

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.18 | 2025.3

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.18 | 2025.3

目 次

【論説】

・新規性の趣旨とインターネット公知	…………… 竹 内 敏 夫……………	5
・中国における「商業信用毀損」行為の司法認定	…………… 劉 斌 斌……………	15
・授業における著作物の翻案等利用の制度設計に関する試論	…………… 齋 藤 崇……………	29
・プラットフォームの戦略論 —事業構造・競争戦略・知財戦略—	…………… 若 林 広 二……………	43
・機械学習への著作権法 30 条の 4 の適用について	…………… 松 下 外……………	59
・生成 AI による著作権侵害の一考察 —中国の判例を参考に、日本における侵害主体とサービス提供事業者の責任を中心に—	…………… 呉 楠……………	75

【研究ノート】

・シアリス®錠の立体商標登録は 後発医薬品の外観にどれ程影響したのか	…………… 曾我 諒・加藤 浩……………	91
・中国・『商標権侵害事件における違法経営額算定方法』 に関する考察	…………… 譚 曼……………	107

新規性の趣旨とインターネット公知

竹内 敏夫^(*)

平成 11 年の特許法改正によりインターネット公知が導入されたが、インターネット上の情報は日々変化し、失われている情報も多くある。その状況から、インターネット公知の適用に当たって、ウェイバック・マシン取扱いについて国内の動向を検討する。あわせて、それ以外の問題については、特許制度における新規性の位置づけを再考し、検討を加えた。

I. はじめに

II. 新規性に関する学説・判例

1. 特許法 29 条 1 項 1 号(公知)、2 号(公用)、3 号(刊行物等公知)に関する解釈
 - (1) 公知(29 条 1 項 1 号)
 - (2) 公用(特許法 29 条 1 項 2 号)
 - (3) 刊行物等公知(特許法 29 条 1 項 3 号)
2. 特許庁審査基準等での取り扱い
 - (1) 日本における取り扱い
 - (2) 欧州の審査ハンドブックにおける取り扱い
 - (3) 審査とウェイバック・マシンによる証拠のまとめ
3. インターネット公知に関する裁判例
 - (1) インターネットのブログに関する事例
 - (2) ウェイバック・マシンに関する判例
4. 米国におけるウェブアーカイブの取り扱い
5. 小括

III. インターネット公知と新規性の趣旨

1. 新規性の特許要件としての意義
2. 新規性に関する歴史的考察

IV. 検討

1. インターネット公知と新規性
2. 今後の課題

V. 最後に

I. はじめに

特許法 29 条 1 項は新規性がない場合を列挙するとともに、平成 11 年の改正により 3 号に「電気通信回線

を通じて公衆に利用可能となった発明」としていわゆるインターネット公知に関する規定が追加されている。インターネットが発達した現在においては、それまでの刊行物紙による公知より、インターネット公知の方がより身近で、公知になる機会も増えている。一方、インターネットの特性として、掲載されている情報の変更や削除が、紙の刊行物に比べて容易にできることが挙げられる。インターネット上の文献が削除される割合については、「図書館情報学関係学術誌」において引用されたインターネット上の文献に関する研究であるが、3 年間では 89% が入手可能で、2005 年では 82% が入手可能となり、年を経るごとに入手可能なインターネット掲載の文献が減少し、入手が不可能になっていることが指摘されている⁽¹⁾。

一方で、インターネットを通じて利用可能となった発明については、そのオリジナルが残っていない場合や公開した日時やその内容が改変されていないことを証明する必要がある⁽²⁾。また、一概にインターネット公知といっても、学術団体のサイトや出版社のサイトのように比較的信頼性が高いサイトと、個人のサイトやブログなどの比較的改変が容易なサイトともあり、これらの取り扱いについても特許庁の審査基準で取扱いが定められ、運用されている⁽³⁾。

また一方で、新規性に関する特許法 29 条 1 項の規定は、1 号の「公然知られた発明」とは「秘密保持義務のない第三者に実際に知られたことをいう」と解釈されており⁽⁴⁾、「実際に知られた」ことまで必要とされている反面、3 号のインターネット公知については、「利用可能となつた」と規定されており、実際に知られなくとも、利用可能となった時点で新規性を失うと規定

(*) 日本大学法学部教授

(1) 藤田節子「失われていくインターネット上の参考文献図書館情報学分野の雑誌論文に参照されたインターネット文献の入手可能性の分析調査」情報管理 vol.53 no.9(2010 年 12 月)492 頁以下
 (2) 中山信弘、小泉直樹(編)「新・注解特許法(上巻)」青林書院 第 2 版(2017 年)264～266 頁
 (3) 特許庁 審査基準「第 I 部第 2 章第 2 節先行技術調査及び新規性・進歩性等の判断」
 (4) 平成 24 年 10 月 4 日判決(大阪地裁平成 22 年(ワ)10064 号)「内部枠構造事件」等

されている。このように新規性の規定において、1号について第三者が知られていないことを立証することは困難であること、また、法律上1号と3号をかき分けているおり、1号を知られ得る状態で足りるとすれば3号は不要となることなどから、1号は現実に知られていることが必要とされ、3号の文献公知又はインターネット公知は「知られる状態で足りる」と解されている⁽⁵⁾。このように1号と3号とでは、知られている程度においても差異があると考えられているが、なぜそのような差異が生じているのであろうか。つまり、インターネット公知は上述のようにアクセスが不可能となる事態が発生するにかかわらず、知られる得る状態になったところで新規性を失うこととなっており、1号では現実に知られていなければならないといえるより厳しい立証が課されているのである。また、インターネット公知を知られ得る可能性があれば足りるとすると、インターネット上にほんのわずかな時間だけ公開され、誰も参照されないまま削除された場合であっても、形式上3号のインターネット公知に該当することとなり、本当にこのようなケースまで新規性なしとしてよいのかという問題がある。さらには、近年AIの利用がさまざまなところに広がっている。その反面、AIを悪用したディープフェイクなどの情報の改ざん、捏造も取りざたされている。このようなAIの発達で、今後の公知技術の認定においても影響してくることが考えられる。

本稿では、これらの問題意識を踏まえて、新規性に関する学説、判例を整理したうえで、特許制度の中の「新規性」の意義を検討し、考察したうえで、インターネット公知に関する問題について検討を行うこととする。

Ⅱ. 新規性に関する学説・判例

1. 特許法29条1項1号(公知)、2号(公用)、3号(刊行物等公知)に関する解釈 (1) 公知(29条1項1号)

特許法29条1項1号は「特許出願前に日本国内又は外国において公然知られた発明」について規定する。この「公知」に該当するといえるためには、当該技術が知られ得る状態であれば足りるとする説⁽⁶⁾と、当該技術が現実に知られている必要があるとする説がある⁽⁷⁾。この点、条文の文理解釈や、1号の他に2号、3号を書き分けており、知られうる状態で足りるとすると2号、3号との整合性の問題があるため、1号の公知は現実に知られている必要があるとされており、その旨を示した判例もある⁽⁸⁾。

(2) 公用(特許法29条1項2号)

特許法29条1項2号は「特許出願前に日本国内又は外国において公然実施をされた発明」について規定する。この「公用」といえるためには、当該技術にアクセスが可能であり、かつ、当業者であるならば利用可能であるという状態が必要であるとされている⁽⁹⁾。

なお、1号の「公知」と2号の「公用」については、そもそも明確な区別をしない方が実情に沿っていることが指摘されており⁽¹⁰⁾、確かにこれを明確に区別して適用することは無用な混乱を招くだけで、実質的な意義は少ないように思われる⁽¹¹⁾。

(3) 刊行物等公知(特許法29条1項3号)

① 刊行物公知

特許法29条1項3号は、「特許出願前に日本国内又は外国において、頒布された刊行物に記載された発明又は電気通信回線を通じて公衆に利用可能となった発明」について規定する。

前段の「刊行物」の解釈については、種々の学説があるが、判例によれば「公衆に対し頒布により公開する

(5) 前記 註2 中山・小泉 258 頁 なお、1号も「知られ得る状態で足りる」と解釈する裁判例(東高判昭51.1.20 無体集8巻1号1頁)があることも言及されている。

(6) 光石士郎「特許法詳説」帝国地方行政学会(1976年)142頁、紋谷暢男編「注釈特許法」有斐閣(1986年)74頁

(7) 豊崎光衛「工業所有権法 新版・増補」有斐閣(1980年)157頁、吉藤幸朔・熊谷健一「補訂特許法概説 第13版」有斐閣(1996年5月)78頁。

(8) 意匠に関する事件であるが、東京高判昭和54年4月23日無体裁集11巻1号281頁(サンドペーパー事件)において、「意匠法第三条第一項第一号にいう「公然知られた意匠」とは、同項第二号において第一号とは別に頒布刊行物を規定している趣旨に鑑みると、その意匠が、一般第三者たる不特定人又は多数者にとって、単に知りうる状態にあるだけでは足りず、字義どおり現実に知られている状態にあることを要するものと解される。」として現実に知られている必要があるとしている。そのほか、東京高等判昭和54年5月30日取消集昭和54年P685「電子オルガン事件」などがある。

(9) 中山信弘「特許法 第5版」弘文堂(2023年)133頁

(10) 前掲註9 中山 134 頁。旧法(大正10年法)では、公知と公用は同じ条文で規定されていたが、現行法で1号と2号に分けて規定されたもので、却って解釈上の余計な混乱を招く恐れがあることが指摘されている。

(11) 塩海久雄「特許法上の新規性喪失自由の機能と現代的課題」香川法学19巻3・4号(2000年3月)126頁には「公知の事由刊行物記載と別個に規定している点でわが国と類似の規定を有するアメリカ法においても(第三章2.3)、わが国と類似していた1978年改正前のドイツ法においても(第三章2(1))、公知の概念は実施に知識を得ることまでは不要であり、知られ得る状態で足りると解釈されている。……したがって、公知は、公然知られうる状態にあれば足り、現実に知られたことまでは不要であると解釈すべきであろう。」としている。

ことを目的として複製された文書、図画その他これに類する情報伝達媒体であって、頒布されたものを指す」といわれている⁽¹²⁾。この「刊行物」という語が一般に印刷媒体を示すため、以前はマイクロフィルムがこの「刊行物」に該当するかについて学説や判例が存在したが⁽¹³⁾、現在ではマイクロフィルムやCD-ROM等の場合であっても、刊行物性を否定する理由はないとされている⁽¹⁴⁾。また、「頒布」とは、当該刊行物が一般に閲覧可能な状態で配布されることで、公衆にアクセスが可能となることを意味するとされており⁽¹⁵⁾、具体的に誰が閲覧をしたかという立証は不要であり、閲覧可能となった時点で頒布性が認められ、新規性は失われると解釈される⁽¹⁶⁾。

なお、平成11年改正以前の旧3号の「刊行物」については、3号の刊行物公知のみが外国における公知も含んでいたため、外国において生じた事由が旧3号の「刊行物」に該当するか問題になっていたが、当初から外国特許庁に提出された特許明細書という原本そのものは「刊行物」に当たらないとされた判例もあるが⁽¹⁷⁾、前述のマイクロフィルム等が「頒布された刊行物」に該当すると考えると、原本が公開されかつ複写可能な形となったことにより「頒布された刊行物」に該当する。

②インターネット公知

特許法29条1項3号後段では、「電気通信回線を通じて公衆に利用可能となった発明」としてインターネット公知が規定されている。この規定が、1号と別に来てされた理由としては、従来からインターネットを通じて公知となった発明は、「公知」(1号)として新規性を否定されたのであるが、あえてこれとは別に規定した理由として、1号の「公然知られた」というためには、公然知られた事実が必要であるという説があり、同様の高裁判例も存在し、これに従えばインターネット等を通じて開示された情報に公衆がアクセスした事実を立証しなければならず、審査においてインターネットに開示された発明を発見したとしても、出

願前にアクセスした事実の有無を確認することが困難であることから、これとは別に規定されたことが説明されている⁽¹⁸⁾。ここで、「公衆に利用可能」とは、不特定多数の者が見うるような状態に置かれたことを意味し、現実には誰かがアクセスしたという事実は必要としない。インターネットに掲示された発明については、リンクが張られ又は検索エンジンに登録され、かつ公衆からのアクセス制限されていない、いわば公衆への道筋がつけられている記録媒体上に情報が記録されることを意味するとされている⁽¹⁹⁾。

このインターネット公知は、改正された平成11年当時から、インターネット上に公開した日時が出願日以前であったことをどう立証するか(公然性の問題)、内容が改変されていないことをどう立証するか(内容の真実性の問題)が指摘されていた⁽²⁰⁾。インターネット上のサイトは無数に存在し、なおかつ頻繁に更新され、その更新履歴が残されていないものも多数存在し、証拠の信憑性が問題なるケースも多い。また、サイト自体が「公衆に利用可能」かどうかについても、ホームページのアドレスが公開されていないもの、社内システムなど情報にアクセス可能な者が特定の団体構成員に限定されているもの、暗号化されているもの、短時間のみ公開されたものなど様々なケースが考えられる。これらは、これまでの刊行物では考えられないような事例であり、インターネット公知特有な問題といえる。

2. 特許庁審査基準等での取り扱い

実際のインターネット公知に関する認定について、特許庁新基準に基づいて検討する。

(1) 日本における取り扱い

上述のようにインターネット公知については、これまでの刊行物による公知にはない問題があるが、この点に関する特許庁審査基準の取り扱いを参照する。

特許庁審査基準においては、公衆に利用可能となっ

(12) 最判昭和55・7・4民集34巻4号570頁(西独実用新案明細書事件)

(13) マイクロフィルムの刊行物性を認めた判例として、「第二次箱尺事件」(東高判平成53・10・30無体裁集17巻3号506頁、上告審の最判昭和61・7・17民集40巻5号961頁)がある。

(14) 前掲註9中山135頁

(15) 前掲註9中山136頁

(16) 同旨の判例としては、東京高判昭和36・4・27行集12巻4号884頁「テトラポット事件」、東京高判昭和39・10・22判タ297号261頁「水晶発振子事件」、東京高判昭和40・2・25行集16巻2号247頁「ナイロン糸製造方法事件」、東京高判昭和43・4・30判タ224号264頁「編機事件」、東京高判昭和48・4・27判タ297号261頁「貼り合せシート事件」

(17) 東京高判昭和55・10・30無体裁集10巻2号499頁「ベルギー特許明細書原本判決」では、公開されたベルギー特許明細書(原本)は、その写しが他に頒布されることはあっても、原本自体はベルギー特許庁に終始備え置かれるもので頒布される性質のものではないから「刊行物」にあたらないとしている。

(18) 特許庁総務部総務課編「平成11年改正 工業所有権法の解説」社団法人発明協会(1999年12月20日)94頁

(19) 註17 工業所有権法の解説93頁

(20) 中山信弘・小泉直樹編「新・注解 特許法 上 第2版」青林書院(2017年9月)266頁

た時の認定について、基本的にはウェブページ等に表示されている掲載時期に基づいて判断するとしている。そして、掲載時期の記載がなく、出願時との先後が不明である場合は、審査官は、掲載された情報に関してその掲載、保全等に権限及び責任を有する者から掲載時期についての証明を得て、掲載時期が出願時よりも前であれば、その情報を引用することができるとしている。また、掲載時期や内容に疑義がある場合は、掲載、保全等に権限及び責任を有する者に問い合わせて掲載時期又は掲載内容についての確認を求め、その際、審査官はウェブページ等への掲載時期又は掲載内容についての証明書の発行を依頼するとされている⁽²¹⁾。

審査ハンドブックにおいては、ウェブページ等に掲載されている事項が公衆に利用可能であるか否かについては、①ウェブページ等に掲載されている事項の存在及び存在場所を公衆が知ることができたこと、②不特定の者が当該事項にアクセス可能であったこと(パスワードがかけられている場合や、有料サイトであっても差別なくこれらを入手等できるものであれば該当する)とされている⁽²²⁾。またウェブページ等に掲載されている事項の改変の疑義があるか否かについては、公的機関(省庁等)や国際機関のように当該ウェブページの掲載主体の信頼性に基づいて判断をするとなっている⁽²³⁾。

このように、特許庁の審査においては、公然性については、ウェブページの掲載時間を一応の根拠とし、これが明確でない時には、問い合わせをするなどの個別の確認を行うことで立証を行っている。また内容の真実性については、そのウェブの運営主体の信頼性に基づいて判断を行う運用が行われている。

令和2年特許・実用新案審査ハンドブックの改定により、平成30年(行ケ)10178号 特許取消決定取消請求事件を受けて、ウェイバック・マシンでウェブページ等を検索した場合に表示されるURLのうち数字部分の記載から、ウェブページ等が電気通信回線を通じて公衆に利用可能となった日時(URL『https://web.archive.org/web/20130427103728/…/』のうち『20130427103728』の記載が示す協定世界時2013年(平成25年)4月27日10時37分28秒から時差を考慮して日本標準時同日19時37分28秒)を認定したことを受けて非営利団体インターネットアーカイ

ブのウェイバック・マシンに保存されているウェブページ等を引用する場合の記載例が追加されている。

(2) 欧州の審査ハンドブックにおける取り扱い

「7.5.4 日付のない又は信頼できない日付の開示」において、「(a) インターネットアーカイブサービスから入手可能なウェブページに関する情報。このサービスとして最も有名なものは、いわゆる「ウェイバック・マシン」によるインターネットアーカイブ(www.archive.org)である。インターネットアーカイブが不完全だからといって、それが保管するデータの信頼性は損なわれない。またウェブサイトでは、(Espacenet又はIEEEなどの評判の高い情報源であっても)通常は提供情報の精度についての法的免責が適用されており、こうした免責は、ウェブサイトの実際の精度の評判を悪くするものと捉えられるべきではない。」とされている。

(3) 審査とウェイバック・マシンによる証拠のまとめ

上述のように、特許庁の審査においては、日本でもまた欧州においてもウェイバック・マシンの存在がインターネット公知の有力な証拠となってきたことが伺える。これは多数の出願の新規性判断を行い、審査処理をすすめる上では、ある程度ウェイバック・マシンに保存された証拠を活用することが合理的であるためと想像される。

しかし、ウェイバック・マシンはその保持しているデータ等の完全性に保証がされていないため、個別の裁判でこれがどのように判断されるかが問題となる。このウェイバック・マシンに関する証拠の取扱いについては、次の裁判所における取り扱いで検討を行う。

3. インターネット公知に関する裁判例

(1) インターネットのブログに関する事例

日本語かな表記法及び装置事件(平成25年(行ケ)第10223号)⁽²⁴⁾

ウェブページ上の書き込みなどに基づいて公知性が争われた事件で、「ヤフーブログ」や「Livedoor Blog」及び「教えて W a t c h」という各サイトに掲載されているものである。これらのサイトは、いずれも著名なブログサイトやQ & Aサイト(質問サイト)であって、各記事に付与された日時(タイムスタンプ)は、記事の書き込みを行ったユーザーが任意に付与するものでは

(21) 特許庁審査基準 第三部第2章第3節3.1.2(1)

(22) 特許庁審査ハンドブック第三部第2章新規性・進歩性 3209

(23) 前掲註17 審査ハンドブック 3210

(24) 知高判平成 26.03.24 判決(裁判所ウェブサイト)

なく、これらのサイトが自動的に付与するものであると認められる。また、ブログの本文に続くコメントや、質問に対する回答という、一連のやり取りの日時(タイムスタンプ)についても、証拠上疑義を生じさせるような特段の事情は認められない。」として、証拠として採用している。

(2) ウェイバック・マシンに関する判例

商標不使用取消に関する審決取消訴訟についてであるが、平成 18 年(行ケ)10358 号審決取消請求事件⁽²⁵⁾では、原告が提出したウェイバック・マシンに保存されたウェブサイトについて、利用規約に記録内容の正確性について保証しないこと、現に、ウェイバック・マシンに記録されている日経新聞のウェブサイトの内容について、真実と異なる内容が表示されている例が存在することから、ウェイバック・マシンに保存されたデータの使用証拠として採用しなかった例である。

また、ウェイバック・マシンに記録された Web ページを証拠として利用したが、そのウェブページが出願後に公開されたウェブページであるため、そのウェブページ記載された出願日以前に発売された製品の証拠とはならないとした事例として、平成 28 年(行ケ)第 10092 号スキンケア用化粧料事件⁽²⁶⁾がある。この事件自体はウェイバック・マシン自体の証拠性については議論されておらず、その証明しようとするウェブページに記載された内容に関するものであり、直接ウェイバック・マシンの公知性の証明に関する事案ではない。

また、ウェイバックマシンに保存されたウェブページの URL の末尾の数字が保存した当時の日時を表していると認定した事案として平成 30 年(行ケ)10178 号「ゲームプログラム、ゲーム処理方法」事件⁽²⁷⁾がある。この事件においては、ウェイバック・マシンの運営主体の信頼性だけでなく、ウェブページ中の「日本経済新聞平成 31 年 1 月 18 日(金)」の表示内容との間に矛盾がないことの検証を行ったうえで、ウェイバックマシンに保存されたウェブページの URL の末尾の数字をもって UTC (「協定世界時」)と認定して事案である。

この判決以降、前述の特許庁の審査基準においても、ウェイバック・マシンの URL の日付を公知日として

認定可能であることが明記されている。そして、審決においても同様にウェイバック・マシンの URL の日付をもって公知日として認定する審決が多く出されている⁽²⁸⁾。

この点、上述の「ゲームプログラム、ゲーム処理方法」事件では、単純にウェイバック・マシンの URL の末尾の数字をもって公知日と認定しているわけではなく、そのウェブページの内容について、別の証拠(日経新聞に記載された株価が一致したこと)もとって検証したうえで認定しているのであって、URL の記載をもって直ちに公知を認定しているものではない点に注意が必要である。特に最近の特許庁審判の審決・決定を見ると、異議申し立ての証拠としてウェブサイトとウェイバック・マシンの証拠が併せて使用されるケースが多くみられるが、これらについては審判官が職権で調査した証拠ではなく、第三者から提供された証拠であることから、より慎重に他の証拠とともに検証することが必要なのではないかと考えられる。

4. 米国におけるウェブアーカイブの取り扱い

米国におけるインターネットアーカイブに関連する特許判決としては、Valve Corporation v. Ironburg Inventions Ltd. がある。この Valve 社のケースでは、Ironburg 社のビデオゲームコントローラ特許の一部の請求項が無効であり、他の請求項は無効ではないという IPR (Inter partes review) の判断がされ、これに対する両当事者が控訴して裁判に関するものである。その中で Valve 社の主要な先行技術文献の 1 つは、“Xbox 360 コントローラのオンラインレビュー記事”であり、Ironburg 社は、Valve 社が提出したオンラインレビューの記事は適切な認証プロセスを踏んだものではないと主張した。これに対して、裁判所は、Wayback Machine のキャプチャを多くの連邦地裁の judicial notice (司法通知) に倣い Valve を支持したケースがある。ただ、これによりウェイバック・マシン自体の証拠としての地位が確立されたわけではなく、特許の判例ではないがウェイバック・マシンの利用規約が正確性の保証をしていないためにこれを否定する判例 (Weinhoffer 対 Davie Shoring) などもある状況である。

(25) 知高判平成 19.03.26 判決(裁判所ウェブサイト)

(26) 知高判平成 29.10.25 判決(裁判所ウェブサイト)

(27) 知高判令和元 .10.24 判決(裁判所ウェブサイト)

(28) これ以降ウェイバックマシンの URL の末尾をもって公知日として認定している審決としては、異議 2023-700568 号、異議 2021-701252 号、異議 2023-700363 号、異議 2021-701260 号、不服 2021-10797 号、不服 2021-2426 号、不服 2019-3697 号などがある。

5. 小括

現状、インターネット公知について、特許庁審査基準等を見ると Web サイトの公開主体の信用性に依存しているところが大きく、それ以外の個人的なブログなどによる公知については、個々の事案に応じた判断がなされているようである。これは、審査においては行政手続き上、多数の出願案件を適切かつ画一的に処理するためには限界があり、個々の刊行物について厳密な検証を求めることは困難が予想されるため、現状に即した妥当な取扱いといえる。その意味では、インターネット公知の証拠に関する詳細な検証については、その後の異議申し立てや無効審判などにより詳細に行われることが期待されるといえる。

一方、前述した「ゲームプログラム、ゲーム処理方法」事件の判決が出て以来、この結論をもって審決でも同様にこのウェイバック・マシンの URL の数字を持って公知日を認定することが多く行われて特許庁の審決、決定がされているようであるが、上記事件の判決では、単純にウェイバック・マシンの URL の末尾の数字をもって公知日と認定しているわけではなく、そのウェブページの内容について、別の証拠(日経新聞に記載された株価が一致したこと)もとって検証したうえで認定しているのものであって、URL の記載をもって直ちに公知を認定しているものではない点に注意が必要である。審判においては、職権主義が採用され、審判官による証拠調べも可能となっていることから、当事者から提出された証拠についてはより慎重に検証する必要があるように思われる。特に、ウェイバック・マシンでは、米国の判例などでも指摘されているが、そのデータの取得日全部が全く同じではないものなどが含まれる可能性があり、実際の内容と齟齬が生じるケースも考えられる。そのため、慎重な証拠調べに基づいた認定がより必要となっていると思われる。

Ⅲ. インターネット公知と新規性の趣旨

上述のように、インターネット公知における立証の中心は、ウェイバック・マシンとなっており、ウェイバック・マシンの利用については、日本及び欧米など

においてもある程度の地位を得てきていることが伺える。あと残された問題としては、ウェイバック・マシンではアーカイブされていないような、一時的に公開され取り下げられたウェブページなどについても、同様にインターネット公知として取り扱ってよいかである。また、前述したように 1 号では現実には知られていることが必要とされ、3 号の文献公知又はインターネット公知は「知られる状態で足りるとされている点について、新規性自体の特許要件としての意義を歴史的な経緯なども含めて再度検討したうえで考察する。

1. 新規性の特許要件としての意義

新規性の特許要件としての意義としては、特許法が新規性喪失自由を定めた趣旨は、既に公開された発明に新たに特許権を付与してインセンティブを与えても産業の発達に資することがなく、かえって技術の発展を阻害するからと説明される⁽²⁹⁾。そして、最近ではこのような公開されても技術の豊富化に寄与しない発明にはインセンティブは不要であるという消極的な方向からの趣旨だけではなく、新規要件についてパブリック・ドメイン保護という積極的な意義を強調する考えが主張されている⁽³⁰⁾。この立場からは、「特許発明が出願される前から公に利用可能となっている発明について、後から排他権が発生しその行使が認められてしまえば、それを利用していた事業者は、いつ何時排他権によって事業が中断させられるか分からず大きなリスクを背負うことになって、おいそれと事業活動を行うことができなくなる(萎縮効果)。これでは、特許法の目的たる産業の振興などままならない。したがって新規性要件は、PD を利用して事業活動を行っている者を特許権から保護することで産業の発達を図るという、積極的な意味を持った要件であると理解されなければならない。」とされている⁽³¹⁾。

これらを踏まえて、本稿ではその特許制度発展において、この制度の中で新規性が担ってきたその役割と社会的な意義から再考する。

2. 新規性に関する歴史的考察

近代の特許法としては、11 世紀から地中海貿易で栄えたヴェネチア共和国においてはじまったといわれ

(29) 前掲註 2「新・注解特許法(上巻)」256 頁

(30) 吉田広志「パブリック・ドメイン保護の観点から新規性と先使用権の再構成—用途発明・パラメーター発明を題材に」別冊パテント 22 号(2019 年)59 頁及び、吉田広志「パブリック・ドメイン保護要件としての新規性/進歩性の再構成」知的財産法政策学研究 Vol61(2021 年)71 頁以下など。

(31) 前掲註 29 吉田広志「パブリック・ドメイン保護の観点から新規性と先使用権の再構成—用途発明・パラメーター発明を題材に」別冊パテント 22 号(2019 年)59 頁

ているが、このヴェネチアでの特許制度は、技術に習熟した職人を国外から招き入れるための制度として発展している。成文法としての特許法では、1474年のヴェネチア特許法では、新規にして独創的な機械を作り上げた者に対して10年間の特許が与えられるが、発明者がその発明を実施しない場合は、政府の権限と判断に基づき発明に関わる機械・装置の需要に対してそれを利用することができるとされていた⁽³²⁾。このヴェネチアの特許制度自体は、輸入特許を前提としており、このここでいう「新規」も他の国において知られていても、いまだヴェネチアにおいて新規であればよいとされていた。このような輸入特許においては、新規性も審査されていたようであるが、最も重要なのは有用性であり、国内にとって有用な発明に特許が付与されていた。このような輸入特許制度では新規性は、国内でのみ新規であればよいということになり、客観的に新規か否かよりも国内の産業にとって有用であるか否かが重要な指標となる。なお、このヴェネチアの特許制度が、その後欧州に広まり、絶対王政の下、国王(領主)による特権の付与としての特許制度につながっていくこととなる。

中世イギリスにおける特許制度は、当初ギルドの例外としての新技術の独占をすることから始まっている。16世紀にフランスにおけるカソリックとプロテスタントの宗教対立から、宗教的な迫害を受けた職人がイギリスに移住するようになった。そこで、既存のギルドの例外としての営業特権として特許が発展していた。やがて17世紀に入るところには、この特許権が乱発される事態が発生し、石鹼、塩、ガラス、ナイフ、でんぶん、鉄、紙やトランプ等にまで特許権が付与される事態に至った⁽³³⁾。このうちトランプに独占的な特許権が付与されたことを争って裁判において、英国コモン・ローに反するとして特許は無効とされた。この判決により、特許はすでに存在している事業について付与されるべきものではないこと、発明は英国内で新規であるか否かを問われること、また特許は期限があること等が明確にされた⁽³⁴⁾。このような特許制度の濫用を防ぐために、英国議会は、1624年に専売条例(Statute of Monopolies)が制定され、この第6条に新

規な製造物(manner of new manufacture)についてのみ、例外的に14年間の期限付きで専売権が付与されることが規定されている。この専売条例は、国王の権限濫用を防止するために規定されており、新規性の要件は、本来国王などの国家権力から自由な実施を確保する役割を持っていたといえる。

一方、この専売条例は、発明の内容を文書にして公開し、その公開された文書を多くの技術者＝職人が読むことにより発明を理解し、利用するという制度ではなかった。そもそも職人は文書を読み、技術を理解するということがなく、直接、その発明を利用する技術を習熟した職人を養成することを前提に特許権の期間を14年間(職人1人の要請に7年を要することを念頭に2代の要請に必要な期間)と定めている⁽³⁵⁾。このことから、特許制度は、単に独占権を付与するという制度ではなく、特許に関する技術を将来に向けて、利用可能な形で残すという役割があるといえる。知識は連鎖するものであり、連鎖しつつ、それまでの知識に新たな知識が積み重なり、さらなる知識となっていくとは、12世紀のシャルトルのベルナルの言葉「われわれは巨人の方に立つ小人のようなものである。それ故われらは彼らより多くのもの、また遠くのものを見る」⁽³⁶⁾ことができるというように、知識は連鎖していく性質を有しているといえる。このことから、新規性についてもこの知識の連鎖をされるように、公知・公用については現に知られていることが必要とされ、文献公知については、文献という形で知識が残ることから知られる可能性があれば足りるとされているといえる。

そして、その後、この新規性をどの範囲で認めるかということは、歴史的にも産業政策上大きな意味を持ってきた。例えば、イギリス特許法は、1977年改正までは新規性について自国でのみ新規ならば、外国で新規でなくとも権利を与える法制をとっていた。そのためフランダースのステングラスの技術はそこでは保護されなかったが、イギリスでは特許された。またベッセマーの溶鉱炉、平炉の技術は、ドイツでは保護されなかったが、自国内のみの公知をしていたイギリスでは特許が認められ、イギリスの産業革命に貢献

(32) 石井正「歴史の中の特許 発明への褒章・所有権・賠償請求権」(晃洋書房、初版、2009年)10頁

(33) 前掲註32石井 30頁以下に英国においてトランプカードに独占権付の特許権が付与されることが争われた事件(ダーシー対アリン事件)が紹介されている。

(34) 清瀬一郎「発明特許制度ノ起源及発達」学術選書(1970年)

(35) 前掲註32石井 42頁

(36) 前掲註32石井 219頁の脚注に、このベルナルの言葉はマート(Merton,R,K)が述べているとして、名和小太郎「学術情報と知的財産権」東京大学出版 2002年からの引用とされている。

したといわれている⁽³⁷⁾。

一方、フランスでは、フランス革命以前の重商主義政策の下、新規に生み出された発明は実際に稼働すること、フランス産業の発展にどれだけ寄与するかという観点から特許が付与されていた。これはヴェネチアにおける特許の評価に通じるところがあるが、フランスの制度の最大の特徴は発明の利益を国家が享受し、国家は責任を持って補償を行うという点である。

このような観点からは、特許が認められるためには、フランスの国内産業にとって新しく、有益か否かが重要視され、新規であるか否かよりも有用性が重視されている。

1970 年におけるフランスの「有用な発見及び創作者に関わる所有権を確保するための法律」では「各産業における発見あるいは新規な発明はその創作者の財産である。このため法は以下に定めるように、創作者がすべてにして完全にそれを享受できるよう保障する。」として、発明者の人権のうちの財産権として保証するとともに、フランス伝統の産業政策的な発明の保護が色濃く出されている。そのためフランスでは、「新規性」の要件は財産権に該当するか否かを判断する指標として機能する一面がある。一方、新規な発明をした者だけでなく、外国から新技術導入者にも発明者と同様な保護が与えられていることから、輸入特許としての面もあったと言える。これまでの重商主義の国家として有益な発明の保護と、人権思想に基づく発明の保護という 2 つの面を新規性の要件が持つようになっているところに特徴があるといえる。

ドイツでは宗教的対立などに端を発した 17 世紀の 30 年戦争の結果、国内が疲弊し、ドイツの産業をイギリスに比べて 100 年遅らせたといわれている。この後進国であるという認識から、18 世紀からドイツではマニュファクチュアの育成などが行われ、1815 年に特許法「特許付与に関する布告(Publikenden)」が制定された⁽³⁸⁾。ここではプロイセンにはじめて導入された技術について輸入特許が認められている。また審査において発明の新規性を審査することが定められている。当初の審査では、イギリスの繊維機械技術を導入し、国内で利用するためには特許はむしろこれを阻害するものであると認識され、この新規性の審査は厳し

く、特許件数は限られたものとなった。しかし、その後、米国の発展に感化されたドイツでは、1877 年にドイツ統一特許法が制定された。このドイツ統一特許法は、フランス的な自然法的な財産権説はとらず、産業政策説に基づいたものであり、公告制度を採用するなどが行われた⁽³⁹⁾。

IV. 検討

1. インターネット公知と新規性

上述のように特許の新規性については、中世ヴェネチアの時代から現在に至るまで特許となるためには必要な条件となっていた。しかし、その意味は時代により変化していることがうかがえる。つまり、新規性といっても、技術が未発達な時期においては、日本だけでなく、海外においても輸入特許に代表されるように、「新規」とは国内を基準として判断されていた。これは特許制度自体が、その国における技術の豊富化による産業の発達を図るための制度であり、新規性もその意味では国内のみを対象とすることで、その役割を果たしていたことがうかがえる。

一方、近世のイギリスにおける 1624 年に専売条例では、「新規性」が国による特許の濫発から、パブリック・ドメインとなった技術に対する国民の自由を守るための要件として機能している。これは、現在でのパブリック・ドメインの積極的な保護という特許制度の一面であるといえる。

さらに、特許制度は、強制実施権制度にみられるように、技術を国内で実際可能とし、発明を利用することで産業の発達を図るという特許制度の宿命ともいえるものが歴史的にもある。これは、技術は単に権利を付与して保護するだけではその国の産業を発達させることにはならず、必ずその技術が国内で実施され、ないしは文献的に利用されることで初めて特許制度の所期の目的を達成し得るもの出ることからもわかる。このような観点から「新規性」という要件をみると、既に公知となった技術や公然実施された技術は、現に実施している技術として存在しなければ、第三者がこれにアクセスし、この技術を利用できないという意味で、

(37) 紋谷暢男 江口順一「GATT ウルグアイ・ラウンドと発展途上国(1) —TRIP 協定を中心として—」国際経済法学会第 3 号(1994 年)80 頁

(38) 本木富夫「近代ドイツの特許と企業活動 鉄鋼・電機・ビール経営史研究」(泉文堂 2002 年)

(39) 前掲註 37 紋谷暢男 江口順一 81 頁には、ドイツ統一特許法がアメリカの審査主義とイギリスの公告制度取り入れ、世界で一番厳格な公告主義を採用したことで、各国の発明者がこぞドイツに出願し、ドイツ国民が一番新しい技術を自国の言語で読むことができる恩典にあずかることができた旨指摘されている。

「現に」知られ又は実施されている必要があるといえるのではないと思われる。

また、刊行物公知については、刊行物として存在していることにより、第三者はこれにアクセスし、これを利用できる状況を担保できる。そのため、刊行物が存在する以上、アクセスできる可能性があるため、現に刊行物を見たという証明までは必要とはされないといえる。つまり、刊行物であればそれが存在した、第三者に利用可能な状態に置かれれば、新規性喪失と扱ってよいというのは、そのためと思われる。

このような観点からすると、インターネット公知についても、やはり第三者からアクセスできる状態にあり、利用可能な状態が担保されていなければ新規性喪失とは言えないのではないと思われる。つまり、インターネット上でほんの僅かだけ公表されただけでは、第三者がこれにアクセスし、利用する機会が失われるため、刊行物と同等にウェブページの内容がアクセス可能な状態である程度存在していることが必要であると思われる。

ただ、インターネットの特性上から、削除されてしまえば該当しなくなるというわけではなく、相当な期間これが第三者にアクセス可能な形で存在していたことが必要であり、当該ウェブページの原本となるデータの存在などを合わせて証明するなどのことは必要ではないと思われる。

2. 今後の課題

(1) AI とインターネット公知

インターネット公知の今後の問題としては、ディープフェイクなどに代表される、AI によるデータの偽造、変造にどう対応するかという点も今後議論されるべきと思われる。発明が特許として保護されるには、AI が主体的に創作したものは現状保護されなかった裁判例⁽⁴⁰⁾がある。これは日本に限ったことでなく、海外でも同様な判例は見られる。

一方、AI のより創作された発明が、インターネット上に公開された場合、これらがすべて 29 条 1 項 3 号に該当するののかという点も議論はされていないが問題となり得るのではないと思われる。これを AI の「悪用」というのか「活用」というのかは別として、これに関する特許法の規定はない。特許の取得については、特許法 36 条に「発明者の氏名」とあり、自然人だけを対象としていることは規定されているが、特許法 29

条 1 項には特にその旨の規定がない。そのため、ここの「発明」は、特許法 2 条 1 項の発明を示すと考えられるため、自然法則を利用した技術的思想の創作に該当すれば、自然人が創作したものであろうと、だれが分からない人がそう創作したものであろうとも、また AI が創作したものであろうともこれは先行技術に該当してしまうこととなる。

また、先行技術として引用されたインターネット上のデータが、出願後 AI により改ざんされた内容を含むというケースも想定される。日本ではあまり考えられないことではあるが、特許を無効にしようとする第三者が意図的にデータを改ざんするケースなども考えられる。これは AI に限ったことではないか、AI が発達するにつれて、よりデータの改ざんが容易になっているといえる。

インターネット公知とは少しずつてくる内容かもしれないが、このようなことに対応するためにも、インターネット上のデータについて、その原本データとの照合を行うなどの今後の検討が必要と思われる。

V. 最後に

実務家として、日本ではウェブページなどの証拠について、紙で印刷した証拠がそのまま利用され、それにより疑義なく裁判が進行することが多いと思われる。確かに、訴訟法上、ウェブページを特定する場合、そのまま提出ができないため、これを書証として提出するため必要であるが、これまではウェブ上の証拠が紙に変換される過程で等で、それが改ざんされたりすることは多分稀であり、問題なく運用されてきたものと思われる。

また、特許法だけでなく、意匠法においては、令和 5 年改正により新規性喪失の例外適用の手続き的緩和が行われるなど、インターネット上だけではなく、新規性喪失の証明については緩和をする方向が示されている。

一方、海外を見れば、米国では eDiscovery の下、電子的な証拠も提出され、フォレンジック (Forensic) などの技術を用いて検証がされるなど、厳しい電子証拠の取り扱いがされている。また中国などでも電子証拠の取り扱いについては、司法解釈が示され、その証拠取得のプロセスなどについても厳しく定められてい

(40) 令和 5 年(行ウ)第 5001 号 東地判令和 06.05.16(裁判所ウェブサイト)

る。

このような現状から、日本国内においては、これまでのように性善説に立った日本の実務が行われることは、国内だけみれば問題はないが、海外においては必ずしもこれがスタンダードということできないと思われる。これは、日本の企業が電子的証拠の取り扱いについて、日本の実務をスタンダードとしていたのでは、海外での競争に打ち勝つことはできなくなってしまうおそれがある。また日本国内では公知性の証拠として利用できも、海外では証拠性を否定される可能性もあり、このことが企業活動にとっても障害となり得るのではないかと懸念される。このようなことが起こらぬよう、インターネット上の証拠の取扱いにも関心が高まることが期待される。

以上

中国における「商業信用毀損」行為の司法認定

劉 斌斌^(*)

商業信用毀損行為に対しては、「簡明」な立法方法で中国不正競争防止法 11 条によって規制されるが、商業信用毀損行為の司法認定過程において、競争関係の必要性、名誉権侵害との区別など、重要な問題が多く存在する。これらの問題は司法機関の間で合意が得られていないだけでなく、学術界においても多くの議論が交わされている現状が有るということを踏まえ、本稿は代表的な判例・裁判例を通して、中国不正競争防止法における「商業信用毀損」行為の認定に関する議論や要点などを検討し、裁判例における構成要件を分析しつつ商業信用毀損行為の司法認定について考察を行う。中国知財分野と関連する学術研究や実務の関係者、または関連企業が、「問題」を発見し解決する材料の一助になれば幸いである。

目次

- I はじめに
- II 中国における「商業信用毀損」に対する認識
 - 1. 商業信用毀損行為
 - 2. 問題の提出
 - 3. 構成要件
- III 商業信用毀損行為の主体要件
 - 1. 経営者
 - 2. 特定競争者
 - 3. 競争関係
- IV 観念要件：行為主体の主観的な故意・過失について
- V 行為要件：虚偽情報または誤導性情報の作成、波及する行為
 - 1. 行為目的の面：競争を目的とした評価は商業信用毀損を構成しやすい
 - 2. 言論表現の面：他者を貶める言論は商業信用毀損を構成しやすい
 - 3. 誤導性情報の面：内容、方式、影響面などから総合的に認定する
- VI 結果要件：競争相手の商業的信用、商品の名誉を損うこと
 - 1. 商業信用毀損による損害結果の推定：実際の損失よりも侵害行為を強調
 - 2. 名誉権侵害行為との区別
 - 3. 虚偽宣伝との交錯
 - 4. “知的財産権利侵害の警告”行為との関係
- VII おわりに

I はじめに

中国では、通信技術とメディアの進歩・発展に伴い、ウェイチャットモーメンツ、ウェイチャット公式アカウント、微博(ウェイボー)、抖音(TikTok)、小紅書(RED)、快手(クアイショウ)等のプラットフォームを通じて、捏造、虚偽事実の散布などの不正な行為により、競争相手の商業信用、商品名誉を誹謗、貶める所謂商業誹謗、信用毀損(きそん)行為に関わる事件が多発している⁽¹⁾。

市場活動において、市場主体としての法人若しくは個人は、競争の権利と言論の自由を有しているが、その論評や批判等は真実で客観的でなければならない。そうでなければ、根拠がなく正当な限界を超える言論や論評をした場合には、商業誹謗の不法行為を構成する可能性があり、民事的な責任を負わなければならないことも生じ得る。

中国の現行不正競争防止法における商業信用毀損に関わる条項は、わずか数文字の簡易な一文で表現されており、具体的な該当行為の羅列もなければ、他の細分化できる司法解釈や規範ガイドラインもない。このような「簡明」な立法方法では、実務上に生じた困惑に対応できていないことは、経営者や競争関係者間にも不正競争紛争をめぐる「商業信用毀損行為」の認定時において、相違がある裁判手法やルールが裁判判例の中に見出される大きな要因であると考えられる。

近年、中国の国内外の情勢は絶えず変化し、それぞれの製品市場も変化している。商業取引に参加するプ

(*) 日本大学法学部教授

(1) 商業誹謗、信用毀損行為にまつわる訴訟事件において、ウェイチャットモーメンツ、ウェイチャット公式アカウント、微博(ウェイボー)、抖音(TikTok)、小紅書(RED)、快手(クアイショウ)等のプラットフォームを利用した件数、電子商取引プラットフォームを利用した件数はそれぞれ 58% と 38% に達している。杭州互聯網法院課題組「侵害企業商誉案件的司法大数据分析報告」、人民司法、2022(1)、59—63 頁。

レーヤーの優位性も劇的に変化し、各当事者間で法的リスクが発生する可能性やリスクの様相も様変わりしている。知的財産権侵害事案が増加している中、グローバル企業は中国における知的財産権侵害の主張が難しい場合でも、虚偽宣伝や信用毀損を根拠に、不競法違反を主張するケースが頻発している。このような背景を踏まえ、本稿は、代表的な判例・裁判例を通して、中国不正競争防止法における「商業信用毀損」行為の認定に関する議論や要点などを検討し、裁判例における構成要件を分析しながら商業信用毀損行為の司法認定について考察を行う。

Ⅱ 中国における「商業信用毀損」に対する認識

1. 商業信用毀損行為

日本法の下における信用毀損と同様に、中国不正競争防止法における「信用毀損」行為とは、市場において競争関係にある者が、他の営業者の営業上の信用を虚偽の事実を挙げて攻撃することで、自らの競争条件を有利にしようとする行為は、典型的な不正競争行為とされ、不競法は不正競争の一類型として定められている。

中国において、商業的信用毀損行為とは、経営者が自分自身や他者を利用し、虚偽の事実や誤った情報を捏造・散布するなどの不正な手段を通じて、競争相手の商業的信用や商品信用を悪意を持って誹謗し、貶め、その市場競争力を弱め、自己のために不当な利益を図る行為を指す。経営者が商業的信用毀損行為を行う目的としては、通常、誹謗行為を通じて他者の名誉を傷つけ、競争力を低下させ、それによって直接的または間接的に自らの市場優位性を高めることに他ならない。商業的信用毀損行為に対する立法の目的は、経営者が不当な評価を通じて他者の名誉を傷つける行為を規制することであり、不正競争防止法第11条⁽²⁾は、経営者が虚偽の情報または誤導性のある情報を捏造、波及させ、競争相手の商業的信用や商品の評判を損なってはならないと定めている。この11条の文言から見れば、「商業信用毀損」条項における主体要件は実施主体

と実施対象を含んでいる。すなわち、実施主体は他の“経営者”であり、実施対象は“競争相手”である。

2. 問題の提出

1992年に、中国は市場経済体制の改革目標を設定し、1993年には、それに伴い不正競争防止法を公布・施行した。同法14条は、商業信用毀損行為を禁止することを明らかにした。その後、2017年及び2019年に改正された同法では、経営者が競争相手の商業的名声や名誉を傷つける虚偽情報または誤導性のある情報を捏造、波及させることの規制が明確にされ、商業信用毀損の定義がさらに拡大された。1993年の不競法第14条から2019年の不競法第11条まで、主体的要件である「経営者」と「競争相手」という表現は変わっておらず、比較的安定した適切な記述が形成されているように見える。しかし、実はこの商業信用毀損に対するわずかな規定の中に、隠されている考えるべき問題がたくさんある。主に以下の点が議論される。①大量の司法事件が増加する中で、新たな違法主体や要求が登場しており、それを「経営者」と「競争相手」の視点から解釈することは適切かそうでないかという疑問が残る⁽³⁾。主体要件についての表現方法の変更もしくは主体要件を削除するという意見は、不正競争防止法の趣旨に合致するか否かの問題②「経営者」と「競争相手」という文言からは、商業信用毀損行為の認定において「競争が必要」という条件を前提としており、この競争関係の存在が司法実践においても制約を与えているため、「競争相手」の解釈が拡大されざるを得ない点について、その合理性の問題③不正競争防止法第2条3項では、「経営者」を商品生産やサービス提供に関わる自然人や法人、非法人組織として定義しているため、「経営者」と「競争相手」は相対的な概念であり、経営者の範囲には自然人や法人、非法人組織が含まれると解釈できる。したがって、「競争相手」も同様にこのように考慮すべきであろうか。もしこのように解釈すれば、理論的には、自然人同士の「商業誹謗・毀損」行為が発生することがあり得る。そのため、これは民法上の名誉権侵害とどのように区別するかの等の問題が挙げられる。

3. 構成要件

中国の現行法律による商業信用毀損に対する規制は、

(2) 中華人民共和国反不正当竞争法 11 条：事業者は虚偽情報又は誤導的情報を捏造、流布し、競争相手の名誉或いは商品信用を侵害してはならない。

(3) 張曉晴「類型化視覚下商業誹毀主体要件の拡張」、吉林工商学院学报、2020(5) Vol36, No. 5, 101 - 106 頁。

主に競争防止法(2019年改正)⁽⁴⁾第11条「経営者は虚偽情報または誤導性情報を捏造、波及し、競争相手の商業信用、商品の評判を損なってはならない」および『最高人民法院による「中華人民共和国反不正当竞争法」の適用における若干問題に関する解釈」(2022年)⁽⁵⁾第19条⁽⁶⁾、第20条⁽⁷⁾に見られる。現行の法律規定は、商業信用毀損の概念に明確な定義がなく、原則的で概括的な規定に属し、商業信用毀損行為の具体的な表現形式についても列挙していない。また、国家市場監督管理総局は、オンライン新業態における商業信用毀損に関する規制を適応させるため、2024年9月1日に施行される「インターネット上の不正競争防止に関する暫定規定」⁽⁸⁾を公布した。この規定の第11条⁽⁹⁾では、商業信用毀損行為の具体的な表現形式を細分化し、詳細に列挙している。

法と司法裁判を結びつける通説⁽¹⁰⁾によれば、「商業信用毀損行為」の構成要件は4つの主要な要件から成り立っている。まず、主体要件として、実施主体と被侵害主体は経営者であり、両者は競争関係にあることが要求される。次に客観的な行為の要件として、虚偽

の情報を作り出し、それを広め、誤った情報を誘導する行為が認定されなければならない。その後、主観的な状態要件では、行為者が競争相手の名誉を損なう意図を持っていることが求められ、最後に結果の要件として、競争相手の商業信用や商品の評判が損なわれることが必要とされる。

Ⅲ 商業信用毀損行為の主体要件

1. 経営者

不正競争防止法第11条では、経営者が虚偽または誤導性のある情報を作り出しそれを広めることで、競争相手の商業信用や商品名誉を損なうことを禁止している。さらに、同条は商業信用毀損行為の主体を経営者と競争相手に限定しており、その行為主体が競争関係にある経営者でなければならないと定めている。しかし同法第2条⁽¹¹⁾はその経営者に対して「行為基準」を設けていることにより、主体が誰であれ、商品生産や経営、サービス提供といった市場行為に関与する場

-
- (4) 「中華人民共和国反不正当竞争法」1993年9月2日第八届全国人民代表大会常务委员会第三次會議により可決。2017年11月4日、2019年4月23日、それぞれの第12回全国人民代表大会常務委員会第30次會議、第13回全国人民代表大会常務委員会第10次會議にて改正案を可決された。
- (5) 『最高人民法院關於適用「中華人民共和国反不正当竞争法」若干問題的解釋』2022年3月17日に最高人民法院より公布、2022年3月20日から施行。
- (6) 『中華人民共和国反不正当竞争法』の適用における若干問題に関する解釈19条：当事者は、事業者が反不正当竞争法第11条に定める商業中傷行為を実施した旨を主張する場合、当該商業中傷行為の特定損害対象であることを立証しなければならない。
- 本稿において、中国不正競争防止法や司法解釈等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・法規の訳を参考した。
<https://www.jetro.go.jp/world/asia/cn/ip/>
- (7) 『中華人民共和国反不正当竞争法』の適用における若干問題に関する解釈20条：事業者が他人の捏造した虚偽情報又は誤導的な情報を散布し、競争相手の商業信用、商品の評判を害した場合、人民法院は、反不正当竞争法第11条に従って認定を行わなければならない。
- (8) 『網絡反不正当竞争暫定規定』2024年5月6日、中国国家市場監督管理總局令第91号にて公布、2024年9月1日から施行。
- (9) 「インターネット上の不正競争防止に関する暫定規定」11条：事業者はインターネットを通じて虚偽又は誤解を招く情報を捏造、流布したり、以下のような競争相手の商業的評判又は商品の評判を侵害する又は侵害する恐れがある行為をしたりしてはならない。
- (一) 競合相手の商品に対して悪意を持って批評するよう、他者を組織したり指示したりすること。
- (二) インターネットを通じて虚偽又は誤解を招く情報を広めるよう、他者を利用したり、組織したり、指示したりすること。
- (三) インターネットを使用して、虚偽又は誤解を招く情報を含む「リスクアラート」、「顧客通知」、「警告書」、又は「告発状」を広めること。
- (四) その他の虚偽又は誤解を招く情報を捏造、流布し、競争相手の商業的評判又は商品の評判を侵害する行為。クライアント、アプレット及び公式アカウントの運営者、並びに投稿及びコメント・サービスを提供する組織又は個人は、故意に事業者と共同して前項の行為を行ってはならない。
- 本条でいう商業的評判とは、商業活動における事業者の信用と評判を指し、その事業者の信用状況、企業倫理、技術水準、経済力などに対する関連公衆の評価を含む。
- 本条でいう商品の評判とは、品質やブランドなどにおける商品の好感度や知名度を指す。
- (10) 龍俊「商業誹毀構成要件研究——兼評新《反不正当竞争法》第11条」、河北法学、2019(04)、130—144頁。
- 肖雪「商業誹毀の司法認定」、河北企業、2019(10)、147—148頁。
- 蔡偉「商業誹毀行為的法律分析」、人民司法(案例)、2018(11)、91—94頁。
- 費蘭芳「論基于真實事實的誹毀商譽行為」、電子知識產權、2016(08)、17—23頁。
- (11) 中国不正競争防止法第2条：事業者は、生産・経営活動において、自由意思、平等、公平、信義誠実の原則を遵守し、法律及び商業道德を遵守しなければならない。
- 本法において不正競争行為とは、事業者が生産・経営活動において、本法の規定に違反し、市場の競争秩序を攪乱し、その他の事業者又は消費者の合法的な權益を害する行為をいう。
- 本法において事業者とは、商品の生産、経営或いは勞務の提供(以下「商品」という場合は勞務を含む)に従事する自然人、法人及び非法人組織をいう。

合には、その者を経営者として認識すべきであるとしており⁽¹²⁾、実際に実施主体は、同業者⁽¹³⁾、非同業者⁽¹⁴⁾、非経営者⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾（経営資格ないもの）⁽¹⁷⁾などにも見出されているため、範囲を拡張する傾向が見られる。

司法実務において商業信用毀損行為の主体を認定する際、通常は経営者、そしてその管理者や従業員の二種類に分類される。しかし、後者の商業信用毀損行為についてはその実施者の認定が複雑であり、つまり法人や非法人組織のメンバーによる信用毀損行為が、不正競争の観点から経営者として認められるか否かは、具体的なケースごとに分析の必要がある。

競争相手に対する商業信用毀損行為が、経営者、管理者、従業員などの組織のメンバーによって行われる場合、これらの行為が職務行為なのか個人行為なのかを判断するために、そのメンバーの組織内での地位や職責、さらには行為の動機を考慮すべきであろう。一方で裁判所はこの問題に対して、異なる視点を持つことがある。一つの視点として、経営者のメンバーが個人メディアアカウントを通じて行った商業信用毀損行為は、職務行為に該当すると考えられる。これは雇用主責任論に基づいており、信用毀損行為の結果に対する責任はそのメンバーが所属する経営者が負うことになるが、同時にそのメンバー自身は経営者とは見なされないとされることがある。“重慶某建築公司及び某協会 VS. 個人 A 不正競争紛糾事件”⁽¹⁸⁾において、裁判所は、「従業員が職務の範囲内で行った行為が組織の名義である場合、その行為は組織行為と見なされ、その結果は組織が負担すると認定する。しかしこの原則は絶対的ではなく、自然人の身分や行為の多様性、組織との関係の複雑さなどの要素を考慮すべきである。そのため、行為を実施した自然人の身分、職責、行為の名義、組織の業務範囲、受益者、行為の性質などを

総合的に検討し、個人の行為、組織的な行為、共同行為の何れであるかを合理的に定義する必要がある」と判断された。これに対し、経営者のメンバーが競争相手の信用毀損をすることで経済的利益を得る場合があり、この行為は直接経営者のものではないものの、競争秩序に対して間接的に悪影響を及ぼしているため、不正競争防止法上の広義の競争者に基づいて、これらの行為を単独の権利侵害主体であると捉えるべきではないかというもう一つの観点が示されている。例として、“雷某 VS. 上海某貿易有限公司商業信用毀損紛糾事件”⁽¹⁹⁾では、裁判所は、「行為の実施主体が法人代表の妻であり、個人の SNS 上での誹謗行為は法人の意向に基づくものではなく職務行為ではない」としながらも、法人代表との特殊な関係や副社長としての役割、さらには誹謗された者をライバルと呼ぶなどの要素を考慮して、最終的にその行為を「経営者による商業信用毀損行為」と認定した。

以上の分析によれば、法的には商業信用毀損の行為主体は経営者に限定されており、自然人による経営者への評論や批判は商業信用毀損には該当しない。しかし実務においては、商業信用毀損の主体要件が拡張しており、現在では商業信用毀損の主体は経営者だけにとどまらない状況が見られる。他人の商品やサービスを不当に評価したり誹謗したりするために、ステルスマーケティング工作員を雇う、専門家の意見や親族の苦情を利用して競争相手を攻撃する、また経営者が従業員に、競争相手に関する誹謗情報を投稿させるよう指示する等の場合、商業誹謗行為を自らの名義で行わなくとも、経営者は利害関係者を利用して実施していることになる。この場合、個人は経営者の地位を持たないものの、裁判所によって適格な主体として認められる可能性がある⁽²⁰⁾。

(12) 最高人民法院(2019)最高法民申 5872 号民事裁定书。

この事件再審段階において、再審申立人の原審判決の主体認定錯誤請求に対し、最高裁は、申請者は品質鑑定機関として。合理的な注意義務を果たさず、客観的に消費者が不正確な評価を下すことを招き、被申立人の市場競争力を弱める行為に属し、正常な市場競争秩序を破壊し、商業信用毀損行為の主体に属すると判断した。

(13) 福建省高級人民法院(2017)閩民終 329 号民事判決書。

一審判決：福建省三明市中級人民法院(2016)閩 04 民初 45 号民事判決書。

(14) 湖北省高級人民法院(2016)鄂民終 106 号民事判決書。

この事件において、裁判所は、不正競争行為主体の範囲は、同業者間に限らず、経営者の競争優位性を明らかに破壊するのに幫助・役立つ場合には、この範囲に入れるべきだと判断した。

(15) 上海市浦東区人民法院(2010)浦民三(知)初字第 534 号民事判決書。

(16) 上海市第二中級人民法院(2014)滬二中民五(知)終字第 11 号民事判決書。

(17) 上海市第一中級人民法院(2011)滬一中民五(知)終字第 229 号民事判決書。

(18) 重慶第一中級人民法院(2019)渝 01 民終 1026 号民事判決書。

(19) 上海市第一中級人民法院(2011)滬一中民五(知)終字第 229 号民事判決書。

(20) 「涼山州春森物業管理有限公司与王亞莉商業誹謗糾紛案」四川省高級人民法院(2019)川知民 614 号民事判決書。

この事件において、裁判所は、王亞莉の夫(楊子波)の会社と涼山州春森物業管理有限公司との間に競争関係があると指摘した。王氏は経営者ではないが、楊氏の妻であり、両者の利益は一致し、共通の利害関係があり、涼山州春森物業管理有限公司と競争関係を構成し、共同で商業誹謗の主体になることができ、本件の適格被告であると示した。

2. 特定競争者

「中華人民共和国不正競争防止法の適用に関する最高人民法院の若干の問題の解釈」第19条の規定によると、当事者が経営者に対し、不正競争防止法第11条に規定された商業信用毀損行為を行ったと主張した場合、その商業信用毀損行為の特定損害対象であることを立証しなければならない。すなわち商業信用毀損行為に対して、特定の競争者を指さなければならない⁽²¹⁾。実務において、裁判所が信用毀損行為であるか否かを認定する際に特定化する方法は、直接特定化⁽²²⁾と間接特定化⁽²³⁾に分けられる。現在のネットワーク環境の下では、間接指向性の信用毀損行為の認定が、司法裁判の争点になることが多い⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾。直接特定化とは、毀損行為を行う際に毀損される主体を明確に指す氏名、すなわち特定の競争相手を名指して貶めることを指す。この方法は司法実務において判断しやすいため、大きな議論は生じないと考えられる。

一方、間接特定化とは、行為者が具体的な名称を直接示さずに⁽²⁶⁾、外観イメージ⁽²⁷⁾や商標、有名な公衆イメージなどを通じて、公衆が毀損対象を特定できる形態⁽²⁸⁾を指す。これにより対象の特定化⁽²⁹⁾が成立し、隠蔽性や広範性といった特性に依って、しばしば争議の焦点となる⁽³⁰⁾。例えば、「北京某科学技術有限公司と北京某電子製品有限公司の不正競争紛糾事件」⁽³¹⁾において、北京某電子製品有限公司が有名な「商務通」というハンドヘルドコンピューターを生産している中、北京某科学技術有限公司はその製品名を直に言及せずとも、自社製品「ビジネス通」を通じて競合他社を暗示的に貶める広告を展開した。この広告には「ネットもつながらない、商務はどうして通じるのか」という文言が用いられ、特に「商務」という字体が「商務通」と非

常に似ていることから、競争相手を意識した内容であることが明確であるために、裁判所はこの広告が不正競争に該当すると判断した。以上のような司法判例によれば裁判所は、商業信用毀損行為の実施が特定の対象に対する基準であるか否かを、一般消費者がその情報を受け取る範囲内で識別できるか否か⁽³²⁾に基づいて判断している。このため商業信用毀損行為が指す対象の明確さが、重要な要素となると考えられる。

3. 競争関係

「競争関係」の定義について、不正競争防止法及びその司法解釈においては、明確には規定されていないものの、不正競争防止法が市場競争秩序を乱す行為や営業者・消費者の合法的権益を損なう行為を規制することから、競争関係を狭く理解するのは適切ではないだろう⁽³³⁾。従って競争関係について、直接的な競争関係だけでなく、市場競争を妨げたり、消費者や社会公共利益を侵害する間接的な競争関係も調整の対象に含める必要がある⁽³⁴⁾。さらに、競争関係は不正競争を認定したり、不正競争訴訟の提起条件ではないという意見もある⁽³⁵⁾。

この問題は理論的には一致していないものの、個別の裁判において「競争関係がない」として商業信用毀損ではないと認定されるケースは殆ど見られていない。さらに一部の裁判所では依然として、具体的な競争関係を商業信用毀損行為の構成要件の一つとみなしているが⁽³⁶⁾、いずれも競合関係を拡張解釈し、「間接競争関係」概念を導入するなどの手段を用いて競争関係の存在を認定し、「競争関係を持たない」として、商業信用毀損が成立しないとする認定を回避するように見える⁽³⁷⁾。

直接競争関係の認定については、裁判所は通常、

(21) 上海市高級人民法院(2016)滬73民終108号民事判決書。

(22) 遼寧省高級人民法院(2018)遼民終813号民事判決書。

(23) 蕪湖經濟技術開發区人民法院(2018)皖0291民初2673号民事判決書。

(24) 江西省高級人民法院(2013)贛民三終字第12号民事判決書。

(25) 上海市高級人民法院(2015)滬高民三(知)終字第74号民事判決書。

(26) 江蘇省高級人民法院(2011)蘇知民終字第0112号民事判決書。

(27) 最高人民法院(2021)最高法民申6512号民事裁定書。

(28) 「上海百蘭王貿易發展有限公司与上海大鶴蛋品有限公司商業訴訟糾紛案」 最高人民法院(2009)民申字第508号民事裁定書。

この事件において、裁判所は、「商業信用毀損行為は、行為者が誹謗の具体的な対象名を直接明示しなければならないことを要求するものではない。すなわち、誹謗行為者が名指しすることを要求するものではないが、商業信用毀損行為が指す対象は識別可能であるべきである。」と示した。

(29) 最高人民法院(2016)最高法民申2190号裁定書。

(30) 上海市第一中級人民法院(2011)滬一中民五(知)終字第238号民事判決書。

(31) 北京市高級人民法院(2001)高知終字第53号民事判決書。

(32) 山東省高級人民法院(2021)魯民終38号民事判決書。

(33) 孔祥俊「反不正競争法新原理・分論」, 法律出版社(2019), 314頁。

(34) 「最高人民法院による第13回全国人民代表大会第3次会議第3386号提案の返事」を参照されたい。

(35) 最高人民法院副院長である陶凱元氏は、第四次全国法院知的財産裁判業務大会においての「講話」による(2018年7月9日付け)。

(36) 広東省広州市越秀区人民法院(2018)粵0104民初35705号民事判決書。

(37) 北京市知識産権法院(2020)京73民終2182号民事判決書。

「経営分野」,「消費者層」,「経営範囲」⁽³⁸⁾,「製品の性質」などの面から判断を下す。直接競争関係の認定は比較的簡単であるため、実際には直接競争関係の認定についてはあまり議論されない。しかし市場の進化に伴い、社会分業がより精緻化されてきたことにより、商品サービスの社会流通によって形成された業界や関連業界の競争関係は、外延的に拡大し続けている。そのため競争関係の認定は、従来のように同じ業界や分野、業態モデルの硬直した要素のみに限定されるのではなく、経営主体が具体的に実施する経営行為を考慮する必要があるつつ、間接的な競争関係を考慮に入れることが求められる。そして競合関係にある同業競合他社は、ビジネス上の言論に対して、より高く細密な注意義務を負うことが必要とされる⁽³⁹⁾。

“ソフトメディア公司与テンセント商業信用毀損紛糾事件”⁽⁴⁰⁾において、裁判所は、「競争関係を広義に捉えるべき」と指摘し、具体的には直接的な競争相手ではない場合でも、競争資源を巡る利益の衝突が存在する場合には、競争関係を認定すべきであるとした。また、ソフトメディア公司与テンセントは両社ともインターネットサービスに従事しており、消費者の注意力やインターネット通信量、広告の機会といった商業利益を巡って衝突があるため、「両者は競争関係にある」と示した。

要するに、実務における間接競争関係の理解には二つの点がある。一つは、一般的に、経営者が生産・販売する商品やサービスは異なり似ていないが、類似の機能を備え、相互に代替できるものであり、競争相手

を相互に構成する可能性もある。例えばテープレコーダー、CD プレーヤー、MP 3 プレーヤーなどの生産者と音楽携帯電話の生産者は、音楽再生ツールの競争相手になり得る⁽⁴¹⁾。二つに、特にセルフメディアや生放送などのインターネット経済が盛んに発展している時期には、市場主体が多分野の業務に従事する状況が常態化している。経営者の間には消費者の注意力や購買力などの商業利益を争う衝突があり、競争相手になる可能性もある。すなわち競争関係に対する要求は、同類または代替商品サービスを経営する競争相手が取引機会を争う行為にとどまらず、経営者が不正な手段で競争優位を得たり、他者の合法的権益を侵害したり、市場の競争秩序を乱す行為にまで及ぶため、これらの行為は規制されるべきである。最も注目されているのは、KOL、ブロガー、キャスターなどの影響力のある人物たちであり、彼らが発信する「評価」や「風評」、ビジネスプロモーションにおける発言が経営者の名誉を中傷し、不正競争に関する問題を引き起こす可能性がある。具体的には、波及者と中傷された経営者が異なる業界に属しているため直接的な競争関係はないものの、波及者が中傷を行った側の競争相手から依頼を受けたり、その中傷によって経済的利益を得たりすること⁽⁴²⁾で、公平な競争環境が破壊されている⁽⁴³⁾場合、彼らは「間接競争者」として認定される可能性がある。

(38) 「上海沐瞳科技有限公司与騰訊科技(成都)有限公司商業詆毀糾紛案」 上海市普陀区人民法院(2019)滬0107民初27713号民事判決書。この事件では、裁判所は、沐瞳公司、騰訊公司はいずれもオンラインゲームの開発と運営、インターネット技術などの業務に従事しており、同業他社、特に双方がそれぞれ開発、運営している携帯ゲームはインドネシア市場で発行されているため、直接競争関係にあると判断されている。

(39) 「黃驊市恒泰水產養殖有限公司与濰坊安景水產開發有限公司商業詆毀糾紛案」 広東省高級人民法院(2018)粵民終613号民事判決書。

(40) 山東省高級人民法院(2020)魯民終579号民事判決書。

(41) 「北京〇〇創科網絡技術有限公司与北京〇〇天下技術有限公司等不正當競爭糾紛案」 北京海淀区人民法院(2015)海知初字第12602号民事判決書。

この事件において、裁判所は、北京某創科ネットワーク技術有限公司が新浪微博を経営しており、ユーザーに創作、共有、検索情報を提供するソーシャルメディアプラットフォームであるが、北京某天下技術有限公司が経営する脈ソフトウェアは主に職場のソーシャルアプリケーションであるが、外在形式が異なることは両者に影響を与えないことは、いずれもネットソーシャルサービスを提供する実質であると判断した。同時に、双方はユーザー層、業務モデルなどの面で交差しており、最終的には両者が競争関係にあると認定した。

(42) 「〇〇國際信息諮詢(北京)有限公司与〇〇汽車份有限公司不正當競爭糾紛案」 北京知識產權法院(2020)京73民終257号民事判決書。本事件において、裁判所は、「競争関係の有するかの判断について、同業競争や現実に競争の存在に限らず、以下二つの条件に基づかなければならない。一つはその経営者の行為が他の経営者の経営利益を損なう可能性があるかどうか、二つに、その経営者がこの行為に基づいて現実的または潜在的な競争利益を得るかどうか。つまり、当該事業者の行為が他の事業者の経営利益に損害を与える可能性があり、かつ当該事業者がその行為に基づいて現実的または潜在的な競争利益を得ることができる限り、両者は競争関係にあるとみなすことができる。」という判断を下した。

(43) 「中国〇〇人壽保險股份有限公司与臨沂市蘭山区〇〇廣告設計工作室商業詆毀糾紛案」山東省高級人民法院(2020)魯民終2728号民事判決書。本事件において、被告はそのウィーチャットウィジェットやウィーチャット公式アカウントを通じて、原告が経営する「平安福」保険プログラムを誹謗する複数の投稿を行ったと訴えられた。これに対し、被告は、自分は保険マニアであり、原告の平安会社とは競争関係がないと答弁した。裁判所は、被告が自分の記事の末尾に原文を読むことで購入リンクを設置し、記事を发表することにより潜在的なビジネスチャンスを求め、ビジネス利益を得ていることを明らかにした。被告は原告とその製品に対してコメントを发表し、比較した上で、原告会社と競争関係にある保険製品を公衆に販売する際、原告と競争関係がある又は潜在的な競争優位性を求めているため、両者の間に競争関係があると認定した。

Ⅳ 観念要件：行為主体の主観的な故意・過失について

現実には、商業信用毀損行為の表現方法は多様である可能性があり、経営者が同時に捏造と波及行為を実施することもあれば、経営者が他人の捏造した虚偽や誤った情報を波及することも含まれる。「中国不正競争防止法の適用に関する最高人民法院の若干の問題の解釈」の起草過程において、波及行為のみを実施する場合、波及者が主観的な過失を持っている場合にのみ、商業信用毀損を構成すると認定できるという意見があったが、議論・研究の結果、その意見を受け入れなかった⁽⁴⁴⁾。具体的な理由として、そうすることで商業信用毀損行為の立証基準が高まり、商業信用毀損行為を実行する際の直接的な権利侵害行為の性質が変わり、立法の本意に反することになるからであり、司法解釈は不正競争防止法第11条の規定以外に、新たな行為要件を追加すべきではないとされた。

行為者の主観的な意図が商業信用毀損の成立に影響するか否かについては、理論上の議論が残る。過失要件を支持する説は、以下①不正競争防止法は「不正」な行為を規制しており、そのため不正競争の概念は常に「誠実な習慣」⁽⁴⁵⁾や「善良な風俗」⁽⁴⁶⁾といった弾力的な表現によって、道徳的な過ちに対する要求を示している⁽⁴⁷⁾。これは、法律が単に行為の違法性を問うのではなく、社会的な道徳基準を反映していることを意味し

ている⁽⁴⁸⁾。②不正競争行為は特殊な権利侵害行為であり、過失は権利侵害責任の3つの要件の1つであるため、不正競争行為を構成するには、過失がなくてはならない⁽⁴⁹⁾、という理由が見出されている。

これに対し、反対説は、①不正競争防止法の核心は十分な自由、公平な競争の法則に従うことであり、市場競争の法則は最終的に行為者の意志に依存しないため、競争行為による損害の結果に注目すべきであり、主観的な動機の判断に着目すべきではない⁽⁵⁰⁾。②道徳基準は抽象的であるため証明が難しく、不正競争行為の構成要件として用いることは当事者にとって困難であり⁽⁵¹⁾、その結果、裁判所は判断のジレンマに直面することが多い⁽⁵²⁾、と指摘している。

既存の商業信用毀損事件に関する裁判例を考察すると、当事者の主観的な要素の認定は難しいため、裁判所は行為主体の主観的な心理状態のみを評価することは少ない⁽⁵³⁾。しかし近年では、行為者の主観的な過失の有無について、司法判決で論じられるケース⁽⁵⁴⁾が増えつつあり、この観点を支持⁽⁵⁵⁾する学説もしばしば見られている⁽⁵⁶⁾。不正競争防止法第11条に基づく、「捏造」とは故意に行われた行為を指すべきで、「波及」についても少なくとも主観的な過失が必要とされる⁽⁵⁷⁾。また、行為者が故意に虚偽情報を流さなくても、過失によって競争相手の名誉を毀損する場合には、その行為を規制する必要があるとの指摘が見られる⁽⁵⁸⁾。司法の実践において、裁判所は訴えられた側の言論の

(44) 林広海、李剣、佟姝『關於適用反不正競争法若干問題的解釋的理解与適用』、人民司法、2022(31)、40－45頁。

(45) 劉春田『知識産権法』、高等教育出版社(2010)、374－375頁。

(46) 李琛『論知識産権法の体系化』、北京大学出版社(2005)、168－174頁。

(47) 鄭友德、範長軍『反不正競争法一般條款具體化研究』、法商研究、2005(5)、124－133頁。

(48) 吳偉光『對反不正競争法中競爭關係的批判与重構』、當代法學、2019(4)、133－134頁。

(49) 張學軍『互聯網服務不正競争行為辨析』、競爭政策研究、2015(9)、30頁。また、竜俊『商業誣毀構成要件研究——兼評反不正競争法11条』、河北法學、2019(4)、139－140頁。

(50) 孔祥俊『反不正競争法的司法創新和發展——為反不正競争法施行20周年而作(上)』、知識産権、2013(11)、6頁。

(51) 蔣軻『關於競爭行為正当性評判泛道德化之反思』、現代法學、2013(11)、85－95頁。

(52) 謝曉堯『在經驗与制度之間：不正競争司法案例類型化研究』、法律出版社(2010)、357－358頁。

(53) 例えば、『奇虎公司与搜狗公司不正競争糾紛上訴案』 最高人民法院(2013)民三終字第5号民事判決書。

『佛山市順德區方創電器有限公司与広州市代代嘉貿易有限公司商業誣毀糾紛，虛假宣傳糾紛案』 閩東省佛山市中級人民法院(2015)佛中法知民終字第4号民事判決書。

『彭武訴深圳市賽諾傑科技有限公司商業誣毀糾紛案』 閩東省深圳市中級人民法院(2015)深中法知民終字第5号民事判決書。

これらの事件において、裁判所は、行為主体が商業的な発言を行ったときの主観的な心理状態を考慮していない。

(54) 『河南小李補胎服務有限公司訴譚○○商業誣毀糾紛案』

一審：河南省鄭州市中級人民法院(2020)豫01知民初2号。

二審：河南省高級人民法院(2020)豫知民終426号。

(55) 孫麓『老概念新思考：知識産権專家縱論商業誣毀構成要素』、中国發明与專利、2010(12)、13頁。孫氏は、「故意と過失のいずれも商業信用毀損と構成できる」と指摘している。

(56) 朱婕滄『反不正競争法視角下同業監督与商業誣毀間的界限』、中国價格監督与反壟斷、2024(2)、53－57頁。

(57) 『成都好房通科技有限公司与天津小房信息科技有限公司等不正競争糾紛案』 北京市高級人民法院(2023)京民申520号再審審查与審判監督民事裁定書。

(58) 陳中山、廖慈芳『商業誣毀的判定』、人民司法、2022(08)、20頁。

性質や内容⁽⁵⁹⁾、行為主体の認知能力、注意義務の履行⁽⁶⁰⁾状況などを総合的に考慮し、行為者の主観的過失の有無を判断する傾向がある。

しかし一方では、過失を商業信用毀損の構成要件にすべきではないという見方を示す裁判例もある⁽⁶¹⁾。なぜならば、商業信用毀損条項によって保護された名誉は、「比較的確定的な内容を持ち、社会の公衆に知られており、法益の主体と潜在的な権利侵害者の間には比較的明確な限界があり、他人がその限界を越えて名誉を侵害する場合、権利主体もその干渉の排除を要求することができるため、商業信用毀損条項によって保護された法益は基本的に帰属機能、排除機能と社会の典型的な公開性の要求に符合し、比較的成熟した法益に属する」⁽⁶²⁾ため、司法実践における商業信用毀損に対する主観的な過失の要求が高すぎることを是正し、商業信用毀損条項を適用する際に過失を要件とすべきではないとする。事実を述べる商業的な発言に対して、行為者に過失があることを証明することができなくても、消費者の誤解を招いたならば⁽⁶³⁾、商業信用毀損規制の範疇に入れなければならないという見解⁽⁶⁴⁾も見られる。

要するに学界上の論争はもちろん、実務上においては、商業信用毀損に関わる判例では、主観的な形態に関する見解が分かれており、一部の裁判所は「故意」が必要であり、「過失」のみでは商業信用毀損を構成しな

いとする⁽⁶⁵⁾。その一方で他の裁判所では、過失があっても故意があっても、商業信用毀損を成立させることができる⁽⁶⁶⁾と考えており、さらに商業信用毀損行為を分析する際には、行為者に過失を求めない場合⁽⁶⁷⁾もあることが示されている。

このような立法規定と司法実践の間の不一致が、不正競争防止法における過失要件の位置づけにさらなる混乱を引き起こしているのが現状である。具体的には不正競争防止法は、一部の不正競争行為に対して過失要件を設けている一方で、他の行為には過失要件を全く設けていないというのが実情である。2017年に改正された同法は、過失に関する地位問題を解決するどころか、不正競争行為における過失に関する要求の多様性とその不一致を、一層悪化させる結果となっている⁽⁶⁸⁾。

V 行為要件：虚偽情報または誤導性情報の作成、波及する行為

2017年に施行された改正不正競争防止法では、改正前の「虚偽の事実を捏造、散布する」という表現が改訂され、最終的に「虚偽情報または誤導性情報を捏造、流布する」という新たな表現が採用された(表①)。この改正によって、一方的に事実を述べたり、定説され

1993年不競法	2016年「改正草案審議稿」	2017年「改正草案(二次)審議稿」	2017年改正不競法	2019年改正不競法
虚偽の事実を捏造し散布し	虚偽情報の捏造・散布、情報の悪意評価、不完全または確認できない情報の散布。	虚偽情報又は誤導的情報を捏造、流布し	虚偽情報又は誤導的情報を捏造、流布し	虚偽情報又は誤導的情報を捏造、流布し

表①：各段階における不競法に商業信用毀損行為に関する表現

- (59) 「無錫豪家文化伝播有限公司、無錫市羽晨文化伝媒有限公司等商業商業誣毀糾紛案」 江蘇省無錫市中級人民法院(2022)蘇02民終5900号民事判決書。
この事件において、裁判所は、被告がモーメンツに投稿した情報は、競争をかき乱すことを目的としているのではなく、モーメンツで不満を表すために「ツッコミ」を入れているだけで、意思表示の内容から見ると、商業的誹謗の主観的故意はないと判断した。
- (60) 「深圳影児時尚集团有限公司与吕燕等商業誣毀糾紛事件」
一審：広東省深圳市中級人民法院(2019)粵03民初1556号民事判決書。
二審：広東省高級人民法院(2021)粵民終382号民事判決書。
- (61) 北京市第一中級人民法院(2011)一中民終字第12521号民事判決書。
- (62) 王文敏「反不正当竞争法中過錯的地位及適用」, 法律科学, 2021(2), 170 - 188頁。
- (63) 「新疆雪山果園食品有限公司、西安彩虹星球文化科技有限公司商業誣毀糾紛案」 陝西省高級人民法院(2021)陝民終392号民事判決書。
- (64) 「長沙七真公司網絡科技有限公司与北京中經天平科技有限公司商業誣毀糾紛案」 北京市高級人民法院(2023)京73民終616号民事判決書。
- (65) 山東省青島市中級人民法院(2001)青知終字第5号民事判決書。
- (66) 広東省佛山市中級人民法院(2000)佛中法知初字第78号民事判決書。
- (67) 北京市第一中級人民法院(2011)一中民終字第12521号民事判決書。
- (68) 例えば、2017年改正法により、新たに追加された「インターネット条項」では、インターネット上の不正競争行為における主観的要素について重要な違いが存在する。具体的には、「他の経営者の同意を得ていない」行為や、「誤解、詐欺、強要」といった行為が含まれ、さらに過失の道德化を示す「悪意」の概念も取り入れられている。これにより、同じ不正競争行為でも、その行為が過失として評価されるかどうかに関しては、司法実務の中で大きな議論が巻き起こっている。

ていないニュースを広めることなどの、誤解を招く行為も規制対象に含まれるようになった。改正法の用語はより規範的で規制の範囲も広がっているが、虚偽情報と誤導性情報の具体的な定義については、まだ司法解釈が出されていない状況である。

法律の規定によると、商業信用毀損の客体行為の要件は、虚偽の情報、誤解を招く情報の捏造や流布することである。「捏造」は新たに虚偽情報を生じさせることを強調し、「流布」はその情報が広がることを示している。「虚偽情報」とは実際の状況と合わない内容を指し⁽⁶⁹⁾、「誤導性情報」とは事実の一部のみを述べ、誤った連想を引き起こす可能性のある情報を指す。このような情報は曖昧で不確かな状態で提示されることが多く、情報を受け入れた者に客観的な事実に対する認識のずれを引き起こすことがあると考えられる。

ここでは一般的に、虚偽の情報は、根拠がなく内容がないか、または情報が歪曲されたものであるとされるが⁽⁷⁰⁾、商業信用毀損に該当するか否かを判定する際には、その虚偽情報を波及するその行為の認定であり、最終結果の認定ではないと指摘されている⁽⁷¹⁾。

しかし誤導性情報の定義は不明瞭であり、類型化もされていない。一部の学者は「誤導性」を、経営者が競争優位を得るために、競争相手の商品やビジネスモデル、サービス意識、革新能力に関する事実を捏造し、これを広めることと定義し、これにより真実または真偽不明の情報が消費者に不当な評価をもたらし、最終的には競争相手の商業信用や商品の名誉を損なうと指摘している⁽⁷²⁾。

虚偽情報や誤導性情報が競争に影響を与えるためには、まず「波及」が必要とされ、具体的には経営者が虚偽情報や誤導性情報を作り出し、それが広まる場合には商業信用毀損が成立する可能性がある。次に経営者が、他者によって作り出された虚偽情報や誤導性情報を広める場合、つまり作成者と広める者が異なる場合にも、商業信用毀損が成立する可能性がある。経営者が虚偽の情報を作ったり、誤った情報を流したりしても、その情報が市場競争に影響を与えない場合は当然商業信用毀損には該当しない。

1. 行為目的の面：競争を目的とした評価は商業信用毀損を構成しやすい

経営者は他者の製品やサービスに対して、評論や批判を行うことは可能であるが、その際には客観性、真実性、公正さ、中立性を鑑み正当な目的が求められる⁽⁷³⁾。また評論や批判は、公衆や個人の名誉を損なうものであってはならない。つまり経営者はビジネスにおける評論や批判の自由を享受する一方で、その自由には明確な制限があり、特に競争を目的とした批判については慎重に行動する義務がある。逆に言えば、個人の好みや感情、価値判断に基づいて商業評価や陳述を行うことは、一般的な理解に基づいて他人の名誉を貶める具体的な損害をもたらさないため、商業信用毀損行為として認定するべきではないと思われる。

経営者の商業評論や批判の方法について、“新疆某食品会社 VS. 西安某科技公司商業詆毀糾紛事件”⁽⁷⁴⁾では、裁判所は経営者が、国家や業界の基準を無視し、一方的に自社の優位性を強調し、競争相手の劣位を誇張する直接比較手法を採用したことが、関係公衆に競争相手の実際の品質に対する誤解を与え、商業信用や商品の評判を損なうものであると認定した。

他社商品価格に対しての評価・比較について、“莆田某公司 VS. 莆田某体育用品公司不正当競争糾紛事件”⁽⁷⁵⁾では、裁判所は原告の価格比較販売行為について、その実施が一方的であり、製品に関する重要な情報(品質、原材料、生産技術、設計、機能、使用寿命、パラメータ、指標など)が全面的に開示されていないことを指摘した。このため客観性や全面性に欠け、情報が不完全または選択的に開示されることで、消費者が安い価格に誤解を招く可能性があるにもかかわらず、この行為が原告のブランド名誉に対してマイナスの影響を与え、取引機会を不当に妨害し、競争優位を損なう結果となり、商業信用毀損に該当すると判断した。

また、虚偽情報宣伝行為について、“丹麦藍罐曲奇有限公司 VS. 藍罐上海管理有限公司商業詆毀糾紛事件”⁽⁷⁶⁾では、裁判所は被告が、「最先端の設備、最高品質の製品を作る」、「世界最大の近代化クッキー生産ライン」、「デンマークの藍罐誕生以来、何代かのデンマーク王室の繁栄と共に発展してきた」などの表現に

(69) (2018) 粵 73 民初 2349 号民事判決書。

(70) (2018) 京 0108 民初 35765 号民事判決書。

(71) 範靜波「商業詆毀立法中“散布”“虚偽事実”的理解と使用」、『中国知識産権審判実務与案例評析』（人民法院出版社、2017 年）に収録。

(72) 陳健淋「論商業詆毀訴訟中的誤導性信息」、『電子知識産権』2018(1)、95－102 頁。

(73) 「青島軟媒網絡科技有限公司与騰訊(深圳)有限公司商業詆毀糾紛案」 山東省高級人民法院(2020)魯民終 579 号民事判決書。

(74) 陝西省高級人民法院(2021)陝民終 392 号民事判決書。

(75) 福建省莆田城廂区人民法院(2024)この事件の判決書の案号は、2025 年 1 月現時点でまだ公表されていない。

(76) 北京市海澱区人民法院(2019)京 0108 民初 38491 号民事判決書。

について、関連する公衆は「藍罐」の品質が優れており、品質などが他の同類製品よりも優れていると誤解しやすく、直接競合品経営者としての原告の経営利益を損ない、虚偽の宣伝を構成していると判断した。また、被告が掲載した宣伝文章には、画像が添えられ、訴えられた文字の内容と密接に関連しており、そのため公衆が指し示す対象は恰かも原告の製品として認識しやすいとされている。この状況により、消費者は原告の製品であるとの誤解を生じ易く、更に被告は、故意に類似した包装を使用することで消費者を欺く行為を行い、結果として原告の製品の評価や評判に対して損害を与え、即ち商業信用毀損に該当するという判決を下した。

要するに競争を目的とした評価は、商業信用を損なう可能性が高いが、個人の感情や価値判断に基づく一般的な商業評価や陳述は、必ずしも他者の名誉を傷つける具体的な損害を引き起こすとは限らないため、商業信用毀損行為として認定されるべきではないと思われる。

2. 言論表現の面：他者を貶める言論は商業信用毀損を構成しやすい

経営者は市場で自由に競争することが認められているが、正当な市場競争は誠実に基づくものであり、他人の合法的な権益を侵害しないことが基本である。また経営者は、自社の製品を宣伝する自由がある一方、他社の製品やサービスに対してコメントや批判を行う場合には正当な目的が必要であり、その内容は客観的かつ真実でなければならない⁽⁷⁷⁾。加えて批判は、公正で中立なものであり、他者を誤解させたり名誉を傷つけることがあってはならない。つまり言語の使用や表現に関しては、商業道徳と倫理に従うことが求められる。一般に、経営者の広告にはしばしば芸術的誇張が含まれるが、その表現には限度が存在し、特に貶める言葉を用いることは避けるべきで、たとえその批判が

事実に基づいていても、裁判所はその類の商品評論が客観性や真実、公正さを欠くと判断する可能性が高いと考えられる⁽⁷⁸⁾。しかしこれは、絶対的なものではない。なぜならば、言葉に依る嘲りの程度を考慮すると同時に、主観的な悪意の程度や損害の程度を考慮する必要があると指摘した裁判判決⁽⁷⁹⁾も見出される。

3. 誤導性情報の面：内容、方式、影響面などから総合的に認定する

商業競争において、商業主体は私的権利を守るために、書簡警告などの手段を使用する必要がある、その行為は客観的事実の開示、法的リスクの提示、権利擁護の意志表明など、合理的な範囲に制限されるべきであるとされる⁽⁸⁰⁾。根拠のない情報や歪曲された情報は虚偽とされ、真実であっても不完全な情報や誤解を招く解釈は誤導の情報に該当する⁽⁸¹⁾。法的な限界を超えて、虚偽や誤導的な情報を流布し、競争相手又はその他の競業者⁽⁸²⁾の商業信用や商品の評判を損なう行為は商業信用毀損と見なされ、相応の民事責任が生じることになる⁽⁸³⁾。つまり、権利侵害警告を送る際には、慎重な注意義務を十分に果たし、特許権等権利侵害の疑いがあると判断するために必要な情報を十分に開示しなければならないと求める。しかしこの点について学説上では、知的財産権、特に特許権は、効力の不確実性や権利侵害の判断について専門的な知識を必要とし、関連する技術や法律の問題が複雑なために、権利者に対して権利侵害の事実を100%確定させることを求めるのは不合理であり、権利侵害警告の内容を完全に確定させ、疑いの余地を排除することを要求するのは適切ではないという指摘もある⁽⁸⁴⁾。権利侵害警告の目的から見ると、権利侵害警告の送信範囲は通常、権利侵害の疑いがある者とその協力者に限られる。この警告が消費者に対して送信されても、権利侵害の事実を知らせたり、行為を停止させたり、紛争解決を求める目的にはほとんど役立たないが⁽⁸⁵⁾、もし更に警告が

(77) 「黃驊市恒泰水產養殖有限公司与瀋坊安景水產開發有限公司商業詆毀糾紛案」 廣東省高級人民法院(2018)粵民終613号民事判決書。

(78) 「深圳市○○房地產公易公司与深圳市○○投資公司商業詆毀糾紛案」 廣東省深圳市福田区人民法院(2020)粵0304民初25754号民事判決書。

(79) 「重慶○○科技公司与厦門○○網絡科技公司不正當競爭糾紛案」 廣東省廣州市南沙区人民法院(2018)粵0115民初402号民事判決書。

(80) 「深圳市理邦精密儀器股份有限公司訴深圳邁瑞生物醫療電子股份有限公司商業詆毀糾紛案」 最高人民法院(2015)民申字第191号裁定書。

(81) 「酒泉九眼泉食品有限責任公司与酒泉市瀚森瑞達商貿有限責任公司商業詆毀糾紛案」 甘肅省高級人民法院(2019)甘民終591号民事判決書。

(82) 「廣州醫藥集團有限公司等与廣東加多寶飲料食品有限公司不正當競爭糾紛案」 湖北省高級人民法院(2016)鄂民終106号民事判決書。

(83) 「○○昇公司訴○○生公司商業詆毀糾紛案」 貴州省高級人民法院(2021)黔民終144号民事判決書。

この事件では、特許法とその司法解釈は、特許権紛争を協議で解決することを奨励し、権利者には警告などによる私的権利の擁護を行うことを認め、競争過程での正当な私的権利擁護に対する必要な許容度が維持されている。しかし、私的権利擁護は客観的事実の開示や法的リスクの提示、権利擁護の意思表示など合理的な範囲内に限定されるべきであり、競争相手に対する圧迫や権利擁護による損害、法律の許容範囲を超えた不当または過剰な行為は、いずれも拘束や制止を受けるべきであるという裁判所の意見が見られる。

(84) 李揚「反不正當競爭法基本原理」, 知識產權出版社(2022), 259頁。

(85) 「蘭州德科工程材料有限公司等与儀征市佳和土工材料有限公司等商業詆毀糾紛案」 江蘇省儀征市人民法院(2019)蘇1081民初2748号民事判決書。

この事件において、裁判所は、両被告が(弁護士事務所から出した)警告書を送った対象は原告とその顧客に限られ、他の形式で対外的に公開されていないため、合理的な範囲内で波及し、正当な権利擁護行為であると判断した。

広範囲に送信されたり、インターネット上で公開されたりする場合には、商業信用毀損と見なされるリスクも存在するだろう⁽⁸⁶⁾。ここでの権利侵害警告の通知時点に関しては、権利者は比較的自由な選択空間を持っていることがわかる⁽⁸⁷⁾。

経営者が競争上、他者の製品やサービスに対する評価や批判を行う際には、卑下的または侮辱的な言葉を使用して否定的な評価をすることは避けるべきであり仮にそうした場合には、商業信用毀損に該当する可能性がある。また、経営者が競争相手を排除する目的で民事判決書や行政起訴状の一部を選び出し、それを基にした誤解を招く情報を流布させることは、商業信用毀損に該当する⁽⁸⁸⁾。これは司法の未決事実を確定事実として提示することによって、故意に他者を貶める行為を含むため、慎重に考慮する必要があると指摘されている⁽⁸⁹⁾。

また、「ある情報が真実であっても、その情報が一方的に誤解を招く形で宣伝されることにより、競争者の商業信用や商品の評判に悪影響を及ぼす可能性が生じるため、これは不正競争防止法による規制の対象となる」⁽⁹⁰⁾と考えられる。

Ⅵ 結果要件：競争相手の商業的信用、商品の名誉を損うこと

1. 商業信用毀損による損害結果の推定：実際の損失よりも侵害行為を強調

商業信用毀損を実施した結果、競争相手の商業的信用、商品の評判、すなわち商業的名誉を損なうこととなる。ここで商業的な名誉とは、経営者の経営能力、経営状況、信用状況、商品およびサービスの品質などの経営素質を含む、市場競争参加者としての経営者の全体的な商業的イメージであり、経営者の固有の無形財産である。商品の評判は特にその質に依存しているが、商業的な名誉の意味はこの評判に加え、社会関係や公益イメージ、企業文化など、ビジネス活動に関連

する多様な要素も含まれていることが重要視される。

信用毀損行為による「損害」には、実際の損害をもたらす可能性と、直接的な利益損失をもたらす可能性、取引機会の喪失、価格交渉能力の低下などの潜在的な利益損失をもたらす可能性が含まれる。商業信用毀損の結果は「競争相手の商業的信用、商品の名誉を損なう」ことであり、これらは非常に主観的かつ不確実な要素であると考えられる。そのため被害者に、「商業的信用や商品の評判が損なわれている」という事実を証明する責任を負わせることは合理的ではないだろう。従って司法実務においては、一般的に被害者にその証明を求めるのではなく、加害者の行為が競争者の商業的信用や商品の評判に対して損害を与えるのに十分であることを求める傾向がある。つまり司法実務における商業信用毀損の要件に対する判断は、客観的に侵害事実が存在することを重視し、行為が持つ影響を強調する傾向が在る⁽⁹¹⁾。また必ずしも結果の発生を必要としないため、波及した虚偽情報や誤導性情報が消費者に誤導や誤解をもたらすかどうかを検討されることになる。即ち中傷や毀損を受けた人の社会的評価に、大きな影響を与えたか否かについての判断となる⁽⁹²⁾。

また、裁判所は通常、競争相手の現実的な存在や潜在的な顧客流出の程度、市場競争力の低下の程度、取引機会の喪失、関連する公衆の製品に対する誤解、懐疑の程度などが引き起されたか否かによって、損害の結果を考慮・推定する。行為者が捏造を実施し、虚偽性情報または誤導性情報を波及する行為は、競争者の商業的名誉、商品の評判に損害を与えるのに十分であると推定する限り、「損害の結果」が存在すると認定すべきである。

また裁判所は、競争相手の存在や顧客流出の程度、市場競争力の低下、取引機会の喪失、製品に対する公衆の誤解や懐疑の程度などを考慮して、損害の結果を推定する場合もある。

いずれにしても現実には、行為者が虚偽の情報を流布することによって、競争者の商業的名誉や商品の評判に損害を与えるのに十分であると推定できる限り、

(86) 「深圳影児時尚集团有限公司与吕燕等商業誣毀糾紛案」 広東省高級人民法院(2021)粵民終382号民事判決書。

(87) 「濰坊百豐智能科技有限公司、濰坊康斯拓普溫控衛浴有限公司等商業誣毀糾紛案」 山東省高級人民(2021)魯民終311号民事判決書。この事件において、裁判所は、権利侵害警告を権利侵害訴訟の前や起訴期間中に送信することができるとし、低コストで高効率に権利侵害を防止するため、当事者が訴訟前に警告を送信し、非訴訟での紛争解決を求めることが法律に反しないと判断しました。

(88) 広東省広州市越秀区人民法院(2018)粵0104民初35705号民事判決書。

(89) 上海浦东新区人民法院による発表された「上海市浦東新区人民法院による15件の知的財産権司法サービスによる新品質生産力の高品質発展を保障する典型的な裁判例」の一つである。「〇〇医薬公司与〇〇伝媒公司商業誣毀糾紛案」という事件の案号は現在また公布されていない。

(90) 最高人民法院(2018)最高法民申2647号裁定書。

(91) 「青島軟媒網絡科技有限公司与騰訊(深圳)有限公司商業誣毀糾紛案」 山東省高級人民法院(2020)魯民終579号民事判決書。

(92) 「〇〇燕、上海〇〇商貿公司与深圳〇〇集团公司不正当競争糾紛案」 広東省高級人民法院(2021)粵民終382号民事判決書。

「損害の結果」が存在すると認定されると思われる。

2. 名誉権侵害行為との区別

中国『民法典』は、「民事主体は名誉権を享有する。いかなる組織や個人も侮辱、誹謗などの方法で他人の名誉権を侵害してはならない」⁽⁹³⁾と明記しているが、商業信用毀損行為と名誉権侵害の境界が曖昧であるため、請求権の競合が生じる場合がある。現在では、商業信用毀損行為と名誉権侵害行為の境界は、「競争関係基準」と「被害主体基準」という二つの基準によって区別されることになっている。「競争関係基準」では、行為者と被害者の間に市場競争関係が存在するか否かが重要で、競争関係がない場合は名誉権の侵害とみなされ、存在する場合は不正競争行為とされる⁽⁹⁴⁾。これに対し「被害主体基準」においては、行為者の行動が競争者の名誉を損なう場合は、不正競争防止法第11条が優先されるが、一般主体の名誉が損なわれた場合は、『民法典』第1024条などの規定が適用される⁽⁹⁵⁾という見解が示されている。

「競争関係基準」については、前述のように、競争関係は商業信用毀損行為の構成要件ではないことがあるので⁽⁹⁶⁾、「競争関係基準」は商業信用毀損行為と名誉権侵害行為の違いを反映することができないにもかかわらず、多くの経営者の誹謗事件には競争関係がないために、不正競争防止法を適用して規制することができない。「被害主体基準」については、行為主体による影響は考慮されていないことをいい、この基準によるならば一般公衆が経営者を中傷する場合、損害を与えたのは競争者の名誉であるため、不正競争防止法第11条適用を優先して商業信用毀損と認定していくパターンになってしまう。しかし不正競争法11条により、行為者は「経営者」であることを明確に求めているため、このような状況においては、実際には商業信用毀損の構成要件に合致していないし、不正競争防止法11条の適用もできなくなる。よって両基準とも不合理な結果を招き、限界があると考えられる。

行為に対し行為者と被侵害者の主体身分により、以下の状況に整理して考えるとする。即ち①一般公衆 VS. (誹謗中傷) 一般公衆、②一般公衆 VS. 経営者、③経営者 VS. 一般公衆、④経営者 VS. 経営者という構

図での行為に関しては、①と②は、商業信用毀損における行為者が「経営者」であるという構成要件を満たしていない③の行為は商業信用毀損における被害者は「経営者」であるという構成要件を満たしていないにもかかわらず、商業性を有していないために不正競争防止法11条の適用ができず、民法典の名誉権侵害の適用があり得るという結論に至るしかない⁽⁹⁷⁾。よって④の場合だけ、不正競争防止法11条と民法典1024条の両方を適用できる場合⁽⁹⁸⁾もあると思われるが、ここで両者は法の条項の競合でなく、請求権の競合⁽⁹⁹⁾となることを明確にしておかなければならないだろう。

3. 虚偽宣伝との交錯

不正競争防止法では、「虚偽宣伝」行為に対し、「事業者は、その商品の性能、機能、品質、販売状況、ユーザーの評価、受賞歴等を偽り、又は関連公衆に誤解を生じさせる商業宣伝を行い、消費者を欺き、誤った方向に導いてはならない。事業者は、偽の取引を企てる等の方法により、その他の事業者が虚偽の、又は関連公衆に誤解を生じさせる商業宣伝を行うことを幫助してはならない」⁽¹⁰⁰⁾と規制している。虚偽宣伝行為と商業信用毀損は、消費者の決定に影響を与えることという目的が一緒だが、虚偽の宣伝行為は、自社の製品やサービスに対して虚偽の情報を提供するのに対し、商業信用毀損は他社の企業、製品、サービスに対して虚偽の情報を流すという、異なるアプローチが取られている。両者は虚偽または誤導的な事実の宣伝に関与しているが、虚偽宣伝行為は自己を高めることを目的とし、商業信用毀損は競争相手を中傷することを目的とすることがわかる。

虚偽宣伝行為と商業信用毀損行為は関連性があり、両者の関係や責任の取り方を検討する必要がある。①経営者は自分の立場を高める行為が、他者の信用や名誉に影響を与えない場合、これは虚偽の宣伝行為に該当する②経営者が自らを高めることなく、特定の競争相手の信用や名誉を貶める場合は、商業信用毀損行為とされる③経営者が虚偽または誤導的な情報を用いて、自らの地位を向上させつつ他者を中傷する場合、これは虚偽の宣伝行為と商業信用毀損行為の両方に該当する③の場合、虚偽宣伝行為か又は商業信用毀損行為か

(93) 中華人民共和國民法典第1024条。

(94) 孔祥俊『反不正当竞争法原理』、知識産権出版社(2005)、63頁。

(95) 李揚『反不正当竞争法基本原理』、知識産権出版社(2022)、248頁。

(96) 上海市浦东新区人民法院(2019)滬0115民初33786号民事判決書。

(97) 王瑞賀『中華人民共和國反不正当竞争法積義』、法律出版社(2018)、39頁。

(98) 「合川区少水粉餐飲店与重慶新物種文化伝媒有限公司等名誉権糾紛案」重慶市第一中級人民法院(2020)渝01民終8402号民事判決書。

(99) 上海市宝山区人民法院(2021)滬0113民初1573号民事判決書。

(100) 中華人民共和國反不正当竞争法第8条。

について、それぞれの構成要件に基づき認定が可能である⁽¹⁰¹⁾。しかし、責任を確定する際には、“重責吸収軽責任”という原則に従い、具体的な事件に基づいて、行政の法執行段階にあるのか、司法段階にあるのかを明確に区別し、その上で違法責任が重い不正競争行為を選定し、相応の法的責任を明確にすることが求められる⁽¹⁰²⁾。

4. “知的財産権利侵害の警告”行為との関係

知的財産権侵害の警告行為は、不正競争行為 11 条の類型として問題になることが多く見出されているが紙幅の都合で、詳しい研究・論考等を別の機会に譲りたい。

基本的には、知的財産権侵害の警告行為に対し、その行為が正当な権利擁護に属するか、または不正競争に該当するかは、権利侵害警告行為の具体的な状況と関連法律規定に基づいて判断する必要がある⁽¹⁰³⁾。裁判例からみれば、以下の四つの点について認識しておかなければならない。

- ① 権利侵害警告に正当性があると認めるための基本は、権利者が権利侵害の疑いがあると判断するために必要な情報を、十分に開示しなければならない⁽¹⁰⁴⁾。
- ② 権利侵害警告は、高い確定性を持つことが求め

られる一方で、その内容について完全に確定し疑義が全くない状態⁽¹⁰⁵⁾を、厳格に要求していない⁽¹⁰⁶⁾。

- ③ 権利侵害警告の告知対象は、権利侵害の疑いがある者及びその上下流の協力者に限らなければならない⁽¹⁰⁷⁾。
- ④ 権利侵害警告の告知タイミングについて、特段の決まりはない。

VII おわりに

市場経済の発展に伴い、経営者が競争力を高めるために同業者を攻撃し、誹謗する現象が多々見られ、特に同業者の監督や評価を口実に、競争相手に対して商業誹謗を行い、競争機会を増やす行為が行われている。悪質な競争は市場経済の秩序に悪影響を与え、その結果として様々な問題が生じかねない。

このような問題がしばしば発生する中国では、商業信用毀損行為に対し、民法⁽¹⁰⁸⁾及び不正競争防止法⁽¹⁰⁹⁾の規定に基づき、損害賠償や原状回復等の請求をすることができるし、場合によって刑事責任⁽¹¹⁰⁾を負わなければならない。しかし不正競争防止法がマク

(101) 「無錫市世〇風服飾有限公司、無錫九〇合商貿有限公司、蘇州布〇可電子商務有限公司与蘇州西〇牛電子商務公司、蘇州西〇曼網絡科技有限公司、蘇州庫〇網絡科技有限公司不正當競爭糾紛案」

一審：江蘇省蘇州工業園区人民法院(2022)蘇 0591 民初 9064 号民事判決書。

二審：江蘇省蘇州中級人民法院(2023)蘇 05 民終 5492 号民事判決書。

(102) 呂明瑜『競爭法教程』，中国人民大学出版社(2021)，359 頁。

(103) 泰州中級人民法院(2020)蘇 12 民初 166 号民事判決書。

江蘇省高級人民(2021)蘇民終 919 号民事判決書。

(104) 「深圳市理邦精密儀器股份有限公司訴深圳邁瑞生物醫療電子股份有限公司商業詆毀糾紛案」 最高人民法院(2015)民申字第 191 号裁定書。

(105) 武漢中級人民法院(2023)鄂 01 知民終 30 号民事判決書。

(106) 「湯始建華建材有限公司訴江蘇海天建材有限公司商業詆毀糾紛案」 蘇州中級人民法院(2020)蘇 05 民初 726 号民事判決書。

(107) 「深圳影兒時尚集團有限公司与呂燕等商業詆毀糾紛事件」

一審：廣東省深圳市中級人民法院(2019)粵 03 民初 1556 号民事判決書。

二審：廣東省高級人民法院(2021)粵民終 382 号民事判決書。

(108) 『中華人民共和國民法典』第 179 条【民事責任の負担方式】

民事責任の負担方式には、主に次のものがある。

(一) 侵害の停止

(二) 妨害の排除

(三) 危険の除去

(四) 財産の返還

(五) 原状回復

(六) 修理、再製作、交換

(七) 履行の継続

(八) 損害の賠償

(九) 違約金の支払い

(十) 影響の除去、名誉の回復

(十一) 謝罪

2 法律が懲罰的賠償を規定する場合、その規定による。

3 本条の規定する民事責任の負担方式は、単独で適用することかでき、組み合わせて適用することもできる。

(109) 中国不正競争防止法第 23 条：事業者が本法第 11 条の規定に違反して競争相手の商業上の信用、商品の評判を損なった場合、監督検査部門が違法行為の停止、影響の除去を命じ、10 万元以上 50 万元以下の過料を科すことができる。情状が重大である場合、50 万元以上 300 万元以下の過料を科すことができる。

(110) 中国刑法第 221 条 商業信用商品名聲毀損罪。

ロレベルでの規範化に留まっているため、具体的な認定や細分化には一定の困難が存在している⁽¹¹¹⁾。商業信用毀損行為の司法認定過程には、競争関係の必要性、名誉権侵害との区別などの重要な問題が多く存在し、これらの問題は、司法機関の間で合意が得られていないだけでなく、学術界においても多くの議論が交わされている現状がある。

本文は、中国不正競争防止法における基本的な法理と商業信用毀損行為に関する典型的な判例や裁判を例として、商業信用毀損の構成要件の認定規則や商業信用毀損と関連行為の関係についての分析を試みたものである。また、中国の商業信用毀損行為の司法認定における裁判の考え方や手法、プロセスについても、比較的包括的な整理・総括を行った。本文が、中国知財分野と関連ある学術研究や実務の関係者、または中国と関係ある企業に対し、「問題」を発見又は解決する材料になり、学術研究の向上及び法リスク対策の整備の一助になれるのであれば、望外の喜びとするところである。

(111) 潘長龍，張伯尚「電商領域商業誣毀行為規制研究」，中国市場監管研究，2019（8），頁。

授業における著作物の翻案等利用の制度設計に関する試論

齋藤 崇^(*)

大学等の授業利用の場面では、著作権の制限規定のうち、35条1項のほか、38条1項も適用される。しかし、問題は、他人の著作物をそのまま利用する場合ではなく、翻案等を行ったうえで利用する場合である。というのも、35条1項の適用が認められる場合には、その著作物について翻案等利用も許されているが(47条の6第1項1号)、他方で、38条1項には47条の6においてそういう規定が存在せず、原作のままの利用しか許されていないからである。かりに法の解釈・適用上、それが許されないとする場合、大学等の教育現場における実態と乖離し、円滑に教育活動を行うことができなくなるおそれがある。そこで、本稿では、大学等の授業利用の場面において、他人の著作物について、35条1項および47条の6第1項1号の適用によって翻案等行為を行った際に、そこで創作された二次的著作物の38条1項の適用による利用を可能とするための制度設計に関する考察を行う。

† 目次 †

- I. はじめに
- II. 授業利用に関する著作権法35条1項の解釈・適用
 - 1. 著作権法35条1項の立法趣旨
 - 2. 著作権法35条1項による利用態様
- III. 授業利用に関する著作権法38条1項の解釈・適用
 - 1. 著作権法38条1項の立法趣旨
 - 2. 著作権法38条1項による利用態様
 - 3. 著作権法38条1項と著作権法35条1項の関係
- IV. 考察
- V. おわりに

I. はじめに

大学等の非営利の教育機関(以下「大学等」という)では、日々、大量の著作物が利用されている。その利用方法については、著作権者の利用許諾を得て利用する場合もあろうが、その多くは、著作権の制限規定(権利制限規定)の適用に基づく適法な無許諾利用の場合

が多いであろう。

著作権の制限規定のうち、著作権法⁽¹⁾35条1項は、他人が著作権を有する著作物(以下「他人の著作物」という)について、その授業利用を行う場合には、無許諾の複製・公衆送信・公衆伝達⁽²⁾を可能とする規定である⁽³⁾。

とはいえ、35条1項が可能とする無許諾利用は、その文言上、複製・公衆送信・公衆伝達を行うことができるにとどまっている。したがって、35条1項のみでは、いわずもがな、その他の利用行為(たとえば、上演・演奏・上映・口述の行為など)を行うことはできない。

そこで、大学等の授業利用の場面においては、別の著作権の制限規定として、著作権法38条1項が適用されることがある⁽⁴⁾。38条1項は、他人の著作物について、非営利・無料・無報酬の場合には、無許諾の公への上演・演奏・上映・口述を可能とする規定である。

しかし、問題は、他人の著作物をそのまま利用する場合ではなく、翻訳・編曲・変形・翻案(以下「翻案等」という)を行ったうえで利用する場合である⁽⁵⁾。というのも、35条1項の適用が認められる場合には、その著作物について翻案等利用も許されているが(47条の6第1項1号)、他方で、38条1項には47条の6

(*) 日本大学法学部 准教授

(1) 本稿では、著作権法の各条文について、以下、単に条文番号のみを示すこととする。

(2) 35条1項が可能とする無許諾利用のうち、公衆送信および公衆伝達については、平成30年一部改正により導入された利用行為である。そのため、平成30年一部改正前には原則として許されていない利用行為であった。

(3) 筆者は、35条1項に関する論考について、齋藤崇「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」日本大学知財ジャーナル Vol.15(2022年)37～50頁、齋藤崇「著作権法35条1項における「授業」の概念とその範囲」日本大学知財ジャーナル Vol.17(2024年)15～27頁を執筆してきた。

(4) たとえば、加戸守行「著作権法逐条講義 七訂新版」(著作権情報センター、令和3年)346頁、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)42頁[今村哲也]、作花文雄「詳解 著作権法(第6版)」(ぎょうせい、2022年)391～392頁を参照。

(5) なお、本稿の関心事項は、著作権の制限規定に係る翻案等利用に関する問題にとどまることを付言しておく。

においてそういう規定が存在せず、原作のままの利用しか許されていないからである⁽⁶⁾。

そうすると、大学等の授業利用の場面においては、文理解釈による法の解釈・適用の観点からみると、次のように少し困ったことが生じるおそれがある。

† 大学等における授業利用の一場面に係る問題 †⁽⁷⁾

他人の著作物である記事・論文などについて、授業利用として、教員はこれらの著作物を複製し、学生に配付し、その翻訳・要約をさせる行為(翻案等)や、他人の著作物である記事・論文などについて、授業利用として、教員がこれらの著作物を翻訳・要約(翻案等)したうえで複製し、学生等に配付する行為などは、35条1項および47条の6第1項1号により行うことができる。

しかし、その後、学生が翻訳・要約した記事・論文など(二次的著作物)のうち、優れたものをピックアップし、それをプロジェクタによってスクリーンに映し出し、他の学生にも見せる行為(上映)や、教員が自身で記事・論文などを翻訳・要約して作成した授業資料(二次的著作物)について、同様にプロジェクタによってスクリーンに映し出し、学生等に見せる行為(上映)などには、その原著物である他人の著作物との関係においては、38条1項が適用されず、許されないことになってしまう。

このように、35条1項および38条1項の文理解釈上はそう解するほかない一方で、このような想定事例

は、大学等の授業利用形態としては、おそらくは一般的に広く行われていると考えられる。とすれば、かりに法の解釈・適用上、このような利用行為が許されないとする場合、大学等の教育現場における実態と乖離し、円滑に教育活動を行うことができなくなるおそれがある⁽⁸⁾。

そこで、本稿では、大学等の授業利用の場面において、他人の著作物について、35条1項および47条の6第1項1号の適用によって翻案等行為を行った際に、そこで創作された二次的著作物の38条1項の適用による利用を可能とするための制度設計に関する考察を行う⁽⁹⁾。

Ⅱ. 授業利用に関する著作権法 35 条 1 項の解釈・適用

1. 著作権法 35 条 1 項の立法趣旨⁽¹⁰⁾

まず、35条1項の立法趣旨について紹介し、その立法・存在意義についてみていくこととする。

† 加戸守行『著作権法逐条講義 七訂新版』†⁽¹¹⁾

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を担当する者及び授業を受ける者がその授業の過程における利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認めることとしたものであります。

- (6) この点について、加戸・前掲注(4)346頁は、「…本項の規定による利用の場合は、第47条の6の翻訳・編曲・翻案等の規定は適用されないということでありまして、したがって、非営利上演等として利用が認められるのは、原作のままの利用だけであります。…小説を脚色して演出する場合には、原作者から第27条の翻案権の許諾を得る必要があります。また、音楽の著作物、特に軽音楽のたぐいになりますと、原作品のままではなく、相当程度にアレンジして演奏することがございますが、場合によっては、第27条の編曲権が問題となることも考えられます。…建前として、本項の場合には、翻訳・編曲・翻案等の二次的な利用が認められていないことにご注意いただきたいと思います。」とする。
- (7) 本事例を作成するにあたり、田村善之『著作権法概説 第2版』(有斐閣、2001年)201頁、半田正夫・松田政行編『著作権法コンメンタール 第2版[26条～88条]』(勁草書房、2015年)356～357頁(本山雅弘)、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)5～6、21～22頁(https://sartras.or.jp/wp-content/uploads/unyoshishin_20201221)、加戸・前掲注(4)50、219～220、319～327、342～346、426頁、上野編・前掲注(4)42頁[今村哲也]、165～166頁[谷川和幸]、作花・前掲注(4)391～392頁、高林龍『標準 著作権法[第5版]』(有斐閣、2022年)192～193頁、小泉直樹・茶園成樹・蘆立順美・井関涼子・上野達弘・愛知靖之・奥邨弘司・小島立・宮脇正晴・横山久芳『条解 著作権法』(弘文堂、2023(令和5)年)454～468頁[奥邨弘司]、477～480頁[茶園成樹]、中山信弘『著作権法[第4版]』(有斐閣、2023年)449頁より着想を得ている。なお、本事例では、「要約」についても翻案等に含まれるとしているが、この点について、加戸・前掲注(4)50頁は、「長い文章を短くダイジェストする行為」を二次的著作物の翻案の例とし、同文献219頁は、「ダイジェストの形で翻案権が働くときには、論文等の学術的著作物も対象となります。」とし、同文献220頁は、「ダイジェスト(要約)という形である程度の長さの著作物を短く縮めるという行為は翻案に該当します」とする。
- (8) もっとも、本稿の問題意識に関する裁判例や教育現場の声などはとくにない。そのため、このような想定事例は、教育現場ではとくに問題とされずに実務として運用されてきたのかもしれない。しかし、本稿の問題意識は、実務的な観点よりも法律論の観点からみるときの制度設計に問題がある点に帰趨する。くわえて、本稿の問題意識には、教育現場における無用な侵害訴訟の可能性を排除しようとする点についても含まれる。
- (9) 本稿の問題意識に関する着想は、注(7)に示した各文献の該当頁の記述によるところが大きい。なお、大学等の授業利用(とくに音楽)に関して、35条1項および38条1項の両方の観点から検討する文献として、新井恵美『学校における音楽利用と著作権—著作権法 35 条 1 項、38 条 1 項を中心に—』宇都宮大学教育学部紀要第65号(平成27年(2015))137～141頁がある。
- (10) 35条1項の立法趣旨については、筆者のこれまでの論考においても紹介しているが、改めて紹介し、確認しておく。
- (11) 加戸・前掲注(4)321頁。

† 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]』†⁽¹²⁾

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。

† 小泉直樹・茶園成樹・蘆立順美・井関涼子・上野達弘・愛知靖之・奥邨弘司・小島立・宮脇正晴・横山久芳『条解 著作権法』†⁽¹³⁾

本条は、学校などの非営利の教育機関で行われる教育の公益性に鑑み、教育活動に関連して必要となる著作物の利用行為のうち、他の権利制限規定によっては適法化されないものを中心として、その利用を適法化するものである…。

これらの立法趣旨に係る説明に鑑みると、35条1項の立法・存在意義というのは、そもそも教育というのは、単なる私益にとどまらない公益の概念を含むものとして社会にとって必要不可欠なものであり、実際に教育活動を行う大学等においては、他人の著作物を利用することが必要不可欠になることから、35条1項は著作権の制限規定として存在しているのである、とも解されよう⁽¹⁴⁾。

したがって、35条1項は、教育という公益的側面⁽¹⁵⁾から、さらには国家的・社会的要請⁽¹⁶⁾によって存在しているものであると解することができよう。

2. 著作権法35条1項による利用態様

前述のように、35条1項は、他人の著作物について、大学等の授業利用の場面において適用されるものであり、その利用態様として複製・公衆送信・公衆伝達を行うことを可能とする。もっとも、その利用態様は、何も原作のままの利用のみに限られるものではない。というのも、35条1項の文言上は原作のままの利用しか読み取ることができないところ、著作権の制限規

定に係る「翻訳、翻案等による利用」として存在する47条の6の規定も適用されるからである。

47条の6は、その第1項1号において、35条1項については「翻訳・編曲・変形・翻案」による利用も許される旨規定する。したがって、35条1項が適用される場合には、他人の著作物について、原作のままの利用(複製・公衆送信・公衆伝達)のほか、その二次的著作物による利用(翻訳・編曲・変形・翻案)を行うことも許されることになる。

さて、この47条の6の立法趣旨に関しては、次のように説明されている。

† 加戸守行『著作権法逐条講義 七訂新版』†⁽¹⁷⁾

本条は、第30条から第47条の5までの著作権制限規定によって著作物の利用が認められる場合において、それぞれの権利制限規定の趣旨に応じて、著作物を翻訳・編曲・変形又は翻案して利用することを認めたものであります。

† 小倉秀夫・金井重彦編『著作権法コンメンタル〈改訂版〉Ⅱ』†⁽¹⁸⁾

30条ないし47条に定める方法での著作物の利用においては、その趣旨等から、当該著作物に一定の創作性を加えたうえでの利用をも著作権者の許諾なしに自由に利用できることとしたほうがよいものも少なくない。このため、特定の利用方法については、一定の創作性を加えたうえでも自由利用することを可能とすることにしたのが本条である。

これらの立法趣旨に係る説明に鑑みると、47条の6の立法・存在意義というのは、30条以下の各著作権の制限規定が規定する利用行為を原則としながらも、特定の利用行為については、その著作権の制限規定の趣旨・性質なども考慮したうえでその翻案等利用も許容しようとするところにある、とも解されよう⁽¹⁹⁾。

また、この47条の6第1項による二次的著作物については、47条の6第2項において、「第1項各号の規定により原著作物を利用することができる場合には、第1項の規定を受けて創作された二次的著作物に關す

(12) 半田ほか編・前掲注(7)290頁[茶園成樹]。

(13) 小泉ほか・前掲注(7)455頁[奥邨弘司]。

(14) この点については、半田ほか編・前掲注(7)290頁[茶園成樹]、小泉ほか・前掲注(7)455頁[奥邨弘司]より着想を得ている。

(15) この点については、小泉ほか・前掲注(7)455頁[奥邨弘司]より着想を得ている。

(16) この点については、半田ほか編・前掲注(7)290頁[茶園成樹]より着想を得ている。

(17) 加戸・前掲注(4)423頁。

(18) 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)364頁[小倉秀夫]。

(19) この点については、加戸・前掲注(4)423頁、小倉ほか編・前掲注(18)364頁[小倉秀夫]より着想を得ている。

る原著作者の権利(第28条に規定する権利)も、第1項各号に掲げる各個別の権利制限規定における対象著作物とみなして、制限されることが規定されて」いる⁽²⁰⁾。

そこで、35条1項が適用される大学等の授業利用の場面において、二次的著作物の創作に該当する行為について考えてみると、およそ次のような行為が想定される。

† 授業利用に伴う他人の著作物に係る二次的著作物の創作例†⁽²¹⁾

- ・ 外国語の原書の一部分を複製し、日本語に翻訳する行為
- ・ 記事・論文などを翻訳・要約し、それをもとに授業資料としてスライド・レジュメなどの作成を行う行為

何気なしにあげてみたものの、これらの行為については、大学等の授業利用の場面においては、よく行われていることではなかろうか。原作のままの利用にとどまらず、授業内容によってはむしろ二次的著作物の創作行為のほうが多いことでさえありうる。そうすると、授業利用の場面とはいえ、実際に利用する教員・学生等が自覚しているかどうかにかかわらず、意外なほど授業と二次的著作物の関係は深いものがあるといえよう。

ところで、35条1項および47条の6第1項1号が適用され、翻案等により二次的著作物を創作したとしても、これらの規定によりその二次的著作物との関係において行うことができる行為は、あくまでも35条1項が規定する複製・公衆送信・公衆伝達の行為に限られている。

そうすると、大学等の授業利用における二次的著作物については、およそ次のような行為が許されることになる。

† 二次的著作物としての授業利用例†⁽²²⁾

- ・ 記事・論文などを翻訳・要約し、学生等に配付する行為
- ・ 記事・論文などを複製し、学生等に配付し、翻訳・要約させたのち、その模範解答となるようなものをピックアップして複製し、再度、学生等に配付する行為
- ・ 記事・論文などを翻訳・要約し、クラウド・サーバなどのインターネットを利用して学生等に配信する行為
- ・ 記事・論文などを翻訳・要約し、スライド・レジュメなどに貼りつけて授業資料を作成し、その授業資料をクラウド・サーバなどのインターネットを利用して学生等に配信し、またはその授業資料を用いてオンライン授業を行う行為

再度、何気なしにあげてみたものの、これらの行為についても、大学等の授業利用の場面においては、やはりよく行われていることではなかろうか。

いずれにしても、これらの行為は、35条1項および47条の6第1項1号が適用されることにより、複製・公衆送信・公衆伝達のカテゴリーで行うことができるものである。

しかし、大学等の授業利用という場面において適用される著作権の制限規定というのは、何も35条1項に限られるものではなく、前述のように38条1項も適用されることもある⁽²³⁾。まさに、これが次なる論点である。というのも、38条1項の利用態様としては、上演・演奏・上映・口述の行為のみであることに起因するからである。

ちなみに、旧法から現行法に改正されるにあたって35条が制定されたが⁽²⁴⁾、35条にいわゆる無形複製(演奏・上映など)を規定しなかった理由⁽²⁵⁾については、次のようにいわれている。

(20) 加戸・前掲注(4)426頁。

(21) 本事例を作成するにあたり、著作物の教育利用に関する関係者フォーラム・前掲注(7)5～6、21～22頁、加戸・前掲注(4)50、219～220、319～327、424頁より着想を得ている。なお、本事例でも、「要約」についても翻案等に含まれるとしているが、この点について、加戸・前掲注(4)50頁は、「長い文章を短くダイジェストする行為」を二次的著作物の翻案の例とし、同文献219頁は、「ダイジェストの形で翻案権が働くときには、論文等の学術的著作物も対象となります。」とし、同文献220頁は、「ダイジェスト(要約)」という形である程度の長さの著作物を短く縮めるという行為は翻案に該当します」とする。

(22) 本事例を作成するにあたり、著作物の教育利用に関する関係者フォーラム・前掲注(7)5～6、21～23頁、加戸・前掲注(4)50、219～220、319～327、424頁より着想を得ている。なお、本事例でも、「要約」についても翻案等に含まれるとしているが、この点について、加戸・前掲注(4)50頁は、「長い文章を短くダイジェストする行為」を二次的著作物の翻案の例とし、同文献219頁は、「ダイジェストの形で翻案権が働くときには、論文等の学術的著作物も対象となります。」とし、同文献220頁は、「ダイジェスト(要約)」という形である程度の長さの著作物を短く縮めるという行為は翻案に該当します」とする。

(23) たとえば、加戸・前掲注(4)346頁、上野編・前掲注(4)42頁[今村哲也]、作花・前掲注(4)391～392頁を参照。

(24) このあたりの改正経緯については、半田ほか編・前掲注(7)291～293頁[茶園成樹]を参照。

(25) 伊藤正己・菊井康郎・佐野文一郎・野村義男・山本桂一「新著作権法セミナー」ジュリスト No.474(1971年)127頁。

■無形複製は三八条で

野村 ここでいっていることは、有形複製だけです。教室の中で歌をうたったり、映画を見せたり、そういうことは自由であるとか自由でないとかという条文はないのですが、その点は……。

佐野 それは一般に三八条の「営利を目的としない上演等」のほうで読めるということです。

野村 三八条でいくのか、あるいは演奏とか上演というのは、公の何とかなるかどうかなるからか。

佐野 パブリック・パフォーマンスにならないという議論はあり得るでしょうが、そっちのほうはちょっとあぶないですね。

野村 あぶない。何か教室だけのことにしぼって考えると、有形複製も無形複製も書いておいたほうがいいという気がするのです。無形複製のほうは、収入を得ない、純益をあげない興行ならいいのだという条文のほうに持っていくのは、やや離れているような気がするのです。だから文部当局として教育に御熱心であれば、一緒に考えて書いておいたほうがよくなかったか。

■無形複製を規定することの難しさ

佐野 その辺をかりに書くと、パブリックかパブリックでないかの判断の基準をどうしても示さなければならぬことになるし、イギリス法がやっているように、先生と生徒だけでなければいけない、聴衆に親が入ってもいいとかその辺の議論が出てきてしまうので、それよりはやはり三八条でほかのものと一緒に扱えば、かりにパブリックになっても教えるわけだし、パブリックにならないものはもともと問題にならないということになります。

伊藤 これも解釈の基準としては、なるべくしぼろうというような解釈なんでしょうね。

佐野 著作権の制限の規定全部についてそうです。疑わしければ狭く解してくれということです。

この発言に鑑みると、35条に有形複製も無形複製

も規定しておいたほうがよいとする見解(野村義男発言)がある一方で、あえて35条には規定せず、38条1項を適用することができるとする見解(佐野文一郎発言)があったようである⁽²⁷⁾。とすれば、よりその判断を行いやすい方策として授業利用の場面においては、38条1項にその根拠を求めようとしていたことがうかがえよう。

なお、現行法の立法において、もし無形複製の規定についても35条に規定されていたとしたならば、本稿の問題意識に関する論点は生じ得なかったと考えられる。かりに35条1項に無形複製を許容する規定があれば、すでに47条の6(かつては43条)により翻案等利用が許されていることからいえるように、翻案等利用も含むものとして扱われていたと考えられるからである。

Ⅲ. 授業利用に関する著作権法38条1項の解釈・適用

1. 著作権法38条1項の立法趣旨

まず、38条1項の立法趣旨について紹介し、その立法・存在意義についてみていくこととする。

†半田正夫・松田政行編『著作権法コンメンタール2第2版[26条～88条]』(38条全体について)†⁽²⁸⁾

…本条の一般法的な特色は、その権利制限の趣旨が、著作物利用に関する特定の当事者に限定された社会的目的や保護対象の特殊性に対する配慮ではなく、より一般的な公益的な利用利益なり公共の福祉の確保に求め得ることに起因している。すなわち本条の趣旨は、著作物の利用に係る伝統的な慣習や公共の福祉といった一般的公益と、著作物の利用独占に関する作者の私益との間の緊張・衝突関係を、特定の要件事実(利用態様の特色)が充足する場面で、権利の効力を制約して、当該公益を優先させるという方法で調整する点にある。換言するならば、そのような、作者の私益に優越すべき公益を認め得る著作物利用の場面を規定しているのが、本条ということになる。

(26) 伊藤ほか・前掲注(25)127頁。

(27) 伊藤ほか・前掲注(25)127頁を参照。

(28) 半田ほか編・前掲注(7)339頁(本山雅弘)。

†半田正夫・松田政行編『著作権法コンメンタール 2
第2版[26条～88条]』(38条1項について)†⁽²⁹⁾

本項は、公表された著作物に関し、上演等の無形の利用行為をめぐる公益を、著作者の私益に優先して保護するものである。例えば、学校の学芸会での学童による演劇披露や、教室内での教師による詩歌の朗読なり教育用ビデオの上映、あるいは、外国元首の来日時における自衛隊による歓迎楽曲の演奏が行われる場合、そのことにより、学童の情操教育・創造性教育に効果が期待され、あるいは、わが国のより良い外交関係の構築への寄与が期待される。そこには、教育や外交上の公益を認めることができる。そこで、公表された著作物の上演等の利用態様に関して、営利を目的とせず、視聴者から入場料等の対価が徴収されず、かつ、利用行為の主体である実演家なり口述者に報酬が支払われないとの要件を設けることにより、そうした公益的な利用場面を抽出し、無許諾・無償の上演等の行為(上演、演奏、上映または口述)を許容してその公益を確保しようとするのが1項である。

†小倉秀夫・金井重彦編『著作権法コンメンタール
(改訂版)Ⅱ』†⁽³⁰⁾

本条は、一定の著作物の利用については営利を目的とせず、かつ、聴衆等から料金を受けない場合には、著作権者の許諾を得ることを要しない旨を規定したものである。これは、教育機関や地域での教育文化活動が円滑になされるようにする必要がある、また、非営利かつ無料で行われるならば、通常大規模なものではなく、また、頻繁に行われることもないから、著作権者に大きな不利益を与えないと考えられたためである。

これらの立法趣旨に係る説明に鑑みると、38条1項の立法・存在意義というのは、「著作者の私益に優越すべき公益を認め得る著作物利用の場面を規定している」⁽³¹⁾という見解があるように、著作物の利用に係る利益において著作作者・著作権者の私益と著作物の利用者の公益を比較し、その公益的側面から著作物の利

用を優先することにより、その観点から著作物の利用を認めようとするところにある、とも解されよう⁽³²⁾。

したがって、38条1項は、何かしらの限定された利用場面ではなく、より一般的な公益的側面に起因する点において存在しているものであると解することができる⁽³³⁾。とすれば、38条1項が適用される利用場面というのは、基本的にはかなり公益性の程度が高い場面であるということがうかがえよう。

2. 著作権法 38 条 1 項による利用態様

前述のように、38条1項は、他人の著作物について、非営利・無料・無報酬の要件を満たす場合、その利用態様として公への上演・演奏・上映・口述を行うことを可能とする。ただし、38条1項によっては複製についてはもちろん、公衆送信についても行うことはできない。

さて、38条1項が適用される行為については、およそ次のような行為があるとされている。

†38条1項が適用される著作物の利用行為の想定例†⁽³⁴⁾

- ・上演：学校の学芸会
- ・演奏：同好の士の野外音楽会・消防庁音楽隊の入場行進演奏
- ・上映：映画コンクールの試写会
- ・口述：教室における教科書朗読

他方で、実際の授業利用の場面では、およそ次のような利用も(ある意味において当然のごとく)行われていることも多いのではなかろうか。

†大学等の授業における翻案等利用の上演等の想定例†⁽³⁵⁾

- ・上演：演劇系の授業において小説の内容を脚色して演じる行為
- ・演奏：クラシック音楽をジャズ・ロック風にアレンジ(編曲)して演奏する行為
- ・上映：記事・論文などを翻訳・要約したものをプロジェクタによってスクリーンに投影する行為
- ・口述：日本語の小説を英訳して音読する行為

(29) 半田ほか編・前掲注(7)339～340頁[本山雅弘]。

(30) 小倉ほか編・前掲注(18)177～178頁[古田利雄]。

(31) 半田ほか編・前掲注(7)339頁[本山雅弘]。

(32) この点については、半田ほか編・前掲注(7)339～340頁[本山雅弘]より着想を得ている。

(33) 半田ほか編・前掲注(7)339頁[本山雅弘]を参照。

(34) 加戸・前掲注(4)346頁。

(35) 本事例を作成するにあたり、半田ほか編・前掲注(7)356～357頁[本山雅弘]、加戸・前掲注(4)346頁、高林・前掲注(7)193頁、中山・前掲注(7)449頁より着想を得ている。

しかし、38条1項の上演・演奏・上映・口述の行為は、その翻案等利用について47条の6において規定されていないことから、いずれも原作のままの利用しか許されていない⁽³⁶⁾。それゆえ、対面授業において、38条1項によらずして翻案等利用を行おうとする場合には、少なくとも対面授業に係る困難性の1つになるおそれがある。

他方で、(逆に不都合な感じは否めないが)オンライン授業の場合には、公衆送信を行うことができるため、35条1項をそのままストレートに適用し、利用することができる⁽³⁷⁾。

このようにみえてくると、オンライン授業よりも対面授業のほうが、実のところ法的には許される行為が制限され、その範囲が狭まっているという見方にもなってしまふ。

話を戻して、38条1項が上演・演奏・上映・口述の行為について、そもそも原作のままの利用にとどめた背景に関しては、次のように説明されている。

†加戸守行『著作権法逐条講義 七訂新版』†⁽³⁸⁾

第38条第1項については、非営利目的であっても原則のままの利用行為だけに限定しなければ条約上問題があることから…本条(筆者注：47条の6)では規定されておられません。

このように、38条1項の利用態様が原作のままの利用のみである背景には、条約上の問題があるとされている⁽³⁹⁾。

この条約はベルヌ条約であるところ、そのブラッセル改正会議におけるいわゆる小留保が関係している点⁽⁴⁰⁾についても、看過することはできないと考えられる。

さて、ベルヌ条約におけるこの小留保の意義に関しては、次のように説明されている。

†半田正夫・松田政行編『著作権法コンメンタール 第2版[26条～88条]』(小留保の意義について)†⁽⁴¹⁾

公益保護の観点から権利濫用の懸念に発する上演権・演奏権に対する制約なり制限規定導入をめぐる議論は、ローマ改正会議に始まりブラッセル改正会議での討議の結果、国内法での個別対応の可能性を示唆する小留保に結実したわけである。この小留保は、表面的には、上演権・演奏権に対する明文の制限規定の不承認の結果にほかならないが、その不承認の事実には、ベルヌ条約の積極的な意図を読み込もうとするのであれば、それは小留保の意図を見誤ることになる。小留保の意義、それは、公益保護の観点から、上演権・演奏権の排他性を否定しそれを単なる債権的な報酬請求権等と構成すべきとの発想、あるいは、排他性を承認しても権利の中身を制約しようとの発想は、著作物の利用をめぐる各国に固有の伝統的習慣と切り離して論ずることはできないものであるから、そうした発想を条約の統一的ルールとして一般化することは困難と考える点にある。著作物の上演と演奏をめぐるさまざまな伝統的習慣を背景に、さまざまな様相を呈する各国の公益について、その保護を定型的に規範化することは条約に馴染まないとの消極的意図が、小留保の意味するところである。

したがって、小留保を国内法に表現し直した権利制限の規定が、国内の伝統的習慣に根差した公益保護の要請に合致するものである限り、たとえベルヌ条約が明文の権利制限の規定をもたないとしても、その国内法規定はベルヌ条約に抵触しないと解すべきである。言い方を換えれば、国内法の制限規定が、著作者の私益に優越すべき公益を認め得る範囲を超えて権利制限の効果を及ぼすような解釈を許すとするれば、そうした規定と解釈とは、ベルヌ条約と適合しないこととなろう。

(36) この点について、加戸・前掲注(4)346頁は、「…本項の規定による利用の場合は、第47条の6の翻訳・編曲・翻案等の規定は適用されないということでありまして、したがって、非営利上演等として利用が認められるのは、原作のままの利用だけです。…小説を脚色して演出する場合には、原作者から第27条の翻案権の許諾を得る必要があります。また、音楽の著作物、特に軽音楽のたぐいになりますと、原作品のままではなく、相当程度にアレンジして演奏することがございますが、場合によっては、第27条の編曲権が問題となることも考えられます。…建前として、本項の場合には、翻訳・編曲・翻案等の二次的な利用が認められていないことにご注意いただきたいと思います。」とする。

(37) もちろん、35条1項を利用した公衆送信であるので、35条2項により補償金の支払い義務が生じる(授業目的公衆送信補償金制度)。

(38) 加戸・前掲注(7)426頁。

(39) 加戸・前掲注(7)426頁を参照。

(40) 半田ほか編・前掲注(7)345、350～352頁(本山雅弘)を参照。

(41) 半田ほか編・前掲注(7)351～352頁(本山雅弘)。

ここで、以上を総じて、小留保に結実したベルヌ条約の議論から解釈論上の示唆を得るならば、次のように整理することができる。①上演権・演奏権に対する制約論は公益保護の要請に由来する。②公益保護の要請は権利の性質論にも及び得るほどの強い要請である。③したがって、ベルヌ条約が同権利を排他的権利と構成しているとしても、国内法の解釈として公益保護を根拠とする権利の内在的制約論を説くことは、ベルヌ条約の観点とも矛盾しない。④とはいえ、公益を基礎とする制約であるだけに承認されるべき制約内容は自ずと限定されている。⑤公益を根拠とする権利の内在的制約論は、上演権・演奏権のみならず、放送権・放送の伝達権、口述権、録音物の演奏権それに上映権にも妥当し得る。⑥したがって、これらの権利の制限に関する国内法の規定は、著作者の私益に優越すべき公益を基礎とする限りで、限定的に設けられかつ厳格に解釈されるべきである。

この小留保に関する見解に鑑みると、ベルヌ条約の解釈論における小留保の意義は、著作者・著作権者の私益よりも公益が優先されるような場合には小留保の考え方に合致するものとして、ベルヌ条約の解釈に適合しうるものであると捉えることができるところにある、とも解されよう⁽⁴²⁾。

もっとも、その際には、その解釈論自体も限定的かつ厳格に解釈される必要があるし⁽⁴³⁾、実のところ、そもそも翻案等利用については確認されていないこと⁽⁴⁴⁾に鑑みても、いまだ議論・検討すべき余地があるように思われる。

話を戻して、38条1項に係る翻案等利用に関しては、学説上、次のような見解がある。

† 半田正夫・松田政行編『著作権法コンメンタール 第2版[26条～88条]』†⁽⁴⁵⁾

…本条で自由利用が許容されるのは、著作物の原作のままの利用である。著作権法43条(筆者注：現47条の6)の各号によれば、著作物を翻案したう

で利用する行為は、本条の自由利用の対象とされていない。例えば、学校の学芸会で学童が原作小説を脚色して上演する場合など、著作物を翻案したうえでの利用は許容されるものではない。この点につき、翻案について原作利用と同様の自由を許さない合理的理由の存在を疑問視する見解もある⁽⁴⁶⁾。ここで、吟味すべきことは、翻案利用についてまでも、無許諾・無償という著作権の全否定を正当化し得るような、著作者の私益に優越すべき公益の存在である。例えば、学芸会における学童の翻案作業が、原作小説の深い理解とそれを基礎とするさらなる創造行為の発揮において、情操・創造性教育の促進等の観点から社会的に重要な公益を備えるものと認め得る場合であれば、当該翻案行為を促すためにも、その翻案後の自由な利用行為を許容すべきとする考え方はあり得よう。もっとも、そのような制度を具体化するに際しては、自由翻案を許容する公益的な利用場面を導く要件をいかに構成すべきか、そして、権利制限の手法を無許諾・無償と無許諾・有償のいずれかにすべきかの検討も要されよう。

† 作花文雄『詳解 著作権法(第6版)』†⁽⁴⁷⁾

…著作者人格権については別途の問題があるとしても、本条の利用において、原作のままの利用に限定し、例外が許されないとするだけの合理的な理由が何であるのか疑問なしとしない。翻案等を許容すれば条約との抵触問題があるなどの所見もあるが(加戸・逐条講義6訂333頁、同7訂426頁)、制度設計としては問題がある。上演、演奏など無形の利用の権利制限については、ベルヌ条約上明文で規定されておらず、「小留保(minor reservations)」として許容されることが1948年のブラッセル改正会議で確認されているが、翻案利用については確認されていない。当該著作物の利用実態に照らし、権利者の利益を害さないと認め得るものについて、過度に自己抑制して法制を現実離れのものにしないようにする必要がある。

(42) この点については、半田ほか編・前掲注(7)351～352頁[本山雅弘]より着想を得ている。

(43) 半田ほか編・前掲注(7)351～352頁[本山雅弘]を参照。

(44) 作花・前掲注(4)392頁を参照。

(45) 半田ほか編・前掲注(7)356～357頁[本山雅弘]。

(46) 作花文雄『詳解 著作権法(第4版)』(ぎょうせい、2010年)367頁、田村善之『著作権法概説 第2版』(有斐閣、2001年)205頁。なお、これらの文献は、本稿が引用する半田ほか編・前掲注(7)356頁[本山雅弘]において引用されているものであるため、併せて表記しておく。

(47) 作花・前掲注(4)392頁。

38条1項に該当するとしても、そのままの形で使用することができるだけで、翻案をなすことはできない(43条参照)(筆者注:現47条の6)。その趣旨、分明ならざるものがあるが、小説や漫画の舞台化や映画化等、未開拓の市場に最初に手を着ける機会を著作権者に保障したというところにでも求めるしかないであろう。そうだとすると、長い演劇の一部をカットして上演する場合など、同じジャンル内で翻案される分には、特に咎め立てをすることもないと解されることになる(著作者人格権の問題は別途考えなければならない)。

翻訳・翻案利用を認めている47条の6各号には、38条は掲げられていないので、文理解釈からすれば、38条により認められる利用とは、著作物をそのままの形で利用する場合であり、翻案利用は認められないことになる。しかし、現実には学校の公開学芸会においては、子供である実演者に応じて簡易化したり⁽⁵⁰⁾、時間の都合で一部省略したりすることは日常的に行われていることであり、そのような場合に翻案を認めないのは余りにも問題が大きすぎる⁽⁵¹⁾。

たとえば学園祭などで演奏や上演を行う場合に、長時間の演劇を短縮したり、あるいは演じるに際してアレンジ等を加えたり、楽章を省略して演奏することなどが許容されるか否かが問題になる場合がある。しかし、無形的複製に際して表現の改変等を伴う場合であってもその過程に創作性が認められない場合には、上演や演奏に包含されることは前述のとおりであるから、脚本を単純に短縮化したり圧縮して上演する行為や、楽章を省略して演奏することは本条1項によって許容されると解される…。また、実演家が演じるに際して行われる演技上の工夫にとどまる範囲内であれば、これは新たな創作と評価さ

れるものではなく、演劇の著作物の伝達行為として上演に包含されると解することができるだろう。

これらの学説の見解に鑑みると、38条1項に係る翻案等利用については、必ずしもそのことを否定しているわけではなく、翻案等利用の可能性を模索したり、その議論や検討の余地を残したりしていることがうかがえよう。

したがって、38条1項の利用態様に関する解釈論というのは、すでに一義的かつ硬直的に定まっているものであるともいいきれないであろう。もっとも、その解釈論を検討するにあたっては、38条1項において原作以外の翻案等利用を許容しうだけの積極的な理由が必要になると考えられる。

3. 著作権法38条1項と著作権法35条1項の関係

そもそも、著作権の制限規定は、そのいずれか1つでも適用することができれば、無許諾利用が許されることになるが、その著作権の制限規定どうしには優劣関係はなく、したがって、同一の場面においては複数の著作権の制限規定が適用されることもある⁽⁵³⁾。

もっとも、それは著作権の制限規定が適用可能な利用場面によって異なることから、大学等の授業利用の場面においては、38条1項および35条1項は、その両方が段階的に適用されることもある⁽⁵⁴⁾。

† 38条1項および35条1項の段階的な適用例†⁽⁵⁵⁾

…保存した動画をスクリーンに上映する場合、35条で複製権に関する権利制限の適用を受け、次に38条1項…に基づき上映権や演奏権の権利制限の適用を受けるという具合に、複数の制限規定の段階的な適用を受けるという理解によって適法に行いうる。

とはいえ、大学等の授業利用の場面においては、35条1項とはそもそも適用要件が異なる38条1項が適

(48) 田村・前掲注(7)205頁。

(49) 中山・前掲注(7)449頁。

(50) この点について、中山・前掲注(7)449頁は、その注釈181において、「例えば学年に応じて難易度を下げる行為。」をあげている。そのまま引用した都合上、併せて表記しておく。

(51) この点について、中山・前掲注(7)449頁は、その注釈182において、田村善之『著作権法概説 第2版』(有斐閣,2001年)205頁をあげている。そのまま引用した都合上、併せて表記しておく。

(52) 高林・前掲注(7)193頁。

(53) 上野編・前掲注(4)165頁[谷川和幸]を参照。

(54) たとえば、上野編・前掲注(4)42頁[今村哲也]、同文献165頁[谷川和幸]を参照。

(55) 上野編・前掲注(4)42頁[今村哲也]。

用されないということも当然ありうるし、その逆も然りであろう。

ところで、38条1項および35条1項の2つの著作権の制限規定は、絶対的に独立したものかといえ、必ずしもそうとはいえないように考えられる。というのも、35条自体については、38条1項の影響を受けているといえるからである。この点については、平成15年一部改正時に導入された、いわゆる遠隔合同授業のための公衆送信の規定にみることができる。

平成15年一部改正より、35条にその2項として導入された遠隔合同授業のための公衆送信の規定は、次のとおりである。

† 35条2項(平成15年一部改正時・平成30年一部改正前) †

(学校その他の教育機関における複製等)

第三十五条 (略)

2 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、当該授業を受ける者に対して当該著作物をその原作品若しくは当該複製物を提供し、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、送信可能化を含む。)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。(筆者注：下線は筆者による)

このように、平成15年一部改正時の規定に鑑みると、38条1項の規定が可能とする行為については、遠隔合同授業という場面に限られるものの、35条自体にも影響していることがみえてくるといえよう。

また、平成15年一部改正において、前述のように35条2項の規定を導入した経緯に関しては、次のように説明されている。

† 加戸守行『著作権法逐条講義 六訂新版』†⁽⁵⁶⁾

第2項は、「主会場」での授業が「副会場」(公衆)に同時中継(公衆送信)されている場合に、主会場で用いられている教材を、例外的に権利者の許諾を得ずに、副会場向けに「送信」できる旨を定めたものであります。

本項は、平成15年の法改正により新たに規定されたものでありますが、改正前の著作権法第35条では、授業での教材としての使用を目的として例外的に無許諾で著作物を利用できる場合の利用態様は、「複製」と「譲渡」に限定されていました。しかしながら、様々な情報通信技術を活用した教育活動が種々の教育機関によって展開されつつあり、例えば、大学・学校等の「遠隔授業」や「合同授業」等での授業の中継等において、離れた場所の学習者等(公衆)に対して、主会場で複製・配布・提示等された教材などを、衛星通信・インターネット等により送信することが必要とされるようになっていました。このため、営利を目的としない教育機関で、「主会場」での授業が「副会場」(公衆)向けに同時中継(公衆送信)されている場合に、主会場で用いられている教材を、例外的に権利者の許諾を得ずに、副会場向けに公衆送信できることとしたものであります。

このように、平成15年一部改正時の35条2項は、情報通信技術(ICT)の発達により、大学等の授業形態が1つの教室内で展開されることにとどまらない、さまざまなかたちで展開されていることに対応した規定であることがうかがえよう⁽⁵⁷⁾。したがって、(むろん憶測の域を出ないが)実際に授業が実施されている場所とそこから離れている場所であったとしても、そこに同時性(リアルタイム性)⁽⁵⁸⁾があり、そのカテゴリー内で実施されている限り、教室内というリアルな場で実施されているものと同じものとしてみなすこととした規定のように解することもできそうではあろう⁽⁵⁹⁾。

さて、平成30年一部改正後の35条1項は、その利用行為として公衆送信を行うことも可能とするが、35条1項を利用して公衆送信を行う場合、35条2項に

(56) 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)284頁。

(57) この点については、加戸・前掲注(56)284頁より着想を得ている。

(58) たとえば、著作物の教育利用に関する関係者フォーラム・前掲注(7)21～22頁は、「許諾不要、無償で著作物を利用できると考えられる例」の公衆送信として、「リアルタイム遠隔合同授業」の例を記載する。この記載は、遠隔合同授業にリアルタイム性があることを示すものであると考えられる。また、文化庁長官官房著作権課「著作権法の一部を改正する法律について」コピライト No.508 Vol.43(2003年)29頁は、平成15年一部改正時の35条2項の条件の1つとして、「生で中継される授業を受信地点で「同時」に受ける者への送信であること」とする。

(59) この点については、加戸・前掲注(56)284頁、加戸・前掲注(4)326～327頁より着想を得ている。

より著作権者に対して補償金の支払い義務が生じる(授業目的公衆送信補償金制度)。

他方で、授業目的公衆送信補償金制度の適用可否は、公衆送信を行った場合に限られるので、いくつかの場合ではそもそも補償金の支払い義務が生じないこともある。たとえば、次のような場合があげられる。

† 授業目的公衆送信補償金制度とは無関係の行為例†⁽⁶⁰⁾

- ・ 対面授業において、記事・論文などを複製し、学生等に教室内でその複製物(印刷物)を配付する行為(複製・譲渡)
- ・ 対面授業において、動画共有サイトにアクセスし、学生等に教室内で見せるためにその動画をスクリーンに映し出して見せる行為(公衆伝達)⁽⁶¹⁾
- ・ 対面授業において、そこで使用した授業資料・講義映像を遠隔合同授業等(同時中継)で他の会場に送信する行為(いわゆる遠隔合同授業)⁽⁶²⁾

このように、公衆送信に該当しなければ、原則として補償金の支払い義務は生じないことになるが、遠隔合同授業の場合には少々事情が異なる。というのも、遠隔合同授業の場合、一方の教室等において学生等を目の前にして直接行われる授業の様子について、他方の教室等(その形態に限定はなく、自宅で授業を受ける場合も含む)に向けて同時に配信するという公衆送信も伴っているからである⁽⁶³⁾。

もっとも、遠隔合同授業に該当する場合には、たとえ公衆送信を伴う行為が行われたとしても、35条3項により補償金の支払い義務が生じない。

† 35条3項(平成30年一部改正後)†

(学校その他の教育機関における複製等)

第三十五条 (略)

3 前項の規定は、公表された著作物について、第一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おいて、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を行うときには、適用しない。(筆者注：下線は筆者による)

遠隔合同授業の場合において、補償金の支払い義務が生じない理由に関しては、次のように説明されている。

† 加戸守行『著作権法逐条講義 七訂新版』†⁽⁶⁴⁾

第3項は、遠隔会議システム等を利用して、離れた学校の学級同士を同時中継で繋いで行ういわゆる「遠隔合同授業」において、当該授業のために用いられている教材を、互いの教室(公衆)向けに送信する場合(同時授業公衆送信)は、前項の補償金(授業目的公衆送信補償金)の対象にならない旨を定めています。同時授業公衆送信は、平成15年の法改正により、それまで「複製」と「譲渡」(第47条の7)のみが権利制限の対象であったところに加えられたものですが、平成30年の法改正にあたり、それまで無償で行えることとなっていたこれらの行為(複製、譲渡、同時授業送信)を補償金の対象とした場合、長期間にわたって社会に定着していた法規範に変更が加えられることにより法的安定性が損なわれ、教育現場の混乱を招きかねないとして、補償金の対象から除外することとされました。

以上を収斂してみると、遠隔合同授業というのは、たとえ公衆送信を伴う場合であっても、教室内というリアルな場において行われる対面授業と同等の扱いにするために、38条1項が規定する上演・演奏・上映・口述の行為についても、対面授業として行われるものと同じものとみなして扱うこととしたと解することもできそうではあろう⁽⁶⁵⁾。

したがって、38条1項および35条1項はその適用される場面が異なることから、授業においてはその両

(60) 本事例を作成するにあたり、全体としては、文化庁「授業目的公衆送信補償金制度の概要」(文化庁、令和2年)1頁(https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/pdf/92728101_03.pdf)、著作物の教育利用に関する関係者フォーラム・前掲注(7)5～6、21～23頁、加戸・前掲注(4)322頁、上野編・前掲注(4)42頁[今村哲也]より着想を得ている。なお、2つ目および3つ目については、事例として個別に引用したため、それぞれ注(61)および(62)を参照。

(61) 本事例については、上野編・前掲注(4)42頁[今村哲也]を参照。

(62) 本事例については、文化庁・前掲注(60)1頁を参照。

(63) 加戸・前掲注(4)326～327頁を参照。

(64) 加戸・前掲注(4)326頁。

(65) この点については、加戸・前掲注(56)284頁、加戸・前掲注(4)326～327頁より着想を得ている。

方が段階的に適用されることがあるが⁽⁶⁶⁾、他方では、遠隔合同授業の場合のように適用されることもあることに鑑みると、35条1項の規定に対して38条1項の規定は、大学等の授業利用という場面に通底するかたちでその影響を及ぼしているとみることもできよう。

このようにみえてくると、38条1項および35条1項は、とりわけ大学等の授業利用という場面においては、それぞれが完全に別々のものとして無関係であるとはいえない、とも考えられなくはないのではなかろうか。

Ⅳ. 考察

さて、これまで述べてきたことを踏まえると、35条1項および38条1項は、大学等の授業利用の場面においては、これらの規定をどのように考えることができるのであろうか。すなわち、大学等の授業利用の場面においては、他人の著作物について、38条1項の適用により、その翻案等利用が許容されうるのかどうか、である。

そこで、以下、大学等の授業利用の場面における著作権法35条1項および38条1項の制度設計に関する試論について検討する。

まず、35条1項および38条1項ともに、その公益性(35条1項の場合は、教育の側面からみるとき⁽⁶⁷⁾／38条1項の場合は、著作者・著作権者の私益に優先すべき公益という、より一般的な側面からみるとき⁽⁶⁸⁾)が重視されていることにより、これらの規定は存在しているといえよう。

大学等の授業利用の場面では、教育の側面によりその公益性の程度は高いものになろうし⁽⁶⁹⁾、この点については、教育基本法1条⁽⁷⁰⁾の規定が謳っていることからもうかがい知ることができよう⁽⁷¹⁾。

さて、35条1項では、原作のままの利用だけでなく、すでに翻案等利用も許容されていることから(47条の6第1項1号)、35条1項自体を改めて検討する必要はない。

問題は、前述のように、大学等の授業利用の場面においては、35条1項では翻案等利用が許容されることになるにもかかわらず、38条1項では原作のままの利用しか許されていないことにある⁽⁷²⁾。もっとも、教育現場の実態を鑑みると、法的には許容されるかどうかにかかわらず、大学等の授業利用の場面においては、このような利用行為は割と一般的に(しかもとくに意識することなく)行われているものと推測されよう。そのため、もしそれが絶対的に許されなかったとした場合、その利用にあたっては、35条1項および38条1項がそれぞれ可能とする範囲にとどまるものにせざるを得なくなり、二次的著作物としての授業利用の側面からは円滑な教育活動に支障をきたすおそれもあり得よう。

それでは、このような問題を検討するにあたっては、35条1項および38条1項についてどのように考えていくことができるのであろうか。

確かに35条1項および38条1項は、同じ利用場面において適用されることもあるし、いずれか一方のみが適用されることもあるため⁽⁷³⁾、この前提をもとにするならば、そもそもその適用要件が異なることに加えて、本来的な適用場面をも異にしうる35条1項および38条1項が互いに直接影響しあっているとはいえない。

しかし、前述のように、平成15年一部改正時には35条のその2項において遠隔合同授業のための公衆送信の規定が導入され、そこでは38条1項が規定する上演・演奏・上映・口述の行為については、たとえ

(66) たとえば、上野編・前掲注(4)42頁[今村哲也]、同文献165頁[谷川和幸]を参照。

(67) この点については、小泉ほか・前掲注(7)455頁[奥邨弘司]を参照。

(68) この点については、半田ほか編・前掲注(7)339頁[本山雅弘]を参照。

(69) この点については、小泉ほか・前掲注(7)455頁[奥邨弘司]より着想を得ている。

(70) 教育基本法1条は、「教育の目的」として「教育は、人格の完成を目指し、平和で民主的な国家及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の育成を期して行われなければならない。」と規定する。

(71) この点については、半田ほか編・前掲注(7)290頁[茶園成樹]より着想を得ている。

(72) この点について、加戸・前掲注(4)346頁は、「…本項の規定による利用の場合は、第47条の6の翻訳・編曲・翻案等の規定は適用されないということでありまして、したがって、非営利上演等として利用が認められるのは、原作のままの利用だけであります。…小説を脚色して演出する場合には、原作者から第27条の翻案権の許諾を得る必要があります。また、音楽の著作物、特に軽音楽のたぐいになりますと、原作品のままではなく、相当程度にアレンジして演奏することがございますが、場合によっては、第27条の編曲権が問題となることも考えられます。…建前として、本項の場合には、翻訳・編曲・翻案等の二次的な利用が認められていないことにご注意いただきたいと思います。」とする。

(73) 上野編・前掲注(4)165頁[谷川和幸]を参照。

その手段(利用態様)は別としてもその同時性(リアルタイム性)⁽⁷⁴⁾を重視する観点から35条2項に取り入れられていたといえそうであるし、平成30年一部改正後の規定としては、遠隔合同授業について規定する35条3項においては、38条1項が規定する上演・演奏・上映・口述の行為の場合についても、授業目的公衆送信補償金制度の対象外であるとされている⁽⁷⁵⁾。

したがって、遠隔合同授業の場合に限られるものの、35条1項の規定に対して38条1項の規定は、前述のように、大学等の授業利用という場面に通底するかたちでその影響を及ぼしているともみることができよう。このことから、大学等の授業利用の場面における平成30年一部改正前の35条2項の考え方や平成30年一部改正後の35条1項・3項の考え方については、38条1項との関係からしてみても、必ずしも無関係であるとはいえないと思われる。

また、38条1項に係る翻案等利用に関して、学説は、「…翻案利用についてまでも、無許諾・無償という著作権の全否定を正当化し得るような、作者の私益に優越すべき公益の存在である。例えば、学芸会における学童の翻案作業が、原作小説の深い理解とそれを基礎とするさらなる創造行為の発揮において、情操・創造性教育の促進等の観点から社会的に重要な公益を備えるものと認め得る場合であれば、当該翻案行為を促すためにも、その翻案後の自由な利用行為を許容すべきとする考え方はあり得よう。もっとも、そのような制度を具体化するに際しては、自由翻案を許容する公益的な利用場面を導く要件をいかに構成すべきか、そして、権利制限の手法を無許諾・無償と無許諾・有償のいずれかにすべきかの検討も要されよう。」⁽⁷⁶⁾という見解を示す。

この学説の見解に鑑みると、38条1項の適用場面において翻案等利用を行うことが公益性につながるものであれば、その翻案等利用は、38条1項においても許容されうる可能性が残されていると考えられる⁽⁷⁷⁾。もっとも、この学説の見解は、(むろん憶測の域は出ないが)その翻案等利用について公益性がある

場合を念頭に置いて、ストレートに38条1項の適用可否を検討することを想定した見解であると推察されよう。

くわえて、この学説の見解は、このような制度設計を行うにあたって、「自由翻案を許容する公益的な利用場面を導く要件をいかに構成すべきか、そして、権利制限の手法を無許諾・無償と無許諾・有償のいずれかにすべきかの検討」⁽⁷⁸⁾を必要とする旨指摘する。

そこで、そのための制度設計については、35条1項は、授業利用の場面において適用されるという、すなわち、教育という公益性の高い場面⁽⁷⁹⁾の利用を規定していることを踏まえて、その35条1項の適用場面のなかで行われるものである限り、38条1項においてもその翻案等利用を許容しうるだけの余地もありうるのではないかと考えられる。たとえそのように解したとしても、教育という公益性の高い場面⁽⁸⁰⁾において、しかも38条1項のみをストレートに適用するのではなく、先に(または同時に)35条1項が適用されるような場面であれば、その公益性の程度はより一層高いものになろう。

したがって、35条1項が適用され、さらに翻案等利用されたものについては、35条1項に内在する公益性を援用することにより、38条1項に対して大学等の授業利用の場面における翻案等利用を許容しうるような制度設計を行うというのも、あながちできないわけでもない、とも思料されよう。

また、前述のように、ベルヌ条約の小留保との関係においては、学説は、「小留保を国内法に表現し直した権利制限の規定が、国内の伝統的習慣に根差した公益保護の要請に合致するものである限り、たとえベルヌ条約が明文の権利制限の規定をもたないとしても、その国内法規定はベルヌ条約に抵触しないと解すべきである。言い方を換えれば、国内法の制限規定が、作者の私益に優越すべき公益を認め得る範囲を超えて権利制限の効果を及ぼすような解釈を許すとすれば、そうした規定と解釈とは、ベルヌ条約と適合しないこととなる。」⁽⁸¹⁾という見解を示す。

(74) たとえば、著作物の教育利用に関する関係者フォーラム・前掲注(7)21～22頁は、「許諾不要、無償で著作物を利用できると考えられる例」の公衆送信として、「リアルタイム遠隔合同授業」の例を記載する。この記載は、遠隔合同授業にリアルタイム性があることを示すものと考えられる。また、文化庁長官官房著作権課・前掲注(58)29頁は、平成15年一部改正時の35条2項の条件の1つとして、「生で中継される授業を受信地点で『同時』に受ける者への送信であること」とする。

(75) この点については、加戸・前掲注(56)284頁、加戸・前掲注(4)326～327頁より着想を得ている。

(76) 半田ほか編・前掲注(7)356～357頁[本山雅弘]。

(77) この点については、半田ほか編・前掲注(7)356～357頁[本山雅弘]より着想を得ている。

(78) 半田ほか編・前掲注(7)357頁[本山雅弘]。

(79) この点については、小泉ほか・前掲注(7)455頁[奥邨弘司]より着想を得ている。

(80) この点については、小泉ほか・前掲注(7)455頁[奥邨弘司]より着想を得ている。

(81) 半田ほか編・前掲注(7)351～352頁[本山雅弘]。

このことにも鑑みると、35条1項の適用による翻案等利用に加えて、それにより創作された二次的著作物について38条1項の適用により利用することは、まさに大学等の授業利用の場面における教育という公益上⁽⁸²⁾の要請であるといえるのではなかろうか。

くわえて、別の学説は、「上演、演奏など無形的利用の権利制限については、ベルヌ条約上明文で規定されておらず、「小留保(minor reservations)」として許容されることが1948年のブラッセル改正会議で確認されているが、翻案利用については確認されていない。当該著作物の利用実態に照らし、権利者の利益を害さないと認め得るものについて、過度に自己抑制して法制を現実離れのものにしないようにする必要がある。」⁽⁸³⁾という見解を示す。

この学説の見解は、ベルヌ条約との整合性を踏まえながらも、38条1項をめぐるきわめて現実的な問題に言及するものとして傾聴に値しよう。とくに大学等の授業利用の場面においては、その利用態様・実態と乖離しないようにする必要があると思われる。

ただし、ベルヌ条約の小留保に関して学説が指摘するように、「国内法の制限規定が、作者の私益に優越すべき公益を認め得る範囲を超えて権利制限の効果を及ぼすような解釈を許すとすれば、そうした規定と解釈とは、ベルヌ条約と適合しない」⁽⁸⁴⁾わけである。そのため、その範囲をみだりに拡張・類推すべきものではないものの、35条1項の適用のもとに限定し、38条1項による翻案等利用が許容されうる、というような制度設計であれば、大学等の授業利用の場面に限るものであり、教育という公益性⁽⁸⁵⁾の観点内在しているといえることから、ベルヌ条約との関係においても特段の問題は生じ得ない、とも思料されよう。

ちなみに、この制度設計は、あくまでも対面授業の場合のみに限定されるものであり、オンライン授業については、35条1項がそのままストレートに適用されることから、関係がない。そのため、38条1項に

係る翻案等利用に関して、学説が指摘する「権利制限の手法を無許諾・無償と無許諾・有償のいずれかにすべきかの検討」⁽⁸⁶⁾については、この制度設計が、35条1項の適用のもとによる対面授業の場合のみに限定されるものであるということを前提とするのであれば、「無許諾・無償」であっても問題ないと考えられよう。

V. おわりに

本稿では、大学等の授業利用の場面において、他人の著作物について、35条1項および47条の6第1項1号の適用によって翻案等行為を行った際に、そこで創作された二次的著作物の38条1項の適用による利用を可能とするための制度設計に関する試論について検討を行った⁽⁸⁷⁾。

同じ大学等の授業利用の場面とはいえども、そこで適用される著作権の制限規定の根拠規定が異なることについては問題なしとはいえないこと⁽⁸⁸⁾を前提としながらも、大学等の授業利用の場面という、すなわち、教育という公益的な場面⁽⁸⁹⁾であれば、38条1項の解釈・適用のあり方としては、35条1項に影響を受けるような制度設計にすることも可能なのではなかろうか、とも思料されよう⁽⁹⁰⁾。

最後に、たとえ35条に無形複製を設けなかったこと⁽⁹¹⁾はやむを得なしとしても、38条1項に係る翻案等利用については、学界からもその必要性が要請されていると思われるし⁽⁹²⁾、(むろん憶測の域を出ないが)実際の教育現場からであれば、その必要性はより大なるものとして要請されるのではないかとも思われる。

(82) この点については、小泉ほか・前掲注(7)455頁(奥邨弘司)より着想を得ている。

(83) 作花・前掲注(4)392頁。

(84) 半田ほか編・前掲注(7)351～352頁(本山雅弘)。

(85) この点については、小泉ほか・前掲注(7)455頁(奥邨弘司)より着想を得ている。

(86) 半田ほか編・前掲注(7)357頁(本山雅弘)。

(87) 繰り返しになるが、本稿の問題意識に関する着想は、注(7)に示した各文献の該当頁の記述によるところが大きい。

(88) この点については、伊藤ほか・前掲注(25)127頁の〔野村義男発言〕および〔佐野文一郎発言〕より着想を得ている。

(89) この点については、小泉ほか・前掲注(7)455頁(奥邨弘司)より着想を得ている。

(90) なお、実際の制度設計の試案としては、かりにこのような規定を導入するのであれば、47条の6第1項1号あたりに38条1項を追加することが最も一般的な案になろう。ただし、ベルヌ条約との関係があることから、そこにカッコ書き等で「35条1項に係るものに限る。」というような限定的な要件を追加しておく必要があると思われる。

(91) この点については、伊藤ほか・前掲注(25)127頁の〔野村義男発言〕および〔佐野文一郎発言〕を参照。

(92) たとえば、半田ほか・前掲注(7)356～357頁(本山雅弘)、作花・前掲注(4)392頁、中山・前掲注(7)449頁を参照。

プラットフォームの戦略論 —事業構造・競争戦略・知財戦略—

若林 広二^(*)

本稿では、グローバル市場で急速に成長する GAFAM をはじめとするプラットフォームの本質を解明し、それに基づいて低迷する日本企業の事業展開に資することを目的とする。まず、その事業構造を明らかにし、その上で、従来のバリューチェーン型の事業を前提に構築された戦略理論のうち、プラットフォーム事業に適用できるもの、そして実際にそれを適用する際に修正が必要な点を指摘し、その上でプラットフォームに共通した戦略上のポイントを抽出する。結果として、プラットフォーム事業の形態自体は新しいものではないが、デジタル化の進展により拡大するネットワーク効果が、プラットフォームの高成長の原動力になっていること、収益を中長期間持続・拡大させるための周到な知財戦略が事業戦略に織り込まれていること、戦略の巧みさ以前に「プラットフォーム発想」が重要であることを指摘する。技術力で優れた日本企業の中から、プラットフォームが出てこない理由について考察する。

- I. はじめに
- II. プラットフォーム事業の構造
 - 1. プラットフォームの定義
 - 2. 従来事業の構造と機能
 - 3. プラットフォーム事業の構造と機能
 - 4. プラットフォームの参加主体と役割
- III. プラットフォーム事業と従来の戦略理論
 - 1. 5 フォース
 - 2. 基本戦略
 - 3. PPM
- IV. プラットフォーム事業の戦略ポイント
 - 1. ネットワーク効果の内部化：収益化手段の探索
 - 2. 知財戦略：オープン＆クローズ戦略
 - 3. プラットフォーム発想：日本企業になくプラットフォームになれない主要因
- V. おわりに

I. はじめに

2024 年の時価総額ランキングのトップ 10 の中に、プラットフォームと呼ばれる企業が 5 社入っており、グローバル市場におけるプラットフォームの存在は

際立っている(表 1 参照)⁽¹⁾。これらの企業は、過去我々が見てきた企業とは、明らかに異なった次元の成長スピードで巨大化し、その戦略は従来の戦略理論の範疇では説明できないものとされる。例えば、Parker 他(2016)は、製品を開発・生産して販売先に供給したり、サービスを提供するために、さまざまなシステムを整備し、最後に顧客が購入する従来の事業を「パイプライン」、あるいは、直線的な「バリューチェーン」事業と呼び、プラットフォーム事業はそれらとはまったく異なる事業構造だとしている⁽²⁾。Moazed and Johnson(2016)は、サプライチェーンを通じて価値が一方向に直線的に流れるモデルと、プラットフォーム事業のそれは異なる形態をとっている⁽³⁾。Reillier and Reillier(2017)も、従来の原材料(インプット)を仕入れ、加工してできたアウトプットに利益をのせて顧客に販売する事業を、「リニア(直線的)事業」と呼び、その形態を前提とした従来の戦略論はプラットフォーム事業には適用できないとしている⁽⁴⁾。

果たして、プラットフォーム事業は、従来の戦略理論の範疇に収まらないのだろうか。もし、そうであるなら、プラットフォーム事業を説明するための新しいフレームワークが必要ではないかと考える。その上で、そのフレームワークを使用して、プラットフォームの

(*) 日本大学法学部特任教授

(1) Startups Journal「2024 年世界時価総額ランキング」2024 年 2 月 21 日(<https://journal.startup-db.com/articles/journal-startup-db-com-articles-marketcap-global-2024>)

(2) Parker, G. G., Alstyne, M.W. Van and Choudary, S.P. “Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy And how to Make Them Work for You,” 2016. 妹尾堅一郎監訳『プラットフォーム・レボリューションー未知の巨大なライバルとの競争に勝つために』(ダイヤモンド社, 2018 年)10～12 頁

(3) Moazed, A. and Johnson, N.L. “Modern Monopolies,” 2016. 藤原朝子訳『プラットフォーム革命』(英治出版, 2018 年)40～48 頁

(4) Reillier, L.C. and Reillier, B., “Platform Strategy,” 2017. 根来龍之監訳『プラットフォーム勝利の法則』(日本経済新聞, 2019 年)71～75 頁

事業で成功するためのポイントを明確にすることが重要である。

これまでに日本企業がプラットフォーマーになる機会がなかったかどうか。もし、機会があったのにプラットフォームが構築できなかったとしたら、その理由は何かについても検討したい。今後日本企業にそのような機会があった時に、今度こそプラットフォーマーを日本から生み出せるのではないかと考えるからである。

表 1. 世界企業時価総額ランキング(2024 年 1 月 9 日)

順位	企業名	時価総額 (億ドル)	国・地域名
1	Apple	28,860	アメリカ
2	Microsoft	27,848	アメリカ
3	Saudi Aramco	21,856	サウジアラビア
4	Alphabet	17,589	アメリカ
5	Amazon.com	15,408	アメリカ
6	NVIDIA	12,906	アメリカ
7	Meta Platforms	9,217	アメリカ
8	Berkshire Hathaway	8,009	アメリカ
9	Tesla	7,644	アメリカ
10	Eli Lilly and Company	5,943	アメリカ

出所：Startups Journal (2024)

Ⅱ. プラットフォーム事業の構造

1. プラットフォームの定義

プラットフォームの事業構造について検討する前に、代表的な先行研究を参考にプラットフォームの定義を試みる。

平野・ハギワ(2010)は、「複数のグループのニーズを仲介することによってグループの相互作用を喚起し、その市場経済圏を作る産業基盤型のビジネスモデル」と定義している⁽⁵⁾。彼らは、モノやサービスの提供者と顧客をまとめて「グループ」として扱っている。

Parker 他(2016)は、プラットフォームとは「外部の生産者と消費者が相互にインタラクションを行うことにより、価値を新たに創造することを基本とし」また、「相互に関係しあえるようなオープンな参加型のイン

フラを提供するとともに、そのインフラのガバナンスの条件を整える」ものと定義する。プラットフォームの目的は、「ユーザー間で完璧なマッチングを行い、製品やサービス、社会的通貨を交換しやすくして、全参加者にとって価値を創造しうるようにすること」としている⁽⁶⁾。Parker 他(2016)のプラットフォームは、モノやサービスの生産者(producer)と消費者(consumer)を仲介するもので、生産者と消費者を合わせて「ユーザー」としている。

Moazed and Johnson(2016)は、「複数のユーザーグループや、消費者とプロデューサーの間での価値交換を円滑化するビジネスモデル」として⁽⁷⁾、Parker 他(2016)とほぼ同様の定義をしている。

Reillier and Reillier(2017)は、「2つ以上の顧客グループを誘致し、仲介し、結び付け、お互いに取り立てることができるようにすることで大きな価値を生み出す事業」としている⁽⁸⁾。彼らは、関与する主体を「顧客」グループと位置付けている。

McAfee and Brynjolfsson(2017)は、「モノやサービスや情報を集めた場。無料、完全、瞬時の優位性を活かしたオンライン環境で、アクセス、複製、配布の限界費用(数量を増やしたときに追加でかかる費用)がほとんどゼロ」としており、主体を限定せずに、「場」としての機能で定義している⁽⁹⁾。

以上の共通項を取り出して、そこで扱うものが、形のある「製品」や「サービス」だけでなく、アプリケーションプログラムやコンテンツ(情報、著作、音楽、画像等)も含むことから、本稿では、プラットフォームとは「(製品・サービス・アプリケーションプログラム・コンテンツ等の)提供者と(それらを消費・使用する)顧客を仲介する場」と定義する。近能・高井(2024)は、提供者を「売り手」、顧客を「買い手」と表現しているが、提供者が製品・サービス等を提供する手段は、「売る」という行為に限らないこと、無償で提供することがあること、また、顧客が製品・サービス等の対価を支払う方法として「買う」という行為に限らないこと、無償で受け取ることもあること、そしてバリューチェーンモデルとプラットフォーム事業モデルを明確に区別するため、「提供者」、「顧客」という語を使用する⁽¹⁰⁾。

(5) 平野敦士カール／アンドレイ・ハギウ『プラットフォーム戦略』(東洋経済新報社、2010年)35頁

(6) 前掲 Parker 他(2016)9頁

(7) 前掲 Moazed and Johnson(2016)48頁

(8) 前掲 Reillier and Reillier(2017)45頁

(9) McAfee, A. and Brynjolfsson, E. “Machine, Platform, Crowd: Harnessing Our Digital Future,” 2017. 村井章子訳『プラットフォームの経済学—機械は人の企業の未来をどう変える?』(日経BP社、2017年)208頁

(10) 近能善範・高井文子『コア・テキスト イノベーション・マネジメント新訂版』(新世社、2024年)

本定義によれば、GAFAM 等だけでなく、古代ギリシャのアゴラ(広場)⁽¹¹⁾で開催された市場(図1 参照⁽¹²⁾)をはじめ、交換場所としての各種市場(魚市場、青物市場、株式市場等)や、不動産仲介、人材紹介、ショッピングモール、アウトレットモール、フードコート等も含まれる。ただし、本稿で主に分析対象とするのは、成長スピードの大きなインターネット等のデジタル技術を活用したプラットフォームである。Reillier and Reillier (2017)は、デジタル技術を活用したプラットフォームを「デジタル・プラットフォーム」と呼んでいるが⁽¹³⁾、本稿では、断りのない限り「プラットフォーム」は「デジタル・プラットフォーム」を指すものとする。

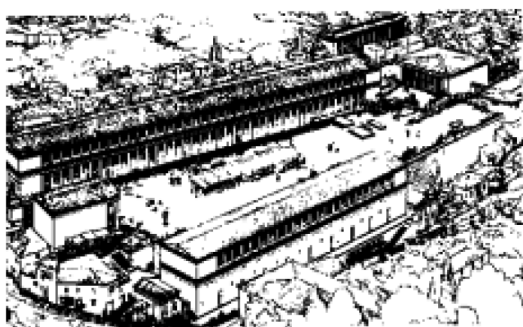


図1. 古代ギリシャのアゴラ

出所：日本建築学会(1981)

2. 従来事業の構造と機能

以下では、プラットフォーム事業の構造について、従来事業の構造との違いに焦点を当てながら検討する。

Porter (1985)は、モノやサービスを作って売るという最も一般的な事業活動を表現するフレームワークとして、「バリューチェーン」(価値連鎖)モデルを提示している⁽¹⁴⁾。

バリューチェーンは、図1のように原材料提供者から仕入れた原材料に対して、調達、生産、販売、アフターサービス等の諸機能(諸活動)による付加価値を業務遂行の順に付与し、完成した製品を対価と引き換えに顧客に売るというものである。つまり、価値が川上から川下に直線的に移動し、最終的には顧客に渡るといえるものである。

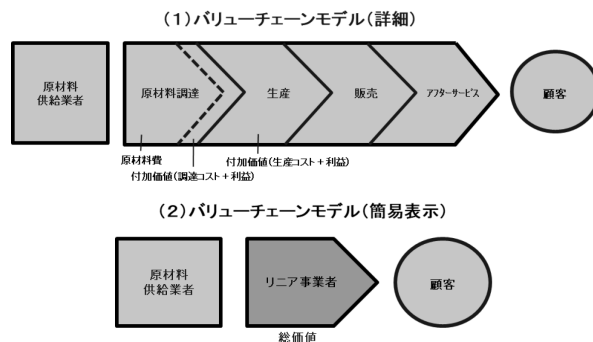


図2. リニア事業の構造

出所：Porter (1985)邦訳 46 頁図表2-1, 49 頁図表2-2 に加筆修正

3. プラットフォーム事業の構造と機能

図2のリニア事業者のバリューチェーンは、各業務による付加価値(例えば金額を面積比で表現)と価値の流れる方向(⇒)から構成される。2次元(平面)では、複数の参加者が関与するプラットフォーム事業は表現できないため、別の表現方法が必要となる。図3は、平面図(上方から見た図)と立面図⁽¹⁵⁾(正面から見た図)により、3次元(空間)でプラットフォームと(製品・サービス・コンテンツ・アプリケーション等の)供給者・顧客による表現方法を提示する。プラットフォームの厚み(立面図のプラットフォームの幅)は、プラットフォームが提供者や顧客に提供する付加価値を表現している。

また、このようにプラットフォームとそれを取り巻く提供者、顧客、提携パートナーといったステークホルダー(利害関係者)間の関係を表現した全体像を「エコシステム」と呼ぶ。図3は、典型的なプラットフォームのエコシステムである。

平野・ハギウ(2010)は、プラットフォームの機能として、マッチング(仲介)、取引コストの削減、集客、ネットワーキング(情報交換等)、三角プリズム(直接交流点のない二者間の仲介)の5つをあげている。Moazed and Johnson (2016)は、オーディエンス構築、マッチング、取引ツールとサービスの提供、取引ルールと基準の設定の4つをあげている。Reillier and Reillier (2017)は、誘致、仲介、交渉、取引、最適化(プラットフォーム機能の改善)の5つを機能としてあげている。本稿では、共通項をとり以下の4つをプ

(11) 桐敷真次郎『西洋建築史』(共立出版、2001年)29～30頁

(12) 日本建築学会『西洋建築史図集 三丁版』(彰国社、1981年)15頁8

(13) 前掲 Reillier and Reillier (2017) 27 頁

(14) Porter, M.E. "Competitive Advantage," The Free Press 1985. 土岐坤他, 中辻萬治, 小野寺武夫訳『競争優位の戦略』(ダイヤモンド社、1985年)45～77頁

(15) 建築図法ではアイソメトリック図。

プラットフォームの機能として検討する。

- ① 集客(誘引)
- ② 仲介(マッチング)
- ③ 取引(価値⇄通貨の交換)とそのコストの削減
(当事者間の直接取引と比較して)
- ④ ネットワーキング(情報交換等)

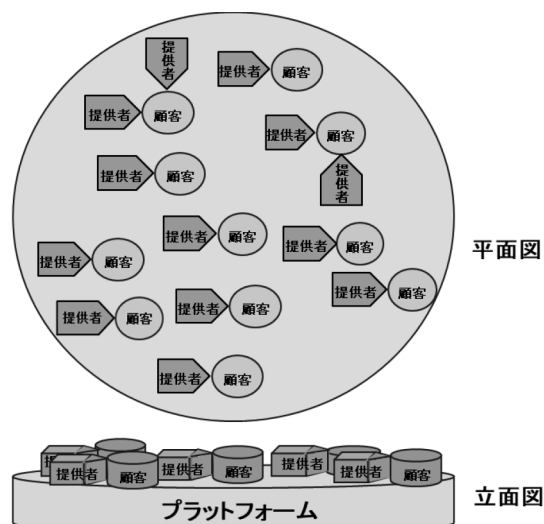


図3. プラットフォーム事業の構造

これらの機能は、バリューチェーンの機能(活動)に対応するが、バリューチェーンのように遂行に明確な順序や機能提供に特定の方向性がないため、ベクトル表現とはならない。また、参加者(提供者・顧客)が全ての機能の恩恵を受けるわけではないため、必ずしも業務が連続した形にはならない。

4. プラットフォームの参加主体と役割

表2は、主なプラットフォームの種類とその参加主体をEvans and Schmalensee(2016)⁽¹⁶⁾やReillier and Reillier(2017)⁽¹⁷⁾を参考にして列挙したものである。昨今市場規模が急拡大しているSaaS(Software as a

Service)を、インターネット経由のクラウドサービスとして提供する事業の多くは、生産者(売り手)と顧客(買い手)からなるバリューチェーンモデルで表現できるため、プラットフォーム事業には含まれない⁽¹⁸⁾。しかしながら、アマゾンのAWS(Amazon Web Services)、マイクロソフトのAzure、GoogleのGCP(Google Cloud Platform)等のパブリッククラウド⁽¹⁹⁾については、(アプリケーションプログラムの)提供者が複数にわたるため、プラットフォーム事業と言える。データセンターの複数サーバーに、アプリケーションとデータ保管庫(ウェアハウス)を割り振って各顧客に対応する不動産仲介業者のような役割を果たしている。

各参加主体とその役割は以下の通りである。

- ① プラットフォーマー：プラットフォームを所有し、それを運営する。
- ② 提供者：プラットフォーム上で製品、サービス、コンテンツ、プログラムソフト等を開発・生産し、顧客に提供する。
- ③ 顧客：プラットフォームを介して、提供者の提供する製品、サービス、コンテンツ、プログラムソフト等を受け取り、それを利用する。

Ⅲ. プラットフォーム事業と従来の戦略理論

Moazed and Johnson(2016)によれば、Henderson(1979)の経験曲線を使用するPPM(Product Portfolio Management)や⁽²⁰⁾、Porter(1985)のバリューチェーンといった従来の戦略論は、プラットフォーム事業には適用できないものとして、新しい戦略論が必要だとしている⁽²¹⁾。

Reillier and Reillier(2017)も、Porter(1985)のバリューチェーンは、一つの企業の中で完結する形態から、複数の企業に分散する形態(バリューネットワーク⁽²²⁾)に変化しており、バリューチェーンモデルは限

(16) Evans, E. and Schmalensee, R., "Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms," Harvard Business School Press 2016. 平野敦士カール訳『最新プラットフォーム戦略—マッチメイカー—』朝日新聞出版 2018 年 60 頁表2-1

(17) 前掲 Reillier and Reillier(2017) 邦訳 26 頁図表1-3

(18) 前掲 Moazed and Johnson(2016) 邦訳 52 ~ 54 頁

(19) 複数の提供者による多種類のプログラムソフトと膨大なデータの保管スペース(リソース)からなる、クラウドコンピューティング機能を提供するクラウドサービス。一顧客(組織)が、専用で利用する「プライベートクラウド」に対して、複数顧客(組織)が共用するという意味で用いる場合が多い。

(20) Henderson, B. C., "Henderson on Corporate Strategy," Abt Books, 1979

(21) 前掲 Moazed and Johnson(2016) 邦訳 86 ~ 89 頁

(22) Christensen, C.M., "The Innovator's Dilemma," Harvard Business School Press 1997. 玉田俊平太監訳 伊豆原弓訳『イノベーションのジレンマ 増補改訂版』(翔泳社, 2001 年)第2章

表2. プラットフォームの例

参加主体 プラットフォーム		プラットフォーム (所有・運営)	提供者 (製品・サービス・コンテンツ・アプリケーション)	顧客
スマートフォンOS	iOS	アップル	iPhone端末:アップルのみ アプリケーション制作会社(複数)	スマホユーザー
	グーグル・アンドロイド	グーグル	アンドロイド端末:サムスン電子・小米等 (多数) アプリケーション制作会社(多数)	"
PC OS	Mac OS	アップル	マッキントッシュ(PC):アップルのみ アプリケーション制作会社(複数)	PCユーザー
	ウィンドウズ	マイクロソフト	レノボ・HP・デル等(多数) アプリケーション制作会社(多数)	"
家庭用ゲーム	プレイステーション Wii, Switch	ソニー・インテラティブエンタテインメント 任天堂	ゲーム機メーカー, ゲームコンテンツ制作会社 HMD・ヘッドセットメーカー	一般ユーザー "
SNS	ユーチューブ フェイスブック Line	グーグル Meta Lineyahoo	コンテンツ制作者, 広告代理店 一般ユーザー, 広告代理店 一般ユーザー, 企業, 広告代理店	一般ユーザー " "
ライドシェア	ウーバー	ウーバー	タクシー会社(日本) 自動車保有者(諸外国)	一般ユーザー "
マーケットプレイス(オンライン)	アマゾンマーケットプレイス	アマゾン	出品者(多数)	一般消費者
	楽天	楽天	出品者(多数)	"
	イーベイ	イーベイ	中古品保有者	"
	メルカリ zozotown	メルカリ zozo	中古品保有者 アパレルメーカー	" "
民泊仲介	エアビーズ・アノビーズ	エアビーズ・アノビーズ	空き部屋所有者(ホスト)	一般旅行者(ゲスト)
パブリッククラウド	AWS Azure GCP	アマゾン マイクロソフト グーグル	ERPベンダー, アプリケーション制作会社 " "	企業・公的セクター組織 " "
	Visa マスターカード アメックス	Visa マスターカード アメックス	加盟店(多数) " "	カード会員 " "

出所: Evans and Schmalensee (2016), Reillier and Reillier (2017) を参考に作成

界を迎えつつあるとしている⁽²³⁾。また、バリューチェーンを前提とした Porter (1982) の 5 フォース⁽²⁴⁾についても、それに代わるモデルが必要だとしている。

以下では、Porter, M.E. の競争戦略論を中心に、代表的な(マーケット)ポジショニング系⁽²⁵⁾の戦略論としての 5 フォース(5つの競争要因分析)、基本戦略、PPM について、それらのプラットフォーム事業への適用可能性を検討する。なお、資源ベース系⁽²⁶⁾の戦略論については、前掲の Moazed and Johnson (2016) や Reillier and Reillier (2017) でも指摘がなく、特段の制約もなく適用可能と考えられるため、本稿では検討対象としない。

1. 5 フォース

5 フォースは、特定の業界の競争構造を 5 つの競争要因(力)によって分析することで、収益性等を把握するための理論である⁽²⁷⁾(図4(1)参照)。各要因が小さい(低い、弱い)ほど、業界内の業者の収益性が高く、望ましい状態と言える。各要因の大きさの判断基準の主なものを列挙すると、以下ようになる(新規参入の脅威のみ要因が小さくなる方向で、他の4つの要因は大きくなる方向で記述されている)。

新規参入の脅威: 初期投資の必要性、規模の経済の存在、製品差別化の必要性、流通チャネル構築の必要性等

業界内企業間競争: 多数乱戦、同程度の企業が競合、

(23) 前掲 Reillier and Reillier (2017) 邦訳 71 ~ 78 頁

(24) Porter, M.E. "Competitive Strategy," The Free Press 1980. 土岐坤他, 中辻萬治, 服部照夫訳『新訂 競争の戦略』(ダイヤモンド社, 1985 年)

(25) 競争市場(外部環境)におけるポジションの確立を目指す戦略作りのための理論(Mintzberg, H. "Strategy Safari: A Guided Tour Through the Wilds of Strategic Management," The Free Press, 1998. 齋藤嘉則監訳『戦略サファリ』(東洋経済新報社, 1999 年))。

(26) 企業内部の資源と能力に基づいて戦略作りの行うための理論(Grant, M.R., "Contemporary Strategy Analysis," 1991. 加藤公夫監訳『グラント現代戦略分析』(中央経済社, 2008 年))。

(27) 前掲 Porter (1980) 邦訳 17 ~ 54 頁

業界の成長率(低い→競争が激しい)、固定費・在庫コストが高い(過剰供給、廉価販売圧力)、差別化が困難(顧客の乗り換えコストが小さい)等

代替品の脅威：既存製品・サービスよりコストパフォーマンスの良いもの、高収益業界の多角化によるもの、機能から見て類似しているが形態が違うため同一視されていないもの等

顧客の交渉力：集中度が高い、重要度が低い(顧客側コスト構成比が小さい)、代替性が高い(標準品→差別化が小さい)、情報量が多い等

供給業者の交渉力：集中度が高い、重要度が高い(業界側コスト構成比が大きい)、代替性が小さい(非標準品→差別化が大きい)、情報量が多い等。

これらの評価基準について、「業界内企業」を「(類似)プラットフォーマー」に、「供給業者」を「提供者」とした場合に、どのように変化するかを検討する。結果として、「規模の経済」を「ネットワーク効果」に、「流通チャネル」を「ネットワークの広がり」に替える等いくつかの言葉の入れ替えは必要だが、ほとんど全ての項目について、元の評価項目が適用できることがわかる。例えば、マーケットプレイス事業では、顧客の交渉力について、大口顧客が集団でプラットフォームの送料の高さについてクレームをすれば、プラットフォーマーが送料の変更を検討する可能性がある。その際、クレームの根拠が類似した他のマーケットプレイスの送料との比較であれば、それはプラットフォーマー間の競争の激しさということになる(図4(2)参照)。

また、修正後の5フォース(図4(2))は、強化するプラットフォーマーに対して、EUのデジタル市場法(DMA：Digital Markets Act)をはじめとした競争法適用の是非の判断にも使用できる。つまり、提供者や顧客のプラットフォーマーに対する交渉力は、それらの分散化により相対的に弱く、プラットフォーマーの独占や寡占に対して、競争法による抑止の必要性を判断するのに利用可能である。

結論として、5フォースは、プラットフォーム事業についても適用可能であると言える。

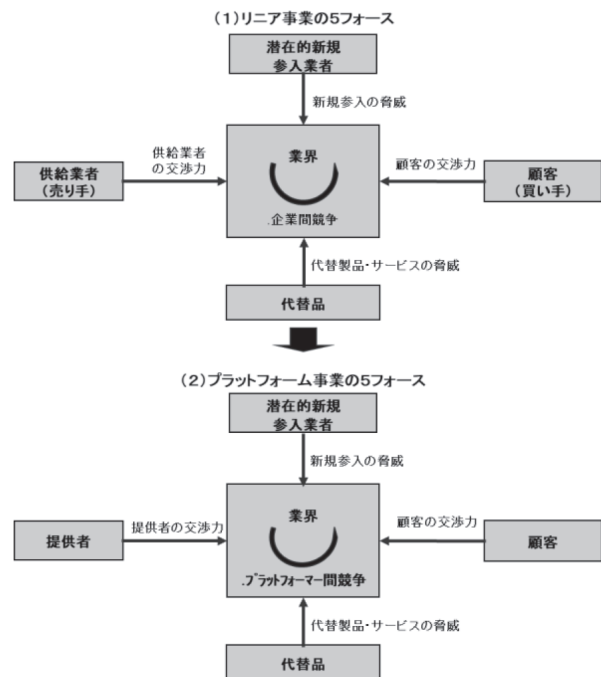


図4.5 フォース

出所：Porter(1980)邦訳18頁図表1-1に加筆修正

2. 基本戦略

図5(1)は、Porter(1980)が提示する、競争優位の源泉とターゲット市場の範囲に基づき、企業が選択する3つの基本戦略である⁽²⁸⁾。Porter(1985)では、Porter(1980)の集中化戦略を差別化戦略の一形態としてそれに統合し、差別化とコスト・リーダーシップの二者択一(trade-off)が、基本戦略だとしている⁽²⁹⁾(図5(2)参照)。

プラットフォーム事業で、差別化とコスト・リーダーシップの戦略をとる可能性について検討する。

差別化の候補としては、先述の集客、仲介、取引とそのコストの削減、ネットワーキングの4つの機能が考えられる。集客については、様々な手段が考えられ、楽天のようにポイントプログラムを充実させるといった方法や、スマートフォンのアプリとして提供するという方法が考えられる。仲介については、リコメンド機能で適切な提供者を適切なタイミングで提示するという方法がよくとられる。取引と取引コストの削減は製品購入の場合は送料も含めた価格で最低価格の提供者を提示したり、カスタマーレビューを加工することなく全て提示するといったサービスが考えられる。

(28) 前掲 Porter(1980)邦訳55～71頁

(29) Porter, M.E., 'What Is Strategy?' *Harvard Business Review*, November/December 1996 pp.61-78. 竹内弘高訳『競争戦略論Ⅰ』（ダイヤモンド社、1999年）65～129頁

ネットワーキングについては、提供者のプロフィールを提示するという方法がある。特に、アプリケーションプログラムや動画コンテンツの制作者の紹介で、個別の制作者を中心とするネットワークの形成が容易になる。

コスト・リーダーシップ(低コスト)については、マーケットプレイス事業の場合は、販売価格や配送料の低さに反映される。まとめ買いに対するボリュームディスカウントやクーポンコードによる割引等、いろいろな方法で顧客の負担するコストを最小限にする方向が考えられる。

アマゾンのパブリッククラウド事業 AWS では、ストレージサービス S3 (Amazon Simple Shop Service) やレンタルサーバー EC2 (Amazon Elastic Compute Cloud) の契約料を格安に設定し、信頼性・耐久性・拡張性等の品質やセキュリティでの差別化も同時に実現している⁽³⁰⁾。

以上、プラットフォーム事業についても、2つの基本戦略の選択は可能であり、基本戦略の理論は適用可能と言える。

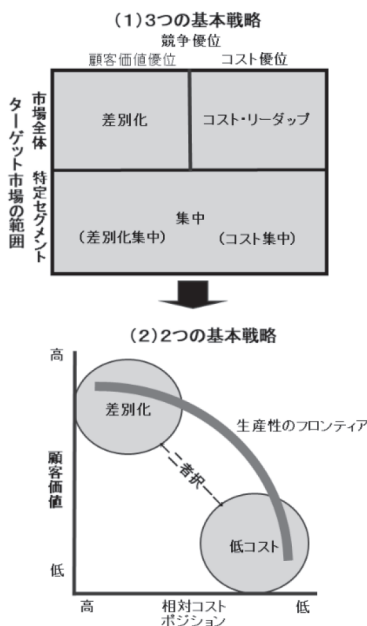


図5. 基本戦略

出所：Porter(1980)邦訳 61 頁図表2-1,
Porter(1996)邦訳 71 頁
図2.1 に加筆修正

3. PPM

図6は、典型的な PPM チャートであるが、横軸の相対市場シェアは経験曲線、縦軸の成長率はプロダクトライフサイクル曲線にそれぞれ基づいている⁽³¹⁾。図7のように、累積生産量が2倍になると製造コストが20～30%低下するという経験則に基づき、市場シェアを累積生産量の代替変数として用いることで、各事業の横軸方向の位置が導き出される⁽³²⁾。

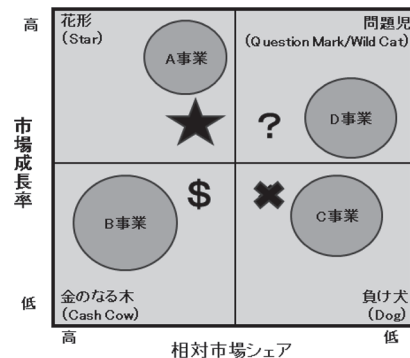


図6. 典型的な PPM

出所：若林(2004) 86 頁図1

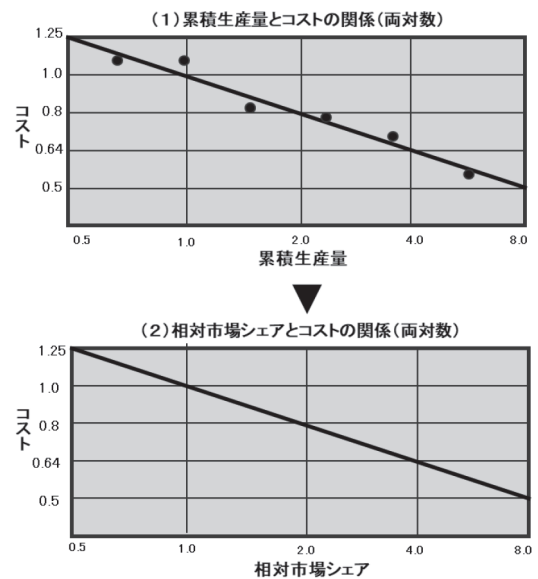


図7. PPMの横軸：経験曲線

出所：若林(2004) 92 頁図3

(30) 出井伸之『進化するプラットフォーム—グーグル・アップル・アマゾンを超えて—』(角川学芸出版, 2015年)182～183頁より。2015年時点で、S3は1GB当たり3セント/1ヵ月、EC2は2セント/1時間・1サーバー。
(31) 若林広二『戦略づくりの七つ道具』(中央経済社, 2004年)
(32) 前掲 Henderson(1979)

図8は、図7(1)のグラフについて、縦軸にコストの代わりに収益性をとり、対数でなく一般グラフに描いたものである。このグラフは、主に規模の経済効果により収益性が徐々に伸びるが⁽³³⁾、ある生産規模(変曲点)以上になると伸びが逆に鈍化するS字型をしており、鈍化することを「収穫逡減」という。

プラットフォーム事業においては、生産活動をするわけではないので、規模の経済効果は生じず、収益性はこのような曲線では変化しない。プラットフォーム事業で提供者や顧客が増えて生じるのは、後述のネットワーク(外部性)効果であり、それは規模の経済効果とは異なる。ネットワーク効果を考慮した上でのプラットフォーム事業のPPMへの適用は可能であり、そのような処理をした上で、非プラットフォーム事業と合わせて一つのPPMチャートに描くことは可能である。勿論、複数のプラットフォーム事業だけについてPPMを作成し、今後のプラットフォーム事業の展開を検討する際にも有効である。

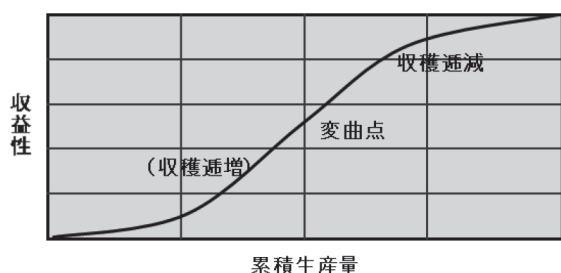


図8. 経験曲線：収穫逡減

出所：若林(2004)143頁図1に加筆修正

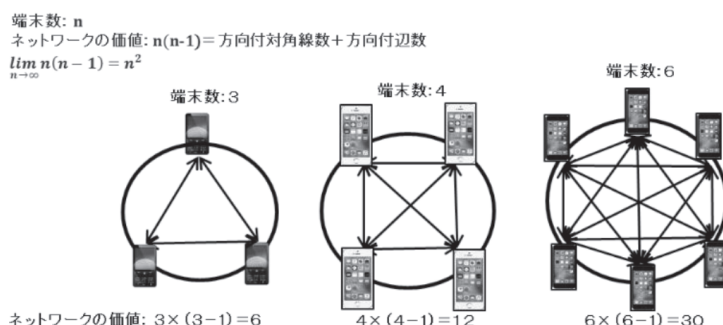


図9. ネットワークの価値⁽³⁷⁾：メトカーフの法則

出所：Parker 他(2016)邦訳32頁、Reillier and Reillier(2017)邦訳63頁等より作成

IV. プラットフォーム事業の戦略ポイント

1. ネットワーク効果の内部化：収益化手段の探索

Ⅲ-3.PPMで、リニア事業の収益性に大きく影響を及ぼすものとして、規模の経済効果を主要因とした経験効果について触れたが、プラットフォーム事業の収益性に影響を及ぼすものに、ネットワーク効果がある。前掲のParker 他(2016)によると、プラットフォーム事業には、2種類のプラットフォーム効果が働くと考えられる。2種類とは、同一サイド効果とクロスサイド(提供者と顧客をまたぐ)効果である。同一サイド効果は、さらに提供者側だけで生じる効果と、顧客側だけで生じる効果に分けられる。クロスサイド効果は、さらに提供者側から顧客側に影響して生じる効果と、逆に顧客側から提供者側に影響して生じる効果がある⁽³⁴⁾。

Hendler and Golbeck(2018)によれば、ネットワークの価値(効果)は、メトカーフの法則(Metcalfe's Law)により、ネットワークでつながったユーザー数の二乗に比例するとされる⁽³⁵⁾。それは、ネットワークでつながった各端末(ノード)から他の端末に向かう矢印(ベクトル)の総本数で表現される。端末数が無限大になれば、ネットワークの価値は端末数の二乗に収束することがわかる(図9参照)。

ネットワーク効果は、メトカーフの法則による顧客側の効果だけでなく、前述の通り提供者側にもあり、さらに両者をまたいだクロスサイドのものもある。それらすべての総和が実際のネットワーク効果であり、

(33) 規模の経済効果に加え、習熟、分業専門化、改善効果が同時に働く(前掲若林(2004)91～92頁)。

(34) 前掲Parker 他(2016)47～51頁

(35) Hendler, J. and Golbeck, J., 'Metcalfe's Law, Web 2.0, and the Semantic Web,' *Journal of Web Semantics*, July 5, 2018 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3199379)

プラットフォームの実力と言える。全てのネットワーク効果を計算するのが難しいとすれば、少なくとも確実に計算でき、多くの場合最も大きい顧客側のネットワーク効果をどのような手段で内部に収益として取り込むかが、プラットフォーマーにとっては、最重要課題と言える。

フェイスブックやユーチューブといった SNS 型のプラットフォームでは広告収入、iOS、アンドロイド、ウィンドウズ等の OS 型のプラットフォームではハードウェア(端末・PC)の購入代金(他社生産の場合はライセンス料)、アマゾンマーケットプレイスやイーベイ等のマーケットプレイス型では商品・サービス購入代金で、それぞれネットワーク効果を収益化することが多い。

また、プラットフォーム事業とリニア事業を同じ PPM チャートで分析する場合は、プラットフォーム事業のマーケットシェアを二乗して最大競合企業のマーケットシェアを二乗した数値で除して相対市場シェア⁽³⁶⁾を求め、その上でポジショニングすると、横軸方向についてほぼ適切な位置を割り出すことができる。

2. 知財戦略：オープン & クローズ戦略

企業がプラットフォーム事業を自社の収益源にしようとした場合、当該プラットフォームを守る措置をとらなければ、競合企業はその戦略を模倣して、早々に市場参入してくる可能性が大きい。その理由は、一旦プラットフォームの構築に成功し確実な収益が見込めるとなれば、ネットワーク効果で収穫逡増曲線に沿って収益が拡大を続ける可能性があるからである(図10 参照)。その結果が、現在のGAFAMの繁栄に現れている。

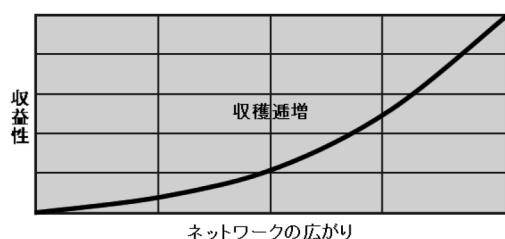


図10. ネットワーク事業の収益性：収穫逡増

出所：若林(2004)143頁図1

以下では、プラットフォーム事業で成功している企業の実態から導き出された共通の知財戦略のパターンを提示し、それに基づいて、GAFAMの知財戦略を分析する。成功したプラットフォームに共通する知財戦略は、「オープン & クローズ戦略」と表現されるが、まず、プラットフォーム事業の知財戦略における「オープン」、「クローズ」の意味について検討する⁽³⁸⁾。

Parker 他(2016)によれば、プラットフォームが「オープン」であるとは、「その中で製品の開発、商業化、利用に参加制限が設けられていないこと、あらゆる規制(規格遵守、ライセンス料の支払い)に合理性があり、差別的でなく、潜在的な参加者に公平に適用されること」を指す。逆に「クローズ」とは、「参加に障壁を設けたり、法外な参加料(ライセンス料等)を請求したりして、参加を妨げること」を指す⁽³⁹⁾。

小川(2014)⁽⁴⁰⁾は、自前技術で垂直統合によるリニアモデルで成功した日本の電機メーカー群の衰退の理由は、モノづくりにおいて海外企業に負けたというよりも、知財戦略や知財管理が忘れ去られていたことにあるとしている。そして、日本企業と米国のハイテク高成長企業群(プラットフォーマーを含む)とを対比した上で、以下のような後者に共通した知財戦略のパターンを提示している⁽⁴¹⁾。①グローバル化して先端技術が複雑に絡み合う現代の産業社会では、全ての技術を自前でそろえ、原材料調達から生産・販売活動を自社内で完結するのは困難であり、あらゆる業界で国際分業が不可避な状況であることを認識する。その上で、②自社が中長期的な収益源とする領域(コア領域)と、他社に委ねる領域(市場)を明確に分ける。そして、③コア領域と他社に委ねる領域の境界領域(インタフェース等)を設定する(境界設計)。④コア領域に世界中の最先端のイノベーションを取り入れ、そこに知的財産を集中し、あらゆる手段でそれらを守り(ブラックボックス化やクロスライセンス要請の拒否等)、自社外への流出を防ぐ(クローズ戦略)。⑤境界領域にも知的財産を配するが、それらは広く公開し提供者のネットワークを広げ、国際標準化等も活用し、他企業とともに発展させる(オープン戦略)。その際、⑥コア領域からハードウェア(端末やその部品)やソフトウェア

(36) 通常 PPM では、相対市場シェア＝自社市場シェア／最有力競合企業の市場シェア で算出する(前掲若林(2004)89頁)。

(37) 正確には、ネットワークの価値は、数字(端末数の二乗)×定数で算出される。

(38) 知財戦略に関する「オープン」「クローズ」の定義と、技術経営における定義には、差異がある。技術経営における定義は、製品を構成する部品間のインタフェースが標準化されている場合を「オープン」とし、そうでない場合を「クローズ」としている(榎原清則『イノベーションの収益化—技術経営の課題と分析—』(有斐閣、2005年)56頁)。

(39) 前掲 Parker 他(2016)邦訳 210 頁

(40) 小川絃一『オープン & クローズ戦略—日本企業再興の条件—』(翔永社、2014年)

(41) 前掲小川(2014)10～15頁

ア(アプリケーションプログラムやコンテンツ)の提供者に向かい、自社専用化等によるコントロールが及ぶしくみ(「伸びゆく手」)を設定する。以上の内容を、図11に示す⁽⁴²⁾。

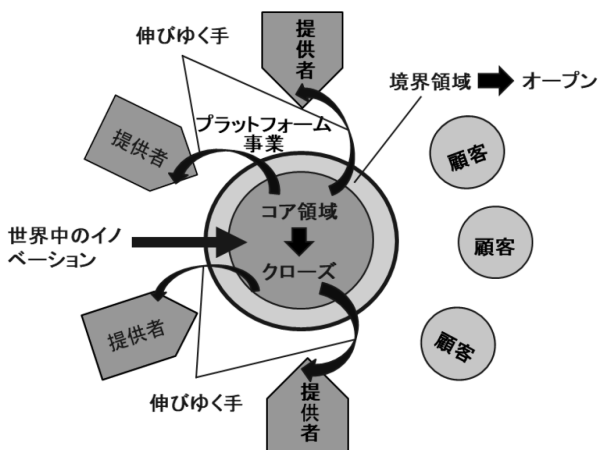


図11. プラットフォーム事業の知財戦略

出所：小川(2014)に基づき作成

以下では、実際にプラットフォーム事業の各型別に、GAFAMがどのような知財戦略をとっているかについて検討する。

(1) OS型プラットフォーム事業の知財戦略

OS型プラットフォームのアップル、マイクロソフト、グーグル(アルファベット)の3社には、端末の提供者として自社プラットフォームに参加するかどうかで、その知財戦略に大きな差がある。

アップルは、MacOSでプラットフォームになったところから、プラットフォームを所有・運営するとともに、自社端末を提供しその参加者でもあるため、マイクロソフト、グーグルとは異なった戦略をとってきた(表2参照)。端末の製造については、マッキントッシュは自社、iPhoneはホンハイ(鴻海精密工業)

であるが、端末製造にかかわる主要な知財を厳格に管理するクローズ戦略をとっており、アップルブランド以外での製造・販売を認めていない⁽⁴³⁾。具体的には、コア部分の回路設計と製造技術に関しては、あまり多くの回路配置利用権(米国Maskwork Law)や特許権(米国Patent Law)は取得せずにブラックボックス化して⁽⁴⁴⁾、部外者が分解し内部を模倣できないようにしている。その上で、競合他社がアップルの技術を安価に模倣しようとしてクロスライセンス請求をしても、元々ないものは出せないとして応じない戦略をとる⁽⁴⁵⁾。ただし、マッキントッシュでの提供者に対するクローズ化が、ネットワーク構築の失敗によるアプリケーションやPCの種類の不足という事態を招いた反省を踏まえ、iPhoneでは、アプリ提供者に対して境界領域をオープン化し、提供者のネットワークによるイノベーションの促進を図っている⁽⁴⁶⁾。顧客からのアプリ売上の30%がアップルに、70%が提供者に分配されるしくみとなっている⁽⁴⁷⁾。

アップルのiPhoneをめぐる知財戦略を、先述のオープン&クローズ戦略のパターンに当てはめると、次のようになる⁽⁴⁸⁾。

コア領域：iOS⁽⁴⁹⁾、製品デザイン、アップル(ブランド)等で構成。競合他社によるクロスライセンス要請の対象にならない領域。他社による知的財産の侵害の事実が簡単にわかる分野。つまり、模倣によって市場参入を図る業者を排除できる領域。知的財産の守り方としては、事業開始に先立ってライセンス契約をかわす、あるいは、ブラックボックス化し徹底的に隠す方法をとる。

境界領域：外部信号⁽⁵⁰⁾とのインタフェース。仕様については公開するが、可能な限りアップル向け専用とすることを要請する。

伸びゆく手：センサー類⁽⁵¹⁾や外付け部品の提供者に対しては、仕様を指定して専用化を促したり、ア

(42) 前掲小川(2014)11頁図0.1、322頁図6.1、329頁図6.2より作成。

(43) ジョブズがアップルから離れていた1993年から95年のスピンドラーCEOの時代に、マッキントッシュの製造特許を1台当たり50ドルで他PCメーカーにライセンス供与した時期を除く。

(44) 2000年代において、アップルからの特許出願・登録件数は200件以下で、同時期の日本の大手エレクトロニクスメーカーによる登録件数の1割に満たない(前掲小川(2014)160頁)。

(45) アップルとサムスン電子の長年にわたるスマートフォンをめぐる訴訟合戦には、両者の知財戦略がよく表れている。デザインやユーザーインタフェース関連の知的財産をクローズ戦略で守ろうとするアップルに対して、サムスン電子は自社が持つ特許の侵害でアップルを訴えることで、クロスライセンスに持ち込み、安価にアップルが隠すコア領域の技術を使用しようという目算だが、アップルがそれを受け入れることは少ない(前掲小川(2014)172～173頁；日本経済新聞「知財戦略 ここに注目③アップル・サムスン訴訟」2015年4月13日朝刊)。

(46) 前掲Parker他(2016)邦訳210頁

(47) 前掲出井(2015)137頁

(48) 前掲小川(2014)158～185頁

(49) コアOS(カーネル)、アプリケーションソフトウェア(ハードウェア制御、ユーザーインタフェース、データ処理、セキュリティ等)、コアOSとアプリケーションの間のインタフェースから構成される。

(50) ブルートゥース、電話回線、USBデバイス、無線LAN、テレビ映像、オーディオ等

(51) 3次元加速度センサー、磁気センサー、マイク、カメラ、GPS等

アプリケーション提供者に対しては、App ストアの利用に際して厳しい審査を課しコントロールするしくみを設ける。

以上のように、アップルは iPhone に関して、オープン＆クローズの知財戦略をとることで収益基盤を確立し、中長期的な繁栄を享受していることがわかる。2023 年のアップルの総売上 3,833 億ドルのうち、iPhone、マッキントッシュ、iPad 等ハードウェアの売上が 78% を占め、アプリ売上(アップルの取り分)を含むサービス収入が残りの 22% と、周到な知財戦略を配したハードウェアへの依存度が極めて高い⁽⁵²⁾。

マイクロソフトとグーグルは、基本的にはプラットフォーム上の提供者としてのハードウェアの生産は行わない立場をとってきた。

マイクロソフトは、OS の技術情報を知財権化(特許権、著作権等)してオープンにし、アプリケーションプログラムやハードウェアの提供者からは、ライセンス料を徴収する形で提供者ネットワークの拡大を図ってきた。例えば、各 PC メーカーから 1 台当たりウィンドウズ 3.0(MS-DOS 含む)で 30 ドル、3.1 で 35 ドル、95 で 40 ドル、98 で 50 ドル、XP で 55 ドルのライセンス料をとっている⁽⁵³⁾。つまり、ライセンス収入を維持・拡大するために、頻繁に OS を更新しその機能を高度化する戦略をとっている。2024 年の総売上 2,451 億ドルのうち、生成 AI Copilot と連携したパブリッククラウド Azure からの収入が 43% と最大で、オフィス向け業務システム関連が 32%、PC メーカー経由のウィンドウズライセンス収入等が 25% を占める⁽⁵⁴⁾。

グーグルは、買収によりスマートフォン用 OS として入手した 안드로이드 AOSP(Android Open Source Platform) に関しては、スマートフォン

T-Mobile G1(HTC 生産)発売後は、OS のソースコードを無償で開放する等してオープン化していた。しかしながら、その OS 管理・運営の方法では、十分な収益が得られないため、アプリ提供者に対しては、検索、音楽配信、カレンダー、キー入力、撮影・録画機能等に限定した範囲で「グーグル・アンドロイド」としてクローズ化、端末メーカーに対しては、オープン・ハンドセット・アライアンスとして、ライセンス料を徴収しながらオープン化する戦略に転換した⁽⁵⁵⁾。プラットフォーム事業としては、OS 以外にパブリッククラウド GCP があるが、2つの事業を合わせても全体の売上の 1 割程度にすぎず、アルファベットの売上の大部分は、創業時からの検索サービスに関連した広告収入である。

グーグルの検索方式ページランク・アルゴリズム⁽⁵⁶⁾は、グーグルの重要な知財であるが、ネット検索サービスを収益事業に変えたのは、2001 年入社のサンドバーグ⁽⁵⁷⁾が推進した CPC(Cost Per Click)方式⁽⁵⁸⁾による広告プログラムアドワーズ⁽⁵⁹⁾とアドセンス⁽⁶⁰⁾である。これらの収益化手段そのものも知財(特許権、著作権等)であるが、さらに大きな知財は、瞬時に検索サービスを提供するための大容量のサーバーに蓄積された膨大なリンク情報の集積である。

2023 年のアルファベットの総売上 3,074 億ドルのうち、ユーチューブ経由も含めた広告収入とサブスクリプション収入等が 89%、パブリッククラウド事業 GCP からの収入が 11% を占め、OS のグーグル・アンドロイドからの収入はほとんどない⁽⁶¹⁾。広告収入は、リンク情報のデータベースの大きさに依存しているが、ハードウェアを収益源とするアップル程緻密な知財戦略は確認できない。

以上より、OS 型プラットフォーム事業の知財戦略

(52) Apple Inc. Form 10-K 2023

(53) “Microsoft, 1995” (case#9-795-147) Harvard Business School Publishing 1996 ;

“Microsoft in 2005” (case#9-705-505) Harvard Business School Publishing 2005

(54) Microsoft Corporation Form 10-K 2024

(55) 前掲 Parker 他 (2016) 邦訳 226 頁、246 頁

(56) 入力した検索語と関連性の高いサイトのリンクをリンク数とリンク構造からランク付けし、閲覧頻度(=人気×信頼性)の高いリンク順に表示するしくみ(山根節・牟田陽子『なぜ GAFA は日本から生まれないのか』(光文社、2022 年)109～110 頁)。アルゴリズム：問題を解決するために定義された規則や計算手順の集まり。それらをプログラミング言語で表現したものがプログラム(高橋三男『わかりやすいコンピュータ用語辞典』(ナツメ社、1989 年))。

(57) Sheryl Kara Sandberg. グーグルの後フェイスブックにも参加し、そこでも広告収入を得るしくみを作った(後述)。

(58) 顧客(利用者)が広告に興味を持ち、リンクをクリックするか商品を購入した場合のみ、広告費に計上し請求するしくみ。当方式は検索サービスで競合するオーバーチュアの採用方法を模倣したもので、2002 年に同社より特許権の侵害で告訴されている(前掲山根・牟田(2022)142 頁；前掲出井(2015)154～155 頁)。

(59) 広告主がオークション方式で広告対象の検索キーワードごとに入札し、勝った広告主が広告料(1 クリック当たり)=入札価格+ α で広告料を支払う方式(前掲山根・牟田(2022)143 頁)。

(60) 広告主の了解を得た上でグーグルがネット上の既存ブログやホームページに広告を配信し、得られた広告料を広告主と分け合う方式(前掲山根・牟田(2022)144 頁)。

(61) Alphabet Inc. Form 10-K 2023 ; 前掲山根・牟田(2022)105 頁

は、自社が提供者にもなる(可能性がある)場合は、提供者としてのコア領域の技術情報をクローズ化し、他社が容易に模倣できないようにして、製品・サービスを収益源の大きな柱とする。その場合でも、参入予定の事業範囲がハードウェアだけであれば、ハード関連のみクローズ化し、アプリ関連では知財権を取得した上でオープン化する。プラットフォームの管理・運営に徹する場合は、オープン化して参加者のネットワークの拡大を狙うとともに、知財権を取得しライセンス料を収益源の一つにするという戦略が一般的であると言える。クローズ化の具体的な方法としては、アップルのように部外者が容易に内部構造を解明できないようにブラックボックス化する以外に、知財権は取得してもライセンス料を開発費が十分回収できるレベルに引き上げる方法があり得、知的財産のレベルや性質により、特許権、回路配置利用権、著作権、意匠権等の形態を選ぶ。

(2) マーケットプレイス型プラットフォーム事業の知財戦略

マーケットプレイス型プラットフォームの代表としては、提供者と顧客が出会うオンラインモール事業があげられるが、アプリ提供者と顧客が同じサーバーを利用するパブリッククラウド事業もそれに類似している。それらの事業を主な収益源とするアマゾンについて、知財戦略上の成功要因を抽出する。

EC(ネット通販)事業からスタートしたアマゾンの最大の知的財産は、世界中の膨大な顧客データベースである。このデータベースは、購入履歴、検索履歴、クレジットカード情報など個人情報の集合体である。それらのデータから、AIを使用して個々人のプロファイリングを実施し、パーソナライゼーション⁽⁶²⁾やリコメンデーション⁽⁶³⁾を行うことで、顧客の購買意思決定を支援する。PCやスマートフォンといった視覚的インタフェースに加え、音声認識アプリのアレクサも幅広い顧客層の形成に役立っている。使用するアル

ゴリズムと配送サービスのFBA(Fulfillment by Amazon)⁽⁶⁴⁾には数多くの知財が含まれているが、マーケットプレイス事業においてもそれらが活用されている。

ネット通販で築いた巨大なデータセンターを、法人顧客の業務支援に活用すべく生まれたのが、前出のAWSである。

アマゾンのAWSは、多くの種類のオープンAPI⁽⁶⁵⁾を備えており、そのため、膨大な数のAPIの組み合わせが可能である⁽⁶⁶⁾。そして、同じくパブリッククラウドのマイクロソフトのAzureやグーグルのGCPに比べて、より幅広い顧客のニーズに対応できるようになっている。ERPでは、SAPやOracle等大手ERPベンダーのパッケージプログラムや、各分野の中堅ベンダーのアプリケーションにも対応している。アマゾンのデータセンターのサーバーで提供するアプリケーションプログラムの構築方法には、特徴があり、アプリの中核部分と追加部分に分け別々に管理できるようになっており、必要に応じてそれらを自由に組み合わせることが可能である⁽⁶⁷⁾。そして、先述の通り、レンタルサーバーの契約料を安く抑えながら、品質やセキュリティでの差別化を実現している。

2023年のアマゾンの総売上5,748億ドルの構成は、仕入れ商品のオンラインショッピングが40%、マーケットプレイスが24%、AWSが16%、広告収入が8%、サブスクリプション収入が7%となっており⁽⁶⁸⁾、アマゾンにおける顧客データベースの重要性が認識できる。また、次の柱と期待されるパブリッククラウド事業では、アプリの品揃えの広さと料金の安さの2つが競争上のポイントである。2023年のクラウドサービス市場でのAWSの世界シェアは39%を占め、第1位である(第2位 Azure23%、第3位 GCP8.2%)⁽⁶⁹⁾。

マーケットプレイス型プラットフォーム事業については、主な知財として膨大な顧客データベースがあげられるが、それは営業秘密として不正競争防止法(米国 Uniformed Trade Secrets Act)の保護対象となり、

(62) 顧客ごとに最適なサービスを提示する機能。

(63) サイト閲覧や購買の履歴をデータベース化して、行動や選考のパターンで顧客を分類し、それに合った商品・サービスを提案する機能。

(64) アマゾンの自前の物流インフラを利用した出荷代行サービス。ロボットを使用した自動化倉庫やドローンや自動運転車を活用した配送業務を含む(前掲出井(2015)197～202頁; Laure and Laure(2017)邦訳95頁, 100頁)。

(65) Application Programing Interfaceの略。異なるソフトウェアやサービスを互いに連携しやすくするための仕組み。クラウド上のアプリケーションに指示を出すAPIやデータを取得するAPI等がある(及川卓也『ソフトウェアファースト第2版—あらゆるビジネスを一変させる最強戦略—』(日経BP, 2024年)157～158頁)。

(66) 前掲Parker他(2016)邦訳232～233頁より。2016年時点で33種類のオープンAPIと300以上のAPIの組み合わせが可。現在はその数がさらに拡大している。

(67) 前掲Parker他(2016)邦訳86～91頁

(68) Amazon Com Inc. Form 10-K 2023

(69) 日本経済新聞「23年シェア調査」2024年9月11日朝刊

クローズである。そこには、OS 型プラットフォームのアップルほど明確なオープン＆クローズの知財戦略は見出せないが、基本戦略としての差別化や低コスト化が重要な戦略ポイントとなる。

(3) SNS 型プラットフォーム事業の知財戦略

GAFAM のうち、SNS 型のプラットフォームはフェイスブック(メタ・プラットフォームズ)である。フェイスブックより先にソーシャル・ネットワーク市場を牽引したのは、フレンドスターである。フレンドスターは、顧客を限定せずに集客したため、その質も悪く、出会い系サイト化し急激に参加者が増え、サーバーが機能不全に陥っていった。次に出現したのが、myspace である。myspace は技術情報を提供者に開示しないでクローズ化することで、独占的に交流サイトを運営していたが、そのためにアプリ提供者のネットワークが広がらず、プラットフォームとしての機能は顧客にとって不満足な状態だった。

フェイスブックは、2004 年のサイト立ち上げ時には、対象顧客をアイビーリーグ学生に限定し、顧客の質を維持しながら、2006 年には提供者(アプリ開発者)に対してオープン戦略の採用を開始した。2007 年に提供者向け専用のアプリ作成サイトを立ち上げると、提供者がフェイスブックに友達追加等様々な機能を加えたため、myspace の市場を侵食しながら急速に顧客ネットワークを広げていった⁽⁷⁰⁾。

交流サイトとして、顧客が実名で自らの個人情報(学歴、職歴、居住場所、趣味等)を提供し、それをベースとしたクイックアップデート、ストーリーズ、1 時間メッセージといった無料アプリでコンテンツが作成されていたため、グーグルに多額の広告収入をもたらしたサンドバーグが 2007 年に COO として参加するまでは、収入がほとんどない状態だった。広告業務の経験を持つサンドバーグの発案に従い、広告収入で売上を稼ぐモデルにたどりつき、収益のほとんどが広告からという構造で現在に至る。つまり、顧客が一般ユーザーで、提供者が一般ユーザーや広告業者というプラットフォーム事業の運営体制である。顧客自らが提供する個人情報故に、訴求対象をピンポイントで狙うターゲット広告が可能で、広告業界からの評価が

高く、グーグルと合わせ米国内の全広告宣伝費の半分を占めている。その後、企業買収により、インスタグラム、ワッツアップといったアプリケーションを追加している。フェイスブックの最大の知的財産は、顧客が提供する確度の高い個人情報の集合であり、その膨大なデータベースを維持・拡大することで、広告業者等の提供者からの収入を伸ばし、高成長を持続させている⁽⁷¹⁾。2023 年のメタの総売上 1,349 億ドルのうち、広告収入が 99% を占め、近年注力している VR(仮想現実)関連事業は 1% 強と、ほとんど収益に貢献していない⁽⁷²⁾。

SNS 型プラットフォーム事業についても、膨大な顧客データベースは営業秘密(不正競争防止法による保護対象)としてクローズであるが、オープンとクローズを使い分けるような明確な知財戦略は確認できない。ここでも、差別化や低コスト化が、重要な戦略ポイントと考えられる。

3. プラットフォーム発想：日本企業になくプラットフォームになれない主要因

プラットフォームは、先述のように、ギリシャ時代から市場として存在した。ただし、デジタル技術を活用したデジタル・プラットフォーム事業が現れるまで、市場は公設であることが多く、出店料を徴収してもとるに足りない金額だった。日本においても各地の市場は公設が一般的で、そこに出店する業者は、無料かごく少額の出店料を支払っていたにすぎない。株式市場においても同様で、現在も取引が成立した時だけ少額を徴収されるだけである。また、通信やインターネットのように技術的なプラットフォームは、社会インフラであることが多く、公的機関が業界団体と協議の上、技術標準を決定するという方法がとられてきたため、〇〇標準や××規格として決定されたプラットフォーム準拠の製品を製造する企業は、市場参入に当たって多額の入場料を払うということが少なかった。

前掲 Evans and Schmalensee(2016) や Parker 他(2016) が、アナログながら最初のハイテクプラットフォームの VTR(VCR) システムを先進事例として取り上げ、プラットフォームの構築について重要な点に触れている⁽⁷³⁾。2 つの互換性のないプラットフォーム

(70) 前掲 Parker 他(2016)邦訳 212～215 頁；前掲 Moazed and Johnson(2016)邦訳 225～233 頁

(71) Galloway, S. “The Four,” 2017. 渡会圭子訳『the four GAFA-4 銃士が創り変えた世界』(東洋経済新報社, 2017 年)157～201 頁；前掲山根・牟田(2022)165～224 頁

(72) Meta Platforms, Inc. Form 10-K 2023

(73) 前掲 Evans and Schmalensee(2016)邦訳 46～47 頁；前掲 Parker 他(2016)邦訳 223～224 頁

のベータマックスと VHS の戦いは、ネットワーク効果に対する意識の差で決着がついた。つまり、ビデオの規格をプラットフォームととらえるか、単なるハードウェア(ビデオデッキ)の技術ととらえるかの差だったというのである。その結果、ハードウェアやコンテンツの提供者のネットワークを広げることを優先した JVC(日本ビクター)陣営が、画質や小型化といったハードウェアの品質・機能で優れたソニーを打ち負かしたとしている。ベータマックスは放送局用機器等のごく限定的な用途を残して市場から消滅し、その後ソニー自体も VHS のハードウェア生産に切り替えたのである⁽⁷⁴⁾。

ソニーには、その後もう一度プラットフォーム事業を構築する機会が訪れる。前掲小川(2014)や Parker 他(2016)、によれば、アップルの音楽を iTunes 経由で入手し iPod で聴くというオンライン音楽視聴プラットフォームについて、それを構成するハードウェア、ソフト配信手段、さらにコンテンツまでも、アップルが参入する以前にソニーに存在していた。しかし、全社的にプラットフォーム発想がなかったことや、別会社化・カンパニー制・事業部制等による経営の「サイロ化」⁽⁷⁵⁾のため、その後の同プラットフォームでのアップルの独走を許したという経緯がある⁽⁷⁶⁾。アップルの iPod-iTunes プラットフォームは、やがて巨大な iPhone プラットフォームに引き継がれてゆく。ソニーの敗因は、個別事業の収益の保全を優先し、グループ全体を巻き込んだ大きなプラットフォーム事業のビジョンを描けなかったことにある。

ソニーのビデオ戦争や、オンライン音楽視聴プラットフォーム構築の失敗における一連の意思決定の中に、日本企業からプラットフォーマーが生まれない真の理由を見出すことができる。つまり、プラットフォームの種^{たね}はあっても、端末の生産や個別事業の利益を優先するあまり、プラットフォーム事業で収益をあげるという発想が生まれないのである。ソニーに限らず、多くの日本企業、特にメーカーには「場」を所有し運営することで収益を稼ぐという発想がない。

プラットフォーム事業を育てるには、それに参加する提供者と顧客を増やしてネットワークを広げ、それを維持・拡大するために関連知財を保護・活用し、そ

れらの効果を最大限収益化する発想が極めて重要である。

V. おわりに

本稿では、プラットフォーム事業に関する既存研究の成果に基づいて、プラットフォーマーの成功要因を解明すべく、それらに共通した事業構造、競争戦略、知財戦略の概念化を試みた。

プラットフォーム事業の構造は、従来のバリューチェーンに基づいたモデルでは表現できないため、3次元による空間表現を提示した(図3)。単純ではあるが、プラットフォームとは、提供者と顧客を仲介する「場」であり、プラットフォーム事業とは、その「場」を所有し運営することで収益を得る事業であることを、ある程度可視化できたと考える。

従来の戦略理論のプラットフォーム事業への適用可能性に関しては、代表的な理論の5フォースや基本戦略については、ほぼそのままプラットフォーム事業にも適用できることを指摘した。また、PPMについては、プラットフォーム事業の横軸方向の位置を決める相対市場シェアの算出方法に修正を加えることで、適用可能であることを示した。

プラットフォーム事業の戦略の重要なポイントとして、まず、ネットワーク効果を収益に結びつける手段の重要性を指摘した。次に、事業の維持・拡大にとって知財戦略が重要である点について論じた。特に、ハイテク分野をプラットフォームとする場合は、収益源となるコア技術領域に知財を集中させて守るクローズ戦略をとることと、コア領域と他社に委ねる領域の境界領域にも知財を配してオープン戦略をとるとともに、コア領域から提供者に自社のコントロールが及ぶしくみ(伸びゆく手)を設けることが重要であることを指摘した。そして、何よりも重要なのは、プラットフォームを収益源にするという発想である。日本の特に電機企業群の衰退の最大の要因もそこにある。その発想がなかったために、プラットフォーマーになる機会があったにもかかわらず、知財の重要性の認識を欠いたまま、ハードウェアの提供に固執し迷走した30年間だった。

(74) 筆者はソニー製 VHS 第1号の企画に携わった関係上、当件について特別な感慨を禁じ得ない。

(75) 経営資源、経営情報等の囲い込み(若林広二「生産性問題の本質—デジタル組織と2025年の崖—」日本大学知財ジャーナル Vol.17(2024)49～61頁)。

(76) 前掲小川(2014)161～165頁;前掲Parker 他(2016)邦訳283～284頁より。ハードのデジタルウォークマン(記録媒体はCD・MD・小型ハードディスク・USBメモリー等)の録音(信号圧縮)形式がMP3以外の独自規格だったことや、グループ内のコンテンツ企業ソニーミュージックの収益への影響に配慮した。

桂(2023)が指摘するデジタル化の本質の見誤り、技術的優位性やブランド力への過信、インターネットや円高への対応の遅れ等、1990年代以降の日本の電機産業が犯した「五つの大罪(：誤り)」と、その結果としての「世界的なプラットフォーマーと呼べる日本企業は存在しない」との認識は的確であり、打開策としての企業風土や雇用制度の改革は重要である⁽⁷⁷⁾。しかし、これらの時間のかかる方策とは別に、プラットフォーマーになる機会がありながら実現しなかった事例より問題点を把握し、今一度プラットフォームの種^{たね}を探してみてはどうか。そうすることで、日本企業の中から、現在のGAFAMのようなプラットフォーマーが遠からず生まれる可能性は十分にあると考える。

(77) 桂幹『日本の電機産業はなぜ凋落したのか―体験的考察から見た五つの大罪―』（集英社、2023年）

機械学習への著作権法 30 条の 4 の適用について

松下 外^(*)

本稿は、機械学習への著作権法 30 条の 4 の適用範囲を検討し、以下の理由により、その適用が広く認められるべきであると結論づける。①機械学習は人の知覚による認識を伴わないため、享受目的を觀念する余地がなく、享受目的を伴う情報解析を議論する前提を欠いている、②表現出力を目的とする場合であっても、情報解析の定義に合致する限り、享受目的を認定することはできない、③ 30 条の 4 但書は、非享受目的市場から得られる著作権者の利益が害される場合にのみ適用されるべきであり、著作権者が被る事実上の不利益は但書の適用に関する直接の考慮要素とはならない、④機械学習への 30 条の 4 の適用が問題になるのは、AI が既存の著作物と類似する表現を出力する場面であるため、利用段階の責任を追及すれば足り、30 条の 4 の機械学習への適用を広く認めても権利者に不利益は生じない。

(目次)

- I はじめに
- II 30 条の 4 の概要
 - 1. 位置づけ
 - 2. 規律内容
 - 3. 改正前著作権法との関係
- III 30 条の 4 柱書 / 各号の機械学習への適用
 - 1. 非享受目的利用
 - 2. 「その必要と認められる限度において」
- IV 30 条の 4 但書の機械学習への適用
 - 1. 議論の状況
 - 2. 検討
- V 表現出力目的学習を学習段階の責任として捉えることの是非
 - 1. 議論の状況
 - 2. 検討
- VI おわりに

I はじめに

本稿⁽¹⁾は、著作権法⁽²⁾30 条の 4 の機械学習への適用を検討する。

AI(学習済みモデル)の実用化は、大まかには、(i)

学習データを学習用プログラムに入力し、機械学習技術により、関連するパラメータ(学習前パラメータ)を最適化することで、すなわち学習をすることで、与えられた問題に対して、適切な出力をするためのパラメータ(学習済みパラメータ)、ひいてはこれをプログラム(推論プログラム)と組み合わせた学習済みモデルを得る「学習段階」(「学習・開発段階」と呼ばれることもある。)と、(ii)学習段階により得られた学習済みモデルに対して、一定の入力をするることにより、AI 生成物を得る「利用段階」(「AI 生成・利用段階」と呼ばれることもある。)の 2 段階を経て、実現する⁽³⁾。30 条の 4 を含む柔軟な権利制限規定は、学習段階及び利用段階のいずれについても、その適用が問題になるが、本稿では、機械学習、すなわち、(i)学習段階での 30 条の 4 の適用を巡る問題を検討する。

30 条の 4 は、享受目的を伴わない著作物の利用について、著作権の行使を制限する権利制限規定の 1 つである。30 条の 4 は、非享受目的利用の一例である「情報解析」(同条 2 号)に機械学習が含まれるとの理解を前提に、機械学習への著作物の利用を幅広く許容する規定であると受け止められており、そのため、日本は「機械学習パラダイス」であると評されることがあった⁽⁴⁾。もっとも、様々なコンテンツを出力可能とする生成 AI の普及により学習データとして用いられた著

(*) 西村あさひ法律事務所・外国法共同事業 弁護士

(1) 本稿は筆者の個人的見解を表明するものであり、筆者が所属する如何なる団体の見解も表示するものではない。

(2) 以下法律名を省略する。

(3) 経済産業省「AI・データの利用に関する契約ガイドライン 1.1 版(AI 編)」(令和元年 12 月)12 頁、AI 時代の知的財産権検討会「AI 時代の知的財産権検討会 中間とりまとめ」(2024 年 5 月)5 頁等。なお、利用段階は、著作物の利用行為の観点で更に細分化すれば、(ii)-1 学習済みモデルに入力をする場面と、(ii)-2 学習済みモデルから AI 生成物が生成される場面、そして、(ii)-3 AI 生成物が利用される場面に分けて考えることができる。もっとも、本稿の議論との観点でいえば、利用段階においては AI 生成物が生成され、かつ利用されるものと理解すれば足り。

(4) 上野達弘「情報解析と著作権—「機械学習パラダイス」としての日本」人工知能 36 巻 6 号(2021 年)745 頁、745 頁

作物の創作的表現が AI 生成物において再現されるおそれが現実的なものとなった。その結果、既存著作物を用いた機械学習に対する 30 条の 4 の適用範囲が以前にも増して議論されるようになっていく。

このような状況において、文化審議会著作権分科会法制度小委員会が公表した「AI と著作権に関する考え方について」⁽⁵⁾（以下「考え方」という。）は、法的拘束力を有するものではないものの⁽⁶⁾、従前は必ずしも議論されることが多くなかった享受目的を伴う情報解析を正面から肯定している。具体的には、(a)「既存の学習済みモデルに対する追加的な学習（そのために行う学習データの収集・加工を含む）のうち、意図的に、学習データに含まれる著作物の創作的表現の全部又は一部を出力させることを目的とした追加的な学習」又は (b)「そのような「意図」までは有していないが、少量の学習データを用いて、学習データに含まれる著作物の創作的表現の影響を強く受けた生成物が出力されるような追加的な学習を行うため、著作物の複製等を行う場合」について、「具体的事案に応じて、学習データの著作物の創作的表現を直接感得できる生成物を出力することが目的であると評価される場合」には、享受目的を伴う「情報解析」にあたるものとして、30 条の 4 の適用を受けることができないと整理している⁽⁷⁾。考え方は、「意図」と「目的」とを使い分けているところ、結局のところ、「学習データの著作物の創作的表現を直接感得できる生成物を出力することが目的であると評価される」か否か（このような目的を有する学習を、以下「表現出力目的学習」という。）を判断基準とするものと解される。

加えて、30 条の 4 但書については、特定のクリエイターの作品のみを大量に学習した生成 AI（以下「特化型 AI」という。）が当該作品とスタイル・作品・世界観のレベルにおいて共通するコンテンツを大量に出力した結果、当該クリエイターに不利益が生じた場合がその射程に含まれるか否かが議論されている⁽⁸⁾。

これらの点をはじめとして、30 条の 4 の解釈については、学説上も見解が分かれている状況にあり⁽⁹⁾、学習段階における著作物の利用がどの範囲で許容されるのが判然としない場面も少なくない。そこで、本稿では、30 条の 4 の機械学習への適用について、筆者なりに整理を試みたい。結論を先取りすれば、筆者の考えは、概略次のとおりである。

- ① 機械学習は人の知覚による認識を伴う著作物の利用行為ではないため、享受目的を観念する余地がない（そもそも享受目的を伴う「情報解析」を議論する前提を欠く）。
- ② 享受目的を伴う「情報解析」を観念することは 30 条の 4 の解釈として適切ではない。そのため、表現出力目的学習の場合であっても、情報解析の定義に合致する限りは、重ねて享受目的を認定することはできない。
- ③ 30 条の 4 但書は、非享受目的市場から得られる著作権者の利益が害される場合にのみ適用されるべきであり、特化型 AI による不利益は、但書の適用に関する直接の考慮要素とならないと考えるべきである。
- ④ 機械学習への 30 条の 4 の適用が顕著に問題になるのは、機械学習そのものよりも、AI により既存の著作物の創作的表現と類似する表現が出力される場面、すなわち、利用段階であることに照らせば、利用段階の責任を追及すれば足りる。機械学習への同条の適用は広く認めるべきであり、かつ、そのように考えても、権利者に不利益は生じない。

II 30 条の 4 の概要

1. 位置づけ

30 条の 4 は、平成 30 年著作権法改正により、新設

(5) 文化審議会著作権分科会法制度小委員会「AI と著作権に関する考え方について」（令和 6 年 3 月）

(6) 文化審議会著作権分科会法制度小委員会・前掲注(5)3 頁

(7) 文化審議会著作権分科会法制度小委員会・前掲注(5)20 頁

(8) 上野達弘「AI と著作権に関する考え方について」法の支配 215 号(2024 年)87 頁、91-92 頁

(9) 例えば、享受目的を伴う「情報解析」に関して、考え方の公表前に発表されたものも含めると、肯定説に立つものとして、奥邨弘司「生成 AI と著作権に関する米国の動き—AI 生成表現の著作物性に関する著作権局の考え方と生成 AI に関する訴訟の概要」コピライト 63 巻 747 号(2023 年)31 頁、46 頁、前田健「柔軟な権利制限規定の設計思想と著作権者の利益の意義」〔初出：同志社大学知的財産法研究会編「知的財産法の挑戦Ⅱ」(弘文堂、2020 年)236 頁〕、田村善之編著「知財とパブリック・ドメイン第 2 巻著作権法篇」(勁草書房、2023 年)206 頁、金子敏哉「生成 AI とせいぜいしない著作権法」法学セミナー 828 号(2024 年)51 頁、58 頁等がある。他方、否定説に立つものとしては、愛知靖之「日本法における権利制限—著作権法 30 条の 4 を中心に—」上野達弘、奥邨弘司「AI と著作権」(勁草書房、2024 年)15-25 頁、高部真規子「著作権侵害訴訟における主張立証と『AI と著作権に関する考え方について』」ジュリスト 1599 号(2024 年)80 頁、84 頁がある。また、平嶋竜太「Generative AI による生成物をめぐる知的財産法の課題」Law & Technology 別冊 9 号(2023 年)61 頁、67 頁も享受否定説に立つと思われる。30 条の 4 の適用に関する論点の所在については、今村哲也ほか「座談会」上野達弘、奥邨弘司「AI と著作権」(勁草書房、2024 年)207-221 頁も参照。

された権利制限規定である。

平成 30 年著作権法改正は、「米国のフェア・ユース規定のような非常に柔軟性の高い一般的・包括的な規定ではなく、明確性と柔軟性の適切なバランスを備えた複数の規定の組合せによる『多層的』な対応を行うことが適当である。」⁽¹⁰⁾との価値判断の下、著作物の利用行為を以下の三層に分類し、各層の類型に適した柔軟性を備えた規律を採用している。

- (i) 著作物の本来的利用には該当せず、権利者の利益を通常害さないと評価できる行為類型(第一層)
- (ii) 著作物の本来的利用には該当せず、権利者に及び得る不利益が軽微な行為類型(第二層)
- (iii) 公益的政策実現のために著作物の利用の促進が期待される行為類型(第三層)

30 条の 4 は、第一層に属する。特に、機械学習への著作物の利用に関して重要である情報解析に関する規定については、著作権という権利の本来的な範囲に属さないという観点から正当化されている内在的制約であって、いわゆる商標の使用論(商標法 26 条 1 項 6 号)と共通性があることを指摘する見解がある⁽¹¹⁾。

2. 規律内容

30 条の 4 柱書は、「著作物に表現された思想又は感情の享受を目的としない利用」、いわゆる非享受目的の著作物の利用については、当該目的のために必要と認められる限度において、いずれの方法によるかを問わず、利用することを許容する。30 条の 4 各号は、同条により「権利制限の対象となる行為について法の予測可能性を高めるため」⁽¹²⁾、次の各場合を、非享受目的利用の典型例として例示している。もっとも、各号に掲げられる場合に当たらなくとも、柱書に該当すれば権利制限の適用を受ける⁽¹³⁾。

- (i) 著作物の利用に係る技術の開発等のための試験の

用に供する場合(1 号)

- (ii) 情報解析(「多数の著作物その他の大量の情報から、当該情報を構成する言語、音、映像その他の要素に係る情報を抽出し、比較、分類その他の解析を行うこと」)の用に供する場合(2 号)
- (iii) 人の知覚による認識を伴うことなく電子計算機による情報処理の過程における利用等に供する場合(3 号)

他方、30 条の 4 但書は、「当該著作物の種類及び用途並びに当該利用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」には、著作権者による権利行使は制限されない旨を定めている。

3. 改正前著作権法との関係

30 条の 4 は、旧 30 条の 4(技術の開発又は実用化のための試験の用に供するための利用)及び旧 47 条の 7(情報解析のための複製等)の規定に相当する行為を、1 号及び 2 号でそれぞれ例示している。もっとも、旧法下では、個別の権利制限規定が存在していたに留まり、これらの各規定は、少なくとも法文上は非享受目的利用としては整理されていなかった⁽¹⁴⁾。そのため、非享受目的を明示の判断基準としない旧法下で許容された行為が、非享受目的の有無を判断基準とする 30 条の 4 で許容される行為に該当しない場面も、理論上は想定されることになる。

しかし、立法時の附帯決議において、「柔軟な権利制限規定の導入に当たっては、現行法において権利制限の対象として想定されていた行為については引き続き権利制限の対象とする立法趣旨を積極的に広報・周知する」⁽¹⁵⁾とされている。また、文化庁も「旧法第 30 条の 4 及び第 47 条の 7 により適法に行うことが想定されていた行為の性質が変わるわけではなく、当該行為は基本的には著作権者の利益を不当に害するものではないと考えられることから、今般の改正後においても、引き続き許諾なく行えるものと考えられる。」とし

(10) 文化庁著作権課「デジタル化・ネットワーク化の進展に対応した柔軟な権利制限規定に関する基本的な考え方(著作権法第 30 条の 4、第 47 条の 4 及び第 47 条の 5 関係)」(令和元年 10 月 24 日)4 頁・問 4

(11) 上野達弘「諸外国における情報解析規定と日本法」上野達弘、奥邨弘司「AI と著作権」(勁草書房、2024 年)72-73 頁

(12) 文化庁著作権課・前掲注(10)6 頁・問 5

(13) 文化庁著作権課・前掲注(10)8 頁・問 8

(14) もっとも、30 条の 4 の前身となる各規定が、非享受目的利用の例として位置づけられたこともまた事実である。30 条の 4 第 1 号の前身である旧 30 条の 4 は、文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権文科報告書」(平成 23 年 1 月)48 頁において「C 著作物の種類及び用途並びにその利用の目的及び態様に照らして、当該著作物の表現を知覚することを通じてこれを享受するための利用とは評価されない利用」と整理された類型である。また、2 号の前身である旧 47 条の 7 についても、文化庁長官官房著作権課「著作権法の一部を改正する法律(平成 21 年改正)について」コピライト 585 号(2010 年)21 頁、24 頁によれば、情報解析は、「著作物の表現そのものの効用を享受する目的」で行われるものではないとされている。

(15) 第 196 回国会閣法第 28 号附帯決議「著作権法の一部を改正する法律案に対する附帯決議」

ている⁽¹⁶⁾。そのため、30条の4は改正前に権利制限が認められていた事案については継続して権利行使を制限するものとして立法されたと解することが適切と考える⁽¹⁷⁾。

Ⅲ 30条の4柱書／各号の機械学習への適用

1. 非享受目的利用

(1) 検討の前提

① 問題の所在

機械学習への30条の4の適用は、機械学習が「情報解析」(同条2号)に該当することを前提に、同条2号の適用の問題として整理されることが少なくない。

考え方は、「一個の利用行為には複数の目的が併存する場合もあり得る」ところ、30条の4は、「当該著作物に表現された思想又は感情を自ら享受し又は他人に享受させることを目的としない場合には」と規定しているため、「複数の目的の内にひとつでも『享受』の目的が含まれていれば、同条の要件を欠くこととなる」⁽¹⁸⁾と述べ、享受目的が伴う場合には、30条の4が適用されない旨述べている。また、考え方は、表現出力目的学習のために、著作物の複製等を行う場合を「生成AIの開発・学習段階における著作物の利用行為における、享受目的が併存すると評価される場合」と整理している⁽¹⁹⁾。

しかし、表現出力目的学習に対して30条の4の適用を認めないとの結論に至るためには、前記の検討では不十分である。まず、考え方は、(i)享受目的を議論する前提として、問題とされる利用行為(表現出力目的学習)に人の知覚による認識が伴うか否かを検討していない。人の認識が伴わない場合には、享受あるいは非享受を観念する余地がないからこの検討を欠くことはできない。また、この点を措くとしても、(ii)考え方は、享受目的が伴う情報解析が成り立つことに対する具体的な論拠を欠いている。

② 「享受」と「認識」の関係

30条の4が定める著作物利用に係る試験目的のための利用(同条1号)と情報解析(同条2号)は、人の知覚による認識を伴う場面も想定した上で享受目的がないと評価し得る利用行為を定めているのに対して⁽²⁰⁾、同条3号は、人の知覚による認識を伴うことがない場面を想定する点において、その位置づけには根本的な違いがある。そのため、機械学習への30条の4の適用を検討する際には、同条における「享受」と「認識」の意味内容を把握することが重要である。

まず、30条の4における「享受」については、一般的には「精神的にすぐれたものや物質上の利益などを、受け入れ味わいたのしむこと」を意味するとされ、ある行為が同条に規定する「著作物に表現された思想又は感情」の「享受」を目的とする行為に該当するか否かは「著作物等の視聴等を通じて、視聴者等の知的・精神的欲求を満たすという効用を得ることに向けられた行為であるか否かという観点から判断される」とされている⁽²¹⁾。文化庁は、この「享受」の例としては、文章の著作物であれば閱讀すること、音楽の著作物や映画の著作物であれば鑑賞すること、またプログラムの著作物であれば実行することを挙げている⁽²²⁾。

他方、立法時の資料によれば⁽²³⁾、「利用」と「認識」の意義について、以下のとおり説明されている(下線は筆者による)。

著作権法に規定する「利用」とは、著作権法上保護される支分権該当行為や権利として保護されない視聴行為を含め、著作物を何らかの形で利用すると言えるものは幅広く該当する。……例えば、先に述べたように情報解析のために著作物が電子計算機の記録媒体に記録され、人間がその表現を一切認識することがない場合(享受もしない場合)においても、著作権法上の複製行為等が伴うため、著作物の「利用」には該当する。

「認識」とは、「人間が物事を知る働きおよびその内容」(新村出編『広辞苑』第六版)』(2008年、岩波

(16) 文化庁著作権課・前掲注(10)9頁・問10

(17) これに対して、愛知靖之「AI生成物・機械学習と著作権法」パテント73巻8号別冊23号(2020年)131頁、143頁は、30条の4但書の解釈次第では、旧47の7よりも権利制限の範囲が相当狭くなるとの見解を示している。

(18) 文化審議会著作権分科会法制度小委員会・前掲注(5)19頁

(19) 文化審議会著作権分科会法制度小委員会・前掲注(5)20頁

(20) 松田政行編『著作権法 コメンタール別冊 平成30年・令和2年』(勁草書房、2022年)19頁(澤田将史)は「『前二号に掲げる場合のほか』と規定したのは、3号に規定する場合と1号および2号に規定する場合との間に重なり合いがあることを示したものにすぎず、1号および2号に掲げる場合が人の知覚による表現の認識を伴うことなく著作物が利用される場合に限られることを意味するものではない」と説明している。

(21) 文化庁著作権課・前掲注(10)7頁・問7

(22) 文化庁著作権課「AIと著作権」(令和5年6月)NBL1246号(2023年)52頁、58頁

(23) 文化庁長官官房著作権課「著作権法の一部を改正する法律案 内閣法制局御説明資料」(平成30年1月)13頁

書店))をいい、著作物の表現について「認識」するとは、単に著作物の表現がどのようなものであるかを知ることを指す一方、著作物の表現を「享受」するとは、それにとどまらず、受け入れ味わい楽しむといった表現に対するより深い能動的な作用を伴うものである。

その上で、立法時の資料では⁽²⁴⁾、「認識」の有無と「享受」の関係については、次のとおり整理されている(下線は筆者による)。

著作物に表現された思想又は感情の享受を目的とする利用であるか否かについて、著作物の表現について人の知覚による認識が伴わない場合は、これに該当しない。また、著作物の表現について人の知覚による認識を伴う場合は、著作物の種類や用途、利用行為の態様、利用に至る経緯、利用の前後の利用者の言動、著作物に表現された思想又は感情の享受を防ぐための措置が講じられているか否かなどの諸事情を勘案して、当該行為が単に表現の認識にとどまるものであるのか、著作物に表現された思想又は感情を受け入れ味わい楽しむといった作用をも含むものであるのかによって、当該行為が「享受」目的であるか否かが判断される。

文化庁による解説では、認識と享受の関係について明示はないものの、「このように、とりわけ人の知覚による表現の認識を伴う場合において、『著作物に表現された思想又は感情』の『享受』を目的としない行為に該当するか否かについては、本条が営利目的で著作物を利用する場合も含めて幅広く権利制限を認めていることを含め、本条の立法趣旨及び『享受』の一般的な語義を、十分に踏まえて慎重に判断される必要がある。」⁽²⁵⁾と、享受が問題になるのは人の知覚による認識が伴う場面であることが示唆されている。

また、立法担当者も、「著作物の表現についての人の知覚による認識を伴うことがない場合は、著作物に表現された思想または感情の享受がなされることはないため、著作権法 30 条の 4 の趣旨に合致する典型的な例」と説明している⁽²⁶⁾。学説上もこのような理解に

異論はないと思われる⁽²⁷⁾。

なお、30 条の 4 では、享受の対象は、「著作物に表現された思想又は感情の享受」とされているものの、一般的には著作物の創作的表現が享受の対象であり、思想又は感情そのものが対象となるわけではないと理解されている⁽²⁸⁾。

③ 機械学習への適用

30 条の 4 の立法段階では、「人工知能の機械学習のために著作物を含む大量の情報を利用する場合」への 30 条の 4 の適用について、次のとおり述べられており⁽²⁹⁾、著作物の表現についての人の知覚による認識を伴うものではないことが、機械学習に 30 条の 4 の適用を認める直接的な論拠となっている(下線は筆者による)。

人工知能の機械学習においては、著作物を含む大量の情報が電子計算機の内部で解析され、個々の情報の特徴量の検出や相互比較などを経て一定の学習モデルが構築されることとなる。こうした機械学習の過程においては、著作物が電子データとして電子計算機内のハードディスクドライブやメインメモリ、中央演算装置などで電子的に複製されることとなることから、機械学習の過程において著作物は利用されているものと考えられる。しかし、機械学習の過程において通常著作物が人の知覚に認識される形で再現されること(ディスプレイへの表示など)は想定されないことから、人工知能による機械学習は、著作物の利用は伴うものの、著作物の表現についての人の知覚による認識を伴うものではない。認識を伴わないことから、……著作物に表現された思想又は感情の享受も起こらないため、当該行為は、新第 30 条の 4 により権利制限の対象となるものである。

このような見解は、立法後の文化庁の解説でも維持されている。具体的には、文化庁は、(i)「人工知能の開発のための学習用データとして著作物をデータベースに記録する行為」については、その主体が人ではなく人工知能であるから享受目的ではない、(ii)「収集した学習用データを第三者に提供する行為」は、当該

(24) 文化庁長官官房著作権課・前掲注(23)11 頁

(25) 文化庁著作権課・前掲注(10)42 頁

(26) 松田ほか・前掲注(20)19 頁〔澤田将史〕

(27) 今村ほか・前掲注(9)・217 頁〔奥邨弘司発言〕、218 頁〔前田健発言〕

(28) 今村ほか・前掲注(9)・216-217 頁〔奥邨弘司発言〕、217-218 頁〔上野達弘発言〕、218 頁〔前田健発言〕

(29) 文化庁長官官房著作権課・前掲注(23)17 頁

データの利用が人工知能の開発目的に限定されている限りは、享受目的がない、そして、(iii)通常は、人工知能が学習用データを学習する行為は、情報解析に該当するからいずれの行為も30条の4第2号に該当する旨述べている⁽³⁰⁾。

(i)は、人が学習主体ではないことを根拠とするが、人の知覚による認識を伴わない場面を想定するものだろう。主に30条の4第3号の適用が考えられる場面ではあるが、同条1号及び2号は、人の知覚による認識を伴わない場合を含むため⁽³¹⁾、これらのいずれかに該当する場合もある。(ii)については、トートロジカルな記述であるが、柱書の適用場面を述べるものと思われる。(iii)は、機械学習が「情報解析」に通常は該当することを述べるものだから、30条の4第2号の適用を前提にしている。

このように、機械学習への30条の4の適用の根拠としては、同条柱書、2号、3号(場合によっては1号又は2号)のそれぞれが想定されるため、機械学習への30条の4本文の適用を認めない場合には、問題とされる著作物の利用がこれらのいずれにも該当しないことを確認することが必要となる⁽³²⁾。もっとも、機械学習の場合、人の知覚による認識を伴うか否か及び(人の知覚による認識を伴う場合を前提とした)情報解析規定の適用を受けるか否かを検討すれば多くの場合には事足りると思われるため、これら論点をそれぞれ検討する。

(2) 人の知覚による認識の有無

① 議論の状況

Iで前述したとおり、AI(学習済みモデル)の実用化は、大きく分けて、学習段階と利用段階の2段階の過程を経るが、これに応じて、著作権法の適用についても、学習段階と、利用段階を峻別した上で、関連するルール⁽³³⁾の適用を検討することが一般的である⁽³⁴⁾。文化庁も、『「AI開発・学習段階」と「生成・利用段階」では、行われている著作物の利用行為が異なり、関係する著作権法の条文も異なります。そのため、両者は分

けて考える必要があります。』⁽³⁴⁾として、両者を峻別している。

立法段階では、Ⅲ・1・(1)・③で前述したとおり、学習段階については、「機械学習の過程において通常著作物が人の知覚に認識される形で再現されること(ディスプレイへの表示など)は想定されないことから、人工知能による機械学習は、著作物の利用は伴うものの、著作物の表現についての人の知覚による認識を伴うものではない」⁽³⁵⁾と整理されている。他方で、学習済みモデルの利用段階に類する議論として整理し得る⁽³⁶⁾記述として以下のものがある(下線は筆者による。)⁽³⁷⁾。

新第30条の4第3号に該当する具体例としては、デジタル写真に写っている人物を特定するための情報処理が挙げられる。……こうした分析を行う際、電子計算機の内部では、写真データがハードディスクなどの恒常的な記憶媒体から一時的な記憶媒体(いわゆる「メインメモリ」など)にデジタル写真が複製される。電子計算機の中央演算装置は、メインメモリ上に一時的に複製された画像データを一定のアルゴリズムに従って計算し、当該写真データから特定の人物に一致する特徴量(目・鼻・口の相対的な位置関係や髪型、肌の色等)を検出すると、当該人物が当該写真に写っているものと判定してハードディスクに保存されているオリジナルの写真データに判定の結果(その写真に写っている人物の氏名など)を自動的に付加する。こうした作業の後、メインメモリに複製されている写真データは消去される。以上のような一連の情報処理の過程においては、メインメモリに複製された写真データは人間の目に触れることなく複製され、消去されるものであり、視聴の用に供しない利用であるものと考えられる。なお、上記の例は、「多数の著作物その他の大量の情報から……解析」を行うものではなく情報解析の定義に当たらないことから新第30条の4第2号には当たらず、また、電子計算機における著作物の利用

(30) 文化庁著作権課・前掲注(10)10頁・問11

(31) 松田ほか・前掲注(20)19頁〔澤田将史〕

(32) 著作権法30条の4第3号は、その適用場面から「プログラムの著作物にあつては、当該著作物の電子計算機における実行」を除外している。もっとも、本稿で想定する場面では、主に学習データの利用に伴う著作権侵害の成否が問題となっており、プログラムの著作物に利用が直接の問題ではないため、本稿の議論を左右しないと考える。

(33) AI時代の知的財産権検討会・前掲注(3)5頁

(34) 文化庁著作権課・前掲注(22)59頁

(35) 文化庁長官官房著作権課・前掲注(23)17頁

(36) アルゴリズムによる処理を学習済みモデルによる処理と置き換えることを想定している。

(37) 文化庁長官官房著作権課・前掲注(23)28頁

を円滑化・効率化するために付随的に行われる利用には当たらないことから新第47条の4第1項第1号の対象とはならない。

もっとも、立法担当者によれば、30条の4第3号が人の知覚による認識を「伴うことなく」と規定している趣旨は、「利用の瞬間に人の知覚による認識がされる場合だけでなく、利用後に作成された複製物を通じて人の知覚による認識がされることが想定されている場合も含めて、権利制限の対象から除外するためである」から、「例えば第三者の出版物の電子化を代行するサービスにおいて電子化の過程を全自動化すればその過程で人の知覚による認識はないわけであるが、電子化されたデータはユーザーに読まれることが予定されているため、当該電子化は享受目的であって、権利制限の対象から除外されるべきである。」とされている⁽³⁸⁾。

② 検討

立法時の議論を参考にとすると、学習段階⁽³⁹⁾及び利用段階のいずれについても、著作物の利用が機械により行われる場合には、原則として、人の知覚による認識を伴わない場合として整理可能と思われる。もっとも、著作物の利用行為の結果として、当該著作物の創作的表現を人が知覚可能な状況が創出される場合には、同条3号は適用されない⁽⁴⁰⁾。そうすると、人の知覚による認識を伴わないことを理由とする学習段階における30条の4の適用可能性を検討する際には、機械学習(利用行為)の結果として何を想定するのが問題と

なる。この点、情報解析の結果に含まれることに異論がない学習済みモデルについては、一般的には、ニューラルネットワーク上の重み付けといった数値にすぎず、学習データ中の著作物の創作的表現を人間が知覚できるようなものではないと思われるため⁽⁴¹⁾、ここで問われるべきは、学習済みモデルを利用した結果であるAI生成物が、機械学習(利用行為)の結果に含まれるのかである。

享受肯定説に立つ場合には、AI生成物を機械学習(利用行為)の結果として考慮し、AI生成物が知覚により認識可能であることが当然の前提になるだろう。確かに、AI生成物については、学習データの中の著作物の創作的表現を人間が知覚できる形で利用される場面が想定されることは否定し難い。

もっとも、学習段階と利用段階を峻別するとの前提の下では、学習段階における著作物の利用行為、すなわち、機械学習の結果と評価することは適切ではない。実質的に見ても、利用段階では、入力を学習済みモデルにより処理することでAI生成物が出力されるという、機械学習とは異なる事実的行為⁽⁴²⁾が介在しており、それが故に学習行為と利用行為の主体が異なる場面も想定し得る。この場合、機械学習のみを実施する者については、その行為の結果生じるのは学習済みモデルしかないのであるから⁽⁴³⁾、機械学習からAI生成物の出力までを一体として評価することは原則として困難である⁽⁴⁴⁾。

以上の論理は、表現出力目的学習の場合も同様に当てはまるから、後述する享受目的を伴う情報解析(30条の4第2号)の適用を問題にするまでもなく、残る

(38) 松田ほか・前掲注(20)20頁〔澤田将史〕

(39) 今村ほか・前掲注(9)・220-221頁〔奥邨弘司発言〕は、AI学習の際に出力をチェックする場面では、技術開発・試験目的の利用として、30条の4第1号で処理できる可能性に言及している。このような場合には、学習段階において、人の知覚による認識を伴うようにも思われる。もっとも、学習の後に、出力をチェックする場面では、学習済みモデルの生成が完了していると思われるから、学習段階ではなく、利用段階の範疇になる。結局、学習段階で、人の知覚による認識を伴う場面は、例えば、パラメータの最適化の過程において、入力される学習データをディスプレイに表示し、これを人が観察するような例外的な場面に限られるように思われる。

(40) この解釈は、人の知覚による認識を伴わない利用行為も対象とする30条の4第2号の適用に際しても同様であるが、同号の適用に際しては、仮に人の知覚による認識を伴うと判断されたとしても、著作物の創作的表現が出力される処理が「情報解析」に該当し得るのかは別途問題になり得る。

(41) 平嶋・前掲注(9)67頁は、「学習モデル構築に供される既存の著作物の表現上の特徴にかかわる情報とは、学習データとして処理される際に、数値化、ベクトル化といった過程を経て、ニューラルネットワーク上の結合関係、重みづけ、といった要素として反映され、記憶されると評価することは可能であるとしても、著作物の表現自体が自然人を受容対象として認識される利用形態であるものとして解することは一般的には合理性のあるものと評価できないように考える。」とする。

(42) 法的にも、学習段階における複製等の利用行為と、利用段階におけるAI生成物の生成に関する利用行為は別の行為である。

(43) この点、奥邨・前掲注(9)46頁及び51頁注64は、学習対象著作物の表現がAI内部に保存されて、少なくともその一部が出力されることを「通貫」と呼称した上で、「学習過程から推論過程に、学習対象著作物の作風のみが引き渡され、表現は引き渡されない、つまり通貫がないようなAIの場合、学習対象著作物の表現自体を人間が視聴することはないから、それを通じた享受は、そもそも問題となり得ない。」としている。学習対象著作物の表現がAI内部(学習済みモデル)に保存されると評価すること、すなわち「通貫」の当否は措くとして、学習段階と利用段階が連続性を有しない場合があるとの意味において、前記説明は適切である。

(44) 例えば、同一主体が学習からAI生成物の出力までを実施する場合、あるいは、独立の行為主体である学習者と利用者との間に法的な同一性があると評価可能な事情(例えば、共同不法行為の枠組みにおける共同関連性等)があるならば、学習行為と利用行為を一体として評価することも考え得る。しかし、その場合でも、学習行為と利用行為は本文で述べたとおり、事実上別個の行為であり、また、事実関係に応じて判断枠組が相違するのでは、予測可能性を欠くため、それぞれの段階を区別して評価をするとの枠組みを維持するべきである。

のは、その余の要件(必要性及び但書)適用の問題に留まると考えられる。

(3) 享受目的を伴う情報解析⁽⁴⁵⁾

① 議論の状況

情報解析は、30条の4第2号において、「多数の著作物その他の大量の情報から、当該情報を構成する言語、音、影像その他の要素に係る情報を抽出し、比較、分類その他の解析を行うこと」と定義されている。情報解析の定義は、30条の4第2号のみならず、47条の5第1項2号でも用いられていることから、その関係も踏まえて、意味内容を解釈する必要がある。

文化庁は、享受目的が伴う「情報解析」について、「主たる目的は情報解析の用に供する場合のような非享受目的であるものの、これに加えて享受する目的も併存している場合は、本条は適用されない」⁽⁴⁶⁾として、これを肯定している⁽⁴⁷⁾。考え方も、30条の4各号に該当する場合であっても、「法第30条の4では『享受』の目的がないことが要件とされているため、仮に主たる目的が『享受』ではないとしても、同時に『享受』の目的もあるような場合には、同条の適用はないものと考えられる。」と述べ、これを肯定している⁽⁴⁸⁾。

考え方の公表前の時点においても、学説上は、享受肯定説を唱えるものも複数あり、公表後は多くの学説はこの立場に対して支持を表明している。例えば、「30条の4と47条の5のいずれの問題として考えるかは、学習対象著作物の表現が、AI内部に保存されて、(少なくともその一部が)出力されること(『通貫』と呼ぶ)を目的とするか否かで決定される目的とする場合……は、学習対象著作物(に表現された思想または感情)の享受目的利用も併存するから、30条の4が適用

される余地はなく、47条の5の問題となる」とする見解がある⁽⁴⁹⁾。加えて、「AIのディープラーニングの学習用データとして著作物を利用する行為」については、「人間による著作物の鑑賞・享受は一切起こらない」が、「特定の画風の絵を出力するAIにおいて、入力する著作物に類似する絵画をAIに出力させ、それを享受させることを目的とする場合には、享受目的を有するものとして、本条は適用できない(47条の5の問題となる)」との見解も唱えられている⁽⁵⁰⁾。

他方、享受否定説に立つ論者もいる⁽⁵¹⁾。その論拠は複数あるが、特に重要なものとして、(i)30条の4柱書は「著作物は、次に掲げる場合その他の当該著作物に表現された思想又は感情を自ら享受し又は他人に享受させることを目的としなければ」と定めていることから、同条1号から3号は非享受目的の例示であり、同号に該当すればそのまま常に非享受目的に該当すること、(ii)被疑侵害者が30条の4の適用を受けるために非享受目的であることを立証しなければならないならば、同条1号から3号の存在理由が失われることになること、(iii)コンテンツの生成段階は情報解析が行われる学習段階とは異なるプロセスであり、著作物の入力行為自体はAIに対して行われるため人による享受は起こりえないという前提で30条の4が制定されたこと等が挙げられている⁽⁵²⁾。

② 検討

筆者は、30条の4の解釈として、ある利用行為が情報解析に該当すると判断される場合に、さらに、当該行為に享受目的があると認定することは適当ではないと考える。したがって、享受否定説が適当である。

筆者は、Ⅲ・1.・(3)・①で紹介した享受否定説

(45) 文化審議会著作権分科会法制度小委員会・前掲注(5)10頁にみてとれるように、一般的には、この問題は、享受目的と非享受目的の「併存」として議論される。しかし、著作権法30条の4は、享受目的があるか否かをその判断基準とするから、「併存」なる概念は存在しない。「併存」が認められるということは、すなわち、享受目的があることに他ならないから、あえて、「併存」なる概念を介在させる実益はない。むしろ、「併存」を正面から議論の対象とすることは、あたかも、非享受目的のものが享受目的と並列に存在するような誤解を生させ、適当でないと思われる。そのため、本稿では、端的に享受目的の有無のみを問題とし、「併存」との表現は、関連する議論を紹介するために必要な限りで用いることとする。

(46) 文化庁著作権課・前掲注(22)59頁は、「たとえば特定の場所を撮影した写真などの著作物から、その構成要素にかかる情報を抽出して、その場所の3DCG映像を作成する場合(風景写真や航空写真を解析し、建物の形状や地形を反映した3DCG映像を出力させるといった場合)、こういった目的で行われる利用行為は情報解析を目的とするものであり、非享受目的の行為だと考えられます。他方でこの3DCG映像が、元の写真の『表現上の本質的特徴』を感得することができるようなものである場合……、このような3DCG映像作成のための複製は、元の写真を視聴して享受する目的でも行われているといえます。このような場合、3DCG映像を作成するために元の写真の著作物を複製する行為には、『情報解析の用に供する』という非享受目的と、『元の写真を視聴できる形で提供する』という享受する目的とが併存していると考えられ、著作権法30条の4の適用はないと考えられます。」としている。

(47) Ⅲ・1.・(2)で前述したとおり、筆者はこのような場合には、学習段階と利用段階は一体として評価することができず、学習段階の利用の際には、人の知覚による認識を伴わないから、そもそも併存を観念することが出来ないと考えられる。

(48) 文化審議会著作権分科会法制度小委員会・前掲注(5)10頁

(49) 奥邨・前掲注(9)46頁

(50) 前田・前掲注(9)206-207頁

(51) 愛知・前掲注(9)15-25頁。高部・前掲注(9)84頁も参照。

(52) 愛知・前掲注(9)15-25頁

の論拠はいずれも説得的であると考え。特に、情報解析が、非享受目的の例示とされているにもかかわらず、さらに享受目的が伴うか否かを判断する場合、30条の4の適用可能性の判断は、常に柱書の下行われることになり、2号が空文化し、かつ、主張立証責任の所在も不明確になる事態が生じる点は、著作権法違反について刑事責任が問われ得ることに照らせば、解釈論として適切ではないと考える。また、AI利活用の文脈では、享受肯定説に立つ場合、学習段階の責任が利用段階を踏まえないと判断困難な事態が生じることになり、学習段階と利用段階を分けて議論すると文化庁のこれまでの議論とも整合しない。学習段階においては、著作権侵害がないと整理可能な享受否定説のほうが、機械学習を萎縮しないとの点においては、技術発展に資する側面もあるだろう。

また、享受目的を伴う情報解析の有無を巡る議論は、主に(利用段階における)表現出力学習目的の(学習段階における)著作物の利用を念頭においている。もっとも、特定の著作物を狙い撃ちにするような学習という例外的な場面でなくとも、機械学習の中には、学習データとして用いられた著作物の創作的表現を享受する目的に向けられていると、その性質上評価し得るものも含まれるのではないかと。例えば、自動翻訳用の学習済みモデルについては、より洗練された表現による翻訳を追求するべく学習データを調整する場合、利用段階において同様の表現を出力することを目的としておりと評価する余地が残ることは、その性質上否定し難いと思われる。しかし、このような利用段階における享受目的を伴う学習についても、情報解析の定義に合致する限りにおいては、旧47条の7により、少なくとも記録媒体への記録及び翻案による著作物の利用は許容されていたと解される⁽⁵³⁾。附帯決議は「現行法において権利制限の対象として想定されていた行為に

については引き続き権利制限の対象とする立法趣旨」を示している以上、このような著作物の利用は、30条の4の下でも許容されていると考えるべきだろう。そうすると、30条の4第2号は、旧47条の7に相当する利用行為を非享受目的の一例と整理してはいるものの、実質的には、旧47条の7で許容されていた行為が30条の4の下でも許容されていることを示すために、非享受目的利用とみなしていると評価するべきではないか。この議論が成り立つならば、享受目的を伴う情報解析は論理的に想定し難い。

以上を前提とした上で、いくつかの論点をさらに検討したい。

第1に、考え方が言及するように⁽⁵⁴⁾、ある行為に複数の目的が存在することが認められることが、享受肯定説の論拠として挙げられることがある。

しかし、30条の4柱書については、ある行為に複数の目的が存在し得ることが前提とされていること自体には異論を差し挟む余地はないことに照らせば、同条1号から3号もそのような状況があること自体は当然に前提にした上で立法されたものと解される。つまり、ここでの問題は、1個の行為に事実上複数の目的が存在し得ることを前提としつつも、各号が設けられていることにより、そのような議論の余地が排斥されているのかである⁽⁵⁵⁾。そのため、1つの行為に複数の目的が存在すること自体は、享受肯定説を支持する理由にはならない。

第2に、享受肯定説の中には、柱書の判断においては、享受目的が少しでも存在する場合には、同条の適用が認められないことを踏まえて⁽⁵⁶⁾、その例である30条の4第2号の解釈に際しても、重ねて享受目的の有無を判断するべきであることの論拠とするものがある⁽⁵⁷⁾。特に、30条の4第1号については、「例えば、人を感動させるような映像表現の技術開発目的である

(53) 旧47条の7の導入に先立つ文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会報告書」(平成21年1月)85-86頁では、言語解析関係の研究開発の過程で行われる情報利用についての権利制限の要否が議論されており、このような利用も想定されていたものと解される。また、(30条の4第2号の前身である)旧47条の7の「必要と認められる限り」の意義については、立法担当者は、情報解析を行うにあたり必要と認められる限度でのみ認められるとしつつ、その判断は個別事案毎に「その情報解析の目的に照らして客観的に判断」と理解しており(池村聡、壹貫田剛史「著作権法コンメンタル別冊平成24年改正解説」(勁草書房、2013年)118頁[池村聡])、後述する(30条の4第1号の前身である)旧30条の4のような、享受目的の有無による調整的な利用は必ずしも意識されていないと思われる。愛知・前掲注(17)141頁は旧47条の7について、権利者の著作物と市場で競合する作風が共通する著作物を作成するAI生成が出現する事態が想定されていたことを前提に「このような事態を未然に防止するために、少なくとも営利目的で行われる情報解析は規制対象とするなど、入力段階での規律を厳格にする選択肢は存在し、現に諸外国はそのような選択肢を選んでいて。にもかかわらず、旧47条の7では、非営利目的・研究目的という限定を付することなく、機械学習のために著作物を記録・翻案する行為を広く許容するという政策判断が行われていたのである。」と指摘するが、このような政策判断は享受目的を伴う情報解析についても存在していたように思われる。

(54) 文化審議会著作権分科会法制度小委員会・前掲注(5)19頁

(55) 今村ほか・前掲注(9)211頁[上野達弘発言]

(56) 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692号(2018年)22頁、38頁、文化庁著作権課・前掲注(10)「基本的な考え方」8頁・問7

(57) 文化審議会著作権分科会法制度小委員会・前掲注(5)19頁等、前田健「生成AIにおける学習用データとしての利用と著作権」(有斐閣オンラインL2312004)(2024年1月29日)

と称して多くの一般人を招待して映画の試験上映会を行うような場合は、客観的・外形的な状況を踏まえると、当該映画の上映を通じて、視聴者等の知的・精神的欲求を満たすという効用を得ることに向けて上映行為が行われていると認定される」⁽⁵⁸⁾とされていたことが、同条第2号の解釈に際しても享受目的の有無を改めて判断することの論拠として挙げられることがある⁽⁵⁹⁾。しかし、確かに、30条の4柱書と同条各号は非享受目的利用にあたるという結果を定めている点では共通するものの、以下述べるように、非享受目的利用であるとされる根拠は異なる。そのため、30条の4柱書や同条1号が総合考慮を判断手法としていることをもって、各号該当性が同様の判断手法により判断されなければならないとする必然性はない。

まず、30条の4第3号については、Ⅲ・1・(2)で前述したとおり、人の知覚による認識を伴わなければ享受目的が認められる余地がないのだから、柱書同様の解釈手法をとる余地がない。30条の4第1号及び第2号該当行為のうち、人の知覚による認識を伴わない利用行為についても同様である。

その上で、30条の4第2号については、人の知覚による認識を伴う解析行為(例えば、機械を介しない解析行為⁽⁶⁰⁾)であれば、理論上は享受を観念する余地がある。しかし、情報解析は、当該行為それ自体は非享受目的であることは明らかであるし、また、以下述べるのとおり、その結果としては、非著作物が想定されているから、結論としては、人の知覚による認識を伴う解析行為であったとしても、情報解析の定義に合致する限りにおいては、享受目的を観念する余地がないと考える。すなわち、情報解析は、30条の4第2号と47条の5第1項2号で統一的に用いられていることに照らせば、30条の4における情報解析の意味内容は、47条の5第1項2号に関する解釈論と整合する必要がある。ここで、47条の5における「情報解析の結果」については、情報解析に用いられた著作物の創作的表現を含まないと一般的には考えられている。47条の5における著作物の利用は情報解析の結果の表示に付随するものである以上、情報解析の結果と著作物の利用は明瞭に区別できることが必要だからであ

る⁽⁶¹⁾。そうすると、30条の4における情報解析も、その結果として、情報解析に用いられた著作物の創作的表現を含まないものを出力することが想定されている。仮に、情報解析の結果が、これに用いられた著作物の創作的表現を含む場合には、当該表現を享受することができるため、情報解析を非享受目的利用と整理できないことに照らしても、情報解析の結果は、利用された著作物の創作的表現を含まないものが想定されていると解するべきである。そもそも、情報解析は、著作物を含む大量の情報から、「当該情報を構成する言語、音、映像その他の要素に係る情報」を抽出した上で解析を行う行為を指すことに照らせば、情報解析の結果が、これに用いられた著作物の創作的表現を用いなければ表示できないとの事態は基本的には想定できないだろう。このように、30条の4における情報解析行為及びその結果のいずれも、解析に利用される著作物の創作的表現を含まないことが想定されているから、情報解析の定義に合致する限り、享受目的が伴うと評価することはやはり困難であると解される。この意味では、表現出力目的学習に関して、享受目的が伴う情報解析が議論される際には、一見すると情報解析と同時に存在しているように見えるものの、そこで議論される享受目的はあくまでも、情報解析の動機にすぎず、その有無は、享受目的の有無の判断を左右しないと評価することが適切だろう。

最後に、30条の4第1号の「著作物の録音、録画その他の利用に係る技術の開発又は実用化のための試験」については、試験の対象は「著作物の……その他の利用に係る技術」であるから、著作物の利用に関わらない技術は含まれない一方⁽⁶²⁾、著作物の創作的表現を享受するための技術も含まれ得る。そのため、その技術内容次第では、試験の過程において、著作物の創作的な表現が享受可能な態様で利用されることも想定される。これは、30条の4第2号の情報解析が著作物を構成する断片的な情報(あるいは事実)を利用するものにすぎないのとは異なる。したがって、30条の4第1号の適用に際しては、一定程度の享受目的利用がある場合でも、全体として非享受目的とみなせるかどうかの判断が必要となり、その程度が許容される限度

(58) 文化庁著作権課・前掲注(10)39頁

(59) 今村ほか・前掲注(9)210-211頁〔奥邨弘司発言〕

(60) 47条の5では、「電子計算機による情報解析を行い、及びその結果を提供すること」とされていることから明らかであるとおおり、30条の4第2号の「情報解析」は電子計算機によるものに限定されない。

(61) 文化庁著作権課・前掲注(10)39頁、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)355頁〔高瀬重富〕、小泉直樹ほか「条解著作権法」(弘文堂、2023年)555頁〔奥邨弘司〕等

(62) 松田ほか・前掲注(20)11頁〔澤田将史〕。ただし、このような技術は、30条の4柱書の対象となり得る。

を超える場合にはもはや非享受目的とはいえないとされている。このような考え方は、立法段階の以下の説明に顕著に現れている（下線は筆者による。）⁽⁶³⁾。

もっとも、主たる目的が試験のための素材として著作物を用いることにある場合であっても、試験の手法等によっては、著作物の表現の享受を伴うような場合もあり得る。例えば音響機器の開発の際に、複数の試作品を作成し、試験の協力者により音楽を心地よく堪能できる試作品を選んでもらうといった場合では、協力者において音楽の表現が享受されることも想定される。こうした場合でも、主たる目的は音響機器の開発のための試験であることからすれば、全体としては試験の用に供することが目的であり、その過程で著作物の表現の享受が伴ったとしても上記の権利制限の趣旨を損なうものではなく、「著作物に表現された思想又は感情を自ら享受し又は他人に享受させることを目的としない場合」と評価されるものである。

そこで、新第30条の4第1号を設けるに当たっても、試験の手法等により著作物の表現の享受が伴うような場合も含め、試験の素材として著作物を用いる場合であれば権利制限の対象とすることとする。なお、試験の用に供する場合であっても、試験に名を借りて実質的には表現の享受を目的としているような権利者の利益を損なう著作物の利用については、同項但書により権利制限の対象とはならないこととなる。

以上のように考えれば、30条の4柱書や同条第1号から第3号までの判断基準がそれぞれ異なっていることにも問題はない。むしろ、30条の4柱書や同条1号で享受目的の有無が総合考慮により判断されていることを理由に、同条2号の適用に際しても、享受目的の有無が総合的に解釈されとすることには困難が伴う⁽⁶⁴⁾。例えば、考え方に示されているような享受目的が伴う情報解析は、問題とされる学習行為が情報解析に該当し、したがって、非享受目的であることを前提とする⁽⁶⁵⁾。前述のとおり、情報解析の結果が、学習

データの創作的表現を再現するならば、情報解析の定義に合致しないと考えられることに加えて、享受肯定説が前提とするような享受目的と非享受目的の「併存」を観念するためには、情報解析の射程は、学習済みモデルの生成までとなるだろう。他方で、情報解析に享受目的が伴うか否かを判断する際には、30条の4柱書と同様の判断手法を用いることになるが、ここでは、AI生成物の出力までがその射程に含まれている。このように同じ享受目的の有無の判断であるにもかかわらず、判断対象が相違しており整合していない。情報解析に該当する場合にも、30条の4柱書のような総合考慮を判断基準とするならば、そもそも、情報解析が非享受目的といえるのが何故なのかがむしろ問題になると思われる。

第3に、「情報解析」は、30条の4のみならず、47条の5でも用いられている概念であり、「学習用データとして著作物を利用する行為およびそれに先立つ複製などの行為は、同条第2項に言う準備に該当する」から、享受目的が伴う情報解析にも30条の4が適用されるのであれば、47条の5に輸入を適法にする規定をおく必要がないことを享受肯定説の論拠とするものがある⁽⁶⁶⁾。しかし、情報解析に著作物を用いるとの点では、30条の4第2号と47条の5第2項は共通するものの、後者の場面における著作物の利用は、あくまでも、情報解析の結果を表示するための準備行為としての性質を有する限度である点に限られる点に違いがあるから、情報解析にこれら条文がいずれも適用され得ることに問題はない。

このように、享受肯定説の論拠は必ずしも説得力があるとは言えず、享受否定説の方がやはり妥当である。

2. 「その必要と認められる限度において」

(1) 議論の状況

30条の4柱書は、非享受目的の要件を満たす場合であっても、著作物の利用が「その必要と認められる限度」を超える場合には、同条の適用はないものとしている。

もっとも、享受の目的の解釈において著作物の利用態様が考慮されるため、必要と認められる限度を超え

(63) 文化庁長官官房著作権課・前掲注(23)21頁

(64) また、情報解析該当性を総合的に判断することも難しいということになるだろう。

(65) 文化審議会著作権分科会法制度小委員会・前掲注(5)19頁は「AI学習のために行われるものを含め、情報解析の用に供する場合は、法第30条の4に規定する『当該著作物に表現された思想又は感情を自ら享受し又は他人に享受させることを目的としない場合』に該当すると考えられる」と述べており、情報解析と機械学習の関係を明示していないものの、享受目的の併存を議論する際には、機械学習が情報解析に合致し、非享受目的であることを前提にしていると思われる。

(66) 前田・前掲注(22)

る場合には、そもそも非享受目的が認められず、結果として、本要件に該当する場合は限定的であることが指摘されている⁽⁶⁷⁾。

(2) 検討

筆者は、非享受目的が認められる限りにおいて、本要件が30条の4の適用を左右する場面は極めて限定的であると考ええる。

30条の4第2号との関係で、享受否定説に立つ場合には、表現出力目的学習は、情報解析に該当するものの、本要件を充足しないとして、30条の4の適用を認めないとの結論を導く立論も考えられる。しかし、情報解析に必要な範囲であれば、本要件を満たすと考えられていることに照らせば⁽⁶⁸⁾、30条の4の適用を認めないことは困難である。

なお、30条の4第1号に相当する旧47条の7に関しては、「映像の上映技術の試験に供するとの名目で、広く観客を集めて上映会を催す場合」には、必要と認められる限度を超えることから、権利制限は認められないと解釈されていることに照らせば⁽⁶⁹⁾、30条の4第2号の解釈においても、同様の判断が認められるべきであるとの立論も考えられる⁽⁷⁰⁾。もっとも、Ⅲ・1・(3)・②で前述したとおり、30条の4第1号は、同第2号及び同第3号と異なる位置づけにあり、一定程度の享受目的がある場合でも、全体として非享受目的とみなせるかどうかの判断を想定していると考えるのが適切である。このような総合考慮は、享受目的の有無を判断する段階で行うことも可能であるが、試験目的が認められる限り、まず非享受目的を一応認め、その上で必要性の判断においてより実質的な判断を行うことでも差し支えない。これは説明の仕方の違いに過ぎない。30条の4第2号の判断基準は同1号と異なるものと理解することが適切であり、「その必要と認められる限度」の解釈により実質的な利害調整を図ることは困難だろう。

Ⅳ 30条の4但書の機械学習への適用

1. 議論の状況

前述のとおり、30条の4但書は、「当該著作物の種類及び用途並びに当該利用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」には、権利制限を認めていないため、30条の4柱書又は各号に該当する場合でも、但書に該当するならば、30条の4は適用されない。

その立法趣旨について、文化庁は、「技術の進展等により、現在想定されない新たな利用態様が現れる可能性もあること、著作物の利用市場も様々存在することから、本条の権利制限の対象となる行為によって著作権者の利益が不当に害されることがないように定めているもの」⁽⁷¹⁾としており、その該当性は「著作権者の著作物の利用市場と衝突するか、あるいは将来における著作物の潜在的販路を阻害するかという観点」⁽⁷²⁾で判断するとしている。旧47条の7については、「ただし、情報解析を行う者の用に供するために作成されたデータベースの著作物については、この限りでない」と定めていたことから、30条の4が適用される典型例として、「情報解析用に販売されているデータベースの著作物をAI学習目的で複製する場合」があることには異論がないと思われるものの、それ以外の事例への適用については、議論が分かれている。

30条の4但書に関する解釈論については、表現出力目的学習を学習段階において制限する必要性があるとの共通理解を前提に、享受肯定説を採る場合には、但書の適用範囲を非享受目的市場との衝突の場合に限定的に捉える傾向がある(以下「但書限定適用説」という。)。他方、享受否定説を採る場合には、但書を調整弁として、非享受目的市場と衝突する場合以外を含むと解し(以下「但書拡大適用説」という。)、その適用範囲を緩やかに捉えた上で、表現出力目的学習を但書の問題として制限する傾向にある。

学説の趨勢が享受肯定説であることも踏まえて、但書限定適用説が多数説である。但書限定適用説は、著作権の利用市場として、享受目的利用市場と非享受目

(67) 小倉、金井・前掲注(61)65頁〔芝口祥史〕

(68) 上野達弘「人工知能と機械学習をめぐる著作権法上の課題：日本とヨーロッパにおける近時の動向」法律時報91巻8号(2019年)33頁、38-39頁は、「ある情報解析に『必要』と言えればよいため、例えば、ある漫画作家の画風を解析する場合、当該作家のすべての漫画作品をコンピュータに入力することは『必要』な範囲に含まれる」とする。

(69) 池村、壹貫田・前掲注(53)122頁〔池村聡〕

(70) 高部・前掲注(9)84頁は、享受否定説に立ちつつも、享受肯定説の「結論を尊重するのであれば」、「①情報解析の用には当たらない、②必要な限度を超えている、又は③同条〔筆者注：30条の4〕ただし書に当たる、のいずれかと解釈せざるを得ない」とする。

(71) 文化庁著作権課・前掲注(10)40-41頁

(72) 文化庁著作権課・前掲注(10)41頁

的利用市場が想定されることを前提に、但書が適用されるのは、問題とされる利用行為が非享受目的の場面であるから、享受目的利用市場との衝突はなく、したがって、但書の適用範囲は、非享受目的利用市場の場面に限定されると解釈している⁽⁷³⁾。

これに対して、但書拡大適用説は、享受目的利用市場との衝突を但書の射程に含める。「特定著作権者の著作物を狙い撃ちし、当該著作権者の『作風』を備えることで市場競合をもたらしコンテンツを生成するためにその著作物の全てあるいはこれを大量に学習・推論に利用する行為は、但書に該当する」とする見解がある⁽⁷⁴⁾。また、「著作物の非享受目的利用を目的とするものの、結果として利用者又は第三者による当該著作物の享受をもたらし可能性が特に高く、当該著作物の売上等に大きな影響を及ぼし得る場合も同条但書の場合に含まれる」⁽⁷⁵⁾とする説もある。さらに、考え方も「本ただし書に規定する『著作権者の利益』と、著作権侵害が生じることによる損害とは必ずしも同一ではなく別個に検討し得るといった見解から、特定のクリエイター又は著作物に対する需要が、AI生成物によって代替されてしまうような事態が生じる場合、『著作権者の利益を不当に害することとなる場合』に該当し得ると考える余地があるとする意見が一定数みられた」⁽⁷⁶⁾ことが示されている。

2. 検討

筆者は、但書限定適用説が適当であるとする。30条の4は、著作権者が、著作物の利用市場から著作物の利用に関する対価の回収機会を確保するものであるが、その適用に際しては、問題となる利用行為が非享受目的の利用行為であることが前提になる。そのため、当該利用行為が当該著作物の享受目的の利用市場と直接的に衝突する場面はそもそも想定できない。あり得

るとすれば、(i)非享受目的利用市場と衝突する場面か、(ii)著作物の利用行為は非享受目的利用であるものの、享受目的利用市場と将来的に衝突する場面⁽⁷⁷⁾のいずれかである。

しかし、(i)非享受目的利用市場と衝突する場面については、非享受目的のための著作物の利用の具体例として、「大量の情報を容易に情報解析に活用できる形で整理したデータベースの著作物が販売されている場合に、当該データベースを情報解析目的で複製等する行為」があることには、旧47条の7がこれを明文に挙げていることもあり、異論は唱えられていないと思われるが、それ以上の例を具体的に想定し難いとの印象がある⁽⁷⁸⁾。

なお、(i)非享受目的利用市場と衝突する場面については、権利者が、非享受目的利用のライセンスを許諾している場合に但書の適用があるか議論されている。単に権利者が非享受目的でライセンスを許諾していること自体では、但書の該当性が認められないことに異論はないと思われるが、「非享受目的のライセンス市場が発展し、当該著作物について非享受目的の利用が本来的な利用と客観的に評価出来るに至った場合」⁽⁷⁹⁾には、但書に該当する余地があるとする見解がある。これに対して、主に、権利制限規定を著作権の内在的制約であると捉える立場からは、そのような事後的な事情は考慮されないことになるだろう⁽⁸⁰⁾。30条の4但書が、本来著作権者の利益として保護されない利益をあえて考慮していることに照らせば、非享受目的利用がライセンスの有無を問わず、客観的に本来的な用途となったと評価されるような場合については、但書を適用することも妨げられない。もっとも、但書は、著作権者の利益を、「著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様」に照らして、「不当に害する」ことを要件としているから、いずれにせよ、その適用には高い

(73) 特に上野達弘「平成30年著作権法改正について」高林龍、三村量一、上野達弘編「年報知的財産法2018-2019」(日本評論社、2018年)1頁、4頁は、「『現行法において権利制限の対象とされていた行為については引き続き権利制限の対象とする』という国会附帯決議に従うならば、改正前47条の7本文の要件を満たす行為が新30条の4柱書但書に当たり得るのは、解析用データベースに関する改正前47条の7柱書の場合に限られるものと解されよう。」とする。これに対して、愛知・前掲注(17)143頁は、附帯決議の立法趣旨のみを根拠として裁判所がそのような複雑な解釈を採用するかは未知数であるとする。

(74) 愛知・前掲注(9)31頁

(75) 金子・前掲注(9)58頁

(76) 文化審議会著作権分科会法制度小委員会・前掲注(5)23頁

(77) 前田・前掲注(9)208頁

(78) 文化審議会著作権分科会法制度小委員会・前掲注(5)24頁以下が挙げる具体例も情報解析に活用できる形で整理したデータベースの著作物の例である。

(79) 松田ほか・前掲注(20)32頁〔澤田将史〕

(80) 文化審議会著作権分科会法制度小委員会(第5回)「権利制限の対象になっている行為が支分権の対象に含まれるものであるからといって、そのような行為について『ライセンス』を提供しているというライセンスプラクティスがあるということを理由に、直ちに、あるいは安易に、権利制限規定のただし書に当たると解釈するのは問題があるように思います」〔上野達弘発言〕。前田・前掲注(9)208頁は「何が対価を収受すべき本来的利用に該当するかは、個々の著作権者の意図によって左右されるべきではなく、著作物の性質や一般的な取引の実情によって定まると考えるべきであろう」とする。

ハードルがある。

また、(ii)享受目的利用市場と将来的に衝突する場合についても、著作物の利用行為そのものは非享受目的であることに照らせば、基本的には想定し難い。例えば、特に議論される場面として、学習データに含まれる著作物の創作的表現を含む AI 生成物が出力される場面が考えられる。しかし、前述のとおり、30 条の 4 の適用に際しては、学習段階と利用段階を区別する必要がある。ここで想定するような場面は利用段階に関するものであり、学習段階における但書の適用の有無には影響を及ぼさない。また、学習段階と利用段階を区別せずに一体的に評価する場合には、AI 生成物として創作的表現が出力される時点において享受目的が肯定されることになり、但書の適用の問題はやはり生じない。そうすると、この場面での但書の適用が問題になるのは、表現に至らない画風や作風等のアイディア(思想・感情)が、学習データに用いられた著作物と共通する出力がされる場合である。もっとも、このような場合に、但書の適用を認めるならば、実質的には、表現ではなく画風や作風等のアイディア(思想・感情)を保護することになり、これらを峻別する⁽⁸¹⁾著作権法の枠組みに反することになる⁽⁸²⁾。そのため、このような場面で但書の適用を認めるべきではない。

V 表現出力目的学習を学習段階の責任として捉えることの是非

1. 議論の状況

以上のとおり、30 条の 4 の適用については、様々な論点があり、諸説対立はあるものの、表現出力目的学習に代表される特定の著作物(の創作的表現)を大量に再現することが可能である AI(学習済みモデル)の開発については、学習段階における著作権侵害を認めることで、差止め等の救済を与えようとするのが議論の趨勢である。これを柱書及び各号の適用の問題とするのか、それとも、但書の問題とするのかに差はあれども、具体的な事案における解決の方向性には大きな差はない。その意味で、30 条の 4 を巡る解釈論は、必ずしも結論を左右せず、理論的な対立の色彩が強い。

これに対して、機械学習については、学習段階の権利侵害ではなく、具体的な成果を見た段階で、侵害かどうかを判断すれば足りるとの見解もある⁽⁸³⁾。

2. 検討

筆者も、表現出力目的学習が行われる場合には、結果として、AI 開発事業者が法的な責任を問われるべき場面があることについては全く異論がない。もっとも、表現出力目的学習が具体的に問題になるのは、AI の利用段階において権利侵害が生じている場面であることに照らせば、AI 開発事業者が責任を問われるべき事案についても、機械学習への著作物の利用、すなわち、学習段階の権利侵害の成否を問題にするのではなく、利用段階の権利侵害への関与についての責任を問うべきである。

まず、利用段階において権利侵害が生じた場合には、規範的主体論、手足論あるいは共同不法行為責任等の枠組みにより、当該利用段階における著作権侵害行為に対する正犯的あるいは幫助犯の責任を追及することも可能であることに異論はないと思われる。もっとも、学習段階における学習データとしての著作物の利用を差し止めるためには、112 条が、著作権者等が、自らの著作権等を「侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる」と定めていることに照らせば、AI 開発事業者が幫助犯的関与をしているのではなく、正犯的関与をしていること、すなわち、侵害主体であることが必要である。この点、ロクラクⅡ事件最高裁判決⁽⁸⁴⁾は「複製の主体の判断に当たっては、複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素を考慮して、誰が当該著作物の複製をしているといえるかを判断するのが相当」としているところ、「サービス提供者は、単に複製を容易にするための環境等を整備しているにとどまらず、その管理、支配下において、放送を受信して複製機器に対して放送番組等に係る情報を入力するという、複製機器を用いた放送番組等の複製の実現における枢要な行為」を実施していたことを理由に規範的侵害主体性を認めていることに照らせば、具体的な事実関係によっては、AI 開発事業者が規範的な侵害主

(81) 著作物は、「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」(2 条 1 項 1 号)であるから、思想又は感情と表現は峻別されている。

(82) 奥邨・前掲注(9)47 頁も参照。

(83) 今村ほか・前掲注(9)213、223-224 頁、257-258 頁[谷川和幸発言]

(84) 最判平成 23 年 1 月 20 日民集 65 巻 1 号 399 頁(ロクラクⅡ事件)

体であると認定することは可能だろう⁽⁸⁵⁾。もっとも、利用段階における、規範的主体論の適用により AI 開発事業者を侵害主体と判断できるか否かには不透明な点もあり⁽⁸⁶⁾、また、具体的な利用を待たずして早期の差止めを実現するとの観点からは、学習段階における責任追及の可否に関する議論の実益がある⁽⁸⁷⁾。

しかし、享受肯定説に立つ場合、すなわち、享受目的を伴う情報解析があることを前提にし、かつ、機械学習に際しては人の知覚による認識を伴う著作物の利用があるとの立場に立つ場合、学習段階の享受目的の有無という判断枠組みは、利用段階における責任追及の枠組みと実質的に異なるのだろうか。例えば、考え方では、「生成・利用段階において、学習された著作物と創作的表現が共通した生成物の生成が著しく頻発するといった事情」⁽⁸⁸⁾が学習段階における享受目的の有無を推認させる事情である旨記載されているが、実際に AI 開発事業者が責任を負うべきであると判断される場面は相当程度限定されている。少なくとも、現時点での議論状況では、学習段階における享受目的を基礎付ける事実と、利用段階における規範的主体性を基礎付ける事実との間に具体的な差異は見当たらない。享受目的が伴うと評価できるものの規範的主体性が認められない事案が現実的にどの程度あるのだろうか、疑問である。これらを区別可能な事案が想定できないのであれば、享受目的の有無の議論は、実質的には規範的主体論の域を出ないのではないか。

また、享受否定説かつ但書の適用範囲を柔軟に考えることにより、表現出力目的学習を制限する見解に立つ場合には、将来的な享受目的利用市場への影響を考慮の上で、「当該著作物の種類及び用途並びに当該利用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」か否かが判断される。この説の下では、学習段階の侵害の成否が、利用段階の規範的主体論の適用と異なる枠組みの下で判断されるとの点において、議論の方向性として、より適切である。もっとも、IVで前述したとおり、但書の適用範囲は限定的と捉えるべきであるから直ちには首肯し難い。

享受肯定説及び享受否定説のいずれの立場に立つ場合であっても、利用段階で何らかの権利侵害が生じる場合には、AI 開発事業者の責任は別途問題になり得るのであって、これらの理論構成に関する見解の相違が、AI 開発事業者による著作権侵害の成否を直ちに左右するとは思われず、結局のところ、具体的な事案によると言わざるを得ない。しかし、利用段階の権利侵害が生じているのか、つまり、創作的な表現が再現されているのか、それとも、作風やアイデアが共通している AI 生成物が出力されているにすぎないのかは、表現とアイデアが連続的であり、その区分が曖昧であることも相まって、高度に法的な判断を伴う困難な問題である。また、AI 利活用に関する技術進展は著しく、いかなる利用について法的な責任が追及されるべきであるかの評価は実際の利用態様を見なければ下すことが難しい場面も想定される。特に、多くの場合には、学習済みモデルは、価値中立的なものであって、仮に利用段階において、既存の著作物の創作的表現と類似する表現を含むコンテンツを創出可能であったとしても、著作権侵害が現実には生じるか否かは利用態様による。このことは特定の表現を狙い撃ちするような AI であっても、変わらない。そして、AI 生成物の具体的な利用態様は、その利用時の技術進展の度合いにもよるのであって、利用段階でいかなる利用が行われるのかも踏まえて、学習の時点で、学習段階の適法性の評価を行うことは困難である。

以上に照らすと、AI 生成物が何ら利用されていない学習段階の著作物の利用が著作権侵害を構成し得るとなれば、AI 開発事業者に対する萎縮効果が大きく、本来であれば適法である機械学習の実施を差し控えることにも繋がりがかねない。そのため、学習段階の著作物の利用については、仮に表現出力目的学習が行われる場合や、その開発対象が特化型 AI であったとしても、原則として 30 条の 4 により、著作権者の許諾なく利用できるものとした上で、利用段階への関与を理由としてその責任を追及することが望ましい。

このような見解に対しては、利用段階の責任が問わ

(85) 愛知・前掲注(9)は「生成・利用段階において、他人の著作物をデータとして AI に機械学習させた『学習済みモデルの作成者』も、直接的・物理的には AI 生成物の作成・出力(複製)を行っていないとはいえず…侵害主体と規範的に評価されると考えるべきである」とする。

(86) 高部・前掲注(9)82-83 頁は、考え方 37 頁が、①ある特定の生成 AI を用いた場合、侵害物が高頻度で生成されること、②事業者が、生成 AI の開発・提供に当たり、当該生成 AI が既存の著作物の類似物を生成する蓋然性の高さを認識しているにも関わらず、当該類似物の生成を抑止する措置を採っていないことを、事業者が侵害主体であると評価される可能性を高める事実として挙げていることについて、「生成 AI の開発事業者やサービス提供事業者が、生成・利用段階での複製や翻案の行為の主体となり得るケースは、上記①②の事情があったとしても、実際には限定されると思われる」と評価し、これらは、「侵害の主体である AI 利用者の補助者として AI 事業者が共同不法行為責任を負うべき場合」に過失の有無についての考慮要素であると考えられるべきであるとしている。

(87) このような問題意識から学習段階の責任を問題とするべきである旨を主張するものとして、愛知・前掲注(9)31-32 頁。

(88) 文化審議会著作権分科会法制度小委員会・前掲注(5)21 頁

れる場合に、学習段階の行為がその評価に際して参酌されるのであれば、学習段階の行為を事後的に評価していることには変わりはないのではないか、との指摘が想定される。しかし、そもそも、学習済みモデルが違法なコンテンツの生成に用いられるためには、AI 開発事業者と利用者が別の主体であれば、学習済みモデルそのもの又はその機能について、何らかの提供行為が必要であって、そのような提供行為の存在こそがAI 開発事業者の法的責任を問う端緒になる。また、AI 開発事業者が開発から利用までの一連の行為をしているのであれば、その責任はやはり利用行為に基礎付けられる。つまり、AI 開発事業者が利用段階の責任を問われるのは、利用段階における、あるいは利用段階に繋がり得る自らの行為があるからであって、単に、学習済みモデルを開発したことのみによるのではない。

また、このような見解については、AI 開発事業者のみを一方的に利するとの反論も予想される。しかし、第一層に属する権利制限規定は、著作権の内在的な制約を示すものと解するならば、そもそも、著作権者は、著作権を行使できなかったはずであり、著作権者あるいはAI 開発事業者の有利不利は問題にならないだろう。

Ⅵ おわりに

本稿は、30 条の4 の機械学習への適用を検討し、機械学習は、人の知覚による認識を伴わないこと、享受目的を伴う情報解析が認められないこと、そして、30 条の4 但書の範囲が限定的であることから、仮に表現出力目的学習の場合であっても、著作権侵害は原則として認められるべきではないことを説明した。また、AI 技術の開発に対する萎縮効果を防ぐ観点からは、学習段階と利用段階は峻別されるべきであって、表現出力目的学習の場合であっても、利用段階の権利侵害を踏まえて、学習段階の責任を問うことは適当ではないことを論じた。

機械学習への30 条の4 の適用については、ややもすれば享受目的を伴う情報解析の成否及び但書の適用範囲が注目される傾向にあるものの、情報解析と機械学習は同義ではない。30 条の4 の適用にあたっては、機械学習の技術内容も踏まえた丁寧な当てはめこそがまさに重要と考える次第である。

生成 AI による著作権侵害の一考察

—中国の判例を参考に、日本における侵害主体とサービス提供事業者の責任を中心に—

呉 楠^(*)

生成 AI に関する議論は、2022 年から世界中で行われており、知的財産の領域では、著作権法において熱烈的な議論を引き起こした。技術の発展のうち、著作権侵害に関する議論が生じ、世界各国で AI 企業に対する著作権侵害訴訟が提起されている。その中で、侵害主体の認定は重要な検討課題となっている。本稿では、中国における AI が生成するウルトラマン画像の著作権侵害事件を紹介し、その中での責任主体の認定と生成 AI サービス提供事業者の注意義務について論じる。また、日本では中国の暫定弁法などの規定はないものの、現行法の適用下でも、同法と同様に対応可能であるか否かについて検討しつつ、各国の生成 AI に関する規定を踏まえて、AI サービス提供事業者が責任を負うことの合理性を理論的及び実務的な観点から検討する。最後に、AI サービス提供事業者が注意義務を怠った場合に、責任主体となる理由を議論し、各大手 AI 企業が利用規則に定める免責事項とあわせて、AI サービス提供事業者を責任主体とする合理性を論証する。

I はじめに

II 生成 AI の現状

1 AI と生成 AI

2 生成 AI と著作権法

III AI が生成するウルトラマン画像の著作権侵害事件

1 事実の概要

2 裁判所の判断

(1) ウルトラマンティガ(複合型)と Tab サイトで AI 生成された画像の比較

(2) 複製権について

(3) 改編権について

(4) 情報ネットワーク伝達権について

(5) 被告が負うべき民事責任の判断

(6) 損害賠償の判断

IV 生成 AI による著作権侵害の一考察

1 侵害の認定

2 責任主体

3 技術の進展および現行法の限界

4 AI サービス提供事業者の注意義務

5 おわりに

I はじめに

AI はかなり前から存在しているが、2022 年 11 月、米の OpenAI 社が ChatGPT を公開すると、これが世界中で注目を浴びた。その後、2023 年 1 月の WEF 会議では、AI が会議のトピックの一つとなった。2023 年には生成 AI の発展が急速であり、技術業界だけでなく、あらゆる産業にも大きな変革をもたらしている。知財の領域では、著作権法において熱烈的な議論を引き起こした。特に、生成 AI サービス提供事業者が他人の作品を無断で使用し、トレーニングデータセットを作成することで、生成 AI による著作権侵害の問題が世界的な関心となっている。

2023 年 1 月、アメリカのアーティストである Sarah Andersen, Kelly McKernan, Karla Ortiz の 3 名は、「テキストから画像生成」を行う大規模モデルを運営する Stability AI 社に対して、世界初となる「テキストから画像生成」に関する著作権侵害訴訟⁽¹⁾を提起した。また、アメリカの画家、作家、音楽家、ニュース会社などの利害関係者は、OpenAI, Microsoft, Meta など

(*) 日本大学大学院法学研究科知的財産専攻 博士後期課程院生、日本大学国際知的財産研究所 研究員

(1) Andersen v. Stability AI Ltd. (3:23-cv-00201) District Court, N.D. California
<https://www.courtlistener.com/docket/66732129/andersen-v-stability-ai-ltd/>
 (最終閲覧日：2025 年 1 月 14 日)

どの大手テクノロジー企業に対して著作権侵害の訴訟⁽²⁾を次々と提起している。最近では、2024年6月末、RIAAの公式発表によると、ソニー、ユニバーサル、ワーナーを含む三大レコード会社およびその傘下の会社が、Suno および他のAI音楽アプリUdioを相手取って訴訟⁽³⁾を起こした。原告は、訴状において自分が著作権を持つ音源が侵害されていると主張している。そのうえで、今後原告の著作権を侵害する行為をやめるよう求める差止め命令と、これまでに発生した侵害行為による損害の賠償を請求している。

これまでの訴訟は主に次の三つのタイプに分類される。一つ目はAI生成物の著作権に関する問題、二つ目は生成AIの訓練段階における著作権問題、三つ目はAIが生成した生成物の著作権侵害問題である。

アメリカでは2024年7月まで、生成AIに関連する著作権侵害の訴訟が十数件発生しているが、これらの事件はまだ判決に至っておらず、現在もアメリカの裁判所で審理が続けられている。一方、2024年には中国の広州インターネット裁判所がAI生成物の著作権侵害について世界初の判決を下した。日本では、現在までにAIによる生成物の著作権侵害に関する司法による判断はなされていない。

本稿では、上述した第三のタイプ、即ち、生成AIが作成した生成物が第三者の著作権を侵害するの否か、侵害するのであれば、侵害主体は誰になるのか、そして、第二のタイプにも関連するAIサービス提供者事業者の注意義務に関し、中国での判決を参考にしつつ、日本での判断基準を考察していく。

Ⅱ 生成AIの現状

1 AIと生成AI

人工知能(AI)とは、視覚認識、音声認識、意思決定、言語翻訳など、人間の知能を必要とするタスクをコンピュータシステムが実行する能力を指す⁽⁴⁾。

2022年頃から大きな話題になっている生成AI(Generative AI)は、AIの一部として位置づけられ、深層学習の上に、既存データに基づく新しいデータを生成するモデルを指す。例えば、生成対抗ネットワーク(GANs)や変分オートエンコーダ(VAEs)などである。OpenAI社のGPTシリーズのモデルは、この生成AIの典型的な例である。この大きな特徴は、自然言語によるプロンプトを用いていることである。生成内容のタイプにより、生成AIは、一般的に、以下の4つ、テキスト生成AI、画像生成AI、音声生成AI、そしてビデオ生成AIに分類される。

2024年5月中旬、OpenAIはAIマルチモーダル(multimodal)アップデートしたGPT-4oを発表し、テキストベースのChatGPTを全面的にアップグレードし、「音声、文字、視覚」の3つを完全に組み合わせた新しい人工知能インタラクション機能を実現した。音楽生成AIを例に挙げると、以前は音声をテキストに変換し、GPT大規模モデルで処理してテキストを出力し、その後にText to Speech(テキストから音声)モデルを使って音声を生成していた。しかし、このプロセスではイントネーション、複数の人の声の識別、背景ノイズなど、多くの情報が失われていた。また、以前の音声生成機能は非常に遅くて鈍いものだった。今回のGPT-4oは、OpenAIが特に訓練したテキスト、音声、視覚を統合したエンドツーエンドの新しいモデ

-
- (2) Chabon v. Meta Platforms Inc. (3:23-cv-04663) District Court, N.D. California
<https://www.courtlistener.com/docket/67785353/chabon-v-meta-platforms-inc/>
(最終閲覧日：2025年1月14日)
Authors Guild v. OpenAI Inc. (1:23-cv-08292) District Court, S.D. New York
<https://www.courtlistener.com/docket/67810584/authors-guild-v-openai-inc/>
(最終閲覧日：2025年1月14日)
The New York Times Company v. Microsoft Corporation (1:23-cv-11195) District Court, S.D. New York
<https://www.courtlistener.com/docket/68117049/the-new-york-times-company-v-microsoft-corporation/>
(最終閲覧日：2025年1月14日)
- (3) UMG Recordings, Inc. v. Suno, Inc. (1:24-cv-11611) District Court, D. Massachusetts
<https://www.courtlistener.com/docket/68878608/umg-recordings-inc-v-suno-inc/>
(最終閲覧日：2025年1月14日)
UMG Recordings, Inc. v. Uncharted Labs, Inc. (1:24-cv-04777) District Court, S.D. New York
<https://www.courtlistener.com/docket/68878697/umg-recordings-inc-v-uncharted-labs-inc-dba-udicom/>
(最終閲覧日：2025年1月14日)
- (4) Stuart Russell, Peter Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 4th ed. Pearson, 2020.
Ian Goodfellow, Yoshua Bengio, and Aaron Courville, *Deep Learning*, The MIT Press, 2016.
(現在、AIを完全に定義できる統一的な定義は存在しない。これらの二つの資料を参考したうえで、本稿でAIの定義を試みた。)

ルである。全ての入力と出力は同じニューラルネットワークで処理されるようになった。これにより、GPT-4o はテキスト、音声、画像の任意の組み合わせを入力として受け取り、テキスト、音声、画像の任意の組み合わせを出力することが可能になる。

Google も、リアルタイムのマルチモーダル人工知能アシスタントである Gemini を利用したマルチモーダル大規模モデルである Project Astra をリリースした。これにより、生成 AI の発展が新しい段階に入ったことが示された⁽⁵⁾。

2 生成 AI と著作権法

EU では 5 月 21 日、生成 AI などの基盤モデルの開発や AI を活用したサービスの提供を手がける幅広い企業などを対象に、包括的に AI を規制する法律(以下:「AI 法」をいう)が成立した。2026 年に規制が本格的に適用される見通しであるこの AI 法は、リスクに応じて AI を分類し、利用の禁止や監視などのリスク管理、AI によって生成された生成物に対し、AI 製と明示するなど分類ごとに規制を定めている。

米国では、2024 年 7 月 12 日、上院の 3 人の議員⁽⁶⁾が AI 著作権に関する新しい法案「COPIED 法案」(全称: Content Origin Protection and Integrity From Edited and Deepfaked Media Act of 2024⁽⁷⁾)を提出した。この法案の目的は、生成 AI 製品(テキスト、画像、音声、動画など)をマーク、検証、検出するための包括的なルールを制定し、生成コンテンツの透明性を向上させ、不法な乱用を防ぎ、公共の個人データやプライバシーを保護し、制作者などの商業団体の利益を守ることにある。また、不法に使用されたデータを用いて AI 大規模モデルを訓練することに対する法的訴求権を保有する。商業的に生成された製品は、ユーザーに AI 製であることを知らせる必要がある。そして、何人も AI 製のラベル情報を削除または改ざんすることは禁止されている。この法案の最も重要な点は、明確な補償メカニズムを提供し、明確な表示と同意がな

い場合に著作権で保護された作品のデジタルコンテンツを使用して AI 大規模モデルやアルゴリズムを訓練することを明確に禁止していることである。違反した場合は一定の制限措置と罰則が課せられる。欧州の AI 法とは異なり、米国の法案では AI プロバイダーに対し、AI 大規模モデルのトレーニングに使用したデータの詳細な概要を提供する義務はない。従って、この法案によれば、AI 生成物について、原作品の識別がついているもの以外は、作成者や所有者は、自分の作品が AI モデルのトレーニングに使用されたかどうかを確実に知る手段がない。

一方、日本政府は、2022 年から特に文化庁を中心に、著作権問題に関するさまざまな議論を行っている。基本的に、日本では、生成・利用段階における著作権侵害の判断は、著作権法で利用が認められている場合を除き、通常の著作権侵害と同様に判断される。即ち、侵害主体となりうるのは、生成 AI に関係する当事者、即ち AI 開発事業者、AI サービス提供事業者と AI 利用者が想定される⁽⁸⁾。文化審議会著作権分科会法制度小委員会によれば、物理的に侵害行為を行った者が主体となる場合のほか、一定の場合に、物理的な行為主体以外の者が、規範的な行為主体として著作権侵害の責任を負う場合がある⁽⁹⁾。前述の委員会報告では、侵害に対する補償措置も検討がなされているが、今のところ、法的拘束力を伴う結論には至っていない。また、EU の AI 法が成立した 5 月 21 日の翌日に開かれた「AI 戦略会議」で、日本国内において新たな法規制を導入するかどうか、検討を始めることを確認したにすぎない。

総じて、著作権について、研究開発段階では生成物がないため、現行法の必要と認められる限度の範囲内で生成する場合、一般的には生成物の侵害問題は発生しない。この点については、各国も比較的前向きな態度を取って、また、生成物の利用段階における侵害行為に対する法的課題について注目がされている。上記の Stability AI 社に対する訴訟、OpenAI、Microsoft、

(5) Demis Hassabis,「Gemini が新たな領域へ: より高速なモデル, ロングコンテキスト, AI エージェント」
<https://blog.google/intl/ja-jp/company-news/technology/google-gemini-update-flash-io-2024/>
(最終閲覧日: 2025 年 1 月 14 日)

(6) Senators Maria Cantwell (D-WA, and Chair of the Commerce Committee); Marsha Blackburn (R-TN); and Martin Heinrich (D-NM)

(7) Content Origin Protection and Integrity from Edited and Deepfaked Media Act
<https://www.commerce.senate.gov/services/files/3012CB20-193B-4FC6-8476-DD421F3DB7A>
(最終閲覧日: 2025 年 1 月 14 日)

(8) 文化庁編「AI と著作権に関する考え方について」12 頁
https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/94037901_01.pdf
(最終閲覧日: 2025 年 1 月 14 日)

AI の開発・提供・利用の態様によっては、同一の者が複数を兼ねる場合もある。

(9) 前掲注(8)36 頁

Meta などのテクノロジー企業に提起した訴訟と Udio の件、また本稿で紹介する事件もすべて生成 AI サービスを提供する企業に対する AI 生成物の利用段階における著作権侵害訴訟である。

本稿では、不特定多数者が利用する段階で侵害が発生する場合の責任主体を検討し、AI サービス提供事業者の注意義務の必要性を論じる。

Ⅲ AI が生成するウルトラマン画像の著作権侵害事件⁽¹⁰⁾

日本における AI 生成物の著作権侵害性、及び侵害主体を検討する上で極めて参考になる事件が、中国におけるウルトラマン画像の著作権侵害事件である。以下に、事件の概要を示す。

1 事実の概要

本件のウルトラマンシリーズの著作権者である円谷製作株式会社から許諾を受けた中国語における独占的ライセンスである中国の SCLA 会社(以下、「原告」という)は、Tab ウェブサイト(判決文において、Tab という仮名を使用)を運営しており、AI チャットと有料会員向けの AI 生成の画像機能を提供する AI のソフトウェア会社 Tab(以下、「被告」という)を提訴した。Tab は外部のソフトにつなぎながら、AI に学習を行わせる、特定の生成 AI サービス提供事業者である。

Tab が本件に関連する画像を生成する具体的な操作手順(これは裁判所により認められた原告による実際の Tab の AI ソフトを操作した後のまとめである)は以下の通りである：

1. ユーザーが、Tab の AI 絵画モジュールのダイアログボックスにおいて「ウルトラマンを生成」というプロンプトを入力すると、ウルトラマンの姿と一致する画像が表示され、ユーザーが確認し、ダウンロードできる。
2. 「ウルトラマンと長髪を繋ぎ合わせる」とプロンプトを入力すると、ウルトラマンの姿の特徴を有し、頭部に長髪のある画像が表示され、ユーザーが確認し、ダウンロードできる。

3. 「生成イラストスタイルのウルトラマン」とプロンプトを入力すると、Tab は例示された画像エリアに、本件ウルトラマンのイメージの特徴を保持したイラストスタイルのウルトラマン画像を表示し、ユーザーが確認し、ダウンロードができる。

原告は被告に対し、本件の訴訟対象となるウルトラマンの素材を訓練データセットから削除、経済的な損失及び侵害を制止するために支出した合理的な費用として 30 万元(当時のレートで、約 636 万円)、また本件に関するすべての訴訟費用を負担することを請求した。そこで、原告は、被告が無断で原告が権利を有する作品を使用して大規模モデルをトレーニングし、実質的に類似した画像を生成したうえ、会員のチャージ⁽¹¹⁾などの付加価値サービスを通じて違法な利益を得ているとして、原告が有するウルトラマンの作品(以下「本件作品」)の著作権を侵害したと主張している。

被告は、以下の反論を行っている。

1. 原告の全ての訴訟請求に同意しない。第一に、被告は本件の起訴状を受け取った時点で、原告が主張する侵害行為を既に停止していた。
2. 被告は、原告が権利を享有する作品を無断で利用して大規模モデルを訓練し、実質的に似た画像を生成するという主観的および客観的な行為はない。また、本件に関わるウェブサイトの AI 絵画機能は第三者のソフトウェア開発者(判決文においては特定されていない)から提供した AI モデルによって実現されたものであり、被告とは無関係である。加えて、原告は、被告がウルトラマンの画像を展示および宣伝することで利益を得たと主張するが、直接的な証拠を示していない。さらに加えて、AI 絵画機能は、無料で一定の回数利用が可能であり、有料会員となると、無制限に利用が可能である。
3. 原告が主張する会員のチャージについて、被告はいずれも実際には料金を受け取っていない。原告には、被告が原告の権利を享有する作品を無断で宣伝および展示して利益を得たという主観的および客観的な証拠がない。
4. 原告には被告の行為が原告に 30 万元(当時のレートで、約 636 万円)の経済的損失およびその他の費用をもたらしたと主張するが、証拠を示していない。

(10) 案件番号：(2024)粵 0192 民初 113 号

(11) 「会員のチャージ」とは、会員制のサービスやプラットフォームで、ユーザーが自分のアカウントに対して一定額の金額やポイントを追加することを指す。こちらは、会員がチャージしたら、より多くの計算力を得ることができ、キーワードを入力する回数を増やし、生成物を要求により適合させることができる。

従って、本案の争点は、(1)被告が原告の著作権(複製権、改編権⁽¹²⁾、および情報ネットワーク伝達権⁽¹³⁾)を侵害したか否か、(2)もし侵害が認められた場合、被告がどのような民事責任を負うべきか否か。

2 裁判所の判断

(1) ウルトラマンティガ(複合型)と Tab サイトで AI 生成された画像の比較

ウルトラマンティガ(複合型)の特徴	裁判所の判断
①全身が銀色を基調とし、赤、青、黄の線が全身で覆われている。	AI生成[図1～3]と比較 特徴①、②、③を有する非常に高い類似性を持ち、実質的な類似性を構成している
②一本の中心線が水晶から口にかけて伸びており、目は楕円形の卵形で、中心線の両側に対称に配置されている。	AI生成[図4～6]と比較 特徴③を有するが、イラスト風のスタイルを持ち、本件のウルトラマン(複合型)のイメージとは一定の差異が存在する
③首と胸は同じ赤色で、全体が逆V字型で上胸から下胸まで細長い体形で、三本の銀色と二本の黄色のストライプが交互に並び、上下の青いストライプと結合して、両肩から胸全体を覆うV字型の胸当てになっている。	AI生成[図7～10]と比較 本件のウルトラマンティガのイメージとは一定の差異があり、その主な特徴は、第三者のカートゥーンイメージが問題のウルトラマンのイメージの典型的な要素と結合されている点である。
④上腹部は翼を広げたV字型の銀色の線で覆われている	従って、「図4」から「図10」などの画像は、本件の「ウルトラマンティガ(複合型)」イメージの独創的表現の一部を保持しており、その独創的表現を基に新しい特徴を形成している
⑤全体的にH字型の赤色の線が両脇から下腹部、さらに大腿部の両側から膝関節まで伸びている。	
⑥青い線は脇の下から肋部、腰部、大腿部の両側から膝関節まで伸びている	
⑦膝関節の正面は上部が長く下部が短い菱形の銀色の線で覆われ、両すねの内側は赤色の線、外側は青色の線となっている。	

(2) 複製権について

中国著作権法10条1項5号は、「著作権は、次の各号に掲げる人格権および財産権を含む：…(五)複製権、即ち、印刷、複写、拓本印刷、録音、録画、ダビング、撮影、デジタル化などの方法を用いて、著作物を一部または複数製作する権利…」と規定している。

著作権侵害において重要な要素である依拠性に関し、裁判所は次のように判断した。事実として、原告が所有する本件に関するウルトラマンシリーズ作品は中国



ウルトラマンティガ(複合型)

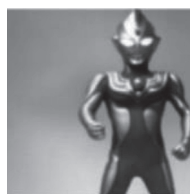


図1

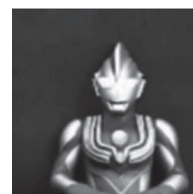


図2

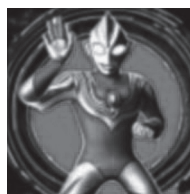


図3

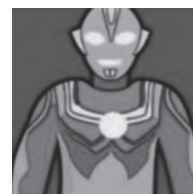


図4



図5



図6

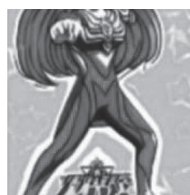


図7



図8



図9



図10

(12) 日本著作権法の翻案権に該当する。

(13) 日本著作権法の公衆送信権に該当する。

国内でも高い知名度を持ち、中国国内の主要な動画サイト(iQIYIなど)でアクセス、閲覧、ダウンロードが可能である。そのため、被告が反証を提出しない限り、被告は本件のウルトラマン作品に接触する可能性がある。一般的には、この「接触」の認定は、容易ではないといわれている。この事件においては、上述のごとく、主要な動画サイトでいつでも閲覧等が可能であり、さらに、裁判所が認定した事実である次の2点、即ち、①被告が第三者のサービスプロバイターを通じて生成AIサービスを提供していること、②被告が実際にはモデルの訓練行為を行っていないことを考慮して、上述の判断をしている。しかしながら、この依拠性に関しては、被告が作品に接触する可能性を問うのか、それとも外部第三者が作品に接触する可能性を問うのか、誰が「接触」を構成するのかについては、著作権の一般的侵害判断事項であり、本論とは異なる論点となるため、ここでは、問題点のみ提起するにとどめる。

著作権侵害において重要な要素である類似性に関し、裁判所は次のように判断した。「実質的類似」の認定について、原告が提供したTabサイトで生成された問題の画像は、部分的または全体的に見ても、完全に「ウルトラマン」という美術イメージの独創的表現を複製している。「図1」から「図3」に示されるイメージには、以下の特徴がある。中心線が眉間上部に形成された水晶から口にかけて伸びており、両目は楕円形の卵型で、中心線の両側に左右対称に配置されている。上胸と中胸の前には突き出た水晶があり、インジケータランプが付いている。複数の交互に配置されたストライプがV字型の胸当てを形成し、両肩から胸全体にかけて覆っている。全体は銀色を基調にし、赤などの色のストライプで体全体が覆われている。比較の結果、本件に関わる生成画像はウルトラマンのこの美術的イメージの独創的な表現を保持している。被告はTabサイトを通じて生成AIサービスを外部に提供しており、そのサービス過程で生成された物は、いくつかの重要な特徴において本件のウルトラマン形象と極めて高い類似性を持ち、実質的な類似性が認められる。

従って、生成AIによる「図1」から「図3」の画像は、上述したように、被告による依拠性、生成AIが作成した画像の原作品との類似性が認められることから、被告は許可なく本件のウルトラマン作品を複製しており、原告の本件ウルトラマン作品に対する複製権を侵害するとした。

(3) 改編権について

中国著作権法10条1項14号は、「著作権は、次の各号に掲げる人格権および財産権を含む：…(十四) 翻案権、即ち、著作物を脚色し、独創性のある新しい著作物を創作する権利…」と規定している。

問題の生成画像は「ウルトラマンティガ複合型」作品の独創的表現の一部を保持しており、その独創的表現に基づいて新しい特徴を形成している。「図4」から「図6」には以下の特徴がある。複数の交互に配置されたストライプがV字型の胸当てを形成し、両肩から胸全体にかけて覆っている。上胸と中胸の前には突き出た水晶があり、インジケータランプが付いている。H字型の赤色の線が両脇から下腹部にかけて延びている。しかしながら、一方で、これらの生成画像は全体的にイラスト風であり、本件のウルトラマンの形象とは一定の差異も認められる。さらに、「図7」から「図10」についても、本件のウルトラマン形象とは一定の差異が見られ、その主な特徴は第三者のキャラクターイメージを本件のウルトラマン形象の典型的な要素と組み合わせている点にある。

以上を総合すると、「図4」から「図10」の画像の一部は、前述の「ウルトラマンティガ(複合型)」の形象の独創的な表現を保ちつつ、その独創的な表現を基に新たな特徴を形成している。従って、被告の行為は本件のウルトラマン作品の改編に該当する。被告は許可なく本件のウルトラマン作品を改編し、原告の本件ウルトラマン作品に対する改編権を侵害するとした。

(4) 情報ネットワーク伝達権について

また、情報ネットワーク伝達権について、本件は生成AIの発展を背景にした生成物の侵害という新たな状況であることを考慮し、さらに、裁判所はすでに原告の複製権および改編権の侵害主張を支持しているため、同じ被告の侵害行為(改編権侵害など)がすでに複製権および改編権の範囲に含まれている場合に該当するため、裁判所は重複して判断を行わなかった。

(5) 被告が負うべき民事責任の判断

中国著作権法52条と53条の規定に基づき、被告の行為は原告が有する本件のウルトラマン作品の複製権および改編権を侵害しており、法に従い、侵害の停止および損害賠償などの民事責任を負うべきと判断した。

すなわち、本事件では、侵害主体を「AIチャットと有料会員向けのAI生成の画像機能を提供するAIのソフトウェア会社Tab」が侵害主体と判断した。上述

のごとく、Tab は、原告の著作物を無断で利用して大規模モデルを訓練し、実質的に類似の画像を生成するという行為を行っておらず、この AI 絵画機能は第三者のソフトウェア開発者から提供した AI モデルによって実現されたものであると主張するが、裁判所がこの主張を全く受け入れず、被告が、侵害主体と判断している。その理由は以下のとおりである。

2023 年 8 月 15 日から施行された中国で初めて生成型 AI の研究開発およびサービスに関する特別な規定《生成 AI サービス管理暫定弁法》（以下、「暫定弁法」という）22 条 2 項は「生成 AI サービス提供事業者とは、生成 AI 技術を利用して生成 AI サービスを提供する（プログラマブルインターフェイスを通じて生成 AI サービスを提供する場合を含む）組織または個人を指す」と規定している。被告の陳述によれば、被告はプログラマブルインターフェイスを通じて第三者のソフトウェア開発者のシステムに接続し、AI に学習を行わせ、特定の生成 AI を完成させて、一般利用者に提供することは、被告は生成 AI サービス提供事業者には該当する。従って、裁判所は、本件の被告が主張する、AI 絵画サービスは第三者の AI モデルによって提供されており、自身は責任を負わないという抗弁については、これを認めない。被告は AI サービス提供事業者として、生成 AI サービスの提供に伴う責任を果たさなければならない。原告が求める生成停止の請求を支持する。被告は、技術的な措置を講じて、本件のウルトラマン作品と実質的に類似した画像の生成を停止すべきことを命じられた。

尚、原告が求める本件ウルトラマンティガの資料を訓練データセットから削除する請求について、被告は実際に AI モデルの訓練を行っていないため、裁判所はこの請求については、棄却した。

（6） 損害賠償の判断

暫定弁法 4 条は、「生成 AI サービス提供事業者は法律、行政法規を遵守し、社会公德および倫理道德を尊重し、知的財産権を尊重するべきである」と強調している。従って、サービス提供事業者は生成 AI サービスを提供する際に合理的な注意義務を果たす必要がある。同法 4 条について、裁判所は、開廷日までに被告が運営する Tab ウェブサイトに設けるべき苦情処理メカニズムの欠如、潜在リスクを回避すべき手段の

欠如及び「AI 生成」などの顕著な表示の欠如という三つの点を指摘した。従って、被告は上述の注意義務を果たしておらず、主観的に過失が存在するため、侵害行為に対して相応の賠償責任を負うべきと判断した。

しかし、AI 生成物による侵害の賠償額に関し、提出された証拠では、原告が侵害行為によって被った実際の損失や被告の違法収益を特定することはできない。このため、裁判所は原告の有する作品の知名度、被告の応訴後の行動（キーワードをフィルタリングし、関連画像の生成を停止するなど実行し、これらの行為が侵害防止に対する一定の効果があると認定）、AI サービス利用の影響力と原告による証拠収集の費用という要素を考慮して、賠償額を 10000 元と算定した（当時のレートで、約 47385 円）。なお、訴訟費用に負担に関しては、総額の訴訟費用が 2900 元（当時のレートで、約 13870 円）であったため、原告である SCLA 会社が 1400 元（当時のレートで、約 6630 円）、被告 Tab が 1500 元（当時のレートで、約 7240 円）を負担すると判示された。

Ⅳ 生成 AI による著作権侵害の一考察

1 侵害の認定

中国では、裁判所が著作権侵害行為の成立を判断する際、「作品登録証」は初歩的な証明力しか持たない。著作権侵害を認定するための基準は、「実質的な類似性」と「接触の機会」の二点である。つまり、著作権で保護された作品と疑われる侵害品との間に実質的な類似があることが証明され、かつ、著作権者は被告が原作品に接触する機会があった、又は実際に接触したことを示す証拠がある場合に限り、著作権侵害が成立すると判断される。

「実質的な類似性」を判断する際に、実務上、二つの観点がある。

一 文字的に類似している場合、裁判官は、模倣の疑いがある部分の量や、その内容が原作品に占める割合を総合的に衡量する、通常、量が多いほど、侵害とみなされる可能性が高くなる。しかし、疑われた部分が原告作品のエッセンスにあたる場合、量が少なくても侵害と判断される可能性がある⁽¹⁴⁾。

二 非文字的な類似の場合、全体的な類似性に基づい

(14) 北京市第二中级人民法院(2014)二中民終字第 06934 号判決書
北京市高级人民法院(2015)高民(知)終字第 1039 号判決書

て判断される。例えば、美術作品では、色彩、形状、構造などを総合的比較し、実質的に類似しているかを認定する。しかし、作品中の一部の撮影角度、照明の配置など細かい部分のみで依拠するべきではない⁽¹⁵⁾。本件で、AI生成された図はいくつかの色彩、構造等において本件のウルトラマンティガの形象と極めて高い類似性を持ち、実質的な類似性が認められる。

現段階の生成AIが道具として使用される技術背景において、AI生成物には人の関与があるものの、その最終的な源はサービス提供事業者を有するAIの計算行為にある。ここで問題となるのは、侵害するAI生成物の生成において、その貢献度がユーザーの入力したプロンプトから来るのか、サービス提供事業者のAIの生成能力から来るのかを、単に生成物だけで判断することができない。これは、モデルの強さ、指令の回数や内容などの多数の要素に依存する。生成AIからの生成物は人間の創作の表現ではなく、入力されたプロンプトを通じて出力された表現である。従って、生成AIが入力によって生成した画像の侵害を判断する際に、判断すべきことは図面が類似しているかどうかではなく、既存の著作物から詳細のプロンプト(本件のティガの特徴を表す単語)をコピーしたかどうかである。

もし入力されたプロンプトが原作品の用語をコピーした場合、侵害を構成する可能性がある。しかし、原作品の用語を異なる用語で類似した画像を生成した場合、出力結果が類似して使用されていても、著作権侵害にならない。さらに、AIに同じプロンプトを与えて類似またはほぼ同じ同一の画像を生成したとしても、それがその作品の詳細をコピーしたことを意味するわけではない。現状において、他人が同じ作品を独自に創作することはお互いに著作権侵害にはならない。

本件において、原告が提出した創作手順によると、本件生成物のプロンプトは「ウルトラマンを生成」、「ウルトラマンと長髪を繋ぎ合わせる」及び「生成イラストスタイルのウルトラマン」であり、「赤、青、黄の線が全身で覆われる」、「中心線が眉間上部に形成された水晶から口にかけて伸びる」といった言葉ではなく、プロンプトは個性がなく、創作性が認められない。そのため、プロンプトの角度から見ると、プロンプトはウルトラマンのプロンプトをコピーしており(ウルト

ラマンの名称を直接に引用していた)、AI生成物はウルトラマンのプロンプトを複製したものであり、ウルトラマンのプロンプトから創作されたものではない。従って、類似性の認定結果は判決と一致している。

第二の認定基準「接触の機会」について、この「接触の機会」とは、直接な証拠によるもので、被告が原告の作品を読んだり、見たり、購入したりしたこと、あるいは原告のもとで働いていたことなどによって接触したことを示すものである。そして、直接に証明できない場合であっても、原告の作品が被告の作品の前に、発行、展示、放送などの方法で公にされていたり、原告がその作品について登録を行っていた場合で、登録の記録が公衆に公開されていることが示されている場合は、間接的に「接触の機会」があったと認められている。実務においては、接触方法には様々な可能性があるため、被疑侵害者が接触の機会を有していたか、または実際に接触していたかについて、裁判官は高い蓋然性の一般基準を用いる必要がある。

しかし、AI生成物は、単にプロンプトを入力するだけでは生成物を予測することができず、同じプロンプトを使っても結果は同一ではない特徴を有している。これは人が既存の著作物に直接に接触する場合とは異なり、使用者がプロンプトを入力する際に結果がAIによって生成されるためである。従って、AI生成の前提で、単に既存の著作物がインターネット上に存在するだけで接触の機会があったと断定することはできない。この点について、今回の判決で具体的な説明はないが、蓋然性に基づいて接触の可能性を判断した。本件において、原告はウルトラマンの登録証番号、国内で受賞した各種賞、そして主要な配信サイトの配信実績などを証拠として提出し、被告が原作品に接触する機会があったことを証明した。裁判所もこれに基づき、被告が原作品に接触する機会があり、実際に接触したと認定した。

一方、日本の現行法に基づいた場合、侵害の認定においても同様な結論が導かれる可能性がある。類似性について、「中心線が眉間上部に形成された水晶から口にかけて伸びており、両目は楕円形の卵型で、中心線の両側に左右対称に配置されている。上胸と中胸の前には突き出た水晶があり、インジケータランプが付いている。複数の交互に配置されたストライプがV字型の胸当てを形成し、両肩から胸全体にかけて覆って

(15) 最高人民法院(2018)最高法民申6061号判決書
広東省中山市第一人民法院(2022)粵2071民初36239号判決書

いる。全体は銀色を基調にし、赤などの色のストライプで体全体が覆われている」という比較の結果で、本件に関わる生成画像はウルトラマンのこの美術的イメージの独創的な表現を保持している。本件の AI 生成物はいくつかの重要な特徴において本件のウルトラマン形象と極めて高い類似性を持ち、かつ、依拠性は、原告が立証責任を負うが、被告の行為に関する事なので直接立証することは難しく、間接事実(ウルトラマンの登録証番号、国内で受賞した各種賞、そして主要な配信サイトの配信実績の証拠)を積み重ねて立証できる。

上記によって、現行法の下では侵害と認定される可能性が高いと考えられる。一方、その侵害の判断、特に接触の可能性に基づく認定は、間接的な事実の認定を通じて行われ、主に裁判官が蓋然性を基準で判断される。本件は明らかに侵害を判断できるケースであるが、将来的にさらに複雑な AI 生成物の侵害判断においては、利用者が繰り返しプロンプトを入力し、AI の生成結果に基づいてさらにプロンプトを追加することで、偶然にも既存の著作物に類似した画像が生成される可能性がある。また、既存の著作物がインターネット上に存在することから、間接証拠による接触機会の判断も含まれることで、AI が生成した画像が既存著作物と類似していれば、侵害と認定される可能性が高いという結論が導かれるかもしれない。しかし、これは明らかに不合理であり、このような状況が続けば、人々は AI ツールを使って創作活動を行うことに躊躇するかもしれない。また、著作権法の創作活動を奨励する目的にも合致せず、文化の進化にも寄与しない結果となりかねない。

2 責任主体

著作権侵害訴訟において、責任主体の判断に関する考え方は「権利—媒体物—証拠」の順で行われる。まず、原告が主張する権利の性質を明確にし、審査・判断の目標を確立する。本件では、原告は当初その点を明確にしていなかったが、裁判所が釈明した後に、原告が保護を求める具体的な権利内容を示した。次に、媒体物の性質を特定する必要がある、主に著作権と隣接権の区別をし、それぞれについて審査を行う。ただし、すべての案件で区別が必要なわけではなく、本件では媒体の区別は問題とならない。最後に、証拠について、権利主体資格の問題は使用に関わるものであり、最も重要なのは証拠の審査と判断に重点を置くことである。

本件では、これは著作権者が AI サービス提供事業

者の Tab に対して提起した著作権侵害訴訟である。原告提出された証拠によって、裁判所は、AI 生成物が侵害を判断する上で、Tab が実際に AI モデルを訓練していないため、原告が求めた関連するウルトラマン素材の削除要求を支持しなかった。そして、侵害の責任の認定において、裁判所は被告 Tab が法定の注意義務を履行しておらず、過失があると認め、損害賠償を命じた。さらに、Tab が注意義務を履行しており、主観的過失がない場合は、単純に主観的過失をもって責任を問うことはできないが、完全に無責任ではないと考える。上記の内容は、本件において、中国の裁判所が侵害主体を判断したものであり、この判断の根拠は中国著作権法 10 条、54 条と暫定弁法の 14 条 1 項に基づいている。

一般ユーザーは、チャージなどの行為を通じて、Tab がユーザーに対して提供するソフトウェアサービスを利用し、ウルトラマンの著作権を侵害する画像を生成することは、Tab の管理の下でユーザーが利用している。また、原告は、Tab のみを訴え、生成された生成物が外部 AI モデルに由来するのか、Tab の端末に由来するのかを示す証拠はなくても、Tab がエンド端末として、外部のモデルに接続し、その計算力を利用し、エンド端末として一般ユーザーを対象にサービスを提供し、その過程で会員費用などの利益を得ている。計算などの生成過程を除いて、生成された物の角度から見ると、Tab が提供する端末を通じて生成されたウルトラマンの画像は、著作権者のウルトラマンと類似している。さらに、本件において、Tab は訴状を受け取った後、侵害を停止するために、キーワードをフィルタリングするなどの措置を講じ、関連画像の生成を停止し、一定の効果を達成した。この結果から、少なくとも本件のウルトラマンに対する侵害については、Tab が一定の有効措置を講じることができることがわかる。従って、Tab は自社の端末に対しても AI 生成の過程で管理能力を持っていると推測でき、また、AI サービス提供事業者である Tab が作成に深く関与しているため、直接行為主体としてみなされ、侵害主体であると認定できる。

一方、日本においても、著作権を侵害する者または侵害のおそれがある者に対して、その侵害の停止や予防を請求することができる。さらに、著作権者は、著作権侵害によって作成された物品や侵害行為に使用された物品などの廃棄を含む、侵害の停止または予防に必要な措置を請求することもできる(著作権法 112 条)。加えて、著作権者は、故意または過失によって著作権

を侵害した物に対して、損害賠償請求をすることができる(著作権法 114 条)。以上から、著作権侵害訴訟において、被請求主体は、「著作権を侵害する者またはそのおそれがある者」または「故意または過失によって著作権を侵害する者」ということになる。

本件に対して、日本の場合は、クラブ・キャッツアイ事件のカラオケ法理⁽¹⁶⁾を適用でき、同じ判断を下すと考ええる。カラオケ法理は、当初、キャバレーの店舗、講演の企画者など、物理的な利用主体との間の人の関係に基づいて、著作権の利用の態様を決定する権限を有するものを法的に利用する主体とみなすべき者を確定する法理として用いられていた⁽¹⁷⁾。Tab が図面を AI で生成するサービスを提供して、一般ユーザーは、チャージなどの行為を通じて、生成の機能を使うため、Tab がそれによって利益を得ており。かつ、Tab は訴状を受け取った後、侵害を停止するために、キーワードをフィルタリングするなどの措置を講じ、関連画像の生成を停止し、一定の効果を達成した。つまり、一般ユーザーの生成活動は、Tab の管理の下で行われていた。従って、管理要件と利益要件を満たして、間接侵害行為の実施者として、Tab は侵害責任を負うべきと判断できる。

さらに、カラオケ法理を援用することなく、端的に諸般の事情を総合考慮して、適法か否かを決する可能性もある。「MYUTA」事件⁽¹⁸⁾において、CD 等の音源データを携帯電話へと複製する作業を、ストレージ・サーバーを経由させることで可能とするサービスの提供行為について、一般的に私人がなすことが困難な複製をこのサービスが可能としているところ、楽曲の音源データのストレージと私人の携帯電話へのデータの送信を供されるサーバーをサービス提供事業者が管理しており、必要なソフトウェアも被疑侵害者が設計したものであるという事情等を総合考慮して、サービス提供者をして複製と送信行為の主体と認められ、著作権侵害が肯定されている⁽¹⁹⁾。この考え方は、本件にも適用できる。AI モデルを経由させて生成サービスの提供行為は、一般利用者がプロンプトだけで生成することをこのサービスが可能としているところ、生成過

程も AI サービス提供事業者 Tab が管理していた事情を総合考慮して、Tab は複製と送信行為の主体と認められ、著作権侵害が肯定しうる。

最後に、本件における注意義務について、日中共に、生成 AI 端末の提供者が侵害主体となるが、中国の根拠は暫定弁法であり、その背景には Tab の注意義務が法的義務であるということにある。日本には暫定弁法が存在しないため、注意義務は侵害判断における一つの考慮要素となると考えられる。カラオケ法理に基づけば、管理の要件と利益の要件を満たす限り、AI サービス提供事業者の責任主体が認められる。また、前述の MYUTA 事件の考え方によれば、注意義務を尽くしても必ずしも侵害が否定されるわけではなく、総合的に判断する必要がある。しかしながら、現時点で、日中のいずれの侵害判断においても、物理的な作品の複製行為等が経済的な価値や社会的な通念にまで拡張され、裁判官の自由裁量を通じて、AI サービス提供事業者が直接行為者として擬制された。

3 技術の進展および現行法の限界

これまでの研究では、AI 生成物による類似する原因は 2 つの点から生じていた。一つは同じアイデア、もう一つは AI が実行するように指示されたコンセプトに対する理解である⁽²⁰⁾。例えば、文字生成型の ChatGPT の場合、ChatGPT は文章中の次の論理的な単語(単語や音節であることもある)を予測することでテキストを生成する⁽²¹⁾。同じ初期プロンプトを与えられると、最初は似たような回答が生成されるが、テキスト生成は逐次的に行われるため、初期のわずかな変化が後の大きな差異につながる可能性がある。さらに、プロンプトが特定の作品を具体的に指すほど、ChatGPT がその作品を完全に複製する可能性が高くなる⁽²²⁾。しかし、これらの類似性はプロンプトに著作権で保護されている要素が含まれていることを証明するものではない。これらの類似性は、似たようなプロンプトを独立して作成する場合や、訓練データ内の一般的な言葉によって生じた可能性もある。

現在、各国の著作権法において、AI モデルのトレー

(16) 最一小判昭和 63・3・15 判時 1270 号 34 頁

(17) 田村善之「日本著作権法のリフォーム論—デジタル化時代・インターネット時代の「構造的課題」の克服に向けて—」『知的財産法政策学研究』44 号(2014 年) 38 頁

(18) 東京地判平成 19・5・25 判タ 1251 号 319 頁

(19) 前掲注(17) 38 頁

(20) Mark A. Lemley, “How Generative AI Turns Copyright Upside Down”, *SCIENCE & TECHNOLOGY LAW REVIEW* Vol.25 (2024) 204 頁 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4517702(最終閲覧日: 2025 年 1 月 14 日)

(21) 前掲注(20) 204 頁

(22) 前掲注(20) 204 頁

ニングに関する問題は、ほとんどが寛容な解釈を採用しており、モデルのトレーニングは一般的に著作権侵害には関与しないとされている。しかし、生成 AI を実際に運用するには、モデルだけでは不十分であり、モデルを外部に接続してさらにトレーニングや調整を行う必要がある。その結果、エンド端末の AI ソフトが市場に投入され、一般利用者が利用できるようになる。現状の生成 AI モデルの運用は、最後の問題解決能力の違いに基づいて、筆者は以下の 5 種の方法に分かれていると考えた。

名称	説明	特徴
①モデルの再トレーニング Re-training ⁽²³⁾	既存の AI モデルを新しいデータや条件に適応させるために、再び訓練するプロセス	お金、時間がかかる、モデルは新しい情報を取り入れ、精度やパフォーマンスが向上
②ファインチューニング Fine-tuning ⁽²⁴⁾	少量の新しいデータを使ってモデルのパラメータを調整するプロセス	少量のデータと短時間で実行できる
③ RAG ⁽²⁵⁾ Retrieval-Augmented Generation	外部の知識ベースから関連情報を検索して取り出し、それを利用して生成を行う	外部知識ベースから必要な情報を取り込むことで、最新の情報や特定の専門知識を生成に反映させる可能
④プロンプトエンジニアリング Prompt engineering ⁽²⁶⁾	適切な入力(プロンプト)を工夫して与えることで、モデルから望ましい出力を得る	目的の明確化、最適なプロンプトを見つけるために調整できる
⑤長い文脈 Long context	詳細で具体的な入力をモデルに提供することで、より正確で関連性の高い出力を得る	誤解の減少、具体性の向上

①はモデルを再トレーニングすることである。または、②はデータを使ってモデルを微調整することである。③の RAG は外部の知識ベースから関連情報を検

索して取り出し、それを利用して生成を行うことである。④はプロンプトエンジニアリングというモデルの再調整する方法である。⑤は、①②と③④の中間に位置する方法で、AI モデルに入力するキーワードを長くすることで、知識を AI モデルに埋め込むことができる。これにより、既存のモデルを変更せずにモデルと知識の結合を実現することが可能である。①～⑤の中で、最も簡単な方法は④である。著作権侵害を避けるため、最も有効な方法は、①の再トレーニングすることである。これら 5 つの方法には共通点があり、それは「ストレージ+計算」(データを保存しながら新たな計算可能である)である。そして、通常の場合は、複数の方法が同時に適用される。

一般利用者が生成 AI を使用して問題解決(テキストや画像の生成など)をする際、現時点の技術の本質は、モデルを変更しない前提で生成することである。キーワードなどの内容を入力して AI 生成物を作り出すことに過ぎない。たとえ調整を繰り返しても、実質的にはテキストの長さを延ばし、より多くの情報を提供してモデルが入力された要求に適した内容を生成するにすぎただけである。そのため、現在ほとんどの不特定多数のユーザーが使用できる生成 AI は、モデルを変更しない段階にとどまっている。つまり、現在市場で流通している生成型 AI 製品は、一度訓練されたモデルを端末にデプロイしたもので、その形式はアプリケーション(例えば GPT-4 や Suno)である。RAG の場合、特定のデータがなければ、そのデータを基に新しいコンテンツを生成することはできないので、外部データの提供会社も AI サービス提供事業者として広く解釈され则认为している。

上記の内容を基礎として、以下に示す理由により、AI サービス提供事業者が侵害者とみなすことになると考えられる。

まず、著作権法は文化の発展を目的としつつ、基本的には模倣を禁じる役割を担っている。模倣を禁じることによって著作物を創作した者の権利を保護しよう

(23) Michael Chen, "What Is AI Model Training & Why Is It Important?"
<https://www.oracle.com/artificial-intelligence/ai-model-training/>
(最終閲覧日: 2025 年 1 月 14 日)

(24) Dave Bergmann, "What is fine-tuning?"
<https://www.ibm.com/topics/fine-tuning>
(最終閲覧日: 2025 年 1 月 14 日)

(25) "Retrieval Augmented Generation: Streamlining the creation of intelligent natural language processing models"
<https://ai.meta.com/blog/retrieval-augmented-generation-streamlining-the-creation-of-intelligent-natural-language-processing-models/>
(最終閲覧日: 2025 年 1 月 14 日)

(26) "What is prompt engineering?"
<https://www.ibm.com/topics/prompt-engineering>
(最終閲覧日: 2025 年 1 月 14 日)

とする。ただし、著作権法によって著作権者の権利を保護しすぎる場合、文化の発展を阻害する危険性もある。従って、著作権法の解釈及び運用においては、常に双反する2つの利益、すなわち「著作権等の権利の保護」と「文化的所産の公正な利用」の調和が図られなければならない⁽²⁷⁾。既存の著作物を侵害する場合、権利者が権利を行使する(訴訟を提起し、保全を求めるなど)際に、必ず自然人もしくは法人に対して提起する必要がある、AIを被告として訴訟を提起できない。従って、この場合、被告とすべきは、AIサービス提供事業者であり、AIサービス提供事業者はAIソフトの所有者またはシステムの管理者として責任を負うべきと考える。上記の様に考えず、仮に請求対象が存在しないとすると、著作権者の権利保護は実現されず、侵害責任を追及できなければ、公正な利用が失われてしまい、その結果、文化の発展を促進する目的も達成できなくなる。

また、著作権等の権利は著作権者の権利と著作隣接権者の権利の2つに分けられ、著作権者の権利はさらに著作者人格権と著作財産権とに分けられる。いずれにせよ、これらの権利の性質は「許諾権」であり、その利用を許可するか否かは、著作権者の自由裁量に委ねられていることから、著作権は、その利用を禁止できる権利であるといえる⁽²⁸⁾。一旦、AI生成物が他人の著作権を侵害した場合、前述のごとく、AIサービス提供事業者は侵害者とみなされるとの判断は著作権者による利用禁止権利の保証とも考えられる。そのため、一般利用者の有無にかかわらず、侵害行為はサービス提供事業者が所有するAI製品が行っていると認識することで、著作権者の許諾権と差し止め請求権の行使対象が明確になり、直接に権利行使をできる。また、AIサービス提供事業者の権限とも対応しており、AIソフトウェアを作る際に、著作権者の許諾権に基づいて適切なデータを取得し、自社のAI製品をよりよく改善することが可能になる。

さらに、AIサービス提供事業者を侵害行為の責任者とみなすことは、業界の従事者による自律的な監督にも有益である。現在、多くの生成AIを扱う大企業は、AIモデルの訓練を行うと同時に、生成AIのサービスも提供している。つまり、モデル訓練者であり、同時にAIサービス提供事業者でもある。例えば、OpenAIやMetaなどがこれにあたる。しかし、将来

的には、各業界の発展とともに生成AIが様々な分野で応用され、具体的なAIサービス提供事業者がますます増えていくは必然である。上記のウルトラマン著作権侵害事件では、モデル訓練者が公開されていなくても、AIサービス提供事業者を侵害行為の責任者とすることで、著作権侵害に対する賠償を効果的に実現できる。これにより、AIサービス提供事業者がAIソフトを合法的に開発し、サービスを提供するまえに著作権に関する技術上の欠陥を自主的に改善することが可能になるであろう。例えば、生成物の追跡：特定の技術で、最初のプロンプトの入力から最後の生成まで、生成物の各構成の出所を生成物に印をつけることをする。

しかし、将来のAIソフトが、単にストレージと計算だけでなく、「ストレージ+計算+自己訓練」の機能を持つようになると、各ユーザーが生成型AIを使用するたびにAIが自己訓練を行うようになると、その場合の生成物の直接侵害行為を実施主体は生成AIになるであろう。この場合は、たとえAIサービス提供事業者が最善を尽くしても、自己訓練型生成AIの著作権侵害行為を防ぐことができなくなった場合でも、サービス提供事業者は経済的に権利者に対して補償を行うこととなる。ただし、このような場合、故意や過失と比較して、注意義務を履行した前提であれば、AIサービス提供事業者の責任はそれほど重くないであろう。

4 AIサービス提供事業者の注意義務

前述のように、種々の生成AIの特徴により、生成AIサービス提供事業者と一般利用者の入力侵害結果を生じる際に絡み合い、因果関係の判断が難しくなるため、侵害責任主体を明確にすることが難しくなる。

本件は、責任追及の焦点を注意義務に移すことで、AIサービス提供事業者が注意義務を果たしているか否かで侵害主体とすべきかを判断してはどうかと考える。AIサービス提供事業者が注意義務を果たしていない場合、その行為と損害結果との因果関係が成立すると推定され、侵害責任を負うことになる。この場合、注意義務を果たしているか否かの判断基準は、上述した中国の裁判所の判旨にある①苦情処理メカニズムの有無、②潜在リスクを回避すべき手段の有無、③「AI生成」などの顕著な表示の有無で行ってはどうか。

一方で、生成AIの発展はまだ上昇期にあり、注意

(27) 三山裕三『著作権法詳説』732～734頁(勁草書房、第11版、2023年)

(28) 三山裕三『著作権法詳説』734～735頁(勁草書房、第11版、2023年)

義務を侵害の過失認定基準として使用することは、産業の発展にも寄与する。ここでの注意義務は、民法における善良な管理者という概念に酷似している。この概念において、AI サービス提供事業者の過失の有無を判断する際にその主観的な心理状態を探求するのではなく、社会生活の共通の必要性に基づいて共通された客観的基準を統一的に採用する⁽²⁹⁾。この基準に基づいて、AI サービス提供事業者の過失の有無を判断する際には注意義務を履行する程度とその客観的基準を比較するだけで済む。注意義務は立法または判決で明文に示されたら、AI サービス提供事業者は、事前に自らの行動で適用させることで、著作権侵害のリスクも提言できる。

中国の暫定弁法7条はサービス提供事業者に対する要求を定めている。ここでは、「合法的な出所のデータおよび基盤モデルを使用すること、知的財産に関しては他者の権利を侵害してはならないこと」を規定し、さらにサービス提供事業者に対して、訓練データの品質と信頼性を向上させるための措置を講じることを求めている。つまり、AI サービス提供事業者は生成及び使用の各段階において合法性と知的財産の保護に注意し、今後の各段階でも継続的に最適化とアップグレードを行う必要がある。

この点については、米国 COPIED 法案にも同様な規定があり、ここでは、サービス提供事業者ではなくAI 訓練者も含んで、「AI 企業が明示的な知識と同意を得ることなく、著作権で保護された作品のデジタルコンテンツを使用してAI 大規模モデルやアルゴリズムを訓練することを明確に禁止しており、もし侵害が発生した場合は賠償が必要となる⁽³⁰⁾」と表現されている。従って、より幅広い当事者を含んで損害賠償の責任を規定しており、さらに、「あらゆる商業用の生成型AI 製品は、ユーザーに対してそれがAI によって生成されたものであることを知らせなければならない⁽³¹⁾」という公衆の知る権利も規定している。AI サービス提供事業者が注意義務を履行する一方で、一般利用者が生成したコンテンツに「AI 生成」とのラベルを

付けることは、自然人による今までの作品とAI 生成作品と区別するためにも有益である。著作権制度は人間の知識成果を認める制度として存在しており、AI 生成作品にAI 生成のラベルを付けることは誤解を招くことなく、自然人がより優れた作品を創造するためにも有益である。

一方、日本においては、現行法下では、AI サービス提供事業者に対する注意義務について明文規定はないが、いくつかの政府文書で注意事項に関する考えを示している。総務省と経済産業省が共同で発表した「AI 事業者ガイドライン」で、AI システム・サービスをAI 開発者が意図している範囲で実装し、正常稼働及び適正な運用を継続し、AI 開発者に対しては、AI システムが適正に開発されるように求めるために、システム実装時の「人間の財産に配慮したリスク対策」、「適当利用に資する提供」などとシステム・サービス提供後の「適正利用に資する提供」、「関連するステークホルダーへの情報提供」などを指摘している⁽³²⁾。かつ、AI 時代の知的財産権検討会で、一定程度は有用であり、意図しない著作権侵害を回避するためには、知的財産権に配慮する技術を採用し、透明性を重視・表明する生成AI を使用したり、AI 生成物を利用する前に、一般に利用できる類似画像検索ツール等を利用したりすることをAI 利用者が希望する場合には、これを行うことができるように十分に情報提供し、技術対応をすることがAI 開発者やAI 提供者には望まれる。また、意見募集で、AI 開発者やAI 提供者に対し、知的財産権を侵害するおそれのあるデータやコンテンツの入出力を制限するべきであるとの意見⁽³³⁾が列挙している。

一方、現段階では、大手の各AI 企業が対外的にサービスを提供する際に、利用規約に自社免責の規定を明記している。例えば、OpenAI はその利用規約の中で、第三者による利用に関する条項やコンテンツの所有権に関する条項を定めており、そこでは、「第三者サービスの条項」において、「当社の本サービスには、第三者のソフトウェア、製品、又はサービス(以下「第三者サービス」といいます)が含まれる場合があります、当

(29) AI サービス提供事業者らの注意義務が準委任契約でIT ベンダーが負う義務に近いと考えている。
(準委任契約：IT ベンダーは委任業務を処理し報告書を提出する。完成物が明確になっていない。)

(30) 前掲注(9)11頁～12頁

(31) 前掲注(9)9頁

(32) 経済産業省編「AI 事業者ガイドライン(第1.0版)」31頁～33頁
https://www.meti.go.jp/shingikai/mono_info_service/ai_shakai_jisso/pdf/20240419_1.pdf
(最終閲覧日：2025年1月14日)

(33) 内閣府知的財産戦略本部編「AI時代の知的財産権検討会中間とりまとめ(案)」(第7回)38頁
https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/ai_kentoukai/gijisidai/dai7/siryoul.pdf
(最終閲覧日：2025年1月14日)

社の閲覧機能など、当社のサービスの一部には、これらのサービスからのアウトプット(以下「第三者アウトプット」といいます)が含まれる場合があります。第三者サービス及び第三者アウトプットには、それぞれ独自の条件が適用され、当社はそれらについて責任を負いません。⁽³⁴⁾と規定している。つまり、外部の第三者が OpenAI の製品を利用して生成した者に対して、OpenAI は一切の責任を負わないということである。当然、著作権侵害の責任も含んでいると考える。さらには、「コンテンツの所有権」の条項において、「本コンテンツの所有権限 お客様と OpenAI の間において、適用法令で認められる範囲で、お客様は、(a)インプットの所有権限は保持し、(b)アウトプットについての権利を有するものとします。当社はアウトプットに関する権利、権原、及び利益がある場合、これらすべての権限をお客様に譲渡します。⁽³⁵⁾」という規定をしている。つまり、OpenAI が出力した生成物のすべての権利は一般利用者に帰属し、そのため AI 生成物が原因で法的にトラブルが生じたとしても、OpenAI は一切の責任を負わないということである。従って、AI 生成物が原因で著作権侵害が発生した場合も OpenAI とは無関係となる。

同様に、画像生成 AI の大手である Midjourney の利用規則では、ほとんどの場合、一般利用者は Midjourney で生成された画像の所有権を持つことになっている。そして、例外的に、ユーザーが年収 100 万ドルを超える企業の従業員である場合、そのユーザーは「Pro」または「Mega」プランに加入しなければ、これらの画像の所有権を持つことができないとの規約になっている。また、これらの画像の所有権を持つと同時に、ユーザーは永久的、全世界的、非独占的、サブライセンス可能な、無償で、撤回不可能な著作権許諾を受ける。この利用者の許諾により、サービスに投入したテキストや画像の提示、及びサービスを通じて生成されたすべての資産を複製、派生作品の作成、公開展示、公開パフォーマンス、サブライセンス、配布することができる。この許諾は、契約がいずれかの当事者によって終了された後も有効である⁽³⁶⁾。つまり、生成された画像の権利がすべて一般ユーザーに帰属するだけでなく、生成画像に関する法的な責任も永久に

一般ユーザーに帰属するということである。

しかし、これだけでは絶対に免責されることを意味するわけではないと考えられる。生成物の出所を追跡できるようになった場合、ChatGPT などの AI サービス提供事業者は、注意義務を証明することに加え、出所を追跡できる状況であれば、AI サービス提供事業者として、責任を免れることができるが、AI モデルを提供者として、必ずしも免責されるとは限らない。

つまり、注意義務を履行する上で、生成物の源を追跡できる場合に、以下の状況①～③の場合は AI サービス提供事業者の侵害を避ける可能性があると考えられる。

状況①一般利用者は、任意のプロンプトを入力した際に得られる生成物に関して、著作権侵害の問題が発生した場合、AI サービス提供事業者は、生成物の源が自分でないことを証明し、かつ合理的な注意を払っていた場合、責任を免れることができる。依拠性がないこと判断できるなら、一般利用者の責任も問わないと考えている。

状況②一般利用者が入力したプロンプトが既存の著作物の名前、または既存の著作物を明らかに指す場合、AI サービス提供事業者は生成物の源の証明かつ注意義務を払っていた場合、責任を問わないと考えている。しかし、一般利用者には責任を問われるリスクがある。

状況③一般利用者が入力したプロンプトが既存の著作物の特徴だけ、具体的な著作物を明示していない場合、AI サービス提供事業者は、生成物の源の証明をし、かつ注意義務を果たした場合、責任を免れると考えている。

5 おわりに

現在、各国は生成 AI に関する立法を進めている。中国だけでなく、欧州 AI 法やアメリカの COPIED 法案も、AI サービス提供事業者に対する注意義務の要求と侵害の賠償に焦点を当てている。結果主義の観点から考えると、AI モデルの開発者とサービス提供事業者が分離され、サービス提供事業者がサービスを提供するのは業界の常態である。このような状況で、もしサービス提供事業者が生成行為を物理的に実施していないために著作権侵害責任を負わない場合、大量

(34) 「利用規約」<https://openai.com/ja-JP/policies/terms-of-use/>
(最終閲覧日：2024 年 10 月 19 日)

(35) 前掲注(34)

(36) 「Terms of Service」

<https://docs.midjourney.com/docs/terms-of-service>
(最終閲覧日：2024 年 10 月 19 日)

の著作権侵害行為が追及されず、または追及のコストが非常に高くなることが避けられない。社会の分業が細分化されるにつれて、生成 AI は必然的に各業界において活用される。その際、特定の業界に適用する AI ソフトを開発する場合には、AI サービス提供事業者は業界のニーズを考慮するだけでなく、著作権侵害のリスク管理も適切に行う必要がある。しかし、生成 AI の発展の趨勢はとどまるところを知らず、注意義務にも限界がある。

シアリス®錠の立体商標登録は 後発医薬品の外観にどれ程影響したのか

曾我 諒^(*)・加藤 浩^(**)

現在日本では、錠剤薬の形状を立体商標として登録することができる。錠剤薬の立体商標登録の影響によって先発医薬品と後発医薬品との間で外観がどれ程異なるかは不明であるが、色や形状が異なるのであれば患者の服薬アドヒアランスへの影響が懸念される。そこで、タダラフィル製剤の先発医薬品(アドシルカ®錠, ザルティア®錠, およびシアリス®錠)とそれぞれの後発医薬品との間で外観を比較して、シアリス®錠の立体商標登録によって生じた後発医薬品の外観への影響を調査した。その結果、シアリス®錠の立体商標登録が後発医薬品の色、および標章に影響した可能性は低いと考えられることが判明した。その一方、シアリス®錠の立体商標登録が後発医薬品の形状に影響した可能性は後発医薬品ごとに異なるが、キョーリンリメディオの後発医薬品、およびあすか製薬の後発医薬品の形状に影響した可能性は高いと考えられることが判明した。

- I. はじめに
- II. タダラフィル製剤の先発医薬品の概要
- III. シアリス®錠の立体商標の概要
- IV. タダラフィル製剤の後発医薬品の外観
- V. 後発医薬品の開発の方向性
- VI. キョーリンリメディオのタダラフィル製剤に関する考察
 - 1. キョーリンリメディオのタダラフィル製剤の開発方針に関する考察
 - 2. タダラフィル錠 CI「杏林」に割線が付された理由に関する考察
- VII. あすか製薬のタダラフィル製剤に関する考察
 - 1. タダラフィル錠 ZA「あすか」の開発方針に関する考察
 - 2. タダラフィル錠 CI「あすか」の開発方針に関する考察
 - 3. タダラフィル錠 CI「あすか」の形状が円形となった理由に関する考察

- VIII. シアリス®錠の立体商標登録によって生じた後発医薬品の外観への影響に関する考察
 - 1. 色への影響に関する考察
 - 2. 形状への影響に関する考察
 - 3. 標章への影響に関する考察
- IX. 結びに代えて

I. はじめに

現在日本では、錠剤薬(以下、「錠剤薬」または「錠剤」と記す)を立体商標として登録することができる^{(1) (2)}。錠剤薬の立体商標登録は偽造医薬品の輸入差止に役立つとされている^{(3) (4)}ことから、偽造医薬品対策において重要な役割を果たすと考えられる。だが、錠剤薬の立体商標登録の影響によって、先発医薬品⁽⁵⁾と後発医薬品⁽⁶⁾との間で外観が異なってしまうのならば、患者への影響が懸念される。何故なら先

(*) 日本大学大学院法学研究科私法学専攻博士後期課程在学, 日本大学法学部国際知的財産研究所 研究員

(**) 日本大学法学部教授

(1) 曾我諒「錠剤薬の立体商標に関する考察—錠剤薬の表面の標章に着目して—」日本大学大学院法学研究年報第 53 号 (2024) pp.165-235。

(2) 曾我諒, 加藤浩「錠剤薬の立体商標の色彩に関する考察」日本大学知財ジャーナル Vol.17 (2024) pp.93-119。

(3) 池田哲也「日本における企業のカウンターフィット薬(偽造医薬品)対策」ファルマシア Vol.46 No.4 (2010) pp.333-338。掲載時池田はファイザー(株)セキュリティ・オフィス部部长であった。

(4) 田淵敦「偽造医薬品の現状と対策」知財管理 Vol.64No.1 (2014) pp.21-31。掲載時田淵は日本イーライリリー株式会社法務部長であった。

(5) 新薬のことである。

(6) 「ジェネリック医薬品」とも記される。薬剤学編集委員会「特集号「小児製剤」用語解説」薬剤学 Vol.75 No.1 (2015) p.54 では、「ジェネリック医薬品とは、先発医薬品(新薬)の独占的販売期間(特許期間及び有効性・安全性を検証する再審査期間)が終了した後に発売される、先発医薬品と同じ有効成分で効能・効果、用法・用量が原則同一であり、先発医薬品に比べて低価格な医薬品である。」と記されている。ただし、古澤康秀監修「医薬品開発入門」(じほう, 第 4 版, 2022)の p.221 では、「後発医薬品(ジェネリック医薬品)は、先発医薬品と同じ有効成分を含有している医薬品であるが、原薬の製造、添加物、製法等は先発医薬品とは通常は異なる。ただし、後発医薬品のうちオーソライズド・ジェネリック医薬品とよばれるものは、先発品の製造販売業者から許諾を得て製造したものであるため、原薬、添加物及び製法等が先発品と同一である。」と記されている。オーソライズド・ジェネリックに関しては後掲註(34)を参照。

発医薬品とは異なる外観の後発医薬品への切り替えには、患者の服薬アドヒアランス⁽⁷⁾⁽⁸⁾が低下するおそれがあるためである⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾。実際、色や形状が先発医薬品とは異なる後発医薬品への切り替えによって服薬アドヒアランスが低下したことを示す報告⁽¹¹⁾⁽¹²⁾が存在する⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾。

錠剤は医薬品の中で最も生産金額の高い剤形⁽¹⁵⁾(表1)、かつ、最も生産品目数の多い剤形(表2)である。このため、錠剤薬の立体商標登録によって生じる医療への影響は、決して小さくないと考えられる。特に、

後発医薬品への影響は大きいと考えられる⁽¹⁶⁾。それにもかかわらず、錠剤薬の立体商標登録の影響によって先発医薬品と後発医薬品との間で外観がどの程度異なるかは、関連する文献が見当たらないため不明である。

そこで、今回はシアリス®錠の立体商標登録によって生じた後発医薬品の外観への影響を調査することにした。調査は、2024年9月16日に医薬品医療機器総合機構HP内の「医療用医薬品 添付文書等情報検索」⁽¹⁷⁾

-
- (7) 日本薬学会編「薬学用語辞典」(東京化学同人, 2012) p.8の「アドヒアランス」の項目では、「患者が主体となって、服薬の意義を理解し自分の意志で(能動的に)服薬を守ること、自分自身の医療に自分で責任をもって治療法を守るという考え方である。」と記されている。
- (8) 患者が服薬を守ることが指す用語には、コンプライアンスが存在する。日本薬学会編「薬学用語辞典」(東京化学同人, 2012) p.164の「コンプライアンス」の項目では、「一般には法律や命令に従うことを意味し、医療現場においては指示された用法・用量どおりに正しく服用することをさす。何らかの理由で用法・用量どおりに服用できていない場合、ノンコンプライアンス(服薬不履行)という。医療現場では一般に患者が医療従事者の指示に従うという概念で使用されるが、ノンコンプライアンスの最大の原因は患者自身の治療への参加意識の低下に基づく「飲み忘れ」であるため、遵守させることより治療への執着心をもたせる意味で近年ではアドヒアランスを用いている。」と記されている。
- (9) 徳永雄二「ジェネリック視点からの製剤開発」ファルマシア Vol.52 No.5(2016) p.420では、「ジェネリック製剤は、患者のアドヒアランス(コンプライアンス)を考慮して剤形や外観を先発医薬品と同じにすることもできる」と記されている。掲載時徳永は沢井製薬(株)研究開発本部副本部長、製剤研究部長であった。製剤に関しては後掲註(21)を参照。
- (10) 竹内洋文監修「医薬品製剤化方略と新技術(普及版)」(シーエムシー出版, 2014) p.23[高橋嘉輝]では、「ジェネリック医薬品の開発には、患者のコンプライアンスを考慮して剤型や外観を先発製剤と合わせることができると、また製剤工夫により付加価値製剤とすることもできるのが特長である。」と記されている。同書と同一内容の竹内洋文監修「医薬品製剤化方略と新技術」(シーエムシー出版, 2007)が刊行された2007年当時高橋は沢井製薬(株)研究開発本部 取締役 研究管掌 製剤研究部長であった。
- (11) その一つに Aaron S.Kesselheim, Alexander S.Misono, William H.Shrank, Jeremy A.Greene, Michael Doherty, Jerry Avorn, Niteesh K.Choudhry, Variations in Pill Appearance of Antiepileptic Drugs and the Risk of Nonadherence, JAMA Intern Med Vol.173 No.3 (2013) pp.202-208 がある。同論文は、抗てんかん薬の外観の変化と服薬アドヒアランスの関係を調査したものである。同論文によると、錠剤薬の色の変化、および形状の変化によって服薬ノンアドヒアランスのリスクが上昇するという。ただし、p.202では、“Conclusions: Changes in pill color significantly increase the odds of nonpersistence; this may have important clinical implications. Our study supports a reconsideration of current regulatory policy that permits wide variation in the appearance of bioequivalent drugs.”と記されている。これは、錠剤薬の形状の変化によって生じる服薬ノンアドヒアランスのリスクの増加が有意ではなかったことによる。
- (12) 先発医薬品とは異なる外観の後発医薬品への切り替えが服薬中断リスクに否定的な影響を及ぼさなかったことを示す報告も存在する。それは、Francesco Trotta, Roberto Da Cas, Marina Maggini, Mariangela Rossi, Giuseppe Traversa, Generic substitution of antidiabetic drugs in the elderly does not affect adherence, Ann Ist Super Sanità Vol.50 No.4(2014) pp.333-340 である。同論文は、糖尿病薬の外観の変化と高齢患者の服薬アドヒアランスの関係を調査したものである。p.333の“Conclusions.”では、“In elderly patients treated with antidiabetics, the substitution between branded and unbranded products (as well as between generics) of the same substance, did not negatively affect adherence.”と記されている。p.337では、“The possibility that variation in packaging and pill appearance may affect adherence is a reason for concern. For instance, Kesselheim and colleagues [17] showed, in a recent article, that changes in pill colors and shapes increased the risk of non-adherence among epileptic patients. If this effect were confirmed, substituting patented originators with generic alternatives, as well as switching between different generics may carry a risk for patients' outcome, especially in case of chronic diseases. Our study does not support this concern. In the entire elderly population of patients who received antidiabetics in the Umbria Region, the substitution between branded and unbranded product, as well as between generics, did not negatively affect adherence.”と記されている。引用文中の[17]は Kesselheim AS 他・前掲註(11)を指す。
- (13) 高橋 育、玉木啓文、佐藤宏樹、澤田康文「患者・医師・薬剤師のジェネリック医薬品の外観に対する認識の違い」医薬品情報学 Vol.19 No.2 (2017) p.48。Kesselheim AS 他・前掲註(11)、および Aaron S.Kesselheim, Katsiaryna Bykov, Jerry Avorn, Angela Tong, Michael Doherty, Niteesh K. Choudhry, Burden of Changes in Pill Appearance for Patients Receiving Generic Cardiovascular Medications After Myocardial Infarction, Ann Intern Med Vol.161 No.2 (2014) pp.96-103 を引用したうえで高橋らは「米国で行われた研究では、形状や色の異なる錠剤への変更により服薬中断リスクが上昇することが報告されている。」と述べている。また、Trotta F 他・前掲註(12)に関して、「イタリアの糖尿病用薬を服用している高齢患者を対象に行われた研究において、先発医薬品から後発医薬品(あるいは後発医薬品間)の変更が服薬アドヒアランスに否定的な影響を及ぼさなかった」と述べている。
- (14) 村田実希郎「先発医薬品と外観が異なる後発医薬品への変更により服薬順守率は下がるか」ファルマシア Vol.50 No.2(2014) p.169。同文献は Kesselheim AS 他・前掲註(11)を紹介するものである。色の変化に関して「色の不一致は、ケースでは136人(1.20%)、コントロールでは480人(0.97%)に見られた。調整オッズ比は1.27(95%信頼区間1.04~1.55)であり、リスク上昇は有意であった。てんかんと診断された患者が対象のサブグループ解析では、色の不一致はケースでは45人(1.74%)、コントロールでは133人(1.16%)に見られた。調整オッズ比は1.53(1.07~2.18)であり、同様の結果となった。」と記されている。形状の変化に関して「形状の不一致は、ケースでは18人(0.16%)、コントロールでは54人(0.11%)に見られた。オッズ比は1.47(0.85~2.54)となり、リスク上昇の傾向が見られた。てんかんと診断されていた患者の解析でも、調整オッズ比は3.15(0.82~12.1)となり、同様にリスク上昇の傾向が見られた。」と記されている。また、Kesselheim AS 他・前掲註(11)は山本吉章「ハイリスク薬の服薬ノンアドヒアランス! 薬剤師介入の具体的な道筋! —⑤ 抗てんかん薬」薬局 Vol.68 No.10(2017) pp.82-85 においても引用されている。山本はp.82において「近年、医療費削減の観点からジェネリック医薬品への切り替えが推奨されているが、ジェネリック医薬品の外見や形状は先発医薬品と異なるため、服薬アドヒアランスが低下する。」と述べている。
- (15) 「剤型」とも記されるが、本稿では「剤形」と記す。日本薬学会編「薬学用語辞典」(東京化学同人, 2012) p.166の「剤形」の項目では、「医薬品を治療の目的や投与経路に応じて適切な形に製した投与形態、すなわち医薬品の最終的な形」と記されている。
- (16) 曾我・前掲註(1) pp.170-173。
- (17) 医薬品医療機器総合機構「医療用医薬品 添付文書等情報検索」(<https://www.pmda.go.jp/PmdaSearch/iyakuSearch/>)。

表 1 医薬品剤形分類別生産金額(2013 年～ 2022 年)

(単位: 百万円)

剤形分類	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
総数	6,894,014	6,589,762	6,820,413	6,623,860	6,721,317	6,907,722	精査中	精査中	精査中	9,819,912
散剤・顆粒剤等	389,397	371,010	382,505	386,409	366,201	356,305	精査中	精査中	精査中	367,584
錠剤	3,497,293	3,234,652	3,230,842	3,049,389	3,043,763	3,085,101	精査中	精査中	精査中	4,407,551
丸剤	14,248	14,618	14,952	15,390	15,456	13,800	17,904	14,183	11,401	12,926
カプセル剤	426,207	409,149	442,634	425,401	426,239	454,054	精査中	精査中	精査中	735,339
内用液剤	165,355	171,200	165,346	161,967	146,566	150,522	精査中	精査中	精査中	190,212
注射液剤	351,452	345,097	390,366	469,191	527,534	638,188	精査中	精査中	精査中	1,309,239
粉末注射剤	253,298	268,894	245,996	222,609	239,178	239,005	精査中	精査中	精査中	334,642
外用液剤	331,027	357,631	459,913	449,993	415,194	441,025	精査中	精査中	精査中	458,874
エアゾール剤	12,775	14,069	16,781	17,390	25,951	27,889	34,597	25,612	23,308	24,563
軟膏・クリーム剤	160,850	158,268	170,963	157,055	157,421	165,763	180,678	189,857	196,813	189,660
坐剤	18,793	13,541	12,577	12,453	12,178	9,664	13,033	13,610	12,354	13,139
硬膏剤・パップ剤・バスタ剤	214,196	210,838	219,583	216,591	223,245	204,357	207,710	198,052	200,405	205,938
その他	1,059,124	1,020,795	1,067,955	1,040,023	1,122,390	1,122,048	精査中	精査中	精査中	1,570,244

厚生労働省「薬事工業生産動態統計年報」(統計表)の「医薬品剤型分類別生産・輸入・出荷・在庫金額」(2024 年 10 月 28 日時点)をもとに筆者が作成した。

(注 1) 2019 年、2020 年および 2021 年の数値は、精査のため一部を除き掲載が中止されていた。

(注 2) 2022 年の数値は、精査のため掲載が一時中止されていた。その後 2024 年 9 月 30 日に再掲載された。

(注 3) 数値の公表後に訂正が行われる場合が存在する。

訂正に関して、厚生労働省「調査の結果(正誤情報)」(<https://www.mhlw.go.jp/toukei/list/105-1-seigo.html>)を参照。

(注 4) 2019 年から薬事工業生産動態統計調査の調査方法が変更されている。

詳細は「薬事工業生産動態統計調査の調査方法の変更について(通知)」

(平成 30 年 4 月 10 日付け医政経発 0410 第 1 号厚生労働省医政局経済課長通知)に記されている。

表 2 医薬品剤形分類別生産品目数(2013 年～ 2022 年)

剤形分類	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
総数	26,691	27,057	26,684	27,092	26,791	26,666	精査中	精査中	精査中	32,911
散剤・顆粒剤等	3,913	3,796	3,716	3,806	3,659	3,589	精査中	精査中	精査中	4,311
錠剤	7,640	8,137	8,269	8,326	8,601	8,733	精査中	精査中	精査中	10,984
丸剤	356	328	291	303	292	305	386	384	378	369
カプセル剤	1,337	1,323	1,283	1,186	1,165	1,109	精査中	精査中	精査中	1,373
内用液剤	1,380	1,350	1,305	1,289	1,219	1,187	精査中	精査中	精査中	1,564
注射液剤	2,141	2,149	2,205	2,182	2,068	2,020	精査中	精査中	精査中	2,564
粉末注射剤	736	760	751	758	728	761	精査中	精査中	精査中	943
外用液剤	1,981	2,019	2,039	2,102	2,090	2,106	精査中	精査中	精査中	2,636
エアゾール剤	70	79	86	92	94	83	108	116	110	111
軟膏・クリーム剤	1,024	1,057	1,057	1,142	1,119	1,119	1,404	1,413	1,417	1,453
坐剤	203	213	215	217	192	193	243	247	237	232
硬膏剤・パップ剤・バスタ剤	682	677	703	817	809	808	939	1,011	1,004	1,025
その他	5,228	5,169	4,764	4,872	4,755	4,653	精査中	精査中	精査中	5,346

厚生労働省「薬事工業生産動態統計年報」(統計表)の「医薬品剤型分類別生産・輸入・出荷・在庫金額」(2024 年 10 月 28 日時点)をもとに筆者が作成した。

(注 1) 2019 年、2020 年および 2021 年の数値は、精査のため一部を除き掲載が中止されていた。

(注 2) 2022 年の数値は、精査のため掲載が一時中止されていた。その後 2024 年 9 月 30 日に再掲載された。

(注 3) 数値の公表後に訂正が行われる場合が存在する。

訂正に関して、厚生労働省「調査の結果(正誤情報)」(<https://www.mhlw.go.jp/toukei/list/105-1-seigo.html>)を参照。

(注 4) 2019 年から薬事工業生産動態統計調査の調査方法が変更されている。

詳細は「薬事工業生産動態統計調査の調査方法の変更について(通知)」

(平成 30 年 4 月 10 日付け医政経発 0410 第 1 号厚生労働省医政局経済課長通知)に記されている。

から入手した医療用医薬品添付文書⁽¹⁸⁾（以下、「添付文書」と記す）、および医薬品インタビューフォーム⁽¹⁹⁾（以下、「医薬品インタビューフォーム」、または「インタビューフォーム」と記す）の記載に基づいて先発医薬品と後発医薬品の外観を比較することによって行った。調査対象となる医薬品は、割線の無いティアドロップ形⁽²⁰⁾からなるタダラフィル製剤⁽²¹⁾（タダラフィルを有効成分とする医薬品）の先発医薬品（アドシルカ[®]錠、ザルティア[®]錠、およびシアリス[®]錠）、およびそれぞれの後発医薬品とした。

なお、本稿の研究は、日本知財学会第21回年次学術研究発表会で発表した研究を発展させたものである。このため、本稿の内容は、曾我諒「立体商標登録を受けた錠剤薬の後発医薬品に関する研究—シアリス[®]錠の後発医薬品の事例—」⁽²²⁾（以下、「予稿」と記す）と重複していることをここで断っておく。

Ⅱ．タダラフィル製剤の先発医薬品の概要

タダラフィル製剤の先発医薬品はアドシルカ[®]錠、ザルティア[®]錠、およびシアリス[®]錠である。それぞれタダラフィルを有効成分とするフィルムコーティング錠⁽²³⁾であるが、適応症が異なる。

いずれも日本新薬（製造販売元）によって製造および販売が行われている。かつては日本イーライリリーが製造販売元であったが、日本新薬に製造販売承認が承継された⁽²⁴⁾。

アドシルカ[®]錠の性状は図1、ザルティア[®]錠の性状は図2、シアリス[®]錠の性状は図3の通りである。

2024年9月16日時点では、タダラフィル製剤の先発医薬品の外観に係る知的財産は商標登録第5144440号（「アドシルカ」（標準文字））、および商標登録第5172274号（シアリス[®]錠の立体商標）しか見当たらなかった。権利者はいずれもイーライリリーアンドカンパニーである。

図1 アドシルカ[®]錠の性状

3.2 製剤の性状

販売名	アドシルカ錠20mg		
性状・剤形	赤褐色のフィルムコート錠		
外形	表面	裏面	側面
			
寸法・重量	長径：約12.3mm 短径：約7.6mm 厚さ：約5.0mm 重量：約0.36g		

出典 日本新薬「アドシルカ[®]錠 20mg 添付文書」第4版（2024年5月改訂）

- (18) 医薬品添付文書は、薬機法に基づいて、製薬企業によって作成され製品に添付される医薬品の説明文書である。当該医薬品の適正使用のために必要とされる基本的な情報を提供する。さまざまな医薬品情報源の中で唯一法的根拠をもつ公的文書である。医薬品添付文書は、一般生活者向けの一般用医薬品添付文書、および医療関係者向けの医療用医薬品添付文書の2種類に分けられる。一般用医薬品添付文書と医療用医薬品添付文書とは記載内容が異なる。この医薬品添付文書の説明は、日本薬学会「薬学用語辞典」（東京化学同人、2012）p.36の「医薬品添付文書」の項目を参考にして記した。
- (19) 日本薬学会編「薬学用語辞典」（東京化学同人、2012）p.35の「医薬品インタビューフォーム」の項目では、「医薬品添付文書などの情報を補完し、薬剤師などの医療従事者が医薬品を取扱ううえで必要な、医薬品の品質管理のための情報、処方設計のための情報、調剤のための情報、医薬品の適正使用のための情報、薬学的な患者ケアのための情報などが集約された総合的な個別の医薬品解説書である。記載要領を日本病院薬剤師会が策定し、製薬企業に作成および提供を依頼している学術資料である。」と記されている。
- (20) シアリス[®]錠、アドシルカ[®]錠、およびザルティア[®]錠の形状に関する表現は複数存在する。ザルティア[®]錠の後発医薬品の形状をティアドロップ形と表現している製薬企業が複数存在することから、本稿ではシアリス[®]錠、アドシルカ[®]錠、およびザルティア[®]錠の形状をティアドロップ形と表現する。
- (21) 日本薬学会編「薬学用語辞典」（東京化学同人、2012）p.230の「製剤」の項目では、「医薬品（活性成分）を人に投与するために、その最終的な形をつくること、また、できた薬の形（剤形）のこと。」と記されている。
- (22) 曾我諒「立体商標登録を受けた錠剤薬の後発医薬品に関する研究—シアリス[®]錠の後発医薬品の事例—」『日本知財学会第21回年次学術研究発表会予稿集』（2023）。なお、予稿は2023年7月14日に入手した添付文書に基づくものである。2023年7月14日に入手した添付文書がシアリス[®]錠およびその後発医薬品のもののみであったことから、添付文書およびインタビューフォームを改めて入手した。2023年7月14日から2024年9月16日までの期間において、添付文書の改訂が行われている。だが、錠剤薬の外観の変更が行われたものは存在しない。
- (23) 本稿において登場する錠剤の形態はフィルムコーティング錠（フィルムコート錠）、素錠、および口腔内崩壊錠である。それぞれに関してここで説明を行う。素錠とは医薬品粉末をそのままあるいは造粒した後、圧縮成形して得られた錠剤である。フィルムコーティング錠（フィルムコート錠）とは素錠の表面を水または有機溶媒に高分子被膜剤を溶かしたもので覆うことによって被膜が形成された錠剤のことである。口腔内崩壊錠とは口腔内で少量の水、あるいは、水なしでも速やかに崩壊する内用の錠剤のことである。口腔内崩壊錠はorally disintegrating tabletsと英訳されることから、OD錠とも表記される。これらの説明は、日本薬学会「薬学用語辞典」（東京化学同人、2012）p.144の「口腔内崩壊錠」の項目、p.160の「コーティング」の項目、p.204の「錠剤」の項目、薬科学大辞典編集委員会編『廣川薬科学大辞典』（廣川書店、第5版、2013）p.580の「コーティング」および「コーティング錠」の項目、p.609の「削皮」の項目、p.751の「錠剤」の項目、p.916の「素錠」の項目、p.1315の「フィルムコーティング」および「フィルムコーティング錠」の項目を参考にして記した。
- (24) 日本新薬「アドシルカ[®]錠 20mg 医薬品インタビューフォーム」第14版（2024年5月改訂）、日本新薬「ザルティア[®]錠 2.5mg ザルティア[®]錠 5mg 医薬品インタビューフォーム」第9版（2024年5月改訂）、および日本新薬「シアリス[®]錠 5mg シアリス[®]錠 10mg シアリス[®]錠 20mg 医薬品インタビューフォーム」第13版（2024年5月改訂）を参照。

図2 ギルティア®錠の性状

3.2 製剤の性状

販売名		ギルティア錠2.5mg	ギルティア錠5mg
性状・剤形		淡橙黄色のフィルムコート錠	白色のフィルムコート錠
外形	表面		
	裏面		
	側面		
寸法・重量		長径：約8.7mm 短径：約5.4mm 厚さ：約3.5mm 重量：約0.13g	長径：約9.7mm 短径：約6.0mm 厚さ：約4.0mm 重量：約0.18g
識別コード		2	52

出典 日本新薬「ギルティア®錠 2.5mg ギルティア®錠 5mg 添付文書」第3版(2024年5月改訂)

図3 シアリス®錠の性状

3.2 製剤の性状

販売名		シアリス錠5mg	シアリス錠10mg	シアリス錠20mg
性状・剤形		くすんだ黄色のフィルムコート錠		
外形	表面			
	裏面			
	側面			
寸法・重量		長径：約9.7mm 短径：約6.0mm 厚さ：約4.0mm 重量：約0.18g	長径：約11.0mm 短径：約6.8mm 厚さ：約4.5mm 重量：約0.26g	長径：約12.3mm 短径：約7.6mm 厚さ：約5.0mm 重量：約0.36g
識別コード		5	10	20

出典 日本新薬「シアリス®錠 5mg シアリス®錠 10mg シアリス®錠 20mg 添付文書」第3版(2024年5月改訂)

Ⅲ. シアリス®錠の立体商標の概要

シアリス®錠の立体商標は、2006年6月19日に出願(商願2006-056696)された後、2008年10月10日に商標登録第5172274号として登録されたものである。登録までの経緯は別稿⁽²⁵⁾を参照。2024年9月16日時点において登録は存続していた。

欧州連合では、シアリス®錠の外観に係る登録商標⁽²⁶⁾、および登録意匠⁽²⁷⁾が複数存在していたが、日本では商標登録第5172274号しか見当たらなかった。

商願2006-056696早期審理に関する事情説明書には、「本願商標が使用されているのは、商品「シアリス」中の20mg錠のみである」と記されている⁽²⁸⁾。このため商標登録第5172274号は、シアリス®錠20mgの立体商標であるといえる。ただし、商標登録第5172274号の商標公報に付されている画像は、シアリス®錠20mgの「C20」の標章が付された面のもの1点のみである(図4)。

図4 商標登録第5172274号



商標登録第5172274号の登録目的に後発医薬品対策が含まれるか否かは、文献が見当たらないため不明である。

だが、シアリス®錠の偽造医薬品による健康被害が発生⁽²⁹⁾したほど偽造医薬品の流通が深刻であること、商願2006-056696早期審理に関する事情説明書の「本願商標に係る「勃起不全治療剤」の偽造品を放置することによって、本願商標に化体した請求人の業務上の信用の毀損及び国民の生命・健康被害の増大が懸念される状況にあるから、公益私益双方の観点からも、請求人の商標の速やかな登録と、その迅速的確な権利行使を可能とすべきである。」などの記述⁽³⁰⁾、および税関の輸入差止申立への利用⁽³¹⁾から、商標登録第5172274号の登録目的に偽造医薬品対策が含まれていることが

(25) 曾我他・前掲註(2)pp.104-106。

(26) trademark number:006121057 など。

(27) design number:000124284-0002 など。

(28) 商願2006-056696早期審理に関する事情説明書(2008年8月25日提出)。

(29) 出雲博子、比良野圭太、中川朋子、門伝昌己、百瀬葉子、衛藤光、根本憲一「偽造シアリス®(タダラフィル)により重篤な低血糖症を来した一例」糖尿病54巻12号(2011)pp.906-909、医薬品セキュリティ研究会・後掲註(33)p.58、および田淵・前掲註(4)pp.23-24を参照。

(30) 商願2006-056696早期審理に関する事情説明書・前掲註(28)。

(31) 税関「商標権：勃起不全治療薬(シアリス錠)」(https://www.customs.go.jp/mizugiwa_search/chiteki/syohyoken/1000-1313.htm) (2024年9月16日参照)。

うかがえる⁽³²⁾ ⁽³³⁾。

Ⅳ. タダラフィル製剤の後発医薬品の外観

紙幅の都合によりすべてのタダラフィル製剤の後発医薬品の画像を掲載することはできなかった。そこで、アドシルカ®錠およびその後発医薬品の外観を表3に、ザルティア®錠およびその後発医薬品の外観を表4に、シアリス®錠およびその後発医薬品の外観を表5にそれぞれまとめた。

標章に関する補足説明を以下に記す。
アドシルカ®錠の後発医薬品には、アドシルカ®錠に付された標章に似た標章が付されたものは存在しなかった。
タダラフィル錠ZA「シオエ」（タダラフィル錠2.5mgZA「シオエ」、およびタダラフィル錠5mgZA「シオエ」の総称。以下、ザルティア®錠の後発医薬品のフィルムコーティング錠であるタダラフィル錠2.5mgZA「屋号」、およびタダラフィル錠5mgZA「屋号」の総称をタダラフィル錠ZA「屋号」と記す。）にはザルティア®錠に付されている標章と同じものが付さ

れている。これは、タダラフィル錠ZA「シオエ」がオーソライズド・ジェネリック⁽³⁴⁾であることによる⁽³⁵⁾。
シアリス®錠の後発医薬品には、シアリス®錠に付された標章に似た標章が付されたものは存在しなかった。

図5 タダラフィル錠ZA「シオエ」の性状

3.2 製剤の性状

販売名		タダラフィル錠2.5mgZA「シオエ」	タダラフィル錠5mgZA「シオエ」
性状・剤形		淡橙黄色のフィルムコート錠	白色のフィルムコート錠
外形	表面		
	裏面		
	側面		
寸法・重量		長径：約8.7mm 短径：約5.4mm 厚さ：約3.5mm 重量：約0.13g	長径：約9.7mm 短径：約6.0mm 厚さ：約4.0mm 重量：約0.18g
識別コード		Z	5Z

出典 シオエ製薬、日本新薬「タダラフィル錠2.5mgZA「シオエ」」タダラフィル錠5mgZA「シオエ」添付文書」第3版(2024年5月改訂)

表3 アドシルカ®錠およびその後発医薬品の外観

先発医薬品					
	剤形	色	全体形状	割線	標章
アドシルカ®錠	フィルムコーティング錠	赤褐色	ティアドロップ形	無	「アドシルカ 20」
後発医薬品					
屋号	剤形	色	全体形状	割線	標章
「杏林」 ^(*)	フィルムコーティング錠	赤褐色	ティアドロップ形	無	「KRM240」, 「20」
「サワイ」	フィルムコーティング錠	うすい赤褐色	円形	無	「タダラフィル 20AD サワイ」
「JG」 ^(*)	フィルムコーティング錠	赤褐色	ティアドロップ形	無	「JGN73」, 「20」
「TE」	素錠	うすい赤褐色	円形	無	「AD タダラフィル 20TE」

(*) 「杏林」の製造販売元のキョーリンリメディオ、および「JG」の製造販売元の日本ジェネリックが共同開発を行った。
キョーリンリメディオ、共創未来ファーマ「タダラフィル錠20mgAD「杏林」医薬品インタビューフォーム」第4版(2024年5月改訂)、
キョーリンリメディオ、杏林製薬「タダラフィル錠20mgAD「杏林」医薬品インタビューフォーム」第6版(2024年4月改訂)、
キョーリンリメディオ、三和化学研究所「タダラフィル錠20mgAD「杏林」医薬品インタビューフォーム」第4版(2023年3月改訂)、
および日本ジェネリック「タダラフィル錠20mgAD「JG」医薬品インタビューフォーム」第5版(2024年5月改訂)を参照。

(32) 田淵・前掲註(4)p.28には錠剤薬の立体商標登録が偽造医薬品対策として有効である旨が記されている。だが、シアリス®錠の立体商標に関する記述は存在しない。
(33) 医薬品セキュリティ研究会「偽造医薬品との終わりなき戦い 医薬品セキュリティ研究会アーカイブからの警鐘」(医薬品セキュリティ研究会、2022)p.59には、日本イーライリリーが偽造医薬品対策として錠剤薬の立体商標登録を行っている旨が記されている。
(34) 先発医薬品製造者から許諾を受けて製造された後発医薬品のことである。
(35) 日本製薬団体連合会「錠剤・カプセル等の会社コード一覧表 3. 会社コード一覧表(会社コード、会社名) (4)調整結果(事例)・登録条件」(http://www.fpmaj.gr.jp/industry-info/voluntary-agreement/company-codes/_documents/adjustments.pdf) (2024年11月28日参照)には、シオエ製薬は「Z」および「5Z」の使用に関して日本新薬から許諾を得ている旨が記されている。また、ザルティア®錠との区別をつけるために「2.5シオエ」および「5シオエ」が付されている旨も記されている。

表4 ギルティア®錠およびその後発医薬品の外観

2.5mg 錠の先発医薬品					
	剤形	色	全体形状	割線	標章
ギルティア®錠 2.5mg	フィルムコーティング錠	淡橙黄色	ティアドロップ形	無	「Z」
2.5mg 錠の後発医薬品					
屋号	剤形	色	全体形状	割線	標章
「あすか」	フィルムコーティング錠	淡橙黄色	ティアドロップ形	無	「タダラフィル ZA 2.5 あすか」
「杏林」(*1)	フィルムコーティング錠	黄色	ティアドロップ形	無	「KRM237」, 「2.5」
「サワイ」	フィルムコーティング錠	淡橙黄色	円形	無	「タダラフィル 2.5 ZA サワイ」
「サンド」(*1)	フィルムコーティング錠	黄色	ティアドロップ形	無	「STZ」, 「2.5」
「シオエ」(*2)	フィルムコーティング錠	淡橙黄色	ティアドロップ形	無	「2.5 シオエ」, 「Z」
「トーワ」	口腔内崩壊錠	淡黄白色	円形	無	「2.5 タダラフィル ZA OD トーワ」
「日医工」	フィルムコーティング錠	(*3)	円形	無	「タダラフィル ZA 2.5 日医工」
「ニプロ」(*4)	フィルムコーティング錠	淡橙黄色	ティアドロップ形	無	「タダラフィル ZA ニプロ 2.5」
「フソー」	フィルムコーティング錠	淡橙黄色	円形	無	「SK18」
「JG」(*4)	フィルムコーティング錠	淡橙黄色	ティアドロップ形	無	「タダラフィル ZA 2.5 JG」
5mg 錠の先発医薬品					
	剤形	色	全体形状	割線	標章
ギルティア®錠 5mg	フィルムコーティング錠	白色	ティアドロップ形	無	「5Z」
5mg 錠の後発医薬品					
屋号	剤形	色	全体形状	割線	標章
「あすか」	フィルムコーティング錠	白色	ティアドロップ形	無	「タダラフィル ZA 5 あすか」
「杏林」(*1)	フィルムコーティング錠	白色	ティアドロップ形	無	「KRM238」, 「5」
「サワイ」	フィルムコーティング錠	白色	円形	有	「タダラフィル 5 ZA サワイ」
「サンド」(*1)	フィルムコーティング錠	白色	ティアドロップ形	無	「STZ」, 「5」
「シオエ」(*2)	フィルムコーティング錠	白色	ティアドロップ形	無	「5 シオエ」, 「5Z」
「トーワ」	口腔内崩壊錠	淡黄白色	円形	有	「5 タダラフィル ZA OD トーワ」
「日医工」	フィルムコーティング錠	白色	円形	無	「タダラフィル ZA 5 日医工」
「ニプロ」(*4)	フィルムコーティング錠	白色	ティアドロップ形	無	「タダラフィル ZA ニプロ 5」
「フソー」	フィルムコーティング錠	白色	円形	無	「SK19」
「JG」(*4)	フィルムコーティング錠	白色	ティアドロップ形	無	「タダラフィル ZA 5 JG」

- (*) 1 「杏林」の製造販売元のキョーリンリメディオ、および「サンド」の製造販売元のサンドが共同開発を行った。
キョーリンリメディオ、杏林製薬「タダラフィル錠 2.5mgZA「杏林」タダラフィル錠 5mgZA「杏林」医薬品インタビューフォーム」第4版(2024年5月改訂)、およびサンド「タダラフィル錠 2.5mgZA「サンド」タダラフィル錠 5mgZA「サンド」医薬品インタビューフォーム」2020年8月改訂(第2版)を参照。
- (*) 2 「シオエ」はオーソライズド・ジェネリックである。
シオエ製薬、日本新薬「タダラフィル錠 2.5mgZA「シオエ」タダラフィル錠 5mgZA「シオエ」医薬品インタビューフォーム」第4版(2024年5月改訂)を参照。
- (*) 3 うすい赤みの黄色～ごくうすい赤みの黄色。
- (*) 4 「ニプロ」の製造販売元のニプロ、「JG」の製造販売元の日本ジェネリック、および他1社(社名記載不可)の3社が共同開発を行った。
ニプロ「タダラフィル錠 2.5mgZA「ニプロ」タダラフィル錠 5mgZA「ニプロ」医薬品インタビューフォーム」第6版(2024年6月改訂)、
および日本ジェネリック「タダラフィル錠 2.5mgZA「JG」タダラフィル錠 5mgZA「JG」医薬品インタビューフォーム」第6版(2024年5月改訂)を参照。

表5 シアリス®錠およびその後発医薬品の外観

5mg 錠の先発医薬品					
	剤形	色	全体形状	割線	標章
シアリス®錠 5mg	フィルムコーティング錠	くすんだ黄色	ティアドロップ形	無	「C5」
5mg 錠の後発医薬品					
2024年9月16日時点において5mg錠の後発医薬品は存在しなかった。					
10mg 錠の先発医薬品					
	剤形	色	全体形状	割線	標章
シアリス®錠 10mg	フィルムコーティング錠	くすんだ黄色	ティアドロップ形	無	「C10」
10mg 錠の後発医薬品					
屋号	剤形	色	全体形状	割線	標章
「あすか」	フィルムコーティング錠	黄色	円形	有	「ER10」
「杏林」	フィルムコーティング錠	くすんだ黄色	ティアドロップ形	有	「KRM281」, 「CI10」
「クラシエ」	フィルムコーティング錠	黄色	円形	有	「TL10」
「サワイ」	フィルムコーティング錠	うすい黄色	円形	無	「SW CI 10」
「トーワ」	口腔内崩壊錠	くすんだ黄色	円形	有	「タダラ 10」, 「タダラフィル OD10 CI トーワ」
「FCI」	フィルムコーティング錠	黄色	円形	有	「FCI 10」
「GO」	フィルムコーティング錠	黄色	円形	有	「GT 10」
「TCK」	フィルムコーティング錠	黄色	円形	有	「TD 10」
「VTRS」	フィルムコーティング錠	黄色	円形	有	「タダラフィル CI 10 VTRS」
20mg 錠の先発医薬品					
	剤形	色	全体形状	割線	標章
シアリス®錠 20mg	フィルムコーティング錠	くすんだ黄色	ティアドロップ形	無	「C20」
20mg 錠の後発医薬品					
屋号	剤形	色	全体形状	割線	標章
「あすか」	フィルムコーティング錠	黄色	円形	無	「ER20」
「杏林」	フィルムコーティング錠	くすんだ黄色	ティアドロップ形	有	「KRM282」, 「CI20」
「クラシエ」	フィルムコーティング錠	黄色	円形	無	「TL20」
「サワイ」	フィルムコーティング錠	うすい黄色	円形	無	「SW CI 20」
「トーワ」	口腔内崩壊錠	くすんだ黄色	円形	有	「タダラ 20」, 「タダラフィル OD20 CI トーワ」
「FCI」	フィルムコーティング錠	(*)	円形	無	「FCI 293」, 「20」
「GO」	フィルムコーティング錠	黄色	円形	無	「GT 20」
「TCK」	フィルムコーティング錠	黄色	円形	無	「TD 20」
「VTRS」	フィルムコーティング錠	黄色	円形	無	「タダラフィル CI 20 VTRS」

(*) 明るい赤みの黄色～つよい赤みの黄色。

V. 後発医薬品の開発の方向性

シアリス®錠の立体商標登録によって生じた後発医薬品の外観への影響に関する考察を行う前に後発医薬品の開発の方向性に関して確認を行う。

後発医薬品の開発の方向性は先発医薬品と全く同じ

製剤を目指す方向性、および製剤工夫を施すことによって先発医薬品の製剤学的欠点を補う製剤を目指す方向性の2つに大別される⁽³⁶⁾。前者では医薬品の外観の変化による患者の服薬アドヒアランスの低下を避けることができる⁽³⁷⁾。後者では飲みやすさや使いやすさ、見分けやすさを向上させることができる⁽³⁸⁾。ここで、後者によって錠剤への割線の付与⁽³⁹⁾や割線の改良が

(36) 曾我・前掲註(1)p.173において引用した上野和行「4. ジェネリック医薬品における剤形工夫 1) 高齢者を対象に」PROGRESS IN MEDICINE Vol.33 No.5(2013)p.1065を参照。

(37) 徳永・前掲註(9)p.420, 高橋・前掲註(10)p.23。

(38) 高橋・前掲註(10)p.23。

(39) 吉田逸郎「7. ジェネリック医薬品業界の立場から一医師、薬剤師、患者から信頼されるためのジェネリック医薬品のあるべき姿」PROGRESS IN MEDICINE Vol.38 No.3 p.270. p.269の記載および顔写真によって、吉田が東和薬品代表取締役社長であることが判明した。

行われていることを強調しておく。これは、後にタダラフィル錠 CI「杏林」（タダラフィル錠 10mgCI「杏林」、およびタダラフィル錠 20mgCI「杏林」の総称。以下、シアリス®錠の後発医薬品のフィルムコーティング錠であるタダラフィル錠 10mgCI「屋号」、およびタダラフィル錠 20mgCI「屋号」の総称をタダラフィル錠 CI「屋号」と記す。）に割線が付与された理由に関して考察を行うためである。

Ⅵ. キョーリンリメディオのタダラフィル製剤に関する考察

シアリス®錠の立体商標登録が後発医薬品の形状に影響した可能性は後発医薬品ごとに異なるが、キョーリンリメディオの後発医薬品、およびあすか製薬の後発医薬品の形状に影響した可能性は高いと筆者は考える。その根拠は、シアリス®錠の後発医薬品がシアリス®錠とは異なる形状からなるのに対し、ザルティア®錠の後発医薬品がザルティア®錠と同じ割線の無いティアドロップ形からなることである。

シアリス®錠の立体商標登録による影響は、あすか製薬の後発医薬品よりもキョーリンリメディオの後発医薬品の方が強くみられると筆者は考える。そこで、あすか製薬のタダラフィル製剤に関する考察よりも先にキョーリンリメディオのタダラフィル製剤に関する考察を行うことにした。

本章ではまずキョーリンリメディオの後発医薬品の開発方針に関して考察を行う。そのうえで、タダラフィル錠 CI「杏林」に割線が付された理由に関して考察を行う。

1. キョーリンリメディオのタダラフィル製剤の開発方針に関する考察

キョーリンリメディオのタダラフィル製剤の開発方針は、先発医薬品と同じ製剤を目指すものであると考えられる。ただし、タダラフィル錠 20mgCI「杏林」は、タダラフィル錠 5mgZA「杏林」とは異なる方針で開発されたと考えられる。

そこで、タダラフィル錠 20mgAD「杏林」、タダラフィル錠 ZA「杏林」、およびタダラフィル錠 CI「杏林」の開発方針に関して述べる。

(1) タダラフィル錠 20mgAD「杏林」の開発方針

タダラフィル錠 20mgAD「杏林」の性状は図 6 の通

りである。

タダラフィル錠 20mgAD「杏林」の色、形状、および寸法はアドシルカ®錠と同じである。

したがって、タダラフィル錠 20mgAD「杏林」の開発方針は、先発医薬品と同じ製剤を目指すものであったと考えられる。

図 6 タダラフィル錠 20mgAD「杏林」の性状

3.2 製剤の性状

剤形	フィルムコーティング錠
色調	赤褐色
外形	
直径(mm)	長径：12.3 短径：7.6
厚さ(mm)	5.0
質量(mg)	360
識別コード	KRM240

出典 キョーリンリメディオ、杏林製薬「タダラフィル錠 20mgAD「杏林」添付文書」第 3 版(2024 年 5 月改訂)

(2) タダラフィル錠 ZA「杏林」の開発方針

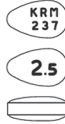
タダラフィル錠 ZA「杏林」の性状は図 7 の通りである。

タダラフィル錠 ZA「杏林」の色、および寸法はザルティア®錠と若干異なる。だが、形状は同じである。

したがって、タダラフィル錠 ZA「杏林」の開発方針は、先発医薬品とは若干異なる点が存在するものの、先発医薬品と同じ製剤を目指すものであったと考えられる。

図 7 タダラフィル錠 ZA「杏林」の性状

3.2 製剤の性状

販売名	タダラフィル錠 2.5mgZA「杏林」	タダラフィル錠 5mgZA「杏林」
剤形	フィルムコーティング錠	
色調	黄色	白色
外形		
直径(mm)	長径：8.8 短径5.5	長径：9.9 短径6.2
厚さ(mm)	3.5	4.0
質量(mg)	129	180
識別コード	KRM237	KRM238

出典 キョーリンリメディオ、杏林製薬「タダラフィル錠 2.5mgZA「杏林」タダラフィル錠 5mgZA「杏林」添付文書」第 2 版(2024 年 5 月改訂)

(3) タダラフィル錠 CI「杏林」の開発方針

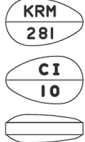
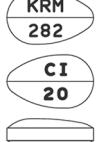
タダラフィル錠 CI「杏林」の性状は図 8、および図 9 の通りである。

タダラフィル錠 CI「杏林」の色、および全体形状はシアリス®錠と同じである。だが、シアリス®錠とは異なり、タダラフィル錠 CI「杏林」には割線が付されている。

したがって、タダラフィル錠 CI「杏林」の開発方針は、先発医薬品と同じ製剤を目指すものであったと考えられるが、割線の有無の点において大きく異なるといえる。

図 8 タダラフィル錠 CI「杏林」の性状(その 1)

3.2 製剤の性状

販売名	タダラフィル錠 10mgCI「杏林」	タダラフィル錠 20mgCI「杏林」
剤形	割線入りフィルムコーティング錠	
色調	くすんだ黄色	
外形		

出典 キョーリンリメディオ、杏林製薬「タダラフィル錠 10mgCI「杏林」タダラフィル錠 20mgCI「杏林」添付文書」第 3 版 (2024 年 5 月改訂)

図 9 タダラフィル錠 CI「杏林」の性状(その 2)

販売名	タダラフィル錠 10mgCI「杏林」	タダラフィル錠 20mgCI「杏林」
直径(mm)	長径：11.1 短径：6.8	長径：12.4 短径：7.6
厚さ(mm)	4.5	4.9
質量(mg)	258	360
識別コード	KRM281	KRM282

出典 キョーリンリメディオ、杏林製薬「タダラフィル錠 10mgCI「杏林」タダラフィル錠 20mgCI「杏林」添付文書」第 3 版 (2024 年 5 月改訂)

2. タダラフィル錠 CI「杏林」に割線が付された理由に関する考察

タダラフィル錠 CI「杏林」に割線が付された理由は不明である。だが、用量調節に対応するためにタダラフィル OD 錠 CI「トーワ」(タダラフィル OD 錠

10mgCI「トーワ」、およびタダラフィル OD 錠 20mgCI「トーワ」の総称)に割線を付したことを東和薬品が明かしていること⁽⁴⁰⁾から、シアリス®錠の後発医薬品を分割する必要性は高いと考えられる。

しかしながら、シアリス®錠の後発医薬品の 20mg 錠を分割する必要性は低いと筆者は考える。この筆者の見解が正しいのであれば、タダラフィル 20mgCI「杏林」とタダラフィル 5mgZA「杏林」との間に割線の有無が異なる理由の説明がつかない。これに関して、シアリス®錠の立体商標に係る権利侵害を回避するためにタダラフィル 20mgCI「杏林」に割線を付したのではないかと筆者は考える。

そこで、本節ではまずシアリス®錠の後発医薬品を分割する必要性に関して述べる。そのうえで、シアリス®錠の立体商標登録の影響を受けた可能性に関して述べる。

(1) シアリス®錠の後発医薬品を分割する必要性

シアリス®錠の後発医薬品を分割する必要性は、10mg 錠と 20mg 錠とで異なると考えられる。そこで、10mg 錠を分割する必要性、および 20mg 錠を分割する必要性に関して述べる。

(i) 10mg 錠を分割する必要性

シアリス®錠の後発医薬品の 10mg 錠を分割する必要性は高いと考えられる。その根拠は以下の 2 点である。

第一に、シアリス®錠の後発医薬品には 5mg 錠が存在しない。シアリス®錠には 5mg 錠が存在することから、シアリス®錠の後発医薬品の 5mg 投与が行われていると考えられる。だが、シアリス®錠の後発医薬品には 5mg 錠が存在しない。そこで、10mg 錠の分割投与が行われていると考えられる⁽⁴¹⁾。

第二に、シアリス®錠の後発医薬品製造者 9 社のうち 8 社が 10mg 錠への割線付与を行っている。先述したように、利便性向上のために後発医薬品製造者は錠剤への割線付与に取り組んでいる。シアリス®錠の後発医薬品製造者 9 社のうち、沢井製薬を除く 8 社が 10mg 錠への割線付与を行っていることから、10mg 錠を分割する必要性が高いと認識されていることがうか

(40) 東和薬品「タダラフィル CI 製剤のジェネリック医薬品 製造販売承認を取得 11 月 11 日より発売」(<https://www.towayakuhin.co.jp/company/press/2020/11/ci.php>) (2024 年 11 月 29 日参照)。

(41) 松尾泰佑、富田隆、工藤賢三、佐塚泰之「酸化マグネシウム錠の分割および分割錠の安定性評価」医療薬学 Vol.44 No.9 (2018) p.464 には、「通常、錠剤は分割せずに調剤されるが、高齢者や小児など薬用量の調節が必要な患者に対し錠剤の分割が行われることがある。また、処方された錠剤の規格が病院や保険薬局で採用されていなかった場合、処方された先発医薬品をジェネリック医薬品に変更する際に同規格のジェネリック医薬品を採用していなかった場合にも行われることがある。」と記されている。

がえる。

(ii) 20mg錠を分割する必要性

シアリス®錠の後発医薬品の20mg錠を分割する必要性は低いと考えられる。その根拠は以下の2点である。

第一に、医療機関がシアリス®錠から後発医薬品に切り替える際、10mg錠および20mg錠の両方を採用すると考えられる。後発医薬品の10mg投与の方法として、20mg錠の分割投与、および10mg錠の投与の2通りが考えられる。10mg錠が採用されているのであれば、20mg錠を分割する必要性は低い。先述したように、後発医薬品の5mg投与を行うために10mg錠の分割が行われていると考えられることから、医療機関は10mg錠および20mg錠の両方を採用すると考えられる。このため、20mg錠の分割投与を行わなければならない場合が限られると考えられる。

第二に、シアリス®錠の後発医薬品製造者9社のうち2社のみが20mg錠への割線付与を行っている。シアリス®錠の後発医薬品の20mg錠を分割する必要性が高いのであれば、後発医薬品製造者が20mg錠への割線付与を行うと考えられる。だが、シアリス®錠の後発医薬品の10mg錠への割線付与を行っている後発医薬品製造者8社のうち6社が20mg錠への割線付与を行っていない⁽⁴²⁾。その結果、シアリス®錠の後発医薬品製造者9社のうち、20mg錠への割線付与を行った会社が2社にとどまる。このことから、20mg錠を分割する必要性が低いと認識されていることがうかがえる。

(2) シアリス®錠の立体商標登録の影響を受けた可能性

先述したように、シアリス®錠の後発医薬品の10mg錠を分割する必要性は高いと考えられる。このため、分割投与を容易にするためにタダラフィル錠10mgCI「杏林」が付されたと考えられる。

一方、シアリス®錠の後発医薬品の20mg錠を分割する必要性は低いと考えられる。このため、分割投与を容易にするためにタダラフィル錠20mgCI「杏林」に割線が付されたとは考えにくい。そうすると、分割投与の容易化とは別の理由によってタダラフィル錠20mgCI「杏林」に割線が付された可能性が高いことに

なる。その別の理由がシアリス®錠の立体商標に係る権利侵害を回避するためではないかと筆者は考える。その根拠は、タダラフィル5mgZA「杏林」が割線の無いティアドロップ形の形状からなることである。

ザルティア®錠の後発医薬品製造者10社のうち2社のみが5mg錠への割線付与を行っている。このことから、ザルティア®錠の後発医薬品の5mg錠を分割する必要性は低いと考えられる。すると、タダラフィル錠20mgCI「杏林」およびタダラフィル錠5mgZA「杏林」は、分割の必要性が低いと考えられる点においては同じであるといえる。

だが、割線の有無、および先発医薬品の外観に係る知的財産の有無の2点においては異なる。このことから、ザルティア®錠の外観に係る知的財産が存在しないためタダラフィル錠5mgZA「杏林」を割線の無いティアドロップ形の形状からなるものとして製造することはできるが、シアリス®錠の立体商標登録が存在するためタダラフィル錠20mgCI「杏林」を割線の無いティアドロップ形の形状からなるものとして製造することはできないとキョーリンリメディオが判断したのではないかと筆者は考える。シアリス®錠の立体商標に係る権利侵害を回避するために、キョーリンリメディオがタダラフィル錠20mgCI「杏林」に割線を付したのではないかと筆者は考える。

VII. あすか製薬のタダラフィル製剤に関する考察

本章ではまずタダラフィル錠ZA「あすか」、およびタダラフィル錠CI「あすか」の開発方針に関してそれぞれ考察を行う。そのうえで、タダラフィル錠CI「あすか」の形状が円形となった理由に関して考察を行う。

1. タダラフィル錠ZA「あすか」の開発方針に関する考察

タダラフィル錠ZA「あすか」の性状は図10の通りである。

タダラフィル錠ZA「あすか」の寸法はザルティア®錠と若干異なる。だが、色、および形状は同じである。

したがって、タダラフィル錠ZA「あすか」の開発方針は、先発医薬品とは若干異なる点が存在するものの

(42) シアリス®錠の後発医薬品製造者6社が10mg錠への割線付与は行うが、20mg錠への割線付与を行わないとした理由は不明である。その理由を筆者は、10mg錠および20mg錠の両方が医療機関に採用されることを後発医薬品製造者が想定しているためではないかと考える。

先発医薬品と同じ製剤を目指すものであったと考えられる。

タダラフィル錠 ZA「あすか」があすか製薬によって開発された⁽⁴³⁾ことから、あすか製薬のタダラフィル錠剤の開発方針は先発医薬品と同じ製剤を目指すものであったと考えられる。

図10 タダラフィル錠 ZA「あすか」の性状

3.2 製剤の性状

販 売 名	タダラフィル錠2.5mg ZA 「あすか」			タダラフィル錠5mg ZA 「あすか」		
剤 形	淡橙黄色のティアドロップ形 のフィルムコーティング錠			白色のティアドロップ形の フィルムコーティング錠		
外 形	表	側面	裏	表	側面	裏
	長径約8.7mm 短径約5.4mm 厚さ約3.4mm 質量約129.8mg			長径約9.8mm 短径約6.1mm 厚さ約4.0mm 質量約180mg		
製 剤 表 示	タダラフィルZA 2.5 あすか			タダラフィルZA 5 あすか		

出典 あすか製薬、武田薬品工業「タダラフィル錠 2.5mgZA「あすか」タダラフィル錠 5mgZA「あすか」添付文書」第2版（2024年5月改訂）

2. タダラフィル錠 CI「あすか」の開発方針に関する考察

タダラフィル錠 CI「あすか」の性状は図11の通りである。

タダラフィル錠 CI「あすか」は、形状が円形であるため先発品のシアリス®錠とは外観が大幅に異なっている。このため、タダラフィル錠 CI「あすか」の開発方針は、先発医薬品と同じ製剤を目指すものではなかったと考えられる。

タダラフィル錠 CI「あすか」の開発は、あすか製薬ではなく大興製薬によって行われた⁽⁴⁴⁾。このため、あすか製薬と大興製薬との間で後発医薬品の開発方針が異なる可能性は否定できない。

だが、あすか製薬はタダラフィル錠 CI「あすか」の

形状が円形であることを受け入れている。これに対し筆者は、タダラフィル錠 CI「あすか」の形状が円形であることを受け入れざるを得ないとあすか製薬が判断したのではないかと考える。

図11 タダラフィル錠 CI「あすか」の性状

3.2 製剤の性状

販 売 名	タダラフィル錠10mgCI 「あすか」			タダラフィル錠20mgCI 「あすか」		
剤 形	黄色のフィルムコーティング錠 (割線入り)			黄色のフィルムコーティング錠		
外 形	表	側面	裏	表	側面	裏
						
	直径約7.1mm 厚さ約3.0mm 質量約125mg			直径約9.1mm 厚さ約3.8mm 質量約248mg		
	ER10			ER20		
識別コード	ER10			ER20		

出典 大興製薬、あすか製薬、武田薬品工業「タダラフィル錠 10mgCI「あすか」タダラフィル錠 20mgCI「あすか」添付文書」第2版（2024年5月改訂）

3. タダラフィル錠 CI「あすか」の形状が円形となった理由に関する考察

タダラフィル錠 CI「あすか」の形状が円形となった理由は不明であるが、その理由として、タダラフィル錠 CI「あすか」を割線の無いティアドロップ形の錠剤薬として製造することが技術上困難であったことは考えられる。だが、タダラフィル錠 CI「あすか」が口腔内崩壊錠ではなくフィルムコーティング錠であることから、技術の問題によってタダラフィル錠 CI「あすか」の形状が円形となったとは考えにくい。この筆者の見解が正しいのであれば、技術の問題とは別の理由によってタダラフィル錠 CI「あすか」の形状が円形となった可能性が高いことになる。その別の理由がシアリス®錠の立体商標に係る権利侵害を回避するためではないかと筆者は考える。

そこで、本節ではまず円形以外の形状からなる錠剤薬の製造に関して述べる。そのうえで、シアリス®錠の立体商標登録の影響を受けた可能性に関して述べる。

(1) 円形以外の形状からなる錠剤薬の製造

フィルムコーティング錠と口腔内崩壊錠とでは円形以外の形状からなるものの製造可否が異なると考えられる。そのことはエシタロプラム製剤の形状からう

(43) あすか製薬、武田薬品工業「タダラフィル錠 2.5mgZA「あすか」タダラフィル錠 5mgZA「あすか」医薬品インタビューフォーム」第5版（2024年6月改訂）。

(44) 大興製薬、あすか製薬、武田薬品工業「タダラフィル錠 10mgCI「あすか」タダラフィル錠 20mgCI「あすか」医薬品インタビューフォーム」第6版（2024年5月改訂）。

かがえる。

そこで、本項ではまずエシタロプラム製剤の形状に関して述べる。その次にタダラフィル製剤の形状に関して述べる。最後にタダラフィル錠 CI「あすか」の製造者の技術に関して述べる。

(i) エシタロプラム製剤の形状

エシタロプラム製剤にはフィルムコーティング錠および口腔内崩壊錠の両方が存在する。だが、エシタロプラム製剤の口腔内崩壊錠の製造は、後発医薬品製造者のみが行っている。

エシタロプラム製剤の先発医薬品はレクサプロ[®]錠(レクサプロ[®]錠 10mg, およびレクサプロ[®]錠 20mg の総称)である。レクサプロ[®]錠は楕円形のフィルムコーティング錠である。

一方、エシタロプラム製剤の後発医薬品にはフィルムコーティング錠、および口腔内崩壊錠が存在する。2024 年 9 月 16 日時点において製造が行われていたエシタロプラム製剤の口腔内崩壊錠は、沢井製薬製造のエシタロプラム OD 錠「サワイ」(エシタロプラム OD 錠 10mg「サワイ」およびエシタロプラム OD 錠 20mg「サワイ」の総称。以下、エシタロプラム製剤の後発医薬品の口腔内崩壊錠エシタロプラム OD 錠 10mg「屋号」、およびエシタロプラム OD 錠 20mg「屋号」の総称をエシタロプラム OD 錠「屋号」と記す。)、東和薬品製造のエシタロプラム OD 錠「トーフ」、および第一三共エスファ製造のエシタロプラム OD 錠「DSEP」である。エシタロプラム OD 錠「DSEP」の形状のみが楕円形であるが、エシタロプラム OD 錠「サワイ」およびエシタロプラム OD 錠「トーフ」の形状は円形である。その理由は、円形以外の形状からなる口腔内崩壊錠の製造が困難であったためと考えられる。

GOOD DESIGN AWARD「2023 グッドデザイン賞 医療用医薬品 エシタロプラム OD 錠「DSEP」」のページ⁽⁴⁵⁾にて、エシタロプラム OD 錠「DSEP」の製造者である第一三共エスファらが円形以外の形状からなる口腔内崩壊錠の製造が技術上困難であったことを明かしている。

一方、エシタロプラム OD 錠「サワイ」およびエシタロプラム OD 錠「トーフ」の形状が円形となった理由は明かされていない。だが、沢井製薬製造のエシ

タロプラム製剤のフィルムコーティング錠であるエシタロプラム錠「サワイ」(エシタロプラム錠 10mg「サワイ」、およびエシタロプラム錠 20mg「サワイ」の総称)、および東和薬品製造のエシタロプラム製剤のフィルムコーティング錠であるエシタロプラム錠「トーフ」(エシタロプラム錠 10mg「トーフ」、およびエシタロプラム錠 20mg「トーフ」の総称)の形状は楕円形である。このことから、沢井製薬、および東和薬品においても円形以外の形状からなる口腔内崩壊錠の製造が技術上困難であることがうかがえる。

したがって、円形以外の形状からなるエシタロプラム製剤の口腔内崩壊錠の製造は技術上困難であると考えられる。

(ii) タダラフィル製剤の形状

エシタロプラム製剤の形状から、円形以外の形状からなるフィルムコーティング錠の製造は比較的容易であるが、円形以外の形状からなる口腔内崩壊錠の製造は技術上困難であることがうかがえる。このことは、タダラフィル製剤にも当てはまると考えられる。

タダラフィル製剤のフィルムコーティング錠の形状は円形、またはティアドロップ形である。タダラフィル製剤の後発医薬品には割線の無いティアドロップ形のフィルムコーティング錠が多数存在する。このため、円形以外の形状からなるタダラフィル製剤のフィルムコーティング錠の製造は比較的容易であると考えられる。

一方、タダラフィル製剤の口腔内崩壊錠は、円形のもののみである。このため、円形以外の形状からなるタダラフィル製剤の口腔内崩壊錠の製造は技術上困難であると考えられる。

(iii) タダラフィル錠 CI「あすか」の製造者の技術

先述したように、円形以外の形状からなるタダラフィル製剤の口腔内崩壊錠の製造は技術上困難であるが、円形以外の形状からなるタダラフィル製剤のフィルムコーティング錠の製造は比較的容易であると考えられる。

だが、タダラフィル錠 CI「あすか」の製造者である大興製薬は、タダラフィル錠 CI「あすか」以外のタダラフィル製剤の製造を行っていない。このため、大興製薬の技術ではタダラフィル錠 CI「あすか」を割線の

(45) GOOD DESIGN AWARD「2023 グッドデザイン賞 医療用医薬品 エシタロプラム OD 錠「DSEP」」(<https://www.g-mark.org/gallery/winners/14536?companies=0fa902e5-c8a5-41c3-a6d6-bc2eac354486&years=2023>) (2024 年 9 月 16 日参照)。

無いティアドロップ形のフィルムコーティング錠として製造することが可能であったか否かは不明である。

しかしながら、タダラフィル錠 ZA「あすか」は割線の無いティアドロップ形のフィルムコーティング錠である。このため、あすか製薬の技術ではタダラフィル錠 CI「あすか」を割線の無いティアドロップ形のフィルムコーティング錠として製造することが可能であったと考えられる。また先述したように、あすか製薬がザルティア®錠と同じ製剤を目指してタダラフィル錠 ZA「あすか」を開発したと考えられる。このため、あすか製薬が割線の無いティアドロップ形のフィルムコーティング錠を製造できない他社にタダラフィル錠 CI「あすか」の開発を任せていたとは考えにくい。

(2) シアリス®錠の立体商標登録の影響を受けた可能性

先述したように、あすか製薬の技術ではタダラフィル錠 CI「あすか」を割線の無いティアドロップ形のフィルムコーティング錠として製造することが可能であったと考えられる。このため、技術の問題によってタダラフィル錠 CI「あすか」の形状が円形となったとは考えにくい。そうすると、技術の問題とは別の理由によってタダラフィル錠 CI「あすか」の形状が円形となった可能性が高いことになる。その別の理由がシアリス®錠の立体商標に係る権利侵害を回避するためではないかと筆者は考える。その根拠は、タダラフィル錠 ZA「あすか」が割線の無いティアドロップ形の形状からなることである。

タダラフィル錠 20mg CI「杏林」の製造者であるキョーリンリメディオと同様に、ザルティア®錠の外観に係る知的財産が存在しないためタダラフィル錠 ZA「あすか」を割線の無いティアドロップ形の形状からなるものとして製造することはできるが、シアリス®錠の立体商標登録が存在するためタダラフィル錠 CI「あすか」を割線の無いティアドロップ形の形状からなるものとして製造することはできないとあすか製薬、および大興製薬の両社が判断したのではないかと筆者は考える。シアリス®錠の立体商標に係る権利侵害を回避するために、あすか製薬がタダラフィル錠 CI「あすか」の形状を円形にしたのではないかと筆者は考える。

VIII. シアリス®錠の立体商標登録によって生じた後発医薬品の外観への影響に関する考察

1. 色への影響に関する考察

シアリス®錠の立体商標登録が後発医薬品の色に影響した可能性は低いと筆者は考える。その理由は以下の2点である。

第一に、シアリス®錠の後発医薬品にはシアリス®錠と同じくすんだ黄色のものが存在する。シアリス®錠の立体商標登録が後発医薬品の色に影響したのであれば、シアリス®錠と同じ色の後発医薬品は存在しないはずである。だが、タダラフィル錠 CI「杏林」、およびタダラフィル OD 錠 CI「トワ」の色は、シアリス®錠と同じくすんだ黄色である。

第二に、色がくすんだ黄色であるシアリス®錠の後発医薬品だけでなく、色が黄色であるシアリス®錠の後発医薬品にも、シアリス®錠と同じ色である可能性が存在する。商願 2006-056696 早期審理に関する事情説明書においてシアリス®錠の立体商標の色は黄色と表現されている⁽⁴⁶⁾。このため、単に黄色と表現されている後発医薬品であっても、シアリス®錠と同じ色である可能性が存在する。

2. 形状への影響に関する考察

シアリス®錠の後発医薬品は、その形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性によって、形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性が強い後発医薬品、形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性が弱い後発医薬品、および形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性が不明な後発医薬品の3つに分類できる。以下、それぞれに関する考察を行う。

(1) 形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性が強い後発医薬品

形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性が強い後発医薬品に該当するシアリス®錠の後発医薬品は、タダラフィル錠 CI「あすか」、およびタダラフィル錠 CI「杏林」である。タダラフィル錠 CI「あすか」の形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性に関してはⅦで、タダラフィル錠 CI「杏林」の形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性に関してはⅥでそれぞれ述べたため、ここでは省略する。

(46) 商願 2006-056696 早期審理に関する事情説明書・前掲註(28)。

(2) 形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性が弱い後発医薬品

形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性が弱い後発医薬品に該当するシアリス®錠の後発医薬品は、タダラフィル錠 CI「サワイ」、およびタダラフィル OD 錠 CI「トーフ」である。以下、タダラフィル錠 CI「サワイ」の形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性、およびタダラフィル OD 錠 CI「トーフ」の形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性に関して述べる。

(i) タダラフィル錠 CI「サワイ」の形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性

タダラフィル錠 CI「サワイ」の形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性が弱いと筆者は考える。その根拠は、タダラフィル錠 20mgAD「サワイ」、およびタダラフィル錠 ZA「サワイ」の形状である。

沢井製薬はシアリス®錠の後発医薬品の製造だけでなく、アドシルカ®錠の後発医薬品、およびザルティア®錠の後発医薬品の製造も行っている。先述したように、アドシルカ®錠の後発医薬品、およびザルティア®錠の後発医薬品には、割線の無いティアドロップ形のものが存在する。だが、タダラフィル錠 20mgAD「サワイ」、およびタダラフィル錠 ZA「サワイ」の形状はいずれも円形である。このため、タダラフィル製剤を円形の錠剤として製造することに沢井製薬がこだわっていると考えられる。そうすると、シアリス®錠の立体商標登録の有無によらず、タダラフィル錠 CI「サワイ」の形状が円形となった可能性が高いことになる。

以上より、タダラフィル錠 CI「サワイ」の形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性が弱いと筆者は考える。

(ii) タダラフィル OD 錠 CI「トーフ」

タダラフィル OD 錠 CI「トーフ」の形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性が弱いと筆者は考える。その根拠は、タダラフィル OD 錠 ZA「トーフ」（タダラフィル OD 錠 2.5mgZA「トーフ」、およびタダラフィル OD 錠 20mgZA「トーフ」の総称）の形状である。

東和薬品はシアリス®錠の後発医薬品、およびザルティア®錠の後発医薬品を口腔内崩壊錠として製造している。Ⅶで述べたように、円形以外の形状からなる口腔内崩壊錠の製造が技術上困難であることから、タダラフィル OD 錠 ZA「トーフ」の形状が円形となった

と考えられる。そうすると、シアリス®錠の立体商標登録の有無によらず、タダラフィル OD 錠 CI「トーフ」の形状が円形となった可能性が高いことになる。

以上より、タダラフィル OD 錠 CI「トーフ」の形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性が弱いと筆者は考える。

(3) 形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性が不明な後発医薬品

形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性が不明な後発医薬品に該当するシアリス®錠の後発医薬品は、形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性が強い後発医薬品、または形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性が弱い後発医薬品に該当しなかった後発医薬品である。タダラフィル錠 CI「クラシエ」、タダラフィル錠 CI「FCI」、タダラフィル錠 CI「GO」、タダラフィル錠 CI「TCK」、およびタダラフィル錠 CI「VTRS」が形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性が不明な後発医薬品に該当する。これらのシアリス®錠の後発医薬品を形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性が不明な後発医薬品に分類した理由は、形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性を判断するための材料が無いためである。

形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性が不明な後発医薬品はいずれも円形のフィルムコーティング錠である。円形のフィルムコーティング錠からなるシアリス®錠の後発医薬品には形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性が不明な後発医薬品だけでなく、タダラフィル錠 CI「あすか」、およびタダラフィル錠 CI「サワイ」も含まれている。タダラフィル錠 CI「あすか」、およびタダラフィル錠 CI「サワイ」は、それぞれの製造者がザルティア®錠の後発医薬品の製造を行っていたため、形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性を判断することができた。だが、形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性が不明な後発医薬品の製造者は、アドシルカ®錠の後発医薬品、およびザルティア®錠の後発医薬品のいずれも製造していない。このため、形状とシアリス®錠の立体商標登録との関係性を判断できなかった。

3. 標章への影響に関する考察

シアリス®錠の立体商標登録が後発医薬品の標章に影響した可能性は低いと筆者は考える。その理由は、タダラフィル製剤の後発医薬品には、先発医薬品の標章に類似する標章が付されたものが一部を除き存在し

ないためである。

Ⅸ. 結びに代えて

本稿によって、シアリス®錠の立体商標登録が後発医薬品の色、および標章に影響した可能性は低いと考えられることが判明した。また、シアリス®錠の立体商標登録が後発医薬品の形状に影響した可能性は後発医薬品ごとに異なるが、キョーリンリメディオの後発医薬品、およびあすか製薬の後発医薬品の形状に影響した可能性は高いと考えられることが判明した。

錠剤薬の立体商標登録によって後発医薬品の形状に影響が生じることは当然のことのように思われるかもしれない。だが、キョーリンリメディオは、アレグラ®錠が立体商標登録を受けていると思われるにもかかわらず、標章以外の外観がアレグラ®錠と同じ後発医薬品(フェキソフェナジン塩酸塩錠「杏林」)の製造を行っている⁽⁴⁷⁾。つまり、フェキソフェナジン塩酸塩錠「杏林」の形状は、アレグラ®錠の立体商標登録の影響を受けていないと思われる。だが、タダラフィル錠CI「杏林」とフェキソフェナジン塩酸塩錠「杏林」との間で先発の錠剤薬の立体商標に係る権利侵害の回避方法が異なる理由は不明である。

また、シアリス®錠の立体商標登録が後発医薬品の色に影響しなかった理由も不明である。

本稿で残された課題を解明するために、立体商標登録を受けた錠剤薬の後発医薬品の外観を引き続き調査する予定である。

本稿が弁理士や知的財産法学者などの知的財産法の有識者だけでなく、薬剤師や薬学者などの薬学の有識者にも読まれ、内容に関する議論が行われることを筆者は願っている。

以上

(47) 曾我諒「アレグラ®錠の立体商標登録は後発医薬品の外観に影響したのか—フェキソフェナジン塩酸塩錠「杏林」の場合—」『研究・イノベーション学会第39回年次学術研究大会講演要旨集』(2024)。

中国・『商標権侵害事件における違法経営額算定方法』に関する考察

譚 曼^(*)

商標権侵害事件に対する算定基準の運用を進めることにより、統一された執行基準の確立と知的財産保護水準のさらなる向上に取り組むために、中国国家知識産権局(CNIPA)と国家市場監督管理総局(SAMR)は、10月30日に『商標侵害事件における違法営業額算定方法』を共同で発表した。本稿は、この『方法』に基づき、違法経営額の定義、算定の一般基準、複雑な侵害状況における算定基準、実際の違法経営額が確認できない場合の処理方法、違法経営額に含まれない特殊な事例等について説明し、その解釈を行う。これにより、中国における商標権侵害事件に対する行政ルートの保護を取り入れようとする日系企業や、それらの問題の研究、そして関心を持つ方々が、違法経営額算定の実態及び算出を法的に明らかにするための一助として、『方法』を制定した政策・実務上の背景、運営実態及び具体的な理解・認識について紹介し、検討することを目的とする。

目次

- I はじめに
- II 「違法経営額算定方法」制定した背景
 - 1. 「違法経営額」に対する今までの算定の法的な根拠
 - 2. 商品商標に対する「違法経営額」の今までの算定方法及び問題点
 - 3. 役務商標に対する「違法経営額」の今までの算定
 - 4. 特別な場合の「違法経営額」の算定
- III 『商標権侵害事件における違法経営額算定方法』の主な要点及び内容
 - 1. 主な要点に関する説明
 - 2. 『方法』の内容
- IV おわりに

I はじめに

中国国家知識産権局(CNIPA)と国家市場監督管理総局(SAMR)は2024年10月30日、『商標侵害事件における違法営業額算定方法』⁽¹⁾(以下「方法」という)を共同で公布し、同日施行された。

この『方法』は、『知的財産権保護強化に関する意見』

を推進する計画の一環とされるものであり、その公布の背景には、知的財産権の保護がより厳格かつ効果的に行われるよう、知的財産権保護の法治化を高める目的があり⁽²⁾、さらに商標行政保護に対する専門的な指導を強化することが求められているものであると思われる⁽³⁾。

CNIPAとSAMRによると、この『方法』は、商標権侵害案件における違法営業額の算出に関する長年の実践データの整理や経験を踏まえ、全19条にわたり具体的な規定を設けている⁽⁴⁾。その内容には、違法経営額の定義、算定の一般基準、複雑な侵害状況における算定基準、実際の違法経営額が確認できない場合の処理方法、違法経営額に含まれない特殊な事例、そして案件を他の部門に移送する際の算定方法などが含まれている。これにより、商標執行機関が違法経営額を算出する際の統一的なガイドラインが提供され、透明性と予見性の高い知的財産保護のための環境の構築が図られる。

今後、CNIPAとSAMRは、『方法』の普及と解説を推進し、算定基準の運用を進めることにより、統一された執行基準の確立と知的財産保護水準のさらなる向上に取り組むとしている⁽⁵⁾。これを踏まえ、本稿の目的は『方法』を制定した政策・実務上の背景、運営実態及び具体的な理解・認識について紹介し、検討する

(*) 中国蘭州財経大学法学部副教授

(1) 『商標侵害案件違法経営額計算弁法』 国知発保字[2024]34号。2024年10月14日付け、国家知識産権局、国家市場監督管理総局会議より通過。2024年10月30日公布。

(2) 管継方「銷售假冒耐克商品 玉溪一商家遭罰款」, 雲南法制報 2024年10月16日付け, 第3面。

(3) 錢頤「商標侵權案違法經營額計算方法將明確」, 中国貿易報, 2024年4月18日付け, 第3面。

(4) 中国知識産権報, 2024年10月31日付け, 第1面。

(5) 中国知識産権報, 2024年10月31日付け。

ことにある。

Ⅱ 「違法経営額算定方法」制定した背景

1. 「違法経営額」に対する今までの算定の法的な根拠

違法経営額は中国商標法において重要な法的概念の一つであり、違法行為に対し、中国市場監督管理部門が行政処罰を行う際に、自由裁量基準を明確にし、行為者が刑事責任を負うかどうかの判断の根拠となる⁽⁶⁾。また、裁判所が行為者の責任を判断し、賠償額を確定する際にも、重要な役割を果たしている。しかし、違法経営額の具体的な概念や計算方法については、法律法規や部門規則では今まで明確に規定されていなかった。

商標権侵害違法経営額は、旧商標法(2013年改正前)において「不法経営額」と表記されていた。この「不法経営額」について、最高人民法院、最高人民検察院が公布した、『最高人民法院 最高人民検察院による知的財産権侵害における刑事事件の処理についての具体的な法律適用に関する若干問題の解釈』⁽⁷⁾(以下『解釈』という)においては、「『不法経営額』とは、行為者が知的財産権侵害行為を実施する過程において、侵害製品を製造、貯蔵、輸送、販売する価値を指す」と規定しているが、『解釈』が根拠とする刑法は、商品商標に対する3種類の犯罪行為しか規定していないため、この条項はサービス(役務)商標侵害の違法経営額算定においては、明らかに適用されないと思われる。

実務界の多くの弁護士は、商標権侵害の違法経営額について、権利侵害行為の過程において、製造、貯蔵、輸送、販売される権利侵害製品の価値や、権利侵害サービスの提供に関わる価値をも含めるべきだと考えており、さらに行為者が他人の登録商標を用いて広告宣伝を行うことによって生じる費用や価値も、この違法経営額に含まれるべきであるとしていた⁽⁸⁾。また違法経営額の算定は、市場監督管理部門の行政法執行の構成部分に属し、行政法の基本原則、つまり①合法合理の原則、すなわち違法経営額の計算は市場監督管理部門が実際に確認した事件の状況をもとに行う必要が

あり、罰則の目的を追求するために恣意的に算定を行うことをしてはならない、②行為者に有利原則、異なる算定方法で確定した違法経営額には必ず差異が生じる。例えば、未販売の権利侵害商品の公定価格で計算した価値が、実際の販売によって明らかにされた平均価格によって計算した価値よりも大きくなる可能性がある。このような場合、より小さな違法経営額を選択し、行政処罰裁量基準を適用する必要がある、という原則に従うべきであると考えられている。

2. 商品商標に対する「違法経営額」の今までの算定方法及び問題点

『解釈』第12条は、「販売された権利侵害製品の価値は、実際に販売された価格に基づいて計算する。製造、貯蔵、輸送及び販売されていない権利侵害製品の価値は、表示価格または検出された権利侵害製品の実際の販売平均価格に基づいて計算する。権利侵害製品に表示価格がない、またはその実際の販売価格を検証できない場合は、権利侵害製品の市場中間価格に基づいて計算する」と規定されていることが、実務においてよくみられる。特に論争のある問題は、主に以下の通りである：

(1) 販売済み商品の価値が、違法経営額に計上されているかどうかの問題

実際には、販売された商品については、主に行行為者の陳述、仕入手形、販売伝票、領収書などに基づいてその数量と価値を検証することになる。行政機関が法執行の際には、商標権者が提供した鑑別意見書に基づいて、権利侵害商品を認定する必要があるため、販売したその物自体を取り戻すことができない商品に対しては、権利者は鑑別できず、販売された商品を権利侵害商品と認定すべきではないとする意見がある⁽⁹⁾。また商標権者が提供した鑑別意見書は、権利侵害商品を認定する必要条件ではなく、法執行行政官は商品の仕入れ価格、販売価格または正規品との間に存在する大きな差などの事実に基づいて、その商品の真偽を判定することができるという意見もある。その場合は、権利侵害商品である販売済み商品の価値を明らかにし証明できれば、事件の全過程の違法経営額に計上しなければならないとされる⁽¹⁰⁾。

(6) 寇秉輝、陳海霞「“一事不再理”原則的理解与適用」、人民司法、2022(02)、98—102頁。

(7) 「最高人民法院、最高人民検察院關於弁理侵犯知識產權刑事案件具体适用法律若干問題的解釋」法釈[2004]19号。2004年12月8日、最高人民法院、最高人民検察院により公布、同年12月22日から施行。

(8) 王傑、牛金猛「某公司未經權利人授權擅自使用“環球影城”字樣構成商標侵權案」、中華商標、2022(07)、43—45頁。

(9) 孔迪「執行人員如何應對網絡經濟中涉及線上線下多主体、多地址違法的新業態？——从一宗銷售假冒電池案件引發的思考」、中国品牌与偽装、2022(01)、32—34頁。

(10) 王超越「冒充注冊商標行為查處要點」、中華商標、2023(02)、45—47頁。

実際には販売された商品については、主に行行為者の陳述や仕入手形、販売伝票、領収書などを基に数量と価値を確認する必要がある。また行政機関が法執行する際には、商標権者が提供した鑑別意見書に基づいて権利侵害商品を認定することが求められるが、販売された実物が存在しない場合、権利者がその商品を鑑別できず、権利侵害商品として認定すべきではないとの意見もあった。これに対し、商標権者の鑑別意見書は、権利侵害商品を認定するための必須条件ではなく、法執行行政官は商品の仕入れ価格や販売価格の差異に基づいて商品の真偽を判断することが可能であるため、販売済み商品の価値が明らかになり証明ができれば、その違法経営額は事件の全過程に計上されるべきという意見も見出される⁽¹¹⁾。

(2) (商標権侵害した)贈答商品の、違法経営額の算出問題

贈答商品には具体的な価値がないとされ、一般的に「違法経営額はない」という見解が存在したが、同時に贈答商品と類似する正規品の価値で計算する考え方もある。さらに、権利侵害をしている贈答商品については、同じ権利侵害商品の市場中間価格を基に、違法経営額を算出するべきだという意見もある。

(3) 包装されていない権利侵害食品の違法経営額の算定問題

「鮑師傅商標権侵害事件」⁽¹²⁾では、商品である菓子が登場で製造・販売される際に「鮑師傅」の商標が付いていないため、権利侵害商品としては扱うことができず、現場にある「鮑師傅」の商標が付いた包装物のみを、権利侵害商品として法律違反の経営額に計上すべきという見解が示されている。しかし、実際には、包装と食品が分離されている特性を無視し、菓子自体に商標がないと判断するのは適切ではなく、これにより商標使用の原則に反する違法な経営額の計算が行われていることは明らかであろう⁽¹³⁾。

(4) 権利侵害商品が変容販売された場合の違法経営額の算定問題

権利侵害商品が実際に変則的に販売されるケースが多い。例えば、クレーンゲームでは人形を掴み上げて、権利侵害商品を手に入れる事案がある。この場合、消費者は25円を支払い、メダルを1枚獲得することで、人形を1回掴むことができ、掴んだ人形と偽のシャネルの口紅とをフロントで交換することができる。権利侵害商品の価値は、消費者が人形を掴み上げる能力に依存しており、25円から2500円までの幅があるため、価値は不確定である。権利侵害商品の経済的な影響を評価するためには、調査対象となった業者の収入と権利侵害商品の数量を考慮し、違法経営額は、「調査された経営収入÷権利侵害商品の販売数×権利侵害商品の総数量」に基づいて算出する必要がある。

3. 役務商標に対する「違法経営額」の今までの算定

サービス商標権侵害は、商品商標権侵害とは異なり、具体的な商品の実物とは関連せず、数量や価格が明確でないことが特徴だと思われる。加えて、サービス提供過程において実物商品と関わるため、法執行者が混乱しやすいという問題がある。1999年3月に発表された『国家工商行政管理局商標局によるサービス商標における保護に関する若干問題の意見』⁽¹⁴⁾では、サービス商標の侵害に伴う違法経営額は侵害期間中に発生した営業額として定義しており、無断で他人の商標を使用して行ったサービス行為から発生した金額は、すべて不法経営額とみなされる。さらに、広告行為だけでサービスを提供していない場合には、広告費用で不法経営額を算出し、サービスを提供した証拠がない場合においては、手形金額で計算することが規定されていた。要するに、サービス商標の侵害による違法経営額は、侵害期間中の営業収入全てが計算対象となり、権利侵害とは関係のない営業収入は除外されることになる。

(11) 董曉慧「商標侵權案件違法經營額計算」, 工商行政管理, 2015(01), 52-54頁。

(12) 「鮑師傅商標權侵害」関連事件は、以下の通りである。
広州知識産権法院(2020)粵73民終4644号民事判決書。
北京知識産権法院(2019)京73民終3100号民事判決書。
浙江省杭州市中級人民法院(2020)浙01民終538号民事判決書。
江蘇省高級人民法院(2019)蘇民終1227号民事判決書。
湖南省長沙市中級人民法院(2019)湘01民終13879号民事判決書。
湖南省長沙市中級人民法院(2019)湘01民終13880号民事判決書。
北京知識産権法院(2020)京73民終249号民事判決書。
陝西省高級人民法院(2020)陝民終442号民事判決書。
浙江省寧波市中級人民法院(2019)浙02民終4216号民事判決書。

(13) 李琦, 朱寧, 馬濤「假冒注冊商標罪立案標準探析——以兩起侵犯鮑師傅注冊商標專用權案為例」, 中國市場監督報2021年1月6日付, 第3面。

(14) 「国家工商行政管理局商標局關於保護服務商標若干問題的意見」1999年3月30日, 国家工商行政管理局商標局により公布, 同日から施行。

以下は法執行実務において三つの典型的な事例を挙げ、サービス商標権侵害の違法経営額の算定について概観する。

- ① 事例1：当事者は、許可を得ずにAPPLEの商標を使用し、「アップル」の携帯電話専門修理店のように偽装して、携帯電話修理サービスを提供していた。その結果法執行機関は、権利侵害が行われた期間の経営収入を160万元と算出し、これを違法経営額として扱った。これに対し行為者は、「サムスン」や「ファーウェイ」など他ブランドの携帯電話修理による収入は考慮すべきではないと主張していた。
- ② 事例2：当事者は、自営業のサイト上で2018年の「ロシアワールドカップ」や「力神杯」に関連する商標を無断で使用し、これを利用して「ワールドカップ」の試合チケットを宣伝・販売した。また、同時にホテルや航空券の販売も行い、これらの費用を組み合わせ販売した。
- ③ 事例3：当事者は「全聚徳」の傘下企業と偽り、同社の商標を不正に使用して飲食サービスを行った。提供された料理は「全聚徳」のメニューとは異なり、販売された飲料水は全て正規品であったため、その調査や処分の際、違法経営額として計算すべきではないと主張した。

上記の事例を踏まえて実務界では、サービス商標権侵害の違法経営額は、権利侵害行為が行われている間の全ての営業収入で算出すべきだと、広く認識されている。サービスは無形であるため、その価値は具体的な商品の形を借りて表現されることが多いが、商品自体は独立した商標と価値を持つことがある。したがって、サービスとしての形成経緯が単独で価値を測定できるからといって、権利侵害行為から除外されるわけではなく、サービス商標専用権の保護を弱めることは許されないし、権利侵害サービスの提供過程で、権利侵害サービスと密接に関連する商品や物品の価値も、全て違法経営額に含める必要がある。

このように、他ブランドの携帯電話の修理、ホテルや航空券の販売、他の飲料水の販売といった行為は、権利侵害行為と密接に関連しているため、いずれも違

法経営額に計上されるべきである。

4. 特別な場合の「違法経営額」の算定

(1) 故意に商標権侵害に便宜を図る行為の違法経営額

このような行為は、間接的な権利侵害行為であり、行為者は本質的に連帯責任を負うべきものであり、行為者の違法所得は、直接侵害者が便益条件を利用して発生した収入に依存し、通常は行為者と直接侵害者の間の契約で約定された収入である。法執行の実践において、実際の収入と契約の予定収入が一致しない場合、実際の収入に基づいて計算しなければならない。市場経営者と商店の間の賃貸料に関する場合は、直接権利侵害者(商店)の権利侵害行為の持続時間の長さに基づいて、具体的に計算しなければならない。すなわち、以下の通りである。

市場経営単位の違法経営額＝賃貸料÷リース期間×権利侵害時間(時間単位は統一しなければならない)。

(2) 「違法経営額なし」の認定

第一に違法経営額が存在しないということは、必ずしも売上がないことを意味するわけではない。特にサービス商標権侵害に関しては、サービスを購入する人がいない場合でも違法経営額がないとは限らないとされている。第二に違法経営額が行為者から提供されない場合や、真実でない情報である場合、その額を検証するための有効な情報が不足していることから、行政法執行機関は違法経営額を特定することが難しくなる。このため、違法経営額が存在しないことを把握するのは困難であり、他の状況と総合的に考慮しながら慎重に適用する必要がある。

Ⅲ 『商標権侵害事件における違法経営額算定方法』の主な要点及び内容

1. 主な要点に関する説明

(1) 概念について

権利侵害商品の違法経営額概念について、『方法』は基本的に『最高人民法院 最高人民検察院による知的財産権侵害における刑事事件の処理についての具体的な法律適用に関する若干問題の解釈』及び『国家工商行

政管理局商標局によるサービス商標における保護に関する若干問題の意見⁽¹⁵⁾の中の違法経営額⁽¹⁶⁾の定義を踏襲し、その中で権利侵害商品については総価値で計算する。ここで、商標権侵害による違法経営額は、行政法における「違法所得」とは意味が異なり、後者は違法に得られた総利益を指すのに対し、商標権侵害の違法経営額は商品総額や収入総額に関連し、経営支出とは無関係であることが強調されている。

(2) 「違法経営額」に関する算定基準

違法経営額の一般計算基準について、『方法』は大体『知財刑案事件解釈』の関連規定を踏襲し、その一部の細部に対して一定の改正を行った。具体的には以下の通りである：

① 販売済み商品の価値算定方式を明確にした

販売済み商品の価値計算方式については、『方法』と『知財刑案事件解釈』の規定は一致しており、いずれも実際の販売価格で計算されている。なお、実際には、営業者が商標権を侵害した商品を顧客に無償で「贈答」の場合があり、この場合は、本条項の「実売の価格で計算する」方式を機械的に適用して、違法経営額がないと認定することはできず、当該「贈答」商品の製造コストおよび販売過程、販売目的を考慮することができる。『方法』第8条はこれに対して特別規定を行った。

② 未販売商品価値計算方式の適用順序を明確にした

『方法』はまず、「権利侵害商品の実際の販売平均価格を明らかにした」ことに基づいて計算することを明確に要求し、権利侵害商品の実際の販売平均価格を明らかにすることができない場合にのみ、「権利侵害商品の表示価格に基づいて計算する」ことができる。実際には商品表示価格は比較的入手しやすいが、商品表示価格と実際の販売平均価格の差が大きい場合には、実際の販売平均価格を適用することが法的に合理的である。『方法』の未販売商品価値計算方式の適用順序の調整は、違法経営額計算をより合理的にする一方で、

行政機関に明確な法執行根拠を与えたと考えられる。

③ 総価値で算定した違法経営額が指す商品範囲を定めた

『方法』では、「製造、貯蔵、輸送」商品を「販売」商品と並べて総価値に基づく違法経営額に計上しないと認定しており、代わりに「販売済み商品」、「販売待ち商品」、そして「製造が完了し、他人の商標権を侵害する商品」を違法経営額に計上することと規定している。権利侵害商品は通常、最終販売先が一つしかないため、『方法』はその流通过程において各当事者が負担する責任を制限し、正常な市場取引秩序を維持することを目的としている。

(3) 複雑な権利侵害状況における違法経営額の計算基準の明確化

中国の『商標権侵害判断基準』⁽¹⁷⁾第25条⁽¹⁸⁾は、請負業者が商標権侵害商品を使用する場合を、明確に商標権侵害と認定している。『方法』第7条はこの条項に対する補足的な規定として、権利侵害商品が独立して価格を計算できる場合、違法経営額の計算方法は『方法』第5条に従うが、単独で計算できない場合は、請負業者の業務の商業的特徴を考慮して、後期監査決算の方式に基づき権利侵害商品の価値を確定できる。もしその方法でも決定できない場合は、市場中間価格計算のいわゆるキャッチオール条項が適用されて、その役割を果たせることを図っている。実際に、商標権侵害に関与する可能性が高いのは請負業者であるが、発注者が侵害商品の使用を促進する結果を無視することはできないため、『方法』は請負業者の制限を削除し、この条項の適用範囲を広げている⁽¹⁹⁾。

『方法』は、入札価格を違法経営額の計算根拠として取り入れた一方で、「市場中間価格」とともに法執行の明確な根拠を示した。中国の『商標権侵害判断基準』によれば、顧客に他人の商標権を侵害する商品が無償で贈与することは、明確な権利侵害行為とされている。経営者は販促活動の一環として、無料で商品を提供す

(15) 『国家工商行政管理局商標局によるサービス商標における保護に関する若干問題の意見』第9条。

(16) 『最高人民法院 最高人民検察院による知的財産権侵害における刑事事件の処理についての具体的な法律適用に関する若干問題の解釈』第12条：本解釈にいう「不法経営金額」とは、行為者が知的財産権侵害行為を実施する過程に、権利侵害製品の製造、貯蔵、運輸及び販売の価値をいう。販売した権利侵害製品の価値は実際に販売した価格に依って計算する。製造、貯蔵、運輸及び販売されていない権利侵害製品の価値は表示価格又は精査した権利侵害製品の実際に販売の平均価格に依って計算する。権利侵害製品には表示価格なく、又は実際販売価格を精査できない場合、権利侵害される製品の市場の中間価格に依って計算する。数回にわたり知的財産権を侵害し、且つ、行政処罰または刑事処罰されていない行為について、不法経営金額、違法所得金額または販売金額の累計に依って計算する。

本解釈の第三条に規定される「件」とは、完全な商標図案を有する一部の標識をいう。

(17) 「商標権侵害判断標準」2020年6月15日、中国国家知識産権局により公布、同日から施行。

(18) 「商標権侵害判断標準」第25条 工事の実施と材料の調達を共に引き受ける工事請負経営活動において、請負業者が商標専用権を侵害した商品を使用した場合は、商標法第五十七条第三号に規定する商標権侵害行為に該当する。

(19) 陳太清「知識産権罰款の碎片化及其整合——以著作權法、專利法修正為背景」, 電子知識産権, 2020(01), 42—57頁。

るが、この行為には商業的な目的があり、潜在的な利益を期待しているため、通常の違法経営額の計算方法をそのまま適用するのは難しい。実際、行政法執行や司法実践においても、無料で贈与された商品が違法経営額の計算対象とされる事例が存在する⁽²⁰⁾。そのため、『方法』は違法経営額を、実際の購入価格や製造コストに基づいて計算することを求めている。計算が難しい場合や景品が非標準商品である場合には、定価または市場中間価格を用いた計算が適用されることが規定されている。

また、商品のリニューアルは非常に多様であり、外観の改装から、重要な部品の交換まで幅広く含まれる。リニューアルが商標権侵害に該当するかどうかは、商標法の観点からみて、商品の出所を識別する機能や品質保証機能を損なう可能性があるため、経営者が行ったリニューアルが、商品に実質的な影響を与える場合、商標権侵害と見なされる可能性が高い。実際、商品リニューアル業者が商標権侵害で裁判所に認定される事例⁽²¹⁾は少なくない。

商標法 57⁽²²⁾ 条は、他人の登録商標専用権を侵害するための便宜条件⁽²³⁾ を故意に提供することは、商標権侵害行為に属することを明確にしている。実際に、「他人の登録商標専用権を侵害するための便宜条件」は、経営者が権利侵害商品の倉庫保管、輸送などのサービスを提供する際によくみられる。経営者は自らの収入に関する資料を行政機関に提供することを避ける傾向があり、その結果、権利侵害によって得た収入の証明が難しくなる。行政機関が権利侵害に基づく収入を証明するための関連資料を入手できれば、違法に得た収入を計算できるが、経営者が現金で収入を得ている場合、関連する会計伝票や金銭出納帳の情報を得ることができず、他の資料を通じて収入の有無を判断することも困難になる。このような状況では、経営者が収入を得ていないと直接的に推定することはできず、そのために価格認定などの方法で違法経営額を確定する必要が生じる。

(4) 違法経営額に計上しない特別な状況を規定している

中国の電子商取引が発展する中で、一部の経営者はインターネット決済を利用して売上を増加させているが、この売上を違法経営額に含めると、経営者の法的責任が不当に重くなるおそれがある。現在多くの裁判所は、決済手段によって増加した権利侵害商品の販売額を、総違法経営額から控除することを認めており⁽²⁴⁾、これは法執行や司法の実務において確立された慣例と一致している。

2. 『方法』の内容

『方法』の内容について、日本語訳は以下の通りである。

『商標権侵害事件における違法経営額算定方法』

第1条 商標権侵害事件に関する厳格な規範を定め、公正な法執行を推進することで、経営主体の合法的な権益を守り、競争が公平な市場環境を整備するために、『中華人民共和国商標法』、『中華人民共和国商標法实施条例』⁽²⁵⁾などの法律及び法規に基づいて本方法が制定される。

第2条 本方法は、商標行政執法部門が商標侵害事件の処理において、当事者の行為が商標侵害に該当すると判断された場合に適用する。

第3条 違法経営額の計算は、合法、合理、客観的及び公正の原則に従わなければならない。

第4条 違法経営額とは、当事者が商標権侵害行為を実施することに係る権利侵害商品の総額又は権利侵害による営業収入を指す。

第5条 販売された権利侵害商品の価値は、実際に販売された価格に基づいて計算される。

販売されていない権利侵害商品の価値は、権利侵害商品が検出された実際の販売平均価格に基づいて計算される。実際の販売平均価格が明らかにできない場合は、権利侵害商品の表示価格に基づいて計算される。

実際の販売価格を明らかにできない、又は権利侵害商品に価格が表示されていない場合は、権利侵害発生期間中の権利侵害商品の市場中間価格に基づいて計算される。

(20) 江蘇無錫市中級人民法院(2023)蘇02民終702号民事判決書。

(21) 四川省成都市中級人民法院(2022)川01刑終15号刑事判決書。

(22) 第五十七条 次の各号に掲げる行為のいずれかに該当するときは、登録商標専用権を侵害する。

(六) 他人の登録商標専用権を侵害する行為に対して、故意に便宜を提供し、他人による登録商標専用権侵害行為の実施を幫助すること。

(23) 『中華人民共和国商標法实施条例』第七十五条：他人の商標専用権を侵害する、貯蔵、運送、郵送、印刷、隠匿、経営場所、インターネット商品取引のプラットフォーム等を提供することは、商標法第五十七条第六号にいう「便宜の提供」に該当する。

(24) 上海市第三中級人民法院(2023)滬03刑終17号刑事判決書。

(25) 『中華人民共和国商標法实施条例』 2002年8月3日中華人民共和国国务院令第358号公布、2014年4月29日中華人民共和国国务院令第651号改正。

製造は完了しているが、権利侵害登録商標が付着していない商品について、当該商品が他人の登録商標専用権を侵害することを証明し、確実かつ十分な証拠がある場合、その価値は違法経営額に計上しなければならない。

第6条 侵害製品の市場中間価格は、侵害者が公表した同種製品の小売り指導価格に基づいて確定し、小売り指導価格を公表していない場合は、以下の方法に従って確定する：

(一) 市場で複数の業者が同種の権利侵害製品を販売している場合、その中のいくつかの業者の小売り価格をサンプリングし、その平均値を取って市場中間価格を確定する。1つの業者だけが販売している場合は、その業者の小売り価格で市場中間価格を確定する。

(二) 市場で同種の権利侵害製品が販売されていない場合、これまで市場において同種の権利侵害製品が販売されていた中間価格に基づいて確定するか、又は市場で販売されていた権利侵害製品と、機能、用途、主な材料、設計、配置などの面で同一又は類似の同種の権利侵害製品の市場中間価格に基づいて確定する。

前項の規定により市場中間価格を確定することが困難な場合は、価格認定機関が認定して確定することができる。

当事者の陳述、商標権利者が提供した権利侵害製品の市場中間価格は、その他の関連証拠の審査と検証を経て事実であることを確認した後、参考にできる。

当事者が権利侵害製品の市場中間価格計算結果に異議がある場合は、証拠を提供しなければならない。

第7条 請負業者の加工請負経営活動において、登録商標専用権侵害商品を使用する場合は、侵害商品の実際の販売価格に基づいて違法経営額を計算しなければならない。権利侵害商品が単独で価格を計算されていない場合、請負業者の加工請負経営活動における価値比率に基づいて計算する。価値比率が特定できない場合は、権利侵害商品の市場中間価格に基づいて違法経営額を計算する。

第8条 無償で贈答商品が他人の登録商標専用権を侵害した場合、贈答商品の実際の購入価格又は製造コストに基づいて、違法営業額を計算しなければならない。贈答商品が実際の購入価格又は製造コストを確定できない場合、又は贈答商品が規格外の商品である場合、表示価格又は侵害された商品の市場中間価格に基づいて違法営業額を計算する。

第9条 リニューアル後の商品が他人の登録商標専用権を侵害している場合、侵害商品全体の価値に基づい

て違法経営額を計算する。

リニューアル商品自体は他人の登録商標専用権を侵害しておらず、その部品又は付属品のみが他人の登録商標専用権を侵害している場合、侵害している部品又は付属品の価値に基づいて違法経営額を計算する。

第10条 商標法第57条第4項に規定される侵害行為に該当した場合、権利侵害標識の実際の販売価格に基づいて違法経営額を計算する。

第11条 故意に他人の登録商標専用権を侵害するために便宜条件を提供した場合、権利侵害の幫助による得た収入に基づいて違法経営額を計算する。収入がない場合は、違法経営額がないように処理する。

第12条 レンタル商品が他人の登録商標専用権を侵害した場合、レンタル収入に基づいて違法経営額を計算する。

第13条 広告宣伝において他人の登録商標専用権を侵害し、権利侵害商品を確認できない場合は、違法経営額がないことに基づいて処理する。

第14条 商標のライセンサーとライセンシーが共同で他人の登録商標専用権を侵害した場合、本弁法第5条及び第6条の規定に基づいて違法経営額を計算する。

商標のライセンサーがライセンシーに他人の登録商標専用権の侵害を幫助した場合、ライセンス料に基づいて違法経営額を計算する。商標の無償使用をライセンスした場合は、違法経営額のないように処理する。

第15条 上記の規定に基づいて実際の違法経営額を検証できない場合は、違法経営額がないことを前提として処理する。一部の違法経営額しか検証できない場合は、検証済みの違法経営額に基づいて処理する。

第16条 当事者が提出した十分な証拠に基づき証明された、「サクラ行為」などの虚偽の販売手法によって増加した権利侵害商品の販売額は、違法経営額に算入しない。

第17条 行政と刑事のクロスにより逆移送(検察機関から行政機関へ)された事件において、違法経営額に対し、行政機関と公安機関の認定が一致しない場合、行政機関の調査状況を踏まえ、本方法の規定に基づいて認定することができる。

第18条 本方法は、国家知識産権局および国家市場監督管理総局によって解釈される。

第19条 本方法は、公布の日から施行する。

IV おわりに

本稿では、CNIPA と SAMR が共同で公布した『商

標侵害事件における違法営業額算定方法』に関して、具体的な内容等について紹介し、その考察を行った。

中国における商標権侵害事件に対する行政ルートでの保護を取り入れようとする日系企業やそれらの問題の研究、そして問題に関心を持つ方々は、商標権侵害における違法経営額算定の実態及び算出について戸惑う場合があると推測されるが、本稿がその法的解釈の一助となることを願うところである。

謝辞

私の日本で一年間の研究活動に対し、常に温かいご指導ご助力を賜った日本大学法学部長・小田司教授、同法学部次長・坂本力也教授に、深く感謝を申し上げる次第である。

2024 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：2024 年 6 月 19 日(水)18 時 30 分～ 20 時

会場：Zoom によるリモート開催

演題：AI と知的財産に関する実務上の問題

講師：西村あさひ法律事務所・外国法共同事業 弁護士

松下 外 氏

(第 2 回例会)

日時：2024 年 10 月 2 日(水)18 時 30 分～ 20 時

会場：対面開催

演題：米国知財マーケットに関する最近の動向

講師：株式会社 SUBARU 前知的財産権部長

小林 重一 氏

(第 3 回例会)

日時：2024 年 10 月 23 日(水)18 時 30 分～ 20 時

会場：対面開催及び Zoom によるリモート開催

演題：独占禁止法と知的財産法との関係

講師：公正取引委員会 取引部 上席下請検査官

小菅 敦 氏

(第 4 回例会)

日時：2024 年 11 月 13 日(水)18 時 30 分～ 20 時

会場：Zoom によるリモート開催

演題：特許庁における AI 活用の取組について

講師：特許庁総務部総務課 情報技術調査官

櫛引 明佳 氏

(第5回例会)

日時：2024年12月11日(水)18時30分～20時

会場：対面開催及びZoomによるリモート開催

演題1：英国における標準必須特許訴訟の最新動向

講師：日本大学法学部国際知的財産研究所 研究員

呉 楠 氏

演題2：リベルサス®錠の意匠登録に関する考察

講師：日本大学法学部国際知的財産研究所 研究員

曾我 諒 氏

演題3：ビジネス関連発明の特許性について

講師：日本大学法学部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, *Limits of Novelty and Internet Public Knowledge*

Binbin LIU, *Judicial Recognition of Commercial Damages to Credibility in China*

Takashi SAITO, *A Trial Theory on the Institutional Design of Adaptation Rights and Other of Works in the Course*

Koji WAKABAYASHI, *A Theoretical Study on Platformers' Strategies: Business Structure, Competitive Strategy, and IP Strategy*

Gai MATSUSHITA, *Application of Article 30-4 of the Japanese Copyright Act to Machine Learning*

Nan WU, *A Study on Copyright Infringement by Generative AI — the Liability of Infringing Parties and Service Providers in Japan: Insights from Chinese Case Law —*

【RESEARCH NOTES】

Ryo SOGA & Hiroshi KATO, *To What Degree Did the Three-dimensional Trademark Registration of Cialis® Tablets Affect Its Generic Medicines' Appearances?*

Man TAN, *A Thought On the Method of Calculating the Amounts Due to Illegal Management in Trademark Infringement Cases in China*

『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
齋 藤 崇	日本大学 法学部 准教授
若 林 広 二	日本大学 法学部 特任教授
松 下 外	西村あさひ法律事務所・外国法共同事業 弁護士
呉 楠	日本大学 大学院法学研究科 私法学専攻 博士後期課程在学, 日本大学 国際知的財産研究所 研究員
曾 我 諒	日本大学 大学院法学研究科 私法学専攻 博士後期課程在学, 日本大学 国際知的財産研究所 研究員
加 藤 浩	日本大学 法学部 教授
譚 曼	中国・蘭州財経大学法学部 副教授, 日本大学 国際知的財産研究所 研究員

編 集 委 員

加 藤 曉 子
加 藤 浩
齋 藤 崇
坂 本 力 也
佐 藤 正 弘
竹 内 敏 夫
友 岡 史 仁
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.18 2025.3

2025 年 3 月 10 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
