

第 113 条（侵害とみなす行為）

関連条文

著作権法	2 条 1 項 7 号の 2・9 号の 5・19 号・21 号、同条 5 項、18 条～20 条、47 条の 2、94 条の 2、93 条の 3、95 条、97 条、97 条の 3、112 条、114 条、115 条、119 条
旧著作権法	31 条
関連法令	著作権法施行令 66 条、民法 709 条、関税法 69 条の 2～69 条の 4、69 条の 11～69 条の 13
関連条約	ベルヌ条約 13 条、16 条、万国著作権条約 5 条、WIPO 著作権条約 12 条、WIPO 実演等条約 19 条

I 意義

現行著作権法（昭和 45 年法 48 号）が制定されたときには、現在の 1 項（国外作成物の輸入等）と 6 項（著作者の名誉声望を害する利用方法）のみが規定されていた。立法当時における政府の「著作権法案提案理由」によれば、「本条は、形式的には著作者人格権、著作権、出版権または著作隣接権の侵害行為にはあたらないが、著作者の人格的利益または著作権者、出版権者もしくは著作隣接権者の経済的利益を実質的に害することとなる行為をこれらの権利の侵害行為とみなして、これらの者の保護をまつたからしめようとしたものである」といわれている。なお、旧著作権法（明 32 年法 39 号）も、「帝国ニ於テ発売頒布スルノ目的ヲ以テ偽作物ヲ輸入スル者ハ偽作者ト看做ス」との規定（旧著 31 条）をもっていた。

その後の改正により、現在の 2 項（昭 60 年法 62 号）・3 項（平 11 年法 77 号）・4 項（平 11 年法 77 号）・5 項（平 16 年法 92 号）が本条に追加されたが、その趣旨は、著作権等の著作権法上の権利の侵害には当たらないがその権利者の利益を実質的に害する行為を侵害行為とみなして、それら権利者の保護を強化しようとするものである。

なお、本条は、そのほかにもたびたび改正（昭 63 年法 87 号により 1 項 2 号一部改正、平 11 年法 77 号により 6 項一部改正、平 14 年法 72 号により 1 項柱書、1 号および 2 号ならびに 3 項一部改正、平 16 年法 92 号により 5 項追加、平 18 年法 121 号により 1 項 2 号および 4 項一部改正）を加えられ強化されている。

II 条文解説

① 1 項 1 号

1 立法趣旨

外国において無断で作成された複製物がわが国に入ってきて来れば、日本国内で無断で作成された複製物が出回るのと同じ意味をもつので、水際作戦として、実質的に違法な複製物

が国内に入って来ないようにするために設けられたものと説明されている（加戸・逐条講義 608 頁）。

2 頒布の目的

「国内において頒布する目的」で輸入される物のみに本号の適用がある。

「頒布」は、「有償であるか又は無償であるかを問わず、複製物を公衆に譲渡し、又は貸与することをいい、映画の著作物又は映画の著二作物において複製されている著作物にあっては、これらの著作物を公衆に提示することを目的として当該映画の著作物の複製物を譲渡し、又は貸与することを含むものとする」と定義されている（著 2 条 1 項 19 号）。

「頒布目的」を要件とする理由は、以下のように説明されている。

「たとえば、学者が海外旅行の帰りに、自己の学術研究の目的に供するために、著作権の侵害となるべき行為によって作成された複製物を持ち帰ることは、私的使用のための複製と同一視すべきものであって、著作権の侵害とみなすことは適当ではない。そこで、著作権等または著作者人格権の侵害とみなされる行為は、日本国内において発売し、または頒布することを目的として輸入することに限定している」（文部省・法案コンメン [121～143] 125～3-125～4 頁）。

そこで、注意すべきは 2 点ある。第 1 に、立法趣旨は、狭く学術研究を目的とする輸入の許容にあったが、現行法 113 条 1 項 1 号の規定では、広く頒布目的以外のすべての輸入が許されるように読める。その結果娯楽を目的とする著作物であっても、個人による複数部数の輸入も許されているのが現実である。

第 2 に、立法趣旨のとおり、学術研究目的の輸入を私的複製と同視して許容するのであれば、著作権法 30 条と同じように、抗弁として被告が立証責任を負うべきであるが、113 条 1 項 1 号の規定では頒布目的でないことは抗弁とはされていないので、原告が頒布目的でないことの立証責任を負うこととなる。その結果権利者は、多数部の輸入者に対しても、頒布目的の立証に困難をきたして権利行使ができない場合がある。

3 侵害となるべき行為によって作成された物

「輸入の時に国内で作成したとしたならば著作者人格権著作権・出版権実演家人格権又は著作隣接権の侵害となるべき行為によって作成された物」のみに本号の適用がある。

具体的にどのような物が該当するか。①まったくの無権限で作成した物、②当該外国における複製等を許諾（ライセンス）された者が当該複製等を行って作成した物、③当該外国における複製等を当該国における権利制限規定等の法律に基づいて行って作成した物に分けて、検討する。

このうち、①まったくの無権限で作成した物については、侵害となるべき行為によって作成された物に該当することは明らかである。

次に、②のライセンスに基づいて作成した物は、国内で作成したとしても権利侵害を生じないので慢害となるべき行為によって作成された物には該当しない。したがって、海外でライセンス生産された真正品のいわゆる「並行輸入」は、113条1項1号の規定によっては、阻止されない。そこで、並行輸入によって大きな影響を受けるレコード産業への対応として、本条に、レコードの並行輸入を禁止する規定として5項が新設された（平16年法92号）。

最後に、③当該外国における複製等を当該国における権利制限規定等法律に基づいて行って作成した物は、わが国の法律との関係を考える必要がある。すなわち、わが国の法律においても権利制限規定等によって当該作成が許されている場合には、「国内で作成したとしたならば著作者人格権著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権の侵害となるべき行為によって作成された物」には該当しないことになる。これに対して、わが国の法律上にはない権利制限規定等に基づいて作成された物は、「国内で作成したとしたならば著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権の侵害となるべき行為によって作成された物」に該当する。東京地決昭62・11・27（判時1269号136頁—レオナルド・ツグハル・フジタの生涯と作品事件）は、この事案である。

事案は、レオナルド・ツグハル・フジタの絵画を挿入した同人の伝記がフランスで出版されたが、同書が日本へ輸入されたので、当該絵画の著作権者であるレオナルド・ツグハル・フジタの相続人が、113条1項に基づき、その輸入差止めの仮処分を求めたものである。同書がフランスで出版された経緯は、同書の執筆者と出版者が、レオナルド・ツグハル・フジタの相続人にその利用許諾を求めたが拒絶されたので、フランスの裁判所に訴えたところ、フランス著作権法に基づき、利用権の不行使による明白な権利濫用があるとして、複製の許可を与える判決が下されたことによる。仮処分申立ての相手方は、上記フランス法上正当な権限に基づく複製物であることを根拠に113条1項1号に該当しないと主張したが、東京地裁はその主張を退け、輸入差止めの仮処分を下した。

なお、②のライセンスの有無および③のわが国の法律との関係を考える場合における基準時は、「輸入の時」である。したがって、無断作成されたものであっても、輸入時にライセンスを取得しておれば113条1項1号に該当しない。また、作成時にわが国の法律上違法であっても、その後の法律改正により輸入時に適法となっておれば、113条1項1号に該当しないが、逆に作成時にわが国の法律上適法であっても、その後の法律改正により輸入時に違法となっておれば、113条1項1号に該当することとなる。

4 輸入手続

「輸入」行為のみに本号の適用がある。輸入とは、日本国の法令が及ぶことのできない領域から日本国の法令が及ぶ領域内に物を引き取ることといわれている。

したがって、外国にいるAと日本にいるBが契約をしてこれに基づいてAが運送会社Cに託してB宛に侵害物を送付した場合、輸入したのはBであって、送付したAも運んだC

にも「輸入」は認められないこととなる。

なお、頒布または送信の目的をもって、インターネットなど、デジタルネットを介して国外より著作物をまとめて受信する行為にも、本条の規定を類推する余地があるとの見解がある（斉藤・著作権法 347 頁）。

5 みなし侵害

本号規定の行為は、「著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権を侵害する行為」とみなされるが、本号に規定する行為は、どの権利の侵害とみなされるのか。

例えば著作物が外国で無断複製され、当該複製物が日本に輸入された場合に、「著作権」の侵害とみなされるのか、著作権の支分権である「複製権」の侵害とみなされるのか。いい換えれば、「著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権」を構成する特定の支分権の侵害行為とみなされるのか、それとも「著作者人格権著作権出版権実演家人格権又は著作隣接権」の別類型の侵害行為とみなされるのか。本条 1 項および 2 項所定の行為については、侵害とみなされる特定の支分権を見出すことが可能であるが、本条 3 項・5 項および 6 項所定の行為についてはこれができないことに鑑みれば、「著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権」の別類型の侵害行為とみなされ、複製権著 21 条）等の侵害の観念を経由することなく、直接 112 条（差止請求権）、114 条（損害賠償請求権）、119 条（罰則）等の規定の適用を受けると考えるべきであろう。

また、本号においては、規定上明らかなとおり、侵害とみなされる権利は、「輸入の時ににおいて国内において作成したとしたならば」侵害さるべかりし著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権または著作隣接権である（加戸・逐条講義 608 頁）。したがって、例えば著作物が外国で無断複製され、当該複製物が日本に輸入された場合、複製の許諾を受けていないので著作権の侵害とみなされるほか、内容の改変を伴っておりこれについて著作者の同意を得ていないときは著作者人格権の侵害とみなされることとなる。

6 関税法に基づく輸入差止め

関税法 69 条の 11 第 1 項 9 号は、「……著作権、著作隣接権……を侵害する物品」の輸入を禁止している。著作権法 113 条 1 項 1 号との違いは、主として以下の点である。

第 1 に、輸入が禁止される対象が、著作権または著作隣接権を侵害するものに限られており、著作権法 113 条 1 項 1 号の規定する著作者人格権出版権実演家人格権の侵害物は対象とならない。

海外で作成されたものが輸入の時点において「……著作権、著作隣接権……を侵害する物品」に該当することが考えられるのは、①著作権法 113 条 1 項 1 号に基づいてその侵害とみなされる場合のほか、②著作権法 26 条の頒布権、26 条の 2 の譲渡権または、③著作権法 26 条の 3 の貸与権を侵害する場合だけである。

なお、関税法の規定について、頒布の目的の有無にかかわらず、著作権および著作隣接

権を侵害する物品の輸入を禁止しているとする見解がある（文化庁文化部著作権課内著作権法令研究会編『著作権関係法令実務提要』2017頁（第一法規出版1980一））。

しかし、関税法の規定は、「著作権および著作隣接権を侵害する物品」について定めておらず、これに対する税関での輸入差止措置を規定しているにとどまる。「著作権および著作隣接権を侵害する物品」の意義については、何が「著作権および著作隣接権の侵害」に当たるかを規定する著作権法の規定（著113条1項1号、26条、26条の2、26条の3）に従うこととなる。したがって、関税法で、頒布の目的の有無を問わずに輸入差止めが可能であるとの解釈は成り立たないと思われる。

①著作権法113条1項1号に基づいてその侵害とみなされるのは、前述のとおり、頒布の目的をもって著作物の複製物（ライセンスに基づいて外国で作成した物は除かれる）を海外から輸入する者の行為である。

他方、②著作権法26条の頒布権を侵害するのは、映画の著作物の複製物（ライセンスに基づいて外国で作成した物のほか、当該外国における複製等を当該国における権利制限規定等の法律に基づいて作成した物も除かれる）を海外から日本国内の公衆に頒布（=有償もしくは無償の譲渡または貸与）する者の行為である。

また、③著作権法26条の3の貸与権を侵害するのは、映画の著作物以外の著作物の複製物を海外から日本国内の公衆に貸与する者の行為である。

第2に、関税法に基づく税関長の行政処分であり、裁判所の処分ではない。税関長は、著作権または著作隣接権を侵害する物品に該当すると判断するときは、権利者および輸入者に通知した上で、「認定手続」をとり（関税69条の12）、該当すると認定した場合には、これを没収して廃棄し、または輸入者に積戻しを命ずることができる（関税69条の11第2項）。税関長の「認定手続」は、職権で行うほか、権利者の申立てに基づいても行われる（関税69条の13）。

②1項2号

1 立法趣旨

著作権等を侵害する行為によって作成された物を頒布する者は、その行為によって権利者の人格的または経済的な損害を拡大するものである。そこで、本号前段の頒布行為は、「情を知って著作物を不法に複製したものを発売頒布すれば、現行法でも処罰されることになっているが、法案は、このような行為を著作権等を侵害する行為とみなすことによって、著作権者等が著作権等の侵害の場合と同様に民事上の救済措置の請求をなしうることを規定の上でも明確にしているのである」といわれている（国会図書館・諸問題229頁）。

前段の頒布目的所持行為は、「海賊版が横行し、権利者の経済的利益に大きな損失を与えている事態が生じているのにもかかわらず、権利侵害物の個々の頒布行為について、頒布の相手方等まで特定して立証することは顧客の協力が必要であるなど必ずしも容易ではなく、

実際は海賊版横行の氷山の一角しか捕捉できないという問題」に対処することにあるといわれている（加戸・逐条講義 653 頁）。

また、平成 18 年改正（平 18 年法 121 号）にて、本号後段に「輸出」および「輸出の目的をもって所持する行為」が追加された。これは、経済のグローバル化の進展に伴い、「模倣品・海賊版問題が世界各国に拡散しており、反社会的勢力等の資金源となると考えられることから、こうした模倣品・海賊版の国境を越えた移動を未然に防ぐことが日本の著作物の国際的信用を高めるために非常に重要と考えられ」ていることや（文化庁「文化審議会著作権分科会（IP マルチキャスト放送及び罰則・取締り関係）報告書」（平成 18 年（2006 年）8 月）、「関税関係法令の性格上、他の法令によりその輸出・通過が何ら規制されていない物品の輸出・通過を関税関係法令により独自に禁止することは適切ではないと考えられる」（財務省「知的財産侵害物品の水際取締りに関する企画部会長報告」（平成 17 年（2005 年）12 月）という関税法上の要請によるものである。

2 侵害物

本号は、「著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権を侵害する行為によって作成された物（前号の輸入に係る物を含む。）」を対象物とする。すなわち、①著作権等を侵害する行為によって作成された物のほか、②輸入の時に国内においてしたならば著作権等の侵害となるべき行為によって作成された物である。②の範囲については、本項 1 号の解説において論じたとおり、外国において無権限で作成された物のほか、外国の権利制限規定に基づいて作成された物であっても日本の法令上許容させていない物が、これに当たる。

3 知情

「情を知って」侵害物を頒布もしくは頒布目的で所持または、輸出もしくは輸出目的で所持する場合にのみ、本号の適用がある。

(1) 事実の認識

では、どこまで事情を知っていることが必要なのか。著作権等を「侵害する行為によって作成された物」であることを認識している必要がある。しかし、それ以上の具体的事実、すなわち「誰が、いつ、どこで、どのようにして作成したかということまでも知っている必要は」ない（加戸・逐条講義 654 頁）。

著作権等を「侵害する行為によって作成された物」であることの認識とは、侵害行為を基礎づける事実の認識である。すなわち、①当該「侵害物」の作成が著作権等に抵触することを認識していること、②侵害阻却事由（権利者からの利用許諾または権利制限規定等法律上の根拠に基づいて作成されたこと）があると認識していないこと、が必要と考えられる。①当該「侵害物」の作成が著作権等に抵触することの認識としては、例えば複製権の侵害の場合であれば、「複製」という裸の事実の存在を認識していることと複製された物

が「著作物」であることを認識していることは必要であるが、その行為が「著作権法」で禁止されていることや著作権法「第 20 条」に規定されていることまで認識している必要はない。また、同様に、②侵害阻却事由についての認識も、裸の事実として権利者の利用許諾を受けているとの事実やどのような引用であるかの事実についての認識は必要であるが、権利者の利用許諾や一定の引用が著作権法上侵害を阻却することや著作権法第何条に規定されていることまで認識している必要はない。

例えば、X が著作権者であり、侵害物の作成者が X から利用許諾を受けていると認識していた場合には、たとえ実際には X が著作権者でなくまたは侵害物の作成者が X から利用許諾を受けていなかったとしても、侵害阻却事由があると認識していた以上、「侵害する行為によって作成された物」であることを認識していた（「情を知って」とは認められない。侵害阻却事由が存在すると誤って認識していたことに、たとえ過失があったとしても、「侵害する行為によって作成された物」であることを認識していた（「情を知って」とは認められない。小冊子ダリ展覧会用パンフレット事件（東京地判平 9・9・5 判時 1621 号 130 頁）は、以下のように判示する。

「被告は、過失により本件絵画を複製し、原告の著作権を侵害したものと認められるが、……原告が著作権者であると認識していなかったものと認められるから、原告代理人の申入れを無視して本件カタログに本件絵画を複製した行為が故意による著作権侵害行為と認めることはできないし、本件カタログ頒布の際被告が、本件カタログが著作権侵害行為によって作成されたとの情を知っていたものとも認められない。……原告は、著作権を侵害する行為によって作成された物を過失により知らないで販売した場合も不法行為責任を負う旨主張するが、著作権法 113 条 1 項 2 号の規定に照らせば、過失により情を知らなかった場合を著作権侵害ということはできない」。

なお、侵害行為を基礎づける事実の認識に誤りのあった場合には、上記のようにたとえそれが過失によるものであっても「情を知って」とはいえない。しかし、このような場合であっても事実認識の誤りを糺す機会、すなわち事実について公的判断が示されたときにはもはや侵害行為を基礎づける事実の認識に誤りはなく、「情を知って」に該当することとなる（前掲東京地判平 9・9・5—小冊子ダリ展覧会用パンフレット事件）。

(2) 違法性の意識

では、侵害を基礎づける事実の認識のほかに、著作権を侵害するという違法性の意識（違法であるとの判断）が必要か。違法性を基礎づける事実の認識のみならず、違法性の意識自体が必要であると考えれば、法を知らなければ責任を負わないので、法に注意を向ける者は責任を問われるが、法に無頓着な者ほど責任を負わないこととなり、法の保護する利益の実現に反するのみならず法を軽視することを助長することになり、妥当ではない。

法を知らない者に責任を負わせるのは酷であるとも考えられるが、そのためには違法性の意識まで必要とせずとも違法性の意識の可能性を必要とすれば足りるので、違法性の意識必要説をとる論拠とはならないであろう。

ところが、システムサイエンス事件（東京地判平7・10・30判時1560号24頁）は、以下のように公権的判断の存在を知る必要があるという解釈をとる。この解釈は、侵害を基礎づける事実の認識のほかに、著作権を侵害するという違法性の意識（違法であるとの判断）が必要との前提に立つものと思われる。

「著作権侵害を争っている者が、著作権法113条1項2号所定の『著作権……を侵害する行為によって作成された物』であるとの『情を知』るとは、その物を作成した行為が著作権侵害である旨判断した判決が確定したことを知る必要があるものではなく、仮処分決定、未確定の第一審判決等、中間的判断であっても、公権的判断で、その物が著作権を侵害する行為によって作成されたものである旨の判断あるいは、その物が著作権を侵害する行為によって作成された物であることを直結する判断が示されたことを知れば足りるものと解するのが相当である」。

前掲システムサイエンス事件は、法人著作の成否をめぐる著作権の帰属が争われた事案である。著作権の帰属によっては著作権侵害が成立しないが、法人著作の成否の判断は素人には困難である。そこで、このような法律上の争点がある場合には、何らかの公的判断があるまでは「情を知って」には当たらないという解釈もわからないではない。しかし、「著作権侵害を争っている」場合一般について、何らかの公的判断があるまでは「情を知って」には当たらないというのは、事実の認識と違法性の意識の問題を混同するものといわざるを得ない。前掲システムサイエンス事件においては、被告は原告に法人著作が成立するための事実関係を認識しておりそこに事実の錯誤はない。法律解釈を誤っていたにすぎない。この事案では、問題となった製品に原告の略称と被告の略称が併記されていたが、被告が原告の略称の表示を製品記号等と誤って認識していたのであれば事実の錯誤があるが、原告の略称の表示が被告の略称と併記されているから法人著作は成立しないなどと理解していたのであれば法の不知にすぎない。有名な「むささび・もま事件」と「たぬき・むじな事件」のように、事実の錯誤と法の不知はその差異が微妙な場合もある。しかし、だからといって、「著作権侵害を争っている」場合一般について、何らかの公的判断があるまでは「情を知って」には当たらないと解釈するのは乱暴にすぎよう。

前掲システムサイエンス事件判決も、これと同様の解釈をとる四谷大塚問題解説書事件（東京地判平8・9・27判時1645号134頁および東京高判平10・2・12判時1645号129頁）も、いずれも違法複製した者自身による頒布・所持の事案であった。複製権の侵害についてはこれを認める「公権的判断」をもって初めて違法とされるわけではないことからしても、このような違法複製した者自身による頒布・所持について何らかの公的判断があるまでは「情を知って」には当たらないと解釈するのは明らかにバランスを欠く。

何らかの公的判断があるまでは「情を知って」には当たらないと解釈するのは、実質的考慮においても妥当とは思われない。前掲システムサイエンス事件判決のいうように「公権的判断」が必要とすれば、違法複製物を頒布のために購入した者は、たとえ訴え・仮処分申立てを起こされても、判決・決定のあるまでは堂々と公衆に販売することができる。

このような解釈は、あまりにも著作権者の利益を無視するものであるといわざるを得ない。

さらに遡って考えれば、そもそも違法複製物の頒布を差し止めるのに、侵害物であるとの事実の認識その他の主観的要件を必要とすべきか疑問である。ましてや違法性の意識までも必要とは考えられない。「情を知って」という要件が付加された理由は、「ひとたび権利侵害によって作成された物であればそれを取り扱う人が全部権利侵害とすることには問題があるからだといわれている（加戸・逐条講義 654 頁）。しかし、違法複製物が転々流通すること自体、権利者が正規商品を販売する機会を奪うこととなり、権利者の利益を大いに害する。他方、主観的要件をみなし侵害の要件から外せば、善意で違法複製物入手した者は、これを販売できなければ投下資本を回収できないという損害を被る。では、両者の利害をどのようにバランスをとるべきか。例えば故意のような主観的要件を入れれば、販売業者は違法複製物であるか否かの注意義務を負うことはないので一見して違法複製物でない限り安心して購入し販売できることとなり、違法複製物の流通を促すことになる。他方、主観的要件を外せば、販売業者は違法複製物であるか否かについてリスクを負うので、違法複製物であるか否かの管理に注意を払うこととなり、違法複製物の流通は困難となる。このような結果から考えれば明らかに主観的要件を外すのが妥当であろう。なお、この場合に販売業者が負担するリスクは、盗品を善意で購入した場合にこれを転売できない（刑 256 条 2 項）のと同じリスクであって、過大なものではないであろう。

(3) 基準時

次に、「情を知って」の基準時は、入手の時点ではなく、頒布もしくは頒布目的所持または輸出もしくは輸出目的所持の行為時である（加戸・逐条講義 614 頁）。したがって、侵害物入手した時点では「情を知って」いなくとも、その後、「情を知」れば、この時点以降の頒布には本号の適用があるので、侵害物を廃棄するか、頒布目的を放棄する必要があることになる。

4 頒布行為

本号は、「頒布」行為に適用がある。

「頒布」は、「有償であるか又は無償であるかを問わず、複製物を公衆に譲渡し、又は貸与することをいい、映画の著作物又は映画の著作物において複製されている著作物にあっては、これらの著作物を公衆に提示することを目的として当該映画の著作物の複製物を譲渡し、又は貸与することを含むものとする」と定義されている（著 2 条 1 項 19 号）。

したがって、流通の全過程が頒布行為に当たる。例えば書籍の場合、出版社から取次店、取次店から小売店、小売店から購読者への販売のいずれもが頒布行為に当たる。しかし、出版社および取次店が販売のために倉庫に在庫を保持することや小売店が販売のために店頭で在庫を保持する行為は、頒布行為には当たらない。ただし、このような行為は、次に述べる頒布目的の「所持」行為に当たる。

頒布行為は、「公衆」への譲渡または貸与である。「公衆」は、「特定かつ多数の者を含むものとする」と定義されている（著2条5項）。この定義規定以前に存在する「公衆」の概念については、①不特定人（＝不特定かつ多数の者＋不特定かつ少数の者）をいうとの見解^{13]}と②不特定かつ多数の者をいうとの見解がある（吉国一郎ほか共編『法令用語辞典』423頁（学陽書房、第8次改訂版、2001）。著作権法26条の2の譲渡権は、公衆への譲渡によって当然に消尽するが（著26条の2第2項1号）、公衆への譲渡でない場合であっても適法な譲渡によって消尽することを明確にするために、「特定かつ少数の者」への譲渡（同条2項3号）を規定する。したがって、著作権法上は、2条5項の定義規定以前に存在する「公衆」の概念を不特定人（＝不特定かつ多数の者＋不特定かつ少数の者）をいうと解しており、結局、公衆には、〈不特定かつ多数の者〉＋〈不特定かつ少数の者〉＋〈特定かつ多数の者〉のいずれも当たると解される。

では、特定かつ少数の者への譲渡または貸与は、常に頒布には当たらないのか。例えば、出版者が特定かつ少数の取次店に1万部の書籍を販売することも、頒布に当たらないのか。刑法175条のわいせつ物頒布罪の事案であるが、頒布とは、不定多数人に配付することをいうが、当然もしくは成り行き上不定多数人に配付されるべきものであるときは、現に配付を受けた者が数人にすぎなくても頒布があったといえる、とする判例がある（大判大6・5・19刑録23巻487頁）。

また、1号では「国内において頒布する」と規定するのに対して、本号に定める頒布は「国内において」の頒布に限定されていない、したがって、本号に定める頒布行為は、国内への頒布に限られず、国外への頒布も含まれると解される。

5 頒布目的所持行為

本号は、頒布目的の「所持」行為にも適用がある。

「所持」の概念は、「ある人が物を事実上支配していると認められる状態にあるとき、これを『所持』しているという。現実には、その物を把握している必要はないから、家屋内に保管し、又は使用人をして保管させていても、その物が事実上その人の支配下であれば『所持』ということができる」といわれている（吉国一郎ほか・前掲423頁）。

なお、著作権法113条1項2号が頒布目的の所持を侵害行為とみなす趣旨は、正当である。しかし、さらに考えれば、そもそも、頒布目的がないかぎり違法複製物の所持を適法とするのは疑問である。違法複製の所持を適法とすることは、自ら違法複製してもその証拠さえ捕まればいいということであるので、違法複製を助長する。また、第三者が違法複製したものを入手した場合であっても、購入者は安心して買えるので、結局、当該第三者による違法複製を助長することとなる。さらに、そもそも違法複製物の存在を認めることは、違法状態の継続を容認することであり、「善良な風俗」の観念に反する。ちなみに、偽造された通貨は、たとえ自ら偽造した場合でなくとも、取得時の善意悪意を問わず、その所持が許されない（通貨取締法3条）。

6 輸出行為・輸出目的所持行為

本号は、「輸出」についても適用がある。

「輸出」とは、内国貨物を外国に向けて送り出すことである（関税 2 条 1 項 2 号）。

「輸出」の概念により、前述の「頒布」に該当しない、国外における特定かつ少数の者（すなわち、「公衆」に該当しない者）に対して侵害品を譲渡または貸与する行為や、侵害者自身が譲渡または貸与する目的で侵害品を国外に持ち出す行為などを捕捉することができる。

また、貨物がいったん日本に陸揚げされた後（保税地域に置かれる場合も含む）、日本において通関手続きを経ずに当初の仕向地に向けて運送される場合のような通過行為も「輸出」に含まれる。

ただし、個人的に行われる輸出についてまで本号の適用対象とすべきでないため、本号は「業として」という要件を課している。「業として」に当たる輸出かどうかは、輸出の目的、輸出貨物の数量、輸出者等の職業、輸出取引の内容等の諸事情を総合的に勘案して判断される（著作権法令研究会編・前掲 2016 頁）。

なお、輸出目的の「所持」についても本号の適用があるのは、頒布と同様である。

7 みなし侵害

本号規定の行為は、「著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権を侵害する行為」とみなされるが、本号に規定する行為は、どの権利の侵害とみなされるのか。本号においては、規定上明らかなとおり、侵害とみなされる権利は、当該物の作成において侵害された権利の侵害とみなされる。したがって、例えば無断複製物を頒布・所持する行為は、複製の許諾を受けていないので著作権の侵害とみなされることとなる。

その結果、直接 112 条（差止請求権）、114 条（損害賠償請求権）、119 条（罰則）等の規定の適用を受ける。

8 頒布権・譲渡権・貸与権との関係

本号に基づく「頒布」行為の規制と、著作権法 26 条に定める頒布権、26 条の 2 に定める譲渡権および 26 条の 3 に定める貸与権とは、重なり合う部分がある。

著作権法 26 条に定める頒布権は、映画の著作物の複製物を譲渡または貸与する行為に及ぶ。本号も、かかる行為に及ぶ。しかし、本号は侵害物であることについて「情を知って」ないしは故意の場合にのみ適用があるが、頒布権は故意・過失等の主観的要件の有無に関係なく適用がある。

著作権法 26 条の 2 に定める譲渡権は、映画の著作物以外の著作物の複製物を譲渡する行為に及ぶ。本号も、かかる行為に及ぶ。しかし、①本号は複製物であることについて「情を知って」ないしは故意の場合にのみ適用があるが、譲渡権は故意または過失ある場合（著

113条の2)に適用がある。②本号は外国において権利制限規定に基づいて作成された複製物にも適用があるが、譲渡権はこのような物には適用がない(著26条の2第2項4号)。

著作権法26条の3に定める貸与権は、映画の著作物以外の著作物の複製物を貸与する行為に及ぶ。本号も、かかる行為に及ぶ。しかし、本号は侵害物であることについて「情を知って」ないしは故意の場合にのみ適用があるが、貸与権は故意・過失等の主観的要件の有無に関係なく適用がある。

9 関税法に基づく輸出差止め

関税法69条の2第1項3号は、「……著作権著作隣接権……を侵害する物品」の輸出を禁止している。著作権法113条1項2号との違いは、主として以下の点である。

第1に、輸出禁止の対象が、著作権または著作隣接権を侵害するものに限られており、著作権法113条1項2号の規定する著作者人格権出版権実演家人格権の侵害物は対象とされない。

第2に、関税法に基づく税関長の行政処分であり、裁判所の処分ではない。税関長は、著作権または著作隣接権を侵害する物品に該当すると判断するときは、権利者および輸出者に通知した上で、「認定手続」をとり(関税69条の3)、該当すると認定した場合には、これを没収して廃棄することができる関税69条の2第2項)。税関長の「認定手続」は、職権で行うほか、権利者の申立てに基づいても行われる(関税69条の4)。

③2項

1 立法趣旨

昭和59年(1984年)1月の「著作権審議会第6小委員会(コンピュータ・ソフトウェア関係)中間報告」において、以下のような意見が述べられたのを受けて、本項の規定が制定された。

*プログラム製作者を保護するためには、一般的にプログラムを実行すること、すなわちコンピュータでプログラムを使用することについての権利が必要であり、こうした権利を認めることにより違法に複製されたプログラムを実行する者や、プログラムへ不法にアクセスする者に対処することができるとの意見があった。

この点については、1) 実行についての権利を一般的に認めると、プログラムの購入者等が、購入したプログラムの実行についての権利に基づく許諾を得られないためそのプログラムを実行できなくなるおそれがある等の弊害が考えられ、パッケージ・プログラムのように売り切りのプログラムで大量に世の中に出回っているプログラムについては、特にその流通利用等の面から障害となる可能性があるとの意見 2) プログラムの実行については、通常は契約関係で処理されているので排他的権利を新たに設定する必要性は少ないとの意見 3) 違法に複製されたプログラムの実行等プログラム実行の限定的な事例を根拠として実行

に関する排他的権利を一般的に認めることは妥当ではなく、複製や貸与について権利があれば、通常はその行使により利益は確保できるのであり、その上、更に実行について権利を問題とする実益は少ないとの意見 4) 違法に複製されたプログラムの実行という限定的な事例への対処であれば、一般的に実行に関する権利を認めなくても、第 113 条が違法複製物を情を知って頒布することを著作権侵害とみなしているのと同様違法に複製されたプログラムを情を知って実行する者は著作権侵害とみなす規定を設けることで足りるとする翻など、プログラムの実行についての権利を一般的に認めることについては消極的な意見が大方であった。

以上のとおり、本項は、プログラムに使用権を創設する代わりに一定の要件の下にプログラムの使用に対して権利を与える趣旨の規定と考えられている。しかし、本項の対象が違法複製物に限られていることから明らかなとおり、複製権者の利益の代替措置であり、「使用権の創設」のような新たな利用行為に対する権利（＝適法複製物についても適用がある）の創設とはまったく目的が異なることに注意する必要がある。

すなわち、プログラムに使用権を創設するという思想は、たとえ適法に複製されたプログラムであっても、そもそも複製権・翻案権・譲渡権ではカバーされない利用方法（1 個の譲物を複数のコンピュータで使用すること）が存在することに着目して、これを権利化しようとするものである。プログラムは、①複製・翻案して頒布され、②頒布された複製物がユーザーによってコンピュータで使用される。①の複製・頒布に対しては複製権・翻案権・譲渡権・貸与権が働くが、②のコンピュータでの使用に伴う複製・翻案に対しては、複製権・翻案権が制限されており（著 47 条の 2）、RAM に蓄積するだけであれば複製にも当たらないと考えるならば、そもそも複製権・翻案権が及ばない。したがって、コンピュータでの使用については台数の制限がないので、自己所有のコンピュータであれば何台であろうとその使用のためにプログラムを複製・翻案してもそもそも複製権・翻案権は及ばないこととなる。

これに対して、本項のみなし侵害規定は、上記①の複製に対しては複製権が働くが、無断複製されたものが転々流通した場合には複製権が及ばないので、その使用を侵害とみなして複製権の実効性を保障しようとするものである。

2 違法複製物

本項の対象は、以下のものである。

- ①「プログラムの著作物の著作権を侵害する行為によって作成された複製物」
- ②「当該複製物の所有者によって第 47 条の 2 第 1 項の規定により作成された複製物」

著作権法 47 条の 2 第 1 項は、プログラムの複製物の所有者がコンピュータでのその利用のために複製することを適法とするが、49 条 1 項 3 号は、その複製物を他人に頒布することを違法としている。したがって、いったん 47 条の 2 第 1 項に基づいて適法に複製された

物であっても、これを譲り受けた者との関係においては「プログラムの著作物の著作権を侵害する行為によって作成された複製物」と同視するものである。

③「前項第1号の輸入に係るプログラムの著作物の複製物」

1項1号の解説において論じたとおり、外国において無権限で作成された物のほか、外国の権利制限規定に基づいて作成された物であっても日本の法令上許容されていない物が、これに当たる。

④「当該複製物の所有者によって同条第1項の規定により作成された複製物」

本条1項1号の輸入にかかるプログラムの著作物の複製物があったん国内に持ち込まれ、これが国内にて複製された場合には、原則として複製権の侵害に当たるので、①の「プログラムの著作物の著作権を侵害する行為によって作成された複製物」に該当する。ただし、著作権法47条の2第1項はこのような輸入された物についても適用があるので、コンピュータでのその利用のために複製することは適法とされる。そこで、②の「当該複製物の所有者によって第47条の2第1項の規定により作成された複製物」と同様の趣旨で、④「当該複製物の所有者によって同条第1項の規定により作成された複製物」を「プログラムの著作物の著作権を侵害する行為によって作成された複製物」と同視するものである。

3 使用行為

本項は、プログラムの違法複製物等を「業務上電子計算機において使用する行為」のみに適用がある。

プログラムは当然電子計算機において使用する物であるので、ここでは何が「業務」に当たるかが重要である。業務の意義については、社会上の地位に基づいて継続して行う事務や事業であって、営利を目的とするか否かを問わないといわれている（加戸・逐条講義616頁）。したがって、企業のほか、学校や行政機関や個人商店等の自営業者の行為もこれに当たるが、個人がゲームや家計管理や住所録整理に用いたりすることはこれに含まれない。

4 知情

本項は、「これらの複製物を使用する権原を取得した時に情を知っていた場合」に限って、適用がある。

「情を知って」の意義は、本項所定の違法複製物等であることの認識すなわち、本項所定の違法複製等を基礎づける事実の認識である。

次に、「これらの複製物を使用する権原を取得した時」に本項所定の複製物であることを認識していた場合にのみ、本項の適用がある。したがって、当該複製物を購入または借り受けした後に、その事実を知ったとしても、本項の適用はない。

5 みなし侵害

本項規定の行為は、「プログラムの著作物の著作権を侵害する行為」とみなされるが、本項に規定する行為は、どの権利の侵害とみなされるのか。本項においては、規定上明らかなどおり、侵害とみなされる権利は、著作権（複製権）である。

その結果、直接 112 条（差止請求権）、114 条（損害賠償請求権）、119 条（罰則）等の規定の適用を受ける。

4 3 項

1 立法趣旨

本項は、1996 年（平成 8 年）に採択された WIPO 著作権条約 12 条および WIPO 実演等条約 19 条を受けて、平成 11 年改正（平 11 年法 77 号）によって本条に追加されたものである。

著作権審議会マルチメディア小委員会ワーキンググループ（技術的保護・管理関係）報告書（平成 10 年（1998 年）12 月）は、権利管理情報の保護の必要性について次のように述べている。

＊権利管理情報の改変等によりその内容が不真性なものになると、違法利用の発見・立証が困難になったり、誤った権利処理が発生する等により、著作権者等の権利の実効性が失われ、著作権者等が著作物等を市場に置くことを躊躇し、その結果、ソフトが供給されなくなったり、コンピュータ・ネットワーク等を通じて著作物等を活用する事業等にも影響を生じ、よりよい多様な著作物等の享受もできなくなるおそれがある。このため、権利管理情報の内容を不真性なものにする改変等の行為を規制する必要があると考えられる。

2 権利管理情報

本項の保護の対象は、「権利管理情報」である。「権利管理情報」は、以下（著 2 条 1 項 21 号）のように定義されている。

＊著作権法 2 条 1 項 21 号

第 17 条第 1 項に規定する著作者人格権若しくは著作権又は第 89 条第 1 項から第 4 項までの権利（以下この号において「著作権等」という。）に関する情報であつて、イからハまでのいずれかに該当するもののうち、電磁的方法により著作物、実演、レコード又は放送若しくは有線放送に係る音若しくは影像とともに記録媒体に記録され、又は送信されるもの（著作物等の利用状況の把握、著作物等の利用の許諾に係る事務処理その他の著作権等の管理（電子計算機によるものに限る。）に用いられていないものを除く。）をいう。

- イ 著作物等著作権等を有する者その他政令で定める事項を特定する情報
- ロ 著作物等の利用を許諾する場合の利用方法及び条件に関する情報
- ハ 他の情報と照合することによりイ又はロに掲げる事項を特定することができることとな

る情報

したがって、①著作権等に関する情報であって、イ～ハに該当する情報であり、②電磁的方法により著作物等とともに記録媒体に記録されまたは送信される情報であり、かつ③電子計算機による著作権等の管理に用いられている情報のみが、本項規定の権利管理情報に該当する。

①に関しては、著作権法2条1項21号イの「政令で定める事項」は、いまのところ存在しないので、同号イに該当するのは、著作物名等の作品名および著作権者等の権利者名に限られる。同号ロに該当するのは、利用者が利用許諾を求めた際に権利者が提示する利用許諾の方法・条件であって、利用許諾を受けたことによってすでに生じた債務に関する情報は入らない。また、同号ハに該当するのは、他に用意したデータベース等を用いて著作物名等の作品名、著作権者等の権利者名、利用許諾条件等を検索することができるコード情報や番号情報である。

②に関しては、「電磁的方法」は、「電子的方法、磁気的方法その他の人の知覚によって認識することができない方法」と定義されており（著2条1項20号）、「その他の人の知覚によって認識することができない方法」には光学的方法も含まれると解されている。「音若しくは影像とともに記録媒体に記録されまたは送信される」とは権利管理情報の記録・送信と著作物等コンテンツの記録・送信が一体的であることをいう。したがって、書籍に付されたバーコードやISBNコードはこの要件を満たさない。

③に関しては、現にコンピュータによる権利管理がなされていないならば、この要件を満たさない。

3 虚偽情報の付加

「権利管理情報として虚偽の情報を故意に付加する行為」は、著作権等の侵害行為とみなされる（本項1号）。すなわち、権利管理情報に該当する情報について、虚偽の内容のものを付加する行為がこれに当たる。ただし、故意に付加する場合に限られるから、誤ってまたは知らずに付加してしまった場合には、本項1号の適用はない。

4 除去・改変

「権利管理情報を故意に除去し、又は改変する行為（記録又は送信の方式の変換に伴う技術的な制約による場合その他の著作物又は実演等の利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認められる場合を除く。）」は、著作権等の侵害行為とみなされる（本項2号）。すなわち、権利管理情報に該当する情報について、これを除去または不真性な内容に変更する行為がこれに当たる。例えば、権利が譲渡された場合に、権利者に関する権利管理情報を旧権利者の名前から新権利者の名前に変更する行為は、権利侵害を招くおそれはなく、本号に当たらない。

ところで、故意に除去・改変する場合に限られるから、誤ってまたは知らずに除去・改変してしまった場合には、本項 2 号の適用はない。

また、著作物等の利用上やむを得ない除去・改変にも、本項 2 号の適用はない。例えば、デジタル化された著作物等をアナログ複製する場合、すかし技術によって付加された権利管理情報が除去・改変されるのは、技術的に、利用上やむを得ない除去・改変に当たるとであろう。

5 頒布・輸入・所持・公衆送信・送信可能化

「前 2 号の行為が行われた著作物若しくは実演等の複製物を、情を知って、頒布し、若しくは頒布の目的をもって輸入し、若しくは所持し、又は当該著作物若しくは実演等を情を知って公衆送信し、若しくは送信可能化する行為」は著作権等の侵害行為とみなされる（本項 3 号）。すなわち、権利管理情報に虚偽情報が付加された複製物等や権利管理情報が除去・改変された複製物を、頒布・輸入・所持・公衆送信・送信可能化する行為がこれに当たる。

ただし、「情を知って」行った場合にのみ本号の適用がある。「情を知って」の意義については、[図3](#)を参照。

「輸入」の意義については、[図4](#)を参照。

「頒布」の意義については、[図4](#)を参照。

「所持」の意義については、[図5](#)を参照。

「公衆送信」は、「公衆によって直接受信されることを目的として無線通信又は有線電気通信の送信（有線電気通信設備で、その一部の設置の場所が他の部分の設置の場所と同一の構内（その構内が 2 以上の者の占有に属している場合には、同一の者の占有に属する区域内）にあるものによる送信（プログラムの著作物の送信を除く。）を除く。）を行うことをいう」と定義されている（[著 2 条 1 項 7 号の 2](#)）。

「送信可能化」は、著作権法 2 条 1 項 9 号の 5 のように定義されている。

6 みなし侵害

本項規定の行為は、「著作者人格権著作権実演家人格権又は著作隣接権を侵害する行為」とみなされるが、どの権利の侵害とみなされるのか。本項においては、侵害とみなされる権利は、権利管理情報に当該虚偽情報の付加、除去または改変が行われたことによって影響を受ける権利者の権利が、侵害されたとみなされる。

その結果、直接 [112 条](#)（差止請求権）、[114 条](#)（損害賠償請求権）、[120 条の 2](#)（罰則）等の規定の適用を受ける。

[5](#) 4 項

実演家の二次使用料請求権（[著 95 条 1 項](#)）、レコード製作者の二次使用料請求権（[著 97](#)

条 1 項)、実演家の有線放送報酬請求権 (著 94 条の 2)、実演家の貸与報酬請求権 (著 95 条の 3 第 3 項)、レコード製作者の貸与報酬請求権 (著 97 条の 3 第 3 項) は、「著作隣接権」には含まれないとされている。しかし、二次使用料請求権および貸与報酬請求権に関しても、権利管理情報が除去・改変・付加された場合においても権利侵害が同様に発生するおそれがある。そこで、本項は、二次使用料請求権および貸与報酬請求権に関しても前項の適用があるように規定の読替えを定めるものである。

なお、1996 年 (平成 8 年) の WIPO 著作権条約および WIPO 実演等条約の採択の際にあわせて発せられた合意声明において、権利管理情報においては排他的権利 (許諾権) とともに二次使用料請求権および貸与報酬請求権報酬請求権を権利管理情報の保護の対象にすることが確認された。したがって、この規定の創設は、国際条約上の義務の履行である。

6] 5 項

1 立法趣旨

本項は、平成 16 年改正 (平 16 年法 92 号) されたものである。その立法趣旨については、以下のようにいわれている。

「アジア市場での異なる価格体系の下で安価に生産された国外頒布目的商業用レコードが国内に還流し、販売されることにより、国内販売価格による国内レコード市場の商秩序が損なわれ、権利者の経済的利益に影響を与えているという実態があり、また、当該還流により受けるその経済的影響の大きさを懸念して、権利者としては、積極的な海外展開に踏み切れないという状況にあった。そこで、国外頒布目的商業用レコードを国内での頒布目的で輸入する行為、国内で頒布する行為又は国内での頒布目的で所持する行為……を著作権又は著作隣接権……の侵害とみなすことにより、権利者による損害賠償請求や差止請求、また、関税定率法 (明治 43 年法律第 54 号) 第 21 条の 2 [現、関税法 69 条の 13] の規定に基づく輸入禁制品に係る認定手続の申立て……を可能とすることで、権利者の経済的な損失を防ぐとともに、我が国の多様な音楽文化の海外普及を促進し、もって『知的財産立国書の実現に資せんとするものである』。(山口頭「著作権法の一部を改正する法律等の概要について」コピーライト 526 号 30 頁 (2005))

本項は、レコードに限ってしかも厳格な条件のもとに「輸入権」を認めたものである。欧米の先進諸国では、「輸入権」として、外国または域外からの複製物 (ライセンスを受けた真正複製物を含む) の輸入に対して著作権者に広く許諾権を与えている国が多い。わが国とこのような先進諸国との違いは、自由貿易と知的財産権との関係に対する認識の違いに基づいているようである。わが国では、知的財産権よりも自由貿易が優先すべきものとの前提に立ちながら、レコードに関しては存亡の危機に直面しているレコード産業を目の当たりにして、その前提を曲げざるを得なかった。規定ぶりにはいかにも本当はこのような規定を入れたくないという意思がありありと出ている。これに対して、輸入権を認める

先進諸国では、著作権がそもそも自由市場・自由貿易の例外として（その市場創設効果に着目して期間限定で）著作者に市場独占権を認める権利として創設しているので、著作者に国内市場に対する市場独占権を認めながら輸入は野放しにするなど論理矛盾でしかあり得ないのである。

2 著作権者・著作隣接権者

本項に基づいて保護を受ける主体は、著作権者および著作隣接権者である。すなわち、対象となる商業用レコードに収録された音楽著作物に対する著作権者、当該商業用レコードに収録された音源の実演に対する著作隣接権者および当該商業用レコードに収録された音源のレコード製作に対する著作隣接権者が本項に基づいて保護を受けることができる。

3 国内頒布目的商業用レコードと国外頒布目的商業用レコード

本項に基づいて保護を受けることができるのは、第 1 に、国内頒布目的商業用レコードと国外頒布目的商業用レコードがいずれも同一の権利者またはその許諾を受けた者によって発行された場合であることが必要である。したがって、著作権等の権利者が国内頒布目的商業用レコードと国外頒布目的商業用レコードとで異なる場合には、本項の適用はない。

第 2 に、国外頒布目的商業用レコードの発行と同時にまたはこれに先行して国内頒布目的商業用レコードが発行されており、かつ本項に基づいて保護を求める時点において国内頒布目的商業用レコードが現に市場で流通していることが必要と解されている。すなわち、平成 16 年（2004 年）12 月 6 日付 16 庁房第 306 号社団法人日本レコード協会会長あて文化庁次長通知（http://www.bunka.go.jp/1tyosaku/kanryuu_ryuuijikkou.html）によれば、国外頒布目的商業用レコードの発行が国内頒布目的商業用レコードの発行に先行している場合や国内頒布目的商業用レコードがすでに廃盤（同文化庁次長通知によれば、レコード会社から小売店等に対する通知に記載された回収受付開始日をもって廃盤の日とみなされる）になっている場合には、本項の適用はない。

第 3 に、国内頒布目的商業用レコードと国外頒布目的商業用レコードとは、実質的に同一のものである必要がある。音源が同じであれば、ジャケットや歌詞力憎ドなどの付属品が異なっても、CD や DVD オーディオなど媒体が異なっても、現地語の歌詞のボーナストラックが 1 曲付加されていても、同一と考えられるが、収録曲が同じでも曲順が異なる場合には非同一と考えられる（前掲文化庁次長通知）。

4 知情

本項は、当該国外頒布目的商業用レコードを輸入・頒布・頒布目的所持する行為が「情を知って」行われた場合にのみ適用がある。

「情を知って」の意義は、当該国外頒布目的商業用レコードが本項所定の商業用レコードに該当する事実関係を認識していることである。前掲文化庁次長通知は、「情を知って」

の意義は行為者が3の事実を知っていることであるとした上で、関税法69条の13に基づく輸入差止めを申し立てるに当たっては、ジャケット等の表示において3の事実を明確に示していることが必要であるとしている。

5 輸入・頒布・頒布目的所持

本項は、「当該国外頒布目的商業用レコードを国内において頒布する目的をもって輸入する行為又は当該国外頒布目的商業用レコードを国内において頒布し、若しくは国内において頒布する目的をもって所持する行為」のみに適用がある。

「輸入」の意義については、④4を参照。

「頒布」の意義については、⑤4を参照。

6 不当性

本項は、「当該国外頒布目的商業用レコードが国内で頒布されることにより当該国内頒布目的商業用レコードの発行により当該著作権者又は著作隣接権者の得ることが見込まれる利益が不当に害されることとなる場合に限り」、適用される。

平成16年(2004年)12月6日付16庁房第306号社団法人日本レコード協会会長あて文化庁次長通知は、この不当性の基準を次のように定めて、運用することとしている。

* (1) 不当の基準の運用

『(権利者が) 得ることが見込まれる利益』とは、商業用レコードの売上額そのものではなく、いわゆるライセンス(使用許諾)料をいい、国外頒布目的商業用レコード1枚当たりのライセンス料を、それと同一の国内頒布目的商業用レコード1枚当たりのライセンス料で除した数が0.6以下である場合(以下『不当の基準』という。)は、当該利益が不当に害されるものとして取り扱うこととする。

(2) 実演家がレコード製作者に権利譲渡している場合の取扱い

実演家の権利については、通常、専属実演家契約によりレコード製作者に譲渡されており、その利益(いわゆる実演家印税)はレコード製作者が得る利益(いわゆる原盤印税)の中から分配を受けているという実態を踏まえ、レコード製作者が本措置を行使する場合には、利益が不当に害されるか否かの判断は、実演家及びレコード製作者の利益を合算して、すなわち、著作隣接権者は一体として、原盤印税によってなし得るものとして取り扱うこととする。

(3) レコード製作者が自ら発行している場合の取扱い

レコード製作者が、国内頒布目的商業用レコード又はそれと同一の国外頒布目的商業用レコードを自ら発行している場合には、当該商業用レコードに係るライセンス料率が存在しないところ、不当の基準への該否に係る利益の計算に当たっては、国内頒布目的商業用レコード及びそれと同一の国外頒布目的商業用レコードに係る両ライセンス料率を、同一であるも

のとみなすこととすること。その結果、これらの場合、不当の基準への該否に係る利益の計算は、当該同一のライセンス料率を乗ずべき、ライセンス料算出の基礎となる卸売価格等の価格同士を比較すれば足りることとなること。

(4) 為替レートの取扱い

不当の基準への該否に係る利益の計算をする際に用いる為替レートは、当該国外頒布目的商業用レコードが当該国等において最初に発行された日において適用されている『基準外国為替相場及び裁定外国為替相場』（注）によるものとする。したがって、輸入差止申立ての更新手続を取る場合においても、不当の基準への該否に係る利益の計算をする際に用いる為替レートは、当初に適用したものと同一となること。

（注）毎年6月及び12月の2回、直近半年間の市場実勢相場を基に、向こう半年間適用される相場として、財務大臣により日本銀行本店において公示されるもので、日本銀行のウェブサイト（http://www.boj.or.jp/type/release/teiki/tame_rate/kijyun/index.htm）でも閲覧できる。

7 保護期間

本項は、「国内において最初に発行された日から起算して7年を超えない範囲内において政令で定める期間を経過した国内頒布目的商業用レコード」には適用がない。

著作権法施行令66条は、「政令で定める期間」を4年間と定めている。したがって、最初の発行から4年を経過した国内頒布目的商業用レコードには、本項は適用されない。

8 みなし侵害

本項規定の行為は、「著作権又は著作隣接権を侵害する行為」とみなされるが、本項に規定する行為は、どの権利の侵害とみなされるのか。本項においては、規定上明らかなどおり、本項の要件を満たす「著作権者又は著作隣接権者」の有する著作権または著作隣接権が侵害されたとみなされる。

その結果、直接112条（差止請求権）、114条（損害賠償請求権）、120条の2（罰則）等の規定の適用を受ける。

7 6 項

1 立法趣旨

本項の規定する名誉声望権は、公表権（著18条）、氏名表示権（著19条）および同一性保持権（著20条）と並んで、著作者人格権を構成する第4の権利である。

本項の立法趣旨については、「著作物を創作した著作者の創作意図を外れた利用をされることによってその創作意図に疑いを抱かせたり、あるいは著作物に表現されている芸術的価値を非常に損うような形で著作物が利用されたりすることを防ぐことに」ある

(加戸・逐条講義 665 頁) といわれている。

実質的には、ベルヌ条約 6 条の 2 に規定する著作者人格権の内容を満たすために、規定されたものである。同条 1 項は、「著作者は、その財産的権利とは別に、この権利が移転された後においても、著作物の創作者であることを主張する権利及び著作物の変更、切除その他の改変又は著作物に対するその他の侵害で自己の名誉又は声望を害するおそれのあるものに対して異議を申し立てる権利を保有する」と規定する。すなわち、ベルヌ条約では、著作者人格権として、前段の氏名表示権と後段の同一性保持権を定めているが、同一性保持権の内容は名誉または声望を害するおそれのある改変等を禁止する権利である。著作権法 20 条の同一性保持権が改変に対して、名誉または声望を害するおそれの有無ではなく、承諾の有無を問題にしているので、ベルヌ条約を遵守するためには本項によって補完する必要がある。

2 著作者の名誉声望

本項に基づく保護の客体は「著作者の名誉又は声望」である。

パロディ事件第 2 次最高裁判決（最判昭 61・5・30 民集 40 卷 4 号 725 頁）は、著作者の名誉・声望の意義について次のように判示している。

「著作者の声望名誉とは、著作者がその品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的な評価、すなわち社会的声望名誉を指すものであって、人が自己自身の人格的価値について有する主観的な評価、すなわち名誉感情は含まれない」。

3 名誉声望を害する方法による利用

加戸守行は、名誉声望を害する方法による利用行為の例として、①芸術作品である裸体画を複製してヌード劇場立看板へ使用する行為、②香り高い文芸作品を商業ベースの広告・宣伝文書中に収録して出版する行為、③芸術的な価値の高い美術作品を名もない物品の包装紙に使用する行為、④荘厳な宗教音楽を喜劇用楽曲と合体して演奏する行為をあげる（加戸・逐条講義 621 頁）。すなわち、著作者の創作意図や著作物の芸術的価値を害する場合は名誉声望を害する方法による利用であるとする。目覚め事件第 1 審判決：（東京地判平 5・8・30 知的裁集 25 卷 2 号 310 頁）も、「創作意図に反する利用」であることをもって、本項の名誉声望権の侵害を認定している。

しかし、例としてあげられた行為は、著作者の創作意図や著作物の芸術性を害する利用行為ではあるが、そのことによって直ちに著作者の名誉声望を害することにはならないであろう。著作者の主観においては著作者の名誉声望を害することはあっても、そのような使い方をされたからといって著作者が社会から受ける客観的な評価、すなわち社会的声望名誉が害されるとは思えない。伊庭貞剛新聞記事引用事件控訴審判決（東京高判平 14・11・27 判時 1814 号 140 頁）は、同様の理解に立つように思われる。すなわち、以下のとおり、著作者の創作意図や著作物の芸術性を害する利用か否かではなく、当該利用行為が誤解を

生じさせその結果著作者の社会的声望名誉を害するか否かで、本項の名誉声望権の侵害を認定している。

「著作権法 113 条 5 項〔現 6 項〕の規定が、著作者の名誉又は声望を害する方法によりその著作物を利用する行為を著作者人格権の侵害とみなすと定めているのは、著作者の民法上の名誉権の保護とは別に、その著作物の利用行為という側面から、著作者の名誉又は声望を保つ権利を実質的に保護する趣旨に出たものであることに照らせば、同項所定の著作者人格権侵害の成否は、他人の著作物の利用態様に着目して、当該著作物利用行為が、社会的に見て、著作者の名誉又は声望を害するおそれがあると認められるような行為であるか否かによって決せられるべきである。したがって、他人の言語の著作物の一部を引用して利用した場合において、殊更に前後の文脈を無視して断片的な引用のつぎはぎを行うことにより、引用された著作物の趣旨をゆがめ、その内容を誤解させるような態様でこれを利用したときは、同一性保持権の侵害の成否の点はさておき、これに接した一般読者の普通の注意と読み方を基準として、そのような利用態様のゆえに、引用された著作物の著作者の名誉又は声望が害されるおそれがあると認められる限り、同項所定の著作者人格権の侵害となることはあり得るが、その引用自体、全体として正確性を欠くものでなく、前後の文脈等に照らして、当該著作物の趣旨を損なうとはいえないときは、他人の著作物の利用態様により著作者の名誉又は声望を害するおそれがあるとはいえないのであるから、当該引用された著作物の内容を批判、非難する内容を含むものであったとしても、同項所定の著作者人格権の侵害には当たらないと解すべきである」。

4 みなし侵害

本項規定の行為は、「著作者人格権を侵害する行為」とみなされるが、当該名誉・声望を害される著作者の有する著作者人格権が侵害されたとみなされる。

その結果、直接 112 条（差止請求権）、114 条（損害賠償請求権）、119 条（罰則）等の規定の適用を受ける。