



NEWSLETTER

《企業法制と法創造》総合研究所
知的財産法制研究センター

❖Brazil 知的財産権セミナー

ブラジル知的財産権制度の最新の留意点・活動
(2012/9/20 開催)



司会: 安藤和宏 (早稲田大学 IIIPS-Forum 客員上級研究員)

報告 (1) 「ブラジル商標法・著作権法の注意点とその動向」

カラペト・ホベルト氏 ブラジル弁護士・早稲田大学大学院法学研究科

報告 (2) 「審査実務・そのワークフローおよびブラジル特許庁での業務品質改善活動」

ルイス・オタヴィオ・ベアクリニー氏 ブラジル特許庁審査品質管理部長

報告 (3) 「ブラジル特許出願および特許権行使における現状の留意点」

オッター・リックス氏 ブラジル弁護士・リックス法律事務所パートナー

2012年9月20日、早稲田大学知的財産法制研究センター(RCLIP)とニューハンプシャー大学法科大学院・フランクリン・ピアース・センターの共催、リックス法律事務所の協賛により、Brazil 知的財産権セミナー「ブラジル知的財産権制度の最新の留意点・活動」が開催された。

本シンポジウムは、未だ日本では良く知られて

いないブラジル知的財産権の保護制度を紹介するため、特許及び商標並びに著作権において権利化と権利行使の現代の留意点について、日本で勉強している研究生、ブラジル特許庁のメンバー、そして権利行使経験の高い弁護士からご講演頂いたものである。

先ず、カラペト・ホベルト氏から「ブラジル商標法・著作権法の注意点とその動向」と題する報告を行い、日本とブラジルの間の経済交流の増加について、1958年に最初の日本企業がブラジルに進出したが、近年、改めて日本との経済的な交流が増加しており、2011年において日本企業が全ての株式を保有している会社は271社があることを指摘した。また、ブラジルは世界で一番日本人の移民者を受け入れた国であるとの歴史的事実を強調した。つぎに、現在のブラジルの商標と著作権の保護の留意点について、(1)商標法、(2)ワールドカップ法及びオリンピック法、及び(3)著作権法の3点に分けて説明した。

第一に、商標についての基本情報を説明しながら、日本の商標制度との相違点について解説した。ブラジルでは、付与前異議申立制度は現在も実施されていると説明した上で、その制度の必要性について解説をしながら、手続きの詳細を紹介した。その次に、著名商標について、その要件に該当した場合には全ての分野において広い保護を受けることができる点を説明した上で、著名商標の保護を受けるためには、ブラジルにおいて既に登録している、著名であることを立証しなければならないという要件であることを示した。また、未登録商標の保護について、善意に使用した先使用者、周知商標、ブラジルにおいては周知ではなくとも、海外において周知の商標、そして不正競争防止上の場合のニュアンスがそれぞれ解説された。そして、ブラジルでのセカンダリーミーニン



グ認定について判例が紹介された。

また、ワールドカップ法及びオリンピック法について、オフィシャル商標の特別な保護が与えられることが説明された。そして、特にブラジルワールドカップ法において、商業の事由の制限（商標の使用）の可能性及びアンブッシュマーケティング対策の条文を分析した上で、FIFAに幅広い強制力が与えられたことを指摘し、現代の規定においては、スポンサーではない業者の正当な活動が妨げられることになる可能性の問題点についても触れた。

著作権法については、日本ではブラジルについては基本情報も十分に伝えられていないとして、ブラジルと日本の間の交流及び協力の関係を大切にしたいと、これからブラジルの著作権の制度を日本にも情報提供する必要性を強調した。ついで、ブラジルの著作権法はフランス法の影響が大変に大きいことを説明した上で、制度全体を簡単に紹介した。また、企業として注意すべき点、例えば著作者人格権の問題及び職務著作について、ブラジルでの実務上の取り扱いについて紹介された。

第2報告として、最初にルイス・オタヴィオ・ベアクリニー氏はブラジル特許庁の歴史を紹介した上で、現在使用されている施設とシステムについて説明した。それに伴って、審査活動の進化と出願の増加の関係を解説し、ブラジルにおける知的財産権に関する出願の増加を示す最新の統

計データが紹介された。その中において、2012年は、9月までに、商標出願の15万5000件、特許出願の3万1000件及び意匠出願の6000件をブラジル特許庁が受理したということ報告した。

そして、ブラジル特許庁が提供しているサービスの改善計画を紹介した上で、主な目的は審査の迅速化と情報提供であること、現在、ブラジル特許庁の一番大きな問題は審査の待ち順・バックログであることが述べられた。バックログ対策として、現在そしてこれから5年間の計画内容を説明した。審査待ち順対策は、3つの柱があり、それは（1）運用効率、（2）手続等の改善、及び（3）電子化・ネットワーク化であると解説された。

審査等の迅速化のために、継続的に審査官を増員する予定であること及び審査官の研修制度についてコメントし、2014年までに700人の審査官を雇用する予定があることを明らかにした。さらに、今後の電子出願・電子手続の制度を紹介し、電子特許出願が今年から可能になること、ブラジルで従来なかった一般審査基準の作成が作業中であること、南米における共同審査は既に仮実施していることなどが紹介された。最後に、商標審査用のシステムの変更によって、音声サーチが可能になり、より速い審査ができ、マドリッド協定の遵守になることを解説された。



R
CLIP

第3報告でリックス弁護士は、特許を中心にプレゼンテーションを行った。

まず、ブラジルが加盟している条約の条文は必ずしも完全に現行法に反映されているとは限らないので、ブラジルにおける条約での国内直接適用可能性について検討した。ブラジルでは条約に署名した後、上院で批准しただけでは直接適用が不可能である。国内直接適用のためには、大統領令としてポルトガル語の翻訳付きの条文を公布しなければならない。その大統領令によって直接に適用することになり、ブラジルの裁判官と政府機関より通常に適用され施行される。その一例として、Mail Box 特許を取り上げた。

特許要件について、ブラジルでの判断は比較的EPOに近く、USPTOの審査レポートは通常は参考にならないとの意見が述べられた。そして、同様ファミリーの特許について、ブラジル特許庁の審査結果は8割以上においてEPOの審査と同様になることが解説された。

その後、国内優先権と国際優先権について、主張するときの注意事項について解説した。例えば、ポルトガル語翻訳の提出が必要な場合等の説明をした。また、保護範囲と排他的権利及び損害賠償について解説して、ブラジルではアメリカほど損害賠償の金額は高くないが、仮処分として仮差止命令をとることが比較的容易であると述べた。

すべての報告を終えた後に、質疑応答が行われた。質疑応答では、ブラジル著作権法の今度の改正の方向性は未だ不明であることや、特許の分割についてはブラジルでは法律上の制限がないこと、医薬関係特許の分割の場合には、最初のクレームチャートの事項に制限され、明細書からクレームを追加することができない場合があることなどが提示された。次に、追加証明書についての質問に対し、ベアクリニー氏は追加証明書を請求するために、時間の制限がないが、追加証明書の存続期間が原特許と同様になることを解説した。



本セミナーの印象として、ブラジルの知的財産制度について未だ日本で知られていないものが多く、これからの交流が増えることの必要性が高いことが実感された。以上のとおり、多くの聴衆が参加したセミナーは成功裏に終了した。

(カラペト・ホベルト ブラジル弁護士)

❖2012年度JASRAC秋学期連続公開講座第1回 (2012/10/6開催)

第1部:クラウド時代における公衆送信権の国際的検討



○司会：上野達弘（立教大学教授）

○講演

「我が国著作権法における公衆送信権の特徴」

茶園成樹（大阪大学教授）

「クラウド時代における公衆送信権の国際的検討～憂鬱な米国法、そして米国の憂鬱？～」

奥邨弘司（神奈川大学准教授）

「クラウド時代における公衆送信権の国際的検討 — アンブレラ・ソリューションの光と影 —」

上野達弘（立教大学教授）

（1）テーマ

クラウド技術の発展を受けて、インターネット上の公衆送信権や送信可能化権をめぐる問題が重要性を増している。わが国でも、テレビ番組の視聴を可能にするサービスが問題となったまねきTV事件や、音楽ファイルのオンラインストレージサービスが問題となったMYUTA事件等をめぐって盛んに議論されているが、諸外国においても、同様のサービスをめぐってさまざまな議論が行われている。

もちろん、インターネット送信に関しては、すでにWIPO著作権条約およびWIPO実演・レコード条約（1996年）が一定の調和を実現し

ているが、各国法に定められた権利を見ると、その具体的内容は必ずしも一致しないようである。

そのような中、わが国著作権法上の公衆送信権というものは、国際的に見てどのような特徴を持っているのだろうか。そして、そのことは公衆送信権をめぐる問題の結論に違いを生じさせないのだろうか。

本シンポジウムは、わが国著作権法上の公衆送信権について、ヨーロッパやアメリカとの比較から、その国際的な位置づけを明らかにした上で、クラウド時代における公衆送信権のあり方について検討するものである。

（2）茶園教授の講演

茶園教授によれば、わが国著作権法における公衆送信概念の特徴として3点が指摘された。

第一に、わが国においては、公衆送信の一類型である自動公衆送信の準備行為として、送信可能化を規律されており、送信可能化を経て行われる送信は、自動公衆送信であり、送信可能化には含まれないということである。これに対して、WIPO著作権条約8条の利用可能化権は、著作物を利用可能化の状態に置くこと及び送信すること全体を捉えるものとして構成されていると指摘された。

第二に、わが国における送信可能化は、技術的な特性によって定義される自動公衆送信装置が使用されることを要件としている。これに対して、WIPO著作権条約8条の利用可能化は、自動公衆送信装置の使用を要件としていないことが指摘された。

第三に、情報が個々のユーザのアクセスによって送信されるが、いわゆるインターネット放送のように同時に送信される場合について、わが国では自動公衆送信に当たる。これに対して、WIPO著作権条約やEU情報社会指令およびドイツ法においては、放送・有線放送に当たるとされる。

その上で、とりわけわが国が、同時送信の場合

**R
CLIP**

について放送ではなく自動公衆送信と取り扱っていることは、国際的には特殊なことであることは認識されなければならないと指摘された。ただ、これを放送として取り扱うことで何らの問題も生じないわけではないため、特にインターネット上の流通に関しては、個々の場面においてどのように規律すべきかを検討する必要があると指摘された。

(3) 奥邨准教授の講演

奥邨准教授からは、まずアメリカ著作権法において、条約上の「利用可能化権」がどのように規定されているかについて紹介された。まず、アメリカ著作権法には、公衆送信権や利用可能化権と名付けられた権利は存在せず、そのかわり、複製権、頒布権、公の実演権、公の展示権の組み合わせによって、実質的に担保されているといわれている点が指摘された。具体的には、送信形態の違いによって、頒布権の対象となる場合と公の実演権の対象となる場合に分かれることになる。つまり、コピーが作成される場合は「頒布権」の対象となり、ストリーミングなどの場合は「実演権」の対象となるという。そこでは、送信自体を視聴するかどうかで「頒布権」と「実演権」の境界だという。

ただ、これにしたがうと問題が生じるケースがあるのではないかと指摘された。例えば、Aのパソコンのハードディスク上に合法的に存在する映画のファイルをAがファイル交換ソフトで共有状態にしている場合を考えると、もし実際に送信(共有)が行われれば頒布権侵害となるが、実際に送信が行われる前に、または行われたことが明らかでない場合に、頒布権侵害が問えるかというところは問題となる。ここでは、単なる利用可能化は、アメリカ法上の頒布権を侵害することになるかどうかの問題となっており、見解は分かれているという。

その上で、Cablevision 事件の控訴審判決が、

録画されたそれぞれのコピーから作成される送信の受信者は各コピーの作成者に限られることを理由に、公衆に該当しないとしたことや、この判決に基づいて判断した Aereo 事件の判決などが紹介された。

結局のところ、アメリカ著作権法がW I P O条約上の利用可能化権を規定できているかどうかという点については、アメリカ国内でも見解が分かれているという状況が紹介された。

(4) 上野の報告

上野の方からは、上記の講演を受けて、「アンブレラ・ソリューションの光と影」という副題の下、以下のような報告を行った。

アンブレラ・ソリューションとは、W I P O条約(1996年)の形成過程において、インターネット等によるインタラクティブ送信に排他的権利を付与することについては一致していたものの、各国の法状況は様々であったため、議長であるフィッツョール博士の提案により、条約上は「making available to the public」(利用可能化)というニュートラルな表現で権利を定めつつ、その具体的な形式や名称については国内法に委ねたことである。

その結果、国内法における利用可能化権は多様である。欧州においては公衆伝達権、アメリカにおいては頒布権および公の実演権等によって、そしてわが国においては送信可能化権が定められている。

もちろん、アンブレラ・ソリューションは、国内法の相違を超えてハーモナイゼーションを実現した。しかしその反面、条約上の「making available to the public」の解釈によって、各国における権利の“実質的”な範囲に相違を生じさせているのではなからうか。

例えば、利用可能化としては、サイマルキャストやウェブキャストが、「利用可能化」に当たるかどうかの解釈が国によって異なっ

R
CLIP

ており、そのために条約上の排他権を与えるか、それとも報酬請求権にとどめるかという内容が変わってくることになる。そのため、これを「特異な制度設計」と批判する見解もある。

あるいは、条約上の「利用可能化」は送信の前段階であるアップロードのみと解釈するか、それともアップロード後の送信もカバーしていると解釈するかという点で、国ごとに解釈が異なる。

また、「公衆」の解釈についても条約上定義されておらず、国内法に委ねられているが、欧州でも近時争いがあり、例えば、ホテル客室は公衆に当たるが、歯医者待合室は公衆に当たらないとした2012年の欧州司法裁判所の判決がある。

同様に、個々のユーザごとに機器が割り当てられている場合に公衆への送信と言えるかという点が、パーソナルオンラインビデオレコーダーやオンラインストレージサービスといったクラウドサービスにおいて問題となる。わが国では、まねきTV事件やロクラクII事件、あるいはMYUTA事件において、複製権も送信可能化権も侵害が肯定されているが、ドイツのShift.TV事件やSave.TV事件では、複製権も利用可能化権も侵害が否定されている（ただし再放送には当たるとされた）。また、アメリカのCablevision事件やAereo事件では直接侵害責任が否定されている。

このように見てくると、アンブレラ・ソリューションは、一定のハーモナイゼーションを実現した反面、ひょっとしたら「同床異夢」の状態を招いたかも知れない。クラウド時代においては特定の国にとどまらないビジネスが行われると考えられ、各国における権利の実質的な範囲の検討が必要である。その上で、日本法を修正すべきか、あるいは日本法から世界に発信すべきかを考えるべきであろう。

(5) まとめ

以上の報告をもとに、パネリストとフロアの間で若干の議論が行われた。当日は、多数の来場者

に参加いただき、有意義な議論を行うことができた。

第2部：企業内などにおける著作物の“ちょっとした”利用が許される範囲



○司会：前田哲男（弁護士）

○登壇者：齋藤浩貴（弁護士）

宮下佳之（弁護士）

(1) テーマ

企業のコンプライアンス意識の高まりから、企業内などにおける文献、ウェブ掲載資料などの“ちょっとした”業務上の利用が許容される余地はあるのか、あるとしてどこまで許されるのかについて、関心が高まっている。従前、著作権法30条（私的複製）の規定は、企業内複製や業務複製に適用がないと理解されてきたが、同条をある程度柔軟に解釈しようとする考え方も生まれてきている。このような論点について、具体的な例を挙げつつ、2012年著作権法改正も視野に入れて、講師2名と司会者、合計3名による自由な議論を展開することにした。

(2) 内容

前田弁護士から、以下のような具体的な問題提起がなされ、それをもとに登壇者全員で議論が行われた。

まず、著作権法30条の適用範囲として、団体内部の複製、個人による業務上の複製がこれに当

たるかについて議論された。

その上で、企業等での内部的な複製等が許容されるかどうかという点について、さまざまな具体例を挙げて議論された。

例えば、ライバル企業のウェブサイトで一般公開されている新商品開発のプレスリリースを、当社商品開発部内の会議資料として、会議出席者10名分プリントアウトして配布する場合である。

あるいは、当社社員がフランス出張中に偶然目にしたフランスの雑誌記事（仏文。200頁の雑誌の1頁分。当該雑誌のその号は既に書店で販売されていない。雑誌価格は日本円で1000円。日本において集中処理の対象になっていない。）で、フランスのライバル企業による新商品開発に関するものを、社内でフランス語ができる人が翻訳した上、商品開発部内の会議資料として、会議出席者10名分コピーして配布する場合である。

さらには、新聞社のニュースサイトに掲載されている自社の新製品紹介記事を、将来の業務に役立つかも知れないと考えて、業務で使用しているエバーノートにクリッピングすることはどうかという問題も提起された。

また、公共的な資料の利用はどうかという問題も提起された。

例えば、企業の商品企画会議で、経済産業省ウェブサイトに掲載されている資料を会議用に10部コピーして配布することはどうかという問題である。この場合、経済産業省ウェブサイトには、「利用者は、当省や当省への情報等の提供元に事前の承諾を受けた場合を除いて、情報等やそれらに包含される内容（一部か全部かを問わない。）を複製・公開・送信・頒布・譲渡・貸与・使用許諾・転載・再利用できません」との記載があるというのである。

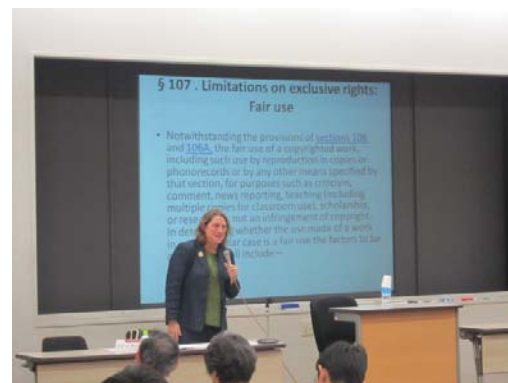
さらに、個人事業主や職業専門人による複製について、職業・事業に結びつく場合、どこまで許されると考えるべきかという問題も提起された。そこでは、学者が論文を書くために他の学者の論

文のコピーをとることはどうかという点や、企業の研究所に所属する研究者が論文を書くためにコピーをとることはどうかといった点も挙げられた。

以上のように、非常に多彩かつ具体的な具体例が用意され、多くの企業が現実には抱えているはずの複製権の問題について検討され、登壇者からは、必ずしも形式的にすべて違法となるわけではなく、現実的に柔軟な判断が可能との見解が示されるなど、有意義な議論が展開された。

（上野達弘 立教大学教授）

❖2012年度 JASRAC 秋学期連続公開講座第2回 (2012/10/13 開催)



2012年10月13日第2回 JASRAC 著作権セミナーは、コロンビア大学より Jane Ginsburg 教授をお招きして、「批評、コメント、笑い：米国著作権法におけるフェアユースとユーモア」をテーマに行われた。

Ginsburg 教授は、まず、フェアユースについて、100年間の判例法によって裁判官が作り上げてきたものであるとして、1976年に改正された著作権法107条について紹介された。フェアユースは、自動的な例外というものではなく、一連の検討要素のもとに決定される。フェアユースは事実が重視されるため、107条には、考慮すべき要素が記載されており、事案によって裁判所が判断を行う。例えば、批評やパロディのケースにおい

R
CLIP

ては、自動的にフェアユースとされるものではなく、107条記載の4要素について検討した上で判断されることになる。

Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc. (92-1-292), 510 U.S. 569 (1994)事件は、ラップグループの「Oh Pretty Woman」という曲が、著名な映画の主題歌となった「Pretty Woman」という楽曲の侵害にあたりと主張して、原著作物の出版元がラップグループ(実演家)と出版元を訴えた訴訟である。被告側はフェアユースを主張し、下級審では認められた。最高裁では、被告作品は原告作品を貶めるものであるか、あるいは、その他のものを笑いの対象とするかという点について検討され、結局フェアユースは否定されている。

Ginsburg教授は本件をもとに、判断要素について説明を行い、第一要素としては商業目的であるかどうか、第二要素としては、その性質であり、娯楽目的であればフェアユースには不利とした。第三要素の使用された部分と実質性においては、必要量以上をコピーしたかが問われる。パロディであれば、作品の核心部分を使用することが必要であるが、他者の批判目的であればコピーの量は限定的となるとしながらも、裁判所はパロディと風刺をうまく区別することに成功しているとは言えないという点を指摘され、風刺であっても、Koons事件¹に見られるように、しばしば、多くの部分を使用することが認められるとした。第四要素の経済的影響については、被告作品が原告作品の代替物となって、原告の売り上げに影響を及ぼしているかが問われる。つまり、パロディであれば、代替することはないということができ、経済的な影響に加え、この点も重要である。

Ginsburg教授は、さらに、バービー人形のパロディについて、写真を示しながらご説明された。Dangeon dollの素材としてバービーの頭部が使用され、通常のバービーとは違うタイプの服を着

せたというケース²では、被告のSuzan Pittがバービーを変容させているか(transformative)について争われている。裁判所は、服のスタイルの違いがあるとし、もし、チアリーダーであったならば状況が違うが、マテル社のラインナップにはこのようなスタイルはないため、変容させているとした。また、子供がバービー人形の代わりにDangeon dollを購入するというようなことはありえないため、代替しているとは言えないとした。バービー人形は、たいへん著名な人形であることから、様々な形でパロディとして使用されている。服を着ていないFood Chain Barbieと呼ばれるバービーの使用³についても、マテル社は訴訟を起こしている。そこでは、バービー人形のパロディを行うことは、アメリカ社会そのものを風刺すると主張されたが、マテル社は、社会風刺の道具としてバービーを使うことに異議を唱え、このような使用において、バービーの全身を使う必要はないとして、第三要素である量と実質性において問題があると主張した。第9巡回裁判所では、マテルにすべてのアート作品をコントロールする権利を与えることは、公共の利益にならないとされた。

次に、ファッション雑誌の表紙に使用された著名な女優のヌード写真と同じポーズで、映画の宣伝広告に利用されたケース⁴を紹介された。女優は妊娠中であり、ヌード写真は話題となっていた。映画はアクションスリラーであり、宣伝のために使用しているが、女優本人とも、写真家とも、掲載された雑誌とも無関係である。映画の宣伝は、別のモデルに同じポーズをとらせて、映画の登場人物の女優の顔を組み合わせたものであり、直接、

¹ Blanch v. Koons, No. 05-6433 (2nd Circuit, October 26, 2006)

² Mattel Inc. v. Pitt, 229 F.Supp.2d 315 (S.D.N.Y. 2002)

³ Mattel, Inc. v. Walking Mountain Productions, 353 F.3d 792 (9th Cir. 2003)

⁴ Leibovitz v. Paramount Pictures Corp., 137 F.3d 109 (2d Cir. 1996)

R
CLIP

原著作物を複製したものではないが、同じポーズを再現している。原著作物の被写体が気取った様子で写っていたため、パロディにしたとされる。裁判所は、広告であるものの、本件についてはフェアユースとした。

そして、裁判にはいたらなかったものの、パロディ対象となった様々な作品についてご紹介いただいた。



Ginsburg教授のご講演に対して、上智大学駒田泰土教授からコメントを頂戴した。駒田教授はまず、日本に存在するパロディとして、いくつかの画像をご紹介いただいた上で、パロディモンタージュ事件⁵の概要を説明された。原告の写真はよく知られたものであるということができず、被告作品から想起されるものではなく、また、被告の表現のために原告作品を使用する必然性はないとして、当時の学者の多くは、侵害とした最高裁の判決に同意している。しかし、これは、アメリカの概念でいえば、パロディというよりはむしろ風刺にあたるのではないかとした上で、二点の質問をされた。まず、アメリカの風刺とパロディの違いはどのようなところにあるか、そして、アメリカのパロディがフェアユースとして認められるためには、公衆に知られている必要があるかという点である。

また、投稿サイトに多くみられるパロディの一例として、2004年に公開された映画「ヒトラ

ー～最期の12日間～」の一場面について、字幕部分を別のキャプションに変えたものを紹介され、このような作品に対するアメリカの考え方について質問された。

それに対して、Ginsburg教授は、パロディの他に、風刺、レミックスといった類型があることを示され、「メッセージなし」というメッセージを表す場合についてフェアユースが認められなかった判例があり、現在控訴していると述べた。ヒトラのようなケースにおいては、ファッション雑誌の事件⁶と同じで、一つの文化的アイコンとなっており、原著作者側もはや訴訟を起こす意味がなくなっている、所謂「寛容な利用」という概念についても解説された。

100名を超える参加の中、「米国著作権法におけるフェアユースとユーモア」をテーマとして、興味深いコメントと、パロディ作品によって引き起こされる笑いの中、大盛況のうちに、セミナーは幕を閉じた。

(助手 小川明子)

⁵ S55.03.28 最高裁第三小法廷 判決 昭和51(オ)923

⁶ 脚注4

❖2012年度JASRAC秋学期連続公開講座第3回
(2012/10/27開催)

第3回 音楽著作権ビジネスの現状と課題

司会：安藤和宏（早稲田大学 IIIPS Forum 上級客員研究員）

講演：宗像和男（セプティマ・レイ）・原一博（メディアプルポ）



第一部は、司会の安藤氏から音楽業界が直面している問題点とその課題について、統計資料やデータを使いながら、全体像を俯瞰する説明があった。その中で音楽ソフト（CD、DVD、音楽配信）の売上げが1998年以降、急激に減少していること、特に音楽配信がここ数年伸び悩んでいること、一方でJASRACの著作権使用料は横ばいであり、音楽の利用が減少したわけではないこと等の指摘がなされた。また、音楽配信についてはSpotifyやPandora Radioといった新しい形態のサービスが海外で人気を博しているという現状が紹介された。

その後、宗像氏が40年にわたる実務経験に基づき、音楽業界の置かれている状況を分かりやすく説明した上で、音楽業界は決して悲観すべき状態にはないこと、特にSpotifyやPandora Radioのような新しい音楽配信ビジネスはユーザーを惹きつける魅力があり、そのため、海外では新たな音楽購買層を掘り起こし、音楽業界を活性化する斬新なサービスとして大きな注目を浴びていることを紹介した。また、欧米諸国では4大メジャーが新たな音楽配信サービスに積極的に取り

組んでいるのに比べ、日本でこのようなサービスの導入が遅れている理由について、JASRACがその障壁になっているのではなく、邦楽に関し、国内のレコード会社と大手事務所が多くの原盤権（レコードの著作隣接権）を保有しているため、そのようなサービスを開始するためにはレコード会社や大手事務所からの許諾を受けなければならないが、彼らがそのようなサービスの導入に消極的であったことが主な原因の一つであることが指摘された。

次に原氏がプロデューサーとして2012年9月5

日にZepp Tokyoで開催した「LIVE BURGER SPECIAL」というライブ・イベントを例に「コンサートはどのように作られるか」について具体的なデータに基づきながら、分かりやすく説明した。その中で、ライブ・イベントはラインナップ（誰がどの順番で出演するのか）が成功の大きな鍵を握ること、そして出演者に出演交渉する際にも誰から先に声をかけるのかが重要なポイントになること、さらに会場での物品販売がライブ・イベントの収支に大きな影響を与えることを解説した。特にTシャツは原価が安いにもかかわらず、比較的高価（2,000～3,000円）で販売できるため、利益率が高く、イベントの収益に大きく寄与することを具体的な数字を示しながら説明した。そして、ワンナイト・イベントはあまり収益が出ないが、知名度があるアーティストでロング・ツアーが組めて、ステージに大きな舞台装置を導入しなければ、コンサート・ビジネスは十分に採算の取れるビジネスとして成立すると指摘された。



最後に、安藤氏がCD売上げの低迷は音楽ビジネスの現場でどのような影響をもたらしているのかについて解説した。まず、音楽市場の低迷によって、原盤制作費（レコーディング・コスト）が減少しているためにクオリティーが低くなるおそれがあること、広告宣伝費が減少しているためにタイアップに依存する傾向が強まっていること、レコード会社からアーティストが所属する事務所に支払う援助金や契約金が減少するため、事務所は経済的に独立採算する必要性に迫られていることを指摘する。また、このような状況の下で、矢沢永吉や槇原敬之といった大物アーティストが自社レーベルを創設し、従来のメジャーの枠にとらわれない自由な音楽活動を行っている例を紹介した。そして、今後の音楽業界について、①新人アーティストは大きな事務所に所属しないと、ブレイクしづらい状況が続く、②中堅アーティストは、レコード・ビジネスの依存度を減らし、音楽配信とライブ、グッズに比重を移していく、③ドラマはキャスティング・タイアップが増え、アニメはスポンサー・タイアップが続くため、タイアップの効果が削がれていくことを指摘して、報告を終えた。

後半は、アーティストの槇原敬之氏とスネオヘアー氏、レコード会社の青地信弥氏（キングレコード）、The Bawdiesの所属事務所の吉田力氏（SEEZ RECORDS）のビデオ・コメントを見ながら、登壇者の3人がそれぞれの意見、感想を述べつつ、音楽業界の将来像について熱心な討論を展開した。

（IIPS-Forum 客員上級研究員 安藤和宏）

第二部 ダウンロード刑罰化の問題点と今後の課題

【司会】平嶋竜太(筑波大学大学院ビジネス科学研究科教授)

【講演者】

壇俊光(弁護士・Winny事件弁護団事務局長)

小向太郎(情報通信総合研究所主席研究員・

早稲田大学大学院国際情報通信研究科客員准教授)

2012年10月27日に開催された2012年度JASRAC秋学期連続公開講座(第3回)では、第二部として、壇俊光弁護士と、小向太郎情報通信総合研究所主席研究員を招聘し、平嶋竜太筑波大学大学院ビジネス科学研究科教授の司会の下、「ダウンロード刑罰化の問題点と今後の課題」というテーマで、報告・討論して頂いた。



まずは、壇弁護士により、改正法の問題点の指摘が行われた。2009年にダウンロードが(民事で)違法化された際には、罰則の対象とならない理由として「違法にアップロードを行った者と比較して違法性の程度が低いと考えられる」とされていたが(池村聡『著作権法コンメンタル別冊平成21年改正解説』16頁)、この3年間で何か変化があったのか、疑問が呈された。また、立法過程においても、利用者サイドのヒアリングや、パブリックコメントは行われてはならず、議論が尽くされていなかったのではないかと指摘した(例えば、インターネットユーザー協会(Miau)は、違法ダウンロード刑罰化に反対の意見表明を

R
CLIP

している <http://miau.jp/1338800400.phtml>)

法律の問題点としては、「有償著作物等」という要件に関して、「有償」とは何に対しての有償なのか不明確であると指摘した。例えば、ファイルログ事件東京高裁中間判決（東高平成 17 年 3 月 31 日）においては、広告料収入を以て「直接の利益を得ている」と評価されている。これを前提とすれば、地上波放送のテレビ番組も有償であるとされる可能性も全く無いとは言いきれない（なお、文化庁の Q&A は、「単にテレビで放送されただけで、有償で提供・提示されていない番組は、有償著作物等には当たりません。」としている）。

http://www.bunka.go.jp/chosakuken/download_qa/pdf/dl_qa_ver2.pdf）。

また、「デジタル方式の録音又は録画」という要件に関して、youtube 等で採用されているプログレッシブダウンロードはこれに該当するのか、という問題が指摘された。文化庁は、「動画投稿サイトにおいては、データをダウンロードしながら再生するという仕組みのものがあ、この場合、動画の閲覧に際して、複製（録音又は録画）が伴うこととなります。しかしながら、このような複製（キャッシュ）に関しては、第 47 条の 8（電子計算機における著作物利用に伴う複製）の規定が適用されることにより著作権侵害には該当せず、『著作権又は著作隣接権を侵害した』という要件を満たしません」としている（前記 Q&A）。これは、プログレッシブダウンロードを、“閲覧の際に複製している”、と評価していることになる。しかしながら、“複製したものを閲覧している”、という評価も成り立ちうるものであり、その結果、47 条の 8 は適用されなくなる、という可能性も指摘された。

なお、著作権侵害罪は国外犯処罰規定が存在するところ（刑法施行法 27 条 1 号）、国外で、当該国では合法的にダウンロードしても、日本法において違法となりかねない。少なくとも、この問

題については検討をすべきだったのではないかと、との指摘がなされた。

最後に、運用上の問題点が指摘された。捜査機関としては、大量のダウンロードのログの全てを立件するのは困難であり、ISP の照会から、めぼしい人物のみ捜索・差押えの対象とし、恣意的な対応になる可能性がある。また、ある被疑事実で捜索差押を行ったが証拠が発見されなかった場合に、被疑者の PC を調べ、違法ダウンロードを確認した場合には著作権法違反で逮捕する、という、「滑り止め逮捕」に用いられる可能性も指摘された。更に、未成年者が立件される可能性がある（例えば、いわゆるウイルス作成罪関連で、先日、13 歳の少年が逮捕されたところであり、未成年者だから逮捕されないだろう、とはいいきれない）が、それは望ましくないのではないかと、との指摘もなされた。

現状では、著作権の問題について、刑事法としての検討、マーケットを踏まえた検討がなされていないのが現状であり、その必要性が強く説かれた。

これに続き、小向主席研究員からは、主として情報通信の視点から、問題提起が行われた。



今回の違法ダウンロード刑罰化は、対象行為の拡大や、恣意的捜査の可能性といった懸念と比較して、導入によって得られる利益は不明確ではないかと、との指摘がなされた。そして、そもそも、導入を主張する側と反対する側とでは、著作権者の権利に関する考え方や、捜査機関に対する信頼に

大きな違いがあるのではないか。

その一例として、参議院の文教委員会における参考人質疑が紹介された。すなわち、参考人質疑では、違法ダウンロードはリアルのお店で万引きするのと同じ(岸博幸慶應義塾大学大学院メディアデザイン研究科教授・元経産官僚)、やっではないけなことを周知し国が適切に刑事的な権限を行使することによりまっとうな国にする、少数のダウンロードでは立件されるような事態にはならない(久保利英明弁護士)等、述べられている(<http://www.itmedia.co.jp/news/articles/1206/19/news089.html>)。これについて、小向主席研究員は、捜査機関に対する一定の信頼が前提とされており、ユーザー(=「つかまる人」)ではなく、「つかまえる人」の視線ではないか、と指摘した。

他方で、従来から行われているインターネット上の権利侵害等の法的救済手続に、問題があるのも事実である。例えば、プロバイダが、権利侵害対策に関与しようとしても、「通信の秘密」というハードルがある。

すなわち、「電気通信事業者の取扱い中に係る通信の秘密は、侵してはならない」とされている(電気通信事業法4条)。そして、インターネットに接続しているサーバーのアクセスログ(IPアドレス・タイムスタンプ)は、サーバーを保有しているのが電気通信事業者である場合には、「電気通信事業者の取扱い中に係る通信の秘密」に該当すると解釈されている。そのため、被害者が、侵害者のアクセスログを問い合わせても、サーバー保有者が電気通信事業者である場合、アクセスログを開示することができない(「開示」は、通信の秘密の侵害の一態様である)。そこで、プロバイダ責任制限法(特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律)に、「発信者情報開示手続」が定められているが(4条)、被害者にとっては、発信者情報開示手続を経て侵害者を特定するだけでも、

かなりの負担である。

通信の秘密がハードルとなる事例は、この他にも種々のものがある。通信の秘密をめぐる制度が、実情と合わなくなってきているとして、本質的な見直しの必要性が説かれた。

以上を内容とした討論に引き続き、参加者からも意見を募り積極的な議論が行われた。

(RC 桑原 俊)





研究会・セミナー開催のお知らせ

(詳細は RCLIP ホームページをご覧ください)

2012年12月8日(土)

会場：早稲田大学 8号館 B101 教室

(同時通訳付き)

第1部 13時30分～15時45分

2012年度 JASRAC 秋学期連続公開講座第5回

【基調講演】「オンライン著作権侵害：アメリカ著作権法の下での ISP の責任」

【講演者】M. Margaret McKeown (米国第9巡回区控訴裁判所判事)

【司会】竹中俊子(ワシントン大学教授)

【パネルディスカッション】「ゲームの著作権をめぐる諸問題」

【ディスカッサント】

代市崇(バンダイナムコゲームス)

保田祐子(カプコン)

光田康典(プロキオン・スタジオ)

柴田真人(プロデューサー)

【パネルディスカッション司会】

安藤和宏(HIIPForum 上級研究員)

第2部 16時00分～18時00分

国際知的財産セミナー 「中国における特許訴訟および技術移転」

【講演者】※同時通訳付き

蒋志培

「中国における特許訴訟の現状及び最新動向」

(元中国最高人民法院知的財産権法廷延長、中国国家法官学院教授)

李順徳

「中国における技術移転の現状及び立法動向」

(中国科学院大学院 法律と知的財産権部主任、教授)

張栄彦

「中国における特許複審・無効審判及び特許訴訟」

(元中国国家知識産権局特許複審委員会研究処 処長、中国特許審査研究員)

秦玉公

「中国における特許訴訟と技術移転に関する日本企業の対応策及び留意点」

(金杜(KING&WOOD)法律事務所パートナー、弁護士、弁理士)

【司会】秦玉公

【コメント】高林 龍(早稲田大学教授)

2013年2月24日(日) 13時30分～17時30分 会場：小野講堂

国際知的財産セミナー「欧州における知財関連訴訟の最新動向～デュッセルドルフ高等裁判所クレーネン判事をお招きして～」

【基調講演】Dr. Thomas Kühnen(デュッセルドルフ高等裁判所特許部判事)

【登壇者】

Dr. Tilman Müller-Stoy(Bardehle Pagenberg)

飯村敏明(知財高裁判事)

Dr. Christof Karl(Bardehle Pagenberg)

竹中俊子(ワシントン大学教授) 他

【司会】Christoph Rademacher(早稲田大学高等研究所助教)

プログラム、その他の登壇者等、詳細は決定したい RCLIP ホームページでお知らせいたします。

編集・発行

早稲田大学グローバル COE

<企業法制と法創造>>総合研究所内

知的財産法制研究センター長 高林 龍

Web-RCLIP@list.waseda.jp

<http://www.globalcoe-waseda-law-commerce.org/rclip/>