はじめに

本書は、北海道大学大学院時代からこれまでの約10年間、研究テーマとして取り組んできた、著作権と表現の自由に関する一連の研究業績を一冊の書籍としてまとめたものである。

はじめにこのテーマに関心をいただいたきっかけは、修士論文の研究テーマを検討していた際、1つの候補として、パロディと著作権法の関係に興味を持ったことである。パロディに関しては、田村善之『著作権法概説』（第2版・有斐閣・2001年）241頁が、「表現の自由という基本的人権に関わる」問題であることを既に指摘していたが、当時の憲法の教科書や概説書の表現の自由に関する箇所を開いてみても、名誉毀損やプライバシー権といったトピックは表現規制立法として位置づけられ、重要論点として扱われていたにもかかわらず、著作権や知的財産権と表現の自由の関係についてはほとんど触れられていなかった。インターネットやデジタル技術、SNSの普及に伴い、誰でも簡単にコピーや加工、共有ができるようになった今日では、他人の著作物を利用することが日常茶飯事となるとともに、利用態様も多様化している。パロディに限らず様々な場面で、著作権と表現の自由の緊張関係がかつてないほどに高まっているのではないか。人々が表現行為や情報発信を行う際、著作権侵害の可能性が頭に過り、表現行為そのものを控えたり、あるいは本来望んでいたのとは異なる形で（例えば元々利用しようと考えていた著作物を他のものに差し替えて）表現を行ったりするといった形で、多かれ少なかれクリエイティブな活動に支障をきたしているとすれば、それは著作権法の目指した帰結なのであろうか。著作権法が表現の自由に対して何らかの萎縮効果を与えかねない存在であるとすれば、憲法上の問題は発生しないのだろうか。このような素朴な疑問を抱いたことが、本研究の出発点となっている。

そこで米国法に目を向けてみると、古くは1970年代の学説でNimmerらを中心とした議論が見られたが¹、その後1980年代から2000年代にかけて連邦

1 Melville B. Nimmer, *Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech*

最高裁判所が複数の判決を通して両者の関係性を徐々に明らかにしてきたという状況だった。特に、米国で著作権法保護期間延長法（Copyright Term Extension Act, CTEA）の合憲性が争われた 2003 年の *Eldred v. Ashcroft* 判決をきっかけに、改めて米国内で様々な議論が展開されており、日本でも数多くの紹介がなされていた。そこでまずは米国法を足がかりにこの問題について視座を得るため、米国法における判例、学説を調査・研究し、そこから博士論文「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究」を 2013 年 12 月に提出した。

米国法研究に一応の区切りがついたちょうどその頃、北海道大学法学部の Branislav Hazucha 教授から、欧州人権裁判所（The European Court of Human Rights, ECtHR / Cour Européenne des Droits de l'Homme, CEDH）で著作権と表現の自由に関する判決が下されたという情報を教えていただいた。これが 2013 年の *Ashby* 判決²で、当時は著作権侵害訴訟が基本権・人権マターであるという認識が現在ほどにまで国際的に定着していなかったにもかかわらず、傍論とはいえ著作権が表現の自由の保護を理由に外在的に制約されうること示唆した革新的な判決で、米国とは全く異なるアプローチに驚いたことを覚えている。

2015 年には京都教育大学教育学部に着任し、新たな環境で研究に取り組むことになった。上記の欧州人権裁判所判決を調べていく過程で、フランス国内でも 2015 年の *Klasen* 破毀院判決³を含む重要判決が相次いでいることが分かり、それらについて整理を試みた。

フェア・ユース規定のような一般的な権利制限規定を持たないという点で日本法とも共通点の多い欧州やフランス法への関心が高まり、より研究を深めたいと思っていた折、2018 年から 2020 年にかけて、日本学術振興会海外特別研究員として在外研究を行う機会を得た。ドイツ国境にごく近いフランスのストラスブールには、ストラスブール大学の国際知的財産研究センター CEIPI (Centre d'études internationales de la propriété intellectuelle) があり、知的財産

and Press?, 17 UCLA L. Rev. 1180 (1970), Paul Goldstein, *Copyright and the First Amendment*, 70 COLUM. L. REV. 983 (1970), Robert Denicola, *Copyright and Free Speech: Constitutional Limitations on the Protection of Expression*, 67 CAL. L. REV. 283 (1979).

² ECtHR, *Ashby Donald and others v. France*, no. 36769/08; ECtHR, 10 January 2013.

³ Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, *P. Klasen c/ A. Malka*, n° 13-27. 391; JurisData n° 2015-011061.

権と基本権の研究で世界的に著名な Christophe Geiger 教授が当時のセンター長を務めておられた。在外研究を行うならばぜひ Geiger 先生の下でという希望に対し、快く受け入れてくださったことに改めて感謝申し上げたい。

在外研究中の 2019 年 7 月には、欧州司法裁判所 (Court of Justice of the European Union, CJEU) が著作権と表現の自由について待望の決定版ともいえる判決を下した。またフランス国内裁判所においても、前述の Klasen 破毀院判決の差戻控訴院判決⁴が 2018 年 3 月に下され、著作権と表現の自由の関係が争われていた重要事件についての判決が一通り出揃ったという時期であった。欧州、そしてフランスで、立て続けに重要判決が下された絶妙なタイミングにフランスに滞在して、現地でいち早く多くの論考に接し、関連する国際シンポジウムを拝聴できたことは本研究を遂行する上で非常に意義があったと感じている。在外研究終盤の 2020 年にはヨーロッパをはじめ世界中で新型コロナウイルスの流行が拡大し、フランスでも外出禁止令や飲食店の営業停止、大学の閉鎖が行われるという未曾有の事態に見舞われたが、CEIPI の同僚やスタッフが親身になって様々なサポートをしてくださったこともあり、当初期待していた以上の研究成果を得られた。

振り返ってみると、筆者が本書の研究テーマに取り組んだこの 10 年は、まさに著作権と表現の自由の議論や判例が飛躍的に発展した激動の時代であった。2000 年代、米国の Eldred 連邦最高裁判決を契機に、米国では著作権制度と憲法の関係性や、著作権法の立法過程が抱える構造的な問題とそれに対する違憲審査のあり方に関する議論が一気に花開いた。また、デジタル技術やインターネットの普及を踏まえた、現代のクリエイティブ環境における著作権の役割も論じられ、1970 年代には見られなかった新たな議論も展開した。さらに 2010 年代に入ると、欧州人権裁判所や欧州司法裁判所の判決が相次ぐとともに、フランス国内裁判所もこれらの欧州レベルの裁判所の影響を受ける形で「著作権のパラダイム・シフト」と呼ばれるほどのドラスティックな判例変更が行われた。かつて欧州では (特に 2009 年のリスボン条約発効以前は)、知的財産権と基本権の関係性を論じる論考自体が少なかったが、現在では人権が「知的財産権の新しいフロンティア」と呼ばれ、学説や裁判例の発展のみならず、2019 年

4 CA Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 16 mars 2018, RG n° 15/06029; JurisData n° 2018-004140.

のデジタル単一市場における著作権指令などの様々な著作権関連の EU 指令で、今や必ずといってよいほどユーザーの基本権の保障が高らかに謳われているといった状況である。

本書は以上のような発展をできるだけ時系列に沿う形で整理し、博士論文と在外研究の成果を中心に、既発表の論考を再録した上で適宜加筆を行っている。内容を大幅に変更しないよう、論文発表時の情報を基本としているが、論文の趣旨が変わらない範囲でできるだけ新たな情報も付け加え、全体としても可能な限り一冊の書籍として一連の流れをもって読んでいただけるよう工夫したつもりである。

はじめに	i
初出一覧	xiii

第 I 部 米国法

第 1 章

米国における著作権と表現の自由の関係性	3
第 1 節 著作権法対修正一条をめぐる合衆国最高裁判決	3
第 2 節 「表現の自由のエンジン」としての著作権	18
第 3 節 表現の自由の保護法益	28
第 4 節 表現の自由を制限する著作権の本質	34
第 5 節 小括	38

第 2 章

デジタル時代の著作権と表現の自由——緊張関係の揺らぎ	41
第 1 節 著作権制度と複製技術の進歩の関係	41
第 2 節 近年の著作権立法をめぐる動き	49
第 3 節 表現の自由の変貌	54
第 4 節 小括	58

第 3 章

著作権に内在する調整原理を通じた調整に対する批判的検討	59
第 1 節 著作権に内在する調整原理で解決済みか？	59
第 2 節 アイディア・表現二分論による調整	59
第 3 節 制限規定による調整	67
第 4 節 著作権の存続期間による調整	79

第5節 著作権法に内在する調整原理による解決の問題点	85
----------------------------	----

第4章

著作権法に対する違憲審査基準と司法と立法が果たすべき役割	89
------------------------------	----

第1節 著作権の憲法上の位置づけ	89
------------------	----

第2節 二重の基準論と厳格審査の正当性	98
---------------------	----

第3節 著作権法の立法過程が抱える問題点とそれに対する審査基準	116
---------------------------------	-----

1 少数派バイアス問題	117
-------------	-----

2 真の立法目的の隠蔽とメタファー問題	125
---------------------	-----

第4節 著作権法に対する厳格審査論をめぐる論争	132
-------------------------	-----

第5節 著作権と表現の自由の問題に対して司法と立法が果たすべき役割	144
-----------------------------------	-----

1 立法に期待される役割	144
--------------	-----

2 司法に期待される役割	146
--------------	-----

3 小括	154
------	-----

第II部 EU・ヨーロッパ法

第5章

著作権と表現の自由に関する欧州人権裁判所判決	159
------------------------	-----

— Ashby 判決、The Pirate Bay 判決

第1節 はじめに	159
----------	-----

第2節 Ashby Donald et autres c/ France 判決 (2013)	161
--	-----

第3節 The Pirate Bay (TPB) 判決 (2013)	166
------------------------------------	-----

第4節 欧州人権裁判所と欧州人権条約	169
--------------------	-----

1 欧州人権条約	169
----------	-----

2 欧州人権裁判所	169
-----------	-----

3 欧州人権条約 10 条 (表現の自由) について	170
----------------------------	-----

第5節 考察	177
1 ヨーロッパにおける著作権と表現の自由に関する従前の議論状況	177
2 旧欧州人権委員会時代の先例	178
3 Ashby 判決・TPB 判決の意義	181
4 今回の判決で明らかにされなかった点、残された問題	195
第6節 おわりに——日本法への示唆	199

第6章

著作権と基本権に関する3件の欧州司法裁判所大法廷判決 —— Funke Medien 事件、Pelham 事件、Spiegel Online 事件	201
第1節 はじめに	201
第2節 事案の概要	203
1 Funke Medien 事件（アフガニスタン・ペーパー事件）	203
2 Pelham 事件	204
3 Spiegel Online 事件	205
第3節 3判決のポイント	206
1 表現の自由に基づく著作権の外在的制約を否定	206
2 著作権と基本権の公正なバランスは既存の規定の解釈に読み込む	208
3 欧州人権裁判所及び各国国内裁判所との関係	224
第4節 日本法への示唆	228

第7章

著作権と基本権をめぐる欧州人権裁判所と欧州司法裁判所の協働と乖離	231
第1節 はじめに	231
第2節 欧州評議会とEU	232
1 欧州の基本権保障システム	232
2 欧州評議会、欧州人権条約、ECtHR	233
3 EU、EU 基本権憲章、CJEU	233

第3節 著作権と表現の自由をめぐる2つの裁判所の判例の比較	234
1 基本権としての著作権	235
2 著作権と他の基本権との調整	238
第4節 ECtHRとCJEU	246
1 ECtHRとCJEUの法的関係	246
2 CJEUとECtHRのアプローチの乖離の背景——3つの仮説	247
3 両裁判所のアプローチの相違が引き起こす問題	251
4 考察：外在的制約説 vs 内在規定解釈説	252
第5節 おわりに	254

第8章

知的財産権の憲法化の背景と意義	255
第1節 知的財産権の憲法化とは	255
第2節 知的財産権の憲法化の背景	256
第3節 知的財産権の憲法化の歩み	258
1 著作権	258
2 商標権	267
3 その他の法分野	271
第4節 知的財産権の憲法化の意義	273
1 憲法化に対する懸念	273
2 憲法化のメリット	275
3 考察	279
第5節 おわりに	281

第Ⅲ部 フランス法

第9章

フランスにおける著作権と表現の自由の「公正なバランス」の探求	285
--------------------------------	-----

第1節	はじめに	285
第2節	従来の判例	285
第3節	Klasen 対 Malka 事件破毀院判決 (2015年5月15日)	289
1	事件の概要	289
2	欧州人権裁判所 Ashby 事件判決との関係	291
3	“フランス版フェア・ユース”の導入?	294
第4節	カルメル派修道女の対話事件破毀院判決 (2017年6月22日)	299
第5節	Klasen 事件差戻控訴院判決 (2018年3月16日ヴェルサイユ控訴院)	301
1	判決の概要	301
2	破毀院のアプローチの射程の限定	304
3	「公正なバランス」の検討に対する消極的姿勢	305
4	「必要性」の意味の逆転	306
5	代替可能性と著作物の知名度	311
6	アプロプリエーション・アートと事前の許諾	315
7	侵害回復措置と比例性原則	316
8	小括	317
第6節	カルメル派修道女の対話事件差戻控訴院判決 (2018年11月30日ヴェルサイユ控訴院)	317
1	判決の概要	317
2	演出の自由	318
3	「公正なバランス」の要件論確立の回避	320
4	著作物の精神の変質	321
5	小括	322
第7節	おわりに	323

第10章

著作権と表現の自由に関する近年のフランスの裁判例	325	
第1節	はじめに	325
第2節	裁判例	327

1 La Joconde Playmobil 事件	327
2 Zemmour 事件	330
3 Sylvia Kristel 訃報記事事件	335
4 Charlie Hebdo 生存者号事件	337
5 Zingaro 事件	341

第3節 おわりに	343
----------	-----

おわりに	345
------	-----

1 著作権と表現の自由の調整をめぐる3つのアプローチ	345
2 本研究の意義	356

索引