



令和元年 (2019年) 5月24日 (金)

No. 14935 1部370円 (税込み)

発行所

一般財団法人 経済産業調査会

東京都中央区銀座2-8-9 (木挽館銀座ビル)

郵便番号 104-0061

[電話] 03-3535-3052

[FAX] 03-3567-4671

近畿本部 〒540-0012 大阪市中央区谷町1-7-4

(MF天満橋ビル8階) [電話] 06-6941-8971

経済産業調査会ポータルサイト <http://www.chosakai.or.jp/>

特許ニュースは

●知的財産中心の法律、判決、行政および技術開発、技術予測等の専門情報紙です。

定期購読料 1カ年61,560円 6カ月32,400円 (税込み・配送料実費)

本紙内容の全部又は一部の無断複写・複製・転載及び入力を禁じます(著作権法上の例外を除きます)。

目次

☆私的違法ダウンロードに関する

改正法案の問題点 (下) (1)

☆フラッシュ (特許庁人事異動) (7)

☆知的財産研修会 (知財部員が知らなければならない、記載要件

(サポート要件、実施可能要件等)に関する3つの重要知識) (8)

私的違法ダウンロードに関する 改正法案の問題点 (下)

高樹町法律事務所

弁護士 桑野 雄一郎

6 改正法案の問題点2～客観的要件の問題点

(1) 客観的要件に関する要件の改正内容

今回の改正法案について、まず客観的要件から検討すると、現行法において「著作権を侵害する自動公衆送信 (国外で行われる自動公衆送信であ

つて、国内で行われたとしたならば著作権の侵害となるべきものを含む。)を受信して行うデジタル方式の録音又は録画」となっていた「録音又は録画」を「複製」と変更した上でこれについて「特定侵害複製」と称することになっている。また、罰則の適用要件は、録音・録画され、有償で公衆に提供・提示されている著作物 (録音録画有償著作物) について、著作権を侵害する自動公衆送信を

すべてはクライアントのために

All for Our Clients

住友特許事務所

所長 住友 慎太郎※ 弁理士 石原 幸信
弁理士 浦 重剛 弁理士 市田 哲
弁理士 苗村 潤※ (※ 特定侵害訴訟代理可)

〒532-0011 大阪市淀川区西中島6丁目1番1号 新大阪プライムタワー20F

TEL (06) 6302-1177 (代)

FAX (06) 6308-4126

E-mail: info@sumi-pat.com (代表)

URL: <http://www.sumi-pat.com>

受信して行うデジタル方式の録音録画とされているものを、「有償で公衆に提供・提示されている著作物について、著作権を侵害する自動公衆送信を受信して行うデジタル方式の複製(有償著作物等特定侵害複製)」とし、基本的に「録音・録画」を「複製」に置き換えた上で、著作権法28条に規定する権利を侵害する自動公衆送信にかかる著作物を除外している。また、著作権侵害行為を「継続的に又は反復して」行うことを要件としている。これをまとめると【図2】のとおりである。

(2) 28条に規定する権利を侵害する場合を除外したこと

ア このように私的違法ダウンロードの要件も罰則適用の要件も、いずれも「録音・録画」を「複製」に拡張することが大きな改正点であるが、注意する必要があるのが、改正法案においては著作物について28条に規定する権利を侵害する自動公衆送信を受信して行う複製行為が除外されている点である。28条は、二次的著作物(2条1項11号)の利用に関する原作者の権利であり、これが除外されている結果、自動公衆送信されているのが、有償で公衆に提供されている著作物に対する翻案等(27条)の行為により創作された二次的著作物である場合には罰則の適用がないことになる。これは、私的違法ダウンロードの適用範囲の拡張に向けた議論の過程で、いわゆる二次創作及びその利用を萎縮させるといった批判を受けてのことと考えられる。

すなわち、判例上、「翻案」は「既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為」¹、「編曲」は「既存の著作物である楽曲(以下「原曲」という。)に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が原曲の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物である楽曲を創作する行為」²とされているように、既存の著作物に創作的要素を加えることで、新たな二次的著作物を創作し、創作した者に著作権が発生する行為とされている。そして、このような二次的著作物の利用について、原著物の著作者が有するのが28条に規定する権利であり、二次的著作物について複製や自動公衆送信を行う場合には、原著物の著作権者から許諾を得ないと28条に規定する権利を侵害することになるわけである。しかし、この場合に罰則まで適用することは、二次的著作物の創作行為や利用行為を萎縮させ、文化の発展(1条)が妨げられることになることが懸念されたため、罰則の適用においては同条の権利を侵害する場合が除外されたというのが改正法案の経緯である。

【図2】 現行法と改正法案の客観的要件の比較

	私的違法ダウンロードの客観的要件	罰則適用の客観的要件
現行法	著作権を侵害する自動公衆送信を受信して行うデジタル方式の録音・録画	【対象】(録音録画有償著作物) 録音・録画され、有償で公衆に提供・提示されている著作物 【行為】 著作権を侵害する自動公衆送信を受信して行うデジタル方式の録音・録画
改正法案	著作権を侵害する自動公衆送信を受信して行うデジタル方式の複製(特定侵害複製)	【対象】 有償で公衆に提供・提示されている著作物 【行為】(有償著作物等特定侵害複製) 著作権(※)を侵害する自動公衆送信を受信して行うデジタル方式の複製(※) §28を除外 【行為態様】 継続的に又は反復して行うこと

イ 処罰対象となる、28条に規定する権利を侵害しない自動公衆送信が、典型的な海賊版を通じた配信行為だけに該当するのであれば、改正法案の理由にはそれなりに合理性があるようにも考えられる。しかし、著作権法上「複製」はそのような場合には限られないのであって、一見すると翻案に該当するように考えられる行為であっても「複製」と評価される場合が少なからずある。すなわち、翻案等に該当するためには著作物の創作と同様の思想又は感情の創作的表現と認められることが要件となる結果、例えば自動翻訳ソフトを使用することで作成された(外見上の)翻訳物は、二次的著作物には該当せず、従って27条に規定する「翻訳」ではなく、21条の「複製」として扱われることになる。27条に規定するその他の行為も同様であって、外見上はこれに該当する行為であっても、複製として扱われる場合が考えられる。そして、外見上は翻案等に該当し、その配信が28条の権利を侵害し、罰則の適用がないように考えられるものも、それが単なる複製物であるということになれば、28条に規定する権利以外の著作権(例えば自動公衆送信であれば公衆送信権(23条))を侵害することになり、その結果罰則の適用があるということになる。

このように考えると、28条に規定する権利を侵害する場合を除外するだけでは、罰則が適用されるのが、典型的な海賊版のサイトからの自動公衆送信を受信して行うデジタル方式の複製に限定されるわけではないため、利用者としては、典型的な海賊版以外のサイトを通じた自動公衆送信を受信して行う複製行為についても萎縮せざるを得ない結果となる。その結果、本来は罰則の適用がない、28条に規定する権利を侵害する自動公衆送信を受信して行う複製行為にまで萎縮の効果が及ぶことになるので、法案審議の過程で議論された、二次創作及びその利用を萎縮するとの批判が解決されることにはならないといえる。

(3) 継続的に又は反復して行う場合を要件とすること

改正法案により新たに設けられた罰則の要件である。現行法にはない要件であるため、「録音・

録画」による複製行為については、罰則が適用される場合を現行法よりも狭くする方向での法改正案といえる。しかし、単発の複製行為が「継続的に又は反復して」に該当しないのは明らかであるが、その後どの程度の期間をおけば「継続」と評価されないのか、またどの程度の回数が増積すれば「反復」となるのか、極めて不明確であり、萎縮の効果が著しく、罪刑法定主義にも反する疑いが強い。

そもそもこの「継続」や「反復」という要件は、例えば刑法211条の「業務上必要な注意を怠り、よって人を死傷させた者」との規定の「業務」について「人が社会生活上の地位に基き反覆継続して行う行為であつて…、かつその行為は他人の生命身体等に危害を加える虞あるものであること」³とされているように、刑事法上は「業として」や「業務」という要件の解釈として使用されている。ところが、そこでは「社会生活上の地位に基き」といった限定が付され、また反復継続性についての意思がある場合もこれに該当するとの解釈が実務上定着をしている⁴。改正法案において、「業として」や「業務上」ではなく、「継続」や「反復」という文言が使用されたのは、本項で問題となっているのが私的使用目的の複製であることから、性質上「業として」や「業務上」といった用語に適さないと考えられたものとも思われる。しかし、刑法上は一般人が日常生活において自家用車を運転する行為についても業務性が認められていることからすれば、私的違法ダウンロードについても業務性を要件とすることには特に違和感はないのであるから、端的に「業として」や「業務上」といった要件を求めてもよかつたのではないかと考えられる。

もっとも、私生活上PCやスマートフォンを使って著作物を複製する行為は、私生活上誰もが容易に行うもので、これを単発で行うということ自体が考えがたく、少なくとも反復継続する意思が推認されるのが大半と考えられることからすると、結論的にかかる要件を設けても、それにより処罰対象外とされる場合がさほどあるとは考えられない。その意味では「継続的に又は反復して」であれ「業として」又は「業務上」であれ、かかる要件を設けること自体にどれほどの意味があるのかは疑問というべきである。

(4) 改正法案の修正案について

ア なお、この改正法案の客観的要件については、研究者等より「著作権を侵害する自動公衆送信」という私的違法ダウンロード及び罰則適用の客観的要件に「原作のまま行われるもの」という限定を追加するべきであるという意見が提唱された⁵。この「原作のまま」との要件については、「二次創作作品やパロディ、類似性の程度が侵害か否か微妙であるような態様での配信からのダウンロードを除外し、デッドコピーによる海賊版のダウンロードのみを違法とすることを明らかにすべき、との趣旨によるもの」であるとの説明がなされている。「原作のまま」との文言は出版権に関する規定(80条)などでも使用されており、改正法案よりも違法となる、また処罰対象となる範囲について客観的に限定するものとして一定の意義があると考えられる。

また、「原作のままに」と共に私的違法ダウンロード及び罰則適用の客観的要件として、「著作権者の利益を不当に害する」との要件も追加するべきであるとの提案もなされた。

これについては、かかる要件を設けることで、「著作権者の利益を不当に害するものに限って、違法化するものであることを明確にすること、また「今回の違法化の対象となる範囲が、著作権者の利益を不当に害さない私的複製ではなく、不当に害する海賊版のダウンロードを違法とするものである、とのメッセージを国民に強く訴えるものとなり、妥当性・実効性の点でも大きな意義を有」するとの説明がなされていた⁶。この意図自体は理解できるが、個々人の私的違法ダウンロードという行為に着目した場合、それが著作権者の利益を不当に害するかの評価をすることは難しい場合が多いのではないかと考えられる。

また、自動公衆送信を行っているサイトがあまり知られていない時点での私的違法ダウンロードと、それがある程度認知され、それを介してのダウンロードが広範に行われるようになってからの私的違法ダウンロードでは、著作権者の利益を不当に害するかどうかの判断も異なる可能性がある。そうすると同じサイトからの私的違法ダウンロードでも時期によって違法か適法かが異なる、また処罰対象になるかどうか

も異なるということになるが、かかる結論は法的安定性という観点からも、また罪刑法定主義の観点からも問題があるというべきであろう。

そもそも30条1項が私的使用目的の複製を複製権を侵害しないこととしている趣旨は、「個人の私的な領域における活動の自由を保障する必要性があり、また閉鎖的な私的領域内での細かい利用にとどまるのであれば、著作権者への経済的打撃が少ないことなどに鑑みて規定されたもの」⁷、「著作権者の経済的な利益を害するおそれがないと思われる態様の典型例」⁸などとされていることからすれば、同項各号の定めるその例外は、著作権者の経済的に対する経済的な不利益が大きいものとして定められているのである。したがって、例外規定においては「著作権者の利益を害する」ことを要件とするのではなく、著作権者の利益を害する場合を類型化するという方法によるべきである。

そして、現行法においても、改正法案においても、罰則が適用されるのは、有償で公衆に提供・提示されている著作物に限定されているが、このように有償で公衆に提供・提示されている著作物についての私的違法ダウンロードという行為は、定型的に著作権者の利益を不当に害するもの考えられるのであり、だからこそ処罰対象としているのが規定の趣旨である。したがって、著作権者の利益を不当に害する私的違法ダウンロードのみを違法とし、また処罰対象とするのであれば、今回の改正法案の私的違法ダウンロードの要件としても、有償で公衆に提供・提示されている著作物に限定するという修正を加えるのが適切ではないかと考えられるところである。

7 改正法案の問題点3～主観的要件の問題点

- (1) 今回の改正法案においては、「その事実を知りながら行う場合」としている現行法の規定のうち「その事実」という部分を、上述のとおり「特定侵害複製」という用語を導入したことに伴い「特定侵害複製であることを知りながら行う場合」と変更しているが、その内容自体には変更がない。罰

則についても、対象となる著作物が、有償で公衆に提供・提示されているという点が追加されるだけで、その余については同様に変更がない。罰則についても同様である。

この「～であることを知りながら」という要件は、民事上は、本来の主観的要件が故意又は過失である不法行為(民法709条)について、過失の場合を除外し、故意がある場合だけに限定するというように一定の意義があると考えられるが、刑事上の罰則との関係ではその規定に意味があるのか、疑問がある。

そもそも日本の刑法上「罪を犯す意思がない行為は、罰しない。ただし、法律に特別の規定がある場合は、この限りでない」(刑法38条1項)とされているため、原則として故意犯が処罰され、過失犯についてはこれを処罰する旨の規定がある場合だけが処罰されるのであるが、著作権を侵害した場合の罰則である119条1項及び私的違法ダウンロードの罰則である同条3項には、過失犯を処罰する旨の規定がない結果、故意犯だけが処罰対象となっている。通説判例によれば故意とは犯罪成立の客観的構成要件に該当する事実に対する認識・認容であるから、自身の行為が(現行法においては)「著作権を侵害する自動公衆送信(国外で行われる自動公衆送信であつて、国内で行われたとしたならば著作権の侵害となるべきものを含む。)を受信して行うデジタル方式の録音又は録画」であることを認識・認容していることは主観的要件である故意として当然必要なことである。このような刑法上の故意論を前提とすると、私的違法ダウンロードの主観的要件として定められている「～であることを知りながら」とは故意に他ならないのであって、特にかかる規定を設ける意味に乏しいというべきである。

この点について、文化庁の説明資料などには、「～であることを知りながら」という要件について、「事実の認識だけでなく、『違法だ』という認識まで必要」であるとの説明がなされている⁹。しかし、上述のとおり本来的には故意とは客観的事実に対する認識・認容であるとするのが通説・判例であり、これを前提として刑事訴訟手続においても、故意が争点となった場合には客観的事実に対する認識・認容があったかどうかを間接事実から推認するという手法がとられているところである。

刑法においても「法律を知らなかったとしても、そのことによって、罪を犯す意思がなかったとすることはできない。ただし、情状により、その刑を減軽することができる。」(38条3項)と規定されているところであり、客観的事実についての認識・認容があれば、基本的にそれが違法という評価を受けるかどうかまで認識をしている必要はないと考えられている。

この伝統的な考えには異論もあり、その後の最高裁判例には違法であるとの認識を欠いていたことについて相当の理由がある場合には犯罪が成立しないという結論を容認するかにも読めるものがある¹⁰。しかし、少なくとも犯罪成立のための主観的要件として違法であることを認識していることが必要であるという解釈はとられていない。というのは、事実を認識していたかどうかは間接事実からの推認が可能であるが、当該事実に基づき、違法であるとの認識を有していたかどうかはひとえに行為者の内心の問題であり、間接事実からの推認も極めて困難である。従って、仮に違法であることを認識していたことが要件になるとすると、これを立証するための唯一の証拠が自白ということになりかねないのであり、かかる解釈を前提とした場合には捜査機関において違法であったことの認識を立証しようとするあまり、捜査が自白の獲得に偏ることとなり、憲法および刑事訴訟法上の自白法則(憲法38条1項及び2項、刑事訴訟法319条1項)及び補強法則(憲法38条3項、刑事訴訟法319条2項)の趣旨を没却することになりかねない。

以上の点からも、違法だという認識が必要だという解釈自体が現在の刑事法上とり得ない解釈であることに加え、「～であることを知りながら」という文言からもかかる解釈を導くのは法解釈としても到底無理であろう。

(2) また、上述のとおり今回の法改正案では、主観的要件について、特定侵害複製/有償著作物等特定侵害複製であることを重大な過失により知らないで行う場合を含むものと解釈してはならないとの規定が新設されている。これは重過失により知らなかった場合を除外する旨の解釈規定とされている¹¹。しかし、法律上故意と過失は全く異なる概念であり、一定の事実を認識・認容していた

という故意に、一定の事実を重大な過失により認識・認容していなかった場合を前提とする過失を含むという解釈をする余地はない。改正法案の趣旨が故意とは別に「～であることを知りながら」という要件を設けるものだとしても、「知りながら」という要件に、「重大な過失により知らなかった」場合が含まれるとの解釈をする余地もない。

法解釈ではなく、実務上の事実認定においては、故意・過失が争点となった場合に、故意を推認するための間接事実と、過失の前提となる間接事実とが重複することは少なくなく、この点は「～であることを知りながら」という要件についても同様であると考えられる。しかし、その場合においても、事実としては故意があった、「知っていた」と認められるがどうか認定されるのであって、重大な過失があったとしても故意がなかった、「知っていた」と認められない場合に、それがあったものと認定される余地はない。

従って、上記の規定を追加しようとする改正法案には意味がないものというべきである。

8 最後に

私的違法ダウンロードは、そもそも企業内で行われる複製行為が私的使用目的の複製には該当しないことから、企業活動にはあまり影響がないものと捉えられている傾向がある。しかし、本稿で述べたようにPCやスマートフォンという身近なツールを使って誰もが容易に行える行為であることからすれば、社員等がかかる行為に及ぶ可能性は極めて高く、また現在のところ社員による違反行為について法人を処罰する両罰規定(124条)を設けることは検討されていないが、少なくとも民事上は違反行為の態様によっては¹²使用者責任(民法715条)を負うこととなる可能性は否定できない。

上述のように、今回は見送られたものの、今後同様の法改正案が提出される可能性は高いと考えられることから、企業としてもその推移には注意を必要があろう。

- ² 東京高判平14・9・6判時1794号3頁
- ³ 最判昭33・4・18刑集12巻6号1090頁
- ⁴ 刑法上の業務性についてもその不明確さは問題とされているが、「客観的に、同種の行為が相当回数くり返されており、かつそれが、当該行為をくり返し行なう意思の下になされていることをいう」とされ(藤木英雄「注釈刑法(5)」(有斐閣)129頁以下)、また「反覆継続の実績がある場合と反覆継続の意思ではじめてある行為をする場合」の両者に区別して要件を解明するなど(柏井康夫「業務上過失における業務性」ジュリスト381号227頁以下)要件の明確化のための解釈論が蓄積されているところである。
- ⁵ 「ダウンロード違法化の対象範囲の見直しについての意見」(注3)9頁
- ⁶ 上記注5、10～11頁
- ⁷ 知財高判平26・10・22判時2246号92頁
- ⁸ 加戸守行「著作権法逐条講義(六訂新版)」公益社団法人著作権情報センター228頁
- ⁹ 文化庁「著作権及びプログラムの著作物に係る登録の特例に関する法律の一部を改正する法律案 概要説明資料」15頁。なお、同12頁には「適法・違法の評価を誤った場合も、ダウンロードは違法とならない旨を明確化」との記載がある。
- ¹⁰ 最判昭62・7・16刑集41巻54号237頁は、「被告人甲が第一審判示第一の各行為の、また、被告人乙が同第二の行為の各違法性の意識を欠いていたとしても、それにつきいずれも相当の理由がある場合には当たらないとした原判決の判断は、これを是認することができるから、この際、行為の違法性の意識を欠くにつき相当の理由があれば犯罪は成立しないとの見解の採否についての立ち入った検討をまつまでもなく、本件各行為を有罪とした原判決の結論に誤りはない。」とし、違法性の意識を欠くにつき相当の理由があれば犯罪は成立しないという見解自体を否定はしなかった。
- ¹¹ 上記注5、16頁
- ¹² 例えば会社から支給された業務上の使用に供するPCやスマートフォンを使って私的違法ダウンロードが行われた場合には使用者責任は免れないと考えられる。

¹ 最判平13・6・28民集55巻4号837頁(言語の著作物に関するものである)



特許庁人事異動

氏名	新	旧
小野 健次郎	大臣官房調査統計グループ総合調整室 併解) 総務課企画班長 併解) 総務課企画係長 併解) 制度審議室長補佐 併解) 総務課独立行政法人工業所有権 情報・研修館室 併解) 普及支援課長補佐 併解) 人工知能関連技術活用可能性検 証プロジェクトチーム 併解) 特許庁情報化推進本部	総務課長補佐 (調整班長)
中山 英子	総務課長補佐 (調整班長) 併) 総務課企画班長 併) 総務課企画係長 併) 制度審議室長補佐 併) 普及支援課長補佐	総務課長補佐
江間 正起	総務部審査官 併) 審査第三部審査官 (高分子 (高分 子組成物))	審査第三部審査官 (高分子 (高分子 組成物))
後藤 慎平	審査第一部審査官 (応用化学 (光学要 素・EL素子)) 併解) 国際政策課長補佐 (経済連携班 長) 併解) 国際政策課多国間政策室 併解) 審査第一部審査官 (自然資源)	総務部審査官
山崎 利直	併) 国際政策課長補佐 (経済連携班 長)	国際政策課国際制度企画官

(以上 令和元年5月20日付発令)

知的財産研修会

知財部員が知らなければならない、 記載要件(サポート要件、実施可能要件等)に 関する3つの重要知識

発明を発掘し、苦労を重ねて出願や中間処理を経て特許が認められました。いよいよ権利行使をしようと思ったらそれが認められず忸怩たる思いをする。企業で特許出願を担当する知財部員としてもっとも悔しい瞬間の一つではないでしょうか。権利行使が認められない理由はたくさんありますが、裁判例の全体的な傾向からすると明細書やクレームの記載の不備が判断の分かれ目となる事案が多いように思われます。

この研修会では、他社特許の明細書やクレームを分析して記載不備や記載の「穴」を発見して他社特許の射程範囲を判断するための考え方を、近時の裁判例を題材にして化学分野と電気・機械分野とに大別して解説します。これを身につけることで特許明細書の“チェック力”が強化されるため、日常で目にする自社の特許明細書からも「穴」を減らすことができるようになります。

<講義のポイント>

1. クレーム解釈のルール(基本と応用)
2. 弁理士によるクレームの読み方
3. 他社特許の射程を知る
4. 重要知識1:機能的クレームと特許の「穴」との関係(電気・機械分野)
5. 重要知識2:どこまでが「サポート」されていると言えるのか(化学・材料分野)
6. 重要知識3:記載不備による無効理由を見出して自社実施を確保する方法
7. 記載不備による無効理由を主張し難い明細書とは
8. おわりに「グレー」を「白」に近づけるために必要なこと

日本弁理士会会員の皆様へ

(一財)経済産業調査会は、日本弁理士会の継続研修を行う外部機関として認定されています。この研修は、日本弁理士会の継続研修として認定を申請中です。この研修を修了し、所定の申請をすると、5単位が認められる予定です。

日 時：2019年6月21日(金) 10:00~16:10(開場 9:30)

場 所：CONFERENCE BRANCH 銀座 E会議室

東京都中央区銀座3丁目7-3 銀座オーミビル 4階

(東京メトロ銀座線・日比谷線・丸ノ内線銀座駅下車 A12番出口より徒歩約3分)

講 師：ソナーレ特許事務所 所長・弁理士 右田 俊介 氏

お申込：一般財団法人 経済産業調査会 業務部

TEL：03-3535-4881 E-mail：seminar@chosakai.or.jp

参加料：各1名につき(資料代・消費税込)

特別会員 10,000円 普通会員・知財会員 15,000円

特許ニュース・ 18,000円 一 般 23,000円

経済産業公報ご購読者

主 催：一般財団法人 経済産業調査会

〒104-0061 東京都中央区銀座2-8-9 木挽館銀座ビル

最新のセミナー情報がご覧になれます

経済産業調査会 セミナー

検索