

2019年1月13日

明治大学知的財産法政策研究所(IPLPI)シンポジウム

「平成30年著作権法改正の評価と課題」

主催：科学研究費補助金 基盤研究A 平成27～31年度

「知的財産権と憲法的価値」

共催：科学研究費補助金 基盤研究A 平成27～31年度

「私人の権利行使を通じた法の実現」

第一部講演 「TPP11協定の発効に伴う改正法の施行について」

奥邨弘司（慶應義塾大学教授）

慶應義塾の奥邨でございます。開始からかなり時間もたちました。授業だと、そろそろ1コマ終わりというところですが、私も授業の1コマ90分が身につけていますので、そろそろ長いなと思っているところですが、あと20分か25分ぐらい、少し我慢してお聞き願えればと思っております。

私のほうからは、「TPP11協定の発効に伴う改正法の施行について」というタイトルでご報告をさせていただきたいと思っております。タイトルではちょっとごまかしているのですが、正直申し上げますと、平成30年改正というよりは、正しくは、平成28年改正の平成30年施行ということになるかもしれません。30年改正と言い切っているのかどうかちょっと微妙なところかもしれませんが、このへんは経緯として少しお話しさせていただきたいと思っております。

環太平洋パートナーシップ協定、いわゆるTPP協定が、2016年の2月4日に署名されるわけですが、それに先立ちまして、政府では署名・批准に向けまして、必要な国内法制度の整備に関しての検討が進められるわけでございます。著作権分野に関しましては、文化庁で検討が進められまして、文化審議会著作権分科会法制基本問題小委員会で議論されまして、その結果が2月に報告書として公表されます。そこでは、この5つの事項、①著作物等の保護期間の延長、②著作権等侵害罪の一部非親告罪化、③著作物等の利用に関する効果的な技術的手段に関する制度整備、④配信音源の二次使用に関する使用料請求の付与、⑤法定損害賠償または追加的損害賠償に関する制度整備の5つが対応を必要とする事項として取り上げられて、具体的な改正の方向性が示されました。

TPP協定に伴う制度整備は、改正が必要となる法律を個々に改正するという手法ではなくて、環太平洋パートナーシップ協定の締結に伴う関係法律の整備に関する法律、ここではTPP12協定整備法と一応呼んでおりますけれども、この整備法で一括して改正されるということになりました。当然、著作権法に関する改正事項もここに盛り込まれております。

この TPP12 協定整備法は、2016 年の 12 月 9 日に成立するわけでありませ

す。レジュメには言葉が抜けておりますけれども、その著作権法関係の改正事項の施行日というの

は、TPP12 協定の発効日ということにされておりました。ところがご案内のように、トランプ大統領が、端的に申しますと、オバマ前大統領の政治的成果、レガシーはひっくり返さないと気が済まないということで、2017 年 1 月 23 日に、TPP 協定の脱退に関する大統領令、正式には大統領覚書、プレジデントメモランダムというものに署名をします。この大統領令は、ご丁寧なことに、TPP 交渉からは永遠に脱退するということを通商代表部に命じております。

この米国の脱退によりまして、TPP 協定は発効要件を満足する可能性がなくなりましたわけですが、米国以外の 11 カ国は、改めて交渉を行いまして、TPP12 協定のサブセット版と言えます、正式名長いのですが、環太平洋パートナーシップに関する包括的及び先進的な協定、いわゆる TPP11 協定を締結することになるわけですね。その後、わが国国会では、今度はこの TPP11 協定の整備法というのが成立することになるわけでありませ

す。この TPP11 協定の整備法では、著作権関係の改正事項の施行日を——すみません、レジュメに著作権関係の施行日と書いていませんでした言葉足らずですね、すみません——発効の見込みがなくなった TPP12 協定の発効日から TPP11 協定の発効日に変更したわけでありませ

す。その結果、TPP11 協定がご案内のように、昨年 12 月 30 日に発効するのにあわせまして、著作権関係の改正項目も施行されたということになるわけですね。

ところで、先ほど TPP11 協定を TPP12 協定のサブセット版と申し上げましたけれども、その理由は、TPP11 協定では、TPP12 協定中の一部の項目が効力を停止されているからでありませ

す。それらの項目は、条文上、TPP11 協定から削除されているというかたちではなくて、協定上にはあって、それも含んだかたちで協定締結するのですけれども、発効と同時に効力が停止されるという仕組みになっているわけですね。ここでは分かりやすく「凍結」というふうに呼んでおります。

この凍結項目中には、著作権に関する改正事項の一部、具体的にはここでお示しましたように、保護期間の延長に関する部分と、アクセスコントロール技術の回避規制に関する部分の 2 つが含まれているわけですね。したがいまして、TPP11 協定との関係だけを考えますならば、これらの凍結項目に関しまして改正法を施行する必要はないということになるわけでありませ

す。しかし、TPP11 協定整備法では、そのような選別は行われることなく、1 から 5 の全ての項目が施行されるということになったわけですね。これは、TPP 協定の交渉をわが国が先導してきたこと、高いレベルの国際的ハーモナイゼーションを求めることなどから、わが国が自主的な判断として行ったものとされていませ

す。それでは、昨年 12 月 30 日に施行された項目をざっと見てまいりたいと思ひませ

す。まず保護期間の延長でございます。これにつきましては、既に皆さんよくご存じのことと思ひませ

すが、著作権および著作隣接権の存続期間が 20 年間延長されたわけでございます。

もっとも正確にいきますと、死後起算と公表後起算のいずれについても現行法で 50 年間と なっているものを 70 年間に改めるということですので、既に 70 年間保護されてい ます映画の著作物の保護期間が、さらに 20 年延びて 90 年になるわけではございません。

なお、付則の定め方が興味深いことになっております。最高裁判決になりました、シェ ーン事件で争われた付則の場合は、これとは違いまして、「施行の際、現に著作権が存在す る」場合、改正法が適用されるという定め方でありましたが、今回は、「施行日の前日に現 に著作権が存在する」場合、改正法を適用するという定めになっております。施行の際現 にとした場合、シェーン事件判決の論理でいきますと、TPP11 協定が仮に 1 月 1 日発効の 場合は、その前の年の年末に著作権の存続期間が満了する——通常、著作権は戦時加算等々 がなければ年末に存続期間が満了します——ものについては、存続期間の延長がなされな いということになるわけです。ただ、これが、今期の付則のように施行日の前日に有効な らば延長されるというのならばその心配はないということになります。もっとも、今回 TPP11 協定は、1 月 1 日以外の施行ということになっておりますので、戦時加算に関する ものを除きますと、もともとのような規定の仕方であったとしても特に問題はなかったの かというふうには思うのですけれども、一応念のためということだろうと思えますし、今 後、こういうかたちでの付則の規定をする際の前例になるのではないかというふうに思う ところであります。

少し触れましたけれども、戦時加算につきましては、廃止されず存続しておりますが、 対象となるアメリカ、カナダ、ニュージーランド、それからオーストラリアとは、サイド レターで、戦時加算問題の対処のために権利管理団体と権利者の間の対話を奨励し、必要 に応じて対話の状況を、他の適切な措置を検討するために政府間で協議を行うことという ことで、一応の確認を行っているということになります。

次に、著作権侵害罪の一部非親告罪化であります。スライドの 6 に TPP11 協定の関連部 分を挙げております。出典を落としておりますけれども、政府の訳ということになります。 非親告罪化に関しましては主にコミックマーケットなどで流通している同人作品、二次創 作作品の関係者から懸念の声が上がったわけであります。

二次創作は、言い方は微妙ではありますが、極論しますと、原作漫画の無断翻案物でし かない部分がございます。しかし、それは、現在日本では 1 つの、認められたサブカルチ ャーというもおかしいな言い方かもしれませんが、サブカルチャーとして一定の 社会的地位を占めているというわけであります。それは、いわば原作作家による一種の黙 認の結果ということになるわけであります。

著作権侵害に関しましては、民事の請求は権利者が始めなければ成立しませんし、刑事 の場合は、これまでは親告罪でしたから、権利者が黙認している限りまず大丈夫だろうと いう、一種の括弧付きではありますけれども安心感があったわけであります。しかし、非 親告罪化されるとなると、そうはいかなくなるのではないかと。権利者が黙認してく れていたとしても、捜査機関の胸先三寸で事件化されてしまう。その萎縮効果たるや、日

本の二次創作文化を根底から破壊しかねないのではないかと心配されたわけです。

二次創作が新しいクリエイターを生み出す苗床になっていることを考えますと、そこに対する萎縮効果というのは、日本のコンテンツ文化、の発展に大きなマイナスになるのではないかということが懸念をされるわけです。

審議会、先ほどの小委員会では、非親告罪化されたとしても、捜査機関は権利者の意向を一応配慮し、それを無視して独走することはなかろうから心配不要というようなご意見も一部あったのですが、やはり全体的な議論の中では、萎縮効果は大きいということになりました。また、政府のほうでも、クールジャパンということで、日本のいろんなコンテンツ文化を発展させていこうという、大きな方向性との整合性などありまして、この二次創作などに関しては従来のまま、つまり親告罪のままとすることが選択されたわけでありまして、TPP 協定上も、こちらの注のところにありますように、一定の裁量というのが締結国に認められているわけでございます。

今回の改正では、その 123 条の 2 項に、非親告罪化される場合の 3 つの要件というのが規定されております。具体的にはまず①として (a) 有償著作物等を、原作のまま複製した複製物を公衆に譲渡すること、もしくは原作のまま公衆送信すること。または (b) そのような譲渡や送信のために有償著作物等を複製すること。そして、②としまして、有償著作物等の提供提示により著作権者が得ることが見込まれる利益が不当に害されること。最後に③としまして、①の譲渡や公衆送信、複製によって、著作権を侵害する者が、それらの行為の対価として財産上の利益を得る目的を有すること、または有償著作物等の提供・提示により著作権者等が得ることが見込まれる利益を害する目的を有すること。縮めると、図利加害目的ということになるかと思っておりますけれども、この 3 つの要件ということになります。

なお、有償著作物等につきましては定義がございまして、著作物、実演、レコード、放送（有線放送）にかかる映像・音でありまして、有償で公衆に提供・提示されているものということになります。ただし、公衆への提供・提示が著作権等を侵害するものは除かれます。

ちなみに、従来、違法アップロード著作物のデジタル録音録画の処罰を定めております 119 条 3 項に、全く同じ「有償著作物等」という言葉があったのですが、この言葉は、今回の改正では、119 条 3 項のほうは、「録音録画有償著作物等」というふうに変更されて、2 つは別のものというふうに整理されております。

では次のスライドをご覧ください。ここに挙げましたのは、全てこれまでどおり親告罪のままと考えられるというふうに報告書のほうで整理している行為です。例えばコミケ等の二次創作作品というのは原作のままではないこと、それからそういうかたちでは正規市場と競合しないので、著作権者が得ることが見込まれる利益が不当に害されるとは言えないことなどから非親告罪化されないというふうに、報告書のほうでは整理をしております。

また、よく言われる、いわゆる総統閣下シリーズのような映画の一部分に少量の字幕を

付して動画投稿サイトにアップするような行為に関しましても、やはりこれも著作権者等が得ることが見込まれる利益が不当に害されるとは言えないため、非親告罪にはならないというふうに整理がされてございます。

誤解がないように申し上げますと、あくまでも非親告罪にならないというだけでありまして、著作権侵害罪が成立しないというわけではございませんし、民事責任を負わないで済むというわけでもありません。あくまで非親告罪化されないということだけであります。

ちなみに先ほど紹介した総統閣下シリーズは、最近では YouTube のほうでは、アップされるとどんどん削除されるようになってきているようではありますので、今例として見ようと思ってもあまり見られないような状態かもしれません。

次にアクセスコントロールの回避規制についてでございます。著作物等のコンテンツに施される技術的手段に関しましては大きく分けまして、コピーコントロールとアクセスコントロールの 2 種類がございます。コピーコントロールは、複製権ですとか、その他の支配権、それから著作者人格権、著作隣接権などの侵害行為を防止などする技術である一方、アクセスコントロールは、著作権などで禁止されていない著作物の視聴ですとか、プログラムの実行などを管理制限する技術ということになるわけでございます。

振り返りますと、WIPO 著作権条約の対応ということで、技術的手段の回避規制を著作権法に導入すると最初になったとき、これが 1999 年の改正だったわけですがけれども、この時点で対象となったのは、コピーコントロール技術です。これは著作権法上は技術的保護手段と呼んでいますけれども、これだけでございました。しかし、2012 年の改正で、技術的にはアクセスコントロールであっても、社会的な機能として見た場合にコピーコントロールとして機能しているもの、例えば、DVD の CSS のような暗号化技術については、技術的保護手段に含めることが可能となるような法改正が行われました。

しかし、この 2012 年の改正におきましても、純粋なアクセスコントロール技術については対象外となっていたわけです。しかし、今回の TPP 協定では、コピーコントロールとアクセスコントロールの両方を含む技術を協定上、効果的技術手段と定めておりまして、その回避を規制することを求めておりますので、純粋なアクセスコントロール技術の回避規制も対応するということになったわけです。

具体的な定義内容としましては、電磁的方法により、著作物等の視聴、ここにプログラムの実行を含みますが、これを制限する手段が「技術的利用制限手段」の基本です。ただ、著作権者等の意思に基づかずに用いられるものは除かれます。そして、信号負荷方式によるものと暗号化方式によるものの両方が含まれます。なお、信号負荷方式と暗号化方式というのは、現在の技術的保護手段のほうも採用しているものでありまして、そのへんは整合性が取れているということになっております。

その技術的利用制限手段の、①無断の回避行為ですね。これ、レジュメには「無断」がちょっと抜けております。申し訳ございません。権利者に無断でその回避をする行為がみなし侵害となります。なお、著作権者等の利益を不当に害さない場合は除かれます。なお、

①のみなし侵害は、民事請求の対象にされています。ただ、現状は、刑事罰の対象にはなっていません。みなし侵害ではあるけれども、民事請求ができるだけで、刑事罰にはなっていないというかたちになります。

一方で、②技術的利用制限手段を回避する装置ですとか機器を売ったり、また回避するサービスを提供するという場合は、こちらはみなし侵害ではなくて、刑事罰だけが適用されると、そういう位置付けになっております。

ところで、現在、改正法が施行されたばかりですけれども、既にもう次の改正というのが見込まれております。といいますのも、ここでちょっとお見せしました信号負荷方式に関しまして、最近アクティベーション方式と呼ばれる手法が急速に普及しておりまして、その場合、この信号負荷方式の説明中のとこに下線部を引いて、「著作物等とともに」信号を記録、送信しているというふうに書いているのですけれども、この「ともに」と言えるのかどうか技術的に懸念があると指摘されています。そのほかにも幾つか技術的な対応として、現行の規定ではカバーできないのではないかということが言われております。

実は、同じ懸念は、不正競争防止法の、技術的制限手段の定義にもありますので、その懸念を除くための改正が平成30年に行われました。すなわち、不競法の技術的制限手段の、信号負荷方式に関する規定からは、この「ともに」という部分を削除するという改正が行われています。当然、同様の問題を著作権法も抱えていますので、どれぐらい現実感がある懸念なのかというのは議論はあるところですが、早晩、この文言を削除などするような改正が見込まれるのではないかというふうに思います。

時間もなくなってまいりましたので、あと配信音源に関する二次使用料請求権にまいりたいと思いますが、この問題、実は1996年に成案になりました、WIPO実演・レコード条約に端を発しています。同条約の15条1項には、商業目的で発行されたレコードの二次使用料請求権を規定していました。4項は、音の固定物が送信可能化された場合、それも商業目的で発行されたレコードとみなす旨を規定していました。結果、WPPTの対応として、その時点で、例えばその配信音源の二次使用料請求権を創設するという選択肢もあったわけですが、一方で、この15条3項は留保を認めておりました。しかも、当時は配信音源の二次使用という実態もないということもございましたので、日本はその点、留保したかたちで今日に至っていたわけです。今回TPP協定では、レコードに固定された実演の放送、有線放送に関しまして、実演家とレコード製作者に排他権を与えるか、それともこのWPPT協定の15条1項4項に基づく報酬請求権を与えるか、のいずれかを求めています。しかも、最近の状況としましては、配信先行音源とか配信限定とか、そういうふうな音楽とか楽曲がリリースされることも増えておりまして、さらにそれが放送や有線放送で二次利用されるという実態も出ております。そこで今回、著作権法95条が改正されまして、商業用レコードの中に配信可能化されたレコードが含まれるという改正がなされたということになります。

では、最後、「法定の損害賠償」「追加的賠償」に関する制度整備についてでございます。

TPP 協定は、著作権などの侵害に関しまして、法定の損害賠償制度か懲罰的賠償を含む追加的賠償制度を整備することを求めています。しかしながら、これらの制度はわが国民法が採用する填補賠償原則に抵触する可能性がないわけではございません。例えば米国著作権法の法定賠償制度のようなかたちで、具体的な金額をあらかじめ法律に定めてしまうかたちをとりますと、実際の損害額と賠償額が完全に乖離してしまいかねません。また、懲罰的かどうかは別としましても、実損額に追加するかたちの賠償を求める追加的賠償制度の場合もやはり同様の問題がございます。

TPP 協定は、この法定の損害賠償制度につきまして、権利者を補償するために十分な額に定め、及び将来の侵害を防止することを目的として定めるとするのみで、具体的な内容は締結国に一定の裁量を認めております。下のところ、ちょっとこちらでは直したのですが、上下とも、TPP18 章 74 条 6 項と皆さんのところに書いていると思うのですが、上は 74 条 6 項でいいのですが、下は 74 条 8 項の間違いで、少しタイプミスがございましたので、赤いところ、8 のところ直していただければと思います。

文化審議会の報告書では、法定の損害賠償制度の意義を、侵害行為により実際に生じた損害と侵害行為との因果関係の立証をせずに、侵害行為の類型に応じた一定の範囲の額の支払いを求めることができる制度であって、権利者の損害賠償額の立証負担が軽減される点に意義があると捉えた上で、ちょっと次のスライドに行きますけれども、わが国著作権法の 114 条 3 項について、侵害行為により実際に生じた損害と、侵害行為との因果関係の立証をせずに使用料相当額という一定の範囲の額の支払いを求める制度であって、かつ権利者を補償するために十分な額に定め、同時に将来の侵害を抑止することを目的とするものであると言えるというふうに整理を致しまして、そういうふうに整理しますと、既に 114 条 3 項によって、わが国はこの TPP 協定上の法定の損害賠償という部分を担保しているということも考えられなくはないとまとめております。

ただ、TPP 協定の求める制度の趣旨、つまり権利者の立証負担の軽減という部分を、より適切に反映する観点からは、現行規定に加えて、同時にその填補賠償原則等のわが国の法体系の枠内で可能な範囲において、何らかのかたちで額を法定する仕組みをさらに追加で設けることが適切であるとして、プラスの制度整備をしてはどうかということを提案しております。

ただ、損害額の下限を設定するというのは、これは填補賠償原則との関係で困難である一方、上限を決定することも、自由心証主義の制約で適当ではないとしたわけであります。その上で、先ほど出ました 114 条 3 項の現時点での裁判例での運用上、著作権等管理事業者の管理する権利に関する場合は、その使用料規程が算出根拠とされている例が多いということ踏まえて、使用料規程に基づいて算出される金額は実際に生じる損害との関係について合理的に説明が可能な額であると評価できるというふうに致しまして、当該額を 114 条 3 項の権利の行使につき受けるべき額に相当するものとして請求できるという、こういう規定を、114 条の 4 項として新設することにしたわけであります。規定の概要は今お見せ

しているとおりになります。

すみません、ちょっと時間を超過してしまいましたけれども、私のほうからのご紹介内容は以上ということになります。どうもありがとうございました。(拍手)