

「人権」としての著作権？*

早稲田大学法学学術院教授 上野 達弘[※]

目次

I. はじめに	2
1. 問題の所在	3
2. 本報告の課題	4
II. 従来の議論	4
1. 憲法学における議論	4
2. 知的財産法学における議論	5
3. 背景——我が国における「司法（憲法）消極主義」？	7
4. 問題点	8
III. 国際人権条約等における著作権	9
1. EU基本権憲章	9
2. ヨーロッパ人権条約	11
3. 世界人権宣言	13
4. 国際人権規約	13
5. ドイツ	13
6. 小括	15
IV. 忘れられた（？）過去の議論	15
1. 日本国憲法成立前後の議論	15
2. ミュージック・サブライ事件	20
V. 検討	23
1. 憲法上の基本権として	24
2. 基本権であることの帰結	24
VI. おわりに	27
1. まとめ	27
2. 課題と展望	27

I. はじめに

ただ今ご紹介にあずかりました上野達弘でございます。本日は緊急事態宣言が続く中、おいでいただきましてありがとうございます。また、オンラインでも多数の方にご参加いただいております、御礼申し上げます。

このCRIC著作権研究会シリーズは、2007年以来、だいたい3年に1回出させていただいてまして、今回が5回目ということになります。過去4回は、「日本版フェアユース」、「クリエイタ指向アプローチ」、「制度論のメニュー」、「最高裁判決のミスリード」というように、毎回、副題にカタカナを入れるということでやってきました。カタカナを使うとそれだけでキャッチーになりますので、その後の議論を喚起しやすいというのが私の目論見だったのですが、実際のところ、この研究会シリーズで試みた問題提起が、例えば、「柔軟な権利制限規定」ですとか、あるいは、教育や図書館等に関する「補償金請求権付き権利制限規定」といった新たな立法論の動向につながったり、侵害主体論や類似性判断などに関する解釈論にも一定の影響を与えてきたのではないかと考えております。

しかし、それに比べますと、今日のテーマは『「人権」としての著作権？』というもので、そもそも副題はありませんし、また、謎の「カタカナしばり」からもあっさり卒業しております。キャッチーどころか、むしろ地味なタイトルと言えるでしょう。しかも日本のビジネスローの実務では、「人権」とか「憲法」とかというもの

*本稿は、2021年3月19日開催の著作権研究会での講演原稿に、講演者が加筆・修正を加えたものである。

が実際に議論されることは稀のようですから、そもそもこのテーマは何の役に立つのか、どのような意味があるのか、と思われる方もいらっしゃるかも知れません。

ただ、私自身は今日のネタはかなり気に入っておりまして、現実の世界にとっても実は意味があると考えております。というわけで、冒頭から自分で自分のハードルを上げてしまいましたが、内容に入ってまいります。

1. 問題の所在

最近の知的財産法学では、著作権と表現の自由との調整に関する議論が盛んです¹。つまり、人権とされる表現の自由と著作権をどのように調整すべきかという問題が、日本だけではなく、国際的にも、大きなトピックになっているのです。

ところが、その一方で、著作権は人権なのか、憲法上の権利なのか、ということについては、わが国の知財法学において議論が非常に乏しい状況にあります。これが今日の出発点です。

ただ、世間的には「著作権は人権だ」という言説が見られるのも事実です。例えば、JASRACの浅石道夫理事長は次のようにおっしゃっています。

浅石道夫「100年後も行動理念は変わらない」『JASRAC80年史——音楽でつながる未来へ』（日本音楽著作権協会、2019年）5頁（下線筆者）²

コピーライトからオーサーズライトへ

2019年5月、東京で35年ぶりに開催されたCISAC総会で、世界最古の音楽著作権管理団体であるフランスSACEMのジャン・ノエル・トロンCEOが「今まで使われていた“Copyright”には財産的価値を守るという意味があるが、本来我々が守らなくてはならないのは“Author's right”（創作者の権利）であり、文化である」と発言しました。

そもそも著作権とは、フランス革命で市民が命を賭して王侯貴族から勝ち取った最も尊い権利の一つと言われています。誰もが等しく持つ人権なのです。ところが、日本では今も無許諾で楽曲を利用する行為が横行しています。その背景には、楽曲の不正利用が人権侵害にあたるという基本理念が浸透していないことにあります。その基本理念の浸透こそ、我々JASRACに課せられた重要な使命だと考えます。

1958（昭和33）年に公募で選ばれた「人に人権 音楽に著作権」という標語を、2018（平成30）年に改めて打ち出した背景には、我々自身も原点に立ち返る必要があるとの自戒も込められています。

ここでは、①著作権は「人権」であるということと、②楽曲の不正利用は「人権侵害」に当たることが述べら



れているかと思います。また、元文部官僚である岡本 薫先生は、「もうひとつの『人権』」という副題を持つ本の中で、次のようにおっしゃっています。

岡本 薫『教育関係者のためのインターネット時代の著作権——もうひとつの「人権」』（全日本社会教育連合会、2002年）12頁以下（下線筆者）

1. 「人権」としての著作権

「著作権」は「人権」である

著作権というものを知る上でまず最初にご理解いただきたいことは、「著作権は人権である」ということです。著作権は、「世界人権宣言」や「国際人権規約」という条約にも規定されている「人権」のひとつなのです。

日本国憲法にも様々な「人権」が規定されていますが、そのひとつとして、第29条に「財産権」の規定があります。この条文には、「財産権は、これを侵してはならない」ということや、「財産権の内容は、公共の福祉に適合するように、法律で定める」ということが規定されていますが、憲法が「法律で定める」と規定する「法律」のひとつが「著作権法」です。つまり著作権は、思想・信条・良心の自由、表現の自由、学問の自由、生存権、勤労する権利、教育を受ける権利などと並び、様々な「人権」のひとつなのです。

憲法第29条は、前記のように、「財産権は、これを侵してはならない」と規定し、人が努力して築き上げた「財産」について、これを無理やり取り上げたり、無断で利用するようなことをしてはならない、と明記していますが、著作権というものの基本には、こうした憲法の基本理念や考え方があり、「著作権は憲法に基づく人権である」ということを、まずご理解ください。

さらに、同じく元文部官僚で愛媛県知事でもあった加戸守行氏は、次のようにおっしゃっています。

加戸守行「知的財産権と人権」コピーライト700号1頁
(2019年)(下線筆者)³

要するに、知的財産権の保護の内容レベルは、その時代における各国の経済的損得によって左右される面の強いことは、歴史の証明するところでしょう。

さはさりながら、著作権を含む知的財産権のあるべき姿を世界各国が共通の理念として共有してその意思を表明した崇高な文言があります。それは、1948年12月10日に国連総会で満場一致で採択された「人権に関する世界宣言」です。第1条は、「すべての人間は、生まれながらにして自由であり、かつ、尊厳と権利とについて平等である。」と規定し、第27条第2項は、「すべての人間は、その創作した科学的、文学的又は美術的作品から生ずる無形及び有形の利益を受ける権利を有する。」と規定しています。

知的財産権は、国と国との貿易上の有利不利によって左右されるべきものではなく、創作者固有の人権であるとの認識に立てば、その人権、すなわち人間尊重の精神が結論を導き出してくれるはずであり、世界が文化国家になってゆくことでしょう。世界人権宣言はそれを願っています。

このように、世上、「著作権は人権である」といわれることがあるわけですが、こうした言説に対する学界ないし一般からの反応というのは、率直に申し上げて、冷淡だったように思います。つまり学界では、以上のような言説はいわばスルーされておりまして、これに応接する議論がわが国でなされることはありませんでした。また、一般人においても、以上のような言説が素直に受け入れられているようには感じられません。

そういえば、2年くらい前でしたか、ある新聞記者の方から取材の電話がありまして、「先ほどの記者会見で、JASRACの理事長が『著作権は人権だ』と発言されていたのですが、学術的に見たらそんな話はありませんよね？」というような趣旨の質問を受けたことがあります。その記者さんは、著作権などというものが人権だなんて笑止千万だとお考えだったのだらうと思います。ですので、その記者さんは、私から「憲法に著作権に関する規定はない」とか、「著作権はあくまで政策的に付与された権利であって人権ではない」といった、いわば理事長のご発言をたしなめるようなコメントを得ようと電話をかけてこられたのではないかと思います。

ただ、私にとっては、今日お話ししてまいりますように、「著作権は人権である」というような言説が根本的に間違っているとは思いませんでしたので、記者さんにもヨーロッパの状況などを含めて少しお話ししましたところ、かなり驚かれるとともに、がっかりした様子で電話を切られたように記憶しております。

とはいえ、わが国知財法学の世界では、こうした議論

自体が乏しい状態にあります。これまでは、知財法学者の多くが、著作権は人権であるとか、憲法上の権利であるとかいうことを明言するのを躊躇してきたように見えるのです⁴。

その背景に何があるのかと考えますと、いろいろな原因が考えられるのですが、もし著作権を人権ないし憲法上の権利と位置づけると、著作権を「自然権」や「天賦人権」と捉えることに直結してしまうとか、そうでないとしても著作権の絶対的・優先的な保護に直結して保護と利用のバランスが損なわれてしまうといった考えがあるのではないかと思います。

しかし、そのような考えは妥当なのでしょうか。私が問いたいのはこのことです。

2. 本報告の課題

そこで今日は、著作権法上の財産的権利の憲法的位置づけについて考えます⁵。このテーマは日本では浮世離れしているように感じられるかも知れませんが、著作権と表現の自由との調整に関する議論の前提になりますし、また、現実の立法論にも影響を与えるものです。

ただ、このテーマは、おそらく紛れもなく憲法学上の課題です。したがって、憲法の研究者でない私には荷が重いわけですが、一人の知財法学者の視点から、次のような事項を取り上げたいと思います。

まず、従来の議論ということで、わが国における知財法学と憲法学における議論とその背景を分析し、なぜわが国において著作権の憲法的位置づけに関する議論が乏しかったのかについて検討します(Ⅱ)。

次に、国外に目を向けまして、国際人権条約やドイツ基本法における著作権の位置づけを概観します(Ⅲ)。

その上で、いまや忘れられているかと思われる過去の歴史を振り返ります。実は、日本でも、昔は著作権と憲法上の権利に関して議論があったということで、日本国憲法成立前後の歴史や旧著作権法下における最高裁大法廷判決に焦点を当てます(Ⅳ)。

最後に以上を踏まえて、若干の考察として私の考えをお示しする、という流れでございます(Ⅴ)。

Ⅱ. 従来の議論

1. 憲法学における議論

ではまず、著作権の憲法的位置づけに関する憲法学における議論を見てみましょう。憲法の体系書や教科書を

見ますと、著作権を含む知的財産権は、憲法29条にいう財産権として明示的に位置づけるものが極めて多くあります⁶。

法學協會編『註解日本國憲法 上巻(1)改訂版』(有斐閣、1953年) 565頁

私法上並びに公法上のあらゆる財産権を包含するものと解すべきである。即ち所有権その他の物権を始めとして、特許権・著作権等の無体財産権、鉱業権の如き特別法による財産権はもちろん、債権、営業権、老舗権等を含み、更に水利権・河川占用権の如き公法的性質を有する私人の財産権にも及ぶものと認められる。

宮澤俊義＝芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』(日本評論社、1978年) 286頁

「財産権」とは、すべての財産的権利をいう。所有権そのほかの物権だけでなく、無体財産権も、債権も、営業権も、さらに、水利権・河川利用権のような公法的な権利も、財産権的性格を有するかぎりにおいて、これに含まれる。

樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法Ⅱ』(青林書院、1997年) 236頁

「財産権」とは、所有権その他の物権、債権のほか、著作権・特許権などの無体財産権、鉱業権・漁業権などの特別法上の権利などを含む、財産的価値を有するすべての権利をいう。

野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ 第5版』(有斐閣、2012年) 482頁

「財産権」とは、一切の財産的価値を有する権利を意味する。所有権その他の物権、債権のほか、著作権・特許権・商標権・意匠権などの知的財産権、鉱業権・漁業権などの特別法上の権利などがその例であり、公法的な権利である水利権・河川利用権なども財産権的性格を有する限りそれに含まれる。

川岸令和・遠藤美奈・君塚正臣・藤井樹也・高橋義人『憲法 第4版』(青林書院、2016年) 192頁

具体的には所有権その他の物権、債権のほか、著作権や特許権などの無体財産権、鉱業権・漁業権などの特別法上の権利などを含む。

このように、憲法の教科書等においては、著作権を含む知的財産権について、憲法29条に基づく財産権として明示的に位置づけるのが一般的です⁷。憲法29条は、ご存じのように、「財産権は、これを侵してはならない」(同条1項)と定めた上で、「財産権の内容は、公共の福

祉に適合するやうに、法律でこれを定める」(同条2項)と規定し、「私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる」(同条3項)と定めたものです。ここにいう憲法上の財産権に知的財産権も含まれるというわけなのですが、実は、憲法学の世界でも、著作権の憲法的位置づけについて、それ以上に立ち入った検討は乏しいといってよいように思います⁸。

ひょっとするとその背景には、最近の知的財産法学における正当化根拠論をめぐる議論が影響しているかも知れません。そういえば、元東大教授でもある憲法の高橋和之先生が論究ジュリストの巻頭言に次のようなことを書かれています。

高橋和之「憲法学と著作権法学の谷間」論究ジュリスト 25号1頁(2018年)(下線筆者)

最近私を悩ませているのは、憲法学は著作権をどのように扱ったらよいのかという問題である。もっとも、この問題を最初に意識したのは、30年以上も前のことである。《中略》

そしてようやく今、著作権法の「手習い」を始めたところである。少しかじってみて思うのは、この法領域が憲法学者の片手間的な仕事ではとても手に負えない分野に発展してきているということである。著作権が憲法上の権利に接触するのは、主としては、①財産権、②人格権、③表現の自由の領域である。①と②は、なぜ著作権を保護するのかという、その根拠あるいは正当化に関する議論が中心となるが、憲法学者からの発言は、無いに等しい。著作権法学者が法哲学的な思想史にまで遡る研究を行っており、教えられるところも多いが、憲法学者の目から見ると、憲法上の権利の正当化論なのか法律上の権利の正当化論なのか明確に意識されていない。日本国憲法には、著作権を認める明文規定はないから、この点が不明確だと憲法論とならない。他方、③は、著作権の制限に関係し、憲法学の側からいえば、表現の自由の制限の問題となる。表現の自由は、人権領域では花形的分野であるから、憲法学者による多くの発言が予想されるが、実際にはきわめて少ない。著作権法学者はどうかといえば、著作権を憲法上の権利として明確に位置づけ得ていないから、法律により政策的に創設されたにすぎない著作権がなぜ憲法上の権利である表現の自由と対抗できるのかの議論ができないでいる。憲法学と著作権法学の「谷間」は深い。

2. 知的財産法学における議論

(1) 知的財産法の正当化根拠をめぐる議論

では、知財法学における正当化根拠論というのは、どのようなものだったのでしょうか。現行著作権法が制定さ

れて昨（2020）年で50年になりますが、その後半の25年——私は「現行法第2世代」と呼んでおりますが——における最大テーマは、知的財産法の正当化根拠論だったかと思えます⁹。

具体的には、1990年代に中山信弘先生が著作権法を含む知的財産法全体について、産業政策的観点から、いわゆるインセンティブ論を軸とした知的財産法の体系論を構想されて以降、インセンティブ論 vs. 自然権論という対置の中で、知的財産権というのは、自然権的なものではなく、インセンティブの最大化という産業政策上の目的を実現するために人工的に創設された権利だとする考えが有力になります¹⁰。

ちなみに、ごく最近の議論では、「インセンティブ論 vs. 自然権論」という対置は、より実質的な観点から、「帰結主義的正当化（政策論）vs. 義務論的正当化（権利論）」というように再構成されることが増えつつあります¹¹。

第1の考え方は、創作インセンティブの最大化や著作物の豊富化など社会的な目的を指定した上で、著作権は当該目的を実現するための手段として付与されるものとするものでありまして、公益による著作権の帰結主義的正当化と位置づけることができます。これが、「政策論」とか「インセンティブ論」と呼ばれるものです。

他方、第2の考え方は、作者の権利は、社会的な目的の実現とは無関係に、著作物を創作した者が有する権利だとするものでありまして、公益によらない著作権の義務論的正当化と位置づけることができます。これが「権利論」と呼ばれるものです。いわゆる「自然権論」もこれに属しますが、「自然権」を承認するか否かにかかわらず、何らかの政策目的の実現とは無関係に、ある人に「権利」が帰属することを承認するかどうかのポイントになります。

私自身は「権利論」的立場に属することになるわけですが¹²、1990年代以降の知財法学におきましては、中山信弘先生と田村善之先生を中心とする一連のご研究の影響力が強く、学界全体においても政策論ないしインセンティブ論の考え方が有力と言ってよいかと思えます。特に、知的財産法の中でも、特許法や商標法は産業の発達を目的としており、また特許権や商標権は出願審査を経て登録されるものですので、それだけでも権利の人工性が高いと受け止められ、政策論的に理解される傾向が強いように思います。他方、著作権は、無方式主義に基づき創作と同時に発生する権利ではありますが、無体物を対象とする権利であることから、有体物を対象とする財産権とは異なるという考えに基づき、やはりインセンティブ論的に理解される傾向が強かったのではないかと思います。

そのように考えますと、著作権というのは、一定の政

策目的を実現するために人工的に創設された権利なのであるから、権利の有無や内容は政策によって自由に設計できるという発想が強まることになります。一方、そのような発想をする以上、クリエイタは自己の作品に何らかの「権利」を有するといった理解は希薄になります。つまり、著作権法というものに憲法上の制約などというものはないのだから、民主的決定によって、自由にその内容を設計できるのだという考え方につながるわけです。

以上のように、1990年代以降のわが国知財法学ではインセンティブ論が有力になり、著作権という権利の人工性・政策性あるいは功利主義的側面が強調される結果、その憲法的な根拠はいっそう希薄化してきたのではないかと思います。もともと知財法学における正当化根拠論というのは、立法の正当性を論じるものではあっても、憲法的基礎を論じるものでは必ずしもなかったわけですが、結果として、そのような知財法学における議論の傾向が憲法学の議論にも影響を及ぼしたのではないかと考えております。

（2）著作権の憲法的位置づけに関する議論

ただ、そんな知財法学においても、著作権と憲法との関係について、議論がまったくなかったわけではありません。

まず、田村先生は、かなり前に次のようにお書きになっておられます。すなわち、「憲法論に持ち込むと、インセンティブ論の下では、著作権は、国民が文化の発展の恩恵を享受するために必要とされる手段であり、ゆえに、国民の憲法13条の幸福追求権を支援するために設けられた制度であると理解されることになる」とされる一方で¹³、「物質特許の例が端的に示しているように、特許権等の知的財産権には経済政策的に権利になったり、ならなかったりするものがあり、少なくとも憲法上の基本権に該当するということは実体に適合しないところがある」と述べておられるのです¹⁴。

幸福追求権の「支援」というのは聞き慣れないかも知れませんが、少なくとも著作権は憲法上の権利でないという以上、極端な話、著作権制度をなくしてしまっても憲法上は問題ないということになるのではないかと思います。

これに対して、学習院大学の横山久芳先生は、まず「著作権は所有権と同じく憲法上保障された財産的権利である」としておられますので、著作権は憲法29条に基づく財産権に当たると位置づけられます¹⁵。ただ、その一方で、「所有権などとは異なり、元来、公共財的な性格を有する著作物に対して創設された政策的な権利であ」とされるとともに¹⁶、著作権を「手段的、道具的な権利」と理解されつつ、著作権制度を、表現の自由（憲法21条）が要請する「公共財としての表現空間」を

確保するための制度と位置づける考えを示されます¹⁷。その背景には、著作権制度がないと、創作インセンティブが低減し、「表現物の過少生産」となる結果、憲法上の「表現の自由」が要請する「公共財としての表現空間」が実現されないとの理解があり、そして、国家は、「著作権制度を創設する積極的な義務を負う」ため、「立法裁量の幅が制限されて」おり、「我々法律家共同体の内部において著作権制度が著作物の豊富化、多様化の実現に必要な手段であるとの共通理解が成立している限り……著作権制度をいきなり廃止し、著作者から著作権を剥奪するようなことがあってはならない」とされます¹⁸。したがって、横山先生によれば、著作権制度はどんな内容であっても憲法上許容されるわけではないということになります。

3. 背景——我が国における「司法（憲法）消極主義」？

このように一定の議論はありますけれども、やはりわが国においては、著作権の憲法上の位置づけに関する議論が乏しいと言わざるを得ません。その背景には、「司法消極主義」と呼ばれる事情もあるのではないかと私は思っています。

わが国では、最高裁判所の違憲審査権が憲法上明示されている（憲法81条）にもかかわらず、違憲判決が非常に少ないといわれています。特に法令違憲と位置づけられる最高裁判決は10件しかありません¹⁹。

このことからわが国では、司法が立法を尊重し、よほど著しい場合でない限り違憲判断を回避する傾向が強いとされまして、このことは、「（極端な）司法消極主義」ですとか²⁰、「理念なき消極主義」「付度主義」²¹などと呼ばれることもあります。また、単に違憲判決が少ないだけでなく、合憲判決は多数に上ることから、一般に合憲性に関する判断に消極的だというのではなく、「合憲判断積極主義・違憲判断消極主義」だともいわれます²²。元最高裁判事の泉 徳治先生も次のような興味深い指摘をなさっています。

泉 徳治「最高裁の『総合的衡量による合理的判断の枠組み』の問題点」石川健治・山本龍彦・泉 徳治編『憲法訴訟の十字路——実務と学知のあいだ』（弘文堂、2019年）374頁以下（下線筆者）

我が国では、議会が内閣総理大臣を選び、内閣が最高裁裁判官を選び、裁判所の予算案を査定している。最高裁裁判官の出身母体はほぼ固定しており、弁護士枠と学者枠の5人を除けばいわゆる官僚枠である。弁護士出身者も、憲法訴訟を経験している人から選ばれることは少ない。最高裁長官は、内閣総理大臣、衆参

議院議長と各種の国家行事で三権の長として行動を共にする。最高裁内部では長官が人事権を持ち、長官の内部昇進が定着している現状では、最高裁裁判官の同質性が生じる。裁判官を支える調査官も、キャリアシステムの中に置かれており、下級裁判所の判事から任命され、首席調査官を長とする調査官室に所属している。このような体制の下にあって、裁判所全体としては、自らも統治機構の一部であるという意識が強くなる。そして、立法・行政府との軋轢は可能な限り避けるのが賢明であるという思考が働き、立法・行政府の裁量をできるだけ尊重し、公権力による規制が著しく不合理であることが明白な場合でない限り、違憲の判断を避けるべきであるという傾向になる。その上、裁判官も調査官も、民事・刑事の通常事件の処理に追われ、憲法問題を掘り下げて研究する機会にも乏しい。したがって、憲法の民主主義体制の下で司法が担うべき役割についての認識が育ちににくいのである。

もちろん、わが国におけるこのような「司法消極主義」については、その是非をめぐってさまざまな見方が可能です。まず、そもそも裁判官は選挙で選ばれているわけではなく、司法というのは民主的正統性を有するとは言い難いわけですので、司法消極主義に問題はないという見方があり得ます。また、わが国では、特に内閣法制局がその事前審査において合憲性をきちんと確保しているのだから違憲判決が出ないのは正当だという見方もあり得ます。さらに、泉先生もご指摘のように、現状の最高裁における知識、経験、人材等といった諸資源からすれば、積極的な憲法判断を期待することは現実的でないという見方もあり得ます。加えて、仮に既存の法令に違憲の可能性を含む規定があるとしても、裁判所は、違憲となるような法令解釈適用をしないこと——合憲限定解釈ですとか憲法適合的解釈と呼ばれたりしますが²³——によって、結果として違憲判断をせずに現実の問題を解決できるという考えもあり得ます。以上のように、日本の「司法消極主義」の是非については慎重な検討を要するところです。

ただ、こうした「司法消極主義」の影響によって、既存の法令は、すでに憲法上の要請を満たしたものと捉えられがちで、憲法適合性を議論すること自体が敬遠されてきたようにも思われます。実際のところ、わが国では、現実の裁判実務において、憲法や基本権が持ち出されることは極めて稀のようです。むしろ、訴訟において憲法や基本権を論じることは“負け筋”の自認だと認識されているのではないのでしょうか。その意味では「司法消極主義」というよりも「憲法消極主義」と呼ぶべきなのかも知れません。

先ほどの泉先生も、「憲法の規定は、抽象的な原則の形で書かれているものが多いためか、それは単なる理念であって、そこから国民の具体的権利自由を導くことは

できない、法律で規定されることによって、国民は初めて具体的権利自由を取得する、と考える傾向が強い。中でも、立法事務に従事した裁判官にこの傾向が強い。……当事者が憲法違反の主張をしても、『所論は、違憲をいうが、その実質は単なる法令違反を主張するものにすぎない』と一蹴する裁判例は、枚挙にいとまがない。弁護士の間では、憲法を持ち出したら終わり、ということがほぼ定説になっている。憲法を持ち出すということは、主張を根拠付ける法律の規定がないことの証左であろうとみられるのである」と述べておられます²⁴。このことは、比較法的に見ても特殊性があるように思われます。

特に、日本では、「人権」というと、どうも“大袈裟”な話に聞こえがちのように思います。本来であれば、人権であっても絶対的なものではなく、調整が図られることになるはずなのに、わが国では、あることが「人権」問題とされますと、これを制約する立法が一切許されないかのように、議論が硬直化しがちなのではないのでしょうか。新型コロナウイルス感染拡大の防止策としての営業・外出規制についてもそうです。

私は、昨（2020）年3月20日にドイツから帰国しまして1年が経ちますが、ちょうどそのころ、ドイツでもいわゆるロックダウン（都市封鎖）が始まって、レストランなども次第に営業禁止になっていきましたし、その後、正当な理由のない外出等について罰金等の刑罰が科されるようになっていきました。ところが、日本に帰ってきたら、「日本ではロックダウンはできない」と言われたりするんですね。なぜかという、「私権の制限」になるからだ、ということです。あたかも日本は、ヨーロッパと違って「私権」が高く尊重されているのだから、憲法改正でもしない限り「私権の制限」になるようなことはできない、とでもいうかのようです。

この「私権」とは何だろうと私は今でも思うのですけれども、どうもそれは人権のことを意味しているようです。いうまでもなく、人権はヨーロッパにもありますし、むしろずっと人権に対して敏感であります。それでも感染拡大の防止策としてのロックダウンは広く行われています。考えてみたら、ヨーロッパでは、普段から、店舗等の営業時間にも厳しい規制があります。特に私がいたミュンヘンなどは保守的な地域ですので、デパートだとかスーパーだとかは、平日の20時までしか営業できず、日曜・祝日はまったく営業できません。これも営業の自由を制約する規制であり、いわば人権の制約に当たります。ただ、それが許容されるのは、ヨーロッパでは、どのような場合にどのような人権の制約が正当化されるかということに関する議論が以前から蓄積されているからではないかと思えます。

日本でも、営業上の自由に対する合理的な制約という

のはすでにあるわけですが、どうも日本の場合、「人権」問題だとか、「私権の制限」だということ、まるで現行憲法下では不可能だとでもいうかのように、議論が硬直化してしまいがちのように思います。他方で、日本というのは、例えば、いつまでたっても選択的夫婦別姓が導入できないとか、「人質司法」などと揶揄される刑事司法が変わらないとか、死刑制度を維持しているとか、ヨーロッパから見れば、人権を尊重しているとは言い難い国のように見えるかと思えます。ですから、日本で、新型コロナウイルス感染拡大防止のためにロックダウンをして、外出制限違反者に罰金を科したりすることができないとか、何か新たに例外を認めると一気に戦前の日本のようにになってしまうなどというのは、日本が人権や私権を高く尊重している国だからだというわけではまったくなく、単に人権の“扱い”に慣れていないだけではないか、と私は思います。いわゆる著作権侵害のサイトブロッキングと通信の秘密をめぐる議論の一部にもこれと似たような風潮があったように思います。

以上のような側面も、わが国において著作権の憲法上の位置づけに関する議論が乏しいことの背景にあったかも知れません。

4. 問題点

ここまでの話をまとめましょう。わが国におきましては、著作権の憲法的位置づけに関する議論が乏しいと言わざるを得ません。その背景には、1990年代以降の知財法学においていわゆるインセンティブ論が有力となり、著作権の政策的側面が強調される反面、その憲法的位置づけが希薄化したという事情があるように思います。また、そこにはわが国において、司法が立法を尊重し、よほどのことがない限り違憲判断を回避する傾向があるとされる「司法（憲法）消極主義」も影響しているのではないかと思います。

ただ、このように著作権の憲法的位置づけが不明確なままでは、次のような問題があるように思います。

第1に、近時、著作権と表現の自由との調整というテーマをめぐって盛んな議論がありますが、著作権の憲法的位置づけが不明確なままで、表現の自由との調整を論じることには支障はないのかという点です。つまり、著作権が単なる政策目的の実現のために創設された人工的な権利であって、他方、表現の自由が憲法上の権利であるならば、後者のほうが優先することにならないのかというわけです。

第2に、もし著作権が憲法上の権利でないならば、著作権に関して憲法上の問題は生じる余地がなく、著作権制度は、いかなる内容でも、少なくとも財産的権利に関する限り、憲法上許容されることになるのかという点で

す。これは民主的決定の限界に関わることで、立法論にも影響があるはずです。

このような問題があるわけですが、かくいう私自身、これまでずっと「権利論」的立場を標榜しながら、「著作者の権利および利用者の権利はともに憲法上の基本権に由来する」と述べる程度で²⁵、それ以上の詳しい検討を行ってきませんでした。したがって、今日は私自身にずっと残されていた課題に取り組む機会でもあるのです。

Ⅲ. 国際人権条約等における著作権²⁶

そこで、目を向けたいのが国際人権条約等において著作権がどのように扱われているかということです。

1. EU基本権憲章

まず、EU基本権憲章（2000年12月7日）です²⁷。EU基本権憲章は、現在27加盟国によって構成されるEU（欧州連合）市民の権利を定めたもので、2007年のリスボン条約6条1項前段（2009年発効）によって、欧州連合条約と同等の法的拘束力を有するようになったものです。

(1) 条文

このEU基本権憲章には「知的財産」に関する明文の規定があります。次のように、財産権に関する17条は、その1項において、すべての者は財産を所有する「権利」を有すると定める一方、2項において「知的財産は、保護される」と規定しております。

EU基本権憲章17条【財産に対する権利】(Right to property) (下線筆者)

- 1 全ての者は、合法的に取得した財産を所有し、使用し、処分し、遺贈する権利 (the right) を有する。何人も、その財産を奪われない。ただし、公共の利益のため、法律によって規定された場合に、かつその条件の下で、及び損失に対する公正な補償が相当期間のうちに支払われる場合は、この限りではない。所有物の使用は、公共の利益のために必要な限りにおいて、法律によって規律することができる。
- 2 知的財産は、保護される (Intellectual property shall be protected)。

ただ、なぜ1項と2項を分けているのか問題になりま

すし、また1項は「権利」(the right) という文言を用いているのに対して、2項のほうは「知的財産は、保護される」(Intellectual property shall be protected) と規定されているにすぎませんので、その意味が問題になります²⁸。

もちろん、英語の「shall」は「ものとする」と訳されることが多いように、義務的な意味合いがありますので、17条2項も「知的財産は、保護されるものとする」と訳してよいものと思います。ただ、EU法というのは全加盟国における24の公用語に翻訳されますところ、先ほどの17条2項の英語版は、フランス語版 (La propriété intellectuelle est protégée) やドイツ語 (Geistiges Eigentum wird geschützt) と比べて、文言上若干の相違があることが議論になっておりまして、「ミステリアスな規定」とも呼ばれております²⁹。

ただ、草案段階の文書や解説によりますと、ここにいる「知的財産」には、著作権、特許権、商標権が含まれるのはもちろん、さらに「関連する権利」(associated rights) も含まれると説明されています³⁰。この「関連する権利」というのは、意匠権ですとか、欧州指令で保護されている創作性のないデータベースに係る sui generis right などが含まれるとされる一方、不正競争法上の法的地位やパッシングオフなどは立法者の想定外であったなどといわれています³¹。いずれにしても、EU基本権憲章によって保護される「知的財産」にはかなり広い範囲のものが含まれることになります。

もっとも、このEU基本権憲章によって基本権だと認められても、絶対的・優先的な保護が認められるというわけではありませんで、同憲章52条1項においても、「比例原則」(the principle of proportionality) に従って制限されることが想定されていますし、54条には権利濫用の禁止も定められています。

では、EU基本権憲章における知的財産の保護に関する判例を見てみましょう。

(2) 判例

EU基本権憲章につきましては、ルクセンブルクにある欧州司法裁判所 (CJEU) が判断することになります。私もヨーロッパ滞在中の2019年11月に、あるシンポジウムがあってルクセンブルク大学を訪れまして、その際、欧州司法裁判所にも行きました。ルクセンブルクというのは人口60万人くらいの小さな国なのですが、豊かで素敵な街であります。

さて、欧州司法裁判所の判例においては、知的財産権が基本権の一つと位置づけられておりまして、表現の自由など「他の基本権」との「公正なバランス」(fair balance) を図るものとされています。

① Promusicae事件³²

よく引用されるのが、Promusicae v. Telefonicaという事件です。原告Promusicaeはスペインのレコード協会のような団体で、被告Telefonicaはサービスプロバイダです。当時、ファイル共有ソフトKaZaAを用いた侵害行為がネット上に蔓延しているということで、原告が被告に対して侵害者情報の開示を請求したところ、マドリードの第5商業裁判所は、そのような開示命令を行うことがEU法上問題ないかどうか欧州司法裁判所に先決裁定を求めたわけです。

欧州司法裁判所は、知的財産権を含む基本権としての財産権、そして、その効果的な司法保護に関する基本権は、EU法の一般原理（general principles）を構成しているが、一方で、個人情報・私的生活の保護を保障する権利など別の基本権（different fundamental rights）の保護の要請とバランスを図る必要があると述べた上で、EU加盟国が各国の民事手続法によって個人情報の開示義務を定める可能性は排除されていないと判示しました。

ここで注目すべきは、著作権を基本権としての財産権（the fundamental right to property）と位置づけるとともに、他方で、個人情報や私的生活に関する権利も基本権と位置づけて、そのバランスを図っていることです。

② Scarlet事件³³

その後、Scarlet v. Sabam事件の判決も、Promusicae事件の判決を引用しております。Scarletというのはサービスプロバイダで、Sabamはベルギーの権利管理団体です。この事件では、著作権を侵害するファイル共有を防ぐためのフィルタリングシステムの導入をサービスプロバイダに対して命じることがEU法に違反するかどうかについて、ブリュッセル高等裁判所が欧州司法裁判所に先決裁定を求めたものです。

欧州司法裁判所は、知的財産権の保護は、EU基本権憲章17条2項に紛れもなく定められている（indeed enshrined）けれども、同裁判所の判例法や規定の文言のどこにも、その権利が不可侵（inviolable）であるとか、それがために絶対的に保護され（absolutely protected）なければならないといったようなことを示唆するものではなく、知的財産に関する権利を含む財産に関する基本権の保護は、他の基本権の保護（the protection of other fundamental rights）とバランスをとらなければならないところ、サービスプロバイダにフィルタリングシステムの導入を命じるのは、サービスプロバイダの営業の自由（EU基本権憲章16条）、ユーザの個人情報保護（同8条）、あるいは情報の自由（同11条）との公正なバランスを損なうものであり、許されないと判示しました。

私がここで着目するのは、「他の基本権」（other fundamental rights）という表現です。つまり、著作権と「他の基本権」との調整という以上、著作権が基本権であることが前提になっているからです。私がヨーロッパにいたとき、この点を引き合いに出して、日本ではそもそもそのこと自体に議論が必要なんですよ、といった話をする機会が時々ありましたが、ヨーロッパ人から見れば、著作権が基本権であることは議論の前提のようですので、なかなか理解されなかったように思います。

③ その後の裁判例

さて、こうした欧州司法裁判所の判決は、その後も、Sabam v. Netlog事件³⁴、UPC Telekabel事件³⁵、Spiegel Online事件³⁶、Pelham（Metall auf Metall）事件³⁷といった裁判例において参照されておりまして、知的財産権を基本権と位置づける説示が繰り返されております³⁸。ただ、このように著作権を基本権と位置づけることは、たしかに著作権保護を確固たるものにする側面があるといえども、だからといって、著作権の絶対的・優先的保護に直結するわけではありません³⁹。

そういえば、私がドイツに滞在した2019年というのは、ヨーロッパの著作権法にとってビッグイヤーだったといわれるのですが、それは2019年に欧州デジタル単一市場における著作権・著作隣接権指令が成立したことに加えて⁴⁰、2019年7月29日に欧州司法裁判所が3つの判決を下したことも大きいです⁴¹。これらは、レコードをサンプリングして利用することや、国家の機密文書を報道機関が公表することなど、既存の権利制限規定には明文の根拠があるとはいえないけれども、表現の自由や報道の自由といった他の基本権を考慮すると、著作権等が及ぶと解してよいか問題となった事件でありまして、欧州司法裁判所は、情報の自由や報道の自由といったEU基本権憲章上の基本権は、著作権関係の欧州指令が定める権利制限規定の枠を超えて排他権からの逸脱（derogation）を正当化しないと判示したのです。

ちょうどこの判決が出た翌日から、私が滞在しておりましたミュンヘン大学（LMU）の先生方とニューヨーク大学（NYU）の先生方が、ミュンヘン郊外のフラウエンキームゼーという美しい湖に浮かぶフラウエン島（Fraueninsel）の修道院で2泊3日のワークショップを行うというので、私も招かれて参加したのですが、このときもその3判決はやはり話題になっていました。

これらの判決によると、著作権と他の基本権との調整は、既存の権利制限規定の内在的な解釈として実現すべきであり、著作権法の規定の解釈とは別に、表現の自由などを持ち出しても考慮されないということになろうかと思います。これは、まるで日本の司法（憲法）消極主義みたいなのところもありまして、「ヨーロッパ版『司法

（憲法）消極主義』というべき現象かも知れません。ただ、ヨーロッパでは著作権が基本権であること自体は前提にされているといえますので、この点はわが国とは異なるように思います。

2. ヨーロッパ人権条約

さて、そんなヨーロッパなのですが、EU基本権憲章とは別に、人権および基本的自由の保護のための条約（ヨーロッパ人権条約）というものもあります⁴²。

ヨーロッパ人権条約は、EUとは別に、47か国（2021年4月現在）が加盟する欧州評議会（Council of Europe）によって作成されたものです（1950年採択・1953年発効）。EU27か国とは異なりますので、ロシアもスイスもイギリスも入っています。

（1）条文

ヨーロッパ人権条約には知的財産に関する明文の規定はありませんが、その第一議定書（1952年3月20日）1条が「財産の保護」を定めていまして⁴³、ここにいう「財産」に知的財産権も含まれるとされております⁴⁴。

第一議定書1条【財産の保護】（Protection of property）
（下線筆者）

- 1 すべての自然人または法人（Every natural or legal person）は、その財産（possessions）を平和的に享有する権利を有する。何人も、公益のために、かつ、法律および国際法の一般原則で定める条件に従う場合を除くほか、その財産を奪われない。
- 2 ただし、この規定は、国が一般的利益に基づいて財産の使用を規制するため、または税その他の拠出もしくは罰金の支払いを確保するために、必要とみなす法律を実施する権利を決して妨げるものではない。

ヨーロッパ人権条約の実施保障機関として、ストラスブールにヨーロッパ人権裁判所があります。これのすごいのは個人申立権があることでして、個人も国家に対して提訴できるんですね。このヨーロッパ人権裁判所において、特に2000年代以降、ヨーロッパ人権条約第一議定書1条が知的財産（intellectual property）にも適用されるという判断が続いています⁴⁵。

（2）判例⁴⁶

① Budweiser事件⁴⁷

例えば、Budweiser事件です。これは「Budweiser」というビールの商品名をめぐる訴訟の一つです。

もともとアメリカにAnheuser-Buschという会社があ

りまして、今はベルギーの会社の子会社になったようですが、この会社が「Budweiser」という商品名でビールを販売しておりました。ただ、この「Budweiser」というのは、チェコのブドヴァイス（Budweis）地域の醸造所でつくられたビールという地理的な名称であったため、ヨーロッパで商標権を取得することが難しく、1981年にAnheuser-Busch（申立人）が「Budweiser」の商標登録を試みたのですが、チェコスロバキア（当時）のB社（Budějovický Budvar）の地理的表示として「Budweiser Bier」が登録されていることを理由に拒絶されました。しかしその後、1995年にB社の登録が取り消されて、申立人の「Budweiser」が商標登録されることになります。B社は、1987年のポルトガル・チェコスロバキア（現在はチェコ国に適用）間の地理的表示に関する二国間協定を根拠に異議を申し立てましたところ、控訴裁判所はこの登録の取消を命じ、最高裁も「Českobudějovický Budvar」という地理的表示は同協定によって保護されるなどとして上告を棄却しました。

そこで、申立人が2001年にヨーロッパ人権裁判所に提訴しましたが、同裁判所の小法廷は、2005年10月11日に第一議定書1条の違反はないと判断しまして、その後、これが大法廷に付託されたというわけです。

さて、ヨーロッパ人権裁判所の大法廷は、「第一議定書1条は、知的財産それ自体に適用される」とした小法廷の結論を支持した上で、同条1項にいう「財産」とは、既存の財産（existing possessions）に限られるものの、一定の場合には、『資産』を取得する『正当な期待』（a “legitimate expectation” of obtaining an “asset”）も同項の保護を受けることができると述べまして、その上で、この申立人が有する商標登録の出願人としての法的地位は同項に当たり、申立人は、たとえ取り消される可能性があるとしても、ポルトガル法に基づき承認される商標登録出願と結びついた一連の財産権（a set of proprietary rights）を有していたと判示しました。ただ、本件事案の結論としては、申立人の商標登録を認めなかったポルトガル最高裁判決が申立人の財産の平和的享受を妨げるものではないとして、同議定書1条に違反しないと判断いたしました。

このように最終的にはヨーロッパ人権条約違反には当たらないとされたわけですが、ヨーロッパ人権裁判所は、このような商標権に関する事件で、しかもいったん登録された商標権が取り消されたというような法的地位も、同議定書1条にいう財産に当たると判断したわけです。

② Balan事件⁴⁸

次に、モルドバのケースが2つあります。モルドバはEU加盟国ではありませんが、ヨーロッパ人権条約には加盟しているのです。

まず、Balan事件でして、これはBalanさんという写真家がモルドバにあるSorocaの要塞を写真撮影したところ、モルドバ政府が国民IDカードの背景としてこの写真を無断利用したという事案です。そこで、Balanさんがモルドバ政府を訴えたところ、モルドバの国内裁判所であるキシノウ地裁は、1999年3月24日に、一定の期間に関する報酬請求（4050モルドバ・レウ [568米ドル相当]）を認容したものの、将来の利用に関する契約締結は命じませんでした。同年9月16日に、控訴裁判所は地裁判決を破棄してBalanさんの請求を棄却しましたが、モルドバ最高裁は、同年12月22日に、この控訴審判決を破棄して、報酬請求について地裁判決を支持しました。

モルドバ政府は、2000年5月になって本件写真の使用を中止しましたが、それまでは使用を継続していましたので、Balanさんはあらためて、地裁判決が出た1999年3月24日から2000年5月1日までの利用について、報酬支払（24万3137モルドバ・レウ）および著作者人格権侵害による損害賠償（20万モルドバ・レウ）を請求する訴訟を提起しました。キシノウ地裁は、2001年11月6日に、報酬（18万モルドバ・レウ）および非財産的損害（3600モルドバ・レウ）の支払いを命じましたが、控訴裁判所は、2002年3月26日に地裁判決を破棄して、Balanさんの請求を棄却しました。

その後、モルドバ最高裁は、IDカードは著作権の対象とならない公的文書であるなどとして——これは理由にならないような気もしますが——2002年10月16日に上告を棄却いたしました。

普通なら、このように最高裁で敗訴したら諦めざるを得ないものかと思いますが、Balanさんは2003年にヨーロッパ人権条約の第一議定書1条に基づく権利が侵害されたと主張して、モルドバ政府に対して、財産的損害（2万267ユーロ）および非財産的損害（5000ユーロ）の賠償を求めて、ヨーロッパ人権裁判所に訴訟を提起しました。すると、この請求が認められたというわけなのです。

ヨーロッパ人権裁判所は、まず、第一議定書1条が知的財産にも適用されると判示したBudweiser事件の判決を確認しまして、その上で、本件の著作物利用はたしかに公益性があるけれども、写真家の権利が正当な理由なく侵害され、同議定書1条の違反に当たると判示しました。そして、同裁判所は、ヨーロッパ人権条約41条[公正な満足]に基づきまして、モルドバ政府に対して、5000ユーロの損害賠償および訴訟費用として2000ユーロの支払を命じたわけです。合計すると日本円で90万円くらいになるかと思います。

国内の最高裁で敗訴したにもかかわらず、このような訴訟ができるということ自体、我々日本人の目から見ると驚きなのですが、それだけ人権というものが尊重され

ているということなのかも知れません。

③ AsDAC事件⁴⁹

こういう判決は珍しいのかと思っておりました矢先、昨（2020）年12月8日に、またモルドバに関する判例が出ました。

モルドバ国立銀行による記念硬貨の発行のために、2006年にコンクールが行われたのですが、そこで選ばれた著作者（L.C.およびO.C.）が権利を委託した著作権管理団体（AsDAC）が今回の申立人として、まずは、モルドバ国立銀行に対して報酬支払等を請求しました。キシノウ高裁は、2007年3月1日に、10万モルドバ・レウ（当時約6000ユーロ）の支払請求および現物返還請求を認容しましたが、モルドバ最高裁は、同年6月27日に、本件の著作者は自己の著作物が記念硬貨に使用されることを認識しており、モルドバ著作権法7条1項b号が「国の象徴および標識（旗、紋章、装飾、貨幣記号等）」について権利の対象にならないと規定していることなどから、控訴審判決を一部破棄しました。

そこで、申立人はヨーロッパ人権条約の第一議定書1条の違反を理由として、モルドバ政府に対して、財産的損害（1万1355ユーロ）および非財産的損害（5000ユーロ）の賠償を求めてヨーロッパ人権裁判所に訴訟を提起しました。

ヨーロッパ人権裁判所は、第一議定書1条は著作権を含む知的財産にも適用されるとして、申立人は著作者からの権利移転により同条にいう「財産」を有している以上、本件において著作権保護を享受できないことは、同条後段にいう財産の剥奪（privation）に相当する深刻な結果をもたらすほどに、原告の権利に対する干渉（ingérence）に当たると述べた上で、記念硬貨の発行という利用目的に照らしても、金銭的な補償もなく著作物を利用することは、第一議定書1条違反に当たると判示しました。そして、同条約41条に基づき、モルドバ政府に対して、非財産的損害賠償として3000ユーロの支払いを命じる一方、財産的損害については証拠不十分として請求を認めませんでした。

(3) 小括

ヨーロッパ人権裁判所の判例をめぐっては、著作権と表現の自由との調整という点も重要な課題になっているわけですが⁵⁰、そのような調整を行う前提として、知的財産権がヨーロッパ人権条約の第一議定書1条にいう「財産」に当たると位置づけられていることは見逃せないことと思います。また、先ほど見ましたような判例でも、同裁判所が著作者の権利について積極的な役割を果たしているというのは注目すべきものと思います。

もちろん、知的財産権を一括して、商標に関する権利

までも人権として位置づけることの是非は問題になり得るところでありまして、ヨーロッパにおいても「人権の商業化 (Commercializing)」というような批判もあります⁵¹。ただ、少なくとも著作権が人権であるということとは議論の前提になっているのではないかと思います。

3. 世界人権宣言⁵²

さて、ほかによく参照されるのが世界人権宣言 (1948年12月10日国際連合総会採択) です。世界人権宣言27条2項は、次のように、著作者の権利として、人格権と財産権を明示的に定めております⁵³。ただ、これは宣言にすぎませんので法的拘束力はありません。

世界人権宣言27条 (下線筆者)

- 1 すべて人は、自由に社会の文化生活に参加し、芸術を鑑賞し、及び科学の進歩とその恩恵にあずかる権利を有する。
- 2 すべて人は、その創作した科学的、文学的又は美術的作品から生ずる精神的及び物質的利益を保護される権利を有する (Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author)。

4. 国際人権規約⁵⁴

そこで、次に出てきましたのが、国際人権規約 (1966年12月16日国際連合総会採択) です。

国際人権規約は、社会権規約 (A規約) と自由権規約 (B規約) に分かれますが、知的財産権に関係するのは、社会権規約、すなわち「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」(1976年1月3日発効) です。その15条1項c号⁵⁵が、次のように、著作者の権利 (人格権・財産権) を定めております⁵⁶。

国際人権規約・社会権規約 (A規約) 15条 (下線筆者)

- 1 この規約の締約国は、すべての者の次の権利を認める。
 - (a) 文化的な生活に参加する権利
 - (b) 科学の進歩及びその利用による利益を享受する権利
 - (c) 自己の科学的、文学的又は芸術的作品により生ずる精神的及び物質的利益が保護されることを享受する権利 (To benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic

production of which he is the author)

- 2 この規約の締約国が1の権利の完全な実現を達成するためにとる措置には、科学及び文化の保存、発展及び普及に必要な措置を含む。
- 3 この規約の締約国は、科学研究及び創作活動に不可欠な自由を尊重することを約束する。
- 4 この規約の締約国は、科学及び文化の分野における国際的な連絡及び協力を奨励し及び発展させることによって得られる利益を認める。

国際人権規約の締約国は170以上ありまして、日本も1979年6月21日にこれを批准して発効しております (昭和54年条約第6号)。この批准に際して、日本は一部の規定について留保宣言を行っておりまして、例えば、社会権規約7条d号「公の休日についての報酬」も留保宣言の対象になっておりますが、著作者の権利に関する15条1項c号の規定は留保宣言の対象とされておられません。

もちろん、この規定の意味や効果についてはいろいろと議論があるところでありまして、特に社会権規約委員会の一般的意見17号 (2005年採択) は、人権と知的財産権 (intellectual property rights) の間には、譲渡性や時間的限界の有無における相違があることを強調するなど、かなり踏み込んだ見解を示しているところでもあります⁵⁷。

ただ、それでも著作権が国際人権規約において明示的に定められており、日本もこれを批准しているということとは過小評価できない事実かと思えます。

5. ドイツ

以上、国際条約等を見てきましたが、次にドイツ法について見てみたいと思います。

(1) 条文

かつて、ワイマール憲法には知的財産権に関する明文の規定がありました。ワイマール憲法は20世紀の新しい憲法といわれ、長大なものでありましたが、その158条1項「精神的財産権の保護」に、「精神的作品、著作者、発明者及び芸術家の権利は、ライヒの保護と配慮を受ける」(Die geistige Arbeit, das Recht der Urheber, der Erfinder und der Künstler genießt den Schutz und die Fürsorge des Reichs) という規定があったわけですから⁵⁸。

これに対して、現在のドイツの憲法典に相当するドイツ基本法 (1949年) には、知的財産権に関する明文の規定はありません。ただ、財産権に関する14条の規定が著作権保護に大きな役割を果たしております。

ドイツでも、著作権と表現の自由や芸術の自由等の基本権との調整という点が大きな課題になっておりまして、

ドイツ基本法14条〔所有権・相続権・公用収用〕⁵⁹

- 1 所有権（Das Eigentum）及び相続権は、これを保障する。その内容及び制限は、法律でこれを定める。
- 2 所有権には義務が伴う。その行使は、同時に公共の福祉に役立つべきである。
- 3 公用収用は、公共の福祉のためにのみ許される。公用収用は、補償の方法及び程度を規律する法律により、又は法律の根拠に基づいてのみ、これを行うことが許される。その補償は、公共の利益及び関係者の利益を正当に衡量して、これを定めるものとする。補償の額につき争いのあるときは、通常裁判所で争う途が開かれている。

ゲルマニア3事件ですとか⁶⁰、Pelham（Metall auf Metall）事件⁶¹など、これに関する訴訟も多いのですが、その前提として、著作権者の財産的権利は基本法14条に基づく財産権として位置づけられているわけです。

ドイツでは、最高裁に当たる連邦通常裁判所も連邦憲法裁判所も共にカールスルーエという小さな街にありますが、憲法適合性が問題になると、この連邦憲法裁判所が最終的な判断を行うことになります。

そういえば昔、私の最初の師匠である故・辻 正美先生が、「ドイツ連邦憲法裁判所ってのはちっこい建物で、なんやもうパンガローみたいなもんやで」とかおっしゃっていました。たしかに建物は小さいのですが、連邦憲法裁判所はドイツで重要な役割を担っております。一定の場合には、基本権を侵害された個人も憲法訴訟を行うことが可能でありまして、連邦通常裁判所の判決であっても連邦憲法裁判所によって取り消される可能性があるのです。

そして、著作権法の分野でも連邦憲法裁判所は大きな役割を果たしております。実際のところ、著作権法上の規定が基本権としての財産権保障として不十分であるため違憲と判断した判例が散見されるところでありまして、この点については名古屋大学の栗田昌裕教授によって早くから研究が行われております⁶²。

(2) 判例

① 教科書事件⁶³

特によく参照されるのが、1971年7月7日の教科書事件と呼ばれる判例です。

日本の著作権法にも、教科書に著作物を利用できるという33条の規定がありますよね。同条はその2項で補償金支払義務を課していますが、事件当時のドイツ著作権法46条は、教会や学校で用いられる教科書に著作物を掲載することを許容していながら、報酬請求権は定めていなかったのです。

連邦憲法裁判所は、著作権者の財産的権利はドイツ基本

法14条にいう財産権保障の典型的な保護範囲にあるという理解を前提に、著作権者の財産的権利を、排他権と報酬請求権（Vergütungsanspruch）に区別しまして、前者を法令が排除することについては「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一般公衆（公共）の利益」（Interesse der Allgemeinheit）によって正当化されるのに対して、後者を法令が排除することについては「高度の公共の利益」（ein gesteigertes öffentliches Interesse）を必要とするという基準を示しました。その上で、連邦憲法裁判所は、ドイツ著作権法46条（当時）の規定は、報酬請求権を付与することなく著作権を制限している点で、ドイツ基本法14条1項前段に違反しており、その限りで憲法訴願人の基本権を侵害していると判示したわけです。

実際のところ、ドイツ著作権法46条は1972年に改正されて、報酬請求権を付与する4項が追加されています⁶⁴。

② 教会音楽事件⁶⁵

また、1971年7月7日の教会音楽事件と呼ばれる判例もあります。これは、非営利無料の上演演奏等（公の再生）を報酬請求権なしに許容していたドイツ著作権法52条1項（当時）に関する憲法訴訟であります。日本の著作権法でも38条1項によって、非営利無料の演奏会や上映会は無許諾無償で行うことが許容されていますよね。ドイツにもそのような規定があったのですが、これが違憲とされています。

連邦憲法裁判所は、先ほどの教科書事件判決を引用しつつ、著作権者の財産的権利についてドイツ基本法14条に基づく財産権保障を認めた上で、排他権と報酬請求権を区別して、報酬請求権を法令が排除することについては「高度の公共の利益」が必要であるにもかかわらず、報酬請求権を付与していないドイツ著作権法52条1項（当時）の規定は、基本法14条1項前段に違反すると判示したわけです。

現行ドイツ著作権法52条によれば、非営利無料の演奏は無許諾で行うことができるものの、社会福祉事業など一定のイベントを除いて報酬請求権の対象になっていません（同条1項）。他方、日本法38条1項というのは、非営利無料であれば、演奏会でも上映会でも朗読会でも、無許諾かつ無償で行うことを許容する規定です。したがって、いくら著作物が利用されても権利者にはいっさい利益分配されないわけです。このような規定はドイツだと憲法違反だということになるわけですので、日本でもこれを見直すことが検討に値するのではないかと私は思っています。

(3) 小括——利益分配原則

以上のように、著作権者の財産的権利がドイツ基本法14

条1項に基づく財産権保障を受けるとした上で、その制約を正当化する基準を示した教科書事件の判決は、その後の裁判例においても繰り返し参照されています^{66・67}。

ドイツ著作権法には無許諾無償の権利制限規定が少なく、権利制限規定に伴う報酬請求権が多くあるわけですが、その背景にはこのような連邦憲法裁判所の判例が影響しているのではないかと思います。そして、そこには、「利益分配原則」(Beteiligungsprinzip)の考え方——すなわち著作者は自己の著作物の利用について常に相当な利益分配を受ける権利を有する——が強く存在しているように思います。したがって、権利制限規定によって著作物を無許諾で利用できる場合であっても、報酬だけは原則として払わなければならないということになるのです。

他方、——これは私が10年ほど前から繰り返し指摘していることでもあります——日本の著作権法は、無許諾無償の権利制限規定が多く、補償金請求権付きの権利制限規定が少ないように思います。その結果、権利制限の対象となる行為については権利者に正当な利益分配がなされず、他方、権利制限の対象でない行為は許諾がないと行うことができないため、たとえ社会的意義があっても実現されない、という問題が生じます。

そこで、もちろんケース・バイ・ケースではありますが、補償金請求権付き権利制限規定(権利制限+補償金請求権)によって著作物の円滑な利用促進と権利者への正当な利益分配を実現できる場合があるのではないかと考えているところです⁶⁸。

ただ、最近、教育に関する35条とか、あるいは今年改正される見込みである図書館に関する31条とか、こういった規定が、補償金請求権付きの権利制限規定という方向で整備されつつあるところですので、わが国著作権法もこの点でかなり改善の兆しが見られるようになったとは思っております。

その意味では、権利制限規定には、より広く補償金請求権を付与すべきだという私の考えの背景には、著作物利用に応じて権利者に正当な利益が分配されるべきだというドイツ法における利益分配原則の考え方があり、さらにその背景には、そうした利益分配原則を基礎づける憲法上の基本権の裏付けがあるのかも知れません。

6. 小括

さて、ここまでのお話をまとめてみましょう。

近時のヨーロッパでは、表現の自由と著作権の調整に関する議論が非常に盛んでありまして、著作権の「憲法化」(Constitutionalization)——これはヨーロッパ人にとっても発音しにくい言葉のようですが——などと呼ばれたりしておりますけれども、そこでは、知的財産権

が基本権であること自体は基本的に前提とされているように思います。これを知的財産権の「人権化」ということもできようかと思えます⁶⁹。

もちろん、ヨーロッパでも、著作権を「人権」と位置づけると、著作権強化に直結して、濫用的な解釈につながるのではないかという懸念ですとか⁷⁰、一部の権利者団体による著作権の「マキシマリスト」アプローチ(‘maximalist’ approach)や権利制限の厳格解釈につながるおそれを指摘する見解もあります⁷¹。しかし、著作権を基本権と位置づけたとしても、他の基本権との調整が図られる以上、著作権の絶対的・優先的な保護に直結するわけではないという理解もまた広く共有されているように感じられます⁷²。

そうであれば、日本でも、著作権を憲法上の基本権と位置づけてよいのではないかと、というのが、今日私の言いたいことなのであります。

IV. 忘れられた(?)過去の議論

ただ、今やすっかり忘れられているように思われるのですが、実は日本にも、ずいぶん昔には、著作権の憲法的位置づけに関する議論がありました。

1. 日本国憲法成立前後の議論

まず、日本国憲法が成立する前後の昭和20年代から昭和30年代のことです。この時期に著作権に関する規定を憲法に設ける話が結構出てくるのです。

さて、【年表】(次頁)にありますように、日本は1945(昭和20)年8月14日にポツダム宣言を受諾しまして、翌日にいわゆる玉音放送が行われましたので、一応この日が終戦の日といわれているようです。その後、8月30日に来日したマッカーサーが10月11日に当時の幣原喜重郎首相に面談した際、憲法の自主的な改正を示唆したといわれておりまして、10月25日に、松本烝治国務大臣(憲法担当)を委員長とする憲法問題調査委員会(いわゆる松本委員会)が設置されることになります。一方、こうした政府内の検討のほか、民間からも憲法改正草案が発表されています。

(1) 憲法調査会

民間の憲法草案の一つが、高野岩三郎の提案により結成された憲法研究会によって1945(昭和20)年12月26日に公表された「憲法草案要綱」です(図1)。この憲法

【年表】

S.20 (1945)	8.14	ポツダム宣言受諾
	8.15	玉音放送（終戦の日）
	8.30	マッカーサー来日
	10.25	政府：憲法問題調査委員会（松本委員会）設置
	12.26	（民間）憲法研究会：憲法草案要綱・発表
S.21 (1946)	1.26	松本委員会：「憲法改正要綱」
	2.1	毎日新聞スクープ記事「憲法問題調査委員会試案」
	2.3	マッカーサーノート（3原則）
	2.4	GHQ内部で秘密裏に草案作成開始
	2.8	憲法改正要綱（松本案）をGHQに提出
	2.10	GHQ草案 → マッカーサー了承
	2.12	運営委員会：ケーディスが知的財産規定の削除を提案
	2.13	GHQ草案を日本政府に提示（“日本国憲法受胎の日”）
	2.22	GHQ草案に基づいて日本政府案を起草することを閣議決定
	3.6	政府：憲法改正草案要綱・発表
	4.10	衆議院議員総選挙
	5.22	吉田 茂内閣発足
	6.8	枢密院・本会議：憲法改正案可決
	6.20	帝国憲法改正案を帝国議会上に提出
S.22 (1947)	8.24	衆議院：可決
	10.6	貴族院：可決
	10.29	枢密院：可決
	11.3	日本国憲法・公布
	5.3	日本国憲法・施行

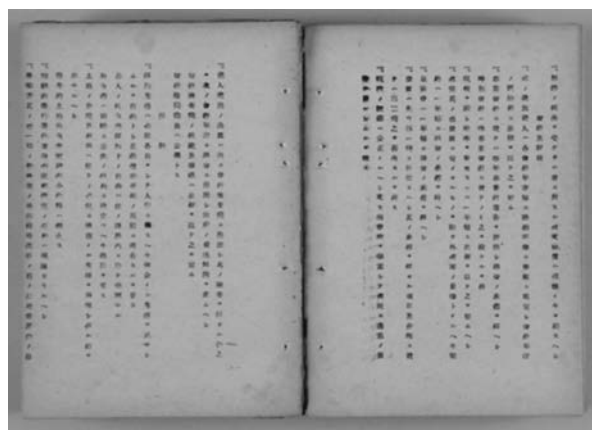
草案要綱は全58箇条なのですが、その53番目が次のように知的財産権に関するものになっています⁷³。これは、その起草に中心的な役割を果たした鈴木安蔵が、ワイマール憲法158条を参考にして導入したともいわれています⁷⁴。

憲法研究会「憲法草案要綱」53条

一、精神的勞作著作発明家藝術家ノ權利ハ保護セラルヘシ

この憲法草案要綱は、その第1条を、「日本国ノ統治

【図1】 憲法研究会「憲法草案要綱」



権ハ日本国民ヨリ発ス」とする規定から始まるものでありまして、連合国軍最高司令官総司令部（GHQ）からも「民主的で、かつ承認できるもの」（democratic and acceptable）と評価され⁷⁵、その後、いわゆるGHQ草案にも大きな影響を与えたといわれています⁷⁶。

(2) GHQ草案

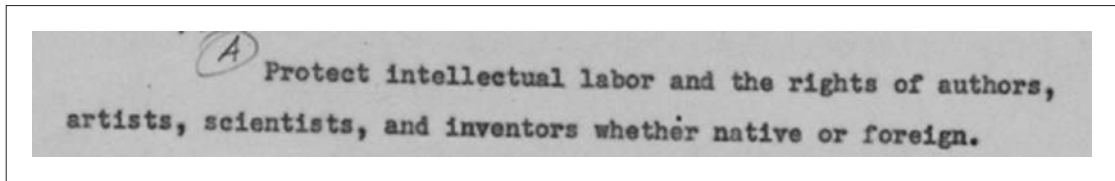
これに対して、政府の松本委員会では、「憲法改正要綱」と呼ばれるものが、1946（昭和21）年1月26日にまとめられます。これを毎日新聞がスクープして、2月1日第1面に、ほぼ同じものが「憲法問題調査委員会試案」として掲載されてしまうことになります⁷⁷。その内容は、日本国を君主国家としつつ、天皇が統治権を総攬すると定めるものでありまして、大日本帝国憲法との連続性が高いことから、この記事の中でも疑義が向けられることとなりました。

このスクープ記事は、GHQも翻訳して内容を把握していたようです。マッカーサーは、このまま日本政府に憲法改正作業を任せているだけではまずいと考え、2月3日に、GHQ内部でいわゆる「マッカーサー3原則」に沿って憲法草案を作成するように命じ、これを受けて、2月4日から約1週間で秘密裏に憲法草案が作成されることになりました。

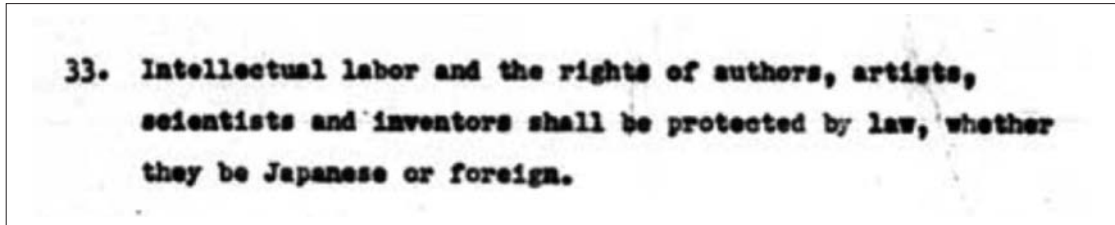
GHQ民政局では、運営委員会と、その下に7つの委員会が設けられて作業が進められましたが、その一つに公民権委員会（The Committee on Civil Rights）があります。この委員会は3名で構成されていますが、そのうちのベアテ・シロタ（Beate Sirota）さんという方は当時22歳だったようで、図書館に行ってワイマール憲法を含む世界各国の憲法を集めてきたともいわれています。

こうして作成された公民権委員会の最初の原案には、知的財産権に関する明文の規定があります。具体的には、「第一次試案」とも呼ばれるものに、国会の立法事項の一つとして、「日本人であるか外国人であるかを問わず、知的労働および著作者、芸術家、科学者および発明者の

【図2】



【図3】



権利を保護する」(Protect intellectual labor and the rights of authors, artists, scientists, and inventors whether native or foreign) という規定があります(図2)⁷⁸。また、もう一つの原案には、「知的労働および著作者、芸術家、科学者および発明者の権利は、日本人であるか外国人であるかを問わず、法律によって保護される」(33. Intellectual labor and the rights of authors, artists, scientists and inventors shall be protected by law, whether they be Japanese or foreign) との規定があります(図3)⁷⁹。

このようにして作成されたGHQ草案の原案は、2月10日の夜にマッカーサーのもとに提出され、基本的に了解されました。その後、これが2月13日に日本政府に提示されることになるのですが、その前日の2月12日に、運営委員会によって最終的な調整作業が行われます。実は、この運営委員会の場で、チャールズ・L・ケーディス(Charles Louis Kades)(図4)が、それまでGHQ草案に設けられていた知的財産権に関する規定を削除することを提案したのです。

ケーディスは、軍人ではありますが、ハーバード・ロースクールの出身で、弁護士もなっていた方で、議事録には次のように記録されています。

すなわち、「ケーディス大佐は、知的労働および内国人たると外国人たるとを問わず、科学者、著述家、芸術家の権利を保護すべき旨を命じている条項は、削除してはどうかと述べた。知的労働の保護のための手続が、曖昧で明確にきまっていないものだからというだけではなく、その実現には国際関係がからまってくるからである。国際的著作権に関する法は、法律の規制に任せることができる、と彼は述べた」というのです(図5)⁸⁰。こうして、GHQ草案の原案にあった知的財産権に関する規定は、最終段階で削除されてしまったわけです。

したがって、翌日、GHQから日本政府に手交された

【図4】



GHQ草案(全92箇条)⁸¹には知的財産権に関する規定がありません。この2月13日というのは、日本国憲法にとって非常に重要な日として、「日本国憲法受胎の日」とも呼ばれております⁸²。当時の外相吉田 茂の官邸で、日本政府側として、吉田 茂のほか、松本烝治や白州次郎(終戦連絡事務局参与)らが出席し、また、GHQ側からはコートニー・ホイットニーや先ほどのケーディスらが出席します。日本政府側は、すでに提出していた松本案に関するGHQの意見を聞く心づもりで臨んだようですが、GHQ側は、松本案は「承認スヘカラサルモノ(アンアクセプタブル)」であると述べて、これを事実上拒否した上で⁸³、用意していたGHQ草案を提示して、これに沿って日本政府が草案を作成することを期待するといった趣旨のことを述べたとされます⁸⁴。このときに、いわゆる「パーソン・オブ・ゼ・エンペラー」(天皇の身体)なる発言があったかどうかといった点については激しい議論がありますけれども⁸⁵、いずれにしても、日本政府側は予想外の展開に動揺したといわれています。

【図5】

6. Colonel Kades suggested that the clause ordering the protection of intellectual labor and the rights of scientists, authors, artists, whether native or foreign, be omitted. Not only is the procedure for the protection of intellectual labor a vague and ill-defined one, but its implementation involves international relations. The laws of international copyright can be left to statutory regulation.

また、GHQ草案は、その内容においても、天皇を「象徴」とすることや、戦争の「廃棄」に関する規定も有しておりまして、それまで日本政府内で検討していたものとはかなり異なったわけです。

結局、その日は日本政府側が持ち帰って検討するということになったわけですが、その後、言うべきことは言うべきだ、ということで、白州次郎が、松本案の再考を求める書簡（いわゆる「ジープウェイレター」）を2月15日にホイットニーに送っています。日本政府側とGHQ側は、目的に至るやり方が異なるだけで、同じ目的を共有していると、あなたたちの考え方は、ゴールまで飛行機で飛んで行くようなものだが、日本人のやり方はでこぼこ道をジープで行くようなものなので、ここは慎重に進めるほうがよいのではないか、という趣旨のものです。

ちなみに白州次郎という人は、私の母校の神戸高校の前身である旧制中学（神戸一中）の出身ですから、私の先輩と言ってもよいかと思います。そういえば、最近公開された映画『日本独立』は、このあたりの歴史が取り上げられておりまして、私も観に行きましたけれども、GHQ草案の作成過程やこの2月13日の会合なども描かれていて面白かったです。

ただ、白州次郎が伝えた要望は受け入れられず、日本政府も頭を悩ませるわけですが、結局、2月22日にGHQ草案に沿って日本政府が憲法草案を作成することが閣議決定されました。その後、徹夜の作業が進められ、3月6日に「憲法改正草案要綱」が日本政府によって公表されることになるわけです。

こうした経緯がありますので、この憲法改正草案要綱は結果としてGHQ草案にかなり似たものになっているの

はたしかです。ですので、もしGHQ草案に知的財産権に関する規定が削除されずに残っていたら、ひょっとしたら日本国憲法にも残っていた可能性があるのではないかと私は思っています。

(3) 帝国議会

さて、この憲法改正草案要綱をもとに作成された帝国憲法改正案は、枢密院の議論を経て、1946（昭和21）年6月20日、帝国議会に提出されます。その後、8月24日には衆議院で可決し、貴族院でも10月6日に可決することになります。こうして、日本国憲法は11月3日に公布され、翌1947（昭和22）年5月3日に施行されるわけです。

この間、速いペースで審議が進められたわけですが、実は、この帝国議会における議論においても、知的財産権に関する明文の規定を設けるべきではないかという議論がありました。

実は私自身もこのことは最近まで認識しておりませんで、先月東大の研究会で今日のテーマでプレ報告をさせ

【図6】



【図7】



ていただいた際、名古屋大学の鈴木将文先生にご助言いただいたのをきっかけに、いろいろ調べてみた次第なのですが、特に帝国憲法改正案27条（現行憲法29条と同文）をめくりまして、衆議院議員（当時）の北浦圭太郎（図6）と、憲法担当国务大臣（当時）——後に国会図書館の初代館長になられる方ですが——金森徳次郎（図7）との間で次のようなやりとりがあります。

第90回帝国議会・衆議院・本会議・議録第6号86頁以下（昭和21年6月26日）（下線筆者）

○北浦圭太郎君

……次ハ著作権、發明者ニ對スル無體財産權ノ擁護ニ付テ星島商工大臣ノ御意見ヲ御伺ヒ致スノデアリマス、勿論此ノ草案ニハ人ノ財産權ヲ擁護スル趣旨ハ十分現ハレテ居リマスルガ、ソレト別ニ著作権法、又ハ特許法ト云フヤウナ薄弱ナ法律デナクシテ、發明ノ王デアル所ノ「アメリカ」合衆國ガ、議會ノ權カトシテ規定致シテ居リマスルガ、著作権、發明權ソレ自體デナク、著作權モ發明者モ共ニ保護獎勵スルノ途ヲ講ジテ貰ヒタイ、ソレガ爲ニ憲法ニ規定シテハドウカ、今日マデハ非常ニ此ノ保護ガ貧弱デアリマスルカラ、著作權ハ出版屋ノ爲ニ利益ヲ壟斷サレル、發明家ハ資本家ノ爲ニ搾取サレル、極ク少數ノ天才ヲ除キマシテハ、總テ貧困ノ生活ヲ送ツテ居リマス、隨テ今日マデ——將來ハ知リマセヌガ、大シタ發明家モ出ナケレバ、偉大ナル「シェークスピア」モ現ハレナイ、空ノ要塞B二九ニ對シテ怪シグナル飛行船ヲ太平洋ニ飛ばス、一發數十萬人モ殺スニ足ル所ノ原子爆彈ノ發明ニ對シテ、數カラ竹ヲ切ツテ來テ竹槍訓練ヲヤル、洵ニ哀レナ發明振ヲ發揮致シテ居ツタノデアリマス（笑聲）「アメリカ」合衆國憲法ニ於キマシテハ、一定ノ期間其ノ著書及ビ發明品ニ付キ獨占ノ權利ヲ保證シ、別ニ法律ヲ以テ是等ノ人々モ十分ニ保護獎勵セラレテ居リマス、我々ハ我々子孫ノ平和ト幸福ノ爲ニ、大イニ是等ノ天才ヲ保護致シマシテ、彼等ヲシテ衣食住ニ困窮セシムルコトナク、安ンジテ其ノ著作並ニ發明ニ全カヲ傾倒セシメ、以テ學術技藝ノ進歩發達ヲ圖リマシテ、延イテハ世界文化ニモ貢獻セシムルヤウ、之ヲ改正憲法ニ規定セント欲スルノデアリマスルガ、商工大臣ノ御意見如何デアリマセウカ（拍手）

……星島商工大臣ニハ、國家將來ノ爲ニ此ノ憲法改正案ニ著作権ト發明者ヲ保護スルヤウナ條文ヲ掲ゲテ戴ク譯ニハ行カヌカ、此ノ點デアリマス、私ハ再質問ハ致シマセヌ、委員會ニ於テ詳細ニ又御伺ヒスルコトト致シマシテ降壇致シマス（拍手）

〔國務大臣金森徳次郎君登壇〕

○國務大臣（金森徳次郎君）

……ソレカラ著作権、特許權等ノ規定ヲナゼ設ケナイカト云フヤウナ御趣旨デゴザイマシタガ、是ハ只今行ハレテ居リマスル現行憲法ニ於キマシテハ、所有權ノ自由ガ認めラレテ居リマスルケレドモ、廣ク財産權

ト云フ項目ヲ取扱ツテナイノデアリマス、解釋ガ如何様ニナリマスカハ別問題デアリマスルガ、規定ノ表カラハ、著作権ナドハ憲法ト無關係デアツタ譯デアリマス、然ルニ今回ノ此ノ改正案ニ於キマシテハ、第二十七條ニ財産權ト云フ言葉ヲ用ヒマシテ、著作権、特許權ノ如キ智能上ノ權利モ之ニ含マルコトトナツテ居リマス、隨テ御希望ノ如キ趣旨ハ、廣イ意味デハアリマスルガ、現在憲法草案ノ中ニ含マレテ居ルト御考ヘ下サツテ宜カラウト思ヒマス

つまり、北浦圭太郎は、日本国憲法に著作権に関する明文の規定を設けるべきと主張するのに対して、金森徳次郎は、改正案27条は、大日本帝国憲法27条が「所有權」としていたのとは異なり、「財産權」と書かれており、著作権等の知的財産權もこれに含まれるという答弁を行っているわけです。また、この本会議の後、衆議院帝国憲法改正案委員会においても、下記のようなやりとりがなされています。

第90回帝国議会・衆議院・帝国憲法改正案委員会・議録第3号37頁以下（昭和21年7月2日）（下線筆者）

○北浦委員

……最後ニ、是モ商工大臣ト云フコトニナリマスルガ、是ハ各黨派ヲ超越致シマシテ、私ハ切ニ國家ノ爲ニ御願ヒスル、是ハ質問デハアリマセヌ、御願ヒスルノデアリマスルガ、如何ニモ過日本會議ニ於テ御説明ノヤウニ、草案ニ財産權ノ保護ハ規定サレテ居リマス、併シナガラ獎勵サレテ居ナイ、第二十七條第一項ノ「財産權ハ、これを侵してはならない。」ト云フ下方ニ、著作権ト發明權トハ之ヲ保護獎勵サレルト云フ風ニ、米國憲法流ニ御書キ願ヘバドウ云フ不都合ガアルカ、修正致シマシテ所謂關係方面ガ惡クナツタリ、日本ノ國際情勢ニ非常ナ影響ヲ與ヘルト云フコトハ我々ハ大イニ慎ミマスルシ、出來モシマセヌガ、此ノ著作権ヤ發明權、所謂此ノ無體財産權モ財産權デアリマスルカラ、勿論保護サレルノデアリマセウガ、寧ロ之ヲ獎勵シテ學術、技藝ノ進歩發達ヲ促シテ、此ノ貧弱ナル發明界、著作権界、此ノ「レベル」ヲモット大イニ高メナケレバ、此ノ憲法草案ニ、國際ノ仲間ニ入リタイモノデアルト書イデアリマシテモ難カシイ、之ヲ書イテ入レマシテドウ云フ不都合ガアリマスルカ、此ノ點ヲツ金森國務相ニ御伺ヒ致シマス

○金森國務大臣

憲法ハ相當ノ期間ノ恒久性ヲ各個ノ規定ニ付テ期待シテ居ルモノデアリマスカラ、出來得ル限り或ル過渡的ナル規定ハ設クルコトハ好マシクナイト思フノデアリマス、日本ニ於キマシテ著作権、工業所有權ノ類ハ之ヲ尊重シ、擁護スルコトハ動キノナイ事實デアリマシテ、之ニ故ヲ何等カ特殊ノ意向ヲ示ス規定ヲ加ヘル必要ハナイモノデハナイカト考ヘテ居リマス、今度ノ財産權ノ中ニハ、一般ノ他ノ財産權ト同ジヤウニ、然ルベク第二十七條ノ保護ヲ受ケルコトニナリマスル

カラ、ドウモソレダケヲ選ブト云フコトニ、餘リ深い意味ガナイヤウニ思ヒマス

○北浦委員

憲法ハ恒久的性質ヲ持ツ著作権、發明權ヲ何時マデモ獎勵シ、益益發達セシメル必要ガアリマス、アナタノ御説明ハ何時モ明快デアツテ、論理透徹致シテ居リマスルガ、是ダケハ一寸ヲカシイ、過渡期ニ於テ之ヲ規定セヨト云フノデアリマセヌ、世界ノ憲法ヲ眺メテ見マシテモ、金森サン御承知ノ通り、之ヲ特ニ保護シテ居ルト云フノハ寡聞ナ私ト致シマシテハ、先ヅ先ヅ米國ダケデス、成程「アメリカ」ハ發明ノ王國デアリマス、入レテ差支ヘナイモノナラ、餘リ理窟デモナイ理窟ヲ仰シヤラヌデ御賛成願ヒタイト思フノデアリマスガ、是モアナタガ一旦言ヒ掛ケタ以上ハ御引キニナラヌト思ヒマスカラ、私ノ方カラ退キマスガ、能ク御考ヘヲ願ヒタイ

このように、北浦圭太郎はかなり頑張っていますが、政府側からは、やはり著作権や工業所有権は改正案27条という「財産権」に含まれるという答弁が繰り返されています。

帝国議会では、その後も若干の議論はありましたが、結局、日本国憲法に知的財産権に関する明文の規定は設けられませんでした。ただ、こうした議論においても、知的財産権が少なくとも日本国憲法上の財産権に当たるという理解は前提にされていたように思われ、このことは注目に値するのではないかと考えます。

(4) 憲法調査会⁸⁶

さて、日本国憲法が成立して約10年後になりますが、1956（昭和31）年6月11日に、内閣において「憲法調査会」が設置されます。1950年前半ごろというのは、「押しつけ憲法論」の最盛期⁸⁷だったともいわれておりまして、この憲法調査会も、日本国憲法に検討を加える目的で設置されたものです。その背景には、1949年に、それまで秘密だったGHQ民政局の報告書「日本の政治的再編成」が公表されるなど⁸⁸、憲法成立過程におけるGHQの関与等が明らかになったという事情もあります。

この憲法調査会が、1957年から約7年にわたって調査・審議を行いました結果、1964年に報告書を提出することになります⁸⁹。この議論の中で、当時、早稲田大学政治経済学部の教授であった大西邦敏先生が、知的財産権に関する明文の規定を日本国憲法に設けるべきだという意見を出されています。

憲法調査会『憲法調査会における各委員の意見』憲法調査会報告書付属文書第1号（昭和39年7月）114頁（大西邦敏委員の意見）

(4) 発明権は福祉国家建設のために保護する必要がある

り、外国で日本の特許権、著作権が侵害される場合にも、国家の保護が必要であるから、外国の多くの憲法および世界人権宣言にならい、憲法に保護を規定すべきである。

早稲田の政経というのは、伝統的に有名な憲法の教授がおられるところでありまして、現在も川岸令和先生がおられますが、この大西邦敏先生というのは、そのかなり前の前任者で、比較憲法学が専門であったということもあり、知的財産権に関する明文の規定を日本国憲法に設けるべきという主張をされたのかと思います。

ただ、このような憲法改正に向けた議論というのは、1960年代になりますと、——さまざまな事情が指摘されていますが——急速に勢いが失われまして、この憲法調査会も、報告書を発表した後、1965年6月に廃止されてしまいます⁹⁰。

2. ミュージック・サプライ事件

さて、以上は日本国憲法成立前後の話でしたが、今日もう一つお話ししたいのが、昭和30年代に起きたミュージック・サプライ事件のことです。これは、著作権と憲法上の財産権に関する事件でもありまして最高裁大法廷判決があるのです。

ここで本章のタイトルに「忘れられた(?)」と書いておりますが、実際、この最高裁大法廷判決は最近の著作権法学においてはほぼ参照されません。現行著作権法に関する最近の教科書でも、この判決が引用されているものはほとんどありません。

例えば、昨年、中山信弘先生の『著作権法 第3版』（有斐閣、2020年）が出まして、888頁もある大著ですが、ここにもミュージック・サプライ事件は出てきません。私も共著者の一人である『著作権法入門 第3版』（有斐閣、2021年）にも出てきません。たしかに、半田正夫先生の『著作権法概説 第16版』（法学書院、2015年）くらいまで遡りますと、この判決について「旧法時における最も重要な判決」として一応言及されていますし⁹¹、実は、田村善之先生の『著作権法概説』でも参照されていますが⁹²、あくまで旧法の解釈を示した判例と位置づけられており、最高裁大法廷が憲法29条との関係で合憲性の判断を行ったことについては、特に注目されてこなかったように思います。

ただ、こんなふうには言っております私自身も同じです。前回のCRIC著作権研究会で、私は「著作権法に関する最高裁判決の射程」というタイトルで著作権法に関する最高裁判決のお話をしまして、その判例一覧にはミュージック・サプライ事件の大法廷判決および第二小法廷判決も掲載されているのですが⁹³、正直申しまして、私自

身この事件の内容については十分に認識していませんでした。

たしかに、この判決は一見すると、旧著作権法の条文に関する解釈を示したものでありますので、現行法の教科書等において引用されないことには、それなりの理由があるかも知れません。しかし、このミュージック・サプライ事件は、著作権と憲法の関係が最高裁において問題となり、第二小法廷とは別に審理を行った大法廷が憲法29条との関係で合憲性判断を行ったという点が非常に重要なものというべきなのです。

(1) 事案の概要

この事件は、1956（昭和31）年7月ごろから、札幌市内で「北海道ミュージック・サプライ」と称する音楽放送事業を営んでいた被告に対して、日本コロムビア株式会社ほか8社のレコード会社が提起した訴訟です。被告は、喫茶店、酒場、食堂など50以上の加入者から料金を徴収して、毎日午前9時半ごろから翌日午前1時ごろまで、本件レコードを無許諾で使用して間断なく音楽を有線放送していました。

まあ、もし今このような事件がありましたら、現行法によって、そもそも音楽著作物について明らかな著作権侵害です。ただ、当時の旧著作権法〔明治32年法律第39号〕の権利制限規定（30条）には、次のような驚くべき規定がありました。つまり、旧法30条1項8号は、適法録音物の「興行又ハ放送」を無許諾無償の自由としていたのです。たしかに、同条2項により出所明示義務が課されていますが、適法録音物であれば自由に「興行又ハ放送」できるわけです。

旧著作権法30条

既ニ発行シタル著作物ヲ左ノ方法ニ依リ複製スルハ
偽作ト看做サス

〈中略〉

八 音ヲ機械的ニ複製スルノ用ニ供スル機器ニ著作
物ノ適法ニ写調セラレタルモノヲ興行又ハ放送ノ
用ニ供スルコト

〈中略〉

2 本条ノ場合ニ於テハ其ノ出所ヲ明示スルコトヲ要
ス

したがって、市販のレコードを用いるのであれば、放送局はこれを自由に「放送」できますし、「興行」にも使えますので、酒場や喫茶店はその店舗内でこれを自由に再生できるのです。もちろん、違法に作成された海賊版レコードを用いる場合は違法ですが、適法録音物を用いるのであれば適法ということで、——これは消尽理論のような側面もありますが——とにかくすごい権利制限

規定があったわけです。

どうしてそのような規定ができたのかといいますと、この規定は、昭和9年改正〔同年法律第48号〕によって新設されたのですが、これがまさにいわゆる「プラーゲ旋風」——日本国内における外国著作物の放送や演奏について権利者から委託を受けたとするヴィルヘルム・プラーゲが1931（昭和6）年から強力に権利行使をしたことにより生じた混乱⁹⁴——に対抗するためのものでした。つまり、プラーゲが日本で外国著作物の著作権を行使できないようにするために「窮余の法改正」として設けられた規定が、この旧法30条1項8号だったのです⁹⁵。

ただ、プラーゲが有している外国著作物の著作権だけ制限するということはできませんので、この権利制限規定によって、国内の権利者も権利主張できなくなってしまったわけです。結果として、いくら著作権を有していても、適法録音物を用いた利用行為にはほぼ著作権が及ばないことになるというわけで、かなり問題のある規定だったといえます⁹⁶。当時、諸外国等からも条約違反の疑いが指摘されていました⁹⁷。

結果として、プラーゲは日本での事業が困難になり、1941（昭和16）年にはドイツに帰ることになりますが、その後もこの規定は残ってしまいます。ご存じのように、わが国著作権法は、1970（昭和45）年に全面改正されますが、その際も、旧法30条1項8号の規定は経過措置として「当分の間」維持されることとなります。それが有名な附則14条〔録音物による演奏についての経過措置〕です。そして、この附則14条が、「当分の間」といいながら、結局、平成11年改正〔同年法律第77号〕の施行によって廃止されるまで残ってしまったのです。

その間に起きたのが、クラブ・キャッツアイ事件ですね。つまり、クラブ・キャッツアイ事件が起きたころ、附則14条はまだ廃止されておらず、旧法30条1項8号が維持されていたので、今では考えられないことですが、カラオケスナックは、店舗内で市販のカラオケテープを自由に再生することができたというわけなのです。それはさすがに結論として妥当でないと考えた最高裁は、やむなく「客による歌唱」に着目して、客による歌唱はカラオケスナックの経営者による歌唱と同視し得る、という判断をすることによって、この経営者に対する著作権の行使を認めました⁹⁸。「カラオケ法理」と呼ばれることになるこのような解釈は、同事件の伊藤正己裁判官もその意見の中で、「いささか不自然であり、無理な解釈ではないかと考える」と批判しているわけですが、このような解釈が採用されたのは、プラーゲ旋風への対抗策として設けられた権利制限規定が残っているという特殊な法状況において、やむを得なかったものといえるかも知れません。クラブ・キャッツアイ事件の調査官解説において、この最高裁判決が「あくまで事例判例」と呼ば



れているのもそのためです⁹⁹。

したがって、少なくとも、附則14条が廃止された現在においては、このような意味での「カラオケ法理」と呼ばれるものは、もはやその前提が失われている、ということは、改めて強調しておきたいと思います¹⁰⁰。ただ、この調子でしゃべっておりますと、昨日の音楽教室事件の知財高裁判決¹⁰¹の話になってしまいそうですので、これ以上は深入りしませんが、とにかく旧法には、そのような特殊な権利制限規定があったわけなのです。

その上で、旧法30条1項8号にいう「興行」に、ミュージック・サプライのような有線放送サービスも含まれるのかどうか問題になりました。

原告は、有線放送は「興行」に当たらないため被告のサービスは同号の適用を受けず、「著作権」の侵害に当たると主張しました。なお、旧法には隣接権制度がありませんでしたから、レコードは「著作権」で保護されていました。つまり、旧法22条の7が、「音ヲ機械的ニ複製スルノ用ニ供スル機器ニ他人ノ著作物ヲ適法ニ写調シタル者ハ著作人ト看做シ其ノ機器ニ付テノミ著作権ヲ有ス」と規定して、原告のレコード会社は「著作権」を有していたのです¹⁰²。

(2) 裁判所の判断

① 第一審判決¹⁰³

第一審の札幌地裁は、「被告のミュージック・サプライと称する有線放送事業は……その本質は興行であると解すべきである」と述べましたが、「被告は……その使用レコードにつき、その一部を除き、出所の明示をしているものとは認められないから、その所為は当該レコードに関する著作権を侵害するものというべき」と判示した上で、「被告は……蓄音機レコードをその出所を明示することなく有線放送に使用してはならない」などと命じました。

たしかに、旧法30条は、1項で権利制限をする一方、2項で「本条ノ場合ニ於テハ其ノ出所ヲ明示スルコトヲ要ス」として、出所明示義務を定めています。しかし、

被告は、クラシック音楽については、1曲ごとに〔題名・作曲者名・演奏者名・レコード会社名〕を放送し、他方、その他の音楽については1時間ごとに数曲まとめて〔題名・レコード会社名〕を放送していたものの、そうした題名・会社名等の放送は不完全で聞き取りにくかったようです。たしかに、飲食店等を相手にした音楽有線放送サービスですから、あまり明確に出所明示することは顧客に好まれなかったのでしょう。

② 控訴審判決¹⁰⁴

次に、控訴審の札幌高裁は、やはり「第30条第1項第8号にいう興行には有線放送を含むと解するのが相当である」と述べましたが、「レコードを使用する都度出所を明示すべきことを命ずれば充分であつて、本件レコード全部の使用を禁止する必要はない」とした上で、「レコード及び楽曲の各題名、作曲者、編曲者、作詞者、演奏者、歌唱者及びレコード著作権者の各氏名を明瞭に放送せよ」などと命じました。ここでは、出所明示の内容がかなり詳細になっています。

③ 最高裁第二小法廷判決¹⁰⁵

それで最高裁に行きました。この事件の最高裁判決は、第二小法廷と大法廷の2つの判決があるのですが、第二小法廷のほうに旧著作権法の解釈に関するものです。

第二小法廷は、「原判決が、本件有線放送が同法のいう『放送』には該当しないが『興行』には該当するとして、同法30条1項8号、同条2項の適用ありとしたことは、正当である」と述べつつ、「本件は、原著作者の著作権に基づく請求ではなく、ただ、第二次的著作権者たる被上告人らの請求なのであるから、本件における出所明示義務の範囲は、有線放送に使用される当該レコードがそれぞれ被上告人らの写調にかかる録音著作物であることを明示すれば足り、これに写調された原著物の出所まで明示する必要はないといわねばならない」と判示して、その限りで破棄自判して、「当該レコードがそれぞれ被上告人らの写調にかかる旨を明瞭に有線放送しなければならぬ」と命じました。

つまり、出所明示の内容が変更されたわけですね。たしかに、この事件の原告はレコード会社であって、作詞家や作曲家ではありませんので、判決が出所明示を命じるとしても、本件レコード製作者の名称を示せばよいということになるかと思います。

ただ、それでも旧法30条1項8号にいう「興行」に有線放送は含まれるという判断は維持されたわけですので、この最高裁判決も、出所明示を命じただけであって、有線放送自体の差止請求を認めたわけではありません。

④ 最高裁大法廷判決

以上が第二小法廷の判決なのですが、この事件は、上告理由中に、憲法違反に関わる部分（附带上告理由第1点）がありましたので、この点について大法廷において審理判断されることになりました。

附带上告代理人である城戸芳彦先生と松井正道先生は、その上告理由において、「昭和9年改正法により新設された同条第1項第8号は何等の財産上の補償なくして、録音物による興行権及び放送権を剥奪する規定であつて、明らかに憲法第29条に違反する条項であると信ずる。蓋し、著作物につき著作権を有する者が、これを放送乃至興行の方法による排他的利用権を有すべきことは、著作権を財産権として保護する著作権法全体の精神からの当然の帰結であるから、かかる財産権たる放送権・興行権を無償で一挙に奪い去る如き法律の規定は、正に基本的人権を侵害すべきことの明らかな違憲の法規であると云わざるを得ない」といった主張を行っています。なお、城戸芳彦先生は、この事件が最高裁に係属している間に最高裁判事に任用されましたので、代理人を辞任されています¹⁰⁶。

このような上告理由に対して、最高裁の大法廷が判決を下しました。知的財産法に関する最高裁大法廷判決というのは極めて稀ですが、著作権法に関するものとしては今もなおこれが唯一のものではないかと思います。

最大判昭和38年12月25日民集17巻12号1789頁〔ミュージック・サプライ事件（附带上告）：上告審〕（下線筆者）

「論旨は、原審が本件に適用した著作権法30条1項8号の憲法29条違背をいう。すなわち、昭和9年の著作権法の改正によつて新設された右30条1項8号は、何らの財産上の補償なくして所論録音物著作権（同法22条ノ7）の内容たる録音物による興行権を剥奪する規定であつて、明らかに憲法29条に違反するというのである。

しかし、憲法29条は、1項において『財産権は、これを侵害してはならない』旨規定し、私有財産制の原則を採るとはいつても、その保障は、絶対無制約なものでなく、2項において『財産権の内容は、公共の福祉に適合するように法律でこれを定める』旨規定しているのであり、これは、1項の保障する財産権の不可侵性に対して公共の福祉の要請による制約を許容したものにほかならないことは、すでに累次の大法廷判決が判示するところであつて（昭和29年(オ)第542号同33年4月9日言渡民集12巻5号717頁、同29年(オ)第232号同35年6月15日言渡民集14巻8号1376頁、同30年(オ)第902号同35年12月21日言渡民集14巻14号3140頁、同32年(オ)第577号同36年1月25日言渡民集15巻1号87頁、同34年(オ)第502号同37年6月6日言渡民集16巻7号1265

頁参照)、著作権法30条は、一定の場合に限つて著作物を公益のため広く利用することを容易ならしめる目的で、同条1項各号の方法により著作物を複製することは偽作とみなさないものとした法規であり、同法22条の7の録音物著作権についても、右30条1項8号により興行又は放送の用に供することは偽作とならないものとされているのである。

そして、右の如く著作物の利用を許容するのは一定の場合の利用に限定しており、かつ同条2項において、その利用の場合は利用者に出所明示義務を負わせて著作権者の保護をものはかつてしているのである。すなわち、同条は、所論1項8号の規定を含めて、著作権の性質に鑑み、著作物を広く利用させることが要請され、前記のような要件のもとにその要請に応じるため著作権の内容を規制したものであつて、憲法29条2項にそうものであり、これに違反するものでないということができる。

右のような場合に、憲法の同条項により財産権の内容を公共の福祉に適合するように法律をもつて定めるときは、同条3項の正当補償をなすべき場合に当たらない。」

以上のように、最高裁大法廷は、旧法30条1項8号の権利制限が「一定の場合の利用に限定しており、かつ……利用者に所出明示義務を負わせて」いることを踏まえた上で、「憲法29条2項……に違反するものでない」と判示しているのです。

もし、著作権が憲法上の財産権と無関係なのであれば、そもそも憲法29条違反になる余地はありませんから、このような判断を下す必要もなく、それどころか最高裁が大法廷を開く必要もないはずですが、したがって、このような大法廷判決があるということは、この事件におけるように、法人¹⁰⁷である録音物写調者の有する「著作権」（旧法22条の7）が憲法29条にいう財産権に当たるという理解が前提になっていると解すべきなのです。

このように、最高裁大法廷が著作権に関する合憲性判断を行ったことは、現在ほぼ忘れられているように思いますが、これは非常に重要なことではないかと私は思っているわけです。

V. 検討

では、以上を踏まえて、検討に入りたいと思います。私の考えはすでに概ねご想像いただけるかと思いますが、まとめてまいります。

1. 憲法上の基本権として

わが国では、憲法学者の多くが知的財産権を憲法上の財産権と位置づけているのに対して、近時の知的財産法学者は、この点について明言を躊躇するものが多いように思います。その背景には、1990年代以降のわが国知財法学において、いわゆるインセンティブ論が有力となったことの影響があるように思います。また、著作権を憲法上の財産権と基礎づけることによって過度な権利強化につながることに對する懸念もあったのかも知れません。

しかしながら、著作権法上の財産的権利を憲法上の基本権としての財産権と位置づけることに躊躇する必要はないのではないか、というのが今日申し上げたいことです。

そのように考えたとしても、著作権法上の財産的権利が立法・解釈において絶対的・優先的な保護を受けるという理解に直結するわけではなく、他の基本権との調整が図られることになります。私自身も、これまでの研究の中で、著作者の権利（著作者人格権および著作権）を憲法上の権利に由来するとしながらも、伝統的通説における「著作者の優先的保護」という考えを批判して、他の基本権との調整を強調してきたところであります¹⁰⁸。

ところで、ここで憲法上の「基本権」という言い方をしておりますが、この「基本権」と「人権」の関係について、今日の講演の冒頭から気になっておられた方がいらっしゃるかも知れません。諸説あり得るところですが、ここでは「基本権」を「人権が憲法典によって実定化されたもの」としておきます¹⁰⁹。

たしかに、「人権」といいますと、どうしても「自然権」との関係が問題となるように思われますが¹¹⁰、憲法上の「基本権」という場合は、それが憲法典によって実定化されたものである以上、少なくとも「自然権」や「自然法」といったものを持ち出す必要はないと考えられます。

また、たとえ著作権法上の財産的権利を憲法上の基本権としての財産権と位置づけたとしても、他の基本権との調整が図られることになりますし、そのような調整は立法政策による裁量の対象になると考えられますので、著作権法上の財産的権利を憲法上の基本権としての財産権と位置づけることは、いわゆるインセンティブ論や政策論と接合し得るものではないかと考えております。

以上のようなことから、著作権法上の財産的権利を憲法上の基本権としての財産権と位置づけることに躊躇する必要はない、と申し上げているわけなのですが、今日いろいろ見てきた国際的な状況や歴史的な経緯を踏まえますと、このことに躊躇する必要がないどころか、むしろこれを否定するほうが難しいようにも思えます。具体

的には以下のとおりです。

第1に、日本国憲法成立前後の議論です。たしかに、知的財産権に関する明文の規定を設けるべきかどうかという点では賛否両論がありましたが、著作権が憲法上の財産権に当たるという理解自体は前提とされていたように思えます。

第2に、旧法下におけるミュージック・サプライ事件の最高裁大法廷判決（1963年）です。最高裁大法廷が、旧法30条1項8号について憲法29条に関する合憲性判断を行ったということ自体、旧法上の「著作権」が憲法上の財産権であることを前提にしていることのあらわれと考えられます。

第3に、国際人権規約が著作者の権利を定めており、わが国も当該規定を留保することなくこれを批准（1979年）していることです¹¹¹。

第4に、従来の憲法学においても、著作権を含む知的財産権は憲法上の財産権として位置づけられていることです。

以上を踏まえますと、近時のわが国知財法学においては明言されることが少ないとしても、すでに著作権法上の財産的権利は憲法上の基本権としての財産権と位置づけられていると解するのが自然ではないでしょうか。

ただ、それでも依然として躊躇が残る方もいらっしゃるかも知れません。だとすれば、それは、著作権を憲法上の基本権としての財産権と位置づけることから導かれる帰結が明確でないことに由来するのかも知れません。

2. 基本権であることの帰結

では、著作権を憲法上の基本権としての財産権と位置づけると、いったいどのようなことが導かれ、また、どのようなことが導かれないのでしょうか。これについてはさまざまな議論があり得るように思われますが、今日は以下の2点を考えてみたいと思います¹¹²。

(1) 現存保障

第1に、ある権利を憲法上の財産権と位置づける以上、少なくとも、私人が現に有する既存の財産的権利を国家が正当な補償なく剥奪・収用することは、憲法上許容されないことになるという点です。これを「現存保障」と呼んでおきます。

実は、明治42年の旧特許法〔同年法律第23号〕には、軍事上・公益上の必要がある場合について、特許権の「制限」に加えて、政府による「収用」「取消」「実施」を認める44条と、特許を受ける権利の「収用」を認める11条が設けられておりました¹¹³。

旧特許法44条（下線筆者）

軍事上秘密ヲ要シ又ハ軍事上若ハ公益上必要ナル場合ニ於テハ特許権ハ之ヲ制限シ又ハ政府ニ於テ之ヲ収用シ、特許ハ之ヲ取消シ又ハ政府ニ於テ其ノ発明ヲ実施スルコトヲ得

- 2 前項ノ場合ニ於テ政府ハ相当ノ補償金ヲ特許権者又ハ特許発明ヲ使用若ハ実施スルノ権利ヲ有スル者ニ支給ス

旧特許法11条（下線筆者）

特許出願ノ発明力公益ノ為普及ヲ要スルモノナルトキ又ハ軍事上必要ナルモノ若ハ秘密ヲ要スルモノナルトキハ特許ヲ与ヘス又ハ制限ヲ付シテ特許ヲ与フルコトヲ得

- 2 発明力軍事上必要ナルモノ又ハ秘密ヲ要スルモノナルトキハ其ノ発明ニ付特許ヲ受クルノ権利ハ政府ニ於テ之ヲ収用スルコトヲ得

- 3 前二項ノ場合ニ於テ政府ハ相当ノ補償金ヲ支給ス

これらの規定は、あまり知られていないようなのですが、私人が有する権利について政府による「収用」を容認している以上、「相当ノ補償金」支給義務の存在を考慮しつつも、憲法上の財産権との関係が問題になり得るように思います。実際、この規定は、現行特許法〔昭和34年法律第121号〕への全面改正に際して、「国民の権利を制限し、はく奪するのは必要最小限にとどまるべき」という理由で削除されています¹¹⁴。

著作権法上の財産的権利を憲法上の財産権と位置づけるならば、このような意味での現存保障は認められるべきと考えます。

検討例といたしましては、先ほどご紹介したモルドバの事件のように、「任意の著作物を国家が紙幣・硬貨に無償利用可能にする法改正」というものが考えられるかと思えます。そういえば、文化庁では、最近ハローキティを「著作権広報大使」として法改正の周知や著作権の普及啓発のために使用していますが、そういう国の広報活動ですとか、あるいは紙幣や硬貨のデザインとして、任意の著作物を国家が自由に、かつ無料で利用できる、という規定をつくった場合は、著作権を現に有している者の財産的権利が害されることになりますので、これを国家が正当な補償なく行うことが憲法上許されるかどうか問題になります。もし、著作権は憲法と無関係だといえるのであれば、私人が現に有する著作権をいっさいの補償なく収用しても、少なくとも財産権との関係では憲法上許容されることになるかと思いますが、私自身は、内容次第では憲法上許容されない可能性があると思っています。

もっとも、そのように考えますと、そもそも権利制限

規定を新設するということだって、私人が現に有する既存の財産権を部分的に剥奪する立法に当たり、正当な補償がない限り現存保障を害することになりはしないかということが問題になります。

この点、判例によりますと、財産権の内容を事後法で変更する場合であっても、①「財産権の性質」、②「その内容を変更する程度」、③「これを変更することによって保護される公益の性質」等を総合考慮して「合理的な制約として容認されるべきもの」であれば、「公共の福祉」に適合するとして合憲とされます¹¹⁵。そうしますと、著作権法上の権利制限規定を新設することにつきましても、①権利の性質、②制限の程度（補償金請求権の有無や内容も含む）、③公益性等を考慮して、「合理的な制約」といえるかどうかによって判断されることになるのかなと思っています。

検討例としては、「保護期間を短縮する法改正」についてどう考えるのが問題になります。この点に関しては、宮澤俊義先生が、昔書かれた本の中で、公共の福祉に適合するように著作権の存続期間を短くすることについて「補償を考える必要はないとおもう」と書かれていて、注目されます¹¹⁶。

ただ、他方、次の検討例で、「教科書補償金（著作権法33条2項）を廃止する法改正」についてはどうでしょうか。ドイツでは、いわゆる教科書事件において、この点に関して報酬請求権を伴わない権利制限規定は違憲とされましたが、もし日本で、補償金請求権を定めた著作権法33条2項を削除して、教科書等におけるあらゆる著作物利用を無許諾無償の自由としたらどうなるのでしょうか。これも、著作権は憲法と無関係だと考えるのであれば許容されることになるかと思いますが、私自身は、憲法上許容されない可能性があるのではないかと考えています。

また、さらなる検討例として、「非営利無料の自動公衆送信を無許諾無償の自由とする法改正」というのはいかがでしょうか。現行法上は、コンサートや上映会については、非営利無料であれば無許諾無償で著作物を演奏・上映等できますが（著作権法38条1項）、公衆送信は対象外ですので、例えば、絵本の読み聞かせをオンラインで行うと著作権侵害になってしまいます。ただ、だからといって、非営利無料であれば著作物をインターネットにアップしても構わないという改正をすることになりますと、全世界の人がこれにアクセスできるようになってしまいますので、著作権に対する非常に大きな制約ということになります。これも著作権は憲法と無関係だと考えるのであれば許容されることになるかと思いますが、私自身は、憲法上許容されない可能性があるのではないかと考えています。

(2) 制度保障

第2に、著作権法上の財産的権利を憲法上の財産権と位置づける以上、著作者や実演家など一定の者に一定の財産的権利（排他権・報酬請求権）を付与する制度を設けることが憲法上要請され、その具体的内容が一定の内容に満たない立法は憲法上許容されないことになるという点です。これを「制度保障」と呼んでおきます。

検討例として、「将来創作される著作物について財産権を全廃（著作者人格権のみ付与）」することが憲法上許容されるかどうかが問題になります。著作権法上の財産的権利を憲法上の基本権としての財産権と基礎づけることに賛同するとしても、このような帰結まで認めるかどうかについては、賛否両論あるかも知れません。

ただ、ミュージック・サプライ事件の最高裁大法廷判決は、旧法30条1項8号による権利制限が「一定の場合の利用に限定しており、かつ……利用者に所明義務を負わせて」いることを踏まえた上で、「憲法29条2項……に違反するものでない」と判示しています。ということは、最高裁大法廷は、そのような権利制限が「一定の場合の利用に限定」されていることに加えて、所明義務があることを前提に、合憲判断をしたものと解されるのです。

もしかすると、所明義務なんて大きな意味がないと思われるかも知れませんが、旧法下の実務でも、レコードを用いた放送において完全な所明義務をすることは煩瑣でありましたから、放送局は所明義務を免除してもらう代わりに金銭を支払っていた実態があるようです¹¹⁷。このように、所明義務の存在によって、権利者は一定の金銭を受受することが可能となります。最高裁大法廷は、そのような所明義務によって権利者に利益分配が保障されることを考慮して、旧法30条1項8号の権利制限について合憲判断を行ったと考えられます。

実際のところ、同判決の調査官解説も、旧法30条1項8号は、録音物写調者の「複製権」を制限するものではなく、また、興行権についても制限に伴い所明義務を課していることから、「録音物著作権なる財産権を全く剥奪し又は剥奪すると同視すべき制限がなされたとはいえない」と述べて、同判決を正当としています¹¹⁸。

このことからいえますと、最高裁大法廷は、権利制限規定など著作権法の具体的内容のいかんによっては憲法29条違反となる可能性があるという立場を前提にしていると解すべきではないでしょうか。だとすれば、著作権法上の財産的権利は、いかなる内容でも憲法上許容されるわけではなく、一定の内容を満たさないような制定法は、たとえ民主的決定に基づくとしても憲法上許容されないことになります。

検討例としては、先ほどの「将来創作される著作物に

ついて財産権を全廃（著作者人格権のみ付与）」するというものがあります。将来創作される著作物についてはまだ著作権が発生していませんので、たとえ将来創作される著作物について著作権制度を廃止したとしても、私人が現に有する財産権を奪うものではないという意味で現存保障を害するものではないと思いますが、では、将来創作される著作物について財産権をすべて廃止して、著作者人格権だけ付与するような立法は憲法上許されるのか、ということが問題になります。これも著作権は憲法と無関係だと考えるのであれば許容されることになるかと思いますが、私自身は、先ほど申し上げた制度保障の考え方から憲法上許容されるものではないと思っています。

また、日本の著作権法には、無許諾無償の権利制限規定が非常に多いわけですが¹¹⁹、これは本当に憲法上許されるのかという問題もあります。例えば、現行著作権法38条1項は、非営利無料のコンサートや上演会について無許諾無償の自由としています。さらに映画の上映会についても非営利無料であれば無許諾無償の自由としており、但書もありませんので、たとえ権利者の利益を不当に害する場合でも許容されてしまいます。ドイツでは、無許諾無償の権利制限規定は「高度の公共の利益」によって正当化されない限り違憲になると考えられていますので、日本の権利制限規定についてもそのような観点から再検討が必要ではないかと私は思っています。

さらに、権利帰属主体に関しましても、日本の職務著作制度（著作権法15条）などは、そもそも著作物を創作した自然人クリエイターである従業者に何らの権利も立場も認めない制度です¹²⁰、これもドイツでしたら違憲になるのではないのでしょうか。また、映画製作者によって製作される映画の著作物について映画製作者に著作権を法定帰属させている日本の著作権法29条に関しても、著作者に何らの法定報酬請求権を認めていない点で、憲法上の問題になり得るように思います。

また、クリエイターに一定の権利が付与されるべきであるにもかかわらず、現行法では何らの権利も付与されていないということが問題になるものとして、追及権や公貸権なども検討例になり得るかと思います。

あとは、わが国著作権法にはクリエイターや実演家を保護する著作権契約法がほぼ皆無ですが、ヨーロッパ諸国を中心に著作権契約法が広く見られますし、2019年の欧州デジタル単一市場における著作権・著作隣接権指令にも、適正かつ公正な報酬を保障する契約調整手続（Contract adjustment mechanism）を定めた20条など、著作権契約法のハーモナイゼーションも進みつつあります。そうした著作権契約法も制度保障の検討例になり得るのではないかと私は思っています。

Ⅵ. おわりに

1. まとめ

最後に全体をまとめます。1990年代以降の知財法学では、いわゆるインセンティブ論の考え方が有力だったこともあり、著作権の憲法的位置づけに関する議論は乏しかったように思います。実際のところ、多くの知財法学者は、知的財産権が憲法上の財産権に当たると明言していません。

しかし、著作権法上の財産的権利を憲法上の基本権としての財産権と位置づけることに躊躇する必要はない、と私は思います。そのように考えても、他の基本権との調整を図ることが求められる以上、著作権の絶対的・優先的な保護に直結するわけではありません、権利の内容についても立法政策による裁量の対象になると考えられるからです。

ただ、著作権法上の財産的権利を憲法上の基本権としての財産権と位置づける以上、立法上の限界はあることになります。すなわち、著作権制度はいかなる内容でも許されるというわけではなく、著作者や実演家等に付与される権利が一定の内容を満たさない場合は、いくら国会における民主的決定であっても憲法上許されないことになります。もちろん、その程度は問題になるところではありますが、たとえ例外的な場合に限られるとしても、そのような可能性を認めるかどうかのポイントになります。

2. 課題と展望

もっとも、いくつか課題が残されていることもたしかです。

第1に、今日のタイトルにもありますように、著作権は「人権」なのか、という問いに果たして私が答えたことになっているのか、実は心許ないところです。私としては、繰り返し述べておりますように、著作権を憲法上の基本権としての財産権として位置づけられるとしており、また、基本権は人権が憲法典によって実定化されたものとしているわけなのですが、著作権それ自体が人権であるとまでは述べていないということになるかと思えます。

第2に、著作権と表現の自由など他の基本権との調整はどのように行われるのか、そして、それは著作権法における既存の規定の解釈によって、いわば内在的にのみ行うのか、それとも著作権法上の規定を超えて「外在的」にも行われ得るのか、という点が問題となります¹²¹。

第3に、今日は著作権法上の財産的権利を中心にお話ししましたが、それ以外の特許権や商標権など知的財産法上の権利についてどのように考えるかが問題になります。私としては基本的には同じように考えることになるかとは思っておりますが、さらなる具体化が必要かと思えます。

第4に、知的財産権を憲法上の権利と位置づけることと、知的財産法の正当化根拠論との関係をどのように考えるのかということも課題になります。私自身は、この両者は一応別なものとして理解できていると思っております、すでに述べましたように、著作権法上の財産的権利を憲法上の基本権としての財産権と位置づけても、他の基本権の調整が図られ、権利の内容も立法政策による裁量の対象になりますので、その意味では、いわゆるインセンティブ論ないし政策論とも両立可能なのではないかと考えているところです。実際のところ、先日、東大の研究会で今日のテーマでお話ししましたところ、インセンティブ論に近い先生方でも基本的に賛同してくださる方が少なからずおられて、心強く思った次第です。もちろん、「知的財産」というものを、ある意味で有体物と同視して「知的創作物」と捉えることを承認するかどうかという点をめぐっては激しい対立があり、そのような考えに対する有力な批判があるのはたしかですが¹²²、「知的創作物」といった概念を指定するかどうかの問題と、知的財産権を憲法上の「財産権」と見ることとは別の問題といえるのではないかと私は考えております。

第5に、著作権法上の財産的権利について憲法上の基本権としての財産権と位置づける場合、著作者や実演家等に付与される権利が一定の内容を満たさない場合は、いくら国会における民主的決定であっても憲法上許されないことになりますが、各論として、具体的にどのような内容が憲法上求められるかが問題となります。これは私の持論でもあるのですが、わが国著作権制度というのは、もともとヨーロッパ大陸法系の著作権制度にそのルーツを有しながらも、いつの間にか無自覚なまま特殊なものになっており¹²³、日本法上のいくつかの制度は、ヨーロッパであれば憲法違反に当たりかねないものになっているのではないかと考えております。実は今日の講演の内容は、いま私が書いている本の最終章に当たるものでして、——本当は今日この会場でこの本を販売するのが目標だったのですが——そこでは、日本法上の「著作者」概念ですとか職務著作制度、あるいは、法定報酬請求権の帰属や著作権契約法などといったテーマを取り上げる予定でおります¹²⁴。

以上のように、いくつかの課題が残されてはおりますが、このように著作権制度の憲法的位置づけを考えることは、将来のあるべき著作権制度の構想につながると思っております。著作権制度というのは、いかなる内容

でも許されるのか、それとも民主的決定によっても覆すことのできない著作権制度の基本理念のようなものがあるのか、あるとすればそれは何かということについて、我々はこれから探求を深めるべきではないでしょうか。最後にそのような展望を述べまして、私からのお話とさせていただきます。

どうもありがとうございました。

- 1 さしあたり、野口祐子「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・778号32頁(2004年)、山口いつ子「表現の自由と著作権」相澤英孝ほか編『知的財産法の理論と現代的課題』中山信弘先生還暦記念(弘文堂、2005年)(同『情報法の構造——情報の自由・規制・保護』(東京大学出版会、2010年)233頁所収)、大日方信春「著作権と表現の自由の調整原理(1)(2)」熊本法学116号1頁・118号89頁(2009年)(同『著作権と憲法理論』[信山社、2011年]所収)、比良友佳理「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)～(7・完)」知的財産法政策学研究45号79頁(2014年)～53号75頁(2019年)、同「著作権と表現の自由」論究ジュリスト34号111頁(2020年)参照。
- 2 https://www.jasrac.or.jp/profile/history/pdf/president_interview.pdf
- 3 加戸守行「人権としての著作権」著作権研究40号(2015年)も参照。
- 4 貴重な例外として、鈴木将文「国際著作権——動向と展望」柏木 昇編集代表『国際経済法講座Ⅱ——取引・財産・手続』(法律文化社、2012年)478頁は、「人権」を「むしろ人権的利益と呼ぶべきものも含む」としつつ「著作権それ自体を人権と捉えることができる」とする。
- 5 なお、著作者人格権および実演家人格権については、基本的に憲法13条後段の幸福追求権から導かれると位置づける見方が一般的と考えられるため、さしあたり検討の対象外とする。
- 6 本文に掲げるもののほか、大西邦敏『日本国憲法要論』(明善社、1966年)168頁以下、阪本昌成『憲法理論Ⅲ』(成文堂、1995年)245頁、佐藤幸治『憲法 第3版』(青林書院、1995年)565頁、同『日本国憲法論 第2版』(成文堂、2020年)344頁、戸松秀典『憲法』(弘文堂、2015年)333頁、渋谷秀樹『憲法 第3版』(有斐閣、2017年)309頁以下、木下智史・只野雅人編『新・コンメンタール憲法 第2版』(日本評論社、2019年)355頁、渋谷秀樹・赤坂正浩『憲法1 人権 第7版』(有斐閣、2019年)104頁以下[赤坂]等も参照。
- 7 これに対して、志田陽子『表現者のための憲法入門』(武蔵野美術大学出版局、2015年)は、「著作権は憲法上の人権ではない」(51頁)とか、「創作表現の経済的利益を守る知的財産権は、憲法上の財産権に法的なバックグラウンドを持ち、憲法によって肯定・許容されていると考えられるが、国家の政策によって生み出された権利であるという点では、『人権』とまではいえない法律上の権利と考えるべきだろう」(112頁)

とする(また、同「著作権法刑事罰と市民的自由——憲法の基礎理論から」武蔵野美術大学研究紀要46号81頁[2015年]も、「知的財産権は、その中核に国家によって政策的に作られた権利という要素を含むため、『表現の自由』や生活財としての財産権(29条1項)と同列の『人権』と考えることは無理がある」とする)。

- 8 ただし、大日方信春「著作権をみる憲法学の視点について」熊本法学114号4頁以下(2008年)('著作権法をみたとき、それは著作権という権利を創設したものと理解することはできない。そうではなく、著作権法は無体財産権の中から著作権を範疇化し、当該権利の発生・取得・交換のルールを定めることで著作物の言語市場における取引を安定させると同時に、対立する権益との利害調整を図ったものなのである」[13頁]、「このように考えるなら、著作権について、それを人工的で政策的なものと捉えることはできないように思われる」[14頁]とする)、同「憲法との関係における知的財産制度について」パテント73巻1号90頁以下(2020年)、同「著作権の憲法上の地位——合衆国憲法1条8節8項の文理解釈を導きの糸として」姫路法学45号1頁(2006年)39頁参照。
- 9 上野達弘「著作権法50年の歩みと展望」論究ジュリスト34号35頁以下(2020年)参照。
- 10 さしあたり、田村善之『著作権法概説 第2版』(有斐閣、2001年)6頁以下、同『知的財産法 第5版』(有斐閣、2010年)7頁以下、中山信弘『著作権法 第3版』(有斐閣、2020年)22頁以下等参照。
- 11 栗田昌裕「『著作権の制限』の判断構造(1)——ドイツ連邦通常裁判所の判例を中心とした考察」民商法雑誌144巻1号3頁以下(2011年)、上野達弘「著作権法における権利の在り方～制度論のメニュー～」コピーライト650号28頁(2015年)、同「著作権法と集团的・集合的利益」民商法雑誌150巻6号687頁以下(2015年)、山根崇邦「知的財産法学における権利論と功利主義の相克(1)——知的財産制度の正当化根拠をめぐる論争の一断面」知的財産法政策学研究55号31頁(2020年)参照。
- 12 上野達弘「応用美術の保護」著作権研究36号102頁(2009年)('私見においては、いくつかの論点において、『人はその創作的表現に対して権利を有する』という考え方を、著作権保護の積極的根拠として承認しているものと自覚している。このような筆者の立場は、田村教授からみれば『自然権論』ということになるのかも知れないが、筆者自身は自然権という言葉をしきりに控え、著作権法における権利論的立場と呼んでいる)、同「著作権法と集团的・集合的利益」民商法雑誌150巻6号687頁以下(2015年)参照。
- 13 田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト1255号129頁(2003年)参照。
- 14 田村善之「競争的利益」ジュリスト1126号93頁(1998年)参照。
- 15 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」学習院法学39巻2号20頁(2004年)参照。
- 16 前掲注(15)・横山24頁参照。
- 17 前掲注(15)・横山74頁以下参照。
- 18 なお、ここにいう「法律家共同体」とは、「我々の社会に

- としての共通善とは何かをその時々 of 的民主政治の短期の揺れ動きに関わらず、冷静に判断することの可能な理性的集団として指定されるもの」とされる（前掲注⑮・横山76頁注86参照）。
- 19 最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁〔尊属殺重罰規定事件〕（同日判決として、裁判集刑事187号21頁・裁判集刑事187号155頁）、最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁〔薬事法事件〕、最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁〔議員定数配分規定事件〕、最大判昭和60年7月17日民集39巻5号1100頁〔衆議院議員定数事件〕、最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁〔森林法共有林事件〕、最大判平成14年9月11日民集56巻7号1439頁〔郵便法事件〕、最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁〔在外日本人選挙権事件〕、最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁〔国籍法事件〕（同日判決として、裁判集民事228号101頁）、最大判平成25年9月4日民集67巻6号1320頁〔非嫡出子相続分差別規定事件〕、最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁〔再婚禁止期間事件〕参照。
 - 20 市川正人「日本における違憲審査制の軌跡と特徴」立命館法学2004年2号100頁以下（2004年）参照。
 - 21 石川健治・山本龍彦・泉 徳治「【座談会】『十字路』の風景——最高裁のなかのドイツとアメリカ」同編『憲法訴訟の十字路——実務と学知のあいだ』（弘文堂、2019年）432頁〔山本発言〕参照。
 - 22 辻村みよ子『比較憲法 第3版』（岩波書店、2018年）207頁参照。また、曾我部真裕「付随的審査制の意義」法学教室475号56頁注2（2020年）、樋口陽一『司法の積極性と消極性——日本国憲法と裁判』（勁草書房、1978年）126頁も参照。
 - 23 さしあたり、穴戸常寿『憲法解釈論の応用と展開 第2版』（日本評論社、2014年）309頁以下、同「日本（シンポジウム憲法適合的解釈についての比較法的検討）」比較法学78号4頁（2016年）、山田哲史「『憲法適合的解釈』をめぐる覚書——比較法研究のための予備的考察」帝京法学29巻2号277頁（2015年）、同「ドイツにおける憲法適合的解釈の位相」岡山大学法学会雑誌66巻3・4号908頁（2017年）、土井真一編著『憲法適合的解釈の比較研究——新たな知見の提示と検討』（有斐閣、2018年）、曾我部真裕「違憲審査と『対話』」法学教室480号71頁以下（2020年）等参照。また、著作権法との関係で、木下昌彦・前田 健「著作権法の憲法適合的解釈に向けて——ハイスコアガール事件が突き付ける課題とその克服」ジュリスト1478号46頁（2015年）も参照。
 - 24 泉 徳治「最高裁の『総合的衡量による合理的判断の枠組み』の問題点」石川健治・山本龍彦・泉 徳治編『憲法訴訟の十字路——実務と学知のあいだ』（弘文堂、2019年）379頁以下参照。
 - 25 上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討——日本版フェア・ユースの可能性」コピーライト560号7頁（2007年）等参照。
 - 26 See also Paul L.C. Torremans, Copyright (and Other Intellectual Property Rights) as a Human Right, in: Paul L.C. Torremans (ed.), *Intellectual Property Law and Human Rights* (Kluwer Law International, 4th ed., 2020) p.245; Ansgar Ohly, European Fundamental Rights and Intellectual Property, in: Ansgar Ohly, Justine Pila (eds.), *The Europeanization of Intellectual Property Law: Towards a European Legal Methodology* (Oxford University Press, 2013) p.145.
 - 27 Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C 364/01). 和訳として、岩沢雄司・植木俊哉・中谷和弘編集代表『国際条約集2020年度版』（有斐閣、2020年）371頁以下参照。なお、制定当時の和訳として、内村國臣・小林勝「欧州連合基本権憲章」中央学院大学法学論叢14巻1＝2号316頁（2001年）参照。
 - 28 See also Jonathan Griffiths and Luke McDonagh, Fundamental rights and European IP law - the case of art 17(2) of the EU Charter, in: Christophe Geiger (ed.), *Constructing European Intellectual Property Achievements and New Perspectives* (Edward Elgar, 2013) p.75.
 - 29 See Christophe Geiger, Intellectual Property Shall be Protected!?: Article 17 (2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: a Mysterious Provision with an Unclear Scope, [2009] 31(3) EIPR 113.
 - 30 See Note from the Praesidium, Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union, 11 October 2000, p.20; Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights, (2007/C 303/02), OJ C 303, 14.12. 2007, p.7.
 - 31 See Steve Peers, Tamara Herve, Jeff Kenner, Angela Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, (Hart Publishing, 2014), p.490.
 - 32 CJEU, 29 January 2008, Case C-275/06, Promusca v Telefónica de España SAU.
 - 33 CJEU, 24 November 2011, Case C-70/10, Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (Sabam).
 - 34 CJEU, 16 February 2012, Case C-360/10, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (Sabam) v Netlog NV, C-360/10, para 41 and 42.
 - 35 CJEU, 27 March 2014, Case C-314/12, UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film Verleih GmbH and Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH, para 61.
 - 36 CJEU, 29 July 2019, Case C-516/17, Spiegel Online GmbH v Volker Beck, para 56.
 - 37 CJEU, 29 July 2019, Case C-476/17, Pelham GmbH et al. v Ralf Hütter and Florian Schneider-Esleben, para 33 and 34.
 - 38 See also CJEU, 8 September 2016, Case C-160/15, GS Media BV v Sanoma Media Netherlands et al.; CJEU, 7 August 2018, Case C-161/17, Land Nordrhein-Westfalen v Dirk Renckhoff; CJEU, 29 July 2019, Case C-469/17, Funke Medien NRW GmbH v Bundesrepublik Deutschland.
 - 39 詳しい分析として、Alain Strowel, Copyright strengthened by the Court of Justice interpretation of Article 17

- (2) of the EU Charter of Fundamental Rights, in: Oreste Pollicino, Giovanni Maria Riccio, Marco Bassini (eds.), *Copyright and Fundamental Rights in the Digital Age* (Edward Elgar, 2020) pp.40.
- 40 Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, OJ L 130, 17.5.2019, p.92-125.
- 41 CJEU, 29 July 2019, Case C-476/17, Pelham GmbH et al. v Ralf Hütter et al.; CJEU, 29 July 2019, Case C-469/17, Funke Medien NRW GmbH v Bundesrepublik Deutschland; CJEU, 29 July 2019, Case C-516/17, Spiegel Online GmbH v Volker Beck.
- 42 European Convention on Human Rights (ECHR). 和訳として、欧州評議会・ヨーロッパ人権裁判所訳 (https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_JPN.pdf) 参照。
- 43 その成立をめぐる議論等に関して、門田 孝「欧州人権条約における財産権保障の構造(1)(2)」*広島法学*29巻4号230頁(2006年)・32巻3号182頁(2009年)も参照。See also William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary* (Oxford University Press, 2015) pp.960.
- 44 See e.g. Ali Riza Coban, *Protection of Property Rights Within the European Convention on Human Rights* (Ashgate Publishing, 2004), p.149 (“There is no doubt that intellectual property rights constitute possessions within the meaning of P1-1.”).
- 45 それ以前における旧ヨーロッパ人権委員会 (European Commission of Human Rights) の決定として、特許権に関するもの (Smith Kline and French Laboratories Ltd. v the Netherlands, Application No. 12633/87, Commission decision of 4 October 1990, Decisions and Reports 66, p.70; Lenzing AG v UK, Application No. 38817/97, Commission decision of 9 September 1998) および著作権に関するもの (Oguz ARAL, Galip TEKİN and inci ARAL v Turkey, Application No. 24563/94, Commission decision of 14 January 1998) 参照。
- 46 See also Ashby Donald and Others v France no 36769/08 (ECtHR, 10 January 2013) ; Fredrik Neij and Peter Sunde Kolmisoppi v Sweden no 40397/12 (ECtHR, 19 February 2013). 比良友佳理「著作権と表現の自由に関する欧州人権裁判所の新たな動き—Ashby判決、The Pirate Bay判決」AIPPI (一般社団法人日本国際知的財産保護協会月報) 62巻12号1125頁以下・1127頁以下 (2017年) も参照。
- 47 Anheuser-Busch Inc. v Portugal no 73049/01 (ECtHR, 11 January 2007). 須網隆夫「商標登録申請は『正当な期待』として財産権の保護に含まれる—バドワイザー事件 (Anheuser-Busch Inc. v. Portugal) [2007、大法廷]」『ヨーロッパ人権裁判所の判例Ⅱ』(信山社、2019年)、鈴木将文「財産権の保護 (保障) と知的財産」『現代知的財産法—実務と課題』飯村敏明先生退官記念論文集 (発明推進協会、2015年) 9頁注19、『『国際知財制度研究会』報告書 (平成24年度)』(国際貿易投資研究所公正貿易センター、2013年) 52頁 [鈴木将文] も参照。
- 48 Balan v Moldova no 19247/03 (ECtHR, 29 January 2008). 『『国際知財制度研究会』報告書 (平成24年度)』(国際貿易投資研究所公正貿易センター、2013年) 63頁 [伊藤一頼]、前掲注(47)・鈴木10頁注21も参照。
- 49 AsDAC v République de Moldova no 47384/07 (ECtHR, 8 December 2020).
- 50 詳しくは、前掲注(46)・比良1124頁以下参照。
- 51 See Jennifer W. Reiss, Commercializing Human Rights: Trademarks in Europe After Anheuser-Busch v Portugal, [2011] 14 Journal of World Intellectual Property 176.
- 52 The Universal Declaration of Human Rights (UDHR). 和訳は、外務省の仮訳による (https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/udhr/1_b_002.html).
- 53 同項の起草過程について、詳しくは、松井章浩「国際人権条約における知的財産」立命館法学363=364号814頁以下(2015年)参照。また、世界人権宣言および国際人権規約における著作権者の権利に関しては、長谷川 遼「著作者人格権の保護法益について(3)」法学協会雑誌138巻2号415頁以下(2021年)も参照。
- 54 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR). 採択に至るまでの詳細な議論の記録として、Ben Saul (ed.), *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Travaux Préparatoires 1948-1966*, vol. I and II (Oxford Univ Press, 2016).
- 55 同号の起草過程について、詳しくは、前掲注(53)・松井826頁以下参照。See also Maria Green, Drafting History of the Article 15(1)(c) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Background paper for Committee on Economic, Social and Cultural Rights 24th session, E/C.12/2000/15 (2000) (https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/C.12/2000/15).
- 56 See also Audrey R. Chapman, Approaching intellectual property as a human right obligations related to Article 15(1)(c), [2001] 35-3 Copyright bulletin 4; Audrey R. Chapman, Core Obligations related to ICESCR Article 15(1)(c), in: Audrey R. Chapman, Sage Russel (eds.), *Core Obligations Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights* (Intersentia, 2002), pp.305.
- 57 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 17 (2005), The right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the author (article 15, paragraph 1(c), of the Covenant), E/C.12/GC/17. 茶園成樹「産業財産権と人権」柏木 昇編集代表『国際経済法講座Ⅱ—取引・財産・手続』(法律文化社、2012年) 456頁以下、前掲注(53)・松井831頁以下も参照。
- 58 和訳は、高田 敏・初宿正典『ドイツ憲法集 第8版』(信山社、2020年) 147頁による。

- 59 和訳は、初宿正典訳『ドイツ連邦共和国基本法——全訳と第62回改正までの全経過』（信山社、2018年）9頁、前掲注(58)・高田・初宿220頁による。
- 60 BVerfG, Beschluß vom 29.6.2000, GRUR 2001,149 - Germania 3. 前掲注(11)・栗田18頁以下、奥山亜喜子「ハイナー・ミュラー作『ゲルマニア3』事件（2000.6.29ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷第二部会決定）」自治研究80巻12号143頁（2004年）、同「芸術の自由と著作権の衝突——『ゲルマニア3』決定」女子美術大学研究紀要37号16頁（2007年）、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、2008年）184頁〔奥山亜喜子〕も参照。
- 61 BVerfG, Urteil vom 31.5.2016, BVerfGE 142,74, GRUR 2016,690 - Metall auf Metall (Pelham). 栗島智明「ドイツ連邦憲法裁判所のサンプリング判決にみる著作権解釈——著作権と憲法の“複雑な関係”」コピーライト674号33頁（2017年）、石塚壮太郎「レコードサンプリングをめぐる芸術の自由と著作権隣接権との調整——サンプリング事件〔ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷2016.5.31判決〕」自治研究93巻8号151頁（2017年）、同「芸術の自由と著作権の相剋」『憲法学の創造的展開（上）戸波江二先生古稀記念（信山社、2017年）651頁、同「音楽サンプリングは著作権侵害にあたるのか」ジュリスト1543号81頁（2020年）、本山雅弘「ドイツのサンプリング問題と自由使用の行方」ジュリスト1548号70頁（2020年）参照。なお、同事件に関してドイツ連邦通常裁判所による付託を受けた欧州司法裁判所判決も参照（CJEU, 29 July 2019, Case C-476/17, Pelham GmbH et al. v Ralf Hütter et al.）。
- 62 詳しくは、栗田昌裕「著作権法における権利論の意義と射程(1)——ドイツにおける憲法判例と学説の展開を手がかりとして」民商法雑誌140巻6号653頁以下（2009年）参照。
- 63 BVerfG, Beschluss vom 7.7.1971, BVerfGE 31,229, GRUR 1972,481 - Kirchen- und Schulgebrauch. 前掲注(62)・栗田654頁以下、本山雅弘「著作権の権利制限論と保護範囲論との相違に関する一考察——『表現の自由』の抗弁を念頭においたドイツ比較法的検討」比較法制研究37号4頁以下（2014年）も参照。
- 64 BGBl. Teil I Nr.120, S.2081 vom 15.11.1972.
- 65 BVerfG, Beschluss vom 25.10.1978, BVerfGE 49,382; GRUR 1980,44 - Kirchenmusik. 前掲注(62)・栗田658頁以下、前掲注(63)・本山6頁以下も参照。
- 66 BVerfG, Beschluss vom 11.10.1988, BVerfGE 79,29,41, GRUR 1989,193,196 - Vollzugsanstalten; BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 30.8.2010, GRUR 2010,999 Rn.60 - Drucker und Plotter; BVerfG, Beschluss vom 19.7.2011, BVerfGE 129,78 [101] = GRUR 2012,53 - Le-Corbusier-Möbel; BVerfG, Beschluss vom 23.10.2013, BVerfGE 134,204 Rn.72, GRUR 2014,169 Rn.72 - Übersetzerhonorare.
- 67 レコード製作者の権利（ドイツ著作権法85条1項1文）についても同様。BVerfG, Beschluss vom 3.10.1989, BVerfGE 81,12,16, GRUR 1990,183,184 - Vermietungsvorbehalt; BVerfG, Urteil vom 31.5.2016, BVerfGE 142,74 Rn.69, GRUR 2016,690 Rn.69 - Metall auf Metall.
- 68 わが国著作権法のいわゆるオール・オア・ナッシング問題については、上野達弘「国際社会における日本の著作権法——クリエイタ指向アプローチの可能性」コピーライト613号18頁以下（2012年）、前掲注(11)・同「著作権法における権利の在り方」17頁以下、同「著作権法における権利の排他性と利益分配」著作権研究42号73頁以下（2016年）参照。
- 69 前掲注(46)・比良1138頁も、「少なくとも欧州レベルの二つの裁判所では、知的財産権の人権化が進んでいるのが現状である」とする。
- 70 See Geiger *supra* note 29 at 115.
- 71 See Griffiths and McDonagh *supra* note 28 at 80 (“Art 17(2) may be argued to be the constitutional expression of a maximalist approach to intellectual property”).
- 72 See also Alexander Peukert, The fundamental right to (intellectual) property and the discretion of the legislature, in: Christoph Geiger (ed.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property* (Edward Elgar, 2016) p.132; Peter K. Yu, Challenges to the Development of a Human Rights Framework for Intellectual Property, in: Paul L.C. Torremans (ed.), *Intellectual Property Law and Human Rights* (Kluwer Law International, 4th ed., 2020) p.89.
- 73 国会図書館「憲法草案要綱 憲法研究会案」4頁 (https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/02/052/052_004l.html) 参照。
- 74 原 秀成『日本国憲法制定の系譜Ⅲ』（日本評論社、2006年）654頁参照。
- 75 Comments on Constitutional Revision proposed by Private Group, Memorandum for Chief of Staff (11 January 1946), p.4, (<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/060shoshi.html>).
- 76 さしあたり、佐藤達夫『日本国憲法成立史 第2巻』（有斐閣、1964年）843頁以下、憲法調査会『憲法制定の経過に関する小委員会報告書』憲法調査会報告書付属文書第2号（昭和39年7月）308頁以下参照。
- 77 国立国会図書館「毎日新聞記事『憲法問題調査委員会試案』（1946年2月1日）」(<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/070shoshi.html>) 参照。
- 78 Original Drafts of Committee Reports, (February, 1946) (https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/147/147_017l.html).
- 79 Drafts of the Revised Constitution, (February, 1946) (https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/002_47/002_47_112r.html).
- 80 Ellerman Notes on Minutes of Government Section, Public Administration Division Meetings and Steering Committee Meetings between 5 February and 12 February inclusive, p.27. (https://www.ndl.go.jp/constitution/e/shiryo/03/002_22/002_22_032l.html). 和訳につき、高柳賢三・大友一郎・田中英夫編『日本国憲法制定の過程1——連合国総司令部側の記録による』（有斐閣、1972年）253頁以下による。

- 81 前掲注(80)・高柳ほか編266頁以下の原文および和訳参照。
- 82 佐藤達夫・佐藤 功『日本国憲法成立史 第3巻』(有斐閣、1994年) 47頁参照。
- 83 松本丞治「二月十三日會見記略」(https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/002_4/002_4_002L.html) 参照。
- 84 高柳賢三・大友一郎・田中英夫編『日本国憲法制定の過程 2——連合国総司令部側の記録による』(有斐閣、1972年) 55頁以下参照。
- 85 さしあたり、前掲注(84)・高柳ほか編57頁以下参照。また、松本丞治のメモについては、前掲注(83)・松本参照。
- 86 廣田直美『内閣憲法調査会の軌跡——渡米調査と二つの「報告書」に焦点をあてて』(日本評論社、2017年)も参照。
- 87 佐藤達夫『日本国憲法成立史 第1巻』(有斐閣、1962年) まえがき1頁参照。
- 88 Political Reorientation of Japan: September 1945 to September 1948: Report of Government Section Supreme Commander for the Allied Powers, (U.S. Government Printing Office, 1949)。
- 89 憲法調査会『憲法調査会報告書』(昭和39年7月)。
- 90 NHKスペシャル取材班『憲法と日本人 1949年—64年 改憲をめぐる「15年」の攻防』(朝日新聞出版、2020年)も参照。
- 91 半田正夫『著作権法概説 第16版』(法学書院、2015年) 268頁注7参照。
- 92 前掲注(10)・田村『著作権法概説』544頁注2参照。
- 93 上野達弘「著作権法に関する最高裁判決の射程——最高裁判決のミスリード？」コピライト686号3頁(2018年)参照。
- 94 詳しくは、大家重夫『ニッポン著作権物語——ブラーゲ博士の摘発録 改訂版』(青山社、1999年)、同『著作権を確立した人々——福沢諭吉先生、水野錬太郎博士、ブラーゲ博士』(成文堂、2003年) 181頁以下参照。
- 95 前掲注(94)・大家『ニッポン著作権物語』98頁以下参照。安倍正三「判解【最二小判昭和38年12月25日】」『最高裁判所判例解説民事篇昭和38年度』(法曹会、1973年) 427頁(「いわば、外国の著作権攻勢に対し、わが国の放送事業などの保護を計ろうとする意図から出た立法活動であったことが判る」とする)、小林尋次『現行著作権法の立法理由と解釈——著作権法全文改正の資料として』(文部省、1958年) 8頁も同旨。
- 96 前掲注(10)・田村『著作権法概説』175頁も、「あえてその合理性を探れば、録音のところで一度、著作権者に対価が還流する機会があったという点で録音物を用いない演奏とは異なるので、むしろ再生の自由を優先したとでも説明するほかない規律であった」とする。
- 97 前掲注(94)・大家『ニッポン著作権物語』112頁も、「どうも筆者には、『公正な補償』を行っていないので、この条約第11条の2の2項違反ではなかったかと考える」とする。
- 98 最判昭和63年3月15日民集42巻3号199頁〔クラブ・キャッツアイ事件：上告審〕。
- 99 水野 武「判解【最判昭和63年3月15日】」『最高裁判所判例解説民事篇昭和63年度』(法曹会、1990年) 165頁参照。
- 100 高林 龍・三村量一・上野達弘・菊間千乃「編者が語る知的財産法の実務と理論の10年」高林 龍・三村量一・上野達弘編『年報知的財産法2020—2021』(日本評論社、2020年) 58頁以下〔上野発言〕参照。また、上野達弘「いわゆる『カラオケ法理』の再検討」『知的財産権法と競争法の現代的展開』紋谷暢男先生古稀記念(発明協会、2006年) 781頁も参照。
- 101 知財高判令和3年3月18日(令和2年(ホ)第10022号)〔音楽教室事件：控訴審〕。
- 102 現行法上は、商業用レコードの二次使用(放送または有線放送)について、実演家(著作権法95条1項)およびレコード製作者(同法97条1項)に二次使用料請求権が付与されている。
- 103 札幌地判昭和32年11月29日下民集8巻11号2253頁〔ミュージック・サプライ事件：第一審〕。
- 104 札幌高判昭和34年5月29日民集17巻12号1797頁〔ミュージック・サプライ事件：控訴審〕。
- 105 最二小判昭和38年12月25日民集17巻12号1802頁〔ミュージック・サプライ事件：上告審〕。
- 106 前掲注(95)・安倍425頁参照。
- 107 なお、法人の人権については、最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁〔八幡製鉄政治献金事件〕が、「憲法第3章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能な限り、内国の法人にも適用されるものと解すべきであるから、会社は、自然人たる国民と同様、国や政党の特定の政策を支持、推進または反対するなどの政治的行為をなす自由を有するのである」と判示している。
- 108 前掲注(25)・上野7頁(「私見によりますと、著作者の権利および利用者の権利はともに憲法上の基本権に由来するといえることができると考えます。そして、両者の基本権は明示的な調整規範なく衝突しております。そこで、この衝突を調整する原理間衡量の役割を担うのが、私法である著作権法とその解釈であると理解できるように思うわけであります。その意味では、著作者の権利と利用者の権利は、どちらか一方があらかじめ優越的地位に立つという関係にはないと考えられます」)、同「著作物の改変と著作人格権をめぐる一考察——ドイツ著作権法における『利益衡量』からの示唆(2・完)」民商法雑誌120巻6号960頁(1999年)(「わが国においても、著作者の著作人格権および利用者の権利はともに基本権に由来するといえることができる。そして、両者の基本権は明示的な調整規範なく衝突している。そこで、この衝突を調整する原理間衡量の役割を担うのが、私法である著作権法とその解釈であると理解することができるように思われる」)参照。前掲注(1)・比良「著作権と表現の自由」113頁も、著作権の憲法上の位置づけについては明言を避けつつ、「仮に著作権が憲法上保障される人権であったとしても、そのことから直ちに著作権が不可侵の絶対的権利に昇華するわけではなく、人権としての著作権が表現の自由などの他の人権と衝突する場合に調整が必要になることに変わりはない。著作権が人権であっても、そのことが表現の自由との衡量に影響を与える可能性こそあれ、衡量そのものを免除させる免罪符にはならないのである」とする。
- 109 さしあたり、前掲注(6)・佐藤『日本国憲法論』141頁(「『基本的人権』のほか、諸外国での用法とも連動しながら、『人権』とか『基本権』とかいった言葉もわが国でよく使われる。これらの言葉は必ずしも一義的に理解されず、『基本的人権』

- 『人権』『基本権』が互換的に使用されることもあるが、『基本権』は特に憲法典が保障する諸権利・自由の意味で使われる傾向があるように思われる」とする)、駒村圭吾「人権は何でないか」井上達夫編『人権論の再構築』(法律文化社、2010年) 3頁・6頁以下等参照。
- 110 人権と自然権については、米村幸太郎「自然権なしに人権は存在し得るか——自然権理論のメタ倫理的再構築」井上達夫編『人権論の再構築』(法律文化社、2010年) 89頁、芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』(有斐閣、2011年) 47頁以下も参照。
- 111 なお、国際人権条約の国内法的効力については、曾我部真裕「『人権法』という発想」法学教室482号75頁以下(2020年)も参照。
- 112 さしあたり、長谷部恭男編『注釈日本国憲法(3)』(有斐閣、2020年) 119頁 [穴戸常寿]「[本条は立法者に『公共の福祉』に適合する範囲で財産権の内容を形成する権能を認めると同時に、さらにその限界を二重に設定している、と解されている。第1の限界は、1項は憲法上の制度保障を定めており、制度の核心を侵害する立法は憲法上許されない、というものである……。第2の限界は、1項は個人が現に有する財産的権利を保障しており(現存保障)、かかる財産的権利の内容および行使を制限する立法は憲法上の権利の制約に該当する、というものである」とする)、芦部信喜＝高橋和之補訂『憲法第7版』(岩波書店、2019年) 242頁(「憲法29条1項は、『財産権は、これを侵してはならない』と規定する。この規定は、個人の現に有する具体的な財産上の権利の保障と、個人が財産権を享有しうる法制度、つまり私有財産制の保障という二つの面を有する」とする)参照。
- 113 同様に、大正10年の旧特許法[同年法律第96号] 15条・40条参照。また、前身として明治32年の旧特許法[同年法律第36号] 16条も参照。
- 114 特許庁編『工業所有権法(産業財産権法)逐条解説 第21版』(発明推進協会、2020年) 319頁は、「その理由は、公益上の必要に基づくとはいえず国民の権利を制限し、はく奪するのは必要最小限にとどまるべきことはいうまでもなく、しかも種々の事態を想定したとしても、特許権を制限し、収用し、又は取り消すことを必要とする場合はほとんどあり得ないからである」とする。また、特許庁編『工業所有権制度百年史(下巻)』(1985年、発明協会) 279頁も同旨。
- 115 最大判昭和53年7月12日民集32巻5号946頁[国有農地等売払特別措置法事件]は、「法律でいつたんだめられた財産権の内容を事後の法律で変更しても、それが公共の福祉に適合するようにされたものである限り、これをもつて違憲の立法ということができないことは明らかである。そして、右の変更が公共の福祉に適合するようにされたものであるかどうかは、いつたんだめられた法律に基づく財産権の性質、その内容を変更する程度、及びこれを変更することによって保護される公益の性質などを総合的に勘案し、その変更が当該財産権に対する合理的な制約として容認されるべきものであるかどうかによって、判断すべきである」と判示している。
- 116 宮澤俊義＝芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』(日本評論社、1978年) 288頁(「公共の福祉に適合するように、著作権の存

続期間を短くするとか、特許権をある程度公開するとかいう法律的措置がとられたとしても、補償を考える必要はないとおもう」とする)参照。

- 117 佐野文一郎「著作権及び隣接権に関する法律草案——文部省文化局試案について」自治研究43巻1号81頁(1967年)(「放送の場合については、出所を明示しないことの補償として、使用者から権利者団体に何がしかの金銭が支払われているというような、変則的な事態が生じている」とする)等参照。
- 118 前掲注95・安倍434頁は、「公共の福祉に適合せしめる配慮のもとに著作権法30条1項8号及び同条2項によって規制されて法定されたものが、そもそも録音物著作権(22条ノ7)の内容なのであり、録音物著作権の内容は、右『8号』によって自由利用化された興行権、放送権に限られず、複製専有権(同法1条2項)を含むことは勿論であるから、『8号』の規制が設けられたからといって、録音物著作権なる財産権を全く剥奪し又は剥奪すると同視すべき制限がなされたとはいえないであろうし、興行権自体に限って考えて見ても、出所明示義務の要請との関連において財産権の全部剥奪はないと考えることは誤りでないと思う。その意味で、著作権法30条2項にも言及しながら、憲法29条違背をいう附帯上告論旨を全面的にしりぞけたこの大法廷判決の態度は、正当であるといつてよいのではないか」とする。
- 119 前掲注68参照。
- 120 前掲注68・上野「国際社会における日本の著作権法」4頁以下参照。
- 121 前掲注1・比良「著作権と表現の自由」115頁以下も参照(同118頁は、「著作権と表現の自由の対立を、著作権法の規定の解釈問題としてではなく人権の問題として捉え、裁判所が外在的制約の可能性も視野に入れて適切な審査を行うべき」とする)。
- 122 田村善之「『知的財産』はいかなる意味において『財産』か——『知的創作物』という発想の陥穽」吉田克己・片山直也編『財の多様化と民法学』(2014年、商事法務) 329頁(同『知財の理論』[有斐閣、2019年] 52頁所収)、同「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究36号2頁(2009年)参照。
- 123 上野達弘「扇子のゆくえ」コピーライト704号1頁(2019年)も参照。
- 124 上野達弘『クリエイティブ指向の著作権制度——欧州から見た日本法(仮)』(弘文堂、2021年出版予定)。

※うえの・たつひろ

1971年生まれ。1994年京都大学法学部卒業。1999年同大学大学院法学研究科博士後期課程単位取得退学。成城大学法学部専任講師および立教大学法学部教授を経て、2013年より現職。主な著書は、『著作権法入門 第3版』共著(有斐閣、2021)、『特許法入門』共著(有斐閣、2014)など。2019年4月から2020年3月まで、ルートヴィヒ・マクシミリアン大学ミュンヘン(LMU)の客員研究員としてドイツ滞在。