

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 基調講演

著作権法の憲法適合的解釈に向けて

ーハイスコアガール事件が突き付ける課題とその克服ー

木下昌彦（神戸大学大学院法学研究科准教授）
前田健（神戸大学大学院法学研究科准教授）

木下：ご紹介いただきました神戸大学の木下と申します。本日は、このような講演の機会をいただきまして、主管の中山信弘先生、金子敏哉先生に深く感謝申し上げます。本日は、憲法と著作権法をテーマに、前田先生とともにお話をさせていただければと思います。

まず、本日の講演の素材ですけれども、これは現在問題となっております「ハイスコアガール事件」に関連して、私と前田先生が共著という形で執筆し、大阪地方裁判所に提出した意見書が本日の講演の素材となっております。そして、この本日の講演と関連し、また、意見書の要約となっております論文が、もう本日書店に並んでいると思いますが、正式には明日発売の『ジュリスト』1478号76頁以下に掲載されております。もし、本日の講演についてご関心を持っていただけましたら、この論文もご参照いただければと思います。また、意見書自体は100ページ近くに上るものですが、それをより学術的に整理し直したものを、神戸法学雑誌で次年度中、来月から次の3月までの間に何とか書き上げて公表させていただきたいと考えております。

本日の予定なのですけれども、私と前田先生でだいたい4部構成を考えております。まず、このシンポジウムの契機となり、我々が論文を書く契機となりました「ハイスコアガール事件」につきまして、簡単に概要をご説明したいと思います。その次に、表現の自由

と著作権の対立ということに関して、かなり理論的側面が強いのですけれども、若干お話しさせていただきます。そして著作権法の憲法適合的解釈ということで、憲法的観点から見た著作権法の解釈の再構成というお話をさせていただきたいと思います。そして我々が提示する解釈論に基づきまして、「ハイスコアガール事件」にはどのような問題点があり、どのように解決されるべきかということについてお話しさせていただきたいと思います。

まず、「ハイスコアガール事件」の概要についてお話しさせていただきたいと思います。漫画「ハイスコアガール」は、作者が押切蓮介氏で、出版社スクウェア・エニックスという会社から出版された漫画です。スクウェア・エニックスは、ドラゴンクエストやファイナルファンタジーといった、いわゆる RPG を中心としたゲームソフトで有名な会社です。この会社はゲーム部門だけではなく、出版部門も持っており、「ハイスコアガール」は、その出版部門から販売された漫画ということになります。同漫画は、2010 年から連載が開始され、2013 年までの間に 5 巻の単行本が発売されました。

この「ハイスコアガール」の特徴ですけれども、まず、1990 年代にストリートファイター II をはじめとした各種の格闘ゲームが流行っておりました。子供たちは、友達の家で集まり、格闘ゲームで遊んでいました。「ハイスコアガール」の原作者である押切蓮介氏も 35 歳で、前田先生もちょうど押切蓮介氏と同じ年齢で、私も近い年齢ですが、我々 30 代中盤の年齢の少年時代というのは、格闘ゲーム抜きにしては語れないという側面があります。

「ハイスコアガール」はこのような格闘ゲームを題材とした作品ですが、ただ単に格闘ゲームのみを題材にする。あるいは格闘ゲームのコミカライズにとどまるのであれば、この「ハイスコアガール」という漫画がここまで社会的な反響を生むことはなかったと思います。このハイスコアガールは、単にゲームを素材とするというのではなく、むしろゲームをプレイする側、当時、その時代にプレイをしていた少年少女たちの交流、恋愛、葛藤というものをメインストーリーに据えて物語を進めていたところにこれまでの作品にはない大きな特徴をもっておりました。ただ、それらを描く上で、当時実際に流行していたゲームのキャラクターやプレイ画面が多数登場することになります。例えばこれはガイルというキャラクターなのですが、ガイル等、当時有名だったゲームの中に出てくるキャラクターが多数登場し、さらにそのゲームをしているプレイ画面も多数登場します。ただ、それだけにとどまらず、ここでちょっと強調したい点は、この作品というのは、単に娯楽という側面もあるのですが、それにとどまるものではなく、作品全体として、ゲームをプレイするということがまた自己実現、あるいは幸福追求の一環であるという価値観。ゲームをプレイする中にも、自己実現としての価値が存在すると訴える強いメッセージ性を持っていたということです。当時、ゲームセンターに通うのは不良ばかりだとか、校則でゲームセンターに通うことを禁止しているという小学校、中学校は多数あったわけなのですが、ゲームというものも、そこにはいろいろな夢や希望があって、それが自己実現の一環であるというようなメッセージ性がこの作品には込められておりました。も、直接的にはないにしろ、作品全体を通じて明らかになっているという作品であります。

ただ先ほど申しましたように、この作品には、多数のゲームのキャラクターやプレイ画面というものが登場します。特に 1990 年代、ストⅡというのが一番流行っていたゲーム作品だったと言えますけれども、それと同じように、ザ・キング・オブ・ファイターズやキング・オブ・ザ・モンスターズというものも高い人気を誇っておりました。私はこのゲーム自体は実はやったことないのですけれども、やった人の話だと、このザ・キング・オブ・ザ・モンスターズは、キングの前に、「ザ」がついて、キング・オブ・ザ・モンスターズは、モンスターズの前に「ザ」がつく。これを間違えると、当時やり込んでいた友達から怒られたのですけれども、どちらかというところ、このザ・キング・オブ・ファイターズとか、そういうものをやっているということは、単ににわかではなく、格闘ゲームオタクの象徴と言えるものだったと言えます。ただ、これらの作品を作っていた SNK という会社は、2001 年に倒産して、これらの作品に関する著作権は、別法人の SNK プレイモアという会社に落札され、譲渡をされていきました。

1990 年代の格闘ゲーム・ブームを語るうえにおいて、SNK によって製作されたこれらの作品は不可欠なものだと言えますが、漫画「ハイスコアガール」にも、SNK プレイモアが現在著作権を持っている作品、先ほどのキング・オブ・ファイターズやキング・オブ・ザ・モンスターズ、そして餓狼伝説といった作品が多数登場いたします。SNK プレイモアは、それを著作権侵害であるとして、「ハイスコアガール」の販売の即時停止を、その出版元であるスクウェア・エニックスに要望するということになりました。そのような要望を受け、スクウェア・エニックスと SNK プレイモアの間で交渉がおこなわれることとなります。SNK プレイモア側からの告発を受けた大阪府警が、突如、スクウェア・エニックスの本社や作者の自宅に対して家宅捜索、強制捜査を行うという事件が去年 8 月に発生いたしました。このような強制捜査を受けて、スクウェア・エニックス社は「ハイスコアガール」の販売を停止することになります。

作者の押切蓮介氏は、自伝的な作品、『ピコピコ少年』という作品を書いておられて、その最終号で現在の状況をこのように漫画で表現されています。強制捜査を受けて落ち込んでおられたと。この落ち込んでいる中で、もう一度気持ちを切り替えるところで、やはりゲームがきっかけになったという漫画になっているのですが、そこでまた改めてゲームの意義が再確認されているわけです。

一方で、この刑事捜査、まだ起訴という段階には至っていませんが、刑事事件として捜査が行われるだけで、それが作者に対していかに精神的な負担を与えるものであるのか。さらに、この漫画が、今物語のちょうどいいところで終わっているわけなのですが、それを読みたいと考えている人は世の中にたくさんいますけれども、いかに表現の自由に対して制約をもたらすのかということについて、これまで理論的には、著作権と表現の自由の対立があると言われておりましたが、生の事案として、我々に再確認させるものであったと言えます。

そこで、次に「ハイスコアガール事件」がいかなる課題を我々に突き付けているのかと

ということについてお話しさせて頂きたいと思います。まず、これまであまり強調されてこなかったわけですが、著作権法は刑罰法規であるということです。著作権法学はこれまで、民事関係の学者が担ってきたところも大きいわけですが、実は民事法であると同時に刑罰法規でもあります。著作権侵害は、損害賠償等の民事責任の対象になるだけでなく、同時に刑事罰の対象ともなるわけです。先ほど金子先生がお話しされましたように、著作権を侵害した者は、10年以下の懲役、1,000万円以下の罰金となり、かなり重い刑罰が科されることとなります。加えて、このような著作権法は、さらに、単純に犯罪、刑罰法規であるというだけではなく、表現の自由に対する制約規範でもあるということです。しかも海賊版、そのままコピーしたものを販売するというようなものに限らず、「ハイスコアガール」のように、引用がほんの少しおこなわれたものとか翻案など、幅広い範囲の著作物の利用が著作権侵害になるという状況があります。

これらの二つの事柄というのは、あまり著作権法の解釈論について従来強調されてこなかった側面ですが、ハイスコアガール事件のような事件が起こる事態になった以上、もはや無視できない問題ではないか。そのような問題関心から、我々は論文を執筆することにいたしました。

次に、表現の自由と著作権の対立について、もう少し深く見ていきたいと思います。表現の自由というのは、最近ですと、ヘイトスピーチなどと絡んでマスコミなどで取り上げられますけれども、日本国憲法の第21条には、「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する」と規定されております。日本国憲法というのは、我が国の法体系上最高法規を担うものですが、そこには表現の自由は保証されると明確に規定されております。

そのような表現の自由は、なぜ保護されるのかということですが、そこでまず我々が強調したい点は、表現の自由というのは、単に表現者の欲求、表現者が表現したいという意思を満足させるために存在するのではないということです。我が国は現在日本国憲法のもとにおいて民主制を採用しておりますが、この民主制の維持と運営には表現の自由が不可欠であると考えられております。民主制、民主主義というのは、単に選挙が実施されるだけではなく、その選挙を担う有権者が十分な知識、情報を持つことが不可欠な要請となります。当然ながら、いかに選挙権が与えられたとしても、世の中にはどのような政策があって、どのように世の中を変えていけばいいのかということに関して十分な情報を持っていなければ、与えられた選挙権というのは、絵に描いたもちでしかないわけです。

そのような民主主義の要請に応えるもの、それが表現の自由であると言えます。表現の自由は、公共の福祉によって制約されると言われますけれども、表現の自由、それ自体が公共の福祉を構成していると言っても過言ではありません。

さらに、この民主主義と関連する表現の自由といえば、よく政治的言論、例えば政党が配布するマニフェストとか、そういったものだけが保護の対象になるのではないかという意見もあります。

しかしながら、そもそも、どのように統治があるべきなのか。統治のあるべき方向性というものはどのようなものかという問いへの解答は、我々のよき生へのあり方、どのように生きるのがよいことなのか。あるいは世界というのはどのように構成されているのかというように、よき生へのあり方や世界観によって左右されます。そこで、小説や絵画、映画といった数々の芸術というものは、まさに、どのような生き方があり、それらはどのような意味をもっているのかという問題について解答を提示するものであり、そのような観点から致しますと、芸術的表現は、政治的言論に劣らない憲法上の価値があると言えます。ハイスコアガールで言えば、まさにゲームというものの中にも、自己実現のあり方があるというメッセージを伝達しようという試みであり、そのように人間の生き方というものを提示しているものについては、芸術も政治的言論と同じように憲法上重要な価値を有していると言えます。その意味で芸術的表現というのは、政治的言論と並び、民主制を担うものとして最大限尊重されなければならないというふうと考えられております。

表現の自由の意義なのですが、さらに加えて、表現の自由の持つ意義は、単に表現が量的に拡大するというだけにとどまらず、その多様性の拡大をも要請するものです。表現の多様性の拡大というのは、我々が選ぶことのできる価値観や世界観といったものの選択肢の拡大ということにつながります。世の中に流れている表現の数が増えれば増えるほど、この世界にはどのような生き方があるのかということについて、それぞれの個人の選択肢が拡大していくわけです。その意味で、表現の自由を考えるにあたっては、表現の多様性についても注意を払わなければいけないということになります。

とはいえ、表現の自由といっても、絶対的なものではなく、対立する価値との間で調整が必要であるということも言うまでもありません。では、どのような場合に表現の自由を制限することができるのか。これは極めて複雑な憲法上の問題ですけれども、私が整理する限り、日本の最高裁の判断枠組みということについて限定してお話しいたしますと、このような三つの過程を経て、表現の自由と他の利益との調整を行っているというふうに整理することができます。

まずは一般的な観点から表現の自由とその他の利益との間の利益衡量を行って、その利益衡量に基づき、調整法理を導き出す。そして、その調整法理に従って司法事実、すなわち、具体的な事件の事実に適用して事案の解決を図る。若干理論的で申し訳ないのですが、このような三つの段階を経る。まず対立する利益と利益を利益衡量して、その比較衡量の結果、一つのルールを導き出して、そのルールを具体的事案に適用して事案の解決を図るという、このような構造に従って表現の自由をめぐる問題が解決されるわけです。

それでは、その利益衡量がどのように行われるかということですが、これは最高裁の枠組みによりますと、「目的のために制限が必要とされる程度、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等」を衡量をする、このような枠組みで行っております。さらに利益衡量における具体的な衡量要素、これも幾つかあるわけですが、特に必要なのは、政治的、学問的、芸術的表現の類型に属するものであるか

どうか。さらに、意見伝達のための代替的経路は残されているかという 2 点が大きく重視されており。すなわち、あるメッセージについて、それがいかなる経路を通じても公表や伝達が禁止されるというようなものについては、できるだけ制限は限定的であるべきだという、そのような判断枠組みに従っているわけです。

さらに、この点は「ハイスコアガール事件」でも重要になってくると思うのですけれども、萎縮効果の排除ということが特に重要になってきます。表現というのは、できるだけ社会に顕出され、市民の目に触れることが望ましいわけですが、規制法規や処罰法規の文言が不明確であり、規制範囲・処罰範囲が曖昧であると、本来は法的に保護されるものであるにもかかわらず、その表現するのをやめてしまうという現象が起こるわけです。それを萎縮効果と言います。そのような萎縮効果という現象を防ぐためには、規制の法規範や刑罰法規を明確化するということが方策の一つであるわけなのですが、ただ、それには限界があります。

そこでよく言われるのが、「息継ぎの空間」というものを導入すべきであるという主張です。この図をもとに説明させていただきますと、先ほど利益衡量ということを申し上げましたけれども、規制によって得られる利益と表現の自由によって得られる利益とを比較して、表現の自由の利益の方が上回る場合については、それを規制することが違憲になるということは、直感的には明らかで、分かりやすいのですけれども、ちょうどこの線に沿って規制の範囲を決めてしまいますと、本来ここにあるような表現についても、実は処罰を受けるかもしれないということで萎縮してしまう可能性があるわけです。そうすると、本来、憲法的には社会に出てほしいような表現が、萎縮効果によって社会に出なくなってしまう。そこで表現の自由を重視する観点から、あえてバツェンが交わる場所よりも、こちらの図で言いますと、左側に調整の軸をずらして、表現の自由の価値の方が低いかもしれないのだけれども、あえてそれを保護するという方法が取られるべきであると言われております。表現の自由のために息継ぎの場所を設けるということです。

特にその具体的な例としては、名誉毀損というものがあります。名誉毀損というのは、他人の名誉を毀損することによって、犯罪になったり、表現の差し止めや損害賠償の対象になるわけですが、公共の利益にかかわる事柄については、仮にそれが真実でなかったとしても、損害賠償の対象にはならない、あるいは刑罰の対象にならない場合があるとされております。真実でなかった言論、うその言論というのは、表現の自由の価値から言えば、無価値に等しいわけです。むしろ社会をうその方向に導くものであるから有害であるとさえ言えます。しかしながら、後からうそだと分かった場合、一律に処罰されるというふうになったら、自分の言論を出すということを萎縮してしまいます。それを防ぐために、あえてうその言論であっても、それがきちんとした証拠に基づいてそのような言論を行ったのであれば、それは保護に値すると考えられているわけです。

萎縮効果というのは非常に重要で、例えば今回の事件、起訴が行われるような事件については、出版業界においても、厳密に見れば著作権法上は合法的なのだけれども、やはり訴

訟リスク等も含めて萎縮してしまうという可能性があるかと思います。そのような萎縮を排除するために、あえて表現の自由の領域を広くとらえるということが考えられているわけです。

若干ここで技術的な側面で申し訳ないのですけれども、そこで問題となってくるのが、法律規範というのを字義どおり解釈すれば、違憲になるかもしれないという場合です。その場合は、憲法上その法律は違憲だということが言えるわけですが、これは技術的な面で恐縮ですが、日本の最高裁というのは、あまり法律そのものが違憲であるとは、実は言ってきてはいませんでした。むしろ日本の最高裁がよく使ってきたのは、合憲限定解釈というものです。

文字どおりその法律を解釈すれば、規制対象が違憲となりうる範囲まで及んでいるという律があった場合、それを違憲とするというよりは、むしろ「解釈」という技術を使って、この法律は、文字どおり読めば違憲な部分を含むのだけれども、実は法律が規制の対象としているのは、この限定された部分なのだとする、いわゆる合憲限定解釈というものを使ってきておりました。さらに近年は、合憲限定解釈のようなドラスティックな解釈をおこなうというよりも、まず、法令の文言解釈に拘泥せず、「趣旨、目的、保護法益から」制約規範を「解釈」し、その「中で最上位規範である憲法が表現の自由を保障していることを考慮し」て、「法令の解釈において憲法を含む法体系に最も適合的なものを選ぶ」という体系的解釈、すなわち、憲法適合的解釈をおこなうべきという主張が強調されるようになっております。特に、堀越事件という平成 25 年の最高裁判決はこのような判断手法を採用したものとされております。著作権法というのは、私の理解では、従来はかなり文言や文理というものを重視してきた解釈が行われてきたわけですが、最高裁は、特に憲法問題が関連するような条文の解釈については、単に文言だけではなく、その趣旨、目的、保護法益というものも含めた上で、さらに憲法の価値も含めた上で解釈すべきであるということ述べているわけです。具体例を紹介しておきますと、先ほどの堀越事件なのですが、一旦、著作権法とは離れて、国家公務員法というものがあります。国家公務員法は、公務員が政治的行為を行うことを禁止していて、それを刑罰の対象としているわけですが、その 102 条 1 項というのは、単に政治的行為をしてはならないとだけ規定しております。ここで規定された政治的行為、人事院規則で規定された政治的行為をすれば、直ちに処罰になるということが従来考えられておりました。文言どおり解すればそうなるわけです。

しかしながら、堀越事件の理論的支柱になったと考えられる千葉裁判官は、この罰則規定について、単に法律の文言を見るだけではなくて、その規定の目的はどこにあるのか。さらに体系的な理念、思想はどのようなものであるのかといったことを踏まえた上で、条文のていねいな解釈を試みるべきであるということ述べておりました。そして、単に条文上は、本日もしかすると、かなり法律を専門にされていない方も来ていただいていると思いますが、条文上は、政治的行為をしてはならないとだけ規定されているのですけれど

も、それを日本の最高裁、憲法の解釈権を持っている最高裁は、政治的行為とは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが観念的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものを指すというように、解釈ということを使って、あらゆる政治的行為が規制の対象になるのではなく、このような実質的な危険性を持ったようなもののみ限定されるというような解釈を展開したわけです。

さらに、これはちょっとフェア・ユースとの関係の問題になってくるわけですが、ここで言うところの実質的な危険性というのはどのように判断されるのかということについて、公務員の地位、その職務の内容や権限、当該公務員がした行為の性質、態様、目的、内容等の諸般の事情を総合して判断するという方法を取っております。これは一見不明確、明確性という点では劣るわけなのですが、あえて明確にするために一律に処罰するのではなく、。一律に処罰するというのは明確なだけけれども、そのような広い範囲で一律に処罰するよりは、むしろ処罰範囲を総合判断という形で限定して解決する。そのような方法を優先させているということが言えます。

以上が表現の自由の憲法上の判断方法という問題だったわけなのですが、そこで著作権との関係について話を進めていきたいと思えます。著作権というものを考えた場合、欲求としての著作権と法概念としての著作権というものを、我々は明確に区別しなければならないと考えております。他人に自分が作った作品を使ってほしくないという欲求、それ自体は前国家的なものとして存在するかもしれません。しかしながら、法概念としての著作権、すなわち法律で規定されております著作権というのは、それを侵害した場合というのは、国家による民事執行や損害賠償請求、さらには「ハイスコアガール事件」のように、刑事罰の対象となるわけです。

国家が強制執行や刑事罰を担うわけなのですけれども、確かに他人に著作物を使用されたくないという意思というものは、前国家的なものとして存在していたかもしれません。しかしながら、強制執行や刑事罰の契機となる著作権、法概念としての著作権は、あくまでも法律によって創造されたものであると考えられます。それは表現の自由の観点から見れば、著作権法というのは、国家の立法政策の結果として表現の自由を制限する法律の一つにはかならないというふうに言えます。先ほどの国家公務員法というのは、表現の自由を制限する典型的な法律の一つと言われておりましたけれども、それと同じように、著作権法もまた国家の立法政策によって表現の自由を制限するものの一つであるということが言えるわけです。

ただ、著作権法というのは、表現の自由にとって常に悪いものであるかということですが、先ほど中山先生がご指摘されましたように、著作権というものがあるおかげで、映画を作ったり漫画を書いたり、いろいろな活動ができるわけです。出版社というのは、著作権をなくしては存在することができないとも言えます。著作権があることによって、創作への誘因が補われるのです。

ただ一方で、著作権のパラドックスということを強調したいわけなのですけれども、著作権

は表現の自由について足かせとなるという側面もあります。これも中山先生がご指摘されておりましたように、あらゆる表現というのは、何らかの形で他人の成果に依拠して行われております。その典型的な例、分かりやすい例として、リチャード・ハミルトンというポップアートの草分け的な存在となった人の絵画を紹介したいと思います。これは全部広告やマガジン、そういったものの切り抜きによって成立しています。このリチャード・ハミルトンという作家の作品は、世の中に出回っている広告などを切り貼りしただけにすぎない。これを表面上見れば、リチャード・ハミルトンが自分で絵を描いたわけではなく、全てが他人の著作物であるというふうに言えるわけです。他人の写真や他人の著作物によってこの絵は成り立っている。しかしながら、ではこの絵は何ら意味のないものかという、当然そうではなく、あえて他人の著作物、雑誌や広告の表現というものを巧みに組み合わせることによって、日常生活のあらゆる部分が、このような広告、大量生産や大量消費、あるいは大衆化によって支配されているというオリジナルのメッセージがこの作品を通じて誕生していると言えます。

これはもういろいろ賛否はあるのですけれども、これはポップとラケットに書いてあるのですけれども、ポップアートのポップというのはここから始まったのではないと言われるぐらい有名なものなのですが、他人の著作物を使うのだけれども、それによって、元の他人の著作物が持っていなかったメッセージが誕生するということがあるわけです。この場合、もし仮に他人の著作物を使用することが一切できないということであるならば、このような歴史に残る作品というのは誕生しなかったということになります。最初の方で表現の多様性ということをお話し申し上げましたけれども、表現の自由の多様性という観点からは、この著作権と表現の自由の対立ということとは不可避的な問題であるということになるわけです。

しかしながら、このように表現の自由と著作権の対立が存在するという点に関しては、幾つかの批判というものが考えられます。特に典型的に言われているのは、表現の自由や文化の発展というのは、他人の権利の侵害を伴わずに行われるべきであるという批判です。確かに表現の自由と著作権は対立するかもしれないけれども、表現の自由だって絶対的なものではなく、他人の権利の侵害を伴わずに行われるべきだというものです。実際、「立川ビラ投函事件」というのがあるわけですが、その中で最高裁は、「たとえ思想を外部に発表するための手段であっても、その手段が他人の権利を不当に害するものは許されない」ということを述べています。この最高裁の判例法理に従えば、著作権を侵害する表現は他人の権利を侵害する表現であり、憲法上も保護されないのではないかとわれがちです。

しかし、最高裁は注意深く、この判例の射程というものを限定しております。あくまでもここで「発表するための手段であっても」という言葉が入っているという点に注目してください。この立川ビラ投函事件で言われた法理は、表現手段に着目した規制、すなわち、表現の「時・場所・方法」を規制する規制にのみ適用されるものです。表現の手段規制と

しては、例えば他人の家の塀にポスターを勝手に貼ってはいけないなどのルールを挙げる
ことができます。また、病院の前で大声を出してはいけないとかいうのも、手段規制、「時・
場所・方法」に対する規制と言えます。しかし、このような「時・場所・方法」に対する
規制と比較して名誉毀損というのは、どのような時やどのような場所、どのような方法で
名誉を毀損したとしても処罰の対象になるわけです。このような規制は、「時・場所・方
法」の規制と明確に異なるわけです。そして、著作権侵害表現というのは、名誉毀損表現
と同様に、「時・場所・方法」の規制に留まるものではなく、例えば映画によって他人の
著作物を利用する場合、あるいはいかなる時や場所、方法によっても、その制限の対象に
しているわけです。

名誉毀損というのは、確かに他人の権利を侵害するものです。特に名誉権というのは憲
法 13 条で保障された極めて重要な権利であると言われていています。しかしながら、最高裁は、
他人の名誉を侵害するものであったとしても、その侵害が許される場合があるというこ
とを述べています。ですので、全部規制の場合におきましては、他人の権利を侵害するとい
うことは、直ちに表現の自由が譲歩しなければならないということの理由にはならないと
いうことが言えます。

さらに、そもそも著作権というのは、文化の発展ということを目的にして正当化されて
いるものです。表現の自由というのは、もちろん文化の発展を担うものなのですから、
文化の発展を担う著作権によって、逆に文化の発展が限定、制限を受けなければいけ
ないとするならば、それはもう矛盾ではないかということです。そこではもはや表現の自由を
制限するだけの正当性は見いだすことはできないのではないかということです。確かに他
人の権利は侵害するけれども、権利それ自体が、そもそも文化の発展のために存在するも
のであるということです。

著作権のパラドックスに対する批判の 2 として、表現者、著作権者から同意を得ればい
いのではないかというものがあります。例えば「ハイスコアガール事件」でも、ネット等
で「同意を得ていけばいいのではないか」という指摘が多々なされております。しかしな
がら、同意を求めること、それ自体が、そもそも強制、制約となると考えられるとい
うことです。そもそも表現の自由は憲法上の権利であり、同意を得ることなく自由にできる
ものであるということを出発点にしなければいけません。さらに、日本の最高裁判例におけ
る表現の自由の理論的支柱を作った裁判官の 1 人であると言える元東大教授の伊藤正己裁
判官が、その同意という概念をあまり強調すべきではないとの見解を残しております。
特に表現については、多数者の表現と少数者の表現というのがあると思います。あまり世
の中で不人気な表現やお金がない人の表現などは、なかなか権利者の同意を得ることは
できない。表現者にとって表現の同意を得ることは、必ずしも容易ではない場合がある。
それゆえに同意を得ればいいのではないかということは、特に表現の自由の場面については強
調すべきではないということが言われるわけです。

ハイスコアガールが実際どうなっているのかということは、まだ今後の事案の経緯を見

てみないと分からないわけですが、著作権の場合、同意してくださいとどんなにお金を積んだとしても、「いや、おまえだけには表現させない」ということがあるわけです。

ですので、単純に同意というものができるということは、それを制限してもいいという理由には必ずしもなりません。

実際に名誉毀損とかパブリシティ権の訴訟というのはこれまでかつて幾度となく提起されてきましたが、そのなかで、同意を求めることができる、同意が可能であるということを経由して、最高裁が規制を合憲としり、許容したりしたことは今までありません。

さらにもう一つ、著作権者の意思というのも保護すべきではないのかという意見もあります。しかしながら、著作権者の意思というのも保護すべきであると同時に、表現者の意思、あるいはその表現を受領する無数の意思というものも同時に保護すべきではないかということが言えます。確かに著作権者の意思というものは尊重しなければなりません。ただ、表現者の意思というのも、また同時に、しかもそれは憲法上保護された意思でありまして、表現者の意思、あるいはその表現を受け取りたいと考えている無数の世界に存在する人々の意思というものも同時に保護すべきではないかということになるわけです。

そうすると、では誰の意思を重視するのか、比較不能な価値の迷路と言ってもいいかもしれませんが、どちらが重視されるのかというのは分からない問題が生じるわけです。そうすると、私の考えでは、そのような比較不能な対立については、むしろ社会の根本的な理念である民主主義という観点から、あるいは表現の多様性というものから、その両者の調整を図っていくべきではないかということを考えているわけです。

長くなってしまいましたけれども、最後に、日本の話を後からしますけれども、アメリカはどのような形で表現の自由と著作権の調整を行っているかということです。特にアメリカで表現の自由と著作権の調整を担う上で大きな役割を果たしているものとして、フェア・ユースの法理というものがあります。このフェア・ユースの法理というのは、四つの要素に基づいて判断がなされていくものなのですが、特に「使用の目的」という判断要素について、近年判例の大きな展開があります。そのうちの 하나가、変容目的使用テストというものです。この変容目的使用とは、一体いかなるものかというのは、若干正確な定義はいろいろ争いがあるわけなのですが、レバル裁判官というのが、ハーバード・ロー・レビューでその概念を提唱しており、「創造的」目的のための使用、「オリジナルなものとは異なった方法あるいは異なった目的」のための使用、あるいは「オリジナルに価値を加える」使用という、これらの使用について、それが変容目的使用であるということを述べておりました。

そして、さらにこれは学説で提唱されたものにとどまらず、実際にそのようなトランスフォーマティブな使用というのは保護されるということについて、判例の展開がなされていきました。そして、さらに重要であるのが、このフェア・ユースの法理というものが、憲法的位置づけを与えられるようになってきたということです。著作権法の合憲性について最高裁が判断したエルドレッド判決というのがあったのですが、その判決のなかで、こ

のフェア・ユースの法理というのは、著作権と表現の自由の調整を担うものであるということ、そして、このようなフェア・ユースの法理というのは、憲法に適合的に解釈しなければならないというふうに言われました。

そのフェア・ユースの憲法適合的解釈という場面において、注目されているのが、先ほど、紹介しました変容目的使用テストです。この変容目的使用というのは、なぜ憲法的利益衡量として重要なのかということですが、新たな表現、新たな意味、新たなメッセージを付加する変容目的使用というものは、それ自体として表現の自由の観点から要保護性が高い。先ほど前半の方で、表現の多様性が重要だと言いましたが、従来存在していた表現というものに、新たな意味、新たなメッセージというものを加えるということは、当然それだけ多様性が増すわけですから、その表現の自由は最大限保護されなければならないということになります。他方で、その表現は、元の表現からは変容がなされているわけですから、原著作物との代替性が低く、その原著作物の潜在的市場を害さないということが言えます。

そのような二つの理由から、変容目的使用については、できるだけ保護すべきであると言われているわけです。このような変容目的使用テストが適用された具体例として、ブランチ vs クーンズという事件があります。これを簡単に説明しておきますと、これは雑誌に掲載された切り抜きの一つです。これは足の絵なのですが、これが元のものだったのですが、先ほどのハミルトンと同じような形で、いろいろな雑誌に載っている足の絵というものを切り貼りして、このような作品を作った人、クーンズという方がいらっしゃいます。

クーンズはレディー・ガガのジャケットなども作っておられる方で、こういう芸術界の中では、かなり有名な方なのですが、こういった作品を作りました。それに対し、この足の写真を撮った人は、これは著作権の侵害だと訴えたわけです。しかしながら、アメリカの裁判所は、これは変容目的使用であると、元のものとは全く異なった価値というものを付加する使用の方法であるということで、このような使い方を保護しました。

予定された時間を、若干オーバーしてしまいましたけれども、それでは前田先生に替わりたいと思います。

前田：木下先生、ありがとうございました。改めまして、神戸大学の前田でございます。続きまして、私の方から、以上の憲法の観点を踏まえ、具体的な著作権法の解釈の内容、それからそれを踏まえまして、「ハイスコアガール事件」がどのように解決されるべきなのかということをお話ししていきたいと思います。

今木下先生からお話しありましたように、アメリカでは、トランスフォーマティブユース、変容目的使用という名のもと、フェア・ユース規定を使って、それを憲法適合的に解釈することによって他人の著作物に依拠した創作において、多くの作品が著作権より表現の自由が優越するという判断がされてきたわけです。

日本とアメリカでは、当然著作権法の枠組みはだいぶ違います。ただ、憲法上の要請と

ということに関しては、日本もアメリカも異ならないということが出来ます。そうしますと、日本の著作権法が、そういった他人の著作物を利用した創作を一切認めていないということになってしまうと、それは憲法違反の疑いが生じてくるということになります。アメリカには、フェア・ユース規定があるわけですが、日本の著作権法には、フェア・ユース規定のような一般的な権利制限規定というのはありません。ただ、今申し上げたように、日本でも何らかの形で条文の解釈を行うことにより、憲法適合的な結論を導くようにしなければならぬと考えられるわけです。

一つ候補として考えられるのが、先ほど中山先生のお話にもありました、「表現・アイデア二分論」という考え方があります。ここに 2 枚の写真を掲げましたが、これは裁判例で実際にあったもので、右側の写真が左側の写真を真似して、同じ廃墟を撮影したものです。素人が見ますと、そっくりにも見えるわけですが、裁判所は、これを著作権侵害ではないとしました。これは廃墟を撮影するという、そういう被写体をアイデアとして利用したのかもしれませんが、写真の構図、あるいは光線の具合といった具体的な表現のレベルにおいて違うので、侵害にはならないとしたわけです。

ただ、先ほど来のお話しにもありますように、この「表現・アイデア二分論」で著作権と表現の自由との調整が全て解決できるかということ、そういうわけではありません。実際「表現・アイデア二分論」というのは、アメリカにもある考え方なわけですが、アメリカはそれとは別にフェア・ユースの法理を使って、さらに表現の自由と著作権の調整をしているわけです。従いまして、具体的な表現を使っているという場面においても、表現の自由との調整を図らなければならないということはあるだろうと考えられるわけです。

では、現在の著作権法の規定において、どういった解決ができるのかということ、まず一つ目に考えられるのが、著作権の保護範囲を決める原著物の表現上の本質的な特徴を直接感得できることという概念があるのですけれども、これを使って考えるというやり方があります。要するに本質的な特徴を直接感得できないときには、そもそも著作物を利用していない。先ほどの 21 条から 28 条のような支分権該当行為がないという考え方で、この基準自体は、裁判例で広く使われているわけです。この基準を、従来は表現を使っているかどうかということがこの意味だと考えられているわけですが、これを若干読み替えまして、全体比較論というふうに言いましたけれども、全体的に見れば、作品の印象が異なっているわけですが、そういったような場合に、そもそも元の著作物を、これはもう利用しているとは言えないのだという理屈によって解決しようというものです。

こういう議論自体はあるのですけれども、これはまだ未成熟なものであり、こういった使用している表現が、この絵の中に溶け込んでいるというケースになら、もしかしたら使えるのかもしれませんが。しかし、ハイスコアガールのような、一応取り込まれたものと取り込んだものが区別できるようなものにも適用できるのかは、不透明なものがあります。

さらに言えば、そもそも著作物の利用があるのかどうかという判断のところに、全てを放り込んで、一種ブラックボックス的に判断するというやり方がいいのかという議論もあ

ります。そうしますと、やはり権利制限規定によって解決するという方向性が探られるべきではないかということになります。(スライドを示して) これはまとめです。

日本の著作権法の権利制限規定としてどのようなものがあるかという、日本は、いわゆる限定列挙主義を取っていて、アメリカのようにどんな場合にも適用できる。芸術の創作の場面もあれば、私的な利用の場面もあるし、あるいは教育のための利用とか、そういうものもありますが、そういったものに何にでも適用できるという意味での一般的規定は、日本にはありません。

ただ、日本の法の個別的な規定の中にも、表現の自由と著作権の調整規定として機能し得るものは幾つかあります。幾つか下の方に挙げているわけですが、こういった規定というのは、タイトルを見て一見して分かりますように、極めて特殊な状況を念頭に置いた規定で、新たな創作を行う場面、一般というものを念頭に置いているわけではありません。従って、この下の方の規定で、表現の自由と著作権の衝突を一般的に解消することは無理があるだろうというわけです。ただ、それらの権利制限規定の中であって、著作権法 32 条 1 項という規定があります。これは比較的ほかの条文に比べると、一般的な規定ぶりとなっています。条文はスライドに示したとおりです。この条文を広く適用することができないのかということが考えられるわけです。

しかしながら、従来の解釈においては、この 32 条 1 項の文言を狭く解釈して、この条文は芸術や創作目的のための他人の著作物の利用には適用されないのだというような考え方も有力でした。引用というのは、報道・批評・研究という限られた利用、目的のために利用するというところだけを指しているという見解が支配的だったわけです。ですが、もし、そういう見解を取ったとすると、これ以外に権利制限規定はないということが前提になるわけですから、他人の著作物をその構成要素として使用する表現というものには、権利制限規定というのは、およそ存在しないのだという理解を取ることと同じになってしまうわけです。それは、さらに言うと、他人の著作物をその構成要素として使用する表現というのは、若干例外あるかもしれませんが、一律に全て許されない、基本的にはそういう立場を取ることと同じになってしまうわけです。

ただ、そうしますと、先ほど見てきたような借用芸術とか、ああいった芸術的な表現活動というものは一切認められないという結論を著作権法が取っているということになってしまい、そうすると、それはその著作権法が憲法に適合している。あるいは合憲であるということをサポートするのが困難になってしまいます。

では、今までの 32 条の狭い解釈が、それはもう動かせないのかと考えると、そういうわけでもありません。著作権法が何を目的にして作られた法律なのか。あるいは表現の自由の憲法的価値といったものを考慮して、先ほど木下先生からご説明のありました憲法適合的解釈というもの著作権法に対して施せば、むしろ 32 条というのは、芸術的創作活動のための他人の表現の利用について、柔軟な救済が含まれていると読み取ることが十分に可能であると思われるわけです。

具体的に 32 条というものの解釈論をお話ししたいと思います。その前に、そもそも著作権法が何を目的として作られた法律なのかということについて、私たちの立場を確認しておきたいと思います。

著作権法 1 条を見ますと、そこから読み取れるのは、著作権法の究極な目的は、文化の発展だということです。権利の保護を図るということも書いてあるわけですが、それは目的を実現するための手段という位置付けがされており、しかも、その保護に対しては、公正な利用に留意しつつという留保も付されているわけです。

著作権の機能ですけれども、そもそも社会的に望ましい数の著作物が創作されるというためには、創作者に、その著作物に基づく経済的利益が適切に還流される必要があるわけです。そうでないと、著作者というのは、著作物を作っても報われないということになってしまい、創作を行う人の数は減る。そして、それは結局その作品を受け取る人たちにとっても不利益になるわけです。ですから、創作への誘因を適切に確保するために、著作権の保護を行うということは、著作者者にとってはもちろん、それを利用する人たちの利益にとっても重要ということができます。

ですから著作権を保護するわけですが、ただ、だからといって、著作権が利用者の利益に常に優越するかというと、それもまた当然違うわけです。創作を奨励するためには、著作権は必要ですが、利用者にとっては、強すぎる著作権の存在は負担となる。さらに言えば、本件で問題となっているハイスコアガールのようなケースは、その利用者自身が創作者であるというケースでもあるわけです。要するに著作権法の 1 条というものは、権利の保護と公正な利用、この両者を使用したところに文化の発展があるという基本的な立場に立っていると理解できるわけです。

最高裁判決も、著作権法については、このような理解をしているというふうに思われます。平成 23 年の「北朝鮮事件」と言われている事件があるのですが、その最高裁判決は、「独占的な権利と国民の文化的生活の自由との調和を図る趣旨で、著作権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等が定められているのだ」というふうに述べています。このような著作権法の趣旨、目的がそもそもこういうものだということを前提にしますと、表現の自由と著作権という問題を持ち出すまでもなく、持ち出せばよりなのですけれども、著作権法に、内在的に表現の自由と著作権の調整が要請されていると言うことができます。

そうしますと、32 条の 1 項という条文は、そういった著作権法に内在する要請に応えるものとして、表現の自由といった憲法上の価値との調和を図る趣旨でもうけられたものだというところを出発点として解釈しなければならないと思われま。

そういう理解に立って、32 条の適用、解釈論を話したいのですが、まず 32 条 1 項がどういった事案に適用されるか、その適用対象についてお話ししたいと思います。引用して利用することができるという条文になっていますので、その引用と言えるような利用について適用対象になるというのが前提で、もう一つ 43 条 2 号というのものもあるのですが、これは今日は省略したいと思います。

32 条に関して、引用というものを狭く解釈するというのが支配的だったという話をしましたが、その理由の一つは、昭和 55 年の最高裁の判決があったからです。(スライドを示して、) これは、この右側の写真が左側の写真を利用していたわけですが、これが著作権の侵害となるのかどうか問題になっていたわけですが、この判断の中で最高裁は、引用というものに当たるためには、明瞭区別性と主従関係性という要件が必要だと述べていました。最高裁はこう述べていましたので、引用というのは、報道とか批評とか研究とか、そういった目的のために他人の著作物を利用するという比較的限られた行為のことを指して、だからこそ明瞭区別性というものが必要なのだという理解が支持を集めていたわけですが。こういうふうに理解すると、芸術目的の他人の著作物の利用は、32 条 1 項の射程の外になるということになってしまいます。

ただ、現にこの事件で、これが引用かどうかというのが争点になっていて、控訴審では、それが事実上受け入れられていたとも言えると思うのですが、こういうタイプの利用も引用だというのは、別に日本語としておかしいものではないわけです。実際いろいろなところから引用という定義を集めてみましたが、引用という用語、それ自体としては、多様な意味を含み得るし、幅広い範囲の著作物の利用をその射程に置くものと考えられる余地はあるわけです。

そうだとすると、では 32 条 1 項の適用範囲をせまく考えなければいけないのかということ、それは、条文にだって報道、批評、研究その他の引用と書いてあるではないかということがあるのだと思います。ただ、これは「その他の」と書いているときは、ちょっとマニアックな話ですが、法律用語としては、これは例示にすぎないということなので、結局引用かどうかということが問題になるし、立法経緯とか、あるいは立法担当者の案、説明というものを見ても、引用というのは、もっと広い範囲の利用形態のことを指していると理解することは十分できるわけです。何よりも大切なのが、憲法上、そもそも報道や学問的表現、それから芸術的表現、これらのものは全て同様に尊重されなければならないということです。そういう観点からすると、表現の自由と著作権との調整を担うというべき 32 条 1 項が、あえて芸術的分脈で使用されるものとしての引用を排除したとは考えにくいということになります。

もし、32 条によって救済がないとするならば、直ちに刑事罰の適用もあるということも考えると、適用の対象というのは、広く解釈する必要があるだろうということになります。そうしますと、ここで言う引用というのは、他人の著作物を自己の作品の構成要素として利用すること一般を指しているのだと解釈することが、憲法適合的解釈という観点からは適切であろうということになります。そうだとすると、どういったタイプの利用が許されるのかというのは、結局は引用の目的上、正当な範囲内にあるかどうかで決まると思います。

ちょっとここまで若干技術的な前置きが長かったのかもしれませんが、ここから、ではどういった範囲の他人の著作物を利用した創作が許されるのかということをお話ししてい

きたいと思います。ここは実際に創作をしようという人にとっては、最も関心の高いところなのではないかと思えます。

この正当な範囲内という文言は、大変抽象的で、民法 90 条などの規範的要件と呼ばれているものと同じようなものなわけですが、民法 90 条では、公序良俗に反する事項を目的とする契約は無効になるということなのですが、ここで公序良俗というのは何かということが、憲法を踏まえて解釈されますように、ここで言う正当な範囲内というものも憲法を踏まえて解釈しなければならないというわけです。

ここでまた先ほどの最高裁の判決が出てくるのですけれども、明瞭区別性と主従関係性と、この二つを満たすということが正当な範囲内であるための必要十分な条件だという「二要件説」と言われるような理解も、従来は存在したわけです。実際、この判決自身は、もともと旧著作権法に関するものなのですけれども、現行の著作権法の下でも、これに基づいた裁判例というのは、最近までは支配的でした。

ただ、明瞭区別性と主従関係性という、特に明瞭区別性というものが、例えばその表現が憲法的に保護すべき価値があるかとか、あるいは著作権者にとって損害が少ないのかということと関連性を有するかということ、必ずしもそうとは言えません。もちろん二要件で判断するというものは、ある程度明確性という点において優れている面もあるのは確かです。ただ、これも先ほど木下先生からお話しありましたように、明確性だけが実現されても、そもそも表現の自由と著作権とを調整するという本来の課題から逃避しては意味がないわけです。

実際、この二要件説については、だいぶ昔から上野先生など初めとして、強い批判を浴びてきたわけです。裁判例も、もはやこの二要件説というものからは脱却する動きを最近では強めております。このスライドに示しました「美術鑑定書事件」という事件があるのですが、ここではアメリカのフェア・ユースにちょっと似ているのですけれども、総合考慮説という考え方が提示されました。この判決が出て以降、裁判例は、少なくとも二要件説にはもはや依拠していないと考えられます。この総合考慮によって正当な範囲内を判断するという考え方は、表現の自由との調整を可能にする出発点として、基本的には支持すべきであろうというふうに考えられます。ただ総合考慮すると、両要素があると言いましても、より明確性、あるいは結果の予測可能性を追求していく余地はあるわけです。表現の自由と著作権との間の利益衡量をどのように行うべきなのかをさらに具体化する余地があります。

では、それをどのように考えるべきかということですが、そもそも表現の自由の意義というものは、木下先生が強調してきましたように、表現の多様性を確保するというのが極めて重要なわけです。一方で、財産権としての著作権の存在意義は、著作権者に経済的な利益を帰属させることで、創作の誘因を確保するというところにあります。この両者の利益を比較して、一方が一方に優越する場合には、一方を勝たせるというか、表現の自由が優越する場合には、著作権の侵害を否定することになります。それが一体どう

いった場合なのかは、大変判断が困難で、一概に言い尽くすのは不可能な面もあります。しかしながら、私たちは、ここに述べるような場合には、表現の価値を認めることができる一方、著作権者にとっての不利益も少ないので、著作権侵害とはするべきではないと言えるのではないかと思います。ここ（スライド）に①から③の条件を示しておりますが、こういったような場合には正当な範囲内ということができるのではないかと思います。

順番に説明していきますと、まず②なのですけれども、必要性というものが必要だろう。著作権も重要な公共的利益を背景に持つものであることは否定できませんので、回避が可能であるのに、あえて著作権者に損害を与えるということを正当化することはできないと思います。しかしながら、何が一方で必要かというのは、作品の理解であるとか、個々人の感性に依存する部分も多いわけです。そうしますと、表現の自由に与える萎縮効果の排除というものに最大限配慮する必要があることも考え合わせますと、必要性は一応求められるのだけれども、あくまで利用者の説明中に合理的な関連性があれば、そういった場合には認めていいたろうというふうに考えられます。

それから①と③に関連してですけれども、そこで、ここに掲げました引用行為が、引用作品中において、主として引用される著作物、それ自体を享受させることを目的としているか否かが重要な判断指標になるだろうと考えます。著作物それ自体が享受の対象となっていないということは、それが原作品とは異なるメッセージを届けようとする作品であることの裏返しであり、そういったときには、表現の多様性という観点から保護の必要性が肯定できるわけです。

一方で、そういった場合には、引用作品の伝えようとしているメッセージというものが、これが主にその作品の市場の価値の主要な部分をなすと考えることができるわけですが、それとの関係において、もともとの引用されている作品の元来持っていたメッセージは、全く変わってしまっているか、あるいは少なくとも主要な地位を示していないということになるわけですから、引用した作品の市場価値の主たる部分というのは、元の作品の市場価値に、主として基づくものではないと言えるわけです。

こういった場合には、引用した側の作品の市場を、元の作品の著作権者が支配できなかったとしても、著作権者にとって失われる創作のインセンティブは大きくないというふうに言われています。これは別に私がそのように言ってるわけではなく、法と経済学などの研究において昔から指摘されてきたところでもあります。

ここで言う元の著作物それ自体が享受の対象となっていないものとして、こういったものを念頭に置いているかということですが、この後ハイスコアガールの話を詳しくするので、そこでもお話ししますが、今、例としてここに二つのものを挙げています。左側の作品は、先ほども出てきたクーンズの『ナイヤガラ』という作品で、これはその元の写真は、グッチの商業の広告の写真。これを組み合わせて全く違った芸術作品を仕立てているという場合です。

もう一つは、右側ですが、これはスタジオジブリの有名なアニメ映画で、『おもひでば

ろぼろ』というものです。この映画は、1966年が思い出の中として描かれていて、当時の世相であるとか、主人公の女の子の心情を描くために、いろいろな著作物が利用されていて、例えばここに掲げたNHKの『ひょっこりひょうたん島』という有名な当時の人形劇がありますが、それを大幅に利用している場面があります。こういったものも、作品自体が伝えようとしているメッセージというのは、あくまでその当時の世相とか、あるいはそれを通じた主人公の女の子の心情とか、そういったメッセージなわけで、その観点からすると、『ひょっこりひょうたん島』は主要な享受の対象となっていないだろうということです。こういった排他的権利と表現の自由との調整の枠組みというものは、既に日本の最高裁において示されていた考え方も整合的なものであると考えております。

ここに掲げました平成24年の「ピンクレディー事件」という最高裁の判決は、表現の自由とパブリシティー権との対立が問題となったものです。この事件では、ピンクレディーでダイエットというピンクレディーの曲の振り付けを利用したダイエット方法を紹介する記事の中で、ピンクレディーを被写体とする写真が利用されていたわけです。最高裁は、ここに述べたような基準によって、結局その写真の利用を適法であるとししました。この判断の枠組みとしては、表現行為として保護すべき要請が高く、かつ権利者に対する実害の少ない行為を類型化して繰り返すことで、排他的権利と表現の自由との調整を行ったと理解することが可能です。これは私たちが今示しました考え方も基本的な発想を共通するということができます。

時間もなくなってまいりましたけれども、最後に、具体的検討ということで、今述べてまいりました著作権法の解釈論というものを踏まえ、「ハイスコアガール事件」についてのどのような解決が図れるのかということをお話ししたいと思います。

この漫画については、先ほど木下先生からも説明があったとおりでありますが、1990年代の日本を舞台に、格闘ゲームを通じた少年少女たちの交流や恋愛、葛藤の様子を描いた漫画です。これも先ほど説明があったとおりでありますが、この作品の特徴というのは、実在のゲームをふんだんにその作中に取り込んだことであって、これらのゲームは、当時を生きる少年少女たちにとって共通の思い出、あるいは共通の物語になっていたわけです。そういうゲームたちを物語と有機的に結合させることによって多くの人々の共感を生む新たな創造性を生み出した作品と言えます。私自身も、作者と同年で、当時をリアルタイムで生きてきた「ピコピコ少年」の1人だったわけですが、そういう思い出を共有する人にとっては、心に特に響く作品であったと言えるのだらうと思います。

このハイスコアガールに当時のゲームが大量に使われているわけですが、一番多く使われていると私の印象で感じるのは、やはりストリートファイターIIで、いわゆるストIIです。ただ、これに限らず、ざっと数えただけで少なくとも50あったのですが、もっと100以上あるかもしれません。大量のゲームが登場してきており、ここで問題になっているSNK社のゲームもたくさん登場しているわけです。これから説明する事例の中では、SNKのゲームが二つ出てくるのですが、一つはキング・オブ・ザ・モンスターズというもので、も

う一つはサムライスピリッツというものです。ちょっとこれについて簡単に説明してみます。まずキング・オブ・ザ・モンスターズというのは、その名の通り、モンスター同士が戦うという格闘ゲームで、6人というか6匹のモンスターが出てきます。今回は、そのうちのビートルマニアというキャラとロッキーとジオンというキャラクターが作中に出てきたことが著作権侵害となるかどうか問題になりました。

もう一つのサムライスピリッツというのは、実際に出てくるのは、そのシリーズの2作目である真SAMURAI SPIRITS 霸王丸地獄変という1994年のゲームです。こちらの方は、このゲームを漫画の中で主人公たちが実際にプレイしている様子の画面が詳細に描かれたという点が問題になったわけです。まず最初の例ですけれども、ここでお話しするのは、単行本第1巻の9話のシーンです。このシーンがどういうシーンか、読んだことのない方のために簡単に説明しますと、主人公の矢口ハルオ君という人が、ヒロインの大野晶さんという人がいるのですが、その大野さんがロサンゼルスに両親の転勤で旅立つときに際して、自分の思いを伝えるために空港に走っていくというシーンのところです。このシーンは、ストIIのガイル少佐がハルオに対して、「おまえの気持ちはそれだけか」と語りかけるところから始まり、その後数多くのゲームのキャラクターたちが次々と登場し、ハルオに対して決心を促していくというシーンです。このシーンの最後の方に、(スライドに)印がついていますけれども、キング・オブ・ザ・モンスターズのジオンとロッキーというキャラが出ています。これは一応その著作物の複製が行われており、著作物の利用があるということで、権利制限規定がないと著作権の侵害になってしまうわけです。

では、ここでの利用が引用に当たると言えるのかということ、適法な引用に当たると言えるのかということ、そもそも他人の著作物を自己の作品の構成要素として使っているわけですから、引用の範疇として、32条の適用の範疇に入る。その上で、これが正当な範囲内の利用かということ、このシーンを読んでいけば明らかかと思うのですが、ここはゲームが大好きなハルオ君が、ゲームを通じて交流を深めていった大野晶さんという女の子に自らの気持ちを伝えにいくという決断をするに際して、自分が好きなゲームたちから勇気をもらい、最終的に心を決めるという様子を描き出すことにあるわけです。それが読者の受け取る主要なメッセージであって、作者も当然それを意図していたと思われ、そうだとすると、ここでのキャラクター自体というものは、それ自体を享受させることが目的として利用されていないことは明らかなように思われます。

しかもこのシーンは、最初は有名キャラクターから始まって、この(スライドの)右側を見れば分かるように、ゲーム内のセリフによってどんどん励まされ、決断をしていくわけですが、最終的には、このポーズから頑張れというジェスチャーを読み取るに至るという様子を描き出しているわけですから、このキャラクターを使用する必然性があるということも十分説得的に説明できるように思われます。そうだとすると、ここでのキャラクターの絵柄の利用というものは、適法な引用という余地があるように思われます。こういう感じでクライマックスなのです。

続けて、第 11 話というところをお話ししたいと思います。とりあえず（スライドを）ごらんください。これは最後のコマを見れば分かりますが、この白い髪をした女の子の夢の中のシーンで、そこにキング・オブ・ザ・モンスターズのビートルマニアというキャラクターが登場しているわけです。このキャラの利用が著作権侵害にならないかということが問題になります。

なぜこのシーンを 9 話に続けて取り上げたのかというと、先ほどの 9 話は、評論などでも漫画史上に残る名シーンなどと言われたりすることもありますし、従来の引用の基準からしても適法引用と認められる可能性はだいぶ高いように私には思われるわけですが、このシーンというのは、夢の中とはいえ、物語とキャラクターが一種一体化しているわけで、従来の明瞭区別性という話からすると、問題となりやすいので取り上げたわけです。

物語と一体化しているという点は、明瞭区別性という基準を取ればもちろんですが、それは無視できるとしても、やはり重要にはなるわけです。なぜかという、そういう場合というのは、やはりそのキャラクター自身も主要な享受の対象になっていて、あるいは元の作品とさして変わらないメッセージを伝えているのではないのかという疑惑が生じると言えなくもないからです。このシーンだけを見れば、しかし、そういうビートルマニアというキャラクターを楽しませることが主要な目的なのだということが仮にできたとしても、この作品を全体として読めば、これがそんなシーンではないということは一方で明らかのようにも思われるわけです。

この女の子、日高さんというのですけれども、これは主人公のハルオ君が大野さんと別れた後、中学校に入って初めて出会った女の子です。この前の第 10 話というところで 2 人が出会ったのですけれども、この日高さんは、ハルオ君と出会うまではゲームを全然やったことがないという女の子だったわけです。その前の第 10 話で、2人でネオジオという SNK が出している業務用のゲーム機があるのですが、そこでプレイして、それで仲良くなったということが描かれていて、その経緯を通じて、日高さんはハルオ君のことを好きになり始めると。彼の気を引きたい一心でゲームの勉強をするようになるということが描かれているわけです。ここにカタログが書いてあるのですが、たぶん寝る前にこれを読んでいて、このビートルマニアというキャラクターが印象に残って夢に出てきたという設定だと思うのです。そういう作品全体を理解すれば、あくまでもここで描こうとしているのは、この日高さんという女の子がハルオ君に対してどういう気持ちを抱いているのか。あるいはそれを通じてゲームに対してどのような思いを抱いて、ハルオとゲームの両方に対して興味を抱き始めているという彼女の心情を描くために、こういう素材が使われているわけです。そうだとすると、このシーンが、作品全体の中で置かれている文脈を考えれば、普通にこの作品を読んできた人にとっては、このシーンがビートルマニアを主として享受させる目的であるとは、およそ考えられないと思いますし、一方でこのキャラを使う必然性も十分に肯定できると思われるわけです。そうだとすると、ここは正当な範囲内の引用であるという余地も十分にあると思われれます。

ちょっと長くなって恐縮ですが、もう一つ、最後に例をお話ししたいと思います。これは単行本第4巻の第22話及び第23話のシーンについてお話ししたいと思います。これは先ほどの日高さんとハルオ君が高校生になった後、ゲームセンターに行った時の話です。この二つのシーンとも、先ほど言ったサムライスピリッツというゲームで2人が対戦するシーンが描かれています。22話というのはこんな感じで書いてあります。日高さんが難易度の高い技を出してハルオ君を撃破するというシーンです。続けて第23話を見ると、これも同じですけども、同じサムライスピリッツでハルオ君がリベンジを狙ったわけですが、完膚なきまでに返り討ちにされるというシーンです。

このシーンは、続けて読んでいくと、高校受験で第1志望の高校に行けずに、ハルオ君が己を見失っていて、一方で日高さんは、ハルオ君の気を引こうとたゆまぬゲームの鍛錬を続けていたという状態で、この2人の対比を描き出して、それを通じて2人の気持ちなどを描くための、あくまで素材としてゲームのプレイのシーンを使っているということは明らかなのです。そうすると、ここもゲームそれ自体が主要な享受の対象となっていないと言えるし、サムライスピリッツというものが当時置かれてきた地位を考えれば、これは必要性もあるだろうということなのです。

先ほどと同じような説明なのですが、なぜこのシーンを三つ目に取り上げたのかというと、これは、この漫画全体を見ても、比較的詳細にゲームのプレイのシーンを描いている珍しいシーンの一つだからです。こういったゲームのプレイの画面を紹介するということは、権利制限規定がなければ、一般的には著作権侵害になる可能性が十分にあって、しかも、例えばですが、攻略本の市場などに対して影響を与える可能性もあるわけです。例えばこの漫画がサムライスピリッツの発売直後に出された漫画で、しかもこれぐらいの量だとしても、毎回毎回サムライスピリッツの対戦シーンが出てくる漫画であるということになれば、これは結局サムライスピリッツの対戦シーンを楽しませるための漫画であって、それが主要な目的なのではないかと思える余地というのは、このシーンだけを見れば、それは十分に解釈する余地はあると思うのです。しかし、本件の特殊事情として考えなければならぬのは、サムライスピリッツというこのゲームは、もはや歴史的な存在でもあるし、これは今まで出てきたもの全てにも通じることなのですが、もはや社会的な記号にもなっているということです。一番の売り出し時期というものは、もうだいぶ昔に終わっている後で、しかも、社会的な記号という観点で利用しているといった場合には、攻略本の市場などの著作権者の潜在的市場に与える影響というものは大きくないと言えるのだと思います。

そもそもこういった歴史的な存在となって、社会的な記号という広域的な位置付けを持つに至ったものは、そもそもそういった記号としての利用にとどまる限りについては、その利用を甘受すべきという観点もあるように思います。例えば特許の話になりますけれども、昨年、アップルとサムスンの特許訴訟がありました。あれは結局サムスンのアップルに対する差し止め請求が権利濫用とされました。それはサムスンの発明が標準必須特許

として公的な地位を占めるに至ったという点も重視されたと言えると思います。

以上、長々とお話ししてまいりました。ここで述べた私たちの著作権法の解釈論は、あくまで一つの例であって、ここで述べてきた結論に対する反論や異論は、十分にあり得るところだと私たちも思っております。

ただ、次の点については言えようかと思っております。著作権と表現の自由の対立というのは、決して権利者と利用者という異なる集団間の対立ではないということです。「ハイスコアガール事件」でも明らかなように、創作者自身が著作権によって自らの創作活動が制限されるリスクを負うということが明らかになったわけです。著作権と表現の自由の問題というのは、表現者全てにかかわる問題であると言えます。

このことは、一歩方向性を間違えると、表現者同士が互いに萎縮して、文化的活動が縮小均衡に向かっていく危険性を示唆するとも言えます。漫画などのコンテンツ産業というのは、いろいろな意味において我が国の基幹をなす産業の一つでありますし、著作権法の解釈論、あるいは立法論というものは、文化の発展とはどういったものなのか。表現の多様性というものをどのようにして実現できるのかという視点を抜きにして進めることはできないと思います。

本報告が著作権を巡る建設的な議論に少しでも貢献できる事を願って、報告を終えさせていただきます。ご清聴ありがとうございました。(拍手)