

2015年3月24日

明治大学知的財産法政策研究所(IPLPI)シンポジウム

著作権・表現の自由・刑事罰

文部科学省私立大学戦略的研究基盤形成支援事業（平成23～27年度）
情報財の多元的価値と、創作・利用主体の役割を考慮した知的財産法体系の再構築
科学研究費補助金 基盤研究（A）平成23～27年度
「コンテンツの創作・流通・利用主体の利害と著作権法の役割」

第一部 他人の作品の利用による創作と著作権・表現の自由

パネルディスカッション

上野達弘（早稲田大学大学院法務研究科教授）
木下昌彦（神戸大学大学院法学研究科准教授）
福井健策（弁護士・日本大学芸術学部客員教授）
前田健（神戸大学大学院法学研究科准教授）
司会：金子敏哉（明治大学法学部准教授）

目次

1. はじめに	1
2. 憲法上の権利 表現の自由と著作者の権利.....	9
3. 引用の憲法適合的解釈と具体的なあてはめ、刑事罰との関係.....	13
4. 非親告罪化と二次創作.....	19
5. フロアとの質疑応答	22

1. はじめに

司会(金子)：木下先生、前田先生、ありがとうございました。

それではパネルディスカッションに移りたいと思います。パネルディスカッションでは、木下先生、前田先生に加え、著作権法のもはや権威と呼ぶべき早稲田大学の上野先生と、著作権で弁護士といえば、名前を知らない人はいない、さまざまな情報発信もされている福井先生にご登壇をいただきまして、この大問題について議論をしていきたいと思っています。

検討に先立ち、私からシンポジウムの趣旨と、第 1 部、第 2 部の関係について少し説明をさせていただきます。

このシンポジウムの契機となりましたのは、今回の報告でも出てきた「ハイスコアガール事件」ということになります。これは二つの問題をはらんでいまして、一つには表現の自由と著作権の関係、他人の作品の利用の問題をどうとらえるかという問題とともに、著作権と刑事罰、そういったものの関係をどうとらえるかという二つの問題を示しています。第 1 部と第 2 部は、それぞれのテーマを扱うものですが、それぞれ密接に関連するものがあります。

関連性を意識しつつも、このシンポジウムでは、第 1 部では主に他人の作品の利用による創作活動と著作権侵害、そして表現の自由の関係。第 2 部では、著作権と刑事罰の問題一般に主に焦点をあてて議論をしたいと考えております。

では、前置きはこれぐらいといたしまして、福井先生にまずお聞きしたいと思いますが、「ハイスコアガール事件」や、木下先生、前田先生のご報告についてコメントをいただけますでしょうか。

福井：ありがとうございます。福井でございます。よろしくお願いたします。

私は主に、「ハイスコアガール事件」を念頭に置いたコメントをさせていただきますが、木下先生と前田先生のご報告については、いい話聞いたなという感想で、あまり論点的に付け加えることはなくなってしまった感じがするのです。ということで、重複は避けまして、三つくらい軽くコメントをいたしたいと思います。

侵害の成否、特に引用の成立の可能性に関しては、もう十分にご説明いただいて、実際そういう論点だと思いますが、一つ目に付け加えるのは、第 2 部にもかかわる民事と刑事の役割分担ということです。今回、仮に実際の裁判になった場合、二先生のプレゼンにもかかわらず、引用は認められず、このハイスコアガールは著作権侵害という認定を受けてしまう可能性というのは、これはもちろん大いにあると思うのです。しかし、逆にそれが成立しない可能性、あるいは議論の余地は、今日示していただいたとおり、これまた大いにあるわけです。

そうすると、そういう微妙な問題について、刑事の手続きが先行してしまったということに対して、どうもネット上などの議論を見ていると、全般にやや不感症だったのではないかという気がするのです。つまり、例えばこれは侵害だろうというご意見の方がたくさんいるのは、それはそれでよしいが、あるいはスクエニの対応がけしからんという感想をお持ちの方も随分いらっしゃったようで、それもそれでよしいが、だとして、では刑事処罰が適当なのかということです。刑事処罰ということは、それは国家が強制的にある表現を規制をするということであり、強制捜査が行われるということは、創作の現場に警察がやってきて、ありていに言えば、PC から何から全て洗いざらい持っていったらというのを意味します。そういう行為が行われると、普通の人にとっては、いや、かなり

強心臓の人にとっても、相当なプレッシャーですよ。おそらくトラウマになってしまうぐらいのものだと思うのです。現に刑事の話が出てから、連載は直ちにとめられている。これからじっくり議論をしていくべきときに、刑事手続きが先行してしまうという重大性を、もっと我々は考えるべきではないか。このシンポそのもののテーマですので、言わずもがなのことなのですが、改めて感じたところでもあります。

もう一つは、中山先生の冒頭のお話にもあった文化の特質ということ。文化というのは、しばしば先行作品、この組み合わせ、あるいはそこから受けた大きな刺激のもとに次の作品が築かれることによって形作られております。これは世界的に共通の事象であり、また、いわゆる芸術表現にかかわらないことは、ご紹介いただいたニュートンの言葉にも既に表れているわけですが、我が国は、特にこうした二次創作の豊かで幅広い伝統を持ってきております。

それは和歌の本歌取りから、あるいは歌舞伎の丸本物、あるいは古典落語ですね。もう二次創作が常態化しており、むしろそうでなかったら、現在存在しなかったであろう多くの古典芸能や古典芸術を例に挙げるまでもないわけです。

そうすると、そういう文化の特質ということ踏まえて、この問題は議論されていくべきだろう。これもまた視座としては当然のことであり、そこで前田先生がおっしゃった、表現者はいまや同時に利用者でもある。利用者は同時に表現者でもあるというご指摘につながるのだと思います。

こうしたことは、我が国においては、フェア・ユース、あるいはパロディ規定といった正面からそれを認める明文の規定がなかったがゆえに、グレーな領域で形作られてきたということが私の三つ目のポイントになります。もちろん引用の規定は、今後こうした二次創作に対して適用されていくかみせしめ、また、私もそれはされていくべきであろうと思いますが、正面切って、こうしたパロディや二次創作が引用の規定で認められるという議論は、決して我が国では主流ではないし、また裁判所の認めるところでもありませんでした。

では、なぜ現に、例えばコミケが成立し得たか。夏、冬それぞれ 50 万人以上の入場者を動員し、そこにおいては、抽選で絞られ、なおかつ 3 万 5,000 ものサークルが全同人誌中、実に 75% がパロディ系であると言われる多くの二次創作の作品を発表し、我が国のオタク文化の幅広い裾野を形作っているわけです。多くの創作者、あるいは出版社、アニメ関係者の方々と話しても、中には困る同人誌もあるよねということは聞きますが、コミケ自体に滅びてほしい、ああいう二次創作という文化はなくなってほしいという意見は、ほとんど聞くことがありません。それが我が国の、先ほど申し上げた文化の幅広い裾野を形作っているという理解があるからだろうと思います。

そして、それはグレーな領域で、いわばこれ以上やったら怒られるかな、このぐらいだったら、作者もひよっとしたら喜んでくれるかな、喜ばないまでも、許してくれるかなという絶妙なあうんの間合いで成立してきたのが、我が国の二次創作の特徴だと思います。

著作権法がそれに対して、どちらかといえば不親切だった部分を、人々の営みが補完してきたということは言えるだろうと思います。

そしてそれは情報のルールそのものです。情報ルールとは、国会で成立した書かれた法律だけではなくて、こうして人々の間で形作られている、まさに中山先生が研究を始められたソフトローによって幅広く形作られていくものです。今回、刑事が積極的にそうした表現の現場に出てきた。今回はもちろん告訴された上で出てきているわけですが、そういうこと。刑事手続きが、木下先生のご指摘にもあったように、典型的な海賊版だけではなく、ごく軽微な利用であっても私的翻案に当たらないようなものであれば、幅広く適用されるということは、こうした民間の情報のルールメイクに対して、国家がこれまで以上に大きな役割を果たすことを意味します。民間である種の情報ルールが形作られているところに、国家が入って来る。このことのインパクトを今日はお話しできればと思っています。ちょっと長くなりました。

司会：福井先生、ありがとうございました。今の福井先生のご指摘の点は、さまざまな点で第 2 部の問題意識、私個人の問題意識とも重なるところであります。それぞれについては、このパネルディスカッション及び第 2 部のパネルディスカッションで議論をしていきたいと思いますが、最初の一つだけ、木下先生、前田先生にお聞きしたいのですが、刑事と民事の役割分担ということについて、私自身は本件については、結論としては著作権の侵害に民事上もならないと考えるが、ただ刑事罰は絶対にとんでもない、という立場であります。刑事と民事はある程度使い分けていくべきではないかというお立場ですが、木下先生、前田先生は、その点についてはどのようにお考えでしょうか。

木下：どうもありがとうございます。理論的には、民事では侵害となり、民事責任の対象になるけれども、刑事罰の対象にはならないということは充分にあり得る論理だし、立法論としても検討すべき課題であると考えます。私としても、それは大いに推奨したいところです。ただ、現在の日本の著作権法の枠組みを前提といたしますと、基本的には民事責任の対象になるものは、刑事責任の対象になるというふうに解釈するのは、私としては素直な理解であろうと思います。

実際、現に例えば名誉毀損の話でも、民事で民事責任が成立するものは、刑事責任も成立するという、ほかの分野でも、裁判所は基本的に一元論と言ってもいいかもしれませんが、一元論的な立場を取ってきました。そういうことを前提としますと、もちろん金子先生のように、民事と刑事を分けるという論理もあるかもしれませんが、我々といましては、さしあたり民事と刑事両方が一致するという前提のもとでお話しをさせていただきます。

そこで、先ほどちょっと福井先生のお話にありました、これまでグレーな領域であったということなのですが、これまで法的には民事責任の対象になるものは、同時に刑事責任

の対象にもなるということだったのですけれども、事実上あまり捜査自体が行われなかったという状況があったのだと思います。すなわち、法的には民事責任・刑事責任の両方が成立するのだけれども、事実上民事責任だけが問われてきたという状態が続いていたのだと思います。

しかしながら、このハイスコアガール事件の重要性というのは、これまでの一般的な運用というものを覆す、あるいは、「ハイスコアガール事件」以降、刑事罰の対象としての著作権侵害というものを考えていかなければいけない状況になったのだと思います。私としては、これまでグレーだったものがグレーではなくなってきたと認識しております。

司会：ありがとうございました。おそらくハイスコアガールの前に、ポケモン同人誌事件もあったがために、グレー領域への刑事の適用は少なくとも 2 回目ということになるかもしれませんね。

それでは、今の点も意識しつつ、これからの議論をしたいと思います。上野先生は「ハイスコアガール事件」、あるいはお二人の報告について、簡単なコメントをいただけますでしょうか。

上野：上野でございます。この場にお招きいただくのは久しぶりですけれども、どうもありがとうございます。

今日は、木下先生と前田先生のご報告がございましたので、私の方からは、まずその報告内容に関しましてコメントをさせていただきたいと思います。

一言で申しますと、共感するところが多いです。具体的には三つあります。

1つ目に、憲法と私法の関係です。

従来は、公法・私法二分論という形で、公法と私法は水と油だという考え方が少なからず強かったと思いますけれども、近年では、公法と私法の協働というものが、さまざまな分野で表れております。

そのような中、本日のご報告も、私法である著作権法の解釈論および立法論において、憲法上の権利や自由といったさまざまな価値を積極的に考慮するという憲法適合的解釈のお考えが基本にあったと思います。それは私も大いに共感するところであります。

もちろん、表現の自由などの利用者側の権利が憲法上の基礎づけを有するのみならず、著作者の権利の方も憲法上の基本権として正当化されると考えるかどうかについては、私と考えが異なるのかもしれませんが。

しかし、著作権法の中で、著作者の権利や利用者の権利といったものが衝突していて、その調整という観点から、これに適合するように、私法である著作権法を解釈するという基本的立場は共通していると言えます。

そのような考え方は、私がこれまで書いてきた論文、例えば、同一性保持権の侵害判断における利益衡量に関する論文でも、著作権法 20 条 2 項 4 号の「やむを得ない」改変とい

うものを緩やかに解釈することにも表れていますし、また、先ほどもご紹介いただいたように、著作権法32条1項の引用に関してこれを緩やかに解釈することにも表れています。さらには、立法論として、権利制限の一般条項、すなわちいわゆる「日本版フェア・ユース」という問題につきましても、同じような考え方がその基礎にあります。このことが1点目です。

2点目は、これとも関係しますが、二次創作の確保です。

表現の自由という観点からいたしますと、二次創作行為というものも創作行為として、その自由が可能な限り確保されるべきだということになります。特にデジタル・ネットワーク時代におきましては、単に著作物を享受するだけではなく、誰でも著作物を発信できるようになったわけであります。かつて中山信弘先生も「万人が出版社」の時代になったと指摘されています。

そうすると、二次創作に対応する必要性というのは、かつてよりも高まっているといえようかと思えます。二次創作の自由を可能な限り確保すべきという要請自体は、保護期間の長さがどうあろうと必要なことではないかと思っております。これが2点目です。

3点目は、引用の解釈論です。

これも先ほど私の論文をご紹介いただきましたが、著作権法32条1項については、二要件説から脱却して、できるだけ柔軟に解釈すべきだという方向性は大変共感できる場所でもあります。そして引用の規定というものの自体、それが著作権と憲法上の表現の自由との調整を図る規定なのだという理解も私と同じであります。

実際のところ、従来の裁判例でも引用は緩やかに解釈されるようになっております。もちろん、「美術鑑定証書事件」に関しましては賛否分かれるかもしれませんが、このような判例における引用の拡大的な適用傾向からいたしますと、二次創作あるいはパロディに関しましても、これを直接対象とする制限規定がない以上、32条1項の引用規定を持ち出すことは一理あるのではないかと考えております。

以上のように、木下＝前田報告には共感するところが非常に多いわけですが、その上で私の考えと異なることは2点あります。

1つ目に、著作者側の権利についても憲法上の基礎付けを認めるかどうかです。この点は、先ほどの木下＝前田報告では、必ずしも明確にされていないように思いますが、著作権の正当化について「政策」という言葉に数多く言及されましたし、また、お話の中でも、表現の自由というものが、著作者の権利に対して、原則として優先するというような方向性が示されたように思います。そして、特に「息継ぎの空間」を確保するという観点から、波及効果が生じないように、どちらかという利用者自由領域を大きくする方向に働きやすいのではないかと思います。この点が基本的な考えとして異なるように思います。そして、そのことは後ほど述べる具体的な当てはめにおいても違いを生じさせるように思います。

2つ目に、32条1項の引用を柔軟に解釈するとしても、ではどこまでいくのかという点

で私の考えとは違いが出てくるように思います。私の見るところ、木下＝前田報告についての引用規定というのは、表現の自由を確保するために適用されるべき制限規定の一般規定だと位置づけられているのではないのでしょうか。さまざまなケースがあり得るけれども、著作権と表現の自由との調整を図るために、最終的に 32 条 1 項が受け皿となるのであると考えられているのではないかと思います。

さて、その上で、私から若干の問題提起をしたいと思います。

木下＝前田説によりますと、引用に当たるケースが非常に広いということになります。今回のハイスコアガールも、9 話や 11 話など、いろいろ紹介がありましたけれども、いずれも引用ということで許容されることになるのだらうと思います。

そして、——今日はお話の中に出ませんでしたけれども——、事前のディスカッションではこんな例もありました。それは、例えば、『ノルウェイの森』という小説にはビートルズの「ノルウェイの森」という曲が出てくるわけですが、小説の中に登場する限りは著作権の問題は生じません。では、この小説を映画化しようということになりますと、どうしても音楽の形で「ノルウェイの森」を使用する必要があることにならうかと思えます。木下＝前田報告に従うと、このような場合にも、そのような必要性であるとか合理的関連性があれば、引用として、権利者の許諾なしに音楽としての「ノルウェイの森」を利用できるということになるのだらうと思います。

確かに、そうした映画化という行為が二次創作と言えるようなものだとしますと、もし著作権によって、そのような行為自体ができないということになれば表現の自由の制約になり得ます。しかし、今のようなケースが全て引用に当たると言ってしまうとよいかと、私自身は躊躇があります。

ただ、引用に当たらないということになりますと、そうした二次創作が許されなくてよいのかということになります。そうすると、やはり二次創作というものについて立法論を含めた検討が必要なのではないかと思います。

もちろん、一定の二次創作の自由を確保すべきであるにもかかわらず、現在、二次創作を許容する規定がないのだから、引用規定を適用するしかないのではないかといえば確かにそうかもしれません。しかし、もし、例えば、先ほどの「ノルウェイの森」の映画化やハイスコアガールについて、引用に当たるといってしまいますと、権利制限規定ですので、権利が一切及ばないということになります。その結果、確かに、二次創作行為の自由は確保されるのですが、著作権が一切及ばないために、単に著作権者の許諾を得なくても二次創作ができるというだけではなく、そのような二次創作による収益が上がっても、権利者に何も支払わなくてよいということになります。つまり、権利者にとっては、そうした二次創作をやめさせられないというだけではなく、何らの利益分配も受けることができないことになるのです。

結局、問題は 2 つありまして、無許諾でよいかということと、無償でよいかということとであります。

そのような観点からいたしますと、二次創作のようなものについて、権利者の許諾なしに行うことが許されるべき場合があるとしても、権利者に一定の報酬を認めるべき場合があるのではないかと思います。今回のハイスコアガールも、確かに、権利者の許諾なしにあの作品が作れないというのはひどいという考えもあろうかと思いますが、たとえ権利者の許諾なしに作品を作ることが許されるとしても、権利者に一切の利益分配をしないというのではなく、一定の利益分配をさせるというのが一つの落としどころではないかと思うからです。

もちろん、著作権は排他権であるから、差止請求は棄却しつつ損害賠償請求は認容する、という判決があり得るのかという問題もありますが、最近では、アップル&サムスン事件の知財高裁大合議判決のように、権利濫用を理由として差止請求は棄却し、損害賠償請求だけ認めるということもあろうかと思います。あるいは、すでに著作権法にある「権利制限&補償金請求権」の規定を類推適用して、補償金支払義務を認めるという解釈もあり得なくはありません。さらに立法論としては、二次創作を、強制許諾である裁定制度の中でカバーするという点も検討の余地があろうかと思います。

こうしたことは著作権という権利の性質が排他権であるべきなのか、それとも報酬請求権でよいのかという著作権の性質それ自体の問題であります。これは今大きな話題になっており、私も先週CRICで講演する機会がありましたし、また6月には、著作権法学会や、国際的な著作権法学会であるALAIなどでも議論される予定です。そうした点も含めてご意見いただければと思っております。どうもありがとうございました。

司会：上野先生、ありがとうございました。では、今の上野先生のコメントに対して、木下先生、前田先生からコメントはありますでしょうか。

前田：それでは私の方から、特に最後の点に関してコメントをさせていただきたいと思えます。

先ほどもお話しありましたように、現在の著作権法というのは、著作権侵害があるということになると、基本的には刑事罰と、それから民事の方でも差し止め請求と損害賠償請求、基本的にはこれらがセットで来るという仕組みになっているのです。それは上野先生がご指摘されていますように、オールオアナッシングというか、侵害であれば全部来るし、なければ何も来ないというような基本的な発想に立ってしまっているというのは否めない点があるかと思いました。

我々の今回の報告は、そこにはあえて踏み込まずに、基本的に刑事罰を科さないとするならば、どういう解釈ができるだろうかという発想があったのは事実かと思えます。

ただ、おっしゃるように、これらの三つをセットで扱わなければならない必然性は必ずしもないように思いますし、解釈論の中で、そういった使い分けがうまくできるのであれば、それは最大限追求していった方がいいというのは、それは私は上野先生に共感する部

分が非常に多いです。

今回も結論としては、我々権利侵害でないということにしましたが、例えば本件について、一応権利侵害であるけれども、刑事罰については何らかの理由で科さないという解釈をして、さらに差し止めも、先ほども出ましたアップル・サムスンとか、そういったような理屈を使って権利濫用で棄却すると。損害賠償だけを認めるというような結論というのは十分あり得るのだらうと思います。そういう解釈論でどこまでできるかというのは、私よく分かりませんし、立法論もだいぶ含んでくるのかもしれませんが、そういった形で、侵害か侵害がないかではなく、権利者と利用者との利害調整は、もう多様なメニューの中で実現していくという方向性は、むしろあり得るといえるか、そちらを私も考えているということだと思います。

2. 憲法上の権利 表現の自由と著作者の権利

司会：ありがとうございました。それでは、上野先生のコメントのうちのもう 1 点、つまり著作者の権利は憲法上の権利なのかどうかという点について、木下先生はどのようにお考えでしょうか。

木下：どうもありがとうございます。この著作者の権利が憲法上の権利かというのは、当然かなり難しい問題だと思うのですが、ただ、例えば日本国憲法の 29 条 2 項は、財産権の内容は公共の福祉に適合するように、法律でこれを定めるといふふうに規定されておりますけれども、何らかの財産権を定めるときには、やはり公共の福祉に適合するかということ、まず第一に根拠になるというふうに考えております。

著作権の場合の公共の福祉ということは、やはり創作に誘引を与えるということになってくるかと思えますけれども、そもそも財産権それ自体が、いろいろな学説あるわけですが、私は、所有権も含めて、国家の創設した権利であると理解しております。仮に、そうは言っても、前国家的な著作権、あるいは前国家的な著作権があると考えられるかもしれませんが、ただ、問題なのは、それがどこまで及ぶのかということです。少なくとも海賊版を差し止める権利というのは、何か直感的にそれは憲法上の権利だと言えらるかもしれません。しかし、それを翻案とか、さらにこの「ハイスコアガール事件」のような作品の出版まで差し止めるというところまで、果たして憲法が法律が定める以前に、それはもう憲法上の権利だということまで言っていると証明するにあたっては、かなりの論証が必要になってくるものだと思います。仮に法律で定められた権利が全て憲法上の権利だということになってしまいますと、表現の自由は、法律で定めれば制限できるということになってしまいます。表現の自由は法律に優先するもので、法律でもいたずらに制限できないものなのですが、法律で定められたものが財産権で、財産権は憲法上の権利で、憲法上の権利だと表現の自由が制限してしまうということになってしまいますと、結果的に

法律で定めれば、表現の自由は制限できるということになり、法律でも表現の自由を制限できないという論理的な前提と矛盾してしまうことになります。私は少なくとも、特に翻案を差止める権利について言えば、それ自体が憲法上の権利だということは、それを論証すること自体が難しいのではないかと思います。

司会：ありがとうございました。具体的な事案の問題は、また後で検討することにして、まずはこの表現の自由と著作権の点について、今の木下先生のコメントも踏まえて、上野先生から再度のコメントをいただけますでしょうか。

上野：特にないのですが、今のお話を伺っていると、著作権というのは法律によって創設された権利であるけれども、所有権も同じだというふうにおっしゃいましたので、そういう意味では、少なくともデッドコピーを禁じるような著作権については、所有権と同等の憲法上の基礎を持っていると考えることになるのかも知れませんね。そうであれば、著作権と表現の自由というのは、憲法上の基本権同士の衝突であって、その調整を私法である著作権法の解釈で行っているのだという私の考えとあまり変わらないのではないかという印象を受けました。以上です。

司会：木下先生に一つ伺いますが、翻訳を作る権利は、憲法上の権利に当たりますか。あるいは翻訳版を流通させる行為について権利を及ぼすことはいかがでしょうか。

木下：憲法上の権利はどこまで及ぶものかということ論証すること、これは憲法上の権利で、これは憲法上の権利ではないと論証するのは、かなり難しい。ほかの領域とパラレルで考えた場合、例えばプライバシー権というのは、皆さんたぶんこんなのは憲法上の権利だろうと思われるかもしれませんが、最高裁は、プライバシーですら憲法上の権利だということに関して、かなり抑制的なわけですが。実際に自己情報コントロール権というのが学説で有力なのですけれども、それ自体としても、いまだに最高裁は肯定してはいません。

そのように憲法上の権利に対して広げるとということに対して、抑制的な最高裁の立場を前提とすると、例えば今日後半でお話があるかもしれません。著作者人格権とか、そういったものも含めて、それが果たして憲法上の権利と言えるのかどうか。もし仮に言えるとするなら、著作権だけがほかのパブリシティ権やプライバシー権や名誉権と比較して、突出して憲法上の権利が拡大していく領域になってしまうという、もしそれが正当化できるのならいいのですけれども、私は、今まだそこまで正当化できる論拠はないのではないかと認識しています。

司会：上野先生、今の点はいかがでしょう。

上野：木下先生の今のお話ですと、アレンジする権利、そしてアレンジしたものを発信する権利について、憲法上の基礎を与えることについては、やや躊躇が見られたように思います。ただ他方、これはまた事前のディスカッションでのお話になりますけれども、表現の自由を非常に広く解釈するというのが、憲法学者の中でも一般的のようでありまして、例えば他人の著作物をまるまるコピーしてネットにアップするというのも表現の自由でカバーされる、つまり一応憲法上の自由の一環だということになるようであります。

もちろんデッドコピーというのは、自分の発信しているメッセージ一切ありませんので、仮に憲法上の権利の一環と認めるとしても、それほど尊重されないことになるのだと思います。そうであれば、確かに従来最高裁は憲法上の権利だと認めると影響が大きいと思われたから憲法上の権利と認めること自体に抑制的だったのだと思いますけれども、憲法上の権利であるということは、あくまでいわゆる原理に過ぎず、著作者の権利も、そして表現の自由も憲法上の権利と認めた上で、それらがいわば原理として重複しており、その原理間調整を私法が担っているのだと解釈するのもいいのではないかと考えております。

司会：木下先生、もしあれば、お願いします。

木下：条文上の根拠を申しますと、まず財産権については、その内容は法律でこれを定めると 29 条 2 項は書いているのですが、表現の自由については、一切の表現の自由はこれを保障するという規定が憲法にあります。その規定の関係も含めると、もちろん憲法改正がなされて、今自民党の改正法案で、知的財産権が 29 条に入るということで提案されておりますけれども、もしこれが入れば、また変わるかもしれないのですけれども、現在の憲法解釈においては、私は表現の自由が最初に全部及んでいて、それを制限していくのが著作権だという認識でおります。

また、なぜ憲法学者が表現の自由を強調するかといいますと、その第一は、民主制というものが、表現の自由が存在して初めて成立しているものであるということです。民主制が成立してさまざまな著作権も含む法律が成立されている。これを言うと、もしかしたら、著作権法学者の先生方から怒られるかもしれませんが、例えば仮に翻案というものが存在しなくても、民主制国家は存立していくと思うのですけれども、表現の自由が存在しなくなってしまうと、民主制は成立しなくなってしまう。そういうことも考えると、民主主義を国政の基本とする我が国においては、やはり表現の自由は優先すべきなのではないかと考えております。

司会：福井先生や前田先生から何かコメントはありますかでしょうか。

福井：おっしゃったことにどのぐらいマッチしているのか分かりませんが、当然ながら、財産権は保障されていますので、著作権も財産権として、著作財産権は保障されるのだと思います。そのときに当然ながら、表現の自由との調整局面ということになる。その意味では、上野先生のおっしゃるとおりだと思います。その調整局面において、著作物、つまりこれ情報財です。情報財は、有形財とどういうふうに性格が異なるのかということが、当然その調整においては重視されてくるだろう。もう言わずもがなのことですが、情報というものは、1人が使おうが1,000人が使おうが全く減るといことがありません。また独占的な管理、占有ということにはいささかなじまない性質を持っていて、どこかで誰かがコピーしても、基本的には分かりません。どんどん複製されることで、新しい価値が生み出されていくという、そういう特質を持っています。

このこと自体、おそらく今日別に対立はないだろうと思いますので、そういう特質を踏まえて、両者が衝突するときはどう調整をつけていくかという、やっぱり個別論での調整局面の話に全部は集約されていくのではないかという気がいたしました。

司会：ありがとうございます。個別論に移っていく前に、一つだけ。表現の自由というものについて、例えば著作物の利用行為は、これ全部表現の自由で言う表現に当たるといことでしょうか。私的複製とか中古ゲームソフトの販売とか、こういった行為はいかがでしょうか。

木下：私は全部含まれると思いますけれども、中古ゲームの販売というのは、たぶん表現の自由かもしれないし、営業の自由とか、そういったものとも、もしかしたら関係するかもしれない。その辺については、まだ議論が成熟はしていないと考えます。

司会：それは政治的言論と同じ意味を持つ表現の自由ですか。

木下：そのゲームの内容にもよりますが、私は芸術も政治的言論と同じ内容を含むのではないかと考えております。

司会：福井先生、お願いします。

福井：実は、政治的表現と芸術的表現を分ける議論自体がいささか古典的かなという気はするところです。おそらく木下先生も意識した上でおっしゃっているのだと思いますけれども、例えば政治的表現というときの政治とは何かというと、おそらく政府による統治だけを意味するものではないだろうと思います。現代社会において政治とは、この場のような市民社会、この公共圏の中で行われていくものであるので、全ての情報流通は、政治性を持つといえれば政治性を持つわけです。

表現の自由とは、社会における情報の流通をいかに豊富化するか、そういう機能をおそらく持っている。たくさん多様な情報が人々の間で行き渡ることによって、人々はその中で自分はいかに生きるべきか。そしてこの社会はどうあるべきかを、たくさんある情報の中から自ら選び取っていく。そういう人々の自由は、最大限の尊重に値するからこそ、情報はできるだけ豊富なものとして多様に流通されるべきだ。これが私の理解する表現の自由の大きな値打ちです。もしそうだとするならば、表現の自由とは情報流通・情報アクセスの自由でもあるからして、いかなる形であれ、情報を流通させるときには、そのことは議論されざるを得ないのではないかと思うのです。

ただ、やっぱり調整局面になったとき、単なる海賊版流通と新たな価値を伴う、例えば二次創作の作品の発表とは全く異なる評価を受けるだろうとは思いますが。

木下：福井先生の全くおっしゃるとおりであると思います。

3. 引用の憲法適合的解釈と具体的なあてはめ、刑事罰との関係

司会：それでは、もう少し具体的な引用の解釈論の話に移っていきたいと思います。特に木下先生、前田先生のお立場から、特に「ハイスコアガール事件」について、9話、11話、23話のそれぞれの例を挙げられて、いずれも引用に当たるのではないかという点が示されましたが、この点について、…マイクの譲り合いの精神が発揮されているようでありますが、上野先生、福井先生からコメントをいただければと思います。

上野：先ほどのコメントの中でも少しだけ申し上げましたし、NHKでもコメントしましたが、ハイスコアガールが従来の適法引用に当たるかということ、なかなか難しいかも知れませんね。確かに、近時の引用要件が裁判例ではかなり拡大しているところではあるわけですが、引用規定を広く読むべきだと主張してきました私でも、「美術鑑定証書事件」を適法引用と認めていいのかなと思うところもありまして、今回のハイスコアガールが全て引用に当たるというのはやや厳しいのではないかと考えております。

ハイスコアガールにしても、あるいは先ほどの『ノルウェイの森』のようなケースにしても、確かに刑事罰を科すというのは問題だと、——もちろんケースバイケースですけれども——これは私もそのように思うところがありますが、ただ、こうした行為はあくまで許諾を得てやるべきだという考えも、一般論としてはあるのではないかと考えております。

司会：福井先生、いかがでしょうか。

福井：そのとおりだと申し上げたのは、考え方の枠組み、その視点に対して共感したから申し上げた。実は具体的に、今回のハイスコアガールの全ての表現が引用として、今の新

たな解釈に基づくとしても認められるべきかは、私も微妙なところだと思います。

あれでオーケーだということになると、言ってみれば、メインの部分オリジナルで作り上げていけば、その脇役的な要素は既存作品から借りてきても、おそらくかなりの部分いけてしまうのかなという気がするのです。それに対して自分も若干の躊躇を感じる。

ただ、ちょっとどういう効果が出るか読み切れないので、ギャンブルではあるのだけれども、認めてしまってもいいかなと思うのは、やはり市場での影響なのです。美術鑑定証書事件でも言われた市場での影響という大きな要素について言うと、あの「ハイスコアガール事件」によって、SNK のゲームソフトや、あるいはそれに関連する商品の売りに悪影響が出るとはみじんも感じられないのです。そうすると、その 1 点において、財産権ということを重視するならば、認められてもいいのかなと。ちょっとすみません、悩ましいというコメントになりました。

司会：今の点についてコメントをいただければと思います。

木下：福井先生もご指摘いただきましたように、私は、例えば SNK 側に實際上発生した財産的損害というのは、ほとんどないのではないかと認識しております。純粹に憲法的な利益衡量で考えますと、ハイスコアガールによって新たな作品が出来上がって、それは世界に誇る漫画の一つだと思いますけれども、そういうものが誕生して、それを誕生させるためには、SNK の作品の利用が必要であるという事情があります。他方で、SNK 側は、全くとは言わないまでも、ほとんどそれについての財産的な損害は少ない。著作権がなぜ存在するのかと考えた場合、今我々が取る政策説、誘引説、すなわち、著作者に財産的な利益を還元することによって、創作活動を誘引させるということが著作権の存在理由だとすると、そもそもの著作権の存在意義との関係で、それに与える影響は少ない。表現の自由に対するダメージが大変大きい一方で、著作権の存在理由に与える影響が少ない。そのような場合に、ではその表現を規制するということが結論において憲法上正当化されるのかということです。もちろん表現の自由も絶対的ではないので、それを上回る価値、上回る対立利益があれば制限できると思いますけれども、具体的な事例で考えた場合、このハイスコアガールの事件で、これを認めたからといって、どのような損害が社会に発生するのか。仮に認めることによって、社会がどのような利益を受けるのかということを考えて場合、憲法的に規制することは正当化できないだろうと思います。しかも、刑罰をもって、このハイスコアガールを封印するということについては、もはや正当化することはできないのではないかと考えるわけです。

もちろんお金を払うべきだというのは確かにあるかもしれませんが。ただ現行の著作権法上、ライセンス料を支払えとは命じることができるとは思いますが、刑罰は適用しないという枠組みが、現在明文上規定されていない上に、解釈上もかなり困難であると考えます。その場合、民事でライセンス料を支払う事案だから刑罰を適用すると考えるのか、刑罰はなん

としても避けなければいけないので、ライセンス料も同時になくすとするのか、その二者択一しか現在の著作権法ではないと認識しています。

ですので、私は立法論としては、刑事と著作権法の成立要件を分けるというのが一番妥当な解決だと思いますけれども、現在の著作権法を前提とするなら、それはまずは個人に対する国家の最も強力な暴力である刑事罰を科すということをできるだけ抑制するという観点に立って解釈を進めるべきではないかと考えます。

司会：私は解釈論としても民事と刑事を分けることができるという話を第 2 部でするつもりであります…やはり難しいでしょうか。

木下：僕ばかり話して申し訳ない。憲法適合的解釈で、ご紹介した堀越事件は国家公務員法というのは、懲戒と同時に刑罰もあります。学説は、懲戒は合憲だけれども、刑罰は違憲だというのが有力だったわけですけれども、裁判所はそういう論法は取らずに、逆に刑罰があるのであるから、懲戒の事由も狭くして、刑罰の適用範囲も狭くするという解釈を取ってきました。ですので、私は刑罰も含まれている以上、逆に憲法適合的解釈の場面で、これは刑罰法規でもあるということが考慮要素になるというのは、むしろ自然な流れで、逆に分けるというのは、我々の憲法適合的解釈の枠組みではないというふうに考えます。

司会：ありがとうございます。前田先生、いかがでしょうか。

前田：今、福井先生と上野先生からコメントをいただきましたけれども、確かに解釈については、多元的な見方があるということで、これは適用引用に当たらないという解釈も、それはあり得るところなのだろうと思います。

ただ、今木下先生も強調されましたように、我々最終的な帰結としては、これに損害賠償は払わせるべきかどうかというところよりは、刑事罰を科すことが妥当かどうかという基本的な視点で考えているというのがあります。

ですから、今件がということではなく、適法な引用として認められる範囲の中に、立法論的に言えば、お金は払わせてあげた方がいいよねというものが多少は含まれてくるだろうと思うのです。ただ、表現の自由と著作権の調整ですから、著作権の価値というものも同様に高く評価しているわけで、その損害の額があまりに大きい場合には、それは表現の自由よりも著作権の方が優越することはあり得ると思うのです。

著作権よりも表現の自由を重視しているという話ですけれども、我々この問題を考えるに当たって、著作権者に市場に対する影響があるのかどうかというのは、相当慎重に考えているつもりで、例えば先ほど福井先生が、脇役的な扱い方をすれば全部入るのではないかと言いましたけれども、福井先生がどういうご趣旨でおっしゃったのか分かりませんが、私の個人的な感想を言えば、いわゆる脇役的な扱い方をすれば全部引用になると思ってい

るわけではなく、それはどういうふうに脇役として使うかにもよると思うのです。

それが注目を集めるために、無意味に脇役として出てきているとかいう側面、そこまでいかななくても、その脇役の人気に相当フリーライドしているような側面というものがあるのであれば、それは損害としては相当大きいというケースも中にはあるでしょうし、そういう場合に、当然に表現の自由の方が優先すると言えとは限らないと思うのです。

報告の中でも言いましたけれども、これは20年以上前のゲームであって、社会的な記号にもなっていて、あくまでそういう分脈で使っているというところが重要なのかと思っております。そういう場合には、市場に対する影響というのも基本的には小さいと考えることができると思っています。

司会：上野先生が指摘をされた『ノルウェーの森』のBGMの例はいかがでしょう。

前田：BGMの件は非常に難しく、一般的に音楽のBGMが引用として認められる可能性が高いのかと言われると、多くのBGMというのは、やはりそういうことにはならないだろうと思うのです。ただ『ノルウェーの森』のような物語の中で必然性が非常に高い使い方をする場合においては、今回のゲームの使い方のような同じような意味で引用になる可能性というのは、十分にあると思うのです。

ただ一方で、一つゲームの場合とBGMの場合で違うと思うのは、BGMの場合は、許諾を得るための市場というのが比較的整備されていて、そういった場合、コスト（取引費用）が低く比較的簡単に許諾を受ける仕組みというのが整っているといえると思うのです。

そういった場合、許諾を強制したとしても、表現者に対して与える制約というのは必ずしも大きくないかもしれないのです。そういった要素は、だから絶対にお金を払うべきだと直ちにいくわけではないと思いますが、それは比較衡量の中で衡量要素にはなり得るのかと私は思っています。

福井：前田先生、今のお話の中にありました脇役全部というのは、そこまでの意味で言ったのではないけれども、しかし、今回本当に各ゲーム要素は、その人気というものに依拠して利用されていないでしょうか。あるいは本当に全て記号的な利用にとどまっているでしょうか。これは少し疑問として感じたところです。

それから、『ノルウェーの森』音楽に関しては、許諾の仕組みはというお話が出たけれども、例えばビートルズ曲などの音楽、これの映像内での使用というのは、許諾はそんなに簡単に取れるものではないです。極めて高額な使用料を伴うものです。一応これは指摘しておきます。

前田：ご指摘ありがとうございます。2点ともおっしゃるとおりかと思えます。確かに完全

に元の作品の顧客吸引力などを利用していないのかと言われると、それはそういう側面はあるのだろうと思うのです。しかし、全体の中でどういう位置を占めているのかという程度の問題だと思えます。

BGM の点に関しては、まさにおっしゃるとおりだと思います。ただ、お金（使用料）が制約になるかと考えたとき、完全に交渉が取引費用なく行われると考えれば、その作品を作ったことによってもうかった利益のうち、どう案分するかという話になるはずなので、お金を払うだけだと、理論的には制約にはならないはずなのです。ただ現実はそのはいかないということはよく認識しております。

木下：BGM ですが、例えばドキュメンタリー番組で、どこかの喫茶店内、レストランなどを取材しているとき、そのレストランで流れている音楽が入り込むということもたぶんあるかと思うのですけれども、その場合は、著作権侵害になるのですか。

司会：それは映り込みで、30 条の 2 でいける場合もあるかと思えます。

福井：おっしゃるとおりだし、それから放送番組に絞って言うならば、これは JASRAC とのブラケット、いわゆる包括契約というものが存在しますから、たいていの曲は、放送番組で使うことは、大きな負担なくは行えます。それ以外の、例えばこれが劇場用の映画みたいな話になってくると、がらっと権利処理のハードルは上がるという趣旨です。

木下：私の中では、映画の中で、いわゆる狭義の BGM として流れる部分には、引用として認められない可能性があるのですけれども、例えば特定の時代を描写する際、必ずこの時代だったら流れていたような曲が、例えば喫茶店や特定の場所で流れているという情景を描くときに、その音楽が流れるときには、私は引用として合理的関連性というか、必要性が認められるのではないかと思います。

福井先生は、もう 2 番目の指摘だと思うのですけれども、このハイスコアガールが、確かに厳密に考えてみた場合、本当に注目を集めるために利用されていないのか、いろいろ詰め出すと確かに微妙なところもあるかもしれませんが、私が報告でも強調させていただきましたように、息継ぎの空間というものが必要であろうと考えております。もし、最終的に、いわゆる裁判官が判断代置的というか、後付け的に判断できるとなりましたら、それはある意味で裁判による芸術の介入になりますし、裁判所でどうなるか分からないということを恐れて、結局表現が萎縮してしまうということもありますので、一般的には、もしかしたらこれは駄目だろうと思われるものでも、表現の領域を広めるということが必要なのではないかと。いわゆるグレーなところはむしろ保護されるという発想で我々はいます。

司会：ありがとうございます。これらの具体的な事案について、福井先生、上野先生から何かほかに、こういう事案は、とかコメントはありますでしょうか。

上野：具体的なコメントではないのですが、今の「合理的関連性」があるかどうかという点については、「息継ぎの空間」を確保するために、二次創作者基準になるわけですね。つまり、二次創作者の方が、これは関連性がある、と思ったら、それは尊重される、許容されることになるわけですから、結果として、客観的に見ればそれほど関連性がなかった、という場合でも許容されることになります。だから、このような考えに従うと引用に当たる範囲はかなり広いということになると思います。

なぜそのようにおっしゃっているかという点、引用に当たると言わなければ、民事だけでなく、刑事の問題になってしまうから、そのために引用の規定を広く解釈されているのだと思います。ただ、最近では、知的財産権に基づく差止請求を権利濫用によって否定するという傾向も強まっています、最近アップル対サムスンの知財高裁判決も出ましたし、著作権でも、具体的な事案は違いますが、それも那覇地裁の判決があるわけです。

ですので、一定の二次創作を許容すべきだとしても、引用に当たるといってしまうのではなく、権利濫用を理由に差止請求だけ否定して、損害賠償請求は認めるという方法もあるのではないかと思います。そして、将来の行為については、差止請求できないけれども、少し高い損害額を認めるとか、解決の方法はいろいろあるのではないかと考えております。

もちろん、権利濫用にに基づき差止請求だけ棄却するという場合、違法性阻却でもされない限り、刑事罰は課されてしまうのではないかという問題はあるかも知れませんが、それは第2部で議論されるのだと思いますから、私から特に申し上げることはございません。

木下：刑事について補足しておきますと、私は、もしかしたら、例えば翻案について刑事罰をなくすとしたら、解釈論上は、引用の規定について、我々の解釈というのは取らなくて、むしろ、引用規定の適用範囲を狭く解釈できる余地があると考えます。これは皮肉な話ですが、むしろ、我々の解釈を前提としますと、むしろ翻案については、刑事罰をなくした方が、逆に民事の権利者側の権利の範囲が広がるということになる。

逆に刑罰があるおかげで、実は誰も得しないような状況になってしまうということはあるかと思えます。これは立法政策論上、今後検討していくべき事柄ではないかと思えます。

司会：ありがとうございました。今の点について、何かありますでしょうか。

上野：民事・刑事一元論だから、刑事罰になってはいけないものは民事の侵害にもならないように解釈しているからということですか。

前田：そうですね。上野先生も指摘していることかと思いますが、刑事、民事を、立法論的に言えばセットで扱う必要性はなく、本件も刑事罰を科すことは相当でないけれども、民事も、基本的に損害賠償請求は認めてよくて、場合によっては、差し止めも認めていいかもしれないという解決も十分にあり得ると思うのです。立法政策としては、それはあり得る。

ただ、全部がセットでくると、そう思っている我々の現在の著作権法の規定を前提にすると、刑事を引きずって、本来であれば、お金をあげてもかまわないものもお金をあげないという結論にせざるを得ないという部分があるのかと思います。

4. 非親告罪化と二次創作

司会：ありがとうございました。私は解釈論でもできるという話ですが、それはまた第2部でやることにいたしたいと思いますが、今の刑事の問題、今福井先生が最初に指摘された社会における自制的なルールの形成に対する刑罰という形での介入の問題について、まさに一方では、この「ハイスコアガール事件」とは別に、TPPにおける非親告罪化の可能性なども議論の対象となっているのですが、その点について福井先生からコメント、あるいはご意見をいただければと思います。

福井：おそらくもう時間的にも少なからうから、では簡単にご紹介だけいたしましょうか。TPP、ご存じのとおり環太平洋経済連携協定ですけれども、この中では、膨大な知的財産権、著作権に関する条項が、主に米国の要求を飲むか飲まないかという形で議論されていると報じられています。その中でも、今回のテーマに大きく影響しそうなものが、非親告罪化と言われるメニューです。これは、これまで告訴がなければ起訴も処罰もできなかった著作権侵害などについて、権利者が特に告訴をしなくても、つまり権利者が処罰までは求めていない場合でも、国が起訴、処罰できるというルールです。これは今ネット上などを中心に大きな議論を呼んでおりまして、TPPの中でも、ネット上では最も多く議論されているメニューなのでしょう。

さて、この非親告罪化ということは、これまでまさに今金子先生がおっしゃったグレーな領域で、あるいはあうんの間合いで形作られている民間のいわば二次創作を巡るルールに対して、国が今度は権利者が問題視していない場面でも介入して起訴、処罰を行うことができることを意味します。

もちろん権利者的に言えば、いや、それは許諾しています、権利侵害ではありませんから、と言えれば、国は処罰できません。著作権侵害ではないからです。しかし、世の中には、正面切ってオーケーとは言えない利用はたくさんあるわけです。強いて問題視はしない、自分から告訴しようとは思わないが、許可できるかと言われると、許可はできない。それはいろいろ影響もあるし、責任問題にもなるから、許可はできない。だから、できれ

ば聞かないでほしいというようなことがコンテンツの業界ではよく言われます。見なかったことにするのですね。こういう場合、警察から、あなた、あれ許可しましたか？と聞かれると、たぶん許可はしていませんと答えざるを得ないと思うのです。そうすると、では理論上、それは起訴処罰できてしまうのか。特に第三者通報などは、今現在でもコミケで時々問題視されますから、通報があつて、「ハイスコアガール事件」判決で、あれ違法ということになったよね、なんていう時代に仮になっていたら、ハイスコアガールのときには、16人の書類送検まで行った警察がそれを放置できるかということ、なかなかそうはいかないのではないかという気がして、これは結構影響が大きいかもしれません。

これに関連して、そうした民間でのルール形成に対して、国がどこまで関与すべきなのか。いわば情報のルールメイクはどうあるべきかという問題につながってくるだろうと思います。特にTPPということになると、これは第二の問題を喚起しまして、それは極めて秘密裏に、いわば国外において議論されるものです。しかもひとたび入ると、合意事項は条約上の義務で、国法に優越しますので、もはや国会をもってしても、そのルール変更することはできない。TPP 離脱すれば、もちろんどんなルール変更もできますけれども、これだけ多国間の多分野にまたがる貿易協定に1回入った後、離脱ができるわけがありません。秘密裏ということについては、最後の国会承認の段階では、もちろん条文を我々は見ることができるのですが、全分野がパッケージのTPPについて、この著作権の条項が問題があるから、全体を否決するなどということができるといって、現実にはちょっとあり得ないです。

それ以前に、国会承認において条約が否決されたという例は、私は過分に聞いていたことがありません。よって、これは国民の間の民主的な議論の外でルールメイクされるということをはほとんど意味すると思います。そのことは、情報のルールという柔軟性、同時代性が必要な領域においては、非常に影響が大きいのではないかと。

最後に金子先生からのご要望がありましたので、情報発信ということについて、申し上げます。こうしたTPPの知財条項に関して、これまで日本の知的財産権、法学セクターは、全般に極めてサイレントだったと思います。それは例えば何と好対照をなすかといえば、米国においては80人以上の知財分野の教授たちが連名でオバマ大統領に対して公開の書簡を送っております。TPPにおける知財のさまざまな条項は、我々の社会に大きな影響を与えそうだ。だから直ちに全文公開してくれと。極めて踏み込んだ公開書簡を出しています。TPP 知財は一般的には米国に有利な内容と考えられているにもかかわらず、知財の教授たちはそういう問いかけを行いました。日本では、非常に多くの知的財産権分野についての意義ある深遠な、あるいは幅広い議論が専門家の間で行われています。しかし、その社会に対する情報発信ということについてはどうでしょうか。明治大学は、このようなシンポジウムを通じて積極的に情報発信を行っていますが、全般には、知財セクターからのあるべき社会の姿に対する情報発信を目にすることは少ないと思います。正しいが理解するのは難しく、目にすることも少ない。こういう印象を受けるわけです。これは我々が知財の

ルールメイクを考えていく上での一つの課題ではないかと思います。

司会：ありがとうございました。今の点について、登壇者の先生から何か。木下先生、何かコメントいただけますか。

木下：そうですね。私も親告罪化についてはかなり憂慮しているのですが、このまま仮に親告罪化すれば、それこそコミケに覆面警察官がウロウロするということもあり得る状況だと思います。今だとそんなのではないかと思いますけれども、覆面警察官がウロウロして、おまえ何やってんだ？みたいな感じになることもありうる状況になるかと思っています。

条約と法律の関係なのですが、これはあまり知られていないのですが、条約というのは、法律よりも簡単な手続きで成立することができるのです。予算と一緒に条約についても、衆参の間でねじれというのは発生しない仕組みになっており、仮に参議院が反対しても、衆議院だけで成立するという状況にあります。今まで日本というのは、さきの大戦の反省から、条約などを守らなかったから駄目だったのだと、法学者も条約を守ることはいいことなのだという前提問題で考えてきましたけれども、果たして条約というのが本当に手放しでいいものなのかということは議論すべきことだと思いますし、そもそも著作権法というのは、文化と密接に絡んでいるものですが、特許のハーモナイゼーションというのはあり得るかもしれませんが、文化、特に二次的著作物をどのように使うのかということについては、多分に文化的な側面が強いので、それを果たして国際的な共通ルールで定めていくことが妥当なのかということについては、前提問題としてまだ議論していくべきところが多々あるのではないかと考えています。

司会：ありがとうございました。TPPについては、私は秘密裏の交渉はやむを得ないと思いますが、まだ非親告罪化に対しては反対です。ただ問題の本質は、非親告罪化よりも、119条1項の刑事罰が広すぎるというのが問題の本質であろうと思います。それについては、また午後に述べたいと思います。福井先生、お願いします。

福井：どうして秘密交渉はやむを得ないのですか。EUはTTIPの交渉内容をかなり公開しましたね。EUができるのに、どうして日本はできないのでしょうか。

司会：パッケージでの交渉を貿易分野については、知財の分野を外すべきかどうかというのはあれですが、ほかの貿易分野において、国にとってプラスになるのであれば、例えば保護期間の延長、私は反対ですが、というのは、選択肢としてはあり得るのではないかと考えております。現状において非親告罪化は望ましくないと考えますが、しかし本来は、非親告罪化そのものではなく、119条1項の刑事罰規定の適用対象が広すぎるという

ことが問題の本質であり、二次創作活動等については告訴があっても刑事罰の対象と最初からすべきではない、と私は考えているからです。

福井：ほかの分野の価値が優越するというのは、一体誰が判断して、誰が決めるのでしょうか。我々は秘密交渉のもとで、それを見ることはできませんけれども。

司会：ご指摘の点はもっともであります。このように言われると、もう肩身が狭い思いがありますが、下手に情報発信をすると、こういうふうにやっつけられるわけでありまして、それゆえに情報発信に消極的というのもあるのですが（笑）、ただ、だからこそ議論することが必要だと考えております。

5. フロアとの質疑応答

司会：先ほど議論の途中で、フロアからの質疑がありました。時間の都合上、申し訳ないのですが、先ほど手を挙げられた日向先生の質問だけお受けして休憩時間にさせていただきますと思います。

日向：TBSの日向と申します。私TBSで著作権を32年ほどやっています。法律というのは、それぞれ専門分化しており、憲法の専攻の先生が、著作権というのをそれほど深く掘り下げていらっしゃるとは思わないのです。僕は質問ではなく、意見が言いたくてうずうずしていたのですけれども、先ほど木下先生が、例えば1970年代をテーマにしたドラマをやるとき、そのドラマで喫茶店のシーンを用意して、そこで1970年代の曲をかければ引用になるのだと。著作権の常識では、そんなことはあり得ませんで、これは楽曲を単に複製したり放送したりして利用しているということで、必ず許諾権の対象になってくるということだと思います。

他にも述べたい意見が多くあります。例えば今回二次創作で翻案権と複製権の問題が出ていたと思うのですけれども、今回の「ハイスコアガール事件」は、翻案権侵害ではないのです。厳密に言うと、各コマでキャラクターそのものを複製しているのです。翻案というのは、そのキャラクターの形を変えるということなのです。「ハイスコアガール」の漫画作品全体としては二次創作の要素があるかも知れないが、今回は、キャラクターそのものをデッドコピーしているから、これは複製権侵害だということになります。漫画「ハイスコアガール」の作者の側に立てば、こういう表現が許されても良いのではないのかという率直な気持ちは分かるのですが、著作権の常識で言うと、もうこれは純然たる複製権侵害です。今の日本の権利制限規定の中に一般規定が存在しない中で、32条の規定を使うのは難しい。前田先生の発表で、前田先生が、「引用」に関し、「正当範囲要件の解釈」を示されましたけれども、その基準によれば、マッドアマンのモンタージュ写真事件は、完

全に合法になると思うのです。昭和 51 年の東京高裁の控訴審判決は、著作権の専門家の中で、評価する人がほとんどいないのです。僕はもう少し東京高裁の判決は評価してもいいのではないかと考えているのですけれども、事実はそうではないし、判例はそうではない。それから、前田先生が最高裁のパブリシティー権に関する平成 24 年 2 月 2 日付の判決を根拠にしてらっしゃいましたが、そもそもパブリシティー権というのは、明確な立法された権利ではないのです。それを最高裁が、権利として認めたということに意義がある。ところが著作権法の複製権 21 条は、明文の権利なので、明文の権利でないもののパブリシティー権のことを根拠に、今回の明文の権利として定められている 21 条の複製権と対比するのは、議論の方法としてはおかしいと思いましたし、ともかく著作権の常識からすると、あまりにも無理なことを木下先生と前田先生はおっしゃっているという印象を持ちました。

はっきり言って、素朴な気持ちとしては分かるのだけれども、実際にこの事件が裁判になれば、純然たる複製権侵害が認定されるであろうことは間違いないし、起訴されれば刑事罰が科せられることも間違いない。確かに、著作権の常識というもの、これは疑うべき価値はあります。つまり権利制限の一般規定が存在しない現状の著作権法について、憲法的な観点から率直な疑問は持っているのだけれども、日本はこの著作権法でずっとやってきているのです。立法として、明確に権利や権利制限や刑罰の各規定が設けられている以上、裁判所はそれに従って判断するわけですから、架空の議論をしても意味がない。これは裁判所では、権利侵害が全く問題なく認められるケースだろうと私は思っています。上野先生と福井先生は遠慮がちにおっしゃっていましたが、それが常識なのではないかと意見を申し上げたいと思います。以上です。

司会：ありがとうございました。今の点についていかがでしょうか。

上野：私も『ノルウェイの森』のようなケースについては、許諾を得てやるべきだと思っております。しかし、それが著作権法の「常識」であって、そのような考えしか許されないなどというつもりはありません。仮に、このような場合には許諾を得るとというのが従前の実務だといたしましても、今日のご報告は、そのようなあり方自体の是非について問題提起をなさったものだと思います。したがって、それがたとえ実務の方がこれまでやってこられた「常識」に合致しないといたしましても、あくまであるべき姿はどのようなものかという観点で研究なさっているわけですから、そのような研究があり得ないことだというふうに私は思いません。

司会：福井先生、お願いします。

福井：私もここは仲のいい日向さんよりは、おふたりに援護射撃をすべき場だと思います。常識というのは覆されるためにあるのです。新しい道を切り開こうという今日の議論には、

私は感銘を受けました。

日向：この事件が裁判所で判断された場合、また、著作権の実務に明るい先生方が、私と同様の反応を示すであろうという点は、私も自信を持っているのですが。

司会：私も日向先生には申し訳ないですけども、侵害にはならないし、侵害になるという解釈が著作権法の常識とは思いませんし、刑事罰を科すことは論外であろうと思います。すみません、木下先生、前田先生にコメントをいただければ。

前田：いえ。ご意見ありがとうございます。そういった常識をお持ちの方がいらっしゃるだろうということは我々も十分認識した上で、そういった常識に対して、こういった反論ができるのかということ、綿密に用意したつもりでございます。

32 条の結論としては、もしかしたら、人によっては非常識と受け取られるのかもしれませんが、その他の著作権法学の一般的な理解、あるいは憲法で最高裁が何を言ってきたかというその他の部分については、極めて常識的なところを抑えて議論させていただいたつもりではございますので、その辺の説明が足りなかったということであれば、それは我々の説明不足かと思っております。

木下：どうもありがとうございました。2～3 点ほどあるのですが、明文規定がない状態での判例を、明文規定があるものに対して適用するのはおかしいということなのですが、確かに二つは明文規定があるかないかで大きく違います。しかし、私の感覚では、むしろ明文規定がない状態というのは、どちらかという、自然権的な状態なわけです。だから憲法上の権利というか、パブリシティ権の事案は、私は判決を読む限り、どちらかという、憲法上の権利というか、二つの憲法上の権利を生で衡量したということだと思います。他方で、著作権のように法律がある場合において、法律があることによってより権利が制限できるということになってしまいますと、憲法が法律に劣後するということになってしまいます。パブリシティ権は法律がない分野であるからより表現の自由が重視されたということですが、むしろ、法律がある分野のほうがまさに法律による表現の自由に対する制限がなされるわけですから、より慎重にならなければなりません。

また、著作権法の常識とは違うということなのですが、もし、著作権はこう決めたからこうなのだというようになってしまいますと、私は日本国憲法は要らないということになるのではないかと思います。21 条は要らないと。もし日本国憲法は明治憲法のような形で、完全に法律の留保のようなもの、権利があつてないような憲法を採用しているのであれば、そのような理解も可能だと思いますけれども、その点についてはお聞きしたいのですが、憲法の法秩序における役割は、一体どのようなものなのでしょうか。

日向：私も法学部で勉強していて、憲法の基礎知識は持っているつもりで、木下先生、前田先生の総論としてのご指摘は正しいと思うのです。ですから、憲法の立場から見て、表現の自由、21条を重視するという立場から見れば、今の著作権法、僕は32年親しんでいますが、細かく分かれた支分権と、それに対する権利制限規定の限定列挙という枠組みが、表現の自由というものとの関係から、こんなに強力な権利を定めていいのかという疑問があります。根本的な疑問は持っているのですが、馬のパブリシティー権などで見られた最高裁判決は、要するにそういったものを全部衡量しながら、憲法29条で財産権は公共の福祉に適合するように定めるとあり、そういったものをいろいろ考慮しながら、国会が著作権や特許権、スコープとリミテーションですね。権利の範囲とその制限規定が明確に定めているものに関しては、裁判所は国会の定めた法律に適合するような判断をするという、それが馬のパブリシティー権の最高裁判例で、僕が理解したものなのです。

今木下先生が、ピンクレディーのパブリシティー判決で、憲法上の権利を比較衡量しているという、そういう見方をされたとおっしゃいましたが、私はそうではなく、あのパブリシティー判決は、パブリシティー権というのが明文の権利ではない権利だからこそ、そんなに強く権利の範囲を及ぼすべきではない。そういう判断からあいつた最高裁判決が出ていると理解をしております。判決についての理解は、木下先生と私は違うと考えております。

司会：ありがとうございました。議論がつきないところでありますが、お昼ご飯を食べずに第2部に突入するわけにもいかないところであります。おそらく今回の木下先生、前田先生のご報告、基調講演の一番のポイントというのは、私も含めて、著作権法の研究者というのは、かなり条文の文言を重視した解釈というのを行ってきました。条文の細かい差異などに注目して解釈するというのを行ってきたわけであり、それは実質論としても問題があるときも、解釈論としてはそうせざるを得ないだろうと思ってやってきたところがあるのですが、今日、ご紹介いただいた憲法に関するさまざまな裁判例を見ると、最高裁判決ですら、かなり条文を柔軟に解釈しているのです。文言どおりに忠実などと言っていたら、とても憲法適合的ではない。柔軟に解釈する必要があるということは、さまざまな刑罰規定の解釈として、既に述べられていることであり、それは著作権法の解釈としても当然にする必要があり、そのことは最高裁においても、少なくとも刑罰規定に関しては受け入れられるのではないかと私も思っております。ここはいろいろな意見があろうかと思いますが、私はその点がお二人の講演の一つの意義ではないかと思っております。

議論の尽きないところでありますが、第2部の方にも前田先生はご登壇をいただけますので、第1部の問題も含め、また質疑応答の時間が取れるといいですけれども、取りたいと思っております。

大変恐縮ですが、第2部については、1時40分からの開始とさせていただきます。お昼

35分しかなくて大変ですけれども、1時40分からの開始とさせていただきます。なお昼食を取れる場所についてですが、この建物の1階にレストランが開業しているほか、リバティタワーの17階に学生食堂が本日は営業しているということでもあります。場所の眺めよいですので、よろしければご利用いただければと思います。それでは時間を大変超過した点、司会の不手際をお詫びいたします。登壇者の先生方、お忙しいところ、また参加者の皆さまもお忙しいところありがとうございました。御礼申し上げます。（拍手）