



| | |
|------------------|---|
| Title | 著作権の保護期間 : 文化政策の観点から |
| Author(s) | 小島, 立 |
| Citation | 知的財産法政策学研究, 33, 259-281 |
| Issue Date | 2011-03 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/45727 |
| Type | departmental bulletin paper |
| File Information | IPLPJ33_010.pdf |



著作権の保護期間 —文化政策の観点から—

小 島 立

1. はじめに
2. 著作権と文化政策
 - (1) 文化政策の「ポートフォリオ」
 - (2) 文化政策における著作権の役割
3. 著作権の保護期間延長
 - (1) 文化産業の観点から
 - (2) 創作者の観点から
 - (3) 文化セクターの他の利害関係者の観点から
 - (4) 若干の考察
4. 結語

1. はじめに

本稿では、著作権の保護期間について、主に文化政策の観点から検討を行う⁽¹⁾。「著作権のバランス (Balance of Copyright)」⁽²⁾を図る上で、著作権

⁽¹⁾ 本稿は、北海道大学大学院法学研究科グローバル COE プログラム「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」主催国際シンポジウム“Multi-Agential Governance and the Idea of Intellectual Property: Between Market and Other Social Values”(2010年8月28日)〔http://www.juris.hokudai.ac.jp/gcoe/english/workshops/2010_Aug27-28e.html〕及び国際著作権法学会(ALAI: Association Littéraire et Artistique Internationale)ウィーン大会(2010年9月11日)〔<http://studydays.alai.at/en/>〕における英語報告をもとに、大幅な加筆修正を加えたものである。報告の機会を与えて下さった田村善之教授及び Michel Walter 教授に深甚の謝意を表するとともに、参加者の皆様からの貴重なご意

の保護期間が、他の様々な装置（例えば、アイデア表現二分論、創作性概念、限定列举された支分権のリスト、侵害における「依拠」の要件、保護範囲、権利制限規定など）とともに重要な役割を果たしていることについては、疑いの余地はないであろう。

アメリカ合衆国やEUを含めた多くの国々において、著作権の保護期間は原則として著作者の死後70年となっている⁽³⁾。しかし、日本においては、著作権の保護期間は原則として著作者の死後50年である（著作権法51条参照）⁽⁴⁾。

過去数年間、日本においても、著作権の保護期間延長について激しい議論が交わされた⁽⁵⁾。検討は主に文化審議会で行われ、この問題を議論する

見及びご指摘に心から御礼申し上げます。また、寺本振透教授からは、草稿の段階において貴重なコメントを頂戴した。深く感謝申し上げます。当然のことながら、残された誤りは筆者の責任に属する。

⁽²⁾ このテーマは、2010年7月末に開催された「比較法国際アカデミー（International Academy of Comparative Law）」ワシントン大会〔<http://www.wcl.american.edu/events/2010congress/welcome.en.cfm>〕において取り上げられたものである。筆者は、ナショナルレポーターとして、日本法の状況についてレポート執筆及び報告を行う機会を与えられた。ジェネラルレポートの暫定版については、参照、Reto Hilty, *Provisory Statements of the General Report on "The Balance of Copyright" of The XVIIIth International Congress of Comparative Law (July 2010)*, available at http://www.wcl.american.edu/events/2010congress/reports/General_Reports/III_B_1_The_Balance_of_Copyright.pdf?rd=1。最終的には、ジェネラルレポート及び各国のナショナルレポートをまとめたものが出版される予定である。

⁽³⁾ 世界各国における著作権の保護期間については、<http://ja.wikipedia.org/wiki/%E4%B8%96%E7%95%8C%E5%90%84%E5%9B%BD%E3%81%AE%E8%91%97%E4%BD%9C%E6%A8%A9%E4%BF%9D%E8%AD%B7%E6%9C%9F%E9%96%93%E3%81%A%E4%B8%80%E8%A6%A7> に詳しい。

⁽⁴⁾ 映画著作物の保護期間については、2003年の法改正により、当該映画著作物の公表後70年に延長されている（著作権法54条1項）。

⁽⁵⁾ 田中辰雄＝林紘一郎編著『著作権保護期間—延長は文化を振興するか？—』（勁草書房、2008年）、文化審議会著作権分科会過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会中間整理（2008年10月）〔http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/kako_chukan_2010.pdf〕、文化審議会著作権分科会報告書（2009年1月）〔http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/shingi_hokokusho_2101.pdf〕、ALAI（国際著作権法学会）日本支部「2008年度国際研究大会講演録～シンポジウム『著作権等の存続期間を根拠付けるものは何か』」（2009年）など。

特別の委員会も設置された⁽⁶⁾。議論の過程において、30名を超える利害関係者からのヒアリングがなされたことも注目に値する⁽⁷⁾。結果的に、この問題について委員会レベルでコンセンサスを得ることは難しく、2009年1月に公表された文化審議会著作権分科会法制問題小委員会の報告書は両論併記とされ、さらなる検討が必要であると結論づけられた⁽⁸⁾。

ところが、新聞報道によると、2009年11月19日に、鳩山由紀夫前首相が、日本音楽著作権協会（JASRAC）の創立70周年を記念するパーティにおいて、著作権の保護期間を著作者の死後70年に延長するべく最善の努力を払うと発言した⁽⁹⁾。翌日には、川端達夫文部科学大臣（当時）が鳩山前首相の発言に賛成する旨を表明している⁽¹⁰⁾。著作権の保護期間延長に反対する複数の団体は、すぐさま反対の声明を発表するなど⁽¹¹⁾、にわかには著作権の保護期間延長問題が熱を帯びるに至った。この一連の経緯は、「制度論

http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/shingi_hokokusho_2101.pdf〕、ALAI（国際著作権法学会）日本支部「2008年度国際研究大会講演録～シンポジウム『著作権等の存続期間を根拠付けるものは何か』」（2009年）など。

⁽⁶⁾ 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会に設けられた「過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会」である。同委員会の議事については、<http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/hogo/index.html> を参照。

⁽⁷⁾ 文化審議会著作権分科会過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会第2回（2007年4月27日）〔http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/021/07050102.htm〕及び第3回（2007年5月16日）〔http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/021/07051627.htm〕を参照。もっとも、真の利害関係者が他にいることも十分に考えられるわけであり、30名のヒアリングのみで十分だったのかどうかについては、さらなる検証が必要であろう。

⁽⁸⁾ 文化審議会著作権分科会報告書（2009年1月）〔http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/21_houkaisei_hokokusho.pdf〕

⁽⁹⁾ 『『著作権保護期間70年への延長実現に最大限努力』鳩山首相が明言〕〔http://internet.watch.impress.co.jp/docs/news/20091118_329858.html〕

⁽¹⁰⁾ 「MIAU が著作権保護期間延長に反対、鳩山首相の発言受けて」〔http://internet.watch.impress.co.jp/docs/news/20091120_330592.html〕

⁽¹¹⁾ 例えば、著作権保護期間の延長問題を考えるフォーラム（thinkC）（<http://thinkcopyright.org/>）や、一般社団法人インターネットユーザー協会〔<http://miau.jp/1258707600.phtml>〕などのウェブサイトの記述を参照。

(institutionalism)」の観点から考察するには格好の素材であり⁽¹²⁾、今後も著作権の保護期間に関する問題が政治過程においてどのように扱われるのか、動向を注視する必要があるだろう⁽¹³⁾。

前述の状況からも分かるとおり、著作権の保護期間に関する問題を分析するに当たっては、以下の諸点に注意を払う必要がある。例えば、(1) 著作権の保護期間延長を議論するに当たり、考慮されるべき真の「利害関係者 (stakeholders)」は誰か (創作者、権利者、媒介者、または利用者など)、(2) 著作権の保護期間延長により、いかなる利害関係者のいかなる利益 (経済的利益または人格的利益) が影響を受けるのか、(3) 第3に、いかなる利害関係者が著作権の保護期間延長を主張しているのか、といった点である。

著作権の保護期間延長については、実証分析を含めて相当数の研究がなされている⁽¹⁴⁾。しかしながら、管見の限りでは、文化政策の観点から本問

⁽¹²⁾ Antonina Bakardjieva Engelbrekt, *Copyright from an Institutional Perspective: Actors, Interests, Stakes and the Logic of Participation*, 4(2) *Review of Economic Research on Copyright Issues* 65 (2007), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1144289; NEIL KOMESAR, *LAW'S LIMITS: RULE OF LAW AND THE SUPPLY AND DEMAND OF RIGHTS* (Cambridge University Press 2001); ADRIAN VERMEULE, *JUDGING UNDER UNCERTAINTY: AN INSTITUTIONAL THEORY OF LEGAL INTERPRETATION* (Harvard University Press 2006); 田村善之「知的財産法学の新たな潮流—プロセス志向の知的財産法学の展望—」*ジュリスト*1405号 (2010年) 22頁などを参照。

⁽¹³⁾ 著作権と政治過程との関連については、京俊介「政策形成に対する利益集団の影響力—著作権法全面改正における事例間比較」*阪大法学*58巻5号 (2009年) 1205頁、同「著作権法改正の政治学的分析」*新世代法政策学研究*7号 (2010年) 413頁、西村もも子『TRIPs協定の締結をめぐる政治過程の分析：日米欧における製薬・コンピュータ産業を中心として』(産業財産権研究推進事業報告書、2007年)〔要約は、http://www.iip.or.jp/summary/pdf/detail06j/18_28.pdfで閲覧可〕などを参照。

⁽¹⁴⁾ William M. Landes & Richard A. Posner, *Indefinitely Renewable Copyright*, 70 U. CHI. L. REV. 471 (2003); Stan J. Liebowitz & Stephen Margolis, *Seventeen Famous Economists Weigh in on Copyright: The Role of Theory, Empirics, and Network Effects*, 18 HARV. J.L. & TECH. 435 (2005); Paul J. Heald, *Property Rights and the Efficient Exploitation of Copyrighted Works: An Empirical Analysis of Public Domain and Copyrighted Fiction Bestsellers*, 92 MINN. L. REV. 1031 (2008); 田中＝林・前掲注(5)所収の各論稿などを参照。

題にアプローチしたものはほとんど存在しないように思われるので、本稿はその視角からの分析を試みたい。

本稿の構成は以下のとおりである。第1に、著作権制度を文化政策の中に位置づける試みを行う。この作業により、著作権の強み及び弱み (つまり長所及び短所) を明確に認識することが可能となるであろう。第2に、上述の文化政策の観点に基づき、著作権の保護期間延長について分析を行う。もっとも、著作権の保護期間延長については、著作隣接権及び著作人人格権に関する議論も存在するものの⁽¹⁵⁾、紙幅の関係から、本稿では主に財産権としての著作権の側面を対象を絞って論じることとする。

2. 著作権と文化政策

(1) 文化政策の「ポートフォリオ」

著作権法の目的は、文化的表現の多様化 (以下、「文化多様性」という表現を用いることもある) である⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾。この目的を達成するためには、

⁽¹⁵⁾ 著作隣接権の保護期間延長については、ヨーロッパで議論が盛り上がりを見せている。この動向については、拙稿「ALAI ウィーン大会の報告」ALAI (国際著作権法学会) 日本支部「2010年度国際研究大会講演録」(2011年刊行予定)。

ヨーロッパにおける「著作隣接権」の保護期間延長問題を理解するためには、1990年代のヨーロッパにおいてなされた「著作権」の保護期間延長についての正確な理解が必要である。この点で参考になる文献として、Silke von Lewinski, *EC Proposal for a Council Directive Harmonizing the Term of Protection of Copyright and Certain Related Rights*, 23(6) IIC 785 (1992); Silke von Lewinski, *The EC Duration Directive and Its Legislative Background: An Example for the Complexity of the Harmonization of Laws in the European Community*, in 4 PETER K. YU (ED.), *INTELLECTUAL PROPERTY AND INFORMATION WEALTH: ISSUES AND PRACTICES IN THE DIGITAL AGE* 257 (Praeger Publishers 2007); 南亮一「EUにおける著作権保護期間延長の経緯について」*レファレンス*681号 (2007年) 5頁、酒井麻千子「EU・アメリカはなぜ保護期間を延長したか」田中＝林・前掲注(5)160頁などを参照。

⁽¹⁶⁾ 「文化的表現」とは、2005年に成立したUNESCOの「文化的表現の多様性に関する条約」(以下、「文化多様性条約」という)における表現を借用したものである。なお、文化多様性条約が指定する「文化的表現」とは、単に著作物に限られるもの

創作者及び著作権に係る当事者の経済的基盤を安定化させることが重要な柱の1つに位置づけられよう。ここで留意しなければならないのは、当該目的を達成するべく、国家(政府)は複数の政策手段を用いることができるということであり⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾、従って、文化政策⁽²⁰⁾に基づいた包括的検

ではなく、より広範な概念である。文化多様性条約については、河野俊行「文化多様性と国際法—オーディオ・ビジュアル産業をめぐる貿易摩擦を素材として—(1)(2・完)」民商法雑誌135巻1号58頁、135巻2号287頁(2006年)、鈴木秀美「文化と自由貿易—ユネスコ文化多様性条約の採択」塩川伸明=中谷和弘編『法の構築 2 国際化と法』(東京大学出版会、2007年)267頁などを参照。

⁽¹⁷⁾「文化的表現の多様化」という表現の持つ意味については、北海道大学におけるシンポジウムにおいて、複数の質問を頂戴した。貴重なご指摘をいただいた河島伸子教授及び田中辰雄教授に深く感謝申し上げる。

文化多様性を論じる場合には、いかなる「属性」の文化的表現が、いかなる「質」及び「量」の関係から、いかなる「分布状況」を示しているのか、という点において、論者によって「多様性」のイメージが異なり得ることは事実であろう。この点で、文化多様性という概念は、厳密な定義を行うというよりも、むしろ議論の「コンテキスト」として存在しているように思われる(この点については、寺本振透教授のご指摘に多くを負っている)。多くの論者は、多様性に乏しい文化的環境と多様性に富んだ文化的環境をイメージでき、前者よりも後者を望んでいるのではないだろうか。つまり、今後の議論において解明すべきなのは、どのような力学が働けば、文化をめぐる環境がどのように変化し、その結果、いかなる形の多様性が影響を受け、それは果たして望ましい帰結なのか、といった内容ではないかと思われる。

文化多様性の概念については、Branislav Hazucha(南部朋子(訳))「知的財産権と文化多様性—市場と文化との関係に関する2つの見解—」知的財産法政策学研究28号(2010年)39頁、河島伸子「文化多様性と市場構造—メディア、エンタテインメント経済学からの検討—」知的財産法政策学研究28号(2010年)91頁、森村進「グローバル化と文化的多様性」創文533号(2010年)15頁の議論を参照。

⁽¹⁸⁾ TYLER COWEN, *GOOD & PLENTY: THE SUCCESSES OF AMERICAN ARTS FUNDING* (Princeton University Press 2005); MARJORIE GARBER, *PATRONIZING THE ARTS* (Princeton University Press 2008).

⁽¹⁹⁾ William Fisher は、「公共財(public goods)」の過小生産を解決するに当たり、政府には5つの方法があると述べる。すなわち、①政府が自前でそれらの財を供給する、②政府が私的なアクターに支出を行い、公共財を生産させる(Fisherが挙げる例としては、全米芸術基金(National Endowment for the Arts)やアメリカ国立衛生研

究がより一層重要になりつつある⁽²¹⁾。

国家が用いることができる文化政策の達成手段は、大別すると3つ挙げられる。第1に、国家による文化芸術助成のような形での「直接的な補助金」である⁽²²⁾。日本における文化芸術助成の一部には、例えば日本芸術文化振興会を通じてなされているものなど、国家が直接に給付を行っていないものも存在するものの⁽²³⁾、このような形式での補助金による助成につい

究所(National Institute of Health)の行う助成)、③政府が、公共財を生み出した私人や組織に対し、「事後的(post-hoc)」に賞や報奨を与える、④政府が、公共財の供給者を競争者から守る(典型的には排他権を設定し、供給者の商品が公衆に行き渡るようにする)、⑤公共財の「排他性(excludability)」を増す工夫をしている私人を政府が支援し(assist)、それらの財にアクセスしようとする需要者に対し、財の生産者が対価を徴収できる可能性を高める。See WILLIAM W. FISHER III, *PROMISES TO KEEP: TECHNOLOGY, LAW AND THE FUTURE OF ENTERTAINMENT 200* (Stanford University Press 2004).

⁽²⁰⁾ 文化政策については、後藤和子編『文化政策学』(有斐閣、2001年)、池上惇=植木浩=福原義春編『文化経済学』(有斐閣、1998年)。

⁽²¹⁾ 著作権制度を文化政策の中に位置づける考え方は、2009年12月11日に開催された北海道大学大学院法学研究科知的財産法研究会における報告(「著作権と表現の自由」)において、はじめてまとまった形で公表したものである。この報告内容に至った経緯については、拙稿「著作権と表現の自由」新世代法政策学研究8号(2010年)251頁参照。

⁽²²⁾ 国家による文化芸術助成については、蟻川恒正「国家と文化」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法1 現代国家と法』(岩波書店、1997年)191頁、阪口正二郎「芸術に対する国家の財政援助と表現の自由」法律時報74巻1号(2002年)30頁、駒村圭吾「国家助成と自由」小山剛=駒村圭吾編『論点探求 憲法』(弘文堂、2005年)168頁、同「(基調報告)国家と文化」ジュリスト1405号(2010年)134頁、中林暁生「給付と人権」長谷部恭男他編『岩波講座 憲法 第2巻 人権論の新展開』(岩波書店、2007年)263頁、駒村圭吾=木村草太=長谷部恭男=大沢秀介=川岸令和=宍戸常寿「(座談会)国家と文化」ジュリスト1405号(2010年)147頁などを参照。

⁽²³⁾ 日本文化芸術振興会は、文部科学省所管の独立行政法人である。日本文化芸術振興会の「芸術文化振興基金」では、基金として政府から出資された541億円及び民間からの出捐金112億円の計653億円を原資として、その運用益をもって芸術文化活動に対する助成に充てている。参照、<http://www.ntj.jac.go.jp/kikin/gaiyou/index.html>。

ちなみに、日本文化芸術振興会については、2009年秋になされた、いわゆる「事

でも、差し当たりは第1の категорияに含めてよいであろう。

第2に、私人または私的団体が文化セクター（交響楽団、音楽ホール、劇場、アートNPOなど）へ行うフィランソロピー（寄附）が挙げられる⁽²⁴⁾。この手法はアメリカ合衆国で幅広く用いられており、フィランソロピーを行った私人または私的団体は税額控除を享受できる。この政策手法については、「間接的な補助金」と位置づけることも可能であろう。

第3に、著作権を含めた知的財産権制度が挙げられる。知的財産法は知的成果物に法的な保護（知的財産権）を与え、マーケット原理を活用して、権利者に投下資本の回収を行うことを容易にさせる制度である⁽²⁵⁾。

業仕分け第1弾」で評価対象とされ、そのあり方をめぐって大きな議論を読んだことは記憶に新しい。事業仕分けにおける第三者ワーキンググループのコメントについては、参照、<http://www.cao.go.jp/sasshin/oshirase/h-kekka/pdf/nov11kekka/3-4.pdf>。

⁽²⁴⁾ PETER FRUMKIN, ON BEING NONPROFIT: A CONCEPTUAL AND POLICY PRIMER (Harvard University Press 2002); PETER FRUMKIN, STRATEGIC GIVING: THE ART AND SCIENCE OF PHILANTHROPY (The University of Chicago Press 2006); 藤谷武史「非営利公益団体課税の機能的分析—政策税制の租税法学的分析—(1)～(4・完)」国家学会雑誌117巻11・12号1021頁(2004年)、118巻1・2号1頁、118巻3・4号220頁、118巻5・6号487頁(2005年)。

Frumkinは、「フィランソロピー (philanthropy)」という概念について、単なる「慈善 (charity)」とは質的に異なると述べる (FRUMKIN, *supra* note 24, STRATEGIC GIVING, at 4)。慈善は、例えば大災害で困窮している人々を救うといった目的で、短期的かつ大量になされることで一時的に効果を発揮するものではあるが、貧困という問題の根本的解決にはならず、社会秩序の変革には至らないと Frumkinは論じる。それに対し、フィランソロピーは、「自助 (self-help)」と「機会の創出 (opportunity creation)」を原理とする点において、慈善とは異なる。Frumkinの挙げる例を借りるならば、魚の取り方を知らない貧困にあえぐ人がいた場合に「単に魚を与える」のが慈善であり、「魚の取り方を教える」のがフィランソロピーだということである (FRUMKIN, *supra* note 24, STRATEGIC GIVING, at 6)。

⁽²⁵⁾ JAMES BOYLE, THE PUBLIC DOMAIN: ENCLOSING THE COMMONS OF THE MIND 7 (Yale University Press 2008)。Boyleは、著作権制度の果たす役割について、「自主規制的な文化政策 (a self-regulating cultural policy)」という興味深い表現を用いており、このような文化政策のあり方については、「ある個人がなした表現について第三者を排除することができる権利によって、活気ある公共圏—それは大衆の需要によって間接的にもたらされる—にさらなる刺激を与えられている (the right to exclude others

第2と第3のオプションにおいては、いかなる組織や個人に助成がなされるべきなのかという決定は、個々の私人または私的団体に委ねられている。確かに、政府は法制度を用意することによって当該政策手法の支援を行っているものの、実際的意思決定は、国家による文化芸術助成に比べて「分権化 (decentralized)」されているという特徴がある。

文化政策達成手段は、上述の3つで尽きるものではない。政府またはフィランソロピーを行う団体は、文化的表現を提供する私人や私的団体に対して、「事後的 (post-hoc)」に「賞 (prize)」や「報奨 (reward)」などを与えることがあり⁽²⁶⁾、これらについては「間接的な助成 (indirect funding)」と考えることも可能であろう⁽²⁷⁾。

現実社会では、国家の文化政策は、これらの「ポートフォリオ (portfolios)」によって構成されている。従って、実際的には、これらの異なるアプローチをいかに適切に組み合わせるのかということが重要な課題となる。

(2) 文化政策における著作権の役割

文化政策に関連する「ポートフォリオ」の中で、著作権法はどのような機能を果たしているのだろうか。

文化芸術に対する「ものの見方」の1つに、「芸術とは天才を意味し、天才は職業にはなじまない」というものがある。これは18世紀末から19世紀初めを生きたイギリスの作家 William Hazlitt (1778年—1830年) が述べたものである⁽²⁸⁾。確かに、19世紀的な「ロマン主義的創作者観」を前提にすれば、そのように解されるかもしれない。この見方によれば、国家は文

from one's original expression fuels a vibrant public sphere indirectly driven by popular demand)」と論じている。

⁽²⁶⁾ FISHER, *supra* note 19, at 200.

⁽²⁷⁾ この点は、北海道大学でのシンポジウムにおける寺本振透教授のご指摘による。記して感謝申し上げます。

⁽²⁸⁾ GARBER, *supra* note 18, at 52。Hazlittの思想に関する興味深い論稿として、森村進「ウィリアム・ハズリットの人格同一性論」人文・自然研究4号(2010年)45頁参照。森村教授からは、Hazlittの思想について多くのご教示を得た。記して感謝申し上げます。

化芸術領域への関与をできる限り小さくするべきだ、ということになる。

仮に著作権法が、文化芸術に関係する者の「自己責任」を支援する法制度であるとしよう。そうだとすると、著作物が創作した作品（著作物）が市場において「顧客吸引力（attractivity）」を獲得できれば、創作者または権利者⁽²⁹⁾は投下資本を回収し、またはそれ以上の利潤を獲得することが容易となる。このことは、とりわけ大規模な文化産業及び、それと密接な関係を有する創作者またはアーティストたちが、著作権収入（印税）によって大きな収益を得ていることから明らかであろう⁽³⁰⁾。その意味で、彼らは、著作権を利用して、市場における人気という点で「賭け」に勝ったと言っても間違っていないであろう。そのような形で収益を上げることができれば、彼らは国家若しくは特定の私人または私的団体などのパトナージを受けずに生き延びることができる。

現実社会において、前述の「賭け」は「単発ゲーム（one-shot game）」ではないことが多い。ほとんどの創作者または権利者は、彼らの作品の一部が市場においてかなりの収益を生み出すことにより、彼らが生み出したその他の作品から生じる損失を相殺することが可能となり、結果的に生き延びることが可能となっている。つまり、創作者または権利者からすると、全ての著作物が等しく収益を生み出す必要はなく（もちろん、そうなれば理想ではあろうが）、様々な著作物についての取引を行った上でのトータルの収支がプラスとなればよい。つまり、著作物の取引についての「投資

⁽²⁹⁾ ここで、「創作者または権利者」という歯切れの悪い言い方をしている点について、一言しておく必要がある。筆者が文化政策の中に著作権を位置づける試みを行うに当たっては、パトナージと著作権との対抗関係という視点からも明らかにおり、「創作者」を中心に考察を行っている。しかしながら、著作権を用いて市場における「投資」を行う中心的主体は「権利者」であり、ここにはズレが存在する。著作権法は、「権利者」という「媒介者」にインセンティブを与えているのではないか、という見解（寺本振透編集代表『解説改正著作権法』（弘文堂、2010年）、同「社会ネットワーク分析を法学に応用する」東京大学法科大学院ローレビュー5号（2010年）319頁）との乖離をいかに埋めるのかという点は、中長期的な課題として筆者自身に課したい。

⁽³⁰⁾ もっとも、その背後には、ヒットシーンに登場することすら不可能な、大量の創作者またはアーティストが存在することは言を俟たないであろう。

（investment）」がうまく機能するための前提条件が整備されていることが重要である⁽³¹⁾。その観点から見れば、著作権は、様々な著作物における投資という「繰り返しゲーム（repeated game）」を成り立たせるための重要な手段を提供していると言える。

しかしながら、著作権法は「売れ筋（marketable）」の著作物の投下資本回収にしか役立っておらず、財政基盤の脆弱な小規模な創作者または経済的見返りを欲しない創作者にとっては、大きな意味を持っていないかもしれない。むしろ、他人の著作物を利用する場合のライセンス料などを考えると、著作権はかえって足かせになっている可能性も考えられる。国家による文化芸術助成またはフィランソロピーの手段のほうが、そういった創作者にとっては、自己の創作基盤安定という観点からの重要性は高いと言えるかもしれない。

さらに、著作権は、原則として、いわゆる「複製物」市場でなければ経済的に機能することが難しく、一品制作の芸術作品（すなわち原作品）や舞台芸術等の再現芸術の助成という観点からは、投下資本の回収という観点に照らして不十分な面があることも否定できないであろう。

文化芸術助成という観点から見れば、創作「過程」を支援してほしいという要請が強いにもかかわらず、著作権が投下資本の回収手段として機能するのは、当該著作物が市場において一定の顧客吸引力を有するようになった「事後（ex post）」である点にも注意が必要である。前述のとおり、あくまで創作者または権利者は、前述した「賭け」に勝たないといけない。

果たして世の中の創作者の多くはこの条件を満たす者ばかりであろうか。「賭け」に勝つ前に力尽きてしまう創作者も少なくないのではないかと思われる。そうであれば、その他の助成手段が考慮に入れられなければならない。かかる創作者の創作意欲を削がないような制度構築には、著作権法内制的なものとともに、著作権法の外の制度との組合せも含まれる。

⁽³¹⁾ FISHER, *supra* note 19, at 22 は、「リスクの拡散（Risk Spreading）」という項目において、本稿と同様の内容について、「保険（insurance）」という表現を用いて説明を行っている。同様の指摘は、NEIL WEINSTOCK NETANEL, COPYRIGHT'S PARADOX 126 (Oxford University Press 2008) も参照。

3. 著作権の保護期間延長

ここでは、前述の文化政策に関する議論を踏まえ、著作権の保護期間延長について分析を行う⁽³²⁾。例えば、著作権の保護期間延長を正当化する理由の1つに「創作者へのインセンティブの付与」が挙げられることがある。この理由は果たして正当なものであろうか。文化政策の観点からアプローチするならば、著作権の保護期間延長の是非についての一義的な解答を得ることは難しい、ということが明らかとなる。

(1) 文化産業の観点から

ここでは文化産業を念頭に置きつつ、著作権の保護期間について考察を加える。仮にハリウッドのような大規模文化産業が日本に存在しており、そこから生み出される商品及び役務により、貿易収支に輸出超過がもたらされていると仮定しよう。これが事実であれば、日本の産業政策という観点からは、著作権の保護期間延長も選択肢の1つに考えられる。

一般に、著作権の保護期間延長は、商業的に魅力的なコンテンツを有する大規模な文化産業にとっては有利に働くであろう。大手文化産業は、有望な新人を発掘し、レッスンなどを受けさせ、メジャーデビューのタイミングを図った上で、マーケットにアーティストを売り出す。もっとも、全てのアーティストが圧倒的な人気を博するわけではなく、爆発的な人気を獲得できるアーティストは一握りである。しかし、この一握りからもたらされる莫大な収益⁽³³⁾により、当該レーベルは新たな新人の発掘を行うことができるし、当該レーベルに貢献したものの、現在はヒット作品を生み出すことはない年配のアーティスト（いわば「功労者」）に収益の一部を

⁽³²⁾ 著作権の保護期間延長問題については、拙稿・前掲注(21)262頁において、一言だけコメントを付した。

⁽³³⁾ FISHER, *supra* note 19, at 80 は、とりわけ音楽業界におけるアーティスト間の大きな所得格差について、肯定と否定の双方の見解を紹介している。肯定的な見解によれば、一部の才能溢れるアーティストは「歪みを好む人たち (skewness-lovers)」であり、彼らを「リスクを取るギャンブラー」に例えて論じているようである。

分配するといったこともなされてきたと言われる（もっとも、現状は変わりつつあるようにも思われる）⁽³⁴⁾。その意味で、長期間に渡る著作権の保護期間によって利潤を獲得できるのであれば、大規模文化産業はこのサイクルを安定的に維持することができる。文化多様性の観点に鑑み、この事態は需要者にとって必ずしも悪いことばかりではない。

他方では、大規模文化産業によるコンテンツの供給に対して批判的な見解も根強く存在する。例えば、大規模文化産業によって提供されるコンテンツは、より多くの需要者⁽³⁵⁾に受け入れられようとするために、均質化した傾向の内容となることが多く、多様性に乏しいといった見解⁽³⁶⁾や、有体物に比べて情報のほうが市場におけるリスクが高いといった理由も相俟って、供給されるコンテンツに比較的高い価格設定が行われており、ライセンスなどの局面において負の外部性を生み出す一因となっているといった見解である⁽³⁷⁾。もっとも、これらの見解については、ある程度の寡占市場のほうが文化的表現の多様性に富んでいるという再反論もなさ

⁽³⁴⁾ この点については、いわゆる「ロングテール (Long Tail)」が大きな収益を生み出しつつある現在においては、事情が異なる可能性が出てきている。つまり、カラオケ、Amazon、iTunes などの出現及び拡大により、膨大な量のコンテンツを扱うコストが小さくなったため、ヒット商品に依存しなくとも、ニッチ商品を息長く販売することにより、収益を上げることが可能となったということである。そうであれば、ここで述べた「功労者」のコンテンツは、現在も収益を上げ続けている可能性がある。仮にこれが事実であるならば、彼らへの収益の分配を単なる「私的な社会保障」としての性格を有するものと結論づけることはできないことになる。ロングテールの問題については、参照、Chris Anderson, *The Long Tail*, available at <http://www.wired.com/wired/archive/12.10/tail.html> (October 2004).

⁽³⁵⁾ FISHER, *supra* note 19, at 80 は、「中道をいく大衆の趣味 (middle-of-the-road popular taste)」という表現を用いる。

⁽³⁶⁾ FISHER, *supra* note 19, at 81. とりわけ音楽産業などの複製物市場においては、ごく少数の「一流の」著作物さえ存在すれば、マーケットの大多数のニーズを満たすことができるため、極めて限られたアーティストの作品だけに需要が集中する結果を招いているという指摘がなされている (FISHER, *supra* note 19, at 77; NETANEL, *supra* note 31, at 132).

⁽³⁷⁾ NETANEL, *supra* note 31, at 135.

れており⁽³⁸⁾、見解は帰一するところを知らない⁽³⁹⁾。

大規模文化産業が文化的表現の多様化に資する存在であるのか、それともそれを阻害する存在であるのかという点については、次のような見方もあり得よう。著作権の保護期間が存続し、魅力的と思われるコンテンツが大規模文化産業によって提供されているからこそ、中小規模の創作者が、いわば「ベンチャー」の形で、大手文化産業によって提供されるコンテンツとは独立に、しかし、しばしば大手文化産業を主たる資金供給源とする投資ファンド等の資金を利用しつつ創作することにより、文化的表現の多様化に結びつくこともあるかもしれない、ということである⁽⁴⁰⁾。

これは詰まるところ、著作権制度それ自体のあり方に帰着する。著作権の保護が与えられることにより、第三者は、著作権による保護と抵触しない表現を生み出すべく試行錯誤を繰り返し、新たな情報を社会にもたらす。既に、「著作権と表現の自由」の議論において⁽⁴¹⁾、「想像の自由 (Freedom of Imagination)」に最大限の価値を置き、権利者以外の者の翻案を容易に認めるべきだと唱える論者がいる一方⁽⁴²⁾、このような形で創作が繰り返されることで、創作性に乏しい情報が社会に溢れ、結果的に社会の情報が陳腐化するのではないかという見解も見られる⁽⁴³⁾。

後者の見解によれば、「想像の自由」を尊重することにより、社会に溢

⁽³⁸⁾ 河島・前掲注(17)110頁。

⁽³⁹⁾ ここでは「多様性」という言葉そのものに対する理解が異なっており、議論にずれ違いが生じているように思われる。大規模文化産業（とりわけハリウッド）を批判する側は、一般的に一国レベルでの文化的傾向を論じているのに対し、大規模文化産業を擁護する側は、個々の作品レベルでの違いに焦点を当てているとの指摘は傾聴に値する（河島・前掲注(17)108頁）。

⁽⁴⁰⁾ この点は、寺本振透教授のご指摘による。記して感謝申し上げる。FISHER, *supra* note 19, at 63 にも、同様の指摘が注意深くなされていた。

⁽⁴¹⁾ 本稿で紹介した Rubinfeld 及び McGowan の見解、そしてその持つ意味については、拙稿・前掲注(21)264頁。

⁽⁴²⁾ Jed Rubinfeld, *Freedom of Imagination, Copyright's Constitutionality*, 112 YALE L.J. 1 (2002).

⁽⁴³⁾ David McGowan, *Why The First Amendment Cannot Dictate Copyright Policy*, 65 U. PITT. L. REV. 281 (2004).

れる情報の「量」は増えるかもしれないが、「質」の向上にはつながらないということではないかと考えられる。結局のところ、著作権が第三者の表現可能性に与える制約について、それをどの程度、「萎縮効果 (chilling effect)」と捉えるべきなのかということであり、これはひとえに、いかなる「属性」の文化的表現が、いかなる「質」及び「量」の関係から、いかなる「分布状況」を示している状態を是とするのか、という私たちの決定に関わる問題である⁽⁴⁴⁾。

(2) 創作者の観点から

次に、創作者の視点から検討を加えてみよう。現代社会において、多くの著作物は組織（法人）の下で創作されており、その場合には、組織が職務著作規定に基づいて著作権⁽⁴⁵⁾を有していることが珍しくない。組織外で創作された著作物であっても、創作者から権利者へ権利の移転がなされていることも考えられる。これらの状態では、権利を有しているのはもはや創作者ではなく、著作物の利用によって収益を得ているのは権利者たる組織である。著作権の保護期間延長は、権利者に利益をもたらす可能性があるが、果たしてそれが創作者に対してインセンティブを与えるものになるのかどうかという点については、冷静な考察が必要である⁽⁴⁶⁾⁽⁴⁷⁾。

⁽⁴⁴⁾ Françoise Benhamou and Stéphanie Peltier, *How should cultural diversity be measured?: An application using the French publishing industry*, 31 J. CULT. ECON. 85 (2007).

⁽⁴⁵⁾ 日本法のもとでは、法人には著作者人格権も帰属する（著作権法15条1項）。

⁽⁴⁶⁾ Jerome Reichman, *The Duration of Copyright and the Limits of Cultural Policy*, 14 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 625, 645 (1996).

⁽⁴⁷⁾ この点で、英米法に存在していた「更新 (renewal)」は興味深い。更新の下では、著作者が原則として生存しており、かつ所定の手続を履践した場合には、第1期目の保護が終了すると、著作権が著作者に「戻る (revert)」ことになっていた（もともと、アメリカでは、1976年法によって自動更新の制度が導入されたが、その点については、本稿では捨象する）。これは創作者と利用者（一般的にはメディア機能を有する媒介者）の間の交渉力の格差をいったんご破算にし、第2期目において著作者に再交渉を行わせることを許すという意味で、著作者の保護という点に鑑み、重要な機能を営んでいたと考えられる。

私たちはさらに、創作者も「一枚岩 (monolithic)」ではないことに留意せねばならない。ごく一握りの創作者しかベストセラーを生み出すことはできず、従って、かかる創作者のみが著作権の保護期間延長の利益を享受することとなる。それに対して、大多数の創作者によって創作された著作物には市場性がなく、多くの作品は「死蔵 (dead storage)」されている。2006年末になされた実証研究によれば、1957年から1966年に亡くなった著作者の手になる出版書籍の状況は寡占状態となっているとのことである⁽⁴⁸⁾。つまり、そこで明らかになったのは、当該出版書籍の約半分が、同期間において亡くなった著作者のわずか1パーセントによって占められているという事実である^{(49) (50)}。

しかし、「死後起算 (*post mortem auctoris*)」の制度においては、いったん著作権が譲渡されてしまうと、更新のように著作者に再交渉を行わせる仕組みがビルトインされていない限り、著作権の保護期間延長は、単に権利者を利するだけになってしまうのではないと思われる(死後起算の考え方について興味深い指摘を行うものとして、駒田泰士「大陸法の観点から」ALAI・前掲注(5)20頁)。更新制度については、差し当たり、マーシャル・A・リーファー(牧野和夫監訳)『アメリカ著作権法』(レクシスネクシス・ジャパン、2008年)332頁を参照。

⁽⁴⁸⁾ 丹治吉順「本の滅び方：保護期間中に書籍が消えてゆく過程と仕組み」田中＝林・前掲注(5)29頁、田中辰雄「本のライフサイクルを考える」田中＝林・前掲注(5)58頁。

⁽⁴⁹⁾ 丹治・前掲注(48)34頁によれば、当該調査において対象となった著作者は1,710人であり、このうち江戸川乱歩や吉川英治といった出版点数の多い上位1パーセントの著者の著書が、出版されている2,357点の半分近い46.5パーセントを占めているとのことである。

⁽⁵⁰⁾ もっとも、この調査結果が現在においても妥当するかどうかという点については、さらなる精査が必要であろう。前掲注(34)で指摘したように、現在においては、「ロングテール」による売上げを無視することはできなくなりつつある。また、電子出版が高まりを見せる中では、書店の店頭において絶版本の印刷を容易に行うことすら可能になりつつある(参照、「たった10分で書籍ができるエスプレッソ・ブック・マシン」週刊ダイヤモンド2010年10月16日号61頁)。

もう一点、この調査が明らかにしたような形でのライフサイクルが達成されているという事実については、ある種の適切な「新陳代謝」がなされているという評価もあり得るということを付言しておく。

前述のとおり、著作権によって利潤を獲得するためには、その前提条件として、「均質化された (homogenized)」品質を有する無数の複製物が、マスマーケットによって消費されることが必要である。つまり、書籍を例にとれば、増刷が重ねられて市場に出回らない限り、創作者は利益を得ることはできない。この点で興味深いのは、出版社は、一般的に様々な創作者の作品を扱うことが多いと想像されるから、あるベストセラー作家の作品の存在によって、他の売れ行きがよくなかった作品の損失を相殺でき、最終的に収支の帳尻を合わせることができるかもしれない、ということである⁽⁵¹⁾。

さらに、絵画や彫刻といった原作品(原則として一品制作)の創作者も、著作権の保護期間延長によって直接の恩恵を受けるわけではない。原作品が高い評価を受け、市場において人気が出てはじめて、彼らのデザインをTシャツの図案や絵葉書などに採用する需要が生じるか⁽⁵²⁾、または「追及権 (*droit de suite*)」を行使して経済的利益を獲得することが可能となる⁽⁵³⁾。これらの状況においてはじめて、著作権は経済的に機能するわけである。

(3) 文化セクターの他の利害関係者の観点から

文化セクターの他の利害関係者はどうであろうか。著作権の保護期間延長によって、実演家が直接的な利益を享受することは難しいであろう。彼らの上演が記録され、それらの著作物が市場性を得た場合においてはじめて

⁽⁵¹⁾ 前掲注(31)で論じたとおり、出版社の場合には、著作権法が果たす「投資」や「保険」といった機能が十分に働く可能性が高いであろうことを示している。

⁽⁵²⁾ 小川明子「著作権法改正による美術の著作物への影響—47条の2と追及権—」季刊企業と法創造22号(2010年)124頁。

⁽⁵³⁾ この点は、北海道大学でのシンポジウムにおける金子敏哉専任講師のご指摘による。記して感謝申し上げる。同様の指摘を行うものとして、小川・前掲注(52)124頁。

追及権については、小川明子「追及権の導入における検討課題」季刊企業と法創造14号(2008年)368頁、河島伸子「追及権をめぐる論争の再検討(1)(2・完)—論争の背景、EC指令の効果と現代美術品市場—」知的財産法政策学研究21号(2008年)89頁、22号(2009年)137頁などを参照。

て、実演家は経済的な利潤を獲得できるものの、そのような機会に恵まれる実演家が極めて限られていることは事実であろう⁽⁵⁴⁾。

実演を行うに当たり、実演家は一般的に著作物に依存しており、著作権の保護期間延長によって、実演家が支払う著作物利用料が増加する可能性が生じる。この局面においては、収支の帳尻を合わせるために、実演家により「人気のある」作品を上演するようになってしまい、結果的に「不人気な」作品が上演されず、死蔵されてしまう傾向に拍車がかかるようにも思われる。もっとも、この見方に対しては、「隠れた名作」を世に紹介する使命感があれば、上演に当たって、著作物利用料は無視できる存在かもしれない。この点については、実証的なデータに基づき、さらなる検証が必要であろう。

⁽⁵⁴⁾ この点において、ヨーロッパにおいて議論が高まりを見せている著作隣接権(とりわけ音楽レコード)の保護期間延長問題は大変示唆的である(拙稿・前掲注(15)参照)。実演家が経済的利益を獲得することができる源泉の1つは著作隣接権にあると思われるが、ヨーロッパにおける議論を観察すると、仮に著作隣接権の保護期間を延長したとしても、経済的利益の多くは文化産業に帰属してしまい、実演家には及ばないのではないかという理由から、延長に対して懐疑的な見方も存在する(例えば、Gowers Review of Intellectual Property 48 (2006), available at http://www.hm-treasury.gov.uk/d/pbr06_gowers_report_755.pdf)。ヨーロッパにおける著作隣接権の保護期間延長問題については、Edward A. Cosgrove, *Minstrels in the Public Domain?: British Copyright Legislation, and the Argument for an Extension of Performers' Rights Protection in the European Union*, 27 LOY. L.A. ENT. L. REV. 383 (2007); Susanna Monseau, "Fit for Purpose": Why the European Union Should Not Extend the Term of Related Rights Protection in Europe, 19 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 629 (2009); 文化審議会著作権分科会過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会中間整理・前掲注(5)94頁、酒井・前掲注(15)172頁、NICT パリ事務所「欧州主要国における著作権法制とデジタル図書館調査」調査報告書24頁(2009年) [<http://www2.nict.go.jp/tr313/images/stories/pdf/re090212.pdf>]なども参照。創作性概念なども含め、著作権法全体との関連において著作隣接権の保護期間について分析を行うものとして、本山雅弘「著作隣接権の存続期間」ALAI・前掲注(5)48頁。

(4) 若干の考察

著作権の保護期間延長とは、ごく限られた創作者及び権利者に、より長期間に渡って経済的なリターンを得ることを認める制度を構築することを意味する。果たして、著作権の保護期間延長により、著作権法を取り巻くその他大勢の利害関係者は、「経済的により良い状態 (better off)」になるのか、または、むしろ「経済的により悪い状態 (worse off)」に置かれることになるのだろうか。

商業的に魅力的なコンテンツの周辺だけを見るのであれば、著作権の保護期間延長は、そのコンテンツを使いたいと考える中小規模の利害関係者にとって好ましい事態とは言えないであろう。もっとも、既に文化産業のところで検討したように、魅力的なコンテンツの周辺における創作のあり方、そしてその結果として生み出される文化的表現の分布状況の捉え方によって、結論は大きく異なり得るわけであり、一義的な解が存在しているわけではない。

仮に著作権の保護期間延長が負の効果をもたらし、加えて私たちが中小規模の創作者や他の利害関係者を支援したいと考えるのであれば、著作権の保護期間延長によってもたらされる負の効果を埋め合わせるべく、国家からの補助金のように、その他の文化芸術助成手段を著作権制度と共に組み合わせることが検討されなければならないであろう。とりわけ、前述のように、著作権の保護期間延長によって恩恵を受けるであろうと考えられる射程から外れた創作者(例えば、一品制作を行う画家、彫刻家、陶芸家、工芸作家など)について、彼らの創作行為を支援するのであれば、著作権法の外の文化政策達成手段が考慮に入れられなければならない⁽⁵⁵⁾。また、実演家のところで論じたように、著作権の保護期間延長が、その著作権によって保護されている作品を従前から取り扱っていたメディア機能を有

⁽⁵⁵⁾ 日本における文化芸術助成の議論では、文化芸術関係者を取り巻く「家元制度」と、それがもたらす制度的なバイアスの可能性を忘れてはならないであろう(この点は、日本文化政策学会第4回年次研究大会ラウンドテーブル「『政権交代後の文化政策を点検する』～劇場法問題を中心に～」(2010年12月12日)におけるディスカッションにおいても議論が交わされた)。

する媒介者（実演家だけではなく、メディア企業も含まれる）をして、埋もれた作品の発掘を行わせることを抑制する効果を持つのであれば、国家がそれを埋め合わせるべく、何らかの助成を行うことも選択肢に入れられるべきであろう。

また、忘れてはならないのは、著作権の保護期間を延長すれば、多くの場合において、文化芸術関係者だけではなく、一般私人を含めた利用者にとって取引費用が増すことが予想されるのであり、前述のような文化芸術助成の議論だけで話が済むわけではない、ということである。仮に保護期間を延長するとしても、利用者にとって不利益が最小限になるような制度設計を同時に考える必要があることは言うまでもない⁽⁵⁶⁾。1つの可能性としては、著作権法の権利制限規定を柔軟に活用することが考えられよう。また、「孤児著作物 (orphan works)」の探索費用を減らすような制度構築も求められる。

ここまでの考察を通して明らかになったのは、著作権の保護期間延長についての決定は、起こり得るあらゆる問題を想定し、著作権法だけを見るのではなく、文化政策全体に照らして慎重になされるべきだ、ということである。

4. 結語

ここまで、文化政策における著作権の役割及びそれが著作権の保護期間延長に対してもたらす意味合いについて検討してきた。その過程を通じて明らかになったことは、著作権法が全ての文化芸術関係者にとって「万能の剣 (one-size-fits-all)」ではないということである。

しかし、ここで強調したいのは、著作権が文化政策のポートフォリオに

⁽⁵⁶⁾ 著作権の保護期間の問題とは別に、適切な著作権の保護範囲及び権利制限規定のあり方についての議論が重要であることは言を俟たない。本稿の冒頭で述べたとおり、これらの諸概念が、「著作権のバランス」を達成する上での重要な装置であり、問題状況として重なり合う部分があることは否定しないものの、異なる役割を果たしていることも事実である。議論の位相を混乱させることのないよう、自戒を込めて指摘しておきたい。

において非常に重要な役割を果たしているということである。何故ならば、国家による文化芸術助成や民間のフィランソロピーにも大きな問題点が内包されているからである。パトロナージが「金も出すが口も出す」という形の助成になってしまい、創作者の自由を損なう可能性は常に指摘されてきた⁽⁵⁷⁾。国家による助成は、「政府言論 (government speech)」または「エンドースメント (裏書)」の効果をもたらすことがあり、これは文化多様性という観点から大きな問題をはらんでいる。

著作権法の特質を論じるに当たり、本稿においては、創作者または権利者は、「賭けに勝たなければならない」という比喩を用いた。本稿で論じた前提に基づけば、著作権制度における利害関係者には「リスクを取る」ことが求められるが、その「賭け」に勝った者は、国家若しくは私人または私的団体のパトロナージから自由になることができるであろう^{(58) (59)}。

⁽⁵⁷⁾ 良い文化芸術助成を行うための条件として、「全米芸術基金 (NEA: National Endowment for the Arts)」の副委員長を務めた Michael Straight は、“discernment”, “resources”, “restraint” という3つの要素を挙げる (GARBER, *supra* note 18, at 44)。つまり、助成に値するものかどうかを見定め (discernment)、十分な資源を投入し (resources)、余計な口出しをせずに見守る (restraint) ということであろう。もっとも、この条件を満たすことがいかに難しいかは容易に想像がつくであろう。

⁽⁵⁸⁾ もっとも、市場性を獲得するためには、創作及び供給の過程において、マスマーケットに訴求するような作品が必要とされるわけであり、いかなる制約も受けられない形での表現の自由を享受することはできないはずである (この点に関連し、Boyle が「自主規制的文化政策」という言葉遣いをしていたことが思い出される。BOYLE, *supra* note 25, at 7)。重要なことは、文化的表現の多様化を図るに当たり、いかなる制約を表現の自由に与える萎縮効果と考えるのか、という点である。

⁽⁵⁹⁾ 本稿との関連では、経済的利潤の獲得と芸術性との関係において、市場という存在をどのように考えるのかという根本的問題がある。Royal Academy of Arts の初代会長を務めた Joshua Reynolds (1723年–1792年) は、芸術家が名声を得ることは重要であるという事実は認めつつも、展覧会等を通じて、移り気で審美眼を持たない大衆に作品を供給することについて、芸術家を墮落させるとして嫌悪感を表明している (この当時、Society of Artists of Great Britain は、芸術作品の売上げを伸ばすべく、年次展覧会の開催を積極的に進めていた。しかし、Academy は、自由市場においては、芸術が消費されてしまうのではないかという懸念から、「公衆 (general public)」という概念に抵抗を示していた (GARBER, *supra* note 18, at 8))。

仮に文化芸術関係者の自立という点を重視するのであれば、彼らの経済的基盤の安定化が重要であるということになるはずであり、著作権はその限りにおいて、表現の自由を支える存在として重要性を持つことになるのではないかと筆者は考えている。

しかしながら、著作権法には一定の限界がある。経済的観点から見れば、著作権は、市場性のある著作物を有するごく少数のカテゴリーの創作者及び権利者に資するものである。この射程外の創作者及び権利者は、著作権の保護期間延長の利益を直接的に享受することはできないであろう。

さらに重要なことに、著作権は、創作を行う第三者にとっての「障害 (obstacle)」ともなり得る。だからこそ、「著作権のバランス」が決定的に重要なのであり、「著作権と表現の自由」に関する議論が高まりを見せているのは、まさにこの理由による。私たちが多様に溢れる文化的環境を維持したいと考えるのであれば、著作権の保護期間延長を考えるに当たっては、その他の文化政策達成手段も考慮に入れつつ、適切なバランスを考えねばならない。

私たちは、ある種の制度的なバイアスが著作権制度に内在していることに留意する必要がある。ある制度は完全ではなく、当然に限界を有している。これこそ、「制度論」が私たちに教えてくれることである。著作権を、文化という領域に浮かぶ「浮島 (floating island)」と捉えるのではなく、それと他の政策手段との適切な組合せを行うことが必要不可欠である。

従来の法律学における研究は、上述の国家による文化芸術助成、民間によるフィランソロピー、著作権制度といった、個々の領域でなされてきたものの、それら相互の関係性に着目したものは少なかった。本稿で論じたように、文化的表現の多様化という事象を論じるに当たっては、一義的な解は存在せず、様々な仮定を置きながら論じざるを得ない。だからこそ、種々の文化政策手段を並行的に用意することが求められるのであり、国家

他方で、詩人としても名高い William Blake (1757年—1827年) は、当時のパトロンたちの「悪趣味 (bad taste)」を痛烈に批判している (GARBER, *supra* note 18, at 8)。Blake は、Academy や Reynolds に共感を抱いていなかったようであるし、加えてパトロンとの良好な関係を築くことにも苦勞し、経済的困窮の中で亡くなったと伝えられている (GARBER, *supra* note 18, at 9)。

がとり得る文化芸術政策に関する手段の関係性について考察し、その理論的統合を模索する必要があると言える。著作権の保護期間延長についての問題は、私たちに、包括的な文化政策における望ましい「ポートフォリオ」のあり方について再検討する、貴重な機会を与えてくれている。