

著作権と憲法理論

大日方 信 春

はじめに

ご紹介いただきました熊本大学の大日方でございます。このたびは「知的財産法研究会」でお話しする機会を与えていただきありがとうございます。わたしのお話しの経緯ですが、1949年に多くの国立大学が新制度の下で発足すると同時に、わたしが現在勤務しております熊本大学も設立されたわけですが、そのときは現在わたしが所属しております法学部はまだ法文学部でした。その法文学部が1979年に法学部と文学部とに分離して2009年には30周年を迎えました。これを機会に、法学部では「創立30周年記念論文集」¹というものを発行し、そこにわたしも拙論をのせていただきました²。あらかじめ参考文献として指定させていただいた論文です。それをお読みいただいた、いまここにおられる田村善之先生から、なんだか面白いことをいう者がいるということで、こうしてこの場にお招きいただいた、ということです。実はこの論文、本来なら数年前に発行されるはずであった別の論文集にすでに寄稿したものでして、それが発行されなくなったまま塩漬けになっていたのを、さきの「記念論文集」になかなか原稿が集まらないということで、お役に立てていただいたという代物です。そういう事情で、わたしの研究はむしろこの「記念論文集」に書いたものを起点に進んでいたのも、わたしとしては随分と古い内容のものでした。こういったことを気にかけていたところ、田村先生から思わぬお招きをいただき、

¹ 熊本大学法学部創立30周年記念『法と政策をめぐる現代の変容』（山崎広道編、成文堂、2010年）。

² 大日方信春「著作権と表現の自由の間隙」前掲註(1)書3頁以下所収。

はじめは顔から火が出るような恥ずかしい思いでしたが、それでも論文を読んでいただいて、しかも研究会にお招きいただくなど滅多にない機会です。意を決してここにはせ参じた、という次第でございます。

もう一つ、わたしの拙論をお読みいただいた田村先生からメールをいただき、そのなかで「著作権を表現の自由のエンジンとして正当化することを試みる最近の理解に対して、表現の自由は表現者の個人的な自由を守るべきものであると位置づけられたり、そもそも著作権を人工的な構成物でしかなく、財産たりえているのはその結果にすぎないと理解されているところなど、共鳴するところが極めて多く、大変、勉強になりました」といっていただきました。大変ありがたいお言葉なのですが、わたしの方こそいつも田村先生がお書きになったものから学ばせていただいております。田村先生にわたしの書いたものに共鳴していただけたのも、それはいわば当然ということになります。そういうわけで、田村先生はじめ知的財産権、著作権の研究を専門的になさっておられるこの研究会参加者のみなさまにとっては、特別に珍しいお話しができるか、正直のところ不安です。また、わたしは憲法学を専攻しておりまして、勤務校でも憲法学を講じております。その関係で、著作権法の議論、とくに実務的議論には疎いわけです。著作権法の“キホンのキ”を知らず、またみなさまにとっては“突飛なこと”をお話しするかもしれませんが、どうか憲法学の視点から著作権をみると、こういう見方もあるという、ちょっと変わった視点が提供できれば、と感じております。

さらに言い訳をしておきますと、わたしは憲法学一般の研究もそうなのですが、本日お話しいたします著作権法に関する研究も、アメリカ合衆国の議論を下敷きしております。それはあとでお話するように、わたしは著作権という法概念を、表現の自由の制約という視点から分析してみようとしているからです。著作権と表現の自由の関係について豊富な先行研究があるのは、やはりアメリカですので、今日もアメリカの議論をベースにお話しさせていただきます。わが国の著作権法を研究するなら、やはりドイツの議論をフォローしなければならないのでは、と感じておりますが、その辺りは語学的な能力の限界もありフォローできていません。またなによりもわが国の法制度を勉強していないといけなはずですが、それも憲法を専攻する者なので、不十分です。言い訳にならない言い訳ですが、“旅

の恥はかき捨て”とばかりに、さきほどお話ししたように、“意を決して”この研究会でお話しさせていただいております。

こうしてお話ししていると、言い訳やわたしの不勉強を披瀝している間に貴重なお時間がなくなってしまいそうなので、さきに進もうと思います。本日は「著作権と憲法理論」という表題でお話しさせていただきますが、まずは「著作権を分析するわたしの視点」についてお話しさせていただきます。

1 著作権を分析するわたしの視点

(1) 著作権の憲法上の根拠

従来から憲法学では、個別的基本権論の冒頭で、当該権益が憲法のどの条文に基礎づけられるのかを問うてきました。たとえば佐藤幸治先生はつぎのようにおっしゃっています。「従来、名誉権の保護は、民法典や刑法典上のもので、憲法とは無関係と思われていたのではないかと思います。名誉権はなによりもまず憲法上の基本権であって、それが民法典や刑法典によって、それぞれ固有の法理論構成に従って保護されているのだと解すべきである。³」このような思考法の下で、従来型の憲法学は、プライバシー権や名誉権といった私法上の概念として発展してきた権益について、それが憲法13条の幸福追求権に含まれることを論証してきました。従来型憲法学の思考法からすると、憲法学が著作権を論じるさいには、まず、当該権益が憲法のどの条項により保障されるのかが問われることとなります。

では著作権の憲法上の根拠ですが、それを問う試みには大きく三つの立場があると思われます。

第一の立場として、著作権法という法律が「著作権」という財産権を創設した、とみるものです。このような主張は、憲法29条2項の条文「財産権の内容は……法律でこれを定める。」を手がかりとして、財産権およびそれに包摂される著作権を、法律によって創設された権利であるとする

³ 佐藤幸治『憲法』451頁(第3版、青林書院、1995年)。

理解だと思われます。こういう考え方は、29条2項が財産権の内容を形成するものとみていると思いますので、「29条論」としておきます。

第二の立場として、いわゆる著作権の権利の淵源に関するインセンティブ論からの理解があります。どのような理解かと申しますと、それはまず著作権なき状態をイメージして、そこでは後発者の創作コストがゼロになるとします。仮に創作コストがゼロならば、新規創作行為が増えるかというところではなくて、そのことを知っているわたしたちは逆に創作行為をしないということになるだろうというのです。新規創作物が過少生産になるというのです。ここに著作権を保護する意義が生じます。著作権を保護することが新しい創作行為のインセンティブになるというのです。田村先生はこの立場なのだろうと思われます。田村先生のジュリスト1255号掲載の論文をみますと、著作権についてインセンティブ論に立脚するなら「どの程度、著作権に保護を与えて、創作を刺激し、文化の発展を促すのか、ということは、民主的な決定に委ねてよい問題と考えられる」とされたあと、つぎのようにおっしゃっています。「憲法論に持ち込むと、インセンティブ論の下では、著作権は、国民が文化の発展の恩恵を享受するために必要とされる手段であり、ゆえに、国民の憲法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ことになる。⁴」著作権の憲法上の根拠をめぐるこの見解を、ここでは「13条論」と名づけておきます。

最後に第三の立場ですが、このところ憲法学では、表現の自由を、いわゆる公共財と捉える見解が有力に主張されています⁵。東京大学の長谷部恭男先生など、こういう主張をされているのですが、この理解は、個々人の消極的自由（それは国家からの自由ですが）そのみならず、“公共財としての表現空間”を制度設定する積極的作為を国家に求める法理論（つまり、国家による自由）として、表現の自由を昇華させようという主張となっています⁶。学習院大学の横山久芳先生は、「著作権制度は、“公共財としての表現空間”を実効的に確保するための『国家による自由』の

⁴ 田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト1255号124、129頁（2003年）。

⁵ 長谷部恭男『憲法』114頁（第4版、新世社、2008年）参照。

⁶ 長谷部恭男「国家による自由」ジュリスト1244号31、36～37頁（2003年）参照。

表れとして捉え直すことができるであろう。⁷」とおっしゃっています。ここには「情報が自由にかつ十分に流通しているという客観的法益を確保するために著作権という個人の法益が保障されている」という構造が認められます。著作権は表現市場の制度枠組のなかにあると捉えるこの見解を、ここでは「21条論」としておきます。

著作権の憲法上の根拠条文をめぐることは、以上、三つの捉え方があると思います。このうちどの説がより説得的なのか。この問題はそれとして重要だと思うのですが、このように著作権の根拠条文を模索する試みは、著作権をみる憲法学の視点からは、あとで述べるように副次的な事柄であると思います。それでもひとまずここでは、著作権の憲法上の根拠条文をめぐることは、それを29条とみる説、13条とみる説、21条とみる説の三説あることを指摘しておきます。

(2) 私人間効力論

著作権法は、創作者（著作者）Xと、その著作物の利用者Yとの間の利益を調整する法規範です。ということは、著作権と表現の自由の問題は、XとYとの間の私人間効力の問題だろうか、という構図がうかびます。

これは、Xの著作権を保護すること、Yによる権利侵害の認定という法律関係は、民事上の法的紛争であり、政府による言論規制の問題ではないのではなからうか、ということです。しかし、これが言論規制法理の問題をみる適切な思考法（視点）でないことは、New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964) をみることでわかります。

New York Times Co. v. Sullivan は、公務員に対する名誉毀損について「現実の悪意ルール」(actual malice rule)を提示した事例です。ここで合衆国最高裁は、表現者に対して法的責任を負わせている従来の名誉毀損法理が修正1条上の問題（表現の自由の問題）を提起しているとの論理を展開しています。換言すると、コモン・ローとして確立してきた従来の名誉毀損法理は、表現者の故意・過失を法上推定することで（表現者に厳格責任を

⁷ 横山久芳「著作権の保護期間延長立法と表現の自由に関する一考察—アメリカのCTEA 憲法訴訟を素材として」学習院大学法学会雑誌39巻2号19、75頁（2004年）。

課すことで)公務員の名誉権を強く保護していました。このような利益の調整法にステイト・アクションを見出して、つまり表現の自由を軽視する国家意思を見出して、そのことを憲法問題にしたのです⁸。

この思考法を下敷きにすれば、著作権法をみる憲法学には、つぎの視点から著作権法理論を検討することが要請されていると思います。それは、著作権法という議会制定法および著作権に関する判例法理が、公衆または著作物利用者の表現の自由を過剰に制約するものとなっていないかという問題です。これが著作権問題を表現の自由の問題として捉える視点だと思えます。

わたしは2008年の論文で、つぎのように書いたことがあります。「著作権法は、国家が、具体的には議会が憲法41条により『作者の利益と利用者の利益を衡量したうえでそのバランスを図る』ために制定した法である。したがって著作権法は、相対する利益を国家が立法という手段で調整したもの、と理解することができるであろう。また著作権侵害に与えられる司法的救済は、相対する利益を国家が司法という手段で調整したもの、と理解できるであろう。このように国家が立法なり司法なりを通して相対立する法益の調整に出ているとき、そこに憲法学の課題が顕在化する。われわれはこの国家行為が適正であるか否か、常に査定しなければならないであろう。⁹」

ところで、従来から憲法学は、たとえば、プライバシーを侵害する表現、名誉を毀損する表現、肖像権を侵害する表現などのように、ある表現行為について不法行為の判定を受ける表現行為を「不法行為言論」(tortious speech)として、これらの表現行為とその対立法益との調整法をこれまで随分と検討してきました。ここでわが国の著作権法をみてみますと、その21条から28条で、法は作者にその手による「創作的表現」から演繹される支分権を「専有」させ、また、63条1項では、作者に著作物の利用許諾権を付与しております。ここからC.E. Bakerがいうように「著作権もま

⁸ 阪本昌成「小島報告へのコメント」全国憲法研究会編『憲法問題21号』91、92頁(三省堂、2010年)参照。

⁹ 大日方信春「著作権をみる憲法学の視点について」熊本法学114号1、3～4頁(2008年)(引用文中の註は省略した)。

た、ある人に他の人の言論に限界を画する法的権能を付与している¹⁰」といえます。著作権も、プライバシーや名誉、あるいは「喧嘩言葉」(fighting words)と同じように「不法行為言論」のカテゴリーにはいる、その意味では伝統的に憲法学が検討してきた言論規制の問題と同根にあるといえるのではないのでしょうか。

ここでひとまず「著作権をみる憲法学の視点」をまとめておこうと思います。

(3) 小括

わが国の著作権法は、思想または感情の創作的表現(2条1項1号)に利用規制を課しています。憲法学は、このような表現の自由を規制する国家行為が、確立されてきた表現権理論により正当化できるか、を問わなければならないと思います。この思考法は、つぎの二つの問題の検討を課題として掲げるはずで

① Xの著作権とYの表現の自由を調整するにあたり、国家は、議会制定法の形式によっています。そこからこの法律は、表現規制法令に求められる形式的要件を満たしているであろうか、という問題がうかびます。これは、表現行為による著作権侵害の成立要件の問題です。

② 著作権法の制約にもかかわらず表現の自由の要請がまさる表現行為の類型はなにか、また、当該表現行為の存在に著作権法が適切な配慮を示しているといえるかという問題です。こっちは、著作権の制限、著作権侵害の違法性阻却事由という問題になると思います。

ところで、わたしはさきほど指摘した2008年の論文に、つぎのようにも書きました。引用させていただきます。「ここで憲法学の課題を再度、確認しておこう。著作権法は、著作権者と著作物利用者の相対する權益について、利害調整を施したルールである。このように理解したとき、憲法学は、当該利害調整のルールが適正になされているか否かについて、憲法理論により査定しなければならない。これが著作権をめぐる法的問題につい

¹⁰ C. Edwin Baker, *First Amendment Limits on Copyright*, 55 VAND. L. REV. 891, 893 (2002).

て憲法学に求められている任務である。[原文改行] ところでこの憲法学の関心からすると、著作権が憲法何条に根拠づけられるのかという問題は、実は副次的であるといえよう。憲法学にとっての課題は、著作権者と著作物利用者の利益を調整する国家の行為が『公共の福祉』に適合しているか否かを分析することにあるのだから。¹¹⁾

2 著作権の本質について

(1) 著作者の権利についての二つの理解

ではつぎに著作者人格権と著作財産権の関係について考えたことをお話しようと思います。

わが国の著作権法には、ときに「著作者の権利」と総称されることのある二つの権益が規定されています。その一つが「著作者人格権」であり、もう一つが「著作財産権」(狭義の著作権)です。ここではこの二つの権益の区別を意識しつつ行論を展開してみます。

ところでこの二権益の関係については、両権益の淵源を同一の源泉に求める「一元論」と、異なる母体をもつ法益であると捉える「二元論」という二つの立場が、著作権法学界には存在していると思われまゝです。そして、この見解の対立はどうか「二元論」が有力の見解であるとされているようです。その理由としては、わが国の著作権法が17条で、著作者は二つの権益を享有するとしたあと、59条で著作者人格権の譲渡可能性を否定し、その一方で、61条1項で狭義の著作権の譲渡を認めるという姿勢を示していることが指摘されています。ここではまず、著作権法が保護しようとしている権益として二種類あること、両権益の関係については一元論的理解/二元論的理解の二つの捉え方があること、そのうち二元論的理解が有力説であるという点について確認しておこうと思います。

¹¹⁾ 大日方・前掲註(9)論文13頁。

(2) 著作者人格権についての二つの理解

ところで「著作者人格権」は、著作権法2条1項2号にいう著作者が自らの著作物に対して有する人格的利益を保護するための権利として理解されていると思います。この著作者人格権と「自然人が当然に享有する」とされる一般的人格権との関係についても、二つの理解方法があるようです。

著作者人格権を一般的人格権の一つと位置づける見解は、二つの人格権に関する「同質説」と呼ばれています。この見解を精力的に唱えておられる齊藤博先生は、1997年の民商法雑誌のなかで、つぎのようにおっしゃっています。いわく「人の生命、身体はもちろん、名誉、氏名、肖像も人格価値の一つの面であり、人格の発露たる著作物も同じく人格価値の一つの側面といえる。¹²⁾ 権利の主体である著作者は、もちろん「尊厳性を備えた人間」であり、著作者人格権が保護しようとしている権益は「著作物に化体された著作者の人格価値」である、というのがこの見解の淵源にある思考方法なのだと思います¹³⁾。もちろん一般的人格権と著作権法に法定された著作者人格権を精確に対比して理解することはできないとしても、このように理解すれば、著作者人格権の一身専属性、59条でいう譲渡不可能性は適切に説明できそうですし、その放棄も認められないものとされそうです。

これに対して、著作者人格権と一般的人格権とを、その権利主体の限定性と無限定性の違い、保護客体と権利主体の独立性と一体性の違いに着目して、両権益を異なるものと理解しようとする試みも展開されています。両権益に関するこの理解は、二つの人格権に関する「異質説」と呼ばれています。この「異質説」の論拠については、つぎのように説明されています。第一に、一般的人格権の主体は自然人一般であるはずなのに、著作者人格権の権利主体は「著作者」に限定されている。第二に、一般的人格権の客体は人格的価値であるのに、著作者人格権の客体は具体的な「著作物」である。これらが「異質説」の論拠です。では「異質説」に対する評価で

¹²⁾ 齊藤博「著作者人格権の理論的課題」民商法雑誌116巻6号815、818頁(1997年)。

¹³⁾ 同論文820～821頁参照。

すが、この説については、これは中山信弘先生の評価ですが、中山先生は「著作者人格権と一般的人格権とは異なるというだけであり、それ自体から具体的内容が明らかになるというものではない」という見方を示されています¹⁴。多くの批判的論者の評価もこの見解に収斂するようですが、それでも、著作者人格権の淵源を人格的価値に求めず、当該権益の本質を、「著作者と具体的著作物との間の不可分の結び付き¹⁵」に見出す「異質説」から、わたしは大きな影響を受けました。なぜなら、著作者と著作物の「結びつき」いわば「紐帯¹⁶」というのは、言論市場に著作物を提供するにあたっての著作者の重大な関心事 (interest) だと考えられるからです。

(3) 職務著作制度との関係から

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

わが国の現行著作権法が制定されたのは、ご存じの通り1970(昭和45)年のことです。そこには大陸法的人格権中心の法体系の姿がみられました。このことは、潮海久雄先生がこの法律について、それは「小説、音楽、絵画など芸術作品を中心とした創作性の高い著作物を保護対象として念頭においていた¹⁷」と評価されていることから窺えることだと思います。著作権法は著作物を著作者の人格的価値の現出とみていたのでしょう。

時は下って、わが国の著作権法は1985(昭和60)年の法改正で、コンピュータ・プログラムを著作権法の保護対象としました。翌1986(昭和61)年にはデータベースを著作権法の保護対象に取り込んでいます。いわゆる芸術作品ばかりでなく、機能作品、事実作品といわれるものの著作権にも配

慮を示した法の趣旨からは「人格的要素という意味での創作性の程度が低いもの¹⁸」でも、その著作権を保護しなければならないという法の態度が読み取れます。また、機能作品、事実作品は、法人等の業務に従事する者が職務上作成する機会が多いという事情も、そこにはみられるのだと思います。

ところで、15条にあるように、職務上作成する著作物の著作者は法人その他使用者で、17条1項によると、著作権(狭義の著作権と著作者人格権)は著作者に帰属します。ということで、ここに、法人等にも著作者人格権が認められるのか、という問いの源泉があります。

この問いへの解答の一つが一般的人格権と著作者人格権の二つの権益の淵源を異なる源泉に求める「異質説」による思考法だと思うのです。二つ的人格権をめぐる異質説的思考を、職務著作権の法的性質を説くなかで表明しているさきの潮海先生によれば、両人格権にはつぎの決定的相違点があるように思われます。それは、一般的人格権なら創作行為という事実行為を権利の対象とするでしょうが、著作者人格権は、市場における著作物の取引行為・利用行為を権利の対象としている、という点です。潮海先生は、つぎのようにおっしゃっています。「著作者人格権は、一般的人格権とその性質が異なり、情報を豊富化し競争環境を整備するという著作権法の目的に奉仕する政策的な権利と位置づけられる。¹⁹」潮海先生は、この観点から職務著作規定において著作者人格権を法人等に帰属させることも正当化できると説くのですが、その点を括弧でくくるとして、ここに著作権の法的性質に関する一元論的理解の萌芽をみることはできないでしょうか。

著作者人格権の現実的機能に着目し、当該権益を財産権的に理解する気運は、著作権法学界内で高まっているのではないのでしょうか。たとえば、相澤英孝先生と西村あさひ法律事務所の編集による『知的財産法概説』は、「著作者人格権は著作者が自己の著作物の市場における流通を管理するための権利としての性格を有すると説明する説もある」と紹介しております²⁰。

¹⁴ 中山信弘『著作権法』361頁(有斐閣、2007年)。

¹⁵ これは斉藤・前掲註(12)論文820頁の表現である。

¹⁶ これは中山・前掲註(14)書362頁が著作者と著作物との結びつきを示した表現である。

¹⁷ 潮海久雄『職務著作制度の基礎理論』202頁(東京大学出版会、2005年)。

¹⁸ 同書203頁。

¹⁹ 同書204頁。

²⁰ 相澤英孝・西村あさひ法律事務所編『知的財産法概説』230頁(高木弘明執筆、

さきほどお話し確認しておきました著作者人格権と著作財産権に関する「二元論」的理解の有力説的地位も、若干、揺らいできているのでしょうか。

(4) わたしの見解

ここまで著作権法学の専門家みなさまの前で、まさに“釈迦に説法”のようなことを縷々述べてまいりましたが、ここでいまままでお話ししてきたことをベースとした、わたしの二つの権益についての理解をお示ししようと思います。

広島大学から九州大学を経て、いま立教大学におられる阪本昌成先生は(わたしは、実は阪本先生の広島大学時代の不肖の弟子なのですが)、「財産権という概念は文明の成立と同時に成立し、社会的ルールが生まれでる必要条件であった²¹⁾とし、こう考えるなら「財産は法律に先立って成立するとみざるをえない²²⁾とおっしゃいます。これはヘーゲルの財産権論に依拠されているのだと思いますが、このように考えたら、財産権は法律により創設されたものではないことになります。では、日本国憲法29条2項の「財産権の内容は、公共の福祉に適合するように、法律でこれを定める。」の意義はなんなのでしょう。ここでのポイントは、29条2項にいう「財産権の内容」という文言の理解にあると思います。この点について、佐藤幸治先生は、「財産権の内容」とはなにが財産権として保護されるのかという財産権の内容そのものことではなく、「権利者がそれぞれの財産権に依拠してなしうるものの範囲・程度」のことであると論じられています²³⁾。29条2項は法律により財産権の内容形成を行えと国会に命じているのではないのです。そうではなく、本来的に他者および社会関係の

第4版、弘文堂、2010年)。なお、著作者人格権を財産権的に理解する見解の引用元は、本書が基本書または教科書的性格の書物であるからであろう、明記されていない。

²¹⁾ 阪本昌成『憲法理論Ⅲ』245頁(成文堂、1995年)。

²²⁾ 同書259頁。

²³⁾ 佐藤・前掲註(3)書567頁。

ることが想定される財産権の行使においては、当該権益と相対する権益との調整が不可欠になるから、この利益調整のためのルールを法律という形式で定めることを国会に要請している。こう理解するのが適切ではないでしょうか。日本国憲法は立憲主義憲法典なので、29条2項はさらに、この利害調整のルールである法律が「公共の福祉」に適合的であることも国家機関たる国会に要請しています。わたしは以前、著作権法について、つぎのように述べたことがあります。「わが国の憲法典は、著作権を保護すべきことを要請していない。ただ、国会は41条上の権限を行使して、著作権法(昭和45年法律48号)を制定し、無体財産の中から『著作権』を範疇化した。このことは、『著作権』という財産の発生・取得および当該権利の市場における交換を安定させる、という29条2項の要請によるものとも説明できる。²⁴⁾

著作権法は、著作権という権利を創設したものと理解することはできないと思います。そうではなく、著作権法は無体財産のなかから「著作物」というものを範疇化し、その言論市場における発生・取得・交換のルールを定めることで、著作物の言論市場における取引を安定させると同時に、対立する権益との利害調整を図ったものだというのが、わたしの著作権法の理解です。このように理解すれば、著作財産権と著作者人格権という二つの権益も、言論市場との関係性から“一元論的に”説明することが可能になると思います。著作権法理論にいう従来のな「一元論」というのは、カント、ヘーゲルに影響されたドイツ人格権論をもとにする「一元論」だと思うのですが、わたしのいうのは、市場論からみた「一元論」です。ここでは、著作物の創作を促進するために、国家が言論市場を regulate したとみるのです。わたしは、以前、つぎのように書いたことがあります。「狭義の著作権の本質は、言論市場に表出されたものに内在する自己所有の客体としての属性ではなかりうか。『思想又は感情を創作的に表現したもの』は、単に物質でなければならず、言論市場における管理可能性も有していない。しかしながら知的営為の産物である著作物の帰属は、表出主体にオーソライズされなければならぬ。著作物に内在するこの性質を紡ぎ出して

²⁴⁾ 大日方信春「著作権の憲法上の地位 - 合衆国憲法一条八節八項の文理解釈を導きの糸として」姫路法学45号1、39頁(2006年)。

制度化したものが狭義の著作権として法定されたものではなからうか。このことはときに言論の私有化 (privatization of speech) との術語で語られるところであるが、著作物にもたらされた私有化は、法により装填されたものというよりも、著作物に内在していた経済財的性質から演繹された帰結と理解できるであろう。ただし著作物にもたらされた商品化 (commodification) は、著作権保護の目的ではなく、著作物が管理可能になったことに付随して生じた間接的効果としての地位にとどまるであろう。²⁵⁾

またわたしの理解では、著作者人格権の本質も言論市場における著作物取引の安定性確保の視点から理解されるべきだと思います。さきほどの引用につづけて、わたしはかつてつぎのように述べました。「いま知的営為の産物は表出主体にオーソライズされなければならないと述べた。著作者人格権の保護法益は、ここにあるのではなからうか。また著作者は、自己所有下にある著作物が言論市場で適切に評価されることに重大な関心を抱いている、と推測できる。ここでの保護対象は、言論市場において適切な評価をうけるという著作者のいわば地位や資格のようなものということになる。²⁶⁾

この視点からすると、著作者人格権はつぎのように読替できるのではないのでしょうか。

まず公表権 (18条) ですが、これは言論市場への参入時期を決定する著作者の権利です。自分の著作物をいつ公表するかで、著作者の名声、地位、成功は左右されるはずだからです。

つぎに氏名表示権 (19条) ですが、これは言論市場において適切な評価を受けるための著作者の権利といえます。誰の著作物であるのか明確であれば、市場における言論取引に安定性がもたらされるでしょう。また言論市場を豊富化するためには著作者が無名で市場に参入することも許されていると理解できます。

最後に同一性保持権 (20条) ですが、これは著作物の同意のない改ざんを禁止する著作者の権利です。真実とは違う情報 (表現物) で評価されない地位を著作者に保障していると考えられます。

²⁵⁾ 大日方・前掲註(9)論文10～11頁(引用文中の註は省略した)。

²⁶⁾ 同論文11頁。

もういちど確認しておきたいことは、ここでいうのは人格権論からの一元論ではなく、市場論からの一元論であるということです。著作権法にいう二つの権益について、言論市場との関係性に着目すれば、いわゆる一元論的理解が適切ではないのでしょうか。これは著作権法を理解も踏まえずになされた暴論でしょうか。

ここまで「著作権をみる憲法学の視点」(これはたぶんわたし独自の視点かもしれませんが)、それと〈著作者人格権と著作財産権に関する市場論からの一元論的理解〉についてお話ししてきました。ここまでのお話しを踏まえて、これからは少し「各論的な」お話しをしようと思います。

3 各論として

(1) 著作権は表現の自由のエンジンとして正当化できるか

まずはじめに「著作権は表現の自由のエンジンとして正当化できるか。」についてです。合衆国の判例Harper & Row判決は、つぎのようにいいました。「制憲者は著作権それ自体を自由な表現のエンジンにしようとしていた。²⁷⁾

また、わが国でもつぎのようにいわれます。「著作権制度は、“公共財としての表現空間”を実効的に確保するための『国家による自由』の表れとして捉え直すことができるであろう。」これは、長谷部恭男先生の「公共財としての表現の自由論」に依拠して、横山久芳先生がおっしゃったことです²⁸⁾。

上述の思考法は、表現の自由の保護客体を〈思想の自由市場〉または〈情報が自由に流通している状態〉にみるものであるといえると思います。そこには〈情報が自由かつ十分に流通しているという客観的法益を確保するために著作権という個人の法益が保障される〉との図式を認めることができます。またいわゆる「法と経済」論者もこの思考法に依拠して著作権の正当化理論を唱えていることはわたしの2010年の論文をご覧ください

²⁷⁾ Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, Inc., 471 U.S. 539, 558 (1985).

²⁸⁾ 横山・前掲註(7)論文75頁。

ばと思います²⁹。

ところが、表現の自由の意義を〈思想の自由市場〉の保護、〈情報が自由に流通している状態〉の確保にみる権利論は、主体なき権利論ではないでしょうか。なぜなら、表現の自由が本来的に保護しようとしているのは、こういった客観的状态ではないのではないかと考えられるからです。わたしはつぎのように考えています。「表現の自由は、『コミュニケーション行為』に従事する自由、と言い換えてもよいであろう。それは、言論の表出者と受領者が織りなす、主体間の相互作用である。この主体間行為に国家行為が介入しないことを、表現の自由の法理は保障しようとしているのである。³⁰」このように考えるなら、表現の自由の意義は、表現者と受領者の個人的な自由を守ることにあると考えられるのです。それは本来的には主観的權益を守るものなのです。

ところで、わたしが非常に危惧していることがあります。それは〈著作権は表現の自由のためにある〉との言説は〈著作権は表現行為を制約している〉ということ、を、隠微する言説ではないか、ということなのです。

やはり著作権は表現行為を制約するものだという視点が重要で、ただ表現の自由も絶対的に保障されるわけではないので、著作権法による言論規制が合理的理由によるものであるのか、ここを問う視点を明確に、あるいは意図的にもち続けることが、憲法学から著作権法制度をみるとときには重要になると感じております。

話しは少し逸れますが、よく“著作権は憲法上の権利ですか？”と聴かれたりします。わたしにとってこれは非常に解答に窮する質問です。なぜかという、表現の自由や信教の自由と比べるともちろんですが、29条1項でいう「財産権」にもちょっと適合しないような感覚もっています。それは自然権的ではないから……という理由ではなく、経済的価値をもつもの、それを生みだす基盤となるであろうものすべてが「憲法上の財産権」かといわれますと、そうでもないのでは、と感じているからです。あくまでも憲法上の財産権は、もともと個人が管理可能であった(つまり専有可能であった)ということが前提となっているのではないのでしょうか。たと

えば、誰も管理していない大きな森の木の実とか河川の付近にある砂利とかは誰の所有物でもないのですが、その木の実や砂利を一部拾って手のなかにいれるとそこに所有権が発生する。つまり財産権になるためには、管理可能になることが必要で、そしてまさにわたしたちの力で管理可能になったというところに、その権利が“憲法上のものである”ということの意義があるのではないのでしょうか。と申しますのも、憲法は、なによりもわたしたちの自由や権利を、国家権力による侵害から守る法規範なのです。そこで著作権をみてみますと、それは国家が法律を制定してある特定の表現形式とそれから派生するものに“管理可能性をもたらした”ものです。その国家行為の目的は表現物が管理可能になれば、それが市場で取引可能になるので、表現活動が活性化されるであろう、ということでしょう。つまり著作権という権利を設定することは、言論市場における表現物取引を活性化するための「手段」なのです。このようになんらかの政策目的を達成するために保護される権利が基本的人権かというところ……ここでちょっと議論にごまかしがありましたね。実は憲法上保障される権利には、いわゆる「基本的人権」と、単なる「憲法上の権利」があると考えられています。こういう区別を教科書レベルで明確に打ち出しているのは、東大の長谷部先生の新社社のご本です³¹。そこではマスメディアの表現の自由は「社会における言論・情報の多様性を確保し、民主的政治過程の維持に奉仕するものとして保障されている」と述べられています。そして「メディアの活動を規制することがむしろ言論・情報の多様性に奉仕すると考えられる場合には、むしろプレスへの自由は制約されねばならない。³²」とされています。この長谷部先生のご議論のポイントは、マスメディアの表現の自由は民主的政治過程のためにある、したがって、民主的政治過程の維持のためにならないマスメディアの表現の自由は規制されてよいのだ、というマスメディアの表現の自由を制約する理論を唱えることにあると思われます。

ところで、著作権法学界では著作権は憲法上の権利である、という前提でお話しがなされているのでしょうか。そのとき、それは著作権は基本的人権であるということなのでしょう。それとも単なる憲法上の権利とい

²⁹ 大日方・前掲註(2)論文18頁参照。

³⁰ 同論文同頁(引用文中の註は省略した)。

³¹ 長谷部・前掲註(5)書。

³² 同書102頁。

う意味なのでしょうか。ひとくちに「憲法上の権利」という場合でも、先程からお話ししてきたように、それが基本的人権であるものと、単なる憲法上の権利であるものとの区別があることを理解することが重要なのかなあ、と感じております。このような基本的人権と単なる憲法上の権利の区別を前提とすると、また長谷部先生のマスメディアの表現の自由規制論からしますと、さきほどの〈著作権は表現の自由のためにある〉というのは、実は〈表現の自由のためにならない著作権は制約されてよいのだ〉という議論に結びつくこととなります。〈著作権は表現の自由のためにある〉というのは、実に誤導的な言説だともいえるのではないのでしょうか。

少しお話しが冗長になってしまい申し訳ありません。つぎのテーマに移りたいと思います。

(2) 著作者の利益と著作物利用者の表現の自由の利益は著作権法により調整済みか

つぎは、著作者の利益と著作物利用者の修正1条上の利益は著作権法により調整済みか、というテーマです。合衆国最高裁は、表現の自由と著作権の「調整原理」が著作権法に法定されていることで、この二つの法益は法上調整されていると考えているようです。たとえば、Harper & Row 判決やそれを引用する *Eldred v. Ashcroft* ではこういわれております³³。その著作権法に法定されている表現の自由との「調整原理」とは、ご存じの通り、「アイディア・事実/表現形式二分法」(idea/expression dichotomy)³⁴と「フ

³³ See Harper & Row, 471 U.S. at 560; *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 221 (2003).

³⁴ 17 U.S.C. §102 (b). 著作権の対象：総論

「いかなる場合にも、オリジナルな原作 (authorship) についての著作権の保護は、アイディア、手続き、プロセス、システム、操作方法、コンセプト、法則または発見にまで及ぶものではない。このことは、これらがいかなる形式で記述され、説明され、図解され、あるいは実体化されているかを問わない。」

なお、“idea-expression dichotomy” は、通常では「アイディア/表現二分法」、「思想/表現二分法」などと表記されている。ただ、「表現」とはアイディアや思想が表出されたものであること、合衆国の裁判例を読むと著作権者に排他的権利が認められているのは、アイディアや事実が表出された“ある特定の表現形式”(form of

フェア・ユースの法理」(fair use doctrine)³⁵のことです。

ところで、M. Nimmerの1970年の論文³⁶は、彼がほかの表現規制の文脈で展開してきた「定義的衡量テスト」(definitional balancing test)の手法を、著作権と表現権の分析に適用しようとした論文であると評されています。定義的衡量テストとは、一言でいうと、憲法上「保護される表現」と「保護されない表現」の境界を定式化しようとする試みです。

さらに、Nimmer自身がこのテストを著作権の問題に適用するとき留意すべきことを語っています。「仮に定義的衡量アプローチが著作権の範囲に適用されるとしても、著作権法の下で禁止される言論と、その法律にもかかわらず、修正1条の命令により削減できない言論との線引きが必要になる。³⁷」と彼はいいます。

このNimmerの理論枠組は、本日【「1 著作権を分析するわたしの視点」の「(3) 小括】でお話した、① 表現行為による著作権侵害の成立要件、

expression)であるので、わたしはやや煩瑣かもしれないが、「アイディア・事実/表現形式二分法」との表記方法を用いている。

³⁵ 17 U.S.C. §107. 排他的権利の制限：フェア・ユース

「106条及び106条Aにかかわらず、著作権のある著作物のフェア・ユースは、著作権侵害にはあたらない。フェア・ユースには、批評、論評、ニュース報道、教授(教室内使用のための複数のコピー作成を含む)、学術、研究等の目的のための、コピーないしフォノレコードによる複製、その他の上記規定の方法による複製行為を含む。ある著作物における既存著作物の利用がフェア・ユースにあたるか否かの判断にあたっては、つぎの要素が考慮されるべきである。

- (1) 利用の目的と性質。これには、その利用が商業的なものか非営利の教育的なものかといった考察も含まれる。
- (2) 利用される著作物の性質。
- (3) 利用された著作物の全体に占める、利用された部分の量と実質的な価値。
- (4) 利用された著作物の潜在的な市場ないし価値に与える利用の影響。

著作物が未発表であるということ、そのこと自体は、仮にその認定が前記諸要素すべての検討の下でなされていれば、フェア・ユースの認定を禁ずるものではない。」

³⁶ Melville B. Nimmer, *Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?*, 17 UCLA L. REV. 1180 (1970).

³⁷ *Ibid.*, at 1185.

とくにそれが表現規制法令に求められる形式的要件を満たすか、② 著作権の制限、著作権侵害の違法性阻却事由、これらを分析することを要請しています。Nimmerの思考枠組は、今日のお話していう“著作権をみる憲法学の視点”に対応しているように思われます。

この① 著作権侵害の成立要件、② その違法性阻却事由、それぞれの一般的(あるいは基本的)理論が「アイディア・事実/表現形式二分法」、「フェア・ユースの法理」だと思います。さきほど触れた二つの合衆国最高裁判例は、この著作権と表現の自由の「調整原理」が有効であることを理由に、著作権の憲法適合性の問題は解消されているとしていました。はたしてこの二つの法理論は、憲法学が表現の自由を規制する法令に要求してきたことを満たしているのでしょうか。

またこうした視点は、【1の(2)】でちょっとだけ触れた「不法行為言論」について従来から憲法学が示してきた分析手法とも合致していると思われれます。それは原告Xと被告Yという私人間でのプライバシー権や名誉権侵害の事例において、国家が両者の利益調整を民法709条や710条、刑法230条という立法なり、それを根拠とする損害賠償請求訴訟という司法なりを通して調整するにあたり、当該国家行為が公共の福祉に適合する国家行為であるかと問う視点です。そこではプライバシー権や名誉権の侵害成立要件とその違法性阻却事由を検討することが憲法学に課された課題でした。それは、たとえばプライバシー侵害の事例であれば、その侵害成立要件として、私生活上の事実または事実らしく受け取られるおそれのある事柄についての言論であるかという「私事性の要件」、不特定または多数の人物に伝達しているかという「公表の要件」、一般人の感受性を基準として公表されれば通常不快や不安を覚えるかどうかという「感情侵害の要件」など、こういう不法行為が成立する要件の適切性を分析し、そして、パブリック・フィギュアの理論やパブリック・インタレストの理論といった言論の自由に基づく違法性阻却事由を勘案する、という方法で、ある表現行為がプライバシーを侵害する違法な言論であるか否かを分析するというものです。

ひるがえって、原告Xの著作権を被告Yの表現行為が侵害しているときも、著作権侵害の成立要件と、その違法性阻却事由を検討することが、やはり憲法学の課題です。このような憲法学の「不法行為言論」をみ

る視点に、「保護される言論」と「保護されない言論」を区別するというNimmerの「定義的衡量論」と表現の自由に基づく違法性阻却理論を検討するというやはりNimmerの留意点が、つまりNimmerの理論枠組が“著作権をみる憲法学の視点”に適合すると思うのです。ここでNimmerの1970年の論文という古い論文に触れたのも、このことを述べておきたかったからです。

(3)「アイディア・事実/表現形式二分法」(idea/expression dichotomy)

では、著作権法でなにが保護されるのか、つまりなにが憲法で保護されないことなのか、という非常にプリミティブな論点をあつかう公式といってもいい「アイディア・事実/表現形式二分法」にお話しを移します。この公式からすると、「アイディア・事実」を利用しただけの表現行為は著作権法違反ではない(つまり憲法で保護される表現行為)が、「特定の表現形式」そのものを利用した表現行為は、著作権法違反の表現行為(憲法で保護されない表現行為)ということになります。こういうダイコトミーは、法理論として適正なのでしょうか。1971年の合衆国最高裁判決におけるBrennan裁判官補足意見は、これはのちに頻繁に引用されることになっていますが、つぎのようにいいます。「著作権法は言論の自由を制約するものではない。〔なぜなら〕著作権は表現されたアイディアではなく、その表現の形式(form of expression)を保護するのみだから。³⁸⁾ここで考えてみたいのは、この言説の説得力です。

著作権の保護対象は〈アイディア・事実〉ではなく〈特定の表現形式〉であるという言説で、著作権と表現の自由の問題を回避することができるのでしょうか。ここで注意しなければならないことは、表現行為について、その〈アイディア・事実〉とその〈表現形式(form of expression)〉を区別することが困難であると同時に、これは表現行為規制者側の論理ではないか、ということです。なぜなら、表現の自由は、アイディアを表現することだけでなく、それを特定の表現形式(form of expression)で表出するこ

³⁸⁾ New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713, 726 fn. 29 (1971) (但し、〔 〕は引用者。以下、同じ)。

とまで保護する法理論であったはずだからです。合衆国最高裁は、論者の思想 (cause) を表出することだけでなく、その思想を主張するためにもっとも効果的であると表出者が考える手段を選ぶことまで修正1条は保障している、といったことがあります³⁹。

ところで、表現規制を「表現内容規制/内容中立規制」に区別し、後者の類型に属する表現規制の合憲性判定ではいわゆる厳格審査基準を適用しないという法理論が説かれることがあります。それは、国家行為による表現規制を、その表現の内容ゆえに制約されるのか、それとも表現行為の手段・方法ゆえに制約されるのかを区別し、後者の場合には言論規制にあたらぬ(あるいは、あたるとしてもそれは言論を直接規制するものではない)とする論理です。

ところが、表現の自由というのは、表現内容の自由ばかりでなく、表現の方法、形式まで選ぶ自由も含まれていたはずで、たとえば、1971年の合衆国最高裁判決 *Cohen v. California* や1989年の判決である *Texas v. Johnson* は、このことを明らかにした判決だと思います。この二つの事例は、わたしの2010年の論文で紹介していますので⁴⁰、ここでは *Cohen* 判決だけを取り上げてお話ししておこうと思います。

1971年の合衆国最高裁判決 *Cohen v. California* ですが、これは「不快な言論」(いわゆる *offensive speech*) に関する事例として紹介されていますが、他面でこの判決は、「アイデア・事実」と「表現形式」との区別が問題となった事例でもある、と評価できると思います。というのも、この事案は徴兵反対というアイデア・思想を表明するために〈*Fuck the Draft*〉という表現形式を選んだ表現行為について、カリフォルニア州が、その〈*Fuck the Draft*〉という「表現形式」が「不快な言論」にあたるとして起訴した事例です。合衆国最高裁はこの表現規制に違憲判決を下したのですが、仮に表現の自由が徴兵反対というアイデア・思想だけを保護するもので、そのアイデアを表出するために選んだ特定の表現形式まで(つまり表現の方法まで)保護するものでなかったとしたら、被告 *Cohen* は

“ムシヨ行きだった”でしょう。これは *J. Rubinfeld* の評価です⁴¹。

ところで、それは〈*Fuck the Draft*〉という表現形式に著作物性がないので、だから著作権法とは関係ない話である、との批判もあると思います。やはりたとえば「徴兵反対」というアイデア・思想をなにかオリジナリティーのある表現形式で表出したなら、その〈*form of expression*〉は著作物性があるので、表現者に排他的利用権が認められるはずで、そうすると後続表現者は、別の表現形式を用いて「徴兵反対」というアイデア・思想を表明しないとイケないのだ、といわれると思います。まさに「アイデア・事実/表現形式二分法」という著作権法の理論からすれば、「徴兵反対」というアイデア・思想を別の表現形式で表明することはなんら禁止されていないのだから、やはりこのようは排他的利用権の設定は後続表現者の表現の自由を侵害するものではない、といわれそうです⁴²。

ところで「完全なる同意語は、すべてのセンテンスで相互互換性を示す。」⁴³といわれることがあります。そうであるなら、あるアイデアを表出するために用いられたAという表現形式に著作権を設定したとしても、同じアイデアはBという表現形式で表現できるのであるから、後続表現者の表現の自由を侵害するものではないとなりそうです。ただ本当にそうでしょうか。わたしは2009年の論文に、つぎのように書きました。「ところが、表現行為の効果は、表出者と受領者という実存間での相互作用のなかに現れるものである。そこでは感性の作用を受けるであろう。同意語 (*synonymous words*) の有効性も、そのなかで計られなければならない。」⁴⁴

⁴¹ See *Jed Rubinfeld, The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality*, 112 *YALE L.J.* 1, 15 (2002).

⁴² 本文中で述べたようにここで *Cohen* 判決の例をもち出すのを奇異に感じる向きもあるかもしれない。ただこの判決を「徴兵反対」という思想を「*Fuck the Draft*」という表現形式を用いて表出したいという *Cohen* の行為を合衆国最高裁は表現の自由の名で容認したものであるとの枠組で理解したなら、仮に「徴兵反対」という思想が著作物性のある表現形式で表出されたとき、同じアイデアを同一の表現形式で表出したいという後続表現者の行為を制約する著作権法も、表現の自由の問題を生成しているといえるのではなからうか。

⁴³ *W.P. ALSTON, PHILOSOPHY OF LANGUAGE* 44 (Prentice-Hall, 1964).

⁴⁴ 大日方信春「著作権と表現の自由の調整原理(一)」熊本法学116号1、31頁(2009)

³⁹ See *Meyer v. Grant*, 486 U.S. 414, 424 (1988).

⁴⁰ 大日方・前掲註(2)論文10～11頁。

つまり、表現形式を変えればその意味内容まで変わってしまうのではないのでしょうか。L. Kurtzはつぎのようにいっています。「著作物の形式と内容を明確に分離することはできない。話し方は話した内容ときちんと分離することなどできないのである。言語の著作物で使用された言葉を変えれば、そこでいわれた内容の意味あいまで変わってしまうであろう。⁴⁵⁾

表現の自由というのは、表現行為に従事するにつき、国家による統制を受けないことを保障していました。そこでは、表現行為による表出内容だけでなく、その内容をもっとも効果的に受領者に伝えるために表現者が選ぶ手段・方法（そこには表現形式、form of expression も含まれます）も保障されていたはずですが、それにもかかわらず「アイディア・事実/表現形式二分法」は著作権と表現の自由という二つの権益を調整する法理論であるとされています。そう軽々に論じてよいのでしょうか。ここに、まさにつぎにお話しするフェア・ユースの法理の意義があると思います。それは著作権のある特定の表現形式をそのまま利用したとしても違法行為にはならない、という法理論でしょうから。

(4) 「フェア・ユースの法理」(fair use doctrine)

2003年の合衆国最高裁判決、Eldred 判決ですが、それは「アイディア・事実/表現形式二分法」とともに「フェア・ユースの法理」という二つの法理論が有効ならば、著作権法は表現の自由との関係では憲法上の問題がないのだ、という見解でした。合衆国最高裁にそこまで言わせたもう一つの法理論、フェア・ユースの法理について、つぎに検討いたします。

著作権という言論規制は、フェア・ユースという権利制限理論により、憲法適合性を獲得しているといわれてきました。ただ、この法理にも憲法理論との関係から、いくつかの疑問点がうかびます。

まず、フェア・ユースは著作権制限に関する一般規定としての性質をもっています。しがたいて、なにがフェア・ユースにあたる著作物利用

年)。

⁴⁵⁾ Leslie. A. Kurtz, *Speaking to the Ghost: Idea and Expression in Copyright*, 47 U. MIAMI L. REV. 1221, 1228 (1993).

行為であるのかは、事後的に裁判所で判定されることとなります。このようにフェア・ユース該当性がケース・バイ・ケースで判定されることを容認している法理論は、表現の自由を保護する規準としては too vague ではなかろうか。この法理論の下で表現行為の正否を判定しなければならないとしたら、行為者の表現行為は萎縮するであろうといわれております。たとえば、N. Voegtliは、フェア・ユースの法理を「予測可能性に欠ける」と評価し⁴⁶⁾、J. Litmanは「主観的に過ぎる」といいます⁴⁷⁾。

フェア・ユースに関する規定が不明確である、という批判はよく人口に膾炙されるところです。たしかに法律である以上、それは明確な規定である方がよいとはいえるわけです。ただ、フェア・ユースという概念がエクイティ上の概念であり、それを法律という形式で定式化したという側面を捉えるなら、それも致し方ないといえるかもしれません。田村先生のように公共選択論の知見を生かして、法内容の形成過程について立法過程に任せるのか、それとも司法過程に期待するのかという議論をすれば、いわゆる少数派のバイアスに影響される立法過程ではなく、ロビイング耐性の強い司法過程に任せる方がより適切であるともいえそうです⁴⁸⁾。そうすると法律段階ではフェア・ユースの判断の方向性を示すスタンダードだけ規定しておいて、実際の適用を統制するルールは裁判所が判例としてつくっていく、このように考えた方がよいのかもしれませんが。そうすると著作物のある利用形態がフェア・ユースに該当するか否かは、まず著作物の無許諾での利用があつて、それを著作権侵害だと訴え出る権利者がいて、そして裁判所で判断されることとなります。こう考えるなら、訴訟を回避したいという気持ちが強い人ほど、著作物利用そのものをやめてしまおうということになりますので、表現行為は萎縮することになります。ただそれでも、権利制限のいわゆる「一般規定」というのは、そういうものだとされれば、

⁴⁶⁾ Naomi Abe Voegtli, *Rethinking Derivative Right*, 63 BROOKLYN L. REV. 1213, 1266 (1997).

⁴⁷⁾ Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 EMORY L.J. 965, 1005 (1990).

⁴⁸⁾ フェアユース研究会『著作権・フェアユースの最新動向：法改正への提言』（第一法規、2010年）126頁における田村発言および田村善之「日本版フェア・ユース導入の意義と限界」知的財産法政策学研究32号1、34～36頁（2010年）参照。

これはその性質上、致し方がないことといわざるをえないかもしれません。

ただ、合衆国の憲法理論をみてみますと、フェア・ユースを規定した合衆国著作権法107条の問題は、それが too vague であるということに加えて、つぎのような批判があります⁴⁹。わが国では、いまいわゆる「日本版フェア・ユース」を導入するか否か、盛んに議論されていると思います。ここでは、このような一般規定を設けるさいに、同時にそこにフェア・ユースかどうかを判定する考慮要素も規定するか、ということがよく議論されています。つまり合衆国の107条でいえば、(1)～(4)のところですが合衆国では、107条のいわゆる柱書、「フェア・ユースには、批評、論評、ニュース報道、教授（教室内使用のための複数のコピー作成を含む）、学術、研究等の目的のための、コピーないしフォノレコードによる複製、その他の上記規定の方法による複製行為を含む。」という部分について、つぎのような批判があります。

その批判というのは、連邦法も判例実践も、著作物利用の性質に着目し、その「諷刺的な (parodic)⁵⁰」また「論評としての (critical)⁵¹」性質にはフェア・ユースが認定されやすいといえます。このような性質を捉えて、RubenfeldやR. Tushnetは、フェア・ユースの法理について、それを表現内容に基づく法理論であると評価しています。なぜなら、それはある特定の内容をもつ表現行為の著作権侵害性を免責する法理論として、またそれをもたない表現行為を著作権侵害であると認定する法理論として、この法理論は機能しているからです。彼らは、前者だけを取り上げてフェア・ユースの法理を表現の自由保護的法理論と認定してよいのであろうか、といえます⁵²。

また、Tushnetはつぎのようにもいいます。「フェア・ユースは、教育およびニュース報道目的での複製に、仮にそれが完全な複製であったとして

も、好意的である。合衆国最高裁は、通貨の画像の複製を禁止しながら報道価値や教育価値ある場合を例外とした通貨偽造禁止法 (anticounterfeiting law) の合憲性を審査したとき、そのような例外は内容に基づく〔規制であり〕許容されない、と判示したことがある。このことはそれが著作権法である場合には内容に基づく〔規制であるとの〕性質を失うとすることに、合理的理由がないことを示しているように思われる。⁵³」

いままで憲法学は、国家による言論規制の場面を捉えて、その憲法適合性を判定してきました。そのとき、さきほど批判した法理論ですが、一般的には国家による言論規制が「言論内容に基づく規制」かそれとも「内容中立規制」かをまず判断し、内容規制なら厳格審査基準で（というのは違憲の推定の下で）その憲法適合性を判定し、内容中立規制なら中間審査基準で（というのは厳格審査よりは緩やかな審査で）合憲/違憲を判定すればよいとしてきました。ここでポイントとなるのは、言論内容に基づく規制の場合には、その国家行為には違憲の推定がはたらいた、という点です。

ところで、国家はわたしたちの言論活動を規制するだけでなく、ときに助成者としても言論市場に登場します。たとえば、国公立美術館で作品を展示するあるいは購入するという場面を思い描けば、そこでは国家は表現活動助成者となっていることがわかります。こういう場面では、当然、作品の内容をみて、その良し悪しを判定して展示・購入の有無を決めています。わたしたちの表現行為の内容について国家がその内容審査をし、国家が優れているとするものを助成しているのです。その意味では、科研費の交付決定も同様かもしれません。従来の憲法学は、国家が言論規制者である場面について、内容規制してはいけないという理論を構築してきました。それは国家が言論内容の基底にある思想の良し悪しを判定することを禁止する法理論でした。ところが、国家はときに言論助成者でもあるのです。そのとき、当然に国家は言論内容について判定しています。この場面にいてどのように考えるのか、この点については、東北大学そして東京大学におられた蟻川恒正先生やそのお弟子さんたちが、国家による思想形成を警戒する、つまり思想形成の自由という側面から研究されておられます

⁴⁹ 合衆国著作権法107条の条文については前掲註(35)参照。

⁵⁰ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

⁵¹ 17 U.S.C. §107.

⁵² See Rubenfeld, *supra* note 41, at 17; Rebecca Tushnet, *Copyright as a More 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, 25-27 (2000).

⁵³ Tushnet, *supra* note 52, at 25-26 (引用文中の註は省略した)。

が⁵⁴、ここには深入りしないことにして、実は著作権法も、国家による言論助成なのではないか、とくに合衆国のフェア・ユース規定をみると、さきほど触れましたように、パロディやクリティカルな内容ならフェア・ユースになりやすい、という。RubenfeldやTushnetのいいかかったのは、こういうことなのでしょう。著作権は一面で表現内容に基づく国家行為である。ということで、わたしも、著作権法には、国家に求められる表現内容中立性との観点で、まだ憲法問題が残されていると感じております。

4 まとめにかえて

ここまで著作権については素人的な観点から、著作権法と憲法理論との関係を縷々、述べさせていただきました。もうわたしのお話したいことはこれで全部です。ただ最後に、もちろん、いままである意味では一面的なお話しをしてきました。ここだけ捉えれば、著作権法は違憲の法律だ、という主張のように聞こえるかもしれません。わたしはそういう意図をもってここでお話しさせていただいたのではありません。著作権の問題も憲法学として検討する必要があるのではないかとわたしはいいかかったのです。

最後に一言だけ。合衆国で著作権保護期間を延長する法改正に合憲判決が下されたのは2003年のことです。この判決が紹介されたことを契機として、わが国では著作権と表現の自由の“間隙”にある問題に注目が集まってきたように思われます。いまこの論点に、合衆国に40年遅れながらも、憲法理論上の脚光が浴びせられているのではないのでしょうか。

40年という年月の起算点は、今日のお話でも触れた1970年のNimmer論文です。まだわが国の憲法教科書では、著作権をはじめとする知的財産権も29条にいう財産権の内容であるという仕方では触れる教科書はあって

⁵⁴ 蟻川恒正「国家と文化」『岩波講座現代の法1：現代国家と法』191頁以下(岩波書店、1997年)、同「政府と言論」ジュリスト1244号91頁以下(2003年)、同「対抗を読む(2)」法学セミナー672号52頁(2010年)、中林暁生「給付と人権」『岩波講座憲法2：人権論の新展開』263頁以下(岩波書店、2007年)などを参照。

も⁵⁵、プライバシー権や名誉権のように、21条の表現の自由との関係で解説するものはないようです。そういうわけで、わたしの研究もまだまだ誤謬に満ちたものかもしれませんが、それでもみなさまからのご意見、ご批判をうかがえればと思っております。わたしの報告はこれで終了です。ご清聴ありがとうございました。

【付記】当日研究会に参加されたみなさまにあらためまして御礼申し上げます。その場でいただいたご意見・ご質問をうけ、書きかえたいところもあるのですが、講演録としての性格を損なわぬよう、最低限の文献註を補うにとどめました。

この講演は平成22年度科学研究費補助金(基盤研究(C):課題番号22530034)の成果の一部です。

⁵⁵ 渋谷秀樹『憲法』287頁(有斐閣、2007年)。