

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」

第二部 著作権と刑事罰

パネルディスカッション

目次

1. はじめに.....	2
(1) はじめに.....	2
(2) 著作権法の観点から（伊藤真氏のコメント）.....	3
(3) 刑法学の観点から（内田幸隆氏のコメント）.....	7
(4) 刑事訴訟法学の観点から（黒澤睦氏のコメント）.....	8
2. 刑法・刑事訴訟法の一般論と著作権侵害罪とその運用.....	14
(1) 刑法学からみた著作権侵害罪.....	14
(2) 刑事手続（告訴、逮捕・捜索と令状の記載等）の概要.....	17
(3) 捜索・差押えの運用.....	19
(4) 罰金刑.....	20
(5) 告訴と告発.....	21
(6) ドイツの著作権法における親告罪.....	22
(7) 公訴権・告訴権の濫用の成否.....	23
3. 解釈論による処罰範囲の限定の可否.....	25
(1) 民事と刑事の役割分担 一元論と二元論.....	25
(2) 起訴便宜主義による運用と限界.....	29
4. 著作権侵害罪を巡る立法論.....	32
(1) デッドコピーへの限定の是非と明確性の原則.....	32
(2) 目的要件の創設.....	36

(3) 非親告罪化	38
5. フロアとの質疑応答	41
6. おわりに	47

伊藤真 (弁護士)

今村哲也 (明治大学情報コミュニケーション学部准教授)

内田幸隆 (明治大学法学部准教授)

木下昌彦 (神戸大学法学研究科准教授)

黒澤睦 (明治大学法学部准教授)

前田健 (神戸大学法学研究科准教授)

司会：金子敏哉 (明治大学法学部准教授)

1. はじめに

(1) はじめに

司会(金子)：お待たせいたしました。それでは、第2部のパネルディスカッションを開始したいと思います。予定とはだいぶスケジュールが変わっておりますが、司会である私の責任であります。だいたい5時20分ぐらいまでパネルディスカッションとして行った後、質疑応答という時間を20分程度用意したいと思います。状況によっては、そのほかの質問の時間をもう少し長くするなどして、少し終了時刻が延びてしまうかもしれません。申し訳ありませんが、その点をご了承いただければと思います。

それでは、ご紹介いたします。第2部については、パネルディスカッションとして、私と今村先生のほか、第1部から引き続き前田先生と、あと木下先生にもご参加いただけることになりましたので、木下先生にもご登壇をいただいております。また、第2部のパネルディスカッションからということで、弁護士で著作権の専門家である伊藤真先生、また刑法の専門家であり、特に経済刑法に造詣の深い明治大学法学部准教授の内田先生、また刑事訴訟法の専門家であり、親告罪、告訴権等の問題については、まさに日本の第一人者とも言うべき黒澤先生にご登壇をいただいております。

それではまず初めに、このシンポジウムの問題について、基調講演を踏まえて、著作権と刑事罰を巡る問題について、伊藤先生、内田先生、黒澤先生に簡単なコメントをいただきたいと思います。それでは伊藤先生、よろしく願いいたします。

(2) 著作権法の観点から（伊藤真氏のコメント）

伊藤：伊藤でございます。朝から大変勉強になっております。またこういうところでお話しをさせていただく機会をいただきありがとうございます。

午前中の部分も含めてですが、今回のハイスコアガールの問題が大きく取り上げられる背景には、私はその世代からちょっと上という感じではあるのですが、金子先生らの世代の方々にはかなり思いのある格闘技ゲームが大いに盛り上がった時代を描いてくれていて、そして何より作品が良質であったというところから、これを適法として認めたいというお気持ちはずっと根底にあるのだらうなと想像しております。そして、それが刑事事件になり、強制捜査が入ったということで、大きな違和感を生んでいるのだと思います。私自身も、刑事事件として強制捜査がなされたことについては違和感があるところです。

まず最初に、ハイスコアガールという作品の中で、格闘技ゲームのキャラクターが描かれた過程を考えてみたいと思います。今日の午前中の部分も含めて考えると、もともとハイスコアガールに登場するキャラクターについて、作家は著作権法上の「引用」が成り立つようになどと考えて描いたりはしていなかったと思われます。引用だから許されるとか、そういうふうなことは一切考えていないと思われます。昔のものだから、使っていていいだろう。ある意味で言えば、コミケの世界のような甘い感覚で書いた。そのこと自体を非難しません。作家は、まずは、描きたいものを描きたいように描く。問題は、それが著作権侵害の可能性が高いことを編集者が見逃したことです。何の注意もしていないでしょう。もし引用だというのなら、少なくとも編集段階で出典明示しなければいけませんよね。出典明示義務違反をしていることだけは確かです。そうしたらそれも刑事事件です、という問題が背景にある。それ以前に、編集者であれば、原稿を見た段階で許諾をとる手続きをすべきだと考えますが、そのようなこともなされたという話は出てきておりません。

そういう意味では、今回のお話しは、「何とか救えないか。」「コミケの世界の延長で、商業利用だから、コミケの世界のような話とは違うのだらうけれども、こういうふうな形で時代の歴史の一部になったものを使うという使い方について、何とかできないのか。」というあたりの思いが根本にあるのだらうと感じております。ただそれ以前に、敢えて描いて出版したわけではなく、漫然とやっちゃって、後付けで引用として許されるなどと言っている話だなと思っています。

コミケの世界で、第1部のときに福井健策先生が、「間合い」という言葉を使われていて、私も「そういう世界があつていい。」ましてや「許諾を求めないで。聞かないことにしておくから…」という世界は現実にあるわけだし、そこは大切な空間だらうとは思っています。ただ、これを正面から本人が「嫌だ。」と言っているのに、それを無視して「やってよい世界」にしているのか、民事的にですよ、という話になると、それは違うのではないかとかんがえています。コミケの世界でも、私の作品を「このように扱わないでくれ。」という意向が明示的に示されたら、多くのコミケ出品者の方々たちは、その意向を尊重して「遠慮

します。」というのが基本的なスタンスだと理解しております。遊びとして「許して下さっているところで遊ばせていただいている。」というのが基本的な立ち位置であって、コミケの世界は「嫌だ。」という方のものを「無理矢理使っていい。」という法制度にするかどうかという議論とは、別の話だろうと思っています。

今回のお話の中で、私は、実際の事件の経緯を承知していません。ただ、クレームが来て、「申し訳ない。使用料を払いますから許諾してください。」「いや、使用料を払ってもらう話ではない、やめてください。」と言われているのです。私が相談を受けていたら、「交渉が進んで、結論が見えるまでの間は出庫停止にすべき」と回答していると思います。私の感覚からすれば、大手出版社であれば、弁護士に相談するまでもなく、出庫停止の措置はとらざるを得ないと判断しているだろうと思われま

す。それから、「デッドコピーはアウトだけれども、翻案だったら…」というご議論がだいぶありました。ただ、「翻案であれば、作家の方の不利益は少ない。今回の使い方は、翻案だから許されるのだ」という考えだと思います。しかし、そこには飛躍があると思います。その論理を言えば、「空き地があります。ここに車駐めれば渋滞がなくなるのです。勝手に駐めさせてください。どうせ使っていないんだから、不利益ないでしょう？」と言っているのとどこが違うのか。そこをきちんと説明しないと、そこのところは飛躍だと言われるのではないかと思って聞いておりました。

また、先ほど例に挙げた『おもひでぼろぼろ』とか、『ひょっこりひょうたん島』などについて、無断使用であったら、それもセーフですか。そう皆さんはお考えになるのかということの後で教えていただければと思っております。

私自身、今回の後半のテーマである刑事の部分で言えば、金子先生と同じで、では法論理はどうなのだろう。確かに「法の不知は害する。」という形になっていて、事実関係を認識していれば、法的にセーフかアウトかの判断を間違えても、それは故意犯が成立するという論理が、著作権法のような場合にうまく機能するのか。そのところでは、どういう理論を使えばよいのでしょうか。ご紹介いただいていたアメリカの判決のごく一部なのかもしれませんが、ああいうふうな法論理などで、違法性の意識がないという形を過失に落とし込めるような法論理が組み立てられれば、一番いいのだろうと思います。ただ、そこがないために、どうしても一元論的な形になってしまい、微妙な法律問題であるにもかかわらず、事実関係、確かにこういうふうな昔の作品があって、それを私が書いていますというのが事実関係ですから、そうなれば、もう著作権侵害になってしまうというのが悩ましいところだろうとおもいます。そういう意味では、立法論としては、そのあたりを救うような、刑事罰を科す場合の規定の書き方として「商業的な確信的な著作権侵害行為」などという限定的な規定の仕方にも検討されうるかと存じます。

特許法も同じような構造していますが、不正競争防止法では、もともと罰則規定がほとんどなかったところに後からどんどん罰則規定を追加していく過程の中で、罰則が適用される構成要件を改めて明確にし、「不正の目的」、あるいは「不正の利益を得る目的」

でというような限定を設けました。そうすると、今回 TPP の関係で、非親告罪が入ってくるということが一番懸念され、私はそうならないことを祈っているのですが、最終的な話として、非親告罪化されるのであればその部分は、少なくともそのような構成要件を限定的に明確にする工夫をした書き換えを行うことも一案ではないかと思っております。

私のコメントというか、お話はそのぐらいさせていただきたいと思います。

司会：ありがとうございました。内田先生のコメントに移る前に、今の点、第 1 部と連続的する部分がありますので、この点について少し議論をしたいと思えます。伊藤先生のお考えについての確認ですけれども、本件、ハイスコアガールの事案では、引用は認められるでしょうか？

伊藤：私自身は、コマの中には五分五分ぐらいかなと思うものもあります。しかし、グラの段階、ネームの段階で「引用として認められますか？」と相談されていれば、「うーん、今までの考え方からすれば、なかなか難しいですね。許諾を取って出版されたらいかがですか」と回答していると思えます。今の裁判の見込みを占いするとすれば、5 割、7 割侵害になるというのが当たらない占い師のコメントになります。

司会：分かりました。他方、刑事罰を科すべき行為かという点はいかがですか。

伊藤：私はこれを刑事で強制捜査をするということは、適切ではなかったと思えます。このごろ告訴を持ってこられて、受け付けないと、また叱られる世界なので、何とも言えないところではありますけれども、私自身は、刑事事件で扱うべき事柄ではなかったというところは一致しております。

司会：分かりました。では、簡単に木下先生から、今の点についてのコメントをいただけますか。

木下：幾つかあったと思いますが、まず、嫌だというものをどうして認めるのかということについて中心にお話しさせていただきたいと思えます。私も先ほどの報告で申しましたけれども、著作権に限らず、世の中にはいろいろな意思があると思うのです。いろいろな欲求を人々が持っている。相互に矛盾する欲求を持っている。その中で、どの欲求を認めて、どの欲求を認めないかというのが、まさに法の選択だと思うのです。著作権も、確かにこの私の作品使いたくない、嫌だという意思はあるのですけれども、同時に、この作品を使って新たな創作をしたいという意思もあります。その創作ができれば、経済的な利益をその人は得られるかもしれないし、それだけではなく、自分の意思を伝えたいという、憲法的にはそこが重要なのですが、さらにそれを受け取る世界中の何億人の人の意思、欲

求というのものもあるわけです。表現者の欲求と著作権者の欲求と、さらに読者の欲求という、世の中には同時に比較不能な欲求が対立し、存在している。そこでどこ欲求をどれだけ認めて、どれだけ認めないかというのは、最終的には憲法的な判断だと思います。

そこで、私の線引きとしては、確かにあらゆる場合において表現の自由が優先するとは言いませんけれども、財産的な利益があるかないかという点と、新しい創作が含まれているのかどうかという視点で切るのが、一番欲求と欲求の対立を調整する一つの軸なのではないかと考えます。

また、駐車場を勝手に利用するなという話なのですが、その問題と著作権の問題が大きく違うのは、駐車場を利用するというのは、表現の自由の問題ではないということです。単なる所有権の問題とは違う、表現の自由の問題であるということ、あるいは、一つの作品が、もうそこで失われてしまうかもしれない問題であるということです。

ハイスコアガールも、その続きがもし許されるなら、これから6巻、7巻と続いていったと思うのですが、一つの作品というのは、その時間、その場所、その人でしか書けないものです。モノリザもそうだと思うのですが、歴史上、今の生きている我々だけではなく、今後ずっと生きていく人々が共通財産になるようなものを、果たして1人の意思だけで制限していいのかということをおは考えております。

司会：前田先生、お願いします。

前田：今の点に関連して、補足ですけれども、空いている空き地に勝手に駐めるのと何が違うのかということですが、まず第一に、空き地に勝手に駐めるというのは、法律上一応所有権があるものに対して、これは勝手に使っていいだろうと法律の根拠もなく誰かが判断し、自力執行しているという、そういう状態ですよね。一方この場合は、引用規定という権利制限規定があって、その解釈としてやっているところがまず違う。

実質的に、土地の利用を、公共の目的のために使うという、誰かの私的な所有権を制限することがあっていいのかと言えば、それは、例えば公共収用などの場面で、そういうことはあるわけですから、1人の財産権の権利者の意思が常に優先するわけではなく、公共目的のためにそれを制限する必要があるときは制限するということは、所有権の世界でも行われているわけです。それが公共収用という手続きによるものなのか、引用規定というものによるのか、それは著作権法と所有権法でそれぞれ手続きが違うので、それによる差があるということかと思っております。

『おもひでぼろぼろ』の話がありましたけれども、あれは適法引用になるだろうという趣旨で出したものです。私からコメントする点は以上です。

伊藤：議論していても尽きないところだと思うのですが、当然、引用の規定には公共収用と同じような意味があるという理解であります。ただ、その「引用の憲法的な解釈」

というお話になってきたときに、「著作権法の立法の際に、権利制限される『引用』に含まれないと考えられていた事柄を、「憲法的な解釈」として「含まれる」「許される」とするのは「飛び越えているなあ」という感じがする次第です。

そこはそれとして、もう一つ、表現者で「使いたい人」あるいは「受け取りたい人」の気持ちを守りたいという思いがある。ハイスコアガールという作品がよかった作品なので余計そういう思いが強いことは理解できるのですが、一般論として、使われた側の「そういうふうに使ってほしくない。」「私の作品に勝手な解釈をして色をつけないでくれ!」という表現者の気持ちも、もう少し理解してあげてもいいのではないかと感じておりました。そのバランスの線の引き方が、若干、私の感覚とずれがあるのかと思っております。

司会：ありがとうございました。これはたぶん議論が尽きないと思うので、時間があればまた後程にとしたいと思います。それでは内田先生、コメントをお願いいたします。

(3) 刑法学の観点から（内田幸隆氏のコメント）

内田：刑法を専門としております内田と申します。今日は午前中から皆さんの報告をお聞かせいただいたのですが、非常に勉強になりました。こう言うと、非常に素人的な感想になってしまうのですが、これまで刑法の分野において、これは桑野先生もそのように指摘されたわけですが、著作権それ自体の領域について関心を持っている研究者は、残念ながらほとんどいないのではないかと思っています。もちろん経済刑法という分野がありまして、特に金融商品取引法であるとか独占禁止法であるとか、そちらでは割と研究は進んでいると思うのですが、著作権法上の犯罪に関しては、さほど議論が進んでいないという現状があるかと思えます。

午前、午後の議論を聞いて非常に興味深いと思った点が一つあります。それは、著作権法において、一元的な解釈をすべきなのか、それとも二元的な解釈をすべきなのかという点です。特に刑法の観点から申しますと、刑事上の著作権侵害の罪の解釈に合わせて、民事上の著作権それ自体の解釈を行うべきなのだという発想は、おそらく刑法の研究者にはないように思われます。

というのも、これまでの刑法における議論の蓄積から見ると、民法における解釈に縛られることなく刑法の解釈をしてよいという発想があったからです。

誤解を恐れず申しますと、そのように解釈してよいという刑法の研究者は少なからずいて、例えば民事的に損害賠償の対象にならないとか、差し止めの対象にならなくても、刑法において処罰してよい場合があると認めているわけです。しかし、私自身は、そのような考え方が、やはり間違っているのではないかと思っています。

そういった意味で、一元的な解釈というのは非常に重要な考え方であると思っておりますが、それは刑法から見た一元的な解釈ではなく、民事法から見た一元的な解釈をとるべき

だということです。つまり民事法において保護すべきものを刑法において保護すべきなのであって、民事法において保護すべきでないものについては、刑法という形で介入すべきではないという、そのような発想で見るべきではないのかということです。

ただし、ここでは、固く一元論的に解釈しなければならないというわけではなく、民事で保護されているからといって、必ず刑法においても保護されなければならないかという、そこには留保すべき問題があり、ここでは金子先生がご指摘のように、可罰的違法性という問題が出てくるのではないかと思います。ひとまず以上とします。

司会：ありがとうございます。今、特に上げられた刑法で民法とは独立に処罰の法理が、というのは、例えば具体的にはどういう例があるでしょうか。

内田：やはり財産犯の分野において特に議論されているのですが、典型的な例としては、盗まれた自転車がたまたまコンビニかどこかに置かれているのを発見した。持ち主はそれを持ち帰っていいのかという問題があります。当然自分が所有者なので、自転車を持ち帰っていいのではないかなるはずなのですが、刑法では、占有それ自体を保護すべきであるとか、あるいは権利者らしき外観があるのであれば、それを保護すべきなのだという議論があります。したがって、自分のものだと思って安易に持ち帰ってしまうと、窃盗罪で処罰される余地がでてくるのではないかという、典型的に言えば、そのような議論があります。

司会：なるほど。本当は著作権者がいないけれども、形式的に著作権ありそうなものを侵害したときに、侵害してもいいのではないかという議論につながりかねないということですね。

内田：そういうことです。これは今回のテーマとは若干ずれる話かもしれませんが、そういった議論が、今後、著作権法の分野においてもおきてくるのはでないかと思います。ちょっとこれは今回のテーマとはずれてしまうと思いますが。

司会：分かりました。ありがとうございました。では黒澤先生、お願いいたします。

(4) 刑事訴訟法学の観点から（黒澤睦氏のコメント）

黒澤：ただいまご紹介に与りました黒澤です。明治大学で刑事訴訟法を担当しておりますが、研究の分野では、特に告訴と親告罪を中心に研究をしています。

さらに刑事政策的なこと、あるいは犯罪学的なことに関心がありまして、特に今日はその面からコメントなど、後にパネリストとしてのディスカッションなどをしたいと思います。

す。まず全体的なコメントとして最初に紹介をしたいのは、今スライドに出ております 1 番〔民刑の統一的解釈・整合的解釈——著作権法の特殊性?〕と 2 番〔著作権法違反事件の刑事手続法上の諸問題〕、そして補足の 6 番目〔民事訴訟数と刑事訴訟数の比較の留意点〕、この三つを最初にお話しできればと思います。

まず 1 番目は、先ほど内田先生からもご紹介がありました民法と刑法を一元的に解釈すべきかどうかということです。私自身は、原則として法律の制度は、体系的に統一的に理解されるべきで、解釈されるべきだと考えておりますが、ただし、それは全て例外なきものではなく、必要があれば、かつ法制度の中で許容できるものであれば、違った形での解釈も許されるだろうと考えています。

著作権法の中の幾つかの条文や、あるいは関連する法制度などを見ると、著作権法を巡っては、別に解釈をしてもいいのではないかというような根拠となるものが幾つか存在すると感じております。

第 1 点目として、スライド 3 に示したように、「罰則の規定方法」に、ほかの法分野と若干違った形が見られる。これについては、すでにもう詳しく紹介がされておりますが、著作権という保護されるべきものがあって、それを侵害しているようにみえるものでも除外されるべき事由がたくさん書かれていて、最終的な判断がなされるというところです。著作権を侵害するというのが犯罪として一番中心部分になるわけですが、その著作権とは一体何かというのは、著作権法 21 条以下に書かれています。これに対して、除くという部分は 30 条以下の著作権の制限という形で、それを違法性阻却と考えるのか、それとも構成要件レベルのものとするかは争いがあるけれども、除外をするという形を取っているところに特徴があると考えています。

第 2 点目として、この場面で参考になるのは、他の法領域との関係でいうと、今日も何度か出てきていますが、名誉毀損罪というものが著作権法の分野と非常に似通った法制度になっているのではないかと考えられます。一般論として、名誉を侵害する行為は名誉毀損罪に該当するけれども、日本国憲法のもとでは、表現の自由というものを保障しなければいけないので、刑法 230 条の 2 によって、部分的にそれが除外されるという形を取っているという点がありますので、これが非常に大きく参考になると思います。それともう一つ、全く罪質も異なるのですが、刑罰法規の規定の仕方から見て参考になると考えたのが、各種の薬物取締法規です。例えば大麻取締法などを見ますと、薬物を乱用するという事は、これは当然認められないわけですが、その条文の中に、「みだりに使用する」ということが禁止されている。では全部駄目かという、そうではなく、一部除外されている。例えば医療行為の場合に、大麻などの薬物を使うということは、法律上部分的に制限的に認められているという関係が立っている、まずは全体として、一般論として犯罪が成立し、これに対して一部分だけ法定除外事由を設けて処罰をしないという形を設けているという点で、解釈論のレベルでは参考になるのではないかと思います。

そして第 3 点目として、今日の午前中の報告にもあった憲法適合的解釈、あるいは処罰を

限定するような解釈の可能性がないかということですが、著作権法第 8 章の罰則についての 119 条の条文を見ると、著作権を侵害したと書いてあります。そして、その前の第 7 章の 112 条以下に書かれている民事レベルのところでも、著作権侵害という同じ言葉が使われています。ということは、言葉が同じだから同じように解釈するのが当然だとも思えるのだけれども、他の法領域との関係を見たり、あるいは憲法適合的に解釈するならば、わざわざ 112 条以下と 119 条以下で条文を分けて規定しているということは、必ずしもその両方で同じ条文解釈をしなくてもいい余地があるのではないかと考えられるわけです。ここまでは、まず可能性のお話です。

次に 2 番目、著作権法の特殊性として上げられるのは、スライド 4 に示した 105 条以下の紛争解決あっせん制度です。私自身は、著作権法の専門ではないので、運用については詳しくはありませんが、著作権法の先生方に話を伺うと、この制度は存在しているが、あまり運用は芳しくないということは聞きましたが、著作権法の法律の中に、紛争を解決するために、ほかの手続きをあえて設けて、それが条文として存在しているということは、民事裁判でもなく、あるいは刑事裁判でもなく、事態の解決として何が望ましいかという第三の道を探るべきだということが法律上示されていることの証ではないかと思います。

そして、3 番目、スライド 5 に示した著作権法における著作権侵害の罪質の問題です。犯罪の性質としてどのようなものが想定されているか。これについては、もう既にこれまでの議論の中で何度も紹介されていますけれども、前提として著作者人格権と財産権というものがあって、特に今日議論されているのは、著作財産権の方の著作権ですけれども、そこを見ると、権利を占有するということですから、許諾の問題です。これに対して補償金制度があったり、あるいは著作権者の利益を不当に害することとなる場合には、無許諾のものができないというような条文が幾つか構成されているわけです。ここで考えられるのは、著作権法において許諾が絶対的かということ、必ずしも絶対的ではなく、公の利益によって文化の発展のために制限される場合もある。その場合には、対価が与えられる。かといって、対価が全て与えられれば、無許諾で何でも済むかということ、そういうわけでもないようだ。ということで、お金の問題だけでなく、つまり財産的な性格だけでなく、自分の著作物をどのように取り扱われるかという著作者の著作物に対するコントロールのようなものも想定されているのではないかと考えられるわけです。

これがどこにつながってくるかというと、その次の 4 番目、スライド 6 に示した著作権法における親告罪規定です。著作権法の親告罪規定は、全ての犯罪をカバーしているわけではありませんが、今日、話題となっている 119 条は親告罪になっています。この親告罪規定が、非親告罪化されるべきかどうかというのは、また後ほどディスカッションのときにお話をしたいと思います。まず一般論として親告罪というものがどう考えられていて、さらに著作権法における親告罪は、どういう趣旨で考えるべきかということを紹介したいと思います。

まず、一般論として親告罪制度というのはどのように考えられているかということ、制度

趣旨というのは、大きく分けて三つあります。あるいは3番目を一つ目に含ませて、二つと理解する立場もあります。第1類型は、犯罪が軽微であって、被害者が特に希望しない以上、処罰の必要性がない場合、例えばそれは器物損壊罪であったり、過失傷害罪がこれに当たると言われています。第2類型は、事件について捜査や審理を行うことが、かえって被害者に苦痛を与えることから、その者の訴追要求なしに捜査や審判・裁判を行うことが望ましくない場合。これは最近のキーワードを使うならば、二次被害の回避という点から親告罪制度が設けられたというものです。具体的に言えば、性犯罪の一部分のものや、あるいは名誉毀損罪というものが上げられます。さらに第3類型として、いわゆる親族相盗例というもので、家庭内、家族内、親族内で窃盗などの財産犯が行われた場合に、それを国家がいきなり介入していくのではなく、家族の中で解決することも考えようというようなものです。

以上のような一般論があるわけですが、著作権法の場合は、どういうふうなもので考えられるか。スライド7に示したように、実体法的な観点からいうと、先ほど見た罪質という点で見ると、財産犯で全て割り切れるかという点、どうもそうではない部分があると言える。また、法定刑なども見た場合に、非常に軽いかという点、そうではないです。最長で懲役10年ですので、すべての事件で軽微性が肯定されるかという点、そういうわけではない。これに対してもう一つの視点、刑事訴訟法的な観点から見てどうかという点、訴訟レベルで見た軽微性はあるか。すなわちこれは金子先生のところでも紹介されていた刑事司法資源の効率的分配という点から見て、そのような犯罪は検察官の訴追を原則とするのではなく、まず被害者に委ねるべきだという視点があるのではないかと一応言えそうです。もう一つは、二次的な被害の回避があるのかどうか。もし名誉毀損と近い性質を持っているのであれば、二次被害の回避という方向も一つ考えられるだろう。それでもこれが絶対的に強いものではないと思われまます。

ではどうするかという点、著作権法の場合には、先ほど紹介した紛争解決あっせん制度というものが存在している。これは、私の分析によると、親告罪制度は、これまでの二分説、三分説といった分析では足りない部分があつて、訴訟法的な面から見て訴追が制限される、つまり刑事裁判を起ささないべきであるという視点と、刑事裁判を起さなくてもよいという視点も考える必要があるのではないかと考えています。この制度との関係で、それらは何かという点、刑事裁判で対応したり犯罪捜査で対応したりすると、ものすごく影響が大きいので、それ以外の裁判外の解決をした方がよりよい成果が得られる、つまり、トータルでの利益が大きくなるという裁判外解決の期待という点がある。さらに制度として紛争解決あっせん制度を設けているので、もし刑事裁判というものが行われなくても、訴訟に代替するだけの国家的な承認がされている。これできちんと処理できたと言えるという視点を付け加えて、著作権法の親告罪を考えるべきではないかと思えます。

ということで、これらの制度を見ると、著作権法の刑罰規定というのは、必ずしも民法と全く同じに解釈、あるいは運用するべきかという点、そうではなく、違った運用も可

能なのではないかと思われます。

次に、スライド 8 に示した刑事手続上の諸問題について。今回は特に「ハイスコアガール事件」が取り上げられていますけれども、私自身は、その具体的な事件の詳細は知りませんので、具体的な事件については触れません。法律の一般論として見た場合、どういうことが言えるかということ、まず刑事訴訟法の 196 条には、捜査の関係者というのは、被疑者その他の者の名誉を害しないように注意する必要があるという条文があります。ただし、これは訓示規定と言われているのですが、そういう一般原則は当然あるということです。さらにそれに加えて、197 条で、いわゆる任意捜査の原則、あるいは比例原則がうたわれていて、目的を達成するため必要な範囲内でしか捜査活動はできないのだということです。強制捜査が今回の事案に照らして相当なものであったかどうかというのが、この原則から検討されるべきだということです。さらに犯罪捜査規範、国家公安委員会規則の中では、任意捜査の方法によって行うことが原則とされています。

そのほか注意をするべきこととして、スライド 9 に示したように、犯罪捜査規範には告訴の事件、あるいは親告罪の場合に特殊な規定が設けられています。まず 67 条を見ると、告訴事件については、どう対応するべきかということですが、それについては告訴、または告発があった事件については、特に速やかに捜査を行うように努めるということが求められます。さらに当該事件の犯罪事実以外の犯罪がないかどうかということまで注意しなければいけないということですから、捜査が広がっていく可能性を持つような条文が存在しているということです。

後ほどまた親告罪のところで触れますけれども、告訴関係の場合には、告訴をした場合には、必ず捜査義務が発生しますので、それも重要なポイントになってきます。それともう一つ、70 条は、親告罪についての要急捜査という条文がありまして、一般的な認識でいうと、おそらく民間の方々の感覚、法律を聞いたことがないという人の感覚でいうと、親告罪の場合は、告訴がなければ捜査をすることができないのではないかという感覚の人も多いかと思うのですが、法律上、あるいは規則上、内規上から見ると、親告罪であっても、急を要する場合については、強制捜査も可能であるとなっています。今回の「ハイスコアガール事件」は告訴後に強制捜査をしているということですから、その点から見ても、この 70 条から見ても、その点に関しては全く問題はないということです。

ところで、これは日本の法制度ですが、関係するものとして、ドイツの法制度はどうなっているか。後でまた比較法から少し紹介しますが、この関係からいうと、仮拘束というのは、日本で言うのは逮捕です。逮捕をする場合には、ドイツ法でも親告罪の場合、告訴がなくても逮捕することは可能となっています。それは目の前にある事件にすぐ対応しなければいけないからです。しかし勾留の場合には、告訴権者の意思を確認するというプロセスが 1 段階入ります。それで著作権者がノーとなると、勾留は基本的にはできないということです。ということで、親告罪の場合には、告訴、著作権者の意思がより強く配慮される、考慮されるというシステムになっています。

後は刑事手続上の観点から、これまで見たものは、多くの場合、刑事手続一般に当てはまる話で、できるだけ任意捜査でやりなさいとか、あるいはできるだけ権利侵害が起らないような捜査手続でやりなさい、これは当然刑事訴訟の全部の事件に当てはまるわけです。

ではそれらの全部の事件に当てはまるといっても、単に理念的なレベルのお話かというところ、そうではありません。スライド10に示したように、今日の午前中の話の憲法適合的解釈、あるいは運用という点から見ると、刑事訴訟の場合には、やはり法的根拠があると見た方がいいと思います。それは何かというと、まず第1は、当然のことながら、憲法の中に人権が保障されているということです。その人権が憲法31条以下の刑事手続に関する規定において制限がされるということです。逮捕、勾留、あるいは搜索差押えというのが憲法の条文の中で、ここまでやっていい、これ以上はやってはいけないということが具体的に書かれています。それらを束ねる条文として憲法31条があり、それを刑事訴訟法1条が受けて、憲法に適合するような基本的人権に配慮しつつ刑事手続を行いなさいということになっているので、これらを通して、特に表現の自由というものが重視されるべきだという場合には、より慎重な捜査をするべきだという法的根拠を持ってくることは可能であろうと思います。

そしてコメント三つ目ですけれども、今村先生と金子先生の報告の中で、民事裁判によるか刑事裁判によるかというお話が出てきましたが、訴訟のレベルで比較をしてみようかという私の問題意識があります。

スライド20に地裁の民事の通常事件と簡裁の民事の少額訴訟というのを持ってきました。あとは刑事の訴訟、略式も含めたものを持ってきたのですが、これを見ると、確かに民事の方が多く、民事の方が積極的に活用されるべきで、それが著作権法の分野では逆になっているから、民事の方にもっと移していった方がいいのではないかとも思われるのですが、これ地裁の民事の通常訴訟の数字なので、犯罪が問題となっているような損害賠償訴訟だけでなく、それ以外のいろいろなものも含めた数字です。細かい内訳まで調べられなかったのですが、分からないのですが、これを見ると、必ずしも全体の訴訟の数という点から見て、常に民事の方が多く、逆に言うと、刑事の方が少なくなくてはいけないと言っているかということ、そこは微妙なところがあります。

なぜこういうことにつながっていくかということ、刑事裁判というのは、自白をしても刑事裁判になります。日本の場合には、自白事件は60%~70%の数字になっていますけれども、自白をしても訴訟になる。これに対して、民事の場合には、権利の関係や事実関係に争いがなく、かつ損害賠償の額も当事者で納得がいつている場合には、訴訟にいかないわけですね。ということは、訴訟にいかないものというのが数としてたくさんあるはずなんです。ということは、訴訟の数だけ見て、どちらの制度を利用した方がいいということは、比較としては少し難しいのではないかと思います。

ただ、今村先生の報告の中で、タイの制度、いわゆる付帯私訴と考えていいと思うので

すが、付帯私訴のような制度を刑事裁判で採用しているの、刑事裁判の数が大変多いというのは参考になりました。

以上です。ありがとうございました。

司会：ありがとうございました。非常にていねいに説明をいただきまして、不勉強を恥じるばかりであります、私の資料の方で、刑事と民事の数をご紹介したのは、実態を示すという趣旨だけであったのですが、そうは言いましても、例えば仮処分事件も民事の新受件数の場合に、これは今村先生のもともとのデータでも指摘されていたところですが、単純な数の比較はできないという点は、私もおっしゃるとおりだろうと思います。

ただ、また裁判にならないケース等も多いというのもおっしゃるとおりだと思います。私が示したのは、単に一般に著作権法学者の認識として、著作権については、刑事の数は少ないという認識があるのですが、それは誤りですということを示したかったのですが、今の点をご指摘のとおりかと思ひます。

あと二元的解釈も大丈夫と言っていただいて、だいぶ勇気づけられたというところと、あと親告罪の制度趣旨についてもご説明をいただき、ありがとうございました。

2. 刑法・刑事訴訟法の一般論と著作権侵害罪とその運用

(1) 刑法学からみた著作権侵害罪

司会：今の点も含めまして、まず著作権法についてはとりあえずいったん置いて、一般的に刑法や刑事訴訟法の議論からすると、どうなるのかということについて、桑野先生の報告に対するコメントなどもベースとして幾つかお伺いしたいと思います。

まず刑事実体法の点について、桑野先生の報告の中、講演の中で、スライドのページが、著作権侵害罪の構成要件についてというあたりで、消極的構成要件なのか違法性阻却事由なのかというあたりが出てきましたが、内田先生、これはどちらがどうなるかで何か具体的な違いというのは出てくるのでしょうか。

内田：これは本当に割り振りの話になりまして、どちらに割り振られているからといって、具体的な違いが出てくるというわけでもありません。条文上の解釈で、例えば意思に反してという言葉が出てくるとすれば、それはもう構成要件化されているということになるわけです。それに対して、特に意思に反してということが構成要件として話に出てこないとしても、一般的に言えば、被害者の承諾があるかないかというのは、違法性阻却事由ということで認められていますから、そうすると、構成要件の中に入っていないくても、違法性が阻却される場合も当然ありますから、その割り振り自体を区別するというのは、あまり問題にはなっていないのではないかと思います。

司会：権利制限規定が構成要件か違法性阻却かという議論だけだったら、あまり意味はないということですね。

内田：そうです。むしろそこを論じるというよりも、犯罪を成立させる方向で解釈する場合には、なるべく厳格に解釈をすべきではないかと思われま。それに対して犯罪を成立させない方向で解釈する場合については、これは必ずしも厳格に解釈する必要はないのではないかということです。このことは、罪刑法定主義の一般的な考え方からいっても、そうではないのかということです。

ですから、よく条文の文言から離れて解釈してはいけないのだというご指摘があるわけですが、必ずしも刑法の分野においてそうとは言えないということをここでは指摘しておきたいと思います。

司会：そうとは言えないというのは、特に処罰を限定する方向で条文を柔軟に解釈するというのは、刑法の理論からも妥当だと。

内田：そういうことになります。それから犯罪を成立させる方向であったとしても、より厳格に見るべきだということであれば、条文にないような要件を構成要件という形で持つてくるということは、これは当然ある話だということになります。

司会：ありがとうございます。ほかに著作権侵害罪の構成要件ないし規定ぶりについて、ほかの経済犯罪と比較してみた場合に明確、不明確といえるでしょうか。先ほど不正競争の営業秘密保護については刑事と民事を区別して立法したというご指摘が伊藤先生からありましたが、私もそれは非常に適切なことだと思います。内田先生から見て、著作権の現行の刑罰の規定はどう思われますか。広いとか、そのあたりはどう思われますか。

内田：これもいろいろな方のご論文を拝読してみると、著作権法の罰則の規定は、明確でないという、そういったご指摘が出てくるわけですが、しかし、21条から28条までの間で、侵害の態様が限定的に列挙されているわけです。そういったところから見ると、必ずしも不明確な構造を持っているのかと言われると、そうではないと思います。

むしろ21条から28条を離れて、何か著作権で新たな権利が出てきたときに、それを処罰すべきかどうかというところでは、問題になってくるのではないかと思います。

司会：では、紹介されていた事例の中に、カラオケスナックの大阪地裁の平成6年の判決というのがありました。これはクラブキャッツアイの昭和63年の最高裁判決を踏まえて、お客さんが、ある一定の条件のもとで歌を歌うと、お店の店主が歌を歌ったことになる

いう解釈が民事の判決でまず示され、刑事においても同様の解釈をしなければいけないということを述べた判決があるのですが、それは刑法の目から見て、こういった解釈はどう見えますでしょうか。

内田：一般的に申しますと、刑法の分野において、実行行為とは何かということが問題になってくるわけですが、実行行為の要件について、かつては極めて形式的に、文言どおり解釈すべきだという見解が多かったわけです。しかし、現在においては、必ずしもそうではなく、とにかく結果をもたらすようなものが実行行為に当てはまるのだということになっており、そのような意味でかなり実質的に解されているということになります。

また、特に間接正犯という形であれば、自ら手を下さなくても、正犯として扱われる場合もありますし、実務では、共謀共同正犯という形で、自らが手を汚さなくても共同正犯として扱われる場合があります。そういった観点から、自ら実行行為に出ていない者を処罰したとしても特に不思議ではないわけです。

しかし、カラオケ法理に関して、お店の店主を著作権侵害の罪で処罰すべきかということ、店主はお客の行為をコントロールしているわけでもないし、店主とお客が著作権法違反の点で共謀しているともいえないようにみえますので、私自身は若干疑問に感じるところではあります。

司会：ありがとうございます。今の点について、ほかの先生から何かあれば、特になければ、先に進みたいと思います。

例えば「ハイスコアガール事件」のような事案について、刑法の理論から、これは簡単に無罪になりますよというようなことは言えますか。

内田：これはまさに金子先生のご指摘のところだと思うわけですが、私自身は、素人的な感覚から申し上げますと、やはり何かしらの許諾を事前に求めてお金を支払うべきだったと思うわけです。しかし、これを刑事事件として扱うのはどうなのかと言われると、非常に疑問に思います。

それを理論的にどこに落とし込むのかと言われると、これも金子先生のご指摘があったところですが、可罰的違法性の理論、特にそこでいう相対的軽微型と言われるところで解決を目指すのが適当ではないか。これは実務では非常に受け入れがたいと言われていますが、理論的には正しい方向を示しているのではないかと考えています。

特に可罰的違法性という言葉を使いますと、違法ではあるわけですが、罰する程度に違法性が高まっているわけではないという話になってきます。そうすると、一番初めに私が申し上げたように、民事で保護すべきものであったとしても、特に刑事で保護すべきでない場合があるとすれば、そこでは、その可罰的違法性の理論が使えるのではないかと考えているところです。

(2) 刑事手続（告訴、逮捕・捜索と令状の記載等）の概要

司会：可罰的違法性の議論については、また後ほど詳しく検討をさせていただきたいと思
います。

では次に黒澤先生に、先ほど幾つかご説明をいただきましたが、桑野先生のご報告も踏
まえて、刑事手続について、例えば告訴と被害届はどう違うのかなど、そういったこと
について説明をしていただけますでしょうか。

黒澤：今日ご出席の方は専門家の方がかなり多いようですので、非常に簡単などころから
の説明で大変申し訳ないのですが、一応念のため、知識の共有ということで紹介します。

被害届と告訴というのは、一体何がどう違うかということですが、被害届というのは、
刑事訴訟法上正面から規定されているものではなく、犯罪捜査規範などに規定されている、
いわば事実上の届出で、犯罪被害の申告をする、それだけのものです。捜査機関とすると、
被害届を受理したからといって、それによって捜査義務が発生するという法的義務は必ず
しも発生しません。捜査機関自身が捜査をする必要があると思料した、判断したときに限
って捜査をすることができます。

これに対して告訴の場合には、刑事訴訟法 230 条以下に条文がありまして、単に犯罪事
実、あるいは被害を受けた事実を申告するだけでなく、その事件、あるいは犯人の処罰、
訴追を求める意思表示という訴訟行為、訴訟法上の行為として位置づけられるものです。
その結果、どういう法的な帰結が導かれるかということ、告訴事件の場合には、捜査義務が
発生すると一般に考えられています。どういうことかということ、刑事訴訟法 242 条、260
条、261 条にそれらの根拠があると言われてはいますが、どんなに軽い事件であっても、いわ
ゆる微罪処分は許されず、必ず検察庁に事件を送付する。書類と証拠物を送付する、いわ
ゆる送検です。書類だけなら書類送検、身柄つきなら身柄つき送検ですけれども、必ず検
察庁に事件が送られるという法的効果が発生します。

さらに告訴を受けた事件については、検察官は、起訴にしたか、あるいは不起訴にした
か、その結論を告訴人に対して通知をします。もし仮に不起訴にした場合には、告訴人が
求めた場合には、なぜ不起訴にしたのか、不起訴裁定の主文とあって、ごく短い理由の部
分だけなのですが、それを告訴人に対して知らせる。例えば今回の場合には罪とならない
とか、あるいは証拠が十分そろっていないとか、そういう簡単な理由を示すということが
行われています。

なお、一応法制度としては、告訴告発等に限定されているのですが、最近の被害者関連
の保護の法制度によって、告訴をしていなくても、被害届の場合でも、どういうふうに事
件が処理されているかは被害者に対して連絡をしましょうというような運用になっていま
す。ですが、法制度として事件の処理が義務づけられているのは、告訴、告発などに限

定されているということです。

あと気をつけなければいけないのは、告訴であれ被害届であれ、うそのことを言って捜査を惑わしたという場合には、虚偽告訴罪が成立しますし、場合によっては、その後裁判まで進んでしまって、やっぱり間違いだったということになると、故意でやっている場合、重過失でやっている場合には、訴訟費用を負担するということが、告訴人、あるいは被害届をした人に課されることがあります。その意味で強い権利だけれども、その反対のリスクも負いながら告訴という制度は存在しているということです。

特に桑野先生の報告の中で、今回の事件の捜査の中で、捜索のときに、実務の問題点として、令状における被疑事実の要旨が記載されてるかどうかというお話がありましたけれども、令状のサンプルを持ってきましたので、紹介をします。捜索差押許可状には、スライド 12 に示したように、被疑事実の要旨というものを書くことは求められていません。これに対して逮捕状には、スライド 13 に示したように、被疑事実の要旨を書くということが求められています。どこのことなのかというと、逮捕状で言うと、罪名の下に被疑事実の要旨となって、別紙のとおりと書かれる。そして、別紙という形で、今回はこれこれこういう事実関係であなたは逮捕されるのですよということが逮捕のときに示され、それを見せられた被疑者は自分はこれをやっていないなどという防御の指針になるのが、この被疑事実の要旨というものです。

これに対して、捜索差押許可状の場合には、ちょっと大きさが違って申し訳ないのですが、スライド 14 に示したように、被疑事件、つまりどのような事件に対して捜索差し押さえが行われるかというのは書かれるのだけれども、その下に被疑事実の要旨が書かれる欄はないということです。ですので、自分はどういうふうな事実関係で、例えばこのサンプルでは覚醒剤取締法違反になっていますけれども、いつ、どこで、どうやったか、自分が使ったのか、あるいは他人にやったのかも分からないというような状態で令状が来るということなのです。

特に問題なのは、刑法犯の場合には、例えば詐欺被疑事件の場合には、刑法の詐欺罪だということは分かりますけれども、特別刑法犯の場合には、例えば覚醒剤取締法違反というように法律違反だけが書かれます。同じように著作権法の場合にも、著作権法違反としか書かれないので、119 条の違反なのか、それともほかの条文の違反なのかが分からない。これは桑野先生がおっしゃっていたとおりで、そういう問題が特に特別法の分野ではあるということです。

とはいえ、捜索差押許可状という最終的なものには、被疑事実の要旨はないのですが、やはり令状を出す以上は、裁判官は、この人に対して令状を出していいかどうかを事前にチェックしなければいけません。では、そのチェックをする素材になるものとして何があるかという、スライド 12 に示したように、捜査機関から出される「令状請求書」というものがあります。令状請求書には、犯罪事実の要旨が書かれて、これこれこういう事実関係だから、捜索差押許可状を発付してほしいという形で令状が請求され、これは捜索が必

要だということになると、令状が発付されます。では、なぜこれを搜索差押許可状に書かないかということですが、この辺はっきりしない部分もあるのですが、一つのポイントは、搜索差押えというのは、被疑者本人だけではなく、第三者に対しても行われるものです。これに対して逮捕状というのは、逮捕というのは被疑者本人にしかできません。ということで、具体的な事実関係を明らかにしていいかどうか、プライバシーにもかかわるわけです。

ということなので、法律上の規定と運用が分かれているのだらうと思いますが、もし防御ということを考えるのであれば、被疑者に対する搜索差し押さえをする場合には、第三者の場合とは違い、被疑事実の要旨まで書くというような立法的な変更をするということも可能なのではないかと。これは立法的な提案として、私からです。以上です。

(3) 搜索・差押えの運用

司会：ありがとうございました。すると現行の運用ですと、実は死後の人格権に関する著作権法 120 条の罪により、搜索差し押さえの令状がでているときでも、単に著作権法違反と記載され、あのダウンロードしたものか？ネットであれを見たときか？などよく分からない状態で搜索差し押さえには対応しなければいけない状況に、現状としては運用されているということですね。

黒澤：はい。

司会：今の点を仮処分の審理と比較してみると、伊藤先生、仮処分における差し止めの運用と比較してみると、かなりの差があるような気もするのですが。

伊藤：差し止めの仮処分の場合であれば、これは当然に審尋を行うことになりますので、実務的にいうと、よほど明確な場合を除けば、少なくとも 2 往復ぐらいの書面のやりとりをした上で、決定がなされることになると思います。

ただ、一方で証拠保全の手続きを裁判所が認めれば、その範囲で保全がなされると。何の連絡もなく 11 時 50 分ぐらいに来て、証拠保全に来たから、1 時に来るからねといって、執行して 1 時に来て、書類や帳簿、あるいは著作権侵害の事件などでコンピュータを押さえたりすることはあります。

司会：証拠保全のときの特定の場合などと比べると、搜索差し押さえの運用というのは、どうなのでしょう。

伊藤：どうなのでしょう。私は著作権侵害を理由とする証拠保全手続きを見た経験がない

ので何とも申し上げられません。検索差押令状ほど漠としたものではないと思います。

司会：そうすると、実際にもし企業等、あるいは個人が著作権法違反で検索差し押さえが来ると、対応としては、かなり困る。

伊藤：まず、著作権侵害の仮処分事件であれば、原則として審尋をします。時間をかけてきちんと対応できる。もともと証拠を押さえるという目的ではないので。検索差し押さえの場合には、押収した物を警察に持って行って分析するというスタンスですから、それこそ通信していたメール履歴が残っているコンピュータや帳簿とかまでを持っていくだろうということを見ると、あと仕事の遂行上も大変影響を受けるだろうとは想像されま。私は著作権侵害で刑事告訴してとか、告訴されてという事例に立ち会ったこと自体がありませんので、そのぐらいレアなケースなので具体的なところまでは想像でしかものが言えません。すみません。

(4) 罰金刑

司会：ありがとうございます。あともう一つ桑野先生の報告の中で指摘されていた点として、罰金刑の活用ということがありました。刑事罰のスティグマという話は置いておいて、あと刑事手続の問題も置いておいて、罰金刑よりも損害賠償額の方が高いという場合はたくさんある、民事の損害賠償額の方が高いわけです。ただ、それでも罰金刑については慎重でなければいけないという考え方は、私も妥当だと思うのですけれども、そう考えているということによろしいでしょうか。黒澤先生、それはなぜでしょうか。

黒澤：罰金刑であっても、やはり刑罰ですから、それは前科になりますので、スティグマはあります。

司会：やはりある種のスティグマということですね。いや、それはスティグマが誇りになってしまうようなタイプの人も中にはいらっしゃると思いますけれども、ただ前科つき著作権学者といえ、かっこいいかもしれませんけれども、できればなりたくないかな、大学をクビにならないかなとか心配に思うところです。

黒澤：罰金刑の場合は実刑が多くて、逆に自由刑の場合には、執行猶予がつくのです。だから、そこが逆転してしまうのです。それが一つ問題とされています。

司会：確かにそうですね。

黒澤：これは事実上のものですが、罰金刑を科されると、それによってさまざまな社会的な制裁がなされる可能性がありますから、そういった意味ではやはり慎重に考えるべきではないかと思います。

司会：おそらく罰金刑よりは、あやまち料の方の過料とか、それならまた別かもしれませんが、あくまで刑として罰金を科されるとなるのは、金額としての負担の問題ではなく、それに伴うさまざまな事実上の不利益が生じる。他方で海賊版に対する実効性をも、そういったスティグマ、不利益がもたらしめているというものもあると思います。私も罰金刑によって対応すればいいのではないかと、ところに対しては、少し疑問を覚えるところです。

黒澤：付け加えてよろしいですか。罰金刑のデメリットというのが、昔、交通事故に関して議論されて、いわゆる国民総前科の問題があって、交通関係のことは行くと罰金刑になり、みんな前科がついてしまうと。それを切り替えるために行政処分としての交通反則切符の制度に変わり、行政処分として反則金を払って、刑事手続にはいかないようにしたというものです。もし、これからどんどん著作権法侵害が増えていくということであって、それが社会にとって問題だ、対応する必要があるということであれば、そういう方向での対応も可能だと思います。

ただし、それをやってしまうと、大変安易に使われてしまう可能性があるのも、それもまた注意をしなければいけないと思います。

司会：ありがとうございました。あともう一つ、著作権法違反の刑事の運用について、だいたい起訴率が70%ぐらいで、公判請求が起訴の中に占める割合が6割ぐらい、2013年は下がっているのですが、これはほかの犯罪と単純に比較することは難しいのですが、もおおざっぱに比較してどのような印象を受けられますか。

黒澤：そうですね。6割、7割というのであれば、ほかのものに比べると、若干高めのところはありますが、特に告訴がされているわけなので、それを考慮した上でということはあるかと思いますが。

(5) 告訴と告発

司会：分かりました。告訴と被害届について先ほど説明があったので、告発と告訴の違いというのはどういうものでしょうか。

黒澤：告訴の場合には、被害者や法律が認めた一定の被害関係者などに認められるものです。被害者等に認められるのが告訴。これに対して、それ以外の第三者が行うものが告発

です。

司会：では、よく非親告罪化に関して言われるものとして、同人誌のかけ算の向きが気にくわないという人が告発を、非親告罪化したら、たくさん告発をしてしまうのではないかという話があるのですが、この告発は現行法では？

黒澤：現行法でも可能です。告発をすれば、一応捜査義務は発生する。強制捜査をするかどうかは別として。けれども、親告罪であるから、それは十分配慮した上で捜査対応をする。ですから、通常は、告発がもしされたとすると、被害者の意思を確認するという作業が入るはずです。

司会：分かりました。非親告罪化の影響については、また後ほど改めて議論をしたいと思います。

伊藤：1点だけ。実務の面で直面するのは、警察の方から告訴状を出していただけますかとわれて、それから対応するというようなことがあります。多くの場合は海賊版等の話ですが、捜査過程でAさんの作品以外のB、C、Dさんの作品の侵害もが見つかり警察の要請に応じる形で告訴状を出すということがあるということだけ1点補足しておきます。

司会：確かファイル交換ソフト関係の取り締まりでも、まずとりあえず捜査が行われて、それでこれについて告訴をされますかというような確認なのかお願いなのかは場合によりますけれども、そういう連絡が来るという運用がされているのは、私も聞いたことがあります。

(6) ドイツの著作権法における親告罪

司会：あとドイツの著作権法は、確か資料の方に載せていますが、一応親告罪で、ただ特別な公益がある場合には、告訴がなくても検察官が起訴ができるという、その特別な公益というのはどういう場合かというのはご存じでしょうか。

黒澤：ドイツ法の著作権侵害の場合に、どういう親告罪があるかというお話ですけれども、条文の全文を持ってくると分かりづらいので、分解をして解説形式にしました。

スライド16に示したように、ドイツには、日本のような完全に被害者の意思にかからせる純粋な親告罪以外に、条件付き親告罪というものがあります。この名称については、人によって違うので、ほかの場面で違う言葉を聞いた方がいるかもしれません。相対的親告罪と言われたり、混合的親告罪と言われることもあります。

どういうものかという、原則は告訴がなければ訴追されない。これに対して、例外的に検察庁が刑事訴追に対する特別な公益があるために訴追による介入が必要だと認めた場合、被害者の告訴がなくても訴追ができる。さらに起訴法定主義が前提なので、訴追しなければならないというような非親告罪的な要素が入っているということです。

今ご質問があったのは、特別な公益があると判断したら訴追するということですが、この「特別な公益」というのは一体何なのかということですが、実は去年二度ほどドイツの検察官に、著作権との関係でなく、条件付親告罪の特別な公益というのはいくつに運用されているのかというインタビューをする機会がありました。ドイツは連邦国家であるため、州によって基準が違うということが分かった。さらに条件付親告罪に限定せず、さまざまな犯罪について検察官の判断が妥当になるようなある程度の基準を定めたようなものが存在する州もあるようでした。特別な公益の具体的な説明の中で一般予防というようなキーワードが出てきたので、刑事訴追をして社会秩序を保つ、処罰をして威嚇効果につなげる、社会的な影響を考えて訴追判断をしていると理解しました。

(7) 公訴権・告訴権の濫用の成否

司会：ありがとうございます。あともう一つは、検察官の起訴便宜主義というか、その運用について、いや、こんなのを起訴したら、起訴便宜主義に反するとか、公訴権の濫用とか、そういう議論というのはあり得るのでしょうか。

黒澤：検察官の訴追裁量についてですけれども、日本の場合には、検察官が事件を訴追するかどうかというのは、刑事訴訟法 248 条で、起訴便宜主義というものが取られているということをご存じの方が多いと思います。非常に検察官の訴追裁量というのが広いものだと認めているのが、スライド 18 に示した「チッソ川本事件」の最高裁の決定です。刑事訴訟法 248 条などを根拠に検察官は広範な裁量権を持っている。しかし、それは自由に何でも好きなようにやっつけていいものかということ、そういうわけではなく、刑事訴訟法の 1 条や刑事訴訟規則 1 条 2 項に書かれているように、濫用をしてはいけないということです。一定程度限界がある。どうなっているかということ、検察官の裁量権が逸脱して公訴提起が無効になるのは、公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合に限りされるとされています。つまり検察官の裁量が著しく職務犯罪のレベルまでおかしいときは、公訴権、検察官が起訴をする権限を濫用しているということで、刑事裁判を打ち切ることが可能だということを言った判例です。

しかし逆に言うと、そういう極限的な場面でしか打ち切れないので、實際上、事実上は、打ち切りはほぼないと言っていいと思います。

司会：告訴についてはいかがでしょう。告訴権の濫用と評価されるような場合は、どうい

う場合でしょうか。

黒澤：どういう場面かというのを説明した方がいいですか。今回のハイスコアガールとの事件のところの関係がいいですか。

司会：そうですね。本件では告訴権の濫用にはたぶんならない、それはなりようがないと思います。

黒澤：ならないでしょう。今告訴権の濫用というお話が出てきたのですが、告訴というのは、刑事訴訟法 230 条で、犯罪によって被害を受けた人、被害者は告訴をすることができるという条文があります。スライド 17 に示したように、その告訴をする権利、あるいは権限、権能というのは、どんな場合でも使っていいか、あるいはそれには限界があるのかどうかという議論が告訴権の濫用というものです。

基本的には告訴権の濫用として認めて、それは許されるべきではないという議論は、ごくごく一部に限定されます。なぜかという、告訴というのは、まずは被害者の権利であるということ。刑事裁判に訴え出て行くという刑事手続に乗せるという権利であるということ。それともう一つは、公の利益から見ても、闇に葬られてしまうような事件を掘り起こして公の手続きに乗せるという利益もあるので、告訴権というものは、原則として認められるべきものだというのが基本発想です。

けれども、ごくごく一部、告訴をすることが、形式的には一応形は整っているけれども、実質的に法の趣旨に反するようなもの場合には、告訴権の濫用だと言われる場合があります。例えば告訴を脅しの材料にするというような場合、それは微妙なものというふうに扱われることがあります。

司会：ありがとうございます。ただ本件のように、一応著作権の被害を受けていると、行為を何とか停止させたいと思っている人が告訴をするということを、さすがそれを告訴権の濫用ということは…

黒澤：難しいです。むしろ告訴を認めるべき場合だと思います。

司会：私も今回の SNK プレイモアによる告訴について、告訴すべきではないと個人的には思うのですが、告訴権の濫用とまでは言えないのではないかと考えております。ありがとうございました。

3. 解釈論による処罰範囲の限定の可否

(1) 民事と刑事の役割分担 一元論と二元論

司会：今の点も踏まえて、いろいろと具体的に民事と刑事の役割分担とか解釈論、立法論の話に移っていきたいと思います。

私の立場と木下先生、前田先生のお立場というのは、かなり違いがあるようで、目指しているところは実は一緒なわけですけども、解釈論のレベルでは違いがあるところです。

前田先生は、私が例に挙げたスライドの、私の資料で言いますと、5 ページのスライドの28、数字が見つらいですが、そこで上げたフォトモンタージュとかいろいろな最終的に侵害が認められた裁判例がありますが、まずこれについて、刑事罰を適用すべきだと思われませんか。

前田：はい。それは感覚としてということでしょうか。

司会：結論としてでいいと思いますが、一応口頭弁論終結、上告審の確定まで行為を継続していたということを前提にしてお聞きしたいと思います。

前田：そうですね。直ちに刑事罰を科すべきかと聞かれると、なかなか躊躇をする部分があるので、科さない方がいいかなというのは思います。前提としてですけども、我々も刑事罰と民事責任を問う場合において、著作権侵害というものの解釈を違えることは難しいだろうということは思っていて、ですから、著作権侵害があれば、刑事と民事の救済はセットで来るということを前提で考えているわけです。理論的というか、理想的な世界において、刑事と民事と結論が違うということは十分あり得るのかとは思っていて、むしろ先ほどの内田先生や黒澤先生の話聞いて、現行法の解釈論としては、なおやはり難しいかとは思いますが、むしろ著作権法の構造や刑事の理論的には、そういった方向の結論を目指すというのは十分にあり得るのかという感想を抱いているところです。

その上でむしろ金子先生にお伺いしたいのですが、金子先生の理論だと、侵害の正否が不明確というところを大変重視されていると思うのですが、確かに午前中の福井先生のお話にもありましたように、当事者間で自発的にどこまでがやっていい領域で、やってはいけない領域かを決めていく方向性というのはあると思うのです。そういうときに刑事罰が科されてしまうと、当事者間におけるルール形成が阻害されてしまう場合がある。そういうときに刑事罰を科すのは妥当ではないというのは、そう思うのです。

金子先生が、ルールが不明確な場合というか、解釈が分かれる場合にはとおっしゃるのは、そういった趣旨なのかと思うのですが、それは理解として間違っているのでしょうか。

司会：一つには、福井先生が指摘された例は、著作権法の解釈というよりは二次創作とい

ったものについてどの程度権利者が黙認、あるいは容認するかということについて、それを自発的なルールなりで形成していくべきだというお立場で、その問題は私の問題の中に含まれますけれども、それは問題の一部であろうと思います。私自身が報告で述べたのは法解釈として著作権侵害の成否が分かれるような事案については、刑事罰を科すべきではない、もちろん分かれるの度合いにもよって、金子単独説だけ侵害ではないとしているという場合にまでは責任を否定することは難しいかと思っておりますけれども、大きく裁判所でも解釈が分かれるような事案については、少なくとも刑事罰を科すべきではないのではないかと考えております。

私の理論とは、一つは法解釈の不明確さについては違法性の意識の可能性で処理しつつ、あともう一つは、別の問題だけではなく、可罰的違法性なり正当業務行為でも処理をすべきだと考えております。

木下：可罰的違法性のところでご質問があるのですけれども、可罰的違法性というのは、違法性阻却事由の議論だと思うのですが、そのまさに金子先生が例に出しておられました「外交官機密漏洩事件」というのが、まさにそれで論点になりましたけれども、結果無価値と行為無価値という、私もロースクールのときに勉強した一大論争があると思うのですが、自衛官秘密漏洩事件というのは表現の自由、取材の自由と国家機密が対立したところに問題がありました。しかし、単純に取材の自由と国家機密とを比較すればいいのだけれども、そこで不倫関係を使って取材をおこなうのはけしからんという論点が出てきた。全く取材の自由とも国家機密とも全然関係のないような保護法域が出てきた。ここで、仮に、ハイスコアガール事件においても、例えば交渉過程がかなり社会通念上あり得なかったとかいうような事情があった場合、そういったものも、もしかしたら可罰的違法性のところでは、理論的には、特に判例が仮に採用するとした場合には、入ってくる可能性があるわけです。最初から交渉に応じなかったとか交渉態度が悪かったというところも当然入ってくると思うのです。それを前提としますと、そのような危険性というか、本来著作権と表現の自由の対立というのは、特にフェア・ユースでもそうなのですけれども、フェア・ユースのところでは、交渉過程は見てはいけないと、いろいろ4要素上がっていますけれども、交渉過程や誠実な交渉を行っていたかというところは見てはいけないところがあると思うのですけれども、そのような可罰的違法性の理論に乗っかることによって、本来著作権や表現の自由が想定していなかった問題も取り込まざるを得なくなってしまうのではないかという危惧があるのですけれども、その点についてはいかがですか。

司会：その危惧は、全くその通りだと思います。私は裁判例について社会通念とかどうこう言っているということをご紹介しましたら、本来それは適切ではないだろう。理論的にはそういうことで考慮すべきではなく、法益同士の問題として考慮すべき問題だろうと思っております。

ただ、裁判所が採用するとしたら、そこも問題になるかもしれないし、それがむしろ問題ではないか。その中に交渉過程なども考慮されるのではないかと。これは後で内田先生にもコメントいただければと思いますが、ご懸念はもつともだろうと思います。

ただ、それでもやらないよりはまし。可罰的違法性阻却をやらないよりはましだと。全然やらないよりはましだということ、それはもう一つは、ではだからといって、可罰的違法性の議論を使わず、先ほどの民事裁判で侵害が認められた裁判例について、お二人の立場からすれば、民事でも侵害を否定せよということになるわけですね。もちろん表現の自由の問題とかかわらない問題もあるので、それについての解釈は分かれるかもしれませんが、民事でも全て侵害を否定せよという議論になるわけですが、それは私は妥当ではないと思います。もちろん私個人も侵害を否定すべきと思うものはありますけれども、刑事罰を科すべきでないことを理由に民事上の救済を否定することはやはり妥当ではないのではないかと、民事と刑事を分ける議論をした方がいいのではないかと考えます。

ただご指摘の懸念の点はもつともなところですが、その点について、内田先生。可罰的違法性における社会通念の考慮についてコメントをいただければと思います。

内田：先ほどの社会的に相当であるかどうかという点ですが、これは、交渉過程において問題になるというよりも、刑法では一般的に目的を達成するための手段が果たして妥当なものだったのかどうかというところで問題になっているわけです。

ということですので、おそらく今回の「ハイスコアガール事件」においては、どのような対応で自らの表現の自由というのを達成しようとしていたのかということがおそらく問題になるのであって、コミックを書いた後に、訴えてきた会社との関係でどのような対応をしていたのかということ、犯罪の成否にかかわってくるのかと言われると、かわらないのではないかとこの気はしています。

司会：ありがとうございました。木下先生、前田先生、いかがでしょうか。何かあれば。

前田：若干話が戻って恐縮なのですが、どういった場合に刑事罰を科して、どういった場合に民事的救済にとどめるべきかということで、金子先生はその二つを分けていこうとされているのだと思うのです。我々もそういう姿勢そのものには共感をして、そういった方向を目指していこうと思っているわけです。

話がまた戻りますが、スライド 28、29 に挙がっている例でいうと、例えばフォトモンタージュとか記念樹などは、他人の著作物を一部利用、依拠しつつ、新しい著作物を作っている例ですね。こういった例においては、刑事罰を科するというよりは、当事者の交渉の中でどういったところまで利用が認められるかとされた方が、立法論的には望ましい気がしますので、こういった場合には刑事罰を科すべきではないだろうという議論はよく分かるのです。

ただ、中古ゲームソフトの例を挙げられていて、これも刑事罰を科すべきではないということ。分からなくもないのですが、要するに新しいタイプのビジネスに、著作権者にあらかじめ許諾を得ずに進んでいって、後からそれが著作権者の支配に属させるべきかどうかを決めた方がいいという、そういう配慮があるということなのかという気もするのです。

そういう考え方は分からなくもないのですが、一応著作権法の理念的には、著作権者が経済的な利用についてコントロールして、著作権者が著作権の最も効率的な利用についてよく知っているものという前提でやるというのが基本的な理念だという気がするのです。

二次創作の場合だと、別の考慮があるので、表現の自由を優先するという話になるのですが、単純な利用のときに自由にやらせた方がいいと直ちに言っているのかというのは、正直よく分からない部分もあって、そのあたりについて金子先生はどういうふうにお考えなのでしょうか。

司会：これは是非後で伊藤先生にもご意見を伺いたいと思いますが、もちろんこれは行為によって異なってきますし、例えばファイル交換ソフトが登場したとき、それは公衆送信に当たるかどうか、提供者ではなく、ユーザーの行為が公衆送信に当たるかははっきりしないと、それに何の責任も取らせないというのがいいかというのがいいかという、それは微妙だろうとは思いますが。

ただ、では中古ゲームソフトについて、誰も中古ゲームソフトの販売をしないで、債務不存確認訴訟で最高裁まで争って適法という判決が出てから初めて中古ゲームソフトの販売というビジネスを行うべきかという、それは違うだろうと思います。

またはロクラクⅡやまねきテレビのようなビジネスについても、あのビジネスをまず行わないで、とめて、MYUTA はまさに債務不存確認で争ったわけですが、ビジネスを全くしないで債務不存確認で争えというのは、それはむしろ社会的損失が非常に大きいだろうと。

もちろん著作権者によるコントロールというのは、ある程度認めるべきであるとは思いますが、それは後で損害賠償責任などによって担保することができるわけであり、それについて刑事罰、あるいは刑事手続によって強制的にとめるというのは非常に問題があるのではないかと私は思っております。もし伊藤先生からコメントいただければ。

伊藤：法的に判断が未確定、判断が微妙な事例、それは制限規定に該当するか否かであったり、支分権に該当するか否かであったり、様々ですが、そのような場合にまで刑事事件として扱っていくべきかどうかという話であれば、そのとおりだろう。

ただこれらの場合、例えば今の例に挙がっているフォトモンタージュの事件など、最高裁なり高裁なりで判決が確定した後も、「私の信念ですから。」ということで、その著作権侵害・翻案権侵害と判断された行為を継続することに対して刑事事件として介入していく

のは当然だろうと考えます。そこを、「これは二次創作なのだから…」ということで刑事事件として扱わないとすべきではありません。判決で、著作権侵害、翻案権侵害と判断された以上、その継続行為が刑事事件とされるのは当然だと思います。その手前の段階のところで、中古ゲームソフト事件もある意味そうですが、法的解釈について微妙な案件について、それが著作権侵害行為かが明確になるまでは刑事ではなく、民事の差し止めなり何なりで対応して違法か否かを確定させていく、そういうプロセスを大切にすべきだという仕分けになるのかと思います。

司会：私も現行法の解釈論としても、差し止め請求認容判決が確定した後も、なお同一の行為を継続した場合には、さすがに刑事罰を科していいのではないかと思います。ただ条文でそれを明確に、特に同一というあたりを規定できるかは難しいところですが、実質論としては、刑事罰を科してもいいとも思います。

ただ、今おっしゃった点については、私はやはり刑事で法解釈が不明、ビジネスなどについても認めるべきではないと、それは私も強く思います。

前田：私も金子先生のおっしゃることに基本的には賛成というか、よく分かるのですが、そういった新しいビジネスと海賊版事犯というのが極限的なケースになってくると、どれほど明確に区別できるのかというのも気になってくるところです。

司会：ですので、客観的な区別ではなく、そちらは違法性の問題というよりは、法解釈の不明確さのところでは責任を否定してはどうかと思っているところです。

前田：分かりました。

司会：今の点も含めて、解釈論としての制限について、先生方で是非コメントをいただければと思います。今村先生お願いします。

(2) 起訴便宜主義による運用と限界

今村：今の5ページのスライド28の事件で、これが刑事でというような話ですが、こういう事件は法の解釈が不明確な事案なわけですね。おそらく検察官というのは絶対勝ちたいわけですね。刑事なら90%勝つ前提で公訴するわけですね。このような民事上も不明確な事案において、あえて訴訟を起こすという選択をする検察官はおそらくほとんどいないのだろうと思うのです。

例えばフォトモンタージュもクラブキャッツアイも、これは確定して、最高裁で明確な判例が示されて、仮にその後、民事の事案も蓄積したということであれば、同じような事

案についてどんどん刑事訴訟を起こすということはあるかもしれません。なので、どの程度勝てるかと確信を持っていれば起こすし、そうでなければ起こさないと私などは思うのです。

司会：ありがとうございます。イギリスでは、まさに判決の中にもそういうことを述べているものがあるということが、今村先生の中でもご紹介がありました。おそらく一般的には検察官も勝てるものだけ訴えるという運用であろうとは思いますが、その点について黒澤先生、いかがでしょうか。

黒澤：一般的には、今おっしゃったように、日本の場合には、99. 何%の有罪率ということですから、確実に有罪が取れる事件でなければ起訴しないという方針でやっていますので、ですから危うい事件、どちらか分からないような事件は、まず民事の様子を見てからということになるでしょう。

司会：是非見ていただきたいと思うところですが、木下先生。

木下：例えば仮に、金子先生の議論から検察官の起訴便宜主義に頼る議論というのが結構あったと思うのですが、例えばハイスコアガールがそうなるかどうか分からないのですが、検察官が起訴をしなくてもいいと考えても、検察審査会で起訴相当と判断される場合もあるのではないのでしょうか。

司会：実際、過去に幾つか著作権法違反で検察審査会で起訴相当になった事例が幾つかございます。

木下：検察審査会で起訴相当になる可能性も踏まえると、やはり不明確と言えますし、そもそも、憲法学的に拒否反応があるのが、検察官を信頼して法律をあいまいにしているということです。一般的には普通に運用をしていますが、例えばですけれども、本当の目的、例えば政治的な活動をしている場合。例えば今の現政権を批判する言論を普段書いている人がいて、今日たまたまその人の著作物で著作権侵害が見つかったと。もうそれで逮捕したり、さらにそれを利用して、捜索差し押さえもできますので、本当は違う情報を得たいというか、余罪捜査のために著作権侵害を使うということもあり得ると思うのです。そういう乱用、それも全体としては少ないかもしれないけれども、1件でも受けると、それはかなり深刻な影響を与えると思うのですけれども、その点も踏まえると、起訴便宜主義に頼る議論というのは危険なのではないかと思っています。

司会：私も全く同感であり、検察官なら何とかしてくれるという発想が、これまでの著作

権法違反の運用だったのですが、それでは問題があるということを示したポケモン同人誌の事件であり、ウィニーの開発者を起訴したという事件であり、また今回は起訴には至っていませんが、警察が強制捜査に至ったハイスコアガールの事件でありまして、一般的には運用で慎重な運用をすることは警察・検察に期待されますし、多くの検察官はそうしてくれると思いますが、それに頼る法制度、法解釈というのは、問題であろうと思います。

今村：私からは、立法論のところでコメントしたいと思います。

司会：分かりました。ほかに解釈論のところで、内田先生、実際のところ可罰的違法性とか正当業務行為論とか、あるいは違法する意識の可動性、裁判所が認めてくれる可能性はどれぐらいありますか。

内田：理論的には非常に議論されているところですが、裁判所が認めてくれるかと言われると、先ほどから議論にありましたように、なかなか難しいというのがこれまでの現状としてあるわけです。

今まで問題になっている論点については、実務の解釈としてほとんどもめていないところなのです。したがって、理論としてはあり得ると思いますけれども、裁判所がそれを全面的に採用してくれるかと言われると、そんなに簡単ではないということだと思われま

司会：裁判所としては、著作権侵害自体を否定するという解釈を採用する方がうけいれやすいのでは、との指摘についてはどのように思われますか。

内田：いろいろ場合があると思います。例えば、今回の問題に限らず申し上げますと、そもそも条文から具体的にこういったものが要件なのか、自分がその行為をしてもいいのか悪いのかということを読み取ることができないのであれば、その条文は適用することはできないと思われるわけです。

ですから、いかに合憲限定解釈をし、あるいは憲法適合的解釈をすることによって、成立範囲を狭めたとしても、それを一般国民から見て読み取ることができないということであれば、その条文を適用することは、本来であれば、やってはならないことであろうと思います。

一つ付け加えておきますと、午前中のお二人の先生がご指摘になった引用の問題について、権利の制限という観点、つまり犯罪を成立させない方向で憲法適合的解釈を用いるということは、これはあり得る話ではないかと考えているところです。

それからもう 1 点ですけれども、金子先生が相当の理由があるかどうかという点から、違法性の意識の可能性を検討するという点についても、同じように議論ができると思

ます。

つまり解釈が非常に分かれている問題があり、それが最高裁にいたってはじめてある一定の考え方が判例として確立したという場合、もちろんその確立した以降であれば、違法性の意識をもたなかったことについて相当の理由があるとはほとんどいえないであろう。しかし、判例として確立するに至るまでの段階であれば、一般国民から見ると解釈が分かれていて、どの場合であれば違法性があるといえるのか判然としない。確かに専門家であれば、こういった解釈もあり得るだろうし、また違う解釈もあるだろうと判断できるかもしれませんが、一般の人から見ると、何が正当な解釈といえるのかはつきりとしなない。そういった事情があるとすれば、やはり自分がやっていることについて、これはセーフなのではないかと考えたとしても、それはやむを得ないという側面があると思われまます。

司会：私も全く同感です。ただ、従来の刑法の議論からすると、解釈が分かれているような場合には、違法性の意識の可能性があるという感じの、それはやはりやってはいけない。疑わしきことはやるなという考え方が基礎にあったということでしょうか。

内田：そうなのかもしれません。しかし、私自身は金子先生のお話をうかがってみると、解釈が分かれている問題について、違法の意識の可能性がなかったとする余地を認めても構わないのではないかと思うようになりました。

4. 著作権侵害罪を巡る立法論

(1) デッドコピーへの限定の是非と明確性の原則

司会：分かりました。では、立法論としてどういう行為を刑事罰の対象とすることが望ましいのかということについて議論したいと思います。私としては、基本的にはデッドコピーの事案にまず限るべきであり、かつ複製一般ではなく、頒布目的の複製に限るべきではないかと申し上げましたが、今村先生は刑事罰を科すべき行為はどのような行為だと思われまますでしょうか。立法論として。

今村：立法論として言えば、私の報告との関係で言えば、TRIPS 協定とか、他の日本が加盟している国際条約の義務として刑事手続、TRIPS に反しない範囲であればよろしいかと思ひます。金子先生がおっしゃるように限定した場合に、TRIPS 協定が、ここまではミニマムスタンダードで刑事罰を定めなくてはならないとしている基準を下回ってなければ反対はしません。

司会：下回っているかもしれない、とのご指摘でもありますね。

今村：あと、諸外国の例を見たとき、このような日本の規定とは違って、幾つかの類型を設けていても、デッドコピーに限るとか、そういうやり方はしていないように思います。ただ、厳格な、適法範囲を限定するような要件を設けるという方向性は望ましいと思います。私が報告で多少言及しましたがけれども、日本の著作権法全体を見たときに、刑事罰の適用範囲に限定がなされていないのかといたら、そうではないような気がします。権利制限規定もありますし、諸々考えると、事実上は金子先生の望むような運用になっているのかとも思います。ハイスコアガール事件については、まだ起訴されていないですけども、たまたまイレギュラーな刑事事件が出てきたという印象もあるので、それを防ぐために何か立法的な手当を今すぐしなければいけないかどうかということは、今回の事例一つをもってということであれば、ちょっと疑問に思う部分もあります。

司会：それはたぶん見解が異なるところだろうと思います。ご指摘ありがとうございます。むしろそういうことを議論する場としているところでもあります。

TRIPS との関係でいいますと、複製という概念が例えば翻案的なものも含んでいるとすると、私の見解だと、TRIPS を下回るということになるのだろうと思います。

ただ、コピーライトパイヤシーというのが元の条文ですが、それを日本法では複製と訳していることからすると、これはデッドコピー的な複製だけを念頭に置いているという解釈も可能なのではないかと思います。伊藤先生、お願いします。

伊藤：例えばポケモンのTシャツの偽物で、ちょっと下手に描けば、「これは翻案ですよ。デッドコピーじゃないですよ。」ということで刑事罰が科されなくなりますけど…。

司会：ええ。いいんじゃないですか（笑）？刑事罰科さなくて。

伊藤：え、そう考えますか（笑）。

司会：あともう一つは、差し止め請求認容判決とかが確定した後であれば刑事罰を科してもよいと思います。というのは、類似性の判断というのは相当難しい。

伊藤：もちろんセーフ、アウトがかなり微妙なケースもあります。典型的に言えば、ファービー人形事件がそうでしょう。

司会：あれは著作物性の問題でもありますね。

伊藤：著作物性の判断で無罪となった事件です。あの事件では、その前に同様の事案で有罪判決が何本か出て、それらは被告人が争わなかったため問題にならなかった。それが、

被告人が正面から著作物性を争ったら著作物性が認められないとして無罪となったわけですが、そのような微妙な事件です。「謙抑的に」というお気持ちは理解できるのですが、デッドコピーだけを刑事罰の対象とするという発想よりは、もっと別の規定、「不正の目的で」とか、「不正目的の商業的な利用」とか、そんな形に限定していくという発想の方が実際のなのかと思います。

そういう意味では、使われ方の部分について、今の時代は、どうしても「複製」という話だけではなく、公衆送信などの支分権も含めて考えなければならないと思います。例えば、「ちょっと変えている」からといって、勝手に小説を基に脚本を創って上演する、あるいは映画を製作して上映する、そのような行為に対して刑事罰を科すことができなくてよいのかと問われれば、「刑事罰を科せなくてもよい」とすることは今の感覚からすれば、難しいものがあるのではないかと思います。

司会：私も無形的利用については刑事罰の対象としてもいいと思うのですが、デッドコピーに限定したのは、そうではなければ明確性の原則に反すると思うのです。また二次創作、翻案が問題となる事件では、まさに憲法、表現の自由との関係が問題となろうと思います。例えばどこまでもいこうと、記念樹の編曲権侵害をめぐる事案について、あの事件について刑事罰が科されるべき事案であったとお考えですか。

伊藤：私は刑事罰をもって臨むべき事案とは考えません。

司会：では、今おっしゃったように、不正の目的とか営利目的の問題として扱うということでしょうか。

伊藤：ただ逆に、では最高裁で翻案権侵害が確定した後になっても記念樹の音楽を放送することも刑事罰を科すことはできないとすべきでしょうか。

司会：それは私も著作権侵害一般について差し止め請求判決の確定後に同一の行為を継続する行為については、デッドコピーに限らず刑事罰を科してもいいだろうと思います。条文に書けるかどうかは、同一をどう決めるかという問題がありますけれども、それは認めていいと。

伊藤：今の点は、「同一をどう決めるか」という問題とは別の問題ではないでしょうか。

司会：その同一の行為とどこまでいるかが難しい問題となりますが、基本的には、差し止め判決確定後の同一の行為の継続に対しては刑事罰を科してもいいと思います。しかし差し止めが争われている段階では、デッドコピーに限るべきだというのが私の立場です。

前田：デッドコピーに限るべきかどうかというところで、翻案を一律に除外していいのかというところが問題になっている気がするのです。

確かにポケモンのTシャツのような事例、これは刑事罰を科した方がいいという気はします。一方で、今回のハイスコアガールとか記念樹の事件とか、そういったものについては刑事罰を科すのは、少なくとも確定判決前の段階においてはまずいだろうというふうに思うのです。

翻案といっても、デッドコピーに近いような翻案と、より創作的な翻案があつて、ここをどうやってかき分けられるのだというところが問題なわけです。金子先生の出してくれたのは、一つの割り切りで、もう多少罰せられるべきものが落ちてしまっても、それよりは明確性を優先すべきだという考え方だと思うのです。それは一つの考え方としてあり得るのだろうとは思いますが。

ただ、今出ている事実のみから、そういう割り切りをしていいのかと、今答えろと言われると、確かに私は若干躊躇するところはあるというのが正直な感想で、だから、おそらく金子先生のお考えというのは、今の8割、9割、何割か分かりませんが、大方の著作権侵害罪の運用というのは基本的には間違っていないくて、それを追認する形で、こういったハイスコアガールなどの事例に刑事罰が及んでくるのを防ごうというのをあらかじめ条文化しようという趣旨だと思うのです。私もそれ自体は賛成なので、だから、むしろ慎重に、一体どういう事案が刑事罰を科されているのかという公訴事実などを丹念に集める中で、もしかしたら、複製に限ってしまっても、そんなに弊害がなければ、限ってもいいのかもしれないし、そうすると結構なところで不都合が生じるということであれば、うまい条文化を考えるという方向で検討を進めていくというのが私の感想です。

司会：今の点ですが、一つにはおっしゃるとおりなのですが、罪刑法定主義や明確性の原則からすれば、私の立場が理論的にも正当で、あとは処罰すべき行為が別のものであつたのではあるのではないかとということであれば、それを明確にどういう行為なのかということ、是非条文にできる形で示していただきたい。翻案の中で、そういうものを言葉として条文で明確に示せるのであれば、是非示していただきたい。私もそれが示せるのであれば、そういうものを条文化することには賛成します。ただ不正の目的という形では除外しきれないのではないかと思っているところです。内田先生、お願いいたします。

内田：今明確性の原則という話が出てきましたけれども、著作権法の規定からすると、これが明確性の原則に直ちに反するかというと、これぐらいの特別刑法の規定って、ほかにもたくさんありますから、これだけが明確性の原則に反するかと言われると、若干疑問があるところです。

それよりむしろこれまで私が申し上げたように、実はこれまでの実務や、これは刑法の

研究者でもそういった側面があるわけなのですけれども、犯罪を成立させる方向では極めて緩やかに、緩く解釈して、逆に犯罪を成立させない方向では、極めて厳格に解釈しようという傾向があるから、むしろそちらの方が問題ではないのかという気はするところです。

あともう 1 点補足しておきますと、金融商品取引法などを見ても、極めて包括的に処罰するような規定があり、これは実は包括的すぎて、罪刑法定主義という観点から疑いがあるということで、なかなか活用されていなかったという現状があるわけです。それに対して、現在使われている条文を見ると、非常にこと細かく規定されているような側面があるわけです。しかし、こと細かく規定することによって、かえって一体これが何を意味しているのかよく分からないような条文が非常に増えているところがあるわけです。

ですから、金子先生のご指摘は、もちろんそれはそうなのですが、条文の規定からすると、あまりに包括的に規定することもできないし、逆にこと細かく規定することも望ましくないですから、立法の問題としても、解釈の問題としても、なるべく中庸な解決の範囲に治まらないかなというのが私の感想としてあるところです。

司会：私も自分の意見が本当に立法されて、それでいいかということ、実はあまりそうも思っていないので、ただとりあえず具体的な案を示した上で議論をしていく必要があると思っており、それで示した。もしかしたら、こういうことよりも、むしろ違法性の意識の可能性とか、そちらの方で縛りかける方が中庸的な解決を目指せるのかもしれない。おっしゃるとおり、ほかの犯罪は基本的に広めに規定していて、しかし明確性は一応保たれつつ、あとは運用なり何なりでというのは、ご指摘のとおりかとは思いますが。

ほかに、木下先生、立法論の点についてはいかがでしょうか。

(2) 目的要件の創設

木下：目的ということがあると思うのですが、フェア・ユースにおけるトランスフォーマティブユースといった場合、それは元の作品が客観的に変わったかどうかというより、私の理解する限り、かなり利用者の目的に重点を置いた規範で、だから私は、変容的利用とか変形的利用というよりは、変容目的使用という概念を使ったわけです。その意味で、目的というのは大変重要で、萎縮効果を防ぐためには、自分では創作目的というか、新しいものを作るために作ったのだけれども、後から実はそうではないと言われる可能性が、目的を犯罪の構成要件として入れることによって防ぐことができるのではないかと認識はあります。

ただ、刑法理論的に主観的構成要件というのは、かなり私の理解だとハードルが高いということがあって、その点はお聞きしたいのですけれども。

内田：それは故意以外に、例えば、図利加害の目的が犯罪成立のための主観的な要件とし

て必要であるという趣旨でしょうか。具体的には、不正競争防止法上の犯罪や、背任罪においては、そのような目的があつてはじめて罪が成立すると規定されています。ところが、実務においては、特に背任罪において議論されていますが、積極的な図利加害の目的がなくとも罪の成立が認められる傾向にありますから、目的を要件として要求したとしても、必ずしも歯止めにならないのではないかと思います。

木下：私は違法性阻却というか、制限する方向で目的、犯罪の成立を抑制する方向で目的を見るべきであると考えます。

司会：新しい作品を作る目的であれば、罰しないと、そういう規定を入れるべきだと。

内田：そういう趣旨ですね。なるほど、誤解していました。その問題は主観的な目的があることによって、違法性を阻却させるという方向でいくのか、というところですかね。

司会：フェア・ユース的な規定を、もし制限規定に入っていれば、そういう目的があると主観的には思って、客観的には要件を満たさない場合には、故意はないということに。

内田：故意があるというのも、いろいろなレベルがありまして、構成要件的な故意と言ってしまうと、それは客観的な要件に対する認識ということになるわけです。フェア・ユースについて、どこに位置づけるのか難しいところですが、仮に違法性のレベルの問題であるということであれば、違法性を基礎づける事実について、あるいは違法阻却を基礎づける事実について、認識があるのかないのかという点から、故意責任の有無を検討することができるのではないかと思います。

木下：例えば名誉毀損のところは、十分な相当な証拠があれば、故意または過失がないというような判決だったと思うのですけれども、あれもどうやってそれを位置づけるのかというのは、学説上いろいろ分かれていると思いますが、私の認識だと、日本の刑法の故意論というのは、表現の自由との調整においてうまく当てはまらない側面もあるという認識を持っているのです。日本の故意だと、構成要件該当事実の認識予見で故意は成立するということなのですが、それにプラス目的なども、故意概念というか、主観的な犯罪の成立要件として入ってくるというのが、萎縮効果を防ぐためには必要なのかという、昔から問題意識を持っていたのですけれども。

内田：それはもともとそういった問題はあるかと思います。ですから、名誉毀損の問題において、真実ではなかったけれども、真実であると信じた場合にどう解決するべきなのかというのが具体的問題になってくるわけです。この問題については、錯誤という形で、確かに違法

性はあるのだけれども、責任、特にここでは故意責任の有無が問題になっていて、それが無いのだという議論につながるかと思います。

あるいは確実な資料や証拠に基づいて報道する、あるいは表現活動をする場合については、そもそも違法性が欠けるのだという議論もありますから、違法性がそもそもないのか、それとも責任がないにすぎないのか、どちらが理論的に見て説得力があるのかというところかと思います。

司会：主観的要件に関しては、桑野先生が指摘されています。下手に主観的要件があると、強制捜査が根拠づけられる。しかも主観的要件は、こう言うは何ですが、調書の書き次第でどうにでもなってしまう可能性もあるということもあるので、確かに処罰の限定として入れるべきかもしれませんが、入れたからといって、それだけで十分な限定になるかどうかというところは議論もあろうかと思います。伊藤先生、お願いします。

伊藤：お話として理解できるのですが、逆に、「そういう目的だった。」ということだけで刑事罰を免れることができるとしてしまうことの逆効果についての懸念を多くの方は持つだろうと思います。名誉毀損罪の場合で言えば、真実であると信ずるに足る相当の事由の存在という形で、具体的な証拠資料の有無などの事実などから違法性阻却を認めたりしている。やはり変容目的だったという話についても、先生が考えていらっしゃるハイスコアガールのようなものであればいいのですが、そうでない、単に「変容目的でした。」「この程度の変容では駄目でしたか。」というように起訴されないための「言い逃れ」に使われることをどうやって防ぐかを説得的に語らないと、なかなか同意を得る方向には進まないと思います。

木下：単なる便法でいったところで、裁判所はたぶん受け入れないと思うのです。それこそまさに客観的な証拠が、例えばパロディ事件というのは、便法ではいろいろ出ているのですが、結局そういう便法はあまり受け入れられなかったと思うのですが、後付けだといろいろ言うことはできると思いますが、客観的な状況から見て、それが単なる便法だったのか、それとも本当にそういった意図のもとで作られたかというのは、ある程度証拠から判断できる事柄なのではないかと思うのです。もちろん限界事例はあるかもしれませんが、例えばこれは海賊版なのだけれども、実は芸術目的があったと言っても、普通は信じてもらえないだろうということがあると思うのです。ハイスコアガールの場合は、これは創作目的があったといったら、普通に考えたらあつたらうということにはなると思うのですが。

(3) 非親告罪化

司会：ありがとうございました。時間もだいぶ過ぎてしまっていますが、特に非親告罪化

のところに関して、黒澤先生からコメントをいただけますでしょうか。

黒澤：非親告罪以外のところを少しだけ説明してよろしいですか。立法論というのをお話しになっていたのですが、幾つか外国の立法、ドイツ法だけなのですが、それを簡単に紹介して、あと日本の法律の他の部を見て。

著作権法の場合、どういうふうなことが立法論として考え得るかということですが、例えばスライド 19 の(1)に書いてあるように、自動車運転の死傷の場合、これは刑法から独立したわけですが、刑法の中にあるときにも、但書きで、その傷害が軽いときは、情状により刑を免除することができる。有罪判決だけでも、刑を免除という、今の厳罰化の傾向とは逆のものが珍しく入っているのですが、こういう可能性もあるだろうというのが一つです。

二つ目は、(2)のドイツ法の知見として、ドイツ法の著作権侵害の場合には、条件付親告罪であると同時に、私人訴追犯罪でもあるのです。私人訴追犯罪の場合にはどういうことが起こるかという、検察官は基本として起訴しなくていいと。それはなぜかという、公の利益が原則としてないからだ。ではどうするかという、私人が訴追したければしてくださいというものです。もし検察官がそれに合わせて起訴をするにはどうするかという、公の利益を伴うときに限り、検察官が公訴の提起をすることができるという制度になっています。

つまり日本の場合にどういうことが考えられるかという、今までの刑事訴訟法 248 条の条文に書いてあるものにプラスして、公の利益を伴うときに限りという形で、立法論としてプラスアルファの訴追の要件を入れるということが一つ考えられます。

さらに面白いのは、ドイツの私人訴追犯罪の場合には、380 条に和解前置主義というものがあります。残念ながら著作権侵害は入っていないのですが、刑法犯の中の私人訴追犯罪は、起訴するかどうか判断をする前、前段階で必ず和解の試み、調停の手続をするということが定められています。著作権侵害にはないのだけれども、もしそれを参考に日本で考えたらどうなるかという、例えば先ほどの紛争解決あっせん制度を前置主義にして、そこを通さなければ、公訴手続につながらないというような、違う制度でもいいのですが、そういうふうなほかの手続を 1 段階入れるという方法をとると、非刑罰化の方法が取れるのではないかと思います。

今お話があった著作権侵害罪の非親告罪化についてですが、これはもう十分論点が出され尽くされている感じがするのですが、スライド 15 に、私の観点から見たものを幾つかまとめてきました。

著作権侵害罪を非親告罪化すると、あるいはその影響はどうかということなのですが、知的財産権関係でいうと、特許法でも似たようなことが起こったのだけれども、それをめぐる議論が参考になるだろうと思います。それ以外にどういうことが考えられるかという、本質論として一番重要なのは、犯罪捜査と刑事訴追における著作権者、被害者の意思

と公益どちらを重視するか。刑事訴追は公益のために行われるという原則の中で、著作権法の親告罪は著作権者の意思の方を重視する必要があるという制度設計だったわけです。それを変えるということは、著作権者の意思に関係なく、刑事訴追機関が動くことができるという制度になっていかどうかというのが重要なポイントです。それは個人的法益に還元されるべきものなのかという罪質の問題と、どういう趣旨で親告罪が導入されているかということの本質的検討につながります。

さらに著作権者の意思という問題に関して言うならば、金子先生との打合せの際に示唆を得たのですけれども、被害者の意思を問題とすること自体にも問題があるのではないかと。つまり、告訴をしないのではなく、一定の関係性があるために告訴をすることができない場合がある。そういう場合に公的機関が訴追機関が介入できないという場合があって、それはそのまま放置していいのかどうかということを見ると、非親告罪化した方がいいのではないかとという選択肢もあり得るということです。

次に 2 番目、非親告罪化した場合には、適切なきに、あるいは侵害が拡大しない段階で早期に介入することができるというふうなことが考えられる。しかし、それは反面でネットワークワイドニングにつながる。捜査権限が肥大化し、場合によっては濫用の恐れがある。究極的には、別件逮捕の材料に使われるなどという懸念も示されているようですが、一般論としては、捜査権限の肥大化という問題につながります。

実は次の 3 番目が私一番事実上の大きな変換ポイントになるのではないかと思います。親告罪の場合には、告訴期間という制度があって、犯人を知ったときから 6 カ月以内に告訴をしないと、もう刑事手続はその後には続かない、起訴できないという制度になっています。もし親告罪が外されるとどうということが起こるかということ、告訴期間制度が適用されませんから、時間的制限は公訴時効のみになります。具体的には、119 条の場合には懲役 10 年ですから、それに合わせた公訴時効は 7 年、つまり誰が侵害したかが分かった時点から、これまで 6 ヶ月という短い期間だったものが、7 年という長い期間で対応できることになるわけです。これは著作権法の保護期間の延長のところともつながっているのではないかと考えるわけです。

「ハイスコアガール事件」に関して少し言及すると、この告訴期間がポイントだったのではないかと思います。つまり現行法制度を前提にすると、犯人が分かった、だれがこれを行っているかが分かった時点から 6 カ月以内に告訴をしないと、もう刑事裁判の可能性は一切なくなってしまいます。ということは、6 カ月経つ前にとりあえず告訴しておく。後で告訴を取り下げるといったことはあったとしても、とりあえずは告訴しておく必要があったというふうと考えられます。その結果、告訴をしたために捜査義務が発生し、捜査が行われたということが実際のところではないかと考えます。以上です。

司会：ありがとうございました。時間を大変超過していて申し訳ありませんが、今の点、親告罪化の点について、もしほかの先生方からコメントがあれば。おそらく告訴期間の点

は、親告罪を維持するとしても、もしかしたら対応を考えるべき、改正を検討すべきであり、もしかしたら、非親告罪化の要求もこの告訴期間との関係というところが実質的には結びついているのかもしれませんが。だとすれば、そこを改正するというのは対応としてはあり得るところかと思うところです。

5. フロアとの質疑応答

司会：時間を超過して大変申し訳ありませんが、一応フロアからの質問を今の第 1 部も含めて受け付けたいと思います。質問のある方は挙手をしていただいて、マイクを持っていますので、マイクがついたら、所属、お名前を言って発言いただければと思います。第(2)部を中心にとということですが、もし第 1 部についても、あれば質問いただいてもかまいません。もう既に日向先生が手を上げてらっしゃいますね。

日向：TBS の日向です。どうもありがとうございました。金子先生から、なるべく刑事は謙抑的で民事でというお話が出たのですが、逆の見方もあって、民事事件の場合だと、弁護士を頼んで裁判を起さざるを得ないのです。最初は口頭でやめろと言っても、やめなければ、そのように弁護士費用もかかるとか時間がかかるということもあり、その間に証拠隠滅されるということもあると思うのです。刑事告訴の場合ですと、そういった弁護士費用は要らない、告訴状を書くだけでいいということがあります。ですから、著作権侵害を防止するという点からは、やはり刑事というのは、民事との比較ではそういった利点もあるので、活用されるべきではないかという気がいたしました。

あと今回の声明出してらっしゃる事件に関して、そもそも警察が動いたということのようですね。僕の聞いた範囲では、ローマの休日事件のときは、最初パラマウントは刑事告訴したのだけれども、権利の存否についてはっきりしないから、民事の判決をもらってほしいと警察に言われ、それで裁判を起こしたと聞いています。たとえば記念樹事件のようなものをいきなり最初から刑事告訴した場合、直ちに侵害ということで動くとは思いますが、今回の事件については、直ちに動いた。伊藤先生と内田先生が、今回の事件は侵害だろうと、伊藤先生は 7 割ぐらいとおっしゃっていました。もっと確率は高く、私は 9 割ぐらいだと思っているのですが、そういうことからすると、かなり著作権侵害の確率が高い事件だと思うのです。それで、金子先生、ちょっとズケズケ言って申し訳ないのですが、捜査というのは、公的な税金を使うのだから、なるべく謙抑的にとということですが、詐欺や窃盗など全部個人的法益の罪で財産犯ですよ。しかし、オレオレ詐欺については、非常にたくさんの費用を使って取り締まっているわけです。著作権侵害罪も私的財産の侵害犯、個人的法益についての罪なわけであり、その犯罪成立があればほど明確な今回の事件、つまり警察が直ちに動いたということ、デッドコピーではないとおっしゃいます

が、キャラクターを出したところはデッドコピーだと私は思っているのです。そのような、かなり明快に著作権侵害と判断される事案で、それは現行法では、同時に 119 条 1 項の著作権侵害罪であり、法定刑が、オレオレ詐欺の「詐欺罪」以上のものが第 119 条 1 項で定められているという点からは、かなり凶悪な事件である。また、告訴すれば、当然捜査義務があつて動くというものでありますから、かなり凶悪な著作権犯罪について弁護するような声明を出していると、その声明自体がおかしいのではないかという批判もあるのではないのでしょうか。金子先生と親しくさせていただいているつもりで、ちょっとズケズケ言いました。議論を面白くするためにと、ご容赦ください。

伊藤先生も、本件は刑事についてやるべきではないとおっしゃったけれども、僕は黒澤先生のご説明は非常に心強かった。親告罪であるからこそ、告訴されれば捜査しなければいけない義務が生じるわけです。黒澤先生に聞きたいのですが、告訴した場合に、被害者が「もう許す」と言えばいいのだけれども、「納得できない、僕のキャラクターを勝手に使った」と言い続ければ、起訴便宜主義の原則があるとはいえ、起訴猶予の措置がなかなか取りにくいのではないかと思っているのですが、その点をご質問したいです。そういった観点からは黒澤先生のご説明は、今日の金子先生の問題提起を根本から打ち破るものなのではないかとそのように僕は聞いておりました。質問と意見と両方あるのですけれども、少なくとも民事に比べて刑事は謙抑的だというのはおかしいのではないかと。

みんなが弁護士を頼むことができるわけではないから、刑事での手段に訴えることも重要であるということと、国家の税金を刑事手続という形で使うべきではないとの主張は、おかしい。なぜなら、著作権も同じく私的財産であり、個人的法益に関する罪なわけですから。そこについては、かなり強く述べたいと思っています。

司会：では、まず黒澤先生に対する質問のところをお願いします。

黒澤：お答えになるかどうか分かりませんが、私の基本的な立場としては、刑事罰は極力避けた方がいいという立場です。今回の事件に関しては、事実関係は十分に熟知していないので、コメントはできません。ですが、被害者が絶対許さない、起訴してほしいと思っていたとしても、起訴便宜主義のもとでも、それは検察官は被害者の意思だけで判断するわけではなく、他の事件との平等性等も考えた上で起訴すべきだというふうには考えています。

司会：ありがとうございます。あとは質問というよりもご意見かと思いますが、私の考えを繰り返して述べれば、今件は凶悪な事件では全くない、明確な著作権侵害の事件でもない。もちろん著作権侵害という意見もあるかもしれませんが、それは民事で決着をつけるべき問題であろうと思います。

また、著作権が個人的法益で窃盗罪と同じように財産犯として保護されているというの

は、その点はそのとおりであります、だからこそ海賊版の取り締まりなどに特化をすべきであり、こういった不明確な事案に刑事手続を用いるべきではないというのが私の立場であります。これは私の立場を述べたまでということになります。時間の都合上もありますので、そこまでとさせていただきますと思います。それでは別の方、前の方をお願いします。

仙波：1万年堂出版の仙波と申します。本日はどうもありがとうございました。私、出版社におりますので、他人のいろいろな作品、著作物を使うことから逃れることはできません。また、逆にその他人が自分たちの著作物をいろいろ使っている。よく見れば、著作権、これは厳密に言えばまずいのではないかと思うことがあっても、宣伝などを考えてそのままにしておくということがあります。あえてグレーゾーンを作っているところもあります。そのように毎日引用というものとは向き合っておりますが、この引用というのは、非常にあいまいであります。そもそも引用の形というのは非常に多様であって、非親告罪となっても「こうすれば大丈夫」という書き方は今ないと思います。

それで出版社も非常にリスクを恐れて、編集者は、どちらかというとう萎縮する方向に進んでいます。どうすれば大丈夫かというのがないので、編集者もとりあえず条文にこだわって、条文を見ていくしかないのですが、何しろ裁判になるということは、出版社にとって非常に大きなリスクです。裁判に勝つ負けるではなく、裁判を起こされるということ自体が大きなリスクですから、非親告罪で犯罪という言葉がついてくると、著作権法を知っている人ほど萎縮してしまふ。先ほど伊藤先生が、このハイスコアガールの事件で、編集者は何も言っていなかったかもしれないということをおっしゃいましたけれども、著作権についてよく知っている編集者だと逆に萎縮してしまつて著作物の利用をやめてしまふ。

そこで、TPP で非親告罪化になったとしても、その時点でも、憲法はたぶんまだ変わっていないと思うのですけれども、今日お話あったように、憲法に適合的に著作権法を解釈していくことによって、萎縮する方向ではなく、逆に著作物の利用において、これは侵害ではないと主張する範囲を広げていくことが可能なかどうか。今日の議論を踏まえてご意見いただければありがたいと思います。以上です。

司会：ありがとうございます。木下先生から何かコメント等がありますでしょうか。

木下：ありがとうございます。萎縮する方向ではない方向で憲法を適合的に解釈するのが我々の目的なのですが、まだ不明確な点がありまして、先ほど申し上げましたように、私の見解としては、目的を重視して、創作目的であればいいということにしておけば、さしあたり一般的な出版社が創作目的で利用する限りは、処罰ないし訴訟リスクは免れるという形にしておくのがいいのかなとは思っております。

だから、主観や意図、当初の計画とか、そういったものを見るということ。そうす

れば、後から実はそれは犯罪なんだよと言われるリスクは減るのではないかと考えております。

司会：伊藤先生、もし何かあればお願いします。

伊藤：私が、編集者が著者に著作権侵害の問題を指摘していなかったであろう、というお話をした部分というのは、現在の著作権法、今の裁判例を前提としたときには、今回のハイスコアガールの原稿は引用などとして著作権侵害にならないと判断できるものではない。それにもかかわらず編集者はそのことを考えていない。後付けで「引用として許される」と議論しているにすぎない。そのあたりのことを問題にただけです。

そこから先、憲法論も含めて、引用の規定の解釈をどこまで広げるのが、使われる著作者にとっても適切なのか、そして使う著作者、そして利用者、どのあたりに線を引くのかというのが、この理論だろうと思っています。

司会：木下先生、お願いします。

木下：使われる著作者ということなのですけれども、私は前田先生が最後言われたことなのですが、先ほど出版社の方のご指摘もありましたように、著作権者自体も多くの場合表現者であるわけです。むしろ著作権を広げていく、あるいは拡大していくということは、著作者としての自分に帰ってくるという状況があるわけです。その点も踏まえて考えていく必要があるのではないかと思います。

司会：伊藤先生がコメントの最初の方でおっしゃった、今も触れられた出版社だったら、やるなと言うべきではなかったかという点なのですが、それは確かにリスク管理という点では、そういうコメントもあると思うのですが、他方で、ではそのことを気にして、例えば第9話のようなシーンを描くべきでなかったとは、私はとても思えない。ああいう作品が世に出ることはすばらしいことではないかと。それを著作権の特に刑事罰に対する萎縮効果ゆえに、ああいった表現を行うことを避けるというのは、それは創作にとって非常にマイナスなのではないかと思います。それは私も木下先生や前田先生の問題意識と強く共通するところですが、後で民事裁判で差し止めや損害賠償を受けるという可能性が多少あるのは仕方がないとしても、もちろんそれ自体も、出版社や著作者にとっては大きな不利益だとは思いますが、刑事罰があるがゆえに、それを絶対に避けようとするというのは、それは表現の多様化を目的とする著作権にとってよくないのではないかと。

伊藤：これに刑事罰が適用されるべきではないという問題とは別の、現実の編集者の仕事のあり方のお話です。編集者としては著作権侵害の真に気付かなければいけない、そし

てそのことを著者に告げなければいけない。その上で、著者から、それでも「表現したい」という話があったら、編集者は、どういうふうにするかを考える。私自身が編集者であれば、「許諾を取りに動く」というのが、まず第1。その上で、許諾が取れない作品があっても、著者としては「そのキャラクターは是非登場させたい」という話になれば、あの格闘技ゲームで遊んでいることを示唆しながら、その著作物であるキャラクターについては、表現の本質的特徴部分は直接感得されない形のところまで修正する作業をするしかなかった。現行の著作権法の現行の実務を前提とする限り、編集者はそのようなことをきちんとやる必要があったのに、後付けで、「いい作品が世に出たのだからよいではないか。」というような発想はしたくないと思っております。

木下：私はいいい作品が出たら、表現の自由として目的は達成されたことだと思うのですが、逆に聞いてしまうとやぶ蛇になってしまうというリスクもあると思うのです。実際著作権法違反ではないような状況もあるかもしれないのですが、聞くことによって、聞かれたら、それは駄目だと答えるということもあると思うのですけれども、それもたぶん出版業界のことは詳しく分からないのですが、ある程度あうんの呼吸、グレーゾーンのところもあったと思うのです。必ずしも実際法的な、弁護士の観点から言えば、それはリスク管理のもとを聞いてちゃんとすることあると思うのですが、一般的な編集業界の慣行として、逐一聞いてやっていくということが本当に普通の運用だったのかどうかということも、逆にそういう運用ではないからこそ発展してきた部分もあると思うのですが。

伊藤：今回の場合でいうと、明確に他人のゲームソフトのアニメーションを使っていることを知っているわけなので。

伊藤：それから、とりわけ今そういうふうにお思いになっているのが、この作品はよい作品だということが背景にあるのだらうと思います。そういう思いがあるので、「なんとかセーフにできないか」という話になってくるのだと思いますが、これを一般論化してしまってよいのかなあという疑問があります。これは議論していると終わらなくなってしまうでしょう。

木下：ちょっと1点いいですか。では、先ほどから例えばこれは明確にそのキャラクターを使っているからアウトなのだという話ですけれども、今日の私の報告でも、明確にSNKの作品をこうやって画面で表示させて、公衆の前で示しているということが言えると思うのですが、また、ジュリストの私の論文などでもいろいろな作品は載せたりしているのですが、それは明確に他人の著作物を使用しているのですけれども、私も刑罰の対象になる

ということでしょうか。

伊藤：明確に引用として許されるという話になるでしょう。

木下：それはどういう違いがあるのですか。同じような作品を使って一方は許容されるべきであり、一方は許容されないということは、そこにいかなる理由、根拠があるのでしょうか。

司会：一応著作権法の解釈としては、非営利上映と引用というのは、今の例では言いやすい。ただハイスコアガールは言いづらいというのがたぶんお答えになるのですが、木下先生から見たら、表現の自由から見たら同じ話ではないかと思われるかもしれません。

木下：仮にですけれども、ハイスコアガール事件の判決が出たときに私がその判例評釈をするといった場合、SNKの作品をそのまま私の論文に引用するというか、使用することはどうなのですか。

伊藤：当然使い方の問題でありますけれども、引用と認められる使い方をするという前提でお話しされているのだらうし、私は引用として許容されることを否定しません。

木下：ハイスコアガールで同じような作品を同じように使用しているにもかかわらず、何が違うということになるのですか。

伊藤：ハイスコアガールの作品の中で重要な役割を担っているのです。格闘技ゲームのキャラクターがある程度大きな要素として用いられている。昔のゲームキャラクターをたくさん登場させることがこの作品の魅力の一つとなっている。そのところで主従の関係は私もあると思うのだけれども、果たして正当な範囲内での利用と認められるのか、あるいは明瞭区別性の要件を充たしているのかという点、そこら辺の問題で、適法といえるか分からない。その意味で、7:3で適法というのか、3:7で適法というのかは別として、今までの伝統的な考え方からすれば、少なくとも論文で使用する場合はレベルが違うだろうと思う人は多いのだらうと考えます。

司会：ただ伊藤先生も、刑事罰は科すべきではないと。

木下：論文も他人の画像を挿入することによって、レベルはだいぶ上がると思うのですが。

伊藤：それは、論文の場合には、そのキャラクターの絵柄が漫画の中でどのような使われ

方をしているかということを示す相当な理由があるのでしょうか。そのところ、今、これ以上この時間の中で議論をしてもいけないのだろうけれども、その辺の感覚で違いがある。私の中では、今、先生が言われるような論文で、ハイスコアガールの1ページをお使いになる話と、この漫画の中で、いろいろなキャラクターが登場させて現実感を出している使い方、例えば第1巻の最後の主人公が走っていくシーンでは、いろいろなキャラクターが順番に出てくる。だからこそみんな感動するのですが、だけれども、それはまさにそういうキャラクターを利用しているという側面があり、キャラクターをキャラクターとして利用しているという話しになる。そのところの相違の感覚をどう理解するかということであろうと思うのですが、たぶん今までの伝統的な考え方では、「大きな相違がある」と考えるのでしょうか。

6. おわりに

司会：議論の尽きないところでありますが、もうさすがに私も疲労困憊してまいりましたので、大変申し訳ないのですが、フロアからの質問はこれぐらいにして、最後にお一人ずつ、このシンポジウム全体についてのコメントをいただければと思います。では今村先生、お願いいたします。

今村：今回、ハイスコアガール事件に関連して知財法関係者で声明などを出しまして、先ほど日向さんの方からご批判を受けるみたいなこともあると思いますが、私はこの声明において「あいうえお順」の関係で一番頭に名前が来ているので、申し上げておきたいのですが、今回の事案については、私はそんな凶悪な犯罪行為とはどうも思えないのです。それに、やはり海賊版とか模倣品とか犯罪組織にお金が流れるようなものを阻止しようというのが、少なくとも条約上の刑事罰を各国法で定めようとしたときのミニマムスタンダードであって、それ以上のことをどう定めるかというのは、その国々に委ねられていると思います。そういうふうに分かると、では今回のような事案について、諸外国で刑事罰を科すということをいきなりすることが常識かといったら、そうではないように思います。日向さんが32年間親しんできた著作権法が、こういうふうな形でいじられるのが気に入らないのかもしれませんが、もちろん著作権法の業界の常識というものがあるのは分かっています。ただ今回は、それを表現の自由という観点から、あえてつづいてみようというのがシンポジウムの趣旨です。そこは、いろいろな分野の先生方に大胆な意見を出してもらって、議論を活性化していくきっかけになるのではないかと、それが前提なわけです。

日向さんの方からも伝統的な見地から意見をいただいて、今後、議論がますます発展して、批判も受けながら、私は批判に弱いので、ちょっと怖いのですが、批判を受けながら学問というのは発展していくものだと思いますから、とてもいい議論ができたので

はないかと思えます。

司会：伊藤先生、お願いします。

伊藤：私は一番守旧派であり、抵抗勢力と見られているのだらうと認識もしております。意見の相違があるわけですが、私自身、大変勉強になりました。とりわけ、憲法あるいは刑法との関係でどう見るかというのは、今まであまり考えたことのないお話だったので、準備段階での打ち合わせも含め、本当にいい勉強をさせていただきました。あとは、原著作者も周りの人から影響を受けているし、自分が使う側にもなる。そのような中で、原著作者とそれを利用する著作者や読者とのバランス論をどうするかという問題であり、それは解釈論ではなく立法論としての問題という意味が大きいのかなあと感じております。

刑事罰については、まさに何らかの起訴便宜主義に頼るといふことの問題性は、本当にそのとおりだと考えます。その点で、何らかの法改正というのは検討されてもよいかもしれませんが、なかなか著作権法の改正は難しいですけれども、それはそのとおりに思っております。本当に勉強させていただいて、ありがとうございました。

司会：ありがとうございました。内田先生、お願いいたします。

内田：これまでの議論で、結構表現の自由と今回の著作権というのを比較して、どちらを優先させるべきなのかという問題が結構多く出てきたと思います。

こういうことを考えてみると、表現の自由があるから、だから片方で財産権が犠牲にされていいのかというと、これは簡単な問題ではないと思われまます。そういった場合に、それにもかかわらず、権利侵害というか、著作権侵害というのを、もし不可罰とすべきであれば、どのような、刑法における既存の理論を活用すべきなのか。この点はこれまできちんと考えられていなかったものですから、そういったものを改めて考えることができ、非常に興味深かったと思います。

司会：黒澤先生、お願いします。

黒澤：もうお話ししたいことは全て尽きた感じですが、私自身、今週末からドイツに在外研究に行くことになっておりまして、著作権法の分野の刑事手続というものがとても重要な問題だということを再認識しましたので、是非その運用、実務を向こうで勉強してきたと思います。

司会：黒澤先生には、在外に出発される前の大変お忙しい時期に無理を言ってご登壇をお願いし、本当にありがとうございました。前田先生、お願いします。

前田：今回は 1 日中、午前中からずっと登壇の機会をいただき、皆さまといろいろ議論をさせていただき本当に勉強になりました。ありがとうございました。

もともと我々がこういう研究をしようと思ったのは、著作権法の常識というか、従来言われてきていた考え方があるというのは十分承知した上で、むしろ憲法での常識とか、あるいは財産権として著作権を保護することの理論的な根拠はどこにあるのかというところで話されている常識とか、そういったものから著作権法の解釈論を見直してきたときに、どうなるのかなということに取り組んでみたということなのです。

だから我々としては、非常に別の世界の常識的なことをやっているつもりで、そんなに独自の意見というものを、そういうところでは出しているつもりはあまりないです。ただ、そういった視点で著作権法も見直すこと自体が必要だろうと思っていて、ここを出した結論そのものというのは、異論があるのは十分承知しておりますが、憲法や財産権としての著作権というのは、そもそも何のためにあるのかというところにさかのぼって考えていく姿勢が必要なのかと思っております。今日はどうもありがとうございました。

司会：木下先生、お願いします。

木下：私も本日は大変勉強させていただきました。そもそも私は法科大学院の学生のときに、NHK の「知は誰のものか」という、当時エルドレッド判決を巡る議論を扱ったスペシャルをやっていて、それを見て何かこれを調べてみようというところから、法科大学院でリサーチペーパーを書いて、それがきっかけで研究者になったところもあります。そして、東大だと助教論文というのを書かなくてはいけないのですが、私の師匠から、そんなマイナーなテーマを助教論文のテーマにするのはどうかなんて雰囲気のことを言われまして、そのまま封印していたのです。今回のこの事件を契機に、また改めて考えさせていただいて、また本日のディスカッションもさせていただいて、やはりこのテーマは面白いテーマなんじゃないかと改めて感じました。

まだ憲法学者の間でも、研究する先生方は少ないのですが、その中でも、これから発展産業だといろいろな先生が言われておまして、今後活発化していくのではないかと思います。

ただいろいろな法律の専門家の方々に知っていただきたいのは、著作権と表現の自由の問題というのは、かなり難問であるということです。世界中でさまざまな論文、あるいは立法提案がなされています。その中で、日本のこれまでの伝統というのは確かにあるのですが、その伝統が著作権と表現の自由という普遍的な問題の唯一の解決策とは、私はどうてい思えないわけです。むしろこの事件を契機として、今後何が望ましい解決なのかについて考えていく経緯になればと思います。

司会：ありがとうございました。司会が今日もしゃべりすぎて申し訳ないのですが、「ハイスコアガール事件」自体は、作品と、また作者の先生にとって非常に不幸な事件であろうと思います。こういった形で優れた作品が問題となり、連載が停止されているということは残念なことであります。ただこの不幸な事件を一つの契機として、著作権と表現の自由、また著作権と刑事罰の問題を、せめて議論を今後していく必要がある。そのためには、著作権法学者だけではなく、木下先生や黒澤先生、内田先生のようにさまざまな分野の人、あるいは研究者だけではなく実務家、またさまざまな立場の著作権にかかわる人々が議論をしていくことが必要なのだろうと思います。

大変長時間となりましたこと、司会の不手際の点を重ねてお詫びいたします。本日は第1部からご参加いただいた方、また第2部も長期間延長して申し訳ありませんけれども、大変長時間の議論にお付き合いいただき、ありがとうございました。

また登壇者の先生方には、大変お忙しい中ご登壇をいただき、また議論に参加していただいたことを御礼申し上げます。登壇者の先生方に改めて拍手をお願いいたします。(拍手)

それでは以上をもちまして、本日のシンポジウムを終了させていただきたいと思います。なお、シンポジウム終了後、シンポジウムの感想についてのアンケートをお送りする予定です。是非今後のシンポジウムの運営のためにご協力をいただければと思います。本日は大変の長時間ご参加をいただき、ありがとうございました。どうぞ忘れ物等ないようお気をつけてお帰りください。お疲れさまでした。ありがとうございました。