

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

## 第二部 パネルディスカッション

今村哲也（明治大学情報コミュニケーション学部准教授）

大屋雄裕（慶應義塾大学法学部教授）

小島立（九州大学大学院法学研究院准教授）

田村善之（北海道大学法学研究科教授）

前田健（神戸大学大学院法学研究科准教授）

〔司会〕金子敏哉（明治大学法学部准教授）

## 目次

1. はじめに.....	1
2. 法改正のプロセスのあり方.....	9
3. 私的複製とダウンロード違法化.....	20
4. フロアとの質疑応答.....	37

### 1. はじめに

金子：それでは、時間となりましたので、第2部、パネルディスカッションに移りたいと思います。

このパネル討論の登壇者について、私的複製について比較的広く認める少数説の論者ばかりが集まっているのではないかと、という指摘を基調講演の中でいただいているところでもあります。実は、文化庁の条文案に積極的に賛成だという方についてはお声掛けをすることができませんでした。これは私の調整力の不足によるものですので、その点をおわびいたしたいと思います。

まず最初に、今回のダウンロード違法化に関する一連のプロセスおよび内容に関して、パネル討論の第2部からご登壇をいただく先生方に、少しコメントをいただきたいと思いま

す。

最初に、今村先生にコメントをいただいてよろしいでしょうか。

今村：明治大学の今村でございます。私は前田先生と同じように、あるいは田村先生もそうですけれども、小島先生もそうなんです、大体、皆さんそうなんですけれども、文化審議会の法制小委のほうで、いろいろ議論に携わってきた関係で、この問題についてもダウンロード違法化で思ったこと、そして、先ほどのご報告を踏まえて、それに関連して考えたことを、少しコメントをさせていただければと思います。

まず、大学の研究者として審議会に参加をする上で、やはり諸外国の調査とか制度の状況というものを紹介するという、あるいは、それを知っている専門家として議論に参加するというのが、すごく大事だなと、いつも思っているんです。今回のダウンロード違法化に関して、外国法はあくまで参考事例という形で報告書では紹介されていたわけですけれども、確かに、日本の実定法の改正について、日本の実定法を前提として、その改正の議論をするということですから、外国法は参考事例ということで構わないとは思いますが、ですけれども、参考にするならば、正確に参考にする必要があって、その正確性というものの担保する上で、やはりもう少し調査、研究をする時間があったほうが良かったんじゃないかと思うことが何回かありました。

その一つとして、イギリスでは私的複製の制限規定を2014年に一度、入れて、すぐに司法審査で無効になったという経緯があったんです。それがイギリス著作権法の28条のBなんですけれども、それは最初、そのまま委員会で最初に配られた紙に、こういう条文があるんだということが書いてあってですね。それはその場で指摘をして、これは無効になったということを指摘をしたので、その次からはその記載はなくなったんですけれども、そういうことは事前に詳細な調査、研究をしていけば避けられることなので、そこをまずしっかりするということが大事だと思います。

外国法を参照するという、比較法の重要性について述べたいのですが、法というものを作るときに、基本的に社会実験ができませんけれど、外国法を見ることで知ることができるという部分があります。それから、制度のあり方について、いろんな選択肢があることについて、示唆を受けることができます。また、実証研究もエビデンスとしての価値はあるのでしようけれども、コストもかかりますし、社会にどれくらい全体の利益が増すのかということは、実際に測ることは困難なことも多いです。そういう部分を補う意味で、ルールをつくるコストを、比較をすることで下げていくという部分があると思います。今回は、その辺は一つ問題だったかなというふうに思います。

それで、私は普段イギリスの知財法を素材に研究しているので、そのイギリスについて、紹介をする場面が多かったんですけれども、イギリスでは違法にアップされたものからのダウンロードであろうが、適法にアップされたものからのダウンロードであろうが、許諾のないダウンロードは原則として違法になっているような国なんです。ただし、私的複

製のうち、一部の利用、例えばタイムシフティングであるとか、それから非商業的な研究、そして私的な学習目的の複製等は制限規定が用意されているという、そういう国です。

そうした点は小委員会でも情報提供をしたんですけども、重要な点は、イギリスでの私的なダウンロード違法の問題は、民事に関する問題だということでした。イギリスでは、民事の違法の程度はすごくハードルが低いんですけども、刑事は、私的複製にしては、原則、科される可能性がないという前提があるんです。イギリスでは、アップロードされているものが違法であろうが適法であろうが、無許諾でダウンロードをすれば全て違法なので、「じゃあイギリス人はどうしているんだ」というふうにイギリスの研究者の方に聞いたら「それはみんな複製をしている」と。「しているけれども、とにかく訴えられないからいいんだ」と。それに「刑事はないから」ともいう。刑事もないし、民事でも基本的に訴えられないし、本当に悪質なものは訴えられるという、そういうことです。それで私的複製には萎縮は生じないということかと思えます。ある意味で、究極の寛容的利用だというふうに思えます。先ほどの話もありましたので、グレーな行為、という表現は、きょうは金輪際、使わないようにして、今言ったので終わりにしますが、寛容的利用がうまく回っているなという感じがしました。

ただし、それはイギリスの法律ですから、日本にそのまま持ってきたら、何だ、それは全然、関係ない国じゃないかという話もありますし、日本の場合には、民事と刑事、基本的には同じようなハードルで侵害が決められているという前提が、これまでの経緯があります。また、わざわざ、違法ダウンロードに関しても特別に刑事を設けて、要件もかなり限定したわけです。そうしたこれまでの経緯の中で、寛容的利用の暫定的な均衡ですか、それを維持していく上で、どういう要件を刑事に設けるか、民事に設けるかということは、非常に慎重に検討をしなくてはならないので、難しい部分があったと思います。

ほかに、今回は立法技術としての難しさもありました。当初は、静止画だけを違法化するということではじまりました。そもそも録音、録画に関して要件を絞るという必要性の立法事実は何も示されていませんので、そこも絞り込むというのも変な話なのです。ただ、静止画と録音、録画を分けて規定したりするのも難しいし、どういうふうに規定をするのかということの難しさもいろいろあって、結局は著作物全般ということになった。それはそうするにしても、対象を広げるのだとしたら、要件で絞り込まないと、いろいろ問題があるということで、絞り込みはなされたのですが、結果として録音、録画に関してまで要件を絞る必要性があったのかどうかは、よく分かりませんでした。

もう1点だけ、ちょっとまだ時間は大丈夫ですか。今後、このメンバーだと、私はほとんど話す機会がなくなると思うので、今のうちに話しておこうと思うんですけども。審議会の小委員会の場面で、比較法としてドイツ、フランス、イギリスということが、よく紹介をされて、そういう場面があったんです。私は大体、イギリスを念頭にして、大淵先生はドイツやフランスも念頭にお話になられていました。各国で民事と刑事の扱いについて制度が随分違うわけです。ドイツ、フランスは民事と刑事の違法の成立範囲について日本と似てい

る部分があって、イギリスは先ほど言ったような形になっているわけですから。

EU法の文脈で、違法な出所からの複製がどのように評価されるのか、という問題があります。情報社会指令5条は、私的複製の制限規定、例外規定を設けてもいい、公正な補償をする限りいいという、平たく言えば、そういう規定なんですけれども、違法な出所からの複製については何にも書いていません。その問題をどうするかということが、2014年の欧州司法裁判所の判決で出ていまして、そこは、違法なソースからの複製は、私的複製の制限の適用は受けないという、そういう判断がなされています。実質的な理由としては、スリー・ステップ・テストに適合していないと、そこを認めることはということでした。特別な場合で、通常の利用を妨げているし、権利者の利益に不当に害するということです。

公正な補償、すなわち私的複製の補償金制度で補えば、そこは違法なソースからも適法にしているという余地もあるようなんですけれども、違法なソースからの複製があまりにも多いので、そのコストを上乗せしようとする、利用者の側の負担が大きくなり過ぎてしまい、補償金の額が大きくなってしまって、公正な補償ではなくなってしまうという、そういう議論がありました。それで違法な出所からの複製はやっぱり駄目ですよという判断になったんです。きょうは、EU法でどうなっているのかという点を詳しく述べたいというわけじゃなくて、そういった議論も踏まえて、審議会で正確な比較法を意識しながら、それを参考にして議論をする必要があったのではないかとということです。そうしたら、もう少し最終局面でも、意見が整理できた部分もあったかもしれないというふうに思いました。以上です。

金子：今村先生、ありがとうございます。 それでは次に、小島先生からコメントをいただきたいと思います。

小島：九州大学の小島でございます。 よろしく願いいたします。 私のほうですが、PowerPointをつくっていますので、これをご覧いただきながら、お手元の配布資料も適宜、ご参照をいただければと思います。

基本的に、私の本日のお話というものは、まず、私も今村先生、田村先生、前田先生と同じく、法制・基本問題小委員会の委員の一人でありましたので、この法基小委において報告書が取りまとめられる過程において、私、小島がどういう意見を持っていたのかということ、ごく簡単にお話をした後、先ほどから何度も出てきておりますが、2月13日に開催された著作権分科会、ここで報告書が取りまとめられたわけなんです、この後に、私がどういう行動を取ったのかということと、この1カ月ぐらいのいろんなことについての雑感ということ、少しお話をしたいと思います。

審議会の過程でどういうことを私が申し上げたのかということなんです、基本的に、今回の問題になった静止画テキストについて、音楽、映像の場合と横並びで論じていいかという話が前田先生などからもご紹介があったと思いますが、私は、これはやはり享受の態様が

違っているということが言えるのではないかと。

そして、もう一つ非常に重要なこととして、この静止画、テキストのダウンロードというものが、私たちが日常的に行う知的な生産活動のための資料の収集保存というものと密接に関係しているということが言えるのではないかと。従って、静止画テキスト等について規制を行う際には、音楽、映像と横並びではなくて、やはり要件を絞り込むことが必要ではないかということ論じました。

さらにもう一つ言いますと、私的使用のための複製をどう考えるかということが、今日もいろいろと議論になっておりますが、私は多分、もっとよりラディカルな考えを持っておりまして、実は、もうこれは3年前になりますですかね。法学教室に書いた論文の中では、実は、この私的使用のための複製に、私は、著作権は、そもそも及んでいないのではないかとこのことを論じました（小島立「私的活動の自由」法学教室426号（2016年）20頁）。これは、著作権法上、立証責任を分配するという観点から、私的使用のための複製について権利制限として規定されているに過ぎず、実は私的使用のための複製には著作権に及んでいないんじゃないかと。これは、この論文を書くときに、島並先生から与えられたお題というのが、特許法における「業として」の要件と、著作権法における「公の」という要件について、適宜、比較しながら論じてくれということでありました。いろいろ考えていくと、私としては、著作権法についても、公への伝達の際に、複製物が伴う形でしか伝達できないものがあると思うんですが、そういう形でなされる複製には確かに著作権は及ぶだろうと。なんでかという、そこには当然、世の中への送り出しをする媒介者というものは、リスクマネーを投じてビジネスをしているわけですので、こういった複製には著作権が及ぶと考えるべきなんだろうけれども、そうじゃない私的使用のための複製には、そもそも著作権は及んでいないんじゃないかということそのときに論じたわけです。従って、そうだとすると、この報告書が前提にしている記述自体、これは加戸逐条講義の中に出てくる記述なんですが、これ自体、例えばコピー1部であっても著作権は及びますというふうに加戸逐条講義には書いてあるんですけども、これは本当なんですかということ、その論文の中で書いたりしました。ですので、私的使用のための複製についての前提自体も、私は議論をする余地があるんじゃないかというふうに思っているわけです。

さらには、知的な生産活動ということを先ほどお話をしたわけなんですけど、これとの観点でいきますと、私は、自分自身が知的財産法に加えて、二束目のわらじとして、文化政策というものを研究しております。文化政策学会の理事というようなことも仰せつかっているんですけども、そうだとすると、やはり文化政策の観点をきちんと見ないといけないのではないかと。

実は、あまり知的財産法の世界では参照されることが少ないかと思いますが、文化政策の領域ですと、文化芸術基本法という法律がございます。この法律の中にいろんなことが書かれているので、これをきちんと踏まえながら対応をしていく必要があるのではないかと思います。条文については、資料に書いておりますので、細かくは読みませんが、今回の、

この法改正をしていくときにも、やはりきちんと胸に刻んでおくことが必要だというのが、たくさんここには書かれているわけでございます。こういうことの中に著作権というものは、そもそも位置付けられるべきはずなんです。ですので、そういった、やはり広い視座が必要ではないかということを指摘しました。

さらには、この文化芸術基本法というものは、これは後のほうでも少しお話をしますが、中山先生のお話の中にもありました、プロの、ある職能とか職種ですね、こういう方々のことだけを念頭に置いて書かれたものではなく、広く国民一般が文化芸術にどう関わるべきかということを書いている法律です。そうだとしますと、こういういろんな方の声を適切に反映する形で報告を取りまとめる、そういった包摂的な制度設計が要るのではないかと。そうでないと、この著作権制度に対する国民の信頼というものが損なわれてしまうのではないかと。

しかしながら、こういうことをいろいろ個人的にも書き、また、他の先生方と一緒に共同意見書というものを提出したのですが、なかなかそういう意見が取り入れられることはなく、著作権分科会において報告書が取りまとめられ、その後、先ほどの桶田先生のお話にあったような形で、与党審査が進んでいくことになるわけです。

そういう中で、私としては、ここに書いたように、このままいくと、漫画家さんからは声が挙がっていると。しかしながら、この法改正は、広い意味でのクリエイティブ産業全般に対する悪影響というものが避けられないのではないかと。

さらには、2月8日でありますけれども、「日経クロステック』の記事だったと思いますが、とりわけ若い世代を中心に、スクショがコミュニケーションツールとして使われているということが指摘されていまして。こういうことであると、これは私たちの日常のコミュニケーションとか知的な生産活動に対する制約になってしまうのではないかとということを懸念しました。そうだとすると、もう何度も出てきていますが、民事規制の段階で、まず要件を客観的に絞り込んでおく必要があるのではないかと。なぜかという、刑事罰で加重すると言われていた要件ですね。この有償ということ、それから反復継続という要件ですが、これらが、実は有効に機能しないのではないかと。こういうことから、やはり民事の段階で絞り込みをしておかないといけないのではないかとということを、あらためて感じたわけです。もっとも、こういう考えを報告書が取りまとめられた後に反映させようとする、これは、もう政治過程に訴えていくしかないということになります。私は法基小委の委員をしておりますので、もうこれが「禁じ手」であるということは甚だ分かっておったわけなんです、今回の事態については、私は緊急な事態であるというふうに思いましたので、国会議員の方々に働き掛けをしていくという行動を、今回は取ったわけです。

こちらに名前がございませけれども、私に、ずっと寄り添ってくださったのは、佐賀県から出ておられる古川康衆議院議員でございまして、古川議員が、まさにこの2月中旬、多分、自民党の政治家の中では一番最初に、この問題に気付いてくださった方であろうと思いますが、古川議員が、この3月4日に、ご自身のコラムに記事を書いておられます。これは

極めて正確な認識に基づいて私は書かれたものであって、こういった政治家の方が与党にいらっしまったということです。こういった議員の方々が、先ほど桶田先生のお話の中にありましたような部会で、より慎重な審議を求めるというふうなことをおっしゃっていくということになったわけです。

さらには、今回、私も期せずして、自民党の中で、どういう形で議論が進んでいくのかということが報道等でも論じられる中で、例えば自民党総務会というのはどういう機関なのかということも勉強する機会も得るということになりました。資料に掲げた文献がございましたので、もしよければご参照をいただければと思います。

さらに、もう一つ思ったのが、先ほどからお話をしているように、この問題というものは、漫画家さんからは確かに報告書取りまとめの前後にいろんな意見が出ました。大屋先生も2月8日の院内集会に来られていたかと思いますが、赤松健先生なども、そこで報告をされました。しかしながら、繰り返し申し上げるように、より広いクリエイティブ産業の方々に影響が及ぶのではないかと、私は強く危惧しました。私は文化政策を研究していく中で、クリエイティブ産業についても大学で授業をしておりますので、こういった方々に与える悪影響というものを考えると、私は、このような内容の法案が出てしまったということが、本当に、もう反省というか、贖罪（しょくざい）というか、罪滅ぼしというか、その気持ちで、その後、政治家の方々にもお話をしていくことをしたわけです。

従って、そういうクリエイティブ産業の方々にも問題を知ってほしいと思い、何人かの建築家の方とかデザイナーさんともお話をしました。しかしながら、それらの多くの方々は、問題の所在に気付いておられないということが、私にとっては非常にショックでありましたし、さらには、この問題を正確に理解していただくということが、いかに難しいかということも、そのときに感じました。従って、一見、著作権法のテクニカルな法改正のように見えるようだったんですけれども、実際に、その悪影響が大きいということを、いかにして分かっていたかということの難しさをあらためて感じました。

先ほど申し上げましたし、中山先生も1億総クリエイターという言葉が使われたかと思いますが、まさに、その1億総クリエイターであったり、あるいは、私たちの人生というものが二毛作、三毛作であると。ずっと学びを続けていくんだと言われていたり、あるいは、イノベーションの民主化という現象が起きていると言われていたわけで、こういったときに、このダウンロード違法化について広い規制が及ぶということは、これは先ほどの繰り返しになりますが、特定の職種とか職能の方にだけ影響が及ぶのではなく、本当に私たちの一人一人の日常的な営みに悪影響が及ぶのではないかと、このように思っております。従って、ダウンロード違法化というものは、まさに一つの例に過ぎないと思いますが、著作権法についてのさまざまな課題を考えるときに、どうやって多様な方を包摂していくかと。これは文化政策などの領域では、いわゆる「社会的包摂」、「ソーシャルインクルージョン」ということが非常に最近強く言われているわけなんですけれども、こういうことを著作権法の法改正、立法のときに考えていかないといけないのではないかということが、期せずして、望むと望

まざるとにかかわらず明らかになったということだろうと思います。

さらには、先ほどから既に触れられておりますが、日本学術会議の有志声明でありますとか、あるいは、弁護士 120 名以上の有志の方から出された緊急声明などを見ておりますと、今回の問題というものは、著作権法だけの話ではなくて、表現の自由とか刑事手続などにも論点が広がってっております。今回の法案提出見送りというものは、あくまでも見送り、仕切り直しに過ぎないわけでありまして、今後、どのような形で審議が進むかということは、予断を許さないと考えております。従って、こういった隣接する法分野の方々とも連携を深めながら、より議論を詰めていく、深めていくことが必要ではないかというふうに感じました。私からは以上でございます。

金子：小島先生、ありがとうございます。デザイン分野で声が、という点については、1つ、2018年の10月30日の時点で、女子現代メディア研究会からの声明がでていましたね。

小島：そうですね。おっしゃったとおりです。「私たちも忘れないで」と書いておられましたよね。そうでした。

金子：正直、10月30日の時点で、私も全く問題を認識せず、アメリカでのほほんと暮らしていたので、専門家と称している人の中にも問題状況を認識していない人が多かったというのが、実は正直なところではないかと思うところでもあります。

大屋先生から詳細な資料を頂いていますが、それはまた後ほど触れていただく予定ですが、今の時点で簡単なコメントをいただけますでしょうか。

大屋：ご紹介をいただきました、慶應義塾大学の私でございます。金子先生からご紹介をいただいた、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がありまして、知的財産法・情報法研究者ら 84 名賛同と書いてある中の、「ら」です。私は法哲学者でして、条文が読めない生き物でございますので、今回も、そういう観点からの雑ばくなコメントしかできません。しかし取りあえず現段階で申し上げておきたいのは、田村先生からご紹介があったように、人の私有地に勝手に入っちゃいけないということをアナロジーとして使う人がいるんだという話がありましたが、これは私にとってはかなり新鮮な衝撃である。というのは、それは自明ではない。つまり、イギリスだと、例えば **the right of way** といって、散歩道のようなところは私有地だろうが何だろうが通行していいんです。それが法的権利として確立している。あるいは散策権といって、要するに平穩公然で権利者の利益を害しなければ、立ち入っても差し支えないということが権利として存在している。北欧諸国に行きますと自然享受権といって、これは国によって多少の違いはあるんですが、やっぱり野っ原にハイキングに行って、「所有者の利益を害しない範囲で」という制限は付くんだけれども、勝手に入ってハイキングをして、ベリーとかキノコを摘んで食っちゃっていいら

しいんです。「食べていいんだ」と思ったんですけれども、その程度はどうも本格的な利益ではない、土地使用の利益ではないというふうに考えられている。そもそも古いことを言い出すと、イマヌエル・カントという人が、所有権の根源とは何だろうみたいなことを考えました。これは、だからドイツ法的な伝統なんですけれども、カントの考え方でも所有権というのは、人格と物との意思的結合、つまり、意思を持っている人間が意思を持たない物を所有するという結合関係だけども、これが成立する前提条件は、そのような結合をして良いという社会的承認だと言っているんです。

つまり、なぜこの私が、この私だけが、例えば、このペットボトルの中のコーヒーを飲んでいいか、他の人は権利を持たないかという、他の人が「いいよ、それはおまえのものだ」というふうに承認してくれたということが必要なはずなんだとカントは言っている。だから、その考えに立てば、もともと所有権というものが社会的な留保を常に伴っているものであって、絶対的な意思ではない。われわれが所有権を認めるのは、やはり根源的な利益についてであって、それを害しないような形での利用まで排除する趣旨ではないだろうと考えるのが、むしろ法的には伝統的なものなのではないかと思っている。これが日本法上はどのように正当化されるかということが分からないから法哲学者をやっているんですけれども、一応、歴史的な理屈から言うと、そういうことなんだということは踏まえて議論するべきだというふうに思っているということです。

金子：ありがとうございます。法哲学者というものは、怖い…すいません。ご登壇をいただいて、本当にありがたく思います。

## 2. 法改正のプロセスのあり方

金子：それでは、今、出たいいくつかのコメントについては、またパネル討論の中でも触れることになるかと思いますが、中身に入っていきたいと思います。

まず、このパネル討論の前半では、今回の議論のプロセスについての検証と、そこから今後について、どのような議論を考えていくべきかということ、を考えていきたいと思います。

そもそも今回、静止画ダウンロードの違法化というものが、なぜ検討課題となったのか。しかも、それが直ちに検討すべき課題となったのかということについて、先ほど桶田先生のご報告の中でも少し触れられていましたけれども、私のほうで認識をしている一つの契機としましては、桶田先生の資料のほうで挙がっている知財本部における海賊版サイトに関するタスクフォースの検討の中で、サイトブロッキングを巡る検討の中で、通信の秘密等、さまざまな問題点も指摘される中、アクセス警告方式やフィルタリングなどの関係で、その前提、必ずしも必要条件ではないけれども、一つの前提として、静止画のダウンロードの違法化という話が上がってきたという認識を持っており、また、それがサイトブロッキングなどよりも、まさに、直ちに検討をすべき課題だという形でクローズアップされたというふう

に認識をしているんですが、この点について、先生方で何かコメントとかはありますでしょうか。私自身は、そういう認識を持っているということになります。恐らく、そこで特に直ちにというふうに付いたことが、今回、急いで検討をする一つの契機となったのではないかと思います。

それを踏まえて文化審議会で、2018年の10月末から議論が行われたんですけども、この中で、もともとは海賊版対策としての静止画のダウンロードだったという話が、著作物一般のダウンロードに拡大した経緯というものについて、実際の法制基本問題小委員会の委員として参加をされた先生方で、その件については、どのようなご認識を持たれていらっしゃいますでしょうか。顔を見合わせていますけれども。小島先生、もしよろしければ。

小島：私もきちんと認識してないのですけれども、先ほど桶田先生がおっしゃられた時系列などももう一度確認すると、最初は静止画テキストだったわけですよね。ところが、ある段階からはタイトル自体も変わっているということになるでしょうし。ただ、すごく言い訳っぽくて本当に嫌なんですけれども、10月29日の小委でこの問題が出てきて、中間まとめが出るまでというのは、11月9日、11月26日と3回しかなくて、それで12月7日の中間まとめが出てくるわけなんですけれども、実は私たちに、その中間まとめ案みたいなものが送られてきたのって、確か3日ぐらい前で、私は、その前の3回のうち2回は仕事で出てないんです。したがって、事情についてよく分かっていないところがあるんですけれども、少なくとも11月の9日ぐらいのところでは認識をしたときには、基本的には著作物全般に拡大していくみたいな形には、もう既になっていたように思います。だから、拡大の話が出てきたのは2回目のときだったのかなというふうに思います。その辺を、もし良ければ他の先生、もっと出られている方に補足をしていただけるといいんですけれども。

前田：私は多分、全部、出たんじゃないかと思うんですけれども、初回は本当にヒアリングしかやってないと思うので、特に方針について話し合われたことはなかったんじゃないかと思います。

2回目は多少、そういう議論がありました。このときに、確か、そういう方向でいくんだったら、これはタイトルがおかしいじゃないかというご意見が出たように記憶をしているんです。それで3回目からタイトルが変わったということではなかったかと思います。

金子：なぜそうなったのかというのは、よく分からないという感じですか。

前田：よく分からなかったです。もう当然、そうだろうという感じでした。

金子：誰が当然そうだったろうという感じだったのかというのは、聞かないほうが良いですかね。

大屋：私は当然、その議論は外部者なんですけれども、もともと立法事実というか、政策的な入力としてあったのは漫画ですよ。静止画ですらないわけで、その漫画のダウンロードに関して取り扱うということが求められたところ、先ほど今村先生からもお話があったんですけども、それがやっぱりテクニカルに書けない、要件として絞り込むのが難しいという方向で議論が進んだという理解でいいんですか。

前田：そういう理解もあるかもしれませんが。ただ、ちょっとだけ補足をしておくと、私の資料に書いてありますが、ヒアリングをした団体には、必ずしも漫画の権利者とは限らないものもあるし、あとは、ソフトウェア団体より意見書も出ていたということで、漫画よりはちょっと広い範囲で検討を求めるといった意見は、権利者から出ていたと思います。

金子：今、ご指摘にあったように、録音、録画は、既に概念としてはあるけれども、静止画特定の複製概念というのは現行法ではないため、法技術的に静止画というだけで書くのが難しいということと、あともう一つの推測としては、既存のものとして著作権法 30 条 1 項 3 号、119 条 3 項というものがあるときに、それを著作物の複製いっばいに拡大をするというのは一つの分かりやすい案で、それを一つの材料として、出発点として議論が進められる形になったと。その結果、静止画ダウンロードから著作物一般の複製を対象にしたものに広がっていった、そのことを前提に、ヒアリングも漫画に限らず、一応、ある程度の範囲についてはされていたと。そういう形ということになりましょうか。

では、その後、その対象が広がった一方で、さまざまな限定を付すべきだという意見も、委員の先生方からも出たようなのですが、それらについては、小委員会の議論全体としては、結局、そういう限定を付すべきだという意見は、どのように取り扱われたというふうに評価ができますでしょうか。前田先生、お願いします。

前田：中間まとめの段階では、限定を付す案というものは、選択肢としては、少なくとも有力なものとしては挙がってない状態だったと思うんです。第 3 回目ですかね。11 月の下旬のほうのところ、主に違法化の対象範囲についての議論があったと思うんですが、そこで限定をしたほうが良いという意見を述べた委員は、それなりにいたと思うんです。ただ、皆さんがばらばらに、こうしたらいいんじゃないのかという意見を順番に述べていった、特に、それに対して反論をしたりとか、こっちのほうが良いとかという話はなかったような、そういう記憶であります。そのうちどれでいくのかなと思っていたら、どれも使わないということになったようであると。私も、ちょっと 12 月の初めぐらいでは、そういう認識でした。

金子：今の点について、他の先生方から、特に補足等は。一つは、言うとすれば、違法性の認識に関する主観的要件による限定を加えていくという案が、最終的な限定案の中心にな

ったという形でしょうか。

前田：最終的にはそうなんですけれども、この段階では、確か主観的要件による限定で十分ではないかという意見自体はあったと思うんですが、みんな、事実の錯誤だけが除かれるということを前提に議論をしていたと思うので、まさか違法性の錯誤が除かれるとは思っていなかったんじゃないかと私は思いますけれども。少なくとも私は思っていませんでした。

小島：いいですか。違法性の錯誤の部分については、法基小委委員のお一人であった深町先生が、かなり積極的にご発言をされて、今の「事実を知りながら」という要件では、違法性の錯誤のところについては読み込めないはずだと。従って、そこについて、きちんとした手当てをしないとまずいのではないかということ、かなり積極的にご発言いただき、それが多分12月のときに、もうご発言をされていたと思いますし、1月の最後の「荒れた」と言われておりますが、その法基小委のときも深町先生が、その点をかなり強調しておられたことが非常に印象的だったように記憶をしています。

田村：細かなことを推測すると、いろいろと間違えているかもしれないので、私はあまり発言しないほうですが、一つ言えることは、特に私やわれわれの反省として、審議会にも一般の研究会のような感じで臨むところがあるのです。知財法学者だけでも7~8人とか10人いて、他の学者もいるというときに、われわれはすごく、皆さんそうだと思いますが、学問の自由をすごく大切にしている、しかも、さらに細かな違いも、学者ってどうしても気にするタイプですよ。だから、皆さん、この段階で、私も含めて、私は有償著作物限定とか、ある人は原作のままとか、ある人は主観的要件はどうかとか、それぞれ限定の方向の意見があるのですが、斉一的な行動を取っているわけではないのです。また、特に審議会は時間も限られていますから、他の人に賛成のときはしゃべりませんよね。そんな感じでバラバラ、バラバラと限定案が出ていただけだったと思います。今、こうやって動きになってみて、われわれも相当危機感を持ち、もう審議会最終版になってから、急にあわててそのところは飲もうとか思いながら、今はとても統一的行動を取っていますが、当時はこういう行動を取っていなかったのです。ただ、そういうときでも時間があれば、あるいは、ワーキンググループなんかは先行をしていけばよかったですね。きょうも、奥邨先生からリーチサイトの話があって、リーチサイトでは非常にいろんなことを考えて、さまざまな要件も入っていますが、ああやって奥邨先生はきれいに条文の案を見ただけで説明をできますよね。だけど、それはなかなか難しいことで、さらに今回は時間もなくワーキンググループもなかったので、のほほんとやりながらというわれわれの普段の臨み方では太刀打ちできなかったと思うので、それが非常に反省です。そういう認識がないままに普段どおりに過ごしていたら、あわわわとしたという、そんな感じだったと思います。

金子：ありがとうございます。審議会での議論をどうするのか、というのは本当に難しいところであります。あともう一つは、このダウンロードの違法化の拡大について、多分、われわれ自身の認識も、研究者の認識も、だいぶ変わっていったのではないかと思います。当初は、それほど強い問題意識もってなかった、適切な限定を加えれば、あるいは、一応、それが意見として出れば、ある程度、フォローをされるだろうという認識から、かなり深刻な問題ということに認識が変わっていったのではないかと思いますので、ご自身の認識として、小島先生は、どのように思われますか。

小島：ありがとうございます。そうですね。本当に、これはざんげも込めてということになりますけれども、多分、議事録等をご覧いただいても、私は最終会の法基小委では、かなり頑張って発言をしていると思うのですが、その前には多分、とんちんかんなことか、あるいは、毒にも薬にもならないようなことしか私は多分言えてないのではないかと思います。やはり、仕事の関係で委員会に出られなかったこともありますけれども、これは本当にまずいのではないかというふうに思ったのは、多分、1月25日の小委員会の報告書案の案ですね。これがわれわれ委員に送られてきたのは1月18日だったというふうに記憶をしておるのですが、このときの記述が、やはりわれわれの小委員会のメンバーの中で、これはまずいのではないかと。文化庁さんが目指しておられる方向性もさることながら、私的複製等々も含めて、これは多分、私たち小委員会の委員しか見てないものだと思いますけれども、かなり、これはまずいのではないかという記述が書かれており、この前後ぐらいから、先ほど田村先生がおっしゃられたような形で、われわれが連帯をして意見を表明していないと、これはまずいのではないか、これは止まらないのではないかということを感じるようになりまして、もう一つは、25日の小委員会のときに、何度か紹介をされていると思いますが、民事規制についても広範な規制範囲を採用するんだということが「有力な選択肢」という記述があり、この「有力な選択肢」という記述は、私も、そして他の何人かの先生方も、これは削除をしていただきたいというふうに、多分、おっしゃっていたと思いますが、結局、これについては削除されないまま報告書案が取りまとめられるという中で、私たちの危機感というものは非常に強くなっていったのではないかと。こういうふうに私自身は認識をしております。

田村：まとめ方というか提示の仕方も面白くて、まず、ああいうふうに限定をしない有力な選択肢と、バラバラとした複数の限定案と書くという選択肢があります。しかし、結局は限定をする方向であれば、みんな出そうと言っているから、そっちが案で、プラスアルファの人がいると案に書くのかは、まとめ方の問題でもありますよね。

それで、その辺りが、報告書の切り口、まとめ方、あるいは議論の仕方が、当たり前ですが、事務局から個々の委員が個々に発言、そして事務局へと返していきますので、どうしても事務局のほうは比較的まとまった案です。一方で、個々の委員のものはバラバラでして、

その状態を何とかしないとどうにもならないと思い、ようやく 1 月の中旬に、一挙にわれわれがまとめようとしたという、そんな状況でした。

金子：先ほどの田村先生のご発言ですが、普通、審議会の委員としての立場の売、むしろいろんな見方を出すというような形が基本的な発想で、特定の意見を強く推すというよりは、いろんな見方を提示する。ただ、それだとしてもまとまらない。さまざまな小さな意見があるだけという形になってしまって、本当に深刻なときには、やはり対応の仕方を変えなければいけないということなのかもしれませんね。

大屋：私は文部科学省関係の研究会や審議会の委員はやってないんですが、他省庁での経験から言っても、聞く限りでは今回のプロセスはかなり異常なことをやっているというか、異常な雰囲気だったと思われるところがあります。先ほど田村先生がおっしゃったように、やっぱり学者というものは自由があって、さまざまな観点から検討するんだという話をするじゃないですか。それは当たり前で、それがわれわれの機能であって、それを眺めて、じゃあこの辺りでコンセンサスが取れますねとか、こういう案だったら全部に配慮ができていますかみたいところで、うまいことまとめて落とすのが事務局の機能なんですよ。その意味で、事務局というものは本来、中立に議論を見渡す立場で機能することが期待されているし、もう一つ言うと、政治にそれを伝えるにあたって、そういう観点からのまとめをすること、われわれの意見を忠実に反映してくれることが期待されるんだと思うんです。その辺りで今回は、非常に結論ありきの行動をしているように見える。外から見ると、そう見える。審議会とか大きな舞台になるとやっぱり時間の制約が大きいので、最初から腹案がありますとなっていることはよくあるんですけれども、よその省庁の例で見ると、それはその前に研究会で揉んでいるんですよ。ワーキンググループとか研究会とか小さな舞台で時間をかけて揉んで揉んで、8割・9割の案が出てきたところで審議会にかかっているから、時間の制約内でもちゃんと調整ができるということになっている。ここが今回、リーチサイト規制とダウンロード違法化の問題の差として大きく出ている。検討期間とその検討にかけた手間の差というものを、無理にある種のリーダーシップで埋めようとしたところが諸悪の根源なんじゃないですかというふうには、外から見ていると見えますね。

金子：ありがとうございます。あと、今の点について、もし先生方からコメントがあれば。しづらいかもしれませんので、次に移りたいと思います。

今回は、やはり一つは急ぎ過ぎたというのがかなり大きいところではあって、時間をかけて議論をすれば、プロセスと内容のそれぞれに応じて、やはりだいぶ形は違ったんじゃないかと思うところであります。

田村：おっしゃるとおりで、2つ不幸がありました。一つは、時間が、タイムスパンがわれ

われにちゃんと感知していないところで、だいぶデッドラインが決まっていたようで、かなり早かったんですね。審議会の回数も多いから、どうしても、そうすると日程調整の問題があって、私とか小島さんみたいに 1 日つぶせる時間が少ない人は、なかなか参加ができない。これは別に意図的にじゃなくて、時間がどうしても取れないので、仕方がないと思います。欠席が多いまま進んだりもしましたから、リーチサイトのほうであんなにバランスを組んでいるのに、なんでこっちはバランスを組んでいないんだろうというような話がどんどん出てきていました。他方で、もう一つ問題があったと思うのは、先行例として、録音、録画が無限定に入っていて、あれ自体が、そもそもちょっと時間がというところもあったかもしれませんけれども、どうしてもあれがベースラインに議論になる。あれは守って、今度、付け足しとなると、どうしても選択肢は限られてくるというのがあって、その 2 つが一举に、ああいう広範な規制案、原案というふうになったのではないかと推測はしています。ただ、それ以上は分かりません。

金子：本当は対象範囲の言直しというなら、録音、録画のほうを見直すという選択肢も本当はあるんですが、現実的には、とてもそういうところではなかったという状況であるということ、よく分かるところであります。

あともう一つは、プロセスの点で言いますと、ステークホルダーについての意見聴取で、今回、特に問題としてクローズアップされたものは、創作物を利用する側でもあるという立場である漫画家さんを、少なくとも審議会の段階ではヒアリングをしていなかったということがあります。

他方で、実は今回、漫画家だけではなくて、結局、建築家やデザイナー、また、われわれ研究者も含めてというか、日本国民の多く、実は、権利者側、利用者側の多くのステークホルダーの利害というものが関わってくるのですけれども、なかなかそこまで認識が至らなかった。これは、文化庁はというよりも、われわれ自身も、そのことについて認識が至る時期がかなり遅かったのではないかと思います。

この点について感想や、あるいは、今後、どうすべきかということについて、もし先生方からご意見などがあれば、コメントを。小島先生、いかがでしょうか。

小島：この点については、先ほども少し私の報告の中でも触れましたけれども、やはり本来は、影響がかなり及ぶであろうと思われる建築家さんとかデザイナーさん等々を含めて、問題がほとんど共有されていなかったわけです。したがって、やはりこういった問題をどういうふうに周知していくかということ、一朝一夕にできることではないとは思いますが、一見、テクニカルなように見えるんだけど、今回の件はテクニカルじゃない問題ですよ。だから、それをどういうふうな形で社会に広めていくのかということについては、私たちも反省をしないといけないところが大きいなというふうには、今回、感じました。

あと、もう一つの問題は、今回、政治過程への働き掛けというものが複数からなされて、

最終的にはああいう形で、一応、見送りということになったわけなんですけど、これまでに、田村先生もご論文の中で書かれていますし、あるいは、中京大学の京先生がご著書で書かれていますけど、著作権法というものの法改正とか法のつくられ方に関しては、いわゆる「ローセイリエンス」＝な事柄であって、こんなことを言うと怒られるかもしれませんが、政治家の先生方から見ると、著作権法というものは、確かに国民全般に広く及ぶんだけど、選挙区との関係では、はっきり言って、そこまで熱心に取り組む課題ではないよねと、これまでも言われてきたことだと思うんです。今回は MANGA 議連とか、あるいは古川議員のような方が関心を持ってくださったということは極めて幸運なことだったと思うんですけれども、常に、このプロセスが機能するかといわれると、これもよく分からないところがあると思います。したがって、問題を気付いていただくことをどういうふうにやっていくかということと、あとは、やはりいざというときには、今回、私も「禁じ手」だと思っていて、こんなことを常日頃からすることは研究者の仕事ではないというふうに私も思っておりますが、政治プロセスとの関係というものをどういうふうに考えるかということについては、私も非常に今回は反省をすることが多いように感じています。

金子：ありがとうございます。大屋先生、お願いします。

大屋：中山先生が最初におっしゃったことであり、田村先生が第三の波という表現でおっしゃったことだと思うんですが、やっぱり著作権法というものの立て付けが、設計時とはだいぶ位置付けが変わってきてしまっているということ、みんなが意識する必要があるという気はしています。つまり、文言上は至るところに権利があったはずなんだけれども、現実的には商業的にメディアが介して中継される著作物だけを相手にしてきたというところから、全ての人クリエイターであり、享受者であるというような状況に変わってきている。この問題に、法文の中ではいろいろと手立が行われ、学会においても、先ほどから話が出ているように認識があって、今後、どうするかと考えてきているわけですが、立法過程に、あるいは立法過程の手前としての政策形成段階に、ちゃんと反映されているかということ、そろそろ真剣に話をしなきゃいけない。つまり、著作権について議論をするときに、何となくやっぱり知財政策の観点で見ちゃう。だから小島先生がおっしゃったとおり、文化芸術政策としての観点が無い。産業としてお金を取る側の人たちのステークホルダー、権利者を呼んで意見を聞けばいいのであって、それがどのように享受されるかということにつながるシステムがないというようなことを、深刻な問題として反省すべきではないかという気がするんです。財産として活用する側の観点でももちろん重要なので、その人たちの意見を聞かなきゃいけないんですけども、他方で、それが国民の消費生活であるとか文化芸術生活というものにどう関わってくるかということ、これを重視して、それを反映する人々を政策形成の早い段階から入れないといけないというのが、ある意味では、個々の研究者が政治プロセスに直接触らなくて良くなるための条件だと思うんです。そこが今回、うまくい

ってなかったから、最後の最後でアカデミズムが政治に直接入力をするという手に出たわけですけども、これはいろんな意味で副作用も大きいことです。

まず、われわれはそんなに暇じゃないと言いたいですから、それを大きな問題として解決することを、これは政治と政府に期待したいところです。

金子：私も、緊急声明を呼び掛けるというのも、何度か声明を呼び掛けているんですが、実は、どうかと思うところもありまして。学者というのは、本当は、もっと学問的な議論を積み重ねるということもある一方で、ただ、本当にどうしてもこの場ではまずいというときには、やっぱり先ほどのまとまって動くとか、そういうことも必要なのかなと。ただ、やはりそうすると、やっぱり自由な議論というよりは特定の方向に議論が、自分の考えが固まってしまったりとか、そういう副作用も多いところでありまして、なかなかバランスが難しいと。ただ、そもそもそういう状況にならないための仕組み、あるいは、そういうための議論環境というものを、どうつくっていくのかなということが重要な課題であるというふうに私も思うところがあります。

では、今の点も含めて、今後、こういった著作権制度を巡り、今の大屋先生のご指摘も踏まえて、制度のつくり方について、急ぎ過ぎるのは良くない一方で、のんびりやり過ぎるというのも、例えば、深刻な海賊版の状況をそのまま野放しにしているのかというときに、拙速と巧遅のはざま、どういうバランスを取っていけばいいのか。それについて何か、あるいは、今回の問題を契機に、著作権法の制度設計にかかる議論の在り方について、こうすべきではないかということについて、もし感想や、あるいは、少なくともこうすべきではないということも含めて、何か、もしよろしければご意見をいただければと思います。

田村：やはり意見はさまざまでした。それでも、小委員会では、少なくとも知的財産法学者の大半 8 割は、なるべく限定をするべきだと主張していました。他の分野の情報の学者の方、刑法の学者、民法の学者の方も多くは限定するべきだと主張していました。そんな意見が多くて、分科会でも、権利者のほうからも、そこまで強い規制を望んでないという方の意見が多かったということは、金子先生のパウポに入っていたと思うんですね。そういう中で、しかし他方で、確かに海賊版問題というものはあるから、漫画、あるいは、場合によってはソフトウェアも含めて、何か対策をしてあげたほうがいだろうというのは、よく分かります。そういったときに、一つの心構えは、ベースラインをどっちに置くか。デフォルトをどうするか。迷ったときに、どちらからスタートをするかという問題があって、文化庁さんの出した案は「私有地立ち入りという、そういう立ち入りは違法だよね。そもそも違法なものをダウンロードするのはおかしいんだから、そこを保護する意義は全くない。軽微だから今までお目ごぼしをしてあげただけだ」ということで、どうしても権利が及ぶのをベースにしますよね。でも他方で、われわれみたいな立場だと、文化の享受とか利用の自由が大事だとなって、「分からないのだったら、まずコンセンサスが得られている最小限の規制

からスタートをしよう」となります。だから、文化庁さんの見方だと、まず大きな規制案があって、それから限定をする案というふうに見ていますが、こっちは同じ案が出ていても、とにかく限定をかけた規制には賛成し、細かなところはいろいろとあるから議論をまとめていくべきで、それより先に行くなら、もっとちゃんと議論をした立法事実があってからにすべき、だから緊急に必要なところだけやるという、そのベースラインは無規制、自由から入ると思います。そういうベースラインの置き方は気を付けたほうが良くて、そこはきちんと踏まえた上での議論をすべきだと思うんです。私は、規制である以上、やはり最小限から始めて試行錯誤するというほうが良いように思います。

今村：久々の発言ですが、どこにベースラインを置くのかというのは大事な考えだと思います。今回、国際水準という部分がある意味、一つのベースラインになっていたと思うんです。国際水準というものをベースラインに置いた場合、EUでは、権利の制限、例外について、権利者の作品の通常の利用とか、利益を不当に害しないということがベースラインになって、スリーステップテストの観点から、違法ソースから複製は権利制限の範囲外という考え方になってきます。ただ、基本的に私的使用の複製に関して言えば、国際水準にはかなりのポリシースペースがあって、国内法的に自由に設計していい部分を残されていると思います。ベースラインをどこに置くのかということを考える場合も、国際水準がこうだからというのではなく、日本の状況に合わせて、ユーザーの自由とか、ネットの自由とか、権利の保護、そうしたもののバランスが取れるところをベースラインにしていくという考え方も必要だとは思っています。

この場合、ダウンロード違法化とは話がずれるかもしれませんが、日本人の法意識ということも、考慮する必要があると思います。私はイギリス法なんかを調べてびっくりしたわけです。平たく言えば、民事で違法でもやっていて、基本的には訴えられないし、刑事はハードルが高いからいい、みたいな状況です。でも、その議論を日本に持ってきたときには、いってみれば民事だけだから差し支えないと言った観点は、なじみにくいかなと思う部分もありました。私的複製について国際水準でのベースラインはあったとしても、国内のルールについて定めるという場合には、権利者と利用者の状況や、そして日本人の法意識みたいなものも踏まえて検討をしていくという、そういうスタンスで構わないように思います。国際水準に合わせるという方向性でやり始めると、やっぱり国内的に反発を受ける。たとえEU、イギリスで反発を受けてない問題でも、日本でやったときに反発を受けるという、ベースが違うからというところが出てくるんじゃないかなというふうに思いました。

大屋：今回の話でも意識しなきゃいけなかったのは、著作物というものは極めて多様な概念になってきているということですし、その使われ方とか、適正と思われている人々の振る舞いみたいなものもだいぶ違うと。

一例として挙げると、われわれも論文を書いているという意味では著作者、クリエイター

なんですけれども、その著作権がどこにあるかって、日本と英米で慣習が違うわけですよね。だから、そのぐらい、もういろんな所でいろんな使われ方をされていて、それぞれがどういう権利の使い方をしているか、よく分かんないという状況である。そういうところで、今回、漫画村みたいなもので緊急の対策を取らなきゃいけないというのは分かるんですけれども、だったら、そこにピンポイントで必要な最低限の法規制を、それこそ例えば時限立法として緊急措置でやりましょうというなら、見直す機会も保障されるし、副作用も限定されるしと考えられるんですけれども、なんで一般規則に巻き戻しますかねと。全面化をして、しかも、これをベースラインに、この後、設定しましょうという話になっているわけですよね。これはちょっと、やっぱりさすがに大胆過ぎるんじゃないですかと。その意味で、影響範囲がこれだけ巨大になっているんだから、それを全部動かすという法規制の仕方自体をあんまりやらないほうがいいのであって、ちょっと著作権法を専門にしている学者さんからは怒られるかもしれないんですけれども、継ぎはぎになって、あっちにもこっちにも変なパッチがベタベタと貼られて一貫性も統一性もなく、こんなものは嫌だと思われるかもしれないけれども、でも、そのほうが全体の権利の統制のためにはいいかもしれないんですねということも考えたほうがいいという気はしました。

前田：今、先生方がおっしゃったとおりにかなと思うんですけれども、ダウンロード規制とリーチサイト規制の比較ということで言えば、リーチサイトのほうは、海賊版対策に必要な範囲でリンク規制をするということでもまとめているんです。だから、あれが一種のモデルになり得るわけです。あれも、その審議会で議論をしているうちに、最初は、リンクを貼るという行為がそもそも違法な公衆送信を助長しているんだから規制されるべきだというところをベースラインにして考えるという、そういう発想が出ていた時期もあったと思います。あったと思うんですけれども、そこはさまざまな異論があり、ちょっと規制範囲が広くなり過ぎるんじゃないのかということ、多分、昨年度はいったんお流れになったと思うんです。その上で、今年度になって仕切り直しをしてまとまったと。ダウンロード違法化についても、そうすれば良かったんじゃないかと。やはり新しいテーマについて議論を始めると、われわれもやっぱり議論が進むにつれて認識が少し変わってくる部分があって、私も多分、3カ月前の自分とは全然違うことを、今、考えていると思うんですけれども、やはりいきなり専門家といえども、この問題について完全に理解をし、状況を全て見据えた意見を出すということは難しいんです。だから、時間というものはどうしても必要なんだろうと思うんです。急ぐ必要があるというのは分かるんですけれども、さすがに3カ月とか4カ月というのはあまりに時間としては短くて、最低でも1年とか、それぐらいの時間はかけてやるべきだったんだろうというふうに思っております。

金子：急がば回れと。すいません。あとは、もう一つは、一つ出たことは、ベースラインと共に、もし急いでどうしてもやるのであれば、本当に必要なものを、合意が取られる

必要な範囲で行う。中山先生が不正競争の営業秘密の例を挙げていましたが、まずは、そこからスタートをする形を取るべきで、今、ある規定を大ざっぱに広くというものをベースラインでやるというアプローチは、私もかなり問題があったのではないかなというふうには思うところであります。

あともう一つ、今村先生が冒頭のコメントで指摘をされていたことですが、やはり基礎的な比較法研究とかで、やっぱり問題が顕在化する前に、かなり基礎体力的なものを研究者として用意しておくということも重要だと考えていまして、そういったこと、いつもこの反省を、大体、シンポジウムをやると、以前からちゃんとやっておけばよかったという話を今回もするわけですけども、今度こそア、ちゃんとやるように頑張ります。前向きに検討をさせていただきます。

前田：その点に関してなんですけれども、もちろん個々の研究者が頑張るというのもあると思うんですが、各省庁において、そういったことの調査研究というものは日常的に行われていて、多分、そういうところに対する予算措置というものが足りない部分というのもあったんだろうと思うんです。将来、課題に挙がりそうなテーマについては、あらかじめ調査研究をしてネタを蓄えていくということを経続的にしていけば、こういったものはもう少し減らせるんじゃないかというのは思いました。

金子：ありがとうございます。では、プロセスの話は、いったんここで離れまして、次に、少し中身の話に入っていきたいと思います。

### 3. 私的複製とダウンロード違法化

金子：まず、著作権法 30 条 1 項の意義についてですが、恐らく小島先生のお立場というのが、そもそも著作権法の 30 条 1 項というものは制限じゃなくて、そもそも権利というのは、そういうものなんだと。公に提供をするようなことこそが、本当は著作権の対象とすべきもので、30 条 1 項というものは、むしろそれを示しているんだと。そういう理解ということでもよろしいでしょうか。

小島：そうですね。自分が法学教室の論文を書いたときには、特許の「業として」という要件と比較をしたわけです。特許法の 68 条、特許権の効力について定めているところでは、実施の態様の一つである生産、まさに生み出す行為にも「業として」がかかっており、これについては請求原因事実という形で、権利者が主張立証するということになっているはずなんです。それとの並びでいくと、著作権というものは、22 条以下の公への伝達のところというのは、全部、「公に」が伝達行為にかかっているんですけども、複製だけにはかかってないんですよね。そして、30 条で私的使用のための複製という形で抜いていると。こ

ういう立法技術的なことになっていて、なんで特許と著作権で違うのかなと、私もずっと昔から思っていたわけなんです。これからは、報告の最後に触れましたが、イノベーションの民主化とということで、3Dプリンティングなどを使って、みんなが物を作ったりということが出てくるので、私は、これは早晩、問題になるんじゃないかというふうに論文には書いたんですけども、これまでは多分、特許のほうが、大体、「業として」というものは何となく分かりやすく、それを権利者に主張立証をさせても、そこまで酷ではないということだったのではないかと。しかし、著作権というものは、少なくとも建前上はみんなに関わる法律であって、権利者側から見ると、どういうコンテキストで利用行為が行われているのかということについて、なかなか主張立証することが難しい場合もあるのではないかと。そうであれば、そういうものについては権利制限規定という形で、むしろ利用者のほうに主張立証責任を負わせて、そのコンテキストについての情報を多く持っているのは利用者のはずなんだから、彼らに主張立証をさせると。こういう形になっているだけなのではないかというふうに思い、そういう問題意識から、3年前の論文の中では、実は、30条の私的使用のための複製について、著作権はそもそも及んでいないんじゃないかというふうなことを論じたということなんです。

金子：ありがとうございます。今のようなお考えについて、前田先生は、どのようにお考えになりますでしょうか。

前田：まず前提として、そもそもなぜ複製という行為が著作権法上、著作権の対象になっているかということなんですけれども、著作権法は、著作物のあらゆる利用を権利の対象にするわけじゃなくて、ごく一部の行為だけを取り出して権利の対象にするということをしているわけです。恐らく、伝統的な考え方として、著作物を享受する行為。これには権利を及ぼさない。けれども、複製をする行為には及ぼすと。それはどういうことかという、著作物を造成することによって、それが市場に流れていって、それによって、著作権者の市場機会というものが奪われることになると。その準備行為だから複製を抑えるというのが、まず基本的な発想だと思うんです。従来は、複製という定義で、大体、そういう行為が対象になって、複製じゃないものは、そういう享受的な行為に過ぎないという位置付けになっていたと思うんですけれども、現代においては、享受をするときに、どうしても複製が入ることが出てくると。そのときに、じゃあこの複製というものについて、何か、全部、一律に抑えるのはおかしいんじゃないのかという、そういう発想が、まず第一にあると思うんです。

その上で、私的複製の例外というものが、そういう構造の中でどういう役割を果たしているかということなんですけれども、私は前、これについて論文を書いたことがあって、そのときは消尽的な意義があるんじゃないのかという話をしたんです。つまり、正規版のものについて、それを手に入れて複製をして、その違う態様で享受をするというときには、そうい

うものも全部、折り込み済みで買っているんだから使っていいんじゃないという、そういう意味が30条1項にはあるだろうという話をしたんです。正直、違法なもののソースの場合について、30条1項は、どう作用するかというのは、私はあまり考えたことがなくて、少なくとも一部については、そういう説明ができるだろうということは思っていたんです。ただ、今回、この問題について深く考えるに当たって、30条1項というものは非常に多様な機能を果たし得るんじゃないのかというのをちょっと思い始めておりまして、逆に言うと、30条1項ぐらいしか、日常的に行っている行為を適法にする条文が今の著作権法にないんです。理想的な立法論としては、30条の1項の適用範囲というものは、これぐらい狭いんですよとした上で、他に権利制限規定をつくるからいいじゃないという。それはゼロから著作権法をつくって、自分が著作権法を全部設計できるんだったら、そういう考え方もあると思うんですけども、ただ、今、もう既に著作権法があって、そこを漸進的に直しながらやっているというときに、そこまで割り切ることというのは、ちょっと危険なんじゃないかということを考えております。

田村：もともと最初の小島先生のお話にはもちろん大賛成で、何か権利が先に及んでいて、複製の規制が必ずあって、そこから穴を開けていくという発想で、ものを見るべきではないというふうに、きょうはずっとプレゼンをされていました。それは、そうだと思うんです。問題は、じゃあどう設計をするかという話で前田先生がお話になっていて、特許とアナロジーで、例えば消尽みたいな考え方は、もちろん十分、成り立つのです。ただ、それは前田先生も論文でお書きになっていますけれども、著作権法は基本的にどんぶり勘定で動いていると思っています。つまり、文化の発展を目的とする以上、どうしても文化的な行動を規律するという宿命を負っています。私の理解では、さまざまな対価を著作権者が回収できる手段のうち、その時々時代の要請に応じて、そこに権利を及ぼしてもあまり私人の活動の自由を害さないし、他方、権利者にもちゃんとお金が返ってくるようなところを捕まえて動いていくべきものだと思います。きょう中山先生がおっしゃっていたように、当初は、複製はちょうどいいところでした。事実上競争規制でしかなく、そこからお金も実際に捕まえることはできましたから。それが、次第に複製が大衆化して、つまり、よく言うことで、昔は、複製に対する権利がある一方、読書に対する権利はなかったんですね。ところが、みんな読書をするのと同じぐらい複製ができるようになったから、複製に対する権利が読書に対する権利と同じようになりました。では、さあ、どうしようとなったときに、一つは、やっぱり小島先生みたいに考える必要があって、それは、権利が及んでいるというのは、むしろ前提じゃないのだ。だから、お金が取れるようなところは取って行って、ぶすような形、あるいは、私的録音録画補償金制度。あれは、まだ複製機器媒体をつくる人が少ないから規制をしていきましょうという感じで動いている。その動いていくときに、特許の消尽のような個別の適法な権利者の許諾した、あるいは、権利者自体が売っているから、そこから対価を得ているから個別的に免責していく、そういう制度設計はもちろんありますが、著作権の場

合は、あまりにも数が多い。それで、そもそも特許ほど単純に、生産、使用、譲渡だけで抑えるという仕組みになっていないものですから、やっぱりいろんなところからどっぷり勘定で、著作権者には、今回、私的録音録画補償金を認めてあげましょうという形で、大ざっぱにつくりながら、じゃあその代わり、私的複製はこのぐらい認めてあげなきゃという感じで、大ざっぱに消尽みたいな考え方を認めていくという、そういう制度設計になっていて、それが特許だと、消尽という、個別の、最終的には特許権者の許諾かどうかで判断をしますが、著作権は立法で大ざっぱなところを決めていくという、そういう発想じゃないかと思うのです。その発想の中で、昔に比べて私的複製というものが非常に重要になってきているので、それを踏まえて。でも他方で、逆に権利者のことも考えなきゃいけないから、うまくバランスを取って。だから、私的録音録画補償金は、評判は悪いですけども、私はわりといいと思っているほうです。そういったことも考えながら、今回だって、ダウンロードで守るべきところは確かにあると思うので、漫画、ソフトウェアを中心に考えた、うまいところの落としどころを探るべきだ。そんなふうに思っています。

金子：今の点に関連して、一つ、現行著作権法だと、やっぱり研究とかに、創作目的について、適切な制限規定がない。ないとなると、私的使用目的の複製に頼らざるを得ないという面がある一方で、他方で、30条1項は私的使用目的だとなると、途端に全部、複製を認めてしまうと。1号から3号に該当しないと、全部、複製を認めてしまうと。著作権者の利益を不当に害するような場合でも認めてしまうという意味で、ある意味では広過ぎるという面もあって、そこをどうバランスを取っていくべきなのかというのが、私的録音録画補償金との関係も含めて、かなり問題になっているんだろうと思います。

そこで、例えば、もう少しこれから時間を置いて議論をすとなつたときに、30条1項3号に、著作権者の利益を不当に害するというのを、民事上の違法の要件として時間を置いて議論をすとなつたときに加えるべきかどうかということについて、少しご意見を伺いたいと思います。この点について、今村先生は、どのようにお考えになりますでしょうか。

今村：今の質問の趣旨について、私、ぼおっとしていて正確に把握できなかったんですけども、ダウンロード違法化の対象拡大に関して、補償金制度との関係も踏まえた議論ということでしょうか。

金子：というよりも、録音録画補償金の話はちょっといったん忘れていただいて、30条1項3号について、民事上、違法とすると。刑事についてはもっと要件を取り込むとして、民事上、違法とされるべき違法なソースからのダウンロードについて、著作権者の利益を不当に害するという要件を設けるべきか。あるいは、設けるべきでないか。

今村：そうですね。イギリスのことばかりを出して恐縮なのですが、比較しやすいモデルな

ので出させていただきたいと思います。イギリスは刑事のハードルがすごく高く、民事はすごくハードルが低いから、みんな違法にダウンロードしても平気という状況のようです。フォーマットシフティングの例外規定がありませんので、CDをパソコンにコピーするのも、自分でやっても違法だということで、では、どうしているんだという話になりますが、みんなやっているということらしいんです。要するに、その補償金制度もなくて大問題だとは思いますが、イギリスでは民事で違法としていてもユーザーの行為は萎縮していないということです。そこで、思い切って権利者の利益を不当に害するという事柄を入れなくても、民事で違法の範囲がとて広くなっても、果たして私的な複製が萎縮するののかと、そう思うわけです。私的な領域でやっているのだからいけないことがほとんどでしょうし、もし、そういう見つけようという権利者がいたら、権利行使の多大なコストを払って、見つけて、訴えて、差し止め損害賠償をすることになるわけです。権利行使をする権利者もいますが、現実にはほとんどしないでしょうし、仮にするのだとしたら、それは権利行使をするべき事案であった、ということはいいんじゃないかということを考えていました。

文化庁に出した意見書について先生方とメールでいろいろやりとりをしている中で、私は、一つの考え方として、民事で違法でも差し止めが来たら削除をすればいいんでしょう、お金を払えばいいんでしょうというふうなことを考えて、でも、これはちょっと確信が持たなくてみたいな議論をしていたら、前田先生が、私もそういうふう考えた時期がありました……と、おっしゃっていました。ちょっとそこの考えていた時期があって、その後はどうなったのかということがすごく気掛かりになっていてお伺いしたいと思ひました。イギリス人は、それで萎縮をしてないから、大丈夫なのではないかと。もちろんイギリスとは刑事罰が成立する範囲が違いますし、今回のこの流れで、イギリスベースの制度設計なんかはあり得ない話です。日本人の法意識もイギリス人とは違うでしょうし。でも、前田先生は、それを考えた時期があつたが変わつたということで、実は私は、まだちょっとあんまり変わっていないのです。そのため、刑事罰の規定も含めて、抜本的に法を変えて良いというなら変えたいということも想ったりしますが、もちろんそんな権限はございませんので。

前田：今村先生のおっしゃったことには、もう基本的に賛同なんですけれども、私が考えているものは、違法の網が形式的とはいえ広いと。民事だけとはいえ。そういう状態で、実際に当事者がどういう行動を取るだろうかというところなわけです。イギリスみたいに開き直って、そんなものは訴えられたら対応をすればいいということで、みんな自由にやって、やられる中で、お金を払うということで、うまく均衡に到達していきんだら、それでもいいと思うんですけれども、日本では本当にそうなるのかなというのは、ちょっとよく分からなくて。違法の網がいったんかけられたら、訴えられれば対応をすればいいとは言っても、といって、みんながどんどん萎縮していく可能性もあるんですね。

本来やってはいけない範囲よりもちょっと広めに違法の範囲をかけるということは、民事では多分、私はやってもいいんじゃないかと思っているんです。

刑事は、むしろやっていい範囲より狭いところに規制をかけなきゃいけないと思うんですけども、民事はそういう考え方もあり得ると思うんです。しかし、その判断として、民事に無限定な形で違法をかけるということが本当にいいんだろうかというところにちょっと迷いが生じてきたというのが、正直なところなんです。実際にパブコメ等を見ていると、皆さん、ものすごく心配をされているわけじゃないですか。だから、これはやっぱり萎縮が起こるということの証拠が出たということなんじゃないのかということも、ちょっと考えたりしていたんです。

今村：漫画村の問題が出てきたときに、ブラウジングをするだけなら違法じゃないんだということで、どんどん見る人が増えていってみたいな、そういう国民性もあるような感じがしますので、違法にしたらやらなくなるけれども、違法じゃなければやってしまおうというのはあると思うんですよね。そういう意味では、バランスを図っていく上で、いったん民事だけ違法にしてしまって、その後、保護と利用に均衡が形成されるのを見守るという選択肢もあるように思います。ただ、パブリックコメントの反応を見ると、萎縮効果をすごく心配している意見もありました。刑事で訴えられる可能性がなく、たとえ民事だけでも、違法と評価されていることは、国の法律で書かれていることはやめようという意識に傾く人が多いということになるんでしょう。

前田：そうですね。だから一言で言えば、網をかけるということ言えば、例えば著作物に触る一無体物ですけれども一ということすら、全ていったん網にかけておいて、どうせ訴えられないからいいでしょうという制度もあり得るということに、極端に言えば、なりかねないと思うんです。だから、どこかに線は必ず引いてやらなきゃいけないと。多分、大屋先生がお話になるのではないかと思いますけれども、そういった実際の規範と法律があまりにずれるという事態は、多少はしょうがないというか、むしろ積極的に寛容的利用みたいな形でやっていくことというのはあるんだと思うんですけれども、極端な差というものは、やはり避けなきゃいけないんじゃないかということ、ちょっと考えた次第です。

小島：先ほどの、「権利者の利益を不当に害しない」という話なんですけれども、これは、実は私、どこかで聞いた話だな、どこかで自分が関わった話だなというふうに思って、ちょっと今、調べたら、11年前の2008年の著作権法学会で、上野先生、駒田先生、横山先生などと一緒にしたとき、権利制限は、まさに日本版フェアユースがちょうど盛り上がり始めたときの学会だったかと思うんですけれども、私は「条約における権利制限」を担当しました。問題の所在として私がそのとき挙げたものが、加戸逐条講義の中に、これはまさに30条に関係するんですけれども、個人的使用のためであるからといって、家庭にビデオライブラリをつくり、テレビ番組等を録画して多数の映像パッケージを備える行為が認められるかということ、これはもう今、皆さんやっていると思うんですけれども、これについてはベル

又条約上のスリー・ステップ・テストの要件を充足していないと言えるのではないかと書かれています。本条の立法趣旨が閉鎖的な範囲内の零細な利用を認めることにあることからすれば、度を過ぎた行為は本条の許容する限りではないと厳格に解すべきであるというふうに加戸逐条講義に書いてあるんです。多分、この記述は現在も残っているのではないかと思います。そうだとすると、まさに、この権利者の利益を不当に害しないという、これは、そもそもが、条文の「書かれざる要件」として入っているのではないかというふうに、少なくとも加戸逐条講義は、そういうふう理解をしているのだろうというふうに思われまして、そもそもこういう要件を条文の文言に書き込むべきかどうかということを考える際にも、一つの手掛かりになるのかなというふうに、ちょっと今、思い出したので、コメントをさせていただきました。

金子：ありがとうございます。今、出た条文の具体的な文言と共に、そもそもみんなやっている、あるいは、その法の実効性についてどう考えるか、ということについて、ここで大屋先生に用意していただいた資料を用いてコメントをいただきたいと思います。それでは大屋先生、お願いいたします。

大屋：ありがとうございます。本当は、この辺りからしゃべることを期待されていたんですけども、常に余計なことを言う大屋でございます。もともと、法哲学者でウィトゲンシュタインの研究をしていたんですけども、食えないので、それとは別のサブテーマとして情報化社会論をやっていたら、そっちのほうのいつの間にか主流になっちゃったみたいな感じの生き物でございます。

今の話との関連でお話をさせていただきますけれども、一応は違法なんだけれども、結構みんなやっているという状況で私が思い出したものは、アメリカにおける不法移民の雇用。今回のこの改正案について、例えば犯罪化されたとして、それは摘発されるんですかという質問をいただいて考えてみたんですけども、やっぱりあんまりされそうにない。されるとしたら身内に撃たれる場合だけですなんて答えたことがあるんです。同じようなことがアメリカの不法移民の雇用でも起きていますよね。あれは結構あちこちでやっているけど、公職にノミネートされて、そいつの人生をよく知っているやつが追い落としてやろうと思うと、ちくられる。報道が出て辞退に追い込まれるみたいなことが起きる。でもこれはやっぱりあんまり健全なこととは言えんと違うかなというのは、私の素朴な思いです。

この素朴な思いをもうちょっと詳しく説明するとどうなるかという話をしようと思うんですが、今回の改正案について、これまで条文に即した形では専門の先生方からさまざまにご検討をいただいている、これを大きくまとめると、無益論と有害論があると思っています。無益論というのは、結局、本来のターゲットだったはずの漫画村がちゃんと捉えられますかという話で、ダウンロード違法化は関係ないじゃないですかというようなこともある。有害論のほうは、もうこれは明確に、広範な萎縮効果だということですからけれども、中の人に聞い

てみないと本当は分かんないけれど文化庁側がまとめている文章を見ると、彼らの思いとしては、ある意味では萎縮効果なんだけれども、要するに拡大適用と拡張適用は何が違うかという話であって、適切に萎縮させたいのだと。つまり、やっちゃいけないことをやらないように萎縮させようというのが狙いで、こういうものをわれわれは抑止効果と言うという議論に見える。だから乱用防止にはちゃんと配慮しており、過度な適用はそもそも権力側としても意図していない。ただ、違法であり犯罪であるとの位置付けを明確にすることによって、メッセージ性を強調したいのだという腹なんじゃないかというわけですね。

そもそも要件をちゃんと見ていくと実効性があるかどうか疑問だというのは前田先生からご指摘いただいたとおりで、主観要件のところ、いろんな問題があるだろうと。文化庁側の文章を見ても、2012年の犯罪化改正のときにも附則で不当に権利制限をしないように配慮してあるとか、軽微な事案まで捜査をする意図はなかったし実際にしていない、そもそも検挙例はありませんと堂々と書いているわけですね。検挙例がないということは、要するに犯罪取締り規範としておよそこれまで意味を成してこなかったものを横出しで拡大するって何の意味があるんですかと聞きたくなるんですけれども、それに対する答はつまり、メッセージなんだらうと。こういうことをやっちゃいけませんということを公権力から言うことによって、人々に自粛を促したいということなんじゃないか。

ただ、そう考えた場合、1つ目の問題として指摘できるのは、そのメッセージが機能したことをどうやってあなた方は確認したんですかということです。これは今村先生からご紹介いただいたところではあるんだけど、最近ではEBPM、証拠に基づく政策形成というものがはやりになっておりまして、おおよそ国家が公費を投入して事業をやるからには、アウトカム、結果としてのポジティブなものがないといかんのであると。そういうものがある事業に、われわれは特化をしていくべきなんだみたいなメッセージがあって、それで広範な研究調査事業とかの予算が切られるという結構な副作用が生じつつあるような気がしないこともないのですけれども、でも、そういうことをやろうという話になっている。これは、もともとはEBM (evidence-based medicine)、証拠に基づく医療というものが根っこにある考え方で、そこで典型的に取られる方法論としては2群の比較なんですよね。ある治療をやった人たちと、やらなかった人たちを比べて、この治療に実効性があるかどうかを確認します。そのときに「治療をしましたよ」と言うと、人間は不思議な生き物であめ玉をなめていても治ることがある。いわゆるプラシーボ効果というやつですけれども、それを排除するために、ダブルブラインドと呼ばれる方法を使ったりして、科学的にできるだけのことをやるわけです。ただ、これが理想なんですけれども、理想のとおりのが験が組めることはめったにない。というのは、定型的には抗がん剤のが験で飲む人と飲まない人を作ると、飲まない人たちはがんが拡大して死にますからこれはまずいよねということになる。だから実際には限定的にさまざまな条件を統制して比較研究をやっていくということになっています。典型的には、要素あり群となし群で比較してみますとか、トリートメントの前と後の健康状態の比較をしましょうとか、とにかく何らかの形で頑張っ、科学性的のあるエビデンスを捕

まえていこうという話をしています。

すると、法学のエリアにおける最も典型的な方法論の一つは比較法であって、外国でこうだけれども日本はどうなりますかということをやってみる。あるいは今回の例で言うと、本来はとて素晴らしい対照群があって、動画と音声でやったわけですね。動画と音声でやって、それ以外の分野ではやりませんでした。それで、じゃあこの抑止効果がどのぐらい違いが出ましたかという比較をやった上でなら、それは効果があるかないか、全体としてやるかどうかみたいな議論もできると思うんだけど、やったんですかというのは、結構真顔で聞きたい。実際には、これがほとんどできていないわけで、エビデンスベーストというより、古典的なKKD、勘と経験と度胸らしいんですけども、そういう政策形成を、しかも割と無防備にやろうとしただけなんじゃないか。

その結果としてどうなっているかというのが次の話になるわけですが、田村先生のお話にも出てきたレッシングなんですけれども、ちょっと違う観点で話すと、情報社会論の研究者としての私がレッシングに着目しているのは、規制手段のモード論というところだったんです。レッシングは、人が他の人の行動をコントロールしようとするときに、そのモードとして大きく4つのものがある、古典的には法と市場と規範だけれども、アーキテクチャーという新しいやり方が出てきたのだと言ったんです。

それを表すために私がよく使っているのがこの写真でして、これは私が名古屋大学に勤めていたときに海外出張でよく使った2つの空港の出発ロビーのソファです。上がセントレアで、下が乗り替えに使ったソウルの仁川。何が違うか。セントレアの椅子って、必ず2シートごとに手すりが入っていて、何がポイントかということ、寝られない。椅子を3つ並べると体を伸ばして寝られるので、仁川では大変穏やかに乗り継ぎの時間を過ごせるのですが、セントレアではそういうことができない。それが物理的な条件のコントロールでそうなっているのがポイントです。このように環境自体をいじることによって、人々を一定の行動へと服従させていくことができるとレッシングが言ったんですが、きょうの話はそれではなく、それと裏腹に見たときに、じゃあ法の機能って何なんですかということを考えるべきだということです。

法というのは、つまりリスクを再配分するための手段だと、まず言える。つまり、典型的には過失責任主義で、故意または過失で人に損害を与えたら、その損害はおまえが代わりに払わないかんよ。損害賠償責任を負わせるという形で、被害者のところからおまえのところに損害を移すからなということが予告される。ところで、このような損害の再配分が事故の後に行われるということを理解すると、われわれは、大概是頭のいい生き物なので、事故を起こすと俺が損をするからやめておこうと、こう思うわけですね。つまり、事前に注意をして、車を人にぶつけないように頑張ろうと思う。これによって注意義務が社会的に配分されることになる。本質的には事後に損害を分担させるための規範であったものが、事前の人々の行為へと結び付いていく、人々の行為を誘導する機能へと転化していくのが法の特徴だと考えられると。

つまり、こういうループです。一定の構成要件に該当するものには事後に制裁が加えられるということを予告しておく、われわれ人間は、それを予期して行為をコントロールする。このようなループが成り立つためには、この鍵となる予期を適切に形成する能力をわれわれが持っているとか、これはやばいなと思ったときに回避ができるような事実上の行動可能性を持っているということが重要になってくるだろう。だから、このような自律性とか自己決定能力を持つ存在として個人を取り扱うのが法という手段の特徴なんだというようなことを言っています。そういうループとして機能するのが法だと考えたときに、制裁されるという予測があるから回避行動を取るわけですが、なぜそうしなければいけないかというと、やっぱり殴られるからなんですよね。このルールに違反をすると殴ると言っていて、本当に殴りに来るので、やっぱりやめておこうと思う。現に強制されているからこそ、次も強制されるだろうと思って、その行為を避けるわけですが、じゃあ全く実効性を持たないような法を順守することが、このループから可能になるだろうかということを考えてみないといけないだろう。

例としてはかつての未成年者飲酒禁止法というものがあって、お若い方はご存じないかもしれませんが、20年ぐらい前までは大学に入ったら酒を飲むのが当たり前だったんですよ。18歳で大学に入って、新人歓迎の合宿で飲む。それは社会的にそういうもので、誰も何も言わない。警察官の目の前で飲むと、さすがにおまえら、ちょっと向こうに行けとは言われただろうぐらいの感じだったわけです。こういうふうに、実際には制裁されない、むしろそれが社会的に相当な行為だとわれわれが思っていると、法的に禁止されていようが何だろうが、われわれは飲んじゃうわけであって、これは人々の行動を規制する規範としての機能を失っていくわけです。すると、先ほど申し上げたように、メッセージだけを送って、みんなこれで配慮をしてくださいとだけ言う法というものは、このループ自体が機能する前提、法というものはやっぱり守らなきゃいけないし、守らないとひどい目に遭うんだよという根本的な予測というものを覆してしまうのではないかと、われわれは警戒しなきゃいけないだろうと、こう思うわけです。

もう一つは、ルールとして法が機能するからこそ、その裏返しとしての法治国原理、つまり法によって駄目と書いてあるものは間違いなく駄目で、破ったら強制されるんだけど、逆に言うと、書いてないものはやってもおとがめはないんだ、その領域はわれわれの保障された自由なんだという、クリアカットな境界線を引くというのが、われわれの法制度の重要な目的だろうと思いますし、それを象徴しているのが、いわゆる罪刑法定主義、法律なくして刑罰なしという考え方なんだろうと。

そうすると、先ほど申し上げたものとは違う意味で、やはり今回の立法提案は有害であると私は思っている。これは条文が読めなくても言える有害論という意味なんですけれども、つまり実効性のない法がなぜいけないかという問題に関わる。実効性がないんだから、強制されないんだから、被害者も生まれないんだからいいだろうというふうに、もしかしたら文化庁の方々と言うかもしれないが、そうじゃないんだと。それは法への信頼というもの、法

の信頼の基礎にある予見可能性を傷付けるので、人々全体が法順守に動機付けられるというシステム全体を崩壊に導くのだと私は思う。

もう一つは、そこで自由保障機能という法が持っている、われわれを自主的・自律的な主体として自由を保障していくという機能も損なわれることになるんだ。だからメッセージとしては、法は何のためにあるのかということ、もう一度、ちゃんと考え直してほしいと私は思っています。

先ほど申し上げたように、人々のあいだで自由と責任を配分するというのは、これは法にしかできない固有の領域です。それに比べてメッセージ性というのは、何とでもやりようがあるはずなんです。メッセージを送るというのは、別に法律の根拠がなきゃできないわけじゃなくて、政府広報でコマーシャルを流してくれたっていいし、議員の先生方が地元に戻って一生懸命説得して回るとかでも構わないわけです。あるいは、補助金政策で人々を適切な行動へと誘導していくこともできるはずで、それらの手段を取らずに、なぜ法規制という手段を取るのか、取らなければいけないのかということ、真剣に考えるべきだし、この質問に適切に答えられないような法規制というものは、やるべきではないと考えるべきだというのが、法哲学という抽象的な立場からの議論だということになるろうかと思えます。

金子：ありがとうございます。田村先生、お願いします。

田村：大屋先生におっしゃっていただいたものに、私もほとんど賛成です。少しだけ付け加えると、まずエビデンスですが、一応、今回、われわれの委員会の間では、録音録画ダウンロード以降、かなり優位にダウンロードの率が下がっているという証拠は出てきています。もちろん事前事後の証拠であって 2 群の比較ではなかったんですけども。逆に、だからこそこ心配になるということもあるのです。

また、ここで登壇している者に共通をしていることは、やはり望ましい著作権法制度、実効的な著作権法制度としては、文化の享受は一定程度、形式的には違法にアップロードされたことになる著作物からもできるというのが望ましいという前提を共有した上で、それに対して萎縮効果はないか否かを議論している。そして、かりにそれに対して萎縮効果があれば問題であり、またあるいは萎縮効果がなかったとしても、それとは関係なく、やっぱりきちんと自由を保障するべきではないかというところまで対立をしているのです。

でも、さらに一つ重要なことは、それを望ましい著作権制度と考えるかどうかという問題がやはりあります。だって、ベースラインでそうじゃないと思っている方はいるわけです。だから、ああやって、私が保護すべきものは保護をし、保護をしないものは、みんな自由にしていいんじゃないかというのは、一つの理想を語っているわけですが、もポイントは、大屋先生と同じで、それが本当に望ましいかということなのです。大屋先生は、それを民主的立法過程を経た自由と権利の配分だとおっしゃって、自由と義務の配分だとおっしゃっている。それは私に言い換えさせると、民主的な過程を経た望ましい著作権法制度に対するわ

れわれの決意ですよね。それをやっぱり示すのも法の役割だと思うんです。逆にそうしないと、今回もそうですが、今、こうやってみんな、きょうは平和的な人選の下、グレーな領域、ないし寛容的利用の世界を望ましいものであるとして、立なく話していますけれども、そもそもそれについてだって、ものすごい対立があるはずなんですよ。それをぼかしてしまわずに、われわれは著作権法制度に何を望んでいるのか議論をしなくてはならない。きちんとプロセスを経て決めていかなきゃいけないと思うんです。寛容的利用というものは、積極的な擁護派でもグレーとおっしゃるぐらい、ゴールが共通しているとは限らず、新しい法制度をつくるときに、ついつい見逃しがちです。私が2月25日の先生方の緊急報告書にすごい感激をしたのは、寛容的利用という言葉は使っていただけませんでした。グレーな領域を守るのがと主張していたからです。そもそもそういう話を意識できないのは、法が、それを保護すると謳っていないからで、事実上、それはすごく守られています。なので、いろんな意味で大屋先生に賛成をしたいと思います。

今村：私が、萎縮効果が発生しないというのは、民事だけが違法の場合だけでして、刑事があるということなら確実に萎縮効果は生じると思っています。刑事はやっぱり一番怖いので。民事だけだったらあんまり生じないというのは、イギリスを見るとそうなんじゃないかと。先ほど大屋先生のほうから、法の信頼と自由保障機能ということが言われましたが、これは正直、イギリス法は守られているわけです。民事は違法だけれども、請求をされたらやめるし賠償を払うという覚悟で、できる範囲、できない範囲、やったときにどうなるかということ国民は分かっている。でも、刑事は科せられない。そこははっきりしている。日本で議論をするときに、対象を限定するために要件をあんまりいじくと、結果として、一般の人が、これは何をやっていいんだか分からないという法律になっていきます。実際に読んでも何を書いてあるか分からない条文が、著作権法はたくさんあるわけです。そういった中であんまり要件を付け加え過ぎることによって、専門家はいいとしても、一般の国民からしてみれば、法を読むリテラシーから見ても、予見可能性を持たせることが無理ということになりかねません。特に主観的要件は、私はあんまり良くないと考えているのは、普通の国民からしてみれば、どのように適用されるのかさっぱり分からないということです。専門家の人がこう言っているからと言われても、いざというときに、どういうふうに適用されるか分からないから、そういうものは極力避けて、民事は違法が多いけれども刑事はないですよ、というような、シンプルな方が自由保障という点では良いのではないかなと思うわけです。もちろん、日本法では無理なんですけれどもね。今ある法律の規定を前提として発展させていかなきゃいけないので無理なんですけれども、そういう世界があったら一つの美しい形かなというふうに思っているということです。ただ、現実的に可能かどうかといたら、それは無理なことはわかっています。現行法の状況を前提に、新たな立法において要件論を詰める過程で、寛容的利用として事実上許されている範囲と、法が禁止しない範囲を、極力、一致させていくということが妥当だということかなと思っています。

大屋：実定法学者の先生方と私の立場で多少違うのは、現存する法というものがあって、先生方はそこから手を伸ばしていかなきゃいけない。しかもわが国の立法機関でどうにかなる話と、条約上の制約とかいろんなものがあって、過去の因縁もあって、そこからやっていかなきゃいけないという実定法学の立場と、そういうことは一切気にしない能天気な私の立場という差があるわけですね。その能天気な立場から言うと、ちゃんと自由保障機能を重視すべきだし、これだけコンテンツというものを大多数の人々が作り消費していく社会にふさわしい権利規制の在り方というものを考えて、白地からやるべきなんじゃないですかと言いたいところはある。でも、できませんよね。じゃあどうするかというと、本当は要件論で自由を保障すべきだと思っていますし、その際に、今村先生がおっしゃったとおり、明らかに刑事と民事では程度が違う。民事でどれだけ萎縮するかは議論の問題だけれども、刑事は明らかに萎縮するわけだから、そこはきちんと差を付けるべきだという話にはなるだろうし、民事でプロテクトすべき自由と、プロテクトするための理屈としての寛容的利用をちゃんと位置付けていくというのが、次善の策として、でも次善なんだけれども最善は絶対にできないのでそれが本当はベストですよという感じでは、私自身も思っています。

小島：一応、私も寛容的利用については、ポジティブに捉えてはいるのですけれども、しかし、すごいちゃぶ台返しっぽいことを言うようで申し訳ないんですが、中山先生と金子先生が編者で出された『しなやかな著作権に向けて』の論文の中で、私がちょっと触れているところに関してです。寛容的利用という、そういうある種の余白とか隙間みたいなものを認めるべきであるというのは、私も全くそのとおりだと思うんですが、ただ、寛容的利用というものは、これは私から見ると、権利者が何かを言ってきたときに歯止めになるんだろうかという、やっぱり恐れみたいなものがどうしても拭えず、じゃあそうだとすると、どうやってこの寛容的利用と同じような機能を果たすものというものを制度として作っていくべきなのかということ、そこで考えたわけです。そのときに幾つか論じたこととして、今回もどなたかがおっしゃっておられたと思いますが、例えば、いわゆるより柔軟な権利制限規定、一般条項的な権利制限規定のものが入っていれば、多分、ここまで大騒ぎをすることはなかったのではないかと。ですから、いわゆるフェアユースのようなものがあればよかったのではないかとというのが一つ、これは皆さんも思っていることだろうと思うわけです。

もう一つは、また小島はこれを言っているのかというふうに思われるかもしれませんが、私は、やはりこういういろんな営みがなされるコミュニティというものがあり、そのコミュニティの慣習とか規範ですね。これが、場合によっては著作権法よりも優先するという。これは現に、「俳句の添削事件」（東京高判平成10年8月4日判時1667号131頁）を私は常に引くわけなんですけれども、こういう判決があるのではないかと。そうであれば、やはりそういったコミュニティの活動についてきちんと社会調査をし、そういうものの慣習とか規範というものをきちんと、より「見える化」をしていって、そういう慣習とか規範という

ものが、社会的な意味があるのだということを積極的に承認をしていき、こういった寛容の利用に相当するものを認めていくというふうなことを、もっとより積極的にやっていくという戦略というか、そういうものもあるのではないかなというふうには、個人的には思っています。

今村：先ほど来、イギリスの話ばかりをして恐縮なんですけれども、イギリスでは、ダウンロードは違法な出所であれ、適法な出所であれ、許諾がなければ民事上は違法と評価をすることになるわけです。そして、イギリス人はダウンロードについて萎縮効果は発生していないよだとは言ったんですけれども、当然、権利者は、私的複製について権利行使をする場合はあるんです。

これは 2010 年の記事なんですけれども、当時の BBC の報道で話題になったことで紹介すると、イギリスのインターネットサービスプロパイダである O2 の利用者のうち、あるポルノビデオ会社のポルノビデオをダウンロードした利用者の一部である 2,845 人に対して、同社から著作権侵害の警告文が自宅に郵送され、違法ダウンロードを認める場合には損害賠償等を内容とする示談を求めるという事案が生じているということがありました。

ダウンロードが違法であれば、こういった権利行使はするんですよね。そして、これは動画に関する事案ですので、日本の現行法でも、現実的に生じる可能性があるタイプの事案ではあると思います。権利者の利益を不当に害するから権利行使をする、権利者が違法ダウンロードを禁止するというのは、こういう場合のことですよ。こういったものがどんどん増えていくということについて、録音、録画以外にも拡大をして、漫画とかを違法ダウンロードした人に警告文が送られてきて、損害賠償を払わなければ大変なことになるぞ、みたいなことが起こるようになるわけです。もちろん、ポルノだから違法にダウンロードした利用者は高めの示談金でも応じるということで、権利者が熱心に権利行使をするということでしょうから、普通の漫画でしたら、権利者の対応はまた違うという話もあるでしょう。でも、そういうポルノのような漫画などのダウンロードもありうるわけです。そしてポルノに限らず、普通のコンテンツでも、たとえ民事だけとはいえ、訴えられたら嫌だなというような意識はあるとは思いますが。ですので、違法の範囲を拡大するのであれば、単なるメッセージ効果ではなく、権利者が権利行使をする場合があるんだ、ということを前提に、これは違法だというモデルケース以外の場合に対して、ネット利用者の萎縮効果が生じないように、要件などを絞り込んで規定をしておくということが、自由保障機能を傷付けてはいけないということとの関係で、重要であると考えております。

大屋：何ですかね。法哲学者がこう言うのも世も末だという気がするんですけども、やっぱりもうちょっと真面目にやろうと。古典的には、さきほど申し上げたように適用可能性がない刑罰条文なんかは、法務省刑事局へのコンサルで落とされるという話だったはずなんです。だから、法というのは人の自由を保障するためのもので、国民の権利義務に関連するん

だということを、みんなもうちょっと真剣に考えて立法に取り組みなさいいけないだろうと思っていますし、その際に、ある種の専門性と専門家による討議の価値がきちんと認められるべきだと思うし、それを前提として、それと政治のあいだをつなぐのが官の本来の役割だと思うんです。今回は、いろんな人がいろんなことをやって、いろんな結果が出たんだと思うんですが、根本的な問題がどこにあるのかという点についてはある種の統一見解が生じつつあると思っています。こう見られるに至ったこと、われわれがちゃんと会議で発言したらちゃんと要約されて政治に輸入されるだろうとわれわれが信じているから参加してきたんですが、その話自体が疑われるようになってきているということ、文化庁は重く受け止めるべきではないか。官の側で、あちらとこちらで言うことが違うようなことをやっているのに、われわれが協力する理由があるだろうかということですよ。以上です。

小島：大屋先生の刺激的なコメントの後に、なかなかコメントをしづらいのですけども、最初に私が、報告書のまとまった後に、どう行動をしたかというときのことで、実は言ってなかったことが一つあるわけなんですけれども、それは、もう公開情報ですから、皆さま検索をしていただければ出てることなんです、古川議員の所にお話をしに行った後、古川議員が「やはり文部科学部会の有力者の所に行ったほうがいい」というふうに言われましたので、私は元文部科学大臣の馳議員の所にご説明に行ったわけなんです。馳議員は会われた方を全部ブログに書かれておりますので、その中に私の名前も入っています。まさに今、大屋先生がおっしゃられたことを、私は、実は聞かれました。要するに馳議員に、「なんで文化庁は君たちの言うことを聞かなかったんだ」と言われたんです。私は、ちょっといろんな思いもあったので絶句をしてしまって、多分、そのときには説得的＝お答えをできなかっただろうと思います。今の大屋先生のお話を伺っていて、ちょっとそのことを、ふと思い出しました。

今後のことなんです、やはり前田先生もおっしゃっておられたことかと思えますけれども、いわゆるフェアユース的な一般的な条項がない状況の下では、私的使用のための複製というものが非常に多義的というか、多様な、まさに創作の揺り籠というか、そういう機能を果たしているんだということについて、やはり理論的にもうちょっと詰めていく必要があるだろうというふうに思います。私自身の考えは、先ほどからお話をしているように、私的使用のための複製には、そもそも著作権が及ばないのではないかとこのところから議論が始まっていますので、そういう状況であれば、やはりそこに対して制限をかけてくる、例外をつくるのであれば、より説得的な形で詰めないといけないだろうと。今回みたいに、私的使用のための複製には権利が及んでいて、となると、権利対権利というか、相打ちになっちゃうんです。

議論としては、私は戦略上、これは弱いのではないかと、どこかで思っているわけです。したがって私的使用のための複製に権利が及ばないという可能性についても詰めておくことが、より必要だったなということも、あらためて反省をしています。やはり研究者という

ものは、問題が起きる前に先回りをして理論武装をしておく。私も、これをずっと、学者の仕事というものは、こういう地道な仕事なんだというふうに思ってきていまして、政治家の方々の所に行って何かご説明をするということでは本来はないはず、そうあるべきではないと思っています。今回は、そのような地道な作業ができなかったということは、非常に大きく反省をしています。

さらにもう一つの問題というものは、これが見送りということになったわけですが、事実上の差し戻しというか、仕切り直しということなんだろうというふうに思っていますので、どういうプラットフォームでこれから議論をしていくのかということが問題になってくるだろうと思います。やはり本来であれば、審議会という場できちんと議論していくべきなのだろうと思うんですが、今回は、このような経緯をたどったということもあって、こういう形になるのかどうかということも含めて、これは政治的な問題も入ってくるでしょうから、私たちだけで何かできることではないだろうと思いますけれども、どういうプラットフォームで、どういう形で私たちの意見をインプットしていくのかということについて、非常に重たい課題を突き付けられているということだろうというふうに理解をしています。

田村：私は今回、審議会は、実は24年ぶりくらいの参加なので、どういう形で進行していくのかがよく分からなかったということもあって、先ほど言ったように、単発的な意見をずっと言い続けていたことに、今回に関しては非常に反省をしています。幸い、いろいろと議論が盛り上がってきて、いろんな形でわれわれの意見もかなりまとまってきたと思います。現在は、まず条文の案について言えば、基本的には原作のまま、あるいは著作権者の利益を不当に害する場合の2つは入れたほうがいいのかというのは、わりとコンセンサスが得られつつあると思うので、細かなところはともかくとして、ベースラインはこれで進めたほうがいいのかと思っています。私は、当初は著作権者の利益を不当に害する場合だと不明確なところがあるので、有償提供著作のようにすでに条文他のところにある文言を入れたほうがいいのかは思っていたのですが、逆に、有償だと多少限定し過ぎというご意見もあるかもしれないし、逆に、このくらい柔軟にしておく、先ほどからお話が出ているフェアユースがないということに対する対抗策として、柔軟に解釈する余地もあるということで、現行のままでいいかもしれません。フェアユースに関しては、いろんな議論の末、2018年、昨年、私から見ると半分といいますか、特にニュービジネスを守る点では立派な条文ができましたが、今回、ダウンロードで問題となったようなタイプの個人的、零細的な寛容的利用については、申し訳ない、0点という、そういう半分のフェアユースができています。その残り半分がない状況ですと、やっぱりこういう新しい規制を入れるところに、それに代替する形での柔軟な要件を入れるというのは、良い案なのだろうと思いました。あと原作のままなどという提案については、いろんな解釈の仕方があるというのは危険なところがあるので、できれば、何か定義を置ければいいと思いますし、今までの形だと、原作漫画プラス翻訳くらいまで入れて抑えることができるようにしたほうがいい

ような気がします。が、これは細かな話です。できれば、そして今後は、きょうもそうでしたけれども、こういう形で、われわれは何を望んでいるのか、それに、望んでいることに対して、どういう今回の法制度に効果があって、ということを議論すべきだと思います。こういう議論がなかなか今までの暇もなかったのが大きな問題です。ただ、これを審議会の場でやっていいかどうかは、まだ分からなくて、審議会の場って、もっと実践的なところで、短い時間で話をすべきところだと私は今までは思っていました。そういう場の在り方についても、今回は、もういろいろと進んでいて経緯もあるから分からないが、リーチサイトの時のようなワーキンググループを含めてというものが、そういった次の大きな問題が出てきたときには、また再度、そういうちゃんとした議論ができるような仕組みで進んでほしいと思います。今回は、いろんな意味で不幸だけで、私は久々に参加をしたので、よく分からないところがありますが、リーチサイトの先ほどの議論の経過とか、できた条文の成果を見ても、このダウンロードだけが不幸だったように思うので、普通に正常に戻れば、まだ何とかなるのではないかというふうに期待はしています。

前田：最後になってしまって、私が言いたくても言えないことを含めて、先生方がみんなおっしゃってくれたので、ほとんど付け加えることはないです。ご質問に、法学者が立法過程において、どういう役割を果たすべきかというところがあったと思います。先ほど大屋先生からエビデンスベーストというお話があったと思うんですが、やはり法制度を設計する前提として、そういう実証的な調査、研究に基づいて、どういう範囲について規制を科すべきなのかとか、目指すべき世界はどういうものなのかというところは、まず示していただく必要があると思うんです。

法学者というのは、そういうことを普段はしていないので、そこで役割を大きく発揮するということが難しい部分があります。そこは経済学とか、統計とかをやられている方とか、もしくは、いろんな分野の方の協力を仰いで、まず、そこをコンセンサスとしてつくっていただく。その過程でも、法学者というのは、ある程度は参加をできると思うんですけれども、その後、じゃあこういうふうに世の中をしようと思ったときに、じゃあこんな感じで要件立てをしてやったりとか、この条文をこういうふうに使ったらうまくいきそうなんじゃないかというところを議論できるのは、やっぱりわれわれだと思うんです。そこはやっぱり実定法学者が役割を果たさなきゃいけない。細かい条文の文言そのものは、法制局とかそういったところで作られる部分というものはあるんで、そこまでは、われわれはやらないかもしれませんが、そのちょっと一歩前ぐらいの、こういう方針で要件を立てていて、現行のある、この制度の派生形としてつくるとか、現行の制度との関係性というものを整理をするとか、そういうことで貢献ができるんじゃないかなと思っているわけです。今回は、ちょっとそういう、もう前提に至る前に、何が目指されているのか、よく分からないという中で、ちょっと要件の議論がされていたような部分が若干あって、そこがよろしくなかったところなんだろうと思います。だから、われわれとしても何をしたいのか教えてくれな

いと、どうすればいいか意見を言えないというようなことを積極的に発信していくということも、必要だったのかもしれないというふうに思っております。以上です。

#### 4. フロアとの質疑応答

金子：ありがとうございました。それでは、あと十数分ということになりますけれども、フロアからの質問を幾つかお受けしたいと思います。それでは、質問のある方は挙手をお願いいたします。

城所：国際大学の城所です。フェアユース論者なんですけど、フェアユースの質問ではなくて、田村先生も触れていた、著作権分科会の委員構成についての質問です。著作権分科会は確か半分が権利者団体の委員。これは、同じ知財の特許、商標を扱う経産省の委員会の各種団体委員が4分の1であるのに比べても多すぎる。こうした委員会でコンセンサスを得なきゃならないということになると、それこそ検証レポートでも指摘をしていた、1人の賛成意見を4つに分割するという子どもだましみたいなこともやって、了解を取ろうとする。具体的解決策として、中立委員だけに絞ったらどうかと。これは実際に成功例がありまして、私も本に書いたんですけども、電力システム改革専門委員会が東日本大震災の後、中立委員だけに絞ったんですよ。それまでは各電力会社の経営者や労働組合の委員まで入っていたため、欧米では数十年前から進められてきた発送電分離がなかなか進みませんでしたけど、それを中立委員に絞ることで実現できました。これは著作権分科会の委員でもある田村先生の、コメントをいただければと。

田村：ただ、現在の仕組みも、それなりにきちんと考えているところがございまして、分科会の下で法制・基本問題小委というものがございまして。

城所：そこは中立ばかりですね。でも最終的に了承するのは親会の方なので。

田村：先生のご意図は分かりました。先生はご存じだけでも、皆さんはご存じないと思うのでお話しすると、法制・基本小委のほうは中立になっておりまして、基本的に学者中心で出ていて、そこで案をつくって、分科会は、基本的には是か非かですから、自主的に中身を議論する場として本来は想定されてないところがあります。だから、一応、先生のような配慮を今でもしているということは、指摘をさせていただこうと思います。

城所：分かりました。ありがとうございます。

金子：それでは伊藤真先生、お願いします。

伊藤：弁護士の伊藤でございます。きょうは本当に分かりやすい説明をしていただいて、なぜこんなふうな、とりわけ審議会の様子というものは、なかなか●分からなくて、なぜこうなっちゃったのか、なぜ全部取り下げになっちゃったのか。また、これからの話について、●のような形になるかどうかは別として、それについてはというふうなこともよく分かって、ありがとうございました。

それで質問は、大屋先生に。さっきの寛容的なという話も含めてのところになりますけれども、実効性がない、使うつもりのない法律を●するのがなぜなんだ。おかしいじゃないか。先生のご理論はよく分かったんですが、そこで言っているメッセージというものは、フィルタリングとか、そういうことをする上でも違法だということを明確にしなければいけない。それがあある意味、メッセージであり。それから、実際、この海賊版サイトというものは、本来は発信している側に対して刑事罰をかけていかなければいけないんだけど、それが無理なので、●者側、利用者側に規制をかけるしか方法がなかったということ。その上で、先生が人の行為を規制するには、法があり、規範がありというふうなお話をされる。その中の、まさに規範が揺れているところだと思うんです。NHKがあんなことを言ってしまったというものが初めにあって、そこが、規範がはっきりしなくなったので、法で違法だということを確認にする。そのことによって、法を執行しなくても規範として、皆さんがそのところからダウンロードをすることをやめると。そういう意味での立法という意味であった●というふうには私に考えております。そういうふうな意味があっても、やはり法は実効性を持たなくて執行されなければいけないものだとお考えになるかどうか。その辺りを、先生のご見解を聞かせていただければと思います。

大屋：ありがとうございます。おっしゃることは、分かるところはあるんです。分かるんですが、しかし、警告方式の前提として違法化しなきゃいけないというんだったら、民事違法化で十分であり、犯罪化は不要でした。

伊藤：その意味では、私は、刑事罰まで必要かどうかについては相当の議論があるだろうなと。それは分かります。

大屋：規範の提示という機能が法にないわけではないですから、そういうものをやってもよかったですとは思いますが。やっていかんとまでは言わないけれども、それだけだったら、倫理規定とか理念規定とか尊重義務とか、いろいろやり方があったんです。国民に規範を提示する法律というものは、実はいま結構例がありまして、いわゆる議員立法の多くはそういうものです。古典の日を定める法律は、古典は大事だからみんな大切にしようねみたいなことが書いてあって、法律事項は何？みたいな気分になる。それが絶対に駄目だとは言わないけれども、単なるメッセージよりも強い法的手段を取ることのデメリットに真剣に向き合

うべきだったのではないかという趣旨でご理解いただければと思います。

伊藤：ありがとうございました。

金子：こちらの方に。

久保：こんにちは。どうもありがとうございます。弁理士の久保雅裕と申します。きょう、ちょっと感じましたのは、そもそもの始まりの漫画の話から、すり替えられているというのが問題だと思います。本来の解決策とすれば、条約とか比較法の問題があるかと思いますがけれども、漫画というものを絵画とか小説と同じように頭出しにして、漫画を議論すればよかったのだと思います。まず、どうしてそういう議論にならないのかなというのが不思議なことの一つ。

もう一つは、検索エンジン。これは、もう放ったらかしにされましたけれども、本来、一番実効性があるものは、GoogleとかYahoo!だとか検索エンジンに、そういう違法サイト、リーチサイトが載らなければ実効性はかなり上がると思います。

そして3つ目が、広告。広告も除外されています。マネーロンダリングで、あれだけ違法者に対して国際的違法者に対する送金が云々されているのに、広告が全くタッチされていない。

感覚として、自分たちにできることだけでやろうとしている、それが根本的な誤りだと思います。だから、立法過程、あるいは議論過程に、根本的にもうちょっと、もう一工夫が要るんじゃないかなというのが率直なところです。

それで、例えば比較法的なところで、漫画がどうして、議論にならないのかという点について、もしもできれば今村先生は外国のことをご存じだということなので、条約との関係も踏まえ、教えていただけたらと思います。

今村：まず条約との関係で言うと、民事のほうはスリー・ステップ・テストの範囲で、権利の制限範囲を定めるという形になり、刑事のほうは商業的規模、海賊版のようなものだけを処罰すればいいというのが条約のスタンダードです。日本は刑事については、ハイレベルな制度を採用しており、条約上は別にやらなくてもいいことをやっているということになります。民事のほうは、著作権の制限を立法によってどこまで認めるかという問題です。漫画だけに絞り込むのが難しいというのは、国際的な情勢、全部の国を見ているわけでもないですけれども、少なくとも審議会に出てきた幾つかの国の立法例を見ると、個別のカテゴリの著作物に限定して、違法ソースからの複製を権利制限から外すという立法の仕方はないということのようです。だから、日本の今までの法律も、かなり異質なことをやっていて、そこからさらに対象範囲を限定して広げるのは他の国にはないやり方なわけです。漫画、といきなり法律に書かれても困るわけです。それでも書きようがあって、そこをちょっと考えて

もらいたかったという議論はあるかもしれませんが、国際水準というのを見てくださいと、法のあり方として、著作物というものを一般的に対象とするといった形式になってくるということなんだというふうに思います。

金子：小島先生。

小島：なぜ漫画家かというか、それはクールジャパンだからということだろうと思うんです。やっぱりクールジャパンで幾つか日本が世界に売り込んでいくべきものが挙げられているかと思いますが、そこに漫画が入っていることは大きいはずですが、ただ、その議論が、どういういきさつかは分かりませんが、こうなってしまったというところに、ボタンの掛け違いがあるというふうには思います。そして、漫画だけを取り出して規制するのが立法技術的に難しいということもあるだろうとは思いますが。

もう一つおっしゃられた検索エンジンの問題というものも議論をして参りましたが、やはり一方では、検索エンジンというものは、私たちの現代社会において非常に重要な機能を果たしていることに鑑み、こちらについては過剰規制をしてはいけないのではないかとということで、当事者間の協議なども見ながら、今後、追って検討をしていくという形で、報告書では取りあえずまとめられていたかというふうに記憶をしています。したがって、そこについては、また引き続き注視をしていただければというふうに考えております。

久保：どうもありがとうございます。例えば検索エンジンですけれども、違法なサイトに対する検索は載せられないようにする、載らないようにすることは現在も行われているので、そういうことを法律でもきちんと明文化をするということは大切なことだと思います。違法が疑われるサイトへのアクセスには、検索エンジンに載らないようにする処置が実際に可能なので、そういうことも、踏まえた上で、法制に盛り込んでいただきたいなと思います。

あともう一つ、やっぱり広告ということは一つ重要な、お金が入って、だから彼らは、リーチサイトというものは成り立っているわけですよ。例えば、SNSが自主規制する、そういうものへのリンクを規制するというのは、それは広告収入を彼らが得ているから自主規制をする義務があるということです。リンクを貼る動機付けになるので、やはり違法サイトへのリンクが載っている媒体には広告規制が入りますよという、直球で、やっぱりやっていただきたいなと思いました。漫画についても日本が初のものであれば、なおさら日本は絵画と並んで漫画というものが入ってもおかしくないはずですが、そういう主張を各国と調整しながら条文の中に盛り込んでいくというアクティビティーが本来であり、直球でいくべきところをすり替えられているところ、やっぱりもっと頑張ってもらいたいなと思います。私も、もしも頑張れるなら頑張りますけれども、みなさまに頑張ってもらいたいなというのが率直なところなんです。どうもありがとうございます。

金子：前田先生、お願いします。

前田：インターネット検索エンジンの件に関してですけれども、審議会でも、法律によって規制をしたほうがいいんじゃないかという意見はありました。あったけれども、結局、自主規制という形で差し当たりは行っていくということになったんだと思います。

この辺りは、勝手に名前を出していいのかは分かりませんが、生貝直人先生が先ほどネットでいろいろお書きになっておられるようですので、ぜひ、そちらをご覧くださいければというふうに思います。以上でございます。

田村：結局、アメリカのほうで規制をされて、検索はどうしてもワールドワイドですから、あそこのほうを順守しているのです、うまくいっているんです。だから、あえて日本が出なくてもという判断はあり得るとは思うんです。

金子：私の司会のミスで時間を超過しまして、まだ何人かの方から手を挙げていただいているところ申し訳ありませんが時間となってしましまして、大変恐縮ですが、これで本日のシンポジウムを終了させていただきたいと思います。本日はお忙しい中、このシンポジウムにご参加をいただき、また、ご登壇をいただいた先生方、またご参加をいただいた皆さま方に心より御礼を申し上げます。本日のシンポジウムが今後の議論の一つのきっかけとなれば、幸いと考えております。本日はお忙しいところ、ありがとうございました。