



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究（5）
Author(s)	比良, 友佳理
Citation	知的財産法政策学研究, 49, 25-76
Issue Date	2017-05
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/66020
Type	departmental bulletin paper
File Information	49_02hira.pdf



デジタル時代における著作権と表現の自由の 衝突に関する制度論的研究(5)

比 良 友佳理

目次 序

1. 研究の背景
2. 本研究の構成

第一章 著作権と表現の自由の関係性

1. 著作権法対修正一条をめぐる合衆国最高裁判決（以上、第45号）
2. 「表現の自由のエンジン」としての著作権
3. 表現の自由の保護法益
4. 表現の自由を制限する著作権の本質
5. 小括（以上、第46号）

第二章 デジタル時代の著作権と表現の自由—緊張関係の揺らぎ

1. 著作権制度と複製技術の進歩の関係
2. 近年の著作権立法をめぐる動き
3. 表現の自由の変貌
4. 小括（以上、第47号）

第三章 著作権に内在する調整原理による調整に対する批判的検討

1. 著作権に内在する調整原理で解決済みか？
2. アイディア・表現二分論による調整
3. 制限規定による調整
4. 著作権の存続期間による調整
5. 著作権法に内在する調整原理による解決の問題点（以上、第48号）

第四章 著作権法に対する違憲審査基準

1. 著作権の憲法上の位置づけ
2. 二重の基準論と厳格審査の正当性
3. 著作権法の立法過程が抱える問題とそれに対する審査基準（以上、本号）
4. 著作権法に対する厳格審査論をめぐる論争

第五章 著作権と表現の自由の問題に対して司法と立法が果たすべき役割

第六章 著作権と表現の自由を論じる意義と残された課題

第四章 著作権法に対する違憲審査基準

1. 著作権の憲法上の位置づけ

この章では、著作権を表現規制立法の1つとして捉えることを前提に、著作権法に対する合憲性審査がどうあるべきかを検討していく。はじめに、著作権はそもそも憲法上どのような権利として位置づけられるのかを検討する。続いて、表現規制立法に対する審査基準一般に関する憲法学における議論について概略を示した上で、さらに著作権法の特性について焦点を当てながら、著作権と表現の自由の関係について司法と立法が果たすべき役割について論じる。

著作権法に対する合憲性審査を考える上で、まずは著作権の憲法上の位置づけについて考察しておこう。日本国憲法の中には、「著作権」や「知的財産権」といった語は登場せず、著作権の憲法上の位置づけは文言上必ずしも明らかではない。アメリカ合衆国憲法には前述のとおり特許・著作権条項があり、特許権と著作権は憲法が保障する権利であること、そして連邦議会がそれらに関する法律を制定する権限を持つことが明確化されているのとは対照的であるといえよう。

それでは、著作権は憲法上の権利ではないということになるのか。我が国では著作権と表現の自由の関係が盛んに議論されるようになったのがごく近年であるということもあってか、著作権の憲法上の位置づけについて言及する文献が豊富であるとはいえない。それでも学説の中には、著作権をはじめとする知的財産権は「財産権」であるから、憲法29条の「財産権」にその源流を求めているとみられる見解が多数を占めている。実際、多くの憲法学の概説書においては、憲法29条の「財産権」の具体例として、著作権などの無体財産権が列挙されている²⁵⁴。また、著作権法は財産法と

²⁵⁴ 宮澤俊義(芦部信喜(補訂))『全訂 日本国憲法』(日本評論社・1978年)286頁(『財産権』とは、すべての財産的権利をいう。所有権そのほかの物権だけでなく、無体財産権も、債権も、営業権も…財産権の性格を有するかぎりにおいて、これに含まれる)、小林孝輔＝芹沢斉(編)『基本法コンメンタール 憲法』(第5版・日本評論社・2006年)213頁[中島茂樹]「財産権には所有権やその他の物権や債権に

しての側面だけでなく情報政策に関する経済的立法であると述べつつも、「著作権のような財産権」の新たな規定の創設が今後の経済社会の枠組みを決定する構造規制となることもあり、こうした構造規制は、「憲法29条1項の財産権の保障規定に従い、公共の福祉に適合するよう定められている」と述べる学説もある²⁵⁵。

確かに、知的「財産権」という名前に素直に従って文字どおり「財産権」の一種であると捉えることは可能であり、自然な考え方であるかもしれない。だが、通常の財産権とは異なり、知的財産権は政策的に国家が設定したものであるという側面がある。例えば、著作権であれば「文化の発展」(著作権法1条)という一定の政策目標を実現するために国家が人工的に創り出した権利といえる。これは、市場を通じた創作の対価回収を容易にすることで創作者にインセンティブをもたらすというインセンティブ論を採用する場合において特に顕著にいえるだろう。さらに、著作権法が創作者に与える権利として、著作者の人格的な利益を保護する著作者人格権が存在する。これは、有体物に対する財産権にはない特徴であり、それらと一括りにはできない側面があるということの意味するだろう。著作権法はしばしば、“物権的権利”であるといわれることがあるが、それはあくまでも法制度の保護構造を所有権的構成から借用してきたということを意味するにすぎず、情報という無体物を保護の客体とする著作権は、有体物を客体とする所有権と、その性質において峻別されなくてはならないだろう²⁵⁶。

とどまらず、著作権・特許権などの無体財産権…など、およそ財産的性質を有する一切の権利が含まれる」、松井・前掲注(161)『日本国憲法』583頁(「財産権は、一切の財産的価値を有する権利を意味すると解されている。したがって、物権・債権だけでなく、無体財産権(特許権・著作権)…を含むとされている」、毛利透＝小泉良幸＝浅野博信＝松本哲治『LEGAL QUEST 憲法Ⅱ 人権』(有斐閣・2013年)271頁、戸松秀典＝今井功(編著)『論点体系判例憲法2～裁判に憲法を活かすために～』(第一法規・2013年)181頁等。

²⁵⁵ 今村・前掲注(73)「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」82頁。

²⁵⁶ 中山・前掲注(246)『著作権法』25-26頁、金井高志『民法でみる知的財産法』(第2版・日本評論社・2012年)53-75頁。また、安藤高行(編)『憲法Ⅱ 基本的人権』

学説の中には、知的財産権の法的なバックグラウンドは憲法上の財産権であり憲法によって肯定・許容されているとしつつも、政策的権利であることから「人権」とまではいえず、「法律上の権利」であると捉える見解もある²⁵⁷。

むしろ、社会が多様な著作物・文化を享受できるようにしつつ、著作者の経済的・人格的利益も保護する権利だという点を強調すれば、憲法13条が保障する幸福追求権から派生した権利と捉えることが可能かもしれない。学説では、インセンティブ論に立脚した上で、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13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」²⁵⁸とする見解がある。この説によれば、著作権は国民全般の権利から切り離された特定の個人（著作者等）の基本的人権を保障する制度ではないため、著作権の権利としての実効性が欠けるという場合であっても、基本的人権の侵害を理由に司法が立法に介入して著作権の保護の拡張を促すべきということにはならないという²⁵⁹。ただしこの見解に対しては、著作権の正当化根拠についてインセンティブ論に立つことと憲法上の根拠が13条になることの相関関係が見えないという批判もある²⁶⁰。

また、著作権制度は適切に運用される限り、個人権としての表現の自由の制約と引き換えに、「公共財としての表現空間」というより高次の表現

（法律文化社・2001年）234-235頁[角松生史]は財産権の正当化根拠として個人の権利の観点と社会全体の福利増進の観点という2つの観点があるとした上で、知的財産権と土地所有権を暗黙のモデルとする通常の財産権とでは利用による財の劣化の有無が異なるとして区別し、知的財産権を付与したほうがよいか否か、文化・産業の発展にとってどちらが望ましいかの判断は、「人権」の観点ではなく福利増進のための合理的制度設計の観点に基づくべきであると指摘する。

²⁵⁷ 志田陽子『表現者のための憲法入門』（武蔵野美術大学出版・2015年）112頁。

²⁵⁸ 田村・前掲注(205)「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」129頁。また、同『競争法の思考形式』（有斐閣・1999年）52頁も参照。

²⁵⁹ 田村・前掲注(205)「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」129頁。

²⁶⁰ 大日方・前掲注(15)『著作権と憲法理論』31頁。

の自由を保障するものであるとする見解や²⁶¹、著作権を文化政策の1つとして捉え、表現の自由を支える存在であるとする見解²⁶²が唱えられていることは前述したとおりである。これらの学説は著作権制度のもたらす便益が憲法上の価値にとってどのような意味を持つのかという点を検討する文脈で示された見解であるため、おそらく著作権の憲法上の基礎づけを積極的に論じたものではないと思われるが、著作権制度を憲法21条（表現の自由）の枠組みで捉えたものとしてそれを分類する見方もある²⁶³。

このほか、「文化的生存権」として憲法25条に基づき「文化的基本権」の概念を導き出す見解が唱えられている²⁶⁴。従来、憲法25条が保障する「健康で文化的な最低限度の生活」というところの「文化性」は専ら経済生活面に限定して解されてきたため、25条に基づき文化権を観念するこの見解はやや異色であるというべきかもしれないが、文化に関わる法律として様々な法制度を挙げる際に、しばしば著作権法がその1つとして位置づけられることに鑑みると²⁶⁵、仮に「文化権」が観念できるとした場合には、

²⁶¹ 横山・前掲注(75)「著作権の立法と表現の自由に関する一考察—アメリカのCTEA憲法訴訟を素材として—」73-75頁。

²⁶² 小島・前掲注(77)「著作権と表現の自由」(新世代法政策学研究8号)260-263頁、同・前掲注(77)「著作権と表現の自由」(『憲法問題21』)79-80頁。

²⁶³ 大日方・前掲注(15)『著作権と憲法理論』31頁、丁文杰「知的財産権・不法行為・自由領域(1)―日韓両国における規範的解釈の試み―」知的財産法政策学研究46号(2015年)218-221頁。

²⁶⁴ 駒村・前掲注(86)「〈基調報告〉国家と文化」134頁。

「国家からの自由」に基づく文化に関連する規定を「自由権的文化権」、文化振興の基本理念となり、文化行政を公共的に正当化する根拠となる権利を「社会的文化権」と観念した上で、後者は日本国憲法の中では明確に呈示されていないと認めつつも、憲法25条を「よりよき生存」への積極的思考と価値目的の意義を内在した規定と捉え、民主憲法の本質や日本が批准する世界人権宣言や国際人権規約に照らし「文化的基本権」概念を提唱するものとして、小林真理『文化権の確立に向けて—文化振興法の国際比較と日本の現実』(勁草書房・2004年)41-48頁。また、小林直樹『憲法の構成原理』(東京大学出版会・1961年)337頁、佐藤一子『文化協同の時代—文化的享受の復権』(青木書店・1989年)2-23頁も参照。

²⁶⁵ 小林・前掲注(264)『文化権の確立に向けて—文化振興法の国際比較と日本の現実』57-58頁は著作権法の憲法上の位置づけに言及はしていないが、著作権法を文

それと著作権との間に何らかの結びつきが見出せる可能性があるかもしれない。

また、日本国憲法から少し離れて国際的な人権条約に目を向ければ、例えば世界人権宣言27条1項では「全て人は、その創作した科学的、文学的又は美術的作品から生ずる精神的及び物質的な利益を保護される権利を有する」との文言を見つけることができ、ここでは文化的な権利の1つとして著作権が念頭に置かれていると思われる。また経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（社会権規約、A規約）15条1項(c)にも、締結国の全ての者の権利として、「自己の科学的、文化的又は芸術的作品により生ずる精神的及び物質的利益が保護されることを享受する権利」が挙げられている²⁶⁶。

これら国際条約の存在を1つの根拠として、著作権は「人権」である、といわれることがあるが²⁶⁷、それらの学説がいう「人権」が果たして憲法上の「人権」を意味しているのかという問題や、国際条約上「人権」の1つであるとしても、日本国憲法の人権保障規定との関係ではどの条文に関係するのかといった問題など、日本国憲法との関係については判然としない部分も多い²⁶⁸。学説においても、国際的に保護のコンセンサスのある知的

化関連法規の1つとして挙げている。

²⁶⁶ 知的財産権と国際的な人権条約の規定との関係について詳しくは、鈴木将文「財産権の保護（保障）と知的財産」設楽隆一ほか（編）『現代知的財産法 実務と課題 飯村敏明先生退官記念論文集』（発明推進協会・2015年）3頁、茶園成樹「産業財産権と人権」国際経済法学会（編）『国際経済法講座Ⅱ 取引・財産・手続』（法律文化社・2012年）445頁、松井章浩「国際人権条約における知的財産」立命館法学363・364号（2015年）811頁。特に著作権と国際的な人権条約の関係については、鈴木将文「国際著作権―動向と展望」国際経済法学会（編）・前掲『国際経済法講座Ⅱ 取引・財産・手続』464頁。欧州の状況につき、山根裕子「知的財産権と人権―議論枠組みの変遷―医療品アクセスを中心に―」知的財産研究所『国際知財制度研究会』報告書（平成27年度版）（2016年）137-138頁。

²⁶⁷ 加戸守行「人権としての著作権」著作権研究40号（2014年）5頁も参照。

なお、世界人権宣言は加盟国に対する理念的合意形成を趣旨としており、法的拘束力はないことに注意。

²⁶⁸ 著作権は世界人権宣言や国際人権規約にも規定されている人権の1つであると

財産権は上記社会権規約15条1項(c)が定める権利に位置づけることが可能であるとしつつも、既にパリ条約やベルヌ条約等の国際条約という明確な根拠がある以上、あえて人権による根拠づけ・正当化をする必要性は乏しく、かえって功利主義的正当化との接合の困難さから、人権理論を持ち込むことは混乱をもたらすのではないかという指摘がなされている²⁶⁹。そもそも、知的財産権が「人権」の1つであるとしても、それと同時に「人権」たる知的財産権が他の「人権」と衝突し合ったり補完し合ったりする関係になるということは十二分にありえる。それゆえに、知的財産権と人権は相対立するという理解 (conflict approach) と共存しうるという理解 (coexistence approach) がありえるわけであって²⁷⁰、国際条約上、知的財産

した上で、日本国憲法の29条を引用し、「憲法が『法律で定める』と規定する『法律』のひとつが『著作権法』」であって「著作権は、思想・信条・良心の自由、表現の自由、学問の自由、生存権、勤労する権利、教育を受ける権利などと並ぶ、様々な『人権』のひとつなのです」と述べる文献として、岡本薫『インターネット時代の著作権—もうひとつの「人権」〈2004年版〉』(全日本社会教育連合会・2004年) 12頁。

また、世界人権宣言27条1項は「著作物が人の基本的人権の対象、すなわち、客体であることを宣言する」ものと捉え、その上で憲法29条の財産権に著作権が含まれることは「言うまでもない」とするものとして、浜田治雄『知恵の守護法(著作権法編)』(三恵社・2007年) 10頁。

²⁶⁹ 鈴木将文「知的財産と人権の関係について」国際貿易投資研究所公正貿易センター『国際知財制度研究会』報告書(平成24年度版)(2013年) 50頁。さらに、法人等の使用者を「著作者」とみなし、著作財産権のみならず著作者人格権を、実際に創作を行った自然人ではなく法人に原始的に帰属させる日本の職務著作制度(著作権法15条)は社会権規約15条1項(c)と整合的に説明できないとも指摘している。

²⁷⁰ Estelle Derclaye, *Intellectual Property Rights and Human Rights: Coinciding and Co-operating*, in *INTELLECTUAL PROPERTY AND HUMAN RIGHTS – ENHANCED EDITION OF COPYRIGHT AND HUMAN RIGHTS* 134 (Paul L.C. Torremans ed., Kluwer Law International 2008).

また、知的財産権は所有権の外観を有するが、所有権の付与により促進される「開発の権利」という人権の保障と重なり合う部分もあり、権利として多様な側面を有していると指摘し、知的財産権の所有権的側面と人権的側面は「すべての個人による開発の促進と利益の享受の保障」という共通目的を追求するものとして、コイン

権が「人権」にカテゴライズされることがあるということをもってしても、我が国において著作権が憲法上保障された基本的人権の1つとして位置づけられるということは、直ちには導き出されないように思われる。

いずれにせよ、日本国憲法上、著作権ははっきりとした裏づけがあるわけではないので、そもそも著作権が本当に憲法上保障された権利なのかという点に疑いの目を向けることも不可能ではないだろう。

ところで、私人Aが私人Bの著作権を侵害するという紛争においては、Aの表現の自由とBの著作権という2つの権利が対立することになるが、ここで著作権が仮に憲法上の権利だと仮定した場合、私人間において憲法上の人権規定が効力を有するのか、私人間の権利の衝突に憲法規範が及ぶのかという、私人間効力の問題が生じることになる²⁷¹。そもそも、憲

の表裏の関係にあると述べるものとして、浅野有紀「国際知的財産法制に関する分配的正義および人権の観点からの考察」浅野有紀＝原田大樹＝藤谷武史＝横溝大(編)『グローバル化と公法・私法関係の再編』(弘文堂・2015年)193-195頁、同「国際知的財産法制に関する分配的正義および人権の観点からの考察」同志社法学67巻4号(2015年)415頁以下。

²⁷¹ 私人間効力に関する研究としては以下で掲げる文献のほか、小山剛「基本権の私人間効力・再論」法学研究78巻5号(2005年)39頁、同「私法関係における基本権の保護－基本権の私人間効力と国の保護義務」慶応義塾大学法学研究65巻8号(1992年)23頁、同「憲法は私法をどこまで縛るのか－憲法の優位と私法の独自性」新世代法政策学研究11号(2011年)23頁、君塚正臣「法律行為と憲法の第三者効力論－日本の憲法学は憲法の私人間効力をどのように考えていくべきか(1)」関西大学法学論集52巻4・5号(2003年)138頁、同「不法行為における女兒逸失利益と憲法の第三者効力論－日本の憲法学は憲法の私人間効力をどのように考えていくべきか(2)」横浜国立大学エコノミア54巻1号(2003年)9頁、同「表現による不法行為と憲法の第三者効力論(1)(2・完)－日本の憲法学は私人間効力をどのように考えていくべきか(3の1)(3の2)」横浜国際経済法学12巻1号(2003年)39頁・12巻2号(2004年)41頁、同『憲法の私人間効力論』(悠々社・2008年)、松原光宏「私人間における権利の保障」小山剛＝駒村圭吾(編)『論点探求憲法』(第2版・弘文堂・2013年)89頁、三並敏克『私人間における人権保障の理論』(法律文化社・2005年)、棟居快行「私人間適用」同『人権論の新構成』(信山社・1992年)1頁、木下智史「私人間における人権保障と裁判所・再考－私人間効力論を超えて」佐藤幸治先生還暦記念『現代立憲主義と司法権』(青林書院・1998年)205頁、西村枝美「土壌なき憲

法が規定する様々な基本的人権は、国家に対して向けられたものであり、特に自由権は対国家的な権利であるという理由から、日本国憲法が制定されて暫くの間は、この問題は認識されてこなかった²⁷²。それでも、大企業などの巨大化した私人（社会的権力）²⁷³による人権侵害を看過すべきではないという認識が高まるとともに、1960年代頃から、日本においても人権保障規定が私人間の関係に及ぶのかという論点が学会で議論され始めた²⁷⁴。その結果、学説では、あくまでも人権規定の名宛人は国家であるという前提に立ち私的自治を尊重する無効力説²⁷⁵、社会的権力による人権侵害にも人権規定は及ぶべきとする直接適用説²⁷⁶、私的自治の原則の尊重と私人間の人権侵害の除去の両立を試みるべく、私法上の一般規定に憲法上の人権

法の私人間適用問題」公法研究66号(2004年) 265頁、巻美矢紀「私人間効力の理論的意味」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点』（第2版・有斐閣・2009年）259頁。

²⁷² 例えば、美濃部達吉(宮沢俊義増補)『憲法概論』（有斐閣・1965年）85頁、佐々木惣一『改訂 日本国憲法論』（有斐閣・1952年）391頁等。

²⁷³ 芦部・前掲注(156)『憲法』110-111頁は、資本主義の高度化に伴い「企業、労働組合、経済団体、職能団体などの巨大な力を持った国家類似の私的団体が数多く生まれ、一般国民の人権が脅かされるという事態が生じ」としていると指摘し、さらに最近では都市化・工業化による公害問題、情報化社会の下でのマス・メディアによるプライバシー侵害などを「社会的権力」による人権侵害の具体例として挙げている。この点を、著作権法をめぐる政策形成過程に照らし合わせると、巨大化した多国籍企業や著作権産業が、私人でありながら国家並みに強い影響力を持ち、積極的な権利行使や著作権の拡大を目指すロビー活動を行うことで、一般ユーザーの表現の自由を脅かしているという状況は、私人間効力論が生まれた背景と共鳴する部分があるかもしれない。

²⁷⁴ 芦部信喜「人権保障規定の私人間における効力」公法研究26号(1964年) 19頁。

²⁷⁵ 高橋和之『「憲法上の人権」の効力は私人間に及ばない—人権の第三者効力論における「無効力説」の再評価』ジュリスト1245号(2003年) 137頁、同「人権の私人間効力論」高見勝利＝岡田信弘＝常本照樹(編)『日本国憲法の再検討』（有斐閣・2004年）1頁、同「現代人権論の基本構造」ジュリスト1288号(2005年) 110頁、同「人権論のパラダイム—私人間効力論を中心にして」憲法問題17号(2006年) 36頁、同「私人間効力とは何の問題で、何が問題か」法律時報82巻5号(2010年) 59頁。

²⁷⁶ 稲田陽一『憲法と私法の接点』（成文堂・1970年）25頁、田上穠治『憲法要説』（白桃書房・1955年）75頁、橋本公亘『日本国憲法』（有斐閣・1980年）171頁等。

を読み込むという間接適用説²⁷⁷、さらには私人A B間の関係を国家とA、国家とBという2つの関係に分解し、裁判所がAとBに対し基本権保護義務と基本権尊重義務を負っていると捉え、過小保護の禁止と過剰介入の禁止を守りながら2つの義務の衡量として関係を再構成する保護義務論²⁷⁸などの様々な議論が咲き乱れることになる。この私人間効力の問題について最高裁は、最大判昭和48.12.12民集27巻11号1536頁〔三菱樹脂事件〕²⁷⁹において間接適用説を採用したと一般に理解されている²⁸⁰。

²⁷⁷ 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣・1994年）290頁、同『現代人権論』（有斐閣・1974年）58頁以下。

²⁷⁸ 山本敬三「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」田中成明（編）『現代法の展望 自己決定の諸相』（2004年）3頁、同『公序良俗論の再構成』（有斐閣・2000年）199頁以下、同「現代社会におけるリベラリズムと私的自治—私法関係における憲法原理の衝突（1）（2）」京都大学法学論叢133巻4号（1993年）1頁・5号（1993年）1頁、同「憲法と民法の関係—ドイツ法の視点」法学教室171号（1994年）47頁、同「基本権としての民法」ジュリスト1126号（1998年）261頁、同「基本権の保護と司法の役割」公法研究65号（2003年）100頁。

²⁷⁹ 同最高裁判決は、私的自治を尊重すべきとの立場から直接適用説を批判した上で、私人間の権利侵害については「私的自治に対する一般的制限規定である民法1条、90条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用」によって対処すべきとの判断を示し、学生運動に参加した経歴を身上書と面接で秘匿する虚偽の申告をしていた原告を使用期間終了直前に本採用拒否した被告の行為について、企業の雇用の事由に基づき、採用の際の思想調査、思想に基づく雇い入れ拒否は当然に違法とはならないと述べた。

²⁸⁰ そのような一般的理解に対し、三菱樹脂最高裁判決やそれに追従する裁判例の採用する間接適用説は、私人の憲法上の権利主張を当該事件の判断から遮断するものとして機能しおり、間接適用説本来の機能が発揮されていない旨指摘するとともに、逆に私人間関係に憲法の人権保障の趣旨を読み込もうとする最三小判昭和56.3.24民集35巻2号300頁〔日産自動車男女別定年制事件〕や、憲法上の規定の効力を私法的な価値によって相対化する最大判昭和63.6.1民集42巻5号277頁〔自衛官合祀事件〕、最三小判平成元.6.20民集43巻6号385頁〔百里基地事件〕、あるいは私人間の人権衝突が問題になっているにもかかわらず私人間効力に全く言及しない裁判例もあるとして、最高裁の立場は一枚岩ではないと指摘するものとして、木下智史『人権総論の再検討—私人間における人権保障と裁判所』（日本評論社・2007年）12-25頁。

私人間効力をめぐる様々な議論がある一方、著作権侵害の構造の把握は、実は一筋縄ではいかないものである。というのも、私人Aと私人Bの間の権利侵害(著作権、表現の自由)に加え、著作権侵害を行った私人Aに対して国家が刑事罰をもってして規制するという、もう1つの側面を有しているからだ。したがって、私人間効力論につきどの説を採用しようとも、それとは別次元の問題として、国家対(著作権被疑侵害者である)私人Aの関係で、表現の自由の保障という人権問題が浮上してくることになる。

このように、著作権侵害の紛争は、純粋な私人間の関係に加え、国家が著作権侵害者を処罰するという国家対私人の関係も含むものである。私人Aの表現の自由と私人Bの著作権という2つの権利が衝突し合う時に、少なくとも国家対私人の公法的な関係において、憲法の人権規定の考慮が全く入り込む余地がないとは考えづらく、さらに無効力説を採らない限り、私人間の関係においても憲法上の人権規定を参照する必要性が生じると考えられる。

さて、ここまで著作権の憲法上の位置づけについて検討したが、果たして著作権が憲法上根拠づけられるのか、根拠づけられるとすればそれは何条に基づくのかという問題は、実際のところ、著作権と表現の自由のバランスを考える上で決定的な要素とはならないと考えられる。なぜなら、著作権が憲法上保障される何らかの「人権」であろうとなかろうと、そのことが、著作権が表現の自由との調整を免除される理由にはなりえないからである²⁸¹。仮に財産権あるいは幸福追求権の1つとして著作権が「人権」であるとしても、「人権」として公共の福祉に基づく制約に服することとなり、結局のところ、著作権者と著作物の利用者の利害調整を行う国家の行為が公共の福祉に適っているかこそが肝要となるからだ²⁸²。また、著作

²⁸¹ バレント・前掲注(72)『言論の自由』297-298頁も、諸外国において財産権は尊厳やプライバシー等の他の人権に比べ強い保護を受けていないこと、財産権と表現の自由が衝突した場合に裁判所は自動的に表現の自由を優先させるのではなく両者を比較衡量していることを指摘し、著作権がたとえ財産権だとしても、表現の自由との関係で審査を免れる特権的地位が得られるわけではないと指摘する。

²⁸² 大日方・前掲注(3)「著作権をみる憲法学の視点について」13頁、同・前掲注(82)「著作権と憲法理論」236頁は、著作権の根拠条文を模索する作業は副次的な事柄に

権が「人権」ではないとなれば尚更、「人権」ではない著作権と、以下で見るように様々な人権の中でも優越的地位にあるといわれる表現の自由という「人権」が衝突するという際には、著作権が表現の自由の過剰な規制となっていないかを慎重に審査しなければならないということになるはずである²⁸³。

2. 二重の基準論と厳格審査の正当性

前章で検討したように、著作権法に内在する調整原理の存在に依存してばかりでは適切な解決にはならないとなると、著作権法も他の表現規制立法と同様、違憲審査の対象となる。そして著作権が仮に憲法上保障される「人権」であるとしても、そのことを理由に無限定な保障が約束されるわけではない。そこで次に問題になるのは、表現の自由を規制する立法としての著作権に対し、どの程度厳格な審査基準を適用すべきかという点である。これは換言すれば、表現の自由への抵触が懸念される著作権法という議会の行った立法に対して、裁判所がどれだけ踏み込んでその政策判断に干渉することができるかという問題ともいえる。

ここでは、表現の自由の規制立法全般に対する違憲審査基準に関連した議論を概観した上で、特に著作権法という規制立法の特徴に焦点を当てながら、著作権法に対して裁判所が果たすべき審査のあり方を検討する。

さて、表現の自由を規制する様々な立法に対する違憲審査に関しては、表現の自由が憲法上優越的地位にあることを理由に、経済的自由よりも厚く保障すべきとする、いわゆる二重の基準論が、*Carolene* 事件最高裁判決²⁸⁴の *Stone* 判事による法廷意見「脚注 4」²⁸⁵において示唆されて以降、我が国

すぎないと指摘する。

²⁸³ 志田・前掲注(257)『表現者のための憲法入門』112頁は、法律上の権利にすぎず「人権」ではない著作権と、優越的権利ともいわれる重要な「人権」である表現の自由が衝突した場合には、切迫性のない理由や過剰な規制手段で表現の自由が制限されてはならないと指摘している。

²⁸⁴ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

²⁸⁵ 本文において社会経済立法には合憲性の推定が働くとした上で、そこに付され

においても様々な形で紹介され、その根拠をめぐっては数多くの学説が唱えられている²⁸⁶。以下では、二重の基準論の根拠に遡って、表現の自由の規制立法に対する審査基準のレベルを検討する手掛かりにする²⁸⁷。

二重の基準論の根拠については第一に、表現の自由は何らかの特別な価値があるという点に基づいて、審査基準における区別を正当化する考え方がある。ここではそれらを積極的正当化と呼ぶが、さらにその価値に関しても個人的価値に基づくものと社会的価値に基づくもので2つに分類することができる。個人的価値からの積極的正当化としては、論者によって表現は異なるが、表現の自由が個人の「自律」や「自己実現」、「自己充

た脚注4は、①立法が文面上、憲法規定で特別に規定している範囲(憲法の修正条項の最初の10箇条等)に反するか否かを審査する場合、②立法が政治プロセスを制限するものか否かを審査する場合、③立法が宗教的、民族的、あるいは人種の少数派といった、切り離され孤立した少数者(discrete and insular minorities)に向けられた偏見に当たるか否かを審査する場合、のいずれかに該当する場合には、合憲性の推定が働かない可能性を示唆した。つまり、①～③のいずれかに該当する場合には、経済規制立法とは異なり司法審査は緩和されず、厳格な審査基準が用いられるべきという、二重の基準論の萌芽となる考えがここから読み取れるのである。

Carolene 最高裁判決に関する邦語文献として、松井茂記「市民的権利の制限と司法審査のあり方」樋口範雄＝柿嶋美子＝浅香吉幹＝岩田太『アメリカ法判例百選』(別冊ジュリスト213号・有斐閣・2012年)46-47頁等。また、Carolene 最高裁判決によって誕生した二重の基準論は、当時のアメリカにおいては経済過程への国家介入を全面的に肯定する修正資本主義体制への移行を可能にする法的枠組みという役割を担っていたと分析するものとして、芹沢斉＝市川正人＝阪口正二郎(編)『新基本法コンメンタール 憲法』(日本評論社・2011年)244-245頁[中島徹]。

²⁸⁶ 米国における表現の自由の優越的地位論の歴史的展開を追ったものとして、有田伸弘「アメリカにおける『表現の自由論』の新動向」近畿大学法学49巻4号(2002年)31頁。

²⁸⁷ 以下の学説の分類は、阪口正二郎「表現の自由の『優越的地位』論と厳格審査の行方」駒村圭吾＝鈴木秀美編著『表現の自由Ⅰ－状況へ』(尚学社・2011年)558頁及び駒村圭吾「表現の自由の『価値』・『機能』・『成立条件』－『優越的地位論』・『思想の自由市場論』の再検討に向けての序論的考察」慶応義塾大学新聞研究所年報37号(1991年)99頁を参考にした。その他、二重の基準論に関する学説を概観する文献として、大河内美紀『『精神的自由の優越的地位』について』ジュリスト1400号(2010年)60頁。

足」「自己統治」を可能にするという意義に着目し、表現の自由特有の価値があることに、経済的自由に対する優越性を認める見解が唱えられている²⁸⁸。また、前述した「切り札」としての人権論も、個人の自立に根拠を求める権利として、表現の自由に対し実質的価値選択に基づいた保障をすべきであると主張している²⁸⁹。

他方、上記の見解を人権の価値序列に繋がるとして批判する立場からは、むしろ表現の自由の実体的価値ではなく、その外側にある社会的価値を重視する見解が唱えられている。ここではそれらを社会的価値からの積極的正当化と呼ぼう。具体的には、民主的な政治過程の維持における表現の自由の重要性を強調する芦部説がある²⁹⁰。それによると、表現の自由の保障は国民が主権者であるという前提を確保する上で重要であり、表現の自由がなければ民主的な政治過程は成り立たないという意味で、立憲民主制の政治過程にとって不可欠の権利であり、経済的自由とは異なる意義を有するという²⁹¹。

さらに、表現の自由に個人的価値が存在することを認めつつも、表現の自由が特に裁判所によって厚く保護されるべき理由を、憲法の統治機構の

²⁸⁸ 奥平・前掲注(91)『なぜ「表現の自由」か』8頁以下、伊藤正己『言論・出版の自由—その制約と違憲審査の基準』(岩波書店・1959年)306頁、内野正幸『憲法解釈の論点』(第4版・日本評論社・2005年)等。「自己統治」の価値に関しては奈須祐治「自己統治—言論の自由の『価値』と『法理』の架橋についての一試論」駒村＝鈴木(編)・前掲注(287)『表現の自由Ⅰ—状況へ』41頁が詳しい。

²⁸⁹ 長谷部・前掲注(102)『憲法』111-115頁。

²⁹⁰ 芦部・前掲注(156)『憲法』194頁。

²⁹¹ なお、芦部は従前、自身の二重の基準論の正当化根拠は人権それ自体の優劣に基礎を置くものではないとし、あくまでも精神的自由が政治過程と特別の関係にあることにその根拠を求めることを強調していたが(芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣・1981年)80頁)、その後、憲法は「実体的な価値の体系」と述べ、表現の自由を支える価値として自己統治、自己実現を挙げ、民主制の過程に直接関わる政治的表現以外の表現にも厳格基準による司法審査が求められると述べるようになった(芦部・前掲注(277)『憲法学Ⅱ 人権総論』221-223頁)。このことを捉えて、実体的価値に基づき人権それ自体の優劣に基礎を置く二重の基準論へと接近したのではないかという見方がある。新正幸『憲法訴訟論』(第2版・信山社・2010年)527-528頁。

枠組み内の権限配分の視点から説明する見解がある²⁹²。プロセス的二重の基準論と呼ばれる松井のこの見解は、様々な憲法上の権利をプロセス的権利と非プロセス的権利に分類した上で、民主主義プロセスに不可欠な権利は代表者である議会に信頼して託すことができず、そうした権利を確保するのは裁判所がふさわしいところ、表現の自由はこの「プロセス的権利」に該当する権利である旨主張する²⁹³。ここでは通常的二重の基準論が想定

²⁹² 松井・前掲注(161)『日本国憲法』115-116頁。

²⁹³ 松井茂記『司法審査と民主主義』(有斐閣・1991年)。プロセス的権利には、政治参加のプロセスに不可欠な権利と、政治参加のプロセスに関わる権利とがあり、不可欠な権利の中には、表現の自由のほか、思想・良心の自由や信教の自由、職業選択の自由、学問の自由、プライバシーの権利等が該当するといわれている。それに対し非プロセス的権利には、生存権や財産権、経済活動の自由、自己決定権などが分類されている。

松井のプロセス的二重の基準論はイリイのプロセス的司法審査理論の影響を強く受けたものであり、松井は単に日本にそれを紹介するのみならず、積極的に支持し日本の憲法解釈として採用することを試みた。イリイの理論については、ジョン・ハート・イリイ(佐藤幸治=松井茂記(訳))『民主主義と司法審査』(成文堂・1990年)、松井茂記「司法審査と民主主義—ジョン・ハート・イリイ教授の司法審査理論とその周辺(一)(二)」法学論叢109巻5号(1981年)27頁・110巻1号(1982年)18頁、葛西まゆこ「ジョン・ハート・イリイ：プロセス理論—実体的価値との距離」駒村ほか(編)・前掲注(91)『アメリカ憲法の群像』57頁、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(日本評論社・2001年)134頁以下、土井真一「司法審査の民主的正当性と『憲法』の観念—手続的司法審査理論の憲法的地平—」阪本昌成ほか『現代立憲主義と司法権』(青林書院・1998年)115-165頁。イリイのプロセス理論とドゥオーキンの理論を対比的に紹介・検討するものとして、中曾・前掲注(98)「民主主義のもとでの司法審査—権限アプローチの構築に向けて—」889頁。

だが松井によるプロセス的二重の基準論及びプロセス的司法審査理論は、学説においてかなり激しい批判にさらされている。表現の自由との関係で最も強くなされている批判は、松井が政治参加に必要なプロセスという点を強調しているのに対し、そうであれば厳格な審査基準が求められる表現が政治的表現に限定されるのではないかというものである。松井自身は、表現それぞれが異なる価値を有しており、表現に序列をつける考えではないと述べているものの、表現の自由を政治的なものに結びつけすぎている嫌いがあるのは確かであるように思われる。

また、松井は、多くの概説書が経済的自由あるいは精神的自由に組み込む、居住・

移転の自由や職業選択の自由、外国移住の自由、国籍離脱の自由といったものから、明文の根拠を欠く生命権（死ぬ権利の保障等）、身体の自由、名誉権、プライバシーの権利といったものまで、実に多岐にわたる権利を「政治参加のプロセスに不可欠な権利」として位置づけている。これらの様々な権利が本当に政治プロセスに関わるものといえるのかが疑問である上に、憲法の構造との間に齟齬が生じているという批判もある（君塚正臣「紹介・松井茂記著『日本国憲法』 関大法学論集50巻1号（2000年）214頁）。

さらに、プロセス的二重の基準論は全体として、政治を多元的な集団の交渉と取引の場であると捉えるプリュラリズム（多元主義）の政治観を前提に日本の憲法をプロセスを規定したものとして読みなおす考え方である（松井・前掲注（161）『日本国憲法』39頁。）。プリュラリズムと対照的な政治観としてはリベラリズムがある。リベラリズムは、他者と関係を持たない没政治的な私的個人を前提としているのに対し、プリュラリズムは、集団を形成して政治に参加する個人＝「市民」を想定して、市民がそれぞれ公益と考える利益を実現するため政治参加していくという政治観に基づいている。

しかし、プロセス的司法審査理論が前提とするプリュラリズムは多様な目的・利益の実現を目指す結社が自由に数多く形成され、人々がそうした集団に多元的に所属し、他社と連携しながら利益を追求することを許す政治風土と開かれた政治の回路が存在することが前提となっている。長谷部は、プリュラリズムを支える諸条件が社会に普遍的に備わっているかは疑わしく、特殊アメリカ的な理論であり、日本の現実の政治過程の分析を経ることなく米国で唱えられているプリュラリズムを前提としたプロセス理論をほぼそのまま日本に持ち込むことは妥当ではないと批判している（長谷部恭男「政治取引のバザールと司法審査」法律時報67巻4号（1995年）62頁）。

これに対する再反論として松井は、まさにそうしたプリュラリズムの作動を妨げる諸条件を除去するのがプロセス的司法審査理論であり、裁判所が市民の政治参加をプロセスによって保障すれば、プリュラリズムのメカニズムはきちんと作動するようになるとし、日本の現実の政治で、プリュラリズムのメカニズムがうまく機能してなくても、それはプリュラリズム自体の欠陥ではないと主張している（松井茂記「プロセス的司法審査理論 再論」米沢広一＝松井茂記＝土井真一（編著）『現代立憲主義と司法権』（青林書院・1998年）74-77頁）。

それでもなお反論があり、通常、利益集団が自分たちの要求を実現しようとする、開かれたところで議論するという迂遠な方法をあえて採るよりも、閉鎖的な所でエリート集団が固まって妥協を行うというコーポラティズムに行き着くはずであって、プリュラリズムはそのままでは機能せず、機能するためには何らかの前提

している精神的自由と経済的自由の対比ではなく、プロセス的権利と非プロセス的権利という対比が用いられている点に注意しなければならないが、いずれにせよ、民主主義プロセスにとって重要な役割を果たすという、表現の自由の社会的価値を強調するという点で、上記の芦部説を究極化したものといえるかもしれない。

芦部説と松井説に代表される、政治過程と表現の自由の関係に着目して二重の基準論を唱える見解に対しては、民主制の維持という「公益」の確保が第一次的な目標となりやすく、公権力から個人を解放するという「人権」論的な観点から捨象されるおそれがあるという批判が向けられている²⁹⁴ ²⁹⁵。

条件が必要なのではないかと再び批判を浴びている(毛利透「表現の自由の公共性」自由人権協会(編)『憲法の現在』(信山社・2005年)267-268頁)。

このほか、松井のプロセス的司法審査理論に批判的な見解として、長谷部恭男「司法審査と民主主義の正当性」法律時報69巻6号(1997年)49頁、同「憲法典というフェティッシュ」国家学会雑誌111巻11=12号(1998年)162頁、野中俊彦「書評・松井茂記『二重の基準論』」憲法理論研究会(編)『人権保障と現代国家(憲法理論叢書3)』(敬文堂・1995年)279頁、市川正人「最近の『二重の基準論』論争をめぐって」立命館大学政策科学3巻3号(1996年)3頁、同「違憲審査制と民主制」佐藤幸治=初宿正典=大石眞(編)『憲法五十年の展望Ⅱ』(有斐閣・1998年)297頁、土井真一「司法審査の民主主義正当性と『憲法』の概念—手続的司法審査理論の憲法的地平—」米沢ほか(編著)・前掲『現代立憲主義と司法権』115頁、棟居快行「プロセス・アプローチの司法審査観について」阿部照哉=高田敏(編)『現代違憲審査論』(法律文化社・1996年)122頁、阪口・前掲『立憲主義と民主主義』131頁以下。

²⁹⁴ 駒村・前掲注(287)「表現の自由の『価値』・『機能』・『成立条件』—『優越的地位論』・『思想の自由市場論』の再検討に向けての序論的考察—」103頁。駒村は芦部説と松井説のほか、表現の自由の政治過程における「脆弱性」を根拠に表現の自由の優越を主張する小林節「表現の自由—東京都公安条例違反事件」Article 17号(1987年)36頁の見解も民主主義政治過程に着目しているという点に基づき「政治過程論」の1つとして分類している。また、身体・財産の自由に比して心に関する自由は被害が見えにくい上に政治的に回復されにくいという脆弱性を有することを理由に他の人権よりも重要視する旨説くものとして、小林節=園田康博『憲法』(全訂・南窓社・2000年)37頁。

²⁹⁵ 著作権侵害の紛争で問題となる表現活動は芸術表現、娯楽表現、商業的表現、政治的表現を問わず様々なタイプのものがあり、ここでいう特別の価値がまさに関わってくるといえよう。上記のどの説に与しても、個人的価値、社会的価値、民主

一方、これらとは異なり、表現の自由を厚く保障すべきなのは、表現の自由に関わる特別な価値があるからという点ではなく、表現の自由が脆弱な権利であるからという形で、二重の基準論を消極的な理由から正当化する学説も存在する(消極的正当化)。

例えば、表現の自由の規制の特別な危険性を訴える Schauer によると、表現の自由は規制する側の偏見や私益によって規制される可能性がある上に、表現行為がコミュニケーションであるという点に着目し、人は自分とは異なる意見を規制したがる傾向があるという点を指摘する²⁹⁶。また、浦部によると、権力は往々にして、権力や規制秩序を脅かしそうな言論を可能な限り制圧しようとするものであり、しかもその場合、正面から権力側にとって危険だという理由を掲げて規制することはまれであって、「善良な風俗」等のもっともらしい理由をつけて規制してくることが少なくないという。そうした経験則的な理由に基づき、表現の自由が不当な制限を受けやすいという点を強調する考えがある^{297 298}。

さらに、表現・精神活動の機能的脆弱性、すなわち表現の自由が萎縮的効果を受けやすいという点を強調する学説は、規制の射程が解釈の流動性の中で自ずとぼやける上に、国民の側も規制射程を自己検閲によって拡大してしまう傾向があることに警鐘を鳴らしている²⁹⁹。これらの説はいずれ

主義プロセス的価値を持つ表現活動を別け隔てなく規制するものとして、著作権法を捉えることができる。

²⁹⁶ FREDERICK SCHAUER, FREE SPEECH: PHILOSOPHICAL ENQUIRY 81-83 (Cambridge University Press 1982).

²⁹⁷ 浦部法穂『憲法学教室』(第3版・日本評論社・2016年)160頁。

²⁹⁸ 著作権法は一見すると特定の言論をピンポイントで規制するものではないが、例えばパロディや二次創作といった一定の表現類型・ジャンルを規制するものとして機能する可能性はある。特にパロディは権力や権威を揶揄、批判するという性質を持つこともあり、そうした特定の揶揄、批判を制圧する名目として著作権法が用いられていないか注意を払う必要があるようである。

²⁹⁹ 駒村圭吾『ジャーナリズムの法理』(嵯峨野書院・2001年)18頁。経済的自由は侵害されても表現の自由が確保されていれば、政治批判活動を通じて回復する余地があるが、表現の自由が奪われると政治過程に訴える方法自体が閉ざされるという理由から、政治過程論の観点による表現の自由の脆弱性を訴える見解が我が国で主

も、表現の自由が脆弱だからこそ、厳格な審査基準を用いて特別な保護を行うべき点とする点で共通するものだといえよう³⁰⁰。

さらに、「公共財としての表現の自由」という考え方によると、特に政治的な表現の自由は、市場で適切に供給されにくいという公共財としての側面を有し³⁰¹、その点で独自の価値を有している。この点を捉えて、公共財であるがゆえに一旦規制されると萎縮的效果が強く働きやすいということを指摘する文献もある³⁰²。これは積極的正当化と消極的正当化を組み合わせた見解として分類することができよう。

このように学説を概観すると、二重の基準論の根拠は憲法学において最も活発に議論されている論点の1つであり、論者によって多種多様な論拠が挙げられていることが分かる。少なくとも二重の基準論が我が国におい

流であったが、駒村は、精神的自由であれ経済的自由であれ、政治過程から孤立した少数派の権利、利益一般が脆弱になるはずであることを理由に批判する。そして経済的自由よりも精神的自由を厚く保護する理由を、政府規制による萎縮効果にさらされやすいという、表現・精神活動の機能的脆弱性に求める。同17-20頁。

³⁰⁰ 著作権法はしばしば表現者に対して強い萎縮効果を発揮すると指摘されており、表現の自由と著作権を議論する文脈においては、この説に特に注意を払う必要があるかもしれない。See Jessica Litman, *Reforming Information Law in Copyright's Image*, 22 U. DAYTON L. REV. 587, 600-02 (1997).

著作権法が持つ様々な不確実性(uncertainties)が新たな著作物の創作活動の妨げになっていると指摘するものとして、Neil Weinstock Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 YALE L.J. 283, 381 (1996)、特にアイディア・表現二分論のルールとしての曖昧さを指摘するものとして、Yen, *supra* note 189, at 395-97、アイディアと表現の境界線の曖昧さがコミュニケーション活動に萎縮効果をもたらすとするものとして、Zimmerman, *supra* note 236, at 709.

³⁰¹ 長谷部・前掲注(74)『テレビの憲法理論—多メディア・多チャンネル時代の放送規制』12-15頁。

³⁰² 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)226頁。アメリカの判例法理が精神的自由の優越性の根拠として意識してきたのは自己実現や民主性ではなく、表現の自由が「萎縮効果を受けやすい点」であると指摘するものとして、同「アメリカの表現の自由判例における萎縮効果論(一)～(四)ーウオーレン・コートからバーガー・コートへー」法学論叢158巻1号(2005年)1頁・158巻3号(2005年)1頁・158巻4号(2006年)28頁・159巻2号(2006年)1頁。

て通説的見解として受け入れられ、複数の角度から正当化しうるものであるということは認めてもよいと思われる³⁰³。裁判実務においても最高裁が採用したとみられることにより³⁰⁴、二重の基準論は今や確固たる地位を築いたといえよう。そしてこれらの正当化根拠は、相互に排他的なものであるというよりも、互いに共存し補完し合う関係にあるといつてよいのかも知れない³⁰⁵。

³⁰³ 小山剛『「憲法上の権利」の作法』（新版・尚学社・2011年）85-87頁は、自己実現、自己統治の価値を根拠にした二重の基準論に批判的な立場を示しつつも、「現在の学説の到達点は、これらの根拠のひとつひとつにはそれぞれ難点や不十分さがあることが否めないが、それらを総合することにより『優越的地位』を基礎づけるとする見解であろう」と述べている。

³⁰⁴ 経済活動の自由に関わる社会経済政策の実施は「個人の精神的自由等に関する場合と異なっており、もともと憲法が予定し、かつ許容するところであると述べた最大判昭和47. 11. 22刑集26巻9号586頁〔小売商業特別措置法〕や、最大判昭和50. 4. 30民集29巻4号572頁〔薬事法薬局距離制限〕といった経済的自由の制約に関する判例に加え、集会の自由の制約につき、「精神的自由を制約するものであるから、経済的自由の制約における以上に厳格な基準の下になされなければならない」と述べた最判平成7. 3. 7民集49巻3号687頁〔泉佐野市市民会館〕がある。また、厳格な審査基準を導くものではないが、表現の自由は憲法の保障する基本的人権の中でも特に尊重されなければならない旨述べたものとして、最大判昭和59. 12. 12民集38巻12号1308頁〔税関検査事件〕、最大判昭和61. 6. 11民集40巻4号872頁〔北方ジャーナル〕、最判平成元. 3. 8民集43巻2号89頁〔レペタ法廷メモ事件〕。

ただし一方で、表現の自由、集会の自由に対する規制を緩やかな審査基準の下に合憲と判断した最大判昭和49. 11. 6刑集28巻9号393頁〔猿払事件〕、最判平成19. 9. 18刑集61巻6号601頁〔広島市暴走族追放条例〕、最判平成20. 4. 11刑集62巻5号1217頁〔立川テント村事件〕があることから、最高裁は二重の基準論に否定的であるとする見方もある。小山・前掲注(303)『「憲法上の権利」の作法』89頁。また前掲〔小売商業特別措置法〕と前掲〔薬事法薬局距離制限〕はいずれも、経済的自由を定めた憲法22条1項が「公共の福祉」を規定していることを受け、精神的自由に比して公権力による規制の要請が強いことを強調したものにとらず、精神的自由の優越的地位を前提とした二重の基準論を両判決から引き出すのは無理であると述べるものとして、新・前掲注(291)『憲法訴訟論』540-554頁。

³⁰⁵ 二重の基準論によって、表現の自由に対する規制立法が経済的自由に対するそれよりも厳しい基準が用いられるとなると、具体的にどのような基準でその合憲性

ただし、個人的価値に基づくものせよ、社会的価値に基づくものにせよ、二重の基準論のベースとなっている精神的自由の優越的地位論に対しては、批判がないわけではない。井上は、人権の価値序列に関して、経済的自由が精神的自由よりも劣るという考え方は「知識人特有の偏見」である上、精神的自由には政治に無関係な表現活動も含まれるため民主主義プロセスの保障という理論に異を唱える井上は、二重の基準論そのものを否定し、経済的自由の保障は精神的自由に準ずるレベルに厳格化すべきであると主張する³⁰⁶。

同様に森村も、「精神的自由を経済的自由よりも優先させるのは、反市場経済的メンタリティの押しつけであって、それは個人的自由の尊重とは矛盾する」として井上の批判に同調し、経済的自由も精神的自由と同じように厳格に保障されるべきという立場に立っている³⁰⁷。

また、棟居は、従来唱えられてきた精神的自由の優越的地位の論拠はいずれも精神的自由の重要性を立証こそすれ、精神的自由が経済的自由よりも優越していることまでは立証できていないのではないかと問題提起する³⁰⁸。それによれば、個人的価値による論拠については、表現の自由が仮に財産権の前提条件であるとしても、そこから導かれるのは表現の自由が財産権保障と同等もしくはそれ以上の保障を受けるべきという帰結にとどまり、優位しているとまではいえないという。また、社会的価値に関しても、表現の自由が民主主義という競技の平等なルールであると捉えたところで、ルールを破るような表現の自由の制約が原則違憲となること（違

が判断されるのかについては、以下の文献を参照。「明白かつ現在の危険」基準について、木下智史「違憲審査基準としての『明白かつ現在の危険』基準・再考」初宿正典＝米沢広一＝松井茂記＝市川正人＝土井真一（編）『国民主権と法の支配（下巻）』（成文堂・2008年）295頁、青山武憲「ホームズの『明白で現在の危険』のテストの初期思想とその起源」日本法学75巻3号（2010年）385頁。厳格審査基準の歴史について、毛利透「アメリカ憲法における表現の自由の歴史的展開－厳格審査基準の先駆者としてのフランクファーター裁判官」聖学院大学総合研究所紀要49号（2011年）13頁。

³⁰⁶ 井上達夫『法という企て』（東京大学出版会・2003年）182-187頁。

³⁰⁷ 森村進『財産権の理論』（弘文堂・1995年）155-162頁。

³⁰⁸ 棟居快行『人権論の新構成』（第2版・信山社・2008年）242-244頁。

憲性の推定)は導かれても、「民主主義という競技の勝利者が広い財産権規制権限を手中におさめる(合憲性の推定)」ことまで証明はできていないと述べる³⁰⁹。

これらに対しては、人権の実体的価値に序列をつけることには確かに困難がつきまとうものの、主観的な評価として比較して優劣を論じることは可能であるという反論が一応なされている³¹⁰。しかし、これら精神的自由の優越的地位論に対する否定的な見解はいずれも、経済的自由が精神的自由に比して保障が弱いことを主たる批判の対象としていることから、経済的自由との対比という観点を除いたときに、精神的自由それ自体を厚く保障することに関して強く異を唱えるものではないと考えられる。

さらに憲法上の権利を分類して相対的に審査基準のレベルに差をつけるとしても、権利の分類の仕方には「経済的／非経済的」という区別のほかにも「宗教的／非宗教的」、「政治的／非政治的」といった様々な区別が可能であり、さらに選別が困難なものも多い³¹¹。このことを踏まえれば、二重の基準論の様々な正当化根拠によって精神的自由が厳格審査基準に服することが妥当であると導かれても、同理論がたまたまその比較対象として持ち出した経済的自由が、緩やかな審査基準で十分であるか否かは別問題というべきであろう。

したがって、「二重の」基準であるべきかはさておき、表現の自由は厳格な審査基準によって手厚く保障される必要があるが、それが経済的自由に勝るか否か、そして経済的自由が憲法上相対的劣位にあるのか否かという点はここでは留保しておくことにしたい。

それでは、表現の自由が厚く保障されるという時、具体的に表現の規制

³⁰⁹ 棟居・前掲注(308)『人権論の新構成』244頁。

³¹⁰ 大河内・前掲注(287)『『精神的自由の優越的地位』について』65頁。少なくとも二重の基準論と結びついて優越的地位論が論じられるときには、「真空状態における客観的な『優越性』」の問題ではなく、「司法審査という場面で『裁判所がいかなる権利に一段と高い保障を与えるべきか』を論じる問題」として語られてきたと分析する。

³¹¹ 青山武憲「変化する司法審査の基準—合衆国連邦最高裁判所—」日本法学78巻3号(2013年)98頁。

立法の合憲性はどのように判断されるべきであるだろうか。表現の自由が手厚い保障を享受するということは、表現の自由に対する規制に対し、その規制が正当化できるだけの根拠があるか否かを、裁判所が慎重に判断することが求められるということを意味する。そして、表現規制に対してはこのような見地から、明確性の理論や事前抑制原則禁止などの原理が妥当すると考えられてきた。

明確性の理論とは、表現規制立法の規制の文言が不明確である場合には違憲とすべきであるという原則であり、不明確な規制は表現活動に強い萎縮効果をもたらすという点がその根拠となっている³¹²。また、制約の対象や範囲がいかに明確に規定されていようとも、表現の自由に対する制約が過度に広範で、そのために憲法上保障されているはずの表現活動をも規制してしまう場合には、人々を萎縮させ抑制させる効果を生むので違憲とすべきという、過度に広範性ゆえ無効の法理も提唱されている³¹³。

事前抑制とは、表現行為がなされる前にそれを予め規制してしまうことを指し、表現制約の手法として特に強力であること、規制によって表現が人に知られないと、後々、それが本当に規制される必要があったかを検証することが困難になること、規制する側の一方的予測に基づく恣意的判断がなされるおそれがあることなどが禁止の根拠として挙げられている³¹⁴。事前抑制原則禁止の代表が検閲の禁止であり、日本国憲法では21条2項前段でこれを特に許されない表現規制手段として絶対的に禁止している³¹⁵。

³¹² 毛利ほか・前掲注(254)『LEGAL QUEST 憲法Ⅱ 人権』191頁は、通常の場合には不明確な法律であっても判例の積み重ねで次第に内容が明確化していくことを待つことができるのに対し、表現規制立法の場合はそうしたプロセスを待つこと自体から生じる弊害が大きいと指摘する。

³¹³ 君塚正臣「過度に広汎性ゆえ無効の法理」横浜法学23巻2号(2014年)1頁。

³¹⁴ 毛利ほか・前掲注(254)『LEGAL QUEST 憲法Ⅱ 人権』193頁。

³¹⁵ 「検閲」の概念が争われた事例として、最判昭和59.12.12民集38巻12号1308頁[税関検査事件]は、検閲とは「行政権が主体となって、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的に、発表前にその内容を審査した上、不適当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるもの」を指すと述べ、税関検査において税関定率法に基づき輸入禁止の処分を行っても外国で既に発表済みの表現物の発表

これを著作権法に照らし考察すると、明確性の理論は、とりわけ一般的な文言で著作権の侵害要件や制限規定を制定する場合に問題となるかもしれない。また、事前抑制原則禁止については、裁判所が著作権侵害に基づき表現作品の発表前の差止命令を下す場合にその合憲性が問題となりうるだろう（著作権法112条1項）³¹⁶。

これらの原則のほか、表現規制立法に対する、より一般的な合憲性審査の基準として、内容規制と内容中立規制の区分という考え方がある。これは、問題となっている規制が内容に基づくものであるか、それとも表現行為がなされる時・場所・方法に基づくものであるかによって二分し、前者の内容規制は原則として許されず、その合憲性は非常に厳格に審査すべきであるというものである。

このような二分論が支持される理由はいくつかある。まず、国家が内容に基づいて特定の表現活動を規制する内容規制は、前述した自己実現や自己充足、自己統治といった表現の自由の保護利益に与える害悪が特に重大であるという点だ。それに加え、国家がある表現内容を許されないものとしてレッテル貼りすることは、私人の表現活動そのものよりも遥かに大きなメッセージ効果を持ち、人々に多大な萎縮効果をもたらすという点も指

の機会が全面的に奪われるものではないから検閲には当たらないと判断した。また、裁判所による事前差止の合憲性が問題となった事案として、最大判昭和61.6.11民集40巻4号872頁[北方ジャーナル事件]は、知事選立候補予定者の批判記事は公共の利害に関する表現であり、原則事前差止は認められないとしつつ、①内容が真実でなく、②または公共目的でないことが明白で、③重大で著しく回復困難な損害を被るおそれがあるときという3点の要件を満たす場合には例外的に事前差止が認められると判断した。

事前抑制と検閲についてより詳しくは、伊藤正己「税関検閲と憲法21条」ジュリスト223号(1961年)6頁、長岡徹「検閲と事前抑制」ジュリスト830号(1985年)237頁、池端忠司「表現の事前抑制と検閲」大石眞＝石川健治(編)『憲法の争点』(有斐閣・2008年)116頁等を参照。

³¹⁶ 名誉権やプライバシー権、肖像権等に適用され発展してきた事前抑制の法理が著作権侵害に基づく事前差止にも同様に妥当すべきであるとの立場からこの論点を詳しく考察するものとして、木下昌彦「著作者の権利と事前抑制の法理(上)(下)ー著作者の権利に基づく事前差止めがもたらす弊害と憲法法理によるその克服ー」NBL1067号(2016年)46頁・1068号(2016年)42頁。

摘されている³¹⁷。さらに、表現中立規制に関しては、表現行為そのものと、表現がもたらす「害悪」との関連性が比較的明白であり、害悪の有害性の検証も容易で、なおかつ表現内容そのものとは無関係の規制であるため、国家による特定の思想弾圧として用いられる危険性は相対的には低いといわれることもある³¹⁸。

表現の自由の規制立法に対する違憲審査基準の問題についても、著作権は内容規制なのか、それとも内容中立規制なのかという論点も検討しておかなければならないだろう³¹⁹。著作権による規制は、一見すると、著作権侵害という方法を用いた表現を対象としており、特定のメッセージをターゲットとしているようには思われないかもしれない。表現内容中立規制の多くは、代替的な情報伝達経路がある（別の形態の行為をもって同じ内容を社会に伝達できる）からこそ、内容規制と区別されている³²⁰。これを著作権の文脈に落とし込めば、あるメッセージを表現したいというとき、他人の創作した表現を用いるなど、著作権を侵害する態様で行えば著作権侵害になるが、それを回避して自分で新たに創作した表現を用いて同じメッセージを伝えようとする場合には規制が及ばないことは、アイデア・表現二分論からも導き出すことができる。こうした場面にのみ着目すれば、著作権法は表現された中身そのものよりも、「他人の著作権を侵害する形で行われた表現を規制する」という、表現の「方法」に着目した規制であると考えられなくもない。あるいは、例えば私的複製（著作権法30条1項）の成立の成否は利用される著作物の内容を一切考慮せずに、複製の部数や

³¹⁷ 毛利ほか・前掲注(254)『LEGAL QUEST 憲法Ⅱ 人権』199頁。

³¹⁸ 浦部・前掲注(297)『憲法学教室』185-186頁。ただし、時・場所・方法規制であっても、実際の規制のあり方によっては特定の表現内容を制圧するために利用される場合もあるため、合憲性を簡単に認めるべきではないとも述べている。

³¹⁹ 大日方・前掲注(15)『著作権と憲法理論』40-42頁、横山・前掲注(75)「著作権の立法と表現の自由に関する一考察—アメリカのCTEA憲法訴訟を素材として—」83-85頁、大林・前掲注(83)「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」313-317頁も参照。

³²⁰ 「代替的な情報伝達経路の確保」という考え方については、佐々木弘通「言論の内容規制と内容中立規制」大石眞＝石川健治(編)『憲法の争点』(有斐閣・2008年)118頁。

利用の目的など、専ら使用態様に着目して判断される。また、著作権の間接侵害に関する議論も、利用されるコンテンツの中身ではなく、利用態様が問題とされている³²¹。このように、著作権侵害の成否に関する争点の判断の少なくとも一部は、内容中立的なものであるといっていよう。

米国の議論においても、著作権を内容中立規制として捉える見解が多く示されており³²²、例えばNetanelは「著作権の目的はオリジナルな表現の創作と普及に経済的インセンティブを付与することである。そのターゲットは侵害者の言論の見解や保護対象、ましてやコミュニケーションへの影響などではなく、むしろ侵害者が著作権のインセンティブに与える有害な

³²¹ 著作権の間接侵害の成否について詳しくは、田村善之「著作権の間接侵害」知的財産法政策学研究26号(2010年)35頁、同・前掲注(122)「日本の著作権法のリフォーム論—デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて—」83頁以下、上野達弘「いわゆる『カラオケ法理』の再検討」紋谷暢男教授古稀記念論文集刊行会(編)『知的財産法と競争法の現代的課題』(発明協会・2006年)781頁、高部真規子「著作権侵害の主体について」ジュリスト1306号(2006年)114頁、潮見佳男「著作権侵害における『間接侵害』の法理」コピライト557号(2007年)2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—(『まねきTV』『ロクラクⅡ』の差戻審判決を踏まえて)」コピライト613号(2012年)33頁、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2009年10月号(2009年)2頁、同「判例研究：まねきTV事件最高裁判決について」AIPPI56巻9号(2011年)29頁、佐藤豊「著作物の適法利用のための手段提供の是非—ロクラクⅡ事件控訴審判決を題材に—」知的財産法政策学研究26号(2010年)75頁、孫友容「自動公衆送信の判断の枠組み—『まねきTV』事件—」知的財産法政策学研究45号(2014年)385頁、前田健「著作権の間接侵害論と私的な利用に関する権利制限の意義についての考察」知的財産法政策学研究40号(2012年)179頁、塩月秀平「著作権侵害主体論と裁判官の視点」論究ジュリスト6号(2013年)160頁等。

³²² Yochai Benkler, *Constitutional Bounds of Database Protection: The Role of Judicial Review in the Creation and Definition of Private Rights in Information*, 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, 50-51 (2000) (著作権法は目的においては内容中立規制であると述べる)。

影響である」と述べている³²³。

しかしながら、著作権侵害の成否が常に、表現の内容と無関係に決せられるかという点、そうとも限らない。例えば、類似性要件の判断において、原告と被告の著作物の共通部分が抽象的なアイデアにすぎないのか、それとも創作的な表現といえるのかという判断が行われるが、その際、両著作物の内容（メッセージ）を完全に度外視することはできないだろう。すなわち、特定の内容（メッセージ）を表現する選択肢がほかにどれくらいあるかという点がアイデアと表現の区別を判断する際に斟酌されることが多く³²⁴、その判断においては、著作物が何を内容としていて、それを具体的にどう表現したのかという点を評価する作業を必然的に伴う。例えば、絵画的表現の事例において、そもそもあるイメージを絵画的な表現に表す際には写真、イラスト、図形、写実的な絵画など様々な選択肢があり、どのような媒体で表したかという要素は創作性や類似性を判断する土台

³²³ Netanel, *supra* note 67, at 48-49.

³²⁴ 著作権法の究極目的が、情報の豊富化による文化の発展に求められるという点に基づき、創作性概念を「表現の選択の幅」の有無によって再構築する見解が近時、有力となっている。中山・前掲注(246)『著作権法』65頁以下、同「創作性についての基本的考え方」著作権研究28号(2003年)10頁。これは、ある作品に著作権を付与しても、他の者に創作を行う余地が残されている場合には創作性が認められるとする見解であり、選択の幅の狭いものに独占権を認めると、後発者の創作行為の妨げになり、かえって文化の発展の阻害要因になるだろうことが理論的根拠となっている。ただし、この「選択の幅」を後発者にとってどれほど選択肢が残されているかという後発者目線で決する見解に対しては批判があり、創作性を判断する基準として選択の幅論は唯一万能という訳ではない。伝統的な「選択の幅」論に対する批判は以下のとおりである。本来、著作権に関するその後の取引のことを考えれば、著作物性の有無は創作の時点で確定していることが望まれるところ、「選択の幅」論によれば、創作後の事情（創作後に環境が変化し選択の幅が狭まる等）によりかつて著作物であったものが創作性を否定されかねないという問題が指摘されている。侵害時の競争者を基準として創作性の判断がなされるならば、従来の裁判例が著作者の認定を著作物の創作過程を検証する方法で行っていることとの整合性が求められる。上野達弘「著作者の認定」牧野利秋＝飯村敏明(編)『新・裁判実務体系22 著作権関係訴訟法』（青林書院・2004年）235-236頁、同「著作物性(1)総論」法学教室319号(2007年)166-169頁。

になるといってよい。さらに、何を描いているのかによって保護範囲は判断が分かれる。例えば、写実的な風景を描いたという事例でも、それが実在の風景であるのか³²⁵、それとも想像上の風景なのか³²⁶といった点が考慮されている。また、言語の著作物のケースでも、事実を淡々と述べる文章なのか、それともフィクションによって構成される自由度の高い文章なのかで創作性、類似性の判断が大きく異なることがある³²⁷。このように、係争対象物がどのような性質を持ち、さらにどのような内容なのかについて立ち入らずして、著作権の類否判断はできないといえる。

また、著作権の制限規定が争点となっている場合でも、引用（32条1項）などについては、利用される著作物の内容が引用の成否を左右することがあるといっても過言ではない。例えば、引用の成立要件について後の多くの裁判例に重要な影響を与えた最判昭和55.3.28民集34巻3号244頁〔パロディ第1次上告審〕が挙げた要件³²⁸の1つである附従性要件は、引用著作

³²⁵ 同一の廃墟を被写体とする写真の類似性を否定した事例として、知財高判平成23.5.10判タ1372号222頁〔廃墟写真〕、実在の風景であるが原告と被告とで構図、窓の開き方、木々の様子など細部にわたって一致していたことから侵害が肯定された事案として、東京地判平成4.11.25平成2年(ワ)15000号〔山の民家〕。

³²⁶ 古代の城の様子を想像で描いた図につき、類似性を肯定した事案として、東京地判平成6.4.25判時1509号130頁〔日本の城の基礎知識〕。想像図である以上、細部まで似る必要がないという点が判断の決め手になっていると思われる。

³²⁷ 村井麻衣子『『風にそよぐ墓標』事件—ノンフィクション作品における翻案権侵害の成否—』著作権研究42号（2016年）174頁、比良友佳理「ノンフィクション小説と漫画の類似性が争われた事例—弁護士のかず事件—」知的財産法政策学研究37号（2012年）303頁、渡部俊英「事実に基づく表現と創作性—ライブドア裁判傍聴記事件—」知的財産法政策学研究28号（2010年）225頁、山根崇邦「著作権侵害が認められない場合における一般不法行為の成否—通勤大学法律コース事件—」知的財産法政策学研究18号（2007年）221頁等を参照。

³²⁸ この事件は旧法下のものであったが、最高裁は「節録引用」（旧著作権法30条1項2号）の解釈として、①「引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明確に区別して認識することができ」、②「右両著作物の間に前者が主、後者が従の関係がある」こと、③「引用される側の著作物の著作人格権を侵害するような態様でする引用」でないこと、という3要件を満たさなければならないと判示した。このうち、①の「明瞭区別性」要

物と被引用著作物の内容を照らし合わせ、質的、量的にどちらが主でどちらが従の関係にあるかを判断するものであり^{329 330}、ここではかなり著作物の内容に踏み込んだ判断が行われているといえよう³³¹。

さらに、他人の著作物を用いて二次創作やパロディを作成する場合などに、様々な事情からどうしても他人の著作権を侵害する態様を用いなければ伝えたいメッセージを伝えたい形で表現できないケースもありうるだろう。その場合、代替的な情報伝達経路が確保されていて規制が内容及んでいないと断言することは難しいと考えられる。著作権が二次創作やパロディに対してそのような効果を持っている場合には、もはや、実質的に

件、及び②「附従性」要件は、現行法32条1項の「引用」の解釈においても「引用」の要件として多くの裁判例で踏襲されている。しかもその後の裁判例では、①「明瞭区別性」を充足しないことを理由に引用が成立しないとしたもののはごく少数で、ほとんどの裁判例は②「附従性」の有無によって引用の成否を決している。

³²⁹ 主従関係につき、量的にのみ比較するのではなく質的な比較の重要性を説くものとして、斉藤博『著作権法』(第3版・有斐閣・2007年)243頁。

³³⁰ 例えば、近代日本の美術史を説明する美術全集に絵画の複製物を掲載した事案につき、美術史の記述をする論文と絵画の結びつきが強くなく、さらに絵画の複製物の大きさや書籍の紙質カラー図版の色数などに照らしそれ自体が独立して鑑賞性を有していることから、附従性要件を満たさないと判断した東京高判昭和60.10.17無休集17巻3号462頁[レオナルド・フジタ絵画複製控訴審]がある。このほか、東京地判平成10.2.20知裁集30巻1号33頁[バーンズ・コレクション]、東京高判平成13.9.18平成12年(ネ)4816号[建築エスキース控訴審]、東京地判平成12.2.29判時1715号76頁[中田英寿一審]、東京高判平成12.12.25判時1743号130頁[同控訴審]、東京地判平成16.3.11判時1893号131頁[ファンブック罪に濡れたふたり一審]等も参照。

³³¹ 引用に関する近時の裁判例を概観する文献として、平澤卓人「被写体の行動を揶揄・批評するための写真の引用の可否—創価学会写真ウェブ掲載事件—」知的財産法政策学研究17号(2007年)183頁、同・前掲注(205)「鑑定証書への絵画のコピーの添付と著作権法上の『引用』」287頁。

要件論に関して、最高裁の定立した要件に固執せず著作権法32条1項の文言を重視すべきとする近年の学説につき、飯村・前掲注(205)「裁判例における引用の基準について」91-96頁、上野・前掲注(205)「引用をめぐる要件論の再構成」310-332頁。

は内容規制として捉えるべきである³³²。

加えて、表現者、利用者に与える萎縮効果という観点に立っても、著作物の内容は実は大きな要素かもしれない。著作権産業や著作権者の中には、自社のコンテンツが利用されることに非常に敏感で、零細的な利用や私的な利用であっても積極的に警告を送ったり訴訟を提起したりすることで有名な権利者や企業がある³³³。「あの権利者・あの企業は著作権にうるさ

³³² 大日方信春「商標と表現の自由(一)」熊本法学136号(2016年)105頁は、「広く知財法制による言論規制は、言論の持つ思想伝達効果を抑制する効果をもつ点で、言論内容に基づく規制であると評価されるべきであろう」と述べている。

³³³ 例えば、ディズニー社は著作権意識が強く、キャラクターの使用に非常に敏感であるといわれることが多い。それを象徴的するエピソードが、「滋賀県大津市の小学校の卒業制作で、プールの底に小学生がミッキーマウスの絵を描いたが、ディズニー社がそれを見つけ抗議した結果、やむなく塗りつぶすことになった」という“プール事件”である。子供たちが描いた微笑ましい絵を、大企業が著作権侵害を理由に潰したというこの逸話は、子供たちに夢を与えるというディズニーのポジティブなイメージを大きく覆すものとして、特にネット等を介して世間に広まっていた。当時の報道として、『週刊金曜日』2000年11月3日号16頁。同報道によると、後日ディズニー社が小学生を東京ディズニーランドに招待したとされている。しかし事件後小学校などにインタビューを行い、そのような事件が本当にあったが、実際にはディズニーランドへの招待ではなくディズニーの童話本を寄贈したのが真相であるとレポートする詳細なルポとして、安藤健二『ミッキーマウスはなぜ消されたか』(河出文庫・2011年)112-132頁。この“プールのミッキーマウス”事件については、岡邦俊『著作物を楽しむ自由のためにー最高裁著作権判例を超えて』(勁草書房・2016年)1頁も参照。

ディズニー社がこのように著作権管理に非常に厳しい態度を採る背景には様々な理由が考えられるが、コンテンツビジネスにおいて著作権が重要であるということ強く認識している点、訴訟や監視、警告などを行う資源が潤沢であるといった点に加え、ウォルト・ディズニーがまだ駆け出しの頃に生み出した「オズワルド」というキャラクターに関するトラブルが影を落としているかもしれない。1927年、ウォルト・ディズニーはうさぎのキャラクター「オズワルド」を生み出し、ユニバーサル・ピクチャーズ社と短編アニメーション映画『しあわせウサギのオズワルド』シリーズの供給契約を締結、同シリーズはその後大ヒットした。しかしオズワルドに関する諸権利は生みの親であるウォルトではなくユニバーサル社と下請けのチャールズ・ミンツ社の下にあり、権利の所有や契約条件で対立した結果、ウォルト

い」という認識が人々の間で広まると、利用者側は特定のコンテンツのみに対して自主規制をかけてしまうだろう。その結果、そうした特定の一部の者が無断利用や批判といったリスクにさらされにくくなる。逆に、著作権行使を積極的に行わない寛容的なスタンスを採ることで知られる権利者に対しては、利用者の自主規制の度合いは格段に低くなる。マンガやアニメの二次創作作品が売買されるコミケ（コミックマーケット）が、著作権侵害の可能性を孕みつつも隆盛を極めている背景には、マンガ出版社などの権利者らが事実上黙認状態で権利行使をしないものが多く、なおかつそうしたスタンスが人々に広く知れ渡っているからではないだろうか³³⁴。

と共に働いていたアニメーターなどのスタッフが大量に引きぬかれ、さらにオズワルドに関する権利も手にすることができず窮地に立たされたという。その後、ミッキーマウスという別のキャラクターを生み出すことによってウォルトは成功を収めたが、この苦い経験こそが、ディズニー社が著作権に厳しくなった理由ともいわれており、ウォルトは常々、自分の所有するものをしっかりと管理しないと、いずれは他人に奪われてしまう危険があると語っていたという。ニール・ゲイブラー（中谷和男（訳））『創造の狂気 ウォルト・ディズニー』（ダイヤモンド社・2007年）121頁以下。

なお、2006年、ウォルト・ディズニー・カンパニーはオズワルドに関する権利をユニバーサル社から取り戻すことに成功し（The Walt Disney Company, *Walt Disney's 1927 Animated Star Oswald the Lucky Rabbit Returns to Disney*, Press Release February 9, 2006 (<https://thewaltdisneycompany.com/walt-disneys-1927-animated-star-oswald-the-lucky-rabbit-returns-to-disney/>)), 現在は「ディズニー・キャラクター」の一員としてディズニー・パークのキャラクター・グリーティングに登場したり、映像がDVD化されたりしている。

³³⁴ そうした権利者による「黙認状態」の背景には、①コミケによるサークル活動がファン活動の一環であること、②自己の著作物の宣伝効果もあること、③著作権者自身も同人誌で育っていること、④著作権侵害に基づき訴えてもそれに見合う損害賠償額が得られないこと、といった理由が挙げられている（平成25年度著作権委員会第4部会『「コミケ」と著作権」パテント67巻9号（2014年）43頁〔永田美佐〕）。また、お目こぼしをすることによって裾野を広げ、将来、金の卵を生むクリエイターを育てる狙いもあると指摘するものとして、城所岩生『著作権法がソーシャルメディアを殺す』（PHP研究所・2013年）23頁。コミケと著作権に関しては西口博之「二次創作と著作権侵害」知財ぷりずむ163号（2016年）19頁、山田太郎『「表現の自由」の守り方』（星海社・2016年）92頁も参照。

権利者の権利行使に対する態度及びそれに対する人々の認識によって、著作権の持つ表現萎縮効果が左右され、結果的に著作権が内容規制的な効果を持つ理由は、著作権侵害が非親告罪であるという点に起因するだろう。すなわち、当該表現の権利者が利用行為を見逃すのであれば、利用者は民事・刑事上の追及を受けなくて済むことになる。ある表現を利用しようとする際、そのコンテンツの内容を踏まえた上で、「この表現の著作権者は権利行使をしてくるだろうか（してくるのであれば利用を控えたほうがよさそうだ）」という考慮が人々に働く時点で、著作権法はもはや内容中立的な規制であるとはいえないように思われる。

この問題は、いくら法律それ自体や裁判所による法の適用が内容中立的なものであったとしても関係ない。どんなに裁判所が訴訟として上がってきた個別の紛争について内容に入らず淡々と判断を下したとしても、そもそも訴訟として提起される以前の、自主規制の段階で、著作権の存在や著作権の権利行使の仕方が、人々の表現行為に大きな影響を与えているかもしれない。なおかつそうした自主規制が内容に基づいている可能性は否定できない。

以上の点を、ビラ貼りや立て看板、街頭演説に対する規制といった、典型的な内容中立規制の例として挙げられる規制類型と比較しても、著作権侵害に対する規制は内容と一切無関係とは言い切れないように思われる。米国の論者の中にも、「著作権に基づく責任はそこに何が示されているかという内容から生じている」ことを理由に、内容規制であると主張するものがある³³⁵。

以上のように考えると、著作権法による表現規制は、その要件や論点に応じて、内容中立的な側面と内容に基づく側面の両者があり、問題となる事案の争点によって内容規制、内容中立規制のどちらにもなりうる、いわば混合型であると形容するのが最も適切であるように思われる。

もとより、内容規制・内容中立規制の分類自体、両者がグラデーションをなしていることから線引きが難しく、慎重な考察が求められるといわれ

³³⁵ Mark A. Lemley & Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases*, 48 DUKE L.J. 147, 186 (1998).

てきた³³⁶。内容規制・内容中立規制の区分をすることの問題点として、時・場所・方法に基づく規制が、実際には一定の内容の主張に特に不利益に働く可能性がある。さらに、実際には特定の内容の表現活動を狙った規制であっても、内容中立規制を装って、時・場所・方法といった根拠が掲げられるケースがあるという点にも注意しなければならない³³⁷。そして、表現の自由は自己の伝えたい情報を自己の望む時・場所・方法で伝える自由であるはずだから、内容規制も内容中立規制もともに厳しくチェックされるべきであるという見解も唱えられている³³⁸。これらの意見を踏まえると、この二分論の基本的立場は、内容中立規制について合憲性を推定するという趣旨ではなく、あくまでも内容規制の場合に最も厳格な審査を行うべきであるということと理解すべきであろう。

したがって、本稿の立場としては、著作権法に基づく表現規制は、全ての場面で内容中立規制であるとはいえず、内容規制となる場面が少なからず存在するのであって、仮に内容中立規制に分類されとしても、二分論自体は相対的な分類であるから参考程度のものとして受け止め、安易に合憲性を推定すべきではなく、表現活動に与える実質的影響や萎縮効果を慎重に考慮すべきであると考え³³⁹。

³³⁶ 安西・前掲注(162)「表現の自由の保障構造」382・386頁、長谷部恭男「表現活動の間接的・付随的規制」同『Interactive 憲法』(有斐閣・2006年)134頁。

³³⁷ 毛利ほか・前掲注(254)『LEGAL QUEST 憲法Ⅱ 人権』201頁。今日の社会ではあからさまな見解規制は存在しづらく、民主国家の表現規制はより洗練されたものともらしい目的と手段を備えたものが多いと指摘するものとして、橋本基弘「表現内容規制・内容中立規制二分論－現状と争点－」比較法雑誌45巻1号(2011年)37-38頁。

³³⁸ 市川・前掲注(91)『表現の自由の法理』226頁。

³³⁹ 著作権が内容規制か、内容中立規制かを考察しつつも、著作権者と利用者の価値衡量の結果としての著作権法の適正性を判定する上で「内容規制・内容中立規制」という分析枠組みは適切ではないと述べるものとして、大日方・前掲注(15)『著作権と憲法理論』40-42頁。

3. 著作権法の立法過程が抱える問題とそれに対する審査基準

以上は司法審査によって守られる側の存在である表現の自由の特性に着目した議論であったが、他方、司法審査の対象となる側の存在である著作権についてはどのような特徴が見出せるだろうか。近年、伝統的な違憲審査基準論が図式的・機械的な訴訟技術論に傾斜してきたことへの反省から³⁴⁰、違憲審査基準の図式的当てはめからの脱却、すなわち、それぞれの権利の性質や事案を見極めて、基本的人権の制約の正当化事由を具体的に引き出すことの重要性が指摘されている³⁴¹。表現規制立法の例としては、名誉毀損やわいせつ表現、プライバシー侵害といったものを規制する法律が伝統的に問題とされてきたが、それら他の表現規制立法と比べ、著作権法に特有の性質を検討することは、著作権に対する審査基準のレベルを考える上で有益かつ必要な作業であると思われる。

そこで、著作権法の立法過程に着目すると、以下の2つの特徴を挙げることができる。

(1) 少数派バイアス問題

著作権法の立法過程における第一の特徴は、著作権法の立法過程に、少数派バイアスの問題が発生しているという点である。著作権は、それを取り巻くアクターの利害関係が多様で、多数派である個人のユーザーの声が分散している反面、権利者団体や著作権産業といった少数派の意見は組織化されているために政策形成過程へ反映されやすく、立法過程にバイアスが生じているといわれている³⁴²。こうした立法過程の構造の歪みが存在している限りは、立法に委ねておくと、ロビイングの影響を受け少数派の利益に適う形で権利強化の方向に進んでしまう蓋然性が強いだろう³⁴³。

³⁴⁰ 芦部信喜「憲法訴訟論の課題」同(編)『講座憲法訴訟 第1巻』(有斐閣・1987年)3-8頁。

³⁴¹ 曽我部真裕＝赤坂幸一＝新井誠＝尾形健(編)『憲法論点教室』(日本評論社・2012年)1-7頁[尾形健]、佐藤・前掲注(165)『日本国憲法論』133・663頁。

³⁴² 前掲注(247)に掲げた文献を参照。

³⁴³ 著作権法の改正に向けた議論は固定化された委員によって構成される文化審議

社会全体に分散した者の利益が民主主義制度の政治過程にうまく反映されないという公共選択論に基づくこのような問題提起は、決して目新しいものではない。憲法学においては従前より、拡散した匿名の貧困層、消費者や、女性のように孤立して拡散した集団、あるいは同性愛者のように匿名で孤立した集団といった、その数に比して十分な政治的影響力を持たない者についても同様の問題が指摘されており、その解決手段として司法審査によるそれらの者の利益の保障がAckermanによって説かれているところである³⁴⁴。

会著作権分科会という閉ざされた空間で行われており、さらに著作権規制の趨勢を決める中心が、より秘密主義の性格が強い条約交渉の場へとシフトしていることに警鐘を鳴らし、国民が立法過程に参画できる仕組みを構築すべきであると主張するものとして、山田・前掲注(141)『日本の著作権はなぜこんなに厳しいのか』199-201頁。

³⁴⁴ Bruce Ackerman, *Beyond Carolene Products*, 98 HARV. L.R. 712 (1985); BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE*, 1 FOUNDATIONS 742 (Harvard University Press 1991).

Ackermanはこのような分析に基づき、Carolene判決脚注4が挙げる「切り離され孤立した少数派」はむしろ数が少ないことからただ乗り(free-rider)問題が発生しづらい上、社会一般の人々と見分けがつきやすいことから連帯感が生じやすく、メンバー間でのコミュニケーションや相互監視も行われやすいために、かえって小さなコストで政治過程に働きかけることができると述べ、社会全体に分散した者の利益に比べて政治過程にうまく反映されやすいと主張しCarolene判決に疑問を投げかけている。Ackerman, *supra* at 724-31. 大江一平「ブルース・アッカーマン We the Peopleの高次法形成とアメリカ合衆国憲法の変動」駒村ほか(編)・前掲注(91)『アメリカ憲法の群像』165-166頁、同「二元的民主制理論における司法審査の位置付け—司法審査と民主主義をめぐる議論との関連で—」東海大学総合教育センター紀要29号(2009年)96頁も参照。

長谷部は、Ackermanやその根底にあるOlsonの主張の問題点を指摘するTuckの批判を紹介しつつも、規模の大きな集団のメンバーが協調、相互監視するコストが高くつくために共通の利益の追求が困難になること自体は現実問題としてありうるとした上で、だからといって裁判所による社会全体に分散した集団の利益の保護は常に要請されるものではなく、真の立法目的が隠されている場合に立法過程の透明化を図る手段として認められるという議論を展開する(長谷部恭男「多元的民主制観と違憲審査—オルソン流集合行為論再考」同(編)・前掲注(98)『講座 人権論の再定位 3 人権の射程』93頁)。AckermanやOlsonの議論と一定の距離を置きつつも、

その意味で、政策形成過程のバイアスという問題は著作権法固有の問題というわけではない。だが、特に著作権法においてこの問題が深刻なのには3つの理由がある。第一の理由は、ユーザーの利益が社会全体に分散している一方で、それと対抗する権利者の利益が高度に組織化されているためにユーザーの利益に対向する利益が発達しやすく、従来憲法学で問題とされてきた消費者や女性の権利以上に、ユーザーの権利は侵食されやすいと考えられる点である。加えて、著作権は公共財に権利を人工的に設定するものであるため、他者の利用を広範に規制しうるので、そこから得られる経済的価値が高く、ロビイング活動によって得られる報酬が特に大きいということも指摘できよう³⁴⁵。この点と、後述するようにフォーカル・ポイントがないために権利範囲が操作可能であることが相まって、著作権は強化の方向に推し進められがちだという点にも注意が必要である。しかも、ここでいう組織化された権利者は、全ての権利者ではなく一部の商業的に創作活動を行う権利者であり、アマチュアの創作者や孤児著作物の著作権者といった者の利益は反映されていない。権利者も多様化する今日、著作権法の政策形成過程に効果的に影響力を行使しているのは一部の積極的な権利者のみである点にも注意が必要である。

第二の理由は、第一の理由とも関連するが、企業のみならず私人も規律するために著作権を取り巻くアクターが多種多様となっている結果、特許法などの他の知的財産法と比較しても、著作権法の状況が特に深刻であるという点である。少数派バイアスの問題は他の知的財産法の立法過程においても発生しているということは指摘されているが、特許権は「業として」要件³⁴⁶があるために、特許権が拡大することで行動の自由を奪われる、い

それを日本法の解釈論に応用している点で注目される。

³⁴⁵ Drahos・前掲注(106)「A Philosophy of Intellectual Property (8・完)」242-244頁は、無体物は資本の一形態であり、他の資本へのゲートウェイでもあるため極めて重要な資本であって、あらゆる社会的、文化的、経済的な企てにとって不可欠であるとして、その経済的な価値の高さゆえに知的財産権が構造的に強化されやすいと指摘する。

³⁴⁶ 特許権侵害となるのは「業として」特許発明を実施する場合に限られる(特許法68条)。なお、間接侵害の場合も同様である(同101条)。その趣旨は、個人的または

わば「ユーザー」の立場に在るのは、専ら「業として」行ふ企業であるといえる。それに対し著作権法は、私人の私的な利用行為さえも規律するルールである。そのため、仮に著作権が拡大した場合、それによって表現の自由に重大な影響を受ける者の筆頭が、一般私人であるユーザーであり、しかも規律対象が「文化」であるため、「技術」よりもおそらく広範な行為に関わってくるといえるのである³⁴⁷。知的財産権と憲法上の自由権との衝突は近年、複数の論稿が取り上げている問題であるが³⁴⁸、それらと比較

家庭内の実施や産業として利用しないものにまで特許権の効力を及ぼすのは社会の実情に照らし行き過ぎであるから(吉藤幸朔『特許法概説』(第10版・有斐閣・1994年)357頁)、あるいは特許法の目的は「産業の発展に寄与」(同1条)することであるからその趣旨からは業としての実施のみを規制すれば必要にして十分だから(中山信弘『特許法』(第3版・弘文堂・2016年)321頁)といった説明がなされることがある。しかし、個人的または家庭内の実施であってもそれを対象とした産業が成り立つ可能性は否定できない。むしろ近年では、私的領域における一般的な行為自由を保障するという観点や、家庭内という閉鎖的領域での実施の把握の困難性、あるいは家庭内実施は零細であることから特許権者に与える経済的影響が小さいという点から正当化を試みる説が有力である。中山信弘＝小泉直樹(編)『新・注解特許法(上巻)』(青林書院・2011年)1016頁以下[鈴木將文]、島並良「侵害行為の目的・性質」法学教室387号(2012年)154頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『特許法入門』(有斐閣・2014年)188-189頁。

³⁴⁷ 著作権のユーザーが多様化しているとともに、利用態様も複雑化しているという点については、レッシング・前掲注(124)『REMIX ハイブリッド経済で栄える文化と商業のあり方』24頁以下、チェン・前掲注(125)『フリーカルチャーをつくるためのガイドブック クリエイティブ・コモンズによる創造の循環』を参照。

³⁴⁸ 大日方信春「特許と憲法：表現の自由を中心に」熊本法学125号(2012年)110頁、同「特許権をみる憲法学の視点について」日本工業所有権法学会年報37号(2014年)1頁、同「パブリシティ権と表現の自由」熊本法学127号(2013年)55頁、同「商標権と表現の自由(一)」熊本法学136号(2016年)71頁、大林啓吾「表現概念の視座転換－表現借用観からみる表現の自由と商標保護の調整－」帝京法学26巻1号(2009年)186頁、小島立「商標法におけるフェア・ユースについて」パテント65巻13号(別冊8号・2012年)201頁、上野達弘「商標パロディードイツ法およびアメリカ法からの示唆」パテント62巻4号(別冊1号・2009年)187頁、土肥一史「商標パロディ」中山信弘＝斉藤博＝飯村敏明(編)『牧野利秋先生傘寿記念論文集 知的財産権 法理と提言』(青林書院・2013年)879頁、平澤卓人「商標パロディと商標法4条1項

しても著作権を取り巻く状況は特に深刻であるといえよう。

そして第三の理由は、著作権法は消費者の権利や女性の権利等とは異なり、公共財に権利を設定するものであるという点である。本来物理的には誰もが自由になしうる行為に対する規制であるがゆえに、人々の権利を広範に規制することが可能であるため、権利の経済的価値が高く、ロビイング活動によって権利者が得られる報酬は大きい。それに加えて、無体物に対する権利であるために何らかの物理的な限定をかけてくれるフォーカル・ポイントが存在せず、人工的に権利範囲を操作することが可能であるという問題もある³⁴⁹。

ここでは権利者団体や著作権業界によるロビイング活動が咎められるべき行為といたいわけではない。こうしたロビイング活動は産業界が経済合理的に行動した結果である上に、彼らも立派な著作権アクターの一員だからである³⁵⁰。さらに産業界は実際の世の中の動向やビジネス上で生じている最新の問題などを、議会よりもよく熟知しているという特性を有している。ロビイング活動には、議会への情報提供という側面があり、それなしには技術の進展や時代に応じた立法をなすことは困難になるだろう。

7号及び15号」知的財産法政策学研究44号(2014年)283頁、同「商標のパロディと混同・希釈化の有無：[KUMA]事件[知的財産高等裁判所平成25.6.27判決]」知財管理64巻10号(2014年)1600頁、安藤和宏「アメリカにおけるパロディ商標の一考察」特許研究59号(2015年)18頁、福井健策＝中川隆太郎「ビジネスにおけるパロディ利用の現在地：企業によるパロディと著作権・商標権・不正競争・パブリシティ権」知財管理64巻8号(2014年)1167頁等。

³⁴⁹ 脚注(114)、脚注(115)で掲げた文献も参照。

³⁵⁰ したがって、「大企業」と一括りにいっても、それぞれの企業が自社の利益に沿うように行動するため、「大企業」が常に権利強化推進論に加勢するとは限らない。例えば、放送事業者、インターネット・プロバイダ業界電話通信業界、コンピュータ、ソフトウェア業界、そして古くはジューク・ボックスの管理者などは時として著作権保護強化に強い反対の立場に立つことがある。Engelbrekt・前掲注(247)「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(2・完)」32-33頁。また、WIPO著作権条約の交渉における企業間の利益の対立の例については、西村もも子「デジタル化時代における国際著作権制度の形成過程(2・完)－WIPO著作権条約の制定と欧米企業のロビー活動」知的財産法政策学研究35号(2011年)175-177頁。

このように産業界が立法プロセスに介入することそれ自体は論難すべきではなく、むしろ一定の意義が見出せるが、こうした側面があるからといって、議会が産業界の要求に対して従順であってよいということにはならない³⁵¹。

また、少数派バイアスの問題は常に著作権強化の方向を向いているとは限らない。例えば米国においてCTEA立法の際に、図書館・文書資料館に対し著作権保護期間の最後の20年間について、保存、学問、研究目的での複製を認める制限規定³⁵²が導入されたのは、図書館も著作権法に関して特定の利益を有しており、その要求が組織化されていたからであるといえる³⁵³。よって、ここで問題として挙げているのは、権利者団体や著作権業界の権利拡大の主張それ自体ではなく、アマチュアや孤児著作物の権利者や一般的なユーザー等の声が反映されにくいという著作権法を取り巻く立法過程の構造的な歪みである点を強調しておきたい。

さらに著作権などの知的財産権は前述したとおり、物理的な境界線が明確で人々の概念上の共通認識があるために権利の拡大に歯止めがかかる有体物の場合とは異なり、極めて自由に権利範囲を設定できる人工的な権利である。そのため、レントシーキングが際限なく行われる蓋然性が高い

³⁵¹ Patry, *supra* note 247, at 143.

³⁵² 17 U.S.C. §108(h)(1).

³⁵³ Amelia E. Morrow, *Voting for Progress: Copyright and the Role of the Judiciary in Eldred v. Ashcroft*, 44 *Jurimetrics* 465, 481 (2004); LITMAN, *supra* note 247, at 24.

IBM、マイクロソフト、EMI、ソニー、ディズニー等の大企業が「私的利益の視点」を推し進める一方で、公立図書館、教育機関、消費者団体は「公的利益の視点」を前面に押し出すことで、著作権法はこれらの利害が対立する戦場になっていると指摘するとともに、両者の闘争力に格差がある結果、著作権は公益に資するという本来のゴールから離れてしまっていると指摘するものとして、PETER DRAHOS AND JOHN BRAITHWAITE, *INFORMATION FEUDALISM: WHO OWNS THE KNOWLEDGE ECONOMY?* 169 (Earthscan 2002).

Engelbrekt・前掲注(247)34頁は、インターネット登場以前は、こうした図書館、大学、放送事業者といった中間者によってユーザーの利益が代理され代表されていたが、インターネットの時代になり媒介なしに著作物へのアクセスができるようになったことで、代表されることが困難なユーザーの利益が発生することになったと指摘する。

といえよう³⁵⁴。ユーザーの声が分散して政策形成過程に反映されづらい点と、権利が無限定に設定可能である点を兼ね備えた知的財産法は、これらの状況が相まって権利強化の傾向を持ちやすいという特殊性を有しているといえることができる。

この点に関連して、我が国の憲法学において、少数派バイアス問題に直接言及するものではないが、違憲審査制によって人権保障の場が議会から裁判所へと展開した背景には、議会の場では調整不能な利害対立の調整、換言すれば「政治の場では常に無視される政治的少数者の権利の保護という役割」が裁判所に期待されていると指摘する文献がある³⁵⁵。議会という民主政治の場においてうまく汲み取れない利害の保障を、非政治的機関である裁判所が担うという点に違憲審査制度の意義が見出せるのであれば、著作権法を取り巻くユーザーの表現の自由の保障に関しても、違憲審査制度の積極的な活用が求められてよいだろう。

そして米国では実際に、著作権を立法する政治プロセスが少数派バイアスによって歪められて言論の自由が害されているような場合には司法の介入を積極的に認めるべきとして、特許・著作権条項を厳格に解釈し、議会の立法権限の行使に積極的に制限を加えるべきとする考えや、厳格な違憲審査を行うべきとする考えが複数の論者によって提唱されている³⁵⁶。以

³⁵⁴ Drahos・前掲注(106)「A Philosophy of Intellectual Property (8・完)」247-249・261-263頁、田村・前掲注(115)「知的財産法政策学の試み」5-6頁、同・前掲注(81)「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」41-42頁、同・前掲注(122)「日本の著作権法のリフォーム論—デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて—」31頁。

³⁵⁵ 浦部法穂「裁判所による人権保障—現代国家におけるその意義と限界についての覚書—」芦部信喜先生還暦記念論文集刊行会(編)『憲法訴訟と人権の理論』(有斐閣・1985年)112頁。

³⁵⁶ そのような立場に立つものとしては以下で紹介するもののほか、Benkler, *supra* note 322, at 571 (「制度設計の現代的な目的を把握する上で重要なのは、知識の発展に関わる場合に、政治の派閥争いが共有財を犠牲にして排他権を過度に認めてしまうという基本的な前提があるという点である。」)、Michael H. Davis, *Extending Copyright and the Constitution: "Have I Stayed Too Long?"*, 52 FLA. L. REV. 989, 993 (2000) (「CTEAに関してはプロセスが失敗してしまったように見える。というのも将来の

下では代表的なものを具体的に紹介する。

Merges & Reynoldsは、著作権拡大を求めるディズニーのような著作権産業の大企業の組織化された意見が強く立法過程に反映されてしまう一方で、ユーザーがそうした立法によって被る追加的な損害は、個々人のレベルでは相対的に小さく、しかも分散しているために立法過程に反映されづらいとし、こうした知的財産法の立法過程はまさしく集合行為論が指摘する状況の典型例であると分析する³⁵⁷。そして、組織化された少数派による政治的な寄生は、単に自己利益のアジェンダの押しつけを招来するのみならず、他者をもロビイング合戦とも呼べる一種の軍拡競争へと駆り立てるという意味で、二重の危険性を有しており、そうしたレントシーキングの活動は社会的損失を引き起こすと指摘する³⁵⁸。結論として Merges & Reynoldsは、著作権を拡張する特別な立法に対して、裁判所は最も厳格な審査を行うべきであると主張している³⁵⁹。

同様に、著作権に対する合憲性の審査を控えめな基準で行うことに批判的なMorrowは、著作権法にまつわる交渉の場面において一方では明確なゴールを有する企業等の利害関係者が効果的に政治過程に関わる反面、一般の人々の利害関係は分散しているために政治過程に反映されづらいという偏った政治状況が存在すると指摘する³⁶⁰。他方で、通商規制の権限に

著作権が非常に拡大され、パブリック・ドメインや人々の利益の侵食に対し現実の支持がないまま、単に既存の著作物の保護期間の遡及的延長を得るに至ったからである。ジョン・ハート・イリイは同様の問題を司法審査一般というより広い領域で論じていた。』)、Marci A. Hamilton, *An Evaluation of the Copyright Extension Act of 1995: Copyright Duration Extension and the Dark Heart of Copyright*, 14 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 665, 659 (1996) (「著作権産業のマーケティングとそれに付随するロビイング力、そして(特に職務著作の分野において)個人の著作権者を犠牲にして得られた彼らの何度もの勝利は、裁判所をして斬新な配慮と歴史的 Understanding をもって特許・著作権条項を解釈するように仕向けた。」)。

³⁵⁷ Glenn Harlan Reynolds and Robert P. Merges, *The Proper Scope of the Copyright and Patent Power*, HARV. J. ON LEGIS. 45, 52-56 (2000).

³⁵⁸ *Id.* at 54-55.

³⁵⁹ *Id.* at 64-65.

³⁶⁰ Morrow, *supra* note 353, at 64.

関する州政府対連邦政府という対立の文脈においては、議会に対して州の権限の縮減を求めるロビイング活動を行う者などいないので、著作権法の場合における著作権産業界対一般の人々のような直接的な利害関係の不平等の対立は生じない。にもかかわらずLopez判決³⁶¹及びMorrison判決³⁶²の法廷意見は、州側の利害関係が政治プロセスに十分に反映されているという主張を退けたことに触れ、連邦政府に対する州政府の権力バランスについて合憲性を判断する場面において、政治過程で危機にさらされていない州政府の利益を守るために厳格な審査基準が用いられるのであれば、それよりも立法過程で脆弱な状況に置かれている、パブリック・ドメインに関する人々の利益も同等か、むしろそれ以上に厳格な審査基準によって保護されるべきであるとの議論を展開する³⁶³。Morrowは特許・著作権条項が著作権制度における人々の利益を守るものであるという認識に立ち返った違憲審査をLopez-style Reviewと呼び、CTEAを合憲と判断したEldred最高裁判決に異を唱えている³⁶⁴。

³⁶¹ United States v. Lopez, 514 U.S. 549 (1995). 合衆国憲法1条8節3項(州際通商条項, interstate commerce clause)が連邦議会に与える州際通商規制の権限は、対外国との貿易、州と州の間の通商、インディアン部族との通商の3つに限定している。したがって、これら3つのいずれかに関わる立法を行う権限は連邦議会に付与されており、州政府には認められない。この判決は、学校周辺での拳銃の所持を禁止する連邦法(Gun-Free School Zone Act of 1990)について、州際通商に実質的影響(substantially effect)を与えるものであるか否かを検討し、銃規制法は州際通商と非常に関係が薄く、実質的影響を与えるものではないとして5対4で当該連邦法が違憲であるとの判断を下した(法廷意見はRehnquist首席裁判官の手による)。Lopez判決に関する邦語文献として、中村民雄「最近の判例」アメリカ法[1996-1]161頁。

³⁶² United States v. Morrison, 529 U.S. 598 (2000). Lopez判決と同じく州際通商に連邦法が抵触すると述べた判決である。問題となったのは女性に対する暴力禁止を定めた連邦法(Violence Against Women Act of 1994)で、これは女性に対する家庭内暴力等について、州法上は刑事事件とならないケースでも、被害者に民事救済を付与することを定めたものである。最高裁は、女性への暴力が州際通商に実質的影響を与えるものとはいえないことを理由に、5対4で当該規定を違憲無効であるとした(法廷意見はRehnquist首席裁判官の手による)。

³⁶³ *Id.* at 481-82.

³⁶⁴ *Id.* at 483-85.

また、合衆国憲法の特許・著作権条項について、これは特許権及び著作権の立法権限を議会に与える根拠であると理解されることが多いが、「知識の発展を促進 (promote the Progress of Science)」する排他権のみを「限られた期間 (limited time)」のみ付与することができるという形で、議会の立法権限に対する制限であると位置づけ³⁶⁵、そうした制限を、立法が利害関係者によるレントシーキングによって歪められないようにするための仕組みであると捉える Karjala の見解もある。それによると、憲法起草者は、政府の認める独占と、レントシーキングの活動がもたらす非効率性といった問題点を認識し、議会が特定の利害関係人によるロビイングの影響を強く受けることを懸念して、議会の権限に対する制限を特許・著作権条項に組み込んだのであって、そうした意図に反して憲法上の制限を解釈する役目を議会にのみ担わせることは、「狐に鶏小屋の番をさせる」ことに等しいという³⁶⁶。

そして Karjala は、議会は政策決定をする上で必要な情報を収集するといったことや、複数の政策間のバランスを考え、複雑な政策のトレードオフの配列を適切に行うといったことにおいては裁判所に比べ優れているとしつつも、議会と裁判所はチェック&バランスの関係にあるとし、特に特定の利害関係者が議会に対して、憲法上の明確な目的に真っ向から反するような立法を求めるロビイングを行うような場合には、そうしたものを反

例えば CTEA の合憲性の判断において、CTEA が学術及び技芸の発展に資するかを直接的に問うのではなく、CTEA が人々の利益を制限するものであると認識した上で論理的な正当化根拠の下、学術及び技芸の発展に資するものであるか否かを問うべきであると主張する。その意味で *Morrow* は、*Lopez-style Review* は司法による政策決定と等価ではないと主張する。

³⁶⁵ この点に関しては、特許・著作権条項が権限の付与であると同時に制限であると述べた *Graham v. John Deere Co. of Kan. City*, 383 U.S. 1, 5 (U.S. 1966) も参照。

³⁶⁶ 特に合衆国憲法 1 章 8 節 3 項の州際通商条項と比較して、特許・著作権条項はより具体的に議会の権限に制限を課しているとし、通商条項に適用される審査基準よりも厳しい基準で特許・著作権条項を審査すべきと主張するものとして、Dennis S. Karjala, *Judicial Review of Copyright Term Extension Legislation*, 36 LOY. L.A. L. REV. 199, 239-44 (2002). See also, Richard A. Epstein, *The Dubious Constitutionality of the Copyright Term Extension Act*, 36 LOY. L.A. L. REV. 123, 138-44 (2002).

映した立法の根拠に対する司法による審査が必須であると述べている³⁶⁷。

(2) 真の立法目的の隠蔽とメタファー問題

著作権の立法過程に関する第二の特徴は、私的な利益を拡大したいと考える権利者が、そうした本当の目的を隠秘したり、あるいは著作権が「財産権」であるとのメタファーを用いたりして、強力な権利を主張したり権利の拡大を要求するふるまいが横行しているという点である³⁶⁸。

阪口は、ドゥオーキン流の「切り札」としての権利論を違憲審査基準に整合させる文脈において、一般論として、政府が正当な理由を正面から掲げて規制することは今日では少なく、むしろ政府は理由を隠すことが多いところ、裏に潜む正当でない立法目的を暴き出したり、正当でない目的を政府が追求しにくくしたりするための手法として厳格な違憲審査基準を用いて目的と手段の適合性を問うことができると論じている³⁶⁹。

さらに、こうした考えを具体的に日本法の法解釈に応用したものとして、経済規制立法の違憲審査基準に関する長谷部の議論がある。長谷部は、最大判昭和50.4.30民集29巻4号572頁〔薬事法薬局距離制限〕³⁷⁰が経済活動

³⁶⁷ Karjala, *supra* note 366, at 245-46.

³⁶⁸ これは、エンジン論に対する批判を検討したところで既に述べたように、著作権法の立法目的とそれを達成する手段に緊張関係があることに起因しているのかもしれない。

³⁶⁹ 阪口・前掲注(98)「憲法上の権利と利益衡量—『シールド』としての権利と『切り札』としての権利—」727-728頁。

³⁷⁰ 本判決に関しては、樋口陽一『『職業の自由』とその制限をめぐる—薬事法違憲判決の論理』判例タイムズ26巻13号(1975年)2頁、芦部信喜「薬事法距離制限の違憲判決と憲法訴訟」ジュリスト592号(1975年)14頁、宮崎良夫「薬局開設の距離制限と職業選択の自由」増刊ジュリスト(昭和50年度重要判例解説)615号(1976年)6頁、戸波江二「薬事法6条2項、4項に定める薬局開設の距離制限は憲法22条1項に反する(最判昭和50.4.30)」法学協会雑誌94巻1号(1977年)121頁、覚道豊治「薬事法6条2項、4項(これからを準用する同法26条2項)と憲法22条1項(最判昭和50.4.30)」民商法雑誌74巻2号(1976年)301頁、佐藤功「薬事法違憲判決について」判例時報777号(1975年)3頁、梶原隆一「薬局距離制限違憲上告事件—立法事実参照(最大判昭和50.4.30)」自由と正義38巻5号(1987年)41頁、山田隆司『『議員立法』と薬事法事件』法学セミナー719号(2014年)58頁等。

規制立法を積極的目的のものと消極的、警察的目的を持つものとに分類し、前者には「明白性の基準」を、後者には「厳格な合理性の基準」を採用するという立場を採用したことについて、公共選択論をベースにした立法過程観に基づく説明を試みている。それによると、経済活動を規制する法制度には、本当に社会全体のためになる規制もあれば、社会全体のためになるというのは名目ばかりで実際には一部の業界や団体の利益に使える規制もある。そのうち前者が個々の有権者にもたらす利益は薄いため、有権者一人一人は立法に向けて努力するインセンティブを持たない反面、後者は関係業界に利益がもたらされるため、立法化に向けたインセンティブが生まれやすいと指摘する³⁷¹。そして、そうした一部の私的な利益に資する立法においては、往々にして、より普遍的で正当らしく見える公益の増進が立法目的として謳われることがある³⁷²。つまり、経済活動規制が、はじめから積極的政策目的を掲げている場合には多元的な立法過程を堂々と経てきたわけであるから緩やかな基準で判断する一方、消極的警察目的を謳う規制は、普遍的で正当らしく見える公益の増進という目的の裏に、真の目的（一部の業界の利益等）が隠されている蓋然性が高いということである。前掲〔薬事法薬局距離制限〕最判による立法目的の区分は、後者の場合に本当に消極的警察目的の規制になっているか否かを厳格に審査することを意図したと考えれば、説明がつくと述べる。このように長谷部は、前掲〔薬事法薬局距離制限〕最高裁判決の合理的説明という文脈において、社会一般の利益に貢献すると謳われている立法であっても、実は一部の者の利益にのみ貢献している蓋然性が高いという問題を是正するため、立法の隠された意図を明るみに出すという機能が、厳格な司法審査に期待され

³⁷¹ 長谷部恭男『憲法学のフロンティア』（岩波書店・1999年）77頁、同『比較不能な価値の迷路ーリベラル・デモクラシーの憲法理論』（東京大学出版会・2000年）107頁。

³⁷² 公衆浴場法や薬事法薬局距離制限規定が、それぞれの業界団体の利益要求に後押しされて制定に至った経緯について、奥平康弘『憲法裁判の可能性』（岩波書店・1995年）121-124頁。また、それぞれの立法に至る時代背景については、松本哲治「薬事法距離制限違憲判決ー職業選択の自由と距離制限をとまなう開設許可制」論究ジュリスト17号（2016年）49頁。

ているのではないかと指摘するのである³⁷³。

立法過程における真の目的の隠蔽というこの問題は、立法者自身の政治的利益にからむ立法がなされる場面でも指摘されている。例えば、「政党本位の政治の促進」という目的を表向きに掲げ、政党に支援や便宜を与える立法については、その裏で、既存政党が自らの党に有利な選挙制度や政治資金制度の設定を行っているのではないかということがしばしば懸念されている。立法者はこのような形で得てして自分自身の権力の固定化を図る可能性があるため、そうした立法に対し裁判所が批判的に合憲性を精査することが重要であるといわれている³⁷⁴。これも、議会が掲げる表向きの目的に対する懐疑を裁判所が暴く一例であろう。

これと呼応するかのように、米国では表現の自由の文脈においても、政府の不当な動機を炙り出し、そうした動機に基づく立法行為を無効とすることこそが、最高裁が修正一条の様々な法理を発展させてきた目的であると捉え、修正一条にまつわる判例法理は政府の動機を見つけ出すもの(motive-hunting)と理解することが最も整合的であると唱える学説があ

³⁷³ 長谷部恭男「Interactive 憲法 経済規制立法の違憲審査基準」法学教室306号(2006年)34頁、同「それでも基準は二重である！—国家による自由の設定と規制—」憲法理論研究会(編)『人権保障と現代国家』(敬文堂・1995年)45頁。また、穴戸常寿「人権・基本的な考え方(5) 目的・手段審査」法学セミナー644号(2008年)87頁の位置づけも参照。

長谷部の論によれば、逆に議会が堂々と特定の業界の保護を謳って規制を設定しており、議会における交渉と妥協による利害調整の結果である場合(例：小売商業調整特別措置法)や、立法府の政策的判断に多くを委ねざるをえない分野で、当該規制立法が多様な利益集団の抗争と妥協の結果である場合(例：租税立法)には、裁判所が立法府のなした判断を覆すべき根拠が見出し難いとされている。長谷部・前掲注(371)『比較不能な価値の迷路—リベラル・デモクラシーの憲法理論』109-110頁。

なお、長谷部のこの解釈はPosner判事の経済活動規制立法の合理性についての違憲審査に関する議論(RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 621-22 (4th ed., Aspen Pub. 1992))が発想の源流となっている。長谷部恭男「政治過程としての違憲審査」ジュリスト1037号(1994年)103-104頁。

³⁷⁴ 林知更「政党の位置づけ」小山＝駒村(編)・前掲注(86)『論点探求 憲法』296頁。

る³⁷⁵。

立法過程における真の立法目的の隠蔽は国際的な知的財産権条約に関する交渉における問題としてしばしば指摘されているところである。それによると、多国籍企業がロビイング活動によって自身の利害関係を条約に取り込もうとする際、自分たちの利益を剥き出しのままでも全面に押し出すのではなく、社会全体の利益に役立つ、あるいは発展途上国の経済発展に資するといった形で、ポライトで一般に受け入れられやすい正義の理論を持ち出すことがよくあるといわれている³⁷⁶。

そして、こうした真の立法目的の隠蔽という問題は、著作権法の分野では特に巧妙な形で行われ、深刻な状況を生み出している。というのも、既に述べたように著作権は人工的に設けられた排他権にすぎないにもかかわらず、しばしば「財産権 (property)」の一種であるというメタファーが

³⁷⁵ Elena Kagan, *Private Speech, Public Purposes: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine*, 63 U. CHI. L. REV. 413 (1996).

³⁷⁶ 田村善之「muddling throughとしての法政策学—『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』中間報告—」新世代法政策学研究10号(2011年)286-287頁、Ken Shao, *From Lockean Theory to Intellectual Property: Marriage by Mistake and Its Incompatibility with Knowledge, Creativity and Dissemination*, 39 HONG KONG L.J. 401 (2010). TRIPS協定をはじめとする知的財産権に関する国際条約の成立過程における交渉の実情について詳しくは、Peter Drahos(立花市子(訳))「知的財産関連産業と知的財産の国際化:独占促進と開発阻害?」知的財産法政策学研究3号(2004年)37-54頁、Rochelle C. Dreyfuss(田村善之=劉曉倩(訳))「ネオフェデラリストの視点からTRIPS協定を展望する(1)ー弾力性を持つ国際知的財産制度の構築に向けてー」知的財産法政策学研究37号(2012年)41頁以下、西村もも子『知的財産権の国際政治経済学:国際制度の形成をめぐる日米欧の企業と政府』(木鐸社・2013年)、同「TRIPS協定の形成過程における日米欧民間三極会議」知的財産法政策学研究37号(2012年)57頁、遠矢浩規「『TRIPS』の共有知識化(完全版)」知的財産法政策学研究35号(2011年)141頁以下。

現状の制度に対して発展途上国、先進国双方が不満を抱えていると指摘するものとして、Peter K. Yu(田村善之=村井麻衣子(訳))「国際的な知的財産権制度におけるハーモナイゼーションに抵抗する5つの傾向について」知的財産法政策学研究15号(2007年)1頁。

用いられ³⁷⁷、さらに著作権侵害品を「海賊版」³⁷⁸、利用許諾なしに著作物

³⁷⁷ 知的財産権を「財産権 (property)」の一種として捉えることの是非については、Henry E. Smith, *Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information*, 116 YALE L.J. 1742, 1744 (2007)、公共財である情報に対する権利を所有権化 (propertize) する今日の傾向は、その消費の非競合性ゆえに適切ではないと述べるものとして、Mark A. Lemley, *Romantic Authorship and the Rhetoric of Property*, 75 TEX. L. REV. 873, 902 (1996)、米国の知的財産権に関する議論の歴史において、プロパティの概念が援用されてきたことについて批判するものとして、Justin Hughes, *Copyright and Incomplete Historiographies: Of Piracy, Propertization, and Thomas Jefferson*, 79 S. CAL. L. REV. 993, 1008-42 (2006)、「知的財産 (intellectual property)」という語は有体物に対する所有権のアナロジーによって、実際には所有権とは全く性質が異なる著作権、特許権、商標権等を所有権と同じ扱いにするよう仕向けるものであり、先入観を生み出していると批判するものとして、Richard M. Stallman, *Did You Say "Intellectual Property"? It's a Seductive Mirage*, 4(4) Policy Futures in Education 334 (2006) <http://dx.doi.org/10.2304/pfie.2006.4.4.334>.

³⁷⁸ 「海賊版」という言葉は、ネガティブなコンnotationを持つゆえに政治性を伴うレッテルとして使用されていると指摘するものとして、山田奨治「〈海賊版〉の可能性ーオープンアクセスの想像力」佐藤卓己(編)『岩波講座 現代 第9巻 デジタル情報社会の未来』(岩波書店・2016年)131頁。同書によると、「海賊版」には狭義と広義があり、狭義の「海賊版」は「国内法あるいは国際法に違反して製造・流通しているコンテンツ」を指し、それに対し広義の「海賊版」は「厳密には法令違反がない模倣・複製行為もが対象」になるという。そして広義の「海賊版」は、「完全に合法的な模倣・複製行為であっても、それに『汚名』を着せるために使われる」語であり、「既得権益者や、著作権強化にシンパシーを持つ者、あるいは模倣・複製行為は『絶対悪』であるかのように攻撃することに情熱を燃やす第三者などが、模倣・複製品に貼るネガティブなレッテルとして」使用されているという。同132頁。

また、DRAHOS AND BRAITHWAITE, *supra* note 353, at 28 も、piracy という語は法律上の定義が存在しないにもかかわらず普遍的に通用している言葉であり、CD を複製したりコピーしたりといった著作権侵害を広く指す語として用いられている強力な評価的単語 (powerful evaluative word) であると指摘する。

近代著作権の概念が誕生したアン法典制定より以前から、無許諾で本を複製する行為について piracy という語が用いられてきたと述べるとともに、piracy という語が現代でも「誰かの言葉やアイディアを取ってきて自分のものであるかのように利用する」という意味で使用されており、レトリックの道具として機能していると指

を利用する行為を「海賊行為 (piracy)」³⁷⁹、「略奪 (pillage)」、「泥棒 (theft)」、「剽窃 (plagiary)」³⁸⁰等のネガティブな言葉で呼び、人々の感覚やモラルに訴えかけるといったことが行われているからである³⁸¹。そもそも、あらゆ

摘するものとして、Hughes, *supra* note 377, at 1008-10.

³⁷⁹ 「海賊行為」という語のレッテル性を意識した上で議論を行う文献として、レッシング・前掲注(231)『FREE CULTURE いかに巨大メディアが法をつかって創造性や文化をコントロールするか』31-34頁。

³⁸⁰ 「plagiary」はラテン語で誘拐(kidnapping)を表す言葉を語源としており、著作物を著作者の“子供”であると捉えるメタファーを体現した言葉であると指摘するものとして、Mark Rose, *Copyright and its Metaphors*, 50 UCLA L. REV. 1, 5 (2002).

³⁸¹ NETANEL, *supra* note 85, at 7-8; DRAHOS AND BRAITHWAITE, *supra* note 353, at 182.

Drahos and Braithwaiteによると、知的財産権を保有する大企業が、自分たちの商品をコピーする行為はハイテク犯罪であると主張し、海賊版防止政策に公的資金を投じるよう各国政府に要求する反海賊版キャンペーンを行っており、各国の犯罪政策の中でも他の犯罪を差し置いて優先事項として取り組むよう圧力をかけることがあるという。*Id.* at 27.

我が国でも、「海賊版」という語の普及はもとより、例えば映画館における映画の録音・録画行為に関し、私的利用目的であっても著作権法30条1項を適用せず、盗撮として規制する、映画の盗撮の防止に関する法律(平成19年5月30日法律第65号、2007年8月30日施行)に関連し、「映画盗撮防止キャンペーン」啓発CMとして、「NO MORE 映画泥棒」と題するCMが映画館で上映されている(<http://www.eigakan.org/legal/index.php>)。

ほかにも、2013年の違法ダウンロード刑罰化の立法過程で、罰則が必要であると主張したある俳優は、違法ダウンロードは「万引き」と同じであるのに罰則がないのはおかしいと述べたという。山田奨治『日本の著作権はなぜもっと厳しくなるのか』(人文書院・2016年)62頁はこれについて、一般的には分かりやすいとえなのかもしれないが、違法ダウンロードは万引きと似たところはあっても同じではないと批判している。

また、映画の著作物に係わる著作権侵害行為の防止活動等を行う日本国際映画著作権協会(JIMCA)は「コンテンツ窃盗(content theft)」として映画フィルムの窃盗といった有体物の窃盗に加え、映画館での盗撮、P2Pによる侵害、ストリーミングによる侵害も「コンテンツ窃盗」の一例と位置づけている。

さらに近年では、カメラ付き携帯電話の普及に伴い、書籍・雑誌を購入せずに書店やコンビニエンスストアの店頭で雑誌記事等を撮影し情報を入手することによって、書店やコンビニエンスストアの売上に影響を与えているといわれており、こ

る言葉は中立的ではなく、言葉の選択には発話者の態度が反映されるため、言語は単なる現実の「反映 (reflection)」というよりも、その本質は現実の「選択 (selection)」であり、その限りにおいて言語は現実の「偏向 (deflection)」としても機能し、その結果、特定の語の選択は他者に対し、物事に対する特定の見方や行動を促す効果があるといわれている³⁸²。そして、本来は別のものを指す言葉を異なるものに対して使用し、異なる2つのものを結びつけるメタファーは、概念体系の本質を根本から書き換え、人間の思考や行動の仕方に大きな影響を与えるということが、認知言語学の分野から指摘されている³⁸³。

著作権の立法過程において様々なメタファーが使用されるとき、意識的、

れらの行為は「デジタル万引き」「デジタル窃盗」と呼ばれている(平成16年度版 情報通信白書 (<http://www.soumu.go.jp/johotsusintokei/whitepaper/ja/h16/html/G1402400.html>) を参照)。また、必ずしも著作権侵害行為のみを指す言葉ではないが、いわゆる「盗作」「パクリ」もモノを盗むというメタファーを含んでいるといえるかもしれない。「作家のモラル」に反するという理由でマスコミ等から断罪される「盗作」は著作権侵害とは異なる概念であるが、両者は同じようなものとして世の中で捉えられている実情があると述べるものとして、栗原裕一郎『〈盗作〉の文学史』(新曜社・2008年) 12-16頁。「パクリ」の語源を考察するとともに、コンテンツ・ビジネスにおける財産権の侵害という意味に加え、単にアイデアや「ネタ」の流用といった著作権侵害には直結しないものも含め、文化的生産物の流用を示す用語として「パクリ」が用いられており、さらに近年では「ずるく盗みとる」というニュアンスが強調されて用いられていると指摘するものとして、増田聡「真似・パクリ・著作権—模倣と収奪のあいだにあるもの」山田奨治(編)『コモンズと文化—文化は誰のものか—』(東京堂出版・2010年) 81-102頁。

³⁸² KENNETH BURKE, LANGUAGE AS A SYMBOLIC ACTION: ESSAYS ON LIFE, LITERATURE, AND METHOD 45 (University of California Press 1966); 師岡淳也「言語コミュニケーション 象徴行為としての言語」池田理知子・松本健太郎(編)『メディアの未来 1 メディア・コミュニケーション論』(ナカニシヤ出版・2010年) 35-37頁。

³⁸³ ジョージ・レイコフ＝マーク・ジョンソン(渡部昇一・楠瀬淳三＝下谷和幸(訳))『レトリックと人生』(大修館書房・1986年)の特に12頁以下は、メタファーからなる概念がある概念のある側面に人々の注意を集中させてしまうことによって、別の側面に注意が向かないようにしてしまうことがあり、メタファーによって何かが隠されてしまうと、それに気づくことは難しいと指摘する。また、師岡・前掲注(382)「言語コミュニケーション 象徴行為としての言語」38-39頁も参照。

無意識的にかかわらずこのようなメタファーの力が発揮されているということに注意を払わねばならない。単に真の立法目的を隠すのみならず、メタファーを用いることで著作権を強力な「財産権」の一種として捉えるよう仕向け、著作物の利用に対して一括りに「海賊」や「泥棒」といったレッテルを貼ることに對しては、著作権の本質的な性質を覆い隠してしまうことから強い批判がある³⁸⁴。もちろん、例えば大量かつ組織的に映画DVDの高品質な複製品を生産・販売し、著作権者の市場を侵食するような、いわゆる「海賊版」について、表現の自由の名の下に許容すべきということをごここで主張したいわけではない。問題は、あらゆる著作物の利用に対して容易にそうした比喩を用いては、利用者側の脆弱な表現の自由が気づかぬうちに制圧されてしまうおそれがあるという点である³⁸⁵。

さらにいえば、TRIPS協定の締結過程では、途上国に権利整備を説得するために、“piracy”、すなわち知的財産権侵害品は海賊版であるというモラルに訴えるやり方だけではなく、それに加えて“welfare”、すなわち知的財産権を設けておけば結局途上国も発展するという議論が用いられたことが知られている³⁸⁶。これは、海賊版というネガティブなレッテルを貼ることによって、著作権者の経済的な利益を守る権利を生み出すことをモラル的に正当化しつつ、さらに、それに社会全体のためにもなるのだという、長谷部がその危険性を指摘するタイプの議論、すなわちもっともらしい立

³⁸⁴ 知的財産権をあたかも有体物に対する財産権であるかのように扱うことは、情報物理的な境界線を欠くことを理由に問題であると指摘するものとして、Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 EMORY L.J. 965, 971-72, 1000 (1990).

See also, Waldron, *supra* note 90, at 856-62; Wendy J. Gordon, *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 YALE L.J. 1533, 1537 (1993); Neil W. Netanel and David Nimmer, *Is Copyright Property? The Debate in Jewish Law*, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 12, No. 1 (2011); Hughes, *supra* note 377; Patricia Loughlan, *Pirates, Parasites, Reapers, Sowers, Fruits, Foxes...The Metaphors of Intellectual Property*, 28 SYDNEY L. REV. 211 (2006).

³⁸⁵ 私人による侵害行為に対しても「piracy」という言葉が用いられることが増加していると指摘するものとして、Jessica Litman, *War Stories*, 20 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 337, 349 (2002).

³⁸⁶ DRAHOS AND BRAITHWAITE, *supra* note 353, at 19-29, 191-92.

法目的の提示という手法をかぶせるものであって、二重の意味で真の規制目的を強力に覆い隠す効果があるといえるのではないだろうか。

特定の制度によって実際に効率性が改善したのか否かに関する検証が困難で³⁸⁷、著作権のさらなる拡大が著作者にとって追加的インセンティブをもたらすとも全くもたらさないとも断言しづらい状況³⁸⁸においては、「財産権」あるいは「海賊」というメタファーによって語られる権利強化を推し進めるストーリーが絶大な力を持ちうることは想像に難くないだろう。米国ではしばしば、国内経済の強化にとって著作物やコンテンツが重要な役割を担うということが声高に主張されるが、こうした考え方が蔓延した背景には、著作権産業のロビイングの成功と、「財産権」というメタファーを用いて著作権を特徴づける手法に依るところが大きいという指摘もある³⁸⁹。「経済の発展」や「著作物の豊富化」、「海賊行為の撲滅」といった美辞麗句の裏には、歪んだ立法プロセスと隠された真の立法目的が潜んでいる可能性があることに注意しなければならないだろう。このようにして制定された立法に対して、立法目的と立法手段の間の関連性を裁判所が厳格に審査し、立法の隠された意図を明るみにする司法審査が、1つの解決策になる可能性があるのではないだろうか。

³⁸⁷ 特許制度につき、Nari Lee (田村善之(訳))「効果的な特許制度に関する多元的理論の試み」田村(編著)・前掲注(16)『新世代知的財産法政策学の創成』、田村・前掲注(115)「知的財産法政策学の試み」4頁。

³⁸⁸ Diane Leenheer Zimmerman (澤田悠紀(訳))「インセンティブとしての著作権—単なる空想の産物か?」知的財産法政策学研究41号(2013年)1頁以下、Litman・前掲注(80)「真の著作権リフォーム(1)」189-192・217-220頁、河島伸子「現代美術と著作権法」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』(2013年・弘文堂)100-103頁。

³⁸⁹ Netanel, *supra* note 116, at 15.