

情報通信時代における著作権の憲法問題

| | | |
|-------|-------|-----------------------------------|
| 研究代表者 | 酒井麻千子 | 東京大学大学院情報学環特任助教 |
| 共同研究者 | 大島義則 | 長谷川法律事務所・弁護士 広島大学大学院法務研究科客員准教授 |

1 はじめに

デジタル技術の発展に伴い、著作物の創作・流通・利用環境は大きく変化した。インターネット登場以前においては新聞、放送等の巨大なマスメディアが情報提供者の中心であり、一般消費者は情報の受け手の地位に立たされることが多かった。しかし、デジタル技術の発展に伴い、従来、著作物をただ享受する者として位置づけられていた利用者の創作・利用行為が顕在化した。インターネット上のユーザは、コンピュータやインターネットを駆使して自ら作品を創作し、広く世界に向けて公表する機会を得、また作品を多様な環境下で享受し、利用するようになり、このことからインターネット上における個人の表現の自由や行為自由の範囲が飛躍的に拡大した。他方で、著作権法は、SNS 上の書き込み、他者の著作物を用いて行うパロディ、クラウドサービスの利用、インターネットを利用する遠隔地テレビ視聴サービスの提供などに対して制約を課す場合があり、ネット上の個人の表現の自由等の憲法上の権利に対する規制立法としての性格を強めている。

近年、デジタル技術の発達を背景に著作権法の立法政策及び法解釈論が活性化しているが、基本的には著作権法の枠組にのっとった議論が中心であり、表現の自由や財産権等の憲法上の権利の視点から法改正や裁判例・学説の解釈の正当性について今一度問い直される必要がある。

これまで、著作権における憲法問題の研究としては表現の自由からの観点のみに焦点が当てられることが多く¹、財産権やプライバシー等のその他の憲法上の権利の観点は捨象される傾向にあった。しかし、たとえば私的複製のような外部的表現を伴わない行為の自由をどのように正当化するかなど、表現の自由の観点では捌いきれない問題群が存在していることも認識され始めている。情報通信技術の革新により著作権法をめぐる憲法問題は複雑化・先鋭化しており、著作権法の立法政策・法解釈を行うにあたっては、様々な憲法条項との関係を検証する必要がある。

本研究は、このような著作権の憲法問題をめぐる現代的課題を念頭に、日独米の三ヶ国の憲法及び著作権法制を比較・検討することを通じて、情報通信社会のあるべき著作権と憲法の関係を探求することを目的とし、研究調査を行った。

2 アメリカにおける著作権の憲法問題

2-1 著作権のパラドックス

(1) M.Nimmer のパラドックス：憲法条項の衝突問題

アメリカ法における憲法と著作権の関係性は、「著作権のパラドックス」という形で把握されてきた。M.Nimmer は、1970 年の「著作権は、言論及び出版に関する修正 1 条の保障を侵害するか」と題する論文において、憲法と著作権の緊張関係に関する「広く無視されたパラドックス」を提示した²。

Nimmer は、合衆国憲法修正 1 条が「連邦議会は……言論又は出版の自由を侵害する法律を制定してはならない」と規定していることから、「著作権法はこの命令に直面して、直接的に吹き飛んでしまうのではないかと疑問を呈し、特に修正 1 条の「法律を制定してはならない」の文言を文字通り解釈するブラック裁判官の絶対主義的アプローチ (absolutist approach) を採用した場合には著作権法を合憲とするのは困難である、とする。また、Nimmer は、著作権法は修正 1 条の文言ではなく別の箇所つまり著作者に「著作」に関する「排他的権利」を明示的に連邦議会が付与することを認める合衆国憲法 1 条 8 節 8 号 (著作権条項) による修正 1 条の保護のビルトインされた適用除外 (built-in exception) を検討する。しかし、この議論については、修正 1 条を完全に文字通り読むと、修正 1 条は (本体の) 修正と認識しなければならず、著作権条項を含む

メインの憲法本体と矛盾するものには取って代わることになり、もし連邦議会の権限が権利章典により課された制限に服さないならば、このような制限は無意味になることを指摘する。さらに、Nimmer は、もし著作権条項が修正 1 条を機能不全とするならば、なぜ逆に修正 1 条が著作権条項及びそれに基づく法律を無効にしないのか、との疑問を呈し、ここにおいて、ブラック裁判官の絶対主義的アプローチに戻るということになる、という。

Nimmer は、こうしたブラック裁判官の絶対主義的アプローチに依拠した修正 1 条と著作権条項の文言上の衝突を回避するために、ブラック裁判官の絶対主義的アプローチを退け、定義付け衡量 (definitional balancing) と呼ばれる手法を用いて、著作権側の天秤に著作権独占による経済的インセンティブ及び未発表著作物に対するコモン・ロー上のプライバシーを置き、表現の自由側の天秤に自己実現 (self-fulfillment)、自己統治 (self-government) 及び暴力的行為に対する安全弁 (safety-valve) 機能を置いて、対象利益を特定の上で、アイデア・表現二分論 (Idea-Expression Dichotomy) を基礎とした定義づけを行う。また、Nimmer は、表現の自由の観点からフェアユースの法理を位置付けている点にも留意が必要である。

(2) N.W. Netanel の著作権のパラドックス： Speech vs. Speech

N. W. Netanel は、その著書『著作権のパラドックス』³の第 1 章「イントロダクション：広く無視されたパラドックス」の中で、Nimmer のパラドックスに再検討を加える。Netanel は、第 1 章「イントロダクション：広く無視されたパラドックス」の冒頭において、連邦最高裁が「表現の自由のエンジン (the engine of free expression)」と呼ばれる議論によって著作権を擁護する一方で、著作権が言論に負担を課している事実を指摘する⁴。そして、「なぜ著作権と表現の自由の間の衝突は、そんなに激しくクローズアップされるのか。問題となっているのは、何の価値及び実践か。どのようにその衝突は解決されるべきか。これらが、本書が答えを求める原理的問いである。」とし、「その中核において、実際、著作権は表現の自由のエンジンとして奉仕してきた。修正 1 条の目標と一貫して、憲法は連邦議会に……著作権法を実施する権限を付与している」とする一方で、「現在の情勢及び条件下では、著作権はその伝統、言論強化的な中核から逸脱し、著作権は自由な言論を保障する修正 1 条に横たわる価値に受忍できない負担を課している」とする⁵。

(3) 2 つのパラドックスの比較・検討

Nimmer と Netanel の提示する著作権のパラドックスには、微妙な相違があるように思われる。Nimmer は、ブラック裁判官の絶対主義的アプローチを採用した場合における修正 1 条と著作権条項の文言上の衝突又はパラドックスを回避する処方箋として定義付け衡量論を提示する。他方で、Netanel の場合、著作権条項の背後に「表現の自由のエンジン」論が控えていることを前提として、修正 1 条の言論の自由保障と著作権条項の背後にある修正 1 条的価値との間の衝突又はパラドックスを問題としている。Nimmer の著作権のパラドックスを前提としつつ、Netanel の議論は、合衆国憲法内の文言衝突問題の背後に潜む Speech vs. Speech の問題を明示的にあぶり出している、といえる。

2-2 アメリカ連邦最高裁における著作権のパラドックス

アメリカ連邦最高裁も、Speech vs. Speech という問題状況において、著作権のパラドックスを捉えていると思われる。1970 年代以降、アメリカ連邦最高裁は表現内容規制については厳格審査基準を適用する一方で、内容中立規制については中間審査基準を適用するという法理を発展させてきた。しかし、(Nimmer 理論に依拠した) アメリカ連邦最高裁は、現代に至るまで一貫して修正 1 条の審査を免除している。これは Nimmer 理論と同様に定義付け衡量論により修正 1 条の保障範囲 (scope) を限定する議論といえる。アメリカ連邦最高裁が著作権法につき修正 1 条の審査を免除する状況を指して、Jed Rubinfeld は、「著作権法は、修正 1 条の巨大な免税区 (duty-freezone) の一つである」と指摘する⁶。

(1) 1985 年の Harper & Row 事件判決

Harper & Row 社がフォード元大統領との間で回想録出版の契約を締結して Time 誌に連載させようとしたところ Nation 誌が回想録の引用をしながらスクープ報道した事件について、1985 年の Harper & Row 事件判決⁷ はフェアユースの適用を否定した上で、著作権を表現の自由を促進するエンジンと捉える、いわゆる「表現の自由のエンジン」論に言及した後に、アイデア・表現二分論及びフェアユースの法理に修正 1 条の保護は組み込まれている、と判断した。

(2) 2003 年の Eldred 事件判決

著作権法保護期間延長法 (Copyright Term Extension Act, CTEA) による 20 年の保護期間延長の合憲性が争われた 2003 年の Eldred 事件判決⁸⁾は、「著作権条項と修正 1 条は近接した時期に採択されている。この近接性は、憲法起草者の見解において、著作権の限定された独占は、修正 1 条の原理と一貫する。実際、著作権の目的は、自由な表現に係る制作又は出版を促進する点にある。Harper & Row 判決がいうとおり『憲法起草者は著作権それ自体が表現の自由のエンジンになることを意図していた』と述べた上で、CTEA それ自体は (アイデア・表現二分論及びフェアユースの法理) という伝統的な修正 1 条の保障措置を供給しているとし、「連邦議会が著作権保護の伝統的外観 (traditional contours of copyright protection) を変更しない限り、改めて修正 1 条の審査は不要である」とした。

(3) 2012 年の Golan 事件判決

2012 年の Golan 事件判決⁹⁾では、ウルグアイラウンド協定法に基づいて外国で保護されている著作物を米国でも同様に保護するように米国における著作権による保護を復活させた事件において、「伝統的外観 (traditional contours of copyright protection)、すなわち (i. e.) アイデア・表現二分論及びフェアユースの抗弁」を変更しない限り、修正 1 条の高められた審査は不要とされた。

2-3 著作権と財産権との関係

Netanel や連邦最高裁と異なり、表現の自由の対抗利益を「表現の自由のエンジン」ではなく、「財産としての著作権」と置く Speech vs. Property のアプローチもありうる。たとえば、著作権の財産権としての性格を強調した上で、合法的財産権の行使として表現の自由の制約を正当化する見解が存在する¹⁰⁾。また、著作権条項 (合衆国憲法 1 条 8 節 8 項) の背後に憲法上の財産 (constitutional property) を読み取ることにより、著作権立法について敬讓審査 (deferential review) をすべきとする見解もある¹¹⁾。このように Speech vs. Property という問題図式の捉え方ではなく、Speech vs. Property という問題図式の捉え方もありえよう。

財産権論を強調する見解については、強い批判がある。たとえば、Jed Rubinfeld は、著作権法は、表現に関する責任及び公の表現に対するある種の私的権力を創設している点で通常の財産法と異なり、修正 1 条の問題を引き起こすことを指摘する¹²⁾。

2-4 パラドックスを調整する憲法訴訟論の技術

著作権のパラドックスを調整するための憲法訴訟論の法技術としては、大まかに分けて、①定義付け衡量論、②敬讓審査論、③表現内容中立規制論、④表現内容規制論の 4 つがありうる。アメリカ憲法学説の状況は以下のとおりである。

① 定義付け衡量論

前述のとおり、Nimmer 理論及び連邦最高裁の見解は、アイデア表現二分論及びフェアユース規定に基づく定義付け衡量論により著作権のパラドックスを調整しているものと考えられる。もっとも、Golan 判決は、著作権の「伝統的外観」すなわちアイデア表現二分論及びフェアユース規定を変更した場合には修正 1 条の審査を行う含みをみせている。

② 敬讓審査論

前述のとおり、著作権条項 (合衆国憲法 1 条 8 節 8 項) の背後に憲法上の財産 (constitutional property) を読み取ることにより、著作権立法について敬讓審査をすべきとする見解がある。敬讓審査を採用すべき根拠としては、裁判所の制度的能力 (institutional competence) の限界及び多数派による政策決定の尊重 (respect for majoritarian decisionmaking) が挙げられる¹³⁾。

著作権法のパラドックスを Speech vs. Property と捉えることを重視すると、財産権立法に関する違憲審査基準論と同様に考えるべきとの思考が発生する。

③ 表現内容中立規制論

Netanel は、見解 (viewpoint)、主題 (subject matter)、コミュニケイティブ・インパクト (communicative impact) に対する規制ではなく、著作権のインセンティブに侵害者の有害な影響に着目しているにすぎないとして表現内容中立規制論に立つ¹⁴。

④ 表現内容規制論

Mark A. Lemley 及び Eugene Volokh は、著作権に基づく義務が表示された内容に依拠していることを理由とし、著作権は見解中立 (viewpoint-neutral) ではあるが内容中立 (content-neutral) ではないとして表現内容規制と捉える¹⁵。また、C. Edwin Baker も言論の自由を市場 (market) ではなく自由 (liberty)、つまり言いたいことを言う自由の観点から理解し、著作権を表現内容規制と捉える¹⁶。

2-5 アメリカ法の示唆

以上のアメリカ法の検討を通じて、著作権立法の憲法適合性を検討する際には、①著作権立法が表現の自由の保障範囲に含まれる権利を制約するのか (定義付け衡量で処理しうるか)、②仮に著作権立法が表現の自由の制約であるとしても、対抗利益である財産権の存在から敬讓審査による緩やかな違憲審査基準が適用されないか、③通常の表現規制と同様に考えるとしても表現内容規制・内容中立規制二分論をいかに適用すべきか、という問題があることが明らかになった。

これらの諸見解の見解が優れているかはさておくとして、このようなアメリカの判例・学説の布置状況そのものが著作権立法の合憲性をチェックする際の留意事項になる、ということはできよう。

3 ドイツにおける著作権の憲法問題

3-1 speech vs. speech の構図

2 で検討したように、アメリカにおいては著作権と表現の自由との関係が speech vs. speech という構図で語られることが多く、財産権との関係を検討する学説は極めて少数であった。しかし上述の構図に対する素朴な違和感、すなわち、著作権法は表現の自由のエンジンであるというよりも、著作者の財産的 (・人格的) 利益を保護するために形成された立法というべきではないか、という理解は根強いと思われる。

ここで検討の対象としたいのがドイツにおける著作権と憲法問題に関する議論である。ドイツ著作権法では、著作権の憲法問題は基本法 14 条の財産権保障を主なフィールドとして議論されてきた。また、財産権保障としての著作権と表現の自由 (芸術の自由) や情報の自由といった他の憲法規範との関係も、近年熱心に議論がなされている。本章ではドイツにおける著作権の憲法問題について、その独自性も踏まえ検討を行う。

3-2 財産権保障としての著作権と権利制限規定

ドイツにおいては、著作権を基本法 14 条の財産権保障の範囲に含むものとして捉えられてきた。まずはリーディングケースである教科書事件の概要を記す。

教科書事件判決 (1971 年 7 月 7 日第一法廷判決 BVerfGE 31, 229)

【事案の概要】

ドイツ著作権法 46 条は、既に発行された著作物の一部を、その性質上もっぱら学校・教育・教会の用にのみ供される作品集に収録するために複製及び頒布することは許されるとする権利制限規定である。この規定が複製権及び頒布権の制限であるとして権利者側から憲法訴願がなされた。

【要旨】

連邦憲法裁判所においては、審査規範として基本法 14 条の財産権保障が選択されている¹⁷。まず基本法 14 条 1 項後段について、所与の絶対的な財産権概念はなく、財産権の内容や機能は社会的経済的關係に適合させることが可能かつ必要であるため、憲法が立法者に財産権の内容と限界を決定する任務を委譲している規定であることを確認し、これは著作者の財産的価値の権利についてもあてはまることを述べる。基本法に拘束された立法者は、財産権保障の基本的内容を守るだけでなく、他の憲法規範にも調和するようになければならず、このような内容形成を行うことで著作権は憲法的に保護されているということが出来る、とする。

次に、基本法 14 条 1 項前段は、財産権の客体の「私的有用性」及び「原則的な処分権能」によって特徴付けられている、法制度としての私有財産を保障するものであることから、憲法上の財産としての著作権の構成的メルクマール、すなわち憲法によって保護される著作権の核心を「創作的給付の財産的価値ある成果を私法の規定によって原則的に著作者に割り当てること、及びこれを自己の責任で処分できる自由」であるとする。

そして、著作権法 46 条はこのような財産権保障とは一致しない規定であるが、立法者は個人の利害を保障しなければならないだけでなく、個人の権利や権限に対して公共の福祉という利益のために必要とされる限界を設けることも要請される（基本法 14 条 2 項）。よって著作権法 46 条の合憲性は「その他の憲法規範との関係を除けば、それが公共の福祉という理由により正当化されるかどうかにかかっている」とした。

そして、現代的な授業において青少年を知的創作に親しませるといふ公共の利益に照らし、複製権及び頒布権、すなわち排他権を排除することは正当化されるとしたが、「著作者は、公共の福祉が著作者の利益に優先すると認められない限り、財産権保障の内容に基づき、原則として自らに自己の労働の経済的利益を割り当てるように求める請求権を有して」いるとして、著作権法上保護されている著作物に妨げなくアクセスするという公共の利益に照らして報酬請求権を排除することは正当化されないとした。したがって、権利者への報酬なく複製及び頒布を許しているという点で著作権法 46 条は基本法 14 条 1 項前段に反し違憲という判決がなされた。

【検討】

本判決ではまず、著作権者の有する著作権（ドイツ著作権法 11 条以下）が基本法 14 条の財産権保障に含まれることを確認した。ここで、所与の絶対的な財産権概念はなく、立法者による財産権の内容形成を行う必要がある（基本法 14 条 1 項後段）。財産権の内容形成を行うにあたり、著作権法の領域における「財産権保障の基本的内容」（基本法 14 条 1 項前段）を画定すること、他方で他の憲法上の権利や財産権の社会的拘束（同法 14 条 2 項）との調整をはかることで著作権の限界づけを行うことが求められている。個別に定められた著作権の権利制限規定は、財産権の内容を限界づけるものであるが、公共の福祉のために必要とされる限度で認められるものとして、権利制限規定の各条文の解釈がなされている。

ここで大きな特色となるのが、排他権と報酬請求権の区別である。すなわち、憲法によって保障される著作権の核心は創作的給付の財産的価値ある成果を著作者に割り当てることであり、ここから本件において排他権の排除は正当化されるが、報酬請求権の排除は正当化されないとして、権利者への報酬なく複製及び頒布を認める著作権法 46 条の規定を違憲としている点である。

本判決は、その後の多くの裁判で基本的に踏襲されているが、制限規定は著作権と同じくらい特別な憲法上保護される地位を考慮したものとして、権利制限規定により積極的な意味を持たせる傾向がある点が指摘されている¹⁸。

3-3 著作権（＝財産権）と表現の自由・情報の自由との関係

以上のように、判例では著作権を憲法上の財産権として保護されることを明示的に述べており、財産権の内容と限界について著作権法上の規定を読み込んで検討を行っている。そして、著作権の制約を伴う権利制限規定について、多くの場合は他の憲法規範との調和が問題とならず、公共の福祉による正当化が可能であるか否かが焦点となっていると思われる。

これに対して、他の憲法規範（たとえば表現の自由）が問題となる場合はどうなるのか。有名なケースとして挙げられるのが、いわゆる「ゲルマニア III」事件である。

ゲルマニア III 事件（2000 年 6 月 29 日 BVerfG GRUR 2001, 149）

【事案の概要】

ハイナ・ミュラー作の戯曲『ゲルマニア III』の一場面、ベルトルト・ブレヒト作の戯曲の場面を引用していることについて、著作権法 51 条 2 項の「小引用（Kleinzitat）」にはあたらないとして、ミュンヘン上級裁判所がミュラーの『ゲルマニア III』の複製及び頒布を禁ずる命令を出した。これに対して、基本法 5 条 3 項 1 文違反が主張され、憲法訴訟となったものである。

【要旨】

連邦憲法裁判所は、審査基準として芸術の自由を保障する基本法 5 条 3 項 1 文を挙げ、ミュラーの戯曲が「伝統的な芸術形式である演劇の一部」であり、ミュラーの「自由で創造的な形成の成果」であることから、戯曲『ゲルマニア III』が基本法 5 条 3 項にいう芸術作品であることをまず確認する。

次に、芸術の自由も無制限に保障されるわけではなく、著作権の保護も含む基本法 14 条 1 項の財産権保障からその限界が明らかになるとする。しかし他方で財産権も無制約ではなく、著作権の領域においては「著作権の財産権的側面の基本的秩序」を定めるものに過ぎないのであって、あらゆる著作物の利用可能性が憲法上保障されるのではなく、「立法者は、著作権の枠の中で事実にくすした限界づけの基準を見出さなければならぬ」とし、その基準は著作権法 45 条以下の権利制限規定から導かれることを示した。

その上で、連邦憲法裁判所は、本件で問題となる著作権法 51 条の引用規定の解釈に際して基本法 5 条 3 項 1 文から要求されるのは、被引用部分と引用者の見解・考察との内的な結びつきを単なる典拠機能を超えた芸術表現及び芸術創造手段として認めることで、当該規定につき「非芸術的な言語著作物より広範な適用領域を与えること」であるとする。そして、「経済的に著しい不利益を被るわけではない、著作権に対するわずかばかりの攻撃が、芸術家の発展の自由に対峙している場合、芸術家相互の対話のための利用という利益との比較において、著作権者の利益は後退せざるを得ない」と判示した。

【検討】

本判決では、基本法 5 条 3 項における「芸術」であるとされた著作物について、一般的な著作物よりもより基本法 5 条 3 項における芸術の自由の価値を読み込んだ著作権法の解釈が必要であることを示したものであると考えられる。

芸術の自由と基本法 14 条における財産権保障との関係については、芸術の自由に限界があるのと同様に財産権にも限界があり、あらゆる著作物の利用態様が憲法上保障されるのではなく、その限界づけを決めるものとして権利制限規定があることを示している。そして、著作権法 51 条の引用規定については、引用の典拠機能の中で被引用著作物と引用者の見解・考察との内的結びつきを認めるのではなく、芸術表現・芸術創造手段として内的結びつきを認めることで、非芸術的な言語著作物よりも引用規定の適用範囲を拡張することを示した。

ただし著作権法学説においては、本判決をやや否定的に捉える見解も散見される¹⁹。すなわち、1965 年の著作権法制定時やその後の改正の中で、立法者は著作権制限規定の形成について基本法的な示唆を非常に考慮していることから、裁判においても、この立法での作業を十分に考慮する必要があり、著作権の社会的拘束に基づく「ふわふわした」利益衡量を簡単に行ってはならない、と主張する。また、引用規定の解釈において、適法引用のためには自分自身のために他人の作品を持ってくるというだけでは足りず、引用箇所を精神的なやりとりの対象とする必要があるとされ、その意味で引用の典拠機能は非常に重要な意義を持つものであるが、連邦憲法裁判所はこのことについての無理解があると批判されている。

またドイツでは、基本権 5 条 1 項 1 文の保障する「一般に入手できる情報源から妨げられることなく知る」権利、いわゆる情報の自由について、憲法上保障された著作権に対しての射程の問題も議論されている。情報の自由は、著作者の独占的利益と公共の情報への利益とが考量されなければならない場合、立法形成及び著作権制限規定の憲法適合的解釈に際して考慮されるものであるとの理解が有力である。

4 終わりに：日本法への示唆

4-1 日米比較

アメリカの判例・学説の検討により、著作権立法の合憲性を検討する際には、①表現の自由の保障範囲論（定義付け衡量論）、②財産権論に基づく敬讓審査の可否、③表現内容・内容中立規制二分論の適用の各項目を検討する必要があることが明らかになった。ここで明らかになった検討項目そのものは日本法への応用可能性があると考えられる。しかしながら、憲法及び著作権法の双方において、日米の法制には大きな相違がある部分もあり、各論点の検討に当たっても日米の法制の相違を十分に考慮する必要がある。

アメリカの修正 1 条に相当する日本国憲法の条項としては憲法 21 条 1 項があり、日本の憲法学においてもアメリカの修正 1 条の議論はたびたび参照されるが、アメリカのような著作権条項（合衆国憲法 1 条 8 節 8 項）はそもそも日本にはない。そのため、アメリカ法のように著作権条項の背後に「表現の自由のエンジン」や「憲法上の財産権」の観念を獲得して Speech vs. Speech や Speech vs. Property という問題図式を成立

させることができるのかが問題となる。日本国憲法においても、憲法 21 条 1 項 vs. 憲法 21 条 1 項という形で Speech vs. Speech を記述し、憲法 21 条 1 項 vs. 憲法 29 条 1 項・2 項という形で Speech vs. Property を記述することは形式論理では可能であるが、アメリカ法のように独自の憲法条項として著作権条項がないことが解釈上の相違を産む可能性がある。

また、著作権法制についてもアメリカ法ではフェアユース規定があるが、日本の著作権法にはフェアユース規定はなく個別の権利制限規定があるだけである、という大きな相違がある。日本国憲法で定義付け衡量論を採用した場合、フェアユース規定を欠く日本著作権法は違憲となるのか、あるいはフェアユース規定に代えて個別の権利制限規定をもって定義付け衡量の基準をクリアさせるのか、ということが問題になるであろう。あるいは定義付け衡量をクリアできる水準にまで個別の権利制限規定を合憲拡張解釈すべきであるという解釈論や権利制限規定の立法的拡充の憲法的要請が存在するかという立法論も派生的に発生すると思われる。

さらに、アメリカではロックナー期の反省から財産権規制に関しては敬讓審査を採用する素地があるが、日本の財産権条項の解釈ではアメリカ法よりもドイツ法を参考にすることも多く、アメリカの財産権論を参照すべきかについては検討の余地がある。日本の財産権の憲法適合性を判断した森林法違憲判決（最大判昭和 62 年 4 月 22 日民集 41 卷 3 号 408 頁）においても、敬讓審査とは言い難い審査密度の違憲審査基準が用いられており、アメリカの財産権論とは検討の前提が異なる可能性がある。また、日本の著作権法は財産権としての著作権のみならず、人格権としての著作者人格権も規定していることから、単純な財産法として著作権法を捉えられない可能性もある。

表現の自由の内容規制・内容中立規制論に関してはアメリカの判例・学説は概ねこれを受容しているが、日本の場合、学説はともかく判例は内容規制・内容中立規制論を完全に受容していない状況にある。

以上のように、日米の憲法及び著作権の法制の相違は、著作権のパラドックスがどのように成立するか、パラドックスが成立するとしてどのようにそのパラドックスを解消するかに影響を与える可能性があることに留意する必要があるであろう。

4-2 日独比較

日本著作権法においても、日本国憲法の 29 条 1 項・2 項を根拠とし、憲法上の財産権の一つとして著作権を規定したと理解されている²⁰。しかし、日本著作権法は憲法上の財産権につきどのような内容形成を行なったのか、著作権法の内容形成に関して憲法的規律が及ぶのかについて検討する学説は存在しない。

第 4 章で検討したように、ドイツ著作権法においては、著作権を基本法 14 条における財産権として捉えている。その上で、著作権の内容形成にあたっては、支分権及び権利制限規定を憲法に適合するように作り上げることが求められており、著作者の財産的利益をただ認めるというだけでなく、あらゆる著作物の利用態様に憲法的な保障を認めるものではない、という点で限界づけを行い、他の憲法規範や公共の福祉を考慮した権利制限規定の策定・解釈にも影響を及ぼすものである。

日本においても、憲法上の財産権の内容形成に関するこれまでの議論の蓄積を背景として、著作権法を財産権の観点からも憲法的に規律される可能性を検討し、著作権法の立法及び解釈論を進めていくことが望ましいと考えられる。

他方で、ドイツ著作権法と日本著作権法との大きな違いとして、ドイツ著作権法では報酬請求権が広範な著作物の利用態様に認められていることが挙げられる。日本においても、私的録音録画につき補償金制度が存在するが、現在その効力は乏しく、今後の運用も含め激しい議論がなされている。補償金制度の再考も含め、著作権を排他権と捉えるのか報酬請求権と捉えるのか、といった根本的な問題についても検討を行う必要があると考えられる。

また、ドイツでの議論は表現の自由との関係についても一定の示唆を含むものである。ここでも、日本においては芸術の自由が正面から保障されておらず、表現の自由の一部として認識されていることから、ドイツの議論のように、芸術作品について引用規定の適用範囲を拡張するといった議論が可能であるか否かは検討の余地がある。この点、日本憲法学においても芸術の自由に関する検討は盛んになってきており、それらの成果を参照することとなろう。他方で日本著作権法においては、むしろ芸術作品としての著作物という考え方を相対化する見解が有力説として提唱されていることにも注意を要する。また、ドイツの著作権法学説における芸術の自由との距離感についても、さらに検討を行う必要があると考えられる。

¹ 日本において、著作権と表現の自由に関する論考は多数存在するが、本研究関連で主要なものとして、以下のものを参照のこと。

山口いつ子『情報法の構造』（東京大学出版会、2010年）第10章、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）、大日方信春『著作権と憲法理論』（信山社、2011年）、大林啓吾「表現の自由と著作権の制度的調整」帝京法学27巻2号269頁（2011年）、比良友佳里「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究(1)(2)」知的財産法政策学研究45号79頁（2014年）、46号69頁（2015年）、山口いつ子「グローバル情報環境における著作権と表現の自由とのバランス」中山信弘先生古稀記念『はばたき-21世紀の知的財産法』（弘文堂、2015年）609頁、木下昌彦・前田健「著作権法の憲法適合的解釈に向けて：ハイスコアガール事件が突き付ける課題とその克服」ジュリ1478号46頁（2015年）。

² Melville B. Nimmer, *Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantee of Free Speech and Free Press?*, 17 UCLA L. Rev. 1180, 1181-1182 (1970).

³ NEIL WEINSTOCK NETANEL, *COPYRIGHT'S PARADOX* (Oxford Univ. Press 2008).

⁴ *Id.* at 3.

⁵ *Id.* at 5-6.

⁶ Jed Rubenfeld, *The Freedom of Imagination Constitutionality*, 112 YALE L.J. 1, 3 (2002).

⁷ Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985).

⁸ Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003).

⁹ Golan v. Holder 565 U. S. _ (2012).

¹⁰ See. Neil Weinstock Netanel, *Locating Copyright Within the First Amendment Skein*, 54 STAN. L. REV. 1, 39 (2001).

¹¹ Paul M. Schwartz & William Michael Treanor, *Eldred and Lochner: Copyright Term Extension and Intellectual Property as Constitutional Property*, 112 YALE L.J. 2331 (2003).

¹² Rubenfeld, *supra* note 6, at 25.

¹³ Paul M. Schwartz & William Michael Treanor, *supra* note 11, at 2400-2401.

¹⁴ Netanel, *supra* note 10, at 47-49.

¹⁵ Mark A. Lemley & Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases*, 48 Duke L.J. 147 (1998).

¹⁶ C. Edwin Baker, *First Amendment Limits on Copyright*, 55 Vanderbilt Law Review 891, 922-933 (2002).

¹⁷ 基本法5条3項前段に定められる芸術の自由を除外する理由として、芸術の自由は芸術活動の方法・内容・傾向に影響をあたえること、創作過程に対する一般的な拘束力を有する規制を行うこと、または芸術活動の範囲を狭めることを禁じるものであるが、著作権法46条は発行後の著作物のみを対象としており「芸術活動にも、その成果を公衆に認識できるようにする可能性にも抵触していない」ことが挙げられている。

¹⁸ 栗田昌裕「ドイツ法における私的録音録画補償金制度と憲法上の財産権保障」コピーライト652号40頁（2015年）。

¹⁹ Haimo Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 5., neu bearbeitete Auflage, Tübingen 2010, Rn 533-539, 545.

²⁰ 加戸守行『著作権法逐条解説（六訂新版）』（著作権情報センター、2013年）13頁。

〈発表資料〉

| 題名 | 掲載誌・学会名等 | 発表年月 |
|---|-------------|---------|
| 著作権権利制限規定と憲法上の財産権保障 —ドイツの関連裁判例を参照して— | 第2回中四国憲法研究会 | 2017年2月 |
| 著作権法のパラドックスに対する処方箋— 憲法訴訟技術論を中心として— | 第2回中四国憲法研究会 | 2017年2月 |
| デジタル時代における著作権法—開かれた 法制度の検討へ向け | 情報通信政策研究 | (近刊予定) |
| | | |

