

〈논문〉

## Geistiges Eigentum im römischen Recht? - unter besonderer Berücksichtigung des Urheberrechts -<sup>\*\*\*</sup>

崔秉祚<sup>\*\*\*</sup>

### Abstract

This article surveys the ancient Roman law to investigate whether or not the concept of intellectual property was known to it. The sources concerning the main objects of the survey, manuscripts for theatrical performances and pictures, show that the Romans had no idea of a legally protected right of intellectual property even though they also were, as a matter of fact, quite aware of the value of authorship and its honor. The evaluation was higher in case of the painting at all events, but no legal right was recognized either. The opinion that as a remedy the *actio iniuriarum* came into question is anachronistic. It is clear that the intellectual property has originated in the modern times.

Key words: *actio iniuriarum*, intellectual property, literature, picture, *res extra commercium*, *res incorporalis*, Roman law, *specificatio*, theater

\* 이 논문은 서울대학교 발전재단 출연 법학연구소 기금의 2010학년도 학술연구비 지원을 받았음.

\*\* Dies ist die wesentlich erweiterte und umgearbeitete Fassung des Vortrags, den ich am 27. September 2006 im Rahmen des gemeinsamen Seminars mit den Kollegen aus Freiburg i. Br. gehalten habe. Das Schrifttum sei unter Bezugnahme auf die am Ende angegebene Bibliographie nur mit dem Verfasseramen und dem Erscheinungsjahr zitiert. Die kritischen Bemerkungen der drei Aufnahmeprüfer (von nun an 'Referent A, B, C') haben mich veranlaßt, einige Punkte klarer darzustellen. Ansonsten habe ich dazu anhand von Fußnoten Stellung genommen. Ihnen bin ich für ihre wertvollen Hinweise sehr dankbar.

\*\*\* o. Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

## I. Einleitung

Das Geistige Eigentum, vor allem das Urheberrecht, dem unser Augenmerk gilt,<sup>1)</sup> ist, wie schon längst anerkannt, erst seit der Erfindung der Buchdruckerei aktuell geworden<sup>2)</sup> und hat sich seitdem erst allmählich entwickelt, bis es heutzutage in das volle Bewußtsein des Volkes gerückt ist. An dieser Stelle folge ich der heute von der h. M. vertretenen monistischen Theorie, die das Urheberrecht als ein einheitliches Recht eigener Art, in dem vermögensrechtliche und persönlichkeitsrechtliche Elemente untrennbar miteinander verbunden sind,<sup>3)</sup> versteht. Es ist dann ohne weiteres ausgemacht, dass das Urheberrecht im alten Rom nicht bekannt war,<sup>4)</sup> obgleich die Römer wegen ihrer hochentwickelten Rechtskultur ihrerseits in der Geschichte immer noch suchen. Das Ergebnis ist denn auch wenig spektakulär, wenn man die einschlägige römische Szene durchmustert. Das römische Recht, das der Folgezeit sonst so viel zu bieten hatte, hat schließlich nichts ausgearbeitet, was dem heutigen Urheberrecht entspräche.<sup>5)</sup> Insofern ist es ratsam, von einem Beitrag wie meinem nichts Neues zu erwarten. Die Vorarbeiten, die speziell die griechisch-römische Antike behandeln, sind denn auch ohne Ausnahme zu dem Schluß gekommen, dass die antike Rechtskultur über kein Rechtsgebiet des Geistigen Eigentums verfügte. Dieser negative Befund ist dennoch nicht alles. Denn eine der wichtigsten Aufgaben der Rechtsgeschichte bzw. der historischen Rechtsvergleichung ist es, die Vorformen der heutigen Rechtsinstitute oder Rechtsfiguren sowie die ihnen zugrundeliegenden Vorstellungen an den Tag zu fördern. Diese Vorformen und Vorstellungen brauchen nicht unbedingt direkt das Recht von heute zu beeinflussen oder zu prägen. Die Erkenntnis von dem

---

1) Der Referent A meint wohl mit einem vorwerfenden Unterton, er habe den Eindruck gewonnen, dass ich stillschweigend von einem modernen Begriff des Urheberrechts ausgehe. Er hat Recht. Aber es ist in methodologischer Hinsicht gewissermaßen unvermeidlich, derart vorzugehen, nicht zuletzt dann, wenn wir einen mit den modernen Rechtsverhältnissen sinnvollerweise vergleichbaren Befund erreichen wollen. Vgl. dazu im allgemeinen Wieacker (1978), 369f.

2) Are (1959), 245; Strömhölm (1990), s. 1ff.

3) Vgl. Eggert (1999), 187.

4) Eggert (1999), 215f.

5) Mergets/Ginsburg (2004), 269.

Unterschied und dessen Ursachen als solche hat einen eigenen Wert, zumal da sie die Faktoren, die zur heutigen Entwicklungsstufe geführt haben, mit den fundamentalen Formen von Argumenten verdeutlicht und die darin zum Tragen kommenden modernen Grundideen hinterfragt.<sup>6)</sup> Es ist ferner förderlich, die Ergebnisse der Vorarbeiten kritisch zu überprüfen, denn was das Quellenverständnis angeht, so versteht ein jeder nicht immer gleich wie die anderen. Wenn gleich die Einstellungen zum Plagiat eine vielsagende Kehrseite der Vorstellungen zum ‘Urheberrecht’ auch in Rom darstellen,<sup>7)</sup> so gehe ich doch der Problematik des Plagiats nur flüchtig nach, um sie einer eigenen Abhandlung vorzubehalten.

Ich habe zum einen Literatur und zum anderen Kunst einer Untersuchung unterzogen. Wenn es überhaupt um ein urheberrechtlich relevantes Phänomen ging, dann war es in der römischen Antike in allererster Linie das Verlagswesen mit dem Buchhandel, das in großem Umfang verbreitet und relativ gut dokumentiert war.<sup>8)</sup> Aber ich denke, die Theateraufführung ist womöglich der geeignetste Lebensbereich der alten Römer, an dem wir am besten die Rechtsformen und die Grundvorstellungen des römischen Rechts bezüglich des Geistigen Eigentums ablesen können. Der Grund liegt nicht zuletzt darin, dass es in diesem Bereich anders als im Verlagsbetrieb und Buchhandel staatlich eingegriffen und dem allgemeinen Publikum zur Schau gestellt worden ist. Dies läßt erhoffen, dass die dazugehörigen Rechtsprobleme allseitig, d.h. nicht allein im Hinblick auf die Beziehungen zwischen den Privatpersonen, sondern auch im Hinblick auf die Beziehungen zwischen den Privatpersonen und den öffentlichen Funktionsträgern, die den römischen Staat repräsentierten, beleuchtet werden. Es ist ferner erfahrungsgemäß davon auszugehen, dass sich die Schätzung der Kunstwerke als schöpferische Schaffensprodukte beim gemeinen Volk auch in Rom eher deutlicher abzeichnete als die der Literatur. Aber meine Untersuchung, die aus dem oben erwähnten Grund notwendigerweise eine Ideen- oder Geistesgeschichte darstellt, wird im günstigen Fall eine Vor- oder Frühform des Urheberrechts, und im un-

---

6) Vgl. zur Heranziehung der Geschichte aus methodologischer Perspektive Drahos (1996), 13ff.

7) Vgl. Frohne (1987), 41ff.

8) Vgl. fürs erste Weeber (1997), s.v. Buch (S.68ff.); s.v. Buchhandlung (S.72f.).

günstigen Fall gar nichts mit dem heutigen Urheberrecht Vergleichbares an den Tag bringen. Am wahrscheinlichsten aber scheint es, dass wir nur komparable und kommensurable Ideen vorfinden, die mehr oder weniger den heutigen Rechtsgedanken vorwegnehmen.

## II. Literatur: Theaterstücke

### 1. Theateraufführung im alten Rom

In Rom gab es seit alters Theateraufführungen (Bühnendarbietungen, *ludi scaenici*), deren Spuren sich spätestens bis auf die Mitte des 4. Jh. v.Chr. verfolgen ließen.<sup>9)</sup> Nach dem Ende des Punischen Krieges 240 v.Chr. verfügte der römische Senat, dass bei den zu Ehren des Jupiter jährlich abgehaltenen *ludi Romani* neben sportlichen Wettkämpfen und Zirkusspielen auch Dramen nach griechischem Vorbild aufgeführt werden sollten. Damit wird die Tradition der römischen Bühnendichtung begründet, die ungefähr 150 Jahre andauerte. In dieser Zeit erfreuten sich neben den Tragödien insbesondere die Komödien des Plautus und des Terenz größter Beliebtheit. Um 85 v.Chr. verliert diese Tradition der öffentlichen Theateraufführungen an Bedeutung. Literarische Theateraufführungen werden nunmehr im privaten Kreis abgehalten und dienen damit nicht mehr der Unterhaltung der Massen, sondern eines gebildeten Publikums im kleinen Kreis. Die gesellschaftliche Achtung gegenüber den Theaterdichtern war gering.<sup>10)</sup>

Es gab also zum einen öffentliche, d.h. staatlich organisierte Aufführungen und zum anderen auch private, d.h. von Privatleuten organisierte Spiele, deren Anlaß zumeist die Ehrung eines bedeutenden Verstorbenen war.<sup>11)</sup> An dieser Stelle interessieren uns allein die öffentlichen Spiele (*ludi publici*). Die staatlich organi-

---

<sup>9)</sup> Die erste nach den Überlieferungen (Livius, 7.2.4ff.) im Jahre 364 v.Chr. (*ludi Romani*). Unmittelbarer Anlaß für die Stiftung von Theaterspielen war eine Seuche gewesen. Die Einführung des Schauspiels verstand man also als Opfergabe an die Götter, um deren Zorn zu besänftigen. Weber (1983), 190.

<sup>10)</sup> Eggert (1999), 200f. Vgl. weiterhin Rawson (1991a), 468ff.

<sup>11)</sup> Näheres bei Sandys (ed.) (1968), nn.778ff., p.501ff. (J. H. Gray)(*ludi privati*, n.791 i.f., p.507); Dempster (1662), 671ff.

sierten Veranstaltungen von Theaterstücken waren von Hause aus religiös und damit entsprechend dem typischen Charakter der römischen Religiosität durchaus politisch und auch staatsrechtlich motiviert.<sup>12)</sup> Sie fanden statt zu bestimmten Feiertagen, bezweckten u. a. die Unterhaltung des Volkes, dienten dadurch vor allen Dingen auch gewissen politischen Funktionen wie der Kommemoration historischer Ereignisse oder der Propaganda der kaiserlichen Herrschaft.<sup>13)</sup> Erst aus dieser Perspektive läßt sich z.B. die *lex Roscia theatralis* (67 v.Chr.) oder die dieses Gesetz modifizierende *lex Iulia theatralis* (4 n.Chr.) erklären,<sup>14)</sup> die jeweils die Sitz- und Kleiderordnung nach den unterschiedlichen Kategorien der Zuschauer bei den Schauspielen gemäß dem sozialen Status regelten.<sup>15)</sup>

An diesen *ludi publici* war kennzeichnend, dass sie auch rechtlich detailliert geregelt wurden.

#### a) Theater im römischen Recht

Seit dem späten dritten Jahrhundert v.Chr. (Megalesia, 204 v.Chr.) wurden Theaterstücke in Rom in hölzernen Bauwerken in dem Forum oder Circus Maximus gespielt. In Rom gab es drei permanente steinerne Theater (*Theatrum Magni, Marcelli, Balbi*). Das erste davon hat Pompeius im Jahre 55 v.Chr. im Andenken seiner Siege gebaut.<sup>16)</sup> Etwas früher hatten doch die anderen Orte über permanente Theater verfügt, wahrscheinlich seit dem frühen ersten Jh. v.Chr.<sup>17)</sup> Der

<sup>12)</sup> Wissowa (1912), 449ff.; Blänsdorf (1990a), 10ff.

<sup>13)</sup> Schickert (2005), 92f. Die Dissertation aus der Humboldt-Universität zu Berlin 2002/2003 ist jedoch an mehreren Orten falsch und ungenau. Ich habe sie doch herangezogen, wo sich kein Bedenken ergibt. Vgl. dazu sehr kritisch Frohne (2005), 799ff.

<sup>14)</sup> Rawson (1991b), 508ff.; Rotondi (1962), s. hh. vv., p.374 + 507; 462; Sandys (ed.) (1968), n.805, p.519. (J. H. Gray); Dempster (1662), 1323f.

<sup>15)</sup> Vgl. neben Rawson (1991b) Edmondson (1999), 81ff.

<sup>16)</sup> Der Referent C fragt danach, wie der Verlust an Bedeutung der Tradition der öffentlichen Theateraufführungen um 85 v.Chr. etwa mit dem Theaterbau seit dem 55 v.Chr. vereinbar sei. Meine Antwort ist: Kulturererscheinungen wie Literatur, Kunst, Theateraufführungen usw. fallen einfach nicht immer mit den Bauprojekten zusammen. Theater brauchte man sowieso nach wie vor, wenn auch die öffentlichen Theateraufführungen nicht häufig wie früher waren.

<sup>17)</sup> Sandys (ed.) (1968), nn.800-803, p.513ff. (J. H. Gray); Adkins/Adkins (1998), 140; Geffcken und Ziebarth (Hrsg.) (1914), s.v. Theater, 1029f.; Alexander ab Alexandro (1673), 1191ff.

Bau eines Theaters<sup>18)</sup> oder Amphitheaters<sup>19)</sup> stand bereits unter einer staatlichen Kontrolle.<sup>20)</sup> Denn es gehörte zur Sache öffentlichen Rechts, *res publici iuris*, die auf Dauer dem Gemeingebrauch gewidmet war.<sup>21)</sup> Daher gehörte es nicht einzelnen Menschen, sondern der Gesamtheit.<sup>22)</sup> Deshalb handelte es sich bei der Verzierung eines Theaters und auch bei der Veranstaltung eines Theaterspiels um die Ehrung oder Verzierung der Gesamtheit.<sup>23)</sup> Daher stellte es insofern, als die Freiheit der Person angetastet wurde, eine anhand der *actio iniuriarum* geahndete unerlaubte Handlung dar, wenn man von einem Theaterspiel rechtswidrig abgehalten wurde.<sup>24)</sup> Und da es sich bei einem Theater als einem der Öffentlichkeit zu-

---

18) Zu architektonischen Elementen vgl. Sandys (ed.) (1968), n.804, p.517ff. (J. H. Gray); Dempster (1662), 692ff.; Gross (1979), 662ff.

19) Dabei war ausschlaggebend die endgültige Formgebung.

D.35.2.80.1 Gaius 3 de legatis ad edictum praetoris:

Quaedam legata divisionem non recipiunt, ut ecce legatum viae itineris actusve: ad nullum enim ea res pro parte potest pertinere. Sed et si opus municipibus heres facere iussus est, individuum videtur legatum: neque enim ullum balineum aut ullum theatrum aut stadium fecisse intellegitur, qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dederit: . . .

20) D.50.10.3.pr Macer 2 de officio praesidis:

Opus novum privato etiam sine principis auctoritate facere licet, praeterquam si . . . [vel circum] <circus vel *Mommsen*> theatrum vel amphitheatrum sit.

21) Inst. Iust. 3.19.2: Idem iuris est, si rem sacram aut religiosam, quam humani iuris esse credebat, vel publicam, quae usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum vel theatrum . . .

Epit. Gai. 2.1.1: Omnes itaque res aut nostri iuris sunt, aut divini, aut publici. . . . Publici iuris sunt muri, fora, portae, theatra, circus, arena, quae antiqui sancta appellaverunt, pro eo, quod exinde tolli aliquid aut contingi non liceret. Sed haec omnia in nullius bonis sunt, ideo publici iuris esse dicuntur.

22) Inst. Iust. 2.1.6 ≙ D.1.8.6.1 Marcianus 3 institutionum:

Universitatis sunt, non singulorum veluti quae in civitatibus sunt, ut theatra stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum.

23) D.30.122.pr Paulus 3 regularum:

Civitatis legari potest etiam quod ad honorem ornatumque civitatis pertinet: ad ornatum puta quod ad instruendum forum theatrum stadium legatum fuerit: ad honorem puta quod ad munus edendum venationemve ludos scenicos ludos circenses relictum fuerit aut quod ad divisionem singulorum civium vel epulum relictum fuerit. Hoc amplius quod in alimenta infirmae aetatis, puta senioribus vel pueris puellisque, relictum fuerit ad honorem civitatis pertinere respondetur.

24) D.43.8.2.9 Ulpianus 68 ad edictum:

Si quis in mari piscari aut navigare prohibeatur, non habebit interdictum, quemadmodum nec is, qui in campo publico ludere vel in publico balineo lavare aut in theatro spectare arceatur: sed in omnibus his casibus iniuriarum actione utendum est.

gänglichen Raum um einen Sicherheit gewährleistenden, befriedeten Lebensbereich handelte, qualifizierten römische Juristen die dort begangene Injurienhaftung besonders schwer.<sup>25)</sup> Es ist sicherlich erst vor diesem Hintergrund verständlich, dass eine Amtshandlung von Magistraten auch in einem solchen öffentlichen Ort vorgenommen werden konnte.<sup>26)</sup> Das galt auch für eine Gerichtsladung. Diese war aus dem Theater heraus ohne weiteres erlaubt.<sup>27)</sup>

Auffallend ist, dass es unter den christlichen Kaisern der späten Antike<sup>28)</sup> eine Reihe von Regelungen gab, die grundsätzlich den Provinzgouverneuren (*iudices*) Teilnahme an Theateraufführungen untersagten und die Spiele am Sonntag verboten.<sup>29)</sup> Im 5. Jahrhundert jedoch wurde die Sonntagsheiligung ausnahmslos durchgesetzt.<sup>30)</sup> Eine in der Öffentlichkeit verbotene unanständige Personendarstellung war in der

---

<sup>25)</sup> Gai. 3.225: Atrox autem iniuria aestimatur vel ex facto, velut si quis ab aliquo vulneratus aut verberatus fustibusve caesus fuerit; vel ex loco, velut si cui in theatro aut in foro iniuria facta sit; vel ex persona, velut si magistratus iniuriam passus fuerit, vel senatoribus ab humili persona facta sit iniuria.

Inst. Iust. 4.4.9: Atrox iniuria aestimatur vel ex facto, veluti si quis ab aliquo vulneratus fuerit vel fustibus caesus: vel ex loco, veluti si cui in theatro vel in foro vel in conspectu praetoris iniuria facta sit: vel ex persona, veluti si magistratus iniuriam passus fuerit, vel si senatori ab humili iniuria facta sit, aut parenti patronoque fiat a liberis vel libertis: aliter enim senatoris et parentis patronique, aliter extranei et humilis personae iniuria aestimatur. Nonnumquam et locus vulneris atrocem iniuriam facit, veluti si in oculo quis percussus sit. Parvi autem refert, utrum patri familias an filio familias talis iniuria facta sit: nam et haec atrox aestimabitur.

D.47.10.9.1 Ulpianus 57 ad edictum:

Sed et si in theatro vel in foro caedit et vulnerat, quamquam non atrociter, atrocem iniuriam facit.

<sup>26)</sup> Gai. 1.20: ... Maiores vero triginta annorum servi semper manumitti solent, adeo ut vel in transitu manumittantur, veluti cum praetor aut pro consule in balneum vel in theatrum eat.

Inst. Iust. 1.5.2: Servi vero a dominis semper manumitti solent: adeo ut vel in transitu manumittantur, veluti cum praetor aut proconsul aut praeses in balneum vel in theatrum eat.

<sup>27)</sup> D.2.4.20 Gaius 1 ad legem duodecim tabularum:

sed etiam ab ianua et balineo et theatro nemo dubitat in ius vocari licere.

<sup>28)</sup> Vgl. Blänsdorf (1990b), 261ff.

<sup>29)</sup> Im 4. Jahrhundert wurde jedoch mit Ausnahme aller anderen Spielen die Feier des Kaisergeburtstages an Sonntagen zugelassen. CTh.2.8.20 (a.392); CTh.2.8.23 (a.399); Blänsdorf (1990b), 265 Fn.26.

<sup>30)</sup> CTh.2.6.25 (a.409); cf. CTh.15.5.5 (a.425); C.3.12.9(11) (a.469); Blänsdorf (1990b), 265 Fn.27.

Vorbühne des Theaters zweckmäßigerweise als Ausnahme erlaubt.<sup>31)</sup>

#### b) Organisation von Theateraufführungen

Während im frühgriechischen Theater jedes Stück mit jeweils neu ausgewählten Schauspielern (einschließlich des Chors) einstudiert wurde, gab es im römischen Theater feste Spieltruppen (*greges, caterva*), da die Schauspielkunst zum Beruf geworden war. Jede Truppe hatte einen Leiter, den Schauspieldirektor (*dominus gregis* oder *actor*).<sup>32)</sup> Die Spiele wurden von den Beamten oder privat veranstaltet.<sup>33)</sup> Der zuständige Magistrat waren grundsätzlich die beiden Ädilen (*aediles curules*).<sup>34)</sup>

Noch in der Mitte des 4. Jahrhundert blieben groß angelegte öffentliche Theaterschauspiele ein Grundelement im städtischen Alltag. Der Codex-Kalender von 354 registriert jährlich 101 Tage der theatralischen *ludi* für die *urbs Roma*, wo im Jahre 353 drei tausend Tänzerinnen tätig waren.<sup>35)</sup> Auch in der späteren Kaiserzeit waren die Theateraufführungen nach wie vor ein wesentlicher Teil der Herrschaftsaufgaben, die jeweils den verschiedenen staatlichen Funktionären zugewiesen waren.<sup>36)</sup> Das galt auch für die Provinzen.<sup>37)</sup> Eine Anzahl von Regelungen,

---

31) C.11.41.4.pr-1 Theod./ Arcad./ Honor. (a.394):

Si qua in publicis porticibus vel in his civitatum locis, in quibus nostrae solent imagines consecrari, pictura pantomimum veste humili et rugosis sinibus agitorem aut vilem offerat histrionem, ilico revellatur neque umquam posthac liceat in loco honesto inhonestas adnotare personas. 1. In aditu vero circi vel in theatri proscaeniis ut collocentur, non vetamus.

32) Sandys (ed.) (1968), n.806, p.519ff. (J. H. Gray).

33) Paoli (1981), 293.

34) Cicero, de legibus 3.3.7: Suntque aediles curatores urbis, annonae, ludorumque sollemnium.

35) Bowersock/Brown/Grabar (ed.) (1999), s.v. Theater, p.719ff., 720 (Richard Lim).

36) CTh.6.4.29 Arcadius/Honorius (a.396):

[praefecto urbi]. Nuper quidem huiusmodi praecesserat sanctio principalis, ut theatralis per praetores facienda depensio in aquaeductus fabricam verteretur; nunc vero iusta moderatione facias custodiri, ut praetores Romanus et laureatus natalibus nostri numinis scaenicas populo praebeant voluptates.

CTh.6.4.32 Arcadius/Honorius (a.397):

Praetor divini numinis nostri pro his praetoribus, qui primae editioni fuerant adtributi, praebeat populo voluptates.

37) CTh.6.4.33 Arcadius/Honorius (a.398?):

[Severo praefecto urbi]. Praetores, qui loco primo sunt, trecentas libras argenti in explicando



die nunmehr auch durch die Christianisierung des Staates stark beeinflusst wurden, regulierte theatralische, finanzielle oder personalpolitische Sachfragen.<sup>38)</sup> Die unter strengen und finanziell drückenden Verhältnissen stehenden zuständigen Beamten hafteten für die Pflicht, die Spiele abzuhalten, sogar mit dem eigenen Vermögen.<sup>39)</sup> Wer sich der Pflicht, Theaterbauten und Spiele direkt oder durch Abgaben an den Fiskus zu finanzieren, entziehen wollte, hatte harte Strafen zu gewärtigen.<sup>40)</sup>

Die Spiele wurden im Prinzip jeweils von den beiden Ädilen als Festleiter gemeinschaftlich veranstaltet.<sup>41)</sup> Die erforderlichen Arbeits- und Sachleistungen wurden, soweit es nicht etwa schon seitens des Zensor für das ganze Lustrum geschehen war, von Fall zu Fall an Unternehmer vergeben.<sup>42)</sup> Dieser von den Ädilen eingesetzte private Theaterunternehmer (*dominus gregis*) organisierte die Aufführungen, suchte die Schauspieler aus, wenn nicht schon die Ädilen sich Auswahl und Ankauf des Stücks vorbehielten, wodurch die Ädilen praktisch nicht selten staatliche Zensur ausübten. Die Festleiter erhielten vom Staat eine bestimmte Summe, die im Laufe der Jahre beträchtlich stieg, allein nie ausreichte,

---

munere non cogantur excedere: hi vero, qui primos sequuntur, centum quinquaginta libras argenti depensuros esse cognoscant: at vero hi, qui loco tertio numerantur, centum libras argenti dependant nec cuiquam profundendi licentia tribuatur. Quia vero theatralibus et circensibus ludis per annos singulos celebrandis unus praetor nutu nostrae clementiae quingentarum librarum argenti nuper fuerat deputatus, nunc vero hanc quantitatem constat in prioribus praetoribus.

Blänsdorf (1990b), 263f.

37) C.1.36.1.1 Leo (a.465):

Alytarchiae quidem ludi cura viri spectabilis comitis Orientis et eius officii, Syriarchiae vero sollicitudine viri clarissimi moderantis provinciam eiusque apparitionis exerceantur, nullique penitus curialium, nec si voluerint, idem munus vel honorem subeundi licentia permittatur.

38) CTh.15.5 De spectaculis; 15.7 De scaenicis; 15.8 De expensis ludorum.

39) CTh.6.4.4 Constans (a.339):

Omnes clarissimi, qui per dioecesim sublimitatis tuae degunt, nostri auctoritate praecepti ad urbem Romam venire cum impensis, quas ludi scaenicorum vel circensium vel muneris ratio poscit, cogantur. Et cetera.

Blänsdorf (1990b), 263 Fn.13.

40) Blänsdorf (1990b), 263 Fn.14 m. Qu.

41) Zur theatralischen Aufführung selbst samt der entsprechenden Handhabung der Bühnenausstattung vgl. Sandys (ed.) (1968), n.807, p.520f. (J. H. Gray); ausführlich Dempster (1662), 717ff.

42) Kunkel/Wittmann (1995), 507.

besonders seit es Sitte wurde, durch glänzende Ausstattung der Spiele sich beim Volk für künftige Wahlen zu empfehlen.<sup>43)</sup> Die Hauptsorge der Ädilen war, ein durchschlagendes Stück für die Spiele zu erhalten. Zu diesem Zweck mußten sie sich mit einem Dichter in Beziehung setzen und ihm ein Stück abkaufen.<sup>44)</sup> Sie kauften also das zu spielende literarische Werk von dessen Autor<sup>45)</sup> und verschafften sich mithin das Recht auf die Uraufführung, wofür die Verwahrung des Textoriginals durch die Ädilen spricht.<sup>46)</sup> In der Regel bedienten die Ädilen sich einer Mittelsperson, des Schauspieldirektors (*dominus gregis*), mit dem sie einen Vertrag über die Aufführung schloßen und dem sie gegen eine Pauschalsumme Ankauf des Stückes vom Dichter, Ausstattung usw. übertragen haben werden.<sup>47)</sup> Dann handelte *dominus gregis* (für die Ädilen im Rahmen seines Vertrags mit ihnen) mit dem Dichter den Preis des Stückes aus. Er war gegenüber den Ädilen für die Gesamtorganisation der Aufführung einschließlich der Festsetzung der Vergütung des Autors verantwortlich.

Es fragt sich, ob der Staat in aller Regel die finanziellen Risiken trug. Die Quellenlage ist insofern nicht eindeutig, als es quellenmäßig auch Fälle gibt, die vermuten lassen, dass die finanziellen Risiken beim *dominus gregis* verblieben. Das hat besonders Katharina Schickert dazu Anlaß gegeben, zu einem allgemeinen Ergebnis zu kommen, das Risiko trage *dominus gregis* schlechthin. Sie meint sehr dezidiert, ein Aspekt der finanziellen Last bestehe darin, dass das dem Autor des ausgewählten Bühnenstücks von den Ädilen bezahlte Honorar auf die Rechnung des Theaterunternehmers gehe, weil er den Ädilen die Auslagen für den Ankauf des Stückes erstatte und die Bezahlung der Schauspieler übernehme.

---

43) Schanz/Hosius (1966), 145.

44) Schanz/Hosius (1966), 146.

45) Der Referent A meint, ich habe die rechtliche Natur der einmaligen Zahlung der Ädilen an den Autor nicht erörtert. Er halte dafür, sie habe mit einem Kauf eines Schriftstückes nichts zu tun, sondern sie sei vermutlich nur als eine Erstattung für die Arbeitsleistung zu qualifizieren. Aber die Bezeichnung "Kauf" qualifiziert bereits die Rechtsnatur zur Genüge (s. auch den Text u. bei Fn.53 und Fn.54). Es war schon deshalb keine Erstattung für die Arbeitsleistung, weil die Ädilen den Autor weder anstellten noch ihm gegenüber als *locator operis* fungierten.

46) Schickert (2005), 94ff.; 97.

47) Schanz/Hosius (1966), 146; Schwinge (1970), 265.

Er trage also das wirtschaftliche Risiko für einen Mißerfolg der Aufführung. Als Gegenleistung komme ihm der Erfolgsgewinn zugute.<sup>48)</sup> Allein es ist sehr empfehlenswert, den komplizierten Quellen präziser zu analysieren, was hier nicht geschehen kann, als die vorschnellen Folgerungen zu ziehen. Mir scheint angesichts des unwahrscheinlichen Ergebnisses der Interpretation Schickerts, der römische Staat habe am Ende doch ohne Kosten Feste veranstaltet, eher die Gegenansicht plausibler zu sein. Es ist denn auch die herrschende Meinung, dass auch die *ludi scaenici* tiefe Löcher in die Staatskasse und die Privatschatullen der ausrichtenden Beamten rissen, obwohl sie im Vergleich mit den anderen Formen der Massenunterhaltung günstiger abschnitten.<sup>49)</sup>

## 2. Das Rechtsverhältnis unter den Beteiligten

### a) Geistiges Eigentum an Theaterstücken?

Die Dreieckskonstellation kompliziert die Sachfragen wie immer. Die Beteiligung der Staatsbeamten ist wie gesagt ein wesentliches Charakteristikum dieser Fallkonstruktion.

Was den Autor angeht, war er freilich in gewissem Sinne in finanzieller Hinsicht gesichert, weil es doch nicht von der Anzahl der geplanten Aufführungen abhing. Er hatte insofern sozusagen nur einen Vergütungsanspruch<sup>50)</sup> auf die *erste* Aufführung und konnte keine weitere Vergütung beanspruchen. Dies war allerdings auch bei der Buchpublikation der Fall.<sup>51)</sup> Die weitere Verwertung oder Verbreitung eines

---

<sup>48)</sup> Schickert (2005), 95; 96f.

<sup>49)</sup> Weber (1983), 191f.

<sup>50)</sup> In der Regel wurden die Autoren nur einmal bezahlt (*a lump sum*), aber im Einzelfall war eine erfolgsabhängige Erhöhung des Autorenhonorars möglich. Schickert (2005), 96; Sandys (ed.) (1968), n.806, p.519 (J. H. Gray).

<sup>51)</sup> Der Referent A meint, der Ausdruck "Buchpublikation" sei mißverständlich, weil es nur schwer vorstellbar sei, dass es in Rom *publication* oder *publisher* im heutigen Sinne gegeben hätte. Es ist jedoch sichergestellt, dass es in Rom Verleger gab, die unter den damaligen technischen Bedingungen Manuskripten vervielfältigten und weiter verkauften. Vgl. näher Schickert (2005), 20ff; Marquardt (1980), 826ff. Den Vorgang schildert z.B. M.R. James in Sandys (ed.) (1968), n.299, p.240 wie folgt: "When the edition was ready, the names of the book and the author were advertised upon the door-posts of the book-seller's establishment. It is by no means clear that the author derived any pecuniary profits from the transaction. Nor was the copyright of a literary work the property of its

Schriftstücks galt als dem jeweiligen rechtmäßigen Eigentümer des Schriftwerks freigegeben. Der Autor hatte daran keinen Anteil.<sup>52)</sup>

Der Theaterunternehmer und der Autor standen in keiner direkten vertraglichen Verbindung zueinander. Nicht er, sondern die Ädilen kauften schließlich Stück und Erstaufführungsrecht.<sup>53)</sup> Es besteht hierbei kein Zweifel, dass dieser Kauf kein normaler Kaufvertrag (*emptio venditio*) eines körperlichen Gegenstands (Manuskript) darstellte, wenn auch das Eigentum an ihm gleichzeitig überging.<sup>54)</sup> Denn wie die h. M. zu Recht annimmt, war das Bewußtsein für ein “geistiges Eigentum” durchaus vorhanden, obwohl die Antike ein Urheberrecht als umfassendes dingliches Recht an einem Geistesgut nicht gekannt hat.<sup>55)</sup> Es ist denn auch recht reichlich bezeugt, dass auch die Römer über eine entsprechende Idee von der Schutzwürdigkeit der Urheberschaft und der Urheberehre, also des Kerngehalts des Urheberpersönlichkeitsrechts, wenn schon nicht vom Verwertungsrecht, verfügten.<sup>56)</sup> Die wenigstens moralische Verurteilung des Plagiats (*fur, furtum*, “Diebstahl”), die in einer Empörung gegenüber dem die Urheberschaft anmaßenden *plagiarius* ihren Ausdruck fand, ist ein Beweis dafür.<sup>57)</sup> Ein Autorrecht, das dem Bestohlenen ein

---

author or publisher. There was nothing to prevent copies being made by private persons or by other tradesmen.” Der Referent A meint dann, es sei nichts mehr als eine *locatio conductio*-Beziehung, bei der eine Bezahlung für die Herstellung von Kopien folge. Es ist nicht klar, was er hier meint. Denn was die Beziehung von dem Autor und dem Verleger angeht, so zahlt der Verleger dem Autor für das Original, und die Herstellung der Kopien ist ausschließlich die Sache des Verlegers, die den Autor nicht mehr betrifft. Die Herstellung der Kopien, die meistens durch die Sklavenarbeit durchgeführt worden ist, ist auch dann nicht von Bedeutung, wenn der Verleger den Autor um ein literarisches Werk gebeten hat. Es ist auch noch sehr fraglich, ob wir in diesem Fall von einer *locatio conductio* reden können. Die intellektuellen Leistungen zählen nach den römischen Vorstellungen bestimmt nicht zur *locatio conductio*. Vgl. dazu Choe (1995b), 434ff. (zu Cic., de off. 1.42.150-151).

<sup>52)</sup> Schickert (2005), 92ff.; Eggert (1999), 204f.

<sup>53)</sup> Schickert (2005), 95; 97; Schanz/Hosius (1966), 146.

<sup>54)</sup> Lebek (1999), 34: “Once in the hands of an entrepreneur, the manuscript was lost to the author.” Der Autor behielt jedoch sein “property rights” bei, sofern eine Theateraufführung während des Festivals nicht voll durchgeführt worden ist. Er konnte anscheinend den neuen Magistraten andere Kopie seines Manuskripts verkaufen. Lebek (1999), 33.

<sup>55)</sup> Lebek (1999), 34: “For there was no such thing as copyright.”

<sup>56)</sup> Eggert (1999), 210ff.; Visky (1987), 27f.

<sup>57)</sup> Schickert (2005), 65ff.; Eggert (1999), 210f. Ein Musterbeispiel für diese Haltung war

Klagerecht gegen den Plagiator gegeben hätte, hat das Altertum hingegen nicht gekannt.<sup>58)</sup> Ein womöglich erfolgsabhängiges zusätzliches Autorenhonorar deutet ebenfalls auf das vorhandene Bewußtsein des ‘geistigen Eigentums’ bei den Römern hin.<sup>59)</sup>

---

bekanntlich Plinius maior, der gewissenhaft Achtung vor fremdem von ihm verarbeiteten geistigen Eigentum vorzeigte (Schanz/Hosius [1967], 772ff.), und zwar ganz im Gegenteil zu C. Iulius Solinus, der in seinem <Collectanea rerum memorabilium> ohne Angabe der von ihm benutzten Autoren größtenteils denselben Plinius abschrieb (Schanz/Hosius/Krüger [1959], 224ff.: “erborgtes Gut”).

Plinius maior, Naturalis historia, praefatio, 21-23:

21 Argumentum huius stomachi mei habebis quod in his voluminibus auctorum nomina praetexui. est enim benignum, ut arbitrator, et plenum ingenui pudoris fateri per quos profeceris, non ut plerique ex iis, quos attigi, fecerunt. 22 Scito enim conferentem auctores me deprehendisse a iuratissimis ex proximis veteres transcriptos ad verbum neque nominatos, non illa Vergiliana virtute, ut certarent, non Tulliana simplicitate, qui de re publica Platonis se comitem profitetur, in consolatione filiae Crantorem, inquit, sequor, item Panaetium de officiis, quae volumina ediscenda, non modo in manibus cotidie habenda, nosti. 23 Obnoxii profecto animi et infelicis ingenii est deprehendi in furto malle quam mutuum reddere, cum praesertim sors fiat ex usura.

In diesem Zusammenhang meint der Referent A, es sei nicht unbedingt zu rechtfertigen, die Erwähnung des Plagiats als ‘furtum’ als ‘Anfang (단초) des Urheberpersönlichkeitsrechts’ zu interpretieren. Die Verknüpfung eines Rechtsinstituts mit den außerrechtlichen Vorstellungen bestehe bei zahlreichen Begriffen zwar immer wieder, aber sie führe nicht immer zu einer Institutionalisierung. Die letztere Bemerkung ist wohl richtig. Allein ich habe nie behauptet, das selbstbewußte Ehrgefühl des Autors, das sich in aller Regel durch die Haltung zur plagiatischen Handlung anderer verstärkt an den Tag legen läßt, sei als ‘Anfang des Urheberpersönlichkeitsrechts’ zu interpretieren. Ich habe nur behauptet, auch die Römer haben über eine entsprechende Idee von der Schutzwürdigkeit der Urheberschaft und der Urheberrechte verfügt. Der Referent A scheint meine Ansicht, diese Idee stellt das Kerngehalt des Urheberpersönlichkeitsrechts dar, widerzulegen, indem er klarstellt, dass es sich beim Urheber-/Urheberpersönlichkeitsrecht nicht um ein Institut handle, das ein Monopol bzw. ein ausschließliches Herrschaftsrecht über eine ‘Idee’ gewährleistet, sondern einen ausschließlichen Herrschaftsrecht über deren ‘Ausdruck’ konstruiert. Deshalb habe der Plagiarismus mit dem Urheberrecht nichts zu tun. Wissenschaftlich sei der Plagiarismus von dem ungerechtfertigten Gebrauch des Urheberrechts (*substantial taking*) zu unterscheiden. Hier sei nur angemerkt, dass er selbst zu sehr modernrechtlich denkt. Wie dem auch sei, ich habe eine rechtliche Institutionalisierung des Urheberrechtes stets klipp und klar verneint.

<sup>58)</sup> Ziegler (1979), 879ff.

<sup>59)</sup> Schickert (2005), 96. Der Referent C meint, ich leite den Begriff des geistigen Eigentums davon ab, erstens dass der Autor einen Vergütungsanspruch nur auf die erste Aufführung hat; zweitens dass es eine Vorstellung des moralischen Diebstahls gab; und drittens dass

b) Einige Überlegungen

(1) *res incorporalis*

Es ist in der Literatur üblich, in diesem Zusammenhng den Begriff und die Tragweite der *res incorporalis* bei den Römern<sup>60)</sup> auf den urheberrechtlichen Gehalt hin zu prüfen. Die an sich hoch interessante Frage, die erneut einer näheren Untersuchung zu unterziehen eine lohnende Arbeit sein wird,<sup>61)</sup> ist allem Anschein nach jedoch nach dem bisherigen Befund für die römische Antike nicht sehr ergiebig,<sup>62)</sup> obwohl dem Terminus als solchem zugegebenermaßen<sup>63)</sup> ein

---

gegebenenfalls ein womöglich erfolgsabhängiges zusätzliches Autorenhonorar gewährt worden ist. Er ist doch der Ansicht, dass ein moralischer Diebstahl könne auch anerkannt werden, ohne notwendigerweise geistiges Eigentum vorauszusetzen. Dabei sei das Verhältnis quasi *locatio conductio operis* zu verstehen, wie es einst im 17. und 18. Jahrhundert bei der Publikation der Notenhefte der Klassiker geschehen sei. Das Autorenhonorar sei als Beweis dafür anzusehen. Diese Bemerkung ist in ihrem Tenor gleich wie die des Referenten A, so dass ich nur darauf (o. Fn.51 und Fn.57) zu verweisen brauche. Allerdings ist es mit Nachdruck zu betonen, dass ich nie vom “geistigen Eigentum” als solches, sondern bloß vom dahingehenden “Bewußtsein” gesprochen habe.

<sup>60)</sup> Repräsentativ ist Gai. 2.12-14:

12. Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. 13. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, uelut fundus, homo, uestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. 14. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, ueluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum. . . . non extollendi, ne luminibus uicini officiat: item fluminum et stillicidiorum idem ius ut . . .

<sup>61)</sup> Vgl. Becker (1999); Bretone (1999), 123ff.; Dajczak (2003), 97ff.; Chiusi (2002), 101ff.; Melillo (1978), 83ff.

<sup>62)</sup> Schickert (2005), 104ff.; Jänich (2002), 9f.; Are (1959), 244. Dagegen Eggert (1999), 191f. mit Visky.

<sup>63)</sup> Der Referent A meint, ich habe die Lehrmeinungen um die *res incorporales* leider ein bißchen positiv bewertet. Es sei das entscheidende Merkmal des geistigen Eigentums, dass es keine relative Obligation bzw. Benutzungsbefugnis (*license*), sondern ein absolutes Recht *in rem* (*property right*) sei. Da die römischen *res incorporales* nur *obligationes* beinhalten, sei eine Verknüpfung von *res incorporales* und Urheberrecht einfach falsch. Er fügt hinzu: Da werde auch zwischen *res* und *ius* verwechselt. Meine Antwort ist: Erstens, ich habe zweifelsohne festgestellt, dass die Debatte bisher unergiebig ist. Zweitens, ich habe trotzdem dem rein begrifflichen Potential der *res incorporalis* Rechnung

Potential “for the development of a more abstract juristic mode of thought about the property concept” innezuwohnen scheint.<sup>64)</sup> Denn diese Begriffskategorie, die erst die der skeptischen Akademie verpflichtete Neue Jurisprudenz des Servius Sulpicius Rufus, des eigentlichen Gründers der dadurch hervorgebrachten klassischen Jurisprudenz, einsetzte, war dazu da, um die stoisch bestimmte wirkende (*summa vis*) “Körperlichkeit” der Wertprinzipien<sup>65)</sup> (*bona fides!*) der vor allem durch Quintus Mucius Scaevola vertretenen *veteres*-Jurisprudenz<sup>66)</sup> zu überwinden und außer den anfaßbaren körperlichen Sachen nur noch die handgreiflich erfaßbaren Strukturen in ihren klar denkoperationsfähigen Tatbeständen zu begreifen.<sup>67)</sup> Sie war also ein in methodologischer Beziehung grundlegender Bestandteil der klassischen,

---

getragem. Denn sie stellt entgegen der Ansicht des Referenten A nicht eine Sache, sondern einen klar definierbaren Tatbestand innerhalb des klassischen Institutionensystems (*ratio iuris*) dar. Gibt es eine positivere Haltung von meiner Seite, dann bezieht sie sich nur hierauf. Ich habe doch am Ende auch klargestellt, dass die römische *ratio iuris* keinen Platz für das Urheberrecht bereithielt (s. Gai. 2.12-14; o. Fn.60). Der Begriff der *res incorporalis* auch war schließlich durch die positive Rechtsordnung bestimmt worden.

<sup>64)</sup> Drahos (1996), 16ff. (Zit. 19).

<sup>65)</sup> Seneca, ep. mor. 117.1-2:

1 ... Primum exponam quid Stoicis videatur ... 2 Placet nostris quod bonum est corpus esse, quia quod bonum est facit; quidquid facit corpus est. Quod bonum est prodest; faciat autem aliquid oportet ut prosit; si facit, corpus est.

Vgl. dazu Long/Sedley (1990), 374ff.

<sup>66)</sup> Cicero, de officiis 3.17.70:

Q. quidem Scaevola pontifex maximus summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis in quibus adderetur ex fide bona fideique bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis societatibus fiduciis mandatis rebus emptis venditis conductis locatis quibus vitae societas contineretur in iis magni esse iudicis statuere praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria quid quomque cuique praestare oporteret.

<sup>67)</sup> Vgl. Cicero, topica 5.26-27 :

26 ... Definitio est oratio, quae id quod definitur explicat quid sit. Definitionum autem duo genera prima: unum earum rerum quae sunt, alterum earum quae intelleguntur. 27 Esse ea dico quae cerni tangique possunt, ut fundum aedes, parietem stillicidium, mancipium pecudem, supellectilem penus et cetera; quo ex genere quaedam interdum vobis (sc. iuris interpretibus) definienda sunt. Non esse rursus ea dico quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intellegi possunt, ut si usus capionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum nullum subest quasi corpus, est tamen quaedam conformatio insignita et impressa intellegentia, quam notionem voco.

Vgl. Behrends (2004), 186f.

als solches klar berechenbaren *ratio iuris* des institutionellen Rechtssystems.<sup>68)</sup> Hierzu gehörte das geistige Eigentum noch nicht.<sup>69)</sup>

(2) *res extra commercium*

Ein weiterer Ansatz ist die von Elster vorgenommene Zuordnung des Rechts des Autors zu den *res extra commercium*.<sup>70)</sup> Abgesehen davon, dass es keinen Quellenbeleg gibt, ist er ganz verfehlt, zumal sie nicht dazu fähig ist, wie gewollt zu begründen, dass das geistige Schaffen der Allgemeinheit ohne Einschränkungen zugänglich sein soll.<sup>71)</sup>

(3) *specificatio*

Daneben weist man ferner darauf hin, dass die römische Jurisprudenz das Geistesgut nicht von dem Gegenstand zu scheiden wußten, in dem es verkörpert war, wofür die Fälle der Verarbeitung (*specificatio*) als Beleg herangezogen werden.<sup>72)</sup> In der Tat kann man ohne weiteres feststellen, dass die römischen Juristen ihr Augenmerk darauf richteten, das Endprodukt des Verarbeitungsprozesses als körperliche Sache eigentumsrechtlich zuzuweisen. Das galt auf jeden Fall für die schriftlichen Werke, wie die folgende Quellenstelle sagt:

**Inst. Inst. 2.1.33:**<sup>73)</sup>

*Litterae quoque, licet aureae sint, perinde chartis membranisque cedunt,*<sup>74)</sup> *ac si*

---

<sup>68)</sup> Behrends (2004), 184ff. m.w.N.; anders für einen stoischen Einfluß Dajczak (2003), 97ff., jedoch nur aufgrund einer oberflächlichen Vergleichung mit Seneca ep. mor. 58.11.

<sup>69)</sup> Vgl. die wenigen Stellen, wo dieses Wortpaar erscheint: Gai. 1.12; Paul. D.8.1.14.pr; D.41.3.4.27; PS.3.6.11; UE.19.11; Epit. Gai. 2.1.2; Inst. 2.2.pr; Inst. 2.20.21; Inst. 3.10.1; C.7.33.12.3a; C.5.13.7b; Par. Theoph. 2.2.1; Dajczak (2003), 97 Fn.2-4.

<sup>70)</sup> Ebenso Eggert (1999), 192; 196f.; 216.

<sup>71)</sup> Jänich (2002), 9ff. mit positiver Einschätzung.

<sup>72)</sup> Rehbindler (2002), 8; Eggert (1999), 192ff.; 216; Visky (1987), 19ff.; 26.

<sup>73)</sup> Deutsche Übersetzung nach dem *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung, I. Institutionen*, gemeinschaftlich übersetzt von Okko Behrends, Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Hans Hermann Seiler (1990), 54.

<sup>74)</sup> Ebenso Gai. 2.77: *Eadem ratione probatum est, quod in cartulis siue membranibus meis aliquis scripserit, licet aureis litteris, meum esse, quia litterae cartulis siue membranibus cedunt: itaque si ego eos libros easque membranas petam nec impensam scripturae soluam,*



*solo cedere solent ea quae inaedificantur aut inseruntur: ideoque si in chartis membranisque tuis carmen vel historiam vel orationem Titius scripserit, huius corporis non Titius, sed tu dominus esse iudicaris. sed si a Titio petas tuos libros tuasve membranas esse nec impensam scripturae solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si bona fide earum chartarum membranarumve possessionem nactus est.*

(Auch Buchstaben gehören, selbst wenn sie aus Gold sind, ebenso zum Papier und Pergament wie das, was gebaut oder gesät wird, regelmäßig zum Grundstück gehört. Wenn daher Titius auf deinem Papier oder Pergament ein Gedicht, eine Geschichte oder eine Rede geschrieben hat, so erkennt man dich, nicht Titius als den Eigentümer dieses Schriftstücks an. Aber wenn du von Titius die Bücher oder Pergamente als dir gehörig in Anspruch nimmst, ohne bereit zu sein, die Kosten für die Schrift zu bezahlen, dann kann Titius sich mit der Einrede der Arglist verteidigen, jedenfalls wenn er den Besitz an diesen Papieren oder Pergamenten in gutem Glauben erlangt hat.)

Das justinianische Fragment zeigt entgegen den Eindruck, wie ein allseitiger Kenner des antiken und modernen Rechts wie Joseph Kohler (1849-1919), der das angeblich im römischen Recht eingeräumte Übergewicht des Schreibmaterials über die Schrift offensichtlich bedauerte,<sup>75)</sup> vermittelt, ein typisches Bild:

Die Römer gingen von einem körperlichen Gegenstand aus, um dessen rechtliche Zuordnung bemühten sie sich, indem sie dafür jeweils die ihnen zur Verfügung stehenden juristischen Begriffsmittel (u. a. *vindicatio*) einsetzten.<sup>76)</sup> Die geistige

---

per exceptionem doli mali summoueri potero.

D.41.1.9.2 Gaius 2 rerum cottidianarum sive aureorum:

Sed ... uti litterae chartis membranisque cedunt, ...

D.6.1.23.3 Paulus 21 ad edictum:

Sed et id, quod in charta mea scribitur ..., statim meum fit: ...

<sup>75)</sup> J. Kohler, "Das Autorrecht," *Jherings Jahrbücher für Dogmatik* 18 (1880), 129ff., 458. Zit. nach Benöhr (1998), 126 n.91.

<sup>76)</sup> S. nur D.41.1.9.2 Gaius 2 rerum cottidianarum sive aureorum:

Sed non uti litterae chartis membranisque cedunt, ita solent picturae tabulis cedere, sed ex diverso placuit tabulas picturae cedere. utique tamen conveniens est domino tabularum adversus eum qui pinxerit, si is tabulas possidebat, utilem actionem dari, qua ita efficaciter experiri poterit, si picturae impensam exsolvat: alioquin nocebit ei doli mali exceptio: utique si bona fide possessor fuerit qui solverit. adversus dominum vero tabularum ei qui pinxerit rectam vindicationem competere dicimus, ut tamen pretium tabularum inferat: alioquin nocebit

Leistung war nicht als solche artikuliert, und ein Urheberrecht als ihre juristische Verankerung war ihnen aus mehreren Gründen im allgemeinen unbekannt.

Aber dessen ungeachtet ist es ausgemacht, dass die Stellung des Autors als Urheber eines geistigen Werkes wenigstens für die Erstpublikation oder die Uraufführung solide anerkannt wurde, und zwar nicht nur ideell, sondern auch reell mehr oder weniger mit einem finanziellen Vorteil gekoppelt. Die allgemein geteilte Ansicht, dass die Vergütung allein die Gegenleistung für die Übertragung des Werkstücks darstellte und dass die Menschen des Altertums von einer rechtlich relevanten Unterscheidung zwischen dem körperlichen Eigentum am Werkexemplar und der Herrschaft über den immateriellen Gehalt des Werkes noch nichts wußten,<sup>77)</sup> ist insofern in dieser Allgemeinheit nicht anzunehmen.

Der große Unterschied von dem modernen Recht besteht darin, dass diese Urheberstellung keine weitere Verwertung des Werkes (mittels Vervielfältigung etc.) gewährleistete. Insofern bestand die Freiheit oder besser: der weit und breit praktizierte freie Raum für die Verwertung seitens jeder Benutzer. Die römische Welt war in jeder Hinsicht der Verrechtlichung des Sozialprozesses bei weitem offener und weniger dicht als unsere. Man war sich dessen sehr bewußt, dass eine etwaige umfassende rechtliche Regelung auch technisch bald auf klare Grenzen stoßen würde. Natürlich spielten die Grundeinstellungen der Römer zum Schaffensprozeß, der gesellschaftlich (*artes liberales!*<sup>78)</sup>), philosophisch (Inspiration, Mimesis) sowie gar religiös (Ruhm und Unsterblichkeit in der Nachwelt) stark geprägt und durch den Wertekonservatismus und das Traditionsbewußtsein durchgängig untermauert worden war, eine wesentlich weittragende Rolle.<sup>79)</sup> All dies führte im Endeffekt dazu, dass die Veröffentlichung vielmehr im Dienste des Werkes stand, welches der Urheber "freiließ", wenn der geheimnisvolle Prozeß der Werkkonkretisierung abgeschlossen war, so dass ein Werk, ohne technisch zu einer *res communis omnium* zu werden, zum Allgemeingut wurde, sobald es die Sphäre seines Erbringers verlassen hatte.<sup>80)</sup>

---

ei doli mali exceptio.

77) Schweikart (2004), 8.

78) Vgl. auch Jänich (2002), 10f.; Eggert (1999), 207ff.; 216; Visky (1987), 36ff.

79) Schickert (2005), 106ff.; Schweikart (2004), 4f.

80) Schweikart (2004), 5.

Im Falle des richtigen Sprachwerkes (*carmen, historia, oratio*) wissen wir aus anderen literarischen Quellen ganz genau, welches Ansehen den qualitativ hoch angesiedelten Schriftwerken und ihren Autoren zukam.<sup>81)</sup> Unter den Impensen für die Schrift ist demnach neben den Materialkosten, die etwa bei der Goldprägung auch sehr beträchtlich sein konnten, auch ein übliches Autorenhonorar zu verstehen.<sup>82)</sup>

Nach Schickert (2005) bestätigt sich diese Sachlage auch im Falle des Briefes,<sup>83)</sup> wo das Eigentum an der materiellen Unterlage, also am Werkexemplar, von der Berechtigung (“Eigentum”) am Werk deutlich unterschieden wurde. Die Quellenfragmente beweisen nicht, dass das Recht des Autors an seinem Werk an den Besitz des Manuskripts gebunden war. Allein die Berufung auf die einen Eigentumsvorbehalt betreffende Ulpian-Stelle D.47.2.14.17 (29 ad Sabinum)<sup>84)</sup> ist noch zu bedenken, weil es sich dabei um eine Sonderkonstellation *ex voluntate* handelt.<sup>85)</sup>

In methodischer Hinsicht ist überhaupt zweierlei anzumerken. (a) Zum einen versucht man immer wieder, die urheberrechtlich als sinnvoll erscheinenden

---

<sup>81)</sup> Schickert (2005), 53ff.; Eggert (1999), 210ff.; Frohne (2004), 399ff.

<sup>82)</sup> Anders Jänich (2002), 8f., der bloß Inst. Iust. 2.1.33 ohne Zusammenhang mit dem folgenden fr. 34 berücksichtigt.

<sup>83)</sup> Schickert (2005), 61ff.

<sup>84)</sup> D.47.2.14.17 Ulpianus 29 ad Sabinum.

Si epistula, quam ego tibi misi, intercepta sit, quis furti actionem habeat? et primum quaerendum est, cuius sit epistula, utrum eius qui misit, an eius ad quem missa est? et si quidem dedi servo eius, statim ipsi quaesita est, cui misi: si vero procuratori, aequae (quia per liberam personam possessio quaeri potest) ipsius facta est, maxime si eius interfuit eam habere. quod si ita misi epistulam, ut mihi remittatur, dominium meum manet, quia eius nolui amittere vel transferre dominium. quis ergo furti aget? is cuius interfuit eam non subripi, id est ad cuius utilitatem pertinebant ea quae scripta sunt. et ideo quaeri potest, an etiam is, cui data est perferenda, furti agere possit. et si custodia eius ad eum pertineat, potest: sed et si interfuit eius epistulam reddere, furti habebit actionem. finge eam epistulam fuisse, quae continebat, ut ei quid redderetur fieretve: potest habere furti actionem: vel si custodiam eius rei recepit vel mercedem perferendae accipit. et erit in hunc casum similis causa eius et cauponis aut magistri navis: nam his damus furti actionem, si sint solvendo, quoniam periculum rerum ad eos pertinet.

<sup>85)</sup> Vgl. Benöhr (1998), 137ff.

Phänomene in den Quellen irgendwie an den Instituten des römischen Rechts zu messen. Dabei läuft man Gefahr, sich in eine quellenmäßig nicht bezeugte imagi-näre Rechtswelt zu begeben, wo kein Römer sich findet. Man muß absolut vor-sichtig sein. (b) Zum anderen muß man sich hüten, bei der Interpretation von Quellen deren Aussagewert voreilig als urheberrechtlich bedeutsam zu bewerten. Ein typisches Beispiel bietet der vielfach zitierte Passus aus dem Senecas *De beneficiis* (7.6.1) an:

*In omnibus istis, quae modo rettuli, uterque eiusdem rei dominus est. Quo modo? quia alter rei dominus est, alter usus. Libros dicimus esse Ciceronis; eosdem Dorus librarius suos vocat, et utrumque verum est: alter illos tamquam auctor si-bi, alter tamquam emptor adserit; ac recte utriusque dicuntur esse, utriusque enim sunt, sed non eodem modo. Sic potest Titus Livius a Doro accipere aut emere li-bros suos.*

(In allen diesen Fällen, die ich eben vorgetragen habe, ist jeder von beiden Gebieter derselben Sache. Auf welche Weise? Weil der eine ihr Eigentümer ist, der andere ihr Benutzer. Wir sagen, das sind Ciceros Bücher; dieselben Bücher bezeichnet der Buchhändler Dorus als seine, und beides trifft zu: der eine rechnet sie sich als Verfasser zu, der andere als Käufer; und richtig sagt man, sind sie eines jeden von beiden Eigentum, denn sie sind eines jeden von beiden Eigentum, doch nicht auf dieselbe Weise. So kann Titus Livius von Dorus erhalten oder kaufen seine eigenen Bücher. [Übersetzung von Manfred Rosenbach])

Der hier anzutreffende untechnische Sprachgebrauch von “Eigentum” ist auch in unserem Alltag nicht anders. Ob es sich daraus entnehmen läßt, dass die Römer im schriftlichen Werk das geistige Eigentum des Verfassers im technischen Sinne erblickt hätten, ist nur mit Vorsicht, aber am Ende doch negativ, zu beantworten.<sup>86)</sup>

### III. Kunst: Malerei

Es scheint dennoch voreilig zu sein, aus dem obigen Befund zu folgern, dass

---

<sup>86)</sup> Vgl. Jänich (2002), 7f. In dieser Ansicht gesellt sich mir auch der Referent C.

die Römer die geistigen Leistungen oder die handwerkliche Geschicklichkeit überhaupt nicht veranschlagten. Die folgende Rechtsquelle, die bisher nicht so sehr aus dem urheberrechtlichen Erkenntnisinteresse als vielmehr fast lediglich aus dem allgemein zivilrechtlichen Erkenntnisinteresse analysiert zu werden pflegt und daher nunmehr im Hinblick auf den urheberrechtlichen Aussagewert genauer zu prüfen ist, zeigt denn auch, dass die Römer durchaus imstande waren, sowohl “geistiges Eigentum” wahrzunehmen als auch dem regelrecht Rechnung zu tragen.

**Inst. Inst. 2.1.34:**<sup>87)</sup>

*Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturae cedere: aliis videtur picturam, qualiscumque sit, tabulae cedere. sed nobis videtur melius esse tabulam picturae cedere: ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere.<sup>88)</sup> unde si a domino tabulae imaginem possidente is qui pinxit eam petat nec solvat pretium tabulae, poterit per exceptionem doli mali summoverti: at si is qui pinxit possideat, consequens est, ut utilis actio domino tabulae adversus eum detur, quo casu, si non solvat impensam picturae, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si bona fide possessor fuerit ille qui picturam imposuit. illud enim palam est, quod, sive is qui pinxit subripuit tabulas sive alius, competit domino tabularum furti actio.*

(Wenn jemand auf fremder Tafel gemalt hat, meinen manche, die Tafel gehöre zum Gemälde. Nach Ansicht anderer gehört das Gemälde, wie es auch immer sein mag, zur Tafel. Aber uns scheint es richtiger zu sein, dass die Tafel zum

<sup>87)</sup> Deutsche Übersetzung gleich wie Fn.73.

<sup>88)</sup> Für die erstere, später auch von Justinian vertretene Ansicht:

Gai. 2.78: Sed si in tabula mea aliquis pinxerit ueluti imaginem, contra probatur: magis enim dicitur tabulam picturae cedere. ...

D.41.1.9.2 Gaius 2 rerum cottidianarum sive aureorum:

Sed non uti litterae chartis membranisque cedunt, ita solent picturae tabulis cedere, sed ex diverso placuit tabulas picturae cedere. ...

D.6.1.23.3 (*quidam*) Paulus 21 ad edictum:

Sed (*et id, quod ... in tabula pingitur, statim meum fit*.) licet de pictura quidam contra senserint propter pretium picturae: ...

Für die Gegenmeinung:

Epit. Gai. 2.1.4: Quod et de tabula, hoc est si aliquis in tabula mea picturam fecerit, observatur, quia statutum est, ut tabulae pictura cedat.

D.6.1.23.3 Paulus 21 ad edictum:

Sed et id, quod ... in tabula pingitur, statim meum fit: ...

Gemälde gehört. Denn es wäre doch lächerlich, wenn ein Gemälde des Apelles (Ἀπελλῆς, 360-300 v.Chr.)<sup>89)</sup> oder des Parrhasius (Παρρῆσιος, 420-370 v.Chr.)<sup>90)</sup> als nebensächlicher Teil zu einer ganz wertlosen Tafel gehörte. Wenn daher der Maler das Bild von den früheren Eigentümer der Tafel, der das Bild besitzt, herausverlangt, ohne den Wert der Tafel zu ersetzen, kann er mit der Einrede der Arglist abgewehrt werden. Wenn aber der Maler das Bild besitzt, ist es folgerichtig, dass dem früheren Eigentümer der Tafel gegen ihn eine analoge Klage gewährt wird; in dem Fall kann er, wenn er die Kosten des Gemäldes nicht bezahlt, mit der Einrede der Arglist abgewiesen werden, jedenfalls dann, wenn der, der das Bild angefertigt hat, gutgläubiger Besitzer war. Es ist nämlich klar, dass dem früheren Eigentümer der Tafeln die Diebstahlsklage zusteht, wenn der, der das Bild angefertigt hat, oder ein anderer die Tafeln entwendet hat.)

Dem Fragment kann man eindeutig entnehmen, dass ein geistig-schöpferisches Produkt wie ein Gemälde durchaus als solches anerkannt, dass nämlich der geistige Gehalt der Kunstwerke gewissermaßen von ihrer materiellen Unterlagen gesondert beurteilt wurde,<sup>91)</sup> obwohl weder Gaius noch Paulus dem Bild im Vergleich zur Schrift keinen Sonderwert zuzuerkennen wußten. Die Behauptung des Gaius, “Für diesen Unterschied wird eigentlich kein ausreichender Grund an-

<sup>89)</sup> Vgl. zu seiner Biographie und Werken Reinach (1981), 314ff.; Behrends (2008), 74f. Unermüdetes Weiterstreben dieses Mannes, an dessen berühmten Namen manche Anekdoten und fliegende Worte emporrankten, kennzeichnet das bekannte “Nulla dies sine linea” - “Keinen Tag ohne eine Linie, ohne einen Pinselstrich!” Vgl. Kuhn (1909), 64.

<sup>90)</sup> Vgl. zu seiner Biographie und Werken Reinach (1981), 220ff.; Behrends (2008), 74f.; Kuhn (1909), 62.

<sup>91)</sup> Der Referent C meint, der Gemälde-Fall sei ein typischer Verarbeitungsfall. Wenn gewisse Einflüsse von der griechischen Philosophie einschließlich der Stoa auch nicht zu verneinen sei, so lasse der Fall ohne Bezug auf das Urheberrecht anhand der *specificatio* auch vernünftigerweise erklären. M.a.W.: Der Zunahme an Wert beweise doch nicht unbedingt das Vorhandensein des Urheberrechts. Seine Bemerkung gibt meine Position nicht genau wieder. Der Gemälde-Fall aber zeichnet sich eben dadurch ab, dass die Rechtsregel der Verarbeitung, weil für diese ein Wertzuwachs überhaupt bedeutungslos ist, entgegen dem Referenten C für ihn nicht gilt. Der Ausnahmecharakter aber rührt einzig von der Wertschätzung her. Und diese Wertschätzung ist natürlich kein Beweis für das Vorhandensein des Urheberrechts, sondern nur ein strakes Indiz dafür, dass die Römer den Wert eines später urheberrechtlich zu schützenden Rechtsverhältnisses geziemend wahrgenommen haben.

gegeben“<sup>92)</sup>, trifft jedoch nicht zu. Denn das “pretium” in “propter pretium picturae”, das *quidam* in Paulus D.6.1.23.3 cit. (o. Fn.88) eben als den Grund für die Behauptung, die Tafel gehöre zum Gemälde, angeben, bedeutet in erster Linie den Preis des Gemäldes im Markt, aber impliziert damit auch dessen Wert als Kunstprodukt. Insofern gibt diese Ansicht sicherlich einen wichtigen Aspekt der römischen Haltung zum Geistigen Eigentum zu verstehen. Hierbei ist übrigens ein Hinweis darauf, dass die eine Meinung *ex comparatione*, die andere aber *ex causis* argumentiert,<sup>93)</sup> zwar richtig, aber rein formaler Natur und nicht sehr hilfreich, den materiellen Kern der Aussagen herauszuschälen. Andererseits ist der Streit unter den römischen Juristen mehr fundamental-theoretischer Natur<sup>94)</sup> als nur eine Frage der kasuistischen Opportunität.<sup>95)</sup> Unter den Kosten des Gemälde (*impensa picturae*) kann man sich also unwillkürlich eine richtige Vergütung des Malers vorstellen, wenigstens dann, wenn es sich bei dem Bild wertungsmäßig um ein sozial annehmbares Kunstwerk handelt. Dabei waren wohl die Kosten für die Farben auf jeden Fall zu erstatten.

Diese Grundhaltung aber, die zwischen einem Kunstwerk und einem Handwerk unterscheidet, rührt beim näheren Hinsehen vom vorklassischen Recht her, das seinerseits seine den Künstler privilegierende Regelung aus der Stoa geschöpft hat. Nach der stoischen Schöpfungslehre ist in einem Kunstwerk die Kreativität des Künstlers in einer Weise präsent zu finden, dass sie ein Ausdruck seiner Seele ist, wobei die Künstlerseele (*τεχνίτης νοῦς*) wie jede Menschenseele als eine Abspaltung der göttlichen Weltseele angesehen wurde.<sup>96)</sup> Dann liegt der traditionellen Privilegierung des Kunstwerks in der Stoa eine fundamentale Unterscheidung der stoischen Kausalitätslehre zwischen vollkommenen und hauptsächlich Ursachen (*causae perfectae et principales*) und unterstützenden und eng verbundenen Ursachen (*causae adiuvantes et proximae*) zugrunde. Kraft dieser Unterscheidung rettet die Stoa, indem sie noch *fatum* und *necessitas* nicht gleichsetzt,<sup>97)</sup> sinnvollerweise die

<sup>92)</sup> Gai. 2.78: Sed si in tabula mea aliquis pinxerit ueluti imaginem, contra probatur: magis enim dicitur tabulam picturae cedere. cuius diuersitatis uix idonea ratio redditur: ...

<sup>93)</sup> Leesen (2006), 113ff.

<sup>94)</sup> Vgl. statt aller Behrends (1995), 195ff.; Choe (1995a), 240ff.

<sup>95)</sup> So z.B. Nardi (1991), 147ff.

<sup>96)</sup> Behrends (2008), 76ff. m.w.N.; Forschner (2001), 47ff.

menschliche Willensfreiheit trotz der Grundannahme eines durch und durch determinierten Weltverlaufes.<sup>98)</sup> Wenn also die Stoiker sagen, dass alles aufgrund voraufgehender Ursachen nach dem Schicksal geschieht, so halten sie dafür, dass es nicht so zu verstehen sei: “aufgrund von vollkommenen und hauptsächlichen Ursachen”, sondern “aufgrund von unterstützenden und eng verbundenen Ursachen.”<sup>99)</sup> Es ist durchaus bemerkenswert, dass das Werk des Künstlers derart hoch gewertet wird, dass es als die Verwirklichung einer aus seiner Person kommenden *causa perfecta et principalis* gedeutet werden konnte, und zwar mit der Konsequenz, dass ein Gemälde als hauptsächlicher Gegenstand die tragende Tafel erfaßt, wohingegen der Handwerker, der aus Holz ein Schiff oder aus Steinen ein Haus baut, nicht wie der Künstler, eine von seinem Geist geprägte sinnhafte Ursache (*causa perfecta et principalis*) setzt. Er wird nur den Geboten des Naturrechts folgend in den gesellschaftlich-mitmenschlichen Verhältnissen tätig.<sup>100)</sup> Lesenswert ist die zusammenfassende Darstellung Okko Behrends’:<sup>101)</sup>

“Das Kunstwerk wird daher ... in der vorklassischen Tradition als eine geistige, spezifisch menschliche, mit der göttlichen Natur konkurrierende und sie zu ihren Ehren bereichernde Schöpfung des Künstlers angesehen, weil sich in ihm ein Stück seiner Seele, der ihm verliehenen und durch sein Künstlerleben geprägten Abspaltung der Weltseele, verkörpert. Dagegen bleibt der vom Handwerker gefertigte Gegenstand, der Schuh, das Haus oder das Schiff, im Eigentum des Bestellers, der den Stoff zur Verfügung gestellt hat, weil er in einer der Natur folgenden und ih-

---

97) Cicero, de fato 18.41 (*StVF* II Ziff.974 [S.282 Z.32]): Chrysippus autem cum et necessitatem improbare et nihil vellet sine praepositis causis evenire, causarum genera distinguit, ut et necessitatem effugiat et retineat fatum.

98) Augustinus, de civitate dei 5.10 (*StVF* II Ziff.995 [S.221 Z.27]): Unde nec illa necessitas formidanda est, quam formidando Stoici laboraverunt causas rerum ita distinguere, ut quasdam subtraherent necessitati, quasdam subderent, atque in his, quas esse sub necessitate noluerunt, posuerunt etiam nostras voluntates, ne videlicet non essent liberae, si subderentur necessitati.

99) Cicero, de fato 18.41 (*StVF* II Ziff.974 [S.282 Z.32]): Quam ob rem cum dicimus omnia fato fieri causis antecedentibus, non hoc intellegi volumus: causis perfectis et principalibus, sed causis adiuvantibus et proximis.

100) Behrends (2008), 80ff. m.w.N.

101) Behrends (2008), 91.



ren Sinnvorgaben gehorchenden, gesellschaftlich-fremdnützigen Tätigkeit eine dem Stein, dem Holz, der Tierhaut, der Wolle innewohnende Nützlichkeit freilegt.”<sup>102)</sup>

In einer solchen Würdigung spiegelt sich natürlich die Haltung des Urhebers, die eigene Einschätzung seiner schöpferischen Arbeit und seiner Beziehung zur Umwelt, wider. Verschiedene Geisteshaltungen des Urhebers, die man im Laufe der Geschichte vorfindet, lassen sich in dessen Bewußtsein typischerweise als “Wirken zur Ehre Gottes”,<sup>103)</sup> “Arbeit im Dienste der Gemeinschaft”, “Diener seiner Herren” oder “Eigenhändiger Schöpfer” aufzeichnen.<sup>104)</sup> Ihnen entsprechend, bildet die wichtigste philosophische Grundlage für das Urheberrecht der Begriff der persönlichen Freiheit, die vom Glauben an die schöpferischen Kräfte getragen wird.<sup>105)</sup> Im Spiegel dieser Typenbildung zeigt sich das stoisch geprägte römische pagane Bewußtsein der Urheberschaft als dem letzten Typ angehörend. Für die Römer zählte der Schöpfergeist.<sup>106)</sup> Es ist doch gleichzeitig anzumerken, dass die starke Betonung des ideellen Wertes (ὀνομαστός) der geistigen Arbeit eher den Schutz des vermögensrechtlichen Seite dieser Leistung bis auf das 20. Jahrhundert gehemmt hat.<sup>107)</sup>

---

<sup>102)</sup> Der Referent C meint, die Unterscheidung zwischen dem Künstler und dem Handwerker, wie ich mit Behrends annehme, sei beispielsweise beim Gebäude wohl nicht möglich und auch deshalb unpraktisch, weil die Bestellung eines Kunstwerkes auch eine *locatio conductio* darstelle. Allein die Unterscheidung stammt nicht von Behrends und mir, sondern von den Quellen, die die Vorstellungswelt der Alten bezeugen. Es bleibt denn auch quellenmäßig genau zu prüfen, ob ein Architekt oder ein Bildhauer als *conductor* tätig wird oder eher anders. Diese Frage lasse ich an dieser Stelle offen.

<sup>103)</sup> Vgl. dazu auch Potz (1988), 43ff.

<sup>104)</sup> Uchtenhagen (1988), 33ff.

<sup>105)</sup> Uchtenhagen (1988), 37ff.

<sup>106)</sup> In der römischen Jurisprudenz ist freilich keine in dieser Beziehung andeutungsvolle Sichtweise des Aristoteles, für den die Dichtkunst (ποιεῖν) neben dem mechanischen πρᾶττεν (Hervorbringen) und dem organischen γίνεσθαι (Entstehen) gleichsam etwas Drittes ist, auszumachen. Vgl. hierzu Frohne (1995), 65ff.

<sup>107)</sup> Uchtenhagen (1988), 36f. In diesem Zusammenhang meint der Referent A, dass meine Behauptung, die Überzeugung von dem spirituellen (*spiritual*) Wert einer schöpferischen Aktivität, wie sich die stoische Philosophie vorstellt, hänge mit dem modernen Urheberrecht/geistigen Eigentum zusammen, sei angesichts der modernen Entwicklungen (deren Einzelheiten ich hier nicht zu wiederholen brauche) einfach unhistorisch. Sie scheine auch eine übermäßige Verschönerung (*embellishment*) zu sein. Es ist doch nicht

Eine Bemerkung allgemeiner Natur ist doch hier am Platz. Es ist sehr natürlich, dass die Wertschätzung der Kulturproduktionen von dem Zeitgeist abhängig und somit gesellschaftlich bestimmt ist. In unserem Zusammenhang bietet sich die hellenistische Welt als Hintergrund an. Arnold Hauser beschreibt die Szene wie folgt:

“Die philosophische und literarische Bildung dringt schießlich auch in die Kreise der bildenden Künstler ein; sie fangen an, sich vom Handwerk zu emanzipieren und den Gewerbetreibenden gegenüber einen Stand für sich zu bilden. Die Erinnerungen und Anekdoten aus dem Leben der Künstler zeigen am besten, wieviel sich seit der klassischen Epoche verändert hat. Der Maler Parrhasios rühmt sich in seinen Signaturen auf eine selbstgefällige Art, die noch kurz vorher ganz undenkbar gewesen wäre. Zeuxis erwirbt sich mit seiner Kunst ein Vermögen, wie es vor ihm kein Künstler besaß. Apelles ist nicht nur der Hofmaler, sondern auch der Vertraute Alexanders des Großen. Allmählich kommen auch Geschichten über exzentrische Maler und Bildhauer in Kurs, und zuletzt machen sich sogar Erscheinungen bemerkbar, die an die moderne Künstlerverehrung erinnern. Zu all dem kommt, oder vielmehr hinter all dem steht das, was Schweitzer “die Entdeckung des bildnerischen Genies” nennt und auf die plotinische Philosophie zurückführt. ...

Diese Wendung der Dinge erklärt den Zwiespalt in der Haltung der späteren Epochen, besonders der römischen Kaiserzeit und der Spätantike, dem bildenden Künstler gegenüber. ...

Seneca vertritt noch die alte klassische Scheidung zwischen Kunstwerk und Künstler. ... Die Anerkennung der künstlerischen Persönlichkeit, insoweit sie in diesen Lehrmeinungen zur Geltung kommt, hängt offenbar mit dem Ästhetizismus der Kaiserzeit und indirekterweise wohl auch mit dem Neuplatonismus und ähnlichen philosophischen Lehren zusammen, die gleichzeitige Ablehnung des bildenden Künstlers aber — eine Stimme, die neben der anderen nie ganz verstummt — beweist, daß die Antike auch in ihrer Spätzeit noch an den vorgeschichtlichen Prestigebegriff der “ostentativen Muße” (Veblen) gebunden bleibt und trotz ihrer ästhetischen Kultur einen Gedanken wie den Geniebegriff der Renaissance und der

---

verständlich, wie er dazu gekommen ist. Denn ich teile hier mit Uchtenhagen, dass die starke Betonung des ideellen Wertes der geistigen Arbeit eher den Schutz des vermögensrechtlichen Seite dieser Leistung bis auf das 20. Jahrhundert gehemmt hat.

Neuzeit zu konzipieren einfach nicht fähig ist. Denn erst für diesen Begriff wird es gleichgültig, in welcher Form und mit welchen Mitteln die Persönlichkeit sich ausdrückt, wenn es ihr nur gelingt, sich auszudrücken, oder auch nur anzudeuten, was sich an ihr dem Ausdruck versagt.“<sup>108)</sup>

Es ist müßig darauf hinzuweisen, dass solche durch Raum und Zeit bedingten, kulturellen Rahmenbedingungen die urheberrechtliche Orientierung der alten Römer von vornherein schlicht im Zaum gehalten haben.

#### IV. Die Schutzmittel

Gibt es kein geistiges Eigentum, dann kann von einem Schutzmittel keine Rede sein.<sup>109)</sup> Trotzdem werden in der Literatur zu dieser Problematik Meinungen vertreten. Sie werden kurz behandelt.

##### 1. *actio iniuriarum*

In der Literatur erwägt man als Schutzmittel gegen die Beeinträchtigung der Urheberstellung bzw. -rechte, u.a. durch ein Plagiat, die *actio iniuriarum*, die wegen ihrer allgemeinen Schutzfunktion im Fall der Persönlichkeitsverletzung, besonders unter der Ediktsklausel *ne quid infamandi causa fiat*,<sup>110)</sup> die geeignetste Klage zu sein scheint.<sup>111)</sup> Allein sie umfaßte, soweit das Quellenmaterial offenlegt,<sup>112)</sup> trotz der scheinbar durchaus in Frage kommenden und naheliegenden

---

<sup>108)</sup> Hauser (1967), 122-125.

<sup>109)</sup> Der Referent C meint, eine Diskussion über die Schutzmittel sei nur möglich, wenn man das Urheberrecht im römischen Recht voraussetzen in der Lage sei. Es könne also verschiedene Ansätze zu den gleichen Quellen geben. Die folgende Darstellung nimmt eher eine weniger strikte Haltung ein und prüft, ob die in Erwägung gezogenen Schutzmittel diejenigen Bereiche, die urheberschaftlich sinnvolle Rechtsbeziehungen betreffen, umfassen. Das Ergebnis ist doch eindeutig negativ.

<sup>110)</sup> Lenel (1974), Tit. XXXV. § 193 (S.401):

Ait praetor: Ne quid infamandi causa fiat. Si quis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertam.

<sup>111)</sup> Schickert (2005), 63f.; 72f.

Anwendbarkeit offensichtlich die urheberrechtlichen Verletzungstatbestände nicht. Das führt denn auch zur Meinungsverschiedenheit unter den Forschern.<sup>113)</sup>

Auf die eher als eine *laudatio* zu verstehende Aussage Quintilians, “Kein Tag sei vergangen, ohne dass sein Verleger Tryphon ihn mit der Bitte gequält habe, endlich die Herausgabe der Bücher, die er für seinen Freund Marcellus über die Unterweisung in der Beredsamkeit verfaßt hätte, zu beginnen”,<sup>114)</sup> kann man sich freilich nicht berufen, um sie als einen Beweis für die von Quintilian empfundene Ehrverletzung zu deuten und somit die Anwendbarkeit der *actio iniuriarum* plausibler zu machen.<sup>115)</sup>

In den obigen justinianischen Stellen (Inst. Iust. 2.1.33-34) findet man auch konsequenterweise keine Erwähnung von der Injurienklage.<sup>116)</sup> Dass für den Gegenstand, der gewissermaßen das “geistige Eigentum” verkörpert, in aller Regel nur die Diebstahlsklage (*actio furti*) in Betracht kommt, versteht sich von selbst. Unmittelbar erfaßte diese *actio* die unberechtigte Verwertung eines geistigen Produktes jedoch nicht.<sup>117)</sup>

## 2. Sonstiges

Inwieweit war die Tatsache, dass die staatliche Agentur von Anfang an an der Gestaltung der Theateraufführung mitbeteiligt war, von urheberrechtlicher Relevanz? Die Einmischung der Ädilen wird sehr wohl auf das Bewußtsein der Gesellschaft

---

<sup>112)</sup> S. nur Zimmermann (1993), 1050ff., bes. 1056f.

<sup>113)</sup> Zu Recht verneinend Eggert (1999), 213ff. gegen Dziatzko, Visky und Kohler.

<sup>114)</sup> Quintilianus, Institutiones oratoriae, Ad Tryphonum 1:

M. Fabius Quintilianus Tryponi suo salutem. Efflagitasti cotidiano convicio, ut libros, quos ad Marcellum meum de institutione oratoria scripseram, iam emittere inciperem.

<sup>115)</sup> Entgegen Schickert (2005), 64 bei n.555.

<sup>116)</sup> Freilich scheint die *actio iniuriarum* für das Verständnis der römischen Vorstellungen insofern nicht ohne Bedeutung zu sein, als böswillige Verbreitung eines vertraulichen Briefinhalts als *iniuria* geahndet worden sein wird. Aber ein Geistiges Eigentum an dem Briefinhalt als solches ist ebenso wenig bekannt. Der Brief gehörte wie üblich dem Eigentümer des Papiers oder Täfelchens, also meistens dem Schreiber. Vgl. Benöhr (1998), 126ff.

<sup>117)</sup> Schickert (2005), 64f.; 73f.; Eggert (1999), 213; Visky (1987), 33.

von der Urheberschaft und der Urheberehre verstärkend eingewirkt haben. Trotzdem scheint auf der rechtlichen Ebene darüber hinaus keine Änderung stattgefunden zu haben. Insofern praktizierten sie ebenso wie alle anderen Privatpersonen dem geltenden Recht getreu, das sich auf einer ersten Entwicklungsstufe befand.

## V. Schlußbemerkungen

Das Ergebnis ist, wie man gut erwartet und auch die h. M. bestätigt, wenig spektakulär. Der Antike war ein dem heutigen Urheberrecht vergleichbarer umfassender rechtlicher, nicht zuletzt vermögensrechtlicher, Schutz des Urhebers unbekannt.<sup>118)</sup> Es ist jedoch, stark durch die stoischen Weltanschauungen geprägt, im allgemeinen unbeirrt anerkannt worden, dass ein geistiges Werk durchaus von dessen Autor kreativ zum Leben hergeholt worden ist, und zwar sehr wohl in dem Sinne, wie einst Goethe in seiner Dichtung "Eigentum" (sic!) zur Sprache gebracht hat:

Ich weiß, dass mir nichts angehört,  
 Als der Gedanke, der ungestört  
 Aus meiner Seele will fließen,  
 Und jeder günstige Augenblick,  
 Den mich ein liebendes Geschicke  
 Von Grund aus läßt genießen.  
 Halte dich nur im stillen rein  
 Und laß es um dich wettern;  
 Je mehr du fühlst ein Mensch zu sein,  
 Desto ähnlicher bist du den Göttern.

Dieses Bewußtsein für ein "moralisches Recht" (*droit moral*) des Verfassers an seinem Werk hat jedoch, ich wiederhole, keine rechtliche Ausgestaltung erfahren.<sup>119)</sup> Das Gros der errungenen Erkenntnisse aber wird so oder so bleiben,<sup>120)</sup>

---

<sup>118)</sup> Dasselbe gilt auch für griechische Antike bis zum Hellenismus. Vgl. Legras (2003), 443ff.; Stemplinger (1990).

<sup>119)</sup> Eggert (1999), 215; 217; Visky (1987), 39f. Insofern scheint mir der Wunsch des Referenten

an den Einzelheiten muß weiterhin umso sensibler gearbeitet werden.

투고일 2010. 5. 17	심사완료일 2010. 6. 7	게재확정일 2010. 6. 14
-----------------	------------------	-------------------

---

B, es sei empfehlenswert nachzugehen, welchen Einfluß die römischen Erträge auf die Entwicklungen des europäischen Urheberrechts im 17. und 18. Jahrhundert ausgeübt hätten, leider ein frommer Wunsch zu bleiben. Der Referent A ist offenbar derselben Meinung (“ein anachronistischer Versuch, den Ursprung des modernen Instituts des Urheberrechts in den römischen Rechtsquellen zu suchen”).

<sup>120)</sup> In dieser Beziehung sei auf die von Alan Watson (2006), 143ff. erzählte Episode zur *actio servi corrupti* verwiesen. Sie ist äußerst verräterisch für die amerikanische Gelehrtenrepublik von heute. Ihm zufolge ist eine völlig bizarre These A. Arthur Schillers, diese römische *actio* habe dazu gedient, “trade secrets and other such commercial interests” zu schützen, kritiklos durch die “großen” Autoritäten der Gelehrtenrepublik nachfolgend rezipiert, rekapituliert und weiter extrapoliert worden. Er ist “thrilled by Schiller’s success.” Man muß sich vor solch einem Anachronismus hüten.

## [Bibliographie]

- Adkins, Lesley/Adkins, Roy A., *Handbook to Life in Ancient Rome* (1994/ppb. 1998).
- Alexander ab Alexandro, *Genialium dierum libri sex*, I (Lugduni Batavorum, 1673).
- Are, Mario, “Beni immateriali a) Diritto privato”, in: *Enciclopedia del Diritto*, V (1959), 244ff.
- Becker, Christoph, *Die »res« bei Gaius - Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation?* (1999).
- Behrends, Okko, “Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die *media sententia* in der Geschichte der römischen Jurisprudenz”, *SZ* 112 (1995), 195ff.
- \_\_\_\_\_, *Institut und Prinzip, Ausgewählte Aufsätze*, I (2004).
- \_\_\_\_\_, “Das Kunstwerk in der Eigentumsordnung oder: Der Kunstbegriff der vorklassischen Jurisprudenz im Rahmen ihrer Weltdeutung”, in: Andreas Hoyer/Hans Hattenhauer/Rudolf Meyer-Pritzl/Werner Schubert (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Jörn Eckert* (2008), 65ff.
- Benöhr, Hans-Peter, “Der Brief. Korrespondenz, menschlich und rechtlich gesehen”, *SZ* 115 (1998), 115ff.
- Blänsdorf, Jürgen, “Einführung: Theater und Gesellschaft im *Imperium Romanum*”, in: derselbe (Hrsg.), *Theater und Gesellschaft im Imperium Romanum* (1990a), 7ff.
- \_\_\_\_\_, “Der spätantike Staat und die Schauspiele im Codex Theodosianus”, in: derselbe (Hrsg.), *Theater und Gesellschaft im Imperium Romanum* (1990b), 261ff.
- Bowersock, G.W./Brown, Peter/Grabar, Oleg (ed.), *Late Antiquity. A Guide to the Postclassical World* (1999).
- Bretone, Mario, *I fondamenti del diritto romano, Le cose e la natura* (1999).
- Chiusi, Tiziana J., “Res: Realität und Vorstellung”, in: *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag* (2002), 101ff.
- Choe, Byoung Jo, “Der Schulenstreit zur Verarbeitung (*specificatio*) im römischen Recht (I)”, in: derselbe, *Römischrechtliche Studien I - Auf der Suche nach dem Urquell der Rechtswissenschaft* - (1995a), 240ff. (koreanisch).
- Choe, Byoung Jo, “Die zivilrechtliche Haftung des Arztes im römischen Recht”, in: derselbe, *Römischrechtliche Studien I - Auf der Suche nach dem*

- Urquell der Rechtswissenschaft* - (1995b), 433ff. (koreanisch).
- Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung, I. Institutionen*, gemeinschaftlich übersetzt von Okko Behrends, Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Hans Hermann Seiler (1990).
- Dajczak, Wojciech, “Der Ursprung der Wendung *res incorporalis* im römischen Recht”, *RIDA* 50 (2003), 97ff.
- Dempster, Thomas, *Antiquitatum Romanarum Corpus Absolutissimum* (Coloniae Agrippinae, 1662).
- Drahos, Peter, *A Philosophy of Intellectual Property* (1996).
- Edmondson, J. C., “Dynamic Arenas: Gladiatorial Presentations in the City of Rome and the Construction of Roman Society during the Early Empire”, in: William J. Slater (ed.), *Roman Theater and Society. E. Togo Salmon Papers I* (1996/1999), 69ff.
- Eggert, Astrid, “Der Rechtsschutz des Urheber in der römischen Antike”, *UFITA* 138/1999, 183ff.
- Forschner, Maximilian, “Der Begriff der Person in der Stoa”, in: Dieter Sturma (Hrsg.), *Person. Philosophiegeschichte - Theoretische Philosophie - Praktische Philosophie* (2001), 37ff.
- Frohne, Renate, “Sorgen mit dem Urheberschutz in Antike und Humanismus”, *UFITA* 106/1987, 41ff.
- \_\_\_\_\_, “Wider die papierne Weisheit, oder: das Gespür für so etwas wie ‘geistiges Eigentum.’ Urheberrecht im Griechenland der Antike?”, *UFITA* 129/1995, 53ff.
- \_\_\_\_\_, “Der Gedanke des Geistigen Eigentums bei Theognis und Cicero”, *UFITA* 2004/II, 399ff.
- \_\_\_\_\_, “Urheberrecht in der römischen Antike?”, *UFITA* 2005/III, 799ff.
- Geffcken, J. und Ziebarth, E. (Hrsg.), *Friedrich Lübkers Reallexikon des klassischen Altertums* (8. vollständig umgearbeitete Aufl., 1914).
- Gross, Walter Hatto, “Theater”, *Der Kleine Pauly*, V (1975/1979), 660ff.
- Hauser, Arnold, *Sozialgeschichte der Kunst und Literatur* (1967).
- Jänich, Volker, *Geistiges Eigentum - eine Komplementärserscheinung zum Sacheigentum?* (2002).
- Kuhn, P. Albert, *Geschichte der Malerei*. II. Halbband (1909).



- Kunkel, Wolfgang/Wittmann, Roland, *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik, Zweiter Abschnitt: Die Magistratur* (1995).
- Lebek, W. D., “Moneymaking on the Roman Stage”, in: William J. Slater (ed.), *Roman Theater and Society. E. Togo Salmon Papers I* (1996/1999), 29ff.
- Leesen, Tessa, “Romeinse Schilderkunst op Andermans Panel: Wie wordt Eigenaar van de *Tabula picta*?”, *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 23 (2006), 113ff.
- Legras, Bernard, “La sanction du plagiat littéraire en droit grec et hellénistique”, in: *Symposion 1999* (2003), 443ff.
- Lenel, Otto, *Das Edictum Perpetuum* (3. Aufl. 1927/2. Neudruck 1974).
- Long, A. A./Sedley, D. N., *The Hellenistic Philosophers, vol. 1. Translations of the Principal Sources with Philosophical Commentary* (1987/reprint 1990).
- Marquardt, Joachim, *Das Privatleben der Römer, Zweiter Teil* (2. Aufl. 1886/ND 1980).
- Melillo, Generoso, *Economia e giurisprudenza a Roma* (1978).
- Merges, Robert P./Ginsburg, Jane C., *Foundations of Intellectual Property* (2004).
- Nardi, Enzo, “Un’osservazione in tema di *tabula picta*”, in: derselbe, *Scritti Minori*, I (1991), 147ff.
- Paoli, Ugo Enrico, *Das Leben im alten Rom* (2. Aufl. 1981).
- Potz, Richard, “Urheberrecht aus kirchenrechtlicher Sicht”, in: Robert Dittrich (Hrsg.), *Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Wurzeln, geschichtlicher Ursprung, geistesgeschichtlicher Hintergrund und Zukunft des Urheberrechts* (1988), 43ff.
- Rawson, Elizabeth, “Theatrical Life in Republican Rome and Italy”, in: dieselbe, *Roman Culture and Society. Collected Papers* (1991a), 468ff.
- \_\_\_\_\_, “*Discrimina Ordinum: The Lex Julia Theatralis*”, in: dieselbe, *Roman Culture and Society. Collected Papers* (1991b), 508ff.
- Rehbinder, Manfred, *Urheberrecht* (12., neubearbeitete Aufl. 2002).
- Reinach, Adolphe, *Textes grecs et latins relatifs à l'histoire de la peinture ancienne* (1921/reprint 1981).
- Rotondi, Giovanni, *Leges Publicae Populi Romani* (1962).
- Sandys, John Edwin (ed.), *A Companion to Latin Studies* (third edition, 1968).
- Schanz, Martin/Hosius, Carl, *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetz-*

- gebungswerk des Kaisers Justinian, Erster Teil* (4. neubearbeitete Aufl. 1966).
- Schanz, Martin/Hosius, Carl, *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinian, Zweiter Teil* (4. neubearbeitete Aufl. 1967).
- Schanz, Martin/Hosius, Carl/Krüger, Gustav, *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinian, Dritter Teil* (3. neubearbeitete Aufl. 1959).
- Schickert, Katharina, *Der Schutz literarischer Urhebererschaft im Rom der klassischen Antike* (2005).
- Schweikart, Philipp, *Die Interessenlage im Urheberrecht* (2004) = <http://www.dissertationen.unizh.ch/2005/schweikart/diss.pdf>.
- Schwinge, E.-R., “Theater”, *dtv-Lexikon der Antike, I Philosophie, Literatur, Wissenschaft*, Bd. 4 (1970), 263ff.
- Stemplinger, Eduard, *Das Plagiat in der griechischen Literatur* (1912/Nachdruck 1990).
- Strömhölm, “Copyright - National and International Development”: *Int.Enc.Comp.L.* XIV ch.2 (1990) s. 1ff.
- Uchtenhagen, Ulrich, “Die Urheberrechts-Systeme der Welt und ihre Verwurzelung in den geistigen Grundlagen des Urheberrechts”, in: Robert Dittrich (Hrsg.), *Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Wurzeln, geschichtlicher Ursprung, geistesgeschichtlicher Hintergrund und Zukunft des Urheberrechts* (1988), 29ff.
- Visky, Károly, “Geistiges Eigentum der Verfasser im antiken Rom”, *UFITA* 106/1987, 17ff.
- Watson, Alan, *The Shame of American Legal Education* (2nd ed. 2006).
- Weber, Carl W., *Panem et Circenses. Massenunterhaltung als Politik im antiken Rom* (1983).
- Weeber, Karl-Wilhelm, *Alltag im Alten Rom: ein Lexikon* (3. Aufl. 1997).
- Wieacker, Franz, “Zur Methodik der Rechtsgeschichte”, in: Strasser, Rudolf/Schwimann, Michael/Hoyer, Hans (Hg.), *Festschrift für Fritz Schwind zu, 65. Geburtstag* (1978), 355ff.
- Wissowa, Georg, *Religion und Kultus der Römer* (2. Aufl. 1912).
- Ziegler, Konrat, “Plagiat”, *Der Kleine Pauly*, IV (1975/1979), 879ff.
- Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1992/1993).

〈국문초록〉

## 로마법에는 지식재산권이 알려져 있었는가? - 저작권을 중심으로-

Byoung Jo Choe<sup>\*</sup>

이 논문은 고대 로마법에 지식재산권이<sup>1)</sup> 알려져 있었는가를 특히 법사료를 중심으로 고찰하였다. 당시 국가·사회적으로 중요했던 연극의 공연과 그 대본의 저작 및 유통을 살피고, 인간의 감각에 직접 호소하는 그림의 경우를 비교 고찰하였다(I).

고대 로마에서 연극 상연은 축제를 맞이하여 국가가 주관하였고, 그 대본의 저술은 명성을 얻을 수 있는 문화작업 중의 하나였다. 먼저 극장 관련 법사료들을 일별하였고(II.1.a), 또 공연에 이르는 과정과 관장 조직에 대하여 살펴보았다(II.1.b). 이어 관여자들 사이의 법률관계를 대본집필자의 지식재산권의 관점에서 살폈다. 오늘날의 지식재산권을 구성하는 요소들은 법적인 권리로서 인정된 바가 전혀 없었다(II.2.a). 하지만 저작자들의 자기 작품에 대한 “내 것”이라는 의식은 분명히 확인된다. 특히 가공의 경우가 분명히 보여주듯이 문학작품의 경우 그 내용은 자체로서 법적인 면에서 달리 특별한 취급을 받지 않았다(II.2.b).

그러나 직접적으로 미적 감각에 호소하는 회화의 경우에는 그 창조성과 예술품으로서의 가치를 인정하는 강력한 관점 역시 존재하였고, 그 배경에는 스토아의 사물과 인간행위에 대한 철학적 이론이 자리 잡고 있었다. 이것은 로마법이 집대성되는 유스티니아누스 시기의 법에 이르면 현행법이 됨으로써 고대인들의 경우에도 생활영역에 따라서는 지식재산권 중 인격권적 측면에 대한 인식은 이미 분명한 정도로 공유되었음을 보여준다(III). 그러나 인격권침해소권(actio iniuriarum)에 의한 법적인 보호는 인정된 바 없었다(IV).

주제어: 가공, 그림, 극장, 로마법, 무체물, 비유동물, 연극, 인격권침해소권, 지식재산권, 지적재산권

\* 서울대학교 법과대학·법학대학원 교수.

1) 계재심사자 B의 의견 중 ‘지적재산권’과 ‘지식재산권’의 용어 문제가 제기되었다. 필자가 알기로는 학계에서는 대체로 일본의 예와 같이 ‘지적재산권’이라는 용어가 통용되는 것 같고, 정부에서 공식적으로 권고한 용어는 중국처럼 ‘지식재산권’이라고 알고 있다. 형용사와 명사를 겹쳐 쓰는 어법이 다소 어색해서 필자는 후자를 취하였다.