

## 刑事法研究者から見た海賊版サイト対策を巡る動き

慶應義塾大学法学部

亀井源太郎

## I 検討対象

- ・検討対象：立法によらないブロッキング、ダウンロード(DL)犯罪化
- ・参照資料：
  - ・文化審議会著作権分科会報告書(2019年2月)
  - ・「自民党・公明党 条文審査資料(平成31年2月22日) 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概要説明資料」
  - ・「自民党・公明党 条文審査資料(平成31年2月22日) 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 新旧対照表」
  - ・「文化庁当初案の考え方に関する資料(侵害コンテンツのダウンロード違法化)」

## II ブロッキング

## 一 問題の構造

- ・立法によらないブロッキング／立法によるブロッキング(→本報告の検討対象外)

## 二 立法によらないブロッキングと緊急避難

- ・特に以下の要件が充足されるか疑問
  - ・「やむを得ずにした行為」(補充性)
  - ・「これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった」(害の権衡)

## 三 立法をスキップするエクスキューズとしての「緊急避難」?

## 1 日常用語としての「緊急避難」

- ・「立法を待っている暇がない」? ←→法律主義

## 2 板挟みにされる者の苦悩

政府「緊急方針」→通信事業者(／通信事業者内の担当者)←通信の秘密侵害による法的責任

## III DL犯罪化範囲見直し

## 一 文化審議会著作権分科会報告書の概要——犯罪化との関係を中心に

## 1 「被害実態及び措置の必要性について」(60頁〔民事含む〕)

## 2 「制度整備の際の留意点について」(78頁〔民事含む〕)

- ・「主観要件の取扱い」(78頁〔民事含む〕)

『違法だと当然に知っているべきだった』、『違法か適法か判断がつかなかった』等の場合に、ダウンロードが違法とされることのないよう、主観要件の規定の仕方を見直す(例：「事実を知らながら」には、重過失により知らなかった場合を含むものと解釈してはならない旨の解釈規定を置く)ことを含め、厳格な解釈・運用、ユーザーの不安解消のために必要な措置を検討すべき」

cf. 「……『違法だと当然に知っているべきだった』、『違法か適法か判断がつかなかった』等の場合には、ダウンロードは違法とならないよう要件が設定されることが適当であり、現行の『事実を知らながら』という要件の適否も含めて検討することが適当である。〔原文改行〕このような対応が行われることを前提にすると、ユーザーが違法にアップロードされた著作物だと確定的に知っている場合にのみ、ダウンロードが違法となる……」(66頁以下〔民事含む〕)

### 3 「刑事罰の取扱いについて(各論)」(79頁)

- ・録音・録画についての一部DL「刑罰化」 ←「一定の抑止効果」(79頁)
- ・「刑事罰は……最も強力な制裁手段であり、……極めて慎重な配慮が求められる」(79頁)
- ・要件
  - ・主観面 「厳格な主観要件」(80頁)
  - ・客体 「有償で提供・提示されている著作物等のダウンロードに限定」(80頁)
  - ・更なる限定を付すか「十分に留意」(80頁)
    - 『原作のまま』、『当該著作物の提供又は提示により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』等の要件により対象行為が海賊版対策に必要な範囲に限定されることを確保しつつ、反復継続してなどの要件により悪質な行為に限定
- ・法定刑 「2年以下の懲役若しくは200万円以下の罰金又はその併科」
- ・親告罪とする

## 二 自民党・公明党条文審査資料(前掲)における著作権法改正案(抄)

119条(1・2項略)

- 3 第30条第1項に定める私的使用の目的をもって、著作物又は実演等(著作権又は著作隣接権の目的となっているものに限る。)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28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、2年以下の懲役若しくは200万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。
- 4 前項に規定する者には、有償著作物等特定侵害複製を、自ら有償著作物等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を含むものと解釈してはならない。

- ・有償で提供されている著作物等の
- ・違法にULされたものに係る
- ・自動公衆送信を受信して行うデジタル方式の複製(DL)を
- ・有償著作物等特定侵害複製であることを知りながら
- ・継続的に又は反復して行った
- ・重大な過失による場合を除外(4項)

## 三 検討

### 1 刑事立法評価枠組(試論)

- ・刑事立法評価の2段階構造
  - ・憲法適合性
    - ・(憲法適合的であるもののうち)「よりよい」か——刑法上の諸原則等との適合性
      - ・保護しようとする権利・利益の面 保護法益適格性/法益保護の必要性
      - ・禁止されることとなる行為の面 禁止の有用性/代替手段の有無・有効性/禁止の相当性

### 2 憲法適合性

cf. 録音・録画についてのDL違法化・犯罪化 ※ただし、その内容や立法過程に対する批判も

### 3 保護しようとする権利・利益の面から

#### (1) 保護法益適格性

- ・著作権者等の有する権利・利益

※その内実——どのような権利・利益につき、保護法益適格性を論ずるか

- (a) 「違法にアップロードされた著作物(著作権法がそのような形での情報流通を許容していないもの)から私的使用目的で便益を享受しようとするユーザーの行為」が「広く一般的に許容されるべき正当性があるか」(63頁)
- (b) 著作権法30条1項の趣旨：「著作権者への経済的打撃が少ないことなどに鑑みて規定された」(知財高判平成26年10月22日判時2246号92頁)(58頁)

#### (2) 法益保護の必要性 ※被害実態推計につき議論があることに留意

### 4 禁止されることとなる行為の面から

#### (1) 禁止の有用性

- ・DL犯罪化範囲見直しが著作権者等の権利・利益を保護する機序如何? (四 補説も参照)

- ・「拡散」防止(62頁) 将来の違法ULを抑止
- ・違法UL者のインセンティブ減少(62頁注68)

- ・録音・録画の場合：犯罪と宣言することによる効果を指摘(79頁参照)

※平成25年度文化庁委託調査(新日本有限責任監査法人「改正著作権法の施行状況等に関する調査研究報告書」(2013年))

※シグナリングとその弊害(→後述)

#### (2) 代替手段の有無・有効性

- ・代替手段としてのUL行為処罰の存在
- ・無数に存在するDL行為者よりもUL行為者を処罰する方が根本的で有効

#### (3) 禁止の相当性

「違法にアップロードされた著作物(著作権法がそのような形での情報流通を許容していないもの)から私的使用目的で便益を享受しようとするユーザーの行為は、広く一般的に許容されるべき正当性があるか否か疑義」(63頁)

### 四 補説——周辺行為処罰としてのDL犯罪?

cf. 本犯として構成する可能性 どのような侵害が観念できるか。

#### 1 周辺行為の処罰一般

- ・共犯的行為 自殺関与等、陰謀・共謀、せん動、盗品等関与罪 等
- ・早期化 未遂、予備、陰謀・共謀、せん動 等

#### 2 財産犯における周辺行為処罰 ※著作権法119条違反の罪質・保護法益

- ・共犯的行為 盗品等関与罪
- ・早期化 未遂、予備(ただし、刑法典上の財産犯では強盗のみ)

#### 3 周辺行為処罰とDL犯罪化

- ・財産犯にも周辺行為を処罰する類型あり
  - DL犯罪化も周辺行為の処罰であるというだけでは、ただちに不適切とまではいえない
- ・では、DLにつき、周辺行為としての処罰が正当化されるか。
  - ・共犯的行為構成での正当化 →困難
  - ・追求権侵害や本犯助長犯的性格が認められるか疑問
    - ・有体物と異なり被害客体の返還は問題とならない。
    - ・DL行為がUL行為を助長するか疑問。

- ・ 早期化構成での正当化 →限定的に可能性あり？
  - ・ 刑法典上の財産犯では予備を罰するのは強盗のみ
    - ・ 強盗罪と同様の根拠で早期介入が正当化されるか。
      - ※強盗罪の手段たる暴行・脅迫による生命・身体に対する侵害のおそれ
    - ・ 被害の深刻さにより早期介入が正当化されるか。
      - ※3億6000万円窃盗
      - ※特別法等での形を変えた早期化(ピッキング用具所持、特殊詐欺用口座取得等)
  - ・ DL犯罪化はピッキング用具所持と同様の意味で被害防止に有用？

## IV おわりに

### 一 立法評価枠組に照らして

- ・ 保護法益適格性 著作権者等のどのような権利・利益を保護しようとするのか
- ・ 禁止の有用性 法益保護に繋がる機序が不明
- ・ 代替手段の有無・有効性 UL者に対する責任追及可能性
- ・ 相当性 報告書の態度に異論があることを踏まえるべき

### 二 具体的な要件設定等の在り方

- ・ DLを一定の範囲で犯罪化するとしても
  - 少なくとも以下のような限定を付して初めて、真剣な検討に値する。
    - ・ 「作品を一定のまとまりとしてダウンロードする場合」、「原作のまま」
    - ・ 「権利者の利益を不当に害しない場合」
  - ※それにしてもいかなる意味でDL行為が経済的損害を生ぜしめるのか？
- ・ 主観的要件についても要検討
  - ・ 当初案(前掲) 故意ある場合に限定のみ(同119条4項は過失犯処罰を否定するのみ)
    - ※特に「厳格な主観要件」ではない
  - ・ 目的要件: 「拡散」目的でのDLに限定するのも一案 ←拡散による経済的損害防止
- ・ 法定刑: 他の早期化類型と比較して重すぎるのではないか(録音・録画も)。
  - cf. 殺人予備(2年以下の懲役)、暴行(2年以下の懲役若しくは30万円以下の罰金又は拘留若しくは科料)、強盗予備(2年以下の懲役)、現住建造物放火等予備(2年以下の懲役、情状により免除)

## 三 その他

### 1 立法評価枠組の意義と限界

- ・ 立法評価枠組: 立法評価を分析的に行うためのツール [である／にすぎない]
  - 開かれた議論が不可欠

### 2 シグナリングの弊害

- ・ シグナリング: [実際には検挙しない／恣意的・断片的に検挙する] と表裏一体
- ・ 「[駐禁／スピード違反] を取られるのは運が悪いだけ」 →法の感銘力への悪影響
  - シグナリングを主たる目的とした立法は害が多く、好ましくない