

## 教唆・幫助による著作権侵害の成否

山本 隆司

### I. 序

社会のデジタル化・ネットワーク化が進み、著作物の作成者・利用者の裾野が一般公衆に広がると同時に、著作物の違法複製者・著作権侵害者の裾野も一般公衆に広がってきている。このことにより、零細な著作権侵害者である一般公衆に責任追及するよりも、一般公衆に著作権侵害させることによって利益を求める、いわゆる「間接侵害者」に責任追及する必要性が急増している。たとえば、一般私人が電子掲示板に匿名で著作物の無断複製物をアップロードし公衆に配信する場合や、一般私人が P2P システムを使って著作物の無断複製ファイルを公衆に配信する場合である。このような場合には、零細かつ無数の直接侵害者に対して裁判手続をとることは非現実的であるだけでなく、そもそも直接侵害者を特定することがきわめて困難である。そこで、直接侵害者に侵害をさせることによって利益を挙げている電子掲示板や P2P システムの運営者に対して損害賠償のみならず、アップロードされた無断複製物の除去や P2P システムから無断複製ファイルへの接続を中止させるなどの差止を求めることが必要となる。

他人を教唆・幫助して著作権侵害を生じさせる行為も、著作権侵害の一つの行為態様である。欧米諸国でもそのように認識し、著作権侵害の教唆・幫助に対する差止請求権を肯定している。わが国でも、教唆・幫助による著作権侵害も、著作権侵害の一態様として、これに対する差止請求権（著作権法 112 条 1 項）を認めるべきであろう。

ところが、わが国では、一般的に、著作権侵害を教唆・幫助する行為に差止請求権（著作権法 112 条 1 項）を認めることに否定的である。しかし、わが国で一般的に著作権侵害の教唆・幫助に対する差止請求権を否定するのは、ドグマにすぎないのではないか。わが国で一般的に著作権侵害の教唆・幫助に対する差止請求権を否定する論拠を子細に検討すれば、その論拠はきわめて薄いように思われる。

## II. 欧米諸国の法制度

### 1. ドイツ法

ドイツの現行著作権法は、97条1項に著作権侵害に対する差止請求権を定めている<sup>1</sup>。すなわち、著作権法97条1項1文は、「著作権又はこの法律によって保護を受けるその他の権利を、違法に侵害する者に対して、被害者は、侵害の排除を、反復するおそれがあるときは不作為を、加害者に故意又過失があるときは損害賠償をも、請求することができる。」<sup>2</sup>と規定する。

この規定の「違法に侵害する者」は、権利を侵害しまたはこれに関与する者であって、行為と権利侵害との間に相当因果関係が認められる者（直接侵害者および関与者のすべての形態、すなわち、単独正犯、間接正犯、共同正犯、並行犯、教唆、幫助がありうる）と解されている<sup>3</sup>。すなわち、最高裁判所にあたる連邦普通裁判所（GBH）は、「正犯および共犯の責任の有無に関係なく、著作権法においても、何らかの方法で、過失がなくとも、意識的に、かつ相当因果関係を持って著作権侵害に寄与した者は、妨害者として不作為を義務付けられうる（著作権法97条1項1文、……）。なお、責任根拠が侵害行為を阻止する法的可能性にある限り、自主的に行為する第三者の行為を援助または利用することも、寄与として十分である（……）。」との解釈をとっている<sup>4</sup>。

以上のように、ドイツ法においては、著作権侵害の教唆・幫助に対して、著作権侵害に対する相当因果関係を要件として、差止請求を肯定している。

### 2. フランス法<sup>5</sup>

フランス知的財産法典111-1条1項は、「精神の著作物の著作者は、その著作物に関して、自己が創作したという事実のみにより、排他的ですべての者に対抗しうる無形の所有権を享有する」と規定する。著作権の物権的性格から、すべての者に権利を対抗することができる」と解されている。

Dailymotion 事件パリ大審裁判所第3部2007年7月13日判決<sup>6</sup>は、著作権侵害の教唆・幫助に対する差し止めを肯定した。すなわち、ユーザーが違法複製の動画をアップロードしたことについて、裁判所は、動画投稿サイトを運営していたプロバイダに対して、著作権侵害に基づく差し止めおよび損害賠償請求を認めた。その理由として、①被告は、違法な動画が投稿されることが想定される状況にあ

<sup>1</sup> Schricker, Urheberrecht Kommentar, 3 Aufl. 2006, §97 Rdnr. 41

<sup>2</sup> 齊藤博訳「外国著作権法令集(16) ドイツ編」（著作権情報センター、1995）55頁

<sup>3</sup> 前掲 Schricker, §97 Rdnr. 35

<sup>4</sup> BGH GRUR 1999, 418 - Möbelklassiker

<sup>5</sup> フランス著作権に詳しい井奈波朋子弁護士の調査による。

<sup>6</sup> Tribunal de grande instance de Paris 3ème chambre, 2ème section Jugement du 13 juillet 2007, Christian C., Nord Ouest Production / Dailymotion, UGC Images

ることを知っていたと考えられること、②有責違法な投稿を行うことができる方法をユーザーに対し故意に提供したことに責任があることを挙げている。

### 3. アメリカ法

アメリカ法上、著作権法 502 条が著作権侵害に対する差止請求権を規定している。著作権法 502 条に適用のある著作権侵害は、判例法<sup>7</sup>上、直接侵害のほか、寄与侵害(*contributory infringement*)および代位侵害(*vicarious infringement*)とされている。

「寄与侵害」は、①直接侵害が成立する場合に、②「侵害行為について認識を持ちながら」、③「他者の侵害行為についてこれを誘引し、生じさせまたはこれに重要な寄与を行う」者に認められる（ガーシュウィン判決<sup>8</sup>、ナプスター判決<sup>9</sup>）。

寄与侵害における侵害の認識の要件②は、実際に知っている場合のほか、合理的に知りうる場合も含まれる（前掲ガーシュウィン判決、ナプスター判決）。また、寄与侵害における他人の侵害行為への重要な寄与の要件③については、被告の行為がなければ直接の侵害が生じなかったという関係のあった場合に、他人の侵害行為への「重要な寄与」を認めている（チェリーオークション判決<sup>10</sup>、ネットコム判決<sup>11</sup>、前掲ナプスター判決）。

以上のとおり、アメリカ法においては、著作権侵害の教唆・幫助に対して、直接侵害に対する故意・過失および因果関係を条件として、寄与侵害として、差止請求権を認めている。

なお、代位侵害は、監督の権限・能力と直接の利益を有する関係者に対して、著作権侵害を防止すべき義務を課して、不作為による著作権侵害を認める法理と理解されよう。

### 4. イギリス法

イギリス法においては、著作権侵害に対する差止請求権は、著作権法に基づいて認められる「一次侵害(*primary infringement*)」（16 条 1 項）および「二次侵害(*secondary infringement*)」（22 条～26 条、296 条、298 条）のほか、一般民事法に基づいて認められるものがある。一次侵害のうち、他の者に許諾して著作権によ

<sup>7</sup> *Sony Corp. v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417 (1984); *Shapiro, Bernstein & Co., v. H.L.Green Co.*, 316 F.2d 304 (2d Cir.1963)など

<sup>8</sup> *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159 (2d Cir. 1971)

<sup>9</sup> *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001)

<sup>10</sup> *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259 (9th Cir. 1996)

<sup>11</sup> *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995)

り規制される行為をさせる行為は、わが国の著作権侵害の教唆に当たる。また、二次侵害のいくつかは、わが国の著作権侵害の幫助に当たる。

一般民事法に基づいて、著作権法に規定のある一次侵害と二次侵害以外の行為であっても、著作権侵害を共謀(**common design**)した場合および著作権侵害を他人により惹起(**procurement**)した場合には、**joint tortfeasor** (共同違法行為者)として責任を負う。すなわち、違法行為に対する救済手段として、衡平法上、差止請求権が認められる。

したがって、イギリス法においては、教唆・幫助の範囲は日本法におけるよりも狭いが、著作権侵害の教唆・幫助に対しても差止請求権が認められている。

### III. 教唆・幫助による著作権侵害

#### 1. 教唆・幫助の概念

教唆・幫助の概念は、刑法（60条、61条）においても、民法（719条2項）においても使用され続けてきた概念である。

##### (1) 侵害への加功

「教唆」は、直接行為者に「侵害行為」を決意させることによって、侵害に加功する行為である。「幫助」は、直接行為者による「侵害行為」を物理的または心理的に容易にすることによって、侵害に加功する行為である。なお、アメリカ法やドイツ法においては、侵害への加功の態様は、教唆や幫助に限定されておらず、すべての態様が差止の対象となりうる<sup>12</sup>。

##### (2) 相当因果関係

教唆行為・幫助行為と権利侵害との間の相当因果関係も、教唆・幫助の違法性を基礎づけるために当然必要である。すなわち、権利侵害に対する因果性と相当性が、教唆・幫助の構成要素と考えられる。

##### (a) 因果性

刑法上、因果性<sup>13</sup>については、幫助行為に関して「あればこれなし」の条件関係を当てはめるべきか否かについて議論がある<sup>14</sup>。たとえば、実行行為者がすでに実行を決意しており、幫助行為がなくても、実行に至る可能性が60%（＝実行前の翻意の可能性が40%）あるときに、幫助行為によって実行行為者の決意を強化し、実行に至る可能性が80%（＝実行前の翻意の可能性が20%）になった場合、幫助行為がなくても結果が発生したと考えられ、「幫助行為がなければ結果が発生しなかったであろう」という条件関係は認められない。そこで、因果性の要件として、通常の場合を必要とする学説は少ない。幫助がなければ

<sup>12</sup> 前述のとおり、アメリカ法においては、「他者の侵害行為についてこれを誘引し、生じさせまたはこれに重要な寄与を行う」行為が寄与侵害として差止請求の対象となりうる。なお、寄与の「重要性」は、被告の行為がなければ直接の侵害がない場合に認められる（*Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259 (9th Cir. 1966); *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001)）。

また、前述のとおり、ドイツ法においては、「何らかの方法で、過失がなくとも、意識的に、かつ相当因果関係を持って著作権侵害に寄与した者」すべてが、差止請求の対象となりうる。

<sup>13</sup> 前田雅英「刑法総論講義第3版」437～439頁

<sup>14</sup> 教唆行為は直接行為者に侵害行為を決意させる行為であるので、直接行為者の行為と著作権侵害との間に因果関係がある限り、教唆行為にも著作権侵害との間に因果関係が認められることに困難はない。

ば結果に重大な変更を生じた場合に因果性を認める学説が多い。また、結果発生ないし実行行為を物理的または心理的に促進ないし容易にした場合（実行に至る危険：60%→80%）にも因果性を認める学説が有力である。東京高判平2.2.21判タ733-232は、後者の見解（実行行為の促進に因果性を認める）に立つ。

同様に、民事上の責任を認める因果関係においても、＜行為→結果発生 of 危険性の増大→結果発生＞の関係があれば、その「結果発生 of 危険性の増大」に違法性を基礎づけることが可能であり、因果性の要件を満たすと考えていいのではないか。なお、原因の重複といわれる事案（たとえば、A、Bそれぞれが致死量の毒物を互いに意思の疎通なく偶然同時にCに与えてCを死亡させた場合）でも、行為と結果発生との間には通常条件関係は認められないが、因果関係の存在は認められる。原因の重複の場合も、＜行為→結果発生 of 危険性の増大→結果発生＞の関係が存在する。

そもそも、差止請求権に関しては、そもそも著作権侵害という結果を生じなくてもその危険を生ずれば差し止めが認められる（著作権法112条1項）。したがって、幫助者の行為が直接侵害者の行為を促進したという関係がある限り、その行為が著作権侵害の危険の増大（新たな危険の発生）を作出するのであるから、著作権法112条1項所定の「著作権侵害のおそれ」を認めることができるであろう。たとえば、当該幫助がなければ結果発生の可能性が60%（＝実行前の翻意の可能性が40%）しかないときに、当該幫助によって結果発生の可能性が80%（＝実行前の翻意の可能性が20%）に増大した場合（条件関係がない）であっても、当該幫助と結果発生 of 危険性の増大との間に条件関係が認められる以上、著作権法112条1項所定の「著作権侵害のおそれ」を認めることができよう。

#### (b) 相当性

つぎに、相当性の要件については、一般的に、行為時に一般人が認識もしくは予見できたであろう事情または当該行為者が特に認識もしくは予見できたであろう事情を判断の基礎として（折衷説）、その行為からその結果を生ずることが、経験則上通常であることと解されている。したがって、教唆・幫助の時に一般人が認識もしくは予見できたであろう事情または教唆者・幫助者が特に認識もしくは予見できたであろう事情を判断の基礎として、権利侵害が当該教唆・幫助によって経験則上通常発生する結果でなければ、当該教唆・幫助は、差止の対象とならないと考えられる。

たとえば、自動車や包丁やテープレコーダーは、他人の権利を侵害することを目的とした物品ではないが、他人の権利を侵害することにも利用できる。自動車を公衆に提供するに当たって、自動車会社は、利用者の不注意な運転によって人

身事故の生ずることを、また場合によっては殺人の道具として自動車が利用されうることを、事前に（抽象的には）予見することが可能である。包丁を公衆に提供するに当たって、包丁製造業者は、利用者が殺人の道具として包丁を利用することを、事前に（抽象的には）予見することが可能である。また、テープレコーダーを公衆に提供するに当たって、電器会社は、利用者が著作権侵害の道具としてこれを利用することを、事前に（抽象的には）予見することが可能である。以上のいずれも権利侵害行為に対しても、このような物の提供自体に違法性があるとは考えられない。以上のいずれの権利侵害行為も、事前に（抽象的に）予見可能であるといえるが、経験則上通常生ずべき事柄ではないから、公衆への当該物の提供行為と権利侵害行為との間の相当因果関係が否定される（過失の有無が問われる以前に）と考えられる。なお、ドイツ法においては、録音機や録音テープや複写機について、第三者による著作権侵害行為を必然的に伴うがその「意図された利用」ではないとして、相当因果関係を否定している<sup>15</sup>。

したがって、つぎのようにいえよう。①提供した物の通常の用途が著作権侵害である場合には、その提供行為と権利侵害との間には相当因果関係が認められる<sup>16</sup>。他方、②提供した物の通常の用途が著作権侵害ではない場合には、原則として、その提供と発生した著作権侵害との間には、相当因果関係が認められない。しかし、③提供した物を非侵害用途に利用できたとしても、著作権侵害に利用し易いように特に設計が施された物である場合には、当該設計によって新たに生み出された用途に関してみれば、その通常の用途は著作権侵害にあるから、やはりその提供行為と権利侵害との間には相当因果関係が認められるであろう。さらに、④特定人への提供に関して、抽象的な確率としての予見ではなく著作権侵害の結果発生を具体的に予見した場合には、当該特定人への提供には著作権侵害との間に相当因果関係が認められよう<sup>17</sup>。

### (3) 教唆・幫助の意思ないし故意

教唆・幫助の概念における主観的要素として、刑法上、教唆（60条）・幫助（61条）の成立は、故意ある場合に限られる。しかし、故意が犯罪成立の要件

<sup>15</sup> 前掲 Schricker, §97 Rdnr. 37 (判例として BGHZ 42, 118 - Personalausweise; BGH GRUR 1960, 340 - Werbung für Tonbandgeräte; BGH GRUR 1964, 91 - Tonbänder-Werbung; BGH GRUR 1964, 94 - Tonbandgeräte-Händler; BGH GRUR 1965, 686 - Magnettonband II; BGH GRUR 1984, 54 - Kopierläden を挙げる)

<sup>16</sup> その物の提供によって、直接侵害者が著作権侵害を決意した場合には、その物の提供者は著作権侵害の教唆に当たる。また、その物の提供によって、直接侵害者が著作権侵害を促された場合には、その物の提供者は著作権侵害の幫助に当たる。

<sup>17</sup> なお、アメリカ連邦最高裁のグロックスター判決は、著作権侵害の発生が問題の P2P ソフトによって通常生ずべき結果でなくとも、（単なる予見ではなく）当該 P2P ソフトの提供に当たって行為者に侵害扇動の意思があれば、寄与侵害の成立を認める。

とされているのは刑法 38 条 1 項に基づくものであって、教唆・幫助の概念自体に故意という主観的要素を含んでいるからではないであろう。

また、民法上、教唆・幫助について、故意または過失が不法行為成立の要件とされているのは 709 条に基づくものであって、教唆・幫助の概念自体に故意・過失という主観的要素を含んでいるわけではない。

## 2. 教唆・幫助による著作権の侵害

### (1) 教唆・幫助による排他性の阻害

著作権は、「排他性」（権利者以外の者による利用を排除できる性質）のある準物権であるとの性質を有するので、著作権の侵害に対して、差止請求権が認められる。著作権について「侵害行為を行う主体」とは、著作権の排他性を害する者である。著作権侵害行為がある場合、直接行為者の行為が著作権の排他性を害するから、当該直接行為者に対する差止請求権が認められる。

では、その直接行為者に侵害を教唆・幫助する行為は著作権の排他性を害するか。「著作権侵害」という言葉は、著作権侵害という「結果」の意味で使われる場合と、著作権を侵害する「行為」の意味で使われる場合がある。上記の問題を検討するためには、まず、著作権侵害という「結果」と著作権を侵害する「行為」とがたとえ一体として見えても、両者は概念的には別の物であることに注意する必要がある。つぎに、著作権を侵害する「行為」と著作権侵害という「結果」との因果関係において、他人の行為が介在する場合には、当該行為は教唆・幫助と位置付けられ、他人の行為が介在しない場合には、直接侵害と位置付けられることに注意が必要である。

他人の行為が介在することによって因果関係が切断される場合には、そもそも教唆・幫助は成立しない。教唆・幫助も直接侵害も著作権侵害という結果との間に因果関係が存在し、（他人の行為が介在しようが介在しまいが）著作権の排他性を害するという点では同じである。

教唆・幫助された者の行為が直接侵害として著作権の排他性を害する以上、当該教唆・幫助と直接侵害と間に因果関係（著作権侵害の結果を生じさせる危険が発生または増大する関係）があれば、当該教唆・幫助は著作権の排他性を害するという結果（著作権侵害）を生じているといえよう。著作権の排他性に基づいて、当該教唆・幫助に差止請求権を認めることに支障はないように思われる。

### (2) 排他性阻害における直接侵害と教唆・幫助との違い

また、教唆・幫助と直接侵害とを比較して、後者の方が結果発生 of 蓋然性がアプライオリに高いわけではない。

ある人が著作権侵害の結果を生じさせたいと考えた場合に、他人にその気に

させて実行させれば著作権侵害の教唆者であるが、実行する手段として機械や動物を使えば著作権侵害の直接行為者である。たとえば、コピー機に著作物をセットし、スタートボタンを押すだけで、その複製が可能な状態にした者が、他人に状況を認識させた上でスタートボタンを押すよう決意させた場合には、著作権侵害の教唆をしたにとどまるが、愛犬にスタートボタンを押すよう調教した場合には、著作権侵害の直接行為者である。彼にとっては、結果を生じさせる意図を実現する手段が違うだけであり、結果に違いはない。前者（教唆）では直接行為者を翻意しない限り結果発生は確実であるといえよう。したがって、直接侵害の行為形態が教唆・幫助の行為形態よりも、概念的に、著作権の排他性を害する蓋然性が大きいとはいえない。

また、教唆・幫助と不作為による直接侵害とを比較しても、概念的に、後者の方が結果発生の蓋然性が高いとはいえない。たとえば、ある人がコピー機に著作物をセットし、スタートボタンを押すだけで、その複製が可能な状態にした者が、他人に状況を認識させた上でスタートボタンを押すよう決意させた場合には、著作権侵害の教唆をしたにとどまるが、誰かが誤ってスタートボタンを押すのを待っていた場合には、著作権侵害の（不作為によるまたは道具理論による）直接行為者である。彼にとっては、結果を生じさせる意図を実現する手段が違うだけであり、結果に違いはない。後者の方が偶然に依存しており、結果発生の蓋然性は低い。

多数説は直接侵害行為に差止請求権を認め、侵害の教唆・幫助行為にはこれを認めない。直接侵害行為と教唆・幫助行為との違いは他人の行為が介在するか介在しないかの違いにすぎないが、著作権侵害の結果とその行為の間に因果関係があるということにおいては、いずれも同じである。また、以上のとおり、直接侵害行為と教唆・幫助行為とを比較して、結果発生の蓋然性がアприオリに異なるわけではないので、直接侵害と教唆・幫助の区別において、差止請求権の有無を概念的に決定することに合理性があるとは思われない。

### 3. 教唆・幫助による著作権侵害に対する差止請求権

前述のとおり、いわゆる著作権侵害の教唆・幫助も、著作権の排他性を妨げるのであるから、著作権侵害の行為態様のひとつである。したがって、不法行為の効果としてではなく、著作権の効果として差止請求権が認められるべきであろう。差止請求権を認める著作権法 112 条の文言上も、直接侵害のみならず、その教唆・幫助も著作権侵害の行為態様のひとつであるから、その行為者は「**その著作権を侵害する者又は侵害するおそれがある者**」に当たるので、著作権侵害の教唆・幫助にも差止請求権が認められると考えられる。

#### IV. 教唆・幫助に対する差止の可否

##### 1. 教唆・幫助に対する差止を否定する論拠

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、判例・学説上、①否定説、②肯定説<sup>18</sup>、③制限的肯定説<sup>19</sup>に分かれている。

わが国では、著作権侵害の教唆・幫助に対する差止請求権について、一般的には否定的に考えられている。ほとんどの裁判例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。また、学説上も、従来、一般的には否定的に考えられてきた。否定説を明確に論拠を示して論じた裁判例としては、2ちゃんねる事件・東京地判平 16.3.11 判時 1893-131 がある。同判決は、その論拠として、①教唆者・幫助者は侵害行為の主体ではない、②教唆者・幫助者は権利侵害事実を支配内に収めていない、③特許法等が一定の類型に限って間接侵害を規定しているのは特段の規定がなければ当然には教唆・幫助に差止を認めることができないからである、④不法行為を理由とする差止請求は一般的に許されていない、⑤教唆・幫助に対する差止を認めればその範囲は無制限に広がる、⑥教唆・幫助に対する差止を認めれば自由な表現活動を脅かす危険がある、というものである。そのほか、学説上、⑦教唆・幫助に対しては「複製」の禁止など著作権の内容に応じた差し止めを命じることができない、⑧著作権法 113 条所定の著作権侵害とみなす行為以外に「著作権の侵害」による差し止めを認めることは同条の存在意義を無にする、との指摘がある（高部眞規子「著作権侵害の主体について」ジュリスト 1306 号（2006 年）127 頁）。否定説が立つ論拠は、おおむね以上に要約されるであろう。

##### 2. 不法行為を理由とする差止請求は一般的に許されていない

###### (1) 問題の所在

前掲 2ちゃんねる事件・東京地裁判決は、「権利侵害を教唆、幫助し、あるい

<sup>18</sup> 後藤勝也「マルチメディア社会における著作権の『間接侵害』」コピーライト 438 号（1997 年）62 頁以下。鎌田薫「民法理論からの検討」『寄与侵害・間接侵害に関する研究』（著作権情報センター、2001 年）59 頁。田中豊「著作権侵害とこれに関与する者の責任」コピーライト 485 号（2001 年）9 頁以下。牧野利秋「著作権等侵害の主体」牧野利秋＝飯村敏明編『著作権関係訴訟法〔新裁判実務大系(22)〕』（青林書院、2004 年）361 頁以下。作花文雄「詳解著作権法〔第 3 版〕」（ぎょうせい、2004 年）803 頁以下。佐藤豊「著作物利用のための手段を提供する者に対する差し止め」知的財産法政策学研究 2 号（2004 年）82 頁以下。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」コピーライト 495 号（2002 年）11 頁以下。

<sup>19</sup> 否定説を前提にしつつも、一定の要件の下に差止請求を 112 条 1 項に基づいて認めた裁判例（ヒットワン事件・大阪地判平 15.2.13 判時 1842-120）とその類推適用によってこれを認めた裁判例（選撮見録事件・大阪地判平 17.10.24 判時 1911-65）がある。

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」と判示する。

しかし、著作権の教唆・幫助に対する差止請求権を肯定する見解は、不法行為を理由として差止請求権を肯定するのではなく、著作権の排他性を理由としている。

すなわち、肯定説は、教唆・幫助を不法行為の類型である前に権利侵害の行為類型であると考え、否定説は、教唆・幫助を不法行為の類型でしかないと考える。

## (2) 不法行為における教唆・幫助の位置付け

肯定説によれば、教唆・幫助が著作権侵害の行為態様のひとつであるから、民法 709 条の「他人の権利…を侵害」する行為に当たるので、著作権侵害の教唆・幫助に不法行為が成り立ち、民法 719 条 2 項に基づいて直接侵害者とともに不真正連帯債務を負う、と考える。

他方、否定説<sup>20</sup>によれば、教唆・幫助は権利侵害との間に因果関係が存在しない場合であっても不法行為の成立が認められ、民法 719 条 2 項によって初めて成立する、と考える。民法 719 条 2 項の解釈について、たとえば、四宮和夫は、相当因果関係を欠くために 709 条の不法行為が成立しない場合であっても、719 条 2 項は教唆・幫助に共同不法行為の成立を認める規定であるとする<sup>21</sup>。しかし、その理由について、「教唆・幫助が直接侵害者に対する関係において意思共通ないし決意の強化を伴うところから、直接行為者によって惹起された結果との因果関係を問うことなしに、教唆者・幫助者に直接行為者とともに全部責任を負わせようとしたものである」と論ずる。直接行為者の決意を強化（また意思共通の関係があればそれによって行為者の意思が強化されるのが通常であろう）したという関係があれば、結果発生危険の増大との間に因果関係を認めることができる。当該結果は当該危険から生じたものであるから、結局、教唆・幫助行為と結果発生との間には、結果発生危険の増大という事実を介して、因果関係（行為→結果発生危険の増大→結果発生）が存在することになる。

教唆・幫助に対する不法行為が民法 719 条 2 項によって初めて成立するとの解釈をとる論者も、教唆・幫助行為が主観的または客観的に直接行為者による結果発生危険を増強・促進することが全くない場合にまで、当該教唆・幫助行為に民法 719 条 2 項によって不法行為の成立を認めることはないであろう。したがって、教唆・幫助についても、結果に因果関係が認められ、民法 709 条所定の

<sup>20</sup> 前掲高部眞規子 128 頁

<sup>21</sup> 事務管理・不当利得・不法行為（下）」（青林書院 1985 年）798 頁

要件を満たす場合にのみ、不法行為が成立すると考えのが妥当であろう。

### 3. 「教唆者・幫助者は侵害行為の主体ではない」か

前掲2ちゃんねる事件・東京地裁判決は、「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」といい、教唆・幫助は「侵害行為を行う主体」ではないとする。

しかし、前述(Ⅲ2)のとおり、その直接行為者に侵害を教唆・幫助する行為は著作権の排他性を害するので、直接侵害者と同様に、教唆者・幫助者も「侵害行為を行う主体」に該当すると考えられる。

### 4. 「教唆者・幫助者は権利侵害事実を支配内に収めていない」か

前掲2ちゃんねる事件・東京地裁判決は、「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。」といい、教唆・幫助は「権利侵害を生じさせている事実をその支配内に収めて」いないとする。

しかし、この判決は、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』ことを見落としている。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。

たとえば、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。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。

また、たとえば、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、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（＝プロバイダに対する債権的請求権として）権利侵害事実に対する支配を持っている（ことがある）にすぎない。

以上のとおり、著作権侵害の教唆者・幫助者も「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」でありうるのであるから、はじめから概念的に、これに対する差止請求権を否定するべきではないであろう。

なお、具体的事案において、教唆者・幫助者が権利侵害事実に対する支配を持っていない場合もある。しかし、それは直接侵害者が権利侵害事実に対する支配を持っていない場合があるのと同じであって、およそ教唆・幫助に対する差止請求権の成立を概念的に否定する理由とはならない。

5. 「特許法等が一定の類型に限って間接侵害を規定しているのは特段の規定がなければ当然には教唆・幫助に差止を認めることができないからである」か

前掲2ちゃんねる事件・東京地裁判決は、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」と判示した。

しかし、特許権の間接侵害に関して特別の立法措置がなされたからといって、そのことは、教唆・幫助に対して差止請求権がそもそも存在しないことを意味しない。たとえば、ドイツでも、フランスでも、アメリカでも、特許権の間接侵害に関してはその成立範囲を明確に規定する特別の立法措置（ドイツ特許法10条、フランス知的財産法典613-4条、アメリカ特許法271条(b), (c)）がとられているが、前述のとおり、これらの国では、著作権侵害の間接侵害に関しては特別の立法措置を待たずに侵害行為の解釈によって間接侵害に対する差止請求権も認められている。

わが国においても特許権の間接侵害に関して特別の立法措置がなされたことによって、著作権法に関しても特別の立法措置がなければ教唆・幫助に対して差止請求権がそもそも存在しないとの立法者意思が示されたと考えるのは、不必要な深読みであろう。

6. 「教唆・幫助に対する差止を認めればその範囲は無制限に広がる」か  
前掲2ちゃんねる事件・東京地裁判決は、「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」があると判示する。

しかし, 前述(III1)のとおり, 著作権侵害の教唆・幫助は, 直接侵害の発生に対する相当因果関係によって範囲が限定されているから, 著作権侵害の教唆・幫助に対する差止請求の相手方が無制限に広がるおそれがあるとは思われない。

たとえば, 著作権侵害の教唆・幫助に対して差止を認めれば, 著作権侵害者がコピー機を使って著作物を無断複製した場合, コピー機に電力を供給した電力会社が差止を受けることになる, との懸念が主張されることがある。しかし, 電力会社による電力供給とコピー機による著作物の無断複製との間には, 経験則上通常発生する結果の関係もなく, 相当因果関係は認められない。したがって, 著作権侵害の教唆・幫助として差し止めを受けることはあり得ないので, 上記の懸念には根拠がない。

7. 「教唆・幫助に対する差止を認めれば自由な表現活動を脅かす危険がある」か

(1) 「自由な表現活動を脅かす」

前掲2ちゃんねる事件・東京地裁判決は、「著作権について, このような規定【特許法101条, 商標法37条等】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, 上記判決のような見解においても, 著作権を侵害する表現行為に対する差止を認めないものではない。著作権侵害の成立が認められる行為である限り, 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すでに調整されている<sup>22</sup>。したがって, これに対して差止請求権(著作権法112条1項)および損

<sup>22</sup> そもそも, 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, 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<sup>22</sup>。すなわち, いわゆるアイデアと表現の二分法

害賠償請求権（民法 709 条）という著作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。このことは、著作権の直接侵害であろうと、著作権侵害の教唆・幫助であろうと、何ら違いはないように思われる。

たとえば、*Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995), *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001)などの裁判例でも、著作権侵害が成立する場合には表現の自由は調整済みであって、寄与侵害者に対する差し止めも、表現の自由を害するものではないと考えられている。*Netcom* 事件の被告は、電子掲示板にユーザーが違法複製物をアップロードした場合に、教唆・幫助に対する差止を認められれば、電子掲示板を運営するプロバイダがそのサービスを萎縮させることになるから、寄与侵害者に対する差止は表現の自由に反すると主張したが、裁判所はこれの主張を退けた。

表現の自由を根拠に教唆・幫助に対する差止を否定する見解は、その例として、コンテンツに掛けられたコピー・コントロールを解除する方法を書籍において開示した場合に出版を差し止めれば表現の自由を脅かすという。しかし、そのような書籍がコンテンツの無断複製を煽る目的で作成されたものであれば、不法行為の成立も認められるであろう。不法行為の成立において違法性を認めているながら、差止請求権の成否において違法性を否定する理由はないであろう。他方、そのような書籍がコピー・コントロールの技術上の問題点を真摯に研究するものであれば、結果として、読者によるコピー・コントロールの解除とそれによるコンテンツの無断複製を招いたとしても、相当因果関係または違法性の欠如によって、損害賠償請求のみならず差止請求も認められないと考えられる。

## (2) 事前抑制に対して直接侵害とその教唆・幫助とで違いがあるか

なお、事前抑制の文脈においては、「表現活動に対する抑制行為は厳に謙抑的

---

理(Dichotomy of Idea/Expression)によって、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」）にとどまり（江差追分事件・最判平 13.6.28 民集 55-4-837）、表現方法を複製することなく著作物に表現された思想や感情自体を複製することは禁止されない。

他方、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。自己の思想・信仰の伝達に際して、他人の表現方法を複製しない限り、たまたま他人の表現方法と同じになっても、著作権侵害の問題を生じない。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、そもそも原理的に、表現の自由の保護と著作権の保護とは、原則として抵触を生じない。ただし、表現の自由の対象が他人の著作物に対する批判・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（32条）、著作権法の枠内で両者を調整している。

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、著作権の直接侵害かその侵害の教唆や幫助かの違いによって、表現の自由がことさら問題になることではない<sup>23</sup>。そもそも、差止が求められる事案のほとんどは、①訴え提起前に始まった侵害が裁判中も継続している場合（著作権法 112 条 1 項の「侵害する者」に該当する）か、②裁判中に侵害を停止した場合（同項の「侵害するおそれのある者」に該当する）である。このような場合には、問題になる表現活動が具体的に特定できるので表現の自由に対する影響も具体的に検討でき、そもそも問題は少ない。他方、極まれに、③訴え提起前に未だ始まっていない侵害（同項の「侵害するおそれのある者」に該当する）が裁判で争われることがある。この場合には、特に慎重に差止の可否を検討する必要があるだろう。しかし、表現の自由に対する影響を慎重に検討する必要があることは、そもそも直接侵害か教唆・幫助かで違いがある問題ではない。

表現の自由に最も敏感なアメリカにおいて、著作権侵害に対する教唆・幫助（寄与侵害に該当する）に対して差止を認めている。この事実を、表現の自由を根拠に教唆・幫助に対する差止を否定する見解は、説明できるのであろうか。

#### 8. 「教唆・幫助に対しては「複製」の禁止など著作権の内容に応じた差止めを命じることができない」か

差止めの主文は「演奏や複製等専有する支分権の内容に応じた差止めを命じべきものである」から、教唆・幫助の行為は、差止めの対象にならない、との指摘がある（前掲高部論文 127 頁）。

しかし、支分権の内容とこれを侵害する行為は、いわば結果とこれを生じさせる行為の関係にある。著作権法 112 条 1 項に基づいて差止を命じられるのは、著作権侵害という「結果」自体ではなく、著作権を侵害する「行為」であろう。したがって、教唆・幫助に対しても、差止めの主文においてその差止を命ずることは可能と考えられる。

#### 9. 「著作権法 113 条所定の著作権侵害とみなす行為以外に「著作権の侵害」による差止めを認めることは同条の存在意義を無にする」か

著作権法 113 条所定の著作権侵害とみなす行為以外に「著作権の侵害」による差止めを認めることは同条の存在意義を無にする、との指摘がある（前掲高

<sup>23</sup> アメリカでは、前述のとおり、著作権侵害の成立と侵害の継続するおそれが認定される限り、原則として事前抑制である差止めが認められている。*Kalem Co. v. Harper Brothers*, 222 U.S. 55 (1911), *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159 (2d Cir. 1971), *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001)などの裁判例においても寄与侵害に対する差止めが認められている。

部論文 127 頁)。

しかし、前述のとおり、教唆・幫助は、直接侵害と並ぶ侵害行為の類型である。他方、著作権法 113 条所定の著作権侵害とみなす行為は、著作権の各支分権と並ぶ侵害対象を規定 (=保護対象を拡大) するものである。したがって、みなす侵害行為にもこれに対する教唆・幫助が考えられる。以上のとおり、両者の議論は全く次元を異にしており、著作権侵害の教唆・幫助に対して差止め請求権を認めることは、著作権法 113 条の存在意義を無にすることにはならない。

#### 10. 著作権法 119 条と同じく直接侵害を意味しているのか

著作権法 112 条 1 項 (差止請求権) の著作権侵害は直接侵害に限られると解する論拠として、著作権法 119 条 (罰則) における著作権侵害は直接侵害を意味すると主張されることがある。

しかし、著作権法 119 条 (罰則) における著作権侵害は直接侵害を意味するのは、それが刑罰規定であり、その教唆・幫助については、刑法 60 条および 61 条の適用を受ける (刑法 8 条) からである。

また、そもそも民事と刑事では直接侵害者の概念が初めから異なっている。著作権法 119 条 (罰則) における著作権侵害は直接侵害を意味するが、それは、著作権法 112 条 1 項 (差止請求権) における直接侵害と同じではなく、もっと狭い。すなわち、会社の役職員が会社の業務として著作権侵害行為を行った場合、著作権法 119 条の適用においては当該役職員が行為者であるが、著作権法 112 条 1 項の適用においてはその使用者である会社が行為者であり、差止の相手方となる。民事責任の文脈では、初めから行為者概念は規範的であり、誰に責任を課するのが適切かという観点から規定されている。だとすると、前述のとおり、著作権法 112 条 1 項の解釈においても、前述の民法 709 条と同じく、教唆・幫助をも権利侵害の一態様と考えるのが妥当であろう。

## V. 結

わが国においては著作権侵害の教唆・幫助に対する差止には否定的見解が一般的であるが、上述のとおり、否定説の論拠はいずれも説得力を欠くように思われる。

本稿の冒頭で指摘したとおり、いまや、社会のデジタル化・ネットワーク化によって顕在化した「間接侵害者」の問題に対処するには、これに対する権利者の差止請求権が必要である。

問題の本質的な解決は、教唆・幫助には差止請求権が認められないとのドグマを捨て、真正面から、著作権侵害を教唆・幫助する行為には差止請求権を認めることが必要である。そうでなければ、つぎつぎと生じてくる新しい事態に必要な十分かつ柔軟に対応することは困難であろう。