

# 著作権法上の罰則規定に関する一考察<sup>1</sup>

## — わが国における行政罰の各論的検討（1） —

田 中 良 弘

### 目 次

- I はじめに
- II 行政刑罰の特徴と適用上の問題点
- III 著作権法上の刑罰規定の概要
- IV 著作権侵害の罪の構成要件に関する裁判例の動向
- V 結びにかえて

### I はじめに

わが国の著作権法（以下、単に「法」という）は、著作物等に関する著作者の権利およびこれに隣接する権利を定め、その保護を図っている（法1条参考）。すなわち、法は、著作物（法2条1項1号）や著作者（同項2号）等について定義した上で、著作者の権利（法17条ないし28条）、出版権（法

---

1 本稿は、平成29年10月12日および同月13日に公表された拙稿「著作権法上の刑罰規定に関する一考察 —著作権法の実効性確保の観点から—（上）（下）」（特許ニュース14547号1-7頁、同14548号1-7頁）ならびに同年12月12日および同月13日に公表された同「著作権等侵害罪に関する裁判例の動向と課題（上）（下）」（特許ニュース14588号1-5頁、同14589号1-7頁）に必要な加筆・修正を加えて再構成したものである。

79条・80条）および著作隣接権（法89条ないし100条の5）について定めるとともに、その保護を図るため、民事上の権利救済手段と刑事罰に関する規定を設けている（法112条、115条、119条ないし124条）。

他方、著作権法は、著作者等の権利の保護にあたり著作物等の「公正な利用」に留意することを目的規定に明記し（法1条）、私的使用のための複製（法30条）や引用（法32条）等の著作権の制限に関する規定（法30条ないし50条）を設けるなど、著作物等の公正で円滑な利用が妨げられることのないよう配慮している。

ところで、わが国の行政法規上の刑罰規定（行政刑罰）の多くが機能不全に陥っているとされる中、著作権法上の刑罰規定は比較的適用されることが多く（後述Ⅲ3）、同法の定める義務の履行確保<sup>2</sup>に一定の役割を果たしている。その一方で、近年、刑事事件としての件数が著作物等の公正な利用を萎縮させ、著作権法の目的である文化の発展を阻害することに対する懸念が示されている（後述Ⅴ1）。このような状況において、著作権法上の刑罰規定について、「文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り、もって文化の発展に寄与する」という同法の目的の観点から再検討することには、一定の意義があると思われる。

そこで、本稿においては、わが国における行政刑罰について概説した上で（後述Ⅱ）、著作権法上の刑罰規定について概観するとともにその適用状況について紹介し（後述Ⅲ）、さらに、著作権法上の刑罰規定の中核を担う著作権侵害の罪（法119条1項、旧法37条）の構成要件に関する裁判

---

2 著作権等侵害罪（法119条1項）をはじめとする侵害の罪についても、著作者等の権利の保護を図るとともに同法の定める義務の履行を確保するために設けられている点については、特に争いはないものと思われる（小倉秀夫＝金井重彦編著『著作権法コンメンタール』（レクシスネクシス・ジャパン、2013年）1661頁〔奥村徹〕。民事上の救済とは別に刑事罰が定められている意義を強調するものとして、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール3〔第2版〕』（勁草書房、2015年）656頁〔丸石拓也〕）。

例について整理・分析を行い（後述Ⅳ）、最後に、具体的事例を踏まえ、著作権法上の刑罰規定について同法の目的の観点から若干の検討を加えることとしたい（後述Ⅴ）。

なお、筆者は、これまでにドイツ行政罰に関する歴史的研究を行い、そこから得られた示唆をもとに、わが国の行政罰について再検討する必要性を指摘した<sup>3</sup>。本稿は、わが国の行政罰に関する各論研究の一環としての位置づけを有するものである。

## Ⅱ 行政刑罰の特徴と適用上の問題点

### 1. 行政上の義務履行確保と行政刑罰

わが国における行政上の義務履行確保手段は、①行政上の強制執行、②行政罰および③その他の行政制裁に大別される<sup>4</sup>。このうち、①行政上の強制執行は、行政が自ら強制的に義務履行の実現を図るものであり、行政代執行、執行罰、直接強制および行政上の強制徴収がある<sup>5</sup>。②行政罰は、違反行為に対し刑罰や行政上の秩序罰（過料）の制裁を科すことにより、間接的に義務の履行を促すものである。さらに、③その他の行政制裁は、本来は行政上の義務履行確保とは異なる目的でなされる処分その他の行為の制裁的な効果によって、間接的に義務の履行を促すものをいい、本来は国

---

3 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）。わが国における行政罰法制の再検討の必要性につき、同書199頁以下。

4 田中・前掲注3）194頁。わが国における行政上の義務履行確保手段の沿革につき、塩野宏『行政法Ⅰ〔第6版〕』（有斐閣、2015年）244頁以下参照。

5 行政代執行につき、行政代執行法2条参照。その他の行政上の強制執行に関する規定の具体例として、砂防法36条（執行罰）、成田新法3条8項（直接強制）および行政代執行法6条・国税徴収法（行政上の強制徴収）がある。

民・住民への情報提供目的でなされる公表<sup>6</sup>がその典型として挙げられる。

わが国の行政法規は、上記の行政上の義務履行確保手段のうち行政刑罰に依存する傾向があり、かかる傾向は比較法の観点からも特徴的であるとされる<sup>7</sup>。この点については、刑法学説を中心に、本来は刑罰の対象とすべきでない行為についてまで行政刑罰が定められているという批判が寄せられている<sup>8</sup>。かかる観点からわが国の著作権法に目を転じれば、後述するように、民事上の救済手段を除く義務履行確保手段としては、行政刑罰が設けられているにとどまり、懲罰的損害賠償制度を採用していないわが国においては、著作権侵害を含む違反行為の抑止は、主として刑罰の威嚇力に依存しているということができよう<sup>9</sup>。

## 2. 行政刑罰の類型と特徴

行政刑罰は、一般に、①法令で定められた規制に違反する行為そのものを刑罰の対象とする規制違反（直罰規定）、②許可を要する行為を無許可で行ったことを刑罰の対象とする無許可行為、③行政命令に違反したこと

---

6 情報提供を主たる目的とする公表の規定の一例として、食品衛生法63条。これに対し、制裁的側面の強い公表の規定の一例として、景品表示法28条2項。なお、一般に、公表は非権力的事実行為であるため必ずしも法的根拠は必要ないと考えられているが（藤山雅行＝村田斉志編著『新・裁判実務大系25 行政争訟〔改訂版〕』（青林書院、2012年）19頁〔川神裕〕）、近時の学説においては、制裁的側面を有する公表については法令の根拠が必要とする見解が有力である（林晃大「制裁的公表に関する一考察——行政過程における位置づけに基づく分析——」芝池義一先生古稀記念『行政法理論の探求』（有斐閣、2016年）264頁以下、天本哲史「行政による制裁的公表の法的問題に関する一考察」東海法学40号82頁以下等参照）。

7 田中・前掲注3）1頁参照。

8 学説の整理につき、田中・前掲注3）9頁参照。

9 この点を批判的に指摘する見解として、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巻3号43頁以下。

を刑罰の対象とする行政命令違反、㉔届出義務を怠ったことを刑罰の対象とする届出義務違反、㉕その他の行政上の義務違反<sup>10</sup>に分類される。また、法人処罰のための両罰規定を設けている行政法規も多い。

わが国における行政刑罰の多用傾向に対する批判については既に述べた。かかる批判は、法益侵害を伴わない単なる行政上の義務の懈怠についてまで、身体の拘束という重大な権利侵害が予定されている<sup>11</sup>刑罰を用いるべきではないという考え方に基づくものである<sup>12</sup>。しかしながら、わが国においては、理論的にも立法実務上も、行政刑罰と行政上の秩序罰との使い分けの基準が必ずしも明確にされておらず、通常は単なる行政上の義務の懈怠にとどまると考えられる㉔届出義務違反のような類型についても<sup>13</sup>、刑罰が定められている行政法規が少なからず存在する<sup>14</sup>。

次に、行政刑罰の規定方法に関する特徴として、行政刑罰の行政従属性<sup>15</sup>が挙げられる。すなわち、行政刑罰は、行政上の義務違反に対して刑

10 その他の行政上の義務違反に刑罰が定められている例として、行政調査の忌避（景品表示法37条・29条1項等）や不正の手段により許可を受けること（廃棄物処理法25条1項2号・7条1項等）がある。

11 懲役（刑法12条）や禁錮（同法13条）、拘留（同法16条）といった自由刑はもちろん、罰金（同法15条）や科料（同法17条）といった金銭刑であっても、完納できない場合には労役場留置（同法18条）による身体の拘束を伴う執行が予定されている。

12 ドイツにおける行政犯の非犯罪化（Entkriminalisierung）につき、田中・前掲注3）126頁以下参照。

13 ただし、すべての届出義務違反が単なる行政不服従であるとはいえないことに留意が必要である（立石雅彦「環境保全法の罰則について」中山研一先生古稀祝賀論文集『第2巻 経済と刑法』141頁参照）。

14 一例として、道路交通法は、運転免許に係る住所変更の届出義務違反に2万円以下の罰金または科料を定めている（同法121条1項9号・94条1項・93条1項4号）。ちなみに、住民基本台帳に係る住所変更の届出義務違反については行政上の秩序罰（5万円以下の過料）が科せられるにとどまる（住民基本台帳法52条2項・22条）。

15 行政従属性（Verwaltungsakzessorietät）は、主にドイツ環境刑法に関す

罰を定めることで当該義務の履行確保を図るという性質上、罪となる行為が行政法規上の概念や条文、行政行為を用いて規定されるという特徴を有している<sup>16</sup>。例えば、前記の類型のうち、⑥無許可行為や⑦行政命令違反は、行政行為である許可や下命が罪となる行為の前提となっており、行政行為従属性を有している。また、⑧直罰規定や⑨届出義務違反は、罪となる行為が行政法規上の概念や条文を用いて規定されていることが多く、概念従属性や行政法規従属性を有している。

### 3. 行政刑罰の適用上の問題点

立法時における多用傾向と対照的に、行政刑罰は、道路交通法違反等の一部の例外を除いて実際に適用されることが少なく、その多くが機能不全に陥っており、その理由として、単なる行政上の義務違反に対し刑罰を科すことが苛酷に過ぎるとして捜査担当者が立件に慎重になることや、捜査機関の人的資源の限界から膨大な数に上る行政刑罰のすべてに対応することが困難であることが挙げられる<sup>17</sup>。このような現状は、行政刑罰の威力を損なうものであり、義務履行確保の観点から問題である<sup>18</sup>。

他方、わが国の行政刑罰の中には、その構成要件が一義的に明らかでな

---

る議論において用いられる語であるが、行政刑法全般に共通する特徴としても用いられる（今村暢好「行政刑法の特殊性と諸問題」松山大学論集23巻4号162頁以下参照）。

- 16 このような特徴を有する刑罰規定を「白地刑罰法規」ないし「白地刑罰規定」とよぶ（松川・前掲注9）7頁参照）。ただし、刑法典上の犯罪にも白地刑罰法規は存在する（刑法94条参照）。

- 17 田中・前掲注3）9頁以下参照。

- 18 現実に適用されない行政刑罰は、当該規定の対象となる義務の履行を確保する効果を有しないほか、刑罰全体の威力を損なうおそれがあると指摘されている。執行されない行政刑罰の問題点につき、田中・前掲注3）187頁参照。

く、現実に適用することが困難であるものも少なくない。そもそも立法者が現実に適用されることを想定していない行政刑罰も存在するとの指摘もなされている<sup>19</sup>。このような行政刑罰が現実に適用された場合、違反者に不当な不利益をもたらすばかりか、かえって当該行政刑罰を定める法の趣旨に反する結果を招くおそれも否定できない（具体例については後述V1で紹介する）。

これらの問題は、いずれも、立法時における過度の行政刑罰の多用傾向が招いたものであると考えられる。わが国における行政刑罰のあり方について、刑罰の謙抑性と行政法規の実効性確保の両方の観点から再検討する必要性は高いものと思われる<sup>20</sup>。

### Ⅲ 著作権法上の刑罰規定の概要

#### 1. 著作権法上の刑罰規定の沿革

著作権法の刑罰規定について検討する前提として、まず、その沿革について概観しておきたい。

平成18年改正により著作権法の罰則が強化され、わが国の著作権法は、比較法的に見ても厳しい刑罰規定を有することとなった<sup>21</sup>。特に、著作権等侵害罪（法119条1項）については、10年以下の懲役もしくは1,000万円以下の罰金またはその併科という、窃盗罪（刑法235条。法定刑は10年以下の懲役または50万円以下の罰金）と比べても同等以上の法定刑が定められている。

著作権侵害行為に対しては、旧著作権法（明治32年法律第39号）の時

---

19 鈴木潔『強制する法務・争う法務』（第一法規、2009年）93頁参照。

20 田中・前掲注3）12頁以下。

21 中山信弘『著作権法〔第2版〕』（有斐閣、2014年）661頁。

代から刑罰が定められていた。しかしながら、旧刑法（明治13年太政官布告第36号）の制定当初から懲役刑（当時は重禁錮刑）が法定されていた窃盗罪（旧刑法366条）と異なり、旧著作権法は、その制定当初、刑罰規定に懲役刑を定めておらず、もっぱら罰金刑のみを定めていた。そのため、著作権侵害行為に対する著作権法上の法定刑は、昭和33年に至るまで、50円以上500円以下の罰金であった（昭和33年改正前の旧著作権法37条。ただし、昭和24年2月1日以降は罰金等臨時措置法（昭和23年法律第251号）所定の額）。その後、昭和33年改正によって旧著作権法に自由刑が導入され、著作権侵害行為に対する法定刑は2年以下の懲役または5万円以下の罰金へと大幅に引き上げられた。その理由につき、法案提出者は、高価な外国書を違法に複製して海賊版として販売する行為が多発し、国際的にも非難の対象とされたため、自由刑を導入するとともに罰金刑の上限を引き上げることによって著作権侵害の防止を図る必要がある、と説明している<sup>22</sup>。

さらにその後、現行著作権法（昭和45年法律第48号）の制定時に著作権侵害行為に対する法定刑は3年以下の懲役または30万円以下の罰金へ引き上げられたが<sup>23</sup>、現行刑法（明治40年法律第45号）の制定当初から10年以下の懲役が法定されていた窃盗罪に比べると、法定刑に関する限り、比較的軽い罪として扱われていた。しかしながら、平成14年以降の知財立国戦略の下、著作権侵害に関する刑事罰を強化してその抑止を図るため、平成16年には、懲役刑の上限が3年から5年に、罰金刑の上限が300万円から500万円に引き上げられるとともに、事案に応じて両者を併科するこ

---

22 第28回国会参議院文教委員会（昭和33年3月27日）における提案理由説明〔野本品吉〕参照。

23 現行著作権法制定時の法定刑の引き上げは、他の知的財産法の罰則と平仄を合わせることが主たる理由であったとされる（半田＝松田編・前掲注2）660頁〔丸石拓也〕参照。なお、罰金刑の上限は、昭和59年に100万円に、平成8年に300万円に引き上げられている。

とも認められた。さらに、その2年後の平成18年には、懲役刑・罰金刑のいずれの上限も倍増され、現行の10年以下の懲役もしくは1,000万円以下の罰金またはその併科という法定刑が定められるに至っている<sup>24</sup>。

このように、現行著作権法が著作権侵害行為に対して重罰を定めているのは、著作権侵害行為の防止という政策目的を実現するための手段としての側面が強く、その意味において、著作権侵害の罪は、応報思想に由来する刑法上の財産罪とは異なる一面を有しているということができよう<sup>25</sup>。

## 2. 著作権法上の刑罰規定の内容

### (1) 侵害の罪

冒頭で述べたように、著作権法は、著作権等の侵害に対し民事上の救済手段と刑事罰を定め、著作者等の権利保護と侵害行為の抑止を図っている。ただし、公衆の使用に供することを目的として設置されている自動複製機器を用いて行う私的使用のための複製（法30条1項1号）のように、民事上の責任を負うものの刑罰の対象とはされていない行為や、逆に、民事上の責任は追わないにもかかわらず刑罰の対象とされる行為<sup>26</sup>も存在しており、両者は完全には一致しない。このことが示唆するように、著作権等侵害罪をはじめとする著作権法上の刑罰規定は、権利利益の主体（著作

---

24 平成14年以降の改正の経緯につき、松川・前掲注9）2頁以下参照。

25 松川・前掲注9）45頁は、日本だけでなくアメリカにおいても、プロパテント政策は必ずしも創作者を保護するものではなく、主として知的財産ビジネスを保護するための政策に過ぎない、と指摘する。ちなみに、昭和33年の旧著作権法改正における提案理由（前掲注22）参照）においても著作権侵害の防止と著作権者の保護の双方が厳罰化の目的として示されている。

26 例えば、わが国の領域外から海賊放送を行った者や、著作権の保護期間を死後25年としている国において死後25年が経過した著作物を日本国民が利用した場合などが該当する（刑法施行法27条1号・刑法3条。加戸守行『著作権法逐条講義〔6訂新版〕』（著作権情報センター、2013年）813頁参照）。

者等）の個人的法益を保護するのみならず、著作権法の定める法秩序という社会的法益をも保護する趣旨で設けられていると考えられている<sup>27</sup>。

#### ① 著作権等侵害罪（法119条1項）

法119条1項は、著作権等を侵害した者（法30条1項所定の私的使用目的で自ら複製を行った者や法113条により侵害とみなされる行為を行った者を除く<sup>28</sup>）を10年以下の懲役もしくは1,000万円以下の罰金またはその併科に処する旨を定めている。また、法人については3億円の罰金が法定されている（法124条1項1号）。

著作権等侵害罪の対象は、「著作権、出版権又は著作隣接権を侵害した者」である。かかる規定につき、京都地判平成16年11月30日（後述Ⅳ裁判例⑰）は、「著作権法上、いかなる場合に著作権侵害行為として処罰されるかは、その個々の条文において明確に規定されている。たしかに、その個別具体的な侵害態様については、種々様々な場合があろうけれども、それらの侵害態様についてまで逐一明記しておかなければならないものではないことはいうまでもない。著作権侵害罪を定める著作権法の規定が、いかなる行為をその処罰の対象とするかについて、他の刑罰法令と同様に、通常の判断能力を有する一般人であれば理解し得る程度の明確性を備えていることは、明らかというべきである」と判示して、上記規定は刑罰法規

---

27 加戸・前掲注26）815頁参照。

28 正確には、②法30条1項（法102条1項において準用する場合を含む）に定める私的使用の目的をもって自ら著作物または実演等の複製を行った者、③法113条1項の規定により著作権、出版権または著作隣接権を侵害する行為とみなされる行為を行った者、④同条2項の規定により著作権を侵害する行為とみなされる行為を行った者、⑤同条3項の規定により著作権または著作隣接権（同条4項により著作隣接権とみなされる権利を含む）を侵害する行為とみなされる行為を行った者、⑥同条5項の規定により著作権または著作隣接権を侵害する行為とみなされる行為を行った者は、法119条1項の対象から除かれる（同項括弧書・同条2項3、4号）。

としての明確性を欠き表現の自由の保障（憲法21条）や罪刑法定主義（憲法31条）に違反し無効である旨の弁護人の主張を排斥した。

しかしながら、「侵害」という概念は、それ自体としては行為の概念として具体性を有しておらず、いかなる行為が著作権等の侵害に該当するかは、著作権法の定める権利の内容に従って解釈するほかない<sup>29</sup>。そして、いかなる行為が著作権等の侵害にあたるかについては、従来、私法的な観点から、民事上の権利救済を前提とした柔軟な解釈がなされており<sup>30</sup>、それを直ちに明確性が要請される刑罰規定の解釈に援用してよいか、疑問の余地がある<sup>31</sup>。本稿では解釈論については立ち入らないが、立法論としては、かかる抽象的・包括的な刑罰規定は見直されるべきであると思われる（この点は、以下に述べる著作者人格権等侵害罪や有償著作物等の違法ダウンロード、その他の侵害行為についても同様である）。

## ② 著作者人格権等侵害罪（法119条2項1号）

前述のように、著作権、出版権または著作隣接権の侵害については、10年以下の懲役もしくは1,000万円以下の罰金またはその併科が法定されているのに対し、「著作者人格権又は実演家人格権を侵害した者」（法113条

---

29 香城敏磨『刑法と行政刑法』（信山社、2005年）287頁参照。罪刑法定主義に照らして問題となる余地がある、とするものとして、小倉＝金井編・前掲注2）1663頁〔奥村徹〕。

30 松川・前掲注9）45頁は、民事裁判における柔軟な解釈を踏まえ、「著作権法が複雑になりすぎ一般人では理解ができない」と指摘する。

31 民事法的解釈を基礎とする一元的解釈をすべきと主張するものとして、桑野雄一郎「著作権侵害の罪の客観的構成要件」島大法学54巻1=2号117頁以下。これに対し、松川・前掲注9）1頁以下は、罪刑法定主義の要請から刑事法的な一元的解釈をすべきと主張する。なお、理論的には民事と刑事とで解釈を分ける二元的解釈も考えられるが、演奏権について「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、二元的解釈を否定した裁判例がある（大阪地判平成6年4月12日（後述Ⅳ裁判例⑬））。

3項により侵害とみなされる行為を行った者を除く）については、5年以下の懲役もしくは500万円以下の罰金またはその併科が法定されているにとどまる（法119条2項1号）。平成18年改正前は、これらの人格権侵害についても著作権侵害の罪と同じ法定刑であったが、平成18年改正の際にこれらの人格権侵害の罪の法定刑は据え置かれた。なお、法人処罰の法定刑は500万円以下の罰金である（法124条1項2号・119条2項）。

### ③ 有償著作物等の違法ダウンロード（法119条3項）

私的使用のための複製（以下「私的複製」という）であっても、違法にアップロードされた著作物をそれと知りつつダウンロードする行為は、法30条1項により許容される私的複製から除外される（同項3号）。これを受け、法119条3項は、違法にアップロードされた有償著作物等を、その事実を知らずにダウンロードして、著作権または著作隣接権を侵害した場合、2年以下の懲役もしくは200万円以下の罰金またはその併科に処す旨を定めている。

「有償著作物等」とは、「録音され、又は録画された著作物又は実演等（著作権又は著作隣接権の目的となっているものに限る。）であって、有償で公衆に提供され、又は提示されているもの（その提供又は提示が著作権又は著作隣接権を侵害しないものに限る。）」をいう。したがって、録音・録画された著作物ではない書籍や、DVD等によって有償で公衆に提供・提示されていないテレビ番組については、有償著作物等に該当しない<sup>32</sup>。

次に、「その事実を知らずに」とは、当該著作物の有償著作物等であり、かつ、違法にアップロードされたものであること（条文上は「著作権又は著作隣接権を侵害する自動公衆送信」であること）を知っていることをいう。ここでいう「知らずに」が未必的な認識で足りるのか、それとも確定的な認識が必要かについては見解が分かれると思われるが、法があ

---

32 加戸・前掲注26）824頁以下参照。

えて「その事実を知りながら」と規定していることからすれば、確定的な認識を必要とするものと解すべきであろう<sup>33</sup>。

さらに、同項は、有償著作物等をダウンロードする行為が「著作権又は著作隣接権を侵害した」ことを要件として規定している。当該要件は、法30条1項3号に該当する場合であっても、法47条の8所定の電子計算機における著作物の利用に伴う複製（動画等を視聴する際のキャッシュの蓄積）については違法ではないため、本罪の対象とならないことを示すものである。

#### ④ その他の侵害行為

法113条1項の規定により著作権、出版権または著作隣接権を侵害する行為とみなされる行為を行った者は、5年以下の懲役もしくは500万円以下の罰金またはその併科に処せられる（法119条2項3号）。法113条2項の規定により著作権を侵害する行為とみなされる行為を行った者も同様である（法119条2項4号）。いずれも、法人処罰の法定刑は3億円以下の罰金である（法124条1項1号）。なお、法113条所定のみなし行為のうち、準備行為については、法120条の2に規定されている（後述(2)参照）。

また、死者の人格的利益を侵害する行為、すなわち「著作者〔または実演家〕が存しているとしたならばその著作者人格権〔または実演者人格権〕の侵害となるべき行為」をした者は、行為の性質および程度、社会的事情の変動その他によりその行為が当該著作者ないし実演家の意を害しないと認められる場合を除き、500万円以下の罰金に処せられる（法120条）。

#### (2) 幫助等の罪

前述(1)の侵害の罪（法119条1項、同条2項1号、同項3号、同項4号、同条3項、120条）は、法が定める権利利益を侵害する行為を罰するもの

---

33 小倉＝金井編・前掲注2) 1695頁以下〔小倉秀夫〕。

であった。これに対し、法119条2項2号は著作権等の侵害の幫助行為を、法120条の2各号は、著作権等の侵害の準備行為を罰するものである。

刑法総則の共犯規定（同法60条ないし65条）は、特別の規定がない限り行政刑法にも適用されるため（同法8条）、著作権法上の侵害の罪の共犯についても原則として刑法上の共犯規定が適用される。したがって、法119条2項2号は、後述するように、幫助を独立して処罰の対象とするための規定であり、刑法8条のいう「特別の規定」に該当する。

また、刑法は、原則として既遂に達しない場合は不可罰とし、明文の規定がある場合に限り、未遂を処罰することとしている（同法44条）。実行の着手にすら至らない準備行為については、特に重大な犯罪に限り、「××の用に供する目的で」といった目的要件を明文で規定した上で、犯罪の実現に実質的に役立つ行為を罰するための予備罪の規定を設けるのが一般的である<sup>34</sup>。これに対し、法120条の2は、侵害行為の用に供する目的を要件として明記することなく、著作権等の侵害のおそれを生じさせる行為等を処罰の対象としている点が特徴である。

なお、幫助等の罪の法人処罰の法定刑は、いずれも各本条の罰金刑と同額である（法124条1項2号）。

#### ① 自動複製機器の提供（法119条2項2号）

営利目的で、公衆の使用に供することを目的として設置されている自動複製機器を著作権、出版権または著作隣接権の侵害となる著作物または実演等の複製に使用させた者は、5年以下の懲役もしくは500万円以下の罰金またはその併科に処せられる（法119条2項2号）。ただし、もっぱら文

---

34 西田典之＝山口厚＝佐伯仁志『注釈刑法第1巻』（有斐閣、2010年）649頁[和田俊憲]。一例として、刑法153条（通貨偽造等準備罪）は、「貨幣、紙幣又は銀行券の偽造又は変造の用に供する目的で、器械又は原料を準備した者は、3月以上5年以下の懲役に処する」と規定している。

書または図画の複製に供する自動複製機器については、当分の間、適用の対象から除外されている（附則5条の2）。

法119条1項括弧書により、私的使用目的で自ら複製を行った者については刑罰の対象から除外されており、自動複製機器を使用した場合も同様である。これに対し、営利の目的で自動複製機器を提供する行為は、複製を行う者が私的使用目的で当該自動複製機器を用いる場合であっても刑罰の対象となる。したがって、本罪は、本来は共犯従属性により処罰の対象とならない私的使用目的の複製に自動複製機器を提供する行為を、営利目的であることを要件として、独立して処罰の対象とする規定である。ただし、業務使用目的等の私的使用目的以外の目的で権利者の承諾を得ずに行う複製に自動複製機器を提供する行為については、著作権等侵害罪の幫助（刑法62条1項・法119条1項）に該当するが、当該提供が営利目的で行われる場合には、「特別の規定」である本罪が適用される<sup>35</sup>。

これに対し、営利目的で自動複製機器を提供するにとどまらず、業者が複製の対象となる著作物をも提供し、自動複製機器の操作のみを顧客に行わせるような場合については、著作権等侵害罪の正犯として評価することができるから、法119条1項が適用され、本罪はそれに吸収される<sup>36</sup>。

## ② 技術的保護手段回避装置等の公衆譲渡等（法120条の2第1号）

技術的保護手段（法2条1項20号）の回避を行うことを機能とする装置やプログラムを①公衆に譲渡・貸与した者、②公衆に譲渡・貸与する目的で製造・輸入・所持した者、③公衆の使用に供した者および④公衆送信・送信可能化した者は、3年以下の懲役もしくは300万円以下の罰金またはその併科に処せられる（法120条の2第1号）。

上記規定は、技術的保護手段の回避装置等を社会に広める行為を規制

---

35 加戸・前掲注26) 822頁。

36 加戸・前掲注26) 820頁以下参照。

し、それに違反した場合に刑罰を科す旨を定める直罰規定である。したがって、自ら使用するための所持や、特定の者から依頼されて行う製造は該当しない。なお、汎用的な機能を有する装置やプログラムの開発・流通を妨げることはないよう、同罪の対象は、およそ技術的保護手段の回避以外に実用的な意味のある機能を有しないものに限定されている<sup>37</sup>（同号括弧書参照）。

### ③ 技術的保護手段の回避（法120条の2第2号）

業として公衆からの求めに応じて技術的保護手段の回避を行った者は、3年以下の懲役もしくは300万円以下の罰金またはその併科に処せられる（法120条の2第2号）。

本罪は、技術的保護手段回避装置等の公衆譲渡等と同様の効果を有するサービスの提供を規制し、それに違反した場合の刑罰を定めるものである。上記②の罪と同様、自らまたは特定の顧客の求めに応じて技術的保護手段を回避する行為は該当しない。

### ④ 権利管理情報の改変等（法120条の2第3号）

本罪は、営利の目的で権利管理情報の改変等を行う行為を対象とするものである。

法113条3項各号所定の権利管理情報の改変等は、同項により著作権人格権、著作権、実演家人格権または著作隣接権を侵害する行為とみなされるものの、行為そのものは著作権等の侵害の準備的行為にとどまることから、法は、営利目的の場合に限って刑罰の対象とした上で、侵害の罪よりも軽い3年以下の懲役もしくは300万円以下の罰金またはその併科という法定刑を定めるにとどめている（法120条の2第3号）。

---

37 加戸・前掲注26) 830頁参照。

### ⑤ 国外頒布目的商業用レコードの輸入等（法120条の2第4号）

営利の目的で法113条5項所定の国外頒布目的商業用レコードの輸入等を行った者は、3年以下の懲役もしくは300万円以下の罰金またはその併科に処せられる（法120条の2第4号）。

国外頒布目的商業用レコードの輸入等は、著作権または著作隣接権を侵害する行為とみなされるが、国外において適法に作成された商業用レコードを輸入等する行為であり、違法に作成されたいわゆる海賊版レコードの輸入等とは性質が異なるため、権利管理情報の改変等と同様、営利目的の場合に限って刑罰の対象とされ、かつ、法定刑も比較的軽いものとなっている。

## （3）その他の罪

### ① 著作者名を詐称した複製物の頒布（法121条）

著作者でない者の実名または周知の変名を著作者名として表示した著作物の複製物を頒布した者は、1年以下の懲役もしくは100万円以下の罰金またはその併科に処せられる（法121条）。法人処罰の法定刑は100万円以下の罰金である（法124条1項2号）。

本条の立法趣旨は、法の規定する著作権等の権利の保護を目的とするものではなく、著作者名を詐称して人を欺くことを防止し、かつ、氏名を冒用された者の人格的利益を保護することにあるとされる<sup>38</sup>。そのため、その対象は法6条各号所定の著作物に限らず、また、保護期間を経過した著作物も含まれる<sup>39</sup>。なお、本罪の客体は著作者名を詐称した著作物の「複製物」であるから、著作物そのものに偽りの著作者名を付して販売したとしても本罪の対象とならない。

ちなみに、本条と同様の構成要件を定めていた旧著作権法40条につき、

---

38 加戸・前掲注26) 836頁以下。

39 小倉＝金井編・前掲注2) 1714頁〔小倉秀夫〕。

同条は他人の氏名称号を濫用して著作物を発行した者を罰する趣旨であるから、著作名義者の同意がある場合には、たとえ実際はその者の著作でなかったとしても、同条の罪は成立しないとした大審院判例（大判大正2年6月3日刑録19号671頁）があるが、学説は、名義者の同意があったとしても本罪は成立する、と解している<sup>40</sup>。

### ② 外国原盤商業用レコードの複製等（法121条の2）

本条は、著作権法の保護が及ばない外国原盤商業用レコードを無断で複製・頒布等する行為を刑罰の対象とするものである。わが国と条約を締結していない外国の原盤用レコードについては著作隣接権による保護が及ばないため、かかるレコードについてロイヤルティーを支払って国内で複製して販売しているレコード製造業者を保護する必要があることから、法121条の2は、同条各号所定の商業用レコードを商業用レコードとして複製する行為や複製された商業用レコードを頒布する行為等につき、1年以下の懲役もしくは100万円以下の罰金またはその併科を定めている。なお、法人処罰の法定刑は100万円以下の罰金である（法124条1項2号）。

### ③ 出所明示義務違反（法122条）

法48条および102条2項所定の出所明示義務に違反した者は、50万円以下の罰金に処せられる（法122条）。法人処罰も同じ50万円以下の罰金である（法124条1項2号）。

本条は、法48条および102条の定める出所明示義務の履行を確保するため、出所明示義務違反に対し罰金刑を定めている。ただし、出所明示義務違反が氏名表示権侵害にも該当する場合、同一の行為が著作権人格権等侵害罪（法119条2項1号）にも該当することになるため、その場合には、

---

40 小倉＝金井編・前掲注2）1715頁〔小倉秀夫〕。加戸・前掲注26）840頁も判例に反対の立場をとる。

同罪と本罪との観念的競合（刑法54条1項前段）として法定刑の重い著作人格権等侵害罪により処断される。

#### ④ 秘密保持命令違反（法122条の2）

法114条の6の規定する秘密保持命令に違反した者は、5年以下の懲役もしくは500万円以下の罰金またはその併科に処せられる（法122条の2）。法人処罰は3億円以下の罰金である（法124条1項1号）。

本条は、秘密保持命令の実効性を確保する観点から設けられたものであり、特許法200条の2、実用新案法60条の2、意匠法73条の2、商標法81条の2、不正競争防止法21条2項6号にも同様の規定が存在する。

### 3. 著作権法上の刑罰規定の適用状況

平成28年版犯罪白書<sup>41</sup>によれば、平成23年から平成27年までの著作権法違反および産業財産法四法違反の検察庁新規受理人員数は、表1のとおりである。

（表1）検察庁新規受理人員数

	H23	H24	H25	H26	H27
著作権法	335	382	330	453	384
特許法	3	0	4	0	3
実用新案法	0	0	0	0	0
意匠法	2	4	0	3	0
商標法	559	615	535	600	658

前述Ⅱで指摘したように、わが国の行政刑法は、立法時の多用傾向と対照的に、実務上の適用事例は一部を除いて極めて少ないのが現状であり、

---

41 「平成28年版犯罪白書 一再犯の現状と対策のいまー」（<http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/63/nfm/mokuji.html>。平成29年11月26日最終確認）

産業財産法四法においても、特許法、実用新案法および意匠法については、違反事件が立件されて送検される件数が非常に少ない（ただし、母数である違反件数が不明であるため、新規受理人員数が少ないことが必ずしも刑罰規定の機能不全を示しているとは限らない点に留意が必要であろう）。これに対し、著作権法違反については比較的刑罰規定の適用事例が多いといえることができる。

次に、同じく平成28年版犯罪白書によれば、平成23年から平成27年までの著作権法違反の終局処分人員数は、表2のとおりである。

（表2）終局処分人員数

	H23	H24	H25	H26	H27
不起訴	73	122	90	111	140
略式命令請求	122	128	167	195	176
公判請求	136	125	79	113	84

表2のとおり、著作権法違反については、送検された人員のうち平均して7割以上が略式命令請求または公判請求されている。平成27年における特別法犯（道路交通法違反を除く）全体の不起訴率が約47%であることからすれば、この点においても、著作権法上の刑罰規定は一定程度機能しているといえることができよう（なお、公判請求された者の多くに執行猶予付きの懲役刑が言い渡されている）。

#### Ⅳ 著作権侵害の罪の構成要件に関する裁判例の動向

既に述べたように、著作権侵害行為に対しては、旧著作権法の時代から刑罰が定められていた。すなわち、著作権等侵害罪について規定する法119条1項の前身にあたる旧著作権法37条は、「偽作ヲ為シタル者及情ヲ

知テ偽作物ヲ発売シ又ハ頒布シタル者」<sup>42</sup>を刑に処す旨を規定し（法定刑の沿革につき前述Ⅲ1参照）、「偽作」すなわち著作権を侵害する行為（同法29条参照）およびそれによって得られた物を発売または頒布する行為を構成要件として定めていた。

しかしながら、いかなる行為が著作権の侵害に該当するかについては「著作物」や「著作権」といった旧著作権法上の概念の解釈に委ねられており、しばしばその構成要件が刑事裁判において争点とされた。このことは、現行著作権法制定後も同様であり、下級審の法律解釈が上級審で覆されて無罪が言い渡された事案も複数存在する。そこで、以下、著作権侵害の罪の構成要件に関する裁判例の動向につき、旧法（戦前）、旧法（戦後）、現行法（昭和）、現行法（平成）の順に整理し、行政刑罰の規定のあり方の観点から検討を加えることとしたい。

なお、本章においては、旧法37条所定の罪のうち著作権侵害の罪を「偽作罪」、現行法119条1項所定の罪のうち著作権侵害の罪を「著作権侵害罪」と呼ぶこととする。

## 1. 偽作罪の構成要件に関する裁判例（戦前）

第二次世界大戦前における偽作罪の構成要件に関する主要な裁判例として、以下の大審院判例がある。

### 【裁判例①】大判明治36年9月15日刑録9号1305頁

本件は、旧法制定以前に成立した著作物について、偽作罪の対象となるか否かが問題となった事案である。

旧法附則47条は、「本法施行前ニ著作権ノ消滅セサル著作物ハ本法施行

---

42 原文は旧漢字表記であるが、本稿においては、便宜上、新漢字を用いて表記する。以下同じ。

ノ日ヨリ本法ノ保護ヲ享有ス」と規定し、旧法施行前に成立した著作物であっても、施行時に「著作権」が消滅していないものについては旧法の保護が及ぶ旨を規定していた。

他方、旧法のさらに前身である版權法（明治26年法律第16号）3条本文は、「版權ノ保護ヲ受クムト欲スル者ハ…版權登録ヲ内務省ニ願出ヘシ」と規定して、登録を版權保護の要件としていた（ちなみに、制定当初の旧法15条2項は、「発行又ハ興行シタル著作物ノ著作権者ハ登録ヲ受クルニ非サレハ偽作ニ対スル民事ノ訴訟ヲ提起スルコトヲ得ス」と規定し、登録がなされていない著作物については民事訴訟による救済が受けられない旨を定めていた）。そのため、原審は、旧法の施行前に成立した著作物については、版權法による登録がなされていない限り偽作罪の対象とはならないと判示して、被告人に無罪を言い渡した。

これに対し、大審院は、「著作権法ニ所謂著作権ハ版權法ニ規定シタル版權ト全ク同シカラズ版權法ニ依レハ版權ハ之ヲ登録スルニ非サレハ存在セスト雖モ著作権ハ之ト異ナリ著作者カ其權利ヲ登録スルト否トハ唯偽作者ニ対シ民事ノ訴訟ヲ提起スルヲ得ルト否トノ差アルニ止マリ其權利ハ登録ノ有無ニ拘ハラス常ニ之ヲ享有スルモノトス」とした上で、「著作権法附則第四十七条ニ依レハ…本法施行以前ノ著作物ニ付テモ亦著作権ノ存在ヲ認メ之ヲ保護スルノ趣旨タルコト明カナレバ其著作者カ版權ノ登録ヲ為サ、リシカ為メ著作権法ノ保護ヲ興ヘサル理由アルヘカラス」と判示して、原判決を破棄し被告人に罰金100円を言い渡した。

検討するに、著作権は、文化の発展という政策目的を実現するための法技術として人工的に定められた権利であることからすれば<sup>43</sup>、旧法施行前に同法によって定められた著作権は存在し得ない。そのため、原判決のように、同法附則47条にいう「著作権」は、図書に関する限り<sup>44</sup>、旧法の前

---

43 中山・前掲注21）241頁参照。

44 旧著作権法制定以前は、文書図画を出版してその利益を専有する権利（版

身である著作権法所定の著作権を意味するという解釈も論理的には成り立ち得るものと思われる。本判決は、厳密には旧法附則47条の解釈が問題となった事案であるが、本稿の問題関心からは、必ずしも一義的に明らかであるとはいえない旧法37条所定の偽作罪の構成要件につき、原審（広島控訴院）と大審院とで解釈が分かれた事例として重要な意義を有するものといえよう。

また、明治43年改正前の旧法15条2項は、「発行又ハ興行シタル著作物」について、登録を受けていない著作者は民事訴訟を提起することができない旨を定めていたが、本判決は、登録の有無にかかわらず著作者は著作権を享有するとして、偽作罪の成立を認めている点も注目される（同趣旨の大審院判例として、大判明治40年3月18日刑録13号263頁がある）。

### 【裁判例②】大判明治37年4月21日刑録10号848頁

本件は、偽作罪の成否に関し、旧法1条1項にいう「複製」の意味するところが問題となった事案である。

弁護人は、形体および文体において原著作物と異なる部分のあることを理由に被告人の行為は「複製」に該当せず、偽作罪は成立しない旨主張したが、大審院は、「著作権法第1条ノ所謂複製トハ原著作物ト全然同一ノモノヲ再製スル行為ノミヲ謂フニ非ズシテ原著作物ノ枝葉ニ於テ多少ノ修正増減ヲ加フルモ其趣旨ニ於テ彼此同一ナル程度ノモノヲ作製スルモ亦複製ナリトス」と判示した。

旧法1条1項の「複製」概念については、最判昭和53年9月7日民集32巻6号1145頁（ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件上告審判決）において、「著作物の複製とは、既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製することをいう」と判示されて確

---

権）について定める著作権法のほか、脚本楽譜条例（明治20年勅令第78号）および写真著作権条例（明治20年勅令第79号）が存在した。

立しており、かかる「複製」概念は現行著作権法においても基本的に妥当するものと考えられている<sup>45</sup>。筆者の調べた限り、本判決以前に旧著作権法1条1項所定の「複製」の意義について判示した判例は見当らず、本判決は、後に確立される「複製」概念について判示した判例の嚆矢としての意義を有しているものといえよう。また、かかる位置づけを有する判例の事案が、ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件のような民事事件ではなく刑事事件であったことも、前述した昭和33年改正前の旧法15条2項の規定や刑事裁判において附則47条の解釈が示された大審院判例（裁判例①）と相俟って、制定当初の旧法の著作権保護に対する考え方を示唆するものであるといえ、興味深い。

### 【裁判例③】大判大正3年7月4日刑録20号1360頁

本件は、「桃中軒雲右衛門事件」として、著作権法のみならず不法行為法分野でも著名な事件である<sup>46</sup>（ただし、本稿においては刑事事件に関する争点のみを取り扱うこととする）。

被告人らは、浪花節芸人桃中軒雲右衛門の浪花節が吹き込まれたレコードを購入し、これを無断複製ないしその情を知って売却したとして起訴された。第一審判決（東京地判大正元年11月11日判例集未搭載）および控訴審判決（東京控判大正2年12月9日判例集未搭載）は、上記浪花節は創意に係る音階曲折を配し独特の声調により演述したる音楽的著作であるとし、それを機械的作用によりレコードに複製することは著作権侵害にあたるとして偽作罪の成立を認め、被告人らに罰金刑を言い渡した。

これに対し、大審院は、旧法1条1項（当時）所定の「文芸学術若ハ美術ノ範圍ニ属スル著作物」のうち「美術」とは広く芸術に関する創作物を包含し、音楽もこれに該当し得るとしつつ、「即興的音楽ノ演奏ニシテ純

---

45 小酒禮「判解」最判解民事篇昭和53年度415頁。

46 大家重夫「判批」著作権判例百選（別冊ジュリスト91号）163頁参照。

然タル瞬間創作ニ属スルモノハ演奏者ノ主観ニ於テ其旋律カ確定スル場合又ハ演奏者カ特ニ楽譜ヲ作りテ之ヲ固定セシメタル場合ノ外ハ音楽的著作物トシテ著作権法ノ保護ヲ受クルコトヲ得ス從テ此種ノ音楽ヲ蓄音機ニ写調スルモ偽作トシテ著作権法ノ制裁ヲ受クルコトナシ」と判示した上で、桃中軒雲右衛門の浪花節は、著作物に該当せず、被告人らの行為は偽作等の罪の構成要件に該当しない、として原判決を破棄し被告人らに無罪を言い渡した。

本判決は、演奏歌唱（大正9年改正後の旧法1条）や実演（現行著作権法1条）が著作権法の保護の対象として明文で定められる以前のものであり<sup>47</sup>、現在では立法的に解決され、著作権法の解釈に関する先例としての価値は乏しいとされる<sup>48</sup>。しかしながら、立法論の観点からは、裁判例①と同様、原判決と大審院判決とで刑事裁判所の判断が分かれ、いったんは有罪とされた被告人が無罪となった事案であり、抽象的・包括的な犯罪構成要件の危険性を示すものであるといえ、著作権侵害罪の構成要件のあり方を検討するにあたり未だ重要な意義を有しているものと思われる。

#### 【裁判例④】大判昭和7年7月9日刑集11巻1078頁

本件は、偽作罪の成立につき、利益獲得の意図や不特定多数人への呈示が構成要件要素となるか否かが争われた事案である。

前者（利益獲得の意図）につき、原判決（京都地判昭和7年3月17日判例集未搭載）は、「被告人カ…著作権ヲ有スル兵書等ノ偽作ヲ為シ以テ利益ヲ専ラニセンコトヲ企テタルコトハ…明白」とであると判示して罰金80円を言い渡したところ、弁護人は、原判決には証拠を示さずに上記意図（犯意）を認定した違法があると主張した。しかしながら、大審院は、「被

---

47 本判決後の改正の立法過程につき、大谷卓史「桃中軒雲右衛門事件」情報管理56巻8号553頁以下参照。

48 中山・前掲注21）88頁、544頁参照。

告人カ偽作ヲ為スニ至リタルハ利益ヲ専ラニセントノ動機ニ出テタリトノ証拠ニ付テハ欠クル所アリト雖著作権法ニ所謂偽作ハ利益ヲ獲得スルヲ構成要件トセサルカ故ニ之カ証拠説明ヲ為スノ要ナシ」として、原判決に旧刑事訴訟法（大正11年法律第75号）360条所定の証拠説明を欠く違法はない、と判示した。

次に、後者（不特定多数人への呈示）につき、弁護人は、偽作罪は著作権者の承諾なく著作物を複製してそれを他人に呈示する行為を処罰するものであるから、同罪の成立には不特定多数人に当該著作物を不法に示すことが要件となると主張し、原判決にはこの点について証拠により認定した理由を説明していない違法があると主張した。これに対し、大審院は、「著作権法第三十七条ニ偽作ヲ為シタル者トハ著作権ヲ侵害シタルモノヲ指斥シ換言スレハ著作人ノ許諾ナクシテ其ノ著作物ヲ複製シタルコトヲ謂フモノニシテ該著作物カ所論ノ如ク不特定多数人ニ対シ不法ニ示サルコトハ其ノ処罰条件ニアラサルコト同条ノ解釈上疑ヲ容レズ」として、この点についても、原判決に罪となるべき事実について証拠説明を欠く違法はないと判示している（上告棄却）。

上記の各判示は、現在における著作権の保護に関する一般的な考え方からすれば、自明のことを述べているようにも考えられる。しかしながら、旧著作権法による著作物の保護は、出版物の海賊版を防止することに主たる目的があり<sup>49</sup>、利益獲得の意図や不特定多数人への呈示が偽作罪の構成要件要素である旨の弁護人の主張も、当時においては、今日におけるほど不自然な主張であるとはいえなかったものと思われる。本判決は、そのような状況において、大審院が偽作罪の成立に利益獲得の意図や不特定多数人への呈示が不要である旨を明示した点に意義があるといえよう。

---

49 中山信弘「著作権法の憂鬱」パテント66巻1号107頁参照。

**【裁判例⑤】大判昭和10年5月24日刑集14巻560頁**

本件も、裁判例④の事案と同様、偽作罪の構成要件要素が問題となった事案である。

弁護人は、旧法1条1項にいう複製とは「著作者ノ思想表示ノ成形ヲ再現スル目的ニテ或有形物ニ写シ之レヲ公布スルニアリ」<sup>50</sup>とする当時の有力説を引用し、公布行為が偽作罪の構成要件要素であるところ、被告人は未だ公布行為に及んでいないため無罪であると主張した。これに対し、大審院は、「著作権法第三十七条ニ所謂偽作トハ著作者ノ許諾ナクシテ其ノ著作物ヲ発行ノ目的ヲ以テ複製スルコトヲ謂フモノナレハ苟モ発行ノ目的ヲ以テ之ヲ複製スルニ於テ未タ発行スルニ至ラサルモ同条ノ罪ノ成立ニ影響ナキモノト解セサルヘカラス蓋シ同法三十条ニハ発行スル意思ナキモノハ偽作ト看做サスト規定セルヨリ見ルモ偽作ニハ発行ノ意思ヲ条件トスルヲ同時ニ其ノ意思ニテ複製スレハ足り必スシモ現実ニ発行サレタルヲ要セサレハナリ」と判示して、弁護人の主張を排斥している。

**2. 偽作罪の構成要件に関する裁判例（戦後）**

既に述べたように（前述Ⅲ1）、偽作罪については、第二次世界大戦後の昭和33年に行われた旧著作権法の改正により、同法37条に自由刑（懲役刑）が導入され、偽作罪等の法定刑は、従前の50円以上500円以下の罰金（ただし、昭和24年2月以降は罰金等臨時措置法所定の額）から、2年以下の懲役又は5万円以下の罰金へと大幅に引き上げられた。同改正後、現行著作権法の制定（昭和45年）に至るまでの間に偽作罪の構成要件について判示したものとして、以下の裁判例がある。

---

50 荒木虎太郎『日本著作権法要論』（荒木特許事務所、1915年）113頁。

**【裁判例⑥】大阪高判昭和42年11月13日判時510号81頁**

本件は、被告人が、商社や会社等の宣伝広告などに使用するため、市販の音楽レコードを宣伝文句とともに録音用磁気テープに写調し、著作者の録音権（昭和9年改正後の旧著作権法22条の6参照）を侵害したとして、偽作罪により起訴された事案である。

弁護人は、本件テープ録音は通常人が聞いた場合にこれを原著物と同一とは考えない上、レコードをテープに録音して聞くことは永年公然と行われており、これを制限することは著作権法の目的に反するなど主張して偽作罪の成立を争ったが、第一審判決（大阪地判昭和41年12月15日判時476号66頁）は、偽作罪の成立を認めて被告人に懲役1年・3年間執行猶予を言い渡した。これに対し被告人が控訴したが、その控訴審判決である本判決も、前述の大審院判例（裁判例②）を引用した上で、本件録音テープの内容は原著物であるレコードの枝葉において多少の修正を施したにとどまるとして、本件録音は著作権法所定の「写調」にあたりと判示し、控訴を棄却した。

前述のように、昭和33年改正後の旧法37条はいわゆる出版物の海賊版の流通を阻止するために偽作罪の法定刑に懲役刑を導入しており、現行法においても、懲役刑が選択されるのは、海賊版常習者のような悪質な事案に限られるべきと考えられている<sup>51</sup>。本件においては、被告人は営利目的で常習的に同種行為を行っていたことがうかがわれ、被告人に執行猶予付きの懲役刑が言い渡された点については、昭和33年改正法が懲役刑を導入した趣旨に鑑みても不合理とはいえないように思われる。他方、昭和33年改正が念頭においていた出版物の海賊版と異なり、本件では、営利目的でレコードをテープに録音した行為について偽作罪が適用された当時としては珍しい事例であり<sup>52</sup>、従来は業者による出版物の無断複製が中心

---

51 加戸・前掲注26）815頁。

52 匿名解説・判時476号66頁参照。

であった著作権侵害の態様が変化しつつあったことをうかがわせる事案であると評価することが可能であろう<sup>53</sup>。

旧法下において、出版物の無断複製以外の態様により執行猶予付き懲役刑が言い渡された事例として、後述の裁判例⑦のほか、日本音楽著作権協会の演奏差止通知を無視してなされたキャバレーおよびダンスホールにおける無断演奏につき、被告人2名にそれぞれ懲役6月・3年間執行猶予、懲役5月・3年間執行猶予が言い渡された事例（神戸地判昭和45年7月18日判タ253号153頁）がある。

#### 【裁判例⑦】東京高判昭和46年2月2日判時643号93頁

本件は、先例の少ない地図の著作物性が問題となった事案である（民事裁判例であるが、本判決以前に地図の著作物性を認めた裁判例として、大阪地判昭和26年10月18日下民集2巻10号1208頁がある）。

被告人らは、本件地図は著作物には該当しないなどと主張して偽作罪の成立を争ったが、原判決（東京地判昭和44年5月31日判時580号92頁）は、実測地図はもちろん既存の地図を資料として編集したいわゆる編集地図についても、「編図者の精神的労作に基づく思想感情が独創的に具体化された学術的又は美術的著作物と認められるにおいては、著作権の目的たり得る」とした上で、本件地図につき、「全体を総合的に観察すれば、他の類似の作品と対比して区別し得る独自の創作性を有する作品であると認められる」と判示して、被告人らの1名に懲役4月・2年間執行猶予を言い渡した（他の2名は罰金刑にとどまっている）。本判決も、本件地図は編図者の精神的労作に基づく思想感情を独創的に具体化した成果であって、著作権の目的となるべき著作物に該当するとして、被告人らの控訴を棄却している。

---

53 近年における技術の発展とそれに伴う著作権の意味の変化につき、中山・前掲注49）107頁以下参照。

本件は、先例の少なかった地図の著作物性につき、丁寧に事実認定を行った上でそれを肯定しており、貴重な先例としての意義を有している<sup>54</sup>。他方、刑罰規定の明確性の観点からは、疑問の余地なしとはいえない。特に、第一審判決は、旧法の解釈にあたって「著作物の範囲を広げる傾向にあると思惟される改正法案の態度」が参考になる旨を判示しているが、条文上、「著作物」や「著作権」の解釈が刑罰規定の構成要件に直結している著作権侵害罪（旧法においては偽作罪）につき、改正法の施行前にその趣旨を参酌して現行法規の解釈を行うことは、罪刑法定主義に抵触するおそれが否定できない。立法論の観点からは、かかる柔軟な解釈が可能な犯罪構成要件は避けるべきと思われる。

### 3. 著作権侵害罪の構成要件に関する裁判例（昭和）

昭和45年に制定され翌46年1月1日に施行された現行著作権法は、旧法37条の「偽作」の文言を用いず、法119条1項において、「著作人人格権、著作権、出版権又は著作隣接権を侵害した者は、3年以下の懲役又は30万円以下の罰金に処する」と規定した。その一方で、現行著作権法も、旧法と同様、刑法上の財産罪（刑法36章ないし40章）のような行為類型ごとに区別された構成要件を設けることをせず、著作権侵害罪の対象となる行為について著作権等を「侵害した者」という抽象的・包括的な文言を用いたため、刑事裁判において、しばしばその構成要件の解釈が争われることとなった。特に、現行著作権法が施行された昭和46年から昭和64年までの間の時期においては、キャラクター（裁判例⑧）やプログラム（裁判例⑨）、ビデオテープ（裁判例⑩）、エスタンプ（裁判例⑪）のように、その時代における消費傾向を反映する著作物に関する侵害事案が多く見受けら

---

54 匿名解説・判時643号93頁は、本裁判例は現行著作権法の解釈にあたっても参考となる、とする。なお、原判決の匿名解説・判時580号93頁も参照。

れるのが特徴である。

以下、同時期の著作権侵害罪の構成要件に関する主要な裁判例について整理・分析を行うこととする。

**【裁判例⑧】大阪地判昭和54年8月14日判タ396号64頁**

本件は、著名な少女漫画の主人公である「キャンディ・キャンディ」の姿態を子供用シャツ約24万枚に捺染して複製し、うち約22万枚を販売して頒布したという事案である。

弁護人は、本件の訴因が原作漫画ではなくテレビ放映用に映画化された第二次著作物の著作権侵害として構成されていたことから、被告人の行為は原作漫画の著作権を侵害するだけで第二次著作物たる映画の著作権を侵害しないなどと主張して公訴事実を争った。これに対し、裁判所は、本件映画は第二次著作物としての創作性を有することは明らかであり、かつ、映画の1コマに含まれる「キャンディ・キャンディ」のキャラクターについては原作者と映画製作者の双方に独自の創作性が認められ、被告人の行為は原著作物たる原作漫画と第二次著作物たる映画の双方の著作権を侵害する旨判示して、被告人に懲役2年・3年間執行猶予を言い渡した。

本判決は、映画の1コマにおけるキャラクターの姿態につき映画の著作権が及ぶと判断した貴重な先例であるが、大規模な無断複製の事案であるにもかかわらず執行猶予が付されている点も注目される<sup>55</sup>。

---

55 事業として行われたキャラクター商品の無断製造・販売につき、代表取締役に執行猶予付きの懲役刑が言い渡された事例として、仙台地判平成6年3月10日判タ863号290頁がある。同判決は、「知的財産権としての著作権の内容、重要性が広く認識されてきている昨今の社会情勢も考慮に入れた場合、被告人らの行為は悪質で、その責任を軽視することはできない」と判示して、量刑の事情として社会情勢の変化を指摘している点が特徴的である。

**【裁判例⑨】東京地判昭和63年3月23日判時1284号155頁**

本件は、コンピュータ・プログラムやマニュアル等の輸入販売業を営んでいた被告人が、これらを著作権者に無断で複製して販売した事案である。

本件犯行が行われた昭和61年から62年頃において、既に著作権法は昭和60年改正によりプログラムについての定義規定を設け（法2条1項10号の2）、その上で、著作物の例示としてプログラムの著作物を掲げていた（法10条1項9号）。しかしながら、当時、コンピュータ・プログラムの複製による著作権侵害に関する刑事裁判例はほぼ存在せず、本裁判例は、コンピュータの急激な普及が予想されていた当時の状況において、コンピュータ・プログラムの複製に著作権侵害罪を適用した先例としての意義を有している<sup>56</sup>。

なお、本件においては懲役1年6月の実刑判決が言い渡されているが、これは、被告人が長期間にわたり事業として著作権侵害行為を繰り返し行い巨額の売上をあげていたことに加え、本件著作権法違反の捜索差押に來た警察官に対して暴行を加えて公務の執行を妨害し、その際に警察官2名に対し傷害を負わせたことによるものであり、著作権侵害罪の事案としては量刑比較の対象とはならない。

**【裁判例⑩】名古屋地判昭和63年3月24日判時1282号168頁**

本件は、いわゆるレンタルビデオ店において、無断複製したビデオテープを顧客に賃貸した行為に著作権侵害罪の成立が認められた事案である。

映像が記録されたビデオテープも法2条3項所定の「映画の著作物」に該当すると考えられるところ、その複製物を頒布する行為は映画の著作権（頒布権）の侵害にあたり、著作権侵害罪の構成要件に該当する。本裁判例は、レンタルビデオ店の勃興期における先例として位置づけられるもの

---

56 匿名解説・判時1284号156頁参照。

であり<sup>57</sup>、新たな業種に対する規制という観点からも重要な意義を有しているといえよう。なお、貸レコード業者による顧客へのレコードの貸与につき、商業用レコードの公衆への貸与に関する著作者等の権利に関する暫定措置法違反により罰金刑が科せられた事例として、名古屋簡裁略式命令昭和60年1月11日判タ550号312頁がある。

なお、本件においては、計135回にわたり無断複製されたビデオテープを貸し出した行為につき懲役1年6月・3年間執行猶予が言い渡されている<sup>58</sup>。

#### 【裁判例⑩】東京地判昭和63年4月19日判タ680号240頁

本件は、著名な日本画家から許諾を受け、その著作物である日本画の複製銅版画（エスタンプ）を製作した被告人が、製作に使用した版画原版を使用して許諾を受けずに多数のエスタンプを複製したという事案である。

裁判所は、上記の行為による著作権侵害の罪に加え、複製したエスタンプに上記画家の名を刻んだ印鑑を冒捺した私印偽造の罪（刑法167条1項）を認定した上で、犯行が長期間継続的に繰り返されていることや、複製されたエスタンプの多くが販売されて回収もなされていないことなどの事情を勘案し、被告人に懲役1年6月の実刑判決を言い渡した。

本件についても、エスタンプの需要が増加しているという社会状況の下

---

57 匿名解説・判時1282号168頁参照。

58 本件における著作権侵害行為（ビデオテープの貸与）の対価は計約8万5,000円であり、著作権侵害罪の保護法益を純粋な個人的法益ととらえた場合、裁判例⑧の事案と比べてバランスを欠くようにも思われる。既に述べたように、著作権侵害罪の保護法益は純粋な個人的法益ではないと考えられており（前述Ⅲ2（1）参照）、かかる量刑判断は、裁判所の著作権侵害罪の保護法益に対する考え方を示唆するものであるとも考えられ、興味深い（ただし、刑法上の財産罪においても、被害額と量刑相場とは必ずしも比例関係がない点に留意が必要であろう）。

で<sup>59</sup>、エスタンプの複製による著作権侵害に対して刑罰が科せられた事案であり、前述の各裁判例と同様、新たに社会問題となりつつある著作権侵害行為に対し、刑罰をもって厳しく対処した事例であるということができよう。

#### 4. 著作権侵害罪の構成要件に関する裁判例（平成）

平成以降、いわゆるテレビゲームがいかなる著作物に該当するのかが問われた事例（裁判例⑫）や、スナックの経営者が客にカラオケを歌わせる行為が著作権侵害に該当するかが争われた事例（裁判例⑬）、法113条1項2号所定のみなし侵害行為についても著作権侵害罪が成立するかが問題となった事例（裁判例⑭）など、刑罰規定の適用に際し、高度な法解釈が必要となった事例が多発している。この点に関し、法119条1項の規定は不明確とはいえないと判示した裁判例（後述⑰）が存在するものの、その一方で、応用美術品につき著作物性が否定された事例（後述⑮）や価値中立的なソフトウェアの提供行為につき著作権侵害の幫助の故意を欠くとされた事例（後述⑱）のように、下級審判決が上級審において破棄され無罪が言い渡された事例も散見される。

なお、前述のように（前述Ⅲ1）、平成14年以降の知財立国戦略の下、法改正により著作権侵害罪の法定刑が段階的に引き上げられ、平成29年現在において、10年以下の懲役もしくは1,000万円以下の罰金またはその併科となっている。

#### 【裁判例⑫】大阪地裁堺支判平成2年3月29日判時1357号151頁

本件はテレビゲームのソフトウェア・プログラムを無断で複製・販売した行為につき、著作権侵害罪の成立が認められた事例である。

---

59 匿名解説・判タ680号240頁。

前述のように、昭和60年改正後の著作権法10条1項9号はソフトウェアが著作物にあたることを明文で規定したが、本件の対象行為は同改正前に行われており、被告人らが複製したソフトウェア・プログラムの著作物性が問題となった。この点につき、裁判所は、本件テレビゲームは、ディスプレイ上の映像についての映画の著作物とディスプレイ表示を制御する解法に関する論理的思考についてのソフトウェア・プログラムに分けられると判断し、いずれについても著作物性を肯定した。

ちなみに、本判決は、「当時、プログラムが著作権法上の権利侵害罪の対象とされるものかどうかには、必ずしも明確でなかったところが存する」としつつ、「かかる不明確性は、ソフトウェア・プログラムという形態の財産的価値が遅れて社会的に形成されたことによってもたらされた状態であって、…改正前の著作権法についてみても、プログラムをもって…『思想を創作的に表現したものであって、学術の範囲に属するもの』として著作物でありうる…と解することには合理性が存し、かかる解釈に従うことを求められることは、通常の知性の一般人にとって予想可能であったといわなければならない」として、「プログラムをもって右改正前の著作権法の権利侵害罪の対象である著作物と解しても、これによって法的安定を危険に陥れ、罪刑法定主義を否定するものと解することはできない。」と判示している。

本裁判例は、コンピュータゲームのソフトウェア・プログラムの複製に対し著作権侵害罪による有罪判決が言い渡された初めての事例である上<sup>60</sup>、昭和60年改正前の著作権法の解釈としてプログラムの複製に著作権侵害罪の成立を認めた点や、本件テレビゲームに映画の著作物とプログラムの著作物の両面性が認められると判断した点においても、貴重な先例であるということができよう。

なお、本件においてはゲーム機製造販売会社3社とそれぞれの代表取締役

---

60 匿名解説・判時1357号152頁。

役3名が起訴され、各会社に対して罰金刑が、代表取締役らのうち1名に懲役4月・3年間執行猶予、2名に懲役3月・1年間執行猶予が言い渡されている。ただし、代表取締役らの量刑が比較的短期とされたのは、①いづれも従たる役割であったと認定されたこと（主犯格とされた者は判決当時に既に死亡していた）、②著作権の帰属に関する民事上の紛争の影響から被告人らが長期間にわたり不安定な法的地位に置かれたこと、③本件各著作物のうちプログラムについては著作者が特定できず罪となるべき事実を構成しなかったことなどが考慮されたことによるものである。

**【裁判例⑬】大阪地判平成6年4月12日判時1496号38頁**

本件は、スナックの経営者が著作権者に無断でレーザーディスクカラオケを再生して客に歌わせた行為が著作権侵害に該当するかが問題となった事案である。

民事事件においては、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上告審判決）がいわゆるカラオケ法理を展開して経営者の不法行為責任を肯定していたが、本判決は上記最判を引用し、「著作権者…の許諾を得ないまま、店の経営者が、客及び店の従業員等に…音楽著作物である楽曲を歌唱させることは、当該音楽著作物についての著作権の一支分権である演奏権を侵害することになり、その侵害行為の実行行為者は、店の経営者であると考えるのが相当である」と判示し（レーザーディスクを再生した行為につき上映権侵害も認定されている）、被告人に罰金10万円を言い渡した。

なお、本件はカラオケ法理の刑事事件への援用が正式裁判で争われた初めての事例のようであるが<sup>61</sup>、本判決は、カラオケ法理を援用して著作権侵害罪の成立を認めることは犯罪構成要件明確性の原則等を唱った罪刑法定主義に違反する旨の弁護人の主張を排斥するにあたり、「民事上は演奏

---

61 匿名解説・判時1496号40頁。

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かの如き解釈は、演奏権の概念を徒らに混乱させるものであって、到底採り得ない。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」であると判示している。

**【裁判例⑭】 最判平成7年4月4日刑集49巻4号563頁**

本件は、アニメ映画の海賊版ビデオテープを販売して頒布した行為につき著作権侵害罪が成立するかが争点となった事案である。

法113条は著作権等の侵害とみなす行為について定めているが、平成18年改正前の法119条は、みなし侵害が同条にいう「侵害」に含まれるか否かについて明文の規定を設けておらず、学説上も、みなし侵害規定の罰則への適用の可否について見解が分かれていた<sup>62</sup>。この点につき、最高裁は、昭和63年改正前の著作権法113条1項2号にいう「著作権を侵害する行為によって作成された物を情を知って頒布する行為」が平成4年改正前の同法119条1号にいう著作権の侵害に当たるとした原判決（大阪高判平成6年4月14日刑集49巻4号598頁）の判断を是認し、最高裁として、みなし侵害規定の法119条への適用を肯定した。

なお、本件被告人はビデオテープの販売・賃貸業を営む有限会社の代表取締役であり、上記海賊版ビデオテープの販売は事業の一環としてなされたものであるが、本件第一審判決（京都地判平成4年3月25日刑集49巻4号579頁）は、上記著作権侵害の罪に加え、わいせつビデオテープの販売によるわいせつ物頒布罪（当時の刑法175条前段）の成立も認定した上で、被告人に対し懲役1年2月・3年間執行猶予を言い渡している（会社に対しては罰金50万円が言い渡されている）。

---

62 当時の学説の状況につき、中谷雄二郎「判解」最判解刑事篇平成7年度174頁、182頁参照。

【裁判例⑮】 仙台高判平成14年7月9日判時1813号145頁

【裁判例⑯】 仙台高判平成14年7月9日判時1813号150頁

本件は、応用美術品であるファービー人形が美術著作物として著作権法の保護を受けるか否かが問題となった事案である。

実用に供されまたは産業上利用されることを目的として製作される応用美術については、原則として著作物とならず、純粹美術と同視できるような場合に限り、著作権法による保護の対象となると考えられている<sup>63</sup>。ファービー人形の著作物性については、これを肯定して有罪判決を言い渡した⑮事件第一審判決（山形地判平成12年3月31日判例集未搭載）と、これを否定して無罪を言い渡した⑯事件第一審判決（山形地判平成13年9月26日判時1763号212頁）とで判断が分かれていた。

本件各判決は、いずれも、ファービー人形は「育成型の電子ペットとしての愛らしさやかわいらしさといった感情を抱かせることを目的に創作されたものであるが、使用者にかわいらしさを感じさせ、親近感や愛情を持たせるのは、やはりその大きな特徴であるペットと同じような反応や機能をすることが大きく影響していると認められるのであり、そうした点を抜きにして、その容貌姿態のみで美術鑑賞の対象となるというには困難があるといわねばならない」と判示して、ファービー人形の著作物性を否定した（裁判例⑮は破棄自判（無罪）、裁判例⑯は控訴棄却）。

【裁判例⑰】 京都地判平成16年11月30日判時1879号153頁

本件は、ファイル共有ソフトであるWinnyを用いて、不特定多数のインターネット利用者に映画の著作物を自動公衆送信可能な状態にして著作者の公衆送信権を侵害したとして、被告人に懲役1年・3年間執行猶予が言い渡された事例である。

本判決は、インターネットを利用した著作権侵害行為に対し法119条1

---

63 中山・前掲注21) 171頁等参照。

項を適用した先例としての意義を有しているが<sup>64</sup>、それに加え、法119条1項の規定は漠然不明確かつ過度に広範であるとの弁護人の主張を排斥するにあたり「著作権法上、いかなる場合に著作権侵害行為として処罰されるかは、その個々の条文において明確に規定されている。…著作権侵害罪を定める著作権法の規定が、いかなる行為をその処罰の対象とするかについて、他の刑罰法令と同様に、通常の判断能力を有する一般人であれば理解し得る程度の明確性を備えていることは、明らかというべきである」と判示した点も注目される。

**【裁判例⑩】 最判平成23年12月19日刑集65巻9号1380頁**

本件は、被告人がファイル共有ソフトであるWinnyをインターネットを通じて不特定多数の者に提供したところ、これを入手した正犯者が、Winnyを用いて著作物の公衆送信権を侵害したため、著作権侵害罪の幫助犯として起訴された事案である。

第一審判決（京都地判平成18年12月13日刑集65巻9号1609号）は、著作権侵害罪の幫助の成立を認め罰金150万円を言い渡したが、原判決（大阪高判平成21年10月8日刑集65巻9号1635頁）は、「インターネット上におけるソフトの提供行為で成立する幫助犯というものは、これまでにない新しい種類の幫助犯であり、刑事罰を科するには罪刑法定主義の見地からも慎重な検討を要する」「価値中立のソフトをインターネット上で提供する行為に対して幫助犯として刑事責任を問うことは慎重でなければならない」とした上で、「価値中立のソフトをインターネット上で提供することが、正犯の実行行為を容易ならしめたといえるためには、ソフトの提供者が不特定多数の者のうちには違法行為をする者が出る可能性・蓋然性があると認識し、認容しているだけでは足りず、それ以上に、ソフトを違法行

---

64 匿名解説・判時1879号153頁は、「このような事案に関する刑事事件の裁判例で公刊されたものは見当たらない」と指摘する。

為の用途のみに又はこれを主要な用途として使用させるようにインターネット上で勧めてソフトを提供する場合に幫助犯が成立すると解すべきである」との基準を示し、具体的事例に照らし、「被告人は、価値中立のソフトである本件Winnyをインターネット上で公開、提供した際、著作権侵害をする者が出る可能性・蓋然性があることを認識し、それを認容していたことは認められるが、それ以上に、著作権侵害の用途のみに又はこれを主要な用途として使用させるようにインターネット上で勧めて本件Winnyを提供していたとは認められない」として被告人に無罪を言い渡した。

これに対し、最高裁は、「原判決は、インターネット上における不特定多数者に対する価値中立ソフトの提供という本件行為の特殊性に着目し、『ソフトを違法行為の用途のみに又はこれを主要な用途として使用させるようにインターネット上で勧めてソフトを提供する場合』に限って幫助犯が成立すると解するが、当該ソフトの性質（違法行為に使用される可能性の高さ）や客観的利用状況のいかんを問わず、提供者において外部的に違法使用を勧めて提供するという場合のみに限定することに十分な根拠があるとは認め難く、刑法62条の解釈を誤ったものである」として原判決の示した基準を否定し、その上で、「〔価値中立的な〕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」との基準を示した上で、「被告人において、Winnyを著作権侵害のために利用する者が例外的とはいえない範囲の者にまで広がっており、本件Winnyを公開、提供した場合に、例外的とはいえない範囲の者がそれを著作権侵害に利用する蓋然性が高いことを認識、認容していたとまで認めるに足る証拠はない」として、被告人の幫助犯としての故意を否定し、無罪を言い渡した（大谷裁判官による反対意見（後述V1参照）が付されている）。

本判決は、中立的行為であるソフトウェアの不特定多数人に対する提供行為に著作権侵害罪の幫助犯が成立する基準を示した点において極めて重要な意義を有しており、著作権法および刑法の双方の観点から多くの評釈がなされている<sup>65</sup>。本判決の分析はそれらの評釈に委ねることとし、本稿においては、これまでに紹介したいいくつかの事例（裁判例①、裁判例③、裁判例⑫）と同じく、本件においても、下級審と上級審とで法律解釈が分かれ、かつ、有罪判決を言い渡した下級審判決（本件においては第一審判決）が覆されて被告人に無罪が言い渡された点を指摘しておきたい。

## 5. 小括

これまで見てきたように、著作権侵害の罪については、旧法37条の偽

---

65 調査官による評釈として、矢野直邦「判解」最判解刑事篇平成23年度344頁。評釈の整理につき、同407頁以下参照。なお、その後に公表された主な評釈として、亀井源太郎「判批」法学研究87巻3号1頁、深町晋也「判批」立教法務研究7号189頁、岡邦俊「判批」JCAジャーナル61巻8号96頁、塩見淳「判批」刑法判例百選Ⅰ〔第7版〕（別冊ジュリスト220号）176頁、西貝吉晃「判批」情報ネットワーク・ローレビュー13巻1号111頁、曲田統「判批」研修801号3頁、桑野雄一郎「判批」著作権判例百選〔第5版〕（別冊ジュリスト231号）226頁、作花文雄「判批」法とコンピュータ31号41頁、鎮目征樹「判批」同53頁等がある。

作罪を含め、その抽象的・包括的な規定を解釈で補い、各時代ごとに、問題となった侵害行為について同罪の成否を裁判所がその都度判断してきた。この点については、「著作権侵害罪を定める著作権法の規定が、いかなる行為をその処罰の対象とするかについて、他の刑罰法令と同様に、通常の判断能力を有する一般人であれば理解し得る程度の明確性を備えていることは、明らかというべきである」と判示した下級審裁判例（裁判例⑰）も存在するものの、裁判所でさえ一度ならず解釈が分かれた著作権侵害の罪の構成要件に関する諸規定が、「通常の判断能力を有する一般人であれば理解し得る程度の明確性を備えている」とするのは些か強弁に過ぎるように思われる。かかる規定が犯罪構成要件の明確性を要請する罪刑法定主義に反し無効であるか否かは措くとしても、立法論としては、Winny事件で問題となった刑法上の共犯規定の適用を含め、いかなる行為が処罰の対象となるかについて、一般人であれば理解し得る程度に規定する必要がある<sup>66</sup>。

また、著作権法の実効性確保の観点からも、著作権侵害罪の規定は問題があるように思われる。すなわち、本章において取り上げた裁判例が示すように、著作権侵害罪の成否が一見して明らかでない事案も多く、かかる規定を適用（刑事立件）することにより、最終的に無罪になったとしても、それに至るまでの捜査・公判において被疑者・被告人が重大な不利益を被ることが起こり得る。そのため、特に法30条以下に規定される著作権の制限が認められるか否かが微妙な事案について強制捜査や公訴提起が行われれば、表現活動に対して重大な委縮効果をもたらし、憲法の保障する表現の自由に抵触するおそれがあるばかりでなく、著作権法上の刑罰規定の適用が「文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り、もつて文化の発展に寄与する」という同法の目的（1条）に反する結果となる可能性も否定できない。政策目的を達成するためのあるべき法

---

66 桑野・前掲注65) 227頁参照。

技術の探求という法政策学の観点からも、著作権侵害罪の構成要件の規定のあり方について再検討を行う必要性は高いように思われる。

そこで、以下、結びにかえて、著作権法違反に関する刑事立件が問題とされた事例について、行政刑罰の規定のあり方の観点から若干の検討を加えることとしたい。

## V 結びにかえて

### 1. 著作権法上の刑罰規定の適用が不当であるとされた具体的事例

著作権法上の刑罰規定の適用が問題とされた著名な事例として、①前述の Winny 事件（裁判例<sup>67</sup>）および②漫画「ハイスコアガール」の中でゲームのキャラクターを利用した行為が著作権法違反に該当するとして強制捜査が行われたハイスコアガール事件（告訴取下により不起訴）が挙げられる。両事件とも大きく報道された事件であるため、本稿においては、事案の概要については省略することとし、以下、各事件における刑罰規定の適用（捜査および公訴提起）に関する問題点について取り上げることとした<sup>67</sup>。

まず、① Winny 事件は、前述のように価値中立的ソフトの提供行為に著作権侵害罪の幫助が成立するか否かが争われた事例であるが、行政刑罰の適用の観点から注目されるのは、大谷剛彦裁判官の反対意見である。すなわち、大谷反対意見は、被告人の故意を肯定して著作権侵害罪の成立を認めた上で<sup>68</sup>、「本件において、権利者等からの被告人への警告、社会一般

---

67 両事件の事案の概要と法解釈上の問題点につき、差し当たり、矢野・前掲注65）344頁以下および木下昌彦＝前田健「著作権法の憲法適合的解釈に向けて ―ハイスコアガール事件が突き付ける課題とその克服―」ジュリスト1478号46頁以下を参照されたい。

68 大谷反対意見は、被告人の故意を認定した上で、弁護人が主張した実質的

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」として当該事件における刑罰規定の適用（法執行機関による捜査の着手および公訴の提起）を批判しており、犯罪が成立する場合であっても、刑罰規定を適用することが不当である場合があり得ることを示唆している。

次に、⑥ハイスコアガール事件においては、刑事告訴を受けて警察が強制捜査を行ったことにつき、複数の研究者・実務家の連名による声明（以下、単に「声明」という）が出されている<sup>69</sup>。声明は、「著作権を巡る紛争では侵害の成否が『微妙』な事案が少なくない」ことを指摘した上で、「著作権侵害に係る刑事罰・刑事手続は、典型的な海賊版の事案等、明らかな著作権侵害行為が行われている事案であり、かつ民事訴訟では十分な権利行使ができない状況においては、実効性の点で重要な意義を有するものである。…しかし本件のように著作権侵害の成否が明らかではない事案について、強制捜査や公訴の提起等の刑事手続が進められることは、…表現活動に対して重大な委縮効果をもたらし、憲法の保障する表現の自由に抵触し、著作権法の目的である文化の発展を阻害することとなりかねない。従って、著作権侵害に係る刑事手続の運用、刑事罰の適用に対しては謙抑的、慎重であることが強く求められる」として、「著作権侵害の成否が明らかではない事案について、刑事手続が進められることに反対」している。このように、声明は、前述したWinny事件最高裁判決における大谷反対意見と異なり、著作権侵害の有無については事案によって専門家であって

---

違法性を欠くとの主張も排斥し、被告人には幫助犯としての犯罪の成立が認められる、とする。

69 「『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―」  
(<http://www.kisc.meiji.ac.jp/~ip/20141222seimei.pdf>. 2017年11月26日最終確認)

も判断が分かれ得ることを理由に、明らかな著作権侵害事案以外については刑事手続を行うべきではないと主張している。

## 2. 若干の検討

わが国の行政刑罰の多くが機能不全に陥っており、その理由が行政刑罰の多用傾向にあることについては既に述べた（前述Ⅱ3）。これに対し、著作権法上の刑罰規定については、前述のように知的財産法の中でも商標法とならび適用事例が多く（前述Ⅲ3）、刑罰規定が比較的機能しているということができよう。そして、違反罪名（適用条文）の内訳は不明であるものの、警察庁の公表資料によれば、著作権法違反として海賊版事犯が年間200件以上検挙されており<sup>70</sup>、検察庁に送致された事案の少なくない部分が著作権侵害罪の事案であることがうかがわれる。また、検察庁へ送致された事案のうち7割強について略式命令請求ないし公判請求がなされ、さらに、公判請求された事案の大部分について懲役刑（執行猶予が付されたものを含む）が言い渡されていることからすれば、著作権侵害罪の適用は、著作権侵害の抑止に重要な役割を果たしているといえよう<sup>71</sup>。

他方、犯罪構成要件が一義的に明らかでない著作権侵害罪を積極的に適用して権利侵害の抑止を追及することは、著作物等の公正で円滑な利用を萎縮させ、ひいては法の目的である文化の発展を阻害することにもなりかねない（前述Ⅳ5参照）。声明が指摘するように、著作権侵害罪を厳しく適用することが、かえって著作権法の実効性確保に反するおそれも否定で

---

70 警察庁生活安全局生活経済対策管理官「平成28年における生活経済事犯の検挙状況等について」（[https://www.npa.go.jp/toukei/seikeikan/H28\\_seikatsukeizajihan.pdf](https://www.npa.go.jp/toukei/seikeikan/H28_seikatsukeizajihan.pdf)、2017年11月26日最終確認）31頁参照。

71 著作権法違反に関する刑事罰の適用状況について、より詳細なデータを示しつつ同法上の刑罰規定の意義と問題点を論じるものとして、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99頁以下。

きないように思われる。かかる観点からは、著作権法上の侵害の罪の構成要件は抽象的・包括的にすぎるものといえよう。

この点については、現行著作権法の立法担当者も罰則の適用に関して一度ならず検察官の起訴裁量について定めた起訴便宜主義（刑事訴訟法248条）に言及しており<sup>72</sup>、立法時において、軽微な事案については構成要件に該当する行為であっても検察官が起訴しないことに期待して包括的な構成要件が定められたことがうかがわれる（前述の大谷裁判官の反対意見もかかる立場を前提にするものと考えられる）。

しかしながら、刑罰規定は、構成要件に該当する行為が原則として法定刑の範囲内の刑を科すに値する行為であると宣言するものであるから、犯罪の成立が認められる場合にまで捜査の着手や公訴の提起を不当とすることは、実定法の不備を執行機関に転嫁するものであって妥当ではないように思われる<sup>73</sup>。立法論としては、刑罰規定をできる限り一義的に明確に定めた上で、刑罰に値しない行為については速やかにその対象から外すべきであろう。このことは、「文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り、もって文化の発展に寄与する」という著作権法の目的の観点からも重要であると考えられる。

最後に、行政刑罰が現実に応用されることによる弊害が具体的に議論されることは少なく、Winny事件やハイスコアガール事件において示された著作権法上の刑罰規定の適用に関する問題意識は、わが国の行政刑罰のあり方の研究に新たな視座を与えるものであると思われる。著作権法上の刑罰規定の検証から得られた示唆を踏まえてわが国の行政刑罰全体の規定のあり方について検討することが今後の課題である。

---

72 加戸・前掲注26) 813、827頁。

73 田中・前掲注3) 200頁。