

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 基調講演③

### 著作権侵害への刑事罰の適用のあり方

#### —民事と刑事の役割分担に向けて—

金子敏哉（明治大学法学部准教授）

## 目次

I	はじめに.....	1
II	著作権法における刑事罰の現状.....	3
III	著作権侵害への刑事罰の適用のあり方.....	4
IV	解釈論・立法論の検討.....	9

## I はじめに

金子：続きまして私から著作権侵害への刑事罰の適用のあり方、民事と刑事の役割分担に向けてというタイトルで、最後の基調講演の報告をさせていただきます。

スライド2

私の報告では、スライドの方ではこれらを用意させていただきましたが、このうちの著作権法における刑事罰の現状という点については、以前論文で書いたところもありますので、本日、詳細については省略をさせていただきます。このシンポジウムに関する情報を掲載しているホームページ上にその論文も掲載しておりますので、ここは大幅に省略をしてお話をさせていただきます。

### スライド3

まず、本シンポジウム及び私の報告の背景についてですが、一つには、「ハイスコアガール事件」というものが大きな衝撃となったことが挙げられます。私自身の解釈としては、この事件の事案の利用態様は著作権法 32 条の引用の要件を満たし、民事上も侵害には当たらないと思うのですが、他方で、民事上これが著作権の引用に当たるとは言えず侵害となるという解釈も十分あり得るだろうし、裁判所もそういう解釈をすることもあるだろうとは思っております。

しかしながら、刑事罰を科してよい事案かという点、それは刑事罰を科すべき事案ではないと強く思うわけであります。そこで、そのことをどのように解釈論として展開をすべきか、というときに、第 1 部の講演でも出たように、そもそも著作権侵害になるかどうかという点について、刑事罰の適用を念頭に限定的に、謙抑的に解釈していくべきだという、刑事責任と民事責任を一元的にとらえ、刑事責任に合わせて民事責任も限定していくという解釈のやり方と、もう一つは、刑事と民事ではそれぞれ責任の対象となる行為が違うということを解釈論上認めて、そのように展開していくというやり方が考えられるわけです。

私がこの報告で行うのは、後者の考え方ということになります。解釈論として難しいのではないかということをごんざん言われたわけですが、それに挑戦するということがこの報告の基本的な役割となります。

それに関連して、以前、私も含めて著作権法の研究者、また弁護士、実務家を含めた 27 名による「ハイスコアガール事件」について、著作権と刑事手続に関する声明というものが、著作権侵害の成否の問題はともかくとして、刑事罰の適用に反対するといった声明が出されています。

### スライド4

もう一つ、現在特に問題となっている背景としては、TPP 交渉などにおける非親告罪化の可能性ということも、本シンポジウムの背景となっています。このことは福井先生や、既にインターネットなどでもさまざま意見表明がされておりますが、私も非親告罪化に対しては基本的に反対、特に現行の 119 条 1 項の規定のまま、123 条を単に削除するなどという改正には大反対です。

しかし、問題の本質は、非親告罪化ではなく、親告罪の現行法のもとでも、権利者による告訴があった場合、果たして、翻案権侵害などの成否が微妙な事案について刑事罰が適用されるべきかどうか、そちらの方が本来の論すべき問題ではないかと私は思っております。

実際、権利者が告訴をすれば、二次創作同人誌について刑事罰を適用してよいと考えるかどうかという点、私はそれについて疑問であります。既に、ポケモン同人誌事件という刑事罰が適用された事件が既に 1 件あり、そして今回「ハイスコアガール事件」という権利者による刑事告訴があれ、まだ起訴はされていないし、起訴すべきではないと思っておりますけれども、強制捜査にまで至った事件があるという状況であります。

そういった中で、著作権法 119 条 1 項が著作権侵害につき広く刑事罰の対象としていることをどう考えるべきか、ということを経験したいと考え、このシンポジウムを企画し、またこの報告を行うということでもあります。

#### スライド 5

桑野先生のご報告などにもありましたが、基本的に著作権法 119 条 1 項は、私的複製などを除き、故意による著作権侵害行為一般を処罰の対象としております。そして、刑法の一般的な議論によれば、故意の成立には違法性の意識は不要と解されており、また、仮に違法性の意識を必要としても、未必的な故意で足りるとされています。あるいは違法性の意識の可能性が処罰の要件となるとしても、判例・学説が分かれば、違法性の意識の可能性が認められると考えられており、實際上、民事訴訟で差止請求の可否が裁判の過程で争われている事案については、刑法上の故意を従来の刑法学における一般的な議論に基づいて否定するのは非常に難しい状況にあります。

では、そういった事案について、起訴がされれば、全て刑事罰を科してよいと言えるかという、私はそうではないと考えます。しかしながら、そのための解釈論上の努力というのは、これまでほとんど行われてこなかったというのが実情であり、私自身も行ってこなかったわけであり、現状においては、処罰範囲の限定というものは、告訴権者、捜査機関の良識と起訴便宜主義に依存していると言わざるを得ない状況であろうと思います。そこで適切な刑事罰の適用、処罰範囲の限定に向けた議論を試みるというのがこの報告の内容ということなのです。

## II 著作権法における刑事罰の現状

#### スライド 8、13、14

刑事罰の運用の現状については、以前論文に書いたもので、今回詳しくは省略いたしますが、特に近年の特徴としましては、基本的に厳罰化の傾向がみられます。

起訴の中には公判請求と略式請求という二つの手続があり、詳しい話は黒澤先生に伺えればと思いますが、基本的には簡易裁判所の管轄に属し、100 万円以下の罰金の事件で、被疑者に異議がない事件のみが略式として争われるのですが、統計データを見ますと、検察官による公判請求率というのが、2003 年に 60%という非常に高い数字になっております。

#### スライド 15、16、17

それに伴って、執行猶予付きの懲役刑、または執行猶予の実刑の懲役刑も、基本的にだいたい増えているというデータがあります。3 年以上の実刑判決というのは、今のところ見当たらないわけですが、この範囲では厳罰化の傾向があり、その背景としては、直接的には公判請求率の増加があるといえます。こういった事案について公判請求がされているのか、等の分析にまでは至っていませんけれども、こういった傾向がうかがわれるわけがあります。

ただし、公判請求率については、2013 年のデータにおいて、30%とかなり低くなりまし

て、これがなぜかということには分かりませんが、2013年については低い数字になっております。

#### スライド18

また、こういった事案がつかまっているのかということについて、これも網羅的なデータはないのですが、近年の明らかな特徴として指摘できるのは、かつては海賊版事犯の取り締まりというものが中心であったところ、現在、ファイル交換ソフトの利用による公衆送信権侵害の事件が非常に増えています。かつては数件、10件を下回る程度であったのが、2010年以降どんどん増え、2013年、2014年のデータにおいては、著作権法違反事件の5割を超える事件がファイル共有ソフトの利用による公衆送信権侵害の事案であるようです。

ファイル共有ソフトの利用者に営利目的があるかということ、ファイルをたくさん集めようという目的はあるかかもしれず、微妙なわけですが、こういった事案が現在の取り締まりの中心になっているということを確認する必要はあろうかと思えます。

#### スライド19～23

そのほか無罪判決があったり、また刑事でも拡張的な解釈がされたりした事案などもあり、また刑事罰の適用が特に疑問視される事案としては、ポケモンの同人誌事件などは、私は大変に疑問、問題のある事件であろうと考えております。

### III 著作権侵害への刑事罰の適用のあり方

#### スライド24

現状はこれぐらいで、駆け足でありましたが、次に、そういったことを意識した上で、著作権侵害への刑事罰の適用のあり方ということ論じていきたいと思えます。

#### スライド25

まず著作権法違反に対するエンフォースメントとしての刑事罰の意義というのは、民事裁判では達成できない、ある種の侵害者、ある種の侵害行為との関係では、民事よりも効率的な実効的なエンフォースメントの手段であるということが最大の意義であります。特に民事責任について、どうせ財産なんか持っていないから損害賠償も怖くない、差止めも来たら、行為を停止すればいいと思っているような侵害者に対しては、刑事罰、特に自由刑が科されなければ、それは実効的なエンフォースメントとしてはなり得ないわけであります。

また、個々の権利者にとっては軽微であるけれども、極めて多数の権利者に対して影響を及ぼす行為というのも、集中管理団体による権利行使等を除けば、民事裁判によって救済を図ることは難しく、こういった行為に対しては、刑事罰などによって対応することが必要となる場合もあります。

その例が技術的保護手段の回避装置の提供ということになりますが、これは他方でユーザーのアクセスの問題、あるいはマジコンの例を取れば、自費制作プログラムの実効の問題という別の利益との調整の問題はありますが、とはいえ多数の人に影響を及ぼす行為というのに対しては、民事裁判だけでは実効的な取り締まりができないというのも事実であ

ります。

また、刑事手続と、刑事罰以前に、その過程における刑事手続が強制力を持ったものであるということも、エンフォースメントとしては非常に大きな意味を持ちます。捜索、差し押さえ、逮捕、拘留ということですが、これは民事にはない強力な証拠収集手段であり、特に、誰の行為が特定できないような状況においては、刑事事件を使わないとなかなか侵害者が誰かということ特定できない状況があるわけです。

また、これらはある意味で、逮捕してしまえば侵害行為もとまるわけでありますから、民事の差止判決、仮処分決定以上に強力な侵害行為を停止させる手段であります。そういった意味で刑事手続自体がある種の行為の停止という点で、エンフォースメントとしての効果も有するということになります。これは意義でもあり、問題点でもあるわけでありませう。

#### スライド26

ともあれこのような刑事罰の実効性、効率性、そして刑事手続の強制性は、海賊版販売などの事案に対しては、重要な役割を果たしているエンフォースメントであると評価できると思います。しかしながら、効率的、実効的と言えるためには、侵害か否か、正確には刑事罰が適用される行為であるか否かが、捜査機関、侵害者、一般人それぞれに対して明確な行為であるということが本来は必要であろうと思います。

微妙な事案について、例えば特許権侵害になるかどうかということ警察に持ち込まれても、そんなものを調べるのは、非常に判断コストがかさむわけでありませう。また、それらについてコストをかけて起訴まで至っても、無罪となる可能性が高いということになります。また、そのような微妙な事案に刑事罰を科しても、一般予防の効果、つまり侵害行為を行うべきではないということについて、ほかの主体に対する示唆する効果というのは非常に弱い。複雑な技術について特許の侵害が認められたからといって、ほかの技術の実施が侵害になるかどうかよく分からないわけでありませうから、一般予防の効果が低いわけでありませう。

こういったことから考えますと、民事裁判で侵害の成否が争われている事案の全てについて、効率性、実効性という点を見ても、刑事罰の適用の対象とすることが妥当なのかということ疑問視されるわけですね。

#### スライド27・28

そして民事裁判において、著作権侵害について示されている解釈というのは、広げる方向にも狭める方向にもさまざま柔軟な解釈がされています。条文の文言だけ見れば、侵害の成否がはっきり分かるということ、著作権の専門家として胸を張って言えるという状況ではないだろうと思います。スナックでお客様が歌うとお店の店主が歌ったことになる、あるいは中古ゲームソフトの販売について頒布権のうちの公衆に譲渡する権利だけが消尽するということが条文の文言解釈として出てくるかと言われると、そういったことは直ちには出てこないだろうと思います。それでも裁判所は、さまざまな要素を考慮し柔軟

な解釈を民事裁判においては行っているということです。ただ、これらが刑事事件における解釈として行われた場合に果たして適切なのだろうか。刑事事件についても、そのようなものについて、あるいはギリギリ侵害になるものに刑事罰を適用することが妥当なのかどうかということは、強く疑問視されるわけであります。

#### スライド29

そのことをより具体的にイメージしてもらうために、以下のような問いかけをしたいと思います。このスライドで掲げた裁判例の事案について、例えば判決で問題となった行為について、刑事罰を適用すべきでしょうか。あるいは上告審まで行為を継続していた場合は、どうでしょうか。例えば「フォトモンタージュ事件」、「クラブキャッツアイ事件」、「ときめきメモリアル事件」の被告、これは同一性保持権侵害に対する幫助と構成するのかもしれないけれども、あるいは「記念樹事件」の作曲者は刑事罰を科されるべきでしょうか。記念樹の場合には、控訴審判決において編曲権の侵害が認められた後も、上告審が出るまでは、JASRAC は利用許諾を継続していたわけですが、これは故意による侵害の教唆ということにならないでしょうか。編曲権の帰属についての誤認は故意を否定する要素となるかもしれませんが。あるいは「ロクラクⅡ」事件で刑事罰を科すべきでしょうか。あとは商標の事件ですけれども、「フレッドペリーの事件」これは刑事罰を科すべきでしょうか。あるいは先ほどご紹介のあった特許のアップル・サムスンの FRAND の事件、この事件では特許権の侵害は、形式的には認められております。そして控訴審の判断では、損害賠償請求の一定の金額を超える部分の行使が権利乱用に当たるという判断をしています。そうすると、特許権の侵害になり、損害賠償請求権も一部認められるということが前提となっているわけですが、さてこの事案、故意による特許権の侵害があったとして、起訴して刑事罰を科すことは適切でしょうか。また、それによって iPhone の販売利益でも没収刑の対象にすれば、少しは国庫の足しになるかもしれませんが、そういったことが行われるべきでしょうか。あるいは行われるべきでないとして、起訴された場合に、これらは無罪とできる法理を我々は用意しているでしょうか。

#### スライド30

ここで次のスライドで示しているのは、全てではありませんが、最終的には著作権の侵害にはならないと言われた事件です。ただ、その過程で下級審の判断では侵害が認められたりしたものもあります。「江差追分事件」、「中古ゲームソフト事件」、「絵画鑑定書事件」、「釣りゲーム事件」、これらについて、最後は無罪になるとしても、警察が強制捜査や逮捕などを行うということは用いられるべきでしょうか。あるいは刑事告訴がされた場合に、それを用いない。警察が適正と考えた場合にも用いるべきでないことを説得できる何らかの法理というものを我々は用意できているでしょうか。

あるいは漫画の例でしたら、『脱ゴーマニズム宣言』が、これは著作権の侵害には、引用に当たりならないとされたのですが、これはどうでしょうか。あるいはこの中では、1カ所コマの配置を変更したことについて同一性保持権の侵害に当たるとされたわけですが、そ

の点だけとらえて刑事罰を科すべきでしょうか。

あるいは裁判にはなっていないですが、研究目的で論文をコピーする行為については、これは私的複製に当たるという見解と私的複製に当たらないという見解が分かれています。私は私的複製に当たるという見解ですが、最終的にどちらになるかはともかくとして、今研究目的で論文をコピーしている、図書館以外でコピーしているときに、それは著作権侵害の疑いがあるということで、搜索、差し押さえが認められるべきでしょうか。

#### スライド31

こういったことを念頭におきますと、故意による著作権侵害一般を刑事罰の適用の対象とするということは、適切ではないと思われるわけであります。著作権法における民事と刑事の役割分担という視点から、このような考え方は適切ではないと考えられます。

その理由を幾つか述べていけば、一つには、適法な行為、あるいははっきり白とは言えなくても、形式的には侵害になっても、実質的には適法になるような行為。あるいは実質的に見ても多少黒いかもしれないけれども、権利者が黙認しているような行為。こういった行為に対して刑事罰の適用の可能性、あるいは刑事手続の適用の可能性というもの非常に大きな萎縮、抑止効果をもたらすということが上げられます。

もちろん現行著作権法の規定が明確にそのあたりについて、適法、違法をはっきりさせていけば、それでもいいのかもしれませんが、残念ながら、細かい条文は結構多いわけですが、では、その細かい条文で十分な利害調整がされているかということ、そうではないだろうと思います。そこでは柔軟な解釈が必要であり、果たしてそれが刑事裁判におけるルール形成ということに向くのかどうかということが疑問視されるわけです。

また、著作権法については、ほかの犯罪の場合、例えば「これは自分がやったら人が死ぬかもしれない。でも死なないかもしれない。でもいいや、やっちゃえ」というのは、これは未必の故意ということで許されない。それは人を殺すような行為は、多少死なないと思っても、やらない方がいいということは言えるわけですが、著作権法違反については、侵害か否かが微妙でも、積極的に行われるべき行為というのがかなりあるのではないかと思います。一つにはパロディなどがその例として挙げられる。新たな創作活動などがその例ですが、中古ゲームソフトの販売なども、私はそのような例だと思います。

こういったものについて、強制的な刑事手続が科されると、逮捕、あるいは強制捜査が行われますと、被疑者は実質的に行為を停止した上で、行為が著作権の侵害等に当たるかどうかということを争わなければならない立場に置かれますが、このことは適切なのだろうかということが言えます。著作権の侵害か否かが微妙な行為の中には、行為を継続しながら侵害の成否を争うべきものがあり、実際に民事裁判では、仮処分や仮執行等がなければ現実に行方を継続しながら裁判の確定まで争うことが認められているわけであります。もちろん海賊版の販売などは、刑事罰を課してでも、あるいは強制的な刑事手続によってでも侵害の行為を停止すべきものかもしれませんが、「ハイスコアガール事件」のような事案について、私は侵害の行為を継続しながら争うということも認められてよいのではな

いかと思います。

また、これはあくまでも比較的、相対的にということですが、事後的な金銭賠償や差止などが、生命、身体、名誉などの侵害に比べれば著作権法については救済手段としての一定の役割を果たすことができると思います。これら民事上の救済手段があることを考えれば、刑事手続の可能性、刑事罰の可能性によって、これらの侵害行為を常に抑止すべきだとは言えないであろうと思います。

#### スライド32

また、別の観点から見れば、エンフォースメントの効率性、実効性といった観点からも、刑事罰の適用は限定的なものであるべきだと考えられます。一つには、刑事司法にかかるリソースの分配という点です。先ほど今村先生の報告の中でも示唆されていましたが、刑事手続というのは、結局のところ、国民全員の負担によって担う手続でもあります。そうしますと、微妙な事案について、果たして国民の税金を使って刑事手続を進めることが適切なかどうかは問題となります。

他方で海賊版の販売のように、比較的広い利益を社会に対してもたらす取り締まり行為に対しては、これは刑事手続を使うということも意味があるかもしれませんが、侵害かどうかよく分からないというものについては、民事訴訟において、むしろそのルールの形成は権利者の負担、あるいは侵害者の負担によって行うべきではないかとも思われます。

そして刑事のリソースというものは有限であります。警察、検察の人員というのは、限られております。著作権法違反事件に人員を割くということは、ほかの犯罪に割かれる人員が少なくなるということです。もちろん海賊版の販売などについては、捜査の必要性は高いかもしれませんが、法解釈として侵害の成否が別れる事案に対して、刑事のリソースを高く分配するということは、私は適切ではないと考えます。

また一般予防の点は、先ほども述べたとおりです。

#### スライド33

では、他方で、木下先生や前田先生がおっしゃっていたように、著作権侵害の成否について、刑事の適用を念頭に、民事責任においても厳格に解釈するという考え方はどうかということですが、こちらはこちらで、本来民事上は差止・損害賠償・不当利得の返還が認められるべき権利者が、刑事罰との関係を理由にこれらの救済を得られない。これはこれで権利者の利益を損なうものと思われまます。また、一応財産権として著作権法が著作権という権利を規定しているにもかかわらず、刑事罰の問題を念頭に民事の救済も受けられないというのは、それは憲法が保障している財産権の保護という理念にも抵触するではないかと思えます。

#### スライド34

そういったことを考慮しますと、著作権法について、民事と刑事の適切な役割分担が必要であるということが強く要請されるわけですが。これは民事も単にひとくくりにはできず、各エンフォースメント、差止不当利得損害賠償のそれぞれの効果について、当事者、社会



の他の主体に及ぼす影響に鑑みて、適切に使い分けられる制度設計が望ましいということになります。このこと自体は第 1 部のパネルディスカッションにおいて上野先生が指摘され、前田先生も、立法論、実質的な方向性としては、支持されていたところです。そして著作権侵害罪への刑事罰の適用についても、基本的には海賊版の販売など、特定の行為に限定をすべきであり、ほかの行為類型、特に侵害の製品について法解釈が分かれるような事案は、民事訴訟に委ねるべきと考えられます。

#### スライド 35

では、そうは言っても、どうやって限定していくかというときには、さまざまなことが課題となります。一つには、そもそもどういう侵害行為に刑事罰を適用すべきか、ということについて、まず実はそこから議論が欠けている状況です。海賊版の販売は、おそらくその行為なのですが、その他の行為について、ではどこまで刑事罰を科すべきなのかということについて、いまだ議論は十分にされていない状況であります。

また、解釈論としては、そういった刑事責任を限定する解釈というものが可能か。そしてそれが裁判所によって現実に採用してもらえるようなものなのかということが問われるわけです。また、立法論としては、どのような条文で刑事罰を適用すべき事案に限定を行うことができるかが問題となるわけです。

## IV 解釈論・立法論の検討

#### スライド 36

ということで、難しいと言われているのですが、一応解釈論もやってみましょうということで、解釈論に行くわけですが、まず法制度全体の観点から解釈論としていきたいと思えます。

一つには、著作権法の目的における作者の保護と、利用者の利益のバランスによる文化の発展からすれば、あるいは憲法適合的な表現の自由との衡量、あるいは作者の権利も憲法上の権利になるとしても、そのバランスという観点からすれば、比例原則というものに照らして、効果に応じてそれぞれの責任の範囲・内容を変えるということは、法体系全体として当然に要請されていることだと思います。

また、知的財産法制というものは、刑事罰の適用の対象となる侵害行為が、条文上は何の留保もなく、特許権侵害とか商標権侵害とか著作権侵害とか書いてしまっているわけですが、いろいろな細かい規定を見ていくと、明らかに侵害となるような特定の行為類型に限定されることを制度設計の前提としていることがうかがわれる規定が幾つか見られるのではないかと思います。これから話すことについて、聴衆の皆さんには屁理屈をこねていると思う方もいらっしゃるでしょうし、私も分かっているのですが、文言に照らして屁理屈であっても、刑事と民事の役割分担が必要と考えています。

一つには、知財高裁等の専属管轄、競合管轄が民事裁判に限定されているということで

す。本来、手続保障の観点からすれば、刑事事件であっても、少なくとも被告人が選択すれば知財高裁なり東京地裁の知財部、大阪地裁の知財部の管轄が認められるべきなのに、それが認められていないというのは、そんな面倒なよく分からない事案は刑事では扱わないということを立法者も法も予定していると言えるのではないかと思います。

また、特許法 104 条の 3 が民事についてだけ規定しているというのも、刑事ではそういう面倒な事案、無効理由がありそうな事案は扱わないというようなことが予定されているとも言えるわけです。

また、差止請求を認容する判決においても、常に仮執行宣言がついているわけではないということも、侵害行為の停止を常に命じるという趣旨ではなく、侵害かどうか微妙なケースもあるということを前提に上告審等での判決確定まで行為を継続できる場合もある、このことを前提に現在の知的財産制度は動いている。法律の規定ぶりも、そのことを予定している。条文上はちょっと言葉が足りないかもしれないけれども。というふうに言えるのではないかと思います。

#### スライド 37

では、具体的な解釈論としてはどうやるかということですが、一つには、著作権の侵害になるかどうかということについて、21 条から 28 条までの支分権該当性と、また権利制限規定などについて、支分権については狭く、権利制限規定については広くというのを刑事についてだけやるという二元論的な考え方があります。この手法は、私自身はあり得るのではないかと思います。ただこの点については、木下先生、前田先生のご指摘と同じく、解釈論としてはなかなか厳しい。特に、刑事についてはどこまで限定すべきか、ということの基準が、二元論からは直ちには出てこないように思われますので、難しいのではないかと思います。やるなら、もう刑事罰の対象とすべき行為にだけ、海賊版の販売だけと限定解釈するというふうに、強引な解釈ぐらいしかないだろうと思います。

となりますと、考えられるのは、著作権の侵害のところでやるのではなく、刑事責任特有の法理による限定ということ。この点は事前の準備などで、内田先生などにも示唆をいただいたところですが、一つには、正当業務行為、可罰的違法性といった違法性阻却事由に関する解釈。もう一つは、違法性の意識の可能性と呼ばれる議論であります。

#### スライド 38

刑法 35 条は、法令または正当な業務による行為は罰しないということが書かれているわけですが、この正当業務行為について、もし著作権の侵害行為が該当すれば、侵害行為であっても刑事罰は科されないということになります。例えば外務省の機密漏洩事件においては、これは報道の自由を考慮すると、秘密をもらせよとそそのかしたら、直ちに犯罪が成立するのではなく、目的に照らして、手段、方法が法秩序全体に照らし相当なものと社会通念上是認される限りは、実質的に違法性を欠き、正当な業務行為であるというふうに、一般論としては述べているわけです。以下、紹介する最高裁、当てはめを見てしまうとなかなか厳しい状況なのですが、とりあえず一般論だけ見ていきたいと思っています。

著作権についていえば、ある種のパロディ作品などは、表現の自由の観点から正当業務行為と評価される場合もあり得るのではないかと思います。ただしものすごくエッチな同人誌とか、私の個人的な趣味は別としても、最高裁が社会通念上オーケーですよと胸を張って言ってくれるかなという自信もないのですが、それでも表現の自由に照らして正当な業務行為であれば救われるということは、外務省機密漏洩事件でも一般論としては言っているということです。

#### スライド39

もう一つが、桑野先生のご報告でもあった可罰的違法性、刑事罰を科すほどの違法性という話であります。

これも実は最高裁は、実際に可罰的違法性がないよと言って認めている例はかなり少なく、運用としては厳しいのですが、一般論としては、確かに刑罰は国家が科する最も峻厳な制裁であるから、それにふさわしい違法性の存在が要求されることは当然であろうということが述べられており、単に著作権を侵害したというのではなく、刑事罰という最も国家が科する峻厳な制裁を科すだけに足りる違法性が要求されるということは、この事件ですら述べていることでもあります。

#### スライド40

可罰的違法性には2種類ありまして、一つの絶対的軽微型、そもそも法益侵害の度合いが少ないというタイプのものについては、一厘事件とかたばこの買い置きの事件などがあるわけですが、これと同じような考え方を軽微な著作権侵害行為に適用するという可能性はあり得るところです。実際昭和59年の私的複製の例外を設けた改正の際に、私的使用目的で侵害をしてしまうという場合については、これは刑事罰を科すほどの違法性はないということで、119条の構成要件から私的使用目的への複製を除外したということがあります。実際の立法例としても、そういう例があるわけであります。このように、絶対的軽微型の可罰的違法性論は軽微な著作権侵害について使えるのではないかと思います。ただ、平成24年改正で導入された著作権法119条3項の評価は問題となりますけれども。

#### スライド41

もう一つが相対的軽微型と言われるもので、これは絶対的軽微とは言えないのだけれども、ほかの対抗する法益、行為によってもたされる法益とを比べてみて、ちょっと違法性の方が上回っていても、それはちょっと上回っていても相対的には軽微なのだから、可罰的違法性を欠く、とする議論です。他の法益との利益衡量を行って可罰的違法性を考えるという考え方であり、これらは、特に憲法適合的な解釈と非常に親和性を有するわけです。

これも裁判例の運用はかなり厳しいわけですが、一応一般論としては、久留米駅事件という事件でも、そういった衡量によって具体的状況を考慮して、法秩序全体の見地から供されるものかどうかは判断しなければいけないと述べられています。実際の当てはめの点では、かなり厳しい基準とされていますが、一応そういうものを考慮する余地はある判示をしているだろうと思います。

#### スライド4 2

ただし、刑法の議論では、なかなか可罰的違法性の議論というのは、実際に無罪にする法理としては最高裁では採用されていないわけですが、刑法一般はともかく、著作権法については、表現の自由との関係や、民事と刑事の役割分担の視点からすれば、条文上は、同一の構成要件について損害賠償責任などの違法性と、刑事罰を科すべき違法性とを使い分ける必要があるのではないかと私は思っておりますし、解釈論としても、そのことが妥当であり、採用されるのではないかと思っております。

#### スライド4 3

もう一つの刑事責任特有の法理としては、違法性の意識の可能性の点が挙げられます。もっとも従来の刑法の議論からしますと、基本的には判例学説が侵害の解釈が分かれているというぐらいでは、未必の違法性の意識か違法性の意識の可能性があると解されるのが一般的です。

#### スライド4 4

関連する論文として、高山先生の論文や松原先生の論文があります。法解釈が分かれている、明らかでないからといって、刑法一般については、不可罰になるというわけではありませんけれども、これらの刑法学における発想の背景には、違法性が疑わしき行為は行うべきではないという考え方が基本的な背景になっていると思われれます。

#### スライド4 5

しかし、そのような考え方は著作権法には妥当しないのではないかと思われれます。民事と刑事の役割分担の観点からすれば、違法性が疑わしい行為の中にも、行われるべきものがある。違法性の可能性が多少あるとしても、行われるべきものがある、と思います。

そして、Winny 事件の最高裁判決の判断枠組みでは、ファイル交換ソフトの開発・提供行為について、単に一般的に侵害行為の可能性があるというのではなく、例外的ではない人が、ユーザーが侵害をするという高度の蓋然性が存在し、それを認識した場合にのみ幫助犯が成立する、ということを述べています。最高裁はこの判断を共犯論として行ったわけですが、この枠組みは、多少悪いことに使う人がいるかもしれないというぐらいでは、ツールの提供をやめるべきではない。多少違法なことをもたらすとしても、だからといって、行為を当然に停止すべきではないということを基本的な考え方として、Winny の最高裁判決の判断が示されているのではないかとと思われるわけです。

そうしますと、典型的な海賊版犯罪などの事案については、違法性の意識は不要、また違法性の意識の可能性はあるとしながらも、侵害の成否が解釈により分かれるような事案については、確定判決後も同一の行為を継続した事案などを除き、違法性の意識の可能性を否定することで刑事罰を犯さないと考えべきではないかと思います。

ただ細かいことを言うと、これは行為者の認識可能性の問題、著作権法学者が詳しいと刑事罰が科せられるとか、法を調べなければいけないとか、そういう問題ではなくて、法解釈がよく分からないという客観的な状態を問題としてとらえているものでありますので、

それが果たして責任の問題として論じられるべきなのかどうかという点は議論のあるところでもあると思います。

#### スライド46

ともあれ、違法性の意識の可能性を巡るこのような解釈は、民事の不法行為責任において、法解釈の不明確さを理由に過失を否定した裁判例が、多くはないのですが、少しはあるということとも整合的だろうと思います。

先ほどの JASRAC の事件というのは、JASRAC を被告とする訴訟について、JASRAC の過失が否定された例があります。少なくとも過失が否定されるようなものについて、あるいは「暁の脱走」事件の上告審においては、結論としては過失を認めています。一応解釈の状況によっては過失が否定される場合もあるということを示唆する判示を行っています。これら民事につき法解釈の不明確さが過失を否定する要素となりうるのであれば、刑事責任においては、なおさら法解釈の不明確性というのを、刑事責任を否定する論拠として利用することができるのではないかと思います。

#### スライド48

以上が解釈論であり、では立法論としてどういう行為を処罰の対象とすべきかですが、私は基本的にデッドコピーによる海賊版の頒布、頒布目的の複製、及び公衆送信、送信可能かに処罰に対象は限定すべきだろうと思います。ただ、これらの事案についても、主体論の解釈や中古ゲームソフトの例を見るように、解釈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だろうと思います。また、できればこれらも親告罪とすべきですが、非親告罪とするのであれば、なおさらこのような場合に限定をすべきだろうと思います。非頒布目的の複製を処罰対象としない理由は、私的複製との線引きの困難、自由領域の確保という視点から言えるわけです。

また、ほかの無形的な利用行為に対し、あるいは翻訳による利用についても、これも刑事罰の対象としてもよいかと思うのですが、条文として明確に規定できるかどうかという点は問題となろうと思います。ほかにも差止請求認容判決確定後の同一の侵害行為を継続した場合も、これも刑事罰科してもいいのではないかと思うのですが、では同一というのを、どう区切るのかというのは難しい問題であろうと思います。

他方で、私個人としては、営利目的などの要件を、特に刑事罰の要件としては設けなくてもよいのではないかと考えています。むしろそれはあまり処罰範囲の限定としては意味を持たないのではないかと考えております。

#### スライド49

具体的な条文の案として、現行法の条文の文言を用いるものとしては、例えばスライドに示したように「国内において不特定かつ多数の者に譲渡又は貸与する目的をもって、著作物を原作のまま複製することにより、著作権を侵害した者は…」等と規定し、さらに「ただし、著作権を侵害しないと信じることについて相当の理由があった場合には、罰しない」として違法性の意識の可能性の点を確認的に明文化することが考えられます。このように、

公衆ではなく、不特定かつ多数と言いつつ、翻案を除いて複製に限り、かつ出版権のところで使われている原作のままという文言をつけるというのがよいのではないか。しかも、ただし書きで著作権を侵害しないと信じるということについて相当の理由があった場合に罰しないといった規定を、著作権法については設けるべきではないかと思っています。

#### スライド50

非親告罪化について簡単に述べますけれども、基本的には、非親告罪化は私も適切ではないと思うのですが、ただ問題の本質は、親告罪のもとでも、ハイスコアガール事件のような事案で告訴がされた場合に刑事罰を科すべきではないことを考えれば、本来は著作権法119条1項の構成要件が広すぎるということがより大きな、そして本質的な問題だと思います。

#### スライド51

もう一つ最後に、罪刑法定主義、明確性といった原則に関して述べたいと思います。権利制限の一般規定の導入に際した議論において、権利制限の一般条項ワーキングチームなどの議論において、一般条項などの導入に当たっては、明確性の原則ということに特に留意をしなければいけない。基本的には、あいまいなフェア・ユースの規定のようなものは、明確性の原則からすると問題があるのではないかというような意見が示されたことがあります。しかしながら、これは処罰範囲の適切な限定という面から見れば、非常に問題がある考え方でありまして、また侵害主体とか、そういった方向では、かなりあいまいな解釈で侵害が広がっている一方で、あいまいな権利制限規定を入れるのは、明確性から駄目だというのは、極めて皮肉な状況であろうと思います。

もちろん本来は構成要件を明確にするべきところ、現状は、広すぎるあいまいな構成要件、119条1項を前提としている以上、不明確であっても、適切な処罰範囲の限定に向けた解釈立法をすることが必要であろうと思われまます。

#### スライド53

私が述べたのは、そのような適切な処罰範囲の限定に向けた解釈の一つであり、より適切な、妥当な他の解釈論をぜひ展開していただきたいと思います。しかしもし、そういった刑事責任だけを制限するという解釈が取れないとすれば、これは木下先生、前田先生がおっしゃるように、刑事に合わせて民事についても厳格に解釈するというほかないだろうと思います。

それもできないというのであれば、故意によるあらゆる著作権侵害行為、先ほど上げた裁判例について全て起訴がされれば、刑事罰が科されてかまわないと思う、か、あるいは明確性の原則に反するものとして、119条1項は法令違憲であるとし、海賊版の犯罪も無罪とするか、となります。私は一番最後のものにすら魅力を感じますが、そうならないために、解釈論上の努力をしなければいけないし、速やかな立法が必要であろうと思います。

私の報告は以上とさせていただきます。時間を超過して大変申し訳ありませんでした。(拍手)