Kobe University Repository : Kernel

PDF issue: 2025-09-16

写真の著作物の理論的構造（特集　写真と著作権）

島並, 良

(Citation)
IPジャーナル,16:16-20

(Issue Date)
2021-03-15

(Resource Type)
journal article

(Version)
Version of Record

(URL)
https://hdl.handle.net/20.500.14094/90008108

【特集】写真と著作権

写真の著作物の理論的構造

神戸大学大学院科学技術イノベーション研究科・法学研究科 教授
島並 良（RYO SHIMANAMI）

〈要約〉写真は、既存の被写体をカメラを介して機械的に平面へと写し撮るものであることから、著作権法上さまざまな点で特別な考慮が必要となる。たとえば、創作性は被写体を二次元に落とし込む工夫において判断され、一般的なフィルム写真では（複数の）プリントが原作品となるのに対してデジタル写真では原作品は存在しない。その他、著作権侵害成立要件である依拠性と類似性、および付随対象著作物の利用にかかる権利制限を採り上げて検討する。

Ⅰ　はじめに

写真は、旧著作権法（明治32年法）[1]の制定時から現行著作権法（昭和45年法）[2]に至るまで、一貫して著作物として保護されてきた。かつては、保護期間が短く、絵画、音楽、文学といった他の著作物類型よりも劣位におかれていたが、現行法上はこのような規定上の区別はない[3]。

もっとも、既に存在する被写体（「真」）の外観を、カメラの機械的な作用によって平面に「写」し撮るという性質から、現在でも著作権法の解釈・運用にあっては、写真は他の作品類型とは異なる特別な考慮が必要となる場合がある。以下、著作物性、原作品と複製物、依拠性と類似性、権利制限の各段階に分けて、順に概観する。

Ⅱ　著作物性

1．創作性の所在

先述したとおり、写真は（多くの場合に三次元の）被写体を、カメラ等の機械的作用を介して二次元に写し撮るものである。写真の著作物性（著作権法（以下、同じ）2条1項1号）において最も問題となるのは創作性要件であり、特に写真のいかなる要素に創作性が求められるかである。ここでは、被写体の創作性と、写真の創作性とを区別して理解することが重要である。

すなわち、写真の創作性は、被写体そのものではなく、それを二次元に写し撮る工夫において表れていなければならない。被写体そのものがどれだけ個性的なものであっても、それは被写体の創作性を左右するだけである。たとえば、前人未踏の地で撮影された風景写真、奇抜な化粧を施した人物のポートレート、誰も見抜きもしない街角の一隅に美を見出

島並 良（RYO SHIMANAMI）　神戸大学大学院科学技術イノベーション研究科・法学研究科 教授

東京大学大学院修了（修士（法学））。東京大学助手、神戸大学助教授を経て、2007年より同教授。その間、産業構造審議会臨時委員、弁理士試験考査委員・司法試験考査委員等を歴任。主な編著に、『岐路に立つ特許制度』（知的財産研究所と共編、2009年）、『著作権法入門』（上野達弘・横山久芳と共著、2009年）、『The Future of the Patent System』（2012年）など。

1　旧著作権法は、著作権の内容として、「文書演述図画建築彫刻模型写真演奏歌唱其の他文芸学術若は美術（音楽を含む以下之に同じ）の範囲に属する著作物の著作者は其の著作物を複製するの権利を専有す」（1条、傍点筆者）と規定していた。同法成立前においては、写真条例（明治9年）および同条例を改正した写真版権条例（明治20年）が「写真版権」、すなわち写真の専売権を認めていた。

2　現行著作権法は、著作物の例示として、「写真の著作物」（10条1項8号）を挙げている。

3　旧著作権法では、一般の著作物の保護期間は「著作者の死後30年」であったのに対して、写真の著作物のそれは「発行後10年」とされ（その後、12年、13年と漸増）、現行著作権法でも当初は「公表後50年」とされていた。他の著作物類型と全く同じく水準の保護期間が与えられたのは、WIPO著作権条約に加盟する平成8年である（「著作者の死後50年」、平成28年改正後は「著作者の死後70年」）。

したスナップ、そしてたまたま居合わせた事件・事故現場の報道写真は、いずれも貴重な作品ではあるが、そのような個性自体は写真の著作物の創作性には影響しない。

被写体を二次元に写し撮る工夫としては、たとえば、構図、シャッター・チャンス、露出、焦点、陰影、色彩といった諸要素の選択がある。ここでよく問題とされるのは、被写体の選択、組合せ、配置の各要素である。新たな造形物を撮影した、いわゆるコンストラクテッド・フォトグラフィー（構成的写真）における被写体の外観のほか、被写体が人物の場合にはそのポーズや表情も同じ問題となる。一般に、被写体の選択は写真の著作物の創作性とは無関係とされることが多いのに対して、その組み合わせや配置（人物のポーズや表情）については創作性の判断要素とされることがある[4]。しかし、写真は既存物を撮影するものであるから、被写体の組み合わせや配置は常に写真撮影（フィルムや記憶媒体等の有体物への固定）よりも、瞬間的にせよ前の時点で既に確定しているはずである。そうすると、被写体の選択はもちろん、その組み合わせや配置についても、当該被写体の「美術の著作物」としての創作性の問題ではあり得ても、あくまでそれを二次元の平面に写し撮る上での工夫が問われる「写真の著作物」の創作性を基礎づけることはないと解される[5]。

このように、被写体の美術の著作物性と、それを平面に落とし込んだ写真の著作物性とを区別して観念することには、理論的な一貫性のほか、両者の著作権者が異なる場合[6]、および両者の著作権の効力が異なる場合[7]に実益がある。

2. 創作性の程度

それでは、写真の著作物の創作性、つまり被写体を二次元に写し撮る工夫は、どの程度写真に表れている必要があるのだろうか。著作物として求められる創作性の程度において、写真と他の著作物類型とを区別する理由はないから、特段に高度なもの、たとえば先例がないという意味で独創的であることは必要なく、芸術的価値も問わないはずである。

したがって、基本的には、構図、シャッター・チャンス、露出、焦点、陰影、色彩といった諸要素の選択を総合的に考慮した結果、撮影者の個性、換言すれば「その人らしさ」が何らかの意味で写真に表れていれば足りるものと解される。著作権法の授業でしばしば語られる、「幼稚園児の描いた絵でも、その園児らしさが何らかの意味で表れていれば、創作性が肯定される」という設例は写真についても当てはまり、一般人が自動調整された使い捨てフィルムカメラやデジタルカメラで撮影した写真についても、多くの場合に創作性が肯定されることになるだろう。

もっとも、特に言語の著作物について、極めて短い文章や紋切り型の描写の著作物性が否定されることがある（「ありふれた表現」の理論）。誰が作成しても似たり寄ったりのありふれた表現に著作権という特別な創作誘因は不要であり、また逆に、仮に独占を認めると後続表現活動への弊害が大きいからである。これと同じ理由は写真にも妥当するから、ごくありふれた写真は、やはり著作物たり得ないことになる。したがって、被写体を二次元に写し撮るための上述の諸要素が、構図も含めて全て定型的ないし機械的に設定され、撮影者による選択の余地がな

4　被写体の選択とは異なり、その組み合わせや配置について創作性を肯定する見解として、たとえば、岡村久道『著作権法（第5版）』（民事法研究会、2021年）73頁。反対に、組み合わせや配置についても創作性を否定する見解として、たとえば、中山信弘『著作権法（第3版）』（有斐閣、2020年）129頁。このほか、被写体に関する工夫が単なる写真撮影上の工夫にとどまるか、それとも被写体がそれ自体で完結した独立の表現物を構成しているかで分けて考える立場として、島並良ほか『著作権法入門（第2版）』（有斐閣、2016年）56頁〔横山久芳〕（同書は筆者も共著者の一人であるが、本文で述べるとおり、筆者はそのような場合分けは不要であると考えている。）。

5　被写体の選択、組合せ、配置と同じく写真を決定づける要素として、構図とシャッター・チャンスがある。しかし後者は、撮影時に被写体を二次元に落とし込む上での決定要素であるから、それに先立つ時点における三次元的要素である前者とは異なる。

6　被写体作成者と写真撮影者が当初から異なる場合のほか、両者が同じでも事後的な著作権承継により権利が分属した場合がある。

7　前述のとおり写真の著作物について保護期間が他の著作物よりも短かった時代ほどではないが、現在でも、たとえば美術と写真の著作物に対して認められる展示権（著作権法25条）が、後者のみ未発行であることを求められるなど、両者には違いが残っている。

い場合、たとえば証明写真ボックスや速度違反取締機の写真は、撮影者の個性は全く表れておらず、創作性を欠くため著作物たり得ない。それに対して、かなりの程度が自動化されたスマホやプリクラの写真であっても、これらいずれかの要素（特に構図や装飾加工等）に何らかの意味で撮影者の決定（選択）が介在するならば、一律に創作性を否定されることはないだろう。

III　原作品と複製物

写真については、原作品と複製物をどのように観念するのかも問題となる。両概念について著作権法は定義規定を持たないが、原則的には、著作物がその完成と同時に固定された有体物が原作品であり、著作物の完成後に固定された有体物が複製物であると解される[8]。つまり、無体物たる著作物が化体された有体物という点で原作品と複製物は共通するが、化体のタイミングが異なるということになる。このような化体タイミングの相違は、たとえばキャンバスに描かれた肉筆画のような1点ものの作品については容易に判別することができ、絵が直接描かれたキャンバスそのものが原作品、その後にそれをコピーしたポスターが複製物であることに疑いはない[9]。

これに対して、版画、鋳造彫刻のように、まず元となる原型（版画の場合には版、鋳造彫刻においては鋳型）を作成し、それに基づいていわゆるオリジナルコピーが作成されることで作品が完成する作品類型については、原作品と複製物をどのように切り分けるかが必ずしも明確ではない。これら［原型⇒オリジナルコピー］類型の作品では、オリジナルコピーの作成（版画の刷り、彫刻の鋳造）の仕方で著作物のありようが少なからず影響を受けるから、著作物の完成時点は（原型ではなく）オリジナルコピーの作成時である。したがって、上述した著作物の完成と同時に固定された有体物という原作品の定義からは、オリジナルコピーこそが原作品となる。

かつて主流だった一般的なフィルム写真も、撮影によってまずネガが作成され、それに現像とプリント（焼き付け）のプロセスを加えることで、最終的な「写真」が作成される。この最後のプリント段階で、印画紙への感光により明暗や色が反転されることになるから、写真は上述した版画や鋳造彫刻と同じ意味で、［原型⇒オリジナルコピー］類型の作品であるといえる。そして、ネガの作成時点では写真の著作物はやはり未完成であり、あくまでプリントという、少なからず創作性が発揮され得るプロセスを経て作品が完成する。そうであれば、フィルム写真についてもネガ（原型）ではなく、現像後のプリント（オリジナルコピー）こそが、写真の著作物の原作品だということになる[10]。

また、写真、版画、鋳造彫刻のいずれであれ、［原型⇒オリジナルコピー］類型の作品については、オリジナルコピーがほぼ同時に複数作成されることがある。作成後にはそれら複数のオリジナルコピー相互を区別することはできないことも多いし[11]、また著作権法上も原作品が複数であることを阻む理由はないから、複数のオリジナルコピーはいずれも原作品たり得ると解され、その点においても上述した1点ものの作品類型と写真とは、扱いが相違することになる。

さらに、デジタル写真における原作品と複製物についても、特殊な問題がある。デジタル写真においては、上述した一般のフィルム写真とは異なり、撮影と同時に完成された写真の著作物がデータとして記憶媒体（SDカード等の有体物）に格納（固定）される。そこで、そのようなデータを格納した記憶

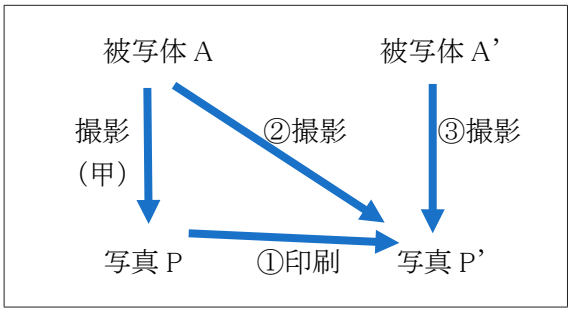
8　これに対して、複製物と異なる特別な社会的価値が認められるものを原作品と捉える見解として、愛知靖之ほか『知的財産法』（有斐閣、2018年）226頁〔金子敏哉〕。
9　言語の著作物における原稿や書作品、音楽の著作物における楽譜も、最初に紙媒体に自筆されたものは原作品と捉えて良い。これらは時に視覚的鑑賞の対象にもなることから分かるとおり、美術の著作物の原作品としての側面も併せ持つが、そのことは言語や音楽の著作物の原作品性を損なうものではない。
10　同じくネガの原作品性を否定する立場として、中山・前掲注4、131頁。反対に、ネガも（ポジと並んで）原作品であるとする立場として、愛知ほか・前掲注8、226頁〔金子敏哉〕。
11　特に版画については著作者が原作品にナンバーを打つことで作品を管理することがあり、写真でも見られるが、それらの作品相互を法的に区別する実益もない。

媒体を原作品と位置づけるかが問題となるが、それ自体から作品を視認できない以上は、写真の著作物の公表（18条2項2号）や展示（25条、45条）について特別な効果を与えられている原作品には該当しないと考えられる[12]。その上で、写真データを紙媒体に出力した印刷物は、作品完成後に作成される有体物であるから、原作品ではなく複製物と位置づけられる。したがって、結局、デジタル撮影された写真については、著作権法上はデータと複製物のみが存在し、原作品はどこにも存在しないことになるように思われる[13]。

Ⅳ　依拠性と類似性

複製権侵害の要件である依拠性と類似性についても、被写体を写し撮るという写真の著作物の性質から、興味深い問題がある。次のような事例を考えよう。

いま、甲が被写体Aを撮影して写真の著作物Pを作成し、その後に乙が、Pと似た写真P'を作成した。乙によるP'の作成過程は、Pのプリントをそのまま印刷コピーした場合（①）、乙自身がAを新たに撮影した場合（②）、同じく乙自身が今度はAに似た被写体A'を新たに撮影した場合（③）の3つが想定される。複製権侵害の請求原因事実（依拠性、類似性、複製行為）のうち、いずれの場合も、乙は著作物を「有形的に再製」（2条1項15号柱書）することで、複製行為をしているが、残る依拠性と類似性はどうだろうか。



まず、写真自体を印刷コピーする①については、後述する権利制限等に該当しない限り、原則として複製権侵害に該当する。なぜなら、まず乙はPにアクセスしているので依拠性が肯定され、また、Pをそのまま印刷コピーしているので、Pの表現上の本質的特徴、つまりAを二次元に写し撮る上での撮影上の工夫はP'からも感得され、PとP'は類似しているといえるからである。

では、同じ被写体Aを新たに撮影する②はどうか。ここで、乙がPにアクセスすることなく、Aのみを見てP'を撮影した場合には、Aを二次元に写し撮る上での撮影上の工夫は三次元のA自体からは窺い知ることはできないので、Pへの依拠を欠くことになる。したがって、仮に同じ被写体Aについての撮影上の工夫が偶然一致したとしても、複製権侵害は成立しない。それに対して、乙がPにアクセスした上で、それを参考にして新たにAを撮影した場合には、Aを二次元に写し撮る上での撮影上の工夫がP'から感得できる（類似性が肯定される）のであれば、原則として複製権侵害に該当することになる。

さらに、③においては、乙はAとは別の被写体A'を撮影している。しかし、この場合も、乙がPにアクセスした上で、それを参考にしてAに似たA'を撮影した結果、PとP'が類似した場合に限り、複製権侵害が成立し得ることになる。

以上を纏めると、P'の作成過程が①～③のいずれであるかを問わず、乙が写真の著作物Pの表現上の本質的特徴である創作性の所在、つまりAを二次元に写し撮る上での撮影上の工夫に依拠した上で、それに類似するものを有形的に再製していれば、複製権侵害が成立する。つまり、乙が同じ被写体Aやそれに似た別の被写体A'を、新たに撮影した事実は、それ自体としては、依拠性や類似性の判断には影響しないわけである。

12　なお、デジタル写真が撮影後にモニターやスクリーンに表示され視認可能であったとしても、それは通電状態限りでの一時的なものであって有体物への固定はないから、モニターやスクリーンは原作品ではない。
13　この点は、デジタル写真だけでなく、コンピュータ上で作成されたデジタル画像一般に妥当する。

Ⅴ　権利制限

何度も繰り返すように、写真は現実を写し撮る創作物である。そこで、主たる被写体とは異なる対象物が、撮影者にとって意図的かどうかを問わず写り込むことがある。その際、写り込んだ対象物が他人の著作物であっても、撮影そのものや撮影後の写真の利用を許すための著作権の制限規定が、「付随対象著作物の利用」にかかる30条の2である。同条は、令和2年改正により範囲が複製伝達行為（事物の影像又は音を複製し、又は複製を伴うことなく伝達する行為）全般に拡張されたが、写真の撮影は、録音・録画と並んで平成24年改正において創設された際すでに対象とされており、同条の適用が想定されるいわば典型例であるといえる。

写真撮影時の写り込みをかなり幅広く適法とするこの権利制限制度には、なお次の3つの制約がある。第一に、写り込んだ他人の著作物（付随対象著作物）は、撮影された写真（作成伝達物）に占める割合、再製の精度その他の要素に照らし、当該作成伝達物において「軽微な」構成部分でなければならない（同条1項本文）。第二に、付随対象著作物の利用により利益を得る目的の有無、付随対象著作物の分離の困難性の程度、作成伝達物において付随対象著作物が果たす役割その他の要素に照らし、付随対象著作物の利用は「正当な範囲」内に留まる必要がある（同）。第三に、付随対象著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし、著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この権利制限制度が適用されない（同条1項但書）。

もっとも、これら3つの制約は、相互に重複して当てはまることも少なくない。すなわち、付随対象著作物が軽微な構成部分でなければ、その利用は正当範囲を越え、同時に著作権者の利益を不当に害すると評価されることも多いだろう。また、これら3つのうちどの制約に服しても、著作権が制限されないという効果は同じなので、いずれの制約の問題かを厳密に区別する実益は乏しい[14]。

むしろ、今後重要なのは、形式的には複製等に該当する場合であっても、他人の著作物利用が付随的であるために、実質的には違法性を欠く行為を救済するという制度趣旨に照らした解釈であろう。いわば、「法は些事にこだわらず」との法諺の一つの表れとして同条を運用することが求められる。

本条により、写真撮影における取り込み型の軽微な著作物利用に関して、他の権利制限条項[15]ではこれまで救済され得なかった場合についても、正面から包括的に適法と位置づける実定法上の根拠が新たに与えられた。写真の撮影場面において、従来の実務運用を大きく変更するものではないが、具体性の高い要件（ルール）ではなく規範的要件（スタンダード）を多用した規定ぶりも相まって、形式と実質の乖離が激しい著作権法制度における潤滑油として、同条が活用されることが期待されよう。

14　敢えて言えば、第一の軽微性は客体に、第三の但書は著作権者の経済状態への影響に着目しているのに対して、第二の正当範囲はそれらをも包摂する、規範性の高い一般条項である。

15　写真撮影時の著作物の写り込みについては、従来から30条（私的複製）、32条（引用）、46条（公開の美術の著作物等の利用）等により、場面ごとに救済されてきた。