

令和 3 年 6 月 14 日現在

機関番号：12102

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2018～2020

課題番号：18K01330

研究課題名(和文) 差止請求権の実効的保護に関する研究

研究課題名(英文) Study of effective enforcement of injunctive remedies

研究代表者

大淵 真喜子 (Obuchi, Makiko)

筑波大学・ビジネスサイエンス系・教授

研究者番号：30400625

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,600,000円

研究成果の概要(和文)：本研究では、知的財産権に基づく差止請求権をめぐる諸問題について、主に手続法的観点から研究を行った。著作者の権利(著作権・著作者人格権)に基づく出版前の書籍等に対する差止請求権は、ドイツ法・米国法を対象とする比較法研究を通じて、事前抑制には当たらないとされていることなどを明らかにし、最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁〔北方ジャーナル事件最判〕の理論的問題を明らかにした。このほか、不作為債務の間接強制決定の要件として、債務者が不作為義務に違反するおそれを、債権者が立証することの要否等の関連問題の検討も行い、差止請求権による知的財産権の実効的保護を図るための理論的基礎を構築した。

研究成果の学術的意義や社会的意義

知的財産権(特許権・著作権等)に基づく差止請求権を実効的に保護するためには、主に手続面において、どのような問題があるかの一部を明らかにしつつ、従来の判例・学説では、大陸法と英米法の違いを十分に意識しなかったために、本来なされるべき解釈がなされず、実務に影響を与えていることなどを明らかにした。

研究成果の概要(英文)：The various problems related to injunctions against intellectual properties infringement are examined mainly from a procedural legal point of view. First of all, it is clarified, through comparative legal studies (German and U.S. law), that pre-publication injunctions, based on the infringement of authors' rights, does not represent a prior restraint on speech. It is also pointed out that the famous Supreme Court's judgment of 11 June 1986 has the error which should be corrected. In addition, as a requirement to enforce an injunction, whether the probability of failing to comply with the injunction is necessary to prove are discussed. The study constructs the theoretical basis for effective protection of intellectual properties by injunction remedies.

研究分野：民事訴訟法

キーワード：差止請求権 知的財産法 間接強制

1. 研究開始当初の背景

実体法上、知的財産権に基づく差止請求権が認められているが、それを現実に行使する場合には民事保全・民事執行手続を含めた民事訴訟手続を通じて行わなければならないが、その手続が円滑に差止請求権を実現するものでなければ、知的財産権の保護を十分に図ることができない。知的財産権(特許権・著作権等)に基づく差止請求権を行使しようとする場合は、まず差止請求権を被保全権利とする仮の地位を定める仮処分(以下「仮地位仮処分」という)を求めて、その後訴訟を提起するところ、知的財産権に基づく差止請求権について仮地位仮処分の発令とその執行、これに引き続く訴訟の各段階において、差止請求権の実効的保護を実現するという観点から、いくつかの問題がある。これらの問題について、主に手続法の観点から解釈論あるいは立法論として、あるべき方向性を検討しようとするものである。

2. 研究の目的

本研究は、前記1.で述べた問題意識の下、主に知的財産法(特許権・著作権等)に基づく差止請求権及びその仮地位仮処分を念頭に置きつつ、差止請求権の実効的保護を実現するという観点から、著作権に基づく事前差止めと事前抑制の法理との関係、不作為債務に関する間接強制決定の要件として、債務者が不作為義務に違反するおそれを、債権者が立証することの要否その他手続に関連する問題について研究するものである。

については、北方ジャーナル事件最判(直接には、名誉権に基づく損害賠償請求の事案である)が、出版前の書籍等の事前差止めは、事前抑制に該当するものであり、原則として許されないと判示していることと関連して、著作権・著作人格権に基づく出版前の書籍等の差止めは、北方ジャーナル事件最判でいう事前差止めに当たり許されないという見解が少数ながら主張されている。しかし、上記見解は、わが国の民法、著作権法の解釈を踏まえて採用し得ないという問題意識の下、そもそも北方ジャーナル事件最判が抱える理論的問題を明らかにしつつ、著作権・著作人格権に基づく出版前の書籍等の事前差止めが問題なく可能であることについて検討する。

については、不作為債務に関する間接強制決定(民事執行法172条)の要件として、債権者が「債務者が不作為義務に違反するおそれがあること」を立証する必要があるかについては、学説上争いがあったところ、判例(最決平成17年12月9日民集59巻10号2889頁)及びその後の多数説は、高度の蓋然性や急迫性に裏付けられたものである必要はないが、債務者が不作為義務に違反するおそれを債権者が立証する必要があるとしている。しかし、前掲最決平成17年12月9日が理論的に正当であるのかという問題意識の下に、再度検討を試みるなどした。

3. 研究の方法

まず、知的財産権の中でも特に著作権・著作人格権又は特許権に基づく差止請求権に関して、前記2.で述べた問題について、以下のような方法で研究を行った。

すなわち、まずわが国における学説・判例の議論についてどこまで議論がなされているかを確認した上で、従来の学説・判例の理論的又は実務的な問題点を明らかにする。比較法の対象としては、ドイツ法(及び必要に応じて米国法)を対象とする。比較法対象国の学説・判例の議論の状況をできる限り広く調査した上で、その法制度とわが国との法制度との違いを踏まえつつ、わが国の解釈論等への参考になるかを慎重に検討した。

4. 研究成果

(1) 著作権・著作人格権に基づく出版前の書籍等の事前差止め

著作者の権利に基づく出版前の差止請求権に、(北方ジャーナル事件最判で問題となった)事前抑制の法理が適用になるかという問題について、米国法、ドイツ法、わが国における議論を検討した。その結果は、概要次のように述べることができる。

比較法による検討を踏まえてまず指摘すべきことは、結論として、ドイツ法著作者の権利に基づく差止請求権であれ米国法であれ、法体系の差異はあっても、著作者の権利の侵害が認められる限り、出版前など表現の発表前であっても(仮処分や暫定的差止命令によるのか、終局判決によるのかを問わず)著作者の権利の侵害に係る表現行為を差し止めることが当然に認められているということである。そして、そこでは、出版前など表現の発表前であるのか後であるのかという区別が全く問題とされておらず、また、事前抑制ないし検閲との関係も問題とされていない。そもそも、著作権法は、侵害レベルの問題として、著作物を利用する者の表現の自由等との利益衡量を内在的に含むものであり、その調整のために、次のような点で著作権・著作人格権保護を限界づけている。すなわち、著作権法が保護する対象はアイデアではなく、創作的な表現だけに限られている。著作権法は、著作権・著作人格権の内容および外延を定めた上で、著作権の制限に関する規定(同法30~50条)をはじめとする、著作物を利用する者の表現の自由等と著作人等の権利保護との調和を図る規定を多数内包している。著作物の保護期間を一定期間に制限している(同法51条ないし58条)。このように、第一次的には、立法者が、著作人の権利と表現の自由や報道の自由等との対立に関して利益衡量を行った上で、支分権や権利

制限等の諸規定を定めて著作者の権利の適切な範囲を画した上で、著作者の権利には(予防的)差止請求権という救済手段を与えているのである。もっとも裁判所は、これら諸規定によって適切な保護が図られないという例外的な場合には、支分権や権利制限等の諸規定の解釈適用にあたって表現の自由等を考慮することになるのである。

わが国の法制度を前提とする限り、利用者の表現の自由等との関係は、上記のとおり、いずれにせよあくまでも「侵害のレベル」での問題として対処されることになっている。逆にいえば、これを前提として、著作権法 112 条 1 項は、著作権・著作者人格権の侵害または侵害のおそれがあるときは、直ちに差止請求権が認められることを規定していると解される。したがって、当該表現が著作権・著作者人格権を侵害すると判断される限りにおいては、差止請求権を認めるについて救済レベルで表現の自由や事前抑制との関係を問題にする必要がなく、また問題とされるべきでもない(権利濫用等一般条項による場合はもちろん別である)。

著作者の権利に基づく差止請求権の明文規定があり、かつ、法律要件を充足すれば直ちに法律効果が生ずるという法制度となっているわが国やドイツでは、以上のように解すべきことになる。しかし、実体法と救済法のレベルが異なり、事前抑制と事後制裁を区別する米国の判例法においてさえも、著作権法には侵害レベルで合衆国憲法修正第 1 条の利益を保護するセーフガードが内在的に組み込まれていることを前提として、(差止命令の裁量権行使の要件として表現の自由等の要素が考慮される場合を別として)著作権に基づく出版前の差止命令は事前抑制に当たらないと一般的に解されている。特に米国法で示唆に富むのは、次の点であると思われる。すなわち、アイデア表現二分論によって、著作権法で保護されるのはあくまで表現のみであるから、表現とアイデアがマージしているような極端な場合はともかく、自分の思想等を表現する手段として、他人の著作権侵害とならない表現が可能である限り、そのような表現をすればよいのであり、思想の自由市場へ参入する機会は何ら制限されないということである。表現の自由論の他のアプローチである自己統治あるいは自己実現という点でも、著作権侵害とならない表現が可能である限り、同様に制限されないであろう。この点は、名誉毀損等とは大きく異なるという意味でも重要である。

その意味で、北方ジャーナル最高裁判決が必要とする「厳格かつ明確な要件」こそが、著作権法における支分権や権利制限等の諸規定および著作権法 112 条 1 項の規定なのであり、この「厳格かつ明確な要件」を、前記 3 . の少数説(木下昌彦「著作者の権利と事前抑制の法理(上・下)」NBL1067 号 46 頁、1068 号 42 頁(2016 年)、金子敏哉「判批」速判解 19 号(2016 年) 266-267 頁。なお、大日方信春『著作権と憲法理論』(信山社・2011 年年) 48-50 頁も参照)が主張する要件であると解すべき理論的根拠はない。ドイツであれ米国であれ、未だ一度も侵害がなされていなくても、侵害のおそれが認められるのであれば、出版前など表現が発表される前であっても、検閲ないし事前抑制を問題とせずに、著作者の権利に基づく予防的差止請求権が認められていることは、著作権・著作者人格権の保護を実効性あるものにするためには当然である。

以上によれば、著作権法は、予防的差止請求権が当然認められることを前提としつつ、「事前抑制が事後制裁かという観点ではなく」侵害レベルにおいて、表現の自由等との調整を行っているというべきなのである。わが国の法制度を前提とする限り、ある表現が著作権・著作者人格権を侵害するのであれば(あるいは侵害するおそれがあれば)、当該表現が出版前など発表される前であろうと後であろうと、当該表現が憲法上保護されないものとして、それぞれの要件を充足する限り、当該表現に対する差止請求も損害賠償請求も認められるべきなのである。

これに対して、特にドイツ法の検討に照らせば、北方ジャーナル事件最判の名誉権に基づく差止請求権に関する判示は、わが国の法制度から見るとかなり特異な位置づけにあるものといえる。本来であれば、事前抑制か否かではなく、差止請求権・損害賠償請求権の成立要件の問題として端的に議論すべきではなかったかと思われる。しかも、北方ジャーナル事件最判で直接に問題となっているのは、国および仮処分申請人らに対する損害賠償請求であり、問題とされた仮処分決定に対しては、異議審、控訴審を経て、憲法違背のみを理由とすることができる特別上告審において、特別上告適法の理由に当たらないという理由で上告が却下されている。本件の国家賠償請求に関しては、最判昭和 57 年 3 月 12 日民集 36 卷 3 号 329 頁の射程範囲が及ぶと解されるため、国との関係だけであれば、「当該裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行行使したものと認めうるような特別な事情」の存否が判断のポイントとなるどころ、原審でこの点が何ら認定されておらず、最高裁判所も直接判断すべき事柄でもないから、憲法判断をするまでもなく国に対する上告は棄却されるべきであったと考えられる事案であった。実務では、名誉権に基づく出版前の書籍等の差止請求権については、北方ジャーナル事件最判がネックとなって、裁判官が差止請求を認めることが適切であると考えられる場合であっても、要件充足の判断が困難なことがあるが、そのような事態は、北方ジャーナル事件最判自体が、わが国の法制度からは本来なすべきではなかった判断であるともいえるからなのであり、判例変更を検討すべきものと思料する。

著作権・著作者人格権侵害事件では、事前抑制と事後制裁の区別を問題とする必要は全くないが、そもそも、それ以外の場合にも事前抑制と事後制裁とを区別することが理論的に正しい

あり方であるのかという点にも大きな疑問がある。憲法では一般的にそのように述べられることが多いが、憲法上保護されない表現であれば、事前抑制も事後制裁もいずれも本来は認められるはずであり、なぜ事後制裁のみが認められて事前抑制が認められないことになるのかという疑問である。わが国の法およびドイツ法では、米国法のように、差止請求権と損害賠償請求との関係に優先関係があるわけではない。さらに、名誉毀損の場合には、歴史的にエクイティは名誉毀損を差し止めないというエクイティの伝統的ルールがあったが、現在では、その伝統的ルールが修正第 1 条ないし事前抑制の法理に根拠を見出ししていることは既に指摘したところ、名誉毀損に基づく差止命令を原則として認めていない判例法に対する上記伝統的ルールの影響も考慮する必要がある。また、米国法において、事前抑制の法理の理論的根拠自体、ひいては事前抑制と事後制裁の差異がどこにあるのかといった点にも定見はないようであり、差止命令が裁判所の裁量に基づくこと、差止命令の審理が陪審によって行われないうこと、差止命令違反の効果は裁判所侮辱であり、差止命令が違法であることを裁判所侮辱の審理手続では争えないコラテラル・バー・ルールがあることなど英米法特有の事情あるいは歴史的背景を前提としなければならないのか、それともわが国でも同様に解し得るのかは、英米法の制度との差異を踏まえた上での、事前抑制の理論的根拠の探求が不可欠であるが、憲法でもそのような探究は必ずしも十分なされていない。しかし、この探究なくしては、わが国においても、「事前抑制は、事後制裁よりも限定された場合しか許容されない」とは言い切れないように思われる。わが国と法制度が近いドイツでは、検閲と同視または区別される事前抑制の法理に相当するものがないようであることも、事前抑制の法理、ひいては事前抑制と事後制裁という区別は、あくまで英米法特有の事情あるいは歴史的背景を前提としているものではないかという疑念を裏付けるようにも思われる。

(2) 不作為債務に関する間接強制決定の要件として、債務者が不作為義務に違反するおそれを、債権者が立証することの要否その他関連論点

不作為債務に関する間接強制決定の要件として、債権者が「債務者が不作為義務に違反するおそれがあること」を立証する必要があるかについては、差止請求の仮地位仮処分執行においても同様の点が問題となる(民事保全法 52 条)。場面としては、未だ義務違反がない場合、あるいは反復的な義務違反において、過去に義務違反はあるが、現在はない場合が問題となること、比較法研究として、主にドイツ法について調査検討した。

ドイツの民事執行手続は、差止請求の執行方法(ドイツ民事訴訟法 890 条)には、Ordnungsgeld だけでなく Ordnungshaft があり、債務者本人の過失を要すること、同法 890 条 1 項に「債務者が義務に違反するとき」との文言があること、Ordnungsgeld の執行は職権で行われることなどの違いはあるが、それらの差異を考慮に入れて検討した。なお、ドイツ民法 1004 条(Staudinger/Gursky, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3, 2013, § 1004 Rn. 214, 135.) による場合はもちろん、特許法 139 条、著作権法 97 条では、一度も侵害が生じていない場合の予防的差止請求権も認められている。ドイツ法の文献を調査したところ、どのような場合に、債務者が義務違反をするおそれがあるかといえるのかについては文献が散見されたものの、特許法、著作権法上の議論も含めて本研究で対応する問題についての議論が必ずしも十分にはされていないようである。現在のところ、義務違反を繰り返すおそれがある場合には、請求異議の訴えによる(ドイツ民事訴訟法 767 条)と解されているようであるが(Bartels, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl., Bd. 8, 2017, § 890 Rn. 33.) 今後は、さらにドイツ法でこれ以上の議論がないことを確認しつつ、これらを前提とするわが国での解釈論を検討しようと考えている。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計1件（うち査読付論文 0件 / うち国際共著 0件 / うちオープンアクセス 1件）

1. 著者名 大淵真喜子	4. 巻 25
2. 論文標題 著者の権利に基づく差止請求権 事前抑制の法理との関係を中心として	5. 発行年 2018年
3. 雑誌名 筑波ロージャーナル	6. 最初と最後の頁 23-112
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -

〔学会発表〕 計0件

〔図書〕 計0件

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

氏名 （ローマ字氏名） （研究者番号）	所属研究機関・部局・職 （機関番号）	備考
---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関
---------	---------