

## 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（詳細版）<sup>1</sup>

2019年2月25日（2019年3月2日一部修正）

高倉成男(明治大学専門職大学院法務研究科教授)

中山信弘(東京大学名誉教授)

金子敏哉(明治大学法学部准教授)

本意見書は、MANGA議連(マンガ・アニメ・ゲームに関する議員連盟)会長の古屋圭司衆議院議員より依頼を受け、2019年2月25日に提出をしたものの詳細版です。今後の議論の参考資料として本意見書を公表します(2019年3月4日)。公表に際し、意見書提出後に公表された文化庁の説明資料等をふまえて修正を一部行っています。

## 目次

1.	結論：「原作のまま」かつ「著作権者の利益を不当に害する」に限定を.....	2
2.	上記二点の修正を行うべき理由.....	3
(1)	「グレーな行為」の違法化・処罰による表現の自由等の萎縮への国民の懸念.....	3
(2)	現在の条文案の問題点.....	3
i.	民事上違法とされる範囲について客観的要件による限定がないこと.....	3
ii.	主観的要件の問題点.....	4
(3)	課題解決の必要性和妥当性.....	6
i.	海賊版のダウンロードと「グレーな行為」をまとめて扱うことの問題.....	6
ii.	緊急性に鑑み、海賊版対策のために必要最低限の範囲での改正を.....	6
3.	「非親告罪化」を巡る議論からの示唆—海賊版対策への幅広い国民的合意の形成.....	7
4.	海賊版対策に必要な範囲での改正のために追加すべき要件について.....	8
[1]	「著作権を侵害する自動公衆送信(…)のうち <b>原作のまま行われるものを</b> 」.....	9
i.	[1]による限定の趣旨.....	9
ii.	[1]による限定に対する懸念に対して.....	9
[2]	「 <b>著作権者の利益を不当に害することとなる場合</b> 」.....	10
i.	[2]による限定の趣旨.....	10
ii.	「著作権者の利益を不当に害する」か否かの判断枠組み.....	11
iii.	[2]による限定と「有償著作物」(著作権法119条3項)との関係.....	12
iv.	[2]による限定への懸念・反対意見等について.....	12
[3]	刑事罰の適用範囲(119条3項)について.....	16

<sup>1</sup> 私達(高倉成男・中山信弘・金子敏哉)は、知的財産法の研究者であり、2月19日に公表された共同声明(「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・「ダウンロード違法化の対象範囲」の具体的制度設計のあり方について)の呼びかけを行った者です。本意見書は、高倉成男・中山信弘・金子敏哉の個人的な意見であり、共同声明の賛同者の意見を代表するものではない点をご理解ください。

## 1. 結論：「原作のまま」かつ「著作権者の利益を不当に害する」に限定を

2019年2月22日時点での条文案については、特に著作権法30条1項3号につき、国民の懸念に配慮しつつ、海賊版<sup>2</sup>対策に必要な範囲での改正を行うため、さらに以下の二点の修正を行う必要があると考えます。

- [1] 「著作権を侵害する自動公衆送信(…)」を、「著作権を侵害する自動公衆送信(…)のうち原作のまま行われるもの」と修正すべきこと
- [2] 「…知りながら行う場合」を、「…知りながら行う場合であって、かつ、著作権者の利益を不当に害することとなる場合」と修正すべきこと

〔文化庁作成の著作権法30条に係る条文案〕（下線が現行法からの変更部分）

第1項 3号 著作権を侵害する自動公衆送信（国外で行われる自動公衆送信であつて、国内で行われたとしたならば著作権の侵害となるべきものを含む。）を受信して行うデジタル方式の複製（以下この号及び次項において「特定侵害複製」という。）を、特定侵害複製であることを知りながら行う場合

第2項 前項第三号の規定は、特定侵害複製であることを重大な過失により知らないで  
行う場合を含むものと解釈してはならない。

〔私達の修正案〕（下線が条文案からの修正部分）

第1項 3号 著作権を侵害する自動公衆送信（国外で行われる自動公衆送信であつて、国内で行われたとしたならば著作権の侵害となるべきものを含む。）のうち原作のまま行われるものを受信して行うデジタル方式の複製（以下この号及び次項において「特定侵害複製」という。）を、特定侵害複製であることを知りながら行う場合であつて、かつ著作権者の利益を不当に害することとなる場合

\* 今回の条文案につき、海賊版対策の範囲を超えて違法化を行うべき（「原作のまま」・「著作権者の利益を不当に害する」との要件を設けるべきでない）とする意見は、その議論のいくつかの前提が明らかに誤っているとともに、「グレーな行為」の社会的な意義についての認識を欠いている点が大きな問題であります。

さらに、このような意見が前提とする理解（「原作のまま」の解釈、確定的な違法性の認識の要件化、現行法上「著作権者の利益を不当に害する」との限定は適法な著作物を対象とする例のみ）が、現行法（出版権・非親告罪の範囲）及び今回の法改正による海賊版対策の実効性を大きく損なう可能性、そして47条の2（裁判手続等）や47条の8（キャッシュ等）の解釈に致命的な悪影響・矛盾を生じる点に特に留意する必要があります。

<sup>2</sup> 本意見書中の「海賊版」とは、著作権侵害一般ではなく、原作のまま行われる侵害行為（特に複製物の頒布または公衆送信）で、著作権者の利益を不当に害するものを意味します。

## 2. 上記二点の修正を行うべき理由

### (1) 「グレーな行為」の違法化・処罰による表現の自由等の萎縮への国民の懸念

現在の著作権制度を考える上で重要なことは、形式的には著作権の侵害にあたるが実質的にはその違法性が否定されるべき場合がある行為、侵害か否かの評価が分かれる行為、といった「グレーな行為」（二次創作やパロディはその一例です）が、表現の自由や様々な利用行為・創作活動のゆりかごとしての意義を有し、日本の豊かな文化、そしてコンテンツに関わる産業基盤、国際的な競争力の形成において、重要な機能を果たしていることです。

今回のダウンロードの違法化の対象範囲の見直しについては、漫画家等のクリエイターを含む多くの国民から、海賊版対策の必要性は認識されつつも、広範な違法化が行われることへの強い懸念が表明されています。法改正にあたっては、この懸念に留意する必要があると思われまます。

違法化の拡大に対する懸念の多くは、①上記の「グレーな行為」に係る私的領域における情報収集<sup>3</sup>が、法改正により「違法」なものとされること、そして②「グレーな行為」に係る私的領域における情報収集が、特に刑事罰等の重いサンクションが課される可能性により過大な萎縮効果を生じさせること、についてのものと思われまます。

### (2) 現在の条文案の問題点

#### i. 民事上違法とされる範囲について客観的要件による限定がないこと

現在の条文案の内容につき、(2)の萎縮効果に関して、刑事罰の適用範囲(著作権法 119 条 3 項)等において一定の限定がされていることは評価がされるべきと思われまます。

しかしなお、条文案には、民事上違法とされる範囲(30 条 1 項 3 号)については、客観的な要件(「原作のまま」「権利者の利益を不当に害する場合」)による限定がなく、海賊版対策を超えて違法化を行うものとなっています。

---

<sup>3</sup> パブリックコメント等で寄せられた具体例については、新たな商業的な創作や研究・批評に関わるものなど、解釈論上「私的使用」の目的の範囲内といえるかについて議論があるものも含まれています。

しかしながらこれらの行為が仮に形式的に侵害に当たるからと言って、全面的に禁止をした場合には、日本の文化と産業は壊滅的な影響を被ることになります。また今回ダウンロードの違法化をすることは、前述の具体例が私的使用の目的の範囲内と裁判所によって解釈される場合であっても、ダウンロードによる情報収集を違法として禁じるものである、ということ認識する必要があります。

## ii. 主観的要件の問題点

### (a) 条文案の趣旨について

現在の条文案では、現行法 30 条 1 項 3 号の「その事実を知りながら」との文言を「特定侵害複製であることを知りながら」と変更をすることで、民事上違法となる範囲について主観的要件として違法性の認識を必要とすることを明らかにしようとしているものと理解されます。また条文案の第 2 項では、重過失で知らなかったとしても主観的要件を満たすものではないではないことが明確化されています。これらの点は、「グレーな行為」への萎縮効果を避けることを意図したものといえるでしょう。

### (b) 条文案の文言と確定的な違法性の認識

文化庁はその作成資料において、30 条 1 項 3 号の主観的要件について、違法性が確定的に認識されている場合に限定する趣旨<sup>4</sup>とし、その理解を前提に「グレーな行為」が萎縮することはない、と説明<sup>5</sup>をしています。

しかし条文案の主観的要件の文言では、刑法上の故意を巡る議論等に照らすと、送信行為や受信行為（例えば私的使用か否か）の侵害の成否について著作権法上の解釈が分かれる事案について、ダウンロードを行う者が違法と評価される可能性があることを認識している場合にも、なおこの要件を満たすと解釈される可能性が十分にあります。

このように、現在の条文案の文言では、必ずしも、確定的な違法性の認識が要件とされているとの解釈が裁判所によって採用されるとは断言できず、萎縮効果は生じないとの文化庁の説明はその前提を欠くものであります。

<sup>4</sup> 『ダウンロード違法化の対象範囲拡大に関する御参考資料』中の「ダウンロード違法化に関する Q & A ④」より、一部抜粋して引用すると以下の通りです。

「(問) 主観要件は、誰がどのように判断するのか。ユーザーは違法だと知らなかったことを証明することはできないのではないか。

(答) 改正案では、何気なくダウンロードしてしまったユーザーを確実に保護するため、違法にアップロードされたものだと知らなかった場合には、重過失があった場合や適法・違法に評価を誤った場合を含め、ダウンロードが違法とならないように法律上担保しています。…」

<sup>5</sup> 『ダウンロード違法化の対象範囲拡大に関する御参考資料』中の「ダウンロード違法化に関する Q & A ②」より、一部抜粋して引用すると以下の通りです。

「(問) インターネット上での資料収集、創作・研究活動等が萎縮するのではないか。著作権法が目的とする「文化の発展」を阻害するのではないか。

(答) あくまで、違法にアップロードされたものを、違法であると確定的に知りながらダウンロードを行う場合のみが禁止されますので、一般的な資料収集や創作活動等に特段の影響はないと考えています。…」 (下線部は原資料のまま)

### (c) 確定的な違法性の認識が要件とされる場合の問題点

もし、今回の法改正において、確定的な違法性の認識を主観的要件とし、そのことで委縮効果を避けるべきと考えるのであれば、条文案にそのことを明確に示すべきでしょう<sup>6</sup>。

しかしながら、確定的な違法性の認識を主観的な要件としても、「グレーな行為」の処罰対象化・違法化による萎縮効果を十分に防止できない一方で、今回の改正の主たる目的である悪質な海賊版のダウンロードに対する権利行使の実効性を損なう危険性もあります。

「グレーな行為」には、形式的には著作権侵害にあたる(あるいは、客観的には著作権侵害の成否について見解が分かっていたが、ダウンロードをする者が形式的には侵害にあたると考えた)行為であるものの、権利者に与える不利益がない・ごくわずかである、さらには当該行為に文化的・社会的な大きな意義が認められるもの(例えばある種のパロディ作品を形式的には著作権侵害に当たると考えながらダウンロードする行為等)が含まれます。このような行為については、主観的要件として確定的な違法性の認識を要件としても、客観的にその違法性の程度(すなわち、著作権者の利益を不当に害するか否か)が要件とされない限り、萎縮効果の問題が解消されません。

他方で確定的な違法性を要件として明確化した場合、著作権者の利益を不当に害する明らかな海賊版のダウンロードの事案について、著作権法上適法と解釈されるわずかな可能性・権利者の明示又は黙示のライセンスがわずかにでも存在する可能性を認識していたことを口実として、当該ダウンロードが違法ではない・刑事罰の適用対象とならない、との主張、及びこのような主張に基づく行動がされるおそれがあります。

### (d) 主観的要件に関する証明等の問題

また主観的要件については、事後的に訴訟等で問題となった場合、権利者側等にとって立証が難しいとともに、被疑侵害者側も過去の認識について反論等を行うことが難しい点に留意する必要があります。

---

<sup>6</sup> 例えば 30 条新 2 項を「前項第三号の規定は、特定侵害複製であることを重大な過失により知らないで行う場合、または、特定侵害複製である可能性を知りながら行うに過ぎない場合を含むものと解釈してはならない。」とさらに修正することが考えられます。(ただし本文中で述べているように、私達はこのような修正を行うことよりも、客観的要件を導入することが必要であると考えます。)

### (3) 課題解決の必要性と妥当性

#### i. 海賊版のダウンロードと「グレーな行為」をまとめて扱うことの問題

『ダウンロード違法化の対象範囲拡大に関する御参考資料』の「(1) ダウンロード違法化に関する基本的な考え方」では、民事上の責任について、「特別な限定を設けず、違法にアップロードされた著作物のダウンロード全般を違法化すべき」との考え方が、民事責任(差止・損害賠償請求による負担)が「ユーザーに過度の負担を課すものとは言えない」こととあわせて指摘されています。

この点につき今回の法改正において、民事上の違法化を行う主な趣旨は、対象となる行為を著作権の侵害となる行為とし、著作権法上「行ってはならない」行為であることを国民に広く周知すること、そしてこれにより、著作物の創作・流通に関わる様々な主体に適切な対価が支払われる環境を実現することにあるものと思われます。

現在の条文案は、民事上違法となる範囲について、明らかに抑止すべき海賊版のダウンロードと、様々な意義を有しその取扱いについていまだ十分な検討がされていない、私的領域での情報収集に係る「グレーな行為」をひとまとめに扱うものであります。

その結果、「グレーな行為」についてまで侵害行為として禁止されるべき、とのメッセージを国民に与えるものとなるとともに、その妥当性への疑問から、抑止すべき海賊版のダウンロードについても十分な抑止効果を及ぼすことができないことが危惧されます<sup>7</sup>。

#### ii. 緊急性に鑑み、海賊版対策のために必要最低限の範囲での改正を

本意見書のように、民事上違法とされる範囲を海賊版対策に限定する点については、権利者の側から、権利者に適切な対価が支払われるべき場合は海賊版の場合に限定されないとして、より広範な違法化が求められることも、当然想定されます。

また知的財産法の研究者の中にも、日本の著作権法は、フランス法やドイツ法と比較して私的使用目的の複製をかなり広範に認めており、今回の改正にあたっては広く民事上違法と行うものとしてよい、とする意見もあります。

---

<sup>7</sup> 条文案の内容を支持する立場からは、刑事罰の適用範囲の限定によって、海賊版のダウンロードとそれ以外の行為の取り扱いを分けていることが主張されうると思います。しかし今回の改正が、先の目的のように民事上違法とすることでその行為を行ってはいけないことを国民に伝えることが目的であるとすれば、それは真に「行ってはならない」行為に限定してこそ、十分な効果を発することができます。

私達自身の意見としても、時間をかけて、権利制限規定の整備、そしてネットを通じた著作物の利用に係るビジネスモデルのあり方<sup>8</sup>、著作権侵害に係る刑事罰の適用のあり方（著作権法 119 条 1 項）の見直しと合わせた議論をするのであれば、違法化の範囲を本意見書で示したものよりも広く行う制度改正もあり得ることと、考えます<sup>9</sup>。

しかし問題は、現時点では、海賊版対策を超えて他の「グレーな行為」まで違法とすることについては、法制基本問題小委員会・著作権分科会の議論においても広い支持があったとはいえず、また審議会以外の場でも大きな懸念が表明されていることです。

そのような状況で、本年の通常国会において緊急な海賊版対策のための改正を行うとすれば、一定の範囲でコンセンサスが存在するといえる、緊急の海賊版対策に必要な範囲での改正に今回はとどめ、さらに広い範囲で違法化を行う必要があるかについては、権利制限やビジネスモデル、著作権法 119 条 1 項のあり方なども含めて、時間をかけて慎重に議論をしていくことが必要と思われま

### 3. 「非親告罪化」を巡る議論からの示唆—海賊版対策への幅広い国民的合意の

---

<sup>8</sup> 真に実効的な海賊版の対策のためには、法制度のみならず、権利者によって正規版が利用しやすい形で提供されることが重要であります。

平成 24 年改正での著作権法 119 条 3 項の導入において、処罰対象が有償で公衆に提示又は提供されている著作物（有償著作物）に限定がされた趣旨には、正規版が市場で入手可能であるにもかかわらず海賊版の音楽・動画をダウンロードする行為を特に悪質で強く抑止すべき、との考え方とともに、権利者自身が正規版を入手しやすい形で提供することを促すこともあったものと理解されます。

他方、今回のダウンロード違法化の拡大について、音楽・動画以外の著作物についても議論がされた結果、（音楽・動画に係る利用も含めて）いわゆる私的ダウンロードには、多種多様な利用形態が存在することが広く認識される状況となりました。その結果、有償著作物に該当しても、問題となる私的ダウンロードの利用態様についてはライセンススキーム等が存在しない・近い将来において確立することが見込めない状況（例えば 1000 頁を超える学術書が 2 万円で販売されている場合に、そのうちの半ページにも満たない記述部分の写真がツイッター上で掲載されていたものを保存する行為）が多数あることが想定されます。

そこで今回のダウンロードの違法化を全ての著作物に拡大するにあたっては、改正に際しては、有償著作物に係る限定に加えて、処罰対象とする複製行為を「当該有償著作物等の提供又は提示により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複製」に限定し、処罰対象となる私的ダウンロードが有償著作物の提供・提示に係る期待利益を不当に害する場合であることを明確にすべきと思われま

<sup>9</sup> 私達の本来的な立場は、ダウンロードの違法化の対象範囲の見直しについては、権利制限規定の整備、そしてネットを通じた著作物の利用に係るビジネスモデルのあり方、著作権侵害に係る刑事罰の適用のあり方（著作権法 119 条 1 項）の見直しと合わせて、時間をかけて議論をすべきとするものです。

## 形成

今回のダウンロード違法化を巡る問題について、思い起こしていただきたいのは、T P P 対応のための非親告罪化について、二次創作への影響等が強く懸念される中で、非親告罪化の範囲を海賊版対策に必要な範囲へと限定をしたことが、法改正に対する多くの国民からの支持と、著作権制度が二次創作文化等にも配慮したものであるとして一層の信頼を高める効果を有した点です。

ダウンロード違法化の最終的な目的は、権利者に適切な対価が支払われ、多種多様な作品が広く創作、利用される環境を実現することにあると思われまふ。十分な議論がないままに過大な規制を行うことは、著作権制度に対する信頼を損なうとともに、場合によっては、利用者がこのような制度改正を望んだと考える権利者に対する反発を招くことすら懸念されまふ。

実効的な海賊版対策、そして権利者への適切な対価の還流の必要性について国民の幅広い合意・支持を集めるためには、様々な懸念と緊急の海賊版対策の実効性のバランスを図るものとして、海賊版対策に必要な範囲での改正を行う範囲に条文案を修正いただくことが不可欠であります。

クリエイターを含む国民の懸念に耳を傾けてこのような改正が行われれば、著作権制度に対する国民の支持と信頼を再び得ることができ、権利者への適切な対価の還流の必要性の認識、創作意欲の高まり、ひいては創造と利用の豊かな循環、海賊版を求めない正規市場の成長や国際競争力の維持が期待できます。

### 4. 海賊版対策に必要な範囲での改正のために追加すべき要件について

以上述べたように、海賊版対策の緊急性と、広範な規制に対する国民の懸念へのバランスを図る観点から、現在の条文案での限定に加えて、特に著作権法 30 条 1 項 3 号の条文案につき、以下の二点の修正を行うべきと考えまふ。

- [1] 「著作権を侵害する自動公衆送信(…)を」を、「著作権を侵害する自動公衆送信(…)のうち原作のまま行われるものを」と修正すべきこと
- [2] 「…知りながら行う場合」を、「…知りながら行う場合であつて、かつ、著作権者の利益を不当に害することとなる場合」と修正すべきこと

\* 刑事罰の適用対象を定める 119 条 3 項についても、上記[1][2]と同趣旨の限定を加えるべきと考えまふ ([3])。

\* 後述するように、[1]と[2]の限定のうち、より重要な限定が[2]の「著作権者の利益を不当に害することとなる場合」との要件です。

[1]「著作権を侵害する自動公衆送信(…)のうち原作のまま行われるものを」

i. [1]による限定の趣旨

「原作のまま」との要件を加えるべきとの提案は、二次創作作品やパロディ、類似性の程度が侵害か否か微妙であるような態様での配信からのダウンロードを除外し、デッドコピーによる海賊版のダウンロードのみを違法とすることを明らかにすべき、との趣旨によるものです。

ii. [1]による限定に対する懸念に対して

「原作のまま」との要件を加えることに対しては、特に、作品の一部のみをダウンロードする行為・分割してアップロードされた作品をダウンロードする行為が、違法化の対象外となることへの懸念<sup>10</sup>が存在することを認識しています。

しかし現行法著作権法上の「原作のまま」との文言（80条（出版権）、123条2項・3項（非親告罪となる範囲））についても、作品の全体ではなくその一部を「原作のまま」利用する場合も含まれると解されます<sup>11</sup>。

例えば全300頁の漫画に出版権が設定されている場合に、海賊版業者により150頁のみがデッドコピーされて頒布された場合にも、「原作のまま」の複製として出版権の侵害に当たりうるものと解されます。

国会における政府の答弁においても、作品の一部の利用でも「原作のまま」に該当しうるとの理解を前提に、マンガをスキャンして台詞のみ翻訳版に入れ替えて配信する行為につき、マンガの絵の部分については「原作のまま」利用しているとの説明がされています

---

<sup>10</sup> 文化庁「侵害コンテンツのダウンロード違法化に関する要件の追加提案に対する考え方」（平成31年2月27日）の2(2)「『海賊版・デッドコピー』への限定について」も参照。

<sup>11</sup> もっとも出版権者が、漫画全体につき出版権を有する場合に、当該漫画の特定のコマのキャラクターの絵をコピーした色紙を販売する行為は、「原作のまま」での複製とは言えないと思われます。

このように、作品の一部の利用が「原作のまま」といえるためにどこまでまとまりのあるものであるかを要求するかについては解釈論としては見解が分かれるところであると思いますが、少なくとも、「全部」でなければおよそ「原作のまま」といえないとの理解は一般的とは言えないと思われます（詳細は、補足資料「『原作のまま』の解釈について」をご参照ください）

12。

作品の一部を「原作のまま」違法に配信している場合のダウンロードであっても、「著作権者の利益を不当に害する」といえる場合には、今回の改正による違法化の対象とすることは合理的であると思われます。作品の分割についても同様です。

上記懸念が前提とする「原作のまま」の解釈（作品の一部のみの利用はおよそ「原作のまま」にあたらぬとするもの）は、従来の現行法の解釈・運用、及び政府答弁と明らかな齟齬を生じるものです。このような解釈は、現行法の出版権(80条)・非親告罪化(123条2項及び3項)による海賊版対策の実効性を大きく損なうおそれがある点に特にご留意ください。

なお「原作のまま」との要件に対しては、デッドコピー以外の事案が対象外となることを懸念する意見もありますが、本提案はむしろ、今回の改正による違法化の対象がデッドコピーによる海賊版のダウンロードであることを明確化する必要があると考えます。

## [2]「著作権者の利益を不当に害することとなる場合」

### i. [2]による限定の趣旨

今回の法改正で違法化すべき海賊版のダウンロードとは、原作のまま違法に配信された著作物を私的使用目的で複製する行為のうち、権利者に深刻な経済的打撃を与えているために、著作権者の利益を不当に害すると評価できるものであります。

他方、現在海賊版対策に必要な範囲を超えて「違法」化が行われることが懸念されている「グレーな行為」には、「原作のまま」配信された著作物を受信して行うもの<sup>13</sup>も含まれません。

そこで今回の法改正では、[1]原作のままとの要件に加えて[2]「著作権者の利益を不当に害する」との要件を課すことで、著作権者の利益を不当に害するものに限って、違法化するものであることを明確にする必要があります。

またこの限定は、今回の違法化の対象となる範囲が、著作権者の利益を不当に害さない私的複製ではなく、不当に害する海賊版のダウンロードを違法とするものである、とのメッセ

<sup>12</sup> 平成28年11月21日参議院TPP協定等に関する特別委員会における松野博一国務大臣発言等を参照。

<sup>13</sup> 例えば、他者のテキストの一部、漫画の1コマ、新聞記事の一部を撮影した画像を掲載しているツイート等についてスクリーンショットを行う行為等がその一例です。ただこれらについては前記(11)のように、論者によってはそもそも「原作のまま」に該当しない、と解釈されるかもしれません。

ージを国民に強く訴えるものとなり、**妥当性・実効性**の点でも大きな意義を有します。

ii. 「著作権者の利益を不当に害する」か否かの判断枠組み

「著作権者の利益を不当に害する」との要件は、当該著作物の種類及び用途、当該複製の態様その他の事情に照らして、**権利者の実質的な不利益**（当該利用行為につき本来支払われるべき適切な対価が支払われないこと）と、**個人の情報収集の自由・表現の自由等の公益的価値との比較衡量**により、「**不当に害する**」といえるかが判断されることとなります。

「著作権者の利益を不当に害する」等の規範的要件による限定は、既に現行著作権法の権利制限規定において多数導入・運用されているものであります（著作権法 30 条の 2、30 条の 3、30 条の 4、35 条、36 条、42 条、47 条、47 条の 2、47 条の 4、47 条の 5）。

この要件につき、その判断内容が不明確である、との指摘がされるかもしれません。この指摘はその通りです。しかしこの不明確性は、今回の改正を行うに際し「著作権者の利益を不当に害する」との要件を導入すべきではないことの理由とはなりません。

まず明らかな海賊版のダウンロードについては、修正案に基づく改正法の条文上、「著作権者の利益を不当に害する」ものであることについては共通の認識があるといえます。むしろ、このような海賊版のダウンロードこそが、今回の改正で違法化されるものであることを明確にするためには、「著作権者の利益を不当に害する」との要件を「原作のまま」との要件と合わせて設けることが不可欠であります。

他方それ以外の私的ダウンロード（「グレーな行為」）については、「著作権者の利益を不当に害する」とは言えない場合が多数存在することは認識されています。しかし現時点で、そのような「グレーな行為」のうち実質的にみて著作権者の利益を不当に害するものとして著作権侵害を肯定すべきものがあるか、あるとして、具体的にどのような行為を著作権の侵害とすべきか（あるいは侵害を否定すべきか）、についてはまだ議論が尽くされていません<sup>14</sup>。

それゆえにこそ、現時点で海賊版対策の緊急性に鑑みた法改正を行うに際しては、違法なソースからの私的ダウンロードを全て違法とするのではなく、事後的に裁判所が「著作権者の利益を不当に害する」とはいえないと判断した場合に侵害を否定できる制度設計とすることが不可欠です。

<sup>14</sup> それゆえに私達は、どのようなダウンロードを違法化するかについて、権利制限規定の整備等と合わせて時間をかけて検討を行う必要がある、と本来的には考えるものです。

### iii. [2]による限定と「有償著作物」（著作権法 119 条 3 項）との関係

私達の提案のもとでは、行為時点では当該著作物は有償で提供・提示されていなかったが、規範的にみて将来のライセンスモデルの実現等を通じて権利者に適切な対価が本来支払われるべきであるがゆえに「著作権者の利益を不当に害するもの」といえる私的ダウンロードも、民事上違法なものと評価されます。

刑事罰については、後述 (iii) のように、著作権法 119 条 3 項により「当該有償著作物等の提供又は提示により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複製」ことが要件となり、権利者が正規版・適切なライセンスモデルの提供等を行為時点で現に行っており適切な対価を払えば著作物を利用できる環境であったにもかかわらず、その対価を支払わずにダウンロードをしたことが、個人の情報収集の自由等の公益的価値と衡量を行ってもなお「著作権者等の利益を不当に害した」と評価できる場合が処罰対象となります。

### iv. [2]による限定への懸念・反対意見等について

#### 1) 主観的な要素を含むとする懸念について

「著作権者の利益を不当に害する場合」、との要件を加えることについては、主観的な要素を要件に含むこととなるとの指摘、あるいは、開き直った主張がされた場合に違法化の対象外となる<sup>15</sup>、との懸念が示されていると聞いています。

しかしまず、主観的な要素が要件となるとの指摘については、私達の提案では、民事上違法となる場合について、「著作権者の利益を不当に害する場合」との要件についてはその主観的な認識を要件としていません（損害賠償責任に係る故意・過失については別途問題となります）。

むしろ、悪質な侵害者による開き直りについての懸念は、文化庁の参考資料において主張されている、確定的な違法性の認識を要件とする場合にこそあてはまることは前述のとおりです。

刑事罰(119 条 3 項)については、「当該有償著作物等の提供又は提示により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」こととそのことの認識が要件とされることとなります。しかし、今回の改正で特に抑止しようとしている悪質な海賊版の

<sup>15</sup> 文化庁「侵害コンテンツのダウンロード違法化に関する要件の追加提案に対する考え方」（平成 31 年 2 月 27 日）の 2(3)「民事責任の追加要件について」も参照。

ダウンロードに関しては、この要件は一般的に満たされると思われます。むしろ、「グレーな行為」への刑事罰による過大な萎縮効果を避ける点で、[2]の要件は積極的な意義を有します。

## 2) 無断アップロードが全て「権利者の利益を不当に害する」との理解の問題点

### (a) 文化庁による説明

『ダウンロード違法化の対象範囲拡大に関する御参考資料』の「(1) ダウンロード違法化に関する基本的な考え方」には、「ダウンロードの違法化の対象範囲につき、少なくとも、民事上の責任については、特別な限定を設けず、違法にアップロードされた著作物のダウンロード全般を違法化すべき」との考え方が示され、その理由に関して以下の記載がされています。

「○無断アップロードは、著作権侵害として10年以下の懲役の対象にもなり得るような悪質な行為によって拡散された著作物(著作権法上そのような形で流通が認められていないもの)をダウンロード(複製)することが権利者の利益を不当に害することは明らか。」

### (b) 問題点

上記の理解は、明らかな誤りです。

現行著作権法上、「無断アップロード」にも、権利者の利益を不当に害する海賊版のアップロードから、形式的には侵害となるけれども実質的には権利者の利益を不当に害するとはいえないグレーな行為まで、様々なものがあります。

著作権者の利益を不当に害さない「無断アップロード」の例として、平成24年改正で導入されたいわゆる写り込みに関する権利制限規定(著作権法30条の2)をご想起ください。現行著作権法30条の2では、写真等を撮影する際に他人の著作物が写り込んだ場合に「著作権者の利益を不当に害」しない等の要件を満たす場合には、写真を撮影すること(1項)、そしてこれをアップロードすること(2項)が、著作権の侵害にならないことを定めています。この改正は、かつて「グレー」であった行為が議論を経て著作権侵害とならないことが明確化された例の一例であります。

この規定は、写り込んだ著作物の権利者からみれば「無断アップロード」(平成24年改正以前の時点において形式的には公衆送信権侵害に該当する可能性があった)に該当する行為にも、「著作権者の利益を不当に害」さない場合があることを、法が明確に定めていることを示す一例です。

文化庁の上記の参考資料にいう「権利者の利益を不当に害する」との文言は、違法なソースからのダウンロードは全て「権利者の利益を不当に害する」との理解によるものと思われる。すなわち、違法なソースからのダウンロードを、海賊版対策を超えて全て違法とすべき理由は、それが違法なソースからのダウンロードであるがゆえに（実際の影響の如何を問わず）権利者の利益を不当に害するからだ、との理解といえます。

現行著作権法上の「著作権者の利益を不当に害する」場合か否かは、著作物の種類、用途及び複製の態様並びに使用目的などの事情に照らして、著作権者に与える実質的な不利益と表現の自由や当該利用行為の意義等を総合して判断されるものです。上記の参考資料における「著作権者の利益を不当に害する」場合についての説明は、現行法が前提とする当該要件についての理解とは、明らかに異なった特殊な理解によるものといえます。

### 3) 「現行法上[2]の文言による限定がされている例は適法な著作物を対象とするものに限られている」との指摘の明らかな誤り

#### (a) [2]の限定は適法な著作物を対象とする例に限られているとの指摘

著作権法 30 条 1 項 3 号に「著作権者の利益を不当に害する」との要件を追加することに反対する立場から、現行法の権利制限規定においてこの文言による限定がされている例は、対象となる著作物が適法なものに限られているとの指摘があることを伺っています。

ここでいう「対象となる著作物が適法なもの」の意味は必ずしも明確ではありませんが、文脈上、当該利用行為を行うに際しそのソースとなった著作物が著作権を侵害して提示・提供されていた場合を権利制限の対象外とすること（例えば現行法 30 条 1 項 3 号）、及び、主たる利用行為に付随して行われる利用行為に係る権利制限規定において主たる利用行為が著作権の侵害となる場合を権利制限の対象外とすることをさす趣旨と理解されます。

#### (b) 上記の指摘が明確な誤りである理由

しかし、上記の指摘が前提とする現行法の理解は明確な誤りです。

##### (i) 現行著作権法の条文

前述のように現行法上、多数の権利制限規定（著作権法 30 条の 2、30 条の 3、30 条の 4、35 条、36 条、42 条、47 条、47 条の 2、47 条の 4、47 条の 5）が、「著作権者の利益を不当に害する」との文言を用いて限定を行っています。

これらの規定の中で、条文上、上記の意味で対象となる著作物が適法であることを要件と

しているといえるものは、前提となる主たる利用行為が著作権の侵害に当たらないことを要件とする47条と47条の2のみです。また47条の5も、ソースとなった著作物が著作権を侵害して提示・提供されていたこと「を知らず」行う軽微利用を対象外とする点で、対象となる著作物が違法に提供され（かつそのことを認識し）ていた場合を除外するものということもできるかもしれません。

それ以外の規定(著作権法30条の2、30条の3、30条の4、35条、36条、42条、47条の4)は、条文上、対象となる著作物が適法であることを要件としていません（このうち、30条の2、30条の3、30条の4、42条、47条の4は条文上、対象となる著作物が適法に公表されたものであることすら要件としていません）。

これらの規定において、「対象となる著作物が適法である」（特に、当該利用行為を行うに際しそのソースとなった著作物が著作権を侵害しないで提示・提供されていた）との事情は、「著作権者の利益を不当に害する」か否かの判断における考慮事情となりうるにすぎません。

#### (ii) 違法な著作物をソースとする場合にも権利制限の対象とすべき場合

これらの各制限規定の趣旨によっては、当該利用行為を行うに際しそのソースとなった著作物が著作権を侵害して提示・提供されていたことが決定的な要因となり、「著作権者の利益を不当に害する」と評価される場合もあるかもしれません。

そこで上記の指摘の実質的な趣旨は、「著作権者の利益を不当に害する」場合を適用対象外としている現行法上の権利制限規定は、「対象となる著作物が適法なもの」でなければ全て（直ちに「著作権者の利益を不当に害する」こととなるために）権利制限の対象外となる、との解釈にたっているものとも理解されます。

しかし少なくとも、以下の権利制限規定について具体的な場面を想定すると、その趣旨に照らし、現在の制限規定において、違法に提供・提示された著作物をソースとする利用行為に関しても、公益的価値等との衡量により「著作権者の利益を不当に害する」とはいえないと判断すべき場合があることは明らかです。

- 著作権法30条の2（付随対象著作物の利用：いわゆる写り込み）
  - 写真の撮影に際し写り込んだ著作物が、著作権を侵害して提示・提供されていた場合
  
- 著作権法42条（裁判手続等における複製）

- 訴訟手続のための、被疑侵害態様の記録
- 海賊版対策の必要性を検討する行政・立法目的のため、悪質な海賊版の具体例についての資料の作成
- 著作権法 47 条の 4（電子計算機における著作物の利用に付随する利用等）
  - 違法に配信されている著作物を受信して閲覧する場合のキャッシュ等への一時的蓄積

これらの行為（特に著作権法 42 条に関するもの）が、適法な著作物を対象とするものではないことを理由に（違法に提示・提供された著作物をソースとすることのみをもって直ちに「著作権者の利益を不当に害する」ものと解釈し）、全てが権利制限の対象外となる（著作権侵害となる）と解釈することは、社会に対して致命的な影響を及ぼします。

さらに過去の政府答弁等及び今回の議論に際しても、ダウンロードの違法化が行われても、違法に配信されている著作物を閲覧のみする場合のキャッシュについては、著作権法 47 条の 4（平成 30 年改正前の 47 条の 8）の適用により違法とならないことが繰り返し説明されてきました。

上記の解釈は、これまでの説明と致命的な矛盾を生じており、過去の改正を含むダウンロード違法化の議論の大前提を、文字通り根底から覆すこととなりかねません。

### (c) 小括

以上、「現行法上[2]の文言による限定がされている例は適法な著作物を対象とするものに限られている」との指摘は、現行法の権利制限規定に係る条文の文言に明らかに反するものであるとともに、著作権法 42 条・47 条の 8 等について違法な著作物をソースとする場合を全て対象外としているとの理解は、社会に対する影響・ダウンロード違法化を巡るこれまでの議論との関係で致命的な影響を及ぼすものです。

さらにいえば、上記の指摘の内容を（その致命的な影響にも拘らず）前提としても、[2]「著作権者の利益を不当に害することとなる場合」との要件を設けることで、国民の懸念の声に配慮しつつ、実効的な海賊版対策を実現していくことを否定する理由とはなりません。

### [3] 刑事罰の適用範囲(119 条 3 項) について

本意見書の修正案に基づき著作権法 30 条 1 項 3 号を修正いただいた場合、119 条 3 項についても、条文案の「著作権の侵害となるべきもの」又は「著作隣接権の侵害となるべきも

の」との点につき 30 条 1 項 3 号の限定が当然に行われることとなります。

しかし 119 条 3 項の条文単体としても限定の趣旨（グレーな行為を処罰対象とするものではなく、海賊版のダウンロードを規制対象とすること）を明確にすべきこと、及び民事上違法となる場合（権利者の利益を不当に害する場合）よりも、刑事罰の対象となる場合（当該有償著作物等の提供又は提示により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複製）をさらに限定すべきことから、119 条 3 項について下記のような限定を明確に行うべきと思われます。

すなわち、現在の条文案の「有償著作物等特定侵害複製」の内容について、さらに以下の二つの限定を加える必要があります<sup>16</sup>。

- ① 著作権等<sup>17</sup>を侵害する自動公衆送信「のうち原作のまま行われるもの」を受信して行う複製に限定
- ② 「当該有償著作物等の提供又は提示により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」複製に限定<sup>18</sup>

〔条文案〕

第三項 第三十条第一項に定める私的使用の目的をもつて、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（その提供又は提示が著作権又は著作隣接権を侵害しないものに限る。）の著作権（第二十八条に規定する権利を除く。以下この条において同じ。）を侵害する自動公衆送信又は著作隣接権を侵害する送信可能化に係る自動公衆送信（国外で行われる自動公衆送信であつて、国内で行われたとしたならば著作権の侵害となるべきもの又は著作隣接権の侵害となるべき送信可能化に係るものを含む。）を受信して行うデジタル方式の複製（以下この条において「有償著作物等特定侵害複製」という。）を、自ら有償著作物等特定侵害複製であることを知りながら行つて著作権又は著作隣接権を侵害する行為を継続的に又は反復して行つた者は、二年以下の懲役若しくは二百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

<sup>16</sup> 前掲注(8)もご参照ください。

<sup>17</sup> 条文案の 119 条 3 項では著作権を侵害する自動公衆送信につき「第二十八条に規定する権利」を侵害するものを対象外としています。しかし海賊版対策に限定する趣旨からは、「原作のまま」との要件によることがより適切です。

<sup>18</sup> 「当該有償著作物等の提供又は提示により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」場合とは、権利者が正規版・適切なライセンスモデルの提供等を行つており適切な対価を払えば著作物を利用できる環境であつたにもかかわらず、なおダウンロードをした場合を指すものとなります。

〔修正案の一例〕

第三項 第三十条第一項に定める私的使用の目的をもつて、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（その提供又は提示が著作権又は著作隣接権を侵害しないものに限る。以下「有償著作物等」という。）の著作権を侵害する自動公衆送信のうち原作のまま行われるもの又は著作隣接権を侵害する送信可能化に係る自動公衆送信（国外で行われる自動公衆送信であつて、国内で行われたとしたならば著作権の侵害となるべきもの又は著作隣接権の侵害となるべき送信可能化に係るものを含む。）のうち原作のまま行われるものを受信して行うデジタル方式の複製であり、かつ、当該有償著作物等の種類及び用途、当該複製の態様及び使用目的その他の事情に照らして、当該有償著作物等の提供又は提示により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複製（以下この条において「有償著作物等特定侵害複製」という。）を、自ら有償著作物等特定侵害複製であることを知りながら行つて著作権又は著作隣接権を侵害する行為を継続的に又は反復して行つた者は、二年以下の懲役若しくは二百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

- \* 前述したように、刑事罰の適用範囲(著作権法 119 条 3 項)を限定するのみでは、「グレーな行為」の違法化による委縮を避けることができません。30 条 1 項 3 号について[1][2]による限定を行うことが必要不可欠です。

以上