

# 電子掲示板上の著作権侵害発言と 掲示板運営者の責任

東京高裁 平成17年3月3日判決 平成16年(ネ)第2067号  
著作権侵害差止等請求控訴事件

(第1審 東京地裁 平成16年3月11日判決平成15年(ワ)第15526号)

草 地 邦 晴\*

**抄 録** 本判決は、インターネット上の電子掲示板「2ちゃんねる」に、書籍に掲載された対談記事が無断転載されたことについて、対談記事の著作権者である原告らが、「2ちゃんねる」の運営者である被告に対して、著作権法112条1項に基づく送信可能化及び自動公衆送信の差止、並びに民法709条に基づく損害賠償請求を求めた事案に対し、これを認容したものである。対談記事を電子掲示板に無断転載した者は掲示板の利用者であり、被告は電子掲示板の運営者にすぎないところ、このような運営者が著作権侵害の直接の当事者となりうるのか、なりうるとするばどのような要件のもとであるのかが問題となる。第1審の東京地裁は請求をいずれも棄却していたが、本判決は原判決を変更して、差止及び損害賠償のいずれも認容した。損害賠償のみならず、差止めについても認容した点で、また掲示板の開設運営者の注意義務を定めたものとしても、貴重な事例を提供するものであり、実務的にも参考になるものである。

## 目 次

1. 事案の概要
  - 1.1 当事者
  - 1.2 事実経過
  - 1.3 本件掲示板の特徴
  - 1.4 Xらの請求
2. 主な争点と当事者の主張
  - 2.1 争点①
  - 2.2 争点②
  - 2.3 争点③
3. 第1審（東京地裁）の判断
  - 3.1 争点①について
  - 3.2 争点②について
  - 3.3 争点③について
4. 本判決（東京高裁）の判断
5. 第1審及び本判決における問題の所在
  - 5.1 争点①について
  - 5.2 争点②③について

6. 検 討
  - 6.1 学説と理論状況
  - 6.2 裁判例の動向
  - 6.3 本判決の検討
7. 実務上の指針
  - 7.1 本判決の指摘
  - 7.2 注意義務の内容
  - 7.3 最後に

## 1. 事案の概要

判決の認定するところによると、事案の概要は次のとおりである。

### 1.1 当事者

漫画家である原告X1と、出版社であるX2

\* 弁護士 Kuniharu KUSACHI

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

は書籍「ファンブック 罪に濡れたふたり～kasumi～」(以下「本件書籍」という)に収録された対談記事(以下「本件対談記事」という)について、著作権を共有する者である。

被告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「本件掲示板」という)を開設し、運営する者である。

### 1. 2 事実経過

本件掲示板の匿名利用者は、平成14年5月ころ、本件掲示板のスレッド上に、本件対談記事を複数回に分けて順番に転記した発言を書き込み、これらの発言は送信可能化され、自動公衆送信された。

X2の編集長は、同年5月9日、Yにファクシミリにより、また同月10日には電子メールにより、本件各発言の掲載が著作権侵害であると警告し、削除を要請したが、これに対してYは同月12日に「削除依頼板へおねがいします。」と記載されたメールを返信した。

X2の編集長は、同月13日、再度電子メールで対処を求めたが、Yの対応は上記と同様であった。

X2代理人弁護士は、内容証明郵便により、警告書をYの住民登録されている住所宛送付し、同年7月17日Y方に配達された(但しこの事実は控訴審で認定され、原審では触れられていない)。

### 1. 3 本件掲示板の特徴

本件掲示板は、テーマごとに300種類以上の電子掲示板によって構成され、それぞれに多数のスレッドと称する連続した書き込みが存在する。利用者は、各スレッドにおいて発言を書き込んだり、新しくスレッドを作って発言を書き込むことができ、スレッドの発言数が所定の数に達すると、「過去ログ倉庫」と称する保管場所に移されるが、だれでも「過去ログ倉庫」に

あるスレッドを閲覧することが可能である。

本件掲示板は、何人も無料で、インターネットを介して自由に閲覧し、書き込みをすることができ、氏名、メールアドレス、ユーザーID等の記載の必要はない。

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」を定めて運用しており、同ガイドラインにおいては、発言の削除を希望する者は、本件掲示板にある「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、Y以外に「削除人」ないし「削除屋」と呼ばれる特定の利用者が、「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、削除をし、又はしなかったことについて責任を負わないものとされている。

### 1. 4 Xらの請求

そこで、Xらは、Yに対して、Yが運営する本件掲示板に本件対談記事が無断転載されたことについて、Xらの送信可能化権、公衆送信権が侵害されたと主張し、著作権法112条1項に基づき本件対談記事の送信可能化及び自動公衆送信の差止めを求めるとともに、X2の削除要請にもかかわらず、Yがその削除を怠ったことでXらに損害が発生したと主張して、合計金300万円の賠償を求めていた。

## 2. 主な争点と当事者の主張

### 2. 1 争点①：本件対談記事の転載は著作権法32条にいう引用にあたるか。

Yが著作権法32条の引用の主張を行ったことに対して、Xらは本件対談記事のほぼ全てが送信可能化されて自動公衆送信されていること、対談の内容を教えてほしいという発言に応じて

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

なされたものであることなどから、引用の目的でされたものではなく、「引用の目的上正当な範囲内」を逸脱すると主張した。

## 2. 2 争点②：Xらが、Yに対して、送信可能化又は自動公衆送信の差止めを求めることができるか。

Xらは、Yが本件掲示板の削除に関する最終責任者であること、本件掲示板では権利侵害されたものが、本件発言を行った者に対して責任追及を行うことが不可能に近いこと、Yの定める削除ガイドラインにおいても著作権侵害発言が削除の対象となっていないこと、等からYに対する差止めを求めることができると解すべきと主張した。

## 2. 3 争点③：Yは削除を行わなかったことによりXらに対する損害賠償責任を負うか。

Xらは、Yのように本件掲示板のように権利侵害が行われやすい情報環境を提供する者については、権利侵害を受けたものに対して被害の拡大を阻止するための救済手段として、権利侵害を削除すべき条理上の削除義務を負っていること、また本件対談記事の転載が著作権を侵害するものであることは明らかであったことなどから、X 2の削除要請にもかかわらずこれを放置したYにはXらに対する賠償責任があると主張した。

# 3. 第1審（東京地裁）の判断

## 3. 1 争点①について

1審判決は、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ぬと解される。」と判示した。

本件については、本件各対談記事がほぼそのまま転載されていること、「随分時間が経ってしまいました、ファンブックの対談うぶします。結構な量になるので、一気に全部ではなく何回かにわけます」との書き込みに続けて掲載されたものであることなどから、「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」、本件発言者が本件各対談記事を転記したのは、「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」として、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ので引用に該当しないと判断した。

## 3. 2 争点②について

1審判決は、Xらの主張を退けた。

すなわち、「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」とした。

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

そして、本件では「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」とし、Yに対して差止めを請求することはできないと結論づけた。

他方で、「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があるとしたが、本件においてはそのような事情は認められないとした。

### 3. 3 争点③について

1審判決は、争点②に説示のとおり本件においてはYは著作権を侵害した者に該当しないから、請求には理由がないと退けた上、削除要請が行われた後においては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する主張についても、「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。」と退け、1審判決はXらの請求をいずれも棄却した。

## 4. 本判決（東京高裁）の判断

これに対して、東京高裁は、争点②③に対する判断を変更して、次のとおり判示した。

まず、「自己が提供し発言削除についての最終権限を有する掲示板の運営者は、これに書き

込まれた発言が著作権侵害(公衆送信権の侵害)に当たるときには、そのような発言の提供の場を設けた者として、その侵害行為を放置している場合には、その侵害態様、著作権者からの申し入れの態様、さらには発言者の対応いかんによっては、その放置自体が著作権侵害行為と評価すべき場合もあるというべきである。」として、電子掲示板の運営者自身が著作権侵害の主体となりうることを認めた。

さらに、「インターネット上においてだれもが匿名で書き込みが可能な掲示板を開設し運営する者は、著作権侵害となるような書き込みをしないよう、適切な注意事項を適宜な方法で案内するなどの事前の対策を講じるだけでなく、著作権侵害となる書き込みがあった際には、これに対し適切な是正措置を速やかに取る態勢で臨むべき義務がある。掲示板運営者は、少なくとも、著作権者等から著作権侵害の事実の指摘を受けた場合には、可能ならば発言者に対してその点に関する照会をし、更には、著作権侵害であることが極めて明白なときには当該発言を直ちに削除するなど、速やかにこれに対処すべきものである。」と作為義務が発生する場合を示した。

本件については、「著作権侵害は、本件各発言の記載自体から極めて容易に認識し得た態様のものであり、本件掲示板に本件対談記事がそのままデジタル情報として書き込まれ、この書き込みが継続していた」ものであることから、「明白で、かつ、深刻な態様の著作権侵害である」とし、「被控訴人としては、編集長大友からの通知を受けた際には、直ちに本件著作権侵害行為に当たる発言が本件掲示板で書き込まれていることを認識することができ、発言者に照会するまでもなく速やかにこれを削除すべきであったというべきである。にもかかわらず、被控訴人は、上記通知に対し、発言者に対する照会すらせず、何らの是正措置を取らなかった

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

のであるから、故意又は過失により著作権侵害に加担していたものといわざるを得ない。」と判示した。

そして、Yは、著作権法112条にいう「著作者、著作権者、出版権者…を侵害する者又は侵害するおそれがある者」に該当し、著作権者である控訴人らが被った損害を賠償する不法行為責任があるものというべきとし、争点②については、Yに対する差止めを認容し、争点③についても、不法行為責任を負うものと判断したのである。

## 5. 第1審及び本判決における問題の所在

### 5.1 争点①について

争点①における第1審の判断は、著作権法32条1項にいう「引用」には、両著作物の区別の明瞭性と、主従の関係が必要であるとしたもので、従来<sup>1)</sup>、<sup>2)</sup>のそれを基本的に踏襲したものである。

本件においては、書き込まれた発言の全体像が必ずしも明らかではないものの、認定各事実によると、本件対談記事がほぼ全文転載されており、その転記のされ方やスレッドに書き込まれた各発言の内容をも考慮すると、第1審が認定したように、本件対談記事を閲覧させること自体が目的であると言わざるを得ず（むしろ本件対談記事の転載部分が主の関係にある）、被引用著作物が引用著作物に対する付従的な性質を有しているとは認めがたいであろう。

この点についての結論自体については、ほぼ異論はないところであろうと思われる<sup>3)</sup>。

### 5.2 争点②③について

このように、本件対談記事の転載自体が著作権を侵害していることは、ほぼ明らかなところであるとしても、問題は、著作権者がその侵害

行為の差止めや損害賠償を誰に求めることができるのかである。本件では、本件対談記事を転載した利用者の特定自体に困難が伴う上、利用者に差止めを求めたところで、掲示板に掲載された著作権侵害状態（公衆送信状態）が解消されとは限らない（最終的には掲示板管理者による抹消が必要になろう）。それでは掲示板の運営者に対しても著作権侵害を問うことは可能なのであろうか。

これは、著作権侵害の主体の問題として、また著作権の間接侵害（あるいは寄与侵害）の問題として近時論じられてきた問題であるが、損害賠償と差止めでは実定法上の根拠を異にするので、区別して考える必要がある。

損害賠償を行う相手方については、その根拠が民法上の不法行為ないし共同不法行為に求められることから、著作権の侵害行為が認定される場合に、これに関与した被告とされる相手方に一定の注意義務や作為義務が課されていたことを認めることができれば、その義務違反に対して不法行為責任を問うことは可能であって、必ずしも侵害行為の主体として認定しなくても一定の結論に至ることは可能である<sup>4)</sup>。

他方で、差止めを求める実定法上の根拠は、著作権法112条に求められる。同条は「著作者人格権、著作権…を侵害する者又は侵害するおそれがある者」を相手方として差止めが出来る旨を定めるが、直接の侵害行為に対して教唆・幫助的な役割を果たす者について、特段の規定はおかれていない。従って、差止めを誰に求めることができるのかという問題は、実定法上は、同条にいう「侵害する者又は侵害するおそれがある者」とは、いかなる範囲の者を指すと解されるのか、直接の侵害行為を行っていないが教唆・幫助的な行為を行った者についても、同条の適用があるのか、という解釈の問題であり、当該侵害行為の主体は誰なのかという判断も問題となってくる。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

そこで、以下では主に差止め請求の相手方について中心に論ずる。

## 6. 検 討

### 6. 1 学説と理論状況

従来 of 学説においては、著作権侵害において教唆・幫助的あるいは間接侵害的な行為を行う者に対して差止め請求が可能であるかについては、体系的に論じたものはあまりなかったようである。特許法に関する議論において、特許法101条の間接侵害の規定は、幫助形態の行為の類型の一部について侵害とみなしたもので、これにあたらぬ場合には現行法上は差止めの対象にならない、と論じられていることから、間接侵害規定のない著作権法においては、教唆・幫助的行為については、差止め請求ができない、と一般に考えられてきたようである<sup>5)~7)</sup>。

しかし、従来は、例外的な特殊な例を除いて問題が顕在化してこなかったものの、とりわけデジタル化とインターネットの急激な普及は、著作権法が想定していた典型的な侵害態様の枠を越えた、新たな深刻な侵害態様を産みだしてきた。行為者の規範直面性に乏しいツールが提供され、これによって著作権侵害が誘発されている場合、不特定多数人の直接的な侵害行為を個々に禁じてもその実際上の効果はないに等しく、むしろそのツールの提供自体を侵害行為と考えることはできないのかが、問われるようになってきている。

その中で、著作権侵害の主体については、法文上の形式的な文理解釈によるのではなく、著作権や民法を含めた法体系全体や、その解釈のあり方を踏まえ、その構造や趣旨から、これを規範的に捉え、解釈していくことが必要であるとの考え方が、主として実務家の中から強力に唱えられ、これが支持されつつある<sup>8), 9)</sup>。

さらにこれをすすめて、教唆又は幫助等の間

接侵害に対し、著作権法112条1項による差止めを正面から認める立場<sup>10), 11)</sup>も現れており、直接の主体以外にもこれに準ずるものとして差止めを認める下級審判決も現れている<sup>12)</sup>。

現状の理論構成としては、大まかに言えば、112条1項を規範的にとらえて、教唆・幫助的行為を行ったにすぎない者であっても、一定の場合にはこれを著作権侵害の「主体」として法的に評価することによって、差止めの可能性を認めていく立場と、112条1項を、ある一定の範囲では教唆・幫助的行為を行う者に対しても差止めを認めているものと解釈することによって、差止めの可能性を認める立場があり、いずれの理論構成をとるかの問題はあるものの、結論的に差止めを認めていくべきであるという方向で議論がすすんでいるように思われる<sup>13)</sup>。今後はその要件論を中心とした議論が深まるものと思われる。

### 6. 2 裁判例の動向

#### 6. 2. 1 侵害主体に関する最高裁判例

著作権侵害の主体について論じた重要な判決としては、クラブキャッツアイ事件の最高裁判決<sup>14)</sup>をまず確認しておく必要がある。

同判決は、スナック等の経営者が、カラオケテープとカラオケ装置を備え置いて客に歌唱を勧めていた事案について、スナック経営者を当該音楽著作物の利用主体であるとした。

「客のみが歌唱する場合でも、客は、Yら(注：スナック経営者)と無関係に歌唱しているわけではなく、Yらの従業員による歌唱の勧誘、Yらの備え置いたカラオケテープの範囲内での選曲、Y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、Yらの管理のもとに歌唱されているものと解され、他方、Yらは客の歌唱をも店の営業政策の一貫として取り入れ、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

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

来集を図って営業上の利益を増大させることを意図していたというべきであって、客による歌唱も著作権法上の規律の観点からはYらの歌唱と同視しうる」として、損害賠償請求を認容した。

当時問題となっていたカラオケ演奏に関するものではあるものの、直接歌唱していないスナック経営者らに著作権侵害の主体性を認めたもので、著作権法の趣旨から行為者を規範的にとらえて、その主体性の判断が行われている点が注目される。

同判決により、その行為の内容、目的等を考慮の上、侵害行為の管理支配性と営利目的を要件として、著作権侵害の主体性を判断する手法が採用されることになった。

その後も最高裁はこの法理を、カラオケのリース業者に対する損害賠償事件<sup>15)</sup>で確認した。著作権者の承諾なくカラオケ装置を飲食店の店内で稼働させていた事例で、カラオケ装置をリースしていたにすぎないリース業者についても、「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し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」とし、注意義務を負う範囲を拡大して、損害賠償責任を認容した。

さらに、ときめきメモリアル事件<sup>4)</sup>では、メモリーカードの販売業者に対して、「専ら本件ゲームソフトの改変のみを目的とする本件メモリーカードを輸入、販売し、他人の使用を意図して流通に置いた上告人は、他人の使用による本件ゲームソフトの同一性保持権の侵害を惹起したものとして、被上告人に対し、不法行為に基づく損害賠償責任を負うと解するのが相当」として、間接侵害型の著作権侵害について不法行為に基づく損害賠償責任を肯定した。

しかし、同判決においては、著作権の侵害主体が誰かは必ずしも明確にされておらず、損害賠償の問題として、注意義務違反が明らかにされたにすぎなかった。そのため、損害賠償のみならず、販売業者に対する差止請求が可能かについては、必ずしも明らかにされてはいなかった<sup>16)</sup>。

### 6. 2. 2 差止めに関する下級審判決

そのような中で、下級審においては、間接侵害型の著作権侵害について、差止めが認められるか否かを正面から判断したものが現れるようになった。

音楽ファイル交換事件第1審中間判決<sup>17)</sup>では、ピア・ツー・ピア方式による電子ファイルの交換に関するサービスを提供していた被告について、原告の送信可能化権及び自動公衆送信権を侵害していると解すべきか否かの判断に関して、上記したクラブキャッツアイ事件での要件を基本的に採用した上で「①被告エム・エム・オーの行為の内容・性質、②利用者のする送信可能化状態に対する被告エム・エム・オーの管理・支配の程度、③被告エム・エム・オーの行為によって受ける同被告の利益の状況等を総合参酌して判断すべき」とし、詳細に検討を行った上で、被告を侵害主体と認定、第1審判決<sup>18)</sup>では差止請求を認容した。

続いて、ヒットワン事件<sup>12)</sup>では、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」について、「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つ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

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

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」112条1項の適用を認め、差止めを認めた。

その理由として、差止めは、「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し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」、文理上特段の支障がないこと、事後的な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こと、「そのように解しても著作物の利用に係わる第三者一般に不測の損害を与えるおそれもない」ことなどを挙げている。

先の音楽ファイル交換事件の中間判決が、サービスの提供者を侵害主体と認定しているのに対して、この判決は、侵害主体ではなく侵害の幫助を現に行う者を、侵害主体に準じるものとして著作権法112条1項の適用を認めている点で、さらに一步踏み出した判断をしているといえる。

その後、インターネット回線を通じてテレビ番組の受信・録画機能をもつパソコンを操作する方法で、遠隔地でのテレビ番組の録画を可能とするサービスを提供していた事業者に対して、「本件サービスにおける複製にかかる債務者の管理・支配の程度と利用者の管理・支配の程度などを比較考量した上で、複製行為の主体を認定すべき」という基準を採用して、事業者を複製行為の主体と認定し、差止めを認容する仮処分決定<sup>19)</sup>も出ている。

さらに、前掲のファイル交換事件の控訴審<sup>20)</sup>においては、控訴人（被告）を侵害主体とした

認定が争われたが、東京高裁は「単に一般的に違法な利用もあり得るといっただけにとどまらず、本件サービスが、その性質上、具体的且つ現実的な蓋然性をもって特定の類型の違法な著作権侵害行為を惹起するものであり、控訴人会社がそのことを予想しつつ本件サービスを提供して、そのような侵害行為を誘発し、しかもそれについての控訴人会社の管理があり、控訴人会社がこれにより何らかの経済的利益を得る余地があるとみられる事実があるときは、控訴人会社はまさに自らコントロール可能な行為により侵害の結果を招いている者として、その責任を問われるべき事は当然であり、控訴人会社を侵害の主体と認めることができる」と判示して、1審の結論を維持し、サービスの提供者を侵害の主体と明確にした。

これらの判決は、間接侵害的な行為者を侵害の主体であると認定するか、侵害主体に準じるものと認定するかの違いはあるものの、著作権法112条1項を規範的にとらえ、その該当性の検討にあたっては、基本的にキャッツアイ事件の要件を取り入れており、その行為の性質・内容に基づき、直接の著作権侵害行為に対する支配性・管理性、行為者の得る利益が検討されている（但し、営利性については、これは「何らかの経済的利益を得る余地」<sup>20)</sup>等と緩和され、あるいは要件上は重視されていないものもあり<sup>12)</sup>、抽象化される傾向があるように思われる）。

### 6.3 本判決の検討

以上を踏まえて本判決の意義について検討したい。

#### (1) 第1審判決の検討

1審判決は、差止請求の相手方については、「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」と解釈し、その理由として、i

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

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、ii特許権、商標権等について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、差止請求権の対象としている、iii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、iv表現の自由の抑制行為は謙抑的であるべき、v差止請求を認めるべきかどうかは立法政策の問題であるとの諸点を挙げた。

これらの理由として取り上げられた事項は、いずれもヒットワン事件<sup>2)</sup>において判決がその理由として取り上げた事項に関するものであるが、そこから全く逆の結論を導いている点は非常に興味深い。ヒットワン事件判決のすぐ後に出された判決であることも考えると、同判決を意識した上での判示ともとれる。

この第1審判決は、前記した従来の通説的な考え方・枠組みに沿ったものといえることができるが、本件の事案に即して考えた場合に、その結論が果たして妥当なものであったかという疑問がないわけではない。

また、理論的に見た場合、民法上の物権的請求権の行使の相手方は、物理的な侵害者のみならず、権利侵害事実を支配内に治めている者も含まれると考えられるのであり、そうすると著作権侵害についても、侵害行為を現に行う者だけでなく、権利侵害事実を支配内に治めていると評価される者も含まれると考えることは十分に可能であるように思われる<sup>3), 21)</sup>。

他方で、第1審判決も、「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面もあり得よう」とも述べている。そうすると、第1審判決は「侵害主体」については、その範囲を観念的・規範的に評価す

る余地は認めているようであり、それならばその要件について検討し、判断を行うこともできたのではないかとと思われる。

1審判決が懸念したところは、十分に検討すべき課題ではあり、立法による解決を図ることも一つの方策であるが、その場合であっても、著作権侵害の幫助行為の態様は極めて多種多様で、これをあらかじめ網羅的に列挙することはほとんど不可能であり、結局規範的な評価は避けられない。このような規範的な評価を行うことで、直ちに差止め請求の相手方を無制限に広げることにもつながらないと思われる。(第1審判決の検討は<sup>3), 21)</sup>が詳細であるが、いずれも批判的である。)

## (2) 本判決の検討

これに対し、本判決は、「自己が提供し発言削除についての最終権限を有する掲示板の運営者は、これに書き込まれた発言が著作権侵害(公衆送信権の侵害)に当たるときには、…その侵害行為を放置している場合には、その侵害態様、著作権者からの申し入れの態様、さらには発言者の対応いかんによっては、その放置自体が著作権侵害行為と評価すべき場合もある」と述べ、不作為が著作権侵害行為と評価される場合があることを明らかにしている。

そして、「インターネット上において誰もが匿名で書き込みが可能な掲示板を開設し、運営する者」については、①「著作権侵害となるような書き込みをしないよう、適切な注意事項を適宜な方法で案内するなどの事前の対策を講じる」②「著作権侵害があった際にはこれに対し適切な是正措置を速やかに執る体制で挑む」③「著作権者等から著作権侵害の事実の指摘を受けた場合には、可能ならば発言者に対してその点に関する照会をし」④「著作権侵害であることが極めて明白なときには当該発言を直ちに削除するなど、速やかにこれに対処すべき」義務

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

があると判示した。

本件では、著作権侵害が明白で、且つ深刻な態様の著作権侵害があるにもかかわらず、その通知に対して、照会もせず、是正措置をとらなかったことが故意又は過失により著作権侵害に加担していたものと断じ、Yを著作権法112条にいう「著作権者、出版権者…を侵害する者又は侵害するおそれがある者」に該当すると判断した。

しかしながら、損害賠償請求の成否という観点についてはともかく、差止請求の可否という観点については、上記した下級審の各判決や第1審判決が、著作権侵害の主体は誰かと言う問題を正面から取り上げ、あるいは112条1項の解釈を行って、その認定を行っていることと比較すると、本判決が、Yを「侵害する者又は侵害するおそれがある者」に該当すると判断した理論構成は必ずしも明確ではないように思われる。少なくとも、従来の侵害主体性の議論で採用されてきたクラブキャッツアイの判断基準等には拠っていない。

子細にみていくと、本判決が、「…掲示板の運営者は、これに書き込まれた発言が著作権侵害（公衆送信権の侵害）に当たるときには…」として、問題となっている送信可能化権の侵害と公衆送信権の侵害のうち、後者のみを侵害として取り上げているようにも見受けられること、また「放置自体が著作権侵害行為と評価すべき場合もある」としていることからすると、判決は「公衆送信権」について、掲示板の運営者自身の不作為による直接侵害を認めたものと見ることもできそうである。ただ、口頭弁論終結時には、発言は自動送信状態になく公開が留保されていたこともあり、主文は「公衆送信又は送信可能化してはならない」とされていることや、「故意又は過失により著作権侵害に加担していたものといわざるを得ない」とも述べられていて、不作為による直接侵害と、著作権侵

害への加担がどのように整理されているのか、その真意は必ずしも明確ではない。

確かに、発言書込時の送信可能化権の侵害の主体は本件対談記事を書き込んだ利用者と見ざるを得ないから、Yはその助動的行為を行うものとして、差止めを認めることができるのかという問題に突き当たらざるを得ないのであるが、公衆送信権の侵害から見ると、書き込み時点では利用者が主体であるが、その後もこれを削除せずに公衆送信し続けているという状態をとらえると、掲示板の運営者は一旦書き込まれた情報を削除せずに公衆送信し続けるという不作為による侵害行為主体であることとらえることが可能であろう（送信可能化行為と公衆送信行為の主体については<sup>3)</sup>が詳細に整理している）。

このように考えると、本判決は、掲示板を開設し運営する者に対し、掲示板に書き込まれる著作権侵害情報に関する一定の作為義務を課し、その作為義務を怠った場合には、公衆送信権の不作為による侵害主体として、差止め及び損害賠償請求の対象となりうることを明らかにしたものであって、112条1項との関係でいえば、直接の侵害行為者となるのであるから、「侵害する者又は侵害するおそれのある者」に該当するという判断を行った、という理解も成り立ち得るところであろう。

いずれにしても、本判決は、著作権侵害の助動的な地位にある者について、著作権法112条1項の適用があるのか、という一般的な論点に対しては、正面から答えておらず、これを一般化抽象化することはできないように思われる。

ただ、少なくとも本判決が、誰もが匿名で書き込みが可能な掲示板を開設運営する者については、自らが著作権侵害行為を行った場合ではなくても、そこに著作権を侵害する書き込みが為されれば、場合によって差止請求や損害賠償の相手方となりうることを認めたという点においては、大きな意味があり、その作為義務の内

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

容が明らかにされているという点に意義があることになるであろう。

## 7. 実務上の指針

### 7.1 本判決の指摘

本判決を踏まえて、実務的にまず問題となるのは、本判決にいうところの注意義務がどのような者に課されることになるかである。

本判決では、「インターネット上において誰もが匿名で書き込みが可能な掲示板を開設し運営する者」とされている。ここにいう掲示板は、いわゆる電子掲示板に限定されるものではなく、同様の機能をもつ電子掲示板に類似する形式のものも含まれることになるであろう。

他方で「著作権者が、発言者に対して著作権侵害に係る発言の削除の要請をすることが容易であるならば、掲示板の運営者が著作権侵害をしていると目すべきではないこともあり得る」とされていることも考え合わせると、匿名での書き込みが可能な場合であっても、被侵害者が侵害発言者に対して直接削除の要請をすることが比較的容易に行える手段が確保されている場合には、差止めの相手方からははずれてくる場合があることが示唆されている。

現時点においては、いわゆるプロバイダ責任制限法（「特定電気通信役務提供者の責任及び発信者情報の開示に関する法律」）が施行されており、多くの掲示板等の設置管理者についてその適用があるところであろう。同法4条においては、発信者情報の開示請求が一定の場合に認められている。実際にこれに応じるか否かは個別の検討が必要ではあるが、少なくとも開示請求がなされた場合に、これを開示することが可能な程度に発信者情報を把握特定しておくことは必要であり、仮に著作権侵害が明白に確認できる場合には、発信者の意見を聴取した上で（この過程で削除同意を得ることもあり得る）、

侵害が重大であるような場合には、発信者情報の開示を行うことで著作権侵害の紛争から離脱することも、選択肢の一つとして検討されるべきであろう。

### 7.2 注意義務の内容

#### (1) 事前の方策

次に問題となるのは、注意義務の内容である。本判決でまずあげられているのは、①適切な注意事項を適宜な方法で案内するなどの事前の対策と②侵害があった際に適切な是正措置を速やかに執る体制で挑むことである。

実際には、まず、掲示板等の利用規則や、会員規則等を定め、その中で著作権侵害行為を禁じ、それを掲示板等で明示した上で、その規則等に従うことを前提としての利用を認めることが必要であろう。

さらに、この利用規則等においては、違反行為があった場合には、管理者の判断においてその違反書き込みを削除することがありうること、反復されるなど悪質な一定の場合には違反者の掲示板等の利用を禁じたり会員から脱退させるという手続きを設けることなども検討されるべきである。

侵害があった際に適切な是正措置を速やかに執る体制というのが、どの程度のものを要求しているのかは必ずしも明らかではないが、著作権侵害が明らかな場合に、その侵害状態を排除できる制度的な保障は必要とされるであろうし、そのための手続きを整備しておくことは、体制として必要であると考えられる。

ただ、それ以上に管理者が主体的に内容を監視し、書き込みが為された際に一つ一つ著作権侵害の有無を精査するような体制まで必要かと言えば、本判決がそこまで求めているとは言えないであろう。

本件では、Yは全ての書き込みに目を通すことは到底不可能であるから、個々の著作権侵害

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

の事実を把握することはできない、と主張し、これに対して判決は「著作権者等から著作権侵害の事実の通知があったのに対して何らの措置もとらなかったことを踏まえないままにこのように主張するのは自らの事業の管理体制の不備をいう意味での過失、場合によっては侵害状態を維持容認するという意味での故意を認めるに等しく、過失責任や故意責任を免れる事由には到底なり得ない」と判示しているが、これは、侵害通知にも係わらず何らの措置もとらなかった本件の場合を前提としている。著作権侵害に対する体制が整えられ、侵害事実の通知に応じて適切な措置が執られているような場合に、それでもなお著作権侵害の事実が把握できなかった場合についてまで、述べているわけではない。

現実的にも、著作権の場合には特許のような登録や公報の仕組みはなく、公表されていない著作物すらあり得るのであるから、著作者や著作物性が侵害行為自体に明示されているとか極めて著名であるという場合以外は、第三者には著作権の存在自体が不明であることが多い。しかも、著作権者から許諾を受けているのか否かに至っては、第三者には分からないし、あまりに過剰な探索は、表現の自由に対する過度の制約になりかねない。従って、現実問題としては、一見するだけで著作権侵害が明らかという例外的な場合を除けば、侵害事実の通知を受けるまでにあらかじめ侵害事実を覚知することは非常に困難である。そうすると、そのような例外的な場合を除けば、侵害事実の通知があった場合に、これをきっかけとして適切な措置を執る体制があらかじめ講じられているということが重要であり、基本的にはそれで足りるものと考えられる。

### (2) その他の注意義務

次に、③「著作権者等から著作権侵害の事実の指摘を受けた場合には、可能ならば発言者に

対してその点に関する照会をし」④「著作権侵害であることが極めて明白なときには当該発言を直ちに削除するなど、速やかにこれに対処すべき」義務が挙げられている。

実際には、著作権侵害であることが「極めて明白」といった事態は極めて稀であり、一般的にどのような対応をするべきなのかは、本判決からは必ずしも明らかではない。

しかし、現時点においては、上記したいわゆるプロバイダ責任制限法が施行されており（本判決では触れられておらず、第1審も傍論で触れていたに止まる）、多くの掲示板等の設置管理者についてその適用があるところであろうから、基本的にはこれに従った対応が求められることになるであろう。

プロバイダ責任制限法においては、送信防止措置が技術的に可能である場合で、情報の流通によって他人の権利が侵害されていることを知っていたとき、あるいは、情報の流通を知っていた場合であって、当該特定電気通信による情報の流通によって「他人の権利が侵害されていることを知ることができた」と認めるに足りる相当な理由」があるときについては、被侵害者に対する賠償の責めを免れることができないことになる（同法3条1項）。

他方で、被侵害者から侵害情報等を示して送信防止措置をとることの申し出が合った場合には、これに対して防止措置を講ずることについて同意するか否かを照会し、同意があるか、7日を経過しても同意しないとの申し出がなければ、プロバイダ等は必要な限度で送信防止措置をとっても、情報発信者に対する賠償の責めを免れる。同意しないとの申し出があった場合にも、「他人の権利が不当に侵害されていると信じるに足りる相当の理由があったとき」には、必要な限度で送信防止措置をとっても情報発信者に対する賠償の責めを免れることになる（同法3条2項）。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

同法は賠償責任の制限について定めたものであって、義務を定めたものではなく、またこれが直ちに差止め請求の可否に結びつくものではないけれども、基本的にはこの法律の趣旨に従って対応をすることが必要になると思われる。

この場合、現実に送信防止措置をとるか否かで問題となるのは、「他人の権利が侵害されていることを知ることができた」と認めるに足りる相当の理由」「他人の権利が不当に侵害されていると信じるに足りる相当の理由」があるか否かである。著作権の成立や著作権者の特定が比較的容易に行えるもので、デッドコピーなどその侵害が明確な場合には、相当の理由の有無は比較的容易に判断ができる場合もあろうが、一般には著作権はその権利性や著作権者の特定そのものが困難であることが多く、「相当の理由」の判断は容易ではないであろう。

実際上は、被侵害者から、送信防止措置をとることの申し出があった場合には、まずその申し出の内容自体から侵害性の判断を行わざるをえない。そして、それに全く理由がないと思われる場合であれば、防止措置をとる必要はないが、それなりの根拠が示されている場合には、「他人の権利が侵害されていることを知ることができた」と認めるに足りる相当の理由」があったとして、被侵害者からの賠償責任が免責されない可能性が出てくることになる。その場合には、逆に「他人の権利が不当に侵害されていると信じるに足りる相当の理由」が認められれば、送信防止措置をとっても免責を受けることができるわけであるから、これを裏付ける情報を収集し相当の理由があるとなれば、送信防止措置をとるという手順を踏んでいくことにならざるをえないであろう。

### 7.3 最後に

著作権を侵害する行為の態様については、非常に多様化、複雑化してきている。その中で、

侵害の主体性や著作権法112条の解釈について、著作権法の趣旨から実体に即して規範的にとらえていこうとする動きは、急速に進んでおり、判決例も多数現れていることはこれまで述べたとおりであり、本判決もその流れの中に位置づけることは可能であろう。現行法の枠内で、現実に起こっている事例に対して、現実的に妥当な結論を導くためには、このような動きは不可欠のものであって歓迎されるべきものではあるものの、予測可能性という意味では不安定な要素も残している。

著作権の間接侵害的な態様の行為が差止めや損害賠償の対象となりうる、ということは、著作物の排他的な権利性を高めるものであるが、他方で、自らが著作権の侵害行為を直接行うのでない場合であっても、その場や機会を提供し、あるいはこれに典型的に利用される機械や、ソフト、サービス等を提供した場合に、ケースによっては、著作権侵害による差止めや損害賠償の対象とされることがあり得るということの意味している。

今後、判例の蓄積により、その範囲や要件といったものが、明らかにされていくものと思われるが、事業活動を展開するにあたっては、それが著作権侵害行為に典型的に利用される可能性とその程度をあらかじめ把握し、場合によってはそのリスクを回避するための方策を検討すべき場合もあると思われる<sup>(22)</sup>に詳しい検討がなされている<sup>(23)</sup>。

#### 注 記

- 1) 最(三)判昭和55年3月28日(昭51(オ)923)いわゆる「パロディ事件」判時967号45頁・判タ415号100頁)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、後者が従の関係があると認められる場合でなければならぬ」と判示している。
- 2) 東京高判昭和60年10月17日(昭59(ネ)2293)藤田

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

嗣治絵画複製事件 判時1176号33頁・判タ569号38頁)は、引用の判断について、前記注1)を前提にしつつ、「右主従関係は、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」により判断することを明らかにしている。

- 3) 山本隆司 コピライト2004.8号 20頁～ 判例紹介「『2ちゃんねる』著作権侵害差止等請求事件」

鑑賞性のみをもって付従性を否定したことには論理に飛躍があるとされるが、結論については、付従性の認定方法を分析した上で、権利制限が正当化されない場合としている。

- 4) 最(三)判平成13年2月13日(平成11年(受)955号 ときめきメモリアル事件 判時1740号78頁～)では、同一性保持権の侵害を「惹起」したものと賠償義務が認められているが、単なる幫助者なのか侵害の主体なのか必ずしも明確ではない。
- 5) 高部眞規子 最判解説民事篇平成13年度(上)106頁～[4]事件(ときめきメモリアル事件)は、「我が国の著作権法は、間接侵害の規定を置いておらず、専ら著作権又は著作人人格権を侵害する物の製造、輸入、販売等の行為を侵害とみなすこともしていないから(法113条参照)、ユーザー説を採用すると、侵害の幫助をしたにすぎない輸入販売業者に差止めを認める根拠はないことに帰する。」「例えば、特許法101条の間接侵害の規定は、幫助形態の行為の類型の一部について、これを侵害するものとみなすことにより、差止請求の対象としたと解することができ、そうすると、立法があれば格別、そのような規定に当てはまらない行為については、現行法上、差止めの対象とすることは困難であると解される。」(127頁～)としていた。
- 6) 高部眞規子 判タNo.1154号 186頁～ 平成15年度主要民事判例解説 083知的財産法—著作権「ヒットワン事件」

否定説が多数を占めるとされている。

- 7) 牧野利秋 新・裁判実務体系22著作権関係訴訟法346頁～「24著作権等侵害の主体」(2004) 青林書院

従来の通説的見解とされている。

- 8) 作花文雄 コピライト2002.12号 16頁～「民法法理と著作権制度の体系及び構造—著作物利用・著作権侵害に係る行為・行為者・行為地—」 「著作権法の体系及び構造並びに信義則や権利濫用など民法の基本法理に立ち返りながら、法目的に照らし現実的に妥当な結論を導いていくことが重要」(17頁)

「事実上の物理的な侵害行為そのものを直接行っていない関与者は全て『教唆・幫助者』であり差止請求が認められるべきでないとする見解があるとするれば、この点では明確であるが、刑事罰についてさえ正犯となるべき行為を実質的に柔軟に捉えているにもかかわらず、著作権法上の民事的請求に関して、このように固定的に捉える事自体が合理性を欠くのではないかと思われる」(32頁)

- 9) 前掲注6)

「事態を即物的に観察すべきではなく、規範的に、法律上侵害者として責任を負うべき主体と評価すべき者がだれであるかという法的観点から決するべきであろう。」とされる。

- 10) 弁護士山本隆司 コピライト2002.7号 2頁～「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—」
- 11) 社団法人著作権情報センター 著作権研究所研究叢書No.4「寄与侵害・間接侵害委員会 寄与侵害・間接侵害に関する研究」36頁(田中豊)
- 12) 大阪地判平成15年2月13日(平成14年(ワ)第9435号 ヒットワン事件 判タNo.1124号285頁)
- 13) 前掲注7) 365頁
- 14) 最(三)判昭和63年3月15日(昭和59年(オ)第1204号 クラブキャッツアイ事件 民集42巻3号199頁)
- 15) 最(二)判平成13年3月2日(平成12年(受)222号 ビデオメイツ事件 判時1744号108頁)
- 16) 前掲注5)では、むしろ否定的に解されていた。
- 17) 東京地判平成15年1月29日中間判決(平成14年(ワ)第4237号 音楽ファイル交換事件 判タNO.1113号113頁)
- 18) 東京地判平成15年12月17日(17)事件の判決 判

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

- 時1845号36頁)
- 19) 東京地決平成16年10月7日(平成16年(ヨ)22093号)判例時報1895号120頁)
- 20) 東京高判平成17年3月31日(平成16年(ネ)第405号)前掲注18)の控訴審 最高裁HP)
- 21) 田中豊 コピライト2004.8 2頁～「著作権の間接侵害－実効的司法救済の試み」
- 22) 後藤勝也 著作権研究所研究叢書No.4「寄与侵害・間接侵害委員会 寄与侵害・間接侵害に関する研究」61頁～ 社団法人著作権情報センター
- 23) 文部科学省文化審議会著作権分科会法制問題小委員会においては、間接侵害の規定を著作権法にも何らかの形で盛り込むという基本的方向性には特に異論はなく、更に検討を継続して07年を目処に結論を得るべきものとされている(文部科学省HP)。

(原稿受領日 2005年10月7日)

