



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（6）
Author(s)	比良, 友佳理
Citation	知的財産法政策学研究, 50, 19-33
Issue Date	2018-04
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/70605
Type	departmental bulletin paper
File Information	50_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(6)

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、第49号）
4. 著作権法に対する厳格審査論をめぐる論争（以上、本号）

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

4. 著作権法に対する厳格審査論をめぐる論争

ここまで、表現規制立法の1つとしての著作権法が裁判所による厳格な審査に服すべき根拠について、憲法学の伝統的な二重の基準論、及び著作権法の立法過程の特徴という両面から検討してきた。しかし米国の議論に目を向けると、修正一条と著作権法の問題の解決を厳格な司法審査に委ねるべきとする、本稿と近い立場に対して、批判的な見解を唱える学説が少なからず存在する。ここでは、著作権法に対する司法審査のあり方をめぐる米国での議論状況を紹介するとともに、厳格審査論への批判に対して、順に再反論を試みたい³⁹⁰。

第一に、裁判所は政策決定能力が乏しいということを理由に、司法の厳格審査を拒絶する見解がある。例えばNachbarは、事実の集積に対する著作権保護を否定したFeist判決³⁹¹を裁判所が著作権政策に踏み込んだ一例と捉えた上で、裁判所による著作権の政策決定が失敗した代表例として挙げている。それによると、事実を著作権法で保護すべきでない理由として、特許・著作権条項の「writings」という文言に事実が該当しないからとい

³⁹⁰ 著作権法に対する違憲審査基準をめぐる議論については、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—」312-323頁も参照。

³⁹¹ Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991). 網羅型・アルファベット順の電話帳(ホワイトページ)の著作物性が争われた事案で、一審及び控訴審が採用していた「額に汗(sweat of the brow)」理論を否定し、原告の電話帳は著作権法及び合衆国憲法の特許・著作権条項上求められるオリジナリティ要件を充足しないと判断した。同判決に関しては、ロバート・ゴーマン＝ジェーン・ギンズバーグ(内藤篤訳)『米国著作権法詳解(上)』(信山社・2003年)117-128頁、蘆立順美『データベース保護制度論：著作権法による創作投資保護および新規立法論の展開』(信山社・2004年)25頁、梅谷真人『データベースの法的保護—現行法制度の機能・限界と立法論的検討—』(信山社・1999年)44-53頁、白石忠志「データベース保護と競争政策」公正取引562号(1997年)46-48頁、牧野さゆり「米国における編集著作物の保護について—FEISTはなにを変えたのか—」北大法学研究科ジュニアリサーチジャーナル5号(1998年)127頁、伊藤博文「Feist 出版社 対 Rural 電話サービス会社」豊橋創造大学短期大学部紀要17号(2000年)159頁、岡崎洋「判例紹介」[1992]アメリカ法386頁も参照。

う点に加え、保護を否定することが「progress of Science and Artsに資するための方法」であるからだとしてFeist判決は述べていた³⁹²。しかし、この判断は、人々が自由に事実をコピーしうる可能性を潰すのと引き換えに事実には保護を与えることで追加的なインセンティブを生み出しても、それらを差し引くと「progress」には損失が生じる、という認識に基づいた政策決定であるという。しかし事実の保護はものによっては「progress」を促進するかもしれないし、他方でそれを妨げるものもあるかもしれず、事実に保護を付与すると「progress」にどう影響するかは未知数であるところ、Feist判決が下されたために議会が事実上著作権保護を及ぼすことができなくなってしまったのは問題であるとNachbarは指摘する³⁹³。知的財産権は常に技術や経済の変化の影響を受けているところ、裁判所限りでそのような政策を採用してしまったことはあまりにも近視眼的であるというのである。

そして、司法による介入は特許・著作権条項の「progress」の指す内容を価値判断する際により深刻化すると指摘する。この「progress」には普遍的な定義がなく、それゆえはつきりと評価することのできない曖昧模稜とした概念である。解釈の指針となるはずの条文の文言が曖昧である以上、選好集計 (preference-aggregating) を行う立法府の性質は著作権政策決定にうまく合う反面、歴史、合理性、目的と手段といったものを重視する司法審査に政策決定を委ねることはあまりよい選択とはいえないという³⁹⁴。そして、著作権政策が政治的で様々な条件に左右される性質を有することに鑑みれば、反多数派支配主義の難題 (counter-majoritarian difficulty)³⁹⁵ が提

³⁹² *Id.* at 350.

³⁹³ Thomas B. Nachbar, *Judicial Review and the Quest to Keep Copyright Pure*, 33 JOURNAL ON TELECOM. & HIGH TECH. LAW 62-63 (2003).

³⁹⁴ *Id.* at 67-68.

³⁹⁵ 「反多数派支配主義の難題」とは、民主主義プロセスで選出されておらず、それゆえ民主的正統性を欠く司法審査が、政治部門に影響を与えるという意味で、司法審査はアメリカの民主主義を逸脱した制度なのではないかという憲法上の論点であり、Alexander M. Bickel が定式化したものとして知られている。ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* (New Haven: Yale University Press 1962).

示する、「政策決定は選挙で選ばれた議会が行うべき」という命題を克服して著作権立法に厳格な審査基準を適用するのは困難であると述べ、通商条項の事案で用いられているよりもさらに控え目な、合理性の基準こそ著作権立法の審査基準としてふさわしいという説を展開している³⁹⁶。

また、Schwartz & Treanor も、サーカスの広告ポスターの著作物性が問題となった *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239 (1903) における「法律の訓練しか受けていない者が絵画的表現の価値を最終的に決定することは危険を伴う」という Holmes 判事の有名な説示を引き、知的財産法は技術的な分野であるため、重要な判断を行う上で司法の能力に限界があるとし、少なくとも知的財産権は他の所有権と同様、特別な積極審査に服する必要はないという見解を示している³⁹⁷。

しかし、本当に裁判所は著作権法上の問題について十分な合憲性審査能力を有していないのだろうか。Karjala は、特許・著作権条項が議会の権限に制限を加える文言について Nachbar が「promote the Progress of the Science」にのみ注目している点に問題があると指摘する。Nachbar は著作権法一般が経済規制立法と同等レベルかそれ以下の審査基準で十分であると述べるが、Karjala は、特許・著作権条項の「limited times」という文言こそ、著作権法、とりわけ著作権の保護期間を延長する立法を通常の経済規制立法と区別すべき根拠になるとする³⁹⁸。つまり、いわゆる前文の要請

「反多数派支配主義の難題」についてより詳しくは、金澤孝「人民立憲主義論 (Popular Constitutionalism) と反多数派支配主義の難題 (The Counter-Majoritarian Difficulty) への示唆」早稲田法学会誌57号 (2007年) 49頁、同「憲法理論の新局面 反多数派支配主義という難点 (Countermajoritarian Difficulty) からの解放に向けて」法律時報79巻4号 (2007年) 83頁以下、齋藤暁「立憲主義と民主主義—『司法審査の民主的正統性』問題の再定位—」早稲田社会科学総合研究別冊「2013年度学生論文集」(2014年) 103頁等。

³⁹⁶ Nachbar, *supra* note 393, at 68-71.

³⁹⁷ Paul M. Schwartz and William Michael Treanor, *Eldred and Lochner: Copyright Term Extension and Intellectual Property as Constitutional Property*, 112 YALE L.J. 2331, 2403-04 (2004). *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.* 判決に関しては、ゴーマン＝ギンズバーグ・前掲注(391)『米国著作権法詳解(上)』34-37頁も参照。

³⁹⁸ Karjala, *supra* note 366, at 266-67

(preambular requirement) と呼ばれる「promote the Progress of the Science」に加えて、「limited times」という文言を合わせて読むことにより、Nachbarの懸念する特許・著作権条項の曖昧さの問題は軽減され、裁判所によって判断することが十分可能なものと捉えることができるということである。

また、Schwartz & Treanorが拠り所としている、「(純粋な芸術作品とはいえない)大衆を惹きつけるための広告に用いられていようとも著作権保護は否定されない」という文脈で発せられた上記のHolmes判事の説示は、裁判所が芸術的価値判断の担い手となるべきではない、という趣旨でなされたものであり、他方、著作権法が憲法に適合的であるか否かはそうした芸術的価値判断とは異なるものである。もちろん著作権法が芸術分野と、特許法が技術分野と密接な関係にあることは否定しないが、そうであるとしても、名誉毀損やわいせつ物規制など他の表現規制に対して裁判所が常々行っている修正一条の審査を、著作権法が対象になった途端に、十分な審査能力がないということにはならないと考えられる。

したがって、裁判所に十分な決定能力・審査能力が備わっていないとする第一の批判は、確かに裁判所は万能ではないものの、少なくとも著作権の合憲性判断という問題に関しては、杞憂であるというべきだろう。

第二に、司法による厳格審査を求める見解が、経済規制に対する積極審査の考えがピークに達し、多くの批判に晒されているLochner最高裁判決及び同時代の最高裁判所の立場と類似しているという批判がある。Schwartz & Treanorは、修正一条に基づく著作権の厳格審査を唱えるEldred訴訟原告らや上記の説を、1905年のLochner最高裁判決³⁹⁹と前後する社会の動きと共鳴していると分析する。

³⁹⁹ Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905). この判決に関する邦語文献として、木南敦「ロックナー判決における自律と自立(一)(二・完)」民商法雑誌146巻1号(2012年)1頁・2号(2012年)121頁、川岸令和「経済的自由とデュー・プロセス条項(1)」樋口範雄＝柿嶋美子＝浅香吉幹＝岩田太『アメリカ判例百選』(別冊ジュリスト213号・有斐閣・2012年)、松井茂記『アメリカ憲法入門』(第7版・有斐閣・2012年)284-286頁、青山武憲「Lochner判決の亡霊とその最近の評価断片」政経研究49巻3号(2013年)673頁、阪口正二郎「Lochnerと利益衡量論－Post Lochnerの法理論」季刊企業と法創造9巻3号(2013年)79頁、清水潤「ロックナー期憲法判例における『残余としての自由』」一橋法学10巻1号(2011年)183頁。

Lochner 最高裁判決とは、実体的デュー・プロセス理論⁴⁰⁰に基づき、製パン工場の労働時間を 1 日 10 時間と定めた州法が契約の自由を侵害し、労働者の権利に不当に介入する立法であるとして、5 対 4 という僅差で合衆

⁴⁰⁰ 松井茂記「実体的デュー・プロセス理論の再検討」阪大法学141・142号(1987年)297頁、阿川尚之『憲法で読むアメリカ史(下)』(PHP 研究所・2004年)104-106頁。

「デュー・プロセス・オブ・ロー」という概念はイギリスのコモン・ローが起源となっている。国王あるいは政府が人の生命、自由、財産を奪う場合、デュー・プロセス、すなわち適正なる手続に基づいていなければならないということを示す言葉であり、合衆国憲法では修正 5 条と修正 14 条 1 節にデュー・プロセス条項がある。前者は連邦の行為に、後者は州政府の行為に対して適用される条項と考えられている。憲法の法文は以下のとおりである(日本語訳は高橋(編)・前掲注(2)『世界憲法集』77・81頁による)。

修正 5 条

No person shall ... be deprived of life, liberty, or property, without due process of law...

「何人も、法の適正な手続によらずに、生命、自由、または財産を奪われない。」

修正 14 条 1 節

...nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law...

「いかなる州も、法の適正な手続によらずに、何人からも、生命、自由、または財産を奪ってはならない。」

そして、手続的デュー・プロセスとは、正当な手続を踏まずして政府が人の基本的人権を踏みこじってはならないという考えであり、デュー・プロセス条項は手続を保障したものと捉える理論である。それに対し、実体的デュー・プロセス理論とは、デュー・プロセス条項が保障する権利の内容は手続的なものだけでなく、個人の権利そのものも保障しているという考えである。

田中英夫『英米法のことば』(有斐閣・1986年)7-13頁は「デュー・プロセス・オブ・ロー」について「裁判所が人権保障の見地からどうしても許し難いとする内容の法律を違憲とするための最後の武器」であり「自然法的な香りがただよう」言葉であると述べている。

実体的デュー・プロセスに関する近時の判例の分析については、中曾久雄「実体的デュー・プロセスの新たな展開と権限アプローチ」阪南論集社会科学編46巻1号(2010年)45頁。

国憲法修正14条に反すると判じたものである。この判決は、議会のなした立法を裁判所が積極的に吟味すべきという司法観が頂点に達し、司法が正当な憲法解釈を逸脱して連邦・州による社会経済立法の大きな障害となったリーディング・ケースとして悪名高い⁴⁰¹。

Schwartz & Treanorの分析によれば、米国では歴史的に①立法が社会の経済変化に対応した立法をなすと、②積極的な司法審査がそれを違憲と判断し、③司法はその後判断を修正して後退するという三段階の流れが繰り返されてきており、Lochner判決やEldred訴訟の原告らの立場、あるいはEldred最高裁判決のBreyer判事の反対意見は上記②の段階に相当するという⁴⁰²。そして、議会の立法に反する積極審査は反多数派であるがゆえに失敗するということを歴史が示していること、知的財産権は他の所有権と何ら相違点がなく、著作権者の私益とパブリック・ドメインという公益を調整するという意味で著作権法は表現規制ではなく経済的規制の性格を有していることを理由に、著作権法に対する修正一条の審査は、経済規制に対する一般的な規制と同レベルのゆるやかな審査で行うべきであると主張する⁴⁰³。その意味で、Eldred最高裁判決の法廷意見は上記②のステップ

⁴⁰¹ この時代、同様の理論を用いて様々な社会経済立法を違憲とする最高裁判決が相次いだ。Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908); Coppage v. Kansas, 236 U.S. 1 (1915); Adams v. Tanner, 244 U.S. 590 (1917); Hammer v. Dagenhart, 247 U.S. 251 (1918); Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923); United States v. Butler, 297 U.S. 1 (1936); Carter v. Carter Coal Company, 298 U.S. 238 (1936)。

Lochner判決の先駆けとなったSanta Clara County v. Southern Pacific Railroad Co., 118 U.S. 394 (1886)やMugler v. Kansas, 123 U.S. 623 (1887)等も含め、Lochner判決前後のこれらの判決群が下された時代は「Lochner期」と称されることがある(ただしこの間の最高裁が常に社会経済立法を違憲と判断したわけではない。例えば、Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908)やBunting v. Oregon, 243 U.S. 426 (1917)を参照)。

なお、女性労働者の最低賃金に関する法律を合憲としたWest Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937)によって判例変更がなされた結果、Lochner期は終焉を迎えることとなった。以上について詳しくは松井茂記『アメリカ憲法入門』(第6版・有斐閣・2008年)280-286頁、青山・前掲注(399)「Lochner判決の亡霊とその最近の評価断片」676-685頁。

⁴⁰² Schwartz and Treanor, *supra* note 397, at 2335.

⁴⁰³ *Id.* at 2334.

を辿らなかった点で *Lochner* 最高裁判決の二の舞を踏まずに済んだものとして肯定的に評価できるとしている。パブリック・ドメインの侵食という問題に関しても、*Schwartz & Treanor* は一定の懸念を示しつつも、フェア・ユースやその他著作権のライセンスの仕組みに委ねておけば十分であるという立場に立つ⁴⁰⁴。

すべての著作権のケースについて消極的な審査が妥当であるとする *Schwartz & Treanor* の説に対し、*Lochner* 判決と同様のベースライン問題を抱え込んでいると批判する *Ku* は、むしろ消極審査を志向する立場のほうこそが *Lochner* 判決に結果的に類似してしまっているとして、そうした見解を Copyright Lochnerism (著作権の *Lochner* 主義) と呼んで反論を加えている⁴⁰⁵。

Ku は *Lochner* 判決で問題となっていた実体的デュー・プロセス条項は漠然とした規定であり、裁判所にそうした曖昧な境界線の決定を委ねることは困難である一方、著作権法との関係で問題となる修正一条は権利章典 (Bill of Right) にも体现されていた明示的かつ基本的な権利であり、こうした大きな違いがあるにもかかわらず経済規制と表現規制とを一緒にたにすべきではないと批判する⁴⁰⁶。さらに、著作権が及ぶ範囲と修正一条の権利が及ぶ範囲を分かちベースラインが変更され、著作権法が拡大した時に、それが許される範囲内にあるのかを決めるには修正一条を参照することが必要不可欠である。憲法起草者の著作権観を重視し、そこにベースラインを固定して、著作権と言論の自由の関係の実質的变化を考慮せずに著作権の合憲性を推定することは、現状にベースラインが置かれていると考えベースラインの設定を誤った *Lochner* 判決と同じ問題⁴⁰⁷に直面してしまっ

⁴⁰⁴ *Id.* at 2409.

⁴⁰⁵ *Ku, supra* note 72, at 412.

⁴⁰⁶ *Id.* at 412-13.

⁴⁰⁷ *Lochner* 期の連邦最高裁は、既存の資源配分によって人々が手にしている現状にベースラインが置かれており、その現状が中立的であるとする「現状中立性 (*status quo neutrality*)」によって支えられてきた点に問題があると批判するものとして、CASS R. SUNSTEIN, *THE PARTIAL CONSTITUTION* 45 (Harvard University Press 1993); Cass R. Sunstein, *Lochner's Legacy*, 87 COLUM. L. REV. 873 (1987).

ていると指摘する⁴⁰⁸。

Lochner 期の最高裁判決が批判の矢面に立たされたのは、実体的デュー・プロセス条項という極めて曖昧な条項に基づいて司法が違憲判決を繰り返し下したことが大きな要因になっている。だが修正一条や特許・著作権条項は、少なくとも実体的デュー・プロセス条項よりは具体的な条項といえよう。その意味で、厳格審査を推奨するという一点に目を付け Lochner 判決を持ち出し批判する Schwartz & Treanor の見解は早計に過ぎるように思われる。

第三の批判は、公共政策事業や公的助成等、知的財産法以外の政策形成過程においても、少数派バイアス及びレントシーキングの問題は発生するにもかかわらず、知的財産法だけを取り立てて論じて少数派バイアスの問題を理由に厳格審査を行う“特別扱い”は妥当ではない、というものである⁴⁰⁹。いわく、一般国民が少しずつ費用を負担し、それが一部の者に補助金のような形で還流される公共政策事業等の場合にも、著作権同様一部の利益団体が立法に働きかける強い動機を持つ反面、分散した個々人の声は立法に反映されづらい⁴¹⁰。こうした立法過程の不透明性の問題に対し、合衆国憲法が用意した解決策は積極的司法審査ではなく、地理的に分散した異なる利害関係を有する個人の代表を共和制政府の下に集めるというものであったはずだという。少数派バイアスという「立法プロセスの極めて一般的な問題」が存在するというだけでは、国民の代表者からなる議会がなした政策決定に対する司法の介入を正当化しえず、実際、少数派バイアスが生じていると思われる他の分野においては議会の立法権限を制限

⁴⁰⁸ Ku, *supra* note 72, at 413-15.

⁴⁰⁹ Nachbar, *supra* note 393, at 53-55.

⁴¹⁰ DANIEL A. FARBER AND PHILIP P. FRICKEY, LAW AND PUBLIC CHOICE: A CRITICAL INTRODUCTION 68 (The University of Chicago Press 1991) は、経済規制立法に対して公共選択論に基づく厳格審査論を批判する文脈において、特定の利益団体によるレントシーキング問題は「関税、国防予算、公共事業、直接的な補助金、公債、その他様々な活動に関わる立法」においても見られるとし、レントシーキング問題が発生すれば厳格審査が正当化されるという理論を貫くと、政府がなすあらゆる活動について裁判所が監視の目を光らせなければならなくなってしまうと述べる。

すべきといった声は聞かれないという⁴¹¹。したがって、議会の権限に対してレントシーキングの問題を持ち出してしまうと際限がなくなり、経済規制立法だけに留まっていたがそれでも批判の多いLochner期の積極的な審査以上に、より広範囲の様々な立法に裁判所の干渉を認めてしまうことになる⁴¹²と主張する。

確かに、立法過程において少数派バイアスの問題が生じるのは知的財産法の分野に限られるわけではない。しかしながら、著作権は個人の行為に対する規制であるという点で、公共政策事業等と性質が大きく異なることをここで想起すべきだろう。例えば、ある行為に対して著作権が行使され、その結果利用者の表現行為が規制されるというとき、それは社会一般的な広くふりかかるタイプの制約ではなく、個別的でピンポイントにふりかかるタイプの制約である。このときに制約されるのは、社会全体の利益がどうであろうともそれとは無関係に保障される「切り札」としての個人の表現の自由である。そのような権利に対し、裁判所は原則的には法廷という場に出てきた二当事者間の主張だけを聴いて紛争の解決を図るという点で、訴訟手続上に現れた当事者の利益を衡量し、個別的な視点を汲み取るミクロ正当化に長けているという特徴がある⁴¹³。したがって、「エンジン論」に与するなら別論、「個」の表現の自由が「社会全体」の著作物の豊富化という利益とは無関係に、切り札として保障されるという立場に立つならば、著作権と表現の自由の利益衡量はこうした特性を有する裁判所の判断に適したものであると評価することができる。

他方、訴訟外の多数の者の利益に関わる政策や、他の政策との関わりを睨みながら、他国の制度の調査や統計といったものなども駆使して政策をマクロ的に決定することは、裁判所よりも議会が得意とするところであるから、立法機関に委ねるべき事項であるように思われる⁴¹⁴。社会一般から

⁴¹¹ Nachbar, *supra* note 393, at 55.

⁴¹² *Id.* at 54.

⁴¹³ 田村・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—」57頁以下。

⁴¹⁴ 以上につき、「ミクロ正義」と「マクロ正義」を定義し、裁判所が追求することが予定されている正義が前者にあることを論じる、平井宜雄『法政策学』（第2版・

税金を徴収し行われる公共事業等はまさしく二当事者間の問題ではなく議会による政策決定に馴染みやすい類型であるし、さらに同じ著作権法に関わる事項であっても、例えば私的録音録画補償金請求権制度のあり方については個別の視点よりも社会における利益配分や技術と社会環境の関係など、全体的な視点が求められる。そうしたケースでは参加者も判断をなす側も限られた人数しか携わることのできない裁判所よりも、民主的に選ばれた議会による討議に判断を委ねたほうがよい場合もある⁴¹⁵。

Karjala も、政府の決定は生の政治権力の行使に基づいてなされるべきではないという立場から、むき出しの選好 (naked preferences) を回避する 1 つの方法として司法審査を位置づける Sunstein の理論を引き合いに出し、

1995年・有斐閣 116・150頁、田村・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—」57頁以下を参照。

⁴¹⁵ 地上波TV放送がアナログからデジタル放送に移行したことに伴い、権利者側がコピー・ワンスやダビング10といったコピー回数のコントロールを技術的にできるようになってきており、従来通り録画機器を補償金の対象とすれば、二重取りの機会を権利者に与えてしまうかもしれないという問題が発生している。こうした著作権保護技術の発展・普及や社会環境の変化にどう対応し、今後私的録画補償金制度をどう運用していくかという政策的な問題が近年、裁判所場で争われる機会があった。しかし知財高判平成23. 12. 22判時2145号75頁[東芝私的録画補償請求権]はアナログ・チューナー非搭載の、デジタル・チューナーのみを搭載する録画機器は、著作権法施行令 1 条 2 項 3 号が掲げる「アナログデジタル変換が行われた影像」を録画するという要件を満たさないということを理由に、同号所定の特定機器に該当しないとして、私的録画補償請求権支払義務のある対象機器ではないと判断した。私的録画補償金制度は対象をデジタルのみにするか否か、パソコン等の汎用機器まで規律の対象とすべきか、文献複写についての規律をどうすべきか等、ユーザーと権利者のみならず機器メーカー等、多数の利害関係が絡み、他の政策との関係も考慮する必要がある。裁判所が司法限りで制度の行く末を決定せず、政令改正を含む立法の場に判断を委ねたという意味で、この判決は好意的に評価することができよう。田村・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—」59-61頁。[東芝指摘録画補償請求権]については、村井麻衣子「私的録画補償金制度における製造業者の協力義務と特定機器該当性」知財管理62巻11号(2012年)1613頁も参照。

レントシーキング問題を根拠とした厳格な司法審査が適用される場面にも一定の歯止めがあることを示唆している⁴¹⁶。

さらに、公共政策事業や関税、国防予算といった少数派バイアスが発生しうる他の分野では、国民全体が税金（公共政策事業、国防予算の財源）や輸入品の国内販売価格の上昇（関税）といった形で広く負担を負うのと引き換えに、国民全体が直接的ないし間接的にその恩恵を享受しうる。しかし著作権法の場合、行為規制という制約を社会全体が負担する点は同じである一方で、少なくとも直接的な恩恵を受けるのは権利者のみ、しかも著作権法を当てにし創作活動で生計を図る一部の権利者だけであるという点でも相違している。その上、前者に関しては様々な消費者団体が分散した人々の声を代弁する組織として存在しているが、著作権法の分野においては現在までのところ、権利者団体に比肩するほどの強い影響力を持ったユーザー団体は残念ながら存在しない⁴¹⁷。これらの理由からも、著作権法

⁴¹⁶ Karjala, *supra* note 366, at 265-66.

⁴¹⁷ ただし、ユーザーの声を代弁する組織が、近年増えつつあることは事実である。例えば、2006年に著作権法の過剰な規制に対する改革を掲げスウェーデンで設立された海賊党（Piratpartiet, Pirate Party）は、2009年に欧州議会で議席を獲得するなど、若者を中心とする支持に後押しされる形で勢いを増し、その活動はドイツ等他国にも広がりを見せている。海賊党も含め、ヨーロッパにおける消費者団体の動向と、立法に与える影響については、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）」34頁以下。また、Litman・前掲注(80)「真の著作権リフォーム（1）」187頁、福井・前掲注(141)『「ネットの自由」vs. 著作権』174頁、中山・前掲注(150)「著作権法の憂鬱」108頁、名和小太郎『著作権2.0 ウェブ時代の文化発展をめざして』（NTT出版・2010年）35頁、山田・前掲注(381)『日本の著作権はなぜもっと厳しくなるのか』111頁も参照。また、欧州の状況につき、上野達弘「ヨーロッパにおける著作権リフォーム—欧州著作権コードを中心に」著作権研究39号（2012年）39頁。

海賊党の歴史とその主張については、浜本隆志『海賊党の思想 フリーダウンロードと液体民主主義』（白水社・2013年）。フランスでの海賊党の動向につき、長塚真琴「フランスの海賊党と2012年国民議会選挙」情報学研究（獨協大学）2号（2013年）105頁。

また、YouTubeやP2Pのファイルシェアリング・ネットワークを利用する何億人もの一般人が、著作権に対し直接的かつ個人的な利害関係を有しており、その中で

の多くの分野では立法機関に委ねておいては解決ができない少数派バイアスの問題が顕著に生じているといえよう。

また、上記の批判は少数派バイアス問題に対する解決策として、司法審査に代わる代替案を何ら提示していない。少数派バイアスが著作権法以外の分野でも生じる「立法プロセスの極めて一般的な問題」であるからといって、著作権法がもたらしうる表現の自由への制約を放置しておいてよいということにはならないはずである。

第四の批判は、修正一条の文言に忠実に従い、政策決定を行う機関として合衆国憲法が本来意図していたのは、裁判所ではなく議会であるという点を尊重する見解である⁴¹⁸。Lange & Powellは、修正一条を議会に対する絶対的な制限を加える規定として捉えるHugo Black判事流の修正一条観に立ち、著作権法を拡大する立法府に対して、修正一条による見直しを唱える。すなわち、修正一条が「議会は言論の自由を奪う法律を制定してはならない(no law)」と規定しているその文言を重視し、この禁止を絶対的なものとして知的財産法に適用するべきという考えである。その際、裁判所も一定の役割を負うことを認めつつも、修正一条の名宛人は議会であることに着目し、修正一条に基づく義務を負うのは第一義的には議会であると述べる。そして、議会のイニシアティブが不在のままケース・バイ・ケースで裁判所によって解釈を行うのでは、修正一条と著作権の問題はうまく解決できないとして、議会によるリフォームによってこの問題に対処すべき時が来ていると主張する⁴¹⁹。

Lange & Powellのこの考えは著作権法に対する審査基準を論じる文脈におけるものではないが、その場その場の実際の紛争を扱う司法というプロ

も特に若者世代が投票権を有するようになると、有権者が著作権に関心を寄せているということを議会側が認識するようになり、著作権を取り巻く利害関係者のパワー・バランスに変化が訪れる可能性がある」と指摘するLitman・前掲注(80)「真の著作権リフォーム(1)」186-187頁も参照。

我が国においても一般社団法人インターネットユーザー協会(MIAU)が設立され、インターネットユーザーの意見表明の支援等の活動を行っており、注目される(<http://miau.jp>)。

⁴¹⁸ LANGE AND POWELL, *supra* note 70, at 188-90.

⁴¹⁹ *Id.*

セスには、包括的な憲法問題に関するリフォームや制度的なリフォームを導くことはできないと述べ、審査基準以前に、立法による問題の解決を志向しているといえる。この考えの背景には、司法が積極的に問題に取り組むチャンスであった *Eldred* 訴訟で結局合憲とする判断が下されたことが影を落としている⁴²⁰。この見解は裁判所に判断を委ねるべきではないとする前述の3つの批判とは異なり、判断機関は裁判所に限られないところ、米国の状況に鑑みれば議会に委ねるほうが望ましいとする点で、やや消極的なトーンではある。

だが、議会を名宛人とする修正一条の体裁を重視する必要性はどこまであるのだろうか。修正一条の文言が議会に向けられていたとしても、その文言に適った立法がなされているか否かを裁判所が審査することは排斥されないのではないだろうか。また、確かに米国においては先に述べたように、*Eldred* 最高裁判決及びその後の *Golan* 判決によって、アイディア・表現二分論とフェア・ユースという著作権法の「伝統的な外延」が変更されない限り修正一条違反にはならないという最高裁の立場が明確化されたため、この判例法理を大きく覆さない限り、裁判所が修正一条を用いて著作権法を切り込むということはおよそなされないと予想される。その意味で、*Lange & Powell* が司法に対してある種の失望を抱いていたとしても無理もないことである。しかし、我が国に目を転じたとき、未だそうした判例が形成されていない点に鑑みれば、裁判所の果たしうる役割について *Lange & Powell* が示しているほど悲観的になる必要性はないように思われる。

結局、*Lange & Powell* の説は、司法と立法のどちらがよりうまく著作権と修正一条の権利のバランスを図れるかという制度論的視点に立ちつつも、特殊アメリカ的な事情—修正一条の文言の体裁及び *Eldred* 事件などの先例の存在—を根拠に、議会のイニシアティブに期待を寄せるものである。そうした特殊事情を持たない日本法の文脈においては、全く逆の結論が導

⁴²⁰ *Id.* at 188. 米国において司法審査制度を確立した *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (5 U.S.) 137 (1803)以降、憲法解釈は裁判所が担うべき重要な役割であったが、*Eldred* 最高裁判決は修正一条と著作権法の問題でそれに取り組むべき機会であったにもかかわらず、それに失敗したケースであったと述べる。

かれる可能性もある。

そして、Lange & Powellの見解は、裁判所と議会の役割分担を推進しようとしているものと読めば、多くの示唆を含んでいる。すなわち、裁判所ができることは、あくまでも既になされた立法を違憲と判断するか、既存の法律をその枠内で解釈していくことに限られる。したがって、例えば孤児著作物問題を抜本的に解決するためには著作権法の保護要件として登録を要求したり、更新制を導入したりするといったデフォルト・ルールの変更が必要であると思われるが、そうした根本的な制度改革は司法の力のみでは達成困難である。その意味で、Lange & Powellが提唱する包括的な著作権制度のリフォームに関しては、議会の役割となることは否めない。裁判所による事案ごとの審査だけでは解決のつかない問題を著作権法が抱えているということを指摘する点で、Lange & Powellの見解は、単なる司法の悲観論を超えた、重要な視点が含まれている。

したがって、議会は自らの役割として、表現の自由にも配慮しながら、抜本的・包括的な制度改革等を担うと同時に、裁判所は議会の行うリフォームの合憲性をチェックし、また出来上がった制度を紛争発生時に運用していくという、2つの機関の相互関与こそが、著作権と表現の自由の保護のバランスを調整する最良の手段であると考えられる。