

論文

# カナダにおける表現の自由と著作権

大林 啓吾

## Freedom of Expression and Copyright in Canada

OBAYASHI, Keigo

### Abstract

This article is concerned with the relationship between freedom of expression and copyright in Canada. Freedom of expression and copyright has often been viewed as harmonious and complementary concepts. But, today, many countries tend to protect copyright increasingly without full considering freedom of expression.

In this article, first, I explore the accommodative rule based on federal statute. Canadian Congress establishes fair dealing system like U.S. copyright law. Second, I discuss how to reconcile freedom of expression and copyright law by court. Judicial approach to decide whether the speech is protected relies on fair dealing and idea/expression dichotomy. Finally, I examine new approach to the accommodation of freedom of expression and copyright law, criticizing judicial approach.

### 要約

近時、デジタル技術の発展が目覚しいが、それは同時に著作権侵害を拡大した。これに対して各国は、そうした被害に歯止めをかけるため、著作権保護立法を強化している。ところが、こうした著作権保護立法の増加は、表現の自由に影響を与える。パブリックドメインが狭小化し、翻案物の作成等に制限がかかるからである。

このような状況において、最近になってようやく憲法学は関心を払い始めているが、それはなおアメリカを中心としたものにとどまっている。そこで本稿では、アメリカの議論を参考にしながら、カナダに焦点を当てて、表現の自由と著作権の関係について検討することにする。具体的には、カナダにおけるこの問題に対する調整方法を考察しながら、表現の自由に対する配慮が十分かどうかを検討し、アメリカの議論も参考に調整のあり方を模索する。まず、カナダにおける表現の自由と著作権の関係に対する立法府の対応を考察する。つぎに、それを基にして、司法府がいかなるの対応をしているのかを明らかにする。そして、司法府の調整原理に問題があることを指摘しながら、最後に、表現空間等の議論を用いながら、あるべき調整の姿について検討を行う。

### キーワード

表現の自由 (freedom of expression) / 著作権 (copyright) / 公正な使用 (fair use)  
思想・表現区分論 (idea/expression dichotomy) / パロディ (parody)

## はじめに 問題の所在

表現の自由と著作権の問題<sup>(1)</sup>は、目下、世界レベルで共通の問題となりつつある<sup>(2)</sup>。その発端は、各国の知的産業保護政策の推進にある。とりわけ、先進各国は、近年のデジタル技術の革新に対応するために、著作権保護立法を次々と成立させている。政策的観点からすれば、著作権保護を普及させるために世界レベルでの著作権保護の実現が望ましいこととなるだろうが、憲法学からの観点からすれば、世界レベルで表現の自由への影響を考えなければならない時代に入ってきていることに注意しなければならない<sup>(3)</sup>。著作権保護立法の過度な増加・広範化は、表現の自由を侵害するおそれがあるからである<sup>(4)</sup>。

各国は、著作権保護について、基本的にベルヌ条約 (Berne Convention) に従って法律を定めている<sup>(5)</sup>。そして、アメリカにおける2003年のEldred v. Ashcroft連邦最高裁判決<sup>(6)</sup>にみられるように、その法律の合憲性の判断も、しばしば国際基準に照らして判断されるようになってきている。しかしながら、著作権保護の観点からのみ、国際基準に照らして合憲性を導き出す手法には疑問が残る。むしろ、そうした国際的著作権保護傾向が、各国の表現の自由の保障に与える影響も検討しなければならない状況に迫られている。これについて、たとえば、バーレント (Eric Barendt) は、イギリス、アメリカ、オーストラリア、EU、を比較検討しながら、著作権が表現の自由に与える影響を懸念し、立法府は著作権保護立法を正当化する説明責任を果たすべきであり、そうでなければ、司法府は表現の自由を優先させる判断をすべきとの結論を下している<sup>(7)</sup>。このように、今後は、一方的に著作権だけを国際レベルで拡大させるだけで

なく、それが表現の自由に与える影響について、各国を比較することで対応する必要がある。

これについて、最も物議をかもしているのは、表現の自由の保障が厚いとされるアメリカである。とりわけ、1998年に著作権保護期間が延長されたことを契機として、アメリカではこの議論がきわめて活発になされている<sup>(8)</sup>。そうであるとすれば、アメリカに焦点を当てて検討するのがオーソドックスな方法であるといえるが、上述のような比較研究の必要性をかんがみると、アメリカの議論を適宜参考にしながら、他国の問題についても検討する必要がある。そこで本稿では、アメリカの議論を参照しつつ、カナダに焦点を当てて表現の自由と著作権の問題を検討する。アメリカと同様、カナダにも表現の自由と著作権の両方について憲法上の規定があることに加え、カナダの判例や学説はしばしばアメリカを引き合いに出すことから、カナダはこの問題を検討する上で格好の素材となるように思われる。まず、カナダにおける表現の自由と著作権の関係に対する立法府の対応を考察し、つぎにそれに対する司法府の対応を明らかにしながら、最後にあるべき調整の姿について検討する。

## 1. 法律による制度的調整 公正な使用

### (1) 概観

まずは、カナダにおける表現の自由と著作権について、概観することにしよう。カナダの憲法システムは19世紀にイギリス議会によって制定された法律や憲法習律を含むなど複雑な構成となっているが、最近になって、憲法レベルで成文化された1982年憲章(以下、

憲章という)の占める地位が高まってきている<sup>(9)</sup>。もちろん、その中には、表現の自由に関する条文も含まれており、憲章第2条(b)項によって表現の自由が保障されている。さらに憲章制定後、カナダ最高裁は表現の自由の憲法原理に言及しており、1989年のIrwin Toy v. Quebec 最高裁判決<sup>(10)</sup>において、  
 真実の追究、社会的・政治的決定への参加の促進、多様な自己実現の涵養、とされている。一方、著作権については、1867年憲法法律(Constitution Act)で連邦議会が著作権に関する立法権を有するとされており<sup>(11)</sup>、立法府に著作権を創設する権限が与えられている。

したがって、カナダでは、表現の自由と著作権の両方が憲法上規定されるシステムになっているといえる。このような図式は、アメリカと類似している。アメリカでも、修正第1条で表現の自由が保障されると同時に、第1条8節8項で連邦議会の権限として著作権が規定されているからである<sup>(12)</sup>。しかし、両国の憲法ともに、表現の自由と著作権の関係については何も規定されておらず、これについて検討しなければならない。

## (2) 表現の自由と著作権の衝突場面

表現の自由と著作権はともに憲法上認められるものであるとしても、表現の自由が表現を外部に表明することを保障し、著作権が表現形式を財産として保障するものである以上、両者の衝突する場面が生じうる。両者が衝突する典型例として挙げられるのが、翻案物である。たとえば、Aがある絵を描き(原作)、Bがそれに修正を加えて社会風刺的な作品(パロディ)に仕上げた場合を想定してみよう。このとき、一方で、Aは自分の作品を無断で使用されたとして著作権侵害を主張

する。だが、他方で、Bは、Aの原作を利用したのは自らの思想を表すための手段に過ぎないのであり、それを妨害するのは表現の自由に反することになると主張する。こうして、表現の自由と著作権が衝突するのである。両者が衝突するとすれば、憲法問題として顕現してくることとなる<sup>(13)</sup>。

これについて、アメリカでは、公正な使用(fair use)と思想・表現区分論(idea/expression dichotomy)によって、両者の調整がはかられるという主張がこれまで有力に唱えられてきた<sup>(14)</sup>。著作権が財産権であるとする、財産権を侵害しない目的で原作を使用するのであれば、公正な使用として免責される。そして、著作権はそもそも表現形式を財産として保護するものであって、表現内容までも規制するものではない。この2つの理由をもって、著作権は表現の自由との調整をとっているとするのである。

## (3) 法的調整——公正な使用

それでは、カナダでは、どのような対応をとっているのだろうか。まずは、著作権がいかなるものとして位置付けられるかについて考察してみよう。憲法は、著作権の設定権限を立法府に認めているだけで、著作権の位置付けについて何も述べていない。このため、これをどのように考えるのかについてはしばしば議論になってきた。これについて、タバタバイ(Fara Tabatabai)は、従来のカナダ最高裁の立場と近年の変容を指摘している。タバタバイによると、当初、カナダ最高裁は、著作権を自然権<sup>(15)</sup>として理解<sup>(16)</sup>してきたものの、最近になって功利主義的な理解<sup>(17)</sup>をするようになってきているという<sup>(18)</sup>。すなわち、カナダ最高裁は、著作権を財産権とみなしているのである。ただし、その性格は、

個人的な色彩から、公益色の強いものへと変容しつつあり、個人の権利としての側面はやや弱まりつつある。

著作権が財産権であるとする、表現の自由との調整においては、アメリカ同様、公正な使用や区分論によってなされるのだろうか。これについて、まず立法府の対応をみてみよう。カナダ議会は、表現の自由と著作権の調整をはかるべく、1985年著作権法(以下、著作権法)において、「公正な使用」(fair dealing)であれば、著作権侵害にならないと定めた。著作権法29条によれば、「研究または私的学究のための公正な使用は著作権を侵害しない。」と定め、29条1項で、「批評または論評のための公正な使用は著作権を侵害しない。ただし、(a) 出典、および(b) その出典に明示があれば、(i) 作品の場合は著者名、(ii) 公演者の公演の場合は公演者名、(iii) 録音の場合は製作者、(iv) 報道送信の場合は報道者名、が挙げられていなければならない」とし、29条2項で、「ニュース報道のための公正な使用は著作権を侵害しない。ただし、(a) 出典、および(b) その出典に明示があれば、(i) 作品の場合は著者名、(ii) 公演者の公演の場合は公演者名、(iii) 録音の場合は製作者、(iv) 報道送信の場合は報道者名、が挙げられていなければならない。」と規定している<sup>(19)</sup>。

このように、法律によって公正な使用による著作権侵害の免責が認められており、表現の自由にも一定の配慮をしているようにみえる。くわえて、カナダ最高裁判決<sup>(20)</sup>は、公正な使用による著作権侵害の免責を拡大しているという指摘があることを踏まえると<sup>(21)</sup>、表現の自由は公正な使用の設定と、その拡大的運用によって十分保護されていることになってくる。しかし、公正な使用を設定しただけで調整がはかられているとみなしうるのか

についてはなお疑問が残るところである。たとえば、法律に列挙されていない目的での公正な使用もある可能性がある。また、著作権が財産権であるとするれば、研究や批評目的でなくても、財産権の性格に影響を与えない限り原作利用が認められるはずではないかだろうかという疑問もある。さらに、当該目的を裁判所が判断できるのかという問題もあり、関連して、目的を審査することは内容に基づくことになり、表現内容を規制していないかという問題も提起しうる。したがって、現行法による公正な使用を認めているだけでは両者の調整が十分はかられているとは言い難く、これをどのように運用するかが重要な鍵となってくる。

## 2. 裁判所の見解

### (1) 最高裁の見解

このような問題があるにもかかわらず、カナダ最高裁は、表現の自由と著作権の関係について何も言及していない。これには、この問題に関する事件が最高裁まで上がってこないだけなのか、最高裁が判断に踏み込むのを避けているのか、という2つの理由が考えられる<sup>(22)</sup>。著作権法の合憲性が正面から争われた事件は見当たらないことから理由のようにも思えるが、公正な使用に関する事件においてこの関係に触れることはできたことも考えると、の可能性もある。これについて、フューアー(David Fewer)によれば、このような最高裁の態度は、司法の保守的姿勢のあらわれだとする<sup>(23)</sup>。というのは、カナダは憲章制定が制定されてから日が浅いため、表現の自由と著作権に関する事件がまだ少なく、積極的に未知の分野の判断に踏み込まないという背景があるというのである。し

かしながら、そのような理由は正当化しがたい。たとえば、イギリスでは、1998年人権法が制定されてから4年後の2002年に *Ashdown v. Telegraph Group Ltd* 判決<sup>(24)</sup>において、著作権法が表現の自由に抵触する部分があることを示しているからである。

もっとも、フューアーは、近年の知的財産権をめぐる訴訟の著しい増加により、こうした最高裁の態度はもはや通用しない状況になってきており、この問題についても判断せざるをえない状況に迫られているという<sup>(25)</sup>。

このように、最高裁がこの問題に関する判断を迫られつつある中で、下級審レベルでは既にこれに言及しているものがある。1996年の *Michelin-Michelin & Cie v. C.A.W.* 連邦地裁判決<sup>(26)</sup>である。

## (2) Michelin 判決

Michelin判決は、パロディが著作権違反に問われた事例である。事件は、ミシュラン会社の従業員が労働組合の代表になるために、当社の「ビバングム」(*Bibendum*)というキャラクターを用いてキャンペーンを行ったことに端を発する。その従業員は、このキャラクターに改変を加えてリーフレットにし、組合員に配布した。これに対して会社側は、当該キャラクターが著作権の対象となっていることから、著作権侵害であるとして訴えたのが本件である。会社側としては、会社のキャラクターが自身の批判として使われていることを問題視したのである。一方、被告側は表現の自由の保護を盾にして、これに対抗した。

これについて裁判所は、表現の自由との関連に触れながらも、著作権侵害を認める判断を下した。以下、判決をみていくことにしよう。

判決を執筆したタイトルバウム(*Teitelbaum*)判事は、本件における争点を3点に集約した。第一に、被告が原告の商標を侵害しているかどうか、第二に、被告が原告の著作権を侵害しているかどうか、第三に、被告のパロディが憲章によって保護された表現であるかどうか、である。タイトルバウム判事は、第一の点について、消費者が原作と当該パロディを混同するおそれはないとして商標侵害を認めず、第二と第三の点に移る。本稿の関心上、ここでは第二と第三の争点について詳しくみていくことにする。

第二の著作権侵害の点について、判決は、公正な使用と著作権侵害免責との関係について言及しながら、当該パロディの公正な使用該当性を判断した<sup>(27)</sup>。タイトルバウム判事によると、「……カナダの一般的理解に従えば、パロディは批判として存在しているのではなく、著作権侵害行為の例外として存在しているわけでもない。たとえ、私がアメリカの *Acuff-Rose* 連邦最高裁判決<sup>(28)</sup>に従って、パロディは侵害の例外である公正な使用として存在すると述べても、被告は著作権法27条(2)項(a.1)号<sup>(29)</sup>の2つの派生的要素に基づき失敗するだろう。まず、被告はリーフレットやポスターに使った「ビバングム」の出典先について明らかにしなかった。……さらに、被告は「公正な使用」による例外の要件となる公正な方法で原作を扱わなかった。……リーフレットおよびポスターに使用された原作の実質的な量もまた被告による公正な扱い方に疑問を投げかけるのである<sup>(30)</sup>。」とし、著作権侵害を構成するとしたのである。つまり、カナダではアメリカのように批判的意図を持ったパロディに該当するからといって当然に著作権の例外となるわけではなく、著作権法の公正な使用の要件に照らして判断される。すると、著作権法27条(2)項に出

典の明示という要件があることからこれを満たしておらず、その使用方法が公正とはいえないとしたのである。

このように、当該パロディが著作権侵害となることを踏まえた上で、タイトルバウム判事は第三の憲法問題の検討に移る。たとえ当該パロディが著作権法違反となとしても、パロディを規制する法律は表現の自由を侵害すると被告が主張したからである。

タイトルバウム判事によれば、「労働組合が組織のキャンペーン中に会社のロゴをパロディするという著作権の使用はある憲法問題を惹起するという被告の主張に私は同意する。……（しかしながら）私は被告の表現の自由の権利は制限されていないと判断する。憲章は表現の自由の行使において私的財産原告の著作権を使用する権利まで与えていないからである<sup>(31)</sup>。……私はカナダ最高裁が憲章2条に基づく保護の範囲を決定する際に著作権の使用をどのように評価するかについて直接的なガイドを示した判決を知らない。しかしながら、私は他人の私的財産の無断使用は禁止された表現形式であるとした *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 77 D.L.R. (4th) 385 (S.C.C.) 最高裁判決が私の見解を支持してくれるものと考えて<sup>(32)</sup>。」「もちろん、被告のリーフレットまたは小冊子と社会的・政治的意思決定への参加を促進するための表現の価値との間には一定の関係があった。しかしながら、被告の労働組合活動の目的に係る社会的受容性および正当性と憲章2条(b)項の下でそれを不適切または保護されていない表現手段で行うことを混同してはならない。被告は著作権として保護されたものを使用する表現形式を採用する必要はなく、それは原告からその財産を奪い、事実上思想の多様性の促進という第3の価値を減殺させることになる。言い換えれば、も

し著作権が尊重されなかったり保護されなかったりすれば、思想の多様性の促進という文脈における作家または芸術家の創造エネルギーは適切に補償または認識されないことになろう<sup>(33)</sup>。」とした。

つまり、表現の自由は無制約のものではなく、他人の財産権を侵害してまで行使できるものではないとしたのである。このように、本件における憲法問題の総論を述べた上で判決は、本件著作物のパロディ的使用と保護される著作権との比較衡量を行う。

「利益と権利のバランスにおいて、もし被告には原告の「ピバンダム」を使用する権利がないとするのであれば、その見解を表現するためのその他多くの手段がなければならない。しかしながら、もし原告には著作権の使用を統制する権利がないとするのであれば、原告の私的財産の権利はほとんど残されていないことになる。……本件において被告は原告の財産「ピバンダム」を描写しないパンフレットや小冊子でミシュランを批判または風刺する権利を自由に行使できたはずである<sup>(34)</sup>。」とし、被告は当該表現以外の方法で意図を伝達することが可能であり、著作権侵害をする正当化理由にはならないとしたのである。

そして最後に、著作権法と表現の自由との関連について言及して締めくくっている。「著作権法の目的が活動を通して意味を伝える試みを統制するものであるか否かを判断する際に、裁判所は表面上当該行為が表現内容の統制となっているかまたは単なる表現行為の物理的結果以上のことをしようとしているかを検討する。表現内容ではなく表現形式を統制しようとする法であればその他の手段でメッセージを伝える能力を阻害しない<sup>(35)</sup>。」として、区分論に基づく合憲性判断を行い、さらに「政府の行為または法律が表現の自由の主張者に影響を与えているか否かの判断に

については、裁判所は当該表現行為が表現の自由の基礎となる3つの目的の少なくとも1つを促進しているかどうかを検討する（Weisfeld v. Canada, [1995] 1 F.C. 68, at 90連邦高裁判決参照）。本件において被告は著作者の私的財産を使用する権利が表現の自由の保護された範囲にあるということの証明責任を果たしていないので、これ以上著作権法の目的または影響について審査する必要はない……<sup>(36)</sup>。」とした。

つまり、区分論に基づいて合憲性判断がなされるとし、これを侵害している疑いがある場合でも、当該表現が表現の自由の原理のうちの1つに該当していることを示さなければならぬとしたのである。

### (3) Michelin 判決の意義と射程

表現の自由と著作権の関係について Michelin 判決が示した各論点をまとめてみると、つぎのようになる。

公正な使用あるいは批判的パロディであるからといって、即著作権侵害から免責されるわけではなく、法律によって示された公正な使用の要件を満たさなければならない。

表現の自由は著作権という私的財産権を侵害してまで認められるものではない。

翻案物をめぐる表現の自由と著作権の調整は、原作以外の手段を用いてその見解を表明することができる場合は、著作権が優先される。

著作権法が表現内容ではなく、表現形式を統制するものである限り、合憲となる。

表現の自由を主張するのであれば、当該表現が表現の自由の原理（真実の追究、社会的・政治的決定への参加の促進、多様な自己実現の涵養）の少なくとも一つに該当し、保護されるべき表現に該当することを立証しなけ

ればならず、これを立証しなければ、合憲性の判断に入る余地はない。

これを基に判旨を要約すれば、つぎのようになる。表現の自由といえども財産権を侵害してまで行使できるわけではない。著作権を侵害しない公正な使用でなければならないのである。表現の自由と著作権は衝突する側面もあるが、その衝突は区分論によって調整がはかられている。それでも、表現の自由を主張するのであれば、それが表現の自由の保護の下にあるものであることを証明しなければならず、単に批判的表現であるからといって保護されることにはならないのである。

こうした態度には、表現の自由と著作権の調整に関する司法府と立法府の相違が垣間見える。Michelin 判決において、司法府は、立法府の調整案に独自の解釈を施した。著作権法は、著作物の批評的利用が公正な利用に当たり、著作権侵害から免責されると規定している。これを素直に読めば、批判的内容のパロディは著作権侵害から免責されることになるといえる。しかしながら、裁判所は、批判的内容であるからといって当然に免責されるわけではないとし、問題となったパロディが批判的内容であったにもかかわらず、免責しなかった。つまり、裁判所の免責に関する解釈は、立法府の意図を狭めるどころか、実質的変更を迫るものとなっているのである。

また、裁判所は、法律の規定する公正な使用だけでなく、区分論を登場させて、もっぱらそれに依拠する形で調整をはかっている。しかし、表現形式と表現内容を明確に分けることができるであろうか。たとえば、芸術表現や象徴的表現のような思想と表現が一体化している場合には区分論で対応できないであろう<sup>(37)</sup>。そもそも、著作権侵害を判断する以上、その内容に踏み込まざるをえない部分があるのであって、区分論の有効性自体

疑わしいように思われる。これについて判例は、その他の表現手段の有無を判断して表現を公にする余地を残すことで、この問題の解決をはかろうとしている。だが、これによって区分論の抱える問題が解決されるわけではない。また、パロディは原作を利用しなければ成り立たない性格を有しており、その他の表現手段の存在をもって、単純に解決できる問題ではないといえよう。

#### (4) アメリカとの比較

ところで、判例がわざわざアメリカを引き合いに出し、公正な使用の運用方法について比較していることからわかるように、カナダは著作権についてアメリカを意識している<sup>(38)</sup>。大枠でいえば、表現の自由と著作権の関係について、公正な使用と区分論で調整がはかられているとする点が、アメリカとカナダでは共通している。しかしながら、その内容は、アメリカの公正な使用との訣別を明確に打ち出したものとなっており、カナダ独自の法理を形成している。

Michelin 判決が公正な使用について比較したのは、アメリカが批判的内容のパロディを著作権侵害から免責する傾向があるのに対し、カナダでは批判的内容のパロディであるからといって免責されることにはならないと述べている箇所である。これだけを見ると、カナダでは、公正な使用と著作権侵害の免責の関係が表裏一体のものではなく、著作権侵害の免責が狭くなっている。

さらに、著作権侵害の可能性のある表現の位置付けについても相違が見られる。アメリカでは、そのような表現はカテゴリーとして表現の自由から除外されるわけではないとして、一応、保護される可能性を残している<sup>(39)</sup>。一方、Michelin 判決は、表現の自由の原理の

うち、どれか一つに該当することを証明できれば、合憲性の問題が問われることになるとした。これは、一見すると、パロディ等の表現が保護される可能性を残しているようにみえるが、それについては内容が審査されるということに留意すべきである<sup>(40)</sup>。アメリカでも内容が審査されるわけであるが、それは、原作に与える影響を最重視している。一方、カナダでは、原作との関係よりも、表現の自由の原理といった特定の内容に関連しているかどうかが問われることになるのである。

また、調整論については、区分論と公正な使用に依拠している点はアメリカの判例法理と同様であるが、アメリカではさらに、著作権の目的に着目して両者の調整をはかっている。Eldred 判決は、「実際、著作権の目的は自由な表現の創造や出版を促進する<sup>(41)</sup>。」と述べているからである。この点、カナダでは、少なくとも Michelin 判決においてはそのような理由を持ち出していない。このため、カナダの判例が、表現の自由と著作権は元々矛盾しないものというよりも、矛盾する可能性もあるが調整可能なものとみなしているように思える。

このように、カナダとアメリカは、両国とも表現の自由と著作権に関して憲法上の規定を持つという類似性を備えつつも、実際の適用レベルにおいてはいくつかの相違が見られるといえる。

### 3. 新たな調整論の展開

#### (1) 調整原理の模索

Michelin 判決を見る限り、判例法理による表現の自由と著作権の調整方法には問題があるといえる。両者が調整可能であるとしても、それを修正するか、あるいは新たな調整論を



組み立てる必要がある。このため、最近では学説から新たな調整論が提示されるようになってきている。くわえて、この問題は、従来の表現の自由の原理論に変容をもたらしつつある。

表現の自由と著作権の問題は、政府对私人というよりは、私人対私人の対立軸を中心としながら、その一方を政府が後押ししているという状況を創出している。つまり、著作権訴訟は、私人対私人の問題であって、憲章が適用される問題ではない可能性もあるのである。しかし、カナダでは、こうした問題にも、憲章が入り込むとされる。フューアーによると、カナダ最高裁は、公目的で裁判所命令が出される場合、訴訟において政府が当事者である場合、法律によって規定された民事訴訟、のいずれかに該当する場合に、判決または裁判所命令に対しても、政府行為に対する憲章訴訟として成立してきたという<sup>(42)</sup>。そして、フューアーは著作権法に基づく訴訟がに該当し、表現の自由と著作権の問題も憲章違反として争うとする。

それでは、憲章違反として争う場合、その判断は「表現の自由対財産権」という対立軸で争うことになるのだろうか<sup>(43)</sup>。このような図式は判例の見解と同一であり、判例の示した調整原理で解決することになる。そうになると、判例のいうように、他人の財産を侵害してまで表現の自由が認められるわけではないことになる。しかし、判例法理の依拠する公正な使用や区分論による調整原理には先述のような問題点があることから、こうした調整案は受け入れ難い。そこで、表現の自由と著作権の関係を対置しながら調整案を考えるのではなく、むしろ調整を前提とするアプローチをとりながら、新たな調整論を説くクレイグ (Carys J. Craig)<sup>(44)</sup>の見解をみることにしよう。

## (2) 新たな調整論

クレイグによると、表現の自由と著作権は相克するため、それを調整するためには、それぞれを個人の権利として考えていくアプローチでは成立しない<sup>(45)</sup>。だが、Michelin判決は、著作権を個人の財産権として捉え、個人の表現の自由との調整を試みてしまった。そうではなく、ある社会的価値を促進するものとしてみ直す必要がある。

表現の自由は個人の権利ではなく、公益的概念である。たとえば、検閲は、公衆への伝播を妨げるために行う規制であるがゆえに禁止される。表現の自由の保障は、対話の機会の創出にあるのである。一方、著作権の目的は、著作物を通して他者と対話し、より質の高い表現でそれを行う機会の創出にある。したがって、著作権は個人の財産を保護するものではなく、文化の創造にその主眼がある。

このように、表現の自由と著作権を公益的に考えると、相互の調整をはかることができる。両者は、対話に基づく社会の価値を実現するためにある。著作権は、文化の創造や交換の機会を増やす場合にのみ正当化される。これを Michelin 判決に当てはめると、被告の著作権侵害は、批判用に用いる意図があったのであって、文化的対話に寄与するものであったことから、著作権侵害とすべきではなかったことになるのである。

しかしながら、このような調整方法は、表現の自由について一種の転換をはかるものともいえる。これまで個人の権利として捉えられてきた表現の自由を全体の利益をはかる公益と捉えるため、表現の自由における個人の権利的側面を減殺あるいは消失させてしまう可能性があるのである。そこで、クレイグと同様に両者の公益的調整を試みながらも、そ

れを権利基底的に導き出すことが可能であるとするドラッシノーワー (Abraham Drassinower) の主張がある<sup>(46)</sup>。それによると、著作権法は著作者に権利を与えるが、それは内在的に限界を含むものである。すなわち、区分論に代表されるように、著作権を有していても、それは表現形式に関する権利の取得に過ぎない。表現内容についての権利まで取得できるわけではなく、これについては公的領域に属するものとなる。したがって、著作権の持つ内在的限界から、表現の自由との調整が可能となってくるというのである。また、正当化理由は異なるものの、サイクス (Katie Sykes) も、個人の権利の観点からアプローチし、著作権には自制的側面があるとして表現の自由との調整を図っている<sup>(47)</sup>。

こうした議論の流れは、アメリカにおいても看取できる。レッシグ (Lawrence Lessig)<sup>(48)</sup>らが表現空間の議論に絡めてこうした議論が有力になりつつある一方で、パターソン＝バーチ (L. Ray Patterson and Judge Stanley F. Birch)<sup>(49)</sup>らのように権利基底のアプローチからの警鐘も鳴らされているからである<sup>(50)</sup>。

両国ともにこうした表現空間を利用するアプローチをとることによって、表現の自由と著作権の調整を試み、さらにそれが内包する問題点についても意識していることは注目される。

もっとも、その創出内容や自由の程度には両国で差異がでてくるように思える。なぜなら、アメリカが表現空間における自由な文化の発展を目指すのに対し、カナダでは表現空間において表現の自由の原理に関する特定内容の表現を優先しながら展開する可能性があるからである<sup>(51)</sup>。

### (3) 新たな調整論における司法府の役割

それでは、このような調整論は司法判断にいかなる影響を与えるのだろうか。新たな調整論は、表現空間の維持に主眼を置くので、裁判において著作権侵害が争われた場合、その免責が認められやすい傾向になると思われる。しかしながら、その反面、表現空間の創出は立法府が担い、裁判所の役割はその維持にとどまることになる。なぜなら、そもそも表現の自由と社会・経済的権限の問題は明確に分離できるものではなく、表現の自由の限界は社会・経済的秩序と密接に関連する場合がある<sup>(52)</sup>。すると、これらの関係が問題となる政策的領域は裁判所の審査が適する場面ではない。表現の自由と著作権も同様の関係にあり、その法律の合憲性の審査については合理性に問題が無い限り、立法府の判断を尊重することになるからである。

こうした観点からすると、Michelin判決の調整手法とは袂を分かつこととなる。裁判所は、両者の調和的視点に立ちながら、法律の公正な使用の枠組みに基づきつつ、著作権侵害の免責を与えるという結論を下すべきであったということになる。

### 終わりに

本稿では、カナダにおける表現の自由と著作権の関係について考察し、判例の調整法理に問題があることを指摘しながら、新たな調整論の可能性を検討した。

もっとも、Michelin判決をみると、今後カナダにおいて、表現の自由の原理に関連するようなパロディが著作権侵害に問われた際には、合憲性の判断に踏み込まれる可能性がな

いわけではない。しかし、そのような場合、いかなる審査基準で判断されるかは明らかではない。仮にアメリカを参考にするとすれば、Eldred 判決のように合理性の基準で判断するか、それとも表現空間論に親和的なブライヤー (Stephen Breyer) 判事の反対意見にそった審査基準を適用することになる<sup>(53)</sup>。これについては、カナダではまだ議論されておらず、今後の課題として残されている。

ただし、クレイグらの表現空間の議論は、法律の合憲性よりも、裁判所の調整手法および運用に対する批判に重きが置かれているようにもみえる。そうであるとすれば、違憲審査基準の問題というよりも、実際の運用面の修正が迫られることとなる。

## Notes

1. この問題については、日本でも議論が活発になりつつある。これに関する文献として、今村哲也「著作権法と表現の自由に関する一考察 その規制類型と審査基準について」企業と法創造第1巻第3号(2004年)81頁、大林啓吾「表現の自由と著作権に関する憲法的考察 判例法理の批判から新たな議論の展開へ」『アジアに与えたアメリカの憲法裁判の影響』(慶応義塾大学出版会、2006年)293頁、紙谷雅子「コピーライト法は第一修正に「カテゴリ」として」抵触しないか」法律時報76巻4号(2004年)108頁、近藤紀男「アイデアと表現の区別 米国の判例に見る著作権と表現の自由」名古屋学芸大学短期大学部研究紀要第2号(2005年)34頁、佐藤薫「著作権法第二〇条第二項第四号の解釈と表現の自由権」著作権研究17巻(1990年)111頁、佐藤薫「憲法第21条と同一性保持権 パロディおよびその保護について」海保大研究報告第35巻第1号(1989年)1頁、中野哲夫「デジタル時代の著作権保護と表現の自由」中大大学院研究年報第31号(2002年)387頁、中山代志子「著作物の権利制限規定を巡る著作権と言論の自由の衝突」明治学院大学法科大学院ローレビュー第1巻第1号(2004年)1頁、野口裕子「デジタル時代の著作権制度と表現の自由 今後の知的財産戦略に当たって考慮すべきバランス(上)・(下)」NBL777号(2004年)18頁・778頁(2004年)32頁、長谷部恭男『interactive憲法』(有斐閣、2006年)175頁、山口いつ子「表現の自由と著作権」相澤英孝ほか編『知的財産法の理論と現代的課題 中山信弘先生還暦記念論文集』(弘文堂、2005年)365頁、山本隆司「パロディによる表現の自由と著作権の保護の限界」ジュリスト1215号(2002年)172頁、横山久芳「著作権の保護期間延長立法と表現の自由に関する一考察 アメリカのCTEA憲法訴訟を素材として」法学会雑誌39巻2号(2004年)19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。
2. See generally Neil Weinstock Netanel, *Asserting Copyright's Democratic Principles in the Global Arena*, 51 VAND. L. REV. 217 (1998).
3. この問題をさらにややこしくしているのがインターネットの出現である。Nicola Lucchi, *Intellectual Property Rights in Digital Media: A Comparative Analysis of Legal Protection, Technological Measures, and New Business Models Under EU and U.S. Law*, 53 BUFFALO L. REV. 1111, 1113 (2005); see also Jacques de Werra, *Moving Beyond the Conflict Between Freedom of Contract and Copyright Policies: In Search of a New Global Policy for Online Information Licensing Transactions: A Comparative Analysis Between U.S. Law and European Law*, 25 COLUM. J.L. & ARTS 239 (2003).
4. Pamela Samuelson, *Copyright and Freedom of Expression in Historical Perspective*, 10 J. INTEL. PROP. L. 319, 321-322 (2003).
5. Michael D. Birnhack, *Global Copyright, Local Speech*, 24 CARDOZO ARTS & ENT LJ 491 (2006).
6. Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003).
7. ERIC BARENDT, FREEDOM OF SPEECH 263 (2005).
8. See, e.g., Symposium: *Eldred v. Ashcroft: Intellectual Property, Congressional Power, and the Constitution*, 36 LOY. L.A. L. REV. 1 (2002).
9. 紙谷雅子「憲法と最高裁判所 カナダの場合」藤倉皓一郎編『英米法論集』(東京大学出版会、1987年)59 - 103頁。
10. Irwin Toy v. Quebec, [1989] 1 S.C.R. 927 at 976.
11. Constitution Act, 1867 (U.K.), 30 and 31 Vict, c. 3, s. 91 (23).
12. *Eldred*, 537 U.S. at 219. もっとも、Eldred判決は、「著作権条項と修正第一条は同時期に制定されている。この近接性は制憲者が著作権による一定期間の独占は自由な言論の原理と両立することを指し示している」と述べているように、アメリカの判例法理では双方の制定期の近接性も両立の根拠に挙げている。一方、カナダでは、

- 表現の自由と著作権の制定時期は異なっていることから、この点はアメリカと同視できない。
- 13 . 長谷部・前掲注(1) 175頁。
- 14 . See Melville B. Nimmer, *Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?*, 17 UCLA L. REV. 1180, 1193-1204 (1970).
- 15 . ここでは、労働に対する対価という意味で用いられている。
- 16 . See, e.g., *Performing Right Society v. Hammond's Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121, 127.
- 17 . *Theberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain Co.*, [2002] 2 S.C.R. 336.
- 18 . Fara Tabatabai, *A Tale of Two Countries: Canada's Response to the Peer-to-Peer Crisis and What It Means for the United States*, 73 FORDHAM L. REV. 2321, 2327-2331 (2005).
- 19 . R.S.C. 1985, c. C-42, s. 29, 1, 2 (2006).
- 20 . *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339.
- 21 . Tabatabai, *supra* note 18, at 2330.
- 22 . Michael D. Birnhack, *Copyright Law and Free Speech After Eldred v. Ashcroft*, 76 S. CAL. L. REV. 1275, 1276 (2003). なお、アメリカでさえ、著作権法の合憲性が正面から争われたのはEldred判決が初めてである。
- 23 . David Fewer, "Constitutionalizing Copyright: Freedom of Expression and the Limits of Copyright in Canada", (1997) 55 U. T. Fac. L. REV. 175, at 180.
- 24 . *Ashdown v. Telegraph Group Ltd.*, [2002] Ch 149, in s. 3 (ii).
- 25 . Fewer, *supra* note 23 at 180-181.
- 26 . *Michelin-Michelin & Cie v. C.A.W.*, [1996] 71 C.P.R. (3d) 348.
- 27 . なお、現行著作権法と判決当時の著作権法とは、公正な使用に関する条文が異なる。
- 28 . *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 114 (1994). 本件は、2 Live Crew のパロディ曲「Pretty Woman」が、オービソン (Roy Orbison) の「Oh, Pretty Woman」に関する Acuff-Rose の著作権を侵害したとして争われた事件である。連邦最高裁は、公正な使用の4要件(その使用の目的と性格、著作物の本質、複写の量、その使用が著作物の市場価値に対する影響)に基づいて審査し、当該パロディは著作権侵害とならないとした。
- 29 . Michelin判決当時、公正な使用に関する著作権法の規定は27条に置かれていたため、先述した現行法と条文が異なっている。もっとも、その内容はほとんど変わっていない。
- 30 . *Michelin*, *supra* note 26 at paras. 68-70.
- 31 . *Ibid.* at para. 79.
- 32 . *Ibid.* at para. 88.
- 33 . *Ibid.* at para. 98.
- 34 . *Ibid.* at paras. 106-107.
- 35 . *Ibid.* at para. 108.
- 36 . *Ibid.*
- 37 . Jed Rubenfeld, *The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality*, 112 YALE L.J. 1, 13-16 (2002).
- 38 . なお、アメリカの公正な使用についてはカナダだけでなく、ヨーロッパからも関心が高いとされる。John C. Knapp, *Laugh, and the Whole World ... Scowls at You?: A Defense of the United States' Fair Use Exception for Parody Under TRIPs*, 33 DENV. J. INT'L L. & POL'Y 347, 348 (2005).
- 39 . ただし、除外されない場合について何も言及しておらず、判例が実際にそのような場合が存在すると考えているか疑わしい。
- 40 . もっとも、本件で原告側は、3つの原理の重要性を主張したのみで、当該表現とその原理との関連性については何も触れなかったため、立証を果たしていないとされた。したがって、立証責任の程度についてはなお検討の余地があるものの、この点についてなんらかの立証を試みれば、今後カナダ最高裁でこの問題が扱われる可能性を残しているともいえる。
- 41 . *Eldred*, 537 U.S. at 219.
- 42 . Fewer, *supra* note 23 at 217.
- 43 . もっとも、著作権には著作者人格権があるとして、精神的自由権の側面があると主張することも理論としてはありうる。ただし、著作権が基本的に財産権的性格のものとして扱われている以上、そうした側面を主張するのであれば、著作権自体の性格についてなんらかの修正を施す必要がある。
- 44 . Carys J. Craig, "Putting the Community in Communication: Dissolving the Conflict Between Freedom of Expression and Copyright", (2006) 56 Univ. of Toronto L.J. 75.
- 45 . *Ibid.* at 102-112.
- 46 . Abraham Drassinower, "A Right-Based View of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law", (2003) 16 Can. J.L. & Juris. 3, at 18-21.
- 47 . Katie Sykes, "Toward a Public Justification of Copyright", (2003) 61 U. T. Fac. L. REV. 1, at 35-37.
- 48 . LAWRENCE LESSIG, *FREE CULTURE: THE NATURE AND FUTURE OF CREATIVITY* (2003). 邦訳として、

- ローレンス・レッシング (山形浩生・守岡桜訳)  
『Free Culture』(翔泳社、2004年)
- 49 . L. Ray Patterson and Judge Stanley F. Birch, Jr.,  
*Copyright and Free Speech Rights*, 4 J. INTELL.  
PROB. L. 1, 2 (1996).
- 50 . かかるアメリカの議論については、大林・前  
掲注(1) 323 - 331頁参照。
- 51 . こうした表現の自由の原理に関連付けるアプ  
ローチはMichelin判決の判示にみられる。
- 52 . Richard Moon, "Freedom of Expression and the  
Canadian Charter of Rights", (2002) 21 Windsor

- Y.B. Access Just. 563, at 565-566.
- 53 . *Eldred*, 537 U.S. at 245. プライヤー判事は、  
私的利益に寄与し、著作権条項が意図する表  
現的価値を著しく弱め、著作権条項の目的に  
関連する重要な正当性が見当たらない場合、合  
理性に欠け違憲になるとしている。

なお、本稿の脚注形式は、アメリカの判例・文  
献についてはアメリカの形式、カナダの判例・  
文献についてはカナダの形式を採用したものとな  
っている。