

憲法との関係における知的財産制度について



熊本大学法学部 教授 大日方 信春

要 約

憲法改正論議が喧しい。ただ、それは形式的意味の憲法である「憲法典」だけを視野に入れたものに止まっていまいだろうか。本稿の前半は「憲法」との訳語が定着した「Constitution」とは、もともとは「国家の基本方針」を指していたこと、それは実質的意味の憲法として憲法典だけでなく法律等としても存在していることを明らかにしている。わが国の憲法には民主制の浸透と社会国家の実現という制憲者の意思が表れている。

後半は、未だ憲法学で論じられることの少ない「知的財産権と憲法の谷間」を埋めるために「知的財産権をみる憲法学の視点」について述べている。憲法学は権利制約の憲法適合性を見る学問であるので、ここでは知的財産権の憲法上の位置づけと同時に、知的財産権による憲法上の表現の自由が制約されている場合に注意を要することについてふれている。

本稿の最後には、この「谷間」に生じた海賊版ブロッキング問題について簡単に述べたあと、知的財産権条項を憲法上に規定する意義について検討している。

本論説は、平成 31 年 2 月 15 日（金）に、日本弁理士会研修所主催で行われた「憲法との関係における知的財産制度について」と題する大日方信春教授の講演内容を編集したものである。

目次

- I はじめに
- II 憲法とは何か
 - 1. 国制と憲法典
 - 2. 形式的意味の憲法と実質的意味の憲法
 - 3. 統治の基本法としての憲法
 - 4. 人権保障の基本法としての憲法
 - 5. まとめ
- III 知的財産権の憲法上の位置づけ
 - 1. 知的財産権と憲法条文
 - 2. 知的財産権をみる憲法学の視点
 - 3. 著作財産権の憲法上の位置づけ
 - 4. 著作者人格権の憲法上の位置づけ
 - 5. 知的財産権に関する諸外国の憲法規定
- IV おわりに
 - 1. サイトブロッキングと憲法
 - 2. 知的財産権条項を加憲することの意義

ります。きょうは、事前に打合せをさせていただいたことを踏まえて、おもに2つの事柄をお話させていただきます。

まず、前半部分では「憲法とは何か」をお話させていただきます。ここ数年、政界では「憲法改正」が話題になっております。たとえば、自由民主党は「改憲四項目」（自衛隊明記、緊急事態条項創設、参院選の合区解消、大学無償化）を掲げて議論の活性化をはかっているように見えます。ただ、制定まもない頃から改憲の議論の俎上に上げられて久しい「憲法」ですが、では「憲法とは何か」と聞かれると、その性質、本質のようなものは意外と知られていないのではないのでしょうか。憲法もその名の通り「法」であるので、何らかの行為の是非の基準となるものの一種であると思われれます。こうした「法規範」としての性質は、憲法も、効力の高低において憲法の下に置かれている法律以下の「法規範」と同様の性質をもつといえます。ただ、一方で、よく「社会あるところ法あり」といわれることがあります。これは“社会が秩序あるものとして存続するためには一定の法による規律が必要である”という「社会」と「法」との関係を表す法諺です。この法諺をもじって「国家あるところ憲法あり」と

I はじめに

大日方でございます。熊本大学で憲法を担当してお

いたりします。このときの「憲法」は先にふれた法規範としての憲法という意味だけではなく、その憲法をもつ国のあるべき国家像を示したもので、後でお話しますが「国家の基本方針」のような意味も併有していると理解されてきました⁽¹⁾。きょうは「国家の基本方針」としての憲法がもつ意味を中心にお話させていただきます。

また、後半部分では「知的財産権の憲法上の位置づけ」についてお話させていただきます。これはわたしが研究してきたことの一旦をご紹介しますことにすぎないのですが、わたしがこの研究をはじめた切っ掛けは、もう15年以上前のことですが、ある日の新聞に2003年1月15日のアメリカ合衆国連邦最高裁判所の判決を伝える「ミッキーマウス延命」という記事を見つけたことにはじまります。それは、当時50年間だったアメリカの著作権保護期間を20年間延長する著作権保護期間延長法⁽²⁾を憲法に反しないとした判決⁽³⁾を報じたものでしたが、調べてみると、アメリカでは「著作権と表現の自由」というテーマが少なくとも1970年頃から盛んに議論されていることを知りました。ところが、わが国の憲法学者は、著作権の問題を扱っていなかった。そこで、アメリカでの議論を参照しつつ、著作権と憲法理論との関係、とくに表現の自由との関係ですが、これを研究し始めてから15年ほどの月日が流れました⁽⁴⁾。現在は、それを知的財産権論に一般化しようとしているというのがわたしの研究です。きょうの後半ではこうした研究をもとに「知的財産権の憲法上の論拠」についてお話できたらと思います。

II 憲法とは何か

1. 国制と憲法典

(1)「憲法」とは、英語ではConstitutionであり、ドイツ語ではVerfassungと表記されます。この動詞形であるconstituteもverfassenも、ともに「組み立てる」、「構成する」という意味をもちます。すなわち「憲法」とは、文字の上では「つくり上げられたもの」、「構成されたもの」という意味であるといえるでしょう。

ところで、このConstitutionという概念は、明治維新の前後にわが国に伝わったとされています。その邦訳としてはいろいろ考えられたようですが、明治14年に、伊藤博文を憲法制定の調査のために欧州に派遣

するにあたって明治天皇から伊藤に対して与えられた文書の中にあつた表記等の影響もあり、最終的には「憲法」ということばが公定の用語として用いられるようになったようです⁽⁵⁾。

(2)ところで「憲法」と聞けば、通常、わたしたちは「日本国憲法」を思い浮かべると思います。それは、Constitutionを「憲法」と訳し、それが定着したからなのですが、このConstitutionは、もともとは先にふれたように「つくり上げられたもの」、「構成されたもの」というほどの意味でした。それは、西洋諸国においては、歴史や文化の展開のなかでつくり上げられてきたもの、いわば「国のかたち」(国柄)のことを意味していたのです。彼の国では、Constitutionとwritten Constitutionとを使い分け、前者は「国の基本方針」を指す概念、後者はそれが「制定された法」を指しています。これは「憲法／憲法典」の区別にあたります。

Constitutionとは、もともとは「国の基本方針」のことであり、それが制定されたものが「憲法」とあるという概念の使い分けは、憲法学界では比較的浸透していると思われます。その際にはConstitutionの訳語には「国制」をあて「憲法」(憲法典)と区別しようという試みもあります。

(3)こうして「憲法とは何か」というとき、まずは「国の基本方針＝国制」とそれが制定された「憲法典」とを区別して考えてください。そして、前者の「国の基本方針」の方は「国家あれば憲法あり」の法諺のように、これをもたない国はありません。よく「イギリスに憲法はない」といわれますが、イギリスにもConstitutionはある。ないのは、これが「憲法典」という形式で制定された、すなわち「形式的意味での憲法」をもたない、ということになります。イギリスもConstitutionは当然にもっていて、それは不文又は法律の形式で存在している、すなわち「実質的意味の憲法」はもっているということになります。

2. 形式的意味の憲法と実質的意味の憲法

(1)少し講学的な事柄になりますが、上のお話をもう少し続けさせていただきます。

「憲法」という言葉で、憲法という法形式(憲法制定権者により制定された法)で存在している法典をさすことがあります。このときの憲法を「形式的意味の憲法」といいます。現在のわが国においては「日本国

憲法」がこれにあたります。この意味の憲法は、その内容の如何を問われません。法典のうち、最高法規性、硬性性という憲法としての形式を備えている法典のことです（参照、憲98条1項、同96条1項）。「法典」というところにも表れているように、形式的意味の憲法は成文であることとなります。

これに対して、ある特定の内容をもつ法のことを憲法とよぶことがあります。憲法という言葉で、形式の如何を問わず憲法の内容を備えた法のことをさすとき、このときの憲法のことを「実質的意味の憲法」といいます。この意味での憲法は、形式の如何を問いませんので、不文のこともありますし、法律という法形式で存在することもあります。

成文憲法の中の規定であっても、したがって形式的意味の憲法であっても、実質的意味の憲法ではないものもあります。その例としては、1973年改正前のスイス連邦憲法25条の2の「出血前に麻痺させることなく動物を殺すことは、一切の屠殺方法および一切の種類の家畜について例外なくこれを禁止する」という規定があげられることがあります。「国家の基本方針」を示したものではない、もっぱら動物愛護規定であるというのでしょう⁶⁾。これとは逆に、法律という法形式で存在していても、したがって形式的意味の憲法ではないのですが、実質的意味の憲法であるものもあります。

この「実質的意味の憲法」は、その内容、つまり憲法としての実質に応じて、2つに分類されています。

(2) さきほど「社会あるところに法あり (Ubi societas, ibi ius)」という法諺にならって「国家あるところ、憲法あり」といわれることがあるといたしました。国家を社会学的にとらえるにせよ、法学的にとらえるにせよ、その本質を統治と切り離して理解することはできません。この統治の組織やあり方の基本を定めた法として憲法をとらえるとき、それは「固有の意味の憲法」といわれます。「統治の基本を定めた法」は、形式的意味では憲法ではないものも、実質的意味では憲法であるということが出来ます。内閣法及び裁判所法並びに地方自治法などが、この例にあげられています。

実質的意味の憲法の「実質」は、国家の統治作用との関係からだけでなく、権利保障との関係からもとらえられてきました。とくに、18世紀末の市民革命期に啓蒙思想家を中心として説かれた自由主義思想を

もとに、憲法は国家の権力を制限し市民の権利を守るための法と理解されることがあります。この意味での憲法は「立憲の意味の憲法（近代的意味の憲法）」といわれています。「人権の基本を定めた法」も、形式的意味では憲法ではないものも、実質的意味では憲法であるということが出来ます。請願法や人身保護法などが、この例としてあげられています。

(3) このように「憲法の内容」に着目すると、「国家の基本方針」が書かれているのは形式的意味の憲法（憲法典）だけではないといえます。「国家の基本方針」、換言すれば、統治の基本方針についてどのように考えるか、人権保障についてはどうか、ということですが、こうした「国家の基本方針」について検討する際には、実質的意味の憲法まで視野を広げて検討していかなければならない、と思われまます。

というのも、評価は分かれるのかもしれませんが、現在、内閣権限が強化されているという見方があります。「強い内閣」が出現しているというのです。ところが、日本国憲法は制定以来、1度も改正されたことはありません。したがって、この「強い内閣」は憲法改正によって出現したわけではないこととなります。では、どうして「強い内閣」が出現したのかというと、1999（平成11）年に「平成の大改革」の一環として「行政改革」が実現しています。その背景には、戦後のわが国の産業発展に寄与した「ピラミッド型行政システム」（業種、業界ごとに応じて個別に設置された中央省庁が国・地方を問わずその管轄ごとに指揮監督する）が陥っている機能不全を解消するためというように説明されますが、そのさい「縦割り行政」の弊害を打破するために内閣権限を強化し「各省庁割拠主義」を取り払うための法改正が実施されています。具体的には内閣法及び国家行政組織法の改正並びに内閣府設置法等の制定です。これらの法改正により、ともすると各省庁の官僚が主導していた国家統治が、内閣が主導するものになるような制度演出がなされています。これは、形式的には憲法改正されてはいませんが、国家統治に関しては実質的な意味での憲法であるといえる法律を制定改正することで、国家統治に関しては実質的意味での憲法改正があった、と理解することもできると思います。

ひるがえって、現在、憲法改正論議が一部で喧しくなされています。ただ、わが国の Constitution、国家の基本方針は、形式的意味の憲法だけに表されている

わけではないことには注意を払うべきだと思います。日本国憲法を字面だけ変えても「憲法改正」が実現できるわけではない。また、日本国憲法の文面を変えなくても「憲法改正」ができるとも考えられる。現在の憲法改正論議に意外と抜け落ちている視点なのではないかと思しますので、ここで話させていただきました。

3. 統治の基本法としての憲法

それでは、ここまで「憲法とは何か」というテーマで、それは「国家の基本方針」のことである、というお話をしてきました。ここでは、日本国憲法及びそれを基盤にしたわが国の法秩序からうかがえる「わが国の基本方針」について、すこし掘り下げてみたいと思います。

(1) まず「統治の基本法としての憲法」という側面からお話させていただきます。

近代憲法をもつ多くの国々では統治の基本として「権力分立」という法原理を採用しています。ただ、権力分立という法原理も国によってさまざまな「かたち」があります。

ところで、この「権力分立」ですが、よく「三権分立」と相互互換的に使われる言葉だと思います。ただ、どの国の権力分立の形態をみても、立法・行政・司法が「横並び」の関係にある「三権分立」型のはすくないと思います。一般的には、この法原理の提唱者とされているモンテスキューがそうであったように、国家権力を「政治的権力」と「司法的権力」に分けて、この前者のもつ「立法 (legislative) 作用」と「執政 (executive) 作用」との関係について「分離」「相互作用」を説くのが権力分立論だと思います。このあたりについてきょうは深入りしません⁽⁷⁾。

では、この「政治的権力」の内容とされる「立法」と「執政」という2つの作用は、権力分立原理に基づけば、2つの別々の機関によって担われることが求められます。「立法府 (議会)」と「執政府 (政府)」ということになりますが、この法的な関係については、各国においてさまざまな類型が見られます。本当にさまざまなのですが、きょうは、わが国の統治体制を際立たせるために、アメリカ合衆国のものを補助線として用いたいと思います。よく知られているように、わが国の議会と政府との関係は「議院内閣制」といわれ、アメリカのそれは「大統領制」といわれてい

ます。

ただ、きょうは「何が議院内閣制」であり「何を大統領制」というのかという統治体制の定義の問題ではなく、政治的権力を担う2つの国家機関 (議会と政府 [内閣, 大統領]) のうち、日本国憲法は、あるいは、合衆国憲法は、どちらの国家機関の権限行使をどのような理由でより警戒しているのか、という点に注目してお話ししたいと思います。立憲主義 (これまた「大きな法概念」で一言で定義を与えることは困難なのですが) を一言でいうなら、統治者に憲法に基づく統治を遂行させること、をいいます。換言すると、立憲主義は憲法によって統治者の権限行使を制限・抑制しようという法原理なのです。ただ、どの権限をより制限・抑制しようとしているのか、換言すると、どの権限をより警戒しているのかは、実は各国の憲法によって違うのです。これからお話しするのは、日本国憲法は、そして、アメリカ合衆国憲法は、どの国家機関の権限をどのような理由で警戒しているのか、というお話です。

(2) まずアメリカからお話します。ご存じのように、アメリカ合衆国憲法は1787年に制定されています (翌1788年に13州のうちの9州目の承認を得て成立。参照、合衆国憲法7条)。当初は連邦政府 (とくに制限された連邦政府) を樹立するための10箇条に限定されていた条文には、すぐに10箇条からなる修正条項が追加されています。

では、この連邦政府の樹立を図った当初の10箇条を見ると、第1条は、連邦政府の管轄を示すために連邦議会の権限を規定した条項、第2条は、大統領権限を規定した条項です。以下、司法権について第3条、連邦制について第4条と続くのですが、ここでは省略します。この第1条及び第2条、すなわち、連邦議会と大統領に宛てられた憲法条文を見ると、ある特徴的なことに気づきます。それは、連邦議会に関する条文は第1節から第10節までであり、その中でも、たとえば第8節は第1項から第18項まで (これらが連邦議会の権限の本体部分を列挙したものです)、第9節は第1項から第9項までというように、詳細な規定ぶりが見られます。これに対して、大統領に関する条文は第1節から第4節まで、また、大統領権限の本体を規定している第2節も3条項しか持っていません。これは何を意味しているのでしょうか。

アメリカ合衆国憲法が制定されたのは、先に述べた

とおり、大きく見て18世紀後半のことです。この当時の世界情勢は、まさに「革命」気運が高まっていたと思われます。大枠で見ると、絶対王政を打破して立憲制を導入した17世紀のイギリス革命と18世紀のフランス革命に象徴されるのですが、いずれも民衆の力が当時の為政者の統治を否定するということがなされているわけです。王政を民主制に転換するという市民革命は、まさに統治の「民主化」という意味で、一面ではポジティブな評価がなされています。ただ、反面、革命での為政者の急進的置換は「統治の安定」という価値からすると、むしろネガティブなものとも捉えられる。憲法の目的を「統治の安定」と考えた場合、民主的勢力による革命は、憲法としては警戒しなければならない営為であるとも思われます。かくいう合衆国も、ジョン・ロックの思想を導きの糸として、独立革命を経て成立しました。以降、合衆国憲法の下での統治を実現させていくわけですが、そこで「統治の安定」のために最も警戒しなければならないと考えたものは、まさに自らの成立の契機でもあった民主的勢力だったのです。民主的勢力は、放っておくと革命勢力に転換するというのでしょう。

このように、憲法の目的を「統治の安定」と捉えた合衆国憲法は、国家統治にあたる国家機関の中で、民主的勢力に基盤をもつ国家機関の権限を警戒しました。そう、議会権限です。このことが、連邦議会の権限を憲法上に明確に、必要に応じては詳細にまで列挙して限定しようと試みている合衆国憲法の規定ぶりに表れています。その一方で、合衆国憲法は大統領には包括的な権限を付与したままです。そこには大統領を「選挙された君主」と見て、「統治の安定」は保守的勢力に基盤をもつ国家機関によって成し遂げられる。合衆国憲法の制憲者はこう考えたであろうことが、憲法の規定ぶりを見ることからうかがえると思います。

(3) では、日本国憲法はどうかというと、日本国憲法は民主的勢力に基盤をもつ国家機関である国会には、憲法41条で包括的な立法権を付与しています。そこに、合衆国憲法のような民主的勢力への警戒感を見ることはできません。それもそのはず、日本国憲法は、憲法の目的を「統治の民主化」に見ているのです。

日本国憲法の制定には、GHQ (General Headquarters, 連合軍最高司令官総司令部) の民政局が深く関わっています。GHQの最高責任者はご存じのダグ

ラス・マッカーサーですが、その下におかれた民政局の局長にはコートニー・ホイットニーという法曹が就任しています。日本国憲法は、このホイットニー指揮の下で制定作業がなされるわけですが、近年、この作業にかかわった人物たちが、いわゆる「リベラル思想」の持ち主であったことが研究で明らかにされています⁹⁾。彼らが戦後のわが国に「民主主義」を根づかせようとしたのが日本国憲法であるというのです。

ひるがえって、日本国憲法を見てみると、明治憲法下における天皇権限を引き継ぐ内閣の権限は、憲法65条で一見包括的であるように見えますが、その実は、同73条に列挙される形で制限的であることがうかがえます。合衆国憲法との対比で述べれば、民主的勢力を基盤にもつ国会の権限を信頼し、保守的勢力を基盤にもつ内閣権限を警戒するという構図がここに見ることができます。「統治の民主化」を目指した日本国憲法と「統治の安定」を目指した合衆国憲法とでは、国家権力のうち政治的権力を担う2つの国家機関のどっちをより警戒しているかという視点で見ると、およそ180度違う憲法であるといえると思います。合衆国のものは民主的国家機関を、わが国のものは非民主的国家機関(保守的国家機関、伝統的国家機関)を警戒する憲法であるといえるでしょう。

(4) このように憲法を「統治の基本方針」を定めたものであるとして見たとき、それが「安定した統治」を求めるのか、それとも、「民主的な統治」を求めるのかで、どの国家機関に信頼を寄せ、どの国家機関を警戒するのが異なります。わが国とアメリカ合衆国を政治思想において「同じような傾向をもつ国」と評価するのは一般化し過ぎているのかもしれませんが、それでも、憲法典レベルでもその条文構造から、どのような統治を目指しているのかについては、事程左様に異なっているといえるのです。

4. 人権保障の基本法としての憲法

(1) アメリカ合衆国憲法との比較及びリベラル派であったGHQの影響という点では、日本国憲法上の人権保障規定にも特徴的な点を見ることができます。

それは、豊富な自由権規定と同時に社会権(生存権、労働者保護等)を保障する規定も併有しているという点です。いわゆる「社会権」は社会主義革命後の世界に普及した権利概念ですので、20世紀中盤以降に制定されている諸外国の憲法には比較的見ることが

できる権利規定であるともいえます。ただ、わが国に社会権規定がもたらされた背景には、やはり GHQ の影響があったという理解があります。

(2) 17 世紀・18 世紀の近代市民革命がもたらしたとされる自由（とくに経済的自由）は、その後の産業革命、資本主義の発展をうけ、近代社会の発展に大きく寄与しました。ただ、20 世紀に入ると、労働者の失業や貧困という困難に直面します。それでも、近代立憲主義は、自由を基本価値とする統治体制を目指すものでした。そこにおいては、経済自由主義のもと、国民経済における総効用を拡大する諸政策が重視されると同時に、自由主義の名の下で、国民各自の生活、生存配慮も国民各自の責任に負わされていました。

こうした立憲主義のありように再考を迫ったのは、自由よりも平等を重視しようとするフランスの政治思想、あるいは、失業・貧困等を「資本主義の構造的病理」と捉えた社会主義、共産主義思想でした。自由よりも平等、失業・貧困対策を政府の役割と考えるリベラルな政治思想の影響は、ヨーロッパを出てアメリカにも及びました。19 世紀から 20 世紀にかけてのアメリカにおける経済的自由規制立法にはその影響がみられます。その典型が、使用者と労働者との間の労働契約に関する「契約の自由」を制約して、社会的に弱い立場にあるであろう労働者を保護する法律の制定です。

ところが、アメリカ連邦最高裁判所は、こうした社会経済立法を憲法違反とする判決をくだします。有名なのが 1905 年の *Lochner v New York*⁽⁹⁾ ですが、そのポイントは「契約の自由」は連邦憲法修正 14 条で保護された権利であるのに対し、それを制約する法律の制定根拠が憲法上にはない、という点でした。ここに見られる政府・議会（社会経済規制推進）と裁判所（憲法上の権利保護）との対立は、後に最高裁判例が変更されることで解決を見ますが、それでも彼の国では、いまなお憲法上の自由を制約するためには憲法上の根拠があることを厳格に求める法理論となって受け継がれてきていると思われまます。

(3) では、このことが日本国憲法の制定にどう影響しているのかというと、憲法制定に関わった GHQ のロイヤーたちは、母国でのこの状況を回避するために、日本国憲法には豊富な自由権規定を設けると同時に、とくに経済的自由を制約するための憲法上の根拠をも規定しているのです。それが、先にもふれた生存

権・労働基本権に代表される社会権規定です。母国では、憲法上の「契約の自由」を制約して労働者を保護するための法律がその憲法上の根拠を欠くという理由で違憲判決をうけている。こうした状態にならないよう、わが国の憲法には政府に貧困者・労働者を保護することを求めるための根拠を書き込んでいるのです。

こうして、わが国では、経済的自由を制約して貧困者・労働者を保護する法律が（不十分であるとする批判もあるでしょうが）豊富に制定され、裁判所におけるその憲法適合性審査は「緩やかな審査」（経済規制立法の合憲性を推定した審査）が実施されるという状況が確立しています。

5. まとめ

Constitution の訳語である「憲法」とは、本来的には「国家の基本方針」のことである。本講演の前半は、このことからお話させていただきました。わたしが大学で講義しているのはこの「国家の基本方針」という意味での憲法です。換言すると、「国家の基本方針」といっても、それは文書として書かれているわけでもなく、目で見ることができないものでもない。では、どうするか。「国家の基本方針」の一部は日本国憲法として文書化されている、また一部は「実質的意味の憲法」としての性質をもつ法律として文書化されている、その文書は何を意味しているのかについて裁判所は判決文の中に示すこともある、また、文書の意味を解釈した学説もある、こうした目で見ることができないものを手掛かりとして、目で見ることができない「国家の基本方針」を考えてみる、わたしが大学で講じている憲法学はこういう学問です。

すこしお話が逸れつつありますので、最後に 1 点だけ確認して、つぎの「知的財産権の憲法上の位置づけ」のお話に移りたいと思います。

確認したいところというのは「契約の自由」を制約する憲法上の根拠としての「社会権」という部分です。より一般化すると、憲法上の権利を制約するためには憲法上の根拠が必要であるという点です。と申しますのも、かりに知的財産権を保障することが何らかの憲法上の権利の制約にあたるとするなら、知的財産権を保障する憲法上の明文根拠があれば、この抵触に知的財産権が勝利する武器となる、と考えられるのです。この点、講演の最後にふれることができたらと思います。

Ⅲ 知的財産権の憲法上の位置づけ

1. 知的財産権と憲法条文

(1) 手元にある憲法の基本書・体系書を紐解いても、そこに知的財産権に関する記述があるものは、ごく僅かです⁽¹⁰⁾。また、知的財産権に関する記述といっても、憲法 29 条に関する説明の冒頭に、財産権について経済的価値があるものに対する権利である、との定義を与えたあと、無体財産権又は知的財産権もこれに含まれると簡単に記述するに止まっているものがほとんどです⁽¹¹⁾。

このように「知的財産権と憲法理論との関係」あるいは「知的財産権の憲法上の位置づけ」については、憲法学界ではあまり注目されていないテーマだと思われる。すくなくとも、学会等で取り上げられて研究業績が積み重なり、議論が蓄積されている領域とは言えないと思います⁽¹²⁾。

(2) あとで詳しく検討しますが、知的財産権の憲法上の根拠を大まかに示すとすれば、つぎのようになると思います。

まず、著作者の権利のうち財産権的性質をもつ著作権財産権及び同じく財産権的性質をもつ特許権や営業秘密などは、憲法 29 条に根拠をもつ権利であると理解できます。また、著作者人格権やパブリシティ権といった人格権的性質をもつ権利は憲法 13 条に根拠をもつ権利と理解できると思います。このうち、パブリシティ権ですが、最高裁は平成 24 年の「ピンク・レディー事件」⁽¹³⁾で同権利を「肖像の持つ顧客吸引力にフリーライドされない権利」との定義を与えました。ただそれは「人格権に由来する権利である」との理解を示しています。定義上のそれは財産権的性質をもつようにわたしは思いましたが⁽¹⁴⁾、わが国の有権解釈者はパブリシティ権も人格権の内容を構成するものであると捉えています。

(3) ただ、ここで注意すべきことがあります。それは、憲法は国家権力を制限するための法規範であるということです。したがって、知的財産権の憲法上の根拠が問題になるのは、国家（具体的には国会や内閣）が何らかの法律を制定して知的財産権を制限しようとする場面でのこと、ということになります。具体的には、権利保護期間を短縮するとか、新たな権利制限規定を設けるというような場合に、当該法律の規定は憲法 29 条及び（又は）憲法 13 条に反するのではないか、という憲法上の論点が構成されるということにな

るのです⁽¹⁵⁾。もっとも、こういう「構成」は憲法学界でも知的財産法学界でもあまり考えられていない。それが、基本書・体系書の類いにおいて「知的財産権と憲法理論との関係」が扱われていないひとつの理由であるとも考えられます。わたしもすぐあとでお話するように「知的財産権をみる憲法学の視点」はこれではないと考えております。それは、知的財産権が憲法第何条に根拠をもつのかではなく、知的財産権を保護することが憲法上の権利を制限することになっていないか。こうした「視点」がより重要であると考えているのです⁽¹⁶⁾。

(4) ところで「創作物を増やす」とか「発明を奨励する」といった知的財産を振興する政策を実現するための憲法規定は見当たりません。最後にお話しますが「国家の基本方針」を定めるのも憲法の意義であるとするなら、憲法改正にあたり「知的財産権条項」を新たに創設して、今後のわが国は知財振興を国家政策として遂行していくというメッセージを発するということも有り得ることかと思えます。知財条項を加憲する意義のひとつはここにあるかもしれません。

2. 知的財産権をみる憲法学の視点

(1) 憲法に基づいて統治を行うことを「立憲主義」といいます。統治に従事するのは国家機関ですので、立憲主義という法原理によるなら、憲法は国家機関の権力行使を規律する法規範、換言すると、国家権力を制限する法規範であるということになります。

このことを前提にすると「知的財産権をみる憲法学の視点」は、つぎの二つに収斂すると思われます。それは、第一に、国家機関が知的財産権の制限に及んだとき、当該国家行為が憲法適合性をもつものであるか否かを分析すること。これは具体的には先にもふれた、権利期間の短縮とか新たな権利制限規定の創設とかにあたりますが、この視点はこれまで重視されてきていません。それは、当該国家行為はそれが知的財産権の人格権的側面を制限するものである場合にはたとえば憲法 13 条に、あるいは、それが財産権的側面を制限するものである場合には憲法 29 条に反するか否かという憲法上の問題として構成される事柄であると思いますが、知的財産権自体が「無体物に法令によって設定された管理権」であると捉えるなら、国家行為に広範な裁量が認められると理解できるからかもしれません。

いま、知的財産権は「無体物に法令によって設定された管理権」であると述べました。無体物に制定された法令上の管理権、法令上の利益というものが、憲法上の権利、とくに表現の自由を制約することがあるということは、憲法学でも昔から認識されてきております。

(2) 無体物に設定された管理権が表現の自由の制約にあたる場合として従来から憲法学が認識してきている問題とは、「プライバシー侵害」や「名誉毀損」に関するものです。

表現は原則として自由にすることができるのですが、ある表現が他人の権利又は法律上保護された利益を侵害すると不法行為とされることがあります（こうした言論を「不法行為言論 (tortuous speech)」といいます⁽¹⁷⁾）。この典型例が「プライバシーを侵害する表現」、「名誉を毀損する表現」なのですが、こうした表現を法令又は判決によって法的に認める国家行為があると、この国家行為が今度は表現の自由を制約するのではないか。国家行為が憲法上の権利を制限している場面がここにある。憲法は上にも述べたように、国家権力を制限する法規範なので、こうした国家行為に憲法適合性があるか否かについては、古典的な研究の積み重ねがみられます。こうした議論の積み重ねから、ある表現が対象者の名誉やプライバシーを侵害するものであったとしても、他の憲法上の価値により、当該表現の違法性が免責されるという法理論が生成されています。名誉毀損法制に関する刑法 240 条の 2 や「現実の悪意の法理」、プライバシー侵害法制における「有名人＝公衆に知られた存在 (public figure) の法理」等は、不法行為言論の違法性を憲法上の価値により免責するための法理論として理解することができます⁽¹⁸⁾。

憲法学は、このようにして無体物に国家行為によって設定された管理権が憲法上の権利を制約するとき、当該国家行為が憲法上の権利を制限し過ぎないように、当該国家行為に憲法上の限界を画するための法理論を検討してきています。

(3) この憲法学の従来からの理論を「知的財産権と憲法との関係」に応用したのがわたしの一連の研究です。わたしが「ミッキーマウス延命」の新聞報道にふれたとき、著作権を保護することは表現の自由を制約することになると考えたのは、無体物に設定された管理権が憲法上の権利を制約することになるという従来

からの憲法理論を思い出したからです⁽¹⁹⁾。その後、特許権、パブリシティ権、商標権と知的財産権を学んでいくうちに、同じ構造が憲法上の権利（とくに表現の自由）との関係で見られるということに気づいていきました。

わたしのこれまでの「知的財産権と憲法理論」をテーマとした研究は、国家がある表現を知的財産権とした場合、当該国家行為は憲法上の権利（とくに表現の自由）を制約するものである、という点に焦点をあてたものです。換言すると、わたしの研究は、ある表現に管理権を設定する法律の憲法適合的解釈を模索するものです。この問題が典型的に見られる著作権に焦点を絞った『著作権と憲法理論』（信山社、2011年）の続編の出版を現在企画準備中です。

3. 著作財産権の憲法上の位置づけ

(1) ところで、近時、インターネット上の「海賊版サイト」対策としての「ブロッキング」導入の是非が論じられています。政府は、2018年4月に「インターネット上の海賊版サイトに対する緊急対策」を公表したところ、その動きを捉えて、一般財団法人情報法制研究所 (JILIS) 情報通信法制研究タスクフォースは「著作権侵害サイトのブロッキングに関する緊急提言」(2018年4月11日)を公表してこれに応戦しました。特定サイトへのアクセスの遮断を政府がプロバイダに要請することには重大な法的問題があるというのです。気鋭の憲法学者・情報法学者を構成メンバーに含むこの「緊急提言」は大きな話題となりました。

この「緊急提言」の詳述はここでは措きますが、その要諦は、サイトブロッキングは憲法上及び電気通信事業法上の「通信の秘密」を侵害するものである、というのです。たしかに、ブロッキングはインターネット利用者の接続先のサイトをプロバイダが確認してそれがブロッキング対象のサイトである場合に当該接続を遮断するものなので、一面で「通信の秘密」を侵害すると理解すべきなのかもしれません。ただ、反面で、海賊版サイト運営者の特定が困難な中、著作権者及び出版社等の権利及び利益を守るためのブロッキングの有効性にも一定の評価があります。そこで、知的財産権を重視する論者の立場から、著作者の権利の憲法上の位置づけを憲法学者はどう見ているのかという疑問が呈されています。

(2) では、著作者の権利のうちの財産権的側面（著

作財産権)の憲法上の位置づけについてですが、ストレートに理解するなら憲法29条上の財産権に包摂される権利であると理解するのが素直だと思われます。著作権に代表される無体財産権も29条上の財産権に含まれるとする見解は、先にもふれたように、いくつかの憲法基本書・体系書でも示されております。

ところで、この他の見解としては、著作権という権利がなぜ設定されているのかを考えたとき、それは新規創作活動にインセンティブを与えるためである、という理解から、この権利を憲法13条の幸福追求権から導きだそうとする見解があります⁽²⁰⁾。また、ジェラルド・R・フォード元大統領の回顧録からの引用のフェア・ユース該当性が争われたアメリカ連邦最高裁のHarper & Row判決(1985年)には、有名な「著作権は自由な言論のエンジンである」とのくだりが見られます⁽²¹⁾。制憲者の意図として紹介されているこの理解に依拠するなら、著作権は憲法21条の表現の自由から導かれる法益でもありそうです。

ただ、この後二者の見解、すなわち、著作権は憲法13条(幸福追求権)や憲法21条(表現の自由)の保障内容に含まれるという見解は、感覚的なことで申し訳ないのですが、やはりピタリとはしていないように思います。幸福追求権や表現の自由に含まれる権益は、創作行為をするという精神的行為それ自体を保護法益としていると思われませんが、著作権法17条1項にいう「著作権」(著作21条~28条の権利)はやはり著作物から派生する金銭的価値を保護法益としていると理解することが素直ではないか、と思われるからです。

(3) それでも、つぎに述べる著作者人格権も含めて、いわゆる知的財産権条項が憲法上にないことは、知財を保護するための国家行為が憲法で明文保障されている他の権利の制約にあたる場合には、当該国家行為を正当化する又は要請する根拠は弱いとはいえそうです。知財条項があれば海賊版ブロッキングが即適法になるというわけではありませんが、そういう憲法解釈を導き出す法的な論拠となるとは思われます。

4. 著作者人格権の憲法上の位置づけ

(1) では、いわゆる著作者人格権の方の憲法上の位置づけについてはどうか。このことについて言及している憲法学者の議論は、管見の限りないのではないかと、思います。

この点について、著作権法学者の議論を参照する

と、狭義の著作権である著作財産権と著作者人格権との権益の淵源を同一の源泉に求める「一元論」⁽²²⁾と、異なる母体をもつ権益であると捉える「二元論」⁽²³⁾があることがわかります。そして、著作権法学界においては、どうやら財産権と人格権は異なる母体をもつとする二元論が有力のようです。

(2) では、狭義の財産権と著作者人格権の権益は異なる母体であるとする、後者の母体は「一般的人格権」と考えればよいかということ、著作権法学者の議論を参照しても、そう単純ではないようです。そこには、著作者人格権を一般的人格権に内包される権益であると見る「同質説」と、別のものであるとする「異質説」という二つの見方があることがわかります。

前者を説く論者は、著作者人格権が保護しようとしている権益は「著作物に化体された著作者の人格価値である」といいます⁽²⁴⁾。このように理解すれば、著作者人格権の一身専属性、譲渡不可能性(著作59条)は適切に説明できそうですし、その放棄も認められないという結論が得られそうです⁽²⁵⁾。この理解によるなら、著作者人格権の憲法上の論拠は一般的人格権の憲法上の論拠であると考えられる憲法13条ということになると思われま

す。これに対して後者を説く論者は、その論拠を同質説への批判に置いていると思われま

す。その要諦は、つぎの点にあります。①一般的人格権の主体は自然人一般であるはずなのに、著作者人格権の主体は「著作者」に限定されていること、②一般的人格権の客体は人格的価値であるのに、著作者人格権の客体は具体的な「著作物」であること、したがって、③一般的人格権はその保護法益が権利主体の人格に対する「関係」であるのに対し、著作者人格権の保護法益は著作者の著作物との「関係」であること⁽²⁶⁾。ただ、同質説への批判に論拠を置く異質説には「〔この説は〕著作者人格権と一般的人格権とは異なるというだけであり、それ自体から具体的内容が明らかになるというものではない」という批判が投げかけられています⁽²⁷⁾。ところで、この異質説に依るとして、著作者人格権の保護法益である著作者と著作物との「関係」は、憲法上のどの権利に内包されると見ればよいのでしょうか。

(3) これについては、わたしは、つぎのように考えています。

まず「個人の尊厳」性に由来する一般的人格権(personal right)と著作者人格権(moral right)と

は、やはり性質の異なるものであると思います。前者は法令以前の実体的価値から導かれるとされている権利であるのに対し、後者は法令によって設定された権利であるからです。

それでは、著作者と著作物との「関係」という法益は、憲法上のどの権利に内包されているのかというと、著作物が「思想又は感情を創作的に表現したもの」（著作1条）であることに鑑みると、これと著作者との関係はやはり憲法21条の表現の自由に内包される法益であると思えばよいのではないのでしょうか。この点について、若干詳述することにします。

- ① 公表権（著作18条）は、表現することにつき強制を受けない権利のことでしょう。表現の自由に含まれる「公表の自由」（いつ公表するかについて干渉されないこと）であると理解すればよいと思います。
- ② 氏名表示権（著作19条）は、著作物を顕名か否か、顕名の場合、実名か匿名か等を法益とする権利なので、表現の自由に含まれる「表現手段の自由」であると理解できると思います。
- ③ 同一性保持権（著作20条）は、著作者との関係で自己の表現を改竄されない権利なので、その法益は表現の自由に含まれる「表現内容への干渉」であると考えられます。

このように見ると、著作者人格権の権益は、憲法21条上の表現の自由の保護法益に内包されると思われれます。したがって、著作者人格権の憲法上の論拠は、憲法21条であると思えばよい。これが「著作者人格権の憲法上の位置づけ」に関するわたしの理解です。

5. 知的財産権に関する諸外国の憲法規定

(1) それでは、この項目の最後に、外国の憲法では知的財産権についてどのような規定を持っているのかについて簡単にお話したいと思います。

通常、わが国の憲法を考えると、比較法として参照されている国は、アメリカ、ドイツ、フランスです。憲法学者の半分くらいはアメリカを参照していて、残りの相当数がドイツ、最後の1割くらいがフランスを参照しています。そのほか中国や韓国を参照して研究されている方もおられますが、ほとんどが米・独・仏です。イギリス憲法を研究されている方もおられますが、イギリスには成典憲法がないので、やはり

少ないといっていると思います。

わが国の憲法学が参照している主要三カ国のうち、アメリカとドイツには知的財産権に関する規定があります。ただ、あえていうと、これらは連邦制の国なので、当該条文は知財規制について連邦の権限なのかそれとも州の権限なのかを規定したものであると理解できると思います。知的財産権の保護を国家政策として定めているわけではないように思うのです。

(2) アメリカ憲法ですこし掘り下げてみますと、連邦憲法の第1条というのは連邦議会の権限を規定した条文です。その第8節の第8項につきのような条文があります。「著作者及び発明者に、その著作物及び発明に対する独占的な権利を一定期間保障することにより、学術及び有益な技芸の進歩を促進すること」。連邦憲法第1条は連邦議会の権限を定めることで連邦政府と州政府の管轄問題を整理した条文です。そこに知財条項が置かれたということで、知財規制は連邦政府に権限配分がなされています。知財といっても、上の条文を見てもらうとそれは著作権と特許権のことであることがわかんと思います。そこに商標権については規定されていません。商標権は当初は争いがあったのですが、現在、連邦政府が商標規制ができるのは、それが「州際通商 (interstate commerce)」に関係するからであるとされています（連邦憲法1条8節3項）。したがって、各州が独自の商標制度をもつこと自体は否定されていないのです⁽²⁸⁾。

こうしてみると、連邦憲法1条は連邦政府と州政府との管轄を整理した条文であり、そこに列挙されている事柄については連邦権限、逆に列挙されていない事柄を規制する権限は州に原則として留保されている、但し、州際通商に関係するなどという理由で連邦政府が容喙する手掛かりがあるものについては例外的に連邦権限も認められる、こういう構造になっている条項であると思われれます。この視点からすれば、1条8節8項の知財条項は、知財に関する規制権限を連邦政府に与えた条文であり、その意味に止まると理解するのが適切であるとも考えられます。

(3) ただ、知財条項は連邦／州の権限配分規定ではなく（あるいは、それを超えて）知的財産保障に関する「国家の基本方針」を定めたものであるとする有力な見解もあります⁽²⁹⁾。その知財に関する「国家の基本方針」とは、まず無体物である知財を権利の客体として確立する、そうすればその使用・収益から権利者

に利益をもたらすことができる、そしてこうした知財制度を通して学術及び技芸を進歩させていくべきである、ということであろうと思われま

す。連邦憲法上の知財条項を著作権及び特許権に関する権利規定であるとする見方は、アメリカ憲法制定過程における自然権思想の影響に焦点を当てた研究から、今日、彼の国でも影響力をもっているようです⁽³⁰⁾。イギリスの政治思想家ジョン・ロック (John Locke) の自然権論に依拠した知的財産権の基礎づけを詳述することはできませんが、ロックの政治思想は、とくに抵抗権を正当化するその法理論は、イギリスから独立してアメリカを建国するというその営為を基礎づけるものであるために、当時の制憲者たちに広く浸透していたことはよく知られています。このような建国期又は制憲期において、このような思想に基づく議論が実際にあってそれに依拠して連邦憲法1条8節8項が制定されていることも歴史的事実だと思います⁽³¹⁾。

かりに、連邦憲法1条8節8項が著作権及び特許権について憲法上の根拠を与えるものであるとするなら、それらには憲法上の確立した地位が与えられていることになります。換言すると、当該権利は他の憲法上の権利・価値を理由としない政府による制約から憲法によって保護されると同時に、政府に対して当該権利の保護を促進する政策をとることが憲法によって要請されていることとなります。このあたりは、この講演の最後の最後でお話しさせていただきます。

(4) わが国の憲法学及び法学が一般的に参照している諸国には、連邦権限／州権限を整理する条項を超えて知財規定をもつものはないのですが、お隣の韓国にはご存じの通り、知的財産権条項があります。韓国憲法の22条の第2項です。韓国憲法22条は第1項で学問・芸術の自由について規定したあと、第2項で「著作者、発明家、科学技術者及び芸術家の権利は、法律により保護する」と規定しているのです。

現行の韓国憲法が制定されたのは1987年ですが、この条項は1948年の憲法制定のときからあります。つまり、韓国は20世紀の中盤くらいから知財に関する国家政策的なものを憲法の中に取り入れているわけです。また、この知財条項は財産権を保障した第23条とは別に規定されています。博士課程の大学院生としてわたしの下で学んだ学生が韓国にいますが、彼女に聞くと、文化国家実現という考えが20世紀中盤くらいには韓国にあって、その実効性を高めるため

に憲法に規定したようです。

IV おわりに

1. サイトブロッキングと憲法

(1) 内閣府の知的財産戦略本部で海賊版のサイトブロッキングの法制化について議論されていることはご存じのことと思います。先日(2018年12月9日)、わたしも内閣府に出向いて簡単なヒアリングをうけました。〈著作権侵害コンテンツをインターネット上で掲載しているウェブサイトに対してブロッキングを導入することの憲法上の問題は何か〉について、先方からいくつか質問を受けたので、つぎのように答えてきました(ここでは概略だけにします)。

(2) ① ブロッキングは検閲に該当するか

憲法21条2項前段は検閲を禁止しています。では、何が「検閲」であるのかというと学説としてはいろいろな理解が示されているのですが、最高裁は昭和59年の税関検査事件⁽³²⁾でその後、判例としてとり扱われている検閲の定義を示しています。

サイトブロッキングは、上の最高裁の検閲の定義からすれば、憲法21条2項前段で禁止されている検閲には該当しないでしょう。正規版がすでに発行されているわけですから。

② サイト運営者の表現の自由を侵害するか

ブロッキングはサイト運営者の表現の自由を侵害するのではないだろうか?というわけですが、まず「海賊版を掲載する自由」というのではないであろうと思います。「保護されない表現」とすればいいかと。

ただ、海賊版サイトとはいえ、その中にはサイト運営者独自の表現もあるので、いわゆるオーバーブロッキングの問題がある。それでもこの問題は現在の週刊誌等の出版差止めでも生じている問題であるけれども、とくに問題視されているわけではないと思います(参照、「北方ジャーナル」事件に関する昭和61年の最高裁大法廷判決⁽³³⁾)。また、海賊版から運営者の独自の表現の部分(適法表現)だけ切り離して新たにサイトを立ち上げて表現することも比較的容易だと思われ

れます。サイトブロッキングは、サイト運営者の表現の自由を侵害するものでもないと思います。

③ サイト閲覧者の知る権利を侵害するか

サイト閲覧者には、憲法21条1項の表現の自由由来する「知る権利」が保障されていると考えられま

す。ただ、これも知る権利を根拠に「海賊版を見る権利」があるとはいえないでしょう。

また、そもそも他人の表現を見る権利という意味での知る権利があるかと考えると、そういうのではないとも考えられます。サイト閲覧者はサイト運営者が表現しているからこそ、その結果として当該表現にふれることができる。こう考えれば、閲覧者の権利は運営者の権利に還元して考えればよいであろうと思います。

④ ネット利用者の通信の秘密を侵害するか

憲法 21 条 2 項後段は「通信の秘密」を保護し、これをうけて、電気通信事業法 4 条には電気通信における「秘密の保護」が規定されています。これらの規定により、政府及び事業者が電気通信の知得・窃用・漏洩が禁止されているわけですが、プロッキングするためのアクセス情報取得は上の知得や窃用にあたるのではないか、というのです。

この点について、現在の通説的理解では、機械的に検索を行って特定の条件に合致する通信を検知するような場合も禁止されている知得や窃用にあたりとされています。わたしはこの点に疑問を抱いている旨、伝えてきました。「人の認識」によらないものまで禁止しているのか否か、通信の秘密の意義は、インターネット時代にあわせて再考される必要があると感じています。

⑤ 「滑り坂理論」の危険について

「滑り坂 (slippery Slope) 理論」とは、ある行為を許してしまうと、類似の別の行為まで連鎖的に許すようになってしまうというものです。海賊版プロッキングを認めると、つぎは名誉を毀損する表現、プライバシーを侵害する表現までプロッキングされてしまうようになる危険がある、というのでしょうか。

しかし、名誉やプライバシーを侵害する表現というのは、憲法上の表現の自由で一定の保護をうける表現です。とくに政治家、権威者、社会的に影響をもつ人に対する批判的表現は、ときに対象者の名誉やプライバシーを侵害する内容でなされることもあるけれど、それは憲法 21 条 1 項による「保護される表現」として扱われています。ひるがえって、海賊版表現を考えると、それを憲法上保護しなければならない理由をわたしは思いつくことができません。「保護されない表現」と考えていいのではないか。それをプロッキングすることと同じ理由で「保護される表現」まで遮断されるようになるというのは説得力をもつわけでは

ないように思います。

(3) このように、わたしはまだ思考の途中にあるとはいえ、海賊版サイトプロッキングの憲法適合性についてはこのように考えております。まだ、どこにも書いたことがないので、いずれ論文の形式で明らかにしたいとは考えております。

2. 知的財産権条項を加憲することの意義

(1) では、最後になりましたが、現在、憲法改正論議がなされています。それとの関連で、日本国憲法に「知財条項」を規定することの意義、効果のようなものを考えることで、わたしの講演を閉じさせていただきます。

まず、本日の講演では、憲法は「国家の基本方針」を定めるものであるというお話をさせていただきました。たとえば、現在の日本国憲法から読み取れる「国家の基本方針」としては、平和主義や国際協調主義とかがある、また、より深く読めば第 25 条の生存権規定を総則的に豊富な社会権条項があることを捉えて社会国家の実現を目指すものであるという読み方もあると思います。

したがって、もし憲法に知財条項を規定すれば、それは知的財産立国を目指すという「国家の基本方針」が憲法上で示されることになると思います。

(2) これに関連して、契約の自由という憲法上の権利を制約する法律の根拠が憲法上になかったので当該法律が憲法に反するとの評価をうけたアメリカの判例があることを紹介しました。これを手本にして、GHQ はわが国で市民・労働者の保護を政府の役割とするために社会権を規定したということもお話しました。

こうした法理論の枠組を参考にすると、知財条項がない現状の憲法では、知的財産を保護するため法律を制定した、それが憲法上の権利と抵触する場合には、憲法上の権利の保護に重きを置いた法解釈（憲法適合的解釈）がなされることが予想されます。では、仮に知財条項が憲法に制定されたとすると、今度は、知的財産を保護するために何らかの憲法上の権利が制約されるとしても、そのことの憲法上の根拠があることとなります。社会権を実現するための法律に広い立法裁量が認められていることを考えると、知財を保護するための法律が何らかの憲法上の権利を制約する場合でも、当該法律の制定には広い立法裁量が認められるよ

うになるかもしれません。

憲法は「国家の基本方針」を定めるものですが、当然に「法規範」でもあります。憲法に知財条項を加憲する意義は、知的財産を保護するという意味においては、大きな意義をもつと考えられると思います。

(注)

- (1) 高坂正堯が Constitution の訳語として司馬遼太郎の書名(『この国のかたち』)に準えて「国のかたち」が適切であるとされたことが佐藤幸治『憲法とその“物語”性』129頁(有斐閣, 2003年)に記載されている。ここでいう「国の基本方針」とはこのことである。
- (2) Sonny Bono Copyright Term Extension Act of 1998, Pub. L. No. 105-298, § § 102 (b) and (d), 112 Stat. 2827-2828 (amending 17 U.S.C. § § 302, 304).
- (3) Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003).
- (4) その成果のひとつに、大日方信春『著作権と憲法理論』(信山社, 2011年)がある。
- (5) 参照, 佐藤功『日本国憲法概説〔全訂第5版〕』4頁(学陽書房, 1999年)。
- (6) 別の理解について, 参照, 樋口陽一『憲法〔第3版〕』6~7頁(創文社, 2007年)。
- (7) より詳しくは, 参照, 大日方信春『憲法Ⅰ 統治機構論』111, 118, 121, 269頁(有信堂高文社, 2015年)。
- (8) 参照, 田中英道『戦後日本を狂わせた OSS「日本計画」二段階革命理論と憲法』(展転社, 2011年), 日高義樹『アメリカが日本に「昭和憲法」を与えた真相』(PHP研究所, 2013年)。
- (9) Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).
- (10) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法〔第7版〕』(岩波書店, 2019年)にも, 近時定評のある渡辺康行ほか『憲法Ⅰ 基本権』(日本評論社, 2016年)にも, 知的財産権に関する記述は見当たらない。
- (11) 参照, 佐藤幸治『日本国憲法論』309頁(成文堂, 2011年), 渋谷秀樹『憲法〔第3版〕』310~311頁(有斐閣, 2017年)。
- (12) それでも手前味噌ですがいくつかの拙論並びに大林啓吾先生(千葉大学)及び木下昌彦先生(神戸大学)といった気鋭の憲法学者が近時, 精力的に研究発表されている。また, 憲法学者も著作権を学ぶ必要があることを示唆するものとして, 長谷部恭男「憲法学者は著作権を勉強する必要がないのか?」『Interactive 憲法』第19章(有斐閣, 2006年)がある。なお, 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)も憲法学者に著作権の憲法上の論拠を説明するよう求めている。
- (13) 最一判平成24年2月2日民集66巻2号89頁。
- (14) 参照, 大日方信春「パブリシティ権と表現の自由」熊本法学127号55頁以下(2013年)。
- (15) 著作権のリフォームが実際に行われてそれが既存の権利に遡及して適用されるような場合には, この論点が顕在化する

と思われる。参照, 瀧麻依子「知的財産権は合衆国憲法第5条にいう『財産 (property)』か? ——トレードシークレットに関する Ruckelshaus v. Monsanto (1986) を素材に」同志社法学383号191, 192頁(2016年)。

- (16) 参照, 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1頁以下(2008年)[後に同『著作権と憲法理論』(信山社, 2011年)第1章に所収], 同「特許権をみる憲法学の視点について」日本工業所有権法学会『商標の使用と権利侵害』〔日本工業所有権法学会年報37号〕1頁以下(有斐閣, 2013年)。
- (17) 「不法行為言論」については, 参照, 大日方信春『憲法Ⅱ 基本権論〔第2版〕』70~71頁, 171~172頁(有信堂高文社, 2018年)。
- (18) 「不法行為言論」を免責する法理論については, 参照, 阪本昌成『憲法2 基本権クラシック〔第4版〕』164~168(有信堂高文社, 2011年), 大日方・前掲書(註17)173頁。
- (19) このあたりのことについては, 大日方・前掲書(註4)の「はしがき」を参照されたい。
- (20) 参照, 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124, 129頁(2003年), 同『競争法の思考様式』52頁(有斐閣, 1999年)。
- (21) See Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 558 (1985).
- (22) 一元論的理解を提起している代表的文献として, 参照, 半田正夫『著作権法の研究』1頁以下(有斐閣, 1971年)。そこには半田の処女論文「著作権の一元的構成について」が収録されている。
- (23) 二元論的理解を示すものとして, 参照, 田村善之『著作権法概説〔第2版〕』405頁以下(有斐閣, 2001年)。
- (24) 参照, 齊藤博「著作者人格権の理論的課題」民商法雑誌116巻6号815, 818頁(1997年)。
- (25) 中山信弘『著作権法〔第2版〕』470~471頁(有斐閣, 2014年)。
- (26) 参照, 半田正夫『著作権法概説〔第15版〕』123頁(法学書院, 2013頁)。
- (27) 中山・前掲書(註25)471頁。
- (28) このあたりの詳細については, 参照, 大日方信春「商標と表現の自由(一)」熊本法学136号71, 79~80頁(2016年)。
- (29) 川北武長「憲法に知財法の原理条項を加える意義」パテント vol.71 No.6 1, 2~3頁(2018年)。
- (30) See RANDOLF J. MAY & SETH L. COOPER, THE CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS OF INTELLECTUAL PROPERTY 26-28 (2015). なお本書では「著作権の父」と呼ばれるノア・ウェブスターが著作権条項規定に果たした役割も紹介されている(in Chapter 3)。
- (31) とくに, 参照, ハミルトン=ジェイ=マディソン(齋藤眞=武見忠見・訳)『ザ・フェデラリスト』第43篇(福村出版, 1998年)。
- (32) 最大判昭59・12・12民集38巻12号1308頁。
- (33) 最大判昭61・6・11民集40巻4号872頁。

(原稿受領 2019.10.21)