



Title	著作権と表現の自由
Author(s)	小島, 立
Citation	新世代法政策学研究, 8, 251-282
Issue Date	2010-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/44569
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP008_016.pdf



著作権と表現の自由

小 島 立

1. はじめに
 - (1) 本稿の視座
 - (2) 本稿の位置づけ
2. これまでの議論状況
 - (1) 二次的著作物の創作（翻案権）
 - (2) 規制のあり方
 - (3) 権利制限規定のあり方
3. 現代的課題と表現の自由——媒介業者の責任を素材として
 - (1) いわゆる「間接侵害」とは
 - (2) 媒介業者の責任と表現の自由
 - (3) 国際的側面と「表現の自由」の関係
4. 結語

* 本稿は、北海道大学大学院法学研究科グローバル COE プログラム「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」知的財産法研究会（2009年12月11日）における報告をベースに、加筆修正を加えたものである。報告の機会を与えて下さった田村善之教授に心から御礼申し上げる。本稿で扱ったテーマについては、九州公法判例研究会（2010年8月29日）、全国憲法研究会2009年度秋季研究総会（2009年10月12日）、九州大学大学院法学府国際プログラム博士課程（LL.D.）主催国際シンポジウム「現代知的財産法における新しい空間、新しいアクター及び制度論的転回」（2010年2月13日、英語発表）、世界知的所有権機関主催 WIPO-Brazil Summer School on Intellectual Property（2010年9月14日、英語発表）においても報告の機会を与えられた。また、九州大学法学部の2009年度学部演習では、北海道大学における報告前に、全国憲法研究会報告の拙稿を検討する機会を得た。これらの機会において貴重なコメントを下さった参加者各位に対し、深く御礼申し上げる。加えて、河島伸子教授、木庭顕

1. はじめに

(1) 本稿の視座

a. 従来の問題状況 本稿では、著作権と表現の自由について検討する⁽¹⁾。従来、著作権と表現の自由の関係については、憲法学及び知的財産法学の双方の領域でさかんに議論がなされてきたとはいえない。しかし、歴史的に見るならば、著作権制度の原型は「書籍業者 (stationer)」を統制するために生じたギルド的なものであり、検閲制度と密接な関係を有する。著作権は本来的に、表現の自由の問題と背中合わせの関係にあった⁽²⁾⁽³⁾。

教授、阪本昌成教授、寺本振透教授、原田大樹准教授からは、草稿の段階において貴重なコメントを頂戴した。深く感謝申し上げます。残された誤りは、筆者の責任に属する。

⁽¹⁾ 本稿の問題関心の前提を示すものとして、拙稿「デジタル環境における情報取引についての基本的視座」財団法人知的財産研究所編『デジタル・コンテンツ法のパラダイム』(雄松堂出版、2008年)137頁、上野達弘=小島立「著作権法における『間接侵害』と権利制限規定」NBL 900号(2009年)80頁、拙稿「著作権保護と表現の自由」南野森編著『法学入門』(信山社、2009年)213頁、拙稿「著作権と表現の自由」憲法問題21号(2010年)77頁、Ryu Kojima, *Copyright and Freedom of Expression: From the Perspective of Cultural Policy and the Role of Intermediaries*, available at <http://www.law.kyushu-u.ac.jp/programs/english/conference2010/draft16.pdf>.

⁽²⁾ 著作権成立史については、MARK ROSE, *AUTHORS AND OWNERS: THE INVENTION OF COPYRIGHT* (Harvard University Press 1993); BENJAMIN KAPLAN, *AN UNHURRIED VIEW OF COPYRIGHT, REPUBLISHED (AND CONTRIBUTIONS FROM FRIENDS)* (Matthew Bender 2005); RONAN DEAZLEY, *ON THE ORIGIN OF THE RIGHT TO COPY: CHARTING THE MOVEMENT OF COPYRIGHT LAW IN EIGHTEENTH-CENTURY BRITAIN (1695-1775)* (Hart Publishing 2004); RONAN DEAZLEY, *RETHINKING COPYRIGHT: HISTORY, THEORY, LANGUAGE* (Edward Elgar 2006); 白田秀彰『コピーライトの史的展開』(信山社、1997年)を参照。

⁽³⁾ 検閲と著作権の関係の深さを証明する言説の一端を紹介すると、「社会的に望ましくない内容を出版して罰せられるのであれば、社会的に有用な出版には褒美があつて然るべきだ」というものが挙げられる。例えば、自身が検閲で処罰されたDaniel Defoe (1660-1731年。『ロビンソン・クルーソー』の著者として有名)は、かかる意見を公然と述べている。つまり、著作権は、現在のように私人の有する「権利」

世界で最初に成立した近代著作権法である1710年(1709年)のアン女王法(Statute of Anne)⁽⁴⁾⁽⁵⁾は、創作者(author)が権利を有することを明文で確認しているが、実際には書籍業者が情報流通の実権を握っていた。ロマン主義の高まりとともに、創作者が権利を持つとする現在の「創作者主義」が確立されていく⁽⁶⁾。創作者主義への移行は、個人主義が確立し、市場経済が発展する経緯と重なっており、現在の著作権制度の基本的考え方は、近代法の成立展開過程と密接に関係している。

しかし、近代著作権制度が確立するにつれ、「表現の自由」の議論との「距離」は開いていったように思われる。主な理由は以下のとおりである。

第1に、著作権は書籍業者に対する「特権」ではなく、創作者に与えられる「財産権(権利)」である⁽⁷⁾ということが挙げられよう。この「財産

と捉えられていたのではなく、君主によって与えられる「特権(privilege)」であった。

⁽⁴⁾ 2009年から2010年にかけては、近代著作権法の成立から300年の記念すべき年に当たる。2009年6月には、国際著作権法学会(ALAI:1841年にフランスの文豪Victor Hugoの提唱によって設立された団体)の総会がロンドンで開かれ、近代著作権制度成立から300年間の歴史を振り返るとともに、現代的課題について議論した。この模様については、拙稿「2009年ALAIロンドン大会の報告」ALAI(国際著作権法学会)日本支部2009年度研究大会「講演録」(著作権情報センター、2010年)2頁。これは、2009年12月5日に開催された「2009年度ALAI(国際著作権法学会)Japan研究大会」における報告をベースにしている。

⁽⁵⁾ アン女王法の成立年に関して1709年と1710年という2つの見解があるが、当時の法律制定に関する暦では3月が新年であり(1751年にグレゴリオ暦の導入が決定され、改められた)、そのことがアン女王法の成立について1709年と1710年が入り乱れる理由となった。現在の暦で考えると、アン女王法の成立は1710年が説得的なようである。

⁽⁶⁾ 古典的には、「創作(creation(英)、Schöpfung(独))」をなし得るのは神のみであり、創作者はその僕に過ぎないとされていたし、現在は主に特許法が対象とする「技術」と著作権法が対象とする「芸術」も未分離であった。これらの概念が現在に至る経緯は大変興味深い。詳細は美学芸術学の議論に譲りたい。著作権法が対象とする「芸術」概念についての考察としては、小田部胤久『芸術の逆説—近代美学の成立』(東京大学出版会、2001年)、同『芸術の条件—近代美学の境界』(東京大学出版会、2006年)、松宮秀治『芸術崇拜の思想』(白水社、2008年)が興味深い。

⁽⁷⁾ 著作権は財産権であり、譲渡可能である(著作権法61条1項)。従って、創作者

権」という言葉の持つ力は非常に強い。

第2に、著作権法が様々な「安全弁」を備え、表現の自由との緊張関係を内在的に解消しているからであるという考え方もあったであろう。「安全弁」の代表的なものとしては、アイデア・表現二分論、創作性概念、支分権構成、侵害における依拠の要件、保護範囲、権利制限、保護期間といったものが挙げられよう。

第3に、従来は、私人が何らかの情報を世の中に流通させようとしても、「ゲートキーパー (Gate Keeper)」としてのメディアが存在し、情報発信のチャンネルは事実上限定されていた。情報取引を規整する著作権法も、出版業界や音楽業界などの「業法」的存在に過ぎなかったため、私人が表現の自由の問題と真剣に向き合う必要性がなかったということも挙げられよう。

b. 現代的展開 現在、著作権と表現の自由についての議論が盛り上がりを見せつつあることには理由がある。デジタル技術の発展に伴い、いわゆるアナログの世界を前提に構築された著作権法の基本構造は劇的に変容した。情報をほとんどコストフリーで複製し伝播させることが可能となる一方、デジタル技術とネットワーク技術の発展に伴い、一般人でも容易に情報発信を行なうことができるに至り、「万人が著作者」になり得る時代が到来した。従来は「業法」的存在に過ぎなかった著作権法は、デジタル時代を迎え、万人に関係する法となった。

そのような中で、一方では「P2P (Peer to Peer)」に代表される違法コピーの問題が顕在化し⁽⁸⁾、他方では技術的保護手段と契約による著作権管

が常に権利を持つわけではない。また、職務著作 (著作権法15条) の問題もあり、実際の創作者と権利者が一致しない事態は多い。この法人による権利行使の問題については後述する。

⁽⁸⁾ 日本における有名なものとしては、京都地判平成18年12月13日判例タイムズ1229号105頁 [Winnie 幫助事件第一審]、大阪高判平成21年10月8日判例集未登載 [Winnie 幫助事件控訴審] が挙げられる (参照、藤本孝之「ファイル共有ソフトの開発提供と著作権侵害罪の幫助犯の成否——Winnie 事件——」知的財産法政策学研究26号 (2010年) 167頁)。アメリカ合衆国におけるものとしては、*Metro-Goldwyn-Mayer*

理⁽⁹⁾の問題点が指摘されるようになった。また、1980年代以降の「プロパテント」⁽¹⁰⁾傾向の中で、著作権の保護強化 (保護対象の拡張、保護期間の延長など) が図られる中、特にアメリカ法において、著作権と表現の自由の問題が議論されるようになり⁽¹¹⁾、日本においても徐々に議論が高まりつ

Studios Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005) が著名である。

⁽⁹⁾ この問題を本格的に指摘して話題を呼んだのが、憲法学者としても著名な Lawrence Lessig による *Code: And Other Laws of Cyberspace* (Basic Books 1999) である (現在は、2006年に出版された第2版が最新版である)。

契約法による規律が顕在化した著名な事件として、*ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996)。また、拙稿・前掲注(1)デジタル環境における情報取引についての基本的視座も参照。

⁽¹⁰⁾ これは「パテント (特許)」という表現になっているものの、知的財産権全般の強化を図る政策のことを指す。

⁽¹¹⁾ 代表的なものとして、Mark Lemley & Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases*, 48 DUKE L. J. 147 (1998); Jed Rubinfeld, *The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality*, 112 YALE L. J. 1 (2002); James Boyle, *The First Amendment and Cyberspace: The Clinton Years*, 63 LAW & CONTEMP. PROB. 337 (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 (2000); Hannibal Travis, *Comment, Pirates of the Information Infrastructure: Blackstonian Copyright and the First Amendment*, 15 BERKELEY TECH. L. J. 777 (2000); Neil Weinstock Netanel, *Locating Copyright within the First Amendment Skein*, 54 STAN. L. REV. 1 (2001); Yochai Benkler, *Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 173 (Winter/Spring 2003); Wendy J. Gordon, *Market Failure and Intellectual Property: A Response to Professor Lunney*, 82 B.U. L. REV. 1031 (2002); C. Edwin Baker, *First Amendment Limits on Copyright*, 55 VAND. L. REV. 891 (2002); Pamela Samuelson, *Copyright and Freedom of Expression in Historical Perspective*, 10 J. Intell. Prop. L. 319 (2003); Michael Birnhack, *The Copyright and Free Speech Affair: Making-up and Breaking-up*, 43 IDEA 233, 283 (2003); David McGowan, *Why The First Amendment Cannot Dictate Copyright Policy*, 65 U. PITT. L. REV. 281 (2004); NEIL WEINSTOCK NETANEL, *COPYRIGHT'S PARADOX* (Oxford University Press 2008); JAMES BOYLE, *THE PUBLIC DOMAIN: ENCLOSING THE COMMONS OF THE MIND* (Yale University Press 2008); Steven J. Horowitz, *A Free Speech Theory of Copyright*, 2009 STAN. TECH. L.

つある⁽¹²⁾。

ここで今後の議論を進める前に、日米での議論の位相の違いについて簡単に確認しておこう。

第1に、アメリカにおいては、合衆国憲法上、「特許・著作権条項（独

REV. 2 (2009); RANDALL P. BEZANSON, ART AND FREEDOM OF SPEECH (Univrsity of Illinois Press 2009)。

また、2006年の国際著作権法学会においては、著作権と表現の自由が統一テーマとして掲げられた。このことから、アメリカのみならず、ヨーロッパでも議論が高まりつつあることが伺えよう。その模様は、COPYRIGHT AND FREEDOM OF EXPRESSION: PROCEEDINGS OF ALAI STUDY DAYS, 19-20 JUNE 2006 (ALAI 2008)。

⁽¹²⁾ 山本隆司「パロディによる表現の自由と著作権の保護の限界」ジュリスト1215号(2002年)172頁、大日方信春「1998年『著作権保護期間延長法』の合憲性」広島県立大学論集7巻1号169頁(2003年)、同「著作権の憲法上の地位——合衆国憲法1条8節8項の文理解釈を導きの糸として——」姫路法学45号(2006年)1頁、同「著作権と表現の自由の調整原理(1)(2・完)」熊本法学116号1頁、118号49頁(2009年)、紙谷雅子「コピーライト法は第一修正に『カテゴリとして』抵触しないのか」法律時報76巻4号(2004年)108頁、同「コピーライト法と表現の自由」財団法人知的財産研究所編『デジタル・コンテンツ法のパラダイム』(雄松堂出版、2008年)211頁、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」学習院大学法学会雑誌39号(2004年)19頁、今村哲也「著作権法と表現の自由に関する一考察——その規制基準と審査基準について」季刊企業と法創造1巻3号(2004年)81頁、同「著作権の保護期間延長と表現の自由についての小考——Eldred事件最高裁判決とその後の動向」季刊企業と法創造3巻1号(2006年)163頁、野口祐子「デジタル時代の著作権制度と表現の自由——今後の知的財産戦略に当たって考慮すべきバランス(上)(下)」NBL777号18頁、778号32頁(2004年)、山口いつ子「表現の自由と著作権」中山信弘先生選暦記念論文集『知的財産法の理論と現代的課題』(弘文堂、2005年)365頁、同『情報法の構造——情報の自由・規制・保護』(東京大学出版会、2010年)、長谷部恭男「憲法学者はなぜ著作権を勉強する必要がないか？」同『Interactive 憲法』(有斐閣、2006年)175頁、大林啓吾「表現の自由と著作権に関する憲法的考察——判例法理の批判から新たな議論の展開へ」大沢秀介=小山剛編著『東アジアにおけるアメリカ憲法——憲法裁判の影響を中心に』(慶應義塾大学出版会、2006年)293頁、西森菜津美「表現の自由と著作権——パロディ表現物に関する憲法学的検討——」立命館法政論集6号(2007年)1頁、小泉直樹「表現の自由、パロディ、著作権」ジュリスト1395号(2010年)149頁、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「権利制限一般規定ワーキングチーム報告書」(2010年)25頁。

占権条項)」(合衆国憲法第1条第1節第8項)⁽¹³⁾による連邦政府の「専占(Preemption)」が認められており、それに加えて「修正1条(First Amendment)」が存在するため、両者の関係性に着目した議論の展開が見られる。それに対し、日本では専占の問題が存在しないため、この議論を直ちに参照することはできないものの、修正1条に関する議論は示唆を与える部分があると思われる。

第2に、アメリカにおいては、権利制限の一般条項としてFair Use(連邦著作権法107条)の存在があり、表現の自由の問題はFair Useによって解決済みなのかどうかという形での議論が見られる。アメリカ法におけるFair Useのファクターは、①利用の目的と特徴(商業的か、非営利の教育目的かどうかといった点も含まれる)、②利用された側の著作物の特徴、③利用された著作物に占める、利用部分の量と質、④利用によって生じた、利用された側の著作物の潜在的な市場ないし価値に与える影響、の4点(17 U.S.C. § 107)を総合衡量するというものである。

それに対し、現在の日本の著作権法は、限定列挙型の権利制限規定(著作権法30条~50条)、すなわち私的使用のための複製(著作権法30条)、引用(著作権法32条)、学校その他の教育機関における複製等(著作権法35条)といった個別の権利制限を書き出す形になっており、一般条項は存在しない。この一般条項の存在の違いがいかなる帰結をもたらすのかということにも留意する必要がある。

第3に、アメリカ著作権法では人格権的要素が希薄である。それに対し、日本の著作権法では、著作者人格権の中の同一性保持権(著作権法20条)の保護水準が高いため(これがもたらす問題は後述する)、注意を要する。

すなわち、日米の比較を行う際には、これらの点に配慮した議論を進める必要がある。

また、ヨーロッパにおいては、財産権を憲法学との関係も含めて把握する議論、またはEUにおける人権諸条約との関係も含めて考察するものなど、アメリカとは若干位相を異にするものの、理論的観点からの考察が深

⁽¹³⁾ The Congress shall have power ... to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries.

まりつつあることが注目される⁽¹⁴⁾。

(2) 本稿の位置づけ

a. 文化芸術政策の「ポートフォリオ」 著作権法の目的は、「文化的表現 (cultural expressions)」の多様化にあるといえよう⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾。文化的表現

⁽¹⁴⁾ ヨーロッパにおける議論の一例として、Christopher Geiger, *The Constitutional Dimension of Intellectual Property*, PAUL L.C. TORREMAN (ED.), INTELLECTUAL PROPERTY AND HUMAN RIGHTS 101 (Kluwer International 2008); Uma Suthersanen, *Copyright as an Engine of Free Expression: An English Perspective*, COPYRIGHT AND FREEDOM OF EXPRESSION: PROCEEDINGS OF ALAI STUDY DAYS, 19-20 JUNE 2006, pp.167 (ALAI 2008). また、Productores de Música de España (Promusicae) v. Telefónica de España SAU (Case C-275/06) も参照 [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006C0275:EN:HTML]。ドイツにおける議論の一端を示すものとして、栗田昌裕「著作権法における権利論の意義と射程 (1) (2・完)」民商法雑誌140巻6号638頁、141巻1号45頁 (2009年)。

⁽¹⁵⁾ 「文化的表現」とは、2005年に成立したUNESCOの「文化的表現の多様性に関する条約」(以下、文化多様性条約)における表現を借用したものである。なお、文化多様性条約が指定する「文化的表現」とは、単に著作物に限られるものではなく、より広範な概念である。文化多様性条約については、河野俊行「文化多様性と国際法——オーディオ・ビジュアル産業をめぐる貿易摩擦を素材として——」(1) (2・完) 民商法雑誌135巻1号58頁、135巻2号287頁 (2006年)、鈴木秀美「文化と自由貿易—ユネスコ文化多様性条約の採択」塩川伸明=中谷和弘編『法の構築2 国際化と法』(東京大学出版会、2007年) 267頁などを参照。

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

文化多様性を論じるに当たっては、いかなる「属性」の文化的表現が、「質」及び「量」の関係から、いかなる「分布状況」を示しているのか、という点において、論者による多様性のイメージが異なりうる。この点で、文化多様性という概念は、厳密な定義を行うというよりも、むしろ議論のコンテキストとして存在しているようにも思われる (多くの論者は、多様性に乏しい文化的環境と多様性に富んだ文化

の多様化を図るには、一般的に表現主体の経済的基盤を安定させることが必要である。もっとも、この目的を達成するに当たり、国家 (政府) がとり得る政策手段は複数存在しており⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾、今後は、文化芸術政策の観点からの検討がより重要になるであろう⁽¹⁹⁾。

国家がとり得る政策手段としては、例えば、①科学研究費補助金や文化

的環境をイメージでき、後者を望んでいるのではないだろうか)。つまり、私たちが真に解明すべきなのは、どのような力学が働けば、文化をめぐる環境がどのように変化し、その結果、いかなる形の多様性が影響を受け、それは果たして望ましい帰結なのか、といった形の議論ではないか、とも思われる。この疑問については、今後の検討課題としたい。

⁽¹⁶⁾ 著作権と表現の自由の関係を表現したフレーズとして最も有名なものが、*Harper & Row*事件においてO'Connor判事が示した「著作権法は自由な表現をなす上でのエンジンである」というものであろう (*Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 431 U.S. 539 (1985))。この言説の妥当性を批判的に検討するものとして、Michael Birnhack, *The Copyright and Free Speech Affair: Making-up and Breaking-up*, 43 IDEA 233, 283 (2003)。

⁽¹⁷⁾ TYLER COWEN, *GOOD & PLENTY: THE SUCCESSES OF AMERICAN ARTS FUNDING* (Princeton University Press 2005); MARJORIE GARBER, *PATRONIZING THE ARTS* (Princeton University Press 2008)。

⁽¹⁸⁾ William Fisherは、「公共財 (public goods)」の過小生産を解決するに当たり、政府には5つの方法があると述べる。すなわち、①政府が自前でそれらの財を供給する、②政府が私的なアクターに支出を行い、公共財を生産させる (Fisherが挙げる例としては、全米芸術基金 (National Endowment for the Arts) やアメリカ国立衛生研究所 (National Institute of Health) の行う助成)、③政府が、公共財を生み出した私人や組織に対し、「事後的 (post-hoc)」に賞や報奨を与える、④政府が、公共財の供給者を競争者から守る (典型的には排他権を設定し、供給者の商品が公衆に行き渡るようにする)、⑤公共財の「排他性 (excludability)」を増す工夫をしている私人を政府が支援し (assist)、それらの財にアクセスしようとする需要者に対し、財の生産者が対価を徴収できる可能性を高める。See WILLIAM W. FISHER III, *PROMISES TO KEEP: TECHNOLOGY, LAW AND THE FUTURE OF ENTERTAINMENT* 200 (Stanford University Press 2004)。

⁽¹⁹⁾ 文化政策については、後藤和子編『文化政策学』(有斐閣、2001年)、池上惇=植木浩=福原義春編『文化経済学』(有斐閣、1998年)。

芸術助成のような形での「直接的な補助金」による助成方法⁽²⁰⁾、②文化セクター(交響楽団、音楽ホール、アートNPO等)への寄付金(フィランソロピー)に対して税額控除(別の言い方をすれば「間接的な補助金」)を認める方法⁽²¹⁾、③著作権法のような形で知的成果物に法的な保護(知的財産権)を与え、マーケット原理を活用して、権利者に投下資本の回収を認める方法である。現実社会においては、国家の文化芸術政策は、これらの「ポートフォリオ」で形成されている。

b. 文化芸術政策における著作権法の役割 それでは、文化芸術政策に関連する「ポートフォリオ」の中で、著作権法はどのような機能を果たしているのだろうか。

文化芸術に対する1つの見方に、「芸術とは天才を意味し、天才は職業にはなじまない」というものがある。これは、19世紀イギリスの作家William Hazlittが述べたものである⁽²²⁾。確かに、19世紀的な「ロマン主義的創作者観」を前提にすれば、そのように解されるかもしれない。この見方によれ

⁽²⁰⁾ 蟻川恒正「国家と文化」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法1 現代国家と法』(岩波書店、1997年)191頁、阪口正二郎「芸術に対する国家の財政援助と表現の自由」法律時報74巻1号(2002年)30頁、駒村圭吾「国家助成と自由」小山剛=駒村圭吾編『論点探求 憲法』(弘文堂、2005年)168頁、同「〈基調報告〉国家と文化」ジュリスト1405号(2010年)134頁、中林暁生「給付と人権」長谷部恭男他編『岩波講座 憲法 第2巻 人権論の新展開』(岩波書店、2007年)263頁、駒村圭吾=木村草太=長谷部恭男=大沢秀介=川岸令和=宍戸常寿「〈座談会〉国家と文化」ジュリスト1405号(147頁)。

⁽²¹⁾ PETER FRUMKIN, ON BEING NONPROFIT: A CONCEPTUAL AND POLICY PRIMER (Harvard University Press 2002); PETER FRUMKIN, STRATEGIC GIVING: THE ART AND SCIENCE OF PHILANTHROPY (The University of Chicago Press 2006); 藤谷武史「非営利公益団体課税の機能的分析——政策税制の租税法学的分析——(1)～(4・完)」国家学会雑誌117巻11・12号1021頁(2004年)、118巻1・2号1頁、118巻3・4号220頁、118巻5・6号487頁(2005年)。

⁽²²⁾ Garber, supra note 17, at 52. Hazlittの思想に関する興味深い論稿として、森村進「ウィリアム・ハズリットの人格同一性論」人文・自然研究4号(2010年)45頁参照。森村教授からは、Hazlittの思想について多くのご教示を得た。記して感謝申し上げます。

ば、国家は文化芸術領域への関与をできる限り少なくするべきであるという見解になろう。

この点で、著作権法はかかる文化芸術に関係する者の「自己責任」を支援する法制度である⁽²³⁾。著作権者が創作した作品(著作物)が市場(マーケット)において顧客吸引力を獲得すれば、著作権者は投下資本を回収できるのであり、その「賭け」に勝利した者は、国家や特定の企業・個人のパトロナージを受けず、「自己責任」で生き延びることができるといえよう。

しかし、現実的には、著作権法は「売れ筋」の著作物の投下資本回収にしか役立っておらず、財政基盤の脆弱な小規模な創作者や経済的見返りを欲しない創作者にとって大きな意味を持っていない、または著作権のライセンス等を考えると、かえって足かせになっている可能性も指摘できる。むしろそういった創作者にとっては、前述した国家による文化芸術助成やフィランソロピーの手段のほうが、自己の創作基盤安定という観点からの重要性は高いともいえよう。

著作物は、原則としていわゆる「複製物」市場でなければ機能せず、一品制作の芸術作品(すなわち原作品)や舞台芸術等の再現芸術の助成という観点からは、投下資本の回収という観点に照らして不十分な面があることも否定できない。

また、文化芸術助成という観点からは創作「過程」を支援してほしいという要請が強いにもかかわらず⁽²⁴⁾、著作権法が投下資本の回収手段として機能するのは、当該著作物が市場において一定の顧客吸引力を有するようになった「事後(ex post)」である点にも注意が必要である。前述の通り、あくまで創作者は「賭け」に勝たないといけない。

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

⁽²³⁾ Boyle, supra note 11, THE PUBLIC DOMAIN, at 7.

⁽²⁴⁾ Garber, supra note 17, at 5. ここでは、Samuel JohnsonとLord Chesterfieldの間でのパトロナージをめぐる顛末が活写されている。

例えば、著作権の保護期間を延長するべきかどうかという論点については、文化産業政策という観点から見た場合には、簡単には結論は出ない⁽²⁵⁾。仮にハリウッドのような大規模文化産業が日本にあり、当該産業が生み出す商品及び役務により、貿易収支として輸出超過がもたらされると予測されるのであれば、政策論（産業政策論）としては保護期間の延長という方策も考えられ得る。しかし、一般的に著作権の延長は大規模な文化産業に有利に働くのではないかとことが既に指摘されており、保護期間延長は中小規模の創作者には不利に働くのではないかと考えられる。仮に著作権の保護期間延長がもたらす負の効果があれば、それを埋め合わせるべく国家による文化芸術助成を検討することも視野に入れることはできないのか、といった内容にまで議論は進むであろう。

もっとも、著作権の保護期間を延長すれば、多くの場合は文化芸術関係者だけではなく、一般私人を含めた利用者にとって取引費用が増すことが予想されるのであり、前述のような文化芸術助成の議論だけで話が済むわけではない。仮に保護期間を延長するとしても、利用者にとって不利益が最小限になるような制度設計を同時に考える必要があることは言うまでもない。

c. 著作権の果たす役割とは？ ここまで著作権が文化政策の中で果たす役割について論じてきた。そこでは、著作権法が全ての文化芸術関係者にとって万能の剣ではないということが明らかになったのではないかとと思われる。しかし、ここまで述べてきたことと矛盾するようであるが、私はそれでも著作権法の可能性に賭けてみたいと考える。

というのは、国家による文化芸術助成や民間によるフィランソピーにも大きな問題点が内包されているからである。つまりパトロナージが「金も出すが口も出す」という形の助成になってしまい、創作者の自由を損なう可能性は常に指摘されてきたからである⁽²⁶⁾。例えば、国家が助成した場

⁽²⁵⁾ 著作権の保護期間についての分析は、拙稿「著作権の保護期間——文化政策の観点から——」知的財産法政策学研究33号(2011年3月刊行予定)を参照されたい。

⁽²⁶⁾ よい文化芸術助成を行うための条件として、「全米芸術基金 (NEA: National Endowment for the Arts)」の副委員長を務めた Michael Straight は、“discernment”、

合の「政府言論 (government speech)」の可能性や、国家による助成がもたらす「エンドースメント (裏書)」の効果が文化多様性という観点から文化芸術における創作活動の自由と本来的な緊張関係に立つといった問題である⁽²⁷⁾。これらは表現の自由との関係で、憲法学においても既に議論されている問題である。

先程、著作権法においては「賭けに勝たなければならない」という比喻を用いた。著作権制度は「リスクを取って自由を勝ち取る」構造なのであり、創作者の自立を助けるという観点から、表現の自由を支える存在として重要性を持つと私は考えている。

最近の著作権と表現の自由をめぐる議論においては、著作権が表現の自由の制約法理であるという見方が強調されていた。しかしながら、著作権は表現の自由の根幹に位置しているのではないかと筆者は考えており⁽²⁸⁾、その意義を再確認する必要がある。従って、私は近時のヨーロッパにおける「海賊党 (Pirate Party)」⁽²⁹⁾のような、著作権廃止論者の言説には与さない。

しかしながら、近時の社会の著作権制度を見る目は非常に厳しさを増している。後述するように、近時の著作権の権利強化の傾向は著しく、多くのユーザーは著作権に不信感を抱きつつある。海賊党の出現は、それが「単

“resources”、“restraint”という3つの要素を挙げる (Garber, supra note 17, at 44)。つまり、助成に値するものかどうかを見定め (discernment)、十分な資源を投入し (resources)、余計な口出しをせずに見守る (restraint) ということであろう。もっとも、この条件を満たすことがいかに難しいかは容易に想像がつくであろう。

⁽²⁷⁾ 脚注(20)に掲げた各文献を参照。

⁽²⁸⁾ これは2009年10月の全国憲法研究会2009年度秋季研究総会における棟居快行教授の質問に触発されたものである。その場の回答でも、文化芸術助成との関連で著作権を捉える方向性について示したが、本稿のような形で応答するには至っていなかった。

⁽²⁹⁾ 「海賊党」は、著作権保護は5年で十分であると述べる。参照、『著作権は5年で十分』——欧州議会で議席獲得した海賊党、主張の根拠を語る(前編) <http://japan.cnet.com/interview/story/0,2000055954,20397501,00.htm>; 『特許は要らない』——欧州議会で議席獲得した海賊党、主張の根拠を語る(後編) <http://japan.cnet.com/interview/story/0,2000055954,20397509,00.htm>

一争点政党（single-issue party）」ではないのかという問題があることも事実であるものの、現在の著作権制度に対して強い不信感を抱く層が社会に一定程度存在するのであろうことを同時に示している。法制度が社会で受け入れられるには、それが私たちの規範意識と相当程度合致していることが求められるはずであり⁽³⁰⁾、現在の著作権法がその点で困難に直面しているであろうことには疑いの余地がないと思われる。このような中で、筆者は、著作権法が社会に受け入れられるように改革しなければならないと考えており、本稿もその視点に立脚したものである。

従来の法律学における研究は、上述の国家による文化芸術助成、民間によるフィランソロピー、著作権制度といった、個々の領域でなされてきたものの、それら相互の関係性に着目したものは少なかった。今後は、国家がとり得る文化芸術政策に関する手段の関係性について考察し、その理論的統合を模索する必要があり、本稿ではそれを行う前提問題の整理を行いたいと考えた。国家による文化芸術助成や民間によるフィランソロピーの問題、そして著作権制度を含めた全体の統合的理解については、今後、知的財産法と並行して文化政策領域の研究を進め、総合的考察は将来的な課題（中長期的課題）として筆者自身に課したいと考える。

以下では、著作権と表現の自由について、近時の議論状況の中で論じられた問題のいくつかを概観する。

2. これまでの議論状況

(1) 二次的著作物の創作（翻案権）

近時の議論で取り上げられた問題の1つが、二次的著作物の創作（翻案権：日本法では著作権法27条）に関して原著物の権利者が行使し得る差止請求権についてである。この中で注目される見解は、Yale Law Schoolの

⁽³⁰⁾ Branislav HAZUCHA（田村善之・丹澤一成（訳））「他人の著作権侵害を助ける技術に対する規律のあり方——デュアル・ユース技術の規制における社会規範の役割——」知的財産法政策学研究24号（2009年）63頁。

Jed Rubinfeld のものである⁽³¹⁾。

Rubinfeld は、表現の自由との関係で、「二次的著作物（derivative works）」の創作に関する原著物の権利者による差止請求権行使が違憲であるという主張を明確に行なう⁽³²⁾。Rubinfeldの問題関心は、表現の自由の議論において、「事前抑制（prior restraint）」の禁止という大命題があるにもかかわらず、知的財産法においては、いわゆる「暫定的差止め（preliminary injunction）」も含め、差止めが常態化しているのはおかしいのではないかということである。何ゆえ知的財産法の世界のみが「第一修正（First Amendment）」の聖域とならねばならないのか。ただ単純に財産権（property）が設定されているという一事をもって正当化できるのかという疑問を投げかける。

Rubinfeld は、第一修正が保障する表現の自由とは、「想像の自由（freedom of imagination）」であると定義する。人間がある情報に触れ、想像力を羽ばたかせた後に着想する情報について、著作権法はその一部の表出を禁圧する構造を有している。これは「想像の自由」それ自体に対する挑戦であり、違憲たる結果を免れない。

Rubinfeld は、二次的著作物の創作に対して差止請求権が行使されることは違憲であると主張するが、第一修正が名誉毀損に対して特別の法理を作り出したように、著作権法を「憲法の枠内に位置づける（constitutionalize）」べく、二次的著作物との関係で新たな法理が必要であると述べる⁽³³⁾。ここでは、二次的著作物の創作の局面で、原著物の権利者に何らの見返りがなくてもよいとは結論付けられておらず、「利益の配当（profit allocation）」という考えが提唱されていることが注目される⁽³⁴⁾。

⁽³¹⁾ Rubinfeld, supra note 11, at 1.

⁽³²⁾ アメリカでは、『風と共に去りぬ（The Gone with the Wind）』のパロディ（“The Wind Done Gone”）出版に際し、原著物の権利者側から差止請求がなされ、表現の自由との関連が議論されたという実情がある。See SunTrust Bank v. Houghton Mifflin Co., 136 F.Supp. 2d 1357 (N.D. Ga.), vacated, 252 F.3d 1165 (11th, Cir. 2001) (per curiam), order vacated and opinion substituted, 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001).

⁽³³⁾ Rubinfeld, supra note 11, at 53.

⁽³⁴⁾ Rubinfeld, supra note 11, at 53.

これは英米法の文脈で度々登場する Property Rules と Liability Rules とも関係する⁽³⁵⁾。

Rubinfeld が「想像の自由」を根拠として、二次創作に対する差止請求権の行使に否定的であることには反論も可能であろう。つまり、無限定に「想像の自由」を認めることが、社会の情報の多様化に本当に資するのかということである。例えば、David McGowan は、このような形で創作が繰り返されることで、創作性に乏しい情報が社会に溢れ、結果的に社会の情報が陳腐化するのではないかと述べる⁽³⁶⁾。「想像の自由」を尊重することにより、社会に溢れる情報の「量」は増えるかもしれないが、「質」の向上にはつながらないという意見ではないかと考えられる。

Rubinfeld と McGowan が問題とする内容は、憲法学で言われる「萎縮効

⁽³⁵⁾ See Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972). 邦訳として、松浦好治編訳『不法行為法の世界』(木鐸社、1994年) 111頁以下〔松浦以津子訳〕。

この問題に関する文献には汗牛充棟の感があるが、代表的なものとして、A. M. Polinsky, *Resolving Nuisance Disputes: The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies*, 32 STAN. L. REV. 1075 (1980); James E. Krier & Stewart J. Schwab, *Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light*, 70 N.Y.U. L. REV. 442 (1995); James E. Krier & Stewart J. Schwab, *The Cathedral at Twenty-Five: Citations and Impressions*, 106 YALE L. J. 2121 (1997); Ian Ayres & Eric Talley, *Distinguishing Between Consensual and Unconsensual Advantages of Liability Rules*, 105 YALE L. J. 235 (1995); Ian Ayres & J.M. Balkin, *Legal Entitlements as Auctions: Property Rules, Liability Rules, and Beyond*, 106 YALE L. J. 703 (1996); Louis Kaplow & Steven Shavell, *Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis*, 109 HARV. L. REV. 713 (1996); Richard Epstein, *A Clear View of the Cathedral: The Dominance of Property Rules*, 106 YALE L. J. 2091 (1997); DePhana Lewinsohn-Zamir, *The Choice Between Property Rules and Liability Rules Revisited: Critical Observations from Behavioral Studies*, 80 TEXAS L. REV. 219 (2001) も参照。

また、知的財産法との関連でこの問題に触れる論稿としては、Robert P. Merges, *Of Property Rules, and Intellectual Property*, 94 COLUM. L. REV. 2655 (1994); 邦語文献としては、平嶋竜太『システムLSIの保護法制』(信山社、1998年) 194頁以下。

⁽³⁶⁾ McGowan, supra note 11, at 285. これに対する Netanel の再反論は、Netanel, supra note 11, COPYRIGHT'S PARADOX, at 158.

果」とも関わるように思われる⁽³⁷⁾。一定の表現行為の結果が対外的に発信されることを前提とするならば、著作権法がどこまでの表現行為を規制しているのかということについて、表現者は自ずと考えざるを得ない。

著作権法は特許法と異なり、依拠を侵害の要件としており、独立創作した場合には、類似した表現であっても侵害とはならない。これは萎縮効果という観点から大きな意義を有する。しかし、Rubinfeld が問題とする状況では、原著作物への依拠があったと認めざるを得ないと思われ、結果的に差し止められる可能性を念頭に入れて創作に従事しないといけない。

問題は、著作権による他者の行動の自由への制約を、どの程度「萎縮効果」と考えるのかということであろう。場合によっては、「創作性」に代表される著作権法のパーは、社会の情報の質を高めるハードルとして機能しているとも考えられるからである。

(2) 規制のあり方

a. 内容規制と内容中立規制 もう1つの議論が、表現の自由に関わるとされる著作権の問題について、いかなる規制のあり方で臨むべきなのかという問題である⁽³⁸⁾。これは、1998年の Mark Lemley と Eugene Volokh の論文を皮切りに、とりわけアメリカにおいて、著作権の延長を認める「著作権延長法 (CTEA: Copyright Term Extension Act)」をめぐる憲法訴訟をきっかけとして、議論が活発化したように思われる。

一般的には、権利者が差止請求権を行使する態様は、いわゆる「内容中

⁽³⁷⁾ 萎縮効果について論じる近時の注目すべき論稿として、毛利透『表現の自由——その公共性ともろさについて——』(岩波書店、2008年)。

⁽³⁸⁾ 「内容規制」と「内容中立規制」の二分論に関しては、それが厳密に分離されていないという批判もあるものの、一般論として妥当していることは否めない。See *Turner Broad. Sys., Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622, 642-643 (1994); *United States v. Playboy Entm't Group, Inc.*, 529 U.S. 803 (2000). 邦語文献としては、芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論 (1) [増補版]』(有斐閣、2000年) 401頁、市川正人『表現の自由の法理』(日本評論社、2003年) 75頁以下、安西文雄「表現の自由の保障構造」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点 [第2版]』(有斐閣、2009年) 377頁を参照。

立規制」に該当するのではないかと考えられる⁽³⁹⁾。多くの権利者は著作物の利用目的や利用態様などに関わりなく、単純に利用行為を止めたいと考えるだろうから内容中立規制であろう。しかし、前述した二次的著作物の創作に対する原著作物の権利者による差止請求権行使については内容規制の色彩を帯びる可能性も指摘されている。特にパロディに対する差止請求権の行使は、特定の観点からなされていると思われ、内容規制である可能性が強いであろう⁽⁴⁰⁾。

もともと、内容規制と内容中立規制の区分それ自体がどこまで有用な役割を果たしているのかということには疑問もある。権利者が「この表現は気に入らない」と言ってしまうえば内容規制で、何も動機や理由を示すことなく差し止めれば内容中立規制というのは、何かチグハグな感じも受ける。

b. 二分論の問題点 そして、この区分がもたらす問題点が明らかになる典型的な領域が技術的保護手段ではないかと考えられる。例えば、アクセスコントロールによる情報へのアクセス遮断は、一般的に内容中立規制と言われる⁽⁴¹⁾。確かに、利用行為の目的や態様などに関わらず、問答無用で情報の利用を一律に規制するのであるから内容中立規制であろう。

しかしながら、このような「『技術 (code)』による規制」が「『法』による規制」よりも優れているのかということについては、Lawrence Lessigをはじめとする論者により既に分析が積み重ねられている⁽⁴²⁾。法（ここでは著作権法）による規制の場合には、利用者はリスクを甘受すれば、一応は当該情報の自由利用が可能であるが（特に、アメリカ法におけるフェア・ユースのような一般条項が存在する状況の下ではなおさらである）、技術（ここでは技術的保護手段）による規制の場合には、情報へのアクセスや情報の利用が全く許されない。ある意味では表現活動に与える影響は

⁽³⁹⁾ Netanel, *supra* note 11, COPYRIGHT'S PARADOX, at 117.

⁽⁴⁰⁾ 西森・前掲注(12)22頁。

⁽⁴¹⁾ Boyle, *supra* note 11, THE PUBLIC DOMAIN, at 83.

⁽⁴²⁾ LAWRENCE LESSIG, CODE: AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE, VERSION 2.0 (Basic Books 2006), at 120. Lessigは人々の行動をコントロールする要素として、「法」、「市場」、「社会規範」、「技術 (アーキテクチャ)」の4つを挙げる。

圧倒的に大きいとも言い得る。

ここで留意すべきは、例えばアメリカ法のフェア・ユースの判断の局面で表現の自由が持ち出されると、それは利用の目的や態様を勘案するというフェア・ユースの考慮事由も相俟って、内容規制と判断される可能性が高いという点である。しかしながら、技術的保護手段による規制が内容中立規制であるということになると、審査密度が薄くなり、一般的には技術的保護手段に関する立法が違憲と判断される可能性は小さくなる⁽⁴³⁾。これは皮肉な状況であると筆者は考えており、内容規制／内容中立規制の二分法が常に有用ではないということを示しているように思われる。

(3) 権利制限規定のあり方

近時の著作権法学では、「制度論」⁽⁴⁴⁾の観点を交え、立法形式を含めた権利制限規定のあり方についての議論が高まっている。興味深いのは、日本においては裁判所（司法府）のほうが権利者からのロビーイング等への耐性に強く、権利制限を行なう主体として適しているのではないかという考え方であり、一般条項型の権利制限規定（いわゆる「日本版フェア・ユース」）の導入を理論的にも後押ししている⁽⁴⁵⁾。

⁽⁴³⁾ McGowan, *supra* note 11, at 296.

⁽⁴⁴⁾ Antonina Bakardjeva Engelbrekt, *Copyright from an Institutional Perspective: Actors, Interests, Stakes and the Logic of Participation*, REVIEW OF ECONOMIC RESEARCH ON COPYRIGHT ISSUES, 2007, vol. 4(2), pp. 65., available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1144289 [邦訳として、Antonina Bakardjeva ENGELBREKT (田村善之訳)「制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック (1) (2・完)」知的財産法政策学研究22号31頁、23号29頁 (2009年)、田村善之「知的財産法の新たな潮流——プロセス志向の知的財産法の展望」ジュリスト1405号 (2010年) 22頁。制度論については、NEIL KOMESAR, LAW'S LIMITS: RULE OF LAW AND THE SUPPLY AND DEMAND OF RIGHTS (Cambridge University Press 2001); ADRIAN VERMEULE, JUDGING UNDER UNCERTAINTY: AN INSTITUTIONAL THEORY OF LEGAL INTERPRETATION (Harvard University Press 2006)も参照。

⁽⁴⁵⁾ 一般条項型の権利制限規定の導入に関する議論としては、上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討——日本版フェア・ユースの可能性——」コピライ

現行著作権法のように権利制限規定を限定列挙すると、ロビーイングの攻撃目標が明確化し、権利制限規定を新設しようとしても、望ましい水準よりも低くなる(結果的に著作権の保護水準が高止まりする)のではないかという懸念も聞かれる。一般条項型の権利制限規定を導入すれば、ロビーイングへの耐性に比較的強い裁判所が妥当な解釈を行うのではないかという期待である。いかなる局面で詳細な権利制限規定と一般条項のいずれを選択すべきなのかという点については、いわゆる“Rule and Standards”との関係で議論が深化しつつあり注目される⁽⁴⁶⁾。

日本と同様、限定列挙型の権利制限規定を多く有するヨーロッパにおいても、権利制限規定のより柔軟な運用を行うべきとする見解が見られる。2008年9月、マックス・プランク知的財産法・競争法・租税法研究所が“Three-Step Test”に関する「宣言」を公表し、権利の制限と例外について適切かつバランスの取れた適用を保障する形で解釈がなされるべきと述べている⁽⁴⁷⁾。この中では、表現の自由に関する利益を重視すべき旨が書

ト560号(2007年)2頁、著作権研究35号(2008年)、知的財産戦略本部デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会「デジタル・ネット時代における知財制度の在り方について(報告)」(2008年)[<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/houkoku/081127digital.pdf>]、著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会「著作権制度における権利制限規定に関する調査研究」(2009年)[http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/houkokusho_090601.pdf]、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「権利制限一般規定ワーキングチーム報告書」(2010年)[http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/pdf/kenri_houkokusho.pdf]、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「権利制限の一般規定に関する中間まとめ」(2010年)[http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h22_shiho_05/pdf/sanko_ver02.pdf]、寺本振透=深津拓寛「一般的フェアユース規定実現への課題と展望」寺本振透編集代表『解説改正著作権法』(弘文堂、2010年)193頁などを参照。

⁽⁴⁶⁾ 島並良「権利制限の立法形式」著作権研究35号(2008年)90頁。“Rule and Standards”をめぐる議論については、Colin S. Diver, *The Optimal Precision of Administrative Rules*, 93 YALE L. J. 65 (1983); Louis Kaplow, *Rules versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L. J. 557 (1992); Cass R. Sunstein, *Problems with Rules*, 83 CAL. L. REV. 953 (1995).

⁽⁴⁷⁾ Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, *Declaration:*

かれており、注目される。

3. 現代的課題と表現の自由——媒介業者の責任を素材として

本稿では、従来の議論を参照した上で、若干切り口を変えて検討を試みる。ここでは現代的課題として、近時の著作権法学で盛り上がりを見せている「間接侵害」のあり方を素材として、表現の自由との観点から、若干の検討を目指す⁽⁴⁸⁾。

A Balanced Interpretation of the “Three-Step Test” in Copyright Law, available at http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/extranet/declaration_three_step_test_final_english.pdf; 拙稿「条約における権利制限」著作権研究35号(2008年)72頁、小嶋嵩弘「著作権法における権利制限規定の解釈と3 step test (1) (2) (3) (4) ——厳格解釈から柔軟な解釈へ——」知的財産法政策学研究26号221頁、27号131頁、30号43頁、31号45頁(2010年)。

⁽⁴⁸⁾ この問題についての文献は国内外で枚挙に暇がない。日本法に関する主な文献として、田村善之「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題(1)(2)(3・完)」知的財産法政策学研究16号73頁、17号79頁、18号31頁(2007年)、同「著作権の間接侵害」知的財産法政策学研究26号(2010年)35頁、上野達弘「著作権法における間接侵害」ジュリスト1326号(2007年)75頁、吉田克己「著作権の『間接侵害』と差止請求」田村善之編著『新世代知的財産法政策学の創成』(有斐閣、2008年)253頁、作花文雄「放送番組の録画・配信サービスと著作権制度——私的利用と業的利用の境界領域の秩序形成」コピライト576号(2009年)33頁、島並良「著作権の間接侵害をめぐる立法のあり方(上)(下)」知財研フォーラム75号28頁(2008年)、77号27頁(2009年)、奥邨弘司「著作権の間接侵害——日米裁判例の動向と実務への影響、今後の課題——」コピライト582号(2009年)2頁などを参照。権利制限規定については、著作権研究35号(2008年)[2008年度著作権法学会:「著作権制度における権利制限」についてのシンポジウムの内容を所収]を参照。

その他に、Jonathan Zittrain, *A History of Online Gatekeeping*, 19 HARV. J. L. T. 253 (2006) [邦語訳として、Jonathan ZITTRAIN (成原慧・酒井麻子・生貝直人・工藤郁子(訳))「オンライン上のゲートキーピングの歴史(1)(2)(3・完)」知的財産法政策学研究28号117頁、29号117頁、30号93頁(2010年)]; 成原慧「サイバースペースにおける情報流通構造と表現の自由——米国における『情報流通経路の管理者を介した表現規制』の検討を中心にして——」東京大学大学院情報学環紀要情報学研究76号(2009年)137頁も参照。

(1) いわゆる「間接侵害」とは

媒介業者の責任は、日本においては、いわゆる「間接侵害」の問題として議論されてきた。「間接侵害」とは、物理的にみれば著作権の権利範囲に属する利用行為を行っているという評価がストレートにはできない場合であっても、第三者の侵害行為に何らかの関与をしている者（ISPや機器提供者など）に対して差止請求を肯定するための解釈論のあり方を指す⁽⁴⁹⁾。日本法の下においては、一般不法行為（民法709条）において差止めが認められないため、諸外国とは議論の位相が異なることには留意しなければならない。

現代の著作権法は「媒介業者・媒介機関（intermediary）」の存在を抜きに考えることはできない。「媒介業者・媒介機関」とは、創作者、権利者と利用者の結節点に位置するものである。「媒介業者」とはISP（Google、Yahoo!など）や機器提供者など、「媒介機関」とは図書館、博物館、美術館などを指すものとする（両者を一括りに「媒介者」ということも考えたが、そこには性格の違いがあると考えられるので、本稿では用語を区別して論じることとする）⁽⁵⁰⁾。

⁽⁴⁹⁾ 上野＝小島・前掲注(1)80頁。裁判例としては、最判昭和63年3月15日民集42巻3号199頁 [クラブ・キャッツアイ事件]、P2Pファイル交換サービス（東京高判平成17年3月31日最高裁HP [ファイルログ事件：控訴審]）、ストレージサービス（東京地判平成19年5月25日判例時報1979号100頁 [MYUTA事件]）、番組視聴サービス（知財高決平成17年11月15日最高裁HP [録画ネット事件：保全抗告審]、大阪高判平成19年6月14日判例時報1991号122頁 [選撮見録事件：控訴審]、東京地判平成20年5月28日最高裁HP [ロクラクⅡ事件] 参照。侵害否定例として、知財高判平成20年12月15日最高裁HP [まねきTV事件：控訴審]、知財高判平成21年1月27日最高裁HP [ロクラクⅡ事件]）。

⁽⁵⁰⁾ 以前の拙稿では、本稿での媒介業者に「中間業者」、媒介機関に「中間団体」という用語を当てていた（拙稿・前掲注(1)著作権保護と表現の自由222頁）が、表現を変更したいと考える。その理由は以下の2点である。

第1に、「中間団体」という用語は、近代法が成立する過程で国家と個人が向きあうために中間団体が排除されたという文脈でしばしば登場する。従って、媒介機関の文脈でそれを中間団体と呼ぶことは、議論を混乱させる可能性があると考え

あるコンテンツがあったとしても、それを再生・複製・伝播させる機器が存在しなければ、コンテンツは社会に広く流通しない。また、ブロードバンド・インターネットに接続することがなければ、そもそも私たちはコンテンツにアクセスできないし、情報発信を行なうこともできない。すなわち、現代社会における情報流通に当たって媒介業者や媒介機関が果たす役割は大きく、権利者の利益を害さないと同時に、媒介業者や媒介機関の活動を阻害しないような制度構築が求められる。

従来から、新しい技術が開発されるたびに、権利者と媒介業者・媒介機関は鋭く対立することが多かった。新しい技術は複製を容易にすると同時に、権利者の利益を奪うことが多いと考えられてきたからである。近時、ブロードバンド・インターネットを活用した新たな形態の動画提供サービスについても、許諾を得てサービスを開設したいという媒介業者に対し、放送局などの権利者側が許諾を拒否し、最終的に訴訟に至っている複数の事件を見ることができる。

また、世界的な議論を巻き起こした Google Books に関する一件⁽⁵¹⁾を見

からである。

第2に、「中間業者」や「中間団体」で用いる「中間」という言葉は、媒介者が権利者と利用者の間に位置するというを示しているものの、いかなる機能を果たしているのかという点で積極的な意味付けが与えられていない。媒介業者や媒介機関が、情報の伝播（diffusion）において決定的に重要な役割を果たしているということを強調するためにも、本稿では「媒介」という用語を用いることとした。

⁽⁵¹⁾ Google Books 問題に関する文献は枚挙に暇がないが、例えば、Netanel, *supra* note 11, COPYRIGHT'S PARADOX, at 23; James Grimmelman, *The Google Dilemma*, 53 N.Y.L. SCH. L. REV. 939 (2008); James Grimmelman, *How to Fix the Google Book Search Settlement*, J. INTERNET L., Apr. 2009; Einer Elhague, *Why the Google Books Settlement is Procompetitive*, The Journal of Legal Analysis, Vol.2, No.1, pp.1 (2010); Pamela Samuelson, *Google Book Search and the Future of Books in Cyberspace*, 94 MINN. L. REV. 1308 (2010); Pamela Samuelson, *The Google Book Settlement as Copyright Reform*, Wisconsin Law Review (forthcoming), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1683589 邦語文献としては、松田政行＝増田雅史「Google Books 問題の最新動向および新和解案に関する解説（上）（下）」NBL 918号（2009年）38頁、921号（2010年）50頁、骨董通り法律事務所「米国における著作権関連訴訟文書に係る法的論点整理及び分析等調査報告書」（2010年3月）〔<http://www.bunka.go.jp/>〕

ていると、単にユーザーが情報発信を行なう場（フォーラム）を提供するに止まらず、媒介業者がイニシアティブをとる形で、より積極的な役割を果たしつつある。媒介業者は自ら複製行為を行っているのであり、単なる間接侵害責任にとどまらず、直接侵害責任を追及される存在になりつつある。このような急速な状況の変化の中で、媒介業者をいかに法的に制御するのかという問題は、より一層重要性を増しつつある。

日本においては、諸外国に比べて、間接侵害を広範に認める傾向が見られ（カラオケ法理によれば、直接侵害主体となる）、日本法にフェア・ユースを導入しようとする勢力の一部は、フェア・ユースを導入することにより、間接侵害をなし崩し的に葬り去ることが出来るのではないかと期待しているように思われる⁽⁵²⁾。

(2) 媒介業者の責任と表現の自由

媒介業者に課される責任について、表現の自由の観点からどのようにアプローチできるのだろうか。いくつかの考え方の道筋を素描してみよう。

第1に、媒介業者の有する利益は、単なる営業の自由に還元できるものなのか、それとも表現の自由に関わるものなのかということである⁽⁵³⁾。

例えば、海外に在住する日本人は、これまでは日本のテレビ番組にアクセスすることが出来なかった。デジタル技術と通信技術の発達により、媒

chosakuken/pdf/beikoku_bunseki_houkokusho_itaku.pdf]、田村善之「Google Books 和解案の光と影」NBL 925号 (2010年) 27頁、牧野二郎『Google 問題の核心——開かれた検索システムのために——』(岩波書店、2010年)、福井健策＝北澤尚登「米国クラスアクション和解のインパクト——電子書籍の著作権処理をめぐる現状と課題」ジュリスト1405号 (2010年) 76頁などを参照。

⁽⁵²⁾ 上野＝小島・前掲注(1)83頁における別所直哉氏（ヤフー株式会社最高コンプライアンス責任者（CCO）兼法務本部長）の発言を参照。

⁽⁵³⁾ 佐々木弘通『表現の自由』訴訟における『憲法上保障された行為』への着目」長谷部恭男＝中島徹編『憲法の理論を求めて——奥平憲法学の継承と展開』（日本評論社、2009年）93頁、川岸令和「表現の機会を求めて——アクセスが沈黙を呼ぶパラドクスを超えられるか——」長谷部恭男＝中島徹編『憲法の理論を求めて——奥平憲法学の継承と展開』（日本評論社、2009年）63頁。

介業者は国境を越えた番組視聴サービスを展開できるようになったわけである。この場合に、媒介業者を単なる情報流通の「導管（Passive Conduit）」に過ぎないと捉えるべきかどうかという点が問題となる。結論から言えば、このような媒介業者の行為を、表現の自由で保障される「表現行為」と捉えることは難しいかもしれない。

もっとも、アメリカにおける Google の検索エンジンをめぐる訴訟においては、Google の検索結果がウェブサイト上にサムネイルを表示する行為のフェア・ユース該当性が争われ、上訴審ではフェア・ユースが肯定されている⁽⁵⁴⁾。ここで注目すべきは、フェア・ユースの判断に当たり、情報にアクセスする公衆の利益が重要視されている点である（上訴審裁判所は、“In conducting our case-specific analysis of fair use in light of the purposes of copyright, we must weigh Google’s superseding and commercial uses of thumbnail images against Google’s significant transformative use, as well as the extent to which Google’s search engine promotes the purposes of copyright and serves the interests of the public.” と述べる（下線部、筆者））。仮に情報の受け手の情報へのアクセス権や「知る権利」などを強調する見方に立つのであれば、表現の自由の観点に照らし、媒介業者の果たす役割は単なる「導管」ではなく、より積極的に評価されるであろう。

加えて、インターネット上の掲示板の書き込みを削除すべきかどうかといった局面においては、媒介業者は単なる情報流通の「導管」では最早なく、主体的な判断を迫られる。媒介業者としていかなる情報を取捨選択するのかという点において、表現行為に従事しているという見方も可能であろう。

このような場合に、いかにして媒介業者を法的に制御するのかという点については、憲法学で論じられてきたメディアの規制の問題と対比しながら、検討を行なう必要が増しつつあるように思われる⁽⁵⁵⁾。従来、デジタル

⁽⁵⁴⁾ Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 487 F.3d 701(9th Cir. 2007). もっとも、事実審の Perfect 10 v. Google, Inc., et al., 416 F. Supp. 2d 828 (C.D. Cal. 2006)は寄与侵害責任を肯定している。田村・前掲注(48)知的財産法政策学研究16号93頁。

⁽⁵⁵⁾ 長谷部恭男『テレビの憲法理論——多メディア・多チャンネル時代の放送法制』（弘文堂、1992年）、松井茂記『インターネットの憲法学』（岩波書店、2002年）、鈴

環境をめぐる問題は、インターネットを中心として議論が組み立てられてきたが、近時、情報コンテンツの流通経路はますます複線化の一途をたどり、問題状況は複雑化している。2011年には、アナログテレビ放送が終了し、地上デジタル放送が開始されることが決まっているし、その先駆けをなす最近のIPマルチキャスト放送を巡る法改正など、いわゆる「放送と通信の融合」も目覚ましい勢いで進行している⁽⁶⁶⁾。

Google Booksなどの問題を見ていると、これまで以上に、利用者の情報へのアクセスや表現の自由を確保しつつ、媒介業者をどのように制御するのかということが重要になろう。もっとも、この場合に、表現の自由だけに役割を期待するのではなく、市場における企業活動という観点からは、独占禁止法等の競争法に一定の役割を期待することも可能であろう⁽⁶⁷⁾。

また、Google Booksに対し、従来からの「アーカイブ」である図書館等がどのように対応しようとしているのかという点から見えてくる問題もある。日本においては、国立国会図書館が「近代デジタル・ライブラリー」⁽⁶⁸⁾に加え、有料配信を計画中⁽⁶⁹⁾であるとの報道がある一方、フランスでは国

木秀美＝山田健太＝砂川浩慶編著『放送法を読み解く』（商事法務、2009年）、齊藤愛「放送の自由」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〔第2版〕』（有斐閣、2009年）397頁。

⁽⁶⁶⁾ いわゆるIPマルチキャスト放送をめぐる議論については、『文化審議会著作権分科会（IPマルチキャスト放送及び罰則・取締り関係）報告書（平成18年8月）』（2006年）〔文化審議会報告書については、<http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/index.html>で入手可能〕、茶園成樹「著作権法の最近の諸問題——権利制限に関する3つの問題」ジュリスト1326号（2007年）70頁。また、通信と放送の融合をめぐる問題については、日経ニューメディア別冊『通信・放送融合時代の新ビジネス大全』（日経BP社、2007年）。

⁽⁶⁷⁾ Jan Rosén, *Freedom of Ideas, Facts, Concepts, Systems, Functional Features*, COPYRIGHT AND FREEDOM OF EXPRESSION: PROCEEDINGS OF ALAI STUDY DAYS, 19-20 JUNE 2006, pp.290 (ALAI 2008); 山口いつ子「国際メディア事業の展開と基本的情報の提供」ジュリスト1378号（2009年）121頁。

⁽⁶⁸⁾ <http://kindai.ndl.go.jp/>

⁽⁶⁹⁾ 読売新聞「国会図書館の本、ネット配信へ」（2009年9月30日）〔<http://www.yomiuri.co.jp/national/culture/news/20090930-OYT1T00006.htm>〕

立図書館がGoogleと提携する動きを示している⁽⁶⁰⁾。Google Booksの投げかけた問題は、多国籍メディア企業が伝統的な媒介機関と競争し得ることを示しており⁽⁶¹⁾、国家が文化多様性を確保するために、国家が自国の媒介機関を積極的に助成することの必要性について再考を促しているともいえよう。

第2に、表現の自由に関わる利益を媒介業者が主張するという事になると、いわゆる「会社の言論」の問題を抱え込むことになる⁽⁶²⁾。これは媒介業者の責任にとどまらない効果を有する。

特に、日本法の文脈においては、職務著作（著作権法15条）が広範に認められ、著作財産権と著作者人格権の双方が法人に帰属する。これまで直接侵害の局面において、法人が権利行使を行なうに当たり、憲法上の表現の自由を持ち出すことはほとんどなかったと思われる（少なくとも筆者は寡聞にして知らない）。しかし、媒介業者の責任の局面で表現の自由に関する議論が活発化すれば、余波は当然、著作権法全体に及ぶであろう。ある意味で「パンドラの箱」を開ける効果を有するようにも思われる。

これまでにも、法人が著作者人格権を行使し、実際には経済的利益を追求するといった事態が見受けられた⁽⁶³⁾。つまり、ここで指摘したいのは、法人の権利行使がはらむ問題点に、知的財産法学は決して敏感ではなかったのではないかという危惧である。知的財産法が憲法論を展開することは、法人による主張という難問に積極的に向き合う覚悟を知的財産法学としても持たねばならないことを意味する。

⁽⁶⁰⁾ 「フランス国立図書館とGoogleの連携をめぐる動向」カレントアウェアネス・ポータル（2009年9月2日）〔<http://current.ndl.go.jp/e969>〕。

⁽⁶¹⁾ 岩瀬ひとみ「公共のアーカイブにおけるデジタル技術利用の促進」寺本振透編集代表『解説改正著作権法』（弘文堂、2010年）96頁。

⁽⁶²⁾ 蟻川恒正「会社の言論」長谷部恭男＝中島徹編『憲法の理論を求めて——奥平憲法学の継承と展開』（日本評論社、2009年）131頁。

⁽⁶³⁾ 最判平成13年2月13日民集55巻1号87頁〔ときめきメモリアル事件〕。拙稿「ゲームソフトと同一性保持権——ときめきメモリアル事件最高裁判決を素材に——」中山信弘編『知的財産権研究V』（レクシスネクシス・ジャパン、2008年）103頁。

(3) 国際的側面と「表現の自由」の関係

媒介業者の法的責任を問う訴訟においては、その国際的広がりから、国際私法や国際民事訴訟法で議論されるところの国際裁判管轄、準拠法及び外国判決の承認執行も問題となり、そこにおいて表現の自由との関係が顕在化する⁽⁶⁴⁾。ここでは準拠法が問題となる一例を挙げよう⁽⁶⁵⁾。

A国のサービスプロバイダZ社がインターネット上で掲示板を運営しているとする。Y (B国在住とする) が、Xの著作物を無権原でZ社の掲示板にアップロードし、その結果、C国において著作権侵害が問題となった。XはYのなした直接侵害に対して責任追及を行うと同時に、Z社に対しても法的救済を求めようとするが、Z社に対する責任の準拠法をどのように考えればよいだろうか。

1つの考え方としては、本件で著作権の直接侵害がC国において発生していることを捉え、媒介業者の責任についても、直接侵害の結果発生地法(すなわちC国法)を適用する立場があり得よう⁽⁶⁶⁾。もっとも、仮にC国が媒介業者の責任について非常に厳しい規定を置いていた場合には、Z社にとっては不意打ちになる。Z社はいかなる国のユーザーが掲示板を利用し、どこの国に向けて侵害行為を行うのかということを完全には把握できない。

⁽⁶⁴⁾ 一例として、*Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre le Racisme*, 433 F.3d 1199 (9th Cir. 2006), cert. denied 547 U.S. 1163 (2006).

⁽⁶⁵⁾ 媒介業者の責任の準拠法については、Graeme B. Dinwoodie, Rochelle Dreyfuss and Annette Kur, *The Law Applicable to Secondary Liability in Intellectual Property Cases*, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1502244

知的財産権侵害の準拠法については、拙稿「知的財産権侵害の準拠法」河野俊行編『知的財産権と渉外民事訴訟』(弘文堂、2010年) 280頁; Ryu Kojima, Ryo Shimanami and Mari Nagata, *Applicable Law to Exploitation of Intellectual Property Rights in the Transparency Proposal*, in Jürgen Basedow, Toshiyuki Kono and Axel Metzger (eds.), *Intellectual Property in the Global Arena: Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US* (Mohr Siebeck 2010), pp.179.

⁽⁶⁶⁾ THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *INTELLECTUAL PROPERTY: PRINCIPLES GOVERNING JURISDICTION, CHOICE OF LAW, AND JUDGMENTS IN TRANSNATIONAL DISPUTES* 125 (2008).

侵害行為が起きないように結果の除去を行う注意義務がZ社に存在するとしても、世界各国の法を全て調査し、それをクリアする除去手段を講じておかなければならないのかどうか。媒介業者が現代社会において果たす前述の役割の大きさに照らせば、その営業の自由との権衡を失って過大な制約となり、必要以上に営業活動を委縮させる結果をもたらすであろう⁽⁶⁷⁾。

そこで、もう1つの考え方として、媒介業者の「常居所地 (habitual residence)」の法を適用する見解があり得よう。侵害の結果除去について、確かに媒介業者に一定の注意義務が存在することは事実であるものの、媒介業者は常居所地法に依拠してビジネス展開する部分が大きく、これを基準として責任を課すことは何ら問題なかろう。加えて事実認識として、社会で影響力を有する媒介業者の多くは先進国に常居所地を有しており、ここでの著作権保護は国際条約の定める要求をクリアしており相対的にも水準が高い。したがって、それらの国の法が適用される限りにおいては、被害者(権利者)にとってもさほど酷な結果とはならないのではないかと考えられる。

もっとも、常に媒介業者の常居所地法を準拠法として適用すると、媒介業者が意図的に常居所地を著作権の保護水準の低い国に置き、そこから侵

⁽⁶⁷⁾ インターネット上では、被疑侵害者がアップロード行為を行うことにより、全世界において、同時発生的に著作権侵害が発生する。これを通常の著作権侵害とは区別し、「ユビキタス侵害 (ubiquitous infringement)」と呼ぶことがある。「ユビキタス侵害」においては、全世界での侵害問題について特定国の法を一括して適用すべきとの見解が有力である(例えば、ALI 原則321条(前掲注64)、CLIP 原則3:603条(See European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property (Third Preliminary Draft)*, available at, <http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/draft-clip-principles-01-09-2010.pdf>)、「日本法の透明化」プロジェクト立法提案302条(<http://www.tomeika.jur.kyushu-u.ac.jp/ip/pdf/Transparency%20RULES%202009%20Nov1.pdf>)など。なお、ALI、CLIP及び「透明化」の3つの案については、河野編・前掲注(65)に日本語訳が掲載されている(CLIP原則の翻訳については、第2次草案である)。その場合に、媒介業者が全く予期していない国の法が一括して適用されることには躊躇を覚える。詳細は、拙稿・前掲注(65)300頁参照。

害行為を行うのではないかという懸念は払拭できない。これが余りにも事態として顕在化するようであれば、何らかの調整弁として、直接侵害の結果発生地の法を適用するという帰結も併せて検討されなければならないであろう。

さらに、権利者と媒介業者の利益に加え、前述する利用者の表現の自由に関する利益も考慮に入れる必要がある。利用者は情報発信を行なうに当たり、媒介業者に依存しているのであるから、この観点を軽視するべきではない。

上述のような場合に、媒介業者の責任を考える上で、どこの国の法を適用するのかということにより、結論は大きく異なる可能性がある。媒介業者の責任についての準拠法の議論は、国際的にも堵に着いたばかりであるが、ここでは表現の自由に関する問題に一定の道筋を付けておかないと、権利者、媒介業者、そして一般利用者の利益を害するような形で準拠法決定がなされる可能性があることを指摘しておきたい。

準拠法選択という国際私法のルートを通じ、実質法の適用局面において、他国の憲法規範が国内法秩序との関係で妥当する可能性が出てくるということであり⁽⁶⁸⁾、自国の憲法秩序と外国の憲法秩序の関係という議論に発展する余地を残しているように思われる。知的財産法も憲法も、従来の議論は典型的な「属地主義」であった。しかしながら、媒介業者の責任の準拠法の問題は、そういった思考を私たちに許さない状況を突き付けつつある。

4. 結語

本稿では、従来の議論の展開を踏まえつつ、著作権を文化政策の中に位置付けるとともに、媒介業者の責任を切り口として、現在の著作権法が表現の自由との関係で抱える問題点の一端を描き出すことを試みた。

ここで明らかになったことは、デジタル化・ネットワーク化の進展に伴

⁽⁶⁸⁾ 山元一「〈グローバル化〉の中の憲法学」長谷部恭男ほか編『岩波講座 憲法 第5巻 グローバル化と憲法』(岩波書店、2007年)228頁、井上典之「国境を超える立憲主義」ジュリスト1378号(2009年)39頁。

い、図書館、Google や集中管理団体といった媒介業者や媒介機関、つまり創作者、権利者及び利用者の結節点に位置する存在を著作権法にいかにか適切に位置づけるかという現代的課題であった。

前述のとおり、2009年から2010年にかけては、近代著作権法の先駆けをなすアン女王法の成立300年記念に当たる。もっとも、それを記念するべく開催された2009年6月の国際著作権法学会ロンドン大会は、その前後に降って湧いた Google Books和解案への対応をめぐり、会議は大揺れであった⁽⁶⁹⁾。しかし、筆者にとっては、著作権法300年を祝すイベントにおいて、Google がいわば「影の主演」とでもいうべき地位にあったことは単なる偶然の一致とは思われない。

そもそも著作権法の原型は、書籍業者という、現代から見れば媒介業者の保護であり、アン女王法成立後の様々な法廷闘争も含めた争いは、書籍業者がいかにか権力を保持し続けられるかということが主眼であった。デジタル時代の進展とともに、媒介業者の有する意義が増しつつある現在こそ、その歴史的展開の再検討が必要とされている時代はないように思われる。著作権法の古典的問題が、デジタル技術の登場と発展により改めて問い直されつつあるということを示しており、このような「温故知新」こそが、法律学を学ぶ醍醐味の1つであると言えるだろう。

本稿で取り上げた課題に加え、最近のヨーロッパで議論になっているように、著作権侵害を行っている利用者に対し、ネット接続業者が捜査機関に個人情報を提供する問題⁽⁷⁰⁾、あるいはサービスプロバイダとネット接続業者が侵害者の情報を共有し、インターネットへの接続を強制的に遮断する(いわゆる「接続切断」と「スリー・ストライク・ルール」)問題など、媒介業者を取り巻く問題は、何れも表現の自由に密接に関わるものとなりつつある。

本稿では、著作権と表現の自由について、文化芸術政策との関連性に着目しつつ、媒介業者の果たす役割に焦点を当てた検討を行った。憲法の門

⁽⁶⁹⁾ 拙稿・前掲注(4)2頁参照。

⁽⁷⁰⁾ Productores de Música de España (Promusicae) v. Telefónica de España SAU (Case C-275/06)[<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006C0275:EN:HTML>]

論 説

外漢の筆者に考察の機会を与えていただいたことに感謝するとともに、忌憚のないご批判を頂戴できれば幸いである。