

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.15 | 2022.3

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.15 | 2022.3

目 次

【論説】

・「実施の事業とともにする」通常実施権の移転に関する考察	…………… 竹 内 敏 夫……………	5
・中国における著作権法第三回改正の解説：経緯，内容，課題	…………… 劉 斌 斌……………	13
・刑事法的アプローチから見る著作権法制の「規範的主体論」	…………… 藤 田 晶 子……………	25
・著作権法 35 条 1 項ただし書きの「不当に害すること」の判断	…………… 齋 藤 崇……………	37
・台湾商標法における商標権の効力範囲に関する考察 —著名な登録商標の保護について—	…………… 尹 復 興……………	51
・中国における知的財産仲裁に関する考察	…………… 徐 斌……………	67
	(日本語訳：劉 斌斌)	
・化学分野における特許出願戦略と AI の活用	…………… 荒 井 康 昭……………	77

「実施の事業とともにする」通常実施権の移転に関する考察

竹内 敏夫^(*)

特許法 94 条 1 項には、通常実施権が移転できる場合として「実施の事業とともにする場合」と規定している。かかる規定から「実施の事業とともにする場合」には通常実施権を特許権者の承諾なく自由に移転できると解釈できるが、それによりライセンサーである特許権者に多大な影響を与え、また実務的にも知的財産に関するデューデリにおいてリスクとなる可能性が指摘されている。本稿では、特許法 94 条 1 項の歴史的経過も踏まえて、この規定が強行規定か、任意規定なのかという法的性質を検討すると共に、通常実施権の基となるライセンス契約の契約上の地位の移転との関係や対抗要件などについて考察を行う。

I. はじめに

1. 特許法 94 条 1 項をめぐる状況

デジタル化の進展とともに Web 上でのサービスを行うベンチャー企業などを中心に、企業の事業譲渡や会社分割などが多くなってきている。企業の事業譲渡が行われる場合、知的財産の権利の帰属や、その権利の価値評価などを行う知的財産に関するデューデリも近年重要となっている。

一方、平成 18 年度の調査⁽¹⁾によれば、通常実施権の総数は 10 万件と推計されており、その件数は非常に多く、特許権者は権利を取得した技術を全て自ら事業化する必要はなく、技術によっては、自社では実施せずに他社にライセンス供与し、事業化リスクを分散しつつ直接収益を上げることで特許権等を有効活用することが一つの重要な経営戦略となっている。

ここで、通常実施権の移転については、特許法 94 条 1 項に「通常実施権は、第八十三条第二項、第九十二条第三項若しくは第四項若しくは前条第二項、実用新案法第二十二條第三項又は意匠法第三十三條第三項の裁定による通常実施権を除き、実施の事業とともにする場合、特許権者(専用実施権についての通常実施権にあっては、特許権者及び専用実施権者)の承諾を得た場合及び相続その他の一般承継の場合に限り、移転することができる。」として、通常実施権が移転できる場合を限定的に規定している。この中で特許法独特なものとして「実施の事業とともにする場合」が規定されている(なお、実用新案法 24 条 1 項、意匠法第

34 条 1 項)にも同様の規定がある)。

この点、特許法 94 条 1 項の「実施の事業とともにする」通常実施権の移転については、特許法等に独特な規定であるにもかかわらず、これまでこの点が主要な争点となった判例がない。

一方で、本規定の文言上、特許権者の承諾もなく、実施の事業とともに通常実施権の移転が行われるように解釈できるため、企業の事業譲渡が多くなるにつれて、ライセンサーである特許権者側のリスクとなるケースが指摘されている⁽²⁾。

本稿では、この特許法 94 条 1 項の「実施の事業とともにする」通常実施権の移転に焦点を当て、通常実施権の基礎となる契約上の地位との関係や、本規定が創設された時点での歴史的状況などを踏まえて、特許法 94 条 1 項の「実施の事業とともにする」通常実施権の移転について考察を加える。

2. 特許法 94 条 1 項の規定と問題の所在

特許法 94 条 1 項が「実施の事業とともにする」移転を規定した理由としては、「事業とともにする場合も承諾を要するもの」とすると、その承諾を得ることができない場合において、しかも事業は移転せざるを得ないときは、事業を移転しても設備を稼働することができないため、設備の荒廃をきたすことになるので、このような事態を防ごうとするものである。」⁽³⁾と説明がされている。

この点については、「もしこれを認めないと、事業が移転されて通常実施権が移転されず、その設備を除去しなければならない事態もありうるので、国民経済

(*) 日本大学法学部教授

(1) 産業構造審議会 知的財産政策部会 特許制度小委員会 通常実施権等登録制度ワーキンググループ第 1 回(平成 19 年 7 月 26 日)「配布資料 3」2 頁

(2) 大野聖二「OslawNees Lette Vol.31 知財デューデリジェンスの現場から(1)ー M&A がライセンスに生じた場合の問題点ー」(大野総合法律事務所) <https://www.oslaw.org/newsletter/031.pdf>

(3) 特許庁編「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 5 月 30 日)322 頁

上の観点から、この場合、特に、通常実施権の移転を認めたのである。』⁽⁴⁾とされ、国民経済上の見地から、事業の設備を保護するためにこのような規定がされているものと理解されている。

民法における不動産の賃借権の譲渡の制限(民法612条1項)や、商標法における通常使用権の移転(商標法31条3項)、著作権の利用許諾(著作権法63条3項)の移転などの規定と異なり、特許法における通常実施権は、「実施の事業とともにする」通常実施権の移転には、上述のようにライセンサーである特許権者の承諾が不要であると考えられている。

しかし、ライセンサーである特許権者からすると、特許法78条の通常実施権は、法定通常実施権や裁定による通常実施権と異なり、ライセンサーとライセンシーの信頼関係に基づいた契約により許諾されている。そのため、このライセンサーである特許権者の意思にかかわらず、「国民経済上の観点」から通常実施権が自由に移転できるとするのは、現代の感覚からすると違和感がある。

また、通常実施権の基礎をなすライセンス契約においては、契約上の地位についての譲渡禁止条項や、チェンジオブコントロール条項として経営権の移動があった場合には契約の即時解除が規定されている場合が多い。これらの契約上の規定について、特許法94条1項を任意規定とするか、強行規定とするかにより、このような契約上の規定が有効か無効かの問題が生じてくる可能性もある。

また、通常実施権が「実施の事業とともにする」移転が行われた場合は、この通常実施権の契約との関係で、その契約上の地位の移転や対抗要件についてもどのように考えるべきかについて整理をしておく必要があると思われる。

以下では、まず一般的な内容について検討した後、最後に各点について考察を加える。

Ⅱ. 特許法94条1項に関する歴史的経過と社会的背景

現行の特許法94条1項に相当する規定は、明治42

年の特許法改正により初めて登場する。明治42年における法改正の時代背景としては、日露戦争が終結し、もはや「殖産興業」を国策としてかけざる必要はなくなり、企業の集中と大規模化が進行し、日本の資本主義が発展した時期である。そして我が国の産業としても、軽工業及び重工業においてほぼ機械制産業が浸透してきた時代という背景があると説明されている⁽⁵⁾。

明治42年の改正は、この前の明治32年に行なわれた改正が条約加盟に必要な部分を主としたのに対し、出願人や権利者及び一般人の利益や保護を尊重するかたちで行なわれた点に特徴があり、この全面改正により工業所有権制度が旧来の殖産興業から資本主義社会の発展に対応した一つの成熟期であったことが示されている。

このような背景のもと、実施権に関する規定として、明治42年特許法第40条1項に「特許権者ハ特許発明ノ実施ヲ他人ニ許諾スルコトヲ得」と実施権に関する規定がおかれ、これに続けて2項に「前項ノ実施許諾ヲ得タル者ハ特許権者ノ承諾アルニ非サレハ其ノ実施権ヲ譲渡スルコトヲ得ス 但シ発明実施ノ事業ト共ニスル場合ハ此ノ限ニ在ラス」と規定されている。

また、特許法における他の実施権についてみてみると、現在の専用実施権に対応するものとして制限付き特許権の移転(明治42年特許法32条)が規定されている。また、特許無効前の実施による通常実施権(明治42年特許法35条)、他人の特許発明等を使用する場合(明治42年特許法38条)、軍事・公益上の特許権の取消等(明治42年特許法42条)、不実施の場合の特許権の取消(明治42年特許法47条)がそれぞれ規定されている。また先使用権に相当する規定(明治42年特許法29条2号)も見られる⁽⁶⁾。なお、この先使用権に相当する規定については、当時のドイツ特許法(1891年法)5条1項に規定されていた先使用権の制度を採り入れたものといわれている⁽⁷⁾が、前述の明治40年特許法第40条2項但し書きに相当する規定は他には見られなかったようである。

以上のことから、明治42年特許法により、現在の特許法における実施権制度に関する基盤が出来上がったともいえ、これらの整備により当時の特許発明の実施を促さんとする立法者の強い意図がうかがえる。

(4) 中山信弘 編著「注解 特許法〔第三版〕上巻」(青林書院 2000年8月25日)906頁

(5) 特許庁意匠課編「意匠制度120年の歩み」(特許庁 平成21年3月)26頁

(6) 明治42年の特許法では、法定実施権ではなく、特許権の効力が及ばない範囲として「特許出願ノ際現ニ善意ニ帝国内ニ於テ其ノ発明実施ノ事業ヲ為シ若ハ設備ヲ有スル者又ハ其ノ承継人ノ特許発明ノ実施」と規定されており、先使用権として規定されるのは大正10年特許法改正からである。

(7) 秋田将行「先使用権制度の歴史 出願時基準要件の成立とその周辺」(特技懇 288号 2018年1月25日)43頁

このような中で、明治42年特許法40条2項の解釈としては、実施権は債権関係であるため、この実施権を譲渡することができる場合としては、特許権者の承諾する場合が原則であり、例外として発明の実施の事業とともに譲渡する場合があり、この場合には特許権者の承諾がなくとも当然にその効力が認められる⁽⁸⁾とされている。

Ⅲ. 特許法94条1項の法的性質

1. 強行規定か任意規定かについて

特許法94条1項を解釈するにあたって、最も大きな問題は、この規定が強行規定か否かであり、それぞれ任意規定とする見解⁽⁹⁾と強行規定とする見解⁽¹⁰⁾がある。

任意規定とする見解は主に、実務的な不都合などからこの規定を任意規定として解釈しようというものである。このように任意規定であると解釈すると、ライセンス契約に「ライセンス契約に関する事業の全部又は一部については、相手方の承諾がない限り、第三者に譲渡することができない。」とのライセンシーの事業譲渡を制限する条項を入れることが可能となり、これに違反した場合には契約解除事由に該当するとすることで、通常実施権の許諾に関するライセンス契約を解除することも可能となる。

一方、強行規定とする見解は、特許法が事業を重視してあえてこのような規定を置いた趣旨から説明する立場である。この規定を強行規定として解釈した場合には、通常実施権者が、その実施に係る事業の譲渡を禁止する契約上の規定自体が無効と解釈され、通常実施権者により、特許権者に無断でその実施の事業とともに通常実施権が移転されても、契約解除事由には該当しないこととなる。

なお、特許法94条1項が強行規定であることを前提として、ライセンス契約において「ライセンス契約上の権利及び義務の全部又は一部については、相手方

の承諾がない限り、第三者に譲渡することができない。」と規定し、これに違反した場合は契約の解除ができる旨の規定が設けられることにより、実務的には対処がされていることが指摘されている⁽¹¹⁾。

2. 旧法における解釈

ここで参考のために、大正10年の特許法における解釈を取り上げる。大正10年特許法の第51条2項には、「特許発明ノ実施権ニシテ前項ノ実施権ニ非サルモノハ其ノ実施ノ事業ト共ニスル場合又ハ特許権者ノ承諾アル場合ニ於テハ之ヲ移転スルコトヲ得」として、「実施ノ事業ト共ニスル場合」が規定されている。

この規定が強行規定か又は任意規定かについては、強行規定であると解釈する立場が多かったようである。

その一つとして、永田菊四郎博士のものを取り上げると、「元来実施権は、特許発明の実施を為すことを正当とする法律上の力であって、其の実施行為の内容は製作、使用、販売、拡布なる経済的行為である。即ち実施権は斯かる経済的行為に依って或る特定の利益を享受することを本質とするものであるから、明らかに財産権である。従て特許法第51条を以て其の実施権の移転性を認めなくとも其の移転の可能な事は、自己の財産権を自己の意思に依つて処分するのであるから当然のことである。又実際問題としても吾人の社会的経済生活に於いて其の実施権移転の必然的必要性を生ずることあるべきは極めて自然であつて、特に法律を以て其の移転を禁止せざる限り之を阻止する訳にはゆかぬと思ふ。従て特に特許法51条第2項の規定を設けたのは、実施の事業と共に実施権を移転する場合並に特許権者が其の移転に同意する場合に於てのみ之れが移転を許し、其の他の場合には之れが移転を禁止する趣旨と解せられる。即ち同規定は実施権に対し其の移転性を付與したものではなく一種の制限的な強行規定だと信ぜられる。」⁽¹²⁾としている。

同様に旧特許法(大正10年法)第51条2項について、これを強行規定としている見解が多いといえる^{(13) (14) (15)}。

そして、強行規定であるとの解釈を前提として、実

(8) 松本静史「改正特許法要論」(明治44年1月15日 巖松堂書店)126頁には「実施権ハ債権関係ナルヲ以テ当事者間ニ於テノミ効力ヲ有スルモノニシテ第三者ニ対シテ効力ヲ有スルモノニアラス 従テ実施権者カ其実施権ヲ譲渡スルモ特許権者ニ対シテ当然ニ効力ヲ及ホスモノニアラス 唯特許権者之レヲ承諾スルトキハ其効力ヲ及ホスヘキコト論ヲ俟タサルナリ 然シテ作ラ茲ニ例外アリ発明実施ノ事業ト共ニ譲渡スル場合ニ於テハ特許権者ノ承諾ナキモ当然ニ其効力ヲ生スヘキモノトス」と解説されている。

(9) 野口良光「国内実施契約の実務」(発明推進協会 1990年8月1日発行)250頁

(10) 光石士郎「特許法詳説」(ぎょうせい 1976年)308頁

(11) 中山信弘、小泉直樹「新註解特許法(中巻)」(2017年9月1日)1566頁

(12) 永田菊四郎「工業所有権論」(富山房 昭和25年5月15日)527頁～528頁

(13) 吉原隆次「特許法詳論」(有斐閣 昭和2年5月)174頁

(14) 清瀬一郎「特許法原理」(巖松堂書店 明治44年)201頁

(15) 竹内賀久治「特許法」(巖松堂書店 昭和13年6月20日)414頁～415頁

施の事業と共にする場合において実施権の譲渡を禁止する特約についてはこれを無効と解釈している。その理由としては、①そのような契約は実施事業の譲渡をも禁ずることとなり、公益に反すること、②特許法は民法の原則に反してまでも事業設備を重視しており、この特許法の精神からやその構成から見るととき、特許法 51 条 2 項の規定は強行規定と解釈するのが至当であるとしている⁽¹⁶⁾。

また大審院判例の中で「実施権ノ移転ハ原則トシテ(特許法第 51 条第 1 項実用新案法第 26 条ノ場合ヲ除ク)特許権者実用新案権者ノ許諾アル場合又ハ実施の事業と共にスル場合ニ限り許サルコトモ(特許法第 51 条第 2 項実用新案法第 26 条)亦実施権カ本来債権関係ナルカ故ニ、特許権者実用新案権者ノ許諾又ハ承諾ト同一性質ヲ有スルモノト看做サルヘキ実施事業ノ移転ナル条件ノ下ニ移転を許容スルノ立法ヲ為シタルモノト解シ得ラルヘク」とある⁽¹⁷⁾。この大審院判例でも示されているように、通常実施権の「実施事業ノ移転ナル条件ノ下ニ移転を許容スル」場合が、特許権者からの許諾又は承諾と同一の性質を有する場合であると解釈している。

確かに、旧特許法(大正 10 年法)51 条 2 項は「実施ノ事業ト共にスル場合又ハ特許権者ノ承諾アル場合」として、「特許権者ノ承諾アル場合」と「実施ノ事業ト共にスル場合」とを並列して規定している。しかしながら、「実施ノ事業ト共にスル場合」には条文上は特許権者からの承諾は要件となっていないため、「実施ノ事業ト共にスル場合」には特許権者の承諾は不要で、実施権者は特許権者の承諾とは全く無関係に自由にその実施権を移転することができることも解釈できるが、あえて、この大審院の判決では、「特許権者実用新案権者ノ許諾又ハ承諾ト同一性質ヲ有スルモノト看做サルヘキ」と解釈している点が注目される。

3. 「実施の事業」の内容

「実施の事業」の「事業」解釈については必ずしも明確ではない。この点について、営業譲渡と同義に解釈する考えと、一部の事業の移転であってもこれを認めるとする考えと、事業の範囲を当該特許発明の実施に足るだけの事業とする考え⁽¹⁸⁾があり、この点についても通説としては固まっていないと考えられる。

4. 通常実施権と契約上の地位の移転

(1) 通常実施権設定契約とライセンス契約の関係

通常実施権を許諾する場合、その前提としてライセンス契約が締結されている。この「実施の事業とともに」する移転に伴って通常実施権を移転する場合、このライセンス契約の契約上の地位の移転との関係でどのように取り扱われるのであろうか。

(2) ライセンス契約とその内容

まず、契約の地位の移転について述べる前に、通常実施権の基礎となるライセンス契約の自体がどのような契約としての性質を有するかについて確認しておく必要がある。

通常実施権許諾にあたっての広義のライセンス契約は、通説的な解釈によれば通常実施権設定契約という準物権契約と、もう一つは狭義のライセンス契約と呼ばれる債権契約とに分けることができる⁽¹⁹⁾。

このうち通常実施権設定契約に相当するものは、特許法 78 条 2 項の「設定行為で定めた範囲内」に該当する部分(期間、場所、実施態様)であり、これに違反した場合は単に債務不履行というだけでなく、特許権侵害に該当することとなる。一方、債権契約に相当するものは、この「設定行為で定めた範囲」以外の契約部分であり、例えば、対価や数量に関する制限などがこれに該当する。契約の中でどこまでが準物件契約の範疇なのかについては少なくとも通説と言えるものはない。なお、この点に言及した判例としては、育苗ポット事件⁽²⁰⁾がある。この育苗ポット事件では、禁止条項の約定違反が問われたものであり、大阪地裁の第 1 審⁽²¹⁾では、特許権の本質を禁止権であるとしたうえで、「無断実施の禁止権を実現するために必要な範囲を超えるような、実施許諾に付された制限は、もはや特許権の本来の行使(物権的制限)には該当せず、単なる契約上の制限(債権的制限)にとどまると解するのが相当である。」と判示しており、大阪高裁の第 2 審でも基本的に同じ判断が示されている。

このように、ライセンス契約の中には、特許法 78 条 2 項の「設定行為で定めた範囲内」に該当する部分と、そのほかの債権契約に関する部分が含まれることは明らかであるが、どこまでが「設定行為で定めた範囲内」かについては、少なくとも「設定行為で定めた範囲内」

(16) 永田・前掲註(12)528 頁

(17) 民集第 17 巻第 18 号 1694 頁以下

(18) 中山信弘「特許法第 4 版」(弘文堂 2019 年 8 月)543 頁

(19) 島並良「特許ライセンスをめぐる最近の立法動向」(LEGALMIND 2008.04 No.282 神戸大学)

(20) 大阪高判平成 15 年 5 月 27 日平成 15 年(ネ)第 320 号

(21) 大阪地判平成 14 年 12 月 26 日平成 13 年(ワ)第 9922 号

に該当する部分(期間、場所、実施態様)は含まれるが、これに加えてライセンス契約のどこまで含むかについては争いがある。

(3) 通常実施権の移転とライセンス契約の契約上の地位承継

通常実施権の移転が行われた場合、この通常実施権のもととなるライセンス契約の当事者の地位にも変更が生じる。そのため、民法467条の「債権の譲渡(現に発生していない債権の譲渡を含む。)」は、譲渡人が債務者に通知をし、又は債務者が承諾をしなければ、債務者その他の第三者に対抗することができない。」との規定により、確定日付のある通知が必要となる。これは、通常実施権が「事業とともに」移転する場合も、通常実施権とそのもととなるライセンス契約は別であるから、このライセンス契約について契約の地位の移転が必要になると考えられる。したがって、この場合も通常実施権者は、契約上の地位の移転にともなう通知の特許権者に対して行う必要があり、この通知とこれに対する特許権者からの承諾がなければ、契約上の地位は譲受人である新しい通常実施権者は、第三者に対抗することができない。いわば特許権者をして、第三者に対する公示手段とする必要があるといえる。

(4) 通常実施権の移転と対抗要件

特許法99条では、「通常実施権は、その発生後にその特許権若しくは専用実施権又はその特許権についての専用実施権を取得した者に対しても、その効力を有する。」として当然対抗制度をとっている。この当然対抗は、平成23年に改正されたものであり、通常実施権の登録が手間とコスト面等の理由により実務上困難となっていることを踏まえ、通常実施権を適切に保護するためと説明がされている⁽²²⁾。

平成23年改正前の特許法99条では、3項で「通常実施権の移転、変更、消滅若しくは処分の制限又は通常実施権を目的とする質権の設定、移転、変更、消滅若しくは処分の制限は、登録しなければ、第三者に対抗することができない。」と規定していたため、通常実施権の移転が「実施とともにする場合」であっても、この通常実施権を登録しなければ、その特許権若しくは専用実施権又はその特許権についての専用実施権をその後を取得した者に対抗できなかった。そのため、特許法94条1項「実施とともにする場合」において、例えば当然に契約上の地位も移転すると考えたとしても、この従前の特許法99条3項により、その後に当該特

許権等を取得した者に対して対抗するためには、特許庁への登録が必要となっており、通常実施権の公示性が明確であった。

しかし、平成23年の法改正により当然対抗制度が導入されたことにより、特許法94条1項による移転が行われた場合にも、実施の事業とともに行われる通常実施権の移転により、この対抗要件を備えることとなる。

IV. 考察

1. 94条1項は強行規定か

特許法94条1項については、前述のようにこの規定を任意規定と解釈するか、強行規定と解釈するかについて検討する。特許法94条1項を実務上の問題から任意規定と解釈することも主張されているが、この規定を任意規定と解釈すると、特許法があえてこの規定を設けた趣旨が骨抜きになってしまうのではないと思われる。また、特許法94条1項は「実施の事業とともにする場合」だけでなく、「特許権者(専用実施権についての通常実施権にあっては、特許権者及び専用実施権者)の承諾を得た場合」、「相続その他の一般承継の場合」と並列に規定しており、任意規定とすると、全て確認的に規定したに過ぎないという結果となり不都合である。また、文理上も「場合に限り」になっていることから、通常実施権の移転については、立法者はこれらの場合に限定する意図があるといえる。そのため、この規定は強行規定であると解釈するのが素直な解釈ではないと思われる。

なお、前述のように旧特許法(大正10年法)ではあるが、同様な趣旨の第51条2項についても強行規定であるとする解釈が多く存在する。

この点、特許法94条1項を強行規定と解釈すると、通常実施権者はその実施の事業とともに当該通常実施権を移転する限り、特許権者の許諾を得なくとも自由にできることとなり、ライセンサーである特許権者にとっては、通常実施権者を信頼して許諾契約を行ったにもかかわらず、その不利益が大きすぎるのではないかという批判が考えられる。そして、強行規定と解釈するにあたり、この規定ができた時代背景を取り上げ、明治42年当時であれば日本の資本主義の成長期で、軽工業をはじめ重工業も機械化が進み、これら設備を

(22) 逐条解説・前掲註(3)330頁

保護することが国民経済上優先された時期であれば肯定できるかもしれないが、より経済的自由が進んだ現代においては、違和感があることからの批判と考えられる。

確かに、より経済的自由が進んだ現代においては、特許権者の不利益を無視して通常実施権者の自由な権利の移転を認めるのは違和感があることは理解できるが、これを任意規定と解釈しては、前述のようにあえて特許法が特許権者の承諾を得た場合や一般承継の場合と並列して、「実施の事業とともにする場合」を規定している意味がなくなってしまうといえる。したがって、上述の批判は、立法論等としては理解できるが、現状の条文の解釈論としては限界があるものと思われる。

2. 強行規定と特許権者の同意

特許法 94 条 1 項が強行規定であるとして、この場合に特許権者にとって不利益が及ばないようにするためには、どのようなことが考えられるのであろうか。

前述の大審院の判決にあるように、「実施の事業とともにする場合」が、これと並列して規定されている「特許権者から承諾」を得た場合と同一の性質を有すると考えられると指摘しているが、この判決ではこの点を詳細には語っていないが、この点を参考にして特許法 94 条 1 項を強行法規と解釈しつつも、何等かの形で特許権者からの承諾を得ることを前提としていると解釈できないであらうか。

前述のように、通常実施権許諾においては、その前提となるライセンス契約が存在する。従って、上述の大審院の判決も、このライセンス契約の契約上の地位の譲渡を行うにあたり、特許権者からの何らかの承諾を得ることを前提とし、これをもって特許権者からの承諾と同様に考えられていたのではなかろうか。

では、特許法 94 条 1 項の規定が強行規定であるとして、ライセンス契約の契約上の地位の譲渡との関係はどのように考えるべきであらうか。

特許法 94 条 1 項により、当然に契約上の地位が移転すると考えることもできなくはないであろうが、前述のように通常実施権の許諾と、それに関するライセンス契約とはそれ自体独立したものであるといえる。

しかし、ここで問題となるのは、通常実施権が「事業とともに」移転された場合である。この点については、ライセンス契約中の準物権的契約部分と、債権的契約部分の取扱についてはどのように考えるべきかを詳細に見ていくことにする。

これについては、ライセンス契約の準物権的契約部

分については、通常実施権が移転されるにしたがって移転し、債権的契約部分については別途契約上の地位の移転が必要であると考えすることはできないであらうか。

というのは、特許法 94 条 1 項が前述のように「事業とともにする場合」には、通常実施権の移転を認めている以上、ライセンス契約上の準物権的契約部分の移転を認めないと、この事業とともに通常実施権を譲受した譲受人の実施行為が、特許権侵害として責任を問われる可能性がでてくるからである。これでは、特許法がわざわざ規定を設けて、通常実施権の移転を認めたにも関わらず、譲受人の実施が特許権侵害となったのでは、この規定を設けた意味が失われてしまう。

そのため、ライセンス契約のうち準物権的契約部分については「事業とともに」移転するが、債権的契約部分については改めて契約上の地位の移転の通知の特許権者に対して行い、特許権から承諾を得る必要があるのではないかと考える。

この準物権的契約部分と債権的契約部分の切り分けについては、前述のように現状においては明確な線引きがないが、少なくともライセンス契約のうち準物権的契約部分については事業の実施と密接に結びついた部分が該当し、債権的契約部分については特許権者と当該通常実施権との間の個別事情に基づいて定められた部分であることは容易に推測される。

したがって、これによれば、事業とともに通常実施権の移転が行われ、その後譲受人がその通常実施権に基づいて事業を継続したとしても、これが直ちに特許権侵害となるものではなく、もともとの通常実施権者が債務不履行などの責任を負うに過ぎないと考えられる。

なお、どこまでが準物権的契約部分で、どこからが債権的契約部分であるかは、その事業や特許発明の内容等に応じて個々に判断する必要があるのではないかと考える。というのは、ライセンス契約といっても一義的はなく、当事者やその技術分野、又は企業の実施能力などの個々の状況・条件に応じて様々な規定が盛り込まれるのが通常であり、これを一律に取り扱うのは困難だからである。

もっとも実務上、ライセンス契約自体は、これら準物権的契約部分と債権的契約部分が一体として締結されることが通常であろうから、ライセンス契約に関する契約上の地位の譲渡について通知を行うことになると思われる。

3. 通常実施権の移転と対抗要件

平成 23 年の法改正により当然対抗制度が導入され

たことにより、特許法 94 条 1 項による移転が行われた場合にも、実施の事業とともに行われる通常実施権の移転により、この対抗要件を備えることとなるが、前述のように「実施とともにする場合」にそのライセンス契約の契約上の地位も民法 467 条の通知なしに移転すると考えると、何らの公示手段がなく、通常実施権が対抗力を備える事態も想定される。

この点、「実施とともにする場合」だけそのライセンス契約の契約上の地位が民法 467 条の通知なしに当然に移転するというのは、上述のように公示手段が全くなくなるという点でも、ライセンス契約の契約上の地位が民法 467 条の通知なしに当然に移転するとは考えにくい。

したがって、平成 23 年改正後は、通常実施権が「実施とともにする」移転である場合であっても、通常の通常実施権の譲渡等の場合と同じく、通常実施権の基となるライセンス契約について、民法 467 条の通知と承諾が必要となり、これにより第三者に対抗要件をできると考えることが通常であろう。

なお、通常実施権の譲渡等にあたって、従前の特許法 90 条による登録を行わず、民法 467 条による通知だけで十分かという点については、平成 23 年の改正当時から実務上の観点⁽²³⁾や民法上の観点⁽²⁴⁾などからも検討がなされている⁽²⁵⁾。

4. 「実施の事業」の内容

「実施の事業」の「事業」解釈については、前述のように営業譲渡と同義に解釈する考えと、一部の事業の移転であってもこれを認めるとする考えと、事業の範囲を当該特許発明の実施に足るだけの事業とする考えがある。

確かに、ごく些細な設備の移転とともに通常実施権の移転を認めてしまうと、結果的に事業のほんの一部の移転により通常実施権を自由に移転することを認めてしまうこととなる。

一方、これをあまりに厳格に営業譲渡と同義に解釈すると実施権者の他の事業との関係で設備の移転が事実上できなくなるか、あるいは結果的に設備の廃棄を招くことが指摘されている⁽²⁶⁾。

この点については、本来この規定が事業を移転しても実施権を移転し得ないならば、その事業設備が稼働し得なくなる場合を防止するための規定であるとすれば、この事業設備が稼働し得る範囲の事業の範囲と解釈することが最も妥当ではないかと考えられる。

5. そのほかの問題

(1) 企業買収の場合

大企業が中小企業を事業買収する場合がある。このような場合に、中小企業が当該事業に関して、他の企業から通常実施権を得て事業を行っているとき、その事業が大企業に買収されることによって、大企業にはこの中小企業の事業とともに当該通常実施権が移転されることになる。

このような場合、事業とともに通常実施権の移転がされる場合には特許法 94 条 1 項の規定によりこの大企業に事業とともに通常実施権が移転することとなり、通常実施権を許諾していた特許権者にとっては、通常実施権者が中小企業であったのが、いきなり大企業に変わることにより、通常実施権者の実施能力が大きく異なり、特許権者自身の事業へ影響を与える可能性があり、不都合が生じることが考えられる。これらの場合は、特許法 94 条 1 項の適用の限界であり、前述したように実務的には合併や事業の譲渡などをそもそもの契約解除事由として規定しておくことで実際上の不都合を解消することが行われている。契約上このような解除規定を設けること自体は特許法 94 条 1 項が禁止しているとは考えられないため、実際上はこのような不都合が起きないようにするためには、事業の譲渡にともなう契約解除などの規定を設けてバランスを取る必要があると考えられる。

(2) ライセンス契約上通常実施権者が実施の事業とともにする通常実施権の譲渡を禁止できるか

旧特許法(大正 10 年法)のころから、ライセンス契約上通常実施権者が実施の事業とともにする通常実施権の譲渡を禁止できるかということが問題となっていた。これは特許法 94 条 1 項が強行規定であるか、又は任意規定であるか争いがあったためであると思われる。

(23) 実務上の観点から当然対抗制度の問題点を考察としては、片山英二「当然対抗制度導入と実務上の問題点」日本工業所有権法学会年報 35 号 89 頁～102 頁などがある。この中では、ライセンサーの特許権が移転された場合における承継説、非承継説から特許権の承継が起こる場合毎に検討が行われている。

(24) 民法上の観点からの考察としては、鎌田薫「当然対抗制度と民法理論」日本工業所有権法学会年報 35 号 103 頁～120 頁がある。この中では「対抗」に関する基礎理論や対抗要件と公示の検討がされたうえで、通常実施権の対抗をめぐる解釈問題について検討がされている。そして、有償の通常実施権設定契約は賃貸借契約に、無償の通常実施権設定契約は使用貸借にそれぞれ準ずるものとし、それ以外の不爭条項が用いられた場合とそれぞれ場合に分けて取り扱うことが提案されている。

(25) 対抗要件に関する問題については、特許法 94 条 1 項独自の問題ではないため、本稿では詳細な検討は省略する。

(26) 中山・前掲註(18)542 頁

上述のように特許法 94 条 1 項が強行規定であるとの見解に立てば、通常実施権のライセンス契約において、通常実施権者が実施の事業とともにする通常実施権の譲渡を禁止するような規定を設けることはできないと解すべきである。これは、特許法では民法の原則よりも事業設備の保護を重視していることからそのように解釈されることが考えられる。

V. まとめ

特許法 94 条 1 項の「実施の事業とともにする場合」について検討してきたが、この規定についてはいまだ判例はない。また実務上は前述のように、ライセンス契約に事業が譲渡された場合には契約を解除する旨の規定がおかれていることが多く、これにより実際の問題となるケースは少ないとも考えられる。

しかし、同様な規定は、特許法 94 条 1 項だけでなく、専用実施権については特許法 77 条 3 項、また仮専用実施権については特許法 34 条の 2 第 3 項、仮通常実施権については特許法 34 条の 3 第 4 項にそれぞれ設けられている。専用実施権に関する特許法 77 条 3 項は、昭和 34 年法改正により、大正 10 年特許法の制限付特許権を改めて専用実施権制度として規定したものであり、同様に「事業とともにする場合は、特許権者の承諾なくして移転することができるとしたのは、事業を移転しても実施権を移転し得ないならば、その事業設備は稼働し得なくなる場合が少なくなく、ひいては国家経済上からの損失となるからである。」と説明がされている⁽²⁷⁾。

ライセンス契約において対処が可能としても、これらの条項がなく契約がなされた場合等には、特許権者にとって思わぬリスクが生じることが考えられる。企業や事業の流動性が高まっている現在において、このような規定の必要も含めて今後の議論が期待される。

以上

(27) 逐条解説・前掲註(3) P292

中国における著作権法第三回改正の解説：経緯，内容，課題

劉 斌斌^(*)

近年の中国では、著作権産業において、国民経済の比重や全体規模等が拡大すると同時に著作権侵害が氾濫し、著作権保護は未曾有の衝撃に直面している。第一回、第二回改正と違って、第三回著作権法の改正は、このような背景の下で、初めて国情に立脚する主動的な作業を行なった。本稿は、中国著作権法改正の経緯の考察を踏まえ、第三回著作権法改正の主な内容を詳しく分析し、残された問題点を取り上げ、中国における著作権法第三回改正の全体像に関する考察を明らかにすると同時に、改正法が産業や実務等に与えた影響について、裁判の動き、判例の検討及び指導的な判例の発表等にも注目し続けるであろう。

はじめに

I 著作権法改正の経緯

1. 第一回改正
2. 第二回改正
3. 第三回改正

II 第三回著作権法改正の主な内容

1. 懲罰的賠償制度の導入、及び法定賠償の上限を 500 万元に引き上げ、下限を 500 元と明確にすること
2. 著作物の定義の見直し、著作物の客体をオープン化
3. 放送権を合理的に拡張
4. 共同著作物の権利帰属に関する改正
5. 職務実演及び権利の帰属
6. 著作権集団管理組織に関する内容の増加
7. 読字障害者の著作物の利用をフェア・ユースの法定類型に追加

III 「著作権法」改正における議論

1. 視聴覚著作物の構成要件
2. 視聴覚著作物と録画製品の区分標準
3. 視聴覚著作物の権利帰属
4. 放送事業者の権利
5. その他の議論の焦点

- (1) 共同著作物の認定及び著作権者の権利行使

(2) 著作物法定類型におけるキャッチオール条項について

おわりに

はじめに

中国では、開放改革政策を取って以来、WTO 加盟前後に、WTO 協定や国際社会の要請に応じるため、著作権法の制定・実施⁽¹⁾において、第一次改正⁽²⁾及び第二次改正⁽³⁾を行ってきた。

1991 年 6 月 1 日に中国著作権法の実施をしてから、30 年を経た。著作権法は 30 年間の実施により、著作物の伝播と創作を奨励し、創作者、伝播者及び使用者の権益を保護し、中国の文化と科学技術の発展を促進し、知的財産の意識を高めることに重要な役割を果たした⁽⁴⁾。確かに、経済と技術の急速な発展に伴い、ここ数年、中国の版權産業も急速に発展し、知識・創作及び著作権を尊重する雰囲気が形成されつつある。統計データによると、2020 年まで、中国著作権登録総量は 503.9 万件に達し⁽⁵⁾、2019 年中国の版權産業の付加価値は 7.32 兆元に、GDP の 7.39% に達した⁽⁶⁾。著作権制度に関するシステムの整備を通して、文学芸術の創作・生産も大いに刺激されたと思われる。統計によると、2020 年に中国で出版された図書は 51.15 万

(*) 日本大学法学部教授

(1) 中華人民共和国著作権法。1990 年 9 月 7 日、第七回全国人民代表大会常務委員会第 15 次会议により可決され、1991 年 6 月 1 日より施行。

(2) 2001 年 10 月 27 日、第九回全国人民代表大会常務委員会第 15 次会议により著作権法改正案を可決・公布され、その日より施行(中華人民共和国主席令第 58 号)。

(3) 2010 年 2 月 26 日、第 11 回全国人民代表大会常務委員会第 13 次会议により、著作権法改正案を可決され、2010 年 4 月 1 日より施行(中華人民共和国主席令第 26 号)。

(4) 著作権法(第三次改正)正式に実施する 2021 年 6 月 1 日に、中国国家版權局は、2021 中国ネット版權保護と發展フォーラムを行い、中国全人大法律工作委员会民法室副主任の石宏氏の基調講演(テーマ：著作権改正における主な内容について)による。

(5) 中国国家版權局による公布された情報による。

(6) 中国新聞出版研究院「2019 年中国版權産業經濟貢獻調查報告」による。

種類、101.4 兆冊で、1990 年から 43.12 万種類、45.12 億冊増え、それぞれ 5.55 倍と 80% 増加した。各種の新聞は 277 億部を出版し、各種の定期刊行物は 20 億冊、1990 年からそれぞれ 70 億冊、2 億冊増加した⁽⁷⁾。また 1991 年の著作権法の実施から現在まで、人民法院で結審した著作権事件は 136 万件になり、知的財産事件の 60% を占める。その中、ネット著作権事件は著作権事件総量の 7 割以上に上った。技術の進歩と発展により、特に 5G 等の技術の進歩と応用に伴って、今後ネット著作権侵害事件の量はさらに増加すると予想される⁽⁸⁾。

著しい変化に伴い、中国現行著作権法の実施及び修正作業に関して、「ほぼ 10 年間に一回の修正という作業は、著作権法に対する変動的な国際潮流に同期していない」と元中国知的財産法研究会会長に指摘された⁽⁹⁾。新しい時代に、新たな問題に直面し、特にネット化、ビッグデータ化に向けて、たくさんの新技術のハイスピードでの進化と応用に際し、現行法の一部規定及び条項が、対応できない問題も生み出されていた。このような時代及び問題に迫られ、第三次の改正に至った。

I 著作権法改正の経緯

1990 年 10 月、コロンビアの作家、『百年の孤独』の著者である 1982 年のノーベル文学賞受賞者マルケスが中国を訪れ、書店で彼の作品を販売しているのを見て、「自分は全く知らないし、もちろんいかなる印税収益も得ていないので、「私の死後 150 年、中国で私の作品、特に『百年の孤独』を出版することは許可しない」と述べた。周知のように現在の中国では、第一次著作権法は 1990 年 9 月 7 日に誕生し、1991 年 6 月 1 日から施行され、1992 年に『文学芸術作品を保護するベルン条約』と『万国著作権条約』に加入した。それまでは著作権法がなく、国際著作権条約にも加入していなかったため、当時の中国の発行元は作品の著作権を保護する法的義務を負っていなかったが、当時の中国

の著作権保護は、西側先進国に比べて遅れているということが判明した。数年後、中国の著作権保護状況の改善と、マルケスの中国に対する理解が進み、『百年の孤独』などの著書を中国で出版することに至った⁽¹⁰⁾。

1. 第一回改正

新中国初の著作権法が公布施行されてから 10 年後、2001 年 10 月 27 日に世界貿易機関に加入するために、国内の各知的財産権専門法は『知的所有権の貿易関連の側面に関する協定』と繋がっていくと同時に、全国人民代表大会常务委员会は新技術の発展による多くの挑戦にも応じなければならないことにより、著作権法に対して初めて改正を行った。第一回の改正幅はわりに大きく、評価できる点も多い。例えば：

- ① 曲芸、建築作品は法定著作物の類型に入った。
- ② 『著作権法实施条例』の著作権集団管理条項を採用し、初めて著作権集団管理制度の基本原則を定めた。
- ③ 情報ネットワークの伝達権という重要な項目が追加された。
- ④ 教科書に対する「法定許可」が規定された。
- ⑤ 法定賠償金額と禁止令⁽¹¹⁾が設定された。

等々が挙げられ、中国の WTO 加盟後に、版權に関する創造、運営、管理、保護の点において大きな役割を果たした。

2. 第二回改正

著作権法が公布施行されてから二十年後、2010 年 2 月 26 日、世界貿易機関の中米知的財産権紛争に対する裁決を履行するため⁽¹²⁾、全国人民代表大会常務委員会は著作権法に対して第二回改正を行った。今回は「1 条及び別の条文の半分」だけを改正し、第 4 条の前半にある「法により出版、伝播を禁止する著作物は、本法によって保護されない」を、「国家が法に基づいて著作物の出版、伝播を監督管理する」と改正し、この条の後半句となった。また、第 26 条に「著作権で質権を設定する場合、質権設定者と質権者が、国务院著作権行政管理部門に質権登録を行う」と追加した。これは

(7) 中国国家统计局公布された「中華人民共和国 2020 年国民経済和社会発展統計公報」による。

(8) 2021 年 6 月 1 日に、中国国家版權局が行った 2021 中国ネット版權保護と発展フォーラムに、中国最高人民法院知的財産審判庭長林広海氏の基調講演(テーマ：著作権侵害事件の審理状況について)による。

(9) 吳漢東「著作権法第三次修正的背景、体例和重点」、法商研究、2021(4)、第 3－7 頁。

(10) 張洪波「新『著作権法』の十年艰辛修改歷程」、『中華読書報』2021 年 1 月 27 日第 5 版。

(11) 中国では、「訴前禁令」という。

(12) 2007 年 8 月 13 日に起きた「中国・米国間の知的財産権の紛争 WTO 第 1 号事件」において、WTO 紛争解決規則により、専門家チームが設置され裁決が下され、09 年 1 月 26 日にその報告が公表された。報告では、米国の多数の非難告発は棄却したものの、中国「著作権法」第 4 条に対する非難告発は支持した。中米両国は、中国が履行期限を 1 年として「著作権法」を改正する義務を負うという条件で合意し、09 年 3 月 20 日、専門家チームの報告を控訴しないこととし、紛争は落着いた。

著作権法が公布されてから 30 年間で一番簡単なようで、その実、問題を多く含む悩ましい改正だと言われている。

3. 第三回改正

2020 年 11 月 11 日、中国第十三回全国人民代表大会常務委員会第 23 次会议には著作権法改正案を可決し、2021 年 6 月 1 日に施行した。第三回の法改正は、2011 年に国家版權局が専門家意見案を要請してから、2012 年に三件の改正案が公表され、2017 年には関係者に意見が求められ、ようやく可決に至るまでほぼ 10 年という長い期間を費やした。

今回の改正は、中国知的財産保護において新たな状況および挑戦に際し、社会公衆からの著作権法の改正に対する期待に応じるために、主として以下のような主な問題を解決する狙いである。①ネット化・デジタル化と共に、一部の現行の規定は、高速的新技術の発展と応用に適用できない問題を生じていること。②著作権者の権利保護のための高コストに対し、著作権侵害の場合の損害賠償の低価格の問題。これによって、著作権侵害行為は効果的に抑制されにくく、保護の効果と権利者の期待には、まだ差があること。③著作権法の一部の規定は、中国が近年加入した、国際条約及び民法典等の法律との円滑なつながりが必要であること。⁽¹³⁾これらの問題を解決するために、著作権分野における顕著な問題を解決することを意識しながら、各方面の利益を合理的に均衡させ、社会の革新エネルギーを引き出すことを目的として、「民法典」⁽¹⁴⁾、「民事訴訟法」⁽¹⁵⁾等、法律の内容を一致させるために、改正を行ったということである。今回の著作権法の改正は、全部で 42 条に及んで、以下のような四つの面をめぐって改正の作業を行なった。

	領 域	主な内容
1	概念や制度に関する整備	① 著作物の定義及び類型に整備 ② 視聴覚的著作物の権利の帰属を明確化 ③ 放送権に関する内容の整備 ④ フェア・ユース制度の整備
2	著作権保護の強化	① 著作権に関する技術保護措置及び管理情報の整備 ② 懲罰的賠償制度の導入、法定賠償額の引き上げ ③ 行政保護制度の整備(強化)
3	権利者の権利保護の強化	① 著作物の登記制度の導入 ② 拳証妨害制度の導入 ③ 拳証責任の転換を明確化 ④ 著作権集団管理制度の整備
4	他の法律との(繋がり)連続性に関する強化	① 撮影による著作物の保護期間の延長 ② 障害者の著作物のフェア・ユースに関する整備 ③ 出演者は他人に自分の出演を録音した録音録画製品を貸すことを許諾し報酬を得る権利の増加 ④ 録音製作者が録音録画されたものを、ラジオや機械により演出される場合、報酬を受ける権利の増加

II 第三回著作権法改正の主な内容

改正後の著作権法は、6 章に分かれ、全 67 条となり、2021 年 6 月 1 日より施行された。改正の主な内容に関して、以下の通りに分析しておきたい。

1. 懲罰的賠償制度の導入、及び法定賠償の上限を 500 万元に引き上げ、下限を 500 元と明確にすること

改正法によれば、「著作権又は著作隣接権を故意に侵害し、情状が深刻な場合は、上述の方法により確定された金額の 1 倍以上 5 倍以下の損害賠償を行うことができる」⁽¹⁶⁾。この条例により、著作権法の中で懲罰的賠償制度を導入するということは、中国が知的財産権分野で懲罰的賠償制度を全面的に確立したということこ

(13) 中国・全国人大常務委員会法制工作委员会民法室副主任石宏氏、2021 年中国ネット版權保護と發展大会において、「法律的權威在于實施」とテーマとしての基調講演による。中国新聞出版広電報、2021 年 6 月 3 日第 006 版。

(14) 中華人民共和國民法典。2020 年 5 月 28 日に、中国第十三回全国人民代表大会第 3 次会议により可決され、2021 年 1 月 1 日より施行する。よって、「婚姻法」、「繼承法」、「民法通則」、「収養法」、「担保法」、「合同法」(契約法)、「物権法」、「侵權責任法」、「民法總則」等同時に廃止する。

(15) 中華人民共和國民事訴訟法。1991 年 4 月 9 日に、第七回全国人民代表大会常務委員会第 4 次会议により可決され、同時に施行する。

第 1 回改正：2007 年 10 月 28 日に第十回全国人民代表大会常務委員会第 30 次会议により可決。

第 2 回改正：2012 年 8 月 31 日に第十一回全国人民代表大会常務委員会第 28 次会议により可決。

第 3 回改正：2017 年 6 月 27 日に第十二回全国人民代表大会常務委員会第 28 次会议により可決。

(16) 中華人民共和國著作権法第 54 条 1 項。

とである。この規定は民法典の第 1184 条⁽¹⁷⁾に規定されている、知的財産権の懲罰的賠償に脈々と受け継がれており、商標法の第 63 条⁽¹⁸⁾、特許法の第 71 条⁽¹⁹⁾、反不正競争法の第 17 条⁽²⁰⁾とほぼ一致しているが(図表 1)、著作権法において、懲罰的な損害賠償制度の適用に関し、中国最高人民法院が公布した『民法典』に対する理解に基づけば、知的財産権侵害賠償は依然として「救済を補償することを原則とし、懲罰的賠償を補完する」という原則を堅持しなければならないと認識される。懲罰的賠償は極めて厳しい処罰であって、司法が市場経済活動に不適切に関与することを防止するために、司法実務においては、当事者が適用を主張する前提の下で、懲罰的賠償の適用の構成要件に基づいて適用、論証しなければならないことである⁽²¹⁾。

法律名称	(懲罰的賠償制度と関連がある) 条文内容
『商標法』 (2019 年改正) 第 63 条	悪質的に商標専用権を侵害し、情状が重大である場合、上述の方法により確定した金額の 1 倍以上 5 倍以下で賠償金額を確定することができる。賠償金額には、権利者が侵害行為を抑止するために支払った合理的な支出を含まなければならない。
『反不正競争法』 (2019 年改正) 第 17 条	事業者が悪意をもって営業秘密に係る侵害行為を実施し、情状が重大である場合は、上述した方法で定めた金額の 1 倍以上 5 倍以下で賠償額を確定することができる。
『民法典』 1185 条	故意に他人の知的財産権を侵害し、情状が重大である場合、被害者は、相応の懲罰的賠償を請求することができる。
『特許法』 (2020 年改正) 第 71 条	故意に特許権を侵害し、情状が深刻である場合、上記方法で確定した金額の 1 倍以上 5 倍以下で賠償金額を確定することができる。
『著作権法』 (2020 年改正) 第 54 条	著作権又は著作隣接権を故意に侵害し、情状が深刻である場合は、上述の方法により確定された金額の 1 倍以上 5 倍以下の損害賠償を行うことができる。

図表 1：懲罰的賠償制度と関連がある法律条文

今回は、著作権の法定賠償の上限を 500 万円に引き上げ、著作権侵害事件の適用について、賠償、法定賠償を酌量して決定するという、新たな発動力を提供したと感じられる。ただし、法定賠償限度額が引き上げられた後、懲罰的な賠償の適用には制度供給上の競争

があり、当事者または裁判官が事件に対し精査を怠った場合には、法定賠償が適用される可能性のおそれがあると懸念される。また、第一回、第二回の公開募集意見稿には見出されていない規定、即ち法定賠償額の下限は 500 元と定められたことも注目されている⁽²²⁾。著作権侵害賠償下限規定を作成したことは、著作権侵害行為の増加に対する処罰を明らかにし、現段階で頻発する画像、書体などの類の賠償金額が少ない侵害現象を抑制し、著作権を尊重し、創造を尊重する雰囲気を社会に形成させることを目的としている。

2. 著作物の定義の見直し、著作物の客体をオープン化

改正法第 3 条は、「本法にいう著作物とは、文学、美術及び科学分野において、独創性を有し、かつ一定の形式で表現可能な知的成果」という概要的な説明に基づいて著作物を定義し、同条第 6 項の「映画の著作物及び映画の撮影に類似する方法で創作された著作物」の記載を「視聴覚的著作物」に改正し、同条第 9 項の包括条項「法律、行政法規に規定されるその他の著作物」の記載を「著作物の特徴に合ったその他の知的成果」に改正することで著作物の定義を拡大し、司法上に新型著作物を認定する法的根拠を提供したことがわかる。

「映画作品、ドラマ作品及びその他の視聴作品」および「映画の著作物及び映画の撮影に類似する方法で創作された著作物」は、今回の著作権法改正において統一的に、視聴覚的著作物と改称された。このような変化は、産業界の急速な発展が、著作権に対する挑戦として反映されていると考えられる。例えば、ここ数年、数千億の市場規模に発展したネットゲーム、ネットゲームの生放送及びネットゲームの画面等にどのように定着できるかという問題、また、音楽を伴った噴水ショー、照明ショー、花火ショーなどはどう分類するか、といった類の問題が現れ、様々な新しいタイプの創作物の登場を背景として、視聴覚的著作物の立法が生まれたという。

今回の改正は著作物の定義と種類に対して修正された。つまり、著作物とは、文学、美術及び科学分野において、独創性を有し、且つ、一定の形式で表現可能

(17) 中華人民共和國民法典第 1184 条。

(18) 中華人民共和國商標法第 63 条。

(19) 中華人民共和國專利法第 71 条。

(20) 中華人民共和國反不正競争法第 17 条。

(21) 最高人民法院編『民法典理解与適用(侵權責任編)』, 最高人民法院出版社, 第 191 — 201 頁。

(22) 中華人民共和國著作權法第 54 条 2 項。

な知的成果をいうが、著作物の特徴に合ったその他の知的成果も著作物であるとする。著作物の定義は概括式(大きな括弧で捉えること)及び概念記述の方法を採用しているが、知的財産権の法定主義の大きな原則を貫いて、著作物に対する把握は依然としてその要件、即ち文学、美術及び科学分野において、独創性があるかどうか、一定の形式で表現できるかどうかで判断される。しかし、「法律や行政法規が規定していなかった他の著作物」を「著作物の特徴に合ったその他の知的成果」に改正し、「著作権客体の類型法定」から「著作権客体の類型開放」へと変更することにより、キャッチオール条項として、実務において著作物の適用に可能な範囲を与えることは間違いない。

3. 放送権を合理的に拡張

改正法第10条第11項では、著作権財産権の放送権について改正され、具体的には、「無線方式によって著作物を公開放送又は伝達し、又は有線方式による伝達又は中継方法で公衆に対して著作物を伝達・放送」の記載が、「有線方式又は無線方式によって著作物を公開放送」に改正された。また、第10条第12項では、情報ネットワーク伝達権に対し、有線又は無線方式により公衆に提供し、公衆が選定した時間、場所で著作物を入手できるようにする権利としている。

改正前、つまり著作権法(2010改正)によれば、放送権に関する行為は、①無線方式により著作物をラジオで放送する行為、②無線方式により、ラジオで放送された著作物を、有線方式により放送及び中継する行為、③無線方式によりラジオで放送した著作物を、スピーカー等の道具によって放送する行為が含まれていたが⁽²³⁾、放送権の範囲は、技術の進歩により既に拡大し、認定は現状に即することが困難になっていた。放送権と情報ネットワークの伝播権の改正は、現在、比較的目的立つインターネット中継における著作権侵害問題に対応する目的である⁽²⁴⁾。今後、ネットキャスターの許可なしにその著作物をカバー、放送する行為は規制範囲となる。これによって、情報ネットワークの伝播権と放送権のつながりが、より厳密になったことから、裁判所にとって、ネット中継、放送等著作権侵害紛争

事件の審理において、放送権、情報ネットワーク及び放送事業者の権利がどちらに該当するか、現条項によりその適用の判断することが、比較的に明確になった⁽²⁵⁾。

4. 共同著作物の権利帰属に関する改正

著作権法改正は、共同著作物の規定について著作権実施条例⁽²⁶⁾の規定を汲み取り、最高人民法院による頒布された公報⁽²⁷⁾の判例の裁判の要点を取り上げ、「二人以上の者が共同で創作した著作物の著作権は、共同著作者によって共有される。創作に参加していない者は、共同著作者とはなりえない」。「共同で創作した著作物の著作権は、共同著作者が協議をして合意の上で行使される。協議をしても合意できず、かつ、正当な理由がないときは、いずれの当事者も他の当事者が譲渡、他人に対する専用利用の許諾、質権設定以外の権利を行使することを妨げてはならない。但し、その収益はすべての共同著作者に合理的に分配しなければならない」⁽²⁸⁾と定めている。

共同著作物の定義から見ると、共同創作の主観的な意図があることを強調しており、創作者は実質的な創作行為を有するかどうかを重視している。ただ原作に対して簡単な補助的な仕事をしているだけでは、創作に参加しているとは認められず、協力作者として認定することはできないとわかる。このように規定することは、当事者の意思を尊重し、協議により合意がある場合は、その合意に従う。もし、合意ができていない場合は、正当な理由なく著作物の正常な伝播を妨げてはならず、所得収益は共同著作者に帰属する。このように著作権の経済収益を保障しながら、著作物の正常な伝播と流通は妨げないとされる。

5. 職務実演及び権利の帰属

改正法は、初めて職務実演を導入し、「実演者が所属する実演事業者の実演任務遂行のために行う実演は職務実演、実演者は身分を表示する権利と演出のイメージが歪曲されないように保護する権利を有し、その他の権利の帰属は、当事者間の取り決めによる。当事者間に取り決めがない、或いは取り決めが不明確な

(23) 中華人民共和国著作権法(2010年改正)第10条1項の⑪。

(24) 「中影寰亚音像製品有限公司訴武漢教育電視台侵害著作權上訴案」, 湖北省高級人民法院(2013)鄂民三終字第290号民事判決書。

(25) 劉承聰「論著作權法的重要修改與積極影響」, 電子知識產權, 2021(1), 第4—13頁。

(26) 中華人民共和国著作権法实施条例。2002年8月2日に、中華人民共和国国务院令第359号により公布。2011年1月8日より第1次改正、2013年1月30日、国务院令633号により第2次改正を公布。

(27) 『最高人民法院公報』2012年第9期。

(28) 中華人民共和国著作権法第14条第1項、第2項。

場合、職務実演の権利は実演事業者が享有するものとする」⁽²⁹⁾と規定された。

実演事業者と比べて、実演者は比較的弱い立場であるという背景があり、立法上において、実演者の実演著作物の人格的な権利を強化する目的であると考えられる。同時に、実演者の身分を表示する権利と演出のイメージが歪曲されないような権利を保護しながら、ほかの権利について約束することができる。つまり、職務実演権利は必ずしも実演事業者が有するは限らない。今回のこの点に関する修正は、立法上は実演者の権益を保障するための傾斜が為されていることが見えるが、実演者と実演事業者によって立場が異なり、権利の維持やリスクの回避にも違いがあることで、本当に保障されているかどうかは、まだ実践的な検証の必要がある。

6. 著作権集団管理組織に関する内容の増加

今回の改正では、近年に頻発した著作権管理団体に関連した著作権紛争が改正の理由と考えられ、著作権集団管理団体に関する内容が大幅に追加された。著作権集団管理組織とは、法により設立された非営利法人であり、授権された後に、自らの名義をもって著作権者と著作隣接権者のために権利を主張することができる組織である。著作権集団管理組織は著作権又は著作隣接権にかかる訴訟や仲裁、調停活動において当事者として関与することができる。

著作権集団管理組織は、授権に基づき使用者から使用料を徴収することができるが、使用料の徴収基準は著作権集団管理組織と使用者代表の協議により確定し、協議が成立しない場合は、国家著作権主管部門に裁定を請求することができる。裁定の結果に不服がある場合、人民法院に訴訟を提起することができる。また、当事者は直接、人民法院に訴訟を提起することもできる。

著作権集団管理組織は、使用料の受領と移転、管理費の取り出しと使用、使用料の未分配分等の全体状況を定期的に社会に公表し、権利者と使用者の照会に供する権利情報照会システムを構築しなければならない。国家著作権主管部門は法により著作権集団管理組織に

対する管理監督を行わなければならない。⁽³⁰⁾

このような規定から見れば、著作権集団管理組織に対してより高い要求を求めることがわかる。性格的には非営利法人に属し、営利を目的とした著作権の管理をしてはならず、課金基準は協議を中心としており、協議ができない場合は裁決や訴訟を申請することができるという仕組みになっている。これによれば、著作権集団管理組織は、権利情報検索システムの構築を加速し、現在中国の著作権ライセンスにおける短所を改正し完備をさせるとともに、情報は透明であり公開もされ、公衆の監督を受ける必要があるだろう。

7. 読字障害者の著作物の利用をフェア・ユースの法定類型に追加

2019年、上海市政協委員の協力弁護士事務所創始者の遊閩鍵弁護士が知的財産権事務センターの同僚数人を率いて共同で「バリアフリー映画の発展のサポートに関する意見」を提案した。視覚障害者に対し、著作物の類型は文字に限られており、障害者の精神的なニーズを満たすことができないため、視覚障害者の映画鑑賞に利便を提供するようにとする案である。旧法において、いわゆるフェア・ユースの法定類型に「既に公表された著作物を、点字にして出版する場合」⁽³¹⁾としているが、視覚障害者(盲人)のみという主体限定は厳しすぎて、社会生活の中では他のタイプの視力障害者も少なくないという意見もあった。

今回の著作権法改正では、「既に公表された著作物を、読字障害を有する者が知覚可能な無障害方法により、読字障害を有する者に対して提供する場合」とし⁽³²⁾、視覚障害者を読字障害者に変更し、著作物の種類を制限せず、障害者が読む際には、内容を感じできるように著作物を使用することが、著作権法改正の大きな進歩であるとも言える。障害者が立法の上で更に多くの関心と愛を得て、更に多くの機会が与えられることにより、多彩な文化を享受することができ、内なる精神文化を豊かにすることを目的としているが、マラケシュ条約の批准に向けた国内立法に関する準備作業とも考えられ⁽³³⁾、2021年10月に、批准に関する「決定」が可決された⁽³⁴⁾。

(29) 中華人民共和国著作権法(2020年改正)第40条。

(30) 中華人民共和国著作権法(2020年改正)第8条。

(31) 中華人民共和国著作権法(2010年改正)第22条12項。

(32) 中華人民共和国著作権法(2020年改正)第24条12項。

(33) 匡文波、叶文芳「中国批准馬拉喀什條約對出版業的挑戰與對策」、出版広角、2021(20)、第38—40頁。

(34) 2021年10月23日、中国第十三回全国人民代表大会常務委員会第31次會議により、「視覚障害者、視覚障害者、またはその他の印刷障害者による出版物へのアクセスに利便を提供するためのマラケシュ条約を批准に関する決定」を可決した。

Ⅲ 著作権法改正における議論

1. 視聴覚著作物の構成要件

WIPO では、1989 年 4 月 18 日にスイスのジュネーヴで「視聴覚著作物の国際登録に関する条約」を作成し、1991 年 2 月 27 日に発効した。締約国は 13 ヶ国で、映画やテレビ番組などの視聴覚著作物の国際的な流通を促進するために、視聴覚著作物の国際登録制度を創設する条約である。この条約により、初めて視聴覚著作物という概念が確立した⁽³⁵⁾。中国では、文化産業業界において文化娯楽産業の急速な成長を背景として、より外延が広く、解釈力がある専門用語として「映画著作物及び映画の撮影製作に類する方法により創作された著作物」以外の“視聴覚著作物”を解釈するという声と要求が継続していた。司法実務においても、例えば“央视訴暴风案”再審判決⁽³⁶⁾等の“視聴覚著作物”を旧「著作権法(2010 改正)」により著作物の法定類型の一つに認めることも、「視聴覚著作物」への緩和や「著作権法」の(著作物に関する)修正に近づける傾向が見られる。

中国では、著作権法と著作権法实施条例によって、概念と類型列举を併用するという方式で著作権法の保護対象を規定している。つまり、「著作権法(2010 改正)」第三条は、「本法にいう著作物には、次の各号に掲げる形式で創作される文学、美術及び自然科学、社会科学、産業技術等の著作物が含まれる。(一)文字による著作物 (二)口述による著作物 (三)音楽、演劇、演芸、舞踊、曲芸芸術による著作物 (四)美術、建築による著作物 (五)撮影による著作物 (六)映画著作物及び映画の撮影製作に類する方法により創作された著作物 (七)工事・建築設計図、製品設計図、地図、見取り図等の図形による著作物及び模型著作物 (八)コンピュータソフトウェア (九)法律、行政法規に規定されるその他の著作物」と定めている⁽³⁷⁾。また、著作

権法实施条例第 2 条では、「著作権法においていう著作物とは、文学、芸術及び科学の分野における独創性を有し、且つ、ある種の有形的な形式で複製できる知的活動の成果をいう」と規定されている。これが著作物の一般的な定義と言われることに対し、著作権法实施条例第 4 条は著作物の表現により、類型ごとに著作物を規定している。このような中国における著作物の保護に関する立法の仕組みによって、法律を適用する際に、つまりある客体が著作権法による保護される特定の類型著作物かどうかを判断する際には、中国著作権法に関する体系上において、著作権法第 3 条、著作権法实施条例第 2 条及び第 4 条の規定を理解して適用することであって、客体が著作物の一般的な定義に符合するかどうかを考えなければならない上に、該当著作物が特定類型著作物の表現形式に合うかどうかを考えなければならないのである。

改正前、著作権法第 3 条第 6 項で規定された「映画著作物及び映画の撮影製作に類する方法により創作された著作物」に該当するかどうか審査において、上述三つの規定により、該当著作物の構成要件は、①文学、芸術及び科学の分野であるかどうか、独創性を有するかどうか、複製できるかどうか、②「一定の媒体上に撮影されたか」⁽³⁸⁾、即ち適当な装置を利用して上映又はその他の方式に伝達される連続的な画面かどうか、となっていた。⁽³⁹⁾改正後、著作物の定義は、「文学、美術及び科学分野において、独創性を有し、且つ、一定の形式で表現可能な知的成果をいい」と規定した上に、第 6 項の「映画著作物及び映画の撮影製作に類する方法により創作された著作物」が「視聴覚著作物」と変わるようになったが、「視聴覚著作物」に関する定義及び構成要件は、映画著作物、ドラマ著作物と視聴覚著作物との違い等、現在の時点では、まだ明確になっていない。いままで、注目された“奇跡 MU 遊戲画面”案⁽⁴⁰⁾、“西湖音楽噴泉”案⁽⁴¹⁾、“広告短視頻”案⁽⁴²⁾、“世界杯賽事直播”案⁽⁴³⁾等、いずれの該当物が著作物

(35) 「視聴覚著作物の国際登録に関する条約」第 2 条で、「視聴覚著作物」とは、映写機、ビューワー、または電子機器のような機械または装置を用いて見せることが本来的に意図された一連の関連する映像、およびもしあればそれに伴う音声からなる著作物をいいと定めている。

(36) 「央视國際網絡有限公司再審民事判決書」北京市高級人民法院(2020)京民再 127 号。

(37) 本稿において、中国著作権法に関する日本語訳は、ジェトロ(日本貿易振興機構)中国に関する法令の訳を参考した。<https://www.jetro.go.jp/world/asia/cn/ip/law>

(38) 「著作権法实施条例」第 4 条、著作権法及び本条例において、次に掲げる著作物の定義は以下の通り。その第 11 項は、「映画著作物及び映画撮影に類似した方法により創作された著作物とは、一定の媒体上に撮像製作したもので、音声を伴い又は音声を伴わない一連の画面で構成され、且つ、適当な装置を利用して上映又はその他の方式により伝達される著作物をいう。

(39) 「央视國際網絡有限公司再審民事判決書」北京市高級人民法院(2020)京民再 127 号。

(40) 「広州碩星信科技有限公司、広州維網網絡科技有限公司与上海壯游信息科技有限公司、上海哈網信息技術有限公司著作権権属、侵權糾紛二審民事判決書」(2016)滬 73 民終 190 号。

(41) 「杭州西湖風景名勝区湖濱管理处等与北京中科水景科技有限公司侵害著作權糾紛二審民事判決書」(2017)京 73 民終 1404 号。

(42) 「上海一条網絡科技有限公司与劉牧雨著作權権属、侵權糾紛二審民事判決書」(2019)京 73 民終 1663 号。

(43) 「央视國際網絡有限公司与暴风集團股份有限公司侵害著作權糾紛二審民事判決書」(2015)京知民終字第 1055 号。

に該当するのか否かが焦点になっていたが、視聴覚著作物が著作物の法定類型の一つになったことより、これらの類のものに対し、視聴覚著作物であるか否かを判断することになる。しかし、今後、適用の濫用のおそれがあるという懸念も出ている。⁽⁴⁴⁾ 当然、適用の濫用防止のため、これからの実務において、具体的な判例に通じて、実施できる要点をまとめて認識することが重要であるが、著作権法実施条例に関する改正や、最高人民法院から配布される「司法解释」等も期待されるところである。

2. 視聴覚著作物と録画製品の区分標準

中国では、今まで著作権法上の著作物であるかどうかを判断するには、「独創性」が重要な要件として構成されている。実務において、著作物の「独創性」要件の認定に関して、二つの学説若しくは観点が存在している。一つは、著作物は著作権の保護を受けるために、最小限のオリジナルを有することがあればよい、即ち“最低限度”という標準を取ることを主張している⁽⁴⁵⁾。「独創性」要件に関し、この説の主な視点は、独創性の「高低」ではなく、「有無」を重視すべきということである⁽⁴⁶⁾。これに対し、もう一つの説は、著作物としての「独創性」要件を認めるには、必ず「高度な創作」であることに達しなければならないとする⁽⁴⁷⁾。後者の観点は、主に著作物と録画製品を区分する場合、実務上でしばしば採用されている⁽⁴⁸⁾。

中国著作権法のシステムの下では、改正法まで、著作権により保護される視聴覚類の表現には、“映画著作物及び映画の撮影製作に類する方法により創作された著作物”⁽⁴⁹⁾と“録画製品”の二種類があり、前者は著作権として保護されることに対し、後者は著作権隣接権の保護対象になる。所謂「映画著作物及び映画の撮影製作に類する方法により創作された著作物」+「録画製品」という二分立法(保護)モデルである。両者を

区分しなければならない視点から見れば、高度な「独創性」を有するものを著作物として認める可能性が十分あることに対し、“比較的低い”「独創性」を有するものは録画製品として認めるしかない⁽⁵⁰⁾。このような考えが続ければ、大量のショット動画は、著作権保護の対象から排除される可能性があり得るという批判もある。今回の改正により、「映画著作物及び映画の撮影製作に類する方法により創作された著作物」は「視聴覚著作物」となってきたが、視聴覚類の表現に対し、二分立法モデルの仕組みは変わらず、「視聴覚著作物」+「録画製品」になった。高度な IT と視聴技術に追い付かない今日の状況においては、むしろ人為的に、若しくは意識的に視聴覚著作物の「独創性」の判断基準を引上げるべきであり、又、“視聴覚著作物”と“録画製品”を区分する手法こそが、現状に逆行するのではないかという声も出ている⁽⁵¹⁾。今後、実務上において、視聴覚著作物の「独創性」の認定や、録画製品との区分等、議論が継続することが容易に予想される。⁽⁵²⁾

3. 視聴覚著作物の権利帰属

旧「著作権法」(2010 年改正)によれば、“映画著作物及び映画の撮影製作に類する方法により創作された著作物”の創作者は、「著作物を創作する」行為により、「著作者」と見なすことができる⁽⁵³⁾。しかし、「映画著作物及び映画の撮影製作に類する方法により創作された著作物の著作権は、プロデューサーが享有する」⁽⁵⁴⁾と定める。つまり、その著作権は、創作者でなくプロデューサーが有することになる。この場合、本来の著作者が著作権を有せず、著作者の身分でない“プロデューサー”が本来の著作権を享有することになってしまう。これは著作権制度本来の趣旨と反しているのではないかという点が⁽⁵⁵⁾、著作権関連の利益分配の公平性の点で問われ、著作権法制度の機能を実現できるかという案件にも影響を与える⁽⁵⁶⁾と言われた。

(44) 劉承勲「論著作権法的重要修改与積極影響」, 電子知識産権, 2021(1), 第 4 - 12 頁。

(45) 龔浩鳴「古籍点校成果構成演繹作品」, 人民司法, 2020(29), 第 90 - 93 頁。

(46) 崔国斌「体育赛事直播画面的獨創性標準選択」, 蘇州大学学报, 2019(4), 第 1 - 12 頁。

(47) 「北京天盈九州網絡技術有限公司等与北京新浪互聯信息服務有限公司不正當競爭糾紛二審民事判決書」(2015)京知民終字第 1818 号。

(48) 劉鉄光「作品獨創性判定標準調適の準則及其遵守の路径——以体育赛事直播画面的獨創性的判定為例」, 蘇州大学学报, 2019(4), 第 13 - 24 頁。

(49) 中国では、「電影作品と類電作品」と言う。

(50) 「ショット動画に対し、撮影や編集等の過程において、試合の流れ、観客の需要等客観的な要素による与えた影響が大きい、個性的な表現が少ないため、録画製品しか認められない……」という判旨を示した。「央視國際網絡有限公司与暴風集团股份有限公司侵害著作權糾紛二審民事判決書」(2015)京知民終字第 1055 号。

(51) 蔡斐, 王嘯洋「新《著作權法》对短視聽頻作品版權的保護」, 青年記者, 2021(11), 第 86 - 88 頁。

(52) 劉鵬, 李馨怡「論視聽作品的定義与權利帰属——以我国《著作權法》第三次修訂為視角」, 南都学壇, 2021(5), 第 62 - 68 頁。

(53) 中華人民共和國著作權法(2010 年改正)第 11 条。

(54) 中華人民共和國著作權法(2010 年改正)第 15 条。

(55) 張春艷「我国視聽作品著作權帰属模式之剖析与選択」, 知識産権, 2015(7), 第 55 - 60 頁。

(56) 劉銀良「著作權帰属原則の修訂——比較法視野下的化繁為簡」, 政治与法律, 2013(11), 第 2 - 11 頁。

新著作権法(2020年改正)は、旧著作権法による、製作者が原始的に著作権を獲得する権利帰属モデルを打破した。視聴覚著作物における映画著作物、テレビドラマ著作物の著作権は製作者が享有し、映画著作物、テレビドラマ著作物以外の視聴覚著作物の著作権の帰属は、当事者の取り決めによる。取り決めがない場合は、製作者が享有する。但し著作者は、氏名表示権と報酬受領権を有することになる⁽⁵⁷⁾。著作権者に関して、なお、文言上も、プロデューサーから製作者⁽⁵⁸⁾に改正し、著作権権利者の認定範囲を縮小した。つまり、実際に(映画著作物等の)製作に参加していない、或いは責任を負わない投資者や名義貸しのようなプロデューサー等は、著作権を有しない。又、新法は、製作の流れが比較的簡単で、明確な製作者の認定が困難であるようなショート動画を代表する新しい形式の視聴覚著作物の当事者に対し、「意思自治」の範囲を与え、約定がある場合それに従うと規定し、メディア関係市場の発展規律に適応すると同時に、著作権の私権としての権利属性を保障したことは評価できるだろう。

上に述べたように、評価できる一方、注意しなければならないのは、「意思自治」の範囲を与えた対象が「前項に規定されたもの以外の、視聴覚著作物の当事者」であることである。つまり、映画著作物、テレビドラマ著作物の著作権は、製作者が有することに対し、映画著作物、テレビドラマ著作物以外の視聴覚著作物の著作権に関しては、「意思自治」により、約定がある場合は約定に従い、約定がない或いは明確でない場合は、製作者が享有するが、著作者は氏名表示権と報酬受領権を有することになる。この規定から見れば、第三条第6項に加えた「視聴覚著作物」に対し、“映画著作物、テレビドラマ著作物”と“その他の視聴覚著作物”の二種類があって、権利帰属と利益分配のため、区分が必要になる。しかし、新法や「著作権法实施条例」等は、“映画著作物、テレビドラマ著作物”と“その他の視聴覚著作物”に関する定義や区分標準などに言及しておらず、今後実務において、議論を要する問題として捉えることは避けられないであろう。

中国「映画産業促進法」⁽⁵⁹⁾によれば、映画とは、「視聴覚技術と芸術手段を用いて撮影し、フィルムまたは音声のない連続画面で構成され、国の規定に適合した技術基準、映画館などの固定上映場所または流動上映装置で公開された著作物」⁽⁶⁰⁾である。また、「映画の公開上映許可証を取得していない映画は、発行、上映してはならない。インターネット、電信ネットワーク、ラジオテレビネットワークなどの情報ネットワークを通じて伝播してはならない、録音録画製品として制作してはならない」と定められているが、公開上映許可証の取得が必要ないネット映画は映画産業促進法に定める「映画」に含まれていない。また、「テレビドラマ」に関する定義も、中国ラジオ・テレビ総局からテレビ局に交付された、ドラマの発行に関する関連管理規定資料に見出されるが、法律的な規定や構成要件など、いまだに明確でない状態である。今後実務において、スモール映画、ネット映画、ネットドラマ、ネットショット動画等視聴覚著作物に対し、新法17条の「映画著作物、テレビドラマ著作物」の適用可否を判断する際、その定義に関して、行政管理の標準と(法に依る)著作物類型の区分標準が統一されていないのに、行政機関から公布された管理標準によって判断するのは、問題を起こすことになるであろう⁽⁶¹⁾。また、これらの視聴覚著作物に対し、その表現の方法や製作の水準等、伝統的な映画やドラマなどに実質的な差がほとんどないので、「その他の視聴覚著作物」に含めると、先に分析したように、「映画著作物、テレビドラマ著作物」と異なる著作権の権利帰属ルールが適用されることになってしまい、不合理ではないかと思われる。

4. 放送事業者の権利

放送事業者の権利⁽⁶²⁾の客体に関する議論は、1998年、WIPO著作権等常設委員会により議論が開始されて以来⁽⁶³⁾、現在も未解決のまま続行している。2010年改正著作権法は、ローマ公約とTRIPs条約と一致するよう、放送事業者権利の客体は「ラジオ、テレビ」と規定されたが⁽⁶⁴⁾、ラジオ・テレビ信号であるか、

(57) 中華人民共和国著作権法(2020年改正)第17条。

(58) 著作権法(改正案第二稿)の解釈によれば、「製作者」とは、(映画著作物等)製作を行った且つ責任を負う主体である。

(59) 中華人民共和国電影産業促進法。2016年11月7日、中国第十二回全国人民代表大会常務委員会第24次会議により可決され、2017年3月1日より施行。

(60) 中国電影産業促進法第2条。

(61) 王遷「体育賽事現場直播画面著作權保護若干問題：評“鳳凰網賽事轉播案”再審判決」，知識產權，2020(11)，第30—49頁。

(62) 中国語で“廣播組織權”と言う。

(63) WIPO著作権等常設委員会(SCCR)とは、著作権及び著作隣接権にかかる事項を検討するために1998年に設立されたものであり、概ね年2回の頻度で開催されている。1998年11月に開催された第1回著作権等常設委員会において、放送事業者の権利について初めてWIPOの場での正式な検討が行われた。

(64) 中華人民共和国著作権法(2010年改正)第45条。

またはラジオ・テレビ番組であるかは決着していなかった。今回、中国において「著作権法改正(草案)」の段階においても、その権利に関する改正が何度も行われたことによって、再び注目を集めた。⁽⁶⁵⁾最終的には、全人大常務委員会により可決された著作権法(改正)では、放送事業者の権利の客体は“信号”であることを決めた上に、放送事業者の権利の内容も拡大され、以下のように定められた。

旧	新
第四十五条 ラジオ局・テレビ局は、その許諾を受けていない次の各号に掲げる行為の禁止権を有する。 (一) それが放送したラジオ・テレビ番組を中継すること (二) それが放送したラジオ・テレビ番組を音楽、映像の媒体上に録音録画すること、及び当該録音映像媒体を複製すること 前項に定める権利の保護期間は50年とし、当該ラジオ・テレビ番組が最初に放送された日から起算して50年が経過した年の12月31日までとする。	第四十七条 ラジオ局、テレビ局は、その許諾を受けていない次の各号に掲げる行為を禁止する権利を有する。 (一) それが放送したラジオ、テレビ番組を有線又は無線で中継すること (二) それが放送したラジオ、テレビ番組を録音・録画、複製すること (三) それが放送したラジオ、テレビ番組を、情報ネットワークを通じて公衆に送信すること ラジオ局、テレビ局が前項に定める権利を行使するときは、他人による著作権又は著作隣接権の行使に影響を与えたり、それを制限したり侵害したりしてはならない。 本条第一項に定める権利の保護期間は50年とし、当該ラジオ、テレビ番組が最初に放送された日から起算して50年を経過した年の12月31日までとする。

しかし、放送事業者の権利の客体及び権利範囲等に関する議論は、著作権法の改正・決定に伴っても収束していない。多数説は、権利の客体が“番組”であることを認識していた⁽⁶⁶⁾。著作権法の改正作業の段階にも、放送事業者協会は、「放送事業者は、番組や放送

等の過程において、知的な労働力を払ったため、該当番組の(組織的な)権利を有すべきだ」と主張した⁽⁶⁷⁾。これに対し、“信号”説の一部の学者たちは反対し、信号を権利の客体に設定することこそ、放送事業者の権利を保護することができる上に、法理論上で混乱や権利帰属と権利付与システムの乖離を招く恐れがなくなる等の理由を挙げた⁽⁶⁸⁾。実は、法律に関する改正の議論や学者間の議論から見れば、表面上は“信号”説と“番組”説との争いと見えるのだが、本質的には、放送事業者の権利とは、創作を保護することか投資を保護することか、または、保護の根拠は番組を制作することか番組の送信をすることか、という両者の議論検討が為されたのである⁽⁶⁹⁾。

第三回(著作権法)改正法の内容から見れば、放送事業者権利の客体はラジオ、テレビであることを明確にしたが、内容上は「番組」によって仕組まれており、“信号説”を否定していることがわかる。両説の論争はまだ続いているが⁽⁷⁰⁾、中国における放送業者権利の制度の整備は、国際立法の進展により、一歩前進したとも言える。「WIPO 放送事業者に関する条約」においては、放送事業者の国際保護を強化し、情報通信技術の進展により放送事業者に対する保護問題に直面する壁を乗り越え、番組の信号の違法な使用行為を禁ずるという方向性が明確であるが⁽⁷¹⁾、“信号を基本的な方法にする”という括りが、各国の代表団からさまざまな思惑があり、条約の可決はまだ見えていない状態である。これに対し、今回の中国著作権法の改正にあたっては、立法機関がネット技術の進歩発展に適応し、放送事業者の権利を適当に拡張するという意見を受け入れたことが伺える。しかし、この問題をめぐる議論が多すぎて、特に、放送事業者は送信者として、その権利を情報ネットワーク送信権まで拡張すれば、その情報ネットワーク送信権、と、送信された著作物の著作権者、録音・録画製作者等主体の情報ネットワーク送信権との関係について、どう処理をすればよいのかという問題点等、関連産業界からの疑問が少なくな

(65) 「著作権法改正案(草案一次審議稿)」において、第45条で、放送事業者の権利の客体は“信号”であることを明確にしていた。しかし、「著作権法改正案(草案二次審議稿)」では、その47条で、放送事業者の権利の客体は“番組”であること更新した。最後に、2020年11月、第十三回全国人民代表大会常務委員会第23次会议により可決された「著作権法(改正)」では、放送事業者の権利の客体は“信号”であると決定した上に、放送事業者に対し、ラジオ、テレビ番組を有線又は無線で中継する権利、録音・録画、複製する権利、情報ネットワークを通じて公衆に送信する権利を付与した。即ち、(中国では)中継権、録音録画・複製権、情報ネットワーク送信権という。

(66) 鄭成思「版權法」, 中国人民大学出版社, 2009年, 第67-69頁。

(67) 姚嵐秋「著作権法修正案(草案二次審議稿)第47条修改問題辯析」, ウェイチャット公衆号「知産力」, 2020年10月14日。

(68) 王遷「廣播組織權的客体: 兼析“以信号為基礎的方法”」, 法學, 2017(1), 第100-122頁。

(69) 陳紹玲, 梁修媛「廣播組織權客体辯析」, 南都學壇, 2021(3), 第69-75頁。

(70) 劉雲開「廣播組織權客体之再辯析——兼評我國新著作權法第47條」, 電子知識產權, 2020(11), 第13-28頁。

(71) See SCCR/39/4, page3.

い⁽⁷²⁾。著作権者、録音・録画製作者及びライセンスされたネットプラットフォーム等の主体に対し、その著作物や録画製品が一旦放送されると、放送事業者によってコントロールされる恐れがあるという懸念に応えるために、立法者は妥協案を取り、放送事業者の権利を拡張すると同時に、「ラジオ局、テレビ局が前項に定める権利を行使するときは、他人による著作権又は著作権隣接権の行使に影響を与えたり、それを制限したり侵害したりしてはならない」と定めた⁽⁷³⁾。しかし、この規定は、ネット上の環境の下で、著作権者、録音録画製作者等の主体と放送事業者の間に、その権利と義務が如何に調和するかという問題に係わるので⁽⁷⁴⁾、現段階ではまだ不明確な点が残っている⁽⁷⁵⁾。今後更に議論を重ね、明確にする必要があろう。

5. その他の議論の焦点

(1) 共同著作物の認定及び著作権者の権利行使

著作権法 2010 年改正の際、「二人以上の者が共同で創作した著作物の著作権は、共同著作者によって共有される」⁽⁷⁶⁾とし、分割して使用できる共同著作物について、特別規定が設けられた⁽⁷⁷⁾。即ち、著作権全体に影響しない前提で、著作者は各自の創作部分に対して単独で著作権を享有できる一方、分割して使用できない共同著作物の著作権の権利行使ルールは、著作権法実施条例に定められている⁽⁷⁸⁾。著作権法 2020 年改正法は、共同著作物について著作権法実施条例の中に、分割して使用できない共同著作物の著作権の権利行使に関する規定や言葉遣い等を吸収し、「共同で創作した著作物の著作権は、共同著作者が協議をして合意の上で行使される」⁽⁷⁹⁾と決着した。この点の改正には、

現在の中国における共同著作物の認定⁽⁸⁰⁾や保護に関する困難を解消することがなく⁽⁸¹⁾、むしろ、共同著作者の権利行使に関する不便さを強化した面もあるという批判も現れた⁽⁸²⁾。例えば、①相続、譲渡の場合に、ある非共同著作者が、共同著作権を行使する場合、直接適用する法律根拠が乏しい⁽⁸³⁾、②共同著作権者が権利を濫用し、悪意を持って著作権をライセンス行為の場合、他の共同著作権者に対し、その救済措置の保障ができるかどうか⁽⁸⁴⁾、③改正「著作権」により、単独で著作権を行使する場合には、「協議をし、合意する上に」が前提条件となっているが、現実的にうまく運営できるかどうか⁽⁸⁵⁾、等の問題について、解決できる手段がまだ見出されていない。

(2) 著作物法定類型におけるキャッチオール条項について

著作物の客体について、著作権法(2010 年改正)第 3 条は列挙する方法で、9 種類の著作物の客体を並べていたが、「法律、行政法規に規定されるその他の著作物」と定める第 9 項がある。中国では、“兜底”条項と言われ、所謂キャッチオール条項と位置付けられている。現行の法律や行政法規等、「その他の著作物」及び類型について規定が無く、学界や裁判所の一般的な見解として、そのキャッチオール条項によって中国著作権客体法定原則が確定され⁽⁸⁶⁾、裁判所は判決を通して新たな著作物類型を創設することはできないと認定していた⁽⁸⁷⁾。最近、いくつかの判決⁽⁸⁸⁾⁽⁸⁹⁾が直接著作権法実施条例に規定された、「文学、美術及び科学分野において、独創性を有し、かつ、一定の形式で複製可能な知的成果」⁽⁹⁰⁾という著作物の定義を引用し、著作

(72) 管育鷹「我国著作権法中广播組織權內容的綜合解讀」, 知識產權, 2021(9), 第 2 - 16 頁。

(73) 張偉君「論著作權法第三次修改後“転播權”內涵的變化」, 知識產權, 2021(3), 第 27 - 33 頁。

(74) 曹新民, 叶霖「網絡環境下广播組織權中的転播權探析」, 知識產權, 2017(11), 第 31 - 37 頁。

(75) 翟真「新修訂的著作權法对傳媒行業的影響解析」, 中国記者, 2021(6), 第 71 - 88 頁。

(76) 中華人民共和國著作權法(2010 年改正)第 13 条第 1 項。

(77) 中華人民共和國著作權法(2010 年改正)第 13 条第 2 項。

(78) 中華人民共和國著作權法實施條例(2013 年改正)第 9 条。

(79) 中華人民共和國著作權法(2020 年改正)第 14 条第 2 項。

(80) 「王亜冠, 王小亜和王小英与安徽音像出版社, 深圳南山書城侵害著作權糾紛民事判決書」(2009)深中法民三終字第 86 号。

(81) 王遷「对著作權法修正案(草案)(二次審議稿)的四点意見」, 知識產權, 2020(9), 第 31 - 46 頁。

(82) 張媛媛「論共同作品類型之修正」, 電子知識產權, 2021(7), 第 72 - 83 頁。

(83) 「齊良正, 齊良木等与江蘇文芸出版社侵害著作權糾紛」案, 「最高人民法院公報」, 2012 年第 9 期, 第 45 - 48 頁による。

(84) 歐陽福生「共有著作權行使規則之檢討与完善——兼評新著作權法第 14 条之規定」, 電子知識產權, 2021(6), 第 70 - 79 頁。

(85) 「吳思欣等与上海書画出版社侵害著作權財產糾紛」案, 「最高人民法院公報」, 2010 年第 6 期, 第 18 頁による。

(86) 孫山「新類型作品著作權保護的現實選取——著作權法第三條中“其他作品”的解釋適用」, 電子知識產權, 2020(7), 第 16 - 22 頁。

(87) 陳錦川「法院可以創設新類型作品嗎?」, 中国版權, 2018(3), 第 26 頁。

(88) 「北京中科恒業中自技術有限公司等与北京中科水景科技有限公司侵害著作權糾紛一審民事判決書」(2016)京 0108 民初 15322 号。

(89) 「広州市頤卓企業管理諮詢有限公司与広州市金卓企業管理諮詢有限公司著作權權属, 侵權糾紛, 商業賄賂不正当競争糾紛一審民事判決書」(2019)粵 0106 民初 41447 号。

(90) 中華人民共和國著作權法實施條例第 2 条。

権法(2010年改正)第3条キャッチオール条項の類型に認定されたことで、大きな反響を呼んだ⁽⁹¹⁾。理論的に、裁判所が新しい著作物類型を認定することの可否、或いは著作権法が著作物法定類型主義を採ることの可否に関する注目や論争を集めている⁽⁹²⁾。

今回の改正により、第3条におけるキャッチオール条項は、「法律、行政法規に規定されるその他の著作物」から、「著作物の特徴に合ったその他の知的成果」へと変わり、キャッチオール条項が“緩和化”或いは“オープン化”される傾向が強く見られる⁽⁹³⁾。所謂、著作権法において、「著作物類型法定」から「著作物類型開放」への移行と言われる⁽⁹⁴⁾。今後、新たな著作物類型の認定に直面する場合、「法律、行政法規に規定される」を前提条件とせずに、著作物の特徴に符合するかどうかを判断することになる。これに対し、著作物類型法定主義者は、キャッチオール条項のオープン化或いは不適切な拡張解釈により、濫用される恐れがあるという懸念を論ずる⁽⁹⁵⁾。

おわりに

ここ数年来、中国の著作権産業の国民経済における比重は徐々に高まり、全体規模は徐々に拡大している。著作権産業の発展の多くの要素の中で、著作権は核心の資源で、著作権法は最も重要な保障であることは、言うまでもない。新興技術の日進月歩と、それによる著作権をめぐる生態環境の変化が著作権法律関係に深刻な影響を与えている⁽⁹⁶⁾。つまり、著作権侵害が氾濫し、著作権保護は未曾有の衝撃に直面している。著作権法(2010年改正)は著作権保護において既に力不足になっており、一部の内容は急速な発展の現状に遅れていて、現実には一部の問題は著作権法から適用可能な根拠を見つけるのが難しい。2012年から著作権法の改正作業が開始され、2020年に終了し、2021年6月に実施されるようになった。前の二回の改正に比べて、今回の改正は国際条約の加入に基づくものでもな

いし、国際社会からの圧力によるでもない、本土の国情に立脚する主動的な改正であると言われる⁽⁹⁷⁾。

著作権保護の立場をより強く顕在化させたことが、今回の改正の大きな特徴とも言える。改正著作権法は、新しい時代の下で、産業発達と共に、法に依る保障をするために、制度上の設定において、多くの改正方法が揃えられている。即ち、著作権者の権利を拡大し、著作権集団管理体制を充実させ、著作権の行使を確認しやすくした一方、ますます激しくなる著作権侵害現象を抑制するために、侵害コストを増やし、懲罰的損害賠償メカニズムを導入し、その他関連保護制度を充実させたことにより、著作権者が著作物から利益を得ることができることを確保し、著作権者の創作意欲を激励し、著作権産業の持続可能な発展を促進することを目的とする。改正著作権法は、中国での著作権という私権理念を強化することにより、著作権保護の強化を通して、著作権産業の促進と「文化強国」へ向けていくことに、制度上で積極的な意義を有すると思われるが⁽⁹⁸⁾、尽されていない議論や問題点⁽⁹⁹⁾について、改正著作権法の効果的な実施を確保するため、「著作権法实施条例」及び関連法規の改正が迫られている。そして、著作権司法裁判の経験を総括し、判例検討と判例指導を強化し、改正著作権法の正確な理解と適用を確保する必要があると考えられる。

(91) 万勇「功能主義解釈論視野下の“電影作品”——兼評鳳凰網案二審判決」, 現代法学, 2018(5), 第95—104頁。

(92) 李琛「論作品類型化的法律意義」, 知識産権, 2018(8), 第3—7頁。

(93) 胡自源「回歸本質：論作品類型法定的緩和主義」, 版權管理與立法保護, 2021(4), 第117—121頁。

(94) 劉勝紅「新《著作權法》實施的意義與相關內容解說」, 出版參考, 2021(5), 第5—9頁。

(95) 王清「誦法筆記：新修正《著作權法》的兩個思考，一個建議」, 出版科學, 2021(1), 第21—29頁。

(96) 關敬俠「從視角中國“黑洞照片門”事件看我國圖片版權保護問題」, 傳媒：：MEDIA, 2021(9)上, 第78—80頁。

(97) 吳漢東「著作權法第三次修改的背景、體例和重點」, 法商研究, 2012(4), 第3—7頁。

(98) 劉春田「中國著作權法三十年(1990—2020)」, 知識産権, 2021(3), 第3—26頁。

(99) 王遷「著作權法修正與國際條約和協定」, 電子知識産権, 2020(11), 第4—12頁。王遷氏は、改正案は、国際条約や協定等と、符合していない点が4つあると指摘した。

刑事法的アプローチから見る著作権法制の「規範的主体論」

藤田 晶子^(*)

わが国の著作権法裁判例においては、著作権侵害を主張して差止請求や損害賠償請求等の司法的救済手段に訴えるに際し、侵害の行為の「主体」は誰なのかという侵害主体の認定の問題が大きな論点の1つとなっている。直接的侵害行為への加担もしくは寄与する行為態様の者の責任が問題となった場合、いかなる法律構成によって責任が認められるべきであるかは、現行の著作権法はもとより、我が国の民事・商事法の実体法、手続法だけでなく、刑事法をも含めた一国の法制度全体を見渡す視点から検討する必要がある。本稿は、この問題について刑事法的アプローチから検討を試みるものである。現行の我が国の著作権法には第八章「罰則」の規定があり、第119条以下に詳細な規定を持ち、様々な刑事事件が著作権法違反被告事件として立件されている。刑事法における責任の取り扱い方を検討することは民事法における理論構成にも影響を及ぼすものと解される。

I はじめに ～問題の所在～

II 刑事法領域における直接侵害によらない行為態様の取り扱い

- 1 著作権侵害事例と刑事事犯の動向
- 2 【Winny(ウィニー)事件】
- 3 その他の下級審の刑事裁判例
 - (1) 幫助犯(従犯)構成の裁判例
【第③世界事件】
 - (2) 間接正犯構成の裁判例
【サンフレッチェ事件】
 - (3) 共同正犯・共謀共同正犯構成の裁判例
 - ① 【DoCoMo 歌手別倉庫事件】
 - ② 【グリメロ歌手別投稿版事件】
 - ③ 【はるか夢の址事件】
 - ④ 【漫画村事件】

III 判例規範の「規範的主体論」の適用範囲の検討と新しい判断基準

IV おわりに

I はじめに ～問題の所在～

わが国の著作権法関係裁判例においては、著作権侵害を主張して差止請求⁽¹⁾や損害賠償請求⁽²⁾等の司法的救済手段に訴えるに際し、著作権侵害の行為の「主体」は誰なのか、侵害主体の認定の問題が大きな論点の1つとなっている。問題となる行為態様自体は、一見し

て直接の侵害行為、「直接行為者」とは言い難い様相を呈しているが、その侵害行為の「道具」や「場」を提供する、あるいはシステムや機器を開発して頒布・販売する、そういった行為態様によって、複製等の侵害行為もしくは侵害の状況を援助・助長し、ひいては著作権者等の権利者側からは看過できない侵害的事象を惹起した者の責任が問われる事例が散見される。

改めて言うまでもないことではあるが、急速に普及、発展したインターネットとデジタル技術の環境下では、情報の流通量が飛躍的に増大し、法人、個人を問わず、多くの発信者から大量の情報がネット上に発信され、人々はネット上のコンテンツを利用し、サイバースペースに置かれた著作物を利用者が複製・加工することは極めて容易な環境下にある。このような状況下においては、権利者として著作権侵害を主張する者にとっては、直接侵害行為を行っているネット上の末端のユーザーを捕捉して権利侵害の主張をすることはもとより、それ以外のシステムや「道具」の開発運営者や、「場」の提供者、すなわち、直接的侵害行為に加担もしくは寄与し、またはこれを幫助する者の行為態様を捉えて、その者に対して権利侵害を主張し、自らの権利の司法的救済を求めることの方が、実効的と思われる場合もある。そして、権利者にとっては看過できないこのような加担者・寄与者の行為を、ただ漫然と放置すれば、現在のデジタル・ネットワーク社会における著作物の利用と保護の調整は図られず、バランスが崩れ、ひいては著作権法が究極の目的とする我が国の健

(*) 日本大学法学部准教授

(1) 著作権法第112条第1項

(2) 民法第709条、著作権法第114条

全文化の発展の実現は阻害されると言わざるを得ないだろう⁽³⁾。

しかしながら、他方、著作権侵害のシステムや「道具」または「場」を提供し、直接的侵害行為に加担もしくは寄与して著作権侵害事象を惹起したと言っても、ただやみくもに、直接的侵害行為によらない態様の行為者の責任を無制限に認めたのでは、憲法上保障されたこれらの者の表現活動の自由との衝突が生じ⁽⁴⁾、さらには、自由な経済活動を阻害する結果ともなりかねず⁽⁵⁾、法令違背や他の法制との不整合をきたすなど、我が国の法制度全体のバランスを崩すことにもなりかねない。

そこで、直接侵害行為への加担もしくは寄与する行為が、刑事法的に言えば著作権侵害の構成要件に該当する実行行為、すなわち「正犯」とであると認定しづらいものが対象となった場合、そのような加担・寄与する行為、幫助的行為について、いかなる法律構成、法律要件によってその責任が認められるべきであるか、その検討が必要となる。

この論点について、判例法理としては、昭和60年代の初期の頃は、いわゆる「カラオケ法理」⁽⁶⁾と呼ばれていた理論が裁判規範として打ち出されたが、その後の経過をたどると、ある一定時期を過ぎると、この理論が「一人歩き」をし始め、必ずしも「カラオケ」関連事案に限らず、カラオケ以外の様々な事案、例えばインターネット関連事案などに適用されていくようになる。侵害行為の主体の認定を、管理支配、利益の帰属、行為の性質といった要素から「規範的」に、すなわち評価的に認定していく手法である。

そして、1つの時代の区切りとして、「まねきTV」事件と「ロクラクⅡ」事件の最高裁判決が平成23年1月にほぼ同時に出され、両事件とも破棄差戻判決だったことから、知財高裁で差戻審が行われ、平成24年1月にそれぞれ終局判決が出されて、訴訟手続としては一応の終止符が打たれた。

しかしながら、「まねきTV」事件も「ロクラクⅡ」事件も、最高裁判決の判示が非常に簡潔な論理であることから、その趣旨の読み取り方、分析・評価は色々であって、今後も類似事案や新手のサービス業事例が出て来た場合⁽⁷⁾、そういった新規のサービス業事例にも、有効かつ法的安定性を担保した裁判規範が確立してこの問題が解決されたかという観点から見ると、なかなかそのようには評価し難いのが現状ではないかと思われる。

また、この問題についての主要な学説の議論の経過を振り返ると、裁判所の解釈、理論構成に一定の評価を与える説⁽⁸⁾、解釈による広がり懸念して基本的に立法論によるとする説⁽⁹⁾、従来型の「規範的主体論」が妥当する類型と妥当しない類型を見極め、「侵害専用品」という概念も用いて「規範的主体論」の適用外とするものを認め、かつ、道具の性質上、非侵害専用品、侵害結果に直結する蓋然性が相当程度に低いものについては、行為者である提供者の実質的な寄与行為という客観面だけでなく、「現実の認識」という主観面(故意)で絞りをかける考え方⁽¹⁰⁾、「幫助」行為者に対する差止請求も積極的に評価する見解⁽¹¹⁾など、様々な考え方が唱えられてきた。

また、侵害の主体を広げる手法としてのカラオケ法理、規範的主体論を挙げ、管理・支配、利益の帰属の要件の有用性を積極的に評価し、「実際の行為者を手足とする侵害の主体と同視することができる場合がある」旨述べ(アプローチA)、ただし、「支配管理の要素が低いケースにまで規範的主体論の射程を拡張しカラオケ法理を及ぼすことは、擬制という批判を免れないのであって、このカラオケ法理を拡張しすぎることについては再検討が必要であり、ことに大衆のユーザーが直接侵害行為を行い、Yの支配管理が及ばない場合においては、本来的に管理監督機能、行為支配性の要件になじみにくい」として、従来型の「規範的主体論」の適用範囲の限界に触れる見解がある。⁽¹²⁾そして、論

(3) 著作権法第1条(目的)参照

(4) 憲法第21条1項「集会、結社及び言論、出版その他の一切の表現の自由は、これを保障する。」

(5) 憲法第22条1項「何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する。」、同法第29条1項「財産権は、これを侵してはならない。」

なお、「経済活動の自由」の一環である「職業選択の自由」には、営利を目的とする自主的活動の自由である「営業の自由」が含まれると解される(佐藤幸治「青林書院・現代法律学講座5」憲法第3版557頁参照)。

(6) 昭和63年頃以降の初期に、当初は次々とカラオケ関連事案が多く登場したことから、いわゆる「カラオケ法理」と呼ばれるようになったものと解される。しかし、本稿では、本テーマの判例理論を統一的に「規範的主体論」と呼ぶこととする。

(7) 「自炊代行サービス業」事件は、上記2つの最高裁判決以後に問題となったサービス業事例である。

(8) 牧野利秋「著作権関係訴訟法(新・裁判実務大系22)346頁・青林書院・2004年、NBL750号18頁、斉藤博「判例評釈」判例時報1864号222頁

(9) 中山信弘「著作権法」第2版605頁・有斐閣・2014年

(10) 作花文雄「民法法理と著作権制度の体型及び構造—著作物利用・著作権侵害に係る行為・行為者・行為地」コピライト500号16頁・2000年

(11) 田中豊「コピライト485号2頁、コピライト520号7頁

(12) 高部真規子「著作権侵害の主体について」ジュリスト1306号・114頁

者はさらに「幫助者」に対する差止め請求権の可否の議論(アプローチB)、立法論として「支分権」を拡張するアプローチ(アプローチC)、法113条をもっと拡張して明確化することが必要との立法論のアプローチ(アプローチD)に分け、詳細な検討をされている。

以上のように学説上も様々な議論がされてきたが、このような直接的侵害行為への加担もしくは寄与する者の責任が問題となった場合、いかなる根拠、法律構成、法律要件によってその者の責任が認められるべきであるかは、現行の著作権法はもとより、我が国の民事・商事法の実体法、手続法だけでなく、刑事法をも含めた一国の法制度全体を見渡す視点から法律構成を検討する必要がある。

以上のような問題意識のもとに、これまで、我が国の文化庁審議会の議論を、また、比較法の観点から、二次侵害、間接侵害に関する個別具体的な成文規定を持つ英国の法制を検討してきたが⁽¹³⁾、本稿では、この問題について、刑事法的アプローチから検討を試みるものである。現行の我が国の著作権法には、第八章に「罰則」の規定があり⁽¹⁴⁾、第119条の基本の著作権侵害罪の構成要件を先頭に、改正で挿入された枝番含めて詳細な規定を持つ。刑事法の領域における著作物に対する「直接的侵害行為によらない態様の加担者・寄与者」の責任の取り扱い方を検討することは、民事法における理論構成にも影響を及ぼすものと解される。

Ⅱ 刑事法領域における直接侵害によらない行為態様の取り扱い

1 著作権侵害事例と刑事事犯の動向

我が国の著作権法には、権利侵害行為に対する予防・抑止力として、また国家社会倫理規範違反の「法益侵害」に対する国家刑罰権の発動として、罰則規定が設けられており⁽¹⁵⁾、刑法上の「罪刑法定主義」⁽¹⁶⁾に

則った構成要件の下、一定の著作権侵害行為には刑事罰が適用される。著作権侵害のシステムや「道具」、「場」を提供し、直接的侵害行為に加担もしくは寄与して著作権侵害事象を惹起した者の刑事責任が問題となった事例としては、「Winny」事件の被告人につき、著作権法違反罪の幫助犯の故意を欠くとして無罪が確定した最高裁平成23年12月19日上告審判決の裁判経過が著名であるが、さらに、この他にも様々なケースで有罪となった多数の下級審判例が積み重なりつつある。

この点、近時の著作権侵害事犯の検挙事件数の推移を見ると、平成30年は169件、うちインターネット利用事犯は149件(88.2%)、令和元年は141件、うちインターネット利用事犯は123件(87.2%)、令和2年は112件、うちインターネット利用事犯は102件(91.1%)と推移しており、コロナ禍の影響もあるかとも思われるが、いかにインターネット利用事犯が検挙される刑事犯の多くを占めるかが窺われる⁽¹⁷⁾。

もとより、民事・商事法の領域と刑事法の領域では、妥当する法制度の指導理念が異なるため、理論構成及び事案の結論が一概に平仄が合うとは限らない。しかしながら、侵害事象として同一または類似の事案に対して、民事と刑事で法律構成自体が明らかにかけ離れるのは奇妙なことであり、全体的な一国の法制、法律解釈としての整合性を欠くことになるのではないだろうか。

2 【Winny(ウィニー)事件】⁽¹⁸⁾

【事案の概要】

事件当時、大学院生であった被告人が、ファイル共有ソフトである「Winny(ウィニー)」を開発・公開し、インターネットを利用する不特定多数の者に提供して、ネット上のユーザーである正犯者ら2名が著作権者の許諾を得ずにゲームソフトや映画の各情報をインターネット上で自動公衆送信しうる状態にして著作権者が

(13) 拙稿「著作権法制における「間接侵害」」日本大学法科大学院「法務研究」第15号(2018年1月)

同様の問題状況や具体的事案について、海外ではどのような法制を採用し、実務上処理されているのか、比較法の観点から英米の法制を検討してきたが、一般に「判例法」諸国といわれる英米法の領域でも、本テーマについては一括りに論じることができず、英国法制と米国法制では、まったく異なるアプローチ方法を採用している。米国は判例法理としての代位責任・寄与責任の法理、英国は立法により個別の二次侵害規定を持ち、その比較により導かれる示唆は、我が国の法制を考える上でも有用と思われる。

(14) 著作権法第8章「罰則」、第119条乃至第124条参照。

(15) 同上

(16) 「罪刑法定主義」とは、「法律がなければ犯罪はなく、法律がなければ刑罰はない」という標語によって示される、刑事法の大原則であり、フォイエルバッハの刑法教科書に初めて用いられたことから、近代自由主義思想とともに成立したと解されている。「罪刑法定主義」の理論的根拠は三権分立の思想と均衡論であり、派生原理としては、①刑罰法規不遡及の原則、②慣習刑法の排除の原則、③類推解釈の禁止、④絶対的不定期刑禁止の原則、⑤明確性の原則、⑥内容の適正の原則が導かれるといわれる(大塚仁 刑法概説(総論)有斐閣50頁)

(17) 「令和2年における生活経済事犯の検挙状況等について」警察庁生活安全局 生活経済対策管理官(令和3年3月)

(18) 最三小決23・12・19(平成21年(あ)第1900号)、第一審：京都地判平成18・12・13(平成16年(わ)第726号)、控訴審：大阪高判平成21・10・8(平成19年(う)第461号)

有する公衆送信権を侵害したという著作権法違反幫助の事案である。

【争点】 著作権法違反幫助罪の成否

【判旨】

(第1審)

「本件では、インターネット上において Winny 等のファイル共有ソフトを利用してやりとりがなされるファイルのうちかなりの部分が著作権の対象となるもので、Winny を含むファイル共有ソフトが著作権を侵害する態様で広く利用されており、Winny が社会においても著作権侵害をしても安全なソフトとして取りざたされ、効率もよく便利な機能が備わっていたこともあって広く利用されていたという現実の利用状況の下、被告人は、そのようなファイル共有ソフト、とりわけ Winny の現実の利用状況等を認識し、新しいビジネスモデルが生まれることも期待して、Winny が上記のような態様で利用されることを認容しながら、Winny 2.0 β 6.47 及び Winny 2.0 β 6.6 を自己の開設したホームページ上に公開し、不特定多数の者が入手できるようにしたことが認められ、これによって Winny 2.0 β 6.47 を用いて X (正犯) が、Winny 2.0 β 6.6 を用いて Y (正犯) が、それぞれ Winny が匿名性に優れたファイル共有ソフトであると認識したことを一つの契機としつつ、公衆送信権侵害の各実行行為に及んだことが認められるのであるから、被告人がそれらのソフトを公開して不特定多数の者が入手できるように提供した行為は、幫助犯を構成すると評価することができる。」と判示した。

Winny の技術それ自体はさまざまな分野に応用可能で有意義なものであり、技術自体は価値中立的なものであり、そのような技術の外部への提供行為が幫助行為として違法性を有するかどうかは、その技術の社会における現実の利用状況やそれに対する認識、提供する際の主観的態様によるとした上で、被告人は、インターネット上において Winny 等のファイル共有ソフトを利用してやり取りがなされるファイルのうちかなりの部分が著作権の対象となるもので、著作権を侵害する態様で広く利用されていたなどの現実の利用状況の下で行なわれた被告人の行為は、幫助犯を構成すると評価することができるとして、被告人を有罪、罰金 150 万円に処した。

(控訴審)

Winny 等のファイル共有ソフトを利用してやり取りがなされるファイルのかかなりの部分が著作権を侵害する態様で広く利用されていたなどの現実の利用状況の下で行なわれた被告人の行為は、幫助犯を構成するとした原判決を破棄し、著作権侵害の用途のみ又はこれを主要な用途として使用させるようにインターネット上で勧めて本件 Winny を提供していたとは認められないとして、被告人を無罪とした。

(上告審)

「適法用途にも著作権侵害用途にも利用できるファイル共有ソフト Winny をインターネットを通じて不特定多数の者に公開、提供し、正犯者がこれを利用して著作物の公衆送信権を侵害することを幫助したとして、著作権法違反幫助に問われた事案につき、被告人において、(1)現に行われようとしている具体的な著作権侵害を認識、認容しながら Winny の公開、提供を行ったものでないことは明らかである上、(2)その公開、提供に当たり、常時利用者に対し Winny を著作権侵害のために利用することがないよう警告を発していたなどの本件事実関係(判文参照)の下では、例外的とはいえない範囲の者がそれを著作権侵害に利用する蓋然性が高いことを認識、認容していたとまで認めることも困難であり、被告人には著作権法違反罪の幫助犯の故意が欠ける。」と判示した(反対意見がある。)

【検討】

本件は、事案の概要のようなインターネット上の不特定多数のユーザーに提供したソフトウェアの開発・提供者が著作権法違反被告事件の幫助罪(従犯)⁽¹⁹⁾として起訴され、大いに注目を浴びた事件である。最終的な結論としては最高裁で無罪が確定したものの、第一審で当時の京都地裁刑事部が有罪判決をしたことから大きな社会的反響を呼んだ。そして、注目したいのは、裁判所の理論構成が第一審、控訴審、上告審と一貫して、特段に争点として議論することなく、本件のような行為態様を「幫助犯」として構成した点である。

この点、民事訴訟事件として争われた事例で、ソフトウェアやシステム、ネット上の掲示板などのツールやシステムの開発者、「場」の提供者の責任が問われた事件としては、「P2P ファイル交換(ファイルログ)」事件⁽²⁰⁾、「2ちゃんねる(小学館「罪に濡れた2人」)」事

(19) 刑法第 62 条：正犯を幫助した者は、従犯とする。

2 従犯を教唆した者には、従犯の刑を科する。

(20) 東京地決平成 14・4・9、東京地決平成 14・4・11 判時 1780 号 25 頁、東京中判平成 15・1・29 判時 1810 号 29 頁、東京地終判平成 15・12・17 判時 1845 号 36 頁、東京判平成 17・3・31

件⁽²¹⁾、「選撮見録」事件⁽²²⁾、「録画ネット」仮処分命令申立事件⁽²³⁾、「まねきTV」事件⁽²⁴⁾、「MYUTA」事件⁽²⁵⁾、「ロクラクⅡ」事件⁽²⁶⁾等の多数の裁判例の蓄積がある。これらの裁判例はいずれも本稿のタイトルである「規範的主体論」、言い換えると従前から「カラオケ法理」として確立されてきた法理の適用、あるいはそのバリエーションによって侵害行為の「主体」性が認められた、刑事法的に言えば構成要件に該当する実行行為の「主体」性が認められてきた事例である。

このような刑事法の領域の傾向は、次項に紹介するとおり、その他の下級審の刑事裁判例にも見られるところである。

3 その他の下級審の刑事裁判例

(1) 幫助犯(従犯)⁽²⁷⁾構成の裁判例

【第③世界事件】⁽²⁸⁾

【事案の概要】

本件は、京都府警生活経済課ハイテク犯罪対策室、八幡署、下鴨署及び東山署が、音楽著作権集中管理団体であるJASRACが著作権を管理している楽曲を、無断で不特定多数の者にダウンロードさせていた携帯サイト「第③世界」が問題となった裁判例である。「第③世界」の運営者の男性(28歳)と、同じく無断でこのサイトにJASRACが著作権を管理している楽曲をアップロードしていた男性(53歳)を著作権法違反の疑いで逮捕し、併せて、これらの行為を違法と知りながら公衆送信可能化を助けたとして、レンタルサーバー管理者である「株式会社エーウォーカー」役員の男性(30歳)を著作権法違反幫助の疑いで逮捕・起訴したという事案である。この類の事件で、携帯掲示板運営者が違法サイトに関連して「著作権法違反幫助」の疑いで逮捕された事案としては初めての事案とされている。このサイトはユーザー数が推定約100万人を超える国内最大規模の違法音楽配信サイトであり、当該サイトには、音楽ファイルが違法アップロードされて

おり、被告人らは、3年間で約1億2000万円の広告収入を得ていた。

【判決】

被告人A：(28歳)無職・サイトの運営者かつ違法ファイルのアップロード者 懲役3年(執行猶予5年)罰金500万円

被告人B：(53歳)会社員、違法ファイルのアップロード者(いわゆる「貼り師」) 懲役1年6月(執行猶予3年)

被告人C：(30歳)レンタルサーバー会社である(株)エーウォーカーの役員 「著作権法違反幫助」有罪となり、罰金50万円

【適用した罰条】

被告人Aにつき、判示事項1・著作権侵害の点につき、刑法60条、平成18年法律121号附則4条により同法による改正前の著作権法119条1号、著作権法23条1項、著作隣接権侵害の点につき刑法60条、平成18年法律121号附則4条により同法による改正前の著作権法119条1号、著作権法96条の2、判示事項2につき、判示第2 刑法60条 著作権法119条1項、23条1項、

被告人Bにつき、判示事項1・著作権侵害の点につき、刑法60条、平成18年法律121号附則4条により同法による改正前の著作権法119条1号、著作権法23条1項、著作隣接権侵害の点につき刑法60条、平成18年法律121号附則4条により同法による改正前の著作権法119条1号、著作権法96条の2 判示事項2につき、判示第2 刑法60条 著作権法119条1項、23条1項、

被告人Cにつき、著作権法違反幫助 同法119条1項、23条1項、刑法62条1項、刑法63条 68条4号、刑法18条、刑事訴訟法348条

【検討】

本件は、結論として、被告人Aと被告人Bは、共同実行の事実、共同実行の意思が認定され、罰条で共同

(21) 東京判平成16・3・11(平成年(ワ)第15526号)判時1893号131頁、東京高判平成17・3・3(平成16年(ネ)第2067号)判時1893号126頁

(22) 大阪地判平成17・10・24(平成17年(ワ)488号)判時1931号198頁、大阪判平成19・6・14(平成17年(ネ)第3258号他判時1991号122頁)、(原審)大阪地判平成17・10・24(平成17年(ワ)488号判時1911号65頁)

(23) 東京地決平成16・10・7(平成16年(ヨ)第22093号)判時1895号120頁、同仮処分異議申立事件・東京地決平成17・5・31日(平成16年(モ)第15793号)、同抗告審・知高決平成17・11・15(平成17年(ラ)第10007号)別冊ジュリスト198号196頁

(24) (仮処分)東京地決平成18・8・4判時1945号95頁、最高裁判所民事判例集65巻1号247頁、抗告審・知高決平成18・12・22、(本案訴訟)一審：東京地判平成20・6・20・平19(ワ)第5765号、差戻前二審：知高判平成20・12・15・平20(ネ)第10059号、上告審：最三小判平成23・1・18(平成21年(受)第653号)

(25) 東京地判平成19・5・25・平成18年(ワ)第10166号 判時1979号100頁

(26) 東京地決平成19・3・30日・平成18年(ヨ)第22046号、一審：東京地判平成20・5・28(平19(ワ)第17279号)、差戻前二審：知高判平成21・1・27(平20(ネ)第10055号)、上告審：最一小判平成23・1・20(平成21年(受)第788号)

(27) 刑法第62条

(28) 京都地判平成21・2・23(平成20年(わ)第1589号・著作権法違反被告事件)、京都地判平成21・2・13(平成20年(わ)第1705号・著作権法違反被告事件)、京都地判平成20・12・2(平成20年(い)第1024号 著作権法違反被告事件)

正犯(刑法第 60 条)が成立しており、被告人 A の量刑の懲役 3 年(執行猶予 5 年)罰金 500 万円は、当時としては相当に重い。被告人 A は、サイト運営だけでなく、某かのアップロード行為も行っており、楽曲の貼り師である被告人 B は、直接のアップロード行為者であることから問題ないとして、本件で注目すべきは、被告人 C のレンタルサーバー会社である。被告人 C に対する判断は、前項の【検討】でも列挙した多くの民事裁判例と比較すると、たとえば「2 ちゃんねる」事件⁽²⁹⁾とも比較すると興味深い。

背景事情として、C は、当該サイトが著作権侵害のサイトだということを、JASRAC から通知を受けてこれを了知し、いったん被告人 A の掲示板を削除している。しかし、被告人 A やネット上のユーザーから、削除につき苦情を言われて、再度当該サイトを元に戻したという経過事情があった。結論は、「著作権法違反幫助罪」で有罪、量刑は罰金 50 万円という判断で、検察官の起訴状の「罪名及び罰条」では著作権法 119 条 1 項(罰則)のほか、23 条 1 項(公衆送信権)、刑法 62 条 1 項の「幫助罪」が示され、そして判決もそのまま、同条が適用されている。

「2 ちゃんねる」事件と比較すると、「場」を提供し、著作権侵害の事実を知って、本来ならば削除が容易にできる立場にありながら、これを放置し続けた者の責任という意味では、それまで民事的には「規範的主体論」もしくは「カラオケ法理」で著作権侵害の「主体」、すなわち刑事的に言えば構成要件に該当する実行行為の主体、「正犯」であるという理論を構成してきた。直接アップロードをした者ではなくても、そのような事情を知ってそのまま「場」を提供し続けるのは、行為主体として差止請求の対象となりうるか、といった議論をしてきたわけである。しかしながら、本件では、正犯か、間接的な従犯か、「規範的主体論」といった議論はされていない。刑事事件としては何の議論も迷いもなく、当然の如く「幫助罪」と構成されているのである。そして、幫助罪は必要的減刑(刑法 63 条)⁽³⁰⁾の犯罪類型であって、裁判も略式命令で罰金 50 万円という量

刑になっている。

なお、本件は、著作権侵害に基づく民事訴訟も提起されており、原告と C との間では「訴訟上の和解」が成立しており、和解調書⁽³¹⁾で和解条項として下記の遵守事項が盛り込まれている(被告 A に対しては金 1 億 7089 万 5700 円の損害賠償額認容判決⁽³²⁾となっている)。

【和解調書の和解条項に盛り込まれた事項】

- ① 音楽ファイル、動画ファイルのアップロードを禁止する措置
- ② 外部サイトに蔵置された音楽ファイル、動画ファイルへの直接リンクを禁止する措置
- ③ JASRAC から著作権侵害サイトに関する通知を受けたときは、すみやかに同サイトに対するサービス提供を停止する措置
- ④ JASRAC からの通知によらないで著作権侵害サイトの存在を確認したときは、直ちに自主的に同サイトへのサービス提供を停止する措置
- ⑤ ユーザーに対して著作権侵害行為の禁止を徹底させるための注意喚起措置

(2) 間接正犯⁽³³⁾構成の裁判例

【サンフレッチェ事件】⁽³⁴⁾

【事案の概要】

本件は、いわゆる典型的な「カラオケ法理」事案であると同時に、飲食店経営者の態度、事案の経過が悪質なもので、カラオケ伴奏による歌唱の無許諾利用者に対して懲役刑の有罪判決が下された全国で初めての事案である。大阪市中央区東心斎橋に所在していた飲食店「サンフレッチェ」において、JASRAC の管理楽曲が長期間にわたり、楽曲が無断利用されていたところ、JASRAC が本件飲食店の経営者を著作権法違反の疑いで大阪府警察南警察署に刑事告訴し、同署による取り調べを経て、大阪地方検察庁が大阪地方裁判所に起訴(公判請求)した。以下は事件全体の経過である。

事案の経過

平成 20 年 12 月 2 日 大阪簡易裁判所に対して無断

(29) 東京地判平成 16・3・11(平成 15 年(ワ)第 15526 号)判時 1893 号 131 頁、東京高判平成 17・3・3(平成 16 年(ネ)第 2067 号)判時 1893 号 126 頁

(30) (従犯減輕)第六十三条 従犯の刑は、正犯の刑を減輕する。

(31) 確定判決と同一の効力を持つ。

(和解調書等の効力)民事訴訟法第百六十七条：和解又は請求の放棄若しくは認諾を調書に記載したときは、その記載は、確定判決と同一の効力を有する。

(32) 東京地判平成 23・11・29

(33) 間接正犯とは、他人を「道具」として利用してあたかも自ら直接、犯罪実行行為をしたのと同様の結果を生じさせる者のことをいい、他人の意思を支配し、利用される他人は意思を持たない「道具」として機能することから、「道具理論」といわれる。

(34) 大阪地判平成 23・5・17(平成 23 年(わ)第 1255 号)

- 利用期間の著作物使用料の清算及び今後の利用許諾契約の締結を求める民事調停を申立。本件経営者が調停期日に一切出席しなかったため不成立。
- 同 21 年 6 月 25 日 大阪地方裁判所に対して仮処分を申立。
- 同 年 8 月 24 日 大阪地裁が JASRAC 管理楽曲の演奏禁止及びカラオケ機器を執行官保管とする仮処分決定
- 同 年 9 月 2 日 大阪地裁執行官が仮処分執行。ところが、本件経営者が3度にわたりカラオケ機器の封印を破棄して JASRAC 管理楽曲の無断利用を継続。
- 同 22 年 9 月 8 日 大阪府警察南警察署に対して刑事告訴状を提出。
- 同 23 年 3 月 22 日 大阪地方検察庁が起訴(公判請求)
- 同 年 5 月 9 日 第1回公判期日。大阪地検が懲役1年6ヵ月を求刑

最初は、権利者の JASRAC 側から民事調停を起こされたが、経営者が出席せず不成立となり、さらに、仮処分命令の申立があって、保全命令により店内のカラオケ機器が執行官保管になったが、被告人はその執行官保管のカラオケ機器の封印を3回も破棄して、さらに利用を継続した。権利者側は、業を煮やして刑事告訴、大阪地検が公判請求した。

【判決】

被告人：懲役1年6月(執行猶予3年)

【適用した罰条】

著作権法 119 条 1 項

【検討】

本判決は、有罪で懲役1年6月となった(執行猶予3年)。量刑事情や判旨を見ると、客の歌唱について、客はいわゆる被告人(店の経営者)の「手足」であって、刑法上の「間接正犯」の「道具理論」を使って、被告人(直接行為者)の正犯性を基礎づけている。以上のように、

民事裁判例に見られる典型的な「カラオケ・スナック」事案は、客の歌唱を「道具」とする「間接正犯理論」で構成されている。

判決理由としては、「昨今の知的所有権保護の重要性が叫ばれる中、仮処分執行後も封印を何度も剥がすなど法律を軽視した行為は重い。」との量刑理由を述べて、検察の求刑どおりの判決を言い渡した。

前項の「第③世界」事件と異なり、本件のように直接の演奏行為に対して店の経営者の行為との密接性が高い事例では、刑法上の「間接正犯」理論が使われている点が特徴であり、その結論は、民事裁判例中、①管理支配、②経済的利益の帰属の要件を立てて「カラオケ法理」を打ち出した「クラブ・キャッツアイ事件」最高裁判決と同様に、演奏権侵害⁽³⁵⁾の「正犯」と評価している。

(3) 共同正犯⁽³⁶⁾・共謀共同正犯⁽³⁷⁾構成の裁判例

① 【DoCoMo 歌手別倉庫事件】⁽³⁸⁾

【事案の概要】

滋賀県警察本部生活安全部生活環境課サイバー犯罪対策室および滋賀県草津警察署が、携帯電話向けレンタル掲示板サービスを利用して掲示板を開設し、JASRAC が著作権を管理している楽曲を、無断で不特定多数の者にダウンロードさせていた掲示板管理人の男性(27歳)と、同じく本件掲示板に JASRAC が著作権を管理している楽曲をアップロードしていた男性(40歳)を著作権法違反(公衆送信権侵害)の疑いで逮捕、起訴したという事案である。「DoCoMo 歌手別倉庫」という名称の掲示板を開設した管理人の男性等は、掲示板上で一般ユーザーから楽曲のリクエストを受け、これに応じて自ら音楽ファイルをアップロードし配信していたもので、警察の調べによると、本件掲示板には約3,800曲のファイルがアップロードされていた。

【判決】

掲示板管理人と、違法アップロード者にそれぞれ懲役1年6月(執行猶予3年)

【適用した罰条】

判示第1 著作権侵害の点につき、刑法 60 条、平成 18 年法律 121 号附則 4 条により同法による改

(35) 著作権法第 22 条

(36) 刑法第 60 条。「一部実行全部責任」の法理に基づき、成立要件として、犯罪構成要件該当行為、すなわち実行行為について「共同実行の意思」および「共同実行の事実」が必要となる。

(37) 共謀共同正犯とは、刑事法における判例理論で構築された概念で、二人以上の者が一定の犯罪を実現することを共謀し、共謀者中の一部の者がその犯罪を実行した場合、実行行為に関与しなかった者も含め共謀者全員について共同正犯が成立するとする理論をいう。共謀共同正犯は刑法第 60 条の共同正犯の一形態であるが、長年の判例理論によって構築されてきた犯罪類型である。したがって、原則として共同正犯(刑法第 60 条)の成立要件である「共同実行の事実」と「共同実行の意思」は要求されることになる。

(38) 大津地判平成 22・3・30(平成 20 年(わ)第 1589 号、第 1705 号・著作権法違反被告事件)

正前の著作権法 119 条 1 号、著作権法 23 条 1 項、著作隣接権侵害の点につき刑法 60 条、平成 18 年法律 121 号附則 4 条により同法による改正前の著作権法 119 条 1 号、96 条の 2 判示第 2 著作権侵害の点につき、著作権法 119 条 1 項、23 条 1 項、著作隣接権侵害の点につき著作権法 119 条 1 項、96 条の 2 判示第 3 刑法 60 条 著作権法 119 条 1 項、23 条 1 項、**【検討】**

本件では、前述の「第③世界」事件とは異なり、携帯電話向けレンタル掲示板サービス業者の責任は問われていない。被告人は掲示板管理人と違法アップロード者(貼り師)であるが、掲示板管理人自身も楽曲のアップロード行為(送信可能化行為)を行っていることから、全体として共同正犯⁽³⁹⁾の成立が肯定されている。

② 【ゴリメロ歌手別投稿版事件】⁽⁴⁰⁾

【事案の概要】

本件は、滋賀県警察本部生活安全部生活環境課サイバー犯罪対策室および滋賀県草津警察署が、携帯電話向けレンタル掲示板サービスを利用して掲示板を開設し、JASRAC が著作権を管理している楽曲を無断で不特定多数の者にダウンロードさせていた掲示板管理人の男性 2 人(39 歳、36 歳)と、同じく本件掲示板に JASRAC が著作権を管理している楽曲をアップロードしていた男性(40 歳)を著作権法違反(公衆送信権侵害)の疑いで逮捕したという事案である。「ゴリメロ歌手別投稿板」という名称の掲示板において、約 4 万曲ものファイルがアップロードされており、また、掲示板へのアクセスが累計 2 億回を超えるなど、大規模な著作権侵害が発生していたものである。事案の概要としては前述の「DoCoMo 歌手別倉庫事件」とよく似た類似事案である。

【判決】

違法アップロード者に懲役 1 年(執行猶予 3 年)

掲示板管理人 2 人に、懲役 2 年(執行猶予 3 年)

罰金 100 万円

懲役 1 年 6 月(執行猶予 3 年)

罰金 50 万円

【適用した罰条】

著作物ごとに、著作権侵害の点につき、刑法 60 条、

著作権法 119 条 1 項、著作権法 23 条 1 項、著作隣接権侵害の点につき、刑法 60 条、著作権法 119 条 1 項、96 条の 2

【検討】

本件は、アップロード行為者 1 名に管理人 2 名の事案であって、アップロード者はいわゆる「貼り師」、管理人 2 名は、「公訴事実」についてはアップロード行為を行っていない。掲示板のシステムを用意して、投稿を呼びかけていた。管理人 2 名の被告人間で、首謀者はどちらかについて仲間割れし、なすり合いが生じて争った事案であるが、掲示板管理者 2 名はアップロード行為を直接認定されていない点の特徴である。提示版という「場」の提供者たちであるが、「アップロード者と共謀の上」として、「共謀共同正犯理論」により構成されており、3 人とも共同正犯(刑法 60 条)として処理されている。

③ 【はるか夢の址事件】⁽⁴¹⁾

【事案の概要】

被告人 3 名が、インターネットサイトのサーバコンピュータ内に、違法にアップロードされた漫画等の書籍データのリンクを掲載するなどして、不特定多数の者に対して書籍データを自動送信可能な状態にし、被告人 2 名が、同人らが運営するサイトの競合サイトを潰すために本攻撃対象のサイトに連続して多数アクセスさせ、当該サイトのサーバーに負荷をかける機能を有する攻撃用スクリプトを作成したという著作権法違反、不正指令電磁的記録作成等の事案である。被告人 A を懲役 3 年 6 月に、被告人 B を懲役 3 年に、被告人 C を懲役 2 年 4 月の実刑判決に処した事例である。

【判決】

被告人 A を懲役 3 年 6 月、

被告人 B を懲役 3 年、

被告人 C を懲役 2 年 4 月

未決勾留日数中、被告人 A に対しては 20 日を、被告人 B に対しては 100 日を、それぞれその刑に算入

【適用した罰条】

判示第 1 行為 被告人 3 名につき、刑法 60 条、著作権法 119 条 1 項、23 条 1 項

判示第 2 行為 被告人 A 及び被告人 B につき、包括して刑法 60 条、168 条の 2 第 1 項 1 号

(39) 刑法第 60 条。

(40) 大津地判平成 22・11・19(平成 22 年(わ)第 429 号・著作権法違反被告事件)、大津地判平成 22・11・20(平成 22 年(わ)第 528 号・著作権法違反被告事件)

(41) 第一審：大阪地判平成 31・1・17(平成 29 年(わ)第 4356 号)、控訴審：大阪高判令和 1・11・1(平成 31 年(う)第 280 号)

【検討】

本件は、被告人3名が、インターネットサイトのサーバコンピュータ内に、違法にアップロードされた漫画等の書籍データのリンクを掲載するなどして、不特定多数の者に対して書籍データを自動送信可能な状態にしたという、いわゆるリーチサイト事案である。判決文の「罪となるべき事実」の認定においては、「H等44名が著作権を有する著作物である漫画「I第J巻」等68点の各書籍データを、インターネットに接続された自動公衆送信装置であるサーバコンピュータの記録媒体に記録・蔵置した上、平成28年3月2日から平成29年7月18日までの間、48回にわたり、前記F方等15か所において、前記パーソナルコンピュータを使用してインターネットを介し、前記各書籍データを記録・蔵置した場所を示すURLを、「K」等2事業者が管理する前記「E」のサーバコンピュータ内の記録媒体に記録・蔵置し、インターネットを利用する不特定多数の者に前記著作物68点の各書籍データを自動公衆送信可能な状態にし、」と認定し、被告人らはいわゆるリンキングのみならず、自ら書籍データのアップロード行為も行っていることが窺える。そして、本件サイトには、「利用者による違法なアップロードと投稿を助長するための様々な仕組みがあり、犯行は常習的なものであって、著作権を侵害された者は44名、書籍は68点上り、書籍の販売価格とダウンロード回数を掛け合わせた額は約3931万円」と認定されている。

理論構成としては、被告人Aが本件サイトを開設し、その運営・管理全般を統括するし、利用者による違法なアップロードと投稿を助長するための様々な仕組みを作り、本件サイトを利用者の多いものに成長させていった者として、判示第1の各犯行の「首謀者」と認定されている。

被告人Bについては、被告人Aに助言をし、本件サイトが摘発されないようにするためにサーバーを海外に移行することを提案した上で、自らサーバーの契約をし、サーバーの保守・管理も引受けていた者、被告人Cは、本件サイトの会員となり、報酬目的で書籍データをアップロード等しているうちに、誘われて同サイトを管理する立場の一人となり、投稿を削除、編集等する投稿管理の役割を担い、更に、自ら書籍データを違法にアップロードして本件サイトにリンクを投

稿していた者で、全体としては一部実行全部責任の「共同正犯」(刑法第60条)とする理論構成をとっている。

なお、本件は上述のとおり被告人の一部はアップロード行為も行っているが、いわゆるリンキング、リーチサイトの事案であり、本件などをきっかけとして令和2年にリーチサイト規制の著作権法改正法が法113条のみなし侵害規定として成立、施行されている⁽⁴²⁾。これにより、国内型のダウンロード型リーチサイトは急減していると見られている。

なお、本件の控訴審は控訴棄却判決である。

④ 【漫画村事件】福岡地裁令和3年6月2日判決⁽⁴³⁾

【事案の概要】

本件は、被告人Aが、BCDと共謀して本件サイト「漫画村」を立ち上げ、当該サイト(以下「P8」とする。)のサーバーに他の所在不詳のサーバーにある書籍を電子化したデータをアップロードし、当該サーバーの記録装置に記録を行い、インターネットを利用する不特定多数の者に自動的に公衆送信し得る状態にし、その際に「リバースプロキシ」という技術により本件システムを用いて著作権侵害したとされた事案である。被告人が、自らが管理・運営するウェブサイト「P8」において、共犯者らとともに、漫画等の画像データを違法にアップロードして送信可能化し、P8で漫画等の画像データを送信可能化したことによって得た犯罪収益等を隠匿し、その取得につき事実を偽装したとして、著作権法違反および組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律違反の罪で懲役4年6か月及び罰金1000万円、金員の追徴を求刑された。

本件は、使われた「リバースプロキシ」という技術によるシステムが非常に複雑であり、①違法に公衆送信可能化の状態にあるデータをさらにアップロードする行為は侵害になるか、②リバースプロキシを用いてP8を手段として著作物を表示する行為は公衆送信可能化に当たるか、③本件サイトP8はいわゆる「リーチサイト」であるとしてリーチサイト規制改正法の適用事例となるか等が争われた。

【判決】

被告人を懲役3年及び罰金1000万円

未決勾留日数中400日をその懲役刑に算入する。

その罰金を完納することができないときは、2万円を

(42) 法第113条第2項～第4項、第119条第2項第4号・第5号、第120条の2第3号等(令和2年10月1日施行)

(43) 福岡地判令和3・6・2(令和1年(わ)第1181号)

1日に換算した期間被告人を労役場に留置する。
被告人から6257万1336円を追徴する。

【適用した罰条】

判示第1の1の行為 刑法60条、著作権法119条1項(平成28年法律第108号による改正前)、23条1項

判示第1の2の行為

著作権侵害の点 刑法60条、著作権法119条1項(平成28年法律第108号による改正前)、23条1項

出版権侵害の点 刑法60条、著作権法119条1項(平成28年法律第108号による改正前)、80条1項2号

判示第2の各行為 それぞれ包括して組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律10条1項前段

【検討】

本件を読み解く鍵は、「リバースプロキシ」の技術システムの理解である。その意味においては、前項で触れた【はるか夢の址事件】をきっかけに立法された令和2年改正法のリーチサイト規制のみなし侵害規定をもってしても解決できない、新手のシステム事例ともいうるかと思われる。

①違法に公衆送信可能化の状態にあるデータをさらにアップロードする行為は侵害になるかについては、「著作権法上、第三者により既に送信可能化されていた画像等のデータについて、その余の者による著作権侵害が成立しないなどと解すべき合理的理由はなく、等しく著作権法による保護が与えられるべきであるから、(当該サイト)に掲載されていた漫画等の画像データが第三者により送信可能化されていたものだったとしても被告人による送信可能化は否定されない。」と判示し、②リバースプロキシを用いてIを手段として著作物を表示する行為は公衆送信可能化に当たるかについては、「送信可能化が、公衆からの求めに応じて自動的に送信する機能を有する自動公衆送信装置の使用を前提としていることに鑑みると、情報入力主体は、閲覧のリクエストをした個々の閲覧者ではなく、情報を自動的に入力する状態を作り出した者と解するのが相当である。」、「本件において、情報を自動的に入力する状態を作り出したのは、(当該サイト)のサーバーにリバースプロキシの設定をした被告人であるから、

行為主体は被告人と認められる。」と判示した。

また、③「漫画村」のサイトはリーチサイトであるとしてリーチサイト規制改正法の適用事例となるかについては、「リバースプロキシの設定は、いわゆるリンクの貼付けとは違い、リバースプロキシを設定されたサーバーがオリジンサーバーが管理する別のウェブサイトへの遷移を伴わずにユーザーが閲覧をリクエストした画像データ自体をオリジンサーバーから取得して、受信者に対し当該画像データそのものを送信するものである。」、「この行為が著作権法の定める送信可能化に該当することは既に検討したとおりであり、データ自体を送信せず、インターネット上の侵害コンテンツの所在(URL)を表示するにすぎないリンクの貼付けとは、行為態様を全く異にしている」として否定している。

そして、全体の理論構成としては、前述の令和2年著作権法改正によるリーチサイト規制法のカバー領域とはならず、公衆送信権侵害⁽⁴⁴⁾を根拠とする著作権侵害罪⁽⁴⁵⁾の「共同正犯」⁽⁴⁶⁾として構成されている。

Ⅲ 「規範的主体論」の適用範囲の検討と新しい判断基準

以上のとおり、本稿では、著作権法上、一見して直接の侵害行為とは言い難い「道具」や「場」を提供する、あるいはシステムや機器を開発して頒布・販売する、そういった行為態様について、同法の罰則の適用する刑事裁判例の取り扱い方を、いくつかの裁判例を通して概観した。

そこから垣間見られる点は、民事事件の著作権法裁判例における「カラオケ法理」とその延長線上にあるバリエーション、今後の「規範的主体論」の考え方にも大いに示唆を与えるものではないだろうか。

刑事法の領域では、前述のとおり、民事・商事法の領域とは指導理念が異なり、大原則の「罪刑法定主義」に則り、構成要件該当性の厳格解釈が求められる。したがって、類推・拡大解釈や過度な規範的、評価的解釈を嫌い、その派生原理として刑罰法規不遡及の原則や慣習刑法の排除の原則、類推解釈の禁止、明確性の原則、内容の適正の原則が導かれる法分野である。

そのような領域における罰則の適用に際しては、

(44) 法第23条第1項

(45) 法第119条1項

(46) 刑法第60条

「道具」や「場」を提供者の責任は、過度に評価的解釈を行うのではなく、幫助犯(従犯)構成、他人の行為を「手足」とする「道具理論」を前提とする間接正犯構成、「一部実行全部責任の法理」を前提とする共同正犯構成、あるいは共謀共同正犯構成など、場面に応じて事案にマッチする構成を使い分けていることが窺える。

他方、この問題の民事事件はというと、多数の著作権法裁判例を分析しても、管理支配、経済的利益の帰属、行為の性質論といった「カラオケ法理」由来の各要素、もしくは「枢要行為」⁽⁴⁷⁾といったケースによって様々になる非常に抽象的な要件で、一刀両断に「主体」か否かについて過度に規範的解釈をしてきたように思われる⁽⁴⁸⁾。前述の裁判例のように、民事的に侵害行為の「主体」と評価しているものを、刑事的には「幫助(従犯)」と構成されるのも、理論構成の一貫性がない。

我が国では、「間接侵害」の立法の機が熟さず、なかなか実現しない状況であるから、侵害行為の主体を「規範的」にとらえる手法、裁判の現場で「規範的」、評価的に主体を認定していく必要性は続くと思われる。

管理・支配、利益の帰属、あるいは行為の性質論といった従来型の考慮要素、あるいは「枢要行為」といった抽象的要件だけではなく、各行為態様の性質に応じた要素を積極的に取り入れた、納得のいく新たな「規範的」評価による主体認定の方法論を考えていく必要があるのではないだろうか。刑事法の領域に見られるような、幫助構成、間接正犯構成、共同正犯構成などによる事案に応じた仕分けも、1つのヒントではないかと考える。

重要な点は、いずれのケースにおいても、「道具」や「場」、システム自体の持つ個々の性質論をよく見極めること、それから、いわゆる「カラオケ法理」は、間接行為者の直接的行為者に対する「行為支配」性、行為の「密接関連」性を責任の基礎とするものであるから、行為支配性、密接関連度が高い、刑法的に言えば「間接正犯」類似の構成が可能であるような事案に限定していくといったことが考えられる。管理・支配、利益の帰属がフィットする事案とフィットしない事案の仕分けという意味で、直接行為と間接行為者の緊密さ、密接関連性をよく見ることが重要と思われる。

他方、間接行為者の直接的行為者に対する「行為支配」性、行為の「密接関連」性が希薄で距離のある事案については、過度に規範的主体論を用いるのではなく、刑事法でも見られるように端的に「幫助」と構成して、差止請求権の必要性については「間接侵害」の立法で解決すべき問題ではないかと思われる。

また、「知りながらまたは知るべくして」といった主観的要件、「注意義務」で絞り込んでいくというパターンで「主体」性を認めた事例があるが⁽⁴⁹⁾、このような類型事案は、「道具」や「場」が「専ら」でない場合、すなわち、著作権法の領域での「侵害専用」の性質を持たず、汎用性のある事案の場合に、1つの方法として有用ではないかと思われる。この点、英国の著作権法が持つ「二次侵害」規定は、ことごとく「主観的要件」を取り入れていることが注目される⁽⁵⁰⁾。

さらに、前述の「漫画村事件」の所でも触れたとおり、令和2年改正法のリーチサイト規制は、「漫画村」のようなシステム事例ではカバーできず、当然のことながら罰則の適用対象にもならない。詳細かつ精緻な立法ではあるものの、このようなピンポイントな立法の手法はその後の新規の事例に当てはまらず、すでに国内のダウンロード型のリーチサイトは急減しているとみられる。また、条文の規定ぶりそのものも、国民の側から見てわかりづらいものではないかと感じる。

そこで、この問題については、まず従来型の「カラオケ法理」のような規範的に主体を認定する法理論の適用範囲を意識的に限定していく方法、刑事事件に見られるような「間接正犯」類似の構成が妥当する場合の仕分けが必要と思われる(下記(1))。また、規範的主体論によらない、過度に規範的評価をしない新たな判断基準として有用と思われる要素として、下記(2)ないし(5)の要素が考えられる。

記

- | |
|---|
| (1) 直接侵害行為との「密接関連度」の強弱と因果関係
従来型の「規範的主体論」の考慮要素がうまく機能する範囲の限定。
「道具理論」、「間接正犯」類似の構成が妥当する事例か否か。 |
|---|

(47) 前述の「ロクラクⅡ」事件最高裁判決が用いたキーワードである。

(48) 拙稿「著作権法裁判例における規範的主体論」(「月刊コピーライト」公益社団法人著作権情報センター(CRIC)・2016年5月)

(49) 前述の「2ちゃんねる」事件控訴審判決等。

(50) 拙稿「著作権法制における『間接侵害』」日本大学法科大学院「法務研究」第15号(2018年1月)

- (2) 「道具」・「システム」の内容・性質の検討による「侵害専用品」、すなわち定型的侵害寄与物か、例外的侵害寄与物かの分析による危険度、寄与度の判定
- ① 利用に際して権利者の許諾を得られない、
 - ② 利用をしながら「権利侵害をしない」という選択肢が存在しない、
 - ③ 当該物品等の個人向け販売が想定されない、
 - ④ 機能上「使用者が複製する」という要件を必然的に欠くという事情
- (3) 主観的事情、主観的注意義務の存否（予見可能性並びに回避可能性）
- (4) 直接侵害者に対する差止めの現実的実効性
- (5) 権利者の利益の要保護性と侵害者の利益の要保護性の比較考量

民事事件の経過で繰り返し使われて確立してきた判例法理である従来型の「規範的主体論」は、適用がうまくフィットするところには十分に機能させ、しかし、フィットしない領域には過度に使わないという仕分けが重要ではないかと思われる。

したがって、従来の裁判例が示す「規範的主体論」の全面否定をする必要性、必然性もないように思われる。使うべきところで使い、使えないところでは無理に使わない、ということである。以下はこれまでの経過に見られた事例に簡単な仕分けを試みたものである。

記

- (A) 従来型の「規範的主体論」の妥当範囲
「クラブ・キャッツアイ」事件
「バレエ公演・ベジャール」事件
「演奏会プロモーター」事件
- (B) 「専ら」要件、著作権法上の「侵害専用品、侵害専用システム」
「選撮見録」事件
「録画ネット」事件
「ロクラクⅡ」事件
「まねきTV」事件
- (C) 他の利用方法・用途がある場合（主観的要件・注意義務）で絞り
「ヒットワン」事件
「パプ G7・ビデオメイツ」事件

「2ちゃんねる・小学館」事件

以上により、「規範的主体論」の妥当範囲を検討しつつ、A、B、Cという仕分けと考慮要素を考えてみるに、Cは直接的行為との距離感があって密接性、緊密性がAパターンに比べて低く、幫助犯的構成がマッチし、民事責任を肯定するには主観的要件（故意・過失すなわち注意義務違反）を加味するのが妥当であるように思われる。結局のところ、Bカテゴリーの「専ら」、「侵害専用品」と、Cの「主観的要件」で絞るところでは、究極的には「間接侵害」の立法で解決すべきことなのではないかと思われる。

Ⅳ おわりに

Iの問題の所在でも述べたとおり、本稿のテーマである直接的侵害行為への加担もしくは寄与する者の責任は、現行の著作権法はもとより、我が国の民事・商事法の実体法、手続法だけでなく、刑事法をも含めた一国の法制度全体を見渡す視点から法律構成を検討する必要がある。本稿では刑事法的アプローチからの検討を試みたが、そのほか民法理論からの検討、特に「差止請求権」の法的性質論からの考察、特許法、商標法といった他の知財法との比較という視点からの分析もあるだろう。特許の領域でも「間接侵害」という規定を持ちながら、管理・支配、利益の帰属というファクターで判断する裁判例⁽⁵¹⁾や、商標法の領域でも管理・支配・利益の帰属といった考慮要素が使われているケースがある⁽⁵²⁾。

外国法との比較という観点からは、判例法国家であっても、英国法と米国法ではまったく異なる法制を採っており、興味深い。そこから得られる示唆は、我が国の「間接侵害」の立法を考えるについても参考になるのではないかと思われる。今後も多角的な考察を続けてあるべき適切な立法解釈の方法を見極めたいと思う。

以上

(51) 東京地判平成19・12・14最高裁HP平成16年(ワ)25576号事件

(52) 「チュッパチャプス」事件：知財高判平成24・2・14日

著作権法 35 条 1 項ただし書きの「不当に害すること」の判断

齋藤 崇^(*)

授業における他人の著作物の利用については、著作権法 35 条 1 項が適用されることによって無許諾利用が可能となる。しかし、35 条 1 項によって無許諾利用が可能でも、その文言の各要件のうち、そのただし書きにおいて「ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該複製の部数及び当該複製、公衆送信又は伝達の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。」と規定されており、制限がかけられている。そうすると、35 条 1 項ただし書きの「不当に害すること」の判断について、どのような前提のもとに判断されるべきであり、その判断基準をどのように考えていくのかは、35 条 1 項の解釈・運用のあり方に資するものであると考えられる。そこで、本稿では、立案担当者、学説および運用指針の見解ならびに平成 30 年改正の動向などに鑑みて、35 条 1 項ただし書きの解釈を中心に、「不当に害すること」の判断基準について考察する。

- I. はじめに
- II. 著作権法 35 条 1 項の構造
- III. 著作権法 35 条 1 項ただし書きの解釈指針
 - 1. 現行法の立案担当者
 - 2. 学説
 - 3. 運用指針で示されている事例
 - 4. 考察
 - (1) 「不当に害すること」の判断
 - (2) 著作物の小部分の利用と全部・大部分の利用の場合
 - (3) 著作物の品質等の場合
 - (4) 著作物の保存化の場合
 - (5) 著作物の複製物の部数の場合
- IV. 著作権法 35 条 1 項ただし書きと著作権法平成 30 年改正
 - 1. 授業目的公衆送信補償金制度の創設
 - 2. 学説
 - 3. 考察
- V. おわりに

I. はじめに

大学等の教育機関では、教養的・専門的な授業内容

が、教員から学生等に対して展開されている。授業においては、授業資料として他人の著作物を複製し、配布することも一般的に行われているし、現在ではインターネットを用いて授業資料や授業動画をアップロードして配信すること、つまり、公衆送信も行われるようになっている。

たとえば、授業において、時事的な話題に触れてもらい、より一層の教育効果を狙うため、新聞記事などを用いて授業を行うこともあるが、これは新聞記事という著作物、しかも通常は他人の著作物を利用する行為である。そうすると、当該著作物を利用するためには、原則として著作権者の許諾が必要となる。

とはいえども、授業におけるほとんどの場面では、著作権者の許諾を得ることはされていないであろうが、そうであっても、通常は著作権侵害とはならないと判断されることになる。というのも、授業において他人の著作物を利用する行為は、著作権の制限規定のうち、著作権法 35 条⁽¹⁾（以下「35 条」という。なお、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。）によって著作権が制限されるからである。したがって、授業における他人の著作物の利用については、35 条 1 項が適用されることによって無許諾利用が可能になっている。

35 条は、旧法にはなかったものであり、昭和 45 年

(*) 日本大学法学部助教

(1) 35 条をめぐる文献としては、今村哲也「著作権法 35 条の著作権制限規定の現代的課題—著作物の自由利用とライセンス・スキームとの制度的調整のあり方」小泉直樹・田村善之編「中山信弘先生古稀記念論文集 はばたき——21 世紀の知的財産法」(弘文堂、2015 年)643～659 頁、井上由里子「教育 ICT 化推進と著作権の権利制限—著作権法 35 条改正について」Law and Technology No.81(2018 年)1～8 頁、今村哲也「著作権法第 35 条に関する法改正について——国会での審議内容を踏まえて」NBL No.1154(2019 年)62～68 頁、唐津真美「オンライン授業と著作権」コピライト NO.723 Vol.61(2021 年)2～21 頁、今村哲也「教育現場における著作物利用と著作権」コピライト NO.726 Vol.61(2021 年)2～33 頁などがある。

に制定された現行法において創設されたものである⁽²⁾。また、平成15年改正によって、「教育を担当する者」だけでなく、「授業を受ける者」も主体として追加されており、ほかに授業の同時中継の公衆送信についても認められるようになった⁽³⁾。さらに、平成30年改正によって、授業目的公衆送信補償金制度が創設されている⁽⁴⁾。

しかし、35条1項によって無許諾利用が可能であるといっても、その文言中、「その必要と認められる限度」であると規定されており、さらに、そのただし書きにおいて「ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該複製の部数及び当該複製、公衆送信又は伝達の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。」と規定されている。そうすると、授業における他人の著作物の利用について、かりに「その必要と認められる限度」であったとしても、35条1項ただし書きの規定により、さらなる制限がかけられることになる。

ただ、上記のように、35条1項ただし書きは抽象度が高い規定であり、さまざまな要素を考慮して判断する必要があるため⁽⁵⁾、その判断は難しい。

そこで、一般社団法人授業目的公衆送信補償金等管理協会(略称は「SARTRAS」といい、以下「SARTRAS」という。)から、「改正著作権法第35条運用指針(令和3(2021)年度版)」⁽⁶⁾(以下「運用指針」という。)が公開されている。運用指針はガイドラインとしての役割を果たすものであり、教育現場で想定される他人の著作物の利用行為について、さまざまな具体例があげられたうえで解説されており、教育関係者にとってもわかりやすいものとなっている。

ところで、35条1項ただし書き該当性の判断においては、「不当に害すること」が要求されている。この「不当に害すること」を判断するにあたっては、後述するように、結局のところは「…著作権者の著作物利用市場と衝突するかどうかでありまして、学校等の教育機関で複製行為が行われることによって、現実に市販物の売れ行きが低下するかどうか、将来における著作

物の潜在的販路を阻害するかどうかで判断すること」と⁽⁷⁾となり、最終的にはこのように判断することになる。

しかし、35条1項ただし書きの「不当に害すること」の判断について、上記の判断方法はもちろんであるが、そもそものような前提のもとに判断されるべきであり、その判断基準をどのように考えていくのかは、35条1項の解釈・運用のあり方に資するものであると考えられる。

そこで、本稿では、立案担当者、学説および運用指針の見解ならびに平成30年改正の動向などに鑑みて、35条1項ただし書きの解釈を中心に、その「不当に害すること」の判断基準について考察する。

Ⅱ. 著作権法 35 条 1 項の構造

35条1項では、「学校その他の教育機関(営利を目的として設置されているものを除く。))において教育を担当する者及び授業を受ける者は、その授業の過程における利用に供することを目的とする場合には、その必要と認められる限度において、公表された著作物を複製し、若しくは公衆送信(自動公衆送信の場合にあつては、送信可能化を含む。以下この条において同じ。)を行い、又は公表された著作物であつて公衆送信されるものを受信装置を用いて公に伝達することができる。ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該複製の部数及び当該複製、公衆送信又は伝達の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。」と規定されている。したがって、授業において他人の著作物を利用する場合には、35条1項の各要件を満たす限り、著作権が制限されることになるため、無許諾で複製・公衆送信・公衆伝達を行うことができるようになる。

その立法趣旨は、「第1項は、学校等の教育機関における著作物利用の実態と必要性とに鑑み、教育機関において教育担当職員及び授業を受ける者がその授業

(2) このあたりの経緯については、半田正夫・松田政行編『著作権法コンメンタル 2 第2版[26条～88条]』(勁草書房、2015年)291～292頁[茶園成樹]を参照。

(3) このあたりの経緯については、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)280～286頁、半田ほか・前掲註(2)292～293頁[茶園成樹]を参照。

(4) このあたりの経緯については、文化庁「授業目的公衆送信補償金制度の概要」(令和2年12月)6頁を参照。(https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/pdf/92728101_03.pdf)(最終アクセス日:2022年1月17日。以下、本稿におけるインターネットURLへの最終アクセス日は、これと同じであることを付言しておく。)

(5) この点については、井上・前掲註(1)4頁を参照。同文獻同頁では、「…この要件は抽象度が高く、解釈の幅が大きい。」と述べられている。

(6) 著作物の教育利用に関する関係者フォーラム「改正著作権法第35条運用指針(令和3(2021)年度版)」(2020年12月)(https://sartras.or.jp/wp-content/uploads/unyoshishin_20201221.pdf)

(7) 加戸・前掲註(3)283頁。

の過程における使用に供する目的で行う必要限度内の著作物の利用を、各種の観点からする著作権者の経済的利益と衝突しない場合には認めることとしたものであります。」⁽⁸⁾と説明されている。ほかには、「教育は、人格の完成を目指し、平和で民主的な国家および社会の形成者として必要な資質を備えた心身ともに健康な国民を育成するという使命がある(教基1条参照)。本条は、このような教育の使命を実現するに際しての著作物利用の必要性に鑑み、学校その他の教育機関における複製等につき著作権の制限を定めるものである。」⁽⁹⁾という見解もある。

つまり、著作権の制限規定のうち、35条1項が果たす役割は、教育目的という「公益的理由に基づく制限」⁽¹⁰⁾であろう。学校等の教育機関における教材の作成や利用の便宜を図り、円滑な教育の実施を可能とするためのものである⁽¹¹⁾。授業のたびに事前に著作権者の許諾を必要としなければならないとすると(もちろん、原則としてはそうであっても)、著作権者の許諾の回答が遅くなったり、さらには許諾不可となってしまう等、場合によっては、授業そのものを行うことができなくなってしまうおそれがあるからである。

このように、35条1項が教育現場において果たす役割は大きいものであり、35条1項があるからこそ、大学等の教育機関における授業が成り立っているといっても過言ではないように思われる。

ただし、前述のとおり、35条1項にはただし書きが規定されており、その解釈・運用には制限がかけられている。これを踏まえないと、35条1項が適用されず、たとえ授業という教育目的であったとしても、著作権侵害になってしまうおそれがあることには注意が必要である。

それでは、次に、この35条1項ただし書きの解釈・運用について述べていく。

Ⅲ. 著作権法 35 条 1 項ただし書の解釈指針

1. 現行法の立案担当者

さて、35条1項ただし書きの解釈指針については、

現行法の立案担当者によって次のように説明されている。

「本条による複製には厳しい限定がありまして、ただし書で著作権者の利益を不当に害する場合には複製できないこととされています。どういう場合が著作権者の利益を不当に害するかといいますと、第1に、利用しようとする著作物の種類によって判断いたします。例えば、美術鑑賞用に絵画を複製するということは認められませんし、あるいは国語の教材として小説・童話・詩集などをまるまる複製するという使い方も許されません。また、一般に入手し難い原書を使う必要があるからといって、その論文の相当部分をコピーする場合も、著作権者の利益を不当に害することになりましょう。

複製限定の第2の判断基準が、利用しようとする著作物の本来の用途であります。例えば、市販のワークブックやドリルあるいは教育用ソフトのように教育の過程における利用を目的として作成された補助教材を1部購入して、生徒に多数複製して配布するということは認められません。

第3の判断基準が複製の部数ですけれども、これも全校生徒に配るための部数になると問題がありますし、大学教授の講義の受講者が300人いるから学生用にそれだけの部数を印刷するということも認められません。

第4の判断基準が複製の態様であります。例えば、活版印刷にするとかあるいは製本するなど、複製物を市販あるいは永久保存に耐えるような形で作るということは許されません。ガリ版とかりコピーなどに限られるということでもあります。また、経済的価値の高いビデオテープの増製のような録画のケースについては、極めて厳しい必要用条件が要求されることになりましょう。

結局、帰するところは、著作権者の著作物利用市場と衝突するかどうかでありまして、学校等の教育機関で複製行為が行われることによって、現実に市販物の売れ行きが低下するかどうか、将来における著作物の潜在的販路を阻害するかどうかで判断するということになります。この観点からすれば、本条の規定による複製物は、授業の過程における反復使用を必要とする場合を除き、使用後は廃棄処分の措置をとることが望

(8) 加戸・前掲註(3)280～281頁。

(9) 半田ほか・前掲註(2)290頁〔茶園成樹〕。

(10) 田村善之『著作権法概説 第2版』(有斐閣, 2001年)231頁。同文献同頁では、「公益的理由に基づく制限」として、35条が含まれている。

(11) 島並良・上野達弘・横山久芳『著作権法入門〔第3版〕』(有斐閣, 2021年)198頁。

ましく、特に、校内放送時間帯の関係でテレビ番組をビデオ撮りしたような場合に、これをそのまま校内の視聴覚ライブラリーに保存しておくなどは、必要な限界を超えるものといわざるを得ません。』⁽¹²⁾

上記の見解に鑑みると、35条1項ただし書きを解釈するには、「…現実には市販物の売れ行きが低下するかどうか、将来における著作物の潜在的販路を阻害するかどうかで判断するということ」⁽¹³⁾になり、その場合には、第1から第4までの各判断基準を考慮する必要がある⁽¹⁴⁾。この点については、運用指針でも同様に述べられている⁽¹⁵⁾。

したがって、これが35条1項ただし書きのベースとなる考え方であり、授業において他人の著作物の無許諾利用が可能であっても、そのことによって著作権者に不利益を生じさせるおそれがある場合には、35条1項が著作権の制限規定として創設された趣旨に悖ることになってしまうのである。

2. 学説

次に、35条1項ただし書きに関する学説について紹介する。

「…このような一般的な規定が設けられているのは、本項が対象とする学校その他の教育機関における複製の態様は多種多様であり、著作権者の利益を不当に害することとなる場合があり得るが、そのような場合を、より明確な要件を設けることによって著作権制限の範囲に含まれないようにすることが困難であるためと思われる。前述したように、ベルヌ条約10条(2)は授業用の利用が「公正な慣行に合致する」ことを要件としており、「著作権者の利益を不当に害することとなる場合」の除外は、この要件に対応するものである。』⁽¹⁶⁾

「著作権者の利益だけを考えれば、若干の利益を害するかもしれないが、「不当に」害するか否かが問題なのであり、著作権者だけではなく、教育という観点からの総合的な考慮により判断すべきである。

著作権者の利益を不当に害する典型的な例として、教師が市販の学習用ドリルを一部購入して生徒に配布

するために複製する行為や、授業で用いるコンピュータ・プログラムを生徒の使用端末に複製する行為等を挙げることができよう。それに対して生徒が学芸会で歌った曲を教育目的で録音する場合は著作権者の利益を不当に害する場合は殆どないであろう。複製の質も問題となり、例えば絵画を通常の複写機で複製すれば合法であるとしても、鑑賞に堪え得るような立派な印刷をすれば違法になることもあり得る。要は全ての事情を勘案し、著作権者の市場における顕在的あるいは潜在的利益を不当に害するか否かという判断になろう。』⁽¹⁷⁾

「考え方としては、当該複製により著作物の複製物の売上げに与える影響が小さければ、未だ著作権者を不当に害するものとはいえない、ということになろう。ある程度の不利益は、教育の重要性に鑑み著作権を制限した本条に織り込み済みのはずですらある。35条但書きは文言上、当該著作物の種類、用途ならびにその複製の部数、態様を斟酌することを要求している。

第一に、複製の頁数、あるいは、市販されている複製物の単位に比した当該複製の割合を問題とすべきである。複製を受け取った者が、当該部分だけの入手を目的として原本全体を購入するとは考えられない程度の量に止まる場合であれば、定型的に35条を援用することが許されると解すべきである。生徒にそれ以上の需要があるのであれば、いずれにせよ原本を購入すると考えられるからである。

第二に、複製される著作物の性質やその利用状況も問題とすべきである。

大半の生徒が(将来も含めて)原本に接することがないと推察される文献(ex. 独語の原書)は、相当頁数、複製しても問題ないと考えられる。教材として提供しても、原本の購入者層を害することにはならないからである。同様に、絶版で復刻が見込まれない場合にも、原本の購入者層を害さないの、相当頁数の複製が認められよう。この場合、市販されている複製物を購入するという代替措置が採れないから、複製の必要性が高くなるということにも留意する必要がある(ただし、いずれの場合にも、必要な限度という歯止めが掛かることに注意)。なお、復刻見込みなしとしても、複製

(12) 加戸・前掲註(3)282～283頁。

(13) 加戸・前掲註(3)283頁。

(14) 加戸・前掲註(3)283頁を参照。

(15) 運用指針・前掲註(6)9～10頁を参照。

(16) 半田ほか・前掲註(2)298頁〔茶園成樹〕。なお、渋谷達紀『著作権法』(中央経済社、2013年)272頁では、「小さな一般条項」と述べられている。

(17) 中山信弘『著作権法(第3版)』(有斐閣、2020年)417～418頁。

は古本市場に影響を与える余地があるが、古本が売れても著作権者には対価が還流しないのであるから、この点は考えなくてもよい。この他、音楽の教育をなす過程で、到達度を明確に認識させるために生徒の演奏を録音する行為は、複製物の市場に与える影響がないと考えられるので、定型的に楽曲全体を複製することが許されると解される。

他方で、ワークブックやドリル、教育用ソフトのように、教育の過程において用いられることを予定して市販されているものは、本条による複製を簡単に認めると著作権者が対価の還流を予定している市場を直接、侵食することになるので、かなり厳しい基準で臨む必要がある(加戸・前掲 245～246 頁)⁽¹⁸⁾。もちろん、黒板を用いたり、独自にプリントを作成する際に市販の問題集を参考にする場合には、アイデアの抽出として類似性が否定され、制限規定を待つまでもなく、著作権と抵触しない場合がある。

第三に複製の質も問題となる。絵画等に関しては、鑑賞に耐えうる程度のものを複製することは原則として許されない。白黒コピーでは伝わらない美的表現を伝達することが重要な場合はあろうが、少人数の授業であれば画集等を掲示、回覧すれば足りるので、複製をなす必要はない。大人数の場合には、カラーによる複製を認める必要が生じようが、その場合にも回収して廃棄しない限り、「複製の態様」において著作権者の利益を不当に害することになりうる(加戸・前掲 246 頁参照)⁽¹⁹⁾。

第四に複製の部数も問題となろう。もっとも、教育担任者の要件であるとか、必要と認められる限度という要件のところで、ある程度、部数の問題に関する配慮はなされているので、絶対数が多いからといって直ちに本条に該当しないという必要はないであろう。たとえば、書籍のうち 1～2 頁を複製し資料として配布したり、絵画の複製で鑑賞に耐ええない白黒のコピーを配布する等の行為は、数百人の受講生(大学の法学

部の授業を想起されたい)を相手にしたとしても、未だ著作権者の利益を不当に害することにはならないと解すべきであろう(しかし、加戸・前掲 246 頁)⁽²⁰⁾。⁽²¹⁾

「…資料[筆者註：学校用教材として提供されている録音物・録音録画物]を購入する代替となるような複製物を作って利用するのであれば、著作権者の利益を不当に害することになる。レンタル用として頒布されたビデオ、DVD の映画の著作物は、その複製物をその都度レンタルすることにより、無形的に利用することが想定されている種類のものといえるので、それらの資料の貸与を受ける代替となるような複製物を作ることは、著作物の種類と用途に照らして、複製することが著作権者の利益を不当に害することになると考えられる。」⁽²²⁾

上記の学説に鑑みると、一般条項⁽²³⁾としての性質を有する 35 条 1 項ただし書き該当性を判断する際には、単に著作権者の利益を害するかどうかで判断するのではないことがうかがえる。

すなわち、かりに、授業における他人の著作物の無許諾利用に伴うある程度の不利益がそこに内在していたとしても、当該不利益は前提になっているものであると解される⁽²⁴⁾。

したがって、大学等の教育機関の授業における他人の著作物の利用では、当該著作物が無許諾利用されることによって、著作権者への不利益そのものが生じていることに留意する必要はあるが、それを踏まえたうえで、35 条 1 項ただし書きの「不当に害すること」をどのように捉えるかが重要になってくる。

さらに、ある著作物の市販物の購入や貸与が前提とされているものの代替となるかたちで複製物を作成することは、やはり著作権者の利益を「不当に害すること」となると解されることとなり⁽²⁵⁾、これは 35 条 1 項

(18) 加戸・前掲註(3)283 頁。ちなみに、引用した田村・前掲註(10)237～238 頁においては、加戸守行『著作権法逐条講義 三訂新版』(著作権情報センター、平成 12 年)の該当頁になるため、現在の加戸・前掲註(3)の該当頁も併せて表記した。

(19) 加戸・前掲註(3)283 頁。ちなみに、引用した田村・前掲註(10)237～238 頁においては、加戸守行『著作権法逐条講義 三訂新版』(著作権情報センター、平成 12 年)の該当頁になるため、現在の加戸・前掲註(3)の該当頁も併せて表記した。

(20) 加戸・前掲註(3)283 頁。ちなみに、引用した田村・前掲註(10)237～238 頁においては、加戸守行『著作権法逐条講義 三訂新版』(著作権情報センター、平成 12 年)の該当頁になるため、現在の加戸・前掲註(3)の該当頁も併せて表記した。

(21) 田村・前掲註(10)237～238 頁。なお、この見解を紹介するにあたり、小倉秀夫・金井重彦編『著作権法コンメンタル(改訂版)Ⅱ』(第一法規、2020 年)147～148 頁(石井藤次郎)を参考にした。

(22) 上野達弘編『教育現場と研究者のための著作権ガイド』(有斐閣、2021 年)62 頁(今村哲也)。なお、同文献同頁の引用部分の(筆者註)とした部分は、同文献同頁において記載されているものであることを付言しておく。

(23) 半田ほか・前掲註(2)298 頁(茶園成樹)、渋谷・前掲註(16)272 頁を参照。

(24) 中山・前掲註(17)417～418 頁、田村・前掲註(10)237 頁を参照。

(25) 上野編・前掲註(22)62 頁(今村哲也)を参照。

ただし書きに該当する典型例であるといえよう。というのも、このような場合、著作権者が被る不利益の程度が大きくなってしまふものであるからである。

3. 運用指針で示されている事例

冒頭で述べたとおり、現在、SARTRASによって、35条に関する運用指針が公開されている。この運用指針では、もちろん35条1項ただし書きについて言及されており、その考え方が示されているが、「著作権者の利益を不当に害することとなる場合」の利用態様の事例も示されている⁽²⁶⁾。

——著作権者の利益を

不当に害する可能性が高い例——⁽²⁷⁾

- ・文書作成ソフト、表計算ソフト、PDF編集ソフトなどのアプリケーションソフトを授業の中で使用するために複製すること
- ・授業の中ではそのものを扱わないが、学生が読んでおいた方が参考になると思われる文献を全部複製して提供すること
- ・授業を担当する教員等及び当該授業の履修者等の合計数を明らかに超える数を対象として複製や公衆送信を行うこと
- ・授業の中で回ごとに同じ著作物の異なる部分を利用することで、結果としてその授業での利用量が小部分ではなくなること
- ・授業を行う上で、教員等や履修者等が通常購入し、提供の契約をし、又は貸与を受けて利用する教科書や、一人一人が演習のために直接記入する問題集等の資料(教員等が履修者等に対して購入を指示したものを含む。)に掲載された著作物について、それらが掲載されている資料の購入等の代替となるような態様で複製や公衆送信を行うこと(ただし、履修者全員が購入していることが確認されている場合であって、問題の解説等を行う目的で付加的に複製等を行うことは許容される余地がある。)
- ・美術、写真等であって、必要と認められる範囲で全

部の利用が認められている著作物を、市販の商品の売上に影響を与えるような品質で複製したり製本したりして提供すること

- ・授業のために利用するかどうか明確でないまま素材集を作成するような目的で、組織的に著作物をサーバへストック(データベース化)すること
- ・MOOCs(大規模公開オンライン講義、誰でもアクセスできる)のような態様で、著作物を用いた教材を公衆送信すること

上記の運用指針の事例に鑑みると、授業における他人の著作物の利用について、その全部・大部分の利用であったり、当該著作物の購入の代替となったり、市販品の売上に影響を与えるような高品質のものとしたり、組織的にデータベース化したり等することは、著作権者の利益を不当に害することとなるとされる⁽²⁸⁾。

もっとも、運用指針においては、全部・大部分の利用が可能な場合も示されている⁽²⁹⁾。たとえば、著作物の種類に鑑みて、「俳句、短歌、詩等の独立した短文の言語の著作物」や「新聞に掲載された記事等の言語の著作物」などは、その「全部を複製又は公衆送信しても著作権者等の利益を不当に害することとはならない可能性が高い例」としてあげられている⁽³⁰⁾。これらは、現時点において、運用指針策定の関係者間で共通認識が得られたものであると解される⁽³¹⁾。

したがって、運用指針において示されている上記の事例は、最終的には、現行法の立案担当者の「…現実に市販物の売れ行きが低下するかどうか、将来における著作物の潜在的販路を阻害するかどうかで判断すること」⁽³²⁾という見解に該当してしまうものであり、その典型例であるといえよう。

4. 考察

(1) 「不当に害すること」の判断

これまでみてきたように、授業における他人の著作物の無許諾利用について、ある程度の不利益は前提になっているが⁽³³⁾、それが「不当に害する」ものか否かが

(26) なお、本稿では、教育機関の例として大学を基軸にしているため、運用指針で紹介する部分も「高等教育」についてであることを付言しておく。もっとも、「初等・中等教育」でも、その基本的な考え方は変わらないであろう。

(27) 運用指針・前掲註(6)19頁。

(28) 運用指針・前掲註(6)19頁を参照。

(29) 運用指針・前掲註(6)17頁を参照。

(30) 運用指針・前掲註(6)17頁を参照。

(31) 運用指針・前掲註(6)の表紙を参照。

(32) 加戸・前掲註(3)283頁。

(33) 中山・前掲註(17)417頁、田村・前掲註(10)237頁を参照。

問題となる⁽³⁴⁾。また、「…現実に市販物の売れ行きが低下するかどうか、将来における著作物の潜在的販路を阻害するかどうかで判断するということ」⁽³⁵⁾という見解、「…全ての事情を勘案し、著作権者の市場における顕在的あるいは潜在的利益を不当に害するか否かという判断になろう。」⁽³⁶⁾という見解、「…当該複製により著作物の複製物の売上げに与える影響が小さければ、未だ著作権者を不当に害するものとはいえない」⁽³⁷⁾という見解があるように、これらの見解を踏まえると、授業において当該著作物が利用されるなかで、当該著作物の売上を阻害するおそれがある場合には、著作権者の利益を「不当に害すること」となってくる。

すなわち、著作物について、その全部・大部分の利用であったり⁽³⁸⁾、ワークブックやドリルなどのように、通常は教員も履修者も全員が購入することが予定されているものを一部のみ購入し、購入の代替となるように複製して配布したり⁽³⁹⁾、美術作品などの場合にそれをオリジナルのものと同等程度のものにしたり⁽⁴⁰⁾、市販や永久保存に耐えることが可能なようにしたり⁽⁴¹⁾、組織的にデータベース化したり⁽⁴²⁾、通常貸与されるものの代替となるように複製したり⁽⁴³⁾等することは、まさに著作権者の利益を不当に害することそのものにほかならないと解されることになるだろう。

したがって、授業における著作物の利用においては、さまざまな個別のケースが想定されることになり、そのような利用態様のいかんによって、最終的に著作物の売上を阻害するおそれがあるか否かにつながってくるということになる。

このようにみえてくると、さまざまな個別のケースがあるにしても、35条1項ただし書きの「不当に害すること」ということについて解釈・運用していく際の要諦は、著作物の「代替性」への影響の程度である、と考えられる。さらに、これは、すべての個別のケースにおける共通項として一元化して考えることができよう。

というのも、ある著作物について「代替性」が生じることによって、35条1項の解釈・運用において通常想定されている利用態様から外れた利用態様になってしまう(しまった)場合、著作権者の得られるはずの利益(はずだった利益)が損なわれてしまうおそれがあるからである。

くわえて、著作物の「代替性」への影響の程度には高低⁽⁴⁴⁾があるといえるが、これは、35条1項ただし書きの「不当に害すること」となるか否かを判断するものであり、35条1項ただし書き以外の各要件を満たすことを前提としつつ、著作物の「代替性」への影響の程度が高い場合には35条1項ただし書きに該当し(無許諾利用不可)、反対に低い場合には該当しない(無許諾利用可)ことを意味する。

以下、著作物の「代替性」への影響の程度、という観点から、いくつかの場合に分けてみていくことにする。

(2) 著作物の小部分の利用と全部・大部分の利用の場合

授業における他人の著作物の利用にあたっては、原則としてその小部分の利用しか認められていない⁽⁴⁵⁾。これは、当該著作物の小部分であれば、著作物の「代替性」への影響の程度が低く評価されるからである。

これに対して、当該著作物の全部・大部分の利用の場合、たとえ授業に必要であるとはいえども、著作物の「代替性」への影響の程度が高く評価されることになってしまうことになる。

もっとも、運用指針では、俳句や新聞記事などは、その全部・大部分の利用が可能である著作物として示されている⁽⁴⁶⁾。たとえば、運用指針の例にあがっている俳句や新聞記事などは、それら自体を利用することはもちろん可能であり、それら自体も著作物である。

上記についてどのように考えるかであるが、これらの著作物が本来掲載されている専門書や新聞そのもの

(34) 中山・前掲註(17)417頁を参照。

(35) 加戸・前掲註(3)283頁。

(36) 中山・前掲註(17)418頁。

(37) 田村・前掲註(10)237頁。

(38) 加戸・前掲註(3)283頁、運用指針・前掲註(6)19頁を参照。

(39) 加戸・前掲註(3)283頁、中山・前掲註(17)417～418頁、運用指針・前掲註(6)19頁を参照。

(40) 加戸・前掲註(3)283頁、中山・前掲註(17)417～418頁、田村・前掲註(10)238頁、運用指針・前掲註(6)19頁を参照。

(41) 加戸・前掲註(3)283頁を参照。

(42) 運用指針・前掲註(6)19頁を参照。

(43) 上野編・前掲註(22)62頁[今村哲也]を参照。

(44) ちなみに、「高低」としているのは、運用指針において「不当に害する可能性が高い(低い)」と述べられているところを参考にした。この点については、運用指針・前掲註(6)9頁などを参照。

(45) この点については、たとえば、加戸・前掲註(3)283頁、今村(2021)・前掲註(1)22～23頁、運用指針・前掲註(6)19頁を参照。また、上野編・前掲註(22)62～63頁[今村哲也]も参照。

(46) 運用指針・前掲註(6)17頁を参照。

など、その全体からみたときには、これらの著作物自体は小部分の扱いになるといえよう⁽⁴⁷⁾。それゆえ、結果的には著作物の「代替性」への影響の程度は低く評価されることになると考えられる。したがって、これらの著作物については、結果的にその全部・大部分の利用が可能になっているという捉え方もできるように思われる。

ちなみに、たとえば、新聞や雑誌などに掲載されているコラムや連載記事などのように、当初は単発的な利用であったとしても、授業のたびに継続的に利用することになる場合には、結果的には大部分の利用になってしまうことになり、新聞や雑誌などを購入する必要がなくなってしまうおそれがあるため、著作権者の利益を不当に害する可能性が高いといえよう⁽⁴⁸⁾。

この点についても、前述の著作物の全部・大部分の利用が可能な場合と同じように考えることができ、小部分の利用として扱われる場合、著作物の「代替性」への影響の程度が低く評価されることとなるが、上記のような利用態様の場合、著作物の「代替性」への影響の程度が高く評価されることになってしまうからである。

(3) 著作物の品質等の場合

その一方で、写真や絵画など、主として鑑賞を目的とするような著作物(なお、写真は写真の著作物(10条1項8号)に該当し、絵画は美術の著作物(10条1項4号)に該当する。)の場合、その全部・大部分を利用しても、35条1項ただし書きに該当しない可能性が高いものであると解されている⁽⁴⁹⁾。

とはいえども、たとえば、美術鑑賞に耐えうるような複製を行うことは認められないとも解されている⁽⁵⁰⁾。このような場合、著作物の「代替性」への影響の程度が高く評価されてしまうからである。

ただし、現在では、技術自体がますます進歩しており、とりわけデジタルの場合、デジタルからデジタル

のまま写真の画像などを利用するに際しては、ほとんどオリジナルのものと変わらないような品質の場合であろう。この場合、かりに通常の利用態様であったとしても、著作物の「代替性」への影響の程度が高く評価されるおそれがある。

そのために、たとえば、「利用する側としては、例えば、画像のクオリティを、授業の教材としては十分だけれど商品としては質が低いような程度の画素数に調整するなどの工夫が必要と思われます。」⁽⁵¹⁾という見解もあるように、このような対応をすることで、著作物の「代替性」への影響の程度を低く評価することもできるのではないかと考えられる。

(4) 著作物の保存化の場合

また、著作物を市販や永久保存に耐えることが可能なようにしておくことも、35条1項ただし書きに該当すると解されている⁽⁵²⁾。著作物のいわゆるライブラリー化などは、35条1項ただし書きに該当することになるし⁽⁵³⁾、著作物を組織的にデータベース化することも、同様である⁽⁵⁴⁾。この点について、たとえば、テレビ番組のライブラリー化について、「テレビ番組は放送後にアーカイブ化されて、有料あるいは無料のコンテンツとしてテレビ局から配信される場合があります。ライブラリー化は「著作権者の利益を不当に害すること」になる可能性があります。」⁽⁵⁵⁾という見解、ストリーミングとダウンロードの違いに着目し、「生徒の端末にデータが保存されるダウンロード形式ではなく、各端末にデータが残らないストリーミング配信である必要があります。端末にデータが残ると「著作権者の利益を不当に害すること」になります。」⁽⁵⁶⁾という見解もある。

ただし、運用指針では、「自らの記録として保存しておくための教員等または履修者等による複製」については、授業の過程における行為としてあげられてい

(47) なお、この点に関して、35条ではなく引用(32条1項)に関する見解ではあるが、前田哲男「引用」の抗弁について」コピーライト NO.679 Vol.57(2017年)16頁では、「俳句・短歌のように、通常は作品集として一般に販売される場合には、一つの俳句・短歌がまるごと引用利用されても、作品集がまるごと引用されるのであれば、不利益①は生じにくいと思います。」と述べられており、その「不利益①」については、同文献15頁において「…著作権者がほかから得ている収入が、引用利用によって減少するという意味での不利益です。」と述べられている。

(48) 上野編・前掲註(22)69頁[今村哲也]を参照。

(49) 運用指針・前掲註(6)17頁を参照。

(50) 中山・前掲註(17)418頁、田村・前掲註(10)238頁を参照。

(51) 唐津・前掲註(1)17頁。

(52) 加戸・前掲註(3)283頁を参照。

(53) 加戸・前掲註(3)283頁を参照。

(54) 運用指針・前掲註(6)19頁を参照。

(55) 宮武久佳・大塚大『著作権ハンドブック 先生、勝手にコピーしちゃダメ』(東京書籍、2021年)94頁。ちなみに、同文献同頁で想定されている事例は、テレビ番組を録画してクラウド・サーバ上でライブラリー化する旨の可否についてである。

(56) 宮武ほか・前掲註(51)88頁。ちなみに、同文献同頁で想定されている事例は、音楽に合わせた踊りを教えるため、楽曲の全部をストリーミング配信する旨の可否である。また、同文献86～87頁、95頁も参照。

る⁽⁵⁷⁾。そうすると、この見解との整合性をどのように考えるかについても、検討が必要になってくる。

この点については、前述のとおり、まず、著作物の小部分の利用である限り、著作物の「代替性」への影響の程度が低く評価されることとなる。そうすると、このような場合に著作物の保存化を行うことについては、著作物の「代替性」への影響の程度が低いままであると解されることになる。したがって、この場合、著作物の保存化についても、著作物の「代替性」への影響の程度は、依然として低いままであると考えられる。

その一方で、著作物の全部・大部分の利用が可能な場合を除き、前述のとおり、通常、著作物の全部・大部分の利用については、著作物の「代替性」への影響の程度が高く評価されることとなる。そうすると、このような場合、そもそもの著作物の「代替性」への影響の程度が高く評価されることから、著作物の保存化についても、同様になると解される。

また、前述のとおり、当初は著作物の小部分のみの利用でも、著作物の利用に継続性をもたせてしまい、結果的に大部分の利用になってしまう場合には、著作権者の利益を不当に害する可能性が高くなってしまうことになる⁽⁵⁸⁾。そうすると、そのような前提があることから、このような場合に著作物の保存化がされることについても、やはり著作物の「代替性」への影響の程度が高く評価されることになると考えられる。ちなみに、運用指針では、「複製の態様」に照らして著作権者等の利益を不当に害する場合の例としては、そのために仮に全部の複製が認められるようなケースであっても、市販あるいは長期間保存できるように製本するような態様で複製すること考えられます。」⁽⁵⁹⁾という見解もある。

したがって、著作物の保存化という行為自体は、著作物の「代替性」そのものを生じさせる行為であり、通常は著作物の「代替性」への影響の程度が高く評価されるものではあるが、その前提として、著作物の小部分の利用である場合には、著作物の「代替性」への影響の程度は低く評価されているため、著作物の保存

化についても、同様に捉えることができると考えられる。また、その反対の場合も同様に捉えることができると考えられる。

(5) 著作物の複製物の部数の場合

さらに、複製物の部数については、一見すると、著作物の「代替性」への影響の程度による判断には馴染まないようにみえるが、これについても、この判断に適合させることができると考えられる。

すなわち、授業の履修者数の多少(数名のほどの場合もあれば、数百名の場合もあろう。)はあるが、原則としてそれを最大公約数とする限り⁽⁶⁰⁾、著作物の「代替性」への影響の程度は依然として低いままであると考えられる。この点については、前述のとおり、「…大学教授の講義の受講者が300人いるから学生用にそれだけの部数を印刷するということも認められません。」⁽⁶¹⁾という見解に対し、「…教育担任者の要件であるとか、必要と認められる限度という要件のところで、ある程度、部数の問題に関する配慮はなされているので、絶対数が多いからといって直ちに本条に該当しないという必要はないであろう。たとえば、書籍のうち1～2頁を複製し資料として配布したり、絵画の複製で鑑賞に耐ええない白黒のコピーを配布する等の行為は、数百人の受講生(大学の法学部の授業を想起されたい)を相手にしたとしても、未だ著作権者の利益を不当に害することにはならないと解すべきであろう…。」⁽⁶²⁾という見解がある。

それゆえ、著作物の小部分の利用である限り、その時点で著作物の「代替性」への影響の程度は低くなっており、授業の履修者数については、その分は必要に迫られることになるため、本来的に予定されているものとして、著作物の「代替性」に包含されているものと捉えるべきである⁽⁶³⁾。

これに対して、履修者数を超えるような場合、それは本来的には予定されているものではないため、たとえば著作物の小部分の利用であるとして、その段階で著作物の「代替性」への影響の程度が低く評価されていた

(57) 運用指針・前掲註(6)7頁を参照。

(58) 上野編・前掲註(22)69頁[今村哲也]を参照。

(59) 運用指針・前掲註(6)18頁。

(60) 加戸・前掲註(3)282頁では、「…複製することができる著作物の分量及び複製部数は、必要と認められる限度内でなければなりません。つまり、実際に授業の対象となる必要部分の複製であって、部数も担任クラスや自分のクラスの児童生徒数を限度とするということであります。」と述べられている。ただし、同文献283頁では、35条1項ただし書きによって、300人の部数は認められない旨述べられている点には注意が必要である。ちなみに、もう一つの考え方として、運用指針では、授業のクラスサイズ単位を超えているかどうかで判断される旨述べられているため、運用指針・前掲註(6)18頁も参照。

(61) 加戸・前掲註(3)283頁。

(62) 田村・前掲註(10)238頁。

(63) この点については、田村・前掲註(10)238頁より示唆を得ているため、同文献同頁も参照。

としても、履修者数を超える部分については、元々、本来的に予定されていた「代替性」に包含されていないことになる。

したがって、履修者数を超えるような場合には、その部分については、著作物の「代替性」への影響の程度は高く評価されることになってしまうであろう。本来的に予定されていないものであり、それにまで著作物の「代替性」を生じさせてしまうからである。

Ⅳ. 著作権法 35 条 1 項ただし書きと著作権法平成 30 年改正

1. 授業目的公衆送信補償金制度の創設

ところで、現在では、授業における他人の著作物の利用について公衆送信も行われるようになってきている旨について冒頭において触れたが、これは、平成 30 年改正によって全面的に可能になったものである⁽⁶⁴⁾。ちなみに、改正前の 35 条 2 項⁽⁶⁵⁾でも「遠隔合同授業のための公衆送信」（平成 30 年改正によって可能になった公衆送信と区別する意味として、以下「従前の公衆送信」という。）については、無許諾かつ無償で可能となっていた⁽⁶⁶⁾。

平成 30 年改正は、「ICT を活用した教育を推進するため、著作物の利用円滑化と著作権者の利益保護とのバランスをとった制度」⁽⁶⁷⁾であり、「補償金を一括で支払うことにより、著作物を無許諾利用できる範囲が拡大」⁽⁶⁸⁾したものであると説明されている。

この改正により、改正前の 35 条 2 項の適用を受けられなかった、「遠隔合同授業のための公衆送信」以外の「その他すべての公衆送信」も可能になった⁽⁶⁹⁾。授業において可能になった公衆送信の態様としては、「対

面授業の予習・復習用の資料をメールで送信」すること、「対面授業で使用する資料を外部サーバ経由で送信」すること、「オンデマンド授業で講義映像や資料を送信」すること、「スタジオ型のリアルタイム配信授業」を行うこと等があげられている⁽⁷⁰⁾。

また、平成 30 年改正では、すべての公衆送信に加えて、授業における公衆伝達も可能になった。授業における公衆伝達の態様としては、「授業内容に関係するネット上の動画を授業中に受信し、教室に設置されたディスプレイ等で履修者等に視聴させる。」⁽⁷¹⁾ことがあげられている。

このように、35 条が改正されたことにより、従前の複製や従前の公衆送信のみにとどまらない幅広い授業展開ができるようになってきているが、その一方で、授業において他人の著作物を公衆送信する際には、従前とは異なる点が追加されている。それは、「授業目的公衆送信補償金制度」（以下「補償金制度」という。）の存在である。したがって、新たな公衆送信については、無許諾かつ有償で可能となっているのである。

また、平成 30 年改正後の 35 条 2 項では、「前項の規定により公衆送信を行う場合には、同項の教育機関を設置する者は、相当な額の補償金を著作権者に支払わなければならない。」と規定されている。したがって、たとえ同じ授業内容であっても、公衆送信の利用部分がある場合、著作権者への補償金の支払義務が課せられている。というのも、公衆送信（授業の場合には、主としてインターネット送信であろう。）は、その広がり範囲に制約がないため、複製と比べた場合、著作権者へ与える不利益が大きいためである⁽⁷²⁾。なお、複製についても、本来は有償であるところ、教育現場の混乱を避けるため、引き続き、無償を継続するとされている⁽⁷³⁾。

(64) 本筋からは外れるが、とりわけ令和 2(2020)年度は、新型コロナウイルス感染症拡大の影響に伴い、各大学等では全面的にオンライン授業が実施されてきた。その折に、この 35 条の平成 30 年改正がもたらした恩恵は、きわめて大きいものであったといえよう。もし 35 条の平成 30 年改正がなければ、オンライン授業そのものを実施することができない状況がしばらく続き、大学等の運営そのものにも影響を及ぼしていたであろう。筆者にとって、オンライン授業はもちろんのこと、急遽運用され始めた平成 30 年改正後の 35 条についても、まさに青天の霹靂ともいふべきものであった。

(65) 改正前の 35 条 2 項では、「公表された著作物については、前項の教育機関における授業の過程において、当該授業を直接受ける者に対して当該著作物をその原作品若しくは複製物を提供し、若しくは提示して利用する場合又は当該著作物を第三十八条第一項の規定により上演し、演奏し、上映し、若しくは口述して利用する場合には、当該授業が行われる場所以外の場所において当該授業を同時に受ける者に対して公衆送信（自動公衆送信の場合にあつては、送信可能性を含む。）を行うことができる。ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該公衆送信の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。」と規定されていた。

(66) 文化庁・前掲註(4)1 頁を参照。

(67) 文化庁・前掲註(4)1 頁。

(68) 文化庁・前掲註(4)1 頁。

(69) 文化庁・前掲註(4)1 頁を参照。

(70) 文化庁・前掲註(4)1 頁。

(71) 運用指針・前掲註(6)9 頁。

(72) 文化庁(4)3 頁の表を参照。

(73) 文化庁(4)3 頁の表を参照。

実のところ、補償金制度創設をめぐる議論は、一筋縄ではいかないようであった。まず、利害関係の対立より、教育関係団体と権利者団体の意見が真っ向から二分していた⁽⁷⁴⁾。また、その議論を踏まえた文化審議会における検討結果においても、「今日の複製機器等の普及状況を踏まえると、教育機関における著作物利用は、複製・公衆送信のいずれも著作権者に軽微とは言えない不利益を及ぼしており、諸外国の状況を見ても、複製・公衆送信のいずれも補償の必要性が認められる。」⁽⁷⁵⁾との前提はあった。とはいえども、「しかし、現在無償で行える行為を補償金の対象とした場合、教育現場の混乱を招きかねない。」⁽⁷⁶⁾との判断のもと、「このため、今回の制度改革では、教育機関における手続き的負担を軽減しつつ(支払窓口の一元化等)、新たに権利制限の対象とする公衆送信のみを補償金の対象とすることが適当。(現在無償で行える行為の取扱いは将来の課題。)」⁽⁷⁷⁾と決定されたうえで、補償金制度が創設されることとなった。

さらに、補償金制度創設をめぐる規制改革推進会議における議論では、規制改革推進会議投資等WGにおける意見と文部科学省の考えが示されていたが⁽⁷⁸⁾、なかでも、文部科学省の考えとして「制度上の差異は残るが、権利者・教育関係者の意見を聴いてとりまとめたものであり、権利者の利益の保護と利用の円滑化のバランスに配慮する観点から、最も望ましいバランスの取れたものとする。」⁽⁷⁹⁾との見解が示されている。

すなわち、複製であろうと公衆送信であろうと、無償か有償かの決定にあたっては、結局のところ教育関係団体と権利者団体の両当事者の意見が踏まえられたものであり、新たな公衆送信のみが補償金の対象とされたのは、上記の文部科学省の考え⁽⁸⁰⁾にもあるように、それが最も望ましいものとして判断された結果であろう。

さて、補償金制度というくらいであるから、補償金

額も定められている。補償金額については、教育関係団体や権利者団体の裁量で決定されているのではなく、その額については、「授業目的公衆送信補償金規程」⁽⁸¹⁾で定められている。また、補償金請求権の行使は、文化庁の指定管理団体である SARTRAS のみが行うことができ、SARTRAS が教育機関の設置の代表者から意見聴取を行ったうえで補償金額が決定され、その後、SARTRAS は文化庁に補償金額の申請を行い、文化庁長官から文化審議会に諮問がなされ、補償金額が認可されることになっている(104条の13)⁽⁸²⁾。

このように、補償金制度が創設され、その額についても定められているわけであるが、補償金額が認可制になっている所以については、次のように説明されている。

「今般の補償金制度の導入を含む権利制限規定の整備は、権利者の正当な利益の保護に留意しつつ学校等における著作物の公衆送信の円滑化を図るという法改正の趣旨を実現する観点から制度の整備と運用を行っていくことが重要であり、補償金の額の決定にあたっては、当該額が法改正の趣旨に照らして適正な料金体系及び水準のものとなるようにする必要があることから、本条において、補償金の額の決定に係る手続等について規定することとした。具体的には、今般の補償金制度においては、補償金請求権は私人の財産的権利に係るものであることから、後述するとおり、両当事者の意見が補償金の額の決定に適切に反映されることを原則としつつ、中立性・専門性を担保しつつ、認可制によることとした。」⁽⁸³⁾

上記に鑑みると、現在定められている補償金額は、「…権利者の正当な利益の保護に留意しつつ学校等における著作物の公衆送信の円滑化を図るという法改正の趣旨を実現する」⁽⁸⁴⁾ということに適合したものであり、さらに、そもそもの前提として、教育関係団体と

(74) 文化庁「著作権法の一部を改正する法律 概要説明資料」(平成30年法律第30号)13頁を参照。(https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/h30_hokaisei/pdf/r1406693_02.pdf)

(75) 文化庁・前掲註(74)13頁。

(76) 文化庁・前掲註(74)13頁。

(77) 文化庁・前掲註(74)13頁。

(78) 文化庁・前掲註(74)16頁を参照。

(79) 文化庁・前掲註(74)16頁。

(80) 文化庁・前掲註(74)16頁を参照。

(81) 一般社団法人授業目的公衆送信補償金等管理協会「授業目的公衆送信補償金規程 令和2年12月18日認可」を参照。(https://sartras.or.jp/wp-content/uploads/hoshokinkitei.pdf)

(82) 文化庁・前掲註(4)8頁の表を参照。

(83) 文化庁著作権課「著作権法の一部を改正する法律(平成30年改正)について」コピライト NO.692 Vol.58(2018年)42～43頁。

(84) 文化庁著作権課・前掲註(83)43頁。

権利者団体が、「これなら妥当な額であろう。」というかたちで、お互いに納得したうえで定められたものであると捉えるのが自然であろう。なお、公衆伝達についても補償金制度の対象外であるが、これについては「…公の伝達は、公衆送信と異なり上映や演奏等と同様に非営利・無償の場合について権利制限が認められている行為類型に属するものであり、権利者に与える不利益は公衆送信と比べても相対的に小さく軽微であると評価できることから、補償金請求権の対象とはしないこととした。」⁽⁸⁵⁾と説明されている。

上記を踏まえると、授業において、他人の著作物の公衆送信全般の無許諾利用が認められることになった代わりに、新たな公衆送信に伴う不利益は、補償金制度によって担保されていることになるといえよう⁽⁸⁶⁾。

したがって、授業における他人の著作物の利用にあたっては、この補償金制度のもと、現在では、従前の複製や従前の公衆送信と同等に新たな公衆送信が可能になっていると考えることもできよう。

さて、本稿が対象としているのは、あくまでも35条1項ただし書きの「不当に害すること」の判断に関するものであることは、前述のとおりであり、それについての考察はすでに述べたところである。

にもかかわらず、補償金制度について採り上げたのは、後述する学説において、35条1項ただし書きとの関係における見解が分かれているからである。

そこで、前述の考察を踏まえつつ、以下の学説の見解を踏まえたうえで、上記の点についても併せて考察する。

2. 学説

それでは、35条1項ただし書きと補償金制度の関係をめぐる学説について紹介する。

「一般論として、著作物の本来的市場と衝突を生じ、権利制限規定の目的に照らしても権利者に与える打撃が看過できない程度に至っている場合にただし書該当

性が適用されるが、補償金が支払われる公衆送信については、補償金制度の趣旨に鑑み、無償利用が許容される複製の場合に比べて、ただし書該当性の認められる範囲は狭くなるというべきだろう。」⁽⁸⁷⁾

「しかし、35条1項の「ただし書」は、個々の授業の過程における利用についての要件であって、社会総体としての利用に係る要件ではない。むしろ、上記の制度創設趣旨を踏まえれば、個々の授業の過程における利用は、「著作権者の利益を不当に害」さないものであるとしても(35条1項)、社会総体としてみれば「著作権者の利益を不当に害」することとなると考えられることから、補償金制度(35条2項)が創設されたといえることができる。

したがって、法解釈としては、35条2項の補償金制度の存在によって、35条1項の権利制限の適用範囲の広狭が決定づけられるものとはいえないと考えられる。」⁽⁸⁸⁾

上記の2つの見解が示されているが、前者の見解⁽⁸⁹⁾は、補償金制度が35条1項ただし書きに影響を及ぼす旨の内容であり、後者の見解⁽⁹⁰⁾は、それとは反対の旨の内容であることがうかがえる。

なお、「改正法の「但し書き」該当性の有無は、補償金制度の補足する範囲とライセンスで補わなければならない範囲とを区別するという意味で、極めて重要な要件となる。」⁽⁹¹⁾と述べたうえで、前者の見解⁽⁹²⁾に対して、「そのように解するとしても、公衆送信の態様によっては、但し書きに該当することで、補償金制度の枠外となる利用も生じるだろう。」⁽⁹³⁾という見解もある。

補償金制度が創設された経緯に鑑みれば、35条1項ただし書きと補償金の支払義務の規定である35条2項は、それらが相関関係にあるものではないと考えられる⁽⁹⁴⁾。

もっとも、35条2項は、35条1項が適用されるこ

(85) 文化庁著作権課・前掲註(83)31頁。

(86) この点については、白鳥綱重「授業目的公衆送信補償金制度——改正著作権法第35条の施行を受けて——」横浜法学29巻1号(2020年)160～161頁も参考になるため、同文献同頁も参照。

(87) 井上・前掲註(1)5頁。

(88) 白鳥・前掲註(86)161頁。ちなみに、同文献の引用部分の見解は、同文献160頁において、井上・前掲註(1)の5頁の見解が引用されており、それに対する見解として述べられているものであることを、一応、付言しておく。

(89) 井上・前掲註(1)5頁。

(90) 白鳥・前掲註(86)161頁。

(91) 今村(2019)・前掲註(1)66頁。

(92) 井上・前掲註(1)5頁。

(93) 今村(2019)・前掲註(1)66頁。

(94) 白鳥・前掲註(86)161頁を参照。

とで無許諾利用が可能になっている公衆送信という文言のみには影響を及ぼしていると解されよう。補償金制度によって、複製と公衆送信には同等性があると考えられるからである。

3. 考察

平成30年改正によって、授業における他人の著作物の利用にあたっては、従前の複製や従前の公衆送信だけでなく、その他公衆送信全般(新たな公衆送信)および公衆伝達が適法に認められるようになっている。もっとも、この新たな公衆送信を行うにあたっては、補償金の支払義務が生じる(35条2項)。

たとえ授業における利用とはいえども、一般的に複製と公衆送信では、そもそもの利用態様自体が異なっていることになるが、ここで生じる公衆送信に伴う不利益(その広がり範囲に制約がないことであろう⁽⁹⁵⁾)に対しては、補償金制度によって担保されている⁽⁹⁶⁾。

それゆえ、前述のとおり、35条2項は、35条1項が適用されることで無許諾利用が可能になっている公衆送信という文言のみには影響を及ぼしていると解されよう。これは、その利用態様の違いから生じる間隙を埋めるものであり、この意味において、補償金制度によって、複製と公衆送信には同等性があると考えられるからである。

また、補償金制度によって、35条1項ただし書き該当性の範囲が変わってくるかどうかについては、学説の見解も二分している。

すでに述べた考察からみる場合、かりに、前者の見解⁽⁹⁷⁾のように、補償金制度が35条1項ただし書きに影響を及ぼす旨として解するのであれば、これまで述べてきた35条1項ただし書きの「不当に害すること」の判断、すなわち、著作物の「代替性」への影響の程度についても及んでくることになると考えられるし、反対に後者の見解⁽⁹⁸⁾のように解するのであれば、及んでこないことになると考えられる。

確かに、複製の場合にはない補償金制度が公衆送信

の場合にはあるため、「…補償金が支払われる公衆送信については、補償金制度の趣旨に鑑み、無償利用が許容される複製の場合に比べて、ただし書該当性の認められる範囲は狭くなるというべきだろう。」⁽⁹⁹⁾という見解も傾聴に値する。

これに対して、「…個々の授業の過程における利用は、「著作権者の利益を不当に害」さないものであるとしても(35条1項)、社会総体としてみれば「著作権者の利益を不当に害」することとなると考えられることから、補償金制度(35条2項)が創設されたということが出来る。」⁽¹⁰⁰⁾、「したがって、法解釈としては、35条2項の補償金制度の存在によって、35条1項の権利制限の適用範囲の広狭が決定づけられるものとはいえないと考えられる。」⁽¹⁰¹⁾という見解があることも看過することはできない。

これまで述べてきたことに鑑みると、補償金制度はもちろん、そのことに伴う利用態様が複製であろうと公衆送信であろうと、35条1項ただし書きには何ら影響を及ぼすことはないと考えられる⁽¹⁰²⁾。前述のとおり、補償金制度が創設された経緯に鑑みれば、35条1項ただし書きと補償金の支払義務の規定である35条2項は、それらが相関関係にあるものではないと考えられるからである⁽¹⁰³⁾。したがって、この点については、後者の見解⁽¹⁰⁴⁾が妥当すると解される。

上記を踏まえると、著作物の「代替性」への影響の程度という観点からみた場合でも、補償金制度をもって、さらに複製や公衆送信という利用態様の違いをもってしても、これらを理由とした著作物の「代替性」への影響の程度について変わるところがないことも、当然のことであると考えられる⁽¹⁰⁵⁾。

したがって、これらの理由があったとしても、著作物の「代替性」への影響の程度については、すでに述べた考察のとおりと考えていけば足りることとなろう。

(95) 文化庁・前掲註(4)3頁の表を参照。

(96) この点については、白鳥・前掲註(86)160～161頁も参考になるため、同文献同頁も参照。

(97) 井上・前掲註(1)5頁。

(98) 白鳥・前掲註(86)161頁。

(99) 井上・前掲註(1)5頁。

(100) 白鳥・前掲註(86)161頁。

(101) 白鳥・前掲註(86)161頁。

(102) 白鳥・前掲註(86)161頁を参照。

(103) 白鳥・前掲註(86)161頁を参照。

(104) 白鳥・前掲註(86)161頁を参照。

(105) この点については、白鳥・前掲註(86)161頁より示唆を得ているため、同文献同頁も参照。

V. おわりに

本稿では、立案担当者、学説および運用指針の見解ならびに平成30年改正の動向などに鑑みて、35条1項ただし書きの解釈を中心に、その「不当に害すること」の判断基準について考察した。

これまで論じてきたように、その考え方については、著作物の「代替性」への影響の程度から判断することが肝要であり、この考え方は、すべての個別のケースにおける共通項として一元化して考えることができると考えられる。

くわえて、この考え方については、補償金制度の存在をもってしても、複製や公衆送信という利用態様の違いをもってしても、変わるところはないとも考えられるのである⁽¹⁰⁶⁾。

本稿の内容が、35条1項ただし書きについて解釈・運用していく際の見解の一つとして、35条1項をめぐる議論に資するものになれば幸いである。

(106) この点については、白鳥・前掲註(86)161頁より示唆を得ているため、同文献同頁も参照。

台湾商標法における商標権の効力範囲に関する考察 —著名な登録商標の保護について—

尹 復興^(*)

本稿は、日本と同じ登録主義を採用し、筆者の母国台湾の商標法の下で、商標権の保護について検討することにより、日本の商標法の下での商標権の効力範囲の検討を通じて、あるべき商標保護制度を考察することを目的とするものである。台湾商標法 35 条(商標権の効力)は 1 項に専用権と 2 項に禁止権を定めており、商標権の効力範囲の拡大として、さらに台湾商標法 36 条(2)の但し書き(権利消尽の例外)の規定がある。台湾商標法 70 条(著名商標の識別性、信用名声の毀損)は、みなし侵害であり、台湾では商標権の効力については、商標の様々な機能を十分に考慮し、商標法で関連規定の条文を設けている。日本では、権利創設法である「商標法」では十全に保護されない実情がある。商標の保護を適切に(完全に)図るために、日本商標法に改めて台湾商標法様な条文の増設によって、日本においても商標権侵害が成立しうる範囲を広くし、商標権の効力範囲をより適切に保護すべきと考える。

目次

I. はじめに

II. 商標権の効力範囲

1. 一般商標権の効力

- (1) 台湾商標法 35 条(専用権, 禁止権)
- (2) 台湾商標法 36 条(効力の制限)
- (3) 台湾商標法 68 条(商標権の侵害)
- (4) 台湾商標法 69 条(侵害除去又は防止と損害賠償請求)

2. 著名商標の商標権の効力

- (1) 台湾商標法 30 条 1 項 11 号(商標登録を受けることができない商標)
- (2) 台湾商標法 70 条(商標権みなす侵害)
- (3) 著名商標の周知性に対する台湾司法実務適用範囲

3. 台湾不正競争防止法における著名商標に関する規定

III. 著名な登録商標の保護に対する台湾司法裁判所の見解

1. 三井日本料理 v. 三井物産事件
2. 台糖營造株式会社 v. 台湾糖業株式会社事件

V. まとめ

VI. おわりに

I. はじめに

台湾商標法は、1930 年 5 月 6 日制定公布、1931 年 1 月 1 日施行。現行の商標法は、2011 年 6 月 29 日に公布、2012 年 7 月 1 日施行されたものである。

2011 年の商標法改正は、商標法に関するシンガポール条約、TRIPs 協定(知的所有権の貿易関連の側面に関する協定)、パリ条約などの関連条約及び欧米日本各国の商標法を参酌し、商標制度の国際調和を図ることを目的として、2003 年旧商標法を全面的に改正したものである。

台湾の商標法は、著名な登録商標希釈化の規制に関して 2003 年 5 月 28 日改正が行われ、2003 年 11 月 28 日に施行された。即ち、著名な登録商標の識別力を希釈化した場合、又は消費者に混同誤認を生じさせた場合は、「商標権のみなし侵害」とされた。

2003 年の改正によって、商標権の保護範囲は信用名声の毀損まで至り、欧州⁽¹⁾と同等に、商標権の効力範囲を拡大した。

(*) 校友、日本大学 法学部 国際知的財産研究所 研究員

(1) 1993/12/20 COUNCIL REGULATION (EC) No.40/94 on the Community trade mark Article 9 Rights conferred by a Community trade mark
1. A Community trade mark shall confer on the proprietor exclusive rights therein. The proprietor shall be entitled to prevent all third parties not having his consent from using in the course of trade:
(c) any sign which is identical with or similar to the Community trade mark in relation to goods or services which are not similar to those for which the Community trade mark is registered, where the latter has a reputation in the Community and where use of that sign without due cause takes unfair advantage of, or is detrimental to, the distinctive character or the repute of the community trade mark.

さらに、著名な登録商標の保護が不十分になることを回避するため、商標権侵害とみなす行為に関する規定の2011年の改正は、「識別性又は信用名声を損なう場合」という要件を、「識別性又は信用名声を損なうおそれがある場合」と改めた。

なお、欧州商標指令7条(2)⁽²⁾と英国商標法12条2項⁽³⁾の規定を参照した台湾商標法26条2項は、権利消尽の例外規定を設けており、商品は市場に流通後、その品質、毀損、又はその他正当な理由がある場合、商標権権利の消尽にはならない。

2009年以後、欧州司法裁判所のL'Oréal⁽⁴⁾などの判決は、商標に認められるコミュニケーション機能、投資機能⁽⁵⁾を認めている。このように、商標が消費者に商品及び役務に関するさまざまな情報、すなわち品質、特性、信頼性、品位、イメージ等の情報を伝達する標識であることは理解できるところであり、こうした情報をより少ないコストで入手できることは、これに接する需要者の利益ともなる。

これに対して、台湾の2011年の法改正では、「希釈化した」又は「混同誤認を生じさせた」との要件を、「希釈化するおそれがある」又は「混同誤認を生じさせるおそれがある」のように改めた商標法の下での保護対象につき、商品及び役務の自他識別機能を商標の本質的機能として構成する一方で、商標的使用の概念を、商品及び役務の出所表示としての使用に限定せず、そこから派生する品質保証機能及び広告宣伝機能まで含めて捉えることによって、欧州と台湾の商標制度の下で商標の機能の保護を図っている。

台湾では、商標権の効力の及ぶ第三者による使用は、出所表示機能を害する使用という狭い概念ではなく、商標の機能全般に影響するおそれのある使用として把握されている。このように、商標権の効力範囲においては、商標の出所表示機能が基礎となって派生する、種々の機能の保護が可能となっている。この結果、台湾では、商標法の中で商標権が果たす社会的・経済的

機能が正常に営まれることにより形成される業務上の信用、ひいてはプロパティとしての保護が、十分に図られている。

本論文は、世界的に商標制度による保護(商標権の効力範囲)のスコープが拡大する傾向にあるとも考えられる今日、日本と同じ登録主義を採用し、筆者の母国である台湾の商標法の下における商標権の保護について検討することにより、日本の商標法の下での商標権の効力範囲の拡大を見越して、あるべき商標保護制度を考察することを目的とするものである。

以下、Ⅱでは台湾における商標権の効力範囲について、一般の商標と著名商標とに分けて、解釈を検討する、Ⅲでは著名商標に関する著名な登録商標の保護に対する台湾司法裁判所の見解、Ⅳでは、台湾商標法における商標権の効力、一般の登録商標から信用名声を得た著名な登録商標までの保護を明文化した条文規定をまとめて、最後のⅤでは、本稿でみてきたように、台湾では信用名声を有する著名な登録商標の商標権による保護が商標法上に定められている。登録商標が有しうる商標の諸機能をきちんと保護するため、不正競争防止法ではなく、台湾商標法の下では対応が完備されており、このような台湾の商標権保護の現状は、多くの示唆に富んでいると考えることで結びとする。

なお、参考資料として、末尾に、台湾商標法の関連条文和訳、台湾公平交易法(「不正競争防止法」)の関連条文和訳、及び、著名商標認定の参酌要素・著名商標認定の証拠を掲げる。

Ⅱ. 商標権の効力範囲

1. 一般商標権の効力

まず、一般の商標権の効力とその制限、さらに侵害に関わる条文について、解釈を検討する。

(2) 2008年10月22日付け欧州議会及び欧州理事会指令2008/95/EC

7条 商標により付与された権利の消尽

(1) 商標は、所有者により又はその同意を得て当該商標の下で共同体域内において市販されている商品に関して、その使用を禁止する権限を所有者に付与するものではない。

(2) (1)は、所有者が当該商品の更なる商業化に反対する正当な理由が存在する場合、特に商品の状態についてそれらが市販された後に変化し又は悪化した場合は、適用しない。

(3) 英国商標法 12条 登録商標により付与される権利の消尽

(1) 登録商標は、所有者により又はその同意を得て当該商標の下に欧州経済地域の市場に出されている商品について当該商標を使用することによっては侵害されない。

(2) 商品を更に扱うことに所有者が反対する正当な理由がある場合(特に商品が市場に出された後に商品の状態が変更され又は損なわれた場合)は、(1)は適用しない。

(4) ECJ, 18 June 2009, C-487/07, L'Oréal v. Bellure NV Rec. 2009

(5) ECJ, 24 March 2011, C-323/09, Interflora v. Marks & Spencer Rec. 2011

台湾 商標権の 効力が及ぶ範囲		指定商品又は役務		
		同一	類似	非類似
登録商標	同一	専用権 35条1項	禁止権 35条2項	禁止権 70条1号
	類似	禁止権 35条2項	禁止権 35条2項	禁止権 70条1号
	非類似	×	×	×

【注】「×」印は、商標権の効力の及ばない範囲。

図 1

(1) 台湾商標法 35 条(専用権, 禁止権)

「第三十五条 商標権者は登録された指定商品又は指定役務において、その登録商標を専用する権利を取得する。

2 本法三十六条に別段の規定がある場合を除き、次に掲げる情況については、商標権者の同意を得なければならない。

- 一 同一の商品又は役務において、登録商標と同一の商標を使用する場合。
- 二 類似する商品又は役務において、登録商標と同一の商標を使用することにより、関連する消費者に混同誤認を生じさせるおそれがある場合。
- 三 同一又は類似の商品又は役務において、登録商標に類似する商標を使用することにより、関連する消費者に混同誤認を生じさせるおそれがある場合。

3 商標が登録されると、登録商標である旨又は国際的に通用する登録記号を表記することができる。」

1 項に専用権と 2 項に禁止権を定めており、その効力が及ぶ範囲は、同一の商品・役務についての同一の商標、類似の商品・役務についての同一の商標、同一又は類似の商品・役務についての類似の商標である。

3 項は、商標を使用する際に、登録商標である旨又は登録記号を明記し、第三者に権利を侵害しないよう注意を喚起することにより、商標権の保護を可能とするものである。

(2) 台湾商標法 36 条(効力の制限)

「第三十六条 次に掲げる情況は他人の商標権の効力による拘束を受けない。

一 商業取引の慣習に符合する誠実且つ信用できる方法で、自己の氏名、名称、又はその商品又は役務の名称、形状、品質、性質、特性、用途、産地又はその他商品又は役務自体に関する説明を表示し、商標として使用しない場合。

二 商品又は役務の機能を確保するために必要な場合。

三 他人の商標の登録出願日前に、善意で同一又は類似の商標を同一又は類似する商品又は役務に使用する場合。但し、それは原使用の商品又は役務に限る。その場合、商標権者は該商標を使用する者に対して、適当な区別表示の付記を要求することができる。

2 登録商標を付した商品が、商標権者又はその同意を得た者により国内外の市場で取引され流通する場合、商標権者は該商品について商標権を主張することができない。但し、商品が市場に出された後、商品の変質、毀損が発生するのを防止するため、又はその他正当な事由がある場合はこの限りでない。」

商標権の効力が及ばない範囲の商標の使用については、米国商標法⁽⁶⁾の下で、商標権の効力を制限する法概念として、クラシック・フェア・ユース(classic fair use)とノミナティブ・フェア・ユース(nominative fair use)がある。台湾の商標に関する実務及び司法では、クラシック・フェア・ユースを「描写性(descriptive)の合理的使用」、ノミナティブ・フェア・ユースを「指示性の合理的使用」と翻訳している。

ここで、描写性の合理的使用⁽⁷⁾とは、第三者が他人の商標を以て自己の商品又は役務の名称、形状、品質、性質、特性、産地等を説明することをいう。この使用は、他人の商標が商品又は役務の出所表示機能の利用ではなく、単に第三者の商品又は役務自体を説明するものである。

商標権者には、第三者が自分の商標を第三者の商品又は役務の出所表示機能を使用することを排除する権

(6) Lanham act Section 33 15 U.S. Code §1115 Registration on principal register as evidence of exclusive right to use mark; defenses

(b) Incontestability; defenses

(4) That the use of the name, term, or device charged to be an infringement is a use, **otherwise than as a mark**, of the party's individual name in his own business, or of the individual name of anyone in privity with such party, or of a term or device which is **descriptive** of and used fairly and in good faith only to describe the goods or services of such party, or their geographic origin; or

(7) 台湾知的財産局編『民國 110 年版商標法逐條釋義』145 頁(智慧財産局, 2021 年)

利がある一方、第三者がその出所表示機能を使用しない場合、商標権の効力は及ばない。

また、指示性の合理的使用⁽⁸⁾とは、第三者が他人の商標を以て該他人(即ち商標権者)又は該他人の商品又は役務を示すことをいう。この使用は、他人の商標が他人の商品又は役務の出所表示機能を利用して、自己の商品又は役務の品質、性質、特性、用途等を示すのに用いるものである。

使用情況は、比較方式を採る広告やメンテナンスサービスに多く見られる他、自己のパーツ等の製品と商標権者の製品に互換性があることを表示するのに用いる。このような場面では、自己の商標としては使用していないので、商標権の効力は及ばない。

この指示性の合理的使用は、ドイツ商標法 23 条⁽⁹⁾を参考にして新設したものであり、商品又は役務の「性質」、「特性」、「用途」の文言を明記した。

1 項の 2 号は、色彩や音などの商標が登録可能であるために、その機能性の問題は商品又はその包装容器の立体形状だけに限らない。

2 項では、商標権の国際消尽理論を採用することも明記した。「国外市場」を明確に示すために、「国内外」の文言を加えた。

2 項の但し書きは、商品が市場に出された後、商品の変質、毀損等が生じる情況に限り、商標権者は当該商品に対し商標権を主張できることを明確にするため、2009 年 2 月 26 日欧州共同体商標規則 13 条 2 項⁽¹⁰⁾及び英国商標法 12 条 2 項⁽¹¹⁾の規定を参考にして、「商品が市場に出された後」の文言を付加した。

(3) 台湾商標法 68 条(商標権の侵害)

「第六十八条 商標権者の同意を得ずに販売を目的と

して、次に掲げる各号のいずれかの情況がある場合、商標権の侵害とする。

- 一 同一商品又は役務に、登録商標と同一の商標を使用した場合。
- 二 類似の商品又は役務に、登録商標と同一の商標を使用し、関連する消費者に混同誤認を生じさせるおそれがある場合。
- 三 同一又は類似の商品又は役務に、登録商標と類似する商標を使用し、関連する消費者に混同誤認生じさせるおそれがある場合。」

台湾商標法に規定する商標権侵害の行為は、5 条⁽¹²⁾(「商標の使用」の定義)でもいうように、「販売の目的」を有すること、すなわち商業上(in the course of trade)商標を使用する行為を指し、単純な商品購入という消費行為を含まないことを明確にした。

旧法は商標権侵害行為の内容を明確に規定したが、2011 年の改正では、商標権の排他的な範囲を明確にするため、商標権者が他人の使用を排除できる商標権侵害の情況を本条各号に明確に定めた。

(4) 台湾商標法 69 条(侵害除去又は防止と損害賠償請求)

「第六十九条 商標権者は、その商標権を侵害した者に対し、その除去を請求することができる。侵害のおそれがある場合は、侵害防止を請求することができる。

2 商標権者が前項の規定により請求するとき、商標権侵害に係る物品及び侵害行為に利用される原料又は器具を廃棄するよう請求することができる。但し、裁判所は侵害の程度及び第三者の利益を審

(8) 台湾知的財産局・前掲註(7)145～146 頁

(9) ドイツ商標法 23 条 名称及び記述的表示の使用；部品の取引
商標又は取引上の表示の所有者は、第三者が次の各号に掲げるものを取引上使用することを差し止めることができない。ただし、その使用が容認された道徳原理に反さない場合に限る。

(1) 自己の名称又は住所

(2) 当該商標又は取引上の表示と同一又は類似の標識であるが、商品又はサービスの特徴又は特性、特に、その種類、品質、用途、価格、原産地、商品の生産時期又はサービスの提供時期を表示しているもの

(3) 特に、付属品若しくは部品としての製品又はサービスの意図された用途を示すことが必要な場合、当該の商標又は取引上の表示

(10) 2009 年 2 月 26 日欧州共同体商標規則 13 条 共同体商標により与えられる権利の消尽

(1) 共同体商標は、その所有者により又はその同意を得てその商標の下に共同体市場に出した商品について、その商標の使用を禁止する権利をその所有者に与えるものでない。

(2) 所有者が商品をさらに市場に出すことにに対し反対する合法的な理由がある場合、特に、商品が市場に出された後に、商品の状態が変更され又は損なわれた場合は、(1)の規定は適用しないものとする。

(11) 同前掲註(3)2 項

(12) 台湾商標法第 5 条 商標の使用とは、販売の目的で、以下の情況を有し、かつ関連消費者にそれが商標であると認識させることができるものをいう。

一 商標を商品又はその包装の容器に用いること。

二 前号の商品を所有し、陳列し、販売し、輸出し又は輸入すること。

三 商標を役務の提供に関わる物品に用いること。

四 商標を商品又は役務に関連する取引書類又は広告に用いること。

前項各号の情況は、デジタルマルチメディア、電子メディア、インターネット又はその他の媒体を利用する場合も同様とする。

らかに斟酌した後、その他の必要な処置を行うことができる。

- 3 商標権者は、故意又は過失によりその商標権を侵害された場合、損害賠償を請求することができる。
- 4 前項の損害賠償請求権は、請求権者が損害及び賠償義務者の存在を知ったときから二年間行使しないと消滅する。侵害行為があった時から十年を経過した場合も同様である。」

商標権侵害の排除及び防止請求権は、行為者に故意又は過失があることを必要としないが、損害賠償請求権は、行為者に故意又は過失があることを必要とする旨を明確化した。侵害除去又は防止請求権を本条1項に定めた。

商標権侵害の民事救済方式は、その性質によって二種類に分けられた。

一つは、損害賠償請求権である。台湾民法184条1項⁽¹³⁾前段の規定により、主観上、行為者に故意又は過失があることを必要とする。

もう一つは、侵害除去又は防止の請求権である。これは、台湾民法767条1項⁽¹⁴⁾に定める物上請求権に係る妨害除去及び防止に関する請求に類似している。客観的には、侵害の事実又は侵害のおそれがあることで充分であり、行為者の主観要件を論じる必要はない。

2項は、商標権侵害に係る物品又は侵害行為に利用される原料、器具に対する廃棄請求は、侵害除去又は侵害防止の請求権の一種である。1項の侵害除去又は防止請求権を主張するときのみ適用する。

侵害行為に関し、商標権者は本来、商標権を侵害する物品及び侵害行為に利用される原料又は器具を廃棄するよう、請求できる。しかしながら、相手方及び第三者の利益に対する損害がより小さい手段を以て、しかも、商標権者の利益への保障が同様に達成することができるならば、裁判所は、廃棄に替えて、その損

害がより小さい手段を採用して、比例原則に符合させることができる。

例えば、商標権を侵害した物品については、権利者に損害をもたらすいかなる方式も避け、商業ルート以外でそれを処分するよう命じる。商標権侵害物品の製造を主な用途とする原料又は器具でなければ、廃棄を命じる必要はない。

主に侵害物品の製造に用いる原料又は器具についても、再度侵害する危険を最小限に減じさせる方式により、商業ルート以外でこれを処分するよう命じることができる。裁判所は廃棄を命じる権限を付与されているが、廃棄による方式を採用する義務はなく、損害がより低くなる方式を選択することができる。

本項の但し書きは、TRIPs 協定46条⁽¹⁵⁾の規定の主旨を参考にして規定された。裁判所は、前述の考慮を行う際、侵害の程度と当事者以外の第三者(例えば、事情を知らない製造受託者)の利益等の要素を審らかに斟酌することができる。

ただし、TRIPs 協定46条の規定に注意を払いながらも、これら商標権侵害物品及び主に侵害物品の製造に用いられる原料又は器具が商業ルートに再度入り込むことのないように確保することが必須である。

3項は、商標権侵害行為が主観上の故意又は過失という要件にかかわるが、これらの要件を具えていなければならないか否かについて、実務では意見が分かれている⁽¹⁶⁾。

ある主張は、商標法は民法の特別法であり、特別法に規定されていない場合は、民法の規定を適用しなければならないと、よって民法の権利侵害行為の主観的要件を商標権侵害行為に適用しなければならないというものである。

他の主張は、現行条文に商標権侵害行為に係る主観的要件を規定していないのは、意図して規定を定めなかったのである。商標登録は公告しなければならない、公告してすでに周知となっているのだから、行為者が

(13) 台湾民法第2編 債 第184条(単独権利侵害行為の責任)

1項 故意又は過失によって、他人の権利を侵害したときは、損害賠償の責任を負う。故意に善良な風俗に反することによって、他人に損害を与えたとき、又同じ。

(14) 台湾民法第2編 物権 第767条(所有権の保護物上請求権)

1項 所有者は無権占有又はその所有物を侵奪する者に対し、返還の請求ができる。

(15) TRIPs 46条 他の救済措置

侵害を効果的に抑止するため、司法当局は、侵害していると認めた物品を、権利者に損害を与えないような態様でいかなる補償もなく流通経路から排除し又は、現行の憲法上の要請に反しない限り、廃棄することを命ずる権限を有する。司法当局は、また、侵害物品の生産のために主として使用される材料及び道具を、追加の侵害の危険を最小とするような態様でいかなる補償もなく流通経路から排除することを命ずる権限を有する。このような申立てを検討する場合には、侵害の重大さと命ぜられる救済措置との間の均衡の必要性及び第三者の利益を考慮する。不正商標商品については、例外的な場合を除くほか、違法に付された商標の単なる除去により流通経路への商品の流入を認めることはできない。

(16) 2008年3月30日台湾知的財産局での「商標法修正草案第1回研究会」議事録、2008年8月28日「商標法修正草案第2回公聴会」議事録。
<https://topic.tipo.gov.tw/trademarks-tw/lp-513-201-xCat-02.html>

故意又は過失であったことは説明できる。よって、更に規定する必要はないというものである。

ところで、商標権の侵害とは、同一の商標を同一の商品又は役務に使用するだけでなく、類似する商標が同一又は類似の商品又は役務に使用されて、混同誤認を生じさせるおそれがある場合も含む。その判断では常に、個別案件によって参酌する要素が異なるので、認定も異なる。

ここから、本項では、損害賠償の請求については行為者に主観上の故意又は過失があることを必要とするとして明確にし、争議が生じないようにした。

4 項は、商標権侵害行為に対する請求権の消滅時効に関して定める。この点は、ドイツ商標法は、20 条 1 項⁽¹⁷⁾に明文化しているが、他の主要国の商標法は明文化していない。

規定を定めていない理由は、商標権侵害が権利侵害の一種なので、その消滅時効にはその他の法律、特に民法における権利侵害行為に係る消滅時効の規定を適用すればよいというものである。

台湾の現行特許法 96 条⁽¹⁸⁾ 及び著作権法 89 条の 1⁽¹⁹⁾は、これについてすでに規定しているので、これらの知的財産権法の関連規定と一致させるために、2011 年法改正によりこれを規定した。

消滅時効の期間については、民法の関連規定を適用した。

2. 著名商標の商標権の効力

続いて、著名商標の商標権について、商標登録の制限規定、商標権侵害に関わる条文と著名商標の周知性に対する台湾司法実務適用範囲について、解釈を検討する。

(1) 台湾商標法 30 条 1 項 11 号(商標登録を受けられない商標) 「第三十条 次の各号のいずれかの事情に該当する商

標は、登録することができない。

十一 他人の著名な商標又は標章と同一又は類似のもので、関連する公衆に混同誤認を生じさせるおそれがあるもの、あるいは著名な商標又は標章の識別性又は信用名声を損なうおそれがあるもの。但し、出願人が商標又は標章の所有者の同意を得て登録出願する場合は、この限りでない」

この規定は、著名商標や標章の保護を強化することを目的とする。これに関して、2000 年 3 月、アジア太平洋経済協力会議(Asia Pacific Economic Cooperation)⁽²⁰⁾は、1999 年 9 月に世界知的財産組織(World Intellectual Property Organization WIPO)が発表した著名商標保護規定に関する共通決議⁽²¹⁾に則った決議を採択した。

同決議は、著名商標の識別は、関連する公衆の認識を考慮するべきであることを明らかにした。

翻って、台湾の実務上では、30 条後段の商標の著名性に関する要件は、商標の使用期間と範囲、商標広告および宣伝の期間と範囲、商標で販売される商品または役務の数、金額、または地理的範囲にかかわらず前項よりも、その要件の期間、数量、金額および範囲が長く、より広範である。また、商標の登録が本項に違反した場合、悪意のある者は、5 年間の無効審判期間の請求制限を受けない。

ここで、著名といわれるのは、前掲した WIPO の著名商標保護規定と同様に、商標が「関連」事業または消費者に広く認識されている限り、商標または標章を著名として認識し、商標出願の判断基準として、関連する事業または消費者に広く認識されていると認めるのに十分な客観的な証拠を有するもの⁽²²⁾とされている。

また、本号適用の構成要件は、(一)類似の有無、(二)著名かどうか、(三)関連する公衆の混同誤認混を

(17) ドイツ商標法 20 条 出訴期限

[1] 第 14 条から第 19 条までに規定する権利の侵害に対する請求権は、その請求をする者が侵害の事実及び侵害者を知った時から 3 年後に、また、これらのことを知ったか否かに係わりなく、侵害から 30 年後に出訴期限法の適用を受けるものとする。

(18) 台湾特許法 96 条 特許権侵害の救済方式 6 項

第二項及び前項の請求権は、請求権者が該侵害行為及び賠償義務者の存在を知った時点から 2 年以内に行使しなければ消滅する。該侵害行為があった時点から 10 年を超えた場合も同様とする。

(19) 台湾著作権法 89 条の 1 損害賠償請求権の時効

第 85 条及び第 88 条の損害賠償請求権は、請求権者が損害の発生及び賠償義務を負う者を知った時から 2 年間行使しなければ消滅する。権利侵害行為発生時から 10 年を経過した場合も同様とする。

(20) 2000 年 3 月 2 ～ 3 日北海道札幌市京王プラザホテルで開催された第 10 回 APEC 知的財産権専門家会合 Intellectual Property Rights Experts Group (APEC/IPEG) に民間セクター(国際商標協会)からなされた商標保護についての提案をきっかけとした議論の結果、周知商標保護の共同勧告が採択された。(https://www.jpo.go.jp/news/kokusai/apec/2000_03.html 参照)。

(21) WIPO, “Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Well-Known Marks” Sept. 1999

(22) 台湾知的財産局編『商標法第 30 条第 1 項第 11 号著名商標保護審査基準』4 ～ 5 頁(智慧財産局, 2011 年 7 月)

招くおそれがあるかどうか、(四)著名な商標又は標章の識別性又は信用名声を損なうおそれがあるかどうか、である。

以上に加えて、「商標法第30条第1項第11号著名商標保護審査基準」における著名商標認定の参酌要素⁽²³⁾、さらに著名商標認定の証拠⁽²⁴⁾(ともに別紙参照)により、著名商標の判断ができる。

(2) 台湾商標法70条(商標権みなす侵害)

「第七十条 商標権者の同意を得ずに、次に掲げる各号のいずれかの状況がある場合、商標権侵害とみなす。

- 一 他人の著名な登録商標であることを明らかに知りながら、同一又は類似の商標を使用して、該商標の識別性又は信用名声を損なうおそれがある場合。
- 二 他人の著名な登録商標であることを明らかに知りながら、該著名商標中の文字を自己の会社、商号、団体、ドメインネーム又はその他の営業主体を表彰する名称とし、関連する消費者に混同誤認を生じさせるおそれがある、又は該商標の識別性又は信用名声を損なうおそれがある場合。
- 三 六十八条の商標権侵害に該当するおそれがあるのを明らかに知りながら、商品又は役務と結び付いてないラベル、タグ、包装容器、又は役務と関係のない物品を製造、所持、展示、販売、輸出又は輸入する場合。」

本条の主旨は著名な登録商標の保護を強化することであり、国際規範と調和を図るため、商標権に対する擬制侵害として構成した。

著名な登録商標の保護が不十分になることを回避するため、「識別性又は信用名声を損なう場合」という要件を「識別性又は信用名声を損なうおそれがある場合」と改めた。

また、商標権の侵害のおそれがあることを明らかに

知りながら、商品又は役務と未結合のラベル、タグ、包装容器、あるいは役務に関する物品を製造、所有、陳列、販売、輸出又は輸入する等の行為は、商標権の侵害行為とみなすこととした。

1号は、著名な登録商標の識別性又は信用名声を損なう「おそれ」のある状況には適用した。著名商標権者は、損害が実際に発生する前には有効な予防ができず、実際に損害が発生したときになって初めて主張することができる。加えて、著名商標権者は、実際に損害が発生したことを挙証して証明しなければならず、特に、著名商標の識別性又は信用名声が実際に損なわれた状況を証明することは、相当困難である。そのために著名商標への保護が周到を欠くことのないよう、米商標法43条⁽²⁵⁾の規定を参考にして、1号及び2号に「おそれ」の文言を加えた。

2号は、商標の使用による権利侵害の様態と区別するため、前後段の条文を規定した。

2号前段の「団体の名称」とは、会社法、商業登記法又はその他の関連法規に基づき、各該主務官庁に設立、成立を申請し、又は開業登記を行った会社、商号、団体の名称をいう。それらに使用される文字の多くが中国語であるが、本号に規定する擬制侵害行為の様態は、中国語を使用したもののみに限らない。

著名な当該登録商標中の文字が外国語であり、商標権者の同意を得ていないのに、該外国語を自己の会社、商号又は団体等の外国語による名称としたり、輸出入業者が貿易局に登録する会社の外国語名にしたときも、これに該当する。

2号後段の「関連する消費者に混同誤認を生じさせるおそれ」という状況とは、行為者の会社、商号、団体の名称又はドメインネームが、著名な登録商標中の文字と同一で、その取扱い業務の範囲が著名な登録商標を使用する商品又は役務と同一又は類似のものであって、関連する消費者に混同誤認を生じさせるおそれがある状況をいう。

著名商標権者に対する保障を周到にするため、実際に混同誤認が生じる必要がない、「混同誤認を生じさ

(23) 台湾知的財産局・前掲註(22)7～9頁

(24) 台湾知的財産局・前掲註(22)9～10頁

(25) 米商標法 43条 虚偽の原産地呼称、虚偽の記述及び表示

(c) 不鮮明化による希釈化；質の低下による希釈化

(1) 差止命令による救済：衡平法の諸原則に従うことを条件として、本来的に又は獲得した識別性により、識別性を有する著名標章の所有者は、他人であって、当該所有者の標章が著名になった後に、その著名標章について不鮮明化による希釈化又は質の低下による希釈化を生ずるおそれのある標章又は商号の取引における使用を開始した者を相手として、実際の又は生じるおそれのある混同、競争又は現実の経済的侵害があるか否かに拘らず、差止命令の付与を受ける権原を有するものとする。

せるおそれがある」とした。

3号は、ドイツ商標法14条⁽²⁶⁾の規定を参考にして設けられ、直接に商標権を侵害する行為を認定するほか、商標権侵害の準備、加工又は補助行為も、商標権侵害の行為とみなすこととした。更に、権利侵害者以外の第三者が加工又は補助する行為のほか、権利侵害者本人が為す準備行為も、本号に規定する行為に該当する。

なお、ドイツ商標法第14条4項の規定は、2項及び3項の権利侵害行為の「おそれ」があることを適用の前提とするが、同条2項及び3項の権利侵害行為の成立を要件としていない。

(3) 著名商標の周知性に対する台湾司法実務適用範囲⁽²⁷⁾

以上に紹介した商標法第30条第1項第11号及び第70条第1号及び第2号は、著名商標の保護に関して、前者は商標登録出願拒絶に関して他人の登録を防止する消極的な規定であり、後者は他人のフリーライドによる商標の侵害に関し、他人の使用を防止する積極的な規定である。

さらに、著名商標の「毀損」と「混同」の保護は、それぞれ異なる理論的な基礎と適用要件を有し、異なる程度の信用名声を必要とする。著名商標が商品に使用される場合、商標登録による保護を取得したかどうかにかかわらず、市場での知名度を考慮し、他人が同一または類似の商品に同一または類似の商標を使用する場

合、関連する消費者が商標を混同誤認する可能性が非常に高い。このため、直接に「混同誤認」の規定を適用することにより、著名商標を保護するという目的を達成することができる。さらに、著名商標が提供する商品や役務の品質やブランドイメージを毀損する場合、今日の社会における商標の信用名声の重要性に鑑みて、著名商標をパロディする行為をも許さない現状の下、その保護を強化するために、同時に、毀損と混同の保護を与える必要があるように思われる。

商標権侵害紛争において、関連する消費者が混同誤認を招く可能性があるかどうかの判断は、市場取引の事実と一致するように、市場での商標の実際の使用に焦点をあてるべきである。

著名商標が、それが使用商品や役務の間の関連性やブランドイメージのために、消費者の心に深く根ざしており、実際の使用に関する証拠がない場合、消費者は、異なる商品や役務に別の登録商標が存在することを認識困難し、消費者が後の商標に対して混同誤認を生じる可能性がある。

これについて、2016年11月8日の第1回最高行政裁判所裁判長合同会議では、商標法第30条第1項第11項の後段にいう著名商標の毀損保護の適用は、「一般消費者」に一般に知られている著名商標に限定して解釈された⁽²⁸⁾。

現在、商標行政訴訟に関しては、実務上に、上記の最高行政裁判所裁判長合同会議決議の趣旨が引用される。

(26) ドイツ商標法 14条 商標の所有者の排他的権利；差止命令による救済；損害賠償

[1] 第4条の規定に基づいて商標の保護を取得することにより、その商標の所有者には、その商標について排他的権利が与えられるものとする。

[2] 第三者は、商標の所有者の同意を得ないで次の標識を取引上使用することを禁止されるものとする。

(1) 商標が保護されている商品又は役務と同一の商品又は役務について、当該商標と同一の標識

(2) 標識と商標との同一性又は類似性並びにその商標及び標識が対象とする商品又は役務の同一性又は類似性のために、その標識と商標が関連があるものと思わせるおそれを含め、公衆の側に混同を生じさせるおそれがある場合における当該標識

(3) 保護商標の対象である商品又は役務類似しない商品又は役務について使用される当該商標と同一若しくは類似する標識の場合で、当該商標がドイツ連邦共和国において名声を得ており、かつ、正当な理由なくこのような標識を使用することが当該商標の識別性又は名声を不正に利用し又は害するものであるときにおける当該標識

[3] [2]に定める条件が満たされた場合は、特に、次のことが禁止されるものとする。

(1) 商品又はその梱包若しくは包装に当該標識を付すこと

(2) 当該標識の下に商品の提供を申し、販売し又はこれらの目的のために商品を保管すること

(3) 当該標識の下にサービスを申し又は提供すること

(4) 当該標識の下に商品を輸入又は輸出すること

(5) 営業書類又は広告に当該標識を使用すること

[4] 第三者が、商標所有者の同意を得ないで、取引の過程において、

(1) 当該商標と同一若しくは類似する標識を梱包若しくは包装、又はラベル、値札、縫込ラベル若しくはこれに類する標識媒体に付すこと、

(2) 当該商標と同一若しくは類似の標識を付した梱包、包装又は標識媒体の提供を申し、それらを販売し、又はこれらの目的のためにそれらを保管すること、又は

(3) 当該商標と同一若しくは類似の標識を付した梱包、包装又は標識媒体を輸入又は輸出することは、

そのような梱包若しくは包装が、[2]及び[3]の規定により第三者が当該標識を使用することが禁じられている商品若しくはサービスの梱包若しくは包装のために使用され、又は標識媒体がかかる商品若しくはサービスの識別のために使用されるおそれが存在する場合には、禁止される。

(27) 台湾知的財産局電子新聞特捜情報センター 2011年6月18日版 <https://www.tipo.gov.tw/tw/cp-886-881821-64997-1.html>

(28) 台湾司法院編「司法院公報」第59巻2期158～167頁(司法院、2017年2月)

商標法第70条第1号及び第2号は、民事侵害の擬制規定であり、前述した最高行政裁判所の裁判長合同会議の決議は、民事訴訟について拘束的な効果を有しない。しかし、そのような民事侵害の擬制規定は、著名商標の毀損保護規定にも関連しており、商標毀損の概念、理論的基礎、立法目的等の観点から、商標行政審査又は民事侵害審判に関わらず、一致した判断基準を適用しなければならない。それにより、保護の不均等を避けることができる。

また、民事侵害訴訟について、知的財産裁判所は、「商標法第70条第1号、第2号に言われる著名登録商標は、一般消費者または関連消費者に一般に知られているものを区別せず、国内で著名登録商標である限り、第三者は、これらの規定に違反してはならない。」⁽²⁹⁾という見解を示している。

しかし、最近の知的財産裁判所の民事判決⁽³⁰⁾を見ると、前述の最高行政裁判所裁判長合同会議決議の見解を法律の適用の根拠として、「同じ法令では、同一用語同一意味の法理に基づいて、商標権の侵害に関する紛争において、同じ解釈しなければならない、著名商標の識別性や信用名声の減損は商標権侵害行為とみなす、保護される著名商標は一般消費者が一般に知られている高度著名程度に限定しなければならない。」⁽³¹⁾と述べており、このような民事訴訟における法規制の適用における矛盾は、その後の動向に引き続き注意を払う必要がある。

3. 台湾不正競争防止法における著名商標に関する規定

さらに、不正競争防止法にも、以下のように、著名商標に関連する規定があることから、これについて検討する。

台湾公平交易法(不正競争防止法) 第三章 不正競争 第22条

「第二十二条 事業者は、その営業により提供される商品又は役務につき、次の行為をしてはならない。

- 一 著名な他人の氏名、商号又は会社の名称、商標、商品容器、包装、外観或いはその他の他人の商品を表す表徴を以て、同一又は類似の商品に同一又は類似の使用により、他人の商品と混同させ、又はその表徴を使用した商品を販売、

運送、輸出、又は輸入すること。

- 二 著名な他人の氏名、商号又は会社の名称、標章或いはその他の他人の営業、役務を表す表徴を以て、同一又は類似の役務において同一又は類似の使用により、他人の営業又は役務の施設又は活動と混同させること。
- 2 前項の氏名、商号又は会社の名称、商標、商品容器、包装、外観或いはその他の他人の商品又は役務を表す表徴が法律により登録され商標権を得た場合、これを適用しない。
- 3 第一項の規定は次の各号の行為においてこれを適用しない。
 - 一 通常的使用方法を以て商品又は役務の慣習上の通用する名称を使用し、或いは取引上の同類の商品又は役務の他の表徴を利用し、又はその名称又は表徴を使用した商品又は役務を販売、運送、輸出又は輸入する場合。
 - 二 自己の氏名を善意で使用し、又はその氏名を使用した商品又は役務を販売、運送、輸出又は輸入する場合。
 - 三 第一項第一号又は第二号に定める表徴につき、著名になる前、善意に同一又は類似の表徴を使用し、又はその表徴の利用がその善意の利用者からその営業と併せて譲り受けて使用し、又はその表徴を使用した商品又は役務を販売、運送、輸出又は輸入する場合。
- 4 事業者は、他の事業者が前項第二号又は第三号の行為により、その商品又は役務の出所が混同誤認されるおそれがある場合、適切な区別表示を付加するよう他の事業者に請求することができる。但し、商品の運送のみのためになされる場合はこれを適用しない。」

台湾公平交易法は、日本でいう不正競争防止法に相当する。同法の第22条は、現行商標法が実施する著名な登録商標の保護に係る立法規範との均衡を図り、公平交易法と商標法の規範の間に矛盾又は重複が生じ、ひいては互いの立法規範が均衡を失うことのないようにするため、旧公平交易法20条を全面的に改正し、2015年2月4日に公布され、同年2月6日に発効したものである。

現行「公平交易法」では、商標法により商標登録を受

(29) 107年度(2018年)商上字第3号民事判決

(30) 107年度(2018年)民商訴第43号などの民事判決

(31) 107年度(2018年)民商上字第5号民事判決

けた商標は公平交易法によっては保護されなくなる⁽³²⁾。登録済みの商標は、商標法によってのみ保護を受けることとなる。現行「公平交易法」では、著名商標又はその他表徴の保護の範囲や方式も、大幅に縮減されている。

このように、著名な氏名、商号若しくは会社の名称、商標、商品容器、包装、外観、又は他人の商品若しくは役務を示すその他の表徴は、いずれも「公平交易法」による保護の対象であるが、現行「公平交易法」では、商標法により登録され商標権を取得した商標の保護を排除する、すなわち、現行「公平交易法」では、未登録の商標又はその他表徴のみが保護されることが明文化された。

また、旧「公平交易法」で区分されていた「関連事業者又は消費者に一般的に認識されている」又は「著名」な表徴につき、両者をどのように区別するのか、論争が生じやすかったため、現行「公平交易法」では商標法の用語を参酌し、規範用語を「著名」に統一した⁽³³⁾。

さらに、「内国民待遇原則」に反することのないよう、著名商標の保護は国内外の著名商標を区分せず、現行「公平交易法」では、旧法における「外国」の著名商標についての特別規範は削除されている⁽³⁴⁾。

現在の実務見解又は「公平交易法」の法改正について、国内外の商標を問わず、商標が著名であるか否かは、「国内の消費者の認知度」を基準としなければならない。

商標法の規定によれば、商標権侵害の責任には、民事及び刑事責任が含まれる。現行「公平交易法」の未登録の著名商標又はその他表徴に対する保護は、裁判所の民事訴訟にのみ提供される救済手段である。

未登録の著名商標又はその他の表徴が侵害された場合、「公平交易法」により裁判所に民事訴訟を提起して侵害排除又は損害賠償を請求することしかできず、旧法時の規範のように公正取引委員に告発することはできなくなり、公正取引委員会は原則として著名商標又はその他表徴の権利侵害事件を受理しない。

以上のように、現行「公平交易法」では、著名商標又は表徴に対する保護につき、明らかにその範囲又は方式が大幅に縮減されている。

Ⅲ. 著名な登録商標の保護に対する台湾司法裁判所の見解

以下では、前章にみた著名な登録商標の保護に関する規定の解釈を台湾の司法裁判所が示した事案を検討する。

1. 三井日本料理 v. 三井物産事件



図 2⁽³⁵⁾

三井日本料理餐廳有限公司(以下、「三井日本料理」)は、2010年に、商標「三井 MITSUI 及び図形」について、第35類「食品小売り、飲料品小売り、農産物小売り、水産物小売り」等を指定役務とする出願を行った。

台湾知的財産局は、審査の結果、当該商標は、日本企業である三井物産株式会社(以下、「三井物産」)の「三井」、「三井農林」、「三井銘茶」、「MITSUI」等の商標と構成が類似しており、両社の商標が指定又は使用する役務の間にも関連性がある上、三井物産の商標は三井日本料理の出願前に登録されており、需要者が一般に認知し、著名と言える域に達していると認定した。そして、出願商標「三井 MITSUI 及び図形」は、需要者間で容易に混同誤認を生じさせるとして、拒絶査定した。

台湾知的財産局は、審査において、拒絶査定を下した理由として以下を挙げた。

①商標の類似性：係争商標は「日商三井物産股份有限公司」(三井物産)およびその関連企業より出願登録された「Mitsui」・「三井農林 Mitsui Norin」・「三井銘茶 Mitsui Green Tea」等の先行登録商標(以下「引用商標」)と類似する、

②指定商品・役務の関連性：係争商標と先行登録商標の指定商品又は役務は関連性がある、

(32) 台湾公正取引委員会編「公平交易法修正条文對照表」19頁(公平交易委員会、2015年2月)

(33) 台湾公正取引委員会・前掲註(32)18頁

(34) 台湾公正取引委員会・前掲註(32)18～19頁

(35) (独)工業所有権情報・研修館 新興国等知財情報データベース 2015.01.09
<https://www.globalipdb.inpit.go.jp/precedent/10364/>

③引用商標の著名性：係争商標の出願時に先行登録商標は既に関連事業または消費者において広く普遍的に認知され著名となっており、係争商標は関連公衆を混同誤認させるおそれがある。

三井日本料理はこれを不服とし、経済部訴願審議委員会に対して不服を申し立てたが却下され、後に行政訴訟を提起した。知的財産裁判所は三井日本料理敗訴という判決⁽³⁶⁾を下した。

裁判所は、①「引用商標」は著名商標である、②係争商標と引用商標は類似に該当する、③係争商標と引用商標の指定商品役務は異なるが、引用商標は程度が高い著名商標に属するため、商品の保護範囲は指定された商品区分に制限されない、よって係争商標は関連公衆に対し混同誤認を招くおそれがあると判示した。

本件において裁判所は、引用商標権者の関係企業は多角化経営を進めており、その経営項目にも食品の小売等役務が含まれ、引用商標も著名程度が非常に高いと判断したため、その保護は指定された商品役務に限られてはならない、という見解を示した。

三井日本料理は、当該判決を不服として上訴を提起したが、2014年10月30日に最高行政裁判所は、三井日本料理が原判決にどのような法令違反があるかを具体的に指摘していないと認定して、上訴を棄却する判決⁽³⁷⁾を下し、出願拒絶が確定した。

2. 台糖營造株式会社 v. 台湾糖業株式会社事件



図3 台湾糖業株式会社商標

台湾糖業公司(台湾糖業株式会社)の前身、台湾製糖株式会社は、1900年(明治33年)12月に設立された台湾最初の新式製糖工場を建設した製糖会社である。その傍ら、1903年塩水港精糖株式会社、1906年には明治製糖株式会社と大日本製糖株式会社が、台湾へ進出

した。

戦後、上記の台湾製糖株式会社・塩水港精糖株式会社・明治製糖株式会社・大日本製糖株式会社の製糖会社4社の台湾における資産を中華民国政府が接収し合併させて、1946年5月に台湾糖業公司を設立させた。同公司は台湾でも通称「台糖」と呼ばれている。

ここで、旧法の1993年商標法第65条によれば、「著名商標を自己の社名として使用する会社は、当該著名商標の指定商品と“同じ又は類似する業務分野を経営する場合”しか商標侵害に該当しない」という制限がかけられていた。これは、現行商標法第70条第2号⁽³⁸⁾では、商標権を侵害するものとみなすと規定されている。

台湾糖業株式会社(以下は、台糖社という)は、2014年1月に台糖營造株式会社(台糖營造社という)を相手に訴訟を提起し、会社名称を変更するように請求した。台糖社は、角砂糖等を指定商品として、1953年に登録を受けた登録第1675号商標を挙げ、台糖の商標は著名商標であるため、台糖營造社は社名を変更しなければならないと主張した。

これに対して、台糖營造社は、法律不遡及の原則により、創立当時の旧法を適用すべきであると抗弁した。更に、台糖社の商標の著名分野はあくまでも砂糖等の商品であるため、「同じ又は類似する商品の業務分野を経営する」という旧法の構成要件に該当せず、旧法の規定に違反していないとした。そして、当時は旧法の信頼に基づいて創立したため、本件は信頼保護原則が適用されるべきであると主張した。

第一審⁽³⁹⁾と控訴審⁽⁴⁰⁾は、台糖營造社が「台糖」を会社名称とすること自体が権利侵害に該当するかどうかは、やはり、創立当時の旧法により判断すべきであると判示した。

上告審において、台湾最高裁判所は、「ひとつの事象が、新・旧法時代を跨いで新法施行の後も継続して存在し、更に新たな法令に公益性がある場合、新法の法律効果の規定を以て、制定以前に遡ってその構成要件事実と結合し、将来継続に存在している法律要件の客観的な事実を適用させるのが、『要件事実への遡及的結合』であり、不遡及の原則とはまた別件であるた

(36) 102年度(2013年)行商訴字第154号判決

(37) 103年度(2014年)裁字第1544號判決

(38) 他人の著名な登録商標であることを明らかに知りながら、該著名商標中の文字を自己の会社、商号、団体、ドメインネーム又はその他の営業主体を表彰する名称とし、関連する消費者に混同誤認を生じさせるおそれがある、又は該商標の識別性又は信用名声を損なうおそれがある場合。

(39) 103年度(2014年)民商訴字第31号判決

(40) 104年度(2015年)民商上字第7号民事判決

め、法律不遡及の原則に違反することに当たらない」⁽⁴¹⁾と判示し、本件を差し戻した。

再審の知的財産裁判所は、「台糖營造社は、旧法時代に創立したにもかかわらず、当該社は、著名商標の中国語文字と一致する状態がまだ継続している。しかしながら、需要者に混同誤認を生じさせる恐れに対処する新法の公益性は、やはり社名への信頼保護より重んじるべきである。このため、新法の法律効果の規定を以て、新法制定以前に遡ってその構成要件事実と結合し、将来継続に存在している法律要件の客観的な事実を適用させる必要が本件にはある。従って、本件は新法を適用すべきであり、たとえ著名商標の指定使用商品が会社の業務分野と異なっているととしても、商標権侵害とみなす。また、著名商標の識別力を低下させるおそれがあるというのは、必ずしも、権利侵害側が著名商標の指定商品と同じまたは類似する使用をすることを必要とせず、その業務分野が指定商品と無関係であるからこそ、著名商標の自他商品識別機能は権利侵害側の使用行為により減殺され、また希釈化されてしまう可能性がある」⁽⁴²⁾と指摘し、台糖營造社が「台糖」を社名の一部として使ってはならないと判決を下した。

以上のように、台湾商標法の下では、登録商標が著名になり、信用名声を得て、グッドウِيل(営業上の顧客吸引力)を有するようになり、かつ、著名商標の認定基準を満たした場合に、他人の同一または類似の商標の登録出願拒絶から会社の名称または商号の使用禁止までの商標権の保護ができるように、対応が完備されている。

IV. まとめ

台湾商標法 35 条(商標権の効力)は 1 項に専用権と 2 項に禁止権を定めており、その効力が及ぶ範囲は、同一の商品・役務についての同一の商標、類似の商品・役務についての同一の商標、同一又は類似の商品・役務についての類似の商標である。

また、台湾商標法 70 条(識別性、信用名声の毀損)は、みなし侵害規定であり、「他人の著名な登録商標であることを明らかに知りながら、同一又は類似の商

標を使用して、該商標の識別性又は信用名声を損なうおそれがある場合には、商標権の侵害とみなす。」としている。

なお、さらに、商標権の効力範囲の拡大として、台湾商標法 36 条 2 項の但し書き(権利消尽の例外)の規定がある。36 条 2 項は、「登録商標を付した商品が、商標権者又はその同意を得た者により国内外の市場で取引され流通する場合、商標権者は該商品について商標権を主張することができない。但し、商品が市場に出された後、商品の変質、毀損が発生するのを防止するため、又はその他正当な事由がある場合はこの限りでない。」としている。

このように、台湾では、出所混同のおそれを問わず、第三者による標識の使用が登録商標の識別性又は信用名声を害することを条件として、登録商標の指定商品・役務に類似しない範囲においても商標権侵害が成立するとしている(70 条)。

台湾商標法では、信用名声を有する登録商標については、商標法の下でダイリューションやフリーライドからの保護を受けられるのである。

台湾も日本と同様、登録主義を採用しており、商標権者に同一の範囲を保護する専用権と類似の範囲も保護する禁止権を付与して、商標を保護している(35 条)。これに加えて、台湾では、著名な登録商標については出所表示機能(識別性)の希釈化および広告宣伝機能・投資機能など信用名声の毀損を防ぐため、直接商標法上の措置(70 条)を採ることができるようになっている。こうして、台湾では商標法で、商標権の効力について、商標の様々な機能を十分に考慮した条文を設けている。

V. おわりに

台湾では、著名な登録商標の保護に当たり、信用名声を有する商標については、混同のおそれの有無及び商品又は役務類否を問わず、商標の識別性や信用名声への影響のおそれがある限りは、商標法の下で保護している。

さらに、フリーライド規制を商標法に取り込むことによって、商標の機能に基づいて築き上げられた商標の顧客吸引力、信用名声を保護し、取引秩序を図るこ

(41) 106 年度(2017 年)台上字第 2088 号民事判決

(42) 107 年度(2018 年)民商上更(一)字第 1 号民事判決

とができる。

日本では、権利創設法である「商標法」では十全に保護されない範囲を、行為規制法である「不正競争防止法」がカバーしているというのが、実情である。ただし、不正競争防止法による保護は、商標の所有者において「商標の周知・著名性」や「出所の混同やそのおそれ」等を立証しなければならず、しかもこの立証も容易ではなく、手間がかかる一面がある。

台湾の場合には、登録商標は著名商標の認定基準を満たせば、商標法 70 条の規定のとおり、権利侵害の判断ができる。その著名性の立証の手間も省くとなる。

また、台湾では、著名商標(広告宣伝機能・コミュニケーション機能・投資機能なども含む)の商標権による保護が商標法上に定められている(図 4 参照)。登録商標が有しうる商標の諸機能をきちんと保護するため、不正競争防止法ではなく、商標法の下での対応がある。

以上から、商標の保護を適切に(完全に)図るために、商標の保護範囲を拡張しつつ、消費者の利益だけではなく、商標権者のプロパティとしての利益にも配慮するという観点から、商標権の効力の範囲を見直してはどうか。日本商標法に、改めて、台湾商標法の 30 条 1 項 11 号、70 条、36 条 2 項但し書きのような条文を増設することによって、日本においても商標権侵害が成立しうる範囲を広くし、商標の機能、いわゆる商標権の効力範囲を、より適切に保護すべきと考える。

台湾における商標権の効力範囲
と商標の機能との関係図

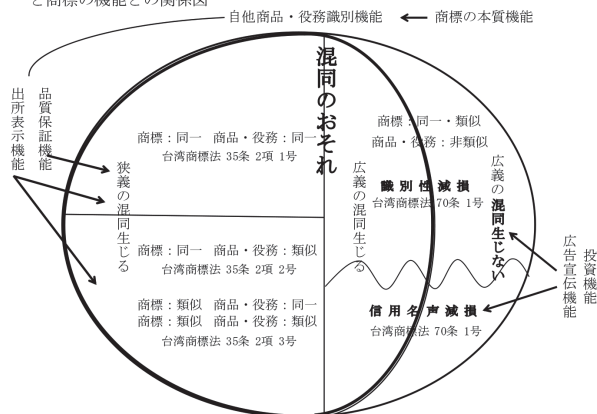


図 4

<参考資料>

◎台湾商標法の関連条文和訳

◎台湾公平交易法(「不正競争防止法」)の関連条文和訳
◎著名商標認定の参酌要素・◎著名商標認定の証拠

◎台湾商標法の関連条文和訳

台湾商標法 35 条(専用権、禁止権)

「第三十五条 商標権者は登録された指定商品又は指定役務において、その登録商標を専用する権利を取得する。

2 本法第三十六条に別段の規定がある場合を除き、次に掲げる情況については、商標権者の同意を得なければならない。

- 一 同一の商品又は役務において、登録商標と同一の商標を使用する場合。
 - 二 類似する商品又は役務において、登録商標と同一の商標を使用することにより、関連する消費者に混同誤認を生じさせるおそれがある場合。
 - 三 同一又は類似の商品又は役務において、登録商標に類似する商標を使用することにより、関連する消費者に混同誤認を生じさせるおそれがある場合。
- 3 商標が登録されると、登録商標である旨又は国際的に通用する登録記号を表記することができる。」

第 35 條 商標權人於經註冊指定之商品或服務，取得商標權。

2 除本法第三十六條另有規定外，下列情形，應經商標權人之同意：

- 一 於同一商品或服務，使用相同於註冊商標之商標者。
 - 二 於類似之商品或服務，使用相同於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。
 - 三 於同一或類似之商品或服務，使用近似於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。
- 3 商標經註冊者，得標明註冊商標或國際通用註冊符號。

台湾商標法 36 条(効力の制限)

「第三十六条 次に掲げる情況は他人の商標権の効力による拘束を受けない。

- 一 商業取引の慣習に符合する誠実且つ信用できる方法で、自己の氏名、名称、又はその商品又は役務の名称、形状、品質、性質、特性、用途、産地又はその他商品又は役務自体に関する説明を表示し、商標として使用しない場合。
- 二 商品又は役務の機能を確保するために必要な

場合。

三 他人の商標の登録出願日前に、善意で同一又は類似の商標を同一又は類似する商品又は役務に使用する場合。但し、それは原使用の商品又は役務に限る。その場合、商標権者は該商標を使用する者に対して、適当な区別表示の付記を要求することができる。

2 登録商標を付した商品が、商標権者又はその同意を得た者により国内外の市場で取引され流通する場合、商標権者は該商品について商標権を主張することができない。但し、商品が市場に出された後、商品の変質、毀損が発生するのを防止するため、又はその他正当な事由がある場合はこの限りでない。」

第36条 下列情形，不受他人商標權之效力所拘束：

一 以符合商業交易習慣之誠實信用方法，表示自己之姓名，名稱，或其商品或服務之名稱，形狀，品質，性質，特性，用途，產地或其他有關商品或服務本身之說明，非作為商標使用者。

二 為發揮商品或服務功能所必要者。

三 在他人商標註冊申請日前，善意使用相同或近似之商標於同一或類似之商品或服務者。但以原使用之商品或服務為限；商標權人並得要求其附加適當之區別標示。

2 附有註冊商標之商品，由商標權人或經其同意之人於國內外市場上交易流通，商標權人不得就該商品主張商標權。但為防止商品流通於市場後，發生變質，受損，或有其他正當事由者，不在此限。

台湾商標法 68 条 (商標權の侵害)

「第六十八條 商標權者の同意を得ずに販売を目的として、次に掲げる各号のいずれかの状況がある場合、商標權の侵害とする。

一 同一商品又は役務に、登録商標と同一の商標を使用した場合。

二 類似の商品又は役務に、登録商標と同一の商標を使用し、関連する消費者に混同誤認を生じさせるおそれがある場合。

三 同一又は類似の商品又は役務に、登録商標と類似する商標を使用し、関連する消費者に混同誤認生じさせるおそれがある場合。」

第 68 條 未經商標權人同意，為行銷目的而有下列情形之一，為侵害商標權：

一 於同一商品或服務，使用相同於註冊商標之商標者。

二 於類似之商品或服務，使用相同於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。

三 於同一或類似之商品或服務，使用近似於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。

台湾商標法 69 条 (侵害除去又は防止と損害賠償求)

「第六十九條 商標權者は、その商標權を侵害した者に対し、その除去を請求することができる。侵害のおそれがある場合は、侵害防止を請求することができる。

2 商標権者が前項の規定により請求するとき、商標権侵害に係る物品及び侵害行為に利用される原料又は器具を廃棄するよう請求することができる。但し、裁判所は侵害の程度及び第三者の利益を審らかに斟酌した後、その他の必要な処置を行うことができる。

3 商標権者は、故意又は過失によりその商標權を侵害された場合、損害賠償を請求することができる。

4 前項の損害賠償請求權は、請求權者が損害及び賠償義務者の存在を知ったときから二年間行使しないと消滅する。侵害行為があった時から十年を経過した場合も同様である。」

第 69 條 商標權人對於侵害其商標權者，得請求除去之；有侵害之虞者，得請求防止之。

2 商標權人依前項規定為請求時，得請求銷毀侵害商標權之物品及從事侵害行為之原料或器具。但法院審酌侵害之程度及第三人利益後，得為其他必要之處置。

3 商標權人對於因故意或過失侵害其商標權者，得請求損害賠償。

4 前項之損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅；自有侵權行為時起，逾十年者亦同。

台湾商標法 30 条 1 項 11 号

(商標登録を受けることができない商標)

「第三十條 次の各号のいずれかの事情に該当する商標は、登録することができない。

十一 他人の著名な商標又は標章と同一又は類似のもので、関連する公衆に混同誤認を生じさせるおそれがあるもの、あるいは著名な商標又は標章の識別性又は信用名声を損なうおそれがあるもの。但し、出願人が商標又は標章の所有者の同意を得て登録出願する場合は、この限りで

ない」

第 30 條 商標有下列情形之一，不得註冊：

十一 相同或近似於他人著名商標或標章，有致相關公眾混淆誤認之虞，或有減損著名商標或標章之識別性或信譽之虞者。但得該商標或標章之所有人同意申請註冊者，不在此限。

台灣商標法 70 條(商標權みなす侵害)

「第七十條 商標權者の同意を得ずに、次に掲げる各号のいずれかの状況がある場合、商標権侵害とみなす。

- 一 他人の著名な登録商標であることを明らかにしながら、同一又は類似の商標を使用して、該商標の識別性又は信用名声を損なうおそれがある場合。
- 二 他人の著名な登録商標であることを明らかにしながら、該著名商標中の文字を自己の会社、商号、団体、ドメインネーム又はその他の営業主を表彰する名称とし、関連する消費者に混淆誤認を生じさせるおそれがある、又は該商標の識別性又は信用名声を損なうおそれがある場合。
- 三 六十八条の商標権侵害に該当するおそれがあるのを明らかにしながら、商品又は役務と結び付いてないラベル、タグ、包装容器、又は役務と関係のない物品を製造、所持、展示、販売、輸出又は輸入する場合。」

第 70 條 未得商標權人同意，有下列情形之一，視為侵害商標權：

- 一 明知為他人著名之註冊商標，而使用相同或近似之商標，有致減損該商標之識別性或信譽之虞者。
- 二 明知為他人著名之註冊商標，而以該著名商標中之文字作為自己公司，商號，團體，網域或其他表彰營業主體之名稱，有致相關消費者混淆誤認之虞或減損該商標之識別性或信譽之虞者。
- 三 明知有第六十八條侵害商標權之虞，而製造，持有，陳列，販賣，輸出或輸入尚未與商品或服務結合之標籤，吊牌，包裝容器或與服務有關之物品。

◎台灣公平交易法の関連条文和訳

台灣公平交易法(不正競争防止法) 第三章 不正競争

「第二十二條 事業者は、その営業により提供される商品又は役務につき、次の行為をしてはならない。

一 著名な他人の氏名、商号又は会社の名称、商標、商品容器、包装、外観或いはその他の他人の商品を表す表徴を以て、同一又は類似の商品に同一又は類似の使用により、他人の商品と混同させ、又はその表徴を使用した商品を販売、運送、輸出、又は輸入すること。

二 著名な他人の氏名、商号又は会社の名称、標章或いはその他の他人の営業、役務を表す表徴を以て、同一又は類似の役務において同一又は類似の使用により、他人の営業又は役務の施設又は活動と混同させること。

2 前項の氏名、商号又は会社の名称、商標、商品容器、包装、外観或いはその他の他人の商品又は役務を表す表徴が法律により登録され商標権を取得した場合、これを適用しない。

3 第一項の規定は次の各号の行為においてこれを適用しない。

一 通常的使用方法を以て商品又は役務の慣習上の通用する名称を使用し、或いは取引上の同類の商品又は役務の他の表徴を利用し、又はその名称又は表徴を使用した商品又は役務を販売、運送、輸出又は輸入する場合。

二 自己の氏名を善意で使用し、又はその氏名を使用した商品又は役務を販売、運送、輸出又は輸入する場合。

三 第一項第一号又は第二号に定める表徴につき、著名になる前、善意に同一又は類似の表徴を使用し、又はその表徴の利用がその善意の利用者からその営業と併せて譲り受けて使用し、又はその表徴を使用した商品又は役務を販売、運送、輸出又は輸入する場合。

4 事業者は、他の事業者が前項第二号又は第三号の行為により、その商品又は役務の出所が混淆誤認されるおそれがある場合、適切な区別表示を付加するよう他の事業者に請求することができる。但し、商品の運送のみのためになされる場合はこれを適用しない。」

第三章 不公平競争

第 22 条 事業就其營業所提供之商品或服務，不得有下列行為：

一 以著名之他人姓名，商號或公司名稱，商標，商品容器，包裝，外觀或其他顯示他人商品之表徴，於同一或類似之商品，為相同或近似之使用，致與他人商品混淆，或販賣，運送，輸出或輸入使用該項表徴之商品者。

- 二 以著名之他人姓名，商號或公司名稱，標章或其他表示他人營業，服務之表徵，於同一或類似之服務為相同或近似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆者。
- 2 前項姓名，商號或公司名稱，商標，商品容器，包裝，外觀或其他顯示他人商品或服務之表徵，依法註冊取得商標權者，不適用之。
- 3 第一項規定，於下列各款行為為不適用之：
- 一 以普通使用方法，使用商品或服務習慣上所通用之名稱，或交易上同類商品或服務之其他表徵，或販賣，運送，輸出或輸入使用該名稱或表徵之商品或服務者。
- 二 善意使用自己姓名之行為，或販賣，運送，輸出或輸入使用該姓名之商品或服務者。
- 三 對於第一項第一款或第二款所列之表徵，在未著名前，善意為相同或近似使用，或其表徵之使用係自該善意使用人連同其營業一併繼受而使用，或販賣，運送，輸出或輸入使用該表徵之商品或服務者。
- 4 事業因他事業為前項第二款或第三款之行為，致其商品或服務來源有混淆誤認之虞者，得請求他事業附加適當之區別標示。但對僅為運送商品者，不適用之。

◎著名商標認定の参酌要素

- ① 商標識別性の強弱
- ② 関連する事業又は消費者が商標を知悉，認識する程度
- ③ 商標の使用期間，範囲及び地域
- ④ 商標宣伝の期間，範囲及び地域
- ⑤ 商標の出願又は登録の有無及びその登録，登録出願の期間，範囲及び地域
- ⑥ 商標の権利行使が成功した記録，特に行政又は司法官庁に著名であると認定されたことがある状況を指すもの
- ⑦ 商標の価値
- ⑧ その他著名商標と認定するに足りる要素

◎著名商標認定の証拠

- ① 商品 / 役務の販売レシート，マーケティング書類，輸出入書類及びその販売数，市場占有率，マーケティングに関する統計の明細などの資料
- ② 国内外の新聞，雑誌又はテレビ等のマスコミにおける広告資料
- 例：広告面のサイズ，金額，数量，広告依頼書，テ

レビ広告の放送監視記録表，車両，バス停，地下鉄駅，高速道路の広告及び店頭広告，路上広告等の証拠資料を含む

- ③ 商品 / 役務の販売拠点及びその販売ルート，場所の配置状況
- 例：百貨店，チェーン店又は各地のテナント設置状況及び時間等の証拠資料
- ④ 市場における商標の評価，鑑定価格，販売額の順位，広告額順位又はその営業状況等の資料
- 例：国内外で公信力を具える新聞，雑誌が調査した世界 100 大ブランドランキング，台湾で最も価値ある 10 大ブランド，各種商標商品に対する消費者の満足度調査或は中国語のネットフォーラムとネチズン評価等の証拠資料
- ⑤ 商標の創作時間及びその継続使用等の資料
- 例：会社の歴史沿革及び紹介，看板広告設置の日付等の証拠資料
- ⑥ 商標の国内外における登録資料
- 例：登録証又は世界各国の商標登録一覧表等
- ⑦ 公信力を具える機構から発行された関連証明又は市場調査報告等の資料
- ⑧ 行政又は司法官庁が下した認定に関する書類
- 例：異議申立審決書，無効審判審決書，訴願決定書又は裁判所の判決書等
- ⑨ その他商標が著名であると証明する資料
- 例：国内外の展覧会，展示会での商品展示又は販促サービス等の証拠資料

中国における知的財産仲裁に関する考察

徐 斌^(*)著・劉 斌斌^(**)訳

近年、中国では知的財産権の保護を強化していることに伴って、知的財産権紛争の数が急激に増加している。仲裁は知的財産権紛争の解決手段の一つとして、その迅速性、秘密保持性などの特徴により、多くの当事者に利用されている。本稿は、中国における知的財産紛争の可仲裁性(仲裁の可否)に係る法律規定の整理、及び、実務界と学会の議論・争点を分析した上に、中国の代表的な仲裁委員会における知的財産仲裁規則及び受理事件を考察し、中国における知的財産仲裁事件の現状、展開及び課題を明らかにするものである。

I はじめに

II 知的財産紛争の可仲裁性に関する議論

1. 知財紛争の可仲裁性に係る法律規定

(1) 仲裁法の相応規定

(2) 知的財産関連法の相応規定

2. 知的財産紛争の可仲裁性に関する中国国内の議論

(1) 知的財産権侵害紛争の仲裁性に関する議論

(2) 知的財産権有効性紛争に関する議論

III 知的財産仲裁に関する実務的な考察

1. 国内仲裁委員会における知的財産権仲裁規則及び受理事件の状況

(1) 中国国際経済貿易仲裁委員会

(2) 北京仲裁委員会

(3) 上海仲裁委員会

(4) 広州仲裁委員会

(5) 深圳国際仲裁院

(6) 海峡兩岸仲裁センター

(7) 酒泉仲裁委員会(敦煌国際仲裁院)

2. 中国における知的財産仲裁事件状況に関する分析

(1) 国内における、知的財産仲裁事件に関する新たな発展について

(2) 中国裁判所と国外仲裁機関が協力して解決する知的財産権紛争

(3) 国外仲裁機関の裁決の中国裁判所での承認と執行

(4) 国内における知的財産仲裁事件の現状

IV おわりに代えて

I はじめに

近年、中国は知的財産権輸入大国から知的財産権創新大国に転換していることに伴って、知的財産権紛争の数が急激に増加している。伝統的な単一訴訟メカニズムは新しい発展態勢に対応することが難しく、多元化した紛争解決メカニズムの建設が切実な要求となり、仲裁、調停などの紛争解決方式の重要性が日増しに顕著となっている。また、「2020年に国家知的財産権戦略を深く実施し、知的財産権強国の建設を加速させる推進計画」、「知的財産権強国建設要綱(2021—2035年)」などの一連の政策公文書を公布し、知的財産権に対する国の重視と保護を明確にしている。仲裁は効率的であり便利で柔軟性が強いいため、知的財産権紛争の解決手段の一つとして、紛争の効率的な解決及び知的財産権保護システムの整備に重要な意義を持つことと思われる。

II 知的財産紛争の可仲裁性に関する議論

知的財産権に関する争いがある場合、その迅速性、秘密保持性などの特徴を有する仲裁は多くの当事者に利用されている。しかし、伝統的な理論における知的財産権紛争の仲裁性の内容は、当事者が仲裁を選択する紛争解決方式に障害をもたらした。知的財産権に関する争いが、仲裁の受案範囲を権利侵害紛争までに拡大できるか否かは、学者たちのさまざまな議論を呼んでいる。

(*) 日本大学法学部教授

(**) 中国・酒泉仲裁委員会(敦煌国際仲裁院) 事務局長

1. 知財紛争の可仲裁性に係る法律規定

(1) 仲裁法の相応規定

中国仲裁法⁽¹⁾は、「平等主体の公民、法人とその他の組織の間で発生した契約紛争とその他の財産権益紛争は、仲裁することができる」⁽²⁾と定められていると同時に、仲裁することができない紛争類型に関して「①婚姻、養子縁組、保護、扶養、相続紛争。②法に基づいて行政機関が処理しなければならない行政紛争」⁽³⁾と規定されている。知的財産権紛争は主に知的財産権契約紛争、知的財産権侵害紛争、知的財産権有効性紛争の3種類に分けられ、上記の規定によれば、知的財産権契約紛争は、仲裁可能であることは明らかであるが、仲裁できない紛争類型において、知的財産権侵害紛争と有効性紛争を明確に排除していないため、それらに二項の仲裁適用について議論と解釈の可能性を提供した。また、中国は、1999年に改正した憲法に「依法治国」⁽⁴⁾という4字を挿入し、「法治国家を建設する」⁽⁵⁾と明確に規定し、市場経済化に伴い激増している知財民事紛争に迅速に対応するため、仲裁法に関する解釈や改正等の必要があることを明確した。

(2) 知的財産関連法の相応規定

中国著作権法によれば、「著作権紛争は調停を行うことができ、当事者間で合意した仲裁協議書又は著作権契約中の仲裁条項に基づき、仲裁機構に仲裁を請求することもできる」⁽⁶⁾と規定している。つまり、著作権紛争が発生した場合、仲裁を申請することができるという理解でよい。著作権は、作品の完成時に自動的に著作権を取得するので、著作権の有効性に関する紛争は存在しない。その規定によれば、著作権紛争に含まれる著作権契約紛争と著作権侵害紛争は、いずれも仲裁により解決することが可能と解釈できる。

中国特許法の「国务院特許行政部門が特許権付与を公告した日から、いかなる単位又は個人も、当該特許権の付与が本法の関連規定に合致していないと認める場合は、国务院特許行政部門に当該特許権の無効審判を請求することができる」⁽⁷⁾という規定によれば、特許の有効性の問題は最初に行政部門で解決しなければ

ならない。この条項の記述には概括的な表現が使用されておらず、この条項には、他の解釈を行う可能性がないと考えられる。しかし同法は「特許権者の許諾を受けずにその特許を実施する、即ちその専利権を侵害し、紛争を引き起こした場合、当事者が協議により解決する。協議を望まない場合又は合意することができなかった場合、特許権者又は利害関係者は人民法院に提訴することができ、また特許業務管理部門に処理を求めることもできる……」⁽⁸⁾と定められ、特許侵害紛争については、当事者が起訴を選択したり、行政機関に申請して処理したりすることができるが、仲裁を申請できるかどうかについての明確な規定が記されていないので、検討の余地があると思われる。要するに、特許紛争においては、特許契約紛争は仲裁を申請することができるが、特許有効性紛争は仲裁を申請することができず、特許権侵害紛争は法律の規定が依然として明確でないという問題が残っている。

中国の商標法によれば、「既に登録された商標が、この法律の第十三条第2項及び第3項、第十五条、第十六条第1項、第三十条、第三十一条、第三十二条の規定に違反した場合、商標の登録日から5年以内に、先行権利者又は利害関係者は、商標評審委員会に当該登録商標の無効宣告を請求することができる。悪意のある登録である時は、著名商標所有者は、5年間の期間制限を受けない」⁽⁹⁾規定されていることから見れば、商標有効性紛争は行政機関が処理しなければならない、仲裁機関は受理する権利がないことがわかる。また、同法は、「この法律の第五十七条に定める登録商標専用権を侵害する行為のいずれかがあり、紛争が生じた時は、当事者の協議により解決する。協議する意向がない時、又は協議が成立しない時は、商標登録者又は利害関係者は、人民法院に提訴することもできれば、工商行政管理部門に処理を請求することもできる」と定めているが、商標権侵害紛争においては、特許権侵害紛争と同様に、当事者が仲裁を申請できるか否かについての明確な規定はない。よって、商標紛争においては、商標契約紛争は仲裁を申請することができるが、

(1) 中華人民共和国仲裁法。1994年8月31日、第八届全国人民代表大会常務委員会第9次會議により可決され、1995年9月1日より施行(中華人民共和國主席令第31号より公布)。

(2) 中華人民共和国仲裁法第2条。

(3) 中華人民共和国仲裁法第3条。

(4) 1999年第9期全人代第2回會議にて改正した憲法に「依法治国」を掲げた。

(5) 「中華人民共和国は法による国家管理を実行し、社会主義法治国家を建設する」と明確に規定した。

(6) 中華人民共和国著作権法第60条第1項。

(7) 中華人民共和国特許法第45条。

(8) 中華人民共和国特許法第65条。

(9) 中華人民共和国商標法第45条。

商標有効性紛争は仲裁を申請することができない。商標権侵害紛争については、仲裁解決ができるかどうか、依然として法律規定の空白がある。

2. 知的財産紛争の可仲裁性に関する中国国内の議論

知的財産権紛争の中でも、知的財産権契約紛争は法律で明確に仲裁できる紛争タイプに属するため、その仲裁性については論争がない。知的財産権の仲裁性に対する論争は、主に知的財産権侵害紛争及び知的財産権有効性紛争に集中している。

(1) 知的財産権侵害紛争の仲裁性に関する議論

中国において、討議の初期の主流の観点では、仲裁は権利侵害紛争の解決に適用されず、知的財産権侵害は仲裁性を持たないと考えられていて、「知的財産権問題が公共と社会の利益にかかわるので、仲裁によって処理すべきではない」という意見が代表的であった⁽¹⁰⁾。これに対し、権利侵害紛争は知的財産権の効力の確認、権利の帰属と公共利益の保護などの事項に関連するので、仲裁を行うことができず、公的救済手段を通じて救済するしかないという論理により「以偏概全」⁽¹¹⁾に属するという反論もあった⁽¹²⁾。知的財産権は私権として、当事者はこのような(知財)民事権利を自由に処分することができるとし、このような処分が法律に違反せず、社会公共利益を損なわなければよいと主張する観点である。

近年、中国が知的財産権の保護を強化すると共に、知的財産権紛争の多元化解決ルートやシステムへの形成にアプローチし、知的財産権侵害紛争の仲裁性に賛成する学者が増えている。その理論は、知的財産権侵害紛争と知的財産権契約紛争は、同じ平等な主体を有し、侵害者は常に潜在的な契約可能性のある主体であり、且つ知的財産権は私権として、当事者が自由に処分できる財産的権利であるという指摘である⁽¹³⁾。また、知的財産権侵害紛争は、権利者が他人の知的財産権の使用許可を取れていない原因によって発生した紛争であり、このような紛争は本質的に平等主体間の財産利益の争いであるため、主体平等性と財産性を有し、仲裁に適用されるという見解も見られる⁽¹⁴⁾。これらの見解によって指摘された知的財産権侵害紛争に関する特

性に基づけば、知的財産権侵害事件は仲裁法第2条の規定によって、「その他財産権益紛争」という紛争類型として、仲裁に適用して争いを解決することができるという考えである。

(2) 知的財産権有効性紛争に関する議論

現在、知的財産紛争の仲裁性において、最も討議されるのは、知的財産権有効性紛争に対し、仲裁解決ができるかどうかという問題であり、意見が分かれる。一つは、知的財産権有効性紛争に対し、仲裁性を有していない、即ち「特許権などの産業財産権は、本質的に公開性を有する絶対な権利に属しているのに対し、仲裁裁決は当事者間で相対的に有効であり、特許権の属性と一致せず、権利の安定性と関係各方面の合法的権益を損なう恐れがある。よって、わが国の法律が、行政機関が処理すべき行政紛争を仲裁の範囲外に明確に排除することは、必要且つ合理的である」⁽¹⁵⁾と主張する意見である。これに対し、知的財産権有効性紛争の仲裁性を有する意見も多々見出されている。その理由としては、「①知的財産権の創設目的は一般の私権よりも公益性を持っているが、その制度運営の原動力は私権の奨励と保護に帰し、私権の保護を通じて公共利益を実現することである。そのため、知的財産権が公的権力からの制限を受けていることだけで、知的財産権が公的属性を持っているとするのは適切ではない。②国家から権利を授与される性質は知的財産権の私権としての属性を変えず、知的財産権の私権性は知的財産の個人占有の本質に依存し、国家から権利を授与される性質は、権利本体の公権的な意義を説明することができないため、知的財産権が国家授与性を有する場合でも、その私権属性を否定し、これを知的財産権の有効性仲裁の越えられない障害とすることは議論に値する。③知的財産権の独占は、権利者が知的財産権の専有性を借りて市場支配地位を形成し乱用する行為と理解すべきであり、知的財産権自体も、知的財産権の乱用にも当然反独占法を適用できないため、知的財産権が独占権であることが、知的財産権の有効性を否定する仲裁は説得力に欠けている」⁽¹⁶⁾とする意見である。また、特許効力の行政認定というシステムは特許紛争の仲裁解決の余地を極めて制限し、他の種類の特許紛

(10) 張潔「対国際商事争議可仲裁範囲の探討」, 法学雑誌, 2002, 23(2), 第52—54頁。

(11) 「以偏概全」は、木を見て森を見ずのような意味である。

(12) 鄭書前, 宋新宇「論知識産権侵權糾紛可仲裁性」, 河南省政法管理幹部学院學報, 2002(5), 第38—42頁。

(13) 徐好「知識産権仲裁的理論与实践」, 仲裁研究, 2008(1), 第57—67頁。

(14) 李曉桃, 袁曉東「知識産権紛糾的可仲裁性研究」, 科技管理研究, 2012(16), 第179—200頁。

(15) 薛虹「知識産権仲裁的特殊法律問題研究」, 商事仲裁与調解, 2021(1), 第3—17頁。

(16) 劉謹「論知識産権有効性仲裁的認識誤区及相關救済制度重塑」, 知識産権, 2016(11), 第36—40頁。

争解決の期間を延長してしまう。仲裁裁決は相対的な効力を有し、特許効力に関する仲裁裁決は、事実上国の公共政策に違反しないため、特許有効性紛争の仲裁性を認めるべきであるとする見解もある⁽¹⁷⁾。

現在のところ、知的財産権に関する仲裁性の議論は主に有効性紛争に集中している。公共政策と公共利益にかかわるため、論争は依然として激しく、既存の法律の規定でも仲裁性を明確にすることはできない状態である。

Ⅲ 知的財産仲裁に関する実務的な考察

2002年、中国初の知的財産権仲裁を専門とする機構である西安仲裁委員会知的財産権仲裁センターが西安で設立された。同センターは法に基づいて、国外、香港、マカオ、台湾地区と、全国各地を含む西安仲裁委員会を選択して、知的財産権紛争を解決する公民、法人とその他の組織に、知的財産権仲裁を主とする関連法律サービスを提供することを目的としている。その後、知的財産権紛争をよりよく解決し、仲裁制度を完備させ、知的財産権紛争の多元化解決メカニズムを健全化し、知的財産権仲裁機構と紛争調停機構の建設を強化するため、2017年に国家知的財産権局は「知的財産権紛争仲裁調停試験業務の展開に関する通知」を發表し、知的財産権紛争仲裁調停試験業務の展開を行った。2018年3月、国家知的財産権局は「知的財産権仲裁調停機構の能力建設活動の展開に関する通知」を發表し、知的財産権紛争仲裁調停の試行作業をスタートさせ、2018年下半年に中国特許保護協会知的財産権紛争人民調停委員会、中国北京朝陽区知的財産権維権センター、中関村知的財産権戦略研究院、石家荘仲裁委員会、河北省知的財産権維権センター、中国(内モンゴル)知的財産権維権センターなどを含む29ヶ所の試行機構リスト⁽¹⁸⁾を確定した。

事件の受理については、2020年、国内で42の仲裁委員会が知的財産権類事件1922件を処理し、事件の紛争物価額は37.65億元で、関連する紛争の種類には、著作権譲渡契約紛争、商標契約紛争、コンピュータソフトウェア開発契約紛争などが含まれている。同時に、

国内では知的財産権仲裁調整機構の能力建設試験を積極的に展開し、試験期間中に1万3000件以上の事件を受理したという⁽¹⁹⁾。

1. 国内仲裁委員会における知的財産権仲裁規則及び受理事件の状況

(1) 中国国際経済貿易仲裁委員会

「中国国際経済貿易仲裁委員会仲裁規則(2015版)」第1項に基づき、「仲裁委員会は、当事者の約定により契約性又は非契約性の経済貿易等の紛争事件を受理する」としている。また、第2項によれば、「前項に記載の事件は、①国際又は渉外紛争事件②香港特別行政区、マカオ特別行政区及び台湾地区に関する紛争事件③国内紛争事件を含む」と規定されている⁽²⁰⁾。

中国国際経済貿易仲裁委員会(以下貿仲委と言う)のネット上紛争解決センターの前身は、「貿仲委」ドメイン名紛争解決センターである。「貿仲委」ドメイン名紛争解決センターは2000年12月に設立され、2005年7月に同時に「貿易仲委員会ネット上紛争解決センター」の名称を使用し、2007年8月に「貿仲委ドメイン名紛争解決センター」の名称を保留すると同時に、正式に「貿仲委ネット紛争解決センター」の名称で対外的に仕事を展開している。

「貿易仲委ネット紛争解決センター」は以下の紛争を解決する：①ドメイン名の冒認出願紛争(.CN/中国語ドメイン名紛争、と.COMなどの通用トップドメイン名紛争)。.CN/中国語ドメイン名紛争に対して、「中国インターネット情報センタードメイン名紛争解決方法」に基づいて解決する。一方、.COM、.ORG、.NETなどの汎用トップドメイン名紛争に対し、インターネット名とコード分配機構「統一ドメイン名紛争解決政策」に基づいて解決する。②通用ウェブサイトの冒認出願紛争：「中国インターネット情報センター通用ウェブサイト紛争解決方法」に基づき、中国インターネット情報センターが管理と維持を担当する通用ウェブサイト紛争を解決する。③無線ウェブサイト冒認出願紛争：「中国インターネット情報センター無線ウェブサイト紛争解決方法」に基づき、中国インターネット情報センターが管理と維持を担当する無線ウェブサイト紛争を解決する。④ショートメールサイト冒認出願紛争：中国移動通信連合会メールサイト連合情報セ

(17) 高昇、李珂珂「専利有効性仲裁裁決と行政認定銜接機制比較研究」、山東科技大学学報(社会科学版)、2021(3)、第30—37頁。

(18) 中国国家知識産権局公式サイトによる。(http://www.gov.cn/xinwen/2017-03/22/content_5179580.htm。2021年10月27日最終アクセス。以下本稿におけるurlへの最終アクセスはこれに同じ。)

(19) 中国政府公式サイトによる。(http://www.gov.cn/xinwen/2021-04/25/content_5602104.htm)

(20) 中国国際経済貿易仲裁委員会公式サイトによる。(http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=65)

ンターの「ショートメールサイト紛争解決方法」に基づき、中国移动通信連合会メールサイト連合情報センターが管理と維持を担当するメールサイト紛争を解決する⁽²¹⁾。

(2) 北京仲裁委員会

北京仲裁委員会／北京国際仲裁センターは、2019年7月15日第7回北京仲裁委員会第4回会議で審議・採択され、2019年9月1日から「北京仲裁委員会仲裁規則」を施行した。この規則第二条第1項は、「当事者協議により紛争を本会仲裁に提出した場合、本規則を適用する。当事者が仲裁手続事項又は仲裁適用の規則について別途約定した場合、その約定に従うが、その約定が執行できない又は仲裁地の強制的な法律規定に抵触する場合を除く」と規定され、また、第2項は、「当事者が本規則の適用を約束したが、仲裁機構を約束しなかった場合、当事者が紛争を本会仲裁に提出することに同意したものとみなす」と規定されている⁽²²⁾。知的財産権紛争において、双方の当事者が仲裁条項を約定した場合、若しくは、上述の規則に合致する場合、北京仲裁委員会を選択して仲裁を行うことができる。

2019年、北京仲裁委員会は知的財産権分野で437件(国際事件13件を含む)を立件し、326件を解決し、知的財産権契約類事件はこの類の案件の増加数の上位3位となった。

(3) 上海仲裁委員会

上海仲裁委員会と上海市知的財産局などの部門の支持の下で、上海知的財産権仲裁院が2008年に設立、のちに上海仲裁委員会として設立された。知的財産権紛争の紛争解決に従事する専門機構であり、知的財産権契約紛争に関する仲裁事件の処理を専門としている。上海仲裁委員会の2018年7月28日第6回上海仲裁委員会第2回会議の審議により可決され、2018年10月1日から施行した「上海仲裁委員会規則」第2条第3項の規定によれば、「仲裁委員会は、金融仲裁院、知的財産権仲裁院及び国際運航仲裁院の3つの専門仲裁院を特設し、金融、知的財産権及び国際運航に関する仲裁事件を専門的に処理する。当事者は紛争が発生した場合、仲裁委員会が設立した上述の仲裁院が処理することを約定した場合、仲裁委員会が受理する。仲裁委員会は、関連事件を上記仲裁院に提出して事件の仲裁

手続を管理することができる」⁽²³⁾。受理される事件の類型は、特許経営契約、技術サービス契約、技術開発契約、技術譲渡契約、技術コンサルティング契約、著作権契約、特許実施許可契約及びその他の知的財産権類契約紛争を含む。

(4) 広州仲裁委員会

国家の知的財産の戦略的要求に適応し、知的財産権仲裁が経済建設の保障としての役割を十分に発揮するため、中国広州知的財産権仲裁院が中国広州仲裁委員会傘下の専門仲裁院として2011年7月11日に正式に設立された。華南地区初の知的財産権専門仲裁院である。

「広州仲裁委員会仲裁規則」(2021年版)第2条第2項によると、委員会には「広州金融仲裁院、広州知的財産権仲裁院、広州国際航運仲裁院、広州建設工事仲裁院などの専門仲裁プラットフォームが設置されている」。第3条第1項は、「仲裁法の規定に従い、本会は国内外の当事者の約定及び申請に基づき、自然人、法人及びその他の組織等の平等主体間で発生した契約紛争及びその他の財産権益紛争を受理する」⁽²⁴⁾と定めている。

中国では、知的財産権契約に関する紛争については、当事者は契約の中で仲裁条項を締結し、仲裁方式によって契約関連紛争を解決することを約束することができる。事前に仲裁条項を締結した知的財産権侵害紛争が存在しない場合、仲裁法によれば、当事者は、紛争発生後に協議を経て仲裁合意に達し、紛争を仲裁に提出して解決することができる。広州仲裁委員会は、この利用だけではなく、自身の経験等に基づき、世界初のインターネット仲裁推薦基準である「広州標準」を制定し、2020年9月10日に正式に発表した。「広州標準」を発表して以来、114の大陸部仲裁機構とシンガポール、韓国、タイ、ハンガリー、メキシコ、インドなど26の国と地域の海外機関からの共同認可と普及を得たという⁽²⁵⁾。

2011年から現在まで、広州仲裁委員会において、知的財産権事件の受理件数と紛争物価額は急速に増加した。広州知的財産権院が設立された当時の知的財産権事件の受理数は、わずか14件で、10年間の努力を経て、2020年度までに1285.71%の増加を実現した。

(21) 同注(20)。

(22) 北京仲裁委員会公式サイトによる。(https://www.bjac.org.cn/page/zc/guifan2019.html)

(23) 上海仲裁委員会公式サイトによる。(http://www.accsh.org/index.php?m=content&c=index&a=lists&catid=27&menu=7-27-)

(24) 広州仲裁委員会公式サイトによる。(https://www.gzac.org/zcgz/63873.jhtml)

(25) 南方新聞網：(https://baijiahao.baidu.com/s?id=1698165805149056600&wfr=spider&for=pc)，2021年10月27日最終アクセス。

2016年から2020年にかけて、広州仲裁委員会が受理した知的財産権関連事件の総額は3億元に達し、年度の紛争物価額は2016年の869.5万元から2020年の10019万元に増加し、知的財産仲裁事件の紛争価額は初めて億元を突破した。2021年上半年、知的財産権事件132件を受理し、前年同期比62.96%増加したと表示されている⁽²⁶⁾。

(5) 深圳国際仲裁院

2020年10月1日から、深セン国際仲裁院⁽²⁷⁾は、当事者が別途約定した場合を除き、受理した仲裁事件に現行の「深セン国際仲裁院仲裁規則」(2019年2月21日から施行、2020年に改正、改正条項は2020年10月1日から施行)を適用している。当該規則第2条第1項によると、当該仲裁院は、「当事者間で発生した契約紛争及びその他の財産権益紛争の仲裁事件を受理し、①国際又は涉外仲裁事件、②中国香港特別行政区、マカオ特別行政区又は台湾地区に係る仲裁事件、③中国大陸部仲裁事件」が含まれている。

2015年5月11日、ハイテク企業の合法的権益を維持し、ハイテク企業の革新能力と成果を保護するためという目的として、深セン国際仲裁院は、華南ハイテクと知的財産権仲裁センター(略称「ハイテクと知的財産権仲裁センター」)を設立し、ハイテク企業が知的財産権紛争と救済を柔軟に解決するための利便性を提供し、国内外、特に華南地区と広東港澳大湾区のハイテク企業に仲裁調停サービスを提供している⁽²⁸⁾。

(6) 海峡兩岸仲裁センター

海峡兩岸仲裁センターは2015年12月29日に福建省平潭総合実験区で正式に設立され、仲裁センターは仲裁の方式で紛争を解決するほか、調停とその他の非訴訟紛争解決方式を採用し、兩岸当事者は仲裁センターが管轄する民商事(海事を含む)契約とその他の財産権益紛争を解決することができる。

「海峡兩岸仲裁規則」第3条の規定によると、仲裁センターは、「当事者の約束に基づいて平等主体の自然人、法人とその他の組織間の渉台及びその他の民商事(海事を含む)契約と財産権益紛争を受理する」⁽²⁹⁾ことができる。

一帯一路戦略に参入し、知的財産権紛争をよりよく

解決するため、2017年11月15日、福建省知的財産局と海峡兩岸仲裁センターは共同で「知的財産権紛争の多元的解決システムの共同建設に関する実施意見」に署名し、このプロジェクトは国家知的財産権局知的財産権紛争仲裁調停の試行点とされた⁽³⁰⁾。

(7) 酒泉仲裁委員会(敦煌国際仲裁院)

酒泉仲裁委員会(敦煌国際仲裁院)は2019年に設立され、2020年に中国法務省から発行された登録証を取得した。2021年に専門的な知的財産権専門委員会を構築し、専門的な知的財産権仲裁規則を制定し、普通の仲裁紛争とは異なる知的財産権紛争を解決し、調停、訴訟などと協調して、多元化の紛争解決メカニズムを形成することを目的としている。中国西北地域において、知的財産紛争に対し、新たな解決アクセスを提供できるよう期待されている。

2. 中国における知的財産仲裁事件状況に関する分析

2017年3月、国家知的財産権局は「知的財産権紛争仲裁調停試験業務の展開に関する通知」を発表し、知的財産権紛争を解決する際、訴訟外解決メカニズムが発揮する役割を強調した。近年、知的財産紛争を仲裁によって解決する事件数も年々増加している。仲裁の秘密保持の性格に鑑み、仲裁のケースは公開ルートから取得することが困難であるため、本論文では、一部の公開プラットフォームから取得できる知的財産権仲裁事件と、最高人民法院の「人民法院裁判文書網」が公開した仲裁事件の承認と執行の一部の裁決を選び、わが国の知的財産権仲裁の実践状況から、中国の知的財産権紛争仲裁の現状を検討することを試みる。

(1) 国内における知的財産仲裁事件に関する新たな発展について

近年、中国において、多くの個人経営者は、「ネット人気者」⁽³¹⁾の外食産業に加盟することで利益を得る目的で、「ネット人気者」に加盟している。それらの「ネット人気者」加盟店のキーワードは「ネット人気者」ブランドである。即ち、経営者はそのブランドを持つ特許権者とフランチャイズ契約を締結し、関連ブランドの許可を得て店舗を開設している。しかし現実には、許可者と被許可者との間では、情報等が対等に共有さ

(26) 広州仲裁委員会公式サイトによる。(https://www.gzac.org/)

(27) 華南国際経済貿易仲裁委員会、深セン仲裁委員会とも呼ばれ、以前、中国国際経済貿易仲裁委員会華南分会、中国国際経済貿易仲裁委員会深セン分会とも称していた。

(28) 深圳国際仲裁院公式サイトによる。(http://www.scia.com.cn/Home/Index/service/id/21.html)

(29) 海峡兩岸仲裁センター公式サイトによる。(http://www.acas.org.cn/index.php?m=Page&a=index&id=393)

(30) 同(29)。

(31) 中国語は、「網紅」という。

れないために、トラブルが生じることが多い。

一つ例を挙げておきたい。AとBは「協力協定書」を締結しAは、Bが上海市静安区で「瑠璃鯊」専門店(インテリアショップ)を経営することを許可し、BはAに「瑠璃鯊」専門店営業の協力費12万元、初年度運営サービス費1万元、設計費2000元を支払うことを約束した。そして、AはBに対して、経営場所の装飾、陳列とブランドイメージマークシステム応用の計画設置を提供、技術処方、経営企画、管理モデルも指導し、Bの従業員には規範システムの訓練、長期運営指導、コンサルティング及び技術サポートサービスも同様に保障することを約束した。同時に、製品の品質を保証するために、AはBに原材料を調達しなければならないことになった。契約締結後、AはBに契約に規定された各費用を支払い、Bに原料を合計49353元調達した。しかし、Bが開店した後、「瑠璃鯊」というブランドはAが所有していないことが判明した。開店したBの店舗の近くには複数の「瑠璃鯊」店舗があり、Aは商標権がないためBの経営権を守ることができず、Bは2019年5月21日に店舗を閉鎖せざるを得なかった。

その後、Bは広州仲裁委員会に仲裁を申請した。Bは、Aは「瑠璃鯊」の商標権もなく、商標登録申請もせず、Bに経営資源を提供することができず、Aが契約時に重要な情報を隠したことによって、詐欺をはたらいたと認められるため、自分は双方が締結した「協力協定書」を解除する権利があると主張していることに対し、Aは、南京のあるC会社は「瑠璃鯊」の商標権と「瑠璃鯊」美術作品の著作権の授権を取得し、同社はBに「瑠璃鯊」ブランドの使用を許可したことによって、Bが「瑠璃鯊」ブランドを経営していることは合法的であり、すでにBに相応の指導訓練義務を提供しており、違約行為は存在しないと抗弁した。仲裁廷は、本件の争議の焦点は「瑠璃鯊」の商標権と、相応のフランチャイズ経営権を有するかどうかということで、中国「商業フランチャイズ経営条例」第3条、21条、22条、23条に基づき、双方が契約を締結する前に、AはBに商標権の状況を書面で説明しなければならないが、Aが如実な開示義務を果たしたことを証明できる証拠はない(実際には、Aに合法的な商標使用権がない)ため、この「協力協定書」は実際に履行できないことから、法に基づいて当該契約を解除すると裁定した⁽³²⁾。

調査データによると、2017-2019年度、広州仲裁委員会が受理したフランチャイズ経営契約紛争事件の数と仲裁物の価額は年々増加傾向にある。2017年57件、2018年79件、2019年157件となったことは⁽³³⁾、紛争当事者間で仲裁を選択して争いを解決する方法が徐々に広がっていることが認められる。フランチャイズ経営契約に関する争いは典型的な商事紛争であり、もし双方の当事者が訴訟方式で争うことを選択すると、一審、二審の訴訟手続きを経てから終審判決に至ることによって、時間的、金銭的なリスクを生じる可能性が大きい。このような紛争の双方の当事者が、契約の中で仲裁条項を締結することを選択した場合、仲裁廷は一審終局であるため、当事者の訴訟圧力と負担を軽減するだけでなく、多元化の紛争解決メカニズムの役割を果たすものと考えられる。

(2) 中国裁判所と国外仲裁機関が協力して知的財産権紛争を解決する

知的財産権紛争の解決において、特に海外企業に関わる場合、中国の裁判所も国際仲裁機関と協力して解決を試みるがあった。例えば、米国のリーヴァイス社の商標権侵害紛争事件は、海外紛争解決機関が知的財産権紛争事件の調停に参加したと言われる中国初の例である。

事件の概要は以下である。原告の甲会社はアメリカの「Levis」ジーンズブランドのアパレル事業者で、中国で第2023735号の登録商標を含むシリーズの商標を登録し、服飾、ベルト、財布などの商品に使用した。原告は、被告の乙社が生産したジーンズに、無断で関連商標を使用し、被告の丙会社がネット上で販売し、自分の登録商標専有権を侵害したとして、裁判所に訴えた。

裁判所は双方の当事者の同意を得て、事件の審理過程で世界知的所有権機関の「WIPO 仲調上海センター」に調停を依頼した。裁判所は、事件にアクセスするために連絡グループを設立し、中国の法律規定とWIPO 仲裁調停センター規則を結びつけ、適用可能な法律規則、存在する問題を研究し、相応の処理案を制定した。最終的にWIPO 仲調上海センターの調停人は、中国と外国当事者間の主張の差を調整し、中外当事者の権利救済の利便化と紛争解決方式の多元化を目的とし、この事件の調停に成功し、紛争を解決したと報じた⁽³⁴⁾。

(32) 事件の詳細は、以下のurlを参考されたい。(https://www.sohu.com/a/391101626_740841)

(33) https://mp.weixin.qq.com/s/uaixQ_JH9iIN_hpqsgdtg による。

(34) 澎湃網ニュースによる(https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_12400600)

この事件において、上海浦東法院と WIPO 仲調上海センターは涉外知的財産権事件について深い協力を展開し、当事者と国際調停組織の間に良好なコミュニケーションルートを確立し、涉外知的財産権紛争処理の効果は確保された。人民法院と専門調停機構の優位性が重なり、機能が互いに補完され、中国は法に基づいて知的財産権を厳格に保護するという良好なイメージを確立、また中国は世界知的所有権機関の枠組みの下でのグローバルな知的財産権に関するガバナンスについて、積極的に参入し模索を重ねていることなどを広く衆知した面で、重要な意義があったと、最高人民法院が評価している⁽³⁵⁾。

(3) 国外仲裁機関の裁決の中国裁判所での承認と執行

経済のグローバル化の客観的な趨勢と「一帯一路」戦略などの背景の下で、国外仲裁が、中国国内の裁判所に裁決の承認と執行を申請する事件も増加している。以下、最高人民法院の「批復」(返答文書)⁽³⁶⁾及び国外仲裁機構の仲裁裁決の承認と執行例を整理し、中国の裁判所の、国外仲裁裁決の承認と執行の現状を述べる。

① 最高人民法院により外国仲裁裁決の承認と執行に対する「批復」

中国の司法審査制度では、承認と執行を認めない仲裁事件について、内部報告審査制度が確立されている。承認と執行を認めない事件に対しては、最高人民法院まで報告され、最高人民法院の「批復」(返答意見文書)を求める必要がある。よって、最高裁判所の「批復」を検索すれば、外国仲裁裁決の承認と執行を認めない事件のデータを直ちに得ることができる。

2000 年から 2016 年にかけて、中国の裁判所が外国仲裁裁決の承認・執行に関する「批復」に基づき公開事例を整理し、中国裁判所が外国仲裁機関の裁決の承認と執行を認めないと判定した事件は 23 件あった(表 1)。

上記 23 件の承認と執行を認めない事件のうち、裁判所が判定した承認拒否と執行の理由をまとめたところ、中国の裁判所が外国仲裁裁決の承認と執行を認めないと判定した場合、その理由は主に仲裁協議の効力問題、仲裁過程で発生した関連手続き問題及び執行の申請期限問題であることが分かった(表 2)。

年	承認と執行を認めない(事件)件数
2000	0
2001	2
2002	0
2003	1
2004	1
2005	1
2006	3
2007	2
2008	3
2009	1
2010	1
2011	1
2012	1
2013	2
2014	0
2015	3
2016	1
合計	23

表 1：2000 ～ 2016 年外国仲裁裁決の承認と執行を認めない状況

番号	事件番号	承認と執行を認めない理由
1	[2016]最高法民他 8 号	仲裁協議の無効
2	[2013]民四他字第 64 号	
3	[2013]民四他字第 28 号	
4	[2001]民四他字第 2 号	
5	[2015]民四他字第 46 号	判定事項は仲裁協議の範囲を超えた
6	[2008]民四他字第 11 号	
7	[2015]民四他字第 48 号	
8	[2003]民四他字第 12 号	
9	[2015]民四他字第 29 号	仲裁協議がない
10	[2005]民四他字第 53 号	
11	[2001]民四他字第 43 号	
12	[2012]民四他字第 54 号	仲裁廷の構成と当事者間の協議が合わない
13	[2007]民四他字第 35 号	
14	[2006]民四他字第 41 号	
15	[2008]民四他字第 17 号	仲裁の手続きと当事者間の協議が合わない
16	[2010]民四他字第 32 号	
17	[2011]民四他字第 21 号	有効な通知を受け取っていない
18	[2009]民四他字第 46 号	
19	[2008]民四他字第 18 号	
20	[2007]民四他字第 26 号	
21	[2006]民四他字第 34 号	
22	[2006]民四他字第 35 号	(申請が)法定期限切れた
23	[2004]民四他字第 32 号	

表 2：外国仲裁機関の裁決の承認と執行を認めない事件及び理由

(35) 最高人民法院知識財産権審判庭「為創新驅働發展提供有力司法保障」, 求是, 2021 (3), 第

(36) 中国語は、「批復」という。(下級裁判所からの文書に)意見を添えて回答する。

② 中国(内陸)裁判所が外国仲裁機関の裁決の執行の状況

外国仲裁裁決の中國大陸部での執行状況については、シンガポール国際仲裁センター(SIAC)、香港国際仲裁センター(HKIAC)、国際商会仲裁院(ICC)の3つの仲裁機構の案件数が多く、以下、この3つの機構をサンプルとして分析しておきたい。

SIACの裁決の執行について、2006-2019年の間に、裁判所が受理した23件のSIAC仲裁裁決のうち、20件は承認と執行を認められたが、認めなかったのは3件であった。HKIACの場合、2014-2020年に裁判所が受理した20件のHKIAC仲裁裁決のうち、18件が承認と執行を認められたが、認めなかったのは2件であった。ICCの場合、2004年から2018年にかけて裁判所が受理した6件のICC仲裁裁決のうち、4件が承認と執行を認められたが、認めなかったのは2件であった。ICC仲裁裁決が中国で認められた承認と執行事件の数が多いのは、ICC仲裁院の規定の仲裁料金が高いこと等の要素が考えられる。

最高人民法院が統計した仲裁審査データより、2019年、中国の裁判所は、9つの仲裁機関を含む国外裁決の承認と執行申請に対し、認めない件数の割合が3%、認めた件数の割合が62.5%であったことがわかる⁽³⁷⁾。それらの事件承認と執行申請に対し、“安富尔”案⁽³⁸⁾や“斯万斯克”案⁽³⁹⁾の代表的な事件のように、認めるか或いは認めないかの理由も明確にしている。

上述のデータから、中国の裁判所の国外仲裁裁決に対する承認と執行申請を認める率が高いことは、裁判所が積極的に認める傾向があることを明らかに示している。また、内部報告審査制度の実施により、中国が外国仲裁機関の裁定の承認と執行を認めないと判定した場合、必ず最高人民法院に報告するという形を通じて、国外仲裁裁決の承認と執行を処理する際に、その裁決に十分な尊重を与えるとともに、裁判尺度を統一する役割を効果的に発揮するであろうと思われる⁽⁴⁰⁾。

(4) 国内における知的財産仲裁事件の現状

中国では2018年末までに、仲裁を通じて各種事件260万件余りを累計処理し、仲裁物価額は4万億元余りで、事件当事者は70余りの国と地域に及んでいる。2015年以来、全国の仲裁機構の事件受理量の伸び率

は速く、ここ数年は毎年40-50万件に達している(図1)。

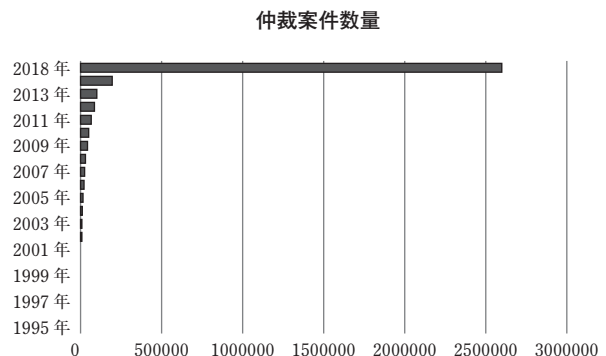


図1：1995－2018年にかけて、中国仲裁機関の事件(累積)受理状況

全国の各仲裁機構が受理した事件の類型は主に建設工事、金融、不動産、貨物売買、賃貸、株式譲渡、土地取引、保険、不動産、農業生産経営、電子商取引、交通事故賠償などであり、知的財産権仲裁事件の量は比較的少ない。中国国際経済貿易仲裁委員会のデータを例に分析してみると、2018年、同委員会は仲裁事件2962件を受理し、そのうち知的財産権事件は12件で、占める割合は約0.4%だった。2019年は仲裁事件3333件を受理し、そのうち知的財産権事件は18件で、占める割合は約0.5%だった。2020年、同委員会は仲裁事件3615件を受理し、そのうち知的財産権事件は22件で、占める割合は約0.6%であることから、世界の知的財産権紛争の解決が徐々に多元化している状態で、中国の知的財産権紛争の仲裁裁決の歩みは依然として遅々としていると言える⁽⁴¹⁾。ただ近年、新しい変化が少しずつ起きており、例えば、広州知的財産権紛争仲裁院が、その仲裁範囲には契約紛争だけでなく、事前に仲裁条項のない知的財産権紛争についても、当事者は協議を経て、紛争を仲裁機関に提出して解決することを認めると規定していること等、知的財産権仲裁の充実化の一步と期待される。

現在、中国の知的財産権仲裁には、まだ種々の課題が山積している。例えば、知的財産権侵害紛争に関する仲裁の可否の争議や、有効性に関する争議等について、学界の見解にも大きな相違がある。実務上、行政

(37) 最高人民法院『中国仲裁司法審査年度報告(2019年度)』を参照。最高人民法院網：<https://www.chinacourt.org/article/subjectdetail/id/MzAwNMjNM4ABAA.shtml>

(38) (2020)粵72協外認1号。

(39) (2018)蘇01協外認8号。

(40) 楊逢柱「境外仲裁裁決在中国的承認と執行問題：実証分析」, 国際経済法學刊, 2009(16), 第67－98頁。

(41) 中国国際経済貿易仲裁委員会公式サイトによる。<http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=index&id=23>

機関を被告として、知的財産権の有効性が焦点になる事件は、まだ見受けられない。また、多くの仲裁機構は、知的財産仲裁事件に対し、他の類型の事件と同じ仲裁規則を使用しており、知的財産の専門性から見れば、少数の仲裁機構だけが専門的な知財仲裁規則を公布している事実からも、知的財産権仲裁規則の欠如も、大きな問題点の一つだと考えられる。

Ⅳ おわりに代えて

イノベーションは発展の第一の原動力であり、知的財産権制度はイノベーションの保障である。経済のグローバル化発展の背景の下で、知的財産権はすでに国家と企業の核心競争力を高める最も重要な舵となっている。現在、中国は、この重要性を深く認識している上で、諸制度と保護システムの完備を通じて、知的財産権の保護を強化している。

知的財産権紛争の仲裁性問題において、中国は知的財産権紛争の仲裁性を否定していないが、このような問題、特に知的財産権侵害紛争と知的財産権有効性紛争については、既存の司法裁判及び学術界のこの問題に対する態度が異なるため、当事者が紛争解決方式を選択する際には、仲裁に懸念を生じやすいであろう。そのため、知的財産権紛争の仲裁性を明確にする必要がある。筆者は、立法を通じて統一的に認識し、仲裁メカニズムの下でこそ知的財産権紛争の有効な解決を指導することができるだろうと考える。

知的財産権仲裁の実務の面では、中国の知的財産権仲裁センターが相次いで設立され、知的財産権仲裁機関の専門性、技術性は向上しているが、依然として大きな試練に直面している。新興技術産業がもたらした知的財産権保護問題は、知的財産権紛争の解決に試練をもたらし、ビッグデータ、人工知能、ブロックチェーン、遺伝子技術などの分野では特に紛争解決メカニズムに対してより高い知識や能力を求めている。一方、中国門戸開放の深化に伴い、知的財産権分野の国際協力が強化され、涉外知的財産権紛争の数も年々上昇し、紛争を解決するにはより広い国際的な視野が必要である。新しい試練に直面して、法律知識、専門知識に精通する業界専門家、法律専門家が知的財産権紛争を共同で審理する必要がある、それは事件の円滑な処理、解決に有効であろう。知的財産権及び関連法律人材の育成を強化することは目前に迫っている最重要事項である。

知的財産権紛争の仲裁については、中国はまだ模索段階にあるが、知的財産権仲裁制度は日々進歩している。例えば、今年7月30日に公開された「中華人民共和国仲裁法(改正)(意見聴取稿)」には「臨時措置」の一節が追加され、仲裁廷に臨時措置に対する決定権が与えられるとともに、臨時措置の範囲も拡大され、学者や法律実務家の疑問に応えた。進行中の仲裁法の改正討議において、知的財産権紛争の仲裁類型を明確にしていなかったことは残念であるが、紛争解決において、知的財産権仲裁は一定の優位性を有し、当事者が紛争を効果的に解決する手段の一つになると信じているところである。

化学分野における特許出願戦略と AI の活用

荒井 康昭^(*)

化学分野は多面的に発明を特定して特許出願することが可能である。その詳細について紹介する。また、特許出願戦略として今後どのように出願していけばより効果的であるか検討したので、その検討結果について説明する。

さらに、特許分野において AI の導入が日増しに増えてきている。特許出願戦略に絡めて、現段階での効果的な活用方法についても検討した。その方法についても併せて説明する。なお、本稿中意見に関する部分は、筆者の私見であることは十分に留意されたい。

- I. はじめに
- II. 化学分野の特許出願戦略
- III. AI の活用
- IV. まとめ

I. はじめに

化学分野は多面的に発明を特定して特許出願することが可能である。その詳細について紹介する。また、特許出願戦略として今後どのように出願していけばより効果的であるか検討したので、その検討結果について説明する。

さらに、特許分野において AI の導入が日増しに増えてきている。特許出願戦略に絡めて、現段階での効果的な活用方法についても検討した。その方法についても併せて説明する。

具体的には以下のとおりとなる。化学分野は多面的に発明を特定して複数出願し、多面的に保護することが可能である。一方で、各国によって審査基準の内容が異なる。また、特許異議の申立てがされる件数も多い。

すなわち、どの内容の特許(出願)が拒絶や取消になるかを予想するのは難しい。従って、1つの技術に対し、多面的に発明を特定して複数出願し、多面的に保護することが重要と考える。

多面的に発明を特定しての複数出願は複数のアイデア出しが必要で時間を要する。AI 搭載ソフトも普及してきているため、特許検索等は AI 活用により工数を削減させて、捻出した時間をアイデア創出に充てる

べきと考える。

なお、本稿中意見に関する部分は、筆者の私見であることは十分に留意されたい。

II. 化学分野の特許出願戦略

1 出願の種類

特許法は先願主義を採用する国が多くを占め、日本も例外ではない(特許法 39 条)。同法 39 条のうち、1 項について以下に示す。

39 条 同一の発明について異なつた日に二以上の特許出願があつたときは、最先の特許出願人のみがその発明について特許を受けることができる。

すなわち、1つの発明について複数の権利を認めるべきではなく、重複特許を排除すべきであるという趣旨により設けられた規定である。これが大原則である。

しかしながら、化学分野においては多面的に発明を特定しての請求項による出願が可能である(特許・実用新案審査基準では特有の表現を有する請求項と表現している)。すなわち、多面的な保護が可能である。また、場合によっては、結果として権利の重複範囲を生むことも考えられる(詳細は図 1 参照)。

多面的に発明を特定する方法としては、列挙すると以下のとおりである。

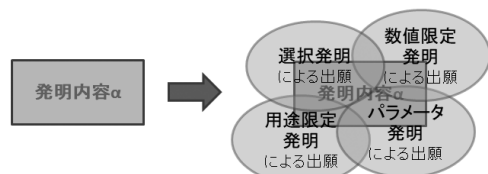
- ・選択発明
- ・数値限定発明
- ・パラメータ発明
- ・用途発明
- ・プロダクト・バイ・プロセス・クレーム

(*) 太陽インキ製造株式会社、弁理士

図 1

1 出願の種類

結果として上記のような現象が起こり得る。



・その他(対象物の変更(組成物他)、製造方法等方の発明)

以下、上記項目について、1つずつ紹介する。

(1) 選択発明

選択発明とは、物の構造に基づく効果の予測が困難な技術分野に属する発明であって、以下の(i)又は(ii)に該当するものをいう。

(i) 刊行物等において上位概念で表現された発明(a)から選択された、その上位概念に含まれる下位概念で表現された発明(b)であって、刊行物等において上位概念で表現された発明(a)により新規性が否定されないもの

(ii) 刊行物等において選択肢(注)で表現された発明(a)から選択された、その選択肢の一部を発明特定事項と仮定したときの発明(b)であって、刊行物等において選択肢で表現された発明(a)により新規性が否定されないもの⁽¹⁾

(化合物の)選択発明としては、たとえば、以下のようものが挙げられる。

先願特許① 成分A + 成分B + 成分Cを含む組成物
後願特許② 成分A + 成分B + 成分C'を含む組成物

…後願特許②は成分Cの中でもC'を選択することで顕著な効果であることを主張することにより、(選択発明として)特許される可能性がある(詳細は図2参照)。

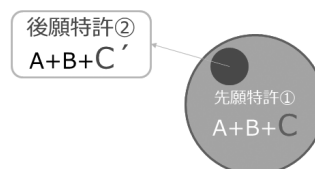
特許・実用新案審査基準における進歩性の判断としては、以下のとおりである。

図 2

(1) 選択発明

(例) (化合物の) 選択発明

先願特許① 成分A + 成分B + 成分Cを含む組成物
後願特許② 成分A + 成分B + 成分C'を含む組成物
…後願特許②は成分Cの中でもC'を選択することで**顕著な効果**であることを主張



「請求項に係る発明の引用発明と比較した効果が以下の(i)から(iii)までの全てを満たす場合は、審査官は、その選択発明が進歩性を有しているものと判断する。

(i) その効果が刊行物等に記載又は掲載されていない有利なものであること。

(ii) その効果が刊行物等において上位概念又は選択肢で表現された発明が有する効果とは異質なものの、又は同質であるが際立って優れたものであること。

(iii) その効果が出願時の技術水準から当業者が予測できたものでないこと。⁽²⁾

例：ある一般式で表される化合物が殺虫性を有することが知られていた。請求項に係る発明は、この一般式に含まれている。

しかし、請求項に係る発明は、殺虫性に関し具体的に公知でない、ある特定の化合物について、人に対する毒性がその一般式中の他の化合物に比べて顕著に少ないことを見だし、これを殺虫剤の有効成分として選択したものである。そして、これを予測可能とする証拠がない。

この場合は、請求項に係る発明は選択発明として、進歩性を有している。⁽³⁾」

次に選択発明の裁判例について、幾つか紹介する。

選択発明の進歩性を認めた例として、有機燐酸エステル殺虫剤事件(東京高判昭和38・10・31 審報457号99頁)(本件発明と引用発明(特公昭26-6170)との比較は図3参照)が挙げられる。裁判所は、以下のよう

に判示した。

「①引用された公報を検討しても、この発明の化合

(1) 特許・実用新案審査基準第Ⅲ部 第2章 第4節 7.1項

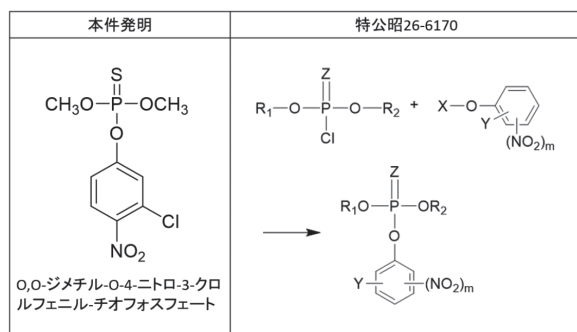
(2) 特許・実用新案審査基準第Ⅲ部 第2章 第4節 7.2項

(3) 特許・実用新案審査基準第Ⅲ部 第2章 第4節 7.2項

図 3

(1) 選択発明

・有機リン酸エステル殺虫剤事件 東京高判昭38.10.31



物が見当たらないので、引用された特許の発明者が具体的にこの発明の化合物を発見していたとは認められないこと

②この発明の化合物は引用された公報に記載されている化合物より毒性が少なく、かつ市販の代表的な商品であるエチルパラチオンおよびメチルパラチオン(商品名)と比較して、毒性が50～70倍少ない事実からみて、温血動物に対する毒性の低下という技術的課題を解決したこと。」

この2つの理由に基づいて、この発明に進歩性ありとし、拒絶すべきだとした特許庁の審決を取り消している。⁽⁴⁾

今回の判示内容①は上記した特許・実用新案審査基準における進歩性の判断(i)に、判事内容②は同判断(ii)、(iii)にそれぞれ対応する。すなわち、かかる裁判例は、その後の審査基準にも影響を与えたものと思われる。

また、選択発明の進歩性を認めなかった例として、知財高判令2・1・30平成30年(行ケ)10157が挙げられる。裁判所は、以下のように判示し、特許は有効とした特許庁の審決を取り消している。

「本件発明は、甲1の実施例で示された液晶組成物では到底得られないような効果(低温保存性の向上、液晶組成物の粘度、低粘度及び焼き付きや表示ムラ等が少なく全くないこと)を示すものとは認められないので、本件発明が、甲1発明と比較して、格別顕著な効果を奏するものとは認められない。」

なお、本件は審判段階を経て現在(2022年10月現

在)も係争中であり、今後の動向を注視したい。

このような裁判例から、顕著な効果を主張する際は、特許・実用新案審査基準にある、同質であるが際立って優れたものより異質なもののほうが、進歩性が認められやすいと思われる。

さらに選択発明の案件ではないが、知財高判平成30・4・13平成28年(行ケ)10182, 10184では、どの程度の選択肢の中から選択すれば、特許性が認められるか示したのでご参考までに紹介する。判示内容は以下のとおりである。

「本件発明と主引用発明との間の相違点は、本件発明の化合物ではアルキルスルホニル基である部分が、主引用発明の化合物ではメチル基である点である。副引用発明が記載されていると主張されている刊行物には、当該部分がアルキルスルホニル基である化合物が記載されているものの、2000万通り以上の選択肢のうちの一つとして記載されているから、当業者が、当該選択肢を選択すべき事情を見いだすことは困難であり、上記刊行物から、上記相違点に対応する技術的思想を抽出し得ると評価することはできない。」

一方、外国出願において、選択発明はどのように捉えられているのであろうか? 米国、欧州、中国、韓国などの日本以外の主要な国においても、以前から選択発明は認められている。⁽⁵⁾

ドイツのオランザピン事件(連邦最高裁判所2008・12)では従来ドイツでは選択発明が認められていなかったが、その特許性を認めた。また韓国においても、直近ではエリキユース事件(大法院2021・4・8)において選択発明であっても、進歩性判断は発明の効果だけでなく構成の困難性も考慮される、と選択発明の特許性の判断について言及している。

(2) 数値限定発明

数値限定発明とは、たとえば、従来は温度の限定がなく甲材料と乙材料を混ぜ合わせて丙化合物を生成していたが、これを特定の温度下で行うと飛躍的に多くの丙化合物が得られる場合のように、特定の臨界的意義を有する数値的限定を施すことによって、従前に比して顕著な効果が生ずる場合には、この発明は新規性・進歩性が認められる場合があり、これを「数値限

(4) 竹田和彦『特許の知識 第8版』152頁(ダイヤモンド社、2006年)

(5) 「各国法令・審査基準の比較～進歩性判断における有利な効果について～」特許庁参考資料

定発明」と呼ぶ。選択発明のうちの一部として、「数値限定発明」があると捉える向きもある。⁽⁶⁾

ここで、臨界的意義とはその数値限定の技術的意義をいう。

また、臨界とは、①さかい。境界。②[理]物理的性質が不連続的に変わる境界。(以下、省略)をいう。⁽⁷⁾

数値限定発明として、たとえば、以下のようなものが挙げられる。

先願特許① 成分A+成分B+成分Cを含む組成物

後願特許③ 成分A+成分B+平均粒径が○～○ μ mである成分Cを含む組成物

…後願特許③は成分Cの中でも平均粒径が○～○ μ mのものであることを主張することにより、(選択発明として)特許される可能性がある(詳細は図4参照)。

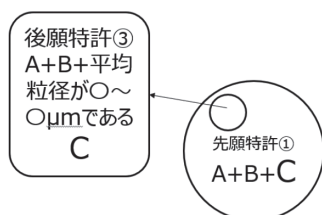
図4

(2) 数値限定発明

(例) 数値限定発明

先願特許① 成分A+成分B+成分Cを含む組成物

後願特許③ 成分A+成分B+平均粒径が○～○ μ mである成分Cを含む組成物



特許・実用新案審査基準における進歩性の判断基準としては、以下のとおりである。

「主引用発明との相違点はその数値限定のみにあるときは、通常、その請求項に係る発明は進歩性を有していない。

(中略)しかし、請求項に係る発明の引用発明と比較した効果が以下の(i)から(iii)までの全てを満たす場合は、審査官は、そのような数値限定の発明が進歩性を有していると判断する。

(i) その効果が限定された数値の範囲内において奏され、引用発明の示された証拠に開示されていない有利なものであること。

(ii) その効果が引用発明が有する効果とは異質なも

の、又は同質であるが際だって優れたものであること。

(iii) その効果が出願時の技術水準から当業者が予測できたものでないこと。⁽⁸⁾」

上記項目は、先述した選択発明と同じ構成となっている。

また特許・実用新案審査基準では以下のような記載もある。

・請求項に係る発明と主引用発明との相違が数値限定の有無のみで、課題が共通する場合は、いわゆる数値限定の臨界的意義として、有利な効果の顕著性が認められるためには、その数値限定の内と外のそれぞれの効果について、量的に顕著な差異がなければならない。

・他方、両者の相違が数値限定の有無のみで、課題が異なり、有利な効果が異質である場合には、数値限定に臨界的意義があることは求められない。⁽⁸⁾

以上の記載から、課題は同質であることに比べ、異質である方が、進歩性が認められやすいことが推察される。

さて、実際にどのような主張をすれば、臨界的意義は認められるのか? 裁判例(東京高判平成4・11・5知集24巻3号980頁、判時1470号137頁)をしてみる。

まず対象特許(訂正後の特許)の内容は、「窒素酸化物含有ガスをアンモニアガスの共存下、150～250℃の活性炭と接触させることを特徴とするガスの処理方法。」であり、温度範囲が150～250℃であり、それに対し、引例は130℃であった。裁判所は、以下のように判示した。

「訂正発明のような化学に関する発明の分野において、特許請求の範囲の数値の限定を加えた場合、数値限定の技術的意義は、そのことによって当該発明の作用効果の顕著性が認められるか否かにより定まるのが通常である。そして、その作用効果の顕著性は、明細書の記載に基づいて判断されるのであるが、本件のように限定された数値範囲内のものが前記認定のような最大限130℃であるものと対比する場合には限定のないものとの対比とは異なり、必ずしもその範囲外の直近のものとの間に急激な作用効果上の変化が見られることは必要でなく、130℃付近の温度との対比において作用効果の顕著性が明示されていれば足りる。」

すなわち、引例にある温度との対比における作用効

(6) 高林龍『標準特許法 第3版』57頁(有斐閣、2008年)

(7) 『広辞苑 第6版』(岩波書店、2008年)

(8) 特許・実用新案審査基準第Ⅲ部 第2章 第4節 6項

果の顕著性の有無により進歩性が判断する旨判示した。また、本判決では、出願後に提出された実験成績証明書に基づいて、数値限定の臨界的意義をも肯定した。⁽⁹⁾

次に臨界的意義を要求せずに進歩性を認められる場合はどのような場合か？こちらも裁判例(東京高判平成7・7・4知管46巻7号1107頁)を見てみる。

本願発明の<要旨>としては、以下のとおりである。
「36% Ni-Fe 合金よりなるエッチング加工用のニッケル-鉄合金素材において、該素材中の炭素含有量が0.01%以下…であることを特徴とする微細エッチング加工用素材」

これに対し、引用発明1の炭素含有量は0.009%である旨開示されていた。

裁判所は以下のように判示した。

「当該発明における数値限定を伴う構成が容易に想到し得るものであるといえるためには、単に、公知技術として当該構成自体が開示又は示唆されているというだけでは足りず、当該構成の技術的意義、すなわち目的、作用効果が周知であるとか、あるいは、公知技術における当該構成の技術的意義が開示又は示唆されていることが必要であると解するのが相当である。」

しかしながら、新規性の議論が無いため、一部では疑問視する見解もあり、実務上は、引例の実施例の値は自身の発明の範囲と重複しないことが重要である。⁽¹⁰⁾

もう1つ裁判例(東京高判昭和62・7・21昭和59年(行ケ)180)を見てみる。

本願発明の<要旨>としては、以下のとおりである。
「…炭化水素混合物を…有機酸水溶液と40～79℃で反応させ…することを特徴とする第3級ブチルアルコールの製造法」

これに対し、引用発明1の反応温度として79.4～316℃を選定している旨開示されていた。

裁判所では、以下のように判示した。

「当該発明と公知技術の相異なる当該数値の特定がそれぞれ別異の目的を達成するための技術手段としての意義を有し、しかも、当該発明がその数値の特定に基づいて公知技術とは明らかに異なる作用効果を奏するものであることが認められるときは、当該発明の数値特定の困難性を肯認することは妨げられないというべきである。」

すなわち、本事案では臨界的意義を主張せずとも異質の効果を主張して特許化した。これは後の特許・実用新案審査基準にも引用されている。⁽¹¹⁾

(3) パラメータ発明

いわゆるパラメータ発明とは、一般に物理化学的または生物学的特性値を表す技術的変数(パラメータ)により発明を特定した化学物質、組成物などに関する発明であって、パラメータによって新規性や進歩性などの特許性を裏付けたものを指している。⁽¹²⁾

パラメータ発明として、たとえば、以下のようなものが挙げられる。

先願特許① 成分A+成分B+成分Cを含む組成物

後願特許④ 成分Aを含む組成物であって、
前記組成物のパラメータD(例：粘度)と
○℃(加熱)におけるパラメータE(例：
熔融粘度)が以下の式を満たす組成物
 $\Delta \leq E / D \leq \square$

…後願特許④は特定の課題を解決するために組成物のあるパラメータが特定の範囲内であることを主張することにより、(パラメータ発明として)特許される可能性がある(詳細は図5参照)。

図5

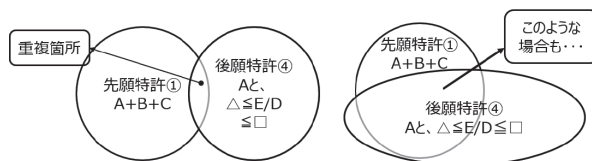
(3) パラメータ発明

パラメータ発明

先願特許① 成分A+成分B+成分Cを含む組成物

後願特許④ 成分Aを含む組成物であって、前記組成物の
パラメータD(例：粘度)と○℃(加熱)における
パラメータE(例：熔融粘度)が以下の式を満たす
組成物
 $\Delta \leq E / D \leq \square$

…後願特許④は特定の課題を解決するために組成物のあるパラメータが特定の範囲内であることを主張



日本、米国、欧州、中国、韓国などを含む主要な国で、いわゆる「特殊パラメータ」で発明を規定することが禁止されている国は無い。一方で、日本において、「選択発明」や「数値限定発明」のようにパラメータ発明

(9) 高石秀樹「『数値限定』発明の進歩性判断」パテント63巻3号(2010年)46頁～67頁

(10) 前掲注4(竹田)158頁

(11) 前注46頁～67頁

(12) 前掲注4(竹田)160頁

特有の特許・実用新案審査基準も無い。「選択発明」の場合には、先行技術との範囲の違いを比較的容易に知ることができるのに対して、「パラメータ発明」の場合には、そのパラメータ自体が知られていなかった訳であり、そのため、一見して先行技術に対して新規性を有するのかが分からず、先行技術を再現して分析しないと分からないという側面を有する。一方で、審査場面において、日本(と韓国)は、米国、欧州、中国と比較して、かなり厳しい記載要件を要求している点に留意が必要である。⁽¹³⁾

パラメータ発明の記載要件に関し、有名な裁判例としては、知財高判平成 17・11・11 判時 1911 号 48 頁が挙げられる。

【請求項 1】は、以下の内容であった。

「ポリビニルアルコール系原反フィルムを一軸延伸して偏光フィルムを製造するに当たり、原反フィルムとして厚みが 30～100 μ m であり、かつ、熱水中での完溶温度(X)と平衡膨潤度(Y)との関係が下式で示される範囲であるポリビニルアルコール系フィルムを用い、かつ染色処理工程で 1.2～2 倍に、さらにホウ素化合物処理工程で 2～6 倍にそれぞれ一軸延伸することの特徴とする偏光フィルムの製造法。

$$Y > -0.0667X + 6.73 \quad \dots\dots(I)$$

$$X \geq 65 \quad \dots\dots(II)$$

但し、X:2cm×2cm のフィルム片の熱水中での完溶温度(℃)

Y:20℃の恒温水槽中に、10cm×10cm のフィルム片を 15 分間浸漬し膨潤させた後、105℃で 2 時間乾燥を行った時に下式浸漬後のフィルムの重量/乾燥後のフィルムの重量より算出される平衡膨潤度(重量分率)」

裁判所は、以下のように判示した。

「本件明細書の発明の詳細な説明において、PVA フィルムの熱水中での完溶温度(X)と平衡膨潤度(Y)の値と、それらの値の PVA フィルムを原反フィルムとして用いて得られた偏光フィルムの具体的性質との関連を記載しているのは、実施例及び比較例の 4 種のフィルムの製造方法のみである。

上記実施例及び比較例で用いられた PVA フィルムの熱水中での完溶温度(X)と平衡膨潤度(Y)の値をプロットしたグラフ(中略)からは、完溶温度(X)が

70℃～75℃程度のものにおいて、平均膨潤度(Y)は 1.8(又は 1.9 以上、2.0 以上)のとき、所望の特性の偏光フィルムが得られ、それ以下のときは得られないことが認められるとしても、これら 4 点のみから、所望の特性が得られる熱水中での完溶温度(X)と平衡膨潤度(Y)の範囲は、完溶温度(X)が 65℃以上であり、かつ、平衡膨潤度(Y)が $-0.0667X + 6.73$ の式(式 I)による数値を超える範囲であるとまで導き出すことは到底できない。」

以上のように、日本の審査において、記載要件(特にサポート要件)がかなり厳しい記載要件を要求している。特殊パラメータ発明に対する拒絶理由を回避するための準備としては、以下の点に留意すべきである。

- (i) 用途発明に変更できる複数の用途記載を加えておく。
- (ii) 進歩性(効果)を主張するための要素ではないが、区分けに利用できる当業界で慣用されている性質や特性(先行文献にも記載されている可能性の高い性質や特性)などを記載しておく。
- (iii) 説明を上位概念(外堀)、中位概念(内堀)、下位概念(城壁)、具体例(本丸)といった多段で記載しておく。
- (iv) 1つの要素を 2つ以上の並列した観点で記載しておく。⁽¹⁴⁾

(4) 用途発明

用途発明とは、(i)ある物の未知の属性を発見し、(ii)この属性により、その物が新たな用途への使用に適することを発見したことに基づく発明をいう。特許・実用新案審査基準における用途発明の新規性判断は以下のとおりである。なお、以下は請求項に記載された発明に係る物に用途限定が付されており、用途限定がその用途に特に適した物を意味している場合の話である。

「請求項に係る発明の発明特定事項と、引用発明特定事項とが、用途限定以外の点で相違しない場合であっても、用途限定が意味する構造等が相違するときは、審査官は両者を異なる発明と判断する。したがって、審査官は、請求項に係る発明は新規性を有していると判断する。⁽¹⁵⁾」

用途発明として、たとえば、以下のようものが挙げられる。

(13) 井上&アソシエイツ HP 一部改(<http://www.inoue-as.com/414.html> <http://www.inoue-as.com/413.html>, 最終アクセス年月日 2022 年 2 月 4 日)

(14) 仲晃一「判例有効活用シリーズ 3『パラメータ発明の特許性について』」パテント 58 巻 2 号(2005 年)82 頁～87 頁

(15) 特許・実用新案審査基準Ⅲ部 第 2 章 第 4 節 6 項

先願特許① 成分A+成分B+成分Cを含む組成物
後願特許⑤ 成分A+成分B+成分Cを含む〇〇用組成物

…後願特許⑤は〇〇用であることで、新規用途の新しい問題を解決するために特に優れた効果であることを主張することにより、(用途発明として)特許される可能性がある(詳細は図6参照)。

図6

(4) 用途発明

用途発明

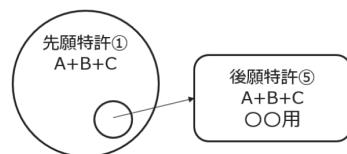
先願特許① 成分A+成分B+成分Cを含む組成物

後願特許⑤ 成分A+成分B+成分Cを含む

〇〇用組成物

…後願特許⑤は〇〇用であることで、

新規用途の新しい問題を解決するために
特に優れた効果であることを主張



すなわち、日本では、その物自体が公知であったとしても、新たな用途を提供したといえる場合には、物の発明として新規性を有し得る。一方、米国、欧州および中国では、日本と異なり、その物自体が公知であれば、新たな用途を提供したとしても、物の発明として新規性を有さない。⁽¹⁶⁾

(5) プロダクト・バイ・プロセス・クレーム

プロダクト・バイ・プロセス・クレームとは、製造方法の記載を有する物の発明を記載する請求項(クレーム)をいう。問題となるのは、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの権利解釈である。結果物で特定する「物同一性説」と製法も考慮に入れる「製法限定説」の両説がある。日本出願はどう捉えられているのか？

最二小判平成27・6・5民集第69巻4号700頁の裁判例を見てみる。

【請求項1】は以下の内容であった。

「次の段階：

A) プラバスタチンの濃縮有機溶液を形成し、
B) そのアンモニウム塩としてプラバスタチンを沈殿し、

C) 再結晶化によって当該アンモニウム塩を精製し、
D) 当該アンモニウム塩をプラバスタチンナトリウムに置き換え、そして

E) プラバスタチンナトリウム単離すること、
を含んで成る方法によって製造される、

プラバスタチンラク톤の混入量が0.5重量%未満であり、エピプラバの混入量が0.2重量%未満であるプラバスタチンナトリウム。」

裁判所は以下のように判示している。

「(中略)物の発明についての特許に係る特許請求の範囲にその物の製造方法が記載されている場合であっても、その特許発明の技術的範囲は、当該製造方法により製造された物と構造、特性等が同一である物として確定されるものと解するのが相当である。

(中略)物の発明についての特許に係る特許請求の範囲にその物の製造方法が記載されている場合において、当該特許請求の範囲の記載が特許法36条6項2号にいう「発明が明確であること」という要件に適合するといえるのは、出願時において当該物をその構造又は特性により直接特定することが不可能であるか、又はおよそ実質的でないという事情が存在するときに限られると解するのが相当である。」

本件最高裁判決の判示内容を踏まえた審査の概要は、以下のとおりとなった。⁽¹⁷⁾

「○物の発明についての請求項にその物の製造方法が記載されている場合は、審査官が「不可能・非実質的事情」があると判断できるときを除き、当該物の発明は不明確であるという拒絶理由を通知します。

※「不可能・非実質的事情」とは、出願時において当該物をその構造又は特性により直接特定することが不可能であるか、又はおよそ実質的でないという事情をいいます。

○出願人は、当該拒絶理由を解消するために、以下の対応をとることができます。

ア. 当該請求項の削除

イ. 当該請求項に係る発明を、物を生産する方法の発明とする補正

(16) 濱田絵美「日米欧中における用途限定・数値限定の発明、プロダクト・バイ・プロセスクレームのガイドラインについて」知的財産権レポート62(2016年)1頁～8頁

(17) 特許庁HP「プロダクト・バイ・プロセス・クレームに関する審査の取扱いについて」(https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/patent/tukujitu_kijun/product_process/index.html, 最終アクセス2022年2月4日)

ウ。当該請求項に係る発明を、製造方法を含まない物の発明とする補正

エ。不可能・非実際の事情についての意見書等による主張・立証

オ。当該請求項は、「その物の製造方法が記載されている場合」に該当しない旨の反論

- 出願人の「不可能・非実際の事情」についての主張・立証の内容に、合理的な疑問がない限り(通常、拒絶理由通知時又は拒絶査定時に、審査官が具体的な疑義を示せない限り)、審査官は、「不可能・非実際の事情」が存在するものと判断します。」

特許・実用新案審査基準では、製造方法によって生産物を特定しようとする記載がある場合、請求項に係る発明の認定は以下のとおりとしている。

「請求項中に製造方法によって生産物を特定しようとする記載がある場合は、審査官は、その記載を、最終的に得られた生産物自体を意味しているものと解釈する。したがって、出願人自らの意思で、「専らAの方法により製造されたZ」のように、特定の方法によって製造された物のみに限定しようとしていることが明白な場合であっても、審査官は、生産物自体(Z)を意味しているものと解釈し、請求項に係る発明を認定する。⁽¹⁸⁾」すなわち、日本においては、審査段階においても侵害段階においても「物同一性説」を採用している。

一方、他国では審査段階においては、米国、欧州、中国、韓国いずれも「物同一性説」を採用している。しかしながら、侵害段階においては、韓国は原則「物同一性説」を採用しているものの、米国、中国は「製法限定説」を採用し、欧州は不明、すなわち、各国によって捉え方は千差万別である。⁽¹⁹⁾

(6) その他

① 製造方法等方法の発明

方法の発明は、化学分野特有のものではないが、特許法が改正(令和元年)され、今後の活用が期待されることより、紹介する。

近年、「方法の発明」に関する出願件数が増加しており、全出願件数の約28%(全出願件数約31万件中、約9万件(平成30年度))を占めている。

近年の技術の進展に伴い、方法の特許についても高度な製造技術等を用いるものが増えているところ、こうした製造方法等に関する特許については、その侵害の有無等を書類や製造機械や製品といった検証物を調べるだけで判断することが容易ではない。⁽²⁰⁾

そこで、令和元年の法改正において、中立的な専門家が、裁判所の補助者として、被疑侵害者が侵害物品を製造している工場等に立ち入り、証拠になるべき書類等に関する質問や提示要求をするほか、製造機械の作動、計測、実験等を行い、その結果を報告書としてまとめて裁判所に提出し、後に申立人が書証としてこれを利用できるようにする。⁽²¹⁾これが査証制度である。同制度適用が想定される例としては、製造方法、B to B製品(中間生成品)、ソフトウェア等が挙げられる。令和元年に法改正され、実用性については今後の実務に委ねられるが、以前よりも製造方法発明の特許が有効に活用されることが期待される。

② 対象物の変更

対象物を変えての出願も化学分野においては、多面的な保護の観点等により効果的と思われる。たとえば、化学物質の発明だけではなく、中間体や組成物等の発明により、特許出願、権利化を目指すことが考えられる。特に前述した、選択発明、数値限定発明、パラメータ発明と組み合わせ出願することは、多面的な保護をする点において、有効と思われる。

2 実施について

さて、前項において多面的に発明を特定しての請求項による出願が可能である旨説明してきたが、場合によっては、結果として権利の重複範囲を生むことも考えられる。かかる場合、実施についてはどうなるか見てみる。一つの事例を挙げる(権利が先願後願共に有効であるという前提である)。

a社の先願特許① 成分A+成分B+成分Cを含む組成物

b社の後願特許② 成分A+成分B+成分C'を含む組成物(先願特許①の選択発明)

かかる場合、a社はb社の特許により、b社はa社の特許によってそれぞれA+B+C'の範囲を実施で

(18) 特許・実用新案審査基準Ⅲ部 第2章 第4節 5.2.1項

(19) 前掲注14(濱田)1頁～8頁

(20) 『令和元年法律改正(令和元年法律第3号)解説書』第1部第2章、(<https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/kaisetu/2019/2019-03kaisetsu.html>, 最終アクセス2022年2月4日)

(21) 「令和元年特許法等の一部を改正する法律」特許庁令和元年度知的財産権制度説明会(実務者向け)資料(https://www.jpo.go.jp/news/shinchaku/event/seminer/text/document/2019_houkaisei/resume.pdf, 最終アクセス2022年2月4日)

きるのであろうか？通説は a 社、b 社共に実施できない。その根拠としては、特許権の本質は排他権ととらえる見解に基づくものである。一方、反対説として、b 社は実施できる。先願は広い概念で押さえたつもりだったが、その実体は小さいものであって、後願が新規な発明として認められた以上、そこまでは権利が及ばない、結局、先願発明には空所があったとする、いわゆる穴あき説である。⁽²²⁾

3 重複箇所に出願することのメリット

通説のように、すなわち、a 社 b 社ともに実施できないとなるとすると、b 社は a 社の後願であっても後願特許②を出願する意味があるのであろうか？メリットは主に 2 点ある。以下、順に説明する。

(1) クロスライセンス交渉

メリットの 1 つ目としては、クロスライセンス交渉の際に用いることができる。クロスライセンスとは、2 つまたは複数の企業等が、自らの持つ特許権等の知的財産権の行使を互いに許諾(ライセンス)することをいう。a 社が b 社の後発出願により複数権利化した範囲を実施したい場合、a 社が b 社のクロスライセンス交渉に応じる可能性がある。すなわち、b 社は後発出願でも複数権利化することによりクロスライセンス交渉を有利にできる可能性がある。従って、実施する範囲内で、権利が重複する特許、権利が近い特許を複数取得することは有益であると思われる(詳細は図 7、図 8 参照)。

図 7

(1) クロスライセンス交渉

(メリットその 1) クロスライセンス交渉の際に用いる
※ クロスライセンス・・・2 つまたは複数の企業等が、自らの持つ特許権等の知的財産権の行使を互いに許諾(ライセンス)すること

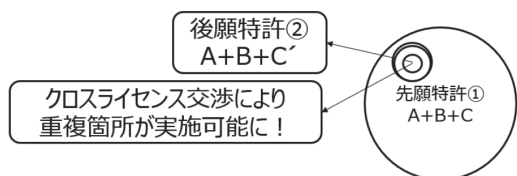
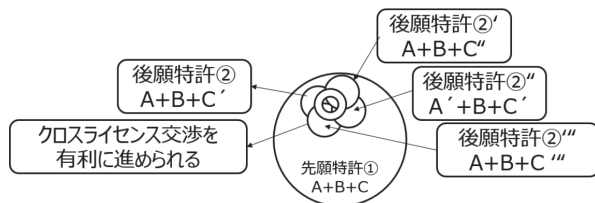


図 8

(1) クロスライセンス交渉

b 社は後発出願でも複数権利化することによりクロスライセンス交渉を有利にできる可能性がある
実施する範囲内で、
権利が重複する特許、権利が近い特許を
複数取得することは有益である。



(2) 存続期間満了後、有利に

メリットの 2 つ目としては、先願特許①の存続期間満了後、有利になる点である。存続期間は出願から 20 年間である(特許法 67 条 1 項)。以下に示す。

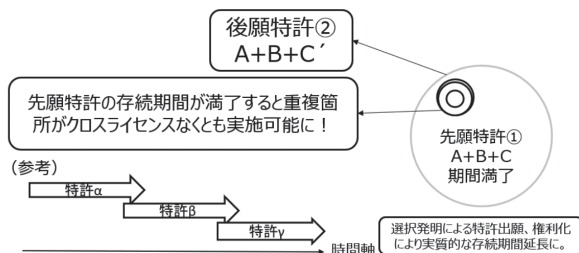
67 条 特許権の存続期間は、特許出願の日から二十年をもつて終了する。

先願特許①と後願特許②がある場合、先願特許①の方が先に権利が満了する。先願特許①の存続期間が満了すると後願特許②との重複箇所において、b 社はクロスライセンスなくとも実施可能になる(詳細は図 9 参照)。

図 9

(2) 存続期間満了後、有利に

(メリットその 2) 先願特許の存続期間満了後、有利に
※ 存続期間は出願から 20 年間、先願特許の方が先に権利満了



4 化学分野の出願における気になる点

さて、化学分野においては、多面的に発明を特定しての請求項による出願が可能と説明してきたが、気に

(22) 前掲注 4(竹田)460 頁～461 頁

なる点も主に2点あり、かかる点については、留意が必要と思われる。以下、順に説明する。

(1) 各国での審査結果が異なる場合がある点

今までのご説明のとおり、発明の特定の仕方によっては、各国によって審査基準が若干異なる(代表的なものとしては、用途発明)。その結果、国によって、登録(査定)が認められたり認められなかったり、また認められたとしても登録(査定)時の最終クレームも(国によって)異なったりする点に留意が必要である。権利行使を行う場合、各国の最終クレームを比較、確認することが重要と思われる。

(2) 特許異議の申立て件数が多い点

2015年4月～2019年12月末までに特許異議の申立てがされた事件の審理結果を見る⁽²³⁾と、前記申立て件数は化学分野(セクションC)において1,481件と他分野に対して多い。2番目に多い生活必需品(セクションA)が882件、3番目に多い処理操作;運輸(セクションB)が816件と比べるとその多さが際立つ。一方で、取消率や取消+維持(訂正有)の割合はそれぞれ11%、59%と他分野と同程度か若干高めな割合で済んでいる。⁽²⁴⁾しかしながら、維持された案件も競合他社は引き続き、無効論法を構築し、場合によっては、無効審判により無効にできるよう準備していることも考えられるため、留意が必要である。

以上より、どの出願内容が特許性を有するのか、有さないのかは国や案件によって異なる。また、化学分野は特許異議の申立ての件数も多く、取消または訂正の可能性もある(日本出願)。従って、特に化学分野においては、1つの技術に対して、多面的に発明を特定して複数出願すべきと考える。

Ⅲ. AIの活用

1 特許庁におけるAI技術の活用に向けたアクション・プラン

平成29年4月に特許庁が発表した「特許庁における人工知能技術の活用」のアクション・プランにおいて、特許分類付与および先行技術調査は令和2年(平成32年)度より、実証結果を踏まえ、導入可否を検討することを示していた。⁽²⁵⁾一方、直近(令和3年度)の改定版においては、平成30年度から導入(アジャイル型開発⁽²⁶⁾)フェーズに入っていることを示している。⁽²⁷⁾すなわち、審査する側の特許庁においてAI導入段階に入っている。審査する側の特許庁がAIを導入する以上、審査される出願人側もAIの導入を検討していくことが重要と思われる。

2 AI搭載特許ソフトについて

各項目のAI普及時期は、以下のとおりである。但し、諸説あり、必ずしも以下のとおりとは限らない。

特許翻訳…2016年頃⁽²⁸⁾

特許検索…2015年頃⁽²⁹⁾

特許明細書作成…2017年頃⁽³⁰⁾

今回は一例として、特許検索ソフト、その中でもAI Samuraiを紹介する。

3 AI搭載特許検索ソフトについて

以下、AI Samuraiについて紹介する。

先ず先行技術調査において、従来手法と比較して調査時間、労力の観点で負担削減効果および有益性について説明する。⁽³¹⁾従来手法は、平均9.5時間かかる。これは検索式の策定や対象文献の解読/絞り込み、レビューに技量等が問われ、その結果、人によっては長時間を要することになってしまうからと思われる。これに対し、AI Samuraiを用いて調査を行うと、平均

(23) 特許庁「特許異議申立の統計情報」(https://www.jpo.go.jp/system/trial_appeal/shubetu-tokkyo-igi/igi_moushitate_tokei.html, 最終アクセス 2021年6月23日)

(24) 特許庁審判部「審判の動向 令和2年度」(https://www.jpo.go.jp/system/trial_appeal/document/index/shinpan-doko.pdf, 最終アクセス 2022年2月4日)

(25) 特許庁「特許庁における人工知能技術の活用」(平成29年4月)(https://www.jpo.go.jp/system/laws/sesaku/ai_action_plan/document/ai_action_plan/01.pdf, 最終アクセス 2022年2月4日)

(26) システム開発における開発モデルの一つであり、開発対象となるシステムを、小さな単位に分割し、短期間で完成させる手法。…『知恵蔵』(朝日新聞出版, 2007年)

(27) 特許庁「特許庁における人工知能(AI)技術の活用に向けたアクション・プラン(令和3年度改定版)」(https://www.jpo.go.jp/system/laws/sesaku/ai_action_plan/ai_action_plan-fy2021.html, 最終アクセス 2022年2月4日)

(28) 「翻訳者は『AI翻訳』に仕事を奪われるのか?」(<https://news.goo.ne.jp/article/newswitch/business/newswitch-19710.html>, 最終アクセス 2021年11月17日)

(29) 「特許情報をめぐる最新のトレンド」Japio YEAR BOOK2018(https://japio.or.jp/00yearbook/files/2018book/18_a_08.pdf, 最終アクセス 2022年2月4日)

(30) 「AIで特許明細書を自動作成できるツール『Specifo』を使ってみた」(<https://www.logic-meister.com/blog/22>, 最終アクセス 2022年2月4日)

(31) 「類似文献評価システム」AI Samurai Inc. AI Samurai DELTA 製品紹介資料(2020年7月)14頁

が1.2時間と従来の方法に比べ、約85%も工数を削減することができる。これは機械判定により、人の時間、労力を削減できる。

次にAI Samuraiの具体的な操作手順について説明する。⁽³²⁾AI Samuraiは調査機能として先行技術調査、無効資料調査、クリアランス調査の各機能があるが、ここでは、先行技術調査機能を取り上げる。Step1として、「発明内容」を文章で入力する。Step2として、内部で入力文章を自動的に構成要件単位に変換して解析処理を行い、特許分類の推定、類似分権の検索、「発明内容」の評価を実行する。Step3としてA～Dの4段階で「発明内容」の評価を行い、クレームチャート形式で構成要件ごとの類似度や類似箇所(段落単位)を出力する。具体的には20～40秒程度で、主引例、副引例候補を表示し、特許性まで判断するのである。すなわち、考案した請求項や技術思想の特許性を簡易チェックすることができる。なお、前述したA～Dの4段階は、A、B・・・特許性あり、C、D・・・特許性なしである。下位クレームを上げるなど、請求項を調整して再検索することで、特許性を高めるためのブラッシュアップが可能である(詳細は図10、図11参照)。

AI Samuraiはさらに踏み込んだ検索を行うための機能があり、当該機能についても紹介する。⁽³³⁾

先ずラーニングサーチ機能(学習再検索機能)について説明する。調査結果として、先行文献が5つ列挙される(主引例が3つ、副引例が2つ)。前述のとおり、クレームチャート形式で構成要件毎に対象と先行文献が対比される形となっており、先行文献は類似度の高い箇所を段落単位で提示されている。先行文献の中で次回検索時に引例として反映したい文献はチェック欄にチェックすることで固定することができる。また、文献単位や構成要件単位でユーザーの評価を与えることも可能である。たとえば、適合している文献や構成には「Good!!!」ボタンを、不適合である文献や構成には「Bad・・・」ボタンを押すことができる。前述したようなユーザー評価を行った上で再検索を行うことで、精度を向上した検索が可能となる。

次にAIコラボ検索機能について説明する。AIによる検索(先行文献を抽出する)過程は通常ブラックボックスである。本機能はそのAIと検索式を組み合わせ

図 10

3 AI搭載特許検索ソフトについて

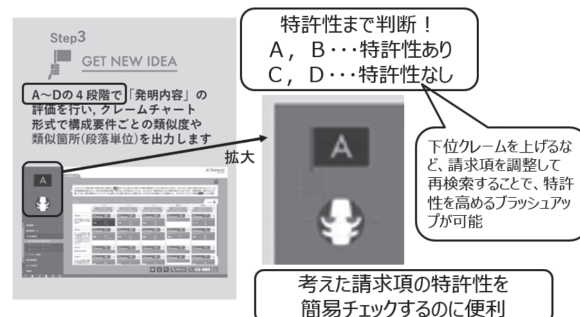
AI Samuraiにより特許検索が可能
具体的にどのようなことができるかと・・・



出典：AI Samurai DELTA製品紹介資料
類似文献評価システム2020年7月 AI Samurai Inc.

図 11

3 AI搭載特許検索ソフトについて



出典：AI Samurai DELTA製品紹介資料
類似文献評価システム2020年7月 AI Samurai Inc.

て(コラボして)先行文献を抽出するものである。以下、詳細に説明する。具体的な「発明の内容」を入力すると、AIがキーワード抽出や類義語展開、重み付けを実施して検索式を自動的に生成する。自動生成された検索式は人の手で調整することができる。AIが生成した検索式を利用することが可能なので、従来よりも検索式策定に要する時間を削減することが期待できる。⁽³⁴⁾

4 AI Samuraiの検証

この項では、実際の拒絶理由通知や国際調査報告において挙げられた先行文献とAI Samuraiで挙げられた先行文献との比較検証結果を紹介する。なお、AI Samuraiによる調査において、調査機能は公開日も指定できる無効資料調査機能を使用した。

(32) 前注24頁

(33) 前注25頁

(34) 前掲注29頁、30頁

(1) 検証 その 1 (WO2012/014481)

実際の日本出願は拒絶査定確定となった案件である。国内公表時の【請求項 1】は以下のとおりである。

「有機バインダー樹脂と、導電粉末と、760mmHg における沸点が 250 ～ 330℃である高沸点溶剤を 30 ～ 90 質量%含む有機溶剤と、を含有することを特徴とするオフセット印刷用導電性ペースト。」

上記請求項の AI Samurai の判定結果は D 判定(特許性なし)であった。実際の拒絶理由通知と AI Samurai で挙げられた先行文献の重複は 1 文献のみであった。実際の拒絶理由通知は新規性なし、さらには単一の文献や他の文献との組合せにより進歩性なしという内容であった。それに対し、AI Samurai は他の文献との組合せにより進歩性なしという内容であった。

(2) 検証 その 2 (特開 2009-269976)

実際の日本出願は拒絶査定確定となった案件である。出願公開時の【請求項 1】は以下のとおりである。

「(A)導電粉末、(B)フェノキシ樹脂、(C)エポキシ樹脂、(D) 60℃～130℃で活性化可能な潜在性硬化剤、及び(E)溶剤を含むことを特徴とする導電性樹脂組成物。」

上記請求項の AI Samurai の判定結果は D 判定(特許性なし)であった。実際の拒絶理由通知と AI Samurai で挙げられた先行文献の重複はなかった。実際の拒絶理由通知は単一の文献で新規性、進歩性なしという内容であった。それに対し、AI Samurai は他の文献との組合せにより進歩性なしという内容であった。

(3) 検証 その 3 (WO2014/003044)

PCT 出願案件であり、国際公開時の【請求項 1】は以下のとおりである。

「チップ型デバイスの封止に用いられる熱硬化性樹脂組成物であって、(A)架橋性エラストマー、(B)エポキシ樹脂、(C)エポキシ樹脂硬化剤および(D)無機充填材を含むことを特徴とする熱硬化型樹脂組成物。」

上記請求項の AI Samurai の判定結果は D 判定(特許性なし)であった。実際の国際調査報告と AI Samurai で挙げられた先行文献の重複は 1 文献のみであった。実際の国際調査報告は X 判定(単一の文献で発明の新規性又は進歩性がない)であった。それに対し、AI Samurai は単一の文献で新規性がなく、他の文献との組合せにより進歩性なしという内容であった。

(4) 検証 その 4 (特開 2010-238786)

実際の日本出願は特許査定から登録となった案件である。出願公開時の【請求項 1】は以下のとおりである。

「層間絶縁層により相互に絶縁された複数の導体パターン層と、前記導体パターン層を相互に電氣的に接続する導体が内側に形成された少なくとも 1 つの穴と、前記少なくとも 1 つの穴に充填された穴埋め材料と、前記穴埋め材料を覆って形成されたソルダーレジスト層とを備え、前記穴埋め材料と前記ソルダーレジストとの、 $L \cdot a \cdot b$ 表色系における L 値の差が $-10 \sim 10$ であり、a 値の差が $-20 \sim 20$ であり、b 値の差が $-10 \sim 10$ であることを特徴とするプリント配線板。」

上記請求項の AI Samurai の判定結果は A 判定(特許性あり)であった。実際の拒絶理由通知と AI Samurai で挙げられた先行文献の重複はなかった。実際の拒絶理由通知は単一の文献で新規性、進歩性なし、他の文献との組合せで進歩性なしという内容であった。それに対し、AI Samurai は新規性、進歩性共にありという内容であった。

(5) 今回の AI Samurai の検証結果

今回の AI Samurai の検証結果としては、以下のとおりであった。

① 拒絶理由通知(実際の審査)や国際調査の際に挙げられた先行文献との比較

AI Samurai では、拒絶理由通知(実際の審査)や国際調査の際に挙げられた先行文献(以下、実際に挙げられた先行文献)を挙げたり挙げなかったりという結果であった。従って、審査経過は参酌せず、独自のロジックに基づき、先行文献を探し、論法を構築していることが示唆される。

また、実際に挙げられた先行文献は新規性なしという案件もあったが、AI Samurai では新規性ではなく、進歩性なしのロジックが中心であった。

② AI Samurai により確認された先行文献

今回の AI Samurai の調査結果により確認された先行文献は近いものもあったが構成要件を欠くものもあった。従って、A ～ D 判定というのは一つの目安に過ぎず、すなわち、判定結果に一喜一憂せずに挙げられた文献の内容を確認することが重要であると感じた。また、AI Samurai(ラーニングサーチ機能(学習再検索機能)や AI コラボ検索)を使用したり、検索式による検索結果により総合的に判断したりすることも重要と感じた。

③ 調査時期

今回の対象案件は、4件中3件は拒絶査定確定か国際調査がX判定(新規性、進歩性なし)だが、いずれもD判定であった。出願前にAI Samuraiでの調査も行えば、特許性を向上できる可能性がある。

④ 調査工数

調査時間の削減を確認することができた。具体的には従来の調査は1件あたり150～180分程度調査に時間を要するが、今回のAI Samuraiを用いた調査は1件あたり20～30分程度で済んだ。これは、従来に比べて、80～90%の工数削減に繋がり、当該ソフトのメリットの裏付けが確認できた。

5 AI Samuraiにおいて、今後検証していく必要のある内容

AI Samuraiを用いた調査を行うにあたり、今後検証していく必要のある内容について、以下のとおり、説明する。

(1) パラメータ発明や数値限定発明

調査対象がパラメータ発明や数値限定発明である場合、AI Samuraiはパラメータや数値の内容を反映して調査を行うのか検証が必要と思われる。また、仮に反映して調査をした場合、どの程度の数値範囲の差等により、進歩性をも認められるのか検証が必要と思われる。

(2) 外国公報

AI Samuraiは米国公報、中国公報に対する特許性も調査可能であり、米国、中国における出願や出願審査の請求を検討する際に参考とすることが期待できる。その一方で、前述のとおり、各国の審査基準は微妙に異なり、各国の審査基準を踏まえての特許性判定なのか検証が必要であると思われる。

(3) 他の機能の活用について

AI Samuraiが有するAIコラボ機能におけるキーワードとの併用によって調査を行う際にキーワードの羅列や重み付けの変更を重ねていった場合、近い先行文献が検索される精度はどの程度向上するのか検証が必要と思われる。

IV. まとめ

化学分野は多面的に発明を特定して複数出願し、多面的に保護することが可能である。一方で、各国によって審査基準の内容が異なる。また、特許異議の申立てがされる件数も多い。

すなわち、どの内容の特許(出願)が拒絶や取消になるかを予想するのは難しい。従って、1つの技術に対し、多面的に発明を特定して複数出願し、多面的に保護することが重要と考える。

多面的に発明を特定しての複数出願は複数のアイデア出しが必要で時間を要する。AI搭載ソフトも普及してきているため、特許検索等はAI活用により工数を削減させて、捻出した時間をアイデア創出に充てるべきと考える。

以上

2021 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：2021 年 6 月 23 日(水)18 時 30 分～ 20 時

会場：Zoom によるリモート開催

演題：化学分野における特許出願戦略と AI の活用

講師：太陽インキ製造株式会社 技術開発部 基盤技術開発課

基盤技術チームリーダー 弁理士

荒井 康昭 氏

(第 2 回例会)

日時：2021 年 7 月 14 日(水)18 時 30 分～ 20 時

会場：Zoom によるリモート開催

演題：イノベーションに資する知的財産、グローバルな市場を拓く

講師：世界知的所有権機関(WIPO) 日本事務所長

澤井 智毅 氏

(第 3 回例会)

日時：2021 年 10 月 6 日(水)18 時 30 分～ 20 時

会場：Zoom によるリモート開催

演題：音楽著作権管理と AI 創作物

講師：一般社団法人日本音楽著作権協会(JASRAC) 弁護士

江頭 あがさ 氏

(第 4 回例会)

日時：2021 年 11 月 10 日(水)18 時 00 分～ 20 時

会場：Zoom によるリモート開催

演題：中国における知的財産仲裁に関する実務的な考察(中国語・同時通訳)

講師：中国・酒泉仲裁委員会／敦煌国際仲裁院 事務局長

徐 斌 氏

(第5回例会)

日時：2021年12月15日(水)18時30分～20時

会場：Zoomによるリモート開催

演題：「台湾商標法における商標権の効力範囲に関する考察—登録著名商標の保護について—」

講師：国際知的財産研究所 研究員

尹 復興 先生

(第6回例会)

日時：2022年1月21日(金)14時40分～16時10分

会場：Zoomによるリモート開催

演題：特許調査における自然言語処理の活用について

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】

Toshio Takeuchi, *A Consideration of the Transfer of Non-exclusive Licenses ‘Involving the Business of the Invention’*

Binbin Liu, *Interpretation of the Third Amendment of China’s Copyright Law: Situation, Content and Impact*

Akiko Fujita, *‘Indirect Infringement’ of Copyright Law from a Criminal Law Approach*

Takashi Saito, *Judgment of ‘Unreasonable Prejudice’ under the Proviso of Article 35(1) of the Copyright Act*

Yin Fuhsing, *A Study on the Effective Range of Trademark Rights in Taiwan Trademark Law — Protection of Well-known Registered Trademarks*

Bin Xu, *Translated by Binbin Liu, Observations on Intellectual Property Arbitration in China*

Yasuaki Arai, *Patent Application Strategy and Utilization of AI in the Field of Chemistry*

『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)

竹 内 敏 夫	日本大学 法学部 教授
劉 斌 斌	日本大学 法学部 教授
藤 田 晶 子	日本大学 法学部 准教授
齋 藤 崇	日本大学 法学部 助教
尹 復 興	校友, 日本大学 法学部 国際知的財産研究所 研究員
徐 斌	中国・酒泉仲裁委员会(敦煌国際仲裁院) 事務局長
荒 井 康 昭	校友, 太陽インキ製造株式会社 弁理士

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

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.15 2022.3

2022年3月18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 株式会社メディオ
