HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	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（1）
Author(s)	比良, 友佳理
Citation	知的財産法政策学研究, 45, 79-103
Issue Date	2014-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/57430
Type	departmental bulletin paper
File Information	45_03.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

連続企画：著作権法の将来像　その２

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(1)

比　良　友佳理

目次

序
　１．研究の背景
　２．本研究の構成
第一章　著作権と表現の自由の関係性
　１．著作権法対修正一条をめぐる合衆国最高裁判決（以上本号）
　２．「表現の自由のエンジン」としての著作権
　３．表現の自由の保護法益
　４．表現の自由を制限する著作権の本質
　５．小括
第二章　デジタル時代の著作権と表現の自由―緊張関係の揺らぎ
第三章　著作権に内在する調整原理による調整に対する批判的検討
第四章　著作権法に対する違憲審査基準
第五章　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
第六章　著作権と表現の自由を論じる意義と残された課題

序

１．研究の背景

音楽編集ソフトを使ってお気に入りの曲のマッシュアップを作成しネット上で公開する。その曲を見つけた他の人が旅の思い出の写真にBGMとして付けてスライドショーを作成する。さらに他の人がその動画を自分のブログに埋め込み紹介する…誰でも簡単にデジタルのコピーやデータ

の編集、インターネット上での情報の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が多様化している。それと同時に、高度な設備を持たないアマチュアでも低廉なコストで簡単に著作物を創作、頒布できるようになったため、世の中にあふれる著作物の著作者・著作権者も多様化しているといえる。通信技術・情報技術が発達した現代においてはごく当たり前のように行われるこうした表現行為・発信行為を、我々は他人の著作権を侵害することなしに安心して行うことができるのだろうか。人々が表現行為・発信行為を行う際、著作権侵害の可能性が頭に過ぎり、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うる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。

著作権は表現活動に直接的に関わる権利であるにもかかわらず、日本国憲法21条が定める表現の自由との関係性が我が国で本格的に議論されるようになったのは、ようやくここ最近のことである。名誉毀損罪やわいせつ物規制が表現の自由の保障といかなる関係にあるのかということが、古くから憲法の概説書等で必ず言及されてきたこととは対照的であるといってよいだろう[1]。

他方で米国では、著作権と、我が国の表現の自由に対応する修正一条（First Amendment）[2]の言論の自由の関係をめぐる議論は我が国と比べ相対

[1] 憲法分野において著作権と表現の自由の関係に関する研究が乏しいことを指摘するとともに、研究を行わない理由はないとするものとして、長谷部恭男「Interactive 憲法　憲法学者はなぜ著作権を勉強する必要がないか？」法学教室305号（2006年）33頁。また、著作権法の概説書において表現の自由との関係が殆ど論じられてこなかったと指摘するものとして、松井茂記『インターネットの憲法学』（岩波書店・2002年）254頁。

[2] 合衆国憲法修正第一条（1791年成立）の文言は以下の通りである。

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the

的に活発であり、今や百家争鳴の様相を呈している。古くは現行著作権法の制定作業が進められた1970年代に議論の萌芽が見られ、さらに近時、著作権保護期間延長法(CTEA)の合憲性が争われた連邦最高裁判決をきっかけに再び注目を集め、デジタル技術の隆盛を受けて現在に至るまで多くの議論が繰り広げられているという状況にある。

こうした状況から刺激を受けて近年、我が国でもこの問題に関し著作権法学、憲法学の両面からの研究が盛んになりつつある[3]。とりわけ、ここ

---

free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.
「合衆国議会は、国教を樹立する法律もしくは自由な宗教活動を禁止する法律、または言論もしくは出版の自由または人民が平穏に集会し、不平の解消を求めて政府に請願する権利を奪う法律を制定してはならない。」(日本語訳は高橋和之(編)『世界憲法集』(新版第2版・岩波文庫・2012年)75頁による)。

[3] 著作権と表現の自由の抵触問題に関する先行研究としては以下で掲げたもののほか、山口いつ子「表現の自由と著作権」中山信弘還暦記念『知的財産法の理論と現代的課題』(弘文堂・2005年)365頁、大日方信春「著作権と表現の自由の間隙」山崎広道(編著)『法と政策をめぐる現代的変容－熊本大学法学部創立30周年記念－』(成文堂・2010年)1頁、同「著作権の憲法上の地位－合衆国憲法一条八節八項の文理解釈を導きの糸としてー」姫路法学45号(2006年)1頁、同「著作権法をみる憲法学の視点について」熊本法学114号(2008年)1頁、中根哲夫「デジタル時代の著作権保護と表現の自由」中央大学大学院研究年報31号(2001年)387頁、志田陽子「表現の自由とマルチカルチュラリズム」駒村圭吾＝鈴木秀美(編)『表現の自由Ⅰ－状況へ』(尚学社・2011年)507頁がある。また、公益社団法人著作権情報センター付属著作権研究所『著作権と表現の自由委員会　著作権と表現の自由をめぐる諸問題』(公益社団法人著作権情報センター・2013年)も参照。

パロディの問題に関し表現の自由に言及して検討を試みるものとして、小泉直樹「表現の自由、パロディ、著作権」ジュリスト1395号(2010年)149頁、西森菜津美「表現の自由と著作権－パロディ表現物に関する憲法的検討－」立命館法政論集6号(2008年)1頁、佐藤薫「憲法第二一条と同一性保持権－パロディおよびその保護についてー」海保大研究報告35巻1号(1989年)1頁、同「著作権、同一性保持権と表現の自由－パロディを例としてー」憲法論叢2号(1995年)45頁、飯野守「パロディにみる表現の自由と著作権の相克」湘南フォーラム12号(2008年)171頁、同「表現の自由からみた著作権の論点(1)－アメリカの判例に見るパロディ表現の取扱いー」文教大学情報学部『情報研究』40号(2009年)29頁、中山代志子「著作物の権利制限

数年の先行研究は、単に著作権と表現の自由の緊張関係を指摘するに留まらず、以下で紹介するように2つの権利の性質や具体的な制度を分析することによって、一定の均衡点を見出すべく様々な模索をしており、注目に値する。しかし、現在の理論状況を見ると、創作活動の促進という著作権法の目的が表現の自由と目指す方向性を同じくすることに着目し、著作権法を「表現の自由のエンジン」として捉える合衆国最高裁の立場をめぐり、議論が二分されている。すなわち、一方ではそうした立場を批判し、あくまでも個人の表現行為の自由とそれを規制する立法である著作権法との対立があることが主張されている。しかし他方で、合衆国裁判所の見解に傾斜し、これを肯定的に受け入れる考え方も一部で主張されているのである。

果たして、著作権法は本当に「表現の自由のエンジン」なのだろうか。仮に「表現の自由のエンジン」であるとしても、そのことを理由に2つの権利の対立は緩和されうるのだろうか。そうした楽観的な見方に問題があるとすれば、2つの権利を具体的にどのようにして調整していくべきか。これらの問いに答えるには、著作権という権利が有するいくつかの特性や立法過程で生じている問題を考慮に入れた上で、著作権と表現の自由の関係の構造をまず明らかにする必要がある。

2．本研究の構成

本稿は以上のような問題意識に基づき、米国の議論に示唆を得ながら、以下の点の指摘を試みるものである。

まず第一章で、一旦根本的な問題に立ち返り、著作権と表現の自由の関係の構図を明らかにする。具体的には合衆国最高裁判所が複数の判例を通して発展させてきた「表現の自由のエンジン」論を議論の叩き台にしながら、かかる比喩で著作権と表現の自由の関係を捉えることにどのような問

規定を巡る著作権と言論の自由の衝突－『チーズはどこへ消えた？』事件（東京地裁平成13年12月19日決定）を題材として－」明治学院大学法科大学院ローレビュー1巻1号（2004年）1頁。また、宇賀克也＝長谷部恭男（編）『改訂版　法システムⅢ－情報法－』（放送大学教育振興会・2006年）23頁にも若干の言及がある。

題があるかを、表現の自由と著作権の保護法益や性質の検討を通じて示し、著作権と表現の自由がある種矛盾した衝突関係にあることを明らかにする。

第二章では、近年のデジタル技術、インターネット技術の発展を受けて表現の自由と著作権の調整を図ることが急務となっていることを指摘し、本稿が扱う問題の現代的な意義を明確にする。

続いて、両者の調整方法について検討を加える。まず第三章で従来、米国の裁判所が採用し、また米国の伝統的な学説でも唱えられていた、著作権に内在する調整原理による解決という手法が抱える問題点を指摘し、調整原理が内在していたとしてもそれだけで著作権法が違憲審査を免れるわけではないということを明らかにする。そして、第四章では、司法と立法の役割分担という視点から、著作権法に対する司法審査における審査基準のあり方を検討する。そのためにまず表現の自由を制約する表現規制立法一般に対してどのような審査基準が用いられてきたかについて我が国の憲法学の議論を参照し、その上で、著作権法の立法過程が有する特徴の検討を通じて、著作権法は厳格な審査基準に服するべきであることを多角的に明らかにする。第五章では違憲訴訟以外の場面において議会、立法がそれぞれ果たしうる役割について検討する。

最後に、第六章では、本研究が用いた「憲法上の表現の自由対著作権」という枠組みに基づく議論がどのようなインパクトを持ちうるのかを示した上で、これまでの議論を総括することとする。

本研究はアメリカ法を比較法の対象としている。その理由は、第一にこの種の議論に関する論稿が、日本に比べ豊富であるという点である。ここ数年で著作権と表現の自由の問題がようやく意識されるようになった日本に比べ、米国は1970年代から議論の蓄積があり、さらにこの問題を正面から扱った最高裁判決が複数存在することから、我が国も学ぶべきところが多くあると考えられる。第二に、我が国の憲法上の表現の自由に関する理論が、アメリカ憲法の影響を非常に強く受けて発展してきたという背景が挙げられる。後に言及する二重の基準論や思想の自由市場論といった表現の自由に関する主要な理論は、アメリカの憲法訴訟において提唱されたのが嚆矢であり、日本の論者によって様々な形で紹介され、発展してきた。そのため、我が国の表現の自由を論じる際にはアメリカ法は切っても切り

離せない存在だといえるのである。当然、国家制度等が異なる以上、彼の地の議論を鵜呑みにして直接輸入するという短絡的な考察は慎まなければならないが、理論上の母法ともいえるアメリカ憲法の議論は十分参照に値すると思われる。

また、著作権法に関しては、後述するように日米では著作権の制限規定の仕組みや著作者人格権の保護といった点で相違が見られるものの、アイディア・表現二分論等の基本的な保護制度・理論に関していえば共通点も少なからず存在する。さらに国内法のあり方に大きな影響を与える国際ハーモナイゼーションの動きの中で、米国の持つ存在感は決して無視しえず、著作権法を取り巻く理論に関しても米国は世界をリードする存在であり、米国著作権法は比較法の対象とすべき価値があるといえる。

他方で、アメリカ法を比較法とすることに伴い、受け入れざるをえない限界としては、著作者人格権と表現の自由の関係を検討する上で参考となる議論が少ない点が挙げられる。日本の著作権法は著作財産権と著作者人格権からなり、両者は権利の性質や保護の趣旨が異なるところ、著作者人格権と表現の自由という問題は、財産権とは異なる配慮が必要な可能性がある。しかしアメリカの著作権法は著作者人格権の保護が希薄であり、人格権との関連でこの問題をどう考えるかという点については有益な示唆を得られる可能性が低いという難点がある。著作者人格権の問題は差し当たり今後の課題とし、本研究において著作権という時には著作財産権を想定するものとして検討を行うことを予め断っておきたい。

第一章　著作権と表現の自由の関係性

１．著作権法対修正一条をめぐる合衆国最高裁判決

著作権と表現の自由という２つの権利はいかなる関係にあるのか。著作権法は創作的な「表現」に排他権を付与するものである以上、両者が何らかの形で対立しうるということは、米国はもちろん我が国でも多かれ少なかれ以前から意識はされていたのかもしれない。しかしそうした問題が積極的に論じられるようになるまでにこれほどの時間を要したのは、後述するように２つの権利が純粋な「対立」でも「協働」でもない、複雑な構造

の関係にあるからであると考えられる。

さて、著作権と表現の自由がどのような関係にあるかという問いに、合衆国裁判所はいくつかの判決を通して徐々にその立場を示すに至っているので、それらを概観する作業から検討を始めることとしよう。まず、この問いに合衆国最高裁として初めて明確な見解を示し、後の裁判例においても繰り返し引用されている、Harper & Row Pubs., Inc. v. Nation Enterprises事件最高裁判決[4]を紹介する。

原告Harper & Row社はフォード元大統領の未発表の回顧録の出版につき、Time誌に掲載する契約を結んでいた。ところがその回顧録のコピーを被告Nation Magazine社が秘密裏に入手し、回顧録からの抜粋をTime誌に先んじてThe Nation誌に掲載したため、Harper & Row社らが著作権侵害に基づいて訴訟を提起したというのが本件の事案である。

争点は第一に、未発表著作物の利用につきフェア・ユースの法理が適用されるか否かという点、そして第二に、公人の未発表の原稿から引用する行為は、回顧録の内容の公共性を理由に修正一条によって守られ、本来ならフェア・ユースの基準には達しないような利用であってもフェア・ユースの範囲内となりえるというNation Magazine社の主張が認められるか否かという点であった。

第一審のニューヨーク南部地区連邦地方裁判所は、回顧録はNation Magazine社からの発刊時点で著作権によって保護されており、被告の行為は利益目的で発刊される雑誌のいわば心臓部分を奪った行為であるとした上でフェア・ユースの抗弁の成立を否定した[5]。しかし控訴審では、被告の行為がオリジナルの市場に与える影響は最小限のものであり、本件で問題となった著作物の持つ政治的重要性に鑑みると、民主的意見のために必要な知識の取得を妨げたり、著作物の限定的な利用を禁ずることによって報道に萎縮効果を与えたりすることは著作権法の目的ではないとして、地裁の判決を覆しフェア・ユースの適用を認めた[6]。

これに対し最高裁判所は、結論としてフェア・ユースの成立を否定した

[4] Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985).

[5] Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 557 F. Supp. 1067 (1983).

[6] Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 723 F.2d 195 (2d Cir., 1983).

上で、著作権法と修正一条の関係については、後述するNimmerの論文が打ち立てた理論を援用した[7]。連邦最高裁のO'Connor判事はまず、著作権法は第一に、アイディア・表現二分論（idea/expression dichotomy）[8]によって、著作権法が保護を与える表現（expression）と保護を与えない事実（facts）や思想（ideas）とを区別し、前者にしか保護を与えていない点を挙げ[9]、また第二に、学問や論評等の利用などについては伝統的にフェア・ユースの抗弁[10]によって許容することで著作権の体系の中に言論の自由の保護を組み込んできたと指摘したのである。さらに最高裁は、Nimmerが示唆していなかった憲法起草者（Framers）[11]に関する歴史的説明を追加した。O'Connor

---

[7] ただし本件については、フェア・ユースの成否以前にそもそも被告が原告著作物の創作的表現を利用したといえるのか疑問視する見解がある。元となるフォード元大統領の回顧録が20万字の書籍であったのに対し、The Nation誌に掲載された記事は2, 250字、うち直接の引用は300字であったところ、300字の引用以外の部分については元の原稿の要約等であり著作権侵害には該当しないのではないかと述べるBrennan判事による本判決の反対意見（*Supra note* 5, at 579-87 (Brennan, J., dissenting)）、及びROBERT P. MERGES, PETER S. MENELL & MARK A. LEMLEY, INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW TECHNOLOGICAL AGE 618 (Aspen Law & Business, 6th edition, 2012) を参照。

[8] 17 U.S.C. §102 (b).

[9] この点については、著作権法が表現の形式を保護するにすぎず、それによって表明された思想を保護するものではないとの理由から、著作権が言論の自由への制約にはならないとしたNew York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713, 726 (1971) のBrennan判事による補足意見及び、後に紹介する1970年のNimmer論文の影響が看取できる。

[10] 17 U.S.C. §107.

[11] Framersとは、アメリカ合衆国独立宣言に署名し、合衆国憲法の起草及び批准も行った、合衆国の独立を支え国家の骨格を創った者達の総称であり、Founding Fathersと呼ばれることもある。合衆国憲法制定会議に出席した代議員55名のほか、独立運動に関わった者も含むことがあるため、その対象となる人物の数は論者によって異なるが、歴史家リチャード・B・モリスは特に鍵となる人物としてジョン・アダムス、ベンジャミン・フランクリン、アレクサンダー・ハミルトン、ジョン・ジェイ、トマス・ジェファーソン、ジェームス・マディソン、ジョージ・ワシントンの７名を挙げている（RICHARD B. MORRIS, SEVEN WHO SHAPED OUR DESTINY: THE FOUNDING FATHERS AS REVOLUTIONARIES (New York: Harper & Row, 1973)）。このよう

判事は上記の2つの調整原理によって、修正一条の保護は既に著作権の中に組み込まれていると述べ、「憲法起草者は、著作権それ自体が表現の自由のエンジン(the engine of free expression)となることを意図していたということを忘れてはならない。表現の利用に対し市場で取引可能な権利を定めることにより、著作権はアイディアを創作し頒布させる経済的なインセンティヴを提供している」[12]と判示したのである。この「表現の自由のエンジン」という比喩は、修正一条と著作権法の関係に対する最高裁の基本的なスタンスを象徴的に表したものであり、それ以降の裁判例でもこの説示は繰り返し引用されることとなる。

この「表現の自由のエンジン」論がその後の裁判例に与えた影響は小さくない。実際、その後の多くの下級審はこの立場を踏襲し、著作権訴訟において修正一条に基づく訴えをことごとく退けてきた[13]。そして、著作権

に、Framersは広い概念を表す言葉であるため、我が国では「建国の父」や「憲法制定者」といった訳語が当てられることもあるが、本稿では以下「憲法起草者」で統一することとする。

なお、彼らのうちアレクサンダー・ハミルトン、ジョン・ジェイ、ジェームス・マディソンの3名による論文集であり、合衆国憲法の同時代的解釈書として重要な文献に、A・ハミルトン＝J・ジェイ＝J・マディソン(斎藤眞＝中野勝郎(訳))『ザ・フェデラリスト』(岩波書店・1999年)がある。

[12] Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 558 (1985). 同判決に関しては、白鳥綱重『アメリカ著作権法入門』(信山社・2004年)211-215頁、ロバート・ゴーマン＝ジェーン・ギンズバーグ(内藤篤(訳))『米国著作権法詳解〈下〉』(信山社・2003年)605頁等も参照。

[13] 修正一条に基づく主張を著作権侵害訴訟において退けた下級審判決として、Nihon Keizai Shimbun, Inc. v. Comline Bus. Data, Inc., 166 F.3d 65, 74 (2d Cir. 1999)(「我々は繰り返し著作権侵害の差止めに対する修正一条の主張を退けてきた。その理由は修正一条がフェア・ユースの法理によって守られ、共存しているからである。」); L.A. News Serv. v. Tullo, 973 F.2d 791, 795 (9th Cir. 1992)(「修正一条の問題はフェア・ユースを通して著作権法に組み込まれている」)等。*See also*, Elvis Presley Enters., Inc. v. Passport Video, 349 F.3d 622 (9th Cir. 2003); A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001); Chicago Board of Educ. v. Substance, Inc., 354 F.3d 624, 631 (7th Cir. 2003); Dr. Seuss Enters., L.P. v. Penguin Books USA, Inc., 109 F.3d 1400 (9th Cir. 1997); New Era Publ'ns Int'l ApS v. Henry Holt & Co., Inc., 873 F.2d 576, 584

法保護期間延長法（CTEA）[14]の合憲性が争われた2003年のEldred事件最高

(2nd Cir. 1989); Worldwide Church of God v. Phila. Church of God, Inc., 227 F.3d 1110, 1115 (9th Cir. 2000); Authors League of Am., Inc. v. Oman, 790 F.2d 220 (2nd Cir. 1986); Fisher v. Dees, 794 F.2d 432 (9th Cir. 1986); Religious Tech. Center v. Netcom On-Line Commc'n Servs., Inc., 923 F. Supp. 1231, 1258 (N.D. Cal. 1995); L.A. Times v. Free Republic, 54 U.S.P.Q. 2d 1453, 1472 (C.D. Cal. 2000); Penguin Books U.S.A., Inc. v. New Christian Church of Full Endeavor Ltd., 55 U.S.P.Q. 2d 1680, 1696 (S.D.N.Y. 2000); Intellectual Reserve, Inc. v. Utah Lighthouse Ministry, Inc., 75 F. Supp. 2d 1290, 1295 (C.D. Utah 1999).

著作権法に対し修正一条に基づく制限を発動したともとれる数少ない下級審判決として、Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co., 268 F.3d 1257, 1277 (11th Cir. 2001)（小説「風と共に去りぬ」のパロディ小説「風はとわに去りぬ」が著作権侵害に該当するか否か、及びフェア・ユースの成否が争われた事案で、フェア・ユースの成立を認めた上で、一時的差止命令（preliminary injunction）については「風はとわに去りぬ」の作者の考え方や観点を表現された形式で人々が享受するのを妨げてしまうことから、言論に対する事前差止として作用し、修正一条と著作権法で共有される原則と調和しないと述べ、一時的差止命令の要件を欠くと判示した。ただし、著作権と修正一条の関係一般に関しては、アイディア・表現二分論とフェア・ユースによって調和が保たれているという立場に立つ。*Id*, at 1263-65.）; Mattel, Inc. v. Walking Mountain Prods., 353 F.3d 792, 801 (9th Cir. 2003)（バービー人形を用いたパロディ写真につき、パロディは社会的・文学的批評であり、修正一条に基づく自由な言論として社会的に重要な意義を有すると判示し、被告は修正一条が保護し著作権法が促進する言論を創作したとしてフェア・ユースの第一要素を被告に有利に判断した。結論としてもフェア・ユース成立を肯定している）。

[14] Copyright Term Extension Act of 1998, Pub. L. No. 105-298, §102 (b) and (d), 112 Stat. 2827-2828 (1998) (amending 17 U.S.C §302, 304).

それまでの1976年著作権法においては、1978年１月１日までに公表されていなかった自然人による著作物については創作から著作者の死後50年、職務著作物等については公表から75年か創作から100年のいずれか短い期間で保護し、1978年１月１日までに公表済みとなっていた既存の著作物には、公表から75年という保護期間が認められていたが、CTEAによって、自然人の著作物は創作から著作者の死後70年間、職務著作物等については公表から95年と創作から120年のどちらか短い期間、そして1978年１月１日までに公表されていた既存の著作物には、公表から95年の保護期間が付与されることになった。つまりCTEAによって、既存の著作物を含め20年の保護期間延長が行われることになったのである。

裁判決[15]において、著作権法と修正一条の対立は再び最高裁に持ち込まれることとなった。この訴訟は、著作権保護期間が終了しパブリック・ドメインとなった著作物を利用したサービス等を提供する原告らが、連邦議会が1998年に制定したCTEAは、特許・著作権条項[16]及び修正一条に違反す

なお、CTEAは別名Sonny Bono Copyright Term Extension Actと呼ばれることがある。これは著作権保護期間延長運動に積極的に関わり、CTEA成立と同じ年に亡くなった上院議員Sonny Bonoへの追悼としてその名が冠されていることが由来である。

CTEAの制定に至るまでの議論過程に関しては、酒井麻千子「EU・アメリカはなぜ保護期間を延長したか」田中辰雄＝林紘一郎(編)『著作権保護期間』(勁草書房・2008年) 176-183頁。

[15] Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003).

この訴訟に関する邦語文献として、大日方信春「1998年『著作権保護期間延長法』の合憲性－Eldred v. Ashcroft, 537 U.S.－, 123 S. Ct. 769 (2003)」広島県立大学論集7巻1号(2003年) 169頁、同『著作権と憲法理論』(信山社・2011年) 第5章、紙谷雅子「最近の判例」[2004-1]アメリカ法142頁、今村哲也「著作権の保護期間延長と表現の自由についての小考－Eldred事件最高裁判決とその後の動向－」季刊企業と法創造3巻1号(2006年) 163頁、紙谷雅子「コピーライト法は第一修正に『カテゴリィとして』抵触しないのか」法律時報76巻4号(2004年) 108頁、横山久芳「ミッキーマウス訴訟がもたらしたもの－著作権保護期間延長立法の合憲性」ジュリスト1244号(2003年) 268頁、芹澤英明「アメリカ著作権法における著作権保護期間延長規定の合憲判決－Eldred v. Ashcroft, 123 S. Ct. 769 (2003)－」L&T 20号(2003年) 114頁、野口祐子[判批]樋口範雄＝柿嶋美子＝浅香吉幹＝岩田太(編)『アメリカ法判例百選』(別冊ジュリスト213号・有斐閣・2012年) 228頁、吉田仁美「著作権保護期間の延長と表現の自由」ジュリスト1294号(2005年) 151頁、尾島明「著作権の保護期間延長と合衆国憲法」知財研フォーラム53号(2003年) 2頁。

[16] 合衆国憲法はその1条8節8項で、特許及び著作権に関する連邦議会の権限について以下のように定めている。

The Congress shall have power …To promote the progress of science and useful arts by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries;

「合衆国議会は、次の権限を有する。…著作者及び発明者に、その著作物及び発明に対する独占的な権利を一定期間保障することにより、学術及び有益な技芸の進歩を促進すること。」(日本語訳は高橋・前掲注(2)『世界憲法集』59頁による)。

ると主張したものである。具体的には、①特許・著作権条項は「独占的な権利を限られた期間（limited times）保障する」権限を連邦議会に付与しているが、既存の著作物まで遡及的に保護期間を延長するCTEAは、この「限られた期間」という制限付きの連邦議会の権限を越えるものであるとともに、②CTEAがなければパブリック・ドメインに入るはずであった著作物を用いた表現活動が、CTEA制定によって禁止されてしまうことを理由に、修正一条に反するものである、という2点が原告によって主張された。原告の代理人には著名な憲法学者、Lessigも加わっている[17]。

なお、「学術（science）」が著作権に、「有益な技芸（useful arts）」が特許権に対応する文言である点に注意。著作権が創設された時代は、「science」という概念は一般にあらゆる形式の知識、学識を意味していたと考えられている。Sen. Orrin G. Hatch & Thomas R. Lee, *To Promote the Progress of Science: The Copyright Clause and Congress's Power to Extend Copyrights*, 16 HARV. J.L. & TECH. 1, 7 (2002). *See also*, Lawrence B. Solum, *Congress's Power to Promote the Progress of Science: Eldred v. Ashcroft*, 36 LOY. L.A. L. REV. 1, 11 (2002).

特許・著作権条項に関する邦語文献として、会沢恒「アメリカ著作権法と連邦制の交錯」田村善之（編著）『新世代知的財産法政策学の創成』（有斐閣・2008年）391頁、前掲注(12)白鳥『アメリカ著作権法入門』40−47頁、前掲注(12)ゴーマン＝ギンズバーグ『米国著作権法詳解〈下〉』859−926頁。また、本条項の成立過程につき、白田秀彰『コピーライトの史的展開』（信山社・1998年）281−296頁。

[17] Lawrence Lessigは、1990年代に議会が制定した著作権を拡大する一連の立法に対して様々な角度から反対しており、CTEAの合憲性を争うEldred訴訟はその1つである。Lessigの挑戦としては、Eldred一審判決が下された後、それと平行して、CTEAと後述するURAAの合憲性を争ったGolan v. Ashcroft, 310 F. Supp. 2d 1215 (D. Colo. 2004) 及びLuck's Music Library, Inc. v. Ashcroft, 321 F. Supp. 2d 107 (D.D.C. 2004); *aff'd sub nom*. Luck's Music Library, Inc. v. Gonzales, 407 F.3d 1262 (D.C. Cir. 2005) と、更新登録制を廃止しオプト・イン・システムからオプト・アウト・システムに移行したことが後述する「著作権保護の伝統的な外延」の変更に当たること等を主張したKahle v. Ashcroft, 2004 U.S. Dist. LEXIS 24090 (N.D. Cal. Nov. 19, 2004) (No. C-04-1127) がある。Golan訴訟については後述の通り最高裁まで争われたが、Luck's Music Library訴訟は控訴審までに留まり、Kahle訴訟もEldred最高裁判決に基づき請求棄却の略式判決が地裁で出され、第9巡回控訴裁判所も原審を維持している。一連の判決の流れと背景について、詳しくは、Tyler T. Ochoa, *Is the Copyright Public Domain Irrevocable? An Introduction to Golan v. Holder*, 64 VAND. L. REV. EN BANC 123,

これらの主張に対し第一審のコロンビア地区連邦地方裁判所は、修正一条は他人の言論の自由利用まで保障するものではないと述べた上で、特許・著作権条項の「限られた期間」に関しても、期間が有限である限りにおいて連邦議会はその長さを決める裁量を有していると判示し、原告の主張を退けた[18]。二審のコロンビア特別区控訴裁判所も、地裁の判決を認容し、「著作権は修正一条に基づく審査からカテゴリカルに免除されている」と述べ、さらに特許・著作権条項の「限られた期間」という文言が連邦議会の立法権限に制限を加えるものであるとの主張そのものを退けた[19]。

そして最高裁判所は7対2で、議会の広い自由裁量の範囲内にCTEAは含まれ、修正一条に抵触しないと判断した[20]。Ginsburg判事による法廷意

132-38 (2011).

[18] Eldred v. Reno, 74 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 1999).

[19] Eldred v. Reno, 239 F.3d 372 (D.C. Cir. 2001).

[20] 他方、Breyer判事による反対意見は、CTEAが第一に特許・著作権条項の目的に反し、第二にコスト面を分析すると同法が将来の創作活動へのインセンティヴとならないことを理由に違憲であるとし、原則としては連邦議会の立法に裁判所が介入すべきではないとしつつも、本件CTEAの立法権限の行使には反対すべきであると述べる。

実はBreyerは1970年に、当時著作権保護期間を著作者の死後50年に延長したとしても、新たな著作物の創作や既存の作品の再版を行うインセンティヴを生み出すとは信じがたく、他方で延長が著作物の利用者に対して及ぼす影響は大きいとし、議会は保護期間延長を正当化する十分な論拠を提示していないのではないかと疑問を呈する論文を発表している（Stephen Breyer, *The Uneasy Case for Copyright: A Study in Copyright of Books, Photocopies and Computer Programs*, 84 HARV. L. Rev. 281 (1970)）。Breyerの同論文については、山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(6)」知的財産法政策学研究34号（2011年）331-333頁、美作治夫「紹介」著作権研究4号（1971年）185頁も参照。

当時、連邦議会が1909年法から現行法である1976年法へと改正の議論を行っており、この論文はその改正に伴う保護期間延長に反対する文脈で書かれたものである。結局1976年法はそれまでの著作権の保護期間を延長する形で制定されてしまったが、その約30年後、著作者の死後50年から70年に延長するCTEAに関して、Breyerは今度は最高裁判事として、合憲判決に対する反対意見を執筆した。最終的にBreyerの意見は二度にわたる保護期間延長を食い止めることができなかったわけである

見は、Harper & Row最高裁判決の前述の説示を引用し、著作権が認める制限的な独占性は修正一条の言論の自由と両立する（compatible）ものであると述べた[21]。そしてこうした基本的な立場に則り、問題となっていたCTEAに関しても、議会が著作権保護の伝統的な外延（traditional contours of copyright protection）を変更していない場合には、それ以上の修正一条の審査は不要であるという結論に至っている[22]。

この判決では特許・著作権条項と修正一条という憲法上の2つの条項が問題になっているため、ここで個別の論点についてやや詳細に見ておこう。まず、①特許・著作権条項の「限られた期間」という文言について、原告側は「限られた」という文言を狭く解釈し、一旦確定した保護期間は不変であるべきと主張していた。しかし法廷意見は「著作者の死後70年」という期間は辞書的な意味上も「限られた」ものであるといえるし、過去の1831年法、1909年法、1976年法を引き合いに出して[23]、保護期間を延長することは歴史的に見ても連邦議会がこれまで行ってきた慣行であるとして、その主張を退けている。つまり「限られた」という文言は「固定された」あるいは「短い」といった意味ではないということを明らかにしたのである。だが、この訴訟の遥か昔から、議会は著作権の保護期間延長を単に繰り返

が、後述するように学説ではこの反対意見に賛同する声も多い。

Breyer判事の反対意見に沿う形で本件を論じるものとして、飯野守「エルドレッド事件におけるブライヤー判事の反対意見に見る著作権保護期間の論点」青山法学論集51巻1・2号合併号（2009年）51頁。

また、Stevens判事による反対意見は、州に対して保護期間が終了した特許権の保護を延長する権限を認めていない以上、連邦議会に対しても同様の理が成り立つべきとして、既存の著作物の保護を遡及的に延長する点においてCTEAは違憲であると述べている。

[21] Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186, 219 (2003).

[22] *Id*., at 221.

[23] 米国で歴史上最初に制定された1790年著作権法においては、著作権保護期間は発行から14年（更新すればさらに14年）であった。その後の1831年法は更新前のオリジナルの保護期間を28年に、そして1909年法では更新によって延長できる保護期間も同様に28年へと引き上げられた（発行から28年＋更新によりさらに28年で計56年の保護が可能）。そして1976年法では、発行からではなく「著作者の生存の間及びその死後50年」に延長された。

してきただけではない。新しく創作される著作物に加え、既存の著作物の保護期間も遡及的に延長してきたために、度重なる保護期間延長によって、事実上、著作物がパブリック・ドメインに入ることを永遠に阻止することを許してしまっているという問題があるのである[24]。優良なコンテンツを抱えるDisney等が自身の保有する著作権の存続期間が切れそうになる度に延長を求め、CTEAの立法の背後でも積極的にロビイングを行っていたといわれることから、CTEAはしばしば「ミッキーマウス保護法」「ミッキーマウス延命法」とも揶揄されている[25]。学説でもこの点に関しては、特許・著作権条項に「限られた期間」という文言が入れられた趣旨は、法廷

[24] CTEAは事実上、「割賦方式による永久の著作権」を認めてしまうものであると主張するものとして、Peter Jaszi, *Caught in the Net of Copyright*, 75 OR. L. Rev. 299, 303 (1996). 議会が繰り返し存続期間延長を試みてきたのは著作権を「実質的に永久」にするためであると指摘するものとして、Joseph D. Mirarchi, *The Big Effect of Two Little Words: Why A "Limited Times" Challenge Will Stop the Next Copyright Term Extension*, 43 RUTGERS L.J. 131, 132 (2012).

[25] ミッキーマウスは1928年11月18日に公開された短編トーキー・アニメーション映画「蒸気船ウィリー(Steamboat Willie)」でスクリーン・デビューした。それ以降、ミッキーマウスの著作権保護が切れる時が近づく度に延長がなされており、その裏にはディズニーによる強力なロビイング活動があると見られることから、CTEAはこのような異名を持つ。CTEAによって「蒸気船ウィリー」は2024年(公開後95年)まで著作権が存続することとなっている。2013年11月18日にミッキーマウス(とその恋人ミニーマウス)は85才の"誕生日"を迎えた。

Disney社によるこれまでの著作権存続期間延長運動の歴史について詳しくは、Kaitlyn Rose Bernaski, *Saving Mickey Mouse: The Upcoming Fight for Copyright Term Extension in 2018*, Law School Student Scholarship Paper 439 (2014)(ただし結論としては更新制によって延長を希望する著作権者のみに今後も著作権存続期間の延長を認めるべきであると主張)。

ミッキーマウスなどのキャラクターについて、著作権の存続期間満了後も商標権を用いて一定の保護を図ることができるという点に関しては、Leslie A. Kurtz, *The Methuselah Factor: When Characters Outlive Their Copyrights*, 11 U. MIAMI ENT. & SPORTS L. REV. 437 (1994).

なお、日本の著作権法の下では、戦時加算を加えても保護期間が終了しているため、現在では同作品はパブリック・ドメインとなっており、廉価版DVDも販売されている。

意見のように「限られた」という文言の辞書的な意味を追求するという一種の言葉遊びを後世の者にさせるためではないはずであり、そのような文言の本来の趣旨を検討せずに保護期間の延長を繰り返し認めていては、もはや実質的には「限られた」期間とはいえないという批判がなされている[26]。また、保護期間を繰り返し延長してきたという歴史的背景についても、そうした慣行を以って合憲性判断が免除されるべきではないとする批判もある[27]。

②の論点について、法廷意見は、特許・著作権条項と修正一条が近い時期に制定されていることから憲法起草者も著作権が認める制限的な独占性は修正一条の言論の自由と両立するものである（compatible）と考えていたと推察されること[28]、そしてアイディア・表現二分論とフェア・ユースという著作権法に内在する調整原理によって、修正一条の保護は著作権法に既に組み込まれていることを挙げ、CTEAは修正一条に反しないと結論づけている。こうした立場は、著作権法は創作活動にインセンティヴをもたらすものであることを理由に「表現の自由のエンジン」であると述べ、さらに著作権法に内在する調整原理によって2つの権利は調整済みであるとしたHarper & Row最高裁判決の見解を明確に継承したものであるといえる。

とはいえ、最高裁の判示は「著作権保護の伝統的な外延を変更していない場合」には修正一条の審査を免れるというものであったため、「著作権保護の伝統的な外延」を変更する立法の場合には違憲となりうることが示唆されていた。つまり、「伝統的な外延」が指す内容如何によっては、著作権に関する各種立法が違憲となりうる余地がこの時点では残されてい

---

[26] Dennis S. Karjala, *Judicial Review of Copyright Term Extension Legislation*, 36 LOY. L.A. L. REV. 199, 243-45 (2002). 「限られた期間」という文言が特許・著作権条項に入れられていることの趣旨は、議会が同条項の権限に基づいて制定する排他権が一時的な期間のみの独占を付与するものであることを保証するためであると説く。

[27] Michael Jones, *Eldred v. Ashcroft: The Constitutionality of the Copyright Term Extension Act*, 19 BERKELEY TECH. L.J. 85, 96 (2004). *See also*, Eldred, 537 U.S. at 236 (Stevens, J., dissenting).

[28] Eldred v. Ashcroft, 537 U.S 186, 218-19 (2003).

たのである。Eldred訴訟控訴審が「著作権法は修正一条に基づく審査からカテゴリカルに免除されている」と述べたのに対し、あえて最高裁はそれを「言い過ぎであった」と述べ[29]、修正一条の審査の余地を残すことを選んだことからも、こうした態度は見て取ることができる[30]。こうしてCTEAについては合憲であることが示されたものの、「伝統的な外延」の具体的な意味内容について最高裁は詳しく語らなかったため、著作権と修正一条の問題は依然として曖昧な状態のまま先送りされることとなった。

そしてその後、2012年のGolan訴訟最高裁判決において、再び修正一条と著作権の問題が取り上げられ、Eldred判決の述べた「著作権保護の伝統的な外延」の指す内容が明らかにされた[31]。

Golan訴訟は、TRIPS協定及びベルヌ条約の米国国内実施のために議会が1994年に制定したウルグアイ・ラウンド協定法(Urguay Round Agreement Act of 1994, URAA)514条が、従来パブリック・ドメインであった外国の著作物に権利を復活させたことの合憲性が争われたものである[32]。同条文は、米国では既にパブリック・ドメインに入っている外国の著作物であっても、当該著作物の本国で著作権が満了しておらず、かつ米国で一定の理由によ

---

[29] *Id.*, at 221.

[30] 山口いつ子『情報法の構造　情報の自由・規制・保護』(東京大学出版会・2010年) 237-238頁、Alfred C. Yen, *Eldred, the First Amendment, and Aggressive Copyright Claims*, 40 HOUS. L. REV. 673, 687 (2003) (例えば最高裁は、言論の保護に対して著作権が合理的である限り全ての著作権に関するケースで裁判所が議会に謙譲すべき、などと判示することもできたにもかかわらずあえてそうしなかったことからも、最高裁は議会の立法権限が完全に自由ではないということを示唆していると分析している)。

[31] この訴訟に関する邦語文献として、尾島明「ウルグアイ・ラウンド協定法による外国著作物に対する著作権付与と合衆国憲法」知財研フォーラム93号(2013年) 51頁。

[32] URAAについては前掲注(12)白鳥『アメリカ著作権法入門』66-67・140-141頁も参照。また、ベルヌ条約に米国が加盟するまでの経緯と、ベルヌ条約、TRIPS協定と米国国内法との関係について詳しくは、Daniel Gervais, *Golan v. Holder: A look at the Constraints Imposed by the Berne Convention*, 64 VAND. L. REV. EN BANC 147 (2011).

って[33]パブリック・ドメインに入っている場合、その著作物は復活著作物（restored work）として国内保護が与えられると定めたものである[34]。

指揮者で音楽学校教授でもある原告Golanは、パブリック・ドメインの映画、テレビ番組の保存・頒布をする業者ら音楽・映画関係者とともに、合衆国司法長官に対して同条文が芸術作品の自由な利用を妨げるものであるとして、違憲であることの宣言及び同条文の執行の差止等を求め訴訟を提起した[35]。

---

[33] 一定の理由とは、①かつて米国が課していた著作権保護の形式要件（著作権表示等）を満たさなかったため、②1972年２月15日より前に収録された録音が米国著作権法の対象外とされていたため、③現在または今後WTO加盟国またはベルヌ条約同盟国になった国について、それまでその国の著作物について米国が著作権保護を与えていなかったため、という３つの理由のいずれかに該当する場合を指す。

[34] なお、我が国においても著作隣接権に関して、従来パブリック・ドメインにあった著作物に対して外交的圧力の結果、遡及的に保護を与える立法がなされたことがある。日本が1978年にレコード保護条約に加盟した際、条約発行（1970年12月31日）以前に固定されたレコードについては遡及的保護を付与しないという同条約の原則に従った規定（1996年改正前の著作権法附則２条３項）を設けたところ、TRIPS協定14条６項但し書きにおいて準用するベルヌ条約18条では遡及的保護が求められるとも解することができたため、米国及びECがこれを非難し、日本に対してWTOの紛争解決手続を開始した。その結果日本は、それまで採っていたTRIPS協定の解釈は変更しないものとしつつ、1996年に法改正を行い、改正前附則２条３項は削除されるに至った。そのため、それまで1971年１月１日より前に実演、音の最初の固定、放送が行われたものについては著作隣接権保護が付与されないもの（＝パブリック・ドメイン）とされていたが、改正によって、1996年改正法施行後の利用であっても、実演、音の最初の固定、放送が現行法施行前に行われたものであるか否かにかかわらず著作隣接権者に保護が与えられることとなった（その保護期間は101条により処理）。田村善之『著作権法概説』（第２版・有斐閣・2001年）542-544頁。1996年改正の経緯については、濱口太久未「著作権法の一部を改正する法律について」コピライト430号（1997年）27頁、岡本薫「著作権保護の国際的動向について」コピライト433号（1997年）15-18頁。

[35] 学説ではGolan訴訟が提起される以前から、本規定の合憲性を疑問視するものがあった。Paul J. Heald & Suzanna Sherry, *Implied Limits on the Legislative Power: The Intellectual Property Clause as an Absolute Constraint on Congress*, 2000 U. ILL. L. REV. 1999, 1182-83 (2000); Thomas Healy, *Note, Is Missouri v. Holland Still Good Law? Feder-*

最高裁判決に至るまでの道のりは、コロラド地区連邦地方裁判所に訴えが提起された2001年に遡る。2005年に同地裁はURAAの本規定は合憲であるとの略式判決を下した[36]。

しかし第10巡回控訴裁判所は2007年、「伝統的な外延」が著作権法に組み込まれた２つの調整原理、すなわちアイディア・表現二分論とフェア・ユースに限られず、「一度パブリック・ドメインに入った著作物についてはその創作者も含め何人もその著作権を持たないという原則」は「基盤となる原則（bedrock principle）」であり、「伝統的な外延」の１つであると述べた。そして、パブリック・ドメインにあった著作物はパブリック・ドメインのままにしておかなければ「伝統的な外延」の変更になると判断した。そのためURAAの本規定について修正一条に基づく厳格な審査をする必要があるとし、審理を地裁に差し戻すという画期的な判決を下した[37]。本件訴訟の原告代理人の一人であり、Eldred訴訟で一度苦渋を味わったLessigは、当時の自身のブログにおいて本判決を「大きな勝利（a big victory）」であると讃えている[38]。

そして、これを受けた差戻審でコロラド地区連邦地方裁判所も2009年、第10巡回控訴裁判所の判断を概ね引き継ぎ、パブリック・ドメインにある著作物はそこにあり続けるという古くからの著作権の伝統から本規定は

---

alism and the Treaty Power, 98 COLUM. L. REV. 1726 (1998).

[36] 2001年の段階では原告らはURAAの合憲性に加え、CTEAの合憲性も争っていた。しかし2003年に前述のEldred最高裁判決によってCTEAが合憲と判断されたのを受け、コロラド地区連邦地方裁判所はCTEAに対する訴えを棄却している（Golan v. Gonzales, 2005 U.S. Dist. LEXIS 6800 (D. Colo. Apr. 19, 2005)）。

[37] Golan v. Gonzales, 501 F.3d 1179 (10th Cir. 2007). 本判決の「伝統的な外延」に関する解釈はありうる１つの読み方ではあるとしつつも、より強く言論保護を志向し、新たな立法が著作権に内在する調整議論では治癒されないような形で言論の自由を害する時には常に修正一条の審査を課すべきという解釈を推奨するものとして、*Copyright Law - Constitutional Constraints - Tenth Circuit Subjects Copyright Statute to First Amendment Scrutiny - Golan v. Gonzales, Recent Case*, 121 HARV. L. REV. 1945 (2008).

[38] http://www.lessig.org/2007/09/a-big-victory-golan-v-gonzales/（最終アクセス2014年７月30日）.

逸脱し、「伝統的な外延」の変更に該当するものであって、そうした変更は憲法起草者が描いていた著作権法の体系と調和せず、条約の遵守等の連邦政府の利益を理由にしても正当化されないという理由から、URAAの本規定を違憲であると判断した[39]。

ところが差戻控訴審で風向きは再び変わる。第10巡回控訴裁判所は2010年、地裁判決を取り消し、本規定は合憲であると判断したのである[40]。米国の著作権者の外国における利益という政府の重要な目的に合わせ本規定は綿密に作り上げられたのだから、外交に関する事項に対する議会の事前の判断を尊重するためにも、本規定は修正一条の審査を免れるべきであるというのがその理由である[41]。

このような経緯の下、連邦最高裁判所は原告側の裁量上告（certiorari）を受理したため、Eldred判決で連邦最高裁が示した立場を再び踏襲するのか、それとも特許・著作権条項と修正一条について新たな解釈を示すのか、注目が集まった[42]。だが、連邦最高裁は2012年、6対2[43]でURAAは合憲であると判断した[44]。法廷意見はEldred最高裁判決の法廷意見同様、Ginsburg判事の手によるものとなっている[45]。

---

[39] Golan v. Holder, 611 F. Supp. 2d 1165 (D. Colo. 2009).

[40] Golan v. Holder, 609 F.3d 1076 (10th Cir. 2010).

[41] コロラド地区連邦地方裁判所の2009年の判決の敗訴を受けて政府側が控訴したという本判決の性質上、この第10巡回控訴裁判所判決は政府の利益や条約との関係といった論点に焦点が当てられており、特許・著作権条項に関する論点については言及がない。

[42] Golan最高裁判決が出される直前に発表されたDavid L. Lange, Risa J. Weaver & Shiveh Roxana Reed, *Golan v. Holder: Copyright in the Image of the First Amendment*, 11 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP. L. 83 (2011)は、Golan訴訟によって、特許・著作権条項、修正一条、パブリック・ドメインのあり方、条約の権限といった様々な論点に関して連邦最高裁が考えを示す機会がもたらされたと述べるとともに、修正一条の権利を絶対的な権利と捉える見解を推奨し、最高裁がEldred判決で示した立場から修正一条を最優先とする考え方にシフトする最大の機会であると期待を寄せていた。

[43] Kagan判事は前職が訴訟長官であったことから判断を回避した。

[44] Golan v. Holder, 132 S. Ct. 873 (2012).

[45] そして、反対意見を執筆したのは、やはりEldred最高裁判決と同様Breyer判事で

まず、URAAが特許・著作権条項に違反するか否かについて、法廷意見は条項の文言、歴史、判例いずれの観点に照らしても、パブリック・ドメインにある著作物に著作権保護を与えることは同条項の違反にはならないとした。曰く、特許・著作権条項の「限られた期間」という文言からは、一旦設定された保護期間が永遠に固定されなければならないという要請は導かれず、この点は既にEldred最高裁判決が示した通りだとする。また、そもそも1790年著作権法はそれまでパブリック・ドメインにあった多くの著作物に保護を与えたものであり、その後も特許や著作権に関する様々な立法で、パブリック・ドメインにあったものに保護を付与してきたが、それらは特許・著作権条項によって排除されるものではないと述べた。さらに、過去の著作物に権利を付与しても特許・著作権条項の「Progress of Science」につながらないとする上告人の主張に対しても、最高裁はEldred判決を引用し、新しい著作物を創作させることだけが「Progress」を達成する方法とはいえず、ベルヌ条約の遵守が特許・著作権条項の目的に適うと議会が判断した以上、裁判所は議会がなしたこの合理的判断を否定する正当な理由を有さないと判断した。

次に、修正一条との関係について、最高裁は修正一条と特許・著作権条項がほぼ同じ時期に制定されたことから憲法起草者が著作権法を表現の自由のエンジンとなると考えていたというお馴染みの説示を、Eldred最高裁判決及びHarper & Row最高裁判決から引用した。その上で以下のように述べた。

「我々は著作権保護の『伝統的な外延』、すなわち(i.e.)、『アイディア・

あった(Alito判事が同調)。反対意見の要旨は、①URAAの本規定は新しい著作物の創作を奨励するものではなく、外国著作物の普及を妨げるものであるから特許・著作権条項の「Progress of Science」という文言に反する、②本規定によって権利者への使用料及び著作権の回復の有無や権利者の捜索、交渉コストが生じるためにパブリック・ドメインにあった著作物の普及を妨げるものである、③立法の歴史は、パブリック・ドメインにある著作物に手を付けないという点でこれまで一貫したものであった、④ベルヌ条約履行によって外国に対する交渉力が得られるとの議論は創作的なプロセスを促進し保護するという公的な利益と無関係のものであり、ベルヌ条約遵守義務は本規定を是認する十分な理由とはならない、というものである。

表現二分論』と『フェア・ユース』の抗弁を有している。これらは当法廷の判例では『著作権法に埋め込まれた修正一条との調整原理』として認識されている。」[46]

この説示の捉え方は意見が分かれうるかもしれない。一見、単にEldred最高裁判決の説示を言い換えただけのように見えるかもしれないが、「すなわち(i.e.)」という語に大きな意味が込められているとする論者は、短い文章でありながらも「i.e.」という語によって、伝統的外延をアイディア・表現二分論とフェア・ユースだけに限定し、その他のものは含まれないと明らかにしていると分析する[47]。つまり、ここでGolan判決は「著作権保護の伝統的外延」イコール、アイディア・表現二分論とフェア・ユースであり、かつその2つのみが「伝統的外延」であることを明らかにしたと見られるのである。

結論として最高裁は、これら2つの著作権法に内在する調整原理があることから、著作権法に対する厳格審査は不要であるというEldred最高裁判決の立場を継承し、URAAは修正一条にも違反しないと判断した。

このGolan最高裁判決に対し、学説では、URAAによって著作権が復活する対象は限られており、射程が狭い反面、米国の著作者の外国における保護の向上や他国の著作物に対する公正、平等、正義の実現、米国と他の条約加盟国の貿易関係の改善等、多くのメリットがあるとして、特に国際条約との関係で結論に賛同する声がある[48]。しかし一方で、パブリック・

---

[46] Golan v. Holder, 132 S. Ct. 873, 889-90 (2012).

[47]「i.e.」が決定的な意味を有しているとするものとして、Tun-Jen Chiang, *Rehabilitating the Property Theory of Copyright's First Amendment Exemption*, 89 NOTRE DAME LAW REV. 521, 532 (2013-2014). また、後述注(55)も参照。

[48] Dale Nelson, *Golan Restoration: Small Burden, Big Gains*, 64 VAND. L. REV. EN BANC 165 (2011).

同様に、CTEAは既存の著作物に対する追加的なインセンティヴをもたらさないが、URAAの本条文の場合は、外国の著作物を保護することで米国の著作物が他の条約加盟国で保護されるというメリットがある点や、復活著作物の利用に関してもフェア・ユースが適用される場合がある点を強調し、以前よりもユーザーがコストを負担しなければならないことは認めつつも、外国で保護されることによって権利

ドメインにあった著作物の著作権の復活を是認してしまった点に対しては疑問視する見方も少なくない[49]。Golan判決後の現在では、著作物がパブリック・ドメインに一度入ったとしても、そのままパブリック・ドメインであり続けるという保障が事実上失われてしまったといえるからである[50]。またGolan最高裁判決の射程が広範囲に及ぶことを懸念する論者からは、形式要件等を満たさなかった外国の著作物がURAAで救済され著作権の復活が認められるならば、米国国内の著作物で同様に形式要件を満たし損ねている著作権者から不公平であるという不満の声が爆発するであろうといった指摘[51]や、最判の理屈に従えば既にパブリック・ドメインに入っている米国国内の著作物の復活を議会が自由に立法できてしまい、あとは

者が得られる便益は大きいと述べるものもある。Sue Ann Mota, *Copyrights "Restored": The Supreme Court Yanks Millions of Copyright out of the Public Domain in GOLAN v. HOLDER*, 18 ROGER WIILLIAMS U. L. REV. 10 (2013).

[49] パブリック・ドメインに属する知識について不正競争法や特許権を用いて排他権を設定することは認められないとしたSears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co., 376 U.S. 225 (U.S. 1964); Graham v. John Deere Co. of Kan. City, 383 U.S. 1 (U.S. 1966); Bonito Boats v. Thunder Craft Boats, 489 U.S. 141 (U.S. 1989) 等の先例を挙げ、Golan判決は先例で培われてきたパブリック・ドメインの聖域性を無視していると批判するものとして、Daniel Kohn, *We're (Not) Gonna Take It! —Golan and the Shrinking Public Domain*, Student Scholarship Paper 121 (2012), available at http://erepository.law.shu.edu/student_scholarship/121.

また、Golan訴訟以前の文献であるが、著作権登録の手続を怠ったためにパブリック・ドメインに入ったテレビ番組のテープを購入し再編集して販売した行為につきランハム法のpassing offに該当するとした原告の訴えを棄却したTwentieth Century Fox Film Corp. v. Dastar Corp., 34 Fed. Appx. 312 (9th Cir. 2002) rev'd, 123 S. Ct. 2041 (2003) に触れ、パブリック・ドメインにあったものに著作権を回復させることは先例に反すると述べて、外国の著作物の著作権復活が修正一条に抵触すると述べるものとして、Pamela Samuelson, *The Constitutional Law of Intellectual Property after Eldred v. Ashcroft*, 50 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 547, 563 (2002).

[50] Traci Zimmerman, *One Step Forward, Two Step Back: What Golan v. Holder means for the Future of the Public Domain*, The CCCC-IP Annual: Top Intellectual Property Developments of 2011 (2012), at 17.

[51] Ochoa, *supra note* 17, at 145-46.

著作権産業がそうした立法に価値を見出し議会に働きかけるか否かに命運が委ねられている、といった指摘がある[52]。さらに、一度パブリック・ドメインに入っていた著作物を利用して派生的著作物を創作した者に対して、著作権復活後も利用を許容すべきであり、さもなければ、パブリック・ドメインの著作物を利用した創作活動に大きな萎縮効果を与えてしまうという批判もある[53]。

ここで特に注目すべきは、Golan最高裁判決が、Eldred判決のいう「伝統的な外延」とはアイディア・表現二分論とフェア・ユースのことを指すと述べた点である。「伝統的外延」をこれらに限定したGolan判決のロジッ

---

[52] 具体的には著作権更新が自動的に行われるようになった1992年より前に、更新手続をし損ねる等してパブリック・ドメインに入ってしまった映画に対する著作権の復活や、現在、連邦著作権法上録音物が保護されるのは1972年２月15日以降に固定されたもののみであるが、1972年２月15日よりも前に固定された録音物に対しても連邦著作権法上の保護がGolan判決の理屈によって可能になるのではないかという指摘がなされている。Mary LaFrance, *Supreme Court's Decision to Uphold the Constitutionality of Copyright Restoration: Golan v. Holder, 2012 U.S. LEXIS 907 (Jan. 18, 2012)*, 2012 Emerging Issues 6197.

Howard B. Abrams, *Eldred, Golan and Their Aftermath*, 60 J. COPYRIGHT SOC'Y, 491, 519, 521 (2013) も、そうした立法の働きかけがなされるのは時間の問題であるとし、将来そうした著作権を復活させる立法が制定された時、Golan判決が先例として存在することで、合憲性が問題になっても最高裁まで持ち込まれることが妨げられるであろうと述べている。

さらに、Golan判決の影響によって、特許権でも同様に、特許料を支払い損ねて更新できなかった発明に対して、議会が遡及的に権利を付与できてしまうのではないかと指摘するものとして、Robert F. Kappers, *Is What You Give, Really What You Get? The Effect of Golan v. Holder on the Deterioration of the Public Domain*, 81 U. CIN. L. REV. 1053, 1075-77 (2013).

[53] Kappers, *Id*, at 1077-78. Golan判決も、派生的著作物の著作者が合理的な補償金を原著作物の著作権者に支払うことと引き換えに引き続き著作物の利用を認めるべきであると述べているが（Golan v. Holder, 132 S. Ct. 873, 883 (2012)）、Golan判決がもたらす影響を最小限に留めるためには、パブリック・ドメインにあることを信頼して利用していた者に無期限に利用を認める立法や、派生的著作物の著作者は復活著作物の著作権者に対する補償を強制されるべきではない旨定める立法を制定すべきであると提唱している。

クに対しては、少なくとも以下の2点の理論的批判がある。1つは、もし本当に憲法起草者の意図を尊重するつもりであれば、恣意的な選択をして他の要素を無視するのではなく、憲法起草者の意図が最もよく反映されているであろう1790年制定の著作権法に体現されている全ての特徴を「伝統的外延」とするべきではないかという点である[54]。そしてもう1つは、アイディア・表現二分論もフェア・ユースも、1790年法の中には少なくとも明文では定められていなかったという点である。どちらの概念も後の時代に判例を通して認められるようになったと考えられているところ、それが「伝統的」な外延といえるのか疑問が残るといわれている[55]。

いずれにせよ、「伝統的な外延」を非常に限定的に解釈したこの説示に従えば、アイディア・表現二分論とフェア・ユースに変更を加えない限り、議会は著作権を自在に拡大・延長できるということが強く示唆されており、Eldred判決よりも明確に、著作権が違憲となりうる場面を制限した判決として理解されている[56]。

---

[54] Chiang, *supra note* 47, at 14-15.

[55] Chiang, *supra note* 47, at 15.

[56] Neil Weinstock Netanel, *First Amendment Constraints on Copyright After Golan v. Holder*, 60 UCLA L. REV. 1082, 1100-03 (2013). *See also*, Eric J. Schwartz, *Golan v. Holder: Copyright "Restoration"*, Landslide, Volume 4, Number 5, available at http://msk2.inherent.com/images/cms/file/Landslide_v4n5_schwartz.pdf,

Abrams, *supra note* 52, at 524(「Golan判決後明らかにいえることは、アイディア・表現二分論とフェア・ユースの範囲を縮小させない著作権立法はどんなものであっても修正一条に基づくあらゆる形式の審査の対象にはならないということである」).