

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(2)

比 良 友佳理

目次

序

1. 研究の背景
2. 本研究の構成

第一章 著作権と表現の自由の関係性

1. 著作権法対修正一条をめぐる合衆国最高裁判決（以上、第45号）
2. 「表現の自由のエンジン」としての著作権
3. 表現の自由の保護法益
4. 表現の自由を制限する著作権の本質
5. 小括（以上、本号）

第二章 デジタル時代の著作権と表現の自由—緊張関係の揺らぎ

第三章 著作権に内在する調整原理による調整に対する批判的検討

第四章 著作権法に対する違憲審査基準

第五章 著作権と表現の自由の問題に対して司法と立法が果たすべき役割

第六章 著作権と表現の自由を論じる意義と残された課題

2. 「表現の自由のエンジン」としての著作権

以上、合衆国最高裁は3件の重要な最高裁判決を通じて、「表現の自由のエンジン」として著作権を位置づけ修正一条との調整を図るアプローチを段階的に発展、具体化させてきた。Golan最高裁判決後の今日においては、アイディア・表現二分論とフェア・ユースに手を加えない限り—たとえ保護期間を適度的に延長しても、あるいはパブリック・ドメインに入った著作物に権利を回復させても—著作権法は修正一条に反しないという

ことになる。そしてこうした見解は、近時の下級審判決でも忠実に引き継がれている。著作権侵害に基づく予備的差止めとして、動画投稿サイトからの映画の削除要請が認められるかが争われたごく最近の事案で、第9巡回控訴裁判所はEldred判決を引用し、「修正一条は著作権侵害を保護するものではない」と端的に述べ、原告の求める予備的差止めは憲法で禁止されている言論の事前抑制に該当すると認めながらも、著作権侵害の立証が成功していることを理由に、修正一条に基づく被告の反論を一刀両断している⁵⁷。

以上のように、「エンジン論」に基づき修正一条と著作権法の衝突を回避する最高裁の姿勢は、近時の下級審判決でも崩されていないどころか、強固なものになっているとさえいえるのである。だが果たして、事実上議会にはぼフリーハンドの著作権立法を認めたとも取れる、こうした見解は妥当なものといえるのだろうか⁵⁸。

これらの最高裁判決の考え方の背景には、1970年代に発表されたNimmer⁵⁹やGoldstein⁶⁰の論文の存在がある。現行著作権法である1976年法が制定に向けて動いていた当時、修正一条と著作権法の関係のあり方が盛んに議論され、いくつもの論考が世に送り出された⁶¹。その中でも著作権と言

⁵⁷ Garcia v. Google, Inc., 743 F.3d 1258 (9th Cir., 2014). 事案は、映画俳優である原告がある映画のために演じた映像が、それとは内容が大きく異なる反イスラム映画に吹き替えて使用され、動画投稿サイトにアップロードされたというものである。後に抗議騒動に発展し、原告も殺害予告の脅迫を受けるなどしたため、原告は動画投稿サイトからの削除を求めた。本判決について詳しくは、山口裕司「映画俳優が映画内の実演について有する著作権の利益～Garcia v. Google, Inc., 743 F.3d 1258 (9th Cir., Feb 26, 2014)～」国際商事法務42巻8号1288頁(2014年)。

⁵⁸ Jed Rubenfeld, *The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality*, 112 YALE L.J. 1, 3 (2002) は「著作権法はある種修正一条の巨大な免税エリア (First Amendment duty-free zone) となっている。著作権法は言論の自由の基本的な義務と審査基準に逆らっている。」と指摘する。

⁵⁹ Melville B. Nimmer, *Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?*, 17 U.C.L.A. L. REV. 1180 (1970).

⁶⁰ Paul Goldstein, *Copyright and the First Amendment*, 70 COLUM. L. REV. 983 (1970).

⁶¹ Lionel S. Sobel, *Copyright and the First Amendment: A Gathering Storm?*, 19 COPY-

論の自由の問題にいち早く取り組み後に大きな影響を与えた Nimmer の “Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?” と題する論文は、主としてアイデア・表現二分論と保護期間の定めにより、著作権と修正一条の衝突問題に関する対処がなされていると主張した。また Goldstein は、著作権に内在する調整原理としてより様々な要素を挙げ、その中でも特にフェア・ユースの法理に重点を置きながら著作権と修正一条の問題を論じている⁶²。

だが、これらの論文は何の留保もなしに、著作権法に内在する調整原理があればそれだけで十分に修正一条との衝突問題が解決するとの立場を採っているわけではない。むしろ、著作権条項と修正一条上の言論・プレスとの自由との間には「コンフリクト」ないしは「パラドックス」が存在するという点を指摘することから論文を始めていることにも示されているように、基本的には両者を対立する概念として捉えているのである。

例えば Nimmer は、修正一条は連邦議会が言論の自由を制限する法律を定めてはならない旨を規定しているのに対し、著作権法では、ある表現が著作権法によって保護される他人の表現物を無許諾で利用したことで成り立っているような場合には、著作権法によって制限されることになる点を指摘し、著作権が修正一条の要請に真っ向から反するのではないかという疑問から論文を始めている⁶³。そして、修正一条に文言通り従う限り、著作権法が違憲とされる可能性は否定できないという問題意識に基づき、著作権と修正一条を調整する方策を探っているのである。著作権法は修正

RIGHT L. SYMP. 43 (1973).

⁶² 著作権法には保護期間や例外規定による自由利用の領域の設定、さらに実質的同一性の要件によって、自らの権利範囲を抑制する様々な制度が内在しているとしている。そして、修正一条との関係では第一に、著作物が公益に関わるもので、利用者による利用がそれ自体公益を増進するものである場合にはなるべく自由に利用を認めるべきであり、第二に、創作性のあるオリジナルな著作物のみが無許諾の利用から保護されるべきであって、実際の損害の証明責任を原告に課すとともに、ミスマプロプリエーションの法理に基づいて、損害が発生しかつ他に救済する手段がないときに限り保護を与えるべきであるという2つの原則を提唱している。また、著作権者に与える経済的な損害について考慮すべきとも主張している。

⁶³ Nimmer, *supra* note 59, at 1180-82.

一条が禁止している「言論の自由を制限する法律」そのものであるとして、Nimmerは、このような両者の関係は広く無視されてきたパラドックス (a largely ignored paradox) であると述べている⁶⁴。

またGoldsteinも、著作権はその歴史をたどると合法的な検閲の所産物としての側面が強かったと指摘し、そうした検閲的機能は近代著作権法の始祖といわれるアン法典の登場によって払拭されたものの、芸術的表現が法律上の独占と企業による独占という2つのタイプの独占にさらされているために、著作権と修正一条は依然として潜在的に対立 (conflict) していると述べている^{65 66}。

前述の一連の連邦最高裁判決はこのような理論のうち、内在的な調整原理に関する部分のみを援用した形で「表現の自由のエンジン」という理論を採用するに至っているが、こうしたパラドックスないし対立という基本的な視点を抜きにして、調整原理が著作権法に既に組み込まれていることを理由に対立から目を逸らすことは、Nimmerらの論文の意図したところではないのではなかろうか⁶⁷。

また、最高裁判決がエンジン論のように著作権と言論の自由を調和的に捉えることが「憲法起草者の意図」であったと述べている点に対しても疑問が生じる。確かに、特許・著作権条項は修正一条とほぼ同時期に制定されたものであるため⁶⁸、制定時期にのみ注目すれば憲法起草者が2つの権

⁶⁴ Nimmer, *supra* note 59, at 1181.

⁶⁵ Goldstein, *supra* note 60, at 983-87.

⁶⁶ このほか、同時代の論文である Robert Denicola, *Copyright and Free Speech: Constitutional Limitations on the Protection of Expression*, 67 CALIF. L. REV. 283 (1979) も、アイデア・表現二分論とフェア・ユースが著作権法に内在する調整原理として機能する部分があるとしつつも、これらの調整原理によっても一定の対立 (conflict) が残ると述べ、事案ごとに利用の必要性を吟味すべきであると述べる。

⁶⁷ Neil Weinstock Netanel, *Locating Copyright within the First Amendment Skein*, 54 STAN. L. REV. 1, 10 (2001). Nimmerの議論を、著作権と修正一条の抱えるパラドックスについて留意しているという点に着目しながら詳細に紹介する文献として、前掲注(30) 山口『情報法の構造 情報の自由・規制・保護』242-245頁。

⁶⁸ 特許・著作権条項は合衆国憲法が制定された1787年当初から憲法典に組み込まれており、他方、修正一条を含む権利章典 (Bill of Rights, 修正一条から修正十条まで

利の関係性について何らかの意図を持っていたと考えるのは自然であるかもしれない。学説においても、修正一条と特許・著作権条項はいずれも反検閲、反独占という価値を実現しようとする点でその根底において共通し、起草者はそれらを相互補完的な存在と捉え、調整が必要とは考えていなかったとする見解がある⁶⁹。しかし、近年の研究によれば、特許・著作権条項が制定された当時、議論の主眼は連邦議会の著作権に関する立法権限にいかなる制約があるかという点ではなく、州を越えた統一の知的財産法が存在しないという全く異なる課題に置かれており、特許・著作権条項と修正一条の関係が当時十分に精査されたとはいえないと考えられている⁷⁰。

さらに、当時の著作権法である1790年法は、著作権者に対し、著作物の印刷、再印刷、出版、販売のみに関する排他権を14年間(更新すればさらに14年追加)だけ付与するという、現在の強力かつ広範な著作権制度とは大きくかけ離れた制度であり、しかも著作権の対象として条文に掲げられていたものは地図、海図、書籍のわずか3種類のみであった⁷¹。したがっ

の基本的人権を保障する規定を指す)は1789年に議会に提案され、1791年に施行されている。

⁶⁹ 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 US Constitution*, 52 EMORY L.J. 909 (2003).

⁷⁰ Patrick Cronin, *The Historical Origins of the Conflict Between Copyright and the First Amendment*, 35 Colum. J.L. & Arts 221, 224 (2012). See also, Irah Donner, *The Copyright Clause of the U.S. Constitution: Why Did the Framers Include It with Unanimous Approval?*, 36 AM. J. LEGAL HIST. 361, 376-77 (1992).

さらに、憲法起草者は特許・著作権条項と修正一条の関係について明確な考えを有してすらいなかったと指摘するものとして、Zechariah Chafee, Jr., *Book Review*, 62 HARV. L. REV. 891, 898 (1949). See also, DAVID L. LANGE AND H. JEFFERSON POWELL, NO LAW: INTELLECTUAL PROPERTY IN THE IMAGE OF AN ABSOLUTE FIRST AMENDMENT 124-27 (Stanford University Press 2009).

⁷¹ Act of 1790, ch. 15, 1 Stat. 124 (1790). 1790年法に関する文献として、前掲注(16) 白田『コピーライトの史的展開』296-303頁、松川実『アメリカ著作権法の形成』(日本評論社・2014年)。

当時の著作権法においては、著作物の要約や翻訳、上映といった利用行為は禁止

て、起草当時の著作権法が修正一条と抵触する可能性がいくら低いと考えられていようとも、制度に大きな隔たりのある現在の著作権法が修正一条と対立する可能性の有無は、それとは全くの別問題というべきであろう。その意味でも、この文脈において憲法起草者の意図を重視する実益はほとんどないというべきである⁷²。

したがって、エンジン論や特許・著作権条項の制定時期、憲法起草者の意図を根拠に、著作権が表現の自由との調整を免れるとすることは、後述する著作権の表現活動規制的な側面に目をつぶることに等しいと評価せざるをえない。エンジン論は表現の自由と著作権の関係性を叙述する視点として、それ単独では完全なものとはいえないのではないだろう⁷³。

しかし、この「表現の自由のエンジン」として著作権を捉える考え方が我が国の学説へ一定の影響を与えていることは事実である。日本ではこれを積極的に受け止めるものや、あるいはそれと方向性を近くして日本法の解釈への応用を試みる見解があるのである。

1つは、単に個々人の基本権としての表現の自由が保障されているというだけでは「公共財としての表現空間」⁷⁴が自律的に確保されえないという

権の範囲外であり、さらには法で定められた「印刷、再印刷、出版もしくは販売」には私人による非営利の複製といった形の利用も含まれないと解されていた。Jessica Litman, *Revising Copyright Law for the Information Age*, 75 OR. L. REV. 19, 40-43 (1996); Pamela Samuelson, *Copyright and Freedom of Expression in Historical Perspective*, 10 J. INTELL. PROP. L. 319, 326 (2003). See also, Lawrence Lessig, *Copyright's First Amendment*, 48 UCLA L. REV. 1057, 1061 (2000).

⁷² Raymond Shih Ray Ku, *Copyright Lochnerism*, 33 N. KY. L. REV. 401, 408-09 (2006); Chiang, *supra* note 47; George Mason Law & Economics Research Paper No. 13-41, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2288133>, at 13-15.

エリック・バレント(比較言論法研究会(訳))『言論の自由』(雄松堂・2010年)296頁も、こうした歴史的説明は近年まで著作権法をはじめとする知的財産権が修正一条の審査を受けないできたことを説明する1つの理由であるものの、その審査を免れることを正当化するものではないと述べる。

⁷³ 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」季刊企業と法創造1巻3号(2004年)85頁も、著作権の言論促進作用と、表現の自由の審査を免れるか否かという問題は、基本的に別次元の問題であると述べる。

⁷⁴ 「公共財としての表現空間」という考え方は、元々は長谷部恭男『テレビの憲法

ことを理由に、立法による積極的な介入を必要とすると説いた上で、憲法上の権利としての表現の自由は、個々人の基本権としての表現の自由保障(=「国家からの自由」)に加え、国家がかかる表現空間の実現に向けて積極的に作為すること(=「国家による自由」)をも必然的に要請することになるとする見解がある⁷⁵。それによると、現代の著作権制度は適切に運用される限り、個人権としての表現の自由を制約することと引き換えに、より高次の表現の自由を実現するための制度的保障として位置づけることができるという⁷⁶。

また、国家の文化政策の1つとして著作権法を捉え、それが表現の自由の根幹に位置する存在であると捉える見解もある⁷⁷。それによれば、著作権法は、国家等によるパトロネージに依存せず市場原理を活用して創作者に投下資本の回収を認めることを可能にするという意味で「創作者の自立を助ける存在」であり、「表現の自由を支える存在として重要性を持つ」としている⁷⁸。

理論—多メディア・多チャンネル時代の放送規制』(弘文堂・1992年)12-15頁が提唱したものである。

もともと、長谷部自身は表現の自由と著作権の関係につき、著作権の保護が表現活動の促進になるという著作権制度の前提が果たして現実に妥当するものかという点について慎重な態度を採っており、エンジン論、あるいは「公共財としての表現空間」の確保という発想に基づいて著作権の保護強化を容認することには否定的である。前掲注(1)長谷部「Interactive憲法 憲法学者はなぜ著作権を勉強する必要がないか?」36頁、同「著作権と表現の自由」コピライト616号(2012年)8頁。

⁷⁵ 横山久芳「著作権の立法と表現の自由に関する一考察—アメリカのCTEA憲法訴訟を素材として—」学習院大学法学会雑誌39巻2号(2004年)73-75頁。

⁷⁶ 前掲注(75)横山「著作権の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—」78頁。

⁷⁷ 小島立「著作権と表現の自由」新世代法政策学研究8号(2010年)260-263頁。同「著作権と表現の自由」全国憲法研究会(編)『憲法問題21』(三省堂・2010年)79-80頁も参照。

⁷⁸ ただし、小島立「著作権の保護期間—文化政策の観点から—」知的財産法政策学研究33号(2011年)278-280頁は創作者・権利者の経済的基盤の安定化に資する点で著作権が「表現の自由を支える存在として重要性を持つ」としつつも、著作権が創作を行う第三者にとっての障害(obstacle)ともなりうると付言して、「著作権のバラ

確かにこれらの説が述べるように、著作権制度の目的が表現の自由と同じ方向を向いており、少なくとも制度設計上は「表現の自由のエンジン」のように機能することが期待されているのかもしれない⁷⁹。これらの説は著作権法がもたらす便益が、表現の自由という憲法上の価値とどういった関係があるのかという、それまであまり意識されてこなかった問いに一定の答えを与えている点に大きな意義があるといえるだろう。

だが、これらの説を著作権者対ユーザー、著作権者対著作権者という、著作権法を取り巻く2種類の対立軸に照らすと、以下のような問題が浮かび上がってくる。

1点目は、著作権者対ユーザーの問題である。著作権が社会全体に対して「高次の表現の自由の実現」や「創作者の自立を助ける」といった利点を仮にもたらしているとしても、他方で著作権法がユーザー個人の表現活動の自由を制約する側面を有していることには変わりがない。これらの説は著作権者にもたらされる便益を強調する一方で、著作物のユーザーが被る不利益については沈黙してしまっている。そのため、これらが指摘する著作権法のメリットないし機能は社会全体という視点においては的を射ているかもしれないが、その一方で、これらのメリットに目を奪われてみると、個人の表現活動を規制するという著作権法の基本的な性質を見落としてしまう可能性がある。つまり、これらの議論はエンジン論と同様、「社会全体」の視点を強調することによって、表現の自由という「個」の視点からの検討が手薄になってしまっているのではないかということである。

2点目は、権利者対権利者の問題である。これらの議論で前提とされている著作者像は、著作権法という経済的対価回収システムに依存し、それを創作活動の糧としている一部のプロフェッショナルな著作者であると思われる。そこには経済的対価を得ず自発的に創作活動を行うアマチュアのクリエイターや、孤児著作物の著作者のように著作権行使に関心を持た

ンス」が重要になるとしており、「著作権が表現の自由を支える」という点の強調はややトーンダウンした印象を受ける。

⁷⁹ 我が国の著作権法の目的規定である1条は「この法律は…文化の発展に寄与することを目的とする」と定めている。また、合衆国憲法の特許・著作権条項も、知的財産権の目的について「学術及び有用な技芸の進歩を促進すること」と定めている。

ない者が含まれていない⁸⁰。後述するように、インターネットが普及する以前の時代であれば、商業的に創作活動を行う者のみを想定していても問題は少なかったが、インターネット時代を迎えアマチュアのクリエイターが台頭する今日、一口に創作者といっても、その中で実際に強力な著作権の保護を欲している者は創作活動で生計を立てるごく一部の者に限られるようになってきている。個人の表現の自由を制約し、しかも著作権の保護を望まない創作者も増える中、「高次の表現の自由の実現」に役立ち「創作者の自立を助ける」著作権法が表現の自由をも保障する制度であるとは断言できないのではないだろうか。

実際、日本の学説では憲法学を中心として、上記の説とは対照的に、著作権が情報の利用に対する人工的な排他権であって個人の創作活動を制約する側面がある⁸¹という視点をより強調し、エンジン論に懐疑的な立場を示すものが存在する⁸²。著作権によって作出される創作のインセンティブという全体的な視点に目を奪われていると、著作権の行使によって制圧された表現者の表現の自由という、最も基本的な個人の自由が蔑ろにされてしまうおそれがあるが、それは本末転倒な帰結というべきだろう^{83 84}。

⁸⁰ 著作権のロイヤルティで富を築き生活の糧とするクリエイターは成功した一握りのトップ・アーティストだけであり、ほとんどの者は生活費を補うために別の仕事に従事していると指摘するものとして、Jessica Litman (比良友佳理(訳))「真の著作権リフォーム(1)」知的財産法政策学研究38号(2012年)190-192頁。

⁸¹ 田村善之「知的創作物の未保護領域という発想の陥穽について」著作権研究36号(2009年)2頁。

⁸² 大日方信春「著作権と憲法理論」知的財産法政策学研究33号(2011年)244頁。

⁸³ 同旨、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」大沢秀介=小山剛編『東アジアにおけるアメリカ憲法—憲法裁判の影響を中心に』(慶應義塾大学出版会・2006年)330-331頁。前掲注(30)山口『情報法の構造 情報の自由・規制・保護』237-239頁、前掲注(1)長谷部「Interactive 憲法 憲法学者はなぜ著作権を勉強する必要がないか？」36頁も参照。

また、阪本昌成「小島報告へのコメント」前掲注(77)全国憲法研究会(編)『憲法問題21』91頁も「創作者Xの創造した成果を『財産権』(日本法の場合には、これに加えて、著作人格権)として“過剰に”保護している著作権法制それ自体が重大な憲法問題(表現の自由問題)を提起している」ことから、創作者Xとその著作物の利用者Yとの間の法的紛争に焦点を当てるべきであると論じている。

米国の学説においても、最高裁のエンジン論には批判が向けられている。例えば、エンジン論に疑問を呈する Netanel は、元来、著作権には「創作的機能 (production function)」、「構造的機能 (structural function)」、「表現的機能 (expressive function)」と呼ばれる 3 つの機能が認められるとしている⁸⁵。創作者や出版社は、著作権があることにより、政府による支援やパトロンから独立して自ら生計を立てながら創作活動を行えるといわれることがある。Netanel はそのような著作権の機能を著作権の「構造的機能 (structural function)」と呼び、伝統的に「表現の自由のエンジン」としての著作権の中で中心的役割を果たしていたと指摘する。特に憲法起草者は、政府や一部の特権階級のパトロンによる表現内容への干渉を、著作権が相当程度減じてくれるものと認識していたと指摘する⁸⁶。ところがその後、

⁸⁴ L. Ray Patterson and Stanley F. Birch, Jr., *Copyright and Free Speech Rights*, 4 J. INTEL. PROP. L. 1, 5-6 (1996) は、現代の著作権法は、私的な便益よりも高次な所にある公的な便益を増大するという名目の下で、権利者がパブリック・ドメインを侵食することを認めるのみならず、創作活動を促進するとして褒め称えてすらいと警鐘を鳴らしている。

⁸⁵ NEIL WEINSTOCK NETANEL, *COPYRIGHT'S PARADOX* 81-82 (Oxford University Press 2008). 同書の書評として、財田寛子「著作権のパラドックス」[2010] アメリカ法404頁がある。

⁸⁶ *Id.* at 89-90. 18世紀に近代著作権法が確立される以前は、作家や芸術家の生計は王室や封建制度、教会等によるパトロンにかなりの程度依存していたといわれている。PETER GAY, *THE ENLIGHTENMENT: AN INTERPRETATION—THE SCIENCE OF FREEDOM* 57-65 (Alfred A. Knopf 1969); JOSEPH LOEWENSTEN, *THE AUTHOR'S DUE: PRINTING AND THE PREHISTORY OF COPYRIGHT* 27-88 (Univ. of Chicago Press 2002).

国家による文化助成に関する邦語文献として、蟻川恒正「国家と文化」岩村正彦ほか(編)『岩波講座 現代の法 1 現代国家と法』(岩波書店・1997年)191頁、同「政府と言論」ジュリスト1244号(2003年)91頁、阪口正二郎「芸術に対する国家の財政援助と表現の自由」法律時報74巻1号(2002年)30頁、駒村圭吾「国家助成と自由」小山剛＝駒村圭吾(編)『論点探求 憲法』(第2版・弘文堂・2013年)184頁、同「〈基調報告〉国家と文化」ジュリスト1405号(2010年)134頁、駒村圭吾＝木村草太＝長谷部恭男＝大沢秀介＝川岸令和＝宍戸常寿「〈座談会〉国家と文化」ジュリスト1405号(2010年)147頁、駒村圭吾「自由と文化—その国家的給付と憲法的統制のあり方」法学教室328号(2008年)34頁、中村暁生「給付と人権」長谷部恭男ほか(編)

18世紀に入り、新聞やパンフレット、書籍等の印刷物が市場を席卷し、公のコミュニケーション領域に新たな動きが見られた。こうした印刷物は公的なパトロンではなく、直接読者から経済的サポートを得ることができたため、それまでの権力からの支配や影響をあまり受けずに済むようになったという。そして今日の著作権に支えられたメディアを取り巻く環境は、憲法起草者が考えていたような、国家による独裁に対する番犬としてのメディア観とは大きく異なるものとなっている。書籍の出版社や新聞社はより細分化した産業として拡散し、前近代と比べてさほどの投資がなくとも行えるようになってきたのである。また同時に、19世紀後半以降、商業的な巨大マスメディアが台頭し、出版社や映画会社、レコード会社等によって構成される国際メディア・エンターテインメント・コングロマリットが形成されるようになった。その結果、現在でも著作権は完全に不要になったとまではいえないものの、著作権に支えられたメディア、政府に支援される表現者、そして非商業的な表現者が共存する状態となっており、それら多様な表現者の相互作用なしには修正一条の価値が達成できないと述べる。

このような状況下においては、著作権の構造的機能によって「表現の自由のエンジン」としての著作権の性質が高まるといった主張が今なお有効なのかということが問題となる。Netanel は今の時代でもそうした主張は一理あることを認めつつも、非商業的な表現者が増えていることに鑑みると、著作権が修正一条の価値に対する貢献の度合いが、最高裁が「表現の自由のエンジン」という比喻で示唆しているよりはより控えめに、漸進的になっていると述べている⁸⁷。結論としてNetanel は、著作権が表現の自由のエンジンとして一定程度機能することがあると認めつつも、それが唯一のエンジンでもなければ、最も強力なエンジンでもなく、いくつかあるうちの1つに過ぎないと述べている⁸⁸。

このNetanelの主張は、正鵠を射たものといえよう。だがあえて付言すれば、エンジン論の抱える問題点はより深刻なものであるようにも思われ

『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』(岩波書店・2007年) 263頁。

⁸⁷ NETANEL, *supra* note 85, at 93.

⁸⁸ *Id.* at 83, 107.

る。「表現の自由のエンジン」という比喩は、社会全体の著作物の豊富化という著作権がもたらす結果をマクロ的な視点から好意的に評価したものであるが、その過程において個人の表現活動の自由の制限が生じているということを含意するものにはなりえていない。こういったミクロ的な視点を覆い隠し、あたかも著作権と表現の自由に対立は生じていないと見せかける「表現の自由のエンジン」という比喩は、「著作権が表現行為を制約していることを隠避する言説」であるとさえいわれている⁸⁹。

したがって、こうした比喩の持つ力を考慮に入れ、著作権は社会全体の表現の豊富化を促す「エンジン」であると同時に、個人の人権としての表現の自由を妨げる強力な「ブレーキ」でもあるということを、ここで特に強調しておきたい⁹⁰。

3. 表現の自由の保護法益

著作権法が表現の自由の保障のエンジンになるという上記の説は、表現の自由の価値に関しても、伝統的な理解とは異なる価値に基づいている可能性がある。エンジン論が憲法論との関係で有する特徴とその問題点を炙り出すために、次に我が国の表現の自由が保障している価値とは何か、表現の自由とはどのような性質の権利なのかについて考察する⁹¹。

⁸⁹ 前掲注(15)大日方『著作権と憲法理論』229頁。また、前掲注(82)同「著作権と憲法理論」244頁も参照。

⁹⁰ 著作権法を語るとき、人は一般的に著作者に注目しすぎており、その社会効用に目を向けがちであるが、著作権が利用者の自由を制限していることを忘れてはならないと指摘し、知的財産権は人が本来なしえる行為を制限する禁止権であると位置づけるものとして、Jeremy Waldron, *From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property*, 68 CHI.-KENT L. REV. 841, 862-64 (1992).

⁹¹ 表現の自由の価値に関する諸議論を概観する文献として、奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』(第2版・東京大学出版会・1992年)3-79頁、市川正人『表現の自由の法理』(日本評論社・2003年)、阪口正二郎「表現の自由の原理論における『公』と『私』—『自己統治』と『自律』の間—」長谷部恭男=中島徹『憲法の理論を求めて—奥平憲法学の継承と展開—』(日本評論社・2009年)39頁、長谷部恭男「続・Interactive憲法 表現の自由の根拠」法学教室360号(2010年)65頁等。

憲法上の表現の自由を支える価値、換言すれば表現の自由がなぜ保障されているのかという趣旨として、我が国ではEmersonが挙げた言論の自由の4つの価値⁹²がしばしば引き合いに出される。Emersonによると、表現の自由の根底にある価値とは①個人の自己充足、②真理への到達、③社会的決定への市民の参加、④社会における安定と変化の均衡の確保、であるという。このうち伝統的な学説は、これらの中から①と③を重視し、残りの価値を事実上昇華させる形で、2つの点を表現の自由の基本的価値としており、具体的には、第一に個人が言論活動を通じて自己の人格を発展させるという「自己実現」や「自律」の価値を、第二に、個々人の言論活動が自由に執り行われることで、国民が政治的意思決定に関与するという、民主主義政治における「自己統治」の価値を挙げる⁹³。前者は人格的な価値、後者は政治的な価値に根ざしたものと言い換えてもよいだろう。これらの価値はいずれも、我々の社会において表現行為が持つ意義から導き出されているという点では共通しているように思われる。すなわち、表現行

さらに近年では、そもそもそうした表現の自由の前提となる普遍的な価値原理などというものが存在するのかという根本的な問題に立ち返ってこの課題に取り組む見解も提示されるようになってきている。表現の自由の前提となる様々な価値の存在を論証することは困難である以上、そうした価値から演繹的に表現の自由の優越性や、表現の自由が特別の保護を受けることを導き出す「原理基底論」の思考方式には限界があるのではないかと主張する「脱原理基底論」を唱えるものとして、小林伸一「表現の自由における脱原理基底論－S・フィッシュ、R・ボズナー、F・シャウアーの比較検討を通して－」法政論叢42巻2号(2006年)98-131頁、同「表現の自由の『理論』における原理基底論の現状」法学研究78巻5号(2005年)360頁以下。シャウアーの言論の自由に関する議論については、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)115頁以下も参照。

⁹² T・I・エマースン(小林直樹＝横田耕一(訳))『表現の自由』(東京大学出版会・1972年)。

⁹³ 芦部信喜(高橋和之(補訂))『憲法』(第5版・岩波書店・2011年)162頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(第2版・有斐閣・2010年)186頁。松井茂記『マス・メディア法入門』(第4版・日本評論社・2008年)34頁は、後者の「自己統治」に重きを置くべきことを主張し、ゆえに、「自律」への寄与に表現の自由の根拠を求める見解には批判的な態度を採る。

為とは換言すれば、自分が頭の中で思考していることを外部に発し、他人とコミュニケーションを図ることである。そのような行為は、人と人とのつながりを決定づけるとともに、自分自身の精神を豊かにすることにも役立つであろう。その意味で、表現行為が自由に行えるか否かは個人の人格形成と密接な関連があるといえる。また同時に、言論や情報を自由に交換しあう表現行為があつてこそ、選挙制度や代表民主制が成立するのであつて、その意味で表現の自由を中心とする精神的自由は民主主義社会の根底を支える権利であるといえる。さらには、経済的自由に対する不当な規制立法が制定されても、選挙制度によって最終的に排除することは可能であるのに対し、表現の自由の場合には、それを規制する不当な立法が作られることは、すなわち民主的な政治過程そのものの機能が阻害されることを意味する。これらの点から、表現行為は政治過程と「特別な関係」にあるといわれている⁹⁴。

他方、Emersonが挙げた②真理への到達という価値は、いわゆる思想の自由市場 (free marketplace of ideas) 論に親和的である。これは、様々な思想(アイディア)が自由に、「思想の自由市場」で討議され淘汰されることにより、人々の知識の増大や真理への到達、文明の向上といった社会的効用が達成されると説明する考え方で⁹⁵、表現の自由を手段的に捉えている

⁹⁴ 芦部信喜『演習・憲法』(新版・有斐閣・1988年)105頁。

⁹⁵ 「思想の自由市場論」は論者によって多様な説明がなされており、上記の説明は最も典型的かつ批判の多いものである点を断っておきたい。

思想の自由市場論は、米国のHolmes裁判官がAbrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919)における少数意見の中で提唱したのが始まりであるといわれているが、Holmes裁判官自身の見解は、その思想的源流であり絶対的真理が必ず勝利するとしたミルトンほど楽観的なものではなく、あらゆる思想表現について質的に区別せず最大量の表現の自由を保障するためのロジックとして生み出されたものだといわれている。金井光生「表現空間の設計構想(アメリカ)－思想の自由市場という思想の自由市場」前掲注(3)駒村＝鈴木(編)『表現の自由Ⅰ－状況へ』71頁。

ホームズの理解に迫る文献として、金井光生「O・W・ホームズ裁判官の『思想の自由市場』論とは何であったのか(一)～(六・完)－W・ジェイムズ v.s. C・S・パースのプラグマティズムを分析視座として－」東京都立大学法学会雑誌41巻1号(2000年)243頁、同41巻2号(2001年)341頁、同42巻1号(2001年)213頁、同43巻1号

点に特徴がある。

経済の自由市場をアナロジーに用いて、表現が自由に交換され競争にさらされることの重要性を説くこの法理は、当時の経済学の潮流とも相まって、米国でしばらくの間かなり浸透したものであるが、現在までに多くの批判が寄せられていることもまた事実である。その代表的なものとしては、そもそも真理といった客観的価値が果たして存在するのか、存在するとしても市場における自由競争の中で真理が最終的に勝利するとは限らないのではないかという原理的批判と、巨大マスメディアが台頭する実社会においては、報道の画一化や少数意見が制圧されるといった現象が生じ、自由市場という空間が実在するかは疑わしいものだという、市場の機能不全性を指摘する批判である⁹⁶。経済の自由市場というメタファーをそのまま思想に用いる典型的な説明は今日ではなされることが少なく、また、上記の批判を克服すべく理論的な修正が加えられて見直されつつあるが⁹⁷、い

(2002年) 505頁、同43巻2号(2003年) 321頁、同44巻1号(2003年) 201頁、前掲注(30) 山口『情報法の構造 情報の自由・規制・保護』25頁以下。

思想の自由思想論の起源といわれているミルトンの理念は、「真理と虚偽とを組打ちさせよ。自由な公開の勝負で真理が負けたためしを誰が知るか。」という一文によく現れている(J・ミルトン(石田憲次=上野精一=吉田新吾(訳))『言論の自由—アレオパジティカ』(岩波書店・1953年) 65頁)。ミルトンの見解については、J・ミルトン(原田純訳)『言論・出版の自由—アレオパジティカ』(岩波文庫・2008年)、香内三郎『言論の自由の源流：ミルトン「アレオパジティカ」周辺』(平凡社・1976年)も参照。

⁹⁶ 佐藤幸治『憲法』(第3版・青林書院・1995年) 455頁。

⁹⁷ 原理的批判を克服すべく、表現の自由の究極的な目的を、それまで唱えられていた真理といった価値から、「寛容」といった別の価値に求める見解や、表現の自由の民主主義過程における重要性を強調する米国の見解を紹介し、「再構築」の試みを論じるものとして、山口いつ子「『思想の自由市場』理論の再構築—『言論の害悪』及び『言論と行為の区別』を分析視座として—」マス・コミュニケーション研究43号(1993年) 146頁。

また、自由市場が幻影であるとの批判を克服すべく、市場を自由競争の場として捉える従来の理解とは距離を置き、分散している知識を繋ぎ合わせ、人々が取引費用を費やすことなく自発的に知識を享受するためのネットワークとして市場を眺め直すものとして、阪本昌成「『思想の自由市場』論の組み直しに向けて」立教

ずれにせよ典型的な思想の自由市場論は、表現の自由それ自体ではなく、「真理への到達」等の何らかの客観的価値に主眼を置いた考えであると位置づけることができよう。

さて、これら表現の自由とその価値をめぐる様々な考え方は、どのように整理することができるか。この点に関しドゥオーキンは、言論及び出版の自由を正当化する様々な論拠は大別すると、言論の自由を手段として重要なものとみなす見解(手段主義的論拠(instrumental argument))と、言論の自由がもたらす帰結とは無関係に、社会に属する人々を道徳上の責任主体と扱うこと自体が、正義に適った政治社会の本質的で構成的な特徴であるとする立場(構成的論拠(constitutive argument))があると分類する⁹⁸。つ

法学80号(2010年)63頁。

その他、思想の自由市場論を、経済学的分析の手法を用いながら再検討し、表現の公共財的性質と外部性を理由に厳格な司法審査の正当化を試みるものとして、井上嘉仁「市場と表現の自由理論(一)・(二・完)ー経済学的分析導入のための基礎的考察ー」広島法学27巻3号(2004年)35頁、同27巻4号(2004年)133頁。逆に、ミクロ経済学上の完全競争市場の理想的概念と、憲法法理としての思想の自由市場とでは齟齬が見られ、直接的に適用することには否定的な立場を採り、「市場」の概念をメタファーとして用いることを強調しながらデジタル化・ネットワーク化を迎えた情報新時代の思想の自由市場論の可能性を探るものとして、駒村圭吾「思想の自由市場と情報新時代」根岸猛＝堀部政男(編)『放送・通信時代の制度デザイン』(日本評論社・1994年)91頁。また、思想の自由市場論の合衆国における歴史的変遷とデジタル革命における同理論の変化について論じる文献として、駒村圭吾「多様性の再生産と準拠枠構築ー情報空間における『自由の論理』と『統治の論理』」前掲注(3)駒村＝鈴木(編)『表現の自由Ⅰー状況へ』3頁がある。

⁹⁸ ロナルド・ドゥオーキンは(石山文彦(訳))『自由の法 米国憲法の道徳的解釈』(木鐸社・1990年)258-260頁。ドゥオーキンは両者が相互に排他的なものとは捉えていないが、後者の構成的論拠をより重視している。

ドゥオーキンの理論を紹介・検討する文献として、齋藤愛「ドゥオーキンの表現の自由論に関する一考察」本郷法政紀要7号(1998年)347頁、同「表現の自由ー核心はあるのか」長谷部恭男(編)『講座人権論の再定位3 人権の射程』(法律文化社・2010年)161頁。特に切り札としての人権に関しては、後述する長谷部の著作のほか、阪口正二郎「憲法上の権利と利益衡量ー『シールド』としての権利と『切り札』としての権利ー」一橋法学9巻3号(2010年)721-727頁、駒村圭吾「基本的人権

まり、表現の自由の保障の根拠をその帰結に求めるのか、保障することそれ自体の重要性に求めるのかによって区分できるというのである。先に紹介した伝統的学説は後者の構成的論拠に近い一方で、思想の自由市場論は「真理への到達」という社会的効用を強調しているという点で、前者の手段主義的論拠に親和的であると考えられる。

それでは表現の自由という権利を、帰結へ向けた手段として割り切り、当該手段の達成のために場合によって多少制約されることも辞さないとするのは可能なのであろうか。この点に関しては、憲法上の権利には①個人の自律を根拠とした「切り札としての権利」と、②公共財の提供等、社会全体の利益を理由として保障される権利という2種類のもので存在するという、「切り札」としての人権論が参考になる。これはドゥオーキンが提唱し、日本では長谷部が積極的に日本法に応用した考え方である。ドゥオーキンは功利主義的、利益衡量的な考えに真っ向から反対し、個人の権利と社会一般の要求とをコスト・ベネフィット分析によって計算してバランスを取ることは誤りであると述べる⁹⁹。しかしそれは単純に功利よりも人権が重要であるということの意味するのではなく、功利主義を一応の前提としつつも、功利主義の前提を確保するために「切り札」としての権利を配置するという点にその特徴がある。そして、政府がどのような規制をなすかという帰結ではなく、政府がなす規制の理由こそが重要であり、市民の「平等な配置と尊重」を否定するような理由で政府が規制を行う際に「切り札」としての権利が発動されるという¹⁰⁰。

これを我が国の表現の自由に引きつけるとどうなるか。長谷部は表現の

の概念①（人権の意味）」前掲注(86)小山＝駒村(編)『論点探求 憲法』22頁、巻美久紀「個人としての尊重と公共性」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点』(第2版・有斐閣・2009年)286-291頁、小泉良幸『リベラルな共同体 ドゥオーキンの政治・道徳理論』(勁草書房・2002年)157頁、同「政治的責務と憲法—《法の共和国》の試みとして」宇佐美誠＝濱真一郎(編著)『ドゥオーキン 法哲学と政治哲学』(勁草書房・2011年)151-153頁、中曾久雄「民主主義のもとでの司法審査—権限アプローチの構築に向けて—」阪大法学59号(2010年)889頁。

⁹⁹ ロナルド・ドゥオーキン(木下毅＝小林公＝野坂泰司(訳))『権利論』(増補版・木鐸社・2003年)263-265頁。

¹⁰⁰ 前掲注(98)ドゥオーキン『自由の法 米国憲法の道徳的解釈』258-260頁。

自由に関し、表現空間を公共財の一種と捉え、表現活動につき自由な領域を設定し保障することは、政府による公共財の供給活動であり国家の義務であるとする、②に基づく公共財としての表現の自由というものを認める一方で¹⁰¹、表現の自由は①の「切り札としての人権」としても保障されるとする。「公共財としての表現空間」論によると、そうした権利の保障の程度は社会全体の利益によって左右されるが¹⁰²、「切り札としての人権」としての表現の自由、すなわち自ら理性的に思考し行動する個人としての根源的な平等性は、公共の福祉という社会全体の利益によっても制約されない¹⁰³。つまり、表現の自由には、社会全体の利益によって根拠づけられ、それゆえ社会全体の利益のあり方によっては制限を受ける場合もある領域が存在すると同時に、客観的な帰結ではなく保障自体の重要性によって根拠づけられ、そのため社会全体の利益にたとえ反するとしても制約が正当化されない領域があるのではないか、ということである¹⁰⁴。

このような表現の自由の諸価値の分類を踏まえて「表現の自由のエンジン」論に再び目を転じてみると、エンジン論が想定している表現の自由の

¹⁰¹ 前掲注(74)長谷部『テレビの憲法理論—多メディア・多チャンネル時代の放送規制』12-15頁、同『憲法の理性』(東京大学出版会・2006年)136-138頁。

¹⁰² 長谷部恭男『憲法』(第5版・新世社・2011年)195頁。

¹⁰³ 前掲注(102)長谷部『憲法』194頁。

¹⁰⁴ 切り札としての人権論と違憲審査の関係に関しては、阪口の一連の著作を参照。阪口は、二重の基準論を前提として展開される違憲審査基準や比例原則が、憲法上の価値を前提とした利益衡量の枠組みを示すものであり、それが「シールド」としての権利という考え方に適合的であることを明らかにするとともに、「シールド」としての権利と「切り札」としての権利を区別し、「切り札」としての権利は政府の規制理由に着目して正当性を欠く規制理由を排除する立法目的の審査に親和的であるところ、厳格な審査基準や厳格な合理性の基準による審査に、正当でない目的を暴き出すという利益衡量とは異なる機能を見出すことができると分析する。前掲注(98)阪口「憲法上の権利と利益衡量—『シールド』としての権利と『切り札』としての権利—」703頁、同「人権論Ⅱ 違憲審査基準の二つの機能—憲法と理由」法律時報80巻11号(2008年)70頁、同「憲法学と政治哲学の対話—リベラリズム、違憲審査基準、権利—」公法研究73号(2011年)42頁、同「民主主義と人権の関係 多数決で決めるべき事柄と多数で決めてはならないもの」法学セミナー570号(2002年)2頁。

価値は、創作され世の中に出回る表現を豊富化させるという、保護の「帰結」に重点を置いていることが分かる。著作権の行使は、個人が干渉されず自由に表現活動を行うという表現の自由を個別的に見れば制限するものである。それにもかかわらず著作権が表現の自由のエンジンになると述べることは、表現の自由を、客観的価値への到達に向けたプロセスとして捉えていることに他ならないのではないだろうか。

表現の自由は以上のように、構成的根拠に基づく切り札としての権利という性質を有しており、伝統的理解もそれと共通する発想で表現の自由を位置づけていたところ、エンジン論はこうした側面には重点を置かず、むしろ手段主義的論拠に基づく「公共財としての表現空間」論のような側面を強調して表現の自由を理解していると考えられる。しかし、表現の自由が後者のような側面だけで構成されているわけではないだろう。著作権法という表現規制立法が長期的な目線で言論促進的機能を有しており、社会全体の利益につながる側面を有するとしても、他方でそのような理由からは制約が正当化されない、短期的な視点から見た個人の人権としての側面が、表現の自由には存在していると考えられるからである。

4. 表現の自由を制限する著作権の本質

それでは、そうした個人の人権としての表現の自由に対し、著作権法は具体的にどのような形で制約を課しうるのだろうか。その問いに答えるために、著作権をはじめとする知的財産法の保護の対象となる「無体物」という概念を用いて、著作権法の客体である公共財の性質に着目してみよう¹⁰⁵。この作業を通じて、ここでは著作権の権利としての本質と特徴とは何かを検討する。

著作権法は、知的財産法と呼ばれる法分野の1つとして位置づけられているが、知的財産法が規律している客体はしばしば、所有権の客体たる有体物と対比して無体物であると説明されている。無体物という概念を用い

¹⁰⁵ 以下の検討について詳しくは、前掲注(81)田村「知的創作物の未保護領域という発想の陥穽について」2頁以下、山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(1)」知的財産法政策学研究28号(2010年)207頁以下を参照。

ることは、あたかもそのような「もの」が存在するかのような印象を与え、行為規制としての知的財産権の側面を覆い隠してしまうことから、そうしたレトリックを使用することに対しては問題が指摘されている¹⁰⁶。ここでは知的財産権の客体がどのような性質を有するのかという点を、所有権の客体と対比させ際立たせるために便宜上「無体物」という語を使用するが、無体物という「もの」が存在するというような趣旨で用いるわけではないことを予め断っておきたい。

さて、無体物には、有体物とは異なる以下のような特色が見られる。第一に、その消費の非競合性である。動産あるいは不動産といった有体物は、ある人が消費すると他者は同じものを消費することができない¹⁰⁷。したがって、消費が競合的 (rival) な有体物には、奪い合いに向けられた無駄な努力を防ぎ、また安心して生産するインセンティブを付与するという意味で、独占的な財産権を設けるべき理由が存在することとなる¹⁰⁸。また、このような競合的な性質ゆえ、その有体物が本来的に希少である場合には、それを過剰消費すればやがて資源の枯渇が生じることになる。さらにある資源を共有として誰でも無制限に消費できる状態にしておくと、各人が各々の利益を追求するあまり資源を使い果たしてしまうおそれがある(コモンズの悲劇¹⁰⁹)。こうしたコモンズの悲劇を回避するためにも私有財産権の設

¹⁰⁶ PETER DRAHOS, A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY, (Dartmouth 1996); Peter Drahos (山根崇邦(訳))「A Philosophy of Intellectual Property (8)」知的財産法政策学研究39号(2011年)240-245頁、Wendy J. Gordon (田辺英幸(訳))「INTELLECTUAL PROPERTY」知的財産法政策学研究11号(2006年)3-8頁、前掲注(81)田村「知的創作物の未保護領域という発想の陥穽について」3頁、田村善之「メタファの力による“muddling through”: 政策バイアス vs. 認知バイアス—『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』総括報告—」新世代法政策学研究20号(2013年)99頁。

¹⁰⁷ 例えば、Aがある本を大事に抱えている限り、Bが同時にAの持っている本を物理的な意味で占有することはできない。仮にこのような有体物に財産権のような独占権がなければ、人が労働してある有体物を生産したとしても、それが他人に奪われないう警戒し続けなければならない。

¹⁰⁸ Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 AMERICAN ECONOMICS REVIEW, 347 (1967).

¹⁰⁹ Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 161 SCIENCE 1243 (1968). 邦訳として、

定が必要となるといわれている。

他方、情報等の無体物はある人が消費していても、同時に他者も消費をすることができるという特徴を持つ¹¹⁰。これは一般に、無体物の非競合的性質 (non-rival) と呼ばれている。さらに、情報のような無体物は一度外部に開示してしまうと元の状態に戻すことが不可能という性質も持つ。そのため、他者がある無体物から排斥するのが有体物に比べ困難であるといわれている。このような特徴は、無体物の非排他性 (non-excludable) と呼ばれる。

無体物が有する第二の特徴は、それが物理的に明確な境界線を持たないために、仮にそこに何らかの権利を設定すると、権利範囲が無限定に広がりやすい性質を有している点である¹¹¹。

有体物の場合、リンゴのような動産も、土地のような不動産も、それぞれ物理的な境界線がある。そのため有体物に対する所有権は権利を設定したとしても、それが及ぶ範囲が明確であるといえる。他方で無体物に関しては、物理的に明確な境界線を引くことは相対的に困難である。

以上のような特徴を持ち合わせる無体物は、消費が競合的にかつ境界線が明確であるために供給するのと引き換えに対価を取るのが相対的に容易な有体物に比べ、市場に任せておいては供給するインセンティブが十分ではないという問題点を有している。無対物にはこのような公共財 (public goods)¹¹²としての性質があることから、それを規律する知的財産権は、本来的に以下のような性質を有すると考えられる。

まず、消費の非競合性、非排他性からもたらされる帰結として、そうし

桜井徹(訳)「共有地の悲劇」K・S・シュレーダー・フレチェット(編)(京都生命倫理権研究会(訳))『環境の倫理 下』(晃洋書房・1993年)445頁を参照。

¹¹⁰ 前述の本の例でいえば、Aが本の中に描かれた内容(情報)をBに見せると、Aはその情報を保持したまま、Bも同じ内容を保持することができる。THOMAS JEFFERSON, WRITINGS OF THOMAS JEFFERSON, VOL. 6, 180-81 (H.A. Washington ed., 1854)は、非競合性を、ある人を照らすランプの光を暗くすることなしに、他者も光を享受できることになぞらえている。

¹¹¹ 前掲注(106)Draho「A Philosophy of Intellectual Property (8)」247-249・254-255頁。

¹¹² Harold Demsetz, *The Private Production of Public Goods*, 13 J.L. & ECON. 293 (1970).

た無体物に対し設定された著作権等の知的財産権は本質的には人工的な排他権であるということ、そしてそれは人の行為の自由な領域を侵害する可能性が極めて高いということが導き出される。消費が非競合的であるということはすなわち、誰もが同時にあらゆる場所で、同じ無体物を消費できるということを意味する。また、無体物が非排他的な性格を有するという事は、誰かの独占に服させることが困難であるということの意味する。このように、そこに何らかの排他権が存在しない限り、無体物の利用行為は誰もが自由になしうる行為なのである。

もちろん有体物の場合も、所有権がなければ誰でも自由に利用ができるので、物理的な奪い合いは発生しうる。しかしここでの大きな相違は、有体物の場合はその「もの」を物理的なコントロール下に置いて管理している限り、他者によって消費されてしまうことがなく、また他者の消費を認識するのが比較的容易であるのに対し、無体物の場合には、何人もが同時に別の場所で利用することができ、しかも使い減りが生じないために他者の消費を認識するのが困難であるという点である。それに加え、無体物は排他的でないために利用行為が遍在的ともなりえる。そこに排他権を設置することは結果として様々な場所にいる多くの人の行為に関わるという点を、有体物に対する権利との相違点として念頭に置いておくべきであろう。

したがって、著作権等の知的財産権は本質的には、物理的には本来誰もがどこでもなしうる行為について法が人工的に独占を認めたものであって、多くの人の行為に制約を課しうる権利なのである¹¹³。

他方、境界線の不明確性からもたらされる帰結としては、その不明確さゆえに権利が無限定に広がりやすく、また他者に与える委縮効果が大きい

¹¹³ ところがこうした側面というのは往々にして軽視されがちであり注意が必要である。著作権を創作的な表現物に対する保護という形で捉えてしまうと、実は人の行為に対する規制であるという本質的側面を覆い隠してしまうからである。知的財産権が取り扱っているのは無体「物」や知的「財産」ではなく、多種多様な人の行為の中から類似するパターン (similitude in pattern) であるとし、無体「物」というメタファーが持つ危険性を指摘するものとして、前掲注(106)Gordon「INTELLECTUAL PROPERTY」1頁。

という問題がある。

所有権の場合、人が所有権のことを考えるときには、特定の有体物と物理的に接触する利用行為が権利の内容なのだという共通理解のようなものが存在する。そのため所有権は概念上、物理的な存在たる有体物を中心としたフォーカル・ポイントを超えて、無限定に拡大することはあまり考えられないといわれている。

これに対し知的財産権の場合には、無体物の境界線の不明確さのために、社会が認識するコンセンサスのようなものを欠き、有体物のように何らかの物理的な限定をかけてくれるフォーカル・ポイントが存在しない¹¹⁴。つまり、権利の限界に歯止めが存在せず、結果として人工的に他者の行為を広範に制約する権利も設定しえてしまうことになる¹¹⁵。さらに無体物に対する権利範囲は物理的実体を伴わないがゆえに、レトリックや理論といったものに大きく影響されやすいといわれている¹¹⁶。レトリックと著作権の関係については後にまた触れることとするが、ここで強調しておきたいことは、知的財産権の本質が、自由に設定しうる人工的な権利であり、しかも他人の表現行為を制約するほど拡大する可能性を秘めているという点である。

そして、法が定めた権利範囲と、実際に著作物ユーザーがそれをどう受け止めるかには乖離が生じる可能性があるということも指摘しておきたい。無体物にある権利が設定された場合に、確実に他人の権利を侵害しないようにしようとリスク回避的に行動する者は、本来の境界線(権利範囲)よりも控えめにしか利用しない可能性があるという問題である。著作権を例に取ると、ある著作物の利用が著作権侵害に該当するか否かが事前に判

¹¹⁴ 知的財産権は物理的な範囲を伴わないため権利範囲が概念的に決定される性質を有することを指摘するものとして、Robert P. Merges, *One Hundred Years of Solitude: Intellectual Property Law, 1900-2000*, 88 CALIF. L. REV. 2239 (2000).

¹¹⁵ 田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号(2008年)5-6頁、前掲注(106)Drahos「A Philosophy of Intellectual Property (8)」247-249・254-255頁。

¹¹⁶ Neil W. Netanel, *Why Has Copyright Expanded? Analysis and Critique*, in NEW DIRECTIONS IN COPYRIGHT LAW, Vol. 6 (Fiona Macmillan ed., Edward Elgar 2008); UCLA School of Law Research Paper No. 07-34, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1066241>, at 11; Merges, *supra* note 114, at 2239.

断できない場合、著作権侵害に問われるのを確実に回避したいと思った利用者は、利用を控え、結果として本当の権利範囲の外側に、より広く事実上の権利範囲ともいべきものが形成されるのではないかということである¹¹⁷。

¹¹⁷ フェア・ユースの抗弁が適用される等、本来であれば権利者の許諾を必要としない利用であっても、ユーザーが権利者に許諾を求めることを選択する要因について分析し、ユーザーが許諾に走りやすいデフォルト・ルールでは、著作権に制定法で定められている範囲以上の価値を付与してしまうと指摘するものとして、James Gibson, *Risk Aversion and Rights Accretion in Intellectual Property Law*, 116 YALE L.J. 882 (2007).

もつとも、現実の社会では、著作権侵害に当たる行為を行ったとしても実際に権利者側が訴訟を提起するとは限らないという点や、あるいは訴訟提起されたとしても、請求される損害賠償額が僅少なものに留まることがある点などから、全ての利用者が上記のようにリスクを回避する行動に走るとは限らない。ある利用行為が侵害か非侵害か判断し難いという場面で、法の遵守意識が低い利用者は、たとえ侵害であっても構わないと考え利用に走る可能性が十分考えられる。このような利用者にとっては、ここでいう委縮効果がそれほど問題にならないのかもしれない。しかし、多額の資金を投じてビジネスとして著作物を発行する者は、その著作物が他人の著作権に抵触することで損害賠償や差止めを請求されることは極力避けたいと考えることが多いだろう。少なくともそうした者に与える委縮効果は一定程度存在するものと考えられる。

また、いくら法に従わせるための制裁を強化したところで、社会的な制裁等の外的誘引を理由として法に従う者は厳格な法の影響を軽減する方策を見出そうとする一方、厳格な制裁がなくとも進んで法に従っていた者も、法や規制者から信頼されていないと受け止め法の遵守に負の作用をもたらすと指摘し、被規制者の大多数が納得できるような法規範の整備こそが重要であると説くものとして、Branislav Hazucha (田村善之=丹澤一成(訳))「他人の著作権侵害を助ける技術に対する規律のあり方—デュアル・ユース技術の規制における社会規範の役割—」知的財産法政策学研究24号(2009年)63-66頁。著作権法の専門家以外の一般の人々にとって理解し難い複雑な法律を遵守させることの困難性については、前掲注(80)Litman「真の著作権リフォーム(1)」203・213-214頁、人々の規範に対する考えを、街頭調査の手法を用いて実証的研究したものとして、Branislav Hazucha=劉曉倩=渡部俊英(柳瀬貴子(訳))「ユーザーから見た著作権とその保護手段のあり方」知的財産法政策学研究41号(2013年)179頁。

5. 小括

著作権は一方では著作物の利用行為に対する人工的な排他権という性質ゆえに、利用者の表現の自由を制約する側面を有しつつ、他方で長い目で見れば、著作権者に容易に経済的対価を還流させる手段を与え新たな創作活動のインセンティブを増大させるという意味で、言論の豊富化に資する側面も持ち合わせている。表現の自由に親和的な目的を掲げつつも、それを達成する手段は表現の自由に真っ向から反するという、ある種矛盾したこの関係性は「著作権のパラドックス (copyright's paradox)」¹¹⁸とも呼ばれている。著作権と表現の自由は概念的にも実務的にも、重なりあう領域上で相反する手段を用いてそれぞれの目的を達成しようとしているのである¹¹⁹。こうした二重の性質は、著作権と表現の自由の関係を一筋縄にはいかない複雑な問題としているように思われる。したがって、著作権と表現の自由の関係を考える際には、エンジン論はあくまでも限定的なテーゼだという点、両者が二面的な緊張関係にある点を忘れてはならないだろう。

これと関連して、競争法の文脈において、社会的厚生が増大するか否かという経済学的には純粋な基準で行為の違法性を判断すると、不確定な要因ゆえ運用が困難であるのに加え、法を守る側にとって自らの行為の適否が判断できず、またある行為が違法と判断された際に遵守すべき行為の不合理性を当事者が納得できないという問題が生じると指摘するものとして、川濱昇「市場をめぐる法と政策—競争法の視点から—」新世代法政策学研究1号(2009年)81-82頁。行為を規制される側の者にこうした不条理を与えないために経済的有意味性基準や短期利潤犠牲基準等の他の基準が生まれたという川濱の指摘は、行為規制立法が規制される側の者にとっても正当で納得できるものであるためには、できるだけ客観的で予測可能なものである必要があるということを示唆している。

¹¹⁸ NETANEL, *supra* note 85.

¹¹⁹ LANGE AND POWELL, *supra* note 70, at 113-14.