

法制・基本問題小委員会（第6回）における意見の概要 （リーチサイト等への対応について）

（2）刑事

[論点1 前段（現行制度において対応が可能か）について]

〈送信可能化権侵害及び公衆送信権侵害の幫助の成否に関する意見〉

- 二つの論文は、正犯の実行行為とは何か、アップロード行為だけか、その後の行為も考慮するかという観点で異なるが、両論文とも、アップロード行為のみが正犯行為であって、リンクを張る行為自体は正犯行為とはなり得ないという前提理解である。中川論文では、正犯の実行行為を促進することで正犯結果を促進するというのが刑法における幫助犯であるという理解を厳格に維持する限り、アップロード行為自体を促進することができないので、送信可能化権侵害についての幫助犯の成立を肯定するのは困難であるが、公衆送信自体は、コンテンツのアップロード後もなお公衆による個々の要請に応じて行われるので、公衆送信権侵害についての幫助犯の成立を肯定することが可能であるという形で議論を分けている。これに対して壇＝板倉論文では、公衆送信権侵害及び送信可能化権侵害をいずれも継続犯として捉え、アップロード行為という個々の行為自体は終わっても、その後著作権侵害コンテンツを依然として掲載し続けている（消去しない）行為が継続していると構成し、そうした行為に関与しているから幫助犯が成立するという理解を採用している。
- アップロード行為自体を促進しなければ幫助とは言えないという理解を厳格に維持すると、送信可能化権侵害及び公衆送信権侵害のいずれについても、アップロード行為という正犯の実行行為自体は既に終了しているので、およそ幫助犯は成立しないという理解もあり得る。
- リンクの場合、純粋に幫助だけかということ、軽く実行できることにより教唆されてやってしまうという場合もあり、教唆的な面もある。完全に犯意を持っている者にとっては純粋に幫助であるが、軽く実行できる装置によって犯意が生まれるということもあり、幫助と教唆が合体したような、狭義共犯の混合包括形態のようなものといえる。
- 幫助、事後従犯と独立の正犯の三つは明確に区別すべき。正犯が終わった後では幫助にはなり得ず、事後従犯にしかならない。送信の場合には受信者が必要であるので幫助と言いがやすいが、アップロードの場合には、アップロードする場を提供して幫助をしやすくしているとか、技術の面などと、何をどの人との関係で考えるのか、送信可能化の場合は事後従犯にもなり得、2面性がある。違法ファイルの拡散をしているとも見られるし、送信可能化については細かい分析が必要。
- 送信可能化と送信について、基本的には送信は侵害であることは間違いないが、送信可能化は、立法趣旨としては、アップロードするとどんどんダウンロードされてしまう状態にあるため、差

止をする必要があり、刑罰も問える。そういった危険犯的な意味での送信可能化の独立性があるため、送信と混ぜないほうがよい。

〈送信可能化権侵害の幫助の成否に関する意見〉

(送信可能化の性質に関する意見)

- まねき TV 事件の最高裁判決では、著作権法が送信可能化を規制の対象となる行為とした趣旨は、公衆送信のうち、公衆からの求めに応じ自動的に行う送信が既に規制の対象とされていた状況のもとで、現に自動公衆送信が行われるに至る前の準備段階の行為を規制することにあると言っている。しかも、著作権法第 2 条第 1 項第 9 号の 5 では、基本的にはある特定の点を指すような形で説明がされている。特に入力型送信可能化と記録型送信可能化があって、入力型の場合は唯一、入力し続けることを概念していること等を踏まえ、これらを整合的に解すると、やはり送信可能化については原則、点を捉える。入力型送信可能化はずっと続くのが前提だが、記録型については点で終わると解す必要がある。準備の状態がいつまでも続く概念する必要はないのではないか。
- 送信可能化をどう捉えるかについては、2 条 1 項 9 号の 5 の送信可能化の定義によれば点と捉えているようにも見えるが、送信可能化を公衆送信に含めるのは侵害が成立する時期をアップロードの時点に遡らせる趣旨であり、送信可能化と、その後リクエストがあったときに行われる自動公衆送信は、連続した一体的なものと捉えるべきではないか。
- 「送信可能化」は準備行為であるアップロードだけを指すと解釈するのが妥当。もし、送信可能化権しかない著作隣接権が自動公衆送信によって侵害されることはないと考えるのであれば、法第 119 条第 3 項「著作権又は著作隣接権を侵害する自動公衆送信」の文言はおかしい。この部分は議員修正により設けられたもので、正確とは言い難いとも考えられる。

(リンク情報の提供行為につき送信可能化の幫助が成立し得るとする意見)

- 送信可能化自体が一種の危険犯であり、その後に自動公衆送信される危険性のある行為を捉えて、その時点で違法とするものであるため、実際その危険性がどれほど増したか、リンクを張ることによってアクセスする人が増え、違法にダウンロードする人が増えるという関係にあれば、送信可能化行為自体は終了していたとしても、そのような危険性を増す行為はある種の幫助として捉えてよい。EC 裁判所では「新たな公衆」を獲得するような場合にはリンク行為は違法になっているが、このような行為の評価によれば、リンクを張ることによって違法行為を助長するという関係は、送信可能化についても観念することができるのではないか。
- 例えばアップロードしても、サイトを止められたら幫助できなくなってしまうという点を捉えれば、幫助していないとはいえない。物理的には 1 回やって放置ではあるが、送信可能化状態を続けられるというのは、その場の提供があってできるというように考えると、幫助と全く言

えないかという点、細かく分析する必要がある。

〈公衆送信権侵害の幫助の成否に関する意見〉

(リンク情報の提供行為につき公衆送信権侵害の幫助は成立し得ないとする意見)

- 規範的な解釈の前に重要なのは、技術的には送信を助けているのではなく、飽くまで受信者がホームページにアクセスするのを助けているだけということ。その結果として送信が行われるため、そこまでの範囲を規範的にどう考えるかと順番に議論すべきであり、一足飛びに見ただけで送信が行われるという議論をすべきではない。さらに、著作権法は受信者の行為は基本的に問題がないという整理をしている。不可罰である受信者を助けることが送信を助けることだと構成するのであれば、その点を一つ一つ積み重ね、説得的に説明する必要がある。

(リンク情報の提供行為につき公衆送信権侵害の幫助が成立し得るとする意見)

- 技術だけ見ると受信しか幫助していないということになるかもしれないが、コンテンツをアップロードするとそのアップロード行為はそこで終わり、受信者がプロバイダを介してそこまで来て受信したことをもって、反面では送信されたということになる。送信と受信は同じものを逆の面から見ている。そのように考えると、…受信の幫助でもあり、送信の幫助でもあるということとは否定しがたいのではないか。

[論点1 後段（新たに刑事罰を設ける必要があるか）について]

〈新たに刑事罰を設けることにつき肯定的な意見〉

- リーチサイト等による侵害コンテンツへの誘導行為は、理論的には現行法でも侵害幫助として刑事罰が成り立つかもしれないが、そうだとすると、特に外国に正犯がいる場合を想定すると、現実的には刑事訴追が容易でなく、これは憂慮すべき事態である。
- 幫助に当たるという解釈も十分成立すると思うが、異論も大きい。立法論としては、もし解釈に不明確なところがあるのであれば、立法して明確に刑事罰とすべき行為を定めるというのはいり得る。侵害コンテンツへの誘導行為が著作権者の保護すべき利益を侵害する、若しくは危険な状態を生じさせると言えるのであれば、幫助行為のうち一定のものを類型化して、正犯化することを検討してもよい。さらに、現行法の解釈で幫助として対処するということだと、立証の問題や、正犯が検挙される必要があるかという問題があり、幫助という範疇では対処しにくい場合は、正犯化して対処するという選択肢もあり得る。
- 現行法でも刑法総則に定められる幫助行為として（刑事罰の対象とすることが）できることについては異論がない。ここでは幫助行為の意味を広げたり、否定したりする必要はない。不明確だから明確化するという明確化立法は、意外に多いと思う。今ある実線を内側から外側に引き替える改正は不可能だが、点線で引いてあるところを明確化するために、点線の上をなぞって実線

にするタイプの改正も例が多く、そのような立法も大いにあり得る。

- 刑事事件が起こらないのは正犯の特定が難しいからである。従犯で起訴する場合、正犯を罰する必要はないが、正犯の行為を特定しなければならない、厳しい従属性説が働いている。ウィニー事件第一審の判決では正犯を特定しており、従犯従属性説に従って起訴している。この原則がある以上、なかなか現行法で対処することは現実としては不可能に近いのではないか。
- 送信可能化権侵害についての幫助犯はなかなか難しいところがあるのに対し、公衆送信権侵害の幫助犯の成立は理論的にはあり得ると思われる。しかし実務上の問題としてなかなか起訴がなされない。その理由はやはり正犯が特定されないときに幫助犯だけを起訴するというのが難しいから。Winny 事件においても、違法アップロードをした 2 名の正犯が起訴されているからこそ、幫助犯も起訴されている。…本罪が親告罪だということも関係するかもしれないが、正犯が特定されておらず告訴もされていない場合、幫助犯について告訴があっても、起訴されにくい。この実態を踏まえたとき、理論的に処罰可能な領域（公衆送信権侵害の幫助犯の成立）がないわけではないが、しかし実際には訴追が困難であるという実態がある。このような立法事実に対応する形で新たな処罰規定（構成要件）を作る必要がある。
- 刑事について、普通の意味での幫助犯は現行法でも起訴できると思うが、一番問題とされているのは、ウィニー事件のときは正犯が起訴されているので、あのような形ならば従犯の起訴に検察官が動きやすいけれども、正犯が不特定だと抵抗感があり起訴できないということ。

〈新たに刑事罰を設けることにつき中立的な意見〉

- 著作権侵害を助長・促進するという幫助に当たるようなリンク情報の提供行為の中で、特に民事上も緊急に対応する必要性が高い悪質な行為類型をくくり出すという観点からすると、対象となる行為は、抽象的には刑事罰が科される幫助犯の対象となるような行為であろう。新たに刑事罰を科すかどうかというより、既に刑事罰の対象にはなっているという整理になる。対して、幫助に当たらない場合についても民事上の差止請求が認められるよう範囲を拡張しようという見解に立つときは、刑事については従来の幫助が成立する範囲にとどめるべきという議論がありえるが、そもそものここでの問題設定に反する議論をしているという批判が当たろう。既に刑事罰の対象である行為についても、個々の要件の立証が難しいという場合には、それを形式的ないし外形的な要件に置きかえた犯罪類型を新たに創出することは可能だが、その必要がないと考える場合、刑事罰については特に対応を図るというよりは、従来の一般法としての幫助の範囲で認めるということで足りるのではないか。
- 現行法でも 119 条一般について、他人の著作権侵害を故意を持って幫助すれば起訴価値があり、現実に起訴されるかは別として、実体刑法上は 119 条の修正された構成要件としての幫助犯は成

立している。また、幫助行為について明確化を図るための立法もありえる。それとは別に独立構成要件化をする場合は、非常に大規模であるなど、単なる幫助を超える行為についての立法事実を持ってくる必要がある。

[論点2（差止請求の対象とすべき範囲と刑事罰の対象とすべき範囲）について]

<考え方に関する意見>

- 何らかの現在ある幫助形態のものを独立の構成要件にすることが求められる。民事では損害賠償よりも差止請求権の要求が厳しくなるような議論をしているにもかかわらず、刑事罰については幫助形態の要件を加えないで構成要件化するのはよくない。要件を加えることになれば、当然現行の幫助形態ではなく、要件が加わった独立の正犯になる。そうしなければ、民事で議論した、いわゆる言論の自由における萎縮効果についての配慮が刑事罰では及ばないということになってしまう。この方が、言論の萎縮効果は大きく、この点の配慮が必要である。
- 民事の差止請求の要件をどのように規定するかということが、新たな処罰規定の作り方にも影響を与えるという点が重要。差止請求の要件はある程度限定し、犯罪構成要件としては更に限定的にするということは可能。ただし、なぜ刑事罰を科す場合だけそのような限定的な要件を設けるのかについて、なお独自の議論が必要。例えば表現の自由に関しても、仮に現行法でも既に幫助として可罰的だと多くの人が考えているとすれば、萎縮効果は既に生じているとも言え、それを超えた萎縮効果とは何かということも考慮した上で、新たに規定する犯罪構成要件について考察する必要がある。例えば営利目的といった要件を求めるとして、なぜ処罰規定においては営利目的を要求するのかといったことが翻って、民事の差止請求では不要とされたにもかかわらず、刑事罰ではそのような要件が必要となる実質的な根拠まで議論する必要がある。このため、論点1と論点2は連動するものであり、理論的に公衆送信権侵害の幫助犯としての処罰は不可能ではないとしても、現実にはそれが難しい実態がある。このような立法事実に対応する形で新たな犯罪構成要件、処罰規定を作る必要がある。ただし、このような処罰規定を設ける上で、民事の差止請求よりも更に限定的な要件を課すべきかについては、なお議論の余地がある。
- 損害賠償と差止めと刑罰の要件の高低の関係については、刑罰が法的制裁としては最も峻厳なものでありそれが謙抑的であるべきというのは分かるが、諸外国の例などを見ても、損害賠償よりも差止めが当然高いといわれるのは大いに違和感がある。
- 民事の差止請求についても、対象となるのは個々のリンク行為だとしても、そのリンク行為が幫助としての効果を有し、違法なダウンロードを助長ないし促進する効果があるという一定程度の違法性があることを客観的な要素によって評価するものとして、どこに張られたリンクかという形でその行為の評価が問題となるので、場の問題というのが問題となるのではないか。その場

合に、刑事として問題になる場の設定の問題と、民事で問題になる場の設定の問題というのがずれてくるといことなのか。目的としているところは同じなので、幫助に当たるリンク行為の中で一定の悪質性が高いものを客観的な要件に置き換えて捉えようということならば、一致することもあるだろう。そうすると、独立要件化するためには、民事の差止請求の対象となる行為について、リンクが張られた場の設定も含めて一定の違法性が高いものに客観的に限定するということができてはじめて刑事でも対応できるというものであって、刑事の方だけ独立に対応するのは現実には難しいのではないか。したがって、その連動関係も念頭に置きながら、また翻って民事の方の議論を進めていくということが必要になってくるだろう。

- 経済の観点から考えると、リーチサイトの経営効果は、ネットワーク経済の経済外部性を非常に強める。場としてのプラットフォームを置くだけでは、実はネット上では全く意味がなくて、それに経済外部性を強化することによって、初めて送信とか受信という観点からも利用可能性が高まるということがある。そういう経済の現実を考えると、実は場やプラットフォーム、業などをやるだけでは実は何も意味がない。外部性が高まってこそ、それをみんなが使えるようになるという現実を踏まえておいた方がいい。

＜差止請求と刑事罰の対象範囲に差を設けることに否定的な意見＞

- 民事的な差止請求の対象にすべきものは、刑事罰の対象にもすべき。たしかに、私的使用目的の複製に関するものなどが差止請求の対象にはなるが刑事罰の対象外であるが、リーチサイトの問題は違法コンテンツの公衆への拡散を助長する行為であり、私的領域内の行為とは異なるため、そのような行為はやはり刑事罰の対象にする必要がある。

＜差止請求と刑事罰の対象範囲に差を設けることに肯定的な意見＞

- 一般論としては、差止請求と刑事罰の対象には差があってもよい。現行法の中にもそのような規定が見受けられる。刑事罰と差止請求で対象に違いを設けるかどうかという問題は、民事上の差止請求に関してどのような要件を設定するかによって結論が変わってくるし、「目的」要件で刑事罰の対象を民事より限定するというような考えもあり得る。
- 差止請求は結局、リーチサイトの中でも個々のリンクとの関係での削除請求ということになる。すなわち、個々の私権を理由とした差止請求とならざるを得ないが、それに対して、刑事罰を科すに当たっては、むしろプラットフォームというか、リーチサイトという場を設けたという視点が考慮されるように思う。プラットフォームのような場を設定したことこそが、犯罪構成要件を新たに規定する上では重要な可罰的要素である。そのような観点からは、例えば「業として」といった要件を規定するというのは案としてあり得る。要するに、何度も繰り返して複数のリンクを張る場合や、一定のプラットフォームを設定してそこから利益を得ることを目的としている場合といった、刑事罰を科すにふさわしいような実態を括りだすために、「業として」といった要

件や「営利目的で」といった要件を設けることは十分にありうるのではないか。その意味で、犯罪構成要件を設ける場合には、差止請求よりも更に厳格な要件が付されるべきであり、それはリーチサイトという場を設定すること自体を新たな処罰対象として設定していくべきだという考え方からすれば一理ある。

- 刑事の問題に関して言うと、先ほどのような懸念は必要ないと思う。前回は差し止めという民事上の枠組みの中の問題として、一定の行為だけを差止めの対象とする場合には、それが許されているのかという誤解を与えてしまう可能性があるのではないかという意味で発言したが、刑事の場合には、許されない行為であったとしても全て刑罰の対象になるわけではなく、罪刑法定主義や謙抑主義を踏まえたうえで、一定の場合に刑罰の対象とするという説明は可能だろう。そのときに「業として」という観点からいくのか、「営利目的」という観点でいくのか、どういうふうに非難可能性を基礎づけるかという点さえきちんと議論すれば、一定の要件のもとで刑罰の対象とする説明は十分に成り立ち得る。

＜刑事罰の対象を「有償著作物等」に限定すべきか否かについて＞

- 法第 119 条第 3 項と同じようにすべきだという考え方もあり得るが、法第 119 条第 3 項は、もともと 30 条 1 項各号の著作権侵害になる行為は差止の対象にはなるが私的領域における私人の行為であるため刑事罰が科されてこなかったところ、有償著作物等のみを対象として限定的に刑事罰化をしたものである。そのような観点からすると、リーチサイト等による侵害コンテンツへの誘導行為は私的行為とは異なるため、刑事罰を設けることについて、119 条 3 項にならう必要は必ずしもない。

(3) 立法形式

- 幫助とは別に、独立正犯を立法するという考え方もある。両者は観念的競合という関係に立ち、幫助的行為をしたら、普通の幫助にもなるし、立法した場合における独立正犯にも当たることになってくる。独立正犯を設けるには、例えば大規模にやっている場合といった単なる幫助を超えた別の法益を考える必要がある。そのため、議論としては、幫助と観念的競合に立つであろう独立正犯の違いを整理して議論する必要がある。…通常幫助とは違うものを正犯にするというためには、おのずから高いものが要求されてくるのは当然であり、著作権法で幾つか新たに構成要件を作った例があるが、新たに独立構成要件を作るというのは大きな話なので、立法事実を踏まえて考えていく必要がある。
- 立法方法としては、みなし侵害にする方法と、公衆送信なり送信可能化の支分権の概念を広げて入れる方法の二つが出ている。これらは一長一短で、みなし侵害にした場合は権利制限規定が

適用されるのかという議論をしておかないと、もし引用などの権利制限規定は適用されないということになってしまうとどうするんだということを考えないといけない。また、みなし侵害でも支分権の概念を拡張する場合もそうだが、ケースⅡの丙を対象に入れることになると、直接侵害者になってしまうので、場合によっては、プロバイダ責任制限法上の発信者というふうに解されることになって、プロバイダ責任制限法の免責が受けられない、責任制限が受けられないという余地が出てくる。その場合の起こり得る副作用は検討しておかないといけない。

- 現行法では、一般的な幫助の幅広い概念に当たる限りは、違法であることは間違いなく、立証できれば損害賠償で何かしらのものがとれるのは間違いでない。みなし侵害、支分権拡張というのは、今までの違法ではないところまで違法化してしまうという大きな話になり得る。本来であれば、現行法でもできるぐらいの救済の明確化にすぎず、従来違法でない部分を違法とするとなると、差止めを否定する部分は適法との誤ったメッセージを送るおそれが生ずる形になる。…現行法は、法第 32 条など、きちんと解釈しさえすればパロディなどもきちんと救えるような立法になっている。そこに擬制侵害等で新たに別世界を作ってしまうと、せっかくできている予定調和的なものが崩れてしまうので、既存の中で差止め肯定につき明確化を図るという方がいろいろな意味でバランスがとれるような形になるのではないかと。
- 例えば法第 119 条第 2 項第 2 号のように、「営利を目的として」が付加されているが、法第 119 条で規定がなされているような類型もある。一方では、技術的保護手段の回避の法第 120 条の 2 については、独立して規定をしており、法第 120 条の 2 第 2 号以下を見ても、やはり技術的保護手段の回避を行ったものについては「業として」や「公衆からの求めに応じて」という要件が付加されており、その以下のみなし侵害の中のあるカテゴリーのものについては、要件が付加されている。何を幫助と捉えるのか、あるいは、幫助について解釈論上、なかなか一致が見られないようなところについては、こういうふうな形で対処をしていくという形もあるのではないかと。
- 著作権侵害の刑罰は個人法益だが、もともとの趣旨はパブリックなものなので、最終的に個人的法益とは違ってきてよいのではないかと。発想を変えて不正競争防止法のように、違うところで押さえていくという考え方もあり得る。普通の幫助を消すということではなく、観念的競合で残して、新たなものを作るのであれば、幫助を強めるというよりは、幫助から離れた独立正犯の形でやった方が議論の前進の可能性があるように思う。…普通の意味での幫助はなくして場の刑罰だけにすることはあり得ない。おそらく独立正犯化しているときには観念的競合になるとすれば、実体刑法としては今までどおり法第 119 条の幫助犯は成立して、それに加えて今回新たに加えるということ。このため、きちんと切り分ければ、従来のものに対する悪影響を与えるということも特にないと思われる。

Q. 場という概念については、サイト運営者がシステムを構築しているその状況とほぼ同じ概念でいいのと思うが、そういう状況、それ自体を刑罰化するということは、著作権法上の個々の権利の侵害性から離れて、場を設定したから可罰的な構成要件だということになり、難しいだろう。個々の著作権法上の権利侵害と場との関係がどうなるのか。

A. 著作権侵害罪は個々の私権に対する侵害を保護法益としていることは前提であるが、そういった行為が反復継続されれば、より害悪性・不法性が増す。様々な刑罰規定において「業として」という要件があるが、何度も反復・継続されるような状況であれば、将来的にみても危険であり、より害悪性・不法性が高まるというファクターとして理解されている。個々の権利侵害であることと、それが今後も繰り返される可能性があることは別個に考えられ、両立し得る。何度も繰り返される状況を「場の設定」と表現したが、条文上「場」ということを書き込むことは難しい。

「場の設定」といった実質的な考慮をうまく刑法あるいは従来の著作権法の犯罪規定との関係で平仄を合わせる文言にするのであれば、例えば「業として」という文言にするとか、あるいは、そのような場を設定することで広告料といった利益を得ることが問題であるとすれば「営利目的で」といった文言を入れることが考えられる。どのような文言が良いかは立法技術の問題にもなるが、「場の設定」の不法性・害悪性の実態を考えた場合に、何度も反復・継続される状況であるという点をくくりだし、それを例えば「業として」という文言とするなど、一定の重大な害悪性・不法性を典型的に表現するような要件を付け加えるべきだろう。

(1) 民事

[論点1-4～1-6全般]

○ アプリにもいろいろ仕組みがあるが、ユーザーの視点からすると、例えばこのアプリやサイトを開いてここをタップすれば侵害コンテンツにたどり着ける仕組みが構築されているという点では共通する。そのときに、実際にユーザーが手にするリンク情報があらかじめ内部にあるのか、外からとってくるのかという違いがあるだけである。最終的に問題になるのは、ユーザーが侵害コンテンツの置かれている場所に容易にたどり着けるようになるということであり、それに関与した者の責任を問題にするということ。したがって、いろいろな仕組みがあったとしても、ユーザーが一義的に侵害コンテンツに到達できる手段を提供しているのであれば、それはリンク情報提供そのものと同じように評価して、違法と考えることができるのではないか。逆に言うと、ユーザーに何らかの追加的なアクションを要求して、リンク情報提供そのものとは違うようなプラスアルファの行為を要するような手段しか提供していないものは、リンク情報の提供とは同様に考えられないのではないか。

- そもそもリンク情報の提供というものがなぜ悪質と言えるのか、なぜ規制すべきなのかを考えると、結局のところ、侵害コンテンツへのリンク情報の提供をすることによって、ユーザーに対して侵害コンテンツへの到達を容易にしているというところにある。そうだとすると、侵害コンテンツへのリンク情報の提供をすることによって、侵害コンテンツへの到達を容易にしていると評価できる以上、サイトとアプリを特段区別する必然性はない。

[論点 1－4（情報埋め込み型）について]

- 考え方によっては、サイト型のケースⅠと基本的には同じと理解できる。ケースⅠが問題ということであれば、この情報埋め込み型も問題ということになる。サイトがイコールアプリというふうに考えれば、そこは同じということになる。ただ、現実問題としてこういうことをする人がいるかという疑問。
- そもそもリンク情報の提供というものがなぜ悪質と言えるのか、なぜ規制すべきなのかを考えると、結局のところ、侵害コンテンツへのリンク情報の提供をすることによって、ユーザーに対して侵害コンテンツへの到達を容易にしているというところにある。…このような観点からは、アプリ型に関しても、「情報埋め込み型」は、まさに侵害コンテンツへのリンク情報を提供していると評価できる。【前半部分再掲】

[論点 1－5（外部情報取得型①）について]

- プログラムとリンクデータを分けて作り、サーバーから自動的にアップデートすることになるので、実質的には 1-5 の外部情報取得型①と余り境界はないのかもしれない。外部情報取得型も、サーバーをアプリ提供者が作って、そこにリンクも載せており、それがアプリに送られてくるということであれば、サイト型のケースⅠと同じように評価ができる。
- そもそもリンク情報の提供というものがなぜ悪質と言えるのか、なぜ規制すべきなのかを考えると、結局のところ、侵害コンテンツへのリンク情報の提供をすることによって、ユーザーに対して侵害コンテンツへの到達を容易にしているというところにある。…「外部情報取得型①」に関しては、たとえリンク情報自体が外部にあるとしても、侵害コンテンツへのリンク情報を提供しているという評価ができるので規制の対象になってよい。【前半部分再掲】

[論点 1－6（外部情報取得型）について]

〈外部情報取得型②を対象とすることにつき否定的な意見〉

- 外部情報取得型②の中でも、特に(1)で書かれている行為は結局、キーワードを自動的に入力する機能があるというだけにしか捉えられない。…自動入力行為というのを果たして今回の差止め

の請求にするという話になるかという、かなり遠い。いろいろなサイトを横断検索するという汎用的な技術を使う場合を入れるということになると、非常にその範囲が広いのではないか。むしろ 1-5 のようなサイト、アプリ提供者が自分で立てた、侵害コンテンツのリンクしか載っていないようなサーバーからの検索を簡単にするようなボタンが載っているということであれば分かるが、汎用のサイトの中から侵害コンテンツを探すといっても、ごみも山ほど出てくるので、そういうボタンを載せているだけで差止請求になるというのは、かなり技術に対するハレーションを起こす問題が大きい。

〈外部情報取得型②を対象とすることにつき肯定的な意見〉

- 汎用性のあるものについては、幫助というよりは一般的な情報検索ツールを提供しているだけであって、その中から違法情報を選んでいるのはユーザー自身である。ここで問題としているのは特に必要性が高い悪質な行為類型ということだから、汎用性のあるものは対象から除くということになるのではないか。このように考えるときは、外部情報取得型のアプリにも、汎用性のあるものは対象とならないが、これに対し、特定の違法な情報のみを選びとって外部から取得するというのが技術的に可能であれば、そのようなアプリの提供行為は、情報提供行為そのものを行っているわけではないけれども、ユーザーをして第三者から取得させるという形で特定の情報提供をしていると評価することができるのであれば、そのような外部情報取得型のアプリまで対象に含めてよいだろうというふうに整理できるのではないか。
- 汎用エンジンを利用した場合にごみがたくさん出てくるとことはユーザーが侵害コンテンツに容易に到達できないということでもあり、ユーザーがその中から探索、選択をしてようやく侵害コンテンツに到達できるということになるので、ユーザーの追加的行為を必要とする場合となるのではないか。
- そもそもリンク情報の提供というものがなぜ悪質と言えるのか、なぜ規制すべきなのかを考えると、結局のところ、侵害コンテンツへのリンク情報の提供をすることによって、ユーザーに対して侵害コンテンツへの到達を容易にしているというところにある。…問題は「外部情報取得型②」だが、これは自らリンク情報を「提供している」わけではなく、外部で提供されるリンク情報を「取得させる」ことになる。リンク情報を「取得させる」行為も対象にすべきという意見も、リンク情報の「提供」に限定すべきという意見もあり得る。ただ、侵害コンテンツへのリンク情報の提供に当たるかどうかは実質的に判断されると考えられる。たとえ形式的には、外部者が提供しているリンク情報でも、外部のリンク情報を取得させることによって実質的には「侵害コンテンツへのリンク情報を提供している」と評価できる場合も十分あるのではないか。【前半部分再掲】
- ユーザーが最終的には違法ファイルが蔵置されたところに容易に行けるということが幫助の本

質たる正犯行為を容易ならしめるということに当たってくるから、サイトだろうがアプリだろうが技術的にどのような形で組もうが、そのような状態になっていれば、等しきものは等しく扱うべき。その意味では、今までリンクは、直接飛ぶリンクだけではなく何重のリンクでも、最終的にユーザーから見て容易に到達できるということであれば法的利益状況としては同様なので、そこは余り技術にこだわってはいけない。データを自分で持とうが外部に持とうがということと同じように、自分自身で検索機能を持たなくても、うまく他の汎用検索エンジンを組み込んだ形で、結局は、最後は容易に到達できるような状態を作っているのであれば、法的利益状況は同様である。そこで区別し始めると、本当は自分でも検索できるのに、他の検索エンジンに少し乗ってみたら脱法できるというようなことにもなりかねない。

- 論点 1-5 と論点 1-6 とは、リンク情報を外部サーバーに蔵置したのが誰かという違いだが、アプリ提供者自身がサーバーに蔵置しているのか、アプリ提供者以外の人が蔵置しているかは実際にはなかなか分からないし、アプリ提供者と意を通じている第三者がサーバーに蔵置しているとか、暗黙に意を通じている第三者が蔵置しているとかというケースも出てくると思うので、リンク情報のサーバーへの蔵置者がアプリ提供者と一致しているかどうかで区別するということではできないのではないかな。
- 個別具体の直接侵害があるときに限って、汎用機自体を抑えるというよりは、汎用機をうまく組み込んで侵害行為を容易ならしめる行為をしている人に対してやめさせるということなので、その点は明確に区別する必要がある。

Q. アプリの提供者がごみを除いた状態で提供することはできないのか。

A. たとえばファイル名で検索する場合、同じファイル名でも中身が違うとか、「アニメ C」200 話といっても、アニメの動画が出てくるのか単なるレビューが出てくるのか、その中の写真が出てくるのかというのは、そのファイルを作った人の名前の付け方で変わってくると思う。ファイルの中身が本当に「アニメ C」のファイルかをチェックするのは、最終的には人間が見ないとわからない。もしくは、フィンガープリント技術などでできるかもしれないが、こういうアプリの開発者がそういう技術を持っているとは思えないので、最終的にはごみを取り除く作業はアプリの開発者など人間がやらないとできないと思う。

- ごみがあれば容易ではないと判断される場合、判断基準が程度問題なのであれば、多数リンクを置いてあるサイトも、同じように議論をしてもよくなるのではないかな。

[論点 1-2 (侵害コンテンツへの誘導行為全般) について]

- 前提として、およそリンク情報を提供してはいけないというような、特定のリンク情報の提供

行為一般を差止めの対象とするということは、抽象的な不作為を求めるものであり対象が不特定となり認められないと思うので、当該情報をどういう態様によって提供しているのか、という具体的な提供行為を特定する必要がある。そうすると、その情報提供行為が、特定のサイトにリンクを張ることを通じてなのか、情報取得を可能とするアプリの提供によってなのかという点も含めて、対象となる行為を特定することになる。したがって、サイト型もアプリ型も同じという議論は、その先の具体的な提供行為をどのように特定するかという問題に入ってしまったときには単純にはいかない。

- アプリ型で汎用性があるものを除く場合、サイト型についても汎用性のあるものは除かないと、等しきものは等しく扱えという要請に反するので、リーチサイトと言われるような場の設定をどういうふうに限定するかということが、この文脈でも問題となる。アプリ型の場合には、そのアプリというツールの特性を通じて対象を特定するのに対し、サイト型の場合には、リンクが張られているサイトの特性を通じてそこを限定するという方向で、両者のバランスをとっていくということがあるべき議論の方向だろう。
- 議論の最初は違法コンテンツに張ったリンクをたくさんどこかのサイトに置く行為が問題とされていた。その場合、リンクを張る人とリーチサイトを提供する人が同じであることが、漠然と前提となっていたように思うが、現在ではリンクを誰が張るかについては特に問題にされなくなって、主としてリンク情報の提供という行為が問題になっているように思う。もっとも、リンク情報の提供になると、単に URL を示すというだけの行為と結局同じではないかと思うし、そのような行為にまで規制をかけるべきかどうかについては、かなり広い議論が必要ではないか。それこそ表現の自由や、検索エンジンそのものの規制という論点にも発展する可能性があるので、今回は悪質なもののだけに規制をかけるということで収めるべき。違法なコンテンツにリンクを張った人、それをたくさん集めた人、そしてそのような人と同視し得るような行為をした人にだけ、まずは規制をかける。アプリ型の場合、恐らく情報埋め込み型の場合には同視し得るし、外部情報提供型でも、自分がリンクを張って、それを提供させるという行為であれば同じである。まず、そのような自らがリンクを張るという行為と同視し得るものに規制を止めて、それ以上の行為については、汎用型の検索エンジンのことも関わるので、更に議論をその後に行うべきではないか。
- ユーザーが最終的には違法ファイルが蔵置されたところに容易に行けるということが幫助の本質たる正犯行為を容易ならしめるということに当たってくるから、サイトだろうがアプリだろうが技術的にどのような形で組もうが、そのような状態になっていれば、等しきものは等しく扱うべき。その意味では、今までリンクは、直接飛ぶリンクだけではなく何重のリンクでも、最終的にユーザーから見て容易に到達できるということであれば法的利益状況としては同様なもので、そこは余り技術にこだわってはいけない。データを自分で持とうが外部に持とうがということと同

じように、自分自身で検索機能を持たなくても、うまく他の汎用検索エンジンを組み込んだ形で、結局は、最後は容易に到達できるような状態を作っているのであれば、法的利益状況は同様である。そこで区別し始めると、本当は自分でも検索できるのに、他の検索エンジンに少し乗ってみたら脱法できるというようなことにもなりかねない。【再掲】

[論点1－3（侵害コンテンツへの誘導行為の直接性）について]

- そもそもリンク情報の提供というものがなぜ悪質と言えるのか、なぜ規制すべきなのかを考えると、結局のところ、侵害コンテンツへのリンク情報の提供をすることによって、ユーザーに対して侵害コンテンツへの到達を容易にしているというところにある。そうだとすると、侵害コンテンツへのリンク情報の提供をすることによって、侵害コンテンツへの到達を容易にしていると評価できる以上、サイトとアプリを特段区別する必然性はない。また、リンクの多層化についても、侵害コンテンツへの到達を容易にしたと言えるかという観点から見て、どの程度の直接性があれば侵害コンテンツへのリンク情報を提供したと言えるかという評価の問題に帰着するのではないか。
- ユーザーが最終的には違法ファイルが蔵置されたところに容易に行けるということが幫助の本質たる正犯行為を容易ならしめるということに当たってくるから、サイトだろうがアプリだろうが技術的にどのような形で組もうが、そのような状態になっていれば、等しきものは等しく扱うべき。その意味では、今までリンクは、直接飛ぶリンクだけではなく何重のリンクでも、最終的にユーザーから見て容易に到達できるということであれば法的利益状況としては同様なので、そこは余り技術にこだわってはいけない。データを自分で持とうが外部に持とうがということと同じように、自分自身で検索機能を持たなくても、うまく他の汎用検索エンジンを組み込んだ形で、結局は、最後は容易に到達できるような状態を作っているのであれば、法的利益状況は同様である。そこで区別し始めると、本当は自分でも検索できるのに、他の検索エンジンに少し乗ってみたら脱法できるというようなことにもなりかねない。【再掲】

[論点3（リンク先の侵害コンテンツ）について]

- 基本的に市販された著作物に限るべきではないかという意見を述べた趣旨は、一つには、侵害となるべき行為を、著作権者の著作物利用の対価の回収の機会を損なって、大きな経済的損害を与える場合に限るべきということがあり、もう一つには、一般的なユーザーが日常的な言論活動の一環として行ってきたようなリンク行為というものが侵害の対象とならないようにという意図であった。その前提としては、市販著作物さえ対象にすれば、基本的に著作権者に大きな損害を与える場合というのはおおむね捕捉できるということだった。ただ、先ほどの御説明（※参考

資料6の説明)だと、その前提がないということだと思う。市販されておらず、市販の予定もなく、専ら広告モデルによって提供されている著作物であっても、リーチサイト等を通じた侵害コンテンツの拡散によって大きな経済的損害を受ける可能性があるということだと思う。そうだとすると、対象著作物に、広告モデルによって商業的に提供されている著作物を含めるということも選択肢に入れた方がいいということになる。ただ、対象著作物あるいは侵害の行為の対象がまた広がるのではないかという問題が出てくる。実際、一般ユーザーが、例えば自分の著作物をアフィリエイトとか広告を付けて配信するということは日常的にあるし、そういう著作物の一部などが対象著作物に含まれるということが出てきて、それが違法にアップロードされた先のリンク情報を提供することも違法になる。そういった行為が著作権者に大きな経済的損害を与えるということは必ずしもないと思うし、ユーザーの言論活動に不必要な制約を与えることになるのではないか。

そうすると、対象となる行為が広がってきている部分があるので、どういう場所においてリンク情報を提供したかということが、侵害コンテンツを拡散される危険性あるいは著作権者に経済的損害を与える蓋然性に差を作ると思うので、サイトの特性によって侵害行為を絞ることも考える余地はまだあるのではないか。ただ、リンクの数や違法リンクの割合で切るのは難しいため、もう少し別の切り口で、「侵害コンテンツを利用者に取得させることを目的として作られているサイト」というような形で定義して、いわゆるリーチサイトに対象を絞るということはできないか。いずれにしろ、何が立法事実かということ踏まえながら、各項目にはいろいろな選択肢があって、それを組み合わせて必要十分な範囲を規制の対象にするということが求められている。

- 参考資料6は広告料収入が一定の割合を占めるということを示すものだが、ここで問題になっているのは、リーチサイトがその広告料収入にどういう影響を及ぼしているか。放送番組がリーチサイトでも見られるということになると、本編の放送の視聴率が下がるとか、あるいは、権利者自身が提供している見逃し配信の広告モデルの方の収入が下がるとか、リーチサイトの存在によって広告収入が下がるというのがどの程度の深刻なものなのかということが立法事実として重要。この資料では、広告料収入の割合が大きく、その収入減の抽象的な可能性があるということ示しているが、実際にどの程度の被害が生じているのかということを示すデータが、市販著作物のデットコピーの場合と比べて弱い。それを具体的に示すような資料がもし提出できるのであれば、提出いただきたい。