

2007年（平成19年）11月15日

文化庁長官 殿

大阪弁護士会
会 長 山 田 庸 男

「文化審議会著作権分科会法制問題小委員会中間まとめ」に関する意見

当会は、貴庁が平成19年10月16日に公表した「文化審議会著作権分科会法制問題小委員会中間まとめ」（以下「中間まとめ」という。）中、「第5節 ライセンシーの保護等の在り方について」（中間まとめ62～71頁）及び「第6節 いわゆる『間接侵害』に係る課題等について」（中間まとめ71～76頁。後記第2において「本件検討」という。）に対して下記のとおり意見を述べる。

第1 「第5節」ライセンシー保護等のあり方について

1 総論

(1) 新たな登録制度の創設について

対抗要件を具備させる新たな登録制度の創設に対して、ライセンシー保護の必要性から法改正の方向で検討することについて賛成する。しかし、「文化庁審議会著作権分科会法制問題小委員会中間まとめ」（以下「中間まとめ」という。）において検討されている登録制度については、対象とする著作物、業界の実情、現在検討されている特許権等の通常実施権の登録制度の改正の方向にも留意しつつ実態に即した対抗要件制度を設計すべきであり賛成できない。

(2) 中間まとめにおいて、検討されている登録制度については、ライセンサーごとに登録原簿を調製し、一般開示事項と対抗関係にたつ第三者への開示事項を分け、一般開示事項については権利の内容に関する登録事項は開示しない等特許権・実用新案権における特定通常実施権登録制度に近似する制度として制度設計がなされていると思われる（特定通常実施権登録制度が創設されたことを考慮すべきことが強調されている。）。

しかし、特定通常実施権登録制度は、通常実施権登録制度が存在する特許権・実用新案権において、特例として創設されたものである。すなわち、個々の特許権等の登録番号等を特定せず、それ以外の方法で特定している包括的ライセンス契約においては従前からある通常実施権登録制度を利用することが困難であるため、これを特定通常実施権許諾契約とし、その契約による通常実施権の登録をおこなうことにより、対抗力を付与するものである。

この点、著作権については、特許権等登録を前提とする通常実施権の登録制度そのものが存在せず、対抗要件制度が存在していない。そのことが関係してか、検討され

ている登録制度の概要としては、包括的ライセンス契約を含んだライセンス契約一般について許諾にかかる著作物を利用する権利を登録できる制度とされている。

しかし、例えば、個別のライセンス契約において対象となる著作権を特定することが容易である場合と、包括ライセンス契約において対象となる著作権を特定することが容易でない場合を同一に論じることは困難であり、対象となる権利の特定方法についても著作物毎の検討が不十分と考えられる（この点、中間まとめでもライセンシー保護のための登録制度の要望はコンピュータ・プログラム業界とされており、その他の著作物を対象とする業界については必ずしも必要性を感じていないとされている。）。

2 各論

以下、第5節 3 検討結果に対して意見を述べる。

(1) ライセンシーの保護について

① 検討の方向性について

検討の方向性では、ライセンシーの保護について、「ア. 著作物を利用できる地位の保護」の観点を中心に検討することとされ、特許等について特定通常実施権登録制度が創設されたことを考慮すると、可能な限り特許等の登録制度との整合性を図りつつ制度設計する必要があるとされている。

著作物を利用できる地位の保護の必要性が存在することについては認められると考えられ、破産管財人及び権利を譲り受けた第三者に対して当該地位を対抗しうる制度の検討を行うべきであるということについては賛成である。

また、特定通常実施権登録制度の利用が予定されている包括的ライセンス契約においては、特許権等のみならず著作権（例えば、特定の機械についてそれに使用するコンピュータ・プログラムやコンテンツについての著作権）が含まれていることが考えられ、これについての対抗要件を創設する必要性は高いと思われる（但し、特定通常実施権登録制度における対象権利の特定については不十分と思われる。）。

しかし、一般の通常実施権登録制度が存在する特許権等において、特例である特定通常実施権登録制度が創設されたということから、創作がなされた段階で権利が発生するとされている著作権において、特定通常実施権登録制度を前提として全体の制度設計をすべきかどうかは別問題である。各業界においても登録制度の創設の必要性について見解が異なっており、例えばコンピュータ・プログラムの業界中エレクトロニクス・IT産業・ソフトウェア（パッケージ）産業ではライセンシーを保護する制度が必要であるとする意見が多く、ソフトウェア（ゲーム）業界では積極的な意見が聞かれていないとされているし、その他の各業界については制度創設に積極的な意見はなかったとされている。

例えばエレクトロニクス業界においては、特定の製品について多数の特許権について包括的なライセンス契約を行っている例が多く存在し、その場合に当該製品に使用されるコンピュータ・プログラムについてライセンシーの保護を図る必要性は存在していると思われる。この点、コンピュータ・プログラムについては

プログラムの著作物に係る登録の特例に関する法律により財団法人ソフトウェアセンターにおいて著作物ごとに登録が行われており、この制度を利用して、著作物ごとに利用する権利を登録する方向での検討も可能である。また、ある特定の製品に使用する著作物を包括的に利用する契約がなされた場合には、特定通常実施権登録制度との整合性を考慮する必要はあろうが、登録を権利発生要件としていない著作権においては特定通常実施権登録制度と同様の制度とすることは、対抗要件を付与する権利の特定、手続の煩雑さを招くといった面でも妥当ではないと考える。

著作物の利用については、著作物の種類に応じて利用関係や業界の慣行等が異なるため、これらの実情等を考慮した制度設計を行う必要があると考えられる。

② 著作物を利用できる（許諾を受けた）地位の保護のための登録制度の概要

A 登録の概要について

ア 登録の概要において、包括的ライセンスを含んだライセンス契約で設定された「許諾に係る著作物を利用する権利」を、国に備えられた登録原簿に登録することができることとすることが適当と考えられるとしている。

「許諾に係る著作物を利用する権利」を国に備えられた登録原簿に登録することができる制度を創設すること自体については、ライセンシー保護の観点から賛成である。

しかし、特定通常実施権登録制度は、包括ライセンス契約を念頭においた特定通常実施権設定契約にのみ適用されるとされている。包括ライセンス契約を念頭においた制度との整合性を前提にそれ以外のライセンス契約で設定された「許諾に係る著作物を利用する権利」も含む制度を設計することは、困難であると考えられる（この点、著作物ごとに個別に行われるライセンス契約と包括的ライセンス契約について別の制度とするのか、一体的に処理する制度を創設するのは中間まとめからは判然としないが少なくとも一体的に処理する制度とすることは困難である。）。

特許権等における一般の通常実施権の設定登録制度との整合性を図りつつ（今般検討されている特許権等における通常実施権の登録制度との整合性も検討する必要がある）、著作物毎に個別の検討を行うべきと考えられる。

イ また、著作物を利用する契約について新たな登録原簿へ登録する場合、許諾の対象となる著作権の特定方法は、詳細な明細書や副生物の提出などを求めないなど、登録制度の利用者にとって簡便な手続となるよう考慮するとされている。

しかし、登録によって対抗要件を付与する場合には、登録によって権利対象が特定され、権利内容が公示されていることを前提として、当該権利内容に関する内容を知り得た第三者については保護する必要がないという理由で、登録者に公示されている権利内容について対抗力を与えている。利便性を考慮するあまり、対抗力を付与されるべき権利の内容が不明確となった場合には、当該権利の内容を第三者が知り得るという対抗力付与の前提が崩れることとなる。

第三者に対し権利設定の効力を対抗できることの前提として求められる権利内容の公示という側面を失わせないように配慮した制度設計とすべきである。

B 対象となる権利

登録の対象となる権利をライセンス契約によって許諾された「許諾に係る著作物を利用する権利」とすること、包括的ライセンス契約においては登録後に発生する権利についても、当該著作物の利用に関する権利も登録の対象に含まれるとすること、著作物ごとに登録原簿を調製する現行制度とは異なり、ライセンサーごとに登録原簿を調製することが適当としている。

登録の対象となる権利の特定が不十分であるとライセンサーにおいてライセンス契約をしているということしか明らかとならず、どのような権利についてライセンスを行っているかがわからないこととなる（将来発生する著作物の利用を許諾する権利の発生は何時の時点から考えるのか、また、どのように特定するのかについては十分な検討が必要である。）。

ライセンサーが権利を譲渡した場合、ライセンシーの地位が譲渡された場合にはどのように移転登録を行うのかについても検討する必要がある。

包括的ライセンス契約のみならず、個別的な利用許諾についても、ライセンサーごとに登録簿を作るべきかについては検討を要する。

C 登録を申請することができる者

登録を申請することができる者については、共同申請主義をとることとされている。守秘義務条項の存在、ライセンス契約の秘匿性、従前の契約について申請が義務づけられていないことから、必ずしも利用が円滑に進まないとも考えられる。しかし、従来の制度（特定通常実施権登録制度及び通常実施権登録制度）との整合性という観点からすれば共同申請主義をとることはやむを得ないとも思われる。結局、共同申請主義をとるか否かについては、特許権等における制度との整合性、単独申請による対抗力付与を認める必要性、制度自体の利用可能性の点から、検討する必要があると考える。

D 登録事項

登録事項については、著作物ごとに詳細に検討を行うべきであり、特に許諾の対象となる著作物の特定については、対抗力を付与するにたるべき権利の特定を求めるべきである。

E 登録対象の特定方法

登録時に対象となる著作権と「許諾に係る著作物を利用する権利」の設定範囲が特定されていることが必要としている。

この点は妥当と考えられる。

包括的ライセンスについては、当事者間において許諾対象となる権利として特定されていればよいとする点については、公示内容を見たとしても第三者には許諾対象となる権利の内容がわからない場合があり得る。このような場合に「許諾に係る著作物を利用する権利」について対抗力を付与することは妥当ではないと考える。

F 登録の効果

第三者に対する対抗力を付与することについては賛成。

G 登録事項の開示制度

中間まとめにおける登録事項の開示制度は、ライセンシー名及び「許諾に係る著作物を利用する権利」の内容については原則非開示となっており、ライセンシーと対抗関係に立つ第三者等には「許諾に係る著作物を利用する権利」の内容を知らせる制度として検討されている。

ア 一般的開示事項について

中間まとめで検討されている一般的開示事項では、結局ライセンサー名と件数しかわからず、実質的には何ら公示をしていないに等しい（例えば、ライセンシー保護の制度の必要性を主張しているエレクトロニクス業界においては、包括的クロスライセンスがなされていることが多いとされており、このような場合にライセンサー名と件数だけが開示されていても、結局ライセンス契約を多数行っているということしかわからない。）。特定通常実施権登録制度と同様の規定と考えられるが、同制度の開示自体が不十分である。

少なくとも対象となる著作物については開示すべきであると考ええる。

イ ライセンシーと対抗関係に立つ第三者に開示される事項

特定通常実施権登録制度による開示手続は煩雑であり、例えばライセンシーにとっても第三者からの開示請求に対し登録外登録制度の利用を強制される面がある等制度として問題点が存在する。中間まとめにおいては、著作物を利用することができる権利についてライセンサーごとの登録制度を検討しており、この場合例えば登録外登録制度についてはどのような制度設計を行うのかについては記載なく不明である。登録制度が完備されている特許権等においても問題があるが、著作権について特定通常実施権登録制度と同様の制度を設けることは困難である。この点、Eの特定方法とも関連して十分に検討すべきと考ええる。

H 登録の対象となる著作物の種類

業界ごとに必要性が異なっており十分な意見聴取と検討を行うべきであると考ええる。

G 指定登録機関

登録機関として適切な機関を設ける方向での検討を要望する。

J その他

著作権が未登録でも発生すること、同様の内容の著作権が併存しうることから、登録された「許諾に係る著作物を利用しうる権利」について、権利の不存在や冒認等の危険性が特許権等登録を前提とする権利よりも多く存在すると考えられる。この点に対する対策についても検討する必要があると考えられる。

③ 著作物を利用できる条件の保護

登録制度を単に対抗力を付与するものとし、当然には契約内容が承継されるものではなく、この点については判例・学説の蓄積により秩序形成をはかるべきものとしている。

しかし、単に対抗力を付与し、実施権があるとしても、契約内容が承継されな

いとした場合には、その後の権利義務関係について不確定となり、紛争が生じることが考えられる。契約上の地位の承継がなされないとした場合には、対抗できるとした後の権利関係については裁定制度等の制度を設けることが必要と考えられる。

(2) 利用権について（著作物を独占的に利用できる地位の確保）

専用実施権制度を導入している国がほとんどないとされていること、現行著作権制度の仕組みを大きく変える必要があり、今後の検討課題としている。

国際的整合性のとれた保護のあり方についてなお検討されるよう要望する。

第2 「第6節」間接侵害に係る課題について

1 本件検討の概要

(1) 本件検討は、著作物を自ら（物理的に）利用行為をなすとは言い難い者（特許法等における間接侵害者あるいは侵害幫助者ともいうべき者）の行為について、当該行為の差止請求を認容するための実定法上の根拠を新たに創設する、立法的対応の検討を内容とするものである。

このような間接侵害者あるいは侵害幫助者の例としては、著作権管理団体による管理著作物である音楽著作物を管理団体に無許諾で客に歌唱させるカラオケスナック（参考：最高裁昭和63年3月15日判決）、そのようなカラオケスナックに対して通信カラオケサービス等の提供を継続するリース業者（参考：大阪地裁平成15年2月13日判決）等が過去の裁判例に現れている。本件検討もこれらの裁判例に示された事例を挙げつつ、判例法理（本件検討は「カラオケ法理」と呼称する。）が過度に拡張適用されることによって、企業行動の予測可能性を損ないかねないとの問題認識に基づいて、冒頭に述べた立法的対応の必要性を説くものである。

(2) そして、本件検討は、立法的対応の一つの方向性として以下のような「間接侵害に係る一例としての立法案」を提示する（中間まとめ75頁（3））。

「…従来裁判例のうち自ら（物理的に）利用行為をなす者以外の者について侵害行為主体性を認めたものにおいては、当該者が『他者に行為をさせることにより侵害する』旨を判示したものが相当数あることから、このような『他者に行為をさせることにより侵害すると認められるような場合』について、（注：著作権法）第112条の差止請求の対象とすることとする案について、検討された。そして、その一例として、以下のような案が示された。

○ 他者に行為をさせることによるものも侵害に当たるとした上で、その一例として、専ら侵害の用に供せられる物等の提供等を行なうことを例示する。なお、このような、『専ら侵害の用に供せられる物等の提供その他の行為により他者に（侵害）行為をさせることにより侵害をする者』とは、言い換えると、その行為により、他者の侵害行為をそのコントロール下に置いており、（その行為

をやめさせること等により) この他者の侵害行為を除去し、ないし、生じさせないことができる立場にある者のことであるといえる。」

- (3) そのうえで、本件検討は上記2の案を一例として更にその妥当性を含め引き続き検討する必要があると結んでいる。

2 意見

(1) 総論

- ① 間接侵害者あるいは侵害幫助者(「著作物等につき自ら(物理的に)利用行為をなすとは言い難い者」)の行為を所定の要件のもとに差止請求の主体とする実質的必要性、及び、その処理を行ってきた従来判例法理に拡大解釈のリスクが存在するとの問題認識については、本会としても異論がない。

従って、上記のような行為(以下「間接侵害行為等」という。)に差止請求の根拠を付与するための著作権上の法的根拠を創設しようとする本件検討の基本的方向づけについても、本会として異論はない。

- ② この点を敷衍する。

本件検討においても挙げられている最高裁昭和63年3月15日判決(民集42巻3号199頁。クラブキャッツアイ事件)を嚆矢に、過去の裁判例においては、著作物の直接的利用(口述、演奏、上演、送信可能化等)を自ら行わない間接侵害行為等について、共同不法行為(民法719条2項)による損害賠償のみならず、当該行為の差止めを認めるべく間接侵害等行為者を著作権法112条1項の「著作権…を侵害するおそれがある者」に擬する理論を構築してきた。

最高裁昭和63年3月15日判決は、平成11年著作権法改正による削除前の著作権法施行規則(昭和45年)附則3条1号に基づき旧著作権法(明治32年法)の適用(適法録音物の再生は著作権侵害としない)を受けることができる業態、即ち、「客に飲食をさせる営業」又は「音楽鑑賞のための特別の設備を備える業態」のいずれかに該当しない業態に、カラオケスナックやカラオケボックスという業態が該当する可能性があるという最判当時の状況を背景とするものである。カラオケスナックは客に飲食をさせる営業ではあるが「音楽鑑賞のための特別の設備」(ジュークボックスやオーディオ設備)を必ずしも備えているわけではないことから、また、カラオケボックスは「客に飲食をさせる営業」に必ずしも該当しないことから、管理著作物等の利用許諾を受けていなくても、旧著作権法の例に従いその営業を著作権侵害(演奏権侵害等)に問えないのではないかという見解が存在した。

しかしながら、適法録音物の再生と生演奏とを切り分け、後者のみを演奏権侵害に擬していた明治32年法当時の状況は、現行著作権法(昭和45年法)立法当時において一変し、適法録音物の再生についても生演奏による利益還元と同様に著作権者に対する利益還元の必要性があると認識されるようになった。

かかる状況を背景として、最高裁昭和63年3月15日判決は、客に歌唱を行なわせることによって利益を収受するカラオケスナックによる演奏を下記のように判示して演奏権侵害に擬する画期的判決をした。

「客やホステス等の歌唱が公衆たる他の客に直接聞かせることを目的とするものであること（著作権法22条参照）は明らかであり、客のみが歌唱する場合でも、客は、上告人ら（注：カラオケスナック）と無関係に歌唱しているわけではなく、上告人らの従業員による歌唱の勧誘、上告人らの備え置いたカラオケテープの範囲内での選曲、上告人らの設置したカラオケ装置の従業員による操作を通じて、上告人らの管理のもとに歌唱しているものと解され、他方、上告人らは、客の歌唱をも店の営業政策の一環として取り入れ、これを利用していわゆるカラオケスナックとしての雰囲気醸成し、かかる雰囲気を好む客の来集を図って営業上の利益を増大させることを意図したというべきであって、前記のような客による歌唱も、著作権法上の規律の観点からは上告人らによる歌唱と同視しうるものであるからである。したがって、上告人ら（注：カラオケスナック）が、被上告人（注：日本音楽著作権協会）の許諾を得ないで、ホステス等従業員や客にカラオケ伴奏により被上告人の管理にかかる音楽著作物たる楽曲を歌唱させることは、当該音楽著作物についての著作権の一支分権たる演奏権を侵害するものというべきであり、当該演奏の主体として演奏権侵害の不法行為責任を免れない。」

その後、平成11年著作権法改正により昭和45年著作権法施行規則3条1項が削除されたことから、適法録音物の再生全般について演奏権侵害を問うことができるようになったが、著作権法38条は非営利目的で且つ演奏者に報酬が支払われない演奏、上演、口述等には著作権が及ばないため（即ちカラオケスナックあるいはカラオケボックスでの客の歌唱は著作権者が有する演奏権あるいは口述権を侵害しない）、著作物の経済的利用に対し規制を及ぼす論理として、昭和63年最高裁判決が構築した「管理支配性」の法理はその後も数々の事例で援用されるに至った。

- ③ ただ、近時において、①著作物の直接利用者に対する管理支配性、②営利性を根拠に管理者（間接侵害等行為者）を著作権法112条1項の侵害行為主体に擬する見解¹が、昭和63年最高裁判決が述べた侵害主体擬制論のニュアンスに変容を遂げながら拡大的に解釈されるようになってきている。

例えば、カラオケスナックに通信カラオケ機器をリースするリース業者に対し、大阪地裁昭和15年2月13日判決（判時1842号120頁 ヒットワン事件）は以下のように述べている。

「著作権法112条1項にいう『著作権を侵害する者又は侵害するおそれがある者』は、一般には、侵害行為の主体たる者を指すと解される。しかし、侵害行為の主体たる者でなく、侵害の幫助行為を現に行う者であっても、（1）幫助者による幫助行為の内容・性質、（2）現に行われている著作権侵害行為

¹ 例えば渋谷達紀・知的財産法講義Ⅱ（2004年）65頁

に対する幫助者の管理・支配の程度、（３）幫助者の利益と著作権侵害行為との結び付き等を総合して観察したときに、幫助者の行為が当該著作権侵害行為に密接な関わりを有し、当該幫助者か幫助行為を中止する条理上の義務があり、かつ当該幫助行為を中止して著作権侵害の状態を除去できるような場合には、当該幫助行為を行う者は侵害主体に準じるものと評価できるから、同法１１２条１項の『著作権を侵害する者又は侵害するおそれがある者』に当たるものと解するのが相当である。けだし、同法１１２条１項に規定する差止請求の制度は、著作権等が著作権を独占的に支配できる権利（著作者人格権については人格権的に支配できる権利）であることから、この独占的支配を確保する手段として、（著作権等の円満な享受が妨げられている場合、その妨害を排除して）著作権の独占的支配を維持、回復することを保障した制度であるということができるところ、物権的請求権（妨害排除請求権及び妨害予防請求権）の行使として当該具体的行為の差止めを求める相手方は、必ずしも当該侵害行為を主体的に行う者に限られるものではなく、幫助行為をする者も含まれるものと解し得る」。

通信カラオケ装置のリース業者が物理的に「演奏権」を侵害していると評価できないのは勿論であるが、規範的な意味にせよ「演奏権」侵害者に擬する構成は些か技巧的にすぎるように思われる²。そのため、学説からも「ヒットワン判決やファイルログ判決³には賛否両論があるところであるが、解釈論としては行きすぎではないとかと思われる。」との批判がされるに至った⁴。

- ④ 本会も、上記の学説の批判及びこれと同旨を述べると思われる本件検討の基本的方向性に異論はない。

通信カラオケ機器リース業者が無許諾演奏を行なわせるためにカラオケスナックに対してカラオケ機器を提供する行為と、ウェブサイトにおいてファイル交換サービスを提供する業者の行為とを、ともに１１２条１項により、特定の著作物についての演奏権侵害あるいは送信可能化権侵害に問うことは余りに技巧的であり、両者を共通に侵害行為主体に擬律する根拠を「管理支配性」及び「営利性」という評価に求めるとするならば何が「管理支配」に該当し何が該当しないかの予測可能性を失わせ、更に、１１２条違反に刑事罰も課せられることを併せて考えれば（著作権法１１９条１号）、このような「開かれた構成要件」によって罰則が発動されることは罪刑法定主義の観点からも妥当性を欠くことになる。

（２） 具体論

- ① 次に、中間まとめにおいて本件検討が提案する立法案についての本会の見解

² 最判昭和６３年３月１５日における伊藤正己裁判官の少数意見参照。

³ 東京地裁平成１５年１月２９日中間判決（判時１７８０号２５頁）。ピア・ツー・ピア方式のファイル交換において、他人の著作物を送信可能化（アップロード）したこのユーザのみならず、ファイル交換サービス提供事業者をも、「①被告行為の内容・性質、②利用者のする送信可能化状態に対する被告の管理・支配の程度、③被告の行為によって受ける利益の状況等を総合し斟酌」してサービス提供行為を原告著作物の送信可能化権侵害に該当するとした事例。

を述べる。

結論として、本会は、「112条1項の差止請求の対象」として、中間まとめに示される新たな行為類型を同条項で明文化することに対しては、なお慎重な検討を要するものとする。

- ② 本件検討は、「他者に行為をさせることにより侵害すると認められるような場合」をもって、112条1項の著作権等侵害行為に擬律し、その一例として「専ら侵害の用に供せられる物等の提供等を行なうこと」を例示するとしている。そして、「このような、『専ら侵害の用に供せられる物等の提供その他の行為により他者に（侵害）行為をさせることにより侵害をする者』とは、言い換えると、その行為により、他者の侵害行為をそのコントロール下に置いており、（その行為をやめさせること等により）この他者の侵害行為を除去し、ないし、生じさせないことができる立場にある者のことである」としている。
- ③ しかしながら、上記の検討内容には次に述べる問題点がある。

ア 「他者に行為をさせる」或いは「専ら侵害の用に供せられる物等の提供その他の行為により他者に（侵害）行為をさせることにより侵害をする者」の概念は相変わらず曖昧であり、「予測可能性の欠如」という判例理論に対する危惧を解消するものとはなっていない。

例えば、日本音楽著作権協会の許諾を得ていないカラオケスナックに対し、通信カラオケ装置を供給する行為は、「専ら侵害の用に供せられる物」の提供に該当すると自然に解釈することができる。しかしながら、ウェブサイト上のファイル交換サービスの提供あるいはファイル交換ソフトの提供は、著作権侵害とは何ら関係のない電子ファイルの交換に用いられることを企図しているともいえる。このような場合、当該ファイル交換ソフトが「専ら侵害の用に供せられる」ものに該当するか否かの判断は容易ではない。「特にデジタル技術の発展により、情報を利用し、従来では見られなかったような幫助的なビジネス・モデルが発生し、それに伴い著作権の侵害主体についても…侵害主体を幫助者にまで拡張することにより、プロバイダーや複製機器の製造販売業者、更には検索エンジンの提供業者等についても侵害主体とされる可能性が出てくる」との現行法上の判例論理に対する批判⁴ないし問題点が、本件検討における上記案文において解消されているとは言い難い。

著作権の適切な保護が文化の発展にとって重要なことは勿論だが、一方で、デジタル社会におけるインフラストラクチャー的役割を担う新技術が「専ら侵害の用に供せられる」との法文の解釈次第で著作権侵害に擬せられ技術開発に対する萎縮的効果を生ずることを、本会は危惧するものである。

イ 112条1項該当行為は、前述のとおり、著作権法119条1号により罰則が適用される行為である。罪刑法定主義の観点から、「専ら侵害の用に供せられる」といった開かれた構成要件によって新たな著作権侵害罪を創設するに等しい法改正は行うべきでなく、以下のようにすべきであるとする。

⁴ 中山信弘・著作権法（2007年）481～482頁

⁵ 前掲中山482頁

ウ 本件検討は、「『専ら侵害の用に供せられる物等の提供その他の行為により他者に（侵害）行為をさせることにより侵害をする者』とは、言い換えると、その行為により、他者の侵害行為をそのコントロール下に置いており、（その行為をやめさせること等により）この他者の侵害行為を除去し、ないし、生じさせないことができる立場にある者のことである」としている。

しかし、前記の「言い換えると」以降の説明は継続的に直接侵害の温床となる状況を管理（機械のリース或いはウェブサイトの開設）している者には当てはまるが、単発的行為、例えばカラオケ機器の売切り、著作権隣接権侵害を惹起する録画システムの売切り（大阪地裁平成17年10月24日判決（判例時報1911号65頁 選撮見録事件））には該当しないという、過去の判例上差止めの対象とされた行為を規制の枠外に置いてしまう結論となる。そもそも選撮見録事件判決も結論の是非自体に議論がありうるところだが、当該事件の被告による行為も著作権法上違法という立場を本件見解が採用し、それを明文化することを試みているのであれば、「直接侵害行為を止めさせる」ことが出来ない立場の者は本件検討の新法案において非侵害者となるはずなので、首尾一貫しないことになってしまう。

一方、「他者の侵害行為をコントロール下に置く」ことを新たな侵害行為の要件とした場合には、カラオケボックスの顧客（この顧客には著作権法38条1項が適用され著作権侵害が成立しない）を支配下において営業するカラオケスナックは規制対象とできるのかという問題も生ずる。

- ③ 以上のように、本件検討の立法案には予測可能性あるいは罪刑法定主義との関連性の更なる検討、過去の裁判事例との整合性の検討など更に検討すべき問題点を包含するものと考えられる。

なお、前記②ウで示唆したとおり、継続的な侵害幫助行為と単発的な侵害幫助行為とは分けて考えた方がよい。「直接侵害者の存在」を要するかどうか慎重な検討を要する。即ち、具体的な行為類型ごとに新たな侵害成立要件を細やかに検討する必要があり、そのように考えると、112条1項の改正による包括的な規制よりも113条の侵害とみなされる行為に具体的な侵害行為を盛り付ける方向性の検討の方が優れているように思われる。

本件検討においては、「第113条において、いわゆる『間接侵害』行為に該当する具体的な行為類型について、侵害とみなす行為として規定」する改正法立案の方向性を、「著作権の支分権の及ばない範囲まで権利の効力を実質的に確定する規定であるため、具体的に列記することによって反対解釈を招くおそれがあるとの意見があった」ことから見送ったという記述があるが（中間まとめ73頁11～14行）、裁判例上の「カラオケ法理」の拡張解釈による著作権侵害概念の野放図な拡張あるいは予測可能性の欠如を本件検討における立法対応の理由とする以上、新たなみなし侵害行為を明示的に法定した場合には、その反対解釈によって新たな要件に該当しない行為はコピーライトフリーであるとの解釈が導かれるのは当然であろう。

従って、著作権法113条の改正という手法を採用するのに躊躇する理由は

ないと考える。

著作権の適切な保護と第三者の予測可能性の調和を念頭におきつつ、罰則規定の適用においても罪刑法定主義に反しない処理を指向するのであれば、112条1項において包括的な侵害行為類型を新設するよりも、113条において具体的且つ肌理細やかなみなし侵害行為類型を新設する方向性（例えば、「侵害行為の用にのみ供される物等の提供行為」、或いは、「著作物の無断利用を幫助することを知り、且つ幫助行為を停止させることが出来る者が行なう幫助行為」）に目を向けるべきであると考えます。

加えて、昭和63年最高裁判決が、本来であれば著作権者に還元されるべき利益収受に対する規制の必要性を背景として下された事情を勘案するならば、新たな侵害行為類型の構成要件として「営利目的」を盛り込むことも検討する必要があると考えます。

(3) 結語

以上、本件検討についてはその基本的方向性に異論はないが、新立法の具体案については更なる慎重な検討を要するものと考えます。