

講演抄録「ダウンロード違法化 拡大の論点」

2019年1月20日 うぐいすリボン

慶應義塾大学法学部 大屋雄裕

只今ご紹介いただきました慶應義塾大学の大家でございます。よろしくお願いいたします。今お話があったとおり、ダウンロード違法化の拡大に関する提案が出てきておりますので、そのお話をさせていただこうと思います。

全体的な展開としては、まず何でこんな話が出てきたのかという背景の話、それから、どういう提案がなされているかを確認し、その後で、それについてどう考えるべきかを検討していこうと、こういうことになるわけでございます。

1. 従来 of 経緯

(古典的な状況) 複製権の独占+私的使用の許容

まずこれまでの経緯ですが、もともと著作権法制は、デジタル化以前・インターネット以前の複製技術を前提として作られてきた。活版印刷やレコードの複製の時代に、現在の著作権法の枠組は作られたわけです。

そのころに築かれた古典的・基本的な法制というのは、複製する権利を中心とした著作物の使用権を著作権者が独占的に持っていることを大前提とするわけです。作品を複製したり翻訳したり翻案する権利というのは、作品を作った人がまず独占的に全部押さえていてるんだと。

その上で、通常はしたがって著作権者からの許諾を受けない限りいかなる形でも著作物を使用してはいけないのだけれども、例外的にいくつかのものをあらかじめその対象から除外しておきましょうという法制になっているわけですね。典型的には、例えば授業における使用とか、入試における使用とかで、これらは許諾なしでよいということが日本の著作権法には明文で書いてあるわけです。

これと並ぶ、多分現実的に最も広く使われてきた例外が、「私的使用」というもので、個人的もしくは家庭内に準ずると書いてある。「特定少数」のみが関与する場合です。法律用語的には「不特定多数」というと「不特定または多数」、「特定少数」は「特定かつ少数」のことです。特定かつ少数の顔見知りくらいの間人だけが使う範囲については、これを例外として、複製だろうが翻訳だろうが翻案だろうが、無許諾でよいということにしましょうという風にもともとは作ってあったわけです。

この「例外」というのが、責任を問われない、つまり民事で損害賠償を命じられたり、刑

事で捕まらないというだけのことなのか、いや、私的範囲であればどういう使い方をしてもいいという自由を保障したものと読むべきなのかについては、過去に論争がありました。もう覚えていらっしゃる方がどのくらいいるか分かりませんが、CCCD・コピーコントロール CD というものが出た時のことです。それが私的使用の権利を侵害するのではないか、いやあれは権利ではなく単なる免責なんだからコピーできないようにすることは禁止されてない、という論争があったんですが、ご承知のように、CCCD 自体が死んでしまったので、論争自体が過去のものとして葬られたということになっているわけです。

著作権法に私的使用は例外なんだということは明示に書いてあるんだけど、こういった論争が起きるくらい、その理由が何なのか、どこまでそれが例外なのかということからは分からない。

つまり、「家庭内の利用状況を確認しようと思ったら必然的に家庭内を監視するしかないよね、それはまずいよね」というプライバシーとの衝突の話なのか、「家庭内でコピーする場合には一回買ってるはずで、買っているからには著作権者にはお金が入っているはずで、その後に二度三度と金をとられるいわれはないであろう」という消尽論の話なのか、あるいは実効性、要するに「違法だって言ったって誰がどうやって確認するんだ、できやせんがな」というだけの話なのか、そこはあいまいなまま現状まできたということになるわけです。

このように、独占的な使用を原則として、例外的に無許諾でいける場合を定めてあるんですが、この例外に該当しなければどうなるかということ、違法であるだけでなく刑事罰も規定されていて、ただし親告罪なので告訴なしでは起訴できないと、こういうシステムになっていたわけです。

問題：インターネットの登場

ところがこのあたりで皆さんのご経験になっている事態なわけですが、この古典的な状況は既に大きく変わってきたわけですね。その大きなきっかけになったのがインターネットの登場です。

活版印刷とかレコードの複製というのは、基本的にモノを介して情報をやり取りしていたわけです。モノを運ぶには道路を通らないといけないわけですから、パブリックな空間を見られることなしに通過して情報が運ばれるということはないはずであると、こういう想定をしてきたわけです。ところがインターネットはそのモノを介することなく、家と家とを直接に結んで、人から見られない状況で、情報を複製したり送ったりすることを可能にした。

正確に言うと、もちろんインターネットの例えばケーブルみたいなものはパブリックな空間にあるわけですが、ここで電気通信事業法上の通信の秘密というのがかかっている、電気通信事業者はそのやり取りする情報を見てはいかんということになっている。だから見られないことが法律上守られている空間を経由して、様々な著作権のある情報がやり取りされてしまう。そこから多くの不正なやり取り、対価を払わない情報の複製とか利用というものが生じて、権利者の側からすると、得べかりし利益というのは大きく失われていると

いう風に認識される状態になったわけですね。

そもそも著作権なんていらんですよ、「Information wants to be free.」情報というのは自由になりたがっているもので閉じ込めておくのは無理ですよという極端な主張を取れば別ですが(こういう人がいないわけじゃなくて、ヨーロッパには海賊党とってこういうことを言ってる人がいるわけですが)、普通に考えると、そういう風に情報の自由利用を野放しにすると頑張って著作物を作った人にお金が回らなくなるので、それなりのインセンティブを確保しなければということになり、それを前提とすると、この得べかりし利益が延々と喪失され続けている状態はまずいよねという風に評価されることになったわけです。

つまり、典型的にはこういう状況ですね。P2P ネットワークとか、あるいは違法な著作物のコピーをホームページにアップロードして誰かがアクセスしてダウンロードする状況を考えてください。そうするとまずアップロードするときの複製行為というものがあるんですが、この複製行為は家庭内で行われているので著作権法30条で守られる私的利用にかかる可能性がある。ダウンロードのほうは家庭内で複製しているわけですから、やっぱり私的利用に該当するような気がする。いやでもアクセス可能な状態に置いたよね？ インターネットからアクセスできるというパブリックな空間に置いたということは、家庭内もしくはそれに準ずる範囲といえないじゃないか、とこう思うわけですね。と思うと今度、「公衆送信」というものの定義が問題なわけです。

つまり、先ほど話したんですが、もともと著作権者に独占的な使用を認めてきた対象は、公衆送信だったんです。具体的に言うとラジオに乗せて電波で配るような、電波をバーと垂れ流すようなことは、その電波を受信してる人間が誰一人いないかもしれないんだけど、でもやっぱり複製でしょ、著作物の使用なんだから、この範囲に入るよねっていう話を考え付いたわけです。

(対応1) 送信可能化権の登場……アップロードの違法化(1997改正)

ところがインターネットの場合、アクセス可能な状態に置いたというだけでは送信はされてないですよ。ラジオだったら聞ける状態にするだけでも電波は出さなきゃいけない。電波を現実に出すという形で公衆送信行為があったと言えちゃうんですけど、アップロードは置いただけなんです。置いただけでは、その先の受信があったかわからないから公衆送信といえませんかとなる。

あるいは、誰かがアクセスしてコピーしていったら、その時点で公衆送信は成立するんだけど、それを確認できるログがどこにあるかという、アップロードした人の家のサーバにいたり、ダウンロードした人の家のコンピュータにいたりして、調査とか捜査は極めて困難である。

「自動公衆送信」というんですが、要するに誰かが取りに来たらいつでも送れる状態にしてあるんだけど、送れる状態になってるだけで送ってはいない。アップロードっていうのはそういう状態を作り出す行為なので、それまでの法制度ではとらえられないということ

が問題になっていたわけです。

そこで、設定されたのが「送信可能化権」というもので、公衆送信の前段階として送信可能な状態にすること、つまり誰かが取ろうと思えば取れる状況に置いたということ、新たに著作権の使用の範囲に入れましようとなった。それによって、アップロードが行われてアクセス可能な状態を作った瞬間に、現実には誰もアクセスしなくても、それをアウトにできる改正をやったのが1997年のことです。

インターネットを皆が使えるようになって、こういうタイプの侵害、利益が失われている事実があるよねとなって、頑張って後追いで法規制をかけて、問題行動が起きないようにしたと、こういう発展をしてきたわけですね。

(対応2) 録音・録画のダウンロード違法化(2009改正)

ところが、送信可能化権を作ったこのような不正アップロード行為をアウトにできるようにしたんだけど、全然被害が止まらなかったわけですね。典型的にはP2Pによるファイルのシェアリングがどんどんエスカレートしていくという状況は変わらなかったんです。

そこで2009年に録音録画についてダウンロード違法化というものが行われた。要するにアップロードする側だけを捕まえようとしてもなかなかうまくいかない、なかなか問題が抑止できないのでより強い法制をつくらないといかんだらう、強くするにはどうしたらいいだらうか、アップロード側はもうやったんだから次はダウンロード側をやらにゃいかん、ということでこのダウンロードを違法化するという改正をしてみたんですと、こういう話ですね。

要件としては、自動公衆送信の受信、つまりいわゆるダウンロード行為で、デジタル方式の録音録画をその事実を知りながら、つまり不正にアップロードしたものであるということを知りながら、ダウンロードした場合にこれを民事上の違法行為として損害賠償請求や差し止めを可能にしましょうねという改正をかけたんです。

(対応3) 録音・録画のダウンロード犯罪化(2012改正)

そのようにして一応違法化が行われたのですが、やっぱりどうも止まらんぞということで、続いて2012年の改正というものが行われ、録音録画についてダウンロードを民事上違法にするだけではなくて犯罪化しましょうと。つまり刑事罰を科す犯罪行為として制定しましょうという強化が行われたわけです。ただし、この際には、対象は「有償著作物等」に限定されました。つまり、通常有償で、代価を取って提供されているモノだけについて、この犯罪としての取締りはしましょうということになったわけでありませう。

それですね、ちょっと補足しておく、この2012年改正は文化審議会では見送られた提案でした。お役所の審議会ではちょっとまだ検討しなければならないことが多いということで一旦外したものが、復活しています。どう復活したかという、要するに議員立法です。これは記録が残ってますけれども、当時の民主党政権下で、この犯罪化を外した提案が

なされた後で、議会内で自民公明から修正案という形でこの犯罪化が加えられ、法案の成立を確保するために民主党側はこの修正を飲んだという展開だったわけです。

何を言っているかという、つまりこの部分は、ここは注意すべきポイントではあるんですが、いわゆる内閣法制局審査を通過していないので、あんまり100パーセントそうかという困るんですけど、憲法適合性とか法体系の中でも適切な位置づけがなしうるものかについては一定の疑義があるということになるわけですね。通常は内閣提出法案というのは内閣法制局審査で厳しくチェックされて、他の法律と整合するかどうか、憲法に反しているという問題がないか点検されるわけですがけれども、それをある種バイパスする形で実現してしまった改正だという点については注意しておく必要があるわけです。

2. 今回の経緯

(背景) 海賊版サイトの横行

さて、このような展開を踏まえて、今回の提案が出てきたわけですが、背景にあった問題は、海賊版サイト問題、特にリーチサイトと呼ばれるものが、昨年前半くらいから、かなり問題になってきたということがあるわけです。

ターゲットとして注目されていたのが「漫画村」と呼ばれるサイトです。漫画村のサイトの主宰者は、自分たちは違法行為を一切やっていないというふうに主張していたわけです。それは何でかっていうと、少なくとも彼ら自身の主張としては、彼らは自分たちでコピーをしていないからです。

つまりどこかの誰かが、違法コピーを行って、インターネット上からアクセスできる状態におきました。これはアウトです。これは先ほども説明したように、送信可能化権の侵害にあたるので真っ向からアウトなんですけど、このリーチサイトである漫画村の人がやったのは、その誰かがアップロードした情報を検索してリストを作ったということであると。このリストを作った段階では、ここにありますよという情報を並べただけで、元の情報は複製も何もしてないわけですから、これは複製権の侵害にも送信可能化権の侵害にもならない。ただ、利用する側から見ると、リーチサイトにアクセスすると、自分が欲しい漫画が不正にアップロードされている場所がわかるので、海賊版が簡単に手に入るよということになる。じゃあ、こんなことやって漫画村の人は何が嬉しいかっていうと、まだ当事者が捕まっていないので断言はできませんが、ほぼ間違いなく広告収入ですね。このサイトにアクセスするときに表示される広告収入目当てでやっていたというのが一つの合理的な説明になるわけです。

このアップロードをした人がやっていることは送信可能化権の侵害になりますし、リーチサイトの人は、一応その送信可能化権侵害を明らかに容易にしている／助長しているとは言えるので幫助犯が成立する可能性はあるんです。しかし、このアップロードした人がな

なかなか捕まえられない状況で、リーチサイトの人を幫助犯単独で捕まえられるかということなかなか難しいとか、そもそもこの漫画村の人の正体が明らかではなく、簡単には捕まえられないという問題があって、その状況を放置しておく、このアクセスがどんどん拡大して、不正コピーがどんどんばらまかれて、得べかりし利益が喪失していくんだよねという風に言われたことが、今回の問題の背景ということになるわけです。

これが、事実としてどの程度正しいかということには若干の論争があって、漫画村の人を捕まえるのは難しいよね。身元を簡単に明らかにできないよねっていう話をしていたけど、既に身元はバレたらしい。アメリカ法の手続きで、身元確認とか、あるいは不正コピーのアクセス遮断がある程度できるじゃないかっていうことが、後から指摘されるようになったわけです。しかし、とりあえず認識されていた事態というのは、このようなことで、このアクセスを通じて、不正コピーがばらまかれ、利益がどんどん失われていく。この状況は日本のコンテンツ産業の将来に大きな問題をもたらすので、何とかせないかんという話が主張されたわけです。

(対策案) サイトブロッキングの提案

そこで出てきたのが、先ほどご紹介されたとおりの「サイトブロッキング」です。

昨年4月に知財戦略本部の犯罪対策閣僚会議で、緊急対策として民間事業者による自主的取組としてのサイトブロッキングをやるのはどうだろうかということが提案されたわけです。つまり、利用者が海賊サイトにアクセスしようとするのを、中継しているインターネットサービスプロバイダーの方で探知して遮断してしまえば、アクセスできなくなるんだから、この漫画村も干上がるはずであるし、そこで不正コピーがばらまかれて、その利益が失われていくという出血も止められるのではないかと、こういう発想で提案されたわけです。

しかしながら、仮に民間の自主的な取組だとしても「電気通信事業法上の通信の秘密」の問題がある。つまり、漫画村向けのアクセスを遮断するためには、利用者のウェブ利用をすべてチェックしてアクセス先が漫画村だったらドロップするという措置をやらんといかんわけで、必然的に、その全てのアクセスが、どこ宛てかっていうのをプロバイダーがチェックしなきゃいかんということになるわけです。それが通信の秘密の侵害に真っ向から当たっちゃうじゃないかということが第一の問題点として指摘された。

第二の問題点としては、建前上は民間の自主的な取組だけれども、政府がやってくれという要請をもとにやっているのであれば、それは事実上は公的な行為であって、だとすると憲法上の通信の秘密の方にも正面からぶち当たるじゃないかということが指摘されました。

とはいうものの、さっき言ったとおり出血はダラダラ続いているわけで、これを阻止することには一定の合理性があるだろう、利益を守るためには仕方がない、こういうのを「緊急避難」というのだよみたいな話も政府側から出たわけですね。その際に参照されたのは、2010年に導入された児童ポルノに対するサイトブロッキングです。児童ポルノについては既にサイトブロッキングを民間事業者の自主的取組という枠組で導入しているじゃな

いかと。で、それは刑法上の緊急避難に当たるので、通信の秘密の侵害という側面はあるが、第三者の法的利益を守るために必要やむを得ざる最小の措置だということで正当化された。であるならば、今回のも、通信の秘密の侵害に当たるかもしれないが、必要やむを得ざる措置として、正当化できるじゃないかということが、政府側から主張されたわけですね。

しかしながら、はっきり言いますけど無理筋でして。昨年5月に、日本刑法学会で緊急避難論に関するワークショップがあったんです。それはダウンロードの話とは関係ないワークショップだったんですが、この話になり、「どう思いますか？」って会場から質問されました。報告者席に並んでいた人間も、会場側も、皆が「無理です。アウトです」って言うんですね。「必要やむを得ざる最小」っていう要件が到底守れないであろうと。

つまり、児童ポルノの場合は、本人が、法的措置をとることのできない子どもの利益にかかる問題であるし、一旦ばらまかれたものを後から救済するということとはできない。「児童ポルノをあんた見たかもしんないけど、あれは本当は見ちゃいけないものだったから忘れてくれ」って言ったら忘れられるかという、そういうわけじゃないですよ。だから見せないという方法しかなくて、対象となった児童の利益になるためには、最初から見せる可能性を無くすしかないんだから、ブロッキングしかないよねって話です。

ところが、今回はそれに比べるとはるかに救済可能性が高い。つまり被害を受けているのは力のない子どもではなくて、出版社っていう企業なわけですよ。被害についても金銭的損失なんだから、後から損害賠償請求で補おうと思えば補える話であると。それを並べて、緊急避難論で解決しようというのはあからさまに筋の悪い主張で、まあ、これは無理ですよっていうことになった。

そういうわけで、関係する法律家は、ほぼ百パーセント「緊急避難でのブロッキングは無理です」ということになったわけですが、さはさりながら出血はあるわけですね。やっぱり漫画村というサイトがあって、そこでコンテンツ産業の利益が失われているというのは事実であって、これは何とかせないかんと。

何とかするための落としどころは見出せないですかということ、海賊版対策に関する検討会議：タスクフォースというのが組まれたんですが、これは近年稀に見ることはあるんですが、激しい意見対立から崩壊してしまう。つまり、最終的な取りまとめにも失敗するという、大変珍しい事態が発生したわけです。

結局、サイトブロッキングについては、これ以上押すのは無理でしょうということ、少なくともとりあえずは棚上げになったわけですが、しかし、繰り返しますが、出血はあるわけで、なんらかの代替措置をとらなければいかんよねっていうのが、関係者の一定のコンセンサスになった。

そこで、検討会議としての報告は出せなかったが、検討会議の座長としての報告というのが、先ほどの知財戦略会議に対して行われて、その際に、座長の責任で、著作権を侵害する静止画のダウンロードの違法化を検討しなければいかんという点については共通認識だったというような表現がなされたこともあって、まあ、このルートはいけるのではないかと

うことで今回出てきたと。サイトブロッキングに対する次善の措置として、検討されることになったという風に見ることができるだろうねと、こういう話になるわけです。

(提案) 文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会 中間まとめ (2018.12)

で、最近までパブリックコメントにかかっている有名になった、文化審議会著作権分科会の法制基本問題小委員会の、次の著作権法改正にどういうことを盛り込むかの論点に関する中間まとめが出まして、ここに、ダウンロード違法化の対象範囲拡大という話が盛り込まれたという展開になるわけです。

これなんですけど、読んでいただくとわかるんですが、その前にリーチサイト規制のことも書いてます。まずリーチサイト規制について考えましょうと。で、民事でも損害賠償請求はできるかもしらんけど、差止めまでは難しいよね。刑事だと正犯と独立に、つまり不正コピーしたやつが捕まえてない状況で、リーチサイトだけを現行法の枠組で立件するのは難しそうだねっていうことに大体意見が一致したので、ここは両方とも立法による対応で強化せないかんですかねっていう話が一つ目の話として載っています。

それに続くものとして、ダウンロード違法化の対象範囲拡大というのが盛り込まれていて、自動公衆送信の受信行為、つまりダウンロードについて、これまではデジタル方式で録音録画に限っていたものを、デジタル方式の複製に拡大しましょうと。ただ、「事実を知らながら」というこれまでの要件は一緒ですよっていう形の提案がなされた。こういうことになっているわけですね。

3. 提案内容の確認

さて、この提案が順調にいけば、この方向に立法措置が進むんじゃないかという状況なんですけど、いったい、どういう提案がなされているかということについて、もう一度ちゃんと確認しておきましょうというのが三つ目のお話になります。

(対象範囲)

まず対象範囲ですが、従来は立法上の経緯で録音録画に限られていたところを、その限定をなくしましょうということです。限定をなくそうですから、理論上はありとあらゆる著作物が入ってくるわけで、「静止画ダウンロード違法化」という風に言われることもあります。それはある種の結果論にすぎません。静止画もテキストも(立体作品はデジタル方式でどう複製するのかわかりませんが)、対象に入ってくることになります。そういう立法提案がなされているわけです。

ただし、あらゆる複製行為が違法になるわけではなく、これに客観・主観の両面から限定がかかっています。

(自動公衆送信)

まず客観要件のほうの限定については、大きくは二つのことを正確に押さえる必要があると思います。

一つ目は、自動公衆送信の受信に限られているということです。わかりやすく言うと、アップロードされたもののダウンロードです。アップロードされたことによって、取りに行けば誰でも取れますという状態になっているものを取りに行ったときに、この自動公衆送信の受信が成り立ちます。ですから、不特定多数がアクセス可能な状態を経していない複製は対象外です。もっとも典型的なのはメールの添付ファイル。私が例えば荻野さんにメールで送りました。これはデジタル方式の複製を含みますが、自動公衆送信の複製ではないので対象には入りません。ただし、メールならいいっていうんじゃなくて、例えばですけど、このアドレスに空メールを送ったら戻ってくるってあるじゃないですか。インターネットの会員登録みたいなやつですね。そういうのでこのアドレスに空メールを送ったら、添付ファイルか何かで不法複製されたテキストのコピーがついてきますからね、みたいなのはアウトです。自動公衆送信の受信に当たっちゃうということですね。だから、不特定多数が取れるという状態を経ているかどうかということで一定の限定がかかってますよというのが一つ目です。

(複製)

二つ目は、デジタル方式の複製に限定されているんで、例えば視聴とか閲覧は外れます。つまり、インターネット上で不正コピーされたファイルをだらだら並べてあるサイトにウェブブラウザでアクセスして画像として読んでますっていうのは、複製してないんですね。閲覧しているだけなので、ここで禁じられている、対象となってる行為には含まれません。閲覧しているだけだとしても手元にキャッシュは残るでしょうということかもしれませんが、キャッシュは別の明文があって複製に入れられないことになってるので、やっぱり含まれないです。ですからストリーミング方式のアクセスとか、さっきのウェブページにだらだら画像並べてあるやつを見に行くって行為だけでは対象行為に該当しません。それから、プリントアウトするのはデジタル方式の複製ではないので対象に入りません。プリントアウトしたものをスキャニングしてデジタル方式に戻したらどうですかっていうんだけど、ここでいったんデジタル方式から外れてるので含まれないです。そんなことして何が嬉しいかわかりませんが、とりあえずそういうことになってる。

あくまでデジタル方式でコピーするケースだけが対象になるという形で客観的制約がかかっているということは、正確に理解すべきだと思います。

(主観要件)

次に、主観要件の方では、「事実を知りながら」という限定が残されています。つまり、

これは違法に複製、複製されたものということを明確に理解していることを求めていると解釈されていますし、役所の方としても、厳格に解釈運用していくことが重要だと報告書の中で明確に記述しています。

で、厳格に解釈運用されるとどうなるかという、普通考えれば分かるだろうというのは入りません。つまり、普通に考えれば、「市販されてるマンガのファイルがタダで読めるなんてことはないだろう、これはたぶん違法コピーされたものだよ」と、まともな人であれば大概思うわけですが、このように当然知り得ると思われる場合であっても、当事者に確かに違法なコピーだという認識がなかったのであれば対象にならない。判断がつかない場合も外れます。違法か合法かわからんねえっていう主観状態で複製した場合にはやっぱり対象に入らないです。だから、過失だけではなく重過失。普通の人が通常の注意力を持ってみたらこれは違法だとわかるだろうというケースでもアウトにはしませんという風に少なくとも中間まとめには明確に書いてあるわけです。何だったらそれは法文上解釈規定として入れてもいいみたいなことまで書いてあるというわけですね。

したがって、この主観要件の面からは、少なくとも立法者意思としては、本人が明らかに、これは違法に複製されたものであるという確信を持ちながら、にもかかわらず複製ダウンロードした場合のようなケースに限って、違法化・犯罪化する。ということを用意したものだという風に読むことができるわけですね。

(刑事罰の対象)

刑事罰の対象となるのは、これにもう一段絞り込みがかかっている、録音録画と同じで、有償著作物に限定するということになっています。無償で提供されている著作物の違法複製がアップロードされていてダウンロードした場合は、民事上違法にはなりえても犯罪にはしませんということになっているわけです。この有償著作物に限るっていうのは録音録画と同様の要件なので、要するにこれまで録音録画のみをターゲットにしていたものを一般化しようとする提案だという風に理解すればよろしいかと思います。

親告罪についても維持すべきだとなっています。TPP 関係で一部の著作権侵害については非親告罪化、つまり告訴がなくても公訴提起できるという状況になっていますが、この対象に含めるべきではないと中間まとめでは書いてあります。

ただし、ダウンロードの目的によるそれ以上の限定はしないとなっているので、私的使用するためにダウンロードした場合であれば、全部かかりますという状態になっています。

4. 問題の検討 (1)

はい。というのが今回の提案であることを前提として、その検討・評価のほうに入りたいと思います。

まずこれが、法律・法文としてどのように機能するかについて考えますが、中間まとめの中でも、このような提案に至った過程について、それなりに説明がしてあります。

(対象範囲に関する検討)

「やっぱ、これはうまくないんじゃないですか」という言う人たち、つまり「過度に通常のインターネット利用を制限する危険性があるよね」という立場の側からは、もうちょっと対象になる著作物を限定したほうがよいという提案がいくつか出たんですね。

具体的に言うと、民事でも有償著作物に限定したほうがいいんじゃないですかとか、リーチサイトが問題なら、そのような海賊版サイトからのダウンロードに限定すりゃいいじゃないですかとか、デッドコピーつまり現著作物そのままコピーした場合に限定したらどうかとか、それによって元の著作権者の利益が害された場合に限定したらどうかみたいな提案がいくつかあったわけです。

ただ、結果的には、中間まとめは全て退けている。その理由を見てみると、海賊版サイトに限定してはどうかとの意見を退けた理由については、非親告罪化の話と違って当事者の表現の自由を守る必要はないでしょうというような話を書いてあったんだけど、その他の意見を退けた理由については、一般の人に基本的には分かんないからと書いてある。つまり、有償著作物かどうかとか、デッドコピーかどうかとか、それによって利益を害するかどうかというのは、事前に行行為者が簡単に判別できる条件じゃないので、そういう条件を組みこんで合法か違法かを仕分けをしようとしても、法制度として機能しないから駄目だと思うみたいなことが書いてあるんです。

書いてあるんですけど、実はですね、先ほどご紹介した通り、TPP 関連法で非親告罪化が行われた時に、非親告罪化されるものを絞り込んだ要件と、ここで出てくる提案の内容は、ほぼ対応してるんですね。

つまり非親告罪化の時、非親告罪化される行為の類型を、利益目的で、有償著作物を、原作のまま複製したことによって、原作者に損害を発生させた場合に限りますよっていう限定がなされたわけです。

これを何のためにしたかっていうと、当の文化庁さんの文書によれば、この限定によって、いわゆるコミックマーケットにおける同人誌等の二次創作活動について、一般的に該当しないからセーフだということにしたいんだと、そういうことです。

つまり、普通二次創作活動ってというのは、原作のままコピーするわけじゃないし、原作者に損害を発生させないでしょ、ということですよ。パロディーが売れたら原著作物の売れ行きが落ちるかっていうと、むしろ逆のことはあるけど、落ちるってことはあんまり考えづらい。だからこれは非親告罪の対象から外したんです。だって、そういうことにしないとコミックマーケットが危なくてできないでしょ、日本のコンテンツ産業が委縮するよね、っていう話が出て、こういう要件の組み込みをやったわけです。いわゆるクールジャパンとか、そういうコンテンツ政策の一環として、こういう対応がとられたわけですね。

こうなってくると、わからない。

こんな条件の書き方じゃわからないから皆が区別できないというのであれば、こちらも機能しないんじゃないか。ほぼ同じ要件なんだから、この要件を組み込んでも、安心してコミケで同人誌作れますということにはならないはずなので、いったい文化庁はどっちの立場を支持しているのかというのがよく分からんのですよ。

つまり、この二つ、文化庁が中間まとめで退けた意見と、TPP 関連法において採択した意見というのが、全く同じことを言ってるように見えるわけですね。この二つの立場が整合的なのかっていうのが問題で、一応ある程度、整合的とみなす余地はあるかと思います。

つまり、例えば民事請求についていうと、権利者によるアクションが要るんですね。民事違法化したらすべて直ちにできなくなるわけじゃなくて、その中で、あくまで悪質だと思ったものだけを権利者としては損害賠償請求をかけるとか、差し止め請求をかけるというものなんだと。だから違法性を広めに設定しても、その中で、本当に悪質なものだけが裁判にかかるんだから、大丈夫ですよ。そんなに悪質なものに対する委縮効果ないはずですよ。それに対して、非親告罪化っていうのはそれによって捜査当局にイニシアティブあげちゃうことになる。親告罪じゃないんだから捜査して逮捕していいよねってことになっちゃう。だからやっぱり限定は強めでないといかん。限りなくグレーゾーンなくして安全側に法制を倒しておかなきゃいかんと。

TPP 関連法では有償著作物に限ったわけですが、これはあくまで、非親告罪になるのが有償著作物に限定されるということだから、無償著作物でも、権利者から見て悪質な複製だと思えば告訴しちゃえばいいわけですよ。告訴してその親告罪の枠組で処罰を求めるということができるわけだから大して変わんないと。

だからこの二つの制度は整合的なんですよっていう風に考えることもできなくはない。できなくはないんだけど、権利者はやっぱり悪質なものだけに対応するでしょってほんとうですかねっていうのはちょっとよくわからない。大地讃頌事件。つまりジャスラックにお金払ってある合唱曲のジャズアレンジバージョンを CD として発売しようとした。著作権処理は全部終わってるんだけど、現著作者、作曲家がそんなアレンジはまかりならんといって文句を申し出て結局 CD 販売もつぶれちゃった。こういう事案ですよ。本人にとっては別にジャズアレンジバージョンは発売されてもお金儲かるだけで、損になることはない、のだけれども、やだぞ、俺はどうしてもやなんだ、って言ってあれば、止められちゃうというのが著作権法制だよっていうのをかんがえると、本当に民事だったら広めに違法性を設定しても大丈夫なのかどうかはちょっと心もとない。そうすると、「違法である」というメッセージを送ることに関心があるので、こういう広めの対応をしたんだという風な話になるのかなあっていうのがちょっと疑われることだと思われるわけです。この話は後でもう一回戻ってきます。

(主観要件の問題)

もう一つの問題点は主観要件のところですよ。先ほど申し上げたように、テキストとしては、さらに言うと起草者意思としては、明確に確定的な違法の認識がある場合に限定するということになっているわけですね。で、もちろん、これあくまで起草者意思で、日本の制度上は裁判所が独自に判断しますから、文化庁が何を言おうが裁判所が該当するよって言っちゃったらダメなんです。だから不安は残るよねっていうことはできます。まあ逆のパターンですけど文化庁としては権利が消えてると思ったんですけど裁判所は権利が残っていると判断したので文化庁の判断は全部覆されちゃいましたねみたいな事件は前にありました。著作権の存続期間ががいつ終わるかということについて、文化庁の見解と裁判所が採用した見解が全く食い違ったっていう事件が前にありまして、でもこれは裁判所が勝つわけです。日本の制度上は、裁判所は法令と裁判官自らの良心にだけに拘束される裁判をするので、文化庁がこういっておりますっていうのは決定的ではないわけです。だから文化庁としてはこうでありますっていうくら言ってもらってもダメなのかもしれないんだよっていう不安はどっかに残るわけです。

ただその話は、法律全体にそうなので、とりあえず置いておくことにして、それ以外に今回のテキストについてどうですかっていうことを考えてみても、やっぱりちょっと不安は残るよねと思います。

レジュメには「神の視点」って書きましたけど、この世の中でどのような事実があるのかということが、文字できちんと見た瞬間にわかるような状況を想定しましょう。大学の法学の試験問題なんかはこうなんです。「Aは殺意を持ってBを殺した」っていうところから問題が始まるわけですよ。現実には、Aさんがナイフで刺した結果Bさんが死んだという事実は明確にあるわけですが、殺意があったかどうかってのはそんなはっきり分からないわけですね。私が殺意を持った瞬間、頭の上に「殺意」ってマーカーが付いて、ステータスが変化したりはしないわけですよ、現実の世界ではね。でもそういうものが表示されるとしたらどうなるか。表示されるような世界だとすると、この法律に引っかかるバカはいないですよ。つまり、先ほど言った通り、漫画村も自分たちは合法だって言い張ったわけです。世の中、「自分たちは違法なことをやっております。俺たちは悪い奴なんです」って言って何かやる奴って、めったにいないわけですよ。特撮の悪の組織じゃないんだから。「これは違法なアップロードでございます。ダウンロードできるもんならしてみやがれ」みたいな違法コピーなんかあるわけじゃないんですよ。だから結局、この規定が適用できる事案というのは、無くなってしまふことが予想されるわけですね。

5. 問題の検討（2）

（立法の「意図」）

で、もう一つは、さらに言うところの規定を適用するためには、内心の事実に関する証明が

必要になるはずで。つまり私の心の中に「違法だ！」という認識があったということを確定的に、民事の場合は権利者、刑事の場合は検察が証明できないと、この条文は使えませんということになる。さっき言った通りステータスは出ないんですから使えない。結局この法律に実効性はないということが予想されるわけです。

ところが、現実にはステータス表示は出ない代わりに、事実は検証によって明らかになっていくという風に考えることができます。検証の入り口になるのは、先ほどのケースで言えば、Bさんが死んだときに、ナイフが突き立っていてそのナイフを握っていたのはAさんだという外形的事実ですよね。外形的事実があった時に、警察としては、これはAさんがBさんを殺したという事案ではあるまいかとまず疑い、ところで後にもうちょっと調べると実はBさんは合意していた、殺してくれって言って、こう必死で頼んだ、みたいな状況だったら同意殺人に切り下がりますよね。まあ入れ墨みたいな傷害のケースであれば、それは刑事上犯罪にならないですよっていう風に巻き戻したりするという経過を辿るはずなんです。あるいは故意がなかったということは様々な条件から分かって、なるほどこれは過失致死に留まるねっていう風に評価が変わっていくということになるはずで。

そのように、まず外形的事実から捜査が始まるということを経験すると、結果的に違法になったり犯罪になったりする故意のダウンロードと、結果的に違法にならない確定的な故意のないダウンロードの間には差がないわけですね。外形的事実としては同一である。

ということは、データをダウンロードしたという外形的事実があれば、それが合法的なコピーであるということが誰の目からも明らかだという場合を除いて、常に犯罪としての容疑が成り立ち得ることになる。犯罪とか違法行為であり得ることになるわけで、分かりやすく言えば、警察が捜査に着手してもいいということになるんじゃないですか、と。

そうすると分かりやすい使い方としては、別件。例えばカルロスがゴーンっていう人を、ちょっと捕まえたいとして、その人が何か出所の定かでないデータをダウンロードしたという事実があれば、とりあえずそれでダウンロード犯罪に引っかかりましたということで、身柄を押しえて、拘留請求するということができちゃうかもしれないよねと。

別件の端緒とかフォールバック、なんか捜査したいんだけど、捜査したこと自体が違法だとか権利侵害だって言われると困るなって時に、これがあればとりあえず捜査自体は最低限合法にできるよねっていうことが成り立ちうる条件として、こういうものを活用するという使い方が想定し得るんですね。

このダウンロードなんかは、いくらでも外形的事実を満たす行為が見つかりそう。普通にインターネット、スマホを使ってる限り、必ずやってるわけですから。合法だと明記されたデータに複製するものを限定しない限りは、こういう捜査に使われちゃう可能性があるということになりやせんですかねという懸念が出てくるわけですね。

つまりこういう観点から分析してみるとひとまずとしての結論はこうなります。つまり、現在、ダウンロード違法化と犯罪化の提案がされておるわけですがけれども、これによって損害賠償請求とか差止めとか刑事処罰が可能になれば、実際のさっきの血止め、不法なコピー

の流通が続いて、得べかりし利益が失われているという状態に対して、法的な強制力がある実効的な措置ができるようになるかといわれると、無理ですね、期待できないですねということになります。

その一方で、捜査当局が何か自分たち目的のために活用してしまうという可能性が出てくるということは、否定しがたいのではないですかと。もちろん私は、全体としては日本の警察は有能であり、善意に満ちていることを信じていますが。神奈川県民なんですけど。まあ、信じてます。ただ、悪意の人物が中にいた時に、大変魅力的に見えるということはちょっと否定しがたいなと思うわけです。

当たり前ですが警察もそんなことは言ってないわけです。文化庁としても警察の味方をする理由は一切ないので、別にそういうことを考えているわけでもなからうと個人的には思います。

これまで文化庁は、このあたりについて悪用されてはまずい、そういう懸念を持たれるだけでも文化の委縮につながるから、そういうことはないようにしたいという取り組みをしてきたと言っているし、実際それはその通りだと思います。例えば2012年に先ほど申し上げた通り議員立法で改正されたわけですけども、その時には附則でインターネットの通常の利用が不当に制限されないように配慮しなきゃいかんですよってということが明確に書かれました。議会の付帯決議でも、これはやっぱり抑制的に使わないかんということがちゃんと書いてあります。

文化庁でも、今回のパブリックコメントには異例の留意事項があって、そこでも強調されていたのは、もともと2012年改正の時も犯罪化するからといって軽微な事案まで積極的に捜査する意図なんかなく、あくまで抑止効果を狙ったもので、だから2012年改正後に捕まったやつ誰一人いないけど、それで良いのだと書いてある。「ダメですよ」って言うことによって、皆がやらなくなるってのが理想なんだから、今回もそういうことをしたいだけなんだよと。捕まえようってんじゃなくて、やるなって言いたいんだよと。そもそも実行性がないことの問題は分かってるでしょって話ですよ。

(メッセージ性)

2009年の録音録画のダウンロード違法化改正の時、私的使用の取締りは家庭内で行われるから規制の実効性には問題があることを当時の大臣政務官が認めてるわけです。「狭義の実効性」と言っておきますが、これによって処罰とか損害賠償請求とかが進むことは期待できないと。

だったら何のためにそんな改正するんですかって、みんな聞きたくなると思うんですね。それがこれなんです。メッセージ。

立法によってメッセージを送りたい、こういうことは違法行為ですよってというシグナルを鳴らすことによって、人々にそういう行動を避けてほしいということですね。だから、先ほど申し上げたように、録音録画については検挙例がないけれども、それはむしろメッセー

ジが抑止力として適切に機能している、効力を発揮してるということなので、狭義の実効性（損害賠償請求とか犯罪としての摘発）とは違う実効性があったと考えるべきなんですよということが中間まとめの中でもかなりくどく書かれているわけなんです。

なんです、それどうやって確認したんですか？

なんかね、この話を聞いた瞬間に、どっかの宗教団体のこと思い出したのね。あと5年で終末が来るっていうの。それ避けるためにみんなが宗教信じて信心するしかないんだって言い続ける。でも5年たっても世界は滅びないんですよ。どうしたのっていったら、我々がこう必死に祈っていたので神様が終焉を延期してくれたんです、でも今度こそ来ますよっていうわけ。あと3年できます。3年たっても来ないわけですよ。どうしたっていうと「あーやっぱ我々が必死になってこう祈ったから」こういうわけですよ。こういうのを専門用語では反証可能性がないっていうんですね。要するに否定される可能性がない主張。これが正しいということは検証できない主張。正しいという風に言い続けることがいつまでたっても可能な主張してるだけなんじゃないですかっていう気がしますと。

EBPM っていうのが最近はやってまして、「Evidence Based Policy Making」っていうんですが、つまり政策形成を明確な科学的証拠に基づいてやらないかんのではないかっていうのが政府部内でも提唱されるようになったんですね。この EBPM の考え方からすると、エビデンスがないタイプの主張って大変問題なような気がするんですね。EBPM っていうのはもともと、EBM、「Evidence Based Medicine」っていう証拠に基づく医療っていう考え方から来た。それまでお医者さんの「KKD」っていうんですけど、「勘と経験と度胸」に頼っていた医療をエビデンスに変えていきましょうっていうので、いわゆるダブルブラインド、二重盲検法と呼ばれるように介入群と非介入群をわけ、例えば薬の有効性であれば、薬を投与している人たちと、薬ですよといってプラシボ、実は飴玉・砂糖玉みたいなのを飲んでる人たちとで、どのくらい治ってるかを比較して、薬の効果を科学的に検証しましょうっていうのが進んできたわけですね。

もちろん法制度について介入群と非介入群を作ることは大体できないので、別の方法を考えなきゃいけないんですが、それは EBM でも同じで、例えば抗がん剤について、投入する群と投入しない群って作っていると投薬しない分の人が死にますので、人道に反しますよね。だからそういうのではない何らかの形で、うまいこと比較できる方法ってのを考えて何とか差を検証していきましょうっていう努力をしてきたわけです。

で、EBPM という形で、政府の運営についてもエビデンスが必要であるよねって観点からすると、こういう専ら抑止効果として機能しているみたいなものを、どう評価するつもりなのかってのは大変よく分からないということになるわけです。

で、これ実は言うてんのは私だけじゃなく、2009年改正の時に日弁連の事務次長だった市毛由美子先生が、アップロードを刑事罰化したけれども、この刑事罰を科すという改正以降、アップロード行為がどれくらい検挙されて有罪になっているか、どのくらいの抑止効果があったのかが分からない。分からないどころじゃなくて、そういう検証をしたかすら分か

らない。これでどうやってダウンロードに拡大するという議論を正当化するつもりなんだから意見をおっしゃっているわけですね。

これは全く正当なご意見です。比較検証によって効果有りと見るか、無しと見るか、効果の評価が割れてますみたいな話なのか以前に、そもそもデータすら取ってないのに、何で抑止効果あったと言えるのか、本当に理解できない。

メッセージとしてやりたいというのは分かるんだけど、メッセージとしての有効性も分かんないよねってことが指摘できるわけです。

確かに実効性には二つの違う側面があることは認めてもいいと思うんですね。つまり、例えば刑法が典型的ですけど、刑法っていうのは構成要件を決めて制裁を予告するんです。例えば人を殺したら殺すよって言うてるわけですね。そうすると確かに人を殺した人間を殺すという意味での実効性、人を殺した人間が実際にどのくらい捕まって首に縄かけて吊るされるかって意味での実効性を片方で観念することができるわけです。例えば日本だと、殺人事件の検挙率は90パーセントを超えていて、実効性高いよね。窃盗だと50パーセント割っちゃうんで今一つ実効性が期待できないよねみたいな議論ができますよ。それはその通り。ただ、それだけじゃないよねっていう主張はもっともだと。つまり人を殺したら殺すよって言うておくと普通の人は、やべーなと思うわけですよ。人を殺したら殺されちゃうんだ。じゃあそういうことはやめようと思う。つまり制裁を予告することによってそのような行為を回避するという事前の実効性があるからです。責任追及じゃなくて行為指導。こういうことはやってよい／こういうことはやってはいけない。ネガティブな話じゃなくてポジティブなものもありますよ。例えば日本だと、500万かそこら公共のために寄付するとなんか胸にリボンつけてもらえます。紺綬褒章かな。あんた偉いってということで、政府からお褒めいただけますっていう基準が公開されてるんですね。そうすると、僕もなんかいい年になったので胸にリボン欲しいなあと思った人がお金払うようになるでしょ。我々は利口な生き物なので、自分がやったら社会がどうなるか、どういう風に政府が反応するかっていうことを予想して自分の行為決めてくわけですね。

そうすると、確かに処罰があるよって予告しておくと、やっぱりみんな人を殺さなくなる。この抑止効果というものが処罰には期待されているというのは、事前の局面としてあるわけです。だから単に事後にどのくらい捕まったかってだけじゃなくて、処罰があることによって殺人行為自体が減っているという実効性があるはずで、抑止効果っていうのはあるだろうっていう主張自体は正当だと思うんです。

で、この二面性の両者がずれる場合に登場するのが、緊急避難というものです。つまり人を殺すのはいけないよねって予告しとくんですね。でもやっぱりこれは殺さざるをえなかったっていうケースがあるでしょ。ミニョネット号事件っていうのは、船が難破して救命ボートに乗って漂流してたわけですね。で、死にかけのやつが一人出て、食料が尽きて、もうあとみんなが生き延びるためにはどうしたらいいんだろうって言って、結局そいつ殺して食べちゃったんですよ。殺して食べたんだから違法行為ですよ。それは殺人です。で、当

時のイギリス法だと殺人だから死刑です。だけど、利益目的で殺しましたっちならそりゃ死刑にしてもいいけど、このようなケースで、つまりこいつを死なせて肉をとって食べない限り自分たちもそいつも全員死にますと、その状況で一人だけが死ぬのとみんな死ぬのとどっちがいいかと思ってぎりぎりの選択で殺しましたっていうのは、やっぱり同じじゃないですよ。事前に考えると、人殺しってのは悪いことだっていうけど、事後の局面で評価すると、それは多少やむを得なかったかもしれないと思う。こういう時に、こういう例外的事象を救済するために作られた制度として、緊急避難ってのがあるんですね（イギリスの実際の事案では女王の恩赦で解決しましたが）。だから緊急避難ってのは、予定された状態に適用しちゃいけないんだよ。こういう場合は緊急避難として助けますみたいな法律制度ってのはあり得ないでしょっていうような話を日本刑法学会で大屋雄裕っていう人が言ったんですね。はい。だからやっぱり児童ポルノのサイトブロッキングくらいが緊急避難ではギリギリで、それを法制度として安定的に運用しようなんてことはあっちゃいけないでしょうと、こういう話の一つあるわけです。

（狭義の実効性のない法）

もう一つは、今言ったように、このルートが回るのは、この責任追及が現実化するというからですよ。つまり、人を殺したら殺されるということが現実に起きるとみんなが思うから、やっぱりやめとこう思う。で、それはやっても捕まらないなっていうふうにみんなが予測している法規などは守られないですよ。一番わかりやすいのは年代によって違うかもしれませんが四十歳以上くらいの方は未成年者飲酒禁止法ってのがこの国にあったことをご存知だと思うんですが、あるんですけど、私が学生のころまでは誰一人守っていなかったわけですね。大学に入学したらまず新歓コンパがあって酒を飲むと。それをお巡りさんが見かけたところで「ああ、学生さんの新入生のシーズンだな」って終わるわけですよ。当時の社会では、つまり未成年者飲酒禁止法ってのはずっとあるから、私が学生の頃も違法だったはずですよ。違法であり犯罪として成立しうる事態だったはずなんだけど、捕まんねーなっていうとみんな飲むわけですよ。つまり狭義の実効性、制裁が現実化するというを前提として、抑止効果の実効性が成り立つわけですよ。現に強制されてるんだから、次も自分がやったら強制されるだろうなと思って避けるんだから、この赤信号を渡っちゃっても捕まらないっていうことが明白になっている国で、交通ルールを守るっていうやつはいない。それはなぜかっていうと捕まらないと分かっているからですよ。実効性を持たない法は遵守されないんで、このループを回すためには、抑止の実効性を確保するために狭義の実効性を損なってはいけないということが教訓としては抽出されるはずなんですよ。

で、ここに注目したのが、いわゆる法治国原理というものです。つまり、何のために法律を作って公開するかというと、それはダメと書かれているものはダメなんだ。で、それは実際に制裁として現実化するんだから君たち自発的にやめなさいねという形で我々の自発的な遵守行為を促すためであるし、もう一つは、書かれていないものはダメでないという形で

保障された自由を作り出すことなんですよ。

戦前のドイツの国家原理のことを法治国原理っていうんですけど。これは事前にルールが制定されているだけじゃなくて公開されてなければならないってのが大原則なんですね。なんで公開されてなければいけないかっていうと、それによって、我々は何が禁じられてるかを明確に知ることができてそれを回避することができるし、禁じられてないものは禁じられてないんだと。だからやってもいいんだ、ルールで禁じられてないものをやったからといって、ある日警察が来て捕まるってことはないんだっていうことを、我々に保障するためなんですよ。

ルールにはこのように、行為を指導するという、つまりこれはやっちゃダメですよっていうことを明確にするという側面と、それを通じて我々の自由を保障するという側面が常に伴っている。で、ここで、だからこそこの罪刑法定主義ですね。「法律なくして犯罪なく、犯罪なくして処罰なし」という自由の原理が導き出されてくるわけですけど、そこに、さっきのメッセージ性だけあって狭義の実効性の全くない法律を突っ込んだらどうなりますかっていうのは問題になるわけですよ。それは法律に書かれている以上有効だし、有効なものは処罰されるし、処罰されるんだからやめとこうっていう我々の法全体に対する信頼を掘り崩すことになってしまうのではないだろうか。

実効性のない法はなぜいけないのか。実効性がないんだから実害ないでしょ、強制されないんだから自由は損なわれないでしょって思う人がいるかもしれませんが、そうじゃないですと。そうじゃなくって、予見可能性を傷つけるんです。で、予見可能性こそが、法への信頼の基礎。人々が法を守ろうという風にする動機をかたちづくるものなんだから、それを掘り崩すようなことは国家がやっちゃダメなんですよっていう風にやっぱり我々は考えるべきと。しかもそれはアウトとセーフがはっきりしてることによって作られる我々の自由の領域というものを掘り崩すことにもなってしまいうんだよ。だからやっぱりこういう法律っていうのは作っちゃいけないんですよっていうふうに我々としては言うべきなんじゃないかと、こう思うわけですね。

法は何のためにあるのかって話をもう一度冷静にみんな考えるべきなんだろうという風に思っております。いろんな見方があると思いますが、法にできて、かつ法にだけしかできないことというのは、自由と責任の配分なんです。つまり人工的な政府をつくることによって、何を権利として保障するのか、何を義務として強制するのかっていうことを決めるのが法に固有の機能なんですね。

言い方を変えると、メッセージ性が重要だっていうんだったら法律なんか本来要らないんですよ。違法ダウンロードしちゃいけませんっていうんだったら、別にだれも止めないから、政府広報でやんなさいと。政府広報で番組作ってポスター貼って、それじゃなぜいけないんですかと。そういう規範的な訴えではなく、広報や補助金政策でもなく、何で国民の権利義務をいじらなきゃいけないんだっていうことを正面から聞くべきなんですね。

少なくとも今回の法案の検討からは、そのような法でないといけない要素というのは見

つからなかったというのが結論になってくる。つまり、法律事項というんですが、法律でないといけないことがない法改正の提案なんてものを役所がやっていいのかっていうのが私の率直な感想ですと、こういうことになるわけです。

当事者が聞いたら顔を真っ赤にして怒るか、心の底からため息つくかどっちかだと思うんですけど、正直今回の中間まとめを読んだ私の率直な感想というのは「議員立法みてえ」、そういうものでした。いやだからね、そうなんですよ。2012年改正にそっくりなんです。

議員立法が何のために使われているかという、大体メッセージ性のために使われているわけです。つまり、最近、「古典の日」とかですね、食育基本法とか、そういう議員立法で作った何か基本法ってのがやたらめったらあるんですけども、これらを見ていたら大体わかるんですが、中身ががらんだらなんですかね。何か目的が書いてあって、何かを尊重しなきゃいかんよ、配慮しなきゃいかんよっていう尊重義務とか配慮義務が書いてあるわけ。あるいは自治体に計画作れって書いてあって、で、その計画を全部作らなきゃいけないんで市町村が仕事増えて困るような法案が並ぶわけですよ。何でそんなことするかっていうと要するに国会議員が直接に自分のしたいことをする機会ってのは実はほとんどないわけですね。大臣とか政務官くらいになればこういう政策やりたいんだって役所に持って行って、役所にやってもらうことはできるけれども、いわゆる陣笠議員の間はそういうチャンスがほとんどない。その人たちがでもやっぱり自分の手で何かをしたい、実感を掴みたいために議員提出法案で法律作りを始めちゃうわけ。でも、そこで法律事項盛り込むと、例えば予算使うっていうと財務省がふざけんなって言いだし、義務賦課をしたいっていうとそれ憲法違反になるかもしれないからやめてくださいって止められるわけですよ。だからメッセージだけのがらんだら法律を作って何かした気になる。で、それと本当にそっくり。だから何のために法律があって、社会をどう変えるためにどのような権利義務を設定しなきゃいけないかっていう議論をスポンと放り抜かして、いけないからやめましょうっていう規範的な宣言をするだけのものになっちゃう。

その意味で片方ではね、さして直接的に有害ではないですよ。さっき言った通り、狭義の実効性はないんだもの、ほとんど。直接的に何かこれで起きるということはあまりないだろうとは思いますが、大きな意味での法に対する信頼とか法の機能というのを損ねるからこういうものはやっぱりやめたほうがいい。この段階で止めるべき。というかその前に、はっきり言うけど、これ内閣法制局審査通るのっていうのが私の率直な感想だということになります。

長くなりましたがこれで私からのお話を終わらせていただきたいと思います。ご清聴ありがとうございました。

1. 従来の経緯

(古典的な状況) 複製権の独占+私的使用の許容

原則

著作者は、その著作物を複製する権利を専有する。(§21)

例外

著作権の目的となつている著作物(……)は、個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において使用すること(……)を目的とするときは、次に掲げる場合を除き、その使用する者が複製することができる。(§30.I 本文)

刑事罰による抑制……親告罪だが

著作権、出版権又は著作隣接権を侵害した者(第30条第1項(……)に定める私的使用の目的をもって自ら著作物若しくは実演等の複製を行った者(……)を除く。)は、10年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。(§119.I)

問題：インターネットの登場

ネットからアクセス可能な場所に置く(アップロード=複製の可能性大)

まだアクセスされていない状態=公衆送信が行なわれていない

アクセスが発生=公衆送信権の侵害……いつ・どのように発生したか確認する必要(困難)

アクセス可能なものを手元に複製する(ダウンロード=複製)……だが家庭内

→適切な抑止が困難に

(対応1) 送信可能化権の登場……アップロードの違法化(1997改正)

著作者は、その著作物について、公衆送信(自動公衆送信の場合にあつては、送信可能化を含む。)を行う権利を専有する。(§23.I)

アクセス可能な場所に置いた時点で送信可能化が成立、家庭内とは言えないので例外に該当せず

ダウンロードは複製だが家庭内の行為……まだ違法ではない

(対応2) 録音・録画のダウンロード違法化(2009改正)

著作権を侵害する自動公衆送信(……)を受信して行うデジタル方式の録音又は録画を、その事実を知りながら行う場合(§30.I.iii)

→ 例外の例外=原則への回帰

(対応3) 録音・録画のダウンロード犯罪化(2012改正)

※ 文化審議会著作権分科会では見送り → 議員提出の修正案で実現。

第30条第1項に定める私的使用の目的をもって、有償著作物等(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つているものに限る。))であつて、有償で公衆に提供され、又は提示されているもの(……)の著作権又は著作隣接権を侵害する自動公衆送信(……)を受信して行うデジタル方式の録音又は録画を、自らその事実を知りながら行つて著作権又は著作隣接権を侵害した者は、2年以下の懲役若しくは200万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。(§119.III)

cf. 映画の盗撮（「映画の盗撮の防止に関する法律」2007）

公開後 8 ヶ月に限定、§ 119.I（10 年／1000 万円）を適用……議員立法

映画の盗撮については、著作権法第 30 条第 1 項の規定は、適用せず（……）（同法 § 4.I）

2. 今回の経緯

（背景）海賊版サイトの横行

典型＝「漫画村」……違法にアップロードされたマンガへのリンクを収集（リーチサイト）。

広告収入目的（ほぼ確実）。

元サイト……明白な違法行為。ただし行為者は大量・分散・海外（?）。特定・抑止が困難。

リーチサイト……違法行為の補助にあたる可能性は大きい。特定は困難？

ユーザ……家庭内での複製＝例外に該当。摘発の危険なし。

→ ユーザの抑制が難しく、サイトへの広告収入が入り続ける状況。

（対策案）サイトブロッキングの提案

知的財産戦略本部・犯罪対策閣僚会議の緊急対策（2018.4）

「民間事業者による自主的な取り組み」との位置付け、だが……

批判……憲法・電気通信事業法上の通信の秘密に抵触、緊急避難の要件充足せず

cf. 児童ポルノに対するサイトブロッキング（2010.5）

民間事業者団体によるリスト作成……憲法上の「通信の秘密」への抵触を回避

緊急避難（刑 § 37）による違法性阻却……権利行使困難、回復困難

知的財産戦略本部「インターネット上の海賊版対策に関する検討会議」……崩壊

座長報告……「著作権を侵害する静止画（書籍）ダウンロードの違法化の検討」は共通認識

（提案）文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会 中間まとめ（2018.12）

リーチサイト規制

（民事）公衆送信権侵害の補助に該当し得るが差止め請求について疑問

（刑事）著作権侵害の補助に該当し得るが正犯と独立の立件可能性に疑問

→ 立法による対応を提案

ダウンロード違法化の対象範囲拡大

違法に自動公衆送信されている著作物を、その事実を知りながら複製すること。

録音・録画に限定されていたものを著作物一般に拡大する提案。

（民事）差止請求、損害賠償請求の対象 （刑事）有償著作物について処罰対象

バブリックコメント（任意、意見募集 18.12.10～19.1.6）→ 終了、検討過程。

「ダウンロード違法化の対象範囲の見直し」に関する留意事項……異例？

（今後の展開）内閣提出法案へ？

所管官庁内で法案作成 → 合議 → 内閣法制局審査 → 閣議決定 → 法案提出（国会へ）

cf. TPP 協定関連制度整備

小委員会「TPP 協定に伴う制度整備の在り方等に関する報告書」（2016.2）

2015.11 「基本的な考え方」取りまとめ → 2016.2 報告書、分科会へ報告

→ 「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」（2016.12）

2016.3 衆議院提出（190 国会、閣法 47）→ 閉会中審査

2016.11 衆議院可決 → 2016.12 参議院可決・成立

3. 提案内容の確認

(対象範囲)

種類・分野による限定……なし → 録音・録画から著作物全体に拡大。

違法にアップロードされた著作物から、私的使用の範囲でも利益を得ることは正当化されない。

(自動公衆送信)

特定少数に対するメール送信、クラウドロッカーなどの除外

(複製)

視聴・閲覧……複製していないので除外

プリントアウト……デジタル方式の複製＝ダウンロードから除外

ストリーミングなどのキャッシュ……明文での除外規定あり

電子計算機における利用(……)に供される著作物は、次に掲げる場合その他これらと同様に当該著作物の電子計算機における利用を円滑又は効率的に行うために当該電子計算機における利用に付随する利用に供することを目的とする場合には、その必要と認められる限度において、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる。ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。(§47-4.I)

複製の手段は問わない……ファイルの保存行為だけでなくスクリーンショットも該当

プリントしたもののデジタル複製(eg. スキャニング・OCR)は含まれない

(主観要件)

「事実を知りながら」……違法にアップロードされたということを明確に認識している必要

「厳格に解釈・運用されることが重要」……過失・重過失排除の解釈規定

eg. 当然知り得る場合、判断がつかなかった場合

一部に違法なものが含まれる場合……解釈規定などで対応

(刑事罰の対象)

有償著作物に限定するのが適切(録音・録画を踏襲)。親告罪を維持。

目的……特に限定なし(私的使用目的のみ)。

4. 問題の検討(1)

(対象範囲に関する検討)

有償著作物に限定 ……× 広告利用のケースなど

海賊版サイトに限定 ……× 表現の自由と抵触せず、対象限定が困難

デッドコピーに限定 ……× 適切な限定が困難、メッセージ性

利益を害する場合に限定……× 適切な限定が困難

cf. 非親告罪化(2018.12.30 施行、TPP 協定締結に伴う法整備の一環)

もともと著作権侵害はほぼ親告罪。

第119条(……)の罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。(§123.I)

§123.II・IIIの新設(例外の創設)

目的……財産上の利益を受ける or 著作権者の利益を害する

対象……有償著作物等について、原作のまま複製された複製物 種類の限定なし

行為……公衆に譲渡・原作のまま公衆送信、そのための複製

限定……著作権者等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

利益目的・有償著作物・「原作のまま」・損害発生という4要件

これにより、例えばいわゆるコミックマーケットにおける同人誌等の二次創作活動については、一般的には、原作のまま著作物等を用いるものではなく、市場において原作と競合せず、権利者の利益を不当に害するものではないことから、上記 [1] ～ [3] のような要件に照らせば、非親告罪とはならないものと考えられる一方で、販売中の漫画や小説の海賊版を販売する行為や、映画の海賊版をネット配信する行為等については、非親告罪となるものと考えられます。(文化庁「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(平成 28 年法律第 108 号)及び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の一部を改正する法律(平成 30 年法律第 70 号)について」)

疑問……4 要件が適切に機能しないなら § 123.II に意味はあるのか。

民事請求／告訴……権利者による判断の余地

悪質でない・損害につながらない態様なら法的措置を取らない？

大地讃頌事件(2004) 同一性保持権・翻案権の事例だが。

無償著作物の場合でも民事請求／刑事告訴は可能

要するにメッセージ性が重要？

(主観要件の問題)

明確な故意による場合に限定(過失・重過失の排除)

立証責任……(民事)権利者側、(刑事)検察側

(視点1) あらゆる事実が透明な場合……機能しない

想定困難。「違法です」と明記されている違法サイト・リーチサイトは存在するか。

「故意があったこと」の証明……内心の事実？ 宣言？

「当然知り得る場合」でも成立しない。

親告罪……権利者の処罰意思がなければ起訴にも持ち込めない。

(視点2) 事実は検証過程を通じて明らかになる

外形的事実＝違法なデータのダウンロード(故意の有無とは無関係)。→ 捜査可能

捜査の端緒・別件としての利用、フォールバックとしての活用

eg. とりあえず捕まえる → ダウンロードされたデータの存在を確認

出所の適法性、主観要件の不成立を確認するまで捜査は合法？

cf. 児童買春・児童ポルノ規制法 単純所持 (§ 3-2)・自己使用目的所持 (§ 7.1)

外国法制との比較

ドイツ ……「許される」→ 明らかに違法に製作された原本を用いた複製の除外

フランス……「禁止できない」→ 適法な出所から行われる複製に限定

カナダ ……「著作権侵害を構成しない」→ 侵害コピーでないものの複製に限定

いずれも行為外形としては合法 → 違法パターンを除外、なのは。

結論 実効性は期待できない(現に損害賠償・差止め・刑事処罰が行なわれるという意味において)。

「活用」される可能性は否定できない。

5. 問題の検討(2)

(立法の「意図」)

「活用」については立法的な配慮により対応する。

新法第 119 条第 3 項の規定の運用に当たっては、インターネットによる情報の収集その他のインターネットを利用して行う行為が不当に制限されることのないよう配慮しなければならない。(平成 24 年改正附則 § 9)

もともと積極的に捜査・摘発することを目的としているわけでもない。

ダウンロードに係る刑事罰の規定の運用に当たっては、警察の捜査権の濫用やインターネットを利用した行為の不当な制限・萎縮につながらないように慎重な配慮が求められるものであり、録音・録画に関して刑事罰化を行った際にも、軽微な事案についてまで、積極的に捜査・摘発することはもとより意図されていなかったところである。／現状は、このような立法者意思に沿った形で、刑事当局において慎重な配慮・対応が行われているものとして受け止めるべきであり、今回の対象範囲の拡大に当たっても、刑事罰に関しては、同様に、慎重な配慮・対応を行うことが望まれる。(中間まとめ p. 67)

実効性についても困難なことは予想されている。cf. 2009 改正における犯罪化見送り

一つは、個々人の違法ダウンロード自体は軽微であること、二つ目に、家庭内で行われる行為についての規制の実効性の確保が困難であることなどから、刑事罰の対象とされなかったものでございます。(180 国会・参議院文教科学委員会(平成 24 年 6 月 19 日)大臣政務官・神本美恵子答弁)

(シグナリング)

では何のための立法か……メッセージ性(シグナリング)

「録音・録画に関しても検挙例はなく、刑事罰は、専ら抑止効果として機能している」

録音・録画については、違法化(民事措置)のみでは十分な効果が上がらないことを理由として、有償で提供・提示されたものに限って刑事罰化が行われ、それによって一定の抑止効果が見られた(……)「法が本来の目的に沿って実効的に機能しておらず不適切」などと捉えるべきではない。(中間まとめ p. 67)

シグナリングの効果……誰がいつどのように確認したのか？

EBPM に耐えられるか……arm 間比較の可能性(blind test はもとより不可能として)

eg. 規制強化の前後、規制した類型とそれ以外、他国の状況……

ダウンロードの前提としてアップロードという行為がございまして、これには刑事罰が科されておりますけれども、この法改正がなされて以降、アップロード行為に対してどのぐらいの検挙、告発があり、裁判で有罪になった事例があり、そしてそれによってどのぐらいの抑止効果があったのかわかったのかという、そういった検証が従前なされているのかどうかという情報すら、そこら辺も議論されておられません。(180 国会・参議院文教科学委員会(平成 24 年 6 月 19 日)参考人・市毛由美子(日弁連事務次長)意見)

二つの「実効性」

事後の責任追及……(民事)損害賠償・差止め、(刑事)犯罪としての処罰

事前の行為指導……結果を予期することによる自主的・自発的な回避 ← シグナリング

ズレの発生……予測の限界による問題を救済するための制度=緊急避難

あらかじめ予定された「赦し」はあり得ないのではないか。

シグナリングとしての有効性は必要なのでは？

回避行動をもたらす要素=(狭義の)実効性

妥当性は実効性に依存する(HLA Hart)、法整備支援からの教訓

(狭義の実効性のない法)

法への信頼(予見可能性=法の規定は現実化するという信憑)へのダメージ

法の自由保障機能へのダメージ

規制権限・規制規定が存在しないこと=反射としての自由(H Kelsen)

実効性がなくても人々の「保障された自由」を大きく制約することに。

**ダウンロード違法化
拡大の論点**
慶應義塾大学法学部 大屋雄裕



Keio University

1

全体の構成

- これまでの経緯を確認する
- 提案の背景を理解する
- 提案それ自体の内容を理解する
- どのように評価すべきか？
 - 直接的な影響の検討
 - 間接的な意義の検討

2

これまでの経緯を確認する

3

古典的な状況

- 著作権者による**独占的な使用**(原則)
 - 複製・翻訳・翻案・自動送信……
- **私的使用**(例外)
 - 個人的／家庭内
 - 免責か、権利保障か……論争あり(過去)
 - 理由?……プライバシ・消尽・実効性
- 該当しなければ……刑事罰
 - **親告罪**(告訴なしには起訴できない)



4



5



6



7



8

サイトブロッキングの提案

- 知財戦略本部の緊急対策(2018.4)
 - 民間の自主的な取り組み、との位置付け
 - 通信の秘密への抵触、緊急避難は無理
- 海賊版対策に関する検討会議
 - 激しい意見対立 → **崩壊**
 - 断念？ 代替措置の必要性
 - **静止画ダウンロードの違法化**……共通認識

9

法制・基本問題小委員会 中間まとめ

- リーチサイト規制
 - 民事:差止め請求に限界
 - 刑事:正犯と独立の立件可能性に疑問
 - **立法による対応**を提案
- ダウンロード違法化の対象範囲拡大
 - 自動公衆送信の受信(ダウンロード)
 - デジタル方式の録音・録画 → **複製**
 - **事実を知りながら**

10

提案それ自体の内容を理解する

11

対象範囲

- 従来: **録音・録画**
↓
- 提案: (制限をなくす)
 - 結果的に静止画・テキスト等が含まれることに

12

限定(客観要件)

- **自動公衆送信**の受信
 - × 特定少数が対象
 - メール、クラウドロッカーなど
- **デジタル方式の複製**
 - × 視聴・閲覧……複製していない
 - × プリントアウト……デジタル方式でない
 - × プリントアウトのスキャン
 - × キャッシュ……明文で除外

13

主観要件

- **事実を知りながら**……明確な認識が必要
 - 「厳格に解釈・運用されることが重要」
 - 当然知り得る場合・判断が付かない場合
 - 過失・重過失の排除＝解釈規定
- 一部に違法なものが含まれる場合
 - 除外するために解釈規定

14

刑事罰の対象

- もう一段絞り込む
 - **有償著作物**……録音・録画と同様
- 親告罪は維持
- 目的による限定はしない
 - 私的使用の目的であればすべて該当

15

直接的な影響の検討

16

対象著作物に関する議論

- 出されていた意見
 - 有償著作物に限定
 - 海賊版サイトに限定
 - デッドコピーに限定
 - 利益を害する場合に限定
 - 適切な運用・限定が困難

非親告罪化の際の要件に対応

- ①利益目的
- ②有償著作物
- ③「原作のまま」
- ④損害発生

「二次創作活動」の除外(文化庁)

17

二つの制度は整合的か？

- 民事請求・告訴……**権利者によるアクション**
 - 悪質でないものには対応しない
 - 広めに違法性を設定しても大丈夫
- 非親告罪……**捜査当局のイニシアティブ**
 - 限定を強めにする必要
 - 民事請求・告訴はどちらにせよ可能

重要なのはメッセージ性？



18

主観要件と二つの観点

- 神の視点……すべての事実は透明
 - 「違法」と明記された違法コピー？
 - 内心の事実に関する証明が必要
 - 親告罪……処罰意思が必要
- 人の視点……事実は検証により明らかになる
 - 外形的事実は同じ(ダウンロード)
 - 違法かもしれないデータ……捜査可能では
 - 合法だと明記されたデータ？



19

(ひとまずの)結論

- Q: この法整備で損害請求・差止め・刑事処罰は可能になるか
 - A1:期待できない
 - A2:「活用」の可能性は否定できない



20



21



22

シグナリング

- 録音・録画……検挙例なし
 - 「専ら抑止効果として機能している」

どうやって確認したの？

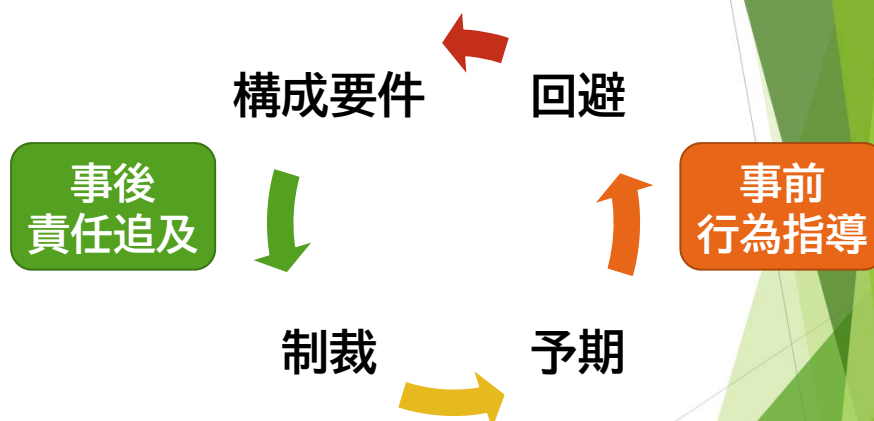
EBM(証拠に基づく医療)なら……

- ・介入群と非介入群の比較(二重盲検法が理想)
- ・要素あり群となし群の比較
- ・事前と事後の比較

そもそも比較・検証したのか？

23

二つの実効性



24

行為指導と罪責追及のジレンマ

- ミニヨネット号事件(英1884)
 - 事前の規範設定……汝殺すなかれ
 - 事後の行為評価……生きてこそ
 - 例外的事象とその救済
 - 奇跡の制度化としての恩赦・緊急避難

予定された赦しはあり得ないのでは



25

シグナリングと有効性

- 制裁されるという予測 → 回避行動
 - 予測の根拠 = **狭義の実効性**
 - 現に強制されている → 次も強制されるだろう
- まったく実効性を持たない法は遵守されるか？
 - 「法は存在する」という確信 ← 現実の強制
(妥当性は実効性に依存する……H.L.A. ハート)
 - リベラル・リーガリズムの失敗(D. トゥルーベック)
法を変えても変わらない発展途上国の社会



26

法治国原理(Rechtstaat)



- 法による支配(Rule by Law)とも言われるが……
 - 法家思想・公事方御定書……秘密法典
 - 法治国原理……**事前の制定と公開**を要求
 - **自発的な回避**を期待し、促進する
- それが可能なのは……
 - ダメと書かれているものはダメ(制裁の対象)
 - 書かれていないものはダメではない **保障された自由**
 - **罪刑法定主義**の根拠
法律なくして犯罪なく、犯罪なくして処罰なし

27

(もうひとつの)結論

- 実効性のない法は何故いけない？
(強制されなければ自由は損なわれない)
- ↓
- **法への信頼** = 予見可能性を傷付ける
 - それこそが人々を法遵守に動機付けるのに
 - **法の自由保障機能**を傷付ける

28

法は何のためにあるか

- 人々のあいだで**自由と責任を配分**する
 - 法にしかできない**固有の領域**
 - **法律事項**……権利保障・義務賦課
- 言い方を変えれば……
 - メッセージ性・シグナリング=**規範との競合**
 - あり得るが、固有でも必然的でもない
 - 広報・補助金政策などの可能性

29

ダウンロード違法化 拡大の論点

慶應義塾大学法学部 大屋雄裕



Keio University

30