



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（7・完）
Author(s)	比良, 友佳理
Citation	知的財産法政策学研究, 53, 75-107
Issue Date	2019-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/73427
Type	departmental bulletin paper
File Information	53_03-Hira.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(7・完)

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、第50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

1. 立法に期待される役割
2. 司法に期待される役割

3. 小括

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

1. 「表現の自由」と「ユーザーの権利」
2. 対抗メタファーとしての「表現の自由」
3. 今後の課題
4. 結びにかえて

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

1. 立法に期待される役割

ここまで検討してきたように、著作権立法は裁判所による厳格な基準による違憲審査を免れえないと考えるべきであり、我が国でも今後、司法が著作権法の合憲性の判断を迫られた場合には、著作権法を表現規制立法の一つとして積極的な審査を行っていくことが求められる。

他方で、Lange & Powellが指摘するように、著作権法分野においては、司法の力だけでは達成しえない、立法が主体的に取り組むべき政策課題が存在することもおそらく事実であろう。

例えば近年、著作権の帰属先が不明にもかかわらず権利が存在するため、著作物の利用が進まない「孤児著作物問題」が深刻化している⁴²¹。著作者の許諾を得るのが困難な場合に、許諾を得る代わりに文化庁長官の裁定を受け、補償金を支払うことで、適法利用を可能とする裁定制度が設けられているが（67条）、権利者が不明であるという事実を担保するに足る程度の「相当な努力」を行うことが前提とされているなど一定のハードルがあり（67条1項、103条）、根本的な解決には至っていない。問題を抜本的に解消するには、既存の法の解釈という裁判所の力だけでは限界があるといわれており、国際条約との抵触の問題はあるものの、著作権登録制度や保護期間に関する、抜本的なデフォルト・ルールの変更が特効薬となりうる。

⁴²¹ 孤児著作物に関しては、前掲注(132)に掲げた文献を参照。

また、著作権侵害に関する刑事罰規定のあり方⁴²²に一石を投じうるのも、どちらかという司法よりは立法に期待される役割の一つかもしれない。著作物へのアクセスや利用、改変、拡散が複製・通信技術の発達によって容易になればなるほど、我々の日常行為が著作権法に抵触する可能性が高まっているが、表現の自由との関連では、著作権侵害が刑事事件化されることにより強い萎縮効果が働く上、最終的に有罪とならなくとも、逮捕や捜査の対象とされる段階で社会的スティグマを被るという問題が指摘されている⁴²³。またメディアやインターネットで著作権侵害疑惑が取り沙汰されると、著作権侵害イコール「犯罪」というレッテル貼りが、捜査段階でのネット上での炎上を加速させ、被疑侵害者が副次的に社会的制裁を受けるという側面もある⁴²⁴。深刻な著作権侵害の横行に歯止めをかける上で

⁴²² 著作権の刑事罰に関する論考として、金子敏哉「著作権侵害と刑事罰－現状と課題－」法とコンピュータ31号(2013年)99頁、真島信英「著作権侵害と刑事責任」法学研究論集28号(2004年)1頁、岡邦俊「著作権法違反罪の構造」紋谷暢男教授古稀記念論文集『知的財産法と競争法の現代的展開』(発明協会・2006年)1047頁、松川実「著作権侵害の罪の客観的構成要件」島根法学54巻1・2号(2010年)117頁。刑事罰規定と表現活動に関しては、志田陽子「刑事立法(犯罪を創設する権限)と憲法理論－非犯罪化論、プライバシー権論、平等保護論－」早稲田法学会誌51巻(2001年)285頁。刑事事件の実務については桑野雄一郎「刑罰法規としての著作権法～マルシーボリスとの付き合い方～」コピーライト668号(2016年)2頁、船越剛之＝三森祐敦「模倣品・海賊版事犯に対する警察の取組」コピーライト661号(2016年)27頁が詳しい。

See also, CRIMINAL ENFORCEMENT of INTELLECTUAL PROPERTY: A HANDBOOK of CONTEMPORARY RESEARCH (Christophe Geiger ed., Edward Elgar Publishing 2012).

⁴²³ 志田陽子「著作権法刑事罰と市民的自由－憲法の基礎理論から－」武蔵野美術大学研究紀要46号(2016年)77頁。また、木下昌彦＝前田健「著作権法の憲法適合的解釈に向けて－ハイスコアガール事件が突き付ける課題とその克服」ジュリスト1478号(2015年)46頁が指摘する問題意識も参照。

⁴²⁴ 炎上に関する実証研究として、田中辰雄＝山口真一『ネット炎上の研究 誰がおり、どう対処するのか』勁草書房(2016年)。また、福井健策「ウェブ世論と著作権の新たなリスク」情報管理59巻2号(2016年)75頁も参照。著作権侵害疑惑が炎上を引き起こした例として、東京オリンピック・パラリンピックのエンブレムのデザインが取り下げられた騒動が記憶に新しい。同騒動について詳しくは、加島卓『オ

刑事罰による威嚇や取締強化は重要であるが、他方で処罰対象の明確化や非親告罪化の範囲の策定などに関して、表現の自由に十分な配慮を講ずる必要があるといえ、そのような制度設計において立法が果たす役割は決して少なくない。

立法府は、既に検討したとおり、他の政策や社会情勢、財政状況などの様々なファクターのバランスも見据えながら、各種統計、諸外国の制度等も駆使してマクロ的な政策判断を行うことに長けているといわれている。立法府が少数派バイアス問題、メタファー問題を抱えていることは否定できないとしても、広い視点からデフォルト・ルールを変更することができるという点に、司法にはない、立法府の強みが認められる。実際、近年ではそうした立法府の役割と特長に着目して、新しい技術環境に対応した著作権リフォーム論が議論されている⁴²⁵。

今後は、バイアス問題やメタファー問題といった立法府の弱点を把握した上で、逆に立法府の強みが活かせる政策課題について、弱点を可能な限り最小化しながら議論を積み重ねていくことが求められるであろう。表現の自由や人権論といった観点をこうした立法過程に取り入れることの意義については後述する。

リンピック・デザイン・マーケティング エンブレム問題からオープンデザインへ』(河出書房新社・2017年)。

⁴²⁵ 田村善之「著作物の利用行為に対する規制手段の選択－続・日本の著作権法のリフォーム論」著作権研究42号(2015年)22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－」25頁、石新智規「日本版『次世代の著作権法』」中山信弘編『知的財産・コンピュータと法－野村豊弘先生古稀記念論文集』(商事法務・2016年)347頁、同「著作権法の将来像と政策形成」著作権研究39号(2014年)15頁。

なお、米国における著作権リフォーム論については、Maria A. Pallante(石新智規＝山本タ子(訳))「次世代の偉大な著作権法」知的財産法政策学研究45号(2014年)33頁、Jessica Litman(比良友佳理(訳))「新の著作権リフォーム(1)(2・完)」知的財産法政策学38号(2012年)179頁・39号(2012年)17頁等。

また、欧州における著作権リフォーム論については上野達弘「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(2014年)39頁、著作権委員会「EUにおけるデジタル時代に適応した著作権制度リフォームの動向」知財管理67巻12号(2017年)1858頁等。

2. 司法に期待される役割

前章では米国の議論を参照しながら、立法過程が抱える問題点を指摘し、著作権立法に対する厳格な審査基準の必要性を明らかにした。ここで、米国でそうした議論が生まれた背景と、それが我が国においても同様の議論として成立しうるのは、日米の立法と司法を取り巻く状況を概観しながら検討し、司法に期待される役割を考察してみたい。

著作権法に関する違憲訴訟が提起された場合に、裁判所が政策形成過程に反映されづらいユーザーの利益を汲み取り、立法プロセスの失敗を是正するという重要な任務を担うには、大前提として、裁判所が政治的な利害関係やロビイングと切り離されていなければならない。違憲審査権が裁判所に付与された背景として、裁判所の非政治性・中立性という三権分立制の「神話」があることが前提となっているという指摘がある点に鑑みれば⁴²⁶、裁判所が十分に政治との距離を置いていなければ、司法審査制度において期待される役割を果たしえない可能性が生じる。

こうした観点から米国の状況を検討すると、合衆国最高裁判所は歴史的、制度的に政治や社会情勢の影響を強く受けながらその判例を発展させてきたといえる⁴²⁷。例えば、中絶や死刑制度といった国家政策にも深く関わ

⁴²⁶ 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。

⁴²⁷ 歴代最高裁裁判官の思想信条や経歴にも触れながら、合衆国建国以来生じてきた様々な憲法問題と最高裁の歴史を紹介する文献として、阿川尚之『憲法で読むアメリカ史（上）（下）』（PHP研究所・2004年）、特に20世紀以降の最高裁の内幕に迫る文献として、ジェフリー・トゥービン（増子久美＝鈴木淑美（訳））『ザ・ナイン アメリカ連邦最高裁の素顔』（河出書房新社・2013年）。

その他、ウィリアム・H・レーンクイスト（根本猛（訳））『アメリカ合衆国最高裁』（心交社・1992年）、ラッセル・ギャロウェイ（佐瀬一男＝尹龍澤＝須藤悦安（訳））『アメリカ最高裁判所200年の軌跡 法と経済の交錯』（八千代出版・1994年）も参照。

特に表現の自由に関する米国の理論の歴史的変遷と政治の関係については、奥平康弘『「表現の自由」を求めて－アメリカにおける権利獲得の軌跡』（岩波書店・1999年）、阪口正二郎「合衆国表現の自由理論の現在（一）（二）－表現の自由の20世紀シ

る論点を取り扱うことも拒まず、さらには大統領選挙の帰結を左右するほどの高度に政治的な判断に立ち入ることも辞さないという、政治に対して驚くほど積極的な姿勢を見せている⁴²⁸。このように「司法」部門であるにもかかわらず積極的に政治的判断に立ち入り、政策形成機関として大きな役割を果たす合衆国裁判所は、同時に政治部門との間で軋轢を生じさせることもあった。例えば第二次世界大戦前、ルーズヴェルト大統領が推進しようとしたニューディール政策に連邦最高裁が対抗する姿勢を見せた時期があった⁴²⁹。1950年代から1960年代にかけては、リベラル色の強いウオ

ステムの動揺?」社会科学研究所46巻1号(1994年)51頁・47巻1号(1995年)201頁、同「表現の自由をめぐる『普通』と『特殊』の国家」合衆国における表現の自由法理の動揺の含意」東京大学社会科学研究所(編)『20世紀システム5 国家の多様性と市場』(東京大学社会科学研究所・1998年)13頁、松井茂記「レーンキスト・コートと表現の自由」比較法学39巻2号(2005年)197頁、アンソニー・ルイス(池田年穂＝初岡宏成(訳))『敵対する思想の自由－アメリカ最高裁判事と修正第一条の物語』(慶應義塾大学出版会・2012年)。

⁴²⁸ 例として、*Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000)。*Bush v. Gore* 事件に関しては、松井茂記『ブッシュ対ゴア 2000年アメリカ大統領選挙と最高裁判所』(日本評論社・2001年)、寺尾美子「二〇〇〇年アメリカ大統領選と連邦最高裁」*ジュリスト*1196号(2001年)73頁、楡井英夫「アメリカ大統領選挙裁判－35日間の裁判の軌跡(上)(下)」*ジュリスト*1201号(2001年)94頁・1203号(2001年)114頁、ダン・ローゼン(松垣伸次(訳))「アメリカ合衆国連邦最高裁判所と司法審査：ウォーレン・コートからロバート・コートへ」吉田仁美(編)『人権保障の現在』(ナカニシヤ出版・2013年)278頁、見平典「大統領選挙紛争と投票権の平等－*The Story of Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000)」大沢秀介＝大林啓吾(編)『アメリカ憲法判例の物語』(成文堂・2014年)479頁。

⁴²⁹ ニューディール政策とは、1929年10月に始まった大恐慌(*The Great Depression*)を受け、1932年の大統領選挙で勝利したルーズヴェルト大統領らが推し進めた一連の経済政策を指す。従来は自由放任主義(レッセ・フェール)を基調とした政策が採られていたのに対し、ルーズヴェルト大統領は恐慌対策として政治経済問題・社会問題に積極的に政府を介入させた。下落した農産物の価格を第一次世界大戦前の水準に戻し安定させるべく、小麦、綿花等の品目に対し農家と減産協定を結んだ1933年の農業調整法(AAA)や、工業生産の促進、製品価格と賃金の安定、労働環境の改善、生産活動の効率化を目的とし、生産統制や価格維持の協定を定めた1933年の全国産業復興法(NIRA)等が代表的な例である。

ーレン・コートが人種差別問題や人権問題などに関して積極的な判決を数多く下したのに対し⁴³⁰、政治部門がそれを強く批判した。以上のように、合衆国裁判所の判決は共和党対民主党、保守派对リベラル派といった対立を色濃く反映しながら形成されてきたといえ、判決の歴史が政治的色彩を帯びていることは否定できない。

加えて、連邦最高裁判所判事は時の大統領によって任命されるが⁴³¹、他のポストが大統領の交代とともに総入れ替えとなるのに対し、最高裁判事は大統領の任期終了後も継続してポストに留まることができ、その影響力を行使し続けることから、誰が判事に就任するかをめぐることは、常に激しい政治的駆け引きが繰り返されているといわれる⁴³²。

しかし連邦最高裁は、ニューディール政策が志向する連邦政府の極端な権限集中と役割の拡大が、合衆国憲法の構想した限定的な連邦政府のあり方にそぐわないと考え、特に前期ニューディール政策の多くを違憲と判断した。具体的には、自由放任主義に立つ1900～1930年代のLochner時代の理論を継承し、デュー・プロセス条項に契約の自由を読み込むことで様々な社会経済立法を違憲としたのである。

こうした流れは1936年のルーズヴェルト再選などを経て、最高裁の側が態度を変え、ニューディール政策を追認することによって終焉を迎えた(West Coast Hotel判決)。

⁴³⁰ See e.g., *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954); *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962); *Abington School District v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁴³¹ 歴代の連邦最高裁判所判事と、それを指名した大統領の一覧をまとめたものはリチャード・H・ファロン・Jr.(平地秀哉＝福嶋敏明＝宮下紘＝中川律(訳))『アメリカ憲法への招待－The Dynamic Constitution』(三省堂・2010年)313頁以下で見ることができる。

⁴³² 連邦最高裁判所判事の人事に関する手続において重視される要素に関しては、井樋三枝子「連邦最高裁判所判事指名・承認手続－ソトマイヨール連邦最高裁判事指名・承認をめぐる－」外国の立法243号(2010年)147頁。連邦最高裁判事の指名においては、大統領と重要な政策課題について見解を共通しているか否か、所属政党、経歴、宗教、人種、性別など様々な要素を参考に選定されるといわれている。歴代最高裁判事の任命手続に関しては、高井裕之「アメリカにおける連邦裁判官選任手続の一側面－裁判官の適格性とは何か－」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 佐藤幸治先生古稀記念論文集(上巻)』

このように、アメリカ合衆国においては、司法と政治は切っても切り離せない密接な関係にあるといえ、そうであるからこそ、直接の民主的基盤を持たない裁判官が、民主主義によって選ばれた議会の判断を司法審査権の行使によって覆すことがなぜ許されるのかという「反多数派主義の難題」に関する議論⁴³³や、国家機関の間で繰り広げられるインターアクションに着目した研究⁴³⁴が盛んである。Nachbar や Schwartz & Treanor ら、前章で紹介した著作権に対する厳格審査に否定的な見解が唱えられる背景には、米国の裁判所が抱えるこうした事情が少なからず影響を与えているのかもしれない。

それに対して、我が国の裁判所は——あくまでも相対的な問題ではあるが——政治との結びつきが米国ほど顕在化することは少なかったように思われる。一般的に、これまで最高裁をはじめとする我が国の裁判所の特徴として、統治行為論を用いて政治的紛争に対して判断を下すことを極力回避するとともに、立法府に広い裁量を認める立法裁量論により、議会の判断を尊重する姿勢を示してきた⁴³⁵。こうした最高裁の態度は、裏を返せ

(成文堂・2008年)を参照。

⁴³³ ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS 16-18 (Yale University Press 1962). 大江一平「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都の関連で—」東海大学総合教育センター紀要29号(2009年)87頁、武田芳樹「反多数派主義の難題を超えて(1)・(2・完)—政治学と憲法学の対話—」早稲田大学大学院法研論集125号(2008年)231頁・127号(2008年)75頁、金澤孝「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)も参照。

⁴³⁴ 武田芳樹「裁判所を取り巻く政治的環境に関する考察(1)(2・完)—アメリカ合衆国における制定法解釈論の含意—」早稲田大学大学院法研論集129号(2009年)165頁・130号(2009年)155頁。また、合衆国の司法権を政治的に構築・設計されたものと捉えるペレットティの政治体制アプローチを紹介する大沢秀介『司法による憲法価値の実現』(有斐閣・2011年)51頁以下も参照。

⁴³⁵ 直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為は「裁判所の審査権の外にあり、その判断は主権者たる国民に対して政治的責任を負うところの政府、国会等の政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられている」と述べた最大判昭和35.6.8民集14巻7号1206頁[苦米地事件]が統治行為論を採用

ば議会の政治決定をなぞるという意味で、政治的圧力が存在する結果と見ることが可能かもしれないので注意を要するが、少なくとも表向きには、「反多数派主義の難題」のような軋轢は良くも悪くも先鋭化していないといえることができる。

また、裁判官の任命過程に関しても、日本国憲法の条文上は最高裁の長官以外の14名の裁判官については内閣に任命権が委ねられ、長官については内閣の指名に基づいて天皇に任命されることになってはいるものの⁴³⁶、内閣は事前に最高裁長官の意見を聴取することが慣例となっており、人事の大部分は司法行政に関わる裁判官が決定しているのが実態であるといわれている。さらに合計15名の最高裁裁判官は長年の慣行で、裁判官出身者6名、弁護士出身者4名、検察官出身者2名、官僚出身者2名、学者出身者1名という“枠”が存在するといわれており、また弁護士出身者の人事に関しては、日弁連内部にある最高裁判事推薦委員会で審議が行われ、その結果に基づき最高裁長官が内閣に推薦するという慣行が存在することが指摘されてきた⁴³⁷。その結果、総理大臣が政権与党に有利になるように裁判官人事を運営しようと思えばできるにもかかわらず、日本の裁判官人事の独立性に関しては、少なくとも表向きは、政治的介入が表立って対立の火種になってきたとはいえない⁴³⁸。それは、自由民主党が長年政権党の

した判決として知られている。また、これに対し、高度の政治性のみならず裁量論を加味して、「一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のもの」になると述べた最大判昭和34. 12. 16刑集13巻13号3225頁[砂川事件]も参照。

⁴³⁶ 憲法79条は「最高裁判所は、その長たる裁判官及び法律の定める員数のその他の裁判官でこれを構成し、その長たる裁判官以外の裁判官は、内閣でこれを任命する。」と定め、憲法6条2項は「天皇は、内閣の指名に基いて、最高裁判所の長たる裁判官を任命する。」と定めている。また、下級裁判所の裁判官については、内閣が最高裁判所の指名した者の名簿の中から任命することになっている(裁判所法40条)。

⁴³⁷ 最高裁判事の人事について詳しくは、大野正男『弁護士から裁判官へー最高裁判事の生活と意見』(岩波書店・2000年)64頁以下。また、西川伸一『裁判官幹部人事の研究「経歴的資源」を手がかりとして』(五月書房・2010年)も参照。

⁴³⁸ ジョン・O・ヘイリー(浅香吉幹(訳))「日本における司法の独立・再考」石井

座を独占していたということもあり、政権の方針と真っ向から反する人物が最高裁裁判官に就任する可能性が低かったという我が国独特の事情を抱えていることに由来するのかもしれない⁴³⁹。

そして、裁判官個人が政治団体の会員になっている等、政治的偏見を有している場合や、重大な政治紛争に関して与党の中心人物の選好に逆らった判決を下した場合に、当該裁判官が不利なポストに任命されているということを示す実証研究はあるものの、そうした一部の高度に政治的な紛争を除けば、大多数の紛争には政治的側面がほとんどなく、そこでは政治的バイアスが現れてくるわけではない⁴⁴⁰。例えば労働政策、治安政策、軍事・外交政策に関わる事案においては時として支配権力側が裁判所を支配のための権力装置として再編強化しようとし、裁判所側も非政治性という違憲審査制を裏づける建前を自ら放棄してしまうことがあるという問題が指摘されている⁴⁴¹。しかし、著作権法に関わる政策が、一般の有権者があまり関心を持たず、選挙の争点となりづらいために政治家が積極的に関与しようとししないロー・セイリアンスの政策分野であるという点に鑑みると⁴⁴²、少なくとも我が国の著作権法に関わる判決の内容が、裁判官個人の政治的選好や与党の方針の影響を直接的な形で強く受ける可能性は、今のところ、アメリカほどではないと思われる。

紫郎＝樋口範雄(編)『外から見た日本法』(東京大学出版会・1995年)12-15頁、J・マーク・ラムザイヤー「日本における司法権の独立―実証研究の結果と意義」棚瀬孝雄(編)『司法の国民的基盤―日米の司法政治と司法理論』(日本評論社・2009年)190頁。

⁴³⁹ 我が国の裁判官人事に対する政権の介入メカニズムについては、牧原出「政治からの人事介入と独立性」法律時報86巻8号(2014年)41頁以下。

⁴⁴⁰ ラムザイヤー・前掲注(438)「日本における司法権の独立―実証研究の結果と意義」196-197頁。

⁴⁴¹ 浦部・前掲注(426)115頁はそのような例として前掲最大判[砂川事件]、最大判昭和35.7.20刑集14巻9号1243頁[東京都公安条例]、最大判昭和48.4.25刑集27巻4号547頁[全農林警職法事件]を挙げる。

⁴⁴² 京俊介『著作権法改正の政治学：戦略的相互作用と政治帰結』(木鐸社・2011年)19頁。同「著作権法改正の政治学的分析」新世代法政策学研究7号(2012年)413頁も参照。

このように、アメリカと比べ相対的な問題ではあるが、今日までの我が国の司法は少なくとも、著作権政策に関しては、政治的意思決定と一定の距離を置き、良くも悪くも、政治的なトーンをはっきりとは面に出さない機関であったといえなくもない。政策形成過程のバイアス問題に関しても、少なくとも我が国の司法はロビイング活動のターゲットとされづらく、比較的ロビイング耐性があるといわれており、歪められた立法の矯正を行う機関として一定の役割を果たす可能性が期待されている⁴⁴³。

もちろん、議会に強い影響を及ぼす利益集団から裁判所が一切の影響を受けないと断言することは難しいかもしれない。戦略的な事件選択や、あるいは和解を用いて先例形成を意図的に回避したりフォーラム・ショッピング等の訴訟行動をとったりすることによって、利益集団が司法過程の判断にも影響力を及ぼす可能性を指摘する文献もある⁴⁴⁴。そうであったとしても、こうした行動によって司法判断に与える影響は議会に対するそれよりも間接的かつ限定的であろうことに照らせば、少数派バイアスの問題が顕著な場合に議会よりも裁判所に法形成のプロセスの主戦場を移行させることは決して悪い選択ではあるまい。

さらに、憲法価値の実現を図る役割を担うのはいかなる国家機関であるべきかという憲法解釈の主体の問題として捉え直した場合、日本の国会は従来、最高裁以上に合理的な論理展開を行って憲法解釈を行ってきたとはいえず、むしろ議会の構成員は、憲法の通常理解の仕方に同意を示さない国民から支持を得るためにあえて不合理で対話的でない解釈を行う場合すらあるという指摘がある⁴⁴⁵。それに対し裁判所は経験的に、解釈者間

⁴⁴³ 田村・前掲注(115)「知的財産法政策学の試み」7頁以下、同「知的財産法学の新たな潮流—プロセス志向の知的財産法学の展望」ジュリスト1405号(2010年)22頁。

⁴⁴⁴ 藤谷武史『『より良き立法』の制度論的基礎・序説—アメリカ法における『立法』の位置づけを手がかりに』新世代法政策学研究7号(2010年)184-185頁、Antonina Bakardjeva Engelcrekt(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)」知的財産法政策学研究22号(2009年)47-49頁。

⁴⁴⁵ 新井誠「議会と裁判所の憲法解釈をめぐる一考察」小谷順子＝新井誠＝山本龍彦＝葛西まゆこ＝大林啓吾(編)『現代アメリカの司法と憲法—理論的対話の試み』(尚学社・2013年)211頁。

で理性的な対話を心がけようとする人が多いため、憲法解釈の主体として裁判所を国会よりも優先させることは、少なくとも日本の現状においては適切な選択であるといわれている⁴⁴⁶。

とはいえ、こと違憲審査の場面において、我が国の特に最高裁判所はその違憲判決の少なさからしばしば「司法消極主義」⁴⁴⁷であると批判されてきた。その背景には大法廷への回付が控えられる傾向⁴⁴⁸、立法過程において官僚や内閣法制局によるチェックを終えていること⁴⁴⁹、あるいは最高裁判官の選任過程や定年制、文化的、歴史的背景など、様々な要因が挙げ

⁴⁴⁶ 新井・前掲注(445)「議会と裁判所の憲法解釈をめぐる一考察」211頁。

⁴⁴⁷ 「司法積極主義」及び「司法消極主義」の両用語については、芦部信喜「司法の積極主義と消極主義」同『司法のあり方と人権』（東京大学出版会・1983年）91頁以下を参照。また、中林暁生「司法消極主義と司法積極主義」法学セミナー695号（2012年）43頁以下も参照。

⁴⁴⁸ 滝井繁男『最高裁判所は変わったか——裁判官の自己検証』（岩波書店・2009年）はしがき参照。

⁴⁴⁹ 内閣法制局による法案の事前審査が最高裁の違憲判決の少なさを担保してきたことを指摘するものとして、浦田一郎「政府の憲法解釈とその変更—国会・内閣・内閣法制局」浦田一郎＝只野雅人（編）『議会の役割と憲法原理』（信山社・2008年）131頁、佐藤岩夫「内閣法制局と最高裁判所—2つの違憲審査機関の制度配置と政治システム変動」棚瀬孝雄（編）『司法の国民的基盤—日米の司法政治と司法理論』（日本評論社・2009年）117頁、大石眞「違憲審査機能の分散と統合」大石眞＝土井真一＝毛利透（編）『各国憲法の差異と接点』（成文堂・2010年）237頁以下。内閣法制局の役割については大石眞「内閣法制局の国政秩序形成機能」公共政策研究6号（2006年）7頁も参照。

また長谷部は内閣法制局のチェック機能について、以下のような興味深い指摘をしている。いわく、内閣提出法案は閣議決定後内閣法制局による綿密な審査を経るところ、内閣法制局の構成員は各省庁の法律に詳しい公務員から選出され、その中には司法試験合格者もあり、裁判官にとって内閣提出法案は、既に自分と同等の能力を持つ機関によって一度審査されていることを前提に合憲性を判断する。そのため裁判所としては、議員提出立法や旧憲法下で成立した規定の合憲性にエネルギーを集中させることができ、実際、これまで最高裁が下した法令違憲判決の多くは議員提出立法あるいは旧憲法下で成立した法令に関するものとなっているという。長谷部恭男「民主主義の質の向上—ブルース・アッカーマンの挑戦」ジュリスト1311号（2006年）88頁。

られている⁴⁵⁰。だが、戦後わずか10件しかない法令違憲判決のうち、半数の5件が2000年代以降に集中しており⁴⁵¹、さらに最高裁裁判官が個別意見

⁴⁵⁰ 伊藤正己『裁判官と学者の間』(有斐閣・1993年)116頁以下(「和」を尊重するという日本の精神的風土が立法や行政の判断をできるかぎり尊重しようとする体質を生み出していると指摘)、山田隆司『最高裁の違憲判決「伝家の宝刀」をなぜ抜かないのか』(光文社・2012年)247頁以下、デイヴィッド・S・ロー(西川伸一(訳))『日本の最高裁を解剖する アメリカの研究者からみた日本の司法』(現代人文社・2013年)。特に米国との比較検討を行うものとして、市川正人「違憲審査制の活性化」土井真一ほか『岩波講座 憲法4 変容する統治システム』(岩波書店・2007年)289-294頁。また、近年の議論を概観する文献として、池田晴泰「最高裁判所の違憲審査機能の展開と行方」吉田(編)・前掲注(428)『人権保障の現在』258頁。

⁴⁵¹ 日本国憲法下の法令違憲判決は1970年代に3件、1980年代に2件が以下のおり下された。尊属殺人を普通殺人に比べ特別に重く処罰する刑法200条が憲法14条1項の法の下の平等に反するとした最大判昭和48.4.4刑集27巻3号265頁[尊属殺人重罰規定]、薬事法6条2項の適正配置規制が、職業選択の自由を定める憲法22条1項に違反するとした最大判昭和50.4.30民集29巻4号572頁[薬事法薬局距離制限規定]、投票価値の格差が当時それぞれ最大で1対4.99、1対4.40となっていた公職選挙法の定数配分が憲法14条1項(法の下平等)及び44条但し書き(普通選挙等)に反するとした最大判昭和51.4.14民集30巻3号223頁[衆議院議員定数配分規定違憲判決Ⅰ]、最大判昭和60.7.17民集39巻5号1100頁[衆議院議員定数配分規定違憲判決Ⅱ]、持分が二分の一以下の共有者による分割請求権を否定していた森林法186条が、財産権の保障を定める憲法29条2項に違反するとした最大判昭和62.4.22民集41巻3号408頁[森林法共有林分割制限]。

その後しばらく法令違憲判決は途絶えたが、2002年以降以下の5つの判決が立て続けに出されている。郵便物の亡失、毀損等の損害賠償に関する郵便法68条及び損害賠償の請求権者を限定する同法73条が憲法17条(国及び地方公共団体の賠償責任)の立法の裁量の範囲を逸脱し無効であると判断した最大判平成14.9.11民集56巻7号1439頁[郵便法免責規定]、国政選挙における在外邦人の選挙権行使の全部又は一部を制限していた当時の公職選挙法が、選挙権を保障する憲法15条3項等に違反するとした最大判平成17.9.14民集59巻7号2087頁[在外邦人選挙権制限]、日本国民の父と日本国民でない母から生まれ、出生後父から認知を受けた非嫡出子につき、父母が婚姻しなければ日本国籍を取得できないとする国籍法3条1項の規定が、憲法14条1項(法の下平等)に違反するとされた最大判平成20.6.4民集62巻6号1367頁[非嫡出子国籍取得制限]、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の二分の一とする民法900条4号但し書き前段が憲法14条1項の法の下平等に反するとした最大判

中で積極的な意見表明を行うことが増え、特に司法制度改革以降、最高裁が国の制度設計に従来よりも積極的に踏み込むようになってきたという声も存在する⁴⁵²。表現の自由に関連する領域に対しては、最高裁の発足以降現在に至るまで一度も違憲判断が下されておらず、依然として一部の領域については司法消極主義が継続していることから、近年の最高裁の動向を指して「穏やかな司法積極主義」と呼ぶ論者もいる点には注意が必要であるが⁴⁵³、仮に日本の最高裁の姿勢に何らかの変化が訪れているのであれば、表現の自由、そして著作権と表現の自由の問題に関して、少数派パイアスの問題を回避しながら、今後最高裁が然るべき場面において、積極的な判断を行ってくれると期待することも許されよう^{454 455}。

平成25.9.4 平成24年(ク)984号[非嫡出子法定相続分規定]、女性の再婚禁止期間(180日)を定める民法の規定につき、100日を超える分については過剰な制約であるとして、憲法14条1項の法の下での平等及び24条2項の両性の本質的平等に違反するとした最大判平成27.12.16民集69巻8号2586頁[女子再婚禁止期間]。

⁴⁵² 山田・前掲注(450)『最高裁の違憲判決「伝家の宝刀」をなぜ抜かないのか』。笹田榮司『司法の変容と憲法』(有斐閣・2008年)11頁以下も参照。司法制度改革を求める声の高まり、裁判員制度導入、憲法裁判所導入論の3つの要因が最高裁の積極化を生じさせていると分析するものとして、大沢秀介『司法による憲法価値の実現』(有斐閣・2011年)212頁以下、同「司法積極主義と我が国の最高裁」大石眞＝土井真一＝毛利透(編)『各国憲法の差異と接点』(成文堂・2010年)287頁。

⁴⁵³ 戸松秀典「憲法訴訟の現状分析 序論」戸松秀典＝野坂泰司(編)『憲法訴訟の現状分析』(有斐閣・2012年)11-15頁。

⁴⁵⁴ 20世紀中盤以降、米国連邦最高裁判所が違憲審査制を積極的に運用するようになった背景について、司法政治学の業績等を踏まえつつ分析し、「裁判所の保有する規範的・政治的・実務的資源量」と「裁判所内の価値観の構成」が違憲審査制の機能条件となっていることを明らかにし、そうした観点から我が国の違憲審査制が活性化する手段を追求するものとして、見平典『違憲審査制をめぐるポリティクス』(成文堂・2012年)。

⁴⁵⁵ なお、これまでの著作権法に関する日本の最高裁判決を概観するとともに、それが下級審判決に与えてきた影響について批判的に検討する論文として、上野達弘「著作権法に関する最高裁判決の射程－最高裁判決のミスリード?－」コピライト686号(2018年)2頁。また、知的財産権分野に関する最高裁や知財高裁のあり方について検討する論考として、田村善之「知財高裁大合議の運用と最高裁との関係に

3. 小括

これまでの議論をまとめると、まず表現の自由に着目した場合、自由権の中でも特に表現の自由に対しては、経済的自由との対比はさておき、個人的ないし社会的に特別な価値を有するために、あるいはとりわけ脆弱な性質を有しているために、絶対的な問題として司法が積極的に保障を行う必要があると理解されている。さらに表現を規制する側の著作権法に着目した場合、立法プロセスの構造上、広く薄く社会に拡散したユーザーの声は立法過程に反映されづらいという問題がある。それに加え、真の立法目的が隠蔽され「財産権」や「海賊」といったメタファーが多用されることによって、著作権法は議会に委ねておいては基本的に拡大しやすい傾向にあるといえる。こうした性質を有する著作権法が、前述のように様々な理由からそもそも厚い保護が要請される表現の自由に対して過度の制約とならないようにするには、一つの方策として、司法が積極的に厳格な基準でもって審査を行っていく必要があると考えられる。著作権法に対して厳格な審査基準を用いることに対しては反論もなくはないが、いずれの批判も説得力を欠いている。確かに著作権リフォームなどの抜本的な制度改革に関しては議会の力が必要不可欠であり、裁判所による違憲審査のみで著作権法が抱える問題の全てを解決するのは難しいことは認められるが、そうであっても厳格な違憲審査が果たしうる役割が大きいことには変わらない。そして、我が国の裁判所が著作権マターに関しては、米国と比べ、相対的に政治的圧力と距離を保っていることに照らすと、著作権と表現の自由の調整について裁判所が厳格な審査基準によって積極的に踏み込んでいくことは可能であり、十分期待しうると考えられる。

関する制度論的考察—漸進的な試行錯誤を可能とする規範定立のあり方—」法曹時報69巻5号(2017年)1231頁、前田健「知財分野最高裁判決に見る法解釈方法論と政策形成」民商法雑誌154巻1号(2018年)68頁、宮脇正晴「知財高裁と最高裁」市川正人ほか(編著)『日本の最高裁判所—判決と人・制度の考察』(日本評論社・2015年)185頁、飯村敏明「知的財産高等裁判所の創設及びその果たすべき役割について」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)3頁等も参照。

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

1. 「表現の自由」と「ユーザーの権利」

本稿では、著作権が憲法上の表現の自由に適切な配慮を示す必要性和そのための方法を模索してきた。こうした検討は、我が国の著作権法が仮に違憲訴訟の対象となった場合にその判断をどうなすべきかを考えるという一種の思考実験にすぎないように思われるかもしれない。だが、このようなアプローチは、著作権制度がその目的を達成し、意図されたシステムが正常に機能する上で不可欠な「ユーザーの権利」の保障を指向する第一歩としての意義も持ちうる可能性を秘めている。そこで最後に、表現の自由と著作権の関係を検討することが、著作権制度のあり方を考察するにあたってどのような意義を有するのかを明らかにしたい。

著作物の読者や視聴者といった受け手こそが著作権制度の受益者であると主張する Litman は、著作権法が著作物の創作と頒布を促進する最大の理由とは、ユーザーがそれらを読む、聴く、観るなどして享受し、特許・著作権条項のいう「知識の発展」をなすためであると説く⁴⁵⁶。読む、聴く、観るといった行為は著作物を受け身として単に吸収するだけではなく、それ自体がクリエイティブな活動である⁴⁵⁷。そのため著作権法はその中に十分な自由を組み込み、ユーザーのそうした行為の妨げにならないよう注意を払う必要があるという。著作物の利用や享受を促進しない、あるいは阻害するような著作権制度は、制度の目的を達成せず制度として意味をなさなくなる上に、一般の人々が制度の正統性を疑うようになる原因にもなる⁴⁵⁸と指摘する。

⁴⁵⁶ Jessica Litman, *Reader's Copyright*, 58 J. COPYRIGHT SOC'Y 325 (2011).

⁴⁵⁷ Jessica Litman, *Creative Reading*, 70 LAW & CONTEMP. PROBS. 175, 175-80 (2007).

⁴⁵⁸ Jessica Litman, *Real Copyright Reform*, 96 IOWA L. REV. 1 (2010) は、上記の立場から、著作権法の正統性の失墜を防ぐことを著作権リフォームの課題として掲げる。本論文の翻訳として、Litman・前掲注(80)「真の著作権リフォーム(1)」、同「(2・完)」知的財産法政策学研究39号(2012年)17頁。また、比良友佳理「著作権リフォームが目指すべきもの」(論文紹介)[2012-1]アメリカ法149頁も参照。

また、同様にユーザーの権利を強調する学説として、著作権法を「ユーザーの権利の法 (law of user's rights)」として捉え直すべきであると主張する Patterson も、著作権という概念は全体として、著作物の利用を中心に設計されたものであると位置づけている⁴⁵⁹。そして Patterson によると、憲法上の著作権法の目的を最も良く達成するのは、創作の促進ではなく著作物の頒布の促進であり、人々が著作物にアクセスできるように配慮しなければ、いくら創作を促進しても絵に描いた餅になってしまうという^{460 461}。

こうした著作物を利用する積極的な権利を観念することに対しては、第三者に対して積極的に行使できる「権利」と、一定の行為に関する防御ができるにすぎない「特権」との区別ができていないと批判する声がある。Brennan は、フェア・ユースによってユーザーの権利の保護が図られているという議論に対し、他人の著作権を侵害せずに情報を利用できるということは、他の法律に抵触せずに利用することを直ちに意味するわけではなく、例えば網羅型の電話帳が創作性を満たさないために著作権による保護を受けなくても、連邦議会は通商条項に基づいて保護を付与できる可能性があり、フェア・ユースは防御的な「特権」を与えているにすぎないと述べる⁴⁶²。しかし本稿がここで「ユーザーの権利」と呼ぶものは、第三者に対する排他権でも、著作権侵害の範囲の外側にある“権利者からのおこぼれ”や“お目こぼし”としての恩恵でもない。著作権制度の究極目的である文化の発展の一部をなす、人々が著作物を享受し利用する自由に関わる権利の存在に人々の意識を向けさせるレトリックとしての「権利」である。

⁴⁵⁹ L. RAY PATTERSON & STANLEY W. LINDBERG, *THE NATURE OF COPYRIGHT: A LAW OF USERS RIGHTS* 191-93 (Athens: The University of Georgia Press 1991).

⁴⁶⁰ L. Ray Patterson, *Free Speech, Copyright, and Fair Use*, 40 VAND. L. REV. 1, 6-7 (1987).

⁴⁶¹ このほか、ユーザーの権利に着目して著作権法を論じる文献として、張睿暎「著作物ユーザに権利はあるかー新しい著作権法フレームとしての人権」知財年報2009(別冊NBL130号)294頁。さらに、カナダにおける、著作権の制限規定をユーザーの権利として捉え直す動きについては、谷川和幸「カナダ著作権法における『利用者の権利』としての著作権制限規定」情報法制研究4号(2018年)57頁。

⁴⁶² Lorin Brennan, *The Public Policy of Information Licensing*, 36 HOUS L. REV. 61, 77-79 (1999).

立法過程や司法において従来看過されがちであったこうした利用者側の利益を「ユーザーの権利」として観念し直すという意味で「権利」と呼んでいることを、ここで強調しておきたい。

こうした議論は我が国の著作権法のあり方を考えるに当たっても大いに参考にすべきであろう。日本は米国とは異なり、米国の特許・著作権条項のように憲法が著作権法の目的を規定しているわけではないが、著作権法の目的は「文化の発展に寄与する」(著作権法1条)ことであると明確に定められている。30条以下には著作権の制限規定が多数設けられており、決して著作権者の保護のみを図ろうとしているわけではないことは、憲法21条を持ち出すまでもないだろう。

それではユーザーの権利として自由を確保すべき領域にはどういった内容が含まれるのか。Litmanは合法に入手した著作物に関する利用の自由を個人に認めるべきであるとし、具体的には私的な範囲内での展示、演奏といった行為やフォーマットの変更、アーカイブ作成やクラウドでのバックアップ、私的な範囲内でのソフトウェアの改変、非営利目的のマッシュアップ等を挙げ、さらに著作物の一定のシェアも許容して良いのではないかと述べる⁴⁶³。これらの行為の中には伝統的な表現の自由によってカバーされていると考えられるものもあれば、他方で近時拡大してきていると考えられる表現の自由の概念によってしても、その保障の対象となるとは考え難いものも含まれている。例えば非営利目的で行うマッシュアップは、既存の著作物の断片を組み合わせる新しい創作を行うものであるためまだ「表現」という語に馴染みやすいが、フォーマット変更や単なるバックアップといったものは、著作物の普及と利用の利便性向上にとって重要な意味を持つものであるが、外に向かって何かを発信する行為ではなく、また表現に関連する裾野領域の行為とするにも評価が分かれうるところではないだろう。

このように、憲法に基づく表現の自由からは直ちに導き出すことが難しいものも包含する、より広範な意味でのユーザーの基本的な自由が、憲法とは別に著作権制度それ自体から仮に要請されているとすると、著作権法の合憲性を考える場面以外でも、著作権法固有の内在的な問題としてユー

⁴⁶³ Litman, *supra* note 456, at 350-53.

ザーの利用行為の自由を検討していかなければならないだろう⁴⁶⁴。

我が国でも、企業内におけるファックスの送受信や、会議資料として書籍を複製する行為、メールのコピー・ペーストといった、著作権法上の複製に当たりうるが日常的に広く行われている利用行為について、これらの行為を規制してしまつては経済活動が立ち行かなくなるばかりか、個人の自立的な活動の自由が妨げられるにもかかわらず、現在の著作権法を文言どおりに解釈すると著作権侵害に該当してしまうという問題を指摘するものがある⁴⁶⁵。ここで危惧されているのは、やはり憲法上の表現の自由を越えた、より一般的な行動の自由に対する浸食であると思われる。

以上のように、伝統的な表現の自由の概念に含むのは困難な、より広範な「私人の行動の自由」の確保⁴⁶⁶が、著作権を制度設計する上で重要であるとなると、「著作権と表現の自由」に関する議論は、実は著作権法が取り組むべき問題の一部にすぎないということになるのかもしれない⁴⁶⁷。

したがって、表現の自由に配慮した著作権法のあり方を探求することは、単に憲法上認められている権利の保障という意味だけでなく、より広範なユーザーの権利を確保する作業の一躍を担うという意味も持ち、著作権制度の正当性や健全性を高めることに役立つ可能性があるのではないだろうか。つまり、著作権と表現の自由の関係を議論することは、単に著作権が憲法という外部の法規から一方的に影響を受け、表現の自由の保障と引

⁴⁶⁴ 著作物に当たるものについて著作権法上の保護が否定されるとき、著作権法の規律は「保護」を定めるとともに、積極的に「自由」を確保していると解されるとするものとして、上野達弘「著作権法による自由」法学教室426号(2016年)43頁。

⁴⁶⁵ 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」124頁。

⁴⁶⁶ 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頁は、こうした権利を憲法規範に位置づけるならば、憲法13条の幸福追求権になるだろうと述べる。

⁴⁶⁷ このほか、表現の自由だけでなく、行政機関の情報公開や著作物に対する障がい者のアクセス確保といった、多様な公共的視点から、著作権の設定及び範囲の調整の必要性を示唆するものとして、鈴木将文「知的財産法と公共性」長谷部恭男＝金泰昌(編)『公共哲学12 法律から考える公共性』(東京大学出版会・2004年)65頁。

き換えに、何か本来あるべき著作権の領域が削り取られるという類いのものではなく、著作権法それ自体の目的に適った制度のあり方を追求する出発点となりうるということである。

2. 対抗メタファーとしての「表現の自由」

それでは、著作権法が対峙すべき真の価値がユーザーの自由、あるいは行動の自由といった、より一般的な価値であるとする、本稿がこれまで検討してきた「憲法上の表現の自由」対著作権法という問題枠組みは無意味なものということになるのだろうか。この点に関し、ユーザーの権利という概念は、かろうじて著作権法の目的規定にある「文化の発展」という文言に根拠を求めることができるにすぎない抽象的な価値に留まり、明文上の根拠を導き出すのが困難であるかもしれない。しかし、ユーザーの権利の問題を憲法上の表現の自由の保障と接合させることで、明文上の権利同士の対立問題、しかも基本的人権に関わる問題として再定位することが可能になり、立法過程にも一定のインパクトを与えることが期待できると考えられる。

さらに、行動経済学や心理学的知見を取り入れ、これまで知的財産法にまつわる政策形成過程で人々のモラルや価値観に訴えるレトリックが用いられてきたのに対して、ここまで本稿は、そうしたレトリックによって強化される少数派バイアスの問題を矯正する手段として、メタファーによって覆い隠された真の立法目的を厳格な審査基準で暴くという対策を既に挙げてきたのだが、もう一つの方策として、政策形成過程のバイアスとは逆方向のバイアスを有するメタファーを選択して知的財産法を議論するという、「認知バイアスによる政策バイアスの中和」が提唱されている⁴⁶⁸。これは具体的には、知的財産権を「発明」や「著作物」などの「知的創作物」を保護する財産権と捉えるメタファーが政策形成過程のバイアスと同方向を向いているところ、それとは逆に、「知的財産権なるものは他人の行為の規制にすぎない」というメタファーを選択して議論のベースに据え

⁴⁶⁸ 田村・前掲注(106)「メタファの力による“muddling through”:政策バイアス vs. 認知バイアスー『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』総括報告ー」103-111頁。

るべきであるという考えである。メタファーにあえてメタファーで対抗するというこの解釈論は、メタファーの選択が我々の世界の把握の仕方を規定するというのを逆手に取り、ベースラインを変更する一つの方法として大きな可能性を秘めている。

著作物と著作者の関係を表すメタファーとして①著作物を著作者の“子供”であると捉える *paternity* のメタファーと、②著作物を不動産に例えるメタファーを論ずる *Rose* も、メタファーは単なる飾りではなく、人々の考え方を構築してしまうものであると指摘する⁴⁶⁹。そして、①子供のメタファーは著作物を無から作り上げたという神の創造に似た概念を用いることで、②不動産のメタファーは著作権を永存する土地に例えることで、それぞれ著作権が永続する絶対的な財産権であると人々に考えさせる傾向を作り出すことに貢献していると分析する⁴⁷⁰。しかし、これらのメタファーが著作権保護期間の度重なる延長等の著作権拡大を後押ししてきた一方で、*Rose* は不動産のメタファーが著作権の拡大に反対する議論にも動員されてきたと指摘する。それは、前述した *Boyle* の「第二の囲い込み運動」という比喩である⁴⁷¹。*Rose* は批判的にメタファーを用いることで、同じ不動産メタファーを用いても新しい意味を開拓しうることを *Boyle* の議論が示唆していると述べ、長年用いられてきたメタファーは歴史的に根づいているために、人々がそこから解放されるのは難しいことを認めた上で、古い比喩を単に拒絶するのではなく、比喩の新しい理解を見つけ出すことがメタファーの問題に対する解決策になると述べている⁴⁷²。

この *Rose* の主張は、先ほどの「認知バイアスによる政策バイアスの中和」と通じるところがある。*Rose* もメタファーがもたらす認知バイアスの問題に対し、メタファーの新たな理解を用いて対抗するという点で、メタファーの特質を逆手に取っているからである。

このように、従来のももの見方を大きく逆転させる対抗メタファーは、実は既に我々の身の回りで無意識のうちに使用され広がっているかもし

⁴⁶⁹ *Rose, supra note 380, at 3.*

⁴⁷⁰ *Id. at 9.*

⁴⁷¹ *Boyle, supra note 154.*

⁴⁷² *Rose, supra note 380, at 12-15.*

れない。例えば近年、特許権の分野において、専ら他人に特許権を行使する目的で権利を保有し、一つの技術に多数の特許権が絡む状況を利用して、技術利用者が当該技術に関係特殊な投資をなしたのを見計らって戦略的に特許権を行使し、高額なライセンス料を得る問題が深刻化しているが、そうした者は北欧神話に登場する巨大な怪物「トロール」になぞらえて「パテント・トロール」と呼ばれている⁴⁷³。“怪物”呼ばわりすることの是非

⁴⁷³ パテント・トロールがライセンス交渉において強い立場に立つことができる背景には、特許権に基づく差止請求権の存在が大きい。技術利用者がパテント・トロールの要求を受け入れてしまわざるをえないのは、既に関係特殊な投資を行ってしまった以上、当該技術に差止命令が下されるのを極力避けたいと考えるからである。そのため、こうした問題への一つの対策として、差止請求権の制限が注目されている。米国ではeBay Inc. v. Merc Exchange, L.L.C., 547 U.S. 338 (2006) (尾島明＝二瓶紀子[判批]知財研フォーラム69号(2007年)に全文の日本語訳がある)が、特許権の侵害が認められる場合には自動的に差止請求を認めていたそれまでの取扱いを拒絶し、特許権侵害が肯定されても差止請求を認めるには以下の要件を満たす必要があると判じた。その要件とは①原告が回復し難い損害を被ること、②金銭賠償という救済手段では損害補償が不十分であること、③原告及び被告双方の被る不利益の比較衡量の結果、エクイティ(equity)上の救済手段が正当化されること、④終局的差止命令が公益に反しないこと、の4点である。

我が国でも、那覇地判平成20.9.24判時2042号95頁[写真で見る首里城]において、著作権侵害を肯定し損害賠償請求を認容しつつも、差止請求を棄却するという判断がなされた。被告写真集全95頁、掲載写真177点のうち、著作権侵害に該当するものが最終ページの9点の写真のうちの1点に過ぎず、かつB5判の写真集に対し4cm×5cmという極めて小さい写真であったという事案で、那覇地裁は、損害の額が軽微である点、被告が既に多額の投資をしており、発行済写真集の販売ができないとなると損害賠償額に比して被告の被る不利益が甚大となることを理由に、差止請求を棄却したのである。従来の裁判例では、書籍のうちごく一部分が著作権侵害に該当する場合であっても書籍全体の差止めが認められていた(例として、被告書籍144頁中、ある1頁で原告の漫画3コマを引用する際、3コマ目の配置を変更したことが同一性保持権侵害に当たると判断された東京高判平成12.4.25判時1724号124頁[脱ゴーマニズム宣言二審])。こうした差止請求権の制限はまだ裁判例において定着はしていないものの、注目される。

eBay判決、及び差止請求権の制限については、玉井克哉「特許はどこまで『権利』かー権利侵害の差止めに関するアメリカ法の新判例をめぐって」パテント59巻9号

はともかくとして、「権利者」が「戦略的な特許権行使ビジネス」を遂行しているともいえる状況に対し、特許制度が本来予定していた形とは異なる濫用的な権利行使を非難するニュアンスを有する語で呼ぶという点で、これも一つの対抗メタファーであるといえるかもしれない⁴⁷⁴。

こうした対抗メタファーの試みを参考に、著作権法の文脈において、ユーザーや後発の創作者が憲法に定められている「表現の自由」を有しているということを強調し、著作権法が「表現規制立法」であり、著作権法が過度に拡大すると「基本的人権」たる表現の自由の侵害を引き起こす可能性がある、と認識することは、著作者の「財産権」としての「著作権」の

(2006年) 45頁、田村善之「特許権侵害訴訟における差止請求権の制限に関する一考察—解釈論・立法論的提言」根岸哲古稀『競争法の理論と課題—独占禁止法・知的財産法の最前線』(有斐閣・2013年) 699頁、和久井理子『技術標準をめぐる法システム—企業間協力と競争、独禁法と特許法の交錯』(商事法務・2010年) 191-195頁、平嶋竜太「差止請求権の制限：理論的可能性についての考察」日本工業所有権法学会年報33号(2010年) 61頁。また、eBay判決後の米国の裁判例の動向について、Miku H. Mehta(事務局(訳))「eBay v. MercExchange後の特許訴訟における差止め救済」AIPPI 53巻 8号(2008年) 4頁。

⁴⁷⁴ さらに近年では、「パテント・トロール」のメタファーを応用した「コピーライト・トロール」(「著作権トロール」とも)という概念が生まれている。山田・前掲注(334)『「表現の自由」の守り方』93-94頁は特に刑事責任の効果に着目し、著作権が非親告罪化されることで「競業関係にある企業や、トラブルのあった個人の些細な著作権違反を警察に通報し、訴訟をちらつかせて『示談金』の名目で金銭を要求する」行為としてこの言葉を用いている。コピーライト・トロール及びパブリシティ権トロールについては、K.J. Greene, *Right of Publicity, Identity, and Performance*, 28 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 865, 874 (2012)。

またWuは、ミュージック・サンプリングを行う成功したミュージシャンをターゲットに、それがどんなに僅少な利用であっても訴訟を提起し金銭を得ようとする者のことを「sample troll」と呼んでいる。Tim Wu, *Jay-Z Versus the Sample Troll: The shady one-man corporation that's destroying hip-hop*, Slate, November 16, 2006, available at http://www.slate.com/articles/arts/culturebox/2006/11/jayz_versus_the_sample_troll.html.

これと関連して、ミュージック・サンプリングの法的取扱いを議論するものとしては、安藤和宏「アメリカにおけるミュージック・サンプリング訴訟に関する一考察(1)(2・完)—Newton判決とBridgeport判決が与える影響—」知的財産法政策学研究22号(2009年) 201頁・23号(2009年) 231頁が詳しい。

保護が声高に謳われる現在の政策形成過程に蔓延するメタファーに対抗する原動力になるのではないだろうか。著作権の行使を「人権侵害」と呼ぶのは過激であるという意見や、著作権法の問題に憲法論や人権論を引き合いに出すのは仰々しいという声もあるかもしれない。しかし、著作権法を取り巻くアクターには積極的な権利行使を欲するプロの著作権者だけでなく、アマチュアの創作者や多くのユーザーがおり、著作権法のあり方は様々な利害関係を左右するものである。そのことを人々に知覚させることができるという点で、表現の自由を基軸とした対抗メタファーを強調していくことは、決して荒唐無稽なことではないと考える。

我が国においても、国際的な著作権制度のルール形成の場面において、著作権制度を変えなければならないという問題提起を著作権制度の中から内発的に行うことは實際上容易ではないと述べた上で、「著作権制度の改革に向けたアプローチとして、人権のような、著作権に対し外在的な、しかしその尊重に関して国際的にコンセンサスを得やすい価値を正面に掲げ、それとの調整という理屈で改革を図るのが、現実的な選択」であるとの指摘がなされている⁴⁷⁵。「表現の自由」や「人権」という概念をあえて著作権法の外部から持ち出すことにより、著作権そのものが本来目指すべき目標に向かって修正されていくという考え方は、本稿の提言と共通する部分が多い。

3. 今後の課題

本稿の問題点、ならびに今後に残された課題は数多く存在すると思われるが、とりわけ重要であると考えられるものを3点挙げておく。

第一点目は、具体的な裁判例の分析と立法論に関する課題が残っているという点である。本稿では主に違憲審査の場面を想定しながら、著作権と表現の自由の調整について裁判所と議会がそれぞれ果たすべき役割を論じてきたが、著作権法の合憲性が明示的な争点とならない限り、本稿で議論してきた裁判所の調整機関としての機能は眠ったままの状態となって

⁴⁷⁵ 鈴木将文「国際著作権一動向と展望」日本国際経済法学会（編）『国際経済法講座Ⅱ－取引・財産・手続』（法律文化社・2012年）479頁。

しまうわけではあるまい。例えば著作権侵害訴訟において著作物性が認められる範囲を限定したり、制限規定を柔軟に解釈したり、あるいは差止請求権を制限するなど、多様な法解釈を通じて利用者側の表現の自由を間接的に保障している可能性があるからである⁴⁷⁶。そこで今後は、本稿で得られた知見を用いて我が国の裁判例を分析し、違憲審査の場以外における裁判所の機能と役割を検討していきたい。

さらに、表現の自由が今後、著作権侵害訴訟における、著作権制限規定に次ぐ新たな抗弁の柱となりうるのかについても検討したい。米国ではエンジン論を根拠に、著作権法において表現の自由は考慮済みという考え方が最高裁で定着しているのは本稿で紹介してきたとおりだが、他方、欧州に目を向けてみると、2013年に欧州人権裁判所はAshby事件判決⁴⁷⁷において、国内裁判所が著作権に基づき命じた損害賠償及び刑事罰が、欧州人権条約10条が保障する表現の自由に対する「干渉」に当たりうるとの一般論を示した⁴⁷⁸。結論としては著作権行使に基づく措置が表現の自由の侵害で

⁴⁷⁶ これまで黙示的・間接的に多かれ少なかれ行われてきたであろう、著作権法解釈による表現の自由への配慮が、より明示的に行われるべきであるという点こそが、本稿の主張の一つではあるが、これまでの裁判所の法解釈の努力と工夫を否定する趣旨ではない。

⁴⁷⁷ Ashby Donald et autres c/ France, CEDH, requête n° 36769/08 du 10 janvier 2013. パリコレのファッションショーの写真と動画をインターネットサイトで配信、有償で販売した申立人らの行為が、オートクチュールメゾンの有する著作権を侵害するとフランス国内裁判所で判断されたことに端を発する事件で、著作権侵害に基づく損害賠償命令及び有罪判決は、表現の自由に対する不当な干渉に当たるのではないかと、欧州人権裁判所に申立てが行われた。

⁴⁷⁸ ただしこの「干渉」は、人権条約10条2項が定める3要件、すなわち①「法律によって予め定められ」、②人権条約10条2項で掲げられている「正当な目的」に基づいており、③「民主的社会において必要」なものであれば人権条約違反とはされない。これらのいずれかを満たさない場合にはじめて人権条約違反となる。欧州人権裁判所は、①②要件を満たすと判断した上で、③「民主的社会における必要性」要件につき、第一に、本件で問題となった写真は商業的なものであって一般の利益に関する議論に貢献したとはいえないこと、第二に、著作権が人権条約第1議定書1条で保障された権利であるから、本件の「干渉」は条約が保障する権利の保護を目的としたものであること、という2点の要素を挙げ、締結国に「特に広い評価の

あるとは判断されなかったものの、著作権法が表現の自由に基づく外在的な制約を受ける場合があることを示唆している点で重要な判決である。

欧州各国レベルでも、例えばフランスでは、著作権侵害訴訟において、被疑侵害者が欧州人権条約10条で保障される表現の自由を援用し、ある種の抗弁として用いることが少なくない。伝統的にフランス破毀院は、著作権と基本権のバランスは立法者によって著作権の制限規定の中で考慮済みであるとして、そうした表現の自由の主張を退けてきたが⁴⁷⁹、2015年、Klasen 判決⁴⁸⁰において、著作権と表現の自由という、問題となっている権利間の適切なバランス (*juste équilibre*) の探求について具体的な方法で (*de façon concrète*) 説明することなしに著作権侵害を肯定する判決を下したという点において法的根拠を欠くとして、控訴院判決を破毀するという注目すべき解釈を示している。著作権侵害訴訟の中で、著作権と表現の自由の保護のバランスを具体的に裁判所が主体となって図ろうとするこうしたアプローチは、著作権法に内在する調整原理に委ねる米国とは大きく異なるものであるといえ、こうした考え方が今後、欧州各国でどのように発展していくかを検証することは、日本法を検討するに当たっても有益である

余地 (*marge d'appréciation particulièrement importante*)」が認められるとして、結論として本件「干渉」は人権条約には違反しないと判断した。本判決について詳しくは、比良友佳理「著作権と表現の自由に関する欧州人権裁判所の新たな動き－Ashby 判決、The Pirate Bay 判決」AIPPI 62巻12号 (2017年) 24頁。

⁴⁷⁹ Civ. 1^{ère}, 13 nov. 2003, Bull. Civ. I, n° 229, Fabris, ADAGP c/ Société nationale de télévision France 2; Civ. 1^{ère} ch, 2 octobre 2007, n° 05-14.928, SNC Hachette Filipacchi associés c/ Fédération internationale de football.

⁴⁸⁰ Civ. 1^{ère}, 15 mai 2015, n° 13-27.391, P.Klasen c/ A .Malka., D. 2014. 1094, obs. A. T.; *ibid.* 1672, note A . Bensamoun et P. Sirinelli; CCE juillet 2015, comm. 7, no55, obs. C. Caron.

この事件は、モード写真家 Malka 氏が雑誌掲載用に撮影した女性の顔写真 3 点を、芸術家の Peter Klasen 氏が「広告と過剰消費のシンボル」として許諾なしに複数の作品において色を変えた上で用いた、いわゆるアプロプリエーション・アートの一種が著作権侵害に該当するかが争われた事案である。

本判決について詳しくは、比良友佳理「著作権と表現の自由の関係がもたらすフランス著作権法のパラダイム・シフトー Klasen 事件・カルメル派修道女の対話事件破毀院判決を中心に」コピーライト678号 (2017年) 36頁。

う⁴⁸¹。

また合わせて、登録制度の導入等、著作権制度の抜本的な改革に関しては立法府が主体的な役割を果たすのは前述のとおりだが、現在の著作権法を取り巻く技術環境を踏まえ、表現の自由に配慮した著作権制度のあり方に関する立法論についても、より具体的に検討していきたいと考えている。

第二点は、著作者人格権と表現の自由との調整である。本稿は主として著作財産権を念頭に、表現の自由との関係を検討したものであるが、表現の自由が著作者人格権の行使によって妨げられるような場合には、もしかすると本稿とは異なる視点からの検討が必要になるかもしれない。少なくとも、著作財産権と著作者人格権の権利の性質の違いや、著作財産権の制限規定のあり方と著作者人格権を制限する規定の違いを念頭に置く必要があるだろう。この点に関しては著作者人格権の保護が弱い米国法のみを比較法としていては限界があると思われるので、将来的には欧州などの議論も参照して、検討を深めていかなければならないと考えている。

著作者の死後も著作者人格権の保護がなされるなど、著作者人格権の保護に厚いといわれるフランスでは近年、前述の「著作財産権」対「表現の自由」の事案である **Klasen** 事件判決に続き、「著作者人格権」対「表現の

⁴⁸¹ なお、ドイツ法における著作権と憲法上の権利ないし芸術の自由に関する議論や裁判例に関する邦語文献として、栗田昌裕「憲法による著作権の保護と制約ードイツ法の展開を手がかりとしてー」著作権研究37号(2010年)152頁、同「著作権法における権利論の意義と射程ー独における憲法判例と学説の展開を手がかりとして(一)(二・完)」民商法雑誌140巻6号(2009年)638頁・141巻1号(2009年)45頁、栗島智明「ドイツ連邦憲法裁判所のサンプリング判決にみる著作権解釈ー著作権と憲法の“複雑な関係”ー」コピーライト674号(2017年)33頁、石塚壮太郎「芸術の自由と著作権の相克ーサンプリング事件判決を中心に」戸波江二古稀記念『憲法学の創造的展開』(信山社・2017年)651頁、石塚壮太郎「レコードサンプリングをめぐる芸術の自由と著作隣接権の調整」自治研究93巻8号(2017年)151頁、奥山亜喜子「芸術と法、国家(1)ドイツ連邦共和国基本法5条3項における『芸術の自由』概念をめぐって(前)(後)」女子美術大学研究紀要30号(2000年)120頁・31号(2001年)155頁、同「芸術と法、国家(2)芸術の自由と著作権の衝突ー『ゲルマニア3』決定」女子美術大学研究紀要37号(2007年)16頁、同「芸術の自由と著作権ーハイナー・ミューラー作『ゲルマニア3』事件」ドイツ憲法判例研究会(編)『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社・2008年)184頁。

自由」の事案であるカルメル派修道女の対話事件判決⁴⁸²においても、創作の自由と著作人格権の保護との適切なバランスの探求(*la recherche d'un juste équilibre*)が必要である旨を説く破毀院判決が登場している。具体的な衡量の手法が、著作財産権のケースと著作人格権のケースで異なるのか否かについては移送後の控訴院判決を待たなくてはならないが、著作財産権と著作人格権の保障の趣旨が異なることに鑑みれば、両者のケースで違いが生じるとしても不思議ではない。この問題については、フランスにおける議論などを参考にしながら、日本法でどのように考えるべきか考察していきたい。

第三点は、表現の自由と他の知的財産法との関係である⁴⁸³。

米国においては、商標権⁴⁸⁴、パブリシティ権⁴⁸⁵、営業秘密⁴⁸⁶の事案にお

⁴⁸² Civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, G. Bernanos et a. c/ Tcherniakov, *Bel Air et autres*, n°15-28.467 16-11.759.

この事件は、Georges Bernanos (脚本) と Francis Poulenc (作曲) によるオペラ作品「カルメル派修道女の対話 (*Dialogues des Carmélites*)」(1957) をロシア人 Dimitri Tcherniakov が演出に変更を加えミュンヘンのバイエルン国立歌劇場で上演し、フランス企業がDVD化、Blu-ray化したことが引き金になったものである。Tcherniakov 版では舞台をフランス革命時代から現代に置き換え、ラストシーンでギロチンの音とともに登場人物達が順番に処刑されていくという演出が、ガス爆発での死亡に変更されており、ラストシーンの大幅な演出変更について、著作権管理者らが著作人格権に基づき訴訟提起したものである。本判決について詳しくは、比良・前掲注(480)「著作権と表現の自由の関係がもたらすフランス著作権法のパラダイム・シフトーKlasen 事件・カルメル派修道女の対話事件破毀院判決を中心に」40・42頁。

⁴⁸³ 他の知的財産権と表現の自由に関する論稿は著作権以上に数が限られているが、商標権と表現の自由について論じる先行研究として、平澤卓人「表現規制としての標識法とその憲法的統制(1)」知的財産法政策学研究50号(2018年)61頁、大林啓吾「表現概念の視座転換ー表現借用観からみる表現の自由と商標保護の調整ー」帝京法学26巻1号(2009年)163頁、同「表現の自由と知的財産ードメイン名をめぐる憲法問題」大沢秀介・葛西まゆこ＝大林啓吾(編)『憲法.com』(成文堂・2010年)134頁、特許権との関連につき、大日方信春「特許と憲法ー表現の自由を中心に」熊本法学125号(2012年)110頁、パブリシティ権につき、同「パブリシティ権と表現の自由」熊本法学127号(2013年)55頁。また、商標法及びパブリシティ権についてはバレント・前掲注(72)『言論の自由』307-311頁も参照。

⁴⁸⁴ 学生用ガイドブックのパロディに対する商標権行使による差止請求を修正一条に基づいて退けた *Cliff Notes, Inc. v. Bantam Doubleday Dell Publ'g Group, Inc.*, 886 F.3d 490 (2d Cir. 1989)、商標のダイリユーシヨンの事案が問題となった事案で、L.L. Beanのカatalogのパロディに関して修正一条の抗弁が認められた *L.L. Bean, Inc. v. Drake Publ'g Inc.*, 811 F.2d 26 (1st Cir. 1987), *cert. denied*, 483 U.S. 1013 (1987)、かつてオリンピックに使用されたことのある土地での刑務所建設に反対するためにオリンピックのシンボルマークを使用することを認めた *Stop the Olympic Prison v. United States Olympic Committee*, 489 F. Supp. 1112 (S.D.N.Y. 1980) など、米国では表現行為に対する商標権に基づく規制に関する判決の蓄積がある。米国における商標権と憲法的価値の関係については、平澤・前掲注(483)「表現規制としての標識法とその憲法的統制(1)」。

また、差別的その他倫理に反するなどの問題を含む標章の商標登録を当局が拒んだ場合に、それが国家による表現の自由の侵害に当たるのかという問題も議論されている。Lisa P. Ramsey, *A Free Speech Right to Trademark Protection?* (October 26, 2016) 106 TRADEMARK REP. 797 (2016); San Diego Legal Studies Paper No. 16-225, *available at* SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2860302>.

⁴⁸⁵ 公民権運動のための歌を名づけたソングライターに関する事案で被告側勝訴の略式判決を覆しつつも、パブリシティ権の事案で修正一条が抗弁になりうることを示唆した *Parks v. La Face Records*, 76 F. Supp. 2d 775 (1999), *rev'd in part*, 2003 WL 21058571 (6th Cir. May 12, 2003)、パブリシティ権の事案で修正一条による抗弁が認められた *Cardtoons, L.C. v. Major League Baseball Players Ass'n*, 95 F.3d 959 (10th Cir. 1996)、アガサ・クリスティーの相続人が、アガサ・クリスティーの人生のとあるエピソードを扱った映画を制作した者に対しパブリシティ権を主張したが、修正一条の権利を考慮して主張を認めなかった *Hicks v. Casablanca Records*, 464 F. Supp. 426 (S. D. N. Y. 1978)、パブリシティ権の主張に対して修正一条が制限を加えうることを認めつつも、有名人の画像を変形的ではない形で利用したことを理由に修正一条の適用を否定した *Comedy III Prods., Inc. v. Saderup, Inc.*, 21 P.3d 797 (Cal. 2001) 等。

⁴⁸⁶ *CBS, Inc. v. Davis*, 510 U.S. 1315 (1994); *Proctor & Gamble Co. v. Bankers Trust Co.*, 78 F.3d 219 (6th Cir. 1996); *Ford Motor Co. v. Lane*, 67 F. Supp. 2d 745 (E.D. Mich. 1999); *Oregon ex rel. Sports Mgmt. News v. Nachtigal*, 921 P.2d 1304 (Or. 1996).

営業秘密の保護に対して修正一条の制限を広く加える解釈論を展開するものとして、David Greene, *Trade Secrets, the First Amendment, and the Challenges of the Internet Age*, 23 HASTINGS COMM. & ENT. L.J. 537 (2001)、営業秘密が問題となる事案で暫定的差止命令 (preliminary injunctions) を命じることは深刻な修正一条の問題を引き起こすと述べるものとして、Mark A. Lemley & Eugene Volokh, *Freedom of Speech*

いて、修正一条の言論の自由が、それぞれの知的財産権の保障に優先すると認められた事案が複数存在している。著作権、パブリシティ権、商標権と修正一条の関係を比較検討する Bartholomew & Tehranian によると、著作権法との関係においては、修正一条がほとんど発動しないのに対し、パブリシティ権に関わる判例では過去に何度も修正一条の抗弁が認められ、表現の自由の保護が図られている。そして商標法に関してはそれらの中間的な運用がなされており、裁判所が司法判断で *Rogers test*⁴⁸⁷ と呼ばれる独自のテストを確立し修正一条の主張を受け入れる余地を認めつつも、実際の事案の判断においてはテストを充足しないことを理由に、修正一条の主張が退けられることが多いという。こうした三者三様の状況について Bartholomew & Tehranian は、決して熟慮された論理的な帰結ではなく、それぞれの立法プロセスや権利の伝統的な性質が異なることによる偶然の産物にすぎないと分析している⁴⁸⁸。

and Injunctions in Intellectual Property Cases, 48 DUKE L.J. 147, 229-31 (1999)。

他方、営業秘密の侵害の主張は他の民事法上の紛争における一般的な主張と本質的には変わらず、それゆえ営業秘密の不正利用のみ取り立てて修正一条との問題を考えるべきではないと主張するものとして、Elizabeth A. Rowe, *Trade Secret Litigation and Free Speech: Is it Time to Restrain the Plaintiffs?*, 50 B.C. L. REV. 1425 (2009); University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 2009-24, *available at SSRN*: <http://ssrn.com/abstract=1428021>、営業秘密は財産権であるという理由に基づき、営業秘密の保護が修正一条の審査からカテゴリー的に免除されるべきであると主張するものとして、Andrew Beckerman-Rodau, *Prior Restraints and Intellectual Property: The Clash Between Intellectual Property and the First Amendment from an Economic Perspective*, 12 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 1 (2001)。

⁴⁸⁷ *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989)。キャバレーで Ginger Rogers と Fred Astair の真似をして楽器を演奏する二人のイタリア人に関するフィクションの映画に「Ginger and Fred」というタイトルを付けたところ、本物の Ginger Rogers が映画製作者に対し商標権侵害に基づいて訴えを提起したという事件である。裁判所は映画会社が他の形でタイトルを表すことができたか否かといった点を基準とせず、その代わりに、「芸術的関連性 (artistic relevant)」を有するか否か、仮に何らかの芸術的関連性があるならば「タイトルが明示的に出所や作品の中身を誤認させるか否か」を問うとした。*Id.* at 999。

⁴⁸⁸ Mark Bartholomew and John Tehranian, *An Intersystemic View of Intellectual Property*

こうした先行研究を参照しながら、我が国においても表現の自由と他の知的財産権の関係を分析し比較すれば、著作権における問題を別の角度から検討することにもつながり、本稿の扱ってきた問題の分析をさらに深める良い契機になると思われる。

4. 結びにかえて

最後に、本論文における分析・検討の結果を以下にまとめておこう。

「序」では本研究の背景として、著作権法と表現の自由の関係が我が国において注目を浴びようになっているが未だ議論が成熟しているとはいえないところ、著作物の利用態様や著作権者が多様化している現在の状況において二つの権利の関係の構造を明らかにする必要があることを示し、論文全体の構成を提示した。

第一章では、米国で著作権と修正一条の関係について重要な判断を下した *Harper & Row* 判決、*Eldred* 判決、*Golan* 判決の3つの判決を紹介し、合衆国連邦最高裁判所は「表現の自由のエンジン」としての著作権という理解の下、両者が著作権法に内在する調整原理によって調整済みであるという立場が採用されていることを明らかにした。続いて、それに対する日本の学説の反応を検討するとともに、エンジン論が包含する問題点を表現の自由の保護法益と著作権の公共財としての性質という二つの角度から検討を行った。その結果、著作権は一方ではユーザーの表現の自由を制約する側面を有しつつ、社会全体の視点で見れば言論の豊富化に役立つという側面も持つという、表現の自由とはある種矛盾した関係にあるということを論証するとともに、インターネット時代を迎えた今日では後者の側面が後退しているにもかかわらず、エンジン論は前者の側面を覆い隠す言説であるということが明らかになった。

第二章では、著作権が以前にも増して表現の自由を侵食する可能性が高まっているということを、著作権の第三の波論や近年の法改正の状況、表現の自由が保障する内容の拡大といった考察を通じて導き出し、インターネット時代を迎えた今日では、2つの権利を調整することが喫緊の課題と

and Free Speech, 81 GEO. WASH. L. REV. 1, 15-16 (2013).

なっていると、著作権法が表現の自由に特に配慮を行う必要があるという結論に至った。

第三章では、著作権に内在する調整原理として従来米国で挙げられてきたアイディア・表現二分論、制限規定(フェア・ユース)、保護期間の3点について、それぞれが調整原理としての役割を十分に果たしているかを批判的に検討している。さらに、著作権制度に調整原理が組み込まれていることを理由に2つの権利が調整済みであって厳格な審査が不要であるとする従来アプローチには制度論的観点の欠如しているという問題があることを指摘した。

第四章と第五章では、制度論的観点を用いて、著作権と表現の自由の調整を司法と立法のいずれに委ねるのが妥当であるかを検討した。具体的には、憲法学における二重の基準論に関する議論を俯瞰し、経済的自由との比較は別論としても、表現の自由を制約する立法がそれ自体として厳格な審査基準に服するべき理由が複数存在することを示した。続いて、著作権法の立法過程には①少数派バイアスの問題と、②「財産権」「海賊」等のメタファーによって真の立法目的が隠蔽されるという問題があることを指摘するとともに、米国においてそうした問題に厳格な審査基準で対応すべき旨唱える議論があることを紹介した。また、議会と裁判所が著作権の制度設計で果たす役割の分担のあり方についても考察を行った。

第六章では、本論文が検討した「憲法上の表現の自由」対著作権法という問題枠組みが、著作権法がそれ自体として追求すべき「ユーザーの自由」の確保とも密接な関係にあるということを示すとともに、「認知バイアスによる政策バイアスの中和」を行う上での「財産権」メタファーの対抗メタファーとして応用できる可能性があることを指摘し、本論文の検討が有する意義を明らかにした。

【付記】本稿は、筆者が2014年12月に北海道大学に提出した博士論文の内容を加筆修正したものです。連載中に接した新たな情報も、博士論文の内容を大きく変更しない範囲でできるだけ反映するよう努めました。最新の議論動向の検討については今後の課題としたいと思います。

本稿の内容は研究会等の様々な場で報告する機会を頂き、多くの方に貴重なご教示を頂きました。執筆から脱稿まで、指導教員の田村善之先生には何度も懇切丁寧

なご指導を頂きました。また連載に当たっては、北海道大学大学院法学研究科の高橋直子特任助手に校正等で大変お世話になりました。助言をくださり、支えてくださった多くの方々に、この場を借りて心よりお礼申し上げます。

本研究は、日本学術振興会特別研究員奨励費（JP12J04047）、JSPS 科研費 JP25245013、JP26885002、JP00440165、JP16K21134、JP18H05216の助成を受けたものです。