

2019年3月17日

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

「審議会における議論の経緯：制度設計の視点はどうか」

前田健（神戸大学大学院法学研究科准教授）

ありがとうございます。神戸大学の前田でございます。私は、著作権分科会法制・基本問題小委員会の委員を務めておりました、ダウンロード違法化に係る議論にも最初のほうから参加をしております。きょうは、その立場から、審議会での議論の概要について皆さまにお話をするとともに、それにおいて、どういった議論がもっと必要であったと言えるのかということについて、私の個人的な見解を述べさせていただきますと思います。

ご承知のとおり、ダウンロード違法化を巡る議論については拙速だったという批判もあるところで、私も委員の一人として、そういった批判に対する責任は感じているところでございます。それに対する反省の意味も込めまして、審議会の議論の過程を振り返ることにより、皆さまに検証の材料を提供するということができればと思っております。

まず、議論の経緯をざっとおさらいしたいと思います。先ほどもありましたとおり、審議会における議論は10月末の法制・基本問題小委員会から始まりました。初回は権利者団体からのヒアリング、それから第2回目でユーザー側のヒアリングを行ったということです。さらに、そこでダウンロード違法化に関する検討の視点についてというペーパーが出されまして、基本的に、その方向でいくということに、この時点でなりました。

ここで何が決まったのかというと、漫画、書籍などに限定をせず、全ての著作物を対象にして議論を行うということが、恐らく、この時点で確認をされたということだと思います。

そして、3回目の議論で、全著作物を対象にするということは前提にしまして、どのような範囲を違法にするべきなのかということについて、議論が交わされたと思います。私の認識では、この時点で限定を付したほうが良いという意見もそれなりにあったとは思いますが、強く、それが争点になっていたということではないように思いました。

そして4回目の12月の議論で論点整理案というものが事務局により提示されまして、それが、その中間まとめとなり、パブコメにかかっていくことになりました。恐らく、この時点で初めて、ある程度、まとまった形での報告書の原型となるものが示されたということだと思います。この段階で、無限定な形でダウンロード違法化がなされるかもしれないということが現実味を帯びてきたわけでありまして。この日も、少数ですけれども、やっぱり限定は付したほうが良いんじゃないかという意見を述べる委員もおりましたけれども、もはや、この事務局の示した案が既定路線という雰囲気も一私の認識では一あり、あまり議論が活発になることもなく、そのままパブリックコメントに出されることになりました。ほぼ、そのままパブリックコメントに出されるということになったと思います。しかし、一部の委員の間では、パブコメを受けた上で、やはり修正の可能性を考えたほうが良いのではないのかという見解はあったものと承知をしております。

こちらがパブリックコメントの結果になります。年末年始を挟んだこともあり、全体としての意見数というものは、そんなに多くないとも言えるところかと思っております。しかし、ご覧のとおり、ダウンロード違法化については、他の論点と比較してコメント数がずば抜けて多

くなっております、しかも、その多くが反対だったようです。

パブコメ終了後、いろいろ動きがありまして、このまま無限定な形でダウンロード違法化をするというのはまずいんじゃないのかという認識が一部の委員に共有されるに至り、さらに、そのパブコメで反対意見もかなり出ているということも分かりましたので、早めに修正の方向に転換できないかという動きが始まったものと認識しております。

まず、一部の委員が1月中旬頃だったと思いますが、文化庁に修正をしたらどうかという意見を送ったものと思います。これを受けて、文化庁のほうから1月18日に、今、こういう報告書案で考えていると。委員全員からご意見を伺いたいというお知らせが参りました。一部の委員の間ではどういった意見を文化庁に送ったかということも共有しておりましたけれども、私の知る限りでは、少なくとも数の委員が意見書を文化庁に提出したものと認識しております。

これらの意見を受けて、1月24日の朝だったと思いますが、文化庁が、さらに修正案を委員に提示してまいりました。いろんな意見が集まったので、それを受けて、18日の段階に比べると、だいぶ書き換わっていたものと思います。ただ、このままでもやはり問題点があるところと、私は、個人的にそういうふうに思いました。そして、他の委員の先生方ともご相談をしたんですけれども、同じ意見の方が何人かいらっしやったので、1月25日の当日に共同意見書を提出しようという話になりました。そして、25日の最後の法制・基本問題小委員会の日の当日に、5人共同の意見書という形で、後ろのほうに、ちょっと詳細が出ておりますけれども、きょうの小委員会で議論をまとめるべきではなく、少なくとも、あと1回は会議を開き、慎重に検討をすべきだという意見を出しました。そのせいかなのかは分かりませんが、当日に報告書は、まとまることはなかったと認識しておりますが、しかし、小委員会の議論は、この日で打ち切りということになりまして、主査預かりという形にしつつ、各委員の意見を反映させていくということになりました。

この状況を受けて、次の1月30日に、知的財産法、情報法を専門とする委員が全部で11人ぐらいいるんですけれども、そのうちの主査、副査等を除いた8名で共同意見書というものを出しました。内容は、後ろのスライドの13番というところに出てくるので、ご興味がある方はご覧ください。

こういう意見書が各委員から出されて、その個別の意見書に対する応答というものは、直接、事務局などからはなかったんですけれども、確か2月4日の午前中に、そういった意見を受けて、主査の責任により取りまとめましたという通知をいただいて、その日の午後にプレスリリースされたものというふうに認識しております。修正の可否や、その方法については、主査のご判断ということで、結果的に出された意見の全てが反映されたわけではないということでございます。

これで小委員会においては承認をされたということになりまして、さらに13日に、その親会である著作権分科会というものがございまして、そこでも了承をされて、これで報告書が取りまとまったということになっていったと思います。

ちょっと詳細については、いろいろご用意をしたんですけれども、これをお話していると時間がなくなってしまうので、基本的には公開されている議事録を私の視点でまとめたものでございますので、ご興味がある方は後でご覧いただければと思います。

以上が経緯なんですけれども、問題は、どうしてこんなに紛糾したのかということかと思っております。私の理解では、一言で言えば、それはパブリックコメントを受けた後に議論を詰めていく必要があると判明した論点、あまりにも多かったからではないかと思っております。

まず1つ目として一番大きいものが、著作権法30条1項の趣旨というところなんです。ご案内のとおり、今回のダウンロード違法化というのは、私的使用目的の例外的な例外的なことで違法化がされるものであります。従って、今回、新たに違法化される範囲というものは、従来、30条1項の適用により許されてきたけれども、今度は違法にするということになり

ます。それがどの範囲だったのかということについて、そもそも争いがあったということでございます。

このような理解の違いが最も如実に表れていますものが、パブリックコメントで示されました具体的な懸念事例に対する応答でございます。事務局の見解では、新たに違法となると懸念された事例の多くは、そもそも30条1項が適用できないものであるから、今回の法改正とは関係がないという立場であったと思います。一方、多くの委員と行ってしまいますけれども、多くの委員の認識は、そういったものの少なくとも一部には30条1項が適用されて、従来は適法だったと考えるべきではないのかというものです。あるいは、そう考えないと、現行の他の権利制限規定ではうまく適法化できない以上、日常的な行為のほとんどが違法だったということになってしまうのではないのかということであったと思います。

もう一つ議論になりましたものが、平成24年改正という録音、録画のダウンロードを刑事罰化した改正がありましたけれども、その理解でございます。事務局のロジックでは、その録音、録画のダウンロード違法化を定めた過去の法改正は正しいと。そして、音楽、映像等、漫画等の取り扱いというものは一緒じゃないとおかしいと。従って、録音、録画という文言をそのまま複製に変えるという考えを基本にするべきという、基本的には、そういうロジックであったと思います。しかし、こういうロジックの立て方について、そんなに単純な形式論法でよいのかという指摘が複数の委員から出ていたところでございます。つまり、過去の録音、録画のダウンロード違法化への向き合い方という点でも、コンセンサスができていない状態だったというふうに理解をしております。

さらに、外国法の扱いというものも問題になっておりました。一言で言いますと、諸外国との比較が雑ではないのかと、立法の根拠と成し得ないではないのかという批判がありました。これはパブリックコメントでも、その旨のご意見が来ていたようでして、25日の小委員会の時点で、外国法は根拠としないんだという注記が追加されていたところでありませう。

さらに、具体的に、どう制度を設計するかというところで大きかったものは、現行法で言う「その事実を知りながら」という文言があるんですけども、それで、ちょっと専門的になりますが、法律の錯誤というものが含まれるのかということですか。刑法を勉強された方はご存じだと思いますけれども、刑法では、その事実の問題と法律判断の問題というものは区別をされておまして、これは、法律家の間では共通認識であろうと思います。そのため、多くの委員は、こういう主観要件というものを使っても、事実の錯誤というものは除かれるけれども、それだけでは主観要件でユーザー保護の措置としては不十分ではないのかという意見があったわけです。

しかし、そのパブコメ後の報告修正案に、この主観要件により法律の錯誤も除かれるという記載が登場することになります。これを受けまして、そんなことはないんじゃないのかという意見もあったようで、25日の報告書の案では、そうじゃないかもねという見解は追記されております。

ただ、結局、条文で、そう解釈できないなら条文自体を変えればいいじゃないかという方向で、最終的な報告書はまとまっていることになるんですけども、ただ、そもそもこういう法律の錯誤を除くという主観要件で限定することによってユーザーの保護を図ろうということが、政策的な観点から見て妥当なのかどうかというところは、結局、議論をされずじまいでありました。その点もあったかと存じます。

また、客観的に限定をしたほうがいいんじゃないのかという意見もありましたけれども、それについてもさまざまな案が出ておりました。このスライドを見ていると分かりますように、パブコメが終わった後に、報告書に追記された選択肢というものがございまして、こういう選択肢もあるんじゃないのかというのが次から次へと、まだアイデアが出されている状況であったかと思えます。そういったものの利害得失について、本来であれば議論をするべきだったと思うんですけども、少なくとも審議会の議事録に残っている範囲では、あ

まりなされていなかったのではないかと思います。検討をした結果、最終的に客観要件による限定は得策ではなく主観要件による限定で十分なのだという事は当然には排除されないと思いますけれども、そういった比較、検討が十分だったのかという批判は可能な状態であったように思います。

そういう議論はあったんですけれども、結局、分科会として、報告書は了承されたということになります。これから、その報告書の内容を簡単にご紹介しまして、私の個人的な見解を述べさせていただきたいと思います。

報告書によりますと、私的使用目的の複製の趣旨ということについて、個人の私的領域の活動の自由を保障するという意義があるんだということが前面に出されるようになりました。これは委員から、そういう指摘があったからだと思います。しかし、各論における、つまり、この一般論の当てはめにおける部分の記述は、そんなには変わっておりませんで、パブコメの事例をどう扱うかという評価も、そんなには変わっておりません。ただ、両論併記の形になりまして、別の考え方に立てば、パブコメの事例についても配慮をする必要があるんだねということが追記されるに至ったということだと思います。

さらに、過去の録音、録画のダウンロード違法化というものを、どう捉えていくのかという記述についても異論がたくさんありましたので、だいぶ改められております。ただ、ここも一緒なんですけれども、一般論は書き換わるけれども、各論はあまり変わらないという、そういうものであったかと思えます。

外国法については先ほども紹介をしましたけれども、ここは、記載は特に変わってないと思います。ただ、タイトルになかった参考という文字が追加されまして、恐らく、ただの参考であって、主たる根拠にはしないんだということが明確になったということでございます。ただ、主たるではないけれども根拠になるというところは、ちょっと垣間見えるものでございます。

主観要件は、客観要件がなかったとしても、ユーザー保護の措置を取るために十分なんだというロジックが、基本的なロジックとしてあるというふうに思われるところであります。その記載は維持されております。ただ、ここについては先ほども申し上げましたとおり、主観要件に法律の錯誤は含められるということの利害得失とか、あるいは、客観要件と比べたときの利害得失ということの比較検討がなく、その辺りで議論が深められていなかったのかなという反省はあるかと思えます。

客観要件による限定については多くの委員が主張をしていたわけですが、そういった批判を踏まえて、民事においても、刑事においても、客観的要件による限定をするんだという意見の位置付けが非常に、一言で言えば格上げされることになりました。報告書としては、限定していない案と並んで、客観的要件による限定をしていく案も選択肢に加わったものだというふうに理解しております。そういう意味では、最終報告書は両論併記の状態になったのではないかというふうに思っております。

ただ、少し個人的に残念なものは、もう何度も繰り返しますけれども、この客観要件の各限定について、どういった利害得失があるのかというものは、具体的な検討がないまま報告書がまとまってしまったことです。

私の理解をするところでは、審議会の報告書の役割というものは、内閣として議案を立案し、それから立法府において議論をしていくに際して、専門家の視点から、どういった制度設計の選択肢があるのかということ、客観的に利害得失を示しまして、民主的な決定を行っていくために十分な情報を提供するというところにあるのではないかと思っております。そういう観点からいたしますと、具体的な制度の比較検討、利害得失についての検討を欠いていたということは、そういった審議会の責務という観点から、反省すべきところはあるんだろうというふうに思っております。

以上が、私の個人的な見解を交えた経過の報告なんですけれども、最後に、こういった問題に対処をしていくにあたって、一体、どういう点を議論しなければならなかったのかとい

う私の意見を述べさせていただいて、まとめとさせていただきたいと思います。

私は、今回のダウンロード規制の問題というものは、インターネット上の情報収集、それから著作物閲覧の自由というものがあると思うんですけども、それをどう確保していくのかという問題と不可分であったと思います。どういう情報収集活動については自由を認め、海賊版を撲滅していくためには、どの範囲なら規制をかけていいのかということ、著作権法の解釈論をいったん離れて、政策論として議論をしていくべきだったというふうに思っております。

この点に関して、もう一つ指摘しておきたいものは、立法論と解釈論の違いということにあります。両方とも法制度についての、一つの規範的提言を導き出すという営みであるという点では共通をしておるんですけども、立法論というものは当然のことながら立法府で行われ、解釈論というものは司法府において行われることとなります。立法府、司法府、行政府の三権分立の原則というものがございまして、それに照らして、その役割というものは、当然、変わってくるわけでありまして。しかし、これは私の反省も含めてということですけども、法学者が立法論に関わっていくとき、われわれは普段、主に解釈論について研究をしていることが多いわけですけども、そこで当然の前提としてきた方法論を無自覚に立法論に適用してきたという部分が少しあるように思います。ここはわれわれ法学者が反省をすべき点だと思うんですけども、立法論の方法論について、解釈論についての方法論と同様に議論を深化させておく必要があったんだろうなというふうに思っております。

その上で、具体的な制度設計ですけども、そこでも議論を深める必要がある点がたくさん出ております。最も重要なものは、やはり 30 条 1 項の趣旨と射程ということなんです。今回の議論で文化庁案を支持する人からは、反対派は、30 条 1 項がそもそも関係のない行為類型を反例に出して議論を展開しているという批判があるものと理解しております。それは、私の理解では、30 条 1 項の解釈について、立場の対立があるということだと思っております。30 条 1 項の射程について共通理解を確立し、それで抜け落ちた部分については、そのままいいのか、もしくは、新たな権利制限規定を用意して自由を確保していかなければならないのかということについての議論が全く抜け落ちていたということがあったように思います。

さらに、先ほどから申し上げておりますとおり、主観要件、客観要件の利害得失の比較というものが必要だと思ひまして、そこについても緻密な議論はする時間がなかったというふうに思います。ちょっとこれを詳細に話していると時間がなくなってしまいますので、きょうは省略をさせていただき、後のパネルディスカッション等で触れさせていただきたいと思ひますけれども、このように、さまざまな状況を前提において、どういう規制をしていいのか、そのために、どの要件を使ってやるとうまくいくのかということについての綿密な議論が必要であったらと思うしております。

最後に、今回は民事規制と刑事罰の両方が規制手段として検討の俎上（そじょう）に上っているとあります。それぞれの手段が持つ意義を踏まえて、適切な規制範囲を設定するという視点も欠かせなかったと思ひます。

この点は、反対をするにしろ、賛成をするにしろ、視点が十分でなかったように私は思うんですけども、本来、法制度設計にあたって重要なものは、いかなる要件の下、どのような法的効果を発生させるということにあるのではないかと思います。そこを厳密に意識しないまま、違法というレッテルを貼るか、貼らないかというだけで議論をされているくらいがあったのは、反省点であらうかと思ひしております。

私は、今回の法改正において議論が拙速だ、もしくは熟していないという批判は、全くそのとおりであらうと思ひしております。関係ステークホルダーからの意見聴取が不十分だというのもそうなんでしょうけれども、私としては、それ以上に基礎となる必要な情報が十分に収集されず、それについての専門家の議論も深まらない状態で、重大な効果を持ち得る法政策が決定されようとしたということに問題があるように思ひしております。今回の経験から、著作権法政策形成の過程の在り方についての教訓を引き出しまして、立法論の方法論とい

うものを、より精緻にしていくということが、われわれ法学研究者に求められていることであらうというふうに思っております。

以上をもちまして、私の報告は終わらせていただきます。どうも、ご清聴ありがとうございました。