

2015年3月24日 明治大学知的財産法政策研究所シンポジウム
著作権・表現の自由・刑事罰 第二部

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—

明治大学法学部准教授
金子敏哉

本報告の概要

I はじめに

本シンポの背景

本報告の問題意識

II 著作権法における刑事罰の現状

沿革、近年の動向

実際の運用状況

裁判例（無罪判決、刑事における拡張解釈、刑事罰が疑問視される事案）

III 著作権侵害への刑事罰の適用のあり方

1 刑事罰の意義

2 民事訴訟における著作権侵害の判断との対比

3 著作権法における民事と刑事の役割分担

4 適切な限定のための課題

IV 解釈論・立法論の検討

1 解釈論 2 立法論

3 非親告罪化について

4 罪刑法定主義と明確性の原則

I はじめに

本シンポの背景

- ハイスコアガール事件の衝撃
 - 著作権侵害の成否につき解釈の分かれるような事案への強制捜査の是非
 - 「『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—」
 - (刑事・民事含め)著作権の侵害が認められるべきか。
 - 著作権侵害の解釈における表現の自由の考慮
 - このような事案について、強制的な刑事手続き、刑事罰の適用をすべきか。
 - そもそもどのような著作権侵害行為に刑事罰を適用すべきか。適切な範囲に処罰を限定する解釈論は可能か。

I はじめに

本シンポの背景

- TPP交渉等における非親告罪化の可能性
 - 二次創作等、黙認に基づく文化・運用への悪影響への懸念
- ← 親告罪の現行法の下でも、権利者による告訴があった場合に刑事罰が科されるべき行為か？（ポケモン同人誌事件）
- 非親告罪化の是非とともに、現行法の著作権侵害罪の構成要件が広すぎるのが重大な問題

I はじめに

本報告の問題意識

- 著作権法119条1項

「著作権、出版権又は著作隣接権を侵害した者...は、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。」

→条文の文言上は、故意による著作権侵害行為一般(私的複製を除く)が処罰の対象に。

故意:一般には違法性の意識は不要と解されている。

→民事訴訟で差止請求の可否が争われている事案については、ほぼすべて刑法上の故意が肯定されかねない

現状、処罰範囲の限定は、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状況。

→ 適切な処罰範囲の限定に向けた議論の必要性

Ⅱ 著作権法における刑事罰の現状 著作権侵害罪に関する沿革

- 参考:

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

- 出版条例(明治2年)以来、刑事罰あり。
- 出版統制と分離した版權条例(明治20年)以来、親告罪。
- 昭和45年の全面改正以降、法定刑の上限は随時引き上げ。

罰金 30万→100万(S59)→300万(H8)→500万(H16)→1000万(H18)

懲役 3年→5年(H16、併科規定導入)→10年(H18)

Ⅱ 著作権法における刑事罰の現状 著作権と刑事罰を巡る近年の動向

2007年 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会での非親告罪化についての検討

2010年 権利制限一般規定ワーキングチーム報告書(48頁以下での明確性の原則への言及)

2011年 ACTA 署名開始

Winny事件最高裁判決(2004年に開発者が逮捕)

2012年 私的ダウンロードの刑罰化(議員提案に基づく著作権法119条3項の創設)

2013年 日本がTPP交渉に参加

2014年 ハイスコアガール事件

Ⅱ 著作権法における刑事罰の現状 実際の運用状況

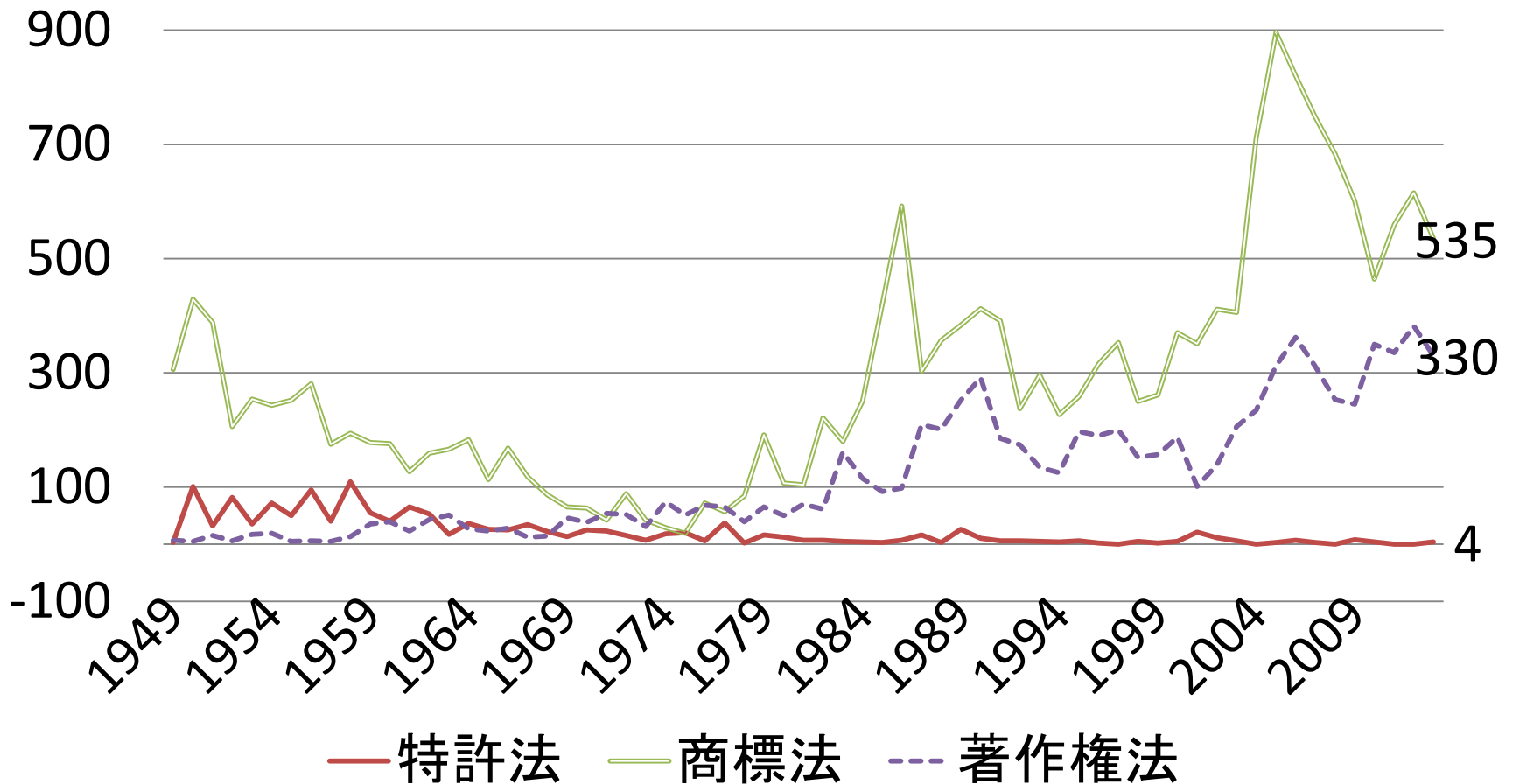
- 民事訴訟と同等又はそれ以上に活用されているエンフォースメント(実際の発動数では) 図1
- 1990年前後と2000年代以降の二つのピーク 図2 図3
- 高い起訴率・公判請求率 図4～図9
 - 特に2003年の公判請求率の急増・懲役刑の増加・長期化(但し2013年は公判請求率が急落)
- 従来、海賊版販売事案の検挙が中心であったが、近年、ファイル共有ソフトの利用による公衆送信権侵害事犯の検挙数が増大(2012年以降、検挙人員数の50%を超えている) 図10

図1 民事通常訴訟新受件数(地裁) と刑事起訴人員数の比較

年度	民事新受件数				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
2012	128	92	155	567	253	125	388	182
2013	136	81	164	552	246	79	321	149

出典：最高裁判所事務総局行政局「平成18～25年度知的財産権関係民事・行政事件の概況」(法曹時報59～66巻10号)、検察統計年報より作成。

図2 検察庁新規受理(通常受理)人員 (1949～2013)



以下、特に注記のないものは、検察統計年報のデータに基づく。

図3 検察庁新規受理(通常受理)人員 (1991～2013)

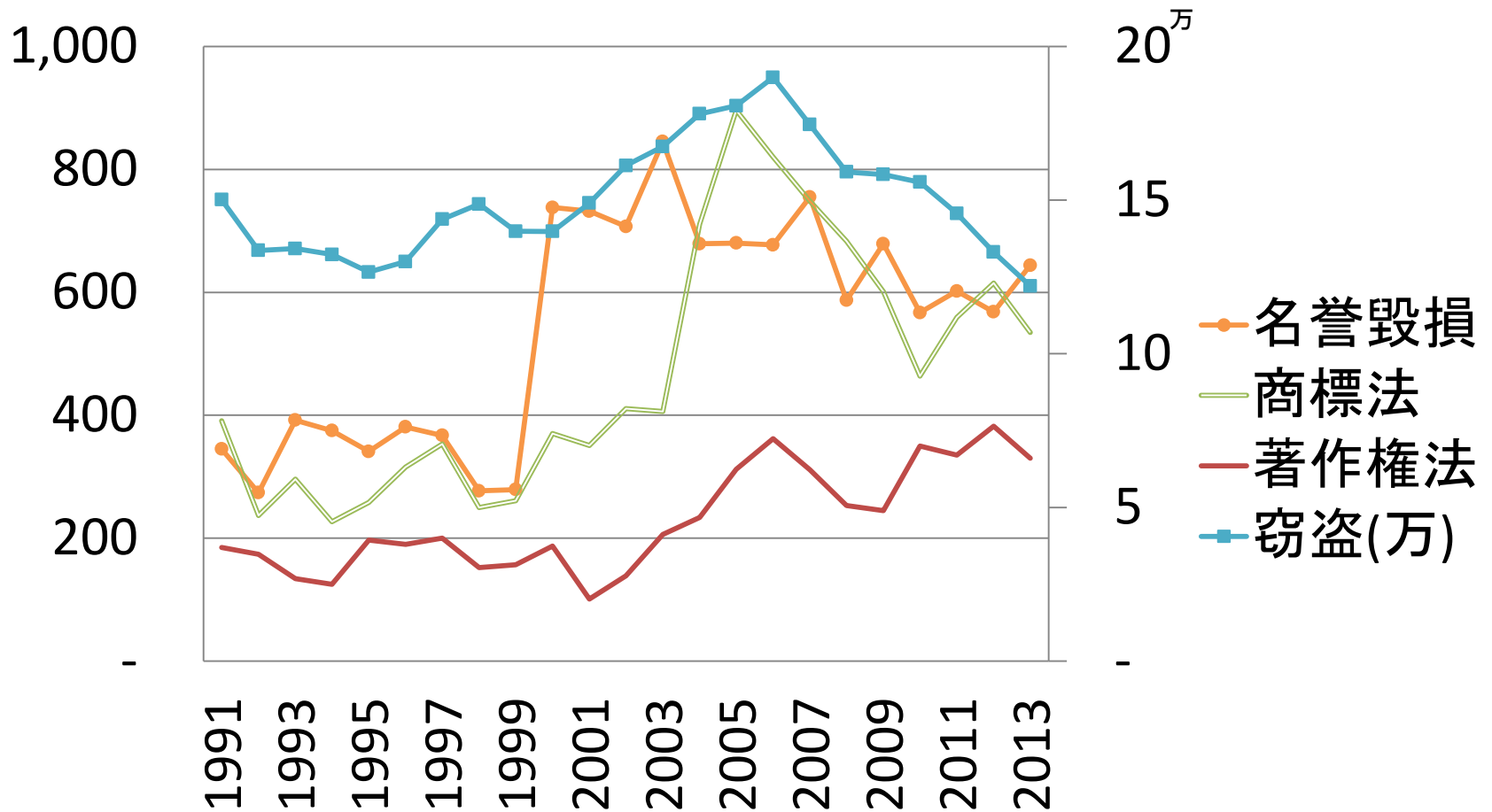


図4 起訴率推移の比較

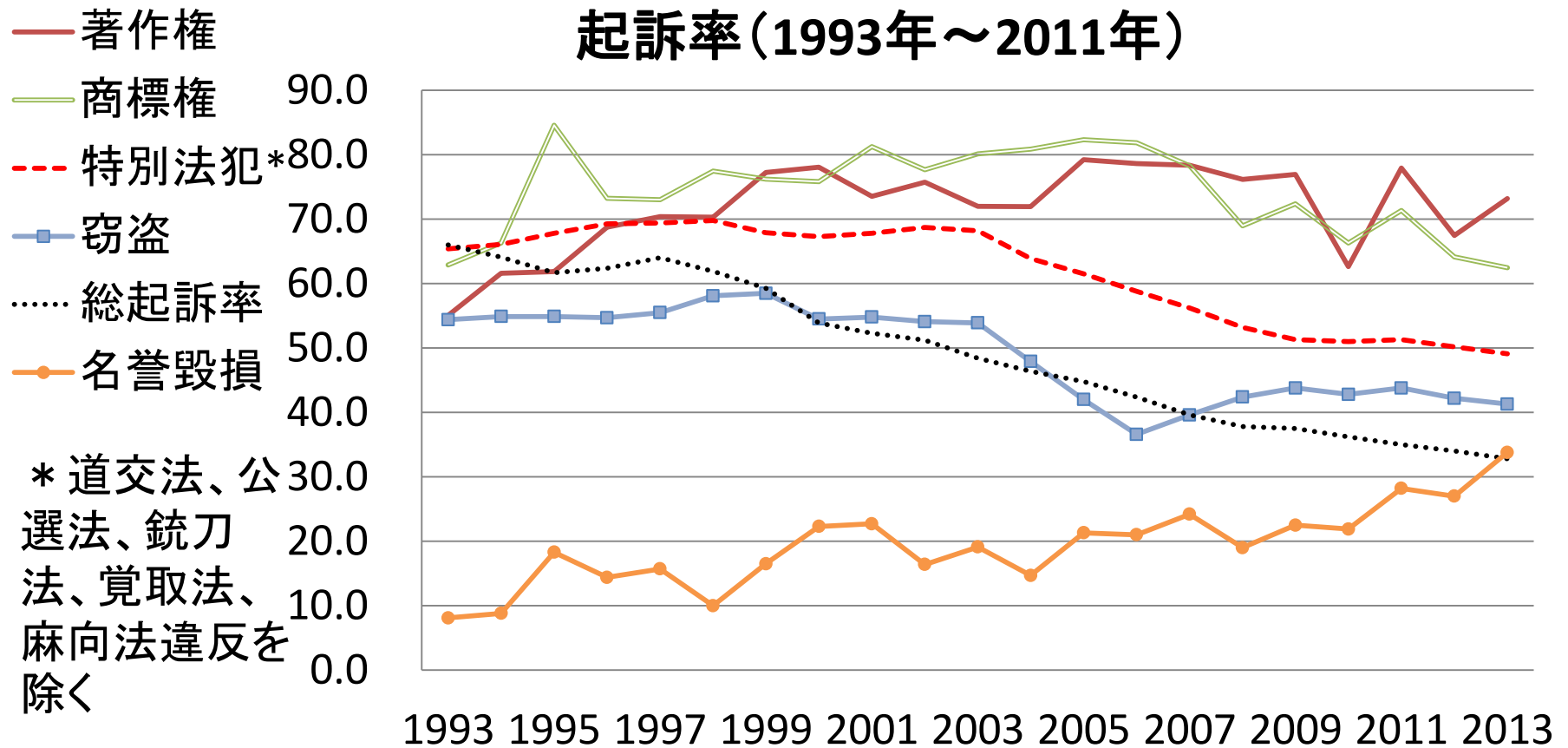


図5 公判請求率推移の比較

公判請求率(起訴内) (特別法犯**：道路交通法・薬事関連を除く)

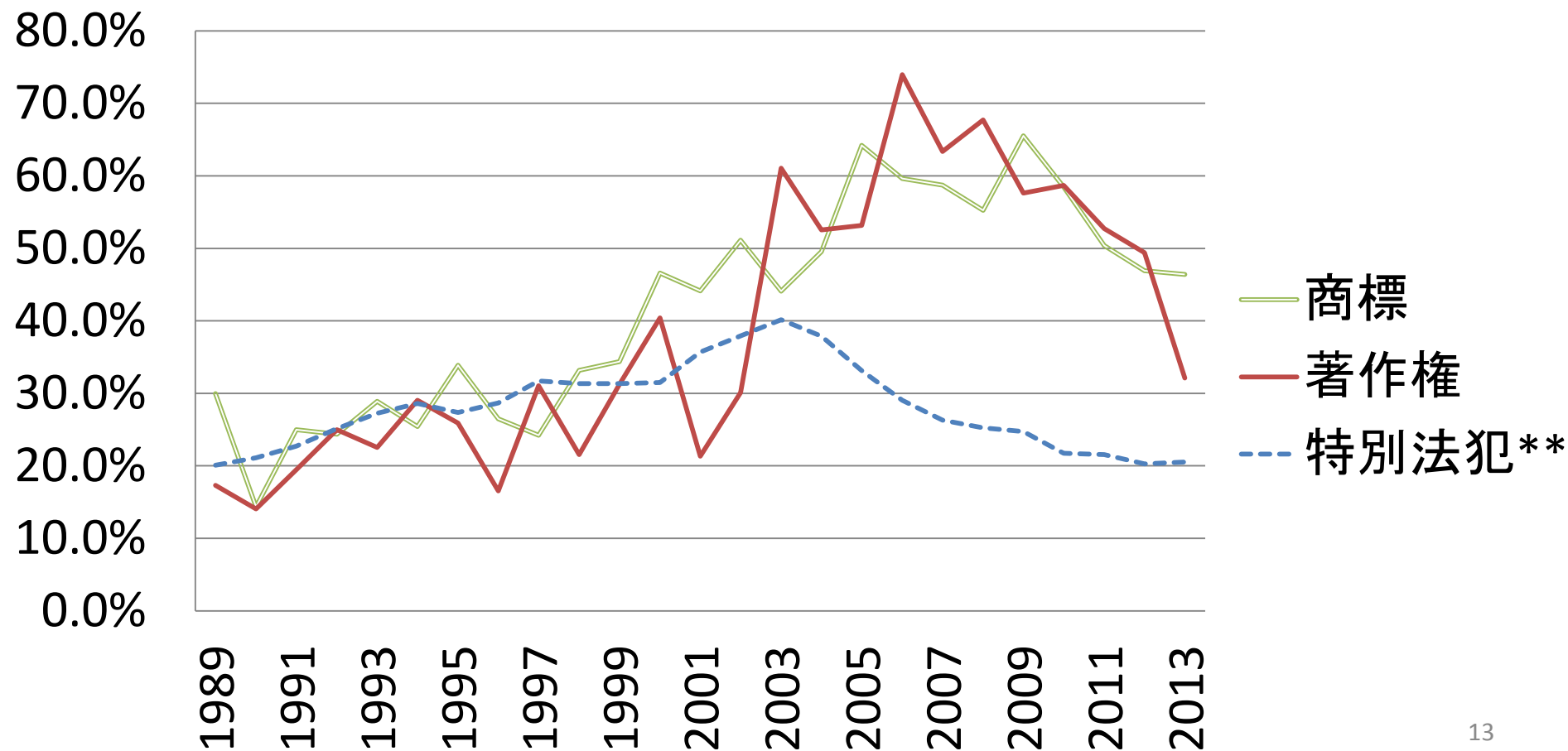
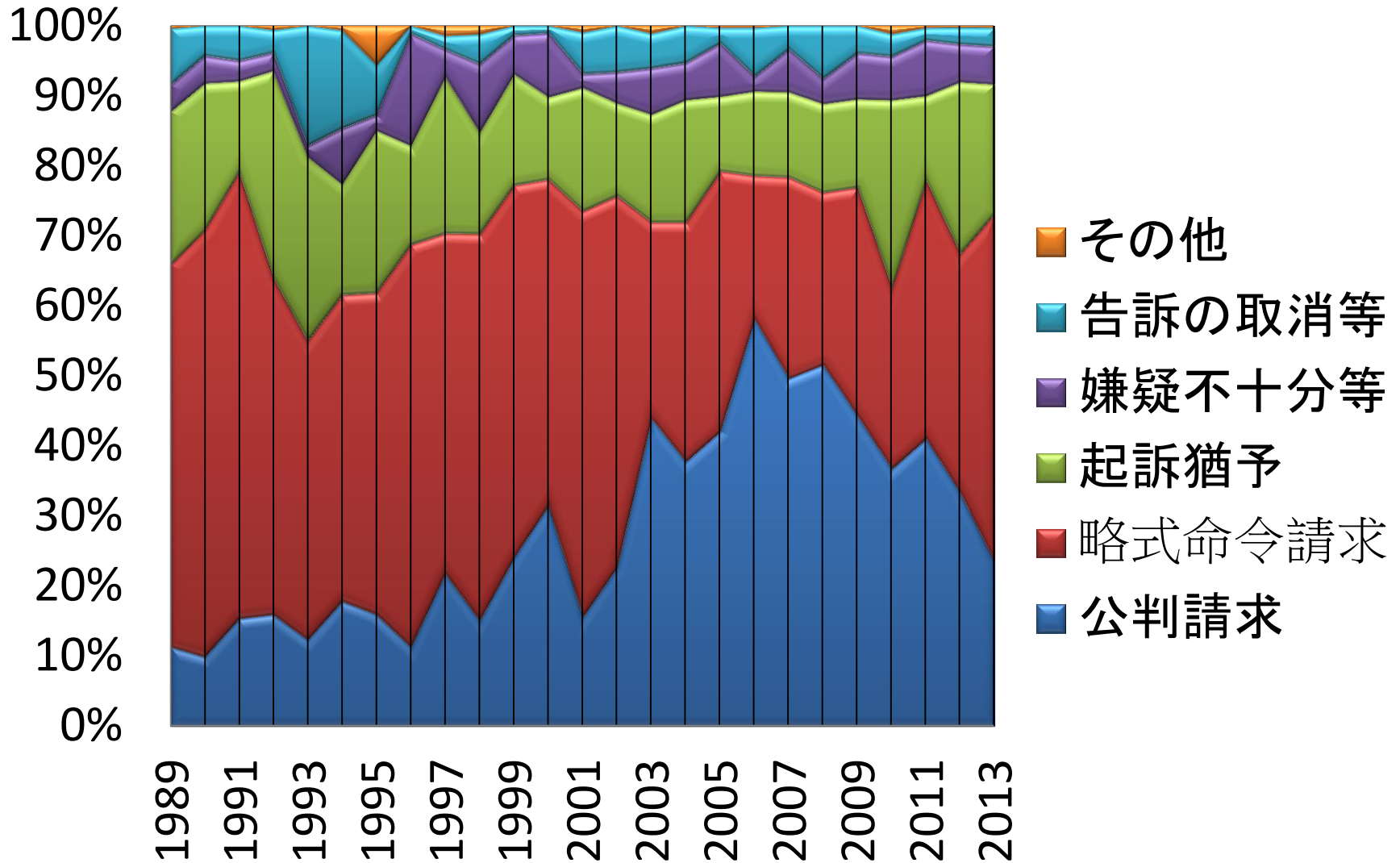


図6 著作権 起訴・不起訴の内訳



「嫌疑不十分等」は「嫌疑なし」、「罪とならず」を含む。「告訴の取消等」は「親告罪の告訴・告発・請求の欠如・無効・取消し」を指す。

図7 著作権法違反：起訴・公判請求 ・懲役(執行猶予)の人員推移

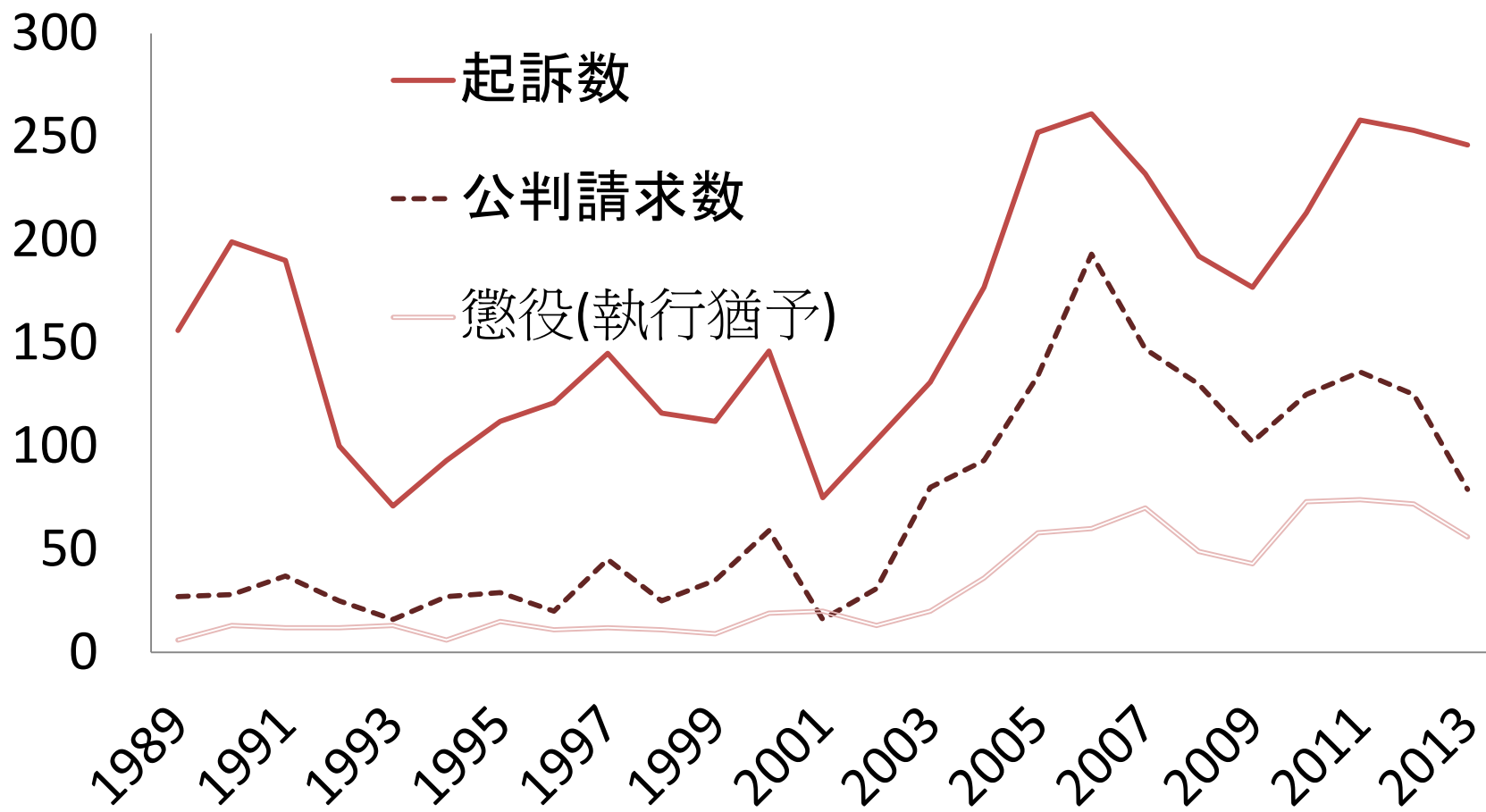


図8懲役刑期区分別終局人員数(全地方裁判所) 1987年から2002年
3年以上の実刑判決は全期間についてなし。

	計	3年	2年以上		1年以上		6月以上		6月未満		実刑率
		執行 猶予	実刑	執行 猶予	実刑	執行 猶予	実刑	執行 猶予	実刑	執行 猶予	
1987	11					2		9			0.0%
1988	16					5		11			0.0%
1989	12			2	1	6		3			8.3%
1990	15					10		2		3	0.0%
1991	13					7	1	5			7.7%
1992	13					8		5			0.0%
1993	15					12	1	2			6.7%
1994	13					7		6			0.0%
1995	16				1	14		1			6.3%
1996	12			1		10		1			0.0%
1997	11			1	1	5	1	2		1	18.2%
1998	12					9		3			0.0%
1999	15			1	2	10	1	1			20.0%
2000	22			3	1	14	1	3			9.1%
2001	24			1	2	15	1	5			12.5%
2002	12			3		8		1			0.0%

図9懲役刑期区分別終局人員数(全地方裁判所)

3年以上の実刑判決は全期間についてなし。

	計	3年	2年以上		1年以上		6月以上		6月未満		実刑率
		執行猶予	実刑	執行猶予	実刑	執行猶予	実刑	執行猶予	実刑	執行猶予	
2006	78	4	1	20	4	41	1	7			7.7%
2007	91	2	0	21	8	54	4	2			13.2%
2008	73	2	2	21	5	41	1	1			11.0%
2009	45	3	1	3	3	32	2	1			13.3%
2010	97		1	16	5	74	1	0	0	0	7.2%
2011	79	1	0	12	2	64	0	0	0	0	2.5%
2012	86	0	1	12	1	71	1	0	0	0	3.5%
2013	53	0	0	13	2	37	1	0	0	0	5.7%

図10 ファイル共有ソフトに関する検挙事件数の推移

著作権法違反検挙事件数	2002	2003	2004	2005
海賊版事犯	42	59	102*	142*
その他	7	5		
公衆送信権侵害	6	6	7	3
(*総数から公衆送信権侵害に係る事件数を除外)				

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
2013	240	209	36	118
2014	270	224	51	129

注：警察庁「平成26年中における生活経済事犯の検挙状況について」（平成14～17、22～25年版も参照）による。

Ⅱ 著作権法における刑事罰の現状 無罪判決

- 大判大正3年7月4日刑録20輯1360頁〔雲右衛門事件〕
浪曲のレコードの無断複製事案。著作物性を否定し、侵害を否定。附帯私訴事件。
- 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〕
ファービー人形（応用美術）の複製事案。純粹美術と同視できないとして侵害を否定。
「控訴趣意は、著作権法と意匠法の重畳適用をいうのである。しかしながら、著作権法と意匠法とが併存する現行法制度においては、工業的に大量生産される実用品のデザイン形態については、意匠制度の存在を考慮するとき、著作権法の適用を拡大するのが妥当であるかは慎重な検討を要し、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考えられる。」

Ⅱ 著作権法における刑事罰の現状 無罪判決

- 最決平成23年12月19日刑集65巻9号1380頁
〔Winny事件〕

Winnyが適法な用途にも違法な用途にも使用できること、ソフトウェアの開発方法の特性を挙げ「...かかるソフトの開発行為に対する過度の萎縮効果を生じさせないためにも、単に他人の著作権侵害に利用される一般的可能性があり、それを提供者において認識、認容しつつ当該ソフトの公開、提供をし、それを用いて著作権侵害が行われたというだけで、直ちに著作権侵害の幫助行為に当たると解すべきではない。

Ⅱ 著作権法における刑事罰の現状 無罪判決

- 最判平成23年12月19日刑集65巻9号1380頁〔Winny事件〕
「かかるソフトの提供行為について、幫助犯が成立するためには、一般的可能性を超える具体的な侵害利用状況が必要であり、また、そのことを提供者においても認識、認容していることを要するというべきである。すなわち、ソフトの提供者において、当該ソフトを利用して現に行われようとしている具体的な著作権侵害を認識、認容しながら、その公開、提供を行い、実際に当該著作権侵害が行われた場合や、当該ソフトの性質、その客観的利用状況、提供方法などに照らし、同ソフトを入手する者のうち例外的とはいえない範囲の者が同ソフトを著作権侵害に利用する蓋然性が高いと認められる場合で、提供者もそのことを認識、認容しながら同ソフトの公開、提供を行い、実際にそれを用いて著作権侵害（正犯行為）が行われたときに限り、当該ソフトの公開、提供行為がそれらの著作権侵害の幫助行為に当たると解するのが相当である。」

Ⅱ 著作権法における刑事罰の現状 刑事事件において拡張的な解釈が 行われた事案

- 東京高判昭和60年12月4日判時1190号143頁〔新潟鉄工事件〕

従業員による資料の持出し・コピーにつき業務上横領罪の成立が認められた事案。不法領得の意思に関する著作権の帰属をめぐる判断において、昭和60年改正前の著作権法15条の「法人等が自己の著作の名義の下に公表するもの」には、「公表は予定されていないが、仮に公表されるとすれば法人等の名義で公表されるものも含まれると解する」と判断。

- 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〕

Ⅱ 著作権法における刑事罰の現状

刑事罰の適用が特に疑問視される事案

- ポケモン同人誌事件(1998年)

ある女性が、ピカチュウが猥褻な行為をする同人誌を作成し、通信販売等で販売。任天堂からの告訴に基づき京都府警が女性を逮捕。その後、略式判決により、罰金が科されたとのこと。

- Winny事件上告審判決の大谷剛彦裁判官の反対意見
- 「本件において、権利者等からの被告人への警告、社会一般のファイル共有ソフト提供者に対する表立った警鐘もない段階で、法執行機関が捜査に着手し、告訴を得て強制捜査に臨み、著作権侵害をまん延させる目的での提供という前提での起訴に当たったことは、いささかこの点への配慮に欠け、性急に過ぎたとの感を否めない。」

Ⅲ 著作権侵害への刑事罰の 適用のあり方

Ⅲ 著作権侵害への刑事罰の適用のあり方

1 刑事罰の意義

- ある種の侵害者・侵害行為との関係では、民事よりも効率的・実効的なエンフォースメント
 - － 民事責任が実質的な不利益とならない侵害者
 - － 個々の権利者にとっては軽微だが、極めて多数の権利者に対して損害を生じさせる侵害・幫助行為（技術的保護手段の回避装置の提供等）
- 強制的な刑事手続（搜索・差押、逮捕・勾留）
 - － 強力な証拠収集手段
（特に侵害者が特定できない状況において）
 - － 侵害行為の停止

→海賊版犯罪販売等の事案については、刑事罰は重要な役割を果たしている。

1 刑事罰の意義

- ただし、効率的・実効的といえるためには、侵害か否か(刑事罰が適用される行為か否か)が捜査機関・侵害者・一般人に明確な行為であることが必要。
 - 微妙な事案は捜査機関の判断コストを高め、また最終的に無罪判決がされる場合もある。
 - そのような行為に刑事罰を課しても、一般予防の効果は低い(例:特許権侵害)

← 民事裁判で侵害の成否が争われている事案の全てが、刑事手続・刑事罰の適用対象とすることが妥当か？

2 民事訴訟における 著作権侵害の判断

- 侵害を拡張する方向での柔軟な解釈
 - 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〕
カラオケスナックでの客の歌唱も店主の歌唱
 - 最判平成23年1月20日民集65巻1号399頁〔ロクラクⅡ〕法廷意見
「...複製の主体の判断に当たっては、複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素を考慮して、誰が当該著作物の複製をしているといえるかを判断するのが相当である...」

2 民事訴訟における 著作権侵害等

- 侵害を否定する方向での柔軟な解釈
 - 最判平成14年4月25民集56巻4号808頁〔中古ゲームソフト〕
頒布権のうちの公衆に譲渡する権利の消尽
 - 知財高判平成22年10月13日判時2144号174頁〔絵画鑑定書〕
 - 東京地判平成13年7月25日判時1758号137頁〔路線バス車体絵画〕
路線バスの車体に描かれた絵画と著作権法46条の場所への「恒常的に設置

2 民事訴訟における著作権侵害等

- 以下の事例につき、刑事罰を適用すべきか(上告審まで行為を継続していた場合は)? 起訴がされた場合に無罪とできるか? 民事上も責任を否定すべきか?
 - 最判昭和55年3月28日民集34巻3号244頁〔フォトモンタージュ〕
 - 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〕
 - 最判平成13年2月13日民集55巻1号87頁〔ときめきメモリアル〕
 - 東京高判平成14年9月6日判時1794号3頁〔記念樹〕
特に上告審判決までJASRACが許諾を続けた行為は?
 - 最判平成23年1月20日民集65巻1号399頁〔ロクラクⅡ〕
 - (商標)最判平成15年2月27日民集57巻2号125頁〔フレッドペリー〕
 - (特許)知財高判平成26年5月16日判時2224号146頁〔アップル・サムソンFRAND〕

2 民事訴訟における 著作権侵害等

- 以下の事例につき、著作権者による告訴があれば、逮捕・捜索等の強制的な刑事手続が用いられるべきか？
 - － 最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁〔江差追分〕
 - － 最判平成14年4月25日民集56巻4号808頁〔中古ゲームソフト〕
 - － 知財高判平成22年10月13日判時2144号174頁〔絵画鑑定書〕
 - － 知財高判平成24年8月8日判時2165号42頁〔釣りゲーム〕
 - － 東京高判平成12年4月25日判時1724号124頁〔脱ゴーマニズム宣言〕
 - カットの引用に伴う同一性保持権侵害の点については？
 - － 研究目的での論文のコピー（図書館外で）

3 著作権法における民事と刑事の役割分担 刑事罰の適用の適切な限定の必要性

故意による著作権侵害一般を刑事罰の適用対象とすることの問題点(他の犯罪とも比較しつつ)

(1) 適法な行為・グレーな行為への萎縮・抑止効果

① 現行著作権法の規定(権利制限等一部は細かい)の下での柔軟な解釈の必要性

② 侵害か否かが微妙でも、積極的に行われるべき行為(特に表現活動)の存在

→ 行為を継続しながら侵害の成否を争うことを認めるべき事例の存在

③(生命・身体、名誉権の侵害等と比較して)民事裁判による事後的な金銭賠償、差止等が一定の救済手段となる。

3 著作権法における民事と刑事の役割分担 刑事罰の適用の適切な限定の必要性

故意による著作権侵害一般を刑事罰の適用対象とすることの問題点(続き)

(2) エンフォースメントの効率性・実効性

① 刑事司法に係るリソースの分配の観点

刑事手続に係る費用は国民全体の負担

他の犯罪の捜査等とのトレードオフ

② 侵害の成否が微妙な特定の事案に刑事罰を適用しても、一般予防の効果は低い

3 著作権法における民事と刑事の役割分担 刑事罰の適用の適切な限定の必要性

他方で、著作権侵害の成否につき、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ことの問題点：

(3) 民事上、差止請求権、損害賠償請求権、不当利得返還請求権によって救済を図られるべき権利者がこれらの救済を得られない。

3 著作権法における民事と刑事の役割分担 刑事罰の適用の適切な限定の必要性

→ 著作権法における民事と刑事の役割分担の必要性

(民事についても、各エンフォースメント(差止、損害賠償、不当利得)が、当事者、社会の他の主体(読者等)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)

著作権侵害罪への刑事罰の適用:

海賊版の犯罪等特定の行為に限定すべきであり、他の行為類型(特に侵害の成否につき解釈が分かれるような事案)は民事訴訟に委ねるべき。

4 適切な限定のための課題

- 立法論・解釈論共通

どのような著作権の侵害行為につき、刑事罰を適用すべきか。

- 解釈論

現行法の下で、処罰範囲を限定する解釈論は可能か。それは裁判所に受け入れられるか。

- 立法論

どのような条文で、刑事罰を適用すべき事案への限定を行うことができるか。

IV 解釈論・立法論の検討 1 解釈論

(1) 法制度全体の観点から

- 著作権法の目的・憲法適合的解釈と比例原則
- 知的財産法制は、刑事罰の適用対象となる侵害行為が、侵害の成立が明らかな特定の行為類型に限定されることを前提としている。
 - 知財事件の専属管轄・競合管轄が民事訴訟に限定
 - 手続保障からすれば、刑事訴訟においても被告人の東京地裁・知財高裁への移送等が認められるべきであるにもかかわらず、それが規定されていないのは、侵害の成否が微妙な事案は刑事罰の対象としないことを前提としているため。
 - 特許法104条の3は民事についてのみ規定
- 差止請求認容判決における仮執行宣言の運用

(2) 具体的な解釈論

① 「著作権の侵害」の刑事事件における限定解釈(二元論)

→ いかなる根拠・指針により限定するか、の問題

② 刑事責任特有の法理による限定

(a) 正当業務行為

(b) 可罰的違法性

(c) 違法性の意識の可能性

(a) 正当業務行為(刑法35条)

- － 最決昭和53年5月31日刑集32巻3号457頁〔外務省秘密漏洩〕

報道・取材の自由に言及の上で、「報道機関が取材の目的で公務員に対し秘密を漏示するようにそそのかしたからといって、そのことだけで、直ちに当該行為の違法性が推定されるものと解するのは相当ではなく、報道機関が公務員に対し根気強く執拗に説得ないし要請を続けることは、それが真に報道の目的からでたものであり、その手段・方法が法秩序全体の精神に照らし相当なものとして社会観念上是認されるものである限りは、実質的に違法性を欠き正当な業務行為というべきである。」

- ある種のパロディ作品等は、表現の自由の観点から正当業務行為と評価される可能性もある。ただし「社会通念」が問題に。

(b) 可罰的違法性

- 最大判昭和52年5月4日刑集31巻3号182頁〔全通名古屋中郵事件〕

「刑罰を科するための違法性は、一般に行政処分や民事責任を課する程度のもものでは足りず、一段と強度のものでなければならないとし、公労法一七条一項違反の争議行為には右の強度の違法性がないことを前提に、労組法一条二項の適用があると解すべきである、とする見解がある。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。しかし、その違法性の存否は、ここに繰り返すまでもなく、それぞれの罰則と行為に即して検討されるべきものであつて、およそ争議行為として行われたときは公労法一七条一項に違反する行為であつても刑事法上の違法性を帯びることがないと断定するのは、相当でない。」

(b) 可罰的違法性

絶対的輕微型と私的複製

- 絶対的輕微型

- 大判明治43年10月11日刑録16輯1620頁〔一厘事件〕)

- 最判昭和32年3月28日刑集11卷3号1275頁

旅館における煙草の買い置きにつき「当裁判所は、右のごとき交付又は所持は、たばこ専売法制定の趣旨、目的に反するものではなく、社会共同生活の上において許容さるべき行為であると考える」

←ただし、最決昭和61年6月24日刑集40卷4号292頁〔マジックホン〕

→ 輕微な著作権侵害行為への適用可能性

- 昭和59年の著作権法改正時、可罰的違法性の観点から、私的複製の例外については刑事罰の適用対象外に。

←ただし、平成24年改正による著作権法119条3項の創設

(b) 可罰的違法性

相対的輕微型と憲法適合的解釈

- 最大判昭和48年4月25日刑集27卷3号〔久留米駅事件〕

「勤労者の組織的集団行動としての争議行為に際して行なわれた犯罪構成要件該当行為について刑法上の違法性阻却事由の有無を判断するにあつては、その行為が争議行為に際して行なわれたものであるという事実をも含めて、当該行為の具体的状況その他諸般の事情を考慮に入れ、それが法秩序全体の見地から許容されるべきものであるか否かを判定しなければならないのである。」

(b) 可罰的違法性

- 著作権法特有の考慮
 - 表現の自由との関係
 - 前述の、民事と刑事の役割分担の視点
- 条文上は同一の構成要件について、損害賠償責任等の違法性と、刑事罰を科すべき違法性とを使い分ける必要性

(c) 違法性の意識の可能性

- 故意と違法性の意識(の可能性)を巡る議論
 - 一般に、故意の成立に違法性の意識は不要
 - 違法性の意識を故意の要素とする見解(厳格故意説)にたっても、民事訴訟継続中に侵害行為を継続している事案などでは、未必の故意は否定しがたい。
 - 違法性の意識の可能性を故意の要素や責任の要件とする見解・下級審判例
 - 判例・学説が分かれるような事案では、違法性の意識の可能性は肯定される傾向

(c) 違法性の意識の可能性

- 法解釈が明らかでない、分かれている場合
(「違法かもしれないし適法かもしれない」との
認識、未必の違法性の意識)を巡る議論
 - － 「解消しえない違法性の疑い」(高山佳奈子『故意と違法性の意識』(有斐閣、1999年)365頁以下
 - － 松原久利「未必的違法性の意識」同志社法学56
巻6号(2005年)673頁以下

(c) 違法性の意識の可能性 著作権における柔軟な解釈

- 刑法学における、違法性が疑わしき行為は行うべきでないとの考え方

→ 前述の著作権法における民事と刑事の役割分担の観点からすれば、「違法性が疑わしき行為の中にも、行われるべきものがある」

→ (Winny最判もそのような趣旨の判決といえる)

- 典型的な海賊版販売等については、違法性の意識を不要(違法性の意識の可能性を認める)としつつ、侵害の成否が解釈によりわかれる事案については、確定判決後も同一の行為を継続した事案等を除き、著作権侵害に係る違法性の意識の可能性を否定することで、べきと考えられる。

→ 当該行為者の認識(可能性)の問題というよりも、客観的な法解釈を巡る議論状況の問題？(責任論以外の問題？)

(c) 違法性の意識の可能性 著作権における柔軟な解釈

- 不法行為における裁判例との整合性

違法性の認識可能性、法解釈の不明確さを考慮し、
過失を否定した裁判例

- 東京地判平成7年10月30日判時1560号24頁〔システムサイエンス本案〕
- 東京高判平成17年2月17日平成16年(ネ)806号〔記念樹事件対JASRAC〕

著作権の集中管理事業の性質・目的、特に非侵害の楽曲につき管理除外措置(利用許諾の中止)を行った場合の回復不能な不利益と、使用料分配保留措置による権利者の損害の一定の填補とを比較し、JASRACがいずれの措置をとるべきかの判断要素として、著作権侵害の明白性等の諸般の事情を考慮している。結論として過失を否定。

－ 知財高判平成22年6月17日平成21年(ネ)10050号
〔暁の脱走控訴審〕

→ 最判平成24年1月17日平成22(受)1884号〔暁の脱
走上告審〕による破棄・差戻し

暁の脱走上告審：

本判決では、結論として過失は認められたものの、
行為の時点で非侵害との解釈を示す「公的見解、有
力な学説、裁判例」が存在し、侵害者が非侵害との解
釈を採用したことにつき「相当な理由」が認められる場
合には、過失が否定される余地もある判示となってい
る（ただし、Y側の主張に対する応答にすぎない可能
性もある）。

（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」『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）

差し替えスライド

(2) 立法論

- いかなる侵害行為に刑事罰を適用すべきか？
 - デッドコピーによる海賊版の頒布・頒布目的の複製、公衆への送信・送信可能化、
(但し、主体論等につき解釈が分かれるような事案については、違法性の意識の可能性を欠く等として、刑事罰の対象外)
(デッドコピーでの配付自体を著作権者が容認する場合も少なくないことから、親告罪はできれば維持すべき)
 - 非頒布目的の複製を処罰対象としない理由
 - 私的複製との線引きの困難、自由領域の確保
 - 他の無形的利用行為、翻訳物
 - 差止請求認容判決確定後の同一の侵害行為の継続
 - 営利目的、組織犯罪の場合について

(2) 立法論の一案

「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…」

- － 「著作物が原作のまま複製された物を、不特定かつ多数の者に譲渡又は貸与することにより、著作権を侵害した者は…」
- － 「著作物を原作のまま不特定かつ多数の者に送信又は送信可能化行為を行うことにより、著作権を侵害した者は…」

「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」

(3) 非親告罪化について

- 現行法119条1項のままでの非親告罪化は論外
 - 現行法119条1項の構成要件を前提とする限り、告訴権者の意志は、処罰を限定する上で起訴便宜主義と並び重要な要素。
 - 黙認に基づく二次創作文化等への影響も懸念（もっとも、黙認されているとの誤信は、故意を否定する要素ともなりうる）
- しかし、本来は、119条1項の構成要件が広汎に過ぎることがより大きな問題。
 - 非親告罪化をするのであれば、119条1項を撤廃し、刑事罰を科すべき特定の行為（海賊版の販売等）のみを刑事罰の対象とすべき。

(4) 罪刑法定主義・明確性の原則に 関して

- 権利制限の一般規定の導入に向けた議論に対する、「罪刑法定主義」「明確性の原則」からの批判・慎重な意見

＜裁判例による拡張的な侵害主体論と比較しても、処罰範囲の適切な限定、という点からみれば、きわめて皮肉な状況。

本来は、構成要件を明確にすべきところ、広汎に過ぎる現行法を前提とする限り、不明確であっても、適正な処罰範囲の限定に向けた解釈・立法をすることが必要。

追加スライド

(4) 罪刑法定主義・明確性の原則に関して

- もし、適切な処罰範囲の限定ができないのなら、刑事にあわせた民事での厳格解釈が必要。
- それも不可能であるならば、
 - 故意によるあらゆる著作権侵害行為につき、起訴がされれば刑事罰が適用されることを受け入れるか
 - あるいは、明確性の原則に反するものとして、著作権法119条1項を法令違憲とし、海賊版の販売者も無罪とするか

追加スライド

(4) 罪刑法定主義・明確性の原則に関して

- 著作権法: いまだ生成途上の法

アイデア・表現の二分論等、明確にすることには限界のある法理も多数存在

白と黒の線引きを明確にするのではなく、

明確に白とすべきもの(例えば、保護期間満了後の著作物の利用)と明確に黒とすべきもの(刑事罰を科すべき行為)を明確にし、

狭間の灰色の領域では、灰色であることを、権利制限の一般条項の導入等によって、明確にすべき。

參考資料

著作権法上の罰則規定

- 十年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金(119①)
著作権・出版権・著作隣接権侵害(私的使用目的の複製・113条のみなし侵害を除く)
- 五年以下の懲役若しくは五百万円以下の罰金
119②著作者人格権・実演家人格権侵害／営利目的で30条1項1号の自動複製機器を使用した者／113条1項・2項のみなし侵害
＞(法定刑が平成18年改正前から据え置きされたもの)
122条の2 秘密保持命令違反
- 三年以下の懲役若しくは三百万円以下の罰金(120条の2)
技術的保護手段の回避装置の提供等・営利目的での113条3項・5項のみなし侵害(権利管理情報の改ざん、還流防止措置)

著作権法上の罰則規定 (秘密保持命令を除く)

- 二年以下の懲役若しくは二百万円以下の罰金(119条3項)
- 一年以下の懲役若しくは百万円以下の罰金
 - 121条 著作者名の虚偽表示
 - 121条の2 外国原版レコード(著作隣接権の保護対象外となるもの)の無断複製の罪
- 五百万円以下の罰金(120条:60条・101条の3)
 - 死後の人格的利益の保護
- 五十万円以下の罰金(122条:48条・102条2項)
 - 出所明示義務違反

123条 親告罪

- 親告罪

- 119条 著作権侵害・著作人格権侵害等
- 120条の2第3号(権利管理情報)
- 120条の2第4号(還流防止措置)
- 121条の2 外国原版レコードの無断複製
- 122条の2 秘密保持命令違反

- 非親告罪

- 120条 死後の人格的利益の保護
- 120条の2第1号・2号: 技術的保護手段の回避装置の提供など
- 121条 著作者名の虚偽表示
- 122条 出所明示義務違反

ドイツ著作権法の 刑事罰関連規定

- CRIC「外国著作権法 ドイツ編」(本山雅弘訳)より抜粋
(<http://www.cric.or.jp/db/world/germany.html>)

116条1項「(1) 法律により許される場合を除き、著作物又は著作物の翻案物若しくは改作物を、その権限を有する者の同意を得ることなく複製し、頒布し、又は公衆に再生する者は、3年以下の自由刑又は罰金刑に処する。」

(2項未遂犯。業としての場合は108条aにより5年以下の自由刑又は罰金刑)

109条 告訴

「第106条から第108条まで及び第108b条の場合において、その行為は、告訴があるときにのみ訴追される。ただし、刑事訴追当局が、その刑事訴追に関する特別な公共の利益を理由として、職権による関与を要するものと思料するときは、このかぎりでない。」