

違法ダウンロードに対する刑事罰の導入に関する意見書

2011年（平成23年）12月15日

日本弁護士連合会

当連合会は、著作権法30条1項3号により規制の対象となっている行為（いわゆる違法ダウンロード）に対して刑事罰を導入すべきか、という問題について、次のとおり意見を述べる。

意見の趣旨

少なくとも現時点において、違法ダウンロードに対して刑事罰を導入することには反対である。

意見の理由

1 はじめに

インターネットを通じて、違法にアップロードされた音楽や映像を一般大衆が容易にかつ無料で入手できることが、正規コンテンツの流通の大きな阻害要因となっており、我が国のコンテンツ産業の健全な成長を阻害するのではないかと指摘されている。

かかる事態に対応するための方策として、平成21年の著作権法改正（以下「法改正」という。）において、権利者に無許諾でアップロードされたものと知りながら権利者に無断で音楽、映像をダウンロード（録画、録音）する行為が著作権法上違法とされるに至ったが、かかる行為に対して、更に刑事罰を科すべきかどうか問題とされている。

当連合会は、コンテンツ産業の健全な成長を阻害するおそれのある違法ダウンロードは、由々しき問題であると考えるが、そのことから直ちに刑事罰の導入を是認するものではない。

私的領域における行為に対する刑事罰を規定するには極めて慎重でなければならないところ、社会通念上、私人による違法ダウンロードは、未だ刑事罰を導入するだけの当罰性ある行為であるとは認識されるには至っていないと考えられること、同法30条1項柱書の適用が除外されている行為のうち、ダウンロードのみに刑事罰を導入することは刑の均衡を失することになること、他により制限的でない違法ダウンロード規制手段が存在すること、ダウンロードを民事上違法とした平成21年

改正著作権法（以下「改正法」という。）の適用の実態を見極める必要があること等から、少なくとも現時点における違法ダウンロードの刑事罰導入には反対である。

以下、違法ダウンロードに関する規制の現状と、違法ダウンロードに対する刑事罰導入に関する議論を整理した上で、理由の詳細を述べる。

2 違法ダウンロードに関する規制の現状

法改正前は、違法にアップロードされたコンテンツをダウンロードする行為は、私的使用目的で行われる限り、著作権法30条1項柱書の適用により、適法とされていた。

法改正により、同法に30条1項3号が新設され、権利者に無許諾でアップロードされたものと知りながら、権利者に無断で音楽、映像をダウンロード（録画、録音）する行為が権利制限の対象から除外されることになり、差止及び損害賠償請求の対象となった（民事上違法）。ただし、同法30条1項1号及び2号の行為と同様、刑事罰の対象とはされなかった（同法119条1項括弧書）。

なお、違法アップロードについては、自動公衆送信権（同法23条）、送信可能化権（同法92条の2、100条の4）の侵害となり、刑事上も、10年以下の懲役ないし1000万円以下の罰金が規定されている（同法119条2項）。

3 違法ダウンロードに対する刑事罰導入に関する議論

次に、違法ダウンロードに対して刑事罰を導入することの是非に関連する、これまでの議論を整理しておく。

(1) 平成19年10月12日文化審議会著作権分科会私的録音録画小委員会中間整理

違法録音録画物、違法サイトからの私的録音録画について、著作権法30条の適用を除外することが適当であるとする意見が大勢であったとした上で、利用者保護の観点から、同法30条の適用範囲から除外する場合の条件の一つとして、「第30条の適用がない私的目的の複製については、犯罪としては軽微なものとして従来から罰則の適用を除外しているので、本件についても同様とすること」（106頁）とされている。

(2) 平成21年1月文化審議会著作権分科会報告書

「違法録音録画物，違法配信からの私的録音録画については，その実態から通常の流通を妨げているものと考えられ，ベルヌ条約等のスリーステップテストの趣旨，先進諸国の法改正や判例の動向等を勘案すれば，中間整理で示された条件を前提として，第30条の適用を除外する方向で対応することが必要であるとの意見が大勢であった。」（156頁）としている。また，利用者保護について，関係者は以下の措置を実施することが必要であるとしている。

政府，権利者による法改正内容等の周知徹底

権利者による，許諾された正規コンテンツを扱うサイト等に関する情報の提供，警告・執行方法の手順に関する周知，相談窓口の設置など

権利者による「識別マーク」の推進

(3) 法改正時における提案理由説明及び衆参両院付帯決議

法改正法案の衆議院文部科学委員会（平成21年4月24日開催）における塩谷立文部科学大臣（当時）は，著作権法30条改正の提案理由において，罰則を科さないことをわざわざ明言している。これは，刑事罰を導入しないことを前提に，同法30条を改正したことを明確に表明したものである。

「第二に，違法な著作物等の流通を抑止するための措置を講ずるものであります。（中略）なお，この第30条の改正については，違法なものとしながら行った場合に限るとともに，罰則を科さないこととしております。」（同委員会会議録から抜粋）

さらに，法改正の決議に際し，以下のとおり，利用者の保護を図るべきことが衆参両院で付帯決議された。

「違法なインターネット配信等による音楽・映像を違法と知りながら録音又は録画することを私的使用目的でも権利侵害とする第三十条第一項第三号の運用に当たっては，違法なインターネット配信等による音楽・映像と知らずに録音又は録画した著作物の利用者に不利益が生じないよう留意すること。」（衆議院：第171回国会閣法第54号「著作権法の一部を改正する法律案に対する附帯決議」）

「違法配信と知りながら録音又は録画することを私的使用目的でも権利侵害とする第三十条第一項第三号の運用に当たっては，違法配信と知らずに録音又は録画した著作物の利用者に不利益が生じないよう留意するとともに，本改正によるインターネット利用への影響に

ついて、状況把握に務めること。」(参議院：平成21年6月11日「著作権法の一部を改正する法律案に対する附帯決議」)

(4) 平成23年度文化審議会著作権分科会法制問題小委員会ヒアリングにおける各団体の意見概要

同小委員会が複数の関係団体に対して実施したヒアリングにおいて、一部の権利者団体から違法ダウンロードに対する刑事罰の導入に積極的な意見が述べられている。もっとも、まずは平成21年改正法の影響を注視すべきなどとして消極的な意見を表明する団体も存在しており、必ずしも、刑事罰の導入が著作権団体の総意であるというわけではない(平成23年9月21日開催「文化審議会著作権分科会法制問題小委員会(第4回)」配布資料3-2「著作権法第30条に係る論点の整理」)。

4 違法ダウンロードの刑事罰導入に反対する理由

(1) 違法ダウンロードについての現状認識

現在、動画投稿サイトやファイル交換ソフト等を通じて違法コンテンツが簡易かつ無料で入手できる状況にある。かかる状況下では、正規のコンテンツを入手しようという意欲が減退する可能性が大であり、正規コンテンツの流通に支障を来している。そして、このような状況が放置されていけば、日本のコンテンツ産業の成長が阻害されると懸念される。

(2) 刑事罰導入の是非

したがって、違法ダウンロードは是正されなければならない問題ではあるが、しかし、そのことから直ちに違法ダウンロードに対する刑事罰の導入が是認されることにはならない。当連合会は、以下の理由から、少なくとも現時点における違法ダウンロード行為に対する刑事罰導入には反対である。

私的領域における行為に対する刑事罰導入には極めて慎重であるべきである

私的領域に大きく関わる著作権法の領域では、刑事罰の導入は、例外的であるべきである。

まず、刑法は、国家刑罰権の発動という国民の基本的人権にとって重大な結果をもたらす契機となるものであるとともに、常に濫用の危険を孕むものである。そこで、国民の基本的人権擁護のために

は、刑罰は常に謙抑的、抑制的であるべきであり、国家は、当罰的行為のうち真に処罰の必要のある行為を抽出して犯罪とし、これについてのみ刑罰を科さなければならない(刑法の謙抑性)。

特に、私的生活領域における刑事罰導入は、人間の行動の自由に対する広汎かつ重大な制約を課すものであり、その導入は、特に慎重であらねばならない。

現在議論されている違法ダウンロードに対する刑事罰導入は、まさに、個人の私的生活領域におけるダウンロードに対して刑事罰を科そうとする議論であり、これを是認すれば、国家権力が私的領域に直接入り込む余地を与えることになるものである。

また、ある行為を犯罪として処罰するためには、犯罪とされる行為の内容が明確でなければならない(罪刑法定主義から導かれる明確性の原則)。

しかるに、著作権は、所有権と異なり、権利の発生、帰属主体、権利範囲が判然としないことが多く、特に、私的領域におけるコンテンツのダウンロードの場合には、行為者である私人に、違法かどうかの判断を求めるのは酷である場合が多いと思われる。かかる観点からも、著作権の侵害に対する刑事罰の導入には、慎重を期すべきである。

そもそも、権利者に無許諾でアップロードされたものと知りながら権利者に無断で音楽、映像をダウンロード(録画、録音)する行為が、権利制限の対象から除外された改正法が施行されてから、経過期間はまだ2年にも満たない。法改正による利用秩序の変更が十分周知すらされていない状況において、当該行為が、刑事罰を科すほどの当罰性のある行為であると社会的に認識及び認容されているとは到底考えられない。

まずは、刑事罰より先に、改正法の周知徹底を図るなどのより制限的でない施策が講じられて然るべきである。

刑の均衡上も違法ダウンロードに対して刑事罰を導入することには疑義がある

著作権法30条1項各号で規定されている行為類型(公衆提供自動複製機器による複製(1号)、技術的保護手段回避による複製(2号)及び違法ダウンロード(3号))は、民事上の責任を問うことはともかく、刑事上の責任を問うほどの悪質な行為ではないとの考

えにより、刑事罰の対象から除外されている(119条1項括弧書、作花文雄『詳解著作権法』545頁(ぎょうせい、第4版、2010))。

しかるところ、同法30条1項柱書の適用除外とされている行為類型の中で、今回、違法ダウンロードのみに刑事罰を科すことは、1号、2号が刑事罰の対象とならないことに鑑み、著しく不均衡であって、実体的手続保障の理念に悖ることになる。1号及び2号の行為類型と比べ、違法ダウンロードだけが、刑事罰を科すに値する高度の違法性を有している行為であると社会的に認知されているとは解されないからである。

また、違法アップロードに対しては、刑事罰の対象となっているが、違法にアップロードをする行為と、ダウンロードする行為とでは、違法性の質が格段に異なり、前者に刑事罰が適用されるからといって、後者にも適用すべきだということにはならない。同法119条2項2号において、同法30条1項1号に違反して自動複製機器を複製に使用させた者に刑罰が科されるのに対し、自動複製機器を使用する者は一般大衆が多く、可罰的違法性が低いと考えられ処罰の対象とされていない(中山信弘『著作権法』519頁(有斐閣、2007))。こととの均衡上も、違法ダウンロードにつき、刑事罰の対象とすることは望ましくないと考えられる。

さらに、特許法などの産業財産権保護法は、その効力の及ぶ範囲につき、「業としての実施」に限られており(特許法68条等)、私的生活における実施は侵害行為とはならず、刑事罰の対象とはならない。このような他の知的財産法との平仄に鑑みても、私的領域における著作権侵害に対する刑事罰の導入には、極めて慎重な考慮が求められる。

立法事実は法改正時から変化していない

前記のとおり、法改正により、ダウンロードが権利制限規定から除外されたが、その際、刑事罰は導入しないとの条件が付されたのは、著作権法30条の適用がない私的目的の複製については、犯罪としては軽微なものとして従来から罰則の適用を除外しているので、違法ダウンロードについても同様とする、というものである。

ある行為が当罰的であると言えるためには、社会一般の意識ないし社会通念において存在している応報の観念に基づき、その行為に

ついて行為者を非難することができ、刑事責任を問いうるものでなければならぬ。しかるところ、2年前に初めて（民事上）違法とされ、立法時において犯罪としては軽微なものと考えられていた違法ダウンロード行為が、当罰的行為と評価されるに至ったとは解しえない。

たしかに、違法ダウンロードの問題はコンテンツ産業にとって由々しき問題であるが、刑事罰を導入しないこととされた従前の理由があてはまらなくなり、刑事罰の導入が必要であるとする立法事実が、法改正後に生じているとは考えられない。違法ダウンロードは、未成年者等青少年が多く行っていると予想されることから、刑事罰導入は青少年への影響が非常に大きいと思われ、特に慎重に対処すべきであろう。

よって、まずは、改正法の周知徹底を図り、それにより違法ダウンロードに対する国民の理解を浸透させるべきである。

他のより制限的でない代替手段が存在する

違法ダウンロードの問題を解消するためには、他により制限的でない代替手段が存在する。

例えば、青少年に対する著作権教育の一層の充実、あるいは、民事裁判の利用などによって、違法ダウンロードの問題を社会的に認知させることが考えられる。

また、違法アップロード自体に対する対策を講じていくことも考えられる。現在でも、違法アップロードに対する罰則規定があるので、この活用によって結果的に違法ダウンロードを減少させることを考えるべきである。また、違法コンテンツのアップロード防止手段について、動画投稿サイト運営事業者やネットワーク事業者を含めて検討すべきである。

「抑止力論」に対する疑問

刑事罰の導入を期待する理由として、刑事罰には民事罰よりも抑止力が期待できるとの意見がある。しかし、刑罰対象化だけで違法ダウンロードを中止するかについては疑問がある。これを遵守させるには、刑の執行（逮捕／刑の執行等）を行わなければならない。執行を行わなければ、かえって遵法意識を薄れさせる恐れもあるからである。しかし、前述したとおり、少なくとも現時点では、違法ダウンロードについて刑事罰を科し、刑の執行を行うことは、社会

的に行き過ぎである。

諸外国の状況

平成23年8月23日に開催された第44回民主党文部科学部門会議における文化庁の発言によれば、刑事罰を設けている国には、アメリカ、ドイツ、フランス等があるが、各国の関係団体への照会によると、違法ダウンロードだけを理由とする訴追事例はないとのことである。このように、諸外国の状況に鑑みても、違法ダウンロードに対する刑事罰を導入しても、その執行に疑問がある。

(3) 結論

以上の理由により、当連合会としては、少なくとも現時点における違法ダウンロード行為に対する刑事罰導入には反対である。

以上