

## 4

# 拓本に著作権はあるか

道谷 卓

(姫路獨協大学人間社会学群現代法律学類教授・神戸深江生活文化史料館副館長)

Does a rubbing a copyright ?

Michitani Takashi

(Professor of law, Himeji Dokkyo University)

拓本／Rubblings 著作権／Copyright

---

### 1. はじめに

拓本は、石器や器物などに刻まれた凹凸のある形（文字や文様）の上に直接紙を貼り付け、墨によってその形を原寸大で浮き出させる複写法の一つである<sup>1)</sup>。方法には原資料に紙をあて水をつけて密着させてその上からタンポで叩いて墨を付ける「湿拓」と乾いた紙をあてて蠟墨をすりつける「乾拓」がある。この拓本は、土器や瓦の文様、石塔などの文字や刻印などを正確に記録する方法として古くから行われており、肉眼では判読が困難な文様、文字や刻印などを拓本に採ることで解読することが可能になる<sup>2)</sup>という利点がある。

このように拓本は、これまで歴史学において、過去の事実を彰らかにするため、判読が難しい原資料に刻まれた文字や文様の解読に大きな威力を発揮している。また、拓本は歴史学の研究資料の素材としてだけでなく、その独特の陰影が鑑賞に足るだけの美麗さをそなえているとも言われている<sup>3)</sup>。

これまで、採拓された拓本そのものについての著作権が議論されたことはそれほどないように思う<sup>4)</sup>。そこで、法律学（刑事訴訟法）の研究を行う傍ら、神戸の郷土史研究にも関わる立場から、拓本の著作権性、つまり、拓本に著作権は存在するのか、言い換えれば、拓本の採拓者はその著作権者となりうるのかということについて考察してみることにする。

## 2. 拓本の著作権性

### (1) 拓本は著作物か？

拓本の著作権性を検討する前に、「著作権」そのものについて、それは一体どういう権利なのかを触れておく。「著作権」とは「著作物」を独占的に利用する排他的権利であって、他人が著作物を利用することについて許諾を与える権利であると言われている<sup>5)</sup>。また、現行の著作権法では、著作権は「第21条から第28条までに規定する権利」と規定されており（同法17条1項括弧書）、単一の権利ではなく、複数の権利（複製権、頒布権、展示権、譲渡権、貸与権など）を総称する言葉にすぎず、複数の多様な支分権の集合体として「権利の束」と呼ばれている<sup>6)</sup>。

このような著作権の定義をもとにすれば、著作権を主張する場合には対象となるもの、ここでは「拓本」が「著作物」であるということが必要となる。そこで、拓本に著作権があるのかを考察する際、その前提として、「拓本」が「著作物」足りえるかを考察しなければならない。「著作物」とは、著作権法によれば「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいう。」と定義されている（著作権法2条1項1号）。つまり、①著作物は思想、感情の想像的表現でなければならない、他人の作品の単なる模倣や盗作であってはならないし、②著作物は表現されていなければならない、③著作物は思想、感情の表現が、文芸、学術、美術または音楽の範囲に属するものでなければならないのであって、単なる技術的作品はそれのみでは著作物にあたらない、と解されるのである<sup>7)</sup>。そこで、著作物にあたるかどうかを判断するには、「創作性」と「表現」（両者を結合させ「創作的表現」という）が存するかが大きな要素となり、さらに、その「表現」は「具体的」でなければならないので、結局のところ、「具体的な創作的表現」が存するか否かが著作物足りうるか否かの大きな判断基準になる<sup>8)</sup>。

著作権法では「著作物」について、その10条に例示を挙げており、そこには「この法律にいう著作物を例示すると、おおむね次の通りである。（1）小説、脚本、論文、講演、その他の言語の著作物（2）音楽の著作物（3）舞踊又は無言劇の著作物（4）絵画、版画、彫刻その他の美術の著作物（5）建築の著作物（6）地図又は学術的な性質を有する図面、図表、模型その他の図形の著作物（7）映画の著作物（8）写真の著作物（9）プログラムの著作物 2. 事実の伝達にすぎない雑報及び時事の報道は、前項第1号に掲げる著作物に該当しない。」（著作権法10条1項、2項<3項は省略>）とある。この著作権法10条を見る限り、その例示の中に「拓本」という言葉は見当たらない。ただ、「拓本」という直接的な表現はないが、同条1項には（4）号の「絵画、版画、彫刻その他の美術の著作物」あるいは、（6）号の「学術的な性質を有する図面」という例示があり、「拓本」に著作物性を認めるならばこのいずれかにあたるということになるのであろう。

（4）号について、例えば、有名な書家の字が石に彫られてあり、それを拓本に採るという場合、書家の字そのものは（4）号の「その他の美術の著作物」と解されており、それに著作権を認めるのが通説・判例である<sup>9)</sup>。だとすれば、その石に彫られた書家の字を拓本に採るということは、

その字を複製するということになる。多くの日本史辞典において、拓本が「複写」であるという説明がなされている<sup>10)</sup>のはこの点から来ているのであろう。そうであれば、採拓者は書家の著作権を侵害しているという新たな問題が提起されることになる。つまり、この場合、書家の字の拓本を採るということは、その字の複製写真を撮ったり、複写機で字をコピーするのと理論上何ら変わらない行為であると解するのが相当で、そうした「複写」行為には著作物の判断基準の一つである「創作性」が存在せず、拓本を採ったからといって別の著作物ができるという解釈は妥当性に欠けると言えよう。ただ、拓本の場合でも、墨の濃淡でその仕上がりが個々に比べれば差があり、それに着目すれば完全に著作物性を否定するのは不合理ではないかとの意見がでるかもしれないが、それは単に技術的な問題であり、高度な技術でもつて裏付けられたというだけで著作物になるかならないかの基準にはならない<sup>11)</sup>。およそ著作物たるには前述のように具体的な創作的表現が必要なのであり、技術性は問題にならないのである（著作権法2条1項1号）。

ここで、拓本が具体的な創作的表現によるものではなく、技術的産物だ（すなわち著作物ではない）とする理由として、拓本の作成プロセスに着目するとよいであろう。例えば、紙の上に何かを書く（あるいは描く）際に、①対象物をもとにして書くという場合、②対象物は全くなく頭の中に想像した（イメージした）ものを書くという二つのパターンに分けることが可能である。①では、対象物を（1）知覚してそれを記憶し、紙の上に（2）表現・叙述するという過程を経る。②では、（1）頭の中にイメージしたことを、紙の上に（2）表現・叙述するという過程を経る。この場合、いずれも（1）の知覚・記憶やイメージというプロセスがあることで、（2）を行う際に著作物の判断基準である「創作性」が出てくると考えられる<sup>12)</sup>。しかし、拓本には、この（1）のプロセスが欠落している。書が彫られた石の拓本を採る場合（ここでの分類では①の対象物がある場合）、石に紙をあてて墨を付けていく際、採拓者は、対象物を知覚・記憶しなくとも、ただ機械的に墨を付けて行けば、拓本が完成するのである。完成の際の仕上がりには差が出るかもしれないが、それは単に技術性の問題に過ぎない。

## （2）歴史資料としての拓本

前述の例に出した有名な書家の文字の拓本は、歴史資料というよりは美術作品的な要素が強いので、ここでは、歴史資料として拓本を利用する場合を考えてみる。歴史資料として拓本を採る理由の多くは、彫られた文字や文様が肉眼や写真撮影では判読しづらいことに起因する。文字については、すでに前項で書家による字を例に、拓本の著作物性を肯定するのは困難であることを指摘した。

それでは、文字ではなく文様はどうであろうか。近世城郭の石垣には、普請した大名家の家紋のような刻印が刻まれているもの（いわゆる刻印石）が多くみられる。この刻印を拓本に採った場合、著作物と言えるであろうか。この場合の刻印は、各大名家の家紋をアレンジした文様、つまり家紋らしきものを印したものであり、一種の「符号」と解するのが相当である<sup>13)</sup>。そうであるならば、刻印自体は（4）号の美術作品に該当するとは言い難いことになる。前述の通り、拓本自

体には技術性はあっても、創作性には欠けるので、一種の符号である刻印を拓本に採ったからといって新たな著作物が生れるとは解されないのである。

次に、刻印のような文様は(6)号の「学術的な性質を有する図面」に拓本があたるか。前述の(4)号よりはこちらの方が近いように思える。例えば、石垣にみられる刻印石の刻印は城郭研究の大きな手がかりであり、「学術的な性質を有する」ものには間違いはない。しかし、「拓本」は前述の通り複製写真やコピーと同列のものと解するのが相当であり、たしかに技術性は有しているが創作性はあると言い難く(6)号例示の「図面」にはあてはまらなないと解さざるを得ない。ここで前述の拓本作成プロセスを当てはめてみるとそのことは鮮明になるであろう(刻印石に紙をあて墨を付ける行為は、あきらかに(1)知覚・記憶を欠いている)。したがって、「拓本」は(6)号にもあたらず、同号による保護は及ばないことになる。

ところで、その刻印を観察し実測図にすれば、それは著作物にあたるのだろうか。これまで、通説・判例では書画のような平面的な被写体を写真撮影したものには創作性は認められず写真の著作物としては保護されないとしている<sup>14)</sup>。この平面被写体写真を当てはめるならば、平面的な対象物を実測図に書いた場合、創作性が認められず、著作物には該当しないことになる。これは、平面的な対象物であればその上に直接トレース紙をあてて筆記具でなぞることと同じものとなるからと考えられる。では、刻印石の実測図はどうか言えば、刻印石自体は立体であり平面ではない。立体である対象物を平面である紙に描く際、その上に紙をあてて筆記具でなぞってしまえばそれは拓本と同じで著作物とは言い難い。しかし、自分自身の手で描いた場合は、少し様相が異なるように思う。この場合の作成プロセスでは、刻印石を(1)知覚・記憶し、紙の上に(2)表現・叙述している。拓本は(1)の知覚・記憶というプロセスを欠いており、紙の上になぞる行為は、知覚はされているものの記憶部分がなく、ストレートに紙の上に表現されているので、(1)と(2)のすべてのプロセスがそろっていない。だが、立体である対象物を平面である紙に描く際には、対象物(刻印石)を(1)知覚・記憶し、それをもとに立体であるものを平面に置き換えるという創作性をもって(2)表現・叙述を行う、つまり、(1)から(2)を行う際のプロセスの中に創作性が包含されることになり、そこに実測図が著作物たりえる可能性が見いだせるのである。

### 3. おわりに

以上、拓本に著作権は存在するのか、つまり、拓本の採拓者はその著作権者となりうるのかということについて考察してきた。結論的には、原則として、とりわけ、歴史資料としての拓本は著作物ではなく、拓本に著作権は存在しないという結論に至った。

ここで、拓本が著作物にあたるか否かを判断するメルクマールとして、刑事訴訟法の伝聞証拠の定義に使われる手法を用いたが、これはあくまで試論である。拓本の著作権性は、これまで判例でも正面切って議論されたことはなく、そもそも、拓本が著作物かを議論する以前に拓本は複製品であることを前提に、裁判所は原著作に関して、いくつかの判断をしてきたにすぎない<sup>15)</sup>。



従って、今後、拓本の著作権性が争われ、その司法判断が下される可能性も否定できない。ただ、現時点で、裁判所が、拓本にその著作権を認める可能性は少ないように思う。

歴史資料として拓本を利用する場合、拓本に写しだされた文字や文様は、客観的なものでなければならない。例えば、墨の濃淡を利用して採拓者が、意図的に肉眼では判読不能な文字や文様を浮かび上がらせたとするならば、それは、たしかに採拓者の「創作性」はあり、(1)知覚・記憶→(2)表現・叙述というすべてのプロセスを経ているので、著作物と言う可能性が出てくるが、客観性を重んじる歴史資料としては失格であろう。このような拓本は、歴史資料としての著作物ではないが、原作品から派生した二次著作物の可能性は残されているかもしれない。しかし、このようにとらえるのであれば、拓本は歴史資料ということはできなくなるであろう。

結局のところ、歴史資料として拓本を利用する場合には、拓本に著作権を認めることは、資料としての客観性を揺るがすことになりかねない。従って、歴史資料としての拓本は著作物ではなく、拓本に著作権は存在しないと考えるのが妥当であろう。

#### 補註および参考文献

- 1) 朝尾直弘、宇野俊一、田中琢編 1996『角川 新版 日本史辞典』角川書店 p.659、日本史広辞典編集委員会編 1997『日本史広辞典』山川出版社 p.1338、永原慶二監修 1999『岩波 日本史辞典』岩波書店 p.481、などによる。なお、このうち角川版と山川版の日本史辞典には、拓本が「複写」とであるという説明がなされている。
- 2) 井上光貞監修 1983『図説 歴史散歩事典』山川出版社 p.341。
- 3) 前掲2) p.341。
- 4) これまで、1992年(平成4)に芦屋市が、同市にある歴史団体の会員によって採拓された刻印石の拓本を当該団体や会員に無断で、同市発行のパンフレットに掲載したことで問題となったことがあるが、訴訟提起にまでは至っておらず、司法による判断はなされていない(1992年(平成4)9月1日付、神戸新聞第2社会面「芦屋市が大阪城刻印石の拓本無断使用」の記事参照)。なお、この事案で、芦屋市は無断掲載については謝罪したが、刻印石の拓本は著作物とは認められず、著作権侵害にあたらないとの見解を示した(1992年10月2日付、神戸新聞)。
- 5) 紋谷暢男 1986『無体財産権法概論』有斐閣 p3。
- 6) 岡村久道 2021『著作権法〔第5版〕』民事法研究会 p136。
- 7) 紋谷前掲書p4。
- 8) 岡村前掲書p50。
- 9) 著作権資料協会編 1978『著作権事典』出版ニュース社p152、岡村前掲書p61など。判例は、最判昭和59年1月20日(顔真卿自書建中告身帖事件 民集38巻1号1頁)、東京地判昭和60年10月30日(無体集17巻3号520頁)。
- 10) 前掲1) 参照。
- 11) 佐野文一郎・鈴木敏夫 1979『改訂 新著作権法問答』出版開発者p93頁。
- 12) この手法は、刑事訴訟法における伝聞証拠の定義に用いられる方法をもとにして考えた。
- 13) 東京地判昭和61年3月3日(判時609号95頁)が、符号の著作物性を認めており、刻印を符号と解するならば、その刻印を拓本に採ることは、(刻印を印した石工に対する採拓者の)著作権侵害という問題が起こる可能性

がある。

- 14) 岡村前掲書pp.71-72、東京地判平成10年11月30日（知的裁集30巻4号956頁）によれば、正面から撮影する以外に撮影位置を選択する余地がない上、技術的な配慮も当該作品を忠実なものにするためであり、独自に何かを付加せずに新たな創作性が付与されていないからとその理由を説明している。
- 15) 東京地判平成24年12月26日（判時 2199号79頁）など。