

平成19年(受)第370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の補充書(1)

2007年3月9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2007年2月7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	1 頁
2、美術に通じている者の目からみた故三谷一馬の絵	2 頁
3、美術に通じていない者にとっての美的体験――2つの芸術実験――	4 頁
4、絵画の創作的な表現とは何か――写生との対比――(本理由書4の補足)	7 頁
5、絵画の創作性はどこからやってくるか(本理由書6の補足)	12 頁
6、絵画の創作性はどうやって証明するか	13 頁
7、最後に	17 頁

1、はじめに――なぜ、補充するのか

先ごろ、貴法廷は、模写に関する先行する同種事件で申立を却下する決定を下した(事件番号平成18年(受)2208号。本年2月27日決定。以下、柏書房事件という)。それは、申立人が柏書房事件の理由書の補充書を提出したいと貴法廷に連絡した直後のことだった。

この決定を知った申立人の率直な感想は「最高裁には本模写裁判を再考する気はさらさらないのだ」ということだった。美術に通じている者の目からみれば誤判としか言いようのない本模写裁判をどうして再考する気にならないのか、不思議でならない――非礼を顧みずその理由をズ

カッと言わせてもらえば、美的判断をめぐるどんなに透徹した議論を展開したところで、これまで美的経験をしたことのない者にとっては所詮、馬の耳に念仏なのではないか、ということである。もしそうなら、そこには単に本裁判にとどまらず、現代の裁判制度の根幹に横たわる本質的なアポリア（難問）をはらんでいる。なぜなら、社会の高度化、専門化に伴い、専門的な事象は増大する一方だが、そうした専門的な現象に対する適正な理解がますます困難となり、本裁判のように第一印象や日常的感觉を良識（コモン・センス）と取り違え、これでもって判断すれば足りるのだという態度を取り続けていけば誤判の発生は不可避であり、そうした裁判所の判断を各専門的領域の人たちが受け入れる筈がなく、その結果、統一的な規範が存在しなくなり、社会は深刻な分裂に至るといふ不幸な事態を招来することになるからである。

しかも、絵画の無断使用という紛争に巻き込まれ、プロの画家故三谷一馬に対し「お前は著作者ではない」といわれなき権利剥奪を宣言されている申立人はこの不幸な事態を手をこまねいて傍観する訳にはいかない。

そこで、どうしたら、今まで美的経験をしたことのない人たちにも美的判断をめぐる議論を正しく理解してもらうことが可能か（より普遍的に言えば、今まで専門的分野の経験のない人たちにも専門分野の判断をめぐる議論を正しく理解する道筋があるのか）。この難問について、この間申立人なりに再考した結果、本補充書を提出することにした。本補充書がひとり申立人の人権救済にとどまらず、現代の裁判制度が直面している困難な課題の克服の一助になることを願って止まない。

2、美術に通じている者の目からみた故三谷一馬の絵

一般に、法律家は判決文のちょっとした言い回しやロジックに、何を言わんとしたかを正確に読み取る力がある。それは紛争や裁判に関する体験が彼らの背後にあるからである。それと同じことが絵画等の美術の世界にも妥当する。美術家もまた絵画のちょっとした線や色使いに、何を表現しようとしたかを正確に読み取る力がある。それは美に関する体験が彼らの背後にあるからである。それを端的に示したのが、本裁判の上告受理申立理由書（以下、本理由書という）の3頁以下に紹介した彫刻家佐藤忠良¹のエッセイである。美的体験をした者にとって、肘の後ろ

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

の 1 本の線（しわ）が何を言わんとしたかを正確に読み取ることができる。しかし、美的経験をしたことのない者にとっては、こんな 1 本の線が何を意味するのかさっぱり理解できないだろう。その結果、肘の後ろの 1 本の線（しわ）があろうとその線がなかろうと、或いはその線がちがった風に表現されようが、そんなことは所詮《僅かなちがい》であり、《若干のちがい》にすぎないと評価してしまうだろう。まさに原判決の結論がそれであり、先日の柏書房事件の最高裁決定も同様だった。

しかし、誤解も甚だしいこのような判断に対して、今回、一人の美術関係者が意見を表明した。それが別紙 1 の陳述書である。作成者は、本裁判の理由書別紙文献 13 として提出した朝日新聞のカレンダー（朝日ホームスケジュール）の絵に故三谷一馬の絵を使用することを企画し、制作した広告・宣伝業務 40 年のベテラン担当者である。原画があるにもかかわらず、なぜ故三谷一馬の絵を使用することにしたのか、陳述人は自身の美的体験に基づいて、その理由を次の通り明快に述べている。

《三谷一馬氏の絵は、原画とは違います。原画から発想を得られ、時代性などを精緻に写そうとはされていますが、それにプラスされた三谷氏の個性があり、クリエイティビティがあります。かつ、仕草の一つにまで、丁寧な検証が加えられています。その点で、三谷氏の絵は、その個性を通して創出された、一つの作品です。

ですから、12 枚を組んだとき、一つの世界がそこに誕生します。私たちは、だからこそ三谷氏の絵で、カレンダーを作りたいと考えたのであり、アートディレクターの亀谷進がプレゼンテーションの席で強く推したのも、三谷氏特有の線や色の美しさ、絵としての完成度の高さでした。》（2 頁下から 8 行目～）

《私はこの 1 年あまり、仕事上で何度も何度も三谷氏の絵と原画に接してきましたが、原画はあくまでも三谷氏の発想源であり、絵は、それに余人では想像できないほどの検証の手数を加え、何よりも氏の感性和技術を加えて創出された美の世界だと思っています。

また、それだからこそ、朝日新聞が、2 年続きで採用したと考えております。》（3 頁 16 行目～）

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）』）

しかも、この指摘は陳述人ひとりの見解にとどまらず、故三谷一馬の絵を素直に鑑賞した美を愛好する多くの市民たちの手によって共有されている。そのことは次の陳述からも明らかである。

《三谷氏の絵は、朝日新聞の読者に好感をもって迎えられ、電話などによる感想や問い合わせが増えていると聞いています。その一例が、年の半ばから読者になり、この『朝日ホームスケジュール』を手にした人から、前月までの分を欲しいという要望もあるそうです。それは、読者が三谷氏の絵に、好ましい一つの個性を読み取っているからだと思います。》(3頁12行目～)

以上の通り、申立人は、裁判所の判断が——しかも、原審裁判所は自覚していないかもしれないが、7～10頁に後述する通り、彼らの判断がひとり模写の創作性にとどまらず、絵画一般の創作性のあり方を論じる結果となっており、その判断が及ぼす影響は計り知れない——社会に分裂を、とりわけ美術に通じている者たちや美を愛好する多くの市民たちの間に深刻な亀裂を生み出していることを深く憂慮する。

3、美術に通じていない者にとっての美的体験——2つの芸術実験——

前述した通り、本裁判のアポリアとは、美的経験をしたことのない人たちに美的判断をめぐる議論を正しく理解してもらうためにいかなる方法が可能かということである。その困難さはちょうど、400年前、地動説の正しさを、東から昇って西に沈む太陽を見て天動説が正しいと思い込んでいる大多数の人たちに理解してもらうガリレオの困難さに似ている。そこで、このときガリレオが採用した画期的な方法である（思考実験も含めた）実験による実証²という教えを思い出し、申立人もこれを芸術の分野でも試みることにした。それが次の2つの芸術実験である。

(1)、12枚のカレンダーの絵と各原画による比較実験

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

² ガリレオは、このとき、落下運動に関する落体実験、斜面実験、投射体の実験、慣性問答（思考実験）など様々な実験による実証を試みた（朝永振一郎「物理学とは何だろうか」上58頁以下）

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。》(本理由書別紙文献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、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。

そのことは次の芸術実験からも実証されるだろう。本理由書別紙文献13として提出した12枚の絵(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、故三谷一馬の12枚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)を見比べていただきたい。このとき、たとえ美術に通じていない者にとっても、次のことだけは明らかと思われる。

つまり、原画のほうはそれぞれ異なる作者の手になる絵であり、それゆえその絵の個性的表現もまた当然バラバラというほかない。にもかかわらず、それらを模写した故三谷一馬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、と。

もしそうならば、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だけ欠落していると当然のことと言えるだろうか。この12枚の絵に見い出せた故三谷一馬の個性的表現は、同じように、原告絵画にも見出せると考えるのが道理に適っている。

本理由書別紙文献13	左記文献13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
12 月	歌川国貞・歌川豊広 ³

(2)、写生と模写の実験

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実験のアイデアがあった。それは、裁判所が模写裁判の判断で散々迷うくらいなら、一度でいいから、裁判官自身の目と手で次の実験をやっていたければ直ちに迷いは吹っ切れるだろうというものである。

．まず、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。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たとし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）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、例えば画集に載っている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。

³ 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（柏書房事件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。

ここから、この「決して同じ絵にはならない」模写の美的体験とその結果を前にしたとき、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か、それについて各々の美的体験を振り返って検討していただきたい。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になる。しかし、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からである）。

ちょっとした時間さえあればいつでも可能なこの芸術実験は、百の論議、百の理論書よりもはるかに雄弁に模写の創作性の有無を証明する筈である。

以上の美的体験（芸術実験）を踏まえて、絵画の創作性とは何かについて、この間申立人が吟味検討した理論的側面を明らかにしたい。

4、絵画の創作的な表現とは何か——写生との対比——（本理由書4の補足）

模写と写生との対比については、本理由書の4、**模写とは何か——絵画の世界における類似のケース——**（10頁以下）で述べたが、この間、さらに吟味検討したので、その結果を補充しておきたい。

写生との対比を取り上げた理由は単純明快である——写生は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り、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はいかなる場合にもできない》（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本理由書6(13頁以下)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 写生の対象(自然や人)を写生者の脳に認識する段階と、 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 の認識段階が 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49「遠近法の技法」26頁の下部)によっても明らかである⁴。

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、上記一審判決はもはや己の見解を維持できなくなるだろう。これが上記3、(2)、写生と模写の実験結果に対する理論的解明である。

(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いのか。判決はその理由を一言も明らかにしていない。恐らく、上記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

⁴ 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。

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も美は厳然と存在している。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、それがまさに柏書房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。

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、そこに模写制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。

5、芸術裁判と真・善・美との関係（本理由書5〔12頁以下〕の補足）

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、真か偽か（認識的）、善か悪か（倫理的、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。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⁵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、その理由は相手に善（倫理的）の次元で人間的魅力があるからか、それとも美（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（真）と倫

⁵ 夏目漱石「文学論」（全集14巻174頁）

理的（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、裁判の対象が通常の実事認識（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、美（美的判断）と善（法律的判断）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（本理由書 6〔13 頁以下〕の補足）

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⁶。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。

そして、これを裏付ける数々の専門家の見解があることも本理由書 13～15 頁で詳述した通りである。

(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、

⁶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。

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 있어서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》(本理由書別紙文献1 佐藤忠良「触ることから始めよう」)のである⁷。

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も見え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」適正な評価を行なうことである。

⁷ その詳細は控訴理由書 14～16 頁に述べられている。

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——プロの画家のケース——

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⁸、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

故三谷一馬は正真正銘のプロの画家であった。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、本件裁判で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が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、相手方に成り代わって、この間、「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」を積極的に主張・証明してきた。

⁸ 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 4 の報告参照）

このとき、申立人は、プロの画家のケースの場合、彼ら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つて、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⁹。

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ことが考えた。

・ 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

・ 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」と証明されることが考えた。

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。》（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《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

⁹ 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の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ことは全く必要ないからである。

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身体全体がそれに呼応するという緊密な関係にある¹⁰。従って、例えば人を追いかけようとして足を前に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。》(本理由書別紙文献7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、身体個々の表現のちがいが、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

¹⁰ 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。

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「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（19～42 頁。とくに 31～42 頁）。

また、上の「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（22～30 頁）。

7、最後に——芸術裁判のアポリア（難問）への挑戦——

申立人代理人が研修所教育を受けた当時、いわゆる要件事実教育がもてはやされていて、要件事実がテキパキできなようでは裁判官志望は覚束ないと言われた。いわば論理的思考力がなければ裁判官は務まらないということだった。しかし、実は、現実社会のとりわけ専門的領域に関する事柄を正確に理解するためには論理的思考力だけではどうにもならないのである。そのことは巷で最も論理的思考力が要求されると思われる数学に当てはまる。数学のノーベル賞といわれるフィールズ賞を日本で最初に受賞した数学者の小平邦彦¹¹は、数学が分かるとはどういう

¹¹ 小平 邦彦（こだいら くにひこ、1915 年～1997 年）長野県茅野市出身。20 世紀を代表する数学者の一人。数学界のノーベル賞といわれるフィールズ賞を 1954 年に日本人としてはじめて受賞（調和積分論、二次元代数多様体（代数曲面）の分類など）。東京大学名誉教授、1948 年にプリンストン高等研究所に招聘された。変形の理論（モジュライ空間の局所理論）でも有名。小平は代数幾何に（楕円型微分方程式論など）複素解析的手法を持ち込み、これらの業績を次々とあげていった。これはアンドレ・ヴェイユなどの目指した、徹底的な代数化の方向とは、趣を異にするものであり、後年のマイケル・アティヤ、サイモン・ドナルドソンらによる（Yang-Mills）ゲージ理論のさきがけともみなせる。趣味はピアノで、本格的に教育

ことかについて、「数学の印象」(学問のすすめ9「数学のすすめ」〔筑摩書房〕所収)というエッセイの中で、概ね次のようなことを述べている。

《数学とは何か、よくわからない。また、世間では数学は緻密な論理によって組み立てられた論理的な学問と思われているが、実際には数学は論理と余り関係がない。私はむしろ数学は高度に感覚的な学問だと思う。》

《数学が明晰判明に分かるということとはどういうことだろうか。数学とは森羅万象の根底に厳然と実在する数学的現象を研究する学問である。だから、数学が分かるとは、その数学的現象を『見る』ことである。『見る』とは或る種の感覚によって知覚することであり、私はこれを数覚と呼ぶ。数覚は論理的推理能力とは異なる純粋な感覚で、たとえば聴覚の鋭さと同様、頭の良し悪しとは関係ない。しかし、数学を理解するには数覚によらなければどうにもならないのであって、数覚のない人に数学がわからないのは盲に絵画がわからないのと同様である。だから、数学が分かるとは、数学的現象を感覚的に把握することであって、論理だけではどうにもならない。結局、数学が分かるとは、すなわち自ら体験することである。》

《数学の本を理解するためには克明に証明を追っていくより他しかたがない。数学の証明は単なる論証ではなく、思考実験の意味があるのであろう。そして証明を理解するというのは、論証に誤りがないことを確かめるのではなく、自分でもう一度思考実験をやり直して見るということであろう。理解するとはすなわち自ら体験することであると言える。ここで不思議なのは、数学にはこれ以外の理解のしかたがないことである》

《数学は実験科学である》

そして、これと殆ど同様のことが芸術にも当てはまる。いま、小平邦彦のこの言葉になぞらえて芸術を分かるとはどういうことかについて言えば、次のようになるだろう。

《芸術が明晰判明に分かるということとはどういうことだろうか。芸術とは森羅万象の根底に厳然と実在する美的現象を観察・表現する行為である。だから、芸術が分かるとは、その美的現象を『見る』ことである。『見る』

を受けていたこともあり、かなりの腕前であった。

出典：フリー百科事典『ウィキペディア (Wikipedia)』より(一部省略)

とは或る種の感覚によって知覚することであり、私はこれを美覚と呼ぶ。美覚は数覚と同様、論理的推理能力とは異なる純粋な感覚で、聴覚の鋭さと同様、頭の良し悪しとは関係ない。しかし、芸術を理解するには美覚によらなければどうにもならないのであって、美覚のない人に芸術がわからないのは数覚のない人に数学がわからないのと同様である。だから、芸術が分かるとは、美的現象を感覚的に把握することであって、論理だけではどうにもならない。結局、芸術が分かるとは、すなわち自ら体験することである。》

ところで、模写や写生の制作過程の分析¹²の中で明らかにしたように、この芸術を《自ら体験すること》もまた、百人百様の多様性・個性があるため、申立人自身の美的判断に関する体験を裁判官も含んだ他の人々が必ず共有するとは限らない。そこで、どうしたら申立人が正しいと信ずる美的判断をめぐる主張を他の人々にも理解してもらえるかというアポリア（難問）が発生する。

この点、申立人は、この難問を解決する鍵を「実験」に求めた。なぜなら、「実験」の本質とは、特定の現象に精通していない人でも、「実験」を通じて、その現象のエッセンスを理解するために必要な体験を自ら行なうことができるようにしたものだからである。

人によっては、「実験」と聞いても新味のないありふれたイメージしか沸かないかもしれないが、しかし、歴史上、ガリレオによって「実験」が初めて科学の世界に本格的に登場したとき、それが驚異的な威力をもたらしたにもかかわらず、《それ以前の人たちが、「観察に拠りどころを求めつつ自然の法則を追求する」という実証精神といかに無縁であったか、今日のわれわれには信じられないほどで》あったと朝永振一郎は述懐している（「物理学とは何だろうか」上 62 頁）。しかし、この事情は今なお殆ど変わっていない。実験の精神は 400 年後の今日なお、依然正しく理解されていないからである。だからこそ、小平邦彦は《数学は実験科学である》とわざわざ言わなければならなかった。また、未来の人々には信じられないだろうが、芸術の世界にも「実験」は今なお殆ど無縁のままである。そこにまた、肘の後ろの 1 本の線（しわ）の表現が何を意味するか、これを美的体験をしたことがない人たちにも理解してもらうためには「実験」（芸術実験）しかないと確信する申立人が直面する困難さがあった。

¹² 控訴理由書 10～16 頁。

本芸術裁判において、申立人は、400年前、自然科学の世界にそれまで無縁だった「実験」を持ち込み、時代を一新したガリレオの精神に学び、また、数学が分かるとは頭の良し悪しとは関係がなく、自ら体験することであり、その体験とは実験（思考実験）であり、これ以外の理解の道はないと喝破した小平邦彦に学び、芸術を理解する道を、一方で頭の良し悪しでもなければ、他方で、単なる日常的感覚・第一印象でもない、あくまでも芸術体験＝実証精神に裏付けられた実験（芸術実験）の中にあること、否、この実験以外に理解の道はないと確信し、それを具体的に展開してきた。

そこで最後に、本芸術裁判の正しい審理のために、裁判所に次のことを是非ともお願いしたい。それは、小平邦彦が

《数学の本を理解するためには克明に証明を追っていくより他しかたがない。数学の証明は単なる論証ではなく、思考実験の意味があるであろう。そして証明を理解するというのは、論証に誤りがないことを確かめるのではなく、自分でもう一度思考実験をやり直して見るということであろう。理解するとはすなわち自ら体験することであると言えよう。ここで不思議なのは、数学にはこれ以外の理解のしかたがないことである》

と喝破したように、裁判所もまた、自ら《申立人が具体的に展開した芸術実験を克明に追っていくより他しかたがない。それは、論証に誤りがないことを確かめるのではなく、自分でもう一度思考実験をやり直して見るということ》をやっていただきたい、これ以外に、芸術裁判において芸術の理解に至る道はないのだ、と腹を括って。

申立人はまた、一市民としても、逃げない司法＝芸術裁判のアポリア（難問）に果敢に挑戦する裁判所というものを期待し、注視している。

以 上

別紙一覧表

別紙 1	小田成作成の陳述書
同 2	本理由書別紙文献 13 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 ～ 4 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、 (1)、各原画同士を並べて、相互の個性的表現の違いを比較検討することができるようにするため、 (2)、各原画を本理由書別紙文献 13 の故三谷一馬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。

以 上