

## 違法コンテンツ規制の最適化に向けた 法・規範・市場・アーキテクチャの ベストミックスの可能性

情報ネットワーク法学会第12回研究大会

静岡大学情報学部  
原田 伸一朗  
harata@inf.shizuoka.ac.jp

### 内容要旨

本研究は、「著作権侵害コンテンツ」や「児童ポルノ」など、主としてインターネット上の違法なコンテンツに対する規制のあり方を、〈法〉×〈規範〉×〈市場〉×〈アーキテクチャ〉という4つの規制(ガバナンス)要素をいかに組み合わせるかという観点から探究するものである。

〈法〉による規制の限界を踏まえつつ、「規制の最適化」、すなわち必要な規制を効果的に達成し、不必要な規制を排除するために、〈法〉×〈規範〉×〈市場〉×〈アーキテクチャ〉の「ベストミックス」の可能性を探り、実際の政策設計・検証に資する知見を提示することを目的とする。

今回の報告はその理論的前提として、概念・論点の整理を目的とした序説である。

### 本日の報告の流れ

1. 問題背景
2. 規制の最適化とは:概念整理
3. 規制類型論:先行視角
4. 規制要素のスベック比較
5. 規制要素のベストミックスの可能性
6. 今後の展望

### 1. 問題背景 (1/5)

#### ■「著作権侵害コンテンツ」や「児童ポルノ」

- ◆ネットワークやデジタルツールの発展・普及に伴い、より“洗練”“高度化”し、被害が拡大。
- ◆従来型の〈法〉規制では十全に対応しきれない/しにくい対象物・メディア。

#### ■紛れもなく「違法」であるが、処罰がしにくい

- ◆それらの“コンテンツ”をユーザー個人が自らのコンピュータ等に私的に蔵置している状態を「違法」として摘発することは、物理的(捜査資源等)にも、プライバシーとの関係でも困難。

3

### 1. 問題背景 (参考)

#### ■日弁連「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」2011.12.15

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。  
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。

#### ■高木浩光@自宅の日記「ダウンロード犯罪化で秩序はどう変わるか」2012.6.23

4

### 1. 問題背景 (2/5)

#### ■「親告罪」や「違法だが罰則なし」の犯罪

- ◆〈法〉を犯しているのに、何らのペナルティを受けない場合があることを、〈法〉自らが予定・想定している。
- ◆親告罪は刑事なのに民事性が混ざっている。
- ◆執行を予定しなくても、ある行為に違法を宣告することで、倫理的な自己規制を期待している面がある。

#### ■〈法〉の不完全実行、“ゆるさ”

- ◆恣意的な執行の余地を許すことが一番の警戒点。
- ◆しかし、〈法〉と〈法〉以外の規範間でバランスを取る高度な機能を果たしているとも評価できるのでは？

5

### 1. 問題背景 (3/5)

#### ■近年進行する「違法化」「刑罰化」「非親告罪化」

- ◆2012.10.1～ 違法ダウンロード**処罰化**
- ◆児童ポルノの単純所持・・・国レベルではまだ**違法化**さえされていないが法案は幾度も提出されている。
- ◆TPP・・・著作権の**非親告罪化**
- ◆ACTA ◆米国のSOPA/PIPA

このように「法を進めすぎる」傾向が、果たして違法コンテンツ規制において有益なのか、規制のあり方として最適なのか？

6

### 1. 問題背景 (参考)

	違法ダウンロード	わけつ図 画単純所持	児童ポルノ 単純所持
違法化	2010.1.1～	×	×※
刑罰化	2012.10.1～ ↑イマココ	×	×※
非親告罪化	×	×	×※

※奈良県では2005.10.1、京都府では2012.1.1から条例で規制。

7

### 1. 問題背景 (参考)

#### ■文化庁「違法ダウンロードの刑事罰化についてのQ&A」2012.7.12(7.24一部追記)

- ◆今般の著作権法改正において、違法ダウンロード処罰化項目のみ、閣法ではなく議員立法。
- ◆この手のQ&A公表は、東京都の「非実在青少年」騒動を思い出す。
- ◆「けいおん\_第〇話.rar」で検索→違法性の認識
- ◆YouTubeの検索候補をクリックするのもダメ？
- ◆「有償著作物」・・・NHKオンデマンドでは未配信のNHKの番組は？

8

■違法と合法の峻別が困難なコンテンツ群

- ◆明らかな海賊版を除く、二次創作・同人コンテンツ。権利者の黙示の許諾がないとも言えない。※「初音ミク」や「東方」は明示の許諾がある。
- ◆動画投稿サイトなどで配信されている映像が、権利者が正当に提供しているものか、違法にアップロードされたものか、常に区別が期待できるか。
- ◆被写体単体からは「18歳未満」かどうか区別が困難なポルノ。
- ◆絵やCGによるヴァーチャルな「児童ポルノ」。※実在のモデルがある場合は別。

■〈法〉以外の要素への視野

- ◆ユーザーやクリエイターの意識・モラルといった倫理的側面。
- ◆表現メディアの特性、コンテンツの流通環境、プラットフォーム・技術仕様。

■オタクというステークホルダーへの着目

- ◆規制はいわゆるオタク系コンテンツの領域にかなり及ぶ。オタクという一種のステークホルダーが群として政策に影響を与える活動を広げつつある。

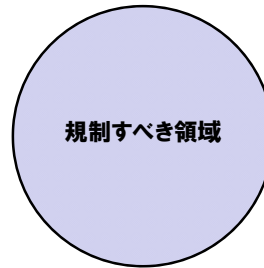
※アップロード用資料では画像等を削除しております。

■規制の「最適化」とは

＝必要な規制を効果的に達成し、不必要な・過剰な規制を排除すること。

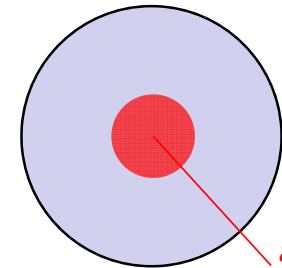
- ◆規制すべきものは漏れなく規制し、規制すべきでないものには一切規制が及ばないようにするのが「規制の理想型」であるという考え方に基づく。
- ◆必要なのは「**過不足のない規制**」であって、規制そのものに反対という立場は取らない。
- ◆(サイバー)リバタリアニズム(規制の拒否・極小化)との違い。

■規制イメージ図(0)



■規制イメージ図(1)

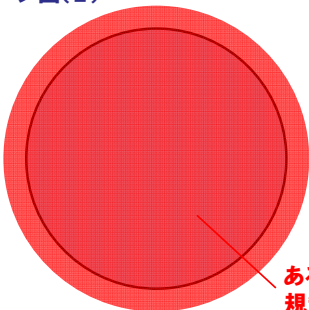
過小な規制。規制が効果的に達成されていないという意味では、これも「規制の失敗」と評価せざるを得ない。



ある規制手法で規制される領域

■規制イメージ図(2)

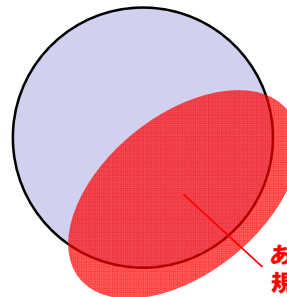
過剰な規制。規制は「謙抑的」であるべきだという発想からすれば、過小規制のほうがまだ望ましい。



ある規制手法で規制される領域

■規制イメージ図(3)

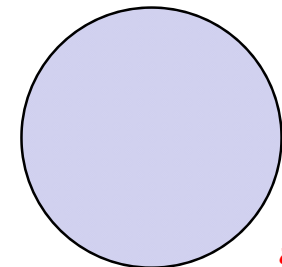
規制の偏り。部分的には過剰で、部分的には過小な規制。



ある規制手法で規制される領域

■規制イメージ図(4)

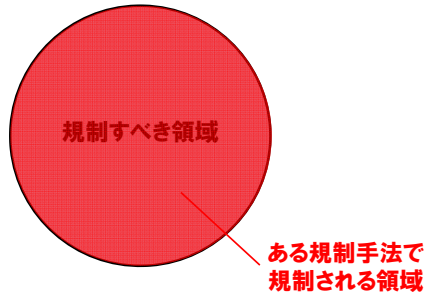
規制のすれ。本来規制すべき対象から完全にターゲットが外れている。



ある規制手法で規制される領域

## ■規制イメージ図(5)

完全に一致



18

## ■そもそも「規制すべき領域」は自明なのか

## ◆規制意図は何を基準に判断するか

cf. 立法者意思説と法律意思説  
→「規制すべき領域」は常に変動する？

## ◆規制と非規制の境界は明確か

cf. 記述的構成要件要素と規範的構成要件要素  
例えば「わいせつ」三要件  
→これ以上明確に定義できるか。

19

## ■ふたたび、「最適化」とは

- ◆限りなく「最適規制」の近似値を求めていく、「よりよい規制」のあり方を模索していくしかない。
- ◆ある時点でstaticあるいはstatisticに「最適化が達成された」と評価・事実言明するような概念とは位置づけていない。
- ◆そもそも、何(実効性、効率性、公正性、透明性、正統性...)を評価基準にするかによって、(仮想上の)最適解は変動する。
- ◆その意味で「最適化」は分析概念ではなく規範的な概念。SeinではなくSollen。

20

## ■規制要素(regulator)に着目した整理

## ■Lessigの「四規制力説」

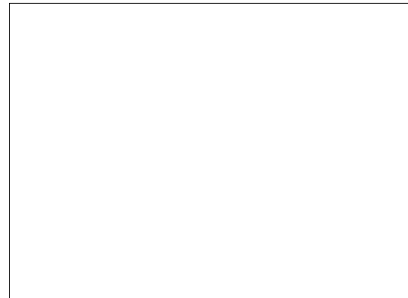
法(law)	規範(norms)
市場(market)	アーキテクチャ(architecture)

- ◆この中では法(法律)が最も強力。その他の規制権力に働きかけることができるから。
- ◆法は民主的決定によるところに、他のものにはない正統性がある。

21

## ■Lessigの「四規制力説」

出典:Lessig(1998: 667)



22

## ■規制の主体(規制者)に着目した整理

	規制主体	実効性 (enforcement)
政府規制・直接規制	政府	◎
自主規制 (self-regulation)	私人・団体	△
共同規制 (co-regulation)	公+私	○

23

強調は報告者による。

## ■「自主規制」とは

「ある私的法主体に対して外部からインパクトが与えられたことを契機に、当該法主体の任意により、公的利益の実現に適合的な行動がとられるようになること」  
(原田大樹『自主規制の公法学的研究』(有斐閣、2007)14頁)

## ■「共同規制」とは

「特定の問題に対応するにあたり、効率的かつ実効的なコントロール・ポイントを特定し、それらが行う自主規制に対し一定の公的な働きかけを行うことにより、公私が共同で解決策を管理する政策手法」  
(生貝直人『情報社会と共同規制』(勁草書房、2011)33頁)

24

強調は報告者による。

## ■「ソフトロー」とは

「裁判所その他の国の権力によってエンフォースメントされないような規範であって、私人(自然人および法人)や国の行動に影響を及ぼしているもの」  
(藤田友敬編『ソフトローの基礎理論』(有斐閣、2008)、i頁)

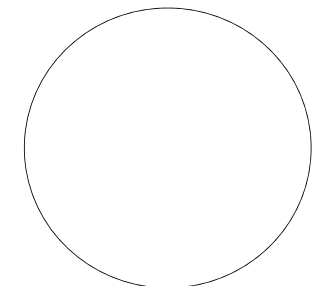
## ■そもそも「法」とは

「政治的に組織された社会の一その成員によって一般的に承認され、かつ究極においては物理的強制力に支えられた一支配機構によって定立または承認され、かつ強行される規範の総体」  
(碧海純一『法と社会』(中央公論社、1967)17頁)

25

## ■「自主規制の2面性」

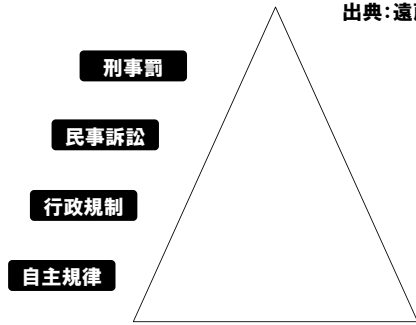
出典:生貝(2011: 40)



26

■「法システムの4段階ピラミッド」

出典:遠藤(2012: 48)



■規制要素の“スペック”

◆〈法×規範×市場×アーキテクチャ〉の機能因・作動態様・特性をどう把握・評価するか。

■比較基準・軸

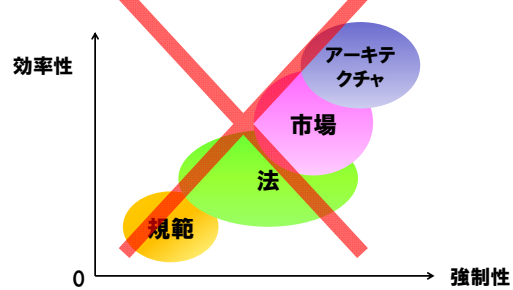


■スペック比較試行(1)

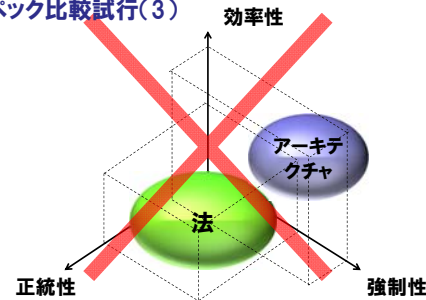
	法	規範	市場	アーキテクチャ
実効性	◎	△		◎
効率性	△	○	◎	◎
公正性				
透明性				
正統性	◎			

◆それぞれの要素に定性的な幅があるので、単純な比較はできない。

■スペック比較試行(2)



■スペック比較試行(3)



■(例)NHKのフリーライダー視聴規制

規制要素	規制手法
法	放送法の強化(刑罰化?), “訴訟も辞さない構え”
規範	受信料支払いのお願い、地域スタッフの巡回
市場	受信料を安く、割引して払いやすくする
アーキテクチャ	スクランブル放送

◆具体的に規制手法を特定すれば、その効果を予測・検証できる?

■いずれかの要素の過剰を防止する

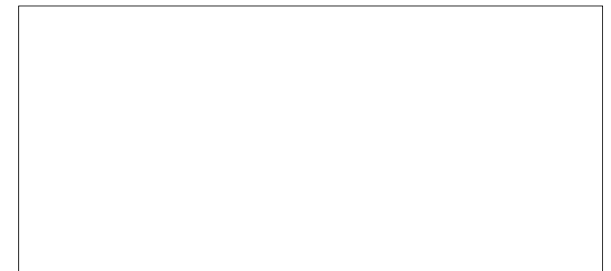
- ◆〈法〉の過剰  
「法の完全実行」、「法化社会」、政府の失敗
- ◆〈規範〉の過剰  
モラルカスケード、“不謹慎厨”
- ◆〈市場〉の過剰  
競争原理、市場の失敗
- ◆〈アーキテクチャ〉の過剰  
完全な規制の実現の恐れ、技術決定論の暴走

■いずれかの要素に頼りすぎると失敗する

- ◆〈法〉に頼りすぎ  
違法コンテンツ規制(?)
- ◆〈規範〉に頼りすぎ  
電車内の優先席付近での携帯電話の電源オフ
- ◆〈市場〉に頼りすぎ  
教育(大学?), 福祉、医療
- ◆〈アーキテクチャ〉に頼りすぎ  
CCCD(コピーコントロールCD)など一部のDRM

■禁煙意識調査

出典:ファイザー株式会社「タバコ増税後1年 全国喫煙者追跡調査2011」  
2011.9.27(調査の詳細は省略)



■“ベストミックス”という語の政治性

◆火力・水力・原子力の「ベストミックス」

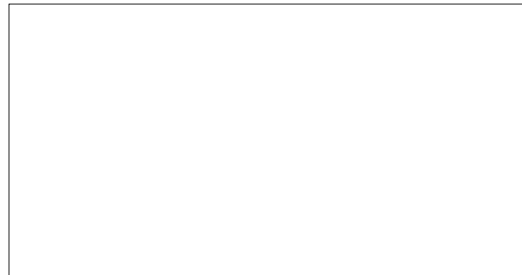
- …震災前、原子力を推進する電力会社のキャッチコピーとして盛んに使われた。
- ◆火力・水力だけでなく、多様な電源を組み合わせるべきという背景から生まれた和製英語？

■蛇足

※この用語を使用するからと言って、原発を維持しようという立場を表明したわけではない。

■電源構成

出典：東京電力「電源構成比の推移(当社)」  
<http://www.tepco.co.jp/company/corp-com/annai/gaiyou/subwin10-j.html>



■ベストミックスの2つの意味

◆規制要素の競合

それぞれ長所短所を持つ複数の規制がある。複数の手法をどう組み合わせるか。

◆規制要素の融合

1つの規制の中に、複数の規制要素が混合・複合している。それを腑分けして解析できるか。

■4つの規制要素の融合現象

■法の「環境」化

- ◆要件・効果、命令・統制型の(法)の衰退・消滅？
- ◆「〇〇基本法」、環境調整としての法
- ◆リスク社会、事前規制、疑わしきは…

■刑法199条

人を殺した者は、死刑又は無期若しくは五年以上の懲役に処する。

■事例研究

◆統計・言説、諸外国の先行事例、モデルケースを収集して、何が言え、何が言えないかを、個別の規制領域ごとに検討していく。「ベストミックス」を導出する普遍的要素があるなら、それを析出する。

■学際研究

- ◆定量的部分と定性的要素がある。
- ◆それらを総体として評価するには、ミクロ経済学、人間心理・行動論など学際的に探究せざるを得ない。

■三たび、「最適化」とは

◆単に規制がターゲットにびたりと合う(過不足のない規制を行う)だけでは「最適化」とは言えず、規制の公正性・透明性・正統性…の達成も必要。

■「規制満足度」

- ◆「規制」も、民営化、官民協働、「新しい公共」の道を進むとすれば、こういう概念も出てくるだろう。
- ◆一主体が、規制者でもあり被規制者でもある。受け容れられる規制、“満足”できる規制の構築。

■ルールメーカー(rule maker)は誰か

■秩序・規律を誰が形成していくべきか

- ◆規制要素のベストミックスの探究は、一意の規制者の存在を前提とした議論なのか。
- ◆規制は単一の為政者ではなく、複数のプレイヤー・ステークホルダー(※)のせめぎ合いから生まれる。それらが自律分散協調するための条件は？
- ◆単一のルールメーカーがベストミックス点を決定するのではなく、自動的に収束していつのまにか達成されているというイメージ。

※特に注目すべきは、議員立法、ポリシーロンダリング、ネットの意志、国際プラットフォーム(福井(2012))。