

# 著作権をみる憲法学の視点について

大日方 信春

著作権をみる憲法学の視点について

- I はじめに 著作権と表現の自由の間隙はなぜ軽視されてきたのか
- II 著作権の憲法上の位置
- III 著作権と表現の自由の法理
- IV おわりに

I はじめに 著作権と表現の自由の間隙はなぜ軽視されてきたのか

一 著作権は表現行為を制約している。ところが、いままでこのことは軽視されてきた。

冒頭の言明はわが国だけの傾向ではない。わが国の憲法学がよく引照している合衆国においてなお、この傾向が看取される。このことの詳説はここでは措く。ただ、著作権と表現の自由との関係について、合衆国最高裁が表明した以下の言説を、ここで掲げておきたい。いわく「制憲者は著作権それ自体を自由な表現の動力源にしようとしていた」。

フォード元大統領の未発表回顧録の無断利用が「フェア・ユース」(fair use)に該当するか否かが争点となつたこの事案で、合衆国最高裁は表現行為の促進にとつて、表現の自由と著作権の保護は、コインのウラ・オモテの関係にある、と分析してみせたのである。ここに両法理の矛盾を見ることはできない。

二 昭和四五年制定(法律第四八号)の著作権法は、第一条に以下のような目的規定を置いている。抄録すると、「この法律は、著作物……に關し著作者の権利及びこれに隣接する権利を定め……著作者等の権利の保護を図り、もつて文化の發展に寄与することを目的とする」。

また同法は第二条において「著作物」を次のように定義している。

「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、學術、美術又は音楽の範圍に属するものをいう」(一号)。

これらの文言から推して知ることができるように、著作権の設定目的は、一面で表現行為を通じての「文化の發展」にある。このことは、著作権と表現の自由がその機能を一にしている側面として理解することができる。著作権と表現の自由は、文化の發展を担う「車輪の両輪」なのである。ここにも両法理の矛盾はない。

三 冒頭に掲げた「輕視」の原因。どうやらそれは、著作権と表現の自由の間隙を認めていないことにありそうである。

現にわが国の著作権政策をリードしてきたある論者は、その著書において、著作権法による著作権の設定は、表  
現行為の「規制」ではない、との理解を表明している。<sup>2)</sup> 同書の「他人の土地に無断で自分の家を建ててはいけない」  
のは、他人の財産権を侵害するからであつて自由の「規制」ではない、との件とあわせ読むなら、そこから同書が  
著作権を表現の自由の内在的制約として理解していることが窺える。

ところがこの見解は、著作権の特殊性を軽視しすぎてはいないであろうか。

著作権法学界のあるオーソリティーは、ある論文<sup>3)</sup>の中で著作権の特殊性を以下のように分析している。

「著作権は、物理的には誰もが何処でも何時でもなすことができる著作物の利用行為に人工的に設定された権利  
であり、もともと一人の者の占有に馴染む有体物に対する権利である所有権と比べて、他人の自由を制約する度合  
いが強い」<sup>4)</sup>。

ここにはじめて著作権と他の権利、とくに表現の自由との抵触が露になった。著作権者と表現者の両利益は、相  
対する利益であり、そこには両利益を衡量し均衡をもたらす法理論が要請されているのである。昭和四五年制定の  
著作権法は、この法理論の一部を法定したものととして理解することができるであろう。

四 一方で「コインのウラ・オモテ」<sup>5)</sup>「車輪の両輪」の關係にありながら、相対する法益でもある著作権と表現  
の自由の間隙は、深く複雑な法理の驥で覆われているようである。この驥を一本また一本と解きほぐしていき  
たいところではあるが、これは別の機会に譲らざるを得ない。ただ本稿では、著作権を見る憲法学の視点を確認して  
おきたい。

著作権法は、国家が、具体的には議会が憲法四一条権限により「著作者の利益と利用者の利益を衡量したうえで  
そのバランスを図る」<sup>6)</sup>ために制定した法である。したがって著作権法は、相対する利益を国家が立法という手段で

調整したものと、と理解することができるであろう。また著作権侵害に与えられる司法的救済は、相対する利益を国家が司法という手段で調整したものと、理解できるであろう。このように国家が立法なり司法なりを通して相対立する法益の調整に出ているとき、そこに憲法学の課題が顕在化する。われわれはこの国家行為が適正であるか否か、常に査定しなければならぬであろう。<sup>⑤</sup>

これが著作権と表現の自由の間隙にある法理論を憲法学が分析するときの視点である。

## II 著作権の憲法上の位置

### 1 憲法上の条文献拠

著作権と表現の自由の間隙をみる前に、著作権の憲法上の位置づけについて瞥見しておこう。<sup>⑥</sup>そこから多くの論者が、いわゆる自然権的なものではなく制度的に保障された権利として、著作権を理解していることを窺い知ることができるとであろう。

一 ある論者は著作権法が「著作権」という財産権を創設したと考えているようである。<sup>⑦</sup>このように論ずる者たちが憲法条文を明確に意識しているのか否か定かではない。ただ本稿が推測するには、そのような主張は二九条二項の条文「財産権の内容は……法律でこれを定める。」を手掛かりにしているように思われる。言い換えると、二

九条二項が財産権の内容を形成するものとみて、財産権およびそれに包摂される著作権を、法律によって創設された権利であると理解しているのではなからうか。著作権の憲法上の位置づけに関するこの見解を、ここでは「二九条論」と呼んでおく。

二 ところで、著作権という権利はなぜ設定されているのであろうか。著作権の「権利の淵源」をめぐる疑問について、ここではときに実体論と機能論という二つのアプローチで説明しておこう。

実体論を説く者は、著作権法について、それを著作者の「労働の果実」を保護する法文書として理解しているようである。彼らは著作権の淵源を、ジョン・ロック流の自然権論に求めたのである。

ではここで著作権なき状態を想起してみよう。ここでは後発者の創作コストがゼロとなるので、逆に新規活動が過少になるとの予測が立つ。著作権を機能論的に説く者は、著作権を保護することが新規創作活動へのインセンティブになるといっているのである。

前述のオーソリティーはこの後者の立場（著作権に関するインセンティブ論）から、著作権を憲法二三条に位置づける見解を表明している。著作権についてインセンティブ論に立脚するなら「どの程度、著作権に保護を与えて、創作を刺激し、文化の発展を促すのか、ということとは、民主的な決定に委ねてよい問題と考えられる」との言明が続いて、以下のようにい<sup>10</sup>う。

「憲法論に持ち込むと、インセンティブ論の下では、著作権は、国民が文化の発展の恩恵を享受するために必要とされる手段であり、ゆえに、国民の憲法二三条の幸福追求権を支援するために設けられた制度であると理解されることになる」。

著作権の憲法上の位置づけをめぐるこの見解を、ここでは「二三条論」と名づけておく。

三 近頃、表現の自由を公共財として捉える見解が有力に説かれている。<sup>11</sup> この理解は、個々人の消極的自由（国家からの自由）のみならず、公共財としての表現空間<sup>12</sup>を制度設定する積極的作為を国家に求める法理論（国家による自由）として、表現の自由を昇華させようという主張となつて結実している。<sup>13</sup>

ある論者は表現の自由に関するこの理解に依拠して、以下のようにいう。「著作権制度は、公共財としての表現空間<sup>14</sup>を実効的に確保するための「国家による自由」の表れとして捉え直すことができるであろう」。<sup>15</sup> ここには（情報が自由にかつ十分に流通しているという客観的法益を確保するために著作権という個人の法益が保障される）との図式が認められる。著作権は表現市場の制度枠組の中にあると捉えるこの見解を、ここでは「二一条論」としておこう。

ここに三説を瞥見してきた。これ以上の詳説はここでは措かざるを得ない。ただ、それぞれ憲法上の位置づけこそ違えども、三説に通底しているある著作権理解を、本稿は各々から見出し出している。それは著作権を（法律により創設された人工的権利）と捉える著作権観である。

著作権は人工的・政策的権利であろうか。このことをわが国の著作権法が保護しようとしている具体的な權益に關する検討を機縁にして考えてみよう。

## 2 著作権の本質について

一 著作権法には、ときに「著作者の権利」と総称されることのある二つの權益が規定されている。そのひとつ

が「著作人人格権」であり、もうひとつが「著作権」（狭義の著作権）である（一七条）。<sup>14</sup>ここではこの二つの權益の区別を意識しつつ行論を展開してみよう。

ところでこの二權益の關係については、両者の淵源を同一の源泉に求める「一元論」と、異なる母体をもつと捉える「二元論」という二つの立場が、著作権法学界には存在している。<sup>15</sup>この見解の対立はどうかやら「二元論」が有力の見解であるとされているようである（註（15）参照）。その理由としては、わが国の著作権法が前記一七条で、著作人は二つの權益を享有するとした後、著作人人格権の譲渡可能性を否定し（五九条）、その一方で、狭義の著作権の譲渡を認めるといふ姿勢を示している点（六一条一項）が指摘されている。<sup>16</sup>

まずここでは著作権法が保護しようとしている權益として二種類あること、両權益の關係については一元的理解／二元的理解の二つの捉え方があること、そのうち二元論が有力説であるという点について確認しておこう。

二　ところで「著作人人格権」は、著作権法二条一項二号にいう著作者が自らの著作物に対して有する人格的權益を保護するための權利として、理解されている。<sup>17</sup>この著作人人格権と「自然人が当然に享有する」とされる一般的人格権との關係についても、二つの理解方法があるようである。

著作人人格権を一般的人格権の一つと位置づける見解を、二つの人格権に關する「同質説」と呼ぼう。この見解を精力的に唱えている論者は以下のようにいう。いわく「人の生命、身体はもちろん、名譽、氏名、肖像も人格価値の一つの面であり、人格の發露たる著作物も同じく人格価値の一つの側面といえる」。<sup>18</sup>權利の主体である著作人は、もちろん「尊厳性を備えた人間」であり、著作人人格権が保護しようとしている權益は「著作物に化体された著作人の人格価値」である、というのがこの見解の淵源にある思考方法なのであろう。<sup>19</sup>もちろん一般的人格権と著作権法に法定された著作人人格権を精確に対比して理解することはできないとしても、このように理解すれば、著

作者人格権の一身専属性、譲渡不可能性（五九条）は適切に説明できそうであるし、その放棄も認められないものとされそうである。<sup>21)</sup>

これに対して、著作者人格権と一般的人格権とを、その権利主体の限定性／無限定性、保護客体と権利主体の独立性／一体性の違いに着目して、両權益を異なるものと理解しようとする試みも展開されている。両權益に関する当該理解を、二つ的人格権に関する「異質説」と呼ぼう。この「異質説」の論拠は、以下の点にあるようだ。<sup>22)</sup>

① 一般的人格権の主体は自然人一般であるはずなのに、著作者人格権の権利主体は「著作者」に限定されている。  
 ② 一般的人格権の客体は人格的価値であるのに、著作者人格権の客体は具体的な「著作物」である。ある論者はこの説に依拠して「著作者人格権は客観的実存たる著作物に対する関係を保護するものである」といつている。<sup>23)</sup>

さて「異質説」に対する評価であるが、この説については、どうやら「著作者人格権と一般的人格権とは異なるというだけであり、それ自体から具体的内容が明らかになるというものではない」という見方に批判的論者の評価は収斂するようである。ところが、著作者人格権の淵源を人格的価値に求めず、当該權益の本質を「著作者と具体的著作物との間の不可分の結び付き」に見出した「異質説」は、著作権の本質を考察中の本稿に大きな影響を与えた。なぜなら、著作者と著作物の「紐帯」というのは、言論市場に著作物を提供するにあたっての著作者の重大な関心事 (interest) であると思われるからである。この点については、本稿が考える「著作権の本質」と同時に、後に再述されよう。<sup>24)</sup>

三 著作者人格権の淵源を人格的価値に求めず、その権利の内実を著作者と著作物との結びつきに求める「異質説」の効用は、著作者人格権を巡る別の問題を解決することに見出されるように思われる。それは、法人等にも著作者人格権は認められるのか、という疑問である。



わが国の現行著作権法が制定されたのは昭和四五（一九七〇）年のことである。そこには大陸法の人格権中心の法体系の姿が見られた。そのことはこの法律が「小説、音楽、絵画など芸術作品を中心とした創作性の高い著作物を保護対象として念頭においていた」との評価からも窺えることであろう。法は著作物を著作者の人格的価値の現出とみていたのである。

時は下つて、わが国の著作権法は昭和六〇（一九八五）年の法改正で、コンピュータ・プログラムを著作権法の保護対象とした。つぎ六一（一九八六）年にはデータベースを著作権法の保護対象に取り込んでいる。いわゆる芸術作品ばかりでなく、機能作品、事実作品と言われるものの著作権にも配慮を示した法の趣旨からは「人格的要素」という意味での創作性の程度が低いもの」でも、その著作権を保護しなければならないという法の態度が読み取れる。また、機能作品、事実作品は、法人等の業務に従事する者が職務上作成する場合が多いという事情も、そこには見られた。

ところで、職務上作成する著作物の著作者は法人その他の使用者であり（二五条）、前述しているように、著作権（狭義の著作権と著作者人格権）は著作者に帰属する（二七条一項）。ここに、法人等にも著作者人格権が認められるのか、という問いの源泉がある。

この問いへの解答のひとつが一般的人格権と著作者人格権の二つの權益の淵源を異なる源泉に求める「異質説」に依る思考法である。二つの人格権をめぐる異質説的思考を、職務著作権の法的性質を説く中で表明しているある論者によれば、両人格権にはつぎの決定的相違点があるように思われる。それは、一般的人格権なら創作行為という事実行為を権利の対象とするであろうが、著作者人格権は、市場における著作物の取引行為・利用行為を権利の対象としている<sup>23</sup>、という点である。彼は続く筆で以下のようにいう。

「著作者人格権は、一般的人格権とその性質が異なり、情報を豊富化し競争環境を整備するという著作権法の目的に奉仕する政策的な権利と位置づけられる」<sup>34)</sup>

この論者は、この観点から職務著作規定において著作者人格権を法人等に帰属させることも正当化できると説くのであるが、その点を括弧でくくるとして、ここに著作権の法的性質に関する一元論的理解の萌芽を見ることができるとはなからうか。

著作者人格権の現実的機能に着目し、当該権益を財産権的に理解する機運は、著作権法学界内で高まっているように見える。たとえば「著作者人格権は著作者が自己の著作物の市場における流通を管理するための権利としての性格を有すると説明する説もある」と紹介するものもある。<sup>35)</sup>「Ⅱ―2―1」の末尾で確認した著作権概念に内包される二つの権益に関する二元論の有力説的地位も、若干、揺らいできていたのであろうか。

四 さて、本節標題に掲げた「著作権の本質」とはいかなる権益と理解すればよいのであろうか。本稿は、彼の二つの権益の論理枠組を言論市場との関係性に見出し、試論の段階ではあるが上記問題に以下のような理解を提示しておく。

まず狭義の著作権の本質は、言論市場に表出されたものに内在する自己所有の客体としての属性ではなからうか。「思想又は感情を創作的に表現したもの」は、単に物質でないばかりか、言論市場における管理可能性も有していない。しかしながら知的営為の産物である著作物の帰属は、表出主体にオンラインズされなければならぬ。著作物に内在するこの性質を紡ぎ出して制度化したものが狭義の著作権として法定されたものではなからうか。このこととときに言論の私有化 (privatization of speech) との術語で語られるところであるが、著作物にもたらされた私有化は、法により装填されたものというよりも、著作物に内在していた経済的性質から演繹された帰結と理

解できるであろう。ただし著作物にもたらされた商品化 (commodification)<sup>83</sup> は、著作権保護の目的ではなく、著作物が管理可能になったことに付随して生じた間接的効果としての地位にとどまるであろう。

いま知的営為の産物は表出主体にオーソライズされなければならないと述べた。著作人格権の保護法益は、ここにあるのではなからうか。また著作者は、自己所有下にある著作物が言論市場で適切に評価されることに重大な関心を抱いている、と推測できる。ここでの保護対象は、言論市場において適切な評価をうけるという著作者のいわば地位や資格のようなものということになる。この視点から著作者人格権は、以下のように読み替えることができるであろう。公表権 (一八条) は、言論市場への参入時を、著作者が決定できる権益である。言論市場にいつ参入するかで、著作者の名声、地位、成功が左右されるからである。<sup>84</sup> 氏名表示権 (一九条) は、著作物と著作者との結びつきを顕現させ、言論取引に安定性をもたらすであろう。言論市場を豊饒化するためには、著作者が無名で当該市場に参入することも許されていると理解できる。また同一性保持権 (二〇条) は、同意のない著作物の改竄を禁止することで、言論市場における表現の取引を歪曲させないための権益であろう。真実とは違う情報 (表現物) で評価されない地位を著作者に保障しているともいえる。<sup>85</sup>

本稿は、言論市場との関係性に着目することで、著作権法にいう二つの権益について、一元論的理解を示すことになった。狭義の著作権および著作者人格権は、言論市場での表現取引の適正さを確保するために制度化されている、と言えるのではなからうか。

言論市場における適正な取引の成就という視点からは、言論市場の豊饒化を阻害すること、言論市場における取引を歪曲すること、当該市場への参入を規制することなどが、忌避されなければならないであろう。現行著作権法の各規定の理解も、この観点から再構成される必要があると考えられる。

詳細な検討は別稿に委ねるが、たとえば、なぜ「表現」(expression)に範疇化されるものは保護され「思想」(idea)ならば保護されないのかといえ、それは思想の独占が言論市場にとって悪弊であることに加えて、言論市場における取引対象を明確化するためではなからうか。なにが「表現」にあたり、なにが「思想」であるのかについては、実はそこに在る規範的線引が重要な検討課題であるが、それでもひとたび「表現」として外延が与えられれば、当該「表現」は言論市場における取引対象となるのである。したがって、なにが著作権の対象である「表現」であるのかについては、可能な限り形式的で可視化された法理論で評定されるべきであらう。なにが「表現」であるのかという点は、言論市場の住人である誰にとっても、重要な関心事であるから。<sup>37)</sup>

### 3 本稿の見解

さて上述してきたことから、本稿は著作権に対する財産権的理解を示していると評価されるかもしれない。そうすると、当該権益は憲法二九条二項に基づく法律(すなわち著作権法)により創設された、という理解に本稿も与するとおりである。けれども本稿はこのようには考えていない。

ある論者は「財産権という概念は文明の成立と同時に成立し」<sup>38)</sup>こう考えるなら「財産は法律に先立って存在する」とみざるをえない<sup>39)</sup>と指摘している。そうすると、財産権は法律により創設されたものではないことになる。では「財産権の内容は、公共の福祉に適合するように、法律でこれを定める」と規定している二九条二項の意義は何であらうか。この意義を理解するためのポイントは「財産権の内容」という文言の理解にあると思われる。本稿はこの文言を、何が財産権として保護されるのかという財産権の内容そのものことではなく「権利者がそれぞれの財

産権に依拠してなしうることの範囲・程度」のことであると理解している。本条文は法律により財産権の内容形成を行えと国会に命じているのではなく、本来的に他者および社会関係的事であることが想定される財産権の行使においては、当該権益と相対する権益との調整が不可欠になるから、この利益調整のためのルールを法律という形式で定めることを国家に要請しているのである。日本国憲法は立憲主義憲法典であるので、二九条二項はさらに、この利害調整のルールが「公共の福祉」に適合的であることも国家機関たる国会に要請している。

翻って著作権法をみたとき、それは著作権という権利を創設したものと理解することはできない。そうではなく、著作権法は無体財産権の中から著作権を範疇化し、当該権利の発生・取得・交換のルールを定めることで著作物の言論市場における取引を安定させると同時に、対立する権益との利害調整を図ったものである。<sup>41</sup>

ここで憲法学の課題を再度、確認しておこう。著作権法は、著作権者と著作物利用者の相対する権益について、利害調整を施したルールである。このように理解したとき、憲法学は、当該利害調整のルールが適正になされているか否かについて、憲法理論により査定しなければならない。これが著作権を巡る法的問題について憲法学に求められている任務である。

ところでこの憲法学の関心からすると、著作権が憲法何条に根拠づけられるのかという問題は、実は副次的であるといえよう。憲法学にとっての課題は、著作権者と著作物利用者の利益を調整する国家の行為が「公共の福祉」に適っているか否かを分析することにあるのだから。

またある論者は、「著作権の基礎構造」あるいは著作物の生成過程に関する分析を施す中で、<sup>42</sup> つぎのような見解を表明している。いわく、著作物は著作物の精神的内面的形式が、他人によって知覚可能な合理的構造をもつ外面的形式として表出されたものである、と考えられる。<sup>43</sup> この見解によれば、著作物にはそれに「印しづけられた著作

者の精神的內容・形式」<sup>44</sup>が内含されていると考えられるであろう。このように考えるなら、著作権について、それを人工的で政策的なもの捉えることはできないように思われる。

### Ⅲ 著作権と表現の自由の法理

著作権法を表現行為との関係からみたとき、前節までに論じてきたことは、以下のようにまとめることができる。

(1) 著作権法は、著作権と表現の自由という両權益が相対している場面における、利害調整のためのルールである。

(2) 憲法学の課題は、当該利害調整のルールが「公共の福祉」の視点から適正なものであるかを検討することである。

右課題を検討するために、本節は充てられている。<sup>45</sup>

#### 1 表現内容規制／内容中立規制

表現の自由の制約については、純粹言論を事後的に制約する法令の合憲性を判定するための一般論が探究されてきた。この試みの劈頭には「表現内容規制 (content-based regulation)／内容中立規制 (content-neutral

regulation)」を区別する理論モデルを置くことが多い。著作権と表現の自由の関係を論じた多くの論者も、このことに擬えて、著作権の表現の自由に対する規制態様の別を説くことが常態となっている。

では著作権は、表現内容規制であろうか、それとも内容中立規制であろうか。この点に関する議論の蓄積をもつ合衆国の諸論稿からは、その解答に二派あることがわかる。

一九九八年のM・レムリー (Mark A. Lemley) とE・ヴォロク (Eugene Volokh) による論文<sup>63)</sup>は、著作権が表現の内容に基づく制約であると述べている。いわく「著作権法は確かにイデオロギーをたよりに「表現を」区別するものではない」ただ「著作権に関する義務は表示されたもの内容から発している」<sup>64)</sup>。

これに対してN・ネタネル (Neil Weinstock Netanel) は、二〇〇一年の論文<sup>65)</sup>で、レムリー・ヴォロクの右の見解を批判している。ネタネルは、レムリー・ヴォロクの先の言明を引用した後、以下のようにいう。

「ある著作物について、それが「先行著作物の著作権を」侵害するか否かの判定は、それが「先行」著作権者のものと同じであると認められるか否かに多くを負っているという彼らは確かに正しい。しかし、著作権法が「著作物の」内容に敏感であるということは、修正一条でいうところの「内容に基づく」を意味するものではない」<sup>66)</sup>。  
ネタネルは著作権法を、表現内容に中立的な規制として理解しているのである。<sup>67)</sup>

両説の是非について詳説することも、ここでは措くとしよう。ただ、合衆国でのこの両説の対立は、詰まるところ、何をもって表現「内容」規制というのか、という二分論の概念規定の問題に行き着いているように思われる。ところが「内容／内容中立」の概念規定の問題やなぜ内容規制は原則禁止なのかに関する論拠となると、もともと一様ではないのである。<sup>68)</sup> 両説分立の遠因は、表現内容に基づく規制 (content-based restriction) というときの「基づく」(based) 理解の差異にあると思われるが、これ以上の分析は他日を期すとしよう。

表現内容に基づく規制か、それとも内容中立規制かという区分論は、表現の自由を制約する法令の合憲性を判定するための司法審査基準を説く文脈で、合衆国の判例・学説において展開されてきたものである。この議論にのるように、著作権法も表現の自由を制約する法令と構成することで、当該法令の「表現内容規制／内容中立規制」の別を論じたものが、合衆国でもそしてわが国でも散見される。ところが、この区分論をもとに司法審査基準論を展開した裁判書は、管見によれば、存在しない。その理由は本稿「I—1」で示したような裁判所の見方（著作権は自由な表現の動力源<sup>エンジン</sup>である）にあると思われるが、本稿も著作権を表現の自由に対する制約と一面的に構成する議論枠組には賛同しかねる。なぜなら著作権法は、著作権者の利益と利用者の表現行為がもつ価値を調整した、いわば価値衡量の結果として理解されるべきであると考えているからである。この価値衡量の適正性を判定するために「表現内容規制／内容中立規制」という分析枠組は適合的ではなからう。

## 2 定義的衡量の有効性

一 繰り返しになるが、著作権法をみる憲法学の視点を、ここでもう一度確認しておこう。すなわち、

著作権法は著作権者と著作物利用者の両權益を調整しようとした国家行為である。国家が相対立する利益の調整を試みたとき、憲法学は当該国家行為が適正になされているか否か、判定しなければならぬ。

著作権と表現の自由の問題を本稿のように構成するなら、ここでわたしたちの分析はつぎの点に向かわなければ



ならないことになる。それは、(1)著作権侵害の成立要件、(2)著作権侵害の違法性阻却事由、これらが憲法理論との関係で適正に定立できているのかを分析することである。

憲法学の課題を右のように枠つけた本稿は、著作権法に法定された表現の自由との調整法を分析するための理論モデルとして「定義的衡量テスト」(definitional balancing test)の再検討を提唱する。

二 合衆国連邦最高裁判所は、著作権の保護期間を延長する法改正<sup>(81)</sup>の合憲性が争われたある事案<sup>(82)</sup>で、本節が関心を示している著作権と表現の自由の間隙に関する思考法を示している。それは、連邦議会が表現権をいま以上に制限するかに見える法改正を実施した場合でも、それが左のような著作権保護の「伝統的輪郭」(traditional contours)に変更をもたらすものでないとき、修正一条の審査は不要である、という思考法である。<sup>(83)</sup>

(1) 著作権法に「内蔵されている修正一条との調整法」(built-in First Amendment accommodations)が<sup>(84)</sup>まだ規定されているとき<sup>(85)</sup>。

ここでいう「修正一条との調整法」として、合衆国最高裁は、つぎの二つの調整法を提示している。

① 著作権法の保護対象は著作物の表現 (expression) であり、事実 (fact) や思想 (idea) ではないとする「思想／表現」二分法 (idea-expression dichotomy)。<sup>(86)</sup>

② 著作物の使用目的、その性格等に照らして、著作物の当該使用態様が「公正である」といえる場合には、当該著作物の著作権の効力を否定するフェア・ユースの法理。<sup>(87)</sup>

(2) 「伝統的修正一条保護手段」(traditional First Amendment safeguards) である著作権の制限が<sup>(88)</sup>  
れたとき<sup>(89)</sup>。

合衆国の裁判実践は、著作権法に表現の自由と著作権とを調整するこのような伝統的構造が内包されているなら、著作権保護がたとえ表現の自由の制約に当たるとしても、修正一条上の審査は必要ない、というのである。ここに、表現の自由を保護することとそれに対立する著作権を保護することとの間で、著作権法はあらかじめ価値衡量を施していたのだとする、合衆国最高裁の思考法が看取できよう。これは表現の自由の限界を探るときに用いられることのある「定義的衡量テスト」の手法である。

三 「定義的衡量テスト」(範疇化テストとも呼ばれる)は、一口に言うと、憲法上「保護される表現」と「保護されない表現」の境界を示し、両表現を画するための公式を理論化しようとするものである。<sup>(8)</sup>

ある論者は表現の自由の限界を画定する理論モデルとして、このテストの意義をつぎのように説いている。

「ある表現が一般的にもつ利益(価値)と、それに対立する利益(保護法益)の本質部分をあらかじめ衡量して……、一定の要件を公式化した上で、『保護されない表現』という範疇を求める理論をいう」。<sup>(9)</sup>

また別の論者は視点をずらしてつぎのようにいう。

「このテストは」個別的文脈の如何を問わず一定の範疇に属する表現は絶対に保護されなければならないとするもの「である」。<sup>(10)</sup>

この定義的衡量テストは、表現の自由の優越的地位の理論を実体化する理論展開の中から発生してきた法理論であるだけに、言論保護の性格を有するものとしても理解されている。

ところでこの定義的衡量テストの言論保護の性格に着目し、著作権法に法定された「修正一条との調整法」の分析を試みた論者がいる。それがM・ニマー(Melville Nimmer)である。彼の一九七〇年の論文<sup>(11)</sup>は、以後、著作権と表現の自由との問題を考察するための導きの糸の役割を果たしたといえよう。それほどこの論文は多くの論者

に参照されている。ニマーが定義的衡量テストを著作権理論の分析に應用して以来、合衆国の裁判所もニマー流の定義的衡量論を踏襲する法理論を展開してきているのである。<sup>66)</sup>

さてこのテストの有益性の有無は、これから表現行為をしようとする者にとって、ある程度の確実性をもって、当該表現が憲法上の保護をうける表現か否かが判別可能となる法理論を提示できるかどうかにかかっている。換言すると、ある国家行為が表現行為に制約を課すならば、当該国家行為には定義的衡量論に依拠した以下の点について、明確化することが要請されることになる。それは、①保護される（または保護されない）表現の要件、②保護されない表現行為に対する違法性阻却事由、という二点である。<sup>68)</sup>

著作権と表現の自由の間隙を考察する本稿の視点から換言すると、著作権法に法定されている表現の自由との調整原理が、定義的衡量論の査定をパスできるかどうかという点が重要になる。したがって、このテストを用いたなら、著作権と表現の自由の調整ルールは、以下の視点から分析されるべきことになろう。

(1) 著作権の保護対象は「表現」(expression)であり「思想」(idea)ではないとする「思想／表現」二分法は、憲法上の正当な基礎をもつ区分論として成立しているか。

(2) 著作権の権利の種類に関する規定（そこには著作者人格権も含まれる）や著作権の制限規定が、財産権的利益と表現権的利益の調整ルールとして憲法上適正か。

(3) 著作物のある一定の使用態様については著作権の効力を否定するフェア・ユースの法理は、著作権と表現権の両権益を適切に衡量する法理論として成立するか。<sup>68)</sup>

右の(1)・(2)は、著作権侵害の成立要件の分析に、(3)は著作権侵害の違法性阻却事由に関係している。<sup>67)</sup> それぞれの分析は具体的事案を前にしてのみ成立するものであるので、本稿では扱えない。ただ、著作権と表現

の自由を調整する国家行為については「定義的衡量テスト」の分析法に適する問題群に含まれているということ、本稿はここで明示しておくだけにしよう。<sup>85)</sup>

四 先の合衆国最高裁判決は、次のようにいつていた。

「連邦議会は著作権保護の伝統的輪郭を変更していないので、これ以上の修正一条上の審査は不要である」<sup>86)</sup>。この判決の思考枠組は、つまり、著作権保護の伝統的構造に変化があれば、当該構造変革については憲法上の査定を受けなければならないということを含意しているとも理解できる。仮にそのような法改正があった場合、憲法理論は、表現の自由規制に対する一般理論に立ち戻って、当該国家行為の正当性を個別的に精査しなければならぬ。そのときの指針となる理論は「Ⅲ―1」で検討した「表現内容規制／内容中立規制」を区別し、国家行為の目的および当該目的遂行のための手段との関係性から、言論規制の正当性を判断する理論モデルであろう。著作権法に法定された表現権との伝統的構造が崩れてはじめて、一般理論の適用を考慮するという二段階アプローチが、本稿の著作権法をみる視点である。

### 3 事前抑制について

一 憲法理論は、表現の自由の実体的保障を求めて、表現行為に対する事前の規制を忌避する法理論を確立してきた。検閲禁止の法理、事前抑制原則禁止の法理がそれである。

ところでわが国の著作権法も、権利侵害に対する民事上の救済のひとつとして、差止請求権（侵害停止請求権と侵害予防請求権）を法定している（一一二条一項）。ところが表現予定者の著作物を封殺する効果をもつ事前差止

は、思想市場を閉塞することで「文化の発展」を減殺してしまわないであろうか。

二 合衆国のある論者は、表現行為の事前抑制にあたる暫定的差止命令 (preliminary injunction)<sup>(12)</sup> の弊害を、大要、以下三点に要約している。<sup>(13)</sup>

- (1) 差止命令は、該当した言論だけでなく、それに類似する形体または内容をもつ言論行為まで抑制する効果をもつ場合がある。<sup>(14)</sup> 「萎縮効果」 (chilling effect) と呼ばれている言論抑制効果がそれである。
- (2) 暫定的差止命令に特有の問題として、仮に本案訴訟において憲法上保護される言論であるとされた場合には、言論表明時機を逸するか、または、少なくともその時を遅らせてしまう効果をもつ。<sup>(15)</sup>
- (3) 事後規制の場合と違って、暫定的差止命令は、言論の思想市場そのものへの参入を抑制する効果をもっている。それは言論を完全に抑圧する効果ともいえる。<sup>(16)</sup>

このような言論抑圧効果をもつ暫定的差止命令であるからこそ、憲法理論は、当該国家行為に厳格な正当性を要請し、判例実践は、当該国家行為を正当化する実体的要件および手続的 (形式的) 要件を確立してきたのである。暫定的差止命令が正当化される実体的要件としては、以下のものが指摘されてきた。<sup>(17)</sup>

- (1) 仮に差止が否定された場合には回復不可能な損害が発生すること。
- (2) 差止命令が発給されないことによる損害が発給されることによる損害に勝ること。
- (3) 原告の本案勝訴の見込み。
- (4) 差止命令の発給が公衆の関心 (public interest) に仕えるものであること。

また、ある裁判例は暫定的差止命令が許容されるための「厳格な手続的ガイドライン」<sup>(18)</sup> を提示している。<sup>(19)</sup> それは手続的要件とともに形式的要件をも含むものである。

- (1) 差止を求める者（原告）が当該言論を保護されないものであるとする立証責任を負うこと。
- (2) 差止命令の有効期間が必要な「最短期間だけ」に限定されること。
- (3) 終局判決が迅速にもたらされること。

このように暫定的差止命令発給の是非をめぐる法理論は、差止が言論行為にもたらす効果に配慮して、それを謙抑的に発給する理論の構築に努めてきたのである。このことは、一般には「伝統的に法的に保護されないカテゴリー」とされてきたような言論（わいせつ表現、違法行為を煽動する言論、喧嘩言葉、名誉毀損表現など）に対してさえ、当てはまる法理論となっている。

ところが、こと著作権による表現規制の場合には、この枠組みから外れている。どうやら著作権侵害が疑われた場合における暫定的差止命令発給要件は、①原告が著作権者であることの証明、②本案での勝訴見込み、の二点に集約されてしまっているかのようである。<sup>101</sup> そういった裁判実践からの帰結であろう、他の表現類型に比して、著作権侵害が疑われる場合には、暫定的差止命令の発給が許容されやすい、と評する者もいる。<sup>102</sup> この二要件のみに収斂させて差止命令の発給を容認するような裁判実践は、憲法理論および合衆国最高裁がこれまで築いてきた言論保護法理を、その意を汲むことなく骨組みまで変えてしまうこととなる。

三 著作権侵害が疑われる事案での差止命令については、合衆国では、著作物の事前差止を容認するか否か判定するための諸要件を厳格化する試みが、裁判実践の中で確立してきているようである。<sup>103</sup> ただ著作権が財産権的利益に還元できるならば、著作権侵害に対する救済は、事前の差止ではなく、損害賠償等の事後的救済に依るを原則とすべきではなからうか。<sup>104</sup>

#### IV おわりに

ある論者のつぎの言説を機縁として、最後の議論を展開しよう。

「著作権はある者に他者の言論を制限する権能を付与することとよく似ている。それは、Aがすでにそれを（有形の媒体に固定するという仕方）話していたことを理由に、あるいは、著作権をもつ他者からそれを話す権利を買っていたことを理由に、特定の内容を話しては（あるいは出版または販売しては）いけないと、私人Aが私人Bに命ずることを、潜在的に許している」<sup>83</sup>。

著作権法は、一定の期間とはいえ、表現物に排他的権利を設定している。さらに右引用と併せ考えると、特定の表現（expression）の私物化を許すことで、その表現の商品化を、著作権法は可能にするものである<sup>84</sup>。表現を私的統制下におくことを許すこの法律を、独占の一形態として議論する者も多い。

ところで、商品の質の向上や多様化にとって独占が悪弊であることは、夙に知られてきた。また商品市場において、独占が公正な取引を損なうものであることも、人口に膾炙されるところである。著作権という権利概念の設定は、言論や情報などの質的向上、多様化に、また思想市場における表現の公正な取引に、弊害をもたらしてはいないであろうか。

先述したように、一九九八年に合衆国議会は、著作権の保護期間を延長する法改正を実施した<sup>85</sup>。わが国でも「ミッ

キーマウス「延命」<sup>(65)</sup>と報じられたこの法改正は、The Walt Disney社やAOL Time Warner社などが保有する世界的に有名なコンテンツの著作権期間が延長されたことで、大手企業の企業利益が結果として保護されたといえる。<sup>(66)</sup>これは著作権法が「學術の進歩」<sup>(67)</sup>に仕えようとして、著作物の独占を法認したことの奇禍と割り切つてよいだろうか。

本稿は著作権を分析する憲法学の視点を繰り返し確認してきた。その中で国家が著作権を保護しようとするとき、反面で、表現権を制約するとき、当該保護／制約要件が「公共の福祉」に適合的であるか否か、精査しなければならないことを説いてきた。この視点は著作権と表現の自由の間隙が問われた際には、著作権と表現の自由のどちらがより重要なか明らかにすることを要請するものではない。そうではなく、憲法学の課題はこの問題について、表現の自由が必要以上に制約されていないか、<sup>(68)</sup>この問いを凝視することであると本稿は言いたのである。

著作権を表現の私物化、情報・言論の商品化として再構成するなら、著作権を必要以上に保護したとき表現行為が必要以上に制約され、そのことは言論市場に閉塞感が潜在する契機となるであろう。それが既得権益の保護を企図してなされたとき、言論市場に与える弊害はより大となろう。先の著作権期間延長は、表現権を必要以上に制約することになされた、特定産業の保護政策ではなかったか。論争を呼ぶところであろう。

【付記】本稿は平成一九年一〇月二七日に九州大学国際会館で開催された「第三回日中公法学シンポジウム」での報告がもとになっている。

(一) Haper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, Inc., 471 U.S. 539, 558 (1985).



- (2) 岡本薫「著作権の考え方」六頁（岩波新書、二〇〇三年）。
- (3) 田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト二二五五号二二四頁以下（二〇〇三年）。
- (4) 同論文二二八頁。
- (5) 同論文同頁。
- (6) 阪本昌成「憲法2 基本権クラシック」一〇三頁（全訂第三版、有信堂高文社、二〇〇八年）参照。そこではプライベート・シー・権や名誉権の問題を分析する憲法学の視点が論述されている。
- (7) 著作権は著作権法に固有の法理論により保護されると考えるむきからは、著作権の保護そのこと自体は憲法とは無関係であるとの異論が挟まれるかもしれない。ただ、憲法学のオーソリティーは、名誉権を分析する文脈で、名誉権は民法典や刑法典によって保護されるのであり憲法とは関係がないとの疑義に対して、つぎのようにいう。

「従来、名誉権の保護は、民法典や刑法典上のもので、憲法とは無関係と思われていたのではないかと思われるが、名誉権は何よりもまず憲法上の基本権であって、それが民法典や刑法典によって、それぞれ固有の法理論構成に従って保護されているのだと解するべきである」（佐藤幸治「憲法」四五二頁（第三版、青林書院、一九九五年））。

この思考法からすれば、個別的な基本権論の冒頭では、当該権利が憲法のどの条文に基礎づけられるのかを、問われなければならぬことになる。本稿は著作権をめぐるこの試みについて以下で瞥見している。ただ、著作権を分析する本稿の視点からすれば、後述しているように、このことは基本的な問題ではない。
- (8) 今村哲也「著作権法と表現の自由に関する一考察——その規制類型と審査基準について——」季刊企業と法創造一卷三号八一頁（二〇〇四年）。

(9) 日本国憲法二九条は、一項で「財産権は、これを侵してはならない」としながらも、二項で「財産権の内容は、公共の福祉に適合するように、法律でこれを定める」という。一見するとアンチノミーに映るこの二条項をどう理解するかについては、概ね以下の二つの見解に収斂されているといえよう。

第一の見解は、二九条一項で保障される財産権の内容は二項に基づき制定される法律により形成されるという。一項と二項を一体と考えるこの説は、ときに「形成説」と呼ばれている。最大判昭和二十八年二月三日民集七卷一三三号一五二二頁における栗山茂裁判官補足意見(一五三二頁以下)の、二九条三項を根拠に収用される私有財産の内容は二項に基づく法律により定められるという見解は、この説による二項理解の表れであろう。

第二の見解は、所有権の不可侵性を説く一項の見解を、二〇世紀的社会国家観から修正を加えるところにその意義を見出し、二項を財産権に対する制約根拠として捉えている。この説は、二九条二項理解に関する「制約説」と呼ばれている。憲法学の通説的見解はこの説をとり(青部信吾(高橋和之補訂)「憲法」二二〇頁(第四版、岩波書店、二〇〇七年)参照)、最高裁判所も、二九条二項は「一項の不可侵性に対して公共の福祉の要請による制約を許容したものに外ならない。従って、法律で財産上の権利につき使用、収益、処分の方法に制約を加えることがあっても、それが公共の福祉に適合するものとして基礎づけられている限り、当然になしうるところである」(最大判昭和三五年六月一五日民集一四卷八号一三三六、一三七八頁)と述べている。

「形成説」「制約説」に関するより詳しい説明および両説に対する批判については、阪本昌成「憲法理論Ⅲ」二五八―二六〇頁(成文堂、一九九五年)参照。

(10) 田村・前掲論文註(3)一二九頁。また田村善之「競争法の思考形式」五一頁(有斐閣、一九九三年)にも知的財産権を「国民の憲法二三条の幸福追求権を支援するために設けられた制度」と理解する見解が表明されている。ただ、著作権

の淵源についてインセンティブ論に立つと、著作権の憲法上の根拠がなぜ二三条になるのだろうか。この相関関係が本稿には見えない。

(11) 長谷部恭男「憲法」一一四頁(第四版、新世社、二〇〇八年)参照。

(12) 長谷部恭男「国家による自由」ジュリスト二二四号三二、三六頁(二〇〇三年)参照。

(13) 横山久芳「著作権の保護期間延長立法と表現の自由に関する一考察——アメリカのC.T.E.A憲法訴訟を素材として——」学習院大学法学会雑誌三九卷二号一九、七五頁(二〇〇四年)。

(14) 著作権の内容については、二二条以下に支分権として規定されている。また著作者人格権は、公表権(二八条)、氏名表示権(二九条)、同一性保持権(二〇条)がその主な内容とされ、その他に名替や声望を害する方法で著作物を利用されない権利(二二三条六項)などが規定されている。

(15) 一元論的理解を提起している代表的論者として半田正夫がいる。半田正夫「著作権の一元論的構成について」同「著作権法の研究」(一粒社、一九七一年)、および半田「著作権法概説」一一一—一二二頁(第二三版、法学書院、二〇〇七年)参照。半田の一元論理解は、著作権の構造を樹木の姿(それは二つの根「権益」をもつがその幹「著作権」は一つである)に譬えて説明したドイツのE・ウルマーの一元論に由来するものである。

この半田の見解を「無理を承知」の見解と評価しつつ二元論的理解を示しているものとして、田村善之「著作権法概説」四〇五頁以下(第二版、有斐閣、二〇〇一年)がある。著作権法学界では、どうやら二元論が有力説のようである。たとえば、斉藤博「著作権法」一六一頁(第二版、有斐閣、二〇〇四年)は、著作者人格権の母権を一般的人格権に求め、狭義の著作権のそれは純然たる財産権であるとの理解を示している。

(16) また、現行法制定過程における立法者意思を参照しても、ひとまずはこう言えそうである。

現行著作権法が審議された第六一回通常国会の衆議院文教委員会、坂田文部大臣(当時)は著作権法の提案理由を説明する中で、以下のようにいう。いわく「著作者の権利の保護を厚くするため、その権利を著作者人格権と著作権に大別してそれぞれの内容を明定いたしました」(第六一回国会衆議院文教委員会議事録第一四号二頁(昭和四四年四月二五日))。

(17) 中山信弘「著作権法」三六〇頁(有斐閣、二〇〇七年)、田村・前掲書(註15)四〇三頁など。また半田・前掲「著作権法概説」一〇五頁は著作者の「人格的・精神的利益」を保護する権利であるとしている。

(18) 中山・前掲書(註17)三六一頁。

(19) 齊藤博「著作者人格権の理論的課題」民商法雜誌一一六卷六号八一五、八一八頁(一九九七年)。

(20) 同論文八二〇—八二二頁参照。

(21) 中山・前掲書(註17)三六一頁参照。

(22) Eugen Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 2. Aufl., 1960, S. 41 ff.

(23) 半田・前掲書(註15)「著作権法概説」一一四頁。

(24) 中山・前掲書(註17)三六一頁。

(25) 齊藤・前掲論文(註19)八二〇頁の表現である。

(26) これは中山・前掲書(註17)三六二頁が著作者と著作物との結びつきを示した表現である。

(27) 三浦正広は、著作権法上の著作者人格権に関する規定(一八条、一九条、二〇条および一一三条三項(現六項))について、一八・一九・二〇条は財産権的価値を内包する個別的人格権として(すなわち「異質説」的に)、一一三条三項(現六項)については人格的価値を淵源にもつ一般的人格権としての性質をもつと(すなわち「同質説」的に)理解できるといふ。著作権法上の著作者人格権は右のような二重構造にあるというのである。三浦正広「著作者人格権の法的性質に関する

る一考察——一般的人格権と個別的人格権の二重構造論——」岡山商大法学論叢七号七五頁以下（一九九九年）参照。

(28) 潮海久雄「職務著作制度の基礎理論」二〇二頁（東京大学出版会、二〇〇五年）。

(29) 同書二〇三頁。

(30) 同書二〇四頁。

(31) 同書同頁。

(32) 相澤英孝・西村ときわ法律事務所編「知的財産法概説」二〇九頁（高木弘明執筆、第二版、弘文堂、二〇〇六年）。なお、著作者人格権を財産権的に理解する見解の引用先は、本書が基本書または教科書的性格の書物であるからであろう、明記されていない。

(33) commodificationには「商品とはなりえなかったもの」「商品として扱うべきでないもの」の商品化という意味があるようである。松田徳一郎編集代表「リーダース英和辞典」（第二版、研究社、一九九九年）のcommodificationの項目を参照。

(34) 小泉直樹「著作者人格権」民商法雑誌二一六巻四号五八四、五九二頁（一九九七年）参照。

(35) もっとも著作者の主観的な意思に反する著作物の変更すべてが、同一性保持権の侵害となると考えられない。なぜなら「文化的所産の公正な利用」（二条）という著作権法の制定目的と平仄のあう制限は許されると考えられるからである。

三浦・前掲論文註（27）一〇三頁参照。

また「文化的所産の公正な利用」の見地からの同一性保持権の制約を表現の自由との関係で捉える視点を提示している小泉・前掲論文（註34）六〇九頁も参照。

(36) ひとまずこの点については、「思想／表現」二分法というときの「思想」および「表現」の境界は、著作権法上の保護範囲を画定するための道具概念であるとして、当該二概念の境界について以下のように述べている中山信弘の言説を参照す

るとどめておこう。いわく

「思想と表現の境界は、保護すべきものとすべきでないものとを画する概念であるが、土地の境界とは異なり規範的な要素が強い。侵害事件において、表層的な表現は異なっているが内容は類似しているという場合に、どこまで侵害と認めべきかという判断であり、単なる事実判断とは異なり、規範的要素が関係してくる」(中山信弘「著作権法における思想・感情」特許研究三三三号五、六頁(二〇〇二年))。また中山・前掲書(註17)三四頁にも同様の記述がある。

(37) 視点を転じて言えば、著作権法は、著作権者だけでなく言論市場で表現を取引しようとする者にとつても、重要な權益を規定していると理解できる。

(38) 阪本・前掲書(註9)二四五頁。

(39) 同書二五九頁。

(40) 佐藤・前掲書(註7)五六七頁。

(41) 大日方信春「著作権の憲法上の地位——合衆國憲法一条八節八項の文理解を導きの糸として——」姫路法学四五号一、三九頁(二〇〇六年)参照。

(42) 阿部浩二「著作権の基礎構造——序説——」勝本正晃先生還暦記念「現代私法の諸問題 下」六二五頁以下(中川善之助・打田峻一編集代表、有斐閣、一九五九年)。

(43) 同論文六四四—六四六頁参照。

(44) 同論文六三二頁。

(45) 著作権と表現の自由の関係を正面から分析した邦語論文として、以下のものがある。中根哲夫「デジタル時代の著作権保護と表現の自由」中央大学大学院研究年報三一三三七頁以下(二〇〇二年)、野口祐子「デジタル時代の著作権制度と

- 表現の自由(上)・(下)』No.1777号一八頁以下、七七八号三二頁以下(二〇〇四年)、『山口さん「表現の自由と著作権」中山信弘先生還暦記念論文集「知的財産法の理論と現代的課題」三六五頁以下(弘文堂、二〇〇五年)』横山・前掲論文(註2)。
- (47) Mark A. Lemley & Eugene Volokh, Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases, 48 DUKE L. J. 147 (1998).
- (47) *Ibid.*, at 186. (但し「」内は大田。以下「同」)。  
同様の著作権と表現の自由への衝突の問題についてはC. Edwin Baker, First Amendment Limits on Copyright, 55 VAND. L. REV. 891, 922 (2002) を参照。
- (48) Neil Weinstock Netanel, Locating Copyright Within the First Amendment Skein, 54 STAN. L. REV. 1 (2001).
- (48) *Ibid.*, at 48.
- (49) 同様に著作権と表現の自由の衝突についてはStephen Fraser, The Conflict Between the First Amendment and Copyright Law and Its Impact on the Internet, 16 CARDOZO ARTS & ENT. L. J. 1, 10 (1998); Yoichi Benkler, Constitutional Bounds of Database Protection, 15 BERKELEY TECH. L. J. 535, 588 (2000); Rebecca Tushnet, Copyright as a Model for Free Speech Law: What Copyright Has in Common with Anti-Pornography Laws, Campaign Finance Reform, and Telecommunications Regulation, 42 B. C. L. REV. 1, 50 - 56 (2000) を参照。
- (50) See KATHLEEN M. SULLIVAN & GERALD GUNTHER, CONSTITUTIONAL LAW 1193—1203 (15th ed., New York: Foundation Press, 2004).

- (52) N・ニマーの後掲論文(註63)の末尾に記された以下の言明は銘記されなければなるまい。いわく「修正一条それ自体、またその基底にある言論の重要性と、そのものも、教育や文化の名の下での authorship の取り上げを正当化することはできず」(17 UCLA L. REV. at 1204)。
- (53) Sonny Bono Copyright Term Extension Act of 1998, Pub. L. 105-298, 112 Stat. 2827. (以下「CTEA」と略記)。
- (54) See *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003).
- (55) *Ibid.*, at 221.
- (56) *Ibid.*, at 219.
- (57) *Ibid.*
- (58) *Ibid.*, at 219-220.
- (59) CTEAで追補された著作権制限規定は、下記の二条項である。
- ① 図書館、公文書館およびその他の同様の機関に「保存、学術または研究の目的のもとで、著作権期間が残り二〇年未満となった」著作物の複製物を、一定の条件の下で「再版すること」および「ファクシミリまたはデジタル化の手法を用いて改版、展示または実演すること」を許容する規定(17 U.S.C. §108 (h))。
- ② 小規模事業者がラジオやテレビなどで流れる音楽を利用する場合に、その利用料を免除する規定(17 U.S.C. §110 (5) (B))。
- なお、17U.S.C. §108の詳細については、松川美「米著作権法上の著作権の制限規定：図書館及び文書資料館による複製(1)」青山法学論集四九巻四号七三頁以下(二〇〇八年)を参照。



- (60) 定義的衡量テストの発祥および各論者の捉え方については、椋原猛「表現権理論の新展開」一頁以下に詳しい（法律文化社、一九八二年）。
- (61) 阪本・前掲書（註9）二八頁。
- (62) 佐藤・前掲書（註7）五二四頁。
- (63) Melville B. Nimmer, Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press, 17 UCLA L. REV. 1180 (1970). この論文を紹介する阿部浩二「一九七四—」アメリカ法二三四頁以下も参照。
- (64) 横山・前掲論文（註13）三七頁参照。
- (65) ニュー論文でも言及されているNew York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964) も、ある言論が公職にある者（public officials）に対する名誉毀損に該当するか否かという文脈で、この枠組が分析されている。
- (66) わが国の著作権法にはフェア・ユースなる法理論は規定されていない。くわえて三〇条以下の権利制限規定は限定列举であるとの理解が一般的である（フェア・ユースの法理採用を拒否した判決として、東京高判平六・一〇・二七判時一五二四号一一八頁、東京地判平七・一二・一八判時一五六七号一二六頁、名古屋地判平一五・二・七判時一八四〇号一二六頁、東京地判平一五・二・二六判時一八二六号一一七頁など）。
- これに対して、合衆国連邦著作権法は、17 U.S.C. § 107でフェア・ユースの法理を法定した後、17 U.S.C. § 108以下では、詳細な権利制限規定を設け、しかもそれらは例示列举として理解されている。ここでは§ 108以下の規定に該当しないような著作権使用態様についても、それが§ 107で規定するフェア・ユースに該当しないか、再吟味されることになる。この条文構造から、わが国の著作権法制は権利者の利益保護に傾倒し、合衆国のそれは利用者の利益保護を注視しているように思われる。

説 (67) また定義的衡量の手法は著作権の保護期間の分析にも利用可能であろう。See Nimmer, *supra* note 63, at 1193—

1195.

論 (68) もらうかじも賭権益の衡量をはかるこの手法ととって、次に課題となるのが賭権益の均衡点を模索する法理論の分析である。この法理論としては「法と経済学」の手法で著作権と表現の自由という両権益の衡量をはかることができようである。

ただ、これらの検討についても、他日を期すことにしよう。

(69) 537 U.S., at 221.

(70) preliminary injunctionは「暫定的差止命令」の訳語をあつることは些か躊躇うがある。injunctionは、それが不作為を命じる場合が多いのこの訳語が使われているけれども、違法状態を排除するために一定の作為を命じる場合も含んでゐることがあるからである。ただ、このでは通常の用法によることにした。

(71) See John Calvin Jeffries, Jr., Rethinking Prior Restraints, 92 YALE L. J. 409 (1983). この論議は、必要な変更を加えれば、暫定的な禁令だけになつて終局的差止めにもあつてはならない。

(72) *Ibid.*, at 428.

(73) *Ibid.*, at 429.

(74) *Ibid.*, at 430.

(75) See IIA CHALES ALAN WRIGHT ET AL., FEDERAL PRACTICE & PROCEDURE 131—133 (2nd ed., St. Paul: West, 1995).

(76) Michael W. Shiver Jr., Objective Limitations or, How the Vigorous Application of “Strong Form” Idea/Expression Dichotomy Theory in Copyright Preliminary Injunction Hearings Might Just Save the First

Amendment 9 UCLA ENT. L. REV. 361, 364 (2002) 6 註釋。

(77) See *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51, 58-60 (1965).

(78) See *Shiver, supra* note 76, at 370, 371.

(79) See *Lemley & Volokh, supra* note 46, at 158—159.

(80) See *Warren Pub. Inc. v. Microdos Data Corp.*, 115 F.3d 1509, 1516 (11th Cir. 1997).

(81) 著作権を停止し、禁止injunctioんとせざる金銭的賠償は、*Grain Processing & Refining Co. v. Paul Goldstein*, Copyright and the First Amendment, 70 *COLUM. L. REV.* 983, 1030 (1970) 參照。

(82) *Baker, supra* note 47, at 893.

なお、わが国の著作権法は著作物がなんらかの媒体に固定 (fixation) されることを要件とする点となく、当該著作物の著作権を保護している。合衆国では著作物が何らかの媒体に固定されることが著作権保護の要件となっている (17 U.S.C. §102 (a))。

(83) See *Diane Leenheer Zimmerman*, Information as Speech, Information as Goods : Some Thoughts on Marketplaces and the Bill of Rights, 33 *WM & MARY L. REV.* 665, 668 (1992).

(84) *Pub. L. No. 105-298, §102 (b) and (d)*, 112 *Stat.* 2827 - 2828 (amending 17 U.S.C. §§ 302, 304).

本法改正の合憲性が争われた *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) のことは、横山久芳「判批」ジュリスト一二四四号二六八頁以下 (二〇〇三年)、『紙谷雅子「判批」[二〇〇四—一]アメリカ法一四二頁以下 (二〇〇四年)』同「判批」法律時報七七六卷四号一〇八頁以下 (二〇〇四年)、『大日方信春「判批」広島県立大学論集七卷一号一六九頁以下 (二〇〇三年)』吉田仁美「判批」ジュリスト一二九四号一五一頁以下 (二〇〇五年) など参照。

説

論

- (85) 読売新聞二〇〇三年一月二七日期刊。
- (86) 大日方・前掲論文註(84)一八四頁註(70)参照。
- (87) See U.S. CONST. Art I, §8, cl. 8
- (88) Tushnet, *supra* note 50, at 27.