



侵害コンテンツのダウンロード違法化（小特集 著作権法改正の法的課題とその分析）

前田, 健

(Citation)

法律時報, 92(8):84-90

(Issue Date)

2020-07

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90008532>

※ この論文ファイルは印刷不可です。



侵害コンテンツのダウンロード違法化

前田 健

1 はじめに

本稿では、令和2年著作権法改正案のうち、インターネット上の海賊版対策の強化としての侵害コンテンツのダウンロード違法化(30条1項4号・2項、119条3項2号・5項等)(以下、本改正案という)を対象として検討を加える。本改正案を巡っては、2019年の改正が目ざされたものの、各方面からの慎重な再検討を求める声により頓挫し、与党自民党での判断により国会への提出が見送られたことは記憶に新しい。本改正案は、その後の仕切り直しを経て、ついに国会に上程されるに至ったものである。かねてよりの懸案事項は解決され、海賊版対策として有効なものとなったのか、本改正案の評価を試みる。

2 改正に至る経緯

音楽・映像等のダウンロードは、平成21年及び24年著作権法改正により、すでに民事・刑事ともに規制対象となっていた。今般のあらゆる著作物についてのダウンロード違法化の議論は、2018年初めころに海賊版サイト「漫画村」等の被害の甚大さが明らかになったことに始まる¹⁾。知的財産戦略本部・犯罪対策閣僚会議は2018年4月に「インターネット上の海賊版サイトに対する緊急対策」をまとめ、知的

財産戦略本部に「インターネット上の海賊版対策に関する検討会議」が設置され議論が始まった。同会議は2018年10月の閉幕までに、ブロッキング(ISP事業者等による閲覧防止措置)の法制化を海賊版対策の選択肢とする「中間まとめ案」を取りまとめることができず、議論はいったん頓挫する。その過程で、ブロッキングの代わりとして「静止画(書籍)のダウンロード違法化」が急浮上した²⁾。

これを受けて、著作権分科会法制・基本問題小委員会は、静止画(書籍)を含むあらゆる著作物のダウンロード違法化について2018年10月から議論を開始し、12月に中間まとめ(案)をパブリックコメントに付した。ところが、パブリックコメントにおいて多数の慎重な意見が寄せられ³⁾、2019年1月25日の小委員会で委員の多数から慎重な意見があがったことから報告書を直ちに取りまとめることができなかった。結局、主査預かりの形にしつつ、何とか文化審議会著作権分科会報告書(2019年2月)が承認されることとなった。

著作権分科会における批判の核心は次のようなものである⁴⁾。報告書は、著作権法30条1項(私的使用目的の複製)の名目で日常的に行われてきたダウンロードの有する表現の自由・知る権利に係る価値に対する配慮に欠けている。国民の私的領域内における行動の自由への制約を避けるため、刑事罰の対象は、被害実態が明らかな海賊版対策に必要な範囲であり、かつ、刑事罰による抑止を行う必要性が高

1) 損害額の推計については、知的財産戦略本部・犯罪対策閣僚会議『インターネット上の海賊版サイトに対する緊急対策』(平成30年4月)4頁参照。

2) インターネット上の海賊版対策に関する検討会議第8回会議(平成30年9月15日)において静止画(書籍)のダウンロード違法化は、ブロッキングより「法理的な影響は小さい」「先に取り組むべき」と指摘されていた(第9回会議参考資料1参照)。

3) パブリックコメントに寄せられた意見の総数718件のうち、ダウンロード違法化に関するものは534件であり、その多くが範囲拡大に否定的な意見であった。

4) 文化審議会著作権分科会(第53回、2019年2月13日)参考資料4「文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会報告書取りまとめに向けた委員からの共同意見」(2019年1月30日)参照。

い悪質な行為に限定するべきである。刑事罰の対象は、「原作のまま」「著作権者が得ることが見込まれる利益が不当に害される場合」等の要件により限定し、同様に民事違法化の範囲も謙抑的なものであることが求められる。

この後も各方面からの同様の批判は相次ぎ⁵⁾、象徴的な意味を込めて、スクリーンショットまでもが違法化の対象となり得ると批判されていた⁶⁾。しかし、法案は、2月22日の自民党文部科学部会・知的財産戦略調査会の合同会議においていったんは了承されることになる。この2月当初案は、本改正案と比較すると、軽微なものや不当に利益を害する者への限定を欠く点などにおいて、これらの批判を免れるものとは程遠かった。その後も当初案への批判は続くが、決定的だったのは日本漫画家協会などの本来改正によって保護されるはずの著作権者からも批判が出されたことである⁷⁾。その結果、いくつかの紆余曲折を経て、3月13日の自民党部会幹部会合において当初案の国会提出が見送られることとなった⁸⁾。

その後議論は7月の参議院選挙を経て、9月から再開されることになる。当初案見送りの引き金にもなった日本漫画家協会は、出版広報センターと共同声明を出し⁹⁾、その中で「改めて、侵害コンテンツのダウンロード違法化およびリーチサイト規制のための法整備が適切かつ迅速になされることを願う」との意見が表明された。また、文化庁は、9月から10月にかけて「侵害コンテンツのダウンロード違法化等に関するパブリックコメント」及び「侵害コンテンツのダウンロード違法化に関するアンケート調査を実施し¹⁰⁾、改正の再始動に向けた準備が整えられた。文化庁は、11月から3回にわたって「侵害コ

ンテンツのダウンロード違法化の制度設計等に関する検討会」を開催し、2020年1月に議論を取りまとめた¹¹⁾。さらに与党による追加の提案も加えられて本改正案はまとめられた

このような経緯を経た本改正案には、2019年2月の当初案と比較して、次のような特徴がある。第1に、改正案の附則に、普及啓発・教育等や刑事罰に関する運用上の配慮、施行状況のフォローアップや違法アップロード対策の充実（国際連携・国際執行、民間との協働など）についての規定が追加されたこと、第2に、写り込みに関する権利制限規定（第30条の2）を拡充することで、スクリーンショットを行う際に違法画像等が入り込むことを違法化しないこと、第3に、長編漫画の1～数コマなど「軽微なもの」のダウンロードを違法化しないこと、第4に、民事違法化の対象からも、二次創作物品・パロディなどのダウンロードを除外すること、第5に、民事・刑事ともに、著作権者の利益を不当に害することとなる場合に限定することである¹²⁾。

3 改正の趣旨について

(1) 文化庁による説明

今般のダウンロード違法化の背景には、海賊版サイトによる被害の深刻化がある。海賊版サイトには、主として、①リーチサイト（インターネット上に違法アップロードされているコンテンツへのリンクを集めて掲載しているサイト）、②オンラインリーディングサイト、③P2Pファイル交換（トレントサイト等）がある¹³⁾。このうち、②は違法コンテンツをストリーミングにより視聴するものであり、①および③はダウンロードののちに視聴するものである。

5) この間の関係者の動きについては、川崎祥子「著作権法改正案の提出見送りに至る経緯」立法と調査411号（2019年）86頁に詳細にまとめられている。

6) たとえば「スクショ」違法に？ DL違法化の拡大方針まともならず（2019年1月25日、朝日新聞デジタル）参照。

7) 日本漫画家協会『「ダウンロード違法化の対象範囲見直し」に関する声明』（2月27日）。

8) 経緯につき小島立『「ダウンロード違法化の対象範囲の見直し」についての議論を振り返る』情報法制研究6号（2019年）22頁参照。

9) 公益社団法人日本漫画家協会・出版広報センター『「侵害コンテンツのダウンロード違法化」と「リーチサイト規制」に関する共同声明』（2019年9月25日）。

10) 詳細については、侵害コンテンツのダウンロード違法化の制度設計等に関する検討会（第1回）資料3及び4を参照。

11) 侵害コンテンツのダウンロード違法化の制度設計等に関する検討会『「侵害コンテンツのダウンロード違法化の制度設計等に関する検討会」における議論のまとめ（令和2年1月16日）』。

12) 「著作権法及びプログラムの著作物に係る登録の特例に関する法律の一部を改正する法律案（説明資料）」（https://www.mext.go.jp/b_menu/houan/an/detail/mext_00001.html）14頁。

13) 平井佑希「海賊版サイトをめぐる法的論点の整理——「漫画村」の出現を契機として」ジュリスト1523号（2018年）82頁参照。また、侵害コンテンツのダウンロード違法化の制度設計等に関する検討会（第1回）（令和元年11月27日）資料2-1（出版広報センター提出資料）掲載の資料によると、出版分野における大規模かつ悪質な海賊版サイト上位10サイトのうち、リーチサイト6サイト、オンラインリーディングサイト4サイト、トレントサイト1サイトである。上位2サイトは、リーチサイト及びトレントサイトである。

文化庁の検討会において配布された資料¹⁴⁾によると、出版分野においては①および③のダウンロード型サイトだけでも月間6551万アクセスに達し、漫画・雑誌・文芸書・写真集などといった文芸分野において大きな被害がある。また、出版分野以外にも、コンピュータソフトウェア、学術論文、新聞記事において被害が確認されている¹⁵⁾。

つまり、文化庁によれば、あらゆる種類の著作物において、ダウンロード型の海賊版サイトを通じて利用者がコンテンツを大量に視聴している事実が認められるということが、本改正案の立法事実として説明されている。このことからすると、文化庁は、利用者が違法コンテンツで需要を満足させることにより、著作権者に売上減少の逸失利益が生じていることを、著作権者の被害として想定していると考えられる¹⁶⁾。

一方、文化庁の説明を見ると、別のストーリーもあるようである。すなわち、違法コンテンツをダウンロードした者がそれを二次的に拡散させることを抑止するというものである。著作権分科会報告書にそれをうかがわせる記載があるほか¹⁷⁾、音楽・映像の違法ダウンロード刑事罰化により、P2Pファイル交換が減少するという成果が得られたことを強調していることからもうかがわれる¹⁸⁾。というのは、P2Pファイル交換は、仕組み上ダウンロードする者が同時にファイルをアップロードし拡散する者となる蓋然性が高く、二次的な拡散防止がよくあてはまる類型だからである。

以上によれば、文化庁の説明では、侵害コンテンツのダウンロードは、①違法コンテンツの消費行為、又は②違法コンテンツ供給の予備行為として、著作権者に不利益をもたらすから規制の対象となるのだと理解できよう¹⁹⁾。

(2) 検討

(a) 保護法益

一般に、著作権者に保護される利益とは、著作物を享受させることの対価を収受する機会の確保であると考えられる²⁰⁾。同様に、本改正案が保護しようとする著作権者の利益とは、侵害コンテンツダウンロードを禁止することで、当該侵害コンテンツ享受の対価を収受する機会を確保することであると考えられる。著作権法は「支分権主義」²¹⁾をとり、著作物の利用に対する対価収受する機会を確保するために必要な行為に限って禁止権の対象としている。新たに禁止権の対象を追加することは、対価収受の機会の確保に必要な場合に限って正当化される。

この観点からは、ダウンロード違法化の正当化には、侵害コンテンツに係る他の行為（特にアップロード）の禁止では不十分であり、ダウンロードの禁止が必要だという事実が必要となる。さらに、ダウンロードに積極的な正当性があるか否かの対抗利益の考慮も必要となる²²⁾。加えて、政策としての評価には禁止の実効性をどれだけ確保できるかも重要となる。

14) 前掲注13)の資料。

15) 「著作権法及びプログラムの著作物に係る登録の特例に関する法律の一部を改正する法律案（参考資料）」(https://www.mext.go.jp/b_menu/houan/an/detail/mext_00001.html) 5頁。

16) 文化審議会著作権分科会報告書（2019年2月）62頁には「売上低下に直結するおそれのある行為等も現になされている」という記述があり、同63-64頁には利用者が許容されざる形で需要を満足させることを問題と捉える記述がある。

17) 文化審議会著作権分科会報告書（2019年2月）62-63頁に「ダウンロードを行った者により海賊版サイトやP2Pを介して広く拡散される」ことを問題視する記述がある。

18) 文化審議会著作権分科会報告書（2019年2月）60頁は、音楽・映像のダウンロード刑事罰化は、予期したとおりの効果を発揮し、政策として適切なものであったと評価する。その根拠が平成25年度文化庁委託調査「改正著作権法の施行状況等に関する調査研究報告書」（平成25年12月、新日本有限責任監査法人）である。同調査研究報告書で記される成果は、主にファイル共有ソフトに関するものである。

19) 亀井源太郎「刑事法研究者から見た海賊版サイト対策を巡る動き」L&T87号（2020年）74頁は、著作権分科会報告書の説明には、①違法ダウンロードの予備行為、②ダウンロード禁圧によるアップロードのインセンティブ減殺という2つの機序があると分析する。亀井も疑問視しているが、②の機序はダウンロードを根絶しない限り成立しないし、それができればアップロードを禁圧する必要もない。本稿ではこれは結局違法コンテンツの消費を問題視するものと理解して整理した。

20) 文化庁著作権課「著作権法の一部を改正する法律（平成30年改正）について」コピライト692号（2018年）29頁、前田健「著作権法的设计思想」著作権研究49号（2017年）120頁参照。

21) 著作物を経済的に利用する行為のうち一定のもののみを著作権の対象として個別的に指定するという考え方。前田・前掲注20) 121頁、前田健「著作権法的设计——円滑な取引秩序形成の視点から」中山信弘・金子俊哉編『しなやかな著作権制度に向けて——コンテンツと著作権法の役割』(信山社、2017年) 86頁。

22) なお、対抗利益の有無は、民事と刑事では考慮のされ方が異なってくると思われる。民事的に規制される場合、損害賠償請求は金銭の問題となり、差止請求でも著作権者が権利行使の意思を明確にするまでは利用が事実上許容される。一方刑事の場合は、親告罪だとしても事後的に刑事責任を問われ得るので委縮効果は大きい。

(b) ダウンロード禁止の必要性

海賊版撲滅に最も効率的であるとも考えられるアップロードの規制の実効性確保が難しいことを前提とすれば²³⁾、ダウンロード規制にも合理性を認める余地がある。前述の通り、ダウンロード禁止の意義については、①違法コンテンツを消費する行為を禁止することで市場機会を確保することができる、あるいは、②違法コンテンツ供給の予備行為を禁止することで二次的な拡散（アップロード）を抑止することができるという、二通りの説明があり得る²⁴⁾。

まず、後者の説明は、本改正案でもなお侵害コンテンツのストリーミング視聴は禁止されないこと²⁵⁾、従前著作物を享受する行為そのものは禁止権の対象としてこなかったこと²⁶⁾と整合し、また、従来コンテンツを供給する行為が規制されてきたこととも平仄があう。コンテンツ供給行為は1つの行為で大量の需要を奪う蓋然性が高いため規制の対象とする必要性が高く、その予備行為としての性格を持つダウンロードも同様に規制の対象とする合理性があるという説明である。

このような説明は、P2Pファイル交換を想定した場合は説得力がある。実際、録音・録画のダウンロード違法化の際は、P2Pファイル交換による被害が強調されていたように思われる。しかし、本改正案の立法事実となる海賊版サイトの多くにおいては、ダウンロードはもっぱら消費としての性格をもち、このような説明があてはまらない。

一方、前者の説明については、コンテンツの享受行為そのものを規制することになり従来の著作権法の原則を逸脱し、利用者の情報摂取の自由を制限することになるという批判や²⁷⁾、逆に、価値的に等価なストリーミングを規制しないことは海賊版サイトに抜け道を用意するだけで規制としての実効性が上

がらないという批判が可能である。これに対しては、ダウンロードはあくまで情報摂取の準備行為にすぎずストリーミングと等価ではなく、本改正案の規制の範囲は必要最小限な範囲にとどまっているという反論は不可能ではない。

本改正案では、録音録画の違法化の際には濃厚だった二次的な拡散の予備行為だから禁止するという側面は後退し、コンテンツの享受行為そのものの規制へ一歩踏み出したことは間違いないように思われる。

また、より制限的でない代替手段があった可能性も指摘できる。ダウンロード規制の前提としてアップロード者への権利行使が困難なことが前提となっているが、改善策がないわけではない²⁸⁾。また、ダウンロード型海賊版サイトの多くはリーチサイトを介してのものであり、今般のリーチサイト対策で十分であるという可能性もある。P2Pファイル交換をなお問題視するなら、それに限ってダウンロードを禁止するという選択肢もあったであろう。

(c) 規制の実効性

ダウンロード規制の実効性についても疑問がある。録音録画の違法化において、刑事・民事とも適用例は1件もない状況に照らすと、エンフォースはほぼ不可能であって、利用者の「自粛」を促す効果に期待するしかない。確かに、録音録画の違法化において、P2Pファイル交換を一定程度減少させるという成果を上げたという報告もあり²⁹⁾、国民の「自粛」への積極的協力によりある程度成果が上がる可能性はある。それにしても、期待したほどに著作権者の売上を回復させる効果があるかは疑問である。仮に、規制が事実上空文化したとすれば、著作権法の遵法意識を低下させ、むしろ有害となることも懸念される³⁰⁾。

23) 文化庁著作権課「侵害コンテンツのダウンロード違法化に関するQ&A（基本的な考え方）」（令和2年3月10日）（以下、「Q&A」として引用）問1は、アップロード者に対する権利行使・摘発が困難な場合があると指摘する。

24) 前掲注23) Q&A問1は「ダウンロードがアップロードを助長している」ことも指摘する。これについては、前掲注19) 参照。

25) ストリーミング視聴の際には一時的に端末内にキャッシュデータが複製される。この複製は、47条の4第1項第1号にいう情報処理を円滑又は効率的に行うための記憶媒体への記録に該当し、著作権侵害にならないとされている（「違法ダウンロードの刑事罰化についてのQ&A」〔平成24年7月24日文化庁〕Q5）。もっとも侵害コンテンツの視聴が第1項ただし書にいう「著作権者の利益を不当に害する」に該当しないかには議論の余地があると思われる。

26) ただし、従前でも、例えば、113条2項において、プログラムの著作物については違法複製物の使用が著作権侵害とみなされるなど、例外は認められた。

27) 情報摂取の自由に関しては、本誌成原論文を参照。

28) 壇俊光「海賊版サイト対策に関する実務的な問題点」L&T87号（2020年）76頁、中島博之「『漫画村』問題の実務——これからの海賊版対策」コピライト704号（2019年）15頁、平井佑希「海賊版サイトをめぐる法的論点の整理——『漫画村』の出現を契機として」ジュリスト1523号（2018年）82頁などにおいて、具体的な改善策が提案されている。

29) ただし、サブスクリプション型の音楽配信の普及が音楽分野におけるP2Pファイル交換の役割を減少させた可能性もあり、因果関係の有無については更なる研究が必要のように思われる。また、根絶には程遠く、著作権者の利益回復につながったとのデータもない。

(d) ダウンロード行為の正当性

このようにダウンロード禁止の必要性については疑問の余地があるものの、本改正案は、正当性のあるユーザーの行為についてかなりの配慮をしている。ダウンロード行為は情報摂取の前段階の行為であり一般的に正当性を認める余地があるため、著作権者の利益保護に不必要な範囲については、規制の対象から極力除く処置をとったものと考えられる。

すなわち、非軽微性要件により著作物の劣化コピーを規制対象から除き、二次創作物も除くことで、デッドコピー以外は規制の対象から除かれている。また、30条の2を改正することで、著作物のデッドコピーが伴う場合であっても、実質的に著作物の需要を満足させないものは規制の対象から除外した。さらに、著作物の需要と競合しうるがなお行為の正当性を認められるものについては、「著作権者の利益を不当に害しないと認められる特別な事情がある場合」には規制の対象としないことで、濫用的な権利行使に対する安全弁が設けられている³¹⁾。

4 本改正案の具体的検討

(1) 30条・119条

(a) (有償著作物) 特定侵害複製

(i) 有償著作物

民事措置ではあらゆる著作物が規制対象になるが、刑事罰では「有償著作物」のみが対象となる。保護されるべき著作権者の利益が著作物の利用に対する対価を収受する機会を確保することであることに照らすと、著作者がすでに確保した対価収受の機会を侵害する行為と、これから確保しようとする機会を侵害する行為とでは、違法性の程度が異なる。違法性の特に高い行為に限って刑事罰を科す趣旨であると解される。

有償とは、著作物等の公衆への提供、提示それ自体に対して対価が支払われるものであることを意味し、たとえば、収益が広告によるものは該当しないとされている³²⁾。ビジネスモデルで扱いを変えるのは、上記の趣旨に照らせば合理性があるとは言えな

いが、対象を明確に限定するためであろう。もっとも、たとえばサブスクリプション配信も該当するのだろうが、様々なケースを考えると明確な線引きはいずれにしる困難である³³⁾。

(ii) 著作権を侵害する自動公衆送信を受信して行う

ダウンロードが違法となるのは、送信元が違法であり、その送信が自動公衆送信である場合に限られる。大量の著作物を違法に拡散させ得る行為の対向行為に限って規制の対象とする趣旨と考えられる。

(iii) 二次創作物の除外

編曲・変形・翻案により創作された二次的著作物をダウンロードしても原著作権者との関係では違法とならない。一般に二次創作物は、原著物とは異なる需要を対象とするものであり、二次創作物の消費によって原著物に対する需要が満足されるとは限らないことに基づくものと考えられる。もちろん、著作権法はこのような二次的な需要に対する対価の収受機会も保護するが、原著物のそれと比較すると保護の必要性は一段後退する³⁴⁾。また、パロディ・二次創作を尊重し過度の制約を避ける必要性も認められるため、今般は規制の対象とすることを避けたものと考えられる。なお、翻訳が除外されていないのは、翻訳物に対する需要は、言語の差異を捨象すれば、原著物と同一の需要であると評価することができるため、規制の対象とされたものと考えられる。

(iv) デジタル方式の複製

本改正案の対象となる「ダウンロード」とは、自動公衆送信を受信して行うデジタル方式の複製と定義される。高品質のコピーを生み出す行為のみを規制するものである。たとえば、ファイルのダウンロードのみならず、スクリーンショットも含まれるが、プリントアウトは含まれない。この限定の意義は、二次的な拡散の防止という趣旨からはよく説明できるが、違法コンテンツの消費の禁止という趣旨からは説明がしにくい。

(v) 非軽微性

軽微なダウンロードは、本改正案の規制の対象か

30) 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 (http://www.isc.meiji.ac.jp/-ip/_src/20190317/20190317panel.pdf) 29頁 [大屋雄裕発言] 参照。

31) 著作権分科会報告書 (2019年2月) 83頁は、さらに研究目的での利用等に係る権利制限の創設を検討すべき必要性を指摘する。

32) 半田正夫・松田政行編『著作権法コンメンタル3 [第2版]』(勁草書房、2015年) 373-374頁 [池村聡・壹貫田剛史]。

33) たとえば、追加料金を要するものがあるときに基本月額料金だけで視聴できるものかどうか、建前としては別のサービスの対価として料金を支払い、追加の特典として視聴が可能とされているものかどうかなど問題は多い。

34) この点は異論もありえるところであるが、自らが創作のコストをかけた作品と、それに依拠しつつも他者が創作のコストをかけた作品とは区別できると思われる。

ら除かれる。ここでいう軽微性は、著作物のうち複製がされる部分の占める割合や、その表示の精度などに照らして判断される。その著作物全体の分量から見て、ダウンロードされる分量がごく小さい場合や、画質が低く、それ自体では鑑賞に堪えないような粗い画像がその例とされる³⁵⁾。要するに一部コピーや劣化コピーの場合はダウンロード違法化の対象とならないということである。これは、そのようなものは、消費されても当該著作物の需要を満足させることはないので、規制の対象とする必要性が認められないからである。

(b) 知りながら（主観要件）

（有償著作物）特定侵害複製であることを知らなかった場合、ダウンロードは違法とならない。また、重過失で知らなかった場合も同様である（30条2項、119条5項）。主観要件を設けたことは、違法性の意識なく一般ユーザーが気軽になすダウンロードに法的責任を負わさないことで、インターネット利用の萎縮を避ける趣旨である³⁶⁾。立法担当官の意図としては、「知りながら」を充足するには違法性の意識を「確実に」備えている必要がある³⁷⁾。法的評価を含む概念である「特定侵害複製」であることを「知りながら」という文言及び本来必要のない重過失と故意は異なるとの注意規定をわざわざ置いたことから、そのような解釈が導かれるということであろうか。極めて厳しい解釈であり証明はかなり困難と思われる。一方で、それが故に、逆に有名無実化してしまうことも懸念される³⁸⁾

「知りながら」の対象となるのは、（有償著作物）特定侵害複製であることに加えて、上記趣旨に照らせば、著作権者の利益を不当に害しないと認められる特別な事情の有無も含まれる。したがって、アップロードに権利制限規定が適用されるとの誤信、自らの行為は不当に利益を害しないとの誤信は、主観要件を阻却する。一方、30条1項4号の文言から

は、自らのダウンロードが30条の2の要件を充足すると誤信は主観要件を阻却しないことになってしまいが³⁹⁾、法の趣旨からは損害賠償の場面で少なくとも過失が否定されると考えるべきであろう。

(c) 著作権者の利益を不当に害しないと認められる特別な事情

著作権者の利益を不当に害しないと認められる特別な事情がある場合は、ダウンロード違法化の対象とならない。これは、著作権者の不利益の程度と利用の正当性との比較衡量によって判断されると考えられる⁴⁰⁾。著作権者に売上減少の逸失利益が生じる程度と比較して、利用を認めるべき必要性が高い場合には、特別な事情を認めるべきと考えられる。

本条の要件は、35条などにみられる「著作権者の利益を不当に害することとなる場合」とは文言が異なる。この違いに照らすと、民事においては、35条などでは権利者側が証明責任を負うのに対し、本条では利用者側が証明責任を負う。加えて、本条では利益を害しないと認められる場合が例外的にとどまるという差異が生じるものと思われる。もっとも、「不当」か否かは各条文の趣旨に依存するので、30条には個人による私的領域における活動の自由を保障する積極的な意義があると解するのであれば、利益を不当に害しないと認定すべき範囲は十分に広くとる必要がある。また、そもそもの規制の趣旨に照らせば、著作物の需要を奪う可能性がない行為には積極的に正当性を認めるべきと考えられる。

(d) 反復継続性

刑事罰だけに課せられる要件である。侵害コンテンツのダウンロードは一部の人間が繰り返し行う傾向があるとすれば、権利者の利益の実効的な利益保護にはこのような者さえ処罰すれば十分であると考えられる。また、正当な情報収集活動の過度の委縮を避けることができる。

35) 前掲注23) Q&A問18参照。

36) 前掲注23) Q&A問14は、「アップロードが適法か違法か分からない場合や、アップロードが適法だと誤解した場合」を救済する趣旨とするが、2019年2月報告書66頁にいう「ユーザー保護の必要性・正当性」に照らせば、ダウンロードの違法性の判断がつかない場合をも含む趣旨と解すべきであろう。

37) 前掲注23) Q&A問14及び問15参照。

38) 増・前掲注28) 78頁は、我が国の刑事実務では故意が容易に認められると指摘する。

39) 刑事については、119条3項2号において、「知りながら」の対象に当該ダウンロードが「著作権を侵害する」ものであることも含まれると解釈する余地はあるように考える。

40) 前掲注12) 説明資料18頁によれば、特別な事情の有無は、ア著作物の種類・経済的価値などを踏まえた保護の必要性の程度、イダウンロードの目的・必要性などを含めた態様、という2つの要素により判断される。具体例として、①詐欺マニュアルの告発サイトからのダウンロード、②批判目的で論文を無断転載しているサイトの保存、③著作物無断掲載を含む有名タレントSNS投稿の保存が挙げられるが、いずれも本文の理解で説明可能と思われる。

(2) 30条の2

本改正案は、著作権法30条の2の改正とセットとなっている。30条の2の改正は必ずしもダウンロード違法化のためではないが、正当なダウンロード行為への規制を避けるため重要な役割を果たしている。すなわち、30条1項4号における安全装置としては、「軽微なもの」の除外があるが、これでは著作物を丸ごとダウンロードした場合（たとえばSNSの投稿を保存する際に、アニメキャラのアイコンが写りこむ場合）を除外することができない。「不当に利益を害」する場合への限定でもこのようなものを除外できるが⁴¹⁾、30条の2はより明確に主たるダウンロード対象に付随して違法著作物をダウンロードする行為も、著作権侵害にならないと規定するものである。

改正前の30条の2は、写真撮影等の場合に他の著作物が写りこむことを適法化するものである。改正後は、「複製伝達行為」一般に伴う著作物の「入り込み」全般に拡張される。①複製伝達行為にあたり、②複製伝達の対象とする事物等に付随して対象となる事物等に係る著作物は、③正当な範囲内で複製できることになる。対象となる著作物は、作成伝達物の軽微な構成部分であることが求められる。入り込む著作物自体が軽微な一部分である必要はない。したがって、著作物全部のコピーを伴う場合でも、当該著作物が複製伝達物のごく一部を占めるにとどまる場合には、改正後30条の2が適用される。

その著作物自体のダウンロードが目的ではなく「入り込み」にすぎない場合には、一般に、当該著作物の需要を満足させる可能性は低い。一方で、複製伝達行為の社会的意義も認められ、許諾に係る取引費用も高いことから、権利制限規定の対象とするものである。

5 おわりに

最終的にまとまった改正案は、海賊版対策に必要な範囲を超えて個人の正当な活動を制約するものであるという批判を解消したと評価できる。著作物のごく一部のコピー・劣化コピーを除くことで、著作物の需要を満足しうる態様のコピーのみが対象とな

り、さらに、30条の2を拡充し、「不当に利益を害しない」場合を規制対象外とすることで、当該著作物の需要を実質的に奪う結果にならない態様のダウンロードも除き得る要件立てがなされた。今後の運用によるところもあるが、不必要に広範な規制となることは避けられたといえる。

もっとも、そもそもの海賊版対策としてダウンロード違法化がどれほど有効なのかは疑問である。海賊版対策としてはアップロード者の取り締まりが最も効果的であり、今後は、その手段の拡充が求められると考える。発信者情報開示制度の改善など、アップロード者を特定する仕組の改善が求められる。

最後に、著作権法は、もともと広すぎる権利が現実には行使されないという「寛容的利用」⁴²⁾によりバランスが成り立ってきたと指摘されている。本改正を巡る議論は、このバランスが極めて脆弱であったことを浮き彫りにしてしまったように思われる。刑事罰が広く科され得る状況のもとでは、寛容的利用の持続可能性は疑わしい。本改正案では幸い刑事罰の範囲は限定的な範囲にとどまったが、本来であれば、著作権法における刑事罰一般について見直しを行うべき時が来ているのかもしれない。

(まえだ・たけし 神戸大学准教授)

41) ダウンロード違法化の不当な拡張を防ぐという観点からは、「利益を不当に害しない」場合を除外すれば、30条の2が対象とする行為もほぼ規制対象外とできたとと思われる。しかし、そもそも「利益を不当に害しない」との要件が入るか否かは最後まで不透明だったことや、より明確に利用者の萎縮を防ぐ観点から、30条の2が改正されたのだといえる。

42) 寛容的利用については、さしあたり田村善之「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」L&T87号（2020年）69頁参照。