

本稿は、金子敏哉「著作権侵害と刑事罰—現状と課題—」法とコンピュータ 31号(2013年)99頁以下の校正前原稿(2012年11月の法とコンピュータ学会での報告に基づく)であり、2015年3月24日のシンポジウム「著作権・表現の自由・刑事罰」の参考資料として、明治大学知的財産法政策研究所のホームページに掲載をする。目次をつけ、一部統計に記載の誤りがあったためその点を修正・注記を加えた他は、校正前原稿のままであり、雑誌掲載の最終版と相違する部分がある(2015年3月金子敏哉注記)。

著作権侵害と刑事罰 —現状と課題—

Criminal Enforcement of Copyright in Japan

明治大学法学部専任講師 金子敏哉

Toshiya Kaneko

摘要

本論文は、著作権侵害罪の規定と沿革、統計にみる刑事罰の運用の現状を踏まえたうえで、著作権侵害罪の刑事罰の適用と今後の課題についての概観を試みるものである。現状において刑事罰は、著作権侵害に対する主要なエンフォースメントの一つであり、処罰範囲の適切な限定や、そもそもどのような侵害行為に刑事手続きを用いるべきかの検討が今後の課題となる。

キーワード

著作権、刑事罰、統計、故意、親告罪

目次

1	はじめに.....	2
2	著作権侵害罪の規定と沿革.....	2
2-1	現行著作権法の規定と保護法益.....	2
2-2	著作権侵害罪の沿革.....	3
3	統計にみる刑事罰の運用の現状.....	5
3-1	特許法・商標法・著作権法違反事案の推移と特徴.....	5
3-2	検察官による事件処理と科刑の状況.....	9
3-2-1.	起訴・不起訴とその内訳.....	9
3-2-2.	科刑状況と公判請求率.....	11
3-3	民事訴訟・水際規制との比較.....	13
4	著作権法における刑事罰の意義と問題点.....	14
4-1	刑事罰の意義.....	14
4-2	刑事罰の問題点.....	15
5	著作権侵害罪の現状と課題.....	17

1 はじめに

近年、著作権侵害への刑事罰の適用を巡り、特に 4 つの問題について社会的な関心が高まっている。すなわち、P2P 型ファイル共有ソフトの開発・提供者の刑事責任(Winny 事件)、平成 23・24 年の法改正による技術的制限・保護手段の回避装置等の提供に対する規制強化、平成 24 年改正による私的使用目的でのダウンロードへの刑事罰の導入(著作権法 119 条 3 項の新設)、そして現在交渉中の TPP(環太平洋パートナーシップ協定)による著作権侵害罪の非親告罪化の可能性の 4 つの問題である。

これら個別の問題に対する関心の高まりとは対照的に、従来、著作権侵害と刑事罰の関係一般を巡っては少数の例外¹を除き、あまり活発な議論がなされてこなかった。その背景には、筆者も含めた著作権法研究者の認識として、著作権侵害に刑事罰が適用される事案は例外的に悪質な事案に限定されるとの認識が少なからずあったように思われる。

本論文は、著作権侵害に対するエンフォースメントとして刑事罰が現状において例外的なものといえるのかどうか、との問題意識を出発点として、著作権侵害一般への刑事罰の適用の現状と今後の課題を概観するものである。記述の順序としてはまず現行法の規定と沿革を概観した後(2)、統計データに基づき²運用の現状を明らかにし(3)、民事との対比による刑事罰の意義と問題点を述べた後(4)、まとめとして現状と今後の課題 (5)について概観する。

具体的な諸問題(Winny と共犯論、私的ダウンロードの刑罰化、技術的制限手段に関わる規制強化等)それ自体の詳細な検討は本論文では行わない³。また、著作権侵害に関する刑事罰の運用は各国で様々な展開を見せているが、本稿では検討の対象外とする。

2 著作権侵害罪の規定と沿革

2-1 現行著作権法の規定と保護法益

現行著作権法 119 条 1 項は、「著作権、出版権又は著作隣接権を侵害した者」は、私的使用目的での複

¹ Winny 事件等の個別の論点に限らず、著作権侵害と刑事罰一般をも対象とする近年の論考としては、真島信英「著作権侵害と刑事責任」法学研究論集 28 号(2004 年)1 頁以下、岡邦俊「著作権法違反罪の構造」紋谷暢男教授古稀記念論文集『知的財産法と競争法の現代的展開』発明協会(2006 年)1047 頁以下、松川実「著作権法における私法的解釈と刑法的解釈」青山法学論集 49 卷 3 号(2007 年)1 頁以下、桑野雄一郎「著作権侵害の罪の客観的構成要件」島根法学 54 卷 1・2 号(2010 年)117 頁以下がある。

刑法学の視点からの論考としては、伊藤榮樹他編『注釈特別刑法第 4 卷労働法・文教法編』立花書房(1988 年)837 頁以下〔香城敏磨〕が最も詳細なものといえる。この他、起草担当者による解説(加戸守行『著作権法逐条講義 五訂新版』著作権情報センター(2006 年))に近い立場のコンメンタールとして、坂東久美子「著作権法」平野龍一他編『注解特別刑法 4 経済編〔第 2 版〕』(1991 年)がある。

² 統計データに基づく現状の先駆的な分析として、今村哲也「著作権法違反と刑事事件」「知的財産関連法と刑事事件」(<http://www.kisc.meiji.ac.jp/~imamura/index.htm> よりアクセス可能)がある。本報告は、問題意識・分析内容ともに同論考に非常に多くを負うものである。知的財産関連の刑事罰につきまとめられたデータとしては、法務総合研究所編『平成 12 年版犯罪白書』中の「第 6 編 経済犯罪の現状と対策」、及び平成 15 年度「文化審議会著作権分科会司法救済制度小委員会(第 6 回)」の各種配付資料(以下、司法小委配付資料と言及、http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/012/03100601.htm)がある。

³ Winny 事件及び著作権法 119 条 3 項の新設については、本号収録の他の論文を参照して頂きたい。

製による侵害(30条1項各号)⁴とみなし侵害(113条)⁵の場合を除き、「十年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。」旨を規定している。両罰規定が適用される場合には法人等に科される罰金刑の上限は3億円(124条)となっている。

著作権侵害罪を含む著作権法上の罪の多くは親告罪である(123条1項)。著作権法上非親告罪となる罪は、著作者死後の人格的利益の保護に関する罪(120条)、著作者名の虚偽表示(121条)、引用等の際の出所明示義務違反(122条)等公益に関わるとされる罪と、権利侵害のおそれを広く一般に生じさせる⁶とされる、技術的保護手段回避装置の提供等(120条の2第1・2号)のみである。

著作権侵害罪の保護法益と立法趣旨について起草担当者は、「…著作権者…の経済的利益を、単に個人的な法益即ち生活利益にとどまらず、社会的な法益即ち法秩序と観念すべきものと考え」、「これらの法益の侵害を反社会的な行為として処罰することとしたもの」としたと説明⁷している。

しかしながら、罪刑法定主義の下で刑事罰を設ける理由を法秩序の侵害と述べるとトートロジーとなりかねない。起草担当者によるこの記述の趣旨は、窃盗罪等と同様、著作権侵害罪も一義的には個人的な法益を保護するが、ただ特定の権利者のみを保護するものではなく社会全体において著作権侵害を抑制することで適切な社会秩序を形成するとの趣旨と理解される。

実際、起草担当者も著作権侵害罪を親告罪とする理由に関して、著作権侵害罪等の保護法益は第一義的には著作権等の私権であり、権利者の事後追認・事後許諾により適法化される性格から被害者である権利者の意思を無視してまで訴追することは適切ではない⁸ことを述べている。

2-2 著作権侵害罪の沿革

著作権侵害罪の沿革を遡れば、既に明治2年の出版条例において出版者の保護と共に、偽版につき没収・罰金と権利者への罰金の交付が規定されていた。明治5年の出版条例では罰金の交付の規定が削除された⁹が、明治8年の出版条例罰則2条では、20円以上300円以下の罰金と共に、偽作者の売得金の没収と版主への交付が規定されている。

その後出版統制と版權の保護が分離された明治20年の版權条例27条但書において偽作の罪について「被害者ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス」旨が規定された。明治32年の旧著作権法44条も偽作の罪について

⁴ 私的使用目的での複製が侵害となる場合(著作権法30条1項各号)には、著作権法119条3項に該当する場合を除き、刑事罰の対象とならない。後掲注(14)に対応する本文を参照。

⁵ 著作権法113条により著作権侵害とみなされる行為については、より軽い法定刑や追加的な要件を定めた規定が適用される。113条1項(頒布目的での輸入・所持等)・2項(違法複製プログラムの使用)には119条2項(5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金)が、113条3項(権利管理情報の改ざん等)・5項(還流防止措置関連)には120条の2第3・4号(営利目的の場合に限り、3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金)が適用される。

⁶ 加戸・前掲注(1)737頁参照。

⁷ 加戸・前掲注(1)724頁。平成18年改正前の119条1号(著作権・出版権・著作隣接権の侵害について著作者人格権・実演家人格権侵害と合わせて、5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金に処する旨を規定していた)についての解説であるため、著作者・実演家の人格的利益についても同様の記述となっている。

⁸ 加戸・前掲注(1)724・755頁。

⁹ 明治2年と5年の出版条例の相違について、大家重夫「日本著作権史素描—貸与権の創設まで」高林龍他編『現代知的財産法講座IV知的財産法学の歴史的鳥瞰』日本評論社(2012年)199頁の整理を参照。

親告罪とする旨規定し、この規定は現行法 123 条に引き継がれている。

つまり日本の著作権法制の歴史において出版条例以来、著作権の保護に対応する規定は刑事罰を伴うものであり、また出版統制と著作権の保護が分離された著作権条例以来、著作権侵害に対応する罪は親告罪とされてきた。

なお明治 20 年の著作権条例 27 条は重禁錮も法定刑として定めていたが、旧著作権法 37 条では当初罰金刑のみを規定し体刑は設けていなかった。しかし、議員提案に基づき昭和 33 年法律第 155 号による旧著作権法の改正¹⁰により 2 年以下の懲役刑が導入されることとなった。

昭和 45 年の全面改正(法律第 48 号)以降、著作権侵害罪の法定刑の上限は随時引き上げられている。罰金の上限は、30 万円から 100 万円(昭和 59 年)、300 万円(平成 8 年)、500 万円(平成 16 年)を経て 1000 万円(平成 18 年)に、懲役の上限は 3 年(昭和 45 年)から 5 年(平成 16 年)を経て 10 年(平成 18 年)となっている。さらに平成 16 年改正において罰金と懲役の併科規定も導入された¹¹。平成 18 年改正以降、法定刑の面のみから言えば著作権侵害罪は、窃盗罪(刑法 235 条)¹²よりも重い罪となっている。

昭和 45 年の改正当初の著作権法 119 条¹³は著作権を侵害した者に例外なく刑事罰を科す旨を規定する一方、私的使用目的の複製も例外なく著作権の侵害とはならないことが規定されていた(改正当初の 30 条)。しかし昭和 59 年の改正により、自動複製機器に係る私的複製の例外(現行法 30 条 1 項 1 号に相当)、営利目的での自動複製機器の提供の罪(119 条 2 号)が設けられるとともに、著作権法 119 条 1 号にカッコ書きによる私的複製の除外(第三十条…に定める私的使用の目的をもって自ら著作物又は実演等の複製を行つた者を除く。)の文言が追加された。

119 条での私的複製の除外につき、起草担当者の解説では、文化庁試案(昭和 58 年公表)の段階では自動複製機器を用いて私的複製を行った個人にも刑事罰を科す趣旨であったが、政府部内での審査・協議の結果、個々の私的複製者の行為につき刑事責任を追及すべき可罰的違法性がないこと等の理由によりこの例外を設けることとなったと言及されている¹⁴。

¹⁰ この昭和 33 年改正は、野本品吉参議院議員らによる議員提案に基づく改正である。提案理由としては特に、外国学術書の無断複製に対する国際的な非難が言及されている(「第 28 回国会参議院文教委員会会議録第 11 号」(昭和 33 年 3 月 27 日)2 頁〔野本品吉発言〕)。

政府提案とされなかった点については、福田繁政府委員(文部省社会教育局長)から、著作権法の全面的な再検討をしている中で政府から罰則規定のみについて改正提案を行うことを躊躇したものであるとの趣旨の答弁がされており(「第 28 回国会参議院文教委員会会議録第 11 号」(昭和 33 年 3 月 27 日)2 頁〔福田繁発言〕)、罰則の強化自体に反対の立場は示されていない(「第 28 回国会参議院文教委員会会議録第 18 号」(昭和 33 年 4 月 17 日)21 頁〔福田繁発言〕も参照)。

¹¹ 併科規定導入の趣旨としては、悪質な事案に懲役刑が科されてもほとんどの場合執行猶予が付されるため、罰金刑が科された場合と比して実質的な罰の点で侵害し得の状況をもたらすことへの懸念が挙げられている。加戸・前掲注(1)724 頁、平成 15 年 10 月 6 日の「文化審議会著作権分科会司法救済制度小委員会(第 6 回)」の議事要旨及び配付資料(前掲注(2))を参照。

¹² 窃盗罪の法定刑は、10 年以下の懲役刑のみが従前定められていたが、平成 18 年の刑法改正により 50 万円以下の罰金刑も設けられた。

¹³ 昭和 45 年の全面改正時の著作権法 119 条は「著作者人格権、著作権、出版権又は著作隣接権を侵害した者は、三年以下の懲役又は三十万円以下の罰金に処する。」とシンプルな条文であった。

その後昭和 59 年改正や、平成 11 年改正(113 条 3 項関連の除外)、平成 16 年改正(113 条 5 項関連の除外)、平成 18 年改正(法定刑の引き上げ、但し著作者・実演家人格権及び 113 条 1 項・2 項に関しては従前のままとした)の結果、現在の複雑な規定となっている。113 条のみなし侵害に係る刑事罰の適用条文については前掲注(5)参照。

¹⁴ 加戸・前掲注(1)726 頁。

こうして私的使用目的の複製は著作権の侵害となる場合にも刑事罰の適用対象外であったが、議員提案に基づき平成 24 年改正により導入された著作権法 119 条 3 項により、私的使用目的でのダウンロードの一部行為については刑事罰が導入されることとなった。

3 統計にみる刑事罰の運用の現状

以下では検察統計年報や警察白書、警察庁による各年の生活経済事犯の検挙状況に係る公表資料¹⁵を中心に、著作権法違反¹⁶に係る刑事罰の運用の現状を概観する。

3-1 特許法・商標法・著作権法違反事案の推移と特徴

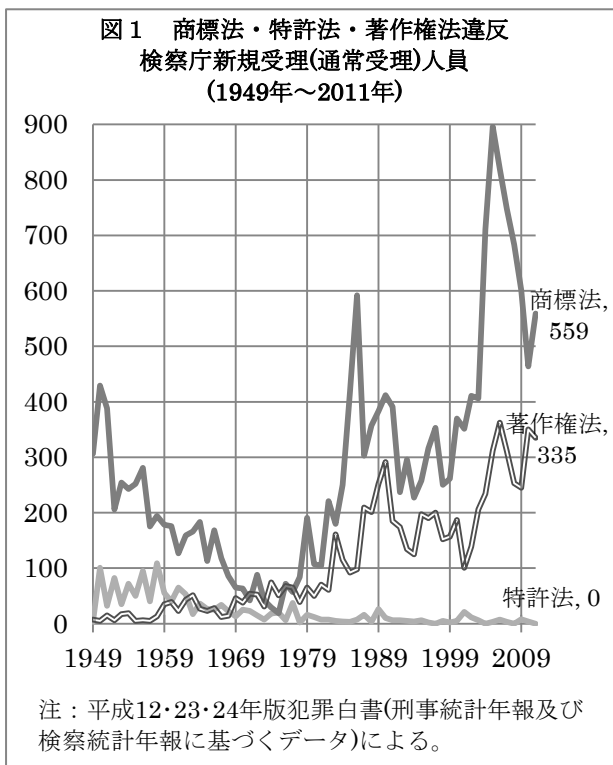


図1は、戦後の著作権法及び商標法・特許法違反に係る検察庁新規受理(通常受理)人員¹⁷の推移をまとめたものである。特許法違反の受理人員は、1950年代までは100人前後に至る年もあった。しかしその後は減少し1991年(平成3年)以降、平成10年改正による非親告罪化・平成5年・18年改正による法定

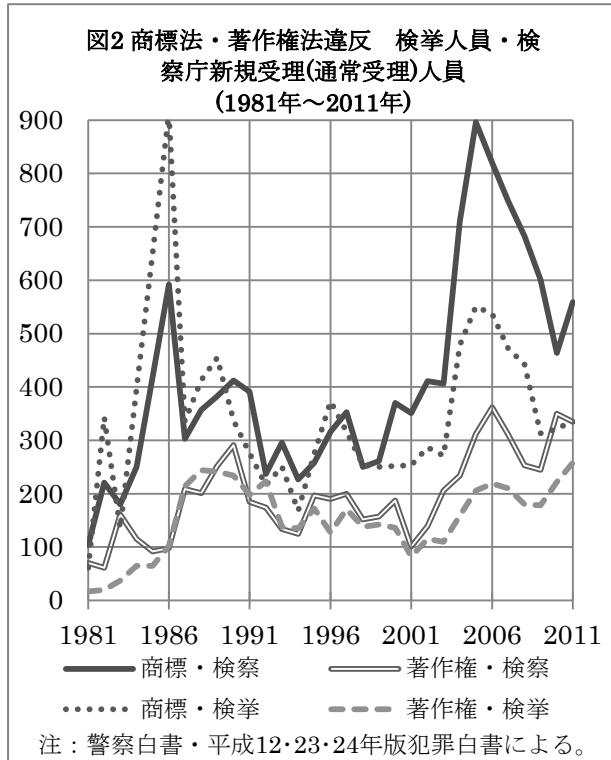
¹⁵ 警察庁生活安全局生活経済対策管理官「平成24年中における生活経済事犯の検挙状況等について」(http://www.npa.go.jp/safetylife/seikan25/h24_seikeijihan.pdf)の他、平成14～18・21～23年版の同様の生活経済事犯の取締・検挙状況に関する資料(警察庁ホームページから既に削除されたものについては、Internet Archive から入手した。平成19・20年版については入手できなかった)を参照した。以下、警察庁・生活経済事犯(平成～年版)として言及する。

¹⁶ 本稿は主に著作権侵害罪(著作権法119条1項)を検討の対象としているが、以下の統計上の「著作権法違反」には著作権法上の他の罪も含まれるものである。

¹⁷ 告訴があった場合、捜査にあたった警察官が被疑者の行為が著作権の侵害等にはあたらないと考えている場合にも、刑事訴訟法242条により送検をしなければならない。検察庁の新規受理人員数にはそのような人数も含まれていることに留意する必要がある。

刑の引き上げにもかかわらず、平成 13 年(21 人)・14 年(11 人)を除き、一桁以下の人数¹⁸ (時に 0 人)となっている。

著作権法違反・商標法違反については、ネットが普及し知的財産が重視された 2000 年代とともに、1985 年から 1990 年頃にかけてもう一つのピークが見られる点が注目される。1981 年以降の検挙人員(昭和 62 年版以降の警察白書に掲載)と、検察庁新規受理人員の推移を示したグラフが図 2 である。両者の数の相違¹⁹はみられるものの、各年の増減は概ね同様の傾向を示している。



商標法違反の受理人員は、戦後の混乱期から昭和 40 年代までは減少傾向にあったが昭和 50 年頃から増加に転じた。この背景として昭和 61 年版警察白書(第 4 章 6(1))²⁰は、有名ブランドに対する国民の需要の増加に伴う偽ブランド品の製造・販売事案の多発を指摘している。そして 1985 年 7 月に政府与党対外経済対策本部が貿易摩擦問題への対応として、不正商品の取締強化も一内容とする「市場アクセス改善のためのアクション・プログラムの骨格」を策定し、これに従い警察による集中取締等が実施された²¹。その結果、受理人員は 1986 年²²に 592 人という一つのピークに達することとなる。警察白書のその後の記述の推移をみると、国内での大規模製造事犯が減少し²³、1990 年代には海外から輸入した偽ブランド

¹⁸ 受理された人員についても、2006 年以降の検察統計年報によれば全て不起訴となっている。

¹⁹ 例えば 2011 年版検察統計年報によれば、著作権法違反の新受件数(通常受理)の内訳は「検察官認知・直受」が 4 人、「通常司法警察員から」が 331 人、「特別司法警察員から」が 0 人となっている。他方、平成 24 年警察白書による平成 23 年中の検挙人員は 258 人となっている。

²⁰ 昭和 48 年以降昭和 60 年以前の警察白書の生活安全に関する章において、商標法違反について言及するものとしては他に昭和 53 年版(第 6 章 4(4))(但し預かり金の禁止違反と合わせて詐欺的商法として言及)、昭和 56 年版(第 6 章 5(4))、昭和 59 年版(第 4 章 6(3))、昭和 60 年版(第 4 章 6(5))がある。

²¹ 昭和 61 年版警察白書(第 4 章 6(1))。

²² 1986 年には不正商品対策協議会も設立された。

²³ 昭和 62 年版(第 1 章第 2 節 6(1))、平成元年版(第 5 章 6(1))参照。他方で昭和 62 年以降も国内での大

品の販売事犯が大半²⁴となった傾向がうかがわれる。近年の偽ブランド品の押収点数に占める国内製造の割合の低さ(平成 24 年につき 4.7%)²⁵からみても、現在の商標法違反事犯のほとんどは海外からの輸入販売の事案であるといえよう。

これに対して著作権法違反事犯の場合、1980 年代後半から現在まで、海外からの海賊版の輸入よりも国内での複製その他の侵害行為の事案が中心となっている。近年の警察庁の統計でも、押収された海賊版 DVD 等の大半(平成 24 年につき 87.0%)²⁶が被疑者²⁷により国内で製造されていることが指摘されている。

著作権法違反の具体的な内容を示す網羅的な資料は見つからなかった²⁸が、各年版²⁹の警察白書の記述を中心に著作権法違反事案の主な特徴と推移をまとめると以下ようになる。

まず、1980 年代後半以降、ビデオ・コンピュータ機器と複製機器の普及に伴い、ビデオ(外国映画につき昭和 62 年版第 1 章第 2 節 6(1))やコンピュータソフトウェアの複製・頒布事案が増加し(昭和 63 年版第 5 章 6 等³⁰)、1990 年には検察庁の新規受理人員で 291 人という一つのピークを迎える。その後は、海賊版の通信販売への言及が増えるようになり(平成 3 年版第 5 章 6(1))、平成 5 年版第 6 章 6(1)、特に、パソコン通信(平成 6 年版第 6 章 6(1))以降)及びインターネット(平成 11 年版第 2 章第 5 節 3(2))以降)を利用した海賊版の通信販売事案がほぼ毎年言及されるようになる。

他方、海賊版の複製及び頒布以外の著作権侵害行為については、昭和 63 年版警察白書(第 5 章 6)において「演奏権の侵害、真正品の貸与権の侵害等、不正商品という従来の概念ではとらえきれない事案が発生している」ことが言及されている他は、平成 11 年版まで警察白書ではほとんど言及されていなかった³¹。しかし平成 9 年改正(平成 10 年 1 月 1 日施行)による公衆送信権の創設の後、平成 11 年にはホーム

規模な製造事犯が検挙された年もある(平成 4 年版第 4 章 5(1)、平成 9 年版第 3 章第 4 節(2)等)。

²⁴ 平成 3 年版第 4 章 5(1)及びその後の各年版の記述を参照。

²⁵ 警察庁・生活経済事犯(平成 24 年版)(前掲注(15)) 29 頁のデータ(但し押収総数に仕出国不明を含む)を参照。平成 18、21~24 年版の同資料によると、押収された偽ブランド品の仕出し国は平成 14~18 年までは韓国が 1 位であったが、平成 18 年に中国(本土)からのものが急増し、平成 19 年以降は中国(本土)からのものが大半となっている。

²⁶ 警察庁・生活経済事犯(平成 24 年版)(前掲注(15)) 31 頁参照。平成 23 年については 84.5% (平成 23 年版参照)となっている。

²⁷ 警察庁・生活経済事犯(平成 15 年版)(前掲注(15)) 24 頁では、「会社員や学生などの一般パソコンユーザー」による事犯が海賊版事犯の 5 割(平成 16 年版では約 6 割、平成 17 年版では約 4 割)を占めていることが言及されている。

²⁸ 一般社団法人コンピュータソフトウェア著作権協会『ACCS 活動報告 2011』(2012 年)8 頁以下では、ACCS が捜査協力をした平成 23 年度の刑事事件が詳細に紹介されており、また巻末には、2007 年度から 2011 年度までの ACCS 会員関連の刑事事件が科刑状況まで含めて一覧で掲載されている。刑事事件の具体的な内容を知るうえでは貴重な資料であるが、ACCS 関連の事件に限られる。

²⁹ 各年版の警察白書の記述は、主にその前年の検挙状況の特徴に関する記述を指している。

³⁰ 取締に当たり、販売・貸与行為の立証の困難への対応から、著作権法 113 条 1 項 2 号のみなし侵害に頒布目的所持が追加され、施行(昭和 63 年 11 月)後の平成元年には頒布目的所持につき 24 事件が検挙されている(平成 2 年版警察白書第 5 章 6(1))。

³¹ 但し、平成 2 年版警察白書第 5 章 6(1)では、「レンタルが認められていないコンピュータソフトを、販売を仮装してレンタルしていた」事案に言及があり、真正品の仮装レンタル事案の可能性がある。

公判裁判例における海賊版関連及び公衆送信関連(後掲注(35)参照)以外の事件としては、キャバレー等の営業主による演奏権侵害につき神戸地判昭和 45 年 7 月 18 日判タ 253 号 153 頁(懲役 6 月及び 5 月・執行猶予 3 年)及び川口簡命昭和 47 年 7 月 31 日判タ 289 号 392 頁(罰金 10 万、法人には 5 万)、貸与権に関して名古屋簡命昭和 60 年 1 月 11 日判タ 550 号 312 頁〔商業用レコードの公衆への貸与に関する著

ページへの音楽・ソフトのアップロード事案(平成12年版第2章第4節(2))、平成13・15年にはファイル共有ソフトの利用者の事案の検挙があり³²、平成12～15年版の警察白書では公衆送信権侵害・無断配信の増加が言及されている。

	2002	2003	2004	2005
海賊版事犯	42	59		
その他	7	5	102*	142*
公衆送信権侵害	6	6	7	3
警察庁・生活経済事犯(平成14～17年版)より				
(*総数から公衆送信権侵害に係る事件数を除外)				

もともと、検挙事件数からみれば平成14年から17年までの公衆送信権侵害事犯は一桁代を推移しているにすぎない(表3)。先の図2の通り著作権法違反の検挙人員・検察新受人員数は2004年・2005年頃に大きく増加しているが、その増加は公衆送信権侵害の増加によるものではないといえよう。

これに対し最近、事件数からみても明らかな増加傾向を示しているのが、ファイル共有ソフトに係る事案である。下記の表4は、2009年以前の検挙事案につき、報道に基づき検挙人数をまとめたサイトの著作権法違反に係るデータを一覧表としたものである。2004年の(1)はWinny開発者1名の検挙を意味する。

2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
2		2	(1)			3	10	18
注：「P2Pとかその辺のお話@はてな」掲載の報道の集計(http://d.hatena.ne.jp/heatwave_p2p/20100628/p1)に基づく。								

2007年までのわずかな検挙事件数に対して、警察庁の統計に基づくデータ(表5)では、2011年・2012年のファイル共有ソフトの利用者による公衆送信権侵害に係る検挙事件数は70件を超えており、著作権法違反全体の30%、ネットを利用した事件の40%を超える割合となっている。

	著作権法違反検挙事件数		ネット・オークション利用	ファイル共有ソフト利用
	総数	ネット利用		
2010	162	126	70	20
2011	194	164	53	74
2012	196	160	67	70
注：警察庁・生活経済事犯(平成22～24年版)による。				

以上の記述から著作権法違反事案の推移と特徴をまとめれば以下のようなようになる。1985年頃の偽ブランド品の取締の強化に続き、著作権についてもビデオ・コンピュータソフトウェアの無断複製・販売事案の増加が問題視され、取締の強化によって1980年代後半から1990年頃に検挙人数等是一个のピークを

作者等の権利に関する暫定措置法違反被告事件] (罰金10万及び5万)、客の歌唱につきカラオケ店主による演奏権侵害を認めた大阪地判平成6年4月2日判タ879号279頁(罰金10万)がある。

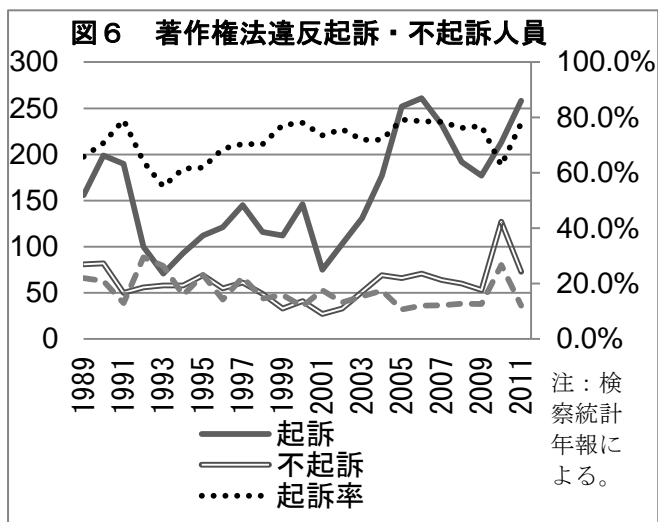
³² 平成14年版警察白書第3章第3節「知的財産権侵害事犯・保健衛生事犯等の取締り」(1)、ならびに平成16年版警察白書第3章第4節5(1)・第5節1(1)を参照。

迎えた。平成 11 年以降公衆送信権侵害の検挙事件が現れるが、平成 14～17 年頃にこれらの事件数が急増したわけではなく、この時期のネットを利用した著作権法違反事案の大半もインターネット(特にオークション)を通じた海賊版販売の事案であった³³。しかし、近年ファイル共有ソフトに係る事件数が増加し、2011 年・12 年には総数の 30%を超える検挙事件数となっている。

3-2 検察官による事件処理と科刑の状況

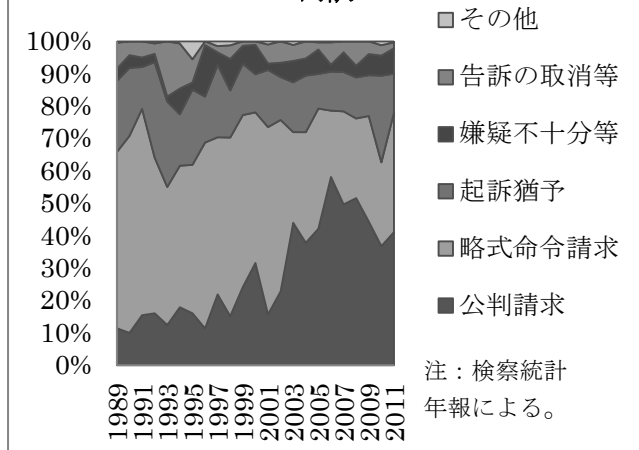
3-2-1. 起訴・不起訴とその内訳

図 6 は、1989 年から 2011 年までの著作権法違反に係る起訴人員と不起訴人員及び起訴(猶予)率(起訴(猶予)人員/(起訴人員+不起訴人員))の推移を示したものである。そして図 7 は、起訴(公判請求と略式命令請求)と不起訴(起訴猶予、嫌疑不十分等(嫌疑なし、罪とならずを含む)、告訴の取消等(告訴の欠如・無効を含む)、その他)の内訳につき、各人員数が起訴人員数・不起訴人員数の合計に占める割合を示したものである。



³³ 例えば警察庁・生活経済事犯(平成 17 年版)(前掲注(15)) 20 頁を参照。

図7 著作権法違反 起訴・不起訴の内訳



起訴率(公判請求率と略式命令請求率の合計)は、1991年に79.2%に達した後、1993年から1995年まで55~62%前後を推移した後、1996年に68.8%と上昇に転じ、1997年以降は70%を(2005年以降は76%を)2010年(62.6%)を除き上回っている。起訴率以上に大きな変化は公判請求率の割合が近年(特に2003年以降)増加(それに伴い略式命令が減少)している点である。その原因と結果については後程検討する。

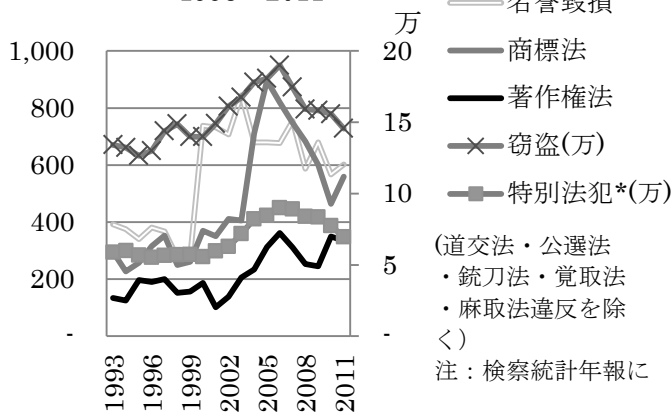
起訴猶予率は2006年以降2011年まで、2010年(26.8%)を除き12%台となっている。不起訴事案のうち、著作権法違反に係る検察審査会への審査の申立て件数につきまとまった統計は見当たらない。ただし平成10・12年版犯罪白書に、新受人員につき著作権法違反が特別法犯中の2位(平成8年28人)、1位(平成10年21人)であったことについて言及がある。そして平成元年から12年までの間に、起訴猶予との原処分に対して起訴相当との議決がされ、略式命令請求がされた事案が4件存在する³⁴。

検察庁新規受理人員及び起訴率の推移につき、他の犯罪と比較したグラフが図8・図9である。窃盗犯等の全体的な起訴率の減少傾向と比較して、著作権法違反・商標法違反は比較的高い起訴率を維持している。著作権法違反と同じく親告罪であり、またネットの普及の影響も考えられる名誉毀損については、新受件数が2000年に急増し、起訴率も上昇傾向にあるが、著作権法違反と比較すれば低い起訴率である(2011年で28.2%)。

³⁴ 司法制度改革推進本部第3回裁判員制度・刑事検討会(平成14年5月21日)配付資料1「検察審査会関係参考資料」(<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/kentoukai/saibanin/dai3/3siryou1.pdf>)を参考。

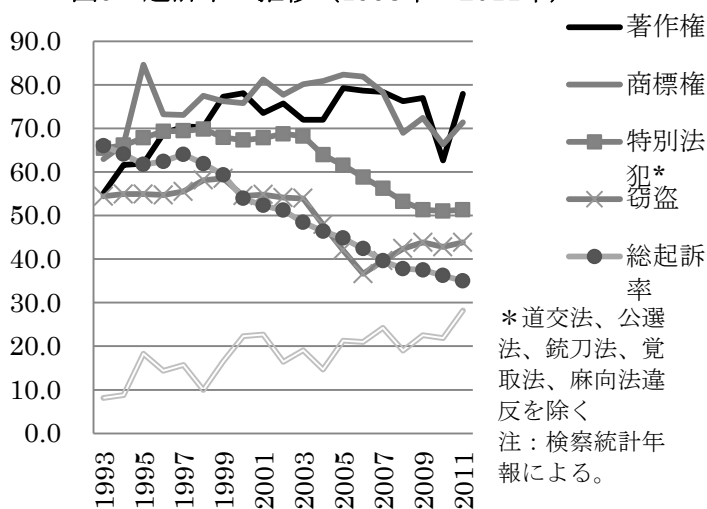
図8 検察庁新規受理(通常受理)人員

1993～2011



注：検察統計年報に

図9 起訴率の推移 (1993年～2011年)



注：検察統計年報による。

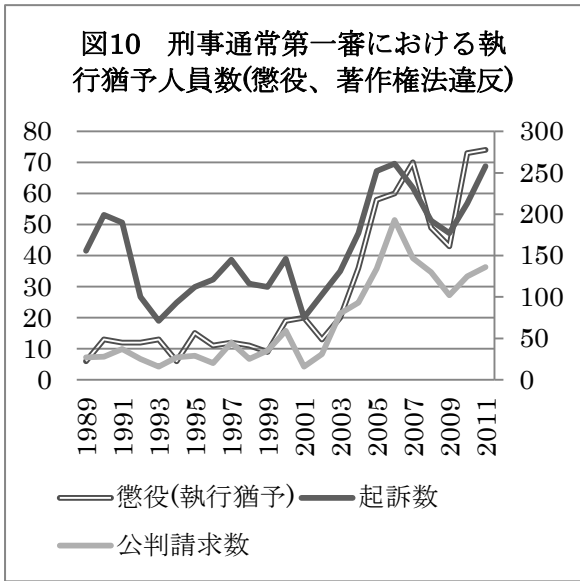
3-2-2. 科刑状況と公判請求率

著作権法違反に係る刑事事件の判決のうち、公刊され、データベース等に収録されているものはあまり多くない³⁵。そして有罪率や罰金刑³⁶の近年の推移を示す統計も見当たらない。ただし、懲役刑につい

³⁵ 現行法施行後の著作権法違反事件のうち科刑に関するものとしては、前掲注(31)で言及したもの他、以下のものがある(法人への科刑については省略)。大阪地判昭和 54 年 8 月 14 日判タ 396 号 64 頁(アニメの絵を T シャツに複製し販売。懲役 2 年執行猶予 3 年)、東京地判昭和 63 年 3 月 23 日判タ 680 号 241 頁(コンピュータソフトとマニュアルの複製・販売。傷害罪等との併合罪で懲役 1 年 6 月)、名古屋地判昭和 63 年 3 月 24 日判時 1282 号 168 頁(海賊版ビデオのレンタル、懲役 1 年 6 月執行猶予 3 年)、東京地判昭和 63 年 4 月 19 日判タ 680 号 240 頁(銅版画の偽作品の複製販売と印章偽造、懲役 1 年 6 月)、大阪地判平成 2 年 3 月 29 日判タ 736 号 248 頁(アーケードゲーム機の基板の複製販売、懲役 4 月執行猶予 2 年ほか)、大阪地判平成 5 年 1 月 13 日判タ 840 号 244 頁(児童書の主人公の絵をトレーナーに複製し販売。NBA 関連商標権の侵害との併合罪。懲役 10 月執行猶予 3 年ほか)、仙台地判平成 6 年 3 月 10 日判タ 863 号 290 頁(漫画の主人公を消しゴムに複製販売。懲役 10 月執行猶予 3 年他)。

公衆送信権侵害については、Winny の利用者につき京都地判平成 16 年 11 月 30 日判時 1879 号 153

ては統計からは増加・長期化の傾向が見受けられる。図 10 は検察統計年報に基づく、執行猶予付の懲役（左軸）及び起訴数・公判請求数（右軸）の推移に関するグラフである。紙幅の都合上、長期化の傾向・実刑率の状況に関しては他の統計³⁷を参考にして頂きたい。



先に述べたとおり、著作権法違反の事件数には 1990 年頃と 2000 年代後半以降との二つのピークが存在し、起訴数にも同様のピークが見られる。しかし執行猶予付きの懲役刑が科された人員数は、1990 年代までは 6~15 を推移していたところ、2000 年以降増加に転じ、両時期のピークの間で大きな差がある。

執行猶予付きとはいえ懲役刑の増加・長期化は、実刑の減少によるものとは考えにくい³⁸以上、実際の適用における厳罰化を示す一つの徴表となる。そして統計からすれば、検察官による公判請求率の増加が懲役刑をもたらした主要な要因の一つであると考えられる³⁹。

頁(懲役 1 年、執行猶予 3 年)、Winny 開発者による幫助犯につき京都地判平成 18 年 12 月 13 日判タ 1229 号 105 頁(罰金 150 万円、控訴審・上告審では無罪)、着うたサイトの運営者(1 億 2000 万円以上の広告収入)につき京都地判平成 21 年 2 月 23 日平成 20 年(わ)1589 号(懲役 3 年(執行猶予 5 年)及び罰金 500 万)、京都地判平成 21 年 8 月 3 日平成 20 年(わ)1858 号等(ゲームソフトのサーバー上での販売。偽ブランド品の販売・他人名義での口座開設・利用に係る罪との併合罪として、著作権法違反に加重し懲役 2 年 6 月及び罰金 200 万等)、ファイル共有ソフト Share の利用者につき京都地判平成 22 年 12 月 6 日平成 22 年(わ)1511 号(懲役 1 年 6 月、執行猶予 3 年)がある。

³⁶ 司法小委配付資料 11(前掲注(2))には、昭和 62 年から平成 14 年までの罰金額区分別終局人員数についての資料も含まれている。

³⁷ 懲役期間・実刑に関しては、昭和 62 年から平成 14 年までにつき司法小委配付資料 12(前掲注(2))、平成 18 年以降について平成 20 年~24 年版犯罪白書資料編資料 1-6 を参照。平成 15~17 年についてはデータがないため、懲役刑の増減の指標として本文では検察統計年報掲載の著作権法違反に係る執行猶予言渡人員を参照している。

実刑率については昭和 62 年から平成 14 年までは懲役刑の総数自体が少ないことから年によって変動が大きかったが(20%の年もあれば 0%の年もある)、2006 年から 2011 年にかけては 7.7%、13.2%、11.0%、13.3%、7.2%、2.5%と推移をしている。対象の全期間について 3 年以上の実刑が科された例は存在しない。平成 15~17 年のデータなしでは実刑率が増加したとまではいうことはできないが、少なくとも近年の傾向として、実刑が減少しその結果執行猶予付きの懲役が増加したということはないであろう。

³⁸ 前掲注(37) 参照。

³⁹ もちろん、本稿の検討内容は悪質な事案の増加や裁判所の判断の変化等他の要因の可能性を否定するものではない。

そこで次に問題となるのが、公判請求率の増加の原因である。

まず考えられる要因としては、平成 16 年の著作権法改正による懲役刑の上限の引き上げ（3 年から 5 年）と併科規定の導入が考えられる。但し同改正は平成 17 年 1 月 1 日に施行されたものであり、同法施行以前の時期の増加の直接の原因とはいえない。但し特に併科規定の導入は、改正法施行後の時期も公判請求・懲役刑の数が維持された要因の一つであるとはいえるであろう。

そこで他の要因としては、検察官の政策的な判断に基づく厳罰化の志向、との一つの仮説が考えられる⁴⁰。特に 2003 年の増加に関しては、2002 年 7 月に知的財産戦略大綱が公表される⁴¹など、知的財産重視の国家戦略が展開される時期であり、このような政策課題を踏まえて検察官が対応を行った、との仮説が考えられる。また平成 16 年の著作権法改正に関しては、平成 14・15 年中から文化審議会内での議論も進められており、これらの議論が検察の方針等に影響を与えた可能性もある。

3-3 民事訴訟・水際規制との比較

表 11	民事新受件数(年度・地裁)				刑事起訴人員数			
	著作	商標	特許	総数	著起	著公	商起	商公
2006	156	93	139	589	261	193	669	399
2007	129	78	156	496	232	147	591	347
2008	119	88	147	497	192	130	458	253
2009	120	96	174	527	177	102	438	287
2010	253	96	122	631	213	125	301	176
2011	102	76	207	518	258	136	401	202

注:最高裁判所事務総局行政局「平成 18～23 年度知的財産権関係民事・行政事件の概況」(法曹時報 第 59～64 巻 10 号)、検察統計年報(起は起訴、公は公判請求)より作成
(2015 年 3 月追記:著作はプログラム著作権事件を含む。法とコンピュータ 37 号掲載のものでは、2011 年のデータに誤りがあったため修正)

表 11 は、年度毎の知的財産関連民事訴訟の新受件数(地方裁判所)と、各年毎の刑事事件の著作権法違反・商標法違反に係る起訴・公判請求人員数を対比したものである。特許法違反については 2006 年以降起訴人員数が 0 となっている⁴²ため省略している。商標権侵害については民事よりも刑事訴訟が多く、特

⁴⁰ 棚町拜吉「知的財産の保護と刑事罰」パテント 56 巻 4 号 (2003 年) 84・85 頁は、公安事件の大幅な減少により、大規模地方検察庁の公安部が廃止され「知的財産犯罪を担当すべき特別刑事部」が設けられたこと、昭和の末期から知的財産に関する専門研修を開始していたなど、検察庁の知的財産権事件の受け入れ態勢が整備されつつあることを指摘している。

⁴¹ 但し、知的財産戦略大綱中には刑事については営業秘密の保護強化に関してのみ言及されている。著作権も含めた知的財産権侵害に対する刑事罰の強化が言及されるのは、「知的財産の想像、保護及び活用に関する推進計画」(2003 年 7 月)においてである。

⁴² 前掲注(18)参照。

許権についてはほぼ民事訴訟のみが利用されている。他方著作権侵害については、先行研究で既に指摘されているように⁴³、民事の新受件数よりも刑事の起訴人員数の方が多い(2010年⁴⁴を除く)。公判請求数も民事の新受件数と概ね同等またはそれ以上の数字である。

知的財産に関するもう一つの主要なエンフォースメントとしては、税関による水際措置が挙げられる。

表 12	知的財産別輸入 差止実績(点数)		押収(点数)	
	商標権	著作権	商標法	著作権法
2008	685,529	97,487	507,142	105,095
2009	768,534	166,721	171,520	88,109
2010	519,274	57,865	141,205	77,018
2011	567,107	116,662	213,203	197,814
2012	1,012,538	81,191	117,143	393,964

注:税関「平成 24 年の知的財産侵害物品の差止実績」、
警察庁・生活経済事犯(平成 24 年版)(前掲注(15))より

表 12 は、税関における輸入差止実績の点数と警察による押収の点数とを比較したものである。商標権侵害については、税関における輸入差止実績が押収点数を上回っており、また警察による押収点数の大半も海外から輸入された偽ブランド品である⁴⁵。他方著作権侵害については 2009 年を除き押収点数が輸入差止実績を上回っており、かつ押収点数の大半は被疑者による国内製造品となっている⁴⁶。これらのデータからは、海外からの海賊版の輸入については輸入申立て手続が、国内における複製等に対しては刑事手続がそれぞれ利用されていることが伺える。

もちろん各エンフォースメントの運用の比較については本来より慎重な検討がなお不可欠であるが、少なくとも上記の統計データからすれば、著作権侵害に係る刑事手続は、実際に発動されているエンフォースメントとして、民事訴訟・水際措置と同等(又はそれ以上の)役割を果たしているものといえることができるであろう。

4 著作権法における刑事罰の意義と問題点

4-1 刑事罰の意義

以上の実態を踏まえて、著作権侵害に対するエンフォースメントとして民事訴訟と比較し、刑事罰・刑事手続の意義と課題・問題点について、概観する。

まず意義としては、刑事罰・刑事手続は、ある種の侵害行為や侵害者については、民事訴訟と比較

⁴³ 起訴人員数について、今村・前掲注(2)のサイトを参照。同サイトでも指摘されているように、民事と刑事の両手続の比較については、表 11 の数字が事件数(共同被告も含まれる)と人員数の比較であること、及び仮処分事件の存在等他の様々要素について留意する必要がある。

⁴⁴ 2010 年度民事事件の新受件数が 253 件に急増した原因としては、福岡地裁での受話器マークに関する訴訟の提起によるものと推測される。

⁴⁵ 前掲注(25)及び対応する本文を参照。

⁴⁶ 前掲注(26)及び対応する本文を参照。

して、効率的で実効的なエンフォースメント⁴⁷である点が挙げられる。特に民事上の請求が実質的な不利益とはならないと考える侵害者⁴⁸に対しては刑事罰の適用可能性こそが有効な抑止手段となる。

また、個々の権利者にとっては低額だが、極めて多数の権利者に対して損害を生じさせる侵害(幫助)⁴⁹行為については、集中管理団体が存在しない場合、個々の権利者による民事訴訟では費用倒れや立証の困難のためにエンフォースメントが実現されない問題が生じる。このような行為について抑止の必要性が高いのであれば刑事罰こそが実効的な手段となる。

さらに他の犯罪(わいせつ物関連や児童ポルノ等)との関係で、捜査機関などの恒常的な捜査の対象となっている「行為」や「場」(例えば、水際規制、ファイル交換ソフトの利用)において、著作権等の典型的な侵害行為も行われているという場合には、合わせて取締の対象とすることはある意味で効率的であり、後述する刑事捜査のリソースの分配の問題も比較的少ないといえる。

但しこれらの類型についても、刑事罰を科される行為であることが捜査機関・侵害者・一般人に明確な行為であることが、後述する委縮効果の問題からだけではなく、エンフォースメントの効率性・実効性の点からも必要となる。捜査機関にとって侵害か否かが不明確な場合、判断のコストが大きく、検挙・起訴しても無罪となる可能性も少なくない。また有罪判決が出たとしても、ある行為が処罰されることで、自分が同様の行為を行えば処罰されることが明確に分からなければ一般予防の効果は生じない。商標・著作権に関わる典型的な侵害行為(デッドコピーの偽ブランド品・海賊版の販売、近年であればファイル共有ソフトを用いた公衆送信権侵害)につき刑事罰が活用され、侵害判断が困難である特許権については刑事罰がほぼ利用されていない現状は、以上の観点からは理に適ったものである。

4-2 刑事罰の問題点

他方刑事罰の問題点としてはまず、委縮効果の点が挙げられる。適法な行為、グレーな行為、また形式的には侵害となるが実質的には違法ではない行為・民事上の請求は認められるべきかもしれないが刑

⁴⁷ 刑事罰が著作権侵害をどの程度抑止する効果があるのかに関して興味深い論考として、牛山敦「著作権法犯の法定刑引き上げの犯罪抑止効果に関する実証分析 ―強盗犯と比較して―」法と経済学研究 4 巻 1 号 33 頁以下(2009 年)がある。同論文は、実証分析により、平成 16 年改正による法定刑の引き上げは強盗罪を減少させたが著作権法違反を減少させなかったこと等を示している。ただ同論文では、著作権法違反の抑止効果について 2001 年から 2006 年の各都道府県の送致件数を被説明変数として用いているが、他に適切な指標がないとはいえ、送致件数については警察による近年の知的財産・サイバー関連の取締の強化の影響が大きいことに留意する必要がある。

⁴⁸ 著作権法 112 条の差止請求権は、将来の侵害の停止・予防(とそのための廃棄請求)を求めるものであり、当然に原状回復を実現するものではない。また損害賠償請求の金額は、証明の問題を別としても、権利者の実損を超えることは現行法上できない。

他方刑事訴訟では、押収・没収は過去の侵害行為による作成物一般を対象とし、また懲役刑・罰金刑に加えて侵害行為の対価として得た利益について没収・追徴を行うことも可能である。故意による侵害における侵害し得を防ぐとの点では、その当否は別として、刑事罰の適用によって現行法の下でも達成可能である(但し、罰金・没収金は国庫に帰属することとなる)。また捜索・逮捕等の刑事手続きの段階で、強制的な証拠収集が可能であり、侵害行為の停止の効果があり、及び就職等への事実上の不利益が生じる点も、民事との大きな違いである。

⁴⁹ 自動複製機器や技術的制限手段の回避装置の提供などの行為類型がこれに該当するともいえる。但しこれらの行為類型については、適法な用途での利用可能性など、刑事罰適用の弊害の問題も関わる点となる。

事罰を科すほどではない行為等に対して、刑事罰の重い制裁の適用可能性ゆえに過度の委縮効果を生じる可能性がある。いかなる行為がここで列挙したどの行為に該当するかは見解の分かれるところであろうが、著作権侵害に関してはこのような行為がある程度(又はかなりの程度)存在すること自体は否定しがたいと思われる⁵⁰。

そこで、刑事罰の適用範囲を適切に限定できるかどうかが問題となる。しかし著作権法の条文は、著作権侵害一般を刑事罰の対象としており、刑法 38 条の「故意」以外には法律上は民事と比べての追加的な要件は存在しない⁵¹。現行著作権法 119 条 1 項の著作権侵害罪の条文上の構成要件は、「著作権…を侵害した者」との極めて簡潔な文言である。

そして「故意」は、民事責任との大きな相違点であるが、故意のみで処罰範囲を適切に限定できるかといえは十分ではない。特に、民事訴訟で被告側が侵害に当たらないと法を解釈し、訴状の送達や第一審・控訴審判決後も侵害の成否を争いながら利用行為を継続していたような事案について、最終的に侵害が認められたとの状況を考えると、利用行為の継続時につき刑法上の故意を否定することは一般的には難しいように思われる⁵²。

学説の中では、民事の場合と比べて刑事では、罪刑法定主義の観点から著作権侵害につき厳格な解釈を採用すべきとの見解も一部で説かれている⁵³。他方で、罪刑法定主義を前提とする厳格な解釈に私法上の解釈も原則として一致させるべきとの見解も主張されている⁵⁴。しかしこのような見解が広く受け入れ

⁵⁰ 例えば、生放送中の映りこみは平成 24 年改正後の著作権法 30 条の 2 の文言には形式的には該当しないが実質的には侵害が否定されるべきであろうし、著作物性・類似性判断の限界事例(東京高判平成 14 年 9 月 6 日判タ 1110 号 211 頁〔記念樹〕)等について結論として侵害が認められたとしても、刑事罰を適用すべきではないであろう。

⁵¹ ただしみなし侵害については前掲注(5)を参照。

⁵² いわゆる故意と違法性の意識(の可能性)を巡る問題であり、具体的には侵害者が著作権侵害に当たらない(著作物性がない、類似性がない(本質的特徴が直接感得できない)、権利制限規定の要件を満たす)等の誤信をしていた場合に、故意または責任が否定・阻却されるかどうかの問題である。

ここで刑法学での議論状況には深く立ち入らない。ただ故意につき具体的な行為(無断複製・無断演奏等)の認識があれば足り、著作権の成立や侵害の認識は不要とする見解(香城・前掲注(1)850 頁)に立てば、責任阻却事由としての違法性の意識の可能性のみが問題となり予測しがたい判例変更等で侵害が認められた場合にのみ免責されることとなる。他方で、著作権侵害との法的評価の認識が故意の成立に必要なこととの見解に立っても、未必の故意で足りるとすれば、民事訴訟の口頭弁論終結時まで侵害行為が継続されていたような場合には、やはり刑法上の故意は否定しがたいように思われる。

民事不法行為責任における違法性の意識の可能性・法律の錯誤の問題については、暁の脱走事件に関する、作花文雄「旧法映画を巡る裁判例の蓄積と規律の不安定性—保護範囲を画する基準の不明性と過失の検証—」コピライト 595 号(2010 年)42 頁以下及び金子敏哉「著作権侵害を巡る違法性の認識可能性と不法行為責任—著作権法解釈の誤りを巡る裁判例を契機とした問題提起—」『明治大学法学部創立百三十周年記念論文集』(2011 年) 139 頁以下を参照。

⁵³ 岡・前掲注(1) 1054 頁以下は、民事の場合と比べ、刑事では罪刑法定主義の観点からより厳格な解釈を採用すべきとの立場にたつ。また、応用美術として電子玩具の人形の著作物性が否定された仙台高判平成 14 年 7 月 9 日判時 1813 号 145 頁〔ファービー人形事件〕では、意匠法と著作権法の重畳適用について「慎重な検討を要し、殊に刑事罰の適用に関してはより慎重でなければならない」と述べている。

⁵⁴ 松川実「著作権法における私法的解釈と刑法的解釈」青山法学論集 49 卷 3 号(2007 年) 1 頁以下は、罪刑法定主義を前提とする解釈に民事上の解釈も原則として一致させるべきであり、私法上柔軟な解釈をする場合にはそのことを明示すべきとの立場にたち(12 頁)、アメリカ法・ドイツ法との比較法を踏まえ、日本法の構成要件を明確化すべきことを主張している。同論文を踏まえつつ、民事の請求原因と刑事の構成要件について一元的解釈を試みる論考として桑野雄一郎「著作権侵害の罪の客観的構成要件」

られているわけではない。裁判例では刑事事件でもやや拡張的に侵害を認めた事例⁵⁵もあり、民事でも侵害主体論などで、厳格な解釈よりは柔軟な総合的観察を志向する傾向も見受けられる⁵⁶。むしろ処罰範囲の限定という点からみれば皮肉なことに、罪刑法定主義や明確性の原則は、権利制限の包括的な一般規定等、不明確ながら実質的な考慮により侵害となるべき範囲を限定する規定の導入と抵触しかねないものとして言及されている⁵⁷。

このように現状としては、実際に起訴がされた場合に適切な処罰範囲に限定できる法理が十分には存在せず、またそもそも著作権侵害のなかでどのような場合に刑事罰を適用すべきか自体についても議論が十分にはなされていない。著作権侵害における処罰範囲の限定は、もっぱら告訴権者・捜査機関の「良識」⁵⁸と起訴便宜主義に依存しているとも言えるべき状況にある⁵⁹。

さらに仮に刑事罰が科されるべき行為が構成要件などで特定の行為類型に明確に限定できたとしても、罪刑の均衡(特に逮捕による事実上の影響)や、エンフォースメントのコスト負担⁶⁰、他の犯罪と著作権侵害罪との警察・検察のリソースの配分もまた重要な問題となる。

5 著作権侵害罪の現状と課題

本論文の出発点となった問題意識は、刑事罰は著作権侵害に対するエンフォースメントとして例外的なものといえるか、との問いである。

島根法学 54 巻 1・2 号(2010 年)117 頁以下がある。

⁵⁵ 大阪地判平成 6 年 4 月 12 日判時 1496 号 38 頁〔カラオケスナック刑事事件〕では、民事事件の最判昭和 63 年 3 月 15 日民集 42 巻 3 号 199 頁〔クラブキャッツアイ事件〕を踏まえ、客の歌唱につき店主による演奏権の侵害を認めた。その際被告人側の「民事上は演奏権の侵害とされるのは仕方がないとしても、刑事上は罪刑法定主義の観点から演奏権の侵害にはならない」との趣旨の主張に対して、裁判所は「演奏権の概念自体は民事上、刑事上を問わず一義的に明確であるべきものであり、また同一内容のものとしてとらえるべき」であるとして退けている。この他東京高判昭和 60 年 12 月 4 日判時 1190 号 143 頁〔新潟鉄工事件〕における昭和 60 年改正前の著作権法 15 条の公表名義に関する解釈を参照。

⁵⁶ 最判平成 23 年 1 月 20 日民集 65 巻 1 号 399 頁〔ロクラク II 上告審〕における金築判事の補足意見等を参照。

⁵⁷ 『権利制限一般規定ワーキングチーム報告書』(平成 22 年 1 月)48 頁等を参照。

⁵⁸ 刑事罰の適用及びそのきっかけとしての告訴・起訴の当否が疑問視されている事件としては、ポケモン同人誌事件(1998 年)が挙げられる。同事件は、ピカチュウが猥褻な行為をする同人誌をある女性が作成し通信販売等で販売したところ、著作権者である任天堂からの告訴に基づき京都府警が女性を逮捕した事件であり、その後略式判決により罰金が科された事件である。

また Winny 事件上告審(最判平成 23 年 12 月 19 日刑集 65 巻 9 号 1380 頁〔Winny 事件〕)の大谷剛彦裁判官の反対意見でも、当該事件で幫助犯の成立を認める立場ながらも、事前のファイル共有ソフトの提供者への警告等なしに強制捜査・起訴に至った点について「性急に過ぎたとの感を否めない」と述べている

⁵⁹ 著作権侵害罪の非親告罪化は、二次創作等への多くの権利者による事実上の黙認に対する悪影響の問題はもちろんながら、現状の構成要件のままであれば一般に非親告罪化が行われれば、処罰範囲の限定の観点からも極めて問題がある。

⁶⁰ 民事訴訟の場合には権利者(と一部につき侵害者)がその費用を負担するが、刑事訴訟の場合にはエンフォースメントに要するコストは最終的には国民全体の負担となる。権利者による訴訟費用の正規品価格への転嫁等も含め、ゲーム理論を用いた総余剰の分析として Yasuhiro Arai, *Civil and Criminal Penalties for Copyright Infringement, Information Economics & Policy*, Vol.23. pp. 270-280 (2011). がある。

刑事罰は二つの意味から例外とはいえない。第一に、著作権侵害に対し実際に発動されているエンフォースメントとしては、刑事手続は民事訴訟・水際規制と同等又はそれ以上の役割を果たしている。第二に、著作権侵害罪は著作権侵害一般を構成要件としており、例外的に悪質な事案に処罰対象を限定する法理は現状存在しない。刑法上の故意も、少なくとも民事訴訟において口頭弁論終結時まで侵害行為が継続されている場合には否定し難い。現状で刑事罰が適用される事例は海賊版の販売・配信(近年ではファイル交換ソフトの利用)など典型的な事例が主となっているようであるが、処罰範囲の限定は専ら告訴権者・捜査機関の良識に依存している状況であり、刑事罰が適当とはいえない事案について逮捕等の措置が行われた事例⁶¹も存在する。処罰範囲の適切な限定、そもそも著作権侵害のうち刑事罰が適用されるべき行為はどのような行為かの検討とその明確化が、委縮効果の防止の観点だけではなく、エンフォースメントとしての実効性・効率性の観点からも重要である。

著作権侵害罪や名誉毀損等、民事・刑事で同様の構成要件が規定され、親告罪であること等、刑事罰が権利侵害に対するエンフォースメントの一環としての性格を大きく有する犯罪類型について、罪刑の均衡や手続きコストの負担、他の犯罪とのリソースの分配等、民事・刑事さらには行政等のエンフォースメントをどのように組み合わせて制度設計をし、実際の運用をしていくべきか、の検討が重要な課題となろう。

本論文は、理論的な検討の面でも統計の分析の面でも不十分な内容であるが、今後の検討の上での一つの問題提起となれば幸いである⁶²。

⁶¹ 前掲注(58)参照。

⁶² 本稿は明治大学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年～平成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」による研究成果の一部である。