

---

# [10]

## 出版物に対する差止請求の制限

愛知靖之

出版物に関する著作権が侵害されたことを理由に、著作権者が差止請求権を行使したとき、その権利行使が制限されるべき場合があるのかを、「写真で見る首里城事件」を手がかりに考察する。

### 1 はじめに

アメリカの eBay 判決<sup>1</sup> を一つの契機として、我が国でも知的財産権に基づく差止請求権行使のあり方が盛んに論じられるようになった。ただし、議論の中心は、あくまで特許権に基づく差止請求であり、いわゆる「パテントトロール」による権利行使、標準化必須特許を保有する権利者による権利行使<sup>2</sup>、製品全体への寄与が小さな特許権に基づく権利行使などをめぐって、論争がある。

しかしながら、本稿では、本論文集の趣旨に従って、著作権、その中でも出版物に関する著作権に基づく差止請求権行使に焦点を絞って、その制限のあり方を検討する。具体的には、著作権侵害の肯定された部分が、出版物全

---

1 eBay Inc. v. MercExchange, L. L. C., 547 U. S. 388 (2006).

2 知財高判平成 26・5・16 判時 2224 号 146 頁、知財高決平成 26・5・16 判時 2224 号 89 頁〔アップル対サムスン知財高裁大合議〕を参照。

体のごく小さな割合を占めているにすぎないにもかかわらず、出版物全体の販売等を差止めることが許されるのかという問題を扱うことになる。

## 2 「写真で見る首里城事件」の再確認

### (1) 事案の概要

出版物に関して、差止請求権行使を否定し、損害賠償請求のみを認めた判決としては、周知の通り、那覇地判平成20・9・24判時2042号95頁〔写真で見る首里城〕が存在し、大きな注目を集めている。ただし、この判決は、個別具体的な事例を前提に下されたものであり、その射程は必ずしも広くはない。このことを再確認するため、本件における事案の概要をやや詳細に紹介しておく。

本件は、被告Y<sub>1</sub>の元取締役であり、写真家であるXが、Y<sub>1</sub>及び財団法人であるY<sub>2</sub>に対し、YらがXの撮影した写真13点を無断で複製して写真集『写真で見る首里城〔第4版〕』に掲載し、Xの氏名を表示することなく写真集を複製・販売しているのは、Xの複製権等や氏名表示権を侵害するとして、各写真を削除しないまま本件写真集を複製・販売する行為の差止め、使用料相当額の損害賠償、慰謝料の支払い等を請求した事案である。

本件で、Y<sub>1</sub>は、Y<sub>2</sub>の委託を受けて、那覇市内に所在する歴史的建造物である首里城等を写真と文章で紹介する写真集『写真で見る首里城』を編集及び制作し、Y<sub>2</sub>はこれを監修及び発行した。この写真集の初版は、XがY<sub>1</sub>に入社する前に発行されていたが、同写真集の第2版、第3版は、XがY<sub>1</sub>に在籍中に企画され、出版された。これらの版については、XもY<sub>1</sub>の担当者としてY<sub>2</sub>との協議に参加したり、企画書の作成等に関与したりして、その制作に幅広く関与していた。また、第2版では、Xの撮影した写真6点が、第3版では、18点が使用された。第3版で使用されたX撮影に係る写真18点のうち、1点は、XがY<sub>1</sub>に入社する前に撮影していたものであり（以下、この写真を「本件写真18」という）、残りの17点は、Y<sub>1</sub>在職中に撮影したものである（うち4点は、第2版で使用されたものと同じ）。なお、本件写真18の掲載はもともと予定されていたものではなく、別の航空写真を掲載する旨

が取り決められていたところ、当時第3版の制作作業を担当していたXが、Y<sub>2</sub>の担当者と協議しながら、掲載する写真を本件写真18に替えたという事情がある。

Xは、第3版の制作を企画中の時期から、Y<sub>1</sub>の代表取締役Aとの折り合いが悪くなり、Y<sub>1</sub>を退職し、その取締役を退任することとなった。第3版がY<sub>2</sub>に納入されたのも、Xの退職・取締役退任後のことであった。Xは退職に当たって、自身が撮影した写真のフィルムをすべて引き渡すよう要求したが、Y<sub>1</sub>は、Xが在職中に撮影した写真のフィルムは引き渡さず、Y<sub>1</sub>に就職する前に撮影された写真のフィルムのみを返却することとした。しかし、Y<sub>1</sub>就職前にXが撮影した写真のうち、本件写真18のフィルムについては、Y<sub>1</sub>の従業員の手違いで、本件写真18のマウントに撮影年月としてXのY<sub>1</sub>在職中の年月が記載されていたため、Y<sub>1</sub>に、本件写真18はXがY<sub>1</sub>に就職した後に撮影したものと誤解が生じたことにより、Xには返却されなかった。

その後、Y<sub>1</sub>は、写真集の第4版を制作し、Y<sub>2</sub>に納入したが、第4版には、本件写真18を含め、Xが撮影したものの、その退職後もXに返却されなかった写真が使われている（合計13点。本件写真18を含め、第3版から引き続き使用されている写真もある）。

そこで、XがYらに対し、上記の請求を行った。

## (2) 判旨

那覇地裁は、第4版に掲載された13点の写真のうち、本件写真18以外については、職務著作の成立を認め、Y<sub>1</sub>がそれらの著作者であるとして、Xの請求を退けた。本件写真18に関しては、YらによるXの権利侵害を認め、著作権侵害に基づく使用料相当額（著作権法114条3項）2万5000円と氏名表示権侵害に基づく慰謝料10万円の支払いなどを肯定したものの、差止請求については、以下のように判示して、これを否定した。

「本件において著作権等の侵害となる写真は受注先であるY<sub>1</sub>の元従業員たるXが撮影した1点のみで（しかも、Xが本件の訴えを提起するまで、……Y<sub>1</sub>は本件写真18を、Xが職務上撮影したものと誤解していた。）、……Xに生じ

る損害の金額は極少額である一方、同請求を認めるときは、Yらにおいて、既に多額の資本を投下して発行済みの本件写真集を販売等することができなくなるという重大な不利益が生じることになる。

ここで、……本件写真18は、本件写真集の最終頁である沖縄県内の他の世界遺産を紹介する頁に掲載された、9点の写真のうちの1つにすぎず、その掲載部分の大きさは縦4cm、横5cm程度と頁全体の大きさに比して極小さく、本件写真集の全体がB5版95頁、掲載した写真の点数延べ177点（イラスト等3点を含む）であるのに比して、極小さい割合を占めているにすぎないものである。

加えて、本件写真集に本件写真18が掲載されたのは、単に本件第3版の内容を維持したからにすぎず、本件第3版の制作にはXも担当者として深く関与していたものである。

また、……本件第3版には当初座喜味城跡の航空写真を使用する予定であったところ、当時本件第3版の制作作業を担当していたXが、Y<sub>2</sub>の担当者と協議しながら、掲載する写真を本件写真18にしたものであって、Xは、本件第3版の制作当時ないし退職前の時点において、本件第3版以降の写真集『写真で見る首里城』の改訂版にも引き続き本件写真18が掲載されることを意欲していたとも推認することができるものである。

そうすると、本件初版、本件第2版及び本件第3版がいずれも増刷されておらず（弁論の全趣旨）、本件写真集がさらに出版される可能性が小さいことも併せ考えれば、XのYらに対する前記差止め請求は、権利の濫用であって許されないというべきである。」

また、以上の判示に先だって、次のような判断も示されている。

「XはY<sub>1</sub>に在職中は、そのほとんどの期間においてY<sub>1</sub>の営業の大半を担当していたのであって、本件第2版及び第3版の制作にも能動的かつ大幅に関与していたから、Y<sub>1</sub>を退職する前後において、写真集『写真で見る首里城』が、本件第3版で打ち切りになり、以後同種の写真集を発行することがない性格のものではなく、それ以降も改訂を重ねる可能性があったことを認識していたものと容易に推認できる。

また、……本件第2版は本件初版で掲載された写真を、本件第3版は本件

第2版で掲載された写真を、それぞれ相当数引き続き掲載していることにかんがみれば、原告は、Y<sub>1</sub>を退職する前後において、本件第3版以降の写真集『写真で見る首里城』の改訂版において、本件第3版に掲載された写真を引き続き掲載する可能性があることを認識していたものと容易に推認できる。

そうすると、Xは、Y<sub>1</sub>を退職する前後において、本件写真18も、本件第3版以降の写真集『写真で見る首里城』の改訂版に引き続き掲載される可能性があったことを認識していたものと推認できる。

他方、……Xは、Y<sub>1</sub>を退職する際も、それ以前においても、Y<sub>1</sub>との間で、XがY<sub>1</sub>に就職する以前に撮影した写真の著作権の帰属や、既に使用された写真集や書籍等の取扱い、上記退職の前及び後に使用された上記写真の使用料につき、何ら書面でも口頭でも取決めをしなかったものである。

そうすると、本件第3版を制作した時点で、本件第3版以降の写真集『写真で見る首里城』の改訂版にも本件写真18を引き続き掲載するべく、この限りで本件写真18の複製等を黙示に許諾したとみる余地や、あるいは、Y<sub>1</sub>を退職する前にXがY<sub>1</sub>の社内でその幹部職員として果たしていた役割の大きさや、Y<sub>1</sub>の元取締役として、退任及び退職後の会社の業務運営に無用な混乱を生じさせないという道義的な責任から、その後の改訂が明らかな本件第3版以降の写真集『写真で見る首里城』の改訂版に引き続き掲載するべく、この限りで本件写真18の複製等を黙示に許諾したとみる余地も十分あるところである。

その上、……本件第3版には当初座喜味城跡の航空写真を掲載する予定であったところ、Aが了知しないうちに、XがY<sub>1</sub>に就職する前に地上から撮影した写真である本件写真18を掲載することに切り替わっていたものであるが、弁論の全趣旨によれば、上記のような事態は、当時本件第3版の制作作業を担当していたXが、Y<sub>1</sub>の担当者と協議しながら、掲載する写真を本件写真18にしたものと認められるから、Xにおいては、本件第3版の制作当時ないし退職前の時点において、本件第3版以降の写真集『写真で見る首里城』の改訂版にも引き続き本件写真18が掲載されることを意欲していたとも推認することができる。

もっとも、本判決は、この判示の後で、仮にXとY<sub>1</sub>の間で、本件写真

18の複製等について黙示の使用許諾が認められるとしても、それは、写真撮影者としてXの氏名を表示することを前提としていたものというべきであり、本件写真集には、Xの氏名の表示は一切存しないから、Xの許諾はなかったものといわざるを得ないと述べている。

### (3) 判旨の評価

既に指摘されているように<sup>3</sup>、従来の裁判例の中には、被侵害者の書籍144頁のうち1頁に掲載されていた3コマからなる漫画のカットのうち1コマの配置が変更されていたことをもって、同一性保持権侵害を肯定した上で、当該「漫画のカットを含む……書籍を出版、発行、販売、頒布してはならない」との差止判決を下したものがある（東京高判平成12・4・25判時1724号124頁〔脱ゴーマニズム宣言〕<sup>4</sup>）。これに対して、本判決は、写真集95頁、掲載写真延べ177点のうち、最終頁に掲載された9点の写真のうちの1点について、著作権・著作人格権侵害を認め、損害賠償請求を肯定しながらも、差止請求権行使は権利濫用に当たるとして、これを退けたものであり、大きな注目を集めることとなった。

判旨は、侵害者が多額の資本を投下して発行した発行済写真集が販売できなくなると、侵害者は、著作権者が被る損害の額に比して、甚大な不利益を被ることを理由に、権利濫用との結論を導いている。つまり、XとYらの客観的な利益衡量を行った上で、差止めを否定しているのである。しかしながら、本件で、Xが求めた差止請求も、侵害を構成する写真を削除しないまま写真集を複製・販売してはならないというものであり、そうである以上、差し替えには相応のコストを要するとは言え、Yらは、本件写真18の削除等をしさえすれば写真集の販売を継続すること自体は可能である。著作権侵害が肯定された以上、侵害者はかようなコストを甘受すべきであり、反対に言えば、差止めを肯定しコストを負担させるという判断を下すことにより、侵害の誘発を防止できるという考え方もあり得るかもしれない。利益衡量と

3 田村善之「特許権侵害訴訟における差止請求権の制限に関する一考察」根岸哲先生古稀祝賀記念『競争法の理論と課題——独占禁止法・知的財産法の最前線』（有斐閣、2013年）707頁。

4 さらに、東京地判平成22・1・29裁判所ウェブサイト【富士屋ホテル第一審】も参照。

いう見地からは確かに侵害者側の不利益の方が大きいと言うことはできても、むしろ、その不利益は侵害者が引き受けるべきものとして法が想定しているものだと判断はあり得る<sup>5</sup>。脱ゴーマニズム宣言事件などの背後には、このような発想が存在するのかもしれない。

このように、客観的な利益衡量のみでは決め手に欠けることを慮ってか、本判決は、差止めを制限する根拠として、客観的利益衡量以外の事実を指摘している。著作権者 X 自身が、写真集の改訂版にも引き続き本件写真 18 が掲載されることを意欲していたと推認することができるという点であり、判旨がこの判断を重要視していることを無視してはならない。X は、写真集第 2 版・第 3 版の制作において中心的な役割を果たし、写真集改訂版への写真の継続使用の可能性について熟知していたと考えられるにもかかわらず、退職時に何らの取り決めも交わさなかったこと、さらに、本件写真 18 の第 3 版への掲載は、X 自身が決定したものであり、X と同様に写真集の制作に深く関与していた A すらその事実を了知していなかったことなど、本件における様々な具体的事情をもとに、判旨は、写真集の改訂版への本件写真 18 の継続使用について黙示の許諾が成立する可能性があることさえ示唆している。決して、客観的な利益衡量のみで差止めを制限したわけではなく、著作権者の主観的態様をも考慮に入れた上で判断が下されているのである。そして、この点こそ、「権利濫用」という枠組みが採用されたことの意義があるとも考えることもできる。確かに、X が退職時に自身の撮影した写真フィルムの返還を要求している事実から見ても、自身の退職後に写真が引き続き利用されることを本当に容認していたといえるのかには疑義があり、この点の認定はもう少し慎重になされるべきであったと思われるが、少なくとも、本判決が差止請求権行使の濫用という帰結を導く際に、X の主観的態様を重視していたことは間違いなからう。

---

5 「被告は、本件サービスの差止めにより、被告と本件サービスの利用者が経済的ないし社会的不利益を被る旨主張する。しかし、本件において、そのような不利益が生じたとしても、それは法が当然に想定している不利益の範囲を超えないものと解されるから、原告らによる差止請求権の行使が権利の濫用に当たるとはいえない。」と判示した知財高判平成 24・1・31 判時 2142 号 96 頁〔まねき TV 差戻控訴審〕も参照。

したがって、本判決をもって、「著作権侵害の肯定された部分が、出版物全体のごく小さな割合を占めているに過ぎないことを理由に、出版物全体の販売を差止めることを許さなかった判決」と理解するのは、やや短絡的であり、その射程は必ずしも広くはない。

### 3 知的財産権侵害の差止判断——知的財産権は「排他権」か？

以上のように、写真で見る首里城事件は、差止請求権行使を制限する理論枠組みとして、権利濫用を用いている。すなわち、著作権は排他権であり、例外的に、権利濫用法理という外在的な根拠により、差止請求権行使が制約を受けるに過ぎないとの立場を前提にしていると理解することができよう。排他性を持つ権利は何人といえどもこれを侵害することは許されず、侵害に対してはこれを排除することが当然に認められるのであって、そのために差止請求権が与えられることになる。排他権が侵害された場合には、その侵害を排除するために、権利濫用法理の適用など外在的・例外的な事情がない限り、当然に差止めが認められることになる。

ある権利に排他性を認めるか否かについては、立法による決定も許される<sup>6</sup>ところ、一般に、民法学や従来の知的財産法学では、著作権法112条や特許法100条などでは、消費者契約法12条・12条の2や独占禁止法24条のように差止請求権の制限を定める条項を置いたり、請求権行使の条件を定めたりすることなく、無条件に差止請求権を認めていることから、立法論はともかく、あくまで現行法を前提とする限り、著作権などは「排他権」という理解を当然の前提としていた。例えば、東京高判昭和60・10・17判時1176号33頁〔藤田嗣治絵画複製〕は、著作権法112条「第1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

6 平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』（弘文堂、1992年）102頁・107頁。また、加藤一郎『不法行為（増補版）[法律学全集]』（有斐閣、1974年）214頁は、「侵害された権利ないし利益の種類・性質によって、あるものは単に損害賠償しか認められないが、他のものは妨害排除まで認められる、という程度の差があってもよいのであって、どこまでの救済を認めるかは、立法政策の問題である。」と述べている。

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つ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つてその請求の当否を決すべきものでもない。この点は、現行法上明文の規定を欠く個人の自由、名誉、身体、健康、生活等の一般的な人格的利益ないし権利の侵害に対する差止請求とは、その成立要件を異にするといわなければならない。」と明確に述べている。さらに、独占禁止法の事例であるが、大阪高判平成17・7・5審決集55巻856頁〔関西国際空港新聞販売〕は、「独禁法によって保護される個々の事業者又は消費者の法益は、人格権、物権、知的財産権のように絶対権としての保護を受ける法益ではない。また、不正競争防止法所定の行為のように、行為類型が具体的ではなく、より包括的な行為要件の定め方がされており、公正競争阻害性という幅のある要件も存在する。すなわち、幅広い行為が独禁法19条に違反する行為として取り上げられる可能性があることから、独禁法24条は、そのうち差止めを認める必要がある行為を限定して取り出すために、『著しい損害を生じ又は生ずるおそれがあるとき』の要件を定めたものとも解される。」と判示している。

これに対して、学説では、著作権や特許権を、侵害に対し常に差止めが認められる「排他権」と捉える考え方を斥ける見解が極めて有力となっている。例えば、Property RuleとLiability Ruleに関する議論を参照しつつ、経済的効率性の観点から、侵害行為に対する差止めを否定することが理論的に正当化される場合があると説くものがある<sup>7</sup>。さらに、特許権を対象とする議論ではあるが、「特許権の生成過程」を分析した結果、特許権が常に差止めの肯定される「完全なる独占的排他権」であるならば、特許付与プロセスの中で、例外なき独占的排他性から生じる負の社会的影響を評価する作業が必

---

7 平嶋竜太「差止請求権の制限：理論的可能性についての考察」日本工業所有権法学会年報33号（2009年）57頁以下、同「特許権に基づく差止請求権の合理的根拠と限界」高林龍ほか編『現代知的財産法講座Ⅰ 知的財産法の理論的探究』（日本評論社、2012年）138頁以下、同「標準技術に必須な特許権の行使における差止請求権の制限可能性——理論的帰結と実務的課題への対応可能性」知財研フォーラム90号（2012年）27頁以下、同「特許権に基づく差止請求権における『内在的限界』」別冊特許10号（2012年）3頁以下。

要となるはずであるところ、現行特許制度では、そのような作業を行う余地が認められていない以上、特許権を「完全なる独占的排他権」と理解することはできないとも論じられている<sup>8</sup>。権利の生成過程において、独占的排他性から生じる負の社会的影響を評価する場が存在しないのは、言うまでもなく著作権でも同様である。以上の見解は、差止制限を、著作権や特許権の内在的な制約と捉え、著作権や特許権自体を、完全な独占権・排他権ではなく、もともと差止めが否定されうるということを内包した、そのような限界を最初から備えた「『独占権・排他権』というには不完全な権利」にすぎないと理解するわけである。

あるいは、特許法 100 条や著作権法 112 条の構造上、権利を「排他権」として規定していることは否定できないものの、それは、たまたま排他権という法技術を借用しているだけであって、産業の発達などの究極の法目的を達成するための道具主義的な権利にすぎず、大きな制度目的のためには排他権という原則が道を譲らなければならない場面があつてしかるべきであると説くものもある<sup>9</sup>。さらに、権利の生成から行使に至るまでの間に、関係特殊の投資、地位の非対称性、機会主義的行動といった事情を斟酌しなければならないところ、権利の生成過程においては、これらの事情は評価されていないのであるから、権利の付与・生成が認められたということは、権利行使を認めるべきであるというお墨付きが与えられたことを直ちに意味するわけではなく、権利が付与されたという一事をもって、司法機関等による事後的な調整を慎まなければならない理由はないとも述べられている<sup>10</sup>。

これらの見解は極めて示唆に富むものではあるが、あくまで形式的に現行著作権法等の規定を見る限りは、前述の通り、消費者契約法、独占禁止法などに取り込まれている差止要件や差止制限を見いだすことはできない。知的財産法とこれらの法律の差止規定の間には本質的な差異があるといわざるを得ない。しかし、改めて強調するまでもなく、著作権を排他権と構成し、そ

8 平嶋・前掲注 7) 現代知的財産法講座 145 頁以下、同・前掲注 7) 知財研フォーラム 29 頁以下、同・前掲注 7) 別冊パテント 6 頁以下。

9 田村・前掲注 3) 709 頁。

10 田村・前掲注 3) 709-710 頁。

の侵害により、即、差止めが肯定されることを認めたとしても、これは原則であり、例外的に権利濫用によりその行使が否定されることは当然にあり得る。あくまで、例外的な状況がない限り、排他権侵害が認められれば、即、差止めが肯定されるというだけである。上述の学説のいう差止請求権の行使による負の市場的影響・社会的影響や、関係特殊的投資、機会主義的行動といった事情が無視されてはならないのは当然である。しかし、裁判所にこのような判断を行わせることと、権利の排他性を否定することとは、イコールではない。このような判断は、権利付与後の事後的な事情も含め、様々な事実を総合考慮しつつ、規範的観点から、「権利濫用」など著作権法外在的な枠組みを通して、裁判所に行わせることで必要十分だと考えることも許されよう。

#### 4 出版物に対する差止請求権行使と権利濫用

##### (1) 差止請求権行使の制限に関する基本的な判断枠組み

以上のように、少なくとも現行著作権法等の規定を前提とする限り、差制限の判断枠組みとしては、「排他権＋権利濫用」という図式を前提とせざるを得ないと考えられる。この「権利濫用」判断は、主観的要素と客観的要素の両面から行うものとされ<sup>11</sup>、主観的要素としては、権利者に権利行使に際して害意があったことなどが斟酌される。客観的要素としては、権利濫用とされることにより権利者が受ける不利益と権利行使が阻止されることにより保護される利益との客観的な衡量が行われる<sup>12</sup>。

ただし、知的財産権関連以外の事案を前提とした評価であるが、戦後の判例は、むしろ権利者個人の利益と相手方の利益との衡量という客観的要素を重視しているとの指摘もある<sup>13</sup>。しかも、権利行使が阻止されることにより保護される相手方の利益には、個人的権利に還元されない社会公共の利益も含まれると考えるのが民法学での支配的な見解のようである<sup>14</sup>。このような

11 大判昭和10・10・5民集14巻1965頁〔宇奈月温泉〕。

12 潮見佳男『民法総則講義』（有斐閣、2005年）15頁。

13 四宮和夫＝能見善久『民法総則〔第8版〕』（弘文堂、2010年）18頁以下。

戦後判例における主観的要件形骸化の流れは、知的財産法の世界で差止制限の積極化を求める者には好意的に迎えられるかもしれない。しかしながら、近時の民法学説では、権利濫用に関するこのような判例の立場はむしろ強く批判される傾向にある。権利濫用判断において客観的側面を重視することは、多数（公共）の利益ないし強者の利益が常に勝つことになり、権利濫用の「濫用」という事態も生じかねないとされ、権利者の害意という主観的要素を軽視すべきではないという主張も有力となっているのである<sup>15</sup>。権利者と侵害者の利益衡量のみで差止めの可否を判断すると、侵害行為に多額の投資を行った侵害者が差止めにより被る不利益が、権利行使により保護される権利者の利益を上回るだけで、常に差止めが否定されるということになってしまう。これでは、「侵害行為に関係する特殊な投資をした者勝ちということにもなりかねない」<sup>16</sup>。

しかしながら、他方で、ここでは著作権行使それ自体を権利濫用とするという文脈ではなく、差止請求権行使のみを権利濫用とし、著作権者には損害賠償による救済のみを保障するという文脈であるから、主観的要素をあまりに厳格に要求し、権利濫用判断を著しく制約しすぎることにもまた適切ではない。したがって、例えば、当事者間の利益状況に著しい不均衡が存在することが、一見して明らかに認められる場合には、そのような利益状況の格段の差異を権利者が容易に知り得たにもかかわらず、権利行使を行ったという事実のみで主観的要件の充足を認め、差止請求権行使のみを否定するということは許されるだろう<sup>17</sup>。

なお、学説の中には、「当事者間に著しい不均衡が生じるとまではいえないがその他に鑑みた差止請求権の制限の可能性」を吟味する際に、「（差止めを認めた場合の）被告の不利益の大きさ」や「（差止めを認めなかった場合の）

14 潮見・前掲注12) 15頁以下。

15 幾代通『民法総則〔第2版〕』（青林書院、1984年）18頁、四宮和夫『民法総則〔第4版〕』（弘文堂、1986年）35頁注7、大村敦志『基本民法I 総則・物権総論〔第3版〕』（有斐閣、2007年）291頁以下、四宮＝能見・前掲注13) 18頁以下など。

16 田村・前掲注3) 707-708頁。

17 特許権に関する仮装事例であるが、「セメントの混練方法に係る特許発明を無断実施して建設されたビルの廃棄請求」のようなケースがこれに該当する。

原告の不利益の大きさ」と並んで、本稿の立場とは逆に、「被告の主観的態様」を考慮すべしと説くものがある<sup>18</sup>。特許権を念頭におきつつ、権利が公示されている以上、特許権の存在を知悉している者は、ライセンスを得るなどの対応が期待されているのであって、故意の侵害者や特許権の存在を知らないことについて一定の責めに帰すべき事情がある侵害者に対しては、差止制限という恩恵を与えるべきではないというのである。また、責に帰すべき事由については、過失ほど厳格に解釈すべきではなく、(軽)過失が認められても、帰責事由が否定される場合があるとされている<sup>19</sup>。あるいは、この帰責事由は、端的に重過失と位置づけられる<sup>20</sup>。これが、公示制度のない著作権法にそのまま妥当する議論なのかは疑義がないではないものの、著作権の成立を知悉しながら、故意に侵害行為を行った者、あるいは、著作権の存在を知らないことについて帰責事由(重過失)が認められる侵害者に対しては、差止制限を否定すべきということになる。論者は、上述の「写真で見える首里城事件」に関しても、侵害者であるYらは、職務著作の範囲に関する誤解(本件写真18は、XがY<sub>1</sub>在職中に撮影した写真であるとの誤解)に基づいて、本件写真18を掲載したまま写真集発行に向けた関係特殊の投資を行ってしまったこと、すなわち、投資自体にやむを得ない原因があったことを斟酌して、判決の結論を正当化するのである<sup>21</sup>。本件で、那覇地裁は、この誤解は、Y<sub>1</sub>の従業員の手違い・誤記に基づくものであるから、Y<sub>1</sub>は、侵害について、少なくとも過失があると判示した。Y<sub>2</sub>についても、「本件写真集に掲載する写真の著作者及び著作権の帰属につき確認すべき注意義務を負っているところ、……Y<sub>2</sub>の担当者は、……本件写真18の著作者等を何ら確認して」おらず、「他方、Y<sub>2</sub>において、Y<sub>1</sub>の担当者の説明等を信頼して、本件写真18の著作者等の確認作業を省略したことがやむを得なかったと評価すべき事情は存しない」ことから、「本件写真集を発行したY<sub>2</sub>にも、X

18 田村・前掲注3) 712-713頁。岩佐誠之=黒田薫=野口明男「特許権に基づく差止請求権制限の立法論的考察」NBL939号(2010年)39頁も同様。

19 もっとも、これは特許法における過失の推定規定の存在を前提とする議論のようである。

20 岩佐=黒田=野口・前掲注18) 39頁。

21 田村・前掲注3) 707-708頁。

の本件写真18に係る複製権等の侵害につき、少なくとも過失があったというべきである」と断じている。このうち、 $Y_2$ の過失に関しては、写真集制作にあたって、 $Y_2$ が $Y_1$ に対しどの程度の指揮監督を行っていたかは必ずしも明らかではなく、 $Y_1$ の従業員の誤記についてまで、 $Y_2$ に過失責任を負わせた点は厳しすぎる嫌いがあり<sup>22</sup>、少なくとも、 $Y_2$ に重過失（帰責事由）を認めることはできないであろう。これに対し、 $Y_1$ については、以上の事実認定の下でも、重過失（帰責事由）がないとして、差止制限という結論を導くことは適切なであろうか。出版物に関する著作権侵害事例においては、故意による侵害ではなく、著作物性や著作権の帰属などの誤解に基づき、著作物を包含したまま出版するというケースが多いであろうし、侵害部分が被告出版物の一部を占めるにすぎない多くの事例では、利益衡量も侵害者側に有利に働くため、このような事例で、厳格な過失判断を避け、重過失（帰責事由）を緩やかに否定してしまうことは、差止制限の原則化を招きかねない。さらに、そもそも、侵害者としては、少なくとも事実審口頭弁論終結時には、権利の存在等について常に悪意となるので、この判断要素は機能せず、無意味なものとなってしまう。したがって、この「被告の主観的態様」を意味のある判断要素とするには、侵害行為開始時を判断基準とせざるを得ないであろう。しかしながら、過去の行為に対する損害賠償ではなく、現時点での侵害行為の停止と将来の侵害行為の予防を目的とする差止めについて、行為開始時には善意であったが、口頭弁論終結時には悪意となっている場合に、なにゆえ差止めを否定し、行為継続を認める必要があるのだろうか。確かに、差止めを認めると、侵害者が侵害行為開始時に侵害の成立を知らないまま行った資本投下が無駄になってしまうという懸念はあるものの、侵害者が回収できなくなる投下資本の大きさは、「(差止めを認めた場合の)被告の不利益の大きさ」という判断要素で十分考慮可能なはずである。「被告の主観的態様」を殊更に強調し、独自の判断要素として重視することは、それほど意義のあるものとは思えない。

## (2) 立法による解決?

前述の通り、権利者側の主観的要素をあまりに軽視し、権利濫用を柔軟に適用しすぎることは、権利濫用の「濫用」という事態を招きかねず、少なくとも、近時の民法理論の流れに逆行することになりかねない。あくまで、現行知的財産諸法の差止規定を前提とする限りは、「排他権+権利濫用」という枠組みを取らざるを得ないと考えられる。ただし、キルビー判決<sup>23</sup>のようにやむなく権利濫用法理を借用するのではなく、本来的な権利濫用法理を用いる以上は、その判断基準について民法理論と齟齬を来さないよう一定の限界付けを行わざるをえない。したがって、著作権に基づく差止請求権についても、あくまで権利濫用判断の基準としては、客観的要素のみを基準に据えることには慎重であるべきだろう。他方で、現状では、商標権を除き権利濫用法理の利用自体が極めて低調であるが、裁判所としては、この法理の活用にあまりに謙抑的になりすぎるのも適切な姿勢とはいえないだろう。著作権者により恣意的な権利行使が行われたと認められる場合には、差止請求権の行使を濫用と判断することに躊躇すべきではなく、権利濫用の積極的活用が望まれる<sup>24</sup>。

なお、ここまで述べたことは、あくまで、現行著作権法や特許法を前提とした話であり、権利濫用法理では、差止めを制限するための要件が厳格にすぎ、問題を十分に解決できない、あるいは、判断が場当たりのものにならざるを得ず、予測可能性に欠けるとの政策判断があれば、立法的措置をとり、差止請求権を制限するための規定を置くことも、もちろん許される<sup>25, 26</sup>。ただし、立法によるとしても、差止めの必要性やそれによる弊害の程度は、特許法や著作権法などの法分野によっても異なり、さらに、著作権法においては著作物の性質によって、特許法においては産業分野によって自ら差異が生

23 最判平成12・4・11民集54巻4号1368頁〔キルビー〕。

24 「〔座談会〕特許法改正の意義と課題」ジュリスト1436号(2012年)34頁〔田村善之・中山信弘・片山英二発言〕も参照。

25 特許法に関する話ではあるが、このような規定が、必ずしもTRIPs協定に反するものではないことについては、平嶋・前掲注7)現代知的財産法講座161頁以下が示唆しているところである。

26 特許法の分野ではあるが、実際に立法提案を行うものとして、岩佐=黒田=野口・前掲注18)36頁以下がある。

じるところ、個別具体的な規範形成を立法に頼ることは現実には限界があり、差止制限の具体的な基準をすべて条文化することは極めて困難である。現実には、消費者契約法や独占禁止法のような抽象的で幅のある要件を規定しつつ、個別具体的な規範形成は司法の手に委ねざるをえないと思われる。その判断の際には、eBay判決の基準が参照されるのかもしれないが、いずれにせよ、依然として場当たりの対応にならざるを得ず、予見可能性・法的安定性という見地からは、「排他権＋権利濫用」という枠組みとそう大きな違いはないといわざるを得ない。ただし、裁判所は権利濫用のような一般条項の適用には謙抑的な姿勢を示すことが多いので、明文の差止制限規定を設ければ、裁判所が積極的に当該規定を活用するという効用は認められるかもしれない。

## 5 差止請求権行使制限後の侵害行為の継続

出版物の作成・販売行為について、著作権侵害を認め損害賠償請求は肯定するものの、差止請求権行使は退けるという判決が確定した場合、相手方侵害者は、当該出版物の作成・販売行為自体は継続することができる。しかしながら、著作権侵害自体は肯定されているので、侵害者が行為を行う度に、損害賠償請求を繰り返せば、著作権者は少なくともライセンス料相当額の支払いを受け続けることができる。反対に言えば、権利者としては、損害賠償請求を何度も行うという負担を強いられることになる。もちろん、このような事実上の負担も、差止請求権の制限に織り込まれているのであって、「差止請求の否定＋損害賠償請求継続による負担」全体が差止請求権行使を制限することの効果であり、裁判所は、この両者を権利者に課すことを正当化できるほどの悪質さが差止請求権行使に認められる場合に限り、権利行使は濫用と評価されるのだと考えることもできよう。

このように権利者側に負担が課されることになるが、侵害者側にとっても、損害賠償請求訴訟に対する応訴負担や著作権侵害行為を継続しているという評価を社会から受けるという負担を強いられることなどを考慮すれば、差止制限は、著作権者と侵害者の間での交渉・ライセンス、あるいは、侵害行為

自体の停止に向けた圧力となるだろう。

これに対して、従来の学説には、差止めは否定されるものの損害賠償請求自体は正当なものとして認められたのであるから、継続される侵害行為に対して損害賠償請求を何度も行わなければならないという無用の負担を権利者に課すべきではないとして、アメリカの議論を参考に、「将来の侵害行為に対する金銭的救済」を（立法によって）認めようとするものもある<sup>27</sup>。差止めを否定する代わりに、侵害者に行為を継続する対価の支払いをあらかじめ命じる判決を下せるようにするというのである。傾聴すべき見解ではあるが、対価額算定をどのような方式で行うかなど、制度設計には困難な問題がつきまとう。

なお、差止めは否定されたものの、侵害との認定を受けた行為を継続した場合、これが刑事罰の対象となり得るかという問題も一応生じる。しかし、侵害行為とはいえ、行為を継続する権原自体は承認された以上、同じ行為を継続しても、可罰的違法性がないなどとして刑事罰を否定すれば足りるであろう。また、侵害と認定された出版行為によって販売された出版物が転々流通する場合、著作権法 26 条の 2 第 2 項の適用ができないため、当該出版物の再譲渡は譲渡権侵害を構成することになる。しかし、差止めが否定され、出版物の販売・流通自体が承認された以上、当該流通に対して著作権行使を認めるべきではなく、再譲渡行為に対する譲渡権行使は、損害賠償請求も含め、権利濫用と構成すべきであろう<sup>28</sup>。

## 6 おわりに

本稿では、主に出版物に対する差止請求権を対象として、権利行使の制限に関する問題を扱ってきた。出版物に関しては、そこに著作権侵害が含まれ

---

27 鳥並良「知的財産権侵害の差止に代わる金銭的救済」片山英二先生還暦記念論文集『知的財産法の新しい流れ』（青林書院、2010年）660頁以下、鈴木將文「特許権侵害に対する民事救済措置に関する覚書——差止措置制限の可能性を巡って」別冊パテント10号（2013年）43頁以下。

28 著作権者は、第一譲渡を行った侵害者に対する損害賠償請求という形で利得機会が保障される。実質的に、消尽と同様の帰結となる。

るとしても、それがごく僅かな部分にすぎない場合に、出版物全体の複製・譲渡を差し止めることが許されるのかが問題となる。本稿では、少なくとも現行法上は、差止請求権行使を否定する枠組みとしては、「権利濫用」を維持せざるを得ないこと、その具体的な判断においては、「写真で見る首里城事件」を手がかりとして、差止めを否定した場合の著作権者の不利益と差止めを肯定した場合の著作権者の不利益との客観的な衡量のみならず、著作権者側の主観的な態様も重視すべきことを確認した。差止制限論については、特許法を対象とする研究が主流であるものの、今後も活発な議論が継続するものと思われる。本稿が、その議論の一助となれば幸いである。

〔付記〕本研究は、文部科学省科学研究費補助金「基盤研究(C)15K03241」及び「基盤研究(A)24243014」の助成による研究成果の一部である。