現について、

- ①. どの部分が（Where）、
- ②. どのようにちがうか（How）
- ③. そのちがいは何に由来するものなのか（Why）
- ④. そのちがいが意味するところは何か

について吟味検討する。以下、主人（男）、女房、奥の老婆の順に、一覧表に明らかにするが、

- ①. どの部分のちがいか（Where）

については、一覧表の項目の欄にそれを明らかにし、それが具体的に人物のどの部分を指すかは、人物ごとに原告絵画中の該当部分に番号を付けたので、別紙6～8の各絵と見比べながら確認いただきたい。

②. どのようにちがうか (How)

については、各項目ごとに本件原画と原告絵画の欄の上段に明らかにした。

③. そのちがいは何に由来するものなのか (Why)

については、各項目ごとに本件原画と原告絵画の欄の下段に明らかにした。

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 1～4 の透明フィルム¹²である。これと別紙 1～4 の本件原画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。

(2)、人物表現の基本的特徴——人体の有機的な結合——

人体表現においてその基礎として最も重要なことが「人体の全体は有機的に緊密に結合されている」ものであるという科学的な認識である。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。

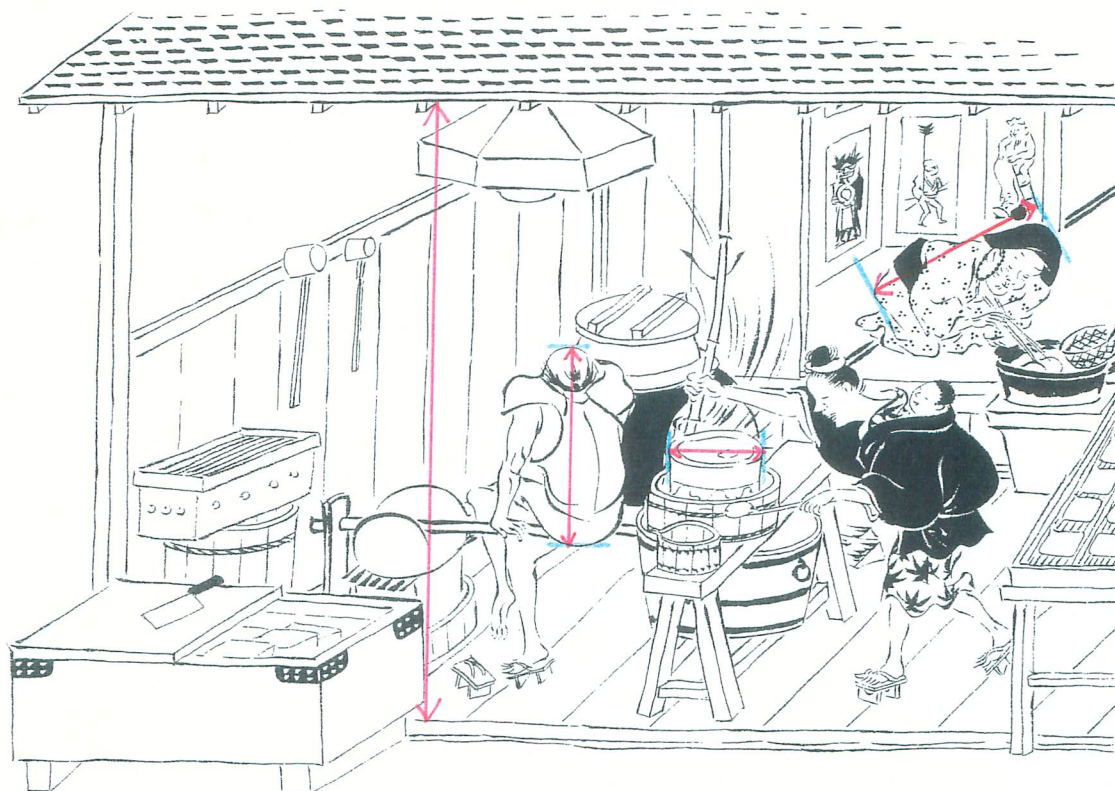
《学生時代、いつもの様に女性のヌードモデルを前にして、彫刻を教わっていた時のことだった。彫刻家の佐藤忠良は、はじめに右肩を左肩より拳一つぐらい下げただけでも、身体全体がそれに呼応することを、女性モデルに実際に右肩を下げてもらいながら指摘した。けれどもその説明の直後、衝撃的とも言える言葉が佐藤忠良の口を衝いて出たのである。

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。》(別紙文献 7 矢萩喜従郎「平面 空間 身体」18～19 頁)

¹² 透明フィルムは、原告絵画の全体と 3 人の人物の部分を拡大した 4 種類からなる。その拡大サイズを、別紙 1～4 の本件原画の全体と 3 人の人物の部分について、次頁の挿入別紙 2 の図に赤い矢印で示した部分の長さが同じになるように調整してある。

挿入別紙 2



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し、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。

2、主人（男）

(1)、主人（男）の描き方について、「人体が各部分の有機的な結合からなる」という観点から両作品の表現のちがいを見ていくとき、誰でも最初に気がつくのが頭の描き方のちがいである。本件原画では頭が両肩の間にめり込むように描かれるのに対し、原告絵画では普通に、頭を両肩に乗せて描いている。これは、本件原画が、豆絞りのためにエイヤットテコ棒に力を込めた瞬間を捉えて描こうとしているのに対し、原告絵画はそうした瞬間を排し、できるだけ日常的な自然な姿に置き換えて描こうとしているからである。

しかし、そうしたちがいは決して頭の部分にとどまらず、両作品は、身体の様々な部分にわたって、以下の一覧表の通り描き方がちがっている（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A～Kの記号は、記号に対応する項目がどの部分を指すか、別紙6の主人の絵の該当箇所に記入してあるので、別紙6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2の透明フィルム¹³である。これと別紙2の本件原画とを重ね合せることにより、両者のちがいを明瞭に感得することができる。）

一覧表A（力を込めた瞬間を表現するか否か）

番号	項目	本件原画	原告絵画
	モチーフ	登場人物の（男女の）ユーモラスな瞬間を表現。	江戸時代の典型的な豆腐屋を描く。 つまり、

¹³ 透明フィルムの拡大サイズは、23 頁の次の挿入別紙2の図の主人に赤い矢印で示した部分の長さが本件原画と同じになるように大きさを調整してある。

			「江戸時代の豆腐屋で、どんな人達が、どういう用具や品物を使って、どんな風に商売をしていたか」を現代の人々にも分かるように表現。
	頭	1、頭が両肩の間にめり込む。 (別紙6参照) 2、前に少しうつむく。 (別紙6で、中剃¹⁴の面積〈斜線で示した部分〉を比較してみると、原告絵画のほうが明らかに広い。これは原告絵画に比べ、本件原画のほうが顔がうつむいていることを示す。別紙10の帽子のケース参照) 3、丁髷(ちょんまげ)が先端部のみ。	1、普通に、頭を両肩に乗せる。 2、本件原画に比べ、よりあお向けになる。 3、丁髷全体が描かれる。
		1、力を込めた瞬間なので、頭が両肩の間にのめり込む。 2、力を込めた瞬間なので、自ずとあごが引け、頭が前にうつむきになる(別紙3の真横図参照)。 3、頭が両肩の間にのめり込んだ結果、先端部しか描かれない。	1、力を込めた特定の瞬間を排し、豆絞りの一般的な姿を描こうとするので、頭は普通に肩の上にある。 2、力を込めた瞬間ではなく、自然にした状態なので、あごも自ずと開き、よりあお向けの姿勢になる(別紙3の真横図参照)。 3、頭は両肩の間にのめり込んでないから、丁髷全体が描かれる。
A	両肩の高さ	両肩の高さが同じ。 (別紙6の線A参照)	右肩が高く、左肩が低い。 (別紙6の線a参照)
		力を込めた瞬間で、両腕で均等に体を支えながらテコ棒に向けて真下に体重をかける結果、両肩は同じ高さになる。	力を込めた瞬間ではないので、両腕で均等に体を支える必要がなく、やや力を抜いた左肩のほうが右肩に比べ下がっている。
B	左腕の傾き	テコ棒にほぼ垂直にのぼす。 (別紙6の線B参照)	テコ棒に対し斜めにのぼす。 (別紙6の線b参照)
¹⁴ 頭髪の中央部を剃り去ること。			

		力を込めた瞬間で、両腕で均等に体を支えながらテコ棒に向けて真下に体重をかけた結果、左腕はテコ棒にほぼ垂直になる。	力を込めた瞬間ではないので、両腕で均等に体を支える必要がなく、やや力を抜いた左腕はテコ棒に斜めにのびている（反面、右腕で体を支えている）。
H	左の袖	より小さい	より大きい
		左の袖を肩の上に沢山たくし上げ、左腕を垂直に伸ばしているため、脇の下に挟まれた袖は自ずとより小さくなる。	左腕は斜めにのびていて、左腕と脇の間が余裕があるため、間に挟まれた袖が自ずとより大きくなる。
C	左足	下肢 ¹⁵ は短い。 （下肢のかかとの位置を示す別紙6の線Cと豆絞りの道具との位置関係参照）	下肢は長い。 （下肢のかかとの位置を示す別紙6の線cと豆絞りの道具との位置関係参照）
		別紙9の真横図のように、力を込めた瞬間なので、力の入った左足のひざが持ち上げられ、下肢が斜めになる。斜めになった分だけ下肢は短く描かれる。	別紙9の真横図のように、力を込めた瞬間ではないので、左足のひざは持ち上げられず、下肢は下にだらりと下がる。下に下がった下肢は、斜めの下肢より長く描かれる。
I	左太もも	別紙6の線Iの長さが短い。	別紙6の線iの長さが長い
		別紙9の真横図のように、力を込めた瞬間なので、力の入った左足のひざが持ち上げられる。その分だけ、線Iの長さが短く描かれる。	別紙9の真横図のように、力を込めた瞬間ではないので、左足のひざは持ち上げられず、左太ももは横にだらりと伸びる。その分だけ、線Iの長さが原画より長く描かれる。
G	右足	親指にギュッと力が込められている（別紙6の○印G参照）。	親指はすらりと描かれている。 （別紙6の○印g参照）
		力を込めた瞬間なので、親指に力が込められる。	力を込めた瞬間ではないので、親指はすらりと描かれている。
D	尻	1、テコ棒に深く尻を落としている（別紙6の線D参照）。 2、大きい。 （同上）	1、テコ棒に浅く尻をかけている。 （別紙6の線d参照） 2、小さい。 （同上）

¹⁵ ひざからかかとまでの長さ

		1、力を込めた瞬間なので、尻がテコ棒に深く落ちている。 2、力を込めた瞬間の力量感を表現するために、尻を大きく描く。	1、力を込めた瞬間ではないので、尻はテコ棒に浅く腰掛けている。 2、力を込めた瞬間ではないので、力量感を表現する必要はなく、尻も普通に描く。
E	肩幅と 胴の幅	胴の幅は肩幅と同じ。 (別紙6の線EとF参照)	普通に、胴の幅は肩幅より狭い。 (別紙6の線eとf参照)
		力を込めた瞬間の力量感を表現するために、胴の幅を肩幅と同じくらい大きく描く。	力を込めた瞬間ではないので、力量感を表現する必要はなく、胴の幅も普通に描く。
J	左足の 裏	足の裏をくぼませている。	足の裏をくぼませていない。
		力を込めた瞬間なので、足の裏がくぼんでいる。	力を込めた瞬間ではないので、足の裏はとくにくぼんでいない。
K	左足の 親指と 他の指	1、指を手前に折り込んでいる。 2、親指と他の指が描かれている。	1、指はだらりと下がり、手前に折り込んでいない。 2、親指は他の指に隠れている。
		1、力を込めた瞬間なので、指が手前に折り込んでいる。 2、力を込めた瞬間なので、親指にも力が入っている。	1、力を込めた瞬間ではないので、足の指先は力を抜いてだらりと下がっている。 2、力を込めた瞬間ではないので、親指の力は抜かれ、だらりと下がり他の指に隠れてしまった。

(2)、では、主人について、両作品に以上のような表現上のちがいが生じた理由を全体として考察した場合、何を意味するだろうか。それは――頭の部分が顕著であるが、本件原画は、エイヤッとテコ棒に力を込めた瞬間を捉えて描こうとしているのに対し、原告絵画はそうした瞬間を排し、できるだけ日常的な自然な姿に置き換えて描こうとしているからである。この身体の動作の基本的なちがいが、「身体はその一部の僅かな変化でも、それに全身が呼応し、頭の先からつま先に至るまで微妙な変化をもたらす」すように、身体の様々な部分の描き方にそれぞれちがいをもたらす。

参考までに、両作品のこの基本的な身体の動作のちがいをより明確に理解してもらうために、主人を裸体にして、その動作の特徴が浮き彫り

になるように敢えて両作品をデフォルメした絵を用意した。それが添付の別紙 9（デフォルメされた裸の人体図とこれを真横から見た人体図）である。

(3)、小括

以上により、主人について、少なくとも 11 箇所の表現のちがいとそれが偶然たまたまではなく、故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。

3、女房

(1)、女房の描き方について、「人体が各部分の有機的な結合からなる」という観点から両作品の表現のちがいを見ていくとき、誰でも最初に気がつくのが子供の顔の描き方のちがいである。本件原画では子供の顔が思い切りうしろにのけぞるように描かれるのに対し、原告絵画では普通に、背中におぶさった姿を描いている。これは、本件原画が、石臼を回すためにエイヤッと力を込めた瞬間を捉えて描こうとしているのに対し、原告絵画はそうした瞬間を排し、できるだけ日常的な自然な姿に置き換えて描こうとしているからである。

しかし、そうしたちがいは決して子供の顔の部分にとどまらず、両作品は、身体の様々な部分にわたって、以下の一覧表の通り描き方がちがっている（同じく、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 A～J の記号は、記号に対応する項目がどの部分を指すか、別紙 7 の女房の絵の該当箇所に記入してあるので、別紙 7 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 3 の透明フィルム¹⁶である。これと別紙 3 の本件原画とを重ね合せることにより、両者のちがいを明瞭に感得することができる。）。)

一覧表 B（力を込めた瞬間を表現するか否か）

番号	項目	本件原画	原告絵画
	モチーフ	登場人物の（男女の）ユーモラスな瞬間を表現。	江戸時代の典型的な豆腐屋を描く。 つまり、

¹⁶ 透明フィルムの拡大サイズは、23 頁の次の挿入別紙 2 の図の女房に赤い矢印で示した石臼部分の長さが本件原画と同じになるように大きさを調整してある。

			「江戸時代の豆腐屋で、どんな人達が、どういう用具や品物を使って、どんな風に商売をしていたか」を現代の人々にも分かるように表現。
E F	子供の顔の傾き	思い切りうしろにのけぞる（別紙7のE・F及び別紙3参照。線Eより、思い切りうしろにのけぞる子供の前頭部と女の浴衣のえりが同じ高さであること。Fより、子供が思い切りうしろにのけぞったため、半纏の右えりの一部が見えることが分かる）。	普通の姿（別紙7のe・f及び別紙3参照。線eより、普通の姿勢の子供の前頭部は女の浴衣のえりより高いこと。fより、普通の姿勢の子供のため、半纏の右えりが隠れて見えないことが分かる）
		女が急激に前に力を込めたため、子供はその反作用で思い切りうしろにのけぞる。	女が急激に前に力を込めた瞬間ではなく、石臼を回している通常の状態なので、子供も自然な姿で背負われている。
A	石臼の取っ手の位置	石臼の真中付近（別紙7のA参照）	石臼の左端手前（別紙7のa及び別紙3参照）
		石臼の真中という取っ手の位置から、これから石臼を回すために、力を込める瞬間が描かれている。	石臼の左端手前という取っ手の位置から、既に石臼が回り出し、惰性で回転している状態が描かれている。
B	右腕の長さ	短い（別紙7のB参照）	長い（別紙7のb及び別紙3参照）
		②で石臼の真中に取り手があるために、右腕の長さは短く描かれる。	②で石臼の左端手前に取り手があるために、右腕の長さは長く描かれる。
C	首の傾き	ほぼ真横にのびている（別紙7のC参照）	ゆるやかに傾斜している（別紙7のc及び別紙3参照）
		力を込めた瞬間であり、首も右腕と平行＝真横にのびて石臼を押し出そうとする。	力を込めた特定の瞬間を排し、石臼が惰性で回転している状態なので、首もより自然な姿で描かれる。
D	左肩の位置	高い（別紙7のD参照）	低い（別紙7のd及び別紙3参照）
		力を込めた瞬間であり、肩もギュッと持ち上がって力が込められる。	力を込めた瞬間ではなく、自然にした状態なので、肩も下に下がる。

G	腰の位置	後ろに引く（別紙7のG参照。別紙3で「左手」を重ね合わせてみると、両作品の腰の位置の違いが一目瞭然）。	ずっと前にある（別紙7のg及び別紙3参照）。
		石臼を押し出そうと力を込めた瞬間であり、腰もできるだけ後ろに引いて構える姿勢となる。	力を込めた瞬間ではなく、自然にした状態なので、腰も自然の状態がよく、後ろに引く必要はない。
I J H	右足の角度	1、地点Iから下にのびるかかとの線は水平に近い（別紙7の浴衣と右足のかかところが交差する地点Iは明らかに原告絵画より左側にあり、かかとの線はより水平になっている）。	1、地点iから下にのびるかかとの線は垂直に近い（別紙7の浴衣と右足のかかところが交差する場所iは明らかに本件原画より右側にあり、かかとの線はより垂直になっている）。
		2、下肢と足の甲が交差する地点Jの角度が鋭い（別紙7のH参照。別紙3で「浴衣」を重ね合わせてみると明らか）。	2、下肢と足の甲が交差する地点jの角度が広い（別紙7のh及び別紙3参照。別紙3で「浴衣」を重ね合わせてみると明らか）。
		石臼を押し出そうと力を込めた瞬間であり、後ろに構えた右足で踏ん張るために、下肢と足の甲の角度も下肢と床の角度もいずれもより鋭くなる。	力を込めた瞬間ではなく、後ろに構えた右足を踏ん張る必要もなく、下肢と足の甲の角度も下肢と床の角度もいずれもより広くなる。

(2)、では、女房について、両作品に以上のような表現上のちがいが生じた理由を全体として考察した場合、何を意味するだろうか。それは――子供の顔の部分が顕著であるが、本件原画は、石臼を回すためにエイヤッと力を込めた瞬間を捉えて描こうとしているのに対し、原告絵画はそうした瞬間を排し、できるだけ日常的な自然な姿に置き換えて描こうとしているからである。この身体の動作の基本的なちがいが、「身体はその一部の僅かな変化でも、それに全身が呼応し、頭の前からつま先に至るまで微妙な変化をもたらす」ように、身体の様々な部分の描き方にそれぞれちがいをもたらす。

(3)、小括

以上により、女房について、少なくとも7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、老婆

(1)、老婆の描き方については、以上の主人や女房に見られるような「人体が各部分の有機的な結合からなる」という観点からの両作品の表現のちがいは特段見出せない。なぜなら、老婆については、本件原画も主人や女房のような「エイヤッと力を込めた瞬間」を描いていないからである。しかし、ここには、別な観点から両作品の際立った表現のちがいが見出せる。それが異なる遠近法の採用である。少し注意深く老婆を観察していれば最初に気がつくのが老婆の全身の大きさのちがいである。本件原画では老婆は画面の奥にしながら大きく描かれている（その頭や顔は画面の手前にいる主人や女房より大きく描かれている）のに対し、原告絵画では普通に、手前にいる主人や女房より小さく描かれている。これは、本件原画が、遠くのを大きく描く逆遠近法¹⁷を採用しているのに対し、原告絵画は逆遠近法を排し、通常の遠近法¹⁸（線遠近法或いは透視図法）採用しているからである。

しかし、そうした遠近法のちがいは老婆の全身の大きさとどまらず、両作品は、それ以外にも、以下の一覧表の通り描き方がちがっている（同じく、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A～Fの番号は、番号に対応する項目がどの部分を指すか、別紙8の老婆の絵の該当箇所に記入してあるので、別紙8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¹⁹である。これと別紙4の本件原画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C（東洋的伝統技法を採用するか否か）

番号	項目	本件原画	原告絵画
	モチーフ	儒教的な倫理秩序の中で、年長者の老婆の独特の存在感溢れる表情・姿を表現。	江戸時代の典型的な豆腐屋を描く。 つまり、

¹⁷ 自然な視覚とは逆に、後景の立体を前景の立体より大きく描いたり、画面の奥に向かって集中すべき線を逆に拡散したりする描き方。特に東洋画にみられる俯瞰（ふかん）図法の一つ（大辞林 第二版）」

¹⁸ 絵画などで、遠景・近景を目で見たのと同じような距離感が表現できるように描き分ける方法。透視図法。パースペクティブ。（大辞林 第二版）」

¹⁹ 透明フィルムの拡大サイズは、23 頁の次の挿入別紙2の図の老婆に赤い矢印で示した部分の長さが本件原画と同じになるように大きさを調整してある。

			「江戸時代の豆腐屋で、どんな人達が、どういう用具や品物を使って、どんな風に商売をしていたか」を現代の人々にも分かるように表現。
	全身	奥にしながら大きく描く	より小さく描く
		年長者を敬うことは、この時代には極めて重要なことであり、この教えが庶民の間にも浸透していたことを記録に残しておくために大きく描いた。	現代人にとっては、通常の遠近法（＝透視画法）が慣れており、画面が統一され安定するため、通常の遠近法で描き直した。
A	顔	1、顔のしわを細かく丹念に描かれ、顔の表情も濃淡の変化のある彩色と丸みを帯びた頬により独特の表情に仕上がっている。 2、額の広い、逆三角形の顔	1、省略した線で、簡潔にしわを描き、一般的な老婆の顔を表現。 2、額の狭い、縦長の顔
		1、重要な人物については、丁寧にかつ独特の存在感溢れる表情を描くことにより重要性を表現した。 2、独特の存在感溢れる表情を「額の広い、逆三角形の顔」というユニークな形でもって表現しようとした。	1、江戸風俗の再現にとっては、老婆の独特の存在感溢れる表情などは必要ではなく、老女と分る程度の表現で足りる。 2、典型的な老女を「額の狭い、縦長の顔」という典型的な形でもって表現しようとした。
B	右後頭部の白髪	丁寧に描く	省略する。
		「重要な人物については、丁寧に描く」ことの具体的な現れ。 また、⑤の左肩・左袖を大きく描いたため、それとのバランスの上からも描いた。	江戸風俗の再現にとっては、老女と分る程度の表現で足り、老婆の右後頭部の白髪まで丁寧に描く必要はない。
C	左前頭部の白髪	同上	同上
		同上	同上
D	右頬	丸みを何重もの円（曲線）のしわでもって表現。	丸みは省略。 頬をもっぱら3本の横線のしわでもって表現。

		「重要な人物については、丁寧に描く」ことの具体的な現れ。	A「顔」で上述した通り、一般的な老婆の顔を表現するために、省略した線で簡潔にしわを描くというやり方であり、ここでもそれに従った。
E	左肩・左袖	より正面から見た左肩・左袖を大きく描く	小さく描く
		①と同様、「重要な人物については、大きく描く」ことの具体的な現れ。	通常の遠近法の立場から、見た通りの大きさに描いた。
F	右肩の盛り上がり	なし	あり
		顔を大きくかつ丁寧に描くことで、かつ色の濃淡を使うことで「重要な人物については、大きく丁寧に描く」ことを表現したので、それ以上、動きのない老婆の身体の有機的な結合には目が向かなかった。	右手で箸を使って揚げ物をしているので、「人体が各部分の有機的な結合からなる」という観点から、右肩が自ずと盛り上がる筈だから。

(2)、では、老婆について、両作品に以上のような表現上のちがいが生じた理由を全体として考察した場合、何を意味するだろうか。それは――老婆の全身の大きさが顕著であるが、本件原画は、年長者を敬う儒教的な倫理秩序を意識してそれに相応しい逆遠近法を採用して描こうとしているのに対し、原告絵画はそうした遠近法を排し、あくまでも江戸風俗を現代人にも分りやすく表現するため、現代人が馴染んでいる通常の遠近法に置き換えて描こうとしている。この基本的なちがいが、「奥にいる年長者の老婆を大きくかつ丁寧に特徴のある人物」として描くのかどうかというちがいをもたらす。

(3)、疑問 1

なお、人によっては、次のような疑問を抱くかもしれない――これらの遠近法は老婆についてだけの部分的なものではないか、と。

しかし、既に原審における 2006 年 10 月 13 日付上申書 1～2 頁で解説した通り、もともと故三谷一馬が採用した線遠近法は原告絵画全体の構成に関わるものであって、部分的なものではない。つまり、あくまでも 3 人の登場人物の関係を線遠近法の方法で描き直したものであり、そ

の結果、本件原画とのちがいが老婆において顕著に現れたにすぎない。

(4)、疑問 2

さらにまた、次のような疑問を抱くかもしれない——線遠近法を採用したことは、機械的な作業であって、誰がやっても殆ど変らない表現ではないか、と。

しかし、上記上申書 2 頁で解説した通り、同書面添付の別紙資料 1（「遠近法の技法」）の例が示す通り、描き手の視点の高さ 1 つとっても、そのちがいによって様々な表現となる。つまり、画家は線遠近法を採用した上でその中で、さらに視点の高さなど具体的に様々な工夫をこらすことになるのである。

(5)、小括

以上により、老婆について、少なくとも 7 箇所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。

5、人物のまとめ

この結果、原告絵画の登場人物だけで、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 25 箇所見出せた。にもかかわらず、原告絵画はなお「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」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、以上で、原告絵画の《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、ダメ押しとして、残りの 2 つの表現（①. 東洋的伝統技法か線遠近法か ②. カラーによる三次元の立体感、質感の表現か、モノクロによる二次元の模式図的表現か）についても以下に解説する。

第 7、画面全体の表現方法

1、はじめに——主題（モチーフ）と表現方法の密接不可分な関係——

ピカソの次の指摘を待つまでもなく、主題（モチーフ）は表現方法・手段と不即不離の関係にあり、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（第 4、7〔12 頁以下〕

で既述)。

《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「ピカソ 眼の記憶」28頁)

言うまでもなく、この理は本件にも妥当する。すなわち、本件において、モチーフが両作品の表現方法に及ぼした影響は、具体的に次の2点において顕著である。

- ①. 東洋的伝統技法か線遠近法(=透視画法)か
- ②. カラーによる三次元の立体感、質感の表現か、モノクロによる二次元の模式図的表現か

以下、これらの内容について、順番に明らかにする。

なお、申立人は、既に、二審において、このモチーフが両作品の表現方法に及ぼす具体的な影響について、単なる抽象論・一般論ではなく、個々具体的にその内容をつまびらかにしたにもかかわらず、原判決は、《絵画のモチーフの違いに由来する表現方法が「精神的創作行為」の発揮された場面と呼ばれるにふさわしいものであるとしても、その結果としての模写作品に新たな創作的表現が付与されたと認めることができないければ、著作物性を有するということとはできないのであって、模写作品が原画と異なるモチーフに基づくものであるからといって、当然に、模写作品に著作物性が認められるというわけではない。》(15頁)と一蹴した。

しかし、原画と異なる表現方法の部分について、それが偶然たまたま描かれたものではなく、ほかならぬ画家自身の主題(モチーフ)に由来し、そこから派生して選択された、意識的、意図的な表現であるとき、これを画家の個性的な表現と呼ばずして何と呼ぶことができるのだろうか。江戸時代の模写を論じた解剖学者養老孟司は、「解体新書」に登場する小田野直武の模写と原画を論ずる中で、模写において個性的、創作的な表現であるかどうかを判断する基準のひとつとして、両者の差異が模写制作者の《明確な意図》《明白な意識》《自覚的、自主的な選択》に基づくものか、それともたまたま偶然に生じたものかどうかがあり、前者の場合には、たとえその差異が一見細部における僅かなものと見えようが、それは紛れもなく、その模写制作者自身の個性的、創作的な表現(=創造的模倣)であることを明らかにした(甲55 養老孟司「江戸の解剖図」219～222。詳細は37頁以下で後述)。

もしも、画家の個性的な表現としてこれ以上のものが1つでもあるのなら、当事者の納得のためにも裁判所は指摘していただきたい。

2、東洋的伝統技法か線遠近法（＝透視画法）か

20 頁で前述した通り、日本の絵巻物の作画法は、古い伝統的東洋画の技法である、視点を移動しながら俯瞰で描くため、

- ①「遠大、近小」（遠くが大きく、近くが小さい）の逆遠近法や
- ②平面の奥が立ち上がり、
- ③視点を固定せず、描く対象ごとに視点を移動するように画面構成され表現される。

『近世職人尽絵詞』という絵巻物に描かれた本件原画もまた、これらの絵巻物の伝統にのっとって描かれている。

これに対し、江戸風俗の再現をめざす故三谷一馬の原告絵画のモチーフは、江戸時代の典型的な豆腐屋を現代の人々にも分かるように描くことである。そこで、現代人にとって分りにくい「遠くを大きく、近くを小さく」描く逆遠近法は排斥され、見た通りに描く線遠近法を採用することになる。

その詳細は、以下の一覧表に示した通りである。

一覧表D（東洋的伝統技法か線遠近法か）

項目	本件原画	原告絵画
モチーフ	儒教的な倫理秩序の中で、年長者の老婆の独特の存在感溢れる表情・姿を表現。	江戸時代の典型的な豆腐屋を描く。 つまり、 「江戸時代の豆腐屋で、どんな人達が、どういう用具や品物を使って、どんな風に商売をしていたか」を現代の人々にも分かるように表現。
画面構成（遠近法など）	東洋的伝統技法を採用。 1. 作者が重要と思う人物は遠くでも大きく丹念に描く（老婆） 2. 遠近の関係を上下の関係に置き換える。遠くのを画面の上に上にと描く（老婆のいる室内）。 3. 視点を固定せず、描く対象ごとに視点を移動して描く。	線遠近法（透視画法）を採用。 1. 見た通りに、遠くは小さく、近くは大きく描く 2. 遠くのを画面の上に上にと描く原画の構成を線遠近法により描き直す。 3. 視点を固定し、そこから全体を統一の取れたものとして描く。
老婆	奥にいるにもかかわらず、その全身は大きく描く（老婆の全身以外の部分のちがいについては、31 頁の一覧表Cを参照）。	より小さく描く

	年長者を敬うことは、この時代には極めて重要なことであり、この教えが庶民の間にも浸透していたことを記録に残しておくために大きく描いた。	現代人にとっては、通常の遠近法（＝透視画法）が慣れており、画面が統一され安定するため、通常の遠近法で描き直した。
--	---	---

3、カラーによる三次元の立体感、質感の表現か、モノクロによる二次元の模式図的表現か²⁰

(1)、立体感や質感に関する描き方の一般論

対象を三次元の立体感、質感をもって描くか、それとも二次元の模式図的に表現するかは、表現上の極めて重要なちがいである。

この点を明確に指摘したのが、江戸時代の模写を論じた解剖学者養老孟司氏の次のエッセイである。

《もう一つは、むしろ絵画の技法の変更によって「写す」ものである。小田野直武の写しは、まさにそういうものであった。遠近法を含め、人体をどう描くか、西欧解剖学は、レオナルドやヴェサリウス以来、その技法を洗練してきた。直武が写そうとしたのは、基本的にその「結果」である。東洋²¹も玄白²²も、西欧の解剖図を見ていたわけであり、しかも実物と照らし合せて、それが正確であることをよく知っていた。したがって、描画の技術は、洋の東西でそれが異なっている以上、比較のしようがないとしても、解剖図の評価はきちんとできたはずである。そうした状況での写しは、図を図として写すように見えて、けっしてそうではない。

……………

小田野直武の模倣²³は、その意味での創造的模倣だった。それはだから、図の技法に顕れている。

『解体新書』の付図は、じつは技法が原図とはまったく違っているのである。……クルムスの原著の図²⁴は、光と影とで描かれ、輪郭線を持っていない。しかるに直武の写しは、輪郭線で描かれているのである。……

²⁰ 従来、申立人は、②三次元の立体感、質感の表現か、二次元の模式図的表現か、③カラーの表現かモノクロの表現かと分けて論じていたが、今般、両者の密接な関係にかんがみ、これを1つにまとめて論じることにした。

²¹ 山脇東洋。江戸中期の医家で、日本最初の医学的解剖を行なった。

²² 杉田玄白。

²³ 小田野直武の模倣は別紙文献12の絵である。

²⁴ クルムスの原画は別紙文献11の絵である。

異なった技法と論理で描かれた原図を、まさに「翻訳」してしまったからである。それによって、五臓六腑図は新しい生命を得た。右の書物ですでに指摘したように、光と影で写真の意識をもって描かれた原図は、直武によって模式図²⁵に変更されたのである。……

『解体新書』の図は、ただの写しではなく、多くの工夫を含んでいる。……とくにわれわれが注目したいのは、原図が最初にビドローの解剖書に現れる手の図である。これはきわめて多くの省略が行なわれているが、その省略には、明確な意図がある。写真として描かれた原作者の意識を示すものが、ほとんど省かれているからである。それが解剖の台であり、白布であり、道具が台に落とす「影」である。こうした「系統的な」省略は、引用者の暗黙の意識を明白に示している。そこで問題なのは、具体的な詳細ではない。人体という「普遍」だ。》(甲 55 養老孟司「江戸の解剖図」219～222 頁)》

つまり、養老孟司氏に言わせると、「写し」(＝模写)は、得てして両者を比較して一見してその具体的差異を認識できず、単に《図を図として写すように見える》ものと思いがちであるが、《けっしてそうではない》。それは、再現行為において、模写制作者が採用した技法が《明確な意図》なり、明白な《引用者の暗黙の意識》に基づくものである限り、たとえ一見《両者の差異は細部における僅かなもの》と見えようが、或いは表面上はたとえ《精密な描写を省略し、若干の簡略化がなされたという程度のものであるとの印象》だとしても、それは《創造的模倣》である。

その鮮やかな実例が『解体新書』の小田野直武の模写である。なぜなら、立体感や質感に関する描き方について、以下の表の通り、両者は明らかに異なっているからである。

	原 画	小田野直武の模写
立体感や質感に関する描き方	光と影で写真の意識をもって描かれた。 つまり、 1、光と影とで描かれ、輪郭線を持っていない。 2、写真として描かれた。	模式図の意識をもって描かれた。 つまり、 1、意図して輪郭線で描かれた。 2、原画で写真として描かれたものが、明確な意図をもって系統的に省略された。

²⁵ 事物の本質的な部分や特徴を際立たせて描いた図のこと。

(2)、本件における立体感や質感に関する描き方

以上の指摘は、本件原画と原告絵画においても全く同様に当てはまる。
なぜなら、この点においても、以下の一覧表の通り、本件両作品は明らかに異なっているからである。

一覧表 E

(カラーによる三次元の立体感、モノクロによる質感の表現か二次元の模式図的表現か)

項目	本件原画	原告絵画
モチーフ	儒教的な倫理秩序の中で、年長者の老婆の独特の存在感溢れる表情・姿を表現。	江戸時代の典型的な豆腐屋を描く。 つまり、 「江戸時代の豆腐屋で、どんな人達が、どういう用具や品物を使って、どんな風に商売をしていたか」を現代の人々にも分かるように表現。
モチーフと立体感や質感に関する描き方との関係		「江戸時代の豆腐屋という風俗を現代人にも分かるように再現」という主題にとって、模式図的な表現がごく自然に採用。
全般	いわゆる写真的に、三次元的な立体感を表現。 1、カラー（色彩）を使い、その明暗・濃淡により影を付け、 ①. 人物の肌や着物の立体感、質感、 ②. 木の道具の材質感、 ③. 屋根や壁や地面の質感を出そうとしている。 2、薄墨の線を使い、同様の効果を出そうとしている。 以下、主だったものを列挙。	カラー（色彩）も薄墨の線を使わず、それゆえ明暗・濃淡による影はなく、もっぱら白黒と濃い墨線だけを使って、平面的に、模式図化して描く。

主人	1、左腕、ひじ、左足首、右足は薄墨の輪郭線と肌色の濃淡により、肌の質感とひじの立体感、腕、足の凹凸を描いて、三次元的な立体感を出している。 2、左ひじ（別紙6のL）にくぼみの線はない。 3、左足のくびれ（別紙6のM）を色彩の濃淡で表現し、スネの線はない。	1、左腕、ひじ、左足首、右足には色彩の濃淡はなく、もっぱら濃い墨線の最小限の輪郭線だけで平面的、模式図的に描かれている。 2、左ひじ（別紙6の1）にくぼみの線を追加し、リアルな表現にしている。 3、左足のくびれ（別紙6のm）にスネの線を追加し、リアルな表現にしている。
女房	1、人物、半纏、浴衣の柄に色彩の濃淡を加え、三次元的な立体感を表現。 2、半纏の右えりが少しだけ向こう側に見えることにより²⁶、子供の背負われている姿が斜め上から俯瞰的に立体的に描かれる。 3、女房のあらわになった左肩、首、顔、右腕と重ねて描くことにより身体の立体的な厚みが表現されている。	原画と異なり、平面的に描き直される。つまり、 1、人物を濃い墨の線で描き、半纏全体と浴衣の柄を黒の面で表現。 2、半纏の右えりが見えない。つまり、作者の眼の位置が原画のそれと比べ、より低く、それだけ平面的に描く。 3、左肩と首も重ねて描かれず、色彩・明暗を排除し、濃い墨の線と黒い面で、二次元的、平面的に表現されている。
個々の道具	1、色彩の濃淡により、人物のみならず画面の隅々に至るまで、屋根や地面まで、その質感を的確に表現。 2、画面左手前の豆腐が入った水槽の水について：水槽の木部を薄茶色に、水を薄青色に塗り、木部と水の間に輪郭線を入れず、透明感のある水の質感を見事に表現。	もっぱら模式図として描く。 水槽の水について、一本の細い墨の荒い破線で描く。
屋根・壁・地面	1、屋根：地は褐色の濃淡を加えて質感を表現。 2、壁：薄茶色の上から薄墨の濃淡を加えて質感を表現。 3、地面：同上	1、屋根：地はすべて白色で表現。 2、壁：白色だけで表現。 3、地面：同上

²⁶ これは、同時に、作者の眼の位置が、半纏の右えりが見えるだけの高さにあることを示す。

(3)、疑問点 1

なお、人によっては次のような疑問を抱くかもしれない——三次元の立体感、質感を表現する絵を二次元の図式化（模式図的）した表現に置き換えたところで、それは誰が描いても同じような機械的な絵であって個性がないのではないか、と。

しかし、既に原審における 2006 年 10 月 13 日付上申書 2～4 頁で解説した通り、三次元の立体感、質感を表現した原画を二次元の図式化（模式図的）した表現に置き換えた「解体新書」の小田野直武の模写を養老孟司氏は次のように評価した。

《『解体新書』の図は、ただの写しではなく、多くの工夫を含んでいる。……とくにわれわれが目したいのは、原図が最初にビドローの解剖書に現れる手の図である。これはきわめて多くの省略が行なわれているが、その省略には、明確な意図がある。写真として描かれた原作者の意識を示すものが、ほとんど省かれているからである。それが解剖の台であり、白布であり、道具が台に落とす「影」である。こうした「系統的な」省略は、引用者の暗黙の意識を明白に示している。そこで問題なのは、具体的な詳細ではない。人体という「普遍」だ。》（甲 54「江戸の解剖図」。221 頁）

つまり、養老氏に言わせれば、重要なことは、ただ漫然と省略するのではなく、「系統的な」省略である。なぜなら、そのような省略は《明確な意図があり》、《引用者の暗黙の意識を明白に示している》からである。このことは故三谷一馬の模写にもひとしく当てはまる。なぜなら、本件原画で例えば屋根・壁・地面の立体的な質感を原告絵画では省略したが、それは、たまたま偶然のことではなく、あくまでも故三谷一馬のモチーフ「江戸風俗の再現」に由来するもので、屋根、壁、地面の質感など江戸風俗の再現に直接関係のないものは意図的に省略するという「明確な意図」をもって選択されたもので、故三谷一馬の首尾一貫した「系統的な」省略にほかならないからである。

のみならず、原告絵画は必要に応じて、本件原画にない線を新たな追加している。例えば主人の左ひじや左足のくびれである（別紙 6 の L・M）。上記一覧表 E の主人の 2 と 3 に解説した通り、原告絵画では、本件原画にはない線を新たに追加して、二次元の図式化の中でリアルに表現しようと工夫している。これらは、誰がやっても同じようになる表現ではなく、故三谷一馬固有の工夫にほかならない。

(4)、疑問点 2

さらにまた、次のような疑問を抱くかもしれない——カラーをモノクロに置き換えたところで、それは誰が描いても同じような機械的な絵であって個性がないのではないかと。

しかし、これもまたある種の偏見である。既に上記上申書4～5頁で解説した通り、そもそもカラーを機械的にモノクロに置き換えることはできない。色彩の濃淡がある部分をモノクロにする時、これを黒くするか、白くするかは描き手の個性によってちがってくるからである。

本件でも、本件原画と原告絵画を対比した別紙5から明らかなように、
①. 屋根、壁、地面を黒くするという選択も可能（むしろ自然）であり、
②. 屏風のへり、右はしの油揚げを黒くするという選択も可能（むしろ自然）なのに、

しかし、原告絵画はそのように選択せず、白を選択した。

③. 手前の豆腐の入った木箱の四方の金具を黒くするという選択も可能（むしろ自然）なのに、

しかし、原告絵画は、そのように選択せず、黒地に白い釘という表現を選択した。

しかも、本来、カラーかモノクロのちがいは絵全体の印象を大きく変えてしまうものであり、本件でも、本件原画は仕事場を暖かいベージュ色で塗り、これに対し、奥の座敷と老婆の着物をベージュ色とは反対の青の濃淡で描き、奥の老婆が際立つように描かれているのに対し、原告絵画は、全体が白のため、黒一色でシルエットのように見える着物を着た手前の女房が際立つように描かれているという大きなちがいが認められる

5、小括

以上から、画面全体に関する表現方法においても、原告絵画は、本件原画とは全く異質な「江戸時代の典型的な豆腐屋を現代人に分りやすく描く」という故三谷一馬固有のモチーフに基づき、線遠近法や二次元の模式図的な表現を採用しており、それは、儒教的な倫理秩序の中で、年長者の老婆の独特の存在感溢れる表情・姿を表現しようとして東洋的伝統技法を採用し、三次元的な立体感・質感を表現した本件原画の表現方法とは明らかに異なることが明らかである。

第8、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、これを肯定する立場（法的判断）が多数

散見できる。

その根拠も、

「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）

「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 38 の 1。秋吉稔弘（代表）「著作権関係事件の研究」35 頁）

「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ひがある。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 39 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²⁷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〔控訴人代理人注：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

²⁷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 37「著作権法ハンドブック 1989」8 頁）と評価されるのである。

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〔控訴人代理人注：すなわち、「模写」のことを指す〕であっても、同様であろう》(甲38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39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)

第9、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。

第10、最後に――故三谷一馬の個性的表現についての素朴な疑問――

最後に、ごく素朴な疑問を表明して締めくくりとしたい。

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いないのですから。》（別紙文献2「絵筆のいない絵画教室」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、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。さらに、別紙文献13（朝日新聞の2006年1月～12月のカレンダーの絵）の故三谷一馬の絵を見れば明らかな通り、これらの絵の原画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異なる個性的表現の絵であるにもかかわらず、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、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承服できない。

こ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本芸術裁判に望むものである。

別紙文献13	原画の作者
1月	菊地貴一郎
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
12 月	同上

以 上

別紙一覧表

別紙 1 の 1、2	原画全体（フルカラー）と原告絵画全体（透明フィルム）
同 2 の 1、2	主人（フルカラーと透明フィルム）
同 3 の 1、2	女房（フルカラーと透明フィルム）
同 4 の 1、2	老婆（フルカラーと透明フィルム）
同 5	原画全体と原告絵画全体の対比図
同 6	主人の対比図
同 7	女房の対比図
同 8	老婆の対比図
同 9	裸の主人の真横のスケッチ
同 10	帽子のスケッチ

別紙参考文献一覧表

文献 1	佐藤忠良「見るということ」（「触ることから始めよう」所収）34～41 頁
同 2	布施英利「絵筆のいらない絵画教室」127～128 頁
同 3	藤井克裕「造形の基礎を学ぶ」56～62 頁
同 4	ゴッホの補色の研究に関する参考情報
同 5	「日本の美術 絵巻物 第 2 号」
同 6	面出和子ほか「遠近法と絵画」84 頁
同 7	矢萩喜従郎「平面空間身体」18～19 頁
同 8	本件原画の作者鋤形恵斎の絵手本「略画式」
同 9	本件原画の絵巻物の上巻の「惣嫁」
同 10	本件原画の絵巻物の下巻の「吉原図」
同 11	クルムスの原著の図（タイモン・スクリーチ「江戸の身体を開く」所収）249 頁
同 12	小田野直武の模写（同上）247 頁
同 13	朝日新聞のカレンダー 12 枚（平成 18 年 1 月～12 月）