



® 平成 29 年 8 月 29 日 (火)

No. 14517 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

☆著作権侵害の実体法上の両立性と手続法上の両立性(下)

—民事法における訴訟物論と刑事法における公訴事実の同一性をめぐって— (1)

☆知的財産関連ニュース報道(韓国版) …… (8)

著作権侵害の実体法上の両立性と 手続法上の両立性(下)

—民事法における訴訟物論と刑事法における 公訴事実の同一性をめぐって—

骨董通り法律事務所 弁護士

島根大学大学院法務研究科特任教授 桑野 雄一郎

ク みなし著作人人格権侵害による著作人人格権侵害の罪と著作人人格権の罪が成立する場合

著作権法は著作人人格権侵害物品について同項各号に定める行為を行った場合を著作人人格権侵害とみなす旨規定し(113条1項)、5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金又はその

併科(119条2項3号)という法定刑を定めている。そこで、著作人人格権侵害行為を行った者が、当該侵害行為によって作成されたものについて113条1項各号に定める行為を行った場合、著作人人格権侵害の罪とみなし著作人人格権侵害による著作人人格権侵害の罪が成立すること



特許業務法人 アイミー国際特許事務所

所長 伊藤 英彦*
弁理士
副所長 竹内 直樹*
弁理士
弁理士 松田 美幸子*

副所長 森下 八郎*
弁理士
弁理士 白井 あゆみ
弁理士 吉田 博由

*: 付記弁理士(特定侵害訴訟代理)

〒542-0082 大阪市中央区島之内1-21-19 (オリエンタル堺筋ビル)

TEL: 06(6120)5210 FAX: 06(6120)5211

E-mail: info@imypatent.jp URL <http://www.imypatent.jp>

となる。

しかし、支分権侵害による著作権侵害の罪との関係で述べたのと同様に、著作者人格権侵害の罪との関係でも、本稿のみなし著作者人格権侵害による著作権侵害の罪は補充的性質を有するものと考えられることから、自ら著作者人格権侵害行為を行った者については本稿のみなし著作者人格権侵害による著作者人格権外の罪は成立しないものと考えらるべきであろう。

ケ その他

(ア) 以上の複合的な類型として、例えば自ら複製権・翻案権侵害行為を行った者が、当該侵害行為によって作成した物を頒布目的で所持した上で頒布した場合を考えると、①複製・翻案についての支分権侵害、②所持についてのみなし著作権侵害、③頒布についての支分権侵害、④頒布についてのみなし著作権侵害の4つの規定に該当することになるが、②と④は①に吸収される結果、①と③のみが成立し、両者は両立しない一罪(牽連犯)の関係になるという結論となる。

(イ) 次に、複製権・翻案権侵害を行った者が、侵害行為によって作成した物を頒布し、また公衆送信も行ったという場合について、本来的に頒布についての著作権侵害の罪と公衆送信についての著作権侵害の罪とは両立する併合罪関係に立つべきものである。しかし、刑法上は本来併合罪となるべき数個の犯罪について、それが特定の罪と観念的競合・牽連犯の関係に立つ場合、全体として刑罰適用上の処罰の一回性を認める、すなわち全体として一罪として処理する「かすがい現象」という法理が確立されている。

この典型例が、他人の住居に侵入して順次3人を殺害したという場合で、この場合について判例では3個の殺人罪がそれぞれ住居侵入罪と牽連犯の関係にあるから、結局、全体を一罪として、その最も重い刑に従い処断すべきであるとしている。上述の例にこのかすがい現象の法理を適用すると、頒布行為についての著作権侵害の罪と公衆送信権侵害による著作権侵害の罪とは、それぞれが複製権・翻案権侵害による著作権侵害の罪と牽連犯の

関係に立つ結果、全体を一罪として、その最も重い刑に従い、すなわち1個の支分権侵害を行った場合と同じ刑に従い処断されるべきこととなる。

(3) まとめ

以上述べた実体法上の両立性が否定される場合、すなわち実体法上一罪と評価される場合は、刑法上の公訴事実の単一性が認められる結果、手続法的にも両立性が否定される結果となる。他方、実体法上の両立性が肯定される場合、すなわち実体法上併合罪関係にあると評価される場合は手続法上の両立性は各行為が択一関係にあるかどうかを基調に基本的事実が同一かどうかで判断されることになる。ただ、基本的に著作(者人格)権侵害の罪、のみなし支分権侵害による著作権侵害の罪、のみなし著作(者人格)権侵害による著作(者人格)権侵害の罪で、択一関係が成立することはあまりないのではないかと考えられる。

例えば、刑事訴訟法において択一関係の例として挙げられるのは、同一の財物に対する窃盗罪と他の領得罪、すなわち強盗、窃盗、横領、占有離脱物横領などの場合である¹。これは、有体物に対する支配権の侵害行為として、同一財物に対するこれらの領得罪が両立することはないという考えから択一関係が肯定され、両立性が否定される。しかし、著作権法のような無体物に対する支配権については、複数の支分権侵害行為、単一の支分権の複数回にわたる侵害行為は両立し得ることになる。同様に、択一関係の例として挙げられるものに、日時・場所が異なった事実がある。例えば「平成29年8月1日に東京駅構内で甲から10万円の入った財布を盗んだ」という事実と、「平成29年8月3日に東京駅構内で甲から10万円の入った財布を盗んだ」という事実は、事実上両立し得ないとして択一関係が肯定され、両立性が否定される。しかし、無体物に対する支配権である著作権においては、例えば複製行為についていえば、8月1日の複製行為と8月3日の複製行為は両立し得ることになるといふべきである。

ただ、若干の例外として、以下のような場合は択一関係が肯定されるものと思われる。

ア 複製権侵害行為と翻案権侵害行為

複製行為と翻案行為は、判例上は成果物が二次的著作物と認められる場合が翻案であり、そのように認められない場合が複製と区別されている。よって、著作物の利用行為が複製と翻案の双方に該当するということは考えられず、両者は択一関係になるものと考えられる。

イ 上映権侵害行為と伝達権侵害行為

上映権(22条の2)における「上映」とは著作物を映写幕その他の物に映写することをいうが、その著作物からは公衆送信されるものが除外されている(2条1項17号)。そして、公衆送信される著作物を映写幕その他の物に映写する行為は、伝達権(23条2項)に該当するものとされている。よって、著作物を映写幕その他の物に映し出す行為は、当該著作物が公衆送信されている場合は伝達権の、そうでない場合は上映権の侵害ということになり、特定の行為がその双方に該当するということは考えられないので、両者は択一関係になるものと考えられる。

ウ 上演権、演奏権、口述権侵害行為と伝達権侵害行為

エ 譲渡権・貸与権と頒布権

上演権、演奏権(22条)及び口述権(24条)には、著作物の上演、演奏又は口述で録音され又は録画されたものを再生することが含まれるが、その再生行為からは公衆送信に該当するものが除外されている(2条7項)。よって、録音・録画されたものの再生による著作物の上演、演奏又は口述は、当該著作物が公衆送信されている場合は伝達権の、そうでない場合は上演権、演奏権又は口述権の侵害ということになり、特定の行為がその双方に該当するということは考えられないので、両者は択一関係になるものと考えられる。

エ 譲渡権・貸与権と頒布権

譲渡権(26条の2)・貸与権(26条の3)と頒布権(26条)は、前者が映画以外の、後者が映画の著作物に該当する。よって、写真や絵画といった著作物について頒布行為を行った場合、当該写真や絵画がもともと写真や絵画として創作されたものであれば譲渡権・貸与権の対象と

		著作権侵害		著作者人格権侵害	みなし支分権侵害	みなし著作権侵害	みなし著作者人格権侵害
		複製権 翻案権	その他の 支分権				
著作権侵害	複製権 翻案権	× (※1)	× (※2)	○ (一部×) (※4)	○	○	○
	その他の 支分権	× (※2)	○ (一部×) (※3)	○ (一部×) (※4)	○ (一部×) (※4)	× (※6)	× (※4)
著作者人格権侵害		○ (一部×) (※4)	○ (一部×) (※4)	× (※5)	○	○	× (※5)
みなし支分権侵害		○	× (※6)	○	× (※5)	× (※4)	○
みなし著作権侵害		○	× (※6)	○	× (※4)	× (※5)	× (※4)
みなし著作者人格権侵害		○	× (※4)	× (※5)	○	× (※4)	× (※5)

○=両立性あり ×=両立性なし

(※1) 複製権侵害又は翻案権侵害を繰り返した場合は包括一罪となる。また、複製権と翻案権は実体法上は両立するが択一関係になるので手続法上は両立しない((3)ア)。

(※2) 牽連犯として実体法上も手続法上も両立しない関係になる。

(※3) 実体法上は両立するが(3)で述べたものは手続法上択一関係にあるので手続法上は両立しない。

(※4) 原則的に両立するが、例外的に観念的競合として実体法上も手続法上も両立しない関係になる場合がある。

(※5) 包括一罪として手続法上も実体法上も両立しないと考えられる。

(※6) 支分権侵害のみが成立すると考えられる。

なるが、映画の著作物である実写の映像やアニメーション作品から切り出したものである場合は頒布権の対象ということになる。これも、特定の行為がその双方に該当するという事は考えられないので、両者は択一関係になるものと考えられる。

以上の例外的場合を除くと、基本的に刑事法においては実体法上の両立性がそのまま手続法上の両立性ということになると考えられる。すなわち、実体法上一罪とされ両立性が否定される行為については、手続的にも両立性が否定されるということになる。

ここで、実体法上の両立性を表にまとめると前頁のとおりである。

3 民事法における両立性について

(1) はじめに

民事法における手続法上の両立性の問題である二重起訴の禁止(民訴法142条)や終局判決の既判力の範囲については訴訟物理論が展開されている。訴訟物とは訴訟の中身となり、当事者の紛争の中核となっている基本単位であり、その単位をどう考えるかにより、二重起訴の禁止に抵触するかどうかや既判力の客観的範囲(同法114条)が決定されることになるもので、まさに手続法上の両立性の判断基準に他ならない。

この訴訟物をどう捉えるかについては、民事訴訟法上旧訴訟物理論と新訴訟物理論が対立しているが、実務上は訴訟物を実体法上の個別的・具体的な権利又は法律関係そのものであり、その特定識別と訴訟物の個数と異同は実体法上の個々の権利が基準になるとする旧訴訟物理論が採られている。新訴訟物理論との対立は重要論点ではあるものの、実務上は決着がついている議論でもあることから、本稿では以下この旧訴訟物理論を前提に論を進めることとする。

旧訴訟物理論を前提とすると、実体法上の両立性の問題は実体法上の両立性の問題に他ならないこととなる。そこで、以下、訴訟物をめぐる議論を踏まえつつ、実体法上の両立性について検討することとする。

(2) 実体法上の両立性について

ア 著作者人格権侵害と著作権侵害の関係

著作者人格権と著作権の関係については、「同一の行為により著作財産権と著作者人格権とが侵害された場合であっても、著作財産権侵害による精神的損害と著作者人格権侵害による精神的損害とは両立しうるものであつて、両者の賠償を訴訟上併せて請求するときは、訴訟物を異にする二個の請求が併合されているものである」として両者は訴訟物として別だとした判例がある²。学説上も、著作者人格権と著作権の関係については、両者を別個の権利とする二元論と密接不可分な権利とする一元論が展開されているが、両者の権利の性質の違いから二元論が主流である。

このように、著作者人格権侵害と著作権侵害とは両立する関係ということになる³。

イ 複数の著作者人格権侵害の関係

複数の著作者人格権侵害が行われた場合について、実務上は各著作者人格権毎に訴訟物が別個となるものではなく、著作者人格権として1個の訴訟物となるものと取り扱われている⁴。本来的には各支分権毎に訴訟物が別個となるべきものではあるが、これらの支分権は著作者の人格的利益を保護するという点では共通することに鑑みれば、著作者人格権に含まれている各権利は訴訟物として1個と解釈するべきだというのが主流である⁵。

このように著作者人格権に含まれる権利が訴訟物として1個だという見解を前提とすると、複数の著作者人格権侵害行為は実体法上両立しない関係になるものと考えられる

ウ 複数の支分権侵害の関係

(ア) 著作権を構成する支分権については、著作権は著作権法20条以下に列挙されている支分権の束であり、「著作権」とはこれらの支分権の総称であるとの説明をするのが一般的であり⁶、本稿においても刑事法における両立性の検討に際してはこの支分権概念を前提としてきた。

そして、民事法上は、刑事法における実体法上の両立性において議論されているような罪数論に相当する議論はあまり行われてい

ない。その背景には、重大な人権制限を伴う国家刑罰権の発動という刑事法の世界と、損害の公平な填補を目的とする民事法(不法行為法)の世界という相違があるものと思われる。すなわち、刑事法においては国家刑罰権の発動をなるべく限定的・抑制的にしようとするのに対し、民事法(特に不法行為法)においては損害を被った者の救済のためなるべく多様な救済手段を認めようとする傾向があり、これが実体法上の両立性にも影響しているものと考えられる。

このような考えを前提とすると、実体法上各支分権は訴訟物として別個であり、これに対する侵害行為は原則として両立するものということになる。

(イ)ところが、複製権と翻案権については、判例上は両者が訴訟物が1個であるとの立場に立っているとされている。これは、複製権侵害を理由とする請求を棄却した判決に対する控訴審において、編曲権侵害の主張を追加した上で複製権侵害を撤回したという事案において、控訴審判決⁷が控訴審における新請求の一部認容ではなく原判決変更という形式を採っていることによるものである⁸。

この見解を前提とすると、複製権侵害と翻案権侵害とは訴訟物は1個となり、これに対する侵害行為は実体法上両立しないということになる。

(ウ)複製権と翻案権以外の支分権については、財産的利益としての保護法益の共通性を重視すれば、訴訟物を同一とみることとなろうし、法的保護の態様の異質性を重視し、被侵害利益は異質であると考えれば、訴訟物は別個とみることとなろうとされている⁹。

ただ、複製権侵害に基づく差止請求権と公衆送信権侵害に基づく差止請求権の訴訟物は別個とみるべきだとの見解¹⁰もあるように、基本的には別個のものとする考えが主流ではないかと思われる。

エ その他

以上のように民事法における実体法上の両立性については訴訟法上の訴訟物との関係で議論がされているが、著作(者人格)権侵害につい

ての議論にとどまっており、みなし支分権侵害やみなし著作(者人格)権侵害も含めた両立性の議論はなされていないようである。ただ、支分権毎に訴訟物が別だという見解に立てば、基本的に著作(者人格)権侵害とみなし支分権侵害、みなし著作(者人格)権侵害もそれぞれ実体法上の権利としても、訴訟物としても別のものであり、両立する関係ということになるのに対し、これを1個だとする見解にたてば、みなし支分権侵害やみなし著作(者人格)権侵害についても全て1個だという結論になるとと思われる。

以上をまとめると、著作者人格権と著作権は訴訟物(実体法上の権利)として別個のもので、両立すること、また著作者人格権に含まれる各権利が訴訟物として1個のもので両立することにはあまり異論はないが、著作権に含まれる各権利がそれぞれ訴訟物として別個のもので両立するか、1個のもので両立しないかについては見解が対立している、ということになる。

(3) 手続法上の両立性について

実体法上の両立性に関する議論は、その結論が手続法上の両立性と同じになることを前提としているようである。これを前提とすると、著作者人格権侵害と著作権侵害は手続法上も両立し、著作者人格権に含まれる各権利は手続法上も両立しない、また著作権に含まれる各支分権については手続法上も両立するかしないかについては見解が対立しているということになる。

(4) 私見

ア 実体法上の両立性については訴訟法上の概念である訴訟物理論を踏まえた議論となっており、その結果上述のとおり実体法上の両立性を認めた場合、当然に訴訟法上の両立性も認めることになるという考えが前提になっているように思われる。例えば、「一個の事実関係から生じた著作権侵害について損害賠償しようとする際、各支分権ごとに訴訟物が異なるとすると、訴訟物が複数成立することになり訴訟関係を複雑にすることになって妥当でない」との指摘もなされているところである¹¹。確かに、旧訴訟物理

論を前提とし、訴訟物である実体法上の権利をそれぞれ別個のものとして両立性を肯定した場合、1個の、あるいは一連の著作権侵害行為について重複して、あるいは細切れで訴訟手続を提起することが可能ということにもなりかねないということも懸念されるところではある。

しかし、旧訴訟物理論においても、権利としては実体法上別個であっても、実質的には同一訴訟の蒸し返しとなるような場合には、後訴提起を信義則違反として許されないとして両立性を否定する処理もなされているところであり¹²、実体法上の両立性を認めることが直ちに訴訟法上の両立性を認めることになるわけではない。したがって、実体法上の権利、訴訟物として別個のものとして実体法上の両立性を肯定しつつ、それによる手続的な不都合は適宜信義則により手続法上の両立性を否定するという結論も考えられると思われる。

以下、この観点から、また前述した刑事法における両立性と可能な限り調和を図る観点から実体法上の両立性と手続法上の両立性を検討することとする。

イ まず、著作人格権侵害と著作権侵害の関係については、実体法上も別個で、訴訟法上も別個と考えるのが穏当と考えられる。

次に、複数の著作人格権侵害については、各人格権ごとに訴訟物は別個のものと考えべきだと思われるが、これらが刑事法における両立性において述べた包括一罪に該当する場合は全体として1個の不法行為による1個の権利侵害として、訴訟物としても1個と考え、両立性を否定してよいものと思われる。

複数の支分権侵害については、前述のように実体法上の権利、訴訟物として1個とみるか別個のものとするかの議論があるところであるが、支分権概念を踏まえればやはり別個のものとするべきであろうし、例えば自ら複製した上で譲渡や公衆送信を行った者に対し譲渡権や公衆送信権の侵害を理由として提起した訴訟において、114条1項に基づいて損害額を認定した場合、同項は複製権侵害や公衆送信権侵害についての損害額を推定してに過ぎないにもかかわらず、複製権侵害をも訴訟物になっていると

いうのは不合理である。同様に、114条3項により損害額を認定する場合、実務上「著作権…の行使につき受けるべき金銭の額」は各支分権ごとに定められているので¹³、譲渡権侵害や公衆送信権侵害について同項で損害を認定した場合、複製権侵害についての損害額は訴訟物であるにもかかわらず認定されないこととなり、これもやはり不合理である。したがって、やはり訴訟物は各支分権毎に別個と考え、実体法上の両立性を認めるべきであろう。

みなし支分権侵害と支分権、みなし著作(者人格)権侵害についても同様で、著作人格権侵害及びみなし著作人格権侵害と著作権侵害、みなし支分権侵害及びみなし著作権侵害については訴訟物として別個のものとして実体法上の両立性を肯定し、複数の著作人格権侵害及びみなし著作人格権侵害、そして複数の著作権侵害、みなし支分権侵害及びみなし著作権侵害については訴訟物は別個のものとして実体法上の両立性を肯定し、ただ、刑事法における実体法上の両立性について述べた包括一罪については実体法上の権利、訴訟物は全体として1個のものとして実体法上の両立性を否定することになる。

そして、以上の実体法上の両立性が否定される場合は手続法上の両立性も否定され、また実体法上の両立性が肯定される場合は手続法上の両立性も肯定されるのが原則であるが、それでは不合理と考えられる場合は例外的に信義則により手続法上の両立性を否定することになる。

どういう場合に手続法上の両立性が否定されるかについては、まず刑事法における実体法上の両立性において述べた、観念的競合に該当する場合及び吸収関係にある場合、そして公訴事実の同一性における択一関係が認められる場合と考えてはどうかと思われる。これらの場合は、1個の行為が複数の著作(者人格)侵害に該当する場合や一見するといずれの侵害にも該当しそうではあるが、いずれかしか成立しないと考えられる場合なので、これらが訴訟物として別個であるからという理由で手続法上の両立性を認めるのは明らかに不合理と考えられるからである。

問題は牽連犯の場合であるが、その例として考えられる違法に複製した後に複製物を頒布したという複製権侵害と譲渡権侵害の事例を例にすると、複製行為と譲渡行為はそれぞれ別個の行為であり、またそれぞれについての損害が觀念しうる以上訴訟法上の両立性を認めても不合理とは言い難いと思われる。刑事法の両立性と民事法の両立性を可能な限り統一的に解釈するというのが冒頭で述べた本稿の趣旨ではあるが、刑事法では複数の犯罪が手段と結果という関係にあり、犯罪学的に併せて行われることが多い場合にあまり刑が加重になるのを回避するという配慮があるのに対し、民事法上はそれぞれに認められる損害が合算されても責任として加重であるとはまでは評価できないこともあるので、かかる相違はやむをえないものと考えられる。

4 最後に

本稿では権利侵害の罪に着目したが、著作権法の罰則には権利侵害を前提としないものも含まれている。例えば引用(32条1項)に際しての出所明示義務(48条1項1号)に違反した場合、50万円以下の罰金という罰則が設けられている(122条)。32条1項の要件を満たさないため複製権を侵害する利用を行い、その際に出所も明示しなかったという場合には、複製権侵害による著作権侵害の罪(119条1項)と共に122条の罪が成立するのか、そもそも122条の罪は引用の要件を満たし、その結果複製権侵害が成立しない場合の罰則であるから、かかる場合は122条は適用されないのか、といった点は必ずしも明確ではない。

このことも含め、民事法における両立性と刑事法における両立性についての議論以前に、著作権法違反の罪についての分析がさらになされる必要があると思われる。本稿は字数の制約もあり、いまだ試論の域を出ないものではあるが、特に刑事法の研究者による著作権法の分析・検討の契機となれば幸いである。

年5月29日刑集7巻5号1158頁は基本的事実の同一性を認めている。

- 1 最決昭和29年5月27日刑集8巻5号741頁
- 2 最判昭和61年5月30日民集148号95頁
- 3 両説の対立については岡田洋一「著作権侵害訴訟における訴訟物」岡山商大論叢第43巻2号参照。
- 4 東京高判平成8年10月2日判時1590号134頁などにおいても、慰謝料の算定に際し、各支分権ごとではなく一括して主張され、認定されており、実務上はそのような処理が定着している。
- 5 田中浩之「著作権侵害訴訟の訴訟物」著作権判例百選(第4版)有斐閣204頁。なお、前掲・岡田60頁は、「一個の事実関係から生じた著作権侵害について損害賠償請求しようとする際、各支分権ごとに訴訟物が異なるとすると、訴訟物が複数成立することになり訴訟関係を複雑にすることになって妥当でない」として、訴訟物は1個であるとの見解を示している。
- 6 島並良・上野達弘・横山久芳「著作権法入門」(第2版)有斐閣140頁など。
- 7 東京高判平成14年9月6日判時1794号92頁
- 8 前掲・田中
- 9 前掲・田中
- 10 小松一雄「著作権侵害行為の差止請求権」牧野利秋・飯村敏明編「新・裁判実務体系(22)著作権関係訴訟法」516頁。
- 11 前掲・岡田60頁
- 12 最一小判昭和51年9月30日民集30巻8号799頁
- 13 例えば音楽の著作物についての著作権外を理由とする損害賠償請求訴訟においては、同項による損害額の算定に際して一般社団法人日本音楽著作権協会の使用料規定が引用されることが少なくないが、当該使用料規定は複製使用の場合や公衆送信の場合など、支分権に対応した利用態様ごとに使用料を定めている。他の著作権等管理事業法に基づく著作権等管理団体の使用料規定の多くも同様である。

¹ 詐欺と横領と占有離脱物横領について、最判昭和28