

第5章 実演家の権利保護とビークル・セオリー

山本 隆司

第1節 はじめに

国際条約上、実演家の実演は、その保護について、ローマ条約によって加盟国に義務づけられている(4条, 7条)。

ローマ条約における実演家の実演に対する保護は、著作隣接権として保護されていることから明らかなように、それ自体を著作物ないしは知的創作物と認めることに保護の基礎を置くものではなく、著作物を公衆に伝達する機能に保護の基礎を置く。それゆえ、実演に対する保護の要件として創作性が求められることはないが、複製からは保護されても翻案からは保護されない。

ここで疑問が生じる。実演には、著作物性ないしは知的創作物性はないのか、言い換えれば、創作性はないのか。旧著作権法においても実演は保護されていたが著作物としてであった。また、米国においても実演は著作物(固定した媒体により映画または録音物)として保護されている。

そこで、以下では、創作性の概念に立ち返り、実演に対する保護の基礎を創作性に置くことが可能か検討するとともに、ビークル・セオリーに基づいて実演を含む著作物に対する保護のあり方を検討する。

第2節 実演の創作性

実演には、創作性はないのか。切り口を変えれば、創作性がなくても、実演はデッドコピーから保護されるのに著作物はデッドコピーから保護されないのか。著作物の場合には、一部分に「創作性」があれば全体が著作物となるが、複製等から保護されるのは「創作性」のある部分に限られ、「創作性」のない部分の複製等からは保護されない、と考えられている。つまり、「創作性」は著作物に対する保護を制限する要素となっている。しかし、著作物を、その「創作性」のない部分のみについてデッドコピーした場合も、実演と同様、複製から保護されてもいいのではないか。

そもそも、日本では、著作物の創作性は、表現における創作者の個性の表れと考えられているから、実演は、多くの場合、実演家の個性にあふれており、創作性の要件を満たすと考えられる。したがって、実演について、著作物ないしは知的創作物と認めることに保護の基礎を置くことも可能であると思われる。

さらに翻って、創作性の概念を再検討すると、著作物における創作性の所在は、二段階で考えられる。すなわち、表現されるもの(アイデア)について、具体的な表現を創り出すこと自体における創作性(表現現出的創作性)と、具体的な表現形式を創り出す

ことにおける創作性（表現形式的創作性）である。たとえば、夕暮れ時の赤富士を美しく撮りたい（アイデア）と考えて、その写真を撮った場合には、その写真には少なくとも表現現出的創作性は存在する。したがって、その写真を複製することは複製権の侵害を生ずるが、他人が類似の写真を撮ることは表現現出的創作性をもつ表現の複製には当たらない。しかし、他人が同じアイデアに基づいて同じ場所、同じ季節時間に類似の構図、色調、明暗で撮った類似の写真は、表現形式的創作性をもつ表現の複製ないし翻案には当たることになる。

以上のように創作性を考えれば、第1に、表現形式的創作性がない著作物についても表現現出的創作性を認めて、複製等デッドコピーから保護することができる。第2に、アイデアの不可避または平凡な表現に創作性を否定するアプローチを表現形式的創作性に限定することによって、被侵害著作物の創作性（表現現出的創作性）を肯定しつつも類似的表現における創作性（表現形式的創作性）を否定することを矛盾なく説明できることとなる。

この創作性の概念を実演に当てはめると、実演を複製等デッドコピーすることは少なくとも表現現出的創作性をもつ表現に対する複製を生ずる。また、実演をその特徴を捉えてモノマネすることは、表現形式的創作性をもつ表現の複製ないし翻案には当たることになる。

なお、ローマ条約において実演が著作物性を否定され、録音・録画権のみが認められることになったのは、おそらく通常の複製権・翻案権が認められれば実演された著作物を他の実演家が実演した場合にこれを複製権・翻案権として妨げることを懸念したためではないか。しかし、この懸念は、現在の著作権法では、不可避・平凡な表現に対する創作性を否定するという理論の発達によって克服されている。したがって、いまやローマ条約の枠組みを超えて、実演に著作物性を肯定してこれに複製権・翻案権を認めることには何の支障もないと思われる。

第3節 ビークル・セオリーに基づく知的創作物の保護

1 知的創作物の保護理論

知的創作物保護の理論的根拠には、大きく分けて、自然権理論と産業政策理論がある。

自然権理論には、労働理論 (laborthy) や人格理論 (personalitytheory) がある。労働理論は、労働を混入したことをその知的創作物に対する排他的支配権の根拠とする。人格理論は、人格の発露であることをその知的創作物に対する排他的支配権の根拠とする。いずれも、著作物に対する無期限の保護を肯定する考え方に傾く。自然権理論は大陸法における著作権法の思想的背景となっている。

他方、産業政策理論 (incentivetheory) は、自然状態では、知的創作物はその性質上から本来的に、創作者が排他的に支配しうるものではないと考える。しかし、公衆の利

用しうる知的創作物を豊かにする政策手段として、知的創作物の創作促進のインセンティブを創作者に与えることが必要であり、そのインセンティブとして知的創作物に対する一定期限の排他的支配権を創作者に認めるものであると考える。産業政策理論は、英米法における特許権・著作権の思想的背景となっている。

しかし、いずれの理論も、どこまで保護を広げるのが適当なのかという問題について指標を与えない。自然観理論からは未来永劫に保護を与えるべきであるという結論になりそうであるし、産業政策理論は保護を与えれば与えるだけ知的創作物の創出を促進するとの結論になりそうである。

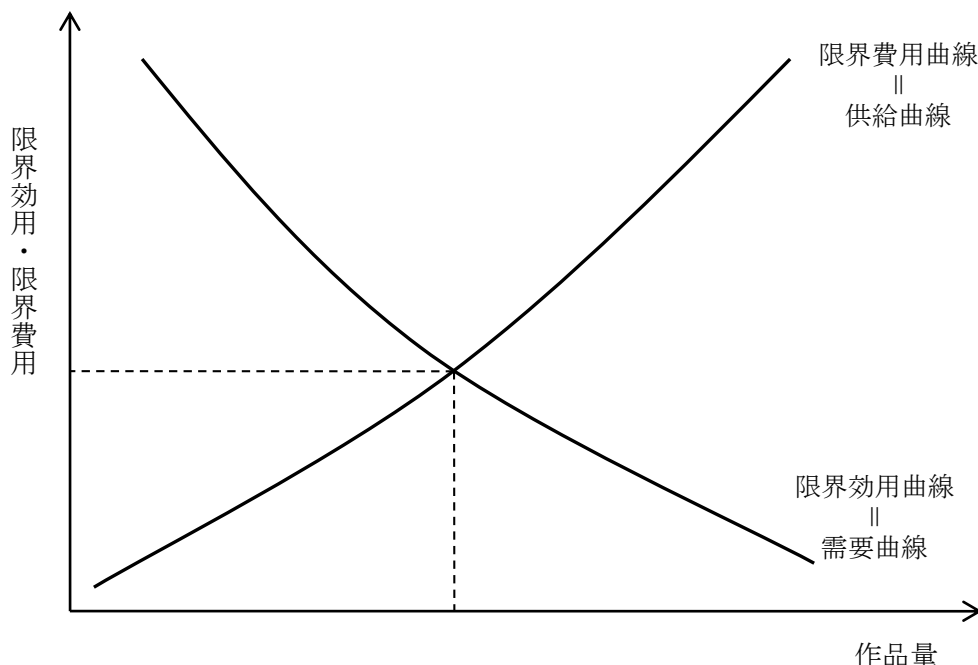
これに対して、ピークル・セオリーは、知的創作物に対する市場の失敗を直視し、市場の失敗を解消する手段として知的財産権を制度設計する立場である。

2 知的創作物における市場の失敗

(1) 市場の成功の意義

すべての商品は市場で取り引きされているが、市場はつねに需要曲線と供給曲線の交点で成立している。通常、有体物の取引は自然状態で、限界効用曲線がその需要曲線を構成し、限界費用曲線がその供給曲線を構成する。

図1 市場の成功



限界費用曲線がその供給曲線を成している場合があるべき市場の成功と考えられるのは、そのときに、消費者余剰と生産者余剰の和、すなわち経済厚生が最大となるからである。

(2) 著作物に対する需要曲線

ある人が、著作物を鑑賞することに対して対価を支払ってもいいという金額（著作物の効用）は、著作物ごとに異なる。著作物には個性があるからである。ところが、映画でもレコードでも、著作物ごとに個性があるにもかかわらず、その市場規模は、全体としてあまり変わらない。個人が一定期間内に支出する全体金額も、あまり変化はない。すなわち、著作物 A と著作物 B とは、それぞれの個性ゆえに同一性がなくても、人に与える満足・効用、したがって人が著作物を鑑賞することに対して対価を支払ってもいいという金額においては同一性がありうる。

また、著作物 A と著作物 C とは、人に与える満足・効用（人が著作物を鑑賞することに対して対価を支払ってもいいという金額）において異なっても、金額評価においては、比較評価が可能になるから、著作物 C が与える効用を著作物 A や著作物 B の効用に換算することができる。したがって、多くの人に同一程度の効用を与える著作物群に、著作物の個性を超えた、著作物に対する需要と利用価格の関係を代表させることが可能と考えられる。

そこで、ある消費者に同一の効用を与える著作物群がある場合、鑑賞したときの効用（=限界効用）は、鑑賞する作品が増えるごとに逡減していく。個々の消費者の限界効用曲線を左に積み重ねて集計したものが、本来であれば、市場における作品量に対する需要曲線である。

ところが、著作物に対する需要曲線は、自然状態では、個々の消費者の限界効用曲線を左に積み重ねて集計したものにはならない。米国の独立宣言起草者であるトーマス・ジェファソンは、次のように述べている¹。

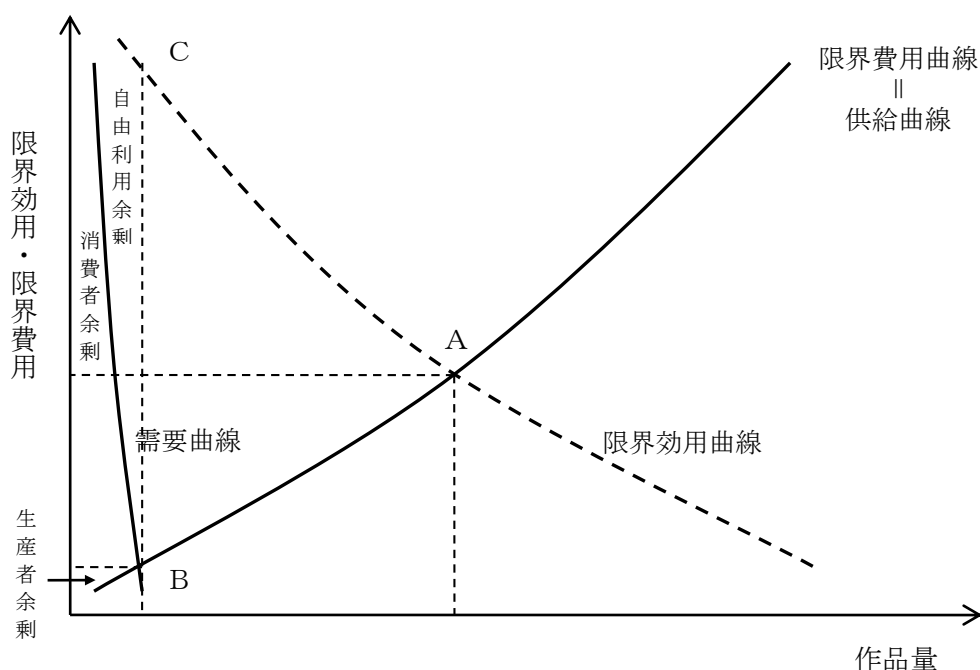
「他のすべての排他的財産よりも排他的であるものがこの世に1つ存在するとしたら、それはアイデアと呼ばれる人間の思考能力の作用である。アイデアは自分自身の中に留めておけば自分1人で独占することができる（訳者注：自然法上の発明者の権利）が、一度その秘密が知られてしまうと何人とも共有することができ、一旦受け取った者からこれを奪うことはもはや誰にも出来ない（訳者注：自然法上の公衆の権利）。アイデアのもう1つの特徴は、アイデアを保有する者は誰でもそのすべてを保有することができるので、誰もが等しくそのすべてを保有することができるということである。私からアイデアを得た者は、私自身のアイデアを減少させることなく私からアイデアを受け取る。それは、私の火を借りてロウソクに火をともし者が、私の火を消すことなく私の火を譲り受けるのと同様である。アイデアが1人の人間から他の人間へと自由に伝播するという事は、人類のモラルの向上と相互の発展にとってまた人類の生存条件の改善にとって、自然が特別かつ慈悲的な配慮によって与えたもののように思われる。」

¹ 6 Writings of Thomas Jefferson 180-181, H. A. Washington Ed. 1854.

自然状態では、ある人が火（著作物）を熾せば（創作すれば）、大勢の人がその恩恵（利用の恩恵）を受けることができるが、その火を熾した人（著作者）は、その火を直接受け取る人からはその火の対価を取得する手段があるが、さらにその人から間接的にその火を受け取る人からはその火の対価を取得する手段はない。したがって、著作物の需要曲線は、著作者から直接著作物を受け取ることでできる人の限界効用のみで構成され、間接的に著作物を直接受け取ることでできる人の限界効用は反映されえない。

すなわち、その需要曲線は限界効用曲線から大きく左にシフト（需要を過小化）する形となる。

図2 自然状態における著作物市場の失敗



その結果、市場が成功する場合における総余剰 (=消費者余剰+生産者余剰) と比べて、市場が失敗する場合における総余剰 (=消費者余剰+生産者余剰+自由利用余剰²) は、図2でいうと ABC が構成する三角の部分だけ少なくなる。すなわち、資源が最適に配分されていない。

(3) 著作物に対する供給曲線

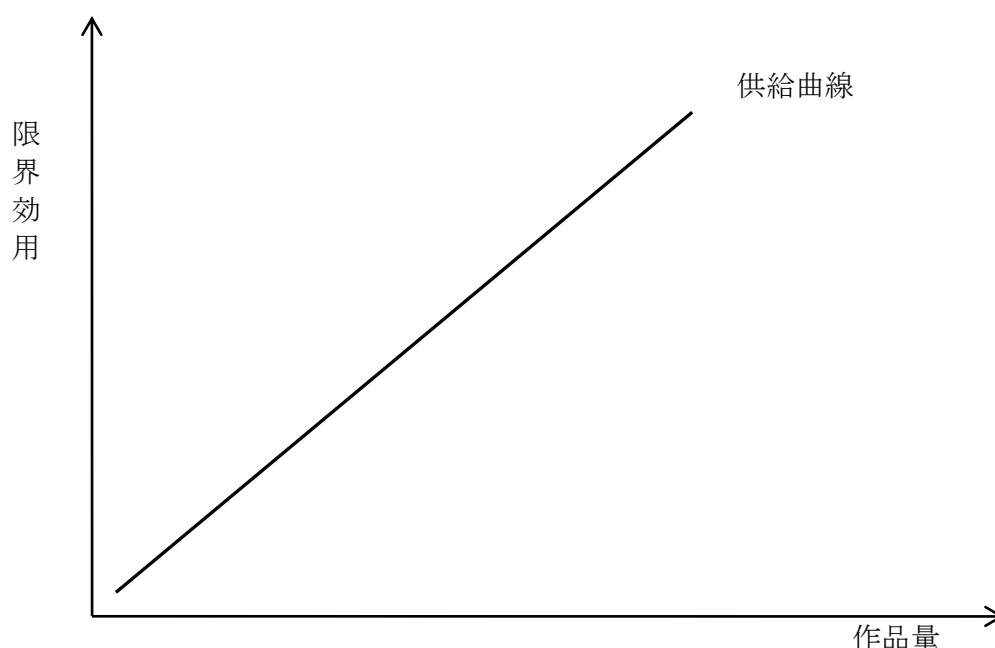
著作物を制作するには、費用がかかる。映画制作の場合のように、あらかじめ映画製

² 自由利用余剰：著作物を直接受け取る個人単独の限界効用で構成する需要曲線と供給曲線の交点（B）で、当該個人の消費者余剰は規定されるが、著作物の自由利用により市場構成者全員に著作物の効用(市場構成者全員の限界効用曲線上において同一供給量によって規定されるC)をもたらす。これが自由利用余剰である。

作費として準備する資金だけが費用ではない。画家が絵を描く場合であっても、画家は絵を描く時間だけ就労機会を失っているため、明らかに費用がかかっている。

著作物を制作することによって、かかった費用以上に、収入が得られる場合もあれば、そうでない場合もある。著作物を制作するとの決定は、予想収入が制作費用を上回る場合に、行われる。消費者に同一の効用を与える著作物群（したがって、ある価格において見込まれる利用者数が同等）であっても、その制作費は異なる。したがって、作品量に対する供給は、見込収入が上がるに従って、増大し、見込収入が下がるに従って減少する。

図3 著作物の供給曲線



この供給曲線は、縦軸に1作品当たりの限界費用、横軸に作品数を採ったグラフにおいて、右肩上がりとなる³。

なお、市場規模が2倍になれば、作品それぞれの利用見込み者が2倍となり、限界費

³ 著作権は、市場独占権であるから、経済学上の「独占市場」の理論で、著作物市場を理解するアプローチがある（なお、このアプローチによれば、供給曲線は、限界費用曲線ではなく限界収入曲線である）。しかし、著作物が市場独占できるのは、その創作的な表現のみである。すなわち、消費者の選好において当該著作物と代替性のある著作物が市場から排除されるわけではない。多くの著作物においては、個々の著作物はそれぞれ個性があっても、大きく見れば相互に代替性がありうる。たとえば映画「椿三十郎」と映画「用心棒」はまったく別の著作物であるが、私がレンタル店でどちらを選ぶかは価格が同じであればほとんど偶然の要素によって決まる。

個々の著作物に個性があるというのは、各自動車メーカーの提供している自動車に車種・カラー・装備によって個性があるというのと、あまり変わりはない。したがって、経済学上の「独占市場」の理論で著作物市場を理解するアプローチは、妥当とは思われない。

用はそれぞれ半額となるので、限界費用曲線は、上記グラフにおいて、下方に倒れ込むような形になる。市場規模の拡大は、市場の統合による人口の増加や新たな利用行為の開発によっても生ずる。

(4) 自然状態における市場の失敗

以上のとおり、著作権法がない自然状態においては、著作物の供給者が対価を回収できるのは最初の1人（ないしせいぜい数人）に限られる。その結果、自然状態においては、著作物市場は、限界効用曲線がその需要曲線から乖離し、市場が失敗する。すなわち、図2のとおり、この場合の需要曲線は、供給者から直接著作物を受け取った個人の限界効用曲線を集計しただけのものになり、左方に極端に立った形になる。

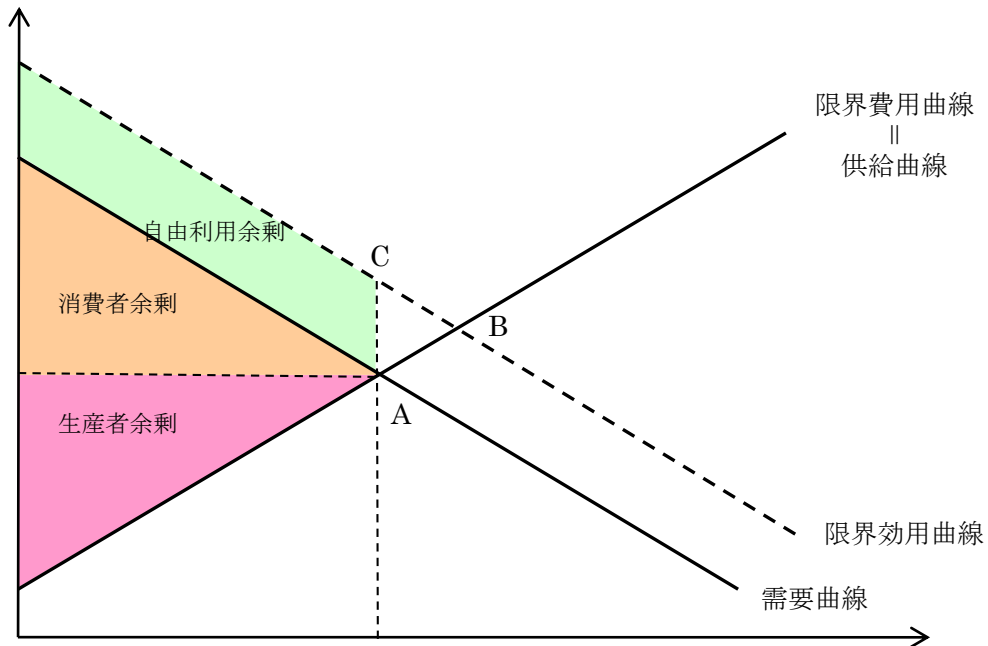
市場の失敗により、市場は著作物へ資源を最適に配分する機能を果たさない。

3 商品化手段としての市場独占権

限界効用を生ずるあらゆる利用行為が商品化されれば、すなわちあらゆる利用行為には対価支払が必要とされれば、需要曲線は、限界効用曲線に一致する。著作権という市場独占権は、著作物の利用行為に対して著作権者の許諾を必要とする。そのことによって、著作物の利用行為が対価の支払を必要とする「商品」となる。このように、著作権は、著作物の利用行為を商品化する手段（vehicle）である。

このように理解すれば、著作権法は、著作物市場を成功させるよう（著作物へ資源を最適に配分する機能を果たすよう）、著作物の利用行為を商品化する手段として著作権の付与を設計する必要がある。すなわち、総余剰を極大化するよう、限界効用を有するすべての利用行為に対して著作権者に市場独占権を与える必要がある。したがって、市場が失敗する場合における総余剰（=消費者余剰+生産者余剰+自由利用余剰）は、市場が成功する場合に比べて、図4のABCで構成する三角の部分だけ余剰が少なくなるが、この三角部分をできるだけ小さくすることが著作権法を設計する目標となる。

図 4 著作権法制下の総余剰



第 4 節 ビークル・セオリーに基づく権利保護の範囲

すべての利用行為が著作権の対象とされるときに、余剰＝経済厚生が最大となる。したがって、第 1 に、限界効用を有するすべての利用行為に対して著作権者に市場独占権を与えるべきである。第 2 に、たとえ著作物の利用行為であっても、もはや限界効用をもたない利用行為には、著作権者に市場独占権を与えるべきではない。

1 輸入権

海外で複製された著作物は、国内市場の需要を奪う。したがって、その分だけ国内で複製される著作物の市場が小さくなるので、需要曲線が左方にシフトし、市場の失敗を生ずる。現行法上も、海外でライセンスを受けずに複製された複製物の輸入は禁止されている（著 113 条 1 項 2 号）。他方、海外でライセンスを受けた複製物には著作権者の権利は及ばないこととされている。

これは、海外でライセンスを受けた複製物には海外で対価回収の機会があったからそれで十分であると考えられているからである。国際市場のハーモナイズが叫ばれているが、そのことは統一市場としての国内市場がそれぞれ独立として存在しただけ垣根を低くしたいという希望を示している。しかし、現実に存在するのはそれぞれ独立して存在する各国の国内市場である。企業行動は、現実に即して行動する。利益が極大となるよう、各国の市場ごとに価格設定を行う。したがって、海外で対価回収の機会があったからそれで十分であるとはいえない。また、法制度も、属地主義を採っており、外国

法に基づく複製許諾は、日本法に基づく複製許諾とは同一性がない。したがって、外国法に基づく複製許諾は日本法に基づく複製許諾を意味しない。

輸入権に対する各国の対応を見ても、欧米諸国は、いずれも輸入権ないし国際消尽しない頒布権を認めている（なお、欧州では頒布権は、域内では統一市場が形成されているので、域内での国際消尽することを認めても、域外については国際消尽しない頒布権を認めている）。

現行法上、レコードを除いて、海外でライセンスを受けてされた複製物には著作権者の権利が及ばない（著113条5項）が、著作物市場の成功のためには、すべての海外複製物に及ぶ輸入権を著作権者に付与する必要がある。

2 公衆送信権

著作物に対する保護としては、送信可能化権のみならず公衆送信権が与えられている。他方、現行法上、実演に対する保護としては、送信可能化権は与えられている（著92条の2）が、公衆送信権は与えられていない。

実演には創作性が保護の要件とされていないことから、このような差を設けているものと思われる。しかし、創作性の有無によって公衆送信権を与えたり与えなかったりする理論的根拠は存在しない。したがって、そもそも実演に対して公衆送信権を与えないことには、合理的理由は存在しない。

また、市場の成功のためには、実演に対して公衆送信権を与えることが必要と考えられる。WIPO著作権条約では、この権利は、公衆伝達権（8条）として公衆による受信行為として構成されている。日本では、公衆送信権が条約上の公衆伝達権に対応するものと考えられている。しかし、公衆送信権は送信者による公衆への送信行為として構成されているので、日本では送信可能化権と公衆送信権の違いは権利侵害を生ずる時点の差としてしか現れない。本来は、WIPO著作権条約の権利構成から明らかなどおり、送信者による利用行為に着目したのが送信可能化権であり、受信者による受信行為に着目したのが公衆送信権であると思われる。したがって、受信者による受信行為には、著作物利用の限界効用があるので、実演の受信行為についても、著作物市場の成功のために、権利者に市場支配権を与える必要があろう。

なお、理論的問題は間接侵害に対する対処において現実問題として顕在化している。たとえば、著作物の無断配信（公衆送信権および送信可能化権の侵害）をしているサイトがあり、リーチサイトが当該違法配信サイトへのユーザーによるアクセスを助長している場合、リーチサイトは、公衆送信権侵害の蓄助行為として法的責任を問われる。しかし、リーチサイトには、送信可能化権侵害の幫助行為として法的責任を問われることはない。というのは、送信可能化権侵害は、当該違法配信サイトがそのサーバーに当該著作物を蓄積した時点において完了しており、リーチサイトによるその後の配信行為は事後蓄助にしかならないからである。ところが、実演については、送信可能化権は与え

られているが公衆送信権は与えられていないので、権利者はリーチサイトに対して何らの法的措置も採れないという結果を生じている。

3 アクセス権

著作物へのアクセスは、既存の利用行為には収まらない新たな利用行為である。

アナログ時代は、著作物の利用自体を権利者が外部からコントロールすることは事実上不可能であった。そこで、著作物の利用自体に最も近い行為として、著作物の利用の媒体である複製物の作成行為に対して、著作者のコントロールを認めた(=複製権)。複製権の創設の後、展示や上演や上映など、複製を必要とせずに著作物の利用価値を抽出する行為(鑑賞行為)が登場するのに合わせて、展示権や上演権や上映権などが創設されてきた。

ところが、デジタル・ネットワーク環境においては、著作物の利用価値を抽出する行為(鑑賞行為)自体に対して、著作者がコントロールを及ぼすことが可能になった。したがって、理論的にも、市場の成功のために、著作物の利用価値を抽出する行為(鑑賞行為)自体に対して、著作者に許諾権すなわちアクセス・コントロール権を与えることが必要となっている。

また、現実的にもアクセス・コントロール権を与えることが不可欠である。すなわち、デジタル・ネットワーク環境においては、コンテンツの配信先を、ライセンス取得者に限定することは困難である。たとえば、デジタル有料放送は誰でも受信でき、受信者をライセンス取得者に限定することはできない。このことは基本的にはインターネット上も同じである。すなわち、著作物の利用価値を抽出する行為(鑑賞行為)ができる者をライセンス取得者に限定する方法は、ライセンス取得者のみがコンテンツを受信できるという方法(=コピー・コントロール)ではなく、コンテンツに暗号をかけておきライセンス取得者のみが暗号解除キーを取得できるという方法(=アクセス・コントロール)をとらざるをえない。

また、クラウド環境においては、コンテンツをダウンロードすることさえなく、サーバー上にコンテンツを置いたまま利用してその鑑賞価値ないし利用価値を享受することが行われる。著作物市場の成功のためには、かかる利用行為に対して権利者の市場支配権を与える必要がある。

したがって、米国著作権法では、DMCAを制定して、アクセス・コントロール権を創設した。日本においても、事情は変わらない。デジタル・ネットワーク環境においては、著作権にアクセス・コントロール権を創設することは不可欠である。

4 権利制限規定

権利制限は、そもそもベルヌ条約9条2項、TRIPs協定13条、WIPO著作権条約10

条および WIPO 実演等条約 16 条 2 項に基づいて、「通常の利用を妨げない」利用に限り、制定することができる。

私見⁴によれば、「通常の利用を妨げない」利用は、①優越的価値（表現の自由などの憲法的価値や著作権法の目的）のために必要な利用行為、②著作権者に被害を生じない利用行為および③市場の失敗を生ずる利用行為である。

①の例として、裁判手続における複製（著 42 条）は、裁判の公正（デュー・プロセス）という憲法的価値のために著作権を制限する必要がある。また、たとえば、教科用図書への掲載（著 33 条）は、著作権法の目的が究極的には文化の発達であるが、学校教育において模範的な表現方法を学習することは社会による文化の共有の基礎を成すものとして、文化の発達のために著作権を制限する必要があると考えられる。このような優越的価値のための利用行為は、そもそも著作権者がこれを拒むことは許されるべきではないので、著作権者に留保されるべき「通常の利用」の範囲に属さないと考えられる。

②の例として、私的複製（著 30 条）の一態様として、購入した CD をラジカセで再生する際に RAM に生ずる機械による付随的複製は、この複製行為によって著作権者に何らかの経済的損害を与えるわけではない。したがって、このような利用行為は、著作権者に留保されるべき「通常の利用」の範囲に属さないと考えられる。

また、③の例として、図書館におけるコピー・サービス（著 31 条 1 号）は、著作権者に排他的権利を与えたとしても、許諾取得手続に費用（取引費用）が掛かって、零細な使用許諾料の額を回収できないことになるので、そもそも利用許諾の市場が成立しない。したがって、このような零細な取引市場は、たとえ著作権者に排他的権利を与えたとしても権利者に利益をもたらさないので、著作権者に留保されるべき「通常の利用」の範囲に属さないと考えられる。

市場の成功との関係においては、①優越的価値（表現の自由などの憲法的価値や著作権法の目的）のために必要な利用行為については、余剰=経済厚生を最大化を犠牲にしても優先すべき公益目的が存在する。②著作権者に被害を生じない利用行為および③市場の失敗を生ずる利用行為については、そもそも著作権者に被害を生じないので、余剰=経済厚生を最大化が犠牲にされるという事態が生じない。

ところが、現行法の権利制限規定は、「通常の利用を妨げない」という制限を越える利用行為にも及ぼされている、とくに、著作権法 30 条の私的複製に対する権利制限は、きわめて広く、学習のための模倣のように優越的価値のために必要な利用行為と考えられるものにも、再生機器内部での RAM への機械的・付随的複製のように著作権者に被害を生じない利用行為と考えられるものにも、零細な複製のように市場の失敗を生ずる利用行為と考えられるものにも及ぶが、借用物の丸ごとコピーのように「通常の利用を

⁴ 拙稿「権利制限の法理と私的複製の限界」紋谷暢男教授古稀記念『知的財産権法と競争法の現代的展開』（発明協会、2006）885 頁以下。また、拙稿「権利制限の共犯従属性—権利制限の従属性と一身性」著研 35 号（2008）127 頁。

妨げない」利用を越える行為といわざるをえない行為にも及ぶこととなっている。

零細な複製は、市場の失敗を生ずる利用行為であるがゆえに、これに権利制限を認めても余剰=経済厚生を最大化が犠牲となることはない。たとえば、全頁 300 頁、定価 3,000 円の書籍の 10 頁を複製する場合、著作権者への印税(著作権使用料)は通常 10% (1冊当たり 300 円)であるから、10 頁分の使用料相当額は 10 円である。複製する側が使用料支払の意思を持っていたとしても、著作権者から許諾を得てその支払をなすのにいくらの費用がかかるであろうか。使用料を支払って複製の許諾を取得するには、権利者を捜し出して、使用許諾条件を交渉するだけでも、明らかに 1冊分の代金 3,000 円以上の費用がかかる。明らかに、僅少部分の複製に対する許諾市場は失敗する。

図5 取引費用が市場均衡に与える影響(その1)

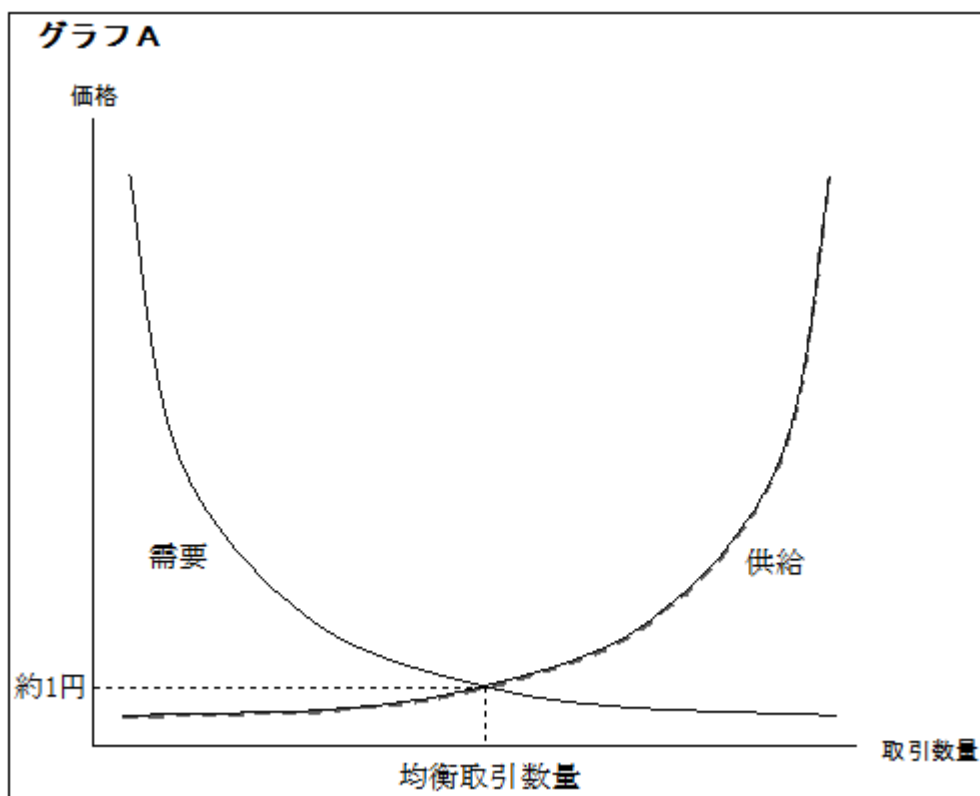
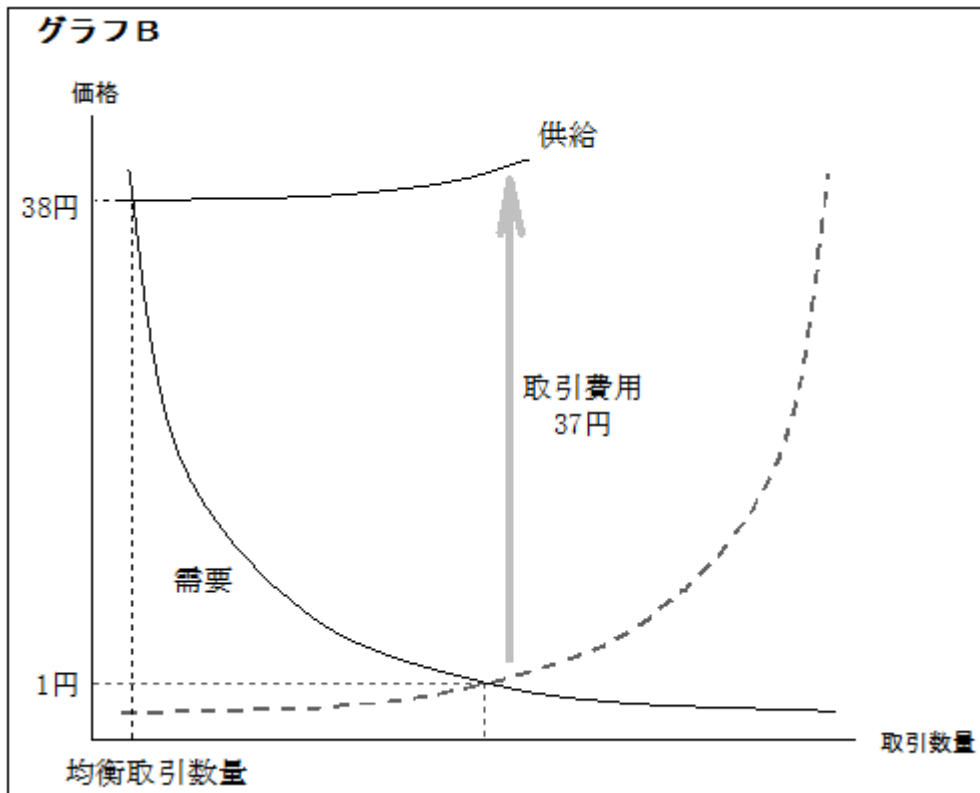


図 6 取引費用が市場均衡に与える影響 (その 2)



では、当該書籍に複製権者と使用許諾条件を明示し、使用許諾の申込みと使用許諾料の支払だけで複製許諾が可能な状態にした場合は、どうであろうか。使用許諾の申込書に必要事項を記載して捺印のうえこれを著作権者に郵送し（郵送用 80 円）、著作権者が受諾書に捺印してこれを使用者に返送し（郵送用 80 円）、使用者は使用料を指定銀行口座に振り込む（振込手数料 210 円）。事務処理に要する人件費を捨象したとしても、10 円の使用料を支払うために 370 円の取引費用を要する。

取引金額が十分に大きければ取引費用は無視しうるものとなり、市場は十分に機能する。しかし、取引金額が零細であると取引金額に比して取引費用は過大となり、実質的に市場は失敗する。すなわち、いまの例の場合、許諾市場での使用料の均衡価格は 1 円／頁（ $=300 \text{ 円} / \text{冊} \div 300 \text{ 頁} / \text{冊}$ ）である。たとえば出版社がこの書籍を 1 万部発行するとすれば、総頁は 300 万頁である。出版者・著作者間の契約作成に要する取引費用が 370 円とすれば、均衡価格 1 円／頁に与える影響は、 $370 \text{ 円} \div 3,000,000 \text{ 頁} = 0.000123 \text{ 円} / \text{頁}$ であって、市場による均衡点に与える影響は無視しうるものである（図 5 参照）。他方、前述の 10 頁分に対する使用許諾の取引においては、 $370 \text{ 円} \div 10 \text{ 頁} = 37 \text{ 円} / \text{頁}$ であって、市場による均衡価格 1 円／頁に与える影響は甚大であって（図 6 参照）、市場のもつ資源の最適配分という機能を果たしえず、やはり市場の失敗を生ずる。

具体的に、10 頁の複製に 10 円を支払って複製許諾を受けようとする者が 1 万人いたとしても、10 頁の複製に 380 円（10 円の使用料と 370 円の取引費用との合計）を支払

おうとする者は100人しかいないと仮定しよう。①権利制限をしなかった場合、利用者は3.8万円(=380円×100人)支出するが、著作権者の収入は1,000円(=10円×100人)にとどまる。3.7万円の社会的損失を生じるとともに、当該著作物に対する9,900人の利用機会が失われる。他方、②権利制限をした場合、権利者は1,000円の収入を失うが、当該著作物に対する1万人以上の利用機会が生ずる。ここでは、著作権制度の目的から見れば、明らかに②権利制限をした場合が支持される。第1に、権利制限をこのような零細な利用に限定すれば、著作物の供給曲線は取引費用を無視しうる取引金額の大きな取引によって規定され、著作物創出のインセンティブは影響を受けない。第2に、権利者が得る1,000円の収入機会は、9,900人の利用者が失う利用機会に比較して取るに足りないからである。

5 権利保護の期間

(1) 総余剰の最大化と保護期間

すべての利用行為が著作権の対象とされるときに、余剰=経済厚生が最大となる。したがって、将来における利用行為もすべて著作権の対象とされることが、経済厚生上、もっとも望ましい。しかし、著作物の場合には、保護期間を一定年数に限ることによって、かえって、総余剰、すなわち経済厚生は、保護期間が無期限のときよりも大きくなりうるのである。その理由は、「自由利用余剰」の発生と「供給の保護期間弾力性」にある。

(2) 保護期間終了後における自由利用余剰

公衆は、保護期間満了後において著作物を無償で自由に利用できる。すなわち、これを「余剰」概念で説明すれば、保護期間中の余剰は、消費者余剰(A)および生産者余剰(B)の和であるが、保護期間経過後は、消費者と生産者の間に対価支払がなくなるので、自由利用余剰(A+B+C)が発生し、総余剰を構成する(図7)。

(3) 保護期間に対する供給の弾力性

合理的投資行動を想定すると、著作物制作の有無は、著作権使用料収入に対する将来予測と制作費用のバランスに基づいて、決定される。著作物制作の決定時点における制作費用は、現在価格であるが、著作権使用料収入は将来価格であるから、著作物制作の決定においては、将来予測の著作権使用料収入は、資金調達コスト(=割引率)で、現在価値換算される⁵。割引率を10%として、x年後(横軸)における著作権使用料収入(年間1,000円)が現在価値でy円(縦軸)になる関係を示したものが図8である。将

⁵ 本文での議論は、経済合理性の範囲内で、正当化されうる最長の保護期間を検討するアプローチを採っている。したがって、実際の企業活動よりは、緩やかな条件設定している。現実の企業をみれば、将来予測として5年程度に限り、また現在価値評価を行わない慎重な投資決定を行う企業も多い。このような企業活動を前提にすれば保護期間は、5年程度で足りることとなる。

来における著作権使用料収入の現在価値は、同図のように急速に逡減していく。

図 7 保護期間満了後の自由利用余剰

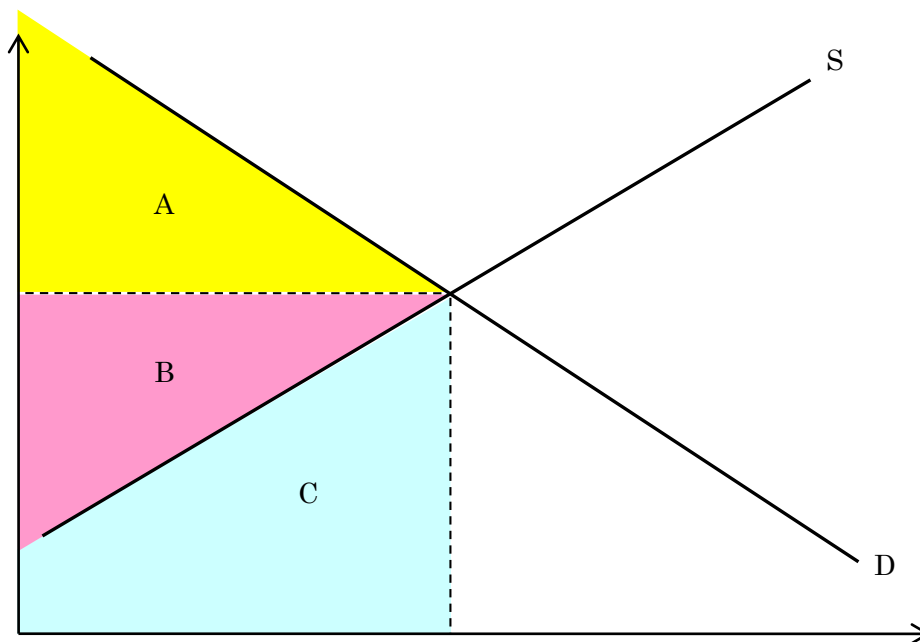
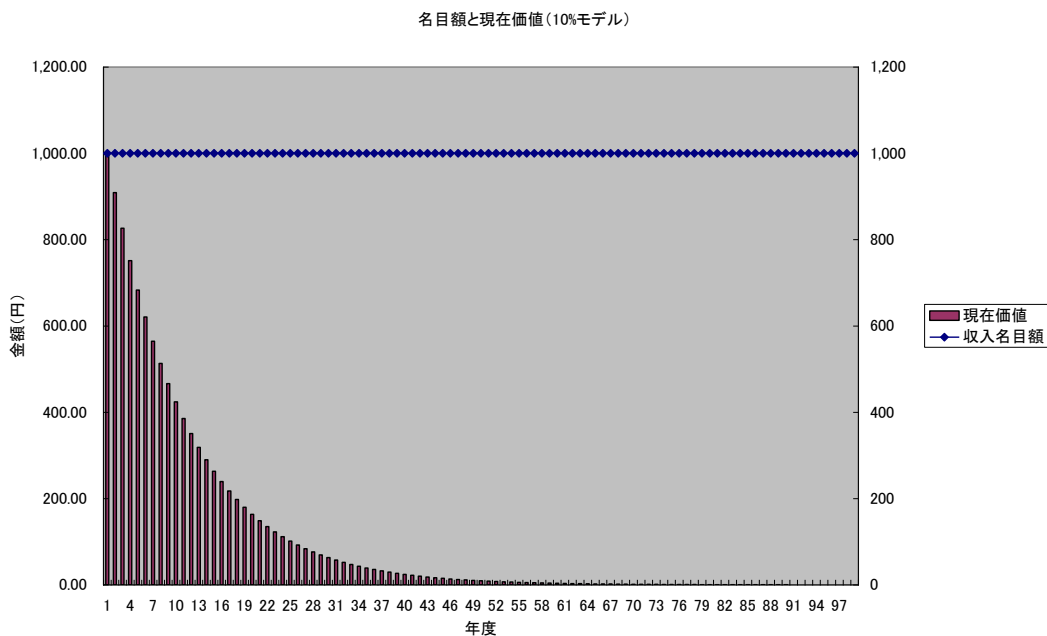


図 8 各目額と現在価値 (10%モデル)

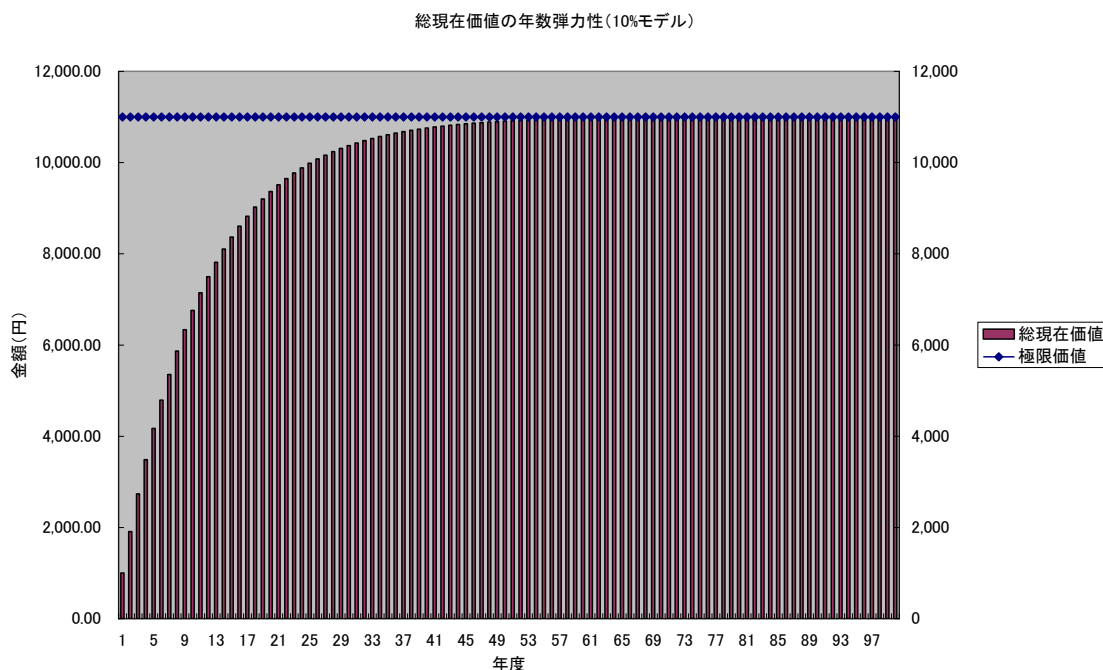


年間 1,000 円の著作権使用料収入が未来永劫に続いた場合、割引率を 10%とすると、その現在価値総額（極限值）は 11,000 円である。毎年の現在価値累計額がどのように増加していくかを示したものが、図 9 である。保護期間を 1 年延長することによる著作権使用料収入の現在価値総額（=著作物供給に対する保護期間延長の弾力性）は、初期

は大きく増加する (=弾力性が大きい) が、その後はほとんど増加しなくなる (=弾力性が小さい)。

たとえば、死後 50 年の保護期間を死後 70 年の保護期間に延長する場合について、著作物供給の弾力性について考えてみよう。仮に、米国と同様に、死後 50 年の保護期間が創作後 100 年と等価、死後 70 年の保護期間は創作後 120 年と等価と仮定すると、割引率 10%モデルでは、最初の 100 年間の著作権使用料収入で極限値の 99.99%を回収し、その後 20 年これを延ばしても、回収率は 99.99%でほとんど増加しない。すなわち、保護期間を死後 50 年から死後 70 年に延長することには、ほとんど著作物の供給を促進する効果は考えられない。

図 9 総現在価値の年数弾力性 (10%モデル)



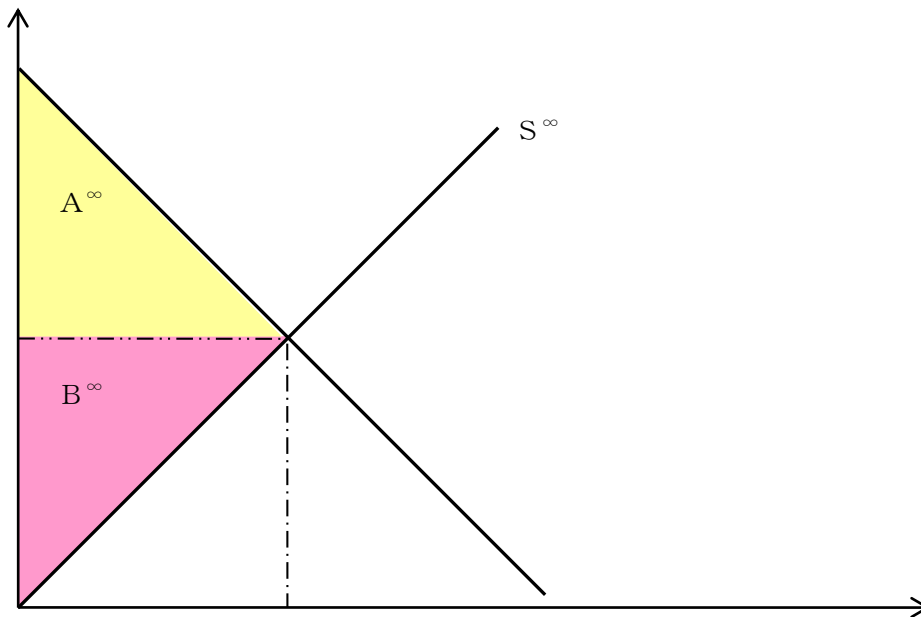
(4) 保護期間と経済厚生 (余剰) の関係

前述のとおり、総余剰、すなわち経済厚生は、保護期間が無期限のときよりも保護期間が限られている場合の方が大きくなりうる。では、そのような場合を生ずる保護期間は何年か。

保護期間が無期限の場合における毎年の余剰は、消費者余剰 (A^∞) と生産者余剰 (B^∞) の合計である。したがって、 n 年間における総余剰 (TW^∞) は、以下のとおりとなる。

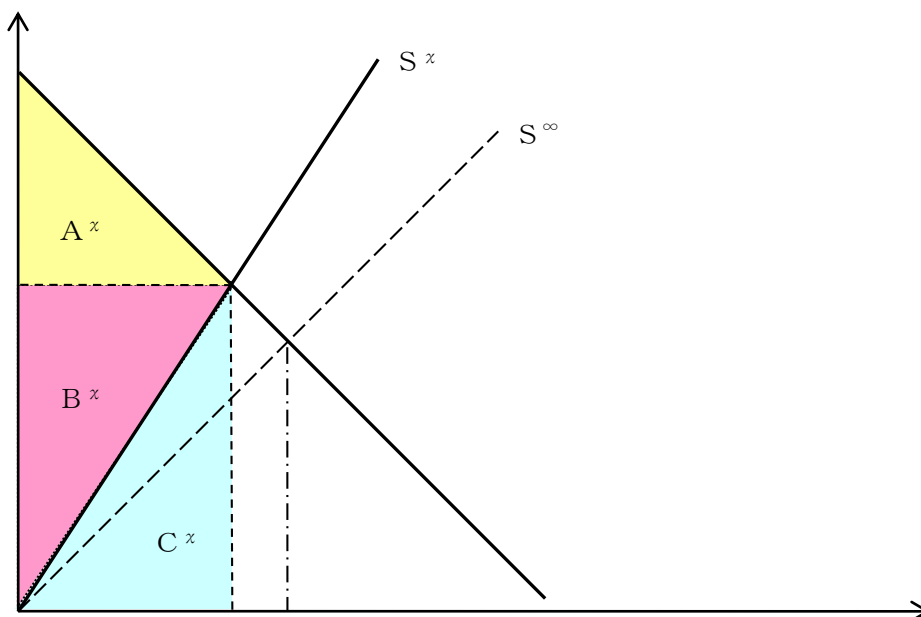
$$TW^\infty = (A^\infty + B^\infty) \times n$$

図 10 保護期間が無限の場合における総余剰



他方, 保護期間を x 年とする場合における毎年の余剰は, 保護期間中は消費者余剰 (A^x) と生産者余剰 (B^x) の合計であるが, 保護期間満了後は, 自由利用余剰 ($A^x+B^x+C^x$) となる (図 11 参照).

図 11 保護期間が有限の場合における総余剰



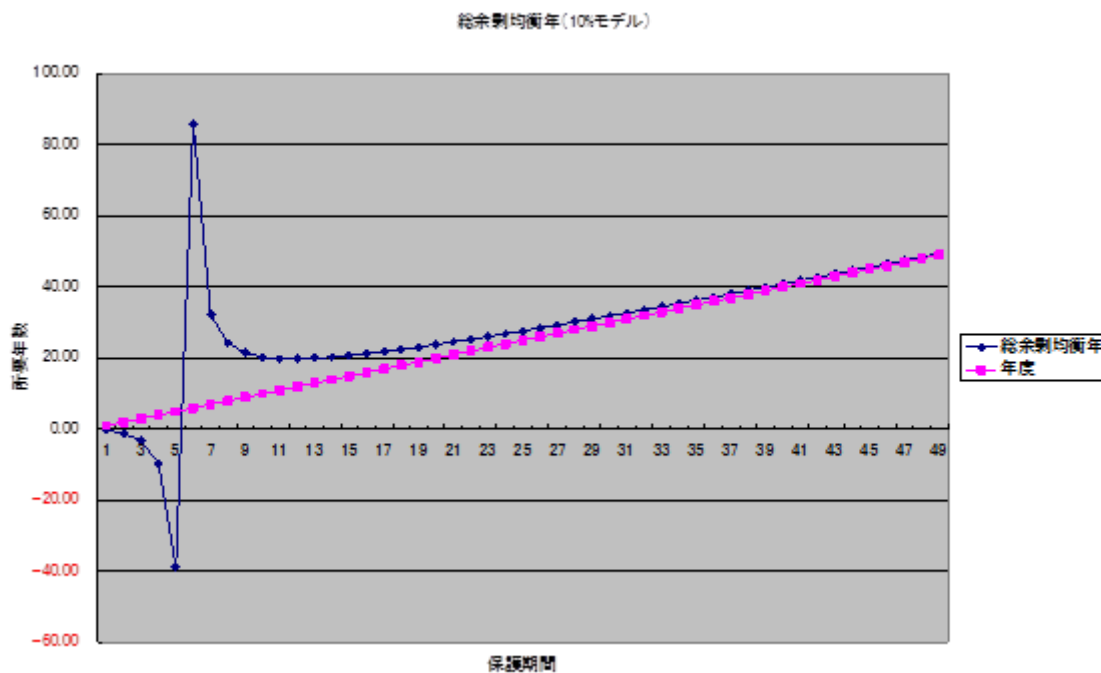
したがって、 n 年間における総余剰 (TW^x) は、以下のとおりとなる。なお、このときの供給曲線 (S^x) は、保護期間が無期限の場合における供給曲線 (S^∞) よりも、上方にシフトした形となる。

$$(A^x+B^x) \times \chi + (A^x+B^x+C^x) \times (n-\chi) =TW^x$$

では、保護期間を χ 年とする場合、その総余剰 (TW^x) が保護期間を無期限とする場合における総余剰 (TW^∞) を超える ($TW^x \geq TW^\infty$) のは、いつか。

ここで、 n 年間における総余剰 (TW^∞) および総余剰 (TW^x) の大きさを、割引率 10%、保護期間を無期限とする場合における需要曲線・供給曲線の傾斜をそれぞれ 45 度、需給均衡点における価格・作品供給量を 1、とするモデルで計算してみる⁶と、 $TW^x \geq TW^\infty$ となる保護期間 χ 年と総余剰均衡年 n 年との関係は、グラフにすれば図 12 のようになる。

図 12 各目額と現在価値 (10%モデル)



たとえば、保護期間 50 年の場合、自由利用余剰のおかげで、保護開始後 51 年で、総余剰は保護期間無限の場合よりも大きくなる。すなわち、保護期間を長くすればするほど、総余剰が大きくなるわけではない。

⁶ 保護期間を χ 年とする場合の供給曲線 (S^x) は、 χ 年間における総回収率 (r) で除した割合だけ上方にシフトするから、需給均衡点における作品供給量は、 $2r \div (r+1)$ 、価格は、 $2 \div (r+1)$ となる。したがって、総余剰均衡年 n 年 $= 2 \times r \times \chi \div [2 \times r \times (r+1) + 2 \times r - (r+1)^2]$

したがって、保護期間が無限の場合における総余剰をできるだけ短い期間で達成できる保護期間を設定することによって、自由利用余剰がより大きくなり総余剰が極大化することを意味している。総余剰が極大化する保護期間は、上のグラフにおいて総余剰金均衡年が極小化している時点のものである。割引率10%モデルにおいて、総余剰金均衡年19.77年（割引率5%モデルでは保護期間38.60年）が最も短く、これを達成する保護期間12年（割引率5%モデルでは保護期間23年）が望ましい保護期間となる。

(5) 他のアプローチに対する若干の考察

(ア) 子孫の保護

著作権によって、著作者のみならずその子や孫のために財産的利益を残しておく必要があるとの考え方がある。

評価の定まった著作物に対する著作権は、長年にわたって定期給付債権として機能する。しかし、著作者は、著作権存続期間中に得た利益を国債や株式やその他の金融資産として、遺族に残すべきである。著作権による収入を金融資産として利用すべきではない。著作権を金融資産として利用させることは、自由利用余剰を公衆から奪うものであって、経済厚生を害する。

(イ) 既存の著作物の流通を促進する

保護期間終了後は、著作物を商品として管理するコストを回収できないので、その結果古い著作物は流通しなくなる、したがって保護期間は長い方がいいという考え方がある。

しかし、古い著作物の活用を図るのは、図書館やアーカイブの役目であって、著作者の子孫の役目ではない。それを著作者の子孫の役目として孫子の代まで保護期間を延長することは、かえって図書館やアーカイブが古い著作物の活用を図るために、著作物を電子化して保存し、またその複製物を広く公衆に配布する活動を阻害する結果となる。

そもそも古い著作物のなかで独占権があることによって管理コストを回収できるほど広く利用される古典は極々ほんの一部である、そうでない著作物は著作者の子孫に著作権の保護を与えても、その著作物の活用を図るという役目を果たすことはできない。古い著作物のなかでも広く利用される古典については、著作者の子孫よりも、図書館やアーカイブの方が古い著作物の活用を図るという役目を果たしてくれる。

第5節 おわりに

以上のとおり、実演は著作物として保護すべきと思われる。また、著作物に対する保護は、著作物の効用を享受するすべての利用行為に対し著作権者に市場支配権を与えるべきと考えられる。他方、その市場支配権の保護期間は、12年間程度（割引率10%モデル）ないし23年間程度（割引率5%モデル）が望ましいと考えられる。