

明治大学知的財産法政策研究所 (IPLPI) シンポジウム

「ダウンロード違法化の対象範囲の見直し」

これまでとこれから

第一部基調講演

「緊急声明」とその後の動き（意見書・「検証レポート」等）、
私的複製についての私的な見解

金子敏哉（明治大学法学部准教授）

1. （スライド番号）

前田先生、ありがとうございます。基調講演の3番目ということで、申し遅れました。本日、司会を担当しております明治大学法学部の金子でございます。私のほうから研究声明と、その後の動き、私的複製についての私的な見解というテーマで報告をさせていただきたいと思います。

まず、自己紹介ですけれども、私は明治大学で知的財産法を担当しているのですが、実は2018年の4月から、明治大学より在外研究が認められまして、ハーバード大学ロースクールの東アジア法研究所という所で客員研究員をしております。なので、この1年は日本におらず、サイトブロッキングやダウンロード違法化の話が出てきたときも、皆さん、熱心に議論をされているなということで、実は恥ずかしながらパブリックコメントも一切出さず、もう何もしていなかったというのが、実状であります。

じゃあなんでおまえはここに今いるのかということですが、こうなりましたのは、特にダウンロードの違法化に関して、2月13日の分科会の時点などで、非常に問題があるということをやややく認識をするようになって、明治大学知的財産法政策研究所でさまざまな資料を今回は公表しているのですが、特に、その中の緊急声明というものの呼び掛け人の一人になったと。その関係もあって、今回のシンポジウムの企画等を担当させていただいているということになります。

2.

私の報告におきましては、明治大学知的財産法政策研究所において公表された、いくつかの資料について説明を申し上げますとともに、文化庁の条文案、これは2月22日の自民党の合同会議において配布された時点での条文案に基づいて、あくまで私個人の意見でありますけれども、意見を述べたいと思います。

これが2番目の、などの検討というものになりまして、最後に、3番目に私的使用目的の複製の権利制限について、私自身の理解を少し述べたいと考えております。

3.

まず、緊急声明と、その後の動きということですが、今回の問題に関する2月以降の全体的な時系列については、先ほど桶田先生から基調講演の中で触れられたとおりですので、私のほうからは、明治大学側の動きを中心にまとめた資料が、こちらのものとなります。

4.

まず、2月の13日の著作権分科会で報告書がまとめられたというようなことを契機として、その内容と、あと、その時点で文化庁のほうでまとめられている条文案というものは、かなり限定が主観的要件に重点を置き、客観的要件による限定がどうも十分ではないというような情報も得まして、これは大きな問題ではないかというふうを考えるようになり、かなり急なスケジュールなのですが、ここで急に緊急声明を呼び掛けるべきではないかということになりました。

これを高倉成男所長、中山信弘顧問に相談をした結果、では、やろうということになりまして、実質的には、もう2日ぐらいの呼び掛けの期間で、本当に緊急な感じでまとめて公表をしたというのが、2月19日のダウンロード違法化の対象範囲の見直しに関する緊急声明と、その先の具体的な制度設計に関する補足資料ということになります。

その後、2月22日に自由民主党の合同会議があるのですが、先ほど、桶田弁護士からご説明があったような経緯がございまして、2月の25日にMANGA議連会長の古屋議員宛てに、高倉成男、中山信弘、金子敏哉の3名の連名によるダウンロード違法化の対象範囲の見直しについての意見というものを提出しております。これは以下、2月25日付意見書と呼ばせていただきます。この意見書については、要旨と詳細版とがありまして、そのいずれとも3月4日の時点で、明治大学知的財産法政策研究所のサイト上で公表をしております。

その後2月の28日に、これは弁護士ドットコムさんのほうの報道で、自民党の合同会議で配布された文化庁の作成資料が、報道がされました。この報道を踏まえて、この合同会議で配布された資料について検証を進めるべきではないかということが、賛同者の中の一部の有志と私のほうで検討を進めて、それで公表をされたのが、3月3日に公表をされた、この合同会議配布資料の検証レポートということになります。私は、この検証レポートに関わっているのですが、主導的に関わったというよりも、複数のメンバーで関わった中の一人という位置付けということになります。

また、3月5日に、私個人の名前でダウンロード評価に関する穏やかな提案、あるいは、私的複製の公的な意義についてというものをを出してはしまして、これは真面目な問題意識であるのですが、私は、実は、知的財産法学者としてはネタに走りたいという欲望が非常に強い。こんな真面目な話をしているときに、こんなことを言うてはいけないのですが、ネタを思い付いたら言わずにはいられないという人物でありまして、私なりにはネタを込めて、もうダウンロード違法化をどうせやるんなら、42条の立法行政目的のほうでもダウンロードを違法化したらどうかというネタを言ったというのがこの内容であります。それほど笑いは取れなかったので少し悲しい思いもしていますけれども、今、ちょっと笑いが出たかったですけれども、というところであります。

その後、3月6日にヒアリングがあって、その後の報道で一喜一憂したり何なりして、13日の著作権法改正案の見送りに至りました。13日の決定というものは、私も実はかなり衝撃を受けまして、全体が見送りになったということは、かなり驚いています。リーチサイト規制などについては問題点が指摘されながらも、海賊版の対策としては意義のあるところでもあったと思いますので、私個人の是非についての意見としては別として、それも含めて見送りになったということに、かなり驚いたことであります。

5.

これらの中でも特に出発点となりましたものが、2月19日の、ダウンロード違法化の対象範囲の見直しに関する緊急声明というものでありまして、この中の要旨としては、基本的には、まずあまり急がずに慎重な議論をすべきではないかというものが第1点。

第2点が、そうは言っても海賊版対策の緊急性に鑑み、2019年の通常国会で法改正が行われるのであれば、萎縮効果を避けるのと、海賊版対策に必要な範囲に限定をするために、少なくとも民事的規制、刑事罰共に原作のまま、および著作権者の利益が不当に害される場合に限ると。この要件。これ自体は、既に法制・基本問題小委の中の議論でも一つの選択肢として挙がっていたことですが、このような要件を設けることが必要であるということを中心とする緊急声明を、高倉、中山、金子の3人を呼び掛け人として賛同を呼び掛け、知的財産法情報の研究者で84名、最終的には105名、2団体の賛同をいただく形で公表をさせていただきました。

6.

もちろん、この緊急声明以外にも、さまざまな団体などから提言、声明が出されてはまして、これもPowerPointのほうではハイパーリンクを貼っておりますけれども、これらの声明、また、われわれの緊急声明だけではなく、このようなさまざまな団体から、さまざまな

賛成も含め、反対も含め、反対についても、それぞれの内容も異なるわけですが、それらの声明が出されたということを受けて、今回のような結果に至っているのではないかと考えております。また、ここには挙がっていませんけれども、日本学術会議のほうの有志の方の声明というものも出されているという情報も得ております。

7.

もう一つ、特に報道などで大きなインパクトを与えたものが、この自民党の合同会議で文化庁が作成したとされる資料について、明治大学知的財産法政策研究所の中のワーキンググループという形で、部会資料検証ワーキンググループという形で公表をした検証レポートというものを3月3日に公表をしました。これはかなり大きく反響を呼んだようです。先ほども言ったように、私は、これに関与をしていますが、複数のメンバーの一人というものでありまして、さまざまな意見が反映されて、あのような検証レポートになっていると思われま

す。基本的な内容としましては、大きく2つの、資料としても2つに分かれていて、基本的な考え方、Q&A関係ということで、合同会議の配布資料の内容を前提とする理解、法案作成プロセスの問題点を指摘するものと、また、文化審議会、著作権分科会意見概要という形で、合同会議の配布資料において、文化審議会での議論の正確な状況が伝えられていないことを指摘するもの2つとなっております。

このうち、これはあくまで私個人の意見ですが、後者の意見概要について、一般的に何か大きな、いろんな情報をまとめるというときには、まとめ方にはいろんなやり方がありまして、その中にはどうしても、基本的には自分の意見に近いようにまとめるということがされがちであります。私なんか論文を書いたときに「判例の整理がおかしいんじゃないか」とか、いろんな突っ込みを受けて「すいませんでした」と謝ったりするようなことがしばしば。しばしばはないかもしれないですけども、なるべくそうならないようにしようと思いますが、そのような批判を受けること自体は十分にあることで、まとめるときに、どうしてもまとめる人の考え方というものが反映されるということはあると思うんですが、今回の資料について言えば、自民党の合同会議での検証という形で行われるということになりますと、なかなかその時点で、その基となる資料との関係で正確にまとめられたかどうかということが、検証がしづらい部分があると思われま

8.

すので、そういったものについて、明らかに誤解を招こうと積極的に意図しないとしても、なるべく誤解を招かない形の資料をつくるということが望ましかったのではないかと個人的には考えております。

9.

それはそれとしまして、2月22日に、その合同会議等で検討をされた文化庁の条文案について、これも私個人の意見ということで述べていきたいと思

10.

います。ただ、これは内容的には2月25日付の意見書の詳細版などで、また要旨のほうでもまとめられていることと基本的には同じ内容となりますので、もし詳しく関心のある方は、この詳細の版のほうをご覧いただければと思います。

9. 条文案に関して、このようにさまざまな資料があるんですが、それらについては、この資料の該当の箇所をご参照ください。

10. まず、文化庁のほうでまとめられた2月22日時点での条文案については、配布資料の②ということで、条文案のものを別途の資料としてまとめています。その基本的な内容を私の理解なりに整理をいたしますと、基本的には現行著作権法30条1項3号、および119条3項の内容を、以下の要件を加重、または明確化しつつ、録音・録画、すなわち音楽・動画の複製から著作物一般の複製に拡大するというものであります。

要件の明確化としては、民事、刑事の主観的要件について、単に事実を知っていたという

ことだけではなく、違法性の認識まで必要とする。かつ、重過失で知らなかったことは含まないということ

を明確化するというものであります。条文案において、その事実を知りな

がらという従来の文言を、特定侵害複製であることを知りながらに変えたというのは、この違法性についての認識を要求するということ、趣旨であろうと思われます。また、重過失に関しては 119 条新 4 項の新設の上、対応をするということになっていました。

また、刑事については、さらに以下の限定を加えるということで、119 条 3 項の中に、28 条に規定する権利を除くと入れることで、二次創作された著作物を除外すると。また、継続的に反復してということで、常習者のみを処罰するという形で、これによって、一定の限定が図れて、萎縮効果等の問題が解消されるのではないかというのが、文化庁の作成された条文案の基本的な考え方ではなかったかと思われます。

11.

これに対して、2 月 25 日付の意見書でわれわれが提案をした内容といいますのは、この文化庁の条文案に対して、さらに限定を加えるべきだと。具体的には、30 条 1 項 3 号に関して、原作のままという要件と、著作権者の利益を不当に害することとなる場合という要件を加えるべきだと。また、119 条 3 項についても同様の要件を追加すべきだというものであります。

12.

なぜ、そう考えたのかということですが、そこで、意見書で述べられた内容というものは、まず基本的な認識として、現在の著作権法を考える上で非常に重要なことは、グレーな行為というものが大きな意味を持っているということになります。グレーな行為というものにはいろいろなものがありますけれども、一つには、著作権侵害かどうか、解釈が分かれるようなもの。

あるいは、形式的には著作権の侵害には当たるけれども、実質的に見て、その違法性が減少されるべきもの。あるいは、社会的な意義が大きいものと。そういったものをグレーな行為と呼んでいるわけですが、二次創作というものは、その典型例かと思えます。そのようなグレーな行為を違法にしてしまうと、また処罰してしまうということが、特に表現の自由などの萎縮を招くのではないかということが懸念としてあったわけでありす。

そのところで、今回の改正で速やかな改正を行うというのであれば、海賊版対策という立法目的を達成し、かつ課題たるグレーな行為の萎縮を最小化するという観点から、主観的要件だけでは不十分で、先ほども言った原作のまま、著作権者の利益を不当に害するという要件で、海賊版のダウンロードだけを違法化するというものであるということをも明確化すべきではないかということをも述べたつもりであります。

13.

文化庁案の説明資料などでは、確定的な違法性の認識を要件とするということが述べられています。といいますのは、特に萎縮効果の問題について、あくまで確定的に違法と知りながらダウンロードをする場合のみを違法化するものなのだから、それによって萎縮効果の問題が十分に対応されるということが言われていたんですが、この点は先ほど、前田先生のご報告の中でも少し触れられていることですが、この主観的要件として、確定的な違法性の認識で限定するという点については、いくつかの問題点があります。

14.

最初の問題点は、本当に条文案で、そう読めるかという問題であります。確かに違法性の認識までは要求するということは、まだ読めると思うのですが、確定的な違法性の認識まで要件とするということまで、あの条文の文言で読めるかどうか。といいますのは、刑法上の未必の故意と同様に、違法等の評価を受ける可能性があるという認識で足りると裁判所によって解釈される可能性がありまして、この点で、文化庁による説明については前提を欠くと。萎縮効果が生じないという前提を欠くのではないかというのが問題点の第一と私は考えております。

15.

この第一の問題点への対応として、確定的な違法性の認識を要求するということを明文で書いてしまうという手もあります。しかし、このような明文化、あるいはそこまでしない

としても確定的な違法性の認識を要件とする解釈は、実は、これはこれで、またさらに大きな問題が残ります。

16.

何が問題かといいますと、まず第一に、確定的な違法性の認識を要件としても、結局、グレーな行為についての萎縮効果の問題は残るといえるものが問題の第一です。つまり、形式的には著作権侵害に当たると。それはしょうがないと。形式的には違法といわざるを得ないと。あるいは、そういうふうにダウンロードをする人が確定的に認識をする場合でも、権利者に与える実質的な不利益がない、わずかである。あるいは、当該行為の社会的便益が大きいような場合については、やはり客観的に、その違法性の程度を問題としない限り、萎縮効果の問題が解消されないだろうと思います。

あともう一つ、これが立法目的との関係でクリティカルだと思われませんが、悪質な海賊版のダウンロードの事案において、実効性が大きく損なわれかねないという点が問題となります。つまり、わずかでも適法と解釈されるかもしれない。もしかしたら許諾があると認識できるかもしれない。そういうわずかな認識の可能性を理由として、確定的には違法と認識をしていなかったということが、ダウンロードをする側によって主張される可能性があります。私自身は、こういう見解を取るというわけではないので、一つのすごく極端な例として聞いていただければと思います。例えば今回のダウンロードの違法化は広過ぎると。立法事実に基づかないから広過ぎると。だから、憲法違反に基づいて無効だというようなことが海賊版のサイトに堂々と書いてあって、それを信用してダウンロードをするというふうに言い張られたというときに、確定的な違法性の認識を要件とするということになった場合に、そういった形での悪質なサイトに対する実効性が大きく損なわれるのではないかとということが危惧されるところであります。

17.

その他にも、この主観的要件については、確定的ではないにしても違法性の認識を問題とすることについては、既に多くの人から、特に刑事手続きなどにおいて自白が誘導されるのではないかとというようなことに対する懸念も評されていますし、著作権法について詳しくなれば詳しくなるほどダウンロードが違法になってしまうという点でマイナスなのではないかということも指摘されているところであります。

18.

ということで、主観的要件による限定には、やはり問題があるだろうとなると、客観的要件による限定を防ぐべきだと考えるわけですが、このうち、原作のままについては、特に作品の一部のみをダウンロードする行為や、分割ダウンロードに権利が及ばないということ懸念する声が指摘されていました。

しかし、この点については、確かに原作のままの解釈にはいろいろな解釈の仕方があり得るんですが、少なくとも、過去の政府答弁などにおいても、漫画の絵を残しつつ、せりふを翻訳したというものについても原作のままに当たるといえるようなことを政府答弁として述べた例もありまして、一部の利用について、およそ原作のままに当たらないということは、できないのではないかと思います。

19.

あとはもう一つの、こちらの要件というものが、より重要なんですが、著作権者の利益を不当に害するという限定を加えるべきと考えています。

その趣旨は、これに加えることで、著作物の種類や用途などに照らして、経営者の実質的な不利益と、個人の情報収集の自由とか、表現の自由などとの比較考慮により、不当に害すると言えるかどうかを判断するというものですが、実は同様の要件による限定は、既に現行法の権利制限規定において、多数、導入、運用をされています。

20.

ただ、この点についても懸念、反対意見を表明されていまして、一つは、主観的な要素を要件に含むということになるということ懸念する意見があります。ただ、この点について

も、まず主観的な認識、著作権者の利益を不当に害するということの主観的な認識は要件としていないということがありまして、あとはもう一つ、居直り的な主張に基づく侵害を招くということが懸念されているのですが、これはむしろ、確定的な違法性の認識を要件とした場合にこそ、深刻な問題になると私は考えます。

21.

あともう一つ、実は、この要件を設けることに対して、反対する立場から考えられる意見として、文化庁の参考資料などでは、そもそも違法にアップロードされたものをダウンロードするという行為は、そもそも権利者の利益を不当に害するものなんだと。全て不当に害するものなんだというような説明をされております。

22.

ただ、これは私の立場から見れば明らかな誤りであろうと思います。といいますのも、現行法の権利制限規定においてもすでにこの要件が設けられているものについて、違法に提供、提示された著作物を利用する行為であって著作権者の利益を不当に害するとは言えないと判断すべき場合の例がいくつかあろうと思います。例えば、著作権法の42条、立法行政目的での内部使用について、海賊版対策の必要性を検討する行政立法目的のために悪質な海賊版対策の具体例についての資料を作成するという行為は、これは著作権者の利益を不当に害さないとと言える範囲であれば、できてしかるべきだと思うのですが、こういったことを考えると、一律に、違法なソースだから直ちに利益を不当に害するとは言えないだろうと思います。

23.

もっともこういう指摘に対して42条などの権利制限と私的使用目的での複製では、その広域的な意義が大きく異なり、同列には論じられないという主張は考えられると思うんですが、しかし、少なくとも私的使用目的のうち、ある立法の是非につき、国民が自ら検討するための資料収集を行う場合について、42条の立法行政目的の内部資料としての複製と比較して、公益的意義が小さいと言うことはできないのではないかと思います。

24.

この点に関して書いたものが、先ほどネタと言った、私の穏やかな提案というものになるわけなのです。

25.

その点に関連して、私自身が著作権法30条1項の意義として捉えているものは、まず著作権法30条1項は私的使用を客観的な範囲、個人的に、または家庭内、これに準ずる限られた範囲の上で使用することとして定義をして、あえて具体的な使用目的を問わないとしている点にあります。これは私的領域における自由、内心の自由を確保する機能があると言えます。

26.

ただ、実際には、その結果、具体的な目的として、いろんなものが私的使用の目的には含まれていると。その中には単なる暇つぶしのようなもの。あるいは、単なる好奇心を満たすようなもの。いろんなものがあるわけですが、中には、ある立法の是非について、自ら検討をするための資料収集を行う。好きな漫画の模写をすることで作品を享受するとともに、創作のスキルを磨くと。また、解釈論上、議論がありますが、研究目的や創作目的での素材の収集など、私的使用の中にはいろんな目的があると。これらの目的の中には、少なくとも、その一部において、間接的かもしれないけれども、政治的原論や新たな表現活動としてのゆりかごとしての役割も果たしている。

27.

他方で、私的使用目的の複製について、現行著作権法は広く権利制限を認め過ぎているという批判も、あることも事実です。特に、違法なソースからのものについても広く認めているということについては、権利者の利益を不当に害しているのではないかと指摘もあり、この指摘自体について、私も問題意識を共通するところではあります。

28.

しかし、だからといって、違法なソースからの私的複製を全部、違法としてしまつては、先ほどのようないくつかの公益的な意義との関係で、大きな問題を生じると思われます。特に、他に対応する権利制限について適切なものがある、一般規定のようなものがあれば話は別ですけれども、そうでないとすると、社会に致命的な影響を及ぼしかねないと。そこで私自身としては、著作権者の利益を不当に害するという要件を設けることが民事上も必要というふうに考えている次第であります。

29.

この点で、今後の議論においては、ダウンロードの評価に関して、さらに研究目的の制限規定や権利制限規定の一般規定の整備などと合わせて議論がされるかもしれませんが、これらの規定が整備されたとしても、私的使用目的の複製というものは、具体的な使用目的を問わず、私的使用だからということで権利制限を認めるということには一つの意義があると考えています。

ただ、もし権利制限の一般規定のようなものが導入されれば、30条1項3号について、文化庁の条文案のように違法なソースからの私的複製についての広範な違法化を行っても、一般規定の制限規定の適用によって、弊害はかなり少ないものとなるのではないかと考えております。

司会なのに時間を超過してしまつて申し訳ありませんが、以上で私の報告を終わらせていただきます。