

講 演

ドイツにおける妨害者責任 ——「不法行為法に抵触する他人の行為を助長したこと」を 理由とする故意なき共同責任について*

ハンス＝ユルゲン・アーレンス
浦川道太郎 監訳
一木孝之 訳

妨害者責任 *Störerhaftung* とは、ドイツ連邦通常裁判所（以下「BGH」という）第1民事部及び第6民事部の判例、並びに膨大な数に及ぶ下級審裁判例において用いられている概念である。とりわけインターネットの存在によって、日々新たな状況が生まれつつあるなか、他人の行った権利侵害に対して負うべき責任が問題となることがある。ここで、なんらかの権利侵害がなされたとして、将来これと同種の権利侵害が発生することを阻止しようとするとき、それは当該権利侵害の差止めを命じる判決を通じてなされるべきことになる。

* 本稿は、2008年3月24日に、早稲田大学21世紀COE《企業法制と法創造》民事法制研究部門研究プロジェクト「企業と市場に係る民事法総合研究」の一環として行われたハンス＝ユルゲン・アーレンス Hans-Jürgen Ahrens 教授（オスナブリュック大学、なおアーレンス教授は、2008年当時、ツェレ高等裁判所裁判官であるとともに、ニーダーザクセン州司法試験局副局長を務めている）の講演を翻訳したものである。訳出に当たっては、アーレンス教授の原稿に付された原注に、必要と思われる訳注を加え、「注」として付すことにした（「訳者」の表記は訳注を示す）。その際、ドイツ不法行為法に関する解説は、もっぱら E.ドイチュ／H.-J. アーレンス〈浦川道太郎訳〉『ドイツ不法行為法』（日本評論社、2008年、以下「ドイチュ／アーレンス」という）に依った（訳者）。

いくつか例を挙げるとするならば、他者が寄稿した記事を広告・宣伝したメディア⁽¹⁾、編集済み刊行物のもととなる談話を寄せた報道機関情報提供者⁽²⁾、インターネットコミュニケーションプロバイダ（テレメディア法 *Telemediengesetz* における特別規定あり）⁽³⁾、インターネットドメイン登録機関⁽⁴⁾、広告へのリンクが張られている場合における検索エンジン運営者⁽⁵⁾、権利侵害的な出品がなされた場合におけるインターネットプラットフォーム運営者、とりわけ eBay オークション、人格権侵害を蔓延させる書き込みがなされた場合におけるインターネットフォーラム運営者⁽⁶⁾、コミュニケーション接続回線利用者の権利が侵害された場合における接続回線所有者⁽⁷⁾、違法なテキスト内容がデータ化されて引用可能となった場合におけるオンラインアーカイブ運営者⁽⁸⁾、著作権法上保護された作品のデジタル方式 P2P 交換を可能にするソフトウェアの製造者⁽⁹⁾、違法なファイル共有を目的とするインターネットログイ

-
- (1) なかんずく, BGH GRUR 2006, 429, 431 (やせ薬 *Schlank-Kapseln* 事件)。なお, *Ahrens* in Gloy/Loschelder, *Handbuch des Wettbewerbsrechts*, 3. Auflage 2005, § 73 Rn. 70 ff. und 78 ff. m. weit. Nachw.; *Teplitzky*, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, 9. Auflage 2007, Kap. 14 Rn. 9がある。
- (2) *Ahrens* in Gloy/Loschelder (注1), § 73 Rn. 91 ff. und § 74 Rn. 58 ff. m. weit. Nachw.; *Teplitzky* (注1), Kap. 14 Rn. 10.
- (3) *Ahrens* in Gloy/Loschelder (注1), § 73 Rn. 75 ff. m. weit. Nachw.; Fezer/*Bütscher*, UWG, 2005, § 8 Rn. 107-109, *Teplitzky* (注1), Kap. 14 Rn. 9a; *Kotthoff/Gabel* in Ekey/Klippel/Meckel/Pläß, *Wettbewerbsrecht*, 2. Aufl. 2005, § 8 Rn. 58 ff.
- (4) *Piper* in Piper/Ohly, UWG, 4. Auflage 2006, § 8 Rn. 157.
- (5) OLG Braunschweig GRUR-RR 2007, 71 (グーグルアドワーズ広告 Google Adwords 事件); OLG Hamburg GRUR 2007, 241 - MMR 2006, 754 (グーグルアドワーズ広告 Google Adwords 事件); KG GRUR-RR 2007, 68 (キーワード広告 Keyword Advertising 事件); OLG Hamburg MMR 2007, 315 (スニペット Snippets 事件); österr. OGH ÖBl. 2006, 235 (グーグル Google 事件)。
- (6) BGH WRP 2007, 795 (ラムレーズン Rumtrauben 事件) = GRUR 2007, 724; LG Hamburg MMR 2007, 450 (*Meckbach/Weber* の注釈つき); LG München I MMR 2007, 453 (ユーズネット UseNet 事件, *Mantz* の注釈つき)。
- (7) MünchKommUWG/*Fritzsche*, 2006, § 8 Rn. 268.
- (8) OLG Frankfurt NJW 2007, 1366 (プレス・アーカイブ Pressearchiv 事件); OLG Frankfurt NJW-RR 2007, 988; LG Frankenthal AFP 2006, 487.

ンを放置する者⁽¹⁰⁾、並びに商品が違法に輸入又は運送された場合における郵便サービス業者⁽¹¹⁾及び運送業者は、何らかの要件のもとで責任を負うことになる。

ここで、前述のBGH第1民事部は、不正競争防止法、商標法及び著作権法といった法領域を管掌している。そして、今回取り上げる諸判決事例の大半もまた、以上の特殊不法行為法領域において権利侵害がなされたという場合なのである。他方、一般不法行為、ことに人格権侵害に関する判断は、同第6民事部の管轄するところである。

妨害者責任の基礎については、理論的には明らかではないところ、論者は、これを一般不法行為における違法性構造の中に定礎させたいと考えている。以下ではいくつかの命題というかたちで、私見をまとめることとする。

命題その1：

妨害者責任は、一種の寄与責任である。妨害者責任は、ドイツ民法典830条2項に関する刑法的解釈にかんがみて、同条とは併立する存在である。

妨害者責任とは、ネガトリア防衛請求権に基礎を置く寄与責任 *Beteiligungshaftung*⁽¹²⁾ の特殊形態である。妨害者責任の含意は、過失の有無に左右され

(9) この点については、違反への勧誘に対する責任をめぐるアメリカ最高裁判所2005年6月27日判決 (*MGM v. Grokster*, 125 S.Ct. 2764 (2005) = 545 U.S. 913 (2005); GRUR Int 2005, 859)には *Kitz* の注釈つき要約が掲載されている)、並びに *Spindler/Leistner* GRUR Int 2005, 773 ff., *Rösler* MMR 2006, 503 ff. und *Gampff* DAJV-NL 2005, 89 ff.による一連の議論を参照のこと。ナップスター *Napster* 及びエイムスター *Aimster* をめぐる事件に関しては、*A&M Records v. Napster*, 239 F. 3d 1004 (9th Cir. 2001)、並びに *In re Aimster Copyright Litig.*, 334 F. 3d 643 (7th Cir. 2003) の諸判決を見よ。ソフトウェア製造者の妨害者責任に関するドイツの判例としては、OLG Hamburg NJW-RR 2006, 1054 (サイバースカイ *Cybersky* 事件) という処分決定がある。

(10) 未成年又は成年の子に対する親の責任が問題となったものとして、LG Hamburg MMR 2007, 131; LG Mannheim MMR 2007, 267; LG Mannheim MMR 2007, 459がある。

(11) OLG Hamburg MMR 2007, 340 (宛名なし郵便 *Postwurfsendungen* に関する責任)。

(12) ドイツ法上の「寄与責任」(「関与(者)責任」ともいう)とは、択一的行為者関係 *Alternativtäterschaft*、すなわち共同不法行為責任類型中、複数の関

ない妨害排除請求権 *Beseitigungsansprüche* である⁽¹³⁾。これに対して、損害賠償請求の場合に妨害者責任が適用されることはない⁽¹⁴⁾。

ある侵害行為への寄与が、責任要件それ自体を完全に充足しないものであったとして、妨害者とは、こうした状態をも内包する概念である。たとえば、インターネットプラットフォームである eBay に偽ブランド品が出品された場合、商品の売主は商標侵害の行為者である（ドイツ商標法第14条第2項）。同人に対して、商標権者は、差止請求権及び損害賠償請求権を有する。このとき、もし差止請求権がインターネットオークションハウスたる eBay に対しても行使可能であるならば、この種の権利侵害は一層効果的に抑制可能となる。ここで、eBay は、客観的には、出品のための技術的な前提を準備することを通じて、行為者を支援している。したがって、eBay 自身は商標侵害をまったく意識していないとしても、当該権利侵害を間接的に助長しているのである。もっとも、eBay による全出品の事前コントロールを要求するようなことになれば、こうしたインターネットプラットフォームはおよそ利用不能になってしまうであろう。

一般不法行為法たるドイツ民法典（以下「BGB」という）第830条第1項1文及び第2項は、（共同不法行為としての）行為者関係 *Täterschaft* 及び部分的関与 *Teilnahme* に関する定めを置いている⁽¹⁵⁾。しかしながら妨害者責任

係者の行為と損害の間の因果関係を特定し得ない場合に関する中心的概念であるとされる（ドイチュ／アーレンス100頁以下、102頁）。もっとも、その法律上の根拠は、本文にもあるとおり、本来はもっぱら BGB830条1項2文に求められるところ、寄与責任としての妨害者責任については、同条2項との関連を問うべきであるというのがアーレンス教授の主張の眼目である（訳者）。

- (13) BGH GRUR 2002, 618（マイセン装飾 *Meißner Dekor* 事件）において、裁判所はそのような方針を示し、その判決理由は、差止請求権及び妨害排除請求権を包含するところの防御請求権概念を用いている。初めて罪を犯す危険があるとのことから、不作為請求権へと拡張する点については、BGH WRP 2007, 964, 968（インターネットオークション *Internet-Versteigerung* 第二事件）＝GRUR 2007, 708, 710/711（*Lehment* の注釈つき）＝NJW 2007, 2636, 2639。
- (14) BGH GRUR 1998, 167, 168 f.＝NJW-RR 1998, 250, 251（レストランガイドブック *Restaurantführer* 事件）；BGH GRUR 2001, 82, 83＝NJW-RR 2000, 1710, 1712（ピーレフェルトの新顔 *I Neu in Bielefeld* 事件）；BGH GRUR 2002, 618, 619（前出マイセン装飾事件）；BGHZ 158, 236, 253＝WRP 2004, 1287, 1292＝GRUR 2004, 860, 864（インターネットオークション *Internet-Versteigerung* 第一事件）。

は、これらの責任とは区別される。妨害者は、主たる侵害者とともに行為することについての故意を欠くゆえに、BGB 第830条によって伝統的に位置付けられてきた意味での行為者でもなければ、関与者でもない⁽¹⁶⁾、というのがその理由である。そうではあるがしかし、その存在なくして権利侵害は事実上およそ成立し得ないといえるほどに、直接ことに当たる主たる侵害者の事実的関与と強く結びついているのが、妨害者の事実的関与なのである。

独立した寄与者という妨害者像の原点は、BGB 第830条に関する刑法的理解に求められる。すなわち、従来の判例ルールによれば、もっぱら加害者のみが加害行為を遂行する場合、故意なき合力者は（共同不法行為上の）共同行為者 *Mittäter* にはならないのである。これに対して、幫助者 *Beihilfe* というためには、加害行為の準備段階での援助があったことでもって足りる。また、補助者 *Gehilfe* であれば、他人の行為につき、主たる加害者と協議することなく、自らの意思で実際に援助することができる⁽¹⁷⁾。そうではあるがしかし、妨害者に対して BGB 第830条第2項を適用することはかなわない。というのも、支配的な見解は、前述の両者に故意があることを要求しているからである⁽¹⁸⁾。事実、BGH は、eBay 事件において、オークションハウス運営者、す

(15) ドイチュ／アーレンス96頁以下によれば、ドイツにおいて、複数者が関与する不法行為につき、因果関係に代わる有責性要件に依拠した連帯責任が発生することがある。このとき、行為者の態様に応じて、行為者関係 *Täterschaft* と関与 *Teilnahme* が分化しうる。前者はさらに、ひとつの不法行為に由来する損害に関して、BGB 第840条1項に基づく連帯責任を負う併存的行為者関係 *Nebentäterschaft* と、共同して開始した不法行為によって一個の損害を惹起したことにより、BGB 第830条第1項1文を根拠とする責任を課される共同行為者関係 *Mittäterschaft* に区別される。また、ドイツ法における共同不法行為責任として最も使用頻度が高いとされる択一的行為者関係 *Alternativtäterschaft*、すなわち、複数者の行為と損害発生との因果関係の有無が確定し得ない場合について定めているのが、BGB 第830条第1項2文である。これに対して後者は、教唆 *Anstiftung* 及び幫助 *Beihilfe* を含むほか、事後的な部分的関与 *nachtätliche Teilnahme* との関連においても問題となりうる（訳者）。

(16) BGH GRUR 1955, 492, 500 (グルンディヒ・テープレコーダ Grundig-Reporter 事件)；BGH GRUR 1965, 104, 105 (身分証明書 Personalausweise 事件)；BGH GRUR 2002, 618, 619 (前出マイセン装飾事件)。

(17) BGHZ 70, 277, 285 f. (航空管制官ストライキ Bummelstreik der Fluglotsen 事件)；BGH WRP 2007, 964, 967 (前出インターネットオークション第二事件)；MünchKommBGB/*Wagner*, 4. Auflage, Band 5, 2004, § 830 Rn. 14.

なわち eBay には、現に差し迫る出品者の主たる行為に関する認識が欠けていたとの理由から、補助者としての故意を認定しなかったのである⁽¹⁹⁾。

命題その 2 :

妨害者責任は間接的権利侵害に対する責任である。このような科責によって、「行為者の背後に潜む行為者」が把握可能となる。同人は、たとえ自身は直接の侵害者を故意によらずして助力する場合であったとしても、そうした援助の手を差し伸べるべきではない。

以下では、BGH 第 1 民事部の諸判決からみていくことにしよう。

(1) 「ペルトゥーシン Pertussin」第二事件

妨害者責任に関する一連の BGH 判例は、時系列的には、ドイツ商標法をめぐる 1957 年 1 月 15 日の「ペルトゥーシン第二事件」判決⁽²⁰⁾にはじまる。すなわち BGH は、同判決において、かつてのライヒ裁判所判決を取り上げるとともに、当時からすでに存在していた妨害者概念への異議と真摯に対峙していたのである。

この事件は、ある運送代理店が、荷主の商品をセイロン行き船荷として発送するため、(当時の) 東ドイツからハンブルグ自由港区域へ運び込んだというものである。この商品、具体的には薬品には、西ドイツ(当時)の商標権者の商標が付されていた。この場合、当該商品は西ドイツで流通に供されたわけではないため、国内、すなわち西ドイツにおける商標侵害が問われることはなかった。しかしながら、目的地たるセイロンでの商品流通が商標侵害となりえたのである。

こうした商標侵害を阻止しうる唯一の実効手段は、商標権者の運送代理店に対する差止請求を認容する判決しかなかった。そこで BGH は、運搬の面では

(18) BGH WRP 2004, 1287, 1291 (前出インターネットオークション第一事件); Staudinger/*Belling/Eberl-Borges*, BGB, § 830 (13. Bearb. 1997) Rn. 37 und 45.

(19) BGHZ 158, 236, 250 (前出インターネットオークション第一事件); BGH WRP 2007, 964, 967 (前出インターネットオークション第二事件); BGH WRP 2007, 1168, 1170-e-Bay における未成年有害メディア Jugendgefährdende Medien bei eBay 事件)。

(20) BGH GRUR 1957, 352.

セイロン国内での商標侵害的流通のための仲介行為しか問題となっておらず、かつ運送代理店も荷主の指示に服した単なる助力者に過ぎなかったにもかかわらず、差止判決を必要なものとするに至ったのである⁽²¹⁾。このときBGHは、原因となった事実的関与の種類及び範囲を、実体法上意味をもたないものとみなしており、したがって、「単なる補助活動も差し止められうるのであるから」という理由に基づき、差止判決の大枠を設定したに過ぎなかった⁽²²⁾。

(2) 「グルンディヒ・テープレコーダ Grundig-Reporter」事件

次いで、BGHがドイツ著作権法上の妨害者に関して初めて詳細な検討を加えたのが、1955年5月18日の「グルンディヒ・テープレコーダ」判決である⁽²³⁾。事件当時適用されていたのは、現行の1965年著作権法ではなく旧著作権法である。さて、本件事件は、BGHが、著作権法によって保護された作品を、ラジオ放送の私的なテープ録音を音源として複製することは違法であるとみなしたというものであるが、このとき訴えられたのは、録音をした複製者ではなく、テープレコーダの製造業者であった。

ここでBGHは、レコーダ製造業者の行為もまた、複製者のそれと同様に違法であると認定している。いわく、レコーダ製造者は製品を販売することで、権利者の保護権 Schutzrecht を危険に曝している⁽²⁴⁾。こうした妨害者の責任の根拠を、BGB830条に求めることはできない。というのも、同条は損害賠償請求権にのみ資するものだからである。ここで製造者は、末端買主によってなされうる侵害行為に対して、期待可能な安全確保措置 Sicherungsmaßnahme を講じる責任を負っている。ここにいう措置とは、買主に対して法に関する教示を行うことであり、末端買主は、製品販売に際して、ラジオ放送の複製が著作権法上禁止されている点についての説明を受けねばならない、と。

(3) 「身分証明書 Personalausweise」事件

さらにBGHは、続く1964年5月29日の「身分証明書」判決において、上記判例を踏襲している⁽²⁵⁾。この事件の場合にも、再度テープレコーダが問題となったのであるが、かの教示義務は依然として無意味なものであった。というのも、容易に想像されるように、テープレコーダの買主が法律上の注意に従わ

(21) BGH GRUR 1957, 352, 354.

(22) BGH GRUR 1957, 352, 357.

(23) BGH GRUR 1955, 492 = BGHZ 17, 266 (要旨のみ)。

(24) BGH GRUR 1955, 492, 500.

(25) BGH GRUR 1965, 104, 105.

なかったのである。これに対して BGH は、テープレコーダ製造者が買主による音楽の複製に好適なテープレコーダを流通させるならば、著作権法上の複製権が危険に曝される旨を改めて強調する。それゆえに、製造者は違法利用に対する期待可能な安全確保措置を講じなければならない、と⁽²⁶⁾。

ところで、本件事件の原告は、製造者がテープレコーダ買主の氏名及び住所を書きとめるとともに、同人に身分証明書を呈示させることで、その申告が正しいものであるか検査する義務を当然に負うものと主張していた。このように義務づけることで、原告は、将来の権利侵害の秘匿性の克服とコントロール機会の向上を望んだのである。しかしながら BGH は、そうした原告の要望を退けている。すなわち、判決によれば、製造者は、独立して行動する第三者を通じて引き起こされた権利侵害にとって単なる共同惹起者にすぎないから、安全確保措置の種類及び範囲は、(信義則に関する) BGB 第242条に基づき画されねばならない。その点で、販売に買主の特定を結びつけることは期待可能な範囲を超えていると、判決は述べている。

(4) 「設計コンペ Architektenwettbewerb」事件

さて、BGH によって妨害者像の構築がことさら頻繁に行なわれているのが、競争法の領域である。そこにおいては、不正競争行為を自ら実践するのではなく、直接行為者の不法行為に加担したに過ぎない者が、競争法上いかなる責任を負うべきかが問題となっている。こうしたケースとして、たとえば、広告主が誤解を招くような方法や不正なやり方で宣伝している広告を広告欄に掲載した新聞の事例がある。ここで争いとなるのが、広告編集部は、ある広告を印刷するに先立ち、いかなる法的検討を加えねばならないかという点である。自明ながら、ジャーナリストは決して競争事件に関する裁判官ではなく、そしてまた、表現の自由からして、新聞の発行が妨害されるようなことがあってはならない。

このような競争法上の妨害者責任が、前述した新聞発行者以外の者にも向けられることはありうる。そうした事件を正しく理解するためには、(ドイツ不正競争防止法の枠外で) 企業の市場活動を規制する法規範に抵触することが、特定の要件のもとでは競争違反に当たると明記するドイツ不正競争防止法の規定(2004年施行法では第4条第11号)が存在するという法的背景に留意しておく必要がある。ここでは、一例として、1996年10月10日の「設計コンペ」判決

(26) BGH GRUR 1965, 104, 105.

を挙げることしよう⁽²⁷⁾。

この事件は、ある建築主が設計コンペに関する広告を出したというものである。建築主は、固定報酬のもとで、ある管理棟を建てさせようとしていた。ここで、建築家に支払われる報酬の計算については、法的報酬規則である「建築家及び技術者の報酬に関する規則（HOAI: die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure）」が適用されることになっている。ドイツ連邦法上は、同規則が定める料金率に強制力はない。しかしながら、州建築家法 *Landesarchitektenrecht* 中の職務法規定は、連邦報酬法を合意による変更不能な価格法としていた。そうしたなか、建築主が提示した報酬は、前述の報酬規則が定める料金率を下回っていたのである。さて、職務法は建築家にもみ妥当し、建築主には適用されないのであるが、もし建築主の提示に建築家が拘束されるとするならば、同人は、自ら服すべき職務法を無視することになる。そして、職務法への抵触は同時に、不正競争防止法違反に当たるのである。そこで問題は、建築主はこうした不正競争防止法違反に妨害者として寄与しており、それゆえに差止めを請求されうるかというものであった。BGH はこれを否定しているが、その根拠については、のちに命題その4で取り上げることにしたい。

命題その3：

純粹な意味での因果関係に由来する責任は過去のものとなった。妨害者は、相当因果的な事実に寄与により直接の加害者を援助したという理由だけで、直ちに責任を負わされるわけではない。必要なのは帰責という基準である。

BGH が妨害者責任について当初立てていた定式は、ある違法な侵害の惹起又は維持に対して、何らかの方法で意図的かつ相当因果的に協働する者が、妨害者として責任を負うというものであった。そこにおいては、たとえ独自の動機に基づき固有の責任で行動する第三者が何らかの支援を受け、又はその行為が利用される場合であっても、妨害者として追及を受ける者が、第三者の行為を防止する法的可能性を有するのであれば、その限りにおいて、協働が存在するものと認められ得た⁽²⁸⁾。

(27) BGH GRUR 1997, 313.

(28) BGH GRUR 1957, 352, 353 (ペルトゥーシン第二事件におけるかばん職人 Täschner) ; BGH GRUR 1976, 256, 258 (円盤型計算尺 *Rechenscheibe* 事件) ; BGH GRUR 1988, 829, 830 (販売ドライブ *Verkaufsfahrten* 第二事

こうした妨害者像は、近年の判例において批判の対象となっている。なぜなら、たとえ因果関係という定式が、期待可能性という基準によってさらに限定されたとしても、責任者の範囲は広範に過ぎるおそれがあるからである。因果関係に由来する責任 Kausalhaftung には際限がないようにみえるが、それは、いわゆる黒子として、不法行為責任の要件を完全に充足しない者に対しても、こうした責任がすべて原則として妥当してしまうためである。そうしたなか、2006年に BGH は、協働に関して包括的かつ簡潔に、「帰責可能な方法で」という表現を用いるに至った⁽²⁹⁾。これに先立って、さらに短く、協働のことを「何らかの方法で」と記述したのもあった⁽³⁰⁾。

命題その 4 :

妨害者責任の構成要件は義務違反である。ここにいう義務とは、もっぱら検討義務のかたちで表現される。ときに、推定上の妨害者の活動の自由が憲法上保護されている場面では、基本権保護思想が、義務の要求という先の定式化に影響を与えることになる。

件) ; BGH GRUR 1990, 463, 464 (商社電話番号 Firmenrufnummer 事件) ; BGH GRUR 1990, 373, 374 (美容外科 Schönheits-Chirurgie 事件) ; BGH GRUR 1991, 540, 541 (料金揭示 Gebührenausschreibung 事件) ; BGH GRUR 1991, 769, 770 (報酬照会 Honoraranfrage 事件) ; BGH GRUR 1994, 441, 443 (コスメティックスタジオ Kosmetikstudio 事件) ; BGH GRUR 1995, 62, 64 (コンクリート保存 Betonerhaltung 事件) ; BGH GRUR 1995, 167, 168 (根拠なき警告における費用 Kosten bei unbegründeter Abmahnung 事件) ; BGH GRUR 1996, 905, 907 (外来診療給付用有限会社広告 GmbH-Werbung für ambulante ärztliche Leistungen 事件) ; BGH GRUR 1997, 313, 315 (設計コンペ Architektenwettbewerb 事件) ; BGH GRUR 1999, 418, 419 (古典家具作家 Möbelklassiker 事件) ; BGHZ 148, 13, 17 = GRUR 2001, 1038, 1039 (インターネットサイト “ambiente.de” 事件) ; BGH GRUR 2002, 902, 904 (Vanity Number <トールフリーナンバーの一種> Vanity-Nummer 事件) ; BGH GRUR 2004, 694, 695 (素晴らしい賭け Schöner Wetten 事件) ; BGH GRUR 2004, 860, 864 (前出インターネットオークション事件) ; BGH GRUR 2006, 875, 877 (弁護士ランキングリスト Rechtsanwalts-Ranglisten 事件)。なお、人格権保護についても、BGH GRUR 1977, 114, 115 (VUS 事件) は同様に判示している。

(29) BGH GRUR 2006, 875, 877 (前出弁護士ランキングリスト事件)。

(30) BGH GRUR 2004, 693, 695 (前出素晴らしい賭け事件) 中の表現。もっとも、事案それ自体においては、なんら定式化としての効果を上げていない。

さて、BGHは、前述の「設計コンペ」判決において、妨害者責任を画定するに至った。その結果、BGHは、1996年にひとつの法的变化をもたらしたのである。同判決によれば、なかんずく、建築家の職務法上の義務は被告たる建築主には妥当しないという理由から、差止請求は否定されるべきであるという。いわく、人的義務の領域外に立つ無関係の第三者が、競業法上の妨害者責任を問われることがあるとすれば、それは、当該第三者に対して例外的に検討義務 *Prüfungspflicht* が課され、かつ同人がこの義務に違反したという事実関係がある場合に限定されるべきである。ここにいう検討義務は、具体的に叙述可能なものである必要がある。この点、職業（すなわち建築家）と無縁の被告にとって、報酬規定の遵守という建築家が職業上負うべき義務の内容は、にわかに認識しがたいものであった、と。かくしてBGHは、被告に法的状況を検討するよう期待することがほぼ不可能であるか、できたとしてもごく限られたものであったと認定したのである⁽³¹⁾。

これに先立ち、BGHは、はやくも「コンクリート保存 *Betonerhaltung*」事件において、過失の有無とは無関係の差止請求権を付与するための要件として検討義務があること、さらに同義務の違反があったことを肯定していた⁽³²⁾。こうした判断はまた、広告業務上生じた権利侵害につき、報道機関の責任を限定的に解する確立判例のそれとも合致するところであった。報道機関の責任限定論は、憲法上の理由から、当時すでに展開されていたのである⁽³³⁾。

1996年以降、BGHは一貫して、こうした義務違反という限定的基準を用いている。BGHは次のように述べる。すなわち、客観的にみて、他者の違法な侵害を原因的寄与により援助したに過ぎない第三者に対して、期待し得ない内容が要求されるようなことがあってはならない。ゆえに、こうした第三者が妨害者として負うべき責任は、検討義務の違反を前提としているのであり⁽³⁴⁾、

(31) BGH GRUR 1997, 313, 316; 同旨 BGH GRUR 2003, 969, 971 (測量給付広告 *Ausschreibung von Vermessungsleistungen* 事件)。

(32) BGH GRUR 1995, 62, 64 (RAL <ドイツ商品安全・表示協会> により誤った品質保証がなされた旨認定された事案)。

(33) この点につき詳細は、*Ahrens*, in: Gloy/Loschelder (注1) § 73 Rn. 47 f., 54 f., 68 ff., 91 ff. und § 74 Rn. 31 ff. を参照のこと。「設計コンペ」事件は、当該判決を明文により引用している。

(34) BGH WRP 1997, 325, 327 = GRUR 1997, 313, 315 (前出設計コンペ事件); BGHZ 158, 236, 251 = WRP 2004, 1287, 1292 = GRUR 2004, 860, 864 (前出

そしてまた、検討義務がいかにより具体化されるかについては、個別事案の諸状況次第である、と⁽³⁵⁾。

この点に関連するものとして、さらに次の二事例がある。第一に、国内にあっては違法なギャンブルを提供する海外ウェブサイトのインターネットアドレスにハイパーリンクを張った者は、それによってギャンブル主催者の業務行為を助長することになる。しかしながら、ハイパーリンクを張った者がネット接続につき責任を負うのは、同人が実行に先立ち、法的根拠の検討という期待可能な措置を怠った場合のみである。この場合の法的検討は、裁判外の催促、又は訴えの提起を通じて喚起させられうる⁽³⁶⁾。情報源へのアクセスがもともと一般的に可能であるところ、第三者が張ったハイパーリンクはこれを容易にしたに過ぎない場合、並びに、ドイツ基本法（以下「GG」という）第5条第1項により、第三者が表現の自由又は出版の自由の保護領域内にある場合には、こうした第三者には広範な行動の自由の保障という利益があるため、前述の検討を期待することはできない⁽³⁷⁾。

第二に、インターネットオークションハウスを運営する者は、それによって営業的取引者が偽ブランド品をインターネットプラットフォームに出品する可能性を生ぜしめている。しかしながら、オークションハウス運営者は、自らドイツ商標法第14条第3項又は第4項の意味での商標侵害を犯しているわけでもなければ、故意を欠くがゆえに他人による商標侵害の関与者でもない。また、すべての出品に関して、インターネット上での公開前に、ありうべき権利侵害の観点から調査することは、同人の検討義務に含まれない⁽³⁸⁾。これと同様の

インターネットオークション第一事件)；BGH GRUR 2004, 693, 695 (前出素晴らしい賭け事件)；BGH GRUR 2006, 875, 877 (前出弁護士ランキングリスト事件)；BGH WRP 2006, 1225, 1226 = GRUR 2006, 957, 958 (都市基金 Stadt Geldern 事件)；BGH WRP 2007, 964, 968, 969 (前出インターネットオークション第二事件) = GRUR 2007, 708, 711。

(35) BGH GRUR 2004, 693, 695.

(36) BGH GRUR 2004, 693, 695 f.

(37) BGH GRUR 2004, 635.

(38) BGHZ 158, 236, 251 = WRP 2004, 1287, 1292 = GRUR 2004, 860, 864 (前出インターネットオークション第一事件)。こうした判断を継承するものとして、BGH WRP 2007, 964, 969 (前出インターネットオークション第二事件) 及び WRP 2007, 1168, 1172 (Tz. 38, eBay における未成年者有害図書 Jugendgefährdende Schriften bei eBay 事件) がある。

ルールは、紙媒体メディアについても妥当する。すなわち、出版機関は、違法な内容を含む他人の広告文書を伝達することについて、例外的にのみ責任を負うのである。

命題その5：

特殊不法行為としての妨害者責任を、一般不法行為ドグマ中に位置づけることは可能である。その際、BGB 第823条第1項に基づくところの、故意なき間接的権利侵害に対する行為者関係責任（たとえば製造物責任）との類似性が注目に値する。

ここではまず、違法性ドグマについて述べることからはじめよう。BGB 第823条第1項は、同条所定の権利及び法益の侵害を間接的に導くに過ぎないような故意なき行動様式⁽³⁹⁾につき、行為不法という構成要件を内包するものである。これに対し、結果不法という構成要件は、直接的な行為過程で生じた侵害に限定される。もっとも、両者の境界は、たとえば取引慣行によって画されるなど、あいまいなものである⁽⁴⁰⁾。

法益侵害に直結するような侵害行為については、依然として結果不法という概念が妥当する。ただ、侵害の違法性は、否定的に評価可能な侵害結果に由来するわけではない。違法性とはむしろ、絶対的保護法益を危険に曝すようなかたちでこれに接近することから導出されるのであり⁽⁴¹⁾、それゆえに、たとえば正当防衛を通じて防御することが許される。このことから、結果不法説はいずれ、単に否定的結果のみを顧慮するという態度から脱却して、進行中の侵害関係を評価するようになり、行為不法説と手を取り合うものと思われる⁽⁴²⁾。

(39) 直接的侵害と間接的侵襲の相違については、Larenz/*Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 13. Aufl. 1994, § 75 II 3 b mit weit. Nachw.; *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, 4. Aufl. 2004, Rn. 81 und 87（ドイツ語／アーレンス54頁〈「(2) 結果関連的な違法性」〉及び57頁〈「(3) 状態の違法性」〉）を参照。

(40) *v. Bar*, Verkehrspflichten, 1980, S. 156.

(41) *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, 1996, Rn. 235 und 237; *ders.*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. Aufl. 1995, S. 225 ff., 456 f.; *Deutsch/Ahrens* (注39), Rdnr. 81（ドイツ語／アーレンス54頁〈「(2) 結果関連的な違法性」〉, 訳者）。Larenz/*Canaris* (注39), § 75 II 3 b (S. 366) は、結果回避義務という言葉を用いている。

(42) 今日の通説が行為不法と結果不法の妥協を認める点については、Larenz/

間接侵害に関しては、法益の危殆化に加えて、推定上の債務者に対し、違法を具体化する客観的な義務違反があったとの非難がなされるべきことになる⁽⁴³⁾。これについて、判例上権利保護の拡張が開始された当初に問題となったのが、取引上の安全義務 *Verkehrssicherungspflicht* である。この取引上の安全義務が、のちに、当事者が同一空間で対峙する領域についての責任を超えて一般化され、たとえば製造物責任、あるいは自動車競技や自転車競走といったスポーツ大会主催者の責任として登場するに至る。こうした事態から、専門用語として社会生活上の義務 *Verkehrspflicht* が生まれた。かくして、違法性の評価は、義務違反、すなわち取引上の安全義務違反、さらに一般化していえば、たとえば設計上の欠陥、製造上の欠陥や表示上の欠陥ある製造物を流通させたことに対する責任、又は市場監視義務の違反に対する責任等、他者の法益を保護すべき社会生活上の義務への違反に支えられることになる。

そもそも、前述の「グルンディヒ・テープレコグ」事件及び「身分証明書」事件をめぐる2つの著作権法関連判決からして、製品の安全性欠如に対する製造者責任という一般不法行為法上の問題との多大な親和性を示すものであった。新たな技術は、潜在的に、合法的に活用されることもあれば、違法的又は濫用的に利用される場合もあるところ、著作権法においてであれ、あるいは製造物責任法によってであれ、大雑把な枠組みの責任を課すことにより、こうした技術の展開を萎縮させるようなことがあってはならないのである。

命題その6：

妨害者責任にいう帰責要因とは、意識的な義務違反のことであり、これについては詳細な決定を要する。その際に重要なのは、当該義務違反により、侵害された保護法益にとっての危険が意図的に増大することである。

改めて妨害者責任に目を転じるならば、同責任を根拠づけるための違法性判断は、もっぱら行為義務の存在に負うところ、そこでいう「義務」の実体は、BGB 第823条第1項に由来することで知られた社会生活上の義務にほかならな

Canaris (注39), § 75 II 3 b (S. 366); *MünchKommBGB/Wagner* (Fn. 16), § 823 Rn. 7を参照。

(43) *Larenz/Canaris* (注39), § 75 II 3 b (S. 367); *Deutsch*, *Haftungsrecht* (注41), Rn. 81 bei Fn. 54; *Deutsch/Ahrens* (注39), Rn. 81 (ドイチュ/アーレンス54頁〈「(2) 結果関連的な違法性」〉, 訳者)。

い。この点、競業法における社会生活上の義務を、明文により公然と認めはじめたの判例が、2007年7月12日のBGH「eBayにおける未成年者有害メディア Jugendgefährdene Medien bei eBay」判決である。もっともこれは、ある者がドイツ不正競争防止法第3条に直接抵触する行為に実行者として手を染めたという図式にあって、同人の責任が妨害者原理に従って軽減されることになった、というものであるが⁽⁴⁴⁾。

同判決の根底には、18歳未満の未成年者に対して、ポルノグラフィ的内容を伴う図書の販売が禁止されているという実情がある。こうした図書が、未成年者に対し販売目的で提示されるようなことすらあってはならない。ところがインターネットは、このような法律上の禁止からの逸脱を容易にしてしまう。そこで、有害図書の販売を有効に抑止しようとすれば、それは、この種のインターネットサイトへのアクセスにつき年齢制限が設定されている場合でしかありえない。そして、これを確実に実行できるのは、ひとりインターネットプロバイダのみなのである。

間接的な行為助長者の負うべき行為義務は、しばしば他者の行為の違法性を検討すべき義務と関連している。こうした検討は、もっぱら裁判外の警告を通じて喚起される。しかしながら先の行為義務は、単なる検討にとどまるものではない。検討するとは要するに、将来生じうる他者の権利侵害の危険を除去し、又は減少させる行動を伴うものでなくてはならないのである。その点で、(被害者が) 第三者たる加害者を事後的に特定し⁽⁴⁵⁾、それによって法的訴追を可能ならしめるべく、情報上の安全義務 Informationssicherungspflicht など考慮に値するものといえる。

命題その7：

妨害者責任とは、危険を増加させる技術的・組織的支援により自らの手で助長した他者の直接的権利侵害に対し、何ら介入しなかったことを理由として負わされるところの、過失の有無とは無関係な違法性責任である。

ここで論者は、過失の有無とは無関係の差止請求権が、義務違反というメル

(44) BGH WRP 2007, 1168, 1172 (Tz. 36 ff.).

(45) この点については、OLG Düsseldorf MMR 2006, 553 (人格権侵害に関する追跡を可能ならしめるような、意見フォーラムの主催者による参加者の記録が問題となった事案)がある。

クマールを通じて制約を受ける点につき、なんら異論を差し挟むものではない⁽⁴⁶⁾。重要なのは、ひとえに、過失に代わる違法性の要素として、行為義務をいかに理解するかである。この点、間接的侵害者についていえば、同人によって危険が増大したという点を根拠に、客観的要因たる「帰責性」が浮上することになる。

妨害者責任に関する個別の要件は、一般不法行為法において社会生活上の義務が定式化された際に基礎となった視点に著しく相応するものである。ちょうど、類型的生活実態が特徴づけられ、そしてそれにふさわしい法的枠組み、たとえば GG 第 5 条第 1 項（言論の自由、出版の自由、ラジオ放送の自由）が整備される必要があったように、妨害者責任における要件もまた、同様のかたちで固着されねばならない。おそらく今後の判例は、特殊な行為義務の作出に重きを置かざるを得ないであろう。そこで以下では、ときに妨害者責任に関する全体評価の一角を占めることがあるいくつかの一般的側面を列挙することとしたい⁽⁴⁷⁾。

命題その 8：

間接的侵害者は、侵害の危険を質的に増加させていなければならない。

いかなる妨害者責任にあっても、その根底には、責任を問われた者が、自己の行為でもって直接行為者による侵害の危険を増加させたという事実がなければならない。妨害者と目される者の活動の結果として、危険の質的変化がみられない場合⁽⁴⁸⁾には、人的責任の拡張を正当化するための根拠たる帰責性が存在しないことになる。

それゆえ、次に述べるイエナ高等裁判所の判決は不当である。そこで争いとなったのは、ある金融機関が、違法賭博主催者の事業整理用口座取引ルートを開設したことである⁽⁴⁹⁾。この事案につき、イエナ高等裁判所は、妨害者責任

(46) その意味で、*Jergolla* WRP 2004, 655, 659は誤解している。

(47) これについては、*Fezer/Büscher* (注 3), § 8 Rn. 102も参照のこと。

(48) 「ペーパーボーイ Paperboy」事件をめぐる BGHZ 156, 1, 12 = GRUR 2003, 958, 961は、こうした理由で、シャットアウトされないウェブサイトへのハイパーリンクを張ったことにつき責任を否定している。

(49) OLG Jena GRUR-RR 2006, 134, 136 (インターネットサイト “sportwetten.de” 事件)。なお、これに賛同する評釈として、*Hecker/Steegmann* WRP

の観点から、この金融機関を共働的事件惹起者 Mitverursacher と認定し、差止めを認める判決を下した。しかしながら、取引口座の開設は、やましいところのない社会的行為である。このような社会的に望まれ、又は許容された行為が、個別事案において非難されるべきであるとすれば、それは、たとえば金融機関について、マネーロンダリングに関する罰則が定められ、これに付随するかたちで情報提供義務が明記されるなど、立法者の判断を要する問題となるはずである。

命題その 9 :

侵害状況の検討は、妨害者に対する期待可能性という基準に応じ、当然に段階化されるべきものである。その際、コミュニケーション過程における妨害者の役割が顧慮されねばならない。

BGH は、個別事案における諸事情ごとに、推定上の侵害者が妨害者として侵害状況を検討することにつき期待可能であったか、期待できたとしてそれはいかなる範囲に及んでいたかという観点から判断している⁽⁵⁰⁾。個々の案件にとって決定的なのは、「妨害者としての責任を問われる者の役割、課された仕事、並びに違法な侵害を自ら直接実行したか、又は現に実行する者の自己責任」⁽⁵¹⁾である。こうした定義によれば、プロバイダが他者の行為における違法性を知るために、いかなる努力を尽くさねばならないかという問題をめぐり、いくつかの段階を設ける余地が生じることになる。プロバイダが消極的な態度に終始することで許される場合もあれば、積極的に権利侵害を追及しうる場合もあろう。こうした段階化は、(プロバイダが)他者の違法行為に気づいた時点や、それに対応しなければならなくなった時点以降においても起こりえるものである。

これと関連して、デニック Denic 事件及びナップスター Napster 事件を挙げることができる。デニックは、ドイツ国内において、“de” というトップレ

2006, 1293 ff がある。

(50) BGH GRUR 2004, 693, 695 (前出素晴らしい賭け事件)。

(51) BGH GRUR 2004, 693, 695 (前出素晴らしい賭け事件)。このほかの判決として、BGH GRUR 1995, 62, 64 f. (前出コンクリート保存事件)；BGHZ 148, 13, 18 (前出インターネットサイト “ambiente.de” 事件)；BGH GRUR 2003, 969, 970 f. (前出測量給付広告事件) がある。

ベルドメインのもとで、ドメインネームを低コストで、かつ迅速に登録するシステムを構築している。そこには公共の利益が存する。そのため、申告されたドメインネームによる第三者の氏名権又は商標権の侵害という問題に関して事前調査を行わなければならないといった事態により、デニックのコミュニケーション用インフラ整備が妨げられるようなことがあってはならないのである⁽⁵²⁾。

これに対し、アメリカの「ナップスター」事件の判決は、以上と異なる結果にならざるを得ないものであった。すなわち、著作権法上保護された作品につき、第三者がインターネットを介して、著作権侵害のかたちでデータ交換することを可能にするソフトウェアを提供する者は、なんら寛大な措置の恩恵に浴し得ないのである⁽⁵³⁾。

命題その10：

被害者に対しては、実効性ある権利保護が与えられるべきである。直接的侵害者との関係において効果的な権利保護の実施が十分に可能であるならば、副次的責任たる妨害者責任は排斥されることになる。

ドイツにおいて実効性ある権利保護とは、憲法上の命令を指している。こうした考え方は、BGHも「ペルトゥーシン第二事件」判決においてすでに採用していたものであった。侵害事件の危機に瀕している者にとって、探索し難い不特定多数の直接的侵害者に対して何らかの措置を講じることが理論的には可能であったとしても、(實際上)それは何の役にも立たない。著作権法上保護されたデジタル形式の音楽作品につき、データをインターネットからダウンロードし複製する者を探し出すことは困難である。このような場合において、(直接的侵害者に対する)有効な防御権を保障するためには、ナップスター事件のように、必要なデータ交換及び複製ソフトをインターネット上に置いた者への措置を認めることが肝要である。ここで、氏名、住所といった侵害者に関する情報提供を義務づけることの是非もまた、不法行為法上の請求権付与如何

(52) BGH WRP 2004, 769, 770 (インターネットドメインネーム “kurt-biedenkopf. de” 事件)。これについては *Leistner* GRUR 2006, 801, 805 ff.も参照のこと。

(53) 能動的妨害者と中立的妨害者の対置については、*Leistner* GRUR 2006, 801, 809 f. がある。

とかかわりうる。この場合における他者の情報は、紙媒体による業務記録と電子データのいずれからも判明しうるものであり、したがって情報提供問題は、テレコミュニケーション事業者の持つデータへのアクセスという側面を帯びることになるが、こうした事業者が妨害者としての役割を担うかという点については、なお十分な解明に至っていない。そこで、間接的権利侵害者に対する妨害予防請求権を整備することにより、これに付随する請求権というかたちで、他の侵害者を探索するための情報を求めることが容易になるのである⁽⁵⁴⁾。

間接的侵害者に対する請求権行使に頼らざるを得ないということは、同時に、こうした帰責要因には一定の限界がありえることを意味している。もっとも、この点につき BGH 第 6 民事部は、2007年 3 月27日の「ラムレーズン Rumtrauben」判決において、被害者が直接的侵害者本人を知っており、それゆえに同人に対する権利保護の請求が可能であったとしても、それだけでは（保護の面で）十分でないとしている⁽⁵⁵⁾。ただ、同判決を評価するに際しては、そこにおいて問題となった人格権侵害の「流布」が広義の事実行為であったがゆえに、妨害者責任は名目上問題となっていないという点に注意する必要がある。なるほど、インターネットを媒体とする人格権侵害は、印刷メディアまたはテレビを通じた侵害的言明の流布と近似しており、責任（の発生）ももっともであるように思われる⁽⁵⁶⁾。また、侵害的言明をインターネット上から直ちに削除することが保護にとって有効である点は、注目に値するだろう。しかしながら、それを踏まえてもなお、被害者の直接的侵害者に対する実効的な請求が可能である場合には、他人の言明を流布させたことに関する責任の射程を確定するに際し、これを批判的に検証せざるを得ないのである。

命題その11：

被害者と直接的侵害者の間で調停類似の紛争説明メカニズムがあるならば、それは間接的侵害者に対する請求に優先する。

(54) OLG München GRUR 2007, 419（ラテン語教科書 Lateinlehrbuch 事件、ここでは妨害者責任を基点として、ドイツ著作権法101a 条に基づく説明義務 Auskunftspflicht が問題となっている）、並びに Schrickler/Wild, Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, § 97 Rn. 36d und § 101a Rn. 7を参照のこと。

(55) BGH WRP 2007, 795, 797 = NJW 2007, 2558, 2559 = GRUR 2007, 724, 726（ここでは「意見フォーラム Meinungsforum」が挙げられている）。

(56) これに関連するものとして BGH WRP 2007, 795, 797がある。

上記命題の重点は、裁判外の究明手続を、義務的なものとして定立することにあるのではない。論者としてはむしろ、この命題を通じて、間接的侵害者が法的検討に追従せしめるべき活動とはいかなるものなのかという点を問題としたいのである。もし間接的侵害者が、(自称権利者からの通知を受けてネット上から出品物を削除すれば免責されるという) eBay の Notice and Takedown ルールのような、被害者と直接的侵害者間の紛争解明メカニズムを用意するならば、それは十分な救済装置となりえるであろう。

命題その12：

間接的侵害者による侵害予防措置は、保護法益の重要性を考慮したものでなくてはならない。

2007年7月12日の「eBayにおける未成年者有害メディア」判決は、発禁指定を受けた作品の流布に関するものである⁽⁵⁷⁾。そこにおいて、きわめて広範な保護措置をインターネットプロバイダに義務づけることを可能ならしめたものは、未成年者保護(という理念)であり、未成年者を危険に曝すメディアとの通信販売行為を禁じるという立法者の意思であった。このときプロバイダは、たとえば、対商標侵害としては充分とみなされる程度の予防措置を講じたとしても、未成年者保護の観点ではなお十全とはいえないのである。

命題その13：

妨害者責任の限界は、妨害者と目される者の法的及び事実的行為可能性のうちに見出される。

妨害者は、直接的侵害者の侵害行為に対して介入する法的及び事実的可能性を有するものでなくてはならない。BGHの判例は、すでに早くからこの点を顧慮していた⁽⁵⁸⁾。

(57) BGH WRP 2007, 1168.

(58) BGHZ 14, 163, 174 (コンスタンツェ Constanze 第二事件); BGH GRUR 1976, 256, 258 (前出円盤型計算尺事件); BGH GRUR 1990, 463, 464 (前出商社電話番号事件); BGH GRUR 1988, 829, 830 (前出販売ドライブ第二事件); BGH GRUR 1991, 769, 770 (前出報酬照会事件); BGH GRUR 1994, 441, 443 (前出コスメティックスタジオ事件); BGH WRP 1997, 325, 326 = GRUR

そうした一例として、部屋の用益賃借人 Pächter による権利侵害に対して用益賃貸人 Verpächter が負うべき責任（の有無）に関する問題を挙げておく。ある企業の営業所として使用される予定の借家の所有者たる用益賃貸人は、用益賃借人が自身の事業用にかかる企業標章を選ぶかという問題に対して、なんらの影響力も持たない。ゆえに、用益賃貸人が、用益賃借人によるドイツ商標法第14条または第15条所定の標章侵害を理由として何らかの請求を受けることはないのである。

他方、電子コミュニケーションにおいては、ある侵害が特定の技術的予防措置を通じて当然に阻止される場合に、フィルタシステムの存在が重要となりうる⁽⁵⁹⁾。このとき、個別の事案にあって、間接的妨害者の行為可能性を問うことはできるが、直接的侵害者の行為可能性に比べれば限られたものであるならば、差止判決の内容も、そうした状況に適合するものでなくてはならない。

命題その14：

顧慮されるべきは、組織的予防措置が第三者に及ぼす重圧的作用である。報道機関やインターネットプロバイダ等、コミュニケーション手段の組織統括者に、コミュニケーションの進展を阻害するような権利規制義務を課すことは許されない。こうした組織統括者が、法的状況を不確かなかたちでしか評価できない場合において、万一に備えて公開を拒むなど、検閲官となるようなことがあってはならない。

間接的侵害者が講じるべき侵害防止措置とかかわるものは、単に被害者と間接的侵害者の関係、並びに被害者保護の有効性だけではない。ここではまた、組織的予防措置が、直接的侵害者と目される者も含めて、第三者に与える効果といったものが顧慮されるべきである。商標侵害の場合、たとえば、商標に由来する権利が消尽してしまうことがありえるが、このような場合には、侵害をめぐる権利主張があいまいなものになることがある。このとき、コミュニケーション過程の責任軽減を考える組織統括者が、リスク回避を願うあまり、本来

1997, 313, 315（前出設計コンペ事件）；BGHZ 148, 13, 17（前出インターネットサイト“ambiente. de”事件）。

(59) この点については、BGH WRP 2004, 1287, 1292 = GRUR 2004, 860, 864（前出インターネットオークション第一事件）及び *Lehment* GRUR 2005, 210, 212の評釈を参照のこと。

は可能かつ合法的な第三者の言論又は行為を抑圧するために、自らの地位を利用するようなことがあってはならない。こうした理解は、報道機関の責任につき承認されている⁽⁶⁰⁾。

命題その15：

被害者は、自身も可能な限り防護措置を講じなければならない。同人は、たとえば、技術的な保護措置を講じるとか、税関押収措置手続に着手するなどの手段に訴えるべきである。

一般不法行為法から明らかなように、不法行為における権利者が、期待可能な安全確保措置によって自ら侵害を防止することができる立場にあり、そしてもし当該措置を講じていたならば、後に侵害されることになった権利又は法益も危険に曝されないで済んだものと考えられる場合には、同人は、加害者と目される者に対して、発生した侵害に関する責任を追及することができない⁽⁶¹⁾。これは決して共働過失 *Mitverschulden* の問題ではなく、むしろ責任根拠をいかに適切に形成するかが問われているといえる。

「ペルトゥーシン第二事件」判決における事実関係によれば、ここで掲げた命題の意義が明らかとなる。すなわち、今日の法的枠組みによれば、急迫する製品海賊行為により被害を被るおそれのある者は、EU 規則 No.1383/2003⁽⁶²⁾ 又はドイツ商標法第146条以下に基づく税関押収 *Zollbeschlagnahme* の手続を利用することができる⁽⁶³⁾。その結果、運送代理店又は運送業者に対する妨害予防請求権は、必ずしも主位的請求とはなりえないのである。

他方、「ペーパーボーイ Paperboy」事件では、原告である新聞社が、技術的な保護措置を講じなかった点が争われた⁽⁶⁴⁾。本件事件の被告は、新聞ニュ

(60) この点につき詳細は、*Ahrens in Gloy/Loschelder* (注1) § 73 Rn.73を参照のこと。

(61) 同旨 *Spindler/Volkman* WRP 2003, 1, 7.

(62) 知的財産権侵害の疑いのある貨物に対する税関の措置、並びに知的財産権を侵害している貨物に対する税関の措置について定める理事会規則 *Council Regulation* のこと。なお、詳細につき、<http://www.globalmarks.co.jp/pdf/104.pdf> を参照した (訳者)。

(63) これについては、*Ahrens/Spätgens*, *Der Wettbewerbsprozeß*, 5. Aufl. 2005, Kap. 63 Rn. 28 ff. を見よ。なお、貿易上の通過をめぐり EuGH GRUR Int. 2000, 748, 750, Tz. 27 (ポロ・ラルフローレン Polo Lauren 事件) がある。

ースに関するインターネットサーチエンジンを運営する者である。このサーチエンジンは、世界中の数百に及ぶニュース提供者がインターネット上に開設したウェブサイトを有効活用するものであった。ここでもっばら問題となるのが、ウェブ上で提供された新聞記事のタイトルである。新聞記事は、著作権法上保護されているところ、被告は、見出しを列挙して、アクセス可能な新聞記事の目録を作成し、読者に当該記事を読めるようにしていた。ところが、この提供された新聞記事には、ディープリンクを経由し、新聞社のトップページを迂回するかたちでアクセスすることになっていた。その結果、読者はトップページに掲載され、新聞社のインターネット収益を資金面で支える広告を目にすることなく通過してしまうことになった。そこで新聞社が、こうした事態は不正競争行為に当たると主張した、というのが事案の概要である。これに対してBGHは、原告が、著作権法に基づき自身に留保された収益を守るために、トップページ迂回という事態に備える技術的な安全確保措置をなんら講じていなかったとの理由で、同人の訴えを退けたのであった。

命題その16：

副次的かつ「二次的」責任たる妨害者責任は、直接的侵害者の責任に従属するものである。このとき直接的侵害者は、違法に行為していなければならない。

いみじくもBGHは、直接的侵害者の違法な行為こそが、間接的な行為助長者の負うべき自己責任にとっての前提とされなければならない点を強調している⁽⁶⁵⁾。したがって、BGH自身が、刑法上の共犯概念に依拠しつつ定式化してみせたように、「従属性要件」が妥当する⁽⁶⁶⁾。こうした要件の存在が、(妨害者責任の)二次的責任としての性格を際立たせているのである。

(64) BGHZ 156, 1 = GRUR 2003, 958.

(65) BGH WRP 1997, 325, 326 = GRUR 1997, 313, 315 (前出設計コンペ事件)；BGH GRUR 1997, 473, 475 (老練な請願パートナー Versierter Ansprechpartner 事件)；BGH GRUR 2000, 613, 615 (サンスーチ・クリニック Klinik Sanssouci 事件)；BGH GRUR 1991, 540, 541 (前出料金揭示事件)。

(66) BGH GRUR 1997, 313, 315；同旨 BGH GRUR 2003, 969, 970 (前出測量給付広告事件)。

結 論

以上のとおり、妨害者責任とは、ネガトリア的防御請求権のために生み出された寄与形態である。同責任は、知的財産権又はドイツ不正競争防止法の定める行為規範への急迫侵害をめぐる特殊不法行為法上の存在である。妨害者責任は、判例法により、BGB 第823条第1項所定の権利及び法益を予防的に保護すべく、一般不法行為法においても利用可能である。このとき、差止め及び妨害排除に関して課される間接的権利侵害者の責任が、BGB 第830条第1項1文及び2項につき刑法から継承した狭い構成要件と結合することにより、制約を受けるようなことがあってはならない。

妨害者責任を通じて、権利保護の有効性はいやがうえにも増すことになる。行為者の背後にひそむ行為者は、しばしば直接的侵害者よりも容易に特定することができ、のみならず、自己の統括する組織又は自己の技術的設備でもって侵害リスクを頻繁に増大させるものであり、それゆえに、将来の侵害防止のためにも、請求の相手方たねばならないのである。間接的権利侵害者に対して妨害予防請求権を準備することは、同時に、直接的侵害者調査のための照会を行うという付随的請求権の付与をも容易にする。

最後に、権利及び法益の故意なき間接的侵害については、いわゆる社会生活上の義務違反に基づく責任が浮上する。そのため、諸々の行為義務を事案ごとに顧慮した上で新たな領域に特有のかたちで具体化すること、並びに、こうした作業を通じて妨害者責任の外延を明確に画することこそ、判例に課された責務なのである。