



米国における著作物の第一公表の権利 : 学説の類型別観察による保護法益の抽出

鈴木, 敬史

(Citation)

神戸法學雑誌, 72(4):1-83

(Issue Date)

2023-03-24

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/0100480937>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100480937>



神戸法学雑誌第七十二巻第四号二〇二三年三月

米国における著作物の第一公表の権利 ——学説の類型別観察による保護法益の抽出——

鈴木 敬 史

はじめに	2
1. 問題の所在	2
2. 本稿の主題	8
3. 本稿の構成	9
一 米国における第一公表の権利の概要	10
1. 概念の整理	
—第一公表の権利、コモンローの著作権、連邦法上の著作権—	10
2. コモンローの著作権	11
A). 英国におけるコモンローの著作権の発生	11
B). 米国におけるコモンローの著作権の受容	14
C). 不法行為法上のプライバシー権の生成と発展、分離	19
3. 連邦法上の著作権	23
A). 連邦著作権法の改正とコモンローの著作権の専占	23
B). 連邦最高裁判例によるフェアユース上の特別な取扱い	25
C). 下級審裁判例の傾向と1992年法改正	29
4. 小括	33
二 第一公表の権利において保護される経済的利益	35
1. 第一公表の権利の経済的意義	35

A). Landes & Posnerによる第一公表の権利の経済学的検討	35
B). 裁判例の観察を通じた第一公表の権利の検討	42
2. 第一公表の権利による経済的利益保護の限界	45
3. 小括	49
三 第一公表の権利において保護される人格的利益	49
1. 概要—2つの異なる侵害類型—	49
2. 公表意思不存在類型	51
A). プライバシーの権利とのアナロジー	51
B). 著作者のプライバシー保護の必要性	57
C). 小括	60
3. 不実態様類型	61
A). Right of Integrityとの連続性	61
B). 「未公表」著作物の特異性	65
C). 小括	68
4. 第一公表の権利において保護される人格的利益の相互関係	68
四 米国における第一公表の権利保護の体系的理解	70
おわりに—我が国に対する若干の示唆—	72
1. 類型的議論の必要性	73
2. 公表権に対する示唆	75
3. 著作権制限規定に対する示唆	80

はじめに

1. 問題の所在

日本において、著作物が著作権法上の保護を受けるためには、既に公表されていることを要しない。したがって、未公表の著作物であっても、著作権や著作人格権の対象となる。そればかりか、現行法上、未公表の著作物であると

いう事実は、これら著作物の著作権者、著作者を強固に保護する根拠となる。

例えば、著作権法32条1項（以下、特記のない限り、参照条文は現行著作権法）は、著作権を侵害せずに著作物を引用するために、「公表された著作物」であることを要求する。これによれば、未公表著作物は全て、同条に基づく権利制限の対象とはならない。換言すると、未公表著作物は、反射的に、（しかし、かなり定型的に、）既に公表された著作物よりも強力な著作権保護を受けることを意味する⁽¹⁾。

また、18条1項は、「その著作物でまだ公表されていないもの…を公衆に提供し、又は提示する権利」、すなわち公表権を規定する。これによれば、著作者は、（同条2項以下に規定される、同意の推定、みなし規定、適用除外規定に該当しない限り、）未公表著作物の提供、提示に対して際限のないコントロール権を享有する。

すなわち、現行著作権法上、「未公表著作物」は、財産的な側面、人格的な側面の両面において、ほとんど足かせのない保護を受ける。しかしながら、（未公表著作物に係る）著作権、公表権をこのような無限定の権利として捉えると、次のような問題が生じ得る。

まず一方では、公表権の射程が限定されていないことにより、「公益的政策実現のために著作物の利用の促進が期待される⁽²⁾」として、積極的に利用が許容されている行為でさえも、適法に実施できなくなるといった問題が生じ得る。例えば、現行法上、41条（時事の事件の報道のための利用）や30条の2（付随対

-
- (1) 他にも、例えば38条1項（営利を目的としない上演等）（「公表された著作物は…公に上演し、演奏し、上映し、又は口述することができる。」）、40条（政治上の演説等の利用）（「公開して行われた政治上の演説又は陳述及び裁判手続…における公開の陳述は、…利用することができる。」）など、ほとんど全ての著作権制限規定が、権利制限の対象となるのは「公表された著作物」であることを前提としている。本稿ではこれらを総称して「公表済み」要件という。
 - (2) これはいわゆる、平成30年著作権法改正の際の議論で提示された、権利制限規定の第3層に関するものである（秋山卓也「柔軟な権利制限規定の整備（平成30年著作権法改正）」ジュリスト1525号38頁、39-40頁（2018）など参照）。

象著作物の利用)は、公表された著作物であることを求めている。したがって、未公表著作物の利用であっても、これら規定に該当し、著作権侵害とならない場合が存在する。⁽³⁾それにもかかわらず、50条は、「この款〔著作権の制限〕の規定は、著作者人格権に影響を及ぼすものと解釈してはならない」(〔〕内筆者、以下同じ)と規定するため、公表権の侵害は別途成立し、⁽⁴⁾適法な著作物利用が妨げられてしまう。このような結果は、(例えば41条について)「民主主義の根幹である知る権利に資するために未公表の著作物であっても自由な利用を認めた」という法の趣旨⁽⁵⁾を没却するという問題点を招来する。⁽⁶⁾

他方、著作権についても、その制限規定に該当するために「公表された」ことを厳しく要求すると、その制限規定の趣旨に反した結果が生じ得る。例えば、⁽⁷⁾「懲戒請求書事件第一審」は、弁護士(被告)に対する懲戒請求書の一部を懲戒請求者(原告)自ら新聞社に提供し、報道させたという事実関係において、当

- (3) 例えば、名古屋高判平成22年3月19日判時2081号20頁〔獄中書簡〕では、死刑宣告を受けた刑事事件の被告人による(未公表の)手紙の報道記事における利用が、41条に該当すると判断された。
- (4) 半田正夫=松田政行編『著作権法コンメンタール(2)』640頁(勁草書房、第2版、2015)〔深山雅也〕、池村聡「報道における著作物利用」コピライト681号2頁、15頁(2018)参照。傍論であるが、近時の事例として、知財高判令和5年2月7日(令和4年(ネ)第10090号、令和4年(ネ)第10097号)参照。
- (5) 上野達弘「時事の事件の報道—著作権法41条をめぐる現代的課題—」土肥一史先生古稀記念論文集『知的財産法の本質—モルゲンロート』587頁、588頁(中央経済社、2017)参照。
- (6) 中山信弘『著作権法』443頁(有斐閣、第3版、2020)参照。公表権のみに限定されたものではないが、憲法学の観点から、表現の自由との調整の必要性を説くものとして、曾我部真裕「表現の自由(3) —表現の自由と著作権」法学教室491号82頁(2021)(同84頁注11は、公表権と表現の自由との調整の必要性について言及する)。
- (7) 東京地判令和3年4月14日判時2516号98頁。なお、この事件に関する評釈として、小泉直樹「判批〔本件控訴審〕」ジュリスト1571号8頁(2022)、大日方信春「判批〔本件上告不受理決定〕」新・判例解説 Watch 憲法208号1頁(2022)参照。

該報道に対する反論文を自己のブログに掲載するために上記懲戒請求書の全文を引用した被告の行為が、原告の著作権等を侵害するか否か争われた事例である。本件において東京地方裁判所は、プライバシーの利益の侵害を否定し、かつ、原告による公表権の行使は権利の濫用に当たると認めた。しかし他方で、上記懲戒請求書が「公表された著作物」ではないこと等から32条1項の要件を満たさないとし、著作権侵害を肯定し、よって被告のブログにおける懲戒請求書の削除請求を認めた⁽⁸⁾。なお、本件では、上記の通り人格的利益の保護が否定されただけでなく、原告に財産的損害が生じたことさえも認められなかった。それにもかかわらず、(財産権である)著作権の侵害に基づく当該懲戒請求書掲載の差止請求を認容したことは、各権利の本来の趣旨や著作権法32条の持つ自由な批評という目的に悖るものであり、結果として、著作権による言論⁽⁹⁾への過剰な介入がなされたとも指摘し得る。

このような問題を受けて、憲法学者の木下昌彦は、「(i) 著作物の表現それ自体が公共の利害と不可分に結合している場合であり、かつ、(ii) 権利者による当該著作物の自発的な公表が期待できない場合において、(iii) その目的が専ら公益を図ることにあったと認める場合には、(iv) その目的上正当な範囲内において当該未公表著作物を公表したとしても、違法な公表権侵害とはならない」とする「公共利害関係事実の抗弁」を提唱する⁽¹⁰⁾。なるほど、木下の見解によれば、特に公表の必要性が高い場合に焦点を当て、典型的に非侵害との結論を導

-
- (8) なお、控訴審において、公表権、著作権いずれについても権利濫用が認められ、原告の請求は棄却された(知財高判令和3年12月22日判時2516号91頁)。しかし、本文に記載したように、同判決は、原告が自身の未公表著作物の一部を自発的に報道させたという特殊事案に関するものであって、これにより未公表著作物一般に係る法的問題点が解消されたということとはできない。
- (9) その他、公表済み要件によって32条1項に該当しないと判断した事例として、知財高判平成19年5月31日判時1977号144頁[東京アウトサイダーズ]参照。
- (10) 木下昌彦「著作物を公表する自由と公表しない自由—公共の利害に係る未公表著作物の公表は違法か」高倉成男＝木下昌彦＝金子敏哉編『知的財産法制と憲法的価値』7頁、30頁(有斐閣、2022)。

くことができ、上述した問題の多くを解決することが見込まれる。しかし、一方で、(これらカテゴリーに必ずしも該当しない) 未公表著作物一般に対する公表権、著作権については検討の対象としておらず、著作権法上、議論の余地が残されている⁽¹¹⁾。

もっとも、木下が検討の対象とした公表の必要性が高い限定的な場合だけではなく、一般論として適用可能な未公表著作物に対する法的規律を検討するためには、公表の許容性、すなわち、(利用者の利益に対置される)「未公表著作物保護の必要性」をも意識した議論が必要となる。

-
- (11) ただし、木下は、「公共利害関係事実の抗弁」が妥当しないとする「ノンフィクション小説などにおいて、未公表の私的な手紙を挿入する場合」について、「著作者の権利に譲歩を迫るものとしての憲法上の意義までは持たない」と述べる(木下・前掲注(10) 35頁)。すなわち、木下の見解は、未公表著作物に関する著作権・公表権侵害の成否は、専ら「公共利害関係事実」か否かによって判断されるべきであって、それに該当しない場合には権利侵害が認められるものとも理解し得る。仮に、このように理解した場合、木下の見解には、「検討の余地が残されて」いないと考えることができる。

しかし、木下も記述しているように、プライバシーの利益の侵害判断は、単に「公共の利害に関する」か否かではなく、公表される情報の性質や内容、公表の目的、態様、必要性などの総合考慮によって行われていた。このこととの関係や、著作者人格権一般について利用者の利益をも考慮して再構成する試みがなされている(金子敏哉「同一性保持権侵害の要件としての『著作物の改変』—改変を認識できれば『改変』にあたらない説—」中山信弘=金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割—』375頁(信山社、2017)、拙稿「米国における Moral Rights 保護—裁判例の観察による保護法益の抽出—」神戸法学雑誌70巻3号181頁(2020)、長谷川遼「著作者人格権の保護法益について(1)~(6)(未完)」法学協会雑誌137巻9号1477頁、同10号1795頁、138巻2号354頁、同11号2097頁、同12号2373頁、139巻8号787頁(2020-2022)、前田健=木下昌彦「判批[リツイート上告審]」情報法制研究9号34頁(2021)など参照)ことに鑑みると、(定義付け衡量アプローチによる)「公共利害関係事実の抗弁」に加えて、未公表著作物一般に適用されるべき総合考慮(個別的衡量)型の制約法理を検討することは、(それが現行法上採用し得るか否かは別論、)なお意義があるように思われる。

本稿は、このような関心に基づき、「著作権法上、未公表著作物がなぜ強力に保護されるのか」を人格的利益、経済的利益の両側面において検討する。これは換言すると、従来あまり意識して議論されておらず、しばしば混同されていた、公表権の保護法益と著作権制限規定上の「公表済み」要件の趣旨とを個別に、かつ具体的に、明らかにしようと試みるものである。このようにして得られた各規定の趣旨（＝人格的、経済的両側面における未公表著作物保護の必要性）という観点から、各法益侵害が認められない場合には公表権、著作権の保護対象から除外するというアプローチによって権利の射程を限定的に解釈すれば、上記の問題を（完全にではないとしても部分的には）解消することが見込まれる。⁽¹²⁾

-
- (12) なお、公表権の立法経緯を見ると、少なくとも立法当時は、公表権と著作権との区別が強く意識されていたことが窺われる。すなわち、そもそも旧法においては、未公表著作物の差押え禁止（17条）、共同著作物の公表に関する特例（13条4項）が規定されるのみで、他者による無権限での第一公表については、専ら著作権によって保護されるものと解されていた（小林尋次『現行著作権法の立法理由と解釈—著作権法全文改正の資料として—』238頁（文部省、1958）など参照。なお、公表権について直接の規定を有しない旧著作権法においても、解釈によって、「まだ公表されていないものを公衆に提供し、又は提示する権利」が認められていた（東京地判昭和52年2月28日無体集9巻1号145頁〔東京福原フィルムズ〕参照（結論は権利侵害を否定））。これに対して、著作権法全面改正に際して、著作権制度審議会は、「著作物を公表するかどうかを決定する権利」を「人格権」として制定するよう答申し（『著作権制度審議会審議記録』39頁（1966））、それに基づき、「著作者人格権」として「公表権」が制定された。この点、現行著作権法立法過程で作成、公表された「著作権及び隣接権に関する法律草案（文部省文化局試案）」について、文部省（当時）が関係者との調整および内閣法制局に対する説明のために作成した『草案コンメンタール』は、「財産権的作用を伴わない人格権的作用たる第一公表はありえないわけであるが、本条の意図は、あくまでも著作物を公衆等による最初の感得の状態に置くかどうかをその著作者の意向にかかわらしめるという人格的利益の保護にあり、財産的利益の面は、本条とは別に、第二十一条以下の各実定条文の定めるところによる」（傍点筆者）と説明している（現行著作権法制定時の検討過程に関する調査研究委員会『著作権及び隣接権に関する法律草案（文部省文化局

2. 本稿の主題

以上の検討を行うために、本稿は、米国著作権法における未公表著作物の取扱いに関する議論を参照し、我が国の公表権、著作権の保護法益に対する示唆を得る。このように米国法との比較法研究を行う理由は以下の通りである。

後述する通り、米国では、コモンローの著作権(1976年法以前)、フェアユースに関する判例法理(1976年法下)に基づき、「第一公表の権利」として、未公表著作物について特別な取扱いがなされている。このような保護方法の特殊性、そして未公表著作物に関する連邦最高裁判例の影響の大きさのために、第一公表の権利について、(日本における公表権や権利制限規定中の「公表済み」要件よりも)議論の蓄積がある。とりわけ、第二章で見る経済的利益保護の限界や、第三章で見る類型的な議論枠組みは、我が国の著作権、公表権を巡る議論では等閑視されていた要素であり、参照価値が高いように思われる。

試案)コンメンタール』142頁(著作権情報センター、2021))。加えて、人格的利益を保護する目的で、意識的に公表権を著作権と別個に規定した旨の発言は、国会答弁においても度々なされている(例えば、『第63回国会参議院文教委員会』11号3頁(昭和45年4月21日)における安達健二政府委員の答弁を参照)。以上に鑑みれば、理論的な次元において公表権と著作権とを別個独立に検討する本稿の姿勢は、立法趣旨にも適ったものと考えられる。

(13) Harper & Row v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985).

(14) なお、米国では、効率的契約違反(efficient breach of contract)の法理に基づいて、出版契約締結後においても、契約当事者に対する履行利益の賠償により、当該出版を差し止めることができる。米国法上、こうした機能も第一公表の権利の一部として捉えられている(See e.g., Martin A. Roeder, *Doctrine of Moral Right: A Study in the Law of Artists, Authors and Creators*, 53 HARV. L. REV. 554, 560-561 (1940); Cyrill P. Rigamonti, *Deconstructing Moral Rights*, 47 HARV. INT'L L.J. 353, 388 (2006))。また、手紙や未定稿などについては、その受領者に対する信託義務(fiduciary duty)という、一種の情報プライバシー保護の手段を用いることにより、第一公表の権利を享受し得る(未公表著作物に限定された議論ではないが、See e.g., Jessica Litman, *Information Privacy/Information Property*, 52 STAN. L. REV. 1283 (2000); Neil M. Richards & Daniel J. Solove, *Privacy's Other Path: Recovering the Law of Confidentiality*, 96 GEO. L.J. 123 (2007))。もっとも、これら形式による保護は、契約の一般法理、信託義務の

これまで、米国における第一公表の権利保護を詳細に検討した邦語研究はあまり見られなかった。また、簡潔にこれを記述する文献にあっても、その趣旨、保護法益については検討の対象とされていない。本稿は、米国における未公表著作物に対する取扱いの歴史的展開を記述し、それに伴う学説上の議論を整理することで、保護法益という観点から、米国における第一公表の権利の理解に貢献しようと試みるものである。

なお、未公表著作物に関する問題点に直面した従前の（日本の）裁判例の多くは、権利濫用法理に基づく解決を志向してきた。⁽¹⁵⁾これらの先例が考慮した事情の適否はともかく、「権利濫用」という総合考慮型の判断プロセスが（しばらくは）踏襲されるとするならば、「未公表著作物保護の必要性」という観点から演繹的に導出される考慮事情や判断枠組みを提示することには、理論的のみならず、実践的な意義もあると言えよう。そこで、本稿では、最後に、米国法分析から得られた結論に基づいて、侵害判断構造や考慮事情について簡単な考察を行うこととする。

3. 本稿の構成

本稿は以下の構成をとる。第一章では、「第一公表の権利」保護の内容を記述的に整理する。これによって、米国における第一公表の権利保護の全体像を概観できる。続いて、第二章においては、第一公表の権利によって保護される経

一般法理に依存するものであって、「未公表著作物」特有の問題ではない。したがって、本稿は、これら法理に基づく第一公表の権利保護を検討の対象から除外する。

- (15) 前掲名古屋高判平成22年3月19日〔獄中書簡〕、前掲知財高判令和3年12月22日〔懲戒請求書控訴審〕参照。なお、著作権、公表権侵害を認めつつも、著作権法41条の規定趣旨を考慮した結果、「著作権及び著作者人格権の保護規定に形式的に抵触する行為であるとしても、差止請求を肯定するほどの違法な著作権及び著作者人格権侵害があるとまでは認められない」として差止請求を退けたものとして、広島地判平成24年5月23日判時2166号92頁〔光市母子殺害事件書籍第一審〕参照。

済的利益に関する議論を参照し、整理する。これら議論を分析することにより、未公表著作物に認められる経済的な保護法益と、保護範囲の限界が明らかになる。第三章では、第一公表の権利によって保護される人格的利益に関する議論を参照し、整理する。未公表著作物に係る人格的利益保護といっても、2つの異なる行為類型に対応する保護が考えられるところ、本稿では、この類型ごとに議論を整理し、より具体的な保護法益を抽出しようと試みる。その上で、第四章では、以上の議論に基づき、保護法益を体系的に整理する。そして最後に、上述した通り、試論として我が国に与え得る示唆を提示する。

一 米国における第一公表の権利の概要

1. 概念の整理—第一公表の権利、コモンローの著作権、連邦法上の著作権—

本稿は、未公表著作物に対する著作権法上の（加重的な）権利を「第一公表の権利」と呼んでいる。しかし、米国法上の「第一公表の権利」は、必ずしも単一の概念に収斂するものではない。すなわち、1976年の連邦著作権法改正の前後によって、その保護の枠組みが大きく変容しているのである。

1976年法以前の連邦著作権法は、著作権保護を享受するためには、著作物を出版することを求めていた⁽¹⁶⁾。それゆえに、未公表の著作物は連邦法上の著作権保護を得られず、専ら州のコモンロー上の保護に委ねられていた。本稿では、この形式によって保護される権利を「コモンローの著作権」と呼ぶ。

他方、1976年法では、著作権の対象となる著作物の要件から、「出版された」という要件が排除された⁽¹⁷⁾。したがって、未公表著作物でも、既出版の著作物と同様に、連邦法上の保護が得られる。このことは、同時に、連邦法の専占によって、「コモンローの著作権」が無効とされたことを意味する⁽¹⁸⁾。したがって、以後、未公表著作物に係る第一公表の権利は、専ら連邦著作権法によってな

(16) See Copyright Act of 1909 § 9.

(17) See e.g., H.R. Rep. No. 94-1476, at 5745 (1976).

(18) See 17 U.S.C. § 301 (a).

れることとなる。本稿では、この形式によって保護される権利を、コモンローの著作権と区別するために、「連邦法上の著作権」と呼ぶ。なお、このように法律上の位置づけが変わっても、未公表著作物に対する強力な保護が完全に排除されたわけではない。すなわち、後述するように、フェアユース規定の解釈の中で、未公表であるという事実が、著作権侵害に傾く重要な要素として位置づけられているのである。

そして、本稿でここまで用いてきた「第一公表の権利」とは、「コモンローの著作権」と「(未公表著作物に関する) 連邦法上の著作権」という相互に排他的な概念の複合である。本章では、「第一公表の権利」の保護法益を明らかにする前提として、それぞれの権利について歴史的な経緯を参照し、いかなる保護がなされてきたかを正確に記述するよう試みる。

2. コモンローの著作権

コモンローの著作権の歴史は古く、アン女王法下の英国法に遡る。米国法上のコモンローの著作権は、この系譜を受け継いだものである。したがって、米国法を参照する前提として、本稿に必要な限度で英国法の歴史を整理する。

A). 英国におけるコモンローの著作権の発生

英国では、1710年、海賊版禁止による書籍取引秩序の維持を一つの目的として、書籍業カンパニーからの請願に基づき、世界初の近代的著作権法と呼ばれるアン女王法⁽¹⁹⁾が制定された⁽²⁰⁾。もっとも、アン女王法は、書籍業者の保護に重きを置いていたため、書籍業カンパニーの登記簿に登記されることを制定法上の

(19) Statute of Anne 1710, 8 Ann. c. 21 (Eng.) (repealed 1842).

(20) 白田秀彰『コピーライトの史的展開』130頁、138頁（信山社、1998）参照。なお、本項の記述は、同書150-152頁及び Jake Linford, *A Second Look at the Right of First Publication*, 58 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 585, 597-600 (2010); Shyamkrishna Balganes, *Private Copyright*, 73 VAND. L. REV. 1, 38-45 (2020) に負うところが大きい。

保護要件と定めている（2条）。それゆえに、未公表の著作物は、制定法上の著作権保護が得られなかった。

しかし、このような制定法の規律にもかかわらず、英国裁判所は、未公表の著作物についても、出版差止命令を継続的に発給していた。つまり、英国のエクイティ裁判所は、制定法では保護されないはずの未公表著作物の出版差止請求をも認容してきたのである。

例えば、英米の判例、学説において頻繁に取り上げられる初期の事例として、*Pope v. Curll*⁽²¹⁾がある。そこでは、著名な詩人である Alexander Pope と Johnathan Swift との間で交わされた手紙を出版しようとした書籍業者に対して、原告である Pope がアン女王法に基づいて当該出版の差止めを請求した。これに対して、被告は、手紙の所有権が既に移転しており、原告に出版を差し止める権利が残っていないこと、そもそも手紙は制定法上の保護の対象とならないことを主張した。大法官 Hardwicke 卿は、簡潔ではあるが明確に、制定法上、手紙とその他著作物とを区別すべきでないこと、有体物としての手紙の所有権とその内容に係る権利とは区別されるべきであって、著作者に留保される後者の権利に基づいて出版を差し止めることができることを述べ、当該出版に差止命令を発給した。ただし、既に述べたように、登記簿に登録のない本件手紙は、アン女王法による保護の対象とならない。本判決は、このように、制定法では排除された未公表の著作物についても、エクイティ上の救済を認めた点で注目⁽²²⁾に値する。

(21) (1741) 26 Eng. Rep. 608, 2 Atk. 342 (Ch.). なお、同判決について詳細に論じたものとして、See Mark Rose, *The Author in Court: Pope v. Curll (1741)*, 10 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 475 (1992). また、本判決の邦訳として、松川実「翻訳 英米知的財産権法関連判決集〔公平な要約〕」青山法学論集54巻4号49頁、59-62頁（2013）がある。

(22) なお、本件で問題となった著作物は、未公表ではなかったとの指摘がある（See Balganes, *supra* note 20, at 40）。この指摘に基づけば、*Pope* は、「第一公表」の権利だけでなく、制定法によらない著作権保護を広く一般的に認めた事例と位置付けられる。

Duke of Queensberry v. Shebbeare⁽²³⁾ も同様に、著作者に出版の意思がなかったことを根拠に、著作物の複製物に係る所有権を正当に有する被告に対して出版差止命令が発給された事例である。本件において、国璽尚書 (Lord Keeper of the Great Seal) Northington卿はより直截に、「〔著作者が〕 Gwynne〔注：本件原稿の複製物を正当に入手し、本件被告に譲渡した者〕に著作物の複製物を与えた時、出版によって利益を得ようと考えていたとは理解できない。Gwynneは、著作物の出版を除いて、あらゆる利用をすることができるものと解される」(傍点筆者)として、有体物の所有権と著作物の複製、出版に係る権利との相違を強調した。⁽²⁴⁾ 同判決は、その後、「著作者が、制定法とは独立して、未公表の著作物に係る財産権を有することを確立した事例」⁽²⁵⁾と位置付けられ、いわゆる「コモンローの著作権」⁽²⁶⁾の先例として意義を有することとなった。⁽²⁷⁾

このことを象徴的に表す事例が、*Prince Albert v. Strange*である。本件では、原告によって趣味で作成され、私的な範囲で複製された絵画が、被告の手にわたり、公に出版されたことが問題となった。同判決は、信頼の原則の先駆けとして著名な判決であるが、その一方で、大法官 Cottenham 卿は、*Duke of Queensberry*をはじめとする先例を前提に、「本件の事実、明白に、確立された〔著作者は、未公表の著作物の公表を差し止める権利を有するという〕原則に該当するため、そのあてはめはさほど困難なことではない」⁽²⁸⁾と判示し、本件出版の差止命令を発給した。本件は、米国が英国から独立し、独自の連邦著作権法を制定した後の事例であるため、判例法理としての米国法への影響力とい

(23) (1758) 28 Eng. Rep. 924 (Ch.). 本判決の邦訳として、松川・前掲注 (21) 71-73 頁がある (ただし、引用文として記載した部分の翻訳は、同論文ではなく、筆者による)。

(24) *Id.* at 925.

(25) *See id.*

(26) *Cited in e.g.*, *Thompson v. Stanhope* (1774) 27 Eng. Rep. 467 (Ch.); *Southey v. Sherwood* (1817) 35 Eng. Rep. 1006 (Ch.).

(27) (1849) 41 Eng. Rep. 1171 (Ch.).

(28) *Id.* at 1177.

う意味では、*Pope* や *Duke of Queensberry* に劣後する⁽²⁹⁾。それでも、「第一公表の権利」が制定法ではなく、判例法によって十分に確立されていたことを示す傍証として、米国法分析にとっても意義を有すると考えられる⁽³⁰⁾⁽³¹⁾。

B). 米国におけるコモンローの著作権の受容

米国において初めて制定された連邦著作権法（1790年法）は、単純にアン女王法の影響を受けて制定されたとは言い難いと指摘されている⁽³²⁾。もっとも、連邦法上の保護を受けるために登記及び納本が必要であると定めていた点に限って言えば、英国法の流れを受け継いだものと理解できる。一方、1790年法は、その6条において、未公表の手稿（manuscript）の無権限出版を禁止している⁽³³⁾⁽³⁴⁾。そのため、英国において見られていたような、制定法によらない第一公表の権利保護が1790年法によって専占されるか否か、換言すると、“manuscript”に対

(29) もっとも、Warren & Brandeis, *infra* note 57 においては、(米国における) プライバシーの権利を導き出す判例法上の根拠として、*Prince Albert* が大部にわたり引用されている。同論文が米国のプライバシー法理に与えた影響（本節C). 参照）、プライバシーの権利に係る法益と第一公表の権利との関係（第三章参照）に鑑みると、間接的にはあるが、米国法上の第一公表の権利に対する影響は、決して小さいものではないように思われる（なお、後述するように、米国の裁判例でも、*Pope* や *Duke of Queensberry* だけでなく、*Prince Albert* など独立後の英国裁判例を引用するものが多数みられる）。

(30) See Balganes, *supra* note 20, at 44.

(31) なお、英国法上のコモンローの著作権は、“property”、つまり「純然たる財産的権利」として認識されている旨指摘される（榎山敬士「*Millar v. Taylor* (1769) 判決におけるイエイツ判事の少数意見」牧野利秋先生傘寿記念論文集『知的財産権—法理と提言—』1037 頁、1056 頁（青林書院、2013）参照）。これに対して、判決文中に“property”という語が使われているものの、その本質は個人の人格保護にあると説くものとして、See Warren & Brandeis, *infra* note 57.

(32) 白田・前掲注（20）299 頁参照。

(33) なお、米国法は、登記と納本だけではなく、新聞への公告も、制定法上の保護を受けるための要件としていた。

(34) See Copyright Act of 1790 § 6. 白田・前掲注（20）300 頁参照。

する連邦法上の保護の他に、コモンローによる第一公表の権利が認められるか否かが問題となる。

⁽³⁵⁾
Wheaton v. Peters は、これに直接回答するものではないが、未公表の著作物に対する態度を傍論的に示した、初期の連邦最高裁判例である。そこでは、原告による既出版の判例集を要約し、廉価版として販売した被告の行為につき、損害賠償請求が認められるか否か争われた。本件において、原告は、当該判例集に係る公告、納本の事実を立証できなかったため、代わりに、(出版後においても) コモンローの著作権による保護が得られる旨主張した。これに対して、連邦最高裁は、次のように、著作物の出版後には、制定法上の著作権しか得られず、それをオーバーライドするコモンローの著作権は認められない旨判示した。

著作者が、コモンローに基づき、自らの手稿について財産権を有すること、かつ、それを奪い、又は不正にその複製物を入手して出版による利益を獲得しようとする者に対して救済が得られることは、疑いない。しかし、この権利は、著作者が著作物を世界に向けて出版した後も著作物の将来の出版に係る永久の排他的財産権を主張できるとする権利とは全く異なるものである。⁽³⁶⁾

これを見ると、本件における(制定法上の著作権を超えた永久の著作権が存在するという)原告の主張は排斥されたものの、その前提として、(コモンローに基づく)未公表著作物に係る第一公表の権利の保護可能性が承認されたと理解できる。⁽³⁷⁾⁽³⁸⁾

(35) 33 U.S. 591 (1834). なお、本判決については、白田・前掲注(20) 335-356頁が詳しい。

(36) *Id.* at 657. なお、邦訳にあたっては、白田・前掲注(20) 350頁を参照しつつ、一部訳語を変更した。

(37) *See* Linford, *supra* note 20, at 605.

(38) *See also* *American Tobacco Co. v. Werckmeister*, 207 U.S. 284, 299 (1907) (「[コモンロー上、] 知的創作の筆者あるいは画家の財産権は、彼が[出版によって] 自発的に権利を手放すまで、絶対的なものである。」); *Caliga v. Inter Ocean*

なお、1909年に全面改正された連邦著作権法（1909年法）においては、「本法のいかなる規定も、著作者の同意なく未公表の著作物が複製、出版、利用されることを防ぎ、それに対する損害賠償を得られる、コモンローあるいはエクイティ上の権利を無効にし、又は制限するものとして解釈してはならない⁽³⁹⁾」という規定が定められた。これは、「未公表著作物に係るコモンローの著作権が認められる」という上記連邦最高裁の態度に沿ったものと解される。

以上の判例法、制定法の下、幅広い法域において、また多種多様な著作物について、実際にコモンローの著作権による保護が認められてきた。⁽⁴⁰⁾

例えば、マサチューセッツ州最高裁判所は、*Baker v. Libbie*⁽⁴¹⁾において、英国で当初から認められていたように、未公表の手紙の公表がコモンローの著作権の侵害にあたるとして、差止請求を認容した。すなわち、著名な宗教家（故人）が書いた手紙の原本を入手した被告による、当該手紙のオークションへの出品及びその宣伝のための複製、出版が、制定法上の根拠を示すことなく妨げられた。本件では、平凡な内容の手紙であっても、その有体物に係る所有権とは別個に、複製、出版に係る著作者の排他権が存することを確認する中で、*Pope*や *Duke of Queensberry*、*Prince Albert*を含め、英国の判例が多数引用されている。このことから、英国におけるコモンローの著作権の影響を多分に受け、米国で

Newspaper Co., 215 U.S. 182, 188 (1909)（「制定法上の著作権は、コモンローの著作権と混同してはならない。…出版前におけるコモンローの権利を諦めた著作者が、制定法に規定された手続を取ることによって、制定法に定められた期間、複製および出版の排他的権利を取得できるのである。」）。

(39) Copyright Act of 1909 § 2.

(40) もっとも、未公表著作物でも、事前登録の手続を行えば、連邦著作権法上の保護を受けることができた。当然ながら、この手続を通じて連邦法上の著作権の対象となった著作物については、コモンローの著作権を享受し得なくなる（*See Caliga, supra note 38*）。

(41) 97 N.E. 109 (Mass. 1912).

もコモンローの著作権の保護が図られていたことが分かる。⁽⁴²⁾

ニューヨーク州最高裁判所は、*Chamberlain v. Feldman*⁽⁴³⁾において、出版を企図して執筆され、編集者に譲渡されたにもかかわらず、その著作者が事後的に出版を取りやめた未出版小説の原稿について、コモンローの著作権の保護を認めた。本件においても、著作者及びその相続人の意思に反して出版を試みた被告は、(入手経路は不明であるものの) 正当にその原稿の(有体物に係る) 所有権を取得していた。しかし、裁判所は、「コモンローの著作権、すなわち第一公表の権利は、有体物の所有者の権利とは異なるものである。…『コモンローの著作権…は、著作者によって処分されるまで、著作者…に留保され、裁判所によって保護される。⁽⁴⁴⁾』…本件の原稿は著作者によって所有されてはいないものの、彼がそれを出版する意図がなかったという事実が認定されたため、被告は、それを出版する権利を有しない⁽⁴⁵⁾」と判示し、未公表の著作物の無体的な側面に係る著作者の権利(=コモンローの著作権)を認めたのである。

なお、米国におけるコモンローの著作権は、その対象を、有体物に固定された著作物のみに限定しない。例えば、*Williams v. Weisser*⁽⁴⁶⁾において、カリフォルニア州控訴裁判所は、口述によってなされた大学の講義を記録し、出版する行為について、その講義は「限定的拡布」であって「公表」には当たらないとし、コモンローの著作権による保護を認めた。⁽⁴⁷⁾ ニューヨーク州最高裁判所も、

(42) もっとも、本判決では、「コモンローの著作権 (common law copyright)」という語は用いられていない。

(43) 89 N.E.2d 863 (N.Y. 1949).

(44) *Citing Pushman, infra* note 51, at 250.

(45) 89 N.E.2d at 865.

(46) 78 Cal. Rptr. 542 (Cal. Ct. App. 1969).

(47) *See also e.g., Estate of Martin Luther King, Jr. Inc. v. CBS, Inc.*, 194 F.3d 1211 (11th Cir. 1999). なお、この事案においては、「限定的な拡布」の基準時が1963年であったため、1976年法ではなく(*See* 17 U.S.C. § 301(b)(2))、1909年法を前提とした判断がなされた(*Id.* at 1214)。

Palmer v. DeWitt⁽⁴⁸⁾において、公に上演がなされた劇の脚本を出版する権利は、未公表著作物に対するコモンローの著作権として、著作者に留保されると判断した。なお、1976年法は、著作権保護を受けるために公表済みであることを要しないが、「有体的表現媒体に固定され」ていることを要求する。⁽⁴⁹⁾そのため、有体物に固定されていない著作物に係る権利は、現行法下においても、連邦法によって専占されず、⁽⁵⁰⁾州法あるいは州のコモンローの著作権によって保護される。

もっとも、判例法上、コモンローの著作権にも重大な制限が設けられたことに留意しなければならない。すなわち、ニューヨーク州最高裁判所における *Pushman v. New York Graphic Soc.*⁽⁵¹⁾以来、反対の意思表示がない限り、著作物の原作品が正当に譲渡されたとき、当該著作物の公表に同意がなされたとして、コモンローの著作権が失われるとする判例法理が確立された。*Pushman* では、原告画家が、自身の創作した未公表の絵画の原作品を、何らの留保条項を付すことなくギャラリーに販売したという事実関係において、(その転々譲渡を受けた) 所有権者の許諾の下で当該絵画が出版されることが原告のコモンローの著作権を侵害するか否か問題となった。これに対して、裁判所は、著作物の原作品の販売によって直ちにコモンローの著作権が消滅するわけではないことを確認しながらも、「…一般的に、譲渡契約は、絵画に係る画家の財産権を全て譲渡する意思を示す」⁽⁵²⁾と述べた。その上で、原作品の譲渡に際して何ら条件が付されておらず、かつ反対の意思表示も認められないため、原告にはコモンローの著作権が留保されず、原告の請求は認められないと判示した。⁽⁵³⁾ここで提示された一般論は、後の裁判例によって、絵画のみならず、「創作的な著作物の無条

(48) 47 N.Y. 532 (1872).

(49) 17 U.S.C. § 102(a).

(50) See 17 U.S.C. § 301 (b)(1).

(51) 39 N.E.2d 249 (N.Y. 1942).

(52) *Id.* at 251.

(53) See *id.*

件での移転によって、コモンローの著作権〔の消滅〕及び複製権の移転を推定させる」先例として機能するようになった⁽⁵⁴⁾。

以上に見たように、英国で発生した、未公表著作物に対するコモンローの著作権は、米国でも受容され、拡張し、他方、制限も設けられた。このようなコモンローの著作権の受容、発展と時期を同じくして、Warren & Brandeisは、コモンローの著作権に関する判例法を手がかりに、それまで（少なくとも明示的には）承認されてこなかったプライバシーの権利を提唱した。彼らの議論やその後のプライバシー権⁽⁵⁵⁾の発展は、著作物に限定されるものではないため、厳密には本稿の目的と直接に結び付かない。しかし、後述するように、第一公表の権利が保護する人格的利益とプライバシーの権利とは、しばしば結び付けて議論されている。そのため、次項では、本稿に必要な限りで、不法行為法上のプライバシー権⁽⁵⁶⁾の生成および発展過程を整理し、後の分析において注視すべき事項を確認する。

C). 不法行為法上のプライバシー権の生成と発展、分離

1890年、Warren & Brandeisは、その共著論文において、「放っておいてもらう権利 (right to be let alone)」として、プライバシーの権利⁽⁵⁷⁾を提唱した。彼らは、技術の発展及びゴシップ報道の過熱により、個人が被る精神的苦痛が日々

(54) See e.g., *Chamberlain*, *supra* note 43, 89 N.E.2d at 864. もっとも、既に見たように、*Chamberlain* では、著作者による公表の意思がなかったという事実が認定されたため、上記推定が覆滅され、コモンローの著作権保護が認められた。

(55) 米国におけるプライバシーの権利の生成と発展については、新保史生『プライバシーの権利の生成と展開』（成文堂、2001）が詳しい。

(56) なお、本稿は、（不法行為法上の）第一公表の権利との関わりがより薄い「憲法上のプライバシー」には立ち入らない。

(57) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890). 邦訳として、サミュエル・D・ウォーレン＝ルイス・D・ブランダイス（外間寛訳）『プライバシーの権利』戒能通孝＝伊藤正己編『プライバシー研究』1頁（日本評論新社、1962）参照。

増大しているという実際上の問題を掲げ、そうした個人のプライバシーを保護するために、現行法上、適切に援用され得る原則を提供し得ないか検討したのである。⁽⁵⁸⁾そこでは、主に英国においてなされてきたコモンローの著作権による未公表著作物の法的保護を幅広く参照、分析し、確かに“property”という語を用いてはいるものの、その本質は個人の人格を保護したものであることを突き止める。⁽⁵⁹⁾つまり、既存の判例法上、著作物のプライバシーの権利が実質的に保護されていたというのである。その上で、このような著作者に対する人格的利益保護を拡大し、「個人の容姿、言葉、行為、また個人的交際関係…など」あらゆる個人のプライバシーの権利を保護することは、新たな立法によらずとも可能であることを論ずる。⁽⁶⁰⁾

Warren & Brandeis による上記の論文は、学説にとどまらず、裁判所の実務、州の立法に対しても非常に強く影響を与えた。⁽⁶¹⁾例えば、ジョージア州最高裁判所における、*Pavesich v. New England Life Insurance Co.* ⁽⁶²⁾は、このプライバシーの権利を最上級審において初めて承認した事例として知られている。ここでは、保険会社の広告の中で、当該保険会社を賞賛する文言とともに原告の肖像を使用することに対し、損害賠償請求が認められた。他方、ニューヨーク州最高裁判所は、当初、*Roberson v. Rochester Folding Box Co.* ⁽⁶³⁾において、プライバシーの権利に基づく救済を否定していた。しかし、当該判決に反対する世論

(58) See *id.* at 195-197. (外間訳・前掲注 (57) 3-5頁参照)

(59) See *id.* at 205-207. (外間訳・前掲注 (57) 13-15頁参照)

(60) See *id.* at 213-214. (外間訳・前掲注 (57) 27-28頁参照)

(61) See e.g., Richard C. Turkington, *Legacy of the Warren and Brandeis Article: The Emerging Unencumbered Constitutional Right to Informational Privacy*, 10 N. ILL. U. L. REV. 479, 481-482 (1990) (「[Warren & Brandeis による] *The Right to Privacy* 論文は、法学雑誌に出版された論文の中で、最も法の発展にインパクトを与えた論文と言えよう。…多くの研究に記されているように、プライバシーの権利の公的な歴史は、1890年に、Warren & Brandeis のペンから権利が生み出されたその時に始まったのである。」)

(62) 50 S.E. 68 (Ga. 1905).

(63) 64 N.E. 442 (N.Y. 1902).

に後押しされ、ニューヨーク州議会は、全米で初めて、プライバシーの権利を保護する立法を行った⁽⁶⁴⁾。

ただし、これらの判例や立法で承認された「プライバシーの権利」と「コモンローの著作権」とが趣の異なるものであることには、留意しなければならない。すなわち、*Pavesich*は、肖像が営利目的で、かつ、不実の態様で使用されたという事案であって、世間に公表されていない事柄（著作物）の公表に対する権利である「コモンローの著作権」とは性質を異にする。また、ニューヨーク州法も、「自らの氏名、肖像、描写物が広告又は営業の目的で使用される者は、その使用を防ぎ、又は制限するために、地方裁判所にエクイティ訴訟を提起することができる。さらに、その使用によってもたらされる侵害に対して、損害賠償を請求することができる…」と定めるのであって、*Pavesich*と同様、コモンローの著作権とは異なる性格の権利に関するものと評価できる。このように、「プライバシーの権利」と「コモンローの著作権」とが完全に対応するものではないことは、次の事実からも明らかである。

不法行為法上のプライバシーの権利は、20世紀初頭から半ばにかけて急速に発展していく。それを詳細に記述したものとして頻繁に参照されるのが、*Prosser*による論文⁽⁶⁶⁾である。彼は、不法行為法上のプライバシーの権利に関する裁判例を分析し、プライバシーの侵害事例を次の4つの類型に分類した。すなわち、①私的領域へ侵入すること（intrusion）、②私的事実を公へ暴露すること（public disclosure of private fact）、③真実でない陳述の公表によって公衆へ誤解を与えること（false light in the public eye）、④氏名や肖像等を営利的に利用すること（appropriation）の4類型に分類されると論じたのである。そしてこの

(64) Laws 1903 c. 132 § 2. なお、この州法の合憲性を認めた判決として、*See Rhodes v. Sperry & Hutchinson Co.*, 85 N.E. 1097 (N.Y. 1908) *aff'd* 220 U.S. 502 (1911). ちなみに、現行法上、ニューヨーク州におけるプライバシーの権利は、「声」に対する権利も含めて、New York Consolidated Laws, Civil Rights Law § 51 以下に規定されている。

(65) 新保・前掲注 (55) 17-19頁参照。

(66) William L. Prosser, *Privacy*, 48 CALIF. L. REV. 383 (1960).

類型論は、Prosserが作成に携わった第二次不法行為法リステイトメントにも採用されることとなる。⁽⁶⁷⁾ この4類型を見る限り、これまで見てきた「コモンローの著作権」と直接結びつくのは、②私的事実を公へ暴露することという類型にとどまり、その他の類型は、(部分的に関連はすれども) 異質な権利というべきであろう。

ところで、Prosserは、当該論文において、プライバシーの権利を断片的に明らかにしたもの、プライバシーの権利の包括的な概念化までは目的としていなかった。⁽⁶⁸⁾ 実際、かねてより、一般的な定式としてプライバシーの権利を捉えようと試みる見解は存在するが、一方で、それらは過剰あるいは過少な包摂という問題点を生じさせるため妥当ではなく、もとより一般化が不可能であると論ずる見解も有力である。⁽⁶⁹⁾ すなわち、学説上、プライバシー概念の外延やプライバシーの権利の包括的な保護法益は、明確でない。⁽⁷⁰⁾

以上の議論から、コモンローの著作権の議論に対して、次のような示唆が与

-
- (67) See RESTATEMENT (2d) OF TORTS § 652A (1977). なお、当該リステイトメントが用いる語、類型の順序は、前掲Prosser論文と相違する。しかし、本稿では、この点について詳細に立ち入らない。
- (68) See Prosser, *supra* note 66, at 389. (「プライバシー法理は、4つの異なる利益に対する4種の侵入を包括するものである。それらは、同じ名前によって束ねられてはいるものの、Cooley判事が述べた『放っておいてもらう』という語に含まれる原告の権利への干渉を表していることを除いて、共通するところがない。」)
- (69) See e.g., Edward J. Bloustein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, 39 N.Y.U. L. REV. 962 (1964); Charles Fried, *Privacy*, 77 YALE L.J. 475 (1968).
- (70) See e.g., DANIEL J. SOLOVE, UNDERSTANDING PRIVACY, 14-38 (2008). 同書の邦訳として、ダニエル・J・ソローヴ (大谷卓史訳) 『プライバシーの新理論—概念と法の再考—』 20-49頁 (みすず書房、2013) 参照。
- (71) ただし、これらの議論は、不法行為法上のプライバシーだけではなく、憲法上のプライバシーまで織り込んだ、より射程の広い議論である。この点、憲法上のプライバシー (情報プライバシー権) に係る米国法上の学説を詳細に整理、検討したものとして、音無知展『プライバシー権の再構成—自己情報コントロール権から適正な自己情報の取扱いを受ける権利へ—』 (有斐閣、2021) 参照。

えられる。すなわち、現在のプライバシーの権利は、その端緒であったはずのコモンローの著作権（ひいては、第一公表の権利）とは異なる発展を遂げ、多くの別物——せいぜい、その一部に共通する要素があるといった程度——に変容してしまったということである。

後述するように、第一公表の権利の趣旨を説明する学説上の議論においては、「著作者のプライバシー」を掲げる見解も見られる。しかし、それほどまでに単純化した議論の整理は、第一公表の権利の歴史的淵源を探るという意味では正しいが、保護法益という観点から第一公表の権利を説明するという文脈においては、必要十分な解を与えることができない。「プライバシーの権利」と「第一公表の権利」とが概念的に乖離してしまっていることに加え、そもそも「プライバシー」概念の外延が不明確であるために、「著作者のプライバシー」という語では保護法益の説明として具体性を欠くからである。そのため、以下（とりわけ第三章）、プライバシーに依拠した学説に言及する際には、単に「著作者のプライバシー」という理解にとどまらず、より踏み込んで、論者が具体的に如何なる法益について言及したものか、注意深く観察する必要がある。

3. 連邦法上の著作権

A). 連邦著作権法の改正とコモンローの著作権の専占

既に述べたように、米国連邦議会は、1976年、連邦著作権法を全面改正した。1976年法において新たに取り入れられた原則は多岐にわたるが、その一つとして、未公表著作物の連邦法上の保護が挙げられる。すなわち、1976年法は、1909年法まで存在していた、著作権保護のための「出版（publish）」要件を排除⁽⁷²⁾することで、未公表著作物も連邦著作権法の保護対象としたのである。

(72) See e.g., H.R. Rep. No. 94-1476, at 5675-5676 (1976)（「この規定〔106条（3）〕に基づいて、著作権者は、彼の著作物の合法的な複製や音声録音を、…最初に公衆に拡布するのをコントロールする権利を有する。」）；*Id.* at 5745（「未公表著作物に係る『コモンローの著作権』と公表された著作物に係る制定法上の著作権との二重システム…に代わって、本法案は、創作を起点とする連邦の制定法

加えて、1976年法は、「著作者が作成した著作物であって、有形的表現媒体に固定され、かつ、第102条および第103条に定めるもの…に対する、第106条に定める著作権の一般的範囲内の排他的権利に相当するコモンローまたはエクイティ上のすべての権利は、1978年1月1日以後は、本編の排他的な支配を受ける。その後は、いかなる者も、コモンローまたは州の制定法に基づく上記著作物に対する上記の権利またはこれに相当する権利を受けることができない⁽⁷³⁾」と規定する。この規定によって、(102条(a)の規定に該当する)未公表著作物の出版、公表に係る権利は、連邦法に専占(**preempt**)される。つまり、それまで得られていた未公表著作物に係るコモンローの著作権は、原則として得られなくなったのである。

このことが第一公表の権利に与える効果は、単に理論的な位置づけや裁判管轄の変更にとどまらない。本章あるいは後の議論に関連するものを挙げるとすると、次の4点について、コモンローの著作権とは異なる実体法上の効果が導かれる。すなわち、第一公表の権利が、①著作者の一身に専属するものではなく、譲渡され得るようになり⁽⁷⁴⁾、②永久の権利ではなく、限定された期間中のみ存続するようになり⁽⁷⁵⁾、③侵害行為に対して、所定の手続を取ることで、損害賠償の特例(損害額の推定、法定損害賠償制度)の対象となり、④フェアユース⁽⁷⁶⁾などの著作権制限規定の適用対象となる⁽⁷⁷⁾。このうち、「連邦法上の著作権」として「第一公表の権利」を概観する上で最も重要な変更は、次項で詳しく見るように、④フェアユースの適用である。

上の著作権という単一システムを採用する。)]

(73) 17 U.S.C. § 301 (a). なお、条文の邦訳にあたっては、著作権情報センター HP に記載されている、山本隆司訳 (<https://www.cric.or.jp/db/world/america.html>、最終閲覧：2023年1月26日)を参照しつつ、一部訳語を変更した。以下、1976年法について同じ。

(74) See 17 U.S.C. § 201 (d).

(75) See 17 U.S.C. § 302.

(76) See 17 U.S.C. § 504.

(77) See 17 U.S.C. § § 107-122.

B). 連邦最高裁判例によるフェアユース上の特別な取扱い

1976 年法は、107 条において、それまでの判例法の成文化という趣旨⁽⁷⁸⁾で、次のように、包括的な著作権制限規定であるフェアユース規定⁽⁷⁹⁾を設けた。

第 106 条および第 106 A 条の規定にかかわらず、批評、解説、ニュース報道、教授（教室における使用のために複数のコピーを作成する行為を含む）、研究または調査等を目的とする著作権のある著作物のフェアユース（コピーまたはレコードへの複製その他第 106 条に定める手段による使用を含む）は、著作権の侵害とならない。著作物の使用がフェアユースとなるか否かを判断する場合に考慮すべき要素は、以下のものを含む。

- (1) 利用の目的および性質（利用が商業性を有するかまたは非営利的教育目的かを含む）。
- (2) 著作権のある著作物の性質。
- (3) 著作権のある著作物全体との関連における利用された部分の量および実質性。
- (4) 著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する利用の影響。

上記のすべての要素を考慮してフェアユースが認定された場合、著作物が未公表であるという事実自体は、かかる認定を妨げない。

先にも述べた通り、1976 年法の制定によって、「コモンローの著作権」は失われることとなったが、「連邦法上の著作権」の枠組みにおいて、未公表著作物に対する（既に公表された著作物と比べて）強力な権利保護は、フェアユース規定の解釈（特に第二要素（著作権のある著作物の性質）の考慮）によってなされることとなる。

(78) See H.R. Rep. No. 94-1476, at 5680 (1976).

(79) 17 U.S.C. § 107. なお、本文に記載した条文は、現行法の規定である。1976 年法制定時から、1990 年の Visual Artists Rights Act の制定に伴い「106A 条」にも本条が適用されると改正された他、後述する通り、1992 年改正によって末文（「上記のすべての要素を考慮して…かかる認定を妨げない。」）が追加された。

Harper & Row v. Nation Enterprises⁽⁸⁰⁾ は、このことについて、明示的に判断した連邦最高裁判例である。

本件で問題となった著作物は、Ford 大統領がその職を退いた後に執筆した回顧録であり、それまで公表されることのなかった、ウォーターゲート事件や Nixon 元大統領の特別恩赦に関する情報を含むものである。Ford は、原告である Harper & Row 社と当該著作物の出版契約を交わし、かつ、その抜粋の出版を他者へライセンスする権利（first serial rights）を譲渡していた。原告は、当該契約に基づき、訴外 Time 社に対して、本件著作物の出版のおよそ1週間前にその抜粋を事前出版することの許諾をした。しかし、何者かによって、事前出版の2-3週間前、被告 Nation 社にその原稿が持ち込まれた。被告は、正当な権限を有しないことを認識していながら、Time 社に先駆けて、当該原稿に基づく記事を出版した。被告による無権限の事前出版を受けて、Time 社は、原告との契約を解除し、一部対価の支払いを拒んだ。

上記の事実関係において、原告は、被告に対して、無権限での事前出版は原告の有する連邦法上の著作権を侵害するとして、Time 社から得られなくなった対価等に係る損害賠償請求をした。本判決の意義は、修正一条と連邦著作権法との関係（特に公人理論が著作権法にも妥当するか）、フェアユース第三要素（利用された部分の量及び実質性）における「実質性」の解釈など様々存在するが、ここでの記述は、本稿の目的である「第一公表の権利」に関する部分に限定する。

法廷意見において O'Connor 判事は、まず次のように述べ、著作物の第一公表の権利が、その他の著作権に比べて強く保護されることを確認する。

伝統的に、フェアユースは、まだ出版されていない著作物の利用に対する抗弁としては認識されていなかった。コモンローの著作権に基づけば、「知的創作の筆者…の財産権は、彼が〔出版によって〕自発的に権利を手

(80) 471 U.S. 539 (1985).

放すまで、絶対的なものである。」…原告の著作物が未公表であるという事実が、フェアユースの抗弁を退ける方向に傾く要素であることは、まるで疑いない。…被告は、…公表された著作物にも未公表著作物にも等しくフェアユースが適用されると議会が意図していたと主張する。連邦著作権法は、この〔被告の〕見解を支持していない。⁽⁸¹⁾

…第一公表の権利は、著作者による、著作物を公表するか否か、どのような形態で公表するかという最初の判断に関わる権利である。第一公表は、本質的に、他の106条の権利とは異なる。つまり、ただ一人だけが第一出版者となりえるのであって、…かかる権利の商業的価値は排他的である。第一公表の権利を無権限の利用者へと法的に「分け与え」させることによる著作者への潜在的損害は重大であるため、フェアユースなどの主張を評価するにあたって考慮される衡平上のバランスは、〔著作物が未公表であることによって〕⁽⁸²⁾ 不可避免的に左右される。⁽⁸³⁾

…著作物が未公表であるという性質は、フェアユースの抗弁を退ける方向に傾く、「必ずしも決定的ではないものの、重要な要素」である。⁽⁸⁴⁾

これに対して、被告は、未公表であるという性質が特別に考慮されるのは、手紙のような公表意思のない著作物に限るのであって、本件著作物のように出版が予定されている原稿には当てはまらない旨主張する。これは、私的事実の公への暴露に関するプライバシーの利益が、第一公表の権利の中核であることを前提にした主張と考えられる。これに対して、最高裁は、次のように述べて、被告の主張を排斥した。

〔現在、連邦著作権法に取り込まれている〕コモンローの著作権が、しばしば人格的なプライバシーの一内容として挙げられることは事実である。一方、商業的な観点から見ると、いつ出版するかを決定する著作者の

(81) *Citing American Tobacco Co., supra* note 38, 207 U.S. at 299.

(82) *Harper & Row*, 471 U.S. at 550-552 (citation omitted in part).

(83) *Id.* at 553.

(84) *Id.* at 554. *Citing* S. Rep. No. 94-473 (1976).

権利は、まぎれもなく保護に値する。著作物の創作開始、準備、および公衆への拡布のための手入れをする期間は、あらゆる文学的活動にとって欠くことができない。連邦著作権法は、著作権者に対し、その著作物を「初めて公衆に拡布する権利」を与えることによって、著作権者あるいは著作権者がこうした重要な段階を保持するという関心を反映させている。…強奪されるおそれなく自らのアイデアを発展させる余地を著作権者に確保することは、著作権者と公衆にとって明らかに利益となるものであり、著作権者の表現を早期に公表することから得られる短期的な「ニュース価値」を上回る。…最初の公衆への拡布をコントロールするという著作権者の権益には、クリエイティブコントロールに係る人格的利益だけではなく、出版前段階の権利（それ自体が価値を有し、かつ、宣伝、マーケティングに付随して価値を発生させる権利）の利用に係る財産的利益も含む。…一般的に、未だ拡布されていない表現を初めて公に晒すことをコントロールする著作権者の権利は、フェアユースの主張に勝る。⁽⁸⁵⁾

そして、最高裁は、以上のような一般的な説示のもと、フェアユース第二要素（著作権のある著作物の性質）について、次のように論じた。

著作物が未公表であるという事実は、その「性質」を考える上で決定的な要素となる。先例によれば、未公表の著作物について、フェアユースの範囲は狭くなる。…表現を初めて公にするのをコントロールする著作権者の権利は、公開前の著作物のフェアユースにとって不利に作用する。第一公表の権利には、著作物を公表するか否か選択できる権利だけではなく、いつ、どこで、どのような形式で初めて公表するかを選択できる権利をも含む。⁽⁸⁶⁾

Ford氏の原稿について言えば、機密性に対して著作権者が関心を有することは疑いない。…機密性、またはクリエイティブコントロールという著

(85) *Id.* at 554-555.

(86) *Id.* at 564.

作権者の利益を明らかに侵害する利用は、「公正」とみなすことが困難である⁽⁸⁷⁾。

ただし、最高裁は、結論としてフェアユースの成立を否定し、(フェアユース成立を肯定した) 原判決を破棄、差戻ししたものの、未公表著作物について常に(あるいは極めて定型的に)フェアユースを否定すべきとしたわけではない。すなわち、他の3つの要素について個別的に検討し、総合考慮をした上で、「伝統的なフェアユース法理は、…被告 Nation 社によってなされた本件著作物の利用を許容しない」⁽⁸⁸⁾(傍点筆者)⁽⁸⁹⁾と判断したのである。

しかしながら、*Harper & Row*における緻密な検討にもかかわらず、後の下級審裁判所は、上記判示を形式的に解釈するようになる。つまり、未公表著作物に対して、(ときに他の考慮要素について強引な論理付けをして)ほとんど絶対的な保護(＝過度に強力な第一公表の権利保護)を実現することとなる。

C). 下級審裁判例の傾向と1992年法改正

Harper & Row から2年後、第二巡回区控訴裁判所は、*Salinger v. Random House, Inc.*⁽⁹⁰⁾において、未公表著作物の無権限出版に対するフェアユースの成否を判断した。そこでは、著名な作家である原告 *Salinger* の伝記を創作、出版するために、およそ30通にわたる彼の私的な手紙⁽⁹¹⁾を逐語的に引用したことが、当該手紙に対する著作権を侵害するか否か争われた。原判決は、本件手紙が未出版であることを考慮しつつも、被告の出版がスクープ報道のように商業的な

(87) *Id.*

(88) *Id.* at 569.

(89) なお、本判決については、*Brennan* 判事の反対意見(*White* 判事、*Marshall* 判事がこれに賛同)が付されている。

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

(91) なお、本件手紙は、手紙の受領者から大学図書館に寄贈されていた。そして、図書館および著作権者の許諾なく複製しないという合意の下で、誰でも当該手紙を合法的に閲覧することができた (*See id.* at 93)。

(92) 650 F.Supp. 413 (S.D.N.Y. 1986).

ものではなく、むしろ学術的な性質を有すること、被告による利用が軽微であること、それゆえに著作者の潜在的市場への影響が軽微であることにに基づき、*Harper & Row* とは事案が異なるとした上で、予備的差止請求を棄却した。一方、本判決は、以下に述べるようにフェアユースを否定し、原判決を破棄し、予備的差止請求を認容した。

〔*Harper & Row* を〕本件に敷衍すると、連邦最高裁判所が、未出版の手紙は、基本的に、フェアユースから隔離されるという考えを明らかにしたものと理解できる。…我々は、最高裁のアプローチにしたがって、*Salinger* の手紙が未出版であるという性質を特に強調しつつ、フェアユースの各要素の検討を行う⁽⁹³⁾。

…我々は、〔*Harper & Row* の〕未公表著作物に係る議論全体における指針として、そのような著作物は、基本的に、あらゆる表現の複製から完全に保護されるという考えが示されたものと理解する。〔つまり、そこでは〕狭い「範囲」というのは、著作物が未出版であったとき、その複製がフェアユースとなる見込みが減少することを意味する。…〔本件において〕著作物性のある手紙が未出版であるため、第二要素は、*Salinger* にとって極めて有利に働く⁽⁹⁴⁾。

ところで、*Salinger* は、以上に記した第二要素の検討のみでフェアユースを否定したわけではなく、法律上規定された4要素全てについて、検討を加えている。しかし、それは、かなり利用者に厳しい判断であった。例えば、第一要素（利用の目的）に関して、裁判所は、学術的な伝記という性質を考慮して被告有利の判断をしたものの、その一方で、「（未出版の）表現を最小限以上に利用したのであれば、差止めを受けるべきである⁽⁹⁵⁾」として、当該目的によって幅広く著作物の「表現」の利用が許容されるわけではない旨判示した。また、第四要素（潜在的市場への影響）の検討においては、*Salinger* には今のところ手

(93) *Salinger*, 811 F.2d at 95-96.

(94) *Id.* at 97.

(95) *Id.* at 96.

紙に公表意思がないとしても、「心変わりする権利」⁽⁹⁶⁾があるとして、50万ドルもの潜在的価値を認めている。

実際、これら判示（特に、第一要素に係る「（未出版の）表現を最小限以上に利用したのであれば、差止めを受けるべきである」という判示、第二要素に係る「〔未公表の〕著作物は、基本的に、あらゆる表現の複製から完全に保護される」という判示）は、出版業界や続く裁判例に対して強い衝撃を与えたようである。⁽⁹⁷⁾例えば、*New Era Publications Int'l v. Henry Holt & Co.*⁽⁹⁸⁾は、（比較的フェアユースが認められやすい）原告に対する批評目的で未公表の手紙、日記を引用したという事案において、*Salinger* の上記判示を引用し、著作権侵害に基づく損害賠償請求を認容した。⁽⁹⁹⁾⁽¹⁰⁰⁾

しかし、未公表の著作物には原則フェアユース非該当という判断傾向は、立法によって是正されることとなる。先に記述した条文にも表されているように、1992年、連邦議会は、柔軟な権利制限を志向するフェアユースの本来的趣旨に顧みて、107条に「上記のすべての要素を考慮してフェアユースが認定された場合、著作物が未公表であるという事実自体は、かかる認定を妨げない」という末文を追加した。これによって、著作物が未公表であることがフェアユー

(96) *Id.* at 99.

(97) See H.R. Rep. No. 102-836, at 2557-2558 (1992); see generally Kenneth D. Crews, *Fair Use of Unpublished Works: Burdens of Proof and the Integrity of Copyright*, 31 ARIZ. ST. L.J. 1 (1999).

(98) 873 F.2d 576 (2d Cir. 1989).

(99) 本件において差止請求は棄却されたが、これは、フェアユースや著作権侵害の成否に関するものではなく、被告の書籍出版の計画を知った時から相当程度経過した後に訴訟提起をしたという事実に基づくエクイティ上の消滅時効 (laches) の抗弁が認められたためである。

(100) もっとも、*Salinger* や *New Era* と同じ第二巡回区控訴裁判所の判決においても、その利用部分が極めてわずかであったことを根拠に、未公表の手紙、日記を伝記へ引用したことについて、フェアユースの成立を認めた事例が存在する (See *Wright v. Warner Books, Inc.*, 953 F.2d 731 (2d Cir. 1991))。なお、当該判決に関与した裁判官は、*Salinger* とも *New Era* とも異なる。

ス否定の決定的要因とはならないことが、条文上確認された。⁽¹⁰¹⁾

ただし、このことは、未公表著作物に対する（比較的）強力な第一公表の権利が完全に失われたことを意味しない。むしろ、*Harper & Row*においてなされた第二要素に関する判示は、この改正時の議論において明示的に是認されている。⁽¹⁰²⁾ また、実際に、問題となった著作物が未公表であることに基づいて第二要素を原告有利と判断し、その他の要素との総合考慮の下、フェアユースを否定した裁判例は、1992年法改正後においても見られている。⁽¹⁰³⁾ もっとも、判例法理において著作物の市場代替性が重視される傾向にある以上、⁽¹⁰⁴⁾ 経済的価値を持た

(101) 未公表著作物の出版にフェアユース法理の適用が認められたものとして、*See e.g., Norse v. Henry Holt & Co.*, 847 F.Supp. 142 (N.D. Cal. 1994); *Sundeman v. Seajay Society, Inc.*, 142 F.3d 194 (4th Cir. 1998). 前者は、伝記における手紙の出版に関する事案であって、その利用の目的を重視して、フェアユースが認められた。後者は、未公表の小説の原稿を批評的に再構成して出版した事案であって、その出版が変容的利用 (transformative use) にあたるとして、フェアユースが認められた。

(102) *See H.R. Rep. No. 102-836*, at 2561 (1992) (「もちろん、未公表の作品に対するフェアユースの主張を判断するにあたって、第二要素について、著作物が未公表であるという性質が『フェアユースの抗弁を退ける方向に傾く、「必ずしも決定的ではないものの、重要な要素」である』という連邦最高裁〔*Harper & Row*〕の判示は、なお残る。」); *S. Rep. No. 102-141*, at 5 (1992) (「本法案は、未出版の作品の利用に対する *Salinger* や *New Era* の制限的な解釈を覆し、*Harper & Row* において示されたようにフェアユース法理を戻すことを意図したものである。」)

(103) *See e.g., Lish v. Harper's Magazine Foundation*, 807 F.Supp. 1090 (S.D.N.Y. 1992); *Monge v. Maya Magazines, Inc.*, 688 F.3d 1164 (9th Cir. 2012). なお、前者は、厳密には1992年改正後の107条が適用された事例ではないが、「本改正が適及的に適用されたとしても、……本件において異なる結論は導かれなかっただろう」と判示されている (at 1101 n.10)。

(104) *See e.g., Harper & Row*, 471 U.S. at 566 (「最後の要素〔＝フェアユース第四要素（潜在的市場への影響）〕は、間違いなく、フェアユースにおける唯一の最も重要な要素である。」); *see generally Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994); *Google v. Oracle*, 593 U.S. ___, 141 S. Ct. 1183 (2021); *see also* Barton Beebe, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-*

ないことが多い未公表著作物（特に公表意思のない手紙）については、フェアユースが認められず、仮にフェアユースを否定するとすれば、(Salingerのように) 強引な論理付けをする必要がある。後述するように、このような問題意識の下、第一公表の権利の理論的位置づけの変更あるいはフェアユース法理の修正を提案する論者もいる。

4. 小括

以上見たように、米国では、1976年法改正の前後で理論は異なるが、全期間を通じて、何らかの「第一公表の権利」保護⁽¹⁰⁵⁾がなされてきたことが分かる。す

2005, 156 U. PA. L. REV. 549, 582-586 (2008) (邦訳として、城所岩生訳「米国著作権法フェアユース判決（1978-2005年）の実証的研究（1）」知的財産法政策学研究21号117頁、156-161頁（2008））。他方、2005年以降の下級審裁判例の動向に着目して、市場代替性の大小ではなく、「変容の利用」がなされているか否かによってフェアユースの判断が決まるようになってきていると論ずるものに、See Neil Weinstock Netanel, *Making Sense of Fair Use*, 15 LEWIS & CLARK L. REV. 715, 736-746 (2011) (邦訳として、石新智規＝井上乾介＝山本夕子訳「フェアユースを理解する（1）」知的財産法政策学研究43号1頁、32-44頁（2013））。ただし、そもそも「変容の利用」に該当する場合にフェアユースが成立することの理論的背景には、それが市場代替性の低い利用であることが挙げられる。そうであれば、判断の枠組みは変遷すれど、その本質に、市場代替性の大小がフェアユースの成否に大きな役割を担うこと自体は、未だ変わりにないと思われる。なお、近時には、フェアユース第四要素の「価値 (value)」に着目して、経済的利益に還元されない価値（秘匿性や世評）を考慮すべきとする見解、裁判例もある (See e.g., Jane C. Ginsburg, *Fair Use in the United States: Transformed, Deformed, Reformed?*, 2020 SING. J. LEGAL STUD. 265, 290-291 (2020); see also *Chicago School Reform Board of Trustees v. Substance, Inc.*, 79 F.Supp. 2d 919 (N.D. Ill. 2000))。

- (105) なお、米国の学説においては、未公表著作物と既に公表された著作物とで、一切取扱いを変えるべきではないとする見解もある。例えば、ABRAHAM DRASSINOWER, *WHAT'S WRONG WITH COPYING?* (2015) は、著作権の本質はコンテンツ保護ではなく、伝達行為の保護であるという理解に基づき、未公表であっても公表済みであっても、『無権限で話される』という強制言論から保護される

なわち、1976年法が適用される以前においては、未公表著作物に係る「コモンローの著作権」が、(連邦法上の著作権の保護を得られないことを前提条件として) 著作者の一身に専属するとされていた。他方、1976年法以降、連邦法が未公表著作物の著作権保護も行うように方針を転換したため、「コモンローの著作権」は連邦法に専占された。そこでは、連邦法上の権利制限規定であるフェアユースの解釈適用において有利な取扱いを受けるという限度で、「連邦法上の著作権」による「第一公表の権利」保護がなされるようになった。

もっとも、1976年法の立法経緯において見られるように、あるいは、後者⁽¹⁰⁶⁾(連邦法上の著作権)に関する最高裁判例である *Harper & Row* がフェアユース第二要素における未公表著作物の有利な取扱いの根拠の一つにコモンローの著作権⁽¹⁰⁷⁾を掲げたように、「連邦法上の著作権」は「コモンローの著作権」から完全⁽¹⁰⁸⁾に分断されたものではなく、一応の連続性を有する。

べき」という原理に相違はないため、保護のレベルに段階を設けることは適切でないとする (*See id. e.g., at 113, 144*)。もっとも、本稿は、判例法上、実際に未出版著作物と公表済み著作物とで区別されていることを前提に議論を参照するため、この種の見解には言及しない。

(106) *See supra* note 72 and text accompanying it. *See also* S. Rep. No. 94-473 (1975). (「フェアユースにおける必ずしも決定的ではないが重要な要素として、著作物が潜在的利用者にとって入手可能か否かという要素が挙げられる。…未公表著作物が入手不可能であるという事情は著作権者の意識的な判断に基づく事項であるため、こうした著作物に対するフェアユース法理の適用は、狭く限定される。一般的に、著作権者の有する『第一公表の権利』は、教育目的での複製の必要性にも勝るだろう。」) なお、学説上も、立法経緯に照らせば、「コモンローの著作権」の趣旨が「連邦法上の著作権」に受け継がれることとなると論じた見解がある (*See James M. Treece, American Law Analogues of the Author's "Moral Right", 16 AM. J. COMP. L. 487, 503 (1968); Sidney A. Diamond, Legal Protection for the Moral Rights of Authors and Other Creators, 68 TRADEMARK REP. 244, 273 (1978)*)。

(107) *See supra* text accompanying note 82.

(108) ただし、「コモンローの著作権」と異なり、「連邦法上の著作権」は譲渡可能なため、著作者以外の者が「第一公表の権利」者となることもある。この点、後述する通り、(特に人格的利益という側面においては) 一旦著作権が譲渡された

このような連続性のゆえに、学説上の議論（特に人格的利益という側面に関する議論）では、その保護法益という次元において「コモンローの著作権」と「連邦法上の著作権」とを同一に取り扱うことが多い。したがって、保護法益の分析を主目的とする次章以下の記述では、議論が特に一方の法理に限定されている場合を除き、「第一公表の権利」と一括して整理、分析することとする。

二 第一公表の権利において保護される経済的利益

既に観察したように、*Harper & Row*において、第一公表の権利は、人格的利益だけでなく、経済的利益の観点からも説明がされている。米国の学説上、その議論の多くは前者に集中しているが、以下に見るように、経済的利益についても目を向け、入念な検討をしている見解も存在する。

後述するように、経済的利益に関する議論においては、その保護の射程には限界があることが認識されている。そして、人格的利益に関する議論を参照するに当たっては、その前提として経済的利益保護の限界を認識していた方が、体系的な理解に資すると考えられる。それゆえ、本稿は、人格的利益に関する議論に先立って、第一公表の権利において保護される経済的利益に関する議論を参照する。

1. 第一公表の権利の経済的意義

A). Landes & Posner による第一公表の権利の経済学的検討

経済的観点から第一公表の権利を観察するには、まずは、連邦法上の著作権による保護のあるべき水準について検討した Landes & Posner の研究（以下、「L&P 論文」とする。⁽¹⁰⁹⁾）が示唆的である。周知のとおり、同書は、知的財産法を

ら、著作者あるいは（譲受人である）著作権者は、相対的に強力な「第一公表の権利」を主張できないとする見解もある（当然ながら、著作権者が（既公表著作物と同等の）著作権を主張することは妨げられない）。

(109) William M. Landes & Richard A. Posner, *Copyright in Unpublished Works*, in THE

経済学的に説明したものであり、ここで取り上げる章も、経済学的観点から、第一公表の権利を包括的に検討している。後述するように、一部の論旨は、第一公表の権利において保護される経済的利益に関するものではないが、次節における経済的利益保護の限界の議論にとって有益であるため、まとめてここで整理する。

共著者の一人である Richard Posner と言えば、市場における経済的効率性を基礎とした「法と経済学」の主唱者として知られている。こうした立場から、彼は、秘密保持に係る人格権としてプライバシー権を保護することに極めて慎重な姿勢を示してきた。ここで参照する第一公表の権利に関する論文(＝L&P論文)においても、専ら社会的厚生⁽¹¹⁰⁾の最大化という観点から、未公表著作物であることがフェアユース成立に対して不利に働くべきか否かを検討しており、結論として、個人の人格的利益という観点は、それが「〔著作物の利用によって開示される対象についての〕価値ある手がかりを隠すことによる社会的コスト」よりも小さいため、それ自体を目的として法的救済が得られるわけではない旨述べる⁽¹¹¹⁾。つまり、L&P論文の経済学的分析は、*Harper & Row*でも一部に言及され、または広く一般になされている、「著作者のプライバシーを保護するために第一公表の権利が認められるべき」という議論とは一線を画するのである。

L&P論文は、フェアユースにおける「未公表著作物」の取扱いを検討するにあたって、問題となる著作物について原告に公表意思があるか否か、問題とな

ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW, 124 (2003). なお、共著者の一人である Landes が、同書に先立って同様の内容を扱ったものに、William M. Landes, *Copyright Protection of Letters, Diaries, and Other Unpublished Works: An Economic Approach*, 21 J. LEGAL STUD. 79 (1992) がある。共著となるにあたって記述が改められている個所が数多くみられるが、その検討の大筋は、同論文を引き継いでいる。

(110) See Richard A. Posner, *The Right of Privacy*, 12 GA. L. REV. 393 (1978).

(111) See Landes & Posner, *supra* note 109, at 141.

る被告の利用が生産的利用（**productive use**）⁽¹¹²⁾（特に本論文では、伝記、批評、歴史書における手紙の利用を念頭にしている）か複製の利用（**reproductive use**）⁽¹¹³⁾か、という2つの軸で、計4つの場合分けをしている。

その上で、彼らは、「著作者に公表意思のない著作物」を「生産的」に利用する場合について、社会的厚生（つまり品質の高い伝記⁽¹¹⁴⁾の出版によって生じる便益から、それを出版するのにかかる社会的費用を引いたもの）を最大化する著作権の保護レベルを、次のように検討する。⁽¹¹⁵⁾仮に未公表著作物に係る著作権を強力に保護できるとすると、「品質の高い伝記」を適法に創作するのが困難になる。しかし、その一方で、全く著作権保護が得られず、自らの書いた手紙や日記が幅広く伝記に用いられることを甘受しなければならないとすると、そこに真意を書かないインセンティブが働き、利用価値のある未公表著作物の総量が減ってしまい、結果として「品質の高い伝記」の総量も減少する。⁽¹¹⁶⁾それゆえ、社会的厚生の最大化を達成する著作権保護の最適水準は、引用を許容することで新たに創作される「品質の高い伝記」から生じる便益と、そのように著作権保護が弱められたことによって手紙が書かれなくなることによる損失とがちょうど等しくなるポイントにある。⁽¹¹⁷⁾より推し進めて考えると、著作権保護によって新たに書かれるようになる手紙の総量が、著作権が全く得られないときに書かれる手紙の総量に比して十分に大きくない限り（つまり、著作権の強弱が未

(112) なお、同書において、著作権の基礎理論について扱った別の章では、生産的利用（**productive use**）という概念が、変容的利用（**transformative use**）と言い換えられるものとして用いられている（*See William M. Landes & Richard A. Posner, Basic Copyright Doctrines, in THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW*, 85, 122-123 (2003)）。

(113) *See Landes & Posner, supra* note 109, at 130

(114) 手紙や日記に記された（著作権保護の対象とならない）単なる事実だけでなく、その表現を逐語的に引用することにより、正確に、かつ、活き活きと対象人物のことを伝えられる伝記のことを言う（*See id.* at 134-135）。

(115) *See id.* at 137-139.

(116) *See id.* at 134-135.

(117) *See id.* at 138.

公表著作物の総量へ与える影響が小さい場合)、著作権保護の最適水準は低くなる⁽¹¹⁸⁾という。

ここで、L&P 論文は、未公表著作物に係る著作権保護が脆弱であったとき正直な気持ちを吐露した手紙や日記が書かれなくなるか、あるいは強力な著作権保護が得られるからといって新たに手紙や日記を率直に書くようになるかということを検討するに、そのようなことは考え難いと結論付ける。つまり、手紙や日記はもとより、誰かに読まれることを期待、予測して書かれるものである。そして、そこに書く内容の正直さは、著作権保護があろうとなかろうと、その名宛人への信頼度に依存する。例えば、名宛人を信頼しているのであれば、著作権保護が無くても率直な意見を述べるだろうし、逆に信頼していないのであれば、完全な著作権保護があっても控えめな意見しか書かないであろう。それゆえ、著作権の強弱が、手紙や日記の筆者の行動に与える影響は、大きくはない、と述べるのである⁽¹¹⁹⁾。

L&P 論文は、以上の検討に基づき、社会的厚生を最大化するためには、「公表意思のない著作物」に係る「生産的利用」に対しても、フェアユースを認める必要がある場合が存在し、おそらくその余地はかなり大きなものだろうと論ずる⁽¹²⁰⁾。一方、「公表意思のない著作物」の「複製的利用」に対しては、先に検討した「生産的利用」よりも著作者へ与える損害が大きいこと、許諾なしで手紙等を利用する必要性が乏しいことから、(最も安価な取引費用で) 交渉による効用最大化を達成するために、著作者に公表可否の決定権を委ね (= 強力な著作権保護を与え) てもよいと論じている⁽¹²¹⁾。

ここまで、L&P 論文における、「公表意思のない著作物」に係る議論を見てきたが、それは、公開によるプライバシー、世評の低下、あるいはそれによる

(118) *See id.* at 139.

(119) *See id.*

(120) *See id.* at 138-139, 140.

(121) *See id.* at 142.

将来の収益減のおそれに動機づけられる防止措置に係るコスト⁽¹²²⁾に基づくものであって、第一公表の権利において保護される経済的利益を説明したものとはいいがたい。実際、L&P論文は、公表意思のない著作物については、その無権限の出版によって「著作者〔は〕…、実質的に、あるいは全く収益を奪〔われない⁽¹²³⁾〕」と述べ、検討の考慮要素に含めていない。一方、次に見る、「公表意思のある著作物」に係る第一公表の権利については、第一公表の権利に伴う経済的利益性に示唆的な議論が見られる。

L&P論文は、「公表意思のない著作物」とは異なり、「著作者がその未公表著作物を公表する意思を有しているとき、強ちに著作権が保護されることは明白であるが、その強度は、利用方法によって変わる⁽¹²⁴⁾」と述べる。結論から述べると、「公表意思のある著作物」の「複製の利用」には、原則、フェアユースが認められず、一方、「生産的利用」については、相対的にフェアユースを緩く認めるべきとする⁽¹²⁵⁾。そして、この結論の相違は、「複製の利用」が未公表著作物を代替するものであり、潜在的消費者による需要を奪ってしまうのに対して、「生産的利用」にはそのような効果が小さく、場合によっては（宣伝として機能することで）正の影響すら与え得ることに求められる。このことから、L&P論文が、第一公表の権利が保護する経済的利益として、「市場において自らの著作物に代替する著作物が公表されることで減じられる潜在的収益」を考慮していることが明らかになる。

ただし、このような結論には、次のような疑問が生じてくる。すなわち、上記の経済的利益は、既に公表された著作物についても同様であり、第一公表の権利特有の問題ではないのではないか？例えば、著作者による第一公表より後に、第三者によって当該著作物が複製、出版されることで将来の収益が奪われるケースと何が異なるのか？実際、「公表意思のある未公表著作物」の「複製的

(122) See *id.* at 131.

(123) *Id.* at 128. See also *id.* at 142.

(124) *Id.* at 142-143.

(125) See *id.* at 143.

利用」に係る L&P 論文の論述は、その複製的利用がなされると原著作物の需要が下がり、結果として創作インセンティブが減じられることを前提に築かれた定式を、(前述した)「品質の高い伝記」の創作に関する社会的厚生 の最大化問題の定式に当てはめることで、複製的利用の可能性が 0 に近ければ近いほどいい——つまり、できるだけ完全な著作権保護がなされるべき——との結論を導いている。このように抽象化された論証ステップは、既に公表された著作物にも等しく妥当しそうである。

しかし、L&P 論文は、他者による公表がもたらす社会的費用として、「そもそも著作物を創作するインセンティブが減じられる〔こと〕」に加えて、(専ら未公表著作物に関連する)「原著作物の創作者が、営業秘密保持者のように、他者によってその著作物が初めて出版されてしまうことを防ぐために取る防止措置」⁽¹²⁶⁾の費用をも考慮に入れている。そして、ここでは、「間もなく公表される著作物」を念頭に置いているため、「防止措置」とは、(「公表意思のない著作物」とは異なり、)秘匿されるべき私事が明かされてしまうことを防ぐという人格的利益に基づくものではなく、かつ、未完成の(相対的に経済的価値が低い)著作物が公表されてしまうことを防ぐというものでもない。そうすると、彼らが、第一公表時特有の経済的利益を全く考慮していないということはないと考えられる。つまり、L&P 論文は、(論旨からは必ずしも明白ではないものの、)著作物の第一公表にはその他の公表に比してより大きな収益が見込まれることを前提にしていると理解できる。⁽¹²⁷⁾

なお、このことは、L&P 論文の元となった Landes の単著論文⁽¹²⁸⁾において明確に記述されている。すなわち、Landes は、「未公表著作物の複製的利用に対するフェアユースの抗弁は、既に公表された著作物よりも狭く解釈されるべきである。第一に、市場に初めて提供されることから得られる収益が失われるため、

(126) See *id.*

(127) See also e.g., Kate O'Neill, *Against Dicta: A Legal Method for Rescuing Fair Use from the Right of First Publication*, 89 CALIF. L. REV. 369, 390 (2001).

(128) Landes, *supra* note 109.

未公表著作物の著作者は、より大きな負のインセンティブを受ける「からである⁽¹²⁹⁾」と論じているのである。L&P 論文においてこの記述が欠落した趣旨は明らかではないが、このような第一公表の特別な収益性を念頭に置いていたと考えることは、さほど不自然ではないだろう。

以上に述べたところを、社会的厚生を最大化を目的と定める L&P 論文に則して言えば、次のように敷衍できる。すなわち、「公表意思のある著作物」の第一公表の権利に関する L&P 論文の記述は、「第一公表から生じる（相対的に大きな）経済的利益に最も影響を受ける著作者に、その時期、態様の決定を委ねる（＝第一公表による収益から生じる効用を著作者に内部化させる）ことによって、最も安価な取引費用で（＝効率的に）社会的厚生を最大化を図ることができる」ことを示唆するものと言えよう。

このような考え方は、*Harper & Row*でも（抽象的にではあるが）指摘されていたように、直感的に理解しやすい。次に見るように、Goold は、より明快な記述で、実質的にこれに類する法益に基づき、第一公表の権利を正当化している。

Goold は、訴訟において争われてきた著作権侵害を5つの Tort の類型に分類し、それぞれ異なった基準によって侵害判断や損害の算定が行われるべきと述べる論文⁽¹³¹⁾において、*Salinger*判決を第三類型（表現によるプライバシー侵害）に、*Harper & Row*判決を第五類型（クリエイティブコントロール侵害）⁽¹³²⁾に、それぞれ別個のものとして位置付ける。つまり、*Harper & Row*のように、「間もなく公表されるはずだった著作物」については、プライバシーという人格的利益に基づく著作権侵害類型の説明の射程に含まれないというのである⁽¹³³⁾。その上

(129) *Id.* at 111.

(130) *See supra* text accompanying note 83, 85.

(131) Patrick R. Goold, *Unbundling the “Tort” of Copyright Infringement*, 102 VA. L. REV. 1833 (2016).

(132) *See id.* at 1866, 1871.

(133) *See id.* at 1867.

で、クリエイティブコントロール侵害、とりわけ *Harper & Row* で争われた種の第一公表の権利については、それが（一般的な無体物とは異なり）競合性を有する点に着目する。すなわち、一旦ある著作物が公表されると、その著作物については誰も「第一公表」をすることができなくなること、第一公表によって生じる便益の大小は市場の状況に影響されることといった根拠に基づき、第一公表による効用をただ一人の（経済合理的な）行為者に内部化させ、もって、最も需要が高まった（＝効用最大化が期待される）タイミングでその公表がなされるよう促すべきと論ずる。⁽¹³⁴⁾ Goold はこれを（*Harper & Row* 判決では人格的利益として分類されていた）クリエイティブコントロールの名でもって説明しているが、以上に述べたことから明らかなように、第一公表の権利において保護される経済的利益を表現したものである。⁽¹³⁵⁾

B). 裁判例の観察を通じた第一公表の権利の検討

以上に述べた第一公表の権利において保護される経済的利益の議論は、「第一公表」の有する競合性という性質から演繹的に導かれたものであった。これに対して、Linford は、コモンローの著作権の発生、発展過程に遡って裁判例を整理し、帰納的に第一公表の権利の保護法益を抽出する。⁽¹³⁶⁾ Linford によれば、従前、第一公表の権利は人格的利益に基づいて説明されることが多かったが、市場参入の機会保障を基礎とする経済的利益を保護したものとして理解すること

(134) *See id.* at 1870–1871.

(135) *See id.* at 1871. なお、この Goold 論文を論評した Wendy J. Gordon, *Copyright Owners' Putative Interests in Privacy, Reputation, and Control: A Reply to Goold*, 103 VA. L. REV. ONLINE 36, 51–52 (2017) も、第五類型（クリエイティブコントロール侵害）は射程が拡張されたら問題があるとした上で、第一公表の権利のように、（連邦憲法上の知的財産権条項（U.S. Const. Art. 1, § 8）から直接に導かれる）経済的利益によって基礎づけられる限度では正当であると評する。

(136) Jake Linford, *A Second Look at the Right of First Publication*, 58 J. COPYRIGHT Soc'y U.S.A. 585 (2010).

が適当である旨論ずる⁽¹³⁷⁾。これは、後に見るように、上記の L&P 論文らの見解と整合する。

Linford は、まず、1909 年法下において、未公表の著作物に係るコモンローの著作権がどのように保護されていたかを確認する。本稿でも第一章において確認したように、1909 年法下においては、「公表」前後によって権利の法的性質が大きく異なる。もっとも、Linford は、「公表」がこのように重要な概念であるにもかかわらず、その意義や射程が必ずしも明確ではないことを指摘する⁽¹³⁸⁾。

そもそも米国では、形式的には「公表」されていても、法律上の「公表」があったとはみなされず、コモンローの著作権が留保される「限定的公表」という概念が認められていた。*White v. Kimmell*⁽¹³⁹⁾ は、この要件を示した事例である。すなわち、形式的には著作物を公表した著作者が、当該著作物に係るコモンローの著作権を行使するためには、①その公表が、明確に特定の集団に向けられたものであり、②限定的な目的でなされており、③さらなる拡散、複製、拡布、販売の権利を伴わないものであることが求められる⁽¹⁴⁰⁾。

しかし、Linford は、諸裁判例を分析すると、「限定的公表」か否か（＝コモンローの著作権が著作者に留保されるか否か）は、必ずしもその三要件の判断に還元できないと論ずる⁽¹⁴¹⁾。例えば、（本稿でもコモンローの著作権を保護した事例として挙げた）*Palmer v. DeWitt*⁽¹⁴²⁾ に代表されるように、公への実演は、*White* における①の要件にもかかわらず、コモンローの著作権を消滅させない。同様に、映画やテレビ番組の放送に関する事例を観察すると、①、②の要件を満たさない公への上演、放送がなされていても、ライセンスや業界慣行に基づいて再放送をしないとの意思が認められる場合、コモンローの著作権は留保される。こ

(137) See *id.* at 594.

(138) See *id.* at 607.

(139) 193 F.2d 744 (9th Cir. 1952).

(140) *Id.* at 746-747.

(141) See Linford, *supra* note 136, at 610.

(142) See *supra* text accompanying note 48.

のような裁判例の状況に鑑みて、Linford は、「公表」がなされたか否かの判断は、その三要件への形式的なあてはめによるのではなく、より根源的に、「作者が、訴訟において問題となった市場に参入する機会が保障されていたか」という経済的な法益侵害の有無を考慮することによってなされてきた旨論⁽¹⁴³⁾ずる。つまり、著作物の一回的な実演や放送は、当該著作物の複製物の出版市場とは直接的に抵触しないため、その出版による利得機会を保障する必要がある、それゆえにコモンローの著作権が著作者に留保されるというのである。Linford は加えて、音声録音についてコモンローの著作権が消滅しないとする裁判例も、音声録音の複製物市場のように制定法（1909 年法）では予定されていなかった新たな市場は「著作者が参入する機会の保障されていなかった市場」であるという点で、実演、放送の例と等しく一般化できる旨論⁽¹⁴⁴⁾ずる。

なお、Linford の主張は、ある市場で既に公表された著作物について、その他すべての市場における新規市場参入の機会を保障すべきというものではない。著作者の合理的期待という観点から、第一公表の権利の射程を適切に画すべき⁽¹⁴⁵⁾というのである。例えば、Linford は、海賊版作成および拡散の容易性というリスク、（2010 年時点における）事前の予測可能性の低さという観点から、新規に登場したオンライン出版はアナログな出版市場とはまるで異なること、それゆえに、アナログ出版がなされていたとしてもオンライン出版市場に係る第一公表の権利は著作者に留保されることを論じている⁽¹⁴⁶⁾。

(143) See Linford, *supra* note 136, at 611–620. なお、Linford は、「著作者のプライバシーといった人格的利益」によるコモンローの著作権の正当化を排除しているわけではない（*Id.* at 620.（「プライバシーという第一公表の権利の正当化根拠は、ある意味で、経済的な正当化根拠とも重複する。著作物を『私的』に保つという決定は、人格的な考慮に加えて、経済的な考慮にも基づくものである。」））。

(144) See *id.* at 615–616.

(145) See *id.* at 622.

(146) See *id.* at 632–647. なお、同論文が執筆された2010年から現在に至るまでの間にも、インターネット環境は驚異的な進歩を遂げ、オンライン出版市場はもはや普遍的なものとなった。それゆえ、アナログ出版によってもオンライン出版に

以上に見たように、創作インセンティブへ与える影響の大きさを強調した Landes & Posner の経済学的検討、未公表著作物の競合性という特徴に着目した Goold の類型化論、裁判例の観察を通じて保護法益を抽出した Linford の検討は、いずれも、「第一公表（あるいは新規市場参入）の際に得られる、後続する公表とは異質な（一般的に大きな）利得」を覬念するという点で一致している。⁽¹⁴⁷⁾

そして、本稿にとって注目すべきは、彼らが、その分析アプローチだけでなく、異なる法的位置づけの権利（連邦法上の著作権／コモンローの著作権）を対象としつつも、同様の帰結にたどり着いたという点である。このことから、第一公表の権利は、1976年法の前後を通じて、同一または類似の経済的利益を保護するものとして理解し得るのである。

2. 第一公表の権利による経済的利益保護の限界

前節において見たように、第一公表の権利において保護される経済的利益は、ほかでもなく、第一公表によって得られる収益を対象としたものであった。

おける第一公表の権利は失われないとする見解の妥当性は、現在では再考する必要があるように思われる。それでも、抽象論として同論文が与える示唆は、なお意義を有するといえよう。

- (147) 著作物に限定された議論ではないが、知的財産の使用・利用において、市場先行に基づく経済的利益の重要性は広く認識されている（*See e.g., Richard C. Levin et al., Appropriating the Returns from Industrial Research and Development*, 3 BOOKINGS PAPERS ON ECONOMIC ACTIVITY 783 (1987)）。また、複製出版にも一定の期間・費用が掛かることを前提に先行出版者の独占期間という「リードタイム（lead time）」の利益を論ずるものであって、本文で述べた経済的利益とは少々視点を異にするが、一般論として第一公表という性質から導かれる経済的利益性を指摘するものとして、*See Stephen Breyer, The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs*, 84 HARV. L. REV. 281, 299-300 (1970)。（ただし、複製が迅速・容易・高品質で可能となった現在では、Breyerのいう「リードタイム」の利益がほとんど認められない場合が多いように思われる。）

それゆえ、理論的には、著作者に全く公表意思のない著作物（手紙など）に、⁽¹⁴⁸⁾ そうした経済的利益は観念し得ない。

実際、先述したように、L&P論文は、公表意思のない著作物に関する検討において、その経済的利益性を考慮に入れず、結果として、（特に生産的利用に対しては）⁽¹⁴⁹⁾ 加重的な第一公表の権利保護に消極的であった。つまり、専らプライバシーや世評などの人格的利益侵害のおそれに起因する過少生産という考慮に基づき、公表済みの著作物以上の水準で第一公表の権利を保護する見込みは薄いと結論付けたのである。また、L&P論文より前に公表されたものであるが、*Salinger*や*New Era*において（第二巡回区控訴裁判所に否定された）第一審判決⁽¹⁵⁰⁾の法廷意見を執筆したLeval判事による論文⁽¹⁵¹⁾も、同旨を述べる。つまり、連邦法上の著作権による保護の適否は、著作者の創作インセンティブへの影響という観点から総合的に判断されるべきであり、未公表であることのみでフェアユースの否定という結論を導くのは相当でないこと、公に晒す意思がない私的なメモや秘密の交信を著作権によって強力に保護することは著作権法の目的に適合せず、非論理的であることを述べる。⁽¹⁵²⁾

もっとも、「公表意思の有無」とは、必ずしも不変なものでなく、あくまで⁽¹⁵³⁾ 相対的な概念であることに留意しなくてはならない。例えば、近日公刊予定の小説であっても、重大な問題点を発見して永久にお蔵入りにするかもしれな

(148) See e.g., Ned Snow, *A Copyright Conundrum: Protecting Email Privacy*, 55 U. KAN. L. REV. 501, 514 (2007). (「著作者は自身の著作物を公表しないと決定し、自らのプライバシーについて無限定の保護を享受できる。このような状況では、〔経済的利益を保護の対象とする〕第二段階は決して訪れない。」)

(149) See *supra* text accompanying note 115-123.

(150) *Salinger v. Random House, Inc.*, 650 F.Supp. 413 (S.D.N.Y. 1986); *New Era Publications Int'l v. Henry Holt & Co.*, 695 F.Supp. 1493 (S.D.N.Y. 1988).

(151) See Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105, 1117, 1118-1119 (1990).

(152) 一方、Levalは、(著作権法とは別個に、) 著作者のプライバシー権によって、公表意思のない著作物を保護し得ることを明示的に認めている (See *id.* at 1119).

(153) See Landes & Posner, *supra* note 109, at 130; Leval, *id.* at 1120-1121.

い。あるいは、現時点で公表意思のない日記であっても、近い将来、金策のために公表して収益を得ようとするかもしれない。このように考えると、「公表意思のない著作物に加重的な経済的利益保護を与えたとしても、創作インセンティブに全く影響しない」ということはできない。言い換えると、現時点では公表意思のない著作物についても、経済的利益を保護する第一公表の権利の必要性は、確かに存在する。とはいえ、将来的な公表の見込みが小さいのであれば、この第一公表の権利保護の必要性もまた、おのずと小さくなる。そうであれば、後続創作への影響（＝許容性）をも考慮した上で、第一公表に係る特別の経済的利益保護を否定することもあり得よう。特に、前節において述べたL&P論文の見解は、（明示的ではないが）このような考え方に立脚したものと理解できる。

以上を敷衍すると、公表意思のない未公表著作物については、一般的に、第一公表に係る経済的利益が小さいため、経済的観点から第一公表の権利を説明することは相当でない。それゆえ、仮にこれが保護されたとしたら、人格的利益の観点から説明されなくてはならない。

一方、上記各見解は、公表意思のない著作物は（制定法上の根拠のある）連邦著作権法の保護の対象にならないことまで言うものではない。著作者の手許で秘匿されていた場合と異なり、（合法であろうと違法であろうと）一旦公に提示されてしまった著作物は、否応なしに、その瞬間から情報財として経済的価値を持つ。こうした価値から生ずる経済的利益を第一次的に享受するのは、（少なくとも現在の著作権法秩序の下では）著作権者であろう。こうした次第で、公表意思のない著作物であっても、「一旦公に提示されてしまった瞬間」以降の経済的利益保護、つまり、公表済みの著作物と同等程度の連邦法上の著作権保護はなお認められる。

なお、以上の議論にもかかわらず、「公表意思」はなくても、第一公表に係る経済的利益保護が受けられる場合も存在する。この点、Newmanが具体的な検

討を行っている⁽¹⁵⁴⁾ため、以下、その議論を参照する。

Newman は、まず、*Salinger* においては専ら人格的利益が問題となったのに対し、*Harper & Row* は第一公表に係る経済的利益によって保護が正当化されるべき事案であると確認する。その上で、厳密には「公表意思」がない設例において、それぞれいずれの事案に則して判断されるべきか（＝経済的利益、人格的利益いずれを問題とするものか）を整理する。

彼は、第一に、公表を予定して書かれた著作物の初期のドラフトについて言及する。そこでは、初期のドラフトには一般的に公表意思が認められなくても、その完成版の商業的価値を保持するという *Harper & Row* と同様の経済的利益に基づいて、第一公表の権利が保護されるべき旨論ずる⁽¹⁵⁵⁾。彼は、第二に、公表を企図して執筆される原稿が、その途上において（著作者の満足しない形で）公表された場合を設例として掲げる。このときも、第一の設例と同じ要領で、他者による公表によって市場が縮小したり、後続のより良い作品を書く機会が失われたりするというリスクを提示して、経済的利益性を認めている。もっとも、この設例において、Newman は、「著作者のプライド」という観点から、人格的利益に基づく保護可能性にも言及している。すなわち、（不完全な形でなされた）当該公表が著作者の承認を得たものと誤認されることによって害される人格的利益は、法的保護に値するというのである⁽¹⁵⁶⁾。一方、日記や手紙、機密のメモなどといった、およそ公表される著作物との関連性を欠く著作物については、専ら人格的利益という観点からしか説明できず、フェアユースにおいて考慮はすれども、修正一条とのバランシングによるケースバイケースの判断が求

(154) Jon O. Newman, *Copyright Law and the Protection of Privacy*, 12 COLUM. -VLA J.L. & ARTS 459, 468-469 (1987). なお、Newman は、*Salinger* の控訴審判決において法廷意見を執筆した裁判官であり、同論文も連邦著作権法による著作者のプライバシー保護に好意的である。もっとも、保護法益という次元においては、本文の通り、経済的利益と人格的利益とを異なるものとして認識している。本稿で引用するのは、前者（＝経済的利益）に係る記述である。

(155) See *id.* at 469; see also Leval, *supra* note 151, at 1121.

(156) See Newman, *id.* at 469.

められるとして、以上2設例とは本質的に区別している。⁽¹⁵⁷⁾

3. 小括

本章の冒頭でも述べたように、米国でも、第一公表の権利において保護される経済的利益について深掘りした議論は多くない。しかしながら、その数少ない議論がいずれも、アプローチや対象とする権利の法的位置づけは異なれど、概ね同一の経済的利益を観念していることが明らかになった。すなわち、「第一公表（あるいは新規市場参入）の際に得られる、後続する公表とは異質な（一般的に大きな）利得」によって、第一公表の権利の経済的側面を一貫して説明し得る。

もっとも、未公表著作物及びそれに関連する著作物を公表する意思が認められない場合、このような利益は観念されず、仮にあるとしても小さい。すなわち、(出版予定の著作物が公表された場合や、公表を予定して書かれた著作物のドラフト、完成前の版が公表された場合とは異なり、) 私的な日記や手紙などといった、将来的な公表著作物と直接的な関連性を有しない未公表著作物については、経済的利益による説明が困難であり、次章の人格的利益に基づく第一公表の権利の保護に委ねられることとなるのである。

三 第一公表の権利において保護される人格的利益

1. 概要—2つの異なる侵害類型—

前章の分析から、多くの公表意思のない著作物については、その第一公表の権利を経済的に説明する基礎を欠くということが明らかになった。それにもかかわらず、既に述べたように、一般に公表が予定されていない手紙や日記なども、加重的な保護(=「第一公表の権利」保護)の対象とされている。とりわけ、1976年法以前においては、むしろこれらの公表意思のない著作物の方が、

(157) *See id.* at 469-475.

第一公表の権利の主たる対象であった（1976年法下においても、（公表意思のない著作物にも）フェアユース第二要素で著作者に有利な考慮が働くことは、連邦最高裁判決における記述や1992年改正時の議論によって確認されている）。

それでは、これらの保護は、いかなる法益によって基礎づけられるのだろうか？

第一章で述べたように、*Harper & Row* 最判は、公表意思のない手紙に対するコモンローの著作権を、「人格的なプライバシーの一内容」⁽¹⁵⁸⁾と説明した。しかし、既述の通り、「プライバシー」という概念は、それ自体漠然としたものであって、保護法益を説明するには不十分なため、いかなる保護法益が想定されているかを具体的に明らかにする必要がある。本稿では、このような法益侵害の有無が問題となる「著作者（あるいは著作権者）に公表意思のない著作物が公表される」状況を、「公表意思不存在類型」として把握する。

さらに加えて、*Harper & Row* 最判は、上記「人格的なプライバシーの一内容」の他に、「早期に公表」されるおそれを取り除くことを目的とした「クリエイティブコントロールに係る人格的利益」⁽¹⁵⁹⁾が未公表著作物に付随することを、一般論として述べている。⁽¹⁶⁰⁾⁽¹⁶¹⁾その上で、最高裁は、「著作物を公表するか否か選択できる権利」と並列に、「いつ、どこで、どのような形式で初めて公表するかを選択できる権利」⁽¹⁶²⁾を第一公表の権利の一内容として位置づける。もっとも、

(158) *Harper & Row*, 471 U.S. at 554.

(159) 第一章2.C). 参照。

(160) *Harper & Row*, 471 U.S. at 555.

(161) なお、既に見たように、*Goold* は、「クリエイティブコントロール侵害」という類型を経済的な観点から説明する（*See supra text accompanying note 131-135*）。ただし、連邦最高裁の判示を素直に読めば、これを経済的利益のみに還元させてしまうのは相当ではない。本稿における以下の記述は、米国における議論を整理すると、上記経済的利益以外にも、「いつ、どこで、どのような形式で初めて公表するか」といった）クリエイティブコントロールに人格的利益性が認められることを示すものである。

(162) *Harper & Row*, 471 U.S. at 555.

最高裁の判旨からは、この権利が、具体的にどのような人格的利益に向けられたものか明確でない。⁽¹⁶³⁾そこで、本稿では、この権利に対応する「著作物の公表意思の有無にかかわらず、著作者の意に沿わない時期、場所、態様（以下、「態様等」）で、著作物の第一公表がなされる」状況を「不実態様類型」として、当該類型ではどのような法益侵害が問題となるか検討する。これは、例えば、著作者に先んじて（例えば、報道等において引用される形で）著作物が公表された場合（＝不実の時期）や、予め定めておいた態様（例えば媒体）とは異なる方法で公表がなされた場合（＝不実の態様）に妥当する類型といえよう。

以上述べたように、*Harper & Row*を見ると、「『公表意思不存在類型』『不実態様類型』という、必ずしも相互に排他的ではないが場面設定は異なる二つの類型⁽¹⁶⁴⁾について、それぞれ異なる人格的利益が問題となる」という仮説が浮かび上がる。そこで、以下では、それぞれ第二節、第三節において、学説上の議論を整理し、各々に固有の保護法益が存在するか否か、存在するとしたらいかなるものかを検討する。

2. 公表意思不存在類型

A). プライバシーの権利とのアナロジー

先述したように、*Harper & Row* 判決で言及され、⁽¹⁶⁵⁾また多くの概説書でも指

(163) そもそも、*Harper & Row*における原告は、著作者ではなく、著作者から著作権の部分譲渡を受けた出版社である。そのため、当該事案を解決するためには、著作者の人格的利益が害されるか否かを検討する必要がなかった。判決文において人格的な保護法益が具体化されていないのは、このような事案の特殊性に由来するものと考えられる。

(164) 「不実態様類型」は、その定義上、「公表意思不存在類型」を包摂する概念と理解されるかもしれない。しかし、後述するように、「不実態様類型」における保護法益は、「公表意思不存在類型」のそれに比べて限定的で、また視点も異なるものである。したがって、これら二類型は、具体的な保護法益を明らかにするという目的に鑑みると、区別の実益がある。

(165) *See supra text accompanying note 85.*

⁽¹⁶⁶⁾ 摘されるように、第一公表の権利が「著作者のプライバシー」を保護していることは、広く承認されている。

例えば、Deidré Kellerは、プライバシーの権利の生成、発展過程と第一公表の権利の歴史的展開とをそれぞれ整理した上で、両者の理論的関連性について言及する。⁽¹⁶⁷⁾ その論文において彼女は、第一公表の権利と、私的事実の公への暴露(Prosserのいうプライバシーの第二類型)⁽¹⁶⁸⁾に係るプライバシー権とは、その歴史的起源、正当化根拠が共通する旨論じている。つまり、本稿でも既にみたように、私的事実の公への暴露に係るプライバシー権は、1976年法以前の第一公表の権利である「コモンローの著作権」を根拠に導かれ、そこから発展した産物である(歴史的起源の共通性)。加えて、著作権法が自然権の観点、功利主義の観点を複合した形で正当化されることはよく知られているが、近年、プライバシーの権利も同じく二つの思想に基づいて正当化される旨指摘されている(正当化根拠の共通性)。それゆえに、両権利は、理論的に調和し得るというのである。⁽¹⁶⁹⁾ 以上のように、彼女は、第一公表の権利を、上記「私的事実の公への暴露に係るプライバシー権」のアナロジーとして——著作物に係る権利という文脈に敷衍して言えば、「私的な言論空間の外界からの保全」という利益を保護するものとして——理解している。⁽¹⁷⁰⁾

もっとも、Kellerは続けて、コモンローの著作権はともかく、連邦法上の著作権と当該利益保護とは、もはや整合しなくなっている旨論ずる。⁽¹⁷¹⁾ すなわち、元来、第一公表の権利が著作者の一身に専属する権利であったために、上記利益保護は必要十分になされていた。しかし、1976年法以降、第一公表の権利は

(166) See e.g., MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, 1 NIMMER ON COPYRIGHT § 4.04 (2021); WILLIAM F. PATRY, 4 PATRY ON COPYRIGHT § 10.156 (2021).

(167) Deidré A. Keller, *Copyright to the Rescue: Should Copyright Protect Privacy?*, 20 UCLA J.L. & TECH. 1 (2016).

(168) See *supra* text accompanying note 66.

(169) See Keller, *supra* note 167, at 20–25.

(170) See also e.g., Rigamonti, *supra* note 14, at 383–384.

(171) See Keller, *supra* note 167, at 31–35.

譲渡の対象となり、著作権者の権利へと変容した。その結果、「私的な言論空間の保全」という利益の本来的な受益者である著作者が第一公表の権利の権利者ではないことから、利益保護を実効的に行うことができないケースが生じてしまうのである。

さらに、彼女は、これに加えて、連邦法上の著作権に基づくプライバシー保護の主張を認めることによって、フェアユースに異質な考慮を持ち込んだり、(本来プライバシー権侵害の判断においてなされるべき) 修正一条の審査を容易に潜り抜けてしまったりするという問題点も指摘する。⁽¹⁷²⁾このことにより、最終的に、連邦法上の著作権、プライバシーの権利をとともに歪め、あるいは形骸化させてしまうという危険すら生じるというのである。同論文は、以上の次第

(172) フェアユースに異質な考慮が持ち込まれた一例として、Keller は、*Monge v. Maya Magazines, Inc.*, 688 F.3d 1164 (9th Cir. 2012) を掲げる (See *id.* at 32)。同判決は、著名人のプライベートな結婚式の写真がゴシップ誌に掲載されたことについて、連邦法上の著作権に基づく損害賠償請求を認めた事例である。ここでは、フェアユースの第四要素 (= 潜在的市場への影響) において、(著作者ではない) 当該著名人の肖像に対する経済的価値、すなわちパブリシティ権を考慮に入れ、フェアユースを否定した。これは、まさしく著作権の趣旨とは別個の考慮に基づいて著作権侵害を認めたものと評価することができよう。

(173) Keller はこの点を論じるに際して、*Hill v. Public Advocate of the U.S.*, 35 F.Supp.3d 1347 (D. Colo. 2014) を象徴的な事例として掲げる。同判決では、原告の写真を政治的フライヤーにおいて利用した行為につき損害賠償が求められたところ、プライバシー権侵害の主張に対しては修正一条を理由として請求却下の申立てが容れられたが、著作権侵害の主張に対する請求却下の申立ては認められなかった。このことから、明白に、著作権侵害に対しては修正一条の審査が緩やかであると指摘される (See *id.* at 5-6, 34)。なお、同論文では言及されていないが、連邦最高裁は、*Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) において、連邦法上の著作権は、表現アイデア二分論、フェアユースという制約があるため、原則として修正一条による著作権法外在的な制約を受けない旨判示した (また、本稿では取り上げなかった部分の判旨ではあるが、修正一条と著作権との関係については、*Harper & Row* も参照 (See 471 U.S. at 558 (「著作権それ自体が表現の自由のエンジンとなる…。」)))。Keller の論旨は、この判例を背景に述べたものと考えられる。

によって、第一公表の権利を連邦法上の著作権から切り離すための立法論（インターネット上の簡便なエンフォースメント措置を備えた連邦プライバシー法の創設、著作権者の一身に専属する Moral Rights としての公表権の創設）を展開⁽¹⁷⁴⁾する。

以上をまとめると、Keller は、第一公表の権利をプライバシーの一類型のアナロジーとして捉え、その保護法益を「私的な言論空間の外界からの保全」と特定した上で、連邦法上の著作権による第一公表の権利保護は妥当ではない旨論じている。このような保護法益論や解釈論は、先に見た L&P 論文や Leval 論文からも読み取れるように、一定の支持を得ているようである。⁽¹⁷⁵⁾⁽¹⁷⁶⁾

これに対して、興味深いことに、ほぼ同様の保護法益を観念した上で、連邦著作権法による保護を促進するよう論じる見解も存在する。

Margaret Chon は、インターネット環境の普及に伴い、リベンジポルノ（不同意ポルノ）による人格的利益侵害の危険が増大している現状に鑑みて、伝統的に理解されてきた財産的利益保護とは異なり、私的事実の公への暴露を防ぐ機能を有するものとして著作権を再構成することを提案する⁽¹⁷⁷⁾。つまり、不安定で迅速性のない不法行為法上のプライバシー権や名誉権による保護に代わって、（著作権をいわば道具として利用し、）人格的利益侵害の蓋然性が極めて高く、また公益的価値も低い公表に対し、実効的な救済を実現すべきと論ずるのである。彼女によれば、裁判例の観察を通じて著作権法の歴史を紐解くと、そのような人格的利益（＝「私的な言論空間の外界からの保全」という利益）が「連邦法上の著作権」の保護対象として承認されているという。それゆえ、先述した Keller の指摘とは正反対に、これら公表意思のない著作物に係る人格的利益

(174) See Keller, *supra* note 167, at 35–36.

(175) See *supra* text accompanying note 115–123, 151.

(176) 裁判例においても、プライバシー保護は著作権の機能ではないと論ずるものがある (See e.g., *Bond v. Blum*, 317 F.3d 385 (4th Cir. 2003); *Garcia v. Google, Inc.*, 786 F.3d 733 (9th Cir. 2015) (en banc)).

(177) Margaret Chon, *Copyright's Other Functions*, 15 CHI.-KENT J. INTELL. PROP. 364 (2016).

を保護することは、とりたてて著作権法理論を歪めることとはならないと論ずる。⁽¹⁷⁸⁾ また、そこで検討の対象とされた「不同意ポルノ」について言えば、公人に関するものでもニュース価値もないために、連邦法上の著作権に基づく救済によって修正一条の審査を回避してしまう点も問題ではなく、かつ、「不同意ポルノ」という著作物の（非経済的な）性質に鑑みると、フェアユース第四要素の考慮をすべきでないとも論じている。⁽¹⁷⁹⁾

KellerやChonが示した保護法益論と同様の考慮に基づき、より普遍的なフェアユース理論の再検討を行うものに、Balganesh⁽¹⁸⁰⁾の論文がある。彼は、公表意思不存在類型における第一公表の権利は、（権利主体の異同に基づき）⁽¹⁸¹⁾「著作者のプライバシー」に還元されるのではなく、より広い「著作者の尊厳」という利益によって説明されるべき旨論ずる。もともと、彼は、その本質が「強制言論からの自由」という価値にあると指摘する。⁽¹⁸²⁾ それゆえに、（プライバシーという語を用いるか否かという違いはあるが）「（著作者の）私的な言論空間の外界からの保全」という人格的利益を保護する点で、上記の見解と共通するのである。

その上で、Balganeshは、この法益を連邦著作権法で保護するためには、現状のフェアユースの理論では不十分であり、一定の修正が必要な旨論ずる。つまり、経済的利益性を重視する現在のフェアユース理論では、上記法益の保護は認められにくい。そこで彼は、原告（著作権者）が創作者本人であり、訴訟

(178) *See id.* at 372-375. もともと、Chon論文は、Keller論文に直接言及したものではない。

(179) *See id.* at 376-377.

(180) Shyamkrishna Balganesh, *Privative Copyright*, 73 VAND. L. REV. 1 (2020).

(181) とりわけ、人物を撮影した写真の著作物については、直接的なプライバシーの主体（被写体）と著作者とが一致しないことが多い。Balganeshが検討の対象としているのは、これら被写体ではなく、写真の撮影者（著作者）の人格的利益である。それゆえ、（一般に被写体を想起させる）「プライバシー」という概念に還元させることに躊躇いを覚えたのだろう。

(182) *See id.* at 16-20.

提起段階で未公表かつ未許諾な「私的」状態にあり、かつ、創作者のアイデンティティが著作物に反映されている場合、これを“**Privative Copyright**”という類型で捉え、⁽¹⁸³⁾(変容の利用理論のように) フェアユースにおいて典型的に特別な取扱いを受けるべきとする。具体的には、フェアユースの第一要素(利用の目的)においてニュース価値を考慮することを条件に、第三要素(利用された部分の量及び実質性)、第四要素(潜在的市場への影響)を考慮せずにフェアユースの成否を判断できるようにすべきという。⁽¹⁸⁴⁾すなわち、修正一条に類する考慮に基づくbalancingの必要性は認めつつも、経済的価値に照らした衡量は不要であることを指摘するのである。

以上に述べたように、その保護をどのように実現するかについては異論があるものの、公表意思不存在類型において第一公表の権利が保護する人格的利益に「私的な言論空間の外界からの保全」が挙げられる点で見解の一致が見られる。⁽¹⁸⁵⁾ところで、以上の理解に基づけば、第一公表の権利は、概ねプライバシー(特に **Prosser** のいう第二要素)とのアナロジーとして理解されるものであるところ、何故「**著作者のプライバシー**」を特別に保護しなければならないかについては積極的に論じられてこなかった。実際、**Keller** は、このような人格的利益保護は著作権法の趣旨と整合しないとして、「**著作者のプライバシー**」を特別に保護すること(=第一公表の権利)を否定していた。つまり、(著作者ではなく、)およそ人であるために保護される限度で、人格的利益保護の必要性を述べるに過ぎない。

同様に、「第一公表の権利」による「**著作者のプライバシー**」保護に肯定的な見解も、その積極的な正当化には至っていない。すなわち、**Chon** は、実際上の問題点に照らして「**個人**」のプライバシーを保護すべしと表明し、そのために「**道具**」として連邦法上の著作権を用いるべきと論じているものの、「著作

(183) See *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

(184) See *id.* at 59–68.

(185) See also e.g., *Breyer*, *supra* note 147, at 28 n.11.

者」のプライバシーを（「個人」のプライバシーとは別個に）保護する必要性までは論じていない。⁽¹⁸⁶⁾ Balganesch も同様に、著作者の尊厳に関わる“**Privative Copyright**”を十分に保護するためにフェアユース理論の修正を提案するが、何故、「著作者の尊厳」が著作権法によって保護されるべきかまで積極的に論じていない。⁽¹⁸⁷⁾ このような議論状況では、はたして「私的な言論空間の外界からの保全」という人格的利益を（著作権法上の）「第一公表の権利の保護法益」と呼んでよいのだろうかという疑問が生じる。

ところで、以上の疑問に対して、米国には、上述した人格的利益の保護を、著作権法の目的から積極的に正当化しようと試みる（＝上記法益を（個人のプライバシー権ではなく）「第一公表の権利」の保護法益と位置付ける）見解が存在する。次項では、これらの議論を整理する。

B). 著作者のプライバシー保護の必要性

⁽¹⁸⁸⁾ Goldman & Silbey による研究は、著作権法の目的という観点から、連邦法上の著作権による人格的利益保護の射程を入念に検討したものである。彼らは、まず、著作権の過剰な保護によって、自己検閲を促進し、結果として情報過少という著作権法の目的に反する状態を招来し得るという問題点を掲げ、アプリ

(186) なお、ここでの記述は、「判例上、人格的利益保護が承認されてきたという経路依存的な説明が一つの理論的根拠となる」という Chon の論理を否定するものではない。ただし、より抽象的に、かつニュートラルに、保護法益という次元で第一公表の権利を把握しようと試みる本稿の目的にとってみれば、（とりわけ、このような（米国の判例による）経路依存性が根拠とはならない日本への示唆を検討するに際しては、）著作権法の目的に照らした積極的な正当化がなされていることが望ましい。

(187) なお、Keller も公表権の創設を提案し、（連邦法上の著作権とは異なるが、）「著作者のプライバシー」を強力に保護することの可能性を指摘している。しかし、そこでも、そうした権利保護がどのように正当化されるかについては、言及されていない。

(188) Eric Goldman & Jessica Silbey, *Copyright's Memory Hole*, 2019 BYU REV. 929 (2019).

オリに著作者の人格的利益を保護すべしとする立場を批判する。⁽¹⁸⁹⁾

もっとも、同論文は、経済的利益に結び付く範囲でしか著作権保護を与えないと主張するわけではない。すなわち、創作豊富化という著作権法の目的に適う範囲であれば、著作権による人格的利益保護はむしろ推奨すべきであると論ずるのである。⁽¹⁹⁰⁾ 彼らは、その典型例として、著作者に公表意思のない著作物、限定的な対象にのみ拡布された著作物（手紙や、パスワードによって閲覧可能な者が限定された著作物など）の無権限公表からの保護を掲げている。もし仮に、これらの著作物に著作権の保護が得られない、あるいは脆弱な保護しか得られないために、その著作者の意に反して公にされる危険があるとすると、著作者が自身の考えを記録し、または特定の他人と意見交換を行うインセンティブがそがれてしまう。⁽¹⁹¹⁾ そして、その結果、公表意思のない著作物に著作権保護が与えられていたとしたら創作されていた（公表意思のある）著作物が、創作されないこととなるかもしれない。Goldman & Silbey は、こうした論理に基づき、公表意思のない著作物、限定的な対象にしか公表していない著作物、故人によって創作された著作物であって公表を望んでいなかったもの⁽¹⁹²⁾ について「私的

(189) *See id.* at 939, 943–946.

(190) *See id.* at 970–982.

(191) これに対して、先にも述べたように、L&P 論文は、公表意思のない著作物に対する著作権の強弱が、手紙や日記の筆者の行動へ与える影響は軽微である旨述べる（*See supra* text accompanying note 119）。Goldman & Silbey の論旨は、こうした L&P 論文の見解と相反するように思われる。もっとも、Goldman & Silbey における上記論述も、L&P 論文における論述も、客観的な証拠に基づいてなされたものではなく、あくまで彼らの価値判断によるものである。それゆえ、どちらかが絶対的に正しく、どちらかが絶対的に誤っていると断ずることはできない。そもそも、一般論として、著作権が与える創作インセンティブの総量を測定するのは困難である以上、上記 Goldman & Silbey の考え方を否定することでもまた困難といえよう。そうすると、（仮に新たな権利を創設するのであれば、ある程度慎重でなければならないが、）既にある権利を理論的に補強する際には、本文で記した Goldman & Silbey の論旨も一つのあり得る説明と評価することができるのではないか。

(192) 一見すると正当化困難な「既に亡くなった者の人格的利益の保護」も、「没後に

な言論空間を外界から保全」する目的で第一公表の権利保護を認めることは、創作を躊躇させる負のインセンティブを軽減させ、もって消極的観点から著作権法の目的の達成に寄与するものであるため、望ましいと論ずるのである。⁽¹⁹³⁾その上で、彼らは、上述した種の著作物に対する第一公表の権利保護は、実体法上、フェアユース第二要素（著作物の性質）において未公表著作物であることを重く考慮し、その反面、第一要素（利用の目的）や第四要素（潜在的市場への影響）の重要性を劣後させることによってなすべきと論ずる。⁽¹⁹⁴⁾

これに対して、Ned Snow⁽¹⁹⁵⁾の見解は、Goldman & Silbeyと類似する形で「著作者のプライバシー」保護の必要性を述べるが、その提案する具体的帰結がまるで異なる点で興味深い。すなわち、Snowも同様に、よりよい表現活動のためには、親密な間柄での手紙やEmail（＝「私的な言論空間」）が外界に暴かれるおそれを取り除く必要があるとして、創作豊富化という著作権法の目的に基づき、以上の人格的利益保護の必要性を論じている。⁽¹⁹⁶⁾もっとも、彼は、こうした著作者の人格的利益保護は、連邦法の対象外であると述べる。つまり、連邦著作権法は、連邦憲法における（功利主義的な）知的財産権条項に定められた立法権限に基づくものであるために、「私的な言論空間の外界からの保全」とい

自身の著作物がみだりに公表されない」という生前の安心感を担保することによって創作への躊躇を軽減させるという観点から、一貫して保護を正当化し得ると述べる（*See Goldman & Silbey, supra note 188, at 978*）。

(193) *See id.* at 971-978. なお、その反面、著作権が譲渡された場合やプライバシーが害される主体が著作者ではなく写真、絵画の被写体である場合は、上記の人格的利益保護と著作権法の目的とのつながりを欠くこととなるため、著作権による保護は不適当である旨論ずる（at 985-987）。

(194) *See id.* at 989-993.

(195) Ned Snow, *A Copyright Conundrum: Protecting Email Privacy*, 55 U. KAN. L. REV. 501 (2007).

(196) *See id.* at 519, 571-572.

(197) U.S. Const. Art. 1, § 8（「連邦議会は、…著作者及び発明者に、その著作物及び発見に対する排他的な権利を、限られた期間保障することにより、科学及び有用な芸芸の進歩を促進させる権限を有する。」）

う人格的利益を目的とした権利はその範囲に含まれないというのである。そして、Snow は、このような観点から、1976 年法以前に見られたコモンローの著作権は、そもそも連邦法による専占の対象となり得ず、なおも残存する旨論ず⁽¹⁹⁸⁾る。つまり、前述した Chon、Balganesh や Goldman & Silbey とは異なり、連邦法上の著作権による（人格的利益に係る）第一公表の権利保護を否定する一方、現行法下においても、コモンローの著作権による第一公表の権利保護がなされるべき旨論するのである。他方、前章に見たような（公表意思のある未公表著作物における）第一公表の経済的利益は、知的財産権条項の範囲内であるとして、専ら連邦法上の規律に服すべきとする⁽¹⁹⁹⁾。

ただし、公表意思の有無というのは、時として、客観的な判別がつきにくい。この点、Snow は、権利侵害の容易性、救済の充実度の異同を強調することで、著作者自身の適切な選択を促すことができる旨論ずる。すなわち、公表意思がないとしてコモンローの著作権を主張する場合、フェアユースの適用が排除されるため権利侵害は認められやすいが、一方で、連邦法上規定される損害賠償額の推定、法定損害賠償制度の対象とならず、救済内容は相対的に劣後する。このようなトレードオフに直面する著作者は、自己の法益保護を達成するのに最適な戦略を選択するため、敢えて困難な公表意思の判断を裁判所がする必要はないというのである⁽²⁰⁰⁾。

C). 小括

本節ではここまで、公表意思不存在類型における第一公表の権利について、その保護法益と、あるべき帰結に関して論じた見解を参照してきた。それによれば、いずれも「私的な言論空間の外界からの保全」という、プライバシーの一類型（私事の公への暴露）に相当する人格的利益を保護しているものとして理解できる。そしてこの法益の保護は、「『将来の不当な公表のおそれ』という

(198) See Snow, *supra* note 195, at 560–564.

(199) See *id.* at 564.

(200) See *id.* at 567–570.

著作者の創作を躊躇わせる事情を排除することで、消極的観点から創作豊富化という著作権法の目的に資する」という論理によって、著作権法上、正当化される。

一方、保護法益や保護の必要性の観点では軌を一にするものの、それを連邦法上の著作権によって保護すべきか否かといった具体的帰結については異論が見られた。すなわち、米国では、日本のように著作者人格権たる公表権として第一公表の権利を保護するわけではない。そのため、連邦著作権法が、伝統的な理解に則って専ら経済的利益保護に終始すべきとするのか、若しくは、より広範に人格的利益の保護まで内包するのかといった立場の違いが、第一公表の権利の（「連邦法上の著作権」による）保護可能性の有無に影響を及ぼすのである。⁽²⁰¹⁾

なお、公表意思不存在類型の検討を終えるに当たっては、少数ではあるが、一部において、より異質な法益による説明がなされていることにも言及しておかなければならない。すなわち、Wendy Gordon は、1976 年法以前に存在したコモンローの著作権は、（未公表著作物が具体化された）有体物に係る所有権的保護によって説明される旨論じている。⁽²⁰²⁾ もっとも、この見解では、有体物に係る所有権が移転された後も「コモンローの著作権」保護を認めた事例（譲渡された手紙の公表に関する *Baker v. Libbie* など）が多数存在することを説明できない。

3. 不実態様類型

A). Right of Integrity との連続性

上述の通り、公表意思不存在類型は、「私的な言論空間の外界からの保全」という趣旨に基づき、「公への暴露」それ自体を問題としていた。それゆえ、その

(201) 上述した論者を分類するとすれば、前者に Keller、Snow が、後者に Chon、Balganesh、Goldman & Silbey が妥当する。

(202) Wendy J. Gordon, *The Core of Copyright: Authors, Not Publishers*, 52 Hous. L. Rev. 613, 620-622 (2014).

暴露された著作物に接する者からいかなる評価が得られるかにかかわらず、法益侵害のおそれは認められる。⁽²⁰³⁾ 他方、その性質上、将来的に公表を予定していた著作物は、保護の対象外となる。

「著作物の公表意思の有無にかかわらず、著作者の意に沿わない態様等で、著作物の第一公表がなされる」という不実態様類型は、この2点において、公表意思不存在類型と区別される。すなわち、不実態様類型は、公表意思不存在類型と異なり、「不実性」を主眼としたものである。そのため、問題となる著作物に対する公表意思の有無は重要ではない。しかし、その反面、公表された著作物を通じて形成される著作者の社会的評価が問題となる。

この点、不実態様類型の定義あるいは「クリエイティブコントロールに係る人格的利益」という最高裁の文言からは、社会的評価を問題とすることなく、単に「著作者の意に沿わない態様等で公表された」ことに対する不快感をもって第一公表の権利を保護することも決して背理ではない。仮にこのような見解に立つとすれば、公表意思不存在類型と同じく、不実態様類型においても、いかなる評価が与えられるかにかかわらず権利侵害が成立することとなろう。もともと、米国法上、このような形で（不実態様類型に係る）第一公表の権利を説明する議論は見られない。むしろ、学説の多くは、不実態様類型における第一公表の権利の保護法益を、（未公表著作物に特有なものとしてではなく、）広く一般的な **Right of Integrity**（同一性保持権）と関連付けて論じている。⁽²⁰⁴⁾ 後述するように、米国法上、**Right of Integrity** は社会的評価を問題とするものであるため、それと関連すると捉えられている不実態様類型における第一公表の権利も同様に社会的評価という観点から説明づけられることとなる。

(203) See e.g., Edward J. Damich, *The Right of Personality: A Common-Law Basis for the Protection of the Moral Rights of Authors*, 23 GA. L. REV. 1, 78 (1988).

(204) See e.g., ADENEY, *infra* note 209; Yu, *infra* note 220; Arthur L. Stevenson, Jr., *Moral Right and the Common Law: A Proposal*, 6 COPYRIGHT L. SYMP. 89 (1953). なお、もっぱら第一公表の権利の文脈に関するものではあるが、その法益においては同様のものを想定している見解として、経済的利益保護の限界を論じた際に言及したNewmanの議論を参照 (See *supra* text accompanying note 156)。

ところで、筆者が前稿において整理したように、米国では、**Right of Integrity** は、「自身が創作した著作物に改変が加えられることによってその内容を正しく反映しなくなったものに、その著作者として氏名表示を付されることを禁止する権利」として理解されている⁽²⁰⁵⁾。これに対して、不実な態様等でなされた公表に対する権利は、著作物に改変があったことを問題とするものではないため、**Right of Integrity** とは別個に観念されるべきと考えられるかもしれない。しかし、次に見るように、米国では一般に、「文脈の改変（＝著作物そのものには改変を加えていないが、本来想定されている利用方法と異なる方法で当該著作物を利用すること）」に対する権利も、**Right of Integrity** に含まれると解されている。

例えば、Kwall は、著作物を介して外部的に表現された著作者の意図（メッセージ）が当該著作者のものとして正しく伝わることを保障し、もって著作者の尊厳を保護するという趣旨で **Moral Rights** を論ずるところ⁽²⁰⁶⁾、その中で、次のように **Right of Integrity** の要件論を展開する。すなわち、「意に反する改変がその著作物あるいは極めて類似する著作物の複製物に対してなされ、又は著作物の原作品あるいは極めて類似する複製物が、著作者の意に反する文脈で公に展示、提供、送信され」、かつ、その著作物の著作者として氏名表示がなされ、若しくはその著作物の著作者であると認識される場合、**Right of Integrity** が侵害されると論ずる⁽²⁰⁷⁾。著作物が公に正しく伝達されることを重視する彼女の見解にとっては、著作者の意図が歪めて伝えられている以上、著作物そのものに改変がなされているか、あるいは著作物の提供、提示の態様等が誤ったものであるかという違いは重要ではないのだらう⁽²⁰⁸⁾。

(205) 拙稿「米国における **Moral Rights** 保護—裁判例の観察による保護法益の抽出—」神戸法学雑誌 70 巻 3 号 181 頁、193 頁（2020）。なお、同論文ではこれを、著作者の氏名表示のコントロール権による「氏名流用禁止効」と呼んでいる。

(206) ROBERTA ROSENTHAL K WALL, *THE SOUL OF CREATIVITY: FORGING A MORAL RIGHTS LAW FOR THE UNITED STATES* (2010)。

(207) *See id.* at 151.

(208) *See also e.g.*, Robert C. Bird, *Moral Rights: Diagnosis and Rehabilitation*, 46 AM.

このような考え方は、理論的な次元だけではなく、実際の法適用においても現れている。例えば、Adeney は、Right of Attribution（氏名表示権）、Right of Integrity⁽²⁰⁹⁾ を記述的に整理する中で、次のように、実務上、「文脈の改変」が著作物の改変と同列に取り扱われていることを記述する。すなわち、「文脈から切り離された著作物」をその著作者の世評が害され得る形で著作者氏名を付して提供するとき、改変された著作物の提供という場合と同じく、名誉毀損法理によって Right of Integrity の保護がなされると述べる⁽²¹⁰⁾。加えて、プライバシー権による Right of Integrity 保護の一部として、著作者の意図しない態様（大学における講義の出版）で公表されたことに対する保護事例（コモンローの著作権の適用事例である *Williams v. Weiss*⁽²¹¹⁾）が掲げられている⁽²¹²⁾。このことから、第一公表の権利が Right of Integrity と連続的に捉えられていることが見て取れる⁽²¹³⁾。

もとより、Right of Integrity とは、「公衆に提供、提示された著作物に接する者が、その著作物から、著作者と表示された者についてどのような印象を抱くか」という観点から「著作者の社会的評価の同一性」⁽²¹⁴⁾を保護するものである⁽²¹⁵⁾。

BUS. L.J. 407, 439-440 (2009).

(209) ELIZABETH ADENEY, *THE MORAL RIGHTS OF AUTHORS AND PERFORMERS: AN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE ANALYSIS* (2006).

(210) *See id.* para. 16.188.

(211) *See supra* text accompanying note 46.

(212) *See* ADENEY, *supra* note 209, para. 16.202.

(213) *See also* UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, *AUTHORS, ATTRIBUTION, AND INTEGRITY: EXAMINING MORAL RIGHTS IN THE UNITED STATES*, 112 (2019).

(214) なお、この利益も、公表意思不存在類型の議論において見た「著作者の創作を躊躇わせる事情を排除することで、消極的観点から創作豊富化という著作権法の目的に資する」という理論によって同じく正当化され得る（*See e.g.*, KWALL, *supra* note 206）。

(215) 拙稿・前掲注（205）240 頁。なお、前稿では「客観的認識」としていた語を「社会的評価」へ変更したが、その趣旨は同一である。すなわち、いずれも「著作物に接する者から著作物を通じて得られる著作者に対する客観的／社会的な認識」を意味するものとして用いている。それにもかかわらず用語を変更したのは、次の2つの理由による。①そもそも前稿において「社会的評価」ではな

それゆえ、たとえ著作物そのものに改変が加えられていなくても、その提供、提示の態様等によって当該著作者の社会的評価が歪められてしまうのであれば、⁽²¹⁶⁾こうした「文脈の改変」と Right of Integrity とを同列に論じるのも自然といえよう。

B). 「未公表」著作物の特異性

以上に述べたように、不実態様類型における第一公表の権利は、Right of Integrityと連続的なものと解される。すなわち、この類型においては、(公表意思の有無だけでなく、) 既に公表された著作物であるか、あるいは未公表の著作物であるかという違いも、保護法益に影響しない。しかし、次に論ずるように、「未公表」という性質上、これを単なる Right of Integrity と区別して概念化する実益はなお存するように思われる。

既述の通り、不実態様類型における第一公表の権利の保護法益は、公表された著作物を通じて得られる著作者の社会的評価を基準とするものであった。この点について、未公表著作物には、既に公表された著作物とは異なる事情が付きまとう。すなわち、既に公表された著作物は、仮に文脈を違える形で提供、提示がなされたとしても、著作者自身による第一公表の存在ゆえに、公衆の誤認が生じない場合も十分考えられる。一方、未公表著作物は、文字通り第一公

く「客観的認識」という語を用いていたのは、Moral Rights が「社会的評価の低下」を要件とする名誉権と同視されないようにするための便法であったが、この趣旨は「同一性」や「歪める」という語を強調することによって達成し得る。加えて、②「著作者の客観的認識」という語法では、「著作者」が「認識」の客体か主体かが不分明となるという問題が発生する。以上の次第で、より明確な表現とするために、「社会的評価」という語を用いることにしたのである。また、併せて、前稿では「需要者」としていた語を「著作物に接する者」へ変更した。

- (216) 一方、客観的名誉が低下することまでは要求されず、著作者の社会的評価が高められた場合であっても、理論上、侵害は成立し得る(拙稿・前掲注(205) 239頁参照)。

表がなされていないため、公衆にとっては、被疑侵害者による第一公表が不実なものであるか否かを判断する基礎に乏しく、誤認が生じやすい。つまり、上記法益の侵害を引き起こす可能性が相対的に高いといえる⁽²¹⁷⁾ことができる。

さらに、利用者の観点から見ても、既に公表された著作物と未公表著作物とで典型的に区別され得る。著作物利用者にとってみれば、一旦公表された著作物は、著作権を侵害しない限り、自由に利用することができる。周知の通り、フェアユース法理は、例えば批評、パロディ利用などについて自由利用の幅を拡張し、公益的価値の増進を図っている⁽²¹⁸⁾。それゆえに、著作物中の表現それ自体を改変し、もって明らかに歪められた表現を伝達する場合に比べ、本来とは異なる態様等で著作物を提供提示するという「文脈の改変」の場合には、一般的に、**Right of Integrity** 保護の射程から除かれる範囲が大きくなる。軽微な「文脈の改変」にまで著作権者の絶対的コントロールが及ぶとしたら、フェアユースが想定する、批評やパロディによる著作物利用が幅広く妨げられてしまい、一定の自由利用を許容した法の趣旨に悖るからである。しかし、この理は、未公表著作物には、必ずしも等しく妥当しない。既に公表され、潜在的に後続利用のための素材となっている著作物⁽²¹⁹⁾に比べて、未公表著作物は公にされていないがために、他者による利用の必要性が小さいと考えられるからである。つまり、未公表著作物の「文脈の改変」に対する保護の許容性が、相対的に高いといえることができる。

(217) 実際、*Williams v. Weisser*, *supra* note 46 では、問題となった著作物が未公表であるということを考慮して、問題となった公表行為が公衆の認識へ及ぼす影響を検討している。

(218) *See generally* *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

(219) 公表済みの著作物に対する後続利用の必要性については、まさしく *Harper & Row* が指摘するところである。すなわち、「フェアユース法理は、著作権者がその著作物を公の消費に捧げたとき、『合理的かつ慣習的な』利用に対して黙示的な同意が与えられることを前提に築き上げられてきた…」と述べられている (*Harper & Row*, 471 U.S. at 550)。

以上を敷衍すると、公表された著作物に対する文脈の改変 (Right of Integrity) と不実態様類型における第一公表の権利とは、保護法益を同じくする一方、対象となる著作物の性質に目を当てると、後者 (= 第一公表の権利) を典型的に高い水準で保護されるものとして別途観念することが相当である。

なお、未公表著作物の公表態様等に対する著作者のコントロールの重要性は、米国の学説上も強調されている。例えば、Peter Yu は、(ユーザーによる創作活動への参加が頻繁になされるようになった) インターネット時代における Moral Rights への向き合い方を検討する中で、公表予定の未公表著作物が早期に公表されることによる悪影響について、次のように述べる。すなわち、情報の拡散、個人の情報発信が容易になった現在、意に反する態様等でのインターネット上への拡布によって、従来よりもはるかに強く、誤った認識に基づく著作者の評価形成がなされてしまうという問題が生じる。彼は、その上で、「著作者の意図した時期より早期に公表され、それに対して多くの反応が寄せられることによって、著作者が当該著作物の正式な公表を取りやめてしまう」というユーザーの不利益にも繋がり得る旨指摘する。⁽²²⁰⁾⁽²²¹⁾⁽²²²⁾⁽²²³⁾

(220) See Peter K. Yu, *Moral Rights 2.0*, 1 TEX. A&M L. REV. 873, 886 (2014).

(221) Yu によれば、著作者とその著作物に接するユーザーとの距離が、インタラクティブなインターネット環境によって著しく近づいたことにより、従来は届きにくかった需要者の声が直接著作者へと伝えられ、創作に影響を及ぼしやすくなったという。

(222) See Yu, *supra* note 220, at 887-888.

(223) その他、デジタル環境における著作物に対する人格的利益を強調するものとして Rajan の見解がある。彼女は、既に公表された著作物であっても、デジタル化され、Google Book に登録されるには、人格的利益保護の観点から、自らその利用に賛同するか判断する機会を付与する必要があるとして、改めて(出版者ではなく)著作者に許諾を求めなければならない旨論ずる(See MIRA T. SUNDARA RAJAN, *MORAL RIGHTS: PRINCIPLES, PRACTICE AND NEW TECHNOLOGY*, 525 (2011))。ただし、これが具体的に如何なる人格的利益によって基礎づけられるかについては言及がない。

C). 小括

本節では、不実態様類型における第一公表の権利について、米国法上の位置づけを整理、検討してきた。それによれば、不実態様類型における第一公表の権利は、著作物が未公表であるという事実それ自体によって生じるものではなく、より普遍的に、「著作者の社会的評価の同一性」を担保する **Right of Integrity** の一種として位置づけられることがわかる。⁽²²⁴⁾ 他方、未公表著作物は、著作物が未公表という性質上、不実の態様等での公表による誤認可能性が比較的高く、かつ、他者による利用の必要性が比較的低いため、既に公表された著作物よりも類型的に高い水準で保護される。

4. 第一公表の権利において保護される人格的利益の相互関係

本章では、第一公表の権利において保護される人格的利益を、「公表意思不存在類型」「不実態様類型」についてそれぞれ整理してきた。そこからわかるように、この二つの類型において保護される人格的利益は、それぞれ焦点が異なる。ただし、本章 1. に記載したように、両類型は、必ずしも相互に排他的なものではなく、未公表著作物の公表事例の中には、両類型に妥当するものもある。こうした場合においては、複数の人格的利益が重層的に保護されると考えられよう。もっとも、この点について、前節までは十分な整理を行ってこなかった。そこで、本節では、両類型および二つの保護法益について相互関係を明確にする。

まず各類型における第一公表の権利の保護法益の相互関係について整理する。

公表意思不存在類型における第一公表の権利の保護法益は、「私的な言論空間の外界からの保全」であった。したがって、秘匿されるべき著作物が公にされることそれ自体が第一次的に問題となる。その反面、公表された著作物がどのように利用されているかといった事情は、(権利の外延を画定する際になさ

(224) なお、このような **Right of Integrity** の保護法益は、Prosser が示したプライバシーの権利の第三類型（真実でない陳述の公表による公衆の誤解）のアナロジーとして理解できる。

れる) 表現の自由などといった他人の利益との衡量において考慮される一要素にすぎない。⁽²²⁵⁾

一方、不実態様類型における第一公表の権利の保護法益は、「著作者の社会的評価の同一性」であった。この保護法益によれば、公表意思不存在類型の場合とは異なり、公表後の結果こそが法益侵害の有無の判断において第一次的に考慮される事項となる。すなわち、どれほど著作者の主観的感情が害されようと、不実の態様等で公表された著作物に接する者にその公表が真正なものと認識されない限り、「著作者の社会的評価」は同一に保たれ、よって法益侵害は生じ得ないのである。他方、公表意思不存在類型よりは保護法益が限定的であるため、(権利の外延を画定する際になされる) 他者との利益衡量において考慮される事情も限局的に解される。⁽²²⁶⁾

このように、以上二つの類型はともに「第一公表」に関するものであるが、第一公表「行為」を問題とする公表意思不存在類型と、第一公表の「状態」を問題とする不実態様類型とで、それぞれ異なる機能を有するものと位置付けられる。

次に、各類型の相互関係について整理する。まず、定義上明らかに、公表意思のある著作物については、公表意思不存在類型に該当せず、専ら不実態様類型に関する保護法益が問題となる。一方、公表意思のない著作物は、公表意思

(225) 公表意思不存在類型における第一公表の権利の議論に見たように、この種の第一公表の権利を侵害するか否かを判断するには、修正一条に基づき、利用者の対抗利益や公益との間で一定の利益衡量をする必要がある。

(226) 本稿は、具体的な侵害判断の基準を特定するのではなく、その背後にある保護法益を明らかにすることを目的とする。それゆえ、議論の過度の分散を避けるため、侵害を判断する際にいかなる事情が考慮されるべきかについては詳細に検討せず、他日を期したい。公表意思不存在類型とプライバシーの第二類型、不実態様類型とプライバシーの第三類型とがそれぞれ対比される(前者について、本章2.参照。後者について、前注(224)参照)ことに鑑みれば、不法行為法上のプライバシーに係る各種議論を参照し、これら類型でどのような事情を考慮して侵害判断がなされているか検討することによって、一定の回答が得られるように思われる。

不存在類型にしか該当しないというわけではない。公表意思のない著作物についても、「著作者の意に沿わない態様等で第一公表がなされる」という事実自体は認められ、不実態様類型にも該当し得るからである。そうすると、公表意思のない著作物に対する第一公表の権利侵害を判断する際には、次のように、上記二つの法益を害するか否かを個別に考慮する必要がある。

いま、第三者によって、公表意思のない手紙が公表されたことを想定する。当該公表が第一公表の権利を侵害するか判断するには、まずその公表行為が「私的な言論空間の外界からの保全」という人格的利益を害し、かつ、対抗利益との関係でなお権利侵害と評価されるか否か検討する必要がある。⁽²²⁷⁾ 加えて、当該公表の決定及び公表態様等が著作者の意図した真正なものと公衆に誤認されるか否かという観点から、「著作者の社会的評価の同一性」という人格的利益が害されるか否かを検討する必要がある。⁽²²⁸⁾

四 米国における第一公表の権利保護の体系的理解

本章では、前章までの議論に基づき、著作物に公表意思があるか否かという観点から、第一公表の権利の各種保護法益を体系的に整理する。

まず、公表意思のある著作物（例えば、近日公表予定の著作物）について考える。この種の著作物については、経済的利益として、「第一公表（あるいは新規市場参入）の際に得られる、後続する公表とは異質な（一般的に大きな）利得」が観念されていた。つまり、既に公表された著作物に関するものよりも多くの収益を回収する機会が保障されるべきであり、そのため、相対的に強力な著作財産権保護が認められる旨論じられていた。公表意思のある著作物につい

(227) 例えば、著名な作家の手紙を伝記に用いたり、公人が書いた政治的に重要な私信をスクープしたりする場合には、権利侵害が否定されやすい。

(228) 例えば、著作者の意に反した態様等で公表されたとしても、それが明らかに引用の体裁を保っていて、著作者の決定による第一公表と認識されなければ、この人格的利益に基づく第一公表の権利の侵害も認められない。

ては、これに加えて、(公表の態様等に関する)「著作者の社会的評価の同一性」という人格的利益も観念される。すなわち、著作者は、上記経済的利益保護とは別個に、「不実な態様等による著作物の公表に接した者が、当該公表が著作者自らによる真正なものとして誤認して、著作者について誤った評価を形成してしまうこと」から保護されるのである。

他方、公表意思のない著作物については、一般的に、第一公表に係る経済的利益は観念されない(あるいは極めて小さい)。そもそも「第一公表」をする予定がないのだから、「第一公表」に係る利得機会を保障する必要もなく、仮にわずかに認められるとしても、後続創作の必要性に劣後するのである。⁽²²⁹⁾ もっとも、これは、著作権に基づく経済的利益保護が一切得られないことを意味しない。すなわち、もともと公表意思がなく、経済的価値を有しない著作物であっても、公表され、市場に置かれたら、その時点より経済的価値が発生する。⁽²³⁰⁾ この限りで、第一公表後の経済的利益(=既に公表された著作物に認められる経済的利益)が存するため、既に公表された著作物と同等の経済的利益保護が認められる。

公表意思のない著作物については、この他に、二種の人格的利益が認められる。すなわち、第一次的に、他者による公表「行為」に着目した「私的な言論空間の外界からの保全」という人格的利益が認められる。そして、仮に(公益などによる要請に基づき)他者による公表「行為」が許容されるとしても、公表の客観的「状態」という観点から、(前述したものと同じく)「著作者の社会的評価の同一性」が保たれている必要がある。

以上について、詳細を省いて記載すると、次の図のように表される。

(229) ただし、小説のドラフトなど公表予定の著作物の基となった著作物は、それ自体に公表意思がないとしても、完成された著作物に係る第一公表の利益回収の機会を万全にするために、経済的利益保護が認められる。

(230) ここでの「公表」は、著作者の意思によるものか、あるいは無権限の第三者によるものかを問わない。

類型		公表意思	人格的利益	経済的利益
公表意思 不存在類型	不実態 様類型	あり	著作者の社会的評価の 同一性	第一公表の際に得られる、後続する 公表とは異質な利得
		なし	著作者の社会的評価の 同一性	なし（又は小さい） （公表予定の著作物の原著物につ いては、上記経済的利益がある）
			私的な言論空間の外 界からの保全	

図

おわりに—我が国に対する若干の示唆—

本稿は、ここまで、米国における第一公表の権利について、その保護法益に関する議論を中心に整理してきた。それによると、一口に「第一公表の権利」といっても、複数の保護法益が併存し、著作者の公表意思に応じて重層的に保護の適否が検討されることが明らかになった。もちろん、このような米国法の考え方がそのまま日本にも同様に妥当するわけではない。それでも、作業仮説として、米国法の分析から得られた知見に基づいて日本の公表権、著作権について検討し、それによって本稿の冒頭に掲げた問題点を解決することができるか確認することは、今後、米国法との比較の可能性、必要性を考えていく上で、一定の意義があるように思われる。⁽²³¹⁾

なお、米国では現行法上、著作者人格権である「公表権」が定められておらず、一般的に、「連邦法上の著作権」が人格的利益、経済的利益の両方を保護するものと解されている。それゆえ、実体法上、どの権利によってどの利益が保

(231) なお、後述する通り、本稿で提示する見解の内には、現行著作権法の解釈としては実現困難なものも存在する。しかし、(冒頭にも述べた) 権利濫用の抗弁の理論的基礎、あるいは、将来の立法論の基礎となることを志向し、まずは現行法の文言を離れて要件論を展開する。

護されるべきかという問題は、(一部の例外的見解を除くと、) そもそも生じてこなかった。他方、日本著作権法は、著作者人格権である「公表権」と著作財産権である「著作権」とを別個に規定する。このことからすると、米国における第一公表の権利の保護法益を前提に日本法の検討をする際には、専らその人格的利益を保護するものとして「公表権」を理解し、専ら経済的利益を保護するものとして「著作権 (特に制限規定中の「公表済み」要件)」を理解することが自然であろう。換言すると、「公表権」について検討する際には「第一公表の際に得られる、後続する公表とは異質な利得」という経済的利益性を考慮せず、また、「著作権」について検討する際には「著作者の社会的評価の同一性」「私的な言論空間の外界からの保全」といった人格的利益性を考慮に入れないこととなる。以下では、このような理解に基づいて、公表権、著作権制限規定の検討を行う。

1. 類型的議論の必要性

米国法上、第一公表の権利は、1つの経済的利益、2つの人格的利益を保護するものとして理解されていた。そして、これら利益は、第四章の図からも明らかのように、別個独立の利益であって、十把一絡げに説明できるものではない。このような法理解を前提とした場合、著作権と公表権とを別個に検討することはもちろんのこと、著作権、公表権の内部でもそれぞれ、著作者の公表意思によって異なる取扱いをすることも必要となろう。

(232) 加戸守之『著作権法逐条講義』170頁(著作権情報センター、七訂新版、2021)は、具体的な侵害要件の区別には言及していないものの、「公表するか否か」「公表の方法」「公表の時期」の三段階に分けて公表権を説明している。このことからすると、現行著作権法起草者が、公表権を単一の権利ではなく、(米国法のように) 重層的な性質を有する権利として把握していたと考えることもできる。

(233) なお、このような考え方を解釈論で実現するためには、「公表」や「公衆」について相対的な解釈を行う必要がある。この点、これら概念が著作権法上定義されている(4条、2条5項)ことに鑑みると、およそ採り得ない解釈論と考えられ

具体的には、以下に見るように、少なくとも公表意思がある場合とない場合とに分けて、著作権の保護水準や公表権の侵害判断基準を検討することとなる。⁽²³⁴⁾なお、米国法の観察においては、経済的利益、人格的利益の順で議論を整理したが、以下では、論述の便宜のため、人格的利益を保護する公表権から先に論ずることとする。

-
- るかもしれない。しかし、定義規定が置かれているからといって相対的な解釈が必ず排除されるということはなく、定義規定の範囲内で相対化することも許容される旨の指摘がある（「送信可能化（2条1項9号の5）に関する記述ではあるが、前田健「[[はるか夢の址事件] 著作権法の解釈態度はどうあるべきか——刑法からの問題提起を受けて]」法律時報95巻1号145頁、148-150頁（2023）参照）。このような理解によれば、例えば著作者人格権と著作権とでは保護法益が異なることを根拠に、「特定かつ多数の者（2条5項）」に異なる解釈を与え、これにより「公表」を合目的的に解釈することも不可能ではない。もっとも、本稿は、米国における現状を明らかにすることに主眼を置いており、日本法の詳細な解釈論を展開するものではないため、この点については他日を期したい。
- (234) 後の論述から明らかになる通り、公表意思の有無によって、要件論に大きな異同が生じることとなる。この点について、客観的な認定、判断が困難な「公表意思」という内心の問題でかような相違を生じさせることは妥当でないとの批判が考えられる。確かに、このような批判は一理あるが、次のように、一応反駁可能であるように考える。すなわち、①刑事責任における「故意」責任の原則や特許権の多機能品型間接侵害における「知りながら」要件など、既に行行為者の内心の問題が法律上の効果に大きな差を生じさせることは承認されており、その認定の困難さについても、間接証拠の積み上げなどにより、実務上克服がされていること、②「公表意思の有無」は、「故意」や「知りながら」よりも、著作物の類型によって一定程度の推認が働くものであること（もちろん、反対当事者の立証によって結論は変わり得るが、例えば、日記や私信であれば公表意思がないと認められやすく、他方、小説や楽曲であれば公表意思があると認められやすい）、③ここで問題となる著作物は「未公表」である以上、被疑侵害行為者は著作者と何らかの関係を有することが多く、したがって、行為者自身が「著作者の公表意思」があるか否かを事前知ことは比較的容易であることから、「内心の問題」が法律上の取扱いを大きく違えることはさほど問題にならないように思われる。確かに、②や③には妥当しないような例外的ケースも存在するかもしれないが、①に述べたように、既に長年行われてきた間接証拠の積み上げという実務上の知恵による解決を期待するのは、不合理ではないように思われる。

2. 公表権に対する示唆

冒頭にも述べた通り、我が国の公表権に関する議論は、未公表著作物の提供又は提示があれば、まずは限定なく、公表権の対象となることを前提としていた。そして、このような解釈適用において、当該未公表著作物に対する公表意思の有無は考慮されてこなかった。しかし、前述の通り、上記米国法上の議論に基づくならば、公表意思の有無によって保護法益や侵害判断の基準が異なることとなる。

とりわけ、公表意思のある著作物の（他者による）無権限公表に対しては、単に公表がなされただけでは法益侵害の結果が発生したとは言えない。⁽²³⁵⁾すなわち、公表意思のある著作物に係る第一公表の権利の侵害が認められるためには、被疑侵害者の公表が著作者本人による公表と誤認されることによって、「著作者の社会的評価の同一性」⁽²³⁶⁾が害されることが求められる。したがって、著作

(235) なお、著名人のメモ・手紙のように（ときには死後）公開されることが想定されるということは、それだけで「公表意思がある」ことを意味するものではない。というのも、その（人格的・経済的な）保護法益からも明かなように、著作者自らのコントロール下において公に晒す意思があるか（つまり、著作者の主体性）が「公表意思」の有無において決定的であるからである。例えば、政治家の私信が事後的に公開されてしまう可能性が十分に認められるとしても、当該政治家がそれを追認するなどしていない場合は、「私的な言論空間の外界からの保全」という保護法益に基づく公表権の主張が認められ得る。もちろん、そうであるからといって「公表意思のない」私信の公開が常に違法となるべきというのではなく、（後述するように、）その私信の内容の公益性や公開する者の表現の自由との衡量の上で、事案ごとの解決が図られるべきである。

(236) なお、米国法分析において、不実態様類型が **Right of Integrity** と連続的であるとしたことから明かなように、この法益は、米国法理解に基づく同一性保持権、氏名表示権の保護法益と軌を一にする。そうであれば、これら著作者人格権（氏名表示権、同一性保持権、（不実態様類型に係る）公表権）について、それぞれ独立に評価するのではなく、同一の法益を異なる三つの観点から保護する表裏一体的な存在として解釈する可能性が認められる（氏名表示権と同一性保持権を連関する権利として捉えることについて、拙稿・前掲注（205）242頁で指摘したほか、塩澤一洋「氏名表示権と同一性保持権の関係の解釈」著作権研究24号141頁（1997）など参照）。

者の決定によらずに公表されていることが正しく認識される場合には、公表権侵害は否定されることとなろう。⁽²³⁷⁾例えば、批評目的で未公表著作物を引用して利用した場合や、⁽²³⁸⁾「著作者に許諾を得た公表ではない」旨の注意書きを添えた上で、公表意思のある未公表著作物を引用利用する場合には、(著作権侵害は別論、) 公表権侵害は否定すべきと考えられる。

なお、このような解釈に基づけば、(少なくとも公表意思のある著作物については) 冒頭で掲げた問題点を回避することができるように思われる。すなわち、現行法上、著作権法 41 条(時事の事件の報道のための利用)は「公表済み」であることを要求していないため、未公表著作物でも同条に該当して著作権侵害が否定され得るのに対し、(50 条を正しく解釈すれば) 公表権侵害は別途成立してしまい、41 条の趣旨に悖る結果が生じ得るという問題点が掲げられていた。これに対して、公表の「状態」に着目し、公衆の誤認の有無によって公表権侵害の有無を判断するのであれば、著作者本人による第一公表ではない旨を併記することによって、著作者の人格的利益(＝公表権)を侵害することなく、報道目的で他者の未公表著作物を利用することができる。

(237) 一方、著作権が譲渡されていたとしても、著作者の意に沿わない態様等で公表され、かつ、それが著作者の意図した公表態様であると誤認される場合には、公表権侵害が認められる。これは、現行法上、著作権法 18 条 2 項 1 号における「同意の推定」が覆滅される場合として位置づけられるだろう。

(238) 近時の事例として、東京地判令和 4 年 7 月 29 日(令和 2 年(ワ)第 22324 号)参照。同事案は、上映が取止めとなった映画の著作物について、その内容が「不敬」であるために当該取止めがなされたとの週刊誌の報道に伴い、当該映画の著作物の基となった脚本が引用利用された事案であった。裁判所は、併せてなされた名誉権侵害の主張については真实性の抗弁が成立するなどとして請求を認めなかった一方で、「著作者の決定によらずに公表されていることが正しく認識される」ことが明らかであるにもかかわらず、公表権侵害を認めた(控訴審判決も、原判決を引用して同様の結論を導いている(前掲知財高判令和 5 年 2 月 7 日))。上記の通り、本稿で提示した解釈論によれば、公表権侵害も否定すべきであったように思われる(なお、原告が本件映画の公表を望んでいたことが認定されていることから、次に論ずる、「私的な言論空間の外界からの保全」という法益を目的とした公表権の保護も及ばないと解される)。

他方、公表意思のない著作物については、「私的な言論空間の外界からの保全」という価値に基づき、公表という「行為」それ自体に法益侵害性が認められる。そのため、このような著作物については、一見すると、「提供又は提示があれば即ち公表権侵害」という従前の議論に整合する結論が導かれるように思われる。もっとも、米国では、多くの論者が、(特に修正一条のような)対抗利益とのbalancingによって権利侵害の有無を判断すべき旨論じていた。実際、上記法益は、日本においても、いわゆるプライバシーの権利の一内容として観念されているところ、その侵害判断においては、表現の自由などといった被疑被害者の利益や公衆の利益に配慮して総合考慮の侵害判断アプローチが採られている⁽²³⁹⁾。加えて、既にみたように、著作権については、報道目的利用⁽²⁴⁰⁾ (41

(239) もっとも、死刑囚の手紙を書籍に掲載したことが著作権、公表権、プライバシー権の侵害であると主張された事案において、裁判所は、「…原告は、本件手紙…の掲載について、著作権(著作権法21条)、著作者人格権(同法19条〔筆者注:「18条」の誤記と思われる〕)を侵害すると主張するが、本件手紙…の公開については、プライバシーの面からその法的保護を図れば足りるのであって、著作権ないし著作者人格権によって保護を図るものではないと解される」と述べる(広島高判平成25年5月30日判時2202号28頁〔光市母子殺害事件書籍控訴審〕)。もしこの裁判例の立場を是とすれば、(公表意思のない著作物に係る)公表権の保護法益として、プライバシーの権利と類似するものを観念することは誤りと言える。

(240) 東京地判昭和39年9月28日下民集15巻9号2317頁〔宴のあと〕(「…いわゆるプライバシー権は私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利として理解される…」) 参照。

(241) 最判平成6年2月8日民集48巻2号149頁〔ノンフィクション『逆転』〕、最判平成15年3月14日民集57巻3号229頁〔長良川リンチ殺人報道〕、最判令和2年10月9日民集74巻7号1807頁〔家裁調査官論文〕参照。その他、プライバシーの利益侵害に基づく差止めの可否について、最判平成14年9月24日集民207号243頁〔石に泳ぐ魚〕、(検索事業者に対する検索結果削除の仮処分に関するものであることから「明らか」要件が付加されてはいるが) 最決平成29年1月31日民集71巻1号63頁〔Google検索結果削除請求〕、最判令和4年6月24日民集76巻5号1170頁〔Twitter削除請求〕参照(なお、曾我部・前掲注(6) 88-90頁は、より一般的に、著作者の権利と名誉毀損等の人格権とで差止めの基準が大

条)のように、報道の自由との衡量が予めなされ、(未公表著作物であっても)自由利用が認められる場合が存在する。⁽²⁴²⁾そうすると、公表意思のない著作物に対する公表権についても、必ずしも完全無欠の保護とすべきではなく、他の利益と衡量した上で一定の自由利用を認めるべきであろう。⁽²⁴³⁾⁽²⁴⁴⁾⁽²⁴⁵⁾

大きく異なる現状を批判する。本項における指摘は差止め限定したものではないが、このような現状を一定程度是正し得ると考えられる)。

- (242) ただし、これはあくまで財産的利益と報道の自由との調整がなされた規定にすぎない。すなわち、そもそもその趣旨が(人格的利益を対象とする)公表権には妥当しないのであるから、同条を公表権にも類推適用するという解決は適当でない(前掲名古屋高判平成22年3月19日〔獄中書簡〕は、まさしく、41条に該当することをもって、著作権だけでなく公表権の侵害も否定した事例である。上記の通り、事案の解決としてはともかく、その理論構成には疑問がある(池村・前掲注(4)15頁も同旨))。後注(244)で指摘したような形式で、41条とは別個に、人格的利益と報道の自由との利益衡量を行う必要がある。
- (243) 米国法において見たように、この人格的利益は、『将来の不当な公表のおそれ』という著作者の創作を躊躇わせる事情を排除することで、消極的観点から創作豊富化という著作権法の目的に資する」という観点から正当化される。そうすると、上記利益衡量において、このような(一種の)公益的価値も侵害認容側に傾く一事情として考慮されるべきであろう。
- (244) もっとも、現行著作権法上、公表権については、このような利益衡量の手掛かりとなり得る規定が見当たらない。したがって、(立法論はともかく)解釈論としては、権利濫用法理を通じて、外在的に表現の自由との衡量を行うということになろう(後注(255)も参照)。なお、このような考え方に対しては、権利濫用法理はあくまで民法上の一般法理である以上、刑事罰(119条2項1号)の可能性が残る旨の批判が考えられる。現行法上は、少なくとも権利濫用によって(民事法上の)自由利用が認められる場合には、構成要件に該当することを認めた上で、実質的違法性を欠くとして著作者人格権(公表権)侵害罪の成立を否定することで対処すべきである(具体的な根拠条文を要求することなく実質的違法性を欠くとして刑事罰の成立を否定する実務は、より刑事罰の対象となりやすい商標法の文脈(商標品の並行輸入、平成26年改正前の商標の使用の抗弁)で認められている。そのため、このような法的取扱いに根拠規定がないことのみをもって、かかる見解を否定することはできないように思われる)。
- (245) なお、木下・前掲注(10)30頁は、「公表権侵害が単なる民事法上の責任に留まらず、刑事罰の対象にもなることに鑑みれば(…)、プライバシーの利益や肖

なお、以上に述べた公表権の保護法益は、いずれも「著作物」ではなく、「著作者」の人格的利益を対象とするものである。したがって、公衆の誤認を生じさせるような態様で著作物が公表されたり、著作者に公表意思のない著作物が無断で公表されたりしても、原著作者の氏名が付されていないなどの事情により、その著作者を同定することができない場合には、当該著作者の「社会的評価」や「私的な言論空間」が侵されているとは言えないため、公表権を侵害しないと解される⁽²⁴⁶⁾。

他方、「著作物」ではなく、「著作者」の人格的利益に着目するのであれば、公表権侵害が認められるために著作物中の表現を用いることは必須ではない。例えば、秘匿されるべき文書の趣旨を暴露し、あるいは近日公開予定の小説のあらすじを不実の態様で公開することにより、同じく当該著作者の「私的な言論空間」や「社会的評価」といった、公表権の保護法益は害され得る。そもそも、著作権と著作者人格権とは趣旨が異なる権利である以上、侵害要件としての「著作物の類似性」を同一に解する必要性はない⁽²⁴⁸⁾。加えて、公表権侵害要件

像権で採用されているような個別的衡量アプローチをそのまま採用することは適切ではないだろう」と述べ、より明確性の高い定義付け衡量アプローチによる「公共利害関係事実の抗弁」を提示する。その趣旨自体には賛同でき、かつ、「公共利害関係事実の抗弁」も相当なものと考えられるが、そのことは、明確性の高い自由領域に加えて、個別的衡量（総合考慮）による自由領域を設けることを否定するものではない。要するに、木下と問題意識を共有しつつも、本稿が述べるように、より広い射程を有する公表権侵害判断を認めることは、決して背理ではない。

- (246) 同一性保持権について、同じく「著作者の人格的利益」保護という観点から同旨述べるものとして、塩澤・前掲注(235) 148-152頁、拙稿・前掲注(205) 246頁参照。See also Flore Kringsman, *Section 43 (a) of the Lanham Act as a Defender of Artists' Moral Rights*, 73 TRADEMARK REP. 251, 261 (1983). もっとも、このことは、あらゆる著作者人格権行使が否定されることまでいうものではなく、別途、氏名表示権侵害が認められる可能性は残る。
- (247) いずれも、著作権の保護対象である「創作的表現」と認められないことが一般的であろう。
- (248) 同一性保持権に関するものであるが、拙稿・前掲注(205) 246-247頁参照。ま

として上記の通り「著作者の同定可能性」を要求する限り、後続利用への弊害も最小限に抑えることができる。そうすると、既述の通り、公表権については、「具体的な創作的表現」よりも抽象度の高い要素の共通性をもって「著作物の類似性」を認めてもよいように思われる。⁽²⁴⁹⁾

3. 著作権制限規定に対する示唆

従前、我が国において、著作権制限規定における「公表済み」要件については、ほとんど焦点が当てられてこなかった。それゆえ、なぜこのような要件が定められているのか、公表権とこの要件とはどのような関係にあるのか、この要件を充足するのはどのような状況か、などといった論点についても、意識的に議論されることは少なかった。

これに対して、米国では、既に整理してきたように、これら論点についても

た、必ずしも明確ではないが、三山峻司「判批 [雑誌「諸君!」]」小泉直樹ほか編『著作権判例百選』96頁、97頁（有斐閣、第5版、2017）も参照。

- (249) 条文上も、著作権法が「著作物中の表現」を問題とする際には、「著作物の複製物（26条2項、26条の2、26条の3など）」「著作物に表現された思想又は感情（30条の4柱書）」「著作物の表現（同条3号）」などと用語が使い分けられていることに鑑みると、そのような限定のない用法で「著作物」を客体とする18条1項においては、必ずしも具体的な「創作的表現の共通性」が要求されるわけではない。

なお、著作権侵害においては、「その著作物」という客体について、確かに「創作的表現の共通性」が要求される。しかし、著作権の目的が「著作物を排他的に利用できることによって収益回収の機会を保障すること」にあるのに対し、公表権の目的は「公表意思のない著作物の公表を阻止することによって、著作者の私的な言論空間を保全すること」「著作物の利用等の態様を適正化することによって著作者の社会的評価の歪曲等を防ぐこと」にある。つまり、著作権について言えば、著作物の利用それ自体に利益性を観念するために、その「囲い込み」を手段として用いることが予定されており、よって、「創作的表現の共通性」という許容性の観点からの絞り込みが必要とされる。他方、その性質上、権利侵害に対する救済として著作物の「囲い込み」を必要としない著作人格権については、（先にも述べたように）後続創作に対する影響が小さく、「創作的表現の共通性」を常に要求する必要はない。

一応の議論の蓄積が認められる。その中でも、とりわけ第一公表の権利において保護される経済的利益については、複数の論者が、それぞれ異なるアプローチから「第一公表の際に得られる、後続する公表とは異質な利得」という同一の帰結を導いている。⁽²⁵⁰⁾⁽²⁵¹⁾

ここで、まずは以上の法益を侵害するか否かという観点から（日本法上の）「公表済み」要件の射程を考えると、次のような解釈が導き出される。すなわち、形式的には「公表」されているために公表権侵害が否定される場合であっても、その対象が狭く限定されていて、第一公表の際の利得機会が十分に保障されていないと評価されるとき、「公表済み」要件非充足のため、（権利制限規定の⁽²⁵²⁾）
 其他要件を具備するとしても）著作権侵害が認められ得る。

(250) 日本法について、これと類似する理解を示すものとして、例えば、田村善之『著作権法概説』203頁、246頁（有斐閣、第2版、2001）参照。

(251) なお、このような理解から導かれる、公表済み要件を満たさないことによる著作権侵害に対する救済内容について付言する。

まず、損害賠償請求に関して言えば、「第一公表の際に得られる、後続する公表とは異質の利益」が害された場合には、既に公表されている著作物に関する著作権侵害事案に比べて、「第一公表」によって得られるはずであった経済的利益を加算した、より高額の損害額が認められるべきである。

他方、（少なくとも）被疑侵害者が現に著作物を公に提供・提示しており、かつ、それが公表済み要件の^みを満たさないとして権利制限規定に該当しない（＝著作権を侵害する）と判断された場合には、原則として差止請求は認められないことになる。というのも、既述の通り、公表済み要件の趣旨は第一公表に付随する経済的利益に求められることから、（たとえ違法なものであっても）第一公表がなされた後には、そのような利益は残存しない（仮に残存するとすれば、むしろ法益が実質的には害されていないために、権利侵害が否定される）。そうであれば、過去に生じた損害の金銭賠償による原状回復を目的とする損害賠償請求は別論、将来の侵害のおそれを取り除くことを目的とする差止請求を認める理由はもはや存在しない。例外的に、侵害が問われた時点の著作物利用の範囲よりも市場を拡張し、新たな市場における「第一公表」のおそれが認められる範囲に限って、差止めの必要性が認められると解すべきであろう。

(252) このような取扱い、権利濫用法理によるほか、著作人格権規定における「公表」と著作権制限規定における「公表」とを相対的に解釈することでも実現し

他方、米国法上、公表意思が全く認められない著作物は、その第一公表に係る特別の経済的利益はない（又は小さい）ため、未公表であることに基づく加重的な保護の対象とならない。このような理解に基づいて日本法を見ると、およそ公表意思のない著作物（典型的には個人の手紙や日記）の著作権制限規定⁽²⁵³⁾⁽²⁵⁴⁾の該当性を判断する際に、「公表済み」要件を求めないという考え方が導かれる。このように考えると、「未公表著作物はどんなものであっても（32条1項など「公表済み」要件を有する）著作権制限規定には該当せず、結果として、経済的損失を生じさせない言論でさえも著作権によって妨げられてしまう」という冒頭⁽²⁵⁵⁾に掲げた実際上の問題点を解消することができる。

以上、米国の法理解から、日本法上の著作権、公表権に対して与えられる示唆を検討してきた。そこでの検討によれば、上記保護法益に基づいて公表権、著作権制限規定を再構成することによって、冒頭に掲げた問題点について、（少なくとも部分的には）合理的な解決を導き出すことができる。もちろん、この

得る（前注（233）参照）。実際に、同じ「多数（2条5項）」という語であっても、「著作者のプライバシーという文脈での『多数』と、著作物の市場的価値に影響を与えるという文脈での『多数』とでは、その射程が異なる」という説明は、さほど不自然なものではないように思われる。

(253) 同旨述べるものとして、木下・前掲注（10）31頁以下参照。

(254) 前述の通り、ここでの論述は、既に公表された著作物と比べて強力な著作権保護は認められないと言うにとどまる。したがって、当然ながら、その他要件を充足せず、著作権の制限規定には該当しない（＝著作権を侵害する）という結論を妨げるものではない。

(255) もっとも、このような考え方は、ある要件の拡張解釈、縮小解釈にとどまらず、明文上の規定を無意義化するものであるため、現行著作権法の条文解釈としては困難である。したがって、仮にこのような考え方を日本法に取り入れるとするならば、（究極的には「公表」の定義あるいは著作権制限規定の改正といった立法的手当てがなされることが望ましいと考えるが、当面は、）権利濫用法理を用いることになろう。他方、木下・前掲注（10）32頁は、「公共利害関係事実の抗弁」が適用される場合には、著作権法32条1項の解釈論によって、上記趣旨を達せられると論ずる。

ことをもって、将来的に各権利の解釈論、立法論を展開する際には米国における第一公表の権利の保護法益に基づいて検討すべきとまでいうものではない。しかし、近年、未公表著作物の利用の必要性という観点から権利濫用アプローチが積極的に採用されていることに鑑みると、その対抗利益としての「未公表著作物の保護の必要性」を明確にすることで利益衡量の手掛かりを提供し、かつ、そこから導かれる一つの帰結を明示したことには、一定の意義があるように思われる。今後、以上の結論も踏まえて、議論を更に深めていきたい。

※ 本研究はJSPS 科研費 JP22K20095 の助成を受けたものです。

(256) 前注 (15) 及び同注に係る本文参照。