

憲法OBA MJ 連載の現在い ま

《 憲法問題特別委員会だより 》

第68回 表現の自由と著作権

憲法問題特別委員会 委員 吉原 裕樹

第1 はじめに

1 近時、いわゆる著作権判例百選事件などを契機として、表現の自由と著作権との衝突という問題の認識が広まりつつある。この問題は、著作権法のさまざまな規定・解釈運用において前景化するが、現代日本において特に深刻なのは、パロディの許否という問題であろう。

2 古今東西を問わず、パロディは豊かな文化を生み出してきた。

現代日本におけるパロディ文化の最たる例は、漫画・ゲーム等の作品を素材にして二次創作を行う、いわゆる同人誌であろう。日本では、同人誌作家から出発した人がプロに転向する例も、珍しくない。

一方、パロディは、古くから、社会的風刺の手段としても用いられてきた。

このように、パロディは、重要な文化・表現活動の一環となっている。

3 しかし、パロディは、日本の著作権法上、違法とされる場合が少なくない。

たとえば、いわゆるポケモン同人誌事件では、平成10年に、ゲームソフト「ポケットモンスター」の同人誌を販売した作家が、著作権法違反により略式命令を受けた。また、いわゆるハイスコアガール事件では、平成26年、他社のゲームソフトのパロディをふんだんに盛り込んだ商業漫画作品「ハイスコアガール」につき、発行元会社が著作権法違反により捜索を受け、刑事・民事事件化した。

このように、著作権法の規定・運用次第では、パロディ・同人誌をはじめとする豊かな文化・表現

活動が阻害され、憲法の保障する表現の自由が大きく損なわれることになる。

4 以上のような問題意識のもと、大阪弁護士会憲法問題特別委員会は、平成28年12月17日、表現の自由と著作権の関係を専門的に研究しておられる木下昌彦・神戸大学大学院法学研究科准教授（憲法学）を講師にお招きし、市民及び弁護士を対象として、憲法市民講座「表現の自由と著作権——パロディ・同人誌をめぐって——」を開催した。^{*1}

本稿では、まず、第2にて、同講座の内容を紹介した後、第3にて、同講座に回答するかたちで、「表現の自由と著作権」という問題に関して、私見を述べることにする。

第2 木下昌彦准教授による講座の内容

1 問題の所在

商業的海賊版に限らず、翻案など幅広い範囲の著作物の利用が、著作権法違反・著作権侵害となりうるどころ、著作権法及びその規定する著作権は、憲法21条の保障する表現の自由に対する制約規範である。

^{*1} なお、木下昌彦准教授による、表現の自由と著作権という問題に関する著作としては、

- ・ 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(2015年4月号)46頁以下、
 - ・ 木下昌彦「著作者の権利と事前抑制の法理——著作者の権利に基づく事前差止めがもたらす弊害と憲法法理によるその克服(上)(下)」NBL1067号(2016年2月1日号)46頁以下、1068号(2016年2月15日号)42頁以下、
 - ・ 木下昌彦「著作者の権利と事前抑制の法理(補論)——著作権判例百選事件保全異議審決定を受けて」法律時報88巻9号(2016年8月号)92頁以下、
- などがあるので、ぜひ参照されたい。

そのため、著作権法の規定・解釈運用が、表現の自由を不当に制約するものでないかが、憲法上重要な問題となる。

2 表現の自由の保障根拠

そもそも、憲法が表現の自由を保障する根拠は、以下のとおり、(1)自己統治理論、(2)自己実現理論にある。

(1) 自己統治理論

統治の在り方を決めるのは、主権者である国民であるところ（自己統治）、国民が、選挙や世論形成において意思表示をし、自己統治を全うするためには、国民相互の議論と十分な判断資料が必要である。

表現の自由には、有権者の政策形成に必要な議論や判断資料を提供することで、自己統治に資する意義がある。

最高裁判所も、次のように判示している^{※2}。「主権が国民に属する民主制国家は、その構成員である国民がおよそ一切の主義主張等を表明するとともにこれらの情報を相互に受領することができ、その中から自由な意思をもつて自己が正当と信ずるものを採用することにより多数意見が形成され、かかる過程を通じて国政が決定されることをその存立の基礎としているのであるから、表現の自由、とりわけ、公共的事項に関する表現の自由は、特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならないものであり、憲法二一条一項の規定は、その核心においてかかる趣旨を含むものと解される」。

(2) 自己実現理論

個人は、誰しも、自らの生き方を自ら決定し、自らが望む人生を実現させる権利があるところ（幸福追求権）、かような自己実現を全うするためには、人々の表現活動に接することで、いかなる生き方が存在し、その生き方はどのようなものであるか知る必要がある。

また、表現行為それ自体もまた、自らの才能を実現し、自ら望む人生の一部でありうる。

最高裁判所も、次のように判示している^{※3}。「およそ各人が、自由に、さまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する機会をもつことは、その者が個人として自己の思想及び人格を形成・発展させ、社会生活の中にこれを反映させていくうえにおいて欠くことのできないものであり、また、民主主義社会における思想及び情報の自由な伝達、交流の確保という基本的原理を真に実効あるものたらしめるためにも、必要なところである」。

(3) 公共の権利としての表現の自由

自己統治理論・自己実現理論いずれの立場から、表現の自由は、表現者のみならず、広くその受け手にも多大な利益をもたらすものであるといえることができる。

その意味で、表現の自由は、単に表現者の権利というだけでなく、共同体全体・公共全体の権利である。

3 芸術的表現の憲法上の価値

同人誌は、表現活動のなかでも、いわゆる芸術的表現に属するところ、以下のとおり、自己統治理論・自己実現理論いずれから、芸術的表現の憲法上の価値は高いといえることができる。

(1) 自己統治理論から

何が国のあるべき政治の在り方かを考えるにあたっては、人間とは何か、人生とは何か、世界にはいかなる価値観が存在するのかについて知る必要がある。そして、それを我々に教えてくれるのが芸術である。それゆえに、芸術も自己統治としての価値を有している（自己統治に必要なものとしての芸術）。

この点につき、アメリカ合衆国における表現の自由理論の古典的泰斗アリゲザンダー・ミクルジョンは、次のように述べる^{※4}。「私が考える基本的な原理は、文学作品や芸術は、私が統治的重要性と呼ぶ「社会的的重要性」をもつが故に保護されるべきであるということである。例え

※2 最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁(北方ジャーナル事件)。

※3 最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁(よど号新聞記事抹消事件)。

※4 原著はAlexander Meiklejohn, *The First Amendment is an Absolute*, 1961 Sup. Ct. Rev. 245, 262 (1961). 日本語訳は木下准教授による。

ば、小説は、現在において、人間とはいかなるものか、自身の判断や評価も含めた多くの力によって、人間はどのように支配されているのか、あるいは、どのような方向性によって支配されるべきであるのかという我々の見解にとって強かに決定的なものとなっている」。

(2) 自己実現理論から

芸術などの文化は、我々の人生にあり方に決定的な影響を与える。その影響力は国家の統治以上のものである。それゆえに、我々は選挙を通じて政治に参加するように、文化に参加する（文化的作品を公表する）権利を有する（文化への参加としての芸術）。

アメリカ合衆国における著名な憲法学者ジャック・バルキン^{※5}は、次のように、民主的文化論によって上記の議論を基礎づける。「民主主義という名前の本来含意するところの本質は、権力を人々の手に委ねること、つまり、人々の人生、その周りの世界を形作る力を支配する手段を人々に与えるということである。しかし、法や政府は世界の一部でしかない。一方で文化は世界のより幅広い範囲を範疇に収めるものであり、人々の人生を組み立てる強力な役割を担っている。……文化は政府、政治、法以上のものである。もし、民主主義が人々に権力を与えることならば、真実の民主主義とは議会選挙や法制定において人々に発言権を与えることのみを意味するのではなく、人々が生活し、その不可欠な一部となっている文化を形成し、発展させることにも発言権を与えることを意味すると解すべきである」。

4 他者の著作物利用の必要性

上述のように、文化的活動・芸術作品の公表には、高い憲法的価値が認められるところ、そのような活動は、すべてオリジナルによっておこなわれてきたわけではなく、先人達の成果を利用して（つまりパロディとして）実現されてきた。

※5 原著はJack M. Balkin, "Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for Information Society", 79 *N.Y.U. L. Rev.* 1, 39 (2004). 日本語訳は木下准教授による。

5 著作権制度の存在意義

著作権制度の存在意義については、以下のとおり、大別して、(1)自然権理論、(2)インセンティブ理論、がある。

(1) 自然権理論

ア 自然権理論の基礎

(ア) 労働価値説（ロック哲学の応用）

個人は自己の身体に対する排他的権利を有する（自己所有権）。自己の身体の働き（労働）の成果物も、自己の身体と同様、排他的権利の対象となる。

著作物は、自己の身体（脳も含む。）の働きの成果物であるから、自己の排他的権利の対象となる。

(イ) 人格理論（ヘーゲル哲学の応用）

個人は、自己の人格に排他的権利を有する（たとえば、名誉やプライバシーに対する権利など）。

著作物は、著作者の人格が表出したものであり、人格の一部であるから、著作者は、著作物に対して排他的権利を有する。

イ 自然権理論の帰結

著作物に対する排他的権利は、国家あるいはそれが制定する法律に先行して存在している。現在の著作権法の諸規定は、それを確認しているにすぎない。

したがって、著作権法の権利制限規定は、自然権である著作者の権利に対する侵害であり、例外的にしか認められるべきではない。

表現の自由は著作者の権利を前提として行使されるべきであり、文化の発展も、著作者の権利を守ったうえで実現されるべきである。

ウ 自然権理論の問題点

自然権理論には、以下のような問題点があり、支持することができない。

すなわち、自然権は現実世界には存在するものではなくフィクションである。

また、現実にとりあっている著作権法は、自然の確認というよりも、むしろ、様々な利害対立のなかで、国家により制定されたものである。

さらに、著作者の権利と対立する表現の自由

についても、自然権として正当化できるものであり、どちらが自然権として優越するかを判断することは不可能である。

(2) インセンティブ理論

ア インセンティブ理論の基礎

著作活動には、機会費用も含めて多大な費用を投下する必要がある。しかるに、著作物の複製が自由におこなわれると、原著作者が著作活動に要した費用を回収できず、著作活動に従事しなくなる（著作活動に対するインセンティブが低下する。）。

そこで、著作物に排他的権利を認め、著作物からの収益を著作者に与えることにより、著作活動へのインセンティブを保持しようとしたのが、著作権制度である。

イ インセンティブ理論の帰結

著作者の権利は、文化の発展という目的を実現するために反射的に認められた「特権」にすぎない（「権利」というよりもむしろ「政策」としての著作者の権利）。

著作者の権利は、その正当化根拠である文化の発展に従属するものであり、文化の発展という観点から著作者の権利は必然的に限界づけられる（権利制限規定の必然性）。

ウ インセンティブ理論の利点

以下のとおり、インセンティブ理論には利点が認められ、支持されるべきである。

すなわち、インセンティブの付与という社会的効果を指標として、具体的法制度の在り方を考察することができる。

また、インセンティブ理論に依拠した場合、表現の自由と著作権制度の究極的目的は、表現活動の活性化という点で同じということになり、両者を統一的に位置づけることができる。

さらに、インセンティブ理論は、著作者の権利を限界づける理論であると同時に表現の自由も限界づける理論でもあるから、表現の自由と著作者の権利の対立を、インセンティブ理論を軸として統合的に調整することができる。

(3) 現行著作権法の規定

著作権法1条は、「この法律は、著作物並びに

実演、レコード、放送及び有線放送に関し著作者の権利及びこれに隣接する権利を定め、これらの文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り、もつて文化の発展に寄与することを目的とする。」と定めている。

このように、現行著作権法の究極的目的は、「著作者の権利」の保護ではなく、「文化的所産の公正な利用に留意」したうえでの「文化の発展」とされているところ、これはインセンティブ理論に親和的である。

6 著作権法の憲法適合的解釈に向けて

上述のように、憲法の見地からは、他者の著作物利用を保護すべき必要性が高いことからすれば、以下のとおり、著作権法の憲法適合的解釈を図るべきである。

(1) 憲法適合的解釈の定義

憲法適合的解釈の定義については、たとえば、「本判決〔最二小判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁〔国家公務員法違反被告事件〕〕の解釈は、必ずしも本件罰則規定には文言どおり解釈すると違憲の部分が存在することを前提としているものではなく、趣旨、目的、保護法益から本件罰則規定を解釈する中で、最上位規範である憲法が表現の自由としての政治活動の自由を保障していることを考慮していることからすると、法令の解釈において憲法を含む法体系に最も適合的なものを選ぶという体系的解釈としての合憲解釈、すなわち「憲法適合的解釈」に当たるとみるのが相当と思われる^{※6}という見解がある。

憲法適合的解釈は、構成要件が規範的ないし評価的なものである場合に適用される（大阪高判平成27年1月21日〔風営法ダンス事件〕など）。

(2) 著作権法解釈の開放性

現行の著作権法は、柔軟な解釈をおこなう余地を多分に有している。

すなわち、表現が「類似」しているからといって、ただちに、著作者の権利に対する侵害になるわけではない（翻案の解釈の問題）。また、

※6 岩崎邦生「判解〔最二小判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁〕最判解刑事篇平成24年度516頁。

他人の著作物を「複製」したからといって、ただちに、著作権者の権利に対する侵害になるわけではない（引用の解釈の問題）。

したがって、著作権法における「翻案」や引用における「正当範囲」の解釈を、憲法適合的解釈の対象とすることができるし、そうすべきである。

(3) 著作権法の憲法適合的解釈の指針

著作権法の解釈においては、表現の多様性の保障という表現の自由の要請が考慮されるべきであり、その要請は、著作権者のインセンティブに重大な影響を与えない限り、尊重されるべきである。

一例として、原著作物とは異なる新たな作品を創造するという目的に必要な原著作物の利用は、著作権者の潜在的市場に重大な影響を与えるものでないかぎり、許容されるべきである。

表現の自由は、規制の可能性が示されただけで容易に萎縮し、「窒息」してしまう。そのため、萎縮効果の弊害を除去するための「息継ぎの空間」が保持される必要がある。上記のような著作権法の憲法適合的解釈は、萎縮効果の弊害を除去し、「息継ぎの空間」を設定するための重要な方途となる。

(4) 著作権法の憲法適合的解釈の例その1——翻案

著作権法27条は、「著作者は、その著作物を翻訳し、編曲し、若しくは変形し、又は脚色し、映画化し、その他翻案する権利を専有する。」と定める。

この「翻案」の意義につき、判例^{※7}は、「言語の著作物の翻案（著作権法27条）とは、既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為をいう。」と判示している。

判例によれば、既存の著作物に依拠した作品を創作しても、「既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創

作する行為」と評価されなければ、著作権者の権利に対する侵害とはならないところ、何が「表現上の本質的な特徴」に該当するかは判断が分かれる。

表現の多様性を確保するため、「本質的な特徴」は厳密に、制限的に解釈すべきである。

(5) 著作権法の憲法適合的解釈の例その2——引用

ア 著作権法32条1項は、「公表された著作物は、引用して利用することができる。この場合において、その引用は、公正な慣行に合致するものであり、かつ、報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行なわれるものでなければならない。」と定める。

イ かつての判例について

上記「引用」の意義につき、かつての判例^{※8}は、著作権「法三〇条一項第二は、すでに発行された他人の著作物を正当な範囲内において自由に自己の著作物中に節録引用することを容認しているが、ここにいう引用とは、紹介、参照、論評その他の目的で自己の著作物中に他人の著作物の原則として一部を採録することをいうと解するのが相当であるから、右引用にあたるというためには、引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができ、かつ、右両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があると認められる場合でなければならないというべき」と判示した。

しかし、上記パロディ事件判決は、あくまでも旧著作権法における節録引用についての判決であって、現行著作権法にそのまま妥当するものではない、との見解が有力である。

特に、パロディ事件判決が求めていた「明瞭区別性」や「主従関係性」の要件に関して、それらが充たされなかったからといって、ただちに適法な「引用」でなくなると考えるべきではない、という見解が有力である。

ウ 新しい裁判例の流れ

近時、「引用」の意義につき、上記パロディ事件判決とは異なる理解を示す裁判例が現れつつある。

※7 最一小判平成13年6月28日民集55巻4号837頁（江差追分事件）。

※8 最一小判昭和55年3月28日民集34巻3号244頁（パロディ事件）。

たとえば、知的財産高等裁判所は、次のように判示した。^{※9}「著作権法は、著作物等の文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り、もって文化の発展に寄与することを目的とするものであるが（同法1条）、その目的から、著作者の権利の内容として、著作者人格権（同法第2章第3節第2款）、著作権（同第3款）などについて規定するだけでなく、著作権の制限（同第5款）について規定する。その制限の1つとして、公表された著作物は、公正な慣行に合致し、報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で引用して利用することができる」と規定されているところ（同法32条1項）、他人の著作物を引用して利用することが許されるためには、引用して利用する方法や態様が公正な慣行に合致したものであり、かつ、引用の目的との関係で正当な範囲内、すなわち、社会通念に照らして合理的な範囲内のものであることが必要であり、著作権法の上記目的をも念頭に置くと、引用としての利用に当たるか否かの判断においては、他人の著作物を利用する側の利用の目的のほか、その方法や態様、利用される著作物の種類や性質、当該著作物の著作権者に及ぼす影響の有無・程度などが総合考慮されなければならない。

この新しい裁判例は、「引用」該当性について、「他人の著作物を利用する側の利用の目的」、「その方法や態様」、「利用される著作物の種類や性質」、「当該著作物の著作権者に及ぼす影響の有無・程度」などの「総合判断」により判断することとしており、かつての判例のように、「明瞭区別性」「主従関係性」の有無を、引用の適法性を判断するうえでの絶対的な要件とはしていない。

エ 著作権法32条1項における「正当範囲」のあるべき解釈

上記美術鑑定証事件裁判例の判断枠組みは出発点として支持されるべきである。

そのうえで、①原著作物とは異なる新たな作品を創造する目的のもと、②他人の著作物をそ

の目的に必要な限度にとどまる態様において引用する場合においては、③著作権者の潜在的市場に重大な影響を与えるものでない限り、正当な範囲内の引用と考えるべきである。

表現の自由に対する萎縮効果の弊害除去のために「息継ぎの空間」を設定する必要があるという観点からは、上記②必要性の認定にあたっては、裁判所が判断代置的に必要不可欠性を審査する必要はなく、利用者側の説明中に、目的と引用との間に合理的関連性を見出すことができればそれで充分と考えるべきである。

7 著作物の利用による同人誌活動の憲法的意義

純然たるオリジナルの作品を一から作ることができるのは、限られた天才だけである。そのため、有名作品の表現の利用という手法を許容することで、より多くの人々が、文化の構築という過程、また、文化そのものへ参加することが可能になる。これにより、文化への参加が、一部の天才の活動から大衆的な活動となる。

したがって、文化を一部の者に独占させるか、それとも文化の参加者の裾野を広げるかという著作権の在り方の問題は、文化の在り方の問題でもある。

憲法における表現の自由保障の意義からすれば、著作物の利用を幅広く許容し、文化の参加者の裾野を広げるべきである。

8 刑事政策の方向性

著作権法の刑事事件化は、創作的要素が明らかにならないと考えられる海賊版の販売やネット配信、海賊版のキャラクター販売に限定されるべきである。これとは異なり、翻案や引用的利用など創作的要素が含まれるものについては、民事事件として解決が図られるべきである。立法論としては、刑事罰の対象は、創作的要素がない海賊版の商業的販売に限定すべきである。

9 著作権法解釈のあるべき方向性

トレースや模倣がただちに著作者の権利に対する侵害になるわけではなく、むしろ、トレースや模倣は文化の発展に不可欠なものであり、安易に、

※9 知財高判平成22年10月13日判時2092号135頁(美術品鑑定証事件)。

トレースや模倣を非難すべきではない。著作権は文化の発展のために存在しているのであって、何が文化の発展に資することになるのかを長期的・歴史的視点で考える必要がある。表現者は、著作権者であると同時に利用者でもあり、権利を一方的に主張することは、かえって自らの首を絞めることになりかねない。

従来、著作権と表現の自由の対立は、ともすれば、権利者と利用者という異なる集団間の対立と見られがちであった。しかし、ハイスコアガール事件などを契機として、普段は著作権を主張する側も、著作権によって自らの創作活動が制限されるリスクを負うことが明らかになりつつある。

著作権と表現の自由は権利者と非権利者に分かれる問題ではなく、表現者すべてにかかわる問題である。このことは、一歩方向性を誤れば、表現者同士が互いに萎縮し、文化的活動が縮小均衡へと向かっていく危険性を示唆するものでもある。著作権法の解釈論は、条文の文言だけでなく、文化の発展とはいかなるものか、表現の多様化はいかにして実現できるのかという視点を抜きにしては進めることはできない。

第3 「表現の自由と著作権」問題に関する私見

1 はじめに

木下昌彦准教授が、著作権法の憲法適合的解釈を行おうとするのは、現実的な方策といえ、結論において受け入れられやすいであろう。しかし、表現の自由規制に対する違憲審査手法という観点に立ち戻って考えれば、その論旨は必ずしも明快ではない。

2 本来的違憲審査手法としての法令違憲審査

司法部は、立法・行政部に比べれば、(少なくとも相対的に) 民主的正統性が薄弱であるから、学説上、裁判所による違憲審査の手法としては、適

用審査が原則とされる(適用審査優先原則)^{※11}。もっとも、表現の自由に対する規制、しかも刑事規制については、萎縮効果除去のため、違憲審査の手法として、法令違憲の手法が原則とされる^{※12}。

木下准教授が憲法適合的解釈を行おうとする著作権法27条(翻案)・32条1項(引用)は、表現の自由に対する規制であることはもちろん、その違反には10年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金が科され、又はそれらが併科されるのであるから(著作権法119条1項)、非常に厳格な刑事規制というべきである。

そうすると、著作権法の上記規定に対する違憲審査の手法としては、本来、法令違憲の手法が採用されるはずである。

それにもかかわらず、木下准教授がこれを採らず、憲法適合的解釈の域にとどまろうとするのはなぜか。

3 木下准教授における著作権制度の重要性

推測の域を出ないが、その理由は、著作権法の規定を法令違憲として無効とするのが、なんらかの意味で現実的でないと考えるためであろう。

では、著作権法の規定を法令違憲により無効とするのは、なぜ現実的でないか。さらに推測を重ねることになるが、その理由は、彼が、著作権法の規定・著作権に、法令自体の無効判断を容易に許さないだけの重要性を認めるところにある。

4 意図せざる自然権理論の支持

木下准教授は、インセンティブ理論を支持するに当たって、表現の自由と著作権制度の究極的目的は、表現活動の活性化という点で同じであると認めていた。そうであるとすれば、彼は、表現の自由の刑事規制に対する本来的違憲審査手法たる法令違憲審査を(意識的か無意識的かは別論として)断念するほどに、著作権制度の表現活動に対

※10 阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(日本評論社、2001年)18頁以下参照。日本の元最高裁判所長官によるものとして、横田喜三郎『違憲審査』(有斐閣、1968年)12頁以下。

※11 市川正人『文面審査と適用審査・再考』立命館法学2008年5=6号1377頁以下(特に1380頁以下)、君塚正臣『適用違憲「原則」について』横浜国際経済法学15巻1号(2006年)1頁以下(特に20頁以下)、稲井雄介『憲法判断の方法と違憲審査制』学生法政論集(九州大学)1号(2007年)15頁以下など参照。

※12 君塚正臣『国家公務員法違反事件鑑定意見書』横浜国際経済法学19巻1号(2010年)89頁、101-111頁、前掲・稲井23頁など参照。

する寄与を重視しているのである。

このような立場は、著作権制度を単なるインセンティブ付与のための政策的制度と捉えるインセンティブ理論よりも、むしろ、著作権の本質的価値を重視する自然権理論に親和的である。

そうであるとすれば、木下准教授は、彼の明示的なインセンティブ理論への支持にもかかわらず、実際には「意図せざる自然権理論の支持者」というべきであろう。

5 自然権理論／インセンティブ理論の選択の非本質性

しかし、木下准教授が明示的にインセンティブ理論を支持しつつ、著作権法の憲法適合的解釈を行おうとすることからも明らかなとおり、同解釈の営為は、インセンティブ理論から正当化しえないというものではない。

そうすると、木下准教授が「自然権理論かインセンティブ理論か」を議論の出発点として重視するのに反して、彼の憲法適合的解釈という営為にとって、「自然権理論かインセンティブ理論か」の選択は、本質的意味をもたないというべきであろう。

6 表現の自由相互の調整の問題としての「表現の自由と著作権」

上述のとおり、木下准教授は、図らずも、表現活動にとっての著作権制度の重要性を承認しているわけであるが、このこと自体は支持されるべきである。インセンティブというか自然権というかは別として、表現活動ひいては表現の自由にとっての著作権の関連性（relevance）は否定しえない。

そうであるとすれば、「表現の自由と著作権」という問題系は、表現の自由相互の調整の問題ということになる。

7 反論権との対照

現代日本において、表現の自由相互の調整の問題と認識されているものとしては、いわゆる反論権の問題がある。

※13 駒村圭吾『ジャーナリズムの法理』（嵯峨野書院、2001年）265頁。最近のものとして、長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2) 国民の権利及

反論権を立法ないし解釈により肯定しようとする場合、反論文を掲載されるメディアの表現の自由（編集権など）と反論文を掲載しようとする私人の表現の自由（アクセス権）とをいかに調整するかが問題となる。

現代日本では、反論権を立法により承認しようとする立場においても、反論権を刑事罰によって担保することが憲法上許容されるとまで主張する見解は、少なくとも有力ではない。これは、反論権を承認した場合に、メディアの表現活動に生ずる萎縮効果に配慮してのことであろう。

翻って、「表現の自由と著作権」という問題も、反論権と同様、表現の自由相互の調整の問題であるが、前者においては、著作権は最高10年の懲役というきわめて厳格な刑事罰によって担保されている。両者に理論上の不均衡はないか。

インセンティブ理論を採って、著作権の表現の自由との関連性を間接的なものと見るのであればなおさら、この不均衡は座視することができない。

8 法令違憲審査の必要性

木下准教授は、著作権制度の民事規制化を立法論として主張するが、とりわけインセンティブ理論を採用する場合には、少なくとも刑事規制を伴う著作権制度に対しては、法令違憲審査を躊躇すべきではない。

第4 終わりに

木下准教授のご講演は、市民はもとより、筆者を含む大阪弁護士会憲法問題特別委員会委員にとっても、大変勉強になるものであった。木下准教授の貴重なお教示を糧として、さらに研究を深めていきたい。

び義務(1)』（有斐閣、2017年）348-349頁〔阪口正二郎〕。なお、反論権に関する包括的研究として、曾我部真裕『反論権と表現の自由』（有斐閣、2013年）がある。同書165頁によれば、フランス反論権法の保護法益は、一般に、（表現の自由ないしアクセス権ではなく）名誉・名声と理解されている。