

産業構造審議会知的財産政策部会・技術的制限手段に係る規制の在り方に関する小委員会「技術的制限手段に係る不正競争防止法の見直しの方向性について（案）」に関する意見書

2011年（平成23年）1月20日  
日本弁護士連合会

経済産業省が、平成22年12月24日付けで意見募集を実施した、「技術的制限手段に係る不正競争防止法の見直しの方向性について（案）」（以下「見直し案」という。）に関し、当連合会は以下のとおり、意見を述べる。

### 意見の趣旨

- 1 いわゆる「のみ」要件を欠くと称するところの技術的制限手段を無効化する機器等の氾濫により、コンテンツ事業に甚大な被害が生じている点に着目し、回避機能以外にも機能を持つと称する装置等についても、より効果的かつ確実に規律対象とし得ることを明確化するために、不正競争防止法2条1項10号及び11号のいわゆる「のみ」要件を見直すとの方向性について、当連合会は基本的に賛成である。
- 2 不正競争防止法2条1項10号及び11号対象行為は刑事罰の対象となりうることに鑑みれば、改正条文は十分に明確でなければならない。見直し案は、「のみ」に替る文言として「専ら」と「主たる」の文言を挙げ、「専ら」要件の方向で検討を進めることが妥当（7頁）としているが、本来、これら文言自体の広狭は一概に比較し難い。従って、改正条文の検討に当たっては、文言の置換えにとどまらず、本改正の本旨である回避機能に他の機能を付随的に付加したにすぎない装置の提供行為は規制対象に含まれるべきこと、及び、視聴等装置提供事業者が過度に萎縮するおそれがないように、偶然に技術的制限手段を回避する機能を有している装置等の提供行為は規制対象とならないことを明確にすること、との両要請を十分に反映するように配慮するべきである。
- 3 本件被害実態に照らし、技術的制限手段回避装置等に対する水際措置を導入するとの方向性について、当連合会は基本的に賛成である。

## 意見の理由

第1 「のみ要件」の見直しなど技術的制限手段回避装置等の提供行為に係る民事規定の適正化について

### 1 不正競争防止法改正の立法事実の存在について

見直し案記載のとおり、近年のデジタル化・情報通信技術の著しい進展に伴い、技術的制限手段（アクセスコントロール及びコピーコントロール）を回避するための多種多様な装置や手段等の提供行為が横行しており、コンテンツ産業に顕著な被害が生じている。

ところで、本件被害に対し、今般、著作権法を改正し、コピーコントロール技術そのものではなくとも、違法な複製等、著作権の支分権侵害行為を技術的に防止又は抑止する機能を持つ技術は、新たに、著作権法2条1項20号の「技術的保護手段」の対象とすることが提案されており、当会も基本的にこれに賛成である<sup>1</sup>。ただし、著作権法においては、コピーコントロールと一体化していない、単にアクセスコントロール機能のみを有するような保護技術は現行著作権法上の支分権の対象ではない行為を制限することとなり、著作権法体系全体への影響に鑑み、今回の改正対象とされていない。

これに対して、不正競争防止法の保護法益は、公正な競争を確保することにあり、著作権法2条1項20号と異なり、平成11年に導入された不正競争防止法2条1項10号及び11号は、直接的にアクセスコントロールたる技術的制限手段を保護し、その回避行為を不正競争行為として規制するものである。従って、著作権法と不正競争防止法とはその保護法益が異なり、平成11年以降の技術の著しい進展に不正競争防止法の現行規定が適応していない点については、著作権法改正とは別に、不正競争防止法においても速やかに法改正をする必要があるものと認められる。

### 2 客観要件「のみ」要件の改正について

(1) 今回の不正競争防止法の改正においては、特に、不正競争防止法2条1項10号及び11号（「～機能のみを有する装置」）のいわゆる「のみ」要件を欠くと称するところの技術的制限手段を無効化する機器等の氾濫によりコンテンツ事業に甚大な被害が生じている

<sup>1</sup> 当連合会意見書平成22年12月24日付け「文化審議会著作権分科会法制問題小委員会『技術的保護手段に関する中間まとめ』に関する意見」参照。

点に着目し、回避機能以外にも機能を持つと称する装置等についても、より効果的かつ確実に規律対象とし得ることを明確化するために、「のみ」の客観要件を見直すことが提案されている。確かに、使用実態において中核をなす機能がインターネットから入手できる違法複製ソフトの起動であり実質的に技術的制限手段を回避する以外に用いられない機器について、単に当該回避機能に加えて音楽再生等の他の機能を追加することで、不正競争防止法2条1項10号及び11号による規制を逃れることを許すなら、同規制の実効性は確保されない。従って、かかる方向性について、当連合会は基本的に賛成である。

- (2) 見直し案は、「のみ」に替る文言として「専ら」と「主たる」の文言を挙げ、「専ら」要件の方向で検討を進めることが妥当（7頁）としている。見直し案はその理由として、技術的制限手段回避装置等の提供行為に対する刑事罰の規律における装置等の要件と連動することを挙げ、「専ら」要件は、著作権法における刑事罰（120条の2第1項1号）や刑法230条（名誉棄損）の要件として使用されていることから、罪刑法定主義の要請に適合すると指摘する（6頁）。

かかる指摘自体に異論はないものの、そもそも、これら文言自体としては、その広狭は一概に比較し難いと思われる。従前の判決例<sup>2</sup>は 回避機能に他の機能を付随的に付加したにすぎない装置の提供行為は規制対象に含まれること、及び、視聴等装置提供事業者が過度に萎縮するおそれがないように、偶然に技術的制限手段を回避する機能を有している装置等の提供行為は規制対象とならないこと、という両面の観点から、利用実態、販売者の販売態様等の事情を総合的に考慮して、「マジコン」等のMODチップ型の機器は「のみ」要件を充足すると解釈している。今般の改正もかかる考え方及び結論に影響を与えるものではなく、見直し案記載の今般改正

---

<sup>2</sup> マジコン事件判決（東京地裁平成21年2月27日平成20年（ワ）第20886号不正競争行為差止請求事件）は、「不正競争防止法2条1項10号の『のみ』は、必要最小限の規制という観点から、規制の対象となる機器等を、管理技術の無効化を専らその機能とするものとして提供されたものに限定し、別の目的で製造され提供されている装置等が偶然『妨げる機能』を有している場合を除外していると解釈することができ、これを具体的機器等で説明するとMODチップは『のみ』要件を満たし、パソコンのような汎用機器等及び無反応機器は『のみ』要件をみたさないと解釈することができる。」と判示して、同法2条1項10号の「のみ」要件充足を認めて差止請求を認容している（確定）。

の本旨もかかる考え方に基づくものである（６頁）。

従って、いずれの文言を採用した場合も、技術的制限手段を回避する機能をその「中核的機能」とする機器であるかどうかの評価の問題に帰結せざるを得ないものであり、改正にあたっては両要請を十分に反映するように配慮すべきである。

この点、立法技術としては、端的に「のみ」を「専ら」に置き換える方法（すなわち、回避機能を「専ら（又は「主として」）有する装置」として規定する。）に限らないのではないか。例えば「当該技術的制限手段の効果を妨げることにより可能とする機能を有する装置（ただし、それ以外の機能を専ら（又は「主として」）有することが明らかな場合はこの限りでない。）」と規定し、原告が、被告装置が回避機能を有する装置であることを主張した場合、中核的機能は別にあるとの主張立証責任は被告にあるとして整理する方法や、「当該技術的制限手段の効果を妨げることにより可能とする機能のみを（又は「専ら」、「主として」）有する装置（当該機能に付随的に他の機能を付加した装置及び当該装置を組み込んだ機器を含む。）・・・」等も考えられよう。なお、以上のいずれの文言による場合も、従前同様、いわゆる無反応機（コンテンツに付された技術的制限手段を検知しない機器）及び汎用機の提供行為が対象に含まれないものと考えられる。

### 3 主観要件

技術的制限手段回避装置等の提供行為の規制の在り方として、従前規定と同様に、主観的要件を導入しないこと（７頁）については、当連合会も賛成する。なぜならば、回避装置の提供者に、図利加害目的や故意が無くても取り返しのつかない損害を被る場合があり、この場合にも差止請求をすることにより事前に多大な損害の発生を防止することの必要性は、従前同様、高いものと考えられるからである。

### 4 装置を組み込んだ機器等の扱い

「のみ」要件が「専ら」等の要件に改正された場合も、従来の組込規定の必要性は変わらないと考える。すなわち、現行の不正競争防止法２条１項１０号及び１１号は、規制対象の装置等についてこれらの各号に定められる装置及び機器は「当該装置を組み込んだ機器を含む。」、これらの各号に定められるプログラムについては「当該プログラムが他のプ

プログラムと組み合わされたものを含む。」と規定している(いわゆる「組込規定」)。

そもそも、かかる組込規定の趣旨は、「組込み」に着目して、名目的な機能を付す脱法行為的な行為も不正競争行為として規律の対象となることを確認的に規定したものであり、今回の改正における上記「回避機能に他の機能を付随的に付加したにすぎない装置の提供行為は規制対象に含まれること」の明確化の要請と同旨の規定である。また、著作権法においても、「専ら」要件のもとで組込規定を採用し、「技術的保護手段の回避を行うことを専らその機能とする装置(当該装置の部品一式であって容易に組み立てることができるものを含む。)」を規制対象としている(著作権法120条の2第1号)。

従って、「のみ」要件が「専ら」等の要件に改正されたからといって、組込みという態様の存在に変わりがない以上、組込規定が不要になるとは考えられず、立法上の不均衡も生じないものとする。

## 5 その他

個々のユーザーによる技術的制限手段の回避行為自体、及び技術的制限手段の回避サービスの提供行為自体に対して、不正競争防止法による規律対象としないことについても、見直し案の方向に、基本的に賛成である(8～15頁)。

また、技術的制限手段回避装置等の製造行為については、当該装置を販売業者へ提供する行為を提供行為の共犯として、又は、著作権法12条の2第1項の回避装置の公衆への譲渡・貸与目的製造行為として規律する等、既存の法令によって一定程度の対応が可能であり、今後とも回避装置等の国内での製造実態とこれに伴う影響等を注視しながら対応を検討することが適当と考えられるとの見直し案の方向性(16頁)についても、基本的に賛成である。

## 第2 水際措置の導入

本件被害の実態に照らし、当連合会としても、技術的制限手段回避装置等に対する水際措置を導入するとの見直し案の方向性(22～24頁)について賛成である。

現行の関税法69条の2第1項4号及び同条の11第1項10号において、不正競争防止法に関して知的財産侵害物品として水際措置

の対象とされているのは，不正競争防止法 2 条 1 号から 3 号まで（定義）に掲げる行為を組成する物品のみであり，不正競争防止法 2 条 1 項 1 0 号及び 1 1 号に掲げる行為を組成する物品は，対象に含まれていない。

本件被害の実態は，とりわけ中国などの海外で製造されている技術的制限手段回避装置等による被害が深刻化している。税関での水際措置は，個別の民事的救済と比較しても，また，違法商品が市場に流入して拡散した後に個別に取締を行う刑事摘発と比較した場合でも，人的・費用的にも格段に効率的であると考えられる。従って，不正競争防止法 2 条 1 項 1 0 号及び 1 1 号に掲げる行為を組成する物品を水際差止めの対象とするとの見直し案の方向性に賛成である。

以上