

【査読論文】

情報財取引における違法コピー制御策と自力救済 Illegal copy protection and self-help in computer information transaction

中央大学大学院戦略経営研究科
ビジネス科学専攻（博士後期課程）
太田 元哉

This paper was written with the awareness of the issue that the measures to prevent illegal copying in the computer information transaction may serve as the self-help in the civil law. Therefore, the paper first considered the rationale of the self-help in conventional civil law theory, followed by confirmation of the requirements based on the cases. These examinations indicated that recent lower court judgments put more emphasis on social convention, in other words, whether the act in question was acceptable or not based on social convention”, than the requirements that had been clarified by Supreme Court rulings. This point is significant as self-help is principally prohibited and illegal in Japan, with exceptions when certain requirements are met. Such thorough studies to conclude that self-help in computer information transaction should be permitted under certain circumstances as well, however, only with some degree of strict requirements being provided and met. Granting of permission for preventive measure exceptions as self-help would be the best way at present both for businesses and consumers.

[Key Word]

illegal copy protection, electronic self-help, computer information transaction, requirement, social convention

【目次】

序：問題の背景

I. わが国の違法コピー制御策の現状と自力救済

1. 違法コピー制御策の現状
2. 違法コピー制御策と自力救済

II. わが国における自力救済

1. 自力救済の概念
2. 占有訴権と自力救済
3. 不法行為と自力救済
4. 物権的請求権による費用負担と自力救済

III. 自力救済に関する判例・裁判例の動向と要件

1. 最判昭和40年12月7日（民集19巻9号2101ページ）
2. 最近の裁判例－自力救済を認容する立場を中心に
3. 要件の検討

IV. 情報財取引での違法コピー制御策と自力救済（結びにかえて）

序：問題の背景

本稿は、違法コピーに対する事業者の制御策が自力救済にあたり、制御策自体が違法になるのではないかとの問題意識のもと執筆された。この問題意識を持つにいたったのは、以下のような状況による。

2011年7月24日正午、地上波テレビ放送電波のアナログ波が停波され、我が国における地上波テレビ放送も地上デジタル放送（地デジ）に移行された。ちなみに衛星放送である110度CS放送は2002年3月、BS放送は2000年12月にデジタル波に移行している。

こういったテレビ放送のデジタル化により何が変わったか。変わった点は様々あるが、ここでは、デジタル化がテレビ番組の録画（番組のコピー行為）に及ぼした影響を考えたい。というのも、テレビ放送のデジタル化により、放送送信者側に、アナログ波では不可能だったコピーガードが可能になったからである。そうなった最も大きな原因は、アナログ波での映像が、例えばビデオテープ（これもアナログ方式によるコピー）に録画されると、必ず画像が劣化する。アナログ方式によるコピーは、繰り返しコピー（いわゆる「孫コピー」「曾孫コピー」）をしていくと、その回数に比例して画像も劣化していった。しかし、デジタル放送をHDD¹⁾・DVD・BR（ブルーレイディスク）²⁾というデジタル方式の媒体にコピーしても画像の劣化は一切ない。つまり、こと画像に関して言えば、元のオリジナル映像（原本）とコピーの区別がないのである。さらに、インターネット回線のブロードバンド化に伴い、大容量データの高速送信が可能となった。これにより、視聴者がデジタルテレビより録画したデジタルデータを、インターネットにより自己作成のサイトや、いわゆる「動画配信サイト」³⁾へ送信する行為が多発している。つまり、世界中の不特定多数の人々が、テレビを見ることなく、誰かが当該サイトに送信した動画を見ることにより、理論的には劣化していない⁴⁾コピー動画による番組を視聴するようになったのである。こういった状況に対して、テレビ局は、地上波デジタル、BSデジタル放送については、「ダビング10」⁵⁾、有料のCSデジタル放送では「コピー・ワンス」⁶⁾等のコピー回数制限等の対応等、対策を練っているが、いずれも違法コピーの抑止以上の効果はあげていないのが現状である。このため、コピーを完全に防ぐことは事実上不可能だという現実を踏まえ、テレビ各局は、先のコピー制限以外には、ウォーターマーク（watermark）と呼ばれる一種の電子透かしで、著作権表示などのために静止画像や動画に写し込まれる小さな図案や文字を映像に加える方法を採用するにとどまっている。

もっともテレビ局もこの状況を決して良としているわけではなく、新しいコピー制御方法の開発を続けている。例えば、2010年8月、日本放送協会（以下、NHK）は、株式会社日立製作所と共同で、高解像度の動画ファイルを低解像度に変換した際、データのメタデータを当該動画ファイルに埋め込むことができるトランスコーダー（変換機）を開発したことを発表した。また、2011年10月、やはりNHKは、三菱電機株式会社と共同で、今度は高解像度のハイビジョン映像について、高画質を維持したままメタデータを電子透かしとして埋め込み・再生が可能な商品の発売を発表⁷⁾した。

現状ではこれら技術をもってしても、コピーによるデータ流出は完全には防げないだろうが、やがて遠くない将来には、不完全ながらも相当強力なコピー制御技術が開発されるであろうことは想像に難くない。そうなると制作者側の著作権も一定守られることとなる。

このように、制作者・提供者側にとっての技術は着々と開発している。これは制作者・

提供者にとっては朗報であろう。しかし、そこでふと考えるのが、利用者側のことである。確かに違法コピーをする者を擁護する気はないが、そのために適法にコピーする者の使い勝手が悪くなっては本末転倒であろう。さらに、大きな問題としてこれらの違法コピー制御が、民法で禁止されている自力救済にあたる可能性がある、という点である。結局のところ、消費者が満足できないサービスは、一見便利で、一時期もはやされたとしても、やがては衰退していく。一方で、完全に消費者に目がむいてしまい、制作者・事業者にうまみがなければ、これまたその事業に参入する者はいなくなり衰退していく。消費者も一定満足し、制作者・事業者も一定満足する、もちろん法的問題もない、これが理想である。

そこで、本稿ではこういった問題意識のもと、自力救済の概念を確認、違法コピー制御技術の現状を把握し、さらに今一度自力救済の原則についての法的問題の整理を行った上で、自力救済として不法行為とはならない違法コピー制御策のあり方を模索する。そのためには、要件の検討が最重要になると思われる。

Ⅰ.わが国の違法コピー制御策の現状と自力救済

1. 違法コピー制御策の現状

先述のように、主にインターネットにおける動画配信サイト等への動画流出は状況的にかなり厳しいものである。このため、テレビ局はメーカー等と共同でコピー制御技術の開発を行っている。本章ではその現状を確認する。

現在、最も多く使われている違法コピー制御技術は、「電子透かし」⁸⁾と呼ばれるものである。これは、人間に知覚できないように情報を不可分に埋め込み・検出する技術である。具体的には、オリジナル画像の色や明るさのデジタル情報に、人間が知覚できない程度の微小な変更を加えて（従って、オリジナル画像と透かし埋め込み画像は、基本的に見た目は同じとなる）埋め込み、その後、その微小な変更を読み取り、埋め込んだ情報を検出するというものだ。この埋め込んだ情報をメタデータ（metadata）という。具体的には制作者名（著作権者名）・コンテンツタイトル・発表年月日等のコンテンツ管理情報、視聴やコピーの可否をコンテンツ毎に指定する機器制御情報といった制作者側に有益な情報の他、不正流出元を特定するための配布先のID、動画配信サイト等に動画ファイルや画像ファイルをアップロードする際に登録する「タグ（tag）」等の違法コピー対策のための情報も含むとされている。こういった性質を持つメタデータであるが、実はまだ技術的に完成したとは言い難い状況がある。例えば、削除や書き換えが容易にできるため、不正者により違法コピー対策の情報を操作されてしまう可能性がある点、先述の通りメタデータを埋め込むにはオリジナル画像の情報に微小な変更を加えることにより行うが、これはすなわち画像が劣化することである。確かに見た目が変わらない程度というものの、メタデータの量が増えれば、変更箇所も増え、その分画像も劣化するという理屈になる。これをどの程度まで許容するかという点、メタデータを電子透かしとして埋め込まれた画像に圧縮・拡大・縮小・各種フィルタ等の処理を施した場合、メタデータが消失してしまう可能性がある点、検出の際、異なった情報を検出したり、オリジナル画像から情報を検出するという誤検出の可能性がある点等である。現在、各社、こういった欠点を少しでも補う技術の開発を行い、商品化しているという状況である。そういう形で開発された技術について、以下に述べる。

2010年8月31日NHKは、株式会社日立製作所と共同で、高解像度の動画ファイルを、例えばインターネット上での使用のため、低解像度に変換した際、メタデータを画質の劣化を抑えながら、知覚できない程度に変換し、当該動画ファイルに埋め込むことができるトランスコーダー（変換機）を開発したことを発表した。このメタデータは専用ソフトで検出可能なものなので、データ流出対策への貢献が期待されている。

2011年10月27日、やはりNHKは、三菱電機株式会社と共同で、今度は高解像度のハイビジョン映像について、ハイビジョンの高画質を維持したままカメラ設置場所や放送中継車の位置情報・時刻をはじめ録画した者のユーザーID等のメタデータを目視では判別できないように電子透かしとして瞬時の埋め込み・再生が可能な商品の発売を発表した。これは、映像の符号化や変換後も埋め込まれた電子透かしが検出できる高い電子透かし耐性も保持している。

映画館で上映中の映画等をビデオカメラで盗撮するのを防ぐ技術について、2009年9月17日、国立情報学研究所（NII）は、シャープ株式会社と共同で開発したと発表した。これは、人間の目とイメージセンサーの違いを利用し、カメラには写るが目には見えない赤外線ノイズとして投影スクリーンに重ねて表示し、盗撮映像を無意味なもの、つまり、動画配信サイトへ送信しても無意味な映像になるばかりでなく、不正者本人も視聴しにくい映像になるというものである。本技術では、人間の目とCCDやCMOSなどのイメージセンサーの分光感度特性（光の波長ごとの感度）の違いを活用する。しかし、この技術は、商品化するためにはもう少し開発が必要なようである。

2008年3月24日、株式会社ジーフォーテクノロジー（G4T）は、動画コンテンツにメタデータを埋め込む「acuagraphy Moviemark（アクアグラフィ ムービーマーク）」およびデジタル音源にメタデータを埋め込む「acuagraphy Audiomark（アクアグラフィ オーディオマーク）」の販売を開始した。本製品の特徴は、「acuagraphy Moviemark」「acuagraphy Audiomark」とともにダウンロード販売データに、リアルタイムに会員番号などの購入情報を埋め込めば、不正にコピーされてインターネット上に公開された場合、いつ誰がどこで購入したのかが検出でき、不正利用の抑止効果が期待できる点、「acuagraphy Moviemark」については、動画再生中にメタデータを検出すること可能なことで、これによりストリーミング配信の動画からも検出可能となっている点、「acuagraphy Audiomark」については、音声ファイルに対しての埋め込みスピードが音源実時間の3～5%程度である点であろう。価格はいずれの場合も400万円からとなっている。しかし、本商品は現時点ですでに販売開始から3年半以上経過しているが、今一つ普及していない感じが強い。やはり、まだ未解決の問題があるからか、価格の問題なのかは不明である⁹⁾。

以上、最近の四つの技術（①NHK+日立、②NHK+三菱、③NII+シャープ、④G4T、）をみてみた。このうち、電子透かしが三つ（①②④）、それ以外の技術が一つ（③）である。また、このうち、実用化されているものは二つ（②④）あるが、動画配信サイトの状況をもてなかなか浸透しているとは言い難い状況がある。電子透かし技術三つ（①②④）のうち、すべては人間に認知できないメタデータの埋め込みで、④のみ違法コピーデータの再生時ノイズを発生させるものである。

いずれの方法にしる、電子透かしを使った場合、電子透かしによってメタデータに埋め込む技術（①②④）では、盗撮・違法コピーした場所・時間・機器等の特定ができて

不正者を特定することは困難である。また、現段階では、メタデータそのものも削除・変更を完全に防ぐことは不可能なようである。加えて、現状では、インターネット上にアップロードされているコンテンツを多くの場合、複数の電子透かし専用ソフトで読み取り、違法かどうかをチェックの上、著作権者自らが権利主張をするのが実態で、そのために多くの時間と費用が必要である。結果、違法コピーを心理的に抑止する効果はあるが、防止策にはなっていない。

以上、わが国におけるコピー制御技術を概観してみたが、やはり技術的に未だ発達の成果を待つ段階を超えていない。完全に技術に頼るのは今少し時間がかかりそうである。とはいっても、近い将来には不完全ながらも、相当強力なコピー制御技術が開発される可能性が高い。

2. 違法コピー制御策と自力救済

今見てきたように違法コピー制御策の技術は日進月歩で開発されている。しかし、ここで本稿冒頭に示した懸念に戻るのである。仮に技術的に非常に高いコピー制御策が開発されたとしても、それが自力救済行為に該当し、違法である、という判断を受けた場合の損失はあらゆる意味で大きい。こういう事態はまず避けなければならない。

そもそもテレビ放送に限らず、情報財と呼ばれるデジタルデータによる商品の取引では、原則売買契約ではなく、使用許諾契約（ライセンス契約）が結ばれるのが一般的である。これは、デジタルデータの場合、無数の劣化しないコピー（複製）の作成が可能のため、売買契約により所有権を移転してしまうと、またたくまに複製、といっても実質はオリジナルと同じ品質の商品がインターネット上に出回り、ひとたび複製が出回れば、複製が複製（これも品質的にはオリジナルと同等）をよび、本体商品が売れなくなるばかりか、権利者ではない者が売買を行うなどの不正行為が横行してしまうからである¹⁰。これを避けるため、当該デジタルデータの使用を権利者が利用者に許諾する権利、逆にいえば使用が許されるのみで、処分等はゆるされない、転売は違反であるライセンス契約が締結されているわけである。

しかし、実態に目を向けてみるとデジタルデータの違法コピー（実態はオリジナル）がなされ、転売や譲渡がなされる例が多数みうけられる。当然権利者側としては違法コピー自体の転売・譲渡はもちろん、できれば違法コピー自体をできないようにしたいのが本音である。その中の一つの技術が、先述した電子透かしであるが、これも現状抑止効果以上は望めない段階である。しかも、この技術は一律に制御策を施し、それにより画質や音質が劣化したり、場合によっては何らかのトラブルの原因となる可能性をもっているのである。つまり、当該デジタルデータ商品の利用者全員が被る不利益となる。電子透かしとは異なるが、やはりテレビ放送（CS 放送）のコピー制限、コピー・ワンス等もディスク不調によるコピーミスも1回とカウントされるため、結果当該番組のコピーは不可能になる等、使い勝手の悪さがある。こういった不利益は本来、侵害行為者に対してのみなされるべきであるはずだ。これが現状、侵害行為が起きる前に手を打っておいて、権利侵害が起きたら司法手続きをとらずに、例えば当該データの破壊あるいは無効化といった自らの権利行使を行っている。これは「自力での権利の行使・実現」たる自力救済そのものではないだろうか。デジタルデータの場合、確かに一度データが公開されてしまうと、拡散スピ

一ドは非常にはやく、事実上防止策はない。仮に違法コピー制御策が自力救済に該当するとしても、例外的に認めることはできないだろうか。このことを考えるためには例外を認める要件を検討する必要があるだろう。

技術開発には莫大な時間・費用・労力を伴う。このため、せっかく開発された技術が自力救済に該当するため、違法、禁止、というのではあまりにも社会的資源の無駄である。そこで、本稿では、せめて自力救済とはならないコピー制御策の方向性だけでも示すことにより社会的資源の浪費を避けることに貢献できるのではないかと考えている。

そこで、以下よりまず「自力救済」に関する検討に入っていきたい。

II. わが国における自力救済

1. 自力救済の概念

まずは、わが国における「自力救済」概念の検討から始める。

「自力救済」とは、民事法の概念であり、同じような概念として刑事法での「自衛行為」、国際公法での「自助」と呼ばれるものがある。通説によると民事法での自力救済は、広義に「自力での権利の行使・実現」と理解されている。そして、この自力救済は原則禁止され、その行為は違法とされている。しかし、例外として当該行為が、(1) 正当な請求権が存在し、その保全を目的としている、(2) 事情が緊急である、(3) その手続きが正当である、という要件を満たしている場合、容認されるといわれている¹¹⁾。一方で、「自力救済とは法手続きによつては請求権の実現が不能または著しく困難となるような場合に、自力で請求権を保全する行為であるが、……正当防衛、緊急避難と並ぶ違法性阻却事由の一つである」とする説¹²⁾もある。この説によると、自力救済は違法性阻却事由の一つというわけだから、通説の原則禁止・違法とは正反対の捉え方である。このように、自力救済の概念は必ずしも明らかではないといえる¹³⁾。というのも、わが国における民法では、旧民法以来、現行民法典にも自力救済に関する一般的な規定は、禁止的なものも許容的なものも存在しないのである¹⁴⁾。このため、自力救済に関する問題を検討する際は、その理論的根拠と要件が重要になってくるのであるが、この点については次節¹⁵⁾にて検討を行う。なお本稿では、以後、通説的概念にのつとつて「自力救済」という言葉を使う。

もっとも、「原則違法で禁止するが、例外を認める」というのは、概念定義としてやや歯切れの悪さを禁じ得ない。「認める」のならば、合法として認めた方がよいようにも思う。しかし、自力救済の理論的背景を考えると、どうしても「原則違法」としなければならない理由があるのである。自力救済禁止の理論的背景は、「法の支配」(rule of law)¹⁶⁾に求めることができる。「法の支配」とは、国民は社会生活権利関係において専制、恣意的権力に支配されることなく唯一民意を反映した適正合理的な法によつてのみ支配されるという原則である。この原則は、イギリスにおける恣意的な国王等国家権力により国民の人権が不当に侵害されたことから国民の意思に基づく適正合理的な法律によることなく国民の権利は制限、剥奪を受けないというルールを確立したことに始まる英米法の基本原理である。その原形は13世紀イギリスのマグナカルタにあり、イギリス名誉革命¹⁷⁾、アメリカ独立戦争¹⁸⁾等多くの戦い・犠牲により近代的法の支配の基本的内容が確立されていったのである。それは、国民の個人の尊厳、基本的人権を保障するための司法権(裁判所)を番人、この担保として適正公平な法の成立・判断・執行を行おうというものである。戦後、

英米法を引き継ぐわが憲法においても、その内容は具体化され、規定¹⁹⁾されている。法の支配の最終目的は、公的裁判所を通じて国民の権利関係を適正な法律の適用により保護しようとするものなので、国民相互私人間の紛争を裁判所の介入なくして自力救済により恣意的に解決することは、論理的に認められないということになるのである。以上より、自力救済については、その経緯を考えると「原則禁止・違反」と考えるのが妥当である。

逆に考えると、自力救済については、裁判その他の公的な権力によって私人の権利を実現し保護するシステムが確立している近代国家ゆえにはじめて禁止できるということになる。このシステムが確立していないと禁止できないのである²⁰⁾。刑事法にいう「自救行為」も同様の理屈で認められる。わが国現行刑法によっても、直接的に自救行為を認める条文は存在しない。しかし、民法と違い、刑法には適法視される自救行為の存在を前提にしているかのような規定²¹⁾や正当行為による違法性阻却についての規定²²⁾が存在する。このため、判例・学説は諸外国の立法・学説を参考にし、あるいは上記規定の精神を類推する等の構成により、例外的に自救行為が適法視される場合があること、解釈上の違法性阻却があること²³⁾を承認してきた²⁴⁾。

一方、国際公法では事情がやや異なる。近代以降、国内社会は国家という統一的な権力機構が存在する集権社会となった。このため、国内法に反する行為が行われると、国家権力を背景とした司法機関（裁判所）により統一的制裁がなされたり、個人の権利が保護されうるのである。それゆえ、民事法での「自力救済」、刑事法での「自救行為」が原則禁止・違法とされている訳である。対して、国際社会にはそのような統一的権力機構は存在せず、主権を有する国家が多数並立する分権社会である。このため、国際法に反する行為に対して統一的な制裁はなされず、伝統的に自助（self-help）という手段で他国の違法行為に対処してきた。つまり、損害を被った国が自らその救済を図ってきたのである。具体的な法制度として、復讐（reprisal）、自衛権（right of self-defence）、戦争（war）といった物理的の対抗手段が伝統的に認められてきた。もっとも、今日においては戦争の禁止に加えて武力の行使を伴う復讐も制限されるにいたったが、他国による権利の侵害に対しては依然として自助としての対抗措置（countermeasures）を採る権利が広く認められている²⁵⁾。

本節では、自力救済は、「原則禁止・違法」であるという前提のもと論を進めることは確認しておきたい。

2. 占有訴権と自力救済

前節では自力救済の概念について検討したが、本節から、もう少しつっこんで、自力救済の理論的根拠について検討する²⁶⁾。

自力救済の禁止が最も明確に出ているのは占有訴権²⁷⁾の中においてである²⁸⁾。

占有とは、何かある物を自己のために支配していることをさし、所持者に占有権という権利を与える（民法180条）。例えば本稿注13)で示した「自転車泥棒の被害者が、後日その自転車を発見したときに力づくで犯人から取り戻す」という事例で考えると、この自転車の所有権は本来の持ち主、この場合の被害者にあり、これは当該自転車を盗まれた前と後では何ら変更はない。しかし、自転車泥棒の犯人は、当該自転車を盗んだ時から、当該自転車は事実上の支配下におかれるわけだから、占有権という権利が発生するのである。これに伴い、本来の持ち主、被害者の占有権は盗まれた時点で消滅することになる。この

ため、もしこの事例のように本来の持ち主が、当該自転車を発見したとき、力づくで犯人から取り戻した場合、占有権者である犯人は、訴訟を起こし当該自転車の返還と損害賠償を要求することができる（民法197条及び200条1項）。一方で、本来の持ち主には、本権である所有権に基づく返還請求が認められている（民法202条1項）。さらに、占有の訴えについては、本権に関する理由に基づいて裁判をすることはできない（民法202条2項）。つまり、例えば、占有者からの占有保全の訴えに対して、所有権者は所有権が自分にあることを抗弁として提出できないということである。本来の持ち主にすれば、「力づくで取り戻す」などということはず、最初から訴訟を起こし所有権に基づく返還を請求したり、妨害排除の訴訟を提起すればよかったのである。つまり、ここに民法が「力づくで取り戻す」という自力救済を原則禁止している根拠を求めるのが通説的見解である²⁹⁾。なお、判例は占有の訴えに対する本権に基づく反訴は認めている³⁰⁾。

3. 不法行為と自力救済

不法行為とは、他人に対し害を加えた者が損害賠償させられる制度である（民法709条）。ただし、これには不法行為成立の要件の一つである違法性が欠けているため賠償金を払わなくて済む場合がある。その違法性阻却事由にあたるのが、まず正当防衛（民法720条1項）である。これは、例えば、強盗から逃げることができず、やむなく反撃に出たところ、相手を殺傷してしまったという場合だ。さらに「緊急避難」（民法720条2項）で、これは大きな犬が襲いかかってきたため、とっさに棒などでなぐって犬を殺傷したような場合だ³¹⁾。この二つについては、違法性が阻却され、不法行為は成立せず、結果、損害賠償義務も生じないと条文に明記されている³²⁾。

それでは、先の事例、すなわち本稿注13)で示した「自転車泥棒の被害者が、後日その自転車を発見したときに力づくで犯人から取り戻す」という場合はどうだろうか。ここでは、加害現場での反撃ではないから、正当防衛や緊急避難には当たらない。古来の学説は720条を類推解釈して賠償責任を負わせない、あるいは反対解釈により実力行動はあくまでも不可で賠償責任を負わせるべき等見解が分かれてきた。昨今では、結論については前者の考え方、すなわち賠償責任を負わせないという考え方が有力だが、この考え方だと自力救済は、正当防衛・緊急避難と並ぶ違法性阻却事由の一つとなってしまう³³⁾。ちなみに、判例では、自力救済は原則禁止・違法とするが、一定かつ大変厳しい要件のもと例外的に許容されるとしたのが、最判昭和40年12月7日（民集19巻9号2101ページ）である³⁴⁾。やはり、違法性阻却事由の一つ（原則適法）という位置づけではなく、本判決のように厳格かどうかはともかく、前節・本節のまとめとして、本稿II-1で述べた通り、自力救済についても原則禁止・違法とし、一定の要件のもと例外的に認めるべきである。むしろ検討すべきは要件だという点を確認しておきたい。

4. 物権的請求権における費用負担と自力救済

上記のように所有権が侵害された時に与えられる民法上の保護として、不法行為による保護がある。しかし、不法行為による保護の内容は原則、侵害者への損害賠償請求権が発生するというものである。侵害された所有物によっては、金銭による賠償よりも、物の返還や侵害の排除を求める場合もありうる。そこで、民法においてこの機能について所有権

を根拠として認めたのが物権的請求権（＝物上請求権）である。しかし、実はこの物権的請求権についても、現行民法には規定がないのである。

そこで、理論的根拠をどこにおくかという問題になるが、一つは、これを認めないと所有権があるといっても無意味になるため、当然の前提と考える、あるいは、所有権などに基づく物権的請求権については民法189条2項や202条1項に「本権の訴え」という表現があること、民法191条に「回復者」という表現がでてくることを根拠に、民法が物権的請求権を前提としており、それは「本訴の訴え」として定められていると考える。さらに、占有という事実関係にすら（1）占有保持、（2）占有保全、（3）占有回収という占有訴権によって守られているのだから、いわんや所有権おやとする考え方、いずれにせよ、物権的請求権という民法に規定されていない請求権について、それを承認するという点について、判例・学説ともに異論はない。

わが国で認められる物権的請求権は次の三つ、すなわち（1）返還請求権、（2）妨害排除請求権、（3）妨害予防請求権である。ところで、この物権的請求権は、何を請求する権利なのか。実はこの点についてもわが国では統一的な見解が存在するに至っていない。代表的な考え方は（a）行為請求権説：相手の妨害行為をやめろと請求するとする説、（b）忍容請求権説：不法占拠物を撤去することについて、文句を言わないでくれと相手方の忍容（我慢）を要求するとする説、である。ちなみに（a）行為請求権説は判例の立場である³⁵⁾。

例の本稿注13)で示した「自転車泥棒の被害者が、後日その自転車を発見した」という例で考えてみる。被害者が「力づくで犯人から自転車を取り戻す」という行為は、先述の通り自力救済にあたり、「原則禁止・違法」で、民法上不法行為にあたる。このため、被害者は犯人に対して訴訟を起し、所有権に基づく返還請求を行うことになる。この裁判に勝訴すると「犯人は被害者に自転車を引き渡せ」という判決が得られるが、これで犯人がおとなしく自転車を引き渡せばこの問題は終わる。問題なのは犯人が任意に履行せず、自転車を引き渡さない場合である。この場合、執行官が犯人のところへ行き自転車を強制的に取ってくるという国家権力を使った強制執行となる。しかし、それには費用がかかるわけで、これを誰が負担するか、ということが次の問題となる。被害者の返還請求権の内容を犯人に対して自転車を返せという行為の請求だと考えると、執行官が行った行為はもともと犯人がしなければならぬものだから、費用は当然犯人が負担することになる。これが行為請求権説である。

では、「Bの土地上の立木がAの土地上に倒れ落ちた」という場合ではどうだろうか。この場合、AがBに対し、土地所有権に基づく妨害排除請求権を行使し、Bに対して、Bの費用で倒木を除去する、という行為が請求できるという点は問題ない。では、Bは、今回立木が倒れてしまったことに対して無過失だったとしたらどうだろうか。当然、無過失であったとしてもAのBに対する妨害排除請求権の行使にはなんら影響を与えない。しかし、そうなるとBは無過失にも関わらず、倒木除去にかかる費用を負担しなければならないのか、という問題が発生する。さらに、BがAよりも先にAに対して倒木の返還請求権を行使すると、今度はAの費用負担になってしまう。このように早いもの勝ちになってしまうことは好ましいことではない。なぜ、こうなったかということ、それは物権的請求権を行為請求権と捉えたからに他ならないという理屈になる。そこで、（b）忍容請求権説である。

これは、Aが自分の費用で倒木（妨害状態）を除去するのをBは忍容し、黙って見てほしい、という考え方である。ただし、木が倒れたことについてBの不法行為が成立する場合は、民法709条によりAはBから費用を回収できるとされている。もっとも、この説にも侵害が相手側の所有物から生じているのに、費用を請求者が負担するのは、結論の妥当性が保たれないという批判がある。

さらに、(c) 行為請求権修正説（我妻説）というのがあり、物権的請求権の内容は、行為請求権であり、費用は相手方負担であることを原則とするが、例外として、所有物返還請求や相手方が積極的に関与して目的物を侵奪したのではない場合には、忍容請求権と捉え、費用は請求者負担とするという説である。しかし、この説にも妨害排除・予防請求の場合は、不可抗力でも常に相手方の費用負担になってしまうし、返還請求においてのみ例外を認める根拠が不明であるとの批判がある。

このように費用負担の問題を考えると、物権的請求権だけでは説明しきれず、解決法が見えてこないのである。そこで、ここに自力救済という観点が必要になってくる。

物権的請求権と自力救済に関する見解としては、例えば、所有者の権利が侵害されている場合で、請求の相手方（妨害者）が不明であるとき、又は土地所有者の土地上に他人の物が無権限に存在し、その権利が侵害されているようなとき（先の倒木の事例）には、所有者の物権的請求権だけでなく、自力救済が許されるべきで、所有者が侵害の除去のために費やした費用を妨害者に求めることができる＝費用償還請求権を認める³⁶⁾、というものや、所有者の自力救済が是認されるような場合について、その所有者は事務管理（又は不当利得）に基づく費用償還請求権を有する³⁷⁾、等がある。この観点から先の立木の例を考えると、Aは自力救済として、自己が所有する土地より倒木を除去し、これにかかった費用はBに対して償還請求できるということになる。この場合、Bが無過失でも費用を負担しなければならないが、Bが倒木の所有者である以上、少なくともAよりも費用を負担する理由があるように考える。

いずれにせよ、条文に明記されていない「自力救済」概念ではあるが、以上の考察により、その必要性和理論的根拠が明らかとなった。次に、判例に目を向けてみる。

III. 自力救済に関する判例・裁判例の動向と要件

1. 最判昭和40年12月7日³⁸⁾（民集19巻9号2101ページ）

本件は、自力救済に関するリーディングケースともいえるべき判決である。「自力救済は原則禁止、違法」としながらも、一定の要件を満たせば、例外的に認められるとし、その要件も示した判決だからである（ただし、私力の行使は否定されている）。

土地の使用貸借契約の終了後、借主が土地を占有し続けたため、貸主たる土地所有者が借主の建築した仮設店舗の周囲に板囲いを設置した。囲いにより出入りを妨害された借主は、その板囲いを実力をもって撤去した行為の当否が問題となった事案で、借主の不法行為責任が認められたものである。

本判決の冒頭、自力救済が認められる要件を次のように判示している。すなわち、「私力の行使は、原則として法の禁止するところであるが、法律の手續によつたのでは、権利に対する違法な侵害に対抗して現状を維持することは不可能又は著しく困難であると認められる緊急やむを得ない特別の事情が存する場合においてのみ、その必要の限度を超えない

範囲内で、例外的に許されるものと解することを妨げない」というものである³⁹⁾。

本判決はA4判1枚程度の分量であるが、そのおよそ半分近くを要して、本要件を記述している。さらに、本件が私力の行使、すなわち自力救済が例外的にあてはまらなかった理由について、本判決は「右のごとき緊急の事情があるものとは認められず、……これを撤去破壊することは私力行使の許される限界を超えるものというしかない」と、緊急性のなさを重要視しているのである。

本判決を受け、従来学説・判例によって自力救済を認める要件としては、次の諸点が挙げられる⁴⁰⁾。

- (1) 法的に執行可能な私法上の権利の保護を目的とすること。
- (2) 緊急やむをえない場合であること。
- (3) 上記(1)(2)の要件が充足されているものと誤信して自力救済行為をなした場合（誤想自力救済）については、その誤信について過失がなかったときでも、違法性阻却を認めるべきではない、とする見解が有力である⁴¹⁾。
- (4) 手段が救済に必要なものであること。

以上のように、わが国の自力救済を認める要件は非常に厳格なものとなっている。当該判例が最も重視している要件は、「緊急性」にあると読み取れる。しかし、自力救済を、ひろく種々の請求権について自力を行使するすべての場合と捉えると、所有者という本権者の「正当な権利」の保護という観点から考えて、すべての事例で一律に「緊急性」だけを唯一の例外要件とすることには疑問なしとしない⁴²⁾。個別的に判断していくしかないのではないだろうか。

2. 最近の裁判例－自力救済を認容する立場を中心に

ここでは、下級審判決⁴³⁾ながら自力救済を容認する判決をみる。

(1) 東京地判昭和62年3月13日（判時1281号107ページ）

本件は、3か月分の賃料滞滞に対する遺留品の処分と鍵の取替え行為について、自力救済を容認した。

事案は、法人である賃借人がビルの2室を賃借中に3か月分の賃料を滞納後、代表者と連絡がとれなくなった。このため、賃貸人は部屋の入口に「連絡請う」旨の張り紙をした。その後、賃借人は明渡しを約したが、期限となっても明渡されず、加えて再び代表者と連絡がとれなくなった。その上、室内には油缶様のものが残置され、にもかかわらず時々施錠されていないことがあったため、賃貸人は鍵を取り換え、入口扉に「管理事務所に来れば鍵を渡す」旨の張り紙をした。加えて、「防災、防犯上の責任は賃借人が持つ旨の念書を差し入れれば、鍵は元に戻す」という内容証明郵便を自宅宛に送った。しかし、その後賃借人からの応答がないため、賃貸人は室内の所持品を処分する旨を通知した。これに対し、賃借人から「勝手に処分するのは法を無視した犯罪、穏便に出て行きたいので鍵をもとに戻すように」という返事がきた。しかし、室内ではその間、セメントのようなものがひっくり返り、その上に水道水がこぼれてしまった。このため、賃貸人は賃借人の妻に電話し、室内の物品を引き取るか、引き取らない場合には賃貸人の方で物品の移動を行うから立ち会ってほしいと要望した。妻は賃借人に伝えるというのみで賃借人の要望をいずれも拒絶

した。このため、賃貸人は第三者立会いの下、室内の物品を搬出して倉庫等に保管し、ビニールシートをかぶせる等の措置を講じ、賃借人に引き取るよう要求したのである。

これに対し、賃借人は下記4点が違法行為であるとし、慰謝料500万円を請求すべく賃貸人を訴えた。①2回にわたる入口扉へのはり紙、②賃借人に無断で当該物件の鍵を交換したこと、③室内物品の搬出行為、④搬出した物品の保管方法である。これに対し、裁判所は以下のように判断した。①のはり紙については、1回目は「賃料の支払いを求めるために」、2回目も「明渡を求めるために」「やむをえず行った行為」であると認定し、いずれも「社会通念上是認できるものであって、これを違法ということはできない」とした。②の鍵の取替については、「(賃借人の)業務を妨害するために行ったものではなく、本件建物の管理人としての立場から防災、防犯の必要上やむをえず行ったものと認められるから、……社会通念上妥当性を欠くものではなく、違法とまでいうことはできない」とした。また、③物品の搬出については、賃借人の明渡義務を認定した上で、「本件建物をもはや使用していないにもかかわらず、物品だけをそのまま残していたものであるところ」、賃貸人が搬出したのは明渡期限から既に長期間が経過していたこと及び賃借人の前記態度の事実を指摘し、賃貸人は「やむをえず行ったものと認めることができるのであって」、④搬出物品の保管も、「ビニールシートをかぶせるなど風雨を避けるための措置を講じて、相応の配慮をしているのであるから、」これらの行為はいずれも「社会通念上一応是認しうるものであり、これを違法なものということはできない」、「本件貸室の占有を違法に奪取したということとはできない」と判示した。

本判決のポイントをまとめると以下ようになる。賃貸人の行った行為は、確かに私力の行使といえるが、いずれも「やむをえず行った行為」であり、「社会通念上是認できるもの」だったため、例外的に許された、という構成である。最高裁の示した要件である「緊急性」は、本件では特に重要視はされていない点が注目される。

(2) 東京高判昭和51年9月28日(判タ346号198ページ)

本件は、1年分の賃料滞滞に対する鍵の取替え行為について、社会通念上是認できる行為として貸主の自力救済行為を容認し、違法性を阻却し、不法行為責任を否定した判決である。

事案は、レストランクラブを経営していた賃借人が賃料を1年間滞納したため、賃貸人は7日の期間を定めて催告及び停止条件付解除の意思表示をし、右期間経過後、本件建物の賃貸借につき契約解除の効力が生じ、本件建物は所有者である賃貸人が返還を受け、保管中のものである旨及び今後何びとといえども許可なく本件建物に立ち入ることを禁止すると共にこれに違反する者に対しては建造物侵入罪として告訴する旨を記載したベニア板の告知板を本件建物の戸口に掲示し、戸口の鍵を取り換えた。これに対し賃借人は告示板を取り外し、鍵を壊して本件建物内に入った。その間賃貸人は滞納賃料等につき公正証書に基づいて本件建物内の有体動産に対して差押手続をとり、差押がなされた旨等を記載したベニア板の告示板を掲示したが、賃借人は告示板を直ちに取り外して営業を再開した。

裁判所は、催告及び停止条件付解除の意思表示に定められた期間が徒過されたことにより、賃貸人が賃借人に対し本件建物の明渡を求める権利を有するに至ったと認定し、賃借人が右解除の効力発生を認めて賃貸人に対し任意に明渡しをしない限り、本件建物に対す

る直接占有は依然として賃借人にあり、「その明渡は最終的には判決等の債務名義を得た上で実現するのが本来の筋であり」、賃貸人が右解除により当然に本件建物の直接占有が賃貸人に復帰したものととして、「一般第三者は、ともかく控訴人（賃借人）をも含めて本件建物に無断で立ち入ることを禁止する旨刑事上の制裁をも付記して告示したこと及び戸口の従来の鍵をとりかえて控訴人の本件建物への出入りを妨げたことは、いささか穏当さを欠く措置であったものとみられないではない」としつつも、①契約成立後約半年しかへていない時点から1年にわたって賃料等の支払を遅滞し、督促、催告を受けたにも拘わらず、これを履行しようとする誠意ある態度を示さなかったこと、②その後はほとんど営業を休み、連絡がつかないまま推移したこと、③休業状態が続き、賃貸人としては保安上の不安を感じるに至っていたこと、④賃貸人は本件催告及び停止条件付解除の意思表示の前後を通じて賃料等の滞納及びその額自体については特に異議を申し出ていなかったことなどを認定し、「こうした事実関係に照らすと、被控訴人（賃貸人）としては、従来 of 行動から控訴人（賃借人）に対する信頼の念を全く失い、本件建物の明渡義務の円滑な履行について危惧の念を抱き、この際一日も早く自己の権利を実現して損害の拡大化を防止し、あわせて保安上の問題も解決する必要があるとの考えから前記のような措置に出たものと推認され、右のような考えに至ったことについてあながち賃貸人を責めることはできない」とし、「右措置の具体的態様も、右認定の事実関係の下では、契約解除により明渡請求権を有する賃貸人の権利行使として社会通念上著しく不相当なものとはまではいえないこととあわせ考慮すると、被控訴人が前記のような措置をとったことをもって直ちに違法であるということとはできない」とした。

本判決のポイントは、賃貸人の行為は「いささか穏当さを欠く措置であったものとみられないではない」が、賃借人の行動を考えると、「社会通念上著しく不相当なものとはまではいえ」ず、「直ちに違法であるということとはできない」という点である。つまり、本件においても賃貸人の自力救済行為が認められた要件は、「緊急性」にはなく、「社会通念上是認されるか否か」なのである。

（3）横浜地判昭和63年2月4日（判時1288号116ページ）

本件は、アパートの共用部分に無断で置かれた荷物を廃品ステーションまで運搬し片づけた事案に対し、自力救済の原則に形式的には反するが、実質的には社会通念上許容されるものとして違法性を欠くとした事案である。

事案は、本件アパートの賃借人が入居後から共用部分廊下に賃貸人に無断で荷物を置き始め、その量が廊下の天井につかえるほどに達した。賃貸人はこの荷物に気づくと、その都度片づけを要請した。その理由は、建物共用部分である本件動産設置場所に荷物が放置してあると、①見栄えが悪く、②他の部屋の賃借人募集の障害となり、かつ③通路としての役目を十分果たせなくなる危険があるからである。これに対して、賃借人は口では了解したと述べたが、荷物が片づけられることはなかった。このため、賃貸人は書面（はり紙）によって二度にわたり同旨を要請、二度目の書面には期限を付し同旨を要請するとともに、応じられない場合には賃貸人において片づける旨を警告した。ところが、賃借人はこのはり紙を見たにもかかわらずなお、荷物の一部を本件動産設置場所に放置したままだった。そこで賃貸人は、放置してあった荷物を廃品収集ステーションまで運搬し片づけた。荷物

は片づけを依頼された者から見て使えるものはなく、量もそれほどおおくなかった。

判決は、「荷物は不要といってよいもので、それ程量も多くなかった」と認定、賃借人の行為は「賃貸人の利害を害し、社会通念に著しく反する非常識なものといわざるをえない」とし、「共用部分たる本件動産設置場所についての賃借人による違法な使用状態、これを是正するために催促ないし警告を重ねた賃貸人の行為態様及び右警告後に片づけられた対象物件の価値の乏しさと量の少なさ等を勘案すると、賃貸人による本件撤去行為は自力救済禁止の原則に形式的には反する面があるものの、実質的には社会通念上許容されるものとして違法性を欠くと解するのが相当である」と判示した。

やはり、本件においても、賃借人・賃貸人双方の行動を判断し、賃貸人の自力救済禁止の原則の例外として「社会通念上」許容されるべきかがポイントとなっているのである。

以上、すべてではないが、下級審での自力救済を認容する立場の判決⁴⁴⁾をみてみたが、ここで注目されるのは、必ずしも「緊急性」という要件にこだわっていない点である。その代わり、新しい尺度として「社会通念上是認されるか否か」という点が注目されている。

「社会通念上是認されるか否か」というのは、非常に曖昧な観点ではあるが、それでも「緊急性を欠く」という点だけを根拠に否定するよりも大きな前進と考える。「自救行為」を認めるか否かは、やはり、「社会通念上是認されるか否か」を新しい尺度としながらも個別に判断していくしかないように思う。

3. 要件の検討

自力救済に関する判決は、従来、①賃貸人による鍵の交換、②賃借人所有の動産の搬出、③これらのための当該物件への立入り行為に対する裁判所の判断が中心である。裁判所は賃貸人・賃借人双方の具体的事情を総合判断し、社会通念上是認しうるか否かを考慮し、違法性の有無を決している。当然、不法行為とされた多くの判決も含めてみると、判断要素における共通ポイントを見出すことができる。

(1) 特約の効力

当該契約に賃貸人による賃借人の承諾なき立入りや賃借人所有の動産搬出の許容という特約がある場合、裁判所は最高裁判決（昭和40年12月7日）で示された自力救済の違法性阻却要件を満たす場合を除いて、公序良俗違反により当該特約は無効となる点、一致している⁴⁵⁾⁴⁶⁾⁴⁷⁾⁴⁸⁾。

(2) 賃借人の行為態様

賃借人の行為態様により、賃貸人は自力救済行為を起こすので、当然違法性判断の重要な要素となる。加えて、賃貸人の行為を違法と判断した場合でも、賃借人の行為によっては過失相殺ないしは損害賠償算定に反映される場合がある⁴⁹⁾⁵⁰⁾⁵¹⁾⁵²⁾。

(3) 賃貸人の行為態様

賃貸人の行為態様は、違法性の阻却もしくは軽減に影響を与えるかという問題である。各判例をみてみると、諸般の事情を考慮しているのは確かであるが、賃貸人の行為を特別取り上げて考量しているとまではいえなさそうである。

（４）不動産の使用実態

部屋の使用実態が判断のポイントの一要素となっている事例が二つある。一つは住宅の賃貸借において、住宅していないものの、なお使用収益していたと解した事例⁵³⁾、一つは事業用の賃貸借において賃借人が事実上使用しているとは認められない状態を前提としての賃貸人の行動を「あながち責めることはできない」とした事例⁵⁴⁾である。

（５）搬出が認められる状況

賃貸人が賃借人の同意なく立ち入って賃借人所有の動産を搬出する行為の違法性を判断するにあたって、賃貸借契約の終了に伴う賃借人の明渡し義務が成立していることを前提に、賃借人自身による搬出が客観的に期待できない状況にあることがポイントになっている。例えば、合意された明渡し期限の相当期間の徒過、賃貸人の督促に対する態度である⁵⁵⁾。もちろん、搬出された動産の価値も考慮され、アルバムなどの賃借人のプライバシーに極めて密接に関わるものの場合、賃借人の所有権放棄は認められなかった事案⁵⁶⁾がある一方、逆に賃借人が主張する貴重性を認めなかった事案⁵⁷⁾もある。さらに、防災、防犯上の必要性という理由は、それ自体を不動産賃貸借契約に関し一般に用いられる法的手続きによっては実現することが困難であるという事情からか、比較的容易に認められるようである⁵⁸⁾。また、本稿 III-2-（１）判決のように、搬出された動産に対する処置の方法も考慮されている（倉庫に移し、ビニールシートをかける）事案もあるが、野積みによる損害は、賃借人が動産をその性質に応じた注意をもって搬出保管することを怠ったとする事案⁵⁹⁾もあるので、それほど重要なポイントとは言い難い。

（６）鍵の交換が認められる状況

鍵の交換については、賃借人の明渡しを促すのが目的という、もっぱら賃貸人側の動機に基づくものは許容されず、防災、防犯のように法的手続きを含む他の手段によっては達成できない損害の防止を目的とするもの⁶⁰⁾⁶¹⁾でなければ認められていない。

（７）無断立ち入りによる契約解除

賃貸人が賃借人に無断で立ち入ったことは、当該契約の解除事由となるだろうか。賃貸人は貸主として借主の使用収益に必要な修繕の義務を負う（民法 606 条 1 項）とともに、保存行為をする権利も有している（同条 2 項）。このため、修繕のために立ち入る行為が賃借人に無断で行われたことをもって直ちに解除事由に該当するとは言えない⁶²⁾。これ以外の事由を理由とする解除の場合には、立入の必要性、態様、時期、動機、賃借人への通知の有無、賃借人の対応などを総合的に考慮して信頼関係が破壊された否かを判断することになる。しかし、一方で防災、防犯という要素は不動産の管理上必要なものと認められることから、もっぱら防災、防犯を理由とする立ち入りは、修繕の場合と同様、それだけでは解除理由としては認められないだろう。

（８）まとめ

ここで各判決の判断要素の重要ポイントをまとめる。①仮に当該契約時に、賃貸人による賃借人の承諾なき立ち入りや賃借人所有の動産搬出の許容という特約を結んでおいても、通

常の場合は公序良俗違反で無効となるので無意味である。②賃借人の行為態様は非常に重要な判断材料とされる。③これに対し、賃貸人の行為態様はさほどの重要度はなさそうである。④不動産の使用実態は、重要な判断材料になる場合とまらない場合がある。ということは、判断材料になる可能性があると考えらるべきであろう。⑤搬出が認められる状況であるが、まず前提として、賃貸借契約の終了に伴う賃借人の明渡し義務が成立していなければならない。加えて賃借人による搬出が客観的に期待できない状況にあることが必要である。さらに搬出された動産の価値が考慮される場合もある。その中で、防災、防犯上の必要性という理由は、比較的容易に認められる傾向にある。ただし、搬出された動産に対する処置の方法も考慮される場合もあるがそれほど重要ではない。⑥鍵の交換が認められる状況であるが、これは賃貸人側の動機に基づくものは許容されず、防災、防犯のように損害の防止を目的としていなければ認められない。⑦賃貸人の無断立入りは契約解除事由たるかという問題であるが、修繕のために立ち入る行為、防災、防犯を理由とする立入りは、それだけでは解除理由とは認められないが、それ以外は個別に判断されることになる。

IV. 情報財取引での違法コピー制御策と自力救済（結びにかえて）

以上のように、最新のコピー制御技術と、昨今の自力救済に関する学説、法制度、判例・裁判例をみてきた。

コピー制御技術については、本稿 I-1 で述べたように未だ開発途上の感がぬぐえない。電子透かしでは、抑止効果しか持てない。またメタデータは改ざん問題が解決するまで商品化は難しい。スクランブル暗号については、完全に技術の追っかけあいである。また、せっかく開発した暗号データ等も法的に問題となる可能性がある以上、思い切った開発ができないという事情もあるだろう。I-2 において違法コピー制御策を分析してみると、侵害行為が起きる前に、利用者全員を対象に多少の不利益をもたらすものの何らかの手を打っておき、権利侵害が起きると司法手続きをへずに、その手段を使って自らの権利行使を行ったとみることも可能であった。そう考えると「自力での権利の行使・実現」という自力救済行為の定義に該当する。しかし、デジタルデータは一度公開されると拡散スピードが速く、防止策もない。なので、可能であれば、仮に自力救済であったとしても例外的に認められるべきで、そのためには重要なのは、認められる場合の要件、ということになる。というのも、技術開発には莫大な時間・費用・労力を伴う。このため、せっかく開発された技術が自力救済に該当するため、違法、禁止、というのではあまりにも社会的資源の無駄となる。こういった事態を避けるべく、要件の方向性だけでも示す必要性を感じるのである。このため、II よりまず「自力救済」概念の検討から始めた。

本稿 II-1 で述べたように、自力救済は原則禁止・違法が大前提である。その上で、II-2～3 で検討したように一定の要件のもと例外を認めるべきで、むしろ考察すべきは要件であった。また、自力救済概念は、条文に明記されている概念ではない。そこで、II-4 で理論的根拠を確認し、III より判決の検討に入った。III-1 ではリーディングケースともいえるべき最高裁判決を検討したが、ここでは「緊急性」が要件として非常に重視されていた。次に、III-2 にて下級審ながら最近の裁判例をいくつかみてみると、そこでは「緊急性」よりも「社会通念上是認されるか否か」を要件としていた。また、III-3 では、前節で取り上

げた判決をはじめ、不法行為とされた判決も含めて、各判決（すべてが不動産に関する判決）の判断要素における共通ポイントを見出した。それによると、①本契約時に締結した賃貸人の自力救済的行為を賃借人が認める旨の特約は、通常は公序良俗違反により無効となる。②賃借人の行為は当然違法性判断の重要な要素となるが、③賃貸人の行為に重要度はあまりない。④不動産の使用実態については、両面の判決があるため、使用実態がほしいところである。⑤賃借人所有の動産搬出が認められるかについては、まず当該契約終了に伴う賃借人の明渡し義務の成立が前提となる。その上で賃借人の搬出が客観的に期待できない状況にあることが必要となる。加えて、搬出された動産の価値も考慮される。さらに防災・防犯上の必要が理由の場合は、認められやすい。ただし、搬出された動産の処置の仕方はあまり重要視されていないようである。⑥鍵交換であるが、賃貸人都合の理由で認められることはなく、防災、防犯といった損害の防止が目的でなければ認められないようである。⑦賃貸人の無断立入りは契約解除事由たるかという問題では、修繕、防災、防犯を理由とする立入りのみで解除事由たることはないが、それ以外は個別判断となる。

以上は、自力救済に関する判決であるが、あくまでも対象は不動産であり、デジタルデータではない。デジタルデータの違法コピー制御策に関する判決が現状存在しない以上、この問題を検討する上では準則⁶³⁾が参考となる。

契約終了後の技術的制限手段について、準則では、不法行為となる可能性があるとしながらも、(1) 事前合意があること、(2) 使用の継続を禁止する（終了を担保する）範囲にとどまる技術的強制手段であること、(3) 事前に施された技術制限手段であることの3点をふまれば、自力救済にあらず合法と判断される可能性が高い、としている。この要件を先の最高裁判決（昭和40・12・7）と比べると、まず「緊急性」が要件とされていないことに気付く。加えて、最近の裁判例で新しい尺度にされている「社会通念上是認されるか否か」については、この尺度をさらに細かく細分化したのが、準則での要件と分析できるのではないだろうか。

このデジタルデータの視点から、改めて準則の要件と上記①～⑦のポイントを検討する。①の事前特約は原則無効については、準則要件（1）で事前合意が必要とされているし、現実的に事後に権利侵害者のコンピュータになんらかの措置を施すことは、技術的に難しいし、可能であってもこのような行為はハッキングと同じであり、認められるべきではない。情報財取引には当てはまらなないと考える。②については、そもそも違法コピー行為などしなければ問題ないわけであるから、権利侵害者の行為が重要なのは当然である。③の使用許諾者の行為態様であるが、これは期限付催告ののち、技術的強制手段を行使するというように、手続きを明確に定めておけばよいことで、ことさら丁寧な対応を要求すべき問題ではないように思われる。ただし、デジタルデータの拡散スピードを考えると、催告後1日で行使、でも遅いくらいであろう。可能ならば、催告なしの行使も認めるべきと考える。④については、当該情報財（デジタルデータ）の使用実態ということになるが、本件の場合、コピー行為自体が違法で問題なわけだから、逆にそれ以外のことは使用実態も含めて問題とはならない。⑤の動産搬出が認められる状況と⑥の鍵交換が認められる状況であるが、こういった有体物を前提にした措置を無体物におきかえても、不可能もしくは無意味な例である。また、⑦の無断立入りの件も、事後に権利侵害者のコンピュータに入り込むのはハッキングと同様認められるべきではないのは①と同様である。

ここで、もう1点確認したいのは、例の最高裁判決（昭和40・12・7）で示された「緊急性」という要件である。これを唯一の要件とすることは、異論があろうが、少なくともいくつかの要件、しかも重要度の高い要件とするべきである。それほどにデジタルデータの拡散スピードははやいのである。

さらにもう1点、準則要件では触れられていない点であるが、違法コピー制御策たる技術的制限手段の免責範囲である。当該コンピュータにこういった技術的制限手段をうめこんだ場合、当該データ以外のその他のデータに及ぼす影響は本当はないのか、という問題である。また、もしそういった事態（関係ないプライベートなデータまで消去してしまった等）が起きた場合、当該技術的制限手段との関係の有無は、誰がどう証明するのか。現在の技術を考えて、制作者の意図と異なり、そういった事態が起こることは十分ありうることである。

実はアメリカでは統一州法委員全国会議（以下「NCCUSL」）が作成した「統一コンピュータ情報取引法（以下「UCITA」）」において、一定の要件のもと、ライセンサーにライセンサーによる情報の利用を阻止するための電子的自力救済（もしくは「電子的自助」、**Electronic self-help**）を認める条文がある。それによると、「ライセンサーは、ライセンサーが占有しているライセンサーの財産権の保管および保存において、相当の注意を行使するものとする」と規定されており、これは、コピーの消去等を行う場合、現状技術的にライセンサーの他の情報を傷つけることを完全に否定できないことを前提に、「注意をすれば、破損があってもやむなし」と一部免責をにおわす規定といわれている。この件は本モデル法作成時に大激論がなされといわれている。その上で条文化したわけだが、その結果、採用州が少なかったのは、このことも少なからず影響しているといわれているほどの問題なので、この件は別稿で改めて検討することとしたい。

違法コピーの方法はどんどん悪質化していつている。確かに「技術（機械）は中立で、問題なのは、それにより行われる違法行為なのだから、違法行為のみを罰するべきだ」という考えは一理あるのだろう。一方で、さらに巧妙になっていく違法コピーをこれ以上増やすわけにはいかない。コンテンツ産業自体が衰退してしまう。そのためには、上記のように多少厳格な要件であったとしても、それらをクリアしたコピー防御策が開発されれば、その技術を認め、大いに活用すべきと考える。

以上

1) ハードディスク（Harddisk）。最近ではHDDレコーダーがテレビ、DVD・BRレコーダーに内蔵された商品も多い。

2) 本稿では特に注記のない場合、「ディスク」とはDVD-R、DVD-RW、BD-R、BD-RW等の録音媒体も含むものとする。

3) このようなインターネットによる動画配信サイトは複数存在するが、「ニコニコ動画」「YouTube」等が代表的である。

4) もっとも現時点では、インターネットのブロードバンド化は、テレビ動画の全データを送信するには、未だ不十分で、多くの投稿動画はオリジナル動画に比べ、画像が荒い。ま

た、画像の鮮明な動画の場合、データのダウンロードに時間がかかったりしている。

5) テレビから録画されたHDDレコーダーからの録画のコピーが10回まで可能（録画されたDVD-R等からのコピーは不可）。「コピー・ワンス」に対する利用者の不満により緩和された措置。

6) テレビから録画されたHDDレコーダーからの録画のコピーが1回しかできない措置。

7) これら技術については、本稿 I-1（3ページ）にて改めて述べる。

8) 「電子透かし」については、主に越前功「画像情報と電子透かし～インターネットで画像や映像の権利を保護するための技術とは？～」2008年6月、http://www.nii.ac.jp/shimin/documents/H20/080605_1stlec.pdf を参照した。（最終アクセス：2013年7月14日）

9) 下記サイト参照。音声：http://www.sbigroup.co.jp/news/pdf/group/2008/0324_a.pdf

動画：http://www.sbigroup.co.jp/news/pdf/group/2008/0324_b.pdf（ともに最終アクセス：2013年7月14日）

10) これと同じ理由で、デジタルデータには「返品」が観念できない。

11) 堀田親臣「物権的請求権と費用負担の問題についての一考察—自力救済との関係を中心に—」（『広島法学』第23巻第1号、1999年6月）156ページ。なお、本文での要件は、主に最判昭和40年12月7日（民集19巻9号2101ページ）（本判決の詳細後述）で示された。

12) 明石三郎『自力救済の研究〔増補版〕』、有斐閣、1978年、1～3ページ

13) その一方で、具体的事例は明らかで、「自転車泥棒の被害者が、後日その自転車を発見したときに力づくで犯人から取り戻す」<神田英明「自力救済（の禁止）」（『法学セミナー』No.576、2002年12月、51ページ）>という行為が典型例である。

14) 幾代通「正当防衛・正当行為など（下）—自力救済、正当行為、被害者の承諾」（『ジュリスト』No.902、1988年2月）98ページ。なお、この論文では、自力救済を認める個別的规定として、民法233条2項（隣地より越境してきた竹木の根を切り取りうることを定めている）等を挙げている。その他、自力救済の違法性が阻却される場合の規定としては民法720条（正当防衛及び緊急避難）の規定がある。

15) 本稿 II-2（7ページ）以下参照

16) 「法の支配」については、田中成明『法学入門』、有斐閣、2005年12月、248ページ以下、佐藤幸治・鈴木茂嗣・田中成明・前田達明『法律学入門〔補訂版〕』第3章（佐藤幸治）、有斐閣、2000年3月、120ページ以下の他、以下のサイトの記事を参照した。新銀座法律事務所「総論1 訴訟制度の意義、法の支配、自力救済禁止について」（『法の支配と民事訴訟実務入門』2008年8月 <http://www.shinginza.com/jitsumu-souron1.htm>（最終アクセス：2013年7月14日）

17) 1688年

18) 1775年

19) 具体的な日本国憲法の規定は以下の通り。13条、14条、31条、32条、41条、76条、81条、99条。

20) 椿寿夫「自己の権利といえども自力で実現してはならない」（『法学教室』、No.152、1993年5月）22ページ

21) 刑法238条（事後強盗） 窃盗が、財物を得てこれを取り返されることを防ぎ、逮捕を免れ、又は罪跡を隠滅するために、暴行又は脅迫をしたときは、強盗として論ずる。

22) 刑法35条（正当行為） 法令又は正当な業務による行為は、罰しない。

23) 具体的には、刑法36条1項の「正当防衛」の要件としての「急迫性」が認められない場合、自衛行為として違法性が阻却される場合がある。

24) 椿 前掲論文 98ページ このような事情は民法においても同様である。

25) 杉原高嶺『国際法学講義』、有斐閣、2008年5月、13ページ

-
- 26) 本章での民法に関する記述は、主に次の文献を参照した。内田貴『民法Ⅰ総則・物権総論第3版』2005年、同『民法Ⅱ債権各論』2003年、同『民法Ⅲ債権総論・担保物権第3版』2005年、以上、東京大学出版会、大村敦志『基本民法Ⅰ総則・物権総論第2版』2005年、同『基本民法Ⅱ債権各論第2版』2005年、同『基本民法Ⅲ債権総論・担保物権第2版』2005年、以上、有斐閣
- 27) 民法197条～202条
- 28) 椿 前掲論文 22ページ
- 29) しかし、一定の要件のもと、自力救済を例外的に認めることは判例・学説ともに承認するところである点は、既述だが、この件に関する詳細は後述する。
- 30) 最判昭和40年3月4日（民集19巻2号197ページ）
- 31) 椿 前掲論文 22ページ
- 32) あわせて刑事責任も免れる（正当防衛：刑法36条、緊急避難：刑法37条）。
- 33) この説の代表が、注12)に示した明石先生である。
- 34) この自力救済のリーディングケースである判例については、次章で詳しく取り上げる。
- 35) 大判昭和5年10月31日（民集9巻1009ページ）
- 36) 鎌野邦樹「物権的請求権について—妨害排除と『自力救済』を中心に—」高島平蔵教授古希記念『民法学の新たな展開』成文堂、1993年、208ページ
- 37) 舟橋諄一「物権的請求権理論の批判補説」（『法学教室』、68号、1986年5月）6ページ、9ページ以下
- 38) 今までにたびたび触れられてきた判例、最判昭和40年12月7日（民集19巻9号2101ページ）
- 39) ちなみに、本判決では、緊急やむをえない特別の事情が存するとは認められず、法律に定められた手続により本件板囲を撤去すべきであるとして、自力救済が否定された。
- 40) 幾代 前掲論文 98ページ
- 41) 明石 前掲書 308ページ等
- 42) 田中嗣久「不動産貸借をめぐる、いわゆる「自力救済」の問題について」（『大阪経済法科大学論集』92号、2007年2月）44ページ
- 43) 下級審判決に関する分析は、例えば、周藤利一「不動産貸借における無断立入り・鍵交換に関する判例の動向」（『RETIO』No.72、2009年2月）32ページ等を参照した。
- 44) ちなみに、自力救済が認められなかった例（不法行為とされた例）は非常に多く、平成20年以降の判決をみても東京地判平成23年2月21日、東京地判平成22年10月15日、姫路簡判平成21年12月22日（以上すべてウェストロー・ジャパン）、大阪簡判平成21年5月22日（判時2053-70）のすべてにおいて自力救済の違法性は阻却されないとされた。逆に自力救済が認められた例としては、本文で紹介した判決以外では、東京高判昭和41年9月26日（判タ202-177、判時465-46）、東京高判昭和42年3月9日（判時482-48）ぐらいである。
- 45) 東京高判平成3年1月29日（判時1376号64ページ）
- 46) 浦和地判平成6年4月22日（判タ874号231ページ）
- 47) 札幌地判平成11年12月24日（判タ1060号223ページ、判時1725号160ページ）
- 48) 東京地判平成18年5月30日（判時1954号80ページ）
- 49) 大阪高判昭和62年10月22日（判時1267号39ページ）
- 50) 浦和地判 前掲注46)
- 51) 東京地判平成16年6月2日（判時1899号128ページ）
- 52) 大阪地判昭和40年4月19日（判タ181号164ページ）
- 53) 大阪高判 前掲注49)
- 54) 本稿III-2-（2）の判決。東京高裁昭和51年9月28日
- 55) 例えば、本稿III-2-（1）東京地判昭和62年3月13日の賃借人の態度。

- 56) 大阪高判 前掲注 49)
- 57) 本稿 III-2-(3)の判決 横浜地判昭和 63 年 2 月 4 日
- 58) 本稿 III-2-(1)の判決 東京地判昭和 62 年 3 月 13 日
- 59) 東京高判昭和 42 年 3 月 9 日 前掲注 44)
- 60) 本稿 III-2-(2)の判決 東京高裁昭和 51 年 9 月 28 日
- 61) 本稿 III-2-(1)の判決 東京地判昭和 62 年 3 月 13 日
- 62) 大阪地判平成 19 年 3 月 30 日 (判タ 1273 号 221 ページ)
- 63) 経済産業省「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」2012 年 11 月 20 日版 iii.33 ページ

論文受領日：2013年 7月17日

論文受理日：2013年 9月 6日