

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

「ダウンロード違法化拡大になぜ反対しなければならないのか？」

～インターネット時代の著作権法における寛容的利用の意義～

田村善之（北海道大学法学研究科教授）

北大の田村でございます。きょうは、いろいろな経緯についてお話がありましたので、私からは、むしろ、その経緯はともかくとして、一体、どういう著作権法制度を目指すべきなのかといった観点に焦点を当ててお話をしたいと思います。

ちなみに、これからお話をするのはスライドを使いますが、その内容自体は、実は、先ほどから、皆さんからご紹介をいただいている、自民党の中でのヒアリングで、文化庁さんの案に対する反対派の代表として、学者の代表として呼ばれたときにお話をしたものになります。さらに、より何か脚注も付いた詳しい論文を読みたいという方がおられましたら、下のほうの論文<sup>1</sup>になります。

まずは、著作権法の構造的課題というふうに書きましたが、実は、事前にほとんど打ち合わせをしていないにもかかわらず、最初の中山先生の基調講演を拝聴し、もうほとんど同じことを考えているということが分かりました。なので、これからお話をするのは、最初の中山先生のお話に戻って、でも私のほうが時間が多いので、少しゆっくりお話をすることになるかと思えます。また、前田先生の問題意識もよく分かりまして、立法論を語れるようになりたいと思えます。そのためには、われわれが目指すべき著作権法制度ということに対する議論も必要ではないかと思っています。

この点に関して、昔から、私は著作権法の「第三の波」と言っている理屈があります。ただ、中身自体は中山先生がおっしゃっていたものと同じなのです。どんな話かといいますと、そもそも著作権というものは、不磨の大典のように何も変わらない権利として、ずっと昔からあるわけじゃない。ハムラビ法典あるいはローマ法典以来の長い法律の歴史の中でいきますと、かなり新しいものに属する法律になります。どうしてそんな権利ができたのかということですが、現在につながるという意味での、世界最初の著作権というものは、イギリスに18世紀の初頭にできたというふうに言われています。その背景には、もちろん印刷技術が普及したということがあり、それが普及したことによって、逆に、海賊版かどうか問題になりました。つまり、著者の許諾を得ないで出版をするといった海賊版なるものも出てきて、出版者を保護する必要性が生じました。それと共に自然権思想が相まって、出版に対抗する権利として、しかし権利者は著作者だという、そういった著作権法ができたということでもあります。だから、コピーライトと呼ばれていたんです。

中山先生からもお話がありました。この第一の波と私が呼んでいる印刷技術の普及から、次の第二の波に行く、20世紀半ばまでの間の数百年間は、大事なことは、このコピーライトの意味が現代と違っていたことです。それはなにかというと、複製には相当の投資が必要だった時代です。どんどん複製技術は発展してきましたが、それでも出版、それか

---

<sup>1</sup> 田村善之「日本の著作権法のリフォーム論ーデジタル化時代・インターネット時代の「構造的課題」の克服に向けてー」知的財産法政策学研究 44号(2014年)

らレコード、あるいは映画等、複製をするには、相当の投資がかかりました。もちろん複製はできましたが、きちんとした量の複製をするには相当の投資が必要だった時代でしたので、コピーライトは事実上、競争規制法でした。

それが、1つ目に崩れてくるのが、20世紀半ばの複製技術の普及です。複製技術が私人にも普及してきたのです。その結果、複製者は多数になり、コピーライトの条文自体は変わらなくても、その中身が、実質的な意義が私人の活動を規制する権利に変容していくわけです。その結果、私人の活動の自由は、条文どおり守れば規制をされますが、しかし他方で監視が困難でありますので、権威の実効性を欠くといった問題が発生しました。それに対して、著作権法も徐々に変わっていく必要性に迫られていきました。

さらに、第三の波と呼んでいるものがインターネットの普及です。これにより、それまで第二の波の時代ですらできなかったことが可能になりました。それはなにかというとまだ第二の波の時代にも、著作物を一般の私人つまり公衆に大量に届けるには、相当の投資が必要だったのです。それがインターネット時代になりまして、一般に配ること自体も私人に開放されたこととなります。この、特に第三の波の意味、著作権法にとってのデジタル化あるいはインターネット化の意味というのは、実際に利用をされている著作物が増えたことです。だから、観念的には利用されている著作物というものは前と変わらないわけですけれども、先ほど言ったとおり、公衆送信という形で自由にアマチュアが、ほぼただで、ノーコストに近い形で、どんどん著作物を大量に頒布することができるようになりました。われわれが、日々、接することができる著作物の量が、質的に極めて増大しています。特に、私より上の世代の方は、そういうふうには思っていないものと思います。

これには2つの意味があります。一つは、創作者的な観点からいくと、デジタル技術によって、それまでプロに特化されていた技術がかなり開放されました。文章、絵画だけではなくて、音楽、動画と、だんだん順々に難しくなっていますが、そういったものがデジタル化の到来により、アマチュアに開放されていきました。プロとアマの境目が相対化したということです。

それからもう一つ、特に本日はこちらがより関係するかもしれませんが、インターネット技術により、企業で創作される著作物や営利目的で創作される著作物ばかりでなく、個人の私的な著作物も公衆に提供可能になりました。あるいは、昔は企業で創作され、昔は営利で使われていたかもしれないけれども、今は誰も関心がない著作物というものも、どんどん提供されるようになったということでもあります。

そうしますと、これも中山先生がおっしゃっていたことですが、実際に利用されている著作物の著作権者が多様になりました。第二の波の時代でしたら、基本的に、われわれが日々、大量に接している著作物というものは、その大半が、著作権者自身が営利的な関心を持って公衆に届けているものだったのですが、現在のインターネット時代では、そういった創作に多大な投資がかかるなどのために、著作権の保護を欲する、そして、それが著作権制度から見ても必要だと考える著作権者や著作物ばかりではなくて、著作権の保護を欲しないか、必要としないか、あるいは、全く関心がないものが結構多いわけです。そういった亡くなられた方ですとか、あるいは企業が、もう既に全く関心がないような、あるいは、そもそも企業自体も消滅しているような、そういった著作物が大量にアクセス可能になっています。しかし、著作権法自体はインターネット時代より前に骨格がつくられていますので、条文上、全ての著作物に、一律に著作権の保護を与えています。つまり、本当は著作権者が多様化しているので色分けをしたほうがいいわけですが、そういうふうになっていないということが問題になります。これが構造的課題と呼んでいるものです。

しかし、この構造的課題があるにもかかわらず、現在の著作権法は、制度は崩壊していません。それは、なぜでしょうか。これが今回の改正に関係するところなのでお話をします。それが、寛容の利用と私が呼んでいるものであります。一見、今回のダウンロードに関係しない話もしますが、その寛容の利用の威力をお示しするために、仮に条文どおりに著作権法が順守された場合にどうなるかということ、まず考えてみようと思います。フ

フェアユースがない現在の日本の著作権法が条文どおりに順守されてしまうと、おそらく日本経済は停滞することになると思います。これが条文どおり守っていく社会になります。企業内のことを考えていただくと、「この資料の中には著作物が載っているから、コピーやPDFやファイル化は、もうできない。明日からの支社への出張では、ちょっと重いけれども、資料の原本10冊ぐらいをみんなで手分けして持っていこう。この資料、出張先で別の所に送る必要があるけれども、添付ファイルにメールで送ったりして、メールで送ったり、ファクスをしたりしてはいけない。いずれも複製に該当する。コピーもしちゃいけないから原本を郵送しよう。今朝、部長から、中国語の資料の翻訳を頼まれて、一応、本部に確認を取ったら、やっぱり著作権者を探して許諾を取らなければ駄目らしい。文章を要約して口頭で部長に伝えるのも駄目で、何でも翻案というものに該当するんだそうだ。唯一、可能性があるものは、文章のアイデアとなるものを抜き出して、そこだけ翻訳をすればよいんだそうだが、部長からは正確に全文の意味を伝えろと言われるし、著者は中国の方で、もう亡くなっているようだし困ったな」。こういう世界になるわけでありませぬ。

しかし現実には、こうはなっていないのだらうと思います。むしろ世の中には、他人の著作物の無断利用で潤っているわけですね。なぜかという、それが寛容的利用でして、若干不正確な言い方ですが、権利があっても、実際には権利行使されないために寛容されているようにみえるからですね。寛容的利用の実際は、権利があっても実際には権利行使されないと人々が信じているから行われる利用ですね。このような寛容的利用によって、実際には、大量に企業内複製が行われています。さらに二次創作というものが、日本でよく行われていることは、世界中で驚かれています。これも寛容的利用の例ですね。

今までは、ずっと今回の改正に関係のない話ばかりをしていたように見えますが、そんなことはなく大いに関係します。どういうことかという、インターネット上には日々、著作物は、無断のものも含めて大量にアップされています。しかし、それに対して権利の保護を欲するものが、プロバイダー等に対するノータースアンドテイクダウン等に、あるいは別々の、さまざまな形で、最近では検索サイトとの関係などが争点になっていますが、そういった形で権利保護を欲することを明示すると、それに応じて著作物が消えていくということになります。この結果、結局、事実上、保護を欲する権利者の著作物のみが守られ、保護を欲していない著作物については、公衆が利用することができるままとなっています。

さて、このような状況を是と考えるか否と考えるかということが問題になります。つまり、われわれはどのような著作権制度を目指したらよいのでしょうか。

ここで、よく言われることですが、著作権の性質を考えたいと思います。それは、有体物に対する権利、所有権との違いです。著作権、あるいは知的財産権と呼ばれているものは、物理的な限界はございませんので、人々の自由を広範に規制することができます。有体物ですと、その物理的な接触の限度での侵害に限定できますが、著作権というものは、その侵害のつくり方次第では、生来的に人々の自由を大きく制約することができます。他方で、これも有体物とは違いまして、他者が利用しても自らの利用は妨げられません。つまり、食うか食われるかという二者択一的な関係にはないので、所有権と比べれば、他者が利用した場合の権利者に与える不利益は相対的に小さいわけですね。そして、こういったことから有体物に対する権利以上に、無体物と呼ばれているものに対する権利を設けるにあたっては、保護と利用のバランスが肝要だと言われているわけですね。実際、著作権法の条文もちゃんと考えていまして、永続する所有権と異なって保護期間が限定されているとか、各種の権利制限規定があるということになります。

目指すべきはどうかという、こういった著作権の性質を踏まえていくと、私は次のように思っています。保護を欲されている著作権や保護が必要な著作権は、しっかり保護しよう。他方で、保護が欲されていない、権利者のほうが保護を欲していないような著作物は、むしろ皆が自由に利用させたほうがいいのではないかと。そして、それで誰も困らない。ウィンウィンの関係なのではないかと。なので、寛容的利用というもの

を擁護する世界や、少なくともそれを委縮させない世界というものが、われわれが目指すべきものではないかと思えます。

これは、明治大学の中山先生、高倉先生、金子先生のご提案の2月25日付の報告書では、先ほどご紹介があったように、グレーの行為と呼ばれているものです。私は、でもやっぱり「重要だからグレーの行為を守りましょう」では、あんまり意図が分からない。グレーってイメージがよくはないから、もっと良い言葉で呼んでいただきたいです。だから、寛容的利用と呼んでいます。もちろん、もっといい言葉があるかもしれませんが、ぜひ、ひとつわれわれの運動も言葉で統一しましょうと、思っている次第であります。

例えば、望ましい方向性としては、専ら、保護が欲されている著作物の保護をしたいということで、多少の細かなところで議論はあるかもしれませんが、今回、提案をしたリーチサイト規制というものは、私は積極的に推進をしていくべきものだと思っております。

それに対してダウンロードについては、広範に、これを違法化することには、やはり問題があると言わざるを得ません。

つまり、分科会報告書の問題点とここに書きましたけれども、現在の条文は、権利者が保護を欲していない著作物を含めて、人々の利用を委縮させようとしています。つまり、それでどの程度、萎縮するのかという問題があるかもしれませんが、少なくとも方向性としては、寛容的利用による暫定的な均衡を崩そうとしています。小学校から、どんどん著作権教育をしようというものですから、そこでどんどんこういうことを教えていくと、本当に守られていくとすれば、かなり寛容的利用が崩されるかなという気もいたします。

このように、保護の必要性もない著作物を含めて、一律に著作物の利用行為を萎縮させることが、本当に目指すべき世界と言えるのかということが問題になります。実際には、大抵は権利行使されないだろうから弊害はないといったご意見があるかもしれませんが。しかし、今回の改正法は、実は、あんまり権利行使を頑張ってしまうという話ではなくて、改正法の内容を周知して、人々の心に訴えかけ、ダウンロードを委縮させることが目的だと、そういうふう generally 言われているわけです。そうすると、結局、違法なものはやっちゃいけないよということを言おうとしていると。著作権者が保護をしていない著作物まで萎縮させることを目的としていると言わざるを得ません。

黙示的許諾による対処が可能かということも言われたりしますが、条文どおりの権利行使を欲し、黙示的許諾を容認しない権利者も現れるわけです。事前に予測困難でありまして、改正法どおりに著作権を順守しようと教育されたり啓蒙（けいもう）されてしまった利用者は、黙示的許諾に頼ることはできません。

主観的要件で絞るという対策は、先ほどからお話がありますように、問題の著作物が紛れ込んでいることを認識してしまえば、その著作物の部分のみを外すことが困難である場合には、ウェブページ全体やPDFファイル全体のダウンロード、さらにはスクリーンショットを諦めざるを得ないことになります。だから、読む前だったらいいかもしれない。読んでしまって、あれ？と思ったら動けないということになるわけです。そして、そこまでして権利を保護する必要性のある著作物ばかりでないものを保護の対象とする点では、必要性もないところを過剰な規制を行うものであることに変わりはないように思われます。

録音、録画との違いですが、私の意見は、実は、録音、録画にももちろん妥当するわけですが、あえて今回の改正に関して止めるためにということになると、録音、録画の区別をするならば、やはり質的な違いはあると思えます。つまり、録音、録画以外のダウンロードの対象となる著作物は、録音、録画に比べれば、著作物のほうの作成が相対的に容易であるために、録音、録画の対象となるものに比べて普通の文書なども含まれていますから、著作権者が多様です。アマチュアのものが多いのです。必ずしも強力な保護をするわけではないものの割合も、飛躍的に高いと思えます。その反面、録音、録画以外のダウンロードは相対的に容量が既に小さいので、容易に、かつ大量に行われ、また、他の内容物が混載されているウェブページやPDFファイルと一括してダウンロードすることも少なくなく、故に、ユーザーに与える影響も深刻なものとなります。なので、対象物や行

為について、何らの限定もなく規制、一般化をする場合には、保護の必要性のない権利について、むやみにユーザーの行為を委縮させかねないという問題があると思います。このような方に対する主観的要件の対策等がよろしくないということは、先ほど申し上げたとおりです。

私は、2月25日の、この意見やその前の声明に賛同をし、3月6日の自民党ヒアリングで、これ自体許諾を得て配布資料にさせていただきますして、特に質疑応答の際に使わせていただきました。基本的には穏当な方向性を示しているように思っています。

その他ということで、これも、すでにいろいろと先生方のお話があったところですが、やはり、私的複製の位置付けというところは、今後の立法を考える上でも非常に重要です。既に私の立場は明らかかと思いますが、私の立場でないほうの片方の極には、要するに、この私的複製というものは、著作権者にあたる経済的影響が軽微であるということのみを理由とした、本当は権利に入っているがお目こぼしなのだというふうに捉える考え方にあります。そうであれば、別に軽微と言えなくなってきた以上、直ちにどんどん規制をして、多少、大きく規制をしても構わないじゃないかという発想になりがちだということになります。他方で、それだけではなくて、私の言い方になりますけれども、文化の享受をする、そのツールとしての積極的に、あるいは私人の活動の自由を守るということと同じこと、あるいは同じ方向の話ですが、文化の享受のツールとしての意義をも見いだす考え方に対立があるということです。

それから、よくこういった議論をするときに、時々、私有地に立ち入ることができないのと同じで、他人の財産を勝手に利用しちゃいけない、両者は同じだというような、そういったアナロジー、メタファーを持ち出して議論をする方がありますが、これは先ほどお話をしたとおりで、有体物に対する権利とは大きな違いがあり、そもそも私有地とするかどうかを決める必要があるわけです。それを先に権利が及んでいるかのような話をする点で、もはや議論としては論理矛盾を抱えているというふうに思います。

それから、こういった発想の、全ての発想の背後に、最近では少なくなってきたのですが、昔からよく言われる権利の例外、エクセプションだから厳格にという発想があります。しかし、権利の積極的な要件として、例えば公衆に直接、見せ、または聞かせ、目的としてという形で規定をするか、あるいは制限として、個人的に使用する場合と規定するかは、テクニカルな問題であって、後者にしたからといって、急に、厳格に解釈しなければならないというもおかしな話に思います。ですので、国際的な若い世代の議論では、これはエクセプションではなく、リミテーションである、と。リミテーションもちょっとというところとデリミエーションとか、要するに、境界を確定しているだけなのだというふうな議論が、活発になされています。結局、著作権法は文化の発展を目的としている以上、私的複製には文化の享受のツールという積極的な意義を認めるべきではないかと思っているところです。

最後に、いくつか微妙な問題を含むということで、創作研究目的と、今回の改正との関係についてのお話をしたいと思っております。

すでにきょうもお話がありましたが、創作目的で、あるいは研究目的でのダウンロードをするということに対して、今回の改正法案、文化庁さんの提案をするような法案だと、それに対して萎縮効果が起きるのではないか。たとえば、ハードディスク等に、やみくもにいろいろなイラストを保存しておいて、後に、漫画の創作に使うときに使いたいといった漫画家さんの要望とかがありました。私は、これは寛容の利用という視点から見た場合は、これは、一般には寛容されていると思われる領域を保護しようとする主張しているので、極めて全うな議論だと思っております。ただ、私的複製の制限規定の関係では微妙な問題を含んでいます。つまり、企業内か組織内か営利目的の複製が、仮に創作の手段であったり研究の手段であるからといって、私的複製の制限規定により著作権が制限されるという立場は、おそらく少数説かと思えます。そんなに多くないです。だから、通説に与する場合は、以下のような話になりがちです。「もともと、これらの複製は、みなさんが心配し

たような複製は、著作権法の 30 条 1 項の制限の外だったのだから、今回の改正によって、新たに異なるわけではありませんよ。もちろん、でも問題があることは分かりましたから、今回の改正と関係ないことを明らかにしましょう。例えば Q&A により誤解を解消しますよ。そして、速やかに新たな制限規定を立法するという附帯決議を付せば足りるので、今回の立法を止める必要はないですよ」。こういった議論になりがちなのです。私はきょうみなさんのご報告を聞いてとても心強い気がしましたが、まだ少数説だと思いながらお話をしたほうがよろしいですね。クリエイター志向だけではなくて、文化の享受、われわれの享受が問題になっているということを中心に話をしたほうがいいのではないかと思います。

それでは以上で、私の話は終わります。