

2チャンネル事件
東京地裁平成16年3月11日判決

山本 隆司

本判決は、権利者から通知を受けた後も違法複製物の自動公衆送信を放置していたプロバイダに対する差止請求のみならず損害賠償請求をも否定した。本判決が示した法理・法解釈は、デジタル・ネットワーク社会が健全に発展するためのインフラを破壊し、デジタル・ネットワーク社会に無法状態をもたらす危険がある。

【事案】

X1は、少女漫画「罪に濡れたふたり～K a s u m i～」の作家であり、X2は、少女漫画の出版社である。X2が平成14年4月に出版した書籍「ファンブック 罪に濡れたふたり～K a s u m i～」(以下「本件書籍」という)は、X1とX2編集者などとの対談記事(以下「本件対談記事」という)を掲載していた。本件記事は、X1とX2の共同著作物である。

Yは、インターネット上に「2ちゃんねる」と称する電子掲示板(以下「本件電子掲示板」という)を開設し、運営している。本件電子掲示板は、だれでも無料で、インターネットを介して自由に閲覧・書き込みなどして利用することができる。また、本件電子掲示板の利用者が、発言の書き込みをする際には、氏名、メールアドレス、ユーザーID等を記載する必要はない。

本件電子掲示板の匿名利用者は、平成14年5月3日～13日、本件対談記事(合計29頁分)を丸ごと転記して(ただし、書き込みのつながりの一部に「対談うぶ続きです。」など、利用者によるコメントが入れられている)、本件電子掲示板に書き込み(以下「本件各発言」という)を行った。その結果、公衆に送信可能化され、またアクセスした者に自動公衆送信された。本件各発言は、本件電子掲示板における書き込みが一定数を越えた時点で「過去ログ倉庫」に移されたが、同じく公衆がアクセス可能な状態に置かれている。

X2は、Yに対して、平成14年5月9日、ファクシミリにより、また同月10日、電子メールにより、本件各発言の掲載が著作権侵害であることを通告し、その削除を求めた。これに対して、Yは、同月12日に「削除依頼板へおねがいます。」とのみ記載した返信の電子メールをX2宛てに送信し、その後のX2からの要請に対しても同様の対応を行った。

なお、Yは、本件掲示板における発言の削除について「削除ガイドライン」を定めて運用している。同ガイドラインによれば、発言の削除を希望する者は、本件電子掲示板にある「削除要請板」ないし「削除依頼板」と称する電子掲示

板にあるスレッドに削除要請の旨を書き込むという方法によってのみ発言の削除を求めることができることとされている。実際の削除については、Y以外に「削除人」ないし「削除屋」（以下「削除人」という。）と呼ばれている特定の利用者に、発言の削除を行う権限を与えている。この「削除人」は、いわゆるボランティアであって、「削除ガイドライン」に従って、本件掲示板における発言を削除することができるが、削除すべき義務や、削除・放置について責任を負わないものと「削除ガイドライン」において定めている。

そこで、Xらは、①過去ログ倉庫からの本件各発言の送信可能化・自動公衆送信の差し止め、②損害賠償を求めて、東京地方裁判所に提訴した。東京地裁民事46部（三村量一裁判長）は、平成16年3月11日、Xらの請求をすべて棄却する判決を言い渡した（控訴）。

【争点】

(1) 本件各発言における本件各対談記事の転載は著作権法32条にいう引用に当たるか。

(2) 原告らは、被告に対して、別紙転載文章目録記載の各発言の自動公衆送信又は送信可能化の差し止めを請求することができるか。

(3) 被告は、本件各対談記事の削除を行わなかったことにより、原告らに対して損害賠償責任を負うか。

(4) 原告らの損害

【判旨】

1. 引用の抗弁について

Yは、本件各発言がX1に対する批評を目的として本件各対談記事を引用するので著作権法上正当である（35条）と主張したが、裁判所は次のように判示して引用の抗弁を退けた。

「著作権法32条1項にいう『引用』とは、紹介、参照、論評その他の目的で自己の著作物中に他人の著作物の原則として一部を採録することをいうところ、上記引用に当たるというためには、引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と引用されて利用される側の著作物を明瞭に区別して認識することができ、かつ、両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があると認められる場合でなければならないと解される。

.....

上記認定の事実によれば、本件各発言を閲覧した者は、本件各文章を独立した著作物として鑑賞することができるのであり、本件発言者がその発

言の書き込みにおいて本件各対談記事の内容を転記したのは、本件発言者が創作活動をする上で本件各対談記事を引用して利用しなければならなかったからではなく、本件各対談記事を閲覧させること自体を目的とするものであったと解さざるを得ない。

したがって、本件各発言においては、その表現形式上、本件各対談記事の転載部分が従であるとはいえない（むしろ、本件各対談記事の転載部分が主であるということが出来る）から、本件発言者がその発言の書き込みの際して本件各対談記事の内容を転載した行為が、著作権法上許された引用に該当するということとはできない。」

2. 差止請求権について

Xらは、Yが本件各発言を削除することによって以後の自動公衆送信を停止し、被害の拡大を防止すべき義務があり、またこれを行うことは容易であるから、Yに対する本件各発言の自動公衆送信・送信可能化の差止請求が認められるべきであると主張した。しかし、裁判所は、以下のように判示して、この主張を退けた。

「著作権法112条1項は、著作権者は、その著作権を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる旨を規定する。同条は、著作権の行使を完全ならしめるために、権利の円満な支配状態が現に侵害され、あるいは侵害されようとする場合において、侵害者に対し侵害の停止又は予防に必要な一定の行為を請求し得ることを定めたものであって、いわゆる物権的な権利である著作権について、物権的請求権に相当する権利を定めたものであるが、同条に規定する差止請求の相手方は、現に侵害行為を行う主体となっているか、あるいは侵害行為を主体として行うおそれのある者に限られると解するのが相当である。けだし、民法上、所有権に基づく妨害排除請求権は、現に権利侵害を生じさせている事実をその支配内に収めている者を相手方として行使し得るものと解されているものであり、このことからすれば、著作権に基づく差止請求権についても、現に侵害行為を行う主体となっているか、あるいは侵害行為を主体として行うおそれのある者のみを相手方として、行使し得るものと解すべきだからである。この点、同様に物権的な権利と解されている特許権、商標権等についても、権利侵害を教唆、幫助し、あるいはその手段を提供する行為に対して一般的に差止請求権を行使し得るものと解することができないことから、特許法、商標法等は、権利侵害を幫助する行為のうち、一定の種類の行為を限定して権利侵害とみなす行為と定

めて、差止請求権の対象としているものである（特許法101条、商標法37条等参照）。著作権について、このような規定を要するまでもなく、権利侵害を教唆、幫助し、あるいはその手段を提供する行為に対して、一般的に差止請求権を行使し得るものと解することは、不法行為を理由とする差止請求が一般的に許されていないことと矛盾するだけでなく、差止請求の相手方が無制限に広がっていくおそれもあり、ひいては、自由な表現活動を脅かす結果を招きかねないものであって、到底、採用できないものである。

……

上記の各事実に照らせば、本件各発言について送信可能化を行って本件各発言を自動公衆送信し得る状態にした主体は本件発言者であって、被告が侵害行為を行う主体に該当しないことは明らかである。」

また、一定の範囲の幫助者（「幫助者の行為が著作権等の侵害行為に密接な関わりを有し、かつ幫助者が被害の拡大を容易に防止することができる立場にあるような場合」）に対して差止請求を認める見解（ヒットワン事件大阪地裁平成15年2月13日判決・後掲解説参照）を、以上の論拠に基づいて、明確に否定した。

さらに、本件電子掲示板の利用者が匿名であり、Yに対して差止請求を認めなければ著作権侵害に対する救済を実質的に欠くことになり不当であるとのXらの主張に対して、裁判所は、次のように判示した。

「しかし、まず、著作権侵害に限らず、匿名で権利侵害を行っている者に対して差止請求を認めるべきかどうか、認めるとしてどのような方法で差止めを可能ならしめるかは、基本的には立法政策の問題であって、電子掲示板における表現において、匿名での権利侵害行為がなされたからといって、侵害の主体ということができない電子掲示板の設置者ないし自動公衆送信装置の設置者に対して、特段の法規上の根拠も要することなく、差止請求権を行使することができることと解することは、到底できない。殊に、憲法上自由な表現活動が保障されている下においては、表現活動に対する抑制行為は厳に謙抑的であることが求められるものであり、このような点に照らしても、原告らの主張するところは、差止請求の相手方を解釈によって無制限に拡張することにつながるもので、到底採用することができない。

もっとも、発言者からの削除要請があるにもかかわらず、ことさら電子掲示板の設置者が、この要請を拒絶して書き込みを放置していたような場

合には、電子掲示板の設置者自身が著作権侵害の主体と観念されて、電子掲示板の設置者に対して差止請求を行うことが許容される場合もあり得ようが、そのような事情の存在しない本件において、被告に対する差止請求を認める余地はない。」

なお、プロバイダ責任制限法との関係について、東京地裁は、Yに同法上の損害賠償責任が生ずることはあっても、差し止め請求の根拠とはならないと論じた。

3. 損害賠償義務について

Xらは、Yが本件各発言を削除すべき条理上の作為義務を負っていたと主張したが、裁判所は、以下のように判示してこれを退けた。

「しかしながら、インターネット上において他人の送信した情報を記録し、公衆の閲覧に供することを可能とする設備を用いて、電子掲示板を開設・運営する者や、ウェブホスティングを行う者（以下「電子掲示板開設者等」という。）は、基本的には、他人が送信した情報について媒介するという限度で情報の伝達に関与するにすぎない。

したがって、電子掲示板開設者等は、他人が行った電子掲示板への情報の書き込み、あるいはウェブページ上における表現行為が、著作権法上、複製権、送信可能化権、公衆送信権の侵害と評価される場合であっても、電子掲示板開設者等自身が当該情報の送信主体となっていると認められるような例外的な場合を除いて、特段の事情のない限り、送信可能化又は自動公衆送信の防止のために必要な措置を講ずべき作為義務を負うものではない。」

そして、特段の事情および過失の有無についてつぎのように判示した。

「これを本件についてみるに、編集長Iが平成14年5月10日に被告に対して行った削除要請は、電子メールで「私は小学館少コミCheese!の編集長をしているIと申します。2ちゃんねるの少女漫画サイトの『うんざりだって★A』で小社刊の『ファンブック 罪に濡れたふたり～kasumi～』の18ページにわたる座談会ページの全文が公開されており、これは明らかに著作権侵害ですので、すみやかに削除をお願いいたします。」という内容を述べるにとどまるものであり（甲4）、その後被告からの返答を受けて同年5月13日に行われた再度の要請においても「削

除依頼板へ、というご返事をいただきましたが、私の申し上げたことに対するお答えとして、筋が違うと思います。さらに5月10日以降、現在までに、704～707で座談会の続きが公開され、また、720～725、728～748において、もうひとつの対談記事も11ページ分全文が公開されています。」という内容を述べるにとどまるものである（甲6）。これらの電子メールによる要請だけでは、真正な著作権者からの申告かどうかも明らかでなく（上記各電子メールの差出人は「I」となっているが、同電子メール上、「I」と原告C、E、H及びGとの関係は全く不明である。）、同電子メールの内容も、具体的に著作物の内容を示した上でどの部分が著作権侵害かを特定して申告するものでもなく、仮に被告が、同電子メールによる権利侵害との申告を軽信して、著作権侵害かどうかの判断を誤って過剰に発言を削除した場合には、かえって、書き込みをした者から非難されるおそれがあること、自由な表現活動を保障する観点から他人の表現行為について第三者が介入することには慎重さが求められるべきであることも考慮するならば、この程度の内容の電子メールを受け取ったからといって、被告において権利侵害の事実を知っていたか、あるいはこれを知ることができたと認めるに足りる相当の理由があったということはず、送信可能化又は自動公衆送信の防止のために必要な措置を講ずべき特段の事情があったとは認められない。」

裁判所は、以上のように認定して、原告のすべての請求を棄却した。

【解説】

1. はじめに

本判決は、引用の抗弁、著作権侵害の教唆・幫助に対する差止請求権、プロバイダに対する損害賠償請求権のほか、著作権の保護と表現の自由との関係について、独自の法理・法解釈を展開している。本判決が展開する法理・法解釈は、デジタル・ネットワーク社会の法秩序に与える影響が極めて大きいので、原理原則に遡って詳細に検討してみたい。

2. 表現の自由と著作権

(1) 著作権の保護と表現の自由との関係

表現の自由は、著作権の保護とどのように整合性が図られているのか。

まず、著作権が保護するものは何か。著作権法が保護するのは、表現された思想や感情（「アイデア」）ではなく、その表現方法（「表現」）にとどまる（江差追分事件・最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁）。したがって、著作物に表現された思想や感情を複製することは禁止されるのではなく、その思想や感情を表現するにあたって表現方法を複製することが禁止されるにとどまる（アイデアと表現の二分法理(Dichotomy of Idea/Expression)）。

つぎに、表現の自由として保護されるものはなにか。表現の自由は、他人の表現を自由に使用できる権利を意味するものではない。表現の自由とは、内心における思想や信仰（「アイデア」）を外部に表明し、他人に伝達する（「表現」）自由を意味する。要するに、表現の自由とは、自己のアイデアを自己の表現方法を使って伝達することができる権利であり、他人の表現を自由に使用できることを意味しない。

したがって、原則として、表現の自由の保護と著作権の保護とは、そもそも原理的に抵触を生じない¹。ただし、表現の自由の対象が他人の著作物に対する

¹ 米国の連邦憲法修正1条は、「連邦議会は、国教の樹立を規定もしくは自由な宗教行為を禁止し、言論もしくは出版の自由(freedom of speech or of press)を制限し、または人民が平穩に集会する権利および窮状の救済を政府に求める請願権を制限する法律を制定してはならない。」と規定する。著作権法が表現に対して独占的権利を与えて他人によるその使用を制限することは、連邦憲法修正1条の保障する表現の自由に抵触しないか。連邦最高裁は、ハーパー・アンド・ロー事件 (*Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985)) において、「著作権におけるアイデアと表現の二分法理は、『著作者の表現を保護しながら事実の自由伝達を許容することによって修正第1条と著作権法の明確なバランスをとる』ものである。」と指摘する。

また、「風はとわに去りぬ事件」 (*Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001)) は、著作権制度と表現の自由（連邦憲法修正第1条）との調和はアイデアと表現の二分法理(Dichotomy of Idea/Expression)とフェア・ユースの法理(Fair Use Doctrine)によって保たれているという。アイデアと表現の二分法理は、アイデアの表現とアイデア自体と

批判・批評などである場合には、その批判・批評などのために他人の著作物を引用して採録する必要が出てくるが、著作権法は、このような表現の自由の保護のために引用に対する著作権の権利制限を設けている。したがって、著作権法はすでに自己完結的に表現の自由の保護と著作権の保護との調整を達成している。すなわち、著作権の侵害が認められる場合には、あらためて表現の自由の保護を論ずる必要はない。

以上を、著作権の保護と表現の自由との関係が問題となりうる場面に従って整理すると、つぎのようになる。

- ① ある人Aが既存のBの表現に含まれる思想・感情を利用した場合（アイデアの利用）
…著作物中の思想・感情は著作権の保護を受けないから、著作権侵害を生じない。
- ② Aが既存のBの表現に含まれる思想・感情を利用するにあたって、Bの表現まで利用した場合（表現の利用）
…著作物中の思想・感情のみならずその表現まで利用することには、著作権侵害を生ずる。
ただし、このとき、その思想・感情を表現する方法としてその表現が不可避または平凡であるときは、その表現方法に著作権の保護が及ぶと表現の自由を妨げることになる。しかし、このようなときには当該表現に対する創作性は認められない²ので、著作権侵害の成立は否定される。
- ③ Aの思想・感情を表現したところ、既存のBの表現と偶然に類似していた場合（偶然の暗合）
…表現方法の「複製」が存在しないから、著作権侵害を生じない³。

を分け、著作権による保護の対象をアイデアではなく、その表現にとどめ、公衆が著作物によって伝達されるアイデアを自由に使用して自己の表現活動を行うことを促進する。連邦憲法修正第1条が定める表現の自由の究極の目的は、自由な討議とアイデアの自由な交換であるから、アイデアと表現の二分法理は、表現の自由の目的にかなうものである。また、フェア・ユースの法理は、批判や批評などの新たなアイデアを導入するために著作物の使用を許すものである。著作権が批評や批判を免れさせるものとなっては表現の自由に抵触することになるから、フェア・ユースの法理は、著作権制度と表現の自由を調和させる機能を果たしている。

² たとえば、システムサイエンス事件・東京高決平成元年6月20日判時1322号138頁：「……『本体側よりデータ入力後の処理ルーチン』の指令の組合せはハードウェアに規制されるので本来的に同様の組合せにならざるを得ないこと、『プリンター動作不能時の処理ルーチン』（……）は、CA-7IIプログラムもCA-9プログラムもともに極めて一般的な指令の組合せを採用していること、……が、一応認められる。……以上のとおり、CA-7IIプログラムのうち抗告人が指摘する部分の指令の組合せに創作性を認めることは困難である」

³ ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件・最判昭和53年9月7日民集32巻6

- ④ Aの思想・感情を表現するために、既存のBの表現を模写した場合
…表現の自由は、自己の思想・感情を表現することには及ぶが、そのために他人の表現方法を使用することには及ばない。したがって、ここでは、原則として、著作権の保護と表現の自由が抵触する事態を生じない。

ただし、(i)その思想・感情を表現する方法としてその表現が不可避または平凡である場合、その表現方法に著作権の保護が及ぶと表現の自由と抵触することになるが、前述のとおりこのようなときには当該表現に対する創作性は否定されるので、著作権侵害の成立は否定される。

また、(ii)Aの思想・感情の内容が既存のBの思想・感情またはその表現に対する批判・批評である場合には、既存のBの表現を引用せずにはAの思想・感情を有効に表現することはできない。このような場合には、著作物の保護と表現の自由が抵触する事態を生ずるが、著作権法32条に定める引用に対する権利制限規定（後に詳述する）によって、表現の自由は確保される。

(2) 本判決の問題点

本判決は、著作権侵害の教唆・幫助に対する差止請求権を否定する理由として、表現の自由との抵触を挙げている。

すなわち、本判決は、「著作権について、このような規定を要するまでもなく、権利侵害を教唆、幫助し、あるいはその手段を提供する行為に対して、一般的に差止請求権を行使し得るものと解することは、…… 差止請求の相手方が無制限に広がっていくおそれもあり、ひいては、自由な表現活動を脅かす結果を招きかねない」という。また、「殊に、憲法上自由な表現活動が保障されている下においては、表現活動に対する抑制行為は厳に謙抑的であることが求められるものであり、このような点に照らしても、原告らの主張するところは、差止請求の相手方を解釈によって無制限に拡張することにつながるもので、到底採用することができない」ともいう。

しかし、表現の自由の保護と表現に対する著作権による保護とは、前述のとおり、著作権侵害の成立要件（アイデアと表現の二分法理）および権利制限規定（引用の抗弁）によって、著作権侵害の成立時にすでに調整されている。したがって、著作権侵害が認められる行為である限り、これに対して差止請求権（著作権法112条1項）および損害賠償請求権（民法709条）という著作

号1145頁：「著作物の複製とは、既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製することをいうと解すべきであるから、既存の著作物と同一性のある作品が作成されても、それが既存の著作物に依拠して再製されたものでないときは、その複製をしたことにはあらず、著作権侵害の問題を生ずる余地はない」

権侵害責任を問うことは表現の自由と抵触することはない。著作権侵害の教唆・幫助であるからといって、表現の自由がことさら問題になることはない。

たとえば、この事件において、著作権侵害の教唆・幫助に当たるプロバイダYに表現の自由を考慮する必要があるか。第1に、プロバイダYに安易に著作権侵害責任を問う場合には、「利用者の表現の自由」を脅かすおそれがある。しかし、利用者の表現の自由は、著作権の直接侵害者である利用者の行為について著作権侵害を認定する段階において、すでに表現の自由の保護とは調整済みである。第2に、では、利用者の行為について著作権侵害が認定される場合であっても、「プロバイダYの表現の自由」が存在するか。教唆の成立には侵害の事実の認識と侵害者に侵害を決意させる意思が必要である。また幫助の成立には侵害の事実の認識と侵害者の侵害を幫助する意思が必要である。Y固有の表現の自由を保護すべき事情があるとすれば、これら教唆・幫助の要件を満たすことはないであろう。したがって、プロバイダYに著作権侵害の教唆・幫助を認定できる場合には、すでに表現の自由の保護は調整済みであって、あらためて表現の自由を考慮する必要はない。

蛇足ながら、そもそも、前述のとおり、表現の自由とは、内心における思想や信仰を外部に表明し、他人に伝達する自由であるところ、この事件において、プロバイダYは、利用者の内心における思想や信仰を伝達するだけであって、自分の思想や信仰を伝達する意思を持たない。したがって、そもそもYは表現の自由で保護されるべき表現を持っていない。プロバイダYに著作権侵害責任を問うことは表現の自由とは何の関係もないところである。

なお、事前抑制の文脈、すなわち差止の仮処分（民事保全法23条2項）においては、「表現活動に対する抑制行為は厳に謙抑的であることが求められる」。しかし、これは著作権侵害一般に当てはまる問題であって、著作権侵害の教唆や幫助だからといって、表現の自由がことさら問題になることではない。

3. 権利制限の法理と引用の抗弁について

(1) 権利制限の法理

著作権法には、さまざまな権利制限規定が、権利者と利用者との利害調整のために定められている。一見、そこに統一的原理があるようには見えない。

しかし、権利制限規定は、ベルヌ条約9条2項およびTRIPS協定13条に基づいて、いわゆる「スリー・ステップ・テスト」に適合するものでなければ⁴。したがって、スリー・ステップ・テストは、権利制限規定の立法のみならず、解釈においても基準とされなければならない。スリー・ステップ・テストの観点から分析していくと、現行著作権法上の各権利制限規定には一見しては見えなかった統一原理が浮かび上がってくる。

ベルヌ条約9条2項は、「**特別の場合について(1)の著作物の複製を認める権能は、同盟国の立法に留保される。ただし、そのような複製が当該著作物の通常の利用を妨げず、かつその著作者の正当な利益を不当に害しないことを条件とする。**」と規定する。

スリー・ステップ・テストの第1要件は、権利制限のある特別な利用行為が立法措置において特定することである。第2の要件は、その利用行為が「当該

⁴ なお、スカイパーフェクTV第1次訴訟・東京地裁平成12年5月16日判決は、スリー・ステップ・テストの第2要件（「当該著作物の通常の利用を妨げ（ないこと）」）および第3要件（「著作者の正当な利益を不当に害しないこと」）の充足は各国に立法裁量に委ねられていると判示した。すなわち、「同条約九条（2）との関係においては、同法三〇条一項が同条約九条（2）ただし書の条件を満たすものであることが必要である。しかしながら、具体的にどのような態様が右条件を満たすものといえるかについては、同条約がこれを明示するものではないから、結局のところ、各同盟国の立法に委ねられた問題であるといわざるを得ない。そして、右のような同条約九条（2）を具体化するものとして規定されている同法三〇条一項は、それが同条約九条（2）ただし書の条件に沿うものであるとの前提の下で、前記（一）のような要件の下における複製を複製権に対する制限として認めることを規定しているというべきである。したがって、著作権法によって認められる私的複製のための複製であるか否かを論じるに当たっては、同法三〇条一項の規定に当たるか否かを問題とすれば足りるものであって、同条項の背景となるベルヌ条約の規定を持ち出して、その規定に当たるか否かを直接問題とするまでもないというべきである。」

しかし、第2要件および第3要件が各加盟国の立法裁量に委ねられているというベルヌ条約9条（2）の解釈は、条約の拘束力を無にするに等しいものである。明らかに、条約法に関するウィーン条約（昭和56年7月20日条約16号）31条に違反し、明らかにベルヌ条約9条（2）に違反する。

TRIPS協定13条もベルヌ条約9条（2）も各国の権利制限規定に対する限界として同じくスリー・ステップ・テストを定めるものが、現に、WTOパネルは、2000年5月5日、TRIPS協定13条の定めるスリー・ステップ・テストの第2要件および第23要件に対する米国の解釈を否定した。米国著作権法110条（5）項（B）号の権利制限規定がTRIPS協定13条の定めるスリー・ステップ・テストの第2要件および第3要件を満たさず、TRIPS協定13条に違反すると認定した。これらの規定の解釈が各加盟国の立法裁量に委ねられているとの主張は根拠がないことが明らかである。

著作物の通常の利用を妨げない」ことであり、第3の要件は、その利用行為が「著作者の正当な利益を不当に害しない」ことである。

第2要件

では、利用行為が「当該著作物の通常の利用を妨げない」とは、どのような場合であるのか。米国著作権法110条(5)に関する2000年5月5日のWTOパネル報告書は、第2要件について、つぎのように判示する⁵。

「本パネルは、原則として当該権利の範囲内にあるが例外または制限に基づき免除を受ける利用が、権利者が著作物に対する権利から経済的価値を引き出す通常の方法と経済的競争を生じ、これにより権利者から多量のまたは実質的な商業的利得を奪う場合には、国内立法における排他的権利に対する例外または制限が著作物（すなわち、著作権またはむしろ著作権を有することにより付与される排他的権利の束の全部）の通常の利用を妨げる程度のものとなる、と考える。」

これは、結局、以下の3つの場合であると考え⁶。

- ① 優越的価値（表現の自由などの憲法的価値や著作権法の目的）のために必要な利用行為：
たとえば、裁判手続における複製（42条）は、裁判の公正（デュー・

⁵ “an exception or limitation to an exclusive right in domestic legislation rises to the level of a conflict with a normal exploitation of the work (i.e., the copyright or rather the whole bundle of exclusive rights conferred by the ownership of the copyright), if uses, that in principle are covered by that right but exempted under the exception or limitation, enter into economic competition with the ways that right holders normally extract economic value from that right to the work (i.e., the copyright) and thereby deprive them of significant or tangible commercial gains” (6.183)

⁶ なお、本文中で例示した権利制限以外についても、その正当化理由を検討すればつぎのように考えられるであろう。以下、優越的価値のために必要な利用行為を①、著作権者に被害を生じない利用行為を②、市場の失敗を生ずる利用行為を③と略記する。

- 30条：私的複製にはさまざまな利用形態が存在する。たとえば、学習のための模倣は①であるが、本文中に記したようにCD再生に伴うRAMへの一時的蓄積は②であり、文献の複写やCDのダビングは③である。
- 31条：1号のコピー・サービスは③であり、2号の資料保存は①であり、3号の他図書館のための複製は③であると思われる。
- 32条～37条の2：①
- 38条：③
- 39条～42条の2：①
- 43条：①～③
- 44条～47条の2：②か？
- 45条：②
- 47条の3：①～③

プロセス) という憲法的価値のために著作権を制限する必要がある。また、たとえば、教科用図書への掲載(33条)は、著作権法の目的が究極的には文化の発達であるが、学校教育において模範的な表現方法を学習することは社会による文化の共有の基礎を成すものとして、文化の発達のために著作権を制限する必要があると考えられる。

このような優越的価値のための利用行為は、そもそも著作権者がこれを拒むことは許されるべきではないので、著作権者に留保されるべき「通常の利用」の範囲に属さない。

② 著作権者に被害を生じない利用行為：

たとえば、私的複製(30条)の一態様として、購入したCDをラジカセで再生する際にRAMに生ずる複製は、この複製行為によって著作権者に何らかの経済的損害を与えるわけではない。したがって、このような利用行為は、著作権者に留保されるべき「通常の利用」の範囲に属さない。

③ 市場の失敗を生ずる利用行為：

たとえば、図書館におけるコピー・サービス(31条1号)は、著作権者に排他的権利を与えたとしても、許諾取得手続に費用(取引費用)がかかり零細な使用許諾料の額を回収できないことになり、そもそも利用許諾の市場が成立しない。したがって、このような零細な取引市場は、著作権者に排他的権利を与えたことによって留保されえないので、著作権者に留保されるべき「通常の利用」の範囲に属さない。

ところで、著作権法32条1項の引用の抗弁は、引用の目的として「報道、批評、研究」を例示することから明らかなように、上記の優越的価値(表現の自由など)のために必要な利用行為として権利制限が認められていると考えられる。

第3要件

つぎに、その利用行為が「著作者の正当な利益を不当に害しない」とは、どのような場合であるのか。

米国著作権法110条(5)に関する2000年5月5日のWTOパネル報告書は、第3要件について、つぎのように判示する⁷。

⁷ “The crucial question is which degree or level of “prejudice” may be considered as “unreasonable”, given that, under the third condition, a certain amount of “prejudice” has to be presumed justified as “not unreasonable”. In our view, prejudice to the legitimate interests of right holders reaches an unreasonable level if an exception or limitation causes or has the potential to cause an unreasonable loss of income to the copyright owner” (6.229).

「決定的に重要なのは、第3条件において一定の『被害』は『不当ではない』ものとして許容されるものとすれば、どの程度またはレベルの『被害』が『不当』と考えられるのかという問題である。われわれの見解においては、権利者の正当な利益に対する被害は、例外規定または権利制限規定が著作権者の収入に不合理な損出を生じさせまたは生じさせるおそれが生じる場合に、不合理なレベルに達する。」

これを前述の利用行為に則して検討すれば、つぎのとおりである。

- ① 優越的価値（表現の自由などの憲法的価値や著作権法の目的）のために必要な利用行為：

たとえば、裁判手続における複製（42条）は、著作物を鑑賞し、その経済的価値を引き出す行為ではない。著作権者に排他的権利を与える意図は、その経済的価値の利用行為から対価を回収させることにある。しかし、このような鑑賞を目的としない行為に対しては、そもそも著作権者に所得を生じさせることが予定されていないのであるから、著作権者の所得に不当な損失を生じさせることはない。したがって直ちに「著作権者の正当な利益を不当に害しない」という第3要件を充足する。

他方、たとえば、教科用図書への掲載（33条）は、著作物を鑑賞し、その経済的価値を引き出す行為であるので、著作権者に別途報酬請求権を付与するなど、著作権者の所得を補填する措置がとられなければ、「著作権者の正当な利益を不当に害しない」という第3要件を充足しないと考えられる。

したがって、優越的価値のために必要な利用行為に対する権利制限においては、利用行為が著作物の鑑賞行為でなければ直ちに第3要件を充足し、利用行為が著作物の鑑賞行為であるときは第3要件を充足するため著作権者に別途報酬請求権等を付与することが必要な場合があると考えられる。

- ② 著作権者に被害を生じない利用行為：

たとえば、私的複製（30条）の一態様として、購入したCDをラジカセにて再生する際にRAMに生ずる複製は、この複製行為によって著作権者に何らかの経済的損害を与えるわけではない。したがって、このような利用行為は、著作権者の所得に不当な損失を生じさせることはないので、第3要件を充足すると考える。

- ③ 市場の失敗を生ずる利用行為：

たとえば、図書館におけるコピー・サービス（31条1号）は、著作権者に排他的権利を与えたとしても、許諾取得手続に費用（取引費用）が

かかり零細な使用許諾料の額を回収できないことになり、利用許諾は成立しない。すなわち、もともと著作権者に所得を引き出す手段がなく、著作権者の所得に不当な損失を生じさせることはない⁸。

したがって、市場の失敗における利用行為に対する権利制限は、第3要件を充足すると考える。

以上をまとめると、第2要件を充足する利用行為（優越的価値のために必要な利用行為、著作権者に被害を生じない利用行為または市場の失敗における利用行為）は、原則として第3要件を充足する。ただし、(i)利用行為が観賞行為であり、(ii)これに対する権利者への対価が払われておらず、かつ(iv)報酬請求権制度が実効的である場合には、第3要件の充足には、権利者に対する報酬請求権の付与が必要であると考えられる。

ところで、前述のとおり、著作権法32条1項の引用の抗弁は、第2要件を充足する利用行為（表現の自由という優越的価値などのために必要な利用行為）であるが、批判・批評を内容とする「報道、批評、研究」目的で著作物を利用する行為は観賞行為ではないから、権利者に対する報酬請求権の付与がなくとも、第3要件を充足すると考えられる。

（2）引用の判例法理

著作権法32条1項は、「公表された著作物は、引用して利用することができる。この場合において、その引用は、公正な慣行に合致するものであり、かつ、報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行なわれるものでなければならない。」と規定する。

パロディ写真事件・最高裁昭和55年3月28日判決民集34巻3号244頁は、旧著作権法の解釈として、「引用とは、紹介、参照、論評その他の目的

⁸ なお、ここで、排他的権利に代えて報酬請求権を与えることも考えられるが、報酬請求権の行使に必要な取引費用の額が報酬の額を超えるので、ここでは報酬請求権の付与も現実的ではない。

このような場合には、現実的な代替措置として、課金制度が考えられる。ただし、その課金制度にはいくつかの問題があるので、必要的措置とはいえないと考える。すなわち、第1に、課金制度は、著作権で保護されていない資料の複製物にも課金されるので、パブリック・ドメインにある資料の使用を抑制する効果を生じる。第2に、課金制度に基づいて徴収された金銭が権利者に分配されない、または実質的に分配されない場合、著作物の創作を促進する効果はなく、著作物の使用を抑制する効果のみを生じる。その場合、金銭の徴収は、著作物の使用に対する懲罰でしかなく、著作物を作り出すインセンティブであるという著作権法の目的に反する結果となる。したがって、促進効果および抑制効果のバランスを考えれば、著作物の通常な利用を妨げない限り、多くの場合、市場の失敗の場合には課金制度よりも自由利用の方がより良い解決方法でありえることに注意する必要がある。

で自己の著作物中に他人の著作物の原則として一部を採録することをいうと解するのが相当であるから、右引用にあたるというためには、引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができ、かつ、右両著作物の間に前者が主、後者が従の関係にあると認められる場合でなければならない」と判示した。そこで、現行法上は、「引用」の成立には、①引用される著作物が公表されていること、②公正な慣行に合致すること、③引用する側と引用される著作物が明瞭に区別されること（明瞭区別性）、④引用する側と引用される側がそれぞれ主と従の関係にあること（付従性）が必要であると考えられている。

裁判例には、さらに、⑤引用する側に著作物性があることを要件とするものがある（バーンズ・コレクション展事件・東京地裁平成10年2月20日判決知的裁集30巻1号33頁）。

そこで、問題は、第1に、本判決は「独立した著作物として鑑賞することができる」こと（鑑賞性）をもって付従性を否定したが、この鑑賞性は付従性の要件を否定する根拠となりうるのか。第2に、引用の成立においては付従性がキーであるが、どのような場合に付従性が認められるか。第3に、引用の成立に明瞭区別性が必要であるか。

（3）鑑賞性

本判決は、「独立した著作物として鑑賞することができる」（鑑賞性）ことのみをもって付従性を否定した。

しかし、「独立した著作物として鑑賞することができる」（鑑賞性）ことが認定されれば、ただちに付従性を否定していいのかとの疑問を生ずる。たとえば、短歌や俳句を批評するためにはその全文を採録することが必要となろう。しかし、全文を採録すれば「独立した著作物として鑑賞することができる」であろうから、本判決の論旨に従えば、引用にならないことになってしまう。これは明らかにおかしいと思われる。

他の裁判例を見ても、付従性を判断するための一要素として鑑賞性の有無を論ずるものはあるが、鑑賞性の存在のみを認定して付従性を否定するものはない。

たとえば、藤田嗣治絵画複製事件において、東京高裁（昭和60年10月17日判決無体例集17巻3号462頁）は、「右複製物は、モノクローム図版のものも含め、いずれも美術性に優れ、読者の鑑賞の対象となりうるものとなっており、本件絵画の複製物の掲載されたページを開いた富山論文の読者は、同論文の記述とは関係なく、本件絵画の複製物から美的感興を得、これを鑑賞することができるものであること、本件絵画の複製物は、読者がその

助けを借りて富山論文を理解するためだけのものとはいえないものと認めるのが相当である。」として、引用の必要性を超えているか否かを判断するうえでの一要素としている。

また、脱ゴーマニズム事件において、東京高裁（平成12年4月25日判決時1724号124頁）は、さまざまな要素を検討した後、「控訴人カットに独立した鑑賞性があることは認められるけれども、控訴人書籍と被控訴人書籍の右関係に照らせば、そのことによって、被控訴人論説と控訴人カットとの右主従関係が失われるということはできないのである。」と判示した。

以上のとおり、本判決が「独立した著作物として鑑賞することができる」（鑑賞性）ことのみをもって付従性を否定したのは、論理に飛躍があると考えられる。

（４）付従性

では、付従性はどのように認定すべきか。

藤田嗣治絵画複製事件の前掲東京高裁判決は、付従性の認定方法について「主従関係は、両著作物の関係を、引用の目的、両著作物のそれぞれの性質、内容及び分量並びに被引用著作物の採録の方法、態様などの諸点に亘って確定した事実関係に基づき、かつ、当該著作物が想定する読者の一般的観念に照らし、引用著作物が全体の中で主体性を保持し、被引用著作物が引用著作物の内容を補足説明し、あるいはその例証、参考資料を提供するなど引用著作物に対し付従的な性質を有しているにすぎないと認められるかどうかを判断して決すべき」と論ずる。また、脱ゴーマニズム事件の前掲東京高裁判決も、ほぼここに挙げられた判断手法に従って、付従性の有無を認定している。しかし、付従性の有無を判断するにおいて、上記の各要素をどのように考慮するのか、上記の裁判例にその基準が示されているわけではない。

あらためて、前述の権利制限の法理から、引用の許される場合とその要件を考えてみよう。まず、引用の抗弁は、表現の自由という優越的価値に必要な利用行為に対する権利制限と考えられる。そもそも、表現の自由はなにゆえ強く保護されなければならないのか。伝達される情報は、広く公衆の要求を満たすものだからとすれば、情報に限らず物品でも同じく公衆の要求を満たすので、表現の自由が経済活動の自由より強く保護されるべき根拠とはならない。社会に存在する虚偽・虚像を暴き真実の姿を公衆に伝達することが民主主義の成立に不可欠であるから、真実の伝達は、経済活動の自由よりも強く保護されると考えられる。国民は真実を知らなければ正しい政治的判断を行えない。ここにこそ表現の自由の核心がある。したがって、引用の抗弁によって保護される「報道」や「研究」は、真実を伝達する行為であって、社会に存在する虚偽・虚像を暴き真実の姿を公衆に伝達することに寄与するものでなければならないと考

える。「批判」も、真摯に批判・批評する行為であって、社会に存在する虚偽・虚像を暴き真実の姿を公衆に伝達することに寄与するものでなければならないと考える。このような「社会に存在する虚偽・虚像を暴き真実の姿を公衆に伝達する」行為を、以下「批判・批評」と総称する。

被告が引用であると主張する他人の著作物の利用形態は、被告の著作物と原告の著作物との関連性から、被告の著作物における主張の内容が原告の著作物に向けられたもの（A）と、そうでないもの（B）とに分けられる。以上の利用形態について、権利制限の法理から分析すれば以下のようなになる。

引用著作物における主張の内容が被引用著作物の内容に向けられている場合（A）

【A 1：引用著作物における主張が被引用著作物に対する批判・批評を目的とする場合】

この場合、まさに表現の自由のために必要な利用行為として権利制限が正当化されうる。ただし、必要な範囲を超えてまで他人の著作物を利用することは許されないのは当然であるが、その必要性の判断は表現の内容自体に対する評価を必要とするので、必要性を「必要最小限度」などに限定することは適当ではなく、被引用著作物の利用が合理的関連性を持っている範囲（＝グレー・ゾーンの外縁）を超えない限り、必要性を認めるべきである⁹。

脱ゴーマニズム宣言事件は、被告の著作物が原告の著作物に対する批判・批評を目的としてこれを採録したA 1の事例である。ここでは、採録が必要性の程度を超えたかどうかのみが問題となる。

【A 2：引用著作物における主張が被引用著作物の鑑賞を目的とする場合】

この場合、権利制限は正当化されえない。

被引用著作物に対する批判・批評の目的と被引用著作物を鑑賞する目的とが併存する場合、どちらが主目的かでA 1かA 2かに分類すべきであろう。たとえば、引用著作物が被引用著作物に対する批判や批評を内容とする場合、被引用著作物を鑑賞する目的も併存しうるが、その主目的は被引用著作物に対する批判や批評にある。他方、引用著作物が被引用著作物に対する「解説」や「注釈」を内容とする場合、解説や注釈に批判や批評の目的も併存しうるが、その主目的は被引用著作物の鑑賞にある。

⁹ なお、脱ゴーマニズム宣言事件地裁判決（東京地裁平成12年4月25日判決判時1724号124頁）は、「一般に著作物の引用は、右1で示した引用の要件を充たす限りにおいて、引用著作物の著者が必要と考える範囲で行うことができるものであり、前記1の要件に加えて引用が必要最小限度のものであることまで要求されるものではない。」という。

ラストメッセージ事件（東京地裁平成7年12月18日判決知的裁集27巻4号787号）は、引用著作物における主張の内容が被引用著作物に向けられており、かつ、その主張が被引用著作物を鑑賞すること以外に目的が存在しないA2の事例である。

本件の2チャンネル事件は、A2の事例である。ここでは、引用著作物における主張として若干の被引用著作物に対する批判・批評めいたコメント（書き込みのつながりに「対談うぷ続きです。」などのコメント）も付されているが、コメントが主目的ではなく、明らかに被引用著作物を鑑賞する目的を主とする利用行為である。

引用著作物における主張の内容が被引用著作物の内容に向けられていない場合 (B)

【B1：引用著作物における主張を基礎付けるために被引用著作物に記載された事実や理論を正確に伝達することを目的とする場合】

この場合、その事実や理論（すなわちアイデア）を正確に伝えるために必要な範囲の利用行為は、アイデアの自由利用という優越的価値のために権利制限が正当化されうる。そのアイデアを記載した被引用著作物の表現方法が、アイデアに対して不可避または平凡である場合には、そもそも創作性を欠き著作権の保護を受けないので、当該記述の採録は権利侵害を生じない。しかし、そのアイデアを記載した被引用著作物の表現方法がアイデアを伝達するうえで個人的な表現方法を採用していた場合、著作権侵害を生ずることなく当該アイデアを正確に伝達することは不可能となる。係るジレンマを生ずる場合においては、アイデアの自由利用（優越的価値）が表現の保護に優越するので、権利制限が正当化されるのである。

たとえば、新理論を展開する論文において、他人の学術論文に記載された事実や理論を基礎とするために、その事実や理論（すなわちアイデア）を記載した被引用著作物の記述を抜粋して採録するのがこれに当たる。

【B2：B1以外の場合（たとえば、引用著作物の「参考資料」として被引用著作物が採録する場合）】

この場合、著作物の保護に優越する正当な目的が存在しないので、権利制限は正当化されえない。

被引用著作物のアイデアを正確に伝達する目的と被引用著作物を鑑賞する目的とが併存する場合、被引用著作物の当該表現を採録しなければ、引用著作物における主張を基礎付けるために被引用著作物に記載されたアイデアを正確に伝達するという目的が果たせず、ジレンマを生ずるのか否かで、B1かB2か

に分類すべきであろう。

藤田嗣治絵画複製事件は、被告が第三者の論文を掲載するとともにその理解を助けるために、すなわち参考資料として原告の著作物を掲載したB2の事例である。レオナール・フジタ展事件（東京地裁平成元年10月6日判決無体例集21巻3号747号）、バーンズ・コレクション展事件（東京地裁平成10年2月20日判決知的裁集30巻1号33号）も類似の事案である。

パロディ写真事件は、被告が環境問題に対する社会風刺を目的として、原告の写真に映し出された山の斜面を滑降するスキーの軌跡をタイヤ痕に見立てて、これにタイヤの写真を付加した作品を作成した事案であるが、ここでは被告の主張は原告の写真には向けられておらず、かつ引用著作物の主張を基礎付けるために原告の写真が採録されたものではなかったB2の事例である。

中田英寿事件は、引用著作物が原告の中学生時代に作成した詩を採録したが引用著作物における主張の内容はその詩ではなく原告自身に向けられており、かつ引用著作物の主張を基礎付けるためにその詩が採録されたものではなかったB2の事例である。

（5）明瞭区別性

最後に、引用の成立に明瞭区別性が必要であるのかを検討してみよう。

米国の「風はとわに去りぬ事件」(*Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001))は、この問題を考えるうえでの参考となる。有名な小説「風とともに去りぬ」(*Gone With The Wind*)のパロディである小説「風はとわに去りぬ」(*The Wind Done Gone*)が著作権侵害に当たるかが争われた事件である。「風とともに去りぬ」は、主人公をスカーレット（白人）に置くが、「風はとわに去りぬ」は、主人公をスカーレットの腹違いの妹であるシナーラ（ムラート：農園主が黒人奴隷女性に生ませた混血）に置いて、「風とともに去りぬ」における奴隷制と南北戦争当時の南部の描写に対する批判を行う。その目的のために、「風はとわに去りぬ」は、その前半部分において、「風とともに去りぬ」の序文、主な登場人物および有名な情景その他プロットを使用（複製）した。裁判所は、表現の自由におけるこのような批判作品の価値を認め、フェア・ユースの成立を認定した。

ところが、明瞭区別性の要件に適合しうるには、引用される側は言語著作物のみならず美術著作物などその性質を問わない¹⁰が、引用する側は言語著作物の

¹⁰ たとえば、脱ゴーマニズム宣言事件では、引用著作物は言語著作物であるが、被引用著作物として美術の著作物に引用の抗弁の成立を認めている。その地裁判決は、「漫画は、絵と文が不可分一体となった著作物であるところ、原告は、そのような漫画によって自己の主張を展開しているのであるから、絵自体を批評の対象とする場合はもとより、原告の

なかでも論説のようなものに限られざるをえないであろう。たとえば、『風とともに去りぬ』を批判・批評するのに「風はとわに去りぬ」という小説・映画を作成すること（＝パロディ作品）は、明瞭区別性の要件を欠くことになるであろう。しかし、小説や映画で広く公衆に流布した著作物を批判・批評し、同じ需要層に批判・批評を流布させるには、同様に小説や映画でこれを展開できることが必要である。批判される著作物の需要層と批判する著作物の需要層を一致させることができなければ、表現の自由を保障する思想、すなわち社会に存在する虚偽・虚像を暴き真実の姿を公衆に伝達することが民主主義の成立に不可欠であるとの思想は、貫徹されない。

批判・批評のために、論説以外にもさまざまな形態の「引用」があつてしかるべきである。そもそも、その障害となる明瞭区別性は、著作権法32条1項の解釈に持ち込まれる必要があるものなのか疑問である。明瞭区別性の要件にいかなる機能があるのであろうか。せいぜい他人の著作物を利用していることが明瞭に識別できればいいのではないか。たとえば、パロディの場合、パロディとして成立するためには批判・批評の対象となる著作物の存在を需用者が想起できる必要がある。明瞭区別性の要件は、その程度で足りるのではないかと思われる。

なお、明瞭区別性は著作者人格権（同一性保持権）の観点からは重要ではありうるが、権利制限規定は著作者人格権を制限するものではない（著作権法50条）から、著作者人格権を理由に明瞭区別性の必要性を認めることはできない。

主張を批評の対象とする場合であっても、批評の対象を正確に示すには、文のみならず、絵についても引用する必要があるというべきであり、絵自体を批評の対象としていないから、絵について引用の必要がないということとはできない。」という。

4. プロバイダに対する差止請求権について

(1) プロバイダによる著作権への直接侵害

この事件は、プロバイダYによる著作権への直接侵害を検討していない。しかし、単純に直接侵害が成立しないと考えていいのか。じつは、微妙な問題である。

まず、この事件において行われた侵害行為を見てみると、本件掲示板へ本件対談記事を書き込んだ行為は、①複製行為（著作権法21条）である。また、書き込みの行われた電子掲示板は公衆のアクセス可能なインターネットに接続されているから、書き込みと同時に、②送信可能化行為（23条1項）が存在する。さらに、アクセスしてきた第三者の要求に応じて本件対談記事を自動的に公衆送信する行為は③公衆送信行為（23条1項）である。

複製行為の主体

では、複製行為の主体は誰か。米国においては、プロバイダが電子掲示板を所有・管理しているので、ユーザーによる電子掲示板への書き込みの主体はプロバイダであるとの判決（例えばプレイボーイ判決¹¹）とユーザーであるとの判決（例えばネットコム判決¹²参照）が対立したが、日本では一般的にユーザーが複製行為の主体と考えられている。

複製行為の要素を検討してみると、複製は、複製の実行行為と、複製の意思の2つからなる。まず、複製の実行行為に関して、複製手段は何か、それを使ったのは誰かと考えると、複製手段であるサーバーはプロバイダが保有しているが、ユーザーはこれを使用する権限を持っている。したがって、ユーザーも複製手段を利用して複製の実行行為を行えることに問題はない。

つぎに、複製の意思を考えると、サーバーに蓄積するという抽象的な意味ではプロバイダにも複製の意思があるが、具体的な侵害物に着目すれば、当該侵害物を選んだのはユーザーであり、プロバイダには当該侵害物を選択する意思は存在しない。すなわち、複製の意思はユーザーにのみ存在する。

したがって、複製行為の主体は、通常、ユーザーであって、プロバイダではないと考えられる。

送信可能化行為の主体

送信可能化は、難解な用語で定義されている（著作権法2条1項9号の5）が、要するに、インターネットに接続されているサーバーに書き込みをする行

¹¹ *Playboy Enterprises, Inc. v. Frena*, 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993)

¹² *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services Inc.*, 51 PTCJ 115 (N.D. Cal 1995)

為（9号の5イ）、または書き込みのあるサーバーをインターネットに接続する行為（9号の5ロ）に成立する。

インターネットに接続されているサーバーに書き込みをする場合の送信可能化行為は、書き込み時に成立するから、書き込みの主体と同じく、ユーザーが送信可能化行為の主体である。

他方、書き込みのあるサーバーをインターネットに接続する場合の送信可能化行為は、サーバーをインターネットに接続する時に成立するので、接続を行うプロバイダが送信可能化行為の主体である。また、書き込み時にインターネットへの接続が予想されており、ユーザーがこれを知って書き込んだのであれば、ユーザーも送信可能化行為の主体である。

この事件においては、インターネットに接続されているサーバーに書き込みをした場合であるから、Yではなく利用者が送信可能化行為の主体である。

公衆送信行為の主体

つぎに、公衆送信の主体は誰かと考えるべきか。

公衆送信行為は、1回1回の送信ごとに存在する¹³。したがって、公衆送信権の侵害は、書き込みの時点だけでなく、送信行為の時点についても、検討する必要がある。

公衆送信の行為者を、公衆送信の行為と公衆送信の意思という2つの点から検討する必要がある。まず、公衆送信の行為に関して、公衆送信手段はサーバーとネットワークであり、これを保有しているのはプロバイダであるが、ユーザーはこれを使用する権限を持っている。したがって、公衆送信手段の利用者は、ユーザーでもプロバイダでもありうる。つぎに、公衆送信の意思について、送信されるものを選択しているのはユーザーであるから、公衆送信の意思を持っているのは、ユーザーである。よって、公衆送信の主体は、すくなくとも書き込みの時点においては、プロバイダではなくユーザーであると考えられる。

しかし、その後の送信行為に関しては、ユーザーとともにプロバイダも公衆送信の主体でありうる。すなわち、ユーザーの作り出したサーバーにおける違法複製物を送信する意思を持って、自動公衆送信可能状態を放置する場合には、プロバイダに、不作為による公衆送信行為が認められうる。たとえば、無断複製物をサーバーにアップロードして送信させているユーザーがその削除を求め

¹³ 公衆送信行為の侵害は1回1回の送信ごとに成立するが、公衆送信権の侵害罪（119条1号）が送信の数だけ成立するわけではない。一連の送信行為は、包括して一罪（集合犯）のみが成立する。かつて、公衆送信権の侵害を継続犯と考えた（拙稿「プロバイダ責任制限法の機能と問題点 -比較法の視点から-」2002年『コピーライト』495号2頁）が、今はこれを集合犯に改める。

たにもかかわらず、プロバイダはその違法複製物のおかげでサーバーへのアクセスが増え営業上利用価値があるので削除せず放置している場合には、明らかにプロバイダに不作為による当該無断複製物の公衆送信行為を認めることができる。

プロバイダの不作為による公衆送信行為は、故意ある場合だけではなく、過失がある場合もありうる。たとえば、プロバイダは、ユーザーが無断複製物をサーバーにアップロードして送信させていることを知りえた場合において、サーバーから当該無断複製物を削除することが容易であり、かつこれを削除すべき義務があるのに、これを放置したときには、たとえこの状態を積極的に利用する意思がなくても、過失による不作為で公衆送信行為を行ったと考えられる。

なお、ユーザーとプロバイダがともに同時に公衆送信行為の主体と考えるのはおかしいのではないかとの疑問もありうる¹⁴。刑法理論においては、たとえば、医師Aが看護師Bに治療薬と称して毒物を渡して患者Cに注射させ、Cを死亡させた場合、通常、Bを使った間接正犯としてAに殺人罪を認める（Bに過失があればBにも過失致死罪が認められる）が、Bが毒物と知ってCに注射して死亡させた場合には、Bに殺人罪を認め、Aには錯誤によって殺人未遂罪のみを認めることとなる（異説がある）。しかし、「権利侵害の行為者」が誰であるのかを見る民事法の次元においては、複数の者を侵害行為者と見ることができる。すなわち、Bを使った間接正犯としてAに殺人行為を認め、Bに過失があればBには過失致死行為を認めうるのであるから、生命という生存権を侵害する行為においては、AにもBにも同時に侵害行為者性を認めているのである。

この事件においては、プロバイダYは、利用者が無断複製物をサーバーにアップロードして送信させていることを原告Xからの通知によって知りえた場合において、サーバーから当該無断複製物を削除することが容易であり、かつこれを条理上削除すべき義務がある（後述）のに、これを放置したので、過失による不作為で公衆送信行為を行ったと考えられる¹⁵。差止請求権は、行為者の主

¹⁴ そもそも刑法理論においても、共謀のない複数の者に殺人罪の成立が認められるべき場合が存在する。たとえば、Aが殺意を持って幼児Bを池に突き落とし、Bの父親Cが、Aの知らないところでこれを目撃しており、Bの救助が容易であるにもかかわらずBが死亡すれば保険金が手に入ると考えて救助しなかった結果、Bが死亡した場合、Aに殺人が認められるとともに、Cにも不作為による殺人が認められよう。したがって、ユーザーとプロバイダがともに同時に公衆送信行為の主体であると考えすることは、理論的におかしいことではない。

¹⁵ この場合、ユーザーが公衆送信行為の主体であって、プロバイダは幫助にすぎないのではないかと、との疑問がありうる。しかし、無断複製物を直接支配しているのはプロバイダであり、ユーザーはプロバイダを通じて間接的に無断複製物を支配しているにすぎない。すなわち、ユーザー→プロバイダ→無断複製物。したがって、プロバイダを単なる公衆送信行為の幫助と見るよりは、その主体と見るほうが実態に則していると考えられる。

観を問わないから、不作為による公衆送信行為の侵害が過失による場合であっても、成立が認められる¹⁶。

(2) プロバイダによる著作権侵害への教唆・幫助（寄与侵害）

本判決は、著作権法112条1項に基づいて著作権侵害への教唆・幫助に対して差止を請求することはできないと判示した。はたしてそう考えるのが妥当であるのか疑問を感じる。

学説・判例の状況

まず、著作権侵害への教唆・幫助に著作権法112条1項の適用があるのかという問題に対しては、①否定説、②肯定説、③制限的肯定説の3つに分かれている。

一般的には否定的に考えられているようである。否定説を明確に論じた裁判例は、著作権の分野においては本判決を除いては存在しないようである。積水化学事件（大阪地判昭和36年5月4日下民集12-5-937）は特許権侵害の事件であるが、「自らは特許権の侵害行為を実行するものでなければ、また実行せんとするものでもないのみならず他人の特許方法の実施を停止しまたはその実施を防止するにつき、支配的な直接的な役割を果しうる地位にもない」と判示して、これを否定した。

他方、肯定説をとる裁判例もある。たとえば、小僧寿司事件は商標権侵害の事件であるが、フランチャイズシステムにおいて、商標権を侵害する商標をフランチャイジーが使用し、本部がこれを指示していた事案において、第1審裁判所は、本部が教唆・幫助の関係にあると認定しながら、商標権に基づき本部に対する差止請求¹⁷を認めた（大阪地判平成2年3月15日判時1359-128、高知

¹⁶ 藤田嗣治絵画複製事件「著作権法第一一二条第一項は、著作権者に、著作物に対する排他的独占的権利である著作権に基づく一種の物権的請求権として、侵害の停止又は予防を求める請求権を認めたものであり、その所以は、文化的所産としての著作物についての権利保護を全うするためには、単に、侵害行為に対する損害賠償請求権を認めるのでは足りず、その侵害を可及的速やかに停止させるとともに、侵害の危険をも未然に防止する必要があることによるのであって、同条第二項は、第一項の規定による請求と同時に、侵害の停止又は予防に必要な具体的措置を請求することができることを規定したものであり、右規定の趣旨及び文言に照らし、第一項の侵害停止等の請求には、著作権の侵害行為が存するか、又は侵害の具体的危険が存すれば足り、侵害者の故意、過失等の主観的要件を必要とするものではなく、また、権利侵害の違法性が高度な場合にのみ限定して認めるべきものでもなく、かつ、侵害行為の停止等によってうける加害者側の損失と被害者側の利益とのいわゆる比較衡量によってその請求の当否を決すべきものでもない。」

¹⁷ 前掲大阪地判主文：「一 被告株式会社小僧寿し本部は、その加盟店をして、別紙第四目録（1）記載の標章を、その店舗の壁面に表示させてはならない。二 被告株式会社小僧寿し本部は、その加盟店をして、前項記載の箇所に表示されている前項記載の標章を

地判平成4年3月23日判タ789-26)。

また、制限的に一定の場合にだけ差止請求を認めた裁判例もある。ヒットワ
ン事件(大阪地裁平成15年2月13日判決)は、以下のように判示した。

「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、当該幫助者が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事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、著作権等が著作物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物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ことからすると、同法112条1項に規定する差止請求についても、少なくとも侵害行為の主体に準じる立場にあると評価されるような幫助者を相手として差止めを求めることも許容されるというべきであり、また、同法112条1項の規定からも、上記のように解することに文理上特段の支障はなく、現に侵害行為が継続しているにもかかわらず、このような幫助者に対し、事後的に不法行為による損害賠償責任を認めるだけでは、権利者の保護に欠けるものというべきであり、また、そのように解しても著作物の利用に関わる第三者一般に不測の損害を与えるおそれもないからである。」

本判決の論拠および問題点

本判決は、明確に、教唆・幫助に対する差止請求権を否定するが、その論拠

抹消させよ。」

として以下の4点を挙げる。しかし、そのいずれの論拠も以下のとおり理由がないと考える。

① 本判決は、第1点として、「所有権に基づく妨害排除請求権は、現に権利侵害を生じさせている事実をその支配内に収めている者を相手方として行使し得るものと解されているものであり、このことからすれば、著作権に基づく差止請求権についても、現に侵害行為を行う主体となっているか、あるいは侵害行為を主体として行うおそれのある者のみを相手方として、行使し得るものと解すべき」ことを挙げる。

しかし、この論拠は、第1に、「権利侵害事実を支配下に収めているということと侵害行為者であるということとは同じではない」ことを見誤っている。第2に、著作権侵害の教唆・幫助者も権利侵害事実を支配下に収めている場合があるのを見落としている。第3に、著作権侵害の教唆・幫助者も侵害行為者であることを見落としている。

「権利侵害事実を支配下に収めているということと侵害行為者であるということとは同じではない」ことは、権利侵害者が権利侵害事実を支配下に収めている場合もあるが、権利侵害者が権利侵害事実を支配下に収めていない場合も、権利侵害者でない者が権利侵害事実を支配下に収めている場合もあることから明らかである。たとえば、Aの土地上にBが環境汚染物質を遺棄した場合、隣地所有者Cは、Aに対して所有権に基づく妨害排除請求権を行使して、当該環境汚染物質の除去を求めることができる。ここにおいて、Bは侵害行為者であるが、侵害行為によって生じた違法状態に対して支配を持っていない。他方、Aは侵害行為者ではないが、侵害行為によって生じた違法状態を支配下に収めている。所有権に基づく妨害排除請求権の成立に、相手方が侵害行為者であることが必要であるとすれば、隣地所有者Cは、Aに対して所有権に基づく妨害排除請求権を行使して当該環境汚染物質の除去を求めることができないこととなるが、本判決はこの矛盾をどのように説明しうるのであろうか。

つぎに、著作権侵害の教唆・幫助者も権利侵害事実を支配下に収めている場合があるのかを検討してみよう。ユーザーがプロバイダのサーバーに違法複製物をアップロードして公衆送信権を侵害する場合、プロバイダは、そもそも権利侵害事実に対する支配を持っている。すなわち、プロバイダは、当該公衆送信手段であるサーバーとネットワークを保有しており、サーバーからの削除またはネットワーク接続の切断により、当該違法複製物の公衆送信を実効的に回避できる立場にある。ユーザーとプロバイダとの関係から見ても、一旦当該サーバーにアップロードした後は、プロバイダが直接に権利侵害事実に対する支配を持っており、ユーザーはプロバイダを通じて間接的に権利侵害事実に対する支配を持っているにすぎない。一旦当該サーバーにアップロードした後は、

たとえばユーザーが死亡した場合には、かえって権利侵害事実に対する支配を持っていない場合さえある。

また、所有権に基づく妨害排除請求権の場合を考えてみても、Aの土地にBが環境汚染物質を遺棄した場合、隣地所有者Cは、Aに対して所有権に基づく妨害排除請求権を行使して、当該環境汚染物質の除去を求めることができる。Aはその土地に当該環境汚染物質を遺棄したわけではない。Aは当該環境汚染物質が遺棄された土地を保有していることによって権利侵害事実に対する支配を持っている者に当たる。この関係は、全く利用者（B）が違法複製物（環境汚染物質）をアップロード（遺棄）したサーバー（土地）を保有するプロバイダ（A）と平行である。このとおり、所有権に基づく妨害排除請求権からのアナロジーにおいても、プロバイダが権利侵害事実に対する支配を持っていることは明らかである。

さらに、医師Aが誤って（過失で）看護師Bに、患者Cにとっては生命の危険を生じさせる薬物をCに投与させている場合、Cは、Aに対して妨害排除請求権を有する¹⁸。Aの主観が過失ではなく故意に当該薬物を投与させているときに、Bも故意であるときはAは教唆・幫助に該当するが、Aの主観如何によって権利侵害事実に対する支配を持っているという客観的事実が有ったり無かったりするはずはない。このことから教唆・幫助には権利侵害事実に対する支配を持っていることはないとする本判決の論旨は誤っていることが明らかである。

最後に、著作権侵害の教唆・幫助は不法行為の類型である前に侵害行為の類型であって、著作権侵害の教唆者・幫助者も侵害行為者であることについては、詳細に後述する。しかし、そもそも、直接侵害者でない者を法的評価において直接侵害者と評価できる（実質的行為者論ないし代位責任論）のに、著作権侵害の教唆・幫助者を侵害行為者と考えることができないというアプローチには合理性がない。すなわち、クラブ・キャッツアイ事件の最高裁昭和63年3月15日判決民集42巻3号199頁によって確立された実質的行為者論の文脈においては、著作権侵害の直接の行為者でなくとも、著作権法112条1項によって差止請求権を認めている（ファイル・ログ事件東京地裁平成15年1月29日判決）。実質的行為者論に基づいて、直接の侵害行為者以外の者が侵害行為者と認められるのは法的評価においてである。法的評価においては、著作権侵害の教唆・幫助に対しても差止請求権を認めることが著作権の実効的保護のためには、同様に必要である。他方、物理的には、著作権侵害の事実を支配下に収める者でなければ、差止請求権を認めることは無意味であるが、実質

¹⁸ 所有権に基づく妨害排除請求権は、故意・過失の有無を問わず、成立する。

的行為者論の文脈と同様に、著作権侵害の教唆者・幫助者が著作権侵害の事実を支配下に収める場合も存在する。したがって、実質的行為者論においては差止請求権を認めながら、教唆・幫助にはこれを認めないのはドグマ以外の何者でもない。

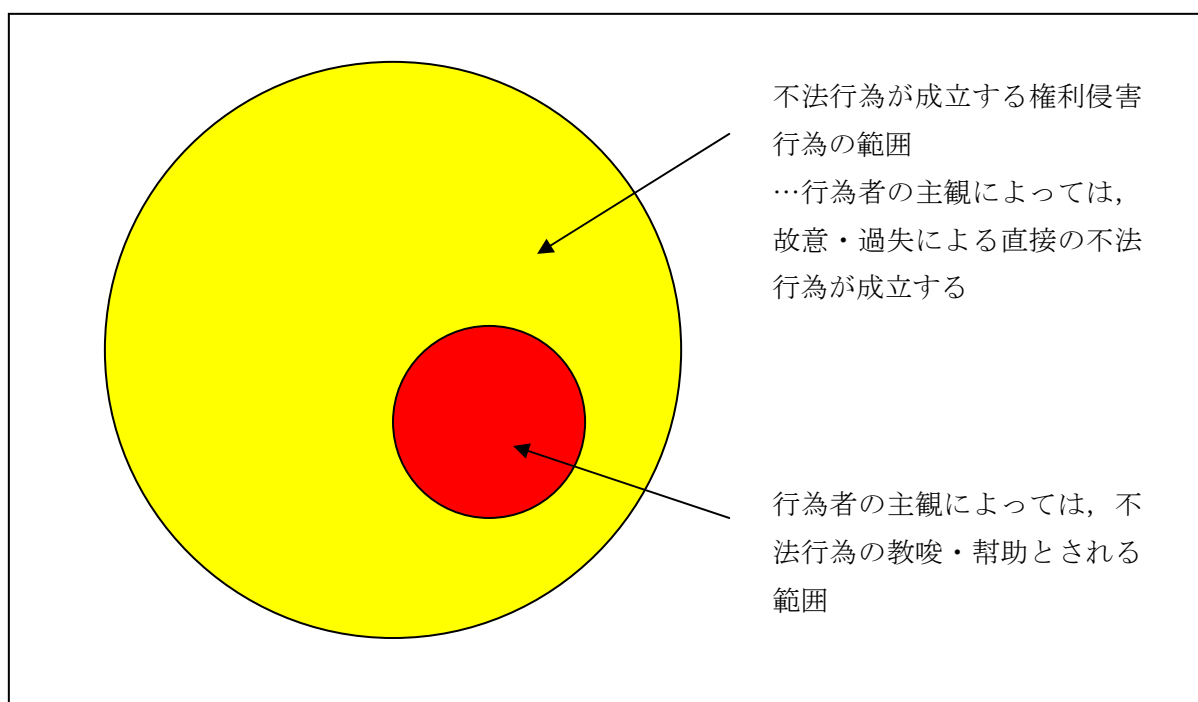
② 本判決は、第2点として、特許法101条、商標法37条等を参照しながら「特許権、商標権等についても、権利侵害を教唆、幫助し、あるいはその手段を提供する行為に対して一般的に差止請求権を行使し得るものと解することができないことから、特許法、商標法等は、権利侵害を幫助する行為のうち、一定の類型の行為を限定して権利侵害とみなす行為と定めて、差止請求権の対象としている」ことを挙げる。しかし、特許法101条等は、平成14年に改正されたが、その趣旨は、まさに本判決のような解釈が特許法においてなされ、特許権の教唆・幫助に対して差止請求権を認めない裁判所の運用に対処するために行われたものである。そこでは、このような裁判所の運用に対する認識はあったがそれを肯定する法的評価があったわけではない。ましてや著作権法においてそのような運用が肯定されたわけでもない。

③ 本判決は、第3点として、「権利侵害を教唆、幫助し、あるいはその手段を提供する行為に対して、一般的に差止請求権を行使し得るものと解することは、不法行為を理由とする差止請求が一般的に許されていないことと矛盾する」ことを挙げる。しかし、この論旨は、教唆・幫助が不法行為の類型である前に、権利侵害の類型であることを忘れている。民法719条2項は、「教唆者及ヒ幫助者ハ之ヲ共同行為者ト看做ス」と定める。民事法上、「教唆」「幫助」の概念が使用されているのはこの規定のみであろう。そのためか、教唆・幫助は、一般には不法行為上の概念として認識されている。しかし、教唆・幫助は、ひとり不法行為上の概念ではなく、権利侵害の類型を示す広い概念である。よく考えてみると、そもそも民法719条2項に基づいて初めて教唆・幫助に不法行為が成立するのか（要件説）か、それとも民法709条に基づいて教唆・幫助に不法行為が成立し民法719条2項に基づいて1項の不真正連帯債務を認めるのか（効果説）、二つの理解がありうる。

私は、効果説が正しいと考える。第1に、そもそも民法719条1項の共同不法行為は、複数の者にそれぞれ709条の不法行為が成立する場合に、それぞれに主観的または客観的に関連共同性があれば不真正連帯債務を認める規定である。したがって、民法719条2項は、1項と同様に教唆・幫助に不真正連帯債務の効果のみを規定したと解釈するのが素直である。

第2に、教唆・幫助が不法行為の類型である前に、権利侵害の類型であると考えられる。たとえば、医師Aが看護師Bに、患者Cにとっては生命の危険を生じさせる薬物をCに投与させている場合、Aに権利侵害について過失がある

ときは、Bの過失の有無を問わず、Aには民法709条に基づいて不法行為が成立する。すなわち、Aに権利侵害の行為者性が認められる。他方、Aに権利侵害について故意があるときは、A・B間の主観の類型により、Aは、単独不法行為者、共同不法行為者または教唆者・幫助者となる。以上いずれの場合においてもAの主観こそ異なるが客観的行為には差異がない。したがって、教唆・幫助も権利侵害の類型と理解し、教唆者・幫助者にも権利侵害の行為者性を認めるのが合理的であると考えられる。



教唆・幫助が不法行為の類型である前に、権利侵害の類型であると考えてることによって、不法行為一般について教唆・幫助に対する差止請求権が認められないにもかかわらず、著作権侵害について過失による侵害や教唆・幫助に対する差止請求権が認められるのかが合理的に説明できる。差止請求権の有無は被侵害権利の効果の問題であって、不法行為の効果ではない。著作権侵害について過失による侵害や教唆・幫助に対する差止請求権が認められるのは、不法行為の効果としてではなく、著作権の効果（著作権法112条1項）である。

④ 本判決は、第4点として、「**差止請求の相手方が無制限に広がっていくおそれもあり、ひいては、自由な表現活動を脅かす結果を招きかねない**」ことを挙げる。しかし、解説の冒頭で論じたとおり、教唆・幫助に対する差止請求権を認めるか否かと表現の自由の保護の議論は次元が異なり、著作権侵害行為を認める限り、その教唆・幫助に対する差止請求が特段、表現の自由を脅かす

ことはない。

私見

以上のとおり、著作権侵害の教唆・幫助に対して差止請求権を否定する本判決が前提とするのは、教唆・幫助が不法行為の類型ではあっても権利侵害の類型ではないとの理解であるが、これは、ドグマにすぎない¹⁹。著作権侵害の教唆・幫助は、著作権侵害行為の類型であって、その行為者は民法709条の「他人ノ権利ヲ侵害シタル者」に、また著作権法112条1項の「著作権を侵害する者」に該当する。したがって、著作権侵害の教唆・幫助に対しては、民法709条に基づいて損害賠償請求権が、著作権法112条1項によって差止請求権が成立しうると考えるべきである。

だからといって、著作権侵害の教唆・幫助があれば常に著作権法112条1項によって差止請求権が認められるとは考えることはできない。というのは、差止請求権を認めるには、差止の「必要性」が要件となるからである²⁰。では、著作権侵害の教唆・幫助に対する差止は、どのような場合に「必要性」が認められるか。当該教唆・幫助行為を差し止めても、直接侵害行為を停止させる実効性がなければ、差止の「必要性」は認められない。

教唆・幫助が物理的支援行為を含む場合において、少なくとも、当該物理的支援行為が直接侵害行為のために必要な要素を成しているときには少なくとも、「必要性」を認めることができるであろう。たとえば、この2ちゃんねる事件の場合のように、プロバイダが発信者による公衆送信権侵害行為に対してサーバーとネットワークを提供している場合において、当該サーバーまたはネットワークの提供を停止すれば当該公衆送信権侵害行為が停止される関係にあるときは、差止の実効性があり、「必要性」を認めることができるであろう。

¹⁹ たとえば、米国特許法271条(b)項は「特許侵害を能動的に惹起させる者はその侵害者としての責任を負う。」と規定し、これに対して差止請求権を認めている(281条, 283条)のも、その解釈がドグマにすぎないことを示している。

²⁰ 積算くん事件・大阪地裁平成12年3月30日判決は、著作権侵害者に対する差止請求権をその必要性なしとして否定した事例である。

5. プロバイダに対する損害賠償請求権について

(1) 過失の概念

民法（709条）に基づいて、故意または過失により他人の権利（民法709条の適用においては、広く、違法な結果を含むものと解されている）を侵害したときは、不法行為として損害賠償義務を負う。プロバイダの責任をめぐっては、各国でさまざまな議論が展開された²¹。わが国においては、無過失責任主義を主張する権利者団体と重過失責任主義を主張するプロバイダ団体とが対立したが、最終的にプロバイダ責任制限法を定めて、プロバイダの損害賠償義務について過失責任主義を維持した（3条1項）。

過失は、他人の権利を侵害しないよう、これを予見しこれを回避すべき注意義務に違反することである。その注意義務の程度は、具体的状況において、通常人が払うことを期待される程度の注意と解されている。したがって、予見される結果の重大性と結果発生の可能性の程度に応じて回避のためにとるべき行為も段階的に異なってくる。予見される結果発生の可能性が小さい場合には、とるべき結果回避措置の程度も低いもので足りる。予見される結果発生の可能性が大きい場合には、とるべき結果回避措置の程度は高いものであることが必要となる。

たとえば、カラオケ・スナック等による著作権侵害に対するカラオケ装置のリース業者の責任に関するビデオメイツ事件において、東京高裁平成11年11月29日判決は、カラオケ装置のリースによってカラオケ・スナック等による著作権侵害が生ずる可能性が高いとは認定しなかったため、JASRACとの著作物使用許諾契約の締結が必要であることを告知すれば足り、その締結の確認までせずとも過失はないと判断した。これに対して、その上告審である最高裁平成13年3月2日判決（判時1744号108頁）は、著作権侵害を生じさせる蓋然性の高い装置であると認定して、JASRACとの著作物使用許諾契約の締結まで確認しなければ過失があると判断した²²。

²¹ 米国においては、著作権侵害者の損害賠償義務の成立には故意・過失を必要としないとする無過失責任主義が採られているが、ユーザーによる電子掲示板への書き込みについて、プロバイダが複製権の侵害者であるとして無過失で損害賠償を負うとする判決（例えばプレイボーイ判決）とユーザーが複製権の侵害者でありプロバイダは寄与侵害者であるとして故意・過失ある場合のみ損害賠償を負うとする判決（例えばネットコム判決）が対立した。米国連邦議会は、1998年にDMCA（デジタル・ミレニアム著作権法）を制定して、立法的にプロバイダに過失責任主義をとることとした（連邦著作権法512条(c)(1)）。他方、欧州連合においては、2000年の電子商取引指令において、プロバイダの損害賠償義務について過失責任主義をとった（14条1項(a)）。

²² 「カラオケ装置のリース業者は、カラオケ装置のリース契約を締結した場合において、当該装置が専ら音楽著作物を上映し又は演奏して公衆に直接見せ又は聞かせるために使用されるものであるときは、リース契約の相手方に対し、当該音楽著作物の著作権者との間

(2) プロバイダにおける注意義務

では、プロバイダが置かれた状況において具体的に、どのような場合にどのような注意義務が発生すると考えられるか。

複製権侵害に対する注意義務

ユーザーによる複製権の侵害はプロバイダのサーバーへの書き込みによって発生しかつ完了する。すなわち、プロバイダが違法行為に関与するのは、ユーザーによる書き込みの時点までである。したがって、プロバイダの注意義務としては、著作権者に無断で著作物をサーバーに書き込むことを予見し、ユーザーへのサービス提供の際に、著作権者に無断で著作物をサーバーに書き込むことが著作権侵害を生ずることを告知するという結果回避措置をとるべき義務の有無が問題となる。

しかし、通常のプロバイダのサービスにおいては、ユーザーが著作権者に無断で著作物をサーバーに書き込むことは抽象的にしか予見しえない。ユーザーによる利用のほとんどは適法な書き込みであるとの事情に鑑みれば、通常のプロバイダには、ユーザーへのサービス提供の際に、著作権者に無断で著作物をサーバーに書き込むことが著作権侵害を生ずることを告知するという結果回避措置をとるべき義務はないと考えるべきであろう。

他方、高い匿名性を保障しているプロバイダにおいては、ユーザーが著作権者に無断で著作物をサーバーに書き込むことの蓋然性は高くなる。したがって、このようなプロバイダには、ユーザーへのサービス提供の際に、著作権者に無断で著作物をサーバーに書き込むことが著作権侵害を生ずることを告知すると

で著作物使用許諾契約を締結すべきことを告知するだけでなく、上記相手方が当該著作権者との間で著作物使用許諾契約を締結し又は申込みをしたことを確認した上でカラオケ装置を引き渡すべき条理上の注意義務を負うものと解するのが相当である。けだし、(1)カラオケ装置により上映又は演奏される音楽著作物の大部分が著作権の対象であることに鑑みれば、カラオケ装置は、当該音楽著作物の著作権者の許諾がない限り一般的にカラオケ装置利用店の経営者による前記1の著作権侵害を生じさせる蓋然性の高い装置ということができ、(2)著作権侵害は刑罰法規にも触れる犯罪行為であること(著作権法119条以下)、(3)カラオケ装置のリース業者は、このように著作権侵害の蓋然性の高いカラオケ装置を賃貸に供することによって営業上の利益を得ているものであること、(4)一般にカラオケ装置利用店の経営者が著作物使用許諾契約を締結する率が必ずしも高くないことは公知の事実であって、カラオケ装置のリース業者としては、リース契約の相手方が著作物使用許諾契約を締結し又は申込みをしたことが確認できない限り、著作権侵害が行われる蓋然性を予見すべきものであること、(5)カラオケ装置のリース業者は、著作物使用許諾契約を締結し又は申込みをしたか否かを容易に確認することができ、これによって著作権侵害回避のための措置を講ずることが可能であることを併せ考えれば、上記注意義務を肯定すべきだからである。」

いう結果回避措置をとるべき義務があると考えらるべきであろう。動物病院事件の東京高裁平成14年12月25日判決は、本件のプロバイダYの本件掲示板にユーザーが動物病院の経営者の名誉を毀損する書き込みを行った事案において、以下のように違法書き込みの高い蓋然性を指摘して、利用者に注意を喚起するなどして本件掲示板に他人の権利を侵害する発言が書き込まれないようにする義務を認めた。

「本件掲示板は、控訴人が開設し、管理運営しているが、控訴人は、利用者のIPアドレス等の接続情報を原則として保存せず、またその旨を明示しており、利用者は、掲示板を匿名で利用することが可能であり、利用者が自発的にその氏名、住所、メールアドレス等を明かさない限り、それが公表されることはない。したがって、本件掲示板に書き込まれた発言が他人の名誉を毀損することになっても、その発言者の氏名等を特定し、その責任を追及することは事実上不可能である。そして、このように匿名で利用でき、管理者ですら発信元を特定できないことを標榜している電子掲示板においては、ややもすれば利用者の規範意識が鈍麻し、場合によっては他人の権利を侵害する発言などが書き込まれるであろうことが容易に推測される。実際に、本件1,2のスレッドに限ってみても、被控訴人らに対するもののほか、他の多くの動物病院、獣医等に対する名誉毀損と評価し得る発言などが数多く書き込まれており、また、前記1(4)のとおり、本件掲示板において、D生命及びその従業員個人に対する多数の誹謗中傷の発言がされた例もある。」

送信可能化権侵害に対する注意義務

前述のとおり、送信可能化権の侵害は、インターネットに接続されているサーバーに書き込みをする行為（著作権法2条1項9号の5イ）、または書き込みのあるサーバーをインターネットに接続する行為（同ロ）によって成立しかつ完了する。しかし、通常、プロバイダがユーザーにサービスを提供する際には予めサーバーはインターネットに接続されているから、送信可能化権の侵害はユーザーの書き込みによって成立しかつ完了する。すなわち、プロバイダが違法行為に関与しうるのは、ユーザーによる書き込みの時点までである。

したがって、送信可能化権侵害に対するプロバイダの注意義務は、前述の複製権侵害に対する注意義務と同じに考えられる。

公衆送信権侵害に対する注意義務

公衆送信行為は、1回1回の送信ごとに存在する。したがって、公衆送信権

の侵害は、各送信行為の時点に、成立する。

【不作為による公衆送信行為】

公衆送信権の侵害については、プロバイダが違法行為に関与するのは、ユーザーによる書き込みがなされた時点までだけでなく、それが削除される時点までである。しかも、書き込みがなされた時点以降は、プロバイダが違法行為に関与するのは、作為においてではなく不作為（放置）においてである。したがって、プロバイダは、不作為（違法な書き込みを削除しなかった不作為）によって、その行為主体であるかだけが問題となりうる。不作為による行為主体と認めるには、不作為を作為と同視できることが必要であるが、そのためには、作為が可能な場合（作為可能性）に、作為義務がありながらそれを放置しているということが必要である。

作為義務の発生根拠としていわれているのは、法令に基づく作為義務と、契約に基づく作為義務と、条理に基づく作為義務である。条理に基づく作為義務も、根拠としては、先行行為、引き受け行為、管理者たる地位がいわれている。プロバイダの作為義務について見ると、第1に、プロバイダはサーバーを現実に管理・支配しており、また、通常、利用規約の中にも違法物があつた場合の削除権限が明記されているので、管理者としての地位にある。第2に、プロバイダのサービスは、適法行為にも使えるが違法行為にも使えるので、違法行為にも使える媒体を提供したという先行行為がある。第3に、作為義務を裏付ける実質的な根拠として、著作権侵害は重大な違法行為であり、侵害した状態をずっと放置しておくというのは、公序良俗に反しているので、削除をなすうるプロバイダに削除を求める強い必要性がある。これらの事情を考慮すれば、プロバイダには削除の放置という不作為を公衆送信行為という作為と同視すべき強い作為義務が認められよう。前掲動物病院事件の東京高裁判決は、本件のプロバイダYの本件掲示板に利用者が行った動物病院の経営者の名誉を毀損する書き込みについて、削除の作為義務をプロバイダに認めている。

また、プロバイダは違法なものがあれば削除できるという管理者たる地位にあるので、プロバイダに作為可能性も認められる。

したがって、プロバイダは、不作為による公衆送信の行為主体であると考えられる。

【注意義務の具体的内容】

そこで、プロバイダの注意義務として、著作権者に無断で著作物をサーバーに書き込むことを予見し、①サービスの提供に当たって予め警告表示するなど侵害行為が起こらないよう注意する義務（「警告義務」）があるか、②サービ

スが侵害行為に利用されないか事前に審査して侵害行為を予防するよう注意する義務（「事前検査義務」）があるか，③侵害行為が行われていないか常時監視して侵害行為を発見するよう注意する義務（「監視義務」）があるか，④侵害行為が存在する具体的危険が発生した場合に，当該侵害行為がないか調査確認するよう注意する義務（「調査義務」）があるか，⑤侵害行為を発見した場合に当該侵害を除去するよう注意すべき義務（「削除義務」）があるか，が問題となりうる。

以上のうち，①の警告義務については，原則として，これを負わないと考える。前述のとおり，通常のプロバイダのサービスにおいては，ユーザーが著作権者に無断で著作物をサーバーに書き込むことを抽象的にしか予見しえない。したがって，ユーザーへのサービス提供の際に，著作権者に無断で著作物をサーバーに書き込むことが著作権侵害を生ずることを告知するという結果回避措置をとるべき義務はないと考えるべきであろう。しかし，高い匿名性を保障しているプロバイダにおいては，ユーザーが著作権者に無断で著作物をサーバーに書き込むことの蓋然性は高くなる。したがって，ユーザーへのサービス提供の際に，著作権者に無断で著作物をサーバーに書き込むことが著作権侵害を生ずることを告知するという警告義務があると考えべきであろう。

②の事前検査義務は，具体的に検討するまでもなく，通信の秘密と抵触するからありえない。

③の監視義務については，原則として，これを負わないと考える。通常のプロバイダのサービスにおいては，ユーザーによる利用のほとんどは適法な書き込みであり，ユーザーが著作権者に無断で著作物をサーバーに書き込むことを抽象的にしか予見しえない。かかる事情に鑑みれば，侵害行為が行われていないか常時監視して侵害行為を発見するよう注意する義務はないと考えるべきであろう。ただし，高い匿名性を保障しているプロバイダにおいては，ユーザーが著作権者に無断で著作物をサーバーに書き込むことの蓋然性は高くなるので，侵害行為が行われていないか常時監視して侵害行為を発見するよう注意する義務も認められる余地がある。

④の調査義務については，権利者からの著作権侵害の具体的事実が通知された場合には，著作権侵害が存在する蓋然性が高いと考えられる。したがって，プロバイダには，当該侵害行為がないか調査確認するよう注意する義務があると考えられる。

⑤の削除義務については，侵害行為を発見した場合には，当該侵害を除去するという結果回避措置をとる義務がある。

(3) 本判決の問題点

本判決は、第1に、プロバイダが不作為による公衆送信と作為義務の関係の捉え方において、第2に、プロバイダの過失を構成する注意義務の捉え方において誤っていると思われる。

不作為による公衆送信と作為義務

本判決は、「電子掲示板開設者等自身が当該情報の送信主体となっていると認められるような例外的な場合を除いて、特段の事情のない限り、送信可能化又は自動公衆送信の防止のために必要な措置を講ずべき作為義務を負うものではない。」という。

しかし、前述のとおり、自動公衆送信においてユーザーによる書き込みがなされたあとは、プロバイダが違法行為に関与しうるのは、不作為（放置）による公衆送信としてだけである。したがって、送信主体であるから作為義務が認められるわけではない。作為義務があるから送信主体と認められるのである。自動公衆送信の主体と認められなければ作為義務が認められるわけではないという本判決は、論理が逆転している。

それでも本判決によれば「**特段の事情**」のある場合には、作為義務が認められるわけであるが、その場合には不作為による自動公衆送信の主体となるので、自動公衆送信の主体でない場合の例外として「**特段の事情**」のある場合を考えるのは論理的に矛盾する。

ここでは、条理等によって作為義務が認められるかをまず問い、作為義務が認められる場合に不作為による自動公衆送信の主体として責任を問うというのが、正しい道筋である。

過失を構成する注意義務の内容

また、本判決は、過失の認定に関して、「これらの電子メールによる要請だけでは、真正な著作権者からの申告かどうかも明らかでなく（……）、同電子メールの内容も、具体的に著作物の内容を示した上でどの部分が著作権侵害かを特定して申告するものでもなく、仮に被告が、同電子メールによる権利侵害との申告を軽信して、著作権侵害かどうかの判断を誤って過剰に発言を削除した場合には、かえって、書き込みをした者から非難されるおそれがあること、自由な表現活動を保障する観点から他人の表現行為について第三者が介入することには慎重さが求められるべきであることも考慮するならば、この程度の内容の電子メールを受け取ったからといって、被告において権利侵害の事実を知っていたか、あるいはこれを知ることができたと認めるに足りる相当の理由があったということは……ない。」と判示する。

この判示に従えば、権利者は、プロバイダに削除の要請をする際に、「真正

な著作権者」である証拠書類をそろえ、書き込みと著作物の対比表を作成して「具体的に著作物の内容を示した上でどの部分が著作権侵害かを特定」し、プロバイダが誤りなく「著作権侵害かどうかの判断」をなしうる証拠資料を、プロバイダに予め提出しなければならないことになる。これは、裁判での著作権侵害の立証に必要な証拠と同じである。しかし、このようなことは非現実的である。裁判においてさえ、被告が争わない事項については証拠の提出を要しない。そもそも、前述のとおり、具体的にどの書き込みがいかなる著作物の侵害であるかを特定（プロバイダから釈明の求めがあるまでは、少なくとも、書き込みのどの部分が、著作物のどの部分の複製や翻案に該当するなど詳細を特定する必要まではないと考える）した通告がプロバイダになされれば、著作権侵害の蓋然性が高くなるのであるから、事実関係を調査して確認すべき義務を負うと考えるべきである。

この調査義務として、通告の内容が一見して不実のものである場合を除いて、書き込みを行ったユーザーに対して通告の内容を伝えてその意見を聴取する程度の調査確認は行うべきと考える。権利侵害の通告者が真正な著作権者であるか（著作権の保有の事実）否か疑いを生ずる場合には、プロバイダは通告者に対してその釈明を求めるべきであろう。また、通告者の主張する著作物と書き込みとの対比が必要である（複製権・翻案権の侵害の事実）と思われる場合には、プロバイダは通告者に対して著作物の提出とその対比を求めるべきと考えられる。

そもそも、本件においては、プロバイダYは通告を受けた段階で、通告のあった書き込みを一目見れば、利用者自身の書いたものではなく第三者の著作物の転載であることが明らかである。プロバイダは、書き込みを行った利用者に対して通告の内容を伝えてその意見を聴取することも、権利侵害の通告者が真正な著作権者であるかについて釈明を求めることも、書き込みと著作物の対比のために著作物の提出を求めることも行うことなく、漫然と放置してただけであり、調査義務違反のあることは明らかであろう。

以上のとおり、過失の認定に関する本判決の認定はあまりにも杜撰であると言わざるをえない。

なお、プロバイダYは「削除ガイドライン」を定めて運用しているが、通告者がそのガイドラインに従わなかったことによってYの過失は免責されるかが問題となりうる。この点について、Yに対する別件の前掲動物病院事件で、東京高裁判決は、「本件掲示板にも、不適切な発言を削除するシステムが一応設けられているが、前記のとおり、これは、削除の基準があいまいである上、削除人もボランティアであって不適切な発言が削除されるか否かは予測が困難であり、しかも、控訴人が設けたルールに従わなければ削除が実行されないなど、

被害者の救済手段としては極めて不十分なものである。現に、被控訴人Bは、本件掲示板に本件各発言の削除を求めたが、削除してもらえず、本件訴訟に至ってもなお削除がされていない。したがって、このような削除のシステムがあるからといって、控訴人の責任が左右されるものではない。」と判示した。プロバイダが合理的な削除手続を定める場合には、それに準拠することを権利者に求めることも許されるであろうが、プロバイダYの「削除ガイドライン」は、その注意義務を履行する手続としての合理性があるようには思われない。

6. おわりに

著作権制度は、デジタル・ネットワーク社会を支えるインフラとして、極めて重要である。本判決は、その著作権制度を揺るがしかねない法理・法解釈を提示し、我々にデジタル・ネットワーク社会を支えるインフラとしての著作権制度のあり方を改めて検討する機会を与えたという意味で重要な判決である。

デジタル・ネットワーク社会を支えるインフラとしての著作権制度の問題としては、本判決が示唆した著作権の保護と表現の自由との関係、引用の抗弁、著作権侵害の教唆・幫助に対する差止請求権、プロバイダに対する損害賠償請求権のほか、代位責任の法理および発信者情報開示制度も再構築する必要がある。代位責任の法理および発信者情報開示制度については別の機会に論じたい。