HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	著作権と基本権に関する欧州司法裁判所Szpunar法務官意見と日本法への示唆 ： アフガニスタン・ペーパー事件、Pelham事件、Spiegel Online事件
Author(s)	比良, 友佳理
Citation	知的財産法政策学研究, 54, 181-217
Issue Date	2019-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/76037
Type	departmental bulletin paper
File Information	54_07-Hira.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

著作権と基本権に関する欧州司法裁判所 Szpunar法務官意見と日本法への示唆 －アフガニスタン・ペーパー事件、Pelham事件、Spiegel Online事件－

比　良　友佳理

はじめに

近年、我が国でも著作権と表現の自由の関係性を巡る議論が高まりを見せている。理論的には、著作権も表現の自由も、どちらも豊富な表現が世に生まれ流通することを理想としているが、それを実現する手段が両者で大きく異なっている。すなわち、表現の自由は、個人が検閲などの国家からの介入や規制を受けずに表現行為を行えるようにすることで、自由な表現空間の作出を目指しているのに対し、著作権法は著作権者に排他権、つまりは他人の一定の行為を禁止する権利を付与し、著作権者が市場原理を通じて経済的対価を得られるようにして、創作活動を促進するという手段を採用している。このことから、著作権と表現の自由は、共通目的を持ちつつもその手段において互いに対立しあっているという意味で、「著作権のパラドックス」とも呼ばれる複雑な関係にある[1]。

そうした中、ドイツが欧州司法裁判所（以下、CJEU）に対し、著作権と基本権に関わる論点を含む、3件の注目すべき事件を付託し、それに対してこのほど法務官意見が公開された。法務官意見とは、CJEUの判決に

[1] Melville B. Nimmer, *Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?*, 17 U.C.L.A. L. REV. 1180, 1181 (1970). *See also*, NEIL WEINSTOCK NETANEL, COPYRIGHT'S PARADOX (Oxford University Press 2008).

先立ち、完全に公正かつ裁判体とは独立した立場から、裁判所（公開の法廷）において法務官が自身の見解を提出するものである[2]。あくまでもCJEUの判断の妥当性確保のために採用されている仕組みであって、法務官意見に一切の法的拘束力はない。それでも、CJEUが判決を下す際の参考にされ、場合によっては判決の中で直接引用されたり、法務官意見の趣旨が採用されたりすることも多い。このように法務官意見の事実上の影響力は強く、またCJEUの将来の判決の行方を占うという点でも、注目に値するといえよう。

今回、国家の機密文書の著作権保護、ミュージック・サンプリング、そして政治家が過去に執筆した論文の公開に関する3件の事件について、Szpunar法務官は慎重にそれぞれの事案の性質を見極めながら、それでいて従来のCJEUの立場に比べると革新的な見解を詳細な理由付けとともに提示した。本稿では紙幅の都合から、著作権と基本権の関係に焦点を絞り、今回の法務官意見の要点を解説するとともに、それが欧州で今というタイミングで提出されたということにどのような意義があるのかを、著作権と表現の自由に関する近年の欧州の動きに照らし合わせながら検討し、あわせて、法務官意見の解釈論から日本法が得られる示唆について考察する。はじめに、今回公表された3件の法務官意見を、公表順に見ていこう。

一．意見Ⅰ：アフガニスタン・ペーパー事件[3]

【事案の概要】

被告のドイツ連邦共和国は、ドイツ軍の海外部隊の展開に関する軍事レポートを保有している。このレポートは「議会報告（UdPs）」として、ドイツ議会の限られた議員とドイツ防衛省、その他連邦省庁や防衛省の付随部門向けに作成されていた。UdPsは「機密文書・部外秘」に分類されていたが、これは機密レベルとしては最も低いものであった。それと並行し

[2] 中西優美子『EU法』（新世社・2012年）72頁。

[3] Opinion of Advocate General Szpunar in Funke Medien NRW GmbH v. Federal Republic of Germany, C-469/17, EU: C: 2018: 870, 25 October 2018 [hereinafter Opinion of AG in Afghanistan Papers].

て被告は、UdPsの要約版である「公開用報告（UdÖs）」も発行していた。

原告のFunke Medienは日刊紙のウェブサイトを運営するドイツ企業である。原告は2012年に、2001年から2012年までに作成されたUdPsの閲覧を申請したが、連邦軍の安全保障に悪影響を与えうるという理由から却下された。ところが、方法は不明であるが、原告はUdPsの大部分を入手し、そのいくつかを「アフガニスタン・ペーパー」というタイトルを付けて公開した。ドイツはこの行為が著作権侵害に該当すると主張し訴訟提起した。

ドイツ連邦裁判所は訴訟手続を中断し、CJEUに先行判決を求め、下記の質問を照会した。

質問１ 著作者の複製と公衆送信可能化を含む公衆送信についての排他権、並びにこれらの権利に関する例外または制限に関する欧州連合法の規定は、各国法における履行について何らかの自由な範囲（実施の幅）を認めているか？

質問２ 情報社会指令[4] 5条が定める例外と制限の範囲を決する際に、EU基本権憲章が保障する基本権はどのように考慮されるべきか？

質問３ 情報の自由（EU基本権憲章11条(1)第二文）や報道の自由（EU基本権憲章11条(2)）といった基本権は、情報社会指令5条(2)及び(3)が定める例外及び制限の枠を超えて、複製権、公衆送信権、送信可能化権といった著作者の排他権に対する例外及び制限を正当化するか？

【法務官意見の要点】

そもそも、本件で問題となった軍事レポートが、情報をそのまま伝えるタイプの文書であり、中立的で標準化された用語で記述され、出来事を正確に報告するために作成されたものであることに鑑みて、著作権の保護対象に分類されるかは疑わしいと法務官は指摘する[5]。

---

[4]「情報社会における著作権及び関連する権利に関する特定の側面の調和に関する指令2001/29/EC」、Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

[5] Opinion of AG in Afghanistan Papers, [14]. 実のところ、Funke Medienの掲載したレ

本件レポートの著作物性が否定されるのであれば、そこで紛争の決着は付くわけであるが、法務官は、CJEUが上記著作物性に関する法務官の提言を支持しない可能性も考え、次に、著作権と表現の自由の外在的な調整の可能性について検討に入る[6]。

法務官は、照会された3点の質問はCJEUに同じくドイツから付託された2つの事件でも同様に問われているとした。しかし、これら3件の事件は全く異なる事実関係の下に生じているとし、著作権と基本権の関係に関する同じ一般的な質問であっても、無限の事実関係、法的外形が存在しうると指摘する[7]。そのため本件で争われている問題を一般的な形で検討することが有益であるとは考えられないとし[8]、基本権と著作権の衡量は、個別の事案ごとの状況に照らしたケース・バイ・ケースのアプローチで行うべきであるとした[9]。

その上で、法務官は、国内裁判所に本件紛争に関する適切な解決への有益な回答を提供するため、照会された3つの質問をまとめて検討し、議論の出発点をドイツの著作権ではなく、Funke Medienの表現の自由に置き直して再構築することを提案した。すなわち、国内裁判所が実質的に問うているのは、基本権憲章11条は、加盟国が表現の自由を制限する目的で著作権を行使することを禁じていると解釈すべきか否か、という問題であるとして、質問を再構成することにしたのである[10]。

そこで次に著作権と表現の自由の関係について検討を加えるが、法務官

ポートはウェブサイトから削除されてしまったため、CJEUはUdPsの正確な内容を吟味できていない。代わりに、UdPsの公開版であるUdÖsを参照している。2つのバージョンにどれくらいの違いがあるかも当事者間で争いがあるが、法務官は、情報を提示する形式は両者で同じであったと推測できるとし、そうであればUdPsは著作権法による保護が難しいだろうと指摘している。

[6] Christophe Geiger & Elena Izyumenko, *Freedom of Expression as an External Limitation to Copyright Law in the EU: The Advocate General of the CJEU Shows the Way*, 41 (3) E.I.P.R. 131, 134 (2019).

[7] Opinion of AG in Afghanistan Papers, [28].

[8] *Id.* [29].

[9] *Id.* [31].

[10] *Id.* [33].

はまず、著作権がそれ自体の中に、表現の自由を含む種々の基本権と著作権との間で起こりうる衝突の解決を可能にするメカニズムを内包していることは一般に受け入れられていると述べた[11]。ここでいうメカニズムとは、アイディア・表現二分論と制限規定であり、特に後者については、情報社会指令5条によってハーモナイゼーションされていると指摘する[12]。

こうした著作権に内在するメカニズムは、全体として十分な方法で基本権と著作者の排他権との調整を可能にする。しかし、法務官は、そうした制限が存在していても、著作権法の適用は、他のあらゆる法典と同様、依然として基本権の尊重という要請の対象のままであることに変わりはなく、基本権の尊重は裁判所による審査を受けることもまた事実であると指摘する[13]。「仮に著作権に対する基本権の保護のシステム上の欠点があるということが明らかになった場合には、著作権の正当性は影響を受けるであろうし、立法の改正問題も生じるであろう。しかしながら、他の状況では極めて正当に法的保護及び司法による保護を享受する著作権が、基本権もしくは自由の実現に関わる最優先の利益に譲歩しなければいけないという例外的なケースがあるかもしれない」という[14]。

法務官は、欧州人権裁判所が著作権に対する外在的な制限が存在することを認め、欧州人権条約加盟国の著作権保護に基づく措置が、欧州人権条約10条で保護される表現の自由との両立性という観点から審査されうることを明らかにしたAshby判決とThe Pirate Bay判決に言及した[15]。欧州人権裁判所のこれら2件のケースではいずれも表現の自由の侵害が否定されたが、それとは異なる事案、特に本件のように、問題となっている作品の内容が公共の利益に関する議論に貢献するもので、なおかつ国家の公的文書をなす、情報の性質を持つものであれば、結論が異なるかもしれないと法務官は指摘する[16]。法務官は、CJEUが欧州人権裁判所と同様の理由付

[11] *Id.* [36].

[12] *Id.* [37]-[39].

[13] *Id.* [40].

[14] *Id.*

[15] *Id.* [41].

[16] *Id.* [42].

けに倣うことを提案し、基本権憲章52条(3)の下では、基本権憲章が欧州人権条約の保障する権利に合致する権利を含む場合、それらの権利の意義と範囲は、同一のものとすると規定されていることにも適合的であると述べた[17]。

表現の自由に対する制約が正当化される事由と充足すべき要件については、欧州人権条約10条(2)及び基本権憲章52条(1)で列挙されており、本件に関連するものとしては、国家の安全保障に係る機密情報の公開を防ぐという点が、表現の自由に対する制約事由の１つとして挙げられている[18]。しかし、今回ドイツがFunke Medienを提訴した唯一の目的は、文書に含まれる機密情報を守ることであり、ドイツ政府もヒアリングでその点を認めている。つまり、紛争の本質は、国家が問題のレポートを機密情報としてではなく、著作権の保護対象として保護しようとしたという点にあり、そうした著作権の権利行使が、人権条約及び基本権憲章に照らして正当化されるのかを検討する必要があるという[19]。

本件の著作権者は国家自身である。法務官は、国家は基本権の保護を享受する立場ではなく、基本権に基づく義務を負う立場にあり、国家は基本権を、国家のためではなく個人のために尊重し保護することを求められていると述べ、仮に国家が基本権の制限のために公益ではなく国家自身の権利を持ち出すことができるとしてしまうと、結果として基本権の破壊が引き起こされるとしてドイツの主張を批判する[20]。

さらに、著作権には主に２つの目的があると指摘する。第一の目的は著作者とその人格の発露としての著作物との間の人格的なつながりの保護であり、これは著作者人格権に関するものである。第二の目的は著作者が著作物から経済的対価を得られるようにすることであり、これは著作財産権に関するもので、EUレベルのハーモナイゼーションの対象になっている。著作権に基づき表現の自由を制約することが正当化されるには、その制約がこの目的のいずれかに合致していなくてはならないが、本件の軍事

[17] *Id.* [42], [43].

[18] *Id.* [45]-[49].

[19] *Id.* [49]-[50].

[20] *Id.* [53]-[56].

レポートの著作権保護は、どちらにも合致しておらず、全く異なる目的を追求するために著作権を行使することは受け入れられるものではないという[21]。さらに、本件軍事レポートを著作権で保護することで生じる表現の自由の制約は、民主主義社会において必要といえないどころか、それを強く毀損するものであるとも述べる。すなわち、表現の自由と報道の自由の最も重要な機能は、基本権憲章11条(2)で述べられているように、市民が権力をチェックできるようにするという点であり、これは民主主義社会の鍵となる側面である。もちろん、民主主義社会においても、開示が国家の利益や社会に対する脅威をもたらすのであれば、機密のままにしておかなければならない情報もある。そうであるからこそ、機密文書はクラス分けされ目的に応じた手続によって保護されなくてはならず、それは司法による監視の対象となるべきものである。しかしながら、こうした手続の枠外で、もしくは国家自身がそれらを適用せずに、国家が文書の著作権を主張してそうした審査を妨げることは許されないという[22]。

結論として法務官は、公益に関する議論に関する文脈において、機密文書を公衆に伝達することを妨害する目的で加盟国自身が機密文書の著作権を主張することは認められないものとして基本権憲章11条と52条(1)を解釈すべきであると提案した[23]。

二．意見Ⅱ：Pelham 事件（サンプリング事件）[24]

【事案の概要】

被告らは、音楽グループKraftwerkのメンバーであり、1977年に「Metall auf Metall」と題する音源を発表した。被告らはこの音源の製作者であると同時に、演奏者でもあり、著作者（作曲家）でもある。

---

[21] *Id.* [58], [63].

[22] *Id.* [64].

[23] *Id.* [66].

[24] Opinion of Advocate General Szpunar in Pelham GmbH, Moses Pelham, Martin Haas v. Ralf Hütter, Florian Schneider-Esleben, C-476/17, EU: C: 2018: 1002, 12 December 2018 [hereinafter Opinion of AG in Pelham].

原告らPelham GmbHは「Nur mir」という楽曲のレコード製作者であり、Moses Pelham氏とMartin Haas氏は「Nur mir」の著作者である。

被告らは原告らが「Metall auf Metall」のリズムシークエンスを約2秒複製（電子的にサンプリング）し、それをループさせて「Nur mir」の中に組み込んだと主張し、被告が当該著作物に関して保有する関連権利を原告が侵害しているとして、侵害の停止、損害賠償等を請求した。ドイツ国内で長い訴訟経過をたどった後、ドイツ連邦通常裁判所は2012年12月13日の判決で、原告による二回目の控訴を棄却した。だが、その判決は連邦憲法裁判所で破棄され、連邦通常裁判所に差し戻された[25]。

以上の状況下で、連邦通常裁判所は訴訟手続を中断し、CJEUに先行判決を求め、以下の質問を照会した。照会された複数の質問のうち、特に著作権と基本権に関わるものは以下の通りである。

質問6　レコード製作者の複製権（情報社会指令2条(c)）やレコードの頒布権（2006/115指令）の保護範囲、それらの権利の例外及び制限（情報社会指令5条(2)、(3)及び2006/115指令10条(2)第一文）の範囲を検討する際に、基本権憲章が保障する基本権はどのように考慮されるべきか？

【法務官意見の要点】

まず法務官は、一般論として、芸術の自由[26]と著作隣接権は、一見する限りは相容れないものであるように見えると指摘する[27]。

その上で、著作権と隣接権は、一定の基本権、特に表現の自由と芸術の

---

[25] なお、ドイツ国内における本件に係る訴訟に関する邦語文献として、栗島智明「ドイツ連邦憲法裁判所のサンプリング判決にみる著作権解釈－著作権と憲法の“複雑な関係”－」コピライト674号（2017年）33頁、石塚壮太郎「芸術の自由と著作権の相克－サンプリング事件判決を中心に」戸波江二古稀記念『憲法学の創造的展開』（信山社・2017年）651頁、同「レコードサンプリングをめぐる芸術の自由と著作隣接権の調整」自治研究93巻8号（2017年）151頁。

See also, Bernd Justin Jütte & Henrike Maier, *A Human Right to Sample – Will the CJEU Dance to the BGH-beat?*, 12 (9) J. INTELL. PROP. L. & PRAC. 784 (2017).

[26] ドイツ基本法5条3項も参照。

[27] Opinion of AG in Pelham, [83].

自由の行使を制限しがちであるが、同時に知的財産権はそれ自体が財産に関する権利という基本権の１つとして保障されていると述べる。したがって、これらの権利同士のバランスを図ることが必要であり、原則としてどれも他の基本権より優越するということはないという。そして、著作権に関する限り、著作権法それ自体が数々の例外及び制限規定を通じて権利同士のバランスを実現しており、これら制限及び例外の目的は、著作権及び隣接権の権利者の権利と利益と、基本権の保護を含む他の公的及び私的な権利との間の公正なバランスを図ることにあると述べた[28]。

次に法務官は芸術の自由の性質について考察している。まず、芸術の自由を含む表現の自由は、アイディアや情報の取得と普及に関連する自由であるため、芸術の自由は作品の内容に関連する自由であると指摘する。「芸術の自由の侵害を特に引き起こしやすいものは、芸術の内容の検閲である。しかしながら私は、芸術の自由は創作の手段の獲得に関する限りは、より狭い範囲の自由であるという見解に立つ。…芸術の自由は芸術家を日常生活における制約（constraint）から解放するものではない。画家が自分の創作の自由を根拠に絵の具や筆の代金を支払わないといったことは想像できるだろうか？」[29]

法務官は、創作的な自由に対して課される限界と制限は他人の基本的な自由と権利に関わり、特に知的財産権を含む財産権に関わると指摘する。そして、そのような場合、権利や利益同士の衡量はとりわけ複雑なものになり、「one size fits all」の解決法はめったにないという。その上で、「そのような衡量は民主主義社会においてはまず、一般的な利益を体現している立法によってなされなければならない。立法はその点において広い裁量の余地を持つ。そして、立法による解決の適用は裁判所の審査の対象であり、裁判所の方は基本権が特定のケースに適用される文脈における基本権の遵守を確実にする責任を負う。しかしながら、例外的なケースを除けば、そうした審査は通常、基本権の視点も含んだ、妥当性が推定される適用可能な条文の限界線の中で行わなければならない」[30]と指摘する。

---

[28] *Id.* [90].

[29] *Id.* [92].

[30] *Id.* [94].

また、EU著作権法は著作者らの排他権と対立しうる様々な権利や利益、とりわけ芸術の自由を考慮に入れているとも述べる。「引用やパロディ、カリカチュア等の例外は、既存の作品への参照を通じた対話や芸術的対立（artistic confrontation）を容易にする。現行ルールの枠組みの中でそうした対立は特に以下の3つの形で起こりうる。第一に、既存の作品を利用しつつも、保護される要素は直接複製せずに作品を作ることによって。第二に、排他権の既存の制限及び例外の文脈において。第三に、必要な許諾を得ることによって」[31]。

しかしながら、基本権憲章が保障する芸術の自由が、本件訴訟で問題となっているような利用、すなわちサンプリングを合法にする例外規定を導入するよう要請している、という意見に与するわけではないという。サンプリングの例外は、相互作用目的ではなくむしろ既存の作品と無関係の新しい作品を創作する目的で、保護対象物の利用を可能にするものである。そうした利用に関してライセンスを得るよう求めることは、通常の市場における制約を超えない限り、芸術の自由を制限するものではないという[32]。

結論として法務官は以下のように述べている。「EU立法者が将来的に、様々な権利と利益を衡量した結果、サンプリングのような利用態様について新しい制限規定を導入するかもしれない可能性を排除すべきではない。しかしながら、それは裁判所の役目ではない。現行の条文の適用を司法審査する際、基本権は異なる役割を担う。それは一種の最後の手段（ultima ratio）であって、関連条文の文言から逸脱することを正当化しえない。ただし、基本権の本質の著しい侵害の場合には別論となる。EU著作権法におけるサンプリング方法に関しては、それは妥当しないと考える」[33]。

[31] *Id.* [95].

[32] *Id.* [96].

[33] *Id.* [98].

三．意見Ⅲ：Spiegel Online 事件[34]

【事案の概要】

Volker Beck氏（以下、被告という）は1994年から2007年までドイツ議会の議員に選出された政治家である。彼はセンシティブで論争の的となる刑事政策に関する論文の著作者である[35]。当該論文は1988年に文集の一部として公刊された。公刊の際、編集者が原稿のタイトルを修正し、論文中の一文を短縮した。被告は編集者に対して苦情を申し立て、文集の公刊の際にオリジナル版に修正を加えたものである旨を注記するよう要求したが、叶わなかった。遅くとも1993年以降、被告は完全にその論文の内容と距離を置いている。

その後、2013年になって、原因となった論文のオリジナル原稿がアーカイブから発見され、当時選挙の出馬を控えていた被告はそれに直面することとなった。被告はその原稿を複数の雑誌編集部に、文集の中で公刊された論文は修正されたものであることを示す証拠として提示した。被告はメディアによる原稿の公表には同意しなかったが、自身のサイト上で自ら論文の２つのバージョンを公表し、ページごとに以下のような注記を付した。「私はこの論文とは距離を置いている。Volker Beck.」文集に掲載された論文のページの方には以下のような注を付している。「この文章（の公刊）

---

[34] Opinion of Advocate General Szpunar in Spiegel Online GmbH v. Volker Beck, C-516/17, EU: C: 2019: 16, 10 January 2019 [hereinafter Opinion of AG in Spiegel Online].

なお2019年４月現在、英語版が公表されていないため、本論文ではフランス語版を参照した。

[35] 成人と未成年との間の非暴力的な性行為を一定の場合には非犯罪化することを唱道する論文であったようである。*See*, Bernd Justin Jütte, *Forcing Flexibility with Fundamental Rights - Questioning the Dominance of Exclusive Rights* (September 6, 2018), *available at* SSRN: https://ssrn.com/abstract=3245174 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3245174, p.6; Tito Rendas, *Spiegel Online: Do Copyright Exceptions and Fundamental Rights Make Easy Bedfellows?* (November 6, 2017), 13 (1) J. INTELL. PROP. L. & PRAC. 10 (2018), *available at* SSRN: https://ssrn.com/abstract=3065892.

は許諾対象ではなく、副題と一部の文章は勝手な編集によって編集者により改変されたものである。」

Spiegel Online GmbH（以下、原告という）は情報ポータルサイトSpiegel Onlineを運営している。2013年9月20日、原告は、被告がオリジナル原稿の中で著した内容は本質的に文集掲載版と同じであって、編集によって変えられたものではないのだから、被告は長年にわたって公衆を欺いてきたと主張する記事を公開した。原告のその記事では、オリジナル原稿と文集掲載版の論文が、ハイパーテキストリンクを通じてダウンロード可能になっていた。それらには被告による注記は付いていない。

被告は原告の行為が被告の著作権を侵害していると主張し、訴訟を提起した。

照会された複数の質問のうち、特に著作権と基本権に関わるものは以下の通りである。

質問２ 情報社会指令5条(3)が定める著作権の制限規定の範囲を検討する際に、基本権憲章が保障する基本権はどのように考慮されるべきか？
質問３ 情報の自由に関する基本権（基本権憲章11条(1)）や報道の自由（同11条(2)）は情報社会指令で予め定められた著作権の例外及び制限の外側から著作権を制限することを正当化できるか？

【法務官意見の要点】

まず、法務官は立法による調整と司法の役割について以下のように述べた。

「Pelham事件の結論において私は、要するに、著作権はすでに著作者の権利と基本権、特に表現の自由とを調整するために制限及び例外を包含しており、通常その点に関しては立法がなした選択を尊重するべきだと答えるよう提案した。実際、その選択は、著作物のユーザーの基本権と、著作者及び著作権者の権利（これも基本権憲章17条の財産権という、基本権の1つとして保護されており、2項で知的財産権についても明示的に言及されている）の衡量から生じるものである。この衡量は立法者の評価の余地

に属するものであり、裁判官は基本権の本質的な内容が侵害されるという例外的な場合以外は干渉するべきではない」[36]。

そして、第3の質問で示唆されているような、情報社会指令5条に予め定められていない、表現の自由の考慮によって根拠付けられる例外を、司法ルートでEUの著作権を補完するというアプローチについても、法務官は、「著作権の実効性と目指しているハーモナイゼーションに問題を引き起こす危険があるということを付言したい」と述べる[37]。法務官曰く、「実際、そのような可能性はEU法に一種の『フェア・ユース条項』を導入する結果になる。というのも、事実上、著作権を侵害するあらゆる利用はどのみち表現の自由を標榜する可能性があるからだ」[38]という。そうなると、実際に著作者に認められる保護は各加盟国の裁判官の表現の自由に関する感覚によりけりということになり、ハーモナイゼーションに向けた努力はすべて無駄になってしまうだろうと指摘する[39]。

結論として法務官は以下のように述べる。「表現の自由と報道の自由は、他のすべての基本権と同様、絶対的なものでも、無限定なものでもなく、それは基本権が制約される条件と限界を定めた基本権憲章52条(1)と人権条約10条(2)で明示的に規定されている通りである。著作権は表現の自由の正当な制約事由の１つを構成しうるものであり、表現の自由は原則的には、著作権自身が予め定めた例外と制限の枠外において、著作権に優越するものではない」[40]。

事案への当てはめにつき、本件が、アフガニスタン・ペーパー事件と類似の状況ではないかという点が問題となるが、法務官は両事件では事案が異なると指摘する[41]。法務官は第一に、問題となっている文書の著作権法上の性質に着目する。「本件では、問題となっている論文の著作物性は争われておらず、著作権の著作者は自然人である。自然人は国家とは対照的

[36] Opinion of AG in Spiegel Online, [62].

[37] *Id.* [63].

[38] *Id.*

[39] *Id.*

[40] *Id.* [65].

[41] *Id.* [67]-[68].

に、文書を機密指定し合法的なアクセスを制限するといった方法に頼ることができない。自然人にとっては、知的創作物を保護する唯一とはいわないとしても原則的な手段は、著作権なのである。その上、この著作者は自然人として、他の基本権と同様、財産に関する基本権を享受するのであって、その権利は著作物の潜在的ユーザーの表現の自由と同じように保障されている。それゆえ、問題となっている著作者の排他的特権の結果として表現の自由を制約することは、他の基本権の保護から由来するという意味において正当である。したがって、こうした異なる基本権同士の衡量を行う理由があり、この衡量は原則としては、すでに立法者によって著作権法の条項の枠組みの中で行われている」[42]。

第二に、公人の言論の問題として、国会議員である被告はメディアによる厳格な監視を受ける立場にあり、時には、例えば論文の内容を偽ろうとしたような場合などには、本人の許可がなくとも当該論文をメディアが公衆に伝えることは、正当化されるであろうと述べる[43]。しかし本件では、被告は自分のサイトで自ら論文の２つのバージョンを公開し、誰でもそれらを見比べ意見できるようにするという透明性のある行動をとったと指摘する。また、原告は被告のサイトにリンクを貼るという、著作権侵害度合いのより低い方法もとりえたと指摘する[44]。さらに、被告サイトで公開されていた文章には被告のコメントが付いていたが、そのことが読者の客観的な認識を妨げることはなく、自分の著作物から距離を置くのは著作者の自由であるとも付言する[45]。

第三に、著作者人格権との関係[46]及び権利の濫用[47]について、原告は、被告の複製権及び公衆送信権に基づく主張は、実際には著作者の財産的利益ではなく、むしろ人格的利益を守る目的だったのではないかと主張していた。しかし、著作者人格権が情報社会指令及びEU法全般の範囲外である

[42] *Id.* [70].
[43] *Id.* [71].
[44] *Id.* [72].
[45] *Id.* [73].
[46] *Id.* [75]-[80].
[47] *Id.* [79]-[80].

上[48]、著作権は著作者に対し著作物の活用を保障するのみならず、無許諾の第三者の利用からも保護するものであり、被告は自分のサイトで論文を公開することで、著作権の意味における論文の活用を実行したといえると分析する[49]。さらに、著作者人格権は情報社会指令のハーモナイゼーションの対象外であるものの、条文の適用が人格権の侵害をもたらす場合には、情報社会指令の条文解釈において考慮に入れなければならないとして、著作者が経済的活用を全く考えておらず著作者人格権の保護だけを求めているという事実のみで著作物の自由利用を許して著作者人格権を抽象化することはできないという[50]。

被告が著作権を濫用しているかという点に関しても、被告は当該論文の中で表明されている信条と距離を置いているというコメントを伝達するために、当該論文の公衆への伝達に関する独占を守ろうとしたわけであるが、基本権憲章10条が保障する思想の自由によれば、「信念を変更する自由」も保障されているわけであるから、過去の信条を含む論文が自由に彼の名前で公開されてしまい、なおかつ現在の信条とは差異がある旨のコメントが付されていなければ、被告は信条を変更する自由を行使しようがないと法務官は指摘する[51]。したがって、被告が自分の手元にある法的手段(本件では著作権)を用いて憲章に由来する権利を守ろうとすることには正当性があると述べ、法が定める限界の中でそれを行うのであれば、権利濫用には該当しないと判断した[52]。

結論として法務官は、第2及び第3の質問に対して、表現の自由と報道の自由は著作権に対する制限を構成するものではなく、情報社会指令5条(2)及び(3)が予め定めた制限規定の枠外から、著作者の複製及び公衆送信の排他権に対する例外も侵害も正当化しないと答えるよう提言した。

---

[48] *Id.* [75].

[49] *Id.* [76].

[50] *Id.* [77].

[51] *Id.* [79].

[52] *Id.* [80].

四．欧州における基本権アプローチの台頭

(1) 基本権のEU法秩序における保護の枠組み

ここで、今回の法務官意見の意義と、近い将来下されるであろうCJEU判決の潜在的な重要性をより正確に理解するために、欧州におけるこれまでの著作権と基本権に関する経緯を簡単に振り返ってみよう。

そもそも、現在の欧州における基本権の保障枠組みは、欧州人権条約とEU基本権憲章の二本柱によって支えられている。

(a) 欧州人権条約

第一の柱は、欧州47カ国[53]で構成される国際機関である欧州評議会（Council of Europe）が1950年に採択し、1953年に発効した欧州人権条約（European Convention on Human Rights）（以下、「人権条約」）である。欧州評議会はEUやECとは別個に、欧州における人権保障や民主主義、法の支配の実現を目指すために設置された機関であり、歴史的にはむしろ欧州評議会が欧州における人権保障の先陣を切ってきたといえる。なお近年、EUの共同体としての欧州人権条約加入に向けた土台作りが進んでいるが[54]、実現にはまだ至っていない[55]。欧州人権条約の締結国は、管轄内のすべての者に対し、条約の第1節に定義された権利及び自由を保障することが義務付けられている（人権条約1条）。

人権条約の実施機関である欧州人権裁判所（The European Court of Human Rights, ECHR）は、フランスのストラスブールにあり、1959年に発足した。欧州人権裁判所の最大の特徴は、人権条約が保障する権利を締約国

---

[53] 現在、すべてのEU加盟国は欧州評議会にも加盟している。

[54] EU条約6条2項は、EUに対して欧州人権条約に加入する権限を付与するとともに、加入する義務も課しており、EUは欧州人権条約に加入するための法的根拠条文を得た状態にある。他方、欧州評議会の方でも、欧州人権条約を改正し、第14付属議定書により欧州人権条約59条2項が改正され、EUが欧州人権条約に加入することができる旨の規定が入るに至った。

[55] 中西優美子「欧州人権条約加入に関するEU司法裁判所の判断」一橋法学14巻3号（2015年）297頁、小場瀬琢磨「EUの欧州人権条約加入事件」法律時報88巻3号（2016年）117頁。

が侵害したとの申立を、国家のみならず締約国に属する個人が直接行うことができ、それに対し法的拘束力ある判決を下すという点であろう。欧州人権裁判所がこれまでに下してきた数多くの判例は、人権条約の規範として締結国全体の人権保障システムに重要な貢献を果たしてきた[56]。

表現の自由は人権条約10条で保障されており、他方、知的財産権に関係する条文としては、財産権を保障する第１議定書１条が知的財産権にも適用されると判じた欧州人権裁判所判決がある[57]。

（b）EU基本権憲章

EU（及びEC）の当初の目的は専ら経済統合であったこともあり、従前、EUとしては基本権カタログを持っていなかった。しかし、2000年に厳粛な宣言としてEU基本権憲章が制定され、2009年のリスボン条約発効後は、EU条約や運営条約と同等の法的地位を有するようになった（EU条約６条１項）[58]。EU基本権憲章は、加盟国各国の憲法伝統や欧州人権条約を通じて実現されてきた基本権保障を再確認しつつ、EUが侵してはならない基本権のカタログを定めている。

表現の自由は基本権憲章11条で保障されている。また、基本権憲章には知的財産権に関して明示的に定めた条項が存在する。基本権憲章17条(2)は「知的財産は、保護される」と規定している。文言自体はあまり中身がないともいわれるが[59]、知的財産権が基本権の１つとして規定されたこと

---

[56] 欧州人権裁判所の解釈方法の特色については、門田孝「欧州人権条約の積極主義的解釈」石井明(編)『EU法の現状と発展　ゲオルク・レス教授65歳記念論文集』(信山社・2001年) 247頁。

[57] ECHR, Judgement of 11 January 2007, Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, Merits, No. 73049/01, 44 EHRR 42, IHRL 3436. 同判決に関する邦語文献として、須網隆夫「商標登録申請は『正当な期待』として財産権の保護に含まれるーバドワイザー事件ー」小畑郁＝江島晶子＝北村泰三＝建石真公子＝戸波江二(編)『ヨーロッパ人権裁判所の判例Ⅱ』(信山社・2019年) 404-408頁。

[58] EU基本権憲章の意義及び欧州人権条約との関係については、初宿正典(編)『レクチャー比較憲法』(法律文化社・2014年) 221-222頁［片桐直人］。

[59] Martin Husovec, *Intellectual Property Rights and Integration by Conflict: The Past, Present and Future*, 18 Cambridge Yearbook of European Legal Studies 241 (2016).

で、知的財産権の憲法化（constitutionalization）[60]が徐々に進行し、次で見るようにCJEUの判決にも変化が見られる要因の１つとなった[61]。

（2）従来のCJEU判決に見る著作権と基本権の関係

基本権と知的財産権に関するCJEUの判例がたどってきた歴史を分析するMyllyは、2008年頃を境にCJEUのアプローチが変化したと指摘する[62]。従来、CJEUは知的財産紛争において、基本権に関する議論を軒並み退け、知的財産権と基本権の衝突から目を背けてきたという[63]。しかし、2008年のPromusicae判決[64]を皮切りに、インターネット・サービス・プロバイダーの責任に関する事案や（*Scarlet Extended* 事件[65]，*SABAM v. Netlog* 事件[66]，

---

[60] Christophe Geiger, *"Constitutionalising" Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union*, 37 (4) International Review of Intellectual Property and Competition Law 371 (2006); クリストフ・ガイガー（張睿暎（訳））「知的財産制度の人権化－欧州および国際的レベルでの基本権アプローチによる利益の公正なバランスの確保－」企業と法創造９巻１号（2012年）291頁。

[61] Christophe Geiger, *The Role of the Court of Justice of the European Union: Harmonizing, Creating and Sometimes Disrupting Copyright Law in the European Union*, 2016-03 Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper 9 (2016); Christophe Geiger, *Intellectual "Property" after the Treaty of Lisbon: Towards a Different Approach in the New European Legal Order?*, 32 E.I.P.R. 255 (2010).

[62] Tuomas Mylly, *The Constitutionalization of the European Legal Order: Impact of Human Rights on Intellectual Property in the EU*, *in* RESEARCH HANDBOOK ON HUMAN RIGHTS AND INTELLECTUAL PROPERTY 107-26 (Christophe Geiger ed., Edward Elgar 2015).

Myllyは、1998年から2007年は「基本権の却下、無視の時代」である一方、2008年から論文執筆時の2014年は「戦略的な基本権の参照の時代」であると名付けている。

[63] CJEU, Judgement of 9 October 2001, Netherlands v. Parliament and Council, Case C-377/98, ECR I-07079; CJEU, Judgement of 12 September 2006, Laserdisken ApS v. kulturministeriet, Case C-479/04, ECR I-08089.

[64] CJEU, Judgement of 29 January 2008, Productores de Música de España(Promusicae) v. Telefónica de España SAU, Case C-275/06.

[65] CJEU, Judgement of 24 November 2011, Scarlet Extended SA v. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), Case C-70/10, EU: C: 2011: 771, para. 45.

UPC Telekabel 事件[67]、ハイパーリンク関連の事案（*GS Media* 事件[68]）、パロディ（*Deckmyn* 事件[69]）や引用（*Painer* 事件[70]）、私的複製補償金（*Padawan* 事件[71]）に関する事案など多岐にわたる重要な著作権関連訴訟において、CJEUは、知的財産権と基本権の「公正なバランス（fair balance）」を図らなければならないと繰り返し述べるようになっている[72]。

典型的な判示部分を見てみよう。例えば前述の*Promusicae*判決でCJEUは、加盟国が著作権関連の指令を履行する際には、EU法秩序によって保護されている「様々な基本権との公正なバランスが図れる（a fair balance to be struck between the various fundamental rights）」ような指令の解釈に基づくよう注意しなければならない、と述べている[73]。

実はこの「公正なバランス」という文言は、情報社会指令の序文31[74]に

---

[66] CJEU, Judgement of 16 February 2012, SABAM v. Netlog, Case C-360/10, EU: C: 2012: 85, para. 43-44.

[67] CJEU, Judgement of 27 March 2014, UPC Telekabel Wien GmbH v. Constantin Film Verleih GmbH and Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH, Case C-314/12, EU: C: 2014: 192, para. 46.

[68] CJEU, Judgement of 8 September 2016, GS Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International, Inc., Britt Geertruida dekker, Case C-160/15, EU: C: 2016: 644, para. 31.

[69] CJEU, Judgement of 3 September 2014, Deckmyn, Case C-201/13, EU: C: 2014: 2132, para. 26, 27, 34.

[70] CJEU, Judgement of 01.12.2011, Eva-Maria Painer v. Standard Verlags GmbH, Case C-145/10, EU: C: 2011: 798, para. 132, 134.

[71] CJEU, Judgement of 21 October 2010, Padawan SL v. SGAE, Case C-467/08, EU: C: 2010: 620, para. 43.

[72] Jütte, *supra* note 35, at 3; Geiger, *supra* note 61, CEIPI Research Paper, at 9; Elena Izyumenko, *The Freedom of Expression Contours of Copyright in the Digital Era: A European Perspective*, 19 (3-4) J.W.I.P. 115, 117 (2016); Husovec, *supra* note 59, at 248-52.

[73] Productores de Música de España(Promusicae) v. Telefónica de España SAU, *supra* note 64, para. 68.

[74] 情報社会指令の解釈において序文（recitals）は重要な役割を果たすといわれている。Tadas Klimas & Jurate Vaiciukaite, *The law of Recitals in European Community Legislation*, 15 ILSA Journal of International and Comparative Law 1 (2008).

由来している。序文31の文言は以下の通りである。

（31）保護される目的物の種々のカテゴリーの権利者の間の、及び種々のカテゴリーの権利者と利用者の間の権利及び利益の公正なバランスは、保たれなければならない。…[75]

つまりCJEUの上記の裁判例は、この序文31の文言をなぞっているに過ぎず、いかなる要素をどの程度重視して「公正なバランス」を図るのかという具体的な指針はほとんど示していない。CJEUが著作権紛争に基本権を適用するようになってきているように見えても、結局のところ、それが結論に直接影響しているというわけではなく、Myllyによると、CJEUは別の関係条文の解釈によって導き出した、すでに決まっている結論を支えるときには基本権を引き合いに出し、逆に都合の悪いときには基本権への言及を控えるといった、戦略的な参照の仕方をしているという[76]。Griffithsも、こうしたCJEUの基本権憲章の参照の仕方について「単なる見せかけに過ぎず（little more than window-dressing）」[77]、「美辞麗句的な適用（rhetorical application）」[78]であると形容している。

五．法務官意見の意義

以上のように、従来のCJEUは、表面上は基本権に触れるようになってきているものの、具体的な衡量手法については沈黙しており、基本権の衡量が著作権紛争の結論を左右することはなかった。しかし、今回の法務官意見は、CJEUとしては初めて著作権と基本権の関係性について詳細な考

[75] 翻訳は原田文夫「情報社会における著作権および関連権の一定の側面のハーモナイゼーションに関する2001年5月22日の欧州議会およびEU理事会のディレクティブ2001/29/EC」コピライト487号（2001年）35頁以下による。

[76] Mylly, *supra* note 62, at 126-27.

[77] Jonathan Griffiths, *Constitutionalising or Harmonising? The Court of Justice, the Right to Property and European Copyright Law*, 38 (1) EUR. L. REV. 65, 74 (2013).

[78] *Id.* at 78.

えを示し、基本権の衡量をより実質的なレベルで行うことで、基本権が著作権訴訟の最終的な帰結を導く決定打となる可能性を切り開いたといえる。

アフガニスタン・ペーパー事件の第2、第3の質問、Pelham事件の第6の質問、そしてSpiegel Online事件の第2、第3の質問は実質的に同一の内容であり[79]、法務官は3件の意見を通して、この共通する質問に回答している。したがって、法務官意見の真意を探るには、これら3件を横断的に検討することが必要である。多少3件の意見を行き来することになるが、これらの意見全体から読み取れるメッセージをいくつかのポイントに分けて見ていこう。

ポイント① 著作権法に内在する調整原理は基本権に照らした司法審査の免除理由にならず、著作権は基本権に基づく外在的な制約を受ける

第一に、法務官は著作権の中に著作権と基本権を調整するメカニズムが内在しているということを確認した[80]。これは、米国の最高裁と類似した見解だが[81]、米国の最高裁は、内在する調整原理によって言論の自由の保護はすでに著作権法に組み込まれている以上[82]、著作権の独占性は言論の自由と両立するものであって[83]、議会が著作権保護の伝統的な外延を変更しない限り、それ以上の司法審査は不要である[84]との見解に立つのに対し、法務官意見はその先が大きく異なっている。法務官によれば、たとえ調整原理が内在していても、著作権が基本権に基づく審査を免れるわけではなく、著作権は基本権に基づく外在的な制約の対象となるという。

ここで特に注目すべきは、事後的に裁判所がケース・バイ・ケースで基

---

[79] Opinion of AG in Spiegel Online, [61].

[80] Opinion of AG in Afghanistan Papers, [36]; Opinion of AG in Pelham, [90]; Opinion of AG in Spiegel Online, [62].

[81] 米国最高裁の著作権と言論の自由に関する一連の判決については、比良友佳理「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)」知的財産法政策学研究45号（2014年）84-103頁。

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

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

[84] *Id.* at 221. *See also*, Golan v. Holder, 132 S. Ct. 873 (2012).

本権を衡量する必要があると明らかにした点である[85]。著作権内在の調整原理があるからといってカテゴリカルに司法審査が免除されるわけではなく、著作権も基本権に基づく外在的制約に服するという考え方は、近年の欧州全体のトレンドとなっており[86]、法務官がアフガニスタン・ペーパー事件に対する意見の中で言及している[87]欧州人権裁判所[88]だけでなく、各国の国内裁判所においても広がりを見せている[89]。CJEUが欧州人権裁判所のアプローチを始めとする、こうした欧州全体の大きな流れに寄り添おうとする姿勢が今回の法務官意見から窺える。

仮に法務官意見のこの考え方がCJEUの判決で採用されれば、EUレベルとしては初めて[90]、表現の自由に基づく外在的な著作権の制約が認められることになる。果たしてEU法において、知的財産権と基本権がこれまで以上に切っても切り離せない関係になるのか、CJEUの判決が待たれる。

ポイント②　基本権の衡量は原則的には立法の裁量に属する

（ｉ）基本権に基づく欧州版フェア・ユースの否定？

それでは基本権の衡量は立法と司法のどちらの機関によって遂行されるべきか。法務官の意見では、既存の著作権法は、著作権と基本権のバランスを反映したルールであるという推定が働くゆえ、基本権の衡量は、ま

---

[85] Opinion of AG in Afghanistan Papers, [40]. ややニュアンスは異なるが、Opinion of AG in Pelham, [94]; Opinion of AG in Spiegel Online, [62].

[86] Geiger & Izyumenko, *supra* note 6, at 132.

[87] Opinion of AG in Afghanistan Papers, [41].

[88] ECHR (5th section), Judgement of 10 January 2013, Ashby Donald and others v. France, Appl. No. 36769/08; ECHR (5th section), Judgement of 19 February 2013, Fredrik Neij and Peter Sunde Kolmisoppi (The Pirate Bay) v. Sweden, App. No. 40397/12.

著作権と表現の自由に関するこれら2件の欧州人権裁判所判決について詳しくは、比良友佳理「著作権と表現の自由に関する欧州人権裁判所の新たな動き－Ashby判決、The Pirate Bay判決」AIPPI 62巻12号（2017年）24頁を参照。

[89] フランス国内裁判所の近年の動向につき、比良友佳理「著作権と表現の自由の関係がもたらすフランス著作権法のパラダイム・シフト－Klasen事件・カルメル派修道女の対話事件破毀院判決を中心に－」コピライト678号（2017年）36頁。

[90] Geiger & Izyumenko, *supra* note 6, at 9.

ずは既存のルールの解釈によって図られるべきだという[91]。

さらに、アフガニスタン・パーパー事件の末尾で法務官は「ドイツの裁判所は当裁判所に対し、表現の自由の保護という根拠に基づき、情報社会指令に規定されていない例外及び制限を著作権法に適用することの可能性を検討するよう問うている。私の提案する答えはこの質問で提唱されている提案に賛成であるように見えるかもしれない。しかしながら、国内裁判所のアプローチと私が当意見で提案するアプローチとでは大きな違いがある。著作権が表現の自由に席を譲るのは特定の極めて特殊な状況においてということだ。その分野に関連する自律的なEU法の条文の外から、ハーモナイズされた著作権制度の中に、その性質上、一般的に適用することを意図した制限及び例外を導入するということとは全く異なる」[92]と付言して、基本権に基づく著作権の一般的な制限条項の導入を否定している。

しかし、この判示部分からは、情報社会指令5条のリストの外からの著作権の制限の可能性に、法務官が少なからぬシンパシーを抱いていると読み取れなくもない[93]。またGeiger & Izyumenkoは、法務官意見が意味するのは、表現の自由に基づいた「保護からの排除（exclusion from protection）」なのか、それとも表現の自由に基づいた「新しい制限（additional exception）」なのかで混同が生じていると指摘する[94]。法務官は「保護からの排除」であると明言しているように見えるが、実質的には「新しい制限」を認めたことにもなるのではないかという。というのも、今回アフガニスタン・ペーパー事件で問題となった軍事レポートは著作権の保護対象となるかが微妙なケースであったため、著作権が表現の自由に抵触する場合に、対象

---

[91] Opinion of AG in Pelham, [94].

See also, Bernd Justin Jütte, *Advocate General Suggests that Germany Cannot Rely on Copyright to Protect Confidential Information*, 14 (2) J. INTELL. PROP. L. & PRAC. 85 (2019).

[92] Opinion of AG in Afghanistan Papers, [71].

[93] Bernd Justin Jütte, *A matter of perspective – AG Szpunar Suggests Member States are Ineligible for Copyright Protection in Confidential Military Reports*, Kluwer Copyright Blog November 1, 2018 (http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/11/01/a-matter-of-perspective-ag-Szpunar-suggests-member-states-are-ineligible-for-copyright-protection-in-confidential-military-reports/).

[94] Geiger & Izyumenko, *supra* note 6, at 135.

物を著作権の「保護から排除」するというロジックが採用可能であった。しかし逆に、対象物が著作権の保護対象となることが明らかで、ただ、利用態様が、表現の自由に照らして許容すべきというケースも今後起こりうるだろう[95]。そのような場合に、「新しい制限」というロジックをどこまで回避することができるかは甚だ疑問である。結局、「保護からの排除」であろうと「新しい制限」であろうと、帰結は同じで、要するに表現の自由に基づいて著作物の利用が許容される、という点こそが重要であるといえる[96]。

法務官がそれでも頑なに、今回のアプローチが、新しい制限規定の創設でも、ましては“基本権に基づく欧州版フェア・ユース”でもないと強調する背景には、これまで積み上げてきたハーモナイゼーションの流れに逆行しないためという点、そして、民主主義に基づいた立法の裁量の重視という観点が挙げられる。これらの点はPelham事件及びSpiegel Online事件に対する意見で特に強調されている。

（ⅱ）欧州における著作権の制限規定とハーモナイゼーション

Spiegel Online事件で法務官は、基本権の衡量によって新たな例外を補完することは、事実上、EU法にフェア・ユース条項を導入することに等しく、情報社会指令5条に定められていない新しい制限規定を司法限りで補完することを認めると、これまでのハーモナイゼーションに向けた努力はすべて無駄になってしまうと懸念を示す[97]。

確かに、これまでCJEUはEU法の統一的な適用の必要性と平等原則を理由に、EU法上の文言の解釈のハーモナイゼーションを重視し[98]、情報社会

---

[95] *Id.*

[96] *Id.*

[97] Opinion of AG in Spiegel Online, [63].

[98] CJEU (3rd Chamber), Judgement of 21 October 2010, Padawan SL v. Sociedad General de Autores y Editores de España(SGAE), C-467/08, para. [32] to [36]; CJEU (3rd Chamber), Judgement of 26 April 2012, TV2 Danmark A/S v. NCB-Nordisk Copyright Bureau, C-510/10, para. [33]-[36].

指令５条[99]が定める権利制限規定は厳格に解されなくてはならないと判じてきた[100]。近年はCJEUもその態度を若干ではあるが軟化させているという指摘もあるが[101]、これまでのハーモナイゼーションに向けて積み重ねてきた努力の手前、５条が限定列挙リストであるという大前提を簡単に覆す訳にはいかないということなのだろう。

ハーモナイゼーションを尊重しなければならないという要請は、特殊EU的な事情であるが、その根底にある、基本権アプローチに基づいた事実上のフェア・ユースの導入が引き起こす予測可能性の問題は、日本法においても懸念事項の１つとなるかもしれない。しかし、予測可能性が失われるかもしれないからということを理由に、基本権の視点を無視することは道理に適っているとはいえない。Jongsmaも、「ハーモナイゼーションを理由にして基本権保護を否定するのは馬鹿げている。ハーモナイゼーションは当然、基本権の保障に勝るべきものではない」と指摘している[102]。予測可能性の低下を恐れるがゆえに、著作権に対する基本権の審査を免除す

---

[99] 情報社会指令５条は加盟国に対し、設けることができる権利制限規定を21事項、限定列挙方式で掲げている。そのため、この制限規定リストは閉じられたリストと呼ばれ、米国のフェア・ユース規定のような柔軟性に乏しい。５条が閉じられた網羅式リストであることはCJEUも判決の中で認めている。*See for example*, CJEU, Judgement of 16 November 2016, Soulier & Doke v. SOFIA, C-301/15, para. 19, 26, and 34.

[100] CJEU, Judgement of 16 July 2009, Infopaq International v. Danske Dagblades Forening, Case C-5/08, para. 27, 56-58; CJEU (4th Chamber), Judgement of 10 April 2014, ACI Adam BV e.a. v. Stichting de Thuiskopie and Stichting Onderhandelingen Thuiskopie vergoeding, C-435/12, para. [22] to [23].

[101] P. Bernt Hugenholtz, *Flexible Copyright: Can EU Author's Right Accommodate Fair Use?*, *in* COPYRIGHT LAW IN AN AGE OF LIMITATIONS AND EXCEPTIONS 428-29 (Ruth L. Okediji ed., Cambridge Univ. Press 2017)（近年の判決の中には、規定の目的や他の関連する権利との公正なバランス等に照らして権利制限規定を柔軟に解釈すべきとの姿勢を（リップ・サービスではあるものの）見せつつあるものも存在すると指摘）; Geiger, *supra* note 61, CEIPI Research Paper, at 10-12.

[102] Daniël Jongsma, *AG Szpunar on Copyright's Relation to Fundamental Rights: One Step Forward and Two Steps Back?* (February 3, 2019), *available at* SSRN: https://ssrn.com/abstract=3328100, pp. 15.

るのではなく、むしろ、基本権を衡量しつつ予測可能性をどのように担保するか、基本権アプローチを洗練させていく方向に向けた努力をすべきであるように思われる。

（iii）立法の裁量と著作権法の立法過程が抱える問題

Pelham事件に対する法務官意見によると、権利や利益同士の複雑な衡量は、「民主主義社会においてはまず」、一般的な利益を体現している立法によってなされるべきであり、立法はその点について広い裁量の余地を有するという[103]。そのため、例外的なケースを除けば、裁判所による審査は通常、適用可能な条文の枠内でなされなければならないと法務官は指摘する[104]。要するに、衡量は第一義的には立法の役目であり、まずは立法が作ったルールの枠組み内の解釈によって達成されるべきものだということである。

結局これは立法と司法の役割分担の問題ともいえるが、一般的にも、人権や基本権の保障を立法のみに委ねておいて万全であるはずがないことは明らかであり、そうであるからこそ、立法の裁量には限界がある。然るべき場面においては、司法が人権の番人としてその役割を果たすことが求められるのであり、民主主義を理由に司法が立法に過剰な謙譲をしてしまうと、人権保障が蔑ろになる危険性がある。

さらに、こと著作権法の立法過程においては予てより、多数派である個人のユーザーの声は分散されているため立法プロセスに十分に関与できない反面、著作権産業や権利者団体といった少数派の意見は組織化されているために政策形成過程に反映されやすいという少数派バイアス問題が生じていることが指摘されている[105]。このような立法過程の歪みが存在す

---

[103] Opinion of AG in Pelham, [94].

[104] *Id.*

[105] 田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号（2008年）6頁、Peter Drahos（山根崇邦（訳））「A Philosophy of Intellectual Property（5）」知的財産法政策学研究38号（2012年）344-349頁、Antonina Bakardijeva Engelbrekt（田村善之（訳））「制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック（2）」知的財産法政策学研究23号（2009年）32頁以下、ローレンス・レッシグ（山形浩生

る限り、立法に委ねておくとバイアスを諸に反映して、少数派の利益に適う形で著作権の権利強化に傾く可能性が高い。一般論として、基本権同士の複雑な衡量は立法の広い裁量内であるとしても、少なくとも著作権と表現の自由の衡量に関しては、ユーザーの表現の自由が侵食されていないか、裁判所が重点的に目を光らせるべき問題の１つであると思われる[106]。

さらに、日本の現行著作権法に目を向けてみると、著作権立法の中で表現の自由への配慮は十分済んでいると推定することは難しいといわざるをえない。日本の著作権法は、米国のフェア・ユースのような著作権制限の一般条項を持っていない。その上、（表現の自由の民主主義社会における重要性を考えれば様々な言論の中でも特に重視されるべき）政治的言論とも深く関わるパロディを直接許容する規定をも欠いている。これらの点を踏まえれば、表現の自由との調整原理が米国や欧州と比べて予め立法内に十分に組み込まれているとは断言できない状況にある。

（ⅳ）小括

ハーモナイゼーションを目指すというCJEUのこれまでの歩みに照らし、あるいは民主主義の建前上、裁判所限りで新しい制限規定を創設したり、欧州版フェア・ユースを導入したりすることは容認し難いが、他方で著作権と基本権との関係にも目を向けなければならないという、複雑なジレンマが、今回の法務官意見の捉えにくさを引き起こしているように思われる。

法務官自身が明言している以上、今回の一連の法務官意見が欧州版フェア・ユースの導入を意味しないということは認めるべきであろう。確かに、表現の自由と著作権を衡量した結果、著作権保護が否定されるという結論だけを取り出せば、その実質的な効果はフェア・ユースに近いといえなくもない。とはいえ、米国のフェア・ユースと基本権アプローチとでは、理論的にもその一般性や意味合いが異なる[107]。基本権の保護をフェア・ユー

（訳））『REMIX ハイブリッド経済で栄える文化と商業のあり方』（翔泳社・2010年）280-281頁、JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT 166-70 (2d ed., Prometheus 2006)。

[106] 比良友佳理「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（5）」知的財産法政策学研究49号（2017年）34頁以下も参照。

[107] フランスにおける議論であるが、米国のフェア・ユースはすべての事案に適用

スになぞらえることは不正確であると述べるJongsmaは、フェアユースは権利者のコントロールと自由利用との間で裁判官が最適な選択を決めることを可能にするものであるのに対し、立法が図ったバランスが基本権に対する比例性を欠く干渉を生み出しているか否かという問題は、裁判所が適切な抑制と謙譲を示しうる、そして示さなければならない審査の問題であるとして、両者を区別している[108]。

したがって、差し当たり今回の法務官意見についても、欧州版フェア・ユースではなく、既存の制限規定とは別次元で、著作権を制約する外在的な新しい層をつくり出したと理解しておくのが適切かもしれない。

このような基本権アプローチは著作権法の予測可能性を害し民主主義に反するという見方もあるかもしれない。しかし、著作権の立法過程が抱える問題に照らせば、立法に広い裁量を認めておいては基本権の保障の実現が心許ない。CJEUの役目としては、基本権アプローチをEU全体で牽引していくという、これまでとは別の形でハーモナイゼーションと予測可能性の担保を実現していく方向へとシフトすべき時が近付いているように思われる。

CJEUの判決はハーモナイゼーションを重視する先例を尊重した保守的なものとなるのか、それとも基本権アプローチを発展させ、これまでのEU

される「開かれた制限規定」の枠組みであるのに対し、基本権アプローチの導入は既存の「閉じられた制限規定」のリストを補完して新たな問題に対応するものであり、立法が想定していなかった例外的なケースに限って有効であるから、その意味で、基本権アプローチの導入は裁判官による新しい一般的な制限規定の創出ではなく、ケース・バイ・ケースの対処であると述べ、フェア・ユースと基本権アプローチを区別するものとして、Laure Marino, « Les droits fondamentaux émancipent le juge: l'exemple du droit d'auteur », *Semaine juridique, édition générale* doctr. 829 (2010), p. 1528-30. *See also*, Michel Vivant, « La balance des intérêts…enfin », Comm. com. électr. 2015, étude 17, §5.

また、前述の欧州人権裁判所のAshby判決、The Pirate Bay判決について、著作権法の外側に「新たな審査の層をつくり出した」ものであると分析するものとして、Bernd Justin Jütte, *The Beginning of a (Happy?) Relationship: Copyright and Freedom of Expression in Europe*, 38 (1) E.I.P.R. 16 (2016).

[108] Jongsma, *supra* note 102, at 15.

における制限規定のあり方を変える革新的なものとなるのか、判断の行方に注目したい。

ポイント③ 基本権の本質が著しく侵害されている例外的なケースでは、基本権が著作権に優越しうる（しかも実際にそうした例外的なケースは存在する）

法務官は、Pelham事件において、基本権を衡量した結果に基づき新たな制限規定を導入するのはEU立法者の役目であって、「基本権の本質の著しい侵害の場合を除いて」司法がそれを行うべきではないと述べる[109]。同様の趣旨はSpiegel Online事件に対する意見でも表明されている。「衡量は立法者の評価の余地に属するものであり、裁判官は基本権の本質的な内容が侵害されるという例外的な場合以外は干渉するべきではない」[110]。

しかし、これを裏返せば、基本権の本質が著しく侵害されているケースでは、裁判所が基本権を衡量することが「最後の手段」[111]となる余地があるということだ。さらに、そのような「極めて例外的なケース」は架空のものではなく実際に存在し、その最たる例がアフガニスタン・ペーパー事件であったということである。

法務官はアフガニスタン・ペーパー事件の特殊性として以下の3点を挙げる。第一に、保護対象として問題になっているものが国家文書で、なおかつ純粋な情報としての性質が強い点。第二に、著作権の権利者が国家であり、基本権を享受する立場ではなく、基本権を守る義務を負う立場にある者であるという点。第三に、著作権行使の真の目的は、当該作品の活用ではなく、作品に含まれる機密情報の保護であるという点[112]。法務官はこれらの点について詳細に検討し、アフガニスタン・ペーパーがあくまでも特殊なケースであったということを強調することで、その射程を限定している。多くの場合、著作権行使は潜在的に多かれ少なかれ表現の自由と抵触する可能性を秘めており、それゆえケース・バイ・ケースで司法による

[109] Opinion of AG in Pelham, [98].

[110] Opinion of AG in Spiegel Online, [62].

[111] Opinion of AG in Pelham, [98].

[112] Opinion of AG in Afghanistan Papers, [32].

チェックを受けるべきであると考えられるが、立法が定めた著作権法内在のメカニズムによる調整ラインを、司法限りで実際に修正するケースを容易には認めないことで、できるだけ法的安定性を害しないようにしようということであろう。

ただし、アフガニスタン・ペーパー事件とSpiegel Online事件との事案の差異は紙一重であったようにも思われる[113]。前者は国家機密の開示、後者は選挙に出馬予定の政治家の信条と、どちらも政治的な色彩を帯びた、公共の利益に関わる紛争であり、またどちらの著作権者も、純粋に著作物の経済的利用を目的として権利行使をしているとはいえないからだ。両者について、CJEUはどのような考えを示すのかにも今後注目したい。

ポイント④ 著作権の目的から外れた権利行使によって他の基本権を制約することは認められない

法務官意見からは、著作権にも、表現の自由と同じように、正当化根拠と目的があり、そこから外れた別の目的のために著作権を濫用して他人の権利を過度に制限する場合には、著作権はその限界に直面するということが読み取れる[114]。Jütteによれば、これはつまるところ、著作権は決して世界一重要なものなどではなく、極めて特定の目的に資するためのものだという考え方で、非常に謙抑的かつ合理的な著作権観であり、現在欧州で目下検討されている著作権リフォームに関する議論にも新たな風を吹かせるかもしれないと分析している[115]。

アフガニスタン・ペーパー事件で問題となった軍事レポートは機密レベルとしては低いものにクラス分けされていた。それゆえ、ドイツ政府としては国家機密の保護という法的手段に訴えることができず、その代替手段として著作権を行使した[116]。極端な言い方をすれば、アフガニスタン・ペーパー事件でドイツ政府は、著作権を使ってある種の検閲を行おうとした

113 *See also*, Jongsma, *supra* note 102, at 14-15.

114 Jütte, *supra* note 91, at 85.

115 *Id.*

116 *Id.* at 84.

わけである[117]。国家機密の保護も知的財産権の保護も、どちらも基本権憲章、欧州人権条約上の表現の自由の正当な制約事由ではあるのだが、一方がもう一方を代替できるような関係にはないということがここから読み取れる[118] [119]。

日本においても、著作権や著作者人格権が、権利濫用とまでいかなくと

---

[117] Jütte, *supra* note 93.

[118] Geiger & Izyumenko, *supra* note 6, at 136.

[119] なお、日本において、国の著作権行使が権利濫用に該当するかが争われた例として、官公庁が刊行した文書の復刻刊行を国に無断で企てた出版社に対し、国が著作権侵害を理由に差止めを求めた、東京地判昭和52.3.30判時845号25頁[日本人の海外活動に関する歴史的調査一審]、東京高判昭和57.4.22判時1039号21頁[同二審]がある。

[同二審]において出版社側は、差止請求権の行使が、国民の「知る権利の侵害」であるとして、権利濫用に当たる旨を主張したが、裁判所は、問題となった著作物は公表済みのものであり、国内の大学図書館に所蔵されていること、さらに他の出版社での復刻刊行企画があったことなどを理由に、「『国民の知る権利』や著作物の公共性などを勘案しても、本件差止請求権の行使が、国民の知る権利を侵害することによつて、権利の濫用に当たるものと認めることはできない」と述べ、主張を退けている。

この事件は機密文書ではなく公表済み文書が問題となった例であるため、アフガニスタン・ペーパー事件と同列には語れないが、それでも、本来は基本権を遵守すべき立場にあるはずの国家が、逆に国家自身の著作権を行使することによって国民の基本権を制限することは認められないとする法務官の意見は、国家による著作権行使の限界を考えるにあたって示唆に富む。Opinion of AG in Afghanistan Papers, [53]-[56].

国家による著作権行使に関しては、半田正夫「国の著作権に対する侵害と争点－公的機関の発行著作物をめぐって－」同『著作権法の現代的課題』(一粒社・1980年) 104-106頁も参照。

また、国家機密に関わる情報の著作権による保護という論点に関しては、尖閣諸島中国漁船衝突事件の様子を撮影した映像を海上保安官が動画共有サイト上に公開し、国家公務員法守秘義務違反容疑に問われた事件について、当該映像を著作権で保護することの可能性を検討する、島並良「知的財産法　尖閣ビデオ流出事件で学ぶ著作権法の仕組み」法学セミナー676号(2011年)53頁も参照。

も、著作権及び著作者人格権の本来予期していた目的とは異なる目的で行使されるケースが少なくないのではないだろうか。著作権は創作されたという事実のみによって発生する権利で、文書、写真等様々な表現物に関わる権利であるため、プライバシー権[120]などの他の法的利益の保護の代替手段、あるいは補強手段として行使するのに何かと都合が良いという側面もあるのだろう[121]。著作権や著作者人格権の形式的な要件さえ兼ね備えれば、それは原則としては正当な権利行使ということになるが、そうした権利行

[120] 特に公表権はプライバシーを保護する目的で行使されやすいが、田村善之『著作権法概説』（第２版・有斐閣・2001年）413頁は、「公表権により、著作者のプライバシーが保たれるという付随的な効果が生じる場合もあろうが、プライバシーの利益は著作物に限らず生じるものなのだから（ex. 予定が記されただけで創作性のないスケジュール帳等）、著作物であることを要件とする公表権の直接の保護法益ではない」と指摘する。

[121] プライバシーを守るための著作権行使と位置付けられる事例として、例えば東京地判平成11. 10. 18判時1697号114頁［三島由紀夫ー剣と寒紅一審］、東京高判平成12. 5. 23判時1725号165頁［同二審］、Salinger v. Random House, Inc., 811 F.2d 90 (2d Cir. 1987) など。プライバシーと著作権については、Pamela Samuelson, *Privacy as Intellectual Property*, 52 STAN. L. REV. 1125 (1999)。

被写体人物に対する揶揄に対抗するための著作権行使とも位置付けられる事例として、東京地判平成19. 4. 12平成18年（ワ）15024号［創価学会写真ウェブ掲載］。本判決、及び批評・揶揄と引用の成否の関係については、平澤卓人［判批］知的財産法政策学研究17号（2007年）202-205頁。

このほか、近年では、インターネット上の都合の悪い投稿などを削除させる目的で、米国のDMCA（デジタルミレニアム著作権法）に基づくノーティス・アンド・テイクダウンの手続が濫用されているという問題が指摘されている。栗原潔「米国でのDMCA濫用は“恥の殿堂”入りと訴訟リスクあり」（https://news.yahoo.co.jp/byline/kuriharakiyoshi/20170828-00075053/）（2017年８月28日）、本田雅一「ウォンテッドリーの『批判記事排除』は問題だ」東洋経済オンライン2017年8月27日（https://toyokeizai.net/articles/-/186096）。また、日本経済新聞「虚偽の『著作権侵害』でSNS利用凍結嫌がらせか」日本経済新聞電子版2019年１月８日も参照。

また、リベンジポルノを抑えるための著作権行使につき、Amanda Levendowski, *Using Copyright to Combat Revenge Porn*, 3 N.Y.U. J. INTELL. PROP. & ENT. L. 422 (2014); Kaitlan M. Folderauer, *Not All Is Fair (Use) in Love and War: Copyright Law and Revenge Porn*, 44 U. BALT. L. REV. 321 (2014-2015).

使が他人の基本権と衝突する場合には、その妥当性が見直されるべきということが法務官意見から読み取ることができる[122]。

まとめにかえて

法務官意見の指摘から我が国が得られる示唆として、第一に、著作権法に調整原理が内在しているからといって、表現の自由は衡量済みとはいえないという考え方は、日本においてはより強く妥当するという点が挙げられる。日本の著作権法は、米国のフェア・ユースのような著作権制限の一般条項を持たず、さらに時として政治的言論とも深く関わるパロディを直接許容する規定をも欠いているため、表現の自由との調整原理が予め立法内に十分に組み込まれているとは言い難い。著作権と表現の自由の調整はまずは立法に委ねておくべきという推定は、欧州よりも働きにくいと考えられ、立法による調整だけでは、表現の自由の保障は危機的状況にあるといっても過言ではない。表現の自由をはじめとする基本権に配慮した制限規定リストの豊富化は継続して取り組まなければならない課題であろう。

第二に、著作権内在の調整メカニズムを整備すればそれで安心というわけではなく、やはり著作権は基本権の審査から免れるわけではないと考えるべきで、基本権アプローチの発展が課題であるといえる。著作権は文書、絵画、写真などの様々なメディアに発生する権利で、さらに表現の自由だけでなく報道の自由、経済活動の自由や肖像権、プライバシー権、知る権利等、様々な基本権と対立する可能性を秘めている。さらに、複製技術や加工技術の発展や、芸術分野における「創作」や「作品」といったものの観念自体が変化することで、新たな表現手法が次々と誕生し、著作権と基本権の対立事例が今後ますます多様化することが予想される。アプロプリ

[122] ただしその場合に、憲法論を持ち出さなくとも、権利濫用論を活用すれば十分で、その方が法的安定性にも資するという考え方もあるかもしれない。しかし、著作権と他の基本権の対立という、憲法問題としての対立構造から目を背けてしまうと、紛争の本来の姿を覆い隠してしまうことになりかねない。とりわけ、様々な人権の中でも民主主義社会にとって重要であると考えられる表現の自由が仮に脅かされているとすれば、それは正面から憲法問題として議論すべきであると考えられる。

エーション・アートなどの現代アート[123]や、Pelham事件で争われたミュージック・サンプリングの著作権法上の扱いなどは、技術の進歩や「創作」概念の変化によって生じた著作権と基本権の新しい対立場面の好例であるといえよう。これらを踏まえれば、著作権と基本権が対立しうる場面は多種多様で、法務官意見も指摘しているように、あらゆる場面を想定した「one size fits all」の解決法などは到底存在しえないのではないだろうか[124]。そうであれば、あらゆる事例を想定した調整原理を完璧に立法の中に予め組み込んでおくということは、現実問題として不可能であるといわざるをえない。その上、すでに指摘した通り、著作権の立法過程に構造的なバイアスが存在しているとすれば、立法による解決を志向することは得策であるとは思われない。

著作権の立法過程が抱える歪みを基本権に照らして矯正するという役割が司法に求められているとすれば、目下の課題は衡量の具体的な基準の確立であろう。予測可能性をできるだけ担保した基準の定立が急務であり、その指針の１つとして、著作権や著作者人格権の本来の目的に立ち返る法務官の見解は参考になるだろう。

いずれにせよ、今回の法務官意見がCJEUの判決で採用されれば、欧州

---

[123] フランスにおける事例として、Cass. 1ère Civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391, P. Klasen c/ A. Malka., D. 2014. 1094, obs. A.T.; *ibid*. 1672, note A. Bensamoun et P. Sirinelli; CCE juillet 2015, comm. 7, no55, obs. C.Caron.; Cass. 1ère Civ., 13 nov. 2008, nº 1108, Bettina Rheims c/ J. Gautel, Ed. Albin Michel, Sté. Art et confrontation (Affaire « Paradis ») 等。

また我が国においても、電話ボックスに水と数十匹の金魚を入れたオブジェについて、自身の作品の著作権侵害であるとして、現代美術作家がオブジェを設置した商店街を提訴した奈良地判令和元. 7. 11平成30年(ワ)466号［金魚電話ボックス］が記憶に新しい。

現代アートと著作権の関係を論じる文献として、田村善之「現代美術と著作権法」民事判例Ⅲ・2011年前期(2011年) 105頁、小島立「現代アートと法についての基礎的考察」民事判例Ⅲ・2011年前期(2011年) 113頁、河島伸子「現代美術と著作権法－文化経済学の視点から」民事判例Ⅲ・2011年前期(2011年) 121頁、小島立「現代アートと法－知的財産法及び文化政策の観点から－」知的財産法政策学研究36号(2011年) 1頁、河島伸子「現代美術と著作権法－インセンティブ論に関する一考察」同志社大学知的財産法研究会(編)『知的財産法の挑戦』(弘文堂・2013年) 95頁等。

[124] Opinion of AG in Pelham, [94].

における基本権アプローチの発展がまた一歩前進することになる。3件の事件の中でもとりわけ、表現の自由を衡量した結果、著作権保護を否定すべきであると法務官が提言するアフガニスタン・ペーパー事件について、CJEUがどのような答えを導き出すのか注目したい。

【付記】脱稿後の2019年7月29日、CJEUは本稿で扱った3件の事件について大合議判決を言い渡した。CJEUのプレスリリースによると、主な判示事項は以下の通りである。

⑴ アフガニスタン・ペーパー事件

① 軍事レポートが著作権で保護されるには、著作者の個性を反映した、創作的な選択によって表現される知的創作物でなければならず、国内裁判所はまず第一に本件軍事レポートがこれらの要件を満たすか否かを確認しなくてはならない。

② 仮に軍事レポートが要件を満たし著作物であると認められても、情報の自由及び報道の自由は、情報社会指令が定めた制限及び例外を超えた著作者の排他的権利に対する特例（デロゲーション）を正当化しえない。

③ 情報社会指令によるEU著作権法のハーモナイゼーションは、著作者の権利とユーザーの基本権との公正なバランスを守ることを目的としているが、個々のケースでそうしたバランスを図ることを可能にするメカニズムは指令それ自体の中に含まれており、指令は著作者に排他権を付与するのみならず権利の制限も規定している。

④ 欧州人権裁判所の判例は、問題となっている言論や情報の性質を特に重要な要素として考慮すべきとし、とりわけ政治的言論や公共の利益に関わる言論であるかを重視する。それを受けてCJEUはFunke Medienが軍事レポートをインターネット上に公表した態様を強調し、当該利用が情報社会指令が定める時事の報道の例外に該当すると考えられなくもないと述べた。

⑵ Pelham事件

① サンプリングはたとえ非常に短いものであっても原則として「部分的な」複製とみなされ、著作隣接権者の排他権の対象となる。

② しかし、ユーザーが芸術の自由を行使して、楽曲から取り出した断片を、聴覚で認識しえない程に修正して取り込んだ場合には、「複製」に該当しない。

③ EU法が定める権利制限規定はEU立法者がすでにレコード製作者、ユーザーの利益、公益を考慮しているという事実を反映している。さらにこれらの制限規定は限定列挙方式で規定されることで、著作権と著作権関連市場が適切に機能することを確実にしている。したがって、ドイツ立法府が、上記制限規定リストが排

他的なものであるにもかかわらず、EU法が言及していない制限規定を創設することはEU法に反する。

⑶ Spiegel Online事件

① 情報の自由及び報道の自由は、情報社会指令が定めた制限及び例外を超えた著作者の排他的権利に対する特例（デロゲーション）を正当化しえない。

② 国内裁判所が図らなければならない著作権と表現の自由のバランスに関する限り、知的財産権は絶対的なものではなく、問題となっている言論や情報の性質が重要な要素となり、とりわけ政治的言論や公共の利益に関わる言論であるかを考慮することが必要である。

③ 加盟国は時事の報道に関する著作物の利用を許容することができる。時事の報道の例外規定を適用する際には、著作者の事前の同意を要求してはならない。

④ 指令が定める引用の制限規定に関して、被引用著作物が引用著作物の中に挿入や脚注の形で不可分に溶け込んでいる必要はなく、被引用著作物へのハイパーリンクによって引用を行うことも可能である。ただし、引用は公正な慣行に合致し、特定の目的に必要な範囲で行われなければならない。また、被引用著作物はすでに合法的な方法で公表済みのものに限る。

プレスリリースを読む限り、CJEUの判決は本稿で検討してきた法務官意見とは大きく乖離した、保守的な内容である印象を受ける。特に、指令が規定する制限規定の枠を超えた、表現の自由に基づく著作権の制限を真っ向から否定している点で、法務官が⑴アフガニスタン・ペーパー事件で明確に提唱していた革新的な基本権アプローチは採用されなかった。

その上で判決は、指令を解釈する際には著作権と基本権の「公正なバランス」を図るべきという、これまでCJEUが幾度となく述べてきた説示を今回も繰り返しているが、注目すべきは、問題となっている表現の性質に着目するという欧州人権裁判所の判断手法を部分的に採用した点である。「公正なバランス」の図り方に一定の指針をようやく示したという意義もさることながら、著作権と基本権の問題に関して、欧州人権裁判所と歩調を合わせようとする意図がはっきりと見て取れる。ただし、表現の自由への干渉に関する欧州人権裁判所の判断手法は実際にはより複雑で、表現の性質（政治的／芸術的／商業的）は考慮要素の1つに過ぎないため、2つの裁判所の思考様式にはまだ隔たりがあるようにも思われる。

さらに、情報社会指令5条で規定されていない制限を加盟国が基本権保障を根拠に新設することには極めて厳しい態度を示す一方で、⑵Pelham事件でCJEU判決は、聴覚で認識できないほど修正した音源を取り込む行為を芸術の自由の行使と位置付けた点は注目に値する。サンプリングを許容する制限規定を設けることは認められないが、認識不能なサンプリングは「複製」ではない、というロジックを採用す

ることで、結果的には芸術の自由に配慮した帰結を導き出しているのは興味深い。

いずれにせよ、今回下された3件の大合議判決がEUにおける著作権と基本権の問題にとって重要判決であることには相違ない。法務官意見と判決との詳細な比較や、基本権アプローチに対するCJEUの見解等、さらなる考察は、判決文を精査した上で、稿を改めて検討したい。

本研究はJSPS科研費JP15H01928、JP18H03610、JSPS海外特別研究員制度及びCanon Foundation in Europe Research Fellowshipsの助成を受けたものです。