

著作者の権利に基づく差止請求権

——事前抑制の法理との関係を中心として——

大 瀧 真 喜 子

- 第1 問題の所在
- 第2 米国法
 - 1 概説——考慮すべき米国法とわが国の法との差異
 - 2 判例法
 - 3 学説
 - 4 小括
- 第3 ドイツ法
 - 1 概説
 - 2 ドイツ民法およびドイツ基本法の照射効
 - 3 ドイツ著作権法
 - 4 ドイツ基本法における検閲
 - 5 小括
- 第4 わが国における学説・判例および比較法を踏まえた検討
 - 1 民法および著作権法における一般的見解
 - 2 判例
 - 3 検討
- 第5 著作者の権利に基づく出版前の差止請求権に関する近時の見解
 - 1 著作者の権利に基づく出版前の差止請求権に関する近時の見解
 - 2 上記見解の問題点
- 第6 結語

第1 問題の所在

1 著作権法112条1項は、「著作者、著作権者、出版権者、実演家又は著作隣接権者は、その著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。」と定め、著作権・著作者人格権（以下、まとめて「著

作者の権利」ともいう）等に基づく差止請求権を規定する（本稿では、著作権および著作者人格権のみをさしあたり対象とする）。同項の規定によれば、著作者の権利を侵害する書籍・雑誌等が出版される前であり、著作者の権利が未だ一度も侵害されていない段階においても、差止請求ができることが当然の前提となっていると解されている。

これに対して、憲法21条1項は、集会、結社および表現の自由を保障するとともに、同条2項は、検閲の禁止および通信の秘密を規定する。そして、公権力が表現活動を事前に抑制することは、表現の自由に対する最大の制約であって許されないと解されているところ、憲法21条1項から導かれるこの事前抑制禁止と同条2項の検閲禁止との関係をどのように解するかについては、周知のとおり見解が対立している。検閲と事前抑制を同義であるとし、その主体は行政権のみならず司法権をも含む公権力であるとする広義説¹⁾と、検閲と事前抑制とを区別して、前者の主体は行政権に限定し、後者の主体は公権力であるとする狭義説²⁾・判例（最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁）

1) 広義説の中でも各説で違いがあるが、ここでは、代表的な芦部信喜教授の見解を取り上げる。検閲禁止と事前抑制禁止とを同義であると解した上で、検閲の主体を公権力、検閲の対象を（思想内容ではなく）表現内容とし、「事前」の意義を発表前ではなく、思想・情報の受領時を基準とする。発表後であっても、思想・情報の発表に実質的に事前検閲（発表前の審査）と同視できるような抑止的效果を及ぼす重大な抑止的な効果を及ぼすような公権力の規制は検閲に含まれる。このように検閲概念を広く解した上で、検閲は原則として禁止されるが、ごく限られた場合に例外を認めるという立場である。芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)〔増補版〕』（有斐閣・2000年）362-364頁、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第6版〕』（岩波書店・2015年）198-199頁等。

2) 検閲と事前抑制とを区別し、後者は原則として禁止され、例外的に許容され得るが、前者は絶対的に禁止されるとする（ただし、若干の留保をつけている）。事前抑制とは、表現行為（発表・情報提供だけでなく情報受領も含む）がなされるに先立ち、「公権力」が何らかの方法で抑制すること、および実質的にこれと同視できるような影響を表現行為に及ぼす規制方法をいうとし、他方、検閲とは、上記表現行為に先立ち「行政権」がその内容を事前に審査し、不相当と認める場合にその表現行為を禁止することをいうとする。佐藤幸治「表現の自由」芦部信喜編『憲法Ⅱ人権(1)』（有斐閣・1978年）452、485-487頁、佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院・1995年）519頁等。

がある。しかし、いずれの見解にせよ、少なくとも、情報等が受領される前に、公権力が表現内容を審査して発表を禁止するなどして表現行為を抑制することは、検閲ないし事前抑制として原則として禁止されることになる。そうすると、その「公権力」には、裁判所も含まれるため、出版前の差止めを命ずる仮の地位を定める仮処分（以下「仮地位仮処分」という）が例外として許されるとしても、それを厳格に限定すべきであると解されているようである。

従来は、検閲ないし事前抑制との関係については、名誉権またはプライバシー権に基づく出版前の差止請求権が中心に議論されてきた。しかし、近時、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〕（以下「北方ジャーナル最高裁判決」という）が、出版前の書籍・雑誌等に対する著作権・著作者人格権に基づく差止請求にも同様に妥当するとして、そのような差止請求は原則として許されず、例外的に著作権法112条1項の要件とは異なる要件の下でのみ認められるとする見解が一部にある³⁾。

2) しかし、著作者の権利に基づく出版前の差止請求権について、名誉権等に基づく出版前の差止請求権と同列に扱い、直ちに事前抑制に当たるとして、北方ジャーナル最高裁判決と同じ判断枠組によるべきであるという議論は、以下のような点を看過しており、大きな問題がある。まず第一に、ドイツ連邦共和国の基本法（憲法）、著作権法およびわが国の著作権法等の議論を踏まえれば、わが国においては、未だ一度も侵害がなされていない場合の著作者の権利に基づく予防的差止請求権⁴⁾が著作権法112条1項の明文によって認められることは当然の大前提とされている。ドイツでは、出版前など表現が発表される前になされる（予防的）差止請求権は、検閲ないし事前抑制にあたるために認められないという議論は、全くなされていない。第二に、事前抑制の法理により名

3) 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46頁、1068号42頁（いずれも2016年）、同「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」法時88巻9号（2016年）92頁、金子敏哉「判批」速判解19号（2016年）265、266-267頁。本文後記第5、1(1)参照。

誉毀損等に基づく差止命令を認めることに消極的である米国法（判例法）でさえ、著作権に基づく終局的差止命令・暫定的差止命令が事前抑制に当たらないというルールが確立されており、著作権侵害があるにもかかわらず、事前抑制の法理を理由として終局的差止命令・暫定的差止命令が認められないとした確定判例はないのである。

そこで、本稿では、著作権者の権利に基づく出版前の差止請求権と憲法における事前抑制の法理との関係について、従来の議論で看過されていた問題点を指摘するとともに、あるべき解釈論を再確認しようとするものである。著作権者の権利が侵害されるおそれが存在しているにもかかわらず、出版前など表現が発表される前の差止請求を認めないということは、著作権者の権利の侵害をまっぴらからでないと差し止めできないということになり、著作権者の権利の実効的救済を著しく害するものである。通常、著作権者の権利の侵害があるかどうかは侵害に係る表現物が公表されてはじめて明らかになるから、その公表までに仮地位仮処分決定が間に合うことはほとんどない。ただし、改訂版などの将来の侵害行為を差し止める例は見られるため、そのような場合の著作権者の権利に基づく出版前の差止請求は日常的なものであるといえる。

3 第2では米国の判例法を中心とした検討を行う。わが国の憲法で議論されている事前抑制は、米国法における事前抑制（prior restraint）法理に強く影響を受けていることがうかがえる。しかし、その基礎となっている米国法の制度とわが国の法制度との違いを踏まえずにはこれらの議論はできないはずであるにもかかわらず、それらが十分に考慮されているとはいえない。そこで、本稿では、上記議論で考慮されるべき米国の法制度とわが国の法制度との違いを踏まえた上で、米国の判例法において、名誉毀損やわいせつ表現等とは異なり、

4) 差止請求権には、侵害が継続しているか、いったんなされた侵害が再度なされるおそれがある場合と、未だ一度も侵害はないが、侵害がなされるおそれがある場合とがあり、ここでは、両者を含むものを差止請求権とし、後者のみを予防的差止請求権として区別する。出版前に既に複製がなされている場合には、厳密には著作権が既に侵害されているが、それもまだなされていない段階では、予防的差止請求権の問題となる。

著作権に基づく差止命令は、事前抑制には当たらないと一般的に解されていることを明らかにする。併せて、著作権と表現の自由との調整が侵害レベルで問題とされていることについても触れる。

次に、わが国における著作権・著作者人格権に基づく差止請求は、物権的請求権（妨害排除請求権・妨害予防請求権）に類似のものであると解されている。そのため、わが国の物権的請求権の母国といえるドイツ法の検討が不可欠である。そこで、ドイツ基本法における検閲概念について検討するとともに、ドイツ民法における物権的請求権、一般的人格権に基づく差止請求権および著作者の権利に基づく差止請求権と検閲との関係などについて検討する。ドイツでは、米国法における事前抑制に相当するようものはないようである。しかし、ドイツの検閲の主体は、裁判所も含まれると解されているところ、著作者の権利に基づく出版前の差止請求権（差止仮処分の場合も含む）も検閲には当たらず、認められることが当然の前提となっていることを第3で明らかにする。

そして、第4では、わが国の民法および著作権法においては、予防的差止請求権が当然に認められると解されてきたことを確認した上で、著作権・著作者人格権に基づく出版前の（予防的）差止請求に関するわが国の判例等を検討し、わが国においてあるべき解釈について検討する。ここで、近時の一部学説が依拠する北方ジャーナル最高裁判決が著作者の権利に基づく差止請求権に妥当しないことについても、併せて検討する。

第5では、著作者の権利に基づく差止請求権にも北方ジャーナル最高裁判決の事前抑制の法理が妥当するという近時の一部見解の問題点を個別に指摘する。

4 本稿では、著作者の権利に基づく出版前の差止請求と事前抑制との関係について焦点を当てて論じるものであり、この問題は、パロディやニュース報道などをめぐって問題となる著作者の権利と表現の自由との衝突とは、レベルを異にする問題であることに注意が必要である。すなわち、パロディやニュース報道などをめぐる著作者の権利と表現との自由との関係は、著作権・著作者人格権の「侵害」の成否のレベルで、米国法であればフェアユース等、わが国

の法およびドイツ法では、支分権規定（利用権規定）および権利制限規定（権利制限規定と同様の働きをする規定も含む。以下同じ）等の解釈適用において問題となり得るものである。

これに対して、本稿で論じる問題は、著作権・著作者人格権の侵害があることを前提としつつ、これらに基づく出版前の差止請求に事前抑制の法理が適用されるのかという「救済レベル」の問題である。北方ジャーナル最高裁判決が著作者の権利に基づく差止請求権にも妥当すると主張する上記見解でも、侵害が成立していることを前提とした議論がなされている。しかし、英米法系に属する米国法では、後記第2、1で述べるとおり、侵害と救済手段が別個に観念し得ることから、このような議論が成立し得るが、大陸法系に属するわが国では、法律要件と法律効果が直結しているために、特に明文の規定がある場合には、このような議論は成立し得ないのであるが、その点も含めて後ほど論ずる。いずれにせよ、本稿で論じる問題を上記のように設定することから、パロディやニュース報道等をめぐって、著作権・著作者人格権の侵害の成否レベルでの表現の自由との関係に関する議論は数多くなされているが、本稿での問題を論ずるのに必要な限りで触れるにとどめることに留意されたい。また、民法上の（一般的）人格権に関する議論についても、生活妨害は対象とせず、専ら名誉権、プライバシー権等の場合を念頭に置く。

さらに、事前抑制の法理でいう「事前」の意義についてはいろいろな見解があり得るが、出版前など「表現が発表される前」は、いずれの見解においても「事前」に当たると解され、本稿では、専ら出版前など「表現が発表される前」の場合を念頭に置いて論じることとしたい（『『出版前』の差止請求権』という本稿での表現も、厳密には、出版前など「表現が発表される前」という趣旨で用いている）。しかし、わが国および米国のいずれでも、事前抑制の法理が、必ずしも出版前など「表現が発表される前」のみを問題としているわけではない点には注意されたい。

第2 米国法

1 概説——考慮すべき米国法とわが国の法との差異

(1) 合衆国憲法は修正第1条において、連邦議会は、言論または出版の自由を制限する法律を制定してはならない旨を規定し、言論・出版の自由（以下、まとめて「言論の自由」ともいう）を保障している。そして、言論の自由は、主として事前抑制（prior restraint または previous restraint）または検閲（censorship）から免れていることを主として意味してきたとされている⁵⁾。

事前抑制の定義あるいは何が事前抑制の構成要素であるのかという点については必ずしも明らかにされていないところがあるが⁶⁾、合衆国最高裁判所判決には、事前抑制の用語は、一定の情報伝達（communication）が行われようとする時点より前に発せられる場合のその情報伝達を禁ずる行政および裁判所の命令であると述べるものがある⁷⁾。しかし、事前抑制における「事前」とは何よりも前であるのかについて、判例の見解は軌を一にしていない⁸⁾。さらに、裁判所の差止命令も、事前抑制に当たり得ると一般に解されている⁹⁾。後記2

5) Near v. Minnesota, 283 U.S. 697, 716-717 (1931).

6) See, e.g., Thomas I. Emerson, The Doctrine of Prior Restraint, 20 Law & Contemp. Probs. 648, 649, 655 (1955) ; Michael I. Meyerson, Rewriting Near v. Minnesota: Creating a Complete Definition of Prior Restraint, 52 Mercer L. Rev. 1087-1088 (2001).

7) Alexander v. U.S., 509 U.S. 544, 550 (1993). 2 Rodney A. Smolla & Melville B. Nimmer, Smolla & Nimmer on Freedom of Speech § 15:1 (March 2018 Update) は、表現がなされる前に表現を禁ずるよう作用する司法の決定または行政の規則であるとする。

8) Laurence. H. Tribe, American Constitutional Law, 1041-1042 (2d ed. 1988) は、米国の判例には、何よりも事前であるのかについて、情報が伝播される前の抑制であるとするものと、表現が修正第1条によって保護されないことが適切に決定される前であるとするものがあるという。芦部信喜「機能的『検閲』概念の意義と限界——アメリカ法を素材として」佐藤功先生古稀記念『日本国憲法の理論』（有斐閣・1986年）261、275頁は、後者の見解を採る Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Commission on Human Relations, 413 U.S. 376, 390 (1973) について触れる文脈で、「もし特定の表現行為が司法的に憲法上保護されるものと判定されることがほとんどないような場合には、発表前に抑制が行われても事前抑制を構成しないということになるのではなからうか、と思われる。」と述べる。

および3のとおり、著作権の場合には妥当しないが、一般的には表現に対する事前抑制の制度は、違憲であるという強い推定が働くとされている¹⁰⁾。

著作権に基づく差止命令に関して事前抑制が問題となるものは、暫定的差止命令（preliminary injunction）のみであるのか、終局判決による終局的差止命令（permanent injunction）も含まれるのかという問題がある。暫定的差止命令は、終局判決が出るまで、現状維持のため、仮の処分として行為の差止め等を命じる裁判所の命令であり、事実審理裁判所が予備的聴聞（preliminary hearing）において当事者双方の主張立証を検討する。

著作権侵害に関する限り、判例では、終局的差止命令に関して事前抑制であるとの主張を排斥しているものもあるが、問題とされているものの多くは暫定的差止命令である。また、大部分の知的財産権に基づく暫定的差止命令を違憲な事前抑制であるとする「極端な見解」と評される¹¹⁾Mark A. Lemley および Eugene Volokh の見解でさえ、著作権に基づく終局的差止命令は合憲であるとし、暫定的差止命令しか問題にしておらず¹²⁾、学説でも概ね暫定的差止命令のみが問題とされている¹³⁾。そのため、ここでは著作権に基づく暫定的差止命令について主として検討する。暫定的差止命令を問題とするとして、わが国との

9) Vincent Blasi, *Toward a Theory of Prior Restraint: The Central Linkage*, 66 Minn. L. Rev. 11, 12 *et seq.* (1981). *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931) では、新聞等の定期公刊物がわいせつ的であったり、名誉を毀損したりするなどした場合には、公的ニューサンス（public nuisance）として、その定期刊物の発行継続が差し止められる旨の法律に基づいて、county attorney が、新聞社に対して、発行の差止めを求める訴訟を提起し、同訴訟で認められた終局的差止命令が問題となった。そのため、通常の私人間の訴訟における終局的差止命令のような事案とは異なるものであったが、この判決以降、ほぼすべての差止命令について事前抑制が問題となり得ると考えられるようになったことなどが述べられている。芦部・前掲注8）268、270頁も参照。

10) *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 714 (1971) ; *Bantam Books, Inc. v. Sullivan*, 372 U.S. 58, 70 (1963).

11) *See Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 82 F. Supp.2d 211, 226 (S.D.N.Y. 2000).

12) Mark A. Lemley & Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases*, 48 Duke L.J. 147, 169-172 (1998).

差異として留意しなければならないのは、後記第5、2(3)のとおり、ステイト・アクション法理（そのうちの司法的執行の理論）を通じて、私人間の訴訟における裁判所の差止命令について事前抑制が問題となるということである。なお、ここでは、相手方に対する通知なしに一方当事者の申立てだけに基づいて発令される一方的緊急差止命令（temporary restraining order）は、対象としていない¹⁴⁾。また、暫定的差止命令の裁量権行使における後述の4要件テストのうち、原告に有利な不利益の衡量、あるいは公共の利益において、修正第1条の利益が考慮されることはあり得るが、そのような場合も対象としていない。

本稿では、著作権法に関係がない事前抑制一般についての議論については、本稿の問題点に必要な限りでのみ検討することとする。それは、後記2および3で述べるような理由から、著作権に基づく差止命令は、わいせつ表現、名誉毀損等に関する事前抑制一般で議論されているのとは、全く異なる観点から許容されると解されているため、事前抑制一般の議論を検討することが必要ではないと考えるからである。

(2) 他方、合衆国憲法自体が、著作権を保障する権限を連邦議会に明文で付与しており（いわゆる著作権条項。Article I Section 8 Clause 8）、さらに、米国

13) 6 William F. Patry, Patry on Copyright § 22 : 66 (September 2018 Update) も、事前抑制に当たるかを問題にしているのは、暫定的差止命令のみであり、終局的差止命令については問題としてない。著作権に基づく差止命令の合憲性を問題にする論文のほとんどは、暫定的差止命令のみを念頭に置いているようである。e.g., Eugene Volokh & Brett McDonnell, Freedom of Speech and Independent Judgment Review in Copyright Cases, 107 Yale L.J. 2431, 2466-2467 (1998); Deepa Varadarajan, Trade Secret Fair Use, 83 Fordham L. Rev. 1401, n. 212 (2014); Andrew Beckerman-Rodau, Prior Restraints and Intellectual Property: The Clash between Intellectual Property and The First Amendment From an Economic Perspective, 12 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 1 (2001).

暫定的差止命令一般の違憲性を問題とする見解として、Martin H. Redish, The Proper Role of The Prior Restraint Doctrine in First Amendment Theory, 70 Va. L. Rev. 53, 55-58 (1984).

14) 当事者の一方のみが関与する *ex parte* 手続における一方的緊急差止命令は、発令を正当化する状況は非常に少ないとされている。4 Melville B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on Copyright § 14.06[A][1][a].

著作権法（17 U.S.C.）502条(a)は、著作権侵害に対する救済として、「temporary and final injunctions」が認められることを明文で規定する。この場合、裁判所は、侵害行為が開始される前であっても、侵害行為を防止することができる¹⁵⁾。なお、米国著作権法では、わが国やドイツとは異なり、著作者人格権はごく例外的にしか規定されていないため、問題になるのは原則として財産権である著作権であることにも注意が必要である。そして、財産権は、合衆国憲法修正第5条によって保障されている。

米国法において、著作権侵害訴訟における修正第1条の果たすべき役割については、多くの研究者が論じてきたところであり、枚挙にいとまがないが、これらのほとんどは、フェアユースとして修正第1条の保護をどのように考えるかなど、著作権侵害の有無に関する侵害レベルでの議論であって、差止命令の発令の可否という救済レベルでの議論をしているものは、少ないといってよい。本稿は、前記第1で述べたように、本稿の主たるテーマである事前抑制との関係について検討するものであるため、侵害レベルに関する議論は必要な限りで検討するにとどめる¹⁶⁾。

(3) 議論の前提として、英米法における差止命令とわが国における物権（類似の権利）に基づく差止請求権との根本的な差異を理解しなければ、米国法の議論を適切に考慮することは困難である。そこで、以下では、米国法を念頭において考慮すべき重要な点に触れておく。

(a) わが国では、例えば、売買契約を締結した買主は、売主に履行遅滞があると、引渡請求をするとともに、履行遅滞による損害賠償請求をすることができるし、契約を催告解除することもできることになり、一定の法律要件の充足が

15) *Id.* § 14.06[A][1][d].

16) デジタル・ミレニアム著作権法（Digital Millennium Copyright Act [DMCA]）により、著作権法に条文を追加する形で制定されたアクセスコントロール回避禁止等（17 U.S. § 1201 *et seq.*）の違反によって損害を受けた者は、訴訟を提起することができるが（17 U.S. § 1203）、これらに関して、事前抑制の主張がなされることがある。コンピュータ・プログラム等が修正第1条における表現といえるかなどが問題とされるが、本稿ではさしあたり対象としていない。

あれば、当然に法律効果が発生するという法構造になっている。しかし、米国法では、動産の売買契約を締結した買主は、目的物を受領していない場合、どのような救済 (remedies) を求めることができるかについては、わが国でいう法律要件とは切り離して論じられている (契約違反がある場合に権利の回復を求めることができるかが、米国法でいう実体法 (substantive law) の問題であり、これらの権利が認められた場合に、どのような救済を求めることができるかは、救済法 (law of remedies) の問題ということになり¹⁷⁾、救済法は、いわばわが国でいう実体法と手続法の中間的なものといえる)。米国法では、上記の場合に、買主は、解除 (cancellation) や損害賠償 (damages) 等を求められるが¹⁸⁾、目的物の引渡しは、特定履行 (specific performance) というエクイティ上の救済であって、特定履行は裁判所の裁量権行使にかかるものであり、必ずしも常に認められるわけではない¹⁹⁾。以上のように、米国法では、著作権侵害の有無というレベルと、救済の選択というレベルが分かれていることが、わが国やドイツとは異なるのである。

(b) 米国法での救済を考える際に非常に重要であるのは、上述したわが国の実体法には厳密に対応しない救済法の特殊性に加え、①ドイツ法とは異なり、コモンロー上の救済である損害賠償が原則であり、金銭賠償で救済として十分であるときは損害賠償のみを認めるという立場をとっており、伝統的には、差止命令や特定履行等のエクイティ上の救済は、損害賠償というコモンロー上の救済では不十分なときに限って認められてきたということ²⁰⁾、そして、②差止命令等のエクイティ上の救済は、救済を与えるか否かが、究極的には事実審理裁判所の裁量権にかかっているということ²¹⁾、③エクイティ上の救済である差止

17) Dan B. Dobbs & Caprice L. Roberts, *Law of Remedies*, 1 (3d ed. 2018).

18) William M. Tabb & Rachel M. Janutis, *Remedies in a Nutshell*, 170-171 (3d ed. 2017); Jane M. Friedman, *Contract Remedies in a Nutshell*, 139-160 (1981).

19) Dobbs & Roberts, *supra* note 17, at 843-844; Tabb & Janutis, *supra* note 18, at 41-42.

20) Dobbs & Roberts, *supra* note 17, at 89-92. 田中英夫『英米法総論(下)』(東京大学出版会・1980年) 538頁、557頁。ただし、現在では、この十分性の基準の重要性は、実際には失われているともいわれている。Dobbs & Roberts, *supra* note 17, at 94-100.

命令に違反すると裁判所侮辱（contempt of court）による強力な制裁を受けるが、コモンロー上の救済である損害賠償にはその制裁はないこと²²⁾である。エクイティ上の救済に違反した場合の裁判所侮辱には、刑事的裁判所侮辱と民事的裁判所侮辱とがあるが、裁判所の命令に従うようにすることを目的とする間接強制の手段としての民事的裁判所侮辱でも、制裁金のみならず、拘禁（imprisonment）を科すこともできるという強力な制裁である²³⁾。また、裁判所侮辱の審理では、刑事的裁判所侮辱のいくつかの場合を除いては、一般的に陪審審理を受ける権利がない²⁴⁾。④エクイティーの救済である差止命令の審理が陪審によって行われ²⁵⁾という差異もある。上記の点はいずれも英米法の歴史的経緯に深く根差すものである。なお、差止命令は、暫定的差止命令についても、事実審理裁判所が判断するが、連邦地方裁判所では、選挙定数を再配分する法律の合憲性が争われるなどごく限られた場合以外は、合議体ではなく、単独の裁判官によって判断される点²⁶⁾もわが国と異なる。

前述のとおり、エクイティ上の救済である差止命令について、裁判所は、発

21) Dobbs & Roberts, *supra* note 17, at 47. 田中・前掲注20) 558-559, 563-565頁。さらに注意しなければならないのは、以下の点である。すなわち、米国法の上訴（appeal）では、わが国のような控訴と上告という区別はないところ、上訴審裁判所は、事実審理裁判所の裁量に係る判断については、裁量権の濫用（abuse of discretion）という審査基準によって判断する。そのため、上訴審裁判所は、事実審理裁判所が明らかに誤っていると確信するときに限り、その裁量に係る判断を覆すことになるが、逆にいえば、そのような場合でないと、その裁量に係る判断を覆さないことになる。Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane & Arthur R. Miller, *Civil Procedure* 607 (5th ed. 2015).

22) Dobbs & Roberts, *supra* note 17, at 9, 13-14.

23) Friedenthal *et al.*, *supra* note 21 at 703-704; Tabb & Janutis, *supra* note 18, at 111-114.

24) Dobbs & Roberts, *supra* note 17, at 148; Shillitani v. United States, 384 U.S. 364, 365 (1966). 刑事的裁判所侮辱の陪審については、Cheff v. Schnackenberg, 384 U.S. 373, 380 (1966) ; 18 U.S.C.A. § 402; 18 U.S.C.A. § 3691.

25) Dobbs & Roberts, *supra* note 17, at 108-109, 117.

26) ジェフリー・ハザード＝ミケーレ・タルッフオ（谷口安平監修、田邊誠訳）『アメリカ民事訴訟法入門』（信山社・1997年）51、175-176頁。なお、暫定的差止命令の審理においても、証人尋問や審理前のディスカヴァリーをすることはできる。

令するか否か、どのような命令を発令するかについて広範な裁量権を有するのであるが、歴史的経緯を踏まえて判例法によって形成された要件²⁷⁾は、いずれも、この裁判所の「裁量権行使」において考慮すべき要件であると位置付けられるのである²⁸⁾。コモンローとエクイティの以上の点は、終局判決によってな

27) 伝統的な終局的差止命令の要件は、①コモンロー上の救済の不十分性、②回復不能な損害、③当事者間の不利益の衡量、④公共の利益であるとされている。Tabb & Janutis, *supra* note 18, at 24-39; Nimmer & Nimmer, *supra* note 14 § 14.06[B][1][c].

eBay, Inc. v. MercExchange, L.L.C., 547 U.S. 388 (2006) (以下「eBay 判決」という)以前は、著作権侵害等においては、著作権侵害があり、侵害が継続するおそれがあれば、自動的に終局的差止命令がなされていた。Nimmer & Nimmer, *supra* note 14 § 14.06[B][1][a][b] ; Tiffany D. Trunko, Remedies for Copyright Infringement: Respecting the First Amendment, 89 Colum. L. Rev. 1940, 1942 (1989) .

eBay, Inc. v. MercExchange, L.L.C., 547 U.S. 388, 392-393 は、合衆国最高裁判所は、伝統的なエクイティの考慮を、著作権が侵害されるという判断に差止命令が自動的に従うというルールに取り換えるという誘惑を継続的に拒絶してきたとも判示していたことから、特許権侵害事件に関する eBay 判決によって、著作権侵害についても、伝統的な終局的差止命令の4要件テストによることとなったとされている。Nimmer & Nimmer, *supra* note 14 § 14.06[B][1][c][i].

これに対し、暫定的差止命令の要件は、いくつかのバリエーションがあるが、例えば、Tabb & Janutis, *supra* note 18, at 81-89 は、①本案勝訴の見込み、②救済が遅れる場合の回復不能な損害、③原告に有利な不利益の衡量、④公共の利益であるとする。See also Nimmer & Nimmer, *supra* note 14 § 14.06[A][2][a], [3] ; Friedenthal *et al.*, *supra* note 21, at 692-694.

Salinger v. Colting, 607 F.3d 68, 79-80 (2d. Cir. 2010) は、著作権侵害事件における暫定的差止命令の要件について検討しており、上記①ないし④とほぼ同様の暫定的差止命令の要件について判示しているところ、①本案勝訴の見込みについては、①本案勝訴の見込みか、①'訴訟のため(勝訴の)見込みがある理由とするために本案で審理すべき十分に重大な問題および明確に原告に有利となる不利益の衡量のいずれかであるとする点が異なる。また、回復不能な損害について、eBay 判決後は、裁判所は、回復不能な損害を推定してはならず、原告が差止命令がなければ回復不能な損害を被るであろうことを立証しなければならぬとも判示する。Id. at 82.

なお、連邦民事訴訟規則(Federal Rules of Civil Procedure) 65条は、暫定的差止命令および一方的緊急差止命令の手続のみを規定し、要件は規定していない。

28) See, e.g., Tabb & Janutis, *supra* note 18, at 23-24.

される終局的差止命令だけでなく、暫定的差止命令にも妥当する。この点において、物権（類似の権利）が侵害され、または侵害されるおそれがある場合には、「当然に」妨害排除請求ないし妨害予防請求としての差止請求権が生ずるといふわが国と著しく異なる。ただし、実際の実務では、米国でも著作権に基づき暫定的差止命令が発令されることが普通であるともいわれている²⁹⁾。

上記①の英米法特有の点が、コモンロー上の他の救済では不十分であること、あるいは、回復不能な損害があることという終局的差止命令ないし暫定的差止命令の要件に反映されていることに注意しなければならない³⁰⁾（加えて、英米法では、懲罰的損害賠償が認められているため、それも含めてこれらの要件が考慮されていることに注意しなければならない）。

(c) これまで述べてきたことを、著作権・著作者人格権の侵害の場合についてみれば、わが国では、著作権・著作者人格権が侵害され、または侵害されるおそれがある事実が認められれば、当然に妨害排除請求または妨害予防請求としての差止請求権が生じることになり、差止請求を認容する判決がなされるし、保全手続においては、被保全権利としての差止請求権のほか保全の必要が認められる場合には差止めの仮地位仮処分が発令される。

これに対して、米国では、著作権が侵害されたという事実が認められるとしても、理論的には、直ちに終局的差止命令が認められるわけではなく、終局的差止命令の裁量権行使における要件を考慮して、裁判所が終局的差止命令をするか否かを裁量で決することになる。暫定的差止命令の場合も、その点は同様である。

2 判例法

(1) 本稿では、救済レベルにおける事前抑制の法理を問題とするものであるが、侵害レベルにおいて、既に著作権法と修正第1条との調整が図られているとい

29) Nimmer & Nimmer, *supra* note 14 § 14.06[A][1][c]. See also Lemley & Volokh, *supra* note 12, at 150.

30) Dobbs & Roberts, *supra* note 17, at 89-90; Tabb & Janutis, *supra* note 18, at 25, 32.

うのであれば、救済レベルで別個に修正第1条ないし事前抑制を問題とする必然性がなくなる。そのため、まず前提として、侵害レベルにおける著作権法と修正第1条との関係に関する合衆国最高裁判所の判例をみておくこととする。合衆国最高裁判所が、著作権法と修正第1条との関係について論じた判例は3つあるものの、正面からこの関係を取り上げた重要な判例は、そのうち2つである³¹⁾。

(a) その1つである *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*³²⁾ (以下「Harper & Row 判決」ともいう) の事案は、差止命令ではなく、損害賠償を求めたものであり、その概要は以下のとおりである。フォード元大統領が執筆予定の自叙伝の出版について原告と契約を締結し、原告に対し、上記自叙伝の抜粋につきライセンスを与える一連の排他的権利を付与した。原告は、タイムマガジンとの間で、完成間近の上記自叙伝の抜粋につきライセンス契約を締結したが、タイムズマガジンの記事が出る前に、ネイションマガジンが上記自叙伝の原稿をライセンス権限のない者から入手し、ネイションマガジンの編集者が2250語の記事を書いたが、そのうち、著作権が認められるフォード元大統領の上記原稿の表現から、逐語的な引用が300から400語含まれていた。ネイションマガジンの上記記事が出されたため、タイムズマガジンが原告に対するライセンス料の支払いを拒絶していた。そこで、原告が、ネイションマガジンの出版社を被告として損害賠償を求めたというものである。被告は、修正第1条の価値が異なるルールを要求し、情報が高い社会の関心事項に関係する場合には、フェアユース³³⁾の範囲がより広くなるという主張をしていたが、合衆国最高裁判所は、この被告の主張を退け、損害賠償を認めなかった第2巡回区連邦上訴裁判所の判決を破棄し、差し戻した。

31) *Golan v. Holder*, 565 U.S. 302 (2012) は、*Haper & Row* 判決等を前提にするものであり、本稿の問題点から見た重要性の観点から本稿では取り上げない。

32) 471 U.S. 539 (1985).

33) 米国著作権法では、個別の権利制限規定のほか、フェアユースに関する一般条項が規定されている (17 U.S.C. § 107)。

合衆国最高裁判所は、次のように述べている。著作権法のアイデア表現二分論³⁴⁾は、作者の表現を保護しつつ、事実の伝達を許容することによって、修正第1条と著作権法との間における定義付け衡量（definitional balancing）³⁵⁾をしている（その上で、著作権侵害の事件ではないが、終局的差止命令と事前抑制との関係が問題となった著名事件 *New York Times Co. v. United States* では、Brennan 裁判官が、その同意意見においても、「著作権は、表現形式のみを保護し、表現されたアイデアを保護しない」ため、著作権法が表現の自由に対する制限ではないという趣旨のことを述べていた³⁶⁾ことを指摘する³⁷⁾）。また、連邦議会は、著作権法において公共の利益を認めて、伝統的なフェアユースに入らない多くの領域での（著作権の）特別の例外を保証していることに注意する必要がある。憲法起草者は、著作権自体が表現の自由のエンジンとなることを意図していたことを忘れてはならない³⁸⁾。修正第1条を考慮して、著作権で保護される表現とそうではない事実およびアイデアとの著作権法上の区別、および、フェアユースによって伝統的に与えられる学問や論評のための許容範囲の中に、（表現の自由の）保護は既に組み入れられている³⁹⁾。

Harper & Row 判決で採用された、著作権法における定義付け衡量については、1970年に書かれた著作権法と修正第1条との調和に関する Melville B.

34) 17 U.S.C. § 102(b).

35) 定義付け衡量とは、表現の自由の保護範囲を、範囲外とされる概念の定義付けによって画する手法のことをいう。名誉棄損等規制すべきことが明らかな行為類型への規制については、これらの行為類型を定義する際に、規制を正当化する利益と憲法上の利益との衡量が既に行われているから、内容に基づく規制であるにもかかわらず、厳格な違憲審査が行われないことという考えが広く受け入れられている。長谷部恭男『憲法〔第6版〕』（新世社・2014年）207頁、長谷部恭男「表現の自由と著作権」著作権情報センター附属著作権研究所『著作権と表現の自由をめぐる諸問題』（著作権情報センター・2013年）7頁、芦部（高橋補訂）・前掲注1）189-190頁。

36) *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 726 n.

37) 471 U.S. 539, 556.

38) *Id.* at 558.

39) *Id.* at 560.

Nimmer の論文が論じていたところであるが⁴⁰⁾、現在の Nimmer の体系書では、この定義付け衡量は、米国の著作権法の理解に依拠するものではなく、実際、英米法だけでなく、大陸法でも主張されているという⁴¹⁾。

(b) もう1つの合衆国最高裁判所判決が、Eldred v. Ashcroft⁴²⁾ (以下「Eldred 判決」という) である。これは、著作権侵害の事案ではなく、自らの製品およびサービスが著作権の保護期間が切れた作品に基づいている個人および企業が、司法長官に対して訴えを提起した事案であるところ、将来の著作権だけでなく、既存の著作権についても保護期間を延長する著作権保護期間延長法 (Copyright Term Extension Act [CTEA]) が、合衆国憲法の著作権条項および修正第1条に違反するか否かが問題となったものである (原告は、修正第1条については、内容中立的な規制に適用される厳格な審査基準を適用すべきであると主張していた)。

合衆国最高裁判所の法廷意見は、内容として次のように述べて、著作権保護期間延長法を合憲であるとした。著作権条項および修正第1条は、時間的に近接して制定されたのであり、この時間的近接性は、憲法起草者の見解によれば、著作権法の限定された独占権が表現の自由の原理と両立し得ることを示している⁴³⁾。著作権法の目的は、自由な表現を生み出し、発表することを促進することである。それに加えて、著作権法は、内在的に組み込まれた修正第1条との調整を含んでいる。その内在的に組み込まれた調整の第1が、アイデア表現二分論であり、第2がフェアユースであり、著作権保護期間延長法もこれらの伝統的な修正第1条のセーフガードを補完するものである⁴⁴⁾。修正第1条は、自分自身の表現をする (あるいはしない) 自由を保護するものであり、他人の表

40) Melville B. Nimmer, Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?, 17 UCLA L. Rev. 1180 (1970).

41) 5 Melville B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on Copyright, § 19E.01[D] n. 28.

42) 537 U.S. 186 (2003).

43) Lionel S. Sobel, Copyright and the First Amendment: a Gathering Storm?, 19 Copyright L. Symp. 43, 70-71 (1969) も、同様のことを指摘する。

44) 537 U.S. 186, 219-220.

現を用いる権利を行使することが修正第1条の懸念・問題を生じさせる限り、著作権法に内在的に組み込まれている表現の自由の保護手段は、その懸念・問題に対処するのに一般的には十分である。連邦巡回区上訴裁判所が著作権が典型的に修正第1条の異議（challenge）を免れていると断言するのであれば、大まかに話しすぎていると当裁判所は認める。しかし、本件のように連邦議会は、著作権保護の伝統的な輪郭を変更していない場合には、それ以上の修正第1条の審査基準は不要である⁴⁵⁾。

Eldred 判決は、著作権が典型的に修正第1条による異議を免れるものではないとはしつつも、上述のとおり、著作権保護期間という重要な点についてさえ、アイデア表現二分論やフェアユース等によって、対処することができる（より厳格な審査基準による必要はない）としていることは、非常に重要である。なお、Harper & Row 判決および Eldred 判決は、いずれも eBay 判決以前の判決であり、著作権が侵害されている場合には、差止命令が自動的に発令されるのが判例法であったころのものである。

(c) 一般的に、合衆国最高裁判所は、2つの理由から、修正第1条による抗弁を受け入れるのが困難であり続けているという指摘がなされている⁴⁶⁾。すなわち、①合衆国憲法自体が、著作権法を保護する権限を連邦議会に明文で付与しており（著作権条項）、修正第1条が、著作権条項が起草された後に採択されていたため、憲法起草者は内在的な衝突があるとはみていなかったことが示唆されていること、②合衆国最高裁判所は、著作権法自体が、修正第1条の価値を保護するためのセーフガードを含んでいるのであり、その最も重要なものがフェアユースおよびアイデア表現二分論であるが、それ以外にも著作権者の排他的権利に対する様々な特別の権利制限があり得ることが、その理由として挙げられている。

(2) 以上は、侵害レベルでの表現の自由との関係に関するものといえるが、次

45) *Id.* at 221.

46) Mary LaFrance, *Copyright Law in a Nutshell*, 335 (2d ed. 2011).

に、救済レベルにおける議論をみていくこととする。著作権に基づく終局的差止命令または暫定的差止命令と修正第1条または事前抑制との関係について正面から論じた合衆国最高裁判所判決はない。ただし、前述のとおり、New York Times Co. v. United States において、Brennan 裁判官は、修正第1条は、不都合な結果となるかもしれないという推測に基づいて報道機関を事前に司法的に抑制することを絶対に許容していないとしつつ、注においては、著作権事件は（事前抑制の議論が）該当しないと述べていること⁴⁷⁾、Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.⁴⁸⁾において、連邦地方裁判所は、アイデアまたはコンセプトの利用に抑制を課してはいないという理由に基づいて著作権法に対する修正第1条の異議を拒絶してきたと指摘されていることをもって、合衆国最高裁判所は、著作権の文脈において修正第1条の議論に受容力 (receptivity) がないことを既に示していると判示する判例もある⁴⁹⁾。

以上検討したところに加えて、後記(3)ないし(6)の下級審判例も、一般的には著作権法における修正第1条の懸念は、フェアユース法理およびアイデア表現二分論（またはそのいずれか）によって適切に調整されていると裁判所は考えているようである⁵⁰⁾。そのため、下級審判例でも、フェアユースなど侵害レベルではなく、救済レベルの問題としても修正第1条あるいは事前抑制を理由とする主張がなされることは多いが、それらの主張は即座に排斥されている。

出版前など表現が発表される前後で区別し、まず出版後など表現が既に発表

47) See *supra* note 36. ただし、この事案は終局的差止命令を求めた事案であるが、著作権に基づくものではないため、傍論であるといえる。なお、White 裁判官の同意意見にも、重要な指摘がある。White 裁判官は、著作権条項は、連邦議会に対し、著者の排他的権利を保障する権限を付与しており、何人も、新聞社が他人の著作物を発行することを適切に差し止められ得ることを否定しないことなどを述べる。403 U.S. 713, 731 n. 1.

48) 433 U.S. 562, 577 n. 13 (1977). この事案は著作権侵害ではなく、パブリシティに基づく損害賠償の事案であるので、これも傍論ではある。

49) *Dr. Seuss Enterprises, L.P. v. Penguin Books USA, Inc.*, 924 F. Supp. 1559, 1575 (S.D. Cal. 1996).

50) See Paul Goldstein, *Copyright*, vol. 2, § 10.3 & nn. 5, 6 (2d ed.); Neil Weinstock Netanel, *Locating Copyright within the First Amendment Skein*, 54 *Stan. L. Rev.* 1, 2-4 (2001).

されている事案の判例を検討した後、出版前など表現が発表される前の事案の判例を検討する。

(3) 出版後など表現が既に発表されている場合の著作権に基づく暫定的差止命令に関して、著作権侵害があることを前提として、（救済レベルにおいて）修正第1条ないし事前抑制によって暫定的差止命令は許されないという主張を排斥して暫定的差止命令を認めている判例は多い。

判例の傾向として、大きく分けると、第1に、修正第1条の懸念は、フェアユース法理によって対処されていることを前提あるいは理由とするものがある⁵¹⁾。Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.⁵²⁾、Elvis Presley Enterprises, Inc. v. Passport Video⁵³⁾、New Era Publications International, ApS v. Henry Holt and Co., Inc.⁵⁴⁾等がある。

第2に、自分自身の別の表現が可能であるのに、他人の表現を用いることは修正第1条で保護されないことを理由とするものがある。

51) Patry, *supra* note 13 § 22 :66は、第2巡回区連邦上訴裁判所は、修正第1条の懸念がフェアユース法理によって保護され、フェアユース法理と同じ広がりを持つことを理由として、繰り返し事前抑制の異議を拒否してきたことを指摘している。

52) 923 F. Supp. 1231, 1257-1258 (N.D. Cal. 1995). 被告のうち1名が差止命令は事前抑制にあたるという主張をしていたことに関して、以下のように判示する。すなわち、合衆国最高裁判所は、著作権法が、著作権条項で保障された著作権者の権利と、修正第1条の保護とのバランスを含むと認めてきた。フェアユース法理は既に修正第1条の懸念を考慮している。被告は、(原告が所属する)サイエントロジー教会を批判し、フェアユース法理によって許される範囲で出版されたあるいは出版されていない教会の著作物を利用し続けることができるため、かつ、差止命令は、原告の著作権保護のために必要以上に広くはないため、被告の修正第1条の利益は、適切に考慮されている。

53) 349 F.3d 622, 626 (9th Cir. 2003). エルビス・プレスリーのビデオクリップ、写真、音楽等の著作権者が、エルビス・プレスリーのビデオドキュメンタリーの制作者に対して申し立てた、著作権に基づく販売等を差し止める暫定的差止命令が認められた事案において、第9巡回区連邦上訴裁判所は、著作権事件における修正第1条の懸念は、フェアユースの審理の中で包含されることを判示してきたのであり、換言すれば、侵害者とされている者の使用がフェアユースではない場合には、暫定的差止命令の付与に対する修正第1条による禁止はないと判示する。

これらの判例には、①アイデア表現二分論によって修正第1条の利益が調整されていることに重点があるものとして、Walt Disney Productions v. Fimlition Associates⁵⁵⁾がある。上記判決は、以下のとおり判示して、本件が被告の言論に対する違法な事前抑制を意味するという被告の主張を排斥した。すなわち、著作権で保護される表現と著作権で保護されない事実およびアイデアとの区別によって、著作権法自体が、修正第1条の保護と著作権者の権利保護との許容されるバランスを含んでおり、したがって、米国著作権法502(a)条に基づいて侵害された著作権者に与えられる差止命令は、何ら保護される言論を「抑制」しないと判示する。このほか、アイデア表現二分論によって著作権は表現の保護に限られるため、「思想の自由市場」は著作権によって制限されないと判示するものもある⁵⁶⁾。以上の点は、シンプルではあるが、示唆に富むものと思わ

54) 873 F.2d 576, 584 (2d Cir. 1989). サイエントロジー教会の創始者の著作物に関する著作権を有する原告が、上記創始者のバイオグラフィを出版した出版社に対して損害賠償および出版を差し止める終局的差止命令を求めたのに対して、上記判決では、一部についてはフェアユースにあたらなため著作権侵害を認めたが、損害賠償のみを認め、終局的差止命令を発令しなかった原判決を維持した。第2巡回区上訴審裁判所は、原判決の上記結論について、私たちは、著作権法によって調整されていない修正第1条の懸念が本件で含意されているとは信じていない、フェアユース法理が著作権の分野における修正第1条のすべての主張 (claim) を包含するという私たちの意見は、拒絶されてはならないと判示し、修正第1条の懸念はフェアユースによって調整されていることを示す。さらに、上記判決において、第2巡回区上訴裁判所は、原判決の修正第1条の懸念に対する判示が、Salinger v. Random House, Inc., 811 F.2d 90, 94, 96 (2d Cir. 1987)、Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 557, 559 (1985) 等の判示と一致しないことを認めつつも、制定法は差止命令を裁量的としていることを前提として、公共の利益、著作者の利益と修正第1条の利益との衡量、エクイティ上の消滅時効 (laches) などの理由に基づいて、終局的差止命令を発令しないこととしているが、事前抑制は理由とはされていない。873 F.2d 576, 595-598.

いずれにせよ、この判例は、著作権侵害が認められると自動的に差止命令が発令されていた eBay 判決以前のものであるため、救済レベルでこのような議論がなされていたものと思われる。

55) 628 F. Supp. 871 (C.D. Cal. 1986) n. 6. ただし、事実審理を経ないでなされる判決 (summary judgement) の申立てに対する判断が直接には問題となった事案である。

れる。

また、②他人の表現を用いることによる労力の節約が保護されないことに重点があるものもある。Walt Disney Productions v. Air Pirates⁵⁷⁾は、暫定的差止命令における不利益の衡量として判断しているのか否かが判然としませんが、被告らが自己の思想を表現するために選択した方法は、原告の表現を実質的にとることであるとした上で、このような労力節約による利用の価値よりも、表現を保護することにより創作を奨励する著作権の利益が格段にまさると判示す

56) 損害賠償の事案ではあるが、Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp., 562 F.2d 1157, 1170-1171 (9th Cir. 1977) でも、第9巡回区連邦上訴裁判所は、以下のとおり判示する。すなわち、著作権に関する修正第1条の影響は議論されてこなかった。私たちは、この沈黙が不注意に起因するのではなく、アイデア表現二分論が著作権と修正第1条との競合する利益の調整に既に役立っているという事実に起因すると信じている。著作権は表現の保護に限られるため、「思想の自由市場」は著作権によって制限されない。被告らは、自らのアイデアを表現するいくつもの方法を選択してきたにもかかわらず、原告の表現をコピーすることを選択したのであるから、修正第1条は、そのような模倣を保護しない。

アイデア表現二分論が、思想の自由市場との関係で論じられることはままある。L. Ray Patterson Craig Joyce, *Monopolizing the Law: the Scope of Copyright Protection for Law Reports and Statutory Compilations*, 36 UCLA L. Rev. 719, 767-768 (1989) ; *Toro Co. v. R & R Products Co.*, 787 F.2d 1208, 1212 (8th Cir. 1986).

57) 345 F. Supp. 108, 115-116 (N.D. Cal. 1972). 原告が著作権を有する漫画に含まれていたキャラクターの絵画的描写をコピーすることによって著作権が侵害されたことなどを理由として、原告の上記キャラクターと同じ名前で、ほとんど類似した絵画的描写のキャラクターの漫画の準備・出版に参加していた被告らに対して、漫画の販売差止めを求める暫定的差止命令を申し立て、これが認められた事案である。上記決定では、被告が原告の著作権を侵害することを前提とした上で、暫定的差止命令を発令するか否かの段階で、不利益の衡量をしているようである。

上訴審である第9巡回区連邦上訴裁判所でも、著作権侵害に関する部分は維持されるところ、被告らが原告の（著作権法で）保護される表現をコピーせずに、被告らの主題を表現できたため、被告らの修正第1条による異議は却下されるべきである旨を判示している（ただし、ここでは、被告らは、救済レベルではなく、侵害レベルとして修正第1条を主張している旨が判示されている）。Walt Disney Productions v. Air Pirates, 581 F.2d 751, 758-759 (9th Cir. 1978).

る。また、Robert Stigwood Group Ltd. v. O'Reilly⁵⁸⁾も、(暫定的差止命令を認めるという)決定は、決して被告の自由な言論または自由な宗教活動をする権利を妨げないのであり、被告は、自らの音楽的解釈を作曲し、歌うことは全く自由であるが、被告が自分自身の表現を発展させるのに必要な時間や技術を使うことを避けることを選び、代わりに原告の表現をコピーしたのである限り、修正第1条によるそのようなコピーの正当化はあり得ないと判示する。

要するに、これらの判例は、著作権法で保護されるのは表現のみであるため、自分の思想等を表現する手段として、著作権で保護される他人の表現以外の表現が可能であるにもかかわらず、他人の当該表現を利用することは、修正第1条の問題を生じさせないと解している。このような考え方は、著作権判例百選事件異議審決定の判示(後記第4、2(3)参照)にも通じるものがある。

第3が、著作権条項等を理由とするものである。Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Scoreboard Posters, Inc.⁵⁹⁾は、他人の利用から著者の創作を保護するこ

58) 346 F. Supp. 376, 382-384 (D. Conn. 1972). 上記決定も、Walt Disney Productions v. Air Piratesと同様の判示をして、差止命令が修正第1条に違反するという相手方の主張を一蹴している。上記決定は、ジーザス・クライス・スーパースターというロックオペラの著作権を有する申立人が、上記ロックオペラを従前上演し、今後も上演しようとしていた相手方に対して上演等差止めを求める暫定的差止命令を求めたところ、著作権侵害が認められて暫定的差止命令がなされているという事案である。

Sobel, *supra* note 43, at 71-72 は、Thomas I. Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*, 72 *Yale L.J.* 877, 878-879 (1963)において表現の自由が必要とされる理由がいずれも、著作権法によっては害されないことを論ずるところ、その文脈において、Emerson が理由の1つとする個人の自己実現に関して、まさに他人の言葉を用いて、その他人の信念や意見を表現することは、その者自身のアイデアの発展ではないと述べる。

59) 600 F.2d 1184, 1187-1188(5th Cir. 1979). 自分が著作権を有するプロモーションポスターのためモデルとなったフットボールチアリーダーが、上記ポスターをまねたポスターの制作会社と販売会社に対して、著作権に基づいて、被告らのポスターの販売を差し止める暫定的差止命令を申し立て、これが認められた事案である。被告らは、回復不能な損害等の要件を衡量する際に、事前抑制によって自由にされている被告らのポスターを発行する修正第1条の権利に注意を払っていないと主張していた。本文の判示に続き、「暫定的差止命令は、明らかに有効な著作権の切迫した侵害に対する共通の司法的応答である。修正第1条は、知的財産権であると法律上認められた権利を拘束する許可ではない。」と判示する。

とによって自由な表現は豊かになるというのが合衆国憲法の判断であり、著作権法は、そのような判断の連邦議会における実行であること、著作権法は、特に連邦裁判所に差止命令を発令する権限を付与していることなどを理由とする。

(4) 出版前など表現が発表される前の事案においても、著作権に基づく暫定的差止命令は頻繁に発令されているが、裁判所は、そもそも事前抑制を問題としてないことも多い⁶⁰⁾。また、フェアユースの中で修正第1条が問題とされることはあっても、事前抑制の問題とはされていないことも多い。「救済レベル」において修正第1条違反または事前抑制にあたるという主張を排斥しつつ、出版前など表現が発表される前の事案において、著作権に基づく暫定的差止命令が認められた判例をみていく。

① *Wainwright Securities, Inc. v. Wall St. Transcript Corp.*⁶¹⁾では、原告が著作権を有する、工業、金融等様々な会社に関する財務調査レポートの抄録を、被告会社が発行する新聞に掲載していたため、原告が被告会社等に対して、著作権に基づいて、被告らの新聞において財務調査レポートの抄録を掲載して発行することを差し止める暫定的差止命令を申し立て、これが認められた。判示からは、必ずしも明らかではないが、特に限定がなされていないので、おそらく原告が将来作成して著作権を有することになる財務調査レポートの抄録をも対象になっているように思われる。しかし、事前抑制は問題とされておらず、事実あるいは事件が著作権法上保護されないこととの関連で修正第1条の主張がなされていたが、修正第1条で保護される利益と著作権法で保護されるそれ

60) *Nimmer & Nimmer, supra* note 14 § 14.06[A][1][c].

修正第1条または事前抑制を問題としないまま出版前の書籍に対する著作権に基づく終局的差止命令を発令したのものとして、例えば、*New Era Publications International, ApS v. Carol Publishing Group*, 729 F. Supp. 992 (S.D.N.Y. 1990) がある。ただし、上訴審である第2巡回区連邦上訴裁判所は、引用がフェアユースにあたるとして一部を取り消しているが、ここでも修正第1条または事前抑制は問題とされていない。*New Era Publications International, ApS v. Carol Publishing Group*, 904 F.2d 152 (2d Cir. 1990).

61) 558 F.2d 91, 95 (2d Cir. 1977).

との間の衝突は、フェアユース法理の適用によって解決されてきたとして、上記主張も排斥されている。この事件は、後記(6)の判例と同様に、未だ作成されていない著作物の著作権に基づく暫定的差止命令も含まれている点で重要である。

② *Metro-Goldwyn-Mayer, Inc. v. Showcase Atlanta Co-operative Productions, Inc.*⁶²⁾では、マーガレット・ミッチェル著『風と共に去りぬ』の小説等の著作権等を有する原告が、『風と共に去りぬ』に基づいた *Scarlett Fever* というミュージカル作品の制作者等に対して、上記演劇作品の初演前に、著作権に基づき上記ミュージカル作品の上演を差し止める暫定的差止命令を申し立て、これが認められた。上記決定では、フェアユースにあたらなくても、上記ミュージカル作品が修正第1条によって保護されるべきであるという被告の主張は排斥されている。

③ *In re Capital Cases/ABC, Inc.*⁶³⁾は、以下のような事案である。ベトナム戦争における囚人の人生に関する書籍の共著者として上記書籍の著作権を有する原告が、その囚人の人生に関する未放送の映像を放送しようとする被告に対して、著作権等に基づいて暫定的差止命令を申し立てたところ、暫定的差止命令の審理前になされたディスクヴァリーに関して、シューティングスクリプトの写しの提出を命じた連邦地方裁判所裁判官に対して、被告が職務執行令状を申し立てた事案である。傍論とはいえ、最初の映像の放送に関する連邦地方裁判所の差止命令はすべて事前抑制となるという申立人の主張を、*Cable/Home Communication Corp. v. Network Productions, Inc.*⁶⁴⁾の下記部分等を引用して排斥している。すなわち、著作権保護に関して、修正第1条は、知的財産権とし

62) 479 F. Supp. 351, 361-362 (N.D. Ga. 1979).

63) 918 F.2d 140, 143-144 (11th Cir. 1990).

64) 902 F.2d 829, 849 (11th Cir. 1990). この事案は、出版前など表現が発表される前の差止命令が問題となった事案ではないが、著作権侵害等を可能にする装置を製造等する者に対してその製造等を差し止めるなどの暫定的差止命令が認められたのに引き続き、正式事実審理を経ないでなされる判決 (summary judgement) によって終局的差止命令等が認められた事案である。

て法律上認められる権利を拘束する許可ではない。著作権法は、その発見について排他的な権利を保護することによって、発明者を奨励するという憲法上の命令の連邦議会での実行であるから、著作権の利益もまた、憲法上保障されなければならない。差止命令は、有効な著作権侵害に対する共通の司法的応答である。

④ *Dr. Seuss Enterprises, L.P. v. Penguin Books USA, Inc.*⁶⁵⁾は、出版前の書籍に対する著作権等に基づく出版等の差止めを求める暫定的差止命令を認めたが、暫定的差止命令が事前抑制であり、修正第1条違反である旨の被告らの主張を排斥しているところ、著作権法は、修正第1条の懸念をフェアユースとアイデア表現二分論によって調整しており、合衆国最高裁判所は、著作権の文脈において修正第1条の議論の受容力がないことを示してきたと判示している（前記(2)参照）⁶⁶⁾。上訴審である第9巡回区連邦上訴裁判所⁶⁷⁾においても、著作権侵害等が認められた上で、暫定的差止命令が維持されているが、フェアユースの中で修正第1条に若干の言及があるほかは、商標権侵害および不正競争法に関する暫定的差止命令の要件たる不利益の衡量の中で、差止命令が事前抑制にあたるという被告らの主張を拒絶しているだけで⁶⁸⁾、著作権侵害に関する暫定的差止命令が事前抑制にあたるかさえ議論されてはいない。この事案は、一方的緊急差止命令および暫定的差止命令の申立てがなされたところ、前者が却下されて後者のための審理期日が定められたこともあり、申立ての時点ではまだ被告らの書籍は製本されていなかったが、被告らは、申立後に製本まで完了させたものの、暫定的差止命令が発令されたため販売はなされなかった。被告らは（著作権）侵害となるのは一部分であるから、書籍全体を差し止めるべきではないとも主張していたが、上記のような事情で侵害部分を除外するため最終製品たる書籍を変更することはもはやできない、書籍全体を差し止める以

65) 924 F. Supp. 1559, 1574–1575 (S.D. Cal. 1996).

66) *Id.*

67) *Dr. Seuss Enterprises, L.P. v. Penguin Books USA, Inc.*, 109 F.3d 1394 (9th Cir. 1997).

68) *Id.* at 1403 n. 11.

外に選択肢がないとも判示している⁶⁹⁾。

⑤ レコード会社や音楽出版社が、著作権に基づいてMP3の音楽ファイルをダウンロードできるファイル共有サービスを提供するナップスターに対して、著作権がある楽曲等を複製等することに関与すること、あるいは第三者が著作権がある楽曲等を複製等することを容易にすることを差し止める暫定的差止命令を認めた *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*⁷⁰⁾ では、(暫定的) 差止命令が被告ナップスターやユーザー等の自由な言論への事前抑制であるという被告ナップスターの主張について、被告ナップスターが自己のサービスの著作権侵害面と非侵害面とを区別できない場合には、修正第1条の論拠は成り立たないと判示して、排斥している。上訴審である第9巡回区連邦上訴裁判所⁷¹⁾は、原決定を一部破棄して差戻しているが、差戻審において被告ナップスターの修正第1条の論拠が再主張されないようにするため、暫定的差止命令が必要以上に広範囲であるため、修正第1条に違反するという主張について判断がなされ、以下のとおり判示して、上記主張を排斥している。すなわち、著作権における修正第1条の懸念は、フェアユースの法理の存在によって和らげられている。ナップスターのユーザーは、フェアユーザーではないと暫定的に判断されていた。フェアユースではない著作物の利用は適法に差し止められる。

⑥ *Salinger v. Colting*⁷²⁾ は、*Salinger* (上訴係属中に死亡したため受託者が原告・上訴人となる) が、被告の1人が執筆した書籍が *Salinger* 著『ライ麦畑でつかまえて』の二次的著作物であるなどと主張し、その著者および出版社に対して、著作権および不正競争防止法違反に基づいて、米国内では出版されていない上記書籍の出版等を差し止める暫定的差止命令を申し立てた事案である(英国では上記書籍は既に出版はされていた)。原審は、著作権に基づく暫定的差止命令を発令したが、第2巡回区連邦上訴裁判所は、eBay 判決が著作権事

69) *Id.* at 1406.

70) 114 F. Supp.2d 896, 922-923 (N.D. Cal. 2000).

71) *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1028 (9th Cir. 2001).

72) 607 F.3d 68 (2d. Cir. 2010).

件における（暫定的）差止命令の基準を一部廃止したため、eBay判決に従った判断をさせるために事件を差し戻したことから、暫定的差止命令が言論に対する違憲な事前抑制であるという被告の主張を判断する必要がないとしている⁷³⁾。しかし、他方で、Harper & Row判決を参照しつつ、著作権者も話さないという修正第1条の利益を有しているかもしれない、被告もまた「自己の作品が原告の著作権を侵害しない限り」自己の作品についての財産的利益を有するのであり、「その表現が原告の著作権を侵害しない限り」自分自身を表現する自由についての修正第1条の中心的利益を有すると判示していること⁷⁴⁾、もっともらしいフェアユースの抗弁を生じさせないのであれば、使用が他人の著作権を侵害することが非常に明らかであるため、その使用におけるもっともらしい修正第1条の価値は、ほとんど存在しないと判示していること⁷⁵⁾は重要である。

このほか、決定文上は必ずしも明確ではないが、おそらく未だ出版されていない書籍に対して、事前抑制ないし修正第1条が何ら問題とされないまま、書籍出版を差し止める暫定的差止命令を認めたものとして、Salinger v. Random House, Inc.⁷⁶⁾がある。

以上検討したところによれば、判例法では、出版前など表現が発表される前の事案においても、事前抑制が問題とされていないか、あるいは、必ずしも理由が明確ではない②を除いて、理由付けとしては、前記(3)で述べた第1ないし第3のいずれか、あるいはそれらを組み合わせたものを理由として、救済レベルでの事前抑制ないし修正第1条の主張が排斥されている。

(5) 筆者が調査する限り、米国の判例法では、（出版前など表現が発表される

73) *Id.* at 70, 76.

74) *Id.* at 81.

75) *Id.* at 82-83. Lemley & Volokh, *supra* note 12, at 169も、他人の表現をコピーする言論は（フェアユースを除くと）制限され得るが、事実ないしアイデアを借りるにすぎない言論、またフェアユースとなる表現は憲法上保護されるということをHarper & Row判決が強く示唆すると解する。

76) 811 F.2d 90 (2d Cir. 1987).

前であるか否かにかかわらず) 著作権の侵害を認めながら、終局的差止命令であるか暫定的差止命令であるかを問わず、事前抑制を理由として著作権に基づく差止命令を認めない判例で最終的に確定したものはなかった⁷⁷⁾。ただ、最終的に事前抑制の理由付けが維持されなかったものの、前述のような米国の判例法の趨勢の中で、唯一の例外であると指摘されている⁷⁸⁾のが、*Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*⁷⁹⁾である。これは、『風と共にさりぬ』の著作権を有する原告が、*The Wind Done Gone* という題名の書籍(決定文からは必ずしも明らかではないが、暫定的差止命令の発令は販売予定日前だったようである)が二次的著作物であるとして、その著者および出版社に対して上記書籍の出版等を差し止める暫定的差止命令等を求めた事案である。原審は、著作権侵害を認めた上で、暫定的差止命令における公共の利益の要件に関連して、修正第1条に関する被告の主張を「著作権保護に関して、修正第1条は法的に認められた権利を踏みにじる許可を侵害を行う著者に与えない。著作権法は明確に侵害を防止するための差止命令を予定する」と判示して排斥し、上記書籍の出版等を差し止める暫定的差止命令を出した⁸⁰⁾。しかし、上訴審である第11巡回区連邦

77) なお、表現が既に発表されている事案について、フェアユースにあたらなとして著作権侵害を認めながら、事前抑制ではなく、修正第1条によって暫定的差止命令と終局的差止命令の双方を否定した判例として、*Triangle Publications, Inc. v. Knight-Ridder Newspapers, Inc.*, 445 F. Supp. 875, 881-884 (S.D. Floa. 1978) があるが、上訴審では維持されていない。上訴審である第5巡回区連邦上訴裁判所は、原判決の意見まで、著作権(侵害)訴訟を修正第1条の抗弁によって敗訴させることはできると判示した裁判所は今まで全くなかったのであり、原審の理論的根拠には反対であると判示していることは重要であり、原判決は誤りであったと考えてよいであろう(ただし、フェアユースに当たるとされているため、修正第1条についての詳細な判断が不要であるためなされておらず、原判決の結論自体は維持されている)。Triangle Publications, Inc. v. Knight-Ridder Newspapers, Inc., 626 F.2d 1171-1172, 1178 (5th Cir. 1980). Brown 裁判官の同意意見 (*Id.* at 1178-1183) および Tate 裁判官の同意意見 (*Id.* at 1184) も重要である。

78) Patry, *supra* note 13 § 22:66 は、事実審理裁判所が正しく書籍の出版を差し止めたと評価している。また、上訴裁判所が著作権の執行を阻止するために修正第1条を適用したのはこれが最初であるようである。See Netanel, *supra* note 50, at 2.

79) 252 F.3d 1165 (11th Cir. 2001).

上訴裁判所では、非常に短い裁判所による匿名の意見（*per curiam*）が付された決定によって、暫定的差止命令が取り消された⁸¹⁾。上記決定では、暫定的差止命令が修正第1条に反する違法な事前抑制になると判示されていた。しかし、第11巡回区連邦上訴裁判所は、約5か月後に、上記決定を取り消し、より包括的な意見を出す旨を判示して、上記決定の理由を説明する意見を出した⁸²⁾。その意見の多数意見には、直接的にはフェアユースが認められる上、暫定的差止命令の要件たる回復不能な損害がないことが理由とされており⁸³⁾、修正第1条の保護は主にフェアユースの中で議論されているが、事前抑制自体の議論はなされていない⁸⁴⁾。したがって、この決定は、著作権侵害があるにもかかわらず、事前抑制を理由として暫定的差止命令を認めないというものではないことに注意が必要である。

著作権侵害がないことを前提としながら、そういう場合に暫定的差止命令が事前抑制に当たり得ることを論じる判例も全くないわけではないが、あくまで傍論（*obiter dictum*）にすぎない。近時のそのような判例として、*Garcia v. Google, Inc.*⁸⁵⁾（以下、*Garcia v. Google* 決定という）があるが、これは原告が別の映画のために演じた演技の映像が、反イスラム映画に使用されてユーチューブにアップロードされたため、原告がグーグルに対して、原告が映じる映像をユーチューブ等から削除するように求める作為的暫定的差止命令

80) *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 136 F. Supp. 2d 1357, 1384–1385 (N.D. Ga. 2001).

81) *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 252 F.3d 1165, 1166 (11th Cir. 2001).

82) *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F.3d 1257, 1259 (11th Cir. 2001).

83) *Id.* at 1276–1277.

84) 本文で述べたとおり、フェアユースが認められ、かつ、回復不能な損害がないため、「差止命令の発令は、共有されている修正第1条および著作権法の原則とは調和せず、言論に対する事前抑制として働く。なぜなら、公衆が（著者の）Randallが選んだ表現形式によるRandallのアイデアまたは観点にアクセスできなかったからである。」という箇所です事前抑制に触れるだけである。*Id.* at 1277.

なお、Patry, *supra* note 13 § 22:66は、上記決定の意見の多くが、著作権法原理に無関係であり、大部分が不正確な歴史的見方であることを含めて強く批判する。

85) 786 F.3d 733, 747 (9th Cir. 2015) (*en banc*).

(mandatory preliminary injunction) が問題となった。削除対象とされた映像は既に公開され、非常に多数の者に閲覧されていたため、前述の合衆国最高裁判所判決の定義によれば、事前抑制にはあたらないことにもなり得る。そして、そもそも実演家の権利の制度がわが国とは異なる米国において、映像における演技の著作物性が問題となったものである。上記決定の直接の理由は、あくまでも、原告が著作権を有すること自体が疑わしく、かつ、原告に回復不能な損害がないためであり、その余の要件について判断するまでもなく作為的暫定的差止命令が認められないとされた後で、いわば付言的に表現の自由との関係が述べられているにすぎない⁸⁶⁾。筆者が調査する限り、Garcia v. Google 決定を引用して、事前抑制を論じた判例は現在のところ見当たらない。

(6) 最後に、暫定的差止命令ではなく、終局的差止命令が問題となった事案ではあるが、発令時点では「未だ作成されていない著作物の著作権」に基づく終局的差止命令が認められた判例もある。著作物自体が未だ作成されていないの

86) 決定を下した1人である McKeown 裁判官も、多数意見の中心的理由は、原告が著作権に基づく請求につき勝訴する見込みがなく、かつ、損害が証明されていないことであると述べるとともに、原告の著作権の理論が疑わしく、先例がないにもかかわらず、それに基づいて作為的差止命令を認めることの問題に言及する。M. Margaret McKeown, Keynote Address: Censorship in the Guise of Authorship: Harmonizing Copyright and the First Amendment, 15 Chi.-Kent J. Intell. Prop. 1, 6-8 (2016).

なお、First Amendment--Prior Restraints--Ninth Circuit Calls Preliminary Injunction in Copyright Infringement Suit a Prior Restraint, 129 Harv. L. Rev. 1787, 1792-1794 (2016) は、以下のとおり述べている。すなわち、著作権は、他の種類の言論と異なるため、裁判所は著作権に基づく暫定的差止命令を事前抑制と性格付けすることにつき極度に消極的な立場をとってきた。著作権侵害訴訟では、原告と被告の双方が修正第1条の利益を有し得るのであり、著作権に基づく暫定的差止命令に修正第1条のテストを適用することは、裁判所に非常に深刻なジレンマを与える。もし、裁判所が差止命令を与えず、結局は原告が有効な著作権に基づく請求を有しているのであれば、裁判所は、原告の話さない権利を保護しなかったのかもしれない。裁判所が著作権に基づく暫定的差止命令に修正第1条のテストを適用してこなかったことには、重要な理由がある。Garcia v. Google 決定以前は、第9巡回区連邦上訴裁判所は、著作権に基づく暫定的差止命令と修正第1条を完全に区別していた。

であるから、その侵害行為も当然に未だ行われていないのであり、一般の事前抑制の場合よりもより慎重な判断が必要とされるとも考えられるが、終局的差止命令が認められていることは重要である。

① わが国における WSJ 控訴審判決・WSJ 異議審判決（後記第4、2(2)参照）と非常に似ている事案として、*Nihon Keizai Shimbun, Inc. v. Comline Business Data, Inc.*⁸⁷⁾がある。新聞社である原告が、原告発行に係る新聞のニュース記事の抄録あるいは英語への翻訳を販売していた被告に対して、著作権侵害等があると主張して終局的差止命令等を求める訴訟を提起したところ、著作権に基づいて、原告によって作成された記事等の著作権で保護された要素と実質的に類似する記事の翻訳、抄録等を販売することなどを差し止める終局的差止命令が認められた（原告が今後発行する新聞における記事の翻訳、抄録等の販売等も終局的差止命令の対象となることから、被告による記事の翻訳、抄録等は発行前に差し止められることになる）。被告は、終局的差止命令が広範囲すぎるため、報道の自由に対する違憲な事前抑制であると主張していたところ、第2巡回区連邦上訴裁判所は、以下のように判示してその主張を排斥した。すなわち、私たちは、修正第1条の懸念はフェアユースの法理によって保護され、これと共存することを理由として、著作権侵害による差止命令に対する修正第1条の異議を再三拒絶してきた。著作権の請求については、被告の抄録等は原告の記事のフェアユースではないと既に判断したので、被告による修正第1条の異議は排斥する。

② 次に、*Pacific and Southern Co., Inc. v. Duncan*⁸⁸⁾は、テレビ局のオーナーである原告が、原告のニュース報道をビデオテープに録画してテープを販売していた被告に対して、著作権に基づく終局的差止命令を求めた事案である。原審は、著作権侵害を認めながら、終局的差止命令を出さなかったが、第11巡回区連邦上訴裁判所は、著作権侵害を認めた上で、原審が依拠した根拠ははず

87) 166 F.3d 65, 74 (2d Cir. 1999).

88) 744 F.2d 1490, 1499-1500 (11th Cir. 1984). その後、終局的差止命令が出されて確定している。

れも十分ではなく、終局的差止命令を出さなかった原審には裁量権の濫用があり、終局的差止命令を認めるべきであるとして、事件を差し戻した。また、同裁判所は、原告が（終局的）差止命令を得られないとすれば、原告は、どの story が複製・販売されたかを見つけ出し、それらを（著作権局において）登録し、多数の異なる侵害訴訟を提起することによってのみ、被告に対する自己の著作権を執行することができるが、各侵害訴訟はかなり少額の損害賠償をもたらすことになるであろう、これは、過去の侵害および将来の侵害の実質的な見込みがある典型的な事件であり、（過去の侵害および将来の侵害の実質的な見込みがあるということは）通常、著作権者に対して、米国著作権法 502(a)条に基づいて、侵害者に対する終局的差止命令を与えることになるであろうとも判示している。

③ 同じく将来作成される著作物の著作権に基づく終局的差止命令が問題となったものが *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*⁸⁹⁾ である。著作物の出版社が、ロイヤリティ等を支払うこともなく大学生に教材のセット（coursepack）を販売していたコピー店に対して、著作権に基づいて損害賠償および終局的差止命令を求めている事案である。第6巡回区連邦上訴裁判所は、損害賠償及び終局的差止命令を認めた原判決を、損害賠償の点で破棄して差し戻した上、差戻審では終局的差止命令の範囲をより正確に記載することなどを求めたが、将来作成される著作物の著作権に基づいて差止命令を出すこともできることを明確に認めた。

なお、終局的差止命令に関しても、既に著作権は発生しているが、例えば、被告がミュージカル作品の著作権を侵害する映画等を作成しようと計画しているなど、そもそも著作権侵害行為を計画しているだけで、未だ侵害行為をしていない場合であっても、著作権に基づく終局的差止命令を認めている判例があり、修正第1条または事前抑制が特に問題とされていないことも指摘しておく⁹⁰⁾。

89) 99 F.3d 1381, 1392-1393 (6th Cir. 1996) (*en banc*).

3 学説

(1) Nimmer との共著 Smolla & Nimmer on Freedom of Speech があり、合衆国憲法修正第1条に関する著名研究者である Rodney A. Smolla も、知的財産権侵害に基づく差止命令は、違憲な事前抑制ではないという長年にわたるルールがあることを極めて明確に指摘する。すなわち、知的財産権の文脈において、(修正第1条による特別の障害がないということは) 知的財産権を執行するための差止命令は違法な事前抑制ではないという長年続いているルールによって最も強く表される。それとは反対に、知的財産権を保護するための事前抑制はごく普通である。知的財産権の盗み (theft) を阻止する差止命令は、財産権として保護される利益の性質に付随するものとして存在する。修正第1条は、侵害 (trespass) や盗み (steal) の許可ではなく、いったん知的財産権侵害が裁判の適正手続を通じて立証されたときは、裁判所はそのような侵害を阻止するエクイティ上の権限を用いることができる。以上のように Smolla は述べている⁹¹⁾。そして、そこでは、著作権の保護が思想の自由市場を衰えさせるのではなく、むしろ豊かにするものであるという前提があることが指摘されている⁹²⁾。

この Smolla の見解に関しては、財産的利益が問題となっている場合には、

90) Leeds Music, Ltd. v. Robin, 358 F. Supp. 650 (S.D. Ohio 1973). See also Nimmer & Nimmer, *supra* note 14 § 14.06[B][2].

91) Rodney A. Smolla, Information as Contraband: the First Amendment and Liability for Trafficking in Speech, 96 Nw. U. L. Rev. 1099, 1162-1163 & n. 283 (2002). 同論文注283で引用される Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema, Ltd., 604 F.2d 200, 206 (2d Cir. 1979) は、商標権に基づく暫定的差止命令が問題となった事案であるが、以下のように述べている。すなわち、暫定的差止命令は、違法な「事前抑制」ではない。これは、政府の検閲 (censorship) ではなく、私人である原告の自らの財産権の保護を求める試みである。そのような救済が求められる場合の暫定的差止命令の妥当性は非常に明らかであるから、裁判所はしばしば修正第1条への言及すらなく差止命令を発令している。Smolla の同論文は、eBay 判決前の論文であり、知的財産権侵害が認められる場合には、自動的に差止命令が発令されていた時期のものであることも重要である。

92) Smolla, *supra* note 91, at 1161.

そもそも事前抑制の法理が適用されないというのがよく確立された法であるということを描き出すことができる⁹³⁾。著作権のように、表現に関する財産権であっても、その財産権の不法侵害を阻止するための差止命令は事前抑制ではないと一般的に解されているのである⁹⁴⁾。これらの背景には、もともと伝統的に、差止命令は、財産的利益に対する不法行為のおそれがある場合にこれらを防止するため、あるいは、既に侵害 (trespass) された財産の回復のために認められてきたこともあるのではないかと推察される⁹⁵⁾。

また、著作権法で保護される他人の表現を用いる権利はないという点を強調する見解もある。William F. Patry の体系書は、(必ずしも出版前など表現が発表される前に限定した議論ではなく、暫定的差止命令一般についてであるが) 著作権侵害に対する暫定的差止命令が、修正第1条によって禁止される事前抑制であるかについて、以下のように述べる。この問題に対する答えは、修正第1条における「言論」が、他者の言論を話す権利のみならず、著作権法で保護される他人の言論の正確な表現を話す権利をも包含するとみなされるか否かに大きく依存するであろう。Eldred 判決の判示 (修正第1条は、自分自身の表現をする (あるいはしない) 自由を保護するものである) は、Eldred 判決およ

93) Smolla & Nimmer, *supra* note 7 § 15:58.30.

94) Meyerson, *supra* note 6, at 1107, 1119-1122; Steve Tensmeyer, Constitutionalizing Equity: Consequences of Broadly Interpreting the “Modern Rule” of Injunctions against Defamation, 72 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 43 n. 70 (2017); Beckerman-Rodau, *supra* note 13, at 5; Robert C. Post, Rereading Warren and Brandeis: Privacy, Property, and Appropriation, 41 Case W. Res. L. Rev. 647, 665 n. 94 (1991). Beckerman-Rodau, *supra* note 13, at 5 は、暫定的差止命令を出さないと、創作的努力へのインセンティブを損なうことも指摘する。

事前抑制との関係ではないが、著作権について修正第1条の例外を認めることは財産権を弱めることを指摘するものとして、James L. Swanson, Copyright versus the First Amendment: Forecasting an End to the Storm, 7 Loy. Ent. L.J. 263, 291-292 (1987).

これに対して、財産権であることは実質的な理由にはならないとする見解として、Lemley & Volokh, *supra* note 12, at 182-184; Pamela Samuelson & Krzysztof Bebenek, Why Plaintiff Should Have to Prove Irreparable Harm in Copyright Preliminary Injunction Cases, 6 I/S: J. L. & Pol’y for Info. Soc’y 67, 89 (2010).

95) See Dobbs & Roberts, *supra* note 17, at 170.

び *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.* という2つの合衆国最高裁判所判決等でも採用される常識的なアプローチである。私の意見では、著作権法で保護される表現方法における他者の言論を話す権利はなく、したがって、適切に（範囲が）画された（暫定的）差止命令は、禁止される事前抑制にはなり得ないと信じている⁹⁶⁾。

ただし、この論拠は、厳密には、事前抑制というよりは、侵害レベルで用いられる論拠でもあるであり、この趣旨としては、侵害レベルで修正第1条が問題にならないのであれば、適切な範囲の（暫定的）差止命令は当然事前抑制にはならないということであると解される。Nimmer は、事前抑制ではなく、侵害レベルでの議論として、同様に、他人の表現を模写する権利はなく、他人の表現の著作権を侵害する者はいかなる意味においても自己表現を行っていないと述べている⁹⁷⁾。

さらに、前述のとおり、合衆国憲法が著作権条項において著作権の保障を規定していることに加え、*New York Times Co. v. U.S.* では、Stewart 裁判官、White 裁判官、Marshall 裁判官の3名が、差止命令について制定法による権限付与が必要であることを重視しているところ⁹⁸⁾、米国著作権法では暫定的および終局的差止命令が明文で認められていることから、著作権に基づく差止命令は、大多数の事前抑制の場合よりもより確かな憲法上の基礎があるようにみえるともいわれている⁹⁹⁾。

このように、学説でも、著作権に関する限り、事前抑制の法理の例外に当たると解されており、著作権に基づく差止命令は事前抑制にはあたらないという判例法上のルールがあることは前提とされている。この点では、名誉毀損等の場合とは全く違う取扱いがなされていることは非常に重要であり、同列に議論されていないのである。ただし、上記の各見解においては、必ずしも出版など

96) Patry, *supra* note 13 § 22:66.

97) Nimmer, *supra* note 40, at 1192.

98) 403 U.S. 713, 730, 731, 741.

99) Smolla & Nimmer, *supra* note 7 § 15:60 n. 3.

表現が発表される前の事案に限られた議論ではない。

(2) 学説では、このような判例法に対して批判的な見解もあるが、十分な論拠を示しているものは少ない。ここでは、Lemley および Volokh の見解について取り上げる。Lemley および Volokh は、著作権に基づく言論を抑制する暫定的差止命令は、ほぼ常に違憲な事前抑制であるとするが、他方で、終局的差止命令は、当該言論が（憲法上）保護されないという終局的な決定に従ってなされるものであり、一般的に合憲であるとする¹⁰⁰⁾。そして、前述のとおり、一般的には著作権に基づく暫定的差止命令も発令されているにもかかわらず、違憲な事前抑制となる理由は、要するに、最終的に憲法上保護される言論であることが事実審理で証明されるという重大な可能性があることと認識していても、裁判所が言論を禁止することができることが問題であるというのである¹⁰¹⁾。また、著作権事件における暫定的差止命令の基準が、伝統的なエクイティルールよりも原告にとって寛大であり、また、事実審理よりもより簡単な証拠等に基づい

100) Lemley & Volokh, *supra* note 12, at 169-172. See also *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Communication on Human Relations*, 413 U.S. 376, 390. Lemley & Volokh は、著作権侵害に限らず、わいせつ表現などあらゆる憲法上保護されない言論のカテゴリーに同様のことが適用されるとする。Lemley & Volokh, *supra* note 12, at 171 n. 112.

これに対して、Jed Rubinfeld, *The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality*, 112 *Yale L.J.* 1, 48-59 (2002) は、単純複製物の場合と二次的著作物の場合とを分け、前者に対する出版前の（暫定的および終局的）差止命令は、事前抑制にはあたらないが、後者に対するそれは、事前抑制にあたる。しかし、この見解は、そもそも二次的著作物に関しては、差止命令だけでなく損害賠償も認められない（ただし、*profit allocation* を求める訴訟はできる）とするので、本稿で問題としているように、救済レベルの問題として差止命令のみが事前抑制に当たるため認められないとしているわけではないことに注意が必要である。

なお、事前抑制自体というのではなく、暫定的差止命令の要件を考慮する方向で考える見解として、John M. Newman, *Raising the Bar and the Public Interest: on Prior Restraints, "Traditional Contours," and Constitutionalizing Preliminary Injunctions in Copyright Law*, 10 *Va. Sports & Ent. L.J.* 323, 368-374 (2011); Jiarui Liu, *Copyright Injunctions after eBay: an Empirical Study*, 16 *Lewis & Clark L. Rev.* 215, 271-272 (2012).

101) Lemley & Volokh, *supra* note 12, at 171-174.

て発令され得ること、最終的に憲法上保護される言論であると事実審理で証明されるような場合であっても、暫定的差止命令に従わない場合には（裁判所侮辱によって）強制されるが、コラテラル・バー・ルール（collateral bar rule）の下では、裁判所侮辱の審理において言論が憲法上保護されることを証明できたとしても、差止命令違反による裁判所侮辱が認められてしまうことも考慮している¹⁰²⁾。しかし、前述したとおり、現在では、eBay 判決によって著作権に基づく（暫定的）差止命令についても伝統的なエクイティルールに従うことになっているし、わが国では、裁判所侮辱（およびコラテラル・バー・ルール）も無関係であろう。後記第5、2(1)のとおり、わが国の仮処分手続の実態に照らせば、Lemley および Volokh が根拠とする証明という手続上の問題も、十分な論拠とはならない。なお、Lemley および Volokh の見解も、必ずしも出版など表現が発表される前の暫定的差止命令に限った議論ではない。

4 小括

米国の判例法では、著作権と言論の自由等修正第1条の保護利益との調整は、著作権法に内在的に組み込まれた修正第1条との調整措置としてのアイデア表現二分論およびフェアユース法理によってなされているとされている。そして、著作権に基づく終局的および暫定的差止命令は頻繁に発令されているが、筆者が調査する限り、出版前など表現が発表される前であっても、終局的差止命令であるか暫定的差止命令であるかを問わず、著作権侵害を認めながら、事前抑制を理由として著作権に基づく差止命令を認めない判例で、最終的に確定したものはないのである。この意味で、後記第4、2(1)のような名誉毀損とは大きく異なる。著作権に基づく差止命令は事前抑制にあたらぬとする判例での理由の多くは、要するに侵害レベルでフェアユース法理やアイデア表現二分論によって対処されていることを挙げている点も非常に示唆に富む。

102) *Id.* at 174–176.

第3 ドイツ法

1 概説

ドイツ著作権法 (Urheberrechtsgesetz) の著作者の権利 (Urheberrecht)¹⁰³⁾のうち、財産権の要素は、ドイツ基本法 (Grundgesetz) 14条¹⁰⁴⁾(および欧州連合基本権憲章17条2項) で保障される財産権であり、著作者人格権の要素は、一般的人格権 (allgemeines Persönlichkeitsrecht) と同様に、ドイツ基本法2条¹⁰⁵⁾1項および1条¹⁰⁶⁾1項にその根拠を置く¹⁰⁷⁾。著作者人格権は、特別法として一般的人格権に優先する¹⁰⁸⁾。そして、著作者の権利は、排他的権利であると解されている¹⁰⁹⁾。

わが国の民法における物権的請求権の母法がドイツ法であり、かつ、後記第4、1のとおり、著作権法112条1項は、物権的請求権 (妨害排除請求権・妨害予防請求権) に相当する差止請求権を規定している。そのため、ドイツ法の予

103) ドイツ著作権法では、著作者の権利は、著作者人格権 (Urheberpersönlichkeitsrecht) という人格権と、財産権 (Vermögensrecht, Verwertungsrecht) とから成る一元的権利であると考えられており、著作権と著作者人格権として分けられていないという点で、わが国とは異なる。Statt aller Schrickner/Loewenheim/Loewenheim/Peifer, Urheberrecht Kommentar, 5. Aufl., 2017, § 11 Rn. 3.

104) ドイツ基本法14条 (所有権・相続権・公用収用)

- (1) 所有権及び相続権は、これを保障する。その内容及び限界は、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。

(以上、高田敏=初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第7版〕』(信山社・2016年) 220頁)

105) ドイツ基本法2条 (人格の自由、生命及び身体を害されない権利)

- (1) 何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序又は道徳律に違反しない限りにおいて、自己の人格を自由に発展させる権利を有する。
- (2) 何人も、生命への権利及び身体を害されない権利を有する。人身の自由は、不可侵である。これらの権利は、法律の根拠に基づいてのみ、これに介入することが許される。

(以上、高田=初宿・前掲注104) 213-214頁)

防的差止請求権に関する議論が、わが国でも重要であることは論をまたない。ドイツ著作権法97条1項でも、作者の権利が排他的権利であることを前提として、未だ一度も侵害が生じていなくても、予防的差止請求権（Vorbeugender Urlassungsanspruch）が当然に認められる。ドイツ民法における物権的請求権、これを前提とするドイツ著作権法の予防的差止請求権について論じた上で、ドイツ基本法の検閲概念との関係をみていく。

2 ドイツ民法およびドイツ基本法の照射効

(1) ドイツの民法（Bürgerliches Gesetzbuch）では、所有権に基づく物権的請求権として、返還請求権（Herausgabeanspruch）（985条）、妨害排除請求権（Beseitigungsanspruch）および差止請求権（Unterlassungsanspruch）（1004条）¹¹⁰⁾が明文で認められている。なお、条文上は、まだ一度も侵害が生じていない場合の予防的差止請求権が規定されていないようにも見えるが、判例・通説によって予防的差止請求権は一般的に認められている¹¹¹⁾。そして、ドイツ民法1004条の背後には、侵害のおそれに対する予防的権利保護という一般的な規律があるとみるのが確立した判例である¹¹²⁾。したがって、一度も侵害

106) ドイツ基本法1条（人間の尊厳、人権、基本権の拘束力）

- (1) 人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、これを保護することは、すべての国家権力の義務である。
- (2) それゆえに、ドイツ国民は、世界のすべての人間共同体、平和及び正義の基礎として、不可侵にして譲り渡すことのできない人権を信奉する。
- (3) 以下の基本権は、直接に適用される法として、立法、執行権及び裁判を拘束する。
（以上、高田＝初宿・前掲注104）213頁）

107) Schricker/Loewenheim/Loewenheim, Urheberrecht Kommentar, 5. Aufl., 2017, Einl. Rn. 10; Fromm/Nordemann/Axel Nordemann, Urheberrecht, 12. Aufl., 2018, Einl. Rn. 64; Dreier/Schulze/Dreier, Urheberrechtsgesetz Kommentar, 6. Aufl., 2018, Einl. Rn. 39.

108) Schricker/Loewenheim/Dietz/Peukert, Urheberrecht Kommentar, 5. Aufl., 2017, Vor §§ 12ff. Rn. 30; Möhring/Nicolini/Ahlberg, Urheberrecht Kommentar, 4. Aufl., 2018, Einl. Rn. 14.

109) Schricker/Loewenheim/Loewenheim, a.a.O (Fn. 107), Einl. Rn. 25f.; Dreier/Schulze/Dreier, a.a.O (Fn. 107), Einl. Rn. 3.

がなされていなくても、侵害のおそれがある場合には、予防的差止請求権が認められている。

(2) さらに、ドイツの通説・判例では、ドイツ基本法2条1項および1条1項から導かれる一般的人格権が、私人間で効力を有する私権として認められており、これに基づく予防的差止請求権（ドイツ民法1004条、823条¹¹³⁾1項）が認められている¹¹⁴⁾（人格権は、氏名権（ドイツ民法12条）などごく一部を除いてドイツ民法等では明文で規定されていない）。ヨーロッパ大陸法と同様、ド

110) ドイツ民法1004条

(1) 所有権が占有の侵奪又は留置以外の方法に依りて侵害せられたるときは、所有者は妨害者に対し其の侵害の除去を請求することを得。引続き侵害せらるる虞あるとは、其の侵害の停止を請求することを得。

(2) 所有者が忍容する義務を負ふ場合に於ては前項の請求を為すことを得ず。

（以上、神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書(3)独逸民法Ⅲ物権法』（有斐閣・1955年）160頁。ただし、旧字を新字とし、カタカナをひらがなとしている）

111) Staudingers/*Gursky*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3, 2013, § 1004 Rn. 214, 135; Gaier/*Baldus*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, 7. Aufl., 2017, § 1004 Rn. 289; Baur/Stürner, SachenRecht, 18. Aufl., 2009, § 12 Rn. 25; BGH BGHZ 160 232, 236. 齊藤博『人格権法の研究』（一粒社・1979年）308頁も参照。

したがって、舟橋諄一＝徳本鎮編『新版注釈民法(6)物権法(1)〔補訂版〕』（有斐閣・2009年）212頁〔好美清光〕は、「ドイツ民法典は、この事情を反映して、単なる将来のおそれだけでは足りず、すでに一度現実に侵害があったことを要件として（ド民1004 I）、本請求権〔注：物権的妨害予防請求権〕の承認に厳格な態度を示している。」と述べる点は、現在のものとしては正確ではない。

112) Gaier/*Baldus*, a.a.O. (Fn. 111), § 1004 Rn. 34. ライヒ最高裁判所判例（RG RGZ 60, 6）以来であるとする。

113) ドイツ民法823条

(1) 故意又は過失に因りて他人の生命、身体、健康、自由、所有権又は其の他の権利を違法に侵害したる者は、其の他人に対し之に因り生じたる損害を賠償する義務を負ふ。

(2) 他人の保護を目的とする法律に違反したる者亦同一の義務を負ふ。法律の内容に依れば過失なくとも其の法律に違反することが可能るときは、過失ある場合にのみ賠償義務を生ず。

（以上、神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書(2)独逸民法Ⅱ債務法』（有斐閣・1955年）789頁。ただし、旧字を新字とし、カタカナをひらがなとしている）

イツでも、予防的差止請求権は、一般的人格権侵害に対する最も有効な救済手段の1つであると位置づけられている¹¹⁵⁾。筆者が調査する限り、出版前の差止請求権のような場合、それが予防的差止請求権であることを理由として特別の要件を課すべきであるといった議論は見られない。一般的人格権に基づく差止請求権を論ずる文脈において、わが国における北方ジャーナル最高裁判決と対比した上で、ドイツでは、予防的差止請求権を理由として特別の要件を課していないことを明確に指摘する文献すらある¹¹⁶⁾。

ドイツ法は、わが国の物権的請求権や人格権の概念の導入に大きな影響を与えており¹¹⁷⁾、以上のようなドイツ法の議論は、わが国において重要である。

後記4のとおり、ドイツでは、検閲と同視あるいは区別される事前抑制とい

114) BVerfG BVerfGE 54, 148, 153; BVerfGE 114, 339, 346; Gaier/*Baldus*, a.a.O. (Fn. 111), § 1004 Rn. 32f.; Dreier/*Dreier*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl., 2013, Art.2 Abs.1 Rn. 69ff.; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl., 2018, Art. 2 Abs. 1 Rn. 14ff.; Fricke, Der Unterlassungsanspruch gegen Presseunternehmen zum Schutze des Persönlichkeitsrechts im Internationalen Privatrecht, 2003, S. 82f., 102ff., insb. 137ff. 五十嵐清『人格権論』（一粒社・1989年）122頁以下（救済方法については130-132頁）、大塚直「人格権に基づく差止請求——他の構成による差止請求との関係を中心として——」民商116巻4＝5号（1997年）501、519-520頁も参照。

ドイツ法の特徴は、一般的人格権という統一的な概念を構成し、各種の個別的人格権（名誉等）が流出する源とされている。五十嵐・前掲123頁。

115) Säcker/*Rixecker*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 7. Aufl., 2015, Anh. § 12 Rn. 249; Fricke, a.a.O. (Fn. 114), S. 137; Hohloch, Neue Medien und Individualrechtsschutz, ZUM 1986, S. 165, 169. 五十嵐清『人格権概説』（有斐閣・2003年）272頁、五十嵐・前掲注114）181-182頁、齊藤・前掲注111）287-288頁。

なお、齊藤・前掲注111）287-288頁は「継続せる侵害を排除する、あるいは、侵害を事前に予防する、という点を考えるとき、不作為請求の制度は、事後的救済である損害賠償請求乃至は慰謝料請求の制度に比べ、はるかに大きい機能を果たしうる。就中、人格価値の法的保護という点を考えれば、侵害の途中でその継続を排除し、あるいは、侵害を未然に防ぐことの意義は、非常に大きい。ドイツ法に関する限り、この不作為請求の制度は、同じく救済制度の一つである損害賠償請求乃至慰謝料請求の制度と比べると、幸いなことに、今日、必ずしも大きな問題に直面していない。一般的人格権の侵害に対する慰謝料請求については、今日までダイナミックな議論がなされてきたのに対して、不作為請求については、もはや当然の救済制度として、その活用がなされつつあるからである。」と述べる。

う概念はなく、また、検閲禁止とは、裁判所も含めた国家による意見表明の作成・流布前の許可留保付き禁止を意味するとされているところ、一般的人格権に基づく予防的差止請求権は、ドイツ基本法5条1項第3文の検閲禁止には当たらないとされている¹¹⁶⁾。

また、出版前の事案ではなく、予防的差止請求権が問題となったわけではないが、一般的人格権に基づく差止請求と検閲との関係について判示した判例をみておく。この判例は、映画プロデューサーらの名前や住居への行き方が記載された彼らの住居の航空写真を掲載した雑誌がいったん頒布されたところ、上記航空写真を作成・配信した通信社に対し、一般的人格権に基づいて、名前等を付して住居の航空写真を頒布することの差止請求権を認めた。連邦憲法裁判所 (Bundesverfassungsgericht) は、頒布禁止がドイツ基本法上の検閲禁止に等しいという (憲法) 異議申立人 (Beschwerdeführer) である通信社の主張に対して、以下のように述べて、検閲には当たらないとしている¹¹⁹⁾。すなわち、一般的法律 (ドイツ基本法5条2項) で保護される法益 (Rechtsgut) 実現 (Durchsetzung) のため、当該法律で規定された権利保護可能性 (Rechtsschutzmöglichkeit) が用いられる場合には、検閲に当たらないことは、(ドイツ基本法5条) 1項第3文に基づく検閲禁止が、(同条) 2項の制限規定と

116) Dillmann, Der Schutz der Privatsphäre gegenüber Medien in Deutschland und Japan, 2012, S. 207-208, 218. 同論文218頁は「日本において差止請求権に特別の要件を課していることは、ドイツとは異なる。確かに、ドイツでも意見表明の自由は当然同様に顧慮される。しかし、意見表明の自由との必要な比較衡量は、人格権の違法な侵害があるか否かという問題に既に含まれているのであり、差止請求権認容についての判決において、意見表明の自由に対する特別の、より厳格な顧慮はない。」と述べる。

117) 大塚・前掲注114) 519頁。

118) Fricke, a.a.O. (Fn. 114), S. 137は、この点が米国法とは異なることを的確に指摘する。Bürger, Deliktischer Rechtsschutz gegenüber Presseveröffentlichungen, 1998, S. 215ff., 264ff., insb. 266も同様に、米国法の事前抑制の議論と比較した上で、ドイツでは、発表前の表現に対する人格権に基づく予防的差止請求権も当然認められることを前提とする。

ドイツ基本法の学説についても同様であるが、この点については本文後記4参照。

119) BVerfG BVerfGK 8, 53, 58.

併存していることによって、既に明確に示されている。具体的な人格権侵害の差止めを目的とする裁判所の判決は、公表内容に対する当局による事前審査や許可（behördliche Vorprüfung oder Genehmigung）と同等ではない。

(3) ドイツ基本法5条¹²⁰⁾1項第1文および第2文は、わが国でいう表現の自由（憲法21条1項）に相当する内容を規定しており、同項第3文は、検閲禁止（Zensurverbot）を規定する。意見表明の自由や報道の自由等は、は、ドイツ基本法5条2項¹²¹⁾により、一般的法律（allgemeine Gesetze）によって制限されるが、一般的人格権との関係では、民法823条および1004条がこの一般的法律に当たることになる¹²²⁾。

意見表明の自由や報道の自由等とその他の憲法上の権利の対立が問題となる場合、ドイツの判例・通説では、わが国でいう間接適用説に相当する考え方（これを照射効（Ausstrahlungswirkung）という。ただし、ドイツでは、第三者効力論¹²³⁾とは無関係な形で登場した国家の基本権保護義務（grundrechtliche Schutzpflicht）によって、照射効を基礎づける見解が通説・判例である¹²⁴⁾）に従い、私法規定の解釈適用において、これらの基本権の法的価値が考慮される

120) ドイツ基本法5条（意見表明の自由、知る権利、学問の自由）

- (1) 何人も、言語、文書及び図画によって自己の意見を自由に表明し流布させる権利、並びに、一般に近づくことのできる情報源から妨げられることなく知る権利を有する。出版の自由並びに放送及びフィルムによる報道の自由は、これを保障する。検閲は、これを行わない。
- (2) これらの権利は、一般的法律の規定、少年保護のための法律上の規定、及び個人的名誉権によって制限を受ける。
- (3) 芸術及び学問、研究及び教授は自由である。教授の自由は、憲法に対する忠誠を免除するものではない。

（以上、高田＝初宿・前掲注104）214頁）

121) わが国では憲法12条後段に相当する。長尾一紘「検閲の法理（一）」新報101巻7号（1995年）1、13頁。

122) Kahl/Waldhoff/Walter/*Degenhart*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd.2, 123. Aktualisierung August 2006, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 185, 535.

123) ドイツでは、直接的か間接的かは別として、私法関係においても、人権たる基本権（Grundrecht）の規定が有する効力を第三者効力（Drittwirkung）という。

ことになる¹²⁵⁾。基本権保護義務の観点からは、まず立法者が必要な法律規定を制定することによって基本権保護義務を実現すべきであり、立法者が基本権保護義務を十分に果たさなかったときは、裁判所はそれを法律規定の解釈適用によって補うことになる¹²⁶⁾。そして、そのように解釈すべき規定がない、あるいは規定が十分に解釈できないのでない限り、当該私法規定の基本法上の瑕疵は無関係のままであるとされている¹²⁷⁾。この点は、当然のことながら著作権法でも同様である¹²⁸⁾。

124) v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl., 2018, Art. 1 Abs. 3 Rn. 312ff., insb. 316; Maunz/Dürig/*Herdegen*, Grundgesetz Kommentar, 44. Lig. Februar 2005, Art. 1 Abs. 3 Rn. 64; Kahl/Waldhoff/Walter/*Kahl*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 169. Aktualisierung Oktober 2014, Art. 1 Abs. 3 Rn. 332ff.; Papier, Drittwirkung der Grundrechte, in: Papier (*Hrsg.*), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 2, 2006, § 55 Rn. 4ff., insb. 10, 23f.; BVerfG BVerfGE 81, 242, 260ff. 宍戸常寿「私人間効力論の現在と未来——どこへ行くのか」長谷部恭男編『講座人権論の再定位 3人権の射程』(法律文化社・2010年) 25、31-33頁。なお、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治 (一)」論叢133巻4号(1993年) 1、11頁以下、特に17-18頁、19頁注24も参照。

125) BVerfG BVerfGE 7, 198, 208 - Lüth; BVerfGE 85, 1, 13; Maunz/Dürig/*Herdegen*, a.a.O. (Fn. 124), Art. 1 Abs. 3 Rn. 59ff., insb. 63f.; Kahl/Waldhoff/Walter/*Kahl*, a.a.O. (Fn. 124), Art. 1 Abs. 3 Rn. 328ff., 344ff.; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck*, a.a.O. (Fn. 124), Art. 1 Abs. 3 Rn. 303f., 306ff.; Dreier/*Dreier*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl., 2013, Vorb. Rn. 96ff., insb. 98.

この場合、私法の一般条項だけでなく、すべての私法規定が対象になり得る。Kahl/Waldhoff/Walter/*Kahl*, a.a.O. (Fn. 124), Art. 1 Abs. 3 Rn. 345.

126) v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck*, a.a.O. (Fn. 124), Art. 1 Abs. 3 Rn. 317; Kahl/Waldhoff/Walter/*Kahl*, a.a.O. (Fn. 124), Art. 1 Abs. 3 Rn. 332. 山本敬三・前掲注124) 17-18頁。

127) v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck*, a.a.O. (Fn. 124), Art. 1 Abs. 3 Rn. 303f.; Maunz/Dürig/*Herdegen*, a.a.O. (Fn. 124), Art. 1 Abs. 3 Rn. 65; BVerfG BVerfGE 10, 59, 66ff.; BVerfGE 92, 158, 176ff.

128) *Statt aller* Schricker/Loewenheim/*Leistner*, Urheberrecht Kommentar, 5. Aufl., 2017, § 97 Rn. 39; Kahl/Waldhoff/Walter/*Degenhart*, a.a.O. (Fn. 122), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 532. 後掲注136) および注137) も参照。

3 ドイツ著作権法

(1) ドイツの現行著作権法の前身である1901年の文学および音楽の著作物の著作権に関する法律（Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst）および1907年の造形美術および写真の著作物の著作権に関する法律（Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie）は、損害賠償しか規定していなかったが、判例は、ドイツ民法1004条を類推適用して、予防的差止請求権を含む差止請求権を認めていた¹²⁹⁾。

ドイツ現行著作権法でも、作者の権利が排他的権利であることから、その侵害に対する差止請求権が明文で認められており、予防的差止請求権も当然に認められている¹³⁰⁾（ドイツ著作権法97条¹³¹⁾1項）。2008年改正（BGBl. I S. 1191）によって挿入されたドイツ著作権法97条1項第2文が、予防的差止請求権を明文で規定するが、同改正以前から、上述のとおり、確定判例によって、予防的差止請求権が認められてきており、実体法が変更されたわけではない¹³²⁾。「予防的」であるということは、未だ著作権侵害行為がなされていないということであるから、ここでいう出版前など表現が発表される前に少なくとも該当することは問題ない。筆者が調査する限り、作者の権利に基づく予防的差止請求権について、検閲（Zensur）に当たるか否かは全く問題とされていないようである。

さらに、次のような事案において、差止仮処分が検閲に当たらないとしたミュンヘン上級地方裁判所判決がある。すなわち、ヒトラー著『我が闘争』の著作

129) Schricker/Loewenheim/*Leistner*, a.a.O. (Fn. 128), § 97 Rn. 1.

130) Schricker/Loewenheim/*Leistner*, a.a.O. (Fn. 128), § 97 Rn. 215, 224ff.; Fromm/Nordemann/*Jan Bernd Nordemann*, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, 12. Aufl., 2018, § 97 Rn. 8, 39; Wandtke/Bullinger/*v. Wolff*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl., 2014, § 97 Rn. 4, 35, 41; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/*Meckel*, Urheberrecht, 4. Aufl., 2018, § 97 Rn. 49f.; Möhring/Nicolini/*Ahlberg*, a.a.O. (Fn. 108), Einl. 81; Möhring/Nicolini/*Reber*, Urheberrecht Kommentar, 4. Aufl., 2018, § 97 Rn. 97; Dreier/Schulze/*Specht*, Urheberrechtsgesetz Kommentar, 6. Aufl., 2018, § 97 Rn. 3, 57, 65.

権を有するバイエルン州は、ロンドンの出版社が2012年1月26日発行予定の雑誌に、『我が闘争』の抜粋および大学教授によるその解説が付された小冊子が付録として付くことを知り、同月16日、出版社らに対し、出版社らの見解を書面で出すように求め、小冊子の発行が著作権侵害である旨を通知した。これに対して、出版社らは、同月23日、小冊子は引用に該当し、正当な根拠がある旨を書面によって説明した。バイエルン州は、同月24日に、発行が差し迫った小冊子の複製、頒布等の差止めを求める仮処分を申し立て、翌25日、ミュンヘン地方裁判所は、これを認める仮処分（*einstweilige Verfügung*）決定¹³³⁾を出した。以上のような事案において、控訴審であるミュンヘン上級地方裁判所は、公衆に価値の高い学術的情報が与えられないことになるから、上記仮処分は検閲措置に等しいという出版社らの主張に対し、前記2の連邦憲法裁判所判決を引用しつつ、以下のとおり、同判決と同様の判示をする¹³⁴⁾。すなわち、一般的法律（ドイツ基本法5条2項）で保護される法益実現のため、当該法律で規定された権利保護可能性が用いられる場合には、検閲に当たらないことは、（ドイツ基本法5条）1項第3文に基づく検閲禁止が、（同条）2項の制限規定と

131) ドイツ著作権法第97条（不作為及び損害賠償を求める請求権）

- (1) 著作権その他この法律に基づき保護を受ける権利を違法に侵害する者に対して、その被害者は、侵害の排除を、反復のおそれがあるときは不作為を請求することができる。不作為を求める請求権は、違反行為が最初に差し迫る場合にも認められる。
- (2) その行為を故意又は過失によって行う者は、被害者に対して、それによって生じた損害について賠償の義務を負う。損害賠償の算定に際しては、加害者が権利の侵害によって得た利益を考慮することもできる。損害賠償請求権は、加害者が、侵害した権利に関する使用について許諾を得ていたならば、相当なる報酬として支払わなければならない金額を基礎とすることによって、計算することもできる。著作者、学術的刊物の作成者（第70条）、写真家（第72条）及び実演芸術家（第73条）は、財産的損害とは異なる損害を理由とする場合にも、衡平の命ずるところに従い、金銭による賠償を求めることができる。

（以上、公益法人著作権情報センターウェブサイト http://www.cric.or.jp/db/world/germany/germany_c1a.html）

132) Schricker/Loewenheim/*Leistner*, a.a.O. (Fn. 128), § 97 Rn. 1, 224ff. その他の文献については、前掲注130) 参照。

併存していることによって、既に明確に示されている。著作者の権利侵害の差止めを目的とする裁判所の判決は、当局の公表内容に対する事前審査や許可と同等ではない。少なくとも大学教授による解説部分については、「思想の自由市場」には流通していないが、それにもかかわらず、前記2で検討した連邦憲法裁判所判決と同様の判断をしていることは極めて重要である。

(2) そもそもドイツ著作権法上の利用権（*Verwertungsbefugnisse*）規定（わが国の著作権法の支分権規定に相当する）等および権利制限規定は、立法者によって、対立するドイツ基本法上の利益との最終的な利益衡量（*Güterabwägung*）

133) この仮処分は、ドイツ民事訴訟940条の仮処分である。仮処分には、原則として仮差押えの手續規定が準用される（ドイツ民事訴訟法936条。ただし、原則として本案を管轄する裁判所が管轄を有する点等が異なる。同法937条1項）。裁判官は、裁量によって口頭弁論を開くかどうかを決定するが、仮処分の場合、通常は口頭弁論が開かれ、緊急を要する事件および申立てを棄却・却下する場合にのみ口頭弁論は開かれまいとされている（同法937条2項）。Jauernig/Berger, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, 23. Aufl., 2010, § 37 Rn. 26ff.; Schuschke/Walker/Walker, *Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz*, 5. Aufl., 2011, § 937 Rn. 6ff.; Krüger/Rauscher/Drescher, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. 2, 5. Aufl., 2016, § 937 Rn. 5ff. 口頭弁論が開かれる場合には判決（*Urteil*）、口頭弁論が開かれまい場合には決定（*Beschluss*）がなされる（同法936条、922条1項第1文）。後者の場合には、相手方に対して書面または電話による意見聴取の機会を与える場合と与えない場合とがある。Schuschke/Walker/Walker, a.a.O., § 937 Rn. 6; Krüger/Rauscher/Drescher, a.a.O., § 937 Rn. 6.

申立認容決定に対しては異議（*Widerspruch*）を申し立てることができ（同法936条、924条1項）、異議審では必ず口頭弁論が開かれる（同法936条、924条2項第2文）。異議審の判決に対しては控訴することができるが、仮差押えおよび仮処分についての控訴審判決に対しては上告することができない（同法542条2項第1文。なお、憲法異議は可能である）。

この事件では、ミュンヘン地方裁判所の仮処分が決定でなされているため、この段階では口頭弁論は開かれていないが、出版社がバイエルン州に出した1月23日の書面が、いわゆる保護書面（*Schutzschrift*）として、仮処分手続で提出されたようである。保護書面については、Schuschke/Walker/Kessen, *Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz*, 5. Aufl., 2011, Anh. § 935 B. Rn.1ff.

134) OLG München APF 2012, 395, 399. 事案の詳細については、原判決である LG München ZUM 2012, 409, 410f.

がなされた上で規定されているところ¹³⁵⁾、利用者の対立する基本権（意見表明の自由や芸術の自由等）と、基本権たる財産権・人格権である著作者の権利が衝突する場合には、双方の適切な均衡を図るための利益衡量は、あくまで利用権規定等ないし権利制限規定の解釈適用においてなされる¹³⁶⁾。この点に

135) Dreier/Schulze/Dreier, a.a.O. (Fn. 107), Einl. 39; Fromm/Nordemann/Dustmann, Urheberrecht, 12. Aufl., 2018, Vor § 44a ff. Rn. 4; BGH GRUR 1987, 34, 35 – Lili Marleen; BGH BGHZ 150, 6, 8 – Verhüllter Reichstag; BGHZ 154, 260, 264 f. – Gies-Adler; BVerfG GRUR 2012, 389, 390. Vgl. Maunz/Dürig/Grabenwarter, Grundgesetz Kommentar, 82. Lig. Januar 2018, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 461f.

ドイツ著作権法は、意見表明の自由等を制限する一般的法律（ドイツ基本法5条2項）にあたる。なお、Erick Barendt, Freedom of Speech, 250 (2d ed. 2005)も「ドイツ連邦通常裁判所も〔筆者注：合衆国最高裁判所と〕同様のアプローチを採用しており、ある有名歌手に関する映画公開に関連して、『リリー・マルレーン (Lili Marleen)』の歌詞をある週刊新聞社が公表しようとした際、そのような権利はプレス自由に含まれないものとされた。同裁判所の判示によれば、著作権者の利益と公表者のそれとの衝突に関しては、著作権法制によって調整が図られているというのである。」とする。

また、BGH BGHZ 154, 260, 264f. – Gies-Adler は、表現形式 (Ausdrucksform) が通常の場合、著作権法上の保護の制限として適用されることも、著作者の利用権が及ぶ範囲を画することを指摘する。

136) Schricker/Loewenheim/Melichar/Stieper, Urheberrecht Kommentar, 5. Aufl., 2017, Vor §§ 44a ff. Rn. 18; Schricker/Loewenheim/Leistner, a.a.O. (Fn. 128), § 97 Rn. 39; Fromm/Nordemann/Dustmann, a.a.O. (Fn. 135), Vor § 44a ff. Rn. 4; Dreier/Schulze/Dreier, a.a.O. (Fn. 107), Einl. Rn. 39, 41; Wandtke/Bullinger/v. Wolff, a.a.O. (Fn. 130), § 97 Rn 34; Kahl/Waldhoff/Walter/Degenhart, a.a.O. (Fn. 122), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 532; Maunz/Dürig/Grabenwarter, a.a.O. (Fn. 135), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 462; BVerfG GRUR 2001, 149, 151 – Germania 3; BVerfG ZUM 1999, 633, 635; BVerfG GRUR 2012, 389, 390; BGH BGHZ 154, 260, 265 – Gies-Adler; BGHZ 150, 6, 8 – Verhüllter Reichstag.

著作者人格権の要素に関しては、ドイツ著作権法14条だけでなく、条文上は必ずしも明らかではない同法12条の場合も、保護範囲の問題として、利益衡量がなされ得る。Schricker/Loewenheim/Dietz/Peukert, Urheberrecht Kommentar, 5. Aufl., 2017, Vor §§ 12 Rn. 9, § 12 Rn. 24ff., § 14 Rn. 4, 26ff.; Wandtke/Bullinger/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl., 2014, § 12 Rn. 16, § 14 Rn. 10ff.

ドイツの権利制限規定の解釈に関する判例における憲法上の議論等につき、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144巻1号1、11頁以下、「同 (2・完)」民商144巻2号181頁以下 (いずれも2011年)。

つき、通説・判例は、利用権規定等および権利制限規定の解釈適用以外における一般的な利益衡量の余地はないとしている¹³⁷⁾。したがって、このような権利制限規定や利用権規定等の解釈の中で、利用者の対立する基本権と著作権者の権利との利益衡量がなされることはあっても、著作権の権利に基づく予防的差止請求権に、ドイツ著作権法97条1項所定の要件よりも厳格な要件に基づくべきであるといった議論は見当たらない。

そして、そもそも上記のようなドイツ著作権法の諸規定の解釈適用において、意見表明の自由や芸術の自由等との利益衡量がなされるに際しては、当然のことながら、著作権者の権利自体も、基本権である財産権・人格権であることが考慮されなければならない、必ずしも意見表明の自由等が優先するわけではない。

さらに、ドイツ著作権法は12条ないし14条¹³⁸⁾で著作権者人格権の要素について規定するところ、著作権者の意思に基づかず、または、意思に反して未公表の著作物を公表することが公衆の情報受領の利益によって正当化されるか否かについても、著作権者人格権の保護範囲として問題とされており、検閲あるいは事前抑制に類するような問題とは取り扱われていない¹³⁹⁾ことも重要であろう。

137) Schricker/Loewenheim/Melichar/Stieper, a.a.O. (Fn. 136) Vor §§ 44a ff. Rn. 24; Fromm/Nordemann/Dustmann, a.a.O. (Fn. 135), Vor § 44a ff. Rn. 4; Fromm/Nordemann/Jan Bernd Nordemann, a.a.O. (Fn.130), § 97 Rn. 23; Dreier/Schulze/Schulze, Urheberrechtsgesetz Kommentar, 6. Aufl., 2018, § 12 Rn. 16, 22; Dreier/Schulze/Dreier, Urheberrechtsgesetz Kommentar, 6. Aufl., 2018, Vor § 44a Rn. 3; Schack, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: Festschrift für Gerhard Schricker, 2005, S. 511, 517f.; BGH BGHZ 154, 260, 266 – Gies-Adler; BGHZ 185, 291, 301 – Vorschaubilder; BGH GRUR 2011, 415, 417; BVerfG GRUR 2012, 389, 390.

これに対して、Wandtke/Bullinger/v. Wolff, a.a.O. (Fn. 130), § 97 Rn. 34は、利用権規定および権利制限規定の解釈適用において、基本権の衝突を解決できない場合には、侵害の違法性 (Rechtswidrigkeit —ただし、権利侵害が認められるときは侵害者が正当化理由の主張立証責任を負う形で現れる) の局面においても、基本権の衝突を解決することができる (あるいはしななければならない) とするが、極めて少数説であるし、いずれにせよ、侵害レベルの問題であって、事前抑制の問題とは無関係である。

なお、損害賠償額の算定において、ドイツ基本法14条の保護がドイツ著作権法97条2項の解釈適用で考慮され得ることはある。BVerfG NJW 2003, 1655, 1656.

4 ドイツ基本法における検閲概念

ドイツ基本法5条1項第3文は、検閲禁止（Zensurverbot）を規定する¹⁴⁰。検閲禁止は、基本権を制限することを制限するものと言われ（Schranken-Schranke）、その禁止は絶対的である¹⁴¹。通説・判例は、検閲とは、国家が行う¹⁴²形式的検閲かつ事前検閲のみを指すところ、形式的検閲とは、精神作品（Geisteswerk）を含む意見表明に対する許可留保付きの禁止（事前の許可によっ

138) ドイツ著作権法12条（公表権）

- (1) 著作者は、その著作物の公表の可否及びその方法を決定する権利を有する。
- (2) 著作物ないし著作物の本質的内容又はその説明のいずれもが、未だ著作者の同意を得て公表されていないかぎり、著作物の内容を公衆に知らせ、又は説明することは、その著作者に留保されるものとする。

ドイツ著作権法13条（著作者であることの承認）

著作者は、その著作物について、自らがその著作者であることの承認を求める権利を有する。著作者は、著作物に著作者表示を付するか否か、及びいかなる表示を用いるかについて、決定することができる。

ドイツ著作権法14条（著作物の歪曲）

著作者は、その著作物の歪曲その他の毀損で、著作物に関する自らの正当な精神的又は個人的な利益を危うくすると評価されるものを、禁止する権利を有する。

（以上、公益法人著作権情報センターウェブサイト http://www.cric.or.jp/db/world/germany/germany_cla.html）

139) Schricker/Loewenheim/*Dietz/Peukert*, a.a.O. (Fn. 136), § 12 Rn. 26.

140) ドイツの検閲概念については、長尾・前掲注121) 7頁以下も参照。ドイツでも、検閲についての体系的研究はあまりなされていないとのことである。長尾・前掲注121) 5-6頁。

141) BVerfG BVerfGE 33, 52, 72; Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, a.a.O. (Fn. 135), 68. Lig. Januar 2013, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 115, 128; Kahl/Waldhoff/Walter/*Degenhart*, a.a.O. (Fn. 122), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 919; Dreier/*Schulze-Fielitz*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl., 2013, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 173. 検閲には、ドイツ基本法5条2項の一般的法律による例外も認められない。

142) Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, a.a.O. (Fn. 135), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 115; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck/Paulus*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl., 2018, Art. 5 Abs. 1 Rn. 264; Kahl/Waldhoff/Walter/*Degenhart*, a.a.O. (Fn. 122), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 925; Sachs/*Bethge*, Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl., 2018, Art. 5 Rn. 133. 通説は、このように検閲の禁止は国家に向けられたものであり、第三者効（照射効）はないとする。Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, a.a.O. (Fn. 135), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 115.

てのみ意見表明を可能にすること）をいい、事前検閲（Vorzensur）とは、意見表明の作成（Herstellung）または流布（Verbreitung）の前になされる検閲をいう¹⁴³⁾。また、検閲は、常に意見表明の内容の審査に係るものである¹⁴⁴⁾。

本件で重要なことは、筆者が調査する限り、ドイツ基本法では、わが国でいうような、検閲と同視または区別される「事前抑制」に相当する概念はないという点である¹⁴⁵⁾（これは事前抑制の法理自体が、英米法の古典的法理であるから¹⁴⁶⁾、当然というべきかもしれない）。通説・判例によれば、いったん発表に至ったときは、ドイツ基本法における検閲には当たらないが、わが国でいえば事前抑制が問題となり得る場合であっても、通常の場合と同様、意見表明の自

143) BverfG, BVerfGE 33, 52, 72; BVerfGE 83, 130, 155; BVerfGE 87, 209, 230; Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, a.a.O. (Fn. 135), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 116; Kahl/Waldhoff/Walter/*Degenhart*, a.a.O. (Fn. 122), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 17, 918, 920; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck/Paulus*, a.a.O. (Fn. 142), Art. 5 Abs. 1 Rn. 259f.; Dreier/*Schulze-Fielitz*, a.a.O. (Fn. 141), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 171f.; Sachs/*Bethge*, a.a.O. (Fn. 142), Art. 5 Rn. 131f.; *Stern*, in: *Stern/Sachs/Dietlein (Hrsg.)*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd VI/1, 2006, § 109 VI 1.a.

v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck/Paulus*, a.a.O. (Fn. 142), Art. 5 Abs. 1 Rn. 259 は、技術的な検閲の経過は4つの要素からなるとし、①特別の許可なしの意見表明の禁止、②発表前の当局（Behörde）に対する意見表明の提出命令、③当局による許可または禁止、④禁止を実現するための当局の強制手段を挙げる。

ドイツの検閲概念は、かつての通説であった宮沢俊義教授の見解に近いものである。宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣・1971年）366頁は、「検閲とは、公権力が外に発表されるべき思想の内容をあらかじめ審査し、不相当とみとめるときは、その発表を禁止すること」をいうとする。

144) Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, a.a.O. (Fn. 135), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 116; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck/Paulus*, a.a.O. (Fn. 142), Art. 5 Abs. 1 Rn. 259; *Stern*, a.a.O. (Fn. 143), § 109 VI 3.

表現の内容にかかわらず、意見表明の形式によって生じ得る危険を回避するのに資する許可手続（宣伝活動のための道路の使用等）は、ここでいう検閲には当たらないとされている。

145) 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論1〕〔増補版〕』（有斐閣・2000年）364頁は、ドイツでは、「検閲概念に事前抑制と区別された特別の意味を持たせる見解はない。」とする。

由等の限界を定める一般的法律（ドイツ基本法5条2項。前述のとおり、わが国では憲法12条後段に相当する）による制限の問題として、刑事・民事等の責任が問題となるにすぎない¹⁴⁷⁾。

前述のとおり、ドイツの検閲の主体は国家であるため、裁判所もこれに含まれるが、ドイツ基本法上の検閲の定義によれば、定義上は、裁判所が出版前の表現物に対する差止めを認めることが検閲に当たり得ることは、国家が裁判所に対して職権で一定の表現物に対して発表前に差し止める権限を付与している法律があるような場合（非訟事件）を想定すれば、容易に理解することができる。しかし、通説・判例は、（国の権利ではなく）私権が国家機関たる裁判所によって実現されているのであるから、私人の申立てに基づいて裁判所が裁判による意見表明の差止めを事前に行うことは、検閲に当たらないとする¹⁴⁸⁾。もともと検閲概念の厳密な内容が十分に解明されていないためかもしれないが、そこでは、あくまで（一般的法律（ドイツ基本法5条2項）で保護される）法益または私権の実現のために裁判がなされることを理由として、検閲禁止に当たらないと解しているのであって、検閲の定義に当たらないことを理由にはしていない¹⁴⁹⁾。つまり、ドイツ基本法上は、定義上検閲に当たり得ないとはいえないが、実質的には検閲とは解されていないようであるということが重要なのであって、ドイツ法において、検閲と同視または区別される事前抑制の概念があるか否か自体は、わが国との比較においてはさほど重要ではないといえよう。したがって、ドイツ法の議論は、わが国においても十分に参照されなければならない。

146) 芦部・前掲注8) 267頁、最判解民事篇昭和61年度291頁〔加藤和夫〕。また、重要な点として、米国では、検閲 (censorship) と司法の差止命令を含む広義の事前抑制 (prior restraint) が概念上厳密に区別して用いられているわけではないことにも注意が必要である。芦部信喜「検閲禁止の意味」同『演習憲法』(有斐閣・1982年) 140、143頁。

147) BVerfG BVerfGE 33, 52, 72; Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, a.a.O. (Fn. 135), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 118; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck/Paulus*, a.a.O. (Fn. 142), Art. 5 Abs. 1 Rn. 261; Kahl/Waldhoff/Walter/*Degenhart*, a.a.O. (Fn. 122), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 923f.; Sachs/*Bethge*, a.a.O. (Fn. 142), Art. 5 Rn. 132. 長尾・前掲注121) 13頁も参照。

以上のように、ドイツ基本法上の検閲概念は、わが国とは同一ではないが、国家による意見表明の作成・流布前の検閲のみを問題とするにもかかわらず、裁判所の裁判が私権の実現のためになされるものであることを理由として、裁

148) BVerfG BVerfGE 8, 53, 58; BVerfGE 119, 1, 23; OLG München AfP 2012, 395, 399; Kahl/Waldhoff/Walter/*Degenhart*, a.a.O. (Fn. 122), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 925; Dreier/*Schulze-Fielitz*, a.a.O. (Fn. 141), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 175; Sachs/*Bethge*, a.a.O. (Fn. 142), Art. 5 Rn. 135a; *Stern*, a.a.O. (Fn. 143), § 109 VI 3.a.; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck/Paulus*, a.a.O. (Fn. 142), Art. 5 Abs. 1 Rn. 264.

仮処分手続による私権に基づく差止めについても、同様である。Kahl/Waldhoff/Walter/*Degenhart*, a.a.O. (Fn. 122), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 925。芦部・前掲注145) 365頁も、ドイツでは「もっとも、違法な表現を仮処分 (einstweilige Verfügung) 手続きによって事前に抑止することは例外的に許される、と一般的に解されている。これは、仮処分による抑止は表現行為の事前抑制ではあるが、許可制形式の禁止ではなく、独立の裁判所による制約で公正な手続きの下で行われるので、精神的自由に対して重大な危険を及ぼすことはないという理由に基づく。」と述べている。前述のとおり、検閲と同視または区別される事前抑制という概念はドイツにはないので、ここでいう「事前抑制」は検閲と同義をいうものと思われる。ただし、ここで述べられていることは、仮処分に限られていない。さらにいえば、言外に考慮されているのかもしれないが、通説・判例は、独立の裁判所による公正な手続であること自体を直接の理由とはしていないようである。

149) *Stern*, a.a.O. (Fn. 143), § 109 VI 3. は、「基本法5条1項第3文の厳格な文言にもかかわらず、検閲禁止の範囲の限界事例が存在する。」と述べた上で、その1つとして、差止請求訴訟や人格権侵害による出版禁止の仮処分が検閲禁止に当たらないことについて述べていことから本文上記のことがうかがえる。

Dreier/*Schulze-Fielitz*, a.a.O. (Fn. 141), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 175は「私人の私人に対する裁判上の差止訴訟による意見表明の禁止は、検閲ではない、なぜなら、私権が国家の裁判所によって実現されているからである。」と述べる。Sachs/*Bethge*, a.a.O. (Fn. 142), Art. 5 Rn. 135aは、「民事裁判所が、私人に対し特定の表現を差し止める判決を下す場合には、確かに、目的とされた予防的効力を有する国家の裁判行為が存在する。しかし、(ドイツ基本法) 5条1項第3文の観点の下では (*sub specie*)、国家は、この場合、専ら国家のものではない権利の裁判上の保護のために行動することになることが、決定的に重要なのである。」と述べる。仮処分についても、v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck/Paulus*, a.a.O. (Fn. 142), Art. 5 Abs. 1 Rn. 264. は、「報道機関の事件における予防的効力を有する仮処分は、確かに、裁判官(国家機関)によってなされるが、私人の名誉またはその他の権利を侵害する出版に対して、これらの権利を守るという、私人の申立てに基づいてなされるものである。」と述べて、検閲禁止に当たらないとする。

判による事前の意見表明の差止めは、検閲に当たらないとしていることは、非常に重要である。この理由ゆえに差止請求権を認める裁判が検閲に当たらないということからすれば、わが国においても、検閲と事前抑制を同義であると解して検閲の主体を公権力とする広義説を採る場合だけでなく、検閲と事前抑制とを区別して事前抑制の主体は公権力であるとする狭義説および判例の立場であっても、同様に、差止請求権を認める裁判は検閲あるいは事前抑制には当たらないと解すべきこととなる。

5 小括

ドイツ著作権法では、著作者の権利に基づく差止請求権が、予防的差止請求権も含めて明文で認められているが、出版前など表現が発表される前であっても、予防的差止請求権が当然に認められることが前提とされている。一般的人格権に基づく予防的差止請求権の場合についても同様であり、出版前など表現が発表される前である場合には、特別の要件を課すべきであるという議論はなされていない。ドイツでは、検閲と同視または区別される事前抑制の法理に相当する概念はなく、また、ドイツの検閲概念は、わが国とは異なる。すなわち、検閲とは、国家が、意見表明の作成・流布の前に（事前検閲）、意見表明の内容の審査を行い、事前の許可によってのみ意見表明を可能にすること（形式的検閲）をいうとされている。そして、ドイツの検閲の主体には、裁判所も含まれるが、通説・判例は、（国家の権利ではなく）私権が国家機関たる裁判所によって実現されているのであるから、私人の申立てに基づいて裁判所が裁判による意見表明の差止めを事前に行うことは、検閲に当たらないとする。検閲概念の違いを踏まえた上でも、わが国の物権的請求権や人格権、ひいては著作者の権利に基づく差止請求権にも大きな影響を与えたドイツ法のこのような議論は、わが国にとっても非常に重要である。

第4 わが国における学説・判例および比較法を踏まえた検討

1 民法および著作権法における一般的見解

わが国の民法でも、明文の規定はないが、物権的請求権（返還請求権、妨害除去（排除）請求権、妨害予防請求権）が認められており¹⁵⁰⁾、現に妨害状態が（一度も）生じていなくても、将来生ずるおそれが大きい場合には、予防的差止請求権が認められる¹⁵¹⁾。また、物権的請求権には、物権の侵害状態が客観的に違法であることが必要であるとされている¹⁵²⁾。特許権、実用新案権、意匠権、商標権、著作権、著作者人格権は、物権との類似性から、特別法によって妨害排除請求権および妨害予防請求権が認められている¹⁵³⁾。

そして、著作権法112条1項は、差止請求権を規定しているところ、これは、民法上の物権的請求権（妨害排除請求権・妨害予防請求権）に相当する権利を定めているのである¹⁵⁴⁾。この差止請求権は、現に侵害行為が継続し、あるいは、いったん侵害行為がなされた後にさらに侵害が予想されるという場合のみならず、未だ一度も侵害行為がなされてはいないが、侵害行為がなされるおそれがあるという場合にも、認められることは、当然の前提となっている¹⁵⁵⁾。旧著作権法（明治32年法律第39号）下でも、差止請求権の明文規定がないにもかかわらず、著作権・著作者人格権は、物権類似の排他的支配力を有する

150) 舟橋諄一『物権法（法律学全集）』（有斐閣・1960年）25-27頁、内田貴『民法I総則・物権総論〔第4版）』（東京大学出版会・2008年）367-368頁。

151) 舟橋・前掲注150) 49頁、内田・前掲注150) 369頁。

152) 舟橋＝徳本・前掲注111) 159頁以下〔好美〕。しかし、権利侵害は、原則として違法であるから、正当化事由という形で問題となるであろう。

153) 舟橋＝徳本・前掲注111) 129頁〔好美〕、幾代通『不法行為』（筑摩書房・1977年）294-295頁。

この点、星野英一『民法概論Ⅱ〔合本再訂版）』（良書普及会・1989年）21頁は、無体財産権など特別法により差止請求権が認められる場合について「これらも、物権的請求権と類似の権利であり、逆に、その侵害に対し不法行為に基づく損害賠償請求権を認めるだけでなく、進んで差止請求権まで認めるのが妥当である場合に、その背後に物権的な権利を認めるべきだ、とされているのである」と述べる。

ものであるから、その侵害があるときは、侵害行為の中止や排除を求められることが当然であると解され¹⁵⁶⁾、未だ一度も侵害行為がなされていない場合にも、予防的差止請求権が認められていた¹⁵⁷⁾。

著作者人格権と民法における人格権との関係については、著作者人格権は、

(前頁からつづき)

民法では、差止請求権の根拠に関して、差止請求権は権利の排他的支配性に基ついて認められるというのが伝統的な考え方であったが、近時は、差止請求権は不法行為の効果であるという見解や、差止請求権の根拠を端的に違法な侵害に対する権利・利益保護の必要性であるとする見解、排他的権利とそれ以外の法益とを区別して考える見解等がある。しかし、これらの議論の中心は、物権等の排他的権利以外の法益侵害がなされた場合の差止請求権をどのように認めるかというものであって、物権的請求権によって処理できるものについては、物権的請求権による構成は否定されていない。潮見佳男『基本講義債権各論Ⅱ不法行為法〔第3版〕』（新世社・2017年）195-196頁参照。また、排他的権利が侵害されている場合には、差止請求権の成否につき利益衡量を常に必要とする見解であっても、その衡量自体が極めて定型的・形式的に行われ、ほぼ当然に差止めを肯定することになるのではないとも指摘されている。愛知靖之「民法学における差止請求権理論と知的財産法における差止請求権」別冊パテント10号（2013年）12、20頁。いずれにせよ、著作権法では、後述のとおり、著作権・著作者人格権を物権類似の排他的権利であることを前提としつつ、差止請求権の要件自体を明文で規定しているため、本稿では、民法の上記議論については立ち入らないこととする。

154) 加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター・2013年）725-727頁、齊藤博『著作権法〔第3版〕』（有斐閣・2007年）352頁、半田正夫『著作権法概説〔第16版〕』（法学書院・2015年）321頁。加戸・前掲727頁は、著作権法112条1項が規定する侵害停止請求権・侵害予防請求権について「明文の規定がなくても、物権的な権利として概念される本項〔著者注：112条1項〕の5権利については当然認められる性格のものであると考えられますが、その理論上当然のことを実体法上明確にしたものであるといえましょう。」と述べる。解釈論としては、著作権・著作者人格権が排他的権利であるという前提で、これらの侵害または侵害のおそれがある場合には、差止めが認められると解さざるを得ないであろう。愛知靖之「出版物に対する差止請求の制限」上野達弘＝西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』（日本評論社・2015年）269、278-279頁参照。

155) 加戸・前掲注154) 728頁、半田・前掲注154) 324頁。加戸・前掲注154) 728頁は「第2の、権利を『侵害するおそれがある者』に対する『侵害の予防』の請求は、主として無断複製物の頒布の防止という観点で活用されそうですが、もちろん、海賊版出版計画や無断演奏計画を事前に察知して侵害予防請求を行うこともございます。」と述べる。予防的差止請求権について、事前抑制の法理により別途要件が必要となるという記述は全くない。

基本的に（一般的）人格権を母権とする個別的人格権の1つであると位置付ける見解¹⁵⁸⁾と、人格権の範疇に含めるのは妥当ではなく別個に取り扱うべきであるという見解¹⁵⁹⁾がある。しかし、著作者人格権を物権類似の権利として、これに基づく予防的差止請求権を認めている点では同じであるため、本稿の問題に直接関係はしない。民法には人格権に基づく差止請求権について明文の規定はないが、判例¹⁶⁰⁾は、人格権と物権がいずれも排他的支配権であることから、人格権に基づく差止請求権を認めている。

著作権法112条1項は、予防的差止請求権と（いったん侵害がなされた後になされる）差止請求権とを区別することなく、同一の要件の下に規定しているが、以上のとおり、著作権法112条1項では、一度も侵害がなくても、予防的差止請求権が認められることが当然の前提となっている。したがって、出版前など表現が発表される前であっても、同項に基づく差止請求権が認められることは当然であると考えられている（書籍等が出版される前には通常複製がなされているであろうから、一度も侵害がないという時点は通常出版よりも前になる）。これらについて、後記第5、1(1)の各見解が出るまでは、疑問が呈されることもなかったといつてよい¹⁶¹⁾。

156) 山本桂一『著作権法（法律学全集）』（有斐閣・1969年）139、173頁、同「著作権侵害訴訟」鈴木忠一＝三ヶ月章『実務民事訴訟講座5』（日本評論社・1969年）277、280、284、292-293頁。

山本桂一・前掲著作権法173頁、同・前掲著作権侵害訴訟292-293頁は、公表決定権の侵害の場合も、法の明文はないが、他の著作者人格権侵害の場合に準じて出版その他の複製の差止めができるとしている。

157) 山本桂一・前掲注156) 著作権法140、145頁、山本桂一・前掲注156) 著作権侵害訴訟289頁。山本桂一・前掲注156) 著作権法145頁は「現に著作権侵害があるわけではないが、その侵害の危険が存する場合、その予防のため著作権者が適当な処置を請求する場合」も妨害予防請求が認められるとしている。以上は著作権についての記述であるが、著作者人格権についてこれと異なる旨の記述はない。

158) 齊藤・前掲注154) 145-146頁。

159) 半田・前掲注154) 123-124頁。

160) 北方ジャーナル最高裁判決、最判平成14年9月24日集民207号243頁〔石に泳ぐ魚事件〕。なお、加藤・前掲注146) 288頁も参照。

2 判例

出版前など表現が発表される前に、著作権・著作者人格権に基づく差止請求が問題となった事案として、ウォール・ストリート・ジャーナル事件と著作権判例百選事件がある。このほか、著作権・著作者人格権に基づく差止請求が問題となったものではないが、ウォール・ストリート・ジャーナル事件で前提とされている北方ジャーナル最高裁判決についても、ここで検討しておく。

(1) 北方ジャーナル事件

(a) ここでは、出版前の差止請求権（北方ジャーナル最高裁判決では「事前差止め」という用語が使われているので、事前差止めをこの意味でも以下では用

161) ただし、憲法の研究者である松井茂記教授は、三島由紀夫の手紙の著作権に基づく書籍の出版等の差止請求権を認めた仮処分決定を論ずる文脈において、以下のように述べておられる。「著作権侵害にあたるとしても、差止めを認めるべきかどうかはさらに慎重な検討を必要とする。最高裁判所も、北方ジャーナル事件判決で、仮処分による差止めについて、憲法21条2項で禁止された『検閲』には該当しないが、事前抑制である以上、きわめて例外的に厳格な要件を満たす場合に限り認められるべきだとしている。たとえ三島の手紙の引用が著作権侵害にあたるとしても、場合によっては差止めを認めず損害賠償のみの救済を認めるべき場合もある。」松井茂記「著作権・パブリシティの権利と出版の差止め」法時70巻11号（1998年）86、89頁。これ以上の記述がないので、どのような趣旨であるのかは必ずしも判然としないが、少なくともこの事件では既に書籍は出版されている事案であり、北方ジャーナル事件とは事案を異にする。しかも、米国法とは異なり、わが国では、著作権侵害が認められれば、権利濫用等に当たる場合は格別、差止請求権が認められるのであるから、米国法との違いがどこまで考慮されているのか疑問がないではない。しかも、松井・前掲89頁では、「これらのアメリカにおける状況は、日本でも重く受け止める必要がある。そもそも、三島の手紙の内容すべてが著作権法にいう『著作物』にあたるとは思われない。また著作物だとしても、未公表の著作物の引用に表現の自由の保護を認めるべき場合もある。その際、未公表だからといって一切公正な引用を認めず、公表権の侵害とすることは、憲法21条の表現の自由に合致しないように思われる。著作権法32条を拡張解釈し、18条1項を限定解釈するか、憲法21条に直接依拠して、未公表の著作物の公正な引用も認め、公表権侵害にも一定の免責を認めるべきではなからうか。」と述べ、米国法のフェアユースに関する議論をそのまま参考にしようとし、少なくともわが国の通説・判例の解釈論を前提とする限り、わが国の著作権法では採り得ない考え方を示していることも指摘しなければならない。

いることがある）に関する部分についてのみ検討する。北方ジャーナルの事案は、簡潔に述べれば以下のとおりである。北方ジャーナルを発行する出版社が、北海道知事選挙の立候補予定者に関する記事を北方ジャーナル昭和54年4月号に掲載予定であった。しかし、上記記事は上記立候補予定者の名誉権を侵害するものであるとして、上記立候補予定者らが同月号の印刷・頒布等を禁止する仮処分を申請し、その旨の仮処分決定がなされ、執行官によって仮処分決定が執行された。そのため、出版社が、国および仮処分申請人らに対して、裁判官および執行官に職権濫用があり、仮処分申請人も違法を承知であり、仮処分決定およびその申請が違法であるとして、損害賠償を請求した。

北方ジャーナル最高裁判決は、裁判所が行う出版物の頒布等の事前差止めが事前抑制として憲法21条1項に違反しないかに関して、次のとおり判示する。すなわち、「表現行為に対する事前抑制は、新聞、雑誌その他の出版物や放送等の表現物がその自由市場に出る前に抑止してその内容を読者ないし聴視者の側に到達させる途を閉ざし又はその到達を遅らせてその意義を失わせ、公の批判の機会を減少させるものであり、また、事前抑制たることの性質上、予測に基づくものとならざるをえないこと等から事後制裁の場合よりも広汎にわたり易く、濫用の虞があるうえ、実際上の抑止の効果が事後制裁の場合より大きいと考えられるのであつて、表現行為に対する事前抑制は、表現の自由を保障し検閲を禁止する憲法21条の趣旨に照らし、厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許容されうるものといわなければならない。出版物の頒布等の事前差止めは、このような事前抑制に該当するものであつて、とりわけ、その対象が公務員又は公職選挙の候補者に対する評価、批判等の表現行為に関するものである場合には、そのこと自体から、一般にそれが公共の利害に関する事項であるということができ、前示のような憲法21条1項の趣旨…に照らし、その表現が私人の名誉権に優先する社会的価値を含み憲法上特に保護されるべきであることにかんがみると、当該表現行為に対する事前差止めは、原則として許されないものといわなければならない。」。以上のように判示した上で、例外的に事前差止めが許される場合の要件を定立する。

(b) この北方ジャーナル最高裁判決が著作者の権利に基づく差止請求権にも及ぶのかについては、下記の各点を指摘することができる。

まず第1に、北方ジャーナル最高裁判決は、あくまで明文が規定していない人格権としての名誉権に基づく差止請求権についての実体的要件を定立したものであって¹⁶²⁾、明文の規定がある著作者の権利に基づく差止請求権には関係がない。すなわち、人格権の成立要件あるいは人格権に基づく差止請求権については明文の規定がないため、その構成要件は開かれている。そして、その要件をどのように定立するかについては、人格権としての名誉権と表現の自由等とにつき利益衡量による調整を図ることとなるが、北方ジャーナル最高裁判決は、各種の表現行為の価値を類型化して名誉等に優越するものを列挙するという類型的衡量によっているのである¹⁶³⁾。これに対して、著作権法は、後記3のとおり、既に立法段階で表現の自由等との利益衡量による調整を考慮した上で、著作者の権利に基づく（予防的）差止請求権を明文で認め、構成要件を定めているから、北方ジャーナル最高裁判決のような裸の利益衡量をする余地はない¹⁶⁴⁾。したがって、著作者の権利に基づく予防的差止請求権を認めるに当たっては、名誉権等に基づく予防的差止請求権の成立要件は全く関係しない。

第2に、北方ジャーナル最高裁判決に強い影響を与えたとみられる伊藤正己裁判官の補足意見で述べられていた、差止仮処分が「検閲」に類似する側面を帯有している理由のうち、前二者については著作者の権利に基づく差止請求権

162) 北方ジャーナル最高裁判決は、人格権に基づく差止めができるとしつつ、事前差止めの要件を定立するかのような判示がなされていることに鑑みると、米国の判例法における差止命令の要件が、救済レベルでの裁判所の裁量権行使の際に考慮すべき要素である点が十分に理解されていたのかに疑問がないわけではないが、北方ジャーナル最高裁判決が事前差止めの要件とするものは、わが国では、人格権に基づく差止請求権の実体的要件（成立要件）と読むしかないであろう。中込秀樹「書籍、新聞、雑誌等の出版等差止めを求める仮処分の諸問題」東京地方裁判所保全研究会『詳論民事保全の理論と実務』（判例タイムズ社・1998年）264-265頁。

163) 加藤・前掲注146) 295-296頁。同頁は、「公務員ないし公職選挙の候補者など公的人物に対する批判等」という類型化された表現について要件を定立したとしている。北方ジャーナル最高裁判決の大橋進裁判官および伊藤正己裁判官の補足意見も参照。

には妥当せず、最後の理由も現在では妥当しないことを指摘することができる。

伊藤裁判官は、上記理由として、「第1に、それは、表現行為が受け手に到達するに先立つて公権力をもつて抑止するものであつて、表現内容の同一のものとの再発行のような場合を除いて、差止めをうけた表現は、思想の自由市場、すなわち、いかなる表現も制限なしにもち出され、表現には表現をもつて対抗することが予定されている場にあられる機会を奪われる点において、『検閲』と共通の性質をもっている。第2に、裁判所の審査は、表現の外面上の点のみならず、その思想内容そのものにも及ぶのであつて、この点では、当裁判所が、表現物を『容易に判定し得る限りにおいて審査しようとするものにすぎ』ないと判断した税関による輸入品の検査に比しても、『検閲』に近い要素をもっている。第3に、仮の地位を定める仮処分の手続は、司法手続とはいつても非訟的な要素を帯びる手続で、ある意味で行政手続に近似した性格をもっており、またその手続も簡易で、とくに不利益を受ける債務者の意見が聞かれる機会のないこともある点も注意しなければならない。」と述べている。

上記理由の第1および第2は、著作者の権利に基づく差止請求権には妥当しない。すなわち、ここで重視されているのは、「裁判所の審査は、表現の外面上の点のみならず、その思想内容そのものにも及ぶ」こと、つまり「思想内容」を裁判所が事前審査し、それを不相当として当該「思想内容」の流布を禁止す

164) 木下・前掲注3) NBL(下)45頁注42は、北方ジャーナル最高裁判決の判示と著作権法112条1項の規定とが極めて類似していることをもって、「最高裁は、名誉権と著作者の権利のそれぞれが導き出す請求権の内容について質的差異を想定していなかったものと考えられる。逆に言えば、著作権法112条1項と同様の実体的請求権を名誉権に認めつつ、なお最高裁は事前抑制の法理の適用を論じていたものと捉えることができよう。」と論じる。しかし、ここでいう「請求権の内容についての質的差異」が何を指しているのか自体が不明であることはさておき、上記判示は、差止請求権の法的根拠を、人格権が物権類似の排他的支配権であることに求めたために類似性があるだけであり、そこから質的差異を想定していないと論ずることができないことは明らかである。著作者の権利に基づく差止請求権と人格権に基づくそれとは、成立要件が異なり、著作者の権利に基づく差止請求権の成否において、利益衡量によって決すべきでないことは、東京高判昭和60年10月17日無体裁集17巻3号462頁〔藤田嗣治事件〕が指摘するとおりである。

ることによって、思想の自由市場へ参入する機会が奪われることである¹⁶⁵⁾。名誉権侵害に基づく表現行為の事前差止めが求められる場合には、裁判所は、摘示された事実の真実性等について判断が必要であり、「表現の外面上の点」のみならず、その思想内容そのものについて審査をしなければならない。名誉権侵害に基づき表現行為の差止めを命じられた者は、摘示しようとしていた事実や、それらに基づく思想、人物等に対する評価等を流布させることが不可能となる。プライバシー権侵害についても同様であり、プライバシー侵害とは私生活上の事実または私生活上の事実らしく受け取られるおそれがある事柄であって一般の人々に未だ知られていない事柄をみだりに公開することであるから、プライバシー権侵害に基づく事前差止めが命じられる場合にも、表現者が流布しようとしていた事実やそれに基づく評価等の流布そのものが不可能となる。

以上に対し、著作者の権利に基づく差止めが求められる場合には、「思想内容」やその前提となる事実およびその評価等について裁判所が審査をすることがあり得ない。そもそも著作権法は、「思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件」を保護の対象とせず（「評価」も思想、感情若しくはアイデアに含まれる）、それらの自由な流通を何ら阻止するものではなく、それゆえに、裁判所における著作権・著作者人格権侵害の有無の判断も「思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件」とは無関係に行われる。つまり、思想内容やその前提となる事実およびその評価等とは全く無関係に、外面的な「表現」が他人の著作権・著作者人格権を侵害するものである場合に差止請求権が認められるのである。そして、著作権・著作者人格権侵害ゆえに、ある表現の流布が差し止められる場合であっても、「思想内容」やその前提となる事実を他の

165) 最判平成5年3月16日民集47巻5号3483頁も、北方ジャーナル最高裁判決は、「発表前の雑誌の印刷、製本、販売、頒布等を禁止する仮処分、すなわち思想の自由市場への登場を禁止する事前抑制そのものに関する事案において、右抑制は厳格かつ明確な要件の下においてのみ許容され得る旨を判示したものであるが、本件は思想の自由市場への登場自体を禁ずるものではないから、右判例の妥当する事案ではない。」と述べている。

表現方法によって表現する限りにおいては、差止めを受けた者が同一の「思想内容」やその前提となる事実を流布させることは何ら妨げられない。つまり、民主主義社会において不可欠な、思想やその前提となる事実の自由な流通は、ある思想内容を表現するために他人の著作物を利用せざるを得ないというような極端な場合でない限り、著作者の権利に基づく差止めによっては害されないのである。以上に述べたような名誉毀損等との差異からすれば、法廷意見がいう「事前抑制たることの性質上、予測に基づくものとならざるをえないこと等から事後制裁の場合よりも広汎にわたり易く、濫用の虞がある」という点も、著作権・著作者人格権の侵害が問題となる場合には妥当しないといえよう。

また、第3の理由も現在では妥当しない。北方ジャーナル最高裁判決で問題となった仮処分命令は、民事保全法の制定・施行前に、仮処分命令申立てがあった当日に債務者の審尋を経ることなく発令されたものであるところ、民事保全法が施行された現在では、仮地位仮処分決定は、原則として口頭弁論または債務者が立ち会うことができる審尋の期日を経なければ発することができない（民事保全法23条4項本文）。実際の手続としても、債務者審尋の機会は必ず与えられるといってもよいし、仮地位仮処分の審理が本案に代替する機能を有するとも言われているところであり、とりわけ著作権・著作者人格権侵害事件に関しては、仮処分審理と本案審理との違いはほとんどない（後記第5、2(1)参照）¹⁶⁶⁾。

(c) 米国の強い影響を受けているといわれる北方ジャーナル最高裁判決は、米国の事前抑制の法理を検討するに際し、名誉毀損に基づく差止命令の歴史的背景等も考慮していたかは明らかではない。名誉毀損（defamation—厳密に言えば libel と slander に区別される）に基づく差止命令については、修正第1条ないし事前抑制の法理が問題となるだけでなく、もともと歴史的に、エクイティは名誉毀損を差し止めないというエクイティの伝統的ルールがあったことに注意する必要がある¹⁶⁷⁾。そのため、裁判所は、文書による名誉毀損（libel）に

166) 後掲注184) 参照。

対する差止命令は原則として否定的であって、特に暫定的差止命令はできないと解されているようであり、合衆国最高裁判所も、名誉毀損に対する救済として差止命令を認めたことがないとされている¹⁶⁸⁾。筆者がみる限り、エクイティは名誉毀損を差し止めないというエクイティの伝統的ルールが、その後、修正第1条ないし事前抑制の法理に支えられるようになってきたことが、事前抑制の法理をめぐる議論の混乱の要因ではないかと思われる。また、当時の為替レートを考慮するにせよ、米国における文書による名誉毀損の損害賠償額は、わが国より著しく高額であり、約100倍であったという指摘もあり¹⁶⁹⁾、このような高額の懲罰的損害賠償が認められているというバランスの上に、差止命令の問題があることの考慮がどこまでなされていたかも明らかではない。大橋進裁判官が補足意見において、名誉権侵害に基づく損害賠償額の低さを指摘するが、制度全体のバランスとしては、損害賠償との関係をも考慮することが重要であったと思われる。

167) エクイティは名誉毀損を差し止めないというルールは、次のようなエクイティの歴史的要素の影響を受けている。すなわち、差止命令はエクイティ上の救済であるところ、①歴史的にエクイティの管轄が財産権の保護に限定されていたため、名誉毀損等の人的利益 (personal interest) の保護のための差止命令を認めていなかったこと、②人的利益を保護するために (名誉毀損が犯罪に当たり得ることを前提として) 犯罪を差し止めることに否定的であったこと、③陪審による裁判を否定する結果となることなどがある。Mark P. Denbeaux, *The First Word of the First Amendment*, 80 *Nw. U. L. Rev.* 1156 (1986), n. 10 & 1201-1207. *See also* Dobbs & Roberts, *supra* note 17, at 170-172, 179, 181-182.

168) 以上につき、Smolla & Nimmer, *supra* note 7 § 15:57; Dobbs & Roberts, *supra* note at 17, at 181-182; Lemley & Volokh, *supra* note 12, at 149-150. *See also* *Tory v. Cochran*, 544 U.S. 734, 737-738 (2005). 紙谷雅子「名誉毀損に対する差止命令の合憲性」*ジュリ* 1310号 (2006年) 157、161-162頁。ただし、これらの議論も、必ずしも出版前など表現が発表される前の事案に限られているわけではないようである。

しかし、近時、下級審判例の傾向として、いったん裁判官または陪審が問題となっている言論が名誉毀損であると事案審理で最終的に判断したときは、虚偽であると判断された当該言論は差し止められ得ると解しているなど近時の新たな傾向については、Tensmeyer, *supra* note 94, at 51 *et seq.*; Smolla & Nimmer, *supra* note 7 § 15:57.

169) 田中英夫『英米法のことば』(有斐閣・1986年) 166頁。

(2) ウォール・ストリート・ジャーナル事件

東京高判平成6年10月27日知的裁集26巻3号1151頁（以下「WSJ控訴審判決」という。）および東京地判平成5年8月30日知的裁集25巻2号380頁（以下「WSJ異議審判決」という。）では、米国において日刊新聞The Wall Street Journal（以下「本件新聞」という）を継続して発行するX（債権者・被控訴人）が、わが国において本件新聞の記事を抄訳して紙面構成に対応して配列した文書（以下「本件文書」という）を募集した会員に作成・頒布するY（債務者・控訴人）に対し、本件文書の作成・頒布は、債権者の本件新聞について有する編集著作権を侵害するとして申し立てた本件文書の作成・頒布の差止仮処分が認められた事案である。この事件では、将来作成される著作物の編集著作権に基づく差止めの可否等が問題となった。

仮処分手続では、昭和61年9月1日以降仮処分命令発令日までに発行される本件新聞、または同日の翌日以降に発行される本件新聞に対応する本件文書の作成または頒布の差止めを認容する仮処分決定がなされた（東京地決平成3年9月24日知的裁集25巻2号408頁）。これに対して、WSJ異議審判決では、原決定の主文を一部変更し、口頭弁論終結日の翌日以降に発行される本件新聞については、それが発行されることを条件として、これに対応する本件文書の作成または頒布の差止仮処分を維持した。しかし、Yが表現の自由に関しては主張していたものの、事前抑制の主張はしていないこともあり、WSJ異議審判決は、事前抑制の法理自体に全く言及がないまま差止請求を認めている上、「本件において、債務者は、前記のとおり、債権者新聞の個性を形づくる素材の選択・配列を債権者新聞に依拠してこれを模倣した債務者文書を作成し、これを多数の者に商業ベースで頒布していたものであって、このような行為が表現の自由の名を借りて許されるものでないことはいうまでもない」と判示していた。

これに対して、WSJ控訴審判決では、Yが本件文書の事前差止仮処分を認めたことは憲法違反である旨主張した点に関して、次のとおり述べ、事前抑制または検閲には当たらないとした。

すなわち、北方ジャーナル最高裁判決を引用しつつ、「著作権侵害行為については、著作権法112条により事前差止めが認められているし、表現行為に対する事前抑制が許容されるために右のような要件が必要であるとされる前記理由に鑑みれば、事前差止めであっても、前記のような弊害が生じる危険性がほとんど存しない場合には、当該事前差止めは、実質的には、事前抑制に当たらないものと解するのが相当である。

①本件において、控訴人は、昭和61年9月から、被控訴人新聞が発行される毎に継続的に控訴人文書を作成・頒布してきたものであり、すでに作成・頒布された控訴人文書は被控訴人新聞の編集著作権を侵害するものであること、②原判決が発行事前差止めの対象とした原判決別紙文書目録（一）、（二）の文書は、すでに発行・頒布された控訴人文書の構成と同一であって、具体的な要素（素材）の点は別として、その他の内容はすでに公のものとされているとみてよいこと、③右文書目録（一）、（二）の記載は、侵害文書を構成するものとしての特定として明確であること、及び、④原判決は口頭弁論を経てなされたものであることを総合すると、原判決が、控訴人文書に対する発行事前差止めの仮処分を認めたことによって、前記のような弊害が生じる危険性があるとは認め難く、実質的には事前抑制に当たらないものと認めるのが相当である。

また、憲法21条2項前段にいう検閲とは、行政権が主体となって、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査したうえ、不適当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるものを指すと解すべきであるところ、仮処分による事前差止めは、表現物の内容の網羅的一般的な審査に基づく事前規制が行政機関によりそれ自体を目的として行われる場合と異なり、個別的な私人間の紛争について、司法裁判所により、当事者の申請に基づき差止請求権等の私法上の被保全権利の存否、保全の必要性の有無を審理判断して発せられるものであって検閲には当たらないものというべきであるから（前記最高裁判決、及び最高裁昭和59年12月12日判決・民

集38巻12号1308頁参照)、原判決が控訴人文書に対する発行事前差止めの仮処分を認めたことが、憲法21条2項前段が規定する検閲の禁止に違反するものということではできない。」(傍点および番号は引用に際して付した)

しかし、著作権法112条により事前差止め(出版前の差止め)が認められているのであれば、同条の要件が充足されれば、直ちに事前差止めも認められるのであるから、あえて、北方ジャーナル最高裁判決でいうような弊害が生じる危険性がほとんど存しない場合には、事前差止めは、実質的には事前抑制に当たらないと述べる必要はないはずである。その意味で、WSJ控訴審判決は、前記1の著作権法の一般的見解とは理論的には一貫しないようにも見える。

しかし、WSJ控訴審判決は、債権者が未だ作成・発行していない編集著作物に係る編集著作権に基づいて、将来その編集著作物たる本件新聞が発行されることを条件として、将来作成・頒布されるであろう債務者の本件文書につき差止仮処分(しかも、編集の対象となる素材自体も将来生じるのが通常であるという特殊性がある)が認められていることを考慮して、このような判示をしたということが考えられる。つまり、この事件は、既に存在する著作物に係る著作権に基づいて既に(一部にせよ)作成されている出版物につき、出版前に差止仮処分を発令する通常の場合とは異なり、編集著作権に基づく差止請求権自体が将来現実に発生するか否かに不確定要素が相当程度あり、本案では、将来の差止請求権の立証がなされ得るのかについて疑義がないわけでないという事案なのである。当然のことながら、そのような場合は、通常の場合よりも、公衆アクセスをより早い段階で差し止めるという意味で、債務者の表現の自由が不当に害されるおそれがより大きいといえる。以上のような事案の特殊性から、WSJ控訴審判決は、実質的には事前抑制に当たらないとあえて判示したものと解されるのである。むしろ重要であるのは、上記のような事案の特殊性ゆえに、通常の事前差止めの場合よりも債務者の表現の自由が不当に害されるおそれがより大きいにもかかわらず、結論として、裁判所は、北方ジャーナル最高裁判決の要件に全くよらずに、差止仮処分を認めているということである。

なぜそのように考えられるかについては、以下のように解することができる。

まず、そもそも WSJ 控訴審判決が、事前抑制の弊害が生じる危険性がない理由として挙げているもののうち、上記②は全く理由にならない（WJS 異議審判決別紙文書目録（二）の内容をみれば、将来作成・頒布される本件文書の内容が既に公になっているとは到底言えない。債権者が将来作成・発行する本件新聞における素材の選択・配列の表現は、未だ作成すらされていないのであるから当然公になっておらず、ひいては、この翻案物たる債務者の本件文書における素材の選択・配列の表現の内容も公になっているとはいえない）。その他の理由も、「債権者が将来作成・発行する本件新聞の編集著作権に基づく、債務者が将来作成・頒布する本件文書の差止請求権が、将来発生する蓋然性が高いと認められる」ことを基礎づけるものにすぎない。

そうすると、WSJ 控訴審判決が、将来差止請求権が発生する蓋然性が高いことを基礎づける理由を挙げているのは、おそらく上記のような事案の特殊性を前提として、「事前抑制たることの性質上、予測に基づくものとならざるを得ない」ことに起因する弊害はないという趣旨であると考えられるであろう。現に、WSJ 控訴審判決は、引き続き「控訴人文書の作成・頒布による被控訴人新聞の編集著作権に対する侵害行為は明白であり、しかも昭和61年9月以降継続的に、侵害行為が行われてきたものであること、被控訴人新聞の編集著作権を保護するためには控訴人文書の発行差止めが有効かつ適切であること、その他本件に顕れた一切の事情を考慮すると、原判決が控訴人に対して、控訴人文書の発行事前差止仮処分を命じたことが、事前抑制又は検閲に当たるとは到底認められない。」と述べていることから、そのことがうかがえる。そのように解さない限り、WSJ 控訴審判決が、別の箇所「著作権法112条は、著作権を侵害するおそれがある者に対し、その侵害の予防を請求することができる旨規定しているから、既に著作権が発生している場合には、たとえ侵害行為自体はいまだなされていない段階においても、予測される侵害に対する予防を請求することができることはいうまでもない。」と判示していることとの整合性を図ることができないであろう。しかし、WSJ 控訴審判決が事前抑制の法理の文脈で述べていることは、将来の給付の訴え（民事訴訟法135条）ない

し申立ての適法性の問題として取り扱うべきものである。将来作成される著作物の著作権に基づく差止請求権であっても、その差止請求権が認められる場合には、事前抑制の法理は本来問題とならないはずである。したがって、WSJ控訴審判決は、将来の給付の訴え・申立ての適法性という問題と、事前抑制の法理という別次元の問題とを明らかに混同しているといえよう。

以上によれば、WSJ控訴審判決は、著作権に基づく事前差止めにも、北方ジャーナル最高裁判決の事前抑制の法理が適用になることを前提としていると解することはできない。

(3) 著作権判例百選事件

東京地決平成28年4月7日判時2300号76頁¹⁷⁰⁾は、債権者が、編集著作物たる雑誌（以下「本件著作物」という）の共同著作者の一人であることを前提に、債務者が発行しようとしている改訂版の雑誌（以下「本件雑誌」という）は本件著作物を翻案したものであるなどと主張して、本件著作物の①翻案権並びに二次的著作物の利用に関する原著作物の著作者の権利（著作権法28条）を介して有する複製、譲渡権および貸与権、②著作者人格権（氏名表示権・同一性保持権）に基づき、本件雑誌の複製等の差止仮処分を申し立てたところ、これが認められたため、債務者が保全異議を申し立てた事案である。債務者が、事前抑制の法理として、出版の事前差止めが認められるためには、①権利侵害の明白性、②権利者の損害の重大性、③事後回復の不能性・困難性という3要件が全て肯定される必要があると主張していたのに対して、次のように判断した。

「北方ジャーナル事件における仮処分は、出版物の表現内容（しかも『公務員又は公職選挙の候補者に対する評価、批判等』の表現行為）が名誉棄損に当たるとして、その内容の言論を公にすることを差止めるものであるのに対し、本件の仮処分は、一定の素材の選択・配列による編集の仕方が著作権法違反

170) 抗告審（知財高決平成28年11月11日判時2323号23頁）では、原決定が取り消されて、申立てが却下されているため、事前抑制の法理についての判示はなされていない。

であるとして、そのような編集の仕方による出版物を公にすることを差し止めるものであり、言論の内容（執筆者による個々の解説の内容）を公にすることについては何ら禁止するものではない（換言すれば、本件においては、執筆者の執筆した解説の内容の当否については全く審理・判断の対象となっておらず、差し止め仮処分がされても、当該編集の仕方による出版物ではない形により当該言論の内容を公にすることは何ら妨げられないのに対し、北方ジャーナル事件においては、出版物の記事の内容を審理しその当否を判断して差し止め仮処分がされており、同仮処分では、編集や出版の仕方を変えても当該言論の内容を公にすることは許されないことが含意されている。）。以上のとおり、両事件は事案の基本的な性格を全く異にするから、上記最高裁判決を本件に援用するのは適切でなく、債務者の上記主張は採用することができない（上記のような性格を有する本件において、債務者の主張する3要件が全て肯定される場合でなければ出版の事前差し止めが許容されないとする法的根拠はなく、これら3要件が全て肯定されないからといって、著作権法112条1項に基づき出版の事前差し止めを認めることが、上記最高裁判例に違反するということはできないし、直ちに憲法21条1項に違反するということもできない。）」

さらに、本件雑誌の出版の差し止めが認められた場合には、債務者および本件雑誌の編者4名の表現の自由が制限されるのみならず、執筆者の表現の自由および公表権が制限されるという債務者の主張に対しては、次のように判示した。「債務者との関係では、表現（編集、出版）の目的を達成するために様々な表現（編集、出版）の仕方がある中、既に公刊されている先行著作物の表現上の本質的特徴を直接感得できる形で、著作権法に違反する表現をする自由は、正当なものとはいえない。また、出版の差し止めによって債務者に一定の不利益が生じることは確かであるが、債務者の被る不利益の実質は、表現内容を公にすることが全面的にできなくなる不利益などではなく、現在の状態のまま出版する代わりに著作権法違反にならないような形での出版（それには多種多様な方法があり得る。）をしなければなくなる不利益にとどまるというべきであり、かつ、その不利益は、前記(8)のとおり債務者が自ら招いた面があるのであ

る。そうすると、本件雑誌の事前差止めが債務者の表現の自由（憲法21条1項）を侵害するということとはできない。同様に、上記差止めが本件雑誌の編者4名の表現の自由（憲法21条1項）を侵害するものでもないことは、前記(8)で説示したとおりである。」（傍点は引用に際して付した）

判示を検討する前提として、仮処分決定は、「編集著作物としての」本件雑誌の複製等を差し止めるものであるから、個々の素材である各執筆者の判例解説を公表することを含め一切の行為をすることは、仮処分決定とは何ら関係がなく、禁止されない。各執筆者がそれぞれの判例解説をウェブサイト等において公開することも当然可能である。また、各執筆者が、上記公開の際に各判例解説に編集部分（執筆者に配布した項目リスト）を付して公開することも、仮処分決定での差止めの対象ではなく、自由にできる。そのため、各執筆者の判例解説については、事前抑制の法理自体が問題にはならない点に注意が必要である¹⁷¹⁾。

そして、米国法でも示唆されていたとおり、著作権法で保護されるのは表現のみであるため、他人の表現を複製・翻案等とまらない程度に異なる表現を行えばよく、その意味で本件雑誌の編者らの表現の自由も問題とならない。その点が「当該編集の仕方による出版物ではない形により当該言論の内容を公にすることは何ら妨げられない」「先行著作物の表現上の本質的特徴を直接感得できる形で、著作権法に違反する表現をする自由は、正当なものとはいいい難い」

171) 編集著作物としての書籍等の複製等の差止請求権が求められている場合に、個々の素材の発表等一切の行為が禁止されないことは、著作権法上当然のことと思われる。

しかし、木下・前掲注3) 法時97頁以下は、ヴィルヘルム・ディルタイの解釈学的循環や最判平成20年2月19日民集62巻2号445頁〔第二次メイプルソープ事件〕でのわいせつ性の判断等を指摘しつつ、本件雑誌が、それ「全体」として、個別の解説には還元できない独自の意味を持ち得ること、かつ、個別の解説も「全体」の「部分」として、独自の意味を持ち得ることが肯定できる場合は、仮処分決定が本件雑誌の「全体」や「部分」によって体现される特定の思想・情報を差し止めていることになるなどと論ずる。その論理関係を理解することは容易ではなく、また、指摘すべき点は種々あるが、紙幅の関係上、すべてを論じることはできないので、ここでは少なくとも次の点を指摘しておく。

という判示に現れているといえよう。また、北方ジャーナル最高裁判決で指摘したとおり、名誉権侵害においては、著作者の権利の侵害とは異なり、思想内容そのものまで審査され得るという点が、「北方ジャーナル事件においては、出版物の記事の内容を審理しその当否を判断して差止めの仮処分がされており、同仮処分では、編集や出版の仕方を変えても当該言論の内容を公にすることは許されないことが含意されている。」という点に的確に指摘されている点でも参考になる。

3 検討

(1) これまで、著作者の権利に基づく出版前の差止請求権に事前抑制の法理が適用になるかという問題について、米国法、ドイツ法、わが国における議論を検討した。

比較法による検討を踏まえてまず指摘すべきことは、結論として、ドイツ法

(前頁からつづき)

まず、その根拠として引用される文献は、わずかに法学者ではなく「哲学者」であるヴィルヘルム・ディルタイの全く無関係の内容が記載された文献だけである。しかも、ヴィルヘルム・ディルタイ（久野昭訳）『解釈学の成立〔改訂版〕』（以文社・1981年）38頁は、「哲学」の解釈論という文脈で、「個々の言葉や、その言葉の結びつきから、ある作品の全体を了解すべきである、と同時に、他方、個々の言葉を完全に了解するには、その前提として、すでに、全体の了解がなければならぬ。」と述べるにすぎず、上記主張を導く根拠には全くならないことは明らかである。同38-39頁は、上記引用箇所続き「個別が先か、全体が先か、という、この循環は、個々の作品と、その筆者の精神のありよう、また筆者の発展との関係においても、くりかえされるし、さらに、同様、この個々の作品と、その作品の属する著述分野との関係においても、立ち戻ってくる。」と述べており、編集著作物における素材の選択配列と、素材との関係とは全く関係がないことが述べられているにすぎない。それ以外の文献も、上記主張を基礎づけるものでは全くない。木下・前掲の注21で引用されている Eugene Volokh & Donald M. Falk, Google: First Amendment Protection for Search Engine Search Results, 8 J.L. Econ. & Pol'y 883, 887 (2012) も、編集著作物における編集とは全く関係のない文献であり、言論の自由には、言論内容に何を含め、何を除外するかを選択する権利が含まれることが述べられている文脈で、言論の内容をどのように取舍選択するかを「編集的選択」と称しているにすぎず、全く根拠とはならない。

であれ米国法であれ、法体系の差異はあっても、著作者の権利の侵害が認められる限り、出版前など表現の発表前であっても（仮処分や暫定的差止命令によるのか、終局判決によるのかを問わず）著作者の権利の侵害に係る表現行為を差し止めることが当然に認められているということである。そして、そこでは、出版前など表現の発表前であるのか後であるのかという区別が全く問題とされておらず、また、事前抑制ないし検閲との関係も問題とされていないのである。

そもそも、著作権法は、侵害レベルの問題として、著作物を利用する者の表現の自由等との利益衡量を内在的に含むものであり、その調整のために、次のような点で著作権・著作者人格権保護を限界づけている。すなわち、①著作権法が保護する対象はアイデアではなく、創作的な表現だけに限られている。②著作権法は、著作権・著作者人格権の内容および外延を定めた上で、著作権の制限に関する規定（同法30ないし50条）や権利根拠規定を適用しない等とすることにより実質的に権利制限規定と同様の働きをする規定（同法19条2項以下、20条2項、26条の2第2項等）、裁定により著作物の利用を可能にする規定（同法67条ないし70条）など、著作物を利用する者の表現の自由等と著作者等の権利保護との調和を図る規定を多数内包している¹⁷²⁾。さらに、③著作物の保護期間を一定期間に制限している（同法51条ないし58条）¹⁷³⁾。

このように、第一次的には、立法者が、著作者の権利と表現の自由や報道の自由等との対立に関して利益衡量を行った上で、支分権や権利制限等の諸規定を定めて著作者の権利の適切な範囲を画した上で、著作者の権利には（予防的）差止請求権という救済手段を与えているのである。もっとも裁判所は、これら諸規定によって適切な保護が図られないという例外的な場合には、支分権や権

172) もっとも、わが国では、フェアユースのような一般条項はないという指摘があるかもしれない。しかし、著作権法で規定する権利制限規定を適切に解釈することによって、著作物を利用する者の表現の自由を保護することができる。その一例として、引用（著作権法32条）を挙げることができるが、この点については、大淵哲也「著作権間接侵害の基本的枠組（後編）」著研40号（2013年）272頁注186参照。

フェアユースと表現の自由については、長谷部・前掲注35）表現の自由と著作権20-21頁も参照。

利制限等の諸規定の解釈適用にあたって表現の自由等を考慮することになるのである。しかし、わが国の法制度を前提とする限り、利用者の表現の自由等との関係は、いずれにせよあくまでも「侵害のレベル」での問題として対処されることになっている。逆にいえば、これを前提として、著作権法112条1項は、著作権・著作者人格権の侵害または侵害のおそれがあるときは、直ちに差止請求権が認められることを規定していると解されるのである。したがって、当該表現が著作権・著作者人格権を侵害すると判断される限りにおいては、差止請求権を認めるについて救済レベルで表現の自由や事前抑制との関係を問題にする必要がなく、また問題とされるべきでもないという点が非常に重要である（権利濫用等一般条項による場合はもちろん別である）。

著作者の権利に基づく差止請求権の明文規定があり、かつ、法律要件を充足すれば直ちに法律効果が生ずるという法制度となっているわが国やドイツでは、以上のように解すべきことになる。しかし、実体法と救済法のレベルが異なり、事前抑制と事後制裁を区別する米国の判例法においてさえも、著作権法には侵害レベルで修正第1条の利益を保護するセーフガードが内在的に組み込まれていることを前提として、（差止命令の裁量権行使の要件として表現の自由等の要素が考慮される場合を別として）著作権に基づく出版前の差止命令は事前抑制に当たらないと一般的に解されていることは、別の意味で非常に重要であろう。

特に米国法で示唆に富むのは、次の点であると思われる。すなわち、アイデア表現二分論によって、著作権法で保護されるのはあくまで表現のみであるから、表現とアイデアがマージしているような極端な場合はともかく、自分の思

173) 以上につき、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——アメリカのCTEA憲法訴訟を素材として——」学習院39巻2号19、22頁注3も、本文で掲げた3点を挙げて、「この“三種の神器”ともいうべき重要な三つの制度の下で、著作権法は、著作者の保護と表現の自由等とのバランスが実現されるように配慮しているのである。」として、同旨のことを述べる。なお、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）」NBL777号（2004年）20-21頁、佐藤・前掲注2）表現の自由502頁も参照。

想等を表現する手段として、他人の著作権侵害とならない表現が可能である限り、そのような表現をすればよいのであり、思想の自由市場へ参入する機会は何ら制限されないということである。表現の自由論の他のアプローチである自己統治あるいは自己実現という点でも、著作権侵害とならない表現が可能である限り、同様に制限されないであろう。この点は、前記2(1)(b)で述べたとおり、名誉毀損等とは大きく異なるという意味でも重要である。

従来、著作者の権利と表現の自由等の衝突という問題が論じられる場合には、事前抑制の法理という問題設定ではなく、権利制限規定等の解釈適用という場面をめぐって議論がなされてきたことの理由も、まさにここにある。その意味で、北方ジャーナル最高裁判決が必要とする「厳格かつ明確な要件」こそが、著作権法における支分権や権利制限等の諸規定および著作権法112条1項の規定なのであり、この「厳格かつ明確な要件」を、後記第5、1(1)の各見解が主張する要件であると解すべき理論的根拠はない。

ドイツであれ米国であれ、未だ一度も侵害がなされていなくても、侵害のおそれが認められるのであれば、出版前など表現が発表される前であっても、検閲ないし事前抑制を問題とせず、著作者の権利に基づく予防的差止請求権が認められていることは、著作権・著作者人格権の保護を実効性あるものにするためには、ある意味当然である。出版前の差止請求権には、デットコピーの場合以外は、後記第5、1(1)の各見解が主張する要件を常に満たさなければならないとすれば、著作者は、著作権・著作者人格権が侵害されて侵害物が拡散するという事態が生じるのを待たなければならない、損害賠償および刑事罰という手段しか残されていないことになる。しかし、このような結論は明らかに不当であり、事実上の支配が可能な有体物に対する所有権とは異なり、著作者の権利は、その性質上、ただでさえ侵害に対して脆弱であるにもかかわらず、このように差止請求さえできなくなるというのであれば、著作者の権利は、画餅に帰すに等しいであろう。

以上によれば、著作権法は、予防的差止請求権が当然認められることを前提としつつ、「事前抑制か事後制裁かという観点ではなく」侵害レベルにおいて、

表現の自由等との調整を行っているというべきなのである。したがって、著作権法の制定過程を通じて、出版前など表現が発表される前の予防的差止請求権が事前抑制にあたるかが問題とされていないのも、学説・判例が特に言及していないのも、いわば暗黙知として当然であるからであり、この暗黙知は、ドイツ法および米国法の議論とまさに合致する。

わが国の法制度を前提とする限り、ある表現が著作権・著作者人格権を侵害するのであれば（あるいは侵害するおそれがあれば）、当該表現が出版前など発表される前であろうと後であろうと、当該表現が憲法上保護されないものとして、それぞれの要件を充足する限り、当該表現に対する差止請求も損害賠償請求も認められるべきなのである。

(2) これに対して、特にドイツ法の検討に照らせば、北方ジャーナル最高裁判決の名誉権に基づく差止請求権に関する判示は、わが国の法制度から見るとかなり特異な位置づけにあるものといえる。本来であれば、事前抑制か否かではなく、差止請求権・損害賠償請求権の成立要件の問題として端的に議論すべきではなかったかと思われる。

しかも、北方ジャーナル最高裁判決で直接に問題となっているのは、国および仮処分申請人らに対する損害賠償請求であり、問題とされた仮処分決定に対しては、異議審、控訴審を経て、憲法違背のみを理由とすることができる特別上告審において、特別上告適法の理由に当たらないという理由で上告が却下されている¹⁷⁴⁾。本件の国家賠償請求に関しては、最判昭和57年3月12日民集36巻3号329頁の射程範囲が及ぶと解されるため、国との関係だけであれば、「当該裁判官が違法又は不当な目的をもつて裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行行使したものと認めうるような特別の事情」の存否が判断のポイントとなるところ、原審でこの点が何ら認定されおらず、最高裁判所も直接判断すべき事柄でもないから、憲法判断をするまで

174) 須藤典明「北方ジャーナル事件大法廷判決について」法律のひろば39巻10号（1986年）9、25頁注2。

もなく国に対する上告は棄却されるべきであったと考えられる事案であった¹⁷⁵⁾。

なお、著作権・著作者人格権以外の場合であっても、出版前の差止請求権を認めるに際し、北方ジャーナル最高裁判決が定立した要件を考慮していない判例もないわけではない。すなわち、東京地判平成9年6月23日判タ962号201頁¹⁷⁶⁾、東京地決平成21年8月13日判時2053号65頁¹⁷⁷⁾は、事前抑制の法理を適用していないことを指摘しておく。

(3) 最後に、既に述べてきたように、著作権・著作者人格権侵害事件では、事前抑制と事後制裁の区別を問題とする必要は全くないが、そもそも、それ以外の場合にも事前抑制と事後制裁とを区別することが理論的に正しいあり方であるのかという点にも大きな疑問がある。憲法では一般的にそのように述べられることが多いが、憲法上保護されない表現であれば、事前抑制も事後制裁もいずれも本来は認められるはずであり、なぜ事後制裁のみが認められて事前抑制が認められないことになるのかという疑問である。

わが国の法およびドイツ法では、米国法のように、差止請求権と損害賠償請

175) 須藤・前掲注174)23-24頁。この点、同頁は仮処分申請人らに対する損害賠償請求もあったため、憲法判断をせざるを得なかったのではないかと述べるが、仮処分自体については、異議審、控訴審を経て特別上告が棄却されているため、不法行為の違法性としてどこまで判断に踏み込むべきであったかは、仮処分申請人との関係でもなお検討の余地があるように思われる。

176) 私生活の平穏という人格的利益に基づいて、出版が予定されていた書籍等の出版、販売の差止めが認められた事案である。なお、上記書籍には、芸能人の自宅や実家の住所や電話番号について、既に被告が出版販売していた別の書籍よりも、より詳しい情報の記載が予定されていた。前掲東京地判平成9年6月23日は、「被告らの主張するように、表現の自由あるいは出版の自由が私法秩序の上でも尊重されなければならないとしても、本件書籍の内容は、前記認定のとおり、公益を目的とするものではなく、『おっかけ』を助長することにより被告らの営利を図るものであり、そのような性質を有する本件書籍の出版、販売という表現・出版の自由よりも、原告タレントらの人格的利益の保護が優先するものというべきであり、表現・出版の自由ということを考慮しても、本件書籍の出版、販売は原告タレントらの人格的利益を侵害する違法な行為というほかはない。」として利益衡量によって判断している。

求権との関係に、優先関係があるわけではない。これに対して、米国法では、歴史的経緯から、コモンロー上の救済である損害賠償が原則であり、損害賠償が救済として十分であるときはエクイティー上の救済である差止命令を認めないというのが伝統的立場であり、このことが、差止命令の要件にも反映されている。それだけではないが、それも1つの要因となつて、米国法では事前抑制と事後制裁の違いが出てくるわけであるが、わが国にこれが直ちに妥当するわ

177) 人格権としての肖像権に基づいて、あるストリップショー（本件ストリップショー）に出演した債権者の写真を出版図書へ掲載することを禁止する仮処分仮処分が認可された事案である。本件ストリップショーに出演した債権者の写真を掲載した雑誌2誌が債務者から既に発行されていたが、原決定の主文は「債務者は、その出版する図書につき、債権者を被写体とし、平成21年6月5日から同月11日までの間に、東京都B区C二丁目10番2〔筆者注：12の誤記〕号所在のA場内において撮影された写真を掲載してはならない。」というものであったため、主文で掲載が禁止されている写真は、必ずしも既に発行済みの雑誌に掲載された写真に限られず、また、掲載する出版物も特定はされていない。しかし、事前抑制の法理は適用されていない。債務者は「原決定は事前抑制の対象となる出版物、掲載を禁止する写真、掲載の方法・目的・態様等を何ら特定していない包括的抽象的なものであって、表現の自由を制限する手段として不当であり、報道・出版の自由を保障した憲法21条1項に違反する」と主張していたが、いずれも排斥されている。

これに対し、その抗告審（東京高決平成22年3月4日判時2112号43頁）では、仮処分認可決定が取り消されて、仮処分申立てが却下された。しかし、その理由は、相手方は、所属する芸能事務所が申し立てて発令された本件ストリップショーへの出演禁止仮処分決定に反して出演を強行したこと、本件ストリップショーの集客数、異議審決定後、相手方が本件ストリップショーと同様の公演内容のショーに他の劇場でも出演したり、債権者の本件ストリップショー公演の映像を含むDVDが発売されたり、他の雑誌に本件ストリップショーでの裸体の写真を掲載させたりしていることなどの事実から、既に相手方が本件「ストリップショー公演の際の裸体を含む自己の裸体をマスメディアやDVDを通じて広く社会にさらしている（これによって社会の耳目を集めて芸能活動復帰を成功させようと企図している）現状および相手方が原告人に求める本件写真の出版図書への不掲載が表現の事前抑制に該当し表現の自由の観点からこのような不作為を裁判所が命ずることについては謙抑的であるべきことに照らせば、相手方は原告人に対して原告人が今後出版する図書への本件写真の不掲載を一般的に事前に差し止め得るまでの強い権利（本件仮処分命令申立ての被保全権利（肖像権、人格権又はパブリシティ権）を有しない）」というものであって、事前抑制に該当すると述べながらも、北方ジャーナル最高裁判決の要件が検討されているわけではない。

けではない。さらに、名誉毀損の場合には、歴史的にエクイティは名誉毀損を差し止めないというエクイティの伝統的ルールがあったが、現在では、その伝統的ルールが修正第1条ないし事前抑制の法理に根拠を見出ししていることは既に指摘したところ、名誉毀損に基づく差止命令を原則として認めていない判例法に対する上記伝統的ルールの影響も考慮する必要がある。

また、米国法において、事前抑制の法理の理論的根拠自体、ひいては事前抑制と事後制裁の差異がどこにあるのかといった点にも定見はないようであり、差止命令が裁判所の裁量に基づくこと、差止命令の審理が陪審によって行われないこと、差止命令違反の効果が裁判所侮辱であり、差止命令が違法であることを裁判所侮辱の審理手続では争えないコラテラル・バー・ルールがあることなど英米法特有の事情あるいは歴史的背景を前提としなければならないのか、それともわが国でも同様に解し得るのかは、英米法の制度との差異を踏まえた上での、事前抑制の理論的根拠の探求が不可欠であるが、憲法でもそのような探究は必ずしも十分なされていない¹⁷⁸⁾。しかし、この探究なくしては、わが国においても、「事前抑制は、事後制裁よりも限定された場合しか許容されない」とは言い切れないように思われる。そもそも、差止請求権が認められないとすれば、権利を侵害されるおそれがある者は、その権利が侵害されるのをわざわざ待ってから、損害賠償請求あるいは刑事告訴をしなければならないという結論がどのように正当化されるのであろうか。

わが国と法制度に近いドイツでは、検閲と同視または区別される事前抑制の

178) 例えば、John Calvin Jeffries, Jr., *Rethinking Prior Restraint*, 92 *Yale L.J.* 409, 426-435 (1983) は、著作権法ではない、一般的な事前抑制の文脈において、興味深い点を指摘する。すなわち、裁判所の差止命令と行政官庁の検閲は異なることを論じた上で、裁判所の差止命令は、伝統的なレトリックが示唆するよりもずっと事後制裁の刑事罰に似ていることを指摘しつつ、裁判所の差止命令が事後的な刑事罰よりも修正第1条に重大な影響を有し得る唯一の点は、裁判所侮辱によるコラテラル・バー・ルールであるとして、コラテラル・バー・ルールについて検討している。事後制裁が事前抑制よりも好ましいかという議論は、英米法特有の制度を前提にして議論がなされており、それらを離れては困難であることを示しているといえよう。

法理に相当するものがないようであることも、事前抑制の法理、ひいては事前抑制と事後制裁という区別は、あくまで英米法特有の事情あるいは歴史的背景を前提としているものではないかという疑念を裏付けるようにも思われる。この点で、ドイツ法を研究する民法・著作権法研究者からは、北方ジャーナル最高裁判決によって「今後人格権の保護の弱体をもたらすのではないかとおそれられており、大陸法的な人格権中心の考え方をもっと評価すべきではないかと思っている。」という危惧が表明されることは重要であるように思われる¹⁷⁹⁾。

第5 著作者の権利に基づく出版前の差止請求権に関する近時の見解

1 著作者の権利に基づく出版前の差止請求権に関する近時の見解

(1) 近時、木下昌彦准教授および金子敏哉准教授が、著作者の権利に基づく出版前の差止仮処分について、北方ジャーナル最高裁判決の事前抑制の法理が妥当し、限定的な要件の下でのみ認められるべきである旨を論じておられる。

すなわち、木下准教授は、著作者の権利に対する侵害を理由として、(a)公共の利害に関する出版物について発せられる(b)出版日前の(c)事前差し止めの仮処分命令は、(d)その対象が原著作物の単純複製作品であるなど事前抑制の弊害が生じる危険性がほとんど存在しない場合を除き、原則として許されず、その出版物の頒布等が①著作者の権利に対する侵害となることが明白であり、かつ②被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるときにのみ例外的に

179) 五十嵐・前掲注114) 193頁、藤岡康宏「人格権」法教126号(1991年)36、37-38頁。

また、斉藤博「判批」『民法判例百選Ⅰ総則・物権〔第3版〕』(1989年)14、15頁も「予め要件を設定しようとするれば、しかも、それが『厳格かつ明確な』ものであればある程、すでに要件の内容をめぐって激しく価値の衡量なり序列化が行われることになる。それに、これまでの議論は、多分に憲法の視点からのそれであり、勢い、表現行為の事前『抑制』にその関心が集中し、民事の面で人格権をその侵害から未然に防止するという意識は薄い。もちろん、人格権であっても限界はあり、つねに差止請求できるとは限らない。しかし、そこにおいては、差し止めを求めることができないほうが『例外』である。そして、何がそれに該るかについて同じく判断基準を吟味し、要件を探る必要はあろう。その場合、刑法230条ノ2の規定なり刑法理論から導き出すのではなく、民法学における固有の努力も求められるのではなからうか。」と述べる。

許されると解すべきであるとする。そして、事案が(a)～(d)の状況とは異なる場合には、裁判所は①②の要件をベースとしつつ、その事案類型に沿った要件を提示することになるとする¹⁸⁰⁾。また、金子敏哉准教授も、結論として同旨の見解を採られる¹⁸¹⁾。

わが国の解釈論としては、事前抑制に関しては、著作権者の権利に基づく差止請求権と、名誉権等に基づく差止請求権とは区別して論じられなければならない、北方ジャーナル最高裁判決の事前抑制の法理は、著作権者の権利に基づく出版前の（予防的）差止請求権には妥当しないことは、第4までの検討において既に明らかにしてきた。したがって、北方ジャーナル最高裁判決の事前抑制の法理が、著作権者の権利に基づく差止請求権にも直ちに妥当することを前提とする立論がわが国では採り得ないことは、以上の検討で十分である。第5では、この見解に関して指摘すべきこれ以外の個別の問題点について、さらに検討しようとするものである。金子准教授の見解では、必ずしも理由が述べられていないため、木下准教授の見解を中心に論ずるが、木下准教授の結論を採り得ないという点では、金子准教授の見解に対しても同一の問題を指摘できる。

(2) なお、このほか、大日方信春教授も、著作権に基づく暫定的差止命令のみを念頭に置き、次のように論じておられる。すなわち、著作権に基づく暫定的差止命令の要件は、①原告が著作権者であること、②原典の構成要素を copying していることの2点を原告が立証することに集約されてしまっているかのようであり、この2要件のみに収斂させて差止命令の発令を認容するような裁判実践は、憲法理論および合衆国最高裁判所がこれまで築いてきた言論保護法理を、その意をくむことなく骨組みまで変えてしまうことになるであろう、著作権が財産権的利益に還元できるならば、著作権侵害に対する救済は、事前の差止ではなく、損害賠償等の事後的救済によるを原則とすべきではなかろうか、と述べておられる¹⁸²⁾。上記部分は、米国法の議論を述べておられるのか、

180) 木下・前掲注3) NBL（上）46頁以下、NBL（下）42頁以下、特に49頁。なお、木下・前掲注3) 法時92頁以下も参照。

181) 金子・前掲注3) 266-267頁。

わが国にもそれが妥当するという趣旨なのか自体が明らかではない。しかし、米国法の議論であるとしても、前記第2および第4、3で検討したとおり、著作権侵害事件とそれ以外の事件との差異、米国法における差止命令と損害賠償との関係といった重要な差異が全く考慮されていない。また、現在では終局的差止命令で保護される範囲が広がっているようであるとはいえ、裁判所は、名誉毀損等の人的利益保護のための差止命令の発令には否定的であることなどが考慮されておらず、名誉毀損表現などと同一に解するべきであることを前提としている点で、米国の判例法が正しく理解されていないといつてよいであろう。大日方教授が挙げる著作権侵害における暫定的差止命令の考慮要素が適切かとはともかく、事実上、暫定的差止命令の裁量権行使における要件の適用いかんによっては、表現の自由に対する制約が少なくなるということがあるとしても、これらの要件と事前抑制とは理論的に別個のものであるにもかかわらず、大日方教授は、これを「事前抑制」という表題の下で論じられている趣旨も判然としない。さらにいえば、前述のとおり、米国著作権法では、eBay 判決によって、著作権侵害に関する差止命令についても、伝統的なエクイティの4要件を考慮すべきであると解されている点が看過されていることも指摘しておく。

2 上記見解の問題点

(1) 前提として、木下准教授は、事前抑制の法理の根拠として、①抽象的判断の弊害と②完全で公正な審理の欠如という2つの理由を挙げておられるが¹⁸²⁾、少なくとも著作権・著作者人格権侵害事件では全く妥当しない。

まず、①抽象的判断の弊害の点であるが、出版前では、出版物がもたらす危険は具体的に現実化しておらず、その社会的評価も確立されていないため、いわば表現行為がもたらす結果や表現行為に対する社会的評価が抽象的にしか把

182) 大日方信春『著作権と憲法理論』（信山社・2011年）48-50頁（初出、同「著作権をみる憲法学の視点について」熊法114号（2008年）1、20-22頁）。

183) 木下・前掲注3）NBL（上）51-52頁。なお、①抽象的判断の弊害については、金子・前掲注3）268頁注7も参照。

握できない段階であるから、裁判所は、自らその表現行為がもたらす結果や社会的評価を予測するしかないことを問題とするものである。確かに、わいせつ表現や名誉毀損表現であれば、このような議論も可能であるかもしれない。しかし、著作権・著作者人格権の侵害が問題となる場合には、あくまで外面的な「表現」が著作権等を侵害するものであるか否かを判断するのであって、侵害に係る表現が社会に与える結果はもちろん、社会的評価等とも無関係に審理・判断がなされることは、すでに論じた（前記第4、2(1)(b)参照）。

次に、②完全に公正な審理の欠如という点については、仮地位仮処分の審理の実情が理解されていないといえる。仮地位仮処分の手続では、人証調べとしての審尋（民事保全法7条、民事訴訟法187条）が行われることはまれであり、書証を中心とする立証が行われるとはいえ、申立てから決定までに時間的に制約があるケースでさえ、例外なく双方審尋をしているのが実務上の取扱いである。通常は数回（複雑な事件ではより長期間に及ぶこともある）にわたる審尋において、双方当事者からの主張立証を踏まえるが、事件によっては多数の準備書面や書証が提出されることも珍しくはない。事案に応じて合議体が仮地位仮処分の審理・判断を行うこともある。そして、仮地位仮処分が発令された場合には債務者へ重大な影響を与えるため、通常は、被保全権利等につき相応に十分な心証を得て初めて、仮処分を発令しているのが実情である。とりわけ被保全権利についての判断が微妙であるなど、裁判所がそのような心証を得られない場合には、通常、裁判所が申立ての取下げを勧告するか、申立却下決定をして、本案訴訟での判断によることとしている。著作権・著作者人格権侵害の場合には、本案であっても、書証による立証が中心であり、仮地位仮処分の審理との違いはほとんどないといってよい¹⁸⁴⁾。もっとも、発行が申立てから数日後に迫った週刊誌の発行差止めという事案であれば、当事者の準備できる主張や証拠資料に限られたものとなり、裁判官も時間が切迫する中で判断するということはあるが、仮に上記のような週刊誌の発行差止仮処分が発令されたとしても、債務者は直ちに保全異議を申し立て、異議審や抗告審で必要な主張立証をする機会は十分にある。その意味で、公表の時期を逸したために

出版自体が実質的に無意味になるような場合はそれほど多くない。

また、完全で公正な審理の欠如の点に関連して、木下准教授は、単純複製の場合と、単純複製以外の複製物、二次的著作物や引用利用作品（以下、まとめて「単純複製以外の複製物等」という）の場合とに分けて、後者の場合には仮処分手続では不完全情報下での判断がもたらすリスクがあるとする¹⁸⁵⁾。しかし、上記のような審理の実態に照らせば、後者の場合であっても、本案訴訟での審理・判断と仮処分手続での審理・判断に有意な差がどこまであるかは大いに疑問である。

(2) 木下准教授は、事前抑制の法理の内容について、「仮処分命令の対象となる表現行為を本案判決によってなされる事後制裁よりも狭く捉えるべきであるとする事前抑制の法理」¹⁸⁶⁾と述べ、あるいは、「事前抑制の法理は、むしろ、出版日前の、迅速かつ簡易な手続のもとでは、法律が規定する実体的調整に従った判断を正確かつ公正におこなうことができないということを前提として

184) 木下・前掲注3) 法時95頁注11は、「この議論については、知財専攻の先生方から著作権訴訟は本案でも書面審理が中心であり、仮処分と本案手続において手続上の差異はないのではとのご指摘を頂いた。ただ、本案手続の形骸化をもって仮処分における手続保障の不完全性を正当化することは適切ではなく、また事前差止め仮処分が直面する時間的制約は、法律構成や争点形成にかかわる裁判所の『解明度』（裁判における情報状態）の成熟に不可避免的に影響を与えよう」と述べる。しかし、前者については、「本案手続の形骸化」ではなく、仮地位仮処分の審理が本案に代替する機能を有するという「仮地位仮処分の本案代替化」現象としてとらえるべきであるし、また、一般的にもそのような現象として考えられている。例えば、高橋宏志ほか「座談会仮の地位を定める仮処分の特別訴訟化—その現在と未来」判タ1172号（2005年）4頁以下。

後者については、申立てから発行までが数日しかないような週刊誌の発行差止めのケースはむしろ例外的であり、通常の仮地位仮処分の審尋手続では、仮地位仮処分が債務者に与える影響の大きさ等を考慮して、裁判官が相応に十分な心証が得られて初めて発令しているのが実情である。なお、文献として挙げられている太田勝造「『訴訟カ裁判ヲ為スニ熟スルトキ』について」新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』（有斐閣・1988年）429頁以下には、保全手続における解明度について記述されているわけでもなく、また解明度という概念が民事訴訟法上一般的ともいえない。

185) 木下・前掲注3) NBL（下）44-45頁。

186) 木下・前掲注3) NBL（上）52頁。

いる」¹⁸⁷⁾と述べておられる。そして、前記(1)のとおり、事前抑制の法理の根拠として挙げる2つのうち、民事保全手続にしか妥当しない「完全で公正な審理の欠如」を強調しておられる。しかし、米国およびわが国のいずれにおいても、一般的には、事前抑制の法理は、必ずしも暫定的差止命令・仮地位仮処分等に限られる法理とされているわけではない。確かに、木下准教授が大きな示唆を受けたという Lemley および Volokh は、最終的に著作権侵害に当たらないと立証されるような言論も暫定的に差し止めることの危険などから、著作権に基づく暫定的差止命令をほぼ一般的に違憲であるとしているが、Lemley らの議論では、出版前など「表現が発表される前」に限定された議論がなされているわけではなく、出版前か後かを問題としていない（前記第2、3(2)参照）。

より根本的な問題は、仮地位仮処分の手続に問題があるということを経由として強調しておきながら、なぜそのことを差止請求権の「実体的要件」で考慮しなければならないのかという点である。手続の問題はあくまで手続を改善するなど手続自体に関する対処によって解決されるべきであり、またそうでなければ解決できないのであって、実体法の問題とは切り離して議論すべきものと思われる。

(3) 次に、木下准教授は、北方ジャーナル最高裁判決を参考にしつつ、前記要件を定立するのであるが、北方ジャーナル最高裁判決が定立する要件は、法律に明文規定のない人格権に基づく差止請求権の実体的要件とみざるを得ない。しかし、明文がある著作権法の場合には事情が異なる。仮に、著作権・著作人格権に基づく出版前の差止請求権の実体的要件として、これらの要件が必要であるとするのであれば、その要件を規定していない著作権法112条1項が違憲無効であると考えられるのかという問題が出てくる。ここでは、私人間効力が問題となる。

私人間の紛争では、それぞれ対立する当事者の憲法上の人権の調整が必然的に問題となるのであって、一方当事者の憲法上の人権のみが問題となるという

187) 木下・前掲注3) NBL (下) 50頁。

関係にあるのではない。憲法上の人権規定が私人間にも効力を有するのか、あるいはどのように効力を有するのかという、いわゆる私人間効力論に関する現在の憲法学説の議論は、百家争鳴状態にあるとされているが¹⁸⁸⁾、理論的な説明の違いである側面が強いように思われる。いずれの見解も、私人双方の人権に配慮しつつ、私法規定を憲法に適合するように解釈するという意味では差異がないとされているため¹⁸⁹⁾、ここでは私人間効力論には立ち入らず、具体的訴訟における憲法上の人権の現れ方という観点から検討する¹⁹⁰⁾。

憲法が直接に適用対象とする国家対私人という関係においては、自由権に関しては、法令を違憲としさえすれば、これによって制約されている私人の憲法上の人権が回復されるという関係にあるが、私人対私人という関係ではそのような関係にはなく、私人間の紛争に適用される法令において、両者の憲法上の人権の調整が利益衡量として問題とされるにすぎない。しかし、当該規定について憲法適合的解釈をすとしても、当該規定が文面のままでは違憲であることを前提とすると、当該規定自体が違憲無効になりかねない¹⁹¹⁾。しかも、表現行為に対する事前抑制を定める法令は、原則として、制限の目的を問うまでもなく、事前抑制という規制手段をとっていること自体において、文面上無効とされなければならないと解されているとの指摘もある¹⁹²⁾。著作権法112条1項の文言に照らせば、木下准教授が提唱される要件を定めていると解釈することは到底できない。そうすると、木下准教授の見解によれば、著作権法112条

188) 宍戸・前掲注124) 31頁。近時の学説の概要については、例えば、芹沢斉＝市川正人＝阪口正二郎編『新基本法コンメンタル憲法』（日本評論社・2011年）86-88頁。

189) 宍戸・前掲注124) 34-38頁、浦部法穂『憲法学教室〔第3版〕』（日本評論社・2016年）76-78頁。戸松秀典『憲法訴訟〔第2版〕』（有斐閣・2008年）214頁も「私人間訴訟において憲法規定にかかわる主張がなされる場合はいろいろあり、裁判所の対応も多様である。これに対して、直接適用説・間接適用説は、憲法規定への依拠の仕方を、それも限られた訴訟形態にのみ焦点をあてて語っているばかりでなく、訴訟解決のための法理を示すものとはいえない」という点を指摘する。

190) 以下では、棟居快行「私人間の憲法訴訟」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣・2012年）25頁以下によることとする。

191) 棟居・前掲注190) 30頁。

1項が事前抑制の法理に適合する要件を定めておらず、同項が必要以上に侵害者らの表現の自由を制約しているということになり、同項そのものが違憲無効という主張となるのであろう。この点、木下准教授は、著作権法112条1項自体が違憲となるわけではないと述べておられるが¹⁹³⁾、仮に、違憲でないというならば、著作権法112条1項の文言から、木下准教授が主張する要件を解釈論として導くことはできないから、そのような要件を定立する旨の主張をしても意味がない。これは、明文の規定がない名誉権と、明文の規定がある著作権・著作者人格権とを、同列に論じること起因する問題でもある。

この点、棟居快行教授は「垂直的関係の場合のように法律の執行行為（行政処分や刑事罰）が法律自体と一体となって国民の人権価値を脅かすのではなく、直接には相手方私人の私的行為が本人の人権価値を脅かすにすぎないものの、私法法規はそれを有効に阻止しえていないことが、違憲であるとしてとがめられることになるのである。通常の垂直的関係における憲法訴訟とは異なり、私法法規においては侵害的に作用する国家行為は当該法律どまりであり、当該法規を執行して国民の人権価値を損なうといった具体的国家作用は存在しない（『私人間の憲法訴訟』で原告側を敗訴させる下級審判決自体がそれに相当する、という凝った法的構成をとれば、いわゆる『司法的執行理論』に行く着くが）。」との的確に指摘する¹⁹⁴⁾。しかし、この司法的執行の理論自体がわが国では採り得ない。

すなわち、裁判所の差止請求権を認容する裁判のみが違憲であるという主張は、米国におけるステイト・アクション法理（ステイト・アクション法理の

192) 樋口陽一ほか『憲法Ⅱ』（青林書院・1997年）23頁〔浦部法穂〕は、「表現行為に対する事前抑制を定める法令は、原則として、制限の目的を問うまでもなく、事前抑制という規制手段をとっていることじたいにおいて、文面上無効とされなければならない。ただ、ひとくちに事前抑制といっても、さまざまな形態のものがあり、また、例外的に一定の事前抑制を肯定せざるを得ない場合もありうるから、右の原則も必ずしも絶対的なものとすることはできない。」とする。

193) 木下・前掲注3) NBL（下）50頁。

194) 棟居・前掲注190) 36-37頁。

内容は多岐にわたるところ¹⁹⁵⁾、このうちの司法的執行の理論のみがここで問題となる)によるしかないが、少なくとも司法的執行の理論は、わが国では採り得ないと解されている。なぜなら、ステイト・アクションは、連邦制が採用されていることを前提とした理論である上、わが国では、私人間効力論についてどのような立場をとるにせよ、私法規定の解釈適用において、憲法的価値の実現を図ることができるため、このように解する必要はないからである¹⁹⁶⁾。間接適用説では対処できない(つまり私法規定の解釈では対処できない)私的な人権侵害が「純然たる事実行為」に基づく場合にのみ、ステイト・アクション法理の導入を主張していた芦部信喜教授は、そもそも司法的執行の理論には否定的であったことは重要である¹⁹⁷⁾。

北方ジャーナル最高裁判決では、解釈適用すべき明文規定がなかったために、名誉権に基づく出版前の差止請求権の要件を定立する中で両当事者の人権の憲法的価値を直接(典型的に)衡量したと解することもでき、少なくとも米国法における司法的執行の理論による必要は全くなく、これを前提にしていないと解される。現に、担当裁判官の1人である伊藤正己裁判官も、司法的執行の理論をわが国へ導入することを否定的に解している¹⁹⁸⁾。

この点に関して、木下准教授は、「北方ジャーナル判決は、裁判所の権限行使は、請求権を実現するものであったとしても、それ自体が憲法の制約に服する公権力の行使となると捉えたうえで、実体法上の請求権は、憲法上の制約の

195) 例えば、芦部信喜「人権保障規定の私人間における効力」同『現代人権論』(有斐閣・1974年)3、23頁以下。

196) 司法的執行の理論につき、田中・前掲注169)25-27頁。ステイト・アクション理論全般につき、戸松・前掲注189)215-216頁、君塚正臣「第三者効力論の新世紀(2・完)」関法50巻6号(2001年)105、134頁、木下智史『人権総論の再検討—私人間における人権保障と裁判所』(日本評論社・2007年)159頁。

197) 芦部・前掲注195)41、44頁。さらに、芦部教授は、後年、芦部信喜「人権論50年を回想して」同『宗教・人権・憲法学』(有斐閣・1999年)217、224-227頁では、私的な人権侵害が純然たる事実行為に基づく場合でも、原則としてステイト・アクション法理によらず、不法行為によって解決することができることを前提としている。

範囲内における裁判所の権限に対応した範囲でしか認められないとする思考方法を採用していたことになる。」¹⁹⁹⁾(傍点は引用に際して付した)とも述べておられる。必ずしも明確ではないものの、仮に傍点部分はステイト・アクションを念頭に置いていたとすれば、適切とはいえない。

第6 結語

紙幅の関係上、指摘できなかった問題もまだ残っているが、本稿では、作者の権利に基づく出版前の差止請求権について、事前抑制の法理が適用されるかという問題について検討してきた。権利の実効的保護という観点から見た場合、著作権・著作者人格権の侵害が認められるにもかかわらず、出版前など表現が発表される前であるからといって、限定的な場合にしか差止請求権が認められないとすれば、著作者の権利の実効的救済を著しく毀損することになる。しかし、本稿で論じてきた問題は、筆者の専門ではない分野にわたるため、慎重に検討を重ねたつもりでも思わぬ誤解もあるかもしれない。皆様のご批判を仰いで、さらに検討を重ねていきたいと考えている。

本研究は JSPS 科研費 18K01330 の助成を受けたものである。

(おおぶち・まきこ 筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻教授)

198) 担当裁判官の1人である伊藤正己裁判官は、司法的執行の理論について、「この理論をどの範囲で適用するかも疑問が残るし、広く適用されるときは、私的行為に不当に広く憲法の規制を及ぼすおそれがあり、日本国憲法の解釈として必ずしも適当ではないであろう。」と述べられて、わが国への導入を否定する。伊藤正己『憲法〔第3版〕』（弘文堂・1995年）33-34頁。また、芦部・前掲注197）227頁も、北方ジャーナル最高裁判決について、ステイト・アクション法理を特に考慮に入れる必要が原則としてない場合として挙げる。

199) 木下・前掲注3) NBL（上）57頁注30。