

## 表現の自由と著作権の制度的調整

大 林 啓 吾

序——表現の自由と著作権の問題構造

### I 表現の自由と著作権の歴史的連環

#### 1 著作権の起源

- (1) 初期の著作権——出版権としての著作権
- (2) 独占権と検閲——免許制とギルドの特権
- (3) アン制定法による転換

#### 2 憲法と著作権

- (1) 著作者の権利——フランス
- (2) 学術・技芸の促進——アメリカ
- (3) 近代立憲主義との接合——アングロサクソン型とフランス型の異同

#### 3 著作権の正当化論拠

- (1) 3つのアプローチ
- (2) 権利義務関係からみた正当化論拠——ウォルドロンの分析

### II 調整原理の登場とそれに対する批判

#### 1 アメリカにおける判例法理の展開と調整原理の誕生

- (1) Harper & Row 判決
- (2) Eldred 判決

#### 2 調整原理の陥穽

- (1) 思想・表現区分論について
- (2) フェアユースについて

#### 3 表現の自由論の展開

#### 4 表現空間論と著作権

### Ⅲ 2段階審査の実践——Eldred 判決の遺産

- 1 Golan 判決 I
- 2 Golan 判決 II
- 3 審査基準の整理

### Ⅳ 2段階審査の分析

- 1 制度準拠型審査
- 2 立法府の役割——立法への敬讓、機能的能力の優越性、外交問題
- 3 司法と立法の共同
- 4 1段階目の審査の分析——伝統的著作権形態とは何か
  - (1) パブリックドメイン
  - (2) パブリックドメインと修正 1 条の権利の関係
- 5 2段階目の審査の分析——内容規制・内容中立規制の区分の是非
- 6 再び表現空間論へ

### 後序

「もしペンが剣よりも強いとしたら、そのペンを思想の流通を担う事業者に独占させることは我々の自由な社会の基盤を脅かすことになる。」(L. Ray Patterson, *Free Speech, Copyright, and Fair Use*, 40 VAND. L. REV. 1, 66 (1987))

## 序——表現の自由と著作権の問題構造

憲法学者にとって、＜表現の自由と著作権＞の問題は理論的関心以上に、まずは職業的関心を惹くものかもしれない。つぎのレッシング (Lawrence Lessig) の言葉はそれを物語っているように思える。レッシングいわく、「論文を発表する学者は、人々が自分の論文をコピーして読んでくれることしか考えていない。でも法は、許可なしに複製はダメと言う。南北戦争について教える革新的な講義計画を持った教師は、他人

が自分の作品を使ってくれたら大喜びだ。法は、事前に権利をクリアしないとダメだという。著作権の本質は単純に、原則はダメ、というものだ。多くのクリエイターにとって創作の本質とは、もちろんオクケー、というものだ<sup>(1)</sup>。」と。

一般に、盗作や剽窃<sup>(2)</sup>の類を別にすれば、基本的に他人が自分の論文を引用したり利用したりすることは学者にとって好ましいことである。だが、レッシングによれば、著作権制度の原則はそれとは相反するシステムになっているというのである。もっとも、出版業界からすれば、著作権制度の原則は業界にとっての原則に親和的である。勝手に複製・転売されては利益が上がらなくなってしまうからである。他方、読み手の視点からすると、自由に複製できた方が利用しやすい<sup>(3)</sup>。論文をコピーするたびに、いちいち許可をとらなければならないとすると、ひじょうに手間がかかり、論文を読む気すら失せてしまう可能性がある。

このような<著作者、出版社、読み手>の三面関係は、必ずしもつねに対立するわけではなく、相互依存的でもある。著作者は、読者の存在を前提とし、出版社の協力を得て著作物を公刊する。出版社は、著作者がいなくては出版できないし、読者の存在なくして利益を得ることはできない。読み手は、著作者と出版社が存在しなければ、書籍または論文を目にすることができない。この三面関係を調整し、表現が自由に流通

(1) ローレンス・レッシング（山形浩生訳）『REMIX——ハイブリッド経済で栄える文化と商業のあり方』265頁（翔泳社、2010年）。

(2) Stuart P. Green, *Plagiarism, Norms, and the Limits of Theft Law: Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Intellectual Property Rights*, 54 HASTINGS L.J. 167, 173 (2002). なお、剽窃 (plagiarism) とは、他人のアイデアや言葉であるのに、それに言及することなく自分のオリジナルとして用いることをいう。

(3) 本稿では、原則として、著作者の了解を得なくてもよい使い方を「使用」とし、著作者の了解を得なければならない使い方を「利用」と表記する。ただし、文脈によっては区別したい箇所もあるので、その場合には文意に適う表記を優先した。「使用」と「利用」の異同については、岡本薫『著作権の考え方』2-3頁（岩波書店、2003年）。

するシステムを創って、技芸や学問の発展をもたらす制度が著作権制度である。

それゆえ、著作権制度はある種の表現空間を創りあげているといっても過言ではない。表現活動自体は自然的自由であって制度を前提とせず自由に行えるものであるが、著作物を創りあげた場合には、著作権制度のもとで存在することになるからである。このように、一種の表現空間を創りあげる著作権制度は、表現の自由との関係でどのように把握すればよいのであろうか。このテーマは、これまで憲法学の世界ではあまり取り上げられてこなかったが<sup>(4)</sup>、著作権が一定の表現の利用を制限する以上、そこには表現の自由への影響があるはずである<sup>(5)</sup>。とりわけ、

---

(4) もっとも、最近ではこの問題を検討する論稿も増えてきている。この問題について分析した論稿を以下に挙げておく。今村哲也「著作権法と表現の自由に関する一考察——その規制類型と審査基準について——」企業と法創造 1 巻 3 号 81 頁 (2004 年)、大林啓吾「カナダにおける表現の自由と著作権」尚美学園大学総合政策研究紀要 13 巻 13 頁 (2007 年)、大日方信春「暗号化と表現の自由——米国デジタル・ミレニアム著作権法を素材に」熊本法学 119 巻 1 頁 (2010 年)、近藤紀男「アイデアと表現の区別——米国の判例に見る著作権と表現の自由——」名古屋学芸大学短期大学部研究紀要 2 巻 34 頁 (2005 年)、佐藤薫「著作権法第二〇条第二項第四号の解釈と表現の自由権」著作権研究 17 巻 111 頁 (1990 年)、佐藤薫「憲法第 21 条と同一性保持権——パロディおよびその保護について——」海保大研究報告 35 巻 1 号 1 頁 (1989 年)、中根哲夫「デジタル時代の著作権保護と表現の自由」中央大学大学院研究年報 31 巻 387 頁 (2002 年)、中山代志子「著作物の権利制限規定を巡る著作権と言論の自由の衝突」明治学院大学法科大学院ローレビュー 1 巻 1 号 1 頁 (2004 年)、野口裕子「デジタル時代の著作権制度と表現の自由——今後の知的財産戦略に当たって考慮すべきバランス (上)・(下)」NBL777 号 18 頁 (2004 年)・778 号 32 頁 (2004 年)、山口いつ子「表現の自由と著作権」相澤英孝・小泉直樹・大淵哲也・田村善之編『知的財産法の理論と現代的課題——中山信弘先生還暦記念論文集』365 頁 (弘文堂、2005 年)、山本隆司「パロディによる表現の自由と著作権の保護の限界」ジュリスト 1215 号 172 頁 (2002 年)、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——」法学会雑誌 39 巻 2 号 19 頁 (2004 年)。なお、脱稿後、大日方信春『著作権と憲法理論』(信山社、2011 年)に接した。

(5) 長谷部恭男『Interactive 憲法』181 頁 (有斐閣、2006 年)。「……憲法学者が著作権を勉強しない理由は実はない……」。

著作権制度が、著作権侵害に対して損害賠償のみならず、差止を求めることもできるようにしており、さらに悪質な場合には刑事罰も用意していることを考えると、名誉毀損などと同じく表現の自由の問題のようにみえる。

それでは、表現の自由と著作権という問題はいかなる憲法問題なのであろうか。これを考えるにあたって、最もわかりやすいのは、表現の自由と財産権の対立と捉えて、両者をどのように調整するかという問題設定を行うことである。

＜あなたが購入した本は、あなたのものであってあなたのものではない＞<sup>(6)</sup> という、しばしば耳にする例を基に考えてみよう<sup>(7)</sup>。あなたの前に本がある。あなたは、これを読もうと、枕にしようと、破り捨てようと、自由である。まぎれもなく、この本の所有権はあなたにある。しかし、この本は他人が執筆したものである。それゆえ、あなたは、本を複製したりインターネットに掲載したりして、それを販売してはならない<sup>(8)</sup>。これが、先のフレーズの意味するところである。通常、動産を購入した場合には、それをどう使おうと自由であり、転売や改変も自由に行える。しかし、無体財産たる著作権は、その物自体にかかっているというよりも、その物の内容に効力を及ぼすのである。これを端的に示して

---

(6) これは、「知的財産とは何か」を理解する際にしばしば用いられる例であり、本だけでなく、CDなどが例に出されることもある。See, e.g., Craig Joyce, “A Curious Chapter in the History of Judicature”: *Wheaton v. Peters and the Rest of the Story* (of Copyright in the New Republic), 42 Hous. L. Rev. 325, 328-330 (2005).

(7) 福井健策『著作権とは何か——文化と創造のゆくえ』10 - 11 頁（集英社、2005 年）。著作物を購入した場合、所有権を得ることによって自由にそれを使用することができるが、著作権を侵害する利用はできない。

(8) ミケーレ・ボルドリン／デヴィッド・K・レヴァイン（山形浩生／守岡桜訳）『〈反〉知的独占——特許と著作権の経済学』177 頁（NTT 出版、2010 年）。これは、逆に著作権がない場合を想定してみた方がわかりやすいかもしれない。たとえば、『知的財産権』がなければ、われわれが生きているこの世界では合法的にできないことができる——あなた自身が時間とリソースを費やして、買った本のコピーを新しく作製できるのだ。」というように。

いるのが、White-Smith Music Publishing Company v. Apollo Company 連邦最高裁判決<sup>(9)</sup>におけるホームズ（Oliver Wendell Holmes, Jr.）判事の同意意見である。ホームズ判事は、「思うに、財産という概念は、確固とした有体物の所有に始まり、所有者の自由な利用を他者が多かれ少なかれ邪魔するのを防ぐ権利を指す。しかし、著作権という財産はより抽象的なものである。その独占権は所有物に向けられるのではなく、いわば真空に対して向けられるものである。……それは権利を持つ当事者の手元または実体から離れて利用されることを禁止する。それは所有者から何千マイル離れていようとも不法な利用行為に気づいていなくとも侵害されうるものである<sup>(10)</sup>。」と述べている。

それでは、表現の自由と著作権の問題は、著作権が無体財産であることに着目し、＜表現の自由対（無体）財産権＞という構図をもって足りる話なのであろうか。答えはおそらく否である。著作権には著作財産権以外に、著作者人格権なるものが存在している<sup>(11)</sup>。その名のとおり、財産権と一線を画するこの権利は、他者が勝手に著作物を改変することを妨げることができる。これは、パロディ作品などを創る自由を抑制してしまうことから、表現の自由と著作権の問題の一場面として取り上げべき課題である。

ところが、表現の自由と著作権の問題が著作財産権ではなく、著作者人格権の問題に収斂してしまうかという点、そうでもない<sup>(12)</sup>。パロディ等の改変行為は著作者人格権の侵害の問題となるが、典型的な著作権侵害である複製は著作財産権の侵害の問題となる。また、著作者人格権は一身専属的権利とされているが、著作財産権は相続可能であるため、著

(9) White-Smith Music Publishing Company v. Apollo Company, 209 U.S. 1 (1908).

(10) 209 U.S. at 19 (Holmes, J., concurring).

(11) 半田正夫「著作者人格権の法的構造とパロディ問題」法律のひろば 35 巻 2 号 23 頁 (1982 年)。「著作者人格権とは著作者が自己の著作物に対して有する人格的・精神的利益を保護する権利のことであり、具体的には公表権、氏名表示権、同一性保持権など、著作者の地位から生ずる人格的権利を包含している」。

著作権侵害は著作者の死後にも生じうる<sup>(13)</sup>。このように著作者の死後も著作物を利用できない状態が続くことは表現の自由に対する影響があるといえるだろう。

また、表現の自由と著作権は、表裏一体の関係になるような場面がある<sup>(14)</sup>。先の改変の問題について少し考えてみると、誰もが著作者になれる現代では、著作者と利用者の差は紙一重である<sup>(15)</sup>。つまり、ある場面では著作権を振りかざすことができても、少し場面を変えたと、著作者もまた利用者にすぎず、今度は利用のために他の著作権を攻撃するという状況が絶え間なく存在している。ここでいう利用を表現行為だともみなせば、表現の自由と著作権は表現空間におけるいたちごっこのようにみえる。これについて、著作物の利用をわざわざ表現行為と言い換えずに、著作権侵害の問題は著作権制度の中で完結させてしまえばよいというのが、これまでの裁判所の対応である。だが、著作権制度（裁判所の判断を含む）のさじ加減次第では、著作権保護が行き過ぎてしまう場合がありうるだろう。そのような場合こそ、表現の自由の出番である。つまり、過剰に著作権保護を行った結果、表現空間が過度に狭められて

---

(12) 半田正夫「わが国における著作人人格権の判例——立法当初の仮説と判例実務——」青山法学論集 33 巻 3・4 合併号 69 頁（1992 年）。そもそも、著作財産権と著作人人格権の関係を著作権法上どのように考えるかという論点は難しい問題であり、一般には財産権と人格権という相容れない関係として捉えられるが、両者の関係は密接であることもあり、完全に分断して考えることには疑問が呈されている。

(13) 小泉直樹「著作人人格権」民商法雑誌 116 巻 4・5 号 585 頁（1997 年）。なお、著作人人格権は譲渡・相続が認められていないものの、著作者の死後に人格権侵害がなされた場合には、遺族が名誉回復措置のための差止請求などを行うことができる。

(14) Louis Michael Seidman, *The Dale Problem: Property and Speech Under the Regulatory State*, 75 U. CHI. L. REV. 1541, 1583 (2008). そもそも、「……著作権や商標はそれ自体が言論上に財産権を設定するものであるため特殊なケースなのかもしれない」。

(15) これらの問題については、野口祐子『デジタル時代の著作権』51 頁以下（筑摩書房、2010 年）参照。



しまい、表現の自由が圧迫されるような場合には、表現の自由の対象となるわけである。このため、表現の自由と著作権の問題は、適切な表現空間を維持するための調整問題とみることができるかもしれない。

いずれにせよ、著作権は財産権を基軸としながらも様々な法的性格を複合的に兼ね備えている。したがって、表現の自由と著作権の問題は個別具体的な場面ごとに考える必要があることはいうまでもないが、その前にこの問題がいかなる憲法問題であるのか、そもそも両者は対立関係にあるのか、対立関係にあるとすればどのように調整するのかなどの問題を検討する必要がある。

そこで、あえてこの問題をおおまかに整理すれば、(A) 権利対権利の問題の場面と (B) 制度的調整の問題の場面とに大別できる。(A) は、個人の表現の自由と著作権が衝突する場面を指す。たとえば、Y が X の著作物を無断で改変して利用した場合に、X が差止訴訟を提起するという場面を想定してみる。このとき、裁判所が著作権侵害に基づく差止を認めると Y の表現の自由が制限されることになる。つまり、両者の権利は衝突しているのである。この場面では、著作権が個人の権利と考えられている点も重要である。X の差止請求権の根拠には、著作者人格権または著作財産権の要素が含まれていると考えられるからである。こうして、表現の自由と著作権という権利同士の衝突が垣間見えるのである。

一方、(B) は自由な表現空間の設定の問題である。政府は、自由な表現空間を設定するため、創作へのインセンティブを高めつつ、自由な表現活動ができるようにしなければならない。このとき、著作権制度は表現活動のエンジンとなるべく設計されなければならず、その保護の範囲は広すぎても狭すぎてもいけない。創作活動を促進しながら、自由な創作活動を保障するという、一見するとやっかいな調整を行わなければならないのである。ここでは、個人の権利としての著作権が姿を隠し、自由な表現空間を維持・促進するための著作権制度が姿を現すことになる。そうすると、自由な表現空間を確保していなければ、その制度設計は違憲の瑕疵を帯びる可能性がでてくる。たとえば、著作権保護期間を



半永久的に設定してしまうような制度は自由な表現空間を過度に制限するものといえる。このとき、基本的には立法府自らが軌道修正をはかることが望ましいが、場合によっては裁判を通して是正を求めることもありうる。その際、自由な表現空間のための制度上の権利とでもいうべき資格に基づいて裁判を提起することになるため、権利と制度が密接に関わることとなる。かかる状況を踏まえると、表現の自由と著作権の問題は憲法学の関心事項であることはもちろんのこと、権利と制度という観点からも興味を惹くものである<sup>(16)</sup>。

そこで本稿では、表現の自由と著作権に関する議論が進んでいるアメリカを素材にして、(B)の問題、すなわち、制度的調整の問題を分析することにしたい。最初に、そもそも表現の自由と著作権の問題とはいかなる憲法問題なのかについて検討する。歴史的にみると、両者の出自は重なるところが多いため、ここでは歴史的展開を追いながら両者の関係に迫ることにする。それを踏まえた上で、著作権制度がどうやって表現の自由との調整をはかっているのかを考察する。そこでは、従来の判例法理や立法制度を概観しながら、調整原理を抽出することにする。つぎに、その制度またはその運用が表現の自由を侵害している場合、裁判所はどのような審査基準に基づいて判断すべきかを考える必要がある。とりわけ、制度自体が問題になっている場合、すなわち表現空間が問題となっている場合には権利と制度の関係をどのように把握して判断すべきかが問われることになるはずである。最後に、表現の自由と著作権の制度的調整について審査基準と絡めながら理論的検討を行う予定である。

---

(16) 奥平康弘『憲法Ⅲ——憲法が保障する権利』91 - 105 頁（有斐閣、1993 年）。奥平康弘によれば、そもそも権利は法規（制度）によって承認されている必要があり、それを個人が自分のために発動することによって姿を現すものであるという。それゆえ、権利は主観法と客観法を接合するものであり、成立経緯や本来的属性からして非制度的であるはずの表現の自由でさえ、制度と無関係ではいられないとする。

## I 表現の自由と著作権の歴史的連環

### 1 著作権の起源

#### (1) 初期の著作権——出版権としての著作権

まずは、著作権とは何なのか、そして著作権とはいかなる権利なのかを分析することから始める。著作権の始まりは、印刷技術の発明がもたらしたといっても過言ではない。印刷技術により、書籍の複製・頒布ができるようになり、書籍を広く流通させることが可能になった。その影響力を重視した国王と出版権益を確保したい書籍業者との思惑が一致したのが著作権制度の発端となったのである。国王は出版業を免許制にし、個別の出版を許可制にすることで、検閲を行うことができた。その傍ら、書籍業者は、出版権を確保することで、独占事業を営むことができたのである。

このような歴史的沿革については、イギリスの *Donaldson v. Beckett* 判決<sup>(17)</sup> において詳述されているので、これを一次文献として、適宜他の論文・資料も参照しながら、著作権の成り立ちについて触れておくことにする。

活版印刷が発明されたのはルネッサンス期であり、その発明者がグーテンベルク (Johannes Gutenberg) であったというのは有名な話である。一般に、ルネッサンス期には、活版印刷、羅針盤、火薬の三大発明があったといわれる。これは、当時、それだけ印刷技術の発明が大きな社会的インパクトをもっていたことを表している。

判決によると、1458年にドイツのマインツで活版印刷が発明され、1471年にロンドンの織物商カックストン (William Caxton) によってイギリスに持ち込まれたとする<sup>(18)</sup>。まもなくして、チョーサー (Geoffrey

<sup>(17)</sup> *Donaldson v. Beckett*, 1 Eng. Rep. 837 (1774).

<sup>(18)</sup> *Id.* at 840. なお、判決は誰が発明したかについては触れていない。

Chaucer) の作品がカックストンにより印刷されたのを皮切りに、他の者もチョーサーの出版事業に着手し始めた。そのため、業者間でしばしばもめる事態が生じてきた。というのも、当時、書籍の出版は、複写・公刊・販売という一連の過程を指すものとして認識されていたため、他の業者が既に公刊されている同じ書籍を出版する場合には既に公刊されている書籍と全面的に競争することになったからである。こうした事態に対処すべく、同業者で組合を作ることになり、書籍業者 (Stationer's Company) というギルド的集団が結成されるに至った。書籍業者の間では、出版は財産として扱われるようになり、出版事業を独占するようになった。

## (2) 独占権と検閲——免許制とギルドの特権

もっとも、書籍業者だけの取り決めで出版事業を独占できたわけではない。それには、何らかの公的なバックアップが必要であった。そこで、出版事業を独占したいと考えていた書籍業者と、政治的影響力を維持し続けたい国王との思惑が一致する<sup>(19)</sup>。すなわち、国王の免許に基づく書籍業者の出版事業の独占という方法である<sup>(20)</sup>。国王は直接出版に関する権限を持っていなかったが、「書籍業者の構成員か、免許を持っていない限り、何人も出版という神聖な行為を行うことができない」と命じていた<sup>(21)</sup>。したがって、国王は書籍業者を通して実質的に検閲を行

---

<sup>(19)</sup> L. Ray Patterson and Stanley F. Berch, Jr., *A Unified Theory of Copyright* (Craig Joice ed., 2009), printed in 46 Hous. L. Rev. 215, 244-245 (2009).

<sup>(20)</sup> 林紘一郎『『法と経済学』の方法論と著作権への応用』林紘一郎編著『著作権の法と経済学』24頁(剋草書房、2004年)。なお、著作権の源流は15世紀のイタリアに端を発し、印刷機に莫大な投資を行い古典の複製に労力をかけて事業を展開した印刷業者の思惑と、印刷を産業として復興を目指した国王との思惑が一致して出版事業の独占が行われたのが始まりであったが、その背景には自由に書籍が発行されてしまうことへの危惧と特許料収入の期待があったという指摘がある。

<sup>(21)</sup> *Donaldson*, 1 Eng. Rep. at 841.

うことができた。1557年、メアリ（Mary I）女王は書籍業者に検閲の権限を付与した特許状を発行する<sup>(22)</sup>。これにより、書籍業者は出版部数の統制に加え、不快と思われる本を処分する権限を付与された。1558年になると、いよいよ明確な形で、書籍業者の独占が進んでいく。この年、エリザベス（Elizabeth I）女王は特定の者に出版登録に関する特許状を付与した<sup>(23)</sup>。これにより、初版刊行後、出版に関する特許権が生じることになった。この特許権を有する者は、書籍業者の登録名簿に財産として書籍を登録することができるようになったのである。この特許状のもたらした登録システムは書籍業界を活性化させることになったが、それは同時に業界の寡占化を促進することになった。そこでは、著作者の存在が軽視され、著作者が出版業に口出しすることはできないシステムが確立されていった。

このような独占と検閲の混合システムは、星室裁判所にも支持され<sup>(24)</sup>、確立しつつあったが、それに反発する動きも見られた。有名な例が、ミルトン（John Milton）の『アレオパジティカ』（1644年）<sup>(25)</sup>である。ここでミルトンは検閲制度の批判を展開するが、しかし、当時の議会は聞く耳を持たなかった<sup>(26)</sup>。

こうした公的制度に支えられながら、書籍業者は定款を制定するなどして、独自に独占形態を確立していった。定款は、書籍業界の各構成員に対して一般的な効力を持っていた。1681年の定款では、書籍がいずれかの業者に登録されれば、その業者は所有者とみなされることになっ

---

<sup>(22)</sup> The Charter of the Company of Stationers of London (May 4, 1557).

<sup>(23)</sup> *Donaldson*, 1 Eng. Rep. at 841.

<sup>(24)</sup> *See, e.g.*, Star Chamber Decree of 1566, 1586, 1637.

<sup>(25)</sup> ミルトン（原田純訳）『言論・出版の自由——アレオパジティカ』（岩波書店、2008年）。

<sup>(26)</sup> An Ordinance for the Regulating of Printing (June 14, 1643), An Ordinance Against Unlicensed or Scandalous Pamphlets, and for the Better Regulating of Printing (Sept. 30, 1647), An Act Against Unlicensed and Scandalous Books and Pamphlets (Sept. 20, 1649).

た。裁判所は、定款等がコモンロー上の権利であると明言していなかったが、それらは出版の特権や独占などと呼ばれた。このように、特許状や命令、そして商慣習によって書籍業者の独占の歴史が形成されていったのである。

こうして、事実上、出版業は書籍業者に独占され、政府の検閲機能さえも実質的意味を持たなくなっていた<sup>(27)</sup>。そもそも書籍業者の同意がなければ、出版できなかったからである。その結果、出版の免許制は、1662年の免許法（Licensing Act）<sup>(28)</sup>が書籍業者に独占権を付与していたものの、1695年に期限を迎えるとそのまま廃止された。

ただし、この廃止理由の1つに、独占状態に対する不満があったとされる<sup>(29)</sup>。1689年に名誉革命を成し遂げたばかりのイギリスは、まだ政治情勢が不安定であった。そのような中、人々は新しい政治に期待する傍ら、新しい情報を求め、さらには自由な言論および出版を欲するようになっていた。先のミルトンらの検閲批判はすぐには効果がでなかったものの、出版に関する書籍業者の独占への反発という底流を浮き上がらせる契機になったのである。こうした状況を察知した書籍業者は新たな立法に向けてロビー活動を展開した。かれらは、善政を行うためには政府の出版統制が必要であることを再度強調することにより、再び免許制の立法化を主張したのである。しかし、議会がなかなか腰を上げようとしなかったため、書籍業者は戦略を変更する。かれらは、自分たちの独占に対する警戒をそらすために、書籍業者の権利ではなく、著作者の権利が必要であることを訴えた。ただし、かれらの思惑は著作者に権利を与えるものの、実質的には書籍業者が権利を行使していく絵図を描いていた。こうして、アン制定法（Statute of Anne 1709）が成立するための素地ができたのである。

---

<sup>(27)</sup> Patterson and Berch, Jr., *supra* note 19, at 250.

<sup>(28)</sup> Licensing Act, 1662, 14 Car. 2, c. 33 (Eng.).

<sup>(29)</sup> Patterson and Berch, Jr., *supra* note 19, at 250.

### (3) アン制定法による転換

このような動きに加え、統一的な著作権法制を創る土台が整ったのもこの時期だった。

1707年の連合法（Act of Union 1707）により、イングランドとスコットランドが連合し、グレートブリテン王国を創設したからである。これにより、統一的な著作権法を制定することが可能になった。そして、いよいよアン制定法が制定されることになったのである。

アン制定法の正式名は、「一定期間、印刷された書籍の複製（権）を著作者又はその購入者に付与することによって学問の奨励をはかるための法律」（An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of Such Copies, During the Times Therein Mentioned）である<sup>(30)</sup>。この名称からわかるように、本法の大きな意義は、①出版の権利が著作者に付与されることになったこと、②学識の流布が目的とされたこと、③著作権保護期間が設定されたこと、である。この内容はⅠ条に詳しく規定されており、そこでは従来が悪弊を直し、学識ある者が有用な本を公刊することを促進することが目的とされている。つまり、書籍業者の出版の独占を廃して、著作者を中心とした著作権制度により、幅広く知識の伝達をはかろうとしたのである。また、③に関連して、保護期間が設定されたことにより、これまで永続的権利とされてきた著作権が制限的なものとなり、保護期間終了後はパブリックドメインに入るようになった点も重要である<sup>(31)</sup>。

さらに、著作権侵害行為に対しては没収や科料などの罰則が設けられ、また、著作権者らは損害賠償請求を行えるようになった<sup>(32)</sup>。従来、免許制および独占によってそもそも侵害が生じにくい状況にあったことも

<sup>(30)</sup> Statute of Anne, 1710, 8 Ann., c. 19 (Eng.).

<sup>(31)</sup> なお、著作権保護期間は14年間で、その後も著作者が生存していれば、さらにもう14年間保護される。Statute of Anne, X I.

<sup>(32)</sup> Statute of Anne, II, X. なお、侵害行為が行われてから3ヶ月以内に訴訟を提起しなければならないと規定されている。

あり、著作権侵害については裁判所で争われることは少なく、コモンロー上の発展は未熟なままであった。しかし、本法により、著作権侵害の問題を裁判の俎上にのせることが可能になったのである。また、本法は被告側に対しても訴訟手続上の権利を規定している<sup>(33)</sup>。

アン制定法は、学問の発展、言い換えれば自由な情報の流通を目的として、著作者が自らの著作物について権利を有し、その複製権を購入した者（出版社）はそれを販売することができ、著作権保護期間終了後は自由に著作物を利用できる仕組みを創ったといえる。こうして、アン制定法は、近代著作権制度の嚆矢となったのである。その後、書籍業者らがアン制定法の設定した著作権保護期間終了後も裁判を利用して保護期間を拡大させようとする「書籍業者の闘争」（the battle of the booksellers）が始まる。それは、*Miller v. Kincaid* 判決<sup>(34)</sup> に始まり、*Tonson v. Collins* 判決<sup>(35)</sup> を経て、*Millar v. Taylor* 判決<sup>(36)</sup> では書籍業者側がコモンロー上の著作権保護がアン制定法の影響を受けないとの判断を勝ち取るに至る。だが、この法廷闘争に最終的決着をつけたのは先述の *Donaldson v. Beckett* 判決であった。これにより、著作権保護期間は制定法によって決定されることが明らかにされたのである。また、この時期、書籍業者らは裁判だけでなく、ロビー活動を行って法改正を試みていた<sup>(37)</sup>。たとえば、1734年に、書籍業者らが書籍の著作者は財産を持つと明示するように法改正の請願を行った。これは否決されてしまうが、同年、別の改正案が提出され、著作権の対象を拡大していった。その結果、書籍業者の既得権益の延長は成功しなかったものの、立法を中心に著作権が拡大していき、著作権を財産とみなす傾向に拍車をかけることとなった

(33) Statute of Anne, VI, VIII.

(34) *Miller v. Kincaid*, 98 Eng. Rep. 210 (1750).

(35) *Tonson v. Collins*, 96 Eng. Rep. 169 (1761). *Reargued* 96 Eng. Rep. 180 (1762).

(36) *Millar v Taylor*, 98 Eng. Rep. 201 (1769).

(37) Justin Hughes, *Copyright and Incomplete Historiographies: Of Piracy, Propertization, and Thomas Jefferson*, 79 S. CAL. L. REV. 993, 1015-1016 (2006).



点に留意しておく必要があろう。

以上の歴史的展開をみると、書籍業者の独占と国王の検閲という両者の思惑の一致から始まったのが著作権制度の原形といえる<sup>(38)</sup>。書籍業者は仲間内で定款を作成し、出版事業を独占していった。それを後押ししたのが出版の免許制であり、事実上、書籍業者を通さなければ出版できない状態を創り出していったのである。このように、初期の著作権制度は、ギルドが中心となって表現の自由を制限するものとして機能していたといえる。

ところが、名誉革命後の免許制廃止に対する書籍業者の妥協的立法運動によって制定されることになったアン制定法により、状況は一変する。表現抑制的なギルドが独占する出版形態が、自由な表現の流通を目的とする著作者を中心とした制度に様変わりしたからである。ここでは、著作者、出版社、読み手といった三面関係が想定されている。つまり、著作者が作品を創造し、出版社が書籍を世に広め、それによって多くの市民がその知識を受け取り、その対価が著作者および出版社に還元され、さらなる作品のインセンティブにつながるといふ、自由な表現流通のための仕組みが創設されたのである<sup>(39)</sup>。

---

(38) 著作権の原形を書籍業者の独占に見出し、そこから著作権と表現の自由との関係を論じるものとして、小島立「著作権と表現の自由」憲法問題 21 巻 77 頁(2010 年)。

(39) Alina Ng, *The Social Contract and Authorship: Allocating Entitlements in the Copyright System*, 19 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 413, 470-482 (2009). イギリスの著作権の歴史的展開をみると、独占事業の打破による著作者の権利の確立という点に目がいき、自然権思想に裏付けられているかのようにみてしまいがちだが、そうした観点からみたとしても、著作者、出版社、読み手のそれぞれに権利を付与することで社会全体の利益に寄与する公正な制度として存在するのが著作権制度であるとみなすことが可能であるという指摘がある。

## 2 憲法と著作権

### (1) 著作者の権利——フランス

イギリスでは、名誉革命の影響を受けてアン制定法が制定され、近代著作権制度が確立された。一見すると、権利章典に伴う立憲主義の萌芽に共鳴する形で著作権制度が確立したかのようにみえる。しかしながら、両者の関係は必ずしも定かではない。憲法または立憲主義と著作権の関係を見るためには、フランスやアメリカの成り立ちをみる必要がある。

フランスもイギリスと同じく、国王が出版に関与し、出版業者がギルドを構成して出版権を独占していた。さらに、後のフランス革命により、著作者の権利が形成されるに至った点においても、イギリスと類似の展開を見せている。ところが、その理論的背景がイギリスとは異なる。フランスでは、神学や啓蒙思想が著作権に大きな影響を与えていたからである。以下では、神学や啓蒙思想が著作権の概念に密接に関連し、フランス革命によって著作者の概念が確立されたとするヘス（Carla Hesse）の考察を中心にみていくことにする<sup>(40)</sup>。

1723年、フランスでは出版法典（Code de la librairie）が制定され、1744年にはフランス全土に適用された。この法典は、著作物は著作者の所有物ではなく、神から知識という贈り物を授かったにすぎず、神の代弁者たる国王がそれを管理するということが規定された。そのため、出版に関する権利は神聖なものであり、国王がそれを管轄することになったのである。したがって、国王が、いつ、どこで、どんな書籍を出版するかについて決定権を有し、事実上の検閲が行われていた。著作者は草稿を出版する権利がなく、国王の許可を受けた出版ギルドを通して

---

(40) Carla Hesse, *Enlightenment Epistemology and the Laws of Authorship in Revolutionary France, 1777-1793*, 30 REPRESENTATIONS 109 (1990). 以下のフランスに関する考察はヘスの分析に負うところが大きい。また、以下の脚注におけるフランスの法令の記載もヘスの表記をそのまま引用している。なお、フランスの議論については、山口いつ子『情報法の構造——情報の自由・規制・保護』267 - 273頁（2010年）も参照。

しか書籍を刊行することができなかった<sup>(41)</sup>。

そうした中、最初に、著作者の法的地位に言及したのが、1777年の国王命令だった<sup>(42)</sup>。この命令は、王室書籍販売局の助言により、国王が文化政策を重視する方向に舵をきり、その副産物として著作者が法的に承認されることになったのである<sup>(43)</sup>。この命令により、著作者は労働の対価が与えられ、自らの著作物に関して終身的に管理することができるという特権を付与されることになった。その反面、出版社は著作者の生存中に限り出版権を持つこととなり、その権限は大幅に縮減された。著作者の死後は、国王の許可に基づく業者が取り扱うことになり、誰でも自由に書籍を利用できるようにすることになった。したがって、本命令はギルドの権利を弱めて著作者の権利を創設し、各個人に知識を帰属させて思想の流通をはかったため、自由な思想の流通システムの基盤を築くことになった<sup>(44)</sup>。

ここでは、つぎの2点が重要である。第1に、対価があることを条件に、国王（神）の特権が著作者に認められることとなり、著作者の財産権が認められることになったことである。これにより、出版に関する著作者個人の権利という側面が前面に出てくることになった。ただし、出版は国王（神）からの授かり物という側面が残されていた点に留意しておかなければならない。第2に、著作者の死後、国王の管理下でパブリックドメインの原形が形成されつつあったことである。著作者個人の権利が切れた後は、再び国王（神）の元に戻り、それを自由に利用できることとなったからである。ここでも、本来、出版は国王（神）の特権であることが示されている。

---

<sup>(41)</sup> *Id.* at 111.

<sup>(42)</sup> The six decrees on the book trade of 30 August 1777. For the text of the six decrees of 1777 see Athanase Jean-Léger Jourdan, Decrusy, and François-André Isambert, eds., *Recueil général des anciennes lois Françaises*, 29 vols. (Paris, 1826), 25:108-23.

<sup>(43)</sup> Hesse, *supra* note 40, at 112.

<sup>(44)</sup> *Id.* at 113.

その後、フランス革命に至るまで、啓蒙思想家の著作権に関する見解が大きな影響をもたらすことになる。1777年の法令が国王（神）の存在を前提としていることに疑問を呈し、著作権は、著作者自身の創作物に対する保護だと主張する見解や、社会の共有システムの構築とみなす見解がでてきたのである。前者の代表的論者ともいえるディドロ（Denis Diderot）は、思想が精神の中で生じた産物であり、不可侵の財産であると説いた<sup>(45)</sup>。ただし、ディドロは一般的な財産と思想を同一視しているわけではない。一般的な財産は労働の対価として生まれ、あるいは社会的承認を受けることによって成立する。しかし、思想は、個人の精神から生じるものであって、労働や承認がなくてもかまわない。それは、最も自然的な不可侵の財産である。そのため、ディドロは、著作者の文書に対する特権は終身的財産権として法的に認められるべきであるという。このように思想を著作者個人に帰属させることで、個人の独占的権利を保障することが知識の進歩につながり、啓蒙思想に寄与すると考えたのである。ディドロは、多くの啓蒙思想家らが名を連ねる『百科全書』（L'Encyclopédie）の編者の1人でもあったこともあり、著作権の個人的色彩を強く打ち出している点が特徴的である。

一方、ディドロとは違う観点から出版事業の改革を唱えたのがコンドルセ（Marquis de Condorcet）であった<sup>(46)</sup>。コンドルセは、チュルゴー（Ann-Robert-Jacques Turgot）大臣に働きかけ、ギルドによる出版の独占形態を解体し、自由化すべきであると説いた。コンドルセによれば、検閲と独占の混在する規制体系を取り払った上で、名誉毀損や扇動などの規制に変更し、出版については著作者自身ではなく、出版社（者）が法的責任を負うべきであるとした。コンドルセの議論は、ギルドの寡占の解体を目指すという点ではディドロと同じである。しかし、解体後の

<sup>(45)</sup> *Id.* at 114-115. なお、ヘスによると、以下のディドロの主張は *Lettre historique et politique sur le commerce de la librairie* でなされているとする。

<sup>(46)</sup> *Id.* at 115-117. ヘスによると、コンドルセの議論は、*Fragments sur liberté de la presse* によるという。

目指す方向性は異なっており、その相違は著作物や思想の理解の仕方に見出すことができる。コンドルセによれば、思想と財産は別物である。思想を表す著作物は、自然に存在する客観的知識を明らかにするものであり、社会そのものに根付いたものであるという。それゆえ、財産と違って、誰もが同時に思想を発見したり利用したりすることができる。思想は、個人の創造ではなく、自然にあるものを明らかにしたものであるため、個人に帰属するものではないのである。したがって、コンドルセは著作者という概念を用いないまま、思想や情報の自由な流通を想定している。

このように、ディドロが著作者の主観的な権利を基軸にした出版制度を考えているのに対し、コンドルセは著作者の権利ではなく社会そのものを基盤とする出版制度を構想していた点が、両者の間で大きく異なる。これらの相違は、フランス革命によって検閲制度やギルドの出版の独占から著作物が実際に解放された後、物議をかもすことになる。

1789年にフランス革命が起きると、翌年に王室書籍販売局は廃止され<sup>(47)</sup>、さらに1791年にはギルドも廃止された<sup>(48)</sup>。こうして、絶対王政の時代に終止符が打たれたと同時に、出版が国王の特権であるという概念も捨て去られることとなり、検閲のない自由な出版制度がもたらされるかのように見えた。しかし、著作者や出版社の地位についてはなお議論を交わす必要があった。

まず、大きな問題となったのは、旧来の出版制度が廃止されたことにより、多くの新規業者または海賊版業者が出没し始めたことである<sup>(49)</sup>。革命後という雰囲気も手伝ってか、出版活動は無制限の自由だと理解されてしまった節があり、新規業者が表現方法に配慮しないまま、扇動的

---

<sup>(47)</sup> France, National Constituent Assembly, article 13 of the decree of 10 August 1790, "Relative à la dépense publique," Archives nationales, F17, 1258, doss. 2.

<sup>(48)</sup> France, National Legislative Assembly, decree of 17 March 1791, in *Collection générale des décrets rendus par l'Assemblée nationale* (Paris, 1791), 52-62.

<sup>(49)</sup> Hesse, *supra* note 40, at 118.

表現や名誉毀損的表現を用いた書籍を出版した。また、出版権の帰属が著作者か出版社かに定まっていない間隙について、すでに市場に出回っている出版物を複製した多くの海賊版が出回った。

そこでシェイエス (Emmanuel Joseph Sieyès) が、1790 年に国民議会に提出したのが扇動や名誉毀損などの規制を含めた出版に関する包括的立法案である<sup>(50)</sup>。一見すると、この法案はコンドルセの見解に近いようにみえる。しかし、コンドルセは扇動や名誉毀損の規制によって自由な思想の流通を目指していたが、現状では自由にしたがゆえに生じた弊害を取り除くために扇動や名誉毀損などの規制が必要になるという事態に陥っている。そこで、個人の権利的側面をまったく無視するわけにはいなくなり、著作者に対して一定の財産権を認める必要がでてきた。そのため、シェイエスの提案には、著作者に生存中および死後 10 年間書籍の販売権を付与することになっている。このように、シェイエスは、公益を守るために個人の権利的側面を加味したわけであるが、その権利を限定的なものにしたのは、思想が個人に帰属するわけではなく、思想への公的アクセスの重要性を考慮したからである。

この見解は、出版権の主観的性格と客観的性格の接合を試みる点で優れていたが、しかしながらその反面、妥協案であるがゆえに多方面から批判を受けることとなった<sup>(51)</sup>。まず、メディア側からの批判として、ジャーナリストのルスタリヨ (Elysée Loustallot) はそのような法はプレスを侵害しているとし、プレスは扇動や名誉毀損などで規制できるものではないと批判した。つぎに、表現の自由を重視する立場からの批判がある。ケラリオ (Louise-Félicité Guynement de Kéralio) は、思想に財産権的側面を見出すことが思想の自由の脅威となり、啓蒙にも悪影響を与えると批判している。その反面、特権を奪われたギルドたちは、ディドロの議論を掲げながら、著作者の権利をないがしろにしてい

<sup>(50)</sup> *Id.* at 118-119.

<sup>(51)</sup> *Id.* at 121.

ると批判した。ギルド自らの特権を振りかざすのではなく、著作者の名を御旗にして、自らの権益を確保しようとしたのである。さらには、シェイエスやコンドルセと同じ立場に与しながらも、イギリス型をモデルにすべきではないかとの批判もあった。パリの出版業者のパンコック（Charles-Joseph Pankoucke）は、イギリスのように保護期間を14年間とし、その後1回だけ更新できるようにして、その後は公のものとした方が啓蒙に仕えたと主張した。このように、シェイエスの提案は多くの批判を浴び、1793年まで立法されない状態が続いた。

1791年、公教育委員会（Committee on Public Instruction）が新たにこの問題を検討することになり、コンドルセが委員長を務め、シェイエスも参加することになった<sup>(52)</sup>。再度、啓蒙的観点から法案を見つめ直すことにしたのである。まずは検閲の問題を解決するために、扇動や名誉毀損に対する法規制がなされた。そして、1793年になってようやく、出版に関する法令が制定されることになる。その後、著作者の権利を縮減すべきとの主張が声高に叫ばれたが、ラカナル（Joseph Lakanal）の出した報告書により、再び著作者の権利が維持されるようになった<sup>(53)</sup>。ラカナルは、著作者の財産を認める必要性を訴えると同時に、フランス人権宣言（The Declaration of the Rights of Man and of the Citizen）で述べられた権利と著作者の権利との類似性を説きながら、「知性に関する権利宣言」（The Declaration of the Rights of Genius）を提案した<sup>(54)</sup>。これは、知性の創造という観点から著作者の権利を重視するものであり、経済的権利に加え、道徳的権利をも認めるものであった<sup>(55)</sup>。道徳的権利とは、著作者が自らの作品の内容についても管理するというものであり、同一性保持権などの著作者人格権のことを指すものである。もっと

---

<sup>(52)</sup> *Id.* at 125-128.

<sup>(53)</sup> The reports to the revolutionary parliaments of Lakanal, July 21, 1793.

<sup>(54)</sup> Jane C. Ginsburg, *A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America*, 64 *TUL. L. REV.* 991, 1009 (1990).

<sup>(55)</sup> *Id.* at 993.



も、著作権者の権利は永続的に続くわけではなく、一定の期間だけ保護されとすることで、著作権者の権利を批判する議論との妥協をはかった。

したがって、ラカナルの議論の多くは、先にシェイエスらが提案した内容と似通っている。そのため、委員会の賛同を得て、1793年に法令が制定されることとなった。このように、フランスの著作権制度は、イギリス同様、検閲制度とギルドの独占を打破する形で制定されることになった。ただし、そこに啓蒙思想が大きな影響を及ぼし、知性の創造という点が強調され、著作権者の権利とパブリックアクセスが重視された点が重要である。その結果、第一次的に著作権者の経済的権利および道徳的権利が保護され、それに限定をつけることで第二次的にパブリックアクセスとの調和がはかられたといえる。

## (2) 学術・技芸の促進——アメリカ

アメリカでは、合衆国憲法が制定されるまでの間、著作権保護を行うか否かについては各州に任されていた<sup>(56)</sup>。独立宣言後の大陸会議(Continental Congress)でようやく全国レベルでの著作権保護に関する議論が行われるようになった。1783年3月、大陸会議は学術や技芸を促進するための委員会を設けた。同年5月、同委員会は著作権を保護することが知性の促進につながるとの報告書を提出した。大陸会議は、さしあたり、全州に著作権保護立法の制定を促し、デラウェアを除く各州が立法に踏み切った。しかし、各州でばらばらに著作権を保護した結果、ある州で保護されていたのが別の州では保護されないという事態が生じてしまい、全国レベルでの立法が求められるようになった。

そこでフィラデルフィア会議(Philadelphia Convention)では、あら

---

<sup>(56)</sup> Kevin D. Galbraith, *Forever on the Installment Plan? An Examination of the Constitutional History of the Copyright Clause and Whether the Copyright Term Extension Act of 1998 Squares with the Founders' Intent*, 12 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 1119, 1136 (2002).

ためて全国レベルの著作権保護を行うための議論がなされた<sup>(57)</sup>。マディソン（James Madison）は、一定期間の著作権保護の必要性を説き、ピンクニー（Charles C. Pinckney）も一定期間内の作者の独占権を保護する必要があると主張した。1787年9月5日、「著作者及び発明者に、その著作及び発明に対する独占的な権利を一定期間保障することにより、学術及び有益な技芸の進歩を促進すること」という文言で、著作権条項の草案が提出されると、12日には調整委員会（Committee of Style and Arrangement）が原案のまま本会議に送付し、全員一致で承認された。しかしながら、著作権条項の是非をめぐる議論があったことを示す記録がなく、制憲者意図は必ずしも定かではない。

唯一、それに関する資料が、『フェデラリスト』におけるマディソンの主張である。マディソンは、連邦議会の権限を語る文脈の中で、著作権の設定権限の必要性について触れ、つぎのように述べている。「この権限の有用なことは疑問の余地はない。イギリスにおいても、著作者の著作権は、コモン・ローの権利として厳粛に判決されている。有用な発明に対する権利も、同様な理由で発明家のものとみなされる。そのどちらの場合も、個人の要求と公共善とが完全に一致する。これらいずれの場合にも、各州まちまちでは有効な措置を講じられないので、大部分の州では、この件は連邦議会の発議によって制定した法律によって決定されることが予期されているのである」<sup>(58)</sup>。ここでは、主として全国レベルの著作権制度の必要性が説かれているわけであるが、イギリスに言及している点と個人の要求と公共善の一致という箇所、に、わずかにその意図をうかがうことができ、これと条文とを照らし合わせることでつぎの点を指摘することができる。すなわち、著作権条項の制定については、イギリスの制度を参考にして、学術や技芸の発展のために（目的）、著作者に一定期間著作物に対する独占権を付与した（手段）のである。

<sup>(57)</sup> *Id.* at 1138-1141.

<sup>(58)</sup> A・ハミルトン／J・ジェイ／J・マディソン（斎藤眞・武則忠見訳）『ザ・フェデラリスト』211頁（福村出版、1998年）。

その後、最初の連邦の著作権法が1790年に制定された<sup>(59)</sup>。そのタイトルは、「一定期間、地図、海図、書籍の複製（権）を著作者又はその権利保有者に付与することによって学問の奨励をはかるための法律」（An Act for the encouragement of learning, by securing the copies of maps, charts, and books, to the authors and proprietors of such copies, during the times therein mentioned）となっており、イギリスのアン制定法のタイトルとほとんど同じである<sup>(60)</sup>。

レッシングは、初期の著作権立法や当時の出版状況を踏まえながら、著作権制度に関する制憲者意図を探っている<sup>(61)</sup>。この法律は、14年間、地図や書籍の出版および販売について、著作者に著作権を付与した。ただし、当時、127しか出版業者がいなかったため、その権利はそれほど侵害されなかった。また、登録制であったため、1790年から10年間に約13000の書籍が刊行されたが、556しか著作権が設定されなかった。つまり、95パーセント以上の作品が最初からパブリックドメインに入っていたのである。また、当初、著作権は派生的作品を保護していなかった。1790年著作権法が保護していたのは、海賊版に対する保護だけだったのである。

このように独占権に限定がつけられたのは偶然ではない<sup>(62)</sup>。制憲者は、著作権の拡大がもたらす問題に気づいていた。初めて著作権法を制定したイギリスでも著作権保護期間を設定していたが、それが切れて大量の作品が自由に利用できるようになった様子を知っていたのである。制憲者はそのような自由な社会を実現する制度を真似ようとする一方

(59) Act of May 31, 1790, 1, 1 Stat. 124 (repealed 1831).

(60) Oren Bracha, *The Statute of Anne: An American Mythology*, 47 Hous. L. Rev. 877, 878-879 (2010). このように、アメリカの初期の著作権制度はアン制定法をモデルとしており、ある意味、アン制定法のコピーであったともいえる。ただし、19世紀以降になると、徐々にその基本構造が変容していくことにも留意しておかなければならない。

(61) Lawrence Lessig, *Copyright's First Amendment*, 48 UCLA L. Rev. 1057 (2001).

(62) *Id.* at 1062-1064.

で、君主制による専制を警戒しており、国家が独占することも警戒していた。そのため、憲法は、出版業者ではなく著作者個人に一定期間の独占権を与えることで学術の進歩をはかろうとしたというのである。

注目すべきは、1790年著作権法が制定された翌年、修正1条が採択されたことである<sup>(63)</sup>。憲法1条8節8項の著作権条項と修正1条の表現の自由は、一方で著作物の独占権を著作者に付与し、他方で自由な表現行為を認めているため、一見すると衝突するかのように見える。しかしながら、パターンソン＝ジョイス (L. Ray Patterson and Craig Joyce) によれば、1787年(1条8節8項)、1790年(著作権法)、1791年(修正1条)の制定について、それぞれ制憲者が関与していることを重視すれば、相互に矛盾しない形で制定したはずだと推定することができるという<sup>(64)</sup>。とりわけ、憲法の著作権条項や著作権法がイギリスの影響を受けていることからすれば、制憲者は検閲やギルドの独占の問題を理解し、自由な思想の流通を目指して法整備をはかろうとしたと考えられる。したがって、一連の流れは、自由な表現空間を保障するプロセスであり、表現の自由と著作権の関係を調和的なものとみなすことができるのである<sup>(65)</sup>。実際、19世紀に入ると著作権の法理が確立していくが、そこでは個人の法的権利としての側面と自由な情報の流通に仕える公益的側面の両側面が形成されていった<sup>(66)</sup>。

---

<sup>(63)</sup> L. Ray Patterson and Craig Joyce, *Copyright in 1791: An Essay Concerning the Founders' View of the Copyright Power Granted to Congress in Article I, Section 8, Clause 8 of the U.S. Constitution*, 52 EMORY L.J. 909, 910 (2003).

<sup>(64)</sup> *Id.* at 945.

<sup>(65)</sup> L. RAY PATTERSON AND STANLEY W. LINDBERG, *THE NATURE OF COPYRIGHT: A LAW OF USERS' RIGHTS*, 109-133 (1991). このような理解は、著作権を自然権とみなす見解と距離を置き、自由な表現の流通という公益的性格を実現しようとするのが著作権制度であるとみなす見解に親和的である。

<sup>(66)</sup> *Id.* at 59-60. 19世紀には、①著作権保護期間の設定、②法的権利としての認定、③市場における保護、④フェアユースの設定、⑤著作物へのアクセスの確保、⑥著作物の私的使用の承認、⑦公益的性格の確認等の重要な法理が形成されたとされる。

### (3) 近代立憲主義との接合——アングロサクソン型とフランス型の異同

このように、アングロサクソン型とフランス型とでは、著作権の位置づけが異なるように見える。フランスが啓蒙思想の影響の下、著作者の権利を軸にして、経済的権利に加え道徳的権利（著作者人格権）の要素を組み込む形で展開してきたのに対し、イギリスやアメリカは学術および技芸の発展のために寄与することを目的として掲げ、著作者・出版社（者）・利用者の三者がこの発展のために最大限仕えるようなシステムの構築を目指し、いわば功利主義的に正当化される場面において著作者に経済的権利が付与されるという流れで発展してきた<sup>(67)</sup>。このため、一見すると、両者は異なる展開をみせてきたといえる。

しかしながら、通史的にみると、検閲制度とギルドの独占の打破に始まり、自由な思想の流通を目指して、著作者に権利を与えるという大枠の流れでは一致している。とかく、＜フランス＝著作者中心モデル＞と＜アメリカ＝経済公益モデル＞のような対立構図が描かれがちであるが、両者は知識の流通または創作の発展という目的においては一致しているのである<sup>(68)</sup>。

たしかに、フランス型が著作財産権をベースにしながら著作者人格権をふんだんに織り込んだのに対し、アメリカ型は著作財産権を軸にして

---

(67) ここでは、イギリスとアメリカをアングロサクソン型としてまとめてしまったが、当然ながら両者には歴史的相違があるのであって、厳密に言えば、アングロサクソン型というラベルを貼ることは問題がある。たとえば、イギリスが出版独占との闘争の中で著作権保護が形成されていったのに対し、アメリカはそのような経験を経ずに単なる教育のための手段として著作権制度を設けたにすぎないという見方もあり、両者は必ずしもつねに同一線上で捉えることはできないことを断っておく。このような相違の概略については、小泉直樹『アメリカ著作権制度——原理と政策——』1－4頁（弘文堂、1996年）がわかりやすい。

(68) Jean-Luc Piotraut, *An Author's Rights-Based Copyright Law: The Fairness and Morality of French and American Law Compared*, 24 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 549, 556-557 (2006).

きたという相違点も存在する<sup>(69)</sup>。実際、アメリカが道徳的要素を加味し始めたのは、1989年のベルヌ条約加盟後のことであって、当初から著作者人格権を認めていたわけではない<sup>(70)</sup>。だが、著作権が複合的性格を兼ね備えた権利であることを踏まえれば、この違いは道徳的要素をどの程度認めるかという、程度の差に過ぎないように思える<sup>(71)</sup>。

それよりもむしろ、アングロサクソン型とフランス型に共通の側面があることに刮目すべきである。すなわち、繰り返し指摘しているように、君主の検閲制度と結びついたギルドの出版独占形態を打ち壊し、自由な知識の流通を目指して、著作権制度を構築したという点である。革命期と重なる時期にかかる転換をはかったイギリスとフランスはもとより、アメリカでも独立後に転換後のイギリスの制度を参考にして憲法および著作権法に自由な知識の流通を盛り込んだことは注目に値する。つまり、いずれの国も、近代立憲主義への道を進む傍ら、自由な知識の流通の制度化をはかるために著作権を設定していったのである。こうして、近代立憲主義と近代著作権制度は密接に結びつくのである。

このように、近代著作権制度は、自由な知識の流通——言い換えれば自由な表現空間の設定——という点に共通目的を見出すことができる。とりわけ、アメリカの歴史的展開は、表現の自由と著作権を同一線上に捉えながら、自由な表現空間の設定をはかったことを赤裸々に物語って

---

(69) グレゴワール・トリエ（大橋麻也訳）「フランスの著作権法」慶應法学 15・16 合併号 253 頁（2010 年）。いまだにシヴィル・ロー系とコモン・ロー系の間には、著作権制度上の相違が目立つとされる。なお、本稿では扱わなかったが、著作者人格権といえば、ドイツにおける判例・学説の展開がめざましい。これについては、たとえば、上野達弘「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察（一）（二）——ドイツ著作権法における『利益衡量』からの示唆」民商法雑誌 120 巻 4・5 号 748 頁（1999 年）、民商法雑誌 120 巻 6 号 925 頁（1999 年）参照。

(70) なお、国内法的には 1990 年の視覚芸術著作権法（Visual Artists' Rights Act）によって著作者人格権が盛り込まれることとなった。

(71) また、現実問題として、フランスの著作権にも経済的要素が含まれているし、アメリカの著作権制度も現在では一定の著作者人格権を認めているからである。

いる。表現の自由と著作権の問題がアメリカでも頻繁に取り沙汰されるのは、アメリカが表現の自由を重視している側面もあるだろうが、こうした歴史的経緯により表現の自由と著作権が密接にリンクしていることが影響しているといえよう。

近代著作権の原形を自由な表現空間に見出すならば、あとは適切な表現空間の維持をどのように達成するかといった内容形成の問題となる。このとき、著作者人格権をどの程度認めるかも表現空間の態様に関わってくる。

### 3 著作権の正当化論拠

#### (1) 3つのアプローチ

近代著作権制度が表現空間の設営に関連する形で登場したという事実は、あくまで歴史的事実であって、法的正当化をしているわけではない。著作権の正当化論拠<sup>(72)</sup>として、自然権論、人格権論、功利主義論などがしばしば挙げられる。まず、自然権論は、ロック (John Locke) の所有権論に依拠しながら、著作権を財産権とみなす見解である<sup>(73)</sup>。著作者は、労働 (著作物の創造) の対価として、その果実 (著作権) を所有することができるのであって、財産権と同じ論法で正当化されるものであると考える。しかし、有体財産の正当化論を無体財産に援用することができるのかという問題があることに加え、有体財産と異なり一定期間しか保障されない点に対し十分な回答がなされていない。つぎに、人格権論は、カント (Immanuel Kant) の議論を参照しながら、著作物には人格が宿っていると考え、財産と区別する<sup>(74)</sup>。著作物は著作者が創作

(72) この点については、山口・前掲注 (40) 295 - 310 頁。

(73) Linda J. Lacey, *Of Bread and Roses and Copyrights*, 1989 DUKE L.J. 1532, 1539-1540 (1989).

(74) Sharon E. Foster, *Invitation to a Discourse Regarding the History, Philosophy and Social Psychology of a Property Right in Copyright*, 21 FLA. J. INT'L L. 171, 194-196 (2009).



するがゆえに自らの人格を吹き込んだものと考えるのである。しかし、著作権の法的性格はすべて人格権的要素で語れるわけではない。たとえば、著作財産権は販売や譲渡が可能であるが、著作権全般を人格権と構成すると、販売や譲渡が可能であることに違和感が残る。このように、この理論を軸にすると著作権の財産的性格を説明するのが難しくなってくる。さらに、アメリカのように、必ずしもこの種の理論が法の基底にあったわけではない国でも、コモンロー上の不法行為論等により、事実上同様の効果が得られる場面も散見されるところを見ると、著作権の説明としてはなお不十分な点が残るといわざるをえない<sup>(75)</sup>。

最後に、功利主義論は、著作権を、ある目的のために立法府が制定する手段とみなす見解である<sup>(76)</sup>。著作権制度は著作者に報酬を与えるが、これは著作権制度の目的ではない。だからこそ、著作権には通常の財産権にはない期間の制限がついている。著作権制度の目的は、アメリカの憲法に示されているように、学術や技芸の進歩であり、公益に近いものである。この目的を達成するためには、著作者の創作インセンティブを高める必要がある。そこで、著作者には著作権という報酬が与えられる。つまり、著作権制度は、著作者を保護するために設けられた制度ではなく、公益のために創られた制度だと考えるのである。しかし、功利主義論の立場に立つと、今度は逆に著作者人格権の存在を説明しにくいという難点が生じる。学術や技芸の進歩という公益を最大化させることと著作者人格権との関係を説明できるであろうか。さらには、社会の進歩の手段にすぎないとすれば、著作権以外の方法でより効率よく達成可能な手段が存在する場合には著作権は存在根拠を失ってしまう<sup>(77)</sup>。

こうしてみると、いずれの議論も欠点を抱えており、著作権の正当化論拠を提示できていないようである。そこで、著作権の権利義務関係に

---

<sup>(75)</sup> *Id.* at 196.

<sup>(76)</sup> *Id.* at 196-198.

<sup>(77)</sup> Jeanne L. Schroeder, *Unnatural Rights: Hegel and Intellectual Property*, 60 U.

着目しながら著作権自体の正当化論拠を分析するウォルドロン (Jeremy Waldron) の見解をみることにする<sup>(78)</sup>。

## (2) 権利義務関係からみた正当化論拠——ウォルドロンの分析

ウォルドロンはホーフエルト (Wesley N. Hohfeld) の権利義務論を採用しながら、著作権の権利概念についてつぎのように分析している<sup>(79)</sup>。まず、ある者 (P) が資源 (O) を使用する権利を持ち (R1)、O の使用につき他者を排除する権利を持ち (R2)、これらの権利を他者に譲渡・販売する移転の権利 (R3) を持っている場合、P は O に関する所有権があるといえる。このうち、著作権では、R2 が重要となる。

R1 を義務との関係でみると、P が O を使用する権利 (R1) は、P が O を使用しないという義務を負わないことを意味する。ゆえに、むしろこの場面では他者の義務が関係しており、他者は P が O を使用するのを妨げてはならない義務を負う。

一方、R2 と義務の見解をみると、P が他者を O から排除する権利 (R2) は、P の許可を得ずに O を使用してはならない義務を他者に負わせている。R1 と違い、R2 は、権利保有者以外の者についての義務が中心となる。これは、私的所有権を正当化することによって成り立つ。つまり、労働に対する対価としての側面を持ち、他者にある義務を課すことと相関関係にある権利であるといえる。

このような相関関係は個人の権利から正当化されるアプローチである。ところが、実際には、個人の権利が他者 (個人) の義務と衝突するという構図で調整されることはあまりない。というのも、有体財産は個人の権利対社会的利益による制限という構図、そして無体財産は社会的

---

MIAMI L. REV. 453, 500 (2006). ただし、これに対しては、そもそも著作権に特別な存在根拠は必要ないという反論がなされる。

<sup>(78)</sup> Jeremy Waldron, *From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property*, 68 CHL-KENT L. REV. 842 (1993).

<sup>(79)</sup> *Id.* at 842-846.

利益対個人の権利による制限という対立構図になりやすいからである。

まず、有体財産に対する制限が社会的利益の名の下に主張されるのに対し、知的財産に対する制限は個人の権利をベースにして制限が主張される<sup>(80)</sup>。たとえば、個人の表現の自由に基づく制限などはその典型例である。また、著作権者の側の抗弁はめったに個人の観点から主張されることがなく、それは社会的利益などによって主張される。このような構図になっている理由は憲法規定にある。著作権は、憲法が学術・技芸の促進のために立法されるとしているので、実定法上の権利であると同時に、社会的利益の促進によって正当化されるからである。一方、修正1条は表現の自由を個人の権利として保障しているため、それに対抗する場合は自然的権利に基づく主張を行うことになる。したがって、著作権者は自らの権利の正当化には社会的利益を用い、それに対抗する表現の自由の側が自然的権利を主張するという構図になっている。

しかし、著作権と表現の自由の問題は、社会的利益に基づく著作権に対し、表現の自由という個人の権利で対抗するという構図で対応するものなのであろうか。そこで、著作権を制限する側の自由——すなわち著作権を利用する側の自由——について分析を加え、両者の関係を探ることにする<sup>(81)</sup>。一見すると、個人が自由に表現する権利のようにみえるが、それは特権である。なぜなら、著作権者以外の者が同意を得ずに合理的方法で著作物を使用することができるからである。ホーフエルトの図式でいくと、特権は、(a) あらゆる行為を行う特権があるが特別に義務が課されることがあるものと、(b) 通常課される義務から特別に免責されるという特権とに分けられる。このうち、フェアユースは一見すると(a)のようにみえる。なぜなら、憲法が著作権を絶対的なものではなく制限的なものとしていること（＝著作権の制限の裏返しとしてのフェアユース）、それから法律がフェアユースとしての使用を認めてい

<sup>(80)</sup> *Id.* at 850-851.

<sup>(81)</sup> *Id.* at 856-862.

るからである。しかしながら、フェアユースは著作権制度全体からすれば部分的例外であって、それを特権として正当化するのは難しい。

そこでフェアユースを権利とみなせるか否かについて、以下の3つのアプローチを検討してみる。まず、危害原理からのアプローチをみてみよう。このとき、他者の権利を侵害しない限り自由が保障されることから、著作物利用者が他者の権利を侵害しない限り、利用が認められることになる<sup>(82)</sup>。しかし、著作権の場合、ある人が本を読んでも、他の者もそれを読むことができるので、危害原理で説明しきれない制限である。つぎに、自律的観点からアプローチする見解がある。すなわち、自己表現という自律的能力が著作権によって阻害されることから、著作物の利用の自由を唱える見解である。しかしながら、他方で、著作者側からすれば、自己表現は他者の利用や改変によって汚されるおそれがある。つまり、自律的アプローチは、自己表現のための著作物利用の必要性和利用に伴う他者のオリジナル表現の汚損のおそれのジレンマを抱えることになるのである。そこで、「著作者」(author)の概念を壊すことによって、打開しようとするのが脱構築論的アプローチである。著作権は、有体財産と違って、所有可能なりソースに関する権利を付与しているわけではなく、誰かが表現するまで存在しなかったものについて、代理させる権利であると考えerわけである。一見すると、この議論は著作物の利用に寄与するようにみえるが、しかし、そのままストレートに著作権を利用する権利の正当性を導き出すことにはならない。

こうしてみると、やはりフェアユースを個人の権利として捉えることは難しく、これも社会政策上の利益として正当化するしかなさそうである。したがって、著作権を制限する側の主張は、個人の権利として正当化されるのではなく、社会的利益として正当化されるものである。

以上の分析の結果、ウォルドロンは、著作権制度は著作権者の側から著作物利用者の側からも個人の権利として自己正当化できないもので

---

(82) *Id.* at 868-886.

あり、当該制度がなかったら自由に活動しにくくなるという正当化論に負わざるを得ないという結論を下している<sup>(83)</sup>。つまり、双方とも社会的利益という正当化論拠に負わざるをえないというのである。

ウォルドロン<sup>(84)</sup>の議論で興味深いのは、著作権の権利義務関係に着目しながら、著作権者と著作物利用者双方の立場をそれぞれ分析して、その正当化論拠を炙り出そうとした点である。その結果、著作権と他の権利の衝突が生じた場合、著作権者側は社会的利益の観点からアプローチし、かつ利用者側も社会的利益に基づくアプローチが必要であることを説いている。一見すると功利主義的アプローチに近いようにみえるが、ウォルドロン自身は著作権の正当化論拠を功利主義に負うと明言しているわけではない。ここでは、著作権自体の正当化論拠を個人の権利ベースで導き出すことの問題を列挙した上で、自由な表現活動のために著作権が必要であると述べていることから、積極的に著作権の正当化論拠を示すというよりも、制度的調整問題としてならば成り立つ余地があると述べているにすぎない。

このようなウォルドロンの見解に基づく、表現の自由と著作権の問題は、表現の自由という個人の権利というよりも、表現空間における調整問題として位置づける見解に親和的であるといえる。そして、このようなアプローチは歴史的経緯とも重なるところがある。なぜなら、歴史的に著作権制度の構築に伴い表現空間の設定がなされてきたからである。

このように、著作権の歴史的展開や理論的正当化を考察することにより、冒頭の（B）の問題——表現空間の問題——の構造が明らかになったと思われる。以下では、アメリカに焦点を絞りながら、表現の自由と著作権の調整原理について検討していくことにする。

---

<sup>(83)</sup> *Id.* at 886-887.

## II 調整原理の登場とそれに対する批判

### 1 アメリカにおける判例法理の展開と調整原理の誕生

アメリカで、本格的に表現の自由と著作権の関係が取り沙汰され始めたのは、1970年前後のことであった。当時、出版物に関する技術革新が著しかった<sup>(84)</sup>。そのため、安価な値段で大量の複写が可能になった状況を著作権保護の観点からどのように受け止めればよいのかが大きな問題となったのである。このとき、著作権保護を推進すべく複写を制限していくという方向に疑義を呈したのがゴールドスタイン (Paul Goldstein) であった<sup>(85)</sup>。ゴールドスタインは表現の自由の観点から複写の意義に着目し、著作権の方を限定的にすべきだと考えた。そこで素材となったのが、1966年の *Rosemont Enter., Inc. v. Random House Inc.* 連邦高裁判決<sup>(86)</sup> であった。この事件は、雑誌記事の無断利用（一部複写を含む）が問題となったものであるが、連邦高裁がフェアユースを重視して原審の差止判断を覆したことで物議をかもししていた。ゴールドスタインは著作権関連の判決が検閲的效果を持つてはならないとしてこの判決を支持したが、これに対しニンマー (Melville B. Nimmer) は本件のような複写には表現の自由の保護を与える必要はないと批判した<sup>(87)</sup>。こうした社会および議論状況を横目に見ながら、連邦議会は、1976年に著作権法の大改正を行う<sup>(88)</sup>。この改正により、フェアユースの規定などが明文化されることになったものの、この調整システムを盾

(84) Lawrence Lessig, *Free (ing) Culture for Remix*, 2004 UTAH L. REV. 961, 963 (2004). とくに、コピー機の登場により複写が容易になったことが大きく、著作権侵害の判断基準にも影響を与えることとなった。

(85) Paul Goldstein, *Copyright and the First Amendment*, COLUM. L. REV. 983 (1970).

(86) *Rosemont Enter., Inc. v. Random House Inc.*, 366 F.2d 303 (2d Cir. 1966).

(87) Melville B. Nimmer, *Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?*, 17 UCLA L. REV. 1180, 1201-1203 (1970).

(88) Copyright Act of 1976, (codified as amended in scattered sections of 17 U.S.C.).

に著作権保護の内容が大幅に拡大された。

他面、表現の自由も司法によってその保護が拡大されてきた<sup>(89)</sup>。名誉毀損の免責について現実の悪意の法理を提示した1964年の *New York Times Co. v. Sullivan* 連邦最高裁判決<sup>(90)</sup>、象徴的表現の規制に対してオブライエンテストを確立した1968年の *United States v. O'Brien* 連邦最高裁判決<sup>(91)</sup>、営利表現の保護に踏み切った1976年の *Virginia State Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council* 連邦最高裁判決<sup>(92)</sup>等々、枚挙に暇がない。

このように、両者ともに拡大傾向にあったものの、双方が衝突した事例が連邦最高裁に持ち込まれるのは1980年代に入ってからのものであった<sup>(93)</sup>。

### (1) Harper & Row 判決

連邦最高裁が表現の自由と著作権の関係について初めて正面から取り上げたのが、1985年の *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* 連邦最高裁判決<sup>(94)</sup>である。この事件は、フォード (Gerald R. Ford) 元大統領の回顧録 (未公刊) をハーパー社が出版することになっていたが、

---

(89) Blake Covington Norvell, *The Modern First Amendment and Copyright Law*, 18 S. CAL. INTERDIS. L.J. 547, 549-567 (2009).

(90) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

(91) *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

(92) *Virginia State Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976).

(93) Christina Bohannon, *Copyright Infringement and Harmless Speech*, 61 HASTING L.J. 1083, 1084-1088 (2010). アメリカでは、判例上、表現の自由はわいせつ表現を除き他者に危害を加えない限り認められてきたはずであり、時には他者の権利を侵害する場合——たとえばヘイトスピーチ——でも、その規制は許されないという判断が下されてきた。また、他人の権利と衝突する場合であっても、名誉毀損などを例にとれば、その立証責任は原告側 (表現行為によって権利を侵害された側) に負わされてきた。こうしてみると、著作権は表現の自由の法理の例外であるかのようにみえる。



途中でネイション社がコピーを入手して発行してしまったために、ハーパー社が著作権侵害だとして裁判所に訴えたというものである。本件では、著作権侵害の有無について、回顧録がフェアユースに該当するかどうかが争点となった。フェアユースはもともと判例法理によって発展したものであったが<sup>(95)</sup>、1976年著作権法によってその類型が示されたものである<sup>(96)</sup>。その内容を簡潔に示せば、①使用の目的、②使用の性質、③使用の量、④使用による市場への影響または作品の価値への影響の4要素を考慮してフェアユースの該当性を判断するとされる。オコナー(Sandra Day O'Connor)判事の法廷意見は、この4要件に基づきながらネイション社の行為のフェアユース該当性を判断していくのであるが、その際にフェアユースの意義について述べたり、表現の自由との関連について言及したりした。

オコナー判事によれば、まず、「フェアユースは“著作権者以外の者が著作権者の同意なく合理的な方法で著作物を使用する特権”として伝統的に定義されてきた。著作権法におけるフェアユースの抗弁の法的形成はコモンローの法理を法典化しようとする連邦議会の意図を反映していた」とする<sup>(97)</sup>。そして、「合理的使用の禁止は後の創作者が原作を改良しようとするのを阻害し、達成しようとする目的をくじいてしまうことになるので、裁判所は著作物の合理的使用に関する著作権者の同意が科学の進歩や有益な芸術の促進をはかる憲法の政策に必要な措置であると暗に意味してきた<sup>(98)</sup>」と述べる。つまり、フェアユースは、科学や芸術

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

(95) フェアユースの起源は1841年のFolsom v. Marsh判決(Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841))であるとされる。フェアユースは、一般に著作権の独占的性格を緩和する役割を果たしてきたとされるが、実際には著作権に特権的性格を備え付ける効果をもたらしたのではないかという疑問が呈されている。See John Tehranian, *Et Tu, Fair Use? The Triumph of Natural-Law Copyright*, 38 U.C. DAVIS L. REV. 465 (2005).

(96) 17 U.S.C. 107.

(97) 471 U.S. at 549.

の発展を意図する憲法の著作権条項の趣旨を酌んだ規定であるとしたのである。

これに対し、原告側は、本件が公的問題に関する事項を扱っていることから、修正1条の要素が加味されるという。そのため、修正1条がフェアユースの拡大を求めることになるかと反論した。ところがオコナー判事は、原審を参照しながらつぎのような判断を下す。「第2巡回区連邦控訴裁判所が正しく指摘したように、著作権の思想・表現区分論が“著作者の表現を保護しながら事実に関する自由なコミュニケーションを認めることによって修正1条と著作権法の明確なバランスをとっている”<sup>(99)</sup>」と。思想・表現区分論によってすでに表現の自由の問題は織り込み済みであるというのである。

そして、そもそも「……憲法起草者は著作権が表現の自由の動力源となることを意図していたことを忘れてはならない。著作者の表現に金銭的権利を設けることによって、著作権は創造に対する経済的インセンティブと思想の拡散をもたらすのである<sup>(100)</sup>」とする。憲法構造自体が表現の自由と著作権の調整をはかっていたと考えるのである。

こうして、表現の自由と著作権が憲法上調和可能なものであることを示した上で、オコナー判事は最後に両者の調整が立法的にも盛り込まれていることを指摘する。すなわち、「修正1条による保護の観点は著作権法が著作権として保護される表現と著作権の保護を受けない事実および思想を区別してきたことと、フェアユースが伝統的に認めてきた学問やコメントの自由の保障によってすでに組み込まれている……<sup>(101)</sup>。」としたのである<sup>(102)</sup>。

---

<sup>(98)</sup> *Id.*

<sup>(99)</sup> *Id.* at 556.

<sup>(100)</sup> *Id.* at 558.

<sup>(101)</sup> *Id.* at 560.

<sup>(102)</sup> なお、結論として、法廷意見はネイション社の行為はフェアユースに当たらないとした。

一方、ブレナン（William J. Brennan, Jr.）判事の反対意見は、著作権が情報および思想の伝播を阻害しない場合にだけ表現の自由の動力源的機能を果たすとし、表現の自由の価値を読み込んでフェアユースを適用すべきであるとする<sup>(103)</sup>。ブレナン判事によると、著作権は公益に仕えるものにすぎない。すなわち、「憲法規定に基づく連邦議会の著作権立法の制定は、著作者が自らの著作物について有する自然権ではなく、……公共の福祉に仕え、著作者に一定期間著作物に関する独占権を付与することによって科学の進歩や有益な技芸を促進するという点に基づく<sup>(104)</sup>」ものなのである。それゆえ、著作権制度は可能な限り公益性に寄与するシステムを創りあげるべく、表現形式だけを保護し、思想や情報については自由に流通させるようになっている。「原理、思想、事実情報を広く流通させることは健全な公的議論や自己統治の本質たる情報を十分に与えられた市民社会にとって不可欠なものなのである」<sup>(105)</sup>。

そこで本件では、フェアユースの4要件を検討する際に情報の発信という側面があることも含めて総合的に考慮する必要があるとし、法廷意見が不当にフェアユースを狭く捉えすぎている点を批判した。ブレナン判事の反対意見は、表現の自由の価値を読み込むことがどういう帰結を生むのかについて明らかにした点が重要であると思われる。表現の自由の要素を加味することによって、フェアユースが拡大されることを明らかにしたからである。

本件では、表現の自由と著作権の関係について司法がどのように捉えているのかを明らかにした点が重要である。法廷意見は、憲法構造自体が表現の自由と著作権の調整を意図していることに加え、思想・表現区分論やフェアユースなどの調整原理が組み込まれているとした。そのため、本件は、司法が新たに表現の自由の観点からこの問題について判断

(103) 471 U.S. at 579-605 (Brennan, J., dissenting) .

(104) *Id.* at 580.

(105) *Id.* at 582.

する必要がないとしたかのような印象を与える結果となった<sup>(106)</sup>。

## (2) Eldred 判決

Harper & Row 判決が表現の自由の問題を調整済みとしたことにより、その後しばらくの間は連邦最高裁で表現の自由と著作権の問題を扱うことはなかった。しかし、1998 年に著作権保護期間延長法 (Sonny Bono Copyright Term Extension Act: CTEA)<sup>(107)</sup> やデジタルミレニアム著作権法 (Digital Millennium Copyright Act: DMCA)<sup>(108)</sup> が相次いで制定されると、再びこの問題に注目が集まる。とりわけ、CTEA は著作権保護期間を 20 年延長するものであったことからエンターテインメント産業に偏っているとの批判を浴び、その合憲性に疑義が呈された。そして、いわゆるミッキーマウス訴訟<sup>(109)</sup> と揶揄される Eldred v. Ashcroft 連邦最高裁判決<sup>(110)</sup> において、著作権保護期間延長の合憲性が争われることとなった<sup>(111)</sup>。

この事件は、原告がパブリックドメインに入った作品を自由に利用できるウェブサイトを運営していたところ、CTEA により著作権保護期間が延長されたため、新たにパブリックドメインに入る予定だった作品を利用できなくなったことに端を発する。そのため、原告は、著作権保護

---

<sup>(106)</sup> John Presper, *Copyright Restoration Under §104A: Rethinking Copyright Law's First Amendment Immunity*, 18 CONN. J. INTL L. 431, 442 (2002). このような判例の見解はニンマー論文の影響を強く受けていることから、著作権が表現の自由の例外とされているかのような状況をもじって「ニンマー免責」(Nimmer exoneration) とまで呼ばれている。

<sup>(107)</sup> Sonny Bono Copyright Term Extension Act of 1998, 27 U.S.C. 302 et seq. 本法により、著作権保護期間が著作者の死後 50 年から 70 年へと延長された。ちょうどミッキーマウスの著作権の期限が近づいていたことから、この立法の背景には企業側のロビイングの影響が強いのではないかとしばしば指摘される場所である。

<sup>(108)</sup> Digital Millennium Copyright Act of 1998, 17 U.S.C. 1201 et seq.

<sup>(109)</sup> ミッキーマウスの著作権が切れる目前に、企業側が積極的にロビー活動を行った結果、CTEA が成立するに至ったといわれているからである。

<sup>(110)</sup> Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003).

期間を延長し続けるのは表現の自由を侵害するとして、違憲の訴えを提起した。この判決では、著作権保護期間延長の合憲性を判断する際に、表現の自由と著作権の問題をどのように取り扱うべきかについて言及した点が注目される。

ギンズバーグ (Ruth Bader Ginsburg) 判事による法廷意見は、Harper & Row 判決を踏襲し、著作権法によって表現の自由の問題が調整されているとした。まず、「Harper & Row 判決が示したように、“憲法起草者は著作権自体が自由な表現の動力源になるように意図した。個人の表現を使用する市場での権利を創設することによって、著作権は思想を創造または流通させる経済的インセンティブを供給している”<sup>(112)</sup>」とし、

---

(111) 本件の評釈については、飯野守「エルドレッド事件におけるブライヤー判事の反対意見に見る著作権保護期間の論点」青山法学論集 51 巻 1・2 合併号 51 頁 (2009 年)、今村哲也「著作権の保護期間延長と表現の自由についての小考——Eldred 事件最高裁判決とその後の動向——」季刊企業と法創造 7 巻 163 頁 (2006 年)、大日方信春「1998 年『著作権保護期間延長法』の合憲性——Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 123 S.Ct. 769 (2003)」広島県立大学論集 7 巻 1 号 169 頁 (2003 年)、紙谷雅子「Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186, 123 S.Ct. 769 (2003) ——1998 年コピーライト期間延長法 (CTEA) は、合衆国憲法第 1 編 8 条 8 項に基づく連邦議会の権限を逸脱し、また第 1 修正に抵触するという主張を退け、合憲と判断した事例」アメリカ法 [2004 - 1] 142 頁、紙谷雅子「メディア判例研究 (30) コピーライト法は第一修正に『カテゴリーとして』抵触しないのか——1998 年コピーライト期間延長法 (CTEA) の合憲性 Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003)」法律時報 76 巻 4 号 108 頁 (2004 年)、芹澤英明「外国判例・文献紹介 アメリカ著作権法における著作権保護期間延長規定の合憲判決——Eldred v. Ashcroft, 123 S. Ct. 769 (2003)」L & T20 巻 114 頁 (2003 年)、山本隆司「米国ソニー・ボノ法違憲訴訟の連邦最高裁判決 Eldred v. Ashcroft,——U.S. (2003)」コピーライト 43 巻 35 頁 (2003 年)、横山久芳「アメリカ新判例を読む (36) ミッキーマウス訴訟がもたらしたもの——著作権保護期間延長立法の合憲性——Eldred v. Ashcroft, 123 S. Ct. 769: 154 L. Ed. 2d 683; 2003 U.S. LEXIS 751: 71 U.S.L.W. 4052」ジュリスト 1244 号 268 頁 (2003 年)、吉田仁美「著作権保護期間の延長と表現の自由」ジュリスト 1294 号 151 頁 (2005 年) を参照。なお、著作権保護期間延長の是非については、田中辰雄・林紘一郎『著作権保護期間——延長は文化を振興するか?』(勁草書房、2008 年) を参照。

(112) 537 U.S. at 219.

著作権が表現の自由と矛盾するどころか、表現の自由の動力源となっているとする。

その上で、著作権は2つの点で表現の自由との調整をはかっているとする。「第1に、著作権法は思想と表現を区別しており後者にだけ著作権保護の資格を与えている。……Harper & Row 判決がいうように、この“思想・表現区分論は著作者の表現を保護しながら事実に関する自由なコミュニケーションを認めることによって修正1条と著作権法の明確な調整をはかっているのである”」<sup>(113)</sup>。

そして、「第2に、“フェアユース”の抗弁が著作物に含まれる事実や思想だけでなく一定の条件の下で表現自体をも一般に利用させることを認めている」<sup>(114)</sup>。フェアユースは、批判、コメント、ニュースレポート、学術的使用、研究等における使用を認めていることから、ここでも表現の自由との調整を行っているのである。

ただし、表現の自由の問題は調整済みであるが、著作権法において表現の自由が一切問題にならないわけではない。「連邦高裁が著作権は“修正1条の問題からカテゴリーとして免責される”としたのは言いすぎである。しかし、本件のように、連邦議会が伝統的著作権形態（traditional contours of copyright）を変更していない場合、さらに修正1条の審査を行うことは不要である」<sup>(115)</sup>。

つまり、表現の自由と著作権の関係はフェアユースと区分論によって調整されているとしつつも、表現の自由の保護から排除されるわけではないとして、伝統的著作権形態を変更するような場合には表現の自由の侵害に対する違憲審査を行うとしたのである。

これに対し、スティーブンス（John P. Stevens）判事やブライヤー（Stephen G. Breyer）判事はCTEAが違憲であるとして反対意見を述べ

---

<sup>(113)</sup> *Id.*

<sup>(114)</sup> *Id.*

<sup>(115)</sup> *Id.* at 221.

ている。スティーブンス判事は、まず *Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co.* 連邦最高裁判決<sup>(116)</sup>を引用しながら、CTEAのような保護期間の延長は違憲であるとする<sup>(117)</sup>。*Sears*判決は、州が特許保護期間の期限をさらに延長することはできないとしたものであるが、スティーブンス判事はこれを本件に適用できるという。すなわち、連邦議会も著作権の保護期間の期限をさらに拡大することはできないというのである<sup>(118)</sup>。また、そのように延長を重ねることは永続的に著作権を保護するに等しく、それは一定期間の保護と定めた憲法に違反することになるとした。

ブライヤー判事も、連邦議会の著作権に関する権限には限界があるとして、司法はそれをチェックすべきであるとする<sup>(119)</sup>。まず、「著作権条項と修正1条はともに情報の創造と流通という共通した目的がある<sup>(120)</sup>。」とし、著作権立法はこの目的に適ったものでなければならないという。それゆえ、司法は、著作権保護立法が憲法上の限界を越えていないかどうかを審査すべきであり、本件では保護期間の延長が合理的かどうかを判断する必要がある。この点、CTEAは公益目的ではなく、一部の産業の私益に仕えるような内容となっており、その合理性は見出し難い。それは新しいテクノロジーを使った表現の流通を阻害し、表現の自由に重大な影響を及ぼすものであるがゆえに違憲である、とした。

このように、法廷意見は合憲と判断したが、違憲だと反論する反対意見も根強く、学説の多くはCTEAの合憲性に懐疑的な視線を向けている<sup>(121)</sup>。とりわけ、判例法理が表現の自由と著作権の問題を調整済みとしたことに対し、多くの批判が寄せられている。以下では、調整原理の

(116) *Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*, 376 U.S. 225 (1964).

(117) *Eldred*, 537 U.S. at 222 (Stevens, J., dissenting).

(118) *Id.* at 235. これに対し、これまで連邦議会は著作権を延長してきたのだから合憲であるという反論が考えられるが、それは単に違憲の行為を繰り返してきただけであって、正当化根拠になるわけではなく、司法が違憲判断を下すこととは別の問題であるとスティーブンス判事は述べている。

(119) *Eldred*, 537 U.S. at 242 (Breyer, J., dissenting).

(120) *Id.* at 244.



妥当性について検討することにしよう。

## 2 調整原理の陥穽

### (1) 思想・表現区分論について

思想・表現区分論は、判例法理によって展開してきたものである。その嚆矢とされるのが、*Baker v. Selden* 連邦最高裁判決<sup>(122)</sup>であった。連邦最高裁は、「本それ自体と、それが例証しようとしている芸術との間には明確な区別がある<sup>(123)</sup>」とし、前者は著作権保護の対象となるが、後者は対象にならないとした。その後、この区分論を一躍有名にしたのがハンド (Learned Hand) 判事であった。ハンド判事が、*Nichols v. Universal Pictures Corporation* 連邦高裁判決<sup>(124)</sup>において、著作権は表現から離れて抽象的な思想にまで及ぶものではないと判示したからである<sup>(125)</sup>。

その後、1976 年著作権法によって区分論は法典化されるに至る<sup>(126)</sup>。当該規定が設けられた趣旨については、立法経過資料が極端に乏しく、その意図は明らかではない<sup>(127)</sup>。しかし、わずかに当該規定の内容に触れた下院の報告書からすると、コンピューター等の技術の発展に対し、著作権の対象をより明確にするという狙いがあったのではないかと推測されている<sup>(128)</sup>。

---

<sup>(121)</sup> See, e.g., Caren L. Stanley, *A Dangerous Step Toward the over Protection of Intellectual Property: Rethinking Eldred v. Ashcroft*, 26 HAMLINE L. REV. 679 (2003); Edward C. Walterscheid, *Musings on the Copyright Power: A Critique of Eldred v. Ashcroft*, 14 ALB. L.J. SCI. & TECH. 309 (2004).

<sup>(122)</sup> *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99 (1880).

<sup>(123)</sup> 101 U.S. at 102.

<sup>(124)</sup> *Nichols v. Universal Pictures Corporation*, 45 F.2d 119 (1930).

<sup>(125)</sup> 45 F.2d at 121.

<sup>(126)</sup> 17 U.S.C. 102 (b).

<sup>(127)</sup> Edward Samuels, *The Idea-Expression Dichotomy in Copyright Law*, 56 TENN. L. REV. 321, 350 (1989).

<sup>(128)</sup> *Id.*

このように、区分論の展開を見る限り、表現の自由との関連性は見当たらない。むしろ、区分論は著作権として保護されるか否かの区別をする際に用いられた手段として発展してきたといえる<sup>(129)</sup>。これが表現の自由との関連で語られるようになったのは、ニンマーとゴールドスタインの論争においてであった<sup>(130)</sup>。ニンマーは区分論を支持して表現の自由との調整になると主張したが、ゴールドスタインはこれに異を唱える。ゴールドスタインによれば、区分論は表現の自由との調整原理に用いるような確固としたものではなく、むしろ著作権の対象となるかどうかを判断する際に用いる方法であると反論した。

これを表現の自由との関連で言及したのは、先の Harper & Row 判決であるが、かりに区分論を表現の自由との調整原理として用いるとしても、そこには重大な課題がある。区分論批判の急先鋒ともいえるルーベンフェルド (Jed Rubinfeld) は、表現の中には思想と表現が一体化している場合があり、それに対しては区分論で対応できないとする<sup>(131)</sup>。たとえば、象徴的表現などは思想と表現が一体になって意味をなすものであり、両者は密接不可分の関係にある。したがって、区分論を理由に表現の自由と著作権の関係を調整済みとすることはできないというのである。

## (2) フェアユースについて

著作権侵害の例外を規定するフェアユースは、著作権を制限すると同時にそれ以外での著作権保護の肯定となることから、著作権の制限と保護の両側面を有する。このため、フェアユースの設定方法次第で、表現の自由と著作権のバランスに大きな影響を与えることになる。

(129) 大日方信春「著作権と表現の自由の調整原理 (1)」熊本法学 116 巻 6 - 37 頁 (2009 年)。

(130) See Nimmer, *supra* note 87; Goldstein, *supra* note 85.

(131) Jed Rubinfeld, *The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality*, 112 YALE L.J. 1, 13-16 (2002).

この点につき、1976年法の立法経過をみると、フェアユースは、表現の自由への配慮というよりも、著作権の拡大を求める側と縮小を求める側との妥協の産物であるとの指摘がある<sup>(132)</sup>。当時、著作権者や出版社側は著作権の拡大を要求していたのに対し、学校や教員などの教育関係者は自由な著作物の利用を求めて著作権の縮小を要求していた。とりわけ、両者の衝突はフェアユースの射程をめぐる場面において先鋭化し、なかなか折り合いがつかなかった。そこで最終的に、従来の判例法理をそのまま立法化するというところで妥協することになった。判例法理に変更をもたらすことなく法典化することで、著作物の公正な使用を円滑に進める一方、将来的に司法がフェアユースを拡大することに楔を打つという形で妥協することになったというのである<sup>(133)</sup>。

とはいえ、たとえ妥協の産物だとしても、1976年法が表現の自由と著作権とのバランスにまったく寄与してないわけではない<sup>(134)</sup>。少なくとも、これまで判例法理でしかなかったフェアユースの要件を明確化することで、著作物の利用者は格段に利用しやすくなったはずである。

しかしながら、フェアユースによって表現の自由との調整が十分なされたかという点、そうではない。まず、4要素を提示したといっても、フェアユース該当性の判断は個別具体的にならざるをえず、どうしても場当たり的になってしまうことから、一般性や予測可能性の問題が不可避的に生じる。そのため、フェアユースは利益衡量の手法にすぎず、表現の

---

<sup>(132)</sup> Jessica D. Litman, *Copyright, Compromise, and Legislative History*, 72 CORNELL L. REV. 857 (1987).

<sup>(133)</sup> Copyright Law Revision: Hearings on S. 1006 Before the Subcomm. on Patents, Trademarks and Copyrights of the Senate Comm. on the Judiciary, 89th Cong., 1st Sess. 1, 86 (1965) (testimony of Harold Wigren, Ad Hoc Committee of Educational Institutions and Organizations).

<sup>(134)</sup> Matthew Sag, *God in the Machine: A New Structural Analysis of Copyright's Fair Use Doctrine*, 11 MICH. TELECOMM. TECH. L. REV. 381, 404-411 (2005). フェアユースの最終的判断を司法に委ねた点も評価されているが、予測可能性が期待できないことと表裏一体の関係にあるといえる。

自由を保障するために必要な予測可能性を十分提供できていないという問題がある<sup>(135)</sup>。

予測可能性以外にも、フェアユースにはいくつかの問題がある。たとえば、①の使用目的の要素を考慮する場合、その使用が原作を批評していればフェアユースに該当する可能性が高くなる。しかしながら、そうなると原作の批判を迫られ、翻案物作成における自由な発想をすることの妨げとなることがあろう。

また、レッシングは、フェアユースは4つの要件が著作権保護の観点から設定されていることから表現の自由の保障にとって不十分であるという<sup>(136)</sup>。著作物の利用の中にはフェアユースの要件に該当しなくても、表現の自由の行使として認められるべきケースがあるからである。たとえば、ドキュメンタリー番組をつなぎ合わせて映画を作成することは、フェアユースに該当しないおそれがある。しかし、それではまるでメディアを映画作成の免許機関であるかのような存在にしてしまう。そこでレッシングは、名誉毀損における免責法理とフェアユースによる免責法理のいずれも表現の自由から導かれるものであるという点に共通性を見出す。そして現実の悪意の法理に着目し、フェアユースの代わりに採用すべきであるという。つまり、意図的な著作権侵害であるか否かという判断基準を設けることで、表現の自由に重心を移した判断基準にすべきであるというのである。

さらに、立証責任の問題も挙げられる。裁判でフェアユースの該当性を争う場合、基本的に立証責任は被告側に課される<sup>(137)</sup>。フェアユースの4要件のうち、とくに4つ目の市場への影響は被告が立証することは難しい<sup>(138)</sup>。それにもかかわらず、立証責任を被告側に課してしまうと、萎縮効果を招くおそれがある。

(135) 阪本昌成「小島報告へのコメント」憲法問題 21 巻 95 頁（2010 年）。

(136) Lawrence Lessig, *Re-Crafting a Public Domain*, 18 YALE J.L. & HUMAN. 56, 72-74 (2006).

以上のような調整原理の諸問題につき、大日方信春はそれらを丹念に分析しながらポイントとなる問題点を鋭く抽出している。すなわち、区分論については、著作権法によって保護される表現とそうでない表現とを区別できるか否かについて明確ではないところが問題であり、フェアユースについては、著作権の行使を制約するものではあるが、ケースバイケースの対応であることから免責されるか否かが漠然としすぎている点が問題であると指摘する<sup>(139)</sup>。少なくともこれらの問題を解決しないことには、調整原理をもってただちに表現の自由との調整ができているとはいえないように思われる。

### 3 表現の自由論の展開

調整原理の欠陥部分が露呈していくと、表現の自由と著作権を調整する新たな理論が登場し始めた。その中で有力に唱えられているのが、「民主政」や「文化」をキーワードとしながら両者の調和をはかろうとする議論である。こうした議論は突如として現れたわけではなく、表現の自由論の展開にも関連している。

ベンクラー（Yochai Benkler）によれば、つぎのような状況により、表現の自由と著作権の関係について、民主的理論を考える必要性がでてきたという<sup>(140)</sup>。著作権は、一方で財産権を付与するが、他方で表現の

(137) ただし、事案によって求められる立証責任の負担や程度は異なってくる。たとえば、①の要素に該当するか否かが争われた場合、著作物の使用が営利目的または営利性を帯びていれば不正使用の推定を受け、④の要素について被告が立証責任を負う。一方、不正使用の推定を受けない場合には、原告が④について立証責任を負う。また、このとき、著作物の使用が改変的性格を帯びているか否かが不正使用の推定に影響を及ぼすことがある。See *Sony v. Universal City Studio, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984) ; *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 114 (1994).

(138) Ned Snow, *Proving Fair Use: Burden of Proof as Burden of Speech*, 31 CARDOZO L. REV. 1781, 1800 (2010).

(139) 大日方信春「著作権と表現の自由の調整原理 (2)」熊本法学 118 巻 139 - 140 頁 (2009 年)。

自由を制限してしまうため、これをうまく調整しなければならない。もっとも、両者はつねに対立関係にあるわけではない。著作権の形態については政府が設定するものの、その利用方法は個人に委ねられるので、政府から独立して文化が形成されていく。したがって、政府の意思から離れて自由な文化の発展を期待することができ、理想的な文化形成の土壌が築かれることになるはずである。しかしながら、そのような甘い期待は失敗に終わっているのが現状である。著作権は情報や文化について独占的支配権を付与するため、むしろ情報や文化の自由な流通を阻害している場面が目立つ。そうすると、たとえ著作物の利用方法を個人の意思に委ねたとしても、その制度設計を適切なものに修正しなければ、自由な文化形成は実現されない。とくに、情報や文化の流通は民主政に深く関わるものであるので、著作権の設定はときに民主政の危機を招くおそれがある。そこで、こうした事態に対応できるような民主的理論を考える必要が生じてきたというのである。

もっとも、表現の自由と著作権に関する民主的理論の素地は、すでに表現の自由論の展開においてみられたことであった。周知の通り、20世紀における表現の自由論は、ホームズに代表される思想の自由市場論<sup>(141)</sup>と、それに対抗するマイクルジョン (Alexander Meiklejohn) の民主的理論<sup>(142)</sup>を基軸にしながら展開してきたといってよい。ホームズの議論が個人の表現の自由を重視したのに対し、マイクルジョンは公共討論を基にした民主的自己統治の重要性を説いた。実務的には裁判所が

---

(140) Yochai Benkler, *Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROB. 173 (2003).

(141) *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 624-631 (1919) (Holmes, J., dissenting). なお、阪本昌成によれば、「idea」は「思想」ではなく、「知識」または「アイディア」と訳すべきであると指摘しており、一考に値するものであるが、本稿ではさしあたり「思想の自由市場」と訳しておく。阪本昌成「『思想の自由市場』論の組みなおしに向けて」立教法学 80 卷 93 - 95 頁 (2010 年)。

(142) ALEXANDER MEIKLEJOHN, *POLITICAL FREEDOM: THE CONSTITUTIONAL POWER OF THE PEOPLE* 26-27 (1960).

政治的表現を重視する傾向にあったことからマイクルジョンの議論が優勢に立ちつつも、理論的にはエマソン（Thomas I. Emerson）のように表現の自由が優先する4要素を提示することで共存の道を開くアプローチが有力となった<sup>(143)</sup>。

ところが、20世紀後半になると、社会状況の変化が表現の自由論にも影響を与えるようになる。第1に、インターネットの登場が挙げられる。インターネットは、①ローコストで、②当事者間の力関係に差がない状態で、③物理的にも文化的にも距離の離れた相手に対して双方向で対話することを可能にした。これは、ホームズ流の思想の自由市場論が息を吹き返す契機になるかと思われたが、その反面、インターネットがもたらす弊害も指摘されるところとなり、表現の自由論に新たな対応を求めている。第2に、中絶や同性愛などの道徳的価値の衝突をどのようにして解決するかという問題がでてきたことである。多様な価値の共存を掲げるリベラル派にとって、様々な文化と対話を続けながら共生の道を探ることが喫緊の課題となった。しかし、正解のない問題に対して、従来の表現の自由ではこれに対応できないのではないかという疑問が生じる中、ガットマン＝トンプソン（Amy Gutmann and Dennis Thompson）らの唱える熟議民主主義の理論はその対応策として有力になりつつある<sup>(144)</sup>。第3に、第2の点とも関連するが、文化闘争<sup>(145)</sup>への対応が求められてきたことである。冷戦終結後の世界は文化闘争、ひいては文明の衝突<sup>(146)</sup>ともいわれる時代である。こうした文化や文明といったキーワードに表現の自由論として対処する必要性がでてきたといえる。

(143) T.I. エマソン（木下毅訳）『現代アメリカ憲法』86－87頁（東京大学出版会、1978年）、T.I. エマソン（小林直樹・横田耕一訳）『表現の自由』1－22頁（東京大学出版会、1972年）。

(144) AMY GUTMANN AND DENNIS THOMPSON, DEMOCRACY AND DISAGREEMENT（1998）。

(145) これについては、志田陽子『文化闘争と憲法理論——アイデンティティの相克と模索』（法律文化社、2006年）参照。

(146) サミュエル・ハンチントン『文明の衝突』（集英社、1998年）。



こうした状況の中、マイクルジョンの民主的自己統治の理論を基にしながら、個人の参加<sup>(147)</sup>や民主的文化<sup>(148)</sup>といった要素を加味して改良をはかろうとする議論が登場し始めた<sup>(149)</sup>。前者（個人の参加）の議論の代表論者としてポスト（Robert Post）が挙げられる。ポストはホームズおよびマイクルジョンの理論と判例法理を対比させながら、かれらの理論では判例が無作法な表現（outrage）<sup>(150)</sup>、不快な表現（offensive）<sup>(151)</sup>、罵詈雑言（vilification）<sup>(152)</sup>、下品な表現（indecent）<sup>(153)</sup>などを認めてきたことを説明できないという。マイクルジョンの理論はもちろんのこと、あらゆる表現を許容するはずのホームズの理論でさえ、そのような表現を保護する憲法上の理由を見出せない。なぜなら、それらの表現は真理の探究を目指して行われるものではないため、ホームズの理論を厳格に解釈した場合、保護の対象外となってしまうからである。一方、参加型アプローチ（participatory approach）を用いると、このような判例法理にも対処できる。このアプローチは、表現内容の認識や妥当性に関係なく、民主的参加の促進に焦点を絞るものである。したがって、公共討論への参加を促進する場合、その表現の内容如何にかかわらず保護さ

---

<sup>(147)</sup> See, e.g., William W. Fisher III, *Property and Contract on the Internet*, 73 CHIKENT L. REV. 1203, 1212-1218 (1998); Robert Post, *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, 88 CAL. L. REV. 2353, 2367-2368 (2000); Daniel P. Tokaji, *First Amendment Equal Protection: On Discretion, Inequality, and Participation*, 101 MICH. L. REV. 2409, 2505 (2003).

<sup>(148)</sup> See Jack M. Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, 79 N.Y.U. L. REV. 1, 34-45 (2004); Kenneth L. Karst, *Local Discourse and the Social Issues*, 12 CARDOZO STUD. L. & LITERATURE 1, 26-27 (2000); Neil Weinstock Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 YALE L.J. 283, 288 (1996).

<sup>(149)</sup> Rebecca Tushnet, *Copy This Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It*, 114 YALE L.J. 535, 535-540 (2004).

<sup>(150)</sup> *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46, 53 (1988).

<sup>(151)</sup> *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 22 (1971).

<sup>(152)</sup> *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 310 (1940).

<sup>(153)</sup> *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 869 (1997).

れる。このとき、個人が参加するという点も重要であり、民主的自己統治には個人的要素も含まれることを示唆している。

後者の議論（民主的文化）も、民主政に関する議論であるが、そこに文化的側面を介在させるという特徴をもつ。それによれば、民主政において重要なのは、民主的に代表者を選ぶだけでなく、民主的文化あるいは民主的市民社会の涵養であるという。普段の市民生活で重要なのは政治的議論だけではない。むしろ人々は日常生活において相互にコミュニケーションをとりながら文化を形成していくことに多くの時間を費やしている。そして、その結果が政治的選択につながっていく。このような文化形成や民主社会こそが現代民主政において重要だと考えるのである。また、ここでも市民の参加を重視する点が前者と議論と共通している。

こうして、これらの議論は「共通の文化にアクセスすることを要請することとなり、全員が文化に参加するリソースを持ちその意味について議論したり異を唱えたりする自由を有する<sup>(154)</sup>」ことを主張していくのである。

#### 4 表現空間論と著作権

表現の自由論が参加型の議論へと傾倒していく状況を踏まえて、これを足がかりにしながら表現の自由と著作権の関係を論じる見解が現れ始めた。というのも、先の議論のいうように個人が文化形成に参加する場合には様々なリソースを利用する必要性が生じてくるため、必然的に著作物の利用という問題に絡んでくるからである<sup>(155)</sup>。

そのような議論の代表格がネタネル (Neil Weinstock Netanel) である。ネタネルは、表現の自由を個人の権利として保障するだけでは民主的市

(154) Tushnet, *supra* note 149, at 540.

(155) David McGowan, *The First Amendment Cannot Dictate Copyright Policy*, 65 U. PITT. L. REV. 281, 289 (2004). また、20世紀中盤から後半にかけて、連邦議会が著作権保護立法を拡大し始めた時期に、こうした議論ができたという背景がある。

民社会に対応できないという<sup>(156)</sup>。もちろん、個人の権利として表現の自由を保障する必要があるが、それだけで成り立つわけではなく、文化や民主的対話を実現するために様々なリソースを利用することが重要になってくる<sup>(157)</sup>。そこで著作権制度が重要な役割を担うことになる。民主的市民社会を実現するために、著作権法は文化に寄与するようなコメントやパロディに配慮しなければならず、文化形成に必要な表現を制限しないようにしなければならない。これを個人の表現の自由として説くことには限界があるため、表現の自由に内在する民主的市民社会という観点から導き出そうとするのである。

この議論に対して、C・ユー（Christopher S. Yoo）はネタネルの議論が理論的課題と現実的課題の両方を抱えているという<sup>(158)</sup>。ネタネルは、表現の自由について、個人の権利の側面だけでなく、民主的市民社会への参加という側面を打ち出しているが、表現の自由全体の理論的枠組みを提示していない<sup>(159)</sup>。このため、理論的にこの点を説明する必要がある。また、ネタネルは民主的自己統治を促進するものとして表現の自由を描いているが、具体的にどのように実現されるのかについて十分説明していない<sup>(160)</sup>。そのため、ネタネルのいうところの民主的市民社会の具体像を提示しなければならないという。

かかる議論を一步進めたのがバルキン（Jack M. Balkin）であった。バルキンによれば、デジタル技術の発達は、情報流通のコストを低下させただけでなく、その範囲もローカルからワールドワイドまで飛躍的に拡大させたという<sup>(161)</sup>。このデジタル革命は、人々が創作活動や公共討

---

(156) Neil Weinstock Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 YALE L.J. 283, 288 (1996).

(157) NEIL WEINSTOCK NETANEL, COPYRIGHT'S PARADOX 18-19 (2008).

(158) Christopher S. Yoo, *Copyright and Democracy: A Cautionary Note*, 53 VAND. L. REV. 1933 (2000).

(159) *Id.* at 1954.

(160) *Id.* at 1962-1963.

(161) Balkin, *supra* note 148, at 13.

論に参加することを容易にし、民主的な文化を形成する土壌を創った。ところが、デジタル技術は複写や改変作業をも容易にし、簡単に知的財産を利用できる状況を創ってしまった。デジタル技術のもたらした民主的文化の土壌は文化を豊かにする反面、そこで育った個人の知的財産という収穫物を荒らしてしまうおそれを含んでいたのである。

こうした状況を懸念した政府は、知的財産を保護する立法を拡大していくことになるのだが、それは同時に民主的文化を制限してしまうことになる。とりわけ、それは表現の自由に与える影響が大きい。たとえば、知的財産を保護するためには差止が可能であるが、これは事前抑制でもあり、表現の自由に対する制限が強い。

そこでバルキンは、両者の衝突の調整を試みる<sup>(162)</sup>。それが、民主的文化論(democratic culture)である<sup>(163)</sup>。バルキンによれば、インターネットを中心としたデジタル技術の革新は表現の自由につきのような影響を与えた。すなわち、①取るに足らない表現から重大な表現まですべての表現を取り扱えること、②一般の人々が創造的活動に従事できるようになったこと、③他の作品を参考にした創作が容易になったこと、④誰でも双方向的に対話できるようになったこと、⑤新たなコミュニティや文化を創造することができるようになったこと、である。このようなインパクトは、表現の自由が民主的文化を涵養する原理であることを示唆する。

民主的文化は、民主政を民主的統治というよりも、民主的参加とみなすアプローチである<sup>(164)</sup>。民主政は問題解決のための手段にとどまるわ

---

(162) *Id.* at 33-34.

(163) バルキンの民主的文化論については、大林啓吾「表現の自由と著作権に関する憲法的考察—判例法理の批判から新たな議論の展開へ—」『東アジアに与えたアメリカの憲法裁判の影響』325 - 327 頁（慶應義塾大学出版会、2006 年）、平地秀哉「サイバースペース・公共圏・表現の自由（2）」國學院法学 45 巻 2 号 3 - 6 頁（2007 年）も参照。

(164) Balkin, *supra* note 148, at 34-36.

けではなく、社会生活や社会組織の形成に関わるものである。つまり、民主政は選挙を通じてのみ作用するのではなく、制度や慣習など、様々な文化形成プロセスに関与するものなのである。文化の形成は、人間社会そのものを表わしており、それは自己の存在をあらためて認識させるものである。そのため、人々が文化を創造していくプロセスは自らを形成していくことにもなり、まさに積極的に自由を行使する場面なのである。

このような民主的文化論は従来の表現の自由に対して変革を迫るものである。すなわち、①政治的表現以外の表現も重要であることを認識させること、②公共的問題のみならず世俗的な文化に関する表現も重視すること、③情報さえ知らされていればよいというわけではなく個人が積極的に創作に参加することを重視すること、である<sup>(165)</sup>。こうした変革により、表現の自由は、①情報発信の権利、②他者との対話を行う権利、③既存の文化を利用する権利、④文化の創造に参加する権利などが認められることになる<sup>(166)</sup>。バルキンは、個人が様々な情報や表現を交換することによって民主的文化を形成していくことこそ、表現の自由論を語る上で欠かせないというのである。

バルキンの議論で重要なのは、抽象的理論の考察に終始せず、具体的な制度的調整をも分析している点である<sup>(167)</sup>。従来の表現の自由は、裁判所が中心となって個人の権利としての表現の自由を保障してきた。これは、表現の自由が個人の権利として認識されてきたことと、政治部門よりも裁判所がその保障に適しているという推定が働いてきたことを意味する。しかしながら、公共図書館、郵便システム、無線通信などは、政府の設計と個人の権利が合わさっており、個人の表現の自由に純粹に還元できるものではない。また、それらは、技術的設計が必要となるも

---

<sup>(165)</sup> *Id.* at 38-45.

<sup>(166)</sup> *Id.* at 46.

<sup>(167)</sup> *Id.* at 50-58.

のであって、裁判所の審査に馴染まないものが多い。つまり、このような領域では、表現の自由のデフォルトを設定する技術や規制が重要になってくるのである。そうすると、表現の自由は、①政府が人々の参加を促進させるようなコミュニケーション技術を整備しなければならないこと、②技術設計をオープン化してその統制を分散させること、③裁判所が政府の検閲的行為をチェックすること、を要請することになる。

そこで、民主的文化論から知的財産の問題をみた場合、人々の参加、相互作用、文化的創造の自由という要素が重要になる。そのため、そうしたネットワークへの公平なアクセスやパブリックドメインの拡大が必要になる。その際、そのような技術設計を行う規制が重要になるため、裁判所よりも、政治部門がその中心的役割を担うことになる。

バルキンの議論は、市民が民主的文化の形成に参加することの重要性を説いていることから、可能な限り著作物を自由に利用できるようにすべきという方向に向かっているが、それは司法が中心となって表現の自由を保障すべきという議論にリンクしているわけではない。むしろ、そうした自由な表現空間の設定は政治部門が第一次的役割を担うべきだとしている。この点において、バルキンの議論はプラグマティックな対応を志向しているわけであるが、しかし、そのような制度設計がうまく機能していない場合に司法がどのように判断すべきかについては必ずしも明らかではない。たとえば、Eldred 判決の示したように、立法府が著作権制度を改正して表現の自由との関係で越えてはならない限界を越えてしまうような場合、裁判所は審査に踏み込むことが想定される。だが、具体的には何がその境界線となるのかについて、バルキンは沈黙している。これについては、以下にみる判例の動向やそれに対応する学説の展開を待つ必要があった。

### Ⅲ 2段階審査の実践——Eldred 判決の遺産

Eldred 判決は、＜伝統的著作権形態を変更している場合には表現の

自由の問題として審査を行うという審査基準の下地を残していたが、伝統的著作権形態の内容を明らかにしておらず<sup>(168)</sup>、当初はそれほど注目されていなかった。しかし、その後の下級審がこの判断枠組に沿った判決を下している状況を踏まえて、学説はむしろこれを活用しようとする流れがでてきた。そして、その契機となったのが一連の Golan 判決<sup>(169)</sup>であった。

この事件は、デンバー大学の音楽教授らが芸術作品の自由な利用を妨げる CTEA およびウルグアイラウンド協定法 (Uruguay Round Agreements Act: URAA) 514 条<sup>(170)</sup> がパブリックドメインに入っている著作物の利用を妨げていることから、表現の自由を侵害しているとして訴訟を提起したものである。CTEA を攻撃対象にしている点は Eldred 判決と同じであるが、今回は新たに URAA の合憲性も問題にしているところが Eldred 判決と異なる。URAA 514 条は、ベルヌ条約 18 条を受けて、アメリカではすでにパブリックドメインに入っている著作物 (外国の作品) であっても、当該著作物が誕生した国 (外国) で保護されていれば、アメリカ国内においても保護されるとした規定である。このため、パブリックドメインに入っていた著作物を自由に利用できなくなったことが表現の自由を侵害すると主張したのである。また、Eldred 判決で原告側の弁護人を務めたレッシングが前回の経験を踏まえて、本件では①自由に利用していた著作物を利用できなくなったことから表現の自由を侵害されているとした点<sup>(171)</sup>と、② Eldred 判決が示した審査基準を中心に表現の自由の問題を主張している点が大きな違いである。

これに対し、被告である政府側は訴訟を却下するように求めたため、まず最初の一審では争点整理を兼ねた判断が下された<sup>(172)</sup>。原告側が

---

(168) David S. Olson, *First Amendment Interests and Copyright Accommodations*, 50 B.C. L. REV. 1393, 1399 (2009).

(169) 以下に示すように、Golan 判決は名称を変えていくので、これらを総称して Golan 判決と呼ぶことにする。

(170) Section 514 of the Uruguay Round Agreements Act of 1994, 17 U.S.C. 104A.



CTEA および URAA の違憲性を唱えたことに関して、連邦地裁は Eldred 判決が CTEA の合憲判断を下していることから、これについては判断するまでもないとして棄却した。しかし、URAA については原告側が Eldred 判決の示した審査基準に基づいて判断すると違憲になるという主張を行ったことから、これについては判断する必要があるとした。

## 1 Golan 判決 I

こうして URAA の合憲性の問題を取り上げることになり、改めて実体審理が行われることになったのが *Golan v. Gonzales* 連邦地裁判決<sup>(173)</sup>である。連邦地裁は、連邦議会が憲法の著作権条項に基づいて URAA を制定できることを確認した上で、その合理性の審査を行う。連邦地裁によれば、ベルヌ条約を履行すべく URAA を制定することは、アメリカの著作権を保護するために合理的な手段である。なぜなら、「……HW & MC<sup>(174)</sup> が述べるように、“知的財産に関する協定は外国におけるアメリカの知的財産権の保護および実効を劇的に改善することになる”<sup>(175)</sup>」からである。つまり、アメリカ自身がベルヌ条約 18 条を国内実施することで、外国に対しても同様の要求——すなわち外国においてパブリックドメインに入ってしまったアメリカ作品もアメリカで保護期間が残存していればなお著作権の保護が及ぶことになるということ

---

(171) Carrie Lee, *Golan v. Gonzales: Capitalizing on Eldred's Defeat*, 16 TUL. J. INT'L & COMP. L. 505, 516 (2008). Eldred 判決において原告側は、CTEA が保護期間を延長したことにより、自由に使用する予定だった著作物を使用できなくなったために表現の自由を侵害すると主張していた。ここでは、いわば期待権のような抽象的権利を主張していたといえる。ところが、本件ではすでに使用していた著作物が使えなくなってしまったことを問題にしており、原告側はより具体的な利益を主張していたといえる。

(172) *Golan v. Ashcroft*, 310 F. Supp. 2d 1215 (2004).

(173) *Golan v. Gonzales*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 6800 (2005).

(174) The House Committee on Ways and Means, H.R. Rep. 103-826 (I) at 16.

(175) *Golan v. Gonzales*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 6800, at 45.

——ができることになるわけである。

このように連邦地裁は著作権制度の観点から URAA の合理性を認めてしまったため、表現の自由の問題にはほとんど踏み込まずに判断してしまう<sup>(176)</sup>。連邦地裁は、たとえパブリックドメインに入っていた作品が再度著作権保護の対象になったとしても、まったくその著作物を利用できなくなるわけではなく、著作者に許可を求めることができる。それで拒否されるおそれがあるとしても、それは私的検閲に該当するわけではなく、表現の自由を侵害することにはならないとした。

これに対し、連邦高裁は表現の自由の問題を正面から取り上げた<sup>(177)</sup>。連邦高裁は Eldred 判決の示した判断基準に基づきながら、まず伝統的著作権形態とは何かについて分析する。連邦高裁によれば、「形態」とは「アウトライン、一般形式、ある種の構造」を指す。したがって、伝統的著作権形態とは、伝統的な著作権保護の構造形式を意味することになる。伝統的著作権形態は、①創造 (creation)、②著作権の付与 (to copyright)、③パブリックドメインに入る (to the public domain)、というプロセスからなる。

このうち、本件ではこのパブリックドメインに影響を及ぼす立法が問題となっているため、パブリックドメインから著作物を取り出して著作権を付与することができるかどうかの検討に入る<sup>(178)</sup>。これについては憲法起草者の意図を探ることが一助となるのだが、「不幸なことに、憲法史の学者は著作権やパブリックドメインに関する憲法起草者の見解をほとんど知らない」<sup>(179)</sup>。この点につき、Eldred 判決は、第 1 回連邦議会がすでに創作されている作品についても著作権を付与できると述べているため、その意味を考える必要がある。当時、すでに創作されていた作品のほとんどは州のコモンローによって著作権が付与され

(176) 2005 U.S. Dist. LEXIS 6800, at 47-48.

(177) *Golan v. Gonzales*, 501 F.3d 1179 (10th Cir. 2007).

(178) *Id.* at 1190-1191.

(179) *Id.* at 1190.

ていた。州によって保護されていたがゆえに第1回連邦議会もその保護を認めたのであって、パブリックドメインに入っていた作品に著作権を付与したわけではない。いずれにせよ、これだけでは、パブリックドメインに入っていた作品に著作権を付与することが著作権制度に合致していると憲法起草者が考えていたことにはならない。むしろ、従来の著作権法がパブリックドメインの創設に配慮してきたことを踏まえれば、それに再度著作権を付与することは例外的行為といえる。たとえば、1909年著作権法<sup>(180)</sup>が、パブリックドメインに入った作品にはいかなる著作権も存在しないと規定しているのはその典型例である。このように、著作権法を歴史的および機能的に分析すると、URAAは伝統的著作権形態を変更しているといえる<sup>(181)</sup>。

そこでつぎに、URAA 514条による伝統的著作権形態の変更がどのように修正1条の権利を侵害しているのかを考える必要がある<sup>(182)</sup>。本件において原告が有する修正1条の権利はパブリックドメインに入った作品を利用する利益のことを指す。たとえば、原告は、パブリックドメインの作品を用いて派生的作品を創造することができる。このため、これを妨げるURAA 514条は表現の自由を侵害することになる。

また、Eldred判決が示した区分論やフェアユースによる表現の自由への配慮が本件では機能していない<sup>(183)</sup>。まず、区分論は思想と表現を区別し、表現だけ著作権として保護するという場面では有効かもしれないが、それは著作物の中身を決める際に役立つものである。ところが、パブリックドメインに入っている作品を利用できなくなってしまうという問題に対しては対応できない。また、フェアユースは、フェアユース以外の方法で自由に利用することを認めないので、パブリックドメインの作品をフェアユース以外の方法で自由に利用することに対応できな

<sup>(180)</sup> See Copyright Act, Pub. L. No. 60-349, 35 Stat. 1075, 1077 (1909).

<sup>(181)</sup> 501 F.3d at 1192.

<sup>(182)</sup> *Id.* at 1192-1194.

<sup>(183)</sup> *Id.* at 1194-1195.

い。したがって、区分論およびフェアユースは本件のような事例に対応できておらず、これらをもって表現の自由の配慮が組み入れられているとみなすことはできない。

こうして連邦高裁は、伝統的著作権形態を変えた URAA 514 条が表現の自由を侵害しているとした。もっとも、ここでは当該規制が表現の自由を侵害しているか否かの検討を行わず、これについては本件が内容規制か内容中立規制かの判断も含めて、合憲性の判断を行うように指示して原審に差戻した。

## 2 Golan 判決Ⅱ

連邦高裁の差戻をうけ、修正 1 条の審査を行ったのが *Golan v. Holder* 連邦地裁判決<sup>(184)</sup>である。まず、当該規制が内容規制か内容中立規制かの判断については、内容中立規制にあたるとする。連邦地裁によれば、著作権は作者の創造した「表現」に関する利益を保護するものであって、その思想をも保護対象とするわけではない。著作権は思想内容に基づいて保護しているのではないため、内容中立規制になるというのである<sup>(185)</sup>。

内容中立規制の場合、政府の利益が正当であるか否か、そして目的を達成するための手段が限定されているかどうかを審査することになる。連邦地裁は、最初に本件における両者の利益を確認する<sup>(186)</sup>。政府の利益としては、①ベルヌ条約を遵守すること、②外国においてアメリカ人の著作権を保護すること、③アメリカで著作権を失ってしまった外国著作者の権利を保護することが挙げられる。一方、原告側にはパブリックドメインに入った作品を自由に利用する利益がある。そこで、双方の利益の調整をはかるために、政府の利益とその手段との関連性を問うことになる。

(184) *Golan v. Holder*, 611 F. Supp. 2d 1165 (D. Colo. 2009).

(185) 611 F. Supp. 2d at 1170-1171.

(186) *Id.* at 1171-1177.

政府はベルヌ条約を遵守することによってアメリカ人の著作物が外国でも保護され则认为しているが、ベルヌ条約はパブリックドメインに入った著作物に関する外国での著作権の復活について、締約国にその設定を強制しているわけではない。そのため、それによってアメリカ人の著作物が外国で確実に保護されることになるわけではない。それにもかかわらず、政府はその遵守を理由に著作権の保護に乗り出した。とりわけ、ここで問題なのは、連邦議会が修正1条への適切な配慮を行わないまま、パブリックドメインに入っていた外国著作物の保護を行ったことである。URAA 514条がパブリックドメインの作品を利用する権利を阻害している限り、それは政府の利益を達成するための手段としては必要以上に広範になっているといえる。したがって、本件規制は修正1条に反し、違憲であるとした。

政府側はただちに控訴したが、原告側も文面上違憲の判断を求めて差上訴し、連邦高裁では再度表現の自由の問題を審理することになった<sup>(187)</sup>。連邦高裁も本件規制が内容中立規制に該当することを前提として、中間審査基準を適用する。連邦高裁によれば、本件規制は外国におけるアメリカ人の著作権を保護するために必要な手段であるという<sup>(188)</sup>。つまり、国際条約における相互主義に基づき、当該立法を制定することで相手国にも同様の保護を求めることになるため、アメリカ人の著作権も保護されるようになるというのである。そして、この著作権保護は著作者の経済的利益のみならず、著作者の表現に対してもインセンティブをもたらすものである。このため、URAA 514条は表現の自由を抑圧することなく、政府の利益を促進することができるようになっていけるとする。

さらに、連邦高裁は、本件の問題は立法府への敬讓が働く事例であることに言及する<sup>(189)</sup>。その理由として、①立法府はこの種の問題に関する膨大なデータを持っていること、②裁判所は立法権の行使に関する権

(187) *Golan v. Holder*, 609 F.3d 1076 (10th Cir. 2010).

(188) 609 F.3d at 1084.

威について敬意を払ってきたこと、③外交事項については政治部門に特別な敬讓が必要となることを挙げる。これらの事情によって表現の自由の問題が免責されるわけではないものの、内容中立規制が問題となっている事案において、本件のようなケースが裁判となる場合には敬讓する余地があることを認識しなければならない。

こうした事情を踏まえた上で、連邦高裁は本件規制が政府の利益を促進するために厳密に仕立てられているかどうかの審査に入る<sup>(190)</sup>。先述のように、URAA 514 条がもたらす利益は外国におけるアメリカ人の著作権の保護である。URAA 514 条を制定することによって、外国に同様の措置を要求できることから、URAA 514 条の目的と手段は一致している。ここで、当該規制が必要最小限のものであるかどうかまでをも審査する必要はない。URAA 514 条が政府の利益を促進し、表現の自由に過度な負担を強いていない以上、裁判所が別の規制手段を模索する必要はなく、当該規制は合憲であるとしたのである。

### 3 審査基準の整理

Golan 判決 I は、伝統的著作権形態について、著作権制度の歴史と機能に着目して判断した。その際に、重要なメルクマールとなるのが、＜創造—著作権—パブリックドメイン＞というプロセスである。それを踏まえて、当該事件において侵害される表現の自由の権利はいかなる性質のものか、表現の自由との調整が機能しているかどうか、表現の自由への配慮が十分なされているかという順で判断を行った。そして、Golan 判決 II では、表現の自由の侵害に対する審査に入り、本件立法を内容中立規制と捉えて中間審査基準を適用した。その際、政治部門の判断への敬讓姿勢を示しながら、最終的に目的と手段の合理的関連性を認めて合憲の判断を下した。

(189) *Id.* at 1084-1086.

(190) *Id.* at 1091-1095.

以上の Golan 判決の流れをまとめると、審査基準はつぎのようになる。まず、Eldred 判決に基づき、最初に伝統的著作権形態を変えているかどうかを審査し（第1段階）、変更している場合には表現の自由を侵害しているかどうかを審査する（第2段階）、という2段階審査が基本的構造となっている。

第1段階の審査を行う際、何が伝統的著作権形態に該当するのかという問題がでてくるが、これについて判例は必ずしも明確にしていない。この点につき、Golan 判決 I は、①創造、②著作権の付与、③パブリックドメインに入る、という一連のプロセスが伝統的に維持されてきたと述べているが、このプロセスが伝統的著作権形態のすべてを言い表しているのかどうかは定かではない。なお、本件では、URAA 514 条がパブリックドメインに変更をもたらしたことから、第2段階の審査に移ることになったとした。

第2段階の審査を行うにあたり、まず、当該規制が内容規制なのか、内容中立規制なのかについての判断を行う。本件では、当該規制が内容中立規制に該当するとし、中間審査基準が適用されるとした。その結果、政府利益の目的と達成手段とが合致しているとして、合憲判断が下されている。

## IV 2段階審査の分析

従来、表現の自由と著作権に対する判例法理については、調整原理に対する疑問が呈されてきた。だが、Golan 判決を機に学説の関心に移りつつある。というのも、調整原理を受け入れた上で、近時の著作権拡大立法が伝統的著作権形態を変えていないかどうかに着目する議論が増えてきているからである。調整原理の是非という理論上の壁を壊そうとするよりも、判例の示す判断枠組に則って議論を進めようとする姿勢は、少なくとも実務上、大きな進展をもたらすものである。とはいえ、この2段階審査はなお不明確な点が多い。何よりも、1段階審査における伝



統的著作権形態とは何かが判然としない。また、2段階審査の意味についても検討しなければならない。それは、パブリックフォーラムと類推可能なものなのか、それとも著作権制度に固有のものなのか。また、このような審査基準は、個人の権利よりも制度をベースにしたアプローチなのかという問題もある。以下では、2段階審査の分析を行う。

## 1 制度準拠型審査

2段階審査の要衝は最初の1段階目にある。第1段階審査は、表現の自由と著作権を調整する土台を築くべく、伝統的著作権形態という枠組みを設定した。このラインは、立法府が表現の自由と著作権の関係を制度的に調整していることを前提とする。そして、ベースとなる制度に変更が生じた場合にのみ、司法府が表現の自由の審査に乗り出すのである。したがって、この判断基準は、立法府が表現の自由と著作権の関係を調整する第一次的責務を負うことを示すと同時に、司法府は立法府の構築してきた制度をいわばデフォルトとして扱うことを示しているといえる<sup>(191)</sup>。とりわけ注目したいのが、伝統的著作権形態という枠組みを導入することによって、司法が著作権の限界を判断することが可能になった点である<sup>(192)</sup>。つまり、裁判所は表現の自由と著作権の調整を直接的に模索する必要はなく、立法による制度に準拠しながら判断すればいいことになったのである<sup>(193)</sup>。

このように、政治部門が最初のデフォルトを設定し、裁判所がそれを

---

(191) 蟻川恒正は、日本の最高裁判決を分析する文脈のくぐりで、このような審査手法を制度準拠的思考であると述べている。高橋和之・佐藤幸治・棟居快行・蟻川恒正「〔座談会〕憲法60年——現状と展望」ジュリスト1334号24-26頁〔蟻川発言〕(2007年)。

(192) Rebecca Tushnet, *Domain and Forum: Public Space, Public Freedom*, 30 COLUM. J.L. & ARTS 597 (2007)。

(193) 文脈は異なるが、制度準拠型審査に関するものとして、山本龍彦「三段階審査・制度準拠審査の可能性——小山剛著『「憲法上の権利」の作法』を読む」法律時報82巻10号101頁(2010年)参照。

基に公衆のアクセスの広狭を判断するというプロセスは、パブリックフォーラムの法理に類似しているという指摘がある<sup>(194)</sup>。憲法はパブリックフォーラムの創設を明示的に要求しているわけではないが、それは表現の自由に多大な恩恵をもたらす。そのため、政府がいったんパブリックフォーラムを設定した場合には、裁判所は表現の自由に関連する問題として取り扱わなければならない。このパブリックフォーラムの概念にパブリックドメインが似ているというのである。

しかし、パブリックフォーラムの法理を類推できるか否かについては検討の余地がある。そもそも、第1段階で審査される伝統的著作権形態は、「多くの場合、裁判所は立法による権利の調整をいじりたがらない<sup>(195)</sup>」と指摘されるように、制度準拠的思考を行っても緩やかな審査にとどまる可能性が高い<sup>(196)</sup>。つまり、基本的には著作権制度によほどの変更がなければ立法裁量を広く認めるものであり、これをパブリックフォーラムと類推できるかどうかは疑問符がつく。

また、かりにパブリックフォーラムを類推するとしても、いかなる類型のパブリックフォーラムと位置づけるのかについての検討が必要である<sup>(197)</sup>。伝統的著作権形態を歴史的に開かれた場として捉えるのであれば伝統的パブリックフォーラムということになる可能性があり、他方で政府が設営した場としてみれば制限的パブリックフォーラムと目される可能性もある。

## 2 立法府の役割——立法への敬讓、機能的能力の優越性、外交問題

憲法の著作権条項は連邦議会に権限を付与しているため、一見すると

---

<sup>(194)</sup> Symposium, *Constitutional Challenges to Copyright: Copyright and Freedom of Expression*, 30 COLUM J.L. & 319, 334-335 (2007).

<sup>(195)</sup> Tushnet, *supra* note 192, at 607-608.

<sup>(196)</sup> 蟻川・前掲注(191) 26頁。この点につき、蟻川は、制度準拠的思考が一般的には合憲性審査を緩める方向にあると指摘している。

<sup>(197)</sup> パブリックフォーラムについては多くの分析があるが、さしあたり、紙谷雅子「パブリック・フォーラム」公法研究 50 巻 103 頁(1988年)を挙げておく。

立法府の裁量が広く認められる領域のようにみえる。しかし、それは州に対する連邦の専占領域として規定されたものであり、連邦の司法に対して敬讓を迫る直接の根拠となるわけではない。それよりも、著作権という問題の性格そのものから立法府への敬讓につながるかどうかを考える必要がある。

Golan 判決Ⅱは、立法府が著作権問題に対応する能力に優れているとし、敬讓の姿勢を示す根拠になることを示唆している。裁判所は、その理由として、立法府が著作権事項に関する多くのデータを持っていることや、著作権保護を推進する上で外交的対応が必要になってくることを挙げている。たしかに、どのような著作権制度を設計するかについては、立法府が様々な要素を考慮して一次的判断を行うため、立法裁量が幅広く認められるエリアである。また、URAAのように、著作権保護制度には外交的対応が絡む場面があり<sup>(198)</sup>、ますます立法裁量が広がってくる。

これに対し、Eldred 判決におけるブライヤー判事の反対意見は、表現の自由に影響を与える著作権保護立法については、裁判所がその合理性の審査を行うべきであるとする。ブライヤー判事によれば、「我々は“連邦議会が伝統的著作権保護形態を変更していない”と述べることで著作権法の審査を放棄してはならない。それはこの問題の答えになるというよりもむしろ疑問を残すものである。我々は本件においてこの審査を避けるべきではない<sup>(199)</sup>」という。その上で、ブライヤー判事は、伝統的著作権形態の変更の有無のみならず、CTEAの合理性を判断すべきだとする。そして、ブライヤー判事が提示した合理性の審査は、保護期間延長による経済的インセンティブの実証分析などにも及んでおり、ほとんど判断代置に近い形で審査を行っている。だが、立法府に第一次的判断

---

(198) Carrie Claiborne, *Survey: Golan v. Gonzales and the Changing Balance Between the First Amendment, Copyright Protection, and the Rest of the World*, 86 DENV. U. L. REV. 1113, 1132 (2009). URAA は、表現の自由と著作権の関係のみならず、著作権を基にした外交関係にも大きなインパクトをもたらすものであるとされる。

(199) *Eldred*, 537 U.S. at 264 (Breyer, J., dissenting).

があると考えられる以上、裁判所はここまで判断に踏み込むべきではないだろう。

裁判所が2段階審査を採用したのは、まさにこうした事情を考慮したからだと思われる。つまり、著作権の問題は立法裁量が広く認められる領域であり、表現の自由との調整手法も一次的には立法によってなされることを前提とする。とはいえ、立法裁量は無制限に認められるわけではない。一次的には立法府が制度設計を行うことが認められるものの、それが従来の制度を変更する場合には相当の理由が必要となる。そのため、立法府は自らが設定してきた表現の自由との調整ラインを急激に変更することは許されない。このように、立法裁量を広く認めつつ、それに一定の限界ラインを設定したのが2段階審査なのである。

### 3 司法と立法の共同

このように考えると、表現の自由と著作権の問題に関する違憲審査は、立法的調整を中心とした制度準拠型審査という位置づけが可能かもしれない。つまり、自由な表現空間の創出に向けて、立法による制度が適切なバランスを提供しているかどうかということである。著作権による保護が表現創造のインセンティブを刺激する一方、それがいきすぎると既存の表現を利用した表現活動が狭まってしまうおそれがある。そのため、適切な制度を設定しているかどうかを審査することになるわけである。ただし、立法は司法よりも制度構築に向けて能力的に優れていると想定されるため、立法の設定した基本構造——ここでは伝統的著作権形態——を基に審査していくことになる。

ただし、ここで司法が制度準拠型審査を意図しているとしても、そこからストレートに立法中心の憲法構造につながるわけではないことに注意が必要である。というのも、表現の自由と著作権の調整について、歴史的には司法が率先して対応してきたからである。たとえば、フェアユースは19世紀中盤から判例法理として展開してきたものを、20世紀後半になってようやく立法化したものである。しかも、1976年著作権法に

よるフェアユースの設定は、従来の判例法理を明文化したものであり、判例においてそれ以外の要素を考慮することを拒否しているわけではない。また、パロディの問題については、裁判所で個別に判断をせざるをえず、実際には裁判所が現場で表現の自由に配慮する機会を維持し続けている。こうしてみると、司法が調整の先駆的役割を果たし、立法府がそれを尊重しているという側面が垣間見えるのである<sup>(200)</sup>。

そうなると、重要になってくるのが、伝統的著作権形態に区分論とフェアユースという調整原理が含まれるかどうかである。調整原理が含まれることになれば、司法と立法の共同作業が実現しているといえる。あるいは、うがった見方をすれば、司法による憲法価値の実現をはかるべく、制度に判例法理の内容を埋め込んでいる場合には司法も当該制度を尊重していくという司法の企みがあったのかもしれない。いずれにせよ、伝統的著作権形態に調整原理が含まれるか否かは重要な論点の1つといえそうである。それでは、調整原理が含まれるかどうかについて、第1段階審査を分析しながら考えてみることにしよう。

#### 4 1段階目の審査の分析——伝統的著作権形態とは何か

Golan 判決は、①創造、②著作権、③パブリックドメインという3つの要素を取り出して伝統的著作権形態とみなしたが、その含意は明らかではない。まず、それはこの一連の流れを指すのか、それとも個別の要素を指すのかが判然としない。加えて、そもそも伝統的著作権形態はこの3つに限られるのかがわからない。というのも、Golan 判決 I では、URAA が伝統的著作権形態を変更していることに加え、①当該利用の性質、②調整原理の効果、③補強的安全弁の有無についても言及している。これは、伝統的著作権形態とは別のものとして扱うことを表しているのか、それともその審査に付随する問題として扱っているのだろうか。このように、伝統的著作権形態について明確な言及を行わなかつ

<sup>(200)</sup> Symposium, *supra* note 194, at 322.

たことに対しては、Eldred 判決におけるブライヤー判事の反対意見でも強く批判されている。ブライヤー判事によれば、「私は法廷意見が本件において限界ラインを引かなかった点にも賛同できない。たとえ明確なラインを引くことが難しくても、連邦最高裁であれば（私が判断するように）著作権法がいきすぎているかどうかを容易に判断できるはずである。そのような例示——何がいきすぎなのか——は時に絶対的なルールというよりもむしろ憲法上の指針を提供する。私の見解では、“条文、歴史、先例”が一般的な限界ラインを引くことと本件における本法の限界ラインを引くことの両方にとって有益な示唆を与えるように思われる<sup>(201)</sup>」という。

そこで、伝統的著作権形態の意味について検討を行う必要がある。たとえば、マッギンティ（William McGinty）は、伝統的著作権形態には、①著作権条項（表現の自由のエンジン）、②調整原理（区分論・フェアユース）、③歴史的展開（著作権法の歴史）の3つが含まれる可能性があるという<sup>(202)</sup>。①は、Harper & Row 判決以来、憲法の著作権条項の目的として考えられている要素であり、著作権の基盤をなす要素である。②についても、Harper & Row 判決で確認された著作権に内在するものであり、これが存在するからこそ著作権保護が正当化されるのであるから、著作権の命運を握る要素であるといっても過言ではない。ただし、③の判断は難しい。「伝統」を語るからには歴史性がなければはじまらない。しかし、伝統的著作権形態の要件が歴史性を表すものだと考えると、以下のような疑問が思い浮かぶ<sup>(203)</sup>。すなわち、第1に立法の合憲性は時代によって変化するのではないか、第2に立法府に奇妙なインセンティブを与えてしまわないか、第3に著作権制度において歴史的なものとするでないものを区別することができるのか、である。第1の問題は、た

<sup>(201)</sup> *Eldred*, 537 U.S. at 265 (Breyer, J., dissenting).

<sup>(202)</sup> William McGinty, *First Amendment Rights to Protected Expression: What Are the Traditional Contours of Copyright Law?*, 23 BERKELEY TECH. L.J. 1099, 1119 (2008).

<sup>(203)</sup> Steven J. Horowitz, *A Speech Theory of Copyright*, 2009 STAN. TECH. L. REV. 2 (2009).

とえ歴史性を有しているとしても、立法事実が変化すればその合憲性も危うくなる可能性があるため、歴史性を根拠にすることには問題があるのではないかということである。第2の問題は、歴史を徐々に積み重ねていけばいくほど正当性が強まるということになれば、著作権保護期間も延長を重ねることによって正当性が高まるという話になり、立法府に変なインセンティブを与えることになるのではないかという懸念である<sup>(204)</sup>。第3の問題は、いつの時点から、どの程度継続していれば歴史性を帯びることになるのが判然としない点である。たとえば、①イギリス以来のコモンローの伝統、②アメリカにおける伝統、③最近になって根付いた伝統など、様々な区分が可能となる<sup>(205)</sup>。

とりわけ、歴史性に着目するとき、その原形を問うのか、それともその後の変遷を踏まえて現時点まで継続している形態をみつめるべきなのか、という問題がある。先述したとおり、著作権の歴史の中で中心的役割を占めてきたのは媒介業者（書籍業者）であった<sup>(206)</sup>。当初、著作権制度において媒介業者が独占権を保有すると同時に検閲的機能を果たし、その後もかなりのプレゼンスを維持してきたからである。このため、著作権の原形を問う場合には、媒介業者の果たす役割に光が当てられることになる。だが、近代以降、著作権は作者の財産という点を中心に展開し始めたこともあり、こうした歴史的変遷にも留意しなければならない。このように、歴史性に着目するとしても、何をもって歴史的要素として取り上げられるべきなのかという問題が生じるのである。

---

(204) Recent Case, *Copyright Law—Constitutional Constraints—Tenth Circuit Subjects Copyright Statute to First Amendment Scrutiny—Golan v. Gonzales*, 501 F.3d 1179 (10th Cir. 2007), 121 HARV. L. REV. 1945, 1948-1950 (2008).

(205) J. Matthew Miller III, *The Trouble with Traditions: The Spilt over Eldred's Traditional Contours Guidelines, How They Might Be Applied, and Why They Ultimately Fall*, 11 TUL. J. TECH. & INTELL. PROP. 91, 99 (2008).

(206) 小島立「著作権と表現の自由」新世代法政策学研究8号251頁(2010年)。小島立はこの点に着目しながら、デジタル化が進んだ現代においても媒介業者の位置づけが重要であると指摘している。



また、伝統的著作権形態の要素として歴史性だけを考慮に入れると、調整原理の存在に配慮していないので表現の自由の問題を十分把握できないおそれがある。あるいは、もしそうした歴史性を根拠として判断するのであれば、区分論やフェアユースなどの要素も十分歴史的基盤を有しているといえよう。そのため、少なくとも調整原理を伝統的著作権形態に含まなければ、効果的なテストにはならないという指摘がある<sup>(207)</sup>。それでは、調整原理は伝統的著作権形態に含まれるのであろうか。

実は、本件において政府側は、Eldred 判決が示した伝統的著作権形態とは、区分論およびフェアユースのことを指しており、この2つに変更を加えた場合に限って表現の自由の問題が生じると主張していた<sup>(208)</sup>。しかし、Golan 判決 I はその主張の是非に触れずに、＜創造—著作権—パブリックドメイン＞を伝統的著作権形態として提示した。

一方、同種の問題が争われた Kahle v. Gonzales 連邦高裁判決<sup>(209)</sup> や Luck's Music Library v. Gonzales 連邦高裁判決<sup>(210)</sup> の伝統的著作権形態の理解は、Golan 判決と異なる<sup>(211)</sup>。これらの判決では、区分論およびフェアユースが伝統的著作権形態にあたるとした政府側の主張を受け入れた。このため、伝統的著作権形態の意味をめぐっては司法も混迷しているといえる。Golan 判決と Kahle 判決をあわせて考えると、伝統的著作権形態には伝統的・機能的形態に加え、表現の自由との調整原理も含まれるという指摘がある<sup>(212)</sup>。たしかに、区分論やフェアユースが伝統的

---

<sup>(207)</sup> Recent Case, *supra* note 204, at 1952.

<sup>(208)</sup> Appellees' Petition for Rehearing and Rehearing En Banc at 2, Golan, 501 F.3d 1179 (No. 05-1259), *available at* <http://cyberlaw.stanford.edu/system/files/Golan%20Response%20to%20Govt%20Petition%20for%20Rehearing.pdf>

<sup>(209)</sup> Kahle v. Gonzales, 487 F.3d 697 (9th Cir. 2007).

<sup>(210)</sup> Luck's Music Library v. Gonzales, 407 F.3d 1262 (D.C. Cir. 2005).

<sup>(211)</sup> Golan v. Ashcroft, 310 F. Supp. 2d 1215 (D. Colo. 2004); Luck's Music Library, Inc. v. Ashcroft, 321 F. Supp. 2d 107 (D.D.C. 2004), 20 BERKLEY TECH. L.J. 857 (2005). とりわけ、Golan 判決と Luck's 判決は、それぞれ別の連邦地裁ではあったものの、一審判決が同年に下されているにもかかわらず、対極的な判断が下されている。

形態に組み込まれていなければ表現の自由への配慮がなされていないことになるのだから、これも含まれると考えることには相応の説得力があるようにみえる。

それでは、なぜ Golan 判決は、調整原理が伝統的著作権形態に含まれることを明言しなかったのであろうか。Golan 判決 I の判断構造をみると、①創造、②著作権、③パブリックドメインが伝統的著作権形態であることを明らかにした上で、URAA には調整原理が働かないことと、その他に表現の自由に配慮する補充的制度も存在しないことに言及して 2 段階審査に移っている。2 段階審査に移る前に調整原理に触れていることを考えれば、順序的には 1 段階審査の範疇に含まれることになるので、調整原理も伝統的著作権形態に含まれると考えているようにみえる。

しかし、他方で、もし調整原理が機能する場面であれば、たとえ伝統的著作権形態が変えられている場合であっても、調整原理を理由に合憲にしてしまう方法として用いられてしまう可能性もある。たとえば、視覚芸術著作権法<sup>(213)</sup>は著作者人格権を新たに設定していることから伝統的著作権形態を変えているという指摘がある<sup>(214)</sup>。著作者人格権の設定自体が大きな変更であることに加え、従来から存在しているフェアユースとの関係にも影響を与えるからである<sup>(215)</sup>。このとき、もしこの法律が伝統的著作権形態を変更していても、調整原理が機能しているのであれば、表現の自由の問題を判断する必要はないと考えることも可能になるだろう。

---

(212) J. Blake Pinard, *Defending the Public Domain: The First Amendment, the Copyright Power, and the Potential of Golan v. Gonzales*, 61 OKLA. L. REV. 395, 418 (2008).

(213) Visual Artists' Rights Act of 1990, 17 U.S.C. 106 (A).

(214) Matt Williams, *Balancing Free Speech Interests: The Traditional Contours of Copyright Protection and the Visual Artists' Rights Act*, 13 UCLA ENT. L. REV. 105, 123 (2005).

(215) 本法とフェアユースとの関係について分析したものとして、松川実「フェア・ユース法理と著作者人格権」青山法学論集 51 巻 1・2 合併号 363 頁 (2009 年)。

### (1) パブリックドメイン

本件は、結果的には原告側が敗訴しており、表現の自由の主張が著作権に優先したわけではない。しかしながら、本件の射程は原告の権利だけにとどまらず、より広範なものであると指摘される<sup>(216)</sup>。なぜなら、本件は、パブリックドメインに入っている作品を使用することは、表現の自由の保障範囲に含まれることを示したようにみえるからである。そのため、本件は、パブリックドメインの著作物の使用に対して修正1条の保護を及ぼしたものであり、その境界ラインに影響を及ぼす立法は一般レベルで表現の自由の問題を惹起することを示唆したものと理解できる。それでは、パブリックドメインとはそもそも何なのであろうか。

Black's Law Dictionary によると、パブリックドメインとは、「知的財産権によって保護されていないため誰もが発明又は創作物を使用できる領域のこと<sup>(217)</sup>」と定義される。レッシグは、このパブリックドメインがアン制定法以来、ずっと存在してきた歴史的伝統のあるものであるという<sup>(218)</sup>。とりわけ、レッシグによると、アン制定法による著作権保護期間の切れた後でもコモンロー上の著作権保護が及ぶかどうか争われた Donaldson v. Beckett 判決<sup>(219)</sup> がパブリックドメインを認める契機になったとする。この判決が、著作権保護についてコモンローから制定法への変遷が行われたことを確認しただけでなく、同時に、制定法の著作権保護期間が切れた後は保護されないことを示したことがパブリックドメインの存在につながったというのである。

もっとも、パブリックドメインという言葉が登場するのは、19世紀

---

(216) Brian Lee Pelanda, *Copyright's "Traditional Contours" and "Bedrock Principles": Golan's Potential to Secure First Amendment Protection over the Public Domain*, 31 WHITTIER L. REV. 547, 584-587 (2010).

(217) BLACK'S LAW DICTIONARY, 1349 (9th ed., 2009).

(218) LAWRENCE LESSIG, *FREE CULTURE: THE NATURE AND FUTURE OF CREATIVITY* 92-94 (2003). なお、邦訳についてはローレンス・レッシグ (山形浩生訳) 『Free Culture』116 - 119 頁 (翔泳社、2004 年) を参照。

(219) Donaldson v. Beckett, 1 Eng. Rep. 837 (1774).

末になってからのことである。Singer Mfg. Co. v. June Mfg. Co. 連邦最高裁判決<sup>(220)</sup>で、初めて連邦最高裁はパブリックドメインという言葉を用いた<sup>(221)</sup>。しかも、このとき、連邦最高裁はパブリックドメインを公共財産（public property）や公衆の権利（publici juris）という言葉と互換的に使用していた<sup>(222)</sup>。そのため、人々が共有財産を利用するという意味合いも含まれていた。ところが、1945年以降は、パブリックドメインという言葉のみが用いられるようになり、「……共同体のルールに従って人々が利用する『コモンズ』を想起させる『共有の財産』から、誰も利用について責任を負わないので保護されない『無主の領域』へと変化している」<sup>(223)</sup>。

こうして、誰でも使用できるというパブリックドメインという空間があたかも現実に存在するかのように語られるようになったわけであるが、当初公共財産や公的権利と互換性のある言葉として使用されていたことの影響もあり、最近ではこれにアクセスする個人の権利が主張されることがある。

たとえば、ランゲ（David Lange）は、「新たな知的財産の利益を認めるのであればそれに合わせてパブリックドメインにおける個人の権利を慎重に認めることによって相殺すべきである<sup>(224)</sup>」とし、パブリックドメインを守るために、判断がきわどい著作権の問題については被告の方に有利な推定を行うこと、著作権を排他的権利とみなすべきではないこ

<sup>(220)</sup> Singer Mfg. Co. v. June Mfg. Co., 163 U.S. 169 (1896).

<sup>(221)</sup> 紙谷雅子「コピーライトにおける『プライヴェット』の復活と『パブリック・ドメイン』」法律時報81巻2号73頁（2009年）。

<sup>(222)</sup> たとえば、公衆の権利という言葉について、連邦最高裁は Cheavin v. Walker (1877), 5 Ch.Div. 850, 863 を引用しながら、つぎのように述べている。「この特許の期限によって既に特許取得された物を使用するために世界中に開かれることは明らかである。それは発明者が特許のために考慮しておくべきことである。発明は公衆の権利になるのである」。163 U.S. at 194.

<sup>(223)</sup> 紙谷・前掲注（221）73頁。

<sup>(224)</sup> David Lange, *Recognizing the Public Domain*, 44 LAW & CONTEMP. PROB. 147 (1981).

とが重要であるとする<sup>(225)</sup>。ここでランゲは、パブリックドメインにアクセスする個人の権利があるかのように語っているが、その内実は明らかではない。つまり、パブリックドメインという存在を頭の中でイメージできたとしても、それが具体的に個人の権利とどのように結びつくのかがはっきりしないのである<sup>(226)</sup>。そもそも、パブリックドメインは個人の権利と関わる場面がありうるのであろうか。これを検討するためには、パブリックドメインの定義をもう一度検討しておかなければならない。

リットマン (Jessica Litman) によると、パブリックドメインとは、「著作権が保護していない著作物等を含むコモンズ」であるという<sup>(227)</sup>。これは、「著作権によって保護されていない著作物」という形で、かなり明確な定義を行うものといえる。しかしながら、実際にはそのような明確な区切りはできないとベンクラー (Yochai Benkler) はいう<sup>(228)</sup>。というのも、そのような定義は著作権によって保護されている著作物の使用を完全に排除してしまうからである。そうすると、たとえば、フェアユースに該当する場合の著作物の使用はパブリックドメインに含まれないということになってくる。この批判を受けとめて定義を修正すれば、パブリックドメインとは、特定の者が排他的使用権を有することなく、誰でも自由に利用可能な領域となる。だが、ボイル (James Boyle) は、ここという自由には様々な意味が含まれることを考慮しなければならないとする<sup>(229)</sup>。たとえば、金銭的コストがかからないという意味で「自由」(free) だとしても、実際の著作物は物理的なものに付随している場合が多い。たとえば、著作権の切れた書籍を利用する場合であっても、そ

---

<sup>(225)</sup> *Id.* at 150.

<sup>(226)</sup> James Boyle, *The Public Domain: The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROB. 33, 59 (2003).

<sup>(227)</sup> Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 EMORY L.J. 965, 968 (1990).

<sup>(228)</sup> Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, 74 N.Y.U. L. REV. 354, 361-362 (1999).

<sup>(229)</sup> Boyle, *supra* note 226, at 61-62.

の書籍自体を購入する必要がある。つまり、著作権自体のコストがなくなっても、それに伴うコストがかかる場合があり、それを踏まえた上で「自由」を考えなければならないというのである。このように、著作物の使用方法は千差万別であって、そのたびごとにパブリックドメインの捉え方にも違いが生じる可能性が高い。そこでボイルは、パブリックドメインは1つの定義で把握できるものではなく、複数の定義によって理解すべきものであると提案している<sup>(230)</sup>。

## (2) パブリックドメインと修正1条の権利の関係

このように、パブリックドメインの概念については複数の定義が成り立つことを念頭に置いた上で、そのアプローチをおおまかに2つに分類すると、著作権保護の終了後にもたらされる状況を考慮するものと、著作権保護終了後の著作物に対してアクセスする権利を視野に入れるものとに分けられる<sup>(231)</sup>。このうち、前者はパブリックドメインという存在自体に関心を向けるものであるため、それに変化をもたらし立法に対して対抗しようとする意味合いまでもたない。一方、後者は、アクセスする権利を念頭に置くため、パブリックドメインの作品の使用を妨げるような立法に対しては権利侵害を主張することになる。この点、Golan 判決は後者のアプローチをとっているので、パブリックドメインの射程を大幅に拡大したといえよう。

もっとも、このような理解をするためには、どのようにしてパブリックドメインの作品を利用する権利が発生するのかを明らかにしなければならない。シルド (Jonathan N. Schildt) や R・タシュネット (Rebecca Tushnet) らは既存の表現物を使用することは自己表現の本質的部分で

---

<sup>(230)</sup> JAMES BOYLE, THE PUBLIC DOMAIN 231 (2008). また、ボイルは、パブリックドメインを論じるにあたり、オープンネットワークやオープンシステムなどの重要性が一般に見落とされがちであることに注意を喚起している。

<sup>(231)</sup> Jonathan N. Schildt, *One's Own Speech: First Amendment Protection for the Use of Public Domain Works in Golan v. Gonzales*, 58 DEPAUL L. REV. 219, 222-223 (2008).

あるという<sup>(232)</sup>。この観点からすれば、個人の表現の自由として、パブリックドメインの作品を利用する権利があるということになる。

また、リットマンによれば、あらゆる作品は既存の言論の上に成り立っており、パブリックドメインは自由な創造を行うために不可欠なものであるという<sup>(233)</sup>。そして、パブリックドメインの作品を使用する場合、新たな創造を行う目的で使用するわけであるが、それはパブリックドメインの作品を広げることにもなるという。そのため、その使用は使用者と原作との相互作用になるだけでなく、その影響を受ける者たちとの幅広いコミュニケーションにつながることになる。そして、原作の流通によって、言論が促進され、自由なディスコースを創りあげていくことになる。

こうしてみると、人が表現または創造を行うためにはパブリックドメインの作品を使用することが不可欠であるという点に、パブリックドメインの作品を使用する権利の根拠があるように思われる。実際、Golan 判決Ⅰの控訴審も、パブリックドメインに入った作品を用いる利益があると述べている。ただし、こうした利益が自然的自由に基づくのか、それとも制度上の権利に基づくのかは定かではない。これについては、表現空間論とも関連するので「6 再び表現空間論へ」であらためて検討することにして、著作権が表現の自由を侵害すると認定された場合、具体的にどのような審査を行うべきかを先にみておくことにする。

## 5 2段階目の審査の分析——内容規制・内容中立規制の区分の是非

Golan 判決では、Golan 判決Ⅰが表現の自由の侵害を認定し、Golan 判決Ⅱで当該制限の合憲性審査が行われた。Golan 判決Ⅱによれば、URAA は内容中立規制であることから中間審査基準が妥当するとし、本件規制が著作権保護を促進する目的で外国作品の著作権保護を行ったこ

<sup>(232)</sup> *Id.* at 237; Tushnet, *supra* note 149, at 538.

<sup>(233)</sup> Litman, *supra* note 227, at 967.



とはアメリカ人の著作権保護につながることから目的と手段が一致しており、さらにそれは創作するインセンティブにつながるため合憲であると判断した。

チョイ (Daniel Choi) は、Golan 判決が2段階審査を具体化したことについて評価しつつ、2段階目の表現の自由の審査において内容規制・内容中立規制の観点を持ち出したことを批判する<sup>(234)</sup>。チョイは、この方法が不適切な理由として、著作権が内容規制か内容中立規制かで割り切れない複雑な性格を有していることを挙げる。とりわけ、本件のように、パブリックドメインに入っている作品を自由に使用したいということが問題になっている場合、内容規制・内容中立規制のいずれかに該当すると判断することはできないという。

そうすると、残された手段は、内容規制・内容中立規制の区別にこだわらずアドホックな比較衡量テストを用いるという方法が考えられる。とりわけ、本件のように制度上の権利が問題になっている場合には、双方の客観的利益のバランスをとって判断する必要があることから、比較衡量になじみやすいといえる。

また、比較衡量は、(A) の場面（権利対権利）でも適用可能という指摘もある<sup>(235)</sup>。ただし、この場面では自然的自由としての表現の自由が問題となるため、比較衡量が適切かどうかについては別途検討が必要であろう。なお、この場面で比較衡量を行うのであれば、フェアユースをベースにしながら、新しい5番目の要素を組み入れて比較するという方法が考えられる。たとえば、Harper & Row 判決におけるブレナン判事の反対意見を基に考えると、それはフェアユースの4要素にパロディ作品の情報伝達性という要素を加味して、それらを総合して判断することになる。この方法ではフェアユースに修正を施して対応するという形

<sup>(234)</sup> Daniel Choi, *Golan v. Gonzalez: The Stalemate Between the First Amendment and Copyright Continues*, 9 N.C.J.L. & TECH.219 (2008).

<sup>(235)</sup> Miller III, *supra* note 205, at 113.

になる。一方、フェアユースに基づく判断はケースバイケースの判断になってしまうことから予測可能性に欠け、表現の自由に萎縮効果をもたらすおそれがあるため採用すべきでないという見解もある<sup>(236)</sup>。

## 6 再び表現空間論へ

Golan 判決が具体化した2段階審査により、表現の自由と著作権の問題を密接に扱うことが可能になった。そのため、表現の自由と著作権の問題は審査基準論を中心に理論的分析が進んでいる。こうした傾向はこれまでの学説と距離があるのかというと、そうでもない。むしろ、2段階審査を制度準拠型の審査基準であるとみなすことは、バルキンのいうところの民主的文化論に親和的である。文化は先人の創造の積み重ねによって成り立っており、そもそも創作行為自体に他の作品利用が含まれているのである<sup>(237)</sup>。したがって、著作権制度の創設は自由な表現空間の整備に密接に関連するものであり、政治部門は適切な調整を行いながら制度設計をしていかなければならない。その際、政治部門には第一次的判断に関する裁量が認められるが、その運用や改正の場面において、裁判所は調整原理が適切に機能しているかどうかをチェックすることができる。このとき、運用の場面では、パロディなどがフェアユースに該当するか否かが問題になる事案なので、裁判所が個人の主観的権利の問題として判断することが可能である。しかし、制度の改正については個人の主観的権利の問題というよりも表現空間の適否の問題となるので、裁判所が制度設計の妥当性に深く踏み込んで判断することは難しい。そこで2段階審査が登場し、裁判所は伝統的著作権形態を変更していないかどうかをチェックすることに専念し、変更が認められれば表現の自由の問題の審査に踏み込むわけである。

---

<sup>(236)</sup> Charles C. Goetsch, *Parody as Free Speech: The Replacement of the Fair Use Doctrine by First Amendment Protection*, 3 W. NEW. ENG. L. REV. 39 (1980).

<sup>(237)</sup> Julie E. Cohen, *Copyright, Creativity, Catalogs: Creativity and Culture in Copyright Theory*, 40 U. C. DAVIS L. REV. 1151 (2007).

もつとも、このような表現空間の問題は表現の自由と密接に関連しているとはいえ、あくまで制度の問題である。そうだとすれば、表現空間という制度の問題に対して、誰がいかなる資格で訴訟を提起できるのだろうか。これは先に触れた問題——すなわちパブリックドメインにおける作品を自由に使用する個人の権利が存在するかどうかという問題——に関連するものであり、これを制度と権利の観点からもう一度検討する必要がある。

まず問題となるのは、訴えの利益が認められるかどうかである。この点につき、Eldred 判決や Golan 判決は、かなり緩やかに訴えの利益を認めている。Eldred 判決ではパブリックドメインに入るはずだった作品を使用できなくなったことを利益とし、Golan 判決ではパブリックドメインの作品を途中で使用できなくなったことを利益として認めているからである。とくに Eldred 判決は、まだ著作物を使用する権利の行使に至ってもいないのに、まるでその使用を期待する権利が侵害されたといわんばかりの主張が裁判の俎上に載っている点が興味深い。これらの判例をみていると、表現空間のように制度が権利の実現に密接に絡んでいる場合、制度の歪みが権利に与える影響が大きいことを考慮して、訴えの利益を緩やかに解しているように思える<sup>(238)</sup>。

ただし、こうした利益が認められたからといって、それがすぐに表現空間を是正するための主観的権利になるとは言い難い。それには、何らかの理論的説明が必要となる。これについて奥平康弘は、制度があるからこそ権利を主観的に活用できるという立場に立ちながら、制度運用には制度管理者だけの修正では不十分なところがあり、制度の効用の受け手である個人が制度周縁にはめ込まれている権利に基づき是正要求することを認める点に権利の客観的存在意義があるとする<sup>(239)</sup>。雑駁にいえば、権利が制度を基盤とするからこそ、制度の是正を要求する権利が制

---

(238) ただし、このような関係について、国家の義務と国民の権利が表裏一体の関係にあるとまで言い切れるかどうかは別途検討の余地がある。

度上認められる余地があると述べているわけである。この考え方に立脚すれば、自由な表現空間に支障をきたすような著作権制度に対して、個人が訴えを提起する余地が生じてくる。もっとも、奥平自身、各論的な部分を検討する必要があると述べているように<sup>(240)</sup>、このアプローチが表現の自由の文脈においてどのような論理展開をすることになるのかを考えなければならない。

この点につき、制度的観点から表現の自由論を展開しているのがシャウアー (Frederick Schauer) である<sup>(241)</sup>。シャウアーは表現の自由を原理的に解析するのではなく、制度に絡めて考えていくべきだとする<sup>(242)</sup>。シャウアーによれば、表現の自由それ自体に内在する価値に着目するのではなく、様々な制度が表現の自由のルールを敷設している点に着目して、表現の自由を考えていくべきであるという<sup>(243)</sup>。そこでは、ある表現行為がその制度の中で認められた行為かどうか1つの指針になる。したがって、表現の自由の問題は、最初に表現の自由の価値が制度の中に内在しているかどうかを判断し、それが含まれている場合には、つぎに当該表現行為が制度によって権利として付与されたものかどうかを判断することになるというのである。これを表現空間と著作権の問題にあてはめると、表現空間は情報の自由な流通を目指しているものであるから表現の自由の価値を帯びている。そして、その具体的制度たるパブリックドメインに入っている作品を使用する制度上の権利がすべての者に認

---

(239) 奥平・前掲注 (16) 100 頁。

(240) 奥平・前掲注 (16) 100 - 101 頁。

(241) シャウアーの議論については、小林伸一「表現の自由論における脱原理基底論——S・フィッシュ、R・ポズナー、F・シャウアーの比較検討を通して」法政論叢 42 巻 2 号 98 頁 (2006 年) 参照。関連して、奈須祐治「フレデリック・シャウアー——合衆国憲法解釈におけるルールの意義」駒村圭吾・山本龍彦・大林啓吾編『アメリカ憲法の群像』(尚学社、2010 年) も参照。

(242) Frederick Schauer, *Towards an Institutional First Amendment*, 89 MINN. L. REV. 1256 (2005).

(243) *Id.* at 1274-1275.

められている以上、これに変更を迫る立法については、権利侵害として訴訟を提起できるようになるわけである。もっとも、シャウアーの議論は、制度から様々な価値が生み出されていくと考えるため、政治部門の意思を尊重しすぎるきらいがある。また、制度に依拠しない自然的自由としての表現の自由をどのように考えるのかが明らかではない。そのため、シャウアーのアプローチは、表現空間のような公共財の性質を帯びる制度と権利の場面において最も妥当すると思われる。表現の自由には個人の権利としての側面と、制度に依拠する側面とがあり、後者における権利行使の説明としてシャウアーの議論を援用するのが適切だと考える。

ところが、表現空間論は、著作物の私的使用を考慮に入っていないことから、個人の権利を十分発揮できないという批判がある<sup>(244)</sup>。ロスマン (Jennifer E. Rothman) は、自分のアイデンティティを認識するためには様々な著作物を私的に使用することが不可欠であるという。なぜなら、人間が物事を考えたりある感情を表現したりする際に、しばしば既存の著作物を使用することがある。そのため、著作物の使用は民主政や文化に貢献するという場面のみならず、個人が私的に使用する場面においても自由に使用できなければならないというのである<sup>(245)</sup>。しかし、民主政や文化を基にする議論は、こうした個人の主観的権利を認める余地を残さないため、著作物の使用に関する議論としては不十分であると批判するわけである。

しかし、先述したように、バルキンの民主的文化論は、表現の自由の主観的権利の側面を排除するわけではない<sup>(246)</sup>。バルキンは、従来の個

---

(244) Jennifer E. Rothman, *Liberating Copyright: Thinking Beyond Free Speech*, 95 CORNELL L. REV. 453 (2010).

(245) *Id.* at 508-511. ロスマンによれば、こうした権利は表現の自由ではなく、実体的デュープロセスの権利として保障されるという。なお、日本はフェアユースの規定こそ設けていないものの、著作物の私的使用に関する規定は存在する。たとえば、著作権法 30 条は複製の私的使用について定めている。

人的な表現の自由に加え、民主的文化という側面を加味して考えていく必要があると提示しているからである。実際、表現の自由と著作権の問題は制度的問題と別に、フェアユースの適用事例において、ケースによってはパロディ作品等を過度に制約してしまう場合——冒頭の（A）の場合——もありうる<sup>(247)</sup>。この場合、フェアユースという制度自体を違憲とするのではなく、差止なり損害賠償なりを認めた裁判所の判断について、それが個人の表現の自由の権利を侵害しているかどうかを判断することになる。

## 後序

本稿では、表現の自由と著作権の問題を憲法問題として捉えた上で、両者の制度的調整を検討してきた。まず、歴史的にみると、検閲を伴う出版事業の独占からスタートし、近代著作権制度の確立とともに独占形態が解体されたことから、表現の自由と著作権が表裏一体の関係として同時併行的に展開してきたことが判明した。要点をかいつまんでいえば、出版事業の免許制から始まり、書籍業者の独占形態が続いた後、立憲主義の萌芽とともに自由な表現空間の創設に伴う形で著作権者の権利が法的に承認（アメリカの場合は憲法がその制度化を規定）されるに至ったといえる。すなわち、免許制——独占状態——独占の法的解体——実定法化という流れがあったわけである。

このように、近代著作権制度が自由な表現空間の創設を目指していたことを踏まえると、表現の自由の前制度的側面と要制度的側面<sup>(248)</sup>のう

---

<sup>(246)</sup> 最近では個人のアイデンティティを認識するためには、文化の存在が不可欠であるという議論もあり、文化と個人を接合させるようなアプローチも検討する必要があるだろう。これについては、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 206 - 209 頁（2009 年）参照。

<sup>(247)</sup> この問題について適用違憲の可能性を示唆するものとして、長谷部・前掲注（5）181 頁。

ち、表現の自由と著作権の問題は主に後者の問題となることがわかる。そのため、第1次的には、政治部門が制度創設に関する責任を果たさなければならない。そこでは政治部門にある程度の裁量が認められるが、まったくのフリーハンドというわけではない。あまりに不合理な制度設計や表現空間を狭めるような制度変更を行う場合には司法によるチェックが必要となる<sup>(249)</sup>。それゆえ、裁判所の用いる2段階審査基準は、まさに自由な表現空間を維持できるか否かという点に着目したものになっている。したがって、著作権制度が自由な表現の流通に支障をきたすような場合には、制度上の権利を持ち出して裁判の俎上に載せ、2段階審査を行うことが肝要であると思われる。

こうしたシステムを理論的に説明するためには、表現空間と著作権制度を結びつける議論が重要になる。とりわけ、バルキンの民主的文化論は、政治部門の制度設計を重視しながら、それに参加する市民の権利に着目している点が興味深い。もっとも、表現空間の議論には問題がないわけではなく、以下にその課題を挙げて本稿を締めくくりにしたい。

第1に、本稿の中で「表現空間」の明確な定義をしなかったことからうかがえるように、この議論自体、論者によってその基盤とするものが違うこともあり、その内容や射程にばらつきがある。そのため、それぞれの論者がいかなる立場から議論を展開しているのかを吟味する作業が必要である。これは、いわゆる権利と制度の問題<sup>(250)</sup>にも関連するものであり、国家の制度設営義務の1つという見方もありうる<sup>(251)</sup>。これについては、別途、各論者の考える表現空間論を検討しなければならない。

第2に、表現空間を論じる場合であっても、自然的権利としての表現

---

(248) 前制度的権利と要制度的権利については、稲田恭明「人権は何を要求し得る権利か——人権の規範的効果の再考」井上達夫編『人権論の再定位 5 人権論の再構築』76 - 79 頁 (2010 年)。

(249) なお、知的財産制度に関する司法審査について言及した最近の論稿として、横山久芳「文化・産業の振興と個人の権利」ジュリスト 1422 号 85 頁 (2011 年) がある。



の自由がまったく不要になるわけではないことにも注意しなければならない。というのも、自然的権利と制度的権利という2分論で分けられるほど、この問題は単純ではないかもしれないからである。

たとえば、ベイカー（C. Edwin Baker）は、一見すると著作権は表現空間の問題のようにみえるものの、そのように取り扱うことには重大な欠陥があるとする<sup>(252)</sup>。著作権は原作以外の表現を他者に強要するため、法制度を利用した内容規制になっている。だが、表現空間の問題としてしまうと、自由な表現の流通にばかり目がいきまいて、かかる内容規制の問題を見逃してしまう。そのため、個人の表現の自由の問題として考えるべきだというのである。

それとは逆に、表現の自由の個人的権利への回帰ではなくて、むしろ著作権を個人の財産権として捉えることで両者の調和をはかろうとする

(250) これに関する最近の議論として、たとえば、石川健治「基本的人権の主観性と客観性」西原博史編『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』3頁（岩波書店、2007年）、鶴沢剛「制度複合体としての憲法」立教法学80巻246頁（2010年）、小山剛「人権と制度」西原博史編『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』49頁（岩波書店、2007年）、西原博史「憲法上の権利と制度との関係をめぐって」長谷部恭男・中島徹編『憲法の理論を求めて——奥平憲法学の継承と展開』201頁（日本評論社、2009年）などがある。

(251) 長谷部恭男『憲法の理性』128－149頁（東京大学出版会、2006年）。たとえば、長谷部恭男によれば、国家による自由は、①防御権の実効的救済義務、②防御線設営義務、③一定の制度または公共財の提供義務の3つに分けられるという。①は国家からの自由を要求する防御権といえども実効的な保護手段が必要であり、その意味で国家による制度設計が必要になるというものである。具体的には裁判制度を指す。②は、国家の創設する防御線によって守られる自由のことをいい、一般的自由もそうした法制度によって保護されることで実効的に行使できるようになるというものである。③は、権利行使の前提として制度が必要になる場面と公共財の提供が必要になる場面とに分かれる。前者は、契約や婚姻などの権利は一定の制度の存在によって初めて実効できるものであり、それを設営する義務が国家にあるというものである。後者は、自由な表現空間の確保が典型例であり、国家は豊かで多様な情報がいきわたる制度設計を行わなければならないというものである。

アプローチもある。ゴードン (Wendy J. Gordon) は、著作権を自然権的な財産権とみなすことによって、表現の自由を持ち出さずとも、著作物にアクセスする公的権利が生じる余地がでてくるという<sup>(253)</sup>。ゴードンによると、財産権には独占的に使用する権利が付随するのが常であるが、本来誰もが使用できたものに財産権を設定する場合はそれを使用できる余地を残しておかなければならなくなる。著作権は、誰もが使用できるものを用いて創作という労働によって財産権を獲得するものであることから、著作権には完全に独占権があるわけではなく、それには公衆が使用する余地が認められていなければならない。このように考えれば、表現の自由を持ち出さなくても、著作権という財産権に内在する限界を炙り出すことによって、それにアクセスする公的権利を導き出せるというのである<sup>(254)</sup>。

こうしてみると、表現の自由と著作権の問題を考える場合には、表現空間のみならず、個人の表現の自由はもちろんのこと、著作権自体の概念も再考しなければならないといえる<sup>(255)</sup>。これは、冒頭で区分した (A) の問題にも関連してくるものであるが、そこでは著作権が財産権なのか

---

(252) C. Edwin Baker, *First Amendment Limits on Copyright*, 55 VAND. L. REV. 891 (2002). ベイカーによれば、表現の自由はあくまで自己表現を自由に決定できることを保障しているのであって、プレスと自由とは区別されるという。そして、著作権との関係では、著作権制度が自己表現を規制することから内容規制にあたりと主張している。なお、ベイカーの議論については、営利表現の文脈ではあるが、蟻川恒正「会社の言論」長谷部恭男・中島徹編『憲法の理論を求めて——奥平憲法学の継承と展開』121 頁 (日本評論社、2009 年) が詳しい。

(253) Wendy J. Gordon, *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 YALE L.J. 1533 (1993). また、消費者の観点から著作権にアプローチする見解もある。See Joseph P. Liu, *Enabling Copyright Consumers*, 22 BERKELEY TECH. L.J. 1099 (2007). こうした点に着目することは、著作物の使用が「受け手の側の表現の自由」という議論に絡みあう余地がでてくる。

(254) Waldron, *supra* note 78, at 842. しかしながら、著作権を自然権とみなしてしまうと、やはりそれを使用することは窃盗と変わらないのではないかという理論的問題が残る。

人格権なのか、はたまた両方を含む概念なのかを場面ごとに考える必要がある。これについては、抽象的な概念論のみならず、具体的な問題となるケースを素材にしながら考察する必要がある、先の表現空間論と併せて、今後の検討課題としたい。◆

---

(255) Robert Kasunic, *Preserving the Traditional Contours of Copyright*, 30 COLUM. J.L. & ARTS. 397, 427 (2007). そもそもこの問題は著作権を犠牲にして表現の自由を優先させようという単純なものではないことに注意しなければならない。

◆ 本稿を執筆するにあたり、憲法問題研究会（2010年11月6日於早稲田大学）にて途中経過を報告させていただく機会を得、奥平康弘先生や樋口陽一先生をはじめとする緒先生方に鋭いご指摘と大変有益なご助言をいただいた。記して感謝申し上げたい。