

# 盗作アート（Appropriation Art）の著作権的保護(1)

—— インターネットにおける表現への含意 ——

坂 本 正 光

## 本稿の意図

著作権は、オリジナリティのある表現について、与えられると考えられてきた。

このオリジナリティとは何かということについて、ポストモダン＝うんこたれ尻垂れの流れの中で、現在急激に隆盛に向かっている、盗作アート (appropriation art) を素材として、ささやかな異論を立てる。これが、本稿の意図である。

そこでまず、著作物一般についてのオリジナリティは、伝統的な著作権法における、以下のみ一つの命題を承認した上で、判断されることを明確にして、スタートしよう。

命題 I：オリジナリティは、発想と表現 (originated/genuine idea + expression) から成る。ただし、これは必要条件だが充分条件ではない。

命題 II：オリジナルな発想 (idea) の部分は隔離できるから、表現 (expression) の部分においてのみ、法的保護を与える。

命題 III：表現がよく似ていること (substantial similarity) と、原表現にアクセス可能であったこと (easy access to original source) が、侵害—オリジナリティ喪失—があるかどうかの最重要ポイント。

このみ一つの基本的な命題を承認した上で、以下の考察を行う。

もちろん、全部の命題 (特に I と II) を否定して、現在のデジタル化した環境を、コンピュータソフトなど一切を包含するものとして、アイデ

アの局面に決定的に踏み込んで再構成するという立場もあり得る。というのは、現実には、アイデアのない表現というようなもの<sup>(1)</sup>も出現しているからである。

しかし、そのような斬新なロジックの構築は、さらに将来の課題としたい。

もちろん、非常に流動的で可変的な表現テクノロジーが現出し、インターネットのデータベース化が一層進展するとパブリックドメインからの圧力により、現行著作権秩序の、世界規模での事実上の崩壊が、すぐにでも起こる可能性があることは認める。その上で、本稿は、アイデアは分離可能であり、それに基づく表現の類似性などを判断する材料としてのみファンクションするという、著作権法の伝統的立場を維持する。

そこで、本稿の問題意識は、つぎのようになる。

文字や画像を中心としたデジタル技術が日常生活の隅々に浸透してきた結果として、オリジナリティについて、著作権法の干渉できる可能性が、大きく変貌してきているのではないか。その状況をひとことでいえば、他人の表現の流用の日常化である。その違法性のレベルにおける日常化である。違法性とは、現行法秩序のエッセンスであるが、その違法性の質と、その意識の可能性—厳格故意—を肯定できる環境が、激変しているのではないだろうか。

異論はあると思われるが、本稿の筆者は、以上の問題意識は、90年代以降に特に明確になってきた構造変動で、既存の著作権法の規範的前提—判例通説—が通用しなくなっている状況だと考えて

いる。可罰的違法性のレベル以上の変化があると主張したい。

もちろん、法のシステムは、オートポイエシスの一自己増殖的に一変容するから、社会的行動規範としての、法の、「器」「容器」そのものの破壊には至っていない。また、現行の知的財産権法の世界的秩序—WTOとグローバリズム—に、あからさまに挑戦する政治グループは、アジアやアフリカの一部の国などを除くと、わが国の国内には見あたらない。

わが国の判例を読むと、個々の具体的紛争の局面においては、既存のルールをそのまま当てはめていくと奇妙な結論になるから、裁判官の直感的正義の観念において、枝葉末節のルールをねじ曲げて解釈して、据わりのよい結論を導こうとしているケースも目立つ。進化する法的ルール (progressive legal rule) ということが強調されるが、それにも限界があるだろうということである。

個人のプライバシー侵害や、秘密情報の窃盗とでもいうべき、より違法性の高い行為類型は、刑事法の領域で早くから問題になっており、刑法典の改正および特別法として、相当程度の立法が進展している。また、近時制定された個人情報保護法は、知的財産の保護というよりも、個人の基本的な人権保護の視角から、個人情報の管理強化を打ち出していて、官民のデータベース情報の保護を図っている。情報保護の法律関係は、著作権法と緊密な関係がある。

企業などの利益追求型組織を考えてみると、稟議書に付属の調査書類、顧問弁護士作成の契約書式、外部委託の研究レポートなどは、担当者がその仕事の上で作成した組織に帰属することが明白な文書類と混交されて、日常的に「流用」されていて、このことは著作権の所在ではなく、組織の効率化や円滑な運営などのクリテリアのもとで、書式を中心とした著作物が動いていることを示す。ほんとうは、職務著作かどうかを吟味してその帰属を決めたりする作業が必要であろうが、内部就業規則に明確にそのことを定めてある事業所は多くない。

この局面では、著作権の所在云々は、産業スパ

イ、人権侵害など、問題が起こったときの事後的防御にすぎない。とりわけ数字を含むデータは重要で、外国のシンクタンクからの高価なデータが、いつの間にか、出所を示さないで一人歩きしたり、政府関係者しか知り得ない審議会の丸秘データが、ネットを通じて配信されていたりする。

これらは、これまでの違法性の意識のレベルに訴えかける行為であるが、よく考えると、日常的に行われている風景ではないかという疑いすらある。可罰性のレベルの再調整が必要であろう。

また、現行のわが著作権法は、他人の著作物を利用して自己の表現活動をすることは否定していない。しかし、その場合の制約要因として、利用された著作物の著作者の権利が働いて「優先」的に一ことを強調する傾向がある。つまり、現行のわが著作権法における、オリジナリティのある表現の保護というのは、ほとんど万国共通の、ユークリッド幾何学の公理ともいえるもので、それを勝手に利用されたときには、流用者・剽窃者・無断引用者など名称はなんでもいいが、ともかく彼女らに対して、反撃できる体勢を整えるための法律的な武器を与えるものとして規定されている。

特に、わが著作権法の立場としては、アメリカのようにフェア・ユース (fair use) の一般規定を持っていないこととの比較において、著作権法の各条文が許容する限りにおいて、他人の著作物の「流用」「利用」を許すと理解されている<sup>(2)</sup>ようであり、原則自由であるべき創作活動を、当初から拘束的に理解する傾向があるように思われる。これは、わが国の著作者人格権やパロディについての判例の文章からも明らかである。

ところが他方、ある種の芸術活動において一特に現代美術の領域において一は、むしろ先人として存在する著作を積極的に利用することが行われている。この傾向は、インターネットの劇的な普及とともにますます盛んになるであろう。

#### (A) 古典的イメージのスク립ト

山奥の山荘で創作される独創的油絵。山荘には、ひげぼうぼうの画家がいる。彼の参考書は、過去の偉大な画家たちのそまつな装丁の画集とか、記

憶細胞の中だけにあるルーブル美術館である。ふろにもはならず、画家は苦吟しつつ、孤高の作品を完成し、それをロバの背にくくりつけて、山を降りる。

ここでのポイントは、オリジナリティを考えるに際しては、絵画そのものだけではなく、その制作環境—他からの隔絶—も、重要なポイントとなるということである。

## (B) デジタル時代のスクリプト

ところが、デジタルテクノロジーの進展に伴い、寸分違わぬコピーを作ることがきわめて容易に行われるようになってくると、すでに成立している他者の著作物を利用して、自己の著作物を作成するという行為が、芸術家の間においても、ごく一般化している。山奥の山荘にいても、インターネットを通じて、ポーランドのウェブサイトをみて、ポーランドの山城の画像をダウンロードして、作成中の日本の城のデジタル画像に貼り付ける、あるいは、油彩の下書きとしてコンピュータにトレースさせるなど、ごく簡単である。

そうすると、山荘のロバは、ひまで仕事が無くなり、野生の雌ロバを追っかけ回すだけの、役立たずとなるし、都会からきた画家は、山の風景を見ながら、完成した電子画像を、出版社に向けて、送信するだろう。色彩も、1024色程度であれば、普通のWSで自動的に配置してくれるから、わざわざ、絵の具を仕入れる必要すらなくなっている。

東京で、デザイナーたちの実際の仕事場をみると、電子情報を「利用」する方法をとっていない人々は、どこにもいない。白紙に向かうよりはるかに効率的で、しかも、デジタルのデータは、非常に鮮明で、加工が自由自在だからである。漫画やアニメ、CGを使ったゲームについても、メインのキャラクター以外の、背景とか衣装とか、その他の小物類のデザインは、流用して加工して別物—に見えるもの—に仕立てる手法が一般的である。加工用のデジタルデータのアーカイブも、サイトを探すとたくさんあるが、そんなところでウロウロする必要はない。単純に他人の著作物を流用し、何度か変形すると、原形と似ても似つか

ぬものになるからである。これらの操作は、創造的マインドの発揮というより、機械的な操作といったほうが、実態に合致する。作家ではなく事務的な職務をこなすポジションで十分にまかなえると考えられているからである。つまり、現在の創作環境は、他人の著作物を利用することが、デジタル技術の進歩とともに、常態となっていると考えることができる。

これは、絵画だけではなく、文章についても当てはまる現象である。デジタル化は、どのような情報も、瞬時に、完全なコピー化を完了するからである。漱石を、機械的に改変しただけで、芥川賞を受賞などということも、起こり得る。

そこで、このような社会文化的創作状況を所与とするならば、これまでの、オリジナリティという考えかたについての再検討が必要である。

従来の判例の理屈に合わせるために、デジタル画像を、原形をとどめないまでに処理して、自分の作品に仕上げるとしても、それは、本当の意味でのオリジナリティの発揮であるのかどうかは疑問で、その実質つまり創作環境のデジタル化を、より直視する必要があるのではないかということである。

正面から、すべての著作物について、「盗作」—という言葉が強すぎるなら「流用」あるいは、Appropriation—が原則だということ、素直に肯定しなければならぬのではないか。そのうえで、それぞれの利害関係人の法的利益の保護を検討しなければならぬのではないか。

① たとえば、従来の考えによれば著作権の中核にあるとされる、創造性・芸術性・オリジナリティという概念を棚上げにするか、思い切って捨て去り、それぞれの行為者の関係する「場」において、どのような行為態様の行動をとれば、どのようなペナルティを課せられるかというような、関係論的な思考をとって法的な権利義務を配分することも考えられる。

② あるいは、誰が市場価値のある箇所を生み出したかという視点から、剽窃があったかなかったかを完全に度外視して、法的権利義務を確定する発想が、オリジナリティの発揮とは別次元で、

必要となるかもしれない。さらに極言すれば、A（原著作物）→A'→A''→A'''→…→Bと変形していき、B→Aという具合に、最終的にまったく同じ制作物を作り出しても、その制作のプロセスにおいて、何らかの必然性が認められれば、最後のAには、最初のAよりもオリジナリティがあるとして、最初のAの著作権を侵害していないと認めることができる場合もあるのではないか。Aに回帰していったプロセスにおける、汗と時間を重視するのである。

③ これらの発想は、著作権法の解釈の、結果反価値から行為反価値<sup>3)</sup>への転換といってもいい。なぜなら、これまでのオリジナリティの概念は、完成品としての「著作物」だけを問題としてきたが、むしろ、創作のプロセス＝盗作回避のプロセスが、より重要ではないかということ、本稿の筆者は主張するからである。

④ このことを具体的に著作権法の解釈において述べると、それぞれの条文、特に、著作権侵害が問題になる訴訟においては、その権利侵害の「態様」を重視した視点を明確に打ち出すべきだということである。つまり、著作権侵害訴訟における、訴訟物—請求の趣旨および原因—や、要件事実の記載において、創作のプロセス＝盗作回避のプロセスを要件化して取り入れ、当事者の主張立証の分配においてもそれを、考慮すべきではないか。このことは、法文の改正をしなくとも、裁判所の解釈で十分に行えることである。

\*

現場の実態を考えると、侵害とは何かについて、最終生産物たる結果だけの反価値性（＝盗作としての性格付け）を言っても、絵に描いた餅でしかない。ご詠歌である。誰も聞いていない。これを反語的に語れば、だれでも脛にキズがある状況であるということである。つじつま合わせだけに腐心するデジタル化の状況は打破されなければならない。これは、アメリカの実情を見れば一目瞭然である。デジタル加工をしている大作家・大芸術家が、どんどん訴えられている。日本は、アメリカほどの訴訟社会ではないから目立たないが、デジタル化に関係したトラブルで、密かに処理さ

れている事案は、無数にあるだろう。これらは、今日のデジタル化の実態を、より精密に反映したロジックが求められている証拠であろうと思う。つまり、デジタル加工が常態であることを正面に据え、制作過程の行為反価値の側面を重視すべきである。

そこで本稿では、現代ポップアートにおいて、Appropriation Artと呼ばれているジャンルを取り上げ、その盗作の法理を検討することとする。そして目標は、すでに述べたように、盗作とはオリジナリティのない制作物である、というような既存の観念の転倒をはかり、オリジナリティといわれているものの実態を、デジタル化した制作プロセスにおいて、より精密にとらえ直すということである。

## 一 盗作アートの引き起こした問題

「絵画とは何か」という問いに対して、マルセル・ Duchamp (Marcel Duchamp) のポップアートをすぐに思い浮かべることは、法科大学院の研究者にはもちろん、わが法曹実務家にも、そして、美術の専門家にも、難しいことだと思う。

それは、ポップ・アートといわれているものが雑多なものの集団であって、伝承とか正統とかとは無縁だからである。伝承とか正統というラベルを貼るためには、形式の側面が確立していなければならないが、ポップな芸術には、能楽のように、小鼓をポンと打ち、地の歌が始まり、シテとワキがそれぞれ南北から登場するというような、様式＝形式＝事前の約束＝外皮としての「様々な意匠」が、どこにもない。あるのは、個々の作者—正規の美術教育を受けていない人が多い—の個性の表現である。だから、軽薄＝おもいつき受け狙い＝非芸術＝素人大衆＝プラスチック資本主義＝ファーストフード＝情緒欠落＝金権＝アメリカニズム＝一時的享楽物＝ちり紙などの実用品と紙一重＝著作物として保護されない、といったような連想の連鎖を呼びやすい。

このような世間の風潮は、著作権法の文脈では、高度の創造性（芸術性）を要求する我が国の判例

の立場とともに、特に意識する必要があるだろう。仮に、芸術についての世間の常識のようなものを、実体法としての著作権法の解釈において拾い上げるとすれば、Appropriation Artは、我が国では、本来の絵画や版画はもちろん、その他の応用美術のカテゴリー(日本著作権法10条1項4号)にすら入れてもらえない可能性もある。ジャンク(yakky junk)だからである。

しかし、ポップ・アートがポップな所以は、まさしく、その軽薄に移り変わるかに見えるテクノロジー社会の他説(アダシトキゴト(本居宣長「玉勝間」))をすくい上げるからで、そのようなwhirlpool of the ages<sup>(4)</sup>(時代の渦巻き)を表現するジャンルに対して、固定化した形式を求めるのは、自己矛盾であるとも言うる。

そこでまず、そのような唾棄すべきポップアートこそは、現代美術の大潮流であり法的保護にふさわしいという視点のもとで、その先鋭的極限にあって、アメリカを中心に、Appropriation Art(仮に「借景の芸術」と訳する)と呼ばれているものの、その著作権性—保護範囲—を検討する。つぎに、創作の手法においてAppropriation Artとの近親性の高い、インターネット上の、他人の創作物の切り貼りによる表現行為への含意を検討する。

我が国においては、Appropriation Artとしてではなく、パロディとしてモンタージュ写真の著作権性が問題になったことがあり、その印象が強すぎるせいか、他人の著作物を利用して独自の芸術性を発揮するジャンルは、パロディだけであるかの考え方を持っている人が多いが、アメリカやヨーロッパの現代美術の動向を見ればわかるように、パブリックドメインにあるものだけに限らず、すでに著作権が成立している他人の創作物を材料にして全く新しい創作物を作るジャンルが存在する。その技法も多様であって、デジタル化の技法の進展に伴い、ほとんど無限の可能性をもつとすら評価されている。

なお、ポップ・アートのような、新しい芸術の分野は、著作権法の運用影響を受けやすいことに注意が必要で、特に我が国のように、規制し監視

するという感覚が充満している社会では、著作権法の運用次第では、新しい創造の芽をつみ取ることになってしまうことに、留意が必要である。

(なお、Appropriation Artは、他人の著作物だけではなく、商標(トレードマーク)や意匠(デザイン)<sup>(5)</sup>をも侵害する可能性がある。しかし、商品の出自を偽る(pass off)ことをことさらに必要としたり、デッドコピーのデザインを利用して商業的に売りさばくことを目的とする、そのようなAppropriation Artの形態は、不正競争防止法などで規制されていることもあり、実例としてはほとんどないように思われるので、本稿は、著作権を中心とした考察に焦点を合わせている)

\*

ところで、Appropriation Art(「盗用→借景の芸術」)とは何かを、ここから以後の議論のために、ある程度、定義的に考えておこう。Appropriation Artとは、パブリック・ドメイン(public domain; 何人も著作権を主張しないと約束している素材の集合体が存在する仮想空間)に存在すると考えられる、普通のいす、普通の犬、普通のペン、など何でもよいのであるが、とにかく安っぽい価値のないものだが、だれか他の人間が作ったもののかき集めて、それらを単純に並べたり、飾ったりすることから出発したモダンアートである。

たとえば、著作権が切れている夏目漱石の「我が輩は猫である」の初版本の文章をそのままスキャンして、背景の字幕に使ったりするわけである。ここでは、初版本の所有権者は、スキャンした印影における著作権とは何の関係もないので、所有権侵害などで使用を制限することはできない<sup>(6)</sup>という基礎知識を思い出しておかなければならないだろう。

ところが、Appropriationは、パブリックドメインの素材だけにとどまっていない。現在は、すでに著作権が成立していることが自明の、それだけで芸術性を保有することが明らかな他人の写真や彫刻を、自己の作品の中にとりいれてしまう「芸術」の一大ジャンルをさすようになってきている。ここにはもちろん、デジタル化の技術進歩がある。

このようなAppropriation Art は、Georgia O'Keefeなどを好むグッゲンハイム流のハイブrouなContemporary Art というよりも、さらに奔放に素材を既存の著作物から取り入れながら構成していく、ポストモダン時代の、ひとつのアートと呼んだほうがよいだろう。そして、そのような手法は、かなり大きな流れを形成していると考えてよい。

二次元のものだけではなく、三次元のAppropriation Art もある。

たとえば<sup>7)</sup>、三方をベニヤ板で囲った空間があるとす。天井はない。ベニヤの壁は、ペンキで塗られているが汚れているし、床には安っぽい付き板が張ってあるが、ところどころはがれているし、土足で歩いた跡が乾いて残っている。その部屋は、つい最近まで、天井桟敷という劇団のものだったかもしれない。その劇団の名前を書いた横尾忠則制作のポスターが貼ってあるが、横尾忠則のサインは二重横線で消されているうえに、全体が油絵の具で著しく書き換えられているようだ。有名な男優だった松田優作のような・しかしよくわからない人物写真もあるが、上半身がカラフルな絵の具で塗られていて、アフロヘアーのヘアスタイルになっている。その部屋の中心部には、ほんもののトイレからとりはずした水洗の便器が置いてあり、水槽の上には、半分飲みかけのペプシ・コーラの瓶がある。においはしないが、なにか汚れている感じがして気持ち悪い。おや、TOTOと書いてある。その横に、小さな袋が落ちていて、それはよく見ると、コンドームを包んでいたポリエステルの包装紙だったことがわかるし、そのコンドームの包装紙には、岡本理研ゴム株式会社の名前がみえる。「破れることがあります。だから避妊は止めましょう」と書いたロゴが、わざと見えるように書いてあるようだ。おそらくは、けいこのあと、けしからぬエロチックな行為もなされたかもしれないし、劇団員が、着替えを運ぶときにそのポケットから落としたのかもしれないし、土足の足跡は、泥棒のものかもしれないし、et cetra。そして、そのようなイメージを包み込む、この部屋全体が、Appropriation Art として、日

比谷公園に展示される。ポスターも作られ、はがきも売られる。とまあ、こんな具合である。

Appropriation Art は、このようにして、すでに存在するものもつイメージや概念を、時にゆがめて、時にそのまま、借用することによって、作家の新たな主張を表現する。すでに存在する著作・商標・意匠を利用するので、きわめて個人的にみえて、真実は、きわめて安易な創作とも評価できる側面をもつ。それは、子供の積み木遊びにおける造形や、偶然の風のちからによる山水画のような模様とも評価できるかもしれないからである。コーラの瓶やブランドの衣服が散らかった自分の部屋とどこが違うのか、ということである。だから、Appropriation Artにおける創造性は、金箔をつけて池を泳ぐ錦鯉の日本画などとはまったく異なり、ヌエ的で異形で脆弱なものであることを知る必要がある。デジタル化の技法で作成したものだから、きわめて簡単に「流用」したわけだが、その「流用」は、きわめて簡単に破壊されるのである。

さらには、Appropriation Artが表現しようとする芸術的イメージは、すでに存在する著作物を借用して「創作」されるから、それは、盗作と紙一重・盗作そのもの・と考えられることがきわめて多いことも、常に留意すべきことである。appropriation という英単語は、盗む・横流し・という含意<sup>8)</sup>を持つことからわかるように、すでに著作権で保護されているものを、場合によっては、ほとんどそのまま借用して、なにか別のこと・もの・イメージ・思想を表現しようとする場合には、それらの行為は既存のものを利用・横取り・することになると考えられてきたからこそ、Appropriation Artと呼ぶわけである。その表現のプロセスが、たとえば、ピカソ<sup>9)</sup>の芸術のように人為的な努力を加えて新しいものに生まれ変わったことが、その外見において明確に判明するようなものではないために、しばしば、オリジナルの著作権を、ストレートに侵害しているという司法判断を下されることとなっていたのである。

Appropriation Art が表現しようとする芸術的イメージは、単純なエンタテインメントである場

合もあるが、時に、政治的・思想的内容を含むこともある。この文脈において検討すべきは、成立している著作物を利用して新たな創作活動を行うカテゴリーとしてのパロディの領域である。この分野には、いろんな国において、多数の著名な判決が堆積している（後述三参照）。

日本の著作権法は、アメリカ法の系統 (moral rights) と異なり、著作者人格権の保持を厳格に理解しているとされており、著作権の移転はあり得ても人格権の消滅はあり得ないと理解されているし、その延長にある同一性保持権（日本著作権法20条1項）をも認めているので、日本では、経済的利益の帰属のほか、この方向からの検討も必要となる（後述三参照）。

ただし、アメリカ法系統の著作権法も、アメリカ連邦議会が1989年3月1日からのベルン条約の施行について批准したので、以後は、大陸法系統の著作者が経済的利益および人格権的利益の両方を享受する地位としての著作権の観念が、次第に一般化していると見られる。実際のところは、アメリカの判例を検討するとわかるが、アメリカでも、moral right として、大陸法的人格権に相当する保護を、著作者に与えてきたと考えることができるから、彼我の政治文化の特異性から生じるパロディについての、温度差のような「差異」を除外すると、保護の方向性はあまり変わらないと見るべきかもしれない。

要するに、ポップというかポストモダンというべきか、それらは、絵画としての約束事—フレーム構造や視線の統一などをことごとく裏切るように見えるから、「イマカラデモ遅クナイ」から絵画として扱えというふうな詔勅でもない限りは、ふつうの絵画の概念にあてはまるとは、ゼンゼン見ることができないだろう。そうすると、著作権法の世界でも、「絵画」あるいはその応用としての保護を考えるべきかどうか、疑問も出てくる。しかし、現実にはンドン進むから、既存の概念にこだわる墨守派は、知らないうちに、新進気鋭のポップアートを生産している「若殿に、兜取られて敗けいくさ」ということになり、はっと気が付いて振り返ると、もう後ろには誰もいない、つまり、

新しい芸術の波を理解できないことになるだろう。なお、創作方法のデジタル化が、このような異形の絵画の制作を、一層容易にしていることは、繰り返し述べてある。

そこで問題は、このような新しい波に乗った「えせ絵画」にも、著作物としての保護を与えるべきかということである。本稿は、このことを話題にするのである。

\*

ところで、著作権法もその一部であるところの「法」の世界では、誰にでもはっきり納得できるとされる、「法秩序」<sup>(10)</sup>および「道義的責任」<sup>(11)</sup>の全体集合を、所与の存在として、承認している。

だから、盗作はいけないことであり、無断のコピーによる利得は、はき出さねばならない。このあたりの抽象論は、だれでも承認する。法の世界がフィクションであり、その幻想としての空間の限界は、すべての法曹によって自覚されてはいるはずだ。しかし、著作権法の空間には、真実のところは、鋭さをそぎ落とし妥協を重ねて成立した法のロジックを、諸外国<sup>(12)</sup>を含めての、大家のテキストや最高裁の文章に発見して、それらをひたすら透徹した論理などありがたいがっている古くさい人々しかいないのではないか、一連のポストモダンアートをめぐる近時の法的紛争ををみると、そう思わせる根拠—要するに、裁判規範として、こちらにいくら払えということのできる決定的な根拠—を示すことができないのではないかと、強い疑いがある。

これは、制定法主義を過度に強調して、判例による新しいカテゴリーの創出などへの飛躍を懼れる傾向のある、堅苦しい著作権法の世界にも原因があるが、より一般的にいえば、そのような古くささとは、法律の解釈とは、同義語反復と訓誥学だけでOKということ、豊穰の海である一般人の感性を踏みにじることを教えるだけでハイさよならと決め込んでいる、そこかしこの日本の法律家の問題でもあろう。いつも周りを見るだけであつたから、新しい動きについていけないのだ。そうすると、さいの目で、結論を決めるということになりかねない。

たとえば、アンディ・ウォーホル (Andy Warhol) の、プラスチック製で、薄汚れている、大量生産品を使った、ポップインジェイ (粋な<sup>(13)</sup>; popinjay) な「芸術」を見てみよう。彼の作品については、ウォーホルの名前だけはすでにマスコミに通っているから、公認されたポップアートであり、「ああ知ってる」程度の反応は、だれにでもあると思われる。

しかし、彼のオリジナルの手作り作品を実際にみればわかるが、材料のセルロイドはめくれている精密な加工がされていないし、マリリンモンローのデフォルメはscrabbleで下品だし、3Dの作品は近寄ると奇妙ながらくたのボン付けだし、万年筆といいながらエボナイトの棒からはインクがでないし、et.cetraというような思いが先に来るだろう。彼の作品をはじめとするポップアートは、サザビー (Sotherby's) でも、時に莫大な落札金額でオークションされることがあるから、酔狂人のカネの無駄遣いの対象、自称芸術家の自己満足、などとは、勘定高い法律家の目には映ることはあるまいとすら言うだろう。

だから、アート一般とまではいわないが、これらのポップアートは、芸術に対して理解を示すそぶりをするが本当はでくの坊であるところの、法律家という特権階級における、ひそやかな冷笑の種、これこそが芸術であると考えた卑俗な凡庸さの餌食、そのようなものとして、法の世界には存在している可能性が高い。要するに、何を言っても無駄ということである。

しかしながら、芸術を見る目における凡庸さは、だれにでもある思考停止であり、それは、「小説とは何か」と問われて、紫式部や夏目漱石、せいぜい、日野啓一郎あたりまでは、思いが及ぶものの、薬物中毒で刑務所に服役したあと自宅マンションから転落死した便所の落書きのような文章を書く中島らも、終生まともに働かないでホームレス的浮浪者の生活を送って支離滅裂の乱交的恋愛を書いたローレンス・ダレル (Laurence Durrell)<sup>(14)</sup>、カムチャッカ半島と対岸のアラスカから大声で叫びあいながら愛を語る一ひともうけしたセカチュウ (『世界の中心で愛を語る』) の種本かも一男と

女を描くユー・ジューヌ・シュー (Eugene Sue)<sup>(15)</sup>などを、「小説家」として、ソク思い浮かべることができないのと同じで、あれほど西欧化を希求した坪内逍遙が、やはり良寛の書をほしがったというような、わが文明開化社会における、あほな集団迎合主義の産物であるかもしれないのである—もちろん、本稿の筆者を含めての話である—だから、ん？

世の中の常識的価値判断を尊重するとされる法律学および法律家にとっては、ピカソやレンブラントなどの色彩豊かな油彩=定番をのみ意識すればよいという意味においては、そのような集団迎合は、自然な営為であり、またきわめてラクチンの知的営為でもあると評価しうる。

すなわち、ダビンチやピカソ、日本でいえば中川一政などのそれは、「地球」という表現においてぐるぐる回る地球儀を、その代表選手として思い浮かべたりすることと同じで、一種の条件反射的な、絵画というものについての共有されたイメージだということができ、このようなメタ絵画のイメージが持っている、アイデア、技法、オリジナリティについて、著作権の保護を考え、そのイメージを少しずつ拡張しながら保護の範囲をさぐることは、伝統的な区別 (distinctio) と類推 (analogy) の技法にも当てはまるから、かなり容易な法的思考ということになるだろう。これらは、創造のプロセスが、比喩的であるがアナログであったから、著作権法の予定しているオリジナリティにぴったりフィットするのである。

そのような典型的な絵画については、そのカラーコピーの複製を作成し大量に販売するなどの行為は、その原画が、絵画というものについての共有されたイメージと重なり合う限りは、著作権法に触れ違法な行為となるという結論を導くことは、ほとんど自明のことで、法の解釈は、ここにおいては、記憶ゲームに墮落する。これを逆にいうと、典型的な絵画にあたらぬジャンルには、たとえば、創作性とか芸術性の度合いが低いというような理由で、著作権法の法的保護を拒むということである。

ところが、現代絵画の最前線においては、先に



述べたような、いわゆる Appropriation Art が隆盛を極めている。このジャンルは、要するに、他人の創作物を借用して自分の作品を作るわけであるから、上記のメタ絵画のイメージには含まれないが、すでに絵画の世界では、一定の芸術性を認められていると言ってよい。芸術性の社会的認知度を測る尺度は、いろいろあるが、その最大のもの、市場価格であると思われる。ポップアートにつけられている値段は、古典的な絵画とそれほど大差ないものもあるから、市場においてはすでに認知されたジャンルだと考えていいのではないかというのが、本稿の筆者の主張である。

もちろん、他人の創作物を勝手に利用することが芸術になるとはけしからんという議論もなりたつが、デジタル時代を踏まえてはいないが、「わたしは、どのようなものも取り入れ加工する。加工ということの中には、わたしの同時代の芸術家の作品を借用 (borrowing) することも含まれる。わたしの借用された作品をみて、それが彼らの作品に似ていることに、彼らが肝をつぶしても、わたしはぜんぜん平気である。なぜなら、それは彼らの問題であるからだ。もし、彼らが私の作品を横取りした (take from me) としても、それはそれで、すごいことだ。わたしは、それぞれの作品の人工的な境界—誰が著作権かというようなこと (本稿の筆者による意識)—は、芸術家とそれを取り巻く人々との間に、カテゴリーの垣根を作出することになるから、絶対に受け入れることはできないと考えている」という議論も、Appropriation Art のひとりの作者<sup>(16)</sup>からは主張されている。

ここには、芸術的創造の核心は、だれが全部を作ったかというようなことではなく、結果として新しいものをつくれれば、世俗的な意味での作者はだれでもよいのだという、強い芸術至上の発想があることに注意が必要である。つまり、自然がつくった河原の石と同じように、他人の著作物も、河原におちている石ころなのであり、芸術的マインドにしたがい、それを拾い上げ利用するのは、拾い上げる側のみのものである。つまり、関係するだけであり、対象には何の問題も起こりえないという発想である。ここでは、どのような人工的造形も、チー

プきわまりないがらくたであるから、究極のところは、外界の対象に融合するという、モダンアートの根本的哲学にも関係する。自然の風水に対比される、コンクリートジャングルの中に渾然一体として存在する無数の人工的創作物は、芸術の対象という視点からは、何の相違をも見いだすことはできないということであるが、このような芸術哲学を、現行著作権法の秩序において、どのように活かすことができるかも、デジタル化時代のポイントとなるわけである。

ともかく、このような主張の背後には、すべての芸術作品は、過去の芸術の模倣の側面が必ずあるという、アナログかデジタルかを問わず、実際に創作をしている芸術家サイドからの経験からの主張があることは間違いないので、ここも、法令解釈において常に、配慮しなければならないポイントである。

以上から、Appropriation Art には適当な訳語をつけることが難しいが一仮に「借景の芸術」と意識しておいた—これら「借景の芸術」を、著作権でどう保護すべき・保護すべきでないかなど、すでにアメリカやヨーロッパの法廷では、たくさん議論が生じているのは、現代美術の多様性を考えたとき、驚くべきことではない。

ただし、そのような先鋭的なアートについての紛争を、芸術の理解においてかなり遠いところに住んでいる法律家という人間集団が、法廷という唯一の公認された権利義務確定機関において、最も先鋭的な芸術性を語ることにより攻撃防御を行うというのは、現時点における社会システムのおおなる皮肉としか言いようがないことではある。もちろん、森羅万象のすべてを取り扱うべき「フォーラム」を提供するのが法律学の本質であるとすれば、何でも喰いまくる醜悪な餓鬼が、ここにおいても、登場しているといえないこともない。

とすれば、著作権、派生的著作権 (derivative work) などの帰属や金銭的賠償の法解釈よりも、代理人としていくらもらえるかが、Appropriation Art をめぐる紛争における、重大問題であると言えないこともないから、著作権の処理には、

美術工芸のエンジニア（現に創作を実践している作家）を、中立の判断者として参加させる「アート法廷」のようなものが必要であるかもしれない。このような専門家の専門化<sup>(17)</sup>に関する話題は、別のところで論じたい。

## 二 著作権法の構造からどのように考えるべきか—芸術の本質論か経済計算か

すでに述べたように、本稿の筆者は、Appropriation Art の著作権性を肯定すべきだと考えるが、問題は、どのような状況においてどの程度の保護を、誰に与えるべきかということである。

Appropriation Art は、これまでの訴訟の紛争から、いくつかの型に分けることができる<sup>(18)</sup>。

- (1) Xが、パブリックドメインにある絵画をコピーし、自己流のAppropriation Art を作成。それをYがコピー。
- (2) Xが、パブリックドメインにあるいくつかの絵画を組み合わせデジタル化して自己流のAppropriation Art を作成。自分のインターネットサイトにそのコピーを置く。Yがそれをコピーして、CDを作成し販売。
- (3) X（博物館）が、所有している古い絵画をデジタル化してインターネットサイトに展示。Yがそのデジタル化したイメージに自分の創作部分を加え、自己流のAppropriation Art を作成し、ネットを通じて配信。
- (4) Yが、Xが撮った女性のヌード写真の輪郭をデジタル化し(ア)、Zが作成した白黒の写真をカラー化し(イ)、Wの絵画から背景を取り出してデジタル化し(ウ)、それら(ア)(イ)(ウ)を総合して、自己流のAppropriation Art としての絵画を作って、販売。
- (5) Yが以前作成した自分のAppropriation Art をXに販売し、同時に、著作権もXに移転。Yは、現在Xが著作権を持っているAppropriation Art とほとんど同じ絵画を作成し、転売。

以上のうち、(1)がもっとも単純な型であり、X

からYへの損害賠償および差止などが認められるのは、著作権の成立を認める以上は、当然であろう。(2)は、組み合わせ型のAppropriation であるが、基本の発想は、(1)と同じであるが、CDをマスマーケットで売っているのも、一層経済的利得をどちらに帰属させるのが妥当かという側面が強調される。(3)は、Xがすでに自己の創作としてウェブにおいたイメージを利用しているので、他人の著作物をそのまま利用したと言う意味では、典型的な、Appropriation に該当するであろう。本稿は、この形態の「借景の芸術」を典型例として考察しているが、Yについても著作権の成立を認めるべき場合には、Xの請求は否定されることになるだろう。(4)は、複数の著作物から部分を取り出し、それを加工して、ひとつのAppropriation Art を作成しているのが特徴。それぞれの原作者が、どのような請求をなし得るかが問題となる。日米ともに損害賠償の範囲などについて明文がないので、共同請求の方法や内部の分担などでいろんな考え方ができるだろう。(5)は、自己の前作と類似の作品を作ることができるかという問題。日本にある同種の判例が参考になる。著作権を移転してしまえば、創作者といえども、コピーを作成することはできない。しかし、自己の作品であっても、それを借景として使うことは、許されるべきであろう。

著作権の保護の本質を、伝統的な意味において、ある程度の独創性をもつ表現の保護に置くとしても、上記のようにして創作された「借景の芸術」が、マーケットで成功をおさめ、莫大な富の源泉となってくると、その富をどのようなルールで配分すべきかという考察の視角が、解釈の上でより重要になってくる。

崇高な芸術性を語るべき著作権法のロジックが、経済計算に道を譲るのは、いまいましいがまたしても、どちらの財布へ札束を投げ込むかを決めるのが重要だからであって、その際は、どちらに財貨を帰属させるのがより正当かという考量を行うわけである。

その正当性の根拠としては、今日の法律秩序の根底に横たわる正義とか公平の観念に矛盾しない

ものでなければならないから、究極のところは、原作者の著作が誰に帰属すべきか、その帰属の割合はどの程度か、独創性・創造性への貢献度は、原作者か「借景の芸術」家か、というような視点を強く出す以外にはないと考えられてきた。ここに、知的財産権の私的所有の基礎理論を述べている、J・S・ミルなどを持ち出す必然性があるわけである。

ただし、オリジナリティを、財貨配分の正当性の基礎に置くのは、他人の作品の切り貼りが常態化している創造の現場を考えると、やや不分明になる。問題となっている創作への寄与度とか創作のプロセスの倫理性や反倫理性をより適格に捕まえる方法論を確立することが必要だと思われる。具体的には、ソフトウェアのところでも述べたように、創作物相互の実質的異動(substantial similarity)とか、著作権へのアクセスがあったかどうか、などを総合的に判断すべきかもしれない。

金銭への考慮を正面に出すのは、「借景の芸術」家が、オリジナルの写真に加工した作品を作り出し、それを何万枚もコピーして、ポスターやカレンダーなどに加工して販売し、多額の利益を上げることが、しばしば行われているからである。

マスマーケットの発達、背後にあるのである。一点主義の「借景の芸術家」はあまりいない。

たとえば、JFKの正妻だったジャクリーン・ケネディの写真を1963年に撮って、それを当時の一流雑誌Lifeに販売したヘンリ・ダウマン(Henri Dauman)のケース<sup>(19)</sup>を考えてみよう。アンディ・ウォーホルと彼の会社は、ライフ誌に掲載されたダウマン作成のジャクリーンのオリジナル写真一枚を、ダウマンから購入していた。そして、ウォーホル自身が、購入したオリジナルの写真にかなりの手をいれて加工した画像を、絹のカーテン、ポスター、カレンダー、はがき、などに転写して、ジャッキー・シリーズとして販売し、莫大な利益をあげた<sup>(20)</sup>。

このケースの問題点を、現行著作権法の構造にしたがって述べると、つぎのような思考をたどることになるだろう。

まず、ウォーホルは、ダウマンの写真そのもの

を使用したのではないから、著作権を侵害してはいない。ただし著しく改変して使用しているところが問題で、この部分をアメリカ著作権法の構造にしたがって論点化すると、①ダウマンのオリジナルの写真から生じている派生的著作権(derivative work)を作成する権利が侵害されていないかどうか。さらに、すべての著作物についてはそれを利用して全く別の著作物を製造することはだれにでも許されていることであるから、②ウォーホルが付け加えた「オリジナリティ」の部分は、原写真の著作性を改変するものだが、その度合いはどの程度か、まったくの別物と言えるほどか。あるいは、原写真がどれかわかる度合いを残しているか。両者の独創性は分離できるのか。これら二点を考える必要があるのである。

まず、派生的著作(derivative work)について考える。

アメリカ著作権法にいう派生的著作権は、1976年に、アメリカで現行著作権法が成立し、その106条で派生的著作権が立法されたときに明文化された。当時の立法担当者<sup>(21)</sup>は、著作権の内容には当然のことながら、原作者権者が、原著作物だけではなく、派生的な著作物を複製したり販売したりする権利も含まれると解していた。だから、同著作権法106条(2)は、「著作権の所有者(owner of copyright)は、著作権に基づいている派生的著作物(derivative work)を準備することに関するすべての行為について独占的権利、および、他人に許諾を与える権利を持つ」と規定している。これは要するに、原著作物からの当然と考えられる「誘導体」のようなものに対しても、原著作物の著作権が及んでいるとする発想で、実質的にいうと、原著作物の保護範囲を拡大すること、あるいは、侵害された場合の態様を、直接侵害から派生的侵害へと拡大することと同じである。

derivative work に対応する日本の著作権法の規定は、2条1項11号である。同条は、二次的著作物というカテゴリーを設け、既存の著作物を元にして新たなオリジナリティを加えて創作したものは、原著作物とは独立の著作物として保護されるとしており、「変形」ということばを用いて、写

真を絵画にするなど表現形式を変更することも、二次的著作物として保護されると規定している。つまり、原著物を「変形」した作品を作成した者は、原著権の二次的著作物を侵害するという法律構成をとっていることになる。

このような二次的著作物の典型としてよく取り上げられるのは、漫画の原作と漫画の関係である。漫画の原作者は、その原作に基づいて作成された漫画そのものに対しても著作権を主張できるというのが我が国の判例<sup>(22)</sup>である。ただし、漫画そのものとキャラクターとは区別できるという考え方もあり、キャラクター（漫画の登場人物・容貌・スタイル・服装・髪型の総合物）だけを作成するのは、二次的著作物の侵害にあたらないという考え方も<sup>(23)</sup>あり得る。このような考え方を、Appropriation Art に応用すると、原著物に特異な「変形」を与えた場合は、原著権と別の著作物が創作されており、それだけを切り離して利用することは、なんら原著権を侵害しないという考え方もできそうである。

なお、「変形」について、直接述べた日本の裁判例として、東京地裁昭和52年9月18日判決があるが、日野市が施政記念に作成した壁画をそっくりそのまま縮小版のモザイク画に作り直した物を、原著物（日野市の壁画）の変形物であると判示し、原著権の範囲内にあるとしている。また、東京地裁昭和52年3月30日判決は、原著作者のたいやき漫画を参考にしてたいやきの縫いぐるみを作成して販売した事件であるが、変形して製造されたと認定して原著作者からの損害賠償を認めている。

（次号につづく）

## 注

(1) たとえば、田口ランディという作家は、インターネットのブログにおいて採集した言語表現を下地にインターネット上に物語を執筆し、その一部が活字化され、直木賞候補となった。また、Yoshiという作家は、2000年頃から携帯電話の液晶に自分のサイトを発表し、携帯配信を受けた高校生の反応をみながらあらすじを自由に

改変しつつ、Deep Love という「作品」を完成。同シリーズは、総計で270万部を超えるメガヒットになっている。このような現象は、文字による表現が、あたかもラジオの音声のように大量配信される社会状況が出現したことを示している。Yoshiという作家の「創作活動」は、宣伝広告を作ることとほぼ同じであり、ここでは、アイデアをまとめるプロセスはなく、文字の表現行為はいわば意味のない意匠であって、そこにはシンボルの羅列表現があるだけだということもできる。これは、著作権の世界からみれば、アイデアのない表現ということにならないだろうか。一応の疑問を提出しておく。

- (2) 作花文雄「詳解著作権法第2版」（ぎょうせい2002）、369頁
- (3) ここにいう、結果反価値と行為反価値というのは、理論刑法学にいうところの、結果無価値と行為無価値との対応に匹敵するものとして最初は考えてきたものであった。著作権法における法益とは、オリジナリティであるというのが通説であるが、同時に、盗作とされるものが作成される環境も考慮にいれなければ、オリジナリティそのものをも把握することができないから、最終生産物だけに着目する、平板なオリジナリティの概念は、やや的是ずれになっていると思われる。むしろ、製作環境をも包摂した、立体としてのオリジナリティの概念を構築すべきであろう。
- (4) whirlpoolというのは、アメリカでトップシェアをもつ電気洗濯機のブランド名と同じで、風や水の渦巻きとか、不愉快な混乱やバカ騒ぎをさす米語である。なお、whirlpool of the agesという言い方は、本稿の筆者がテキサス州ダラスに滞在中、アメリカインディアンの絵画を日本の浮世絵のように表現できないか模索していた、大手映画スタジオの広告宣伝担当の、ジェフリー・プレイサー氏から聞いた言い方。彼は、ポップ・アートを映画に利用することを考えていた。
- (5) わが国の著作権と意匠および応用美術の保護との関係については、いろいろな議論があったが、「現行著作権法の立法の過程やこれまでの判例の動向を踏まえて考えると、衣類などの大量生産品に用いられている図案等が利用されている有体物である実用品の実用か性から離れて当該創作的表現を独立に評価したときに、純粋な美術作品と同程度の（高度な）創작성（芸術性）を有する場合には、著作権法の重畳的な適用可能性がある」というのがほぼ定説のようである（参照、作花文雄「詳解著作権法」（ぎょうせい、第二版2002年）94、124頁など）。
- (6) 最高裁昭和59年1月20日民集38巻1号1頁（顔真卿事件）は、「著作権の消滅後は、所論のように著作権者の有していた著作物の複製権

等が所有者に復帰するのではなく、著作物は公有 (パブリック・ドメイン) に帰し、何人も、著作者の人格的利益を害しない限り、自由にこれを利用しうることになるのである。したがって、著作権が消滅しても、そのことにより、所有者が、無体物としての面に対する排他的支配権能までも手中に収め、所有権の一内容として著作権と同様の保護を与えられることになることと解することはできないのであって、著作権の消滅後に第三者が有体物としての美術の著作物の原作品に対する排他的支配権能をおかすことなく原作品の著作物の面を利用したとしても、右行為は、原作品の所有権を侵害するものではない

- (7) 以下の状況描写は、真実のAppropriation Artを描いたのではなく、本稿の筆者の「創作」である。文中で、「横尾忠則」「松田優作」「TOTO」「岡本理研」の固有名詞を使用しているのは、臨場感を持たせかつ著作権ないし商標を勝手に流用するのが、Appropriation Artの本質であることを示すためであり、それ以外の意図はないことをお断りしておく。
- (8) Oxford English Dictionary は、the deliberate reworking of images and styles from earlier, well-known works of artと婉曲に語るが、ジーニアス英和大辞典は、[婉曲]盗み、盗用、横領、という訳語を、専用とか私用とか(土地などの)収用などの意味とともに、与えている。
- (9) しかし、「剽窃の芸術家ピカソ」を参照
- (10) 法秩序とは何か
- (11) 道義的責任というほとんど形而上の概念が、わが全法体系において貫徹されるべきキーワードであるとすれば、すなわち、民法および刑事法の両者にまたがる規定を有している著作権法の世界における、反モラル・反倫理・反人間性・狡猾な盗作への誘惑などを考えるにさいしても、特に顕著に意識されるべきファクターであるとすれば、著作権法に関連する行為を行う「芸術家」「著述家」「業界団体関係者」などについて共通のモラルのレベル—盗作への非難可能性—を想定してよいはずである。
- (12) 特に、ドイツとフランスが問題。ここでは、日本法理のようなものは、完全に無視される。我が国の普通の高校までの教育では英語中心で、ドイツ語とフランス語は、帰国子女とか、特殊な語学教育(home-schooling; なお、専門学校へ通うことなども現在の日本では含めてよい)を受けなければ、達意のレベル(一応自由に読み書き話すレベル)までの語学力を獲得できない。東京外語専門学校(現東京外大)でロシア語を二年足らず学んだだけで、直ちに、ツルゲーネフを翻訳し、その概要を翻案した小説をも書いている二葉亭四迷のような人間は、いまは周辺にはいない。他方、法律学の分野では、いまだに、ドイツやフランスを、過度に重んじる風潮があり、それ

が、比較法などの分野の研究者の論文や、彼ら=彼女らの日頃の言動における術学趣味に現れている。そこでは、日本固有の法理の探求などは、軽蔑されはしても、絶対に真剣に遂行されない。だから、我が国の判決文のロジックを詳細に分析することなども、外国法研究の下位に置かれることが多い。

戦後~平成の今日までに限ってみても、日本学というか日本法理というものを、非常に軽視する風潮が、かなり多数の法律研究者の間にも存在している。著作権の強制規定には刑事法が存在するから、その刑事法の基礎理論をさぐると、小野清一郎については、「日本的幽玄趣味」などと揶揄されて、その著作はまったく読まなくなっていることがわかる。また、近時の「国民刑法」の提唱者たち—その代表が、古くは、故宮本英脩、故藤木英雄であり、現在は、前田雅英(「可罰的違法性の理論」「現代社会と実質的犯罪論」など)—への冷笑は、彼らへの論難が正当かどうかは別に議論するとしてもなお、60年代以降の左右イデオロギーの対立、現在も続くイデオロギー闘争の惰性が、我が国において、克服されていないことを示していると考えられる。

- (13) 九鬼周造「粹の研究」
- (14) 1957~60年に発表された4冊の部分小説からなる「アレキサンドリア四重奏」(Alexandria Quartet)が代表作。1990年に亡くなったイギリス出身の小説家。実弟も著名な動物学者だった。ヘンリーミラーとの交遊が有名。国際的なダレル学会などが活動しているぐらいに評価の高い小説家だが、日本では、完全なマイナーで、アレキサンドリア四重奏は、日本語の翻訳が絶版になったままである。要するに売れないから絶版ということである。ただし、原著は英語で、そのペーパーバックは、アマゾンなどですぐ買える。
- (15) 1844年~45年に発表された「さまよえるユダヤ人」(Le Juif Errant)が代表作。この小説は、新聞連載としては当時のパリで破格の大当たりをとり、パリの新聞社の前には、早朝の発売を待ちきれないパリっ子で、長い列ができたというが、確かに荒唐無稽の内容は、読者を喜ばせると思う。チュマの「三銃士」は、シューの成功をまねして、新聞連載されたといわれている。日本語の翻訳があったが、現在は、絶版になっている。内容は、関連性のない世界中の場所を走り回る男女のどたばた恋愛小説で、おもわず、のけぞるような笑いを誘うストーリーだが、洗練されているとはいえず、フランス語も書きなぐりでひどいと思う。

なお、文芸の分野では、このように発売当時は大人気でも、急激に読まれなくなる作品は数知れない。池波正太郎の「堀部安兵衛」という時代小説も、安兵衛の出身地の新聞朝刊に連載されたので、当地の老人が、朝から待ちきれず新聞社

のドアを叩くことたびたびであったというが、現在は、「劍客商売」などの陰にあって、まったく読まれていない。読まれていなくても、著作権の期限が切れると、パブリックドメインにはいるから、それらは、自由に使えることになる。そこで、ネットの上には、無償でダウンロードできるサービスを有志ボランティアが行っていることもあるし、著作権が切れた作品を大胆にアレンジして全集として売り出している出版者もある。絵画なども同じであるが、ヨーロッパやアメリカでは、著作権の継承を図っている財団などが、moral rightの保護などを中心に活動していることに注意が必要。

これらの活動は、著作権流通の市場育成の試みと並び、著作権管理の将来を暗示するものとして興味深い。

- (16) Raphael Rubinstein, "Abstraction in a Changing Environment" *Art in America*, Oct. 1994 at page 102 この文献は、上掲のLandes-Posnerの著作によって存在を知り、アメリカンセンターでコピーを手に入れることができた。
- (17) 日本に、著作権専門でご飯を食べている弁護士が何人いるか数えたことはないからわからないが、それほど多くないだろう。非常に難しい事件になることが多い割には、報酬が少ないことが、専門化の障害になっていると思われる。出版社と著作者との間の報酬の定め方も問題が多いから、法的な争点を明示して事前に契約を結ぶことがほとんどないし、専門のエージェントもない。アメリカには、art and entertainment lawという分野があり、活況を呈している。またしても、法曹の人口比を根拠にしたくはないが、やはり、弁護士の数が少なすぎるし、実務法曹の間での競争がなすすぎる。
- (18) この類型化は、Landes and Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law* (Harvard 2003) pp.261-262を参考にしたが、本稿の筆者により、修正が加えられている。原著は、現実の訴訟をそのまま類型としているが、本稿は、より差異を際立たせるように、類型を抽出した。
- (19) Sarah King, *Warhol Estate Sued over Jackie Photo*, *Art in America*, (Feb. 1997) p.27 この文献は、上掲のLandes-Posnerの著作によって存在を知り、アメリカンセンターでコピーを手に入れることができた。古い雑誌資料は手に入れることが難しいので、関係者にお礼を申し上げる。
- (20) この事件は、訴訟外の和解で終了している。この事件について、上掲のLandes-Posner p.266は、「商業写真家は、将来のいろいろな利用のされかたを考慮に入れたうえで、撮った写真を複製する権利をライセンス供与している。もし、そのようなさまざまな利用方法—appropriation artもそのひとつ—について、原写真の著作権が及ばないとすれば、写真一枚の価値は、著しく廉価なもの（せいぜいが写真の現像費のみ）に減損されることになるだろう。そうになると、写真を苦勞して撮影する費用すらも賄いきれなくなり、創造性のある写真撮影への写真家の意欲を著しく阻害するだろう」と述べている。
- (21) House Report, H.R. Rep.No.94-1476, 94th Cong.2d Sess.62 (1976)
- (22) 最高裁平成13年10月25日判例時報1767号115頁（キャンディキャンディ事件）
- (23) 大瀨哲也他「知的財産法判例集」（有斐閣2005）317頁