

第三者によりBBS上になされた書き込みについて BBS管理者の著作権侵害責任が認められた事例 — 2ちゃんねる小学館事件 —

東京高判平成17・3・3判時1893号126頁¹⁾[2ちゃんねる小学館事件控訴審]
(原審：東京地判平成16・3・11判時1893号131頁[2ちゃんねる小学館事件第一審])

高瀬 亜 富

¹⁾ 本判決に関する評釈等として、森亮二「判批」NBL829号35頁(2006年)、池田秀敏「判批」信州大学法学論集第7号195頁(2006年)、岡邦俊「判批」JCA ジャーナル52巻4号38頁(2005年)、今井弘晃「判批」判タ1215号200頁(2006年)、石井成樹「判批」パテント59巻8号66頁(2006年)、松岡千帆「講演録 最近の著作権判例について」コピライト45巻538号2頁(2006年)、草地邦晴「判批」知管55巻13号2007頁(2005年)等がある。また、原判決の評釈等として、山本隆司「判批」コピライト44巻520号20頁(2004年)、町村泰貴「判批」南山法学28巻4号149頁(2005年)、岡邦俊「判批」JCA ジャーナル51巻10号50頁(2004年)、東海林保「講演録 最近の著作権判例について」コピライト44巻526号2頁(2005年)等がある。著作権侵害主体の問題一般について論じる文献として、吉田克己「著作権の「間接侵害」と差止請求」知的財産法政策学研究14号143頁(2007年)、上野達弘「著作権法における「間接侵害」」ジュリスト1326号75頁(2007年)、高部眞規子「著作権侵害の主体について」ジュリスト1306号114頁(2006年)、塩月秀平「著作権侵害主体の事例分析—柔軟な認識に向けて」ジュリスト1316号140頁(2006年)、東京弁護士会知的財産法部「著作権の「間接侵害」について」法律実務研究21号177頁(2006年)、田中豊「講演録 著作権の間接侵害—実効的権利救済の試み」コピライト44巻520号2頁(2004年)、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止め」知的財産法政策学研究2号77頁(2004年)、角田政芳「講演録 インターネットと著作権の間接侵害理論」コピライト42巻500号(2002年)、茶園茂樹「著作権侵害の行為主体」『大阪大学法学部創立50周年記念論文集・21世紀の法と政治』(有斐閣、2002年)317頁などがある。プロバイダの著作権侵害主体性につき論じる文献としては、上野達弘「著作権法とプロバ

第1 事実

1 控訴人Xは、漫画家であり、「罪に濡れたふたり」と題する一連の漫画本を著作した。控訴人小学館は、出版社であり、漫画「罪に濡れたふたり」が連載されている月刊誌「少女コミック Cheese!」や漫画「罪に濡れたふたり」の一連の単行本等を出版している。本件で問題となった著作物は、右「罪に濡れたふたり」のファンを主要な読者とする書籍であり、漫画、小説及び控訴人Xの対談記事などから構成されている。その内容は、「罪に濡れたふたり」の誕生にまつわるエピソードなどをXが語ったものや（以下、本件対談記事1という）、X及び声優として著名なBが、恋・仕事・人生について対談した内容を記載したもの（以下、本件対談記事2という）である。

被控訴人Yは、インターネット上に「2ちゃんねる」と称する本件電子掲示板を開設し、運営している。本件電子掲示板は、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る。本件電子掲示板の利用者が、発言の書き込みをするには、氏名、メールアドレス、ユーザーID等の記載の必要はない。

2 本件対談記事は、第三者により、被控訴人が運営する電子掲示板に無断転載されたことにより、送信可能化され、自動公衆送信された。具体的には、本件対談記事1につき（1）平成14年5月3日からの連続11回にわたる書き込み、（2）5月5日における連続9回にわたる書き込み、（3）5月7日における連続10回にわたる書き込み、（4）5月12日における連続4回にわたる書き込み、本件対談記事2につき、（5）平成14年5月13日における、連続6回にわたる書き込み、飛んで1回の書き込み、更に飛んで別の連続

イダ責任制限法』『著作権特殊講義2003年度』（成蹊大学法学部、2004年）359頁、同「プロバイダーの責任——プロバイダーに対する差止めを中心に」著作権研究28巻89頁（2001年）、田村善之「インターネット上の著作権侵害とプロヴァイダーの責任」ジュリスト1171号69頁（2000年）、末吉互「著作権侵害情報をめぐるプロバイダ等の責任」『知的財産権 その形成と保護 秋吉稔弘先生喜寿記念論文集』永井紀昭他編（新日本法規、2002年）344頁等がある。

18回にわたる書き込みがなされている。なお、電子掲示版上の右文章は、本件各対談記事を順番に転記したものであり、一部の文章に本件各対談記事と異なる表現が見られるものの、転記の際の略記、転記漏れないし転記ミス、あるいは重複記載の範囲にとどまっている。

また、本件対談記事の書き込みに前後して、次のような書き込みがなされている。まず、本件対談記事1の内容を書き込んだ発言者と同じ名前で、「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。改行は適当な所で。X→X先生、初→初代担当、今→今の担当、読→読者代表」との内容の発言（書き込み）がある。この発言は、それ以前の発言の中に、「ファンブックの対談とかうぶしてほしいという人が多ければうぶしますよ～。やめてほしい人が多ければしませんので…」とあるのを受けたものである。

また、本件発言者とは別の者と思われる者が、「対談ウブおつかれさま。非常におもしろかった!!」と発言し、本件対談記事1を書き込んだと称する者がそれに続いて、「二重カキコスマソ。ファンブックの対談、まだまだあります。連続書き込みやりすぎるとアクセス規制うけるんで時間たったら続きうぶします。」と書き込んでいます。

(2)の一連発言の2つ前の発言には、「>492ほんつとありがとう。しかも忠実に…」との書き込み部分があり、(2)の発言の冒頭に「対談うぶ続きです。ファンブックで脱字?と思われる箇所がいくつかあったのですが、そのままうぶします。」との導入の下、対談の書き込みが続いている。

(2)の一連発言の後には、「いやいや、>492。ほんとにありがとう。これ書き写すだけで大変だろうに…」と、「花と名無しさん」と名乗る者による書き込みがある。

3 控訴人小学館の従業員である「少女コミック Cheese!」編集長Aは、平成14年5月9日に被控訴人にてたファクシミリにより、また、平成14年5月10日および同13日には電子メール（通知内容には、小学館刊行の「ファンブック 罪に濡れたふたり～Kasumi～」の18頁にわたる座談会頁の全文が公開されていることの指摘がある）により、本件各発言の掲載が著作権侵害であると警告し、本件各発言の速やかな削除を要請した。しかしな

がら、被控訴人は、上記電子メールでの削除要請に対して、「削除依頼板へおねがいます。」とのみ記載した電子メールを編集長Aあてに送信するのみであった。さらに、控訴人らの代理人弁護士は、内容証明郵便により、本件各対談記事1及び2が著作権侵害に該当すると警告書を、被控訴人が当時住民登録していた東京都北区のマンションあてに差し出した²⁾(平成14年7月17日に被告人方に配達済み)が、被控訴人は本件各発言を削除しなかった。

そこで、控訴人らは、本件各発言の自動公衆送信及び送信可能化の差止め及び損害賠償を求めて出訴した。

4 原判決(請求棄却)

「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。

ちなみに、平成14年5月27日に施行された特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律(平成13年法律第137号。以下、「プロバイダ責任制限法」という。)3条2項においては、特定電気通信役務提供者(本件被告も、これに該当するものと解される。)において、「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」(同項1号)、又は権利を侵害されたとする者から侵害情報等を示して送信防止措置を講じるよう申出があり、当該特定電気通信役務提供者から発信者(本件においては本件発言者)に意見照会をした場合において、「当該発信者が当該照会を受けた日から7日を経過しても当該発信者から当該送信防止措置を講じることに同意しない旨の申出がなかったとき」(同項2号)

²⁾ 内容証明郵便による警告書に関する主張は、原審においてはなされておらず、控訴審において追加されたものである。

のいずれかの場合には、情報の不特定の者に対する送信(著作権法にいう送信可能化及び自動公衆送信を含むものと解される。)を防止する措置を講じたことにつき、発信者に対して損害賠償責任を負わない旨が規定されている。本件スレッドにおける発言の書き込みの送信可能化及び自動公衆送信も同法にいう「特定電気通信」に該当するものと解されるから、同法施行後に被告が送信防止の措置を講じた場合においては、上記規定が適用となる余地はある。もとより、同項の規定は、特定電気通信役務提供者の行った措置について発信者に対する損害賠償責任が生じない場合を規定しているだけで、特定電気通信役務提供者に対して送信防止措置をとるべき義務を課しているものではないが、…(評者注:本件において)認定した事実の下では、上記のプロバイダ責任制限法3条2項各号に規定するいずれの場合にも該当せず、送信防止措置を講じたことにつき同規定により発信者に対する損害賠償責任が免責される場合には当たらないものと解される。この規定の趣旨は、本件においても尊重するのが相当であるところ、上記のとおり送信可能化又は自動公衆送信の防止のための措置をとったことにつき発言者からの責任追及を受けるおそれなしとしない状況の下において、被告に送信可能化又は自動公衆送信を止めるべき信義則上の義務があったということもできない。」

「(評者注:本件における)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とはできず、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。ちなみに、前記のプロバイダ責任制限法3条1項においては、特定電気通信（…本件スレッドにおける発言の書き込みの送信可能化及び自動公衆送信も、これに含まれるものと解される。）による情報の流通により他人の権利が侵害された場合において、特定電気通信役務提供者（…本件被告も、これに該当するものと解される。）は、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っていたとき（同項1号）、あるいは、特定電気通信役務提供者において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の理由があるとき（同項2号）のいずれかの場合に該当する場合でなければ、権利侵害によって生じた損害について損害賠償責任を負わない旨が規定されている。本件においても、被告が条理上の作為義務を負うものかどうかを判断するに当たっては、この規定の趣旨を尊重するのが相当であるが、上記に認定したとおり、被告において、原告らの権利侵害の事実を知っていたということではできないし、権利侵害の事実を知ることができたと認められないのであって、同規定の下においても、被告が原告らに対して損害賠償責任を負い得る場合には当たらないものというべきである。

したがって、本件の事実関係の下においては、そもそも、被告に本件各発言の送信可能化及び自動公衆送信を防止すべき作為義務があったと認めることはできないし、被告に過失があったと認めることもできない。」

原判決は、以上のとおり判示し、原告の差止請求及び損害賠償請求をいずれも棄却した。これに対し、原告が控訴。

第2 控訴審判決

原判決変更（控訴一部認容）

「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。」

「（評者注：被控訴人運営の電子掲示板における本件各発言やこれに前後する発言のやりとり・内容等（第1の2参照）を認定したうえで、）本件各発言は、これを一読するだけで、「ファンブック」すなわち本件書籍の対談記事を、著作権者の許諾なくほぼそのまま転載したものであることが、極めて容易に理解されるのであり、本件掲示板を開設し運営している被控訴人にとっても、本件各発言が、その内容自体によって、公刊された書籍のかなりの頁部分をそのまま転載したものであり、デッドコピーとして著作権侵害になるものであることを容易に理解し得たものといわざるを得ない。」

「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。」

本件においては、上記の著作権侵害は、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のであるから、その情報は劣化を伴うことなくそのまま不特定多数の者のパソコン等に取り込まれたり、印刷されたりすることが可能な状況が生じていたものであって、明白で、かつ、深刻な態様の著作権侵害であるというべきである。被控訴人としては、編集長A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つ

たのであるから、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。」

「以上のとおりであるから、被控訴人は、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である。なお、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の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ないこともあり得ようが、本件掲示板においては、発言者の実名、メールアドレスなどの発信者情報を得ることはできず、本件各発言の削除要請が容易であるとは到底いうことができない。」

などと判示したうえで、「差止めの必要性」との項目のもと、

「前記のとおり本件各発言は自動公衆送信されていたものである。現在のところは、本件掲示板に掲載されておらず、一般人に対し自動送信される状態にないが（弁論の全趣旨）、これは、被控訴人が本件各発言の公開を保留しているにすぎず（原審被控訴人準備書面1）、将来送信可能化される可能性のあることは明らかであるから、本件各発言の自動公衆送信又は送信可能化について控訴人らが請求する差止請求は理由がある。」

として差止請求を認容した。また、損害賠償請求については、本件における事実を「総合勘案」したうえで、本件著作権侵害により被った損害額は、控訴人Xについて45万円、控訴人小学館について75万円と認め、その限度で認容した。

第3 検討

1 はじめに

本判決は、第三者によりインターネット上の掲示板（以下、BBSという）に著作権侵害である書き込みが行われた場合、著作権者は、当該BBSの管理者に対して、差止請求及び損害賠償請求をすることができるかという点

が訴訟上初めて争われた事案に関する控訴審判決であり、①BBS管理者がBBS上になされた著作権侵害である書き込みを放置している場合には、その不作為を理由に著作権侵害主体性が肯定されうることを明らかにした点、②その不作為責任の前提となる作為義務の有無を判断する際に重視される要素の例を明らかにした点に重要な意義がある。

以下、本稿ではこれらの点を中心に本判決を検討することとするが、①②では比較検討すべき裁判例が異なるので、まず、①②の順に、それぞれ、関連裁判例の紹介及び関連裁判例との関係での本判決の位置づけを行った後、本判決の射程の検討及び評価に進んでいきたい。

2 プロバイダの著作権侵害主体性について

(1) 問題の所在

著作権法112条1項は、著作権者は著作権を侵害する者に対して差止請求をなしうる旨規定している。ここで著作権侵害とは、著作権法上の各支分権が対象とする利用行為を権利者の許諾なく行うことをいうところ、本件では、被告が管理するBBS上で、原告の著作物が許諾なく送信可能化（著作権法2条1項9の5号）され、また自動公衆送信（著作権法2条1項9の4号）されており、原告の公衆送信権（著作権法23条1項）が侵害されているといえる。したがって、原告は著作権侵害の主体に対して差止請求をすることができる。

では、その相手方たる著作権侵害の主体とは誰を指すのであろうか。仮に、当該情報の発信者が唯一の侵害主体であるとすれば、原告は発信者を特定してその者に対して差止請求をする必要がある。しかし、本件を含めて多くのBBSは匿名のものであるため、原告が発信者を特定して差止請求をすることは困難である。そこで、通常、著作権者は特定の容易なBBS管理者に対して差止請求をすることを望むのであり、本件でも原告はBBS管理者たる被告に対して差止請求をしているのであるが、果たして、BBS管理者は送信可能化（著作権法2条1項9の5号柱書）や自動公衆送信（著

著作権法2条1項9の4号)の行為主体といえるのであろうか³⁾。

(2) 関連裁判例

まず、プロバイダの著作権侵害主体性が問題となった事案に関する裁判例を、プロバイダの利用行為に対する関与の仕方に応じて俯瞰していこう。

プロバイダが直接の利用行為に対して積極的な関与をしている場合には、プロバイダは直接物理的に利用行為を行う者ではないことを前提に、管理性要件と利益性要件により規範的にその利用行為主体性を判断するというのが従前の裁判例の傾向である(いわゆるカラオケ法理)。かかる侵害主体性判断の方法は、カラオケスナックの演奏権侵害主体性が問題となった最判昭和63・3・15民集42巻3号199頁⁴⁾[クラブキャッツアイ事件]により示され、その後の裁判例によりその射程が拡大されてきたものであるが⁵⁾、プロバイダの著作権侵害主体性の判断にも用いられているのであ

³⁾ 裁判例には、著作権侵害主体でない者に対する差止請求を肯定するものもあり(大阪地判平成15・2・13判時1842号120頁[ヒットワン事件]、大阪地判平成17・10・24判時1911号65頁[選撮見録事件])、本文中のような表現は必ずしも正確ではないかもしれない。しかし、ここでは一般的な理解に従い、著作権法112条の差止請求は著作権侵害の主体に対してのみ認められることを前提とする。

⁴⁾ 判例評釈などとして、井上由里子「判批」著作権判例百選(第2版)16頁(1994年)、水野武「判解」法時41巻9号253頁(1989年)、辰巳直彦「判批」民商99巻3号412頁(1988年)、半田正夫「判批」ジュリスト911号26頁(1988年)などがある。

⁵⁾ カラオケボックスの演奏権侵害主体性判断の際にカラオケ法理を用いる裁判例として、大阪地決平成9・12・12判時1625号101頁、東京地判平成10・8・27知裁集30巻3号478頁[ビッグエコー上尾店事件第一審]、東京高判平成11・7・13判時1696号137頁[ビッグエコー上尾店事件控訴審]などがある。カラオケ以外の事件では、パレエの振り付けの侵害事件で、公演の主権者につきカラオケ法理の適用によりその上演主体性を肯定する裁判例として、東京地判平成10・9・9知裁集30巻4号841頁がある。これらの事案においては、クラブキャッツアイ最判の事案のように、カラオケ法理の適用により侵害主体性を肯定される者が、直接の利用行為者を管理・支配していることが認められるのであるが、その後、カラオケ法理は、直接の利用行為者に対する支配が認められないが、利用者に影響を与えるサービスや装置等のシステムを「管理」している者に対しても適用されていくこととなる。その嚆矢と

る。東京地決平成14・4・11判時1780号25頁⁶⁾[ファイルログ著作権仮処分]、東京地判平成15・1・29判時1810号29頁⁷⁾[同中間判決]、東京地判平成15・12・17判時1845号36頁⁸⁾[同終局判決]、東京高判平成17・3・31判時1786号80頁⁹⁾[同控訴審判決]等のファイルログに関する一連の裁判例がその嚆矢となった裁判例である。事案は、ウェブ上のP2Pファイル交換サービスのユーザーが当該サービスを利用してMP3ファイルを無許諾で公衆送信していることに関して、当該サービスの提供者をして著作権侵害行為の主体と評価しうるのが争点となったというものであるが、前掲中間判決は、被告プロバイダの著作権侵害主体性について、[1]被告の行為の内容・性質、[2]利用者のする送信可能化状態に対する被告の管理・支配の程度、[3]被告の行為によって受ける同被告の利益の状況等を総合斟酌して判断すべきであるとの抽象論のもと、結論としてこれを肯定してい

なったのが、本文中に掲げたファイルログに関する一連の事件である。その他、かかる傾向を示す裁判例として、大阪高判平成19・6・14平成17(ネ)3258[選撮見録二審]、東京地決平成18・8・4判時1945号95頁[まねきTV]、知財高決平成18・12・22平成18(ラ)10012[同抗告審]等がある。カラオケ法理の生成と展開については、田村善之「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題[1]」知的財産法政策学研究16号73頁(2007年)、吉田克己・前掲注(1)、上野達弘「いわゆる「カラオケ法理」の再検討」『紋谷暢男教授古希記念 知的財産権法と競争法の現代的課題』(発明協会、2006年)781頁、佐藤・前掲注(1)等参照。

⁶⁾ 判例評釈として、岡邦俊「判批」JCAジャーナル49巻12号70頁(2002年)、同「判批」JCAジャーナル50巻1号82頁(2003年)、高部真規子「判批」平成14年度主要民事判例解説166頁(2003年)、作花文雄「判批」コピライト42巻498号34頁(2002年)、斉藤博「判批」知管53巻4号593頁(2003年)、平嶋竜太「判批」判評526号195頁(2002年)、牧野利秋「判批」NBL750号18頁(2002年)、同「判批」NBL751号45頁(2002年)などがある。

⁷⁾ 判例評釈として、松村信夫=和田宏徳「判批」知管54巻11号1675頁(2004年)、上野達弘「判批」CIPICジャーナル134号1頁(2003年)、富岡英次「判批」平成15年度主要民事判例解説188頁(2004年)などがある。

⁸⁾ 判例評釈として、東海林保「判批」判例タイムズ臨時増刊1184号182頁(2005年)、金炳学「判批」法政研究[九州大学]72巻1号163頁(2005年)、岡邦俊「判批」JCAジャーナル51巻2号58頁(2004年)などがある。

⁹⁾ 判例評釈として、岡邦俊「判批」JCAジャーナル52巻5号48頁(2005年)がある。

る。控訴審も基本的には同様の判断枠組みのもとで、この結論を維持している。

もっとも、カラオケ法理については、当初から擬制的に過ぎるといった批判も強く¹⁰⁾、現在でもカラオケ法理それ自体に対する批判や、利益性要件を要求する根拠に乏しいなどといった批判が根強い¹¹⁾。かかる批判を受けてか、近時はプロバイダの利用行為に対する積極的関与が見られる事案においても、カラオケ法理を用いることなく被疑侵害者の侵害主体性を判断する裁判例が現れている。東京地判平成19・5・25平成18(ワ)10166 [MYUTA 事件]が、利用行為(楽曲の音源データのストレージとユーザーの携帯電話へのデータの送信)に供されるサーバーを被告が管理しており、必要なソフトウェアも被告が設計したものであって、一般的には私人がなすことが困難なCD等の音源データを携帯電話へと複製する作業を被告のサービスが可能としているという事案において、カラオケ法理を明示的には用いることなく、総合的な衡量のもと被告を複製及び自動公衆送信の行為主体と認めたのである。その総合衡量の際には、もっぱら被告の当該事案におけるサービスについての「管理」が重視され、利益性要件は考慮されていないことが注目される¹²⁾。MYUTA 事件判決は、前述のようなカラオケ法理に対する批判を受け、今後裁判所がクラブキャッツアイ最判以降のカラオケ法理の射程の拡大化という傾向(あるいは利益性要件)を見直す方向に進むことを示唆したのかもしれない。

とはいえ、いずれにしても、被告につき利用行為に対する積極的関与が認められる場合には、その著作権侵害主体性を肯定するのが裁判例の傾向であるということができよう。

では、単にユーザーがウェブサイトを掲示することができるよう、ファイルを蓄積するサーバーを提供しているに止まるプロバイダやBBS管理

者までをも、当該サイトにユーザーが著作権侵害を組成しうるファイルを掲載した際に、当該著作権侵害の行為主体と認定しうるのであろうか。この点について裁判所の判断が初めて示されたのが、本件の原判決である。原判決は、「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」とし、一定の場合には不作為による著作権侵害が成立しうる旨判示した(結論として、本件はこれにあたらぬとする)。

かかる不作為構成は、BBS上に名誉権侵害となる書き込みがなされた場合の当該BBS管理者の責任が問題となった事案である東京地判平成9・5・26判時1610号22頁¹³⁾ [ニフティサーブ事件第一審]において採用され、その後、同種の裁判例において踏襲されていったものである。原判決は、BBS管理者の著作権侵害責任が問題となる事案においても、従前の名誉権侵害に関する裁判例と同様、不作為構成によりその責任の有無を判断する立場を採用することを明らかにしたものと見えよう¹⁴⁾。

なお、学説上は以上のような事案の相違に拘わらず、プロバイダはサーバーを提供することによりそこに置かれているコンテンツ全てを公衆に対して送信していると解し、その侵害主体性を肯定するという見解¹⁵⁾が有

¹³⁾ 判例評釈として、加藤新太郎「判批」判タ965号68頁(1998年)、原田肇「判批」コピライト37巻437号30頁(1997年)、高橋和之「判批」ジュリスト1120号80頁(1997年)、三浦正広「判批」コピライト37巻436号38頁(1997年)、山口いつ子「判批」法時69巻9号92頁(1997年)、手嶋豊「判批」判評470号189頁(1998年)、青柳幸一「判批」判例セレクト'97・8頁(1998年)、斉藤博「判批」私法判例リマークス1998(下)72頁(1998年)などがある。

¹⁴⁾ 学説上は、山下幸夫「インターネット上の著作権侵害とプロバイダーの責任」NBL620号43頁(1997年)、宮下佳之「サイバー・スペースにおける著作権問題について」コピライト37巻439号16頁(1997年)、山本隆司「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」コピライト42巻495号11頁(2002年)などにより本判決以前に既に不作為構成が提唱されていた。

¹⁵⁾ 吉田正夫「ネットワーク・サービス・プロバイダーの責任」知管46巻11号1743頁(1996年)、同「講演録 ネットワーク環境下における事業者の責任」コピライト

¹⁰⁾ クラブキャッツアイ最判における伊藤正巳少数意見がこの旨指摘している。

¹¹⁾ 上野・前掲注(5)787頁以下、茶園・前掲注(1)316頁以下、田村善之『著作権法概説』(有斐閣、第2版、2001年)189頁注(5)、堀江亜以子「判批〔大阪地決平成9・12・12〕」発明95巻10号103頁以下(1998年)等参照。

¹²⁾ 東京地裁は、「有償性」の項目の下、当該サービスにつき有料化が予定されていることを認定しているが、結論を導く総合衡量の際にはこのことに触れていない。

力である(以下、サーバー基準説という)。サーバーに蓄積された情報は、当該サーバーへのアクセスに応じて当該サーバーにより自動送信されるのであり、かかるシステムはサーバー管理者により構築されるものである以上、公衆送信はサーバーを提供している者によりなされていると解するのである。前述した不作為構成とは対照的に、プロバイダについて作為による公衆送信権侵害を認める見解といえよう¹⁶⁾¹⁷⁾。理論的に明快な見解であるが、かかる見解を採用する裁判例はいまのところ見られない。

(3) 本判決の位置づけ

本判決は、BBS管理者たる被告に対する差止請求を認めたのであるが、その結論を導くにあたり、被告の著作権侵害主体性を肯定したうえで著作権法112条1項の適用を認めたのか、被告を侵害幫助者としたうえで著作権法112条1項の(類推)適用を認めたのか明確でないとの指摘もなされている¹⁸⁾。しかし、判文中に①その当否について争いがある侵害幫助者に

40巻471号15頁(2000年)、田村・前掲注(1)73頁、末吉・前掲注(1)354頁等参照。

¹⁶⁾ 学説上、明示的にプロバイダの作為による公衆送信権侵害と構成するものとして、末吉・前掲注(1)354頁。

¹⁷⁾ かかるサーバー基準説に対しては、プロキシー・サーバーまでもが著作権侵害の主体とされ、差止請求に服することになりかねないとの指摘がなされている(岡村久道=近藤剛史『インターネットの法律実務』(新日本法規、新版、2001年)349頁)。この点に関するサーバー基準説からの応答として、田村善之「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題[2]」知的財産法政策学研究17号参照。

¹⁸⁾ たとえば、草地・前掲注(1)2016頁は、本判決は不作為構成を採用したものであるとする理解に好意的であるが、他方で、本判決が「放置自体が著作権侵害行為と評価すべき場合もある」という表現を用いながらも、他の箇所では「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」との表現を用いていることなどを指摘し、本判決において「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。」としている。また、森・前掲注(1)38頁は、「本判決は、この点(評者注:侵害主体性の問題)について明示的な議論をすることなく、被控訴人が故意または過失により著作権侵害に加担していたことのみを理由に被控訴人に対する差止請求を認めている。」としている。

対する著作権法112条1項の(類推)適用の可否についての言及が見られないこと、②「放置自体が著作権侵害行為と評価すべき場合もある」等の表現が用いられていることなどを勘案すれば、本判決は被告の不作為を原因としてその侵害主体性を肯定する見解に立脚するものと理解することが可能であろう。

かかる不作為構成は、前述のとおりBBS管理者の名誉権侵害責任が問題となった裁判例において採用されていたところであり、本判決は、著作権侵害が問題となる事案についても同様の処理を指向するものと考えられる。前述のとおり、原判決も、一定の場合にはBBS管理者が「放置」により「著作権侵害主体」となることを認めているところであり、本判決はその判断枠組みにおいて原判決と異なるものではないということも可能であろう¹⁹⁾。

3 作為義務について

(1) 序

以上のとおり、本判決はBBS上になされた書き込みについての当該BBS管理者の著作権侵害責任を判断する際の枠組みとして、不作為構成を採用した。この不作為構成については、責任の発生の前提として作為義務の存在が必要とされるところ²⁰⁾、いかなる場合に作為義務が発生し、その不作為が著作権侵害となるかの理解によっていかなる結論にも結びつきうる

¹⁹⁾ 岡・前掲注(1)40頁、田村・前掲注(17)。原判決を下した合議体を構成する裁判官の一人である松岡千帆裁判官も、前掲注(1)21頁において、「地裁と高裁で判断が異なったのは掲示板の設置者としての放置行為をどうみるかという具体的な事情の評価が異なったためではないか…」との見解を示している。

²⁰⁾ 不法行為責任に関する記述ではあるが、加藤一郎『不法行為法』(有斐閣、増補版、1974年)133頁、四宮和夫『不法行為』(青林書院、1992年)292頁、幾代通・徳本伸一補訂『不法行為法』(有斐閣、1993年)19頁、中井美雄「不作為による不法行為」『新・現代損害賠償法講座』山田卓生編(日本評論社、1997年)109頁等参照。

ものといえる²¹⁾。したがって、本判決の理解にとってもその作為義務の扱いを分析することが不可欠である。そこで、次に本判決の作為義務の扱いを分析していこう。

(2) プロバイダ責任について不作為構成を採用する裁判例²²⁾

まずは関連裁判例を概観していこう。ただし、不作為構成によりBBS管理者の著作権侵害主体性を判断した裁判例は本件原判決と本判決しか存在しないので、以下では不作為構成によりBBS管理者の名誉権侵害責任が判断された事例を中心に従前の裁判例の作為義務の扱いをみていくこととする。

従前の裁判例を概観してみると、①BBS管理者の責任が認められるためには、権利侵害となり得る書き込みについての認識(あるいはその可能性)が必要とされるという点についてはほぼ一致しているが、②その認識(あるいはその可能性)があれば「直ちに」BBS管理者の責任が認められるのか否かという点については事案により判断が異なる。以下、個々の裁判例を概観した後で、従前の裁判例の傾向をまとめておこう。

i) 認識があっても直ちにBBS管理者の責任を認めない裁判例

かかる裁判例としては、まず、この種の事案のリーディングケースである東京地判9・5・26判時1610号22頁[ニフティサーバ事件第一審]をあげることができる。事案は、有料かつ会員制のパソコン通信におけるフォーラム内の電子会議室上に名誉権侵害となる書き込みがなされた場合に、そ

²¹⁾ たとえば、BBS管理者は、サーバーを管理している以上著作権侵害となる情報を書き込まれた場合には直ちに当該情報を削除する義務を負い、その不作為により公衆送信権侵害の主体となると説明すれば、不作為構成からもサーバー基準説と同様の結論を導くことが可能である。

²²⁾ 安永正昭「インターネット上での名誉・プライバシー侵害からの法的保護の現状」民商133巻4・5号583頁(2006年)、森・前掲注(1)、町村・前掲注(1)等による裁判例の分析を参照した。

のフォーラムを管理する者(以下、シスオペという)等の責任が認められるか否かが問題となったというものである。東京地裁は、種々の事情を総合考慮したうえで、抽象論として「少なくとも…、その運営・管理するフォーラムに、他人の名誉を毀損する発言が書き込まれていることを具体的に知ったと認められる場合」には条理上の作為義務が発生すると判示し、被告シスオペについて作為義務の発生を認めた。ただし、それにより直ちにシスオペの責任が発生すると判断したわけではなく、①シスオペが、原告から指摘された発言についてその取扱いを運営委員会に付議したこと、②原告に対し、「原告からの訴えがあり、被告ニフティと厳密な法的検討をした結果違法性のある発言と認め削除する」旨付記して問題とされた書き込みを削除するとの提案をしたこと、③右②の提案が原告によって拒絶された後、原告と接触し、電話で話し合いを行ったこと、④その際、原告から、「信頼できる人に相談するので、その結論が出るまで発言削除は待つて欲しい」旨の回答がなされており、シスオペにおいては、原告から再び接触があるまでの間、これらの発言について積極的な対応は期待できないこと、⑤その後、原告代理人からの発言削除を求める書面を受領した際、直ちにこれらの発言を削除する措置を行っていることなどを指摘し、問題とされた書き込みの多くについてシスオペの責任を否定している。もっとも、シスオペは、一部の書き込みについては討論により改められるべきであると考え削除せずに放置していたのであるが、かかる対応がなされた発言についてはシスオペの名誉権侵害責任が認められている。

その控訴審判決である東京高判平成13・9・5判時1786号80頁²³⁾[ニフティサーバ事件控訴審]は、抽象論として「フォーラムの円滑な運営及び管理というシスオペの契約上託された権限を行使する上で必要であり、標的とされた者がフォーラムにおいて自己を守るための有効な救済手段を有しておらず、会員等からの指摘等に基づき対策を講じても、なお奏功しない等一定の場合、シスオペは、フォーラムの運営及び管理上、運営契約に

²³⁾ 判例評釈として、岡邦俊「判批」JCAジャーナル49巻1号56頁(2002年)、橋本佳幸「判批」判評530号178頁(2003年)、金子順一「判批」平成14年度主要民事判例解説74頁(2003年)、山下幸夫「判批」NBL723号34頁(2001年)、潮見佳男「判批」コピライト41巻489号38頁(2002年)などがある。

基づいて当該発言を削除する権限を有するにとどまらず、これを削除すべき条理上の義務を負うと解するのが相当である。」と判示し、被告シスオペにつき作為義務の発生を認めたものの、「控訴人…は、削除を相当とすると判断される発言についても、従前のように直ちに削除することはせず、議論の積み重ねにより発言の質を高めるとの考えに従って本件フォーラムを運営してきており、このこと自体は、思想について議論することを目的とする本件フォーラムの性質を考慮すると、運営方法として不当なものとするとはできない。」などとして、原審でシスオペの責任が認められた発言も含め、当該事案で問題となったすべての書き込みについてシスオペの責任を否定している。ここでは、書き込みがなされた掲示板が、思想について議論することを目的とするものであるという事情が考慮されていることが注目される。

他に、BBS管理者が名誉権侵害となる書き込みを認識しただけでは直ちにその責任が発生するわけではないとする裁判例として、東京地判平成11・9・24判時1707号139頁²⁴⁾ [都立大学HP事件]がある。事案は、大学のシステム内に開設されたホームページ上に、対立グループの一方の学生が、学生個人として与えられた利用資格に基づいて、相手方グループの学生が自グループの学生に暴力をふるい負傷させたこと等を実名を挙げて掲載した行為につき、大学のネットワーク管理者の責任が問われたというものである。東京地裁は、「管理者は、右の行為がされたことを確定的な事実として認識した時点において、条理上の義務として、右の行為を妨げるための措置を可能な限度でとるべき義務が生じるものというべきであるが、「ネットワークの管理者が名誉毀損文書が発信されていることを現実に発生した事実であると認識した場合においても、右発信を妨げるべき義務を被害者に対する関係においても負うのは、名誉毀損文書に該当すること、加害行為の態様が甚だしく悪質であること及び被害の程度も甚大であることなどが一見して明白であるような極めて例外的な場合に限られるものというべきである。」などとし、BBS管理者の責任の発生につき慎重な態度を示したうえで、事案の解決としても被告の責任を否定している。ここでは、被告HPの、教育の一環として無償でプロバイダ的機能を果たしてい

²⁴⁾ 判例評釈として、近江幸治「判批」判評502号230頁(2000年)などがある。

たという性質が考慮されていることが注目される²⁵⁾。

ii) 認識(あるいは認識可能性)があれば直ちにBBS管理者の責任を認める裁判例

以上のような裁判例に対して、BBS管理者が名誉権侵害となり得る書き込みがなされたことを認識し、または認識し得た場合には「直ちに」その責任を認める裁判例もある。かかる裁判例に特徴的なのが、多くの事案で、匿名性を強調し違法な書き込みを誘引するかのようなBBS管理者の行為(以下、単に先行行為という)が認定されているという点である²⁶⁾ ²⁷⁾。以下、具体的に見ていこう。

かかる裁判例としては、まず、本件と同じBBSの管理者の責任が問題となった東京地判平成14・6・26判時1810号78頁²⁸⁾ [動物病院事件第一審]を挙げることができる。事案は、「2ちゃんねる」の掲示板において、原告動物病院につき、「過剰診療、誤診、詐欺、知ったかぶり」などその名誉を毀損する書き込みがなされたことにつき、BBS管理者の責任が問われたというものである。東京地裁は、「(評者注:被告は)本件掲示板の『使

²⁵⁾ 松本恒雄「違法情報についてのプロバイダーの民事責任」ジュリスト1215号111頁(2002年)。

²⁶⁾ 森・前掲注(1)は、削除義務を広く認めたとする東京地判平成14・6・26判時1810号78頁[動物病院事件第一審]、東京高判平成14・12・25判時1816号52頁[同控訴審]、東京地判平成15・7・17判時1869号46頁[DHC事件]と、制限的な基準により削除義務を否定したとする東京地判平成11・9・24判時1707号139頁[都立大学HP事件]及び本件原判決とを対比し、かかる理解により裁判例を整合的に説明することが可能であると説いている。

²⁷⁾ 民事法の分野において、先行行為に基づく作為義務の発生がありうることは、不作為による不法行為の成否が問題となった事案である最判昭和62・1・22民集41巻1号17頁によりすでに明らかにされていたところであるが、以下本文で紹介する裁判例は、匿名性を強調して違法な書き込みを誘引するかのようなBBS管理者の行為を捉えて、作為義務の発生に足る先行行為と解するものということができよう。

²⁸⁾ 判例評釈として、潮見佳男「判批」コピライト42巻499号27頁(2002年)、町村泰貴「判批」NBL742号6頁(2002年)、同「判批」判タ1104号79頁(2002年)などがある。

い方&注意』と題するページにおいて、『気兼ねなく、会社、学校、座敷牢からアクセスできるように、発信元は一切分かりません。お気軽に書き込んで下さい。』と記載し、本件掲示板の利用者の情報が一切秘匿されていることを強調している。」として、BBS管理者たる被告の先行行為を認定したうえで、「被告は、遅くとも本件掲示板において他人の名誉を毀損する発言がなされたことを知り、又は、知り得た場合には、直ちに削除するなどの措置を講ずべき条理上の義務を負っているものというべきである。」とした。そのうえで、当該事案においては、訴状、通知書などによって被告は名誉毀損発言を知ったとして、差止請求、損害賠償請求ともに認容している。

その控訴審判決である東京高判平成14・12・25判時1816号52頁²⁹⁾ [同事件控訴審]も、前述のような先行行為を認定したうえで、「匿名性という本件掲示板の特性を標榜して匿名による発言を誘引している控訴人には、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とともに、そのような発言が書き込まれたときには、被害者の被害が拡大しないようにするため直ちにこれを削除する義務があるものというべきである。」とし、「控訴人は、前記のとおり、通知書、本件訴状、請求の趣旨訂正申立書等により、本件1ないし3のスレッドにおいて被控訴人らの名誉を毀損する本件各名誉毀損発言が書き込まれたことを知ったのであり、その各発言の内容から被控訴人らの名誉が侵害されていることを認識し、又は認識し得たというべきであるから、同法（評者注：プロバイダ責任制限法）3条1項の趣旨に照らしても、これにより損害賠償責任を免れる場合には当たらないことになる。」などとして原審の判断を支持している。

同様の裁判例として他にも、本件と同じBBSの管理者の責任が問題となった東京地判平成15・6・25判時1869号54頁[女流棋士事件]や東京地判平成15・7・17判時1869号46頁[DHC事件]などを挙げることができる。

以上の裁判例はBBS管理者の責任が肯定された事案であるが、BBS管理者の先行行為が認められる事案であり、BBS管理者が権利侵害となる書き込みを認識しあるいは認識し得たのであれば直ちに責任が発生すること

²⁹⁾ 判例評釈として、新保史生「判批」メディア判例百選228頁(2005年)などがある。

を前提としつつ、BBS管理者の対応に注目してその責任を否定する裁判例もある。本件とは異なるBBSの管理者の責任が問題となった、東京地判平成16・5・18判タ1160号147頁[milkcafe事件]がその裁判例である。東京地裁は、当該事案の一部の書き込みにつき被告の作為義務を認めたと、「本件では、平成16年2月17日被告に送達された請求拡張申立書によって初めて具体的な書き込みが特定されて名誉毀損の指摘がされ、被告は同日中に削除ないしマスキングの措置を採ったのであるから、上記発言について、被告に削除義務違反による損害賠償義務があると認めることはできない。」として、被告の責任を否定している（ただし、マスキング措置がされた発言についての削除請求は認容している）。なお、当該事案においては、原告が警察署に被害届を提出しており、上記請求拡張申立書の送達に先立ち警察署から被告に対して被害届についての連絡がなされているため、その時点で、被告BBS管理者は権利侵害となる書き込みを認識し得たのではないかが問題とされたが、裁判所は、警察からの連絡の際に削除要請の対象である書き込みが特定されていたとは考えられず、その時点では被告が原告らの権利を侵害する書き込みがあったことを知り得たとはいえないと判断している。その際、裁判所が、「（評者注：被告が）警察署からの上記連絡を受けた直後に、『X学院被害者の会』のスレッドにプライバシーに関することや個人攻撃・人格攻撃等をしないように注意を促す書き込みをし、注意を促している」ことに着目していることが注目される³⁰⁾。

³⁰⁾ 該当判示部分は以下のとおりである。「警察署からの被害届に関する被告への連絡内容の詳細は明らかではないが、このときに削除要請の対象である書き込みが特定されていたとは考えられない。上記の事情からすれば、削除要請の対象となった書き込みがどれであるかを被告側のみで判断するのは必ずしも容易でなく、被告は、警察署からの上記連絡を受けた直後に、「X学院被害者の会」のスレッドにプライバシーに関することや個人攻撃・人格攻撃等をしないように注意を促す書き込みをし、注意を促している（甲2）。掲示板管理者が送信防止の措置をとったことにつき、情報の発信者に対して損害賠償責任を負う場合があることを併せて考えると、被告が、警察署からの被害届の連絡を受けた9月19日時点で、原告らの権利を侵害する書き込みがあったことを知り得たとして、即日、別紙発言目録4、5、7の書き込みのうち、違法に原告らの名誉を毀損する書き込みを自ら特定し、削除すべき義務を負わせることは、被告にあまりにも加重な負担を課すものであり相当でない。」

以上の裁判例とは異なり、BBS管理者の先行行為が認められない事案でありながら、BBS管理者が権利侵害となる書き込みを認識し、あるいは認識し得た場合には直ちに責任が発生するとする裁判例もある。本件と同じBBSにおける名誉権侵害及びプライバシー権侵害となる書き込みについてのBBS管理者の責任が問題となった東京地判平成16・3・26日平成15(ワ)6370[武蔵野のN事件]がそれである。東京地裁は、「プロバイダ責任制限法3条1項の趣旨にかんがみ、被告は、被害者からの申出等により、投稿によって他人の権利が侵害されていることを知ったとき又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を有するに至ったときから、当該投稿の削除義務を負うものと解される。」との抽象論のもと、「本件の場合…、被告は、原告から、平成14年9月19日ころ及び同月29日ころの2回にわたり、本件スレッド1及び2のスレッド名、削除を依頼する投稿の投稿日時等を示されて、その投稿が原告に対する誹謗中傷及びプライバシー侵害に当たるとして削除を要請されたのであるから、被告は、遅くとも同月29日ころの時点で、本件各投稿の存在を認識し、また、その内容からみて、本件各投稿が原告の名誉を毀損し、プライバシーを侵害するものであると認めるに足りる相当の理由を有するに至ったものと認められる」としてBBS管理者たる被告の責任を肯定している。

ii) 小括

ここで、従前の裁判例の傾向をまとめておこう。まず、BBS管理者につき違法な書き込みを誘引するかなのような先行行為が認められる場合には、その責任につき厳格な判断がなされている（東京地判平成14・6・26日判時1810号78頁[動物病院事件第一審]など）。具体的には、①権利侵害を認識した場合に限らず、「認識し得た」場合にも作為義務の発生が認められており、②さらに、権利侵害を認識し、あるいは認識し得た場合には「直ちに」作為義務が発生するとされている。ただし、BBS管理者が権利侵害となる書き込みを認識し又は認識し得た場合においても、対応次第では責任が否定されることもある（東京地判平成16・5・18判タ1160号147頁[milkcafe事件]）。

これに対して、先行行為が存在しない事案においては、一部の例外を除いてBBS管理者の責任の発生につき慎重な態度がとられている（東京地判平9・5・26判時1610号22頁[ニフティサーブ事件第一審]など）。すなわち、BBS管理者の責任が認められるためには①権利侵害を認識し得たのみでは足りず、具体的な認識などが要求され（前掲東京地判[ニフティサーブ事件第一審]など）、②また、侵害を認識した場合に「直ちに」責任が認められているわけではなく、当該事案の特殊性を考慮したうえでBBS管理者の責任の発生時期が遅らされることが多い。その際に考慮された事情としては、たとえば、被告HPが、教育の一環として無償でプロバイダの機能を果たしているという性質（東京地判平成11・9・24判時1707号139頁[都立大学HP事件]）、書き込みがなされた掲示板が「思想フォーラム」の中のものであるということ（東京高判平成13・9・5判時1786号80頁[ニフティサーブ事件控訴審]）などがある。

例外的に、BBS管理者の先行行為が存在しないにも拘わらずその責任につき先行行為存在型のような厳格な判断が下された裁判例である東京地判平成16・3・26平成15(ワ)6370[武蔵野のN事件]については、他の裁判例と異なり、名誉権侵害に加えてプライバシー権侵害も認められていることを指摘することができる。名誉権に関してはいわゆる対抗言論の法理³¹⁾が妥当する余地があるのに対し、プライバシー権については対抗言論の法理は妥当しない。かかる事情がBBS管理者の作為義務違反を認める方向に作用したのかもかもしれない。

(3) 本判決の位置づけ

本判決は、BBS管理者たる被告の責任を肯定したのであるが、①権利侵

³¹⁾ 対抗言論の法理とは、「人の名誉が言論により毀損されうるとすれば、その回復もある程度まで言論を通じて行うことができる」のであるから、「名誉を侵害された」と主張する者は、対抗言論によって名誉の回復を図ればよいのであって、それが可能なら、国家（裁判所）が救済のために介入する必要はない、という考え方をいう（高橋和之＝松井茂紀編『インターネットと法』59頁以下〔高橋和之〕（有斐閣、第3版、2004年）参照）。

害となる書き込みについての被告の現実の認識を問題とはせず、権利侵害が明白であり容易に認識し得たことを問題とし、②また、被告に対して権利侵害を警告するメールが送信された日から損害額を起算しており、認識可能性があれば「直ちに」責任が発生すると解している。

従前の裁判例においては、BBS管理者の先行行為が認められる事案において本判決のような厳格な判断がなされる傾向があったことは先に見たとおりであるが、本判決は、被告の先行行為が存在しないにも拘わらず、その責任につき上記のような厳格な判断を下している。それはなぜであろうか。二つの事情が影響したのではないかと考えられる。

一つ目は、著作権と名誉権との類型的な相違である。すなわち、名誉権については、多くの場合、BBS上の記載のみから侵害の可能性につきおよその判断ができる一方³²⁾、名誉権侵害の可能性があると判断した場合でも、対抗言論の法理や刑法230条の2に頼れているように表現の自由との調整が必要となるのであり、直ちに当該書き込みについての削除義務を認めるべきではないとの判断に傾きやすい。これに対し、著作権については、その侵害の有無は被侵害著作物とBBS上の書き込みとを比較検討することにより初めて明らかとなるのが通常であり、BBS上の記載のみからは侵害の「可能性」の判断すら困難であることが多い。さらに、著作権侵害の可能性を認識し(得)た場合でも、BBS上の書き込みのみからは権利の所在が明らかでないことも多く、比較検討すべき著作物が定まらないことも多いであろう。いずれにしても、著作権については、名誉権と比べて侵害の成否の判断が困難であるといえる。しかしながら他方で、著作権につ

³²⁾ もちろん、名誉権侵害の成否を確定するには、真実性の証明による違法性阻却(最判昭和41・6・23民集20巻5号1118頁参照)の有無を判断する必要があるため、BBS上の書き込みのみからその侵害の有無につき最終的・確定的な判断を下すことはできない。この点では名誉権侵害と著作権侵害とで異なるところはない。しかしながら、名誉権侵害が成立するためには少なくとも客観的な社会的評価の低下が必要となる(大判明治38・12・8民録11輯1665頁、四宮・前掲注(21)323~324頁)、その成否はBBS上の書き込みのみからある程度判断することが可能である。他方、後述するとおり、著作権侵害の成否については、通常、BBS上の記載のみからは何らの判断もすることができない。この点で、BBS上における名誉権侵害と著作権侵害との間に相違を見出すことができる。

ては、その性質上対抗言論による権利救済はありえず、さらに、明文上表現の自由との調整を要求するような規定も存在しないため、侵害を認識し(得)たのであれば直ちに削除義務を認めても良いという判断に傾きやすいといえるのである。かかる著作権と名誉権の類型的な相違が上記②の判断を導いたと理解することも可能であろう。

二つ目は、本件における被侵害著作物の性質が特殊なものであり、著作権侵害が原告に与える影響が重大なものであったという事情である。すなわち、本判決は被告の作為義務を導くにあたり、「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のであるから、その情報は劣化を伴うことなくそのまま不特定多数者のパソコン等に取り込まれたり、印刷されたりすることが可能な状況が生じていたものである」などとし、本件における著作権侵害の態様が深刻なものであることを強調しているのであるが、本件で問題となった著作物は、マニア向けでしかも一過性の対談記事であるという特殊性があり、週刊誌の記事のように、本件著作物を掲載した書籍が発行された時期に近接した時点においてその内容がインターネットの掲示板に投稿されると、それにより需要者のニーズがすべて充たされてしまいかねないという事情があるのである³³⁾。本判決は、このような本件における著作権者に与える影響の重大性から、利益衡量上、BBS管理者が権利侵害となる書き込みを認識し得たに過ぎない場合でもその責任の発生を認めるべきであると判断した(上記①)と理解することも可能であろう。

4 本判決の射程

ここで本判決の射程を検討しよう。前述のとおり、本判決は、BBS上の著作権侵害となる書き込みに関する当該BBS管理者の責任を判断する際の枠組みとして不作為構成を採用した。これまで、BBS管理者の名誉権侵害責任が問題となった事案においては、裁判例は一様に不作為構成を採用していたこと、BBS管理者の著作権侵害責任が問題となった事案に関して

³³⁾ 塩月・前掲注(1)145頁がこの旨指摘している。なお、塩月裁判官は、本判決を下した合議体を構成した裁判官の一人である。

全く逆の結論を導いた本件原判決及び本判決が、両者ともに不作為構成の枠組みによりBBS管理者の著作権侵害主体性を判断していることを考慮すると、BBS上の書き込みについてBBS管理者の責任を判断する際の判断枠組みとしての不作為構成は裁判例に定着しているということが可能であろう。そうだとすると、今後、本件と同種の事案においては、本判決の立場（不作為構成）が踏襲されていく可能性が高いといえよう³⁴⁾。

³⁴⁾ これに対し、今後本判決の立場が踏襲されることはないとの見方を示す論者もいる。①加担者を侵害主体とみなすための要件は支配管理性と営利性であるとするのが確定した判例理論(最判昭和63・3・15民集42巻3号199頁[クラブキャッツアイ事件])であるところ、本判決はこの判例理論に違背するものであること、②従来の裁判例においては、プロバイダに対する差止請求の根拠は安全配慮義務違反または条路上の作為義務違反による不法行為責任に求められているが本判決はこれらの解釈とも接点がないこと、を理由として今後その立場が踏襲されることはないといえるのである(渋谷達紀「知的財産法判例の動き」I.P. Annual Report 2005(別冊 NBL106号)62～63頁(2005年))。

しかし、①については、クラブキャッツアイ最判の事案においては、直接的な利用行為者である客の歌唱に対する店の管理が認められた事案であるのに対し、本件は、仮に発信者が第一次的な公衆送信主体である解したとしても、BBS管理者たる被告が発信者の行為を管理しているとはいえない事案であり、そこには無視し得ない事案の相違がある。クラブキャッツアイ最判は事例判決であり(水野武「判解」判解民事篇昭和63年度163頁(1990年)等参照)、その射程は本来限定されたものであることをも考慮すれば、本判決は、BBS管理者について著作権侵害の責任が問題となる事案においては、カラオケ法理は採用しない、すなわち、クラブキャッツアイ最判の射程は及ばないことを宣言したものと理解すれば足り、判例違背という必要はないであろう。また、②については、従来の裁判例が、差止めの根拠として不法行為責任を援用するのは、名誉権侵害等については差止めを認める明文の根拠がないため、請求認容の前提として不法行為の成立を認定しておきたかったからであろう。これに対して本件で問題となった著作権については、客観的な著作権侵害があれば差止請求を認める規定(著作権法112条1項)が存在するのであり、差止請求の根拠として不法行為責任を援用する必要はない。その意味で、従前の裁判例と接点がないのは当然である。また、仮に上記見解が、従前裁判例においては不作為責任肯定の前提として「条理」上の作為義務が認定されていたのに対して、本判決が「条理」上の作為義務を明示的に認定しているのではないことを問題としているのだとしても、そもそも従前の裁判例がふれる「条理」とは義務の存在形態を述べて

以上の理解が正しいとすれば、本判決の射程を検討する際に重要なのは、不作為構成が踏襲されるか否かというよりは、不作為構成を採用したうえでの作為義務に関する理解であろう。

前述したように、本判決が、本件における被侵害著作物の性質を考慮して、BBS管理者が権利侵害となる書き込みを「認識し得た」に過ぎない場合についても責任が発生することを肯定したのだとすれば、被侵害著作物の性質が早期の差止めを要求するようなものでない事案には本判決の射程は及ばず、BBS管理者の責任を肯定するには、権利侵害となる書き込みについての具体的な認識が必要であるとされる可能性があるであろう。他方で、著作物の性質が本件と同様早期の差止めを要求するようなものである事案においては、本件と同様に、BBS管理者が権利侵害となる書き込みを認識し得たのであればその責任が肯定されることとなろう³⁵⁾。その場合、いかなる事情があればBBS管理者が権利侵害となる書き込みを認識し得たといえるかが問題となる。本件では、何らの証拠の添付も無い侵害警告通知がなされているに過ぎないにも拘わらず、発信者が市販の雑誌からの転載であることを自認して書き込みを行っているなどの事情から、権利侵害は「極めて明白」であり、侵害警告さえあればBBS管理者は権利侵害となる書き込みを認識し得たとされたが、本判決は、BBS管理者が権利侵害となる書き込みを認識し得た一事例についての判示に過ぎない。BBS管理者が権利侵害となる書き込みを認識し得たとされるか否かは事案に応じた個別的判断によらざるを得ないものと思われる。なお、従前の名誉権侵害に関する裁判例においては、証拠の添付が無くとも侵害情報を特定した権利侵害通知がなされれば、BBS管理者は権利侵害となる書き込みを認識し

いるに過ぎないというべきであるところ、本判決が認定する義務もその存在形態は条路上のものであると理解することが可能であり、この点はむしろ従来の裁判例と本件との接点を示すものであろう。このように考えると、やはり、本判決の採用する不作為構成は、BBS管理者の著作権侵害責任の判断枠組みとして、今後も踏襲されていく可能性が高いといえるべきであろう。

³⁵⁾ 本判決が、被侵害著作物の性質とは無関係に、BBS管理者の不作為による著作権侵害責任が問題となる事案一般において、権利侵害となる書き込みを認識し得た場合にはその責任が認められるとする趣旨である場合は、以後の事案全般においてこのような判断がなされることとなろうか。

得たと判断されているが、これは権利侵害の判断につきBBS上の発言のみからおおよそその判断ができる名誉権侵害に関する事案に特有のものであり、権利侵害の有無の判断につき著作物との対比が必要となるのが通常である著作権侵害に関する事案においては、これと異なる結論に至ったとしても必ずしもそこに矛盾があるわけではない。

また、本判決が、②BBS管理者につき、権利侵害となる書き込みについての認識可能性があれば「直ちに」責任が発生することを認めた理由が、前述のような著作権と名誉権の類型的な相違に基づくものであるとすれば、今後のBBS管理者の著作権侵害責任が問題となる事案においても、本判決と同様、権利侵害である書き込みを認識し(得)た場合には「直ちに」その責任が認められる可能性が高いといえることができる。

5 損害賠償請求について

本判決は、BBS管理者の著作権侵害主体性を肯定し差止請求を認容したことに重要な意義がある判決であるが、これに加えて原告の被告に対する損害賠償請求も認容しており、この点についても重要な判断を示している。本判決の評価に入る前に、本判決の損害賠償請求に関する判示について、従来の学説や関連法令との関係等をここでまとめて検討しておこう。

まず、本判決とプロバイダ責任制限法との整合性について検討する。結論からいえば、本判決の、「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。」との判示がプロバイダ責任制限法との整合性を有するものかは疑わしいといわざるを得ない。著作権侵害であることが極めて明白である場合についても、著作権侵害の事実の指摘を受けただけで、発言者に照会をするなどの積極的な行為義務を課するとすると、権利侵害を知っていたか、もしくは権利侵害を知ることができた相当な理由があるのでなければ、プロバイダは損害賠償責任を負担することはないと規定するプロバイダ責任制

限法3条1項の趣旨が没却されてしまうように思われる³⁶⁾。

では、本判決の事案の解決を見た場合はどうか。本件における権利者サイドからの権利侵害警告は、単に本件対談記事が原告の著作権を侵害するものであることを警告するのみであり、その証拠等を添付してなされたわけではなかったようであるが、それにも拘わらず本判決は権利侵害となる書き込みを「認識することができ」たとして被告の不法行為責任を肯定している。従前から、プロバイダ等は著作権侵害を探知しえないことが少なくないことを考慮し、その過失を認めるにあたっては原則として権利者サイドからの権利侵害警告が必要と解すべきであるとの主張がなされていたが³⁷⁾、その際に侵害を明らかにする証拠が必要と解すべきか³⁸⁾、かかる証拠は不要と解すべきか³⁹⁾については争いがあった。本判決は、証拠無き侵害警告がなされているに過ぎないにも拘わらず被告の不法行為責任を肯定しているのであるから、権利侵害の警告に際して証拠の提示は不要との見解を採用したものとみる余地もある。仮にそうであるとすれば、今後、プロバイダ等の過剰な対応を招来し、インターネットによる自由なコミュニケーションが阻害されてしまうおそれなしとしない。

しかしながら、以下に述べるとおり本判決が証拠不要説を採用したものと理解する必要はないであろう。すなわち、証拠必要説が、BBS管理者等の過失を肯定するためには権利者側からの権利侵害警告が必要であるとし、その際に侵害を明らかとする証拠の添付を要求する背景には、BBS管理者等の過剰な対応によりインターネットによる著作物の自由な流通が阻害される事態を避けるべきであるという考慮があるが⁴⁰⁾、本件におい

³⁶⁾ 田村・前掲注(17)

³⁷⁾ 田村・前掲注(1)73頁、同・前掲注(11)186頁など。

³⁸⁾ 田村・前掲注(1)73頁、同・前掲注(11)186頁など。

³⁹⁾ 山本・前掲注(1)35～36頁は、「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」としており、証拠不要説に立つものと思われる。

⁴⁰⁾ 田村・前掲注(1)73頁。

ては、前述のとおり、発信者自身が市販の本から転載したものであると自認して書き込みを行っており、また市販直後の本に掲載されている記事の著作権者が、誰もが無料で閲覧しうる巨大掲示板「2ちゃんねる」への、しかも明らかに批判的な書き込みを許諾するとは考えにくいから、BBS管理者たる被告にとっては、(証拠の添付が無くとも)原告側からの権利侵害警告さえあれば、原告の著作権を侵害する書き込みがなされていることを認識し得るといえ、それゆえ、本件でBBS管理者たる被告の過失を肯定し損害賠償請求を認めたとしても、今後BBS管理者の過剰な対応をもたらすおそれは少ないといえるのである。この意味で、本件は証拠無き侵害警告がなされているに過ぎない事案ではあるものの、証拠必要説の発想からも例外的に被告の過失を肯定しうる事案といえることができる。実際、本判決も「(本件における)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る」ことを強調している。これらのことを勘案すれば、本判決については必ずしも証拠不要説を採用した裁判例であると理解する必要は無く、権利侵害の警告に際して侵害を明らかとする証拠が添付されていない場合であっても、権利侵害が極めて明白であり、その侵害の有無を容易に判断できる場合にはBBS管理者の過失が認められることがあることを判示した一例と理解することも可能であろう。

本判決をこのように理解した場合、証拠無き侵害警告通知がなされたが、権利侵害が「極めて明白」とはいえない事案には本判決の射程は及ばないこととなる。この場合のBBS管理者等の不法行為責任がどのように扱われるかについては今後の裁判例を見守る必要があらう。

6 本判決の評価

以上のとおり、本判決は、BBS管理者たる被告に対する差止請求を認めた。これと対照的なのが原判決であり、差止請求を否定している。いずれが妥当であろうか。

原判決のような否定説の背景には、インターネットの発展のためにはプロバイダやBBS管理者等の責任を認めるべきではないとの考慮が存在す

るものと思われる⁴¹⁾。たしかに、プロバイダやBBS管理者等にユーザーの行為について無制限に著作権侵害に基づく責任を認めるとすれば、インターネットの発展は望めないかもしれない。しかし、差止請求に関して言えば、プロバイダやBBS管理者等は著作権侵害となる情報の削除を一挙手一投足でなしうることが多いであろう。また、損害賠償責任については、その根拠が民法709条である以上、客観的な著作権侵害に加えて、故意または過失という主観的要件が必要とされるのであり、侵害主体性を肯定することが賠償責任を肯定することに直結するわけではない⁴²⁾。さらに、現在では、プロバイダ責任制限法3条によりプロバイダ等の損害賠償責任が制限されている。刑事責任についても、侵害主体性を肯定したとしても故意がない限り処罰されることはない。このように、プロバイダやBBS管理者の著作権侵害主体性を肯定することは、必ずしもこれらの者に困難を強いるものではなく、それによりインターネットの発展を阻害することになるとはいえないであろう⁴³⁾。

⁴¹⁾ たとえば、安藤和宏『よくわかるマルチメディア著作権ビジネス』(リットーミュージック、1996年)234頁は、「これらの事業者(評者注：BBS運営者やインターネットプロバイダ)に責任を負わせることとなると、誰も怖がってBBSやプロバイダが事業として成立しなくなるおそれがあります。」と指摘している。

⁴²⁾ たしかに、裁判例の立場を前提とする限り、不作為構成によりBBS管理者の侵害主体性を肯定するためには、BBS管理者が権利侵害となる書き込みを認識し(得)たことが必要であるから、BBS管理者につき侵害主体性が肯定される場合には過失も認められることが多いかもしれない(作為義務違反が認められれば、少なくとも同被告に過失があったことが事実上推認されるとする裁判例として、前掲ニフティ第一審判決参照)。しかし、その場合でも、BBS管理者が問題となっている著作物がパブリックドメインであると考えておりそのことに合理的な理由が認められる場合や、実際には著作権者の許諾が無いにも拘わらず合理的な理由に基づき許諾が得られていると考えていた場合等には、その過失は否定されることとなろう。したがって、裁判例の立場を前提としても、侵害主体性を肯定することが損害賠償責任を肯定することに直結するわけではないということは可能である。なお、サーバー基準説や、不作為構成を採用しつつ、被疑侵害者の「認識」を問題とすることなく作為義務の発生を認める見解からは、BBS管理者の侵害主体性の肯定が損害賠償責任の肯定に直結するわけでないことは当然であろう。

⁴³⁾ 客観的な著作権侵害は肯定したうえで、過失の判断で損害賠償責任を調整する

他に原判決を支持すべき理由として考えられるのが、原判決自身が指摘しているプロバイダ責任制限法3条2項との平仄を合わせるべきであるという点である。たしかに、原判決が指摘するとおり、本件で原告から被告に対して発せられた著作権侵害の警告は何らの証拠も添付されていない不十分なものであり⁴⁴⁾、プロバイダ責任制限法3条2項の免責が得られるか不明な状況のもとで、BBS管理者に対して削除義務を負わせるとすれば、

という方法による場合、不法行為成立以前において客観的な著作権侵害が存在することを認める以上、不法行為成立前の段階における不当利得返還請求権をどのように扱うかという問題が残る。仮にBBS管理者が不当利得返還義務を免れないとすれば、インターネットの発展のためには、やはり、BBS管理者の著作権侵害主体性の肯定には慎重であるべきということになる。難問であるが、この点については以下のような解決策が提唱されている。それは、「民法703条が善意の利得者に利益が現存しない場合に返還額を縮減する趣旨が、不当利得返還請求の対象者となることによりかえってその財産が縮減することを防ぐところにあるのだとすれば、プロヴァイダー等がクライアントから定額の料金を收受しているに過ぎない場合には、侵害による現存利益が存在しないということで請求を否定することができるであろう。もちろん、プロヴァイダー等がアクセス回数に応じて料金を徴収している場合には、現存利益がないとまで認めることが困難であろうが、不当利得返還額は、利益の全額に及ぶものではなく、利用に対する相当対価額に止まる。そのような場合には著作権者をしてプロヴァイダー等の取得した収入からの分け前に与えさせることが、むしろ穏当な帰結である」という主張である(田村・前掲注(1)72頁)。さらに、近時は「金銭的な負担からプロバイダーを解放しようとするプロバイダー責任制限法の趣旨に鑑みれば、利用権限を収奪したことをもって規範的に利得があると観念するために、有体物もしくは金銭の現実の移転の移転があったことを要求しない侵害利得の類型に関しては、損害賠償と同様に考え、プロバイダー責任制限法3条1項が適用ないし類推適用されると見るべきであろう。」との主張もなされている(田村・前掲注(17))。

⁴⁴⁾ 「プロバイダ責任制限法著作権関係ガイドライン(平成14年5月プロバイダ責任制限法ガイドライン等検討協議会)(総務省電気通信利用環境整備室・テレコムサービス協会編著『プロバイダ責任制限法一逐条解説とガイドライン』(第一法規、2002年)141頁以下)は、本件のような権利侵害警告に際しては、申出主体の本人性や申出主体が権利者であること等を確認するために必要な証拠を添付することを要求している。本件における権利者側からの権利侵害警告の際には、これらの証拠は何ら添付されていなかったようである。

BBS管理者は板ばさみとなり、かかる板ばさみ状態の解消を指向するプロバイダ責任制限法の趣旨を没却してしまうことにもなりかねないようにも思われる。

しかし、本件では、前述のとおり発信者自身が市販の本から転載したものであると自認して書き込みをしており、また市販直後の本に掲載されている記事の著作権者が、誰もが無料で閲覧しうる巨大掲示板「2ちゃんねる」への、しかも明らかに批判的な書き込みを許諾することは考えにくいから、権利侵害警告の際に証拠が付されていなかったとしても、権利侵害を知ることができた相当な理由(プロバイダ責任制限法3条2項1号)があると評価しうるであろう。さらには、本件では、被告の著作権侵害責任の有無が控訴審段階まで争われているのであるが、訴訟がここまで進んだ段階では、権利侵害があることを知るにいたる「相当の理由」を否定するほうが不自然であるようにも思われる⁴⁵⁾。

以上のように、本件において原判決のようにBBS管理者たる被告の侵害主体性を否定する理由があるかは疑わしい。著作権者が発信者を特定することが困難であることを考慮すれば⁴⁶⁾、著作権侵害が明らかであった本件

⁴⁵⁾ 一般論としても、訴訟上差止請求が認容されるような事案を想定すると、BBS上に書き込まれた情報が権利者の権利を侵害するものであることが判断されたとえ、BBS管理者についてその情報を削除する義務が導かれるのが通常であろう。そうだとすると、訴訟上差止請求が認容されるような事案においては、差止請求権の有無の判断基準時である口頭弁論終結時においては「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(プロバイダ責任制限法3条2項1号)」を認めるに足りる証拠は提示されており、プロバイダ責任制限法3条2項の要件は充足されているのが通常であるように思われる。

⁴⁶⁾ この点につき、プロバイダの侵害主体性を否定すべきとする論者からは、プロバイダ責任制限法4条により権利者は発信者の特定につながる情報を入手することが可能であるから、プロバイダの侵害主体性を肯定するに乏しい旨の指摘がなされることがある(たとえば、大須賀寛之「著作権侵害とプロバイダ等の責任」牧野利秋他編『知的財産法の理論と実務 第4巻』(新日本法規、2007年)308頁)。しかし、同条は、現にプロバイダ等が保有している発信者情報につき開示の対象とするものであり、プロバイダ等に対して発信者情報等の保存を義務付けるものではない。さらに、本件のような匿名掲示板に関していえば、同条の請求権により権利者が知りうるのは、侵害情報に係るIPアドレスまでであるから、発信者としては、

においては、著作権者の実効的権利救済のため、BBS管理者たる被告に対する差止請求を認容するべきであろう。事案の解決としては、差止請求を認容した本判決を支持するべきである。

ではその法律構成は妥当なものであろうか。これまで検討してきたとおり本判決は被疑侵害者の作為義務違反を理由としてその侵害主体性を肯定するという論法を採用したのであるが、この論法を過度に一般化することは理論的に重大な問題をはらむといわざるを得ない。すなわち、著作権法は、著作物を使用する行為すべてについて排他権を認めているのではなく、一定の利用行為についてのみ排他権を認めているのであり、侵害主体性の判断にあつては、利用行為該当性がもっとも重要な判断要素となるべきであるところ⁴⁷⁾、本判決が採用する不作為構成は、著作権侵害状態を放置したことを理由にその侵害主体性を肯定するものであるため、利用行為との関連性が弱い者についてもその者の「放置」を理由に著作権侵害の主体として問責してしまうおそれがあり、著作権者の排他権を法定の利用行為に限定した著作権法の趣旨が没却されかねないという問題があるのである^{48) 49)}。

たとえば、本判決以前に著作権法の分野で不作為責任を論じた判決とし

たとえばネットカフェで書き込みをするなどの方法により簡単に同条による発信者の特定を回避することができる(以上の指摘につき、上野・前掲注(1)「著作権法とプロバイダ責任制限法」372頁等参照)。したがって、プロバイダ責任制限法4条の存在にも拘わらず、プロバイダ等を著作権侵害の主体として差止請求に服せしめる必要性は否定できないといえることができる。

⁴⁷⁾ 田村・前掲注(17)

⁴⁸⁾ 現実的にはありえない(と思われるが)、極論をすれば、本件において、著作権侵害となる書き込みを読み、著作権侵害がなされていることを知りつつこれを放置した者についてまで責任を問う法律構成といえる。

⁴⁹⁾ かかる問題点は、従来、侵害幫助者に対する著作権法112条1項の(類推)適用を肯定する見解に対する疑問として提起されてきたものであるが、仮に、ナイトパブG7最判のような、従来は幫助者に対する差止請求の可否という形で把握されてきた事案においても、不作為を理由に被疑侵害者の侵害主体性を肯定し差止請求に服せしめるということになれば、著作権法112条1項の(類推)適用を肯定する見解との違いは説明の相違に過ぎないということが可能であり、同様の問題があることに変わりはないであろう。

て、最判平成13・3・2民集55巻4号185頁[ナイトパブG7事件]がある。同事案においては、カラオケリース業者が不作為による演奏権及び上映権の侵害幫助者とされたのであるが、仮に同事案において、直接の利用行為から離れた位置でカラオケ装置のリースを行っているに過ぎないカラオケリース業者につき、その不作為を理由として演奏権あるいは上映権侵害の主体性を肯定することとなれば、著作権法が適法な著作物の使用行為とは区別して、演奏権(著作権法22条)及び上映権(著作権法22条の2)等を侵害する行為についてのみ著作権侵害として問責しうるとした趣旨は没却されてしまうだろう。したがって、ナイトパブG7事件のような事案においては不作為構成による侵害主体性の肯定という論法が妥当すると解すべきではない。

では、本件のように不作為構成が妥当しうる事案と、ナイトパブG7事件のように不作為構成が妥当しない事案との間で線引きを行うことは可能であろうか。仮にこれが可能であるとすれば、上記の問題点は杞憂に過ぎないということにもなりうる。ここで注目されるのがサーバー基準説の指摘である。すなわち、本件においては、被告たるBBS管理者は、まさに公衆送信行為がなされている危険源たるサーバーを支配しており、利用行為に最も近い位置にいる者であるといえることができ、不作為構成が妥当する基礎があるといえるのである。これに対し、ナイトパブG7事件の事案においては、利用行為たる演奏行為あるいは上映行為はカラオケリース業者の手を離れたところ(ナイトパブ)で行われており、その意味でカラオケリース業者と利用行為との距離が遠く、不作為構成によりその侵害主体性を肯定する基礎がないといえる⁵⁰⁾。

⁵⁰⁾ 利用行為との距離が近い者に限り不作為構成により侵害主体性を認める基礎があるとするの根拠の一つは以下の点にある。すなわち、不作為を理由とする損害賠償請求を肯定することに理論的な問題は少ない以上、不作為を原因として侵害主体性を肯定することの意義はもっぱら被疑侵害者を差止請求に服せしめるという点にある。そうだとすると、侵害主体性の判断にあたって考慮すべきは差止請求の実効性確保及び過剰差止めの回避(適法な行為の差止めの回避)という点であり、かかる観点からは利用行為に近い者であればあるほど、簡易にかつ違法な著作物の利用行為のみを停止することができるという点である。なお、注(51)も参照。

このように、不作為構成が妥当しうる事案とそうでない事案とを区別することは一応可能であり、不作為構成が克服し得ない問題点を抱えているとまでいうことはできない。したがって、本件のように利用行為との距離が極めて近いものについて適用される限りにおいて、本判決の採用する不作為構成は妥当なものであると評価することも可能であろう⁵¹⁾。しかし、

⁵¹⁾ かかる理解に対しては、不作為構成それ自体が、著作権法が著作権を支分権の束として構成していることとの整合性を欠くという問題点をはらんでおり、その適用を限定したとしても、やはり支持することはできないとの批判があるかもしれない。

しかし、以下のように理解することにより、不作為構成について、上記のような立法者の決断との整合性を保ちつつ個々の事案で妥当な結論を導くためのツールとして肯定的に評価することも可能なのではないだろうか。

すなわち、技術の進歩による影響を直接的に受ける知的財産法の分野においては、法の欠缺が生じるという事態は避けられないのであり、かかる法の欠缺が明らかとなった場合には、立法論に期待するのみでなく、現行法の枠内で可能な限りにおいて解釈論上の対応が求められることは否定できない。本件を含めて著作権の間接侵害として論じられている問題は、まさに、法の欠缺にどう対応するかの議論である。

それでは、いわゆる著作権の間接侵害について解釈論上いかなる対応が可能かであろうか。このことを考える際には、著作権法が著作権を支分権の束と構成する趣旨を考慮せざるを得ないであろう。では、その趣旨は何か。この点、創作活動に対するインセンティブの付与を徹底するのであれば、著作権を包括的権利と構成することが最も効果的な手段となるはずであるが、それにもかかわらず、法は、著作権を包括的権利とは構成せず、あえて個々の支分権の束として構成している。このことに注目すれば、立法者は、これにより私人の自由領域への過度の介入を避けるとともに、予めいかなる行為が著作権侵害となるかを明示しておくことで予測可能性を確保し、私人の行動の自由を保障するということを企図したと理解することが可能であろう。

かかる著作権法の趣旨・建前に照らせば、著作権者の利益保護のために解釈論的対応が必要とされる場合でも、立法者の判断の無いところに新たに支分権を設定してしまうことに似る著作権法112条の類推適用という方策は控えるべきであろう。しかしながら他方で、既存の利用行為と「同視」することが可能な行為、換言すれば差止請求に服することを認めても、私人の予測可能性を害さないような態様の行為についてであれば、その行為の主体につき規範的判断により利用行為主体性を肯定し、差止請求に服せしめても著作権法の趣旨を没却することはないであろう。か

本判決にはかかる限定の手がかりとなる判示が見当たらない⁵²⁾。今後の運用次第によっては上記のような問題が顕在化するおそれがある判決であると言わざるを得ないように思われる。

【付記】 本稿の執筆にあたっては、北海道大学大学院法学研究科 田村善之教授から懇切丁寧なご指導をいただいた。本稿に何らかの成果を認めていただけるならば、それは田村教授のご指導によるところが大きい。この場をお借りして改めて感謝申し上げます。もちろん、本稿において誤りがあればそれはすべて筆者の責任である。

かかる観点からは、利用行為に近い位置にあり、解釈しだいで利用行為に該当する行為を行っているといえる者や、あるいは必然的に利用行為に結びつく行為を行っている者については、その者につき差止請求に服することを認めても予測可能性を害することはなく、利用行為主体性を肯定する理由があるといえる。

かかる価値判断を実現する方策として、被疑侵害者につき直接の利用行為についての積極的関与が見られる事案においてはカラオケ法理を用いることが可能であろう。しかし、直接の利用行為に対する支配・管理を肯定できるような行為がない場合には、カラオケ法理を用いることはできず、その者の不作為を問題として侵害主体性を肯定せざるを得ない。そこで必要となるのが不作為構成なのである。

以上のような理解によれば、不作為構成は、その適用が利用行為との距離に近い者に限定されている限りにおいては、著作権法が著作権を支分権の束として構成していることとの整合性を保ちつつ、具体的妥当な結論を導くための便法として有用なものといえることができるように思われる。

⁵²⁾ この点は、同じく不作為構成を採用する原判決も同様である。