

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—

Branislav HAZUCHA^{*}

南部 朋子(訳)

序論

1. 知的財産権と文化多様性条約
2. 文化、自由市場と知的財産権
 - 2.1 インセンティブと報酬
 - 2.2 知的財産制度への批判
 - 2.3 文化多様性を実現する手段としての知的財産権
3. 文化、保護主義と再分配による不公平の是正
 - 3.1 歪んだ国際市場と貿易の自由化
 - 3.2 知的財産権と再分配による不公平の是正
 - 3.3 知的財産権と無形文化遺産

結語

^{*} 1999年に Comenius University より法学修士号(LL.M.)を取得。2002年に Trnava University より法学博士号(Dr. jur.)を取得。2005年に九州大学より法学博士号(LL.D.)を取得。現職は北海道大学大学院法学研究科助教。筆者は、田村善之氏、河島伸子氏及びその他北海道大学情報法政策学研究センター主催グローバル COE シンポジウム「財産権 対 コモンズ：文化政策における知的財産権の役割—ハイブリッド・エコノミーにおける創造性の実現に向けて—」の参加者の御見識及び御意見に対し、謝辞を述べたい。本稿に至らない点や遺漏があるとすればそれはひとえに筆者の責任による。本稿の原文である英語版は、Toshiyuki Kono, Jan Wouters and Steven Van Uytsel (eds.), *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions* (Intersentia, forthcoming 2010) である。本稿の基礎となっている研究については、財団法人松下国際財団の研究助成金09-016号による温かい御支援をいただいた。

序論

知的財産と文化多様性との関係をどのように捉えるかということは、文化多様性をどのように定義し評価するのかということと同じように論争の対象となっている¹。著作権²及び知的財産政策が文化政策において実際に問題とされている場面では、多くの学者や国が、文化多様性を保護し促進するための手段としての知的財産権の役割について、異なったアプローチをとっている。このアプローチは、文化的な商品及びサービス³を生産

¹ Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions (文化的表現の多様性の保護及び促進に関する条約 (仮訳)) Article 4(1), 20 October 2005, U.N. Doc. CLT-2005/CONVENTION DIVERSITE-CULT REV. は<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919e.pdf> (last visited 7 March 2009) にて入手可能。以下「CD Convention (文化多様性条約)」という(同条約では、「文化多様性」を「集団及び社会の文化が表現を見出す多様な方法」と定義している)。文化多様性をどう定義し評価するかに関する議論については、see, e.g., F. BENHAMOU, R.G. FLÓRES JR. and S. PELTIER, *The Use of Diversity in Cultural Economics: Theoretical and Applied Considerations* (11-13 Dec. 2008) (*Conference on Models of Cultural Dynamics and Diversity*, Paris School of Economics, Paris, France にて発表)、<http://www.cepr.org/meets/wkcn/2/2393/papers/Benhamou.pdf> (last visited 7 March 2009); UNESCO, *Measuring the Diversity of Cultural Expressions* http://www.uis.unesco.org/ev.php?ID=7061_201&ID2=DO_TOPIC (last visited 7 March 2009)、H. RANAIVOSON, *Measuring Cultural Diversity: A Review of Existing Definitions* は<http://www.uis.unesco.org/template/pdf/cscl/cultdiv/Ranaivoson.pdf> (last visited 7 March 2009) にて入手可能、F. BENHAMOU and S. PELTIER, “How Should Cultural Diversity Be Measured? An Application Using the French Publishing Industry”, 31 *J. Cult. Econ.* 85 (2007).

² 本稿においては、「著作権」という言葉をコモンローの国で使われているような広い意味で使い、著作者、実演家、レコード製作者及び放送事業者の財産的権利を含むものとする。したがって、「著作権」は大陸法でいうところの著作権及び著作権隣接権の中の財産的権利を含むのである。

³ 本稿では、知的財産が文化多様性の保護及び促進のための手段として有する役割に焦点を当てているので、「文化的な商品及びサービス」という単語は、狭い意味で使用しており、商品であってその製造及び頒布が知的財産権に基づくものを指す。「文化的な商品」の定義に関する議論については、see, e.g., R. McCAIN, “Defining Cultural and Artistic Goods”, in V.A. GINSBURGH and D. THROSBY (eds.), *Handbook of*

することについて市場や国家介入がどのような重要性や役割を有するかに従って、大まかに二つのグループに分けることができる。このような違いは、文化的表現の多様性の保護及び促進に関する条約(以下「文化多様性条約」という。)⁴に対する各国の立場にも表れている。米国をはじめとする一部の国が提唱するのは、国家介入のない自由市場によるべきとのアプローチである。他方で、その他の国、中でもフランスやカナダは、国内市場において外国の多国籍企業が圧倒的に優位な立場にある状況において、国内文化産業⁵を保護するための方法を模索している。

本稿は、文化多様性を保護し促進するための手段としての知的財産権の役割に関するこうした二つのアプローチを精査し、両アプローチが有する、文化多様性に対する国内的、地域的、世界的なレベルにおける効果と影響を調べようとするものである。本稿の主目的は、現在提唱されているアプローチによる解決方法のいずれにもとすれば見過ごされがちな欠点があるということについて注意を喚起するところにある。本稿は、両アプローチの弱点を特定することで、その本質的な短所を解明するとともに、その悪影響を防止する必要があることを指摘し、もって、文化多様性の十分な保護と促進を効果的に達成することを企図している。

第一節では、文化多様性条約を実施するにあたって、それが知的財産関連の条約と抵触するような場合にどのような緊張関係が生じる可能性があるのかということを確認にする。そのような緊張関係や軋轢を正確に把握するには、文化多様性を保護し促進することに対して知的財産権が果た

the Economics of Art and Culture, 2006, 147.

⁴ CD Convention, *supra* note 1.

⁵ 文献では、「文化産業」と「クリエイティブ産業」という言葉は相互に代替可能か少なくとも部分的に重複する概念として使用されている。これらの用語の定義に関する議論については、see, e.g., D. THROSBY, “Modelling the Cultural Industries”, 14 *Int'l J. Cult. Pol'y* 217 (2008); J. HARTLEY, “Creative Industries”, in J. HARTLEY (ed.), *Creative Industries*, 2005, 1; A.C. PRATT, “Cultural Industries and Public Policy: An Oxymoron”, 11 *Int'l J. Cult. Pol'y* 31 (2005); N. GARNHAM, “Afterword: The Cultural Commodity and Cultural Policy”, in S. SELWOOD (ed.), *The UK Cultural Sector: Profile and Policy Issues*, 2001, 445; J. O'CONNOR, “The Definition of the Cultural Industries”, 2(3) *Eur. J. Arts Educ.* 15 (2000).

すべき役割に関する把握の仕方が、文化多様性条約の起草の過程でどのように変化していったか、また、この変化が当該条約の実施にどの程度の影響を及ぼす可能性があるのかということに着目する必要がある。

第二節及び第三節では、文化多様性を保護し促進するために知的財産権が果たす役割についての、二つの相反するアプローチの内容を詳説する。第二節では、いわゆる「純粋市場」アプローチを精査する。同節で、当該アプローチに反対する立場から展開されている知的財産制度への批判、すなわち、知的財産制度の運用と文化多様性とは相容れないとの主張をも考察の対象とする。そのような批判に部分的に、あるいは完全に反論するには、知的財産制度のそれぞれの特徴を分析して、その制度が文化多様性を保護し促進することに何らかの役割を果たすことができるのかということを検討することが必須である。

第三節では、国内文化産業を支援することを目的とした様々な国家介入の形態に焦点を合わせて議論を展開している。このような保護手段の効果を考えるには、何故、米国が文化的な商品やサービスの国際取引において圧倒的に優位な立場にあるのかということを中心として理解することが不可欠である。なぜならば、国家が採用する保護主義的な措置というものは、ほとんどの場合、国内市場に外国、多くは米国の文化的な産品⁶が氾濫しているがために、そのような悪影響を払拭する目的で発動されるものだからである。他の保護主義的な措置に加えて、多くの国内知的財産制度では、一定の資金を徴収し、個々の著作者、実演家その他の芸術家に再分配したり、あるいは、国内の文化的な商品の生産を支援するために公的資金を提供したりすることにより、知的財産制度の非効率性や同制度により生じる分配上の不平等として認識されるものを是正することを狙いとした仕組みや体系を具体化している。第三節では、そのような再分配を行う仕組みや制度の効率性について精査する。また、同節は、文化多様性の効果的な保護及び促進を達成することの一環として、「知的財産制度の下で文化的な伝統が不正に利用されることを十分に防止せよ」との主張が受け入れら

⁶ 本稿においては、「文化的な産品」あるいは「文化生産」という言葉は狭い意味で使用しており、主に文化的な商品及びサービスという産品あるいはその生産であって、知的財産権に基づくものを指す。

れる可能性があるのかということについても検証するものである。

最後に結語では、国内的、地域的及び世界的なレベルで文化多様性を保護し促進することを目的とした、効果的な文化政策を模索するにあたっては、個別に知的財産権を付与することと、国家による介入、例えばスクリーン・クォータ、税金、補助金その他の様々な、再分配を行う仕組みや制度との適切かつ十分なバランスをとることが重要であることを強調し、本稿の結びとする。

1. 知的財産権と文化多様性条約

知的財産権と文化多様性との関係については、現在、「2001年の文化多様性に関する UNESCO 世界宣言」第 8 条に規定されている三つの前提を巡る議論がなされている⁷。一番目の前提は、十分に「創作的作品を多様に供給する」喫緊の必要性があるというものである⁸。二番目の前提は、文化的な商品及びサービスは「特異なもの」であるから「単なる商品や消費財として扱って」はならないというものである⁹。三番目の前提は、「著作者や創作者の権利が正当に認められること」についても特に注意しなければならないというものである¹⁰。文化的な商品及びサービスを主に輸出する国が三番目の前提に重きを置いてこの措置（著作者等の権利を認めること）こそが世界的に文化多様性を実現するために必要かつ十分なであると提言するのに対し、外国の文化的な産品が氾濫しているような国は一番目と二番目の前提に着目し、国内産業を保護する措置を発動することでこれらの前提が確保されると考えているのである。

前者はいわゆる「純粋市場」アプローチと呼ばれており、自由市場の働きに任せ、知的財産立法を含む競争のルールを設定すること以上に国家による介入は不要とする。知的財産権、例えば著作権は与えるが、その他の

⁷ UNESCO, Universal Declaration on Cultural Diversity, 2 November 2001, 41 I.L.M. 97 (2001).

⁸ See *id.*, Article 8.

⁹ See *id.*

¹⁰ *Id.*

権利(追及権や地理的表示についての権利)¹¹は認めないということが文化多様性を保護し促進するために必要であり十分なはずであるというのである¹²。これ以上に国家による介入で市場の働きを調整することは、市場を悪い方向に歪めてしまうだけであると考えている。それゆえに、このアプローチの支持者は、どのような形態であれ国家が介入すること、例えばスクリーン・クォータ、補助金、税金などの採用に警鐘を鳴らす¹³。支持者らは、国家の保護主義が国内産業を保護しすぎており、このような保護

¹¹ 地理的表示や追及権(再販売権)は、欧州連合において認められている一方で、米国でこれらを認めることについてはかなりの反対があった。例えば、TRIPS協定の交渉(*infra* note 50参照)においても米国とヨーロッパ諸国との間で地理的表示の保護及びその保護範囲に関しかなりの懸隔が生じた。See, e.g., S.K. SELL, *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights*, 2003, 112. 追及権についてはさらに意見の分かれるところである。このような権利を認めることについては多くの国で過去にそして現在も争いがあり、特に美術品オークションについて関心が高い米国や英国などの国で顕著である。See, e.g., M.E. PRICE, “Government Policy and Economic Security for Artists: The Case for the Droit de Suite”, 77 *Yale L.J.* 1333 (1968); S. PERLMUTTER, “Resale Royalties for Artists: An Analysis of the Register of Copyright’s Report”, 16 *Colum.-VLA J.L. & Arts* 395 (1993); M.B. REDDY, “The Droit de Suite: Why American Fine Artists Should Have the Right to a Resale Royalty”, 15 *Loy. L.A. Ent. L. Rev.* 59 (1995). 追及権をさらに詳しく分析したものとして、see, e.g., N. KAWASHIMA, “The Artist’s Resale Right Revisited: A New Perspective”, 14 *Int’l J. Cult. Pol’y* 299 (2008); J.H. MERRYMAN, “The Proposed Generalisation of the Droit do Suite in the European Communities”, 1 *J.P.Q.* 16 (1997) を参照。

¹² 著作権が文化多様性を保護し促進するためにどのような役割を持つのかについては、see H. WAGER, “Copyright and the Promotion of Cultural Diversity”, in H. SCHNEIDER and P. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Protection of Cultural Diversity from a European and International Perspective*, 2008, 193 (貿易と文化の関係及びWTO制度において文化的な産品が現状においてどのように扱われているかについて分析したもの)。

¹³ See General Agreement on Tariffs and Trade, Article IV, 30 October 1947, 55 U.N.T.S. 194 (1947) (映画についてスクリーン・クォータの設定を認めている); CD Convention, *supra* note 1, Articles 5-8 (締約国が文化多様性及び国内の文化的表現を保護し促進するための措置を発動することを認めている)。See also generally T. VOON, *Cultural Products and the World Trade Organization*, 2007.

主義はいかなる意味においても国内での生産の助けになっているとは思われない、とする。彼らはむしろ、国家が保護することによって、外国の競争相手と競うインセンティブにかなりの悪影響を及ぼし、国内産業を害するだけであると考えている。多くの補助金が投入された企業は、競争に勝つための努力をする動機に乏しいことがほとんどであるが、それは国家による干渉がなされるためであり、また、そのような干渉により歪められた市場において競争にさらされることがないためである¹⁴。国家の保護主義を批判する者は、保護主義によって促進されると主張されている高度な文化多様性なるものは、補助金を受けていない競争相手が供給する文化的な産品と互角に渡り合えない低品質の文化的な商品やサービスの供給によってもたらされるものでしかなく、結局、そこから消費者が利益を得ることができるようなものではない、と強調する¹⁵。

他方で、外国の文化的な産品が氾濫している国が支持するアプローチは、文化的な商品及びサービスに知的財産権を付与するだけで、あとは単に自由市場に委ねれば消費者の求める産出物の多様性を満たすような各種の文化的な産品が揃うといった解決方法を批判するものである。このアプローチの論者は、著作権産業その他の知的財産産業¹⁶が、レコード会社であれ、映画会社であれ、放送局であれ、現状のようになってしまったのは知

¹⁴ See, e.g., T. COWEN, “French Kiss-Off: How Protectionism Has Hurt French Films”, *Reason*, July 1998, available at <http://www.reason.com/news/show/30691.html> (last visited 7 March 2009) (「ヨーロッパ人が自分の映画を市場競争力がないものとして扱えば、その映画は永遠に市場競争力のないものになってしまうであろう」と示唆している); J. BUCHSBAUM, “‘The Exception Culturelle is Dead.’ Long Live Cultural Diversity: French Cinema and the New Resistance”, 47 *Framework: The Journal of Cinema and Media* 5 (2006) (フランスの映画産業の現状を分析し批判している)。

¹⁵ See, e.g., COWEN, *supra* note 14.

¹⁶ 「文化産業」あるいは「クリエイティブ産業」という言葉は、著作権やその他の知的財産権に直接的には依拠することなく形成されている産業やビジネスモデルも含むので、本稿では「著作権産業」や「知的財産産業」という言葉を使用することとする。この言葉は、様々なエンターテインメント産業やメディア産業であって、著作物、具体的には新聞、雑誌、本、レコード、映画やビデオゲーム及びその他の種類の知的財産に大きく依存するものを指す。

的財産制度のせいであるとする¹⁷。世界中で高度に水平的かつ垂直的な統合が行われた結果、一握りの多国籍企業が、レコードや文化的な商品及びサービスのうち視聴覚的なものの国際取引の大部分を支配しているのである¹⁸。国内の創作者、実演家、監督や制作者による市場占有率が看過できないほどに低下したことで、多くの国が国内市場において米国の産出物が圧倒的に優位な立場を占めている状況を打破すべく、様々な態様の保護措置を発動したのである¹⁹。純粋市場アプローチによる解決の反対論者の中には、さらに進んで、知的財産権は文化多様性に悪影響を及ぼしがちであり、それは知的財産権が産業の集中を招く性質があること²⁰や知的財産

¹⁷ See, e.g., F. MACMILLAN, “The UNESCO Convention as a New Incentive to Protect Cultural Diversity”, in SCHNEIDER and VAN DEN BOSSCHE, *supra* note 12, at 163, 169–73.

¹⁸ 水平的・垂直的統合について概説したものと優れているのは、see C. WRIGHT, “Reconciling Cultural Diversity and Free Trade in the Digital Age: A Cultural Analysis of the International Trade in Content Items”, 41 *Akron L. Rev.* 399 (2008).

¹⁹ 個別の保護計画や保護制度のために、すでに米国と関係国との間で多くの通商紛争が生じている。例えば、カナダ向けの広告はカナダの雑誌に掲載しなければならないという同国の制度はWTO紛争解決手続に持ち込まれた。See WTO Report of the Appellate Body, *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*, 30 June 1997, WT/DS31/AB/R, available at http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds31_e.htm (last visited 7 March 2009). See also C.M. BRUNER, “Culture, Sovereignty, and Hollywood: UNESCO and the Future of Trade in Cultural Products”, 40 *N.Y.U. J. Int’l L. & Pol.* 351, 384–93 (2008) (カナダ、フランス及び欧州連合における状況について論じたもの); K.A. KISH, “Protectionism to Promote Culture: South Korea and Japan, a Case Study”, 22 *U. Pa. J. Int’l Econ. L.* 153 (2001) (韓国及び日本における状況について論じたもの); G.A. GOTTSSELIG, “Canada and Culture: Can Current Cultural Policies Be Sustained in the Global Trade Regime?”, 5 *Int’l J. Comm. L. & Pol’y* 1 (2000) (カナダにおける状況について論じたもの); T. MAGDER, “Franchising the Candy Store: Split-Run Magazines and a New International Regime for Trade in Culture”, *Canadian-American Public Policy* No. 34 (1998) (カナダにおける状況について論じたもの); J.D. DONALDSON, “‘Television Without Frontier’: The Continuing Tension Between Liberal Free Trade and European Cultural Integrity”, 20 *Fordham Int’l L.J.* 90 (1996) (欧州連合における状況について論じたもの)。

²⁰ See R. TOWSE, “Why Has Cultural Economics Ignored Copyright?”, 32 *J. Cult. Econ.* 243, 252 (2008).

制度の本質として、その運用により知的財産権に基づく文化的な産品が同質化する傾向にあること²¹が原因であると主張する者もいる。

このように、文化的な産品のもつ財産的価値と文化的価値²²とのバランスをどのようにして適切かつ十分にとるかという点に関して見解が異なるために、各国が文化多様性について有するアプローチには相違や緊張関係が生じているのである。このような相違や緊張関係があることは、文化多様性条約の起草の過程で明らかになり、最終的に採択された条文にも表れている。同条約の草案²³は2004年7月に公表され、これには知的財産権に明確に言及している箇所が多くあったのに対し、採択された条文では文化多様性を保護し促進する手段としての知的財産権に関する、争いのある問題は意図的に手当てされないままとなっているように見受けられる。文化多様性条約第20条は、同条約とその他の条約との関係について規定しているが、これを除けば、同条約の序文だけが知的財産権を「文化的な創造にかかわる者を支えるものとして重要である」²⁴ことを指摘することにより、文化多様性を確保するために知的財産権が重要なものであることを明確に認めている。しかしながら、これは当初草案として提案されていた表現を控えめにしたものであり、草案では著作物に「しかるべき知的財産権」を付与する必要があることを強調していたのである²⁵。

文化多様性を保護し促進することにおける知的財産権の役割について

²¹ See, e.g., E.C. BAKER, “International Trade in Media Products”, in N. ELKIN-KOREN and N.W. NETANEL (eds.), *The Commodification of Information*, 2002, 267; Y. BENKLER, “Intellectual Property and the Organization of Information Production”, 22 *Int’l Rev. L. & Econ.* 81 (2002).

²² 文化的な商品及びサービスの価値に関する議論として、see, e.g., D. THROSBY, *Economics and Culture*, 2001, 19–41; A. KLAMER, “Cultural Goods Are Good for More than Their Economic Value”, in V. RAO and M. WALTON (eds.), *Culture and Public Action*, 2004, 138.

²³ UNESCO, *Preliminary Draft of a Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions*, July 2004, CPL/CPD/2004/CONF-201/2 (2004) [以下「Preliminary Draft」という。]。

²⁴ CD Convention, *supra* note 1, Preamble, ¶17.

²⁵ Preliminary Draft, *supra* note 23, Preamble, ¶9.

のアプローチが変化したことは、文化多様性条約の本文にも表れている。すなわち、草案では知的財産権について明示的に言及している部分が多かったが、これらが削除されているのである。例えば、「文化的な商品及びサービス」の定義では、もはやこれらの商品、サービス及び活動が「既存の知的財産法制の下で保護されているか否かに関わらず、知的財産権を生じさせ、あるいは生じさせ得るものである」ことに言及していないのである²⁶。最終的に採択された条文では、締約国に「既存の国際的な枠組みに従って知的財産権が十分に尊重され実現されること、特に著作権侵害行為に対する措置を発展・強化するよう」確保する義務を明示的に課すことを避けている²⁷。

対照的に、文化多様性条約の第5条(1)では、「文化政策を立案し実施すること及び文化的表現の多様性を保護し促進するための措置をとる（締約国の）主権の権利」を再確認している²⁸。第6条(2)では、締約国がとることの可能な措置を例示的に列挙している²⁹。さらに言えば、第8条(1)と(2)では、締約国が「自国の領域における文化的表現が消滅の危機にあり、重大な脅威にさらされ、あるいは緊急に保護を必要としている」ような「状況において、文化的表現を保護し保存するためのあらゆる適切な措置」³⁰をとることが許されることを確認しているのである³¹。このような措置は「本条約の規定と整合するような態様で」³²発動しなければならないものの、「(先の)特別な状況が存在するか否かの判断」は各締約国に委ねられている³³。同時に、そのような措置を発動した締約国は、当該措置についてすべて政府間委員会に報告する義務があるが、政府間委員会は「適切な勧告

をする」ことができるにすぎない³⁴。

文化多様性条約の曖昧さ、言い換えれば制約のなさゆえに、Willem Grosheideは「(文化多様性条約は)政策本位の条約であって、みるべき実体的法規範や法執行のための手段を全く含まず、締約国は条約の目的を達成するために有用であると考えらばどのような法的手段を適用し導入することも自由なのである」と結論付けている³⁵。同様の理由により、米国は採択された同条約のテキストを激しく批判してきており、それは同国が、国によっては条約を隠れ蓑として視聴覚産業分野における貿易障壁を上げるのではないかと懸念しているためである³⁶。

したがって、文化多様性条約を実施するために締約国がとった措置とその他の条約、特に世界貿易機関(WTO)法制及び知的財産関連条約とが抵触する事態を、どのようにして丸く収めるのかという問題が生じる。1969年の条約法に関するウィーン条約第30条(3)³⁷によれば、前の条約の当事国のすべてが後の条約の当事国となっている場合において、後の条約は前の条約を変更し、その結果「条約は、後の条約と両立する限度においてのみ、適用する」³⁸こととなる。例外として、「条約が前の若しくは後の条約に従うものであること又は前の若しくは後の条約と両立しないものとみなしてはならないことを規定している場合」があげられる。この場合には、「当該前の又は後の条約が優先する」³⁹。

²⁶ *Id.*, Article 4(c).

²⁷ *Id.*, Article 7(2)(b).

²⁸ CD Convention, *supra* note 1, Article 5(1).

²⁹ *Id.*, Article 6(2).

³⁰ *Id.*, Article 8(2).

³¹ *Id.*, Article 8(1).

³² *Id.*, Article 8(2).

³³ *Id.*, Article 8(1).

³⁴ *Id.*, Article 8(3).

³⁵ F.W. GROSHIDE, *Cultural Diversity and Copyright Law: Between Good Intentions and Better Functioning*, 5 (6-7 October 2008) (論文は2008 ALAI Conference on Cultural Diversity: Its Effects on Authors and Performers in the Context of Globalisation, Dubrovnik, Croatiaにて発表されたものである), available at <http://www2.law.uu.nl/priv/cier/Documenten/Worddoceng/ALAICONFERENCE2008DUBROVNIK-CROATIA22%20final.doc> (last visited 24 February 2009).

³⁶ See, e.g., BRUNER, *supra* note 19, at 398-403 (*supra* note 1に掲げた文化多様性条約に対し、米国が起草中の様々な段階や採択後において異論を述べてきたことについて論述したもの)。

³⁷ Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1155 U.N.T.S. 331 (1969).

³⁸ *Id.*, Article 30(3).

³⁹ *Id.*, Article 30(2).

当初提案された、既存の知的財産関連条約が文化多様性条約に優先することを規定した条文案⁴⁰は、文化多様性条約第20条(1)の規定に代替され、同条は当該条約と他の条約との関係についての三つの原則、すなわち相互補強性、補完性及び非代替性を謳っている。よりはっきり言えば、締約国は「本条約と自国が締約国となっている他の条約との相互補強性を発展させ」⁴¹、また、「本条約の関連する規定を考慮」⁴²しつつ「自国が締約国となっている他の条約を解釈及び適用」し、また、「他の国際約束を締結する」⁴³こととされている。その際、締約国は「本条約及び自国が締約国となっているその他すべての条約上の義務を誠実に果たす」義務があるものとされている⁴⁴。

第20条(1)があることで文化多様性条約とその他の条約の関係を巡る問題はきれいに解決するようにも思われるが、同条を実際に実施するにあたっては文化多様性条約第20条(2)が障害となる可能性がある。第20条(2)では既存の条約と文化多様性条約との関係を明確にすることで、「(後者の)規定を、締約国が締結しているその他の条約に基づく権利義務を変更するものとして解釈してはならない」ものとしている⁴⁵。この規定は厳しい批判の下にさらされているが、それは文化多様性条約とその他の条約、特にWTO協定とが衝突する場面を想定していないように見える⁴⁶からである。逆に、多くの評論家は、そのような衝突は簡単に生じうると指摘する。例えば、Fiona Macmillan はかなり明確にこの問題が「異なる体系をどう管理するかの問題であり、より簡潔に言えば政治問題」であると予測している⁴⁷。彼女は、「衝突というものがもしあるとすれば、それは全体的な体系上の

矛盾がある場合であり、二つの制度がもたらす結果が、制度を全体としてみれば、うまく共存することがありえないような場合」であると示唆する⁴⁸。紛争が生じた場合には、高い確率で、WTO協定の特定の条項の違反を主張する締約国が、当該紛争をWTOの紛争解決手続を通じて解決しようと考えるであろう。というのも、そのほうが当該締約国にとっては文化多様性条約に基づく調停手続におけるよりもはるかに有利な立場に立つことができるからである⁴⁹。第20条(2)があるために、WTOの小委員会や上級委員会は文化多様性条約が知的所有権の貿易関連側面における協定⁵⁰やその他の知的財産関係条約と何ら関連性がないとの結論を下すおそれがある。なぜならば、文化多様性条約は、第20条(2)によれば、これらの条約の下で生じた締約国の権利や義務を何ら変更するものではないからである。第20条(2)があることで、同条(1)の規定する三つの基本原則を容易に回避することを認めてしまう可能性がある。

このように、文化多様性条約の草案作成の過程で、文化多様性を保護し促進することについての知的財産権の役割を巡る緊張関係があったために、最終的に採択された同条約のテキストには相当な悪影響が及ぶこととなった。一つの考え方としては、同条約は意図的に知的財産権について明確に言及することを避け、同条約を実施し解釈する際に、知的財産制度が文化多様性を保護し促進するために重要であるということが過度に強調される状況を防ごうとしているということが言えよう。結局、多くの国が、同条約が採択されたことが国内的、地域的及び世界的なレベルで文化的表現⁵¹の多様性を十分に達成するための重要な一歩であると歓迎する一方で、

⁴⁰ Preliminary Draft, *supra* note 23, Version A, Article 19(1) (「本条約のいかなる規定も、締約国が当事者となっている知的財産権に関する既存の国際文書に基づく当該締約国の権利及び義務に影響を及ぼすものとして解してはならない。」)。

⁴¹ CD Convention, *supra* note 1, Article 20(1)(a).

⁴² *Id.*, Article 20(1)(b).

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.*, Article 20(1).

⁴⁵ *Id.*, Article 20(2).

⁴⁶ MACMILLAN, *supra* note 17, at 185.

⁴⁷ *See id.*, at 186.

⁴⁸ *See id.*

⁴⁹ Compare Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, 15 April 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, Legal Instruments—Results of the Uruguay Round, 33 I.L.M. 1125 (1994) with CD Convention, *supra* note 1, Article 25 and Annex (文化多様性条約の締約国の間で紛争を解決するための手続について規定している)。

⁵⁰ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 15 April 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, Legal Instruments—Results of the Uruguay Round, 33 I.L.M. 1125 (1994).

⁵¹ CD Convention, *supra* note 1, Article 4(3) (文化的表現を「個人、集団及び社会の

他の国は、特に米国は、同条約については知的財産制度との関係が曖昧な部分があることや、視聴覚産業分野において貿易障壁を上げるための大義名分として利用されるおそれがあることを理由に非難するのである⁵²。知的財産権が文化多様性を保護し促進することにおいてどのような役割を有するのかという難問を解決するには、自由市場にゆだねることによる解決と国家介入による解決のそれぞれについて、利点と欠点をよく精査することが肝要である。

2. 文化、自由市場と知的財産権

「純粋市場」による解決を提唱する者は、知的財産権を付与し、自由市場にゆだねることが十分な文化生産と産出物の多様性を確保するために必要な環境を整える最良の方法であると主張する。このような考え方は、知的財産制度は社会との取引の結果であるとの伝統的な考え方と調和する⁵³。一方では、人間の知的創作活動の結果⁵⁴についてその著作者、創作者、発明者その他の利害関係人に一定の限られた期間、排他的な権利が付与される。この権利は、時間、金と労力をつぎ込んだことへの対価であると同時に、さらなる創作的かつ革新的な活動を促進するためのインセンティブなのである。他方では、公衆はありあまるほど多様な種類の無体財産を利用することが可能となり、これには文化的な商品及びサービスが含まれる。問題は、果たして知的財産権が実際に、文化多様性を保護し促進することにおいて重要な役割を果たすのか、あるいは本当に何らかの役割を果たすのかということである。純粋市場による解決に異を唱える者の多くは、現

創造性から生じ、かつ、文化的コンテンツを有する表現」と定義している)。

⁵² See, e.g., BRUNER, *supra* note 19, at 399 n. 203 (33rd UNESCO General Conferenceにおける米国の大使 Louise V. Oliver の介入発言を引用している)。

⁵³ 知的財産制度を正当化する理論はほかにもある。あらゆる正当化理論を横断的に概説したものとして see, e.g., P. DRAHOS, *A Philosophy of Intellectual Property*, 1996; W.J. GORDON, “A Property Right in Self Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property”, 102 *Yale L.J.* 1533 (1993); J. HUGHES, “The Philosophy of Intellectual Property”, 77 *Geo. L.J.* 287 (1988)。

⁵⁴ 脚注72の付されている本文参照。

状の知的財産制度が文化多様性を阻害しさらには低下させており、それは知的財産産業及び通信産業において高度に水平的かつ垂直的な集中が生じた結果であるとして非難する。本節では、このような批判の根底にあるものを調べ、特に知的財産制度、中でも文化生産に緊密に関係する著作権制度が文化的表現の多様性を保つために必要な特徴や仕組みを有するのかをみていくこととする。

2.1 インセンティブと報酬

著作者がそれぞれ文化的な表現等の新たな無体財産を創作する理由はそれこそ様々である。著作者の中には、自己の知的創作活動の成果物を他人に利用可能なものとするについて見返りを求めない者もいるが、そのような者は通常は少数派である。18世紀の英国の著作者であり随筆家であって批評家でもあった Samuel Johnson は、「間拔けでもない限り、金のためでなければ執筆しない」と端的に指摘している⁵⁵。ある者は、知的創作活動の成果物を売って生活の糧とするために創作する⁵⁶。他の者は創作的革新的活動に耽ることによって地位や名声その他世間に認められたことの証を得ようとする⁵⁷。当の創作者にとって目に見える利益が見当たらないようであっても、多くの場合において、創作者が内面的に人間として必要とし、欲していることを満たすような隠された理由が存在する。例えば、創作することで他者を助け、その欲望を満たし、あるいは単に楽しませることによって個人的な快楽や自己満足が得られる、といったことである⁵⁸。

⁵⁵ J. BOSWELL, *Boswell's Life of Johnson*, abr. and ed., 1917 (Samuel Johnson の言葉を引用している), available at <http://www.gutenberg.org/files/1564/1564-h/1564-h.htm> (last visited 25 February 2009)。

⁵⁶ See, e.g., W.M. LANDES and R.A. POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, 2003, 38 (「実際にロイヤルティー収入で生活している著作者」に言及している)。

⁵⁷ See *id.*, at 48 (著作権法がなかったとしても複製行為を制限する要因として、「著作者が出版を通じて、ロイヤルティーを超える実質的な利益を得る」場合、例えば「自己PR」などがあることについて議論している)。

⁵⁸ 多くの個人が創作するのは、同じあるいは類似の状況で自分も他者から同様の扱

無体財産を創作するには、それが文学的及び美術的著作物⁵⁹であれ、実演、レコード、又は放送であれ⁶⁰、有限の資源、具体的には時間や金や人間の知的創作活動が必要となる。しかし、このような私的に有する有限な資源を文化的な商品を作成し文化的なサービスを提供することに費消しようという意欲は、文化的な商品及びサービスが十分な法的保護を与えられないのであれば、これらの「公共財⁶¹」的性格ゆえにかなり減じられてしまうであろう。

公共財には主に二つの特徴がある。排他的でないことと一度利用されてもなくなることである。誰か一人の人に公共財へのアクセスが可能とされている場合、その他の者の利用を排除することは困難となる。例えば、ある美術的又は科学的活動が公開されれば、すなわち具体的には、公に歌が歌われ、物語が語られ、あるいは舞踊が舞われたならば、誰でも後からいつだって同じ歌を歌い、同じ物語を語り、同じ舞踊を舞うことができる。加えて、ある者が公共財を利用したからといって、他の者が当該公共財を利用できなくなるわけではない。これは有体物の場合とは対照的である。一切れのパンを誰かが食べてしまえば、他の者がそのパンを食べることはもはや不可能であるが、誰かが歌を歌ったり本を読んだりしても、他の者を

いを受けることを期待するためである。

⁵⁹ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Article 2(1), 9 September 1886, 828 U.N.T.S. 211 (last revised at Paris, 24 July 1971) (「文学的及び美術的著作物」には、表現の方法又は形式のいかんを問わず、書籍、小冊子その他の文書、講演、演説、説教その他これらと同性質の著作物、演劇用又は楽劇用の著作物、舞踊及び無言劇の著作物、楽曲(歌詞を伴うかどうかを問わない)、映画の著作物(映画に類似する方法で表現された著作物を含む。以下同じ。)、素描、絵画、建築、彫刻、版画及び石版の著作物、写真の著作物(写真に類似する方法で表現された著作物を含む。以下同じ。)、応用美術の著作物、図解及び地図並びに地理学、地形学、建築学その他の科学に関する図面、略図及び模型のような文芸、学術及び美術の範囲に属するすべての製作物を含む。)

⁶⁰ International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations, Article 3, 26 October 1961, 496 U.N.T.S. 44 (1961) (「実演家」、「レコード」及び「放送」などといった言葉を定義している)。

⁶¹ See H. DEMSETZ, "The Private Production of Public Goods", 13 *J.L. & Econ.* 293 (1970).

が同じ歌を歌ったり同じ本の複製品を読んだりすることができ、それは同時にあるいは別の時に別の場所で起こりうるのである。

したがって、公共財のもつ主な特徴としては、公共財がその性質上、その利用者や消費者に公共財を生み出すのに必要となったコストを負担させないということ、いうなれば公共財には天然のバリアがなく、ある者の創作的活動に他の者がただ乗りすることを防ぐことができないということがあげられる⁶²。別の表現で言い換えれば、文化生産に対して十分な法的保護が与えられない場合、起業家はかなりの資本を投じて特定の文化的な商品又はサービスのニッチな市場を探り当てる必要があるのに対し、後続の者は、このような商品又はサービスに見劣りしない品質で、大幅に安い価格で、同一又はかなり類似した商品やサービスを、起業家の商品又はサービスの完璧な代替品として速やかに製造し又は提供することができ、起業家との関係で実質的に優位な立場に立って利益を享受できるのである。印刷機、映画撮影用カメラ、コピー機、録音機やDVD録画機⁶³など数多くの複製頒布技術が次から次へと導入されたことにより、複製頒布にかかる費用が大幅に削減されることとなった⁶⁴。さらに突き進んで、デジタル通信技術のおかげで何百万という利用者が文化的な商品及びサービスに自由にアクセスでき、著作物の高品質な複製を瞬にして、ほぼ経済的負担なくして作成できてしまう⁶⁵。複製頒布にかかる費用が削減されたた

⁶² 多くの場合は、最初の行為者が市場先行の利益により優位に立つ。しかし、新たなデジタル技術により、市場先行の利益による有利な立場は最小限のものとなってしまった。

⁶³ 数々の複製頒布技術が導入されたことに伴って著作権理論が発展してきたことを歴史的観点から概観したものとして優れているのは、see P. GOLDSTEIN, *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox*, rev. ed., 2003; S. VAIDHYANATHAN, *Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How It Threatens Creativity*, 2003.

⁶⁴ 新たな技術の導入によって複製頒布コストが削減されたことは、絵画や彫刻など、真正正銘の本物であることが評価される芸術作品の創作活動には直接的には影響を与えない。

⁶⁵ 限りなく多数の者が限られた資源にアクセスできるという状況は、多くの場合、公に存在する限られた資源から私的利益を得ようと試みる者が多すぎるという事

めに、文化的な商品の生産者や文化的なサービスの供給者の多くが、これらの文化的な商品及びサービスの創作のために行った初期投資を回収できなくなってしまうのである。このことは、起業家の、新たに創作的な文化生産を始めようというインセンティブに悪影響を与えてしまう。究極的には、影響を受けた文化的な商品及びサービスが十分に創作されなくなったり、ひいては全く創作されなくなったりすることにつながるものであり、このような結果を避けるには、知的創作活動に初期投資を行ったことにより期待される利益が起業家に何らかの方法で還元されなければならない。

したがって、著作者、創作者、発明者その他の主体による知的創作活動であって文化的な商品の生産や文化的なサービスの供給につながるものには、何らかの形で保護し支援することが必須であると考えられるのである。その方法は何世紀も続く文明社会の中で数多く発達してきたのである。これらの方法は独立別個のものと考えべきではなく、むしろ幅のあるものとして捉えるべきであって、その両極端としては、私的な資金を投入して何らかの方法で文化生産を援助する場合と公的資金を投入して何らかの方法で文化生産を援助する場合を考えることができる。政府は税金、クォータや公的資金からの補助金に基づく仕組みを採用するのに対し、民間では後援や資金援助を通じて同様のことを達成する。無体財産に所有権を与え、かつ文化的な産品をそれぞれ支援するためにどれだけの資金が投じられるべきかを市場が判断することを前提とするアプローチは、国家による介入と民間による援助の両極の間のどこかに位置しているのである。

国家介入の利点としては、大抵の場合、特定の産品のために特別に課されている税金やクォータのおかげで当該産品が公衆により多く行き渡る

態につながる。その結果、限られた資源を使いすぎて、当該資源が破滅するのである。文献では「共有地の悲劇 (tragedy of commons)」という言葉はそのような状況を表現するものとして使用されている。See G. HARDIN, “The Tragedy of the Commons”, 162 *Science* 1243 (1968)。しかし、このようなことは、特定の個人の間で協力的な態度をとることを奨励する社会的な規範が存在しない場合にのみ生じる。社会の構成員の間に社会的な規範が存在したことで公共の資源が枯渇しなかったケースとして、see E. OLSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, 1990, 18-21.

ということや、公的資金の投入された創作的かつ革新的な活動の成果を公衆が自由に利用することが可能であることがあげられる。その欠点としては、保護され助成されているような商品やサービスの多くは、十分な品質を保っていることがほとんどなく、品質が悪いことも多いことがあげられる。さらに言えば、公的資金はきまって限りのあるものである。政府の役人がどの創作的活動を支援すべきかを決定することとなっているため、政府はどの作品を公的資金により援助するのにふさわしいか、また、どの作品に十分な資金を与えることを拒絶することで規制したり差別したりすべきなのかを決定することで、創作的活動を検閲することができるのである⁶⁶。同時に、国家権力は腐敗と隣り合わせである。市場運営に国家が介入することを前提とした制度の下では贈収賄や公的資金の濫用が行われる余地が常にある⁶⁷。最後に、公的資金というのは通常、極めて乏しいものであり、不十分なものであって、文化生産の範囲や規模を必要なだけ確保するために満足に資金を融通することもできないのである。国家権力による解決については、後述するところに譲り⁶⁸、ここでは私的な資金と自由市場にゆだねることによる解決を重点的に論ずることとする。

私人による介入の場合、私的資金はその資金を把握している個人の意思や好みに従って使われることとなる。私人が管理することで、限られた資金を権力の腐敗や非効率的な公的管理によって無駄にする可能性を減らすことはできるが、それでも限られた資金をある分野には過度に投じ、そ

⁶⁶ See, e.g., Y. BENKLER, “Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain”, 66 *Law & Contemp. Prob.* 173, 183 (2003) (「政府の気前のよさや後援に依存するということは、著作者、メディアその他の者に、支払権限のある者に対して配慮するよう求めることになる傾向がある。」)。

⁶⁷ See, e.g., T. FRYE and A. SHLEIFER, “The Invisible Hand and the Grabbing Hand”, 87 *Am. Econ. Rev.* 354 (1997) (政治腐敗に関し政府を「見えざる手」型、「助ける手」型、そして「掴む手」型の3類型に分けている); J.R. MACEY, “New Theories of the Regulatory State: Cynicism and Trust in Politics and Constitutional Theory”, 87 *Cornell L. Rev.* 280, 287 (2002) (現代福祉国家においては「(Frye-Shleifer 分類の) 三つの類型すべてが同時に働く」と主張している)。

⁶⁸ 国家介入、例えば税金、クォータや補助金の長所と短所については第3節で詳しく分析している。

の他の分野には全く割り当てないという事態は防ぐことはできない⁶⁹。加えて、私的資金を掌握している個人や財団は、自己の利益を追求し、めったに公益を考慮しない⁷⁰。

したがって、自由市場を推進する論者は、知的財産権を付与することを折衷案として提案し、これによって公的資金や私的資金を動かすことのできる限られた者が文化生産を歪曲し操作できてしまうという国家介入や私人による介入の欠点を回避できるとする。

Thomas B. Macaulay は1841年の下院での演説で分かりやすく次のように述べた。「文士がその品位や独立性を保つ上でもっともあつてはならないのは、文士が大臣や貴族の顔色をうかがって毎日の糧を得なければならぬような制度である」⁷¹。排他的な所有権を創作的な知的労働の結果に対して付与することで⁷²、著作権その他の創作者は、自らの作品を複製されることやその他の独創性のない模倣がなされることから保護されるのである。このように知的財産権を与えることの根拠と正当性は1787年の米国憲

⁶⁹ See, e.g., N.W. NETANEL, “Copyright and a Democratic Civil Society”, 106 *Yale L.J.* 283, 353 (1996) (18世紀に採用された最初の現代型著作権制度以前のパトロン制度について説明している)。

⁷⁰ See *id.*, at 353 (芸術家がパトロンに依存していたことで、表現の自律性を衰えさせ、活気のある自由思想のインテリゲンチヤの発展を妨げたとして批判する) and at 358 (「著作権も国家による多額の補助金もない世界では、著作権者は私的な援助に高く依存することとなり、そのために著作権者が裕福な者の嗜好、興味そして政治的指針に迎合せざるをえないこととなる。」と述べている)。

⁷¹ T.B. MACAULAY, *The Life and Works of Lord Macaulay: Complete in Ten Volumes*, Edinburgh ed., 1896, Vol. VIII, 198 (1841年2月5日に下院で行われた演説が収録されている)。

⁷² 創作者の創作的あるいは革新的活動のすべてが、その創作的な知的労働の成果物に対して知的財産権を付与されるわけではないということは銘記しておかなければならない。例えば、一度公表された新しい科学理論は、それが人類にとってどれだけ重要であるかにかかわらず、何らかの有形的な形式で表現されるか、産業上実際に利用される可能性がなければ知的財産権によって保護されない。仮に保護されるとしても、知的財産権に基づく保護は科学理論に対して直接与えられるものではなく、その理論の表現物又はその理論に基づく発明のそれぞれについて与えられるのである。

法第8節第1条⁷³に端的に表現されており、同条では米国議会に対して「科学と有用な技術の進歩を促進するため、限られた期間、著作者と発明者によるその作品と発明に対して排他的な権利を確保する」ための立法を行う権限を与えている⁷⁴。

強力な知的財産権を付与することによるプラス効果は、知的財産権推進論者が「どのような作品が創作されるべきで、どのような創作者がパトロン制や後援などの私的な資金援助の形で支援を求める必要があるのか」の判断を市場にゆだねることとしていることから窺える。このように、市場は、消費者の需要や嗜好を創作者や知的財産産業に伝える媒体として最適であると考えられているのである⁷⁵。

2.2 知的財産制度への批判

知的財産権、特に著作権を付与することが作家、作曲家、俳優、歌手その他の芸術家が創作的な芸術的活動を継続するための十分なインセンティブを与える上で重要であるように思われるが、実証的研究によれば、著作権は彼らが期待するような十分な見返りを与えないことが示されている⁷⁶。現実には、凡庸な芸術家は他に収入源を求めなければならない、例え

⁷³ U.S. Constitution, 17 September 1787.

⁷⁴ See *id.*, Article 1, § 8. See also J. Hughes, “Copyright and Incomplete Histories: Of Piracy, Propertization, and Thomas Jefferson”, 79 *S. Cal. L. Rev.* 993, 1021-26 (2006) (*supra* note 73 の米国憲法の著作権条項の起草過程を分析している)。

⁷⁵ この主張の不備や欠点を指摘する批判については脚注123-126の付してある本文を参照。

⁷⁶ See M. TAYLOR and R. TOWSE, “The Value of Performers’ Rights: An Economic Approach”, 20 *Media, Culture & Society* 631 (1998); R. TOWSE, “Copyright and Economic Incentives: An Application to Performers’ Rights in the Music Industry”, 54 *KYKLOS* 369 (2001) (デンマーク、スウェーデンそして英国における上演権に着目して音楽実演家に対する報酬について調査している); R. TOWSE, *Creativity, Incentive and Reward: An Economic Analysis of Copyright and Culture in the Information Age*, 2001, 164-66; S. MATSUMOTO, “Performers in the Digital Era: Empirical Evidence from Japan”, in R. TOWSE (ed.), *Copyright in the Cultural Industries*, 2002, 196 (日本の音楽実演家の実情

ば公演、著作物の原作品の販売さらには非芸術的活動を行うことも考えねばならない⁷⁷。ほんの一握りの著作者や芸術家だけが著作権の付与された著作物を利用して得られた収入だけで生計が立てられるのである⁷⁸。彼らのほとんどは大スター⁷⁹であり、著作権のロイヤルティとして得られる収入は、実際には欠かせないものではない。彼らは十分な資金を他の収入源、具体的には公演、広告キャンペーンやその他の宣伝活動を通じて人気を獲得することから得るのである。多くの芸術家は、著作権を有していても見るべき経済的な見返りが無い。しかし、Ruth Towse は、芸術家が「著作権法を通じて与えられる法的保護という内在的報酬が自己にステータスを与えるものである」として重視している、と指摘する⁸⁰。大スターや芸術家のうち市場支配力を持つ者は、著作権による保護を通じて経済的な利益を得、その他の者は少なくとも社会的地位を獲得することで無形の利益を得ることから、Towse は「著作権法は制度的インセンティブであって、創作に向けた内因的・外因的インセンティブ・報酬を合わせたものである」と結論付ける⁸¹。

知的財産法を批判する者はさらに、知的財産法のせいで文化生産の場面において実質的に産出物の種類が減少すると強調する。このような批判は、特異の高度な水平的・垂直的集中が起こっている知的財産産業の現在の状

を研究している)；TOWSE, *supra* note 20, at 251 (様々な国において著作権法が著作者、作曲家、実演家その他のアーティストに与える影響に関する研究に言及している)。

⁷⁷ See D. THROSBY, *Economics and Culture*, 2001, 98-102 (「創作過程のモデルに収入が組み込まれる」次の三つの態様を概説したもの：(a) 制約として、(b) 他とともに最大化すべきものとして、そして (c) 最大化すべき唯一のものとして)。

⁷⁸ 「著作権の付与された著作物」は、広くコモンローの国において著作物性の認められる作品及び大陸法における著作権及び著作隣接権の対象となりうる作品を意味するものとして使われている。

⁷⁹ See R. TOWSE, “Partly for the Money: Rewards and Incentive to Artists”, 54 *KYKLOS* 473, 480 (2001) (「市場競争力のある大スターたる著作者や実演家ならロイヤルティ収入でかなり稼げる。」)。

⁸⁰ See *id.*, at 481.

⁸¹ See *id.*

況に対する強烈的な批判に基づいている⁸²。ほんの一握りの多国籍企業（一分野、例えばレコード会社、映画会社、放送局につき、それぞれ約4社か5社）⁸³が世界中のそれぞれの分野の文化生産の大多数を支配するのである。分野によっては、このような多国籍企業が当該分野の世界市場における売上の3分の2超を支配するのである⁸⁴。文化生産の特定の分野において集中が起きていることに加え、メディアコングロマリットは、その産出物のあらゆる流通経路を支配するグループに属し、例えば系列の映画館や放送局において、産出物をニュース番組で宣伝することができ、なおかつ映画番組やラジオ局で放送することができるのである。加えて、このようなグループの中には、関連する技術を提供する企業、例えば家電製品メーカー⁸⁵やインターネット・サービス・プロバイダ⁸⁶を所有し、あるいは逆に

⁸² See, e.g., MACMILLAN, *supra* note 17, at 171; G. PESSACH, “Copyright Law as a Silencing Restriction on Noninfringing Materials: Unveiling the Scope of Copyright’s Diversity Externalities”, 76 *S. Cal. L. Rev.* 1067, 1087-91 (2003); J.S. CURTIS, “Culture and the Digital Copyright Chimera: Assessing the International Regulatory System of the Music Industry in Relation to Cultural Diversity”, 13 *Int’l J. Cult. Prop.* 59, 64 and 79 (2006).

⁸³ 著作権産業の現状を概観するものとして see, e.g., R.V. BETTIG, “Concentration in the Copyright Industries”, in P.K. YU (ed.), *Intellectual Property and Information Wealth: Issues and Practices in the Digital Age*, Vol. I (Copyright and Related Rights), 2007, 361; WRIGHT, *supra* note 18.

⁸⁴ See, e.g., WRIGHT, *supra* note 18, at 430-33 (映画、テレビ番組とレコードに関する世界的なコンテンツ市場の状況を説明したもの) and at 502-3 (様々な国の映画館の切符売場のレシートのうち米国で作られた映画に関するものから、収入に関するデータを割り出している)。

⁸⁵ Sony Group は家電製品の主力メーカーである Sony Corporation そして Sony Music Entertainment、Sony Pictures Entertainment、及び Sony Computer Entertainment など多くの重要なコンテンツ提供者で構成されている。

⁸⁶ Time Warner Inc. の子会社である Warner Bros. Entertainment, Inc.、Time Inc. 及び Turner Broadcasting System, Inc. などの主要なコンテンツ提供者に加え、世界最大級のメディアそしてエンターテインメントコングロマリットであり主要インターネットサービスプロバイダである AOL (かつての America Online) も、Time Warner Inc. の子会社である。2009年5月28日、Time Warner Inc. は、同社から法的にも構造的

これらの企業に支配されているものがある。したがって、著作権によって保護されるコンテンツを提供する会社の中には、幾多の流通経路や消費者に必要な技術を提供することでそのコンテンツを利用可能とする会社と極めて緊密な関係にあるものが存在するのである⁸⁷。

複製や流通のコストがかなり削減されたことで、水平的・垂直的な企業の集中によって文化生産の幅に二つの悪影響が生じている。まず一方で、新規参入者に対する市場への参入障壁を作り、どこにも所属しない制作者を不利な立場に追いやっている。どこにも所属しない制作者や創作者は、メディアコングロマリットが利用できる効率的な流通ネットワークによって実現されるコスト引き下げの恩恵を受けられないので、メディアコングロマリットの産出物との競争はより厳しいものとなる。同様の問題は、新規参入者の前にも立ちはだかり、彼らが市場に参入するにあたって看過できない障壁となるのである⁸⁸。

他方、生産の集中により、メディアコングロマリットにより提供される文化的な商品及びサービスの多様性にも悪影響が生じる。Guy Pessach は、中でも、「複製や流通のコストダウンにより利益が出るため、企業メディアにとっては、どちらかと言えば同質で独創性のないコンテンツを生産することへのインセンティブが強くなる。」と述べる⁸⁹。産出物に複数の種類があることで客層は分割され、顧客一人当たりの生産コストが増加するので、集中が進んだ文化生産がターゲットにするのは、一般大衆を惹きつけるような話題、分野それからスタイルとなる。同時に、少数派の嗜好や好みには見向きもしないことになる⁹⁰。結果として、主流のマーケットにはかなりの額の資金が過度に投入される一方で、主流として好まれ生産されるものからかなりそれ以外の文化的な商品及びサービスについては、メディアコングロマリットが十分に利潤を上げられるものと考えないがため

にも完全に AOL を切り離す計画を発表した。

⁸⁷ 著作権産業の垂直的・水平的集中についてさらに詳細に論じたものとして、see BETTIG, *supra* note 83; WRIGHT, *supra* note 18, at 423-25 and 486-501.

⁸⁸ See PESSACH, *supra* note 82, at 1090.

⁸⁹ *Id.*, at 1089.

⁹⁰ See *id.*

に投資が十分になされず、顧客の需要は満たされないこととなる。

このような嘆かわしい事態となっていることは、実証的研究により証明されている。産業が集中すればするほど、産出物の多様性は低下するのである⁹¹。産業が集中することによって供給される文化的な商品や提供される文化的なサービスの多様性に及ぶ悪影響については、文化生産を一部又は全部外注すること、例えば独立企業を下請けにしたり、芸術家の集団に直接依頼したりして文化的な商品を生産しサービスを提供することで、多少は緩和することができる⁹²。しかし、はっきりさせておくべきなのは、分散化された生産活動によって緩和効果が生ずるのは、下請会社が創作的かつ芸術的な判断をする余地がある場合に限られるということである。

多くの者は、文化生産の集中や、知的財産産業における現在の不満足な状況の原因は、著作権とその他の知的財産法にあると考えている⁹³。例えば、Macmillan は端的に次のように表現する。「何かが間違った方向に行ってしまうっており、著作権法の構造をよく見直して、その中で捨て去るべき部分や思い切って変えるべき部分があるかどうか考えてみる必要がある」⁹⁴。中には、さらに進んで、著作権その他の知的財産権には水平的な集中や時には垂直的集中を招く傾向が本来的に備わっていると示唆する者もいる⁹⁵。

⁹¹ See P.J. ALEXANDER, “Product Variety and Market Structure: A New Measure and a Simple Test”, 32 *J. Econ. Behav. & Organ.* 207 (1997) (製品の多様性を測るための基準を編み出すためにエントロピーを利用し、1955年から1988年にかけての米国のレコード産業について研究したもの)。

⁹² See T.J. DOWD, “Concentration and Diversity Revisited: Production Logics and the U.S. Mainstream Recording Market, 1940-1990”, 82 *Social Forces* 1411 (2004) (1940年から1990年にかけての米国のレコード産業について研究したもの)。

⁹³ See, e.g., MACMILLAN, *supra* note 17, at 171; PESSACH, *supra* note 82, at 1087-91; CURTIS, *supra* note 82, at 64 and 79.

⁹⁴ MACMILLAN, *supra* note 17, at 184.

⁹⁵ See, e.g., MACMILLAN, *supra* note 17, at 170 (「文化的な商品及びサービスについての知的財産権の保有が世界的に高度に集中するという結果を招いた、市場の一連の特徴形成に著作権法は寄与し、これを増大させ、あるいは創造した」と述べている); CURTIS, *supra* note 82, at 79 (「これまでになく数が減り続け、統合が進んでいる文化的なコングロマリット集団にコンテンツの独占権を与えることにより、これらの

著作権やその他の権利で保護される作品を会社が保有すればするほど、その会社は将来の獲得対象として価値が高まるのである⁹⁶。同様に、メディアグループがその著作権で保護された作品を効率的に流通させることができれば、その品揃えは利潤を生み価値が高いものとなる。

とはいえ、水平的・垂直的集中の問題に直面している産業は知的財産産業に限られない。知的財産法に特有の問題とはいえないのである。同様の問題は、他の産業でも生じ、それは顧客や他の競争相手との取引コストに関連している。企業が、他の競争相手と競争するか、それとも競争相手を買収してしまうかについて判断する場合、その判断は通例、費用対効果の分析に基づいて行われている⁹⁷。結局、競合企業や顧客に損害を与えるような産業の集中を防ぐために適切かつ十分な措置を用意するのは、独占禁止法と監督官庁の責任なのである⁹⁸。産業と生産の集中が与える影響についての実証的研究は、関係省庁が知的財産産業において合併・買収を認めるにあたって適切にバランスを保つのに役立つであろう。

会社は、独立の音楽レーベル、自己プロデュースのアーティスト、そして他の者を市場から締め出すことで市場を食い尽くすことができる」); PESSACH, *supra* note 82, at 1103-4.

⁹⁶ See, e.g., TOWSE, *supra* note 20, at 252 (「著作権が会社のために資産を生み、企業の合併買収への耐性を与え、レコード、映画、出版、そして放送産業をコントロールする巨大な国際的な寡占市場を作り上げることを可能にする」という仮定を実証すべき仮説として提言している)。

⁹⁷ See, e.g., L. PEEPERKORN and V. VEROUDEN, “The Economics of Competition”, in J. FAULL and A. NIKPAY (eds.), *The EC Law of Competition*, 2007, 3, 7 and 14-16.

⁹⁸ See, e.g., P. RÉGIBEAU and K. ROCKETT, “The Relationship Between Intellectual Property Law and Competition Law: An Economic Approach”, in S.D. ANDERMANN (ed.), *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, 2007, 505, 541 (「著作権に基づいた市場競争力は、著作権で保護されるコンテンツが大幅に集中することから生じる」こと及び「圧倒的な知的財産権のポートフォリオをもつ会社同士の合併にあたっては、著作権で保護されるコンテンツに対する権利がさらに集中することによる潜在的影響を慎重に考慮すべきである」ことを主張している); N.W. NETANEL, “Copyright and ‘Market Power’ in the Marketplace of Ideas”, in F. LÉVEQUE and H. SHELANSKI (eds.), *Antitrust, Patents and Copyright: EU and US Perspectives*, 2005, 149.

2.3 文化多様性を実現する手段としての知的財産権

知的財産法、特に著作権法は、関連産業の集中が生じている現状と個々の著作者その他の芸術家に十分な報酬を与えそびれていることを理由に厳しく批判されているが、研究者の中には、知的財産法は著作者、実演家その他の芸術家が自己の知的創作活動の結果を市場に出せるようにする環境を作る上で必要な土台を提供するものだと主張する者もいる⁹⁹。言い換えれば、媒体となる会社、例えば出版社、レコード会社、映画会社その他の知的財産産業が、本や雑誌その他の文学的作品を出版し、CDを作成し、あるいは映画を制作することで実際に投下資本を回収し利益も上げられるということが保証されるからこそ、これらの会社の知的財産権を十分に保護することで、公衆の求める文化的な商品及びサービスを探し求めるために必要なインセンティブが、これらの会社に生じるのである。このことにより知的財産産業は、かなりの額の私的な資金を投じて、公衆から求められている文化的な商品及びサービスを提供し、かつターゲットとしている消費者の関心を得るために個性的な文化的表現を促進することが可能となる。他方で、最適な状態で動いている自由市場で保証されるのは、個々の消費者が十分な種類の産出物を提供され、彼らのニーズや需要が、完璧にとまでは行かなくとも少なくとも部分的に満たされるということである。著作権法及びその他の知的財産法により、一定の程度・種類の文化生産を確保するために不可欠な環境が作られているのである。文化産業は著作権法に依存するところが大きいので、他の知的財産法はここでは脇に置いておくこととして、本節での分析は、主に著作権法に焦点を当てて行うこととする¹⁰⁰。

著作権法の重要な特徴の一つは、同法が表現しか保護せず、その表現に含まれているアイデアを保護するものではないということである。多くの国では、裁判所が保護の対象たる表現と保護されないアイデアとを区別す

⁹⁹ See, e.g., TOWSE, *supra* note 79, at 478-80; TOWSE, *supra* note 20, at 252.

¹⁰⁰ 文化多様性との関係での他の知的財産制度の重要性については、see Sections 3.2. and 3.3. below.

るための基準を確立している¹⁰¹。裁判所は、従来から、ある特定の著作物が他の著作物の著作権を侵害するか否かを判断しなければならないときには大変慎重である。入り口の条件が高く厳しいものであればあるほど、特定の主題、スタイル及び分野に関する産出物はより多様なものとなりうる。同時に、「侵害がなかなか認められない」基準により、特定のニッチ市場に集中が生じることにつながるかもしれない、市場の他の部分で提供されている文化的な商品及びサービスの種類がより少なく、あるいは選択の余地がないということがあるかもしれない。それでもやはり、提供されている産出物が実際にどの程度多様なものとなるかは、個々の場合においてどの程度の集中が生じているか、及び文化生産がどのように集中し構成されているかによるところが大きいのである¹⁰²。実証的な研究によれば、「集中の程度が高かったり低かったりすることは、多様性の低下を招き、多様性を最大限に確保するにはほどほどに集中が起きている構造が好ましい」ことが判明している¹⁰³。

文化多様性を保護し促進するもう一つの方法として、特定の文化的表現

¹⁰¹ See, e.g., *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930) (「どのような作品についても、特に、その作品が劇である場合には、出来事を取り除けば取り除くほど、極めて多くの一般的なパターンがどの作品にもよく当てはまるようになる。最終的にはその劇がどういふものかを最も一般的に述べたものにすぎなくなり、その表題しか残らないかもしれない。しかし、このような一連の抽象化の過程において、もはや劇が保護されなくなる時点があつて然るべきである。そのように解さない場合には、劇作家は、表現とは別個に、自己の財産として決して認められることのない自分のアイデアについても、他人が使用することを妨げることができてしまうからである。』)。See also P. GOLDSTEIN, *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, 2001, 184-85 (ベルヌ条約におけるアイデア表現二分論について分析している、*supra* note 59); R.E. SCHECHTER and J.R. THOMAS, *Intellectual Property: The Law of Copyrights, Patents and Trademarks*, 2003, 31-36 (米国著作権法におけるアイデア表現二分論を分析している); A. LUCAS and H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3rd ed., 2006, 59-62 (フランス著作権法におけるアイデア表現二分論を分析している); 田村善之『著作権法概説(第2版)』(有斐閣・2001年)15-22頁(日本著作権法におけるアイデア表現二分論を分析している)。

¹⁰² 脚注91及び92の付された本文を参照。

¹⁰³ ALEXANDER, *supra* note 91, at 207.

を差別することを回避することがあげられる。排他的な独占権は、アイデアの表現が著作物性を肯定するための基本的要件を満たせば、そのアイデアの表現がどのようなものであっても、付与される¹⁰⁴。著作物性を肯定するには、伝統的には、アイデアの表現が他に依拠していないこと、創作性があること、及び何らかの形で固定されていることが必要である¹⁰⁵。アイデアの表現であれば必ず著作物性が認められるわけではないものの、著作物性が認められるための前提条件は、多くの法域で極めて低く設定されている。表現が、ありふれた日常の作業から生じたものでなければ十分なのである¹⁰⁶。著作物の芸術的価値は求められたり評価されたりもせずに、当該著作物に対する排他的な独占権が創作者に与えられるのである。著作物に芸術的価値があることが、著作権を付与するために必須であったとすると¹⁰⁷、一定の種類 of 文化的表現を差別することが可能となってしまう。このような理由から、多くの国の裁判所は、特定の社会的集団の嗜好や考えに従って文化的表現の評価をすることを許容してしまうような価値判断に従事することを拒絶しているのである¹⁰⁸。

¹⁰⁴ 著作物性の要件は国によって若干異なる。See, e.g., GOLDSTEIN, *supra* note 101, at 157-203.

¹⁰⁵ 大陸法系は表現を有形の媒体に固定することを要求しない。See *id.*, at 196-97.

¹⁰⁶ 英国では著作物性の要件は極めて緩い(「技能、判断、努力」の要件); see, e.g., W. CORNISH and D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 6th ed., 2007, 417-36; L. BENTLY and B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 2nd ed., 2004, 86-113.

¹⁰⁷ See TOWSE, *supra* note 20, at 249 (「文化政策の観点からみた、芸術的な創作へのインセンティブとしての著作権の三つの欠点」の一つとして著作権が「見境のないものであり、より質の高い作品や革新的な作品を奨励したりこれらに報いたりしようとしなさい」という事実をあげている)。

¹⁰⁸ See, e.g., *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239, 251-52 (1903) (「法律の専門家にすぎない者が、狭く明確な価値基準のない、絵の価値の最終的な判断者となることは危険な行為である。極端に言えば、天才による作品の中から、正当に評価されないものが出るのが確実である。著作者が話した新しい言語を公衆が学ぶまでは、その作品の新しいゆえに公衆に嫌悪感を起こさせるであろう。例えばゴヤのエッチングやマネの油絵が初めて世に出たときに保護されたかということ、大変面白いものである。反対に、裁判官よりも教育を受けていない公衆の興

法域の中には、特にフランスの著作権法の影響を受けているものの中には、このアプローチが「芸術の一体性」理論を通じて、芸術全体に適用されているものがある¹⁰⁹。これらの国の著作権法は、およそ人間の知的創作活動の結果であれば、その活動が伝統的に著作物性の認められるような分野の活動に属するか否かを問わず、著作権により保護してしまう。このようにして、人間の創作的かつ知的な活動のうち一定の種類のものにつき著作権による保護を与えない、ということが防げるのである。例えば、フランスの著作権法は、香水やあらゆるファッションについても、それが著作者の人格を反映したものであれば、著作権を付与するのである¹¹⁰。ただし、著作物性を広く認めるアプローチを採用しない国の多くは、法律で、知的創作活動の結果をそのまま丸ごと真似ることや模倣することに対して、同様のあるいは類似の規制を行っているということには留意が必要である¹¹¹。したがって、国内法で、人間の知的かつ創作的な活動のうち特定の種類のものに著作権による保護を与えている、あるいは与えていないという事実だけに着目し、より広い観点で法的な枠組みがどうなっているかを考慮しないと、誤った判断につながるおそれがある。

著作権法には、他にもいくつか重要な特徴があるが¹¹²、それを詳論することは本稿の趣旨からはずれる。重要な特徴の一部について述べれば、著作権法は付与された排他的権利の範囲を制限して、文化的表現がさらに創作的かつ多様なものとなるよう必要な環境を整えている。この点に関しては、いくつもの権利の例外が重要な役割を果たしており、例外によって批評、報道、パロディー、コラージュその他のあらゆる創作的な表現の借用

味を引いた写真に著作権による保護を与えることが否定されることがあるかもしれない。(中略) 公衆の嗜好は、それがどのようなものであったとしても軽く扱われてはならない。』)

¹⁰⁹ See, e.g., LUCAS and LUCAS, *supra* note 101, 69–71.

¹¹⁰ See *id.*, at 66–67 and 107–10.

¹¹¹ See, e.g., S. SCAFIDI, “Intellectual Property and Fashion Design”, in YU, *supra* note 83, at 115 (米国法の下で、ファッションデザインを保護する様々な方法を分析している)。

¹¹² より詳しくは、see, e.g., WAGER, *supra* note 12 (アイデア表現二分論、保護の時間的制約、パロディー、事件の報道、批判、引用やコラージュなどを認める様々な例外など、著作権法の主な特徴を分析するもの)。

が可能となっている¹¹³。著作権の例外によって、創作者がその知的創作活動において、既存の著作物から表現を借用することが可能となる。特定の主題、スタイル、項目、記事や情報にまつわる作品の種類に広がりをもたせることが可能となるのである。

結局、文化多様性という概念が著作権法の核心にあることについては疑いがないのである。著作権やその他の知的財産の理論や原則¹¹⁴は、文化多様性を保護し促進するために不可欠なものであるが、そのような目的を念頭に設計されたものではなく、あるいはそのような文脈で明確に提示されたものでもなかった。この点を指摘する研究者は少なくないが¹¹⁵、ここではこの点を端的に示す Adolf Dietz の一節を引いておこう。「永きに渡り、著作権法の文化的な側面は、法理論上は存在していたものの、法文上はほとんど明らかにされてこなかった」¹¹⁶。

同時に、心に留めておくべきこととしては、政策決定者は適切かつ十分な文化政策を設計するにあたって、大変用心深くなくてはならないことである。人類の知的創作活動の結果に知的財産権を付与することだけに基礎を置く自由市場アプローチでは、一定の程度及び一定の多様性のある文化生産は達成できようが、少数派や辺境に位置する集団の嗜好や需要に応えられない可能性がある。そのような市場の失敗は、文化生産がひどく集中している場合に特に生じる。文化生産の多様性を確保するために十分な条件を保証することは、政府が著作権法の枠内（例えば、包括的使用許諾に基づくあらゆる形態の私的複製やその他の著作物の使用料や補償金の再

¹¹³ 著作権の権利制限について優れた比較分析をしたものとして、see L.M.C.R. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts: An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, 2002, 15–90.

¹¹⁴ 他の知的財産権理論や原則の分析として、see Sections 3.2. and 3.3. below.

¹¹⁵ See, e.g., GROSHEIDE, *supra* note 35, at 5 (同様に、「政策主導の、時間と場所が限定された文化的な目標は常に著作権条約に盛り込まれてきたが、どんな法的文書でもほとんど明示されることがない」と主張する); H. WAGER, *supra* note 12, at 195 (「文化的な目標は、多数国間の著作権条約の基礎にある要素であった」と述べている)。

¹¹⁶ A. DIETZ, “Cultural Diversity and Copyright”, 16 *Les Cahiers de propriété intellectuelle (Hors série)* 109, 116 (2004).

分配)¹¹⁷あるいは枠外（例えば、助成金、補助金、税金やスクリーン・クォータ）¹¹⁸で様々な措置を講じることにより成し遂げるべき仕事である。適切かつ十分に、様々な種類のインセンティブや支援のバランスを国内文化政策において図ることで公衆が十分に多様な文化的表現を入手することができるようにするのは、各国政府の務めである。以下の分析では、そのような再分配の仕組みや体系の利点と欠点を探っている。

3. 文化、保護主義と再分配による不公平の是正

これまで、国内において文化多様性を保護し促進する手段として、市場の運営と知的財産権の役割に主に焦点を当てて分析を行ってきた。しかしながら、文化的な商品及びサービスの国際取引が、自由市場と知的財産制度の運用及びそれが文化多様性に与える影響に関して、新たな緊張関係をもたらすこととなる。この問題は、この分野における国際取引が現在ある一つの国、すなわち米国に大きく支配されており、地域によってはその他の先進国が米国に続いて支配しているということ考慮に入れると、さらに論争を引き起こすこととなる。多くの先進国及び開発途上国の状況をみると、米国の文化生産が多数の国内市場で、大抵の場合、圧倒的なシェアを占めている。世界的なメディアコングロマリットによって供給・提供される文化的な商品やサービスとの競争にさらされている国内文化生産の前途が嘆かわしいものであるがゆえに、多くの国が国内産業のために保護措置を発動することとなった。この問題を適切かつ十分に理解するために、文化的な商品及びサービスの国際取引において米国が圧倒的に優位な立場にあるのはなぜなのか、及びこの分野において国際取引が歪曲していることにより生じている負の結果を緩和し、国内的、地域的そして国際的なレベルにおける文化多様性を達成することを目的とした保護主義的政策

¹¹⁷ 脚注141-147の付された本文を参照。

¹¹⁸ 本稿は知的財産権と文化多様性の関係を調べるものであるので、著作権制度に組み込まれていない再分配の仕組みや国家介入の仕組みはここでは一部省略している。あらゆる保護主義的措置についての詳細な分析については、*see* VOON, *supra* note 13.

や仕組みがどれだけ効果的なものであるのかを考えることが不可欠である。

3.1 歪んだ国際市場と貿易の自由化

米国が音楽レコード、映画やテレビ番組の国際取引において圧倒的優位な立場にある原因はいくつもある。これらの原因は経済の規模と範囲に関わっている。制作や宣伝への投資額が多ければ多いほど、商品やサービスが一般大衆を惹きつける確率が高くなる。市場の規模が大きければ大きいほど、比較的高額な制作、流通及び宣伝費用を回収できる確率が高くなる。

個々に異なる文化を有する様々な国の消費者を惹きつけるため、メディアコングロマリットはある文化から他の文化へと容易に読替え可能なコンテンツに着目する。したがって、特定の文化と密接に関連しないような文化的な商品の生産や文化的なサービスの提供に専念するのである。C. Edwin Baker は、Eli Noam が提唱する文化的なコンテンツに関する三つの類型¹¹⁹に従い、顧客は「世界的コンテンツ」や「外国のコンテンツ」より「国内のコンテンツ」を選好する、とする¹²⁰。国内及び外国のコンテンツのほうが、独特のユーモア、精神性、典型、ニュアンス、含意を採用することを通じて特定の文化と密接な文化的関係があるのに対し、世界的なコンテンツは文化的な特徴を欠いており、「異なる国内文化や政治的状况にある人々にとって容易に読替え可能、理解可能であり、彼らの心に簡単に訴えかけるのである」¹²¹。

コンテンツの均質化と普遍化は世界的なメディアコングロマリットによる文化生産の特徴といえるが、このほかにもこれらの企業の文化的な商品及びサービスの市場性に大幅に影響を与えるような特徴がある。Baker は、顧客が国内のコンテンツを好むということを前提にするが、個人はそれぞれ好みや趣味が異なるということに留意しなければならない。国内の

¹¹⁹ Eli Noam は、「国内コンテンツ」、「外国コンテンツ」及び「世界的コンテンツ」をそれぞれ区別する。*See* E. NOAM, *Television in Europe*, 1991, 18.

¹²⁰ *See* BAKER, *supra* note 21, at 279-80.

¹²¹ *See id.*, at 280.

コンテンツを好む顧客がいる一方で、国内産業により提供される産品よりも高品質であるという理由で米国の商品やサービスを嗜好する顧客もいるのである。ハリウッドの俳優、歌手、音楽家、監督その他の芸術家の人気も、顧客がどのような文化的商品及びサービスを選択するのかに影響を及ぼしている。顧客層のかなりの部分は、ある特定の映画を鑑賞するか否かを判断するにあたっては、出演している俳優や女優が好きかどうか、また、当該映画が特定の国の映画会社で制作されたものかどうかを基準にしているのである。このような顧客層にとっては、映画の品質や魅力は、自分のお気に入りの俳優や女優が映画に出演している、あるいは映画が特定の国で制作されたといった事実のみによって示されるのである。

ハリウッドで一流のスターや映画会社は、世界中で有名であるのに比べ、他の国の映画スターや映画会社はある地域でしか認知されておらず、時には国内でしか認知されていない。例えば、スペインやフランスの女優はスペイン、フランスその他のヨーロッパ諸国では名が知られるであろう。しかし、その女優が世界的に有名になりたいと思えば、ハリウッドで有名になるしかない。このことは、他の地域、例えば中国、韓国や日本の有名人の極東地域での有名度にもあてはまる¹²²。米国籍でない、あるいは英語を話さない有名人がハリウッドで有名になれば、当該有名人が世界中で市場性をもつことが保証されるのである。

さらに考慮されるべき特徴としては、顧客の嗜好が流動的であり、多くの内的・外的要因により影響を受けるということである¹²³。本稿の趣旨からすれば、メディアコングロマリットが様々な方法により顧客の意思決定を効果的に方向付けることができるということを指摘することが重要である。このような方向付けは、公的なあるいは組織化された経路、例えば

ニュース、コマーシャルその他の宣伝やマーケティングを通じて、非公式な経路、例えば意見、提案、推薦の言葉などで、友人、親族や職場の同僚といった様々な社会的集団や人脈に属する消費者から得られるものを通じても可能である。社会的集団や人脈が特定の文化的な商品及びサービスに対する消費者の嗜好に与える影響は特に大きく、多くの場合、組織化された経路を通じて宣伝がなされた場合よりも、効果的である¹²⁴。しかしながら、両タイプの情報経路はそれぞれ別個独立のものとして、あるいは孤立して作用するものとしてみるべきではない。むしろ逆が真なのである。これらの経路は相互に作用し、あらゆる社会的集団や人脈に異なった相乗効果をもたらすのである¹²⁵。結果的に、狙いを定めた宣伝で消費者の嗜好に効果的に影響を及ぼすことができるメディアコングロマリットは、これによって文化の固定化¹²⁶、言い換えれば顧客が常に特定のタイプの文化的表現を嗜好する状況を作り上げることができるのである。

他方で、米国の超大作やテレビ番組を制作したり宣伝したりするにはそれだけ高額な投資が必要となり、この高額な初期投資を回収するのにより大きな規模の市場が必要となる。俳優、監督その他の芸術家が国内で、あるいは地域でだけ有名であるとする、これらの者が市場性を有する市場の規模が、これらの者が関与したプロジェクトに投じられた高額な制作費用を回収するのに不十分となる。ハリウッド映画や米国のテレビ番組は世界中で市場性があるので、これらに投資する者は、他の地域で制作された映画に投資する者よりも多くの収入を得ることができるのである¹²⁷。したがって、米国は文化生産においては、他の国に比較してかなり有利な立場にある。他国の視聴覚商品及びサービスのうち、世界的に売り出すことが可能であって、そのために投資家が十分な利益付きで資金を回収できる

¹²² See, e.g., S.Y. LEE, E.-M. KIM and S.H. JUN, “On the Exportability of Korean Movies”, 13 *Rev. Dev. Econ.* 28 (2009) (極東アジアで韓国映画とテレビ番組は、いわゆる「韓流」として人気があること、及びこの人気は、部分的には韓国の俳優や女優がそれぞれ地域で人気があることによることを説明している)。

¹²³ 本稿においては、以下の分析では外的要因に重点を置くこととする。しかし、消費者の購買傾向を理解するにあたっては、外的要因と内的要因の双方、及びこれらの相互関係が重要であることを強調したい。

¹²⁴ See, e.g., M.B. HOLBROOK and M. ADDIS, “Art Versus Commerce in the Movie Industry: A Two-Path Model of Motion-Picture Success”, 32 *J. Cult. Econ.* 87 (2008).

¹²⁵ See *id.*, at 100-1.

¹²⁶ See PESSACH, *supra* note 82, at 1086.

¹²⁷ 2004年から2008年にかけての世界の映画市場に関する統計については、see, e.g., EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY, *Focus 2009: World Film Market Trends*, http://www.obs.coe.int/online_publication/reports/focus2009.pdf (last visited 1 June 2009).

という保証つきでその制作に多くの投資を得ることができるもの¹²⁸は、ほんのわずかに止まる。

米国の著作権産業その他の知的財産産業がどのようにして力を持つに至ったのかを理解するには、米国の国内市場の規模に着目することも重要である。欧州連合の市場は米国の市場よりも大きい、その欠点は、当該市場が多言語かつ多文化の市場であるということである。加えて、国内文化生産に対する強い国粋主義的感情や嗜好も欧州連合の市場において重要な役割を担っている。欧州連合のとある国で生産されたものは、他の欧州諸国の国内市場で米国の商品及びサービスと競争する必要がある。さらに、欧州連合の産業により生産された商品及び提供されるサービスは、多くの場合、当該産出物が作られた国の特定の文化と密接に結びついているのである。このように文化と密接な関連性があることは、世界的なメディアコングロマリットが提供する普遍的なコンテンツとの関係で有利にも、また場合によっては不利にもなりうる。

米国の文化的な商品及びサービスの利点をさらにあげるとすれば、多くの多国籍企業にとって、外国の国内市場がそれぞれ派生的・付随的な市場にすぎないのに対し、国内の独立した制作者にとっては国内市場が最初、かつ大抵の場合唯一の市場であるということがあげられる¹²⁹。米国の生産コストは通常、米国市場で回収されるか米国市場とその他の複数の主だった外国市場に分散されるが、米国の文化的な商品及びサービスで溢れている国内市場は、多くの国内制作者が収入を得るために必要不可欠な市場なのである。

したがって、上述のとおり、国際的な市場はかなり歪められており、国内の独立した制作者のほとんどにとって、世界的なメディアコングロマリットの産出物と競争することが非常に厳しい場合が多い。しかしながら、自由貿易のロジックは、各国は、外国の競争相手から国内産業を守ってはならないというものである。ある分野における生産活動で他の国と競争できない国は、比較的有利な立場にある他の分野に重点を置くべきなのである。実際問題として、例えばA国が農業生産に、B国が文化産業に、そし

てC国が技術革新に重点を置くべきという状況につながるのである。

米国が支持する考え方によれば、貿易の完全なる自由化に基礎を置くアプローチによって、文化生産の分野における競争が激しくなり、これにより消費者は高品質で多様な文化的表現の供給を受けられることになる。このアプローチの支持者は、文化多様性をイメージするにあたり、各国がそれぞれ一つの色で表現されるものとして思い描いている。文化的な商品やサービスを国内での是正や介入なくして自由取引することを可能にすることで、各国がそれぞれ一つの色では表現されなくなるという結果が期待される。各国は、国内文化を表す色と他国から輸入された文化的な商品及びサービスに割り当てられた様々な色によって表現されるようになる。したがって、国際取引が活発になればなるほど、個々の国が文化的に多様になるというわけである。

にもかかわらず、歪曲化された自由貿易が国内産業に実際に与える影響によって、このような構図が完全に変えられてしまう可能性がある。前述のように、国内産業が国内市場あるいは地域市場において世界的なメディアコングロマリットの文化生産と競争することは、通常は、かなり厳しいのであって、このことは特に、ハリウッドの人気や米国有名人の人気、米国の産出物の宣伝、文化の固定化、そして参入障壁があることに起因するのである。これらの要素は多くの独立した国内企業を廃業に追い込み¹³⁰、各産業において世界的な集中を促進する原因となりうる。個々の文化に特定の色が割り当てられていることを前提としたモデルは、現実とは完全に異なった様相を呈することになる。各国を、国内における文化的表現の多様性を表した様々な色が当初から混ざり合ったものとして見た場合に、このことは特に顕著となる。歪曲化した自由貿易を通じて、個々の国内市場における状況が劇的に変化し、各国内市場のかかなりの部分が、特定の国、特に米国のメディアコングロマリットや、特定の地域及びこれに続く他の先進国によって生産された商品及び供給されたサービスで占められることになる。したがって、もともと多様性のある国内の文化生産のために

¹²⁸ そのような製品の例としては、漫画、アニメやビデオゲームがあげられる。

¹²⁹ See PESSACH, *supra* note 82, at 1095.

¹³⁰ See, e.g., CURTIS, *supra* note 82, at 79; M.S. NADEL, "How Current Copyright Law Discourages Creative Output: The Overlooked Impact of Marketing", 19 *Berkeley Tech. L.J.* 785, 797-810 (2004).

残された市場は大幅に縮小し、最悪の場合、完全に周縁化されるであろう。

まとめると、自由貿易と個々の国が有する利点を強調することに基礎を置くアプローチは、文化生産の分野においては極めて問題があり、異論のあるものといえる。このようなアプローチが、文化的な分野で比較的優位に立つ国が輸出しにくい国であり、その他の国が外国の文化生産の消費者にすぎないという状況を招く場合、特に問題があるといえる。さらにいえば、外国の文化的な商品及びサービスの純粋な消費者である国の文化多様性だけでなく、輸出国及び世界中の文化多様性にかなりの悪影響を及ぼすであろう。メディアコングロマリットが世界市場に出すことのできる産品に重点を置く場合には、世界中の一般大衆の好みや要求を満たすようなコンテンツを生み出す傾向にある。異なる文化圏で通用しやすいものとするため、文化生産は、特定の国内文化との密接な関連性を一切有しないものとされる。これにより、文化的な独自性が徐々に、しかし確実に低下していくのである。普遍的なコンテンツを重視し、これに焦点を置くことで、明らかに国内の文化的表現が犠牲になるのであり、このことは文化的な商品及びサービスの輸入しにくい国の文化的表現にも、輸出しにくい国の文化的表現にも、妥当することなのである。

3. 2 知的財産権と再分配による不公平の是正

国内的、地域的及び世界的なレベルにおいて、十分な量及び種類の文化生産がなされるよう後押しするため、国際市場が歪められている場合においては、文化的なコンテンツの貿易が完全に自由化されることによる負の結末を何らかの方法で防止する必要がある。多くの国は、その市場が外国からの文化的な商品及びサービスで溢れかえっており、少なくとも国内市場で国内の文化が生き残れるよう、国内文化産業に有利で効果的な保護措置を模索する。これらの国は、輸入された文化的な産品とは時に競争する機会も与えられないような国内文化産業の不利な点を減少させあるいは完全に消滅させようとする。このような国家による保護主義は、米国政府に支持されている米国に本拠を置くメディアコングロマリットから厳しく非難されることになる。国家による保護主義の反対論者は、貿易の自由化が国内文化生産に与える悪影響は一時的なものにすぎず、消費者が国内

のコンテンツを好むことで国内の文化的な産品と外国の文化的な産品との間に新しい均衡状態が生じることとなり、国内コンテンツがその地位を奪還することになると主張する¹³¹。この筋書きは、国内の産出物が消費者に届くための効果的な経路が残されているという前提に基づくものであるが、世界的なメディアコングロマリットが国内の流通経路を完全に支配する場合には、このような前提事実が満たされることは極めて困難であるか、むしろ到底不可能であろう。

始めに言うておくと、国家が文化的商品及びサービスの市場及び国際取引に介入することに関し、見解の衝突があるのは主に大衆文化における場合である。こと「高尚な文化」¹³²、言うなれば芸術に関する場合について言えば、公共のあるいは民間セクターが介入することは、大西洋の両岸において必要なものと考えられている。Towseの言を借りれば、「多くの国では芸術と遺産はなんらかの形態で政府の介入により支援を受けており、それは文化政策に従い、国家の引当金、政府による補助金、あるいは税額控除その他これに類するものを通じた間接的な支援だったりする¹³³」のである。

見解の衝突があるのは、いわゆる「低俗な」、大量生産の文化¹³⁴に関してで、特に国内の著作権産業、例えば出版社、レコード会社、映画会社及び放送局についての国家による保護主義に関してなのである¹³⁵。いわゆる「伝統的な」創作的舞台芸術、例えば視覚的芸術、文学、音楽、舞踊、オペラやドラマ¹³⁶に対するアプローチは国によって異なるが、個々の著作者、実演家及びその他の芸術家に対する支援に関しては、企業内起業家に対して国家が保護主義を採用することほどは議論の対象となっていない。見解

¹³¹ See, e.g., COWEN, *supra* note 14.

¹³² See R. TOWSE, "Copyright and Cultural Policy for the Creative Industries", in O. GRANSTAND (ed.), *Economic, Law and Intellectual Property: Seeking Strategies for Research and Teaching in a Developing Field*, 2003, 419, 421 and 423.

¹³³ *Id.*, at 424.

¹³⁴ *Id.*, at 421 and 423.

¹³⁵ *Id.*, at 423-24.

¹³⁶ *Id.*, at 423.

の衝突の主戦場は後者にあるのであり、それは米国産業が文化的な商品及びサービスの国際的な取引において有する立場に特に起因する。

スクリーン・クォータ、税、補助金その他の保護措置を詳細に分析することは本稿の目的の範囲外であるが¹³⁷、明らかにしておく必要があるのは、政府がこのような措置を実施するにあたっては極めて謙抑的な態度に終始することが望ましいということである。このような措置によって、関連する市場を大幅に歪め、多額の補助金を受けた国内産業が競争力を保つインセンティブを削ぐ可能性があるからである。スクリーン・クォータは、国内産業の実際の規模と潜在能力に応じたものとなるよう設定すべきである。そうでなければ、国内産業はクォータを達成するために量を重視し、文化生産の質が消費者から求められていることに関心をもちないおそれがある¹³⁸。同じく、補助金についても、国内文化生産に利益をもたらすことなく海外の多国籍企業の懐に資金が入ることのないように設計すべきである¹³⁹。同時に、成功した国内の制作者が、他の競争者を支援するために税金を課すなどのような保護措置の運用を通じて、成功したがゆえに「罰せられる」ことがおそあつてはならない¹⁴⁰。

上記の保護主義的措置に加え、多くの法域では著作権法の中にも国内の創作的活動を支援し個人創作者と企業内起業家との間の公平かつ正当なバランスを実現することを狙った仕組みがある。前者は通常、著作権及び著作隣接権の集中管理のために設計された制度内において実施されており、このような集中管理は、法あるいは著作権者との間の契約に基づいて設立された特別の団体を通じて行われる。管理団体は、管理する権利を商

業的に利用することを、ライセンス（包括的ライセンスを含む）を通じて許諾し、複製技術、ブランクメディア、その他著作権等で保護された作品を私的に複製することにつながる商業的活動について課された補償金として集められたものを管理するのである。法域によっては、徴収された金銭の一部¹⁴¹を著作権者及び著作隣接権者に直接分配せず、「共同の目的」、例えば創作活動の促進¹⁴²、ライブ・ショーの普及のための援助プログラム¹⁴³、著作者及び芸術家の研修¹⁴⁴、その他会員の利益となるような活動のために利用すること¹⁴⁵を求めている。創作活動を促進するために、徴収された金銭を様々な形態で配分することは重要な仕組みではあるが、その配分される金銭が実際には非常に少ないものであることも指摘しなければならない¹⁴⁶。加えて、管理団体はその管理運営のために、徴収された金銭のかなりの部分を使用するのである¹⁴⁷。

¹⁴¹ 正確な数値は国によって異なる。e.g., Belgium (up to 30%), Denmark (1/3), France (25%) and Spain (20%); see, e.g., P.B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT and S. VAN GEFFEN, *The Future of Levies in a Digital Environment*, 2003, 20-21 (ベルギー、フランス及びスペインに言及); available at <http://www.ivir.nl/publications/other/DRM&levies-report.pdf> (last visited 7 March 2009); D.J. GERVAIS, “Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada: An International Perspective”, 1(2) *Can. J. L. & Tech.* 21, 34 (2002) (デンマークに言及); N. PIASKOWSKI, “Collective Management in France”, in D.J. GERVAIS (ed.), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, 2006, 153, 176 (フランス法の関連規定を紹介している)。

¹⁴² See, e.g., HUGENHOLTZ, GUIBAULT and VAN GEFFEN, *supra* note 141, at 20-21 (ベルギーとフランスに言及)。

¹⁴³ See *id.*, at 21 (フランスに言及)。

¹⁴⁴ See *id.*, at 21 (フランスとスペインに言及)。

¹⁴⁵ See *id.* (スペインに言及)。

¹⁴⁶ 欧州連合では、特別な文化的目的のために割り当てられている資金は、私的複製の税金として徴収された金額の23%に及び、言い換えれば、権利管理団体の総収入の3.7%に及ぶ。See C. GEMINI, *Music in Europe: Sound or Silence?*, 2004; EUROPEAN COMMISSION, *Fair Compensation for Acts of Private Copying*, at 10-11 (14 February 2008), available at http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/background_en.pdf (last visited 7 March 2009)。

¹⁴⁷ 権利管理団体にとられる管理費用は、徴収され管理された資金の約10%に上る。

¹³⁷ 脚注118が付された本文を参照。

¹³⁸ 国内産業が視聴覚作品の質より制作量に重きを置いているケースについては、see, e.g., B.M. YECIES, “Parleying Culture Against Trade: Hollywood’s Affairs with Korea’s Screen Quotas”, 38 *Korea Observer* 1 (2007), available at <http://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1119&context=artspapers> (last visited 7 March 2009) (韓国の事例について議論している); COWEN, *supra* note 14 (フランスにおける状況を批判している)。

¹³⁹ See, e.g., BUCHSBAUM, *supra* note 14, at 16-17 (フランスにおけるケースを紹介している)。

¹⁴⁰ See, e.g., COWEN, *supra* note 14 (フランスにおける状況を批判している)。

多くの国の著作権法では、その他にも、再分配の仕組みであって、著作者、芸術家その他の創作者と、個人が慣例的にその著作物の著作権を譲渡契約又は職務著作の法理を通じて移転する先である企業内起業家との間の公平かつ正当なバランスを実現することを狙ったものを用意している。これにより、著作者、芸術家その他の個人創作者は、特定の条件の下、例えば自動的に¹⁴⁸、あるいは一定の期間が経過した後には著作権者に対して返還を要求することで¹⁴⁹、又は著作権の譲受人が当該著作権で保護される著作物を商業的に利用しない場合、すなわち特定の期間当該著作物が市場で入手不可能である場合に¹⁵⁰、著作権を取り戻すことが可能なのである。国によっては、そのような再分配の仕組みは私的複製について課された補償金の再分配制度に組み込まれている。例えば、ドイツでは、徴収された補償金のうち、絶版となった著作物の割当て分について徴収された金銭は著作者と出版社に配分されるわけではなく、著作者にのみ分配されるのである¹⁵¹。

このほかに、再分配の仕組みとしては、カリフォルニアや欧州連合に属する諸国において導入されている芸術家の再販売権（追及権）制度があげられる¹⁵²。再販売権の反対論者は、再販売権制度が、生存する芸術家にと

この数値は国によって異なり、権利管理団体によっても異なる。

¹⁴⁸ See, e.g., GOLDSTEIN, *supra* 101, at 223 ((i)「出版契約の存続期間を20年に制限する」1941年のイタリア著作権法122条及び(ii)「著作者の生存中に譲渡された著作権は、著作者の死後25年経過すると著作者の遺産に戻り、この権利は放棄できないことを規定した」1921年のカナダ著作権法の14条(1)に言及している)。

¹⁴⁹ See, e.g., U.S. Copyright Act, §§ 203 and 304(c) and (d), 19 October 1976, Pub. L. No. 94-553, 90 Stat. 2541 (1976), as amended. See also SCHECHTER and THOMAS, *supra* note 101, at 159-65.

¹⁵⁰ See, e.g., GOLDSTEIN, *supra* 101, at 223 (1965年のドイツ著作権法41条に言及)。

¹⁵¹ See, e.g., HUGENHOLTZ, GUIBAULT and VAN GEFFEN, *supra* note 141, at 20.

¹⁵² See, e.g., REDDY, *supra* note 11, at 515-25 (世界中の様々な国における状況を分析); H. VANHEES, “Directive 2001/84/EC – Directive on the resale right for the benefit of the author of an original work of art”, in T. DREIER and B. HUGENHOLTZ (eds.), *Concise European Copyright Law*, 2006, 405-521 (欧州議会の Directive 2001/84/EC 及び原作品の著作者の利益のための再販売権に関する欧州委員会のコンメンタール); K.

っては利益よりも損害を生じさせるものであると主張する。反対論者の主張は、一握りの亡き有名芸術家の遺産とその相続人は当該制度により多くの利益を受ける一方で、大多数の生存する芸術家は、当該制度で大抵の場合害されるといえるものである。再販売権制度のために、(i)収集家の需要を他の収集品市場、例えば絵画その他再販売権制度の影響を受けない芸術品や骨董品又は手書き原稿の市場に移すことや(ii)若い芸術家を支援するために使用可能な限られた資金を、画廊や美術商から数少ない有名芸術家の遺産相続人へと移すことにより、一次市場で利用可能な資金の額がかなり減ってしまう可能性があるからである¹⁵³。同時に、反対論者は、一次市場が歪められておらず、作品の価格は市場価格であると仮定する。さらに、二次市場において作品の価格が上がるかどうかは、あらゆる要素や芸術の世界で役割を担う者（例えば評論家、画廊、美術館、収集家、美術商やオークションハウス）の動き次第であり、芸術家の肩にのみかかっているわけではないことを強調する¹⁵⁴。

しかしながら、複数の実証的研究によれば、再販売権に反対する論者が描き出すほど問題は明確ではないことが明らかにされている。美術商は、個々の作品の将来の価値をできる限り高めるために、一次市場における価格を、これらの作品の実際の価値よりも低く設定するのである¹⁵⁵。芸術家も美術館や画廊に作品を売却するにあたっては、慣例的に、通常販売される価格よりも低い価格で売却する。一方、作品を美術館や画廊で公に展示することで、主に二次市場における芸術家の作品の価値が高められ、ある程度一次市場における価値も高められるが、当該市場における実際の価格

LUBINA and H. SCHNEIDER, “The Implementation of Droit de Suite – Inventory and Reflection in the Light of the Community’s Cultural Competence”, in SCHNEIDER and VAN DEN BOSSCHE, *supra* note 12, at 317 (欧州連合の複数の加盟国における Directive 2001/84/EC の実施状況を分析したもの)。

¹⁵³ See, e.g., MERRYMAN, *supra* note 11, at 27-28.

¹⁵⁴ See *id.*, at 23-24.

¹⁵⁵ See, e.g., O. VELTHUIS, *Talking Prices: Symbolic Meanings of Prices on the Market for Contemporary Art*, 2005, 124 and 163; U. KLEIN, *The Business of Art Unveiled: New York Art Dealers Speak Up*, 1994, 27, 81 and 243.

はより遅いスピードで上昇していく¹⁵⁶。したがって、再販売権によりこの時系列的不正が是正されるのである。作品を再販売することで得られる利益を減らしても、芸術作品の市場に投機するインセンティブが削がれる度合いは僅少なものに止まる。なぜならば、作品の芸術的価値に実際に関心のある個人は利益を得るために直ちに再販売することを主な目的として作品を収集するわけではないからである¹⁵⁷。再販売権を支持する立場からのもう一つの理屈としては、当該権利が、他の分野では著作権者が著作物の複製品が公衆に譲渡される度に利益を得ることと対比した場合の「異なる文化分野間での不公平」を是正し、芸術家が自己の作品の販売者の得た利益に与ることを可能にするというものがある¹⁵⁸。

さらに、複数の研究者は、創作的な知的活動を刺激するための制度や仕組み（例えば、賞、褒章又は政府補助金など）を、現在の知的財産制度に代替するものあるいはこれを補完するものとして提案している¹⁵⁹。創作性を活発に刺激することは可能であると考えられる者もいる中で、Towse はそのような考え方を頭から否定する。Towse は、端的に「我々は単に、創作性を刺激する方法がわからないだけである」と主張する¹⁶⁰。教育を通じて創作的な制作活動に影響を与える方法があるかもしれないとして¹⁶¹、Towse は「学校教育に投資することで人材の産出につながり、労働市場と生産性

における成功は、より大きなものとなる」と提案する¹⁶²。さらに、Towse は創作的な知的活動を支援する他の方法として、「創作者に自らの作品を活用する資本を与えるための融資、ロイヤルティー収入から返済することのできる融資」を行うためのファンドの設立を提案する¹⁶³。

これまで以上に言及した、文化的活動を支援するための複数の制度は、文化多様性を保護し促進するのに大きく寄与しそうにみえるが、研究者の中には、上記の制度のいずれかが著作権法その他の知的財産制度に完全に取って代わりうるという考え方を支持することに極めて懐疑的な者もいる。というのも、これらの代替案もそれぞれ固有の欠点を抱えているからである。Towse はきっぱりと次のように述べている。「私が著作権法を捨てるべきではないと考えるただ一つの理由は、代替案、すなわち芸術委員会や芸術院で厳しく審査された芸術家に政府の補助金を与えたり、他の芸術家や芸術組織主宰の賞や褒章を授与したりするという方策が、文化経済学が示唆するように、制度として著作権法に優るということはなく、むしろ劣っていると思われるからである」¹⁶⁴。

このように、知的財産政策（特に著作権政策）は文化政策の重要な部分を占めるが、すべてではない。多くの国で、文化政策を所管する機関が同時に著作権政策も所管する理由は、ここにある。例えば、日本では文化庁が文化政策の様々な側面を担っており、その文化政策には著作権政策と文化的活動の促進も含まれる¹⁶⁵。そうではない国も未だに存在する。これらの国の中には、この方針への転換を始めたものもある。英国では、文化産業については、貿易産業省が所管して商業的文化産業における政策立案を担当していたが、文化産業と芸術との間には密接な関連性があったため、文化メディア体育省に権限が付託されることとなった¹⁶⁶。しかし、著作権

¹⁵⁶ See, e.g., KLEIN, *supra* note 155, at 116; KAWASHIMA, *supra* note 11, at 309.

¹⁵⁷ See, e.g., KAWASHIMA, *supra* note 11, at 310.

¹⁵⁸ See *id.*, at 307.

¹⁵⁹ 提案され、採用された様々な制度や仕組みを概説したものとして優れているのは、see S.J. LIEBOWITZ and R. WATT, “How To Best Ensure Remuneration for Creators in the Market for Music?: Copyright and Its Alternatives”, 20 *J. Econ. Surv.* 513, 525-37 (2006); R. TOWSE, “Copyright and Artists: A View from Cultural Economics”, 20 *J. Econ. Surv.* 567, 568-72 (2006).

¹⁶⁰ See R. TOWSE, “Copyright and Creativity: An Application of Cultural Economics”, 3 *Rev. Econ. Res. on Copyright Issues* 83, 89 (2006).

¹⁶¹ See *id.*, at 88-89; R. TOWSE, “Human Capital and Artists’ Labour Markets”, in V. GINSBURGH and D. THROSBY (eds.), *Handbook of the Economics of the Arts and Culture*, 2006, 865.

¹⁶² See TOWSE, *supra* note 160, at 89.

¹⁶³ See *id.*, at 90.

¹⁶⁴ See *id.*

¹⁶⁵ 日本の文化庁の所管事務の実際の範囲については、see AGENCY FOR CULTURAL AFFAIRS, *Agency for Cultural Affairs*, <http://www.bunka.go.jp/english/index.html> (last visited 1 June 2009).

¹⁶⁶ 英国文化メディア体育省の所管事務の実際の範囲については、see DEPARTMENT

は依然として、イノベーション・大学・職業技能省の傘下にある英国知的財産庁で取り扱われている¹⁶⁷。異なる機関が別々に産業財産政策、著作権政策及び文化政策を担当する国も存在する¹⁶⁸。しかし、ある一つの機関が知的財産政策と文化政策の立案を担当することで誤った方向に向かってしまうことがあるという事実は指摘せねばならない。政府機関による制度設計が個々の文化政策の立案に大きな影響を与え得るものではあるが、実際の文化政策の立案、文化政策と文化多様性の相互関係及び文化政策の文化多様性への相乗効果こそが重要であるということは忘れてはならない。

3.3 知的財産権と無形文化遺産

文化多様性との関係で知的財産制度を批判する者はさらに、同制度が非西洋文化からの要望に満足に対応できていないと強調する¹⁶⁹。特に注目するのは、同制度では従来から、伝統的知識や伝統的文化表現を十分に保護できていないという事実である¹⁷⁰。文化的な伝統が文化多様性にとって不

FOR CULTURE, MEDIA AND SPORT, *Department for Culture, Media and Sport*, <http://www.culture.gov.uk/> (last visited 1 June 2009).

¹⁶⁷ 英国知的財産庁の所管事務の実際の範囲については、see INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, *Our Mission*, <http://www.ipo.gov.uk/about/whatwedo.htm> (last visited 1 June 2009).

¹⁶⁸ そのような国の例としては米国があげられる。

¹⁶⁹ 知的財産権制度と文化的な伝統の保護の衝突に関する問題の分析については、see M.F. BROWN, *Who Owns Native Culture?*, 2003; G. DUTFIELD, *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge*, 2004; J. GIBSON, *Community Resources: Intellectual Property, International Trade and Protection of Traditional Knowledge*, 2005; S. VON LEWINSKI (ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, 2nd ed., 2008; B. HAZUCHA, “Community as a Holder of Intangible Cultural Heritage: A Broader Public Policy Perspective”, in T. KONO (ed.), *Intangible Cultural Heritage and Intellectual Property: Communities, Cultural Diversity and Sustainable Development*, 2009, 223.

¹⁷⁰ 「伝統的知識」と「伝統的文化表現」という言葉は、世界知的所有権機関の所管によりこれらを保護するために現在起草されている国際文書の定義に従って使用している。See WIPO, INTERGOVERNMENTAL COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY AND

可欠なものであること¹⁷¹、及びその理由が、文化遺産が有形のものであれ無形のものであれ¹⁷²、それぞれの文化的な社会に同一性及び継続性を感じさせ¹⁷³、それが次に個々の文化的表現に反映されるからであるということとを考慮すると、これらの批判の意味するところの深刻度はさらに増すことになる¹⁷⁴。

伝統的知識及び文化的表現の保護が求められることの主な問題は、個々に提案される文化的な伝統とその形式が多様で均一でないことである¹⁷⁵。

GENETIC RESOURCES, TRADITIONAL KNOWLEDGE AND FOLKLORE, *The Protection of Traditional Knowledge: Draft Objectives and Principles*, Annex, Article 3(2), WIPO/GRTKF/IC/10/5 (2 October 2006), available at http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_10/wipo_grtkf_ic_10_5.pdf (last visited 1 June 2009); WIPO, INTERGOVERNMENTAL COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY AND GENETIC RESOURCES, TRADITIONAL KNOWLEDGE AND FOLKLORE, *The Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore: Draft Objectives and Principles*, Annex, Article 1(a), WIPO/GRTKF/IC/10/4 (2 October 2006), available at http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_10/wipo_grtkf_ic_10_4.pdf (last visited 1 June 2009).

¹⁷¹ See, e.g., Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, Article 2(1), 17 October 2003, U.N. Doc. MISC/2003/CLT/CH/14 (2003), available at <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540e.pdf> (last visited 10 August 2007) [以下「ICH Convention」という。]。

¹⁷² 文化遺産の保護に関する問題については、see, e.g., P. SEITEL (ed.), *Safeguarding Traditional Cultures: A Global Assessment*, 2001; B.T. HOFFMAN (ed.), *Art and Cultural Heritage: Law, Policy and Practice*, 2005; J.H. MERRYMAN, A.E. ELSEN and S.K. URICE, *Law, Ethics, and the Visual Arts*, 5th ed., 2007; KONO, *supra* note 169.

¹⁷³ ICH Convention, *supra* note 171, Article 2(1).

¹⁷⁴ CD Convention, *supra* note 1, Article 4(2) (『『文化的コンテンツ』とは、象徴的な意図、芸術的な意義及び文化的価値であって、文化的同一性から発生し、又はそれを表現するものをいう。』) and Article 4(3) (『『文化的表現』とは、個人、集団及び社会の創造性から生じ、かつ、文化的コンテンツを有する表現をいう。』)。

¹⁷⁵ See, e.g., W.E.A. VAN BEEK and F. JARA, “‘Granular Knowledge’: Cultural Problems with Intellectual Property and Protection”, in F.W. GROSHIDE and J.J. BRINKHOF (eds.), *Intellectual Property Law 2002: Articles on Cultural Expressions and Indigenous Knowledge*, 2002, 35, 48-49 (医薬情報へのアクセスに関連してKapsiki社会における3層の社会的構造について説明); B. HAZUCHA and T. KONO, “Conceptualization of

儀式、習慣や風習であって先住民社会、伝統的社会あるいはその他の地域社会の無形な文化遺産¹⁷⁶を構成するものの中には、神聖なものと考えられているものが存在する。これらは宗教上の目的でしか使用することが許されていない。これらを他の目的、特に商業的な目的で使用することはその神聖かつ宗教的な性質とは相容れないものと考えられている。したがって、文化的な伝統を法律により保護することを提唱する者は、関係社会に効果的な法的手段や仕組みを与えることで伝統的な文化的表現の秘密性を保つべく、運動をしているのである。

関係する集団や社会としては、このような類型の文化的な伝統を外部の者が利用できないようにしたいと考えるであろうが、知的財産権の制度は、保護された無形財産を生産し公衆に販売し、これにより公衆に利用可能なものとするために必要な環境を整えることで無形の財産を取引できるようにすることに重点を置いている。例外としては営業秘密があげられるが、営業秘密はその保有者の商業的活動において不可欠なものとして利用されている。したがって、このような類型の文化的な伝統を営業秘密として保護することは、その伝統の神聖な性質と矛盾することとなる。概して、知的財産権の付与はこのような文化的な伝統を保護する手段として十分なものではないのである。知的財産法を神聖な文化的伝統及びその他の重要な文化的伝統を尊重する方向で部分的に改善できる方法としては、特定の伝統的な文化的表現と同一又は類似するものにつき知的財産権の付与を認めないという仕組みを作ることがあげられる。多くの国では、複数の知的財産制度、特に商標法において商標として保護の対象とする標章から文化的にセンシティブなコンテンツを除外することで、当該コンテンツに配慮している¹⁷⁷。

Community as a Holder of Intangible Cultural Heritage”, in T. KONO (ed.), *supra* note 169, at 145, 151–52.

¹⁷⁶ ICH Convention, *supra* note 171, Article 2(1) (「無形文化遺産」という言葉を定義している)。

¹⁷⁷ See, e.g., A. KUR and R. KNAAK, “Protection of Traditional Names and Designations”, in VON LEWINSKI, *supra* note 169, at 293, 318–22 (米国では、米国特許商標庁が侮辱的な標章の商標登録のみならず米国原住民の記事のデータベースに登録された原住

他方、その他の伝統的な知識や文化的表現を商業的に利用しても、その利用の性質が商業的であるがゆえに問題が生じるわけではない。そのような利用が不公正であるとされるのは、関連する先住民社会、伝統的社会その他の地域社会から事前の説明に基づく同意が得られておらず、かつ得られた利益がこれらの社会の構成員との間で公平に分配されていない場合¹⁷⁸や、これらの知識や表現を利用した産出物が関係社会の構成員により供給される文化的な商品や提供されるサービスを代替するものである場合¹⁷⁹や、特定の文化的な伝統が関係社会の構成員でない者により不適切に利用された場合¹⁸⁰である。もっとも、改めて強調するが、従来からの知的財産権の多くは、伝統的な知識や文化的表現を保護するのにあまり適しておらず、それは複数の理由による。特に、知的財産権の保護の対象が問題となっている文化的な伝統と間接的にしか結びつかないこと、知的財産権の保護期間が限られていること、そして権利保護のためには獨創性、新規性や識別性などの要件が課されることがあげられる¹⁸¹。

従来からの著作権法は、新しい独特の創作的な著作物¹⁸²として伝統的な

民の記事の商標登録も拒絶することでアメリカ原住民の保護を図っていること及びニュージーランドでは、マオリ族のシンボルを含み、あるいはシンボルから派生している商標の出願を審査する諮問委員会を設置することで、マオリ族の文字や絵を含めて同族のシンボルを保護していることを説明)。

¹⁷⁸ See, e.g., P-T. STOLL and A. VON HAHN, “Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law”, in VON LEWINSKI, *supra* note 169, at 7, 46–48; A. TAUBMAN, “Genetic Resources”, in VON LEWINSKI, *supra* note 169, at 181, 259–62.

¹⁷⁹ See, e.g., S. VON LEWINSKI, “Final Considerations”, in VON LEWINSKI, *supra* note 169, at 507, 513–15.

¹⁸⁰ See, e.g., KUR and KNAAK, *supra* note 177, at 293–96 (そのようなケースをいくつか紹介している)。

¹⁸¹ See *id.*, at 301; HAZUCHA, *supra* note 169, at 240–42; R.K. PATERSON and D.S. KARJALA, “Looking Beyond Intellectual Property in Resolving Protection of the Intangible Cultural Heritage of Indigenous Peoples”, 11 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 633, 646–52 (2003).

¹⁸² See, e.g., VON LEWINSKI, *supra* note 179, at 513; HAZUCHA, *supra* note 169, at 238–39.

モチーフ、テーマやスタイルを再製する土着のあるいは伝統的な芸術家や実演家に対し、限られた範囲で保護を与えることができるが、文化的な伝統について地域社会に無限の権利を与えるよう求めることは著作権法の精神と相対立するものである。従来著作権法の効果を伝統的な文化的表現については緩和するため、複数の国で伝統的な文化的表現の使用に対する補償金を徴収する制度が導入された¹⁸³。このような制度の下では、伝統的な文化的表現を商業的に使用した場合には必ず補償金が課されることとなる。公有財産の一部であるそのような文化的表現の利用につき徴収された金銭は(有償公有制)、伝統的な文化的表現を保護し促進するために、あるいは関係する先住民社会、伝統的社会、その他地域社会の公益を図るために使用される¹⁸⁴。その実際の運用に関する必要なデータが存在しないので、このような制度が実際にどの程度必要な資金を集めることができるのか、あるいは再分配の効果を評価することは困難である。しかしながら、こうした資金の管理及び分配にも、集中管理団体の徴収した資金の管理に対する前述の批判が妥当するのである¹⁸⁵。

文化的な伝統を保護するための戦略として考えられるものとしては、ほかに、伝統的な知識や文化的表現を含む産物について、その生産者か生産地である地理的場所に照らし真正品であることを保証するような制度を採用することである。これは従来の商標¹⁸⁶、地域団体商標¹⁸⁷あるいは地

理的表示¹⁸⁸の保護を通じて実現可能である。制度によって、個々の標章や地理的表示の保護を獲得するための要件、例えば登録の必要性、標章の識別性¹⁸⁹あるいは特定の地理的場所との結びつき¹⁹⁰、が異なってもよい。しかし、これらの制度の一番の欠点は、標章あるいは地理的表示しか保護せず、当該産物に具現化されている伝統的知識や文化的表現を直接保護するものではないというところにある。加えてこれらの制度では、登録を求めたり権利を主張したりする地域社会が、一定程度社会的に組織化されているか地理的に限定されていることが要求される。そのため、一部の先住民社会、伝統的社会その他の地域社会にこれらの保護措置を適用するにあたっては多くの問題が生じかねないのである¹⁹¹。

知的財産権の制度は無形文化遺産を保護し促進するにあたって一定程度、重要な役割を果たすものであることは、これまで概括したとおりであり、他の文献¹⁹²で詳述されているところであるが、それと同時に、無形文化遺産の適切かつ効果的な保護及び促進を実現する取組みに対して、多くの障害をもたらすものでもあることも考慮に入れなければならないのである。

See also, e.g., KUR and KNAAK, *supra* note 177, at 312–13; M. HIRAO, *Shouhyouhou*, 1st rev. ed., 2006, 29–39.

¹⁸³ 例として、Council Regulation (EC) No. 509/2006 of 20 March 2006 on agricultural products and foodstuffs as traditional specialities guaranteed, OJ L 93 of 31 March 2006, p. 1; Council Regulation (EC) No. 510/2006 of 20 March 2006 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs, OJ L 93 of 31 March 2006, p. 12, as amended. *See also, e.g.,* KUR and KNAAK, *supra* note 177, at 301–8, 310–12, 328–30.

¹⁸⁴ 地域団体商標の場合には、標章の識別性の要件は伝統的な商標の場合よりも緩いことが多い。

¹⁸⁵ *See, e.g.,* KUR and KNAAK, *supra* note 177.

¹⁸⁶ *See, e.g.,* S. FRANKEL, “Trademarks and Traditional Knowledge and Cultural Intellectual Property”, in G.B. DINWOODIE and M.D. JANIS (eds.), *Trademark Law and Theory: A Handbook of Contemporary Research*, 2008, 433, 453.

¹⁸⁷ *See, e.g.,* GIBSON, *supra* note 169; VON LEWINSKI, *supra* note 169; Hazucha, *supra* note 169; PATERSON and KARJALA, *supra* note 181.

¹⁸³ *See, e.g.,* A. LUCAS-SCHLOETTER, “Folklore”, in VON LEWINSKI, *supra* note 169, at 339, 364–68, 372–73, 445–47.

¹⁸⁴ *See id.*, at 372–73.

¹⁸⁵ *See also, e.g.,* HAZUCHA, *supra* note 169, at 243–44; VON LEWINSKI, *supra* note 179, at 526.

¹⁸⁶ *See, e.g.,* http://www.arcticinuksuk.com/index.php?option=com_content&view=article&id=9&Itemid=8 (last visited 1 June 2009) (正真正銘のイヌイットアートであることを証明する「Igloo Tag」制度についての情報を提供している); <http://www.toiho.com/> (last visited 1 June 2009) (ニュージーランドにおいてマオリ族の民芸品の登録商標である「toi iho」についての情報を提供している)。

¹⁸⁷ 例として、Council Regulation (EC) No. 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark, Articles 64–72, OJ L 11 of 14 January 1994, p. 1, as amended; Japanese Trademark Act, Article 7*bis*, 13 April 1959, Law No. 127 (1959), as amended.

結語

知的財産政策は文化政策の中で重要な部分を占めるが、それだけが文化政策なわけではない。多くの法域で知的財産政策とその他の文化政策が密接な関連性を有することが明らかであるが、両者は未だに、別個独立の二つの政策であると捉えられることが少なくない。これらが別々に扱われることで個々の文化政策同士の矛盾や、これらの政策の運用の結果、文化多様性に悪い影響が生じるおそれがある。知的財産政策は、クォータ、税金、補助金その他の種類の再分配の仕組みや制度に依拠した国家の保護主義的政策同様、不測の影響を生じさせるおそれがある。すなわち、文化多様性の保護及び促進を害し、あるいは不十分なものとするおそれがある。さらに、文化多様性の理解に違いがあるため、大抵の場合において、それぞれの国で様々な文化政策の組み合わせが行われるだけでなく、国家間、特に文化的な商品及びサービスを主に輸出する国と外国の文化的な産品を主に消費する国との間での衝突や通商紛争が生じるのである。

文化生産の分野において緊張状態や衝突を和らげるためには、文化の問題や知的財産政策を担う機関が、国内的、地域的及び世界的なレベルで文化多様性を効果的に保護し促進するには、個々の文化政策、言い換えれば知的財産政策とその他の文化政策との間で、適切かつ十分なバランスをとるしかないことを理解する必要がある。文化多様性条約は、締約国が個々の政策のバランスをとること及び文化的表現の多様性を保護し促進するための手段として知的財産制度に十分な役割を与えるにあたって助けとなろう。このような理由から Grosheide は同条約を「文化的な商品及びサービスを創作しかつ結果として生産するための可能な限り最善の社会環境を作るよう参加国を激励する」ものであるとして、賞賛する¹⁹³。しかし、同条約は、他の様々な方法による条約の実施をも許容している。したがって、各国は同条約を実施するために特定の文化政策を採用する際には極めて慎重にならなければならない、そのような文化政策が国内的、地域的及び世界的なレベルでの文化多様性に実際に与える影響について、注意深く研究する必要がある。

¹⁹³ GROSHEIDE, *supra* note 35, at 5.