

日本大学法学部国際知的財産研究所紀要

日本大学知財ジャーナル

Journal of Intellectual Property

Vol.14 | 2021.3

日本大学法学部国際知的財産研究所紀要

日本大学知財ジャーナル

Journal of Intellectual Property

Vol.14 | 2021.3

目 次

【論説】

- ・わが国大学における知的財産活動の最近の状況と課題 金 澤 良 弘..... 5
- ・著作者名の省略に関する一考察 齋 藤 崇..... 17
- ・TRIPS 協定下の世界市場における知的財産制度の「当為」
あるいは「正当性／正義」に関する検証 森 哲也・加藤 浩..... 31

【研究ノート】

- ・ソニー株式会社におけるイノベティブなデザイン開発と
知的財産の関係 増 田 光 吉..... 49

【判例研究】

- ・特許法におけるサポート要件の解釈について判示した事例
—知財高裁令和2年7月2日判決「ボロン酸化合物製剤事件」—
(平成30年(行ケ)第10158号, 平成30年(行ケ)第10113号) 加 藤 浩..... 57
- ・電子タバコケースの意匠において先使用権が肯定された事例
(大阪地裁平成29年(ワ)849号意匠権侵害差止等請求事件) 竹 内 敏 夫..... 67
- ・「口コミサイトのランキング順位操作にかかるステルス
マーケティング行為について誤認惹起行為であると認めた事案」
大阪地判平成31年4月11日判時2441号45頁
[口コミサイトのランキング順位操作]事件 安 田 和 史..... 75

【講演録】

- ・著作権法違反の実態と ACCS による対策活動 久保田 裕..... 85

わが国大学における知的財産活動の最近の状況と課題

金澤 良弘^(*)

わが国大学は、1990年代末から政府の支援のもとに産学連携活動を本格化したが、産学連携部門の運営資金に対する直接補助が終了した2013年度以降は自立化が求められ、知的財産活動についても各大学は自主的な財源による活動への移行が進められた。

本稿は、一般社団法人大学技術移転協議会が実施する大学知的財産活動に関するサーベイを基礎資料とし、同一大学を対象とした時系列データを作成することにより、この間のわが国大学の知的財産活動の動向を、主に活動資金に着目して把握した。

その結果、対象とした大学全体としては、2018年度には2012年度とほぼ同規模の特許出願・登録が行われ、ライセンス件数・収入も順調に増加したが、活動規模が小さい大学では特許出願・登録に関して、費用を抑制する傾向がみられた。

これに基づき、大学の研究成果の社会実装を促進する観点から、知的財産関係支出の確保及びそれに対する支援の充実が課題であることを指摘した。

目次

- I はじめに
- II 研究の方法
- III 調査結果と考察
 - 1. 産学連携部門に係る運営資金
 - 2. 特許出願・登録関係支出
 - 3. 特許出願(国内・外国)
 - 4. 特許登録(国内・外国)
 - 5. 特許等のライセンス
- IV まとめ及び今後の課題
- V おわりに

I はじめに

(研究の背景)

わが国大学における技術移転活動は、大学技術移転促進法(1998年)が施行された1990年代末以降本格化した。各大学は、バブル経済崩壊後不振が続くわが国経済の回復・発展を目指す政府の支援のもと、大学の研究成果の権利化とそれらの企業へのライセンス活動を開始した。当時、政府は大学の技術移転活動を促進するため、TLO補助金、大学知的財産本部整備事業等を通じて、産学連携部門の体制整備や技術移転活動の実施に必要な資金を提供する等の支援を行った。この支援は暫くの間続けられたが、各大学の組織体制の

整備が進み、活動も次第に軌道に乗ってきたことから、産学官連携自立化促進事業が終了した2013年度以降は、産学連携部門の運営に対する直接的な支援に代わり、産学連携に関する特定の課題への取組に対する支援が中心となった。各大学は自主的な財源により技術移転活動を含む産学連携活動を行うことが求められた。

知的財産活動は、大学の研究成果を経済的・社会的価値につなげる活動であり、その成果を得るためには、産学連携部門としてのスキルの向上とともに、価値の源泉となる知的財産の充実を図る必要がある。産学連携部門の財政的自立化にあたり、多額の費用を必要とする知的財産活動をいかに効率的・効果的に行うかが課題となった。

産学連携活動の自立化が求められてから10年近くが経過した今日、これまでの各大学における知的財産活動をデータにより検証することは、現在の課題の発見及び今後の対応を考えるうえで有益であると考えられる。

(研究の目的)

本研究の目的は、一般社団法人大学技術移転協議会(UNITT)が大学技術移転サーベイ(大学知的財産年報、以下「UNITTサーベイ」という)を基礎資料として、わが国大学の知的財産活動(特許等の出願・権利化及びそのライセンス)が本格化してから直近時点までの活動の状況を、主に資金面に着目して把握することによ

(*) 日本大学法学部特任教授

り、2013年度以降の大学の知的財産活動の自立化に向けた取組を検証し、そこで生じる課題を明らかにすることである。

(大学の知的財産活動に関する資料、調査・研究)

大学の知的財産活動に関する実績等の資料は、産学連携の推進に当たる官署において継続的に調査・公表されている。

文部科学省は、2003年度から大学等における産学連携活動の実績等に関するアンケート調査を取りまとめ「大学等における産学連携等実施状況について⁽¹⁾」を公表している。そのなかで、大学の知的財産活動に関する個別大学のデータ(特許出願件数、特許権実施等件数、特許権実施等収入、特許保有件数、実施許諾中特許権数、ランニングロイヤリティ収入のあった特許権数等)を2018年度から公表している。

経済産業省は、わが国の知的財産活動の実態を把握するため2002年度から「知的財産活動調査⁽²⁾」を実施し、業種別にその動向を取りまとめており、大学に関しては「教育・TLO・公的研究機関・公務」のなかで示されている。

知的財産の技術移転に関する研究は多数行われている。西村⁽³⁾は、特許の権利移転に関する論文をサーベイし、どのような要因が権利移転の促進あるいは阻害するのか、どのような特徴をもつ特許が権利移転しやすいかといった研究について多くの蓄積があること、権利移転による経済的・経営的な効果についての実証的な研究は十分でないことを指摘している。

大学の知的財産活動のパフォーマンスの関する分析としては、経済産業省が2015年に「産学連携活動マネジメントに関する調査⁽⁴⁾」を通じて96大学から収集した産学連携活動に関する2014年度実績データ(特許保有件数、特許権の実施許諾や譲渡による収入、共同・受託研究の契約件数や契約額等のデータ)等を踏まえ、2016年3月に「データに基づく大学における産学連携活動マネジメントの手引き⁽⁵⁾」を作成・公表している。

本研究の基礎資料とするUNITTサーベイは、一般社団法人大学技術移転協議会(UNITT)が大学、TLO

及び公的研究機関を対象として技術移転活動に関するアンケート調査を実施し、その結果を中心にまとめられたものであり、2006年度(2005年度の実績が対象)から毎年刊行されている。わが国大学、TLO、公的研究機関における知的財産の創出(発明届出)から権利化、ライセンスまでを同時に把握できること、産学連携に係る組織の運営に関する情報(人員構成、特許出願関係費用、運営資金等)を把握できること、米国AUTM(Association of University Technology Managers)Licensing Activity Surveyとの比較が可能な調査として設計されていること、2005～2018年度まで長期間にわたる動向を把握できること等、他の調査報告にはない特長がある。

UNITTサーベイに関しては、金澤⁽⁶⁾が2015年度までのデータに基づき、わが国大学の技術移転活動の概況とその米国との比較について報告している。また、吉岡(小林)⁽⁷⁾は、UNITTサーベイのデータの活用方法について、技術移転の経済効果等国レベルの分析やライセンス・知財管理職員数やTLOへのライセンス業務委託の増加の新たなライセンス契約実現への寄与等機関レベルの分析に活用できる可能性があること等を示している。

II 研究の方法

上記の目的を達成するため、まず、産学連携部門に係る運営資金の動向を把握し、次に、知的財産活動にフォーカスして、特許の出願・登録関係支出の動向⁽⁸⁾を把握する。そのうえで、特許出願・登録、ライセンス等知的財産に係る具体的な活動の動向を調べ、これらから、財政的自立の過程で知的財産活動にどのような変化がみられたのかを検証する。

(対象大学の抽出とグループ化)

UNITTサーベイは、当初はUNITTの会員機関(TLO及び大学知的財産本部)を対象としてスタートしたが、その後、知的財産活動を行う会員外の大学が増加したため、サーベイのカバー率を高めるため調査

(1) 文部科学省 website (https://www.mext.go.jp/a_menu/shinkou/sangaku/sangakub.htm)

(2) 特許庁 website (https://www.jpo.go.jp/resources/statistics/chizai_katudo/index.html)

(3) 西村陽一郎「特許の権利移転研究の動向と権利移転データの留意点」, 日本知財学会誌, Vol. 17 No.1 p31-41 (2020)

(4) 経済産業省 website (https://www.meti.go.jp/medi_lib/report/H28FY/000273.pdf)

(5) 経済産業省 website (https://www.meti.go.jp/policy/innovation_corp/houkokusho/sangakurenkei_management_tebiki.pdf)

(6) 金澤良弘「最近の大学技術移転の動向—UNITTサーベイの分析から—」UNITTサーベイ2016年度版p6-25, (2017)

(7) 吉岡(小林)徹「大学技術移転サーベイで出来ること」, UNITTサーベイ2017年度版p6-21, (2018)

(8) 知的財産活動に関する費用としては、これ以外にも係争関係費用、発明者への補償費用等があるが、これらは裁量的な費用ではないため、本稿では取り扱わないことにする。

対象を逐次拡大してきてきた(2005年度の回答機関が69機関であるのに対し、2018年度の回答機関は110機関)。

本稿では、大学における知的財産活動の状況を時系列で把握するため、調査期間を通じて継続的にアンケートに回答⁽⁹⁾した35大学を調査対象とした。

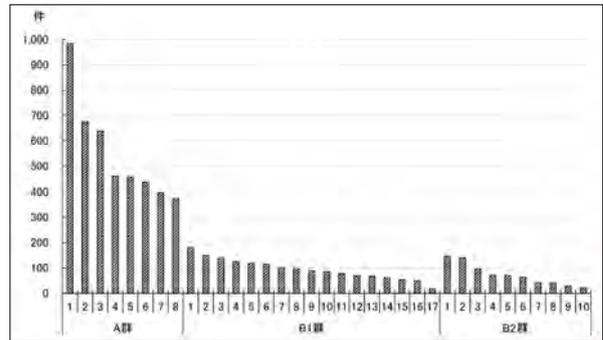
これらの大学には、わが国大学における知的財産活動の初期から継続して活動を行ってきた主要な大学の多くが含まれており、例えば、2018年度における国内特許出願件数の58%をこれら35大学でカバーしている⁽¹⁰⁾。

また、知的財産活動の全体的な傾向を把握するため、本稿では主に35大学の合計値を示した。併せて、知的財産活動の規模に着目してA群(2018年度の国内外特許出願件数が200件以上の大学、全て国立大学)とB群(同200件未満の大学)に区分し、B群については、さらに設立主体によりB1群(国立大学)とB2群(私立大学)に区分して、各群ごとに合計値を示した。対象とした大学及びグループ分けは表1の通りである。なお、今回の対象に該当する公立大学はなかった。グループ化の基準とした各大学の2018年度の特許出願件数の分布を図1に示す。

表1 調査対象大学

| グループ | 大学 |
|------------------------|---|
| A群 (国立大学, 8大学) | 北海道大学, 東北大学, 東京工業大学, 東京大学, 名古屋大学, 大阪大学, 京 都大学, 九州大学 |
| B1群 (国立大学, 17大学) | 群馬大学, 筑波大学, 電気通信大学, 東京医科歯科大学, 東京海洋大学, 東 京農工大学, 横浜国立大学, 金沢大学, 新潟大学, 岐阜大学, 豊橋技術科学大 学, 名古屋工業大学, 神戸大学, 奈良 先端科学技術大学院大学, 山口大学, 九州工業大学, 熊本大学 |
| B2群 (私立大学, 10大学) | 中央大学, 東京電機大学, 東京理科大 学, 日本大学, 明治大学, 早稲田大学, 東海大学, 関西学院大学, 同志社大学, 立命館大学 |

図1 調査対象大学の特許出願件数(国内・外国合計)分布(2018年度)



なお、グループ化は、知的財産活動の規模及び設立主体の差異が知的財産活動に及ぼす影響を大きな括りで把握することが目的であり、各グループに含まれる大学の状況が類似していることを示すものではない。実際に、同じグループに含まれる大学間でのばらつきが大きい場合があることに留意する必要がある。

(調査対象期間)

UNITT サーベイからは、2005～2018年度のデータを得ることができるが、調査初年度である2005年度(2006年度に調査実施)は未記載、記載不備の項目が比較的多数みられたことから、本稿では調査対象から除き、2006～2018年度を対象期間とした。

(データの追補, 修正)

各大学の回答のなかには、一部の項目について未記載である箇所が散見された。このような場合には、データが得られなかった年度の前後の年度における値の平均値(2年連続してデータが得られない場合にはその前後の値を案分)した値を当該年度の値として追補した。追補したデータ数は、全データ数の約2%である。

なお、3年連続してデータが得られない場合には、その項目については当該大学を調査対象から除外した。

また、回答の中にある明らかに不合理あるいは誤記と考えられる箇所については、他の資料等により修正を行った(4か所)。

(9) 2005～2018年度に実施されたUNITTサーベイのアンケート調査に対して、無回答が1回以内の大学を抽出した。
 (10) UNITTサーベイにおける当該件数を文部科学省「大学等における産学連携等実施状況について」における当該件数で除して算出した。

Ⅲ 調査結果と考察

1. 産学連携部門に係る運営資金

UNITT サーベイは、産学官連携部門が産学連携活動を行うために必要な資金(以下「運営資金」という)について調査している。本稿では、運営資金を国や地方公共団体の補助金等のなかから産学連携部門の運営資金に充当された資金(以下「公的資金⁽¹¹⁾」という)と大学が独自に調達した資金(以下「内部資金⁽¹²⁾」という)に区分してそれぞれの動向を把握した。

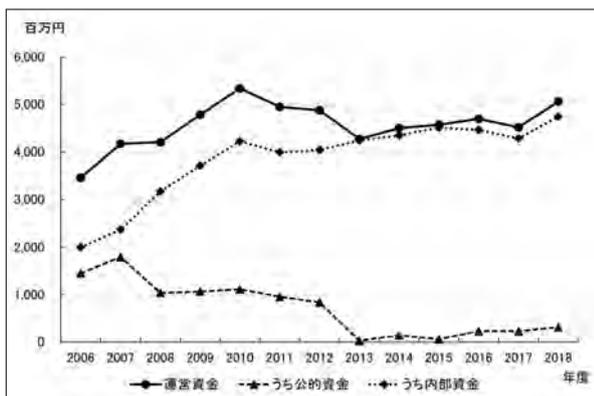
なお、運営資金に関しては、運営資金に係る時系列データが得られなかった10大学(A群2校、B1群7校、B2群1校)を除いた25大学(A群6校、B1群10校、B2群9校)を調査対象とした。

(公的資金)

運営資金のうち公的資金は、2012年度までは大学産学連携部門の運営に必要な経費に対する国の補助金等が継続して交付⁽¹³⁾されていたため、毎年10～20億円程度で推移した。2012年度に産学官連携自立化促進プログラムの終了した後は、産学連携に関する特定の課題に取り組む大学に対する補助金等が散発的に年間2～3億円程度計上されるにとどまった。

この結果、2006～2007年度には運営資金の約60%を占めていた公的資金は、2013年度以降は運営資金の5～6%程度にとどまり、運営資金のほとんどが内部資金で手当てされるようになった(図2)。

図2 産学連携部門に係る運営資金の推移

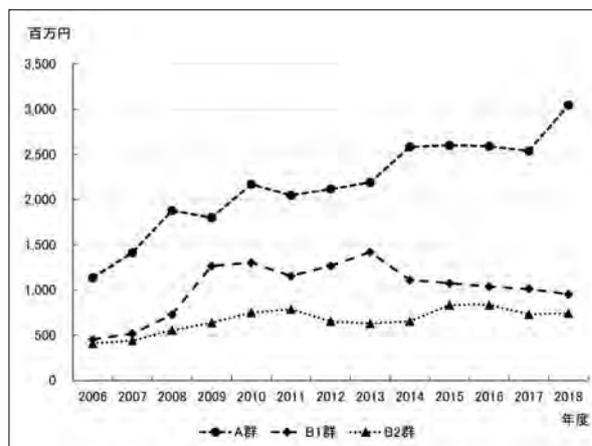


(内部資金)

運営資金のうち内部資金は、産学連携活動が本格化するのに伴い急速に増加し、2010年度以降も緩やかな増加が続いた。その結果、2018年度の運営資金はほとんど内部資金のみで2012年度の水準を超えた(2018年度の運営資金は2012年度に比べ3.7%増)。

内部資金の状況を群別にみると、A群では、期間を通じて内部資金の額が増加(2018年度は2012年度に比べ43.9%増)し、B2群においても増加基調(同13.7%増)で推移した。これに対してB1群は、2014年度以降減少(同24.8%減)が続いた(図3)。

図3 運営資金のうち内部資金の推移



(11) 本稿では、UNITT サーベイの調査項目「TLO 補助金」、「国の補助金等からの運営資金(2013年度までは、知的財産本部整備事業及び産学官連携自立化促進プログラムを対象として設問されていた)及び「自治体等からの補助金」の合計額を公的資金とする。
 (12) 本稿では、UNITT サーベイの調査項目「ライセンス収入等からの運営資金」、「大学の内部資金」及び「その他」の合計額を内部資金とする。
 (13) 大学等技術移転促進事業(TLO 補助金、1998～2012年度)、知的財産本部整備事業(2003～2007年度)、特定分野重点技術移転事業(スーパーTLO 補助金、2004～2008年度)、産学官連携自立化促進プログラム(2008～2012年度)等

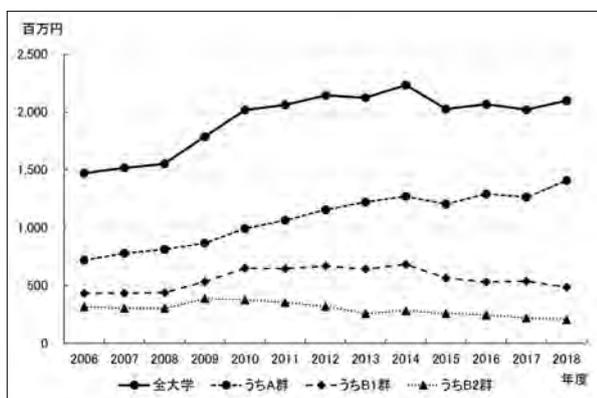
2. 特許出願・登録関係支出

特許出願・登録関係支出は、産学連携部門の運営資金の30.5%を占める⁽¹⁴⁾ことから、産学連携部門の自立化に当たり、その効率的・効果的な実施は重要な課題である。

この間の特許出願・登録関係支出⁽¹⁵⁾をみると、2014年度に減少したが、その後緩やかに増加し2018年度には2012年度をわずかに下回る水準となった(2012年度に対して2.1%減)。国内・外国出願別には、2007年度以降外国が国内を上回っており、2018年度は外国が62.6%を占めた。

群別には、A群が2018年度には2012年度に対して21.9%増加したのに対し、B1群は同27.4%減、B2群が35.7%減となり、特許出願・登録への支出が2012年度以前よりも縮減した(図4)。

図4 特許出願・登録関係支出(国内・外国合計)の推移



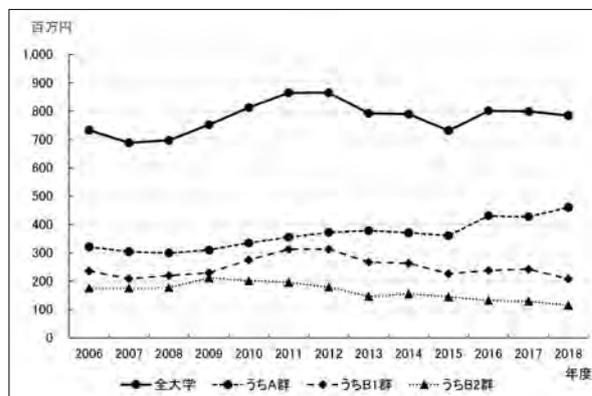
(国内特許出願・登録関連支出)

国内特許出願・登録関連支出は、2012年度までは増加し、それ以降は減少ないし横ばいで推移した。2018年度の支出額は785百万円であり、2012年度に対して9.3%減少した。毎年度特許出願を継続すれば、過年度出願分の中間処理や維持年金等に要する費用が増加すると考えられるため、新規出願に支出された額はさらに減少したものとみられる。

群別には、A群は2012年度以降も国内特許出願・登録関係支出が増加し、2018年度には2012年度に対して23.7%増加した。これに対し、B1群は同33.4%減、

B2群は同35.7%減となり、A群とは対照的な動きとなった(図5)。

図5 国内特許出願・登録関係支出の推移



(外国特許出願・登録関連支出)

大学が外国特許出願・登録関連で支出した額は、2007年度には早くも国内出願・登録関係支出を上回り、その後も2014年度まで増加が続いた。2015年度以降は一転して減少傾向となり、2018年度は1,314百万円(ピークであった2014年度に対して9.1%減)となった(図6)。

外国特許出願・登録関連支出に関しても、A群とその他のグループでは動きが異なった。A群は2015年度に一旦支出額が減少したが、その後は緩やかな増加基調にある(2018年度は2012年度に対して21.0%増加)。これに対して、B1群は2014年度をピークとして支出額が急速に減少し(同22.0%減)、B2群は2009年から減少傾向が続いている(同36.0%減)。

2015年度以降の外国特許出願・登録関連支出の減少については、国立研究開発法人科学技術研究機構(JST)の知財活用支援事業(権利化支援事業)の支援件数の減少の影響が考えられる。同事業は、わが国大学の外国特許出願・登録の多数を支援してきたが、2013年度以降支援件数が急速に減少⁽¹⁶⁾しており、このことは大学における外国特許出願・登録関係支出の減少⁽¹⁷⁾(外国特許出願・登録件数の減少)の一因となったと考えられる。

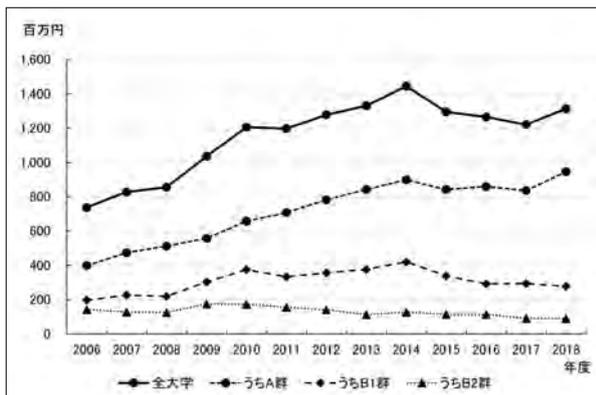
(14) 運営資金の調査対象とした25大学について、2018年度の特許出願・登録関係支出の合計を求め、当該年度の運営資金の合計で除して算出した。

(15) 「特許出願から中間処理等の権利化作業、登録後の維持にかかる特許事務所への手数料、特許庁に支払う費用について大学が負担した金額」(UNITTサーベイ記入上の留意点)。

(16) イノベーション促進産学官対話会議産学官連携深化ワーキンググループ第3回(2016年11月2日)配布資料4-4「大学知財マネジメントの重要課題(科学技術振興機構後藤理事提出資料)」による。このなかで後藤氏は、JSTは大学の単独外国出願の殆どを支援してきたこと、JSTによる支援の減少に伴い大学の負担が増加していることを指摘している。(https://www.mext.go.jp/component/a_menu/science/detail/_icsFiles/afldfile/2016/11/10/1379137_008.pdf)

(17) UNITTサーベイにおいては、JSTの支援により行った外国特許出願に係る費用は出願・登録関係支出に含まれる。

図6 外国特許出願・登録関係支出の推移



3. 特許出願件数(国内・外国)

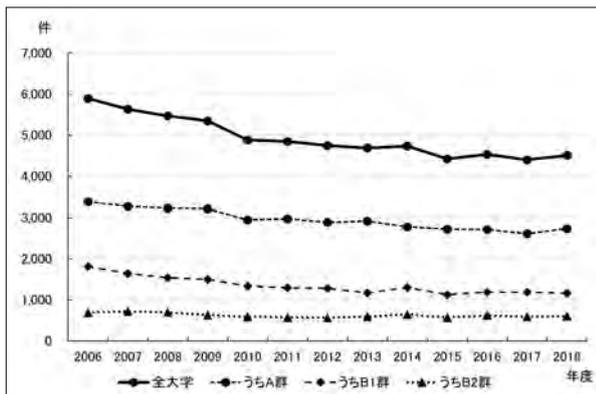
① 発明届出件数

大学の知的財産活動は研究者からの発明の開示から始まる。発明届出件数は大学の知的財産活動にとって最も重要な指標の一つである。

2006年度以降の発明届出件数の推移をみると期間を通じて緩やかな減少傾向が続いた(図7)。2018年度の発明届出件数は4,508件であり、2006年度に対して23.5%、2012年度に対して5.0%減少した。

一方、この期間、各大学が獲得した研究資金の額⁽¹⁸⁾は一貫して増加した。このため、発明届出件あたりの研究資金⁽¹⁹⁾は次第に増加し、2012年度には61.6百万円であったものが、2018年度には83.5百万円(2012年度に対して35.6%増)に達した。研究資金の面からみた発明創作の効率は低下傾向にある。

図7 発明届出件数の推移



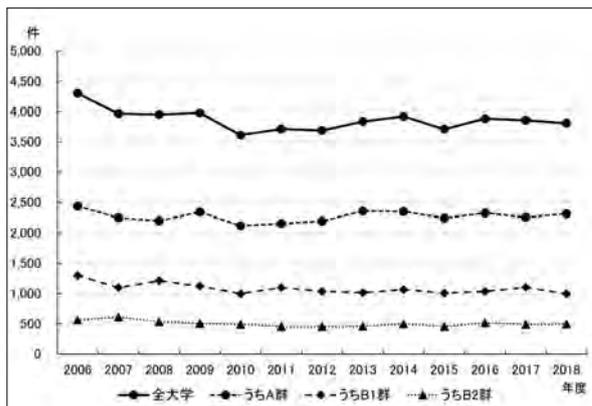
② 国内特許出願

(国内特許出願件数)

国内特許出願件数は、2012年度以降ほぼ横ばいないし微増で推移した。2018年度の国内特許出願件数は3,808件であり、2006年度に対して11.6%減少、2012年度に対しては3.2%増加した(図8)。

群別には、2012～2018年度の間にA群が5.4%増、B2群が9.0%増加したのに対し、B1群は4.1%減少した。

図8 国内特許出願件数の推移



(大学の費用負担の有無別国内特許出願件数)

UNITTサーベイは、出願費用の全額を共願の相手先企業が負担した出願⁽²⁰⁾(以下、「大学の費用負担がない出願」という)件数を調査している。これによれば、当初は大学の費用負担を伴う出願件数⁽²¹⁾が大学の費用負担がない件数を上回っていたが、2010年度頃からは費用負担を伴う出願と費用負担がない出願がほぼ同数で推移した(2018年度の大学の費用負担を伴う出願件数の割合は48.0%)。国内特許出願の約半数が企業の全額費用負担のもとに行われた。なお、大学が費用負担する場合には、大学とともに企業が費用の一部を負担する場合や公的資金の支援を受けて大学負担する場合が含まれることに注意が必要である。

大学の費用負担の有無別の出願件数の推移は、群によって状況が異なった。A群は、当初から大学の費用負担がない出願件数の割合が高かったが、それが2015年度に増加から減少に転じ、一方、大学の費用負担を伴う出願件数は2012年度以降増加傾向にある

(18) UNITTサーベイは、研究資金に関する調査を2010年度から行っている。調査項目として「科学技術研究費補助金」、「その他政府系資金」及び「民間からの資金」を設定しており、本稿ではその合計値を当該年度の研究資金の額とした。

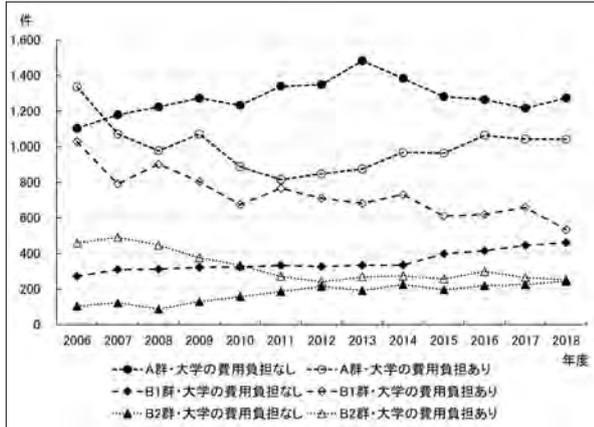
(19) 当該年度の研究資金の額を同年度の発明届出件数で除して算出した。

(20) 大学と企業との共同出願の場合、わが国では多くの大学は出願・登録関係費用について共同出願相手企業に負担を求めるのが通例である。このため、費用負担を伴う出願の多くは、大学単独出願である。

(21) 出願件数全体から大学の費用負担のない出願件数を減じて算出した。

(2018年度の大学の費用負担を伴う出願の割合は45.0%)。これに対して、B1群、B2群では、期間を通じて大学の費用負担がない出願件数が増加する一方、費用負担を伴う出願件数は減少ないし横ばいで推移した(2018年度の大学の費用負担を伴う出願件数の割合は、それぞれ53.7%及び50.9%) (図9)。

図9 国内特許出願件数の推移(群別・大学の費用負担の有無別)



(大学単独出願件数)

UNITT サーベイは、2013年度から国内特許出願件数のうち大学単独出願件数を調査している。それによれば、2013～2018年度の国内特許出願のうち、大学単独出願の割合は36.6% (平均値)であった。この間の国内特許出願の約3分の2が企業等との共同出願であった。

群別には、A群が最も単独出願の割合が低く(同31.9%)、B1群は同45.0%、B2群は同41.3%であった。

2018年度のわが国大学の国内特許出願件数の34.8%が大学単独出願、残る65.2%が企業との共同出願であり、また、国内出願件数の52.2%が大学の費用負担を伴わない出願であった。大学単独出願に要する費用は大学が全額負担していると考えられるので、企業との共同出願については、約80%が大学の費用負担なしに、残りの20%は大学が何らかの費用負担を伴って行われたことになる。

(発明届出件数に対する国内特許出願の割合)

発明届出件数が減少傾向にあることから、発明届出件数に対する国内特許出願件数の割合⁽²²⁾は2006年度以降、増加傾向が続いており、2012年度には77.7%であったものが、2018年度には84.5%と6.8ポイント

上昇した。

知的財産活動を通じた社会実装の成果を高めるためには、届出られた発明を事業化の観点から精査し、技術移転の可能性の高い知的財産に経営資源を集中することが効果的であると考えられることから、発明届出をこれまで以上に奨励することが重要であると考えられる。

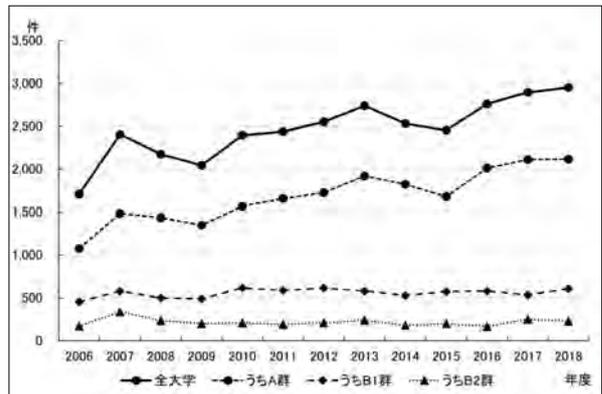
③ 外国特許出願

(外国特許出願件数)

2006～2018年度の外国特許出願件数は、期間を通じて増加基調で推移した。2018年度の出願件数は2,953件であり、2012年度に対して15.7%増加した。

また、群別の2012年度と2018年度の間の変動は、A群が22.6%増、B2群が9.0%増であったが、B1群は1.3%減と出願件数が減少した(図10)。

図10 外国特許出願件数の推移



(大学の費用負担の有無別外国特許出願件数)

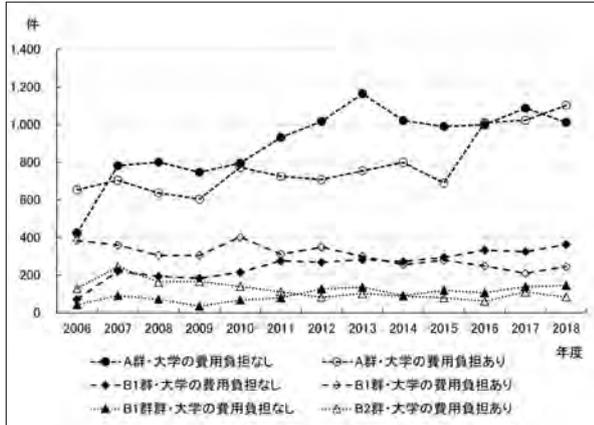
外国特許出願件数についても、当初は大学の負担を伴う出願件数が大学の費用負担がない出願件数を上回っていたが、2011年度以降は大学の費用負担がない出願件数が上回って推移した。2016年度以降大学の費用負担を伴う件数が増加したため、2018年度は両者がほぼ同数となった(2018年度の費用負担を伴う出願件数の割合は48.5%)。外国特許出願についても、約半数が企業的全額費用負担のもとに行われた。

群別には、A群では、大学の費用負担がない件数が2014年度から横ばい傾向にある一方、2011年度以降、大学の費用負担を伴う件数が増加した(2018年度の費用負担を伴う件数の割合は52.1%)。これに対して、

(22) 当該年度の国内特許出願件数を同年度の発明届出件数で除して算出した。

B1群、B2群は期間を通じて大学の費用負担を伴う件数が減少ないし横ばいで推移し、費用負担がない件数は増加した(同40.4%及び36.7%) (図11)。

図11 外国特許出願件数の推移(群別・大学の費用負担の有無別)



(大学単独出願件数)

外国特許出願のうち、2013～2018年度の単独出願の割合は30.3% (平均値)であり、国内特許出願と同様に、出願件数の約3分の2が企業との共同出願であった。群別には、A群が29.1%、B1群が34.5%、B2群が29.2%であった。

4. 国内特許登録件数(国内・外国)

① 国内特許登録件数

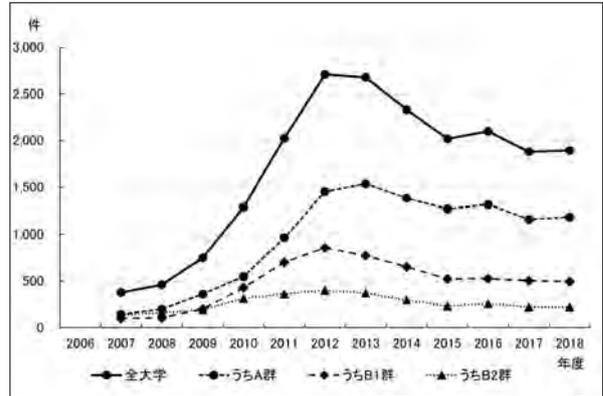
(国内特許登録件数)

国内特許登録件数は、大学の特許出願が本格化してから間もない2007年度⁽²³⁾にはわずか377件であったが、その後出願件数が毎年累積するのに伴って急速に増加し、2012年度は2,708件(2006年度の7.2倍)に達した。その後は一転して減少に転じ、2018年度は1,894件(2012年度に対して30.1%減)となった(図12)。

群別では、A群が同18.6%減、B1群が同42.3%減、B2群が同45.6%減とB1群、B2群の減少幅が大きかった。

各大学における国内特許出願は2004年前後から毎年度行われており、国内登録対象案件は一定数継続的に発生していたものと考えられるため、2013年度以降は登録案件の絞り込みがそれまで以上に厳密に行われていたと推測される。

図12 国内特許登録件数の推移



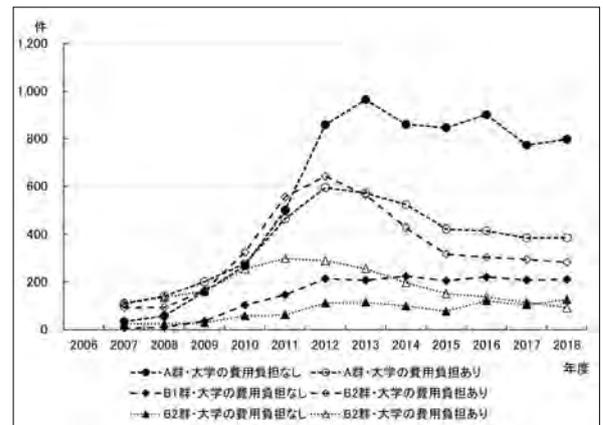
(大学の費用負担の有無別国内特許登録件数)

UNITTサーベイは、特許登録に関しても費用の全額を共有権利者である企業が負担した登録件数を調査している。これによれば、国内特許登録件数が全体として減少に転じた2012年度以降は、大学の費用負担がない登録件数がほぼ横ばいで推移した(2018年度は2012年度に対して4.1%減)のに対し、大学の費用負担を伴う件数は顕著に減少した(同50.2%減)。2012年度以降、国内特許登録件数が減少したのは、主に大学の費用負担を伴う登録件数が減少したことによる(図13)。

また、群別にみると、2012～2018年度の増減率は、A群が35.0%減、B1群が56.0%減、B2群が68.5%減であり、B1群、B2群の減少幅が大きかった。

2018年度における国内特許登録件数に占める大学の費用負担がない件数の割合は59.9%であり、2007年度の16.5%から53.4ポイント急増した。国内特許登録の約6割が企業的全額費用負担のもとに行われた。

図13 国内特許登録件数の推移(群別・大学の費用負担の有無別)



(23) 特許登録件数は、2007年度から調査対象に加えられた。

(国内特許保有件数)

UNITT サーベイは、2013 年度から特許保有件数を調査している。これによれば、国内特許保有件数は、2013～2018 年度の間一貫して増加し、2018 年度は 16,665 件と 2013 年度に対して 53.3% 増加した。この間の増加件数 5,797 件のうち A 群の増加分が 4,077 件 (増加分の 70.3%)、B1 群が 1,662 件 (同 28.7%)、B2 群が 58 件 (同 1.0%) であり、B2 群では国内特許保有件数がほとんど増加しなかった。

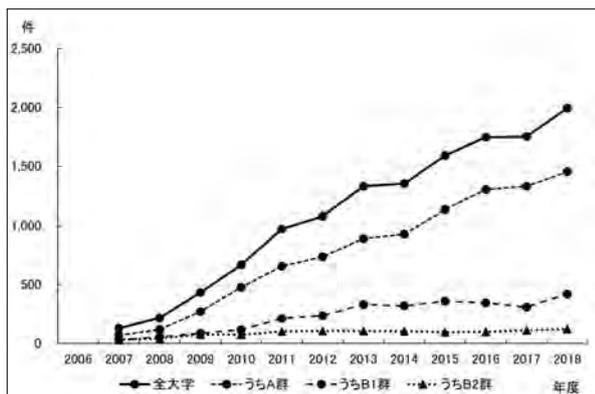
② 外国特許登録件数

(外国特許登録件数)

外国特許登録件数は、2007 年度には 130 件に過ぎなかったが、その後は急増し、2018 年度には 1,995 件に達した (2012 年度に対して 2018 年度は 184.8% 増加) (図 14)。

群別では、A 群が同 78.5% 増、B1 群が同 20.0% 増、B2 群が同 11.2% 増であり、A 群の増加幅が大きかった。

図 14 外国特許登録件数の推移



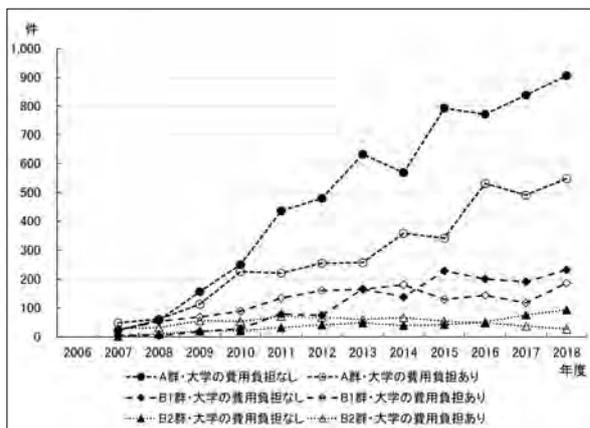
(大学の費用負担の有無別外国特許登録件数)

2018 年度の外国特許登録件数のうち、大学の費用負担がない登録件数は 1,233 件、費用負担を伴う件数は 762 件であり、大学の費用負担を伴う件数の割合は 38.2% であった。当初は大学の負担を伴う登録件数が多数であったが、その後費用負担がない登録件数が増加し、2013 年度以降は 40% 前後で推移した。外国特許登録についても、その 6 割が企業的全額費用負担のもとに行われた。

大学の費用負担の有無別外国特許登録件数を群別に

みると、A 群は、2018 年度の登録件数が 2012 年度よりも 292 件増加し、そのうち 40.6% が大学の費用負担を伴うものであったが、B1 群は 26 件の増加のうち費用負担を伴うものは 14.1% にとどまり、B2 群では 13 件増加したが、大学の費用負担を伴う件数は 40 件減少した (費用負担がない登録件数が 53 件増加)。(図 15)

図 15 外国特許登録件数の推移(群別・大学の費用負担の有無別)



(外国特許保有件数)

外国特許保有件数は、2013～2018 年度の間一貫して増加した。2018 年度の保有件数は 10,020 件であり、2013 年度の 2.22 倍となった。この間の増加件数 5,497 件のうち、A 群の増加分が 4,321 件 (増加分全体の 78.6%)、B1 群が 1,026 件 (同 18.7%)、B2 群が 150 件 (同 2.7%) であり、増加分の大部分は A 群によるものであった。

5. 特許等のライセンス

① 新規ライセンス契約件数⁽²⁴⁾

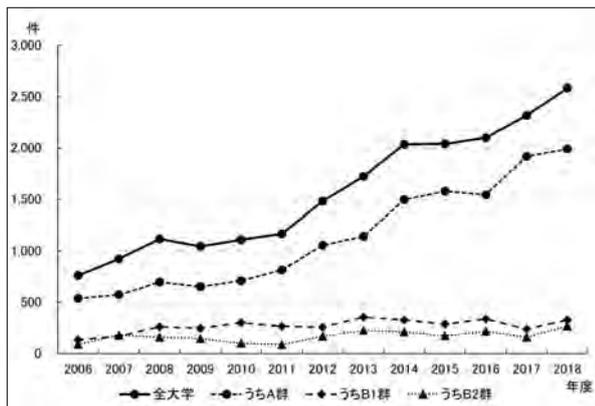
(新規ライセンス契約件数)

新規ライセンス契約件数は、2006 年度以降着実に増加し、2018 年には 2006 年度に対して 3.39 倍、2012 年度に対しては 74.3% 増となった (図 16)。

また、2012 年度から 2018 年度の増加幅は、A 群が 88.3% 増、B1 群が 27.2% 増、B2 群が 58.0% 増であった。

(24) UNITT サーベイにおいてライセンス契約は、AUTM サーベイとの整合性を図るため、特許権に加え、実用新案権、意匠権、著作権、回路配置利用権、育成者権、マテリアル提供 (MTA による) に基づく実施許諾契約 (譲渡を含む) も対象となっている。なお、UNITT サーベイにおいてライセンス件数は、契約単位の件数と権利単位の件数の両方を調査している。ここでは権利ベースの件数を用いる。

図 16 新規ライセンス契約件数の推移



(大学単独保有の権利⁽²⁵⁾によるライセンス契約件数の割合)

新規ライセンス契約件数のうち、大学単独保有の権利によるライセンス契約件数は、2013年度から調査されている。これによれば、2013～2018年度の新規ライセンス契約件数のうち、大学単独保有の権利によるものは全新規ライセンス契約件数の50.8% (平均値) を占めた。単純には比較できないが、同期間の特許出願のうち大学単独出願件数の割合 (国内36.6%、外国30.3%) よりも20%程度高かった。

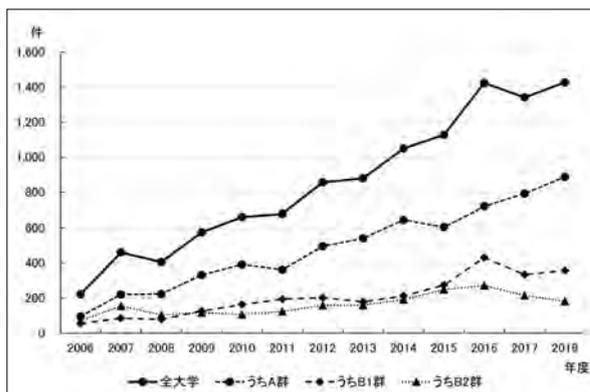
② 当該年度にランニング・ロイヤルティ収入が得られたライセンス契約件数

ランニング・ロイヤルティは、ライセンスされた技術が実際の製品に継続的に活用されているものであり、研究成果の社会実装の成果を示す重要な指標の一つである。

当該年度にランニング・ロイヤルティ収入が得られたライセンス契約は、期間を通じて増加傾向にあり、2018年度は1,428件(2012年度に対して66.5%増)となった(図17)。

群別には、A群が同78.9%増加、B1群が同77.0%増加したのに対し、B2群は14.5%にとどまった。

図 17 当該年度にランニングロイヤルティ収入が得られたライセンス契約件数の推移



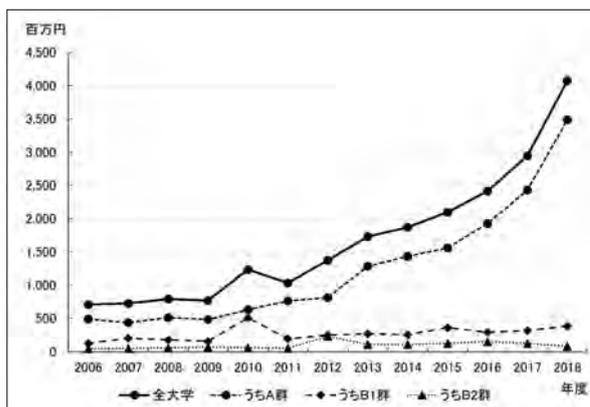
③ ライセンス収入 (ライセンス収入)

UNITT サーベイは、ライセンス収入が大学とTLOで二重計上されることを回避するため、ネット・ライセンス収入⁽²⁶⁾を調査している。

調査期間中、ネット・ライセンス収入は一貫して増加し、2018年度には4,077百万円(2012年度に対して195.9%増、2006年度に対して5.7倍)となった(図18)。知的財産活動の果実が次第に得られつつある。

群別にみると、A群が急増した。2018年度は2012年度に対して4.27倍(2012年度から2018年度の増加分をほぼ独占した)となった。また、B1群はこの期間に52.4%増加したが、B2群は逆に同34.3%減少した。

図 18 ネットライセンス収入の推移



(25) 出願中のものも含めている。

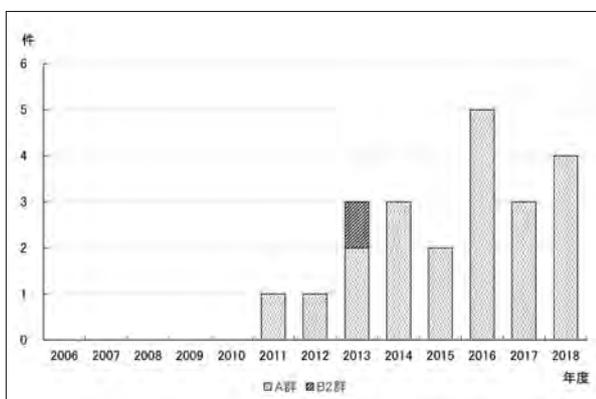
(26) 各大学のライセンス収入である「ランニング・ロイヤルティ収入」、「株式関連によるライセンス収入」、「それ以外の方式によるライセンス収入」の合計から「他機関に支払った額」を差し引いた額。これらのうち、他機関に支払った額とは、例えば、技術移転活動を外部TLO等に委託し、その対価として支払った費用の額。

なお、「それ以外の方式によるライセンス収入」には著作権及び成果有体物によるものを含む。2018年度における著作権及び成果有体物によるライセンス収入がネット・ライセンス収入に占める割合は、ネット・ライセンス収入の4.1%及び10.3%であった。

(当該年度に1億円以上ロイヤルティ収入を獲得したライセンス契約件数)

ライセンス収入に関連して、UNITT サーベイでは、当該年度に1億円以上のライセンス収入があったライセンス契約の件数を調査している。これによれば、1億円以上の収入があったライセンス契約は2011年に初めて報告された。その後は毎年度報告事例があり、2018年度までにのべ22件となった。そのうちの21件はA群において契約されたものであった(他の1件はB2群)(図19)。これらがA群におけるライセンス収入の増加に寄与していると考えられる。

図19 当該年度に1億円以上のライセンス収入があったライセンス契約件数



IV まとめ及び今後の課題

1. 同一の大学を対象とした時系列データの作成

UNITT サーベイを基礎資料として、同一の大学を対象として、大学の知的財産活動に関する13年間にわたる時系列データを作成した。この期間は、わが国大学が知的財産活動を本格的に開始してから直近までの期間であり、また、大学が政府による強力な政策支援のもとに開始した知的財産活動の自立化に取り組んだ期間でもある。本稿により得られたデータは、この間における大学の対応状況を明らかにするものである。

また、UNITT サーベイは、他の調査では取り扱われていない産学連携部門やTLOの人員構成、運営資金、知的財産活動関連支出等知的財産活動を行う組織の運営に関する情報も対象としている。本稿では、特に、知的財産活動を支える資金に着目し、知的財産の創出からライセンスまでの各段階の活動について状況を把握した。

2. 2013年度以降の大学における特許出願・登録の状況と課題

(2013年度以降の動向)

大学産学連携部門の運営資金に対する公的資金が激減した2013年度以降の特許出願・登録関係支出は、年度により増減があったが、2018年度には2012年度をやや下回る水準となった。出願・登録に対する支出の面からみれば、この間、わが国大学における特許出願・登録活動は全体としては拡大しなかったと言える。

群別には異なる傾向がみられた。知的財産活動の規模が相対的に大きいA群では、出願・登録関係費用が増加(活動規模が拡大)し、相対的に小さいB1、B2群では減少(活動規模が縮小)した。

一方、特許出願件数を見ると、国内特許出願数は2013年度以降ほぼ横ばいで推移し、外国特許出願は増加基調で推移した。国内特許出願が増加しなかった背景には、この期間発明届出件数が減少傾向であったことが影響していると考えられる。

特許出願についても、群により異なる傾向がみられた。A群では、国内・外国とも大学の費用負担を伴う出願(多くは単独出願)が増加し、費用負担のない出願(ほとんどが企業との共同出願)が減少した。大学組織で行う活動は、あらかじめ設定された予算の中で行われるのが通常であると考えられるので、支出の増加につながるこのような出願傾向は、組織としての方針のもとに行われたと考えられる。

B1、B2群では、逆に費用負担を伴う出願が減少し、費用負担を伴わない出願が増加した。このことは、出願関係支出の制約があり、そのなかでベストプラクティスを目指した結果であると推測しても不合理ではないであろう。

また、特許登録件数については、2013年度以降国内・外国とも大学の費用負担を伴うものが費用負担を伴わないものよりも抑制的に取り扱われた。特許登録については、出願された発明の技術移転可能性判断が的確に行われれば、特許登録に至る前に活用あるいは放棄等の対応が可能であるため、登録件数の増減がそのまま大学の知的財産力に影響するとは言えないが、費用面を理由に権利化を過度に抑制することがあれば、知的財産ポートフォリオの適切な形成を損なうことが懸念される。

(特許出願・登録活動の含意と今後の課題)

大学から企業への技術移転の場合、共同出願特許に比べ単独出願特許の方がライセンスに結びつきやすい

ことが知られており⁽²⁷⁾、本稿の調査結果もこのことを支持している⁽²⁸⁾。A群の出願傾向は、出願に関する費用は増加するが、知的財産活動の成果を高めることにつながると考えられる。B1、B2群についても、ライセンスの成果を得るためには、特許出願・登録に対する支出の増加と事業化の可能性を秘めた魅力的な発明への資源集中による知的財産の充実が必要であろう。

基本特許を大学単独で取得し、それを基に、企業との共同研究につなげることにより、大きな技術移転成果を得ることができる。また、大きな成果を目指す際には、外国出願は欠かせない。外国出願におけるJSTによる支援の減少を補う活動資金の増加が課題である。

また、B1群(国立大学)とB2群(私立大学)の間では、特許出願・登録活動に関する傾向の特徴的な差異はみられなかった。設立主体の差が、知的財産活動に及ぼす影響は大きくないことが示唆される。

大学の研究成果の企業への技術移転を実現するためには、技術移転を担う産学連携部門のスキル向上と技術移転の対象となる知的財産の充実の両面が必要である。前者については、本調査の対象とした大学はいずれも約20年の技術移転活動の経験を経ており、また、技術移転の促進に有効なプレマーケティング手法を紹介する「大学技術移転のロールモデル⁽²⁹⁾」の公表、先進的なTLOが潜在力のある大学とネットワーク形成して産学連携の促進を目指す文部科学省「イノベーションマネジメントハブ形成支援事業⁽³⁰⁾」(2019年度～)が実施されており、技術移転人材の育成に関しては、UNITTによる研修の実施、技術移転人材の国際的な資格制度であるRTTP(国際認定・技術移転プロフェッショナル)の取得促進など、様々な支援策が講じられている。

一方、技術移転の対象となる知的財産の充実については各大学に委ねられるが、活動を支える知的財産関係支出が減少傾向にある大学が多い。本調査の対象とした35大学のうち、2018年度の特許出願・登録関係支出が6年前の2012年度に比べて増加した大学は15校にとどまり、残る20校は減少していた。

本調査の結果は、将来の果実を得るための先行投資である知的財産活動を戦略的に進め、大学の研究成果の社会実装を促進する観点から、知的財産の充実につ

ながる知的財産関係支出の確保及びそれに対する支援の充実が課題であることを示している。

V おわりに

データに基づく効果的な産学連携が求められるなか、UNITTサーベイは有益な示唆を与えてくれる貴重な資料である。本稿では、知的財産活動に関する資金面に着目したが、このほかにも有益な情報が提供されている。UNITTサーベイが今後とも継続され、活用されることを期待したい。

(謝辞)

本稿の作成に当たり、データへのアクセスを承認いただき、また有益なご助言をいただいた一般社団法人大学技術移転協議会及び羽鳥賢一氏、福田猛氏に対して、この場をお借りして心より感謝申し上げます。

(2021年1月8日投稿)

(27) 金井昌宏「大学等の単独保有特許と技術移転成果との関係」産学連携学、Vol.14, No.2(2018)等。

(28) 前述の(大学単独所有の権利によるライセンス契約件数の割合)を参照されたい。

(29) JST website (https://www.jst.go.jp/chizai/news/doc/role_model_20161102.pdf)

(30) 文部科学省 website (https://www.mext.go.jp/a_menu/shinkou/sangaku/1415815.htm)

著作者名の省略に関する一考察

齋藤 崇^(*)

著作者は自己の著作物について、実名にせよ、変名にせよ、自己の氏名をつけることがある。これは、著作権法において規定されている著作者人格権のうち、氏名表示権(19条)によって保障されている。もっとも、氏名表示権は制限される場合もあり、このうち、19条3項では、著作者名を省略することができる場合について規定されている。ただ、同一性保持権の制限規定であるやむを得ない改変についての20条2項4号と比較して、19条3項の議論が活発に展開されてきたとはいえない。しかし、19条3項の解釈に関する従前の議論であったり、近時の最高裁判決の判示事項以外の部分において、さらに検討すべき課題があったりすること等に鑑みると、よりさまざまな議論が展開されていくと思われる。このような事情に鑑みて、本稿では、氏名表示権の制限規定の一つである19条3項に関して考察する。

- I. はじめに
- II. 氏名表示権の制限規定をめぐる議論
 - 1. 氏名表示権の立法趣旨
 - 2. 氏名表示権の制限規定
 - 3. 19条3項に係る裁判例の紹介
 - (1) 肯定例
 - (2) 否定例
 - (3) 検討
- III. 技術的な仕様に伴う著作者名の省略
 - 1. リツイート事件最高裁判決
 - (1) 事実の概要
 - (2) 判旨
 - 2. 検討
- IV. 考察
- V. おわりに

I. はじめに

著作者は自己の著作物について、実名にせよ、変名にせよ、自己の氏名をつけることがある。これは、著作権法⁽¹⁾において規定されている著作者人格権のうち、

氏名表示権(19条)によって保障されている。

ところで、著作権法には権利制限規定が置かれており(30条以下)、これらに該当するものであれば、著作権による権利行使は制限され、著作権侵害が否定される。

もっとも、上記の権利制限規定は、あくまでも著作権については及ぶが、著作者人格権については及ばないため(50条)、著作者人格権の場合は、著作者人格権ごとに規定されている権利制限規定によってその権利行使が制限され、著作者人格権侵害が否定される。

著作者人格権の制限規定をめぐる議論には、同一性保持権の制限規定である「前3号に掲げるもののほか、著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認められる改変」(20条2項4号)の解釈のあり方に関するものが多く、その議論も活発に行われている⁽²⁾。これは、同一性保持権の制限規定である「やむを得ない改変」(20条2項4号)が、一般条項⁽³⁾としての性格を有しているからであろう。

さて、一般条項としての性格を有している権利制限規定は、氏名表示権にも存在している⁽⁴⁾。それは、著作者名の省略(19条3項)についての規定であり、この19条3項という著作者名の省略についての権利制

(*) 日本大学法学部助教

(1) 本稿では、条文については別途表記しない限り、著作権法の条文を示す。

(2) さしあたり、上野達弘「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察(一)―ドイツ著作権法における「利益衡量」からの示唆―」民商法雑誌第120巻第4・5号(平成11年)748-779頁、上野達弘「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察(二・完)―ドイツ著作権法における「利益衡量」からの示唆―」民商法雑誌第120巻第6号(平成11年)925-969頁などがある。

(3) 小倉秀夫・金井重彦編『著作権法コンメンタル(改訂版)I』(第一法規,2020年)493頁[山本順一]。また、中山信弘『著作権法[第3版]』(有斐閣,2020年)637頁では、「4号の規定ぶりはいわゆる「小さい一般条項」とでも称すべきものであり、1号から3号で具体的例外事由を掲げ、4号でそれと同程度の事由が存する場合の規定と解されている。」と述べられている。

(4) この点を指摘するものとして、田村善之「リツイートにシステム上伴うトリミングにより著作者名が表示されなかったことについて氏名表示権侵害を肯定した最高裁判決〜リツイート事件最高裁判決(令和2年7月21日言渡)の検討〜」WJL判例コラム第213号(文献番号:2020WLJCC025)16頁。http://www.westlawjapan.com/pdf/column_law/20201005.pdf

限規定も、20条2項4号と同様に一般条項としての性格を有しているものであるため⁽⁵⁾、その解釈に柔軟性をもたせることができる。

また、学説では、「19条3項の内容は抽象的であり、裁判例の蓄積によって明らかにされていく性質のものである。」⁽⁶⁾という見解が述べられており、さらに現行法の起草担当者は、19条3項の解釈指針について「…本項は拡大解釈されて適用される危険性の高い規定でありまして、それを避けるためにも著作権界に公正な慣行が確立されて歯止めとなるよう期待したいところです。」⁽⁷⁾と述べられている。

20条2項4号と比較して、19条3項の議論が活発に展開されてきたとはいいい難いところがあるが、上記に鑑みると、著作権者人格権に関する議論として19条3項について検討することには意味があると考えられる。また、後述する近時の最高裁判決の判示事項以外の部分において、さらに検討すべき課題が顕現化している。19条3項の解釈に関する従前の議論の検討に加えて、この最高裁判決も19条3項の解釈に関する素材の一つとして検討してみる余地があろう。

このような事情に鑑みて、本稿では、氏名表示権の制限規定の一つである19条3項に関して考察する。

II. 氏名表示権の制限規定をめぐる議論

1. 氏名表示権の立法趣旨

氏名表示権は、「著作権者は、その著作物の原作品に、又はその著作物の公衆への提供若しくは提示に際し、その実名若しくは変名を著作権者名として表示し、又は著作権者を表示しないこととする権利を有する。その著作物を原著物とする二次的著作物の公衆への提供又は提示に際しての原著物の著作権者の表示についても、同様とする。」と規定されている(19条1項)。

その立法趣旨は、「…著作権者の創作という個人的事実によって生ずる著作権者として著作物の人格的不離一体性に着目し、その人格的利益を保護するために、著作権

がその著作物の創作者であることを主張する権利を認める趣旨に出たものであります。」⁽⁸⁾と説明されている。

ちなみに、私的領域であれば、著作権は権利制限規定(30条1項)により、その権利行使が制限されるが、前述のように、著作権者人格権である氏名表示権はその影響を受けないと規定されている(50条)。また、「氏名表示権は、複製物に関しては、公衆への提供、提示される場合に及ぶに止まる。裏からいえば、著作権者は、私的な場面で著作物が複製される場合、自己の意に添わない氏名の表示が行われたとしても、これを問責することはできないことになる。」⁽⁹⁾と解されており、「著作物の原作品に関しては、公衆への提供または提示は要件とされていない。したがって、著作権者は、原作品に自己の同意のない著作権者名表示が行われる場合、それが私的な領域に止まっているとしても、これを氏名表示権侵害として禁止することができる。原作品に対しては、複製物とは異なる特別の人格権を認めたものであろう。」⁽¹⁰⁾と解されている。

2. 氏名表示権の制限規定

もともと、利用者は著作物を利用するにあたって、氏名表示権の権利制限規定によりその侵害が否定される。氏名表示権の権利制限規定が設けられているのは、「氏名表示権を厳格に貫くと著作物の円滑な流通・利用に不都合をもたらすおそれがある」⁽¹¹⁾ことがその謂れである。

氏名表示権の制限規定には、次の二つがある⁽¹²⁾。

まず、一つ目の氏名表示権の制限規定として、「著作物を利用する者は、その著作権者の別段の意思表示がない限り、その著作物につきすでに著作権者が表示しているところから従って著作権者を表示することができる。」と規定されている(19条2項)。

この19条2項の規定は、「第2項は、既に著作権者によって表示されている著作権者名をそのとおり表示して著作物を利用することは著作権者の人格を傷つけるものではないところから、著作物を利用する者は、著作権者から別段の意思表示がない限り、既に表示され

(5) 田村・前掲註(4)16頁。

(6) 諏訪野大「氏名表示権と公正な慣行〔セキスイツーユーホーム事件〕」小泉直樹・田村善之・駒田泰土・上野達弘編『著作権判例百選〔第5版〕』(有斐閣、2016年)87頁。

(7) 加戸守行『著作権法逐条講義 六訂新版』(著作権情報センター、平成25年)172頁。

(8) 加戸・前掲註(7)170頁。

(9) 田村善之『著作権法概説 第2版』(有斐閣、2001年)427頁。

(10) 田村・前掲註(9)427頁。

(11) 中山・前掲註(3)605頁。

(12) ほかに、行政機関情報公開法等との関係においても氏名表示権は制限されるが(19条4項)、本稿では割愛する。

た著作者名を表示することができる旨を定めております。』⁽¹³⁾と説明されている。ちなみに、学説では、改変された著作物の場合について、「…利用者のところで著作物が改変される場合には、原著物の既存の表示方法に従った表示をなすことで氏名表示権侵害を免れることは許されないと解される。』⁽¹⁴⁾という見解も述べられている。

次に、二つ目の氏名表示権の制限規定として、「著作者名の表示は、著作物の利用の目的及び態様に照らし著作者が創作者であることを主張する利益を害するおそれがないと認められるときは、公正な慣行に反しない限り、省略することができる。」と規定されている(19条3項)。

この19条3項の規定は、「第3項は、著作者の人格的利益を損うおそれがなく、かつ、社会的実態として必要妥当性が認められる一定の場合に、著作者名の表示を省略することができる旨を定めた規定です。』⁽¹⁵⁾と説明されている。

19条3項の各要件の解釈については、現行法の起草担当者によると、次のように説明されている。

「著作物の利用の目的及び態様に照らし」といいますのは、著作物の利用の目的が閉鎖的な範囲内における内部的利用であって著作者名表示が問題とならない場合、例えば自分の研究用にコピーをとる場合とか、あるいは著作物の利用態様が著作者名表示になじまない場合、例えばバック・グラウンド・ミュージックとして音楽の曲をメドレー演奏するというような場合とか、著作物利用の性質からして著作者名表示の必要性がないか著作者名表示が極めて不適切であるようなケースを指します。』⁽¹⁶⁾

「著作者が創作者であることを主張する利益を害するおそれがないと認められるとき」といいますのは、裏返していいますと、著作者名表示が省略されることによって、著作者名を意図的に隠匿したと考えられる場合とか、別の人が著作者ではないかという誤解を招くおそれがある場合とか、あるいはこの作品は著作名表示がないから無名作品であるという錯覚を抱かせる

ような場合とか、そういうケースに該当しない場合をいうことです。』⁽¹⁷⁾

「公正な慣行に反しない限り」といいますのは、音楽のメドレー演奏のように演奏最中における著作者名アナウンスが不可能な場合でも、演奏会ならプログラム配布とか、テレビ放送ならテロップ挿入とかいう公正な社会慣行があれば、それに従って表示する必要があります。』⁽¹⁸⁾

また、19条3項の各要件の解釈については、別の論者の見解によると、次のように説明されている。

「著作者が創作者であることを主張する利益」というのは、文言からすれば著作者の主観が投影された個体差の大きなもののように読めるが、予見可能性、法的安定性の要請から一定程度客観的な利益でなければならない。だとすれば、平均的な著作者を想定したとき(これを通常人(英米法でいうところの reasonable person)と呼んでもかまわない)、当該著作物の具体的な利用のされ方が創作者である著作者の社会経済的利益の目に見えるであろう減少、業界における創作者としての自負心の毀損、精神的安寧の破綻を招来するであろうことが認識できる客観的状況の把握が前提となる。』⁽¹⁹⁾

「公正な慣行」とは、それぞれの著作物の種類によって異なるが、その特定の著作物の種類に見合っただけで社会的に成立している通常の利用のされ方をいう。』⁽²⁰⁾

さらに、この「公正な慣行」要件について、学説では、「…慣行とはあくまでも「公正」な慣行のことを指し、単に業界で広く行われているというだけでは足りない。』⁽²¹⁾という見解も述べられている。

また、19条2項と19条3項の解釈のあり方の違いについては、19条2項は「定型的」に氏名表示権侵害を否定するものであり、19条3項は「著作物の利用の目的及び態様に照らし」という要件があるため、「利益衡量」によって氏名表示権侵害を否定するものであるという旨の見解が示されている⁽²²⁾。

ともあれ、このようにみても、19条3項の解

(13) 加戸・前掲註(7)171頁。

(14) 田村・前掲註(9)430頁。

(15) 加戸・前掲註(7)171頁。

(16) 加戸・前掲註(7)172頁。

(17) 加戸・前掲註(7)172頁。

(18) 加戸・前掲註(7)172頁。

(19) 小倉ほか・前掲註(3)462頁〔山本順一〕。

(20) 小倉ほか・前掲註(3)462頁〔山本順一〕。

(21) 中山・前掲註(3)606頁。

(22) 田村・前掲註(4)13頁。

釈にあたっては、さまざまな事情に鑑みて柔軟に解釈することが許されるものであると解される。ただし、前述のように、現行法の起草当事者は、19条3項の解釈指針について「…本項は拡大解釈されて適用される危険性の高い規定でありまして、それを避けるためにも著作権界に公正な慣行が確立されて歯止めとなるよう期待したいところです。」⁽²³⁾とも述べられており、その適正な解釈のあり方に留意する必要がある。

3. 19条3項に係る裁判例の概観

前述のように、19条3項が適用されることによって氏名表示権の権利行使が制限され、すなわち、著作者名の表示を欠く(省略される)場合であっても、氏名表示権侵害が否定されることになる。

そこで、ここでは、19条3項の適用可否について争われた従前の裁判例について、その判旨を肯定例(侵害否定)と否定例(侵害肯定)に分けて紹介する⁽²⁴⁾。

(1) 肯定例

〈バス車体絵画事件〉⁽²⁵⁾

「…被告書籍には、原告作品を車体に描いた本件バスの写真が、表紙の中央に大きく、また、本文14頁の左上に小さく、いずれも、原告作品の特徴が感得されるような態様で掲載されているが、他方、被告書籍は、幼児向けに、写真を用いて、町を走る各種自動車を解説する目的で作られた書籍であり、合計24種類の自動車について、その外観及び役割などが説明されていること、各種自動車の写真を幼児が見ることを通じて、観察力を養い、勉強の基礎になる好奇心を高めるとの幼児教育的観点から監修されていると解されること、表紙及び本文14頁の掲載方法は、右の目的に照らして、格別不自然な態様とはいえないので、本件書籍を見る者は、本文で紹介されている各種自動車の一例として、本件バスが掲載されているとの印象を受けると考えられること等の事情を総合すると、原告作品が描かれた本件バスの写真を被告書籍に掲載し、これを販売することは、「専ら」美術の著作物の複製物の

販売を目的として複製し、又はその複製物を販売する行為には、該当しないというべきである。」

「なお、被告書籍中に、原告作品の著作者氏名の表示はされていない。しかし、前記のとおり、被告書籍における著作物の利用の目的及び態様に照らし、著作者氏名を表示しないことにつき、その利益を害するおそれがないと認められる。」

〈セキスイツーユーホーム事件〉⁽²⁶⁾

「本件写真は、「セキスイツーユーホーム」の宣伝誌である「ツーユー評判記」に掲載するために、すなわち「セキスイツーユーホーム」の宣伝広告に用いる目的で撮影されたものであるところ、本件使用も、まさに「セキスイツーユーホーム」の広告である新聞広告に用いたものである。そして、原告本人尋問の結果によれば、一般に、広告に写真を用いる際には、撮影者の氏名は表示しないのが通例であり、原告も従来、この通例に従ってきたが、これによって特段損害が生じたとか、不快感を覚えたといったことはなかったことが認められる。」

「上記の事情に照らせば、本件使用は、その目的態様に照らし、原告が創作者であることを主張する利益を害することはなく、公正な慣行にも合致するものといえるから、同項によって原告の氏名表示を省略する場合に該当するというべきである。」

「この点につき、原告は、本件使用は無断使用であることを理由に、同項の適用はない旨主張する。しかしながら、著作者人格権と著作権は別個の権利であり、前者は著作者に専属するものであるのに対し、後者は著作者が他者に譲渡することができるものであることに照らせば、著作物の使用が著作権者の許諾を受けたものであるか否かは、同項の適用の可否とは関係がないものというべきである」

〈怪獣ウルトラ図鑑復刻版事件〉⁽²⁷⁾

「本件書籍における氏名表示の方法は、2ページの目次の左側に「さし絵」と記載した欄があり、そこに控

(23) 加戸・前掲註(7)172頁。

(24) 下記裁判例の選定については、諏訪野・前掲註(6)86-87頁、志賀典之「氏名表示権と公正な慣行〔歴史小説事件〕」小泉直樹・田村善之・駒田泰土・上野達弘編『著作権判例百選〔第6班〕』(有斐閣、2019年)66-67頁を参考にした。

(25) 東京地判平成13・7・25判時1758号137頁、判タ1067号297頁。ちなみに、本件は、46条柱書および46条4号該当性が主な争点として判断された事案である。したがって、本件の評釈は、46条柱書および46条4号に関するものとなる。この点については、村井麻衣子「アクセス可能な著作物に対する公衆の利用の自由—はたらくじどうしゃ事件—」知的財産法政策学研究Vol.10(2006年)247-260頁、小島立「公開美術著作物の利用〔バス車体絵画事件〕」小泉直樹・田村善之・駒田泰土・上野達弘編『著作権判例百選〔第5版〕』(有斐閣、2016年)162-163頁、吉田広志「公開美術著作物の利用〔バス車体事件〕」小泉直樹・田村善之・駒田泰土・上野達弘編『著作権判例百選〔第6班〕』(有斐閣、2019年)154-155頁などがある。

(26) 大阪地判平成17・1・17判時1913号154頁。

(27) 知財高判平成28・6・29裁判所ウェブサイト。

訴人を含む6名の氏名を列記するというものであるところ、控訴人は、本件書籍におけるように、イラストごとに著作者名を表示するのではなく、特定のページにその氏名をまとめて表示した場合、どのイラストを誰が描いたのか全く分からないから、このような方法は、著作権法19条が氏名表示権を規定する趣旨を没却するものであり、許されない旨主張する。」

「しかし、… [1]本件書籍がテレビ番組に登場する主人公、武器、怪獣等を専ら子供向けに紹介する図鑑であり、本文を構成する約170ページのほとんどのページに大なり小なりイラスト又は写真が掲載されていること、[2]本件書籍の原書籍においても、本件書籍におけるのと同様の表示がされていたことに加え、…単行本として発行される図鑑や事典において、そこに含まれるイラストの著作者が複数いる場合、イラストごとにそれに対応する作成者の氏名を表示せず、冒頭や末尾に一括して作成者の氏名を表示することも一般的に行われていると認められることに照らせば、本件書籍の内容や体裁において、イラストごとにそれに対応する作成者の氏名が表示されていなければ氏名表示がされたことにならないとまでいうことはできず、本件書籍における氏名表示の方法が、公正な慣行に反し、控訴人の本件イラストに係る氏名表示権を侵害するものであるということとはできない。」

〈歴史小説事件〉⁽²⁸⁾

「仮にそうでないとしても、同条3項は、「著作者名の表示は、著作物の利用の目的及び態様に照らし著作者が創作者であることを主張する利益を害するおそれがないと認められるときは、公正な慣行に反しない限り、省略することができる」と規定するところ、そもそも、…本件において著作権(複製権、翻案権)侵害が認められるのは、被告各番組のうち、被告番組1については被告番組1-2-1、被告番組2については被告番組2-5-6、被告番組3については被告番組3-4-6、被告番組4については被告番組4侵害認定表現部分、被告番組5については被告番組5侵害認定表現部分に限られ、ほとんどの部分において複製権侵害、翻案権侵害のいずれも成立していないこと、そして、前記のとおり被告各番組のエンドロールにおける上記表示において、「参考文献」として原告各小説が原告の実名とともに表示されており、かかる表示態様である以上、被

告各番組が原告各小説に依拠して制作されたことが十分に感得できること、この点、…被告は、シリーズ「THE ナンバー2～歴史を動かした陰の主役たち」のテレビ番組において、被告各番組と同様に、その回の主要参考文献とした作品については、番組のエンドロールにおいて「参考文献」として当該作品のタイトルとその著者名を併記したものを字幕表示していたことが認められること、それらの諸事情を総合すると、本件においては「著作物の利用の目的及び態様に照らし著作者が創作者であることを主張する利益を害するおそれがない」(同条3項)と認めるのが相当である。」

「また、歴史小説を題材に制作されたテレビ番組において、番組のエンドロールにおいて題材にされた歴史小説のタイトルとその著者名を併記したものを字幕表示するという方法は、通常行われる方法であるといえるところ、被告が被告各番組において行った前記の表示態様は、上記の方法に沿って行われたものであるから、「公正な慣行に反しない」(同項)のものであると認めるのが相当である。」

(2) 否定例

〈ブランカ事件〉⁽²⁹⁾

「…雑誌ブランカの予定読者、発行部数、一号毎、一頁毎の写真の使用枚数、その写真の著作者、提供者が多数であること、中頁に使用される写真は、主として記事の臨地感を持たせ、読者の興味を惹くためのものではあるが、本件掲載写真の中には撮影対象について説明が付けられて、単に記事を引き立てるだけでなく、記事とは独立して写真自体により観光地の景観等を読者に紹介しているものもあり、また、世界の観光地の風景、施設、観光対象という撮影対象の性質上、写真の美的印象、構図、カメラアングル、露光時間、シャッターチャンス等に著作者の力量が表れ、写真自体が読者の関心を惹くことも充分考えられることを考え合わせれば、右のような中頁に使用される写真についても著作者である原告が創作者であることを主張し、他人の著作物と区別することを求める利益は充分に是認することができ、他方、たとえ、全ての個々の写真毎にその脇に著作者名を表示することが不適切な場合があったとしても、頁毎、あるいは記事のまとめりに写真を特定して著作者を表示することまでも不適切とする事情は認められないから、中頁に使用された本

(28) 知財高判平成28・6・29裁判所ウェブサイト。なお、本件では、氏名表示権侵害の成否についての原判決(東京地判平成27・2・25裁判所ウェブサイト)における判断部分が引用されている。

(29) 東京地判平成5・1・25判時1508号147頁、判タ870号258頁。

件掲載写真について、著作権法一九条三項所定の著作権者の表示を省略できる場合に該当するものとは認められない。」

〈国語検定教科書準拠書籍事件〉⁽³⁰⁾

「…「著作物の利用の目的及び態様に照らし」とは、著作物の利用の性質から著作権者名表示の必要性がないか著作権者名表示が極めて不適切な場合を指すと解されるところ、教科書に著作権者が掲載されるからといって、それとは別個の書籍である上記各書籍に著作権者名表示の必要性がないということはできないし、上記各書籍には容易に著作権者名を表示することができると考えられるから、著作権者名表示が極めて不適切であるということもできない」

〈世界の車窓事件〉⁽³¹⁾

「被告らは、本件ビデオ映像は撮影対象であるSLの希少性に主たる価値があること、本件テレビ番組は被告オスカ企画が本件ビデオ映像のごく一部を抽出して編集したものであり、本件ビデオ映像の全体とは相当質の異なる作品となっていること、映像作品においては、放送時間の制約もあり、氏名表示についても一定の制約があることなどを挙げ、本件テレビ番組に原告の氏名の表示を省略したとしても、著作物の利用の目的及び態様に照らし、著作権者が創作者であることを主張する利益を害するおそれがなく、公正な慣行にも反しない(著作権法19条3項)と主張する。」

「しかしながら、著作権法は、著作者の人格的利益を保護するために、著作権者人格権としての氏名表示権を認めており、同権利は、二次的著作物の公衆への提供等に際しての原著物の著作権者の表示についても認められることに鑑みれば、仮に、本件ビデオ映像の価値や本件テレビ番組の編集方法について、被告らの主張する事実が認められるとしても、そのことのみをもって、本件ビデオ映像を撮影した原告の氏名を、同映像を素材として制作された本件テレビ番組に表示しないことが、原告が著作権者であることを主張する利益を害するおそれがないものとも、公正な慣行に反しないものであるともいうことはできない。」

〈基幹物理学事件〉⁽³²⁾

「…被告らは、分冊〈1〉の前付に、「底本」として、本

冊が表示され、そこに「著者 W・X4」との記載がされており、また、被告Y3の「まえがき」、原告X4の『『基幹物理学』序文』及び被告Y2の『『基幹物理学』はじめに』に書誌が掲載されていることから、分冊〈1〉が本冊を改訂した著作物であることが明らかにされているとして、法19条3項により、原著作者である亡Wの名を省略することができる」と主張する。」

「しかし、書籍の著作権者は、その表紙及び奥付等に「著者」又は「著作者」などとして記載する方法によって表示されるのが一般的であるところ、法14条が、著作物に著作権者名として通常の方法により表示されている者を当該著作物の著作者と推定すると規定していることにも鑑みると、通常、読者は、そこに表示された者を当該書籍の著作者として認識するものと解される。そうすると、分冊〈1〉についても、その読者は、その著作権者名表示から、著作者が被告Y3であると理解するものと解される。」

「この点、確かに、分冊〈1〉の前付の底本の表示や「まえがき」等の文章を参照すれば、分冊〈1〉が、本冊を分冊化したものであり、本冊を一部改訂したにすぎないものであることは容易に認識し得るが、この前付は、分冊〈1〉の表紙をめくった書籍の内側に記載されているにすぎず、分冊〈1〉を外側から観察しただけでは、それを読み取ることができない。また、本件において、分冊〈1〉の表紙や奥付に亡Wの名を著作権者名として表示することが困難又は不相当であったと解すべき事情は認められない。そうすると、上記のように、前付の記載によって本件著作物の著作者が亡Wであり、分冊〈1〉がそれを分冊化したものであることが認識できるとしても、それを理由に、分冊〈1〉の表紙及び奥付に、亡Wの氏名が著作権者名として表示されず、被告Y3が単独著作者として表示されることによって、亡Wがその「創作者であることを主張する利益を害するおそれがない」(法19条3項)と認めることはできない。」

「よって、公正な慣行に反するかどうかを判断するまでもなく、本件は、著作権者の表示を省略することが許される場合には当たらないから、分冊〈1〉の著作権者の表示は、少なくとも亡Wの氏名表示権の侵害となるべき不適法なものであったというべきである。」

(30) 東京地判平成13・12・25裁判所ウェブサイト。

(31) 東京地判平成24・3・22裁判所ウェブサイト。

(32) 東京地判平成25・3・1判時2219号105頁、判タ1414号375頁。

(3) 検討

さて、上記において紹介してきた、19条3項の適用可否の判断に係る裁判例について検討する。

まず、19条3項の適用肯定例(侵害否定)では、著作物への著作者名の表示を省略したことに関して、それがその業界内で広く行われてきたことや、著作物ごとに著作者名を表示するのではなく、どこかにまとめて一括で掲載(表示)したこと等によって、19条3項が適用され侵害が否定されている(著作者名の省略が認められている)ことがうかがえる。

次に、19条3項の適用否定例(侵害肯定)では、著作物への著作者の表示を省略したことに関して、他人の著作物を利用する際に、利用者側の都合によりその著作者名をあえて表示しなかったことや、一見しただけでは著作者を認識することができない場合に誤解を与えてしまったこと等によって、19条3項が適用されず侵害が肯定されている(著作者名の省略が認められない)ことがうかがえる。

また、19条3項の適用肯定例であれ否定例であれ、かつては「公正な慣行」が存在するのかが不明確であったため、「利益を害するおそれ」の有無によって判断されてきたと指摘されている⁽³³⁾。

その後、セキスイツーユーホーム事件において、上記の19条3項のいずれの要件をも充足することによって著作者名の表示を省略することが認められると判断されて以降、いずれの要件にも言及する裁判例が増えているとも指摘されている⁽³⁴⁾。

ところで、従前の裁判例に鑑みると、他人の著作物を利用するに際して、その利用態様自体は、書籍や映像などさまざまなものに利用されているが、その理由づけが適当なものであったのか否かはさておき、業界内の慣行などの理由によって、あえて著作者名を表示しなかったのである。それゆえ、利用者側が、結果として19条3項の適用を模索し、著作者名の表示を省略することができる場合に該当するかもしれない、と捉えていたように思われる。

そうすると、従前の裁判例の場合、著作者名の積極的な省略に対して19条3項の適用可否が判断されていたと考えられる。もっとも、このような場合に対し

て19条3項の適用可否を判断することが多いのが、通常であろう。

しかし、このことが、利用者側の都合によってはどうにもできない場合はどうであろうか。この点に関しては、近時の最高裁判決がその素材になるといえるため、次にこの最高裁判決を紹介したのち検討する。

Ⅲ. 技術的な仕様に伴う著作者名の省略

1. リツイート事件最高裁判決⁽³⁵⁾

(1) 事実の概要

本件は、本件写真の著作者である被上告人が、ツイッターのウェブサイトにてされた投稿により本件写真に係る被上告人の氏名表示権等を侵害されたとして、ツイッターを運営する上告人に対し、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(プロバイダ責任制限法)4条1項⁽³⁶⁾に基づき、上記投稿に係る発信者情報の開示を求めた事案である。その事実関係は、次のとおりである。

平成21年、被上告人は、本件写真の隅に「©自己の氏名」(本件氏名表示部分)として付加した画像(本件写真画像)を自己のウェブサイトに掲載したところ、平成26年12月、「アカウント2」のツイッター上の各アカウント(本件アカウント)によって、被上告人に無断で、本件写真画像を複製した画像の掲載を含むツイートが投稿された。これにより、本件写真画像を複製した画像(本件元画像)が、URL(本件画像ファイル保存用URL)の画像ファイルとしてサーバーに保存された。

その後、「アカウント3～5」のツイッター上の各アカウント(本件各アカウント)において、上記のツイートについてリツイートがされた。これにより、不特定の者が閲覧することができる本件各アカウントの各タイムラインに、本件各表示画像が本件各リツイート記事の一部として表示されるようになった。本件各表示画像は、本件元画像の上部および下部がトリミング(一部切除)されており、本件氏名表示部分が表示されなくなっている。

(33) 諏訪野・前掲註(6)87頁、志賀・前掲註(24)67頁。

(34) 志賀・前掲註(24)67頁。

(35) 最三小判令和2・7・21裁判所ウェブサイト。なお、下記事実の概要は、本最高裁判決の記載内容に基づく。また、判旨は、19条についての判示事項のみを紹介する。

(36) プロバイダ責任制限法4条1項では、「特定電気通信による情報の流通によって自己の権利を侵害されたとする者は、次の各号のいずれにも該当するときに限り、当該特定電気通信の用に供される特定電気通信設備を用いる特定電気通信役務提供者(以下「開示関係役務提供者」という。)に対し、当該開示関係役務提供者が保有する当該権利の侵害に係る発信者情報(氏名、住所その他の侵害情報の発信者の特定に資する情報であって総務省令で定めるものをいう。以下同じ。)の開示を請求することができる。」と規定されている。

本件各アカウントの各タイムラインに本件表示画像が表示されるのは、本件各リツイートにより各タイムラインのウェブページ(本件ウェブページ)に、本件画像ファイル保存用 URL の本件元画像ファイルへのリンク(いわゆるインラインリンク)が自動的に設定されるためである。

すなわち、本件各リツイートがされることによって、自動的に、上記リンクを指示する情報およびリンク先の画像の表示の仕方(大きさ、配置等)を指定する情報を記述した HTML 等のデータ(本件リンク画像表示データ)が、本件各ウェブページ(リンク元のウェブページ)に係るサーバーに記録される。ユーザーが本件各ウェブページにアクセスすると、自動的に、①本件リンク画像表示データが、本件各ウェブページに係るサーバーからユーザー端末に送信され、②これにより、ユーザーの操作を介することなく、本件元画像のデータ(リンク先のファイルのデータ)が、本件画像ファイル保存用 URL に係るサーバーからユーザー端末に送信され、③ユーザー端末の画面上に当該画像が上記指定に従って表示される。

上告人が提供しているツイッターのシステムにおいては、リンク先の画像の表示の仕方に関する HTML 等の指定により、リンク先の元の画像とは縦横の大きさが異なる画像やトリミングされた画像が表示されることがあるところ、本件においても、これにより、本件各表示画像は、トリミングされたかたちでユーザー端末の画面上に表示され、本件氏名表示部分が表示されなくなったものである。

(2) 判旨

「所論は、①本件各リツイート者は、本件各リツイートによって、著作権侵害となる著作物の利用をしていないから、著作権法 19 条 1 項の「著作物の公衆への提供若しくは提示」をしていないし、②本件各ウェブページを閲覧するユーザーは、本件各リツイート記事中の本件各表示画像をクリックすれば、本件氏名表示部分がある本件元画像を見ることができるところから、本件各リツイート者は、本件写真につき「すでに著作者が表示しているところに従って著作者を表示」(同条 2 項)しているといえるのに、本件各リツイートによる本件氏名表示権の侵害を認めた原審の判断には著作権法の解釈適用の誤りがあるというものである。」
(所論①について)

「著作権法 19 条 1 項は、文言上その適用を、同法 21 条から 27 条までに規定する権利に係る著作物の利

用により著作物の公衆への提供又は提示をする場合に限定していない。また、同法 19 条 1 項は、著作者と著作物との結び付きに係る人格的利益を保護するものであると解されるが、その趣旨は、上記権利の侵害となる著作物の利用を伴うか否かにかかわらず妥当する。そうすると、同項の「著作物の公衆への提供若しくは提示」は、上記権利に係る著作物の利用によることを要しないと解するのが相当である。」

「したがって、本件各リツイート者が、本件各リツイートによって、上記権利の侵害となる著作物の利用をしていなくても、本件各ウェブページを閲覧するユーザーの端末の画面上に著作物である本件各表示画像を表示したことは、著作権法 19 条 1 項の「著作物の公衆への…提示」に当たるといえることができる。」
(所論②について)

「…被告人は、本件写真画像の隅に著作者名の表示として本件氏名表示部分を付していたが、本件各リツイート者が本件各リツイートによって本件リンク画像表示データを送信したことにより、本件各表示画像はトリミングされた形で表示されることになり本件氏名表示部分が表示されなくなったものである(なお、このような画像の表示の仕方は、ツイッターのシステムの仕様によるものであるが、他方で、本件各リツイート者は、それを認識しているか否かにかかわらず、そのようなシステムを利用して本件各リツイートを行っており、上記の事態は、客観的には、その本件各リツイート者の行為によって現実に生ずるに至ったことが明らかである。)。また、本件各リツイート者は、本件各リツイートによって本件各表示画像を表示した本件各ウェブページにおいて、他に本件写真の著作者名の表示をしなかったものである。」

「そして、本件各リツイート記事中の本件各表示画像をクリックすれば、本件氏名表示部分がある本件元画像を見ることができるとしても、本件各表示画像が表示されているウェブページとは別個のウェブページに本件氏名表示部分があるというにとどまり、本件各ウェブページを閲覧するユーザーは、本件各表示画像をクリックしない限り、著作者名の表示を目にすることはない。また、同ユーザーが本件各表示画像を通常クリックするといえるような事情もうかがわれない。そうすると、本件各リツイート記事中の本件各表示画像をクリックすれば、本件氏名表示部分がある本件元画像を見ることができるといえることをもって、本件各リツイート者が著作者名を表示したことになるものではないというべきである。」

「以上によれば、本件各リツイート者は、本件各リツイートにより、本件氏名表示権を侵害したものとすべきである。」

なお、本最高裁判決では、戸倉三郎裁判官の補足意見と林景一裁判官の反対意見が述べられている。

2. 検討

本最高裁判決では、ツイッターの機能として実装されているリツイートの仕様により、トリミングされた状態で著作物がリツイートされ、その際に著作者名が欠落した状態の著作物が表示されてしまったことについて、当該リツイート者、すなわち、ツイッター利用者の行為は氏名表示権侵害であると判断された。

本最高裁判決の所論②によれば、リツイートに係る事案において、上告人から19条2項の適用がある旨主張されており、これも争点とされていたところ、最高裁は、所論②に対し上記判示事項を述べて19条2項の該当性を否定し、上告人の主張を退けている⁽³⁷⁾。

さて、上記からもわかるように、本最高裁判決において、氏名表示権の制限規定に係るものとして19条2項の該当性は否定されているが、他方、そもそも19条3項の適用可否についての判断が示されているわけではない。したがって、本最高裁判決の判示事項の部分自体は、本稿が扱う19条3項の解釈に直接つながらるわけではない。

しかし、かねてより、原審⁽³⁸⁾の評釈等においては、19条3項の適用可能性がある旨示唆されており⁽³⁹⁾、また、本最高裁判決の戸倉三郎裁判官の補足意見においても、「さらに、著作権法19条3項により、著作者名の表示を省略することができると解される場合もあり得るであろう。」とその適用可能性がある旨述べられているため、本最高裁判決について19条3項の観点からも検討してみることは⁽⁴⁰⁾、今後の19条3項に対する解釈のあり方を考えていくために意味があると考え

られる。

したがって、本最高裁判決の判示事項以外の部分において、19条3項の適用可能性が存在しているという検討すべき課題があり、それゆえ、この点を看過すべきではない。

前述のように、本最高裁判決の戸倉三郎裁判官の補足意見によると、19条3項の適用可能性が示唆されていると考えられる。また、学説では、「本件各表示方法にXの氏名がなく、かつ、Y表示方法の著作者名表示該当性が認められないとしても、本来なら、直ちに氏名表示権侵害となるわけではない。なぜなら、前記のような状態を著作者名表示の省略と捉えると、著作物の利用の目的および態様に照らし著作者が創作者であることを主張する利益を害するおそれがないと認められ(要件①)、かつ、公正な慣行に反しない限り(要件②)省略できるとする19条3項が適用できるからである。」⁽⁴¹⁾という見解が述べられている。

このように、本最高裁判決も学説も、今回のような事案が、直ちに氏名表示権侵害を構成するものであると捉えているわけではないようである。

そこで、本最高裁判決において、かりに19条3項の適用可否に関して判断されていた場合、どのように考えることができるのかについて検討する⁽⁴²⁾。

まず、19条3項の一要件である、「著作物の利用の目的及び態様に照らし著作者が創作者であることを主張する利益を害するおそれがない」に関してはどのように考えることができるであろうか。

元ツイートの元画像には著作者名が表示されていたが、その後、リツイート者によって当該画像がリツイートされたことによってトリミングされ、その著作者名が欠落し表示されなくなってしまったため、この問題が顕現化したのである。ただし、それはツイッターというプラットフォーム側の技術的な仕様によるものであり、しかもリツイートされた画像は、あくま

(37) なお、所論①に対し19条1項の解釈についても判示されているが、本稿の内容に直接的に関連するものではないため、本稿では割愛する。

(38) 知財高判平成30・4・25判時2382号24頁。

(39) たとえば、谷川和幸「Twitterに投稿された画像の同一性保持権侵害等が認められた事例：Twitterリツイート事件控訴審」（知財高判平成30年4月25日裁判所HP（平成28年（ネ）第10101号））福岡大学法学論叢第63巻第2号（2018年）50頁、長谷川遼「リツイート事件（控訴審判決）」著作権法学会『著作権研究 第45号』（有斐閣、2019年）284-285頁、小坂準記「デジタル時代の著作者人格権」コピーライトNo.698 Vol.59（2019年）9-11頁などがある。

(40) 本最高裁判決の評釈である、田村・前掲註(4)13-14頁、奥邨弘司「リツイートと氏名表示権侵害」法学教室11月号（有斐閣、2020年）69-70頁においても、19条3項の適用可能性に関して検討されている。ほかに、本最高裁判決の評釈として、小泉直樹「リツイートによる氏名表示権侵害の主体」ジュリスト11月号／1551号（有斐閣、2020年）8-9頁、生田哲郎・寺島英輔「ツイッター上でのリツイート行為が、判示の事実関係のもとで、著作者の氏名表示権を侵害する旨判断した最高裁判決」発明 The Invention 第117巻第11号（発明推進協会、令和2年）45-47頁などがある。

(41) 奥邨・前掲註(40)69頁。

(42) たとえば、奥邨・前掲註(40)70頁では、「①本件でもし19条3項の適用可能性が争われていた場合、②今後、リツイート者に対する侵害訴訟が行われそこでリツイート者が19条3項の適用を主張した場合、③仮にYを侵害主体とする訴訟が行われ、そこでYが19条3項の適用を主張した場合」の三つの点があげられている。

でもサムネイル画像であるので、それをクリックすれば元画像がそのまま表示される状態、すなわち、著作者名が表示されている状態の画像が表示されるのである。

したがって、ツイッターの仕様とはいえども、元画像にはすでに著作者名が表示されており、その画像をクリックすれば著作者名を確認することができるのであるから、このような事情に鑑みれば、「著作物の利用の目的及び態様に照らし著作者が創作者であることを主張する利益を害するおそれがない」ものであると解することもできよう⁽⁴³⁾。

次に、同じく19条3項のもう一つの要件である、「公正な慣行に反しない限り」に関してはどのように考えることができるであろうか。

ツイッターの機能として実装されているリツイートは、そもそもツイッター利用者(ツイッター自体は全世界で利用されているものであるが、本最高裁判決の戸倉三郎裁判官の補足意見によれば、日本国内だけでも約4500万人の利用者がいるとされる。)であれば、基本的には誰も知っている機能であるといえよう。そういう事情のもとでは、リツイートの仕組みとして、元ツイートの元画像がトリミングされた状態で表示されているものとみるのは、ツイッターの利用者してみればごく自然な認識であり、格別なことではないと思われる。

また、本最高裁判決におけるツイッター利用者のリツイートの仕方を推測してみても、特殊な利用方法であるわけでもないであろうし、やはり通常の利用方法にほかならない。

したがって、ツイッターの機能として実装されているリツイートをを用いることによって画像を表示することは、このような事情に鑑みれば、「公正な慣行に反しない」ものであると解することもできよう⁽⁴⁴⁾。

上記を踏まえると、本最高裁判決において、かりに19条3項の適用可否が主張され判断されていたならば、19条3項が適用されていたと考えられる。

また、本最高裁判決について19条3項の適用可能

性に関する一素材とみる場合、前述したような従前の19条3項に係る裁判例においてみられた著作者名の積極的な省略ではなく、著作者名の消極的な省略であると考えられる。したがって、本最高裁判決のような事案は、19条3項に係る新たな枠組みの一つであると捉えることもできよう。

IV. 考察

さて、19条3項に係る従前の議論(著作者名の積極的な省略に関するもの)や近時のリツイート事件最高裁判決(著作者名の消極的な省略に関するもの)について19条3項の適用可能性という観点から検討してきたわけであるが、俯瞰的な観点からはどのように考えることができるであろうか。

まず、そもそもの19条3項の解釈のあり方としては、どのように解されているのであろうか。

前述のように、「定型的」に氏名表示権侵害を否定する19条2項と異なり、19条3項には「著作物の利用の目的及び態様に照らし」という要件があるため、「利益衡量」による氏名表示権侵害の成否を判断することが許されるものであると解されている⁽⁴⁵⁾。また、19条3項は、同一性保持権の権利制限規定である「やむを得ない改変」(20条2項4号)と同様に、一般条項として位置づけられるため⁽⁴⁶⁾、さまざまな事情に鑑みて柔軟に解釈することができる。さらに、前述のように、セキスイツーユーホーム事件を境にして、著作者名の省略には、19条3項の「著作物の利用の目的及び態様に照らし著作者が創作者であることを主張する利益を害するおそれがないと認められる」とこと、「公正な慣行に反しない」とことという、いずれの要件をも充足することが必要であると解されているわけである⁽⁴⁷⁾。

また、著作者名の積極的な省略と消極的な省略の両方に共通することとしては、かりに著作者名が省略されていたとしても、当該著作物の通常の利用方法に鑑みて、「同時に」、「直ちに」、「別途」等の場合によって

(43) この点に関しては、奥邸・前掲註(40)70頁を参照。同文献同頁では、「要件①であるが、Y表示方法の著作者名表示該当性が認められないとしても、ワンクリックで著作者名が確認できる以上、著作者が創作者であることを主張する利益を害するおそれはない。利用の目的・態様についても、リツイート者は、本件元画像の氏名表示部分を表示しないことを殊更に意識したわけではなく、ツイッターの仕様上、自動的にそうなったに過ぎないことを考慮すべきであろう…。」と述べられている。また、原審である知財高裁判決に対する見解であり、本最高裁判決に対する見解ではないが、同旨の見解を示唆するものとしては、小坂・前掲註(39)10頁を参照。

(44) この点に関しては、奥邸・前掲註(40)70頁を参照。同文献同頁では、「要件②については、世界中のツイッター利用者にとって、Y表示方法は通常のことであって、公正な慣行に反しないものといえると思われる…。」と述べられている。

(45) 田村・前掲註(4)13頁。

(46) 田村・前掲註(4)16頁。

(47) 志賀・前掲註(24)67頁。

著作者名を確認することができ(これを「アクセス容易性」⁽⁴⁸⁾と呼ぶこととする。), その方法に「公正な慣行」があるのであれば, 19条3項の適用可能性があるとみてよいと思われることである⁽⁴⁹⁾。

次に, 上記を前提としながら, 著作者名の省略に対する19条3項の適用可否の判断については, どのように解すればよいのであろうか。この点について, 従前の議論(著作者名の積極的な省略に関するもの)と近時のツイート事件最高裁判決に鑑みた議論(著作者名の消極的な省略に関するもの)に分けて論じていく。

前述のように, 従前の議論の場合, 19条3項の適用可否の判断については, 著作者名の積極的な省略に対するものであったと解される。すなわち, ある著作物を利用しようとする利用者は, たとえば, 業界内の考え方や雑誌等への掲載時の見栄えに影響する等, その理由にはさまざまなものがあると思われるが, 当該著作物の利用に際して, あえて著作者名を表示しなかった(省略した)のである。もっとも, 従前の裁判例では, 実に著作者名を表示しなかったということもあったが, 個別的に表示したのではなく, まとめて表示したような場合もあった。これは, 利用者側の都合による著作者名の省略である。

ある著作物を利用する際にそれぞれ個々に著作者名を表示するのではなく, まとめて表示するような場合(書籍の最初や最後の部分や, 映像のテロップやエンドロールの部分など)でも, 「著作物の利用の目的及び態様に照らし著作者が創作者であることを主張する利益を害するおそれがない」ものであると評価されよう。前述のように, 「同時に」, 「直ちに」, 「別途」等の場合によって著作者名を確認することができるという「ア

クセス容易性」がある場合に該当するからである。

また, この場合, そこで要求される「公正な慣行」のハードルは, 当該業界内で通常広く行われている(きた)ことをもって充足されると解することも許されよう⁽⁵⁰⁾。著作者名への「アクセス容易性」の方法には, 各業界においてさまざまな場合(著作者名をどこかにまとめて表示する等)がありうるからである。

ただし, かりに完全に著作者名を省略してしまうのであれば, 無名の著作物の扱いを受けてしまうおそれがあることも懸念されるため⁽⁵¹⁾, 19条3項のいずれの要件を充足するにあたってのハードルはかなり高く⁽⁵²⁾, その射程は極めて狭いものになると解すべきである。すなわち, 19条3項の著作者名を省略することが必然的であった等, 例外的な事情がなければならぬであろう。

他方, 著作者名の省略が消極的なものであった場合は, この判断要素が異なってくると考えられる。ツイート事件最高裁判決のように, プラットフォーム側の技術的な仕様によって, 利用者側の都合ではないかたちで元の著作物の著作者名が欠落してしまう(表示されない)ことも, とくにインターネット上における著作物の利用では生じるものであると思われる。これは, 利用者側の都合によらない著作者名の省略であり, たとえば, サムネイル画像への変換などがあげられる⁽⁵³⁾。

このように, 利用者にしてみれば, 当該プラットフォームの技術的な仕様に従わざるを得ず, それに従うかたちで著作物を利用するほかないにもかかわらず, 当該プラットフォームの利用者は, その機能として実装されているものを利用して, いわば通常の利

(48) 「アクセス容易性」の着想は, 小坂・前掲註(39)10頁における次の見解から着想を得ている。

「そこで, 著作物の適切な円滑利用との関係で, 法第19条第3項のもつ意義が自然と大きくなります。つまり, 表示上は氏名が不表示となったとしても, ユーザーは氏名が表示された元の著作物にアクセスできること, 絵画の例でいえば, 絵画の横に氏名と絵画のタイトルが表示されたものが絵画と一緒に付されていることであったり, パンフレットに記載していることをもって, 省略することができる場合であると解釈する余地を認め, 著作物の円滑な利用に支障が生じないようにする必要があると考えます。」

「そのように考えると, [ツイート事件]のように, 第三者の著作物が無断でアップロードされている場合において, これを(仮に第三者が)違法にアップロードされたことを知らずにツイートし, その結果, ツイート者の意思にかかわらず, ツイートの仕組みから氏名表示部分がトリミングされてしまった場合であっても, そもそも氏名が表示されていないことをもって「著作物の利用の目的及び態様に照らし著作者が創作者であることを主張する利益を害するおそれがないと認められるとき」には当たらないと解釈される, という危惧もあるかもしれません。」

「この点, [ツイート事件]では, 被告らから主張はなされていないようですが, トリミングされた画像は, あくまでもサムネイル表示であり, サムネイル画像をクリックすると, トリミングされていない画像が表示されていることなどに照らせば, 実際には, 原告の著作者名がトリミングされていないオリジナル画像に容易にアクセスすることができたといえます。そのような前提事実が, 仮に考慮されていれば, 本件においても, トリミングされた画像の表示にアクセスできることから, 「著作物の利用の目的及び態様に照らし著作者が創作者であることを主張する利益を害するおそれがない」と認められ, またオリジナル画像においては氏名表示部分を残していることに照らし, 「公正な利用に反しない」として, 同条第3項の適用が認められた可能性は十分にあると考えます。」

(49) このような考え方は, 前述の現行法の起草担当者の見解とも平仄が合うように思われる。

(50) もっとも, 前述のように, 中山・前掲註(3)606頁では, 「…慣行とはあくまでも「公正」な慣行のことを指し, 単に業界で広く行われているというだけでは足りない。」と述べられている。

(51) この点を指摘するものとして, 加戸・前掲註(7)172頁。

(52) この場合, とくに著作者名への「アクセス容易性」は, 通常の場合よりも困難性を伴う。

(53) ツイート事件最高裁判決は, まさにこの一例である。

用をしていただけて、けれども、著作者名の欠落という事実をもって氏名表示権侵害が肯定されてしまうおそれがある。

しかし、プラットフォームにおいて、その利用者がそこで実装されている機能を用いて通常の利用方法によって利用している場合、元の著作物へアクセスすることができる状態であり、そこで著作者名を確認することができる状態にあったとするならば、そのことをもって著作者名が表示されているとみることもでき、このことによって19条3項が適用され、氏名表示権侵害が否定されると解することもできよう⁽⁵⁴⁾。

これについても、前述のように、「同時に」、「直ちに」、「別途」等の場合によって著作者名を確認することができるという「アクセス容易性」がある場合に該当するからであり、それゆえ、「著作物の利用の目的及び態様に照らし著作者が創作者であることを主張する利益を害するおそれがない」ものであると評価されよう。

さらに、著作者名の積極的な省略の場合と比較すると、そこで要求される「公正な慣行」のハードルは低いものであると解することも許されよう。

これについては、プラットフォームの利用者が、当該プラットフォームについて通常どおりに利用していることをもって(そのように利用している場合に限り)、それを「公正な慣行」と捉えることもできるように考えられる⁽⁵⁵⁾。利用者にしてみれば、技術的な仕様の都合上、それしか利用方法がないためにそれに従って利用することは、著作物の通常の利用方法であると解されるからである。

このように、新たな技術(とくにインターネット関連技術)による著作物の利用は、従前に考えられてきた利用方法とは異なるものであることを念頭に置く必要があり、著作者名の消極的な省略の場合には、19条3項の「利益衡量」⁽⁵⁶⁾という考え方に基づきより柔軟に解釈することも、19条3項の解釈としてなしうるように思われる。

V. おわりに

氏名表示権は、その立法趣旨に鑑みれば、著作者と著作物を結びつけるものとして重要な著作者人格権であるといえるが⁽⁵⁷⁾、前述のように、「氏名表示権を厳格に貫くと著作物の円滑な流通・利用に不都合をもたらすおそれがある」⁽⁵⁸⁾ことの謂れから、氏名表示権の制限規定の一つである19条3項によって、著作者名の省略が認められる場合もありうる。

これまで検討してきたことによれば、この著作者名の省略には、積極的な省略の場合と消極的な省略の場合があるといえよう。かねてより、19条3項が予定していた著作者名の省略というのは、著作者名の積極的な省略であり、これは当該著作物を利用するにあたっての利用者側の都合に起因するものであった。しかし、新たな技術(とくにインターネット関連技術)が登場してくることによって、従前は予定されていなかった著作物の利用方法も出てくると予測される。この場合、当該技術的な仕様によって利用者側の都合に起因しない著作者名の省略、すなわち、著作者名の消極的な省略となってしまうこともありうる。

また、前述のように、19条3項は一般条項としての性格を有しており、「利益衡量」による解釈が認められているため⁽⁵⁹⁾、その解釈に柔軟性をもたせることもできるわけである。したがって、著作者名の積極的な省略にせよ、著作者名の消極的な省略にせよ、19条3項の適用可能性があることに変わりはない。

そこで、19条3項にみる著作者名の省略についての判断基準として、かりに著作者名を省略した著作物の利用であったとしても、「同時に」、「直ちに」、「別途」等の場合によって著作者名を確認することができるという「アクセス容易性」があり、その方法が「公正な慣行に反しない」ものである限り、19条3項の適用可能性があると解することもできると考えられる。また、この場合の「公正な慣行」の考え方については、すでに述べたとおりである。

これを判断基準として、もし著作者名が完全に表示されていないのであれば、いずれの要件もハードルを上げてかなり厳格に解釈しなければならないであろう

(54) この点に関しては、小坂・前掲註(39)10頁を参照。

(55) たとえば、奥野・前掲註(40)70頁では、「…ツイッターのような新しい利用方法の場合に、公正な慣行を強調しすぎることは、自動的に19条3項の適用を排しかねないから、伝統的な利用方法の場合とは、その意味合いが異なると解されるべきだろう…」と述べられている。

(56) 田村・前掲註(4)13頁。

(57) たとえば、中山・前掲註(3)602頁では、「著作者の氏名表示は著作者と著作物とを結ぶ紐帯であり、著作物への著作者の刻印であるといえる。」と述べられている。

(58) 中山・前掲註(3)605頁。

(59) 田村・前掲註(4)13-16頁。

し⁽⁶⁰⁾、また、著作者名の消極的な省略の場合には、「公正な慣行」要件のハードルを下げた解釈することも許されよう。もちろん、どのような場合であったとしても、著作物の利用方法やそもそもの著作者名の有無には注意が必要である。

本稿では、氏名表示権の制限規定の一つである19条3項に関して考察した。これまで論じてきた内容は、前述の現行法の起草担当者による19条3項の解釈のあり方についての見解⁽⁶¹⁾と平仄が合わないものとはいえないと思料される。もっとも、本稿において論じた内容は、19条3項の解釈のあり方に関する一考察であるため、今後さらなる裁判例が蓄積され⁽⁶²⁾、議論が展開されていくことに期待したい。

(60) なお、このような場合、原則として氏名表示権の侵害が肯定されると考えられるが、そうするに至ったさまざまな諸事情を総合的に考慮して、例外的に19条3項が適用される場合もあるように考えられる。

(61) 加戸・前掲註(7)172頁。

(62) 冒頭部分の繰り返しであるが、この点を指摘するものとして、諏訪野・前掲註(6)87頁では、「19条3項の内容は抽象的であり、裁判例の蓄積によって明らかにされていく性質のものである。」と述べられている。

TRIPS 協定下の世界市場における知的財産制度の 「当為」あるいは「正当性／正義」に関する検証

森 哲也^(*)・加藤 浩^(**)

開発途上国を抱える世界市場に先進国が構築した知的財産制度を展開すると、知的財産創造で遅れている開発途上国の利益を害する可能性がある。そこに、反知的独占論が台頭して来た。従って、ここで改めて知的財産制度の「当為」あるいは「正当性／正義」を、多角的な観点から検証が必要である。

現代知的財産制度の先駆は米国でありそれは米国の憲政史に観ることができる。その米国が TRIPS 協定の成立を仕掛けた。しかし、TRIPS 協定の性格や構築された内容は、開発途上国が協定に加盟し易いように、その性格に柔軟性を持たせてあり、開発途上国支援のための「国際開発」の文脈の規定も備えている。米国の知的財産制度とアジアの知的財産制度の先駆日本のそれが、途上国の知的財産開発の未来への軌道を示唆する。

1. はじめに
2. 現代 IP 制度の先駆は米国そしてアジアの IP 先駆日本・途上国の未来
3. TRIPS 協定成立の経緯
4. TRIPS 協定の性格及び規律範囲・強化点並びに権利行使・「法の支配」に関する合意
5. TRIPS 協定の性格
 - (1) 柔軟性の規定
 - (2) 途上国への協力配慮の規定—「国際開発」の文脈
 - (3) 規律範囲の現代化対応及び強化点
6. 権利行使並びに IP に関する「法の支配」に関する合意(協定第 41-49 条, 第 50-64 条)
 - (1) 一般的義務
 - (2) 民事上及び行政上の手続及び救済措置
7. TRIPS 協定下の途上国に効果的な IP 制度及びその運用
 - (1) 職務発明・職務意匠制度における「特許・意匠登録を受ける権利」の帰属原則の整備
 - (2) 特許審査における「進歩性」判断の内国人技術水準(以下「技術水準」と)との調整
 - (3) 途上国の商業的体質に適合する意匠・商標制度の活用強化
8. ボルドリンらの反知的独占論の根拠とする事例の概要
9. IP 保護の歴史的事実及びこれを支持する諸学説と相違う反知的独占論
 - (1) 法哲学からのアプローチ
 - (2) 「法の支配」からのアプローチ
 - (3) 市場原理論からのアプローチ
 - (4) 途上国の教育水準・識字率・「潜在能力」・「国際開発」からのアプローチ
10. おわりに

1. はじめに

WTO 付属書 1-C の「貿易関連の知的財産側面に関する合意(the Agreement on Trade-Related Aspect of Intellectual Properties: 以下『TRIPS 協定』)」が成立して久しく、知的財産(Intellectual Property: IP)を独占排他権である知的財産権で保護する制度(Intellectual Property System: 以下「IP 制度」)は、現在、国際的に普遍的な制度となっている。

そこに、「IP 懐疑論」及び「反知的独占論」(以下これら二つの論をまとめて「反知的独占論(against IP-monopoly doctrine)」という。)が台頭して来た。この「反知的独占論」は、IPR に関する多数のネガティブ事例を挙げて IP 制度の非なる意義を唱えている。

TRIPS 協定を仕掛けたのは経済大国のアメリカ合衆国(以下「米国」)であるだけに、定点的な見方をすれば、IP 制度の世界大の展開はとりわけ開発途上国(以下「途上国」)と利害を異にすることになり、前記「反知的独占論」を頷かせることになる。

そこで、更めて、IP 保護の「当為(E:oughtness G:sollen)あるいは正当性／正義(E:legitimacy/

(*) 校友, 特許業務法人日栄国際特許事務所会長, 弁理士, 日本大学大学院博士後期課程在学。

(**) 日本大学法学部 教授

justification G:Legilimität/Rechligkeit)」を多角的観点から検証し、更に TRIPS 協定が、途上国を含めて IP 保護の世界大での拡大強化を目的として展開されていることの「合理性 (E:rationality G:Rationalität)」をも検証する。

なお、これらの検証にあたっては、米国や途上国における憲法体制に関連する途上国特有の法文化と法理を背景に意識した。

2. 現代 IP 制度の先駆米国とアジアの IP 先駆日本が示す途上国が向うべき IP 制度の軌道

TRIPS 協定を仕掛けた米国の憲法(以下「米国憲法」)⁽¹⁾の前文には、次のように建国の理念が掲げられている。

「我々合衆国人民は、より完全な合衆国を形成し、法の正義(Justice)を確立し、国内の平穏を確保し、共同の防衛に備えをし、一般の福祉を増進し、そして、我々自身と我々の子孫に自由の恵沢を保障するために、このアメリカ合衆国憲法を制定する。」(筆者訳)

この前文の文脈から、米国が、自由の恵沢をもたらす民主主義と、そのための「法の支配(rule of law)」も建国の理念としていることが理解できる⁽²⁾。その自由の恵沢には、合衆国内での経済活動や精神活動の成果が含まれることは言うまでもない。

そして、この前文に掲げられた理念を具体化するよう、本文第 1 条 8 節 8 項⁽³⁾は、著作者と発明者の保護を規定する。

米国は、憲法に国防や税制などと並んで IP 制度の「正統性(political rationality)」を定め、著作者や発明者を、その精神活動の成果である著作物と発明につき

期限付きの独占排他権 IPR を付与して保護し、以て文化と共に米国の産業を発達させようとしたのである。

ウィリアム ベネット(William B. Bennet)の著書⁽⁴⁾では、民主主義及び自由主義と、とりわけ特許制度との深い関係が指摘されている。

この民主主義思想が特許制度と関連して述べられている理由は、米国の特許制度が、「発明者主義」で一貫していることにあると理解できる。

つい最近まで米国で IP 実務家として活動していた故ヘンリー幸田(Henry Koda)は、1776 年の米国独立宣言文を起草して後に第 3 代大統領となったトーマスジェファソン(Thomas Jefferson)の功績を挙げ、特許制度は米国の憲政史の中で、重要な位置付けがなされたと言う⁽⁵⁾。

そのジェファソンは、特許法案を起草し、これが、憲法制定の 3 年後の 1790 年に連邦法である特許法(以下「35USC」)として制定された。この 35USC は、意匠の保護も規定し、商標法(15USC)による商標の保護も併せて、米国の IP 制度の主軸となって米国を現在の産業大国に導いた。

しかし途上国(developing countries)の殆どは、イアン・ブラウン(Ian Brown)が言うように、商業中心の生業で宿命的な「商業国家(commercial states)」として永く生き続けて来た⁽⁶⁾。しかも先進国の植民地支配を受けてモノカルチャー(mono-culture)となった宿命がある。それらの地域では、既存の経済的価値の取引が中心で、科学技術の分野で新たな経済的価値の創造を旨としない傾向が強く残っている。

米国 IP 制度の国家そしてその産業への貢献の歴史は、100 年以上も前の 1885(明治 18)年から知財立国をしてアジアの IP 先駆となった日本のそれと共に、IP 制度を採用している現在の途上国が未来の運命開拓に向かう明確な軌道を示すことになるはずである。

(1) National Constitution Center(1988) “THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES” Philadelphia, p. 1 を参照。

www.constitutioncenter.org, 2019 年 3 月 12 日アクセス。

Declarational Preamble

‘WE THE PEOPLE of the United States, in order to form a more perfect Union, establish justice, insure domestic tranquility, provide for the common defense, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this CONSTITUTION for the United States of America.’

(2) AMERICAN CENTER JAPAN, “Rule of Law”

https://americancenterjapan.com/aboutusa/translations/3086/, 2019 年 3 月 12 日アクセス。

(3) 前掲注(1)を参照。

(4) William B. Bennett(1972) “The American PATENT SYSTEM An ECONOMIC interpretation” pp. 71, 72 を参照。

http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm

(5) ヘンリー幸田(1999) 『米国特許法逐条解説<第 3 版>』発明協会 p. 3 を参照。

(6) Ian Brown(1999) pp. 2-3, 9, 260-270 “ECONOMIC CHANGE IN SOUTH-EAST ASIA c.1850-1980” Oxford University Press を参照。

3. TRIPS 協定成立の経緯

1883年に「工業所有権の保護に関するパリ条約」が成立し、その3年後の1886年に「文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約」が成立し、その後数々のIP関係条約が結ばれてIP保護の国際化が進行した。

TRIPS協定はIP保護の更なる強化拡充を目指して、WTO協定の成立過程の中で締結されたのであるが、直接の要因は、1980年代初頭の頃から低下しつつあった米国の産業競争力である。

時の大統領ロナルド W. レーガン(Ronald Wilson Reagan)は、大統領産業競争力委員会(the President's Commission on Industrial Competitiveness)に命じ、「グローバルな競争—新たな現実(*Global Competition - The New Reality*)」と題した報告書を作成させた。これがいわゆるヤング・リポート(Young Report)である。

尾島明は、同レポートの中には、米国が他国との競争で優位にある技術開発力を維持し強化するには、IPの保護をグローバルな、すなわち世界大の広がりでも強化することが必要であると述べられていることや、その後の経緯を解説している⁽⁷⁾。

米国が、このような姿勢でGATT協定の交渉に臨んだ結果、WTO協定及びその附属書-1CであるTRIPS協定が成立したのである。

すなわち、WTO協定は、1947年の関税貿易一般協定(General Agreement on Tariffs and Trade: GATT)の下で立ち上げられたウルグアイラウンドで起草されたが、1994年GATTはWTO協定附属書1Aの一部として妥結され、1995年にその体制が成立した。

それまで、物品中心のGATTにおいて大きな議題となっていたのが、IP保護に関する実効性を担保する紛争解決手続と、その手続の限定的な適用範囲についてであった。

そこで、GATTの物品の貿易に関する部分を「物品の貿易に関する多角的協定」のかたちでWTO協定の附属書-1Aとして吸収し、サービス貿易に関する一般協定(General Agreement on Trade of Services: GATS)をWTO協定附属書-1Bとし、更にIPの保護の充実・拡大・強化のために、TRIPS協定が

WTO協定附属書-1Cとして締結された。

このように、WTO協定の附属書-1におけるA、BそしてCの協定で、GATT体制の物品からサービス、及びIPに貿易規律の対象が拡大したことを、GATTからの規律拡大という。

従って、WTO協定の紛争解決に関しては、IPにはGATT協定第22条と同第23条がTRIPS協定第64条経由で、また、サービス貿易にはGATT協定第22条と第23条経由で、司法的構造を採る「紛争解決に係る規則及び手続に関する了解」(WTO協定附属書-2)が適用されることになった⁽⁸⁾。

4. TRIPS 協定における知財保護と途上国ノ利害の調整

このようなTRIPS協定に参加した途上国は、IPRの権利行使(enforcement)に関する制度整備、並びにIPに関して権利保護を旨とする実質論にいわゆる「法の支配(rule of law)」の「実定性(substantive effectiveness)」が強く要求されることになる(協定第41-49条・第50-64条)。

途上国側は、自らのIP制度を先進国(developed countries)並みに強化することで、IPRによって当面、先進国に技術的あるいは経済的に支配されることになり、先進国とは利害が真っ向から対立する立場にある。従ってTRIPS協定には、途上国の利害との調整機能がなければならない。

この調整機能は、経過措置を含んだ柔軟性あるいは弾力性(以下「柔軟性:flexibility」)の規定構成と、「国際開発(international development)」の文脈上にあると言える途上国への支援ないし協力の配慮規定に顕れている(協定第66条第2項・同第67条)。

しかし、途上国では、TRIPS協定の要請を満足させる制度枠組の構築はするものの、IPに関する「法の支配(rule of law)」は、概して形式論の範疇の「法による支配(rule by law)」に止まる傾向にあり、現在までのところ、実質論のそれを満足するものではない。

TRIPS協定は、途上国に、その内国人のうち少なくともIP創造者の財産IPを「所有権化(monopolize)」する道を開かせ、「法の支配」の下に途上国自体の経済発展に貢献することになる。

(7) 尾島明(2012)『逐条解説 TRIPS協定～WTO知的財産協定のコンメンタール～*Detailed Analysis of the TRIPS*』(2012)日本機械輸出組合 pp. 1-7を参照。

(8) 小寺彰(2000)『WTO体制の法構造』東京大学出版会 pp. 11-21を参照。

何れにしても既存のパリ条約、ベルヌ条約、その後のローマ条約やワシントン条約では、IP 保護の枠組み構築が相当程度に各加盟国の裁量に委ねられていたところ、TRIPS 協定ではその保護枠組み構築の準則が強化された⁽⁹⁾。

5. TRIPS 協定の性格

(1) 柔軟性の規定

TRIPS 協定は、対立が錯綜する多国間関係の持つ宿命でもあるが、条約の国際間の「実定性(substantive effectiveness)」を保つために、権利・義務に関して曖昧さを含んだ柔軟性(flexibility)を有しているのである⁽¹⁰⁾。

TRIPS 協定前文の第7段には、「後発開発途上国が健全かつ存立可能な技術的基礎を創設することを可能にするために、国内における法令実施の際の最大限の柔軟性に関するこれらの諸国の特別なニーズを認め…」とある。

この基本方針に沿って第1条第1項では加盟国の義務を緩やかにし、第8条では、公衆の健康及び栄養、公共の利益促進のための国内措置の自由を、第65条では、この協定の適用義務の1年猶予や期間延長、中央計画経済から自由企業経済への移行過程にあり、IP 制度の構造改革と整備が必要な国に対する期間運用に関する配慮、技術分野によって物質特許を認めていない加盟国が、その分野に物質特許を導入するときの更なる期間適用延期を定める。

(2) 途上国への協力配慮の規定—「国際開発」の文脈

第66条第2項は、「先進加盟国は、後発開発途上加盟国が健全かつ存立可能な技術的基礎を創設することができるように技術の移転を促進し及び奨励するため、先進加盟国の領域内の企業及び機関に奨励措置を提供する。」と規定する。これは、途上国のうちの後発開発途上国に特化した規定である。

第67条は、「この協定の実施を促進するため、先進加盟国は、開発途上加盟国及び後発開発途上加盟国のために、要請に応じ、かつ、相互に合意した条件により、技術協力及び資金協力を提供する。その協力には、

知的所有権の保護及び行使並びにその濫用の防止に関する法令の準備についての支援並びにこれらの事項に関連する国内の事務所及び機関の設立又は強化についての支援(人材の養成を含む。)を含む。」と規定する。これは、後発開発途上国と開発途上国の両方に適用される規定である。

これらの規定は、幅広い「国際開発(international development)」の文脈となっている。

(3) 規律範囲の現代化対応及び強化点

ここでは、主だった事項とその関連規定について挙げ、その検討をする。

TRIPS 協定の成立により、WTO 体制の貿易制度の規律範囲が、GATT の物品すなわち有体物(corporeal thing)の経済的価値から、IP という無体物(incorporeal thing)の経済的価値へと、更に拡大・強化する国際的な制度(regime)が成立したことになる。

TRIPS 協定における規律範囲の拡大点、及び規律のあり方を含めた強化点を要約すれば、規律範囲、すなわち規律対象についてはその現代化であり、規律のあり方、すなわち規律の強化点については、権利行使(enforcement)を容易にして、前述の実質論で言う「法の支配」の「実定性」を強化する方向性を明確にしたこと、そして、特に発明特許について特許の存続期間の最低限を明定したことである。

① 著作物(第9条-14条)について

TRIPS 協定は、1883年に成立していたパリ条約や、その3年後に成立した著作物の保護に関するベルヌ条約の基本的な規律範囲を踏襲している。

TRIPS 協定では、ベルヌ条約が対象とする著作物について、経済的な権利とは言えない著作人格権を除いて、保護範囲の遵守が要求されており、また、著作物に関しても規律範囲の現代化が行なわれている。

すなわち、コンピュータ・プログラム(ソース・コードのものであるかオブジェクト・コードのものであるかを問わない。)や、素材の選択又は配列によって知的創作物を形成するデータその他の素材の編集物(edited works: 機械で読取可能なものであるか他の形式のものであるかを問わないが、当該データその他の素材を除く。)が対象となっている(第10条)。なお、これは、2002年に成立した「著作権に関する世界知的

(9) 加藤暁子(2003)「WTOのTRIPSにおける医薬品関連発明保護制度の斬新的発展—特許権を中心に—」『特許庁委託平成14年度産業財産権研究推進事業報告書』財団法人知的財産研究所 pp.1, 2を参照。

(10) ピーター・K・ユー(Peter K. YU)「国際的な囲い込みについて(3)」『知的財産法政策研究18号』(2007) pp.30-33を参照。

所有権機関条約」の第6条にも対応している。

途上国でも、当面、著作物保護の制度の普及・運用に注力することは、その国の産業の発達にも大きく奏効する重要なIP法制策となろう。

その他、コンピュータ・プログラム及び映画の著作物に関してその原作品又は複製品の商業的に公衆に貸与する貸与権(協定第11条)があり、これも、規律範囲の現代化対応の典型である。

そして、著作隣接権(right adjointed to the witten/composed works: 協定第14条)を明定する。

著作隣接権とは、実演家・レコード制作者・放送機関を保護する権利のことである。なお、この保護期間が20年と短いのは、原作を創造した者ではなく単に商業化して経済的利益を得ている者に対する保護だからである。

② 商標(協定第15-21条)について

協定第15条第1項の末尾に、「加盟国は、標識を視覚によつて認識することができることを登録の条件として要求することができる。」と規定しているが、この規定は視覚によらない商標の運用を否定していない。つまり、商品やサービスを識別することができるのであれば、視覚に限らず広く「知覚」で認識できる、例えば音や匂いなども商標(trademark)であり得ると反対解釈ができるのである。

現に日本では、平成27年、すなわち2015年から「知覚によつて認識できる標識」(日本商標法第2条1項)としてハナマルキ株式会社の「『塩こうじな～らハナマルキ』」が音登録第6029681号が「新しい商標」の態様として登録されている。

いずれにしても、貿易が行われて市場が世界大の広がりを持つようになっている現在では、商標の保護も世界大に展開されなければならない。

前述したように、当面「商業国家」において商標を市場で特別顕著なかたちで選択することは、途上国内国人(national citizen)の非科学技術分野の高い能力・資質が、市場に商品を効果的に認識させる商標的確な選択を可能にし、商標制度が途上国に格好なIP制度であることも明らかである。

③ 地理的表示(協定第22条)について

この地理的表示(geographic indication)は、ある商

品に関し、その確立した品質、社会的評価その他の特性が当該商品の地理的原産地に主として帰せられる場合において、当該商品が加盟国の領域又はその領域内の地域若しくは地方を原産地とするものであることを特定する表示を言うものとされる(協定第22条1項)。

加盟国の多くは、主として不正競争防止法の規制によりその保護を図っている。この地理的表示は、一次産品の輸出をする途上国における共同体のブランド形成に有効であり、そのTRIPS協定のこの規定に従った制度設計は途上国にとって重要である。

この地理的表示は、途上国の商標制度において、日本の「地域団体商標」保護の制度(日本商標法第7条の2)と同じ制度を設ければ、独占排他権により地域共同体のブランド形成・保護に貢献するはずである。

④ ぶどう酒・蒸留酒の地理的表示の追加(協定第23-24条)について

EU諸国の地名に対する強い独占的保護の主張と、ヨーロッパの地名と同一又は類似の地名が多く存在していることから来る米国やラテン系諸国の独占反対の主張とが対立する場で、突然の議長裁定の判断により、ぶどう酒等の地理的表示の追加的保護としてこの規定が容れられたという経緯がある⁽¹¹⁾。

この議長裁定は、例えば、ぶどう酒を地域ブランドにしようとしている途上国と、途上国のブランドを普通名称として使用しようとする先進国との対立に断を下したことに意義がある。

⑤ 意匠(協定第25-26条)について

意匠(design)は、日本の例でいえば、令和2年の改正法によれば、「物品(物品の部分を含む…)の形状、模様、若しくは色彩若しくはこれらの結合(以下「形状等」という。)、建築物(建築物の部分を含む。…)の形状等又は画像(機器の操作の用に供されるもの又は機器がその機能を発揮した結果として表示されるものに限り、画像の部分を含む。…)であって、視覚を通じて美観を起こさせるものをいう。」される。

従って、意匠保護の対象は、「物品」に限定されていた意匠の対象が建築物のような不動産や通信機器などの操作画面に及び、意匠制度の機能が拡大した。

TRIPS協定は、独自に創作された新規性(novelty)又は独創性(originality)のある意匠の保護要件を定め、

(11) 尾島明(2012)『逐条解説 TRIPS 協定～WTO 知的財産協定のコンメンタール～Detailed Analysis of the TRIPS』日本機械輸出組合 p. 103 を参照。

その際、その物品の外観が、技術的・機能的な由来により特定されているときは保護してはならないと規定する(協定第25条1項)。

意匠は、消費者の購買意欲を直接刺激するものであり、商品の販売促進に直接的に貢献して市場を活性化する⁽¹²⁾。しかし、この分野は、直接的には科学技術に関係せず、途上国内国人(national citizen)の非科学技術分野のとりわけ美術的な創作における高い能力・資質で、市場の購買意欲を直接刺激する商品の外観を創作することができるので、意匠制度の普及と強力な運用は、途上国にとって重要な法政策となる。

⑥ 発明(協定第27-34条)について

TRIPS 協定第27条1項は、発明(invention)保護の要件(特許要件)として、新規性(novelty)、進歩性(inventive step/non-obviousness)及び産業上の利用可能性(industrial applicability)を示している。

協定第27条にある「注」の規定は、明らかに米国の35USC 第103条の影響を直接受けているものであるが、米国ではこの概念の判断要素と「新規性」との判断手順につき、多くの訴訟で争われている⁽¹³⁾ほどに曖昧なのである。

この「発明」の成立については、製品開発の研究者である大門博が明快に教示している⁽¹⁴⁾。すなわち、発明は、「問題情報あるいはニーズ(needs)、すなわち技術課題」と、「そのような問題解決にはこのような手段、すなわち技術情報(technological information/seeds)と、それらの「組み合わせ(combination)」力の三要素で成り立つとされる。

これを、簡単な公式で表すと
発明 = (問題情報すなわち技術課題 A + 技術情報 B)
× (A と B の組合力)
となる。

従って、市場にある問題情報を新しく認識し、その問題情報に合った技術情報すなわち解決手段を「組み合わせ」ることで「新規性」のある発明が完成する。そして、これらの情報への「当業者」の認識力と「組合力」における難易度がその発明の「進歩性」となる。

実際には、問題情報の的確な把握が産業上有用な発

明をするための要であり、これは、抽象的に研究者の思索によって検知できることもあるが、多くは、前掲ハイエクが言う「現場の人(a person on hands-on hands experience)」⁽¹⁵⁾からもたらされるものである。

そうであれば、この問題情報に、的確に、しかもより速くアクセスできるのは「現場の人」、つまり、途上国ならばその内国人であるから、その内国人は、その国内で有用な発明をする競争において、IPRを外国人に先んじて獲得できるはずである。

要するに、途上国においては、その審査基準は内国人の技術水準と密接に関連し、特に技術水準の低い内国人の発明を特許すべきである。TRIPS 協定には、「進歩性」の水準を低く運用しあるいは「進歩性」を要求しない制度設計も可能とする柔軟性がある。

また、発明には、概して物の発明、方法の発明、そして物を生産する方法の発明があるが、TRIPS 協定第27条1.によれば、発明は、物であるか方法であるかを問わずに保護しなければならないとされる。

従って、TRIPS 協定に加盟した途上国も、国民健康・公衆衛生に直結する医薬品及びその材料である効能物質(共に物の発明)に対する特許は拒否できない。これは IP 保護の強化である。

そして、同条2項は、一般的な不特許事由に関するものであるが、公の秩序又は善良の風俗の判断基準は、国の文化が異なればそれによって異なるので、各加盟国に独自の不特許事由が規定される可能性がある。

これに加えて、同条3項は、加盟国が医療(診断方法・治療方法・外科的方法)や微生物関係以外の本質的に生物学的方法に特化して不特許事由を規定できるとする。

医療に関して不特許事由を規定するのは、これに独占排他的効果のある特許権を設定することは、国民健康・公衆衛生等の観点から好ましくないという理由からであり、また、本質的に生物学的方法を不特許事由とするのは、倫理・宗教上の問題が想定される可能性があるとの理由からである⁽¹⁶⁾。

なお、TRIPS 協定におけるこの不特許事由は、ヨーロッパ連合理事会の指令(Directive)とヨーロッパ特許条約(European Patent Convention: EPC)で定められた 'ordre public and morality issue' の思想による

(12) 高田忠(1969)『意匠』有斐閣 p. 1 を参照。

(13) ヘンリー幸田(1999)『米国特許法逐条解説<第3版>』発明協会 pp. 73-93 を参照。

(14) 大門博(1967)『製品開発と特許戦略』東洋経済新報社 pp. 67, 68 を参照。

(15) ゲオルク・フリードリッヒ A. ハイエク(田中真晴・田中秀夫編訳)(2004)『市場・知識・自由—自由主義の経済思想—』ミネルヴァ書房, pp. 52-62 を参照。ハイエクは「社会における知識の利用」に関して「現場の人」の問題提起力を示唆している。

(16) 前掲注(11)p. 129 を参照。

と説明されている⁽¹⁷⁾。

⑦ 特許出願人に対する発明開示要求(協定第 29 条)について

これは、発明の明細書による開示要求であり、例えば先進国からの特許出願を途上国が受けた場合は、その明細書が後に続く発明創造のためのテキストとなり途上国の内国人はこの明細書から先進国の発明の技術を学ぶことができる。

この発明には、国際特許分類(International Patent Classification: IPC)で精緻な類別と関連体系が付与される。

この発明の開示が、特許出願の願書に添付される明細書によるものとされることは、IP 保護のグローバル化第 1 波として成立したパリ条約が前提とするところであり、特許制度のある全ての国でこの明細書の制度が採用されている⁽¹⁸⁾。

⑧ 強制実施権の設定を含む特許権者の許諾を得ていない他の特許発明の使用(協定第 31 条)について

この制度は、協定第 30 条が想定した試験・研究などのために実施することに対する特許権の効力が及ばないとした限定的な列挙範囲の場合とは別に、強制的に特許発明を実施しなければならない場合に発動されるものであり、典型的には強制実施権の設定を含む。

なお、この概念に入る制度は、日本のように(米国を除く)先進国にも存在するが、日本ではその発動の実績はない。しかし、カナダ、米国、ドイツや、最近ではイスラエルなどその発度実績が見受けられる。

この制度は、運用の次第によっては、特に途上国に有利に機能する制度である。

しかし、契約自由の原則、あるいは私的自治の原則の例外として国家が実施契約に介入する制度であることから、「法の支配」の下に政府の恣意を抑えるために、事前協議の実行を義務づけるなど TRIPS 協定はその発動を制限する条件を規定する。

⑨ 集積回路の回路配置(協定第 35-38 条)について

これも規律範囲の現代化の典型例である。この集積回路の回路配置については、「集積回路についての回路配置に関する知的所有権に関する条約」があり、

TRIPS 協定は、基本的にはその条約の規定に従って保護を定めるとする(協定第 35 条)。

⑩ 開示されていない情報の保護(協定第 39 条)について

パリ条約 10 条の 2 に規定する不正競争行為に関連して保護されるべき対象に、開示されていない情報(Protection of Classified Information)を具体的に挙げ、加盟国はそれを保護する義務があると規定した。これも規律範囲の現代化の例であると言える。

6. 権利行使並びに IP に関する「法の支配」に関する合意(協定第 41-49 条, 第 50-64 条)

TRIPS 協定は、権利行使や「法の支配(rule of law)」に関する詳細な合意を包含する。ここでは、とりわけ途上国の IP 保護における制度設計及びその利害と密接かつ直接の関係がある事項を採り上げて論じることとする。

(1) 一般的義務

侵害行為に対する効果的な措置を採る義務であり、これには、迅速な措置と予防措置が含まれ、加えて、濫用防止措置に関する制度作りも義務とされる(協定第 41 条 1-3 項)。特に、IP 関係の決定は、司法審査に服することを義務づける(同条 4 項)。IP に関する措置が司法審査に服するとされるのは、「法の支配」の「実定性」を担保するための国際的な努力の顕れである。

(2) 民事上及び行政上の手続及び救済措置

① 公正かつ公平な手続(協定第 42 条)

いわゆる正当手続(due process)の保障であり、ここでは、IP 民事訴訟につき独立の「弁護士」を代理人として選ぶことを認め、過度に重い手続上の負担を当事者に課してはならないとする。

ここにいう「弁護士」には、「審決取消訴訟代理権」を有し「特定侵害訴訟代理資格」も有する日本の弁理士は含まれないとされる。それは、弁理士が独立して訴訟遂行できる審決取消訴訟代理権は、審決という行政処

(17) Joseph Straus (2013) 'Order public and morality issues in patent eligibility' Toshiko Takenaka (Editor) "Intellectual Property in Common Law and Civil Law" Edward Elgar Publishing Limited (2013) Toshiko Takenaka (Editor) pp. 19-49 を参照。

(18) パリ条約は、その第 4 条 A (3) で、優先権の申立てをするもの対して、加盟国は、最初の出願に係る出願書類(明細書、図面等を含む。)の原本の提出を要求することができるとしている。

分に対する抗告訴訟の代理権であって民事訴訟の代理権ではなく、また、特定侵害訴訟代理権は、弁護士が受任した事件についてのみ行使できるものであって(弁理士法第6条の2)、ここでいう独立の「弁護士」とは解釈できないからである。

② 証拠方法の提出命令(協定第43条1, 2項)

特にIP訴訟において問題になる証拠提出命令であるが、これは秘密情報保護を条件とする。そして、故意にその提出命令に従わなかった場合には、相手当事者の提出した証拠に基づき判決ができることを規定する。

日本では、民事訴訟法第219-314条にわたり、書証となる文書や、これに準ずる図面、写真、録音テープ、ビデオテープのような情報を表すために作成された物件の提出命令を含んで詳細に規定されている。

③ IPR 侵害品の水際差止(司法では協定第44条1項・税関当局では第51条)

④ 司法当局の損害賠償支払命令権限と訴訟費用敗者負担の原則(協定第45条1, 2項)

これには弁護士費用も含まれる。

⑤ 司法当局によるIPRに関する侵害予防、侵害物品及び侵害物品生産設備の廃棄命令(協定第46条)

⑥ 司法当局によるIPR侵害者に対する侵害加担者の情報提供命令(協定第47条)

⑦ 訴訟当事者に権限行使手続の濫用があった場合の司法当局による当事者に賠償の支払いを命じる権限(協定第48条1項)

これは、いわゆる濫訴を行った者に対して、被告に生じた損害を賠償させることを規定する。

⑧ 行政上の手続(協定第49条)

司法手続によらない例えば税関当局による水際(国境)手続などの行政上の手続も、正当手続の関係諸原則に従わなければならないとしている。

⑨ 刑事上の手続(協定第61条)及び紛争の防止及び解決(協定第63, 64条)

IPRの侵害と不正競争の防止に関する刑事上の手続と刑罰を定めるとしている(第61条)が、これは罪刑法定主義に則るべきことを宣言しているものである。また、IPに関する国際間紛争の解決に関しては、GATT協定の第22条及び同第23条と、TRIPS協定第64条の紛争解決に関する規定の規定を経由して、WTO協定附属書-2として合意された「紛争解決に係る規則及び手続に関する了解」の司法的構造により処理される。

7. TRIPS協定下の途上国に効果的なIP制度及びその運用

ここで、持てる資源の故に、オランダに続き英国の植民地支配を受けてモノカルチャー(mono-culture)のすがたで「商業国家」となった人口3,200万(2017年現在)の多民族分節社会を抱える半島国家マレーシアの例を挙げて、途上国の内国人のIP創造状況を特許出願件数、意匠登録出願件数、そして商標登録出願件数をマレーシアに出願した外国人との対比で示す⁽¹⁹⁾。

すなわち、2010年のマレーシアへの特許出願合計件数は6464件、うち内国人のものが1,275件で19.70%、同年意匠登録出願合計は1,465件、うち内国人のものが699件で47.70%、そして同年の商標登録出願合計件数は24,070件、うち内国人のものが12,610件で52.38%となっている。

マレーシアでは、科学技術に関する特許分野においてIP創造に遅れを示し、反面、非科学技術に関する意匠・商標の分野では外国勢に対して健闘している様子が窺える。

このような途上国のIP状況を踏まえて、途上国のためのIP方策として以下の3点を挙げるができる。

(1) 職務発明・職務意匠制度における「特許・意匠登録を受ける権利」の帰属原則の整備

職務発明・職務意匠制度に関する制度設計と運用の内容については、TRIPS協定に格別の義務規定はない。換言すれば、加盟国は、自由にその制度設計と運用をすることができることになっている。

(19) 特許行政年次報告2011年版及びマレーシア知的公社(MyIPO)の統計データに基づいて推算した。

発明や意匠の創作は、精神活動の結果であるから、必ず自然人である個人がするものである。それ故に、「特許・意匠登録を受ける権利」という概念がIPの分野では重要視され、特に民主主義・自由主義の世界では、職務発明・職務意匠の創作であっても「特許・意匠登録を受ける権利」は、IP創造をした個人に帰属することを原則とする。

この原則を代表して発明者主義(inventor-ship oriented principle)と言い、発明により国家が発展し経済力を持った国、すなわち、米国、ドイツ、オーストリア、そして日本を含む現在の先進国の多くがこれに立脚する。

これに対して、職務発明・職務意匠の創作の「特許・意匠登録を受ける権利」には、発明・意匠の創作に投資する事業主が原始取得するものであるとする使用者主義(employer-ship oriented principle)がある。それは、労働者の地位が低かった時代に多く観られたが、現在は、英国、スイス、フランス、イタリア、ポルトガル、スペイン、オランダなどに残っていて⁽²⁰⁾、途上国の多くも同様な制度となっている。

現代における発明・意匠の大多数が職務発明・職務意匠の創作であり、特に近時の技術の発達が職務発明でもたらされたという事実⁽²¹⁾、そして、後述するように、世界における特許出願などの件数大国が、米国、日本であったことを鑑みれば、発明者主義を職務発明・職務意匠制度の基本原則として、「特許・意匠登録を受ける権利」を発明者・意匠創作者たる従業員に帰属させる原則が、IP創造の促進に効果的であることが判る。

かかる原則に立っても、職務発明・職務意匠の創作は、事業主の投資を考慮して、相当な対価を払って事業主が「特許・意匠登録を受ける権利」を発明者・意匠創作者から譲渡を受けて最終的には使用者たる企業が特許権者・意匠権者となるので、衡平を失することはない。

(2) 特許審査における「進歩性」判断の内国人技術水準(以下「技術水準」)との調整 途上国の特許制度の運用にとりわけ重要なのは、

「進歩性」の判断である。

その判断手順としては、日本の裁判所でも採用されているのであるが、①判断対象となる本発明の特定、②引用発明の認定、③本発明と引用発明の共通点と相違点の認定、④相違点に関する「容易性」の判断、とされる⁽²²⁾。

一般的にその「進歩性」の判断基準は、当該加盟国の技術水準と発明保護の姿勢によって異なるべきである。この「進歩性」の判断運用のあり方は一般的に確立されている⁽²³⁾。

協定第27条1項注に「進歩性」を「自明のものではないこと」と「同一の意義を有するとみなすことができる。」とあるのは、「進歩性」の判断運用次第で「新規性」に近い水準とすることを可能とする協定の柔軟性の顕れである。

例えば、通常の特許における「進歩性」の判断の基礎となる「その発明の属する技術分野の通常の知識を有する者つまり「当業者(a person skilled in the art)」の範囲を広く構えず、かつ発明の効果の程度に高いハードルを設定しない審査を行うことである。

これによって、途上国の低いIP創造力の程度から乖離しない運用で特許保護ができることになる。

例えば、鍛造の分野では、周知の冷間鍛造でなる鋼棒を用いた「コンクリートの機械的接合を補強するための方法及び装置」のタイ特許第4575号の侵害刑事事件において、冷間鍛造がコンクリートの機械的補強の技術分野では周知ではなく当業者の知識の範囲ではないとして、「進歩性」を認めた王立国際貿易・知的財産裁判所(CIPITC)の判決(No.1358/2542)⁽²⁴⁾は、「当業者」を狭く想定した「当業者」の範囲を狭く採るアプローチとして高く評価できる。

なお、小特許制度や実用新案制度は、「進歩性」を特許要件としないかあるいは上述のように低い水準に設定するので、A. F. シューマッハー(Ernest Friedlich Schumacher)が提唱する「中間技術(intermediate technology)」⁽²⁵⁾の保護が容易になり、内国人のIP創造の喚起に効果的である。

この「進歩性」の判断基準であるその発明の属する技術分野、つまり「当業者」の範囲は、当該国の内国人の

(20) 瀧野文三(1966)『使用人発明権論』中央大学出版部 pp. 22-26を参照。

(21) 前掲注(20)p. 21を参照。

(22) 加藤志麻子(2008)「科学分野の発明における進歩性の考え方」『パテント2008 Vol. 61 No. 10v』日本弁理士会 p. 8を参照。

(23) 西島孝喜『発明の進歩性～判断の実務～』(2008)pp. 57, 58を参照。

(24) 筆者は、2012年10月27日より同年10月31日にタイで行われたアジア弁理士協会チェンマイ総会における研究委員会の特許部会での「進歩性の国際協調(A harmonization in inventive step)」に関するセッションに参加したが、そこで得た間接的な情報を元にして、タイのアソシエートS&Iアジアに依頼して調査した結果、この判決が確認できた。

(25) Ernest Friedrich Schumacher “Small is Beautiful”. Blond and Briggs 1973. London

技術水準と直接関係するので、特許審査におけるその基準は、特許制度をその国の IP 創出を喚起するように機能させるために重要である。

その際、低い水準でその「進歩性」の審査をすれば、当然、外国人の発明も多数特許されることになるが、前述したように、内国人は国内の技術に関する問題情報には「現場の人」としてより速く遭遇できる有利な立場がある。

ここにいう国内の技術に関する問題情報とは、例えば、途上国によくある伝統技術や生活関連技術などの前述「中間技術 (intermediate technology)」のそれであり、途上国の特許制度では、この「中間技術」に関する技術の「特許化」が可能な「進歩性」の審査運用が肝要である。

この「進歩性」については、前述したように、この協定第 27 条 1 項の注で、「自明」でなければ「進歩性」があるとみなすことができると規定している。その「自明」は誰にとってそうなのかといえ、それは「当業者」なのであるから、途上国では前述の「当業者」アプローチを採る際にその範囲を狭く採れば、「自明」でない範囲が広がり、「進歩性」ありとされる範囲も広がる。

なお、途上国の中には、この「進歩性」に関して、とりわけ小発明・実用新案の保護制度が、通常の特許制度に比して低く抑える運用とするか、あるいは、「進歩性」を特許登録の要件としない制度設計となっている国もある。

もっとも、特許制度は、本来、内国人の IP 創造を奨励してその国の産業の発達に寄与することを目的とする。

その産業の発達には、一般的に、創造された発明が、新しさ、すなわち「新規性 (novelty)」と、「産業上の有用性」、すなわち「産業上の利用可能性」、そして、当該従来技術での「当業者」を基準としてどれだけ進歩しているか、すなわち「進歩性」を備えるものは保護されることである。

TRIPS 協定第 27 条 1 項で、「……特許は、新規性、進歩性及び産業上の利用可能性のあるすべての技術分野の発明について与えられる。……」と規定するのは、これらの特許要件とすることの「当為」を確認する意味もある。

そこで問題になるのは、当該発明が従来技術に比してどの程度進歩しているか、すなわち発明の「進歩性」

が特許要件とされることである。

何故ならば、この要件の採り方の判断は、その基礎を内国人の技術水準に根ざした水準に置くことで内国人の発明考案を広く「所有権化」することができ、途上国が TRIPS 協定の規律に従いながら自国の IP 戦略を展開するのに有効な手段となる。

(3) 途上国の商業的体質に適合する意匠・商標制度の活用強化

著作物の分野は当然として、とりわけ意匠の創作は、物品の外観の創作であって格別に技術的素養を必要としない。そして、途上国は、産業が商業中心の体質で科学・技術の分野で当面ハンディキャップがあるものの、文学や美術の分野で内国人の能力・資質が先進国に劣らない。従って、途上国にとって、意匠保護の制度は、IP 創出で先進国をキャッチアップして市場優位に立つための効果的な手段となる。

また、産業が商業中心の体質をもつ途上国では、市場の信用を化体する商標を活用することで、市場優位に立つ可能性が大いにある。例えば、マレーシアの例ではあるが、チャンドラン ゴヴィンダラジュ (V.G.R. Chandran Govindara.ju) とチャン-ユアン ウオン (Chan-Yuan Wong) が、商標はマレーシアにとって最も馴染む IP であるといっている⁽²⁶⁾のは、IP としての商標も、途上国に当面の市場優位を与える有力な手段であることを示唆する。

そして、意匠の創作や市場において特別顕著な商標を選択することは、美術の分野、文学の分野で先進国に比較して決して劣ることのない能力を有する途上国の内国人にとって、市場優位に立つための好適な IP 制度であることは、5.(3)⑤で述べたとおりである。

8. ボルドリンらの反知的独占論の根拠とする事例の概要

UN の機関である WHO、その他 NGO の運動で、医薬品の特許権に強制実施権を設定する制度の運用要件を途上国の国民健康や公衆衛生に関する福祉のため、WTO のドーハ宣言がなされた。

しかし、WHO や関係 NGO の動きや圧力は、TRIPS 協定の IP 保護を認めるという前提に立って

(26) V.G.R. Chandran Govindara.ju・Chan-Yuan Wong (2011) 'Patenting activities by developing countries: The case of Malaysia' *World Information 2011* p. 52 を参照。

いるので、いわばアンチ IP 論であるピーター ドラホス (Peter Drahos) の懐疑論やミケーレ ボルドリン (Michael Bouldrin) の明確な反知的独占論 (against IP monopoly doctrine) の立場に立つとはいえない。

ここで、そのアンチ IP 論を代表して、特にミケーレ ボルドリン (Michael Bouldrin) らの反知的独占論 “against IP monopoly doctrine”⁽²⁷⁾ がどのような事例を挙げてその論を展開しているのか、その骨子を少し敷衍したかたちで纏めて示すと、概ね次のとおりである。

蒸気機関の蒸気を別容器で膨張、凝縮させる新型蒸気機関を発明したジェームス ワット (James Watt) は、1768 年にその特許出願をして翌年特許された。そして、ワットの共同事業者である金持ち事業家マシュー ボウルトン (Matthew Boulton) が議会で働きかけをして、その特許権の存続期間を 1800 年までに延長させた。

ワットらは、その間、その特許権により、他の発明者が競争者となるのを抑止した。皮肉なことにワット自身も、他人の特許権で技術改良が阻まれた。このように、特許権は、産業の発達を阻害するだけである。

その顕れとして、ワットの特許権の存続期間中には、英国では蒸気機関の出力の伸びが年間 750 馬力に止まった。しかし、その特許権の存続期間を過ぎて 30 年間における蒸気機関の出力の伸びは、年間 4000 馬力以上であったし、特許権の存続期間中は殆ど変わらなかったその燃費効率も、1810 年から 1835 年までに、推定であるが約 5 倍に増大した。

このように、ワットの特許権存続期間が終了すると、蒸気機関の生産性や効率が急上昇したばかりでなく、蒸気動力自体が産業革命の牽引力となった。

ワットらが特許権を得ようとして議会工作したのは、競争を抑制する特権を得ようとして行った、経済学でいうレントシーキング (rent seeking) であって、合法的な独占という毒入り果実である。IP はイノベーションも創造性も伸ばさない。これらは不必要悪なのだ。

産業革命は遙か昔の出来事だ。これに対し IPR は現代の問題である。現代では、著作権や特許権がなくても、凄まじい速さで創造が起こる事例はいくつもあ。例えば、オープンソースソフトウェアが独占なしで成功している。

しかし、ソフトウェア産業では特許権と著作権で独占化が進み、イノベーションも大幅に低下した。特許権が大きく機能して現代的なソフトウェアがもたらされたというのは、紛れもなく幻想にしか過ぎない。

この本は、法の現状についてではなく経済について論じるのを旨とし、その経済において法はどうあるべきかを述べたものである。

従来の通説では、アイデア開発には、固定費と限界費用がかかり、模倣者が競争に参入するとアイデアに係る財の価格は限界費用にまで低下し、従って、競争を抑える独占がないとイノベーションはないとされる。

しかし、この通説は、限界費用が一定の場合や、模倣者の生産力に費用からくる制約がない場合にだけ有効なのであり、実際は、限界費用は増加する場合があります、また、模倣者であっても模倣に費用がかかって、生産力に費用からくる制約があるので現実的ではない。何故なら、模倣に少しでも費用がかかれば競争はない。

また、現実的な問題として、殆どの産業でのイノベーションの利益に重要なのは短期であり、長期にわたると新しいイノベーションにとって代わられる。

と。

9. IP 保護の歴史的事実と相違う反知的独占論

ボルドリン (Bouldrin) らに代表される反知的独占論は、IP 保護の当為 (oughtness)、あるいは正当性 / 正義 (legitimacy/justification) を否定し、引いては TRIPS 協定が目指す IP 保護とその強化の合理性をも否定することにもなる。

この反知的独占論に対しては、実質的に民主主義・自由主義の世界を代表する米国がその憲政史を以て反論してくれた。しかし、多角的な視点からも理論的に反論が出来るので以下に述べる。

(1) 法哲学と「開発法学」からのアプローチ

WTO・TRIPS 協定が展開する IP 保護の拡大・強化の「合理性」は、先ず IP 保護の「当為あるいは正当性 / 正義」を前提とする。そして、その IP 保護の「当為」「正当性」「正義」の問題は、本質が情報という無体物 (incorporeal thing) に所有権類似の独占排他権を

(27) Michele Boldrin・Devid K. Levine (2010) “against intellectual monopoly” CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS pp. 1-43 及び pp. 158-160 を参照。

設定することの是非の問題である。

ミシェル・ヴィレー (Michel Villey) の『ローマ法』(1955)には、要約すると次のことが述べられている⁽²⁸⁾。

彫像とその材料の陶土に関して、彫像は誰のものかという議論がアリストテレス学派とストア学ザビニ派の間でなされ、アリストテレス学派の「彫像の形相を創出した彫刻家」の所有に帰する。

この議論では、アリストテレス学派は、物の本質は形相 (prudential idea) であり、彫刻家の精神活動の成果である形相はその創作者の財産として私権の対象となり得ると論証したのである。

また、ローマ法の歴史では、ローマの政治家・哲学者・法学者であるマルキウス T. キケロ (Marcus Tullius Cicero) は、やや学術的な章句を用いて、目に見えるものと意識だけで理解されるものとを区別することを広め、その後、ストア学派のルシウス A. セネカ (Lucius Annaeus Seneca) が、この区別を有体物 (corporeal thing) と無体物 (incorporeal thing) と命名した。

このように、ヴィレーは、哲学でいわれる形相、すなわち無体物の例として彫刻家の IP を挙げ、これを利益として私権の対象となし得るとし、無体物の所有の法哲学 (legal philosophy) における理論的根拠を示した魁が古代ギリシアにあったことを教示する。

この議論により、無体物の概念が、ローマ法の歴史の中では相続財産の総体や通行権等と共に拡大し、その理論的帰結として IP 保護の「当為」が確認され、そのことが IP 保護の強化・拡大の「合理性 (rationality)」を裏付ける基礎とした。

そして、この知的創造の成果は創造した者に属するという思想は、前述「職務発明制度 (employee' invention system)」における「従業者帰属の原則 (inventor-ship oriented principle)」の「当為」を裏づけることになる。

また、この議論からは、人の権利つまり人権の問題として、IP に対する規範意識 (norm consciousness) の原点を観察することができよう。

IP が IPR として保護されるべきことは、近世の法哲学の分野でも明確に承認された。それは、IPR が

人格権であるとする弁証法の創始者ゲオルク W.F. ヘーゲル (Georg Wilhelm Friedrich Hegel) や、17-18 世紀に登場して天賦人權説を唱えた英国のトマス ホッブス (Thomas Hobbes)、労働価値説のジョン ロック (John Lock) などによる。

ヘーゲルの IP 保護論が人格権論 (personality theory) に立脚するものであるとされることには、大いに異論のあるところではあるが、その IP 保護論を要約すると以下のようなものである⁽²⁹⁾。

前述ローマ法における概念、無体物を「使用」という行為の「物の非実体性」として把握し、次に、「精神的産物」は、創作として、すなわち「外化」されたかたちで、他人も利用できるようになるが、発明者や著作者は、それが他人の所有に帰することなく自らの所有に帰することを望むものであり、このことに、発明者や著作者の権利の実体が求められなければならない。

これによれば、ヘーゲルの IP 保護論は、むしろ所有権論に近いものであろう。

また、天賦人權説を代表するロックは、個人の所有権が成立する理論的な根拠を、個人の労働に置いている⁽³⁰⁾。

大地にあるものは、神が人類の生活のために与えた人類の共有物であるから、そのままでは何人も排他的な権利は持ちえない。しかし、この共有物でも、それに個人がその労働によって有益なものとした場合は、そのものは同じく神が創ったその個人の排他権の対象となる。

ここには、IP のように創造したその瞬間から情報として創造者たる個人から離れて人類の共有物となる性質のものに対して、個人固有の IP 創造という労働の成果として独占排他権を認めることの当為の論理が展開されている。

ジョン ロック (Jhon Locke) を中心とする IP 所有学説は、ロッキアン (Lockean) といわれ⁽³¹⁾、その思想は前述アリストテレスの IP 所有思想に系譜があると言えよう。

何れにしても、IP に対する独占排他権を設定する

(28) ミシェル・ヴィレー (田中周友・赤井節共訳) (1955) 『ローマ法』白水社 pp. 77-86 を参照。

(29) ゲオルク・ウィルヘルム・ヘーゲル (1955) (岡田隆平・速水啓二共訳) 『法の哲学』岩波書店 pp. 67-69, 100 を参照。

(30) ジョン・ロック (加藤節訳) (2011) 『統治二論』岩波書店 pp. 325-331 を参照。

(31) 前掲注(17)p. 19 を参照。

ことの「当為」は、既に古代に論証されており、それがローマ法の時代に継承され、そして近世の法哲学において確立されて現在に至っていることが判る。

そして、最後に現代の碩学の論を観ることにする。すなわち、ロバート P. マージェス (Robert P. Merges) は、IP 保護の「当為」あるいは「正当性 (legitimacy)」を「正義化 (justifying)」の問題として捉えて論じている⁽³²⁾ので、その論理の都合上ここに要約して示す。

ロックは、自然における有体物は万人に「競合的」であり、これに対して労働によって加工を加えて新しい価値を形成した部分に所有が生じる。何故なら、その労働はこれを行った個人が所有するものだからであるとする。

イマニエル カント (Emanuel Kant) は、所有は個人の対象物に対する自立的占有の意志に根拠があり、占有の意志が表明された後は、他人はこれを尊重しなければならないとする。

前者は労働に後者は個人の自律的な意志に所有の根拠を置くがこれは共に支持できる。

そして財産権は、独占的なものであるから、社会においては「配分的正義 (distributive justice)」に合うものでなければならない。知的財産は、それ自体社会に利益をもたらすものであるから、「配分的正義」に適っている。

ここで途上国に特化した財産あるいは資産一般についてではあるが、IP についても示唆に富んだ説示があるのでここに挙げる。

エルナンド・デ・ソト (Hernando De Soto) は言う⁽³³⁾。

途上国の内国人には、実は、豊富な「財産 (asset)」がある。しかし、彼らはそれを法的に確定する「所有権化 (monopolize)」の道を見ず、あるいはその認識がない。「所有権化」されない「財産」はこれを運用するのなければ経済発展に繋がらない。財産をあるいは資産を「所有権化」すれば運用可能な「資本 (capital)」となり、その運用により経済発展を可能にする。

と。

もし途上国の内国人が発明をしたらそれは彼又は彼女の財産となるが、無体財産 (incorporeal asset) であるが故にそのままではその発明者の経済活動には繋がらない。そこで途上国が採用した特許制度で特許出願がなされれば特許権を得ることができる。それは「所有権」に近似した独占排他権となり、経済的に運用可能な「資本」と化する。

ボルドリンらは、彼らの本が、経済について書かれたものであって、法の現状ではなく法はどうあるべきかについて書かれたものだと述べながら、IP の属する無体物たる利益の保護についてあるべき法哲学の観点を欠き、法はどうあるべきかについて言及がない。

また、ボルドリンらは、ワットの新型蒸気機関の発明に特許が与えられたが、その特許権存続期間の間は産業の発達を阻害したし、他人の関連特許でワット自身もその他人の特許関連で実施を阻害されたという。この場合、産業の発達が公益であるのだが、私権である特許権との調整が問題となろう。

つまり、特許権は、存続期間という公益・私益の調整手段により、所有権のような消滅することのない絶対性が排除されたものである。しかし、ボルドリンらはこのことを無視しているのみならず、私権である特許権は、その気になれば契約により他人とのクロスライセンスでその発明を実施化できたはずであったことも無視している。

なお、ボルドリンらは、特許権存続期間が切れた後で蒸気機関の出力改善ができたということを描いているが、このことも、クロスライセンスにより改善発明の実施化が行われなかっただけであって、それまでに改善発明がなされず産業の発達に進展がなかったことを意味しない。

そして、ボルドリンらは、ワットの特許に関するレントシーキングを描くが、このことは、当時の英国普通法の中にあつた特許制度における議会工作が経済学という市場原理と異なる活動であつただけであり、制度の本質論とは無関係であろう。

特許制度がなくて発明者が特許を取得できなかったことにより、他人の模倣で発明者の事業が成り立たず、実際に産業の発達に繋がらなかった例は日本には少なからずあつた。例えば、明治年代の専売特許条例 (1885 年) が施行される前のことであるが、ガラ紡発明者の臥雲辰致のように、多くの者が発明の成果を模

(32) Robert P. Merges (2011) “Justifying Intellectual Property” Harvard University, pp. 32-42, 72-85 を参照。

(33) Hernand De. Soto (2001) “The Mystery of Capital” Clays Ltd. pp. Great Britain, 1-13, 231-235 を参照。

倣されてしまい、事業が成り立たないまま赤貧のうちに没落してしまった⁽³⁴⁾。

また、途上国に関しては、「開発法学 (development jurisprudence)」からのアプローチは欠かせない。論述の都合上、ここで「開発法学」の立場について述べる。

安田は、その「開発法学」の立場から、途上国の地域には、その地の伝統に根差した共同体 (community) の共同法理 (community-oriented principle of law) をなす固有法 (proper law) と、世界大で広がる市場法理 (market-oriented principle of law) をなす移入法 (imported law) と、「開発体制」関連で政府権力の指令をなす指令法理 (directive-oriented principle of law) が共存すると言う⁽³⁵⁾。

なお、安田は、また、市場と共に世界大の広がりをも有する移入法の IP 制度による権利と途上国の コミュニティーにおける共有財産 (public goods: 公共財) との調和・調整が重要であるともいう⁽³⁶⁾。これは、IP 制度が共同法理にも馴染む可能性を示唆するが、その一方で、IP 制度の途上国への導入は、当該途上国の社会の実態に基点をおいて慎重に進めなければならないことも示唆する。

何れにしても、ボルドリンらは、現在の「開発法学」からの慎重なアプローチは全く考慮に入れておらず、その主張は説得力に欠ける。

(2) 「法の支配」からのアプローチ

世界で、国家として承認されている殆どの国の IP 制度は、例えば、発明保護には特許法、意匠保護には意匠法、そして商標保護には商標法、著作物保護には著作権法という成文法による。

そこで IP 保護の「当為」あるいは正当性 / IP 保護の正義化」とその強化拡大の「合理性 (rationality)」とを

検証するには、現在の「法の支配 (rule of law)」の概念についての明確な認識が必要となる。

これは、難しいことではあるが、ザ ワールド ジャスティス プロジェクトのリポートにある 9 ファクター⁽³⁷⁾を規準とするのが、現代の「法の支配」の実態が示すかたちが示唆されるので妥当である。

もとより、この「法の支配」の概念に基礎を与える考え方 (思想) は、洋の東西において存在する。

しかし、主として西洋社会とその文物の影響を強く受けている地域のそれと、主として東洋社会つまり中国の文物の影響を強く受けている地域のそれとは、その生い立ちから来る意味内容は基本的に異なる。

そこで、先ず、西洋社会に属する研究者の「法の支配」の考察を観る。

ローレンス フォスター (Lawrence Foster) によれば、「法の支配」とは、最狭義では、様々な決定が、裁量をまじえず、周知の原理又は法律を適用して行われることによって、個人が政府の恣意から護られる法制度を言うことされる⁽³⁸⁾。

また、トム ビンガム (Tom Bingham)⁽³⁹⁾ は、国際法の分野で、「法の支配」に人権思想が加わり、各国内の国内法に浸透してゆく関係や、その実定性を担保する法制度のあり方を論じている。

フリードリッヒ A. ハイエク (Friedrich August von Hayek) は、「法の支配」を、「政府が行なうすべての活動は、明確に決定され前もって公表されているルールによって規制される、ということの意味する。」と言う⁽⁴⁰⁾。

ハイエクのこのような考えによれば、「法の支配」の社会に対する意義は、政府や行政の権力は明定された法により自由裁量が限定されることで人権が護られる点にあることにある。

(34) 特許庁監修 (1970) 「資料編」『発明総覧』通称産業調査会 p. 16 を参照。

(35) 安田信之 (2005) 『開発法学アジア・ポスト開発国家の法システム』名古屋大学出版会 pp. 5-32 江参照。

(36) 安田信之 (2010) 「アジア知的財産政策と制度 過去・現在・未来—アジア法・開発法の視点から」小野昌延・岡田春夫共編『アジア諸国の知的財産制度』青林書院 pp. 3-32 を参照。

(37) The World Justice Project 2015 (2015) “Rule of Law Around the World” pp.10-15 を参照。

以下の如く「法の支配」の概念規準となる要素を挙げている (筆者訳)。

Factor 1: Constrain on Government Power (政府権力の制限)

Factor 2: Absence of Corruption (汚職がないこと)

Factor 3: Open Government (開かれた政府)

Factor 4: Fundamental Rights (基本的人権)

Factor 5: Order and Security (秩序と安全)

Factor 6: Regulatory Enforcement (適正な規制)

Factor 7: Civil Justice (民事訴訟手続の保障)

Factor 8: Criminal Justice (刑事訴訟手続の保障)

Factor 9: Informal Justice (略式訴訟手続の適正)

(38) ローレンス・フォスター (田辺誠訳) (1993) 「中国と法の支配」『広島法学 16 巻 4 号』広島大学, p. 369 を参照。

(39) Tom Bingham (2011) “The Rule of Law” Penguin Group pp. 66-109, 117, 118 を参照。

(40) ゲオルク・フリードリッヒ A. ハイエク (西山千明訳) (2013) 『隷属への道』pp. 92-110 を参照。

ブリアン Z. タマナハ(Brian Z. Tamanaha)は、「法の支配」を形式論と実質論で論じることができるとして、次のように整理している⁽⁴¹⁾ので、要約して示す。

形式論は、「法の支配」を法「による(by)」支配であるとし、法を政府による支配の道具とする考えでありドイツにおける概念「法治国家(rechtsstaat)」の一部である。これは、議会法という民主主義の手續に則れば、法の内容とは関係がなく、一般的、予測可能性、明確性、確実性だけの形式的合法性があればよいとして、かつての米国奴隷制度の容認もした。

実質論は、「法の支配」を、財産・契約・プライバシー・自治を中心とした個人の権利を包含し、尊厳への権利及び/又は正義や社会福祉・実質的平等・共同体の維持のための概念とみる。

この意味の「法の支配」によれば、また、在朝・在野の法律専門家の資質や能力、裁判手続の迅速さ、そしてその公正さ、特に刑事事件の被告に不利な証人の身の安全確保手段などが確保されていなければならないとされる⁽⁴²⁾。

そもそも実質論での「法の支配」の思想は、紀元前の古代ギリシアの哲学に遡るのであって、プラトンやアリストテレスの議論とアテネの民主主義にその淵源が求められる⁽⁴³⁾。

そして、この思想に、1689年の英国議会による人権宣言(大憲章)と、1789年のフランス革命による人権宣言で人権思想が加わり、米国や西欧社会に普及した。それは、1948年にUNでなされた世界人権宣言で普遍的理念となり、その2年後のヨーロッパ人権条約で、少なくともヨーロッパ連合(European Union: EU)の中で規範としての「実定性(substantive effectiveness)」が顕著になった⁽⁴⁴⁾。

更に19世紀以降は、この立法の思想概念から拡大して、法は願望として形成された立法意思の産物であるという概念、すなわち法を「道具」として捉える考え方が広がった⁽⁴⁵⁾。これは、「法の支配」を法「による」支配とみる形式論の範疇に属する。

次に、東洋社会の典型である中国の「法の思想」関連

の考え方(思想)を中心に検討する。

明代末の歴史家黄宗羲は、中国では夏、殷、そして周の二帝・三王のときまでは民を慮った法つまり実質論の「法の支配」があったが、その後はその思想は消失したと言う。

そうすると、アンヌ・チャン⁽⁴⁶⁾によれば、現在の中国で展開されている「依法治国」は支配の「道具」論としての「法による支配(rule by law)」に通じるものとなる。孔子が「国家統治の道具」として唱えた儒教の精神内面に関する「仁」、及びそれを外面に表現する「礼」と、商鞅と韓非子で知られる法家の「規矩」は、明らかに形式論の「法による支配(rule by law)」に属する規範概念である。

しかし、人間の自然・自由を「無為」として提唱する「老子」の思想⁽⁴⁷⁾は、実質論の「法の支配」に近い内容を有している。

このように、中国の「法の支配」も西洋のそれと同様に紀元前からの伝統を持ち、その概念は多様な内容を含むので、現在の中国政府の「依法治国」を実質論の「法の支配」と対照して論じるには、現実の政策展開がどの内容に向かっているのかを深く慎重に観察する必要がある。それは、中国の「法の支配」も、権力に制限をかけるという作用があり、この意味で実質論の「法の支配」と共存できる余地があるからである。

なお、ローレンス・フォスター(Lawrence Foster)は、中華人民共和国の建国における1950年憲法と共に進められた「法の支配」は、1967年に始まった文化大革命がクライマックスに達した時期に実質論としての「法の支配」は廃止されたと言⁽⁴⁸⁾、次の毛沢東語録を紹介している。

我々は法の支配よりも人の支配(人治)を選ぶ。すべての人民が人民日報の社説に従っている。いま、法の必要性がどこにあるうか。

と。

また、中国司法の頂点は最高人民法院であるが、とりわけ最高人民法院は、全国人民代表大会とその常任委員会に対して責任を負うことになっている(中国憲法第128条)。そして、その院長は全国人民代表大会

(41) ブリアン Z. タマナハ(四本健二監訳) (2011) 『法の支配を巡って 歴史・政治・理論』現代人文社 pp. 129-161 を参照。

(42) Tom Bingham (2011) “*The Rule of Law*” Penguin Group pp. 85-109 を参照。

(43) 前掲注(42)の pp. 10-33 を参照。

(44) 前掲注(41)の p. 39 を参照。

(45) 経済産業研究所 (2015) 「中国における『依法治国』～四中全会決定と中国における法治の今後の展開」経済同友会中国委員会での講演を参照。

(46) アンヌ・チャン (2010) 『中国思想史』(志野好伸・中島隆博・廣瀬玲子共訳) 知泉書房 pp. 175-202 を参照。

(47) Randall Peerenboom (2002) “*China’s Long March toward Rule of Law*” Cambridge University Press p. 4 を参照。

(48) 前掲注(36)の p. 369 を参照。

で選挙され、副院長、各「裁判廷」の院長、副院長、「裁判員(裁判官)」は、同常任委員会によって任免される。この裁判官達を任免する実質的権限は、制度上党にあることになっている⁽⁴⁹⁾のであるから、基本的に司法の独立はない。従って、「法による支配」はともかく実質論の「法の支配」はない。

前掲ハイエクは、「社会主義は『法の支配』と相入れない」とまで断言している⁽⁵⁰⁾。

しかし、現在の中国では、市場経済と結合していることから、IP 制度の分野においては、IP 専門裁判所を設け、前述「依法治国」の「法による支配」を、専門性の観点から充実させて実質論の「法の支配」に近づけて展開する努力は窺える⁽⁵¹⁾。

前述したような中国の形式論の「法の支配」、すなわち広範囲にわたる含意ヴァリエーションの中でそれは可能なのである。

この IP 保護に関する現在中国の動きは、憲法上に IP 創造奨励とその支援の要請があって(中国憲法第 47 条)⁽⁵²⁾、その要請を司法分野で実効あらしめようとする現体制での努力の顕れである。

そして、これらの中国政府の努力は、IP 制度を市場法理と整合させる努力であり、その「法の支配」を実質論のそれに近づけるものであって無駄ではない。何故ならば、中国憲法で、中国が人民民主主義の国家であると謳い(第 1 条)、その全ての権力(主権)は人民に属するとしている(第 2 条)のであるから、IP 制度を民主主義の理念に沿って運用すれば、その「法の支配」は、市場法理と整合することになる。

中国では IP 模倣品が大量に製造されて国内市場に蔓延し IPR 侵害事件の多発が深刻化している⁽⁵³⁾ばかりでなく、これらの IP 模倣品が ASEAN 地域の国々の市場を席卷している。

これは、中国の実用新案制度が方式中心の審査で制度であって、登録前の考案の「新規性」「進歩性」など

の実体審査がなされなかったことで、制度乱用の素地が中国社会にあることが原因の一つのように思える

転じて、途上国における IP 関係の「法の支配」も、実質論の淵源に遡った意味のそれとしては未だ曖昧であるといわなければならない。

何れにしても、中国の「法の支配」の現状は、ASEAN 諸国でもインドシナ半島大陸部で中国と国境を接するベトナム⁽⁵⁴⁾、ミャンマーそしてラオスの隣国タイ⁽⁵⁵⁾、更に華人が人口の 30% 弱を占める半島・島嶼部のマレーシア⁽⁵⁶⁾やインドネシア⁽⁵⁷⁾のように、国中に IP 模倣品が増大蔓延している事実が裏付ける。

それは、この地域の内国人(national citizen)の、少なくとも IP に関する規範意識(norm consciousness)の低さが原因しているものといえる。

かくして、途上国における IP 関係の「法の支配」の課題は、制度的な改革に加えて、大きく内国人の規範意識の向上にある。

ところで、IP 保護関連の「法の支配」では、前述したように建国以来憲法上の要請として強力に展開して来たのは米国である。

しかし、米国に対する一般的な「法の支配」の評価が、102 カ国中 19 位と低いことを前掲ザ ワールド ジャスティス プロジェクトのリポート⁽⁵⁸⁾が示している。これは意外な事実であるが、建国時に胚胎していた人種差別文化が根強いことによるものと推測される。

現代においては、1948 年 12 月 10 日に UN の総会で採択された世界人権宣言第 27 条が、発明者や著作者の権利を人権として認めている⁽⁵⁹⁾のであるから、その保護に向かった IP 制度の構築と運用こそ真に「法の支配」に適うあり方であろう。米国は IP に限って世に範を垂れていたとする他はない。

なお、現時点での途上国の「法の支配」については、ニック チースマン(Nick Cheesman)の「法と伝統秩序(law and order tradition)」が、当面展開可能な「法の

(49) 豊平佳子(2008)「現代司法制度についての考察」『名古屋大学院論集 社会科学編第 44 巻 4 号』pp. 217, 218 を参照。

(50) 前掲注(40)の pp. 107-110 を参照。

(51) 熊琳「中国でも知財裁判所が正式発足」『時事速報』p. 1 時事通信社を参照。

(52) 中国憲法第 47 条 中華人民共和国の公民は、科学研究・文学・芸術創作・及びその他の文化活動を行う自由を有する。国家は、……人民に有益な創造的活動を奨励し、援助する。

(53) JETRO(2012)『模倣品対策マニュアル 中国編』pp. 130, 131 を参照。

(54) JETRO(2007)『模倣品対策マニュアル ベトナム編』p. 5 を参照。

(55) JETRO(2008)『模倣品対策マニュアル タイ編』p. 35 を参照。

(56) JETRO(2010)『模倣品対策マニュアル マレーシア編』pp. 8-13 を参照。

(57) JETRO(2016)『インドネシアの模倣品対策に関する調査』p. 6 を参照。

<https://www.jetro.go.jp/world/reports/2016/02/096e1028806e981a.html>

(58) The World Justice Project(2015) “Rule of Law Around the World” pp. 6, 152 を参照。

<http://worldjusticeproject.org/factors>

(59) アムネスティ日本訳第 27 条 1.(前述)アムネスティ日本『世界人権宣言』を参照。

<http://www.amnesty.or.jp/human-rights/music-and-art/passport/udhr.htm>

支配]概念として一考に値する。

このように IP 制度の有効な展開に必需とされる「法の支配」について言及することなくして反知的独占論を展開するべきではない。

ボルドリンらの反知的独占論は、前述 IP 保護の「当為」「正当性」「正義」と、その拡大強化の「合理性」を前提にした「法の支配」の展開の論証を踏まえていない。

(3) 市場原理論からのアプローチ

この市場原理 (market mechanism)⁽⁶⁰⁾ とは、市場に備わる自動調節機能のことであるが、具体的には「個体の最適化 (optimization of an individual)」と系の「予定調和 (preestablished harmony in a system)」である。

「個体の最適化」は、人間の例でいえば、受動的合理性により環境に適応していく行動である。

例えば、ある価値のある財をある価格で製造・販売する者がいる環境の市場系において、これと同じものを後から製造・販売する者は、先の製造・販売者の手法を模倣できるから、それより安価な財を製造・販売できる。これは、製造・販売者という個体が最適化行動を採っていることを意味する。

このようにして、その市場系ではその財に関して価格競争の連鎖が生じ、一物一価の法則に従い、最終的には利益が出なくなる寸前まで価格が下落した状態で収まり、その財について市場の活性は終息する。これが「系の予定調和」である。

この想定には、人間固有の能動的合理性は入っておらず、その能動的合理性の行動態様である発明や技術革新が論外とされている。そこで、E.F. シュムペーター (Joseph Alois Schumpeter) は、この人間の能動的合理性の顕れである発明、すなわち新商品の開発、新技術開発の競争が資本主義経済をかたち作るとしている⁽⁶¹⁾。

これによれば、発明等の技術革新が市場系を活性状態で予定調和させることになる。しかし、シュムペーターのこの理論によっても、模倣による価格競争はなくなり、市場の活性状態は一時的なものに止まり、最終的には終息状態で「予定調和」することになる。

そこで、新技術を中心とした IP の創造者に、一定

の期間、一定の範囲で独占排他権、すなわち IPR を与え、模倣を抑止しながら市場に商品の流れに「落差 (potentiality)」を設けることが必要になって来る。IPR は市場の流れにこの「落差」を形成し市場の活性を維持するのである⁽⁶²⁾。

IP 制度は、とりわけ新規の発明につきその発明概念の範囲で独占排他権を設定する。その権利者の一定の期間、一定の範囲で市場優位に立つことができ、市場原理の支配する自由経済市場の活性を維持する機能を有する。

ボルドリンらの反知的独占論では、市場原理が支配する自由市場において、IP と IPR が市場の活性を維持する機能を有していることが論じられていない。

(4) 途上国の教育水準・識字率・「潜在能力」・「国際開発」からのアプローチ

IP 創造は、IP 創造行動を選択する「潜在能力 (capability)」の開発によって喚起されることは、アマルティア・セン (Amartya Sen) が示唆している⁽⁶³⁾。

すなわち、IP を創造するには、ものを学び習う能力が前提になり、これは識字能力が基礎となる。

翻って、2008 年 9 月のユネスコ統計研究所の推計値では、識字率が、タイの女性 92.3% 男性 95.7%、ベトナムの女性 86.9% 男性 93.9%、マレーシアの女性 89.1% 男性 93.9%、その他、最近軍政からの脱却をしつつあって明確に後発開発途上国であるミャンマーですら女性の 86.4% 男性 93.9% と非常に高く、100 年余り前の日本における産業の揺籃期を遥かに凌いでいる⁽⁶⁴⁾。

このように、現在の途上国内国人は、教育水準も識字率も高い。

それにもかかわらず、途上国の内国人が IP 創造の道を選択することなく過ごしているのは、途上国産業が未だに「商業国家」の体質のまま、内国人は自らの「財産」を「資本化」することなく、しかも既存の経済的価値の取引に終始していることによる。

ここに、途上国の国籍を有する内国人、そのうちのとりわけ国内資本企業が、自律的に IP 創造力を高め IPR で自らの富を蓄え、グローバル市場で市場優位

(60) 永谷敬三(1999)『日本経済学』中央経済社 pp. 2-7 を参照。

(61) シュムペーター(1995)ジョセフ アロイス シュムペーター(中山伊知郎・東畑精一共訳)『自由主義・社会主義・民主主義』東洋経済新報社、pp. 130-132 を参照。

(62) 拙著(2010)『自由主義経済の道理』『平成立国の書』社稷を知る弁理士の会、図を参照。

(63) アマルティア・セン(大石りら訳)(2009)『貧困の克服—アジア発展の鍵は何か』集英社第 22 刷 pp. 24-26 を参照。センは、ここで日本の明治時代半ばのころの高い識字率について述べている。

(64) ユネスコ統計研究所(2008)『アジア太平洋 20 カ国の識字状況の比較』p. 1 を参照。
<http://www.accu.or.jp/shikiji/overview/ov03j.htm>

に立つことができるようにすることが必要になり、それは、その国の IP 法政策の選択により可能となる。それと同時に、ここに、途上国においては、特に学校での IP 創造教育の重要性が高まるのである。

途上国の内国人は、文学の分野あるいは美術の分野における資質と能力は、決して先進国の人々に劣るものではない。このことは、特に現在の途上国における内国人の「潜在能力」の高さからして十分うなずけることである。

このことに思いを致せば、例えば、市場の取引秩序を維持しながら商標に化体した信用を保護する商標制度、市場の購買意欲を直接刺激する物の外観である意匠を保護する意匠制度、そして、創作した著作物を保護する著作権制度の運用強化は、途上国にとって当面最適な IP 法政策の選択であると言える。

また、前述したように TRIPS 協定自体も、「国際開発」による途上国支援の規定(第66条2項, 第67条)を含んでいて、途上国もその支援を享受しつつあることは、TRIPS 協定で IP 保護の拡大・強化を指向することの「合理性(rationality)」も裏付ける。

しかし、「反知的独占論」は、ひたすら IPR の独占により IP の後発創造を妨げることを主張するのみである。

10. おわりに

自由主義、民主主義を国家理念としている米国は、建国・立憲のときから IP の保護をして現在に至っている。そして、TRIPS 協定を仕掛けたのも、経済大国の米国であった。

この TRIPS 協定は、世界大の広がり度で IP 保護の強化・拡大をするために、広く途上国も巻き込んで締結された。

このような IP 保護の「当為(E:oughtness G:Sollen)」は、遠い昔のギリシアの哲学者達により論証され、それはまた、その後の法哲学や「法の支配(rule of law)」論に承継されて、現在は IP 保護の「正当性/正義 E:legitimacy/justification G:Legilimität/Rechligkeit)」として論じられている。「法による支配(rule by law)」の概念は、これらの議論の歴史の中の現実主義(pragmatizm)により生れた。

その後、市場のグローバル化という物理現象が、IP 保護の強化・拡大の「合理性(E:rationality G:Rationalität)」を実証している。

ただ、TRIPS 協定は、上記のように米国が仕掛けたものであるから、途上国との利害関係を異にする側面を有していることから、反知的独占論を頷かせることになった。

しかし、このような IP 保護の強化・拡大を目指す TRIPS 協定の「合理性(rationality)」は、協定自体が、運用に柔軟性を持たせる規定や途上国を支援する文脈の「国際開発(international development)」の諸規定に表れている。

それ故に、TRIPS 協定に加盟した国は、少なくとも IP 創造者にその「財産」IP の「所有権化」と「資本化」をする道を開き、その「資本の活用」で経済発展に向かうことになるだろう。

また、既に高い識字率で担保されている「潜在能力(capability)」の開発は、途上国にとって、自律的な IP 創造に大いなる可能性を持たせることになる。それには、特に学校における IP 創造教育が効果を発揮する。

上記に鑑みれば、途上国も遠からず、IP 創造において先進国と肩を並べる日が来るであろうことは想像するに難くないであろう。

かくして、多くの途上国が、TRIPS 協定に積極的に参加している事実と、UN の世界人権宣言で IPR が人権として宣言された事実で、IP の世界大に広がった IP の保護思潮は不可逆なものとなったと言える。

現在では、産業の発達に寄与する IP 保護は「開発法学」観点からも研究され推奨されるようになっていく。

よって、台頭してきた IP 懐疑論や反知的独占論(anti-IP-monopoly doctrine)は、現代において成り立つ余地がない。

以上

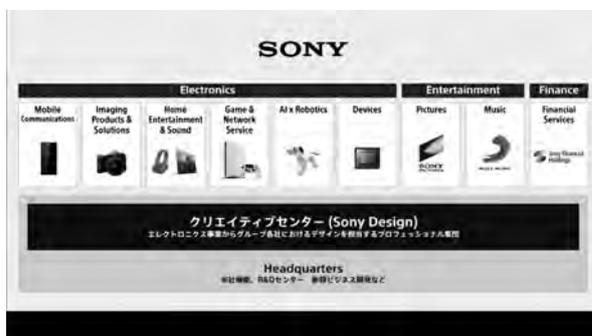
ソニー株式会社におけるイノベティブなデザイン開発と知的財産の関係

増田 光吉^(*)

ソニー株式会社におけるデザイン開発の現状を説明するとともに、イノベティブなデザインの重要性、並びにデザインの貢献領域の広がりを事例を織り交ぜながら概説し、また、同社のデザイン開発と知的財産の関係について説明をし、今後わが国が進んでゆく価値創造社会に向けてデザイン開発と知的財産とが連携を強化すべき旨を提言する。

1. はじめに
2. 当社におけるイノベティブデザイン開発の取組み
 - (1) デザインの重要性
 - (2) 事例紹介
 - ① 体験をデザインする / Any surface
 - ② 体験をデザインする / Affinity in Autonomy <共生するロボティクス>
 - ③ 見えないモノ、コトを可視化する / 「Vision-S(ビジョン エス) Prototyp」
 - ④ 見えないモノ、コトを可視化する / Sports & AI プロジェクト
 - (3) ソニーデザインコンサルティング株式会社
3. 当社のデザイン開発と知的財産の関係
 - (1) 産業界への影響
 - (2) 法制度への影響
 - (3) デザイン開発と知財サポートの伴走支援
4. おわりに

ンを創出し、製品競争力、差異化の源泉となっている。また、最近では、映画や音楽などのエンターテインメント、金融や保険などのファイナンスに至る幅広い事業をグループ会社とともにグローバルに展開している。



このようなソニーグループの事業領域の広がりとともに、デザイン領域も多様化してきており、ブランドデザイン、ユニバーサルデザイン、サステナブルデザインといった領域横断型のデザイン領域に派生し、さらには、UX デザイン、インタラクションデザイン、サービスデザインといった、人との関係性や体験価値をデザインする領域にまで拡張してきている⁽²⁾。

1. はじめに

当社は、「人のやらないことをやる」をモットーとして、日本初、世界初の商品を数多く創出している。古くは国産初のテープレコーダーや世界初のオールトランジスタテレビに始まり、ステレオカセットプレーヤーのウォークマン[®]、パスポートサイズのビデオカメラ ハンディカム[®]、最近では AI ロボティクスの aibo[®] などが記憶に新しいところと思われる⁽¹⁾。この創業精神は、当然デザインにおいても遺憾なく発揮され、絶えずオリジナリティーと先進性をあわせもったプロダクトデザイ



(*) 校友、弁理士、ソニー株式会社 クリエイティブセンター ソニーデザインコンサルティング株式会社。拓殖大学 工学部 非常勤講師。

(1) Sony Design History: <https://www.sony.co.jp/Fun/design/history/>

(2) Sony Design: <https://www.sony.co.jp/SonyInfo/design/>

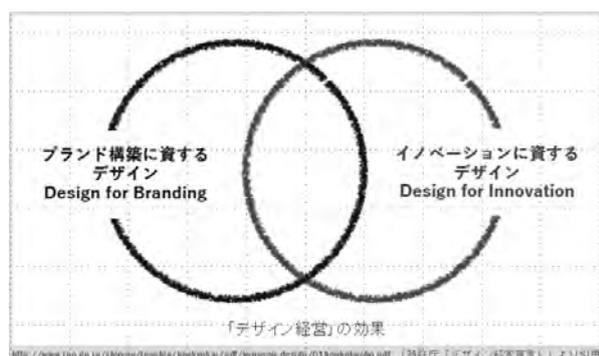
2. 当社におけるイノベティブデザイン開発の取組み

(1) デザインの重要性

当社におけるデザインの貢献領域は、(1)魅力ある製品デザインの創出や原型創出への挑戦を通じての「ビジネス貢献」、(2)テクノロジーを活用した新しいユースケースの開発や新規事業の創出をするための「新価値創造」、(3)本社として発信するメッセージのデザインに関する「コーポレート貢献」にあると考えている。



このことは、2018年5月23日に経済産業省・特許庁が主催する産業競争力とデザインを考える研究会を通じて発信された「デザイン経営」宣言⁽³⁾でも述べられていることにも通じるものでして、デザイン経営は、ブランド構築に資するデザインと、イノベーションに資するデザインとを通じて、企業の産業競争力の向上に寄与するものと定義されている。



AI(Artificial Intelligence: 人工知能)、IoT(Internet of Things: モノのインターネット)、ロボット、ブロックチェーンなど、デジタル技術が急速に進展している情報社会にあって、多様なニーズや課題を読み取

りそれを解決するシナリオを設計する豊かな想像力と、デジタル技術や溢れるデータを活用してそれを現実のものとする創造力を融合することで、新たな価値創造してゆくことが大事になってきている。デザイナーは、観察の達人であり、顧客の潜在ニーズの発見を主導することができ(このことを「Insight」と呼称されることがあります。)、また、言葉にならないものを形にして開発サイクルを加速化する原動力として、イノベーションの創出に貢献している。

(2) 事例紹介

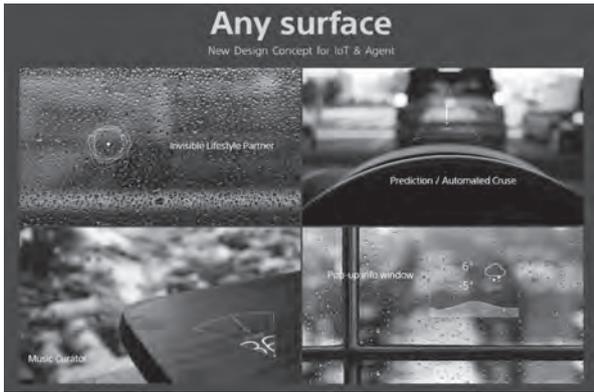
上述の通り、デザインを取り巻く環境の変化に伴って、デザインの貢献する場が拡大・多様化されている中で、見えないモノ、コトを視覚化し、概念を再定義し、体験をデザインすることが求められるようになり、UI/UX デザインのアプローチの重要性が増してきている。このことについて、当社事例をいくつか紹介しながら説明する。

① 体験をデザインする / Any surface⁽⁴⁾

IoT × AI × エージェントが進化してくると、ありとあらゆるモノがディスプレイに化してゆき、ユーザーが欲する情報を欲するタイミングで表示するようになってくると考えている。例えば、家の中から雨降る様子を窓越しに見ているときに、エージェントがさりげなくユーザーに問い掛けをしてきたり、あるいは、外出の支度を終えたユーザーが窓から外を見る、と天気予報に関する情報をさりげなく提示して、傘を持って出かけるべきか否かの判断をサポートしてくれたりすることが考えられる。また、自動車の運転の最中に、かかる自動車外部環境のセンシングから事故予測が推定判断される場合に、フロントガラス越しに、外界視認性を阻害しないようにして注意喚起を呼び起こすサインを表示することもあると思われる。また、室内で音楽がかかっているときにテーブルをロックするなどすると、音声調整をするための操作画像が表れて、音量等をその場で調整することができるということも考えられる。

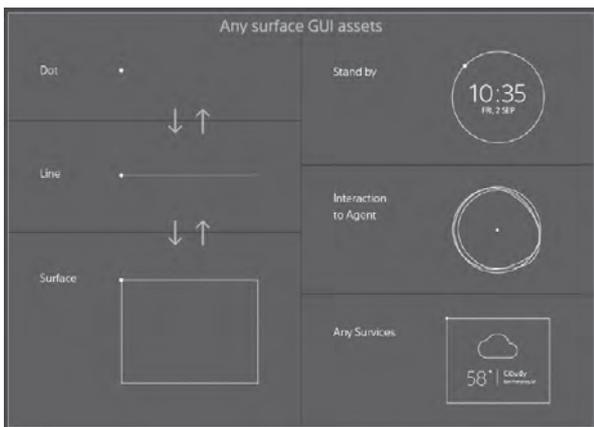
(3) 「デザイン経営」宣言: <https://www.meti.go.jp/press/2018/05/20180523002/20180523002-1.pdf>

(4) Any surface: <https://www.sony.co.jp/SonyInfo/design/stories/anysurface/>



このように、これまでディスプレイとして機能してこなかったモノをディスプレイに見立てて所定の情報を提示する場合において、操作画像や所定の情報提示の画像がいきなり突然表れてしまうと、ユーザーを驚かせてしまって、予期せぬ事故につながってしまうかもしれない。また、そもそもディスプレイ機器としては機能してこなかった窓や家具に投影画像が表示されるものなので、いきなり面構成の画像を表示してしまうと、その場の環境を阻害してしまって違和感を与えてしまうといった問題も生じてしまう。

そこで、Any surface と呼称しているデザインコンセプトでは、まず点を表示させてから線を派生させ、これら線が繋がって矩形枠を構成するというシーケンスを一つのエレメントとしてアセット化し、かかる動きの抑揚や浮遊感のある挙動によって独創的な世界観と新しいユーザー体験(UX)を提案している。



② 体験をデザインする / Affinity in Autonomy <共生するロボティクス>⁽⁵⁾

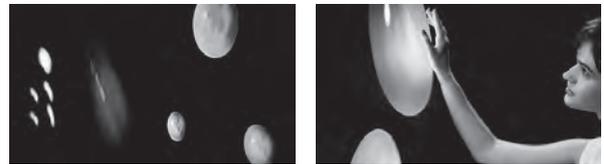
人とロボティクスの関係性について新しいビジョン

を提案する取り組みとして、2019年4月9日～14日まで、イタリア・ロンバルディア州・ミラノにて開催された世界最大規模の国際家具見本市「ミラノサローネ」にて、「Affinity in Autonomy <共生するロボティクス>」というテーマの下、5つの展示エリアにて人とロボティクスの親和性が高まっていく過程を表現した展示を行った。その後、2019年12月14日～2020年1月13日にかけて東京凱旋展示と称して、Ginza Sony Park でも展示した。

5つの展示エリアの構成は次の通りである。

(1) Interaction1: 「Awakening <意識>」

暗闇の中にロボティクスの知性の表現として光や音が現れ、人をセンシングして反応し、ロボティクスとの未知のふれあいを表現した。



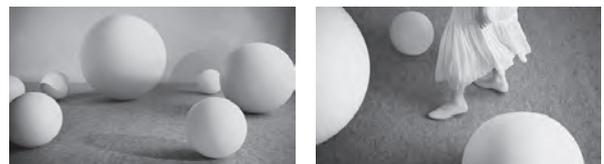
(2) Interaction2: 「Autonomous <自律>」

吊り下げて展示されたゲージの中には自由に振る舞う振り子のロボティクスがあり、意志が芽生えているかのように、人の存在に反応し、視線を向けるかのような動きによって自律性ある動きを表現した。



(3) Interaction3: 「Accordance <協調>」

それぞれ異なった個性を持つ球体のロボティクスたちが、人と連動し、互いに連携し、協調して行動します。予測できない動きを伴わせ、人とロボティクスとの新しいコミュニティの在り方を表現した。



(5) Affinity in Autonomy <共生するロボティクス> : https://www.sony.co.jp/SonyInfo/design/news/event/Affinity_in_Autonomy_tokyo/

(4) Interaction4: 「Affiliation <共生>」

ロボティクスが人とのインタラクションで感情を変化させ、知性を発達させます。生命感を備えたロボティクスと共生する社会や心の豊かさを表現した。



(5) Interaction5: 「Association <連帯>」

ロボティクスは生活の中だけでなく、インフラストラクチャーとして社会へ浸透していくものと予想される。最後の展示では、ロボティクスが来場者に近づいてフィードバックを伺いに自律的に近づいてくることで、近い将来のロボティクスとの共生の在り方を表現した。



クラスターディスプレイの視認性、ステアリングの操作性に至るまで、制約条件を満たすべく厳密にデザインしている。



③ 見えないモノ、コトを可視化する / 「VISION-S (ビジョン エス) Prototype」⁽⁶⁾

2020年1月に米国ラスベガスにて開催されたCES 2020にて、モビリティの進化への貢献を目的として、安心・安全、快適さ、その先にあるエンターテインメントなども追及する取り組みとして、新たに「VISION-S」を発表し、ブースには試作車を展示した。本試作車は、当社のイメージング・センシング技術をはじめ、360 Reality Audioを各シートに内蔵させたスピーカーで提供し、また直観的な操作性を実現するパノラミックスクリーンなどによるエンターテインメントの追求や、AIや通信、クラウド技術も活用した車載ソフトウェアの制御により、機能が継続的にアップデートされ、進化し続けることを目指すべく、未来のモビリティの進化の在り方を可視化することで、新価値創造に大きく貢献した。

このPrototypeは、安全基準、現行法規、安全基準を漏れなく満たすこと、つまり「公道で走れること」を絶対条件として、ライトやターンシグナルの位置から



(6) VISION-S Prototype: <https://www.sony.co.jp/SonyInfo/design/stories/vision-s03/>



(3) ソニーデザインコンサルティング株式会社

ソニーデザインコンサルティング株式会社⁽⁸⁾は、多様なデザイン業務をソニーグループ外のお客様に提供するために、2020年4月1日に設立された。

ソニーのインハウスデザイン部門であるクリエイティブセンターは、1961年に発足以来、質の高い製品やサービスのデザイン、コンセプト開発、ブランドコミュニケーション、テクノロジーを活用した体験デザイン、経営戦略の可視化、デザイン経営のための組織マネジメントなど、多様な価値をソニーグループ内に提供している。

これまで培ってきたデザインの力を社外のお客さまの新たな事業機会を創出すると共に、社会課題の解決、文化的価値の創造にも取り組んでいく所存である。

新会社の提供サービス概要は、(1)経営戦略の可視化、デザインによる事業課題の解決・価値創造、ブランドコミュニケーション、クリエイティブディレクションなどの「デザインコンサルティング」、(2)デザイン組織のマネジメント、デザイン評価やKPIなどのツール提供、クリエイティブ人材の教育などの「デザインマネジメント」、(3)プロダクトデザイン、ユーザーインターフェイスデザイン、グラフィックデザイン、その他のデザイン業務からなる「デザインサービス」からなる。

④ 見えないモノ、コトを可視化する /

Sports & AI プロジェクト⁽⁷⁾

この事例も先の事例と同様、CES 2020に出展したもので、センサーとAIを用いたライブスポーツの制作技術に関するデザイン提案である。卓球の試合を撮影しながら、物体認識/追跡処理を組み込んだ高速ビジョンセンサーと独自の骨格推定技術を使って、球や選手の動きをリアルタイムに解析し、これまで見えなかった球の奇跡、選手の骨格や姿勢を可視化することで、今後のスポーツ放送の魅力向上に活かしていきたいと考えている。このように、もともとユーザーが素の状態では見えていなかったモノやコトを可視化することでスポーツの楽しさを向上させることにも、デザイン開発がいきっている。



OUR SERVICES

Design Consulting

企業が継続的に成長し続けるためには中長期的な視点が必要になります。我々は経営に寄り添いながら、ブランディングという長期的な視点でデザインを効果的かつ効率的に活用する為の建設的なデザインコンサルティングを行います。

- ・コーポレートブランドアドバイザー
- ・新規事業クリエイティブディレクション
- ・新価値創造コンサルティング

(7) Sports & AI プロジェクト : https://www.sony.co.jp/SonyInfo/design/stories/sports_ai/

(8) ソニーデザインコンサルティング株式会社 : <https://www.sonydesignconsulting.com/>



発明等が対象で、恩賜発明賞に次いで優秀と認められた賞である。

心に響く「感性価値」に着目し、愛情の対象となることで人々の生活をより豊かにしたいという思いから創られた aibo の意匠(デザイン)が高く評価されたものと考えている。「生命感」をテーマとし、美しさと愛らしさを併せ持つ「円」を基調としたデザインは、人々の潜在意識にある仔犬の面影と一致することで、唯一無二の存在として感じられることを意図している。また、自社開発の超小型1軸・2軸アクチュエーターや AI により、様々な感情を全身で表現しながら人に近づいたり、センサーによって顔を認識し、視線を合わせたりすることで人の心に寄り添っている。

aibo の意匠(デザイン)は、AI と相俟って人々の生活と共生する世界観をいち早く示すことができた点で、わが国のロボティクスの産業分野に大きな影響を与えることができたと考えている。



3. 当社のデザイン開発と知的財産の関係

(1) 産業界への影響

ビジネス貢献を図るべく、主要なプロダクトデザインについては意匠権を中心に知的財産による保護を図ることで事業を守る取り組みをしている。

この中でも、とくに産業界に影響を与えることができたと考えている事例を以下に挙げる。

① AI コミュニケーションロボット「aibo」の意匠 (意匠登録第 1610882 号)

当社は、公益社団法人発明協会主催の令和2年度全国発明表彰⁽⁹⁾において、AI コミュニケーションロボット「aibo(アイボ)」の意匠権で「内閣総理大臣賞」を受賞することができた。同賞は、科学技術の分野で秀でた進歩性を有し、かつ、顕著な実施効果を挙げている

② 画音一体 4K 有機 EL テレビの意匠 (意匠登録第 1582364 号)

この事例は、令和元年関東地方発明表彰⁽¹⁰⁾において特許庁長官賞を受賞することができた案件である。

一般的なテレビは底面にスピーカーを配置しており、音響的な理由から床から一定距離離れた状態で保持するためのスタンドが不可欠であった。本件の意匠(デザイン)では、画面自体を振動させてそこから音を出す音響システムを本製品のために新規開発し、スタンドを完全に無くしたデザインを実現した。このようにすることで、4K 有機 EL テレビとして迫力のある高画質な

(9) 公益社団法人発明協会 令和2年度全国発明表彰 内閣総理大臣賞: <http://koueki.jiii.or.jp/hyosho/zenkoku/2020/cao.html>

(10) 公益社団法人発明協会 令和元年関東地方発明表彰 特許庁長官賞: http://koueki.jiii.or.jp/hyosho/chihatsu/R1/jusho_kanto/detail/jpo2.html

映像における被写体の位置に合わせて、この画面そのものから音を部分的に出力させることができ、シンプルな意匠に加えて、画音一体の臨場感溢れる視聴体験を実現でき、世界中で多くのカスタマーに評価された。

技術のコモディティ化が進んでいるテレビの産業分野において、顧客価値を最大に引き出した付加価値の付け方を示すことができた点で、わが国のテレビの産業分野に大きな影響を与えることができたと考えている。



③ 変えないかたち・コンパクトデジタルカメラシリーズの意匠(意匠登録第1467182号)

この事例は、令和元年全国発明表彰⁽¹¹⁾において発明賞を受賞することができた案件である。

ミラーレスカメラやデジタル一眼レフカメラではない独自のポジションとして“高級コンパクトデジタルカメラ”という市場を作り上げたのが、当社のDSC-RX100(RX100[®])シリーズの意匠である。従来のコンパクトデジタルカメラは、予め設定された条件でしか撮影ができないことから、撮影者が意図した通りの写真を撮ることが難しいという課題があった。また、ミラーレスカメラやデジタル一眼レフカメラは、きめ細かくマニュアル設定を楽しむことができる反面、そのマニュアル設定を把握して使いこなすことの難しさから、特にアマチュア層のユーザーにはハードルが高いものとなっていた。一方、“高級コンパクトデジタルカメラ”は、大枠はコンパクトデジタルカメラ的な使い方(手軽に簡単な操作で撮りたいときに瞬時に撮影することができる)を維持しつつ、要所で「高級」ならではの使い方を挟むことができるため、高い解像度を保持しつつ、意図通りのボケを表現できるというようなマニュアル露出やマニュアルフォーカスなどの機能を備えている。

ユーザーにとっては、手軽であることによってはじめて「いい写真」の撮影が可能となり、いわば昨日までは無価値だった写真が、今日からは傑作になるという、これまでになかったユーザー体験を実現させると同時に、「いい写真」の価値を知っている人にとってはこれまでのカメラやスマートフォンのカメラ機能では実現できなかった価値を提供するカメラとしてのニーズを掘り起こすことに繋がり、混沌としたデジタルカメラ市場を活性化させる引き金となり、その後、息の長いムーブメントとしてカメラ業界をけん引し、市場開拓に大きく貢献することができた。



(2) 法制度への影響

令和元年意匠法改正審議の場において当社デザイン開発事例が紹介され、画像デザインの保護拡充並びに関連意匠制度の拡充を検討していただく引き金となったものと考えている。

保護対象の拡充 (画像、建築物、内装)

近年見られる画像の例②

Any Surface (ソニー)

- 壁や机上に投影されるユーザーインターフェースで、操作が必要になると自動で表示され、必要な操作が終了すると自動で消える。
- このような物品以外の場所に投影される画像は、物品の形状や模様等と認められず、現行法では保護できない。



(出典) <https://www.sony.co.jp/SonyInfo/design/works/products/anysurface/>

(11) 公益社団法人発明協会 令和元年全国発明表彰 発明賞 : http://koueki.jiii.or.jp/hyosho/zenkoku/2019/zenkoku_jusho_ichiran.html

関連意匠制度の拡充

デジタルカメラ「RX100」シリーズ (ソニー)



(出典) ソニー株式会社ホームページ「RX100」特許庁作成

また、経済産業省及び特許庁が主催する「産業競争力とデザインを考える研究会」⁽¹²⁾ (2017年度開催)においてクリエイティブセンター長の長谷川が委員を務め、また、産業構造審議会第8回意匠制度小委員会⁽¹³⁾にも招聘され、デザイン経営宣言の発信及び意匠法改正にも貢献してきた。その後も、2018年のID5や2019年EUIPO主催の「Conference IP Horizon 5.0」にも登壇し、日本でのデザイン開発の現場での取り組みを紹介することを通じて、知的財産とデザイン経営の重要性を説明してきた。

このように当社では、デザイン部門が組織として知的財産の重要性を浸透させる取り組みを積極的に実施している。



< 2018年3月17日開催

9回産業競争力とデザインを考える研究会の様子>

(3) デザイン開発と知財サポートの伴走支援

ソニーデザインコンサルティング株式会社は、先にも説明した通り、ソニーグループ外のお客様に役務を提供しているが、かかるお客様がスタートアップや個人ないしは小規模事業主であった場合には、知的財産

の担当者などもない可能性あるため、様々なアイデアをきめ細かく知財サポートする必要があると考えている。

デザイン思考による事業コンサルと知財アドバイザーがOne Teamとなってお客様に伴走をし、事業上必要となるアイデアやロゴなどをしっかりと知財化支援してゆくことを目指している。

このような実績を今後一つ一つ積み上げてゆくことで、社会的課題の解決を図るとともに、知財化による産業振興にも貢献していく所存である。

4. おわりに

人が機器を操作するという時代から、機器が人の仕草やコンテキストに合わせて動く時代に移っている中で、一見するとシンプルなデザイン表現であっても、インタラクション機能や挙動を含めたところで独自性が表れることがあるので、デザイナーの成果をきちんと知的財産として保護することは重要だと考えている。

令和元年意匠法改正(令和2年4月1日施行)によれば、画像デザインの保護拡充、空間デザインの保護、関連意匠制度の拡充など、これまで知的財産として保護しきれなかったデザインの成果が意匠権という形で保護しやすい環境が整えられたが、デザインの領域が広がっている中、知的財産による新たなデザインの保護の在り方が今後も検討されてゆくものと思われる。

経済産業省と特許庁によるデザイン経営宣言を受けて、デザインの重要性がますます高まる中、優れたデザイン開発成果を知的財産として適切に保護することで、産業全体の活性化が図られるとともに、今後わが国が進んでゆく価値創造社会を振興する一助になるものと期待している。

以上

(12) 産業競争力とデザインを考える研究会報告書: <https://www.meti.go.jp/report/whitepaper/data/20180523001.html>

(13) 産業構造審議会第8回意匠制度小委員会: https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/isho_shoi/08-shiryu.html

特許法におけるサポート要件の解釈について判示した事例

—知財高判令和2年7月2日「ボロン酸化合物製剤事件」—

(平成30年(行ケ)第10158号, 平成30年(行ケ)第10113号)

加藤 浩^(*)

I. 事案の概要

本判決では、以下に示す2つの事件(A事件, B事件)について審理が行われた。

(A事件)無効2016-800096号事件の審決のうち、「特許第4162491号の請求項17, 19, 20, 44, 46に係る発明についての特許を無効とする。」との部分の取り消しに関する争い

(B事件)無効2016-800096号事件の審決のうち、「特許第4162491号の請求項21, 38～42に係る発明についての審判請求は、成り立たない。」との部分の取り消しに関する争い

1. 特許庁における手続の経緯等

A事件原告・B事件被告(以下「特許権者X」という。)は、「ボロン酸化合物製剤」の発明について、2002年1月25日(パリ条約による優先権主張:2001年1月25日・米国)を国際出願日とする特許出願を行い、平成20年8月1日に特許第4162491号(以下「本件特許」という。)として特許権の設定登録を受けた。

A事件被告・B事件原告(以下「請求人Y」という。)は、平成28年8月5日、本件特許につき無効審判(無効2016-800096号)を請求した。

特許権者Xは、無効審判手続の中で、特許請求の範囲の減縮等を目的とする訂正請求をし、特許庁は、平成30年6月25日、審決をした。

審決では、特許請求の範囲の訂正を認めただうえで、「特許第4162491号の請求項17, 19, 20, 44, 46に係る発明についての特許を無効とする。特許第4162491号の請求項21, 38～42に係る発明についての審判請求は、成り立たない。特許第4162491号の請求項1～16, 18, 22～37, 43, 45, 47に係る発明についての

審判請求を却下⁽¹⁾する。」との審決が示された。

これに対して、特許権者Xは、審決のうち特許を無効とした部分の取消しを求めて訴えを提起し(A事件)、請求人Yは、審決のうち請求を不成立とした部分の取消しを求めて訴えを提起した(B事件)。

2. 特許請求の範囲の記載

訂正後の請求項17, 19, 20, 44, 46は、物の発明であり⁽²⁾、訂正後の請求項17の記載は、次のとおりである(以下「本件化合物発明」という。)

【請求項17】

凍結乾燥粉末の形態のD-マンニトール N-(2-ピラジン)カルボニル-L-フェニルアラニン-L-ロイシン ボロネート。

訂正後の請求項21, 38～42は、方法の発明であり⁽³⁾、訂正後の請求項21の記載は、次のとおりである(以下「本件製法発明」という。)

【請求項21】

(a)(i) 水,
(ii) N-(2-ピラジン)カルボニル-L-フェニルアラニン-L-ロイシン ボロン酸, 及び
(iii) D-マンニトールを含む混合物を調製すること; 及び
(b) 混合物を凍結乾燥すること; を含む,
凍結乾燥粉末の形態のD-マンニトール N-(2-ピラジン)カルボニル-L-フェニルアラニン-L-ロイシン ボロネートの調製方法。

(*) 日本大学法学部教授

(1) 審決では、訂正請求を認めたことにより、訂正により削除された請求項についての無効審判請求は却下されている。

(2) 本件における審決取消事由の主張との関連では、訂正後の請求項17に関する審決の判断に誤りがあれば他の請求項に関する判断にも誤りがある、という関係にある。

(3) 本件における審決取消事由の主張との関連では、訂正後の請求項21に関する審決の判断に誤りがあれば他の請求項に関する判断にも誤りがある、という関係にある。

なお、「N-(2-ピラジン)カルボニル-L-フェニルアラニン-L-ロイシン ボロン酸」を、以下「ボルテゾミブ」又は「Bz」という。また、「D-マンニトール N-(2-ピラジン)カルボニル-L-フェニルアラニン-L-ロイシン ボロネート」は、ボルテゾミブとD-マンニトールとのエステル化合物であり、以下「ボルテゾミブマンニトールエステル」又は「BME」という。これらの略称を用いて本件化合物発明及び本件製法発明(以下、あわせて「本件発明」ということがある。)を表記すると、それぞれ次のとおりである。

【本件化合物発明】

凍結乾燥粉末の形態の BME

【本件製法発明】

- (a)(i) 水,
- (ii) ボルテゾミブ, 及び
- (iii) D-マンニトールを含む混合物を調製すること; 及び
- (b) 混合物を凍結乾燥すること; を含む,
凍結乾燥粉末の形態の BME の調製方法。

II. 審決

審決の理由の要旨のうち、サポート要件違反については、次のとおりである⁽⁴⁾。

1. サポート要件違反(その1)

請求人 Y は、本件発明が解決しようとする課題について、「安定性及び再構成性を有するボロン酸化合物の改良された製剤を提供すること」にあると主張したうえで、本件特許の特許請求の範囲の記載は、サポート要件に違反する旨主張した。

審決では、本件発明が解決しようとする課題は、本件化合物発明については「製剤化したときに安定な医薬となり得て、また、水性媒体への溶解でボロン酸化合物を容易に遊離する(再構成性に優れた)組成物となり得る、凍結乾燥粉末形態の BME を提供すること」であり、本件製法発明については、「凍結乾燥粉末形態の BME の調製方法を提供すること」であると判断し、課題に関する請求人 Y の主張を否定した。そのうえで、サポート要件に違反する旨の請求人 Y の主

張についても否定した。

2. サポート要件違反(その2)

請求人 Y は、「本件特許に係る明細書の「発明の詳細な説明」の記載には、凍結乾燥粉末の形態の BME が発明の課題を解決することが示されていない」として、本件特許の特許請求の範囲の記載は、サポート要件に違反する旨主張した。

審決では、請求人 Y の主張は、本件化合物発明に関しては理由があり、本件製法発明に関しては理由がないとして、以下の理由が示された。

＜本件化合物発明について＞

審決では、「薬剤の安定性の向上や良好な再構成性を期待して凍結乾燥を行う際、凍結乾燥の前で薬剤自体の化学構造は変化しない(させない)というのが技術常識である。したがって、当業者は、薬剤であるボルテゾミブをマンニトールと共に凍結乾燥して得られた凍結乾燥品中には、化学構造が変化していないボルテゾミブが含まれ、凍結乾燥の結果としてボルテゾミブの安定性の向上や良好な再構成性がもたらされると期待する。」として技術常識及び当業者の期待について認定した。

審決では、このような技術常識及び当業者の期待を踏まえて、本件明細書の記載は、「凍結乾燥品に BME が含まれていることを示すだけで、それ以外に、エステル化しない状態のボルテゾミブが相当量含まれる可能性を排除しない」として、「凍結乾燥品が示した安定性及び溶解性」、及び、「水溶液が示したプロテアソーム阻害活性」は、「エステル化しなかったボルテゾミブによるものであるという理解も十分に成り立ちうる」と判示した。

以上より、審決は、「本件化合物発明(凍結乾燥粉末の形態の BME)は、発明の課題を解決できると当業者が発明の詳細な説明の記載から認識できる範囲のものではない」として、本件化合物発明は、サポート要件を充足しないと判断した。

＜本件製法発明について＞

審決では、本件製法発明によって調製した物質に凍結乾燥粉末の形態の BME が含まれていることは明細書に記載されていることから、「本件製法発明は発明の詳細な説明に記載された発明であって、その記載により当業者が発明の課題を解決すると認識できる範囲

(4) 審決では、サポート要件のほか、進歩性の要件についても争われた。なお、訂正請求に対する審決の判断については、両当事者ともこれを争っていない。

のものである」として、本件製法発明は、サポート要件を充足すると判断した。

Ⅲ. 争点(審決取消事由)

1. 特許権者 X の主張する審決取消事由(A事件)

審決が、サポート要件違反に基づき本件化合物発明に係る特許を無効と判断したことは、誤りである(以下、「特許権者 X 取消事由」という。)

2. 請求人 Y の主張する審決取消事由(B事件)

審決が、サポート要件違反を否定して本件製法発明に係る特許を維持した判断には誤りがある(以下、「請求人 Y 取消事由」という。)

Ⅳ. 当事者の主張

1. 特許権者 X 取消事由

特許権者 X は、「本件化合物発明のサポート要件に関して検討すべきは、(a)本件化合物(凍結乾燥粉末の形態の BME)が発明の詳細な説明に記載されているか、(b)発明の詳細な説明の記載若しくは示唆又は本件出願日時点の技術常識により、本件化合物によって上記課題が解決できると当業者が認識できるかどうか、という点である。」としたうえで、明細書の実施例等の記載から、上記(a)、(b)の要件は満たされ、本件化合物発明は、サポート要件を満たす旨主張した。

請求人 Y は、「本件出願日時点の技術常識を踏まえると、本件明細書に接した当業者の理解は次のようなものであるから、本件化合物(凍結乾燥粉末の形態の BME)によって発明の課題が解決できるとは認識できない。」と主張した。

(ア) 実施例の製剤中に BME は存在するが、その量は不明である。

(イ) 実施例の製剤は保存安定性及び溶解性という効果を示したが、この効果が本件化合物に起因したものであるのかが不明である。(マンニトールを賦形剤として用いた凍結乾燥の周知の効果にすぎない等の理解もできる。)

(ウ) 実施例の製剤を試料としたプロテアソーム阻害活性アッセイの結果は、BME の加水分解によりボルテゾミブが遊離したことによって生じたものだとはいえずともいえない。

2. 請求人 Y 取消事由

(1) 課題認定の誤り

請求人 Y は、「本件製法発明の課題につき、審決が「凍結乾燥粉末形態の BME の調製方法を提供すること」と認定したのは誤りである。」として、本件製法発明につき無効理由の主張は採用できないとした審決の判断は、その前提において誤りがある旨主張した。

特許権者 X は、「課題の認定について、審決に誤りがあることは争わない。」としたうえで、審決の課題認定の誤りは審決の結論に影響を及ぼさない旨主張した。

(2) 課題を解決できることを推認できる範囲の判断の誤り

請求人 Y は、「ボロン酸と糖とのエステル形成にはその混合溶液の液性(pH, 組成及溶媒の種類等)が大きく影響することは、本件優先日当時の技術常識である。」としたうえで、「混合溶液の液性及び凍結乾燥の条件につき限定のない本件製法発明は、発明の詳細な説明に基づき当業者が課題を解決できると理解できる範囲を超えている。」と主張した。

特許権者 X は、「本件発明の解決課題は、物の発明(本件化合物発明)であれ方法の発明(本件製法発明)であれ、水性媒体に溶解させることによりボロン酸化合物を容易に遊離する安定な医薬組成物、という新規な物を提供することである。」としたうえで、「本件化合物発明に係る BME はこの「新規な物」に当たるから、本件製法発明に関しても、本件化合物発明に係る BME によって課題を解決できるかを判断すれば、サポート要件の適否の判断として十分である。」と主張した。そして、「本件明細書において、具体的な混合溶液の液性及び凍結乾燥の条件については実施例 1 に記載された一例しか開示されておらず、他の調製方法では BME が得られるか否か不明であっても、本件製法発明にサポート要件違反の問題を生じることはない。」と主張した。

Ⅴ. 裁判所の判断

1. 特許権者 X 取消事由について

(1) サポート要件充足性の判断手法について

裁判所は、特許請求の範囲の記載が明細書のサポート要件に適合するか否かは、「特許請求の範囲の記載と発明の詳細な説明の記載とを対比し、特許請求の範囲に記載された発明が、発明の詳細な説明に記載された発明で、発明の詳細な説明の記載又はその示唆によ

り当業者が当該発明の課題を解決できると認識できる範囲のものであるか否か、また、その記載や示唆がなくとも当業者が出願時の技術常識に照らし当該発明の課題を解決できると認識できる範囲のものであるか否かを検討して判断すべきである」と判示した。

そして、サポート要件を充足するには、「明細書に接した当業者が、特許請求された発明が明細書に記載されていると合理的に認識できれば足り、また、課題の解決についても、当業者において、技術常識も踏まえて課題が解決でき得るであろうとの合理的な期待が得られる程度の記載があれば足りるのであって、厳密な科学的な証明に達する程度の記載までは不要である」と判示した。

このように解釈する理由については、サポート要件は、発明の公開の代償として特許権を与えるという特許制度の本質に由来することから、「明細書に接した当業者が当該発明の追試や分析をすることによって更なる技術の発展に資することができれば、サポート要件を課したことの目的は一応達せられるからであり、また、明細書が、先願主義の下での時間的制約もある中で作成されるものであることも考慮すれば、その記載内容が、科学論文において要求されるほどの厳密さをもって論証されることまで要求するのは相当ではないからである」と判示した。

(2) 本件化合物発明の課題について

裁判所は、本件明細書の記載によれば、本件化合物発明が解決しようとする課題は、「製剤化したときに安定な医薬となり得て、また、水性媒体への溶解でボロン酸化合物を容易に遊離する組成物となり得る本件化合物(凍結乾燥粉末の形態のBME)を提供すること」であると判示した。

この課題が解決されたといえるためには、「凍結乾燥粉末の状態のBMEが相当量生成したこと、並びに当該BMEが保存安定性、溶解容易性及び加水分解容易性を有すること」が必要であるとした。なお、ここでいう「相当量」とは、「医薬として上記課題の解決手段になり得る程度の量」という意味であると判断した。

(3) 凍結乾燥粉末の状態のBMEが相当量生成したことについて

請求人Yは、「FAB質量分析においては、ピークの大小をもって試料に含まれる物質の存在量の大小を評価できないのであるから、実施例1の記載から凍結乾燥製剤に相当量のBMEが含まれていることを認識

できない旨」主張した。

しかしながら、裁判所は、上記(1)に説示したとおり、サポート要件を充足するために厳密な科学的な証明までは不要と解されるどころ、「…に照らせば、当業者は、本件化合物発明の対象物質(凍結乾燥粉末の状態のBME)が相当量生成したと合理的に認識し得る」として、請求人Yの上記主張は、判断を左右しないと判示した。

(4) 保存安定性について

請求人Yは、本件明細書に記載された保存安定性の向上は、マンニトールを賦形剤として用いた凍結乾燥という周知技術の適用により奏されたものと認識することが自然である旨主張した。

しかしながら、裁判所は、「相当量のBMEを含む製剤が保存安定性を示している以上、BMEも保存安定性の向上に寄与していると考えるのが当業者の認識であるといえるし、これに反して、凍結乾燥されたボルテゾミブのみが保存安定性の向上に寄与していると認めるべき事情も見当たらない」として、サポート要件の充足のために必要とされる当業者の認識が上記(1)のようなもので足りる以上、請求人Yの上記主張は、判断を左右しない旨判示した。

(5) 溶解容易性及び加水分解容易性について

請求人Yは、本件明細書に記載された実施例1FD製剤の溶解性を示す試験結果は、マンニトールを賦形剤として用いた凍結乾燥という周知技術の適用により奏されたものと理解することが自然である旨主張した。

しかしながら、裁判所は、上記(4)に説示したのと同様の理由により、請求人Yの上記主張は、上記Aの判断を左右しない旨判示した。

(6) 技術的事項に関する各論的主張について

裁判所は、「特許権者Xの主張をすべてそのまま肯定することはできないものの、実施例1FD製剤に相当量の本件化合物が含まれることについては、…により、当業者が合理的に期待できる程度には、これを肯定することができる。他方、請求人Yの主張は、以上の認定を覆すに足りるものではない。」と判示した。

(7) 結論

裁判所は、上記の理由から、本件化合物発明の特許請求の範囲の記載は、サポート要件を満たし、これを否定した審決の判断は誤りである旨判示した。

2. 請求人 Y 取消事由について

(1) 課題認定の誤りについて

裁判所は、本件製法発明の課題は本件化合物発明のそれと同様に認定すべきであり、これと異なる審決の認定には誤りがある旨判示した。

そのうえで、「本件化合物発明がサポート要件を充足し、本件明細書の中でその調製方法の一例も実施例 1 として開示されている以上、本件化合物発明を調製方法の観点からクレームし直した本件製法発明もサポート要件を充足する」として、審決の解決課題の認定の誤りは、結論に影響を及ぼさない旨判示した。

(2) 課題を解決できることを推認できる範囲の判断の誤りについて

請求人 Y は、実施例 1 で開示された混合溶液の液性においては凍結乾燥により BME が形成されると当業者が認識できるとしても、それ以外の液性においても同様に BME が形成されるとは認識できないから、混合溶液の液性等を限定しない本件製法発明にはサポート要件違反がある旨主張する。

しかしながら、裁判所は、本件明細書の記載から、「本件製法発明の BME の調製方法は、実施例 1 で開示された方法に限られるものではなく、実施例 1 と本件明細書のその他の記載、技術常識に基づいて、当業者が把握し得る調製方法を含むものといえるから、特許請求の範囲の記載と明細書の記載に乖離はない。」として、請求人 Y の上記主張は採用することができない旨判示した。

(3) 結論

裁判所は、上記の理由から、請求人 Y 取消事由は、理由がない旨判示し、本件製法発明の特許請求の範囲の記載は、サポート要件を満たし、これを肯定した審決の判断は支持された。

VI. 考察

1. サポート要件の趣旨と経緯

サポート要件は、特許法 36 条 6 項 1 号において、「特許を受けようとする発明が発明の詳細な説明に記載したものであること」と規定されている。この規定は、

発明の詳細な説明に記載していない発明について特許請求の範囲に記載することになれば、公開しない発明について権利を請求することとなるため、これを防止する規定である⁽⁵⁾。

現在の特許法 36 条 6 項 1 号は、昭和 62 年改正前の特許法 36 条 5 項における「特許請求の範囲には、発明の詳細な説明に記載した発明の欠くことができない事項のみを記載しなければならない」（昭和 34 年法）に対応する規定であり、当時より、特許請求の範囲は、発明の詳細な説明に記載した発明の範囲を超えて記載してはならない旨が規定されていた⁽⁶⁾。その後、昭和 62 年改正により、特許法 36 条 5 項は、番号が繰り上がって第 4 項に移り、特許法第 36 条 4 項の第 1 号に「特許を受けようとする発明が発明の詳細な説明に記載したものであること」という規定が導入された⁽⁷⁾。この規定は、当時は、特許請求の範囲と発明の詳細な説明との形式的な対応関係だけを判断するように解釈・運用されていた。

特許法第 36 条(昭和 62 年改正法)

第 4 項 前項第 4 号の特許請求の範囲の記載は、次の各号に適合するものでなければならない。

第 1 号 特許を受けようとする発明が発明の詳細な説明に記載したものであること。

第 2 号 特許を受けようとする発明の構成に欠くことのできない事項のみを記載した項(以下「請求項」という。)に区分してあること。

第 3 号 その他通商産業省令で定めるところにより記載されていること。

その後、特許法 36 条 4 項は、平成 2 年改正により、「要約書」が採用されたことに伴い、番号が繰り下がって第 5 項に移り、平成 6 年改正により、「特許出願人が特許を受けようとする発明を特定するために必要と認める事項のすべてを記載しなければならない」旨の規定が第 5 項に採用されたことにより第 6 項に移り、「特許を受けようとする発明の構成に欠くことのできない事項」（改正前の特許法 36 条 5 項 2 号）が削除された⁽⁸⁾。

(5) 特許庁『工業所有権法(産業財産権法)逐条解説[第 21 版]』（発明推進協会、2020 年 6 月）p.124～p.133(内藤和彦、伊藤健太郎)

(6) 中山信弘、小泉直樹編『新・注解 特許法[第 2 版]』（上巻）(青林書院、2017 年 9 月)p.749～p.751

(7) 大塚文昭『特許法通鑑[改訂・増補版]』（発明協会、1997 年 11 月）p.87～p.116

(8) 大塚文昭『特許法通鑑[改訂・増補版]』（発明協会、1997 年 11 月）p.116～p.133

特許法 36 条(平成 6 年改正法)

第 6 項 第 3 項第 4 号の特許請求の範囲の記載は、次の各号に適合するものでなければならない。

第 1 号 特許を受けようとする発明が発明の詳細な説明に記載したものであること。

第 2 号 特許を受けようとする発明が明確であること。

第 3 号 請求項ごとの記載が簡潔であること。

第 4 号 その他経済産業省令で定めるところにより記載されていること。

平成 6 年改正前は、審査官が「特許を受けようとする発明の構成に欠くことのできない事項」(改正前の特許法 36 条 5 項 2 号)を認定して、特許請求の範囲を限定することができたが、従来の規定では、特許請求の範囲の記載が制約され、発明をよりの確に記載できない場合が生じることがあったため⁽⁹⁾、平成 6 年改正により、改正前の特許法 36 条 5 項 2 号が削除され、新たに「特許出願人が特許を受けようとする発明を特定するために必要と認める事項のすべてを記載しなければならない」(特許法 36 条 5 項)とする規定が導入された。こうして、特許請求の範囲は、出願人の自らの判断で特許を受けようとする発明を記載することが明確化された⁽¹⁰⁾。

このように、平成 6 年改正以降は、特許法 36 条 6 項 1 号は、特許請求の範囲に記載された事項が発明の詳細な説明に形式的に記載されていれば足りるという解釈の下、「形式的な要件」として実務が行われた。その結果、機能や作用で特定される広い特許請求の範囲の記載が可能になり、特許請求の範囲の記載が明細書によって裏付けられていないものが増加した⁽¹¹⁾。

このような状況に鑑みて、平成 15 年 10 月の審査基準の改訂により、サポート要件には、特許請求の範囲と発明の詳細な説明との形式的な対応関係だけでなく、実質的な対応関係も必要とされるように変更されることとなった⁽¹²⁾。すなわち、平成 15 年 10 月の審査基準

の改訂により、「請求項の記載と明細書における開示との対応関係について、これまで、表現上の対応関係に着目した運用をしてきたが、内容に立ち入った判断も加える」こととなった。このような経緯から、現在の審査基準では、サポート要件の基本的な考え方について、以下のように説明されている⁽¹³⁾。

2.1 サポート要件についての審査に係る基本的な考え方

(2) 審査官は、この対比、検討に当たって、請求項に係る発明と、発明の詳細な説明に発明として記載されたものとの表現上の整合性にとらわれることなく、実質的な対応関係について検討する。単に表現上の整合性のみで足りると解すると、実質的に公開されていない発明について権利が発生することとなり、第 36 条第 6 項第 1 号の規定の趣旨に反するからである。

特許・実用新案 審査基準「サポート要件の基本的な考え方」

2. サポート要件の基本的な考え方

本判決では、サポート要件の基本的な考え方として、「特許請求の範囲の記載と発明の詳細な説明の記載とを対比すること」を前提としたうえで、「特許請求の範囲に記載された発明が、発明の詳細な説明に記載された発明で、発明の詳細な説明の記載又はその示唆により当業者が当該発明の課題を解決できると認識できる範囲のものであるか否か、また、その記載や示唆がなくとも当業者が出願時の技術常識に照らし当該発明の課題を解決できると認識できる範囲のものであるか否か」を検討して判断すべきであると判示された。

この点については、パラメータ発明に関する「偏光フィルムの製造法事件⁽¹⁴⁾」において、同じ趣旨の考え方が示されており、この判決の射程についてさまざまな議論がある⁽¹⁵⁾、近時の判例においても、この点を判示するものが多い。例えば、化学分野では、「エクオール含有抽出物事件⁽¹⁶⁾」、「両面粘着テープ事件⁽¹⁷⁾」

(9) 平成 5 年 12 月の工業所有権審議会答申において、従来の明細書の記載要件について、技術の多様化に対応できるよう改正するとともに、国際的に整合のとれたものにする必要があるとされた。

(10) 吉藤幸朔・熊谷健一『特許法概説(第 13 版)』(有斐閣, 2001 年 11 月)p.270 ~ p.280

(11) 例えば、機能的クレーム、パラメータクレーム、マーカッシュクレームなどがある。

(12) 中山信弘『特許法(第 4 版)』(弘文堂, 2019 年 8 月)p.193 ~ p.197

(13) 特許庁『特許・実用新案審査基準』第 II 部 第 2 章 第 2 節 サポート要件[2.1 (2)]

(14) 知財高裁(大合議)平成 17 年 11 月 11 日判決(平成 17 年(行ケ)第 10042 号)「偏光フィルムの製造法事件」

(15) 野口明生「偏光フィルム事件大合議判決の射程の構造」『特許(日本弁理士会)』vol.73, no.2(2020 年)p.138 ~ p.145

(16) 知財高判令和 2・10・21(令和元(行ケ)10112)「エクオール含有抽出物事件」

(17) 知財高判令和 2・9・3(令和元(行ケ)10173)「両面粘着テープ事件」

において、機械分野では、「発光装置事件⁽¹⁸⁾」、「空気分離方法事件⁽¹⁹⁾」において、同様に、サポート要件の基本的な考え方が示されており、実務として定着している。本判決においても、このようなサポート要件の基本的な考え方が確認された。

また、審査基準では、サポート要件の基本的な考え方として、「特許請求の範囲の記載がサポート要件を満たすか否かの判断は、請求項に係る発明と、発明の詳細な説明に発明として記載されたものとを対比、検討してなされる。」としたうえで、以下のように説明されている⁽²⁰⁾。これに鑑みれば、本判決も、このような審査基準の考え方と整合している。

2.1 サポート要件についての審査に係る基本的な考え方

(3) 請求項に係る発明が、発明の詳細な説明において「発明の課題が解決できることを当業者が認識できるように記載された範囲」を超えるものであるか否かを調べることによりなされる。請求項に係る発明が、「発明の課題が解決できることを当業者が認識できるように記載された範囲」を超えていると判断された場合は、請求項に係る発明と、発明の詳細な説明に発明として記載されたものとが、実質的に対応しているとはいえず、特許請求の範囲の記載はサポート要件を満たしていないことになる。

特許・実用新案 審査基準「サポート要件の基本的な考え方」

3. サポート要件の判断手法

本判決では、サポート要件を充足するには、「明細書に接した当業者が、特許請求された発明が明細書に記載されていると合理的に認識できれば足りる」とし、また、課題の解決については、「当業者において、技術常識も踏まえて課題が解決できらるであろうとの合理的な期待が得られる程度の記載があれば足り、厳密な科学的な証明に達する程度の記載までは不要である」と判示している。

本判決は、このようにサポート要件の判断基準を具体的に示した点に意義がある。とくに、課題の解決について、「厳密な科学的な証明に達する程度の記載ま

では不要」として、過度に厳格な判断を否定して出願人の負担を軽減した点は、今後の実務にとって有意義であると考えられる。

本判決では、上記のように解釈する理由について、「明細書に接した当業者が当該発明の追試や分析をすることによって更なる技術の発展に資することができれば、サポート要件を課したことの目的は一応達せられる」という点、及び、「明細書が、先願主義の下での時間的制約もある中で作成されるものであることも考慮すれば、その記載内容が、科学論文において要求されるほどの厳密さをもって論証されることまで要求するのは相当ではない」という点が示されている。本判決において、このように「サポート要件を課したことの目的」に基づいてサポート要件を解釈している点は、目的論的解釈として重要である。

サポート要件の判断において、「サポート要件の目的」に基づいて、「合目的な解釈」を行うことについては、いくつかの事例がある。例えば、「フリバンセリン事件⁽²¹⁾」において、「特許請求の範囲」が「発明の詳細な説明」に記載された技術的事項の範囲のものであるか否かを判断するのに、必要かつ合目的な解釈手法によるべきであって、特段の事情のない限りは、「発明の詳細な説明」において実施例等で記載・開示された技術的事項を形式的に理解することで足りるといふべきである」と判示されている。また、「記録媒体用ディスクの収納ケース事件⁽²²⁾」では、「特許法 36 条 1 項 1 号の解釈に当たっては、特許請求の範囲の記載が、発明の詳細な説明に記載された技術的事項を超えるか否かを必要かつ合目的な解釈によって判断すれば足りる」と判示されている。

4. 発明の課題について

本判決では、本件化合物発明の課題は、「本件明細書の記載によれば、…製剤化したときに安定な医薬となり得て、また、水性媒体への溶解でポロン酸化合物を容易に遊離する組成物となり得る本件化合物(凍結乾燥粉末の形態の BME)を提供すること」であると判示されている。発明の課題について、明細書(発明の詳細な説明)の記載に基づいて認定されている。

また、本件製法発明の課題は、「本件化合物発明の

(18) 知財高判令和 2・11・4(令和 2(行ケ)10024)「発光装置事件」

(19) 知財高判令和 2・9・15(令和元(行ケ)10150)「空気分離方法事件」

(20) 特許庁「特許・実用新案審査基準」第 2 部 第 2 章 第 2 節 サポート要件[2.1(3)]

(21) 知財高判平成 22・1・28(平成 21(行ケ)10033)「フリバンセリン事件」

(22) 知財高判平成 23・2・28(平成 22(行ケ)10221)「記録媒体用ディスクの収納ケース事件」

それと同様に認定すべきであり、これと異なる審決の認定には誤りがある」と判示されている。すなわち、審決では、「本件製法発明の課題は、凍結乾燥粉末の形態のBMEを製造する方法を提供すること」であると認定されたが、本判決では、このような課題の認定は誤りであることが判示されている。本件製法発明において、特許請求の範囲は、形式上、「方法」の発明であるが、明細書の記載によれば、「方法」ではなく「製造された化合物」に特徴がある。

ただし、物の発明と製法の発明のそれぞれに異なる特徴がある場合には、発明の課題はそれぞれに異なって認定される。例えば、「容器詰飲料事件⁽²³⁾」では、物の発明については、発明の課題について、「長期間保存しても色調変化のし難いイソクエルシトリン及びその糖付加物を含有する容器詰飲料を提供すること」として認定し、方法の発明については、発明の課題について、「容器詰飲料に含まれるイソクエルシトリン及びその糖付加物の色調変化を抑制することにより、当該飲料の色調変化を抑制する方法を提供すること」として認定している。

本判決において、発明の課題は、明細書の記載から認定されているが、その際、技術常識をどの程度、考慮することが許されるかという問題がある。この点について、例えば、「ライスミルク事件⁽²⁴⁾」では、「サポート要件の適否に関しては、発明の詳細な説明から当該発明の課題が読み取れる以上は、これに従って判断すれば十分なのであって、出願時の技術水準を考慮するなどという名目で、あえて周知技術や公知技術を取り込み、発明の詳細な説明に記載された課題とは異なる課題を認定することは必要でないし、相当でもない。」として、周知技術や公知技術を取り込み、発明の詳細な説明に記載された課題とは異なる課題を認定することが否定されている。発明の課題の認定において、技術水準を考慮すること自体を否定するものではないが、原則として、発明の詳細な説明の記載から把握することの重要性が示されている。

また、審査基準では、発明の課題について、「原則として、発明の詳細な説明の記載から把握する」としたうえで、「ただし、以下の(i)又は(ii)のいずれかの場合には、明細書及び図面の全ての記載事項に加え、出

願時の技術常識を考慮して課題を把握する」と規定されている⁽²⁵⁾。これに鑑みれば、本判決において、サポート要件の適否を判断するに当たって、発明の詳細な説明に記載された課題について検討することを原則とした点は、審査基準の考え方とも整合している。

2. サポート要件についての判断

審査官は、発明の課題を、原則として、発明の詳細な説明の記載から把握する。ただし、以下の(i)又は(ii)のいずれかの場合には、明細書及び図面の全ての記載事項に加え、出願時の技術常識を考慮して課題を把握する。

(i) 発明の詳細な説明に明示的に課題が記載されていない場合

(ii) 明示的に記載された課題が、発明の詳細な説明の他の記載や出願時の技術常識からみて、請求項に係る発明の課題として不合理なものである場合

特許・実用新案 審査基準「第2節 サポート要件」

発明の課題を認定する際には、サポート要件の判断における発明の課題と、それ以外の判断における発明の課題の関係に注意が必要である⁽²⁶⁾。例えば、サポート要件の課題は、進歩性判断のように出願当時の技術水準と比較して判断されるのではなく、原則として詳細な説明の記載に基づいて認定されるべきである。この点については、「ピリミジン誘導体事件⁽²⁷⁾」において、発明の課題を認定したうえで、サポート要件と進歩性要件のそれぞれの観点について示して、「そうすると、サポート要件を充足するか否かという判断は、上記の観点から行われるべきであり、その枠組みに進歩性の判断を取り込むべきではない。」と判示されている。

また、均等論の第1要件(非本質的要件)において、「特許発明の本質的部分」を認定する際の「発明の課題」については、「マキサカルシトール事件⁽²⁸⁾」において、「明細書に従来技術が解決できなかった課題として記載されているところが、出願時の従来技術に照らして客観的に見て不十分な場合には、明細書に記載されていない従来技術も参酌して認定すること」が判示されている。均等論の判断では、特許発明と被疑侵害物を

(23) 知財高判平成29・1・31(平成27(行ケ)10201)「容器詰飲料事件」

(24) 知財高判平成30・5・24(平成29(行ケ)10129)「ライスミルク事件」

(25) 特許庁「特許・実用新案審査基準」第2部 第2章 第2節 サポート要件[2.1(3)]

(26) 高石秀樹「特許法上の諸論点と「課題」の「一貫通貫」」パテント(日本弁理士会), vol.72, 別冊 no.22(2019年)p.1~p.29

(27) 知財高判平成30・4・13(平成28(行ケ)10182, 10184)「ピリミジン誘導体事件」

(28) 知財高判(大合議)平成28・3・25(平成27(ネ)10014)「マキサカルシトール事件」

対比するため、明細書の記載、すなわち出願人の主観的な認識ではなく、従来技術を参酌して客観的に「発明の課題」を把握すべきという見解⁽²⁹⁾がある。

今後とも、発明の課題を認定する際には、サポート要件の判断における発明の課題と、それ以外の判断における発明の課題の関係に注意が必要である。

5. 課題を解決できることを推認できる範囲

本事件では、実施例1以外において、同様にBMEが形成されるとは認識できないから、本件製法発明にはサポート要件違反があると主張に対して、本判決では、「実施例1で開示された方法に限られるものではなく、実施例1と本件明細書のその他の記載、技術常識に基づいて、当業者が把握し得る調製方法を含むものといえる」と判示して、本件製法発明のサポート要件を認めている。

サポート要件において、「課題を解決できることを推認できる範囲」を検討する際に、「実験データ」はどの程度、必要とされるべきかという問題がある。この点については、「被覆硬質部材事件⁽³⁰⁾」において、「数例の実施例によってもサポート要件違反とされない事例も存在するであろうが、そのような事例は、明細書の特許請求の範囲に記載された発明によって課題解決若しくは目的達成等が可能となる因果関係又はメカニズムが明細書に記載されているか又は当業者にとって明らかであるなどの場合といえる」と指摘されている。最近では、「二酸化炭素含有粘性組成物事件⁽³¹⁾」において、「それらの技術常識に照らして合理的に理解することができるから、本件各明細書に記載された効能の全てについての試験例がなくとも、当業者は本件各発明の課題を解決できる」として、明細書に全ての試験例が示されていない場合でもサポート要件が認められている。

また、審査基準では、「発明の課題が解決できることを当業者が認識できるように記載された範囲」について、明細書及び図面の全ての記載事項に加えて、出願時の技術常識を考慮することが説明されている⁽³²⁾。これに鑑みれば、本判決において、課題を解決できることを推認できる範囲を判断するに当たって、明細書

の記載事項に加えて、出願時の技術常識を考慮した点は、審査基準の考え方もも整合している。

2. サポート要件についての判断

「発明の詳細な説明において発明の課題が解決できることを当業者が認識できるように記載された範囲」の把握にあたっては、審査官は、明細書及び図面の全ての記載事項に加え、出願時の技術常識を考慮する。

特許・実用新案 審査基準「第2節 サポート要件」

他方、「トマト含有飲料事件⁽³³⁾」においては、食品の風味評価試験に関する実施例が十分に記載されていないことから、「総合評価において本件発明の効果を有するとされるものかどうかは明らかでない」として、明細書に実験データが示されていないことによりサポート要件が否定されている。

サポート要件の適用は、業界や技術分野によって異なり、例えば、機械等の分野ではなく、化学・製薬などの分野に適用される事例が多いことが指摘されている⁽³⁴⁾。また、審査基準においても、サポート要件の審査について、「審査官は、審査対象の発明がどのような特性の技術分野に属するか及びその技術分野にどのような技術常識が存在するのかを検討し、事案ごとに判断すること」と説明されている。なお、「トマト含有飲料事件」は食品分野の事例である。

サポート要件の適用における技術分野の違いをさらに明確にするためには、判例の蓄積が必要であり、今後の判例の動向に注目することが重要である。

(29) 生田哲郎、佐野辰巳「サポート要件の適否の判断において、出願時の技術水準を考慮して明細書に記載された発明の課題を認定した判断が誤りとされた事例」発明(発明推進協会)vol.10(2018年)p.37～p.39

(30) 知財高判平成20・6・12(平成19(行ケ)10308)「被覆硬質部材事件」

(31) 大阪地判平成30・6・28(平成27(ワ)4292)「二酸化炭素含有粘性組成物事件」

(32) 特許庁「特許・実用新案審査基準」第Ⅱ部 第2章 第2節 サポート要件「2.1」

(33) 知財高判平成29年6月8日(平成28(行ケ)10147)「トマト含有飲料事件」

(34) 潮海久雄「特許法において開示要件(実施可能要件・サポート要件)が果たす役割」知的財産法政策学研究(北海道大学)vol.13(2007年8月)p131～p166

電子タバコケースの意匠において先使用権が肯定された事例 (大阪地裁平成29年(ワ)849号意匠権侵害差止等請求事件)

竹内 敏夫^(*)

I. 事実の概要

本件は、意匠にかかる物品「電子タバコケース」に関する本件意匠権(意匠登録第1557315号、平成28年6月20日出願)を有する原告(株式会社お取り付け.com)が、電子タバコケースの各製品を販売している被告(有限会社シーガル)に対し、被告製品の販売が本件意匠権を侵害するとして、意匠法37条1項に基づき被告各製品の製造販売の差止め、同条2項に基づき被告各製品の破棄等を請求し、意匠権侵害の不法行為に基づく損害の賠償等の支払を請求した事案である。

① 本件意匠の意匠登録について

原告は、平成28年5月8日から、本件意匠の実施品である電子タバコケース(IQOS専用のケースで、商品名「iQOS Case」)(以下「原告製品」という。)を楽天市場内で運営するウェブショップ「デザインカバー工房」にて販売していた。原告は、平成28年5月30日付けで意匠の登録出願(意願2016-011081)をし、その際、新規性喪失の例外証明書提出書を提出するとともに、同月31日付けの新規性の喪失の例外の規定の適用を受けるための証明書を添付している。この証明書には、原告製品は原告が楽天市場内で運営するウェブショップ「デザインカバー工房」にて同月8日より販売しており、最初の受注は同月9日である旨が記載されている。そして、本件意匠の登録出願は意匠法4条2項の規定の適用を受けようとするを願書に明記してされ、原告は、同年6月20日、新規性喪失の例外証明書提出書を提出するとともに上記証明書を援用している。

② 被告の行為及び被告の各製品

被告は、平成28年5月4日から同月7日までと同年6月15日から同月18日までの2回にわたり広州市にある製造委託先のシャインカラー社を訪れ、本件意匠に係る物品である電子タバコケースに相当するアイコスケース(以下、各製品をまとめて「被告製品」という。)のサンプル(見本品)を製作するよう依頼し、遅くとも同月16日までは製品仕様を完成させてシャイ

ンカラー社に対して1400個の被告製品の製造を委託した。そして、同月19日には日本国内の訴外IMP社に被告製品を販売することの了解を得るとともに(納品は同年8月2日)、遅くとも平成28年7月10日から被告独自でアイコスケースの販売を開始している。

II. 判旨

本件では、被告製品の意匠が、本意匠に類似するとして意匠権侵害を認めたとうえで、被告の出願以前の行為が意匠法29条の各要件を満たすとして先使用権を認めている。

(1) 本件意匠の意匠権侵害について

意匠権侵害について、本判決では、「登録意匠とそれ以外の意匠との類否の判断は、需要者の視覚を通じて起こさせる美感に基づいて行うものとされており(意匠法24条2項)、この類否の判断は、両意匠を全体的に観察することを要するが、意匠に係る物品の用途、使用態様さらには公知意匠にない新規な創作部分の存否等を参酌して、当該意匠に係る物品の看者となる需要者が視覚を通じて注意を惹きやすい部分を把握し、この部分を中心に対比した上で、両意匠が全体的な美感を共通にするか否かによって類否を決するのが相当であると解される。」としている。

そのうえで、引用意匠1～9のうち、引用意匠1、引用意匠2については、新規性喪失の例外(意匠法4条)の適用を認めたとうえで先行意匠から除外し、これら以外の引用意匠3～9を先行意匠として参酌したうえで「本件意匠は、各収納部がそこに収納されるタバコパッケージや携帯用充電器の幅や高さとはほぼ同じ大きさとされているとともに、背面部の上端を正面まで伸長したベルトについて、その幅が絞り込まれながら大平均一で、小型収納部の幅よりも細くなっており、かつ、伸長が正面中心部までとなっている点に主たる特徴があるといえ、この構成が主たる要部であると認

(*) 日本大学法学部教授

めるのが相当である。」と認定している。

また、本判決ではさらに「本件意匠では、小型収納部の底部が大型収納部の底部よりも上側に設置されており、正面視及び側面視において段をなし、それに対応して、大型収納部と小型収納部の開口部の高さがほぼ同じである点(すなわち、小型収納部が大型収納部の上部側に設けられている点)も、引用意匠3ないし9には見られない点である。もっとも、両収納部が段をなしているものは引用意匠5,7及び9にも見られるから、前記(ア)で述べた点に比べると特徴性は弱い、それらの引用意匠では底部の高さの差は小さく、小型収納部の開口部は大型収納部の開口部のやや下にある点で本件意匠と異なっており、本件意匠は上記引用意匠よりもやや不安定な印象を生じている。したがって、この点も副次的には本件意匠の要部と認めるのが相当である。」として、本件意匠の副次的な要部と認定している。

そのうえで、主たる要部の基本的構成態様は共通しているとしたうえで、「他方、本件意匠と被告意匠とは、各収納部の底部と開口部の位置関係(具体的構成態様イの一部、ウ)という副次的な要部において相違しており、確かに、被告意匠では、各収納部の底部の位置がほぼそろえられていることによって、本件意匠と対比すると、よりまとまりのある印象を与えているということはできる。しかし、本件意匠の要部の検討で述べたとおり、引用意匠3ないし9と対比した場合の本件意匠の大きな特徴は、各収納部やベルトの形態(主たる要部)によってスマートでシンプルな印象を与えるという点にあり、被告意匠が各収納部の底部と開口部の位置の差異によって、よりまとまりのある印象を与えているとの点は、上記のスマートでシンプルな印象の範囲内での相違にすぎず、それによって本件意匠と被告意匠の美感が異なるものになったとまでいうことはできない。」として、本件意匠と被告製品の意匠とは一致点の印象が差異点の印象を凌駕し、類似していると認めるのが相当と判断している。

(2) 新規性喪失の例外の適用について

引用意匠1,2については、本件意匠と同一の意匠であることにつき当事者間に争いがなかつつ、これら引用意匠1,2が原告の新規性喪失に至った販売行為に起因して、これを購入した第三者が再度公知にした製品に係る意匠であるかについて、この第三者が当該製品をヤフーオークションでの販売開始から落札終了までの経過や、原告のヤフーオークションでの販売

先の名称が同一であることなどを総合して、上記出品された商品は原告が同人に対して販売した原告製品であると推認されるとして、引用意匠1,2については、本件意匠の要部認定に当たって参酌することは許されないと判断している。

(3) 先使用権の認定について

先使用権の要件にかかる独自創作及び事業の準備について、「被告代表者は、平成28年5月4日から同月7日まで・・・広州市にある製造委託先であるシャインカラー社を訪れ、シャインカラー社の担当者に対し、サンプル(見本品)を製作するよう依頼した。」「被告代表者は、同年6月15日から同月18日まで・・・中国に行き、シャインカラー社を訪れた。」その際、製作されたサンプルに基づいて、「小型収納部の底部が大型収納部の底部よりも若干、上に設置されていたため、シャインカラー社の担当者に対し、小型収納部の底部分にタバコクリーナー等が入られるように小型収納部の底部を大型収納部の底部と同じ位置まで下げることや、裏の生地を改め、ハイクラス(合成皮革のライチ柄)にするよう希望し、再度サンプルを製作するよう依頼した。そして、「被告は、遅くとも同月16日までには、シャインカラー社に対し、ハイクラスのライチ柄で14色、各100個ずつ(合計1400個)製造するよう委託した。」「被告代表者は、同月19日、・・・IMP社の代表者と協議をし、上記ロゴを用いた商品を販売することの了解を得るとともに、ロゴを用いた被告製品2について合計40個の販売の注文を受けた(この注文分については同年8月2日に納品された。)」

以上のことから、「被告は、本件意匠の登録出願日である平成28年6月20日の時点で、原告製品とは関係なく被告各製品のデザインを決定し、その製造委託の発注までをシャインカラー社に対して行うとともに、IMP社から被告製品2の販売を受注していたことになるから、少なくとも日本国内において被告意匠の実施である事業の準備をしていたことになる。」から被告は意匠法29条に基づく先使用権を有すると認定している。

Ⅲ. 判例評釈

1. 本判決の位置付け

本判決は、意匠において、先使用権が認められた数少ない裁判例の一つである。本件では、中国(国外)での意匠の創作行為と、これにより製造された被告意匠

製品の日本企業への販売の契約により「事業の準備」が認められ、意匠法 29 条に基づく先使用权が認められている。また本件意匠が意匠法 4 条の新規性喪失の例外の適用を受けており、本件意匠の新規性喪失行為から出願までの間に行われた意匠法 29 条所定の各行為に基づいて先使用权を認めた事例である。

2. 先使用权について

(1) 知得経路について

意匠法 29 条では、「意匠登録出願に係る意匠を知らないで自らその意匠若しくはこれに類似する意匠の創作をし、又は意匠登録出願に係る意匠を知らないでその意匠若しくはこれに類似する意匠の創作をした者から知得して」と規定されており、独自に意匠を創作していなければならない。

この点、本判決により認定された本件意匠の主たる要部と、副次的な要部の創作については、経過を見る限り本件意匠の出願日である平成 28 年 6 月 20 日の時点で中国において完成がされている。また、原告が主張しているが、本件意匠は、新規性喪失の例外の適用を受けており、出願前の平成 28 年 5 月 8 日の時点で楽天市場を通じて販売され、楽天市場で 1 位にランクインしたことがあることや、中国で模造品が販売されていることが主張されている。

この点について、判決では、「製品の開発過程で他社製品を参照することは一般的に行われることではあるが、前記のとおり本件では、原告製品が発売されるより前に被告代表者がシャインカラー社に対して被告各製品のサンプル製作を指示していたことにつき相応の裏付け証拠があることからすると、原告製品とは関係なく被告各製品を開発した旨の被告代表者の陳述及び供述は信用し得るといふべきであり、原告主張の事情は、上記認定を左右するに足りるものではない。また、中国の実情(甲 15, 16)も一般論にすぎず、被告代表者が本件意匠を知っていたことを直ちに推認させるものとはいえない。」として、「自らその意匠若しくはこれに類似する意匠の創作」したものと認定している。

この点、意匠法 29 条の「意匠登録出願に係る意匠を

知らないで自らその意匠若しくはこれに類似する意匠の創作をし、又は意匠登録出願に係る意匠を知らないでその意匠若しくはこれに類似する意匠の創作をした者から知得して」との要件は、旧法においては「善意ニ」という語が用いられ、その解釈としては他人の特許出願の際にその他人に帰属すべき発明を実施している者が知っているかどうかの問題と考えられていたが、現行法においては特許出願の時点における知不知はあえて問題とせず、実施している発明(意匠)の知得の経路を問題としている⁽¹⁾。そのため、原告の製品がインターネットサイトを通じて既に販売されていた事実だけでは足りないといえる。

本件では、本件意匠登録出願の一月以上前の同年 5 月 8 日販売を開始していること、また被告も利用している楽天市場を通じて販売をしていることからすると、通常同業者であれば楽天市場での他社の商品の販売状況を確認することは取引の実情では十分に考えられことではある。しかし、この点について、原告の実施行為である同年 5 月 8 日販売より前の同年 5 月 4 日の製品デザインに関する協議の内容と、そこで示されていた意匠の態様が立証されていることを重視しており⁽²⁾、また被告が原告意匠権者の楽天市場のサイトから知得したとの原告の主張に対しては、かかる点について明確な立証がされていない以上、本判決の判断は妥当であるといえる。

また、海外で意匠の創作が行われている点について、特許事例ではあるが、同様に海外で行われた独自創作に基づいて先使用权を認めた事例としては、会社からの指示に基づいて、中国の委託先の会社によって作成された図面により、特許製品にかかる先使用权を認めた事例(「緑り出し容器」事件)⁽³⁾があり、今回のケースと同様に中国での独自の発明により先使用权が認められている。これは、意匠法 29 条の条文上も創作については、日本国内との限定が付されていないため、この点では妥当な判断であるといえる。

なお、このように海外での生産委託などにより、発明や意匠の創作が海外でなされるケースがこれまで以上に増えてくることが予想されることから、実務上先

(1) 特許庁編『工業所有権法(産業財産権法)逐条解説(21 版)』295 頁(発明推進協会、2020 年)

(2) 本判決では、「被告代表者の陳述及び供述では、シャインカラー社と最初に協議したのは同年 5 月 4 日であり、そこでデザインを決めてサンプル製作を指示した次の協議が上記の同年 6 月 15 日とされているから、同年 5 月 4 日の時点での協議内容(前記(1)イ)の信用性が重要となる。」「以上のとおり、被告代表者は被告各製品の開発(被告意匠の創作)過程について具体的な供述をしており、その内容は各証拠とも整合していること、同年 5 月 4 日の協議から同年 6 月 15 日のサンプル確認まで何らかの連絡協議が行われたとみられるが、かえって、被告代表者の月に 1 回程度訪中しているとの供述は、1 回の訪中時に数日をかけて数社との打合せをしていること(乙 30)と整合していることを考慮すると、被告意匠を同年 5 月 4 日の協議の時点で創作していた旨の被告代表者の陳述及び供述は、その信用性を認めることができる。」と独自創作の過程を重視し、検証している。

(3) 知財高判平成 27 年(ネ)第 10025 号 平成 27・6・30 判決

使用権の立証にあたっては、海外での発明・創作行為についても証拠として確保しておくことが必要となるといえる。

(2) 事業又は事業の準備行為について

先使用権のもう一つの要件である「意匠登録出願の際・・・現に日本国内においてその意匠又はこれに類似する意匠の実施である事業をしている者又はその事業の準備をしている者」については、「意匠の実施である事業」「その準備」については、「日本国内において」と日本国内での実施である事業ないしはその準備が要求される。

「事業の準備」については、ウォーキングビーム最高裁⁽⁴⁾の判例では、「特許出願に係る発明の内容を知らないでこれと同じ内容の発明をした者又はこの者から知得した者が、その発明につき、いまだ事業の実施の段階には至らないものの、即時実施の意図を有しており、かつ、その即時実施の意図が客観的に認識される態様、程度において表明されていることを意味すると解するのが相当である。」としている。この最高裁判例は特許に関するものであるが、この基準については、意匠についても同様に適用されるものと思われる。

この点、本判決では、「被告は、本件意匠の登録出願日である平成28年6月20日の時点で、原告製品とは関係なく被告各製品のデザインを決定し、その製造委託の発注までをシャインカラー社に対して行うとともに、IMP社から被告製品2の販売を受注していたことになるから、少なくとも日本国内において被告意匠の実施である事業の準備をしていたことになる。」と認定しており、日本国内における取引先への1400個の製品の受注が少なくとも「事業の準備」に該当すると認定している。

この点で参考となる裁判例では、同様に意匠の先使用権を認めたケースであるが、盗難防止用商品収納ケース事件⁽⁵⁾がある。この盗難防止用商品収納ケース事件では、被告が本件意匠登録出願日までに、中国の上海において設計図面を作成したほか、現地の製造委託先に金型費、部品価格、組立費並びに金型償却及び運送費込みでの納入単価の見積りを依頼し、上海の別の企業に金型を製作し、サンプル6個及び100個の発送を受けたことにより、その後正式な注文が入り次第

即時に被告製品の製造販売を開始するという意図を有するとともに、その意図が客観的に認識される態様、程度において表明されていると認めることができる、として先使用権を認めた裁判例がある。この盗難防止用商品収納ケース事件では、中国において、日本からの受注に基づいていつでも製造ができる状態になっていることをもって、即時実施の意図が客観的に認識されるとして、「事業の準備」にあたるとしているが、これは意匠法29条が「日本国内」と規定し、意匠権者と先使用権者との公平を図るという先使用権制度の趣旨からは認められないのではないかと疑問が残る。後述するが、先使用権制度の制度趣旨を経済説や、意匠の利用の促進などととらえても、やはりこれらは日本国内における譲渡行為などが契約などの客観的な行為がなければ、ウォーキングビーム最高裁のいう「即時実施の意図を有しており、かつ、その即時実施の意図が客観的に認識される態様、程度において表明されている」とはいえないのではないかと考えられる。

この点、本件の判決では、訴外IMP社から被告製品の販売を受注したことより、「事業の準備」を認定していることは妥当な結論であるといえる。

(3) 先使用権の判断基準時と新規性喪失の例外

本件では、原告である意匠権者が、平成28年5月8日から本件意匠の実施品である電子タバコケースを楽天市場で販売しており、同年6月20日に新規性喪失の例外の適用を受けたうえで出願している。そして、被告の先使用権に該当する各行為は、この新規性喪失行為後で出願日以前の同年6月16日から19日の間に行われている。

この点について、意匠法29条は「出願の際」と規定しており出願時点を基準としている。

そもそも意匠法29条が出願時を基準としたのは、特許(意匠)法が発明(意匠)の開示とともにその実施を法目的としているから、発明(意匠)の開示を行った特許(意匠)権者に対して抗弁する以上は、特許(意匠)法のもう1つの趣旨である発明(意匠)の実施をなしていることを要求するため、特許(意匠)権者が発明(意匠)の開示の意思を示した時点である出願時を基準としたと考えられる⁽⁶⁾。

(4) 最高裁判昭和61・10・3 民集40巻6号1068頁

(5) 東京地裁平成15年(ワ)第7936号平成15・12・26判決

(6) 田村善之『知的財産法 第5版』283頁(有斐閣、2010年)では、出願の際と規定した理由として、「特許権侵害に対する抗弁を付与する以上、発明の公開という特許法の趣旨に沿った行動である特許権者の出願行為よりも先に、発明の実用化というもう1つの特許法の趣旨に沿う行動をとっていることを要求したのである」としている。

とするならば、本件のように意匠権者の意匠の創作及び実施行為が、被告の独自創作及び実施の準備行為等よりも早い場合には、そもそも本件被告の行為について先使用権を認める必要があるのであろうか。現行意匠法 29 条は「出願の際」と規定しており、公表時期に基づく例外などは一切認めていないため、政策論ではあるが、新規性喪失行為が、先使用権に該当する行為よりも先に行われていた場合にまで、先使用権を認める必要が本来的にはないのではないかと考えられる。

この点について、先使用権の制度趣旨から、このような場合にも先使用権を認めるべきか否かについてさらに検討を加える。

① 先使用権の制度趣旨について

本判決においては、先使用権の制度趣旨については明確に触れられていない。特許に関する判例であるが、先使用権制度については先のウォーキングビーム最高裁判例がある。このウォーキングビーム最高裁判例によれば「先使用権制度の趣旨が、主として特許権者と先使用権者との公平を図ることにあることに照らせば、特許出願の際（優先権主張日）に先使用権者が現に実施又は準備をしていた実施形式以外に変更することを一切認めないのは、先使用権者にとつて酷であって、相当ではなく、先使用権者が自己のものとして支配していた発明の範囲において先使用権を認めることが、同条の文理にもそうからである。」と判示されており、いわゆる公平説に立つことが示されている。しかし、この判例で示された「公平」の内容については、必ずしも明確ではない。そのため、先使用権に関する学説状況を整理したうえで考察を行う。

② 学説状況

意匠法における先使用権について特許法とは別に議論している学説はないため、特許法 79 条に基づく学説状況を整理し、これを基に意匠法における先使用権制度の制度趣旨を検討する。先使用権の制度趣旨に関する学説としては、大別して古い判例で示された経済説と、前述の最高裁判例で示された公平説がある。経済説は、先願主義を貫くと出願時点より前に事業の実施又はその準備をしていた者の既存の事業や設備を廃

絶させることになり、善意の事業者には酷であるばかりでなく国民経済上好ましくない、とする説である⁽⁷⁾。

一方、公平（衡平）説（本稿では、「公平説」の表記に統一する。）は、先使用権制度の趣旨は、特許権者と先使用権者との公平を図ることにあるとする説である。この公平説は前述の判例でも採用されているが、この公平の解釈については、いくつかの解釈がある。

発明の実施の促進と捉える説⁽⁸⁾、実施の促進と過剰な出願の抑止に先使用権の根拠を求める説⁽⁹⁾、また正当な先使用者によって創出された産業的占有状態の保護と捉える説⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾、など様々な学説がある。

③ 制度趣旨に基づく考察

経済説については、経済的な観点のみを重視すると、論理的には、創作が完成している必要はなく、事業の準備の要件だけで足り、また創作の内容が公開されるまでは無駄な投資を防ぎようがないのであるから、やはり論理的には、出願時ではなく公開時までには事業の実施をしていた場合に先使用権の成立を認めなければならないことが指摘されており⁽¹²⁾、この点から考えると新規性喪失時に既に意匠の公開がされている以上、その後に独自に創作を行い、事業の準備をしたとしても、これを保護する必要はないと思われる。

占有説によっても、仮に発明や意匠の創作の「占有」という概念が肯定しうるとした場合、論理的には、その意匠の創作の占有された時点を基準に判断すべきと考えられ、かかる考えからすれば、新規性喪失時に既に出願人によって創作の占有がされたと考えれば、その後に第三者が独自に創作を行い、事業の準備をしたとしても、これを保護する必要はないように思われる。

また、発明・創作の実施・利用促進の観点から考える説に立っても、新規性喪失時点で既に意匠権者により事業化されている時点で、意匠の創作の実施ないし利用の促進が図られており、まして新規性喪失の例外を主張しながら、さらに公開の意思表示である出願という法目的に沿った行為を行った意匠権者以上に、中間において独自創作と事業の準備を行った第三者を保護する必要はないように思われる。

このように、経済説に立っても、また公平説に立っても、このような場合には先使用権を認める必要がな

(7) 平田慶吉「工業所有権法における先使用権について」民商法雑誌 11 巻 2 号(1940 年)197～198 頁

(8) 吉田広志「先使用権の範囲に関する一考察—実施形式の変更が許される範囲の基準について—」パテント 56 巻 6 号(2003 年)61～77 頁

(9) 田村・前掲註(6)田村 283 頁

(10) 麻生典「先使用権制度の趣旨」慶応法学 29 号(2014 年)256 頁

(11) 森岡一夫「先使用権の要件と範囲」東洋法学 20 巻 1・2 号(1987 年)206 頁

(12) 田村・前掲註(6)283 頁「先使用権の制度趣旨を、事業に着手していた者の不測の損害や国民経済上の無駄を防ぐとだけ説明するものも多いが、・・・特許法 79 条と異なり、事業の準備をなした時期が特許出願後であってもその出願公開より前であれば先使用権の抗弁を認める、という要件になるはずである。」と指摘している。

いのではないかとと思われる。

このように公開時点在先使用権成否の基準時とする考えは、既になされた投資を保護するという観点を重視すれば、政策判断ではあるが、新規性喪失の時点基準とすることが考えられることは指摘されている⁽¹³⁾。

なお、本件については、現行法上「出願の際」と規定されていることから、これを無視した判断はできないため、結論としては妥当であると考えられる。

(4) 先使用権の効力範囲について

先使用権が認められる意匠の範囲については、先のウォーキングビーム最高裁判決では、「先使用権の効力は、特許出願の際(優先権主張日)に先使用権者が現に実施又は準備をしていた実施形式だけでなく、これに具現された発明と同一性を失わない範囲内において変更した実施形式にも及ぶものと解するのが相当である。」と判示している。

この点意匠に関する事例として、包装用かご事件⁽¹⁴⁾がある。この包装用かご事件では、直接判決内容とはなっていないが、念のためとして「実施をしている意匠の範囲」の解釈として、「登録意匠の意匠登録出願の際に先使用権者が現に日本国内において実施をしていた具体的意匠に限定されるものではなく、その具体的意匠に類似する意匠も含むものであり、したがって、先使用権の効力は、意匠登録出願の際に先使用権者が現に実施をしていた具体的意匠だけではなく、それに類似する意匠にも及ぶと解するのが相当である。なぜなら、意匠の創作的価値は、当該具体的意匠のみならずそれと類似する意匠にも及び、意匠権者は登録意匠のみならずそれと類似する意匠も実施をする権利を専有する(意匠法23条)という制度の下において、先使用権制度の趣旨が、主として意匠権者と先使用権者との公平を図ることにあることに照らせば、意匠登録出願の際に先使用権者が現に実施をしていた具体的意匠以外に変更することを一切認めないのは、先使用権者にとって酷であって、相当ではないからである。」と判示している。

この点、意匠の場合は、特許のような技術的思想という抽象的なものとは異なり、意匠の創作は物品の美的外観(意匠法2条1項)として図面等に創作された意匠が具体的に表されているため、この図面等に現わされた物品の形態から要部を抽出することができ、また

先使用権の対象となる実施製品の物品についても同様にその意匠の要部を抽出することが可能である。また、上記包装用かご事件が説示するように、意匠法23条と同様に、実施製品の意匠と全く同一の範囲だけでなく、これに類似する範囲まで先使用権を認めることは、意匠の効力範囲と先使用権を認められる趣旨からすれば首肯できる。

また、先使用権が抗弁権であることからすると、先使用権の対象となる実施意匠の要部が変わらない限り、その他の微細な形状や色彩などが異なる程度であれば、いずれも登録意匠の類似範囲に含まれると考えられるため、その範囲まで先使用権を認めるのは、意匠権者と先使用者の公平を図る制度趣旨からも首肯できる。

本判決の事案では、被告は、要部は同じであるが、全体の材質や色、又は裏面の形状などが異なる物件目録1～6の類似の類似する意匠が示されており、これらを出願後の同年7月10日から販売し、これに先使用権が認められている。

この点では、本判決の趣旨に賛成である。

3. その他(本件意匠の要部認知と意匠権侵害について)

本判決において、本件意匠の要部について、主たる要部と副次的な要部とに分けて認定している。一方で、イ号製品との対比においては、主たる要部については両意匠の美感が共通しており、副次的な要部については「本件意匠と被告意匠とは、各収納部の底部と開口部の位置関係(具体的構成態様イの一部、ウ)という副次的な要部において相違しており、確かに、被告意匠では、各収納部の底部の位置がほぼそろえられていることによって、本件意匠と対比すると、よりまとまりのある印象を与えているということではできる。」として要部の相違を指摘しながら、意匠権侵害であるとの結論を出している。

しかし、この副次的な要部については、判旨でも認められているように正面視からの美感に影響を与えており、全体の美感にも大きな影響を与えていると考えられる。また、「電子タバコケース」という物品の用途、使用態様などに照らしても、各収容部の口が異なるか、また略同一となっているかは意匠の正面の美感に影響を与える部分でもあり、需要者においても注視すべき点ではないかと考えられる。

(13) 中山信弘『工業所有権法 上 第2版増補』471頁(弘文堂、1998年)

(14) 大阪地判平成10年(ワ)11674号平成12・9・12判決

そのため、本件意匠の要部として認定している以上、その要部に関する差異を評価し、非侵害と判断する余地があったのではないかとも思われる。

Ⅳ. おわりに

本稿では、意匠に関する先使用权(意匠法 29 条)の規定の適用を中心に述べてきた。今後、意匠の保護対象の拡充により、先使用が主張される場合も増えてくると考えられる。意匠については、特許と比べて創作完成から製品化に至るまでの時間が比較的短いものも多く、また流行性があるため、同一時期に類似するデザインとなるケースも多くなるといえる。意匠に関する先使用权については、判例も少ないため、今後のさらなる事例の積み重ね議論に注目していきたい。

以上

「口コミサイトのランキング順位操作にかかるステルスマーケティング行為について誤認惹起行為であると認めた事案」

大阪地判平成 31 年 4 月 11 日判時 2441 号 45 頁

[口コミサイトのランキング順位操作]事件

安田 和史^(*)

I. 事実の概要

1 当事者

(1) X

Xは、リフォーム専門業者の中でも外壁等の塗装工事を中心に手掛ける専門業者(以下「外壁塗装リフォーム業者」という。)である。

(2) Y

Yは、Xと同じく「外壁塗装リフォーム業者」である。

2 本件サイトおよび本件サイトとYとの関わり

(1) 本件サイト

本件サイトは、URL が「http://gaihekitosou-navi.net/」のウェブページ(以下「本件トップページ」という。)をトップページとする口コミサイト(平成 24 年 3 月 5 日)である⁽¹⁾。

(2) 本件サイトとYとの関わり

Yは、ウェブサイト制作者である株式会社ヒューゴ(以下「ヒューゴ」という。)に対し、本件サイトの制作を依頼し、本件サイトの公開前後を通じて本件サイトの SEO 対策⁽²⁾の状況を確認したり、ヒューゴから、その状況確認の結果報告を受けたりしていた。

3 Y運営サイトの構成



図1 本件サイト ※X代理人提供資料

本件サイトは、図1に示すトップページをはじめとして、以下のページから構成されている⁽³⁾。なお、以下のページは全て各ページに共通して表示されているタブである。

- ① 「当サイトについて」をクリックすると表示されるサイトを説明するウェブページ(以下「本件サイト説明ページ」という)。
- ② 「口コミランキング」をクリックすると表示されるウェブページ(以下「本件口コミランキングページ」という)。
- ③ 「掲載業者一覧」をクリックすると表示されるウェブページ(以下「本件掲載業者一覧ページ」という)。

(*) 校友、株式会社スズキアンドアソシエイツ取締役、法政大学兼任講師、日本大学非常勤講師、東海大学総合社会科学研究所研究員

(1) 本件サイトは、平成 27 年 8 月頃には閉鎖されており、証拠上、最後に確認されたのは同月 1 日のことである。

(2) SEO 対策とは、検索エンジン最適化(Search Engine Optimization)のことであり、検索エンジンで検索結果の上位に表示されるようウェブサイトを最適化することをいう。Yahoo! や Google を代表とする検索エンジンの検索結果で上位に表示されることにより、運営するウェブサイトにかかるターゲット層の訪問数を増やすことができ、結果的に集客につなげることが期待される。つまり、検索エンジンで表示された検索結果を見てクリックしてくれる人を増やす仕組みのことである。なお、過去に流行した SEO 対策の一つとして、メタタグにキーワードを掲載するというものがある。メタタグの記載について商標法上の問題になった事案として、①大阪地判平成 17・12・8 判時 1934 号 109 頁[クルマの 110 番事件]、②東京地判平成 27・1・29 判時 2249 号 86 頁[IKEA 事件]、大阪地判平成 29・1・19LEX/DB25448552[バイクシフター事件]がある。また、同じように集客を上げるための仕組みとして検索連動型広告(リスティング広告)等がある。検索連動型広告に関する過去の判例として、大阪地判平成 19・9・13[カリカセラビ事件]、大阪高判平成 29・4・20 判例時報 2345 号 93 頁[石けん百貨事件]がある。

(3) 以下、サイトが閉鎖されていることもあるため、個別ページの URL は省略する(判決文本文には掲載)。

ブページ(以下「本件掲載業者一覧ページ」という)。

- ④ 「口コミ投稿フォーム」をクリックすると表示されるウェブページ(以下「本件口コミ投稿フォームページ」という)。
- ⑤ 本件掲載業者一覧ページに一覧表示されている業者名をクリックすると表示される、業者ごとの口コミが掲載されているウェブページ(参考：図2[Yへの口コミ内容一覧(証拠の一部を抜粋)])。
- ⑥ 本件サイトの各ウェブページ末尾の「運営情報」をクリックすると表示されるウェブページ。

| Yへの口コミ内容一覧(証拠の一部を抜粋) | |
|---|-------|
| 「親切・丁寧で、親身になって相談に乗ってくれました。」 | 甲6の1 |
| 「担当者の対応がよかった。みなさま親切で大変お世話になりました。」 | 甲6の1 |
| 「他社の見積もりとも比較し、高いなあ・・・とは思いましたがやはりその料金を納得できる工事内容で、とても満足しました。」 | 甲21の1 |
| 「良い工事をしていただきました…営業担当の方も丁寧で良いです。」 | 甲21の1 |
| 「理想どおりの仕上がりになったので大変満足しました！こちらの希望を柔軟に聞いてくれましたし、非常にお願いしやすかったです」 | 甲21の1 |

図2 Yへの口コミ内容一覧(証拠の一部を抜粋)

4 本件サイトの表示内容

(1) 本件サイトの各ウェブページに共通する表示

a. ウェブサイト上部の共通する表示

タイトルとして、大きく「みんなのおすすめ、塗装屋さん」という表示がある。また、その上には、図1で示すように「外壁塗装、リフォーム業者を選定する人のための評判、評価、クチコミサイト」との表示があるが、時期によっては、「これから外壁塗装、リフォーム業者を利用する人のためのサイト」という表示に切り替わる。

それらの下には、図1で示すように「当サイトについて」、「口コミランキング」、「リフォーム基礎知識」、「リフォーム基礎用語集」、「掲載業者一覧」、「口コミ投稿フォーム」のリンクが横に並んでいる。

b. ウェブサイト右部の共通する表示

「最新ランキングベスト5」と題するランキング表(以下「本件ランキング表」という)が表示されている(図3参照)。その下には、「リフォーム基礎知識」、「リフォーム基礎用語集」、「掲載業者一覧」、「掲載業者に載せて欲しい塗装屋さんの口コミを書く」等のバナー

が縦に並んでいる。

本件ランキング表では、全ての時期において、「No. 1」が「オンテックス」(すなわち、Y)と表示されている(図3下線部分参照)。

| 最新ランキングベスト5 | |
|-------------|---------|
| No. 1 | オンテックス |
| No. 2 | 住友不動産 |
| No. 3 | 積水ハウス |
| No. 4 | 積水化学工業 |
| No. 5 | 大和ハウス工業 |

図3 最新ランキングベスト5
(図1の右部を抜粋し拡大したもの)
※下線部分は筆者が追記したもの。

(2) 本件トップページの固有部分の表示

本件トップページの固有部分(本件共通表示のバナー等の左側の部分)には、以下の表示が存在する(平成24年6月10日時点のもの)。

a. 本件トップページの固有部分の上部の表示

写真と共に「おすすめ塗装屋さん、その他の業者が探せるサイトです。あなたの感想が、未来の笑顔に貢献するかも。。。」との表示がある。

b. 本件トップページの固有部分の中部の表示

「管理人のつぶやき」と題する表示に続いて、次の「本件サイト説明ページの固有部分」下部の表示の途中までの表示がある。

c. 本件トップページの固有部分の下部の表示

「ランキング利用者が評価した口コミランク」として、上位にランキングされた業者の最新の口コミが記載されている。

(3) 本件サイト説明ページの固有部分の表示

a. 本件サイト説明ページの固有部分上部の表示

「当サイトについて」と題する表示に続いて、「『みんなのおすすめ、塗装屋さん』は、日本全国で営業している外壁塗装業者を対象に、利用者からの投稿によりおすすめ業者をランク付けしたサイト(口コミサイト)とも表現できます。」「実際に利用した方が、本音で口コミを投稿してもらい、実際に良かったのか、悪

かったのかという、『実態』情報を集め共有していこうというコンセプトで作成しました。』等の表示がある。

b. 本件サイト説明ページの固有部分下部の表示

「管理人のつぶやき」以下には、「ひとことでリフォームといっても、その内容は本当に幅広いものだということをも身をもって理解しましたので、まずは家の見た目ともなる外壁塗装について、その数ある業者の口コミをまとめるサイトにコンセプトを絞り、ランキングをつけてみました。」という表示(図4つぶやき部分参照)。また、「※ランキングは、今の所口コミ件数で決めています。後々は寄せられた投稿内容や、対応エリアなどの企業規模なども加味したランク付けにできればと考えています。」という赤色表示(図3赤字部分参照)がある。

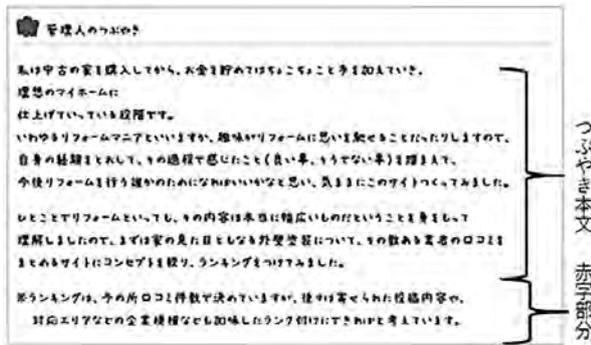


図4 本件トップページの固有部分の中部の表示
(管理人のつぶやき以下)

※X 代理人提供資料

※括弧部分および付随する説明は
報告者が追記したもの。

(4) 本件口コミランキングページの固有部分の表示

本件口コミランキングページの固有部分(本件共通表示のバナーの左側の部分)には、「口コミランキング一覧」と題する表示に続いて「このサイトで掲載しているランキングは、不特定多数の一般ユーザーによる口コミ件数でランクをつけています。口コミの内容については、投稿後に一定時間を経過してからランキングへと自動反映される仕組みになっています。」という表示。そして、ランキングの1位から10位までの業者の業者名、ランキングの1位から5位までの業者への最新の口コミ内容の表示。そのランキングにおける1位は、全ての時期においてオンテックス(すなわち、Y)と表示されていた(図5参照)。



図5 本件口コミランキングページの固有部分の表示
(1位部分抜粋) ※X 代理人提供資料

5 本件掲載業者一覧ページの固有部分の表示

本件掲載業者一覧ページの固有部分(本件共通表示のバナーの左側の部分)には、「業者一覧」として、掲載業者が表示されている(図6参照)。なお、平成24年6月10日時点のもの。

| 業者名 | 本社所在地 | 店舗数 | ホームページ |
|------------|-------|-----|---|
| 橋水ハウスリフォーム | 大阪府 | 70 | http://www.sekisuihousereform.co.jp/ |
| セキスイファミエス | 大阪府 | 15 | http://www.sekisui-familis.com/index.html |
| ダイワハウスリニュー | 大阪府 | 81 | http://www.daiwahouse-renew.co.jp/ |
| ミサワホーム | 東京都 | 155 | http://www.misawa.co.jp/reform/ |
| 住友林業ホームテック | 東京都 | 56 | http://www.sumirin-ht.co.jp/ |
| 進化成リフォーム | 東京都 | 15 | http://www.hebelian.org/all/net/mandr/reform/index.html |
| 三井のリフォーム | 東京都 | 81 | http://www.mitsui-reform.com/ |
| 住友不動産リフォーム | 東京都 | 82 | http://www.reform-choice.com/index_kansai.php |
| オンテックス | 大阪府 | 51 | http://www.ontex.co.jp/ |
| ニッガホーム | 愛知県 | 35 | http://www.nikka-home.co.jp/ |
| ゆとりフォーム | 東京都 | 22 | http://www.yutori-form.com/ |
| 松下サービスセンター | 石川県 | 9 | http://matsushita-sc.co.jp/index.html |
| 朝日リビング | 大阪府 | 20 | http://www.asahiliving.co.jp/index.html |
| エス・バイ・エル | 大阪府 | 15 | http://www.sxl.co.jp/reform/index.html |
| フレッシュハウス | 神奈川県 | 14 | http://www.freshhouse.co.jp/ |
| メノガイア | 兵庫県 | 7 | http://www.menogaia.co.jp/ |
| イーグル建創 | 東京都 | 12 | http://www.eaglekenso.com/ |
| スペースアップ | 大阪府 | 15 | http://www.space-up.co.jp/ |
| 新生ホームサービス | 兵庫県 | 17 | http://www.shinsei-homeservice.com/ |
| サンリフォーム | 大阪府 | 8 | http://www.sunreform.jp/index.shtml |
| P G Sホーム | 大阪府 | 18 | http://www.pgs-home.jp/index.html |
| 三洋ペイント | 福岡県 | 26 | http://www.sanyopaint.co.jp/index.php |
| 三樹ペイント | 福岡県 | 19 | http://www.sansuyupaint.co.jp/ |

図6 本件掲載業者一覧ページの固有部分の表示
※X 代理人提供資料

6 本件口コミ投稿フォームページの固有部分の表示

本件口コミ投稿フォームページの固有部分(本件共通表示のバナーの左側の部分)には、「こちらのフォームでは、口コミ投稿フォームとして、「お住まいの都道府県」,「業者名」,「口コミ内容」を記載する欄が表示されていた(平成27年5月26日時点のもの。)

7 関連事件

本件に先駆けて、原告は裁判所に対して発信者情報開示請求を行っている(以下「第一訴訟」という)⁽⁴⁾。この訴訟において、ウェブ制作会社の「ヒューゴ」を特定した。更に、平成28年頃ヒューゴに対して、不正競争行為及び名誉毀損に基づく損害賠償請求訴訟を提起した(以下「第二訴訟」という)⁽⁵⁾。この訴訟の中で、ヒューゴは、「Yが本件サイトの運営者である」と主張した。それを受けて、Xはヒューゴと和解し訴訟を終了させ、Yを相手に本件訴訟を提起した。

8 Xの請求

平成27年法律第54号による改正前の不正競争防止法2条1項13号(現行法20号、以下現行法を記載する。)の不正競争(役務の質、内容について誤認させるような表示)に該当するとして、損害賠償等の支払を求めた⁽⁶⁾。

9 争点

争点1 本件サイトが、Yの提供する「役務…の広告」に当たるか

争点2 本件サイトの表示が、Yの提供する「役務の質、内容…について誤認させるような表示」に当たるか

争点3 Xの損害の有無及び額等

II. 判旨⁽⁷⁾ 一部認容

1 争点2(本件サイトの表示が、Yの提供する「役務の質、内容…について誤認させるような表示」に当たるか)について

(1) 本件サイトの表示内容から生じる認識内容

a. 本件サイトを閲覧する者の属性

「本件サイトを閲覧する者は、外壁塗装業者やリフォーム業者に工事を依頼しようと考えており、そのための業者をインターネットにより探そうとしている一般需要者であるといえる。そして、そのような需要者は、本件サイトには外壁塗装業者やリフォーム業者を利用したことがある者(元施主)が実際に提供を受けたサービスの質、内容に言及した口コミを基にした評価が掲載されているという先入観を持った上で、これを参考にしようとして本件サイトを訪問していると推認される。」

b. 本件サイトの表示内容から生じる認識

「本件サイトを閲覧する者の認識を前提とすれば、本件サイトのランキングは、投稿された口コミの件数及び内容を基に作成された、本件掲載業者一覧ページに掲載されている業者の提供するサービスの質、内容に関する評価のランク付けを表示したものであって、Yがランキング1位であることは、投稿された口コミの件数及び内容に基づき、Yの提供するサービスの質、内容が、本件掲載業者一覧ページに掲載されている業者の中で投稿者の主観的評価として最も優良であると評価されていると表示したものである。」

(2) 本件サイトにおけるYがランキング1位であるとの表示(本件ランキング表示)の品質誤認表示該当性

a. 投稿された口コミの件数及び内容に基づく評価との間のかい離

「本件サイトを閲覧する者の認識からすると、本件ランキング表示は、掲載業者の中での、投稿された口コミの件数及び内容に基づく評価との間にかい離がないのであれば、品質誤認表示に該当するとはいえない。」

(4) 東京地判平成26・10・15LEX/DB25446746[口コミランキングサイト発信者情報開示等請求事件]参照。

(5) 大阪地裁平成28年(ワ)第9485号損害賠償請求事件(本件訴訟判決文に記載)。

(6) 平成27年法律第54号による改正前の不正競争防止法2条1項13号は、同改正後14号となったが、その後、平成30年法律第33号によってさらに改正されて20号となった。

(7) 裁判所は、争点2から判断を行った。

「Yへの口コミは、その件数が最も多いだけでなく、その内容も軒並み高評価のものであることからすると、本件ランキング表示(本件サイトにおけるYがランキング1位であるとの表示)と、Yへの口コミの件数及び内容に基づく評価との間にかい離はないと認められる。」

b. 口コミが虚偽のものである場合について

「もっとも、そもそもYへの口コミが虚偽のものである場合、例えば、Yが自ら投稿したものであったり、形式的には施主又は元施主(以下「施主等」という。)からの投稿であったとしても、その意思を反映したものではなかったりなどする場合は、本件サイトの表示上のYへの口コミの件数及び内容をそのままのものとして受け取ることが許されなくなり、その結果、本件ランキング表示とのかい離があるということとなる。」

「本件サイト公開前の日付となっている5件の投稿は、Yの関与の下にヒューゴにおいて投稿作業をした架空の投稿であると認められる。そして、確かに、同様の日付の投稿は他の業者についても存在するが、それらの投稿はいずれも各4件である(……)から、Yについては、これらにより、本件サイトの公開時点から、既にランキング1位と表示されていたと推認され、その表示は虚偽であったといえる。」

「掲載業者に対する投稿については……真に施主等がした真正なものであるかについては重大な疑問を抱かざるを得ない。」

「Yは……コメントを書いた施主等にプレゼントを進呈していたと認められ、また、本件サイトに関する新聞社の取材に対し、『顧客の感想を社員が聞き取って(自社の口コミとして)投稿したことはあったが虚偽は書いていない』と回答したと認められ……何とかしてYへの口コミ件数を増やそうとする姿勢が見て取れる。」

「本件サイトの改修を打ち合わせる……メールからは、施主等から投稿される口コミをそのまま反映させようとしないうる作りの態度が見て取れる。」

「本件サイトにおけるYがランキング1位であるという本件ランキング表示は、実際の口コミ件数及び内容に基づくものとの間にかい離があると認められる。」

そして、本件サイトが表示するようないわゆる口コミランキングは、投稿者の主観に基づくものではあるが、実際にサービスの提供を受けた不特定多数の施主等の意見が集積されるものである点で、需要者の業者選択に一定の影響を及ぼすものである。したがって、

本件サイトにおけるランキングで1位と表示することは、需要者に対し、そのような不特定多数の施主等の意見を集約した結果として、その提供するサービスの質、内容が掲載業者の中で最も優良であると評価されたことを表示する点で、役務の質、内容の表示に当たる。そして、その表示が投稿の実態とかい離があるのであるから、本件ランキング表示は、Yの提供する『役務の質、内容…について誤認させるような表示』に当たると認めるのが相当である。」

2 争点1(本件サイトが、Yの提供する「役務…の広告」に当たるか)について

「本件サイトの発注元はYであるところ、……Yの本件サイトに対する一連の態度に照らせば、Yが、Yの提供する役務に需要者を誘引するために本件サイトを開設したことは明らかである。」

3 争点3 Xの損害の有無及び額等について

「Yによる本件の不正競争行為は、Yの提供するサービスの質、内容が、本件掲載業者一覧ページに掲載されている業者の中で主観的な意味で最も優良であると評価されていると誤認させるものであるにすぎず、Xの提供するサービスの質、内容についての評価を低下させるものではないことから、Xの営業上の信用が毀損されたと認めることはできない。」

「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(いわゆるプロバイダ責任制限法)に基づく発信者情報開示制度は、匿名性の高いインターネットにおける情報発信による権利侵害が発生した場合に、当該情報発信を媒介し、あるいはそれに関与した者に対し、その発信者に関する情報を開示させることで、被害者が加害者の身元を特定し、法的救済を求める道を確保するために制定されたものであるから、そのために必要となった費用は権利侵害行為(本件では不正競争行為)と相当因果関係ある損害と認めるのが相当である。」

Ⅲ. 評釈 判旨結論として賛成ただし理由づけに一部疑問がある

1 本判決の地位

本判決は、口コミランキングサイトを自ら作成して自らの評価を自作自演する所謂「ステルスマーケティング

ング⁽⁸⁾に関する事案である。なお、自ら運営する口コミサイトのランキングを不正操作した内容を表示する行為について品質誤認表示であると認定された事案は本件が初めてである⁽⁹⁾。

不正競争防止法による保護を受ける場合には、本事案のように同法2条1項20号に規定する誤認惹起行為による不正競争行為についての規制の他に、口コミによる営業誹謗行為に該当すれば同法2条1項21号による保護を受けられる場合もあると思われる。

ランキングについての従来の判決としては、カーワックスがカー用品の専門誌であるカーグッズマガジン誌の読者らによって、カーケア商品の部門で1位に選ばれたことを商品に付す行為は品質についての表示であると認め、実際には受賞していなかったことから虚偽表示であると認められた事例⁽¹⁰⁾がある。

口コミや口コミランキングサイトの記載は比較広告と類似すると思われる、従来の関連事件として、コジマ安売り広告事件⁽¹¹⁾、キシリトールガム事件⁽¹²⁾、烏龍茶バッグ事件⁽¹³⁾等がある。

口コミは、サイトの外観から発信者の情報を特定できる手段が殆どないと言ってよいと思われる。そのため、一般的には事前に発信者情報開示請求を行い発信者の特定を行うことになる。なお、本事案も事前に発信者情報開示請求が行われている(第一訴訟)⁽¹⁴⁾。

インターネット上の「おすすめ英語教材ランキングー英会話教材研究会公式サイト」というサイトにおいて、英会話教材「スピードラーニング」について氏名不詳で投稿された複数の口コミに対し、「社会的評価を低下させるものであることが明らかである」と認定した事案がある⁽¹⁵⁾。他に、サービス・商品についての口

コミを投稿・閲覧できる「みんなの評判ランキング(みんな評)」の特定のスレッドにおいて、氏名不詳者による衛生面やサービス面に問題があるかのような「真実性のない」投稿に対して社会的評価を低下させるものであることを認めた事案がある⁽¹⁶⁾。

2 口コミ・口コミランキングサイト

(1) インターネット広告と口コミ

インターネット広告は、一般にクリック数やサイト閲覧数等に連動して報酬が確定することから、成果を得るための工夫が必要になる。しかしながら、時として広告表示や広告表現が過剰になってしまう場合がある。仮に実際の商品やサービスの内容と表示がかい離すれば法的な問題になり得る⁽¹⁷⁾。

事業者自らが行うインターネット広告は、過剰な表現になっていることがあるため、信憑性を疑う消費者も少なからずいる。そこで、ECサイト等では商品の購入者やサービスの利用者からのコメントを受け付け、消費者からの主観的評価を集めて参考情報として提供できるようになった。また、そのような消費者の口コミをまとめた口コミランキングサイトも登場した。

口コミは、マーケティングの分野でも注目されており、リファラルマーケティング(Referral Marketing)の一種としてその効果について議論されている⁽¹⁸⁾。

(2) 需要者に与える効果

口コミや口コミランキングサイトで評価を受けたという事実を表示することは、自らその商品やサービスをアピールする直接的な行為ではないが、人から評価されたという間接的な表現によって品質等を高く見せ

(8) ステルスマーケティング(略称:ステマ)とは、ターゲットとなる需要者に対して、企業が自ら行っているキャンペーンであるということを一見して分からせないようにする(隠す= stealth)アプローチをいう。マーケティング手法としては新しいものではなく「サクラ」や「推奨販売」等として古くから存在していた。マーケティングの手法やメディアが多様化するにつれて、ステルスマーケティングの影響が増大した。需要者への効果は、本文で後述した「ウィンザー効果」、「ハロー効果」、「バンドワゴン効果(同調効果)」等が期待される。しかしながら、ステルスマーケティングは需要者の期待を大きく裏切ることになるため、露見すると市場からの批判を受けトラブルになることもあることから、効果以上にリスクの方が高い場合もある。

(9) 本判決についての評釈として、泉克幸「判批」法学セミナー増刊 速報判例解説 vol.26 新・判例解説 Watch, 小泉直樹「判批」ジュリスト 2019年9月号(No.1536)参照。

(10) 大阪地判平成23・12・15LEX/DB25444088[カーワックス事件]参照

(11) 「価格」について、品質誤認表示を否定した事案。東京高判平成16年10月19日判時1375号27頁[コジマ安売り広告事件]参照。

(12) キシリトールガムによる歯の再石灰化効果についての比較広告に関し、品質誤認表示であったと知財高判平成18・10・18[キシリトール事件]参照。

(13) 烏龍茶のポリフェノール濃度についての比較広告に関し品質誤認表示であったと東京地判決平成20年12月26日[烏龍茶事件]参照。

(14) 第一訴訟においては、品質誤認表示(現不正競争防止法20号)と信用棄損(現不正競争防止法21号)の主張が行われているが、裁判所は名誉権侵害のみを認めXの発信者情報開示請求について認容している。

(15) 東京地判平成27・7・13LEX/DB25531301[スピードラーニング発信者情報開示事件]参照。

(16) 東京地判令和1・12・3LEX/DB25583839[脱毛クリニック発信者情報開示事件]参照。

(17) 消費者庁「インターネット消費者取引に係る広告表示に関する景品表示法上の問題点及び留意事項」平成24年5月9日(一部改訂)5頁参照。

(18) マイヴァン・マイズナー=マイク・マセドニオ=大野真徳(著)小川維(訳)『リファラルマーケティング』26~29頁(アチーブメント出版株式会社, 2015年)では、リファラルマーケティングについて、顧客との「信頼関係を構築することを通じて、新規の顧客やクライアントを獲得し、その結果、継続的な個人的紹介によるビジネスを獲得する戦略」であるとし、「『クチコミ』は、リファラルマーケティングの構成要素にすぎず、同義語ではない」とし、「単に他の人が……商品やサービスについて話していること」と定義されている。

ることができる効果がある。場合によっては、自らするアピール以上に効果を得られる場合もあるだろう。

口コミが消費者に対して社会心理学的にどのような効果があるかについては様々な研究がされているが、代表的なものとして「ウィンザー効果」, 「ハロー効果」, 「バンドワゴン効果(同調効果)」等がある。

「ウィンザー効果」とは、利害関係者が自らアピールするよりも、第三者の評価の方が信頼できると思い込む効果である。

「ハロー効果」とは、ある分野で権威のある人が評価すると、別の分野のことであるにもかかわらずその評価が信頼できると思い込む効果である。例えば「皇室御用達」, 「公的な検定の合格」等と表示する場合がある。

「バンドワゴン効果(同調効果)」とは、多数が選択しているものに対して「みんながやっているから大丈夫」だという安心感を得てしまう効果である。例えば、流行しているという情報が流れると、それに対する支持が拡大するような場合をいう。

口コミは、第三者からの評価であることから、ウィンザー効果が生じる場合があると思われる。また、芸能人や皇室、マスコミ等の権威がある者がコメントした場合には、ハロー効果も生じる場合があるだろう。さらに、評価の高い口コミが多数存在していれば、バンドワゴン効果を生むことになり、取引者との信頼関係を全く構築していない状況にあったとしても安心できる相手だと思ってしまう場合があるだろう。

口コミランキングサイトは、口コミの集合体であるから「ウィンザー効果」, 「ハロー効果」, 「バンドワゴン効果(同調効果)」を増大させる効果を生む場合があると思われる。また、一般にやらせに基づく口コミランキングサイトは、当該やらせを画策した利害関係者

のみのプロモーションのために作りこまれているものであるから、比較のために掲載されるそれ以外の同業者にとっては悪影響しかないだろう。

なお、口コミについては、「公的機関による品質の評価等に関する表示に比して、消費者による商品評価に関する表示の場合、消費者の当該表示に基づく商品の評価に対する信頼性は相対的に低い⁽¹⁹⁾」と述べる識者もいるが、数百件集めた口コミとそれをまとめたランキングサイトでの評価は、前述した「ウィンザー効果」, 「ハロー効果」, 「バンドワゴン効果(同調効果)」等、消費者に強い認知バイアスを与え得るものであり公的機関による品質の評価等に匹敵する(あるいはそれを超える)効果を生むものもあると思われる。

消費者庁の調査によると「消費者レビューに対する消費者の信用」について、「消費者は、商品の購入に際してレビューを見ており(58.2%)、また、レビューを全体的若しくは部分的にでも信用している(75.4%)」との結果が出ており、口コミは消費者から高い信用を得ていることがわかる⁽²⁰⁾。

(3) 「やらせレビュー」の法的問題

「やらせレビュー」には自作自演(所謂：サクラレビュー)や評価対象者の評価を根拠なく落とすために行う虚偽の口コミ(所謂：サゲレビュー)を行う場合がある⁽²¹⁾。

「やらせレビュー」は、自ら一般需要者になりすます場合もあれば、一般消費者になりすまして投稿することを第三者に依頼する場合⁽²²⁾、プロモーション効果の高い第三者にレビューを依頼する場合⁽²³⁾などがある。

「やらせレビュー」が増えてきたことで、口コミの信憑性に疑問が持たれるようになってきている⁽²⁴⁾。

本来、口コミは中立的な一般需要者の評価であり、

(19) 石井美緒「品質誤認惹起表示の判断要素と規制目的に関する序論的考察」『商学集志』第89巻第2号7頁参照。

(20) 消費者庁デジタル・プラットフォーム企業が介在する消費者取引における環境整備等に関するプロジェクトチーム「消費者の信頼を確保するための消費者レビューの管理」令和2年6月12日4頁参照。

(21) 不正競争防止法上は、サクラレビューは虚偽性が強い場合は品質誤認表示(不正競争防止法2条1項20号)の問題が生じ得るものであり、サゲレビューは営業誹謗行為(不正競争防止法2条1項21号)の問題が生じ得ると思われる。

(22) 代表的なものとして、「食ベログやらせ業者事件」(2012年頃)がある。同事件は、グルメサイト「食ベログ」で、好意的な口コミ投稿等を行う見返りに掲載されている飲食店から金銭を受け取っている業者(通称：やらせ業者)による不正投稿が発覚したものである。事件が発覚した後、運営会社は、やらせ業者・不正業者対策を含むポリシーを公表し、厳格な運営を行っている。

食ベログ「口コミ・ランキングに対する取り組み」<https://tabelog.com/help/policy/>(2021年1月5日筆者確認)

(23) 代表的な事件として、「ベニーオークション詐欺事件」(2012年)がある。同事件は、参加者が入札毎に手数料を支払う仕組みになっているオークションサイトにおいて、サイト運営者が手数料収入を得るために自動的に入札額を引き上げるシステムを使って実質的に落札できないようにして入札手数料を搾取していた詐欺事件である。同サイトの集客のために、多数の芸能人にプロモーション費用を払いSNSで紹介させていたことが問題となった。

(24) サクラレビューやサゲレビューを含む、やらせレビューの書き込みは事業になっており、代行業者も存在している。吉野次郎「アマゾン『やらせレビュー』の首謀者を直撃、楽天も餌食に」日経ビジネス2020年1月20日参照。記事によれば、これらのやらせレビューは、販売促進のために行っており、やらせレビューの競争が生じていることや、SNSを通じてレビューを募集していること、実際に商品を買わせてレビューの信憑性を高めていること、「気持ちを含めて」書き込むようレビューを指導していること、やらせレビューの質や投稿総数によってレビューへの報酬を変えていること、不自然な評価にならないように経験上の工夫を凝らしていること等が取材によって明らかになっている。

口コミランキングサイトはその集合体であるべきである。

一般投稿者に成りすました自作自演の口コミは、健全な競争を妨げることになり、消費者の自由な選択を奪い不正競争を蔓延させるおそれがある。

なお、本件は消費者問題の側面もあるがその場合は景品表示法の問題となる⁽²⁵⁾。

3 不正競争防止法 2 条 1 項 20 号

不正競争防止法 2 条 1 項 20 号は、役務若しくはその広告にその役務の質、内容等について誤認させるような表示をする行為を不正競争行為として定めている。

「広告」は、「公衆に対してなされる表示のうち営業目的をもってなされたもの」を指し、いかなる媒体であることを問わない⁽²⁶⁾。

「誤認」については、実際の誤認が起きている必要はなく、表示自体が「誤認をさせるような」ものであれば足りる。

「品質誤認」は、直接品質を誇大又は虚偽に広告する場合のみに限られず、間接的な表現によって誇大又は虚偽の効果を生み出す場合も含まれる⁽²⁷⁾。なお、「間接的であるだけに、その外延が問題となり得る」とされる⁽²⁸⁾。

「誤認させるような表示」に該当するかどうかの判断基準は、「個別・具体の事案に応じて、当該表示の内容や取引界の実情等、諸般の事情が考慮された上で、取引者・需要者に誤認を生じさせるおそれがあるかどうかという観点から判断される」ことになる⁽²⁹⁾。

4 判旨 2 (争点 1) について

裁判所は、本件サイトの表示が、Y の提供する「役務の質、内容…」について誤認させるような表示に当たるかについて検討を行い、「広告」等該当性について判断した。

本来であれば、テーマに従ってサイト利用者の主観的評価を書き込む口コミや、それを集計した口コミランキングサイトが広告になることはない。しかしなが

ら、口コミやサイトの内容について管理・支配し、あたかも一般投稿者であるかの如く成りすまして自作自演の評価等を投稿することや、自分との比較において他者を貶めるような口コミを投稿する場合は、それらが自己の営業的目的のために作成され、需要者の消費を促すおそれがあれば、広告該当性は肯定されて然るべきであると思われる。

本判決は、Y が管理するサイトであることと判旨 1 (争点 2) で認定された「Y の本件サイトに対する一連の態度」を含めて、広告該当性を肯定している。

結論としては妥当であると思われるが、Y が運営しているサイトであることや「Y の本件サイトに対する一連の態度」を含めて判断を行う必要はなかったと思われる。つまり、ウェブサイトを通じて行われる情報発信として、Y 自らが行った自作自演の口コミやランキング表示は、それだけで広告該当性を認めるべきであったと思われる。

5 判旨 1 (争点 2) について

裁判所は、「本件サイト」の内容について検討し、投稿された口コミの件数及び内容を基に作成されたランキングにおいて Y が 1 位であることをウェブサイトに表示していたことが「サービスの質、内容」を表しているものであると認めた。そして、「投稿された口コミの件数及び内容に基づく評価との間にかい離が」なければ品質誤認表示に該当しないと一般論を述べたうえで、あてはめにおいて、本件サイトにおける表示内容に乖離はないと認めた。

さらに、口コミが虚偽のものである場合には「かい離」が生じるとの一般論を述べて、あてはめにおいて、「表示が投稿の実態とかい離がある」として虚偽表示に基づくランキング表示は品質誤認表示であると認めた。この判断は、前掲カーワックス事件(前掲注 10)を踏襲するものである。

本事案は、自作自演の口コミに基づくランキングについて虚偽表示を認めたものであるが、口コミそのものについては「やらせレビュー」であったとしても、良

(25) 「商品・サービスを提供する事業者が、顧客を誘引する手段として、口コミサイトに口コミ情報を自ら掲載し、又は第三者に依頼して掲載させ、当該「口コミ」情報が、当該事業者の商品・サービスの内容又は取引条件について、実際のもの又は競争事業者に係るものよりも著しく優良又は有利であると一般消費者に誤認されるものである場合には、景品表示法上の不当表示として問題となる。」前掲注 17・消費者庁 5 頁参照。

(26) 経済産業省知的財産政策室編「逐条解説不正競争防止法」143 頁(令和元年 7 月 1 日)、山本庸幸「要説不正競争防止法第 4 版」206 頁(発明推進協会、2006 年参照)。

(27) 小野昌延編著(小松著)『新・注解不正競争防止法上巻(第 3 版)』694 頁(青林書院、2020 年)参照。

(28) 前掲注 26・山本 211 頁では、間接的に誤認させる場合も「本号の対象となる誤認を惹起する行為であるが、間接的であるだけに、その外延が問題となり得る」とし、「たとえ商慣行や商売上の駆け引きなどによって結果的に一部の者に誤認を惹起させてしまうようなものであっても、社会的に許容される範囲内のものがあると考えられるが、そのようなものについては、本号の対象とはならないものと解される。」と述べる。

(29) 前掲注 26・経産省知財室 146 頁参照。

質なサービスを提供しているであるとか、対応した担当者の対応が良かったであるといった内容であり直ちに虚偽であるとわかるようなものはなかったと思われ、これらの口コミだけで品質誤認表示であるとの判断を導くのは困難であったと思われる。

そのため、サイトの構造や表示内容についての分析、件数の水増しやサイトの表示内容の時期による変遷を追い、事実関係の整理を行っており十分な証拠を積み重ねたうえで品質誤認表示該当性が認められたものであったと思われる。

6 判旨 3 (争点 3) について

本事案で認められた損害賠償は、わずか8万円と少額であった。その内訳は、第一訴訟における調査費用の一部として7万円と、弁護士費用の1万円である。

Xが仮に、本件ランキングサイトにより営業上の損害を被っていたとしても、それを立証するのは容易ではないだろう。判決でも「本件ランキング表示によってXの営業上の利益が侵害されるおそれがあったことは否定できないが、本件ランキング表示によってXの売上が当然に減少したはずであるとはいえず、その意味での損害が現実に発生したとは認められない」との認定がされている。

本事案においてYは不正競争行為に基づいて営業上の利益を得ていたことは間違いないと思われる。この点、品質誤認表示にかかる「不正競争」によって営業上の利益を侵害された者は、侵害行為による侵害者の利益の額を立証すれば、その利益の額が損害の額と推定され、推定を覆す特段の事情や侵害者の反証がないかぎり、その利益の額の賠償を受けることができる(5条2項)が、口コミサイトの広告効果によって得た利益の額を証明することは、極めて難しいと思われる。そもそも、立証の負担を軽減するために平成5年改正時に設けられた同規定であるが、本事案のようなケースにおいては立証負担は軽減されず、十分な賠償を受けることができない。なお、Xは同項に基づく主張を行っていない。

7 本判決の射程

本判決は、口コミが虚偽のものである場合には投稿された口コミの件数及び内容に基づく評価との間にかい離が生じ品質誤認表示に該当するとの一般論を述べていることから、口コミの内容が明らかに虚偽であるようなサクラレビューについては、少なくとも品質誤

認表示であると認められる場合があることになると思われる。したがって、仮に投稿数が少なかったとしても、グルメサイトのレビューに、自分のお店で提供していない高級素材を使用しているとの口コミを自ら投稿する場合には、品質誤認表示が認められることになると思われる。

ただし本事案では、Yに対する口コミの例として「親切・丁寧で、親身になって相談に乗ってくれました(甲第5号証の3及び甲第6号証の1・筆者による抜粋)」, Yの営業担当者について「とても熱心で誠実な人柄が伝わってきた(甲第5号証の3及び甲第6号証の1・筆者による抜粋)」, 「担当者の対応が良かった。みなさま親切で……(甲第5号証の3及び甲第6号証の1・筆者による抜粋)」とするもの等のみであったことから、直ちに虚偽の口コミであると評価できるものではなかったと思われる。判決では、件数の水増し等によるランキングの操作等について具体的にどの口コミと特定することなく、「表示が投稿の実態とかい離がある」と認定するに留まっている。

本事案のようにランキングサイトを自ら作り水増しの結果業界1位であるとの表示をしている場合は勿論であるが、そのようなランキングによらないとしても、サクラレビューについてかなりの数を水増しするような行為や、業者に依頼して評価の操作をする行為は、不正競争を蔓延させる行為にほかならず、虚偽表示であると認めるべきであろう。

8 実務への影響

本事案でみられるような種類のサイトについては、外観から得られる情報は限られており、事前にプロバイダー等に対して段階的に発信者情報開示請求を行い、証拠収集を行う必要がある。

Xは、第一訴訟において本件サイトが蔵置されたサーバー領域を保有・管理する会社から発信者情報開示を受けウェブサイト制作会社であるヒューゴを特定し、さらにヒューゴに対して行った第二訴訟)の中で、本件サイトの運営者がYであることを答弁書で明らかにさせている。そして、これらの手続き過程で得られた証拠から、本事案において「真に施主等がした真正な投稿であること」が疑われる重大な疑問が生じたことやYの本件サイト運営にかかる作為的な態度、サイトの公開時点で架空の投稿が表示されるようにしていたこと等を明らかにし、本件サイトの表示が品質誤認表示に該当する(あるいは、そのおそれがある)との心

証を裁判官から得ていたものと思われる⁽³⁰⁾。

第一訴訟においては、信用棄損(不正競争防止法2条1項21号)に関する主張も行ってはいたのに、本事案においては主張がされていないが、その理由については明らかではない。この点、競業者に対してサゲレビューを偽装するような行為については、同号での対応が望ましいと思われる。

自作自演の口コミに基づくランキング表示は虚偽表示であると認められる場合がある。裁判所も、「Yが自ら投稿したものであったり、形式的には施主又は元施主……からの投稿であったとしても、その意思を反映したものではなかったりなどする場合」について虚偽の口コミであると認定している。そのような評価を前提とすると、不正競争防止法21条2項5号に基づく刑事対応についても視野に入れることもできたのではないと思われる。同号は、同条2項1号と比較して「不正の目的」の立証負担がない。仮に、刑事罰を受けることになれば5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金に処され、又はこれを併科される可能性もある。また、報道等によって社名や名前が明らかにされることもあるから、同じような不正な広告行為に対する抑止効果が期待できる。したがって、悪質なステルスマーケティングサイトに対しては刑事対応を行うべきだろう。

口コミサイトやランキングサイトを使ったステルスマーケティングは横行している状況にあるが、自ら運営する口コミサイトのランキングを不正操作した内容を表示する行為について品質誤認表示であることが明確となり、証拠収集の方法等についても明確になったことから、今後同種の判例の積み重ねが期待される。

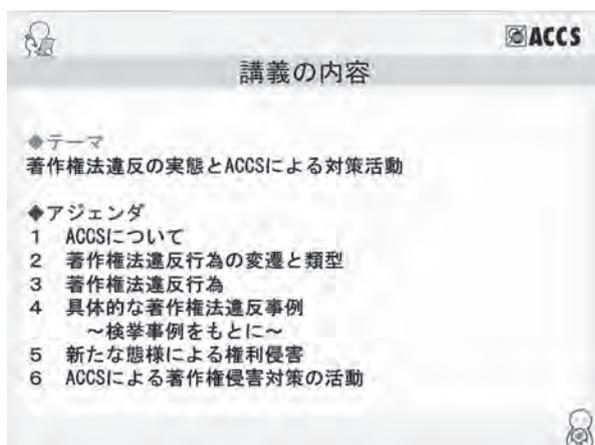
以上

(30) 小野昌延=松村信夫「新・不正競争防止法概説下巻(第3版)」88～89頁(青林書院、2020年)は、「Yの口コミサイトに対する操作の内容が比較的顕著であった事例であり、本判決が同種事例に対する先例となりうるかは疑問がある」と述べる。しかしながら本判決における前提事実として、Yの口コミサイトに対する操作の内容を顕著にした発信者情報開示請求等の手続きはインターネット関連事案において一般的に行われ実務上確立しているものであるし、争点2の判断で裁判所としての判断基準を示していることから、今後同種の事例における先例的価値があると思われるし、実務上の参考になるとも思われる。

著作権法違反の実態と ACCS による対策活動

久保田 裕^(*)

本日は、著作権侵害の実態と ACCS によるソフトウェア、コンテンツ等の法的保護対策活動について講義を進めていきます。テーマは「著作権法違反の実態と ACCS による対策活動」としました。



1 ACCS について

それでは早速 ACCS についてご紹介をいたします。正式名称は一般社団法人コンピュータソフトウェア著作権協会。ACCS(アックス)と言われています。会社で言うところの社長に相当する理事長は、ゲーム会社、カプコンの代表取締役会長である辻本憲三が務めておりまして、私は ACCS の専務理事です。

設立自体は 1985 年、プログラムが著作権法で保護されるということが明記されてから以降です。2020 年の 9 月には創立 30 周年を迎えるということで、ソフトウェアを中心とした権利保護、それから著作権・知的財産権思想の普及活動を行ってきております。協会というと、皆様イメージできるかどうか分かりませんが、ACCS は、株式会社で言うところの株主に相当する会員によって構成している団体です。主だった会員は、任天堂、カプコンといったゲームソフトの制作会社、それからマイクロソフト、ジャストシステムといったビジネスソフトの制作会社、こうした

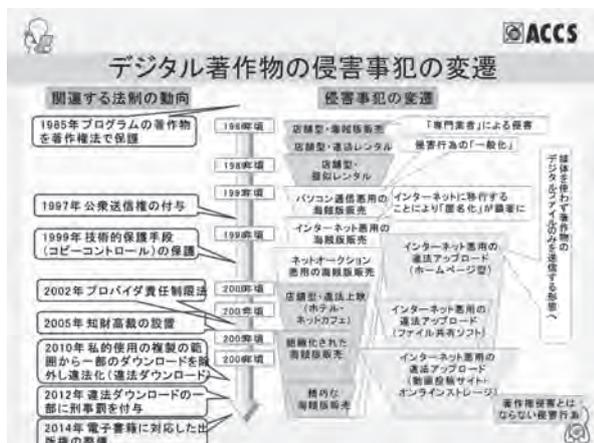
コンピュータプログラムの権利を持っている会社に加えまして、実は、集英社、講談社、角川、東映と言った出版社や映像制作会社もコンピュータソフトウェアの著作権協会に会員として加盟しています。もともとデジタル化されたコンテンツの権利保護と普及を行うということが目的となっておりますので、コンピュータプログラムの会社だけではなくてデジタルコンテンツを保有している出版社ですとか映像制作会社に関しても加盟をいただいて、著作権の普及や権利保護活動を一緒に行なっているのです。

現在は約 120 社が加盟をしています。協会の活動は、著作権思想の普及、それから権利保護活動を行うということで、「法」「電子技術」「教育」の 3 つの観点からさまざまな活動を展開しています。また、活動の柱は大きく 3 つあります。1 つが会員の権利行使の支援活動、いわゆる侵害対策の支援活動です。その侵害対策活動に加えまして、著作権・知的財産権について広く知っていただく活動として、ホームページですとか、今回のような日本大学での特別講義は年間十数回あります。定期的な授業として、現在、山口大学、東京工芸大学、国士舘大学でそれぞれ講義を持っています。さらに、著作権等の普及活動として企業や自治体への講演があります。とりわけ、ビジネス著作権検定委員会の委員長として正しい著作権法の理解に力を注いでいます。加えまして、いわゆるロビーイングですが、著作権法は時代に応じた改正というのが毎年行われておりますけれども、そういった改正に際して必要な調査ですとか、政策の提言を文化審議会審議委員として立法の手伝いもしています。

(*) (一社)コンピュータソフトウェア著作権協会専務理事、山口大学特命教授

2 著作権違反行為の変遷と類型

2-1 著作権法違反行為の変遷



この後は著作権法違反の歴史と、それに基づいた分類を行っていきます。歴史を右側に、その歴史に応じた関連する法律の動向を左にまとめています。かいつまんで紹介すると、1986年頃、つまりプログラムが著作権法で保護されるようになって以降で、主たる侵害事犯というのは、お店においてビジネスソフトのコピー品販売、無許諾レンタルが主でした。店で行われているので専門業者による侵害ということで、この時代は私自身が全国の違法現場を調査し、各県警、所轄の警察の方々とやりとり、例えば調査掲載にあたっての用語の統一なども行っていました。

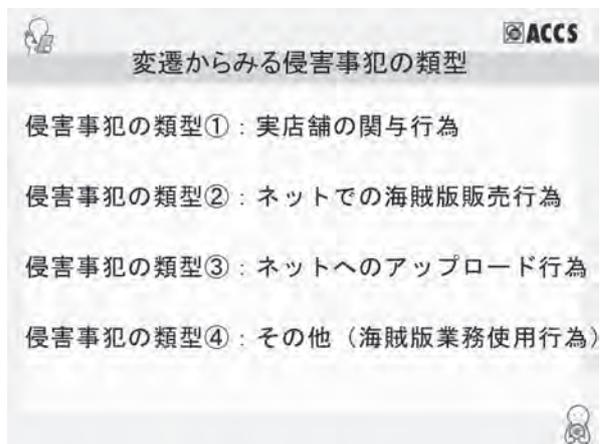
その後、1995年頃、Windows 95が世の中に出始めますと、インターネットも一般化されてくることになりまして、そうするとインターネットを悪用したコピー品の販売などが横行するようになってきます。また、コピー品の販売だけではなくて、インターネット上に、記録媒体を使わずに送受信をするファイルのアップロードといった類型も出始めます。そういったインターネットでの被害が拡散をしていくことに伴いまして、日本では非常に早い段階、1997年に、著作権法の「公衆送信」の中に、「送信可能化」を含めた規定が制度化されています。インターネットの海賊版などの販売が規制されるだけではなくて、その後、役割分担を持った組織化された海賊版の販売、さらに、精巧な海賊版の販売ということで現在に至っており、その間、店舗において、海賊版販売ではない形式でコンテンツを無断で利用するという形のひとつとして、違法上映というものが2000年頃から出始めまして、少し落

ち着いていた部分がありましたが、最近でもゲームバーなどでの違法上映というものが摘発されています。またインターネットのアップロードに関しても、以前はホームページを使ったものが主でしたが、ファイル共有、それから動画サイト、オンラインストレージということで変遷をたどり、最近では著作権侵害には該当しづらい、もしくはその蓋然性が非常に薄いような行為も散見され、についても見受けられるという変遷をたどっています。

これらの背景としては、デジタルネットワーク社会が到来したことに伴って、誰もが情報の受信者であり発信者となったという点が大きいと思います。以前であれば、映像を作って広めることができたのは、典型的には映画の制作会社やテレビ局だったわけですが、現在では、皆さんを含めて、誰もが簡単に動画投稿サイトなどに情報を発信することができるようになりましたし、また、スマホなどで情報の受信も容易になったということがあります。そういったことがあって、結果として著作権の侵害やその他プライバシーの侵害、いわゆる情報犯罪というのが増加し、また、それに対応する形で、新たな犯罪行為とされるような類型も増え、その対策として摘発事例なども増えたということが言えると思います。

2-2 著作権法違反行為の4つの類型

簡単にご紹介したわけですが、以上のような歴史から見る侵害事犯に関しては、大きく四つに分けることができます。まず、店舗が関与するパターン。それから2つ目がインターネットなどを通じたコピー品の販売。3番目がインターネットへの無断アップロードの行為。そして、その他といったような類型に分類することができます。



1つ目の店舗などによる類型としては、もともと1985年頃から見受けられた販売店とか路上販売、それからダイレクトメールなどを使った集客によるコピー品販売が挙げられます。このダイレクトメールによる販売は、最近ではほぼ見受けられませんが、以前ですとACCSの会員の支社にコピー品のダイレクトメールが届いて、それがきっかけになって事件化されたといったようなものもあります。それからコピー品販売ではないですけれども、無許諾上映というものもあります。まさに今講義の内容をパワーポイントを使って映写をしておりますけれども、こういう映写をするという行為は著作権法の中で上映として規定されており、許諾なく行くと侵害になるわけなんです。こういった無断上映というのを、ゲームソフトに関して、いわゆるファッションホテル、ラブホテルのような所だったり漫画喫茶だったり、それから最近ですとゲームバー、お酒を飲みながらゲームを遊ぶことができるというようなことを宣伝しているようなところで、無許諾で上映されるということで摘発されたような事例もあります。それからお店を通じた無断のレンタルと言ったような類型があります。

それから2番目としてインターネットを悪用したコピー品販売ですが、これは集客の方法が様々あります。最近ではなかなか少なくなっている印象ではありますけれども、ホームページを作ってそこで集客をするような方法、それから掲示板、電子メール(スパムメール)、こういったものを使った方法、それからインターネットオークションなどが過去には多くあった類型ですけれども、最近ですと、後ほど紹介するショッピングサイトでしたり、それからフリマ、スマホアプリを利用して集客をするといったような方法も確認されております。

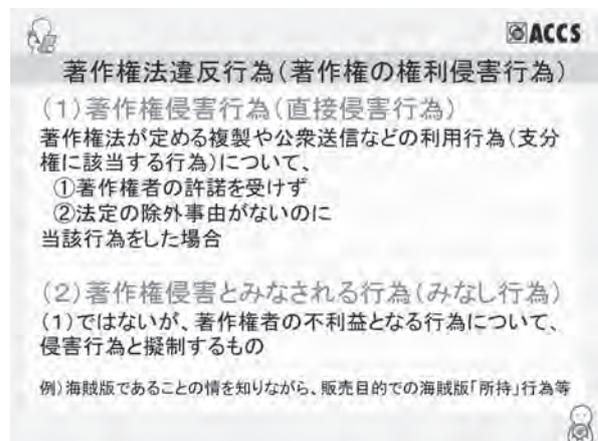
そして、3番目、インターネットを悪用したアップロード。これはアップロードの場所によって分けることができます。ホームページを使用する、専用掲示板を通じたアップロードということもありますけれども、ストレージサーバーを使ったアップロードというのが最近多いと思います。そのストレージサーバーというのも、国内だけではなくて国外、外国にあるサーバーを悪用されるというようなケースもあり、なかなか難儀をしているというところ。それからアップロード先として、動画投稿サイトや、SNSへのアップロードといったようなものも確認をされているとこ

ろです。また、サーバーという概念ではないのですけれども、ファイル共有ソフトを使ってアップロードするといったような類型もあります。ファイル共有ソフト、古くはWinMXだったり、Winny、Share、Perfect Dark、あるいはトレントといったようなものが該当するということになります。それから、その他の類型として、組織、例えば会社だったり学校だったり、あるいは残念ながら官公庁のような所などでも確認をされているのですが、1つのソフトから複数台のパソコンに無断でインストールをしてしまうという行為、これが組織内の違法コピーとされているものですが、こういった類型もあります。それから非常に残念なのですが、コピー品と知りながらコピー品を入手してそれをインストールして会社の業務などで使用するというような類型も確認されております。

以上の四つの類型に基づきまして、説明を詳しくしていきますが、その前提としての著作権法違反というのはどういうことかというのを一旦整理しておきます。

3 著作権法違反行為とは

著作権法というのはルールです。したがってルールを破ってしまうと法的な責任が生じます。その法的な責任というのは、民事上の責任として、受けた損害の支払いをしるという損害賠償、その行為を止めるようにという差止請求などといった民事上だけではなく、刑事上の法的な責任を負うことにもなります。著作権法違反行為は、著作権違反と略して言われることもありますけれども、これは大別すると、著作権を直接侵害するという行為の類型と、直接侵害ではないけれども侵害とみなされる行為(みなし侵害行為)という2つの類型に分けることができます。



ACCS

著作権法違反行為(著作権の権利侵害行為)

(1)著作権侵害行為(直接侵害行為)
著作権法が定める複製や公衆送信などの利用行為(支分権に該当する行為)について、
①著作権者の許諾を受けず
②法定の除外事由がないのに
当該行為をした場合

(2)著作権侵害とみなされる行為(みなし行為)
(1)ではないが、著作権者の不利益となる行為について、
侵害行為と擬制するもの

例)海賊版であることの情を知りながら、販売目的での海賊版「所持」行為等

1つが著作権侵害行為というものなのですが、これは著作権法が規定する、複製ですとか公衆送信、それから上映といった支分権があります。著作権は権利の束と言われていますが、この支分権に該当する行為について、許可を得ず、また法定の除外事由がないのにその行為をしたときに直接侵害行為ということになります。

それから一方、支分権の該当行為ではないのですけれども、そのままですと著作権者の不利益となるような行為に関して、侵害とみなす、擬制するものが規定されています。例えばコピー品であるということを知りながら販売目的で所持をするといったような行為に関しては、みなし侵害行為と規定をされています。支分権に関しては、著作権というのは権利の束と言われていて、公表権、氏名表示権、同一性保持権から、複製権、上演権、上映権、公衆送信権、展示権、頒布権、貸与権、翻訳権、翻案権に至るまで、さまざまな権利の束で構成されているので、著作権侵害ということを中心とする場合には、これらのどの構成要件に該当するのかが指摘、主張をしなければなりません。

では、違反に対する刑事罰はどれくらいかと言うと、著作権法の119条に規定されていますけれども、10年以下の懲役又は1000万円以下の罰金ということで非常に重たい刑が予定をされています。懲役刑と罰金刑の併科でありますし、また、あまり知られていないのですが両罰規定ということで、法人が行った場合には、その法人に対して3億円という非常に高額な罰金も予定されているというところに特徴があります。なお、みなし侵害などに関しては、法定刑が少し下がってしまっていて、5年もしくは500万ということで規定をされています。

著作権法違反に関する刑事罰のポイントの2つ目として親告罪ということですが、公訴提起に際しては、被害者による告訴、処罰意思の表明、犯罪事実の申告と処罰意思の表明が必要という親告罪とされています。ただ、こちらについては平成30年12月の施行を受けた改正法に基づきまして、一部については非親告罪となっています。ですが、捜査を進めていくという意味では被害者の意向確認をするということがありますので、親告罪であるかもしくは一部非親告罪であったとしても、被害者の意向確認を進めながら捜査が行われるというのが実務的な流れとなっています。この後は

具体的な事例に関してご紹介をしていきたいと思いません。

4 摘発事件をもとにした著作権法違反事例

それでは次のテーマとしまして、具体的な著作権法違反の事例に関して、摘発された事件をもとにご紹介していきます。

類型① 実店舗の関与行為

類型1番目ですけれども、実店舗が関与するケースです。これは平成30年に摘発をされたゲームバーにおけるゲームソフトの無断上映の事例です。家庭用のゲームソフトをお店に置いて、お店がお客さんに遊ばせていたというものです。これはコピー品のゲームソフトなどを使ったわけではなくて、正規のゲームソフトを使っていて、かつ、1回遊ばすたびにお金を取るというタイプではなくて、そのお店に入場料のようなもの、飲食料を支払うと、サービスとしてゲームが遊ばすよといったような方法で営業していたという店舗に関する摘発です。

ここで考えていただきたいのですが、どうしてこれがいけないことなのかということですが、正規のソフトを使っているし、遊ばすについて直接お金を取っているわけでもないということなのですが、著作権者であるゲームソフトメーカーからしますと、元々家庭用のゲームソフトとして提供しています。したがって、少なくとも許可を得ない形で商用利用するというについては認めていないのです。逆に言うと、商用として使いたいという場合には、きちんと許可を得ようというプロセスがなければ、お店でどんな風に使われているかということもわからないということもありますので、許可がない限りは行なってほしくないということがあります。そして、今回のこのケースでは、警告をした店舗が摘発の対象になっておりますけれども、よく言われるのが、警告がなければ警察は来ないという、いわば都市伝説がありますが、もちろんそんなことはありません。著作権法の中でも、上映というのは少し特殊な内容でもありますので、違法行為をしている側が上映権の侵害の認識がない可能性もある、いわゆる違法性の認識ですけれども、そういったことを担保するためや、あるいは実際に警告をしたけどや

めないということが捜査機関による摘発ということの一つの理由にもなりますので、そういったことがあって警告を送付したというものになります。従って、必ず警告を送付しなければ事件にならないということではありません。必要があれば警告を送付するということです。非常に小さい事例で恐縮ですけれども、Nintendo SwitchですとかPlayStation 4のソフトでは、それぞれのお店で遊戯をさせていたということです。一部店舗では、PlayStation VRが遊戯できますよ、というようなことを宣伝していたものも確認されています。少し細かい話ですが、この上映の場合に、どういう犯罪事実になるのかというのを少し紹介したいと思います。被疑者は、「法定除外事由なく著作権者の許諾を受けないで」とありまして、「不特定の顧客に対しゲームソフトの著作物(タイトル)を遊戯させるためテレビモニターに映写して上映してもって著作権を侵害した」といった内容になっております。ここで適用される罪名及び罰条としましては直接侵害になりますけれども、著作権法22条の2の上映権があり、その侵害を行ったということで著作権法119条の1項、先ほど説明した直接侵害という類型になります。こういった犯罪事実に基づいて捜査、捜索、逮捕、起訴などが行われています。

類型② ネットでの海賊版販売行為

続きまして、インターネットを通じたコピー品販売の事例です。こちらは、三つほど、紹介をしたいと思うのですが、まず一つ目が、ネットオークションを通じたゲームソフトのコピー品販売という事案です。これは割と最近で、昨年(2020年)の11月に摘発された事例になります。内容としてはコピー品を違法アップロードされたサイトからファイルをダウンロードして入手、そしてそれを記録媒体にコピーした上でコピーソフトを起動することができるツールと一緒にして販売をしていた、というものになります。比較的古いゲームタイトルが今回のこの事件では立件対象になっておりますけれども、古いソフトだから価値がないかというところではありません。やはりゲームメーカーとしては古いタイトルであってもそれを正規の形で一つにまとめて配信なり遊んでもらうといったようなことも行っておりますので、古いから価値がないとか情報として価値がないということではなくて、そういうものに関しても当然経済的な価値があるということになります。

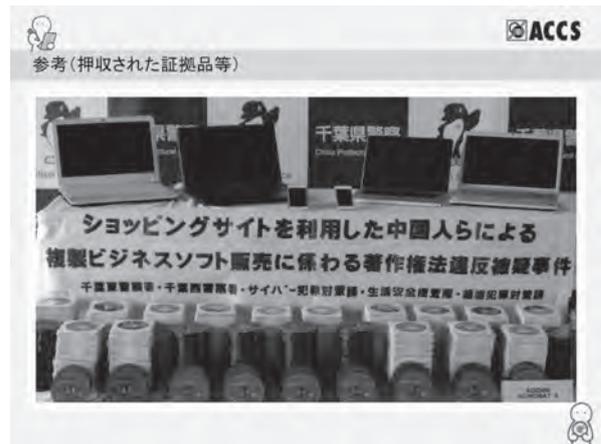
ビジネスソフトの事例でいいますと、これは少し古いのですけれども平成20年ということなので10年少し前の事例になりますが、ホームページ、ウェブサイトを通じたコピー品販売の事例です。この事件では、同じようにコピー品販売をして執行猶予中であった男性らが、再犯で行なっていたものに関して摘発が行われたというものです。非常に特徴的な事件だったのですけれども、元々、複数のホームページを短時間で次々に作っては消去し、ということを繰り返しながら販売をしていたというものになります。海賊版が海賊版を生むという構造が典型的だったのがこの事例なのですけれども、この男性らが他の知人であった友人にコピー品を売るためのノウハウがあるよ、ということ伝え、さらにそういったものも紹介をして販売を行っていました。また、別のグループがこの摘発された連中からそのノウハウを仕入れて販売をするという海賊版連鎖が起こってしまいました。

また権利者による「刑事後民事」が行われたということもポイントです。なかなか刑事事件の後に民事対応するというのはハードルがありまして、民事的な対応をするに際しても、どういうコピーソフトがいくらで何本売れたかということが特定できないと、権利者としては民事的な請求をすることができない。しかし、このケースではホームページにそういった情報が残っていたことで、裁判記録などを参考にして権利者が民事的な対応を行ったという実績があります。ここには書いていないのですが、この事件では、当時非常に珍しかったのですけれども、警察側がプロバイダーであるドメインの取得会社などにも協力してもらって、「この摘発されたホームページにアクセスをすると刑事摘発されました」といった表示をさせることで、事件摘発、事件検挙に行政的にも対応したところに特徴がございます。そういった非常に顕著な事例なのですが。

さらにこのホームページの事例というのは、こういった「ジャパネットおかま」という非常に著名なショッピングサービスの類似名称を使って販売を行っておりまして、ロゴも作っておりました。ロゴに合わせて「金利手数料はおお客様が負担」と書かれています。「お客様が負担」となっています。こういう改変を行ったりとか、それから「ONEOS」、「パソコンライフを快適に」といったようなページを作ったりとか、「エムドナルド」、あのハンバーガーショップですけれども、

ページのトップ画像の真ん中にいる人物、実は小さいんですが「ズナルド」というふうにかかれてます。こういったような著名な表示を無断使用して遊び心で使っていたのだと思いますけれども、それに関しても実は不正競争防止法の中に著名表示冒用というものがあるのですけれども、こういった不正競争防止法違反でも、この事件に関して摘発もされたというものであります。

ネットでの海賊版販売行為の三例目です。これも3年前、4年前になりますが、ショッピングサイトで非常に精巧なコピー品を販売していたという事件の摘発がされております。このショッピングサイトというのは、実はAmazonなんですね。虫眼鏡を使わないとコピー品かどうか見分けることができないというレベルの精巧さなのですけれども、Amazonを通じて非常に精巧な海賊版が大量に販売をされていたという事件が摘発されています。それだけ非常に精巧で、ある意味、使えてしまうということがありましたので、多くの販売がなされてしまい1万4000枚が販売され、少なくとも1億2000万円ぐらいの売り上げがあったということです。また非常に大量のグッズも押収をされているという事例になります。こういったショッピングサイトなどに、よもやコピー品が紛れ込んでいるということは一般の方はなかなか思いつかないでしょうから、そういった意味でも非常に問題のあったストアだったのですが、検挙がなされたというものになります。コピー品販売の犯罪事実の例を申し上げますと、「法定除外事由なく著作権者の許諾を受けずにソフトウェアを複製の上それらが侵害されたものであることを知りながら有償頒布をもって著作権を侵害する行為とみなされる行為を行ったものである」といったような例がございます。この事例では前段で自らコピーをしていて、そのコピーした上でそれを販売したという内容になっておりますけれども、前半の複製の点に関しては直接侵害になるので著作権法21条の複製権、それから直接侵害なので119条1項の直接侵害の適用があります。また後段の、知りながら販売をしたという行為は、これはみなし侵害行為になりますので、著作権法の113条1項2号それから119条の2項3号ということの規定を受けるという形になります。著作権法の条文にもぜひ当たって確認してみてください。



類型③ ネットへのアップロード行為

それから、著作権法違反事例として3番目の類型、ネットへのアップロード行為に関してですが、こちらは、出版関係、漫画作品とか雑誌ですね、こういった摘発が最近多くなされております。ひとつが「はるか夢の址」という、侵害ファイルを集めて集約をされているサイト、いわゆるリーチサイトですけれども、そういったリーチサイトを通じた漫画などのアップロードということで9名以上が逮捕されるというものがございました。この事件でACCSは、具体的に被害額の算定に関して協力をさせていただきまして、漫画だけでも一年間で731億円という金額を算定しています。非常に大きな被害があるという事例になります。この事件では、最終的に約50作品だったと思いますけれども、起訴の対象になりまして、そういったようなこともあって、初犯でありながら首謀者3名などに対しては実刑判決が言い渡されています。それから最終的にはその後、出版社1社が民事的な請求をしまして、1億6千万円の損害賠償ということで結果が出ております。それだけ非常に悪質な事案だということになります。

それから漫画が続きますけれども、ネタバレサイトというのがあります。これは発売の前に、どういう内容が掲載されているのか、画像を一部差し込みながら、内容を紹介するといったようなものですけれども、これに関しての摘発がされています。ネタバレを行って摘発された連中は、このネタバレサイトの運営に際してアフィリエイト広告をつけることを目的としていて、摘発された一つの事例では、少なくとも3億円という非常に多くの収益を上げていたというところに特徴が

あります。ネタバレ自体が何で問題かというところなのですが、権利者側からすると発売された後に感想を掲載するといったようなこと自体に関して、例えば漫画をそのまま転載するといったようなことがなければ問題視するということはそうないと思うのですけれども、少なくともネタバレというのは発売日より前に掲載をされるというところに特徴があります。そうすると内容がまず不完全であるということがありますし、誤った形で読者に伝わってしまうし、また加えてやはりフリーライド的な要素も少なからずあるといったこともあって、権利者としては、これに関しては非常に許せないということで対応を行ったということになります。それから問題として、残念ながら発売日より相当前に漫画が入手できてしまうようなお店もいくつかありますが、これは流通の過程上仕方がない部分もあるので、そういったところから入手して掲載をしていたという実態が明らかになりましたので、警察側でそういったお店に対しては実は指導なりを行って防犯的な対応というのも行っております。

それから最近では非常に話題になりました「漫画村」。残念ながら見たことがあるという方もいるかもしれませんが、漫画村の摘発です。これは首謀していたとされる人物が国外に出国して逃亡していたのですけれども、現地フィリピン共和国の協力も得まして、最終的には日本に強制退去させられていて、摘発され、逮捕起訴されたという事例になります。現在も公判が続いているという状況になっています。

その他ファイル共有ソフトによるアップロードということで、長らく警察庁を中心として複数の県で一斉検挙というのも行われております。平成 25 年の摘発のときには全国の 47 都道府県警察が連動して一斉取り締まりを行ったというものになります。ネットでの無断公開の事例、犯罪事実の事例ですけれども、同じように、「法定除外事由なく許諾を受けずに著作物を自動的に公衆送信しうるようにしもって著作権を侵害した」といったような内容になっています。このケースではファイル共有ソフト Share を通じたアップロードですので、Share を作動させ、というような記載になっています。インターネット上での無断公開なので、公衆送信権、著作権法の 23 条 1 項を受けて、119 条の 1 項を直接侵害ということで罪名及び罰条が適用されることとなります。

類型④ その他(海賊版業務使用行為)

それから著作権法違反事例の最後の類型として、海賊版の業務使用というのがございます。これはコピー品であることを知りながら、それを会社の業務で使っていたという事例ですけれども、ここで被害を受けたのは、CAD ソフトです。設計製図専用のソフトで非常に高額なソフトです。1 セットをフルで揃えると 1000 万円近い価格のあるソフトなので、こういったものを 5 万円だったり 10 万円だったり、酷いと 5000 円とか、そういった形で入手して使っているということが確認されています。このときには最終的に購入をして使用していた代表と、それから法人自体についても送検対象になりましたけれども、法人に関しては既に触れたとおり、罰則は両罰規定で最高 3 億円ということがあります。加えまして、会社が著作権侵害などで立件をされますと、競争入札などで業務を請け負っているようなケースがあると思うのですけれども、そういった指名競争入札に参加する際の資格が満たされずに業務を得られないということが特徴としてあります。これはいろんな県などで規定をされておりますけれども、そういう違反があった場合には入札に参加できませんと規定しているということですね。そうすると一定期間ではありますけれども、会社で行った場合に仕事を取って来られなくなるということがありますし、またそういったことに関して融資元である銀行などにそれが発覚した場合には、場合によって融資の中止といったようなこともあり得るということで、会社なり法人による著作権法違反というのは、罰金だけではなくて事実上のリスクも大きくあるというところに特徴があります。

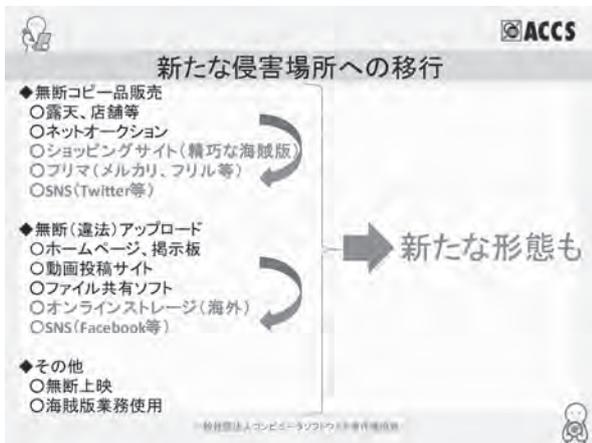
長くなりましたけれどもその他の資料としてお配りしている PDF にはポイントになりそうな摘発事例も紹介しておりますので、時間がある時に見ていただけたらと思います。

5 新たな態様による権利侵害

これまでは侵害の変遷ですとか具体的な事例を見てきましたけれども、最後に、最近生じている新たな侵害対応の紹介と、それから、それに対する ACCS としての取り組みをご紹介したいと思います。

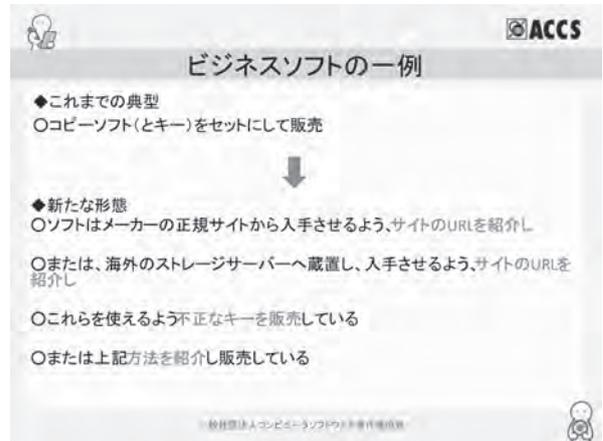
新たな侵害の対応ということなので、ま

ずは侵害として利用されている場所が移行しているというところに特徴があります。古くは、コピー品販売であれば店舗があってインターネットオークションなどがあって、ということなのですけれども、それに加えて、最近ですと、先ほど紹介したショッピングサイトですとか、フリマアプリを通じたパターン、それから SNS で告知をして集客をするといったような方法も見受けられております。このように侵害の場所が移ってきているということです。それからアップロードに関しては、古くはホームページ、ファイル共有ソフトというのがありましたけれども、最近ではそのサーバーが海外のオンラインストレージを悪用したり、あるいは動画を投稿するに際しても、動画投稿サイトだけではなくて SNS 上に投稿するといったように、侵害の場が変遷しています。



加えて、その方法、侵害の場所が移行するだけではなくて、それらを組み合わせたような新たな方法、形態というのも確認をされているという状況になっています。ビジネスソフトの例で紹介をしますと、これまでのビジネスソフトの典型的な違反例としましては、コピーソフトを作って、それをコピーソフトを動かすことができるキー、インストールキー、ライセンスキーというものをセットにして販売するというのが典型例でした。このケースで言えば当然コピーソフトを作ったり売ったりするというのが著作権法の直接侵害だったら、みなし侵害になるということなのですけれども、これに加えて新たな方法として、ソフトの入手に関してはメーカーが提供している正規のサイトから入手させるように URL を紹介するか、もしくは海外のサーバーなどに蔵置した上で、その URL を紹介する、加えてそれらを入手させた上で、使えるような不正なキーだけを販売している、もしくはこういっ

た方法を紹介する内容、こういう情報そのものを販売をする、といったような方法が出てきております。



どうしてこういうことが生じているかというところなのですけれども、やはり背景としては正規のビジネスの環境変化というのが大きいと考えられます。ビジネスソフトで言いますと、古くは5インチや3.5インチのフロッピーディスクというものから、CDやDVDのパッケージによる流通が主でしたけれども、最近ですとクラウドを使った、パッケージがない形でソフトが利用できるということで変化が起こっております。それからゲームソフトの関係で言うと、家庭用ゲーム機がインターネットに接続されず、個人の領域で、個人だけで楽しむというものが主でしたけれども、そういったものだけではなくて、オンラインに接続して不特定の全世界のユーザーと遊ぶことができるということでサービスが拡張されています。それから出版関係などで言うと、今もちろん紙による提供はあるわけなのですが、加えて電子によるといったようなことで、いずれもネットワークを活用したサービスの展開が起こっているということが、この侵害の新たな対応が生じている背景としてはあげられると思います。

ここで言うところの問題となる部分なのですけれども、何が問題かと言いますと、はっきり言うと、著作権法の中にはこれまで簡単に説明した通り、コピーをしたりインターネット上で公開をするといったような事に関しては権利が規定されているので、権利が及ぶ、つまり権利者として不正なことがあったときには対応することができるのですが、例えばビジネスソフトであれば、クラウドで使うといったような行為だったり、あるいはゲームを遊ぶ、上映するではなくて遊ぶ、といったような行為、などに関しては元々権利の規定が

ないので、及ばないということがあります。権利が及ばないということは、対応することができない、ということが問題としては大きい部分になってしまいます。

具体的にどういうことが起こっているかと言うと、ビジネスソフトで言うと、ソフトを使うために配布をされているシリアル番号などが不正に流通しているというのが問題としてあります。正規のユーザーであることを確認するためなどに使われるのがこのシリアル番号と言われるものなのですけれども、こういったものが流通しております。でも、これはもう古くからの問題でありまして、単なる英数字の羅列なので、著作権法の保護の対象である著作物ではないことから、少なくともこれまでは直接対応することが困難という状況が続いていました。これが平成30年の不正競争防止法という、著作権法ではない法律が規定されることによって、最終的には現在では対応することができるようになってきております。それからゲームソフトの話でいうと、パラメーターを勝手にいじって強くしてしまうといったようなことが問題としてありました。ゲームを始めた時からお金が最大あるとか、あるいはアイテムが全部揃ってしまっているとか、そういったような改造行為ですね。こういう改造行為に関しても、改造される対象というのはデータそのものになりますので、データそのものは著作権法の保護対象ではないということから、直接対応をすることができなかったということなのですが、これに関しても同様に、不正競争防止法による対処対応というのができるようになってきております。こういった改正をするに際して、ACCSとしては実際の実態ですとか、そういったものを集約しながら改正に際しての提言などを行うということも行なっています。

ACCS

実際に起こっている問題とその対応①

- ◆ビジネスソフト業界関連
 - アクティベーション(認証)回避
 - シリアル番号の不正な流通
 - 著作権法では対処不可(これまで)
 - 改正不正競争防止法による対処(30.11.29~)
- ◆ゲームソフト業界関連
 - パラメータの改造によるチート行為
 - 起こりえない状況でゲームを進める
 - 強いキャラクターの濫造
 - 著作権法では対処できない
 - 改正不正競争防止法による対処(30.11.29~)

© 2021 知的財産庁

そのプロダクトキーの販売に関しては、最終的に処分の結果としては嫌疑不十分ということで不起訴となったというものですが、摘発事例があります。それからパラメーターをいじってしまうというそのセーブデータの改造なのですけれども、これに関しても改造を受けることを業としている改造代行という類型と、それからそういう改造を可能にするようなツールを販売していた法人などに関しても、摘発がなされています。これらも業界としてはこれまで直接的な対応ができなかったものに関して、著作権ではなく不正競争防止法という法律によって対応しております。

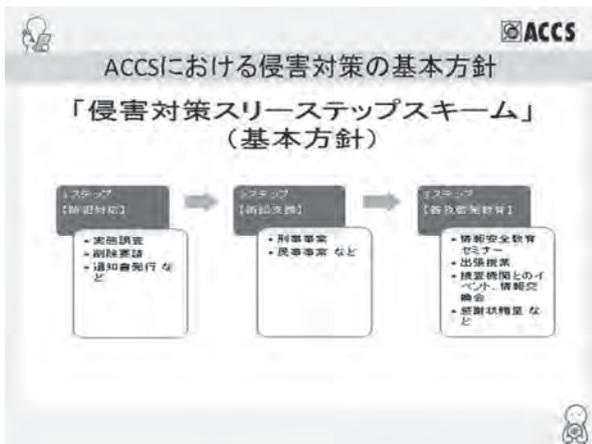
それからコンピュータープログラムや出版それから映像、あらゆるコンテンツで共通する問題なのですけれども、リンク集、リーチサイトというのが問題としてあります。コンテンツなどを侵害するファイルのリンクを集めて、そういうものを紹介するようなサイトのことをリーチサイトと言っていますけれども、リンク行為そのものが侵害行為ではありませんので、それを集めたものであったとしても、これまでは著作権法違反にはならなかったのですが、2020年の10月1日に改正著作権法が施行されて、今はこれらの行為に関しても違反ということになっています。

著作権法に関しては毎年改正をされておりまして、例えば親告罪の部分を一部非親告罪にするといったような改正です。その他、リーチサイトの対策として、リーチサイトを運用する行為を刑事罰の対象に加えるとか、それから2021年1月1日からですけれども、違法と知りながら侵害コンテンツをダウンロードする行為に関して、一定の要件下ですけれども、違法とする、いわゆるダウンロード違法化の拡大といったようなことも、改正、施行されるというような流れになっております。こういったような新たな侵害の類型に関しては、繰り返しになりますけれども、著作権法の適用をしながら、加えて不正競争防止法、あるいは、例えばオークションの出品画面などで登録商標を使用しているような場合には商標法違反ということで、複数の法律などを駆使しながら対応しているというのが特徴です。

6 ACCSによる著作権侵害対策の活動

最後に、こうした著作権や、その他の侵害に関して、どういう対応をしているかということを紹介いたします。

ACCSでは、この侵害対策をスムーズに行うために、3ステップスキームという方針を定めて行なっています。3ステップの最初、ファーストステップは防犯的な対応ということで、侵害が起これにくいようにする、事前に防止をするためにその一環としての実態の調査だったり、あるいは違法行為をしている人に対して注意喚起をしたり、ということを行っています。そういったことをしても乗り越えてくる人は当然いるので、その人たちに対してはセカンドステップとして、実際に法的な手続きを権利者が行うわけですが、その支援を行っています。そしてサードステップとして最終的にはそれを侵害対策の観点から広く知っていただくということで、例えば警察と連携したイベントだったり、あるいは私自身もそうですけれども、警察の学校に行って著作権の侵害の実態などについてお話をさせていただいたりとか、広く知っていただく活動を行っています。



実際に刑事事件に関して言いますと、これまでに約820件近い実績があります。この数字が多いか少ないかを考えてみると、実はご存知の通り、警察庁が例年、こういった摘発の実績などについてホームページで掲載をされていますので、その辺りを見ながら比較をしてもらおうというかと思うのですが、ACCSでは、平均するとだいたい1年に20件から30件近く、多い時には1年に90件近い支援を行ったという実績があります。それから組織内での不正コピーに関して、これも長らく支援を行って来まして、権利者が和解した金額として100億円近いという非常に金額が表すとおり、違法コピーが多くあったのですが、これらについても最近是非常に改善されてきている状況になっております。

ACCSの取り組みとしては、こういった侵害対策を警察と連携し、あるいは会員会社から相談を受けながら対応するわけですが、それだけではなくて、他の権利者や権利者団体とも連携しながら対応ということも行っています。その一つが不正商品対策協議会という、まさに偽ブランド、違法コピー品など不正商品に関して、対策をみんなでやって行きましょう、普及啓発をみんなで一緒にやっていこうという協議会が警察庁の傘下にありまして、こういったところを通じて共同のイベントを実施するというようなことも行なっております。

それから権利者団体だけではなくて、時には権利侵害対策の関係では敵対すると思われるようなオークション事業者やフリマアプリの事業者などとも、共同連携して対応することを行っています。これが「インターネット知的財産権侵害品流通防止協議会」というものなのですが、これは権利者とインターネット事業者などが加盟をして構成されている会議です。権利者としては侵害を防止したい一方、事業者としては少なくとも商品の流通をさせたい、というところで対立することがあるのですが、侵害品の排除という意味では共通の目的がありますので、事業者とも連動しながら対応ということを行っています。同じように、ファイル共有ソフトの対策という意味では、インターネットプロバイダーさんとも連携をして警告のメールを送付するなど協力して活動を行なっております。

ということで、著作権の侵害対策というのは、まさに安全安心という意味では、一番の抑止としては警察による摘発ということになります。日本は行政国家的な側面が強く、警察による摘発によって国民が悪いことという認識を強め、より防犯的になります。そして侵害行為は止まり、それが広報されれば抑止にも繋がるわけですが、それだけでは当然のことながら、安全安心は守ることはできません。今回はインターネット上での情報の流通というところとの関係で、著作権法の中のコンテンツの侵害についてお話をしてきましたが、それを実行するためには権利者が実際に努力するということがあります。それから権利者団体、我々のようなACCSや他の団体などが、ときには事業者と連動しながら対応ということ、広くきちんと権利が守られるという活動を行っています。そのためには法律をきちんと知ってもらうということとか、それからそのための教育ということも必要になっ

てきますし、技術的に守っていくことも必要なのです。「法」「電子技術」「教育」これらの三つのポイントをバランス良く組み合わせながら活動を行っているのがACCSということになります。



今後、皆さんが社会に出られてからも、この著作権ということが絡まないことはないはずです。ぜひ著作権についても興味を持っていただいて、今日学んだことを活かしていただければと思います。非常に短い時間で、かつ駆け足でございましたけれども本当にありがとうございました。もし何か分からないことがあれば、いつでもご質問いただければと思います。

2020年度事業報告

国際知的財産研究所研究会

(第1回例会)

日時：2020年7月29日(水)18時30分～20時

会場：Zoomによるリモート開催

演題：最近の著作権侵害事件について—情報社会と知財秩序の観点から—

講師：一般社団法人コンピュータソフトウェア著作権協会 専務理事

山口大学 特命教授 久保田 裕 氏

(第2回例会)

日時：2020年9月30日(水)18時30分～20時

会場：Zoomによるリモート開催

演題：「ニュー・ノーマル」に向けた知財戦略—知的財産推進計画2020—

講師：内閣府 知的財産戦略推進事務局参事官(産業競争力強化担当)

小林 英司 氏

(第3回例会)

日時：2020年11月18日(水)18時30分～20時

会場：Zoomによるリモート開催

演題：デザイン成果と知的財産権の関係

講師：ソニー株式会社、クリエイティブセンター・企画推進グループ

増田 光吉 氏

(第4回例会)

日時：2020年12月16日(水)18時30分～20時

会場：Zoomによるリモート開催

演題：キヤノンの知財戦略と現場の実務

講師：キヤノン株式会社 知的財産法務本部本部長室 統括管理課

渡辺 崇仁 氏

(第5回例会)

日時：2021年1月18日(月)18時30分～20時

会場：Zoomによるリモート開催

演題：先行特許検索の容易化に関する一考察

講師：国際知的財産研究所・研究員

菅野 政孝 先生

以上

Journal of Intellectual Property

CONTENTS

【ARTICLES】

Yoshihiro Kanazawa, *Recent Activity Relating to Intellectual Property in Academia*

Takashi Saito, *A Study on the Omission of the Author's Name*

Tetsuya Mori, Hiroshi Kato, *Verification of the "Oughtness" or "Justifiability/ Justice" of the Intellectual Property System in the World Market under the TRIPS Agreement*

【NOTE】

Teruyoshi Masuda, *Relationship between Innovative Design Development and Intellectual Property at Sony Corporation*

【CASE COMMENTS】

Hiroshi Kato, *The Case that Stated an Interpretation of "Support Requirement" under the Patent Act: The IP High Court Case; July 2nd, 2020 "Case of Boronic Acid Compound Formulation"*

Toshio Takeuchi, *A Case Finding Right of Prior Use in the Design of an Electronic Cigarette Case / Case No.2017 (wa) 849*

Kazufumi Yasuda, *A Case in which Stealth Marketing Activities Related to the Ranking Manipulation of a Word-of-Mouth Site were Recognized as Misleading Activities. Osaka District Court Decision, April 11, 2019, Law Cases Reports No. 2441, page 45, "Case of Manipulating the Rankings of a Word-of-Mouth Site"*

【LECTURE RECORD】

Yutaka Kubota, *Actual Condition of Copyright Law Violations and Countermeasure Activities by ACCS*

『日本大学知財ジャーナル』執筆要項

平成 24 年 10 月 25 日国際知的財産研究所運営委員会決定

1 文章・表現

原則として常用漢字，現代仮名遣いを用いる。学術上，必要な限度において，他の漢字を用いるものとする。

2 体裁

- ① A4判(縦)にて横書きとし，論説は，20,000字前後を標準とする。
判例研究等は，10,000字前後も可とする。
- ② フォントの設定は，明朝体の10.5ポイントを基本とする。
- ③ 見出しの数字は，一番大きいものから，Ⅰ → 1 → (1) → ① とする。
- ④ 図表は，各一点を600字とみなす。
- ⑤ 内容は，知的財産に関わる研究であり，原則として，未発表，未投稿のものとする。(研究領域の具体例としては，知的財産法・制度，知的財産政策，知的財産判例研究，知的財産会計・経営，知的財産国際問題，産業技術と知的財産，知的財産人材育成などがあげられる。)
- ⑥ 法令の条数(条・項・号)の記載は，ローマ数字表記とし，条数の前に「第」を記載しないこと。ただし，「1条の2第1項」という場合は除く。同一法令を並べるときは「・」(ナカグロ)で，他の法令の乗数を並べるときは「，」(カンマ)でつなぐ。〔例〕 憲法13条・14条，民法90条
- ⑦ 論説には要旨(400字以内)を付すものとする。

3 文献の引用と表記

本文の該当箇所の上部分に ⁽⁷⁾ のように注記番号を付して，本文末にまとめて，引用文献・資料等を表示する。

① 雑誌論文

執筆者名「論文名」雑誌名 巻 号(発行年) 頁

〔例〕 甲野太郎「●●●●●●●●」日本知財学会誌〇〇巻〇〇号(20XX年)100頁以下

② 単行本

執筆者名『書名』 頁(発行所名，版表示，発行年)

〔例〕 乙野次郎『知財学』250頁(〇〇出版，第4版，20XX年)

・シリーズ名，サブタイトルは必要に応じて入れる

・書名に改訂版，新版等が表示されている場合は，書名の一部として表示し，書名にそれぞれが表示されていない場合は()内に入れる。版表示については，初版本については入れない。

・共著者の場合は，執筆者「論文名」共著者『書名』頁(発行所，発行年)または，共著者名『書名』頁〔執筆者〕(発行所，発行年)とする。

〔例〕 丙野三郎「●●●●●●●」丁野四郎，戊野五郎『知財法』350頁(〇〇出版，20XX年)

丙野三郎ほか『知財法』350頁以下〔丙野〕(〇〇出版，20XX年)

③ 判例研究等

雑誌の場合；執筆者名「判批」雑誌名 巻 号(発行年) 頁

「判例批評」「判例研究」等の判例研究は、原則として表題を掲げずに「判批」「判研」とする。判例百選等の判例解説ものについても「判批」として扱う。ただし「判例解説」(最高裁調査官解説)の場合は「判解」とする。

単行本の場合；執筆者名『書名』事件または 頁(発行所名, 発行年)

④ 判 例

裁判所名→判決・決定→元号年月日→判例集名→ 巻 号 頁

〔例〕最三小判平成 15・10・7 刑集 57 巻 9 号 1002 頁

知財高判昭和 55・12・24 判時 994 号 51 頁

東京地判平成 10・5・28 判タ 1016 号 121 頁

大阪地判昭和 59・10・30 判タ 543 号 263 頁(手提袋の提手事件)

福岡地大牟田支判昭和 45・2・27 判タ 253 号 302 頁

⑤ 先例, 通達

〔例〕昭 41・6・8 民甲 1213 号民事局長回答

以 上

執筆者紹介(掲載順)

| | |
|------|---|
| 金澤良弘 | 日本大学 法学部 特任教授 |
| 齋藤崇 | 日本大学 法学部 助教 |
| 森哲也 | 校友, 弁理士, 日栄国際特許事務所 会長, 日本大学大学院法学研究科 博士後期課程 |
| 加藤浩 | 日本大学法学部 教授 |
| 増田光吉 | 校友, 弁理士, ソニー株式会社 クリエイティブセンター ソニーデザインコンサルティング株式会社, 拓殖大学 工学部 非常勤講師 |
| 竹内敏夫 | 日本大学 法学部 教授 |
| 安田和史 | 校友, 株式会社スズキアソシエーツ 取締役, 日本大学 非常勤講師, 東海大学総合社会科学研究所 研究員 |
| 久保田裕 | 校友, (一社)コンピュータソフトウェア著作権協会 専務理事, 山口大学 特命教授 |

編集委員

加藤 暁子
加藤 浩
齋藤 崇
坂本 力也
竹内 敏夫
友岡 史仁
中村 進
三村 淳一
若林 広二

日本大学法学部国際知的財産研究所紀要

日本大学知財ジャーナル

Vol.14 2021.3

2021年3月19日 発行

編集・発行 日本大学法学部国際知的財産研究所
〒101-8375 東京都千代田区神田三崎町2-3-1
印刷 株式会社メディアオ
