

日本大学法学部国際知的財産研究所紀要  
日本大学大学院知的財産研究科(専門職)紀要

# 日本大学知財ジャーナル

Journal of Intellectual Property

---

Vol.9 | 2016.3

日本大学法学部国際知的財産研究所紀要  
日本大学大学院知的財産研究科(専門職)紀要

# 日本大学知財ジャーナル

Journal of Intellectual Property

---

Vol.9 | 2016.3



## 目 次

### 【論説】

- ・産業競争力強化のための均等論 .....渡 辺 稔 ..... 5
- ・戦略プロファイリング  
—事業・技術・知財三位一体戦略の評価ツール— .....若 林 広 二 ..... 15
- ・先使用権の立証におけるデジタルタイムスタンプの法的効力と活用に関する検討  
.....粕 川 敏 夫 ..... 37
- ・ものづくり企業におけるインブランド(技術ブランド)戦略の可能性  
～主としてマーケティング論とブランド論の観点から .....杉 光 一 成 ..... 45
- ・パブリシティと表現の自由 .....石 井 美 緒 ..... 53
- ・ジェネリック家具と知的財産に関する考察 .....鈴木 香 織 ..... 65
- ・多様化するクロスボーダー取引における ITC 337 条調査の射程に関する考察  
.....鈴木 信 也 ..... 77

### 【判例研究】

- ・プロダクト・バイ・プロセス形式で記載された特許発明の技術的範囲の解釈手法及び特許法 36 条 6 項 2 号  
で規定する明確性要件との関係を示した事例  
(最判平成 27 年 6 月 5 日判決, 平成 24 年(受)第 1204 号, 裁判所時報 1629 号 2 頁)  
.....三 村 淳 一 ..... 89
- ・ファッションショー及びその構成要素である化粧, 髪型のスタイリング, 衣装等の選択等について著作物性が  
否定された事例  
(知財高判平成 26 年 8 月 28 日判決, 平成 25(ネ)第 10068 号, 判例時報 2238 号 91 頁)  
.....小 川 徹 ..... 99
- ・違法動画へのリンク行為に関し, 著作権侵害を否定した事例  
(大阪地判平成 25 年 6 月 20 日判決, 判例時報 2218 号 112 頁) .....安 田 和 史 ..... 107



## 産業競争力強化のための均等論

渡辺 稔<sup>(\*)</sup>

侵害事件における均等論判決について、アメリカと日本の歴史を概観し、次に、日本の最高裁判所で出されたボールスプライン事件判決において示された、均等論適用の第一要件である発明の本質的部分について、4件の知的財産高等裁判所の判断を検討し、具体的に発明の本質的部分がどの技術要素であるかを論じた。次に第五要件である意識的除外について、1件の高等裁判所判決を検討した。最後に、第一要件から第五要件までについて、知的財産の強い保護が産業競争力強化につながるという立場で、望ましい均等論適用の条件について論じた。

## 目次

- I. 均等論の歴史
- II. 日本における均等論
- III. 第一要件、特許発明の本質的部分
- IV. 第一要件に関する、最高裁判決以降の知財高裁判決
  - 1. 知財高裁 平成 21 年(ネ)第 10006 号 「中空ゴルフクラブヘッド」事件
  - 2. 知財高裁 平成 22 年(ネ)第 10089 号 「食品の包み込み成形方法及びその装置」事件
  - 3. 知財高裁 平成 18 年(ネ)第 10052 号 「乾燥装置」事件
  - 4. 知財高裁 平成 24 年(ネ)第 10094 号 「パソコン等の機器の盗難防止用連結具」事件
- V. 第五要件に関する、最高裁判決以降の知財高裁判決
  - 1. 知財高裁 平成 24 年(ネ)第 10035 号 「医療用可視画像の生成方法」
- VI. 産業の発達に対する均等論の貢献についての考察
  - 1. はじめに
  - 2. 第一要件
  - 3. 第二要件
  - 4. 第三要件
  - 5. 第四要件
  - 6. 第五要件
- VII. まとめ

## I. 均等論の歴史

均等論とは、特許の権利範囲を確定するに当たり、自動的に特許請求の範囲とするのではなく、特許請求の範囲外であっても、特許発明の実質的部分を利用した技術は権利範囲に含める、という法理である。

この考え方は、1800 年代、特許請求の範囲で権利を確定する現在の制度になる前、中心限定主義の時代にアメリカで生まれた。中心限定主義においては、発明の実施形態の一つが具体的に記載されているだけであるので、その際、発明と実質的に同じかどうかで、侵害か否かを判断するという考え方は、合理的のように感じられる。最初の判決は 1853 年、ウィナス事件とされている<sup>(1)</sup>。この事件での対象特許発明は、石炭運搬用貨車の荷台形状に関するもので、円錐形の荷台にすることにより、石炭を積載する際、石炭の重心が貨車の重心とずれ、転覆することを防ぐ効果を有するものである。これに対して、被疑侵害技術は、荷台の形状が八角錐になっていた。裁判所の判断は、この特許発明の本質を、荷台が平面図において点対称にすることにより、石炭の重心と貨車の重心とのずれを防止したことにあると判断し、被疑侵害技術は文言上非侵害であるが、特許発明の本質を利用しているので特許権侵害とした。その法的根拠は、英米法における衡平上の救済である。衡平上の救済とは、法律に基づいた判断では、被害者の救済が不十分であると判断されるときに採用される法理であり、古くは衡平の判断専門の裁判所で審理された。

その後、この中心限定主義では権利範囲が不明確であるとの理由から、1870 年の特許法改正により、特許請求の範囲の記載が義務づけられ、特許権の範囲は、この特許請求の範囲により確定されることになった。

(\*) 日本大学大学院知的財産研究科(専門職) 教授

(1) Winas v. Denmead, 15 How 330 (1853)

従って、均等論はその存在理由がなくなったかに見えたが、1950年、最高裁判所はグレーバートンク事件<sup>(2)</sup>において、特許請求の範囲外であっても、侵害となることがあり、その条件は、被疑侵害技術が特許発明と実質的に同一、即ち、その機能、方法、結果が同一または実質的に同一の場合であるとの判決を出すことにより、均等論での侵害を認めた。この事件での特許発明は、電気溶接用溶剤に関するもので、アルカリ土類金属の珪酸塩を含む溶剤である。被疑侵害技術はアルカリ土類の代わりにマンガンの珪酸塩を使用するものであったが、当業者にはマンガンがアルカリ土類金属のマグネシウムと置換可能であることが知られていた。そのため、機能が実質的に同じで、結果も同じであるから侵害であると判断された。

歴史的に見れば、特許法は、外国の進んだ技術を導入したい国家が、その技術を持った技術者に自国内で独占実施を認めることにより、自国への移住を促すために、制定してきた制度である。そして、この制度は自国民の発明奨励にもつながり、産業競争力強化には、必要不可欠な制度となった。現在では、産業競争力強化の激しい国家間競争となっており、この競争に勝ち抜くためには、特許権者の権利を強化することにより、優秀な発明者の自国内への取り込みが必要となってくる。特許権者の権利を強化する政策はプロパテント政策とよばれ、その反対をアンチパテント政策とよばれる。

アメリカは進んだ特許制度が活発に利用され、トーマス・エジソン、グラハム・ベル、ライト兄弟などの優れた発明者が続出し、大きな産業競争力を得るに至る。しかし、企業の巨大化に伴い、市場独占が進み、ついには1929年の大恐慌を経験すると、独占に対する拒否反応が生じ、特許制度についても、アンチパテント政策が採られるようになる。そしてその後は特許権により独占を認めることに対して、消極的な時代が続くことになる。その結果、均等論を含めた特許侵害判決が出されることはまれであったが、1980年代に入り、日本企業の攻勢により産業競争力の低下が著しくなるに及んで、特許権者の優遇政策であるプロパテ

ント政策に切り替えることになる。プロパテント政策を受けて、均等論による侵害判決の件数も増加し、ほぼ毎年見られるようになった。主なものとしてはヒューズエアクラフト事件<sup>(3)</sup>(1983年)、ペンウォルト事件<sup>(4)</sup>(1987年)、テキサスインスツルメント事件<sup>(5)</sup>(1988年)、コーニング事件<sup>(6)</sup>(1989年)、ロンドン事件<sup>(7)</sup>(1991年)などが挙げられる。

1980年以降の均等論による侵害成立の条件は、グレーバートンク事件で最高裁により示された、機能、方法、結果が同一または実質的同一という基準であったが、この判断を特許発明全体で行うのか、特許請求の範囲の構成要件毎に行うのかという点において、判決により食い違いが見られるという問題が発生した。この問題は、1997年のワーナー・ジェンキンス事件最高裁判決<sup>(8)</sup>で決着を見た。判決は構成要件毎に実質的同一を比較判断するべきであるというものである。またこの判決では以下が示された。

- ・侵害行為の意図は無関係、即ち衡平法の問題ではない。
- ・当業者による置換可能性の認識は出願時ではなく、侵害時を基準に判断する。
- ・禁反言は考慮されるが、補正の目的が特許性に無関係なら、均等論適用の制限は受けない。

本事件における特許発明は染料の不純物除去に関する発明で、不純物除去の条件が水素イオン濃度、6.0から9.0、圧力が200から400psigというものである。これに対して、被疑侵害技術は水素イオン濃度が5.0で圧力は200から500であった。発明の水素イオン濃度に関する数値限定は補正によって限定されたもので、上限の9.0は先行技術回避のためであったが、下限の6.0は理由が不明であった。従って、均等論が適用されるかどうかの判断はなされず、下級審である連邦巡回控訴裁判所に差し戻されている。

なお、禁反言に関連する他の判決として、発明の詳細な説明に記載されている発明が、特許請求の範囲に記載されていない場合は、意識的に権利範囲から除外されていると考えられ、均等論適用はないとする判決(ジョンソン事件判決<sup>(9)</sup>)が2002年に出されている。

一方、大陸法であるドイツでは、均等論による侵害

(2) Graver tank v. Linde Air Products Co., 339 U.S. 605, 85 USPQ 328 (1950)  
(3) Hughes Aircraft Co. v. U.S., 219 USPQ 473 (Fed. Cir. 1983)  
(4) Pennwalt Co. v. Durand-Wayland Inc., 4 USPQ 2d 1732, (1987)  
(5) Texas Instruments Inc. v. ITC, 6 USPQ 2d 1866, Fed. Cir. (1988)  
(6) Corning Glass Works v. Sumitomo Electric USA Inc., 9 USPQ 2d 1962, Fed. Cir. (1989)  
(7) London & Clemco Products Inc. v. Carson Pirie Scott & Co., 20 USPQ 2d 1456 (1991)  
(8) Warner-Jenkinson Co. Inc. v. Hilton Davis Chemical Co., 520 U.S. 17, 41 USPQ 2d 1865, (1997)  
(9) Johnson & Johnston Associates Inc. v. R.E. Service Co. and Mark Frater, Fed. Cir. No.99-1076, (2002)

の法理は認められている。今回設置される欧州統一特許裁判所でどのように取り扱われるかは不明であるが、おそらくは日米に合わせて、均等論を認める方向になるのではないかとと思われる。また、1985年に特許法(専利法)を導入した中国でも均等論が存在する。

## II. 日本における均等論

日本において均等論の法理が確定するのは1998年、ボールスプライン事件<sup>(10)</sup>の最高裁判決である。本事件の対象となった特許発明は、軸受けに関する発明である。この判決で、最高裁は、均等論侵害成立の条件として5要件を示した。以下、判決文を引用する。

特許請求の範囲に記載された構成中に対象製品等と異なる部分が存する場合であっても

- (1) 右部分が特許発明の本質的部分ではなく
- (2) 右部分を対象製品等におけるものと置き換えても、特許発明の目的を達することができ、同一の作用効果を奏するものであって、
- (3) 右のように置き換えることに、当該発明の属する技術の分野における通常の知識を有する者が、対象製品等の製造等の時点において容易に想到することができたものであり、
- (4) 対象製品等が、特許発明の特許出願時における公知技術と同一又は当業者がこれから右出願時に容易に推考できたものではなく、かつ
- (5) 対象製品等が特許発明の特許出願手続きにおいて特許請求の範囲から意識的に除外されたものに当たるなどの特段の事情もないときは、右対象製品等は、特許請求の範囲に記載された構成と均等なものとして、特許発明の技術的範囲に属するものと解するのが相当である。

この5要件は、前年に出された、アメリカのワーナー・ジェンキンス事件と共通する部分も多く、参考にしたものと思われる。

そして、判決は5要件を採用した理由について以下のように説明している。

- (一) 特許出願の際に将来のあらゆる侵害態様を予想して明細書の特許請求の範囲を記載することは極めて困難であり、・・・特許出願後に明らかとなった

物質・技術等に置き換えることによって、特許権者による差止め等の権利行使を容易に免れることができるとすれば、社会一般の発明への意欲を減殺することとなり、発明の保護、奨励を通じて産業の発達に寄与するという特許法の目的に反する・・・

- (二) このような点を考慮すると、特許発明の実質的価値は第三者が特許請求の範囲に記載された構成からこれと実質的に同一なものとして容易に想到することのできる技術に及び、第三者はこれを予期すべきものと解するのが相当であり、
- (三) 他方、特許発明の特許出願時において公知であった技術及び当業者がこれから右出願時に容易に推考することができた技術については、そもそも何人も特許を受けることができなかつたはずのものであるから、特許発明の技術範囲に属するということがいえず、
- (四) また、特許出願手続きにおいて特許請求の範囲から意識的に除外したなど、特許権者の側においていったん特許発明の技術的範囲に属しないことを承認するか、又は外形的にそのように解されるような行動をとったものについて、特許権者が後にこれと反する主張をすることは、禁反言の法理に照らし許されないからである。

しかし、この判決ではまだ明確でない部分が多く、その後、均等論判決が出されるたびに多くの論文で議論されている。ここでは、第一要件と第五要件に関する最近の判決について考察し、均等論全般について特許法の目的である産業の発達に対する貢献の観点から検討する。

## III. 第一要件、特許発明の本質的部分

第一要件は、「(1)右部分が特許発明の本質的部分ではなく」とあるが、それでは「本質的部分」の定義はどのように行うのかが示されていない。これに関しては、主に2つの説があるとされている。その一つは、本質的部分説(西田美昭判事)であり、本質的部分とは、クレームの構成(明細書の記載を含む)によって認められる当該特許発明に特徴的な事項であるとする。アメリカのワーナー・ジェンキンス事件判決で示された構成要件毎に均等かどうかを判断する手法に近いが、本質的部分であるとされた構成要件がわずかでも異なる場

(10) 平成6年(オ)1083号 平成10年2月24日 最高裁第三小法廷



合、自動的に均等論は適用出来ないとする点で大きく異なる。今ひとつは、技術思想同一説(三村量一調査官(当時))であって、クレームや明細書の記載に必ずしもそのまま表れているのではなく、クレームと明細書全体を理解した上で探求すべきものであるとするものである。この説は、ワーナー・ジェンキンス事件では退けられた、発明全体を見て均等かどうかを判断する手法と考えられる。この2説に対して、高部眞規子判事は、著作の中で、「特許発明の本質的部分か否かを判断するに当たっては、単に特許請求の範囲に記載された構成の一部を形式的に取り出すのではなく、特許発明を先行技術と対比して課題の解決手段における技術的原理を確定した上で、対象製品の解決手段が特許発明の解決手段の原理と実質的に同一の原理に属するものか、それともこれと異なる原理に属するものかという点から判断すべきであるとする見解(課題解決原理抽出説)が多数である。」としている<sup>(11)</sup>。

相違点が発明の本質的部分であるかどうかの判断方法については、いくつかの論文が発表されているが、その内の1つは、「相違点が課題の解決とは無関係な構成についての相違点ではなく、①明細書の記載 ②公知技術 ③審査経緯等に鑑みて発明を特定する構成(構成要件)のうち、課題解決手段を基礎づける特徴的部分に該当し、①明細書の記載 ②公知技術 ③審査経緯等に鑑みて発明を特定する構成の上位概念を構築することができ、かつ、被告製品が上位概念化した抽象的な構成要件を充足する場合、相違点は本質的部分にあたる。」としている<sup>(12)</sup>。また、別の論文では「異なる部分が特許発明の課題の解決と関係する構成要件である場合は、特許出願明細書に記載、または示唆されている事項から当該構成要件の上位概念化を行い、イ号が、上位概念化した構成要件に含まれる場合は、上位概念化した構成から把握される解決原理(技術思想)が、公知技術と一致するか否かを判断し、公知技術と一致しない場合は、当該相違点は、特許発明の本質的部分ではないと判断する。」としている<sup>(13)</sup>。いずれも「課題解決の原理」に基づいて構成要件を上位概念化するというものである。従って、課題解決の原理を確定すればよい。すなわち、課題解決のために必要な技術要素を確定することである。そして、上位概念化すればよいのであるが、当然、先行技術まで含むような上位概念化であってはならない。以下、最近の判決をい

くつか取り上げて、それぞれの発明の「本質的部分」を検討する。

#### IV. 第一要件に関する、最高裁判決以降の知財高裁判決

##### 1. 知財高裁 平成21年(ネ)第10006号「中空ゴルフクラブヘッド」事件

この事件の特許発明は、ゴルフクラブヘッドにおいて、金属とプラスチックを接合する方法が、従来は接着剤であったが、これを縫合することにより、より強度を上げたという発明である。これに対して、非疑侵害技術は、縫い合わせたのではなく、テープ状のひもで、一カ所一本でつなぐという技術であった。この点が、本質的な違いであるかどうか争われた。

本件、特許発明の「特許請求の範囲」請求項1は「金属製の外殻部材と繊維強化プラスチック製の外殻部材とを接合して中空構造のヘッド本体を構成した中空ゴルフクラブヘッドであって、前記金属製の外殻部材の接合部に前記繊維強化プラスチック製の外殻部材の接合部を接着すると共に、前記金属製の外殻部材の接合部に貫通穴を設け、該貫通穴を介して繊維強化プラスチック製の縫合材を前記金属製外殻部材の前記繊維強化プラスチック製外殻部材との接着界面側とその面側とに通して前記繊維強化プラスチック製の外殻部材と前記金属製の外殻部材とを結合したことを特徴とする中空ゴルフクラブヘッド。」である。

これに対し、被告製品は一番の地裁判決に寄せれば、「<a> 金属製外殻部材1とFRP製外殻部材9,10とを接合して中空構造のヘッド本体を構成した中空ゴルフクラブヘッドであり、<b> 金属製外殻部材1のフランジ部5にFRP製下部外殻部材9、FRP製上部外殻部材10の接合部を接着すると共に、<c> 金属製外殻部材1のフランジ部5aに透孔7を設け、<d> 透孔7を介して炭素繊維からなる短小な帯片8を、前記金属製外殻部材1の上面側のFRP製上部外殻部材10との接着界面側とその反対面側に通して、前記FRP製上部外殻部材10と金属製外殻部材1とを結合してなる<e> 中空ゴルフクラブヘッド。」である。

そして、知財高裁における裁判所の判断は、「本件発明の課題解決のための重要な部分は、「該貫通穴を介して」「前記金属製外殻部材の前記繊維強化プラス

(11) 高部眞規子 「実務詳説特許関係訴訟」 第二版 p.168 (金融財政事情研究会 平成24年)

(12) 白木裕一 「知財管理」 Vol.60 No.4 (2010) p.601

(13) 牧山皓一 「パテント」 Vol.65 No.11 (2012) p.28

チック製外殻部材との接着界面側とその反対側とに通して前記繊維強化プラスチック製の外殻部材と前記金属製の外殻部材とを結合した」との構成にあると認められる。」とし、一本のひもで数カ所の穴を通して結合するか、一本のひもは一カ所だけの穴を通して結合するかの差は、本質的な差ではないと、侵害を認めた。

知財高裁判決に対して考察する。当該発明は、金属と繊維強化プラスチックを接着剤で結合すると、その強度が弱いという課題を解決したものである。その解決方法は繊維強化プラスチックと強力に接着させることのできる縫合材を用い、この縫合材を金属の穴に貫通させ、両端を繊維強化プラスチックと接着させるというものであると、判断できる。このような機能を持った縫合材としては、繊維強化プラスチックと同じ材質の縫合材が代表的なものであるが、同じ機能を持った材料であれば、均等物として均等論が適用できるであろう。

また、判決では、裁判所は「縫合」の意味について、金属製外殻部材と繊維強化プラスチック製外殻部材の双方に貫通穴を穿ち、この貫通穴に縫合材を通して刺す態様に限定されるかを論じているが、課題を解決できた理由は、縫合材を金属の穴に貫通させ、両端は繊維強化プラスチックと強固に接合したことにある。例えば、金属の穴の上下に繊維強化プラスチック製外殻部材を置き、金属の穴を貫通した縫合材の両端を、これら上下の繊維強化プラスチック製外殻部材に接着する構造、あるいは金属に2カ所の穴を開け、一本の縫合材の片端を繊維強化プラスチック製外殻部材に接着し、この縫合材を金属の第一の穴に貫通させた後、もう一方の穴に逆側から貫通させて、縫合材のもう一方の片端も繊維強化プラスチック製外殻部材に接着させれば、繊維強化プラスチック製外殻部材には穴を開けること無く、接合が可能である。従って、両方を貫通することは課題を解決するための必須要件ではないので、発明の本質ではなく、考慮する必要は無いと思われる。

## 2. 知財高裁 平成22年(ネ)第10089号「食品の包み込み成形方法及びその装置」事件

この事件の特許発明は、外皮材で内材を包む機械に関する。ノズル部材及び生地押え部材を下降させてシャッター片及び載置部材に接近させ外皮材を押え部材で固定し、上から押し込み部材を下降させて外皮材を椀状として、内材を注入するという発明である。特許

請求の範囲の請求項1では、

「受け部材の上方に配設した複数のシャッター片からなるシャッターを開口させた状態で受け部材上にシート状の外皮材を供給し、シャッター片を閉じる方向に動作させてその開口面積を縮小して外皮材が所定位置に収まるように位置調整し、押し込み部材とともに押え部材を下降させて押え部材を外皮材の縁部に押し付けて外皮材を受け部材上に保持し、押し込み部材をさらに下降させることにより受け部材の開口部に進入させて外皮材の中央部分を開口部に押し込み外皮材を椀状に形成するとともに外皮材を支持部材で支持し、押し込み部材を通して内材を供給して外皮材に内材を配置し、外皮材を支持部材で支持した状態でシャッターを閉じ動作させることにより外皮材の周縁部を内材を包むように集めて封着し、支持部材を下降させて成形品を搬送することを特徴とする食品の包み込み成形方法。」となっている。

これに対して被疑侵害品は、地裁判決における被告の主張では、「被告方法における「ノズル部材」とは、「押え部材」に相当する生地押え部材が下降し、同部材を生地の縁部に押し付けて生地Fを載置部材上に保持した後に下降するもの、又は、シャッター片及び載置部材が上昇することによってノズル部材及び生地押え部材5に接近するものであって、「押え部材」と同時に下降するものではない。」点である。即ち、押し込み部材の下降はなく、シャッター片及び載置部材を上昇させることによってノズル部材及び生地押え部材に接近させている点において、異なる。

均等論の要件1についての裁判所の判断は

「本件発明1においては、シャッター片及び載置部材と、ノズル部材及び生地押え部材とが相対的に接近することは重要であるが、いずれの側を昇降させるかは技術的に重要であるとはいえない。よって、本件発明1がノズル部材及び生地押え部材を下降させてシャッター片及び載置部材に接近させているのに対し、被告方法2がシャッター片及び載置部材を上昇させることによってノズル部材及び生地押え部材に接近させているという相違部分は、本件発明1の本質的部分とはいえない。」として、均等論の適用を認めた。

この特許発明の本質は、従来技術の持つ、外皮材の形状が一定しない、位置がずれ、正確に成形位置に配置することができない、生地片の縁部が落ち込むなどの欠点の改善、およびこれらの改良である技術の持つ、装置が大型になるという欠点の改善という課題を解決するために、まず外皮材の位置をシャッターで調整し、

次いで外皮材の周辺を押さえ部材で押さえながら押し込み部材で外皮材を椀状に成形し、内材を注入して外皮をシャッターで包み込むプロセスである。とすれば、押し込み部材を下げるか、生地支え部材を上昇させるかは、課題を解決した技術には関係せず、本質的部分ではないとする判決は妥当といえよう。

### 3. 知財高裁 平成 18 年(ネ)第 10052 号「乾燥装置」事件

この事件は乾燥装置に関する事件である。対象となった特許発明は、特許 2840639、特許 2958869、特許 3057544 の 3 件である。それらの内容は、筒状の容器の外周に熱源があり、中心には同一水平面において、複数の螺旋状羽根が設けられた回転軸を備え、被乾燥物を羽根の上のせて巻き上げ、遠心力により熱源に押しつけ、乾燥させる乾燥装置と乾燥方法である。これに対して、被疑侵害品は同一水平面において、1 枚の螺旋状羽根が複数回転軸に備えられている乾燥装置である。

特許発明について、特許請求の範囲の請求項 1 では、「被乾燥物 3 を投入する内部が円筒形状の乾燥槽 4 と、伝熱手段からの熱を被乾燥物 3 に伝える乾燥槽 4 の円筒形状の内壁面の伝熱面 2 と、上記乾燥槽 4 の周囲に位置し、上記伝熱面 2 に熱を伝える伝熱手段と、上記乾燥槽 4 内に重力方向に沿って配設された回転軸に連結されていることにより回転可能に配設されていて、それぞれが平面から見て 360 度の円周範囲内の長さで定められた複数枚の基羽根 5 a から成る乾燥装置において、上記各基羽根 5 a は上記伝熱面 2 に沿って細長形状に形成された平坦面 8 を有し、この伝熱面 2 に沿って細長形状の平坦面 8 の外周端 10 a と上記伝熱面 2 との間に、各基羽根 5 a の回転を許容する為のクリアランス U が形成されるように、上記伝熱面 2 に沿って細長形状の平坦面 8 の外周端 10 a は上記伝熱面 2 の円筒形状に沿った弧状に形成されていると共に、上記平坦面 8 は、その回転方向 R と逆方向に向ってその一端部 18 から他端部 19 に向って斜め上方に伸びるように形成されて成り、各基羽根 5 a の回転中、被乾燥物は、各基羽根 5 a の上記平坦面 8 による一端部 18 側から他端部 19 側へ被乾燥物を移動せしめる作用と遠心力による伝熱面 2 側への押し付け作用により各基羽根 5 a ごとに上方へ巻き上げられつつ伝熱面 2 へ押しつけられて乾燥せしめられることを特徴とする乾燥装置。」である。これに対し、被疑侵害品は、乾燥槽底部の最下部に設けられている羽根は 1 枚であり、「複

数枚の基羽根」でない点が相違する。

裁判所の判断は、

「本質的部分とは、明細書の特許請求の範囲に記載された特許発明の構成のうち、当該発明特有の課題解決のための技術手段を基礎付ける技術的思想の中核をなす特徴的部分をいうものであるところ、本件各明細書の記載によって、本件各発明は、課題③を解決するための技術手段として、最下部の羽根を複数枚にする構成を採用し、この構成を採用したことが、本件各発明特有の課題解決のための手段を基礎付ける技術的思想の中核をなす特徴的部分とされているものと認められる」として、相違部分は特許発明の本質的部分であるから均等論は適用できないとした。

また、原判決の「原告らは、本件各発明の「本質的部分」は、基羽根について、「平面から見て 360 度の円周範囲内」であることと、「複数枚」であることであるとして、課題③を解決するためには、最下部の羽根を複数枚にしなくても、最下部の羽根を他の羽根に比して相対的に長くすることによって(角度を 360 度の範囲内で大きくすれば)、乾燥槽内底部に位置する被乾燥物の全量に比して上昇する被乾燥物の量を多くすることができると主張する。確かに、課題③を解決するための技術的手段は、客観的に検討すれば、最下部の羽根を複数枚にする構成以外にあり得ないというのではないと解される。しかし、前記 1 で述べたとおり、本件各明細書の記載に照らせば、本件各発明においては、課題③を解決するための手段として、最下部の羽根を複数枚にする構成を採用したことが認められるのであって、この構成を採用したことが、まさに本件各発明特有の課題解決のための手段を基礎付ける技術的思想の中核をなす特徴的部分というべきものである。原告らは、本件各発明の本質的部分は、基羽根について、「平面から見て 360 度の円周範囲内」であることと、「複数枚」であることであると主張するが、これら原告らの主張する本質的部分が課題③の解決にどのように役立つのか、本件各明細書の記載からは不明であるし、最下部の羽根を他の羽根に比して相対的に長くするという構成は、本件各明細書において、実施例として開示されてないだけでなく、その示唆もなされておらず、本件各発明において、課題③を解決するための手段として、そのような構成を採用しているとは到底認められない。したがって、本件各発明の本質的部分に関する原告らの主張は、採用できない。」という部分も肯定している。

この特許発明が解決した課題は、①羽根や伝熱面に

被乾燥物が付着すると、羽根以外に搬送路がないので、被乾燥物が羽根の間が詰まること、②異物がカミ込むと逃げ場がなく回転しなくなる、③被乾燥物が底に溜まった状態になること、④被乾燥物が伝熱面に接触しない面積が大きく、伝熱面が有効に活用できない、⑤螺旋羽根の回転速度を高速にできない点である。この原因は、一枚の垂直螺旋回転羽根であることであるとし、複数枚の基羽根により、被乾燥物を上方に巻き上げつつ遠心力により伝熱面へ押しつけることで解決した発明である。そして請求項2は、この複数枚の基羽根を多段に配設した装置発明である。判決は基羽根が複数であることは発明の本質であると述べている。しかし、①の詰まりや②異物のカミ込み、③被乾燥物が底に溜まる原因は、実開平3-19501において、螺旋回転羽根によって間に形成される空間が小さいため、被乾燥物が巻き上げられない点にあると思われる。そうだとすれば、発明の本質は羽根の上の空間が、被乾燥物を巻き上げるに十分大きい点になり、基羽根が1枚か複数かは本質的部分ではないと思われる。しかし、特許明細書では螺旋回転羽根が1枚であることが原因であると断じており、更に、特許請求の範囲のみならず、発明の詳細な説明においても基羽根は複数のみ記載されており、発明のこのような判決になったものと思われる。判決に依れば被告の技術も、羽根の上の空間が、被乾燥物を巻き上げるに十分大きい構造であり、発明の本質を実施しているように思われる。従って第三者のただ乗りを許した結果となったように思われる。

#### 4. 知財高裁 平成24年(ネ)第10094号 「パソコン等の機器の盗難防止用連結具」事件

本件対象の特許発明は、パソコン等の機器の盗難防止用連結具に関するもので、パソコン等の機器の本体ケーシングに開設された盗難防止用スリットに、固定構造物への連結ケーブルとパソコン等の機器とを繋ぐ盗難防止用ケーブルの連結具である。

対象の特許は「特許3559501」である。

その特許請求の範囲の請求項1は、「パソコン(80)等の器具の本体ケーシング(84)に開設された盗難防止用のスリット(82)に挿入される盗難防止用連結具であって、主プレート(20)と補助プレート(40)とを、スリット(82)への挿入方向に沿って相対的にスライド可能に係合し、且つ両プレート(20)(40)は分離不能に保持され、主プレート(20)は、ベース板(22)と、該

ベース板(22)の先端に突設した差込片(24)と、該差込片(24)の先端に側方へ向けて突設された抜止め片(26)とを具え、補助プレート(40)は、主プレート(20)に対して、前記主プレート(20)の差込片(24)の突設方向に沿ってスライド可能に係合したスライド板(42)と、該スライド板(42)を差込片(24)の突方向にスライドさせたときに、差込片(24)と重なり、逆向きにスライドさせたときに、差込片(24)との重なりが外れるように突設された回止め片(44)とを具え、主プレート(20)と補助プレート(40)には、補助プレート(40)を前進スライドさせ、差込片(24)と回止め片(44)とを重ねた状態で、互いに対応一致する係止部(28)(48)が形成されていることを特徴とするパソコン等の器具の盗難防止用連結具。」である。

そして、「発明が解決しようとする課題」では、「掛金具(92)の掛止部(91)をスリット(82)に挿入した後、掛金具(92)から手を離すと、掛金具(92)がスリット(82)に吊り下がったり、スリット(82)から脱落することがあり、カバー(93)を装着できない。このため、掛金具(92)を片手で押さえたままで、他方の手でカバー(93)を挿入する必要があった。しかしながら、掛金具(92)、カバー(93)は共に小型であり、また、スリット(82)は、図1に示すように、ノート型パソコン(80)の下面に近い側部に形成されているから、両手で連結具(90)を取り付ける操作は困難であり、作業性が悪い問題があった。連結部は掛金具とカバーの2つの部品からなり、掛け金具を取り付けた後、掛け金具を押さえた状態で、カバーを取り付ける必要があるが、作業性が悪いという課題があった。」とある。

特許発明はこの課題を解決する手段に関するものであり、主プレートと補助プレートの二つの部品からなるが、これらは分離不能に保持され、片手で二つのプレートをスライドさせるだけで、取り付けることができるよう工夫されている。即ち、課題の解決に必要な技術思想は請求項1の構成要件の内、「主プレートと補助プレートとを、スリットへの挿入方向に沿ってスライド可能に係合し且つ両プレートは分離不能に保持され」の部分であり、明細書からは、これが発明の本質と読める。

なお、本件特許は無効審判が請求され、無効資料として、いくつかの資料が提出されているが、その中に分離不能ではないが、プレート状でスライドさせて使用するものも存在する。(甲第8号証(特表平10-513516号公報)の図7)また、プレート状ではないが、2つの部品を分離不能に保持し、スライドさせるもの

も存在する。(国際出願(PCT/US 00/28708, 甲第1号証))したがって、当該発明の本質は、「分離不能なプレート状の2つの部品からなり、相互にスライドし、回転止め片が一对である点」にあると思われる。拒絶理由通知に対する補正書で、「補助プレート(40)を前進スライドさせ」と補正されているが、この補正は、特許性を維持するためのものでは無く、回転させるスライドを意識的に除外したのもでも無い。従って、スライドの方向が前進であるのか回転であるのかは、課題解決に対して必要な技術要素ではないと思われる。しかし、判決では「本件各特許発明の上記の課題、目的、構成、作用効果等に照らすと、本件各特許発明は、スリットへの挿入方向、すなわち差込片の突出方向ないし形状に沿って補助プレートを前進スライドさせることにより、主プレートと補助プレートとを相対的にスライド可能に係合し、かつ両プレートを分離不能に保持するものとして構成することで、盗難防止用連結具を片手で簡単に取付け可能にした点に、本件各特許発明特有の課題解決手段を基礎づける技術的思想の特徴的な部分、すなわち本質的部分があるというべきである。」としているが、スライドの方向が「前進」であることが、課題解決に必要なものであるという説明はないように思われる。被疑侵害品は、構成要件の内、スライドの方法を回転することに変更したのみで、この思想自体は実施しているように思われる。

## V. 第五要件に関する、最高裁判決以降の知財高裁判決

### 1. 知財高裁 平成24年(ネ)第10035号「医療用可視画像の生成方法」

本件対象の特許発明は、CT、MRI等の放射線診断システムを用いて断層撮影された医療用画像から得られたCT値等の画像データ値に基づき、肝臓、膵臓などの臓器や血管および腫瘍等の複数種の生体組織を含む腹部や頭部等の被観察領域の可視画像を、CG処理等を用いて生成する医療用可視画像の生成方法に関するものである。本発明における従来技術では、軟組織と血管のように、CT値の差が互いに小さい生体組織間の場合は、CT値の違いによって両者を完全に分別することができないという問題があった。これは、従来技術が両者の分布が互いに重なる位置において両者を分別するような小区間を設定した上で、各小区間にそれぞれ一定値の色度および不透明度を設定し、さらに、演算過程の高速化を図るため、一部のボクセル

に関するデータを間引いて演算を行っていた方法に問題があると考えた発明者は、2次元平面上の各平面座標点と視点とを結ぶ各視線上に位置する全ての前記空間座標点毎の前記色度および前記不透明度を該視線毎に互いに積算し、該積算値を該各視線上の前記平面座標点に反映させると共に、前記小区間内に補間区間を設定し、該小区間において設定される前記色度および前記不透明度を、該補間区間において前記画像データ値の大きさに応じて連続的に変化させることで、課題を解決した。

これに対し、被疑侵害技術は、本来計算するべき対象の計算の一部を省略する早期光線終結という技術を採用したものである。従って被告はこの点に関して、「全ての前記空間座標」という構成要件を満足していないと主張した。一方、原告の主張は「早期光線終結は、遅くとも被告製品発売時点(平成20年7月7日)で、周知であり(甲45)、アルファブレンドの常用技術であった。」といい、この事実について、被告は争っていない。この事件で裁判所は、「仮に控訴人が主張するように、従来技術に係る「間引いて」の反対語が「間引かずに」ということであれば、出願人において特許請求の範囲に「間引かずに」と記載することが容易にできたにもかかわらず、本件発明1の特許請求の範囲には、あえてこれを「全て」と記載したものである。このように、明細書に他の構成の候補が開示され、出願人においてその構成を記載することが容易にできたにもかかわらず、あえて特許請求の範囲に特定の構成のみを記載した場合には、当該他の構成に均等論を適用することは、均等論の第5要件を欠くこととなり、許されないと解するべきである。」とした。即ち「全て」は「間引かないで」とは異なり、早期光線終結により、切り捨てられた部分も含むと判断したわけであるが、しかし、発明の詳細な説明には、早期光線終結について、何ら記載が無い。当該技術分野において採用することが周知である技術を採用しないことが発明の本質であるなら、明細書に記載があるはずであると思われる。記載が無いということは、即ちこの部分を含めない技術を意識的に除外してはいないと思われるが、いかがであろうか。なお、この事件では均等論の他の要件や、他の構成要件についても争われているが、本稿では第五要件についてのみ論じた。

## VI. 産業の発達に対する均等論の貢献についての考察

### 1. はじめに

最初に述べたように、現在は産業競争力強化の激しい国家間競争となっており、この競争に勝ち抜くためには、特許権者の権利を強化することにより、優秀な発明者の自国内への取り込みが必要となってくる。このため、1997年、特許庁長官に対する諮問機関、「21世紀の知的財産を考える懇談会」において、プロパテントへの政策転換提言がなされた。具体的には、

1. 知的財産権の「広い保護」
2. 知的財産権の「強い保護」
3. 「大学・研究所」の知的財産権振興
4. 「特許市場」の創設
5. 「電子特許」の実現
6. 「発展途上国協力」の推進
7. 「世界共通特許」への道
8. 「知的財産権政策」の国家的取り組み

である。均等論はこの中の「2. 知的財産権の「強い保護」」に該当するであろう。

均等論もできるだけ広く認めることが、産業競争力の優位を保つために必要である。この観点から各要件について考察する。

### 2. 第一要件

最初になすべきは、発明を正確に特定することである。即ち第一要件である、発明の本質的部分を特定することであるが、その方法については、その発明の課題解決の原理を特定することであろう。ここで検討した判決でも、その方向で検討されているが、被告が被疑侵害技術において、課題解決の原理を使用しているにもかかわらず、出願人が明細書にその本質的部分ではない点を課題解決の原理として記載しているような場合は、均等論は適用されていない判決も見られた。均等論は出願人の認識の如何に関わらず、先行技術と課題解決の手段から発明の本質的部分を特定し、その本質的部分が被疑侵害技術において使われているかどうかで判断すべきであろう。

### 3. 第二要件

第二要件は、「右部分を対象製品等におけるものと置き換えても、特許発明の目的を達することができ、

同一の作用効果を奏するものであって、」であるが、ここで問題となるのは、特許発明の技術思想を利用しながら、より優れた結果をもたらす、改良特許に相当する場合である。最高裁判決はこのようなケースでは、均等論侵害を認めていない。しかし、被疑侵害者が、発明の本質を利用していることは間違いなく、特許権者の立場から言えば、ただ乗りの救済にならない点、問題が残るのでは無いか？そもそも、特許請求の範囲が発明の本質的部分を正確に構成要件として記載されているなら、改良発明も実施すれば侵害となるのである。発明の強い保護の観点からは、書類の不備が出願人の正しい権利行使を妨げることがあってはならないというのを均等論の基本的考え方とすべきであろう。

### 4. 第三要件

第三要件は、「(3)右のように置き換えることに、当該発明の属する技術の分野における通常の知識を有する者が、対象製品等の製造等の時点において容易に想到することができたものであり、」となっているが、これも第二要件と同様、特許請求の範囲が発明の本質的部分を正確に構成要件として記載されているなら、改良発明の実施も侵害となるのであるから、被疑侵害者が一工夫を行えば、均等論侵害から免れるというのは、「知的財産の強い保護」に反すると思われる。なお第三要件に関しては国内と米、英、独を比較した詳細な論説がある<sup>(14)</sup>。

### 5. 第四要件

第四要件は「(4)対象製品等が、特許発明の特許出願時における公知技術と同一又は当業者がこれから右出願時に容易に推考できたものではなく、」である。これは特許権の無効理由になる条件であるから、この要件は当然であろう。

### 6. 第五要件

第五要件は「(5)対象製品等が特許発明の特許出願手続きにおいて特許請求の範囲から意識的に除外されたものに当たる」である。第五要件に関する判決は、いくつか見られ、その中には単に記載がないことをもって、意識的除外されているとの判断された場合もある。特許法の趣旨は、出願明細書に記載の具体的実施形態のみを保護するのではなく、いくつかの実施形態から、技術的思想を抽出し、特許請求の範囲に記載

(14) 山田知司 「知財管理」 Vol.63 No.5 (2013) p.645

された範囲を保護するものである。この場合技術思想を過不足無く特許請求の範囲に記載することは、特に将来の技術進歩が予想できないこともあり、困難であるので、均等論が生まれたことは前述のとおりである。意識的除外部分は、特許性維持の観点から除外された部分に限られるべきであろう。第五要件についても、いくつかの事件を取り上げて論じた論説がある<sup>(15)</sup>。

## VII. まとめ

産業競争力強化のためには、諸外国に比べて、より厚い保護を与える必要がある。単に出願人やその代理人の文書作成の瑕疵により、その権利が損なわれるという現状は、産業競争力の優位を保つ妨げとなろう。均等論においても、より広く適用し、知的財産権の強い保護を実現することが望ましい。発明の本質的部分の認定は、課題を解決した原理となる技術要素を特定し、先行技術を含まない限り上位概念化して行う。これにより、当業者にとっては発明の本質的部分について予見可能となる。そして、同時に第四要件を満たすこととなる。また第二要件については、同一以上の作用効果があっても、この要件を満足していると判断する。第三要件については、改良発明であっても要件を満たすと判断する。第五要件は特許性を維持するために行った除外のみ、除外したと判断する。即ち、明細書記載の内容に縛られず、発明の本質を特定し、この特定された本質を使っているかどうかで、侵害か非侵害かを判断する。発明の本質的部分を出願人が誤って記載した場合、また誤って除外した場合も救済すれば、発明者の大きなインセンティブになり、産業の発達に寄与すると思われる。さらには、特許請求の範囲、明細書記載等の不備に乗じて、発明を改良する等を行うことにより、侵害を免れ、合法的に発明の成果にただ乗りしようとするようなビジネスモデルに対しては、厳しく対処することにより、発明者を保護すべきであると思われる。

---

(15) 大野浩之 「知財ブリズム」Vol.13 No.151 (2015) p.1

# 戦略プロファイリング

## —事業・技術・知財三位一体戦略の評価ツール—

若林 広二<sup>(\*)</sup>

近年凶悪犯罪の捜査に用いられるようになった「プロファイリング」(「犯罪者プロファイリング」)を、企業の戦略情報の分析に適用し、それに基づいて経営戦略やそれを構成する事業戦略・研究開発戦略・知的財産戦略などの関係性を推定する方法(「戦略プロファイリング」)と、その具体的な適用手順を提示する。まず、犯罪者プロファイリングの概念、主要手法、歴史、実績などについて概説する。次に、戦略プロファイリングとその手順について記述し、最後に実在企業に戦略プロファイリングの手順を適用し、経営戦略の推定を試みる。戦略プロファイリングを実施することで、特定企業の公開情報からその経営戦略について短時間での概観が可能となる点において、競合企業の動きの予測や学生の就職活動に役立つものと思われる。プロファイリングの結果として得られる経営戦略についての評価は、事業・技術・知財三位一体戦略作りのベンチマーク企業や就活先の絞り込みに活用できる。

### 目次

- I. はじめに
- II. プロファイリング
  - 1. プロファイリングとは
  - 2. プロファイリングの歴史
  - 3. プロファイリングの手順
  - 4. プロファイリングの実績と今後の展望
- III. 戦略プロファイリング
  - 1. 戦略プロファイリングとは
  - 2. 戦略プロファイリングのツール
  - 3. 戦略マップとバランス・スコアカード
  - 4. 戦略マップと戦略ストーリー
- IV. 戦略プロファイリングの手順
  - ステップ1. 戦略情報の収集
  - ステップ2. 戦略目標の抽出
  - ステップ3. 戦略目標の分類
  - ステップ4. 戦略目標のマッピング1(仮置き)
  - ステップ5. 戦略目標のマッピング2(完成)
  - ステップ6. 戦略マップの評価
- V. 戦略プロファイリングの適用例
- VI. おわりに

## I. はじめに

「戦略プロファイリング」とは、犯罪捜査の「プロファイリング」の経営戦略版である。プロファイリング(あるいは「犯罪者プロファイリング」)とは、犯罪現

場の情報の分析に基づいて科学的に犯人のプロフィールを推定することである。プロファイリングが注目され始めたのは、映画『羊たちの沈黙』(Silence of the Lambs)やテレビドラマ『科学捜査班 CSI』(Crime Scene Investigation)などからとされている。コナン・ドイルの名作『シャーロック・ホームズ』を連想する人も、いるかもしれない。

毎年、年末になると恒例のように2000年12月30日に起きた世田谷一家惨殺事件に関する報道が繰り返されるが、2014年末には、元FBIのプロファイラー(プロファイリングを行う専門家)が、この未解決事件の犯人をプロファイリングするというテレビ番組が放映された<sup>(1)</sup>。これまでの新聞や雑誌の報道とはかなり異なった犯人像を提示していたので、その意外性に驚くとともに、プロファイリングの効果(納得性)を認識した視聴者も多いのではないだろうか。少なくとも、これまでマスコミで報道されてきたどの推定よりも、各証拠間の結びつき方が論理的で説得力のある解釈のように見える。

犯罪捜査で効果を発揮するプロファイリングが、企業の経営戦略や構成要素としての事業戦略・研究開発戦略・知的財産戦略などの関係性の推定に適用できれば、それは企業の企画・研究開発・知財の各部門や就活学生にとって強力な武器になるのではないかと考える。売り手市場といわれる最近の就職市場ではあるが、同じような内容のエントリーシートを数多くの企業に提出し、面接で通り一遍の回答しかできないような学

(\*) 日本大学大学院知的財産研究科(専門職)教授

(1) テレビ朝日『世紀の瞬間&未解決事件3時間スペシャル』2014年12月28日放映



生は、採用される確率も低くならざるを得ないだろう。就活においても、何らかの差別化が必要である。その差別化のポイントの一つは、就活対象企業についての深い知識である。その中でも特に重要なのは、企業が将来に向けて目指す姿を示した経営戦略である。一方、戦略論は世の中にたくさんあるが、ほとんどが企業内部の人々が自分たちの戦略を作るためのもので、外部情報に基づいて企業の戦略を推定するツールはあまりない。

本稿では、短時間で企業の経営戦略の全体像を推定する戦略プロファイリングの概念とその手順を説明し、実際の企業への適用を試みる。

## Ⅱ. プロファイリング

### 1. プロファイリングとは

プロファイリング (profiling) のもともとの意味は、「心理的・行動的特徴などを記録・分析して人物や集団の全体像 (profile: プロフィール) を作成すること」で、行動科学の分野で使用されてきた語である<sup>(2)</sup>。1970年代以降、手法が体系化され犯罪捜査に実際に使用され始めてからは、「犯行の分析に基づいて被疑者の性格特徴や行動特性を特定する手法」<sup>(3)</sup>、あるいは広く「犯行の諸側面から犯人について推論を行うこと」<sup>(4)</sup>と定義されるようになった。ちなみに、日本の警察庁では、「犯行現場の状況、犯行の手段、被害者等に関する情報や資料を、統計データや心理学的手法等を用いて分析・評価することにより、犯行の連続性の推定や次回の犯行の予測、犯人の年齢層、生活様式、職業、前歴、居住地等の推定を行うもの」と定義している<sup>(5)</sup>。つまり、「プロファイリング」とは、「犯罪現場の情報の分析に基づいて科学的に犯人のプロフィールを推定すること」といえる。そして、行動科学のプロファイリングと犯罪に特化したそれを区別するために、後者については、「犯罪者プロファイリング」という語で統一されつつある。

米国のFBI(連邦捜査局)の主活動として、犯人も含め犯罪に関連した情報を分析する「犯罪捜査分析」(criminal investigative/information analysis: CIA)と

いう分野があり、犯罪者プロファイリングもその一手法とされている。米国中央情報局(Central Intelligence Agency)とたまたま略称が同じため、混同しないように注意が必要である。

以上のように、プロファイリングは比較的新しい捜査手法といえる。

それでは、プロファイリングは従来の捜査方法とどう違うのか。ベテランの捜査員が、本格的な捜査活動の前に、現場状況、犯人の遺留品、目撃情報、関係者の情報などから事件の全容を推定することを「筋読み」というが、それとプロファイリングの差は何か。

基本的には、目的や作業内容にそれほど大きな違いはないが、両者には相違点もある。第1に、プロファイリングでは、使用される手法が体系化されているので、ベテランの捜査員でなくても、一定期間の教育・訓練さえ受ければ、誰でもある程度実施可能な点である。第2に、プロファイリングでは、可能な限り犯罪情報をデータベース化し、それらを蓄積し、個別犯罪の犯人像の特定に活かす。つまり、プロファイリングは、熟練者にしかできない筋読みに比べ、誰にでもできる再現性の高い手法だといえる。再現性が高いということは、その定義の通り科学的だということである。

プロファイリングの手法としては、大きく米国で開発されたFBI方式と、英国で発展したりバプール方式があるが、両方式とも「共通した性格特徴を持つ者は、行動スタイルも類似している」という仮定に基づいている。以下で、両方式について概説する。

#### (1) FBI方式

FBI方式では、まず、殺人犯を「秩序型」と「無秩序型」に分類する<sup>(6)</sup>。

表1の下部の各項目について、現場の状況から、2つのうちのどちらに近いかで犯人の型を判断する。つまり、犯行が秩序立っており、計画的で、被害者を選び、支配し、死体を移動させ、凶器・遺留品を残さない場合、秩序型とする。逆に、犯罪が突発的で、たまたま遭遇した人を被害者とし、犯行現場が乱雑で、死体や遺留品を現場に放置する場合、無秩序型とする。

その後、表1の上部の型に対応した各項目に沿って、容疑者の中から犯人を絞りこんでいく。秩序型は、知

(2) 野村恵造, 花本金吾, 林龍次郎『オーレックス英和辞典(第2版)』1,568頁(旺文社, 2013年)

(3) Douglas, J. E. and Larkin, P., Criminal Profiling: A Viable Investigative Tool against Violent Crime, *FBI Law Enforcement Bulletin*, 55(1986), pp.9-13

(4) 桐生正幸, 古河遼箭「大学における犯罪者プロファイリングをテーマとした犯罪心理学の講義」関西国際大学研究紀要第9号(2008年)77～87頁

(5) 警察庁「平成20年警察白書」37頁(2000年)

(6) Bartol, C. R., Curt, R. and Burtol, A. M., "Criminal Behavior: A Psychosocial Approach 7th Edition," Prentice Hall, 2005. 羽生和紀監訳『犯罪心理学—行動科学のアプローチ』339～340頁(北大路書房, 2006年)

表 1. 秩序型・無秩序型のプロフィールと犯行現場

| 項目     |            | 犯人型   | 秩序型                 | 無秩序型         |
|--------|------------|-------|---------------------|--------------|
| プロフィール | 知能水準(知能指数) |       | 平均以上(100～)          | 平均以下(～100)   |
|        | 社会性        |       | 有能                  | 不適応          |
|        | 職業         |       | 技能職                 | 単純労働         |
|        | 父親の職業      |       | 定職                  | 不規則          |
|        | 兄弟関係       |       | 年長                  | 年少           |
|        | 性的能力       |       | 正常                  | 無能           |
|        | 幼少期のしつけ    |       | 一貫性高                | 厳しい          |
|        | 犯行時の心理状態   |       | 冷静                  | 不安定          |
|        | 犯行時の飲酒の有無  |       | 飲酒                  | 飲酒量小         |
|        | ストレス耐性     |       | 状況的ストレスに左右          | ストレス小        |
|        | 配偶者        |       | 同居                  | 独居           |
|        | 移動手段       |       | 車                   | 現場近辺に居住/勤務   |
|        | マスコミ報道への関心 |       | 強い                  | 薄い           |
| 犯行後の変化 |            | 転職・転居 | 著しい変化(薬・アル中、宗教への入信) |              |
| 犯行現場   | 計画性        |       | 計画的                 | 偶発的          |
|        | 被害者との面識    |       | 面識無し                | 面識有り(土地勘有り)  |
|        | 被害者への感情    |       | 人格尊重                | 非人格化(顔を覆う)   |
|        | 被害者との会話    |       | 控えめに会話              | 会話無し         |
|        | 犯行現場の状況    |       | 整然                  | 乱雑           |
|        | 被害者への対応    |       | 服従を要求               | いきなり攻撃       |
|        | 拘束具使用の有無   |       | 拘束具不使用              | 拘束具使用        |
|        | 殺害前後の暴行    |       | 殺害前の暴行              | 殺害後の性的暴行     |
|        | 死体の隠蔽      |       | 隠蔽する                | 人目のある場所に放置する |
|        | 死体の移動      |       | 移動する                | 移動しない(放置)    |
|        | 凶器・遺留物     |       | 残さない(持ち去る)          | 多く残す         |

出所：Bartol, C. R., Curt, R. and Burtol, A. M., "Criminal Behavior: A Psychosocial Approach 7th Edition," Prentice Hall, 2005. 羽生和紀監訳『犯罪心理学—行動科学のアプローチ』(北大路書房、2006年)表9-1、表9-2(340頁)より作成

能が比較的高く、手に職を持ち、配偶者や子供を持ち、車を保有しており、犯行後に転居や転職する。非秩序型は、知能が比較的低く、社会性がなく、単純労働につき、犯行現場近辺に住んでおり、犯行後に薬物やアルコール依存になる、宗教団体に入るなどの変化を起こす。秩序型は一般人、無秩序型は変人といったおおまかな分類となる。また、2つの型が入り混じったものを混合型と呼び、両者の中間的なプロフィールを想定する。

## (2) リバプール方式

英国リバプール大学捜査心理学センター教授(元サリー大学教授)のカンター(David Canter)により開発された手法群で、「カンター方式」とも呼ばれている<sup>(7)</sup>。リバプール方式は、ファセット理論(犯罪者のプロフィールと犯罪の要素を多面的な視点から変数化して用いる多変量解析)に基づいた手法であり、それは、

①研究デザイン、②データ分析、③理論的根拠・法則の構築の3つの段階から成り立っている。①研究デザイン段階では、先行研究などから仮説を構築した上で、犯罪情報から行動変数を抽出し、それらをコード化し、分析に最適な統計的手法を選択する。②データ分析段階では、最小空間分析(smallest space analysis: SSA)やクラスター分析などの多変量解析手法を駆使する。③理論的根拠・法則の構築段階では、データ分析の結果としての行動のグループと犯行の関連性を明確化し、犯人のプロフィールと犯行の因果モデルを作成する。

以上の手順だけでは、犯行から逆算した犯人像のみで、捜査が広範囲すぎるため、捜査範囲を絞る目的で、犯人の居住地や活動拠点を推定する「地理的プロファイリング」という手法を加える。地理的プロファイリングは、「円仮説」と「重心仮説」という2つの仮説に基づいて実施される。

(7) 渡邊和美、高村茂、桐生正幸『犯罪者プロファイリング入門』61～68頁(北大路書房、2006年)

表 2. FBI 方式とリバプール方式の比較

| 項目    | 方式 | FBI 方式       | リバプール方式         |
|-------|----|--------------|-----------------|
| データ   |    | 事例           | 過去の事件データ        |
| 研究方法  |    | 犯罪者への面接      | 多変量解析           |
| 分析主題  |    | 犯行動機         | 犯行テーマ(スタイル)     |
| キーワード |    | 想像(空想)       | ファセット(多面的アプローチ) |
| 学問的背景 |    | 臨床心理学        | 行動科学            |
| 対象罪種  |    | 性的殺人、強姦      | 凶悪犯罪、暴力犯罪       |
| 類型    |    | 秩序型・無秩序型・混合型 | 罪種で異なる          |
| 分析者   |    | 捜査官          | 行動科学者(心理官)      |
| 推定方法  |    | 経験的、職人芸的     | 系統的、行動科学的       |
| 特徴    |    | 対象が限定的、追試困難  | 適用範囲が広い、追試可     |

出所：渡辺昭一『犯罪者プロファイリング』（角川書店，2005年）表8(159頁)に加筆修正

円仮説は、「連続犯罪の犯人の居住地が、複数の犯行地点の中で相互に最も離れた2つの地点を結ぶ直線を直径とした円内にある」というものである。重心仮説は、「犯人の居住地が、円仮説に基づく円の重心(全ての点からの距離の和が最小になる点)周辺にある」というものである<sup>(8)</sup>。

FBI方式とリバプール方式の大きな違いは、前者がスピードと実効性を重視するのに対して、後者が確実性を重視している点にある。FBIは、連続凶悪事件で次の事件を未然に防ぐために、誤認逮捕のリスクを冒してでも、早期の犯人特定を優先するのに対して、リバプール方式では、過去データの統計的分析に基づいて、確実な犯人特定を優先する。

表2は、両方式の特徴を比較したものである。

## 2. プロファイリングの歴史

犯罪者プロファイリングが、注目されるようになったきっかけは、前掲の通り『羊たちの沈黙』や『科学捜査班CSI』であるが、やはり『シャーロック・ホームズ』がその原型ではないだろうか。シャーロック・ホームズが、その鋭い観察眼によって、現場に残った些細な証拠群を分析し、それらより犯人のプロフィールを導き出し、見事に事件を解決する様に感動した読者も多いはずである。架空の人物ではあるが、シャーロック・ホームズこそ、初代プロファイラーといえるのかもしれない。

プロファイリングが小説や映画の世界ではなく、現実の犯罪捜査に利用された最初の例は、1888年ロンドンで起きた「切り裂きジャック事件」とされる<sup>(9)</sup>。この事件は、ロンドンのイーストエンドにあるホワイト

チャペルで、5人の売春婦が連続して殺されるというものである。法病理学者のフィリップス(George B. Philips)は、被害者の創傷(身体を切り裂き内蔵を摘出)より、犯人のパーソナリティ(切開部の滑らかさと正確さより解剖学について知識を有する者)を推定した。残念ながら、事件は未解決のままであるが。

米国では、FBIがプロファイリングの犯罪捜査への導入を先導した。応用犯罪学の教官テテン(Howard D. Teten)が、1972年にFBIナショナル・アカデミーを開校し、特別捜査官カーシュ(Jack Kirsch)が、行動科学課を創設した。彼らが、70年代から80年代にかけてのFBIの膨大な犯罪者データベースの基礎を作った。そして、テレビドラマ『X-ファイル』のモルダー捜査官のモデルといわれるレスラー(Robert K. Ressler)をはじめとする数多くの著名なプロファイラーを排出している<sup>(10)</sup>。

先述の「世田谷一家惨殺事件」をプロファイリングしたのも、元FBIのプロファイラーである。犯人を無秩序型とすることで、外国人窃盗団による計画的強盗殺人という線は除外される。

日本におけるプロファイリングの歴史は、次のような経緯をたどる。

日本でプロファイリングの必要性が認識され始めたのは、1988年から89年にかけて埼玉県と東京都で発生した「連続幼女誘拐殺人事件」(「宮崎勤事件」)からとされる。警察庁科学警察研究所(以下科警研)防犯少年部環境研究室の田村雅幸は、当事件への対策のため類似事件の犯人特性について分析している。犯人はプロファイリングではなく、未遂事件で現行犯逮捕されている。

(8) 大上渉「福岡市内で発生した連続放火事件における犯罪者プロファイリングの試み」福岡大学人文論叢第42巻第3号(2010年)713～725頁

(9) 渡辺昭一『犯罪者プロファイリング』114～120頁(角川書店，2005年)

(10) 渡邊和美，高村茂，桐生正幸『犯罪者プロファイリング入門』36～39頁(北大路書房，2006年)

1994年より、科警研は公式にプロファイリングの研究を開始し、都道府県警察の依頼を受けて、プロファイリングを実施している。1995年7月には、「八王子スーパー射殺事件」が起きたが、当時はまだプロファイリングが効果を発揮するには至っていない(2015年12月時点で未解決)。

2000年より、北海道警察本部科学捜査研究所に特異犯罪情報分析係(以下分析係)が設置され、山形、群馬、愛知の各県警の科学捜査研究所に同様に分析係が設置され始めた。同じ年の年末には、前掲の「世田谷一家惨殺事件」が起き、科警研が出勤しているが、依然として当事件も未解決のままである。

2004年には、科警研法科学研究所でプロファイリング研修課程が開始される。

現在、全国レベルでは、科警研犯罪行動科学部捜査支援研究室が、「プロファイリング研究会」を主催し、プロファイリング手法の開発を主導している。また、各都道府県の警察署には、科学捜査研究所が設置され、過去の窃盗、放火、性犯罪、ストーキング、強盗などの犯罪関連データのデータベース化が進められている。そこには、最低1名の心理担当者が配置され、主にポリグラフ(嘘発見機)検査を行っているが、プロファイリングを実施することもある。ただし、都道府県警察が全てプロファイリングを実施しているわけではなく、さらに、実施している研究所間でもそのレベルには大きな差がある。つまり、日本のプロファイリングは、まだ整備途上段階にあるといえる<sup>(11)</sup>。

### 3. プロファイリングの手順

FBI方式やリバプール方式を取り入れた上で、現

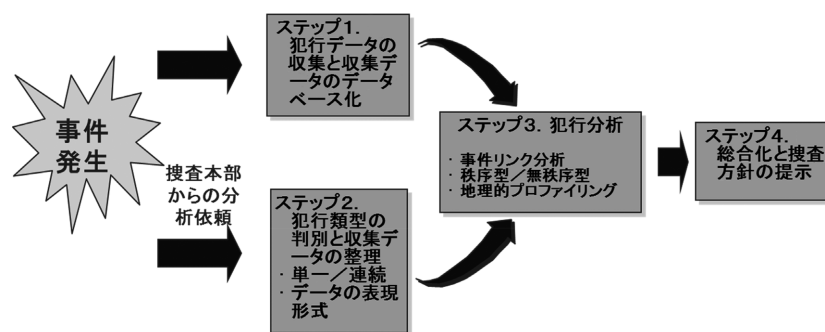


図1. プロファイリングの手順

在一般的に実施されているプロファイリングの手順は、以下の通りである<sup>(12)</sup>(図1参照)。

- ステップ1. 犯行データの収集：犯行現場(観察)、被害者、捜査状況や死体の司法解剖結果などの収集とデータベース化。
- ステップ2. 犯行類型の判別と収集データの整理：単一・連続、つまり、類似事件の有無の判断と、データの表現形式(定性・定量)の検討とデータベース化。
- ステップ3. 犯行分析：事件リンク分析(同時期の類似犯罪間の関係性の分析)、秩序型・無秩序型など犯人の属性の推定、地理的プロファイリング
- ステップ4. 総合化と捜査方針の提示：各種分析結果の統合と、それに基づく捜査活動の指針の明確化。

プロファイリングだけで犯人を検挙できるわけではなく、あくまでも捜査支援ツールだという点に留意すべきである。

### 4. プロファイリングの実績と今後の展望

プロファイリングは、その性質上、連続凶悪事件に適用されることが多く、そのため、実際にプロファイリングにより解決した事件であっても、成果として公表されるものは少ない。

リバプール方式の考案者カンターの初期のころの功績として、1985年の「ロンドン鉄道強姦魔事件」があげられる。カンターは地理的プロファイリングにより、血液型から絞り込んだ約2,000人の容疑者群の中から、容疑者を一人に絞り込み、犯人逮捕に至ったが、真犯

出所：渡邊和美，高村茂，桐生正幸『犯罪者プロファイリング入門』（北大路書房，2006年）7～10，39～41頁を参考に筆者作成

(11) 渡辺昭一『犯罪者プロファイリング』193～205頁(角川書店，2005年)

(12) 渡邊和美，高村茂，桐生正幸『犯罪者プロファイリング入門』10，39頁(北大路書房，2006年)

人は従来の捜査方法による候補者リストには入っていない人物だった。この事件をきっかけに、犯罪捜査へのプロファイリングの導入が進んだとされる。

日本で最初に分析係を設置した北海道警察では、1990年代の「北海道連続窃盗事件」に多変量解析などを用いてプロファイリングを実施し、それが犯人検挙に結びつており、高い評価を得ている<sup>(13)</sup>。また、山形県警でも、2000年代の「山形連続放火事件」でプロファイリングが犯人検挙で実績をあげている。具体的には、多変量解析により犯人が女性である可能性を提示し、地理的プロファイリングにより犯人の居住範囲を特定し、実際の犯人逮捕に結びついている<sup>(14)</sup>。

このように、日本のプロファイリングはまだ整備途上にあり、一部の凶悪犯罪が未可決のままになっているのが現状である。今後は、過去の犯罪のさらなるデータベース化、犯行分析へのITやAI(人口知能)の利用を進め、複数の現場情報の取捨選択に基づく短時間での犯行の「ストーリー化」、つまり、論理的で自然な犯行ストーリーの構築により、早期の犯人逮捕に結びつくようになることが期待される(図2参照)。

ここまで、犯罪現場の情報に基づいて犯人のプロフィールを推定する犯罪者プロファイリングについて記述してきたが、次に本題の企業の戦略(経営戦略)を推定する戦略プロファイリングについて記述する。

### Ⅲ. 戦略プロファイリング

犯罪者プロファイリングの定義の「犯罪現場の情報」を「企業の戦略情報」に、「犯人のプロフィール」を「企業の戦略の全体像」に置き換える。その結果、「戦略プロファイリング」とは、「特定企業の戦略情報の分析に基づいて、企業の戦略の全体像について推論を行うこと」と定義される。

筆者が担当している大学の授業「経営学」では、企業に関する公開情報からその戦略をプロファイリングするという作業を学生に課している。通常、「経営学」という名の授業では、経営に関する諸理論、特に、組織論・戦略論を扱うことが多いようであるが、それらの理論を講義形式で提供している限り、興味を持つ学生はあまり多くない。その理由は、経営学が現実の世界で役に立つ学問だという実感が無いせいだと考える。筆者の授業でも、理論的な説明がかなりの部分を占めているが、プロファイリングについては、例外的に学生が興味を示す。企業の戦略を明確にイメージできれば、就活の際に役立つと考えるからだと思う。就活においては、他の学生との差別化が重要である。差別化の強力な武器になるのが、就活対象企業についての知識である。その中でも、特に重要なのは、企業が将来に向けて目指す姿とそれに至る手段を示した戦略である。「戦略」という語を、ここまで既に使用してきたが、プロファイリング対象としての戦略の定義をまず明確

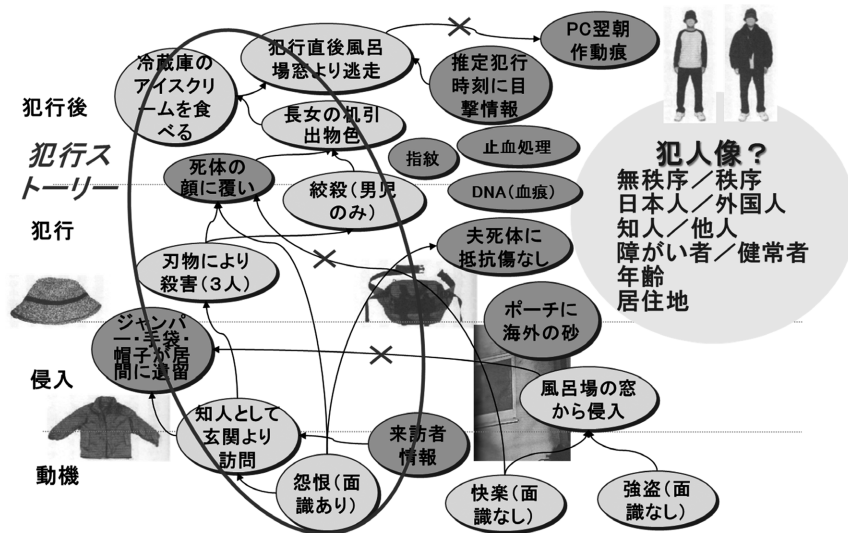


図2. 犯行ストーリーの例

(13) 渡辺昭一「犯罪者プロファイリング」161～171頁(角川書店、2005年)；渡邊和美、高村茂、桐生正幸『犯罪者プロファイリング入門』101～102頁(北大路書房、2006年) 犯行が起きた正確な年は非掲載。  
 (14) 渡邊和美、高村茂、桐生正幸『犯罪者プロファイリング入門』80～81、102頁(北大路書房、2006年)；アットホーム株式会社「こだわりアカデミー」2009年11月号(<http://www.athome-academy.jp>) 犯行が起きた正確な年は非掲載。

にする。

## 1. 戦略プロファイリングとは

代表的な「戦略」の定義について、古い方から順に見てみよう。

組織論の大家バーナード(Chester I. Barnard)は、「目的を達成するために、重要(決定的)要因をコントロールすること」と定義している<sup>(15)</sup>。

経営学の父ドラッカー(Peter F. Drucker)は、「事業の目標や手段」と定義している<sup>(16)</sup>。

戦略と組織の関係についての研究から、「構造(組織)は戦略に従う」という仮説を提示したチャンドラー(Alfred D. Chandler)は、「目的とその手段の決定」と定義付けている<sup>(17)</sup>。

製品・市場戦略の提唱者のアンソフ(H. Igor Ansoff)は、「製品・市場分野の決定」としている<sup>(18)</sup>。

戦略策定の際によく使われるSWOTを考案したアンドルーズ(Kenneth R. Andrews)は、「会社の重要目的、意図、目標とそれを達成するための方針・計画」と定義した<sup>(19)</sup>。

ホファー(Charles W. Hofer)とシェンデル(Dan Schendel)は、「中期的目標の達成のために使用する基本的手段」と定義している<sup>(20)</sup>。

「競争戦略」の教祖ポーター(Michael E. Porter)は、「企業目標とそれに到達するための手段の合成」としている<sup>(21)</sup>。

これらの定義の共通項を取り出して整理すると、「戦略」とは、「中期的目標とそれを達成するための手段」となる。

「中期的目標」のことを、「戦略目標」ともいうので、「企業の進むべき方向としての戦略目標と、その目標に至るための手段」を示すものともいえる。

ところで、中期的目標の具体的な期間については、個人で差がある。

ロシアや中国をはじめ海外から来日する管理職や留学生に対して、戦略についての研修をしたことがあるが、クラス討議の中で、中期に関する認識に微妙な差があることを感じる。例えば、中国人は中期的という

と5年以上という人が多いのに対し、米国人の中には2、3年と考える人が多いようだ。一方、ロシア人や日本人は3～5年という人が多い。

また、従事する業界によっても中期の期間は異なる。変化の激しいIT・ロボット関連やバイオ関連の業界では、1、2年が中期かもしれないし、比較的技術革新の少ない鉄鋼業界では、5、6年といったところかもしれない。

戦略を考える期間の差は、建国の歴史や、業界ごとの経営環境の変化スピードの影響によるものと考えられるが、本稿では、特に断わらない限り、3～5年を戦略の対象期間としてとらえることにする。

また、質の面でも「目標」には、様々なタイプのものがある。漠然とした形の「グローバル企業になる」とか、「環境貢献企業を目指す」などから、明確なものとしての中期的な売上規模(「日本最大の…」、「世界最大の…」)や目標企業への挑戦(「××社に勝つ」、「打倒××社」)などがあげられる。

目標達成方法としての製品Aの開発であるとか、中国市場の攻略など、次のレベルの目標が連なる。すなわち、目標と手段の連鎖が戦略といえる。

また、適用範囲、つまり、組織のどの範囲を対象とするかによって、戦略は、「企業戦略」、「事業戦略」、「機能戦略」の3つに分類できる。企業戦略とは、企業の全体としての方向性や、全社レベルでの資源配分の指針をいう。事業戦略とは、個別事業の事業展開に関する方向性を指す。機能戦略とは、研究開発、知財、生産、マーケティング、販売、物流、人事、財務などの経営機能別の戦略を指す。

戦略プロファイリングの対象は、企業戦略をはじめ、事業・技術・知財戦略を含む全ての戦略である。

企業情報を活用して、企業の戦略を簡単に導き出す方法があれば、それは、就活の大きな武器になるはずである。企業内部の人や経営コンサルタントが内部情報に基づいて戦略を立案する手法(いわゆる戦略論)は数多くあるが、外部の人間が外部情報(公開情報)だけから戦略を推定する方法については、一般的にはあまり知られていない。いろいろな戦略理論の中から、戦

(15) Barnard, C. I., "The Functions of the Executives," Harvard Business School Press, 1938. 山本安次郎, 田杉競, 飯野春樹訳『新訳 経営者の役割』211～215頁(ダイヤモンド社, 1968年)

(16) Drucker, P. F., "The Practice of Management," Harper & Row, 1954. 上田惇生訳『現代の経営(下)』226頁(ダイヤモンド社, 2006年)

(17) Chandler, A. D., "Strategy and Structure," MIT Press, 1962. 三菱経済研究所訳『経営戦略と組織』29頁(実業之日本社, 1967年)

(18) Ansoff, H. I., "Corporate Strategy," McGraw-Hill, 1965. 広田寿亮訳『企業戦略論』15頁(産業能率大学出版部, 1969年)

(19) Andrews, K. R., "The Concept of Corporate Strategy," Irwin, 1971. 山田一郎訳『経営戦略論』53頁(産業能率大学出版部, 1976年)

(20) Hofer, C. W. and Schendel, D., "Strategy Formulation: Analytical Concepts," West Publishing, 1978. 奥村昭博, 榎原清則, 野中郁次郎訳『戦略策定』25, 30頁(千倉書房, 1981年)

(21) Porter, M. E., "Competitive Strategy," The Free Press, 1980. 土岐坤, 中辻萬治, 服部照夫訳『競争の戦略』7頁(ダイヤモンド社, 1982年)

略プロファイリングに適したツールを探索した結果行  
きついたのが、「戦略マップ」である。

次に、その戦略マップの詳細について見ていく。

## 2. 戦略プロファイリングのツール

1990年代以降、キャプラン(Robert S. Kaplan)と  
ノートン(David P. Norton)により開発された経営管  
理ツールのバランス・スコアカード(Balanced  
Scorecard 以下BSC)が、多くの企業に導入されてき  
た<sup>(22)</sup>。スリム化やBPRを終えた米国企業が、戦略、  
組織体制、経営管理、日常の業務活動の「アラインメ  
ント」(alignment: 整合性)をとるために導入したのが、  
BSCの始まりである。「戦略的業績評価指標」  
(strategic performance measurements)とも呼ばれ、  
会計や人事管理の分野で注目されてきた。その後、  
コーポレートガバナンス(企業統治)や地球環境への関  
心の高まりとともに、ステークホルダー(企業を取り  
巻く利害関係者)への対応のため、導入企業数が次第  
に拡大してきた。今では、米国の主要ビジネススク  
ールで、会計学の教科書で取り上げられる程一般化して  
いる。

手順としては、戦略目標を株主・顧客・従業員など  
のステークホルダーの視点から整理し直し、それらを  
定量的な評価指標(KPI: key performance indicator)  
と数値目標に翻訳し、全社から各部門、場合によっ  
ては個人へと展開する。全社の方向が部分組織の方向に  
投影され、それが明確な数字となって従業員の頭に刻  
み込まれ、活動結果の如何によっていつでも軌道修正

ができるという点で、優れた経営管理のフレームワ  
ークといえる。

BSCの概観は、表3のように財務、顧客、業務プ  
ロセス、学習と成長の視点(株主、顧客、従業員の3  
つのステークホルダーに、業務プロセスを加えた視  
点)ごとに、戦略目標、評価指標、期間目標、施策で  
構成された4行×4列のマトリクスである。各ステ  
ークホルダーに価値を提供する上で、視点別に中期的(3  
年から5年の将来)に重要な目標、その達成状況を測  
定するのに最適な指標、最終目標に至る途中の四半期  
や年度別期間目標、目標達成のための具体的な施策を  
加えて全体が構成される<sup>(23)</sup>。

BSCは、戦略目標(群)とそれを達成する手段(群)  
を、4つの視点に分類・整理したマトリクスなので、  
これは正に戦略を一枚の見取り図にまとめたものとい  
える。

マトリクスとしてのBSC自体は、企業内部の人々  
にとって戦略の進み具合を確認する上で有効なツール  
ではあっても、外部の人々が公開情報から戦略プロ  
ファイリングを実施する上での使用には、作成のため  
の十分な情報を得にくいという理由で無理がある。し  
かしながら、BSCの元となる戦略マップは、部外者  
にも公開情報よりある程度推定できる。そこで、戦略  
マップを、戦略プロファイリングのツールとして用い  
る。

戦略マップの詳細に入る前に、BSCの概念につい  
て触れておく必要があるだろう。

表3. バランス・スコアカードの構成

| 戦略展開<br>視点                      | 戦略目標<br>中期目標(および、それを<br>支える目標、重要成功要<br>因)    | 評価指標<br>戦略目標の達成状況<br>を把握するための定量<br>化可能な指標 | 期間目標<br>最終目標に至る途中<br>目標<br>2016 17 18 19 20 | 施策<br>戦略目標達成のための<br>アクションプラン                |
|---------------------------------|--|---|---|---|
| 財務<br>財務的経営成果                   | 収益の拡大<br>中核事業の拡大<br>経営効率の改善                  | キャッシュフロー<br>売上伸び率<br>総資本利益率               | 2016年:クォータ別<br>目標数値<br>2017~20年:年度<br>別目標数値 | ネット通販への参入                                   |
| 顧客<br>直接・間接顧客<br>から見た価値         | ブランドの訴求<br>信頼性の向上<br>地球環境への貢献                | 市場シェア<br>クレーム発生件数<br>CO <sub>2</sub> 削減率  | 同上  | ネット広告の強化<br>カスタマーセンターの充実<br>ISO14001の取得     |
| 業務プロセス<br>業務プロセス、組<br>織、効率化IT投資 | 新製品開発の推進<br>販売予測精度の向上<br>品質管理の徹底<br>生産拠点の分散化 | 新製品数<br>在庫回転月数<br>ライン不良率<br>分散化投資額        | 同上  | PM制の導入<br>新システムの導入<br>AI(人工知能)の利用<br>新拠点の開拓 |
| 学習と成長<br>人事制度、データベ<br>ース、行動基準   | 知財データの整備<br>経営人材の育成<br>新人事制度の導入              | データ整備費<br>教育研修費<br>離職率                    | 同上  | 整備業務外部委託<br>社内MBAコース開設<br>再設計プロジェクト         |

(22) Kaplan, R. S. and Norton, D. P., "The Balanced Scorecard," Harvard Business School Press, 1996. 吉川武男訳『バランス・スコアカード』(生  
産性出版, 1997年)

(23) 若林広二『戦略づくりの七つ道具』162~164頁(中央経済社, 2004年)

### 3. 戦略マップとバランス・スコアカード

昨今、企業の不祥事の原因として、企業統治のあり方が問題視されている。日頃から顧客に目を向け、品質管理や情報開示をしっかりと実践していれば、問題を大きくせずに済んだはずだという思いが根底にある。不祥事を起こす企業に共通しているのは、自分たちの地位の保全や組織の存続を最優先に考え、内部的な価値観で問題に対処しようとする経営姿勢である。度重なる不祥事は、企業が株主・顧客・従業員といったステークホルダーの利益をないがしろにし、一握りの経営トップに私物化されているのではという疑念を一般人に抱かせる。

高度成長期からバブル経済崩壊前の日本企業は、手厚い福利厚生もあり、従業員が家族的連帯感により一丸となって働く、ある意味では従業員のための企業だったといえるかもしれない。また、経営の方向については、資金供給源の銀行が監視する体制で、経営が悪化すると人を送り込んで立て直しをはかるといった状況だった。

バブル経済崩壊後の消費不況が始まった頃、多くの企業は顧客第一主義を唱え、顧客優先の姿勢を強く打ち出した。より多くの顧客の要望に応えるべく商品点数を増やしすぎ、生産ラインの切り替えや在庫管理のためのコストが急増し、それが経営を圧迫する例が見られた。

1990年代後半からは、「グローバルスタンダード経営」の流行や直接金融<sup>(24)</sup>への志向から、株重視へと向かった。株式持ち合いの解消や外国人投資家の増加に伴い、本格的に株主の目を意識する必要性がでてきたことも一因である。株式会社本来の姿に立ち戻り、

商法上の企業の所有者である株主に対し、企業の現在の姿と将来の方向をわかりやすく説明しようという方向だった。

現在は、少子高齢化社会の到来による労働者人口の減少への危機感の下、非正規雇用問題、年金問題、従業員の働き方の多様性、ワークライフバランスへの関心の高まりとともに、従業員に対する配慮が再び重要になってきている。

さらに、地球温暖化問題が深刻になるにつれ、ステークホルダーとしての地球環境や地域社会にも関心が向いている。

結果として、全ステークホルダーへのバランスの良い配慮が、強く求められている(図3参照)。

このように、時とともに重視されるステークホルダーが変化してきたのが、日本の企業統治の歴史である。一般的に企業業績が好調な時は関係者の不満は少ないが、業績の低迷が続くと、皆が企業に対して厳しい見方をするようになる。しかしながら、企業が真に社会に受け入れられ、長期的に存続・成長していくためには、短期的な業績の変化にかかわらず、常に各ステークホルダーに対して、バランス良く目配りしていくことが重要であることは、明らかである。その意味では、現在は理想的な企業統治の方向を目指して進んでいる段階にあるといえる。

一方、欧米や韓国企業との比較で日本企業の特徴としてよくあげられてきたのは、欧米や韓国企業が戦略にそってトップダウンで全体が動くのに対して、日本企業には明確な戦略がなくても、現場の創意工夫によって巧みに成長していくというものだった。ところが、現在の企業を取り巻く環境面の変動は、その振幅

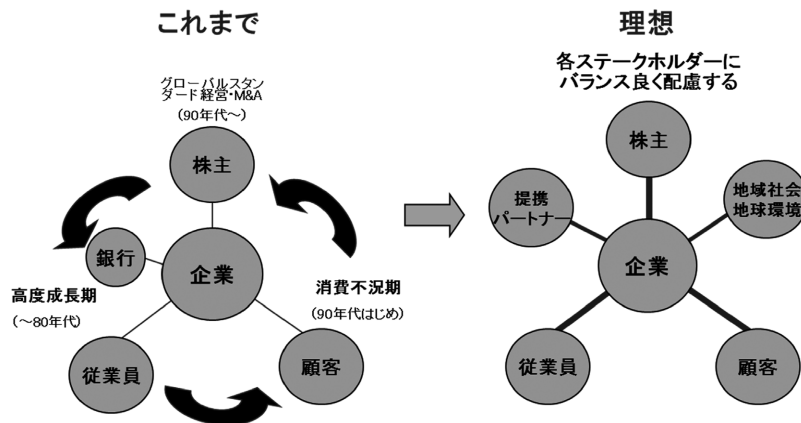


図3. 日本企業の企業統治の変遷

(24) 株式市場などから直接資金を調達すること。金融機関から借り入れる間接金融に対して。



もスピードも想定外なほど大きく、明確な戦略により、目指す目標に向けて迅速に舵取りしていくことが求められている。また、一部の企業では、戦略が明確でないままに構造的な問題に対して制度改革や組織再編で対応しようとして、それが状況をさらに悪化させている。

例えば、人件費が重荷になり年功賃金や終身雇用が維持できなくなったという理由で、人事制度の見直しを進める。年功型の処遇に替えて、成果やコンピテンシー（高業績者の行動特性、発揮能力）に基づく制度が採用される。しかし、人事制度だけを成果主義に改定しても、企業としての戦略とそれにそった人材目標像が明確でなければ、みんなで短期的なノルマに向かって邁進し、結局は個人も組織も疲弊するだけである。行き場のなくなった従業員や新しい制度からの落伍者は、不満をかかえ、組織の活力をかえって損なうことになるのである。また、そのような企業には、「ブラック企業」の噂がひろがり、優秀な人材の採用もままならなくなる。

組織体制や業務プロセスの見直しがないままに、ただやみくもにITを導入しても、思ったような成果は上がらず、IT化とともにそれに適した組織作りがむしろ重要という研究成果もある<sup>(25)</sup>。具体的には、IT投資と経営成果の関係の分析より、IT投資額とデジタル組織度<sup>(26)</sup>が相互補完的に企業価値や生産性の向上に結びついているというものである。

改革が部分的なためいろいろの施策がばらばらで、全体がかみ合っていないことが問題なのである。経営戦略、人事制度改革、組織改革などがしっかり連動していないのである。これらの問題を解決する上で、BSCが文字通り切り札となる。

BSCを導入しようという企業の導入目的は、次の4つにまとめることができる。

- ① 戦略の構造化と展開支援：経営トップの戦略を明確化し、実行可能なアクションプランに変換し、各構成組織に広く浸透させる。
- ② 企業統治システムの再構築：主要ステークホルダー（株主、顧客、従業員）の利益をバランスさせる。
- ③ 一貫した業績評価体系の構築：全社、子会社・関連会社群を含むグループ全体で戦略目標の整合性をとるため、トップから個人まで一貫した評価指標の

体系で業績評価することが可能となる。

- ④ 経営成果の自動計測：IT化により、ERP（統合基幹業務システム）や既存の情報システムと連動させ、戦略実施状況の自動的な把握と、それに基づく迅速な軌道修正が可能となる。

#### 4. 戦略マップと戦略ストーリー

戦略マップは、戦略目標間の因果関係をマップに示したものであるが、各視点別の戦略目標の実現順序は普遍的な経営の流れを反映しており、それは図4に示す通りである。

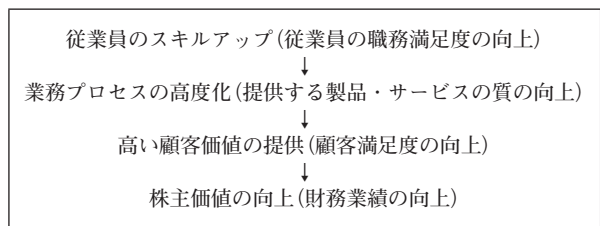


図4. 戦略マップの考え方

犯罪者プロファイリングでは、犯罪現場の情報をつなぎ合わせて、犯行の順序について時間を追って再現する。この順序を「流れ」（「ストーリー」）という。犯罪が起こった後の流れの推定作業では、場合によっては、何通りもの流れが想定される。また、現場には、本当の流れの推定作業を惑わせる証拠が紛れ込んでいることがある。例えば、第一発見者が物的証拠に無意識に手を触れて移動させるなどである。複数の現場情報から取捨選択して、最も自然な流れに早くたどりつくことが、早期の犯人像の絞込みに結びつくことは明白である。

数年前、「戦略ストーリー」という語が流行したが、存続・成長している企業の経営には、共通した流れがあり、それは図5右側のような順序になっている<sup>(27)</sup>。戦略プロファイリングにおいても、流れに沿って各視点別に戦略目標を抽出し、それらの間の因果関係を推定することで、戦略の全体像を明確にしようというのである（図5左側参照）。

(25) Brynjolfsson, E., "Intangible Assets," MIT Press et al., 2004. 株式会社CSK訳『インタンジブル・アセット』17～59頁（ダイヤモンド社、2004年）

(26) 権限の分権化、成果主義人事などITの導入・運用に適した組織になっている度合。

(27) 楠木建「ストーリーとしての競争戦略」164, 234頁（東洋経済新報社、2010年）

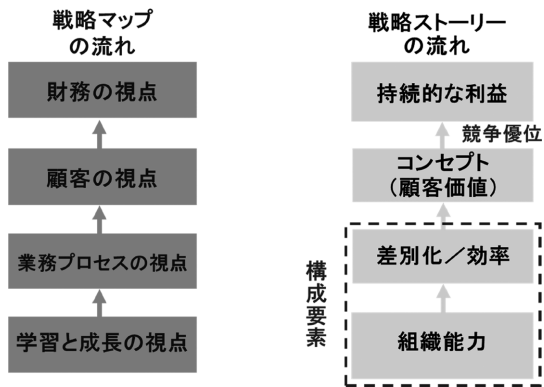


図5. 戦略マップと戦略ストーリー

また、この順序は因果連鎖の順番であり、戦略マップやBSCでは、原因を下方に結果を上方に表示する。つまり、上から下に因果関係をさかのぼるように表示する。この順番は、重要度とはまったく関係がない。

全社の戦略マップに基づいて、事業部、部、課、個人と、組織の構造にそって順に戦略マップを作成し、それに基づいてBSCを作成することにより、戦略を企業全体に浸透させるのである(図6参照)。株主を持たない公的セクター組織、学校、医療機関などにも、戦略マップは、適用可能である。実際に、自治体やNPO(非営利組織)が、住民や環境の視点を加えた戦略マップとBSCを導入している。また、病院が患者の視点を取り入れたBSCを作成し、患者満足度を向上させて経営の安定化に効果をあげる例も近年増えている<sup>(28)</sup>。

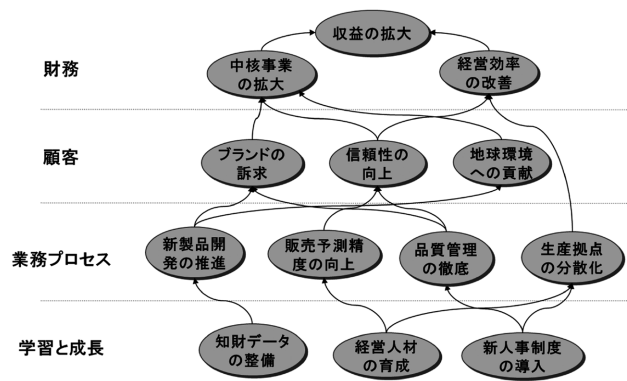


図6. 全社戦略マップの例

#### IV. 戦略プロファイリングの手順

ここでは、具体的に戦略プロファイリングを実施するための手順について、順を追って記述する。戦略プロファイリングの全体のステップは、犯罪者プロファイリングのステップを踏襲しながら、以下の6ステップで構成される。

- ステップ 1. 戦略情報の収集
- ステップ 2. 戦略目標の抽出
- ステップ 3. 戦略目標の分類
- ステップ 4. 戦略目標のマッピング1 (仮置き)
- ステップ 5. 戦略目標のマッピング2 (完成)
- ステップ 6. 戦略マップの評価

各ステップの作業内容は、図7に示す通りである。

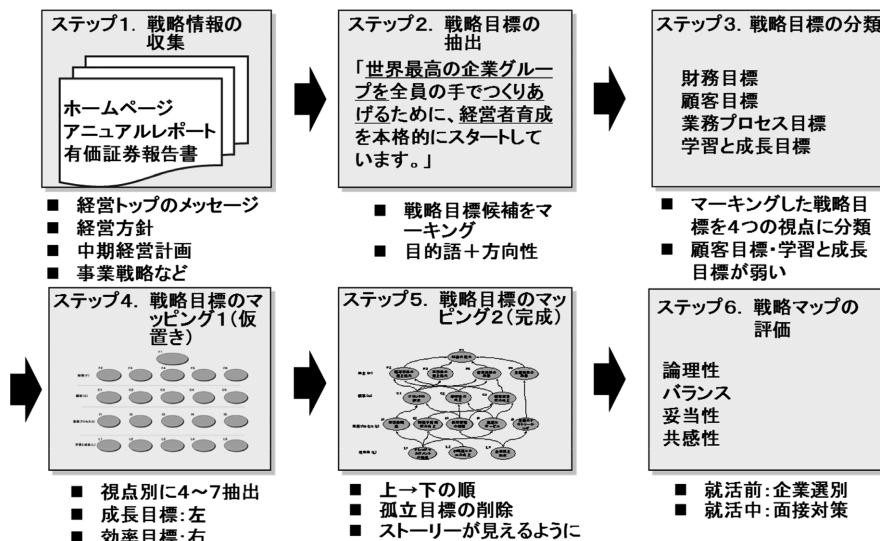


図7. 戦略プロファイリングの全体ステップ

(28) 福井県済生会病院, 聖路加国際病院, 三重県病院事業庁, 東京都病院経営本部他

## ステップ 1. 戦略情報の収集

企業のホームページより、経営トップのメッセージ、経営トップインタビュー、事業戦略、中期経営計画などの文書データを出力(プリントアウト)する。また、やはりホームページより最新の有価証券報告書(以下有報)をダウンロードし、企業の概要、事業の現況、直面する課題などの文書データを出力する。アニュアルレポートを発行している企業の場合、最新版をホームページよりダウンロードし、経営トップのメッセージ(「株主の皆様へ」)、経営トップインタビュー、経営方針などのページを出力する。有報やアニュアルレポートがホームページから入手できない場合、有報は大学図書館がオンライン契約している eol Data Base (<http://db.eol.co.jp/>) などから、アニュアルレポートは Mergent Online (<http://www.mergentonline.com/>) などから入手可能である。また、時間的に余裕がある場合は、日経テレコン 21 より日本経済新聞・日経産業新聞の記事のコピーを入手する。

必ずしも、それら全ての情報を収集する必要はない。それらの情報は、お互いに重複した部分も多いので、時間のない場合は、まず、どれか一つの情報ソースで情報収集する。

## ステップ 2. 戦略目標の抽出

収集した文書データに目を通し、重要と思われる目標にアンダーラインを引いたり、マーカーでマーキングする。4色分のカラーマーカーがあれば、視点別に色を変えてマーキングすると、後の分類作業が楽になる。重要性の判断基準は、目標の及ぶ範囲の広さであるが、とりあえず直感でよい。

米国の主要ビジネススクールの入学に必要な共通試験 GMAT (Graduate Management Admission Test) には、状況分析のセクションがあり、長文の中から、(意思決定上の)重要目標、主要因、副要因、重要仮定、重要でない事項を選り分ける力が試される。戦略目標の抽出作業は、GMAT の状況分析のセクションとよく似ている。各事項が重要かそうでないかを判別する能力は、ビジネス社会を生き抜く上で必要な基本能力だと割り切って、抽出作業に取り組む。その点、日本の多くのビジネススクールに共通した重大な問題は、このような基本能力のチェックを経ないで志願者を受け入れている点にもある。

戦略目標の表現として、「何をどうする」という①目的語と②方向性の2つの要素が入っている必要がある。目的語だけの表現では、到達点のイメージがわからない

ので、戦略目標としては適切でない。

## ステップ 3. 戦略目標の分類

ステップ 2 で抽出した戦略目標候補を、財務、顧客、業務プロセス、学習と成長の各視点に分類する。

**財務の視点：**ここでは、株主に対して提供する価値(財務目標)に関する目標を選ぶ。具体的には、次の4種類である。①全社財務目標(企業価値の向上、収益の拡大など)、②成長(拡大)に関する目標、③経営効率の向上に関する目標、④資産の活用に関する目標。経験的には、最上位の財務目標として、企業価値の向上に関する目標か、収益の拡大に関する目標のどちらかになることが多い。

**顧客の視点：**財務目標達成のために、顧客に対して提供する価値(顧客価値)についての記述を探す。現在よりも、今後どのような顧客価値を提供するのが重要である。

**業務プロセスの視点：**顧客目標や財務目標を実現すべく、バリューチェーン(一連の業務プロセス)上の革新・改善箇所や、組織体制に関する記述を選ぶ。日本企業の場合、この視点の戦略目標が4つの視点の中で最も多く存在する。

**学習と成長の視点：**業務プロセスの戦略目標に結びつくコア・コンピタンス、技術インフラ、知的財産、データインフラ、企業風土、人事制度、人材育成などに関する戦略目標を選択する。

## ステップ 4. 戦略目標のマッピング 1 (仮置き)

空欄の戦略マップシート(図 8)の各楕円に、左から重要と思われる順に4~7つ選んで記入する。

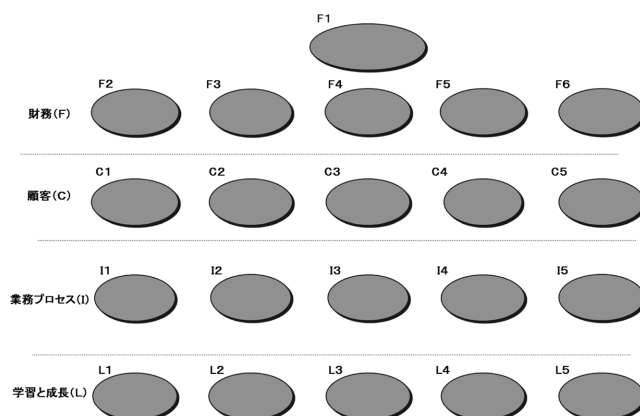


図 8. 戦略マップシート

### ステップ 5. 戦略目標のマッピング 2 (完成)

財務の視点→顧客の視点→業務プロセスの視点→学習と成長の視点の順で、因果関係をさかのぼるように下から上に向かう因果の矢印を記入する。まず、重要性の高いものから戦略目標を記入するが、因果関係の明確でない独立した戦略目標は、削除せざるを得ないことがある。

重要なポイントは、戦略目標間の因果関係が分かりやすく、全体が流れるように結びついた戦略マップを描くことである。

先述のように、犯罪者プロファイリングでは、複数の現場情報を取捨選択して、最も自然な犯行の流れ(ストーリー)を推定することが重要であるが、戦略プロファイリングの作業でも、ステップ 2,3の結果として得られた戦略目標候補間の因果関係を推定し、それらをつなぎ合わせて最も自然な流れを導き出す。流れない不自然な箇所については、他の戦略目標候補と入れ換え、矢印のつなぎ方を変えて試行錯誤する。以下で、視点別の流れのポイントをあげる。

**財務の視点：**経験的には、最上位の財務目標として、企業価値の向上に関する目標か、収益の拡大に関する目標のどちらかになることが多い。証券取引所への上場企業クラスであれば前者、中小企業であれば後者となる傾向がある(図9参照)。

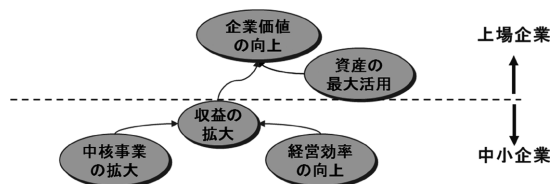


図9. 財務の視点の例

**顧客の視点：**「顧客満足度の向上」、「信頼性の向上」、「ブランドの向上」といった、通り一遍の目標になっていないかを確認する。もし、顧客の視点の戦略目標として、そのような表現しか見つからない場合でも、そのまま記入する(図10参照)。

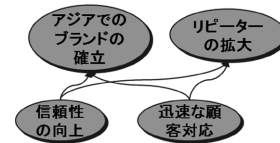


図10. 顧客の視点の例

**業務プロセスの視点：**日本企業の場合、業務プロセスの視点の戦略目標は、比較的に見つけやすい。業務プロセス目標を重視している企業が実際に多く、各企業の業務プロセスに関する目標数も多い。日本企業には、業務プロセス遂行に強みを持つところが多いとされるが、それが現れているといえる<sup>(29)</sup>。図11は、適正な戦略目標数による業務プロセスの視点の例である。

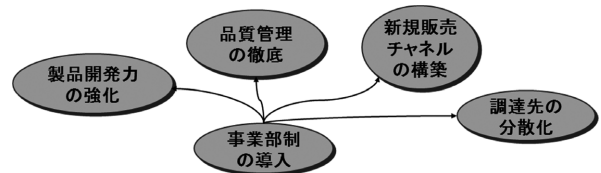


図11. 業務プロセスの視点の例

**学習と成長の視点：**日本企業には、学習と成長の視点の戦略目標設定が手薄になる傾向が見られる。通常、当視点の戦略には、経営トップ層があまり関与せず、人事部に丸投げされることが多いため、外部に向けて開示されにくい。ところが、人事制度や教育・研修の人材育成は、そのままコア・コンピタンスの構築につながる場合が多く、対応に時間のかかる課題も多いので、決して侮ってはいけない視点である(図12参照)。

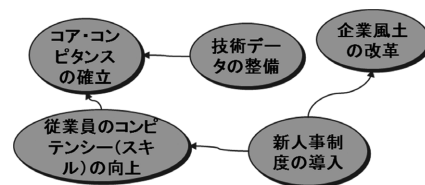


図12. 学習と成長の視点の例

(29) 藤本隆宏、東京大学 21 世紀 COE ものづくり経営研究センター『ものづくり経営学』26～27 頁(光文社、2007 年)

4つの視点の戦略目標をつないで、**全社戦略マップ**が完成する(図13参照)。

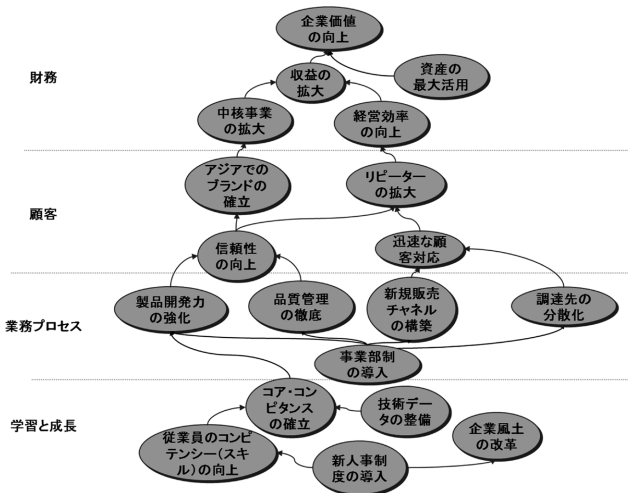


図13. 全社戦略マップの例1

### ステップ6. 戦略マップの評価

ステップ5で、流れるように戦略目標が結びついた戦略マップが得られれば、企業の戦略として高く評価できる。逆に、戦略目標が支離滅裂で、お互いにも結びつかない、あるいは、全体が論理的に説明できない戦略マップの場合、戦略としては低い評価となる。特に、業績が伸び悩む企業ほど、顧客の視点と学習と成長の視点を軽視し、戦略の検討に十分な時間をかけない傾向がある。この2つの視点については、特に注意してプロファイリングすべきである。

完成した戦略マップにより、就活開始前に受けるべき企業とそうでない企業を選別する。戦略マップによる戦略プロファイリングは、就活中よりも、むしろ就活前に役立つ。就活に当たって、明確な戦略のある良い企業と、戦略が不明確な企業を自身の目で選別することが重要である。

図14に、理想的な戦略マップの形を例示する。このような戦略マップを描ける企業であれば、入社する価値がある。

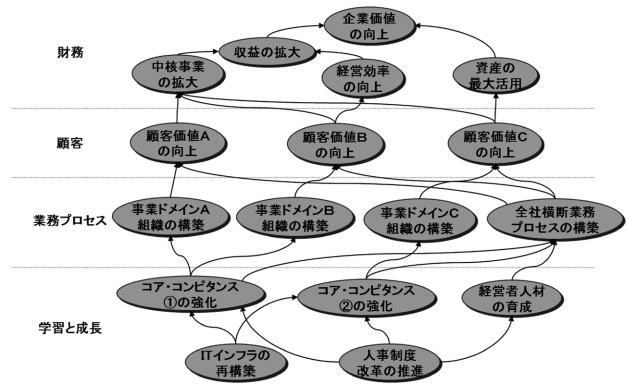


図14. 全社戦略マップの例2

## V. 戦略プロファイリングの適用例

コマツのホームページに掲載されている公開情報に基づき、戦略マップを使ってコマツの戦略について、プロファイリングを試行する。戦略に関する断片的な情報から戦略目標を抽出し、それらの間の因果関係を推測しながらつなぎあわせて、戦略マップを構築する。

以下では、コマツが2012年に発表した「中期経営計画 Together We Innovate GEMBA Worldwide」, 「経営の指針」より、コマツの戦略(～2016年3月)をプロファイリングする<sup>(30)</sup> (巻末添付資料参照)。

コマツの社内で実際にこのような戦略マップを作成しているどうかは、問題ではない。

戦略プロファイリングの結果として、コマツの全社的な戦略が浮き彫りになる。図15の戦略マップで表現されるコマツの戦略は、視点別に以下のようなストーリーで表現される。

**学習と成長の視点:** コマツウェイの定着・深化により、従業員に創造と挑戦の場を提供するとともに、グローバル人材の育成と活用を実現する。

**業務プロセスの視点:** 創造と挑戦の場を提供することで「現場力」を強化し、販売代理店や顧客とともにイノベーションの共創を実現する。それらを総合し、「モノ作り」のダントツ化を狙う。また、グローバル人材の育成・活用により、有望市場で販売・サービス体制を構築・強化する。

**顧客の視点:** ダントツの「モノ作り」力、販売・サービス体制の構築・強化により、「品質と信頼性」を追求し、販売・サービス体制の構築・強化により、ブランドマネジメントを推進する。イノベーションの共創により、環境に配慮した安全な製品を提供する。

(30) <http://www.komatsu.co.jp/CompanyInfo/>

財務の視点：「品質と信頼性」を追求することで、中核事業の建設・鉱山機械事業を成長させる。環境への配慮・安全の提供、ブランドマネジメントの推進により、同じく中核事業の産業機械事業を成長させる。市場と工場の直結化、コスト削減で構造改革を推進する。これらの結果として、企業価値の最大化を実現する。

職先としても有望と考えられる。

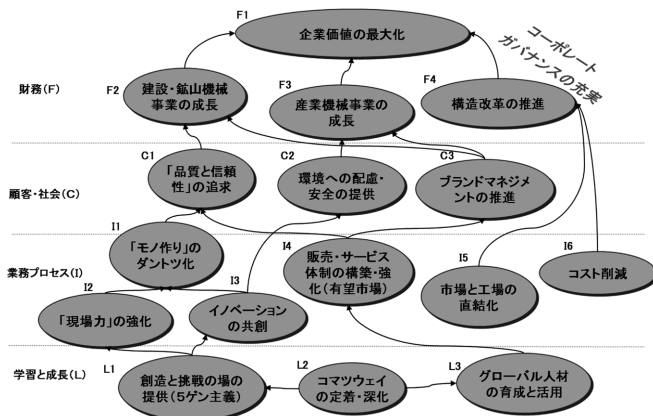


図 15. コマツの戦略プロファイリング結果

## VI. おわりに

日本の犯罪者プロファイリングは、研究開始からまだ20年程度の整備途上にある。今後は、IT化・AI化などにより、米国におけるプロファイリングのように、犯人のプロフィール推定から、短時間での犯行ストーリーの構築に向かうと考えられる。それにより、凶悪犯罪の検挙率の向上が期待できる。

犯罪者プロファイリングの考え方を、企業の経営戦略のプロファイリングに適用することで、外部からは見えにくい個別企業の経営戦略を、ストーリーとして浮き彫りにすることができる。戦略プロファイリングのツールとして、戦略マップを利用することが可能である。

戦略プロファイリングの手順は、戦略情報収集、戦略目標の抽出と4視点への分類、マッピング(仮置き、完成)、評価で構成される。個別企業の経営戦略や構成要素としての事業戦略・研究開発戦略・知的財産戦略などの関係性を短時間で概観できる点で、戦略プロファイリングは、競合企業の戦略分析や就活に活用できる。よい戦略マップには、ストーリー性、個性的な顧客目標、適切な学習と成長目標があり、そのような戦略マップを持つ企業は、事業・技術・知財三位一体戦略のベンチマーク企業であるとともに、就活生の就

添付資料. コマツホームページ (<http://www.komatsu.co.jp/CompanyInfo/>) からの抜粋

**KOMATSU** Japan

[Home](#) > [ニュースリリース](#) > 中期経営計画(2013-2015年度)「Together We Innovate GEMBA Worldwide」をスタート

## 中期経営計画(2013-2015年度)「Together We Innovate GEMBA Worldwide」をスタート

コマツ(社長:大橋徹二)は、このほど2013年4月から2016年3月(2013-2015年度)までの新たな3カ年の中期経営計画「Together We Innovate GEMBA Worldwide」をスタートしました。



この名称には、全世界のコマツグループ社員、販売代理店および協力企業などパートナーの皆さんと力を合わせ、お客様の現場をお客様とともに革新し、新しい価値を創造するイノベーションを提供することで、コアビジネスである建設・鉱山機械事業、産業機械事業での成長を目指すという想いが込められています。一人ひとりが「Together We Innovate GEMBA Worldwide」に掲げた重点活動項目に積極果敢に取り組むことで、業績向上に努め、企業価値の向上に結び付けていきます。

### 1. 中期経営計画「Together We Innovate GEMBA Worldwide」の経営目標

コマツは、「企業価値とは、社会とすべてのステークホルダーからの信頼度の総和である」と考えています。この企業価値を向上させるために、次の経営目標を掲げ、以下2. に定める数値目標の達成に向け経営課題に取り組んでいきます。

- ①業界トップレベルの収益性・財務体質を目指す。(収益体質の強化により、目標収益ラインを上方にシフトする)
- ②株主の皆様への利益還元水準を向上させる。
- ③成長への投資を行いつつ、ネット・デット・エクイティ・レシオ、ROEを改善する。

## 2. 数値目標

| 項目                           | 2015年度目標値         | 2012年度実績 |
|------------------------------|-------------------|----------|
| 売上高営業利益率                     | 18～20%            | 11.2%    |
| ROE<br>(株主資本当社株主に帰属する当期純利益率) | 18～20%            | 11.5%    |
| ネット・デット・エクイティ・レシオ            | 0.3以下             | 0.49     |
| 連結配当性向                       | 30～50%の間で<br>安定配当 | 36.2%    |

※ROE=当社株主に帰属する当期純利益/(期首株主資本+期末株主資本)/2

※ネット・デット・エクイティ・レシオ=(有利子負債-現金)/株主資本

### <前提条件>

| 項目             | 2015年度目標値    | 2012年度実績  |      |
|----------------|--------------|-----------|------|
| 売上高のガイドライン(億円) | 23,000±2,000 | 18,849    |      |
| 通貨のガイドライン      | 米ドル(円)       | 90～95     | 83   |
|                | ユーロ(円)       | 120～125   | 107  |
|                | 元(円)         | 15.0～15.3 | 13.2 |



## 3. 重点活動項目

新たにスタートした中期経営計画「Together We Innovate GEMBA Worldwide」においては、コマツの強みを活かした「成長戦略」と企業体質の強化を狙う「構造改革」を両輪とした以下の重点活動に取り組むと同時に、株主の皆様への利益還元水準の向上に尽力していきます。

ハードルの高い重点活動に効果的に取り組むためには、「現場力」すなわち課題を形成し解決するという改善活動を継続する力を持った社員のチームワークが欠かせません。今後も全世界の社員が「コマツウェイ」に基づき業務の改善活動を推進していきます。特に、お客様の「現場」を深く理解し、お客様にとってなくてはならない存在になるための活動(ブランドマネジメント活動)を一層強化していきます。これらの活動を通じ、グローバルな事業拡大に必要な人材の育成に結びつけていきます。

### ① イノベーションによる成長戦略

これまで築き上げてきたICT(情報通信技術)、主要コンポーネント(基幹部品)の開発・生産技術、グローバルな販売・サービス網、フレキシブルな調達・生産体制などの強みを今後も進化させていきます。併せて、グループ内外を問わず有望な分野での先進技



術を持っている企業とはグローバルレベルで積極的に協同・連携し、ダントツ商品、ダントツサービス、ダントツソリューションを生み出す技術開発を進めることで、お客様の現場をお客様とともに革新し新しい価値を創造する「イノベーション」を、建設・鉱山機械および産業機械の両分野でスピード感を持って起こしていきます。

次世代商品開発のための開発投資を拡大し、最先端のICTの活用により一層の自動化、無人化を可能にする将来建機の開発、市場導入を促進します。具体的には、チリとオーストラリアの大規模鉱山で稼働する無人ダンプトラック運行システム(AHS)、ブラジルで導入が進む林業機械用フリート管理システム、施工を効率化し、施工全体の管理を促進するICT建機などを引き続き発展させていくと同時に、それに続く成功モデルを増やしていきます。2013年度は、ICT建機の先行モデルとして、中型ブルドーザー「D61EXi/PXi」、中型油圧ショベル「PC210LCi」をそれぞれ米国、欧州を皮切りに導入していきます。

また、産業機械の分野では、主要コンポーネントの自社開発・生産を進め、革新的な新商品の導入を目指します。2013年度は、高い生産性とランニングコストの大幅な低減を実現した新型の「ファイバーレーザー加工機」を市場導入していきます。

## ② 既存事業の成長戦略

2014年以降、米国、欧州および日本においてNOx(窒素酸化物)、PM(粒子状物質)の排出量の更なる低減が求められる新たな排出ガス規制(米国ではTier4 Final)が開始されます。エンジン、油圧機器、制御システムなどの自社開発・自社生産という強みと最新技術を融合させ、この規制に対応した商品開発に2013年度も引き続き注力し、円滑な市場導入を目指します。また、補給部品の受発注・物流改革に引き続き取り組むとともに、今後も成長が見込まれる戦略市場と鉱山分野におけるバケットやツース・履帯などの戦略部品の拡販に努めることで、収益の拡大を目指します。2013年度は、油圧ショベルの破碎・解体用のアタッチメントである「エキセントリックリッパ」を米国、中国より世界への導入を進めていきます。

既存事業においてこれまで取り込めていなかった潜在需要を持つ分野については、他社との積極的な協業も選択肢に入れ強化を図っていきます。

装着駆車台数が本年3月末時点で30万台を超えた「KOMTRAX」は、機能と活用方法を今後も進化させ、「KOMTRAX Plus(鉱山機械管理システム)」および2013年度に導入を予定している部品の状態や交換履歴の把握を可能にする「KOMTRAX Parts」とともに、様々な情報の見える化を実現していきます。加えて、進化するKOMTRAXを最大限に活用することで、速やかな部品供給やサービス活動を実施するとともに、レンタル・中古車の循環事業やリテールファイナンス事業も含めたバリューチェーンを拡大し、お客様の満足度を更に高めていきます。

## ③ 土台強化のための構造改革

コマツグループの売上高はこの10年で約2倍となりましたが、固定費をほぼ一定に抑制しています。今後も成長とコストの分離の方針に基づき、適正な固定費水準を維持していきます。国内生産拠点での電力使用量半減を目標に、生産改革や建屋の統合および更新を推進することにより、生産固定費の大幅な削減を目指します。2013年度は、まず粟津工場(石川県)において、最新鋭の省エネ設備と革新的な生産効率を両立する新建屋建設に着手します。

また、グローバル販生オペレーションセンタを中心に販売・生産・在庫管理のレベルを向上させるとともに、代理店在庫ゼロ活動の範囲の拡大によって本体・部品の在庫の適正化を進めます。加えて、コマツの現場とお客様の現場の直結化を促進するため人材・組織の配置転換などを実施し、将来の成長に向けた投資のために必要な人材や資源を確保していきます。

ニュースリリースに記載されている情報は発表時のものであり、予告なしに変更される場合があります。

2013年04月25日  
コマツ コーポレートコミュニ  
ケーション部  
TEL: 03(5561)2616

# 中期経営計画 (2013-15年度)

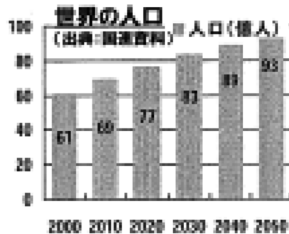
Together We Innovate GEMBA Worldwide

2013年4月25日

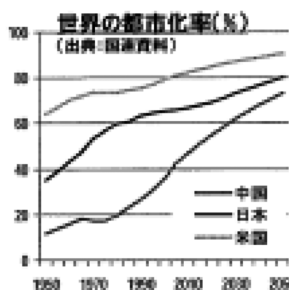
コマツ  
代表取締役社長(兼)CEO  
大橋 徹二

## 世界需要見通し(主要7建機・鉱山機械)

人口増、都市化進展、タイトな資源需給等を受けて、中期的に市場は更に成長する。今後2~3年は伝統市場に依存し微増となるが、戦略市場中心に成長余力が十分あり、長期的な成長が見込める。



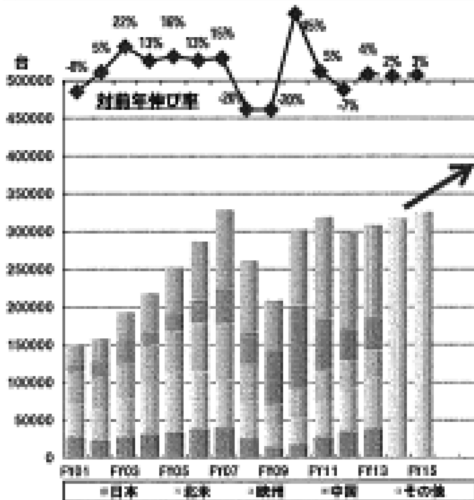
人口増により、タイトな資源需給環境が続く



全世界の都市化進展により建機需要は堅調に推移

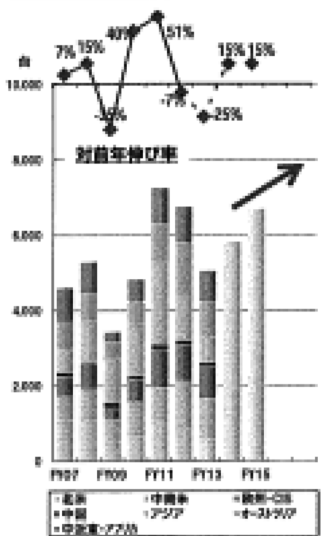
### 主要7建機需要

北米・中近東:復活基調、中国:12年度が底、中南米・CIS:当面安定成長  
⇒ 伝統市場・戦略市場の構成比は当面大きく変わらないが、15年度以降戦略市場の成長が加速。



### 鉱山機械需要

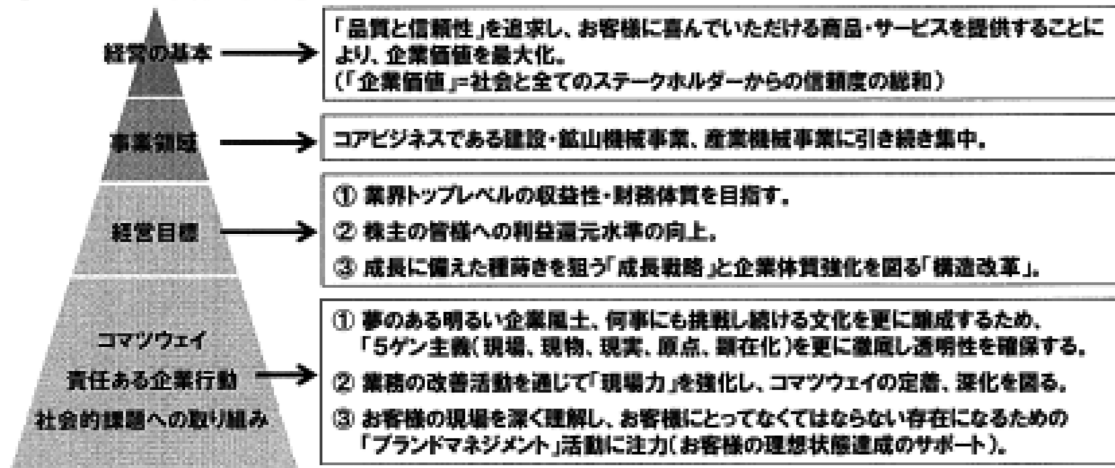
13年度需要は前年比約25%減。その後徐々に回復し、15年度には12年度と同レベル、以降も安定的に成長の見通し。



【中期経営計画の基本方針】

- ① 将来の需要拡大に向けて、成長への種蒔きを間断なく行う。
- ② お客様にとってなくてはならない存在となるため、現場に対する理解度を上げ、代理店、協力企業、社員の力を結集する。
- ③ 価格競争から一線を画し、お客様との関係性を強化するため、ICTを活用し、バリューチェーンの拡大を目指した成長戦略を推進する。

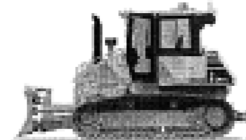
【コマツにおける経営の考え方】



1) イノベーションによる成長戦略

- ・ ダントツ商品・ダントツサービス・ダントツソリューション
- ・ 稼働現場に精通、お客様とのイノベーションの共創(生産性・安全を向上するための顧客稼働現場の生産工場化)
- ・ ICT、要素技術を活用した将来建機、次世代鉱山機械の開発強化
- ・ イノベーションを実現するための他社との協業
- ・ 産業機械でのイノベーション

将来建機:ICT活用により、機械・バリューチェーンの見える化を実現する商品、新たな収益圏の発掘の可能性のある商品(ICT建機、AHS、電動化、無人化・自動化、ハイブリッド等)



2) 既存事業の成長戦略

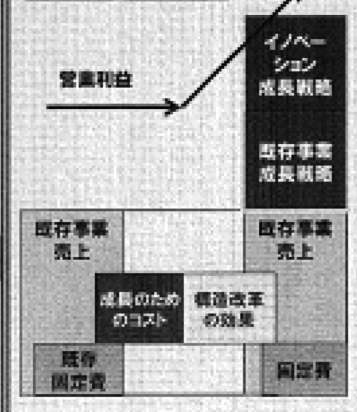
- ・ バリューチェーンでの売上拡大  
KOMTRAX/KOMTRAX Plus/KOMTRAX Partsの有効活用  
戦略部品売上拡大と補給部品事業改革  
循環事業(レンタル・中古車)とファイナンス事業の拡大  
サービス、R&M活動による優良顧客の囲い込み
- ・ 有望市場の販売サービス体制構築・強化(地域別にメリハリある政策)
- ・ ブランドマネジメント活動の推進

価格競争から一線を画し、販売流通網、トータルコスト構造、お客様との関係性を構築する活動に特注する。

3) 土台強化のための構造改革(成長とコストの分離)

- ・ 電力使用量半減、コスト大幅削減(SVC、OVC、CC)、グローバル販生活動による在庫適正化
- ・ 市場(お客様)と工場の直結化、補給部品事業改革
- ・ グローバル人材の育成と活用

今後の成長イメージ



- ① 業界トップレベルの収益性・財務体質を目指す。  
(収益体質の強化により、目標収益ラインを上方にシフトする)
- ② 株主の皆様への利益還元水準を向上させる。
- ③ 成長への投資を行いつつ、ネット・デット・エクイティ・レシオ、ROEを改善する。

中期経営計画 2015年度目標値

| 年度   |                   | 2001   | 2007   | 2012   | 2012             | 2015           |
|------|-------------------|--------|--------|--------|------------------|----------------|
|      |                   | 実績     | 実績     | 実績     | 前中計目標            | 目標             |
| 収益性  | 売上高営業利益率          | -1.3%  | 14.8%  | 11.2%  | 15%              | 18~20%         |
|      | ROE               | -18.5% | 25.1%  | 11.5%  | 20%              | 18~20%         |
| 健全性  | ネット・デット・エクイティ・レシオ | 1.09   | 0.39   | 0.49   | 0.4以下            | 0.3以下          |
| 株主還元 | 連結配当性向            | -      | 20.0%  | 36.2%  | 安定配当<br><20~40%> | 安定配当<br>30~50% |
| 前提条件 | 売上高(億円)           | 10,358 | 22,439 | 18,649 | 20,000<br>±1,000 | 23,000±2000    |
|      | 米ドル(円)            | 128    | 114    | 83     | 90               | 90~95          |
|      | ユーロ(円)            | 111    | 162    | 107    | 125              | 120~125        |
|      | 元(円)              | 15.2   | 15.3   | 13.2   | 13.5             | 15.0~15.3      |



全世界のコマツグループ社員、販売代理店および協力企業などパートナーの皆さんと力を合わせ、お客様の現場をお客様とともに革新し、新しい価値を創造するイノベーションを提供することで、コアビジネスである建設・鉱山機械事業、産業機械事業での成長を目指します。

**Together We Innovate GEMBA Worldwide**

お客様、代理店、協力企業、社員の総合力

全ての活動の原点は現場に

我々の現場は世界中に



## 1.経営の指針

### (1) 品質と信頼性

コマツの経営の基本は、「品質と信頼性」を追求し、「企業価値」を最大化することである。

「企業価値」とは、社会と全てのステークホルダーからの信頼度の総和である。この信頼度の向上のために、コマツグループ各社は、企業の社会的責任を自覚するとともに、コーポレートガバナンスの充実と「モノ作り」競争力の強化に努めなければならない。

「品質と信頼性」とは、お客さまに喜んで頂ける商品とサービスの提供にとどまるものではなく、コマツグループの組織、事業、社員そして経営の全てに関わるものである。

次の5つは、この「品質と信頼性」を高めるために何をすべきかを示す指針である。これは、経営の指針であると同時に、コマツグループに働く社員の一人ひとりが日々仕事を進める上での指針でもある。

1. 常にお客さまの立場を考え、環境に配慮した、安全で創造的な商品・サービスとシステムを提供する
2. 常に技術革新と経営改善に努める
3. グローバルな視点で連結経営を推進する
4. 良き企業市民として地域社会に貢献する
5. 社員に創造と挑戦の場を提供する

### (2) コーポレートガバナンス(企業統治)の重視

コーポレートガバナンスの中核となる機関は取締役会である。コマツグループ各社は、常に、取締役会の活性化に努め、経営上の重要課題について実質的に議論し、必要な審議・決定と報告を確実に遂行しなければならない。

また、コマツグループ各社の経営責任者は、虚業を排し、堅実経営を行うとともに、自社に適用される法令とコマツグループの方針に則り、内部統制システムを確立し、経営の健全性と透明性を高めなければならない。

### (3) 「モノ作り」競争力の強化と「コマツウェイ」

コマツの強さの源泉は、コーポレートガバナンスの充実と「モノ作り」競争力の強さにある。

コマツグループが追求する「モノ作り」とは、「お客さまに満足頂ける商品を提供すること」である。また、「モノ作り」の全てのプロセスにおいて、安全と環境への配慮を重視することでもある。

「モノ作り」競争力を強化するためには、研究開発、購買、生産、販売、サービス及び管理部門にいたる社内各部門はもとより、協力企業や代理店等、バリューチェーンを構成する全ての部門とビジネス・パートナーが一体となって活動を展開することが必要となる。

「モノ作り」におけるコマツの強さ、強さを支える信念、基本的な心構え及びそれを実行に移す行動様式等を現したものが「コマツウェイ」である。コマツグループ各社は、「コマツウェイ」を共有するとともに、その構成員が替っても、それぞれの組織と社員の中で、代々受け継ぐように努めなければならない。

注記:「コマツウェイ」(全社共通編)は、日本語版または各国語版の小冊子が全社員に配布されていますので、各社員は随時、これを参照下さい。また、各部門編も作成され、関係者に配布されています。

# 先使用権の立証におけるデジタルタイムスタンプの法的効力と活用に関する検討

粕川 敏夫<sup>(\*)</sup>

現在、技術情報の高度化・グローバル化に伴って、技術情報を特許出願せずに秘匿化することも重要な選択肢となっており、技術情報の秘匿化を行う場合、同時に先使用権(特許法第79条、意匠法第29条)の確保も必要となる。一方、IT化が進むにつれて電子データとしてのみ存在し、紙媒体では存在しない証拠も増えている。電子データは、劣化しないため経時的な変化が分からず、またその内容の改変が紙媒体などに比べてより容易である。電子データの作成日時や、その内容が改変されていないことを担保することが困難であるといえる。このような問題を解決するための技術として、電子タイムスタンプが注目されている。本稿では、先使用権の立証において、このタイムスタンプの証拠としての証明力と活用について検討する。

## 目次

- I はじめに
- II タイムスタンプの技術概要
  - 1. 概要
  - 2. タイムスタンプとハッシュ値
  - 3. タイムスタンプの方式
    - (1) デジタル署名を用いた方式(PKI方式)
    - (2) アーカイビング方式
    - (3) リンクトークン方式
  - 4. タイムスタンプの証拠性
  - 5. 公証役場における確定日付とタイムスタンプ
- III 先使用権の要件とタイムスタンプ
  - 1. タイムスタンプによる「発明」をしたことの証明
    - (1) 研究ノート(ラボノート)
    - (2) 設計図、仕様書
  - 2. タイムスタンプによる「その発明の実施である事業」又は「その事業の準備」の証明
    - (1) 事業計画書及び事業開始決定書
    - (2) インターネット上の実施の証明と Web アーカイブ
- IV 課題と将来性
  - 1. 先使用権ガイドラインにおけるタイムスタンプの取り扱い
  - 2. タイムスタンプに関する判例
  - 3. タイムスタンプの信頼性

## I はじめに

現在、技術情報の高度化・グローバル化に伴って、技術情報を特許出願せずに秘匿化することも重要な選択肢となっている。この技術情報の秘匿化を行う場合には、必ず同時に先使用権(特許法79条、意匠法29条)の確保も必要となる。つまり、秘匿化しておいた技術情報について、万一他者がこれの特許出願等し、権利化してしまった場合のリスクヘッジとして、先使用権を確保することが必須となり、その必要性は高くなっている。

これまで先使用権における要件としては、(1)「特許出願に係る発明の内容を知らないで自らその発明」をするか、又は「特許出願に係る発明の内容を知らないでその発明をした者から知得」すること、(2)「日本国内においてその発明の実施である事業している」又は「その事業の準備をしている」ことが必要となる。

これらの証明を行う場合には、一般に、研究ノートにより発明の過程を証明したり、帳簿類や設計図など書面による証拠が多い。

しかし、IT化が進むにつれて電子データが証拠として利用せざるを得ないケースが多くなっている。特に、電子メールのデータのように、IT化が進むにつれて、電子データとしてのみ存在し、紙媒体では存在しない証拠も増えている。そのため、先使用権を主張する場合、これらの電子データをどのように証拠として保存し、利用するかが大きな問題となる。

一般に電子データの特性として、紙と異なり電子データは劣化しないため経時的な変化が分からず、ま

(\*) 校友、日本大学大学院知的財産研究科(専門職)非常勤講師、粕川特許商標事務所 所長弁理士

たその内容の変更が紙媒体などに比べてより容易である。そのため、電子データの作成日時や、その作成された時点での内容が改変されていないことの信頼性(原本性)を担保することが困難であるといえる。

このような問題を解決するための技術として、電子タイムスタンプ(以下、単に「タイムスタンプ」という。)が注目されている。ここで、電子タイムスタンプとは、電子データがある時刻に確実に存在していたことを証明する電子的な時刻証明書をいう。

本論では、先使用権の立証において、このタイムスタンプの証拠としての証明力と活用について検討する。

## II タイムスタンプの技術概要

### 1. 概要

タイムスタンプは、電子データが存在した日時を証明できるとともに(日時証明)、その電子データが改ざんされていないことが証明できる(原本証明)という特徴がある。

タイムスタンプを取得するまでの流れとしては、概ね以下の通りである。

#### ① タイムスタンプの取得要求

利用者が、タイムスタンプを付与したい電子データのハッシュ値を時刻認証局に送信し、タイムスタンプを要求する。

#### ② タイムスタンプ発行

時刻認証局は、ハッシュ値に時刻配信局から受信した時刻情報を付与した「タイムスタンプトークン」を利

用者に発行する。

#### ③ タイムスタンプ検証

タイムスタンプ取得時に生成されたハッシュ値と、検証対象の電子データから新たに生成したタイムスタンプトークン内のハッシュ値とを比較して、これが一致していることを確認することで、時刻情報を付与されてから、そのデータが改ざんされていないかを検証できる。

日時証明については、タイムスタンプ発行元である時刻認証局(TSA)が発行した日本標準時に基づいた「時刻情報」が含まれていることに基づいている。この時刻情報は、日本標準時(JST)に基づくものである。

また、その原本証明については「ハッシュ」というアルゴリズムに基づいて証明がされる。

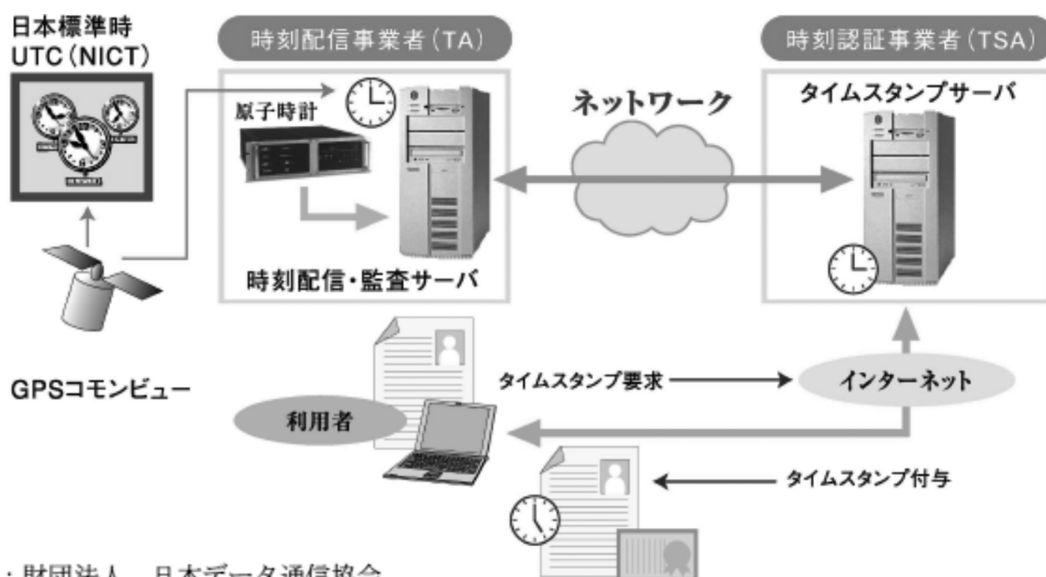
### 2. タイムスタンプとハッシュ値

このハッシュに基づく原本証明は、ハッシュアルゴリズムに基づいて生成される「ハッシュ値」を利用して証明される。具体的には、電子データAを証明する場合、このデータのある特定のハッシュアルゴリズムを利用して「ハッシュ値」という値を生成する。この「ハッシュ値」は、例えば、512bit程度のユニークな文字数値から構成された値である。

電子データAの内容が全く同じであれば、何回ハッシュ値を生成しても必ず同じ値となる。これにより、元の電子データA内容が改変されていないことが確認できる。

一方、電子データA内の一文字でも改変された場合

図1 タイムスタンプのシステム概略図



出典：財団法人 日本データ通信協会

(電子データA')には、この電子データA'から生成されるハッシュ値は、電子データAから生成されたハッシュ値とは異なる値となってしまいます。そのため、改ざん前に生成しておいたハッシュ値と、検証時に生成したハッシュ値が一致しなくなり、電子データAの内容が改ざんされたことが分かるという仕組みである。

ここで、ハッシュ値による検証では、電子データAのどの部分が改変されたのかまでは分からないが、電子データA内のいずれかの部分が改変されたことを検出できる仕組みとなっている。

また、ハッシュの性質としては、一方向性関数であり、不可逆性を有している。

例えば、電子データAから生成されたハッシュ値aから、元の電子データAを復元できないということである。つまり、ハッシュ値aは元の電子データAを復元できるだけの情報量を持っていないのである。この点で、一般の暗号・復号ができる暗号処理とは異なっている。これを図に表すと下記の通りである。

図2 データとハッシュ値の関係

特徴1. データの内容が変わるとハッシュ値が変化

データA ⇒ 1 2 3 4 5 . . . (ハッシュ値)  
データA' ⇒ 1 2 3 4 6 . . . (ハッシュ値)

特徴2. ハッシュ値の不可逆性

データA ⇒ 1 2 3 4 5 (ハッシュ値)  
1 2 3 4 5 (ハッシュ値) ⇏ データA

### 3. タイムスタンプの方式

タイムスタンプにはその方式により、デジタル署名を用いた方式(PKI方式)と、リンク方式、アーカイブ方式の3種類がある。このうち、デジタル署名を用いた方式(PKI方式)が、利用のしやすさコストなどから、現在多く普及している。

#### (1) デジタル署名を用いた方式(PKI方式)

タイムスタンプを押す対象ファイルのハッシュ値に受付時刻を付与し、これにTSAのデジタル署名をつけたタイムスタンプトークン(TST)を作成し、ユーザに返送する方式である。この方式は、PKI(公開鍵基盤)を必須とするためPKI方式といわれている。発行されたTSTとTSAデジタル署名に使用する鍵の公開鍵証明書を用いるだけで、TSAを必要とせずにTSTの検証ができるという特長がある。この方式は、IETFのRFC3161およびISO/IEC18014-2で標準化されている。

PKI方式では、タイムスタンプ発行元であるTSAを証明するためのTSA証明書が必要となる。このTSA証明書には有効期間があるため、有効期間が経過する前に再度タイムスタンプを押し直すことにより、タイムスタンプ有効期間を延長することができる。

#### (2) アーカイブ方式

TSAが、TSTの中にメッセージダイジェストと時刻情報を結合するための参照情報を持つTSTをユーザに返送する方式である。TSAは、タイムスタンプが正しいことを検証するための十分な情報を保管(アーカイブ)する。この方式は、不正を検出する外部エビデンスがないため、TSAが完全に信頼されていることを前提としている。また、タイムスタンプの検証にはTSAが必ず必要である。この方式は、ISO/IEC18014-2で標準化されている。

#### (3) リンクトークン方式

この方式は、TSAが複数の利用者のメッセージダイジェストを相互に関連付けるリンク情報を生成し、各TSTがそれまでに発行された全てのTSTに依存する(リンクする)ように生成するものである。TSAは、リンク情報を定期的に新聞等に公開し、システム全体の安全性を確保する。この方式は、PKIを必要としないが、リンク情報を保管するための追加的なデータベースが必要になる。また、タイムスタンプの検証にはTSAが必ず必要である。この方式は、ISO/IEC18014-3で標準化されている。

## 4. タイムスタンプの証拠性

民事訴訟においては、当事者間に争いのない事実及び裁判所に顕著な事実については、そのまま判決の基礎とすることができ、証拠によって立証する必要がない(弁論主義、民事訴訟法179条)。したがって、証拠によって立証する必要があるのは、当事者間に争いのある事実に限られる。そして、裁判所は、証拠資料及び弁論の全趣旨に基づいて、自由な心証により、争点についての事実認定を行う(自由心証主義、民事訴訟法247条)ため、民事訴訟においては、提出される証拠の証拠能力には原則として制限がない。そのため、タイムスタンプが押されている、押されていないに拘わらず特許等の侵害訴訟等では、電子データを証拠として利用できる。

また裁判所に提出する証拠は、原則として書証として提出する必要があるが、民事訴訟法231条により準文書として電子データを所定の媒体に記録して提出することができる。



そのため、特許侵害訴訟においても、先使用権の証明のために、タイムスタンプが押されているか、押されていないかに関わらず、電子データを提出することができる。

ここで、先使用権の証明のために、タイムスタンプの押されていない電子データを証拠として使用する場合、その内容を改ざんすることが極めて容易であることから、証拠としての証明力、つまりその証拠の信頼性は低くなってしまふ。

これに比べて、先使用権を証明するための電子データにタイムスタンプが押されている場合には、上述の技術的な手段によって存在した時刻の証明と、その内容に改変がされていないことが証明できるため、ファイルは証明力、信頼性は高くなることは明らかである。

## 5. 公証役場における確定日付とタイムスタンプ

これまで先使用権の証拠の存在を証明するためには公証役場による確定日付が多く利用されている。この公証役場における確定日付は、民法施行法5条1項2号に基づくものであり、一般に証明したい文書(私署証書)を公証役場に持ち込み、所定の料金(1回700円)を支払うことで、確定日付印を押してもらうことができる。そして、これにより、その文書の存在を証明することができる制度である。

この確定日付は、法律により証拠能力が認められており、高い証明力を有している。このように、公証役場による確定日付は、法律により認められた信用性の高い証明である。

一方で、公証役場による確定日付は、当該日時に当該文書が存在したことを証明するものではあるが、内容の真実性やいわゆる原本性について証明を与えるものではない。実際に確定日付を取得する場合、確定日付を取得したい文章を公証役場に持ち込み、費用を支払うことで、確定日付が押された文章を得ることができる。

ここで問題なのは、確定日付を押した原本は公証役場に残っているわけではなく、押印されたのちは、原本が申請者に返却されるのである。そのため、その文書(原本)の存在自体は客観的に証明できるが、その後内容が改変されていても、これを検証することはできない。この点で原本(正本)が公証役場に保管されている公正証書と大きく異なる点である。

また、例えば、製品の製造方法などの先使用権の証明にあっても、紙媒体による確定日付だけではその動

作状態を特定することは困難である。製造方法の証明を行う場合、製造設備の存在だけでなく、実際にその製造設備を使用して特許発明に該当する製品を製造できた、ないしは製造していたことを証明する必要があるためである。

同様に、ソフトウェア特許又はビジネスモデル特許の先使用権を証明する場合、特許発明に該当するコンピュータシステムの動作が画面の遷移状態等を証明する必要がある。このような場合には、単なる画面の存在だけでなく、その動作(例えば、画面の所定のボタンをおすとどのような画面に遷移するのか、また入力した値に基づいてどのような結果が返ってくるのかなど)を特定する必要がある。

そのため、このような分野での先使用権の証明に当たっては、確定日付ではなく公証人立会いの下に行われる事実実験公正証書によらなければならないことも多いと考えられる。

この点、製造ラインなどの映像をDVDなどの媒体に記録して、確定日付を取得することで先使用権の実施行為ないしは準備行為の立証を行っている事例もある。つまり、製造ラインをビデオで撮影し、それをDVDなどのメディア(媒体)に固定化し、それを封書に密封した状態で、確定日付を取得するのである。しかし、DVDのメディア(媒体)自体の物理的な耐用年数は、おおよそ10年といわれており、特許権の存続期間20年よりも短い。実務的には10年後に確定日付を押したものを一旦開封して、別のメディアに焼き直したうえで、再度確定日付を取得するなどの作業が必要になってしまう。そのため、その焼き直しの過程などで新たなデータが書き加えられ、改ざんされていないことを証明しなければならず、問題が多いと考えられる。

また、実務的には、公証役場は都市部には多く存在するが、地方に行くとその数は少なくなってしまう、必ずしも容易に書面等を持ち込むことができない。またコストも1回700円であり、タイムスタンプなどでは1回数円~数十円というコストの違いも実務的には重要となる。

なお、最近では、指定公証人による電磁的記録に対する日付情報を付与することで、いわゆる電子公証も行われている(民法施行法5条2項・3項)。実務的には、公証役場が開いている時でないに対応できないこと、料金支払方法が面倒であること、電子公証ができるファイルの容量も限られていることから、先使用権の立証においては未だ広まっていないのが現状である。

これらを補完するものとして、日々発生する先使用権に関するデータの存在を証明するためには、運用面及びコスト面で優れているタイムスタンプの活用が注目されているといえる。

### Ⅲ 先使用権の要件とタイムスタンプ

#### 1. タイムスタンプによる「発明」をしたことの証明

先使用権を主張するにあたっては、「特許出願に係る発明の内容を知らないで自らその発明」をするか、又は「特許出願に係る発明の内容を知らないでその発明をしたものから知得」することを証明する必要がある。

##### (1) 研究ノート(ラボノート)

現状では、「研究ノート」(ラボノート)などにより発明の創作過程を立証することができる。この「研究ノート」では、①長期保存に耐えうるものであること、②差し替えができないノート形式であること、③筆記具としては容易に改変できないボールペンなどを利用すること、④連続ページ番号を付与すること、⑤資料に日付とサインを記載すること、⑥研究ノートを適切に管理すること、⑦第三者が理解できるように記録すること、などの要件を満たす必要がある<sup>(1)</sup>。

このうち、タイムスタンプが押された電子データにより証明を行う場合、電子データは劣化する恐れがないことから上記要件①については問題ないと考えられる。また、タイムスタンプにより作成日付と原本性が技術的に担保できることから、上記要件③、⑤についても問題ないと考えられる。

タイムスタンプを押印したデータによる証明で問題となるのは、②差し替えができないノート形式であること、④連続ページ番号を付与すること、である。

通常、紙によるノートであれば、ルーズリーフ形式のものを避け、製本されページ番号が付された専用のノートが利用されている。しかし、タイムスタンプが押された個々のデータでは、各データの連続性が担保できず、データの差し替えがされていないことを担保できない恐れがある。

このような場合には、タイムスタンプを押したデータの履歴データを合わせて取得し、この履歴データを保管しておくことで上記要件②④を満たすことが可能

となる。実際には、タイムスタンプが押されたデータの履歴データを CSV やテキスト形式のファイルとし、さらにこの履歴データについてもタイムスタンプを押しておく。これにより、タイムスタンプにより履歴データが改変されていないことが担保され、これによりデータの差し替え等がされていないことが担保される。

##### (2) 設計図、仕様書

設計図・仕様書も先使用権の立証においては、その発明の過程等を示したり、その発明に係る構成が開示されているため、重要な証拠となる。判例<sup>(2)(3)</sup>においては、第三に対して提示された書面の方が、社内の人のみが見ることができた書面に比べて証明力が高く評価される。

例えば、製品を製造するにあたり、その製造のため製品に関する仕様書や設計図を外部企業に依頼した場合、その依頼書に添付された仕様書や設計図は第三者に提示されているため、その内容の信頼性は高く評価される傾向がある。

一方、社内で秘匿していた設計図・仕様書については、証拠として客観性がないため、その証明力は相対的に低くなる。

しかし、社内で作成され、秘匿されていた設計図・仕様書であっても、これらのデータにタイムスタンプが押されていた場合には、そのデータの改変がされていないことが技術的に担保されるため、紙による証拠に比べて証明力が比較的高くなると考えられる。

#### 2. タイムスタンプによる「その発明の実施である事業」又は「その事業の準備」の証明

##### (1) 事業計画書及び事業開始決定書

事業を開始するにあたっては、新製品の開発の着想から、着想を具体化し、新製品企画の方針が決定される段階で事業計画書が作成される。この事業計画書は、企業等における事業化の意思決定を示すもので、先使用権に係る発明の実施事業の準備状況とその時期を示す重要な証拠の一つとなる。

同様に、事業化する場合、製品開発の各フェーズで、研究企画会議、商品企画会議、商品化決定会議化などの意思決定が行われる。これら意思決定の資料は、事業の準備ないしは実施の事業を証明するための重要な証拠となる。

これらの証拠についても、基本的には社内の意思決

(1) 「先使用権制度の円滑な活用に向けて 一戦略的なノウハウ管理のために」(P65-P67 平成18年6月 特許庁発行)

(2) 大阪地裁平成17年7月28日 判決(最高裁HP)

(3) 大阪高裁平成17年7月28日 判決(最高裁HP)

定の過程を現す証拠であるため、重要である。しかし、これらの書類は、社外に公表されるような性質の文章ではないため、秘匿化しながらその内容と作成日時の証明を行う必要がある。これらに関するデータについても、タイムスタンプを押すことにより、その客観性が高まり、証拠としての証明力が高まるといえる。

## (2) インターネット上の実施の証明と Web アーカイブ

インターネットを利用したソフトウェア関連の発明が多くなるにつれ、その事業の実施がインターネット上での公開された事実を証明する必要がある。

このようなインターネット上の実施を証明するための方法として、最近の Web アーカイブなどのサービスがある。この Web アーカイブは、ある団体が所定のタイミングでインターネット上をクロウリングし、インターネット上にあるデータ(Web サイトなど)を自動的に保管する仕組みである。

Web アーカイブにより保管されたデータは、Web アーカイブ自体を運営する団体や、そのデータを保管する仕組みなどにより証明力が左右される可能性がある<sup>(4)</sup>。

この点、過去に一度でも保管されていたデータの改変がされた事実が認められる Web アーカイブでは、いかに発明に関するデータが保存されていても、その証明力が極めて低くならざるを得ないと考えられる。この点については、判例においても、ウェイバックマシンに記録された情報を信頼できるとした判例<sup>(5)</sup>と、信頼できないとした判例<sup>(6)</sup>とがあり、分かれている。

信頼できないとした判決は、商標の不使用取消審判に関するものであるが、判決の中で、一般的に、コンピュータの画面上に表示されている作成日やアドレス、ファイル名等は、これを書き換えたりあるいは画面自体を差し替えることが容易であり、例えば、ウェブサイトにてデータをアップロードした日時、すなわちデータの更新日時は、個々のコンピュータに連動しているため、これを操作することで容易に真実と異なる日時を表示させることができることから、直ちに原告トップページにおいて本件の吹出し切替画像が閲覧可能な状態にあったと認めることはできないとしている。

また、電子メールについては、その作成日は、作成者が使用するコンピュータで設定した日時に依存して

記録されるものであって、容易に真実と異なる日時を表示することができるし、また、受信した電子メールの内容をその後に容易に訂正することもできるものとした。

そして、ウェイバックマシンに原告のウェブサイトのデータが収集・保管されており、同サイトにおけるリストの日付が書かれた部分をクリックすると、本件吹出し切替画像の表示された原告トップページの映像が現れるからといって、その正確性は保証されていないとしている。その理由として、ウェイバックマシンについては、利用規約に記録内容の正確性について保証しないことが記載されている上、現に、ウェイバックマシンに記録されている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、信用性がないと判事している。

上記判例に照らしても、インターネット上の実施行為を証明するに当たっては、少なくとも① Web サイトに掲載された情報についてはタイムスタンプでその内容と日付を客観的に証明すること、②その掲載されていた事実の証明を第三者(公証人、弁護士、弁理士等)により合わせて行うこと、③補完的に Web アーカイブのしくみを利用すること、が必要なのではないかと考えられる。

また、特許庁による先行技術文献としての Web アーカイブが検討されており<sup>(7)</sup>、将来的には特許庁によりアーカイブされたデータの利用ができることで、このような問題が解決されることが期待される。

## IV 課題と将来性

### 1. 先使用权ガイドラインにおけるタイムスタンプの取り扱い

特許庁が発行した平成 18 年の「先使用权制度の円滑な活用に向けて ―戦略的なノウハウ管理のために―」(平成 18 年 6 月 特許庁発行)では、「このタイムスタンプには、法的な確定日付効はない点に注意する必要がありますが、時刻の先後に関する一つの証拠として、簡便な手法であり、有益であると考えられます。」と記載されており、タイムスタンプに一定の有益性があることが明記されている。

「タイムスタンプが、国税関係書類(「電子計算機を

(4) 「ウェブアーカイブに記録された先端技術情報の公知性等に関する調査研究報告書」(P30-P33 平成 22 年 3 月 財団法人知的財産研究所)

(5) 東京地裁平成 17 年 2 月 23 日 判決(最高裁 HP)

(6) 知財高裁平成 19 年 3 月 26 日 判決(最高裁 HP)

(7) 小尾美希「2. ウェブアーカイブに記録された先端技術情報の公知性等に関する調査研究」(知財研紀要 2010 P1-P7)

使用して作成する国税関係帳簿書類の保存方法等の特例に関する法律施行規則3条5項2号)], 地方税関係書類(「地方税法施行規則25条5項2号」), 及び医療関係書類の一部の電子文書の取り扱い(「医療情報システムの安全管理に関するガイドライン(平成17年3月)」)などにおいて, 広く使われ始めています。」としており, タイムスタンプが知的財産分野だけでなく, 他の分野においても広がりを見せていることが紹介されている。

このような, 事実的に知財の分野を超えて, 様々な分野での活用を通じて, タイムスタンプの証明力が認められることで, 裁判所においてもタイムスタンプが押された証拠に対する信頼性が増すことが期待される。

## 2. タイムスタンプに関する判例

現在, 先使用権の認定に当たり, タイムスタンプの証明力について直接的に言及した判例はない。

この点, 先使用権が争われた事案ではないが, タイムスタンプの中核的な技術であるハッシュ値に基づいてファイルの同一性を認めた判例がある。

Win MX 事件<sup>(8)</sup>では, Win MX というファイル交換ソフトを使用して, 被告が公開していたファイルのサイズ及びハッシュ値が, 原告が第三者からダウンロードしたファイルと一致したことをもって, 当該ファイルを被告が公開していたという事実を認定した。

この判例で注目すべきは, ハッシュ値だけでは足りず, 「ファイルサイズ」といった当該ファイルを特定又は推認するようなデータを合わせることで, ファイルの同一性が肯定されている点である。

つまり, ハッシュ値は前述のように, 電子データごとにユニークな値となるが, 一方向性(不可逆性)であるため, ハッシュ値から元ファイルの内容を復号できない。そのため, 元ファイルのデータとハッシュ値とを紐付ける情報がないと, どのハッシュ値がどのファイルに紐付けられているのか分からなくなるため, ハッシュ値以外にファイルサイズなどのこれらデータを紐付けるためのデータが必要となることが指摘されている。

この点, 通常タイムスタンプを取得した場合には, 原本ファイル, タイムスタンプトークン, 証明書ファイル(サービス事業者によって異なるが, 必要に応じて発行される)などのファイルがそれぞれ別ファイルとして存在する。しかし, 前記判例の趣旨からタイム

スタンプを先使用権の立証において有効に活用するためには, これデータを何らかの形で紐付けておく必要がある。

このため, 従来は, これらのデータを所定のデータベースにデータベース化して管理することで紐付けが行われていた。

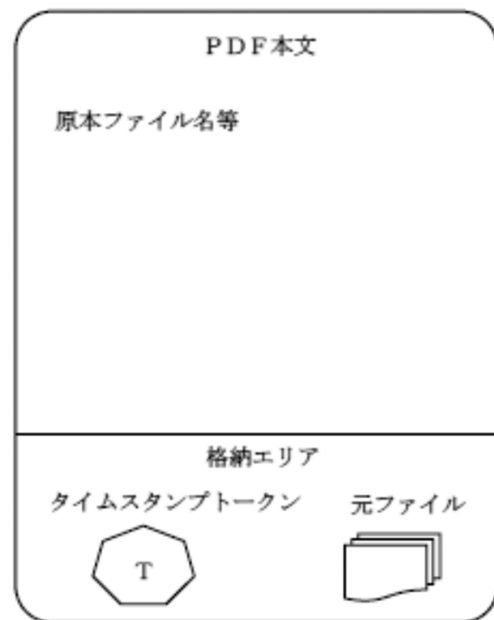
しかし, このような方式でデータを紐付けしたのでは, タイムスタンプ自体の信頼性が, 全てこのデータベースサーバによる管理に依存してしまうことになる, つまり, データベースサーバが故障したり, このサーバを管理する管理事業者が倒産等することより, 紐付けるためのデータが失われ, 証明が不可能となるケースが考えられる。

そのため, 現在広く利用されているのが, PDF ファイル形式を利用した方式である。

これは, PDF ファイルの中に原本ファイル, 証明書ファイルを格納(添付)した状態で, タイムスタンプを押すことで, これらのデータを一体に紐付ける方式である。

また, このPDF ファイルの本文中にタイムスタンプを押した元ファイルのファイル名などのファイルを特定する情報を記入することで, これらデータの紐付けができる方式である。

図3 PDFファイルへの格納



これにより, 先の判例で示された基準を満たすと

(8) 東京高裁平成16年5月26日 判決(判タ1152号131頁)

もに、安全かつ簡単にタイムスタンプが押されたファイルを管理・保存することができ、先使用权の証明も可能になる。

また、このようにタイムスタンプを押す場合は、テキストデータに限らず映像などのデータもそのままのファイル形式で格納(添付)することができる。そのため、従来事実事件公正証書により証明していた製造方法に関するノウハウ(発明)や、ソフトウェア関連発明、特にビジネスモデル分野の発明などの証明も容易に可能となる。

### 3. タイムスタンプの信頼性

現在のタイムスタンプ発行事業者は、一般財団法人データ通信協会の「タイムビジネス信頼・安心認定制度」により認定を受けた事業者のタイムスタンプが利用されている。

しかし、これらのタイムスタンプ発行元はいずれも私企業であって、その継続性や証明の信頼性に一定の限界がある。つまりこれらの事業者が倒産等した場合などにその継続性がどこまで担保できるかが大きな問題であった。

この点、海外の状況を見てみると、米国では、US Postal Service(アメリカ合衆国公社)がタイムスタンプを利用した電子郵便の内容証明サービス提供している。また韓国では、韓国特許庁の外郭団体である特許情報院が「営業秘密保護センター」を開設して、当該団体がタイムスタンプを用いた営業秘密保護サービスを

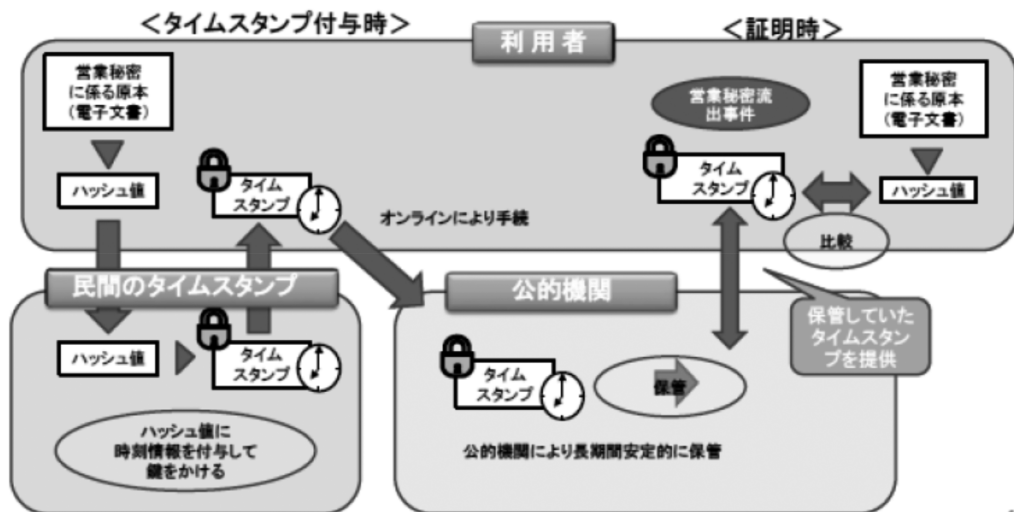
提供している。中国では、中国科学院国家授時中心と北京聯合信任技術服務有限公司の共同事業として、北北京聯合信任タイムスタンプ服務中心が設立されタイムスタンプを発行している。

このように、韓国、中国をはじめとして公的な機関がタイムスタンプを利用したサービスを提供しており、一定の広がりを見せている。(※ 「中国における先使用权の確保に関する調査報告書」 2011年5月 ジェトロ北京事務所知的財産権部)

日本では、前述のようにタイムスタンプは民間のサービスであったが、平成28年度末ごろから独立行政法人工業所有権情報・研修館が、民間タイムスタンプ事業者が発行したタイムスタンプのタイムスタンプトークンを預かるサービスを開始する予定となっている。

このサービスにより、民間事業者で発行したタイムスタンプのタイムスタンプトークンを公的な機関が所定の期間保存するようになり、一定の信頼性が担保されることが期待される。これにより、先使用权や営業秘密の保護の分野などでもタイムスタンプが幅広く利用され、知的財産の保護が強化されることが期待されている。

図4 タイムスタンプトークン保管資料



「中小企業等に対する営業秘密保護を含めた知的財産のワンストップ支援体制」  
(特許庁 平成26年10月31日)より抜粋

# ものづくり企業におけるインブランド(技術ブランド)戦略の可能性 ～主としてマーケティング論とブランド論の観点から

杉光 一成<sup>(\*)</sup>

「技術」はそのままでは見えにくく、特に一般人には分かりにくい。それを可視化するのがインブランド(技術ブランド)という従来のブランドとは異なる考え方であり、技術のブランド化である。例えば、「ヒートテック」は繊維による調温技術、「プラズマクラスター」は除菌技術の名称である。このようなインブランドは主としてマーケティング論及びブランド論を理論的基盤とする。そこで、マーケティング論及びブランド論の基礎を述べた後に、インブランド論の学問的位置づけとともに関連する概念の整理を行うとともに、複数の実事例を紹介する。そして、インブランドの効用及びマーケティング論(ブランド論)と知的財産の関連性についての示唆について言及する。「技術力」があるにも関わらずそれが社会で評価されていないと感じているものづくり企業にとって、本稿で述べたインブランド論は極めて有効な戦略の示唆となる可能性がある。

## I はじめに

1. インブランド(技術ブランド)とは
2. ものづくり企業にとってのインブランド(技術ブランド)の価値
3. 本稿の構成

## II マーケティング論とブランド論

1. マーケティング論
2. ブランド論

## III インブランド

1. 学問的位置づけ
2. 概念の整理
3. 事例
  - (1) インテル
  - (2) ゴア・テックス
4. インブランド(技術のブランド化)の効用

## IV マーケティング論(ブランド論)と知的財産の関連性についての示唆

## V おわりに

## I はじめに

### 1. インブランド(技術ブランド)とは

従来、「○○という会社の商品が欲しい。」あるいは「△△という名称の商品が欲しい。」というように企業名(例として Apple)や商品名(例として iPhone)で顧客を誘引するのが「ブランド」であった。

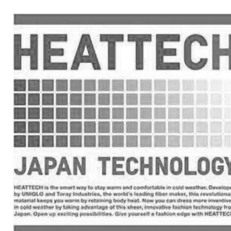
ところが、これと「テフロン加工のフライパンが欲しい」という場合とでは質的な違いがある。というの

も、「テフロン加工のフライパンが欲しい」と言ったときに顧客を誘引しているのは、企業名でも商品名でもなく、「テフロン加工」という「技術」だからである。焦げ付かない「技術」が顧客吸引力を有しており、ブランドになっているのである。すなわち、「テフロン加工」という要素技術を用いてさえいけば、消費者にとってフライパン自身はどの企業名のものもよく、またどのような商品名でも構わない、という含意がある。

これは従来の「ブランド」と「異質」の部分があると言わなければならないだろう。そしてこれが「インブランド」(この用語についての詳細は後述する)あるいは「技術ブランド」の一例である。

また、日本の技術について着目すれば、ユニクロと東レが共同開発した衣服の調温技術の名称である「ヒートテック」も同様である(図1参照)。消費者が「ヒートテックが欲しい。」と言っているとしても、それは「ヒートテック」という「技術」を使ったアンダーウェア等の商品が欲しい、という意味であり、ヒートテックという名称の「商品」はないからである(正確に言えば、商品を特定できない)。

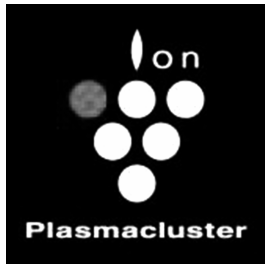
図1



(\*) 金沢工業大学・大学院教授

シャープの「プラズマクラスター」(図2参照)という名称のついた空気の除菌技術も日本発である。この技術は空気清浄機以外にエアコン、冷蔵庫、自動車など様々な分野に利用されている。つまり、「プラズマクラスター」というのも企業名や商品名ではなく、あくまでも「技術」の名称である。

図2



## 2. ものづくり企業にとってのインブランド(技術ブランド)の価値

従来、「技術」というのはどちらかと言えば商品の「影」に隠れ、商品の価値を下から支える役割を担わされることが多かったように思われる。すなわち、このような考え方は、「技術」で「商品売る」という発想に近い。

しかしながら、「技術」自身が「強み」なのであれば、その強みを前面に出すという戦略があってもよい。つまり、「技術という『商品』を売る」発想への転換である<sup>(1)</sup>。

このような視点は、技術力を強みとする日本のものづくり企業にとって極めて重要なものではなからうか。

## 3. 本稿の構成

「ブランド」という言葉は日常用語として用いられる場合にはいわゆる高級ブランド品がイメージされることが多いようである。他方、知的財産の分野で用いられる場合には主として「商標」に近い意味で使用されることが多い。最近では「地域ブランド」という単語もよく耳にするようになった。

そもそも「ブランド」という言葉そのものが法令用語ではないため、知的財産法学における研究対象として「ブランド」という用語が確立しているとはいえない。「ブランド」を学問的な対象として明確に取り扱って

るのは、経営学における「マーケティング論」である。

もともとブランドはマーケティング論の一要素あるいは一分野として扱われてきたが、本格的にブランドに関する研究が増加し、関連する著書が増えたのは1990年前後とされている。その辺りからマーケティング論の中でもとりわけ重要な分野として成長・発展してきたという経緯がある。

そこで、本稿では、このような議論の経緯を踏まえ、前提あるいは基盤となるマーケティング論及びブランド論を概観した上でインブランドに関して論じたい。

## II マーケティング論とブランド論

### 1. マーケティング論

「ブランド論」は経営学、特に「マーケティング論」の中で扱われてきたというのは既に述べた。

日常用語あるいはビジネスの現場で「マーケティング」という言葉は極めて曖昧かつ多義的に用いられている。「営業」、「販売」、「市場調査」、「プロモーション」等の言葉を少し「かっこ良く」言い換えるために用いられていることも多い。この中では特に「プロモーション」という言葉の代わりに用いるケースが多いようである。

しかし、学問として研究されている「マーケティング」の定義はこれらとは相当に異なる。ここでそもそも学問の対象としての「マーケティング」とは何かについて明確にしておきたい。マーケティングの定義にも歴史的な変遷があり、また学者によって表現が異なる部分があるものの、最大公約数で定義すれば、「既存市場の維持・拡大及び新市場の創造のための諸活動」となる。

ここで注目すべきは「プロモーション」のような活動は確かにこの定義に入るものではあるが、それだけに留まらず、例えば、どのような製品を開発するかという製品戦略、価格戦略等も重要な要素であり、決して「プロモーション」や「キャンペーン」のための学問ではない、という点である。

そしてマーケティング論において最も重要なキーワードの一つが「差別化」である<sup>(2)</sup>。物が豊富にある現代においては「競合」製品が存在することはある意味で暗黙の前提となっている。そのような「市場」の中で

(1) 上條由紀子・芦田望美・杉光一成「テクノロジーブランディング(技術のブランド化)の法的保護に関する研究」平成21年度TEPIA知的財産学術研助成成果報告2頁

(2) 杉光一成「マーケティング・ツールとしての知的財産」東京大学政策ビジョン研究センター・ワーキングペーパー(2014年10月)3頁、[http://pari.u-tokyo.ac.jp/unit/iam/outcomes/pdf/papers\\_141021.pdf](http://pari.u-tokyo.ac.jp/unit/iam/outcomes/pdf/papers_141021.pdf)

かに自社製品を他社製品と「差別化」して位置づけるべきかというポジショニング及び製品戦略を常に検討する必要があるからである。

## 2. ブランド論

では「ブランド」論はこのマーケティング論の中でどのように位置づけられるであろうか。まず、学問の対象としての「ブランド」の定義から見ていきたい。ブランドの定義についても学者によって表現の幅はあるものの、アメリカ・マーケティング協会は「ある売り手の商品やサービスを他の売り手のそれとは異なるものとして識別するための名前、用語、デザイン、シンボル、およびその他の特徴」と定義している<sup>(3)</sup>。

このような意味においてブランドは、「製品戦略」における市場での製品の「差別化」要素の1つとして位置づけられてきた。つまり、ブランド力によって競合製品と「差別化」し、「既存市場の維持・拡大及び新市場の創造」を図るという意味において明確にマーケティング論の一部に属する、といえる訳である。

ブランドによって製品が市場において差別化されることで企業にもたらされる効用については直接的なものから間接的なものまで様々なものがあると考えられるが、「直接」的なものとしては、大別して2つの効用を企業にもたらす。すなわち、(1)1回での購入の利益貢献度と(2)継続購入の利益である<sup>(4)</sup>。ブランドは、消費者が他の製品より高くても購入したくなる、つまり多くの金額を支払う意欲を生じさせることで短期的に企業に利益をもたらす、さらに1回だけの購入に留まらず、買い替えなどの際に継続して購入してもらいやすくなるという点において長期的にも企業に利益をもたらすという効用がある。

## Ⅲ インブランド

### 1. 学問的位置づけ

マーケティング論の中にブランド論が包含されている点は前述したように明確である。そしてこのブランド論の中での比較的「新しい」議論の1つが「インブランド」すなわち「技術ブランド」である。ではマーケティング論、特にブランド論においてインブランドはどのように位置づけられているのであろうか。

従来、ブランドといえば、「消費者」(consumer)の認知度が基本となるため、いわゆるB2Cの分野で成り立つものであると考えられていた。したがってB2Bにおける製品として典型的な「部品」や「材料」について「ブランド」が議論されることはあまりないと考えられていた。

しかし、実際には、後述する「インテル」のようなプロセッサという「部品」や後述するゴア・テックスのような「素材」がブランド化する事例が生じ、注目を集めるようになった。

欧米においてはこのようなブランドについては、「Ingredient Brand」あるいは“Ingredient Branding”，略して“InBranding”，“InBrand”と表現している<sup>(5)</sup>。

従来、日本語の文献では、これを「成分ブランディング」あるいは「要素ブランディング」と解説するなど定まった訳語がないのが実情であった。

しかし、「成分」という言葉は化学的なイメージがあるため物理的な「部品」を含めるには無理があり、他方で「要素」という言葉は日本語の語義が広すぎるため、今度は対象が漠然かつ不明確となりいずれも的確な訳語とは言い難い。

そこで、本稿では、この概念についてカタカナ表記で「インブランド」という表記を用いる<sup>(6)</sup>。

では「インブランド」とは何か。必ずしもインブランドの明確かつ確定的な定義が存在する訳ではないものの、一般には「サプライヤーの部材<sup>(7)</sup>(部品・材料等)に関するブランド」と定義できると考えている。すなわち、インブランドやインブランディングという用語が用いられるときには、「誰が」ブランド化したのか、という主体を重視して考えられている。

過去のブランド論というのはB2C分野を暗黙の前提にしていた。すなわち、ブランドは情緒や感情と結びつけられる価値であるため、企業間取引をベースとするB2B分野にはおよそ関係ないものと認識されてきたといえる。事実、B2Bでは一般的には企業のいわゆる「購買部門」が購入主体となるのが一般的であるため、情緒や感情よりも「理性」が重視されると言われている。このようにB2Bの分野ではブランドが考慮されていなかったという歴史的経緯から、B2Bの最初のBにあたる「サプライヤー」という主体に注目したものと考えられる。

(3) American Marketing Association, <https://www.ama.org/resources/Pages/Dictionary.aspx?dLetter=B>

(4) 安原智樹「マーケティングの基本」46頁(日本実業出版社, 2009年)

(5) フィリップ・コトラー, ヴァルデマール・ファルチ「コトラーのイノベーション・ブランド戦略」viii(白桃書房, 2014年)

(6) 前掲コトラーiv

(7) 「部材」という言葉は必ずしも一般的なものではないが、形のある「部品」と形のない「材料」の両者を含める意味で用いている。



筆者が「技術ブランド」について研究していた2010年前後には、同様の事象についてブランドの対象については「テクノロジー・ブランド」という名称、そのような技術をブランド化する活動については「テクノロジー・ブランディング」という言葉で説明していた。これは、ブランド化する「主体」ではなく、ブランド化する「客体」に着目していたからである。

ハーバード・ビジネス・スクールのジョン・クウェルチ教授は、インブランドについて、要諦と考えられる4つのポイントを掲げている<sup>(8)</sup>。

- ① 部材は、通常、特許権で保護されている。
- ② 部材は、最終製品(完成品)の機能にとって中心的なものである。
- ③ 最終製品には大きなブランド力がない。
- ④ 最終製品はアフターサービス市場において販売されている「部材」の組立品である。

ここで注目したいのは最初のポイントである。部品や材料が「特許権」で保護されていることが通常である、という点は重要な指摘と考えている。

そしてこのことは部品や材料が「技術」的に既存のものとの差別化できていることを意味し、それは「インブランド」が「技術ブランド(テクノロジー・ブランド)」とほぼ同義であることの証左でもある。

## 2. 概念の整理

では「インブランド」と「技術ブランド(テクノロジー・ブランド)」は完全に一致する概念なのか。

この点について論じた文献は見当たらないが、結論から述べれば、ほぼ一致するものの、一部分においてはわずかな差分が見られると考えている。

具体的には、インブランドは、完成品メーカーとの対比において、既に述べたように部品あるいは材料メーカーに代表される「サプライヤー」という「主体」に着目しているものの、実際にブランド化される対象は「高性能な部品あるいは材料」であってそこにはほぼ必ずイノベティブな「技術」が存在している。言い換えれば、サプライヤーの「部品」や「材料」というのは通常は互換性があるものであり、何らイノベティブな「技術」が存在しないものが他社と差別化され、ブランド化することは考え難い。

しかしながら、両者は完全に一致するものでもない。例えば、図3に示すように「完成品メーカー」という主体が「他社」すなわちサプライヤーではなく、「自社」の

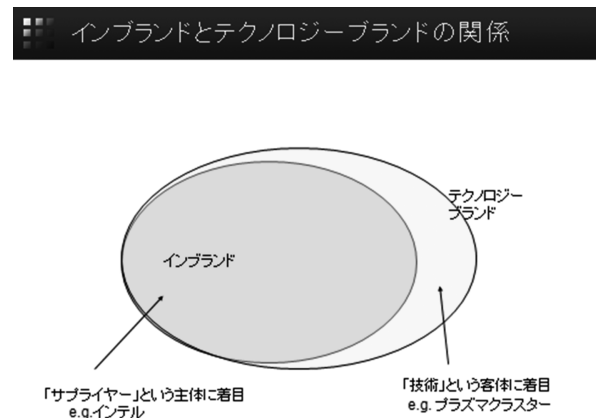
要素技術を「切り出して」ブランド化した場合である。例えば、シャープのプラズマクラスターという技術は、サプライヤーが主体ではなく、完成品メーカーであるシャープが自社技術を切り出してブランド化したものである。これは厳密に言えば、インブランドではないが技術ブランド(テクノロジー・ブランド)であるといえる。

ものづくり企業が自社技術のブランド化を目指す場合、その主体となる企業が「サプライヤー」であれば「インブランド」であり同時にテクノロジー・ブランドでもある。

他方、企業が完成品メーカーで自社技術を切り出してブランド化する場合には、それは厳密にはインブランドではなく、技術ブランド(テクノロジー・ブランド)といえよう。実際、前述したヒートテックやプラズマクラスターはいずれもサプライヤーではなく、完成品メーカー(それぞれユニクロ及びシャープ)が主体となってブランド化している。

もっとも、繰り返しの説明にはなるが両者はほぼ重なる概念である。したがって、以下ではインブランド、テクノロジー・ブランド、技術ブランド等の言葉を特に断ることなく概ね同義語として互換的に用いる。

図3



## 3. 事例

技術のブランド化の実例について既に示したのものもあるが、ここでいくつかについて改めて紹介しておきたい。

### (1) インテル

まず、インブランドの事例として取り上げられる最も有名なものの一つはインテルのプロセッサがブラ

(8) Quelch, John. "Blank" inside: Branding ingredients." Harvard Business School Working Knowledge (2007).

ンド化した事例である。プロセッサはコンピュータという「完成品」からみた場合の「部品」であると同時に、実質的には「コンピュータの演算技術」を表していると言ってよいだろう。

図 4



本来、プロセッサというのはパソコンの筐体の中に収められているまさに「部品」であってパソコンの外観からは通常は見えないものである。

無論、カタログや製品仕様書等を見れば分かるものであるが、もともと「ブランド」というのが「識別」を基本にするものであることからすれば、調べないと分からないものをブランド化するのが難しいことは容易に想像できる。

「部品」や「材料」は本来的にこのような性質を持つものであるが、インテルはインテル・インサイドのキャンペーンにより自社の部品を「可視化」して他社のプロセッサと「識別」することに成功した。

具体的には、パソコンの筐体に「Intel Inside」のシールを貼ることを完成品メーカーに認めさせ、同時にパソコンのテレビ広告で有名になったジングルとインテルのロゴマークによって認知度が上昇した。

これらのプロモーション活動によってインテルという会社の認知度および知名度は上がり、B2B 業態のサプライヤーとして初めて「ブランド」ランキングにおいて一位の座を獲得するまでに至るのである。

## (2) ゴア・テックス

「部品」というよりも「材料」がブランド化した事例としては、繊維に関する防水技術の「ゴア・テックス」(図 5 参照)が挙げられる。ゴア・テックスは、水滴は通さないが空気を通す機能を持つ防水繊維で著名なブランドである。ゴア・テックスはスキーウェアや山登り用のウェア、最近では靴などにも用いられており、当然のことながらゴア・テックスは商品名ではなく繊維技術の名称である。

図 5



## 4. インブランド(技術のブランド化)の効用

インブランドの効用としてコトラーらは以下のものを挙げている<sup>(9)</sup>。

- ・技術そのものを可視化し、知覚品質を向上させる効果
- ・革新性を訴求し、知名度があがる。
- ・競争的差別化のための機会を創る。
- ・ライバル企業のために参入障壁を確立する。
- ・顧客ロイヤルティを増加させる。
- ・需要圧力を確立する。
- ・交換(代替品に換えられてしまう)可能性からの保護を行う。
- ・OEM ブランドのために肯定的な印象をつくる。
- ・価格/ボリューム・プレミアムを成し遂げる
- ・プル効果を創造する。
- ・OEM メーカーに対する市場における力を増強する。

一般論としてブランドが企業にもたらす「直接的な効用」については既に説明した。すなわち(1)1回での購入の利益貢献度と(2)継続購入の利益である。「知名度があがる」というのも「間接的な効用」として一般的なものであろう。

この中で「技術のブランド化」において最も根源的で通常のブランドと異なる点は、「技術そのものを可視化」できるようになる点と考えられる。

もともと「技術」というのは外部から認識しやすいとは限らない。例えば、テフロン加工であれば、そう説明されていなければ製品を外側から眺めただけでその技術の存在を認識することは困難であろう。また、前述したゴア・テックスのような繊維の防水技術、ヒートテックのような調温技術も同じである。技術に「名称」がつけられているからこそ消費者はその技術の存

(9) コトラー前掲 42 頁, 43 頁

在を明確に認識できるのである。逆にブランドというのは消費者の「認識」を不可欠の前提とするのであり、消費者がそもそも認識できないものがブランド化するはずもない。

このように考えると、この「技術そのものを可視化」できるという点が「技術のブランド化」にとっての鍵であるといえよう。

なお、他の文献で挙げられているインブランドの効用として、他社との技術ライセンスや企業間ライセンスにおいて技術の優位性を明確に示す効果(ライセンス機会創出, 連携構築の機会創出)、従来商品と異なるカテゴリの商品に要素技術を転用する際に容易にブランド拡張ができる効果, デファクトスタンダードを形成する効果等がある<sup>(10)</sup>。

#### Ⅳ マーケティング論(ブランド論)と知的財産の関連性についての示唆

「技術のブランド化」がブランド論の中で比較的最近になってから議論されている分野であり、またそのブランド論はマーケティング論を基礎にすることは既に述べた。

ではマーケティング論と知的財産はどのような関連性があるのだろうか。前述したようにマーケティングの定義は「既存市場の維持・拡大及び新市場の創造のための諸活動」である。

他方、知的財産権は法律で認められた独占排他権であり、結果的に市場のコントロールを認めるものであるから「新市場の創造」を行う際に知的財産権があれば有利に働き、また「既存市場の維持」にとっても有用であることは説明するまでもないだろう。

さらに、マーケティング戦略において「差別化」というのは最も重要なキーワードの1つであることは既に述べたが、知的財産の分野でも新たに権利を取得できるのは、特許でも意匠でもさらに商標ですらも、既存のものから「差別化」できる場合のみであることから、「差別化」という言葉に価値を置いており、その意味でも両者には共通点がある。

このように考えるとマーケティングと知的財産は極めて密接な関係があるのではないかと思える。

しかし、実際の企業においてマーケティング部門と

知的財産部門が不可分一体の状態で存在している实例はほぼ聞いたことがなく、またマーケティングの書籍でもマーケティング部門との関連部門として知的財産部門をあげる書籍はほとんどない状態である。

このように、これまではマーケティングと知的財産という二つの分野は必ずしも近いものと認識されていた訳ではなかったといえそうである<sup>(11)</sup>。

もっとも、ブランド論と「商標」はそれなりに関連づけられてきた。というのもブランド論の中においてブランド価値を法的に担保するという位置づけとして商標法や商標権が取り上げられていたからである。

しかし、商標以外の知的財産、特に「特許」についてページを割くものは少なく、仮にあったとしても、既存市場の維持等の目的を達成するためのツールというよりはむしろ守らなければならない「法律」の順守、すなわち「コンプライアンス」の文脈で記述しているものが多い<sup>(12)</sup>。

この点、「技術のブランド化」について商標法や商標権がその法的担保となる点は通常ブランド論と同様である。

むしろここで注目すべきは、「技術のブランド化」と特許法との関係性である。前述したように、ジョン・クウェルチ教授は対象が通常は特許権で保護されている、と述べている。技術がブランド化するためには、その商標としてのマークのみならず、その商標が表す「技術」そのものが他の技術と「差別化」できていなければブランド化が困難なのはある意味で当然のことだろう。

したがって、インブランド戦略では、技術そのものを特許権で保護し、その技術を可視化したマーク等を商標権で保護するなどの様々な知的財産制度の総合的な活用、いわゆる「知財ミックス」が重要になると考えられる。

#### Ⅴ おわりに

わが国の中小企業には世界に誇る技術力を持つ会社が多いという。そのような会社には大抵、職人気質の技術系の経営者がいる。彼らの多くはあくまでも「技術」力にこだわり、それをブランドとして確立するという発想に辿り着いていないところが多いのではなか

(10) 岡本智「技術のブランド化とそのマネジメント」オペレーションズ・リサーチ, Vol.48 No.10, (2003) 729-734頁等

(11) 新製品の名称の決定の場面においては、商標法との関係でマーケティング部門と知的財産部門とが連携をとっている企業は多いものと推察される。しかし、これは他社の商標権等を侵害しないようにするための「コンプライアンス」という意味合いが強いためと推測される。

(12) Halt, Fesnak, Donch and Stiles (2014), p.p. 67-73 の第6章 "Intellectual Property Issues in Labeling and Marketing", Springer, では "Marketing"という言葉こそ使われているが、主としていわゆる「広告」(advertising)における知的財産法上の問題について述べている。

ろうか。「ブランド」を単なる「程度の低いものを高く見せかける宣伝広告」程度にしか思っていない人が多い可能性もある。

インブランドあるいは技術ブランドでは、顧客吸引力を生じさせるような「素晴らしい技術」が存在していることは当然の前提である。

しかし、前述したように「技術」はそのままでは見えにくく、特に一般人には分かりにくいのである。それを分かりやすく、可視化するのがインブランドという考え方であり、技術のブランド化である。

「技術力」には自信があるものの、なかなかそれが社会で評価されていないと感じているものづくり企業にとって、本稿で述べたインブランド戦略は極めて高い可能性があると考えている。

以上



# パブリシティと表現の自由

石井 美緒<sup>(\*)</sup>

パブリシティ事件に関する初の最高裁判決は、パブリシティ権侵害の判断基準として、「芸能人の氏名・肖像等の使用が、専ら当該氏名・肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするといえるか否か」という専ら基準説を採用した上で、当該行為の該当性について3類型を示した。しかし、同判決は、当該3類型へのあてはめを行っておらず、専ら基準説の中でも従来の下級審判決の主流であった「使用行為の目的、方法及び態様」によって専ら顧客吸引力を有する目的があったか否かを判断している。当該あてはめの問題点を、専ら基準説やその他の見解の理由づけ、すなわち、保障されるべき表現の自由はどのような範囲か、又は表現の自由以外に考慮すべき事由があるのかに遡りつつ検討し、また、当該判決後の下級審判決が3類型説を採用していることから、そのあてはめの仕方の妥当性を検討しつつ、侵害の範囲の可及的明確化を図りたい。

## <目次>

- I はじめに
- II 侵害の判断を巡るこれまでの判例・学説
  - 1 判断基準
  - 2 侵害の範囲を制限する根拠——対立する利益との関係で勘案されている事情
- III 侵害の判断基準、パブリシティ権制約の正当化根拠及びこれらとあてはめとの各関係
  - 1 各見解の検討
  - 2 保障の対象となる表現の自由の範囲
  - 3 専ら基準説のうち3類型説と他の専ら基準説との関係
  - 4 ピンク・レディー事件最判多数意見の3類型定立とあてはめの齟齬の背景
- IV 表現の自由の対象範囲と3類型説との関係
  - 1 総説
  - 2 パブリシティ権との関係で保障されるべき表現の自由の範囲
  - 3 ピンク・レディー事件最判後の下級審判例
  - 4 肖像写真の独立鑑賞性の判断要素

## I はじめに

平成24年にパブリシティに関する初の最高裁判決が下され(最判平成24・2・2判時2143号72頁[ピンク・レディー事件最判])、侵害の基準として専ら基準の類型化(3類型)が示された。しかし、当該3類型に含まれる範囲の外延等が不明確であるのみならず、3類型のあとに「など」が付されたように、侵害行為がそ

れらに限定されない余地を残している。パブリシティ権侵害の判断基準としていかなるものが合理的かを考えるにあたっては、パブリシティ権と対立する利益が何なのか立ち返る必要もあるし、他の人格権との関係も考える必要がある。

筆者は、別稿<sup>(1)</sup>で、書籍等における著名人の肖像の使用に関する事件について、ピンク・レディー事件最判までの判例を俯瞰することを通して、各判決で示された判断基準の理由となるパブリシティ権と対立する利益が何なのか、その判断基準が具体的にどのようなあてはめられているか、さらには、同じく他人の肖像使用が問題となるプライバシー肖像権との関係はどのようなか等について論じた。本稿では、上記別稿で論じた内容のうち、侵害の判断基準とパブリシティ権制約の正当化根拠との関係をベースとしつつ、ピンク・レディー事件最判及びその後の下級審判決の検討等を通して、同最判が定立した専ら基準の3類型説について、他の専ら基準との具体的異同を中心に論じつつ、判断基準の明確化を図りたいと思う。

## II 侵害の判断を巡るこれまでの判例・学説

### 1 判断基準

ピンク・レディー事件最判までの判例や学説で唱えられてきた主な判断基準は、以下のとおりである。

#### (1) 専ら基準説

芸能人の氏名・肖像等の使用が、専ら当該氏名・肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするといえる

(\*) 弁護士・明治大学法学部兼任講師

(1) 石井美緒「パブリシティと周辺領域に関する若干の考察」法律論叢85巻6号(2013)1-70頁。

場合に、パブリシティ権を侵害するという見解がある。これに該当するか否かについては、

- ① 使用行為の目的、方法及び態様を全体的かつ客観的に考察して、その使用行為が、当該芸能人等の顧客吸引力(あるいは、その氏名・肖像等のパブリシティ価値)に着目し、専らその利用を目的とするものであるといえるか否かによって判断すべきとする見解(東京地判平成11・2・24最高裁HP[キング・クリムゾン事件控訴審])、東京地判平成12・2・29判時1715号76頁[中田英寿書籍事件1審]、東京地判平成16・7・14判時1879号71頁[ブブカスペシャル7事件1審]、東京地判平成20・7・4判時2023号152頁[ピンク・レディー事件1審]、東京地判平成22・10・21最高裁HP[ペ・ヨンジュン事件])や、
- ② 行為の類型化を図り、(i)肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用し、(ii)商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付し、(iii)肖像等を商品等の広告として使用するなどの場合がこれに該当するという見解(3類型説)(ピンク・レディー事件最判)や、
- ③ さらに具体的に、あてはめ段階において、モデル料が支払われるような使用態様か否かで判断する見解(モデル料基準説)、すなわち、文章部分の僅少性で見開き2頁のほぼ全面に亘る写真掲載をもって、「モデル料等が通常支払われるべき週刊誌等におけるグラビア写真としての利用に比肩すべき程度に達している」として、パブリシティ権侵害にあたるという判例(東京地判平成16・7・14判時1879号70頁[ブブカスペシャル7事件1審])

がある。

## (2) 緩やかな(侵害範囲を広く認める)基準(商業的利用基準)説

著名な芸能人の名声、社会的評価、知名度等、そしてその肖像等が出版物の販売、促進のために用いられたか否か、その肖像等の利用が無断の商業的利用に該当するか否かを検討することにより、不法行為の成否を判断するのが相当であるという見解である(東京高判平成18・4・26判時1954号46頁[ブブカスペシャル7事件控訴審])。

## (3) 付加的要件を必要とする説(付加的要件必要説)

著名人の芸能活動を伝える記事や著名人の噂話に関する記事に、著名人の写真等が添付、使用されたとしても、そのことだけを理由に著名人の権利(パブリシティ権)が侵害されたということではできず、著名人に関する肖像、氏名その他の情報の利用という事実のほか、情報発信行為が名誉毀損、侮辱、不当なプライバシー侵害など民法709条に規定する不法行為上の違法行為に該当する場合、著名人のキャラクターを商品化したり広告に用いたりするなど、著名人のいわゆる人格権を侵害する場合ははじめとする何らかの付加的要件が必要であるという見解である(東京地判平成17・8・31判タ1208号247頁[@ブブカ事件])<sup>(2)</sup>。

## (4) 総合考慮説

著名人の氏名・肖像の使用が違法性を有するか否かは、著名人が自らの氏名・肖像を排他的に支配する権利と、表現の自由の保障ないしその社会的に著名な存在に至る過程で許容することが予定されていた負担との利益考量の問題として相関関係的にとらえる必要があるのであって、その氏名・肖像を使用する目的、方法、態様、肖像写真についてはその入手方法、著名人の属性、その著名性の程度、当該著名人の自らの氏名・肖像に対する使用・管理の態様等を総合的に観察して判断されるべきという見解である(東京高判平成21・8・27判時2060号137頁[ピンク・レディー事件控訴審])。

## (5) 重要な構成部分説

広告出版物が、パブリシティ権を侵害するか否かの判断は、出版物の重要な部分において、当該著名人の顧客吸引力を利用しているといえるか否かという観点から、個別具体的に判断すべきとする(東京地判平成17・8・31判時1644号140頁[キング・クリムゾン事件1審])。

## 2 侵害の範囲を制限する根拠——対立する利益との関係で勘案されている事情

パブリシティ権は無制限に認められるものではなく、これと対立する利益の保護の必要性等、権利の主体が、自己の氏名や肖像等を第三者が利用することを甘受せざるを得ない事情により制約を受ける。そして、一般

(2) 同旨のものとして田村善之『ライブ講義 知的財産法』(弘文堂、2012)555頁、北村二郎「芸能人の肖像写真が雑誌の記事に利用された場合のパブリシティ権侵害の成否—ピンクレディー・パブリシティ事件—」知的財産法政策学研究会25巻(2009)339頁。「専ら」基準が具体的事実関係の下で総合考慮とならざるを得ず明確性を欠くこと、モデル料を基準とするのは業界慣習に基づき形成する規範の危うさの点で問題があること、宣伝・広告における使用の態様と商品それ自体における使用の態様を中心として相関的・総合的な観察により侵害を判断することも程度概念による判断とならざるを得ず明確性を欠くこと、これに対して@ブブカ事件判決の判断基準は使用態様に着目しており、程度概念による判断の不明確性を克服していることをその理由とする。

的には、その制約根拠が侵害の判断基準の理由付けになると考えられることから、上記各事情として、前記1の各判例がどのようなものを挙げているかを検討することが、判断基準の妥当性を論じるにあたり必要となる。

### (1) 専ら基準説

#### ① ブブカスペシャル7事件1審、ピンク・レディー事件1審

パブリシティ権を制約する根拠として、芸能人等の仕事を選択したことに伴い、第三者の肖像等の使用について受忍しなければならないという制約に言及している。受忍すべき内容としては、「芸能人等としての活動やそれに関連する事項」が大衆の関心事となり、マス・メディアによって批判、論評、紹介等の対象となったり、紹介記事等の一部として自らの写真が掲載されたりすることが挙げられている。

#### ② キング・クリムゾン事件控訴審、中田英寿書籍事件1審

パブリシティ価値を財産的権利と捉えた上で、一方、①著名人は、大衆の強い関心の対象となる結果として、必然的にその人格、日常生活、日々の行動等を含めた全人格的事項がマス・メディアや大衆等による紹介、批判、論評等の対象となることを免れず、これは本来、言論、出版、報道の自由として保障されるし、また②現代社会においては著名人が著名性を獲得するに当たってはマス・メディア等による紹介等が大きく与って力となっていることを否定することができないという2点を挙げている。

#### ③ ピンク・レディー事件最判

##### (i) 多数意見

パブリシティ権は、人格権に由来する権利の一端を構成すると位置づけた上で、「肖像等に顧客吸引力を有する者は、社会の耳目を集めるなどして、その肖像等を時事報道、論説、創作物等に使用することもあるのであって、その使用を正当な表現行為等として受忍すべき場合もある」ことを権利の制限根拠として挙げている。本見解と専ら基準説のうち上記①の制約根拠とを比較すると、社会の耳目を集める対象を「芸能人等としての活動やそれに関連する事項」に特定しているのか明言していないかの違いはあるものの、全体的に見て、その表現に大きな相違は見られない。

##### (ii) 金築誠志裁判官補足意見

顧客吸引力を有する著名人は、「芸能人やスポーツ選手に対する娯楽的な関心をも含め、様々な意味

において社会の正当な関心の対象となり得る存在であって、その人物像、活動状況等の紹介、報道、論評等を不当に制約するようなことがあってはならない。そして、ほとんどの報道、出版、放送等は商業活動として行われており、そうした活動の一環として著名人の肖像等を掲載等した場合には、それが顧客吸引の効果を持つことは十分あり得る」こと、また、パブリシティ権に関する明文規定がないこと、人格権に由来する権利として認め得るものであること、当該権利侵害による「損害は経済的なものであり、氏名、肖像等を使用する行為が名誉毀損やプライバシーの侵害を構成するに至れば別個の救済がなされ得ることから、侵害を構成する範囲を限定的に解すべきであり、」<sup>3</sup>類型説によれば侵害範囲がかなり明確になると述べている。

### (2) 商業的利用基準説

芸能人の職業を選択した者は、芸能人としての活動とそれに関連する事項が、批判、論評、紹介等の対象となったり、紹介記事等の一部として写真が掲載されたりすること自体は容認せざるを得ない立場にあるので、表現の自由として尊重されなければならないし、慶弔時には、その著名度に比例する重大さが認められる社会的事象としてそれが報道されることも容認されるべきであることを理由に、パブリシティ権の限界を認めている。一方、芸能人に無断で商業的な利用目的で芸能人の写真や記述を掲載した出版物を販売することは、正当な表現活動を逸脱するものであって、もはや許されない。のみならず、「芸能人としての活動のほかこれに『関連する事項』を紹介の対象とする記述を内容とする出版物の販売を容認するとした場合、例えば、若手の芸能人については、芸能活動の内容面(演技、歌唱力など芸能の本来の部分)よりも美貌、姿態、体型といった外面に記述の中心が向けられ、芸能活動に対する正当な批判、批評の紹介の域にとどまらなくなったり、当該芸能人のプライバシーに関わることもまでも芸能活動に関連するとしてそのすべてに批評や紹介が及ぶことになったりしかねない」として、芸能活動の内容面も古典的な範囲に限定するなど、かなり限定的に捉えている。

他方、芸能人が著名性を獲得するにあたってのマス・メディアによる情報発信の役割については言及されていない。むしろ、芸能人が著名性を獲得できたのは、天賦の才能等、相当の精神的、肉体的な修練とその修練を積み重ねるにつき必要不可欠な出費に耐える労苦によるものであり、当該芸能人が「顧客吸引力に



係る経済的価値を独占的に享受することは、当該芸能人が努力した上記のような修練、労苦等のもたらす当然の帰結である」としている。

### (3) 付加的要件必要説

芸能人等の著名人が経済的利益を得ている源泉が、情報の自由な流通により多くの人々の著名人に対する興味、関心を惹きつけていることにあることに着目し、また、著名人の情報使用に対価を支払う現象が多くみられるからといって、著名人に対する情報の無断使用が、著名人の権利侵害になるかどうかは別論であり、そのような権利を認めると、情報の流通が著名人のコントロール下におかれ、著名人の意向に沿わない情報が自由に流通しなくなるなどの現象が生じ、ひいては著名人が自己の活動基盤とする情報の自由な流通市場という環境が破壊されるともいえる。

これらのことから、制定法の根拠なく、慣習としても成立しているとはいえないパブリシティ権を認めることに慎重でなければならず、著名人の顧客吸引力のみを根拠に著名人に関する情報発信を著名人がコントロールする権利があるとはいえない。したがって、著名人の芸能活動を伝える記事や著名人の噂話に関する記事に著名人の写真等が添付、使用されたとしても、そのことだけを理由に著名人の権利が侵害されたとはいえず、情報の自由な流通市場の確保が肝要であるとして、前記のとおり付加的要件を必要としている。

### (4) 総合考慮説

①著名人は、著名な存在となった結果として、必然的に一般人に比してより社会の正当な関心事の対象となりやすく、正当な報道、評論、社会事象の紹介等のためにその氏名・肖像が利用される必要もあり、言論、出版、報道等の表現の自由の保障に配慮する必要があること、及び②社会的に著名な存在に至る過程(著名人の自らの氏名・肖像を第三者が喧伝等することにより著名の程度が増幅・社会的存在が確立されていく)を、氏名・肖像の第三者利用の正当化根拠とする。

この点で、前記(1)の専ら基準説のうち②のキング・クリムゾン事件控訴審や中田英寿書籍事件1審と共通している。

### (5) 重要な構成部分説

パブリシティ権を財産的権利と捉えつつ、当該権利の制約については「当該出版物の言論・出版の自由に対する重要な配慮が必要なことはいうまでもない」と述べるに留まっている。

## Ⅲ 侵害の判断基準、パブリシティ権制約の正当化根拠及びこれらとあてはめとの各関係

### 1 各見解の検討

以上のとおり、専ら基準説と総合考慮説とでは、侵害の判断基準の実質的根拠として挙げているところは共通することが多い。このうち、総合考慮説は判断基準として不明確であると指摘されることが多いが、専ら基準説も一義的でなく予測可能性を欠くという批判を受けている。この点、専ら基準説の中でも3類型説は、表現の自由の保障のために萎縮的效果を生じさせないことが図られている。

もっとも、専ら基準説のピンク・レディー事件1審及び最判やブブカスペシャル7事件1審が、「大衆の関心事であるが故に批判等の対象とされる」として、表現の自由との関係のみをパブリシティ権の限界の根拠として挙げているのに対し、キング・クリムゾン事件控訴審、中田英寿書籍事件1審と総合考慮説のピンク・レディー事件控訴審<sup>(3)</sup>は、表現の自由の保障に加えて、芸能人が著名になりそれにより経済的利益を得るようになったのは、マス・メディア等による肖像等の利用があったからということも併せて挙げている点に相違が見られる。この点を正当化根拠として加えることにより、具体的事件での専ら基準や総合考慮説でのあてはめにおいて、第三者による肖像等の利用を広く認めるという価値判断に向かう可能性がある<sup>(4)</sup>一方、著名人によっては、著名性を獲得するに至る経緯としてマス・メディアの力を積極的に借りていないという主張もなされることがあり得るのであり、その場合、当該事情がパブリシティ権侵害を肯定する事情として加味される可能性もある<sup>(5)</sup>。

(3) ピンク・レディー事件控訴審判決では、マス・メディア等の肖像等の利用による著名性の増幅については明言されていないが、「著名に至る過程で許容することが予定されていた負担」という文言にこれを読み取る余地がある。

(4) 特に、総合考慮説は、明らかに写真の入手方法等も侵害判断の要素として取り入れているため、承諾の下に頒布された写真を利用する場合、その際に著名人の承諾を改めて得なかったとしても、パブリシティ権侵害を否定する要素になる可能性がある。このため、専ら基準説の中でも当該入手方法を勘案しない見解に比べて、総合考慮説の方が侵害成立を狭く解釈しているとも考えられる。

(5) 「著名人とはいえ、芸能人の場合とスポーツ選手の場合など、著名性を獲得するに至った歴史的背景によって、許容すべきとされる紹介記事等のレベルに差異が生ずる」という見解として、高林龍「標準 著作権法」(有斐閣、2010)289頁。なお、このような「マス・メディアの恩恵」という価値判断は、総合考慮説で勘案されている「著名人の属性、その著名性の程度、当該著名人の自らの氏名・肖像に対する使用・管理の態様」(場合によっては肖像写真についての入手方法という要素も含まれる可能性がある)という要素に反映されると考えられる。

さらに、このようなマス・メディアの肖像等の利用による著名性の増幅という点と、その前提としての自由な情報流通市場の確保の必要性をより強調しているのが、付加的要件必要説である<sup>(6)</sup>。ただし、付加的要件として挙げられた類型のうち2つめの商品化又は広告は、専ら基準のうちの3類型説に通ずるものがあり、必ずしも専ら基準よりも厳しい基準ということとはできない。この点は、ピンク・レディー事件最判補足意見と付加的要件必要説との双方が、パブリシティ権に関する明文規定がないことを制約根拠として挙げていることとも関連していると思われる。

もっとも、ピンク・レディー事件最判多数意見では、どのようなものが商品化にあたるかが明らかにされていないので<sup>(7)</sup>、具体的行為が商品化にあたるかどうか(例えば、雑誌中の一部記事における写真の掲載が商品化にあたるか)を判断する段階では、情報の自由な流通の確保を強調している付加的要件必要説の方が、3類型説よりも商品化を否定する傾向にあり得るかもしれない<sup>(8)</sup>。

なお、付加的要件必要説の要件として挙げられている類型の1つ目である「情報発信行為が名誉毀損、侮辱、不当なプライバシー侵害など民法709条に規定する不法行為上の違法行為に該当する場合」をパブリシティ権侵害の問題として取り上げることについては些かの疑問が生じる。本来であればこれらの問題はパブリシティ権ではなく、直截に名誉毀損、侮辱やプライバシー権侵害の問題として判断されるべきであり、人格権とはいえ経済的利益の保護を目的とするパブリシティ権と自由な情報市場の確保の調整という観点から、何故、名誉毀損等にあたる肖像使用行為がパブリシティ権の問題として取り上げられているのかが不明確である。また、このような利用行為に対して、肖像の主体が名誉毀損やプライバシー権侵害とパブリシティ権との両方を主張した場合の問題点もある(詳細は前記注(1)筆者別稿を参照されたい)。

この点、後述IV3(2)の週刊実話事件1審及び控訴審は、パブリシティ権侵害と侮辱行為との峻別を示している点でも妥当な結論である。

## 2 保障の対象となる表現の自由の範囲

少なくとも芸能人に関する事項が大衆の関心事でありこれに関する表現の自由が保障されなければならないという点では、各説が共通しているが、表現の自由が保障されるべき対象たる「芸能人に関する事項」の範囲はどこまでかという点で各見解に大きな相違がある。

すなわち、本来的芸能活動と慶弔事に限定するのか(商業的利用基準説)、芸能活動に関連する事項なのか(専ら基準説のうちピンク・レディー事件1審)、「正当な報道、評論、社会現象の紹介等」に限るのか(総合考慮説)、芸能人の噂話全般まで含めるのか(付加的要件必要説)、「その人格、日常生活、日々の行動等を含めた全人格的事項」を包摂するのか(専ら基準説のうちキング・クリムゾン事件控訴審・中田英寿書籍事件1審)等という点で各見解が異なる。

このような相違は、前記のパブリシティ権を制約する根拠における見解の相違にも多少関係してくると考えられる。キング・クリムゾン事件控訴審や中田英寿書籍事件1審の制約根拠によれば、著名性を獲得するにあたってマス・メディア等による紹介に負うところが多い以上、表現の自由という表現内容の範囲も、ピンク・レディー事件1審やブブカスペシャル7事件1審よりも広く解するべきであるという論理帰結を導きやすい<sup>(9)</sup>。

この点をより鮮明に示しているのが付加的要件必要説であり、表現の自由の保障があつてこそ、著名人は自己への大衆の関心を惹きつけることができるのであり、当該自由は著名性を獲得する基盤であることから、噂話等の紹介であっても名誉毀損やプライバシー侵害等の人格権侵害に当たらない限り、許容されることになる<sup>(10)</sup>。

一方、ピンク・レディー事件1審は「芸能人等としての活動やそれに関連する事項」としており、芸能人の活動が多種多様化している現代において「芸能活動に関連する事項」にどこまで含まれるかということが必ずしも明確でないし、後記で再度述べるとおり、ピンク・レディー事件控訴審や同最判は「時事報道、論説、創作物等に使用されることもあるのであって、そ

(6) 水野謙「判批」法学教室408号(2014)136頁。

(7) 多数意見で述べられている「商品等」の用語の定義が明確でなく、また、補足意見では「商品等」としてプロマイドに加えてグラビア写真を例示として挙げているが(松田俊治=中島慧「判批」知財研フォーラムVol.89(2012)70頁)、さらには、ここでいうグラビア写真の範囲も明確ではない。

(8) 特に雑誌内でのグラビア写真の取り扱いが問題となる。詳細は、前掲石井27-32頁参照。

(9) もっとも、ピンク・レディー事件控訴審判決は、パブリシティ権の制約根拠として表現の自由とともに、第三者の宣伝等による著名性の増幅を挙げているが、「社会の正当な関心事」の対象となりやすい著名人についての「正当な報道」等のための肖像等使用が許容されると述べるに留まり、ここでいう「正当な」関心事や表現行為の範囲が明確でない。

(10) 同旨のものとして前掲高林289頁。

の使用を正当な表現行為として受忍すべき場合もある」と述べるに留まり、正当な表現行為の範囲(時事報道等として保障されるべき報道等の対象範囲)が示されていない。

### 3 専ら基準説のうち 3 類型説と他の専ら基準説との関係

前記のとおり、ピンク・レディー事件最判多数意見は、専ら基準説の中でも 3 類型説を打ち立てているが、そのあてはめ段階においては、本件記事が 3 類型のうちいずれかに該当するか否かについて検討を加えずに、使用行為の目的、方法及び態様を考察して、その使用行為が専ら当該芸能人の顧客吸引力の利用を目的とするものであるか否かを論じてしまっており、その点で他の専ら基準説と相違がない<sup>(11)</sup>。すなわち、多数意見は、①本件記事の内容が、ピンク・レディーそのものを紹介するものではなく、前年秋ころに流行していたピンク・レディーの曲の振り付けを利用したダイエット法につき、その効果を見出しに掲げ、イラストと文字によって、これを解説するとともに、子供の頃にピンク・レディーの曲の振り付けをまねていたタレントの思い出等を紹介するというものであること、②本件記事に使用された各写真は、約 200 頁の本件雑誌全体の 3 頁の中で使用されたものにすぎないこと、③本件各写真は、いずれも白黒写真であって、大きさも、縦 2・8cm、横 3・6cm ないし縦 8cm、横 10cm 程度のものであったことから、本件写真の使用目的は、読者の記憶を喚起するなど本件記事の内容を補足するためであったと認定し、専ら顧客吸引力の利用を目的とするものではないとしている。

このように、上記多数意見は、3 類型説を採用しながら、記事の目的等との関係を主な判断基準としてあてはめを行っており、専ら基準説のうちの前記の使用行為の目的、方法及び態様を全体的かつ客観的に考察して、その使用行為が、当該芸能人等の顧客吸引力(あるいは、その氏名、肖像等のパブリシティ価値)に着目し、専らその利用を目的とするものであるといえ

るか否かによって判断すべきとする見解(ピンク・レディー事件 1 審、キング・クリムゾン事件控訴審、中田英寿書籍事件 1 審、プブカスペシャル 7 事件 1 審、ペ・ヨンジュン事件)との相違が不明確になっている。

### 4 ピンク・レディー事件最判多数意見の 3 類型定立とあてはめの齟齬の背景

ピンク・レディー事件最判は、表現の自由との関係についても、他の専ら基準説や総合考慮説との大きな相違を見出せない。前記のとおり、パブリシティ権の制約根拠として、単に「肖像等に顧客吸引力を有する者は、社会の耳目を集めるなどして、その肖像等を時事報道、論説、創作物等」に使用されることもあるのであって、その使用を正当な表現行為等として受忍すべき場合もある」ことを掲げているにすぎず、人格権に由来するパブリシティ権よりも表現の自由にウェイトを置くべきであることを明言しているわけでもなく、上記制約根拠から専ら基準説の中でも 3 類型説を採用するに至った理由が判旨上明らかではない<sup>(12)</sup>。上記制約根拠と具体的判断基準の定立との間には間隙があり、それが一因となり、最判多数意見は、あてはめ段階において、本件記事と上記制約の正当化根拠である「時事報道、論説、創作物等」との結びつきを意識し、専ら顧客吸引力を利用する目的ではないと認定するために、本件記事の内容がピンク・レディーの過去の活動の紹介を中心とするものではなく、近時流行になっていたピンク・レディーの振り付けによるダイエットという「時事」に関する記事であることを強調したと思われる。多数意見のいう「時事の報道」の対象は芸能活動に根幹的な事項に限定するのかが、また、対象となる事項についての「時事報道、論説、創作物」の後に「等」が付されていることから、この「等」には何が含まれるのか、例えば過去の芸能活動の紹介も含むのかは必ずしも明らかではないが、同意見があてはめ段階で過去の芸能活動を記事の主目的としていなかったことが、当該紹介を表現の自由の対象に含むことに消極的であることを示唆しているようにも思われる<sup>(13)</sup>。

(11) 松田俊治＝中島慧「判批」知財研フォーラム Vol.89(2012)69 頁。

(12) 最判多数意見の意図するところが、「時事報道、論説、創作物」といった表現行為に限定せずに広く表現行為を保護する必要があるため(それ故、これらの表現行為の後に「等」が付されている)、侵害にあたる類型を 3 類型に絞ったのか、あるいは、それ以外の表現行為は必ずしも保護に値するとはいえないが、両者の区別をする客観的基準が見出されないため、前者の表現への萎縮的効果に鑑み 3 類型に限定したのかが明らかではない。仮に、後者であれば、客観的判断基準を見出すことができれば 3 類型に限定されず、判旨で記されている 3 類型「など、専ら肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするといえる場合」に当たる余地が残されることになる。

(13) 一方、金築裁判官の補足意見は「顧客吸引力を有する著名人は、パブリシティ権が問題になることが多い芸能人やスポーツ選手に対する娯楽的な関心をも含め、様々な意味において社会の正当な関心の対象となり得る存在であって、その人物像、活動状況等の紹介、報道、論評等を不当に制約するようなことがあってはならない。」として、対象となる事項に「娯楽的な関心をも含め、様々な」事項が含まれることは明らかにされているものの、「人物像、活動状況等の紹介、報道、論評等」と多数意見のいう「時事報道、論説、創作物等」との広狭も必ずしも明らかではない。

しかし、そもそも、パブリシティ権の制約根拠となる表現の自由の範囲として、後記Ⅳのとおり、「時事」等に限る必要があるのか疑義がある。また、同意見は、本件記事を、「前年秋頃に流行していたピンク・レディーの曲の振り付けを利用したダイエット法」という時事に関連してピンク・レディーの過去の活動に関する「タレントの思い出を紹介」し、これらに関連してピンク・レディーの過去の活動写真が掲載されたとしているが、果たして記事の構成及び写真の掲載がこのような関係にあるのか若干の疑問もある。

本件記事のメインテーマは、振り付けによるダイエット記事に限られるというよりも、振り付けによるダイエット記事とタレントによる思い出記事とピンク・レディーの過去の活動記事とが並列して構成されているとも思われるからである。また、多数意見のあてはめに対しては、ピンク・レディーの水着写真には、「このボディを作ったのがあの振付なのです」という見出しはあるものの、その記事の末尾には、「詳細は『ピンク・レディー フリツケ完全マスター』（講談社（筆者注：本件雑誌の出版社））でどうぞ。」という宣伝文句が載せられていることとの整合性という点でも疑問が生じる。当該水着写真は白黒で小さいものであるが、当該記事の目的の1つには「宣伝目的」が含まれると思われるからである。

表現の自由との関係で、専ら基準説の中でも3類型説を採るに至った理由としては、表現の自由という表現の対象を広く認めるべきことに加えて、金築裁判官の補足意見にあるとおり、パブリシティ権に関する明文規定がないことや表現の自由の萎縮効果の観点から、明確性や予測可能性をも重視したからと考えるのが妥当であり、あてはめ段階でも3類型の該当性を検討することが必要であったと考える。

## Ⅳ 表現の自由の対象範囲と3類型説との関係

### 1 総説

本章では、まず、パブリシティ権との関係で保障されるべき表現の自由の範囲について私見を述べる。それに続き、ピンク・レディー事件最判の後に示された下級審判決は、同最判の3類型説を採用しているが、当該事案は、同最判のあてはめの手法に則った場合どのように判断されただろうか、また、実際の判決はどのようなあてはめを行ったかを検討したい。

### 2 パブリシティ権との関係で保障されるべき表現の自由の範囲

パブリシティ権が人格権に由来しているということとはピンク・レディー事件最判で述べられているとおりであるが、そのことと表現の自由との関係との対立構造をどう考えるかという点で、人格権対人格権の問題である故にパブリシティ権保護を強調するという結論に直結しないように思われる。すなわち、人格権ということで述べるのであれば、著作権の正当化根拠についても、労働への代償とする説との間で争いがあるものの、著作者の個性を反映した作品は人格権の一部（人格の発露）であり、著作者が人であることで本来に有している自然権であるという見解も根強く支持されている。そのような著作権であっても、引用等による広範囲な権利制限が認められていること<sup>(14)</sup>、引用の目的も「報道、批評等」は例示列举にすぎずこれに限定されないこと<sup>(15)</sup>、しかも引用は、原則として著作権侵害にあたる中で、例外的に権利制限が認められるのに対し、パブリシティ権は成文法の根拠がない中で、人格権に縁由するとはいえその経済的利益を保護するために表現の自由が制限されるという問題であるから、これらの権利に比して同等又はより緩やかな基準で「専ら顧客吸引力を利用することを目的」としていない範囲を認めるべきであろう<sup>(16)</sup>。

ピンク・レディー事件最判補足意見でも述べられて

- (14) なお、ピンク・レディー事件は、ダイエットを推奨する記事へピンク・レディーの肖像写真を載せたものであり、著作権法の「引用」あるいは「教育目的利用」と考えられるとする見解もある（大家重夫「判批」判例評論606号（2009）25-26頁（判時2024号170-171頁））。
- (15) 権利の保護と利用間のバランスを図る基準提示である引用に関する著作権法32条と、パブリシティ権侵害の判断基準は通じるところがあり、氏名・肖像等の経済的利益を従として利用するのであれば、報道、批評、研究その他の利用の目的上正当な範囲内であり、公正な慣行に合致して許されるであろうし、芸能人であれば著名性獲得にあたりマス・メディア等による紹介等が大きく与っている点をとらえて、面白半分や興味本位の紹介であっても、名誉声望・プライバシー等が侵害されない限り、許されるという見解がある（前掲高林289頁）。
- (16) キング・クリムゾン事件控訴審判決は、「氏名、肖像はもともと個人識別情報にすぎないのであり、判断基準の異なる氏名、肖像等の顧客吸引力と言論、出版の自由に関する紹介等を単純に比較衡量することは相当でなく、パブリシティ権の侵害に当たるか否かは、他人の氏名、肖像等を使用する目的、方法及び態様を全体的かつ客観的に考察して、右使用が専ら他人の氏名、肖像等のパブリシティ価値に着目しその利用を目的とする行為であるといえるか否かにより判断すべきものであって、原則的に他人の使用が禁止されている著作物の引用の場合と同一に考えることはできない」としている。

いるとおり、パブリシティ権は人格権であるが、経済的利益に関するものであり、人格的側面と競争法的側面の中間的なものであると考えられる。さらに、パブリシティ権は成文法の根拠のないものであり不法行為法によって救済されるのであり、不法行為法は他の法的規定との役割分担によって考えるべきである<sup>(17)</sup>。

したがって、顧客吸引力以外の目的は限定を付すべきでなく、侵害の成否を検討する際に、記事の内容等が時事的なものか娯乐的なものか等は、結論を左右する事情とはならず、また、私生活のものか、虚偽の内容を含むか等は、プライバシー侵害、名誉毀損等で考慮されるべき事柄であり<sup>(18)</sup>、「独立要件」を判断する際には、表現の自由の保障が等しく及ぶ記事について、その内容の不当を問題とすべきでない<sup>(19)(20)</sup>。

### 3 ピンク・レディー事件最判後の下級審判例

#### (1) 東京地判平成25・4・26最高裁HP[嵐・「KAT—TUN」事件1審]、知財高判平成25・10・16最高裁HP[同事件控訴審]

本件では12冊の書籍が問題となったが、そのうちの1冊について見てみると、1審判決は、書籍の題名が「H コンプリートお宝フォトファイル」とされている等、全112頁の書籍のうち表・裏表紙及び表表紙の袖を含めて、芸能人を被写体とするカラー写真合計162枚を掲載し、頁の大部分は写真だけか、写真の脇に短い記述を添えただけのものであること、コラムには比較的まとまった文章があるが、その具体的な内容と掲載された写真との間に格別の関連はないから、掲載された写真がコラムの内容を補足するものということではできず、コラムは各写真の添え物であって独立した意義があるとは認められないことから、本件書籍への各写真掲載行為は、肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用し、専ら当該肖像等の

有する顧客吸引力の利用を目的とするものであると認定した。

また、控訴審判決も、「本件各写真の大きさや枚数等の掲載態様、コラム等の文章の内容や分量、本件各写真とコラムとの関連性の程度等に照ら」して同様の判断を下している。

これらの判決では、ピンク・レディー事件最判とは異なり、3類型に該当するか否かを検討し、これを認めるという手法が採られている。また、同補足意見が、「肖像写真と記事が同一出版物に掲載されている場合、写真の大きさ、取り扱われ方等と、記事の内容等を比較検討し、記事は添え物で独立した意義を認め難いようなものであったり、記事と関連なく写真が大きく扱われていたりする場合には、『専ら』といって』よいと付言していることを受けて、上記のとおりコラムを写真の「添え物」と認定している。

#### (2) 東京地判平成27・1・29最高裁HP[週刊実話事件1審]、知財高判平成27・8・5最高裁HP[同事件控訴審]

##### ① 事案の概要

ある雑誌出版社が、複数の女性芸能人の肖像写真を使い、胸の部分に乳房のイラストを合成したものを雑誌に掲載した。当該肖像写真には、芸能人の氏名と、執筆者による性的な表現を含む短いコメント、胸の推定サイズと評価5項目(感度、母性本能等)が付されていた。

##### ② ピンク・レディー事件最判の判断手法に則った場合

前述のとおり、ピンク・レディー事件最判多数意見では、正当な表現の対象が明らかにされていないが、仮に同意見が、当該表現の対象を芸能活動に関する事項に限定していると解釈した場合、同じ肖像写真とヌード・イラストとの合成写真であっても、当該写真の主体がヌードを芸能活動とするか否かに

(17) 同旨のものとして中村哲也「営業批判と名誉毀損法——違法類型をめぐって——」鈴木祿彌・徳本伸一編『財産法学の新展開』(有斐閣、1993)481頁。本論文では、名誉毀損法理と信用毀損的表現行為との関係について論じられているが、その中で、不法行為法を一般条項のもとで直接に利益衡量の支配に委ねることは、予測可能性の回復にとって不十分であるだけでなく、不法行為法の担当範囲が広大であり、市民社会の現実・その変化からの要請を直接に受けることの多い部分であるだけに、法への不信を増大させることに導きかねない、不法行為法の機能は、基本的には、独自のものとしてではなく、他の法的諸制度・規定との役割分担にあるとみる考えを前提にすべきである、と述べられている。

(18) 名誉毀損等の場合には、「公共の利害に関する事実とは、専らそのことが不特定多数人の利害に関するものであることから、不特定多数人が関心を寄せてしかるべき事実をいうものであって、単なる興味あるいは好奇心の対象となるにすぎないものを含むものではなく、一個人の経歴あるいは私生活上の言動等については、当該個人の社会的地位、活動等が公的なものであるような場合はともかく、そうでない場合には、特段の事情がない限り、公共の利害に関する事実とはいえない」(東京地判平成13・9・5判時1773号104頁[アナウンサーランジェリーバブ事件])。

(19) 中島基至「判解」Law & Technology No.56(2012)75頁。

(20) もっとも、その場合、娯楽目的での記事(例えば芸能人の紹介そのものの記事)であり写真と記事との関連性がない場合には、ピンク・レディー事件第1類型の商品化にあたるかという問題と同第2類型(差別化を図るための使用)としてのキャラクター本等にあたるかという問題が生じるであろう。

よって正当な表現かどうか異なってくる可能性がある。ただし、ヌードを芸能活動とするかどうかは、1回に限り当該活動をした芸能人もこれに該当するの否か等、線引きが困難であろう。

一方で同最判の補足意見に従うと、「娯楽的な関心も含め、様々な意味において社会の正当な関心の対象」と認められるのであり、時事ネタも芸能人のヌードに対する妄想ネタも表現として同価値と考えることもできよう。

さらに、女性芸能人の肖像写真にヌード・イラストを合体させたりコメントを付したりすることが、同多数意見や補足意見のいう「論説」や「論評」に該当するの否かも必ずしも明らかではない。あるいは、後述の週刊実話事件控訴審判決で述べられているとおり、本件の事例は、肖像写真にヌードのイラストを合成させており、当該イラスト部分が同多数意見のいう「創作物」に該当するとも考えられる。ただし、時事報道と同様に、創作物についても「芸能活動に関する事項」に関する創作物でなければ「正当な表現活動」とみなされないのが問題となろう。

他方で、このように、ピンク・レディー事件最判多数意見で示されているようなパブリシティ権を制限する正当化根拠にまで遡らずに、週刊実話事件の写真掲載行為が、3類型に当てはまるか否かを直截に検討した場合には、本件のような事例は、後述の同事件控訴審判決のとおり、肖像写真に独立の鑑賞性があるのではなく、ヌード・イラストと合成することに鑑賞性があるのであるから、当該類型に該当しないといえるであろう。

### ③ 週刊実話事件1審

1審判決は、ピンク・レディー事件最判の3類型説を引用した上で、①女性芸能人の肖像に裸の胸部のイラストを合成し、性的な表現を含むコメント等を付したものであり、肖像等そのものを鑑賞させることではなく、女性芸能人の乳房ないしヌードを読者に想像させる(妄想させる)ことを目的とするのみことができ、しかも、②本件記事は、全248頁の本件雑誌中の巻末に近いモノクログラビア部分に掲載されたもので、表紙には取り上げられていない上、③各原告の肖像等は1頁当たり9名又は10名のうち1名として掲載されるとどまっていると認定した。そして、「そうすると、本件記事に原告らの肖像等を無断で使用する行為は、」最判の3類型のうち

1つ目の行為類型である「肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用するものとはいえず、また、上記類型「以外の理由によりもっぱら原告らの肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするものと認めることもできない」とした。

このように、本判決は、記事の目的と、本件記事と本件雑誌全体における記事の掲載場所と写真の性質、1頁当たりの各写真の割合から、3類型に該当しないと認定し、専ら顧客吸引力の利用を目的としないという判断手法を採っており、最判多数意見とは異なり3類型へのあてはめを行っている点で妥当である。ただし、写真の割合やイラスト・コメント等との関係を捉えるより先に「肖像そのものを鑑賞させることなく」妄想させることを目的とすると認定している点については、若干の疑問が残る。すなわち、単に芸能人の「氏名」にヌードのイラストを掲載しているのとは異なり、女性芸能人の「肖像」をヌードのイラストと合成させている以上、読者は、女性芸能人の肖像を鑑賞しながらヌードを妄想しているのであり、肖像それ自体を「独立して」鑑賞の対象としているか否かは別として、肖像も鑑賞の対象となっているのは否めないし、後述のとおり、記事の目的は写真等との関係を認定した上で判断されるべきものだからである<sup>(21)</sup>。

### ④ 週刊実話事件控訴審

控訴審判決は、「表紙を含めて248頁ある本件雑誌全体のうち、グラビア部分とはいえわずか3頁の中に、合計25名の女性の写真を組み込んだ記事において、その一部として用いられたものにすぎ」ず、しかも、モノクロ写真であり、「写真の大きさも、縦6cm、横4cmのものから縦12・2cm、横10・7cm程度のものであり、それ自体として見れば、独立した鑑賞の対象としてはややありふれたものである」としている。そして同控訴審は、記事の内容や体裁に照らして、本件記事は、「女性芸能人らの肖像それ自体を鑑賞の対象とすることを目的とするというよりもむしろ、上記肖像写真に乳房のイラストを合成することによって、これらに付された上記のようなコメントやレーダーチャートと相俟って、1審原告らを含む女性芸能人らの乳房ないし裸体を読者に想像させることを目的とするものである」と結論づけている。そして、本件記事は、当該目的に供するために、当該「肖像写真に乳房の

(21) 「妄想目的だから鑑賞目的にはならないという点は、異論がある」とするものとして、内藤篤「判批」ジュリスト1483号(2015)9頁。

イラストを加えることによって新たに創作されたものを、読者による鑑賞の対象とすることができる」のであり、イラスト部分は、「コメントやリーダーチャートとともに本件記事における不可欠の要素となっており、これらを単なる添え物と評価することは相当ではない」とし、3類型にあてはめた上で専ら肖像の顧客吸引力を利用することを目的としないと認定している。

控訴審判決は、肖像写真の大きさ、雑誌全体及び記事内における写真の割合や色合いを含めた記事の内容や体裁から、3類型(のうち類型1)に該当するか、ひいては記事の目的が専ら鑑賞目的に該当するか否かを判断している点で妥当である。

商品化か否かを検討する際には、「正当な表現行為」としての記事の内容や目的を狭く解すべきではない。また、3類型説のアプローチは、肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用するなどの場合に限定することにより明確性を図っているのであり、侵害判断の客観性を高めるために、3類型の該当性の判断要素として、肖像写真使用の体裁を中心に独立の鑑賞の対象となるか否かを判断すべきであると考えられる。

週刊実話事件控訴審判決は、同事件1審判決と同様の要素を3類型該当性の有無の判断要素としているが、若干の相違が認められる。控訴審判決においては、1審判決のように、本件記事の目的や写真の体裁を並列して認定した上で肖像の独立鑑賞性を否定しているのではなく、まず、本件雑誌全体及び本件記事における肖像写真の割合や写真の色合い、大きさから「それ自体として見れば、独立した鑑賞の対象としてはややありふれたものであ」としており、記事の内容や目的を検討することに先立ち、写真の独立鑑賞性に懐疑的な姿勢を示している点で妥当な判断といえよう。

そしてこのようなアプローチをしている点で、前記Ⅱ1(1)の専ら基準説のうち同③のモデル料基準説(モデル料が支払われるような使用態様か否かで判断する見解、ブブカスペシャル7事件1審)との間に多少の親和性が認められよう。因みに、前記のとおり、モデル料基準説におけるパブリシティ権の制約根拠の内容も、ピンク・レディー事件最判多数意見のそれと大きな相違がない(ただし、モデル料が支払われているという現実の取引事情を以て、独立鑑賞性があるか否かを判断することが妥当か否かは、議論の余地のあるところである(前記注2参

照))。

なお、控訴審判決では、「女性芸能人らの肖像写真に乳房のイラストを加えることによって新たに創作されたものを、読者による鑑賞の対象とするもの」ということができる」ともしており、この点でピンク・レディー事件最判多数意見の理由付け(権利制限の正当化根拠)が、また「単なる添え物」か否かという点では同最判の補足意見が、それぞれ意識されているといえよう。

前記のとおり、1審判決と控訴審判決とでは、3類型のあてはめの仕方に違いが見られるのであり、控訴審判決の手法が妥当であろう。ただし、両判決ともに、パブリシティ権侵害有無の判断の際に、保護されるべき表現活動を芸能活動に関するものに限定していない点で、妥当であると思われる。そして、肖像写真と乳房のイラストを合体させることが当該芸能人の名誉感情を害するかどうかは、パブリシティ権侵害の成否にあたっての「正当な表現行為」の認否に影響するものではなく、両判決で述べられているとおり、人格権侵害の有無で争われるべき問題である。

#### 4 肖像写真の独立鑑賞性の判断要素

前記のとおり、肖像写真の独立鑑賞性を判断するには、記事の内容や目的を中心に検討するよりも、むしろ写真の大きさや色合い等の体裁を中心に判断すべきである。記事の目的は写真の体裁等が認定された後に判断する方が、客観性を保つ意味でも正当な表現活動を不当に制限しない意味でも妥当であると思われる。記事と写真との関連性は問題となるが、芸能人等の肖像を利用する場合、当該芸能人に関する事項を取り上げているので、何らかの関連性はあるはずであり、芸能人のお宝本等、芸能人の肖像を紹介するものであっても関連性があることは否めないのであり、肖像写真とそれ以外の部分のどちらが中心となるのか、記事等、肖像に付加されたものについて、独立の価値があるかどうかの問題である。

前記のとおり、週刊実話控訴審判決等において肖像写真の独立鑑賞性のメルクマールが示されており、具体的行為を3類型にあてはめる際に大いに参考になるが、今後さらに3類型に関する判例が積み重ねることにより、その外延がより明確になることが期待される。ただし、そのような積み重ねがない現段階では、独立鑑賞性が問題となった著作権の制限規定である引用該当性を巡る裁判例での判断基準も参考になろう(東京

高判昭和60・10・17判時1176号33頁[レオナルド・フジタ美術全集事件控訴審])。

本件は、著名な画家に関する第三者による論文中に当該画家の絵画12点が掲載されていたことについて引用に該当するか否かが争われた事件であるが、控訴審判決は、「本件書籍の紙質、図版の大きさ、掲載の配置、カラー図版の色数に関する各事実と本件絵画の複製物としての仕上り状態を総合すれば、右複製物は、モノクローム図版のものも含め、いずれも美術性に優れ、読者の鑑賞の対象となりうるものとなっており、本件絵画の複製物の掲載されたページを開いた本件論文の読者は、同論文の記述とは関係なく、本件絵画の複製物から美的感興を得、これを鑑賞することができるものである」としている。具体的には、「本件絵画の複製物のうちカラー図版は特漉コート紙を、また、モノクローム図版は特漉上質紙を用いており、各図版の大きさも、最も小型のものでも約8分の1ページであり、大型のものは約3分の2ページと、鑑賞図版のうちの数点に勝る大きさであり、また、本件絵画の複製物のうち3点を除く他のものは、大小様々の大きさではあれ、1ページに1点の割合で掲載されており、その掲載場所も、そのうち3点は表題の下に、他の9点は、各該当ページの約3分の1を占めるにすぎない本件論文の上部に前記認定のサイズで割付けられているものであり、特にカラー図版については色数こそ4色以下に止めたが、『原色』美術全集を標榜する関係から、その紙質の開発に苦心したところであつたことが認められ、叙上の本件書籍の紙質、図版の大きさ、掲載の配置、カラー図版の色数に関する各事実と本件絵画の複製物としての仕上り状態を総合すれば、右複製物は、モノクローム図版のものも含め、いずれも美術性に優れ、読者の鑑賞の対象となりうるものとなっており、本件絵画の複製物の掲載されたページを開いた本件論文の読者は、同論文の記述とは関係なく、本件絵画の複製物から美的感興を得、これを鑑賞することができるものである」としている。

もっとも、前記のとおり、明文規定がある著作権とこれがないパブリシティ権とは全てを同等に扱うことはできないのであり、肖像写真の独立鑑賞性を判断するにあたって、週刊実話事件控訴審判決の他に、レ

オナルド・フジタ美術全集事件控訴審判決を参考にすることも、その相違を意識しつつ検討していくことが必要となろう。





# ジェネリック家具と知的財産に関する考察

鈴木 香織<sup>(\*)</sup>

有名デザイナーがデザインした古い北欧家具やミッドセンチュリー家具は、現在においても根強い人気がある。家具のデザインは、意匠権を取得することで法的保護が受けられ、独占的に製造・販売を行うことができるが、古い北欧家具やミッドセンチュリー家具は、既に存続期間が満了している状況にある。

人気のデザインが施された家具の中でも、意匠権が満了しているものは、復刻版として自由に製造・販売がされている。このような家具は、特許権が満了したジェネリック製薬の名に因んで「ジェネリック家具」などと称されている。

ジェネリック家具は、意匠権に基づいて独占的に販売を行ってきた正規メーカーを脅かす存在となるが、正規メーカーは、ジェネリック家具の脅威から何ら法的保護を受けることができないのであろうか。

家具の形状は、意匠権の存続期間満了後であっても、周辺法である著作権法や商標法、不正競争防止法により保護が受け続けられる場合があるが、このような保護のあり方について、意匠法の保護の趣旨が没却されるとする否定的な見解もあり、伝統的に議論が続いている。

そこで本稿では、近年人気があるジェネリック家具を題材に、オリジナル製品の保護について伝統的な議論と、関連する裁判例を参酌しつつ検討を行うものである。

## I. はじめに

## II. ジェネリック家具の特徴

1. ジェネリック家具とは
2. ジェネリック家具と製品価格
3. ジェネリック家具と素材
4. ジェネリック家具と加工技術
5. ジェネリック家具の市場ニーズ
6. ジェネリック家具の販売ルート

## III. 家具の知的財産法による保護

1. 意匠法による保護
2. 著作権法による保護
3. 商標法による保護
4. 不正競争防止法による保護

## IV. ジェネリック家具に対する実務的対応

1. 正規メーカーによる実務的対応について
2. 正規メーカーによる類似品との戦い
  - (1) 研究開発から意匠権の存続期間満了までの期間
    - ①. 立体商標の登録と使用による識別力
    - ②. 不正競争防止法2条1項1号と周知性
  - (2) 意匠権の存続期間満了後の時期

## 3. ジェネリック家具への影響

## V. おわりに

## I. はじめに

ファッション雑誌等でもインテリア特集が組まれることが多くなっている他、インテリアに趣向を凝らしたカフェなどの飲食店やショップの内装への関心が高まっており、それと共にデザイン性の高い家具への関心も高まっている。その中でも、有名デザイナーがデザインした北欧家具やミッドセンチュリー(1940～1960年代にデザインされた)家具などの人気は比較的若い世代を中心に高い。

有名デザイナーがデザインした北欧家具の一部やミッドセンチュリー家具は、意匠権を取得していたとしても存続期間が満了しており、デザインが自由に使えることから第三者による復刻版であるジェネリック家具が市場で売られるようになっている。

価格の安いジェネリック家具は、若い世代からも人気があり巷でもよく目にするところがある。

知的財産の分野においては、Yチェアの形状が立体

(\*) 校友、株式会社スズキアンドアソシエイツ代表取締役社長、東京理科大学 / 文教大学非常勤講師

商標登録された判決<sup>(1)</sup>が出た時に、ジェネリック家具との関係について話題になったが、ジェネリック家具と知的財産の問題について検討したものは少ない<sup>(2)</sup>。

以下、元のデザインの家具を製造してきたメーカーを「正規メーカー」と表記し、正規メーカーが製造する製品を「オリジナル製品」と表記する。

そもそも、同一のデザインであるオリジナル製品とジェネリック家具では市場を一にするといえるのであろうか。確かに、ジェネリック家具を購入している顧客層には、オリジナル製品を正規の価格で購入することは難しいだろう。しかしながら、オリジナル製品の購入が可能な顧客層がジェネリック家具を購入しないかといえ、それは否定できるものではない。そのため、市場が棲み分けられているとまではいえない。

全ての権利が切れて、ジェネリック家具の販売に一切の問題が生じないことを仮定した場合に、オリジナル製品の製造業者は、競争にさらされることになり、品質の向上や価格のディスカウントなどに依拠していかざるを得ないようになるのが一般的な考えであると思われる。

子供用の家具に対しては、デザイン性だけではなく安全性や耐久性に対するニーズも高いと思われることから、外形のデザインだけ真似をしても、大きく顧客を奪われることはないだろう。むしろ、時間をかけて積み上げた信頼によりジェネリック家具と比較してオリジナル製品には大きなアドバンテージがある。ただし、ジェネリック家具の品質に著しく問題があるような場合には、ジェネリック家具の悪評がオリジナル製品を取り扱うメーカーにも及ぼされる可能性は否定できないという問題は残る。

ノルウェーのベビー用品ブランドであるストックエ（Stokke）社は、同社が販売するベビーチェアであるトリップトラップ（TRIPP TRAPP）の類似品に対して、著作権を主張し裁判で侵害の有無を争った（TRIPP TRAPP 事件<sup>(3)</sup>）。従来の裁判では、椅子のような実用品に対する著作物性の判断は極めて厳格に

行われてきた。そのため、原審においてはそれらを踏襲する判決が示され、著作物性が否定された<sup>(4)</sup>。しかしながら、TRIPP TRAPP 事件では、従来の裁判例と異なり、著作物性が認められる判断が示された（なお、侵害に関しては否定している）。

この事件を契機に、意匠権が切れている（或いは取得していない）形状について、著作権法などの周辺法により保護が受けられるようになるとの議論が再び活発になってきている。

そこで本稿では、近年人気があるジェネリック家具に関し概観したうえで、関連する裁判例を参酌しながら法的論点について検討するものである。

## Ⅱ．ジェネリック家具の特徴

### 1. ジェネリック家具とは

意匠権を中心とした家具のデザインを保護する知的財産権の保護期間が満了し、有名デザイナーなどが手がけた人気の家具を、正規メーカー以外の企業が複製版として製造した家具のことをいう。

従来は、リプロダクト製品等という呼び方もあったが、薬品の特許権の期間が満了したジェネリック薬品が一般に広まることとなり、それに因んでジェネリック家具あるいはジェネリック製品などと呼ばれるようになっていく。

ジェネリック家具は、オリジナル製品と比較して価格が安い場合が多い。それは、研究開発費がかからず、また、形状こそ似せているが安価な素材に変更していたり、不要なパーツを取り除いたりすることができるほか、仮にオリジナル製品のライセンスであれば必要となるライセンス料なども支払う必要が無いからである。

### 2. ジェネリック家具と製品価格

オリジナル製品とジェネリック家具の価格の違いを概観する。

- 
- (1) 知財高判平 23 年 6 月 29 日 [Y チェア事件] では、原告であるカール・ハンセン & サンジャパン株式会社 [原告製品に類似した形状の椅子 (中国製等) は、インターネット上で少なからず販売されているが、ほとんどの商品は、『Y チェア』の「ジェネリック製品」、「リプロダクト製品」などと称して、オリジナル製品として原告製品が存在することを前提とした説明が付されており、原告製品と類似した形状の椅子を安価に購入しようとする消費者に向けた商品となっている」と主張している。なお、本件の評釈として水谷直樹 [判批] 発明 108 巻 9 号 (2011 年) 33 頁、堀江亜以子 [判批] 知財管理 733 号 (2012 年) 99 頁、小泉直樹 [判批] ジュリスト 1436 号 (2012 年) 6 頁、井関涼子 [判批] L & T 56 号 (2012 年) 35 頁等がある。
- (2) 多田羅景太 [家具の模造品が市場に及ぼす影響] デザイン理論 57 巻 114 頁以下 (2011 年)、同 [家具デザインの模倣規制について] デザイン理論 60 巻 88 頁以下 (2012 年) がある。
- (3) 知財高判平 27・4・14 [TRIPP TRAPP 事件] 参照。本件の評釈として、小林利明 [判批] ジュリスト 1484 号 (2015 年) 8 頁、田村善之 [判批] ビジネス法務 15 巻 10 号 (2015 年) 43 頁、中川隆太郎 [判批] コピライト 653 号 (2015 年) 30 頁、田村善之 [判批] ビジネス法務 15 巻 11 号 (2015 年) 96 頁等がある。
- (4) 原審の評釈として、鈴木香織 [判批] 著作権研究 39 巻 (2012 年) 264 頁参照。

市場で人気のジェネリック家具は、既にデッドストックになっているベアチェア(後述)で比較するとオリジナル製品は市場で200万円を超える価格で取引されているが、ベアチェアのジェネリック家具については10万円程度の価格である。また、オリジナル製品が現在も販売中の商品で比較すると、シェルチェア<sup>(5)</sup>は、正規メーカーが製造する復刻版が10万円程度の価格であるのに対し、ジェネリック家具は1万円程度である。

そもそも、ジェネリック家具が流行することの最大の理由は、通常は手の出ない価格帯にある有名デザイナーなどによる人気の家具が安価で購入できる点が魅力になっていると推察される。

### 3. ジェネリック家具と素材

ジェネリック家具は、デザインを模倣しているが、素材については異なる場合があり品質が異なる。

素材の変更については、強度や耐久性などが変わってしまうことになるから、オリジナル製品と比べて品質が落ちる場合がある。ただし、オリジナル製品では採用されていない安くて加工しやすい素材を用いる等、安くてもオリジナル製品以上の品質をもたらす場合も否定できない。

例えば、シェルチェアのジェネリック家具は製造業者によって異なる素材が使われている。

まず、オリジナル製品商品は、元々はFRP樹脂を用いていたが、現在はポリプロピレンを用いている。FRP樹脂は、安価で軽量、強度も高い素材であったがリサイクルが難しい、それに対して、ポリプロピレンは、強度が強いプラスチックであり100%リサイクル可能な素材であることから、素材が変更されたのである。

次に、ジェネリック家具はABS樹脂もしくはFRP樹脂を用いているものがある。

ABS樹脂は、強度と加工性に優れるが日光に弱い等の特徴があることから、技術力の低い工場でも政策が可能であるという利点があるが、屋外での利用に向

いておらず、オリジナル製品と比較して用途が限定されてしまう。使用方法を間違えれば、製品寿命も短くなることが予想される。

FRP樹脂を用いているジェネリック家具は、FRP樹脂を用いたオリジナル製品の製造が終了していることから、ビンテージ愛好者のニーズを取り込むためにそのような素材の選択をしているのだと思われるが、この素材変更については必ずしも品質が落ちているとはいえないかもしれない。

### 4. ジェネリック家具と加工技術

ジェネリック家具の製造業者は、加工がしやすい素材を用いたり、製造工程を省いたりするが、これは製造業者による加工技術が十分に備わっていないことが原因である場合が多い。

ジェネリック家具は不要なパーツや製造における作業工程を省略している場合がある。

例えば、シェルチェアのオリジナル製品は椅子の脚部の金属部分について溶接部に鏡面加工を施し、艶があるが、ジェネリック家具は溶接部の鏡面加工がみられない場合があるなど、作業工程の一部が省略されているものがある<sup>(6)</sup>。

また、デンマークの著名なデザイナーである Hans J. Wegner(以下、「ハンス・J・ワグナー氏」という)が創作し、背もたれの形状が「Y字」であることから名付けられた「Yチェア」という椅子に関しては、ジェネリック家具の多くが形状を維持するのが精いっぱい、強度面で不安が残るような加工がされている製品が多く出回っていたため、問題となっていた。

ジェネリックを取り扱う家具メーカー等によって品質を保証するような業界団体などがあればよいが、現在のところそのような動きはなく、その品質はジェネリック家具製造あるいは販売業者の良心に委ねられているといつてよい。

### 5. ジェネリック家具の市場ニーズ

ジェネリック家具は、インテリアブームにより人気

(5) イームズ夫妻が世界で初めて発表したデザインであり、貝殻や木の実のような有機的な局面を持つデザインの椅子をいう。シェル部分についてはFRPや、ポリプロピレンなどの樹脂成型技術により制作されている。現在では、駅の座席のモデルなどにもなっている。大きく分けて、サイドシェルチェアと肘掛が付いているアームシェルチェアがある。シェルチェアの製造は、ハーマンミラー社が行っていたが、意匠権が切れた後は復刻版を製造しており、この復刻版を一般的にはオリジナルと呼ぶ。なお、オリジナルとしての復刻版はヴィトラ社の復刻版も含む。それ以外のシェルチェアは、ジェネリック家具ということになる。

(6) VANILLR-kagu 楽天市場店(<http://www.rakuten.ne.jp/gold/vanilla-kagu/>)では、イームズシェルチェアについてオリジナル製品とジェネリック製品の違いについて比較をしている。  
<http://www.rakuten.ne.jp/gold/vanilla-kagu/01leames/04dsr/>  
このサイトによれば、本文中に掲げたもののほか、匂い、サイズ、色合い、表面の加工、シェルの硬さ、ベースデザイン、接合部分、グライズの形状などについて細かく比較しており、それらに差があるということを指摘している。ただし、座り心地に関しては体感としては差が無かったとしている。

が高まっている。

従来からジェネリック家具のデザインは、雑誌等のフィジカルメディアを通じて人気があったが、ジェネリック家具を取り扱う業者を探すことは難しかったし、価格帯も手の届きやすいものばかりではなかったと記憶している。しかしながら、インターネットが普及したことにより、ジェネリック家具のデザインに係る情報が多く共有され、購入先も直ぐに特定できるようになったことから、結果的に人気が高まり価格帯も下がりに身近なものになっていった。

実際に、インテリア等を取り扱う雑誌等を見ているとジェネリック家具であると思われるものが散見される。その他、店舗でのニーズも高い。例えば、美容院や飲食店などは店舗におけるインテリアとしてのニーズだけではなく、使用頻度が高いため、安価なジェネリック家具を使用して都度買い替えていきたいという要請がある。

## 6. ジェネリック家具の販売ルート

ジェネリック家具を扱うオリジナル製品ショップがあり、当該ショップのサイトで販売がされているほか、店舗での販売も行われている。あるいは、インターネットショッピングモールの小売店の中には、ジェネリック家具を扱っているものもあり、Yahoo! ショッピングや楽天市場、Amazon等のサイトなどにはそれらがみられる。なお、製造および販売を行っている事業者もいれば、販売のみを専門に行っている事業者もいる。

従来は、ジェネリック家具の品質などの確認を行いたいとする要請から、店舗で製品を確認したうえで購入したいとする場合も多かったが、インターネットショッピングモールのコメント欄を閲覧して評判を確認することができることから、店舗まで行かずにインターネットでジェネリック家具を買う消費者も増えている。

ただし、ジェネリック家具の購入にかかる保証等についても販売元によって異なっていることに留意する必要がある。

## Ⅲ. 家具の知的財産法による保護

### 1. 意匠法による保護

家具の形状は、意匠登録をうけることで意匠法の保

護を受けることができる。

意匠法は、美感の面から創作を把握し、これを保護しようとするものであり、意匠法の保護対象となる意匠とは、「物品(物品の部分を含む。)の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合であって、視覚を通じて美感を起こさせるもの(意匠法2条1項)」をいう。また、工業上利用できる意匠(工業上の利用性)でなければならない。そして、新規性、創作非容易性、先に出願された意匠の一部と同一又は類似でないか、意匠登録を受けることができない意匠ではないか(不登録事由該当性)、他人よりも早く出願したか(先願主義)が審査され、それらの要件を満たすものに関し登録が認められる。なお、意匠権を受けた場合、登録された意匠と同一及びこれに類似する意匠にまで効力を有し、登録意匠の実施をする権利を専有することができる。

### 2. 著作権法による保護

家具のデザインに関し、著作権法により保護ができるかということについては、著作権法が応用美術に対して、どこまで保護を及ぼすことができるのかという伝統的な議論と密接なかかわりがある。

応用美術は、その意味概念が明確になっているわけではないが、美術の著作物の限界領域に存在するものである。限界領域(交錯領域)に位置することから、純粋美術や美術工芸品と同視する美術性を備えているかの判断が難しいという問題や、実用品である場合に実用面あるいは機能面からの制約を受けており著作物性が十分に発揮されていないとする評価を受けるという問題がある。さらに、意匠法との保護の棲み分けを理由に保護を遠慮しているようなものもある。すなわち、応用美術のように量産される実用品のデザインがどのような場合に著作物性が認められ、著作権法の保護を受けられるのかという点が、応用美術に係る著作権法上の問題であるといえる<sup>(7)</sup>。

この問題は、応用美術の創作性にかかる論点と、仮に著作物性が認められた場合に、その保護範囲をどのように解するかが問題となる。

例えば椅子という日常的な家具のデザインに関する著作物性の有無に関し、最高裁<sup>(8)</sup>は、著作物性を否定している。従来判決に置いては、応用美術が著作物性を肯定される場合に高いハードルがあった。しかしながら、例えば海外では著作物性が認められている客体であるにもかかわらず、我が国においては保護が認

(7) 上野達弘「応用美術の法的保護」『知財年報(2009)―I.P. Annual Report (別冊 NBL no. 130)』210頁(商事法務、2010年)参照。

(8) 大阪高判平成2・2・14判例集未登載[ニーチェア事件]参照。最判平3・3・28判例集未登載参照。

められない場合や、一般的な美術の著作物と同視できる美術性を有する客体であれば保護がなされるとする裁判所の見解について必ずしもその基準に関する根拠が条文から読み取れるとはいいい切れぬ部分もある。

実用品であるベビーチェアのデザインにつき著作物を肯定した前掲注3・TRIPP TRAPP事件では、「応用美術に一律に適用すべきものとして、高い創作性の有無の判断基準を設定することは相当とはいえず、個別具体的に、作成者の個性が発揮されているか否かを検討すべきである」としたうえで、製品の形態的特徴を検討した結果、「作成者である控訴人オプスウィック社代表者の個性が発揮されており、『創作的』な表現というべきである。したがって、控訴人製品は、前記の点において著作物性が認められ、『美術の著作物』に該当する。」と判示しており、椅子のデザインに関しては応用美術として著作権法の保護を受けられる場合がある。

### 3. 商標法による保護

商標法に規定される商標には立体的形状が含まれる(商標法2条1項)。つまり、家具のような立体的形状について、商標として登録が認められれば商標法上の保護が受けられる。商標権の取得に際しては、意匠権の場合のような新規性、創作非容易性の要件を満たす必要はないが、以下の所定の要件を満たす必要がある。

まず、商標法は、商標登録を受けようとする商標が、立体的形状からなる場合についても、所定の要件を満たす限り、登録を受けることができる旨規定している(商標法2条1項、5条2項参照)。

立体商標を登録する際には、商標法3条1項3号<sup>(9)</sup>に該当する場合は商標登録を受けられない<sup>(10)</sup>。ただ

し、同法3条2項<sup>(11)</sup>にかかる立体商標については商標登録を受けられる<sup>(12)</sup>。なお、商品やその包装の機能実現のために当然有する特徴のみで構成される立体的形状(同法4条1項18号)については、同法3条の規定にかかわらず商標登録を受けられない。さらに、同法26条1項5号に規定する形態に対しては、商標権の効力は及ばない<sup>(13)</sup>。

商標法における保護の成否について、家具の形状については、「商品等の機能を確保するために不可欠であるか否か」という点について重要な論点となるが、商標法は、商品等の機能を確保するために不可欠とまでは評価されない形状については、商品等の機能を効果的に発揮させ、商品等の美観を追求する目的により選択される形状であっても、商品、役務の出所を表示し、自他商品、役務を識別する標識として用いられるものであれば、立体商標として登録される可能性が一律的に否定されると解すべきではなく、また、出願に係る立体商標を使用した結果、その形状が自他商品識別力を獲得することになれば、商標登録の対象とされ得る<sup>(14)</sup>のである。

前掲注1・Yチェア事件では、有名なデザイン家具である通称「Yチェア」と呼ばれる椅子の形状の立体商標にかかる登録の成否について「本願商標の上記形状について考察すると、①背もたれ上部の笠木と肘掛け部が一体となった、ほぼ半円形に形成された一本の曲げ木が用いられていること、②座面が細い紐類で編み込まれていること、③上記笠木兼肘掛け部を、後部で支える「背板」(背もたれ部)は、「Y」字様又は「V」字様の形状からなること、④後脚は、座部より更に上方に延伸して、「S」字を長く伸ばしたような形状からなること等、特徴のある形状を有している。同特徴に

(9) 商標法は、3条1項3号で「その商品の産地、販売地、品質、原材料、効能、用途、数量、形状(包装の形状を含む。)、価格若しくは生産若しくは使用の方法若しくは時期又はその役務の提供の場所、質、提供の用に供する物、効能、用途、数量、態様、価格若しくは提供の方法若しくは時期を普通用いられる方法で表示する標章のみからなる商標」は、商標登録を受けることができない。

(10) 3条1項3号の該当性を否定した事案としては、知財高判平20・6・30判時2056号133頁[ギリアンチョコレート事件]参照。本件の評釈として、本宮照久「判批」日本大学法学部知財ジャーナル2号(2009年)79頁、今村哲也「判批」速報判例解説6号(2010年)275頁、堀江亜以子「判批」知財管理60巻9号(2010年)1561頁、土肥一史「判批」判例時報2084号(2010年)176頁等がある。

(11) 商標法は、3条1項3号から5号までに該当する商標であっても、使用をされた結果需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができるものについては、同項の規定にかかわらず、商標登録を受けることができる。

(12) 平面商標を伴う客体の立体的形状であったとしても知財高判平19・6・27判時1984号3頁[マグライト事件]以降は、立体商標の使用による識別力の獲得が認められるようになった。本件の評釈として、小島立「判批」知財管理58巻4号(2008年)529頁、生駒正文「判批」判例時報1999号(2008年)187頁、上野達弘「判批」ジュリスト臨時増刊1354号(2008年)297頁、青木博通「判批」ビジネス法務7巻11号(2007年)113頁等がある。関連事件として、知財高判平20・5・29判時2006号36頁[コカ・コーラボトル事件]本件の評釈として川瀬幹夫「判批」知財管理58巻12号(2008年)1593頁、足立勝「判批」L&T42号(2009年)59頁、青木博通「判批」ビジネス法務8巻9号(2008年)101頁等がある。知財高判平22・11・16判時2122号33頁[ヤクルト容器事件]本件の評釈として青木博通「判批」ビジネス法務11巻3号54頁、山田威一郎「判批」知財管理61巻6号837頁、堀江亜以子「判批」特許研究53号39頁がある。知財高判平23・4・21判時2114号9頁[ゴルチェ香水瓶事件]本件の評釈として中川浄宗「判批」発明109巻4号(2012年)40頁、安田和史「判批」日本大学法学部知財ジャーナル5号(2012年)55頁、青木大也「判批」ジュリスト1457号(2013年)118頁、前掲注1・Yチェア事件等がある。

(13) 商標法は、4条1項18号で、「商品又は商品の包装の形状であって、その商品又は商品の包装の機能を確保するために不可欠な立体的形状のみからなる商標」は、同法3条の規定にかかわらず商標登録を受けられない。また、26条1項5号は、「商品又は商品の包装の形状であって、その商品又は商品の包装の機能を確保するために不可欠な立体的形状のみからなる商標」には商標権の効力が及ばない。

(14) 前掲注1・Yチェア事件参照。

よって、本願商標は、看者に対し、シンプルで素朴な印象、及び斬新で洗練されたとの印象を与えているといえる。

他方、本願商標の形状における特徴は、いずれも、すわり心地等の肘掛椅子としての機能を高め、美感を惹起させることを目的としたものであり、本願商標の上記形状は、これを見た需要者に対して、肘掛椅子としての機能性及び美観を兼ね備えた、優れた製品であるとの印象を与えるであろうが、それを超えて、上記形状の特徴をもって、当然に、商品の出所を識別する標識と認識させるものとまではいえない。」として登録を認めている。

#### 4. 不正競争防止法による保護

不正競争防止法において家具の形状に関し保護される場合は、2条1項1号に規定する商品等表示に該当する場合と、2条1項3号の形態模倣に該当する場合がありますが、2条1項3号による保護は、商品の上市から3年の期限があり、意匠権の存続期間満了後にはすでにその時期は経過しているため、本稿では取り扱わない。

不正競争防止法2条1項1号の趣旨は、事業者間の公正な競争を確保するために(同法1条)、他人の周知の商品等表示と同一又は類似の商品等表示の使用等により当該他人の営業上の信用を自身のもものと混同あるいは誤認させる行為を禁止するものであり、需要者(取引者を含む)から周知性のある商品等表示の有する出所表示機能を保護するものである。

商品の形態は、本来、不正競争防止法2条1項1号が商品等表示として例示する称号、商標などとは異なり、当該商品自体の機能の発揮、美観の向上などの見地から選択されるものであるから出所識別を目的とはしていない。しかしながら、商品の形態が、客観的にみて明らかに他の同種商品と識別し得る特徴的なものであれば、取引の過程において、特定の出所を示すものとして需要者に認識されるようであれば、出所表示機能を備えるに至ることもある。また、商品の形態が、不正競争防止法2条1項1号の「商品等の表示」に該当するためには、①客観的に他の同種商品とは異なる顕

著な特徴を有しており(特別顕著性)、②特定の事業者による長期間に及ぶ継続的かつ独占的な使用、強力な宣伝広告等により、需要者において、当該特定の事業者の出所を表示するものとして周知されるに至る(周知性)ことを要する<sup>(15)</sup>。

有名デザイナーによる家具の形状は、その基本的形態及び具体的形態ともに特徴があるから、これが「同種の商品が通常有する形態」であるとはいえないと評価されるようであれば、保護の対象となる場合が多いと思われる。

なお、商品の機能を確保するために不可欠な形態(商品が通常有するありふれた形態を含む)については、自由競争を過度に阻害することから、保護が及ばない。

周知性の取得時期は、「差し止め請求では事実審口頭弁論終結時、損害賠償請求では損害賠償請求の対象となる類似の商品表示の使用をした時点」であると述べる最高裁判例がある<sup>(16)</sup>。また、周知性の獲得は、表示の使用主体が使用した結果である必要はない<sup>(17)</sup>。

## IV. ジェネリック家具に対する実務的対応

### 1. 正規メーカーによる実務的対応について

ジェネリック家具は、意匠権を中心とした家具のデザインを保護する知的財産権の保護期間が満了し、有名デザイナーなどによる人気の家具を、正規メーカー以外の企業が復刻版として製造した家具であるが、意匠権の存続期間が満了した後も他の知的財産権によって自社製品の保護を受けることができる場合がある。つまり、意匠権が切れたことを持ってジェネリック家具を製造販売されたとしても、商標権や著作権、あるいは、不正競争防止法によって販売の差し止めや損害賠償が請求できる場合がある。

意匠権は、現在保護期間を20年としているが、商標権は10年ごとの更新が可能であり実質的には半永久的に権利を存続させることができる。また、著作権法は著作者の死後50年間認められる。さらに、不正競争防止法については、2条1項3号については上市してから3年という期限があるものの、2条1項1号

(15) 東京地判平18年7月26日判タ1241号306頁[腕時計事件]、大阪地判平19・4・26判時2006号118頁[ビン事件]、大阪地判平20・10・14判時2048号91頁[マスカラ事件]、前掲注3・TRIPP TRAPP事件参照。

(16) 最判昭63・7・19民集42巻6号489頁[アースベルト事件]参照。

(17) 最判平5・12・16判時1480号146頁[アメックス事件]。この判断を肯定的にとらえている学説として、茶園成樹[判批]ジュリスト1068号247頁、小泉直樹[判批]知財管理45巻4号436頁、田村善之[判批]判例批評442号49頁がある。

については、保護期間という概念が存在しない。

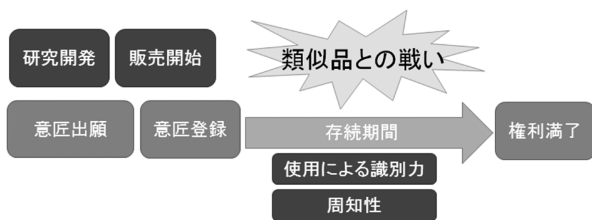
なお、意匠法と周辺法による重疊的な保護を行うことについては議論がある<sup>(18)</sup>。また、意匠権の存続期間が満了した後に、その他の知的財産権などにより当該意匠がパブリックドメインにならずデザインの自由な利用ができないことに対して意匠法による保護の趣旨を没却するという批判が伝統的にある<sup>(19)</sup>。

これらの議論に対して、意匠権の存続期間が満了したとしても、周辺法による保護要件を満たす製品について、その保護の在り方に関し制度上の根拠なく保護を否定すべきではないと思われる。また、そのことは意匠法は、技術の累積的進歩を前提とする特許権と異なり、意匠権の存続期間は比較的自由に設定することが可能であることから根拠づけることができると思われる<sup>(20)</sup>。

## 2. 正規メーカーによる類似品との戦い

研究開発から意匠権の満了までの独占権を有している期間と、意匠権の存続期間が満了した後の時期という2つの時期に分けて検討をする。

図1 研究開発から意匠権の存続期間満了までの期間



### (1) 研究開発から意匠権の存続期間満了までの期間

図1は、研究開発から意匠権の満了までの独占権を有している期間を表している。

正規メーカーは、研究開発を行い家具に係るデザイン等を創り上げていく。そして、可能な限り意匠権の出願を目指すことになる。

意匠を出願し、登録が認められると登録から20年間の保護が与えられる。この20年間に、人気を獲得した家具は、模倣品の脅威に対して意匠権の行使が可能になるため、ジェネリック家具が市場で流通するリスクを抑えることができる。ただし、意匠権の存続期間に出る模倣品は、デッドコピーではなく、意匠権の保護範囲外になるように変更を加えた製品であることが多く、権利行使を免れる工夫がされている場合がある。

意匠権の存続期間にすべき対応として、将来、立体商標として出願することを考慮しつつ、不正競争防止法2条1項1号の商品等表示に形状そのものが該当するように、十分な周知性を獲得しておくことが望ましい。

#### ①. 立体商標の登録と使用による識別力

立体商標を意匠権の出願と同時期に取得することは困難である。なぜならば、立体商標の登録を受けるにあたっては、当該形状について使用による識別力を具備していなければならないからである。意匠権を取得できていれば、当該形状を意匠権で保護し独占的に使用しながら、使用による識別力を獲得することができやすいと思われる。なお、使用による識別力を具備していることを裁判で証明するには、当該立体的形状を採用するにあたる経緯、我が国における販売実績、販売数量、宣伝広告の状況、アンケート調査の結果等が考慮されたものがある<sup>(21)</sup>。

#### ②. 不正競争防止法2条1項1号と周知性

不正競争防止法2条1項1号における商品等表示に該当するためには周知性を獲得していなければならない、

- (18) 上野達弘「応用美術の法的保護」『知財年報(2009)―I.P. Annual Report (別冊 NBL no. 130)』216頁(商事法務, 2010年)では、「明文の調整規定無く意匠法の存在意義を守る目的のためのために著作権法が自発的に保護を自制するというのは十分な理由があるようには思われない」として、重複適用について肯定的な見解を示している。その他重複適用について肯定的な学説として、野一色勲「『美術の著作物』と『美術の範囲に属するもの』の『美術』の語義の相違」牛木理一先生古稀記念論文集刊行会編『意匠法及び周辺法の現代的課題―牛木理一先生古稀記念』450頁(発明協会, 2005年)。半田正夫「ファービー人形について著作権の成立を認めなかった事例」仙元隆一郎編知財管理52巻12号(2002年)1863頁。牛木理一「意匠法の研究」364頁(発明協会, 1994年)以下等がある。
- (19) 例えば、形状を商標法で保護することに、意匠法の存在意義を失うとするものとして小野昌延＝三山峻司「新・商標法概説」34頁(青林書院, 2009年)。また、田村善之「著作権法概説」32頁(有斐閣, 第2版, 2001年)では、同じ創作法の分野に属する著作権法と意匠法の重疊適用により意匠法の趣旨が没却され「重大な抵触が生じうる」としている。このように、何らかの形で棲み分けを前提とする説が広く見受けられるものの、前掲注7・上野216頁は、重複適用による保護により意匠法の「意義が相対的に低下する」ことはあっても、存在意義を守る目的は棲み分けの理由として十分ではないとする。不正競争防止法2条1項1号との関係においては、牧野利秋(監)飯村敏明(編)『尾崎英男』『座談会不正競争防止法をめぐる実務的課題と理論』15頁(2005年, 青林書院)「不正競争防止法と他の知的財産法では保護法益が違うわけですから、不正競争防止法2条1項1号の保護法益が侵されているかどうかを考えるべきであって、もし同号の保護法益が侵されているのであれば、原告は保護されるべきであり、他の知的財産権との調整を理由に、被害者である原告に受忍を求めることはできない」と述べる。
- (20) 金井重彦＝峯唯夫＝寒河江孝允「峯唯夫」『コンメンタール意匠法』392頁(レクシスネクシスジャパン株式会社, 第2版, 2012年)「陳腐化した発明に独占権を継続して認めるならば産業技術水準の向上を阻害し、特許権を認めた趣旨を没却することになるが、意匠においては累積的進歩はさほど重視されないことから、意匠権の存続期間は比較的自由に定めることができる」としている。
- (21) 前掲注12・コカ・コーラボトル事件参照。



「営業上の使用期間・使用頻度・使用態様が具体的に認定できる<sup>(22)</sup>」ように裁判で立証しなければならない。営業表示に関しては、奇抜性やユニークさがインパクトを与えているということが考慮されたもの<sup>(23)</sup>や、営業表示の内容が普通名詞やありふれたものからなるかが考慮されたもの<sup>(24)</sup>、商品の内容や取引の実情を考慮したもの<sup>(25)</sup>のうち、販売方法を考慮したもの<sup>(26)</sup>、販売数量や売上高を考慮したもの<sup>(26)</sup>、販売している事業者の規模を考慮したもの、企業そのものの知名度や市場における地位を考慮したもの<sup>(27)</sup>がある。その他にも、使用期間や使用期間を考慮したもの<sup>(28)</sup>、宣伝広告の内容を考慮したもの<sup>(29)</sup>、第三者の評価などを考慮したもの<sup>(30)</sup>がある。

有名デザイナーに創作された家具の中には、奇抜なデザインであるものも多く、形状そのものが十分に特別な顕著性を有している場合もあると思われる。例えば、マルセル・ブロイヤー (Marcel Lajos Breuer) がデザインしたワシリーチェア (Wassily Chair) は、スチール製のパイプを用いており、そこに革布を張りつけた極めて特徴的なデザインで、線と面で構成されるモダニズムデザインの先駆けとなった作品といわれており、一般的な椅子のデザインとは一線を画す印象を与えており、デザインそのものに強い印象を受ける。ただし、裁判においてデザインを説明することは難しさもあり、ありふれた家具の形状と何が異なっていて、それがどのような印象を与えるのかについては十分な検討が必要になるとと思われる。また、売上数量や売上高は、量産品の製品と比べるとむしろ少ないことが予想されることから、企業そのものの知名度や市場にお

けるブランド力、製品そのものの知名度などを立証する必要が生じてくると思われる。

使用期間については、「一般的に使用期間が長いほど、また使用方法に統一性があるほど周知性を取得しやすい<sup>(31)</sup>」といわれており、もともとライフサイクルが短い玩具などにおいては、ブームになったものは数か月から数年の期間で周知性が認められている<sup>(32)</sup>。ジェネリック家具が販売されるような家具は、数十年にわたって継続的に販売されているものも多くあることから、そういった状況は周知性の取得に強みがあると思われる。

宣伝広告については、意匠権に基づく独占権を行使できる期間に十分行われていることが望ましい。ただし、長期間にわたって販売がされている商品であればあるほど、その資料や情報の保管が十分でないために立証が困難になる場合があると思われる。そのため、宣伝広告にかかる内容、広告が行われた地域、宣伝広告費用、宣伝広告を行った先の媒体に関する情報等細かく整理をしておく必要があると思われる。なお、新聞や雑誌の広告は、出版元におけばバックナンバーの情報や、発行部数や読者層についての情報が得られるため優れているとの指摘がある<sup>(33)</sup>。また、ホームページやメーリングリストなどを利用している場合には、そのアクセス数や読者数なども留意すべきであるし、ウィキペディアによる検索結果も証拠認定された裁判例がある<sup>(34)</sup>。

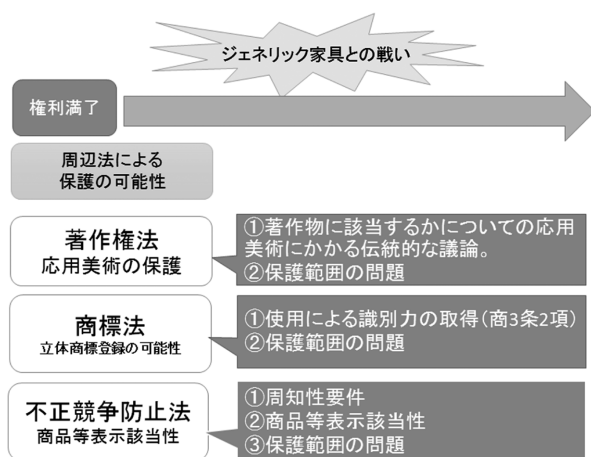
第三者からの評価としては、雑誌や新聞などにおける紹介記事や、展示会や博覧会への出展、製品にかかる受賞歴の他、小説の登場人物のセリフ<sup>(35)</sup>のなかに

- 
- (22) 小野昌延(編) [芹田幸子=三山峻司] 『注解不正競争防止法』306頁(2012年、第3版、青林書院)、東京地判平19・10・30 LEX/DB 掲載番号 28132354 [仮住まい情報センター事件]。  
(23) 大阪地判昭62・5・27 無体集第19巻2号174頁 [かに道楽事件] では、動く蟹の看板に関し「極めて奇抜でユニークなものであり、人の目を惹くものであった」としている。  
(24) 東京地判昭62・7・10 特企225号60頁 [日本家庭教師協会事件]、名古屋地判平2・3・16 判時1361号123頁 [アメ横事件] などがある。  
(25) 東京高判17・3・16 LEX/DB 掲載番号 28100631 [アザレ事件] などがある。  
(26) 東京地判平20・12・26 判時2032号11頁 [黒烏龍茶事件] などがある。  
(27) 大阪地判平2・3・15 無体集22巻第1号174頁 [小僧寿し事件]、知財高判平25・3・28 LEX/DB 文献番号 25445519 [日本車両事件] 等がある。日本車両事件では、「創業100余年を数え、その主要事業である車両製造の分野では、国内最大手の会社である」ことなどが考慮要素として認定されている。  
(28) 東京地判平11・9・20 判時1696号76頁 [iMac 事件] では、パソコンの形態について、1年程度の期間で周知性の取得を認めている。浦和地判昭60・4・22 判タ555号323頁 [チョコQ 事件] では、2年程度で周知性を認めている。前橋地判昭41・3・8 他方で、不競集849頁 [長崎タンメン事件] では、商標および使用する放送の使用期間が1年に満たなかったことから、即席タンメンの周知性を具備していないとして否定している。  
(29) その種類や方法に関しては、雑誌、会報、テレビ、ラジオ、会社案内のパンフレット、製品に関するリーフレット、看板、チラシ、ユニホーム、宣伝用マッチ等多種多様である。前掲注22・小野(編) [芹田=三山] 309頁参照。  
(30) 前掲注27・日本車両事件では、新聞に関し全国紙、地方紙、専門紙分け、どのような方法で表示されているほか、テレビ放送や博覧会への出展状況、グッドデザイン賞の取得に携わったこと等も詳細に主張されており、それらが証拠として認定されている。  
(31) 前掲注22・小野(編) [芹田=三山] 注解308頁参照。  
(32) 東京地判昭57・10・18 判タ499号178頁 [ルービックキューブ事件]、東京地判平10・2・25 判タ973号238頁 [たまごっち事件] 参照。  
(33) 水田耕一 [無体財産権と現代ビジネス] 216頁(1980年、商事法務研究会) 参照。  
(34) 前掲注27・日本車両事件では、「電子百科事典であるウィキペディアで『日本車両』を検索したところ、検索結果のうちの多くが控訴人に関する記事であり、さらに、控訴人表示の検索結果数(197件)は、東急車両(28件)や近畿車両(13件)の検索結果数よりも多かった」としている。  
(35) 大阪地判平16・2・19 LEX/DB 文献番号 28090828 [自由軒事件] 参照。

登場したことなどが立証されたことがある。

有名デザイナーが創作した家具は、過去に受賞実績があるものも多い。例えば、イタリアのデザイナーであるクラウディオ・F・ベリーニ(Claudio F. Bellini)の作品は、世界的に権威のあるプロダクトデザイン賞であるレッド・ドット・デザイン賞(Red dot design award)やデザイン界におけるオスカー賞といわれるiFデザイン賞(iF design award)を獲得しているが、このような資料は裁判における立証に有効であると思われる。また、そのような家具は多くの映画やテレビドラマ、雑誌に使用されていることから、そのような状況を証拠として用いることも有効であると思われる。例えば、スタンリー・キューブリック監督作品である映画「2001年宇宙の旅」では、オリヴィエ・ムルグ(Olivier Mourgue)のデザインしたジン(Djinn)という椅子が登場する。

図2 意匠権の存続期間満了後の時期



## (2) 意匠権の存続期間満了後の時期

図2は、意匠権の存続期間満了後の時期を表している。

意匠権の存続期間が満了した時点で、立体的形状にかかる商標権の取得がされていれば、引き続き商標権が存続していることから、ジェネリック家具に対し権利行使を行うことが可能である。その他に、著作権法による保護や不正競争防止法2条1項1号による保護が可能である場合もある。立体的形状が著作権法による保護を受けられるかについては、応用美術と著作物性にかかる伝統的な議論が存在しており、保護が困難であるとの見解が有力である。また、不正競争防止法

2条1項1号による保護は、権利が設定されるわけではないことに留意する必要がある。さらに、立体的形状に関しては著作権法も、不正競争防止法も裁判が行われなければ法的保護が可能であるか明らかにならないことが多いため、法的安定性は低い。

従来から家具のうち椅子のデザインについて著作権法上の保護が及ぶのか議論があった。

ニーチェア事件においては、著作物性が否定されており、一般的に椅子のような実用品については、著作権法による保護は困難であるとの見方が多かった。しかしながら、前掲注3・TRIPP TRAPP事件においては、従来の判決と異なり、著作物性を認める判断をしており、仮にこの判決が踏襲されれば、優れたデザインの椅子に関し、著作物性が肯定される可能性がある。ただし、この事件においては、被告製品との比較をし、類似性が否定され著作権侵害意を結果的に否定している。本判決のように椅子のデザインについて著作物性が肯定された場合には、少なくともデッドコピーの禁圧性は認められることになると思われるが、その保護範囲については不明な点も多いため、今後の判例の積み重ねが待たれるところである。不正競争防止法2条1項1号の保護を受ける場合には、周知性要件を満たす必要があるが、意匠権の存続期間中であれば独占的な使用ができることから、アドバンテージがあるといえる。ただし、学術的にはこのような状況における商品等表示の該当性については、厳重に判断すべきであるとの考え方もある<sup>(36)</sup>。

Yチェア事件控訴審判決以降、椅子のデザインが使用により自他商品識別力を獲得している場合には、商標登録が認められるようになった。この判決以降、Yチェアのジェネリック家具は市場から徐々に姿を消していき、現在ではほとんど見られなくなった。このような状況を考えると商標権の取得はジェネリック家具の製造販売行為に対して抑止効果が高いことがうかがえる。

## 3. ジェネリック家具への影響

意匠法の存続期間が満了した後に周辺法により保護が続く場合、当該デザインに関するジェネリック家具を製造販売することは難しくなる。

ジェネリック家具の市場ニーズは一定程度認められることから、そのように保護が実質的に延長されることに対してジェネリック家具の普及を阻害するとして

(36) 前掲注19・牧野(監) [松尾和子]14頁参照。

問題があるとの考え方もありうる。しかしながら、実情を見てみると必ずしもジェネリック家具の普及が一般市場にとってメリットがあるばかりではない。例えば、Yチェアが商標権による保護を目指した理由は、単に自己の製品を独占的に販売することを目的にしたものだけではないと思われるからである。

Yチェアのジェネリック家具は、意匠権の満了後に市場に出回るようになった。この製品は、オリジナル製品が曲げ木に適したピーチ材を使用しているのに対して、タモ材を利用している。Yチェアのジェネリック家具に関しては、多くのサイトでその品質が不安視されており、強度や耐久性に問題があるとみられていた。つまり、放置すれば、事故などが起こるおそれがあり、自社の製品の評判まで落としかねない状況にあった。また、前掲注3・TRIPP TRAPP事件以前の状況下において、椅子のデザインは一般的に著作権法により保護が難しいと考えられていた。また、不競法では権利が設定されるわけではない<sup>(37)</sup>。そこで、形状そのものを立体商標として出願し、商標法による保護を目指したのだと思われる。このような対応は、オリジナル製品の製造販売を続ける事業者として当然の対応であるといえる。

Yチェアと同じデザイナーが創作した、「ベアチェア<sup>(38)</sup>」は、復刻版が2003年に出たものの、量販されておらず、その価格帯も200万円を超えるものであり、一般には手に入りにくい。そのため、市場においてはオリジナル製品が販売され続けて手に入れやすい製品に比べて、市場ニーズは高いといえるのかもしれない。

ベアチェアのジェネリック家具は、現在も販売が続けられており、特にオリジナル製品の保護のために権利行使等がされる様子はなさそうである。しかしながら、仮にベアチェアオリジナル製品の権利者が周辺法による保護を求めた場合には、Yチェアと同じように保護がなされ、ジェネリック家具が販売できなくなる可能性がある。たしかに、デッドストック製品の市場ニーズは高いことが伺えるが、一般に手に入りにくい商品であるとか、手の届かない価格帯の商品であるか否かと、法的保護の論点は別次元であるといえる。

さらに、医薬品の特許権が満了したことにより、製造販売が可能になるジェネリック薬品と比較をしたうえで、優れたデザインを普及させるべきであるとの考え方もあると思われるが、これらはジェネリックという共通の用語を用いているものの、社会的な要請が異なることから、同一に論じることはできない。

ジェネリック薬品は市場においてその普及に関し強い要請があるが、ジェネリック家具は市場における要請はそれとは比べ物にならないくらい低いといえる。なぜならば、ジェネリック薬品は、①貧困層などに対して安価な薬を提供する目的、②高額化する医療費の抑制を図る目的などから普及させる必要性が極めて高いからである。しかしながら、ジェネリック家具については、必ずしも対象となるデザインを直ぐにでも普及させる必要性がなく、価格を安くしなければならない必要性もない。どうしても欲しい場合には、高くてもオリジナル製品を購入するか、他のデザインを購入すればよいだけのことである。

## V. おわりに

ジェネリック家具は、意匠権の切れた優れたデザインが安価に市場に出回るようになることから、消費者としては喜ぶべきことが多いと思われる。しかしながら、正規メーカーとしては引き続きデザインを独占して販売を続けたいと考えていると思われるし、ジェネリック家具は品質面などについて、不安がある場合も否定できず、正規メーカーはジェネリック家具に問題が起きた場合に自らもダメージを受ける場合がありうる。

その為、正規メーカーは、オリジナル製品にかかる意匠権の存続期間が満了した後も、周辺法で保護が可能になるように、商標法、不正競争防止法、著作権法などをハイブリッドに組み合わせ対応ができるような準備しておくべきであると思われる。なお、意匠権が切れた後でも、周辺法により保護がされた場合権利の存続期間が延長されることから、それに対する批判もある。しかしながら、周辺法それぞれの要件を満

(37) なお、前掲注1・Yチェア事件によると、平面商標として「Yチェア」(商標登録第3348396号)、「Hans J. Wegner / ハンス J. ウェグナー」(商標登録第4767624号)、「Carl Hansen & Son Japan / カール・ハンセン & サン ジャパン」(商標登録第4767623号)を取得し、警告を行っている。この警告によりヤフー株式会社及び楽天株式会社は、商品の削除に応じており、平面商標に関しても一定の効果はあるが、これらの商標を使用していない形状のみを使用している相手には効果が無い。また、カール・ハンセンアンドサンモーベルファブリックエイ・エス社は、「欧州において、Yチェアの著作権に基づき、類似品を販売する業者に対し、販売中止を求める警告書を送付するなどの模倣品排除活動を行っている」と述べているが国内においては見られていない。

(38) 1951年にデザインされた椅子の呼称である。熊が手を広げて立っているような外観のためそのように名付けられたといわれており、座り心地にも定評がある。元々、1951年にAPストーレン社のためにデザインしたが、1971年同社の廃業を機にオリジナルは入手困難な状況にある。このオリジナル商品は、現在においても人気があり、リフォーム製品が流通している。その後、PPモブラー社によって2003年に復刻版が販売されており、現在流通しているものの中心はこちらの復刻版になる。

たしてしている以上は、保護を与えて当然である。

前掲注3・Yチェアの事例を見てもジェネリック家具への法的対応として、最も有効なのは登録にかかる立証に係るコストは高いものの形状を立体商標として登録することであると思われる<sup>(39)</sup>。なぜならば、商品名やデザイナー名を中心として平面商標を取得していたものの、ジェネリック家具の形状そのものには及ばず保護の幅が限定されてしまうことになるし、著作権法による保護は、前掲注1・TRIPP TRAPP事件の影響で著作物性が認められるようになる可能性が出ているものの、裁判をしてみなければ、その権利の有無や権利範囲について不明確であり法的に不安定であるといえる。また、不正競争防止法2条1項1号による保護は、権利が設定されることが無い上、著作権を主張する場合と同様に、裁判を提起しなければならなくなる可能性があるからである。

正規メーカーは、不正競争防止法2条1項1号を主張する場合の周知性要件を満たす場合と、形状に係る立体商標の取得を行う場合の商標法3条2項の要件である使用による識別力を証明するために、意匠権の存続期間中に十分な対応が必要になる。

ジェネリック家具の普及が妨げられるとする批判もあると思われるが、周辺法による保護がされるという前提がある場合には、それはもはやジェネリック家具とはいえないし、権利の切れた優れたデザインの家具はいくらでもあることから、ジェネリック家具の製造メーカーはそのようなデザインを発掘して製造販売を行えばよいのである。

以上

---

(39) 1934年創業で、家具会社としては約80年の歴史がある北欧最大の家具メーカー、エコーネスアクスエセルスカプアルメン社(以下「エコーネス社」という)が1971年に開発したストレスレス椅子(Stressless chair)は、2012年7月6日に立体商標として登録されている(登録商標第5505347号)。前掲注1・Yチェア事件の影響で椅子の形状が立体商標として登録される可能性が見えたことから出願されたものと思われる。ただし、出願(商願2010-48463)された後、拒絶査定を受け、審判(不服2011-21734)により原査定が取り消され登録されたものであり厳格な審査への対応を要することが伺える。



# 多様化するクロスボーダー取引における ITC 337 条調査の射程に関する考察

鈴木 信也<sup>(1)</sup>

近年、技術発展の加速により、国境を越えて流通する物の種類や流通形態が多様化している。米国国際貿易委員会(ITC)は、米国に所在する準司法的機関であり、外国からの物品の輸入に伴う不公正な行為に対する国内産業の保護を目的とする。ITCは米国関税法337条に基づき、特許権を含む知的財産権侵害の有無を判断し、権利侵害を伴う物品の輸入を排除する権限を有している。しかし、近年の多様化するクロスボーダー取引において、制定法の文言だけでは対応できない事例が生じている。そこで本稿では、関税法337条で定める「侵害する物品(“articles that infringe”)」の解釈が争われた事例を紹介し、ITCや裁判所、立法の歴史など様々な立場からの意見を検討したうえで、337条調査の射程に関して考察を加えることを目的とする。

- I. はじめに
- II. ITC337条調査に関して
  - 1. ITC337条調査の概要
  - 2. 排除命令を認める根拠規定
- III. 事例紹介
  - 1. Suprema 事件
  - 2. ClearCorrect 事件
- IV. 考察
  - 1. 問題の所在
  - 2. 立法の歴史
  - 3. 今後の課題
- V. おわりに

## I. はじめに

米国国際貿易委員会(以下「ITC」という)は、米国関税法(以下「関税法」という)を設立の根拠とする準司法的機能を有する連邦行政機関である。ITCは、関税法で定める不公正な行為に対する規制の一態様として、知的財産の侵害を伴う輸入行為に対して、関税法337条に基づく調査を行い(以下「337条調査」という)、侵害物品の通関を禁止する権限を有する。知的財産権の紛争に関わる当事者は、米国連邦裁判所と併用、又は代替的な選択肢として、ITCに337条調査の申立を行う。当事者間の紛争解決を目的とする連邦裁判所とは異なり、ITCは行政機関として、国内産業に損害

を与える侵害物品の輸入を阻止し、米国国内の産業を保護することを目的としている。こうした設立目的の違いにより、337条調査では、連邦裁判所と異なるITC特有の制度が存在する<sup>(2)</sup>。また、米国に輸入される物品の侵害有無を判断するITCの制定法解釈の根底には、国内産業の保護という関税法の法目的が反映されていると考えられる。

ITCが関税法337条に基づき調査対象とするのは、特許権等を「侵害する物品(Articles that infringe)」の輸入等である<sup>(3)</sup>。この場合、「侵害する」という文言に関して、ITCは、米国特許法(以下「特許法」という)を参照することが可能であり、直接侵害だけでなく、誘引侵害や寄与侵害に該当する行為も調査対象となる。一方、国内の侵害行為者を規制対象とする特許法とは異なり<sup>(4)</sup>、関税法337条は、侵害する「物品」という物の「輸入」を規制対象とする対物管轄であり、また連邦地裁と同様、輸入に至るまでの侵害被疑者による米国外の行為も考慮する必要がある。そのため、関税法の「侵害する」という文言は、特許法を参照しながらも、規制対象が特許法よりも広く、どの行為まで解釈で拡張できるかが問題となる。また、「侵害する物品」の「物品」という語に関しては、従来、物品とは有体物であり、関税法や337条調査の手続規則も、有体物を念頭に置いた規定であったと考えられる。こうした制定法の文言を解釈でどの程度まで拡張していくのか、議会による法改正に委ねるのか、そもそもITCが関与

(1) 校友、株式会社沖データ知的財産室、ニューヨーク州弁護士、日本国弁理士

(2) 例えば、国内産業要件がある。詳細は、拙稿「米国関税法337条における国内産業要件の現状とその考察」日本大学知財ジャーナル vol.4 63-74頁 2011年を参照されたい。

(3) 19 U.S.C. § 1337(a)(1)(B)。

(4) 例外として、米国特許法の271条(g)では、米国における方法特許により製造された物を、権限なく米国に輸入等した者に対して、責任を負わせることができる規定がある。

するべきか、といった議論が生じている。

こうした問題の背景にあるのは、近年の技術進歩により新たな技術が生まれ、国境を超える製品の取引形態が多様化しているためである。例えば、本や映画、ソフトウェアなどのコンテンツは、多くがデジタル化され、有体物に化体されることなく、国境を超えて取引可能となっており、年々、コンテンツ取引量も増大している<sup>(5)</sup>。また、3Dプリンタの登場により、今後は製品のデジタル情報を国外から購入し、国内で有体物を製造するといった取引形態も可能となると考えられる。こうした多様化された取引に知的財産権に関わる場合、ITCが国内産業の保護という目的から、制定法の範囲内でどの程度まで関与できるのかという課題に直面している。

本稿では、多様化するクロスボーダー取引において、337条の制定法の解釈が争われた二つの事件を紹介し、当該事件を取り巻く、ITC、連邦巡回区控訴裁判所(以下「CAFC」という)、産業界の議論を取り上げ、今後のITC337条調査の射程に関して考察を加えることを目的とする。

## II. ITC337条調査に関して

### 1. ITC337条調査の概要

ITCは、知的財産権を侵害する「物品」の輸入を排除する権限を有していることから、対物的な管轄を有しており、侵害可能性のある「物品の米国内への輸入」という事実に基づき管轄の有無を判断し、337条調査を行う権限を有する。

特許権侵害に基づき337条調査の申立を行う場合、特許権者は、①輸入の存在、②不正な行為又は競争の存在、③国内産業の存在の証明を必要とする<sup>(6)</sup>。輸

入の存在に関しては、製品の米国内への輸入、輸入のための販売、又は輸入後の米国内での販売の事実を証明する。不正な行為又は競争の存在の証明とは、特許権者が保有する有効な特許を侵害している事実を証明することである。国内産業に関しては、特許で保護される製品に関して、米国に産業が存在すること、又は成立する過程であることを証明する<sup>(7)</sup>。

337条調査の進行に関して、ITCは米国連邦民事訴訟法規則(FRCP)と類似した規則を採用しており、連邦裁判所での特許訴訟と類似した手続で、輸入した物品の知的財産権侵害の有無を調査する。当事者主体で訴訟が進行する連邦裁判所と異なり、ITCでは、行政法判事(Administrative Law Judge)や不公正輸入調査室(Office of Unfair Import Investigations)から派遣される調査弁護士が審理手続きに介入し、厳格な期限管理の下、迅速な審理が行われる<sup>(8)(9)</sup>。

337条違反が認められた場合、ITCは侵害物品の輸入を禁止すべく排除命令を発する。連邦地裁とは異なり、ITCでは差止請求を認めることに厳格な条件をつけたeBay判決<sup>(10)</sup>の適用はなく<sup>(11)</sup>、強力な救済が認められる<sup>(12)</sup>。一方、ITCが下した特許の抵触性や有効性の決定には既判力がなく、並行して審理が進む連邦裁判所が判断する内容に対して法的拘束力は及ばないとされる<sup>(13)</sup>。それでも、技術的知見を有する行政法判事や委員会における決定は、連邦裁判所においても、一定の影響力はあると考えられる。

このように、ITCは、迅速な調査の実施、強力な救済権限、対物管轄、技術的知見を有する行政法判事による審理という点で、申立人にメリットがあるフォーラムであるといえる。一方、連邦裁判所に比べて期限管理が非常に厳格であることから、関税法で定める国内産業要件などの規定や、調査規則を定める委

(5) United States International Trade Commission “Digital Trade in the U.S. and Global Economies, Part 2” (August 2014) P47-48.

(6) 従来は上記①～③の要件に加えて、損害の存在(Injury)の証明も必要とされていた。しかし、1988年包括通商法(The Omnibus Trade & Competitiveness Act of 1988)によって、登録特許、登録商標、登録著作権等に関する損害の存在を証明する要件が削除された。しかし、コモンローに基づく商標や営業秘密、虚偽広告等に基づく調査に関しては損害の存在の証明は必要である。

(7) 19 U.S.C. § 1337 (a) (2), (3).

(8) 19 C.F.R. § 210.2: 一般指針として、ITCの調査及び関連する手続は、可能な限り迅速に進めるよう定められている。

(9) 通常は15～18か月程度で調査を完了させる。最近では、パイロットプログラムにより100日で調査を完了させることもある。*Certain Products having Laminated Packaging*, Inv. No. 337-TA-874 (2013)を参照。

(10) *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.* 547 U.S. 388 (2006).

(11) *Spansion, Inc. v. International Trade Commission*, 629 F.3d 1331 (Fed. Cir. 2010).

(12) 包括排除命令は、被疑侵害者が337条調査の被申立人であるか否かを問わず、全ての侵害製品の輸入を禁止する強力な差止命令である。限定排除命令は337条調査の被申立人が輸入する侵害製品の輸入を禁止する命令であり、通常は限定排除命令が下される場合が多い。停止命令とは、名宛人に対して、輸入や、輸入後の侵害物品の販売や移転を禁止する命令である。

(13) *Tandon Corp. v. U.S.I.T.C.*, 831 F.2d 1017, 1018 (Fed. Cir. 1987) 「ITCの認定は、特定の事実の文脈において、米国特許法の解釈を拘束するとみなすことはできない。それ故、ITCの判断が、当裁判所において既判力及び争点効の効力を持たないことは明らかである」;  
*Texas Instruments v. Cypress Semiconductor Corp.*, 90 F.3d 1558 (Fed. Cir.1996) 「ITCの判断に排除効がないということがしばしば引用されるが、その理由は、ITCの主要な責任は貿易法を監視することであり、特許法ではないことを議会が意図しているからである」

員会規則、行政法判事の規則などを十分に理解して、ITC を活用することが必要である<sup>(14)</sup>。

## 2. 排除命令を認める根拠規定

ITC が、特許権侵害物品の輸入を禁止する権限の根拠は関税法 337 条であり、具体的には、有効かつ行使可能な「米国特許を侵害する物品」の、米国への輸入、輸入のための販売、輸入後の米国内での販売を「不公正な行為」とし、当該行為に対して排除命令等の救済命令が下される<sup>(15)</sup>。また、特許権の方法クレームに対しては、有効かつ行使可能なクレームでカバーされる方法の下、又は方法によって作成、製造、加工、又は鑄造される物品の輸入等も不公正な行為に該当する<sup>(16)</sup>。

「輸入」とは、「物(goods)を米国の管轄領域内に降ろす(unlade)意図をもって運び入れること」と解釈されている<sup>(17)</sup>。輸入の証明自体は難しくなく、侵害物品が米国で購入され、かつ、当該物品が外国で生産されたことを示すラベルなどの存在を証明すればよい<sup>(18)</sup>。また、輸入の文言自体が広く解釈されており、輸入される物品は、必ずしも商業的な販売がなされている必要はなく、非商業的な物品のサンプル提供のための輸入であっても、輸入の要件は満たされる<sup>(19)</sup>。

「輸入のための販売」とは、米国であれば特許権侵害となる物品の、国外での販売行為に対して管轄を有する強力な権限である。申立人は、被疑侵害者が、その後、侵害物品を米国内に輸入する意図があり、又は輸入されることを知ったうえで、侵害物品を国外で販売した事実を証明する必要がある<sup>(20)</sup>。実際に輸入の事実がなくとも、将来の輸入・販売のための契約があれば、

輸入の要件を満たすとされた事例もある<sup>(21)</sup>。この規定により、侵害物品を製造する国外の製造業者が、たとえ輸入行為に直接関与していなくても 337 条調査の対象として紛争に巻き込まれる可能性がある。

「輸入後の米国内での販売」では、輸入行為には直接関与していないが、国内での輸入後に侵害物品を販売する卸売業者や小売業者が規制の対象となる。救済手段としては、名宛人に対する行為を規制する停止命令が発せられ、卸売業者や小売業者が保有する侵害物品を差し押さえて、販売行為を禁止する。

ITC の過去の事例では、侵害を構成するソフトウェアの電子的送信による輸入に関しても、当該輸入を禁止する法的な権限があると判断している<sup>(22)</sup>。ソフトウェアの電子的送信に関しては、税関で規制することはできず、排除命令の対象に含めることはできないが、代わりに停止命令により、当該電子的な輸入行為を禁止することが可能であると述べている<sup>(23)</sup>。

さらに、関税法 337 条では、「有効かつ行使可能な米国特許」を侵害する物品をその規制対象とするが、関税法には「有効」及び「行使可能」に関する定義はない。また、関税法 337 条には米国商標権や著作権の侵害に関して、商標法や著作権法を参照する規定が設けられているが、特許権の侵害に関しては設けられていない<sup>(24)</sup>。しかし、これまでの判例では、侵害性や有効性の判断において、特許法を参照することは認められており<sup>(25)</sup>、関税法には根拠規定のない、誘引侵害や寄与侵害などの間接侵害に基づき救済措置を与えることが可能となっている。ITC が下した決定に対して当事者が CAFC に上訴した場合、CAFC は、ITC が適用した特許法参照の妥当性を判断している<sup>(26)</sup>。

(14) ITC の調査手続に関する詳細は、拙稿「ITC337条調査における特許実務上の主要論点とその対策の考察」日本大学知財ジャーナル vol.8 91-105 頁(2015 年 3 月)を参照されたい。

(15) 19 U.S.C. § § 1337 (a) (1) (B) (i) .

(16) 19 U.S.C. § § 1337 (a) (1) (B) (ii) .

(17) Tom M. Schaumberg, Editor “A Lawyer’s Guide to Section 337 Investigations before the U.S. International Trade Commission” at 41 (2009) ; Headquarters Ruling 115311 (May 10, 2001) .

(18) See at. Tom M. Schaumberg, note 16 at 43.

(19) *Certain Abrasive Products Made Using a Process for Powder Preforms, and Products Containing Same* Inv. No. 337-TA-449, Initial Determination (Pub. Version), at 61 (Feb. 8, 2002) .

(20) See at. Tom M. Schaumberg, note 16 at 42.

(21) *Certain Variable Speed Wind Turbines & Components Thereof*, Inv. No. 337-TA-376, Initial Determination (Pub. Version), at 17-19 (June 20, 1996): 単に販売の申し出だけでは不十分であり、輸入の意図を持った、製品の実際の販売契約が必要であると述べている。

(22) *Certain Hardware Logic Emulations Systems*. USITC Pub. 3089, Inv. No. 337-TA-383, Comm’n Op., at 20 (Mar. 1998) .

(23) See *id.* at 20-21.

(24) 19 U.S.C. § § 1337 (a) (1) (B) (i) 「第 17 法典の下、登録された有効かつ行使可能な著作権を侵害する…」; 19 U.S.C. § § 1337 (a) (1) (C) 「1946 年商標法の下、登録された有効かつ行使可能な商標を侵害する物品」と記載されているが、特許に関しては米国特許法の参照規定がない。

(25) *Suprema, Inc. v. Int’l Trade Comm’n* 742 F.3d 1350, 1353 (Fed. Cir. 2013) .

(26) 例えば、*Kinik Co. v. U.S Int’l Trade Comm’n*, 362 F.3d 1359, 1363 (Fed. Cir. 2004) では、米国特許法 271 条 (g) の例外規定である、後の加工により、実質的に変更を加えられた場合に特許方法により製造された物とは認められないものとするという規定は、ITC では適用されないと判断し、*Amgen v. U.S. Int’l Trade Comm’n*, 565 F.3d 846 (Fed. Cir. 2009) では、CAFC は米国特許法 271 条 (e) を ITC で適用することは妥当でないと判断した。



このように、知的財産権紛争に関する 337 条調査において、ITC では関税法に基づき特許権等の侵害の有無を判断するが、ITC は制定法を広く、柔軟に解釈し、権利者側に有利に判断する傾向がある。その理由は、当事者の紛争解決を目的とする連邦裁判所とは異なり、ITC は、国内産業保護を目的とし、産業に損害を与える不公正な行為に対しては、広範に規制すべきと考えているからである。こうした ITC の解釈に対して、CAFC が制定法の文言、法目的、立法の歴史等に鑑みて、妥当性を判断することが近年の構図である。

### Ⅲ. 事例紹介

#### 1. Suprema 事件<sup>(27)</sup>

##### (1) 事案の概要

申立人である Cross Match はセキュリティ装置を開発する米国企業である。Cross Match は指紋を画像化し、加工する方法クレームを含む指紋認証に関する特許を有している(以下、「係争特許」という)。被申立人である Suprema は、指紋認証スキャナのハードウェアを開発する韓国企業である。Suprema は、指紋認証スキャナを自社で開発・製造し、当該スキャナの機能を果たすためのソフトウェア開発キット(以下、「SDK」という)は他社から購入し、当該スキャナと SDK を別々に米国に輸入し、米国企業である Mentalix へ販売している。Mentalix は、Suprema からスキャナと SDK を購入し、Suprema 製スキャナの機能を実現するために SDK のカスタマイズを行い、ソフトウェアを作成する。その後、Mentalix は、米国内で当該スキャナとソフトウェアをセットで販売している。

申立人である Cross Match は、Mentalix がスキャナとソフトウェアを組み合わせて使用する行為が直接

侵害に該当し、スキャナとソフトウェア開発キットを輸入する Suprema は、特許法 281 条(b)に基づく誘引侵害を行っていると主張した<sup>(28)</sup>。ITC の委員会は、関税法 337 条(a)(1)(B)(i)に基づき、Suprema の被疑侵害物品に対して調査を開始した<sup>(29)</sup>。本件の争点は、337 条が定める「侵害する物品(“articles that infringe”)」の文言において、誘引侵害の成立に必要な直接侵害は、輸入時に存在することが必要か否かである。

ITC の行政法判事は、Suprema のスキャナ製品と SDK が米国内で共に用いられることで、Cross Match の係争特許を直接侵害するとの仮決定を下した<sup>(30)</sup>。そして、指紋認証装置及び関連するソフトウェアの「輸入後」に、米国内で 337 条違反があったと認定し、Suprema の侵害物品の米国内への輸入を禁止する限定排除命令、及び Mentalix が米国内で侵害物品を配布することを阻止する停止命令を下した。

委員会による再審査では、Mentalix による直接侵害を認定し、当該直接侵害の存在に基づき、Suprema による誘引侵害を認定した<sup>(31)</sup>。Suprema 及び Mentalix は CAFC に上訴した。

3 人の判事からなる CAFC の小法廷(以下、「小法廷」という)は、Mentalix の直接侵害、及び Suprema による誘引侵害の存在に関して、委員会が下した決定を破棄した<sup>(32)</sup>。CAFC は、「侵害する物品」とは一時的な要件であり、侵害の有無は「輸入時」に判断されなければならないと、輸入時において、輸入行為が侵害を構成していない状況では、委員会は誘引侵害に基づき排除命令を発行する権限を有さない、と述べた<sup>(33)</sup>。こうした背景において、Cross Match 及び委員会が、大法廷審理(en banc)を求め、CAFC が大法廷による再審理を認めたのが本件である。

(27) *Suprema, Inc. v. Int'l Trade Comm'n* Fed. Cir. 796 F.3d 1338 (Fed. Cir. 2015) (en banc, 6-4 decision).

(28) Cross Match が保有する係争特許の方法クレームは以下の通りである。なお、訳及びクレーム上の英字は筆者が追加した。  
米国特許第 7203344 号クレーム 19:

指紋画像を画像化し加工する方法であって、前記方法は以下を含む:

- (a) 1 又はそれ以上の指をスキャンする;
- (b) 対応する指紋画像を表すデータを画像化する;
- (c) 前記指紋画像を選別する;
- (d) 選別された指紋画像を 2 値化する;
- (e) 前記 2 値化された指紋画像の黒画素(ピクセル)の集約に基づき、指紋領域を検知する;
- (f) 前記 2 値化された指紋画像の楕円のような形状に集約される黒画素の配列に基づき指紋の形状を検知する;そして
- (g) 前記検知された領域および形状が受容できる質であるかを判定する。

(29) *Certain Biometric Scanning Devices, Components Thereof, Associated Software, and Products Containing the Same*, Inv. No. 337-TA-720, Notice of Investigation at 1 (May 2010).

(30) *Certain Biometric Scanning Devices*, Inv. No. 337-TA-720, Initial Determination at 1 (June 2011).

(31) *Certain Biometric Scanning Devices*, Inv. No. 337-TA-720, Final Determination at 1 (Oct 2011).

(32) *Suprema, Inc. v. Int'l Trade Comm'n* 742 F.3d 1350, 1353 (Fed. Cir. 2013).

(33) *Suprema, Inc.* 742 F.3d at 1360. (Fed. Cir. 2013).

## (2) CAFC 大法廷判決

CAFC の大法廷審理では、小法廷の判決を破棄し、「侵害する物品」とは、売主の誘引行為の結果、輸入業者が、輸入後の直接侵害のために使用する物品を含むと判断した。

はじめに、大法廷は自らの審理基準(standard of review)に関して、大法廷がどのような場合に、委員会による 337 条の解釈を尊重できるか(deference)を検討した。大法廷は、1984 年の Chevron 事件を引用し、① ITC の制定法の解釈と抵触する、議会による明確な声明があるか、② ITC の解釈は、337 条の制定法上の文言、政策、及び立法の歴史に合致しているか、又は合理的であるか、という 2 つのステップを満たしている場合に、委員会による 337 条の解釈を尊重するべきであると述べた<sup>(34)</sup>。

第 1 ステップに関して、大法廷は最初に、337 条で定める「侵害する物品」の語が不明瞭であるかどうかを判断した。337 条における「侵害」の文言は、特許法 271 条を参照しており、それらは直接侵害、間接侵害、及び方法クレームに基づく直接侵害を誘引する輸入による侵害も含む。しかし、337 条は特許法 271 条とは異なり、単に「侵害」と定めるだけでなく、「侵害する物品」と定めている。大法廷は、このような用語の差異は、輸入後の侵害の誘引を排除する規定であると狭めて解釈することはできず、むしろ、文言上の不明瞭さを生じさせていると判断した。大法廷は、ITC の解釈と抵触する議会の明確な声明を見つけることはできないと判断し、議会が不明瞭な文言に対して何らの解決策を示していない以上、当該不明瞭性は関税法を執行する機関である ITC が解決するべきと述べた<sup>(35)</sup>。

第 2 ステップに関して、大法廷は、ITC の解釈が 337 条の制定法上の文言、政策及び議会の歴史に合致すると判断した。337 条の制定法上の文言に関して、大法廷は、特許法の誘引侵害の性質について述べた。すなわち、誘引侵害は、故意要件などの他の要件を満たしている場合、製品を供給することによって成立する。誘引侵害の責任は直接侵害の成立によって認められるが、時系列的には、直接侵害は誘引の結果として生じる。大法廷は、ITC が、誘引侵害の成立に必要な直接侵害は、輸入と同時に生じない又は生じえない

という状況を認識しており、この点に鑑みれば、ITC の制定法上の解釈は合理的であると判断した<sup>(36)</sup>。

政策、及び立法の歴史に関して、大法廷は、ITC がその設立当初から、不公正な行為を広い範囲で規制するために設立されたと強調し、「不公正な方法による競争、及び物品の輸入における不公正な行為」という語は、広範かつ包括的であり、そうした行為類型のテクニカルな解釈に限定されるべきではないと述べ、合議体の判断に反対した。その理由として、合議体が採用したテクニカルな解釈は、委員会が米国特許の侵害を含む、不公正な貿易行為を規制するための全体的な能力を弱めるものであること、実務的には、直接侵害が証明される前に、輸入後の一部分の組み合わせや変更を必要とする形で物品を輸入することで、関税法 337 条を回避する機会を外国企業に与えることになる点を挙げている<sup>(37)</sup>。以上の点から、大法廷は ITC の制定法の解釈が妥当であると判断した。

オーマイリー判事は反対意見として、制定法には不明確性は存在せず、議会の歴史及び委員会の歴史的な実務は、小法廷の判断をサポートすると述べた。また、制定法の文言に関して、「議会は、337 条に基づき、輸入後に直接侵害が生じていない方法クレームの誘引侵害の責任は除外されることを明確に選択している」と主張した。さらに、「物品」という語は物理的対象として定義されており、輸入されるのは対象物であり、方法ではないと述べ、多数派が実際に制定法の何が不明確であったのかを特定していないことを批判した。最後に、議会が委員会に対して、輸入者の意図に基づき輸入を規制する権限を認めているならば、実際にそう規定しているはずであり、そのような規定がない以上、輸入者の意図を排除命令の根拠にすることは不適切であると述べた<sup>(38)</sup>。

## (3) 解説

### ① 本事件の意義

本判決によって、337 条で定める「侵害する物品」とは、輸入業者による誘引の結果、「輸入後」に直接侵害するために国内の販売業者によって使用される物品も対象に含まれることが明らかとなった。すなわち、米国における直接侵害を誘引する国外の行為であっても米国特許権の侵害を構成することになる。大法廷が述

(34) *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

(35) *Suprema, Inc.* 796 F.3d at 1345-1347 (Fed. Cir. 2015).

(36) *Id.* at 1349-50.

(37) *Id.* at 1350-52.

(38) *Id. Dissent* at 1355.

べているように、小法廷が下した、侵害する物品とは「輸入時」であるという解釈では、完成品の部品等を意図的に分離して、米国内に輸入後に組み込む形で輸入することで、方法クレームの侵害においては、ITCの管轄を回避することが可能となってしまうため、制定法の解釈によって、そのような抜け道を塞いだという点に意義がある。実務的には、本件のように、輸入業者が実際に侵害製品を製造する業者であることが多く、こうした大元の製造業者も、誘引侵害を根拠として337条調査の対象となると判断した点は、特許権者にとって意義が大きいと考える。

## ② 本判決の評価

本判決は12人の判事による大法廷判決であったが、2名の判事が棄権したため、10人で判断が下され、6対4の判決であった。本判決でCAFCが判断したことは、337条で定める「侵害する物品」という語のITCによる解釈をどの程度まで広げることが妥当であるかである。CAFCの大法廷では、Chevron事件を引用し、議会による声明の有無や、制定法の文言、立法上の歴史等を考慮したうえでITCの解釈の妥当性を検討した。「侵害する」という文言は、ITCが参照する特許法にも定義がなく、これまで裁判所は、条文で規定される侵害態様に加え、判例によっても多様な侵害行為を認めてきた<sup>(39)</sup>。それは、「侵害する」という文言を広くとらえ、多様な侵害行為に対しても特許権者に救済手段を与えることを目的としていると思われる。そのため、侵害するという語には、解釈の幅がある反面、不明瞭となる可能性が高いのは当然である。大法廷が、輸入後の直接侵害の成立によっても、国外での誘引侵害を認めると判断したのは、関税法及び特許法の法的な枠組みの中で考慮すれば、妥当な結論であったと考える。

## 2. ClearCorrect 事件<sup>(40)</sup>

### (1) 事案の概要

申立人である Align Technology (“Align”) は、

“invisalign”という名称で歯科矯正器具を製造販売する米国企業であり、歯科機器を製造する方法に関する複数の特許を保有している。被申立人である ClearCorrect Operating, LLC (“ClearCorrect US”) は、歯科矯正器具を製造販売する米国企業であり、パキスタンに子会社を有する (“ClearCorrect Pakistan”, 以下、総称して“ClearCorrect”) という。

ClearCorrect は以下の態様で、歯科矯正器具を製造・販売している。はじめに、ClearCorrect US が、患者の歯の物理モデルをスキャンし、患者の第1の歯の配列のデジタル生成物を作り、ClearCorrect Pakistan に電子的に送信する。ClearCorrect Pakistan は、最終的な歯の位置を確定するために各歯の位置を操作し、中間的な歯の位置のデジタルデータモデルを作成する。ClearCorrect Pakistan は、これらのデジタルデータモデルを電子的に ClearCorrect US に送信する。ClearCorrect US は、送られてきたデジタルデータモデルを物理モデルに3Dプリントする。最後に、前記物理モデルを用いて、歯科矯正器具が熱可塑性の型で製造される。ここで注目する点は、実際にパキスタンから米国内に輸入された物品は、物理的な歯科矯正器具ではなく、歯科矯正器具を米国内で3Dプリントするためのデジタルデータであることである。

Align は ClearCorrect を相手取り、7件の特許に基づき特許権侵害の申立をITCに提起し<sup>(41)</sup>、ITCは調査を開始した<sup>(42)</sup>。本件の争点は多岐に渡るが、主な点は関税法337条1337(a)(1)(B)で定める「侵害する物品」には、電子送信した無体物が含まれるか否かである。

申立人である Align は、関税法337条の「物品」の解釈に関し、議会は、委員会が海外からの侵害及び他の不正な貿易慣行から国内産業を保護するという高い目的の達成を可能とするため、「物品」という広い語を選択したと主張し、さらに、ソフトウェアが「物品」ではないから、救済命令は無体物であるエネルギーには及ばないという議論を否定した過去の事件を用いて、

(39) 例えば、*Akamai Technologies, Inc. v. Limelight Networks, Inc.* (Fed. Cir. 2015) (en banc)では、特許権の方法クレームに関して、複数の当事者によっても直接侵害が成立することを示している。

(40) *ClearCorrect Operating, LLC v. International Trade Commission*, Slip Op. 2014-1527 (Fed. Cir., Nov. 10, 2015).

(41) Align が保有する係争特許クレームの一つは以下の通りである。なお、訳及びクレーム上の英字は筆者が追加した。米国特許第6217325号クレーム21:

歯科機器を組立てる方法であって、前記方法は以下を含む:

(a) 患者のための修正された歯の配列を表すデジタルデータセットを提供する;

(b) 修正された歯の配列の陽型模型を製造するため、前記デジタルデータセットに基づき、組立機を制御する;そして

(c) 前記陽型模型の陰型として、歯科機器を製造する。

(42) *In Making Incremental Dental Positioning Adjustment Appliances, The Appliances Made Therefrom, and Methods Of Making The Same*, Inv. No. 337-TA-833, Notice of Investigation at 1 (March 2012).

物品には無体物が含まれると主張した<sup>(43)</sup>。被申立人の ClearCorrect は、「情報の製造は『製造方法』の範囲外である」と判断し、無体情報が「製造された」という議論を否定した Bayer 事件を用いて、物品には無体物は含まれないと主張した<sup>(44)</sup>。不公正輸入調査室から派遣された調査弁護士は、ITC による制定法解釈の歴史を見ると、ITC は、過去の様々な場面において、電子的に送信されたデータに対しても救済命令を下しているという理由から、申立人の主張に賛同する立場をとった。

仮決定では、デジタルデータの輸入は物理的な物品の輸入と同等であると判断し、ClearCorrect による侵害を認め、ClearCorrect の活動に対する停止命令を下した<sup>(45)</sup>。委員会は、デジタルデータは 337 条の意味における「物品」の範囲内であること、及び当該態様でデジタルデータを米国に送信することは、337 条に基づき、侵害物品の米国への輸入を構成するという行政法判事の判断に賛同した<sup>(46)</sup>。

## (2) CAFC 小法廷判決

CAFC は、ITC の決定を覆し、データの電子送信のみが対象となる状況において、関税法 337 条に基づき、ITC が不公正な行為又は不公正な競争を調査する権限はないと述べ、「物品」には、デジタルデータの電子的送信は含まないと判断した<sup>(47)</sup>。

CAFC は、ITC の「物品」の解釈が尊重されるかを判断するため、Suprema 事件で用いられた Chevron の 2 ステップテストを採用した。第 1 ステップに関して、多数意見は、制定法の文脈を考慮し、法的枠組みに鑑みた結果、「物品」という語は 337 条の文脈において不明確ではなく、物品に無体物が含まれないのは明らかであると判断した。当該結論を根拠づける理由として、関税法が制定された当時、議会において物品に無体物が含まれるといった議論がなされていなかったこと、当時の辞書に記載される「物品」は、「有体物」であると定義づけられていたことが挙げられる。また、

CAFC は、物品に無体物が含まれると解釈すると、337 条のその他の文言に齟齬が生じると述べた。具体的には、ITC が、関税法が定める規定に違反した物品を差押え、没収する権限を認める規定は、当然有体物の物品を想定していると述べた<sup>(48)</sup>。さらに、具体的な運用として、物品に無体物を含むと解釈しても、税関で電子的送信を止めることが困難である点、電子的送信の排除のために停止命令を追加することは、排除命令よりも効力の低い代替手段である救済ではなく、排除権限の拡大に繋がってしまうことへの懸念を述べた。以上の理由から、CAFC は、議会の意図は、ITC の管轄は有体物のみに限られると判断し、無体物の電子送信は物品の定義に含まれるべきという ITC の解釈は尊重の対象にならないと判断した<sup>(49)</sup>。第 2 ステップに関しても、ITC の解釈は不合理であると判断した<sup>(50)</sup>。

オーマイリー判事の賛成意見では、Chevron テストは、制定法の不明瞭性が、議会から制定法を行使する機関(本件の場合、ITC)に対し、当該制定法の不明瞭性を埋めるための黙示の委任を構成する場合に適用されるものであり、議会が機関に対して黙示の委任を示すものが何もない場合にまで、Chevron テストを用いる必要はないと述べている。すなわち、議会が、インターネットを通じた電子的送信の制限を ITC に委任する、又は委任するべきであることを示す意図はどこにもないため、物品に無体物が含まれるという解釈が誤りであるとする多数派の意見に賛成した<sup>(51)</sup>。

これに対し、ニューマン判事は小法廷の意見に強く反対した。ニューマン判事の反対意見では、物品とは電子データを含む「商業上の物品」を意味するべきであると主張している。その理由として、電子データがディスク等の有体メディアに化体されていれば保護対象となるのに、全く同じ電子データが有線・無線データの場合に保護対象とならないことの合理的理由がない点、ITC による物品の解釈は長い間 CAFC にも認

(43) 過去の ITC の事例である *Certain Hardware Logic Emulation Systems* (“*Hardware Logic*”), Inv. No. 337-TA-383 (1998) では、有体物である侵害物品の輸入に加え、付随して生じる侵害を構成する電子的送信に対しても規制をする権限があると判断している。しかし、337 条の制定法上の文言として、物品に電子的送信が含まれるという判断はなされていない。一方、本件と別事件である *Certain Incremental Dental Positioning Adjustment Appliances and Methods of Producing Same*, Inv. No. 337-TA-562 (2006) において、ITC の委員会は、送信されるデジタルデータセットは、337 条に記載される「物品」であるとして、ITC が管轄を有すると述べている。

(44) *Bayer AG v. Housey Pharm., Inc.*, 340 F.3d 1367, 1375 (Fed. Cir. 2003).

(45) *In Making Incremental Dental Positioning Adjustment Appliances*, Inv. No. 337-TA-833, Initial Determination at 811-14 (May 2013).

(46) *In Making Incremental Dental Positioning Adjustment Appliances*, Inv. No. 337-TA-833, Final Determination at 10-11 (June 2014).

(47) *ClearCorrect Operating, LLC*, Slip Op. 2014-1527, at 4 (Fed. Cir., Nov. 10, 2015).

(48) *Id.* at 21-22; 19 U.S.C. § § 1337 (i).

(49) *Id.* at 30-31.

(50) *Id.* at 31-35.

(51) *Id.* Concurring at 1-5.

識されている点を述べている。また、電子データの送信に対する排除命令の執行が困難であるという理由だけでは、ITCが当該取引に対して管轄がないという理由にはならないと述べた。さらに、アメリカ合衆国税関・国境警備局や国際通商裁判所、労働省では、データが電子的に送信されたものであるか、有体のメディアであるかに関わらず、データの国境を越えた送信は物品の輸入として判断している点を主張した<sup>(52)</sup>。

### (3) 解説

#### ① 本事件の意義

本事件は「侵害する物品」に無体物が含まれるかどうか争点であり、産業界も当該判決の動向に注目しており、本判決が下される前から、多数の業界から各利害関係者の意見を表明するアミカスブリーフ(法廷の友)が提出されていた。物品に無体物が含まれることに賛成を示す立場として、アメリカ出版協会やアメリカ映画協会が挙げられる<sup>(53)</sup>。これらの協会は、ソフトウェア、本、映画、音楽、ゲームなどのコンテンツが有体物からデジタルデータに移行し、電子的手段で読取可能な形で消費者に送信される現代の状況を説明している。こうしたデジタルコンテンツの経済的規模は毎年拡大し、デジタルデータに対する救済の必要性は、物理的な媒体への救済よりも必要性が増していることから、ITCによる337条調査の救済が必要であると主張している。一方、反対派には、GoogleやApple、Facebookなどが挙げられる<sup>(54)</sup>。反対派の意見は、法律及び政策問題として、米国に輸入される侵害物品が無体物の電子的送信である場合、ITCは当該特許訴訟の適切なフォーラムではなく、現行の制定法では、無体物に対して管轄を有し、救済を与えるのは無理があるという点、そして、ITCによる電子的送信の規制の有無は、議会が決めるべきであるという点を主張している。本事件が注目を集めた理由は、仮に337条の「侵害する物品」に無体物が含まれる場合、上記のようなデジタルコンテンツの流通に対してもITCが管轄を有することになり、特許法だけでなく、著作権法や商標法に基づく権利行使に対するフォーラムとしてITCの活用可能性が高まると考えられたからである。本事件では、無体物の電子送信に関して

ITCが管轄を有しないと判断したため、現状はデジタルコンテンツの保護に対して、ITCが関与できる事例は限られることになる。

#### ② 本判決の評価

本事件は、3人の判事で構成されるCAFCの小法廷による判決であり、多数派の意見は、Suprema事件で反対意見を示しているオーマイリー判事とプロスト判事である。本事件は大法廷審理の申立がなされる可能性が高く、大法廷審理に進めば判断が変更される可能性はある。

本事件の結論を導いた多数派の意見に関しては、一部疑問がある。特に、「物品」の解釈に関して、関税法制定当時の議会の議論の有無や、辞書の定義などを本結論の理由付けの一つとしている。しかし、関税法が制定された1920年代に、無体物が国境を越えて流通する環境が想定できていたとは言い難い点や、委員会による決定の段階では、1920年代の辞書であっても、「物品」が、無体物も含みうる商業上の物品と定義する辞書も存在していたため、上記理由だけでは結論を導くのに不十分であったと思われる。そのため、多数派意見では、無体物の電子送信を認めた場合に、税関で当該無体物を差し止めることが困難である点など、実際の実務にかかる問題点も考慮に入れて、結論を導き出している。

本事件では「物品」の解釈が争われ、前述のSuprema事件では「侵害する」の解釈が争われた。「物品」の解釈は、「侵害する」という文言に比べて解釈の幅が少ない分、不明確であると判断されにくい。そのため、CAFCは、ITCが、解釈の幅の少ない明確な「物品」という語を誤って解釈したため、妥当ではないと結論付けている。確かに、「物品」という語に関しては、他の条文のサポートなしに無体物を含むと解釈することは無理があると思われる。そのため、ITCの制定法解釈の妥当性を判断するCAFCの立場としては、現行の条文の文言から、当該結論を下したのは妥当ではないかと考える。

一方、近年のデジタルコンテンツの流通拡大や、新たな技術の登場によって生じる取引形態に鑑みれば、取引される物が無体物であったとしても、米国産業を

(52) *Id. Dissent at 1-17.*

(53) *See Brief of the Motion Picture Association of America and Recording Industry Association of America as Amici Curiae in Support of U.S. International Trade Commission, ClearCorrect Operating, LLC v. Int'l Trade Comm'n No. 2014-1527 (Feb. 25, 2015); Brief of the Association of American Publishers as Amici Curiae in Support of U.S. International Trade Commission, ClearCorrect Operating, LLC v. Int'l Trade Comm'n No. 2014-1527 (Feb. 25, 2015).*

(54) *See Brief of the Internet Association as Amicus Curiae in Support of Appellants and Urging Reversal, ClearCorrect Operating, LLC v. Int'l Trade Comm'n No. 2014-1527 (Oct. 16, 2014).*

損害しうる不公正な行為に対しては、ITC が管轄を有し、規制する必要性は生じてくると思われる。そのためには、現行の制定法では無理があるため、議会による改正が必要ではないかと考える。

## IV. 考察

### 1. 問題の所在

本稿で取り上げた2つの判例では、関税法 337 条における文言の解釈が争点となっており、多様化するクロスボーダー取引において、現行の制定法の文言では対処できない物品の取引が生じていることが問題の背景にある。こうした事象に対して、ITC は、制定法の解釈による対応を試みており、CAFC がその妥当性を判断する形となっている。国内産業保護を目的とする関税法により設立された行政機関である ITC は、自国産業に損害を与える不公正な取引を防止することがその目的となるため、制定法の適用は、「広範かつ包括的」となりやすい。それに対して、CAFC は、Chevron テストを用いて、立法の歴史や議会での議論をもとに、解釈の妥当性を審査する。故に、CAFC による審査の判断材料となる立法の歴史や議会での議論を知ることが必要となる。

### 2. 関税法 337 条の歴史

ITC の設立根拠法である関税法は、過去に6回の主要な改正がなされ、知的財産権に関する取り扱いも時代の変遷に対応するように変更されてきた。1922年の関税法は、その目的を「収益を供給し、外国との通商を規制し、米国の産業を促進すること」と定めていた。当時の関税法の文言は、知的財産権という語は用いられておらず、「産業を破壊し、又は実質的に損害を与える…物品(Articles)の米国への輸入における不公正な競争方法及び不公正な行為は…違法である」と規定されていた。「物品」の語に関して、立法時の上院のレポートによれば、「物(goods)の輸入において、不公正な競争方法を除外する目的で、特定の物の輸入を禁止する<sup>(55)</sup>」、「物の輸入における不公正な競争方

法に関する規定は、不公正な慣行の全ての類型及び形式を除外するのに十分なほどに広範である」と記載されている<sup>(56)</sup>。1922年の制定当時は、知的財産権の侵害を伴う物品というよりも、国内の価格競争を低下させるダンピングなどの規制を想定し、物品は有体物を想定していたと考えられる。

複数の改正後、1988年の改正によって、国内及び国外において、米国の知的財産権の保護を強化するため、特許などの知的財産権に関する規定が制定法に加えられた。この改正では、現在の関税法にも用いられている「侵害する物品(Articles that infringe)」などの文言が明記されている。1987年の上院のレポートによると、本改正の根本的な目的は、米国の知的財産権を侵害する物品の輸入という、米国企業が直面している問題を表明することで、337条の効力を強化することであり、337条はその文言からも明らかのように、その他の貿易法では対処できない、広い範囲の不公正な行為をカバーすることが目的であると記載されている<sup>(57)</sup>。さらに、制定法の権利を損なう、侵害を伴ういかなる商品(merchandise)の輸入は、知的財産権の価値を弱め、間接的に公益を阻害する結果となると述べており、知的財産権の保護強化の必要性が述べられている<sup>(58)</sup>。

本稿で取り上げた2件の事件で争点となった「侵害する」と「物品」の解釈に関して、「侵害する」に関しては、立法における議論では、その解釈を限定するような議論はなされていなかった。一方、「物品」に関しては、議会での議論において「物(goods)」や「商品(merchandise)」という用語が用いられており、これらの用語が有体物を意味すると辞書で定義されていたことから<sup>(59)</sup>、立法当時の議論としては、「物品」は有体物を想定していたのではないと思われる。しかしながら、「物品」に無体物を含まないとする明確な根拠がない以上、制定法の解釈は立法の意図・目的を考慮してなされるべきと考える。一部の例外を除き、これまでの関税法の改正は、米国産業の保護という観点から、知的財産権の保護強化を含む、米国産業に損害を与える不公正な行為に対する規制を強化することが、議会

(55) S. REP. No.67-595, at 3.

(56) *Id.*

(57) S.REP. No. 100-71, at 127-28 (1987). 本改正では、その他の不公正な行為の証明に必要な要件を知的財産権にも課すことが妥当でないことから、知的財産権に関する特別なルールが設けられた。

(58) *Id.*, at 128-29.

(59) BLACK'S LAW DICTIONARY 1008 (8th ed. 2004) によると、「商品(merchandise)」とは、商人が通常売買する全ての物(goods)であり、「物(goods)」とは、通常、一定の有体物に限定される」と定義づけられている。

による立法の意図であり<sup>(60)</sup>、こうした議会の歴史に鑑みれば、ITCによる広範な解釈には一定の妥当性があると考えられる。

以上のことから、ITC337条調査における制定法の解釈問題に関しては、ITCの柔軟な解釈の妥当性を判断するCAFCの判断が、立法の歴史や議会の議論を考慮するChevronテストに基づいてなされる以上、近年の様々な決定に見られる、ITCの権限拡大傾向に対して、CAFCで歯止めをかけることが難しいのではないかと考える。故に、技術発展に伴い生じる新たな事象において、現行の制定法で対処できない問題は、法改正を含めた議論が必要と考える。

### 3. 今後の課題

技術的發展に伴い、今後は物品に無体物も含めるかという議論を含む関税法改正の議論が進められると想定される。特に、物品に無体物が含まれるという改正がなされる場合、将来的に議論すべき以下の課題が挙げられる。

#### (1) 執行の実効性の問題

ClearCorrect事件の多数派意見にもあるように、ITCが無体物に対しても管轄を有することになった場合、国外から国内のサーバーへと送信される知的財産権を侵害する無体物に対して、ITCがどのような救済措置を執行できるのかが問題となる。

過去の事例では、特許権侵害を伴うソフトウェアの電子的送信に対しては、税関での対応を必要とする排除命令ではなく、ITCの委員会の権限により、名宛人に対して、輸入行為又は輸入後の物品の販売等を停止させる停止命令を発行することで対応している<sup>(61)</sup>。停止命令は、排除命令に追加して、又は排除命令に代わって発行することが可能であり<sup>(62)</sup>、国外の業者も対象となる。違法な行為を行う者を対象とする停止命令は、対物管轄である排除命令とは異なり、人的管轄を必要とする<sup>(63)</sup>。停止命令の実効性を確保する規定として、民事制裁金が定められており、停止命令に違反して侵害物を輸入し、販売、配布した者は、一日につき10万ドルまたは輸入品目額2倍のいずれか大き

い方の罰金が課せられる<sup>(64)</sup>。このように、現行の関税法の規定であっても、無体物を送信する国外の事業者に対して、停止命令を発行することが可能であるが、実効性の観点から問題がある。第一に、税関で侵害物品の輸入を防止する排除命令とは異なり、無体物の国内への流通に関しては停止命令を発行するだけで、実際に流通の阻止手段を執行できない点である。第二に、停止命令違反による罰金規定に関して、国外の事業者に対しては実効性が乏しい点である。こうした実効性の観点では、今後議論を重ねて対応策を構築する必要がある。

#### (2) ITCの申立件数の増加に対する課題

ITCによる337条調査は、国内産業の保護という観点から真に保護すべき対象を明確にするという法目的により、連邦地裁に比べて、訴訟を提起するための要件が厳しく設定されている<sup>(65)</sup>。しかしながら、今後、輸入される物品に無体物が含まれるとなると、特許権だけでなく商標権や著作権法違反などに基づく337条調査の申立や、NPEなどによる申立の増加が懸念される。そこで、改正により懸念される濫用的な申立件数の増加を阻止し、真に保護すべく対象を確保するための制度変更の検討が必要となる。

一つの対策として、337条調査の開始要件を厳格化することが挙げられる。現状の調査開始要件は、委員会が委員会規則に基づき、申立人の訴状の記載に対して方式審査を行うのみであって、調査開始前の段階で申立が却下されるケースは少ない。そのため、調査開始要件を厳格化し、調査対象を選定することが必要と考える。調査開始要件として参考となるのは、米国特許法改正で導入された当事者系レビュー(inter partes review)である。当事者系レビューでは、審理開始要件として、対象となるクレームの少なくとも1つに関し、特許が無効である合理的可能性(reasonable likelihood)の証明を申立人に課している。これと同じように、337条調査においても、調査開始要件として、申立人が、訴状に相手方の不公正な行為(特許権侵害等)が存在することや、係争特許に関して国内産業要件が存在することの合理的可能性を示すよう求め、委

(60) Sapna Kumar “REGULATING DIGITAL TRADE” FLORIDA LAW REVIEW Vol.67 (2015) では、関税法に知的財産権の規定が設けられたのは1988年であり、その後の1994年改正では、被申立人が並行する連邦地裁での訴訟を停止することを認めていることから、改正が常に知的財産権の強化とはなっていないことを述べている。

(61) *Hardware Logic*, *supra* note 21, at 11.

(62) 19 U.S.C. § 1337(f) (1).

(63) *Certain Curable Fluoroelastomer Compositions*, Inv. No. 337-TA-364, Comm'n Op. at 3 (May 1995); *Digital Models*, Inv. No. 337-TA-833, Comm'n Op. at 153.

(64) 19 U.S.C. § 1337(f) (2).

(65) 具体的には、訴状の記載要件や調査手続が厳格であること、国内産業要件があること、損害賠償制度がないことなどが挙げられる。

員会が当該要件の有無を判断する<sup>(66)</sup>。このような要件を設けることで、入口段階で保護に値しない対象に基づく濫用的な申立を抑止することが可能と考える<sup>(67)</sup>。

### (3) その他の課題

その他の課題として、GATT や TRIPS 協定などの条約の枠組みから ITC 制度の変更に対して、その妥当性を検討する必要がある<sup>(68)</sup>。特に、GATT が定める輸入産品と国内産品との差別的禁止に関する規定<sup>(69)</sup>や、TRIPS 協定の内国民待遇<sup>(70)</sup>の規定に照らして、ITC の管轄範囲の拡大により、国内企業と海外企業との間に差別的な取扱いが生じないかという点、物品に無体物も含むとして扱う場合、条約の枠組みから不具合が生じないかという点などは、今後の検討課題としたい。

## 5. おわりに

これまで、多様化されたクロスボーダー取引の現状と、関連する二つの判例を紹介し、関税法 337 条に基づく制定法の解釈の問題点、及び今後の課題を検討してきた。制定法の解釈問題に関しては、立法の歴史が米国の産業保護という目的で成り立っていることから、CAFC の審査によって ITC の制定法解釈に歯止めをかけることは難しいと考える。なぜなら、議会において、制定法の柔軟な解釈を否定する根拠がほとんどないからである。そのため、技術発展に伴い生じる新たな事象において、現行の制定法で対処できない問題は、法改正を含めた議論をするべきと考える。また、不公正な取引から米国産業を保護することを目的とする ITC の権限に関して、GATT や TRIPS という条約の枠組みからも検討する必要がある。今後の判例や議会の議論に注目し、ITC の動向を検討していきたい。

(66) 委員会が調査開始要件を判断することに関して、337 条調査では、連邦地裁の予備的差止命令に相当する規定が設けられており、申立人は、訴状の提出段階で、予備的差止命令を求める理由(①申立人が本案で成功する合理的な可能性、②予備的差止命令が認められないことによる国内産業に与える損害、③被申立人に与える影響、④公益)を記載する。現状、委員会は、上記の理由を判断して予備的差止命令を認める権限を有する。そのため実務上、申立人による調査開始要件の判断に関しても委員会が判断することが可能であると考えられる。

(67) 法改正により、調査開始要件を厳格にするという議論は議会でもなされている。例えば、H.R.4763, 113<sup>rd</sup> Cong (2013-2014) “The Trade Protection Not Troll Protection Act”では、訴状の記載に関して、国内産業要件の証明を厳格化すること、調査開始前に 45 日間の委員会による事前調査制度を設けて、調査開始の有無を判断すること、などが議論されている。

(68) 経済産業省「2015 年度版不正貿易報告書」第 3 章米国 (3) 関税法第 337 条 (127 頁、128 頁)によると、「ITC 調査開始から 45 日以内に最終決定のための目標日を定めることとしており、その運用において輸入産品に対し差別的な取扱いがなされるおそれがある」ことや、337 条調査を 100 日以内に完了するというパイロットプログラムの導入により、被申立人の負担が大きくなる点を、GATT 第 3 条 4 項で定める内国民待遇規定に照らして問題視している。

(69) GATT 第 3 条 4 項第一文「いずれかの締約国の領域の産品で他の締約国の領域に輸入されるものは、その国内における販売、販売のための提供、購入、輸送、分配又は使用に関するすべての法令及び要件に関し、国内原産の同種の産品に許与される待遇よりも不利でない待遇を許与される」と規定されている。

(70) TRIPS 協定第 3 条第 1 項第一文には、「各加盟国は、知的所有権の保護に関し、自国民に与える待遇よりも不利でない待遇を他の加盟国の国民に与える」と規定されている。





# プロダクト・バイ・プロセス形式で記載された特許発明の 技術的範囲の解釈手法及び特許法 36 条 6 項 2 号で規定する 明確性要件との関係を示した事例

(最判平成 27 年 6 月 5 日判決, 平成 24 年(受)第 1204 号, 裁判所時報 1629 号 2 頁)

三村 淳一<sup>(1)</sup>

## I. はじめに

プロダクト・バイ・プロセス(以下 PBP と称する)形式<sup>(2)</sup>で記載された特許発明の技術的範囲の認定手法は, 請求項に記載された製法要件を考慮しないとする「物同一説」を採用する裁判例と, 請求項に記載された製法要件を考慮する「製法限定説」を採用する裁判例や学説<sup>(3)</sup>が混在していた。「物同一説」を採用する裁判例<sup>(4)</sup>の代表としては, 「インターフェロン事件」<sup>(5)</sup>があり, 「製法限定説」を採用する裁判例<sup>(6)</sup>の代表としては, 「抗真菌外用剤事件」<sup>(7)</sup>があった。そこで, 本事件の原審<sup>(8)</sup>である知財高裁で, 大法廷による統一の見解を示すに至った。しかし, その上告審において, 最高裁判所は, PBP 形式の請求項の解釈の在り方及び明確性要件の関係について, 初めての判断を示し, 原審の判決を破棄し, 事件を差し戻した。

本稿では, 最終的な日本における PBP 形式で記載された特許発明の技術的範囲の解釈手法を示すとともに, 米国出願を見据えた日本での実務対応の提言を行う。尚, 本稿は, 日本大学知財ジャーナル<sup>(9)</sup>及び日本

工業所有権法学会年報<sup>(10)</sup>への拙稿の継続研究となる。

## II. 最判平成 27 年 6 月 5 日裁時 1629 号 2 頁(平成 24 年(受)1204 特許権侵害差止請求事件 [プラバスタチンナトリウム最高裁事件])

### 1. 事件の概要<事実概要/本件発明/イ号製品>

本件は, 発明の名称を「プラバスタチンナトリウム」とする特許<sup>(11)</sup>の権利者が, 被告の製造販売するプラバスタチン Na 塩錠 10mg「KH」<sup>(12)</sup>等が本件特許を侵害するとして差止請求を行った事件である。本件の特許請求の範囲は, 以下のような用語を用いている。

【請求項 1】 次の段階:

- (a) プラバスタチンの濃縮有機溶液を形成し,
- (b) そのアンモニウム塩としてプラバスタチンを沈殿し,
- (c) 再結晶化によって当該アンモニウム塩を

(1) 日本大学大学院知的財産研究科(専門職)准教授  
 (2) 「製造方法によって生産物を特定しようとする記載がある」請求項を指す。  
 (3) 「発明の要旨」が物同一説に基づいて解釈される一方で, 「特許発明の技術的範囲」が, 製法同一説に基づいて解釈されることに関し, 特許性の基準となる「発明の要旨」と, 侵害性の基準となる「技術的範囲」は一貫すべきであるとする説(南条雅裕「プロダクト・バイ・プロセス・クレームの権利解釈」パテント 55 巻 5 号(2002)23 頁, 岡田吉美「プロダクト・バイ・プロセス・クレームについての考察」パテント 64 巻 15 号(2011)87 頁)がいくつか発表されていた。一方, 「リパーゼ事件(最二小平成 3・3・8 判時 1380 号 131 頁)」の判旨他, 権利設定機関である特許庁と侵害判断を行う裁判所を分立させた趣旨は, 特許適格性判断の安定化と裁判所の負担軽減にあるとの機能相違の観点や, 審査段階におけるイ号品不存在である一方侵害段階では実際にイ号品が存在しているという状況相違の観点から, クレームの解釈は, 司法と行政では必ずしも一致しなくてもよいという学説(吉田弘志「プロダクト・バイ・プロセス・クレームの特許適格性と「技術的範囲」(1)」知的財産法政策学研究 Vol.12 (2006) 256-257 頁。尚, この理論に対しては, 発明要旨と技術範囲が一切無関係に解釈すべきではなく, 侵害判断においては審査過程等を参酌して解釈すべきとも述べている)があった。  
 (4) 「ポリエチレン延伸フィラメント事件」(東京地判平成 10・9・11 判時 1671 号 137 頁)や「止め具及び紐止め装置事件」(東京高判平成 14・9・26 判時 1806 号 135 頁, 尚, 本件の原審は, 製法限定説に立脚した判断をしている)。  
 (5) 東京高判平成 9・7・17 判時 1628 号 101 頁。  
 (6) 「単クローン性抗体事件」(東京地判平成 12・9・29 (平成 11 年(ワ)第 8435 号) 尚, 本件では, 原則として, 「物同一説」を採用するが, 結果として, 審査経過(引例と製法の相違を強調して特許化)から, 製法を考慮して侵害判断されている。  
 (7) 東京地判平成 9・11・28 判時 1634 号 132 頁。  
 (8) 知財高裁平成 24・1・27 判時 2144 号 51 頁。  
 (9) 三村淳一「日本におけるプロダクト・バイ・プロセス・クレームの解釈に関する一考察」日本大学知財ジャーナル Vol. 6 (2013.3.15)19 頁-32 頁。  
 (10) 三村淳一「日米での PBP クレームの解釈と実務上の提言」(『均等論, 覚醒か死か』日本工業所有権法学会年報第 38 号(有斐閣)21-52 頁)。  
 (11) 特許第 3737801 号  
 (12) 「プラバスタチンラクトンの混入量が 0.2 重量%未満であり, エピプラバの混入量が 0.1 重量%未満であるプラバスタチンナトリウム」から構成される。

精製し、

- (d) 当該アンモニウム塩をプラバスタチンナトリウムに置き換え、そして
- (e) プラバスタチンナトリウム(を)単離すること、  
を含んで成る方法によって製造される、
- (f) プラバスタチンラクトンの混入量が0.5(0.2)重量%未満であり、エピプラバの混入量が0.2(0.1)重量%未満であるプラバスタチンナトリウム。

※括弧内は、訂正審判にて訂正されたものである。

※(f)の記号は便宜上、筆者が加えたものであり、請求項中には記載が無い。

この請求項は、上述のごとく、明らかに製法の記載がなされているPBP形式で記載されている。上記請求項を見れば明白であるが、請求項中、発明の構造的特徴を示すのは(f)の部分である。そこで、原告は、物同一説に基づき構造的特徴である要件(f)を満足する被告製品<sup>(13)</sup>は該特許を侵害すると主張し、一方、被告は製法限定説に基づき非侵害を主張した。被告によれば、被告製品の製法は、最終工程にてプラバスタチンの濃縮水溶液が形成されるため、すくなくとも請求項内の(a)工程を有しておらず、また、被告製品の製法の一過程には「晶析」工程が含まれ、この「晶析」は、液相から結晶の析出を行うものであることから、やはり、請求項内の(a)工程が意味する「水性培養液から液一液抽出によって濃縮有機溶液を形成する工程」とは異なるものである。

## 2. 争点

PBP形式で記載された請求項の特許発明の技術的範囲の解釈は、物同一説に基づき行うのか、それとも製法限定説に基づいて行うのかが、本事件の争点である。

## 3. 原審判断<sup>(14)</sup>

原審である知財高裁は、特許法70条1項及び2項を根拠として、PBP形式で記載された請求項に基づく特許発明の技術的範囲は、原則として製法限定説に基づき解釈すべきと判断した。しかし、PBP形式の請求項が真正である場合、即ち、「物の発明」の場合、物の構造又は特性により直接的に特定することが出願

時において不可能又は困難であるとの事情が存在するとき、物の製造方法によって物を特定する場合は、製造方法は物を特定する目的で記載されたものとして、例外的に、特許請求の範囲に記載された製造方法に限定されることなく、物同一性に基づき、「物」一般に及ぶと解釈されると判断した。この判断を不服とした原告から上告受理申立があり、上告受理の決定がなされた。

## 4. 本件判決

### (1) 多数意見

#### ① 主文

原判決を破棄する。

本件を知的財産高等裁判所に差し戻す。

#### ② 理由

〔(1)願書に添付した特許請求の範囲の記載は、これに基づいて、特許発明の技術的範囲が定められ(特許法70条1項)、かつ、同法29条等所定の特許の要件について審査する前提となる特許出願に係る発明の要旨が認定される(最高裁昭和62年(行ツ)第3号平成3年3月8日第二小法廷判決・民集第45巻3号123頁参照)という役割を有しているものである。そして、特許は、物の発明、方法の発明又は物を生産する方法の発明についてされるところ、特許が物の発明についてされている場合には、その特許権の効力は、当該物と構造、特性等が同一である物であれば、その製造方法にかかわらず及ぶこととなる。〕

したがって、物の発明についての特許に係る特許請求の範囲にその物の製造方法が記載されている場合であっても、その発明の要旨は、当該製造方法により製造された物と構造、特性等が同一である物として認定されるものと解するのが相当である。〕として、物同一説を採用した。しかし、これを認める前提として、「(2)ところで、特許法36条6項2号によれば、特許請求の範囲の記載は、「発明が明確であること」という要件に適合するものでなければならない。特許制度は、発明を公開した者に独占的な権利である特許権を付与することによって、特許権者についてはその発明を保護し、一方で第三者については特許に係る発明の内容を把握させることにより、その発明の利用を図ることを通じて、発明を奨

(13) 被告製品が構造的特徴である要件(f)を満たしている点について、両者に争いは無かった。

(14) 知財高裁平成24・1・27判時2144号51頁。

励し、もって産業の発達に寄与することを目的とするものであるところ(特許法1条参照)、同法36条6項2号が特許請求の範囲の記載において発明の明確性を要求しているのは、この目的を踏まえたものであると解することができる。この観点からみると、物の発明についての特許に係る特許請求の範囲にその物の製造方法が記載されているあらゆる場合に、その特許権の効力が当該製造方法により製造された物と構造、特性等が同一である物に及ぶものとして発明の要旨を認定するとするならば、これにより、第三者の利益が不当に害されることが生じかねず、問題がある。すなわち、物の発明についての特許に係る特許請求の範囲において、その製造方法が記載されていると、一般的には、当該製造方法が当該物のどのような構造若しくは特性を表しているのか、又は物の発明であってもその発明の要旨を当該製造方法により製造された物に限定しているのが不明であり、特許請求の範囲等の記載を読む者において、当該発明の内容を明確に理解することができず、権利者がどの範囲において独占権を有するのかについて予測可能性を奪うことになり、適当ではない。

他方、物の発明についての特許に係る特許請求の範囲においては、通常、当該物についてその構造又は特性を明記して直接特定することになるが、その具体的内容、性質等によっては、出願時において当該物の構造又は特性を解析することが技術的に不可能であったり、特許出願の性質上、迅速性等を必要とすることに鑑みて、特定する作業を行うことに著しく過大な経済的支出や時間を要するなど、出願人にこのような特定を要求することがおよそ実際的でない場合もあり得るところである。そうすると、物の発明についての特許に係る特許請求の範囲にその物の製造方法を記載することを一切認めないとすべきではなく、上記のような事情がある場合には、当該製造方法により製造された物と構造、特性等が同一である物として発明の要旨を認定しても、第三者の利益を不当に害することがないというべきである。

以上によれば、物の発明についての特許に係る特許請求の範囲にその物の製造方法が記載されている場合において、当該特許請求の範囲の記載が特許法36条6項2号にいう「発明が明確であること」とい

う要件に適合するといえるのは、出願時において当該物をその構造又は特性により直接特定することが不可能であるか、又はおよそ実際的でないという事情が存在するときに限られると解するのが相当である。」として、PBP形式で記載された請求項を上記の様に解釈するためには、「不可能・非実際の事情」要件を満足していることを要件とした。結論として、「以上と異なり、物の発明についての特許に係る特許請求の範囲にその物の製造方法が記載されている場合において、そのような特許請求の範囲の記載を一般的に許容しつつ、その発明の要旨は、原則として、特許請求の範囲に記載された製造方法により製造された物に限定して認定されるべきものとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、本判決の示すところに従い、本件発明の要旨を認定し、更に本件特許請求の範囲の記載が上記4(2)の事情が存在するものとして「発明が明確であること」という要件に適合し認められるものであるか否か等について審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。」と判断し、知財高裁にて本件が「不可能・非実際の」要件を満足すか否かを判断させる事件を差し戻した<sup>(15)</sup>。

## (2) 千葉勝美裁判官の補足意見

千葉裁判官の補足意見は、多数意見の内容を敷衍し、これを説明するものである<sup>(16)</sup>。即ち、第1にPBP形式で記載された請求項の解釈、処理の基本的枠組みに関する考えとして、「平成16年の特許法の改正により同法104条の3が創設され、侵害訴訟において特許無効の抗弁を主張することが可能となり、これにより、同条に係る無効の抗弁の成否(当該発明の新規性・進歩性の有無)を判断する前提となる発明の要旨認定をする場面と、侵害訴訟における請求原因として特許発明の技術的範囲を確定する場面とが同一の訴訟手続において審理されることとなった。そうすると、両場面におけるPBPクレームの解釈、処理の基本的な枠組みが異なることは不合理であるから、これを統一的に捉えるべきであり、このことは我が国の特許法制上当然のことであって、多数意見は、この見解を前提に、両場面ともいわれる物同一説により考えることにしているのである」とし、PBP形式で記載された請求項で

(15) 差戻審で、被告が非侵害及び無効の明白性を主張したところ、特許権者では原告は、2015年12月16日の期日において、請求を放棄する旨の陳述を行い、同日をもって本件訴訟は終了した。

(16) 菊池絵里「最高裁 重要判例解説」L&T No.69 2015/10 91頁。

は、「発明の要旨」の認定と「特許発明の技術的範囲」の認定は同一とすべきであり、共に「物同一説」で解釈すべきとしている<sup>(17)</sup>。

第2に、物同一説で解釈する以上、PBP形式での記載は例外的にこれを認めるべきであり、その例外的事情となる「不可能・非実際の事情」の要件を満足するか否かは、出願審査においても厳格に審査すべきと述べている。

第3に、「不可能・非実際の」の内容について、「不可能・非実際の事情」を、「その内容については多数意見で触れているところであるが、ここでいう「不可能」とは、出願時に当業者において、発明対象となる物を、その構造又は特性(発明の新規性・進歩性の判断において他とは異なるものであることを示すものとして適切で意味のある特性をいう。)を解析し特定することが、主に技術的な観点から不可能な場合をいい、「およそ実際のでない」とは、出願時に当業者において、どちらかといえば技術的な観点というよりも、およそ特定する作業を行うことが採算的に実際的でない時間や費用が掛かり、そのような特定作業を要求することが、技術の急速な進展と国際規模での競争の激しい特許取得の場面においては余りにも酷であるとされる場合などを想定している」と説明し、その上で、「不可能・非実際の事情」の具体例として、唯一の例として、「生命科学の分野で、新しい遺伝子操作によって作られた細胞等であれば、それを出願時において構造等で特定することに不可能・非実際の事情が存在しないとして拒絶されるとはいえないであろう」と例示して説明している。

第4に、「不可能・非実際の事情」の要件を満たしておらず、明らかにできないPBPクレームを有する特許は、無効とされても止むを得ないと述べており、救済手段として、特許無効審判における訂正の請求(特許法134条の2)や訂正審判の請求(同法126条)等を活用することも考えられると述べている。しかし、具体的な対策までは言及されていない。

### (3) 山本庸幸裁判官の補足意見

前述の如く、千葉裁判官が多数意見の敷衍であるの

に対し、山本裁判官は、破棄差戻しの結論に至る理由づけが多数意見とは異なる<sup>(18)</sup>。山本裁判官によれば、本来、請求項の記載方法は自由であるべきで、多数意見が示すように、「不可能・非実際の事情」があるものだけがPBP形式を認めるとすると、発明の保護が全く図られないことにつながるおそれがある点を指摘している<sup>(19)</sup>。その理由は、不可能非実際の基準の曖昧性にあるとしている。さらに、「不可能・非実際の事情」が無くとも、PBP形式で記載したほうが発明を理解しやすい場合も多く存在し、この様な場合であっても、多数意見に従うと、明確性要件違反となる点を指摘している。

## Ⅲ. 特許庁の対応

最高裁判決を受け、産業構造審議会では、審査基準の点検・改定の必要性が示され、PBP形式で記載された請求項の新規性判断基準、明確性判断基準(PBPの明確性が認められる限定的な事情や不可能・非実際の事情の類型等)に関する事務局案が検討された<sup>(20)</sup>。その後、平成27年7月6日付で特許庁から「プロダクト・バイ・プロセス・クレームに関する当面の審査の取扱いについて」が公表され、最終的に平成27年9月16日には、審査基準が改定され、10月1日以降の審査に適用されることとなった。

### 1. 明確性要件についての判断及び審査の進め方

#### (1) 審査基準Ⅱ部第2章第3節の改訂の概要及び審査ハンドブックの改訂

審査基準4.3.2では、物の発明についての請求項にその物の製造方法が記載されている場合の審査対応として、「物の発明についての請求項にその物の製造方法が記載されている場合において、その請求項の記載が「発明が明確であること」という要件に適合するといえるのは、出願時においてその物をその構造又は特性により直接特定することが不可能であるか、又はおよそ実際のでないという事情が存在するときに限られる。

(17) 補足意見にて「PBPクレームにおけるにおける特許請求の範囲の捉え方について」として私見の射程範囲を明確に述べているため、この補足意見は一般的なクレームの「発明の要旨」の認定と「特許発明の技術的範囲」の認定について述べているものではないと考える。

(18) 前掲菊池は、山本裁判官の補足意見を「PBPクレームを緩やかに認め、物同一説により解釈する現在の特許庁の実務を認めたくえて、侵害訴訟においては、裁判所が個別的に限定解釈するのが相当である」と要約する。

(19) 田村善之「プロダクト・バイ・プロセス・クレームの許容性に関する最高裁判決について」WLJ判例コラム第54号にて、平成6年特許法改正により、いかに発明を特定するかということを出願人の決定事項であり、PBPクレームを含む多様なクレームが許容されてきており、例え、発明を特定するために必要でない場合を含め、それのみで無効とされることはなかったが、本最高裁判決では、明確性違反で無効とされることは、従前の特許庁の審査や裁判実務を前提に行動してきた特許権者等の関係者にとって、それこそ不意打ちとなると述べている。

(20) 産業構造審議会 知的財産分科会 特許制度小委員会 第6回 審査基準専門委員会WG(平成27年7月3日開催)

そうでない場合には、当該物の発明は不明確であると判断される」としている。そして、不可能・非実際の事情として、以下をあげている。

- (i) 出願時において物の構造又は特性を解析することが技術的に不可能であったこと。
- (ii) 特許出願の性質上、迅速性等を必要とすることに鑑みて、物の構造又は特性を特定する作業を行うことに著しく過大な経済的支出又は時間を要すること。

出願人は、上記の事情の存在について、発明の詳細な説明、意見書等において、これを説明することができるとしている。審査の留意事項として、審査官は、請求項が製造方法によって生産物を特定しようとする表現を含む場合には、その表現は、最終的に得られた生産物自体を意味しているものと解釈する（「第Ⅲ部第2章第4節特定の表現を有する請求項等についての取扱い」の5.1参照<sup>(21)</sup>）。そして、製造方法によって生産物を特定しようとする表現を含む請求項であって、その生産物自体が構造的にどのようなものかを決定することが極めて困難なため、引用発明との対比が困難であり、厳密な対比をすることができない場合において、審査官が請求項に係る発明の新規性又は進歩性が否定されるとの一応の合理的な疑いを抱いた場合に限り、その請求項に係る発明の新規性又は進歩性が否定される旨の拒絶理由通知がなされるとしている<sup>(22)</sup>。平成27年10月1日以降に適応される「審査ハンドブック」では、審査官は、審査基準「第Ⅱ部第2章第3節 明確性要件」の「4.3.2 物の発明についての請求項にその物の製造方法が記載されている場合」に該当するか否かの判断及び該当した場合のその後の審査については、以下の点に留意して進めるとしている。

- ① 「物の発明についての請求項にその物の製造方法が記載されている場合」に該当するか否かの判断（審査ハンドブック第Ⅱ部第2章 2204）

<上記場合に該当する類型>

- a. 製造に関して、経時的な要素の記載がある場合

具体例としては、「凹部を備えた孔に凸部を備えたボルトを前記凹部と前記凸部とが係合するように挿入し、前記ボルトの端部にナットを螺合してなる固定部を有する機器。」が示されている。この請求項を「凹部を備えた孔に凸部を備えたボルトが前記凹部と前記凸部とが係合した状態で挿通されており、前記ボルトの端部にナットを螺合してなる固定部を有する機器。」と補正することで、経時的な要素がなくなり上記場合に該当しないことになる。

- b. 製造に関して、技術的特徴や条件記載がある場合

具体例としては、「1～1.5気圧下で焼成してなる蛍光体」などが示されている。この場合、通常は、製造方法へ補正をすることによってのみ、回避が可能となる。

- c. 製造方法の発明を引用する場合

具体例としては、「請求項1～8いずれかの製造方法で製造されたゴム組成物」などが示されている。この場合、通常、製造方法の発明を引用したままでは、補正によって「物の製造方法が記載されている場合」に該当しないようにすることはできない。

<上記場合に該当しない類型>

- a. 単に状態を示すことにより構造・特性を特定しているに過ぎない場合

具体例としては、「AがBと異なる厚さに形成された物」や使用される用語に動作的な意味を含む場合である「単離細胞」「抽出物」「脱穀米」「蒸留酒」「メッキ層」「着脱自在に構成」が示されている<sup>(23)</sup>。

「A工程と、B工程と、C工程を経て形成される結果物X」や「請求項1に記載された製法により製造された結果物X」等の様に、明らかにPBP形式を意図したものは別として、動作的な表現を含んでいることを理由として、物の発明についての請求項にその物の製

(21) 第Ⅲ部第2章第4節 5.1「請求項中に製造方法によって生産物を特定しようとする記載がある場合は、審査官は、その記載を、最終的に得られた生産物自体を意味しているものと解釈する。したがって、出願人自らの意思で、「専らAの方法により製造されたZ」のように、特定の製造方法によって製造された物だけに限定しようとしていることが明白な場合であっても、審査官は、生産物自体(Z)を意味しているものと解釈し、請求項に係る発明を認定する」

(22) 第Ⅲ部第2章第4節 5.2.2 生産物自体が構造的にどのようなものかを決定することが極めて困難なため、引用発明との対比が困難であり、厳密な対比をすることができない場合は、請求項に係る発明の新規性又は進歩性が否定されるとの一応の合理的な疑いを抱いた場合に限り、審査官は、新規性又は進歩性が否定される旨の拒絶理由通知をする。ただし、その合理的な疑いについて、拒絶理由通知の中で説明しなければならない。

(23) 青和法律事務所「プロダクト・バイ・プロセス・クレームを巡る取り扱いの変遷(改訂版)」では、構造的特徴の規定に使用される用語の中には、「蒸着」、「担持」、「貼着」、「被覆」など、動作を含む表現が多数存在し、審査ハンドブックで示した例示は、網羅的ではなく、その具体的な判断基準も明確とは言い難いと指摘している。

造方法が記載されていると判断され、実際に特許庁により、明確性要件違反として拒絶された出願で使用されている例としては以下のようなものがある<sup>(24)</sup>。

<事例1>

この発明は、物の発明であるが、「前記一对のA部は、前記B部が前記一对のC間に挿入する際に前記一对のCに対して非接触状態で挿入し、前記Dに前記一对のEが嵌合して前記Fが回転した際に、前記一对のCの各縁部をそれぞれ扶むこと」との記載を含むため、その物の製造方法が記載されているものと認められた。出願人は、該当請求項を削除することで対応した。

<事例2>

この発明は、物の発明であるが、「複数のA線から任意の線を選択し必要な部分を切り取ることで形成され」との記載を含むため、その物の製造方法が記載されているものと認められた。出願人は、「複数のA線のうちの任意の線に沿って切り取られることによって形成された部位」との補正を基に審査官との面接をしたところ、PBP形式には該当しないと判断された。

<事例3>

この発明は、物の発明であるが、「前記Aを含有するB材料を焼結して前記C形状に形成する」との記載を含むため、その物の製造方法が記載されているものと認められた。出願人は、「更にB材料を有し、前記Aと前記B材料とが焼結される焼結体である」と補正で対応している。

<事例4>

この発明(請求項4)は、物の発明であるが、「請求項1～3のいずれか1つの項に記載のA材を用いて形成された」との記載を含むため、その物の製造方法が記載されているものと認められた。出願人は、「請求項1に記載のA材を含むことを特徴とする溶射皮膜」と補正で対応し、特許査定を得た。

<事例5>

この発明は、物の発明であるが、「インサート形成によりAを形成し、」との記載を含むため、その物の製造方法が記載されているものと認められた。出願人は、「インサートされたAと」との補正

を基に審査官との面接したところ、PBP形式には該当しないと判断された。

上記事例は、特に例外的な物ではなく、PBP形式を意識しなくとも、実務家は、一般的に作成してきたものであり、今後、実務家は用語の選択を含め、その記載方法に十分注意を行わないと、不要な拒絶理由通知を受領することになる<sup>(25)</sup>。

② 物の発明についての請求項にその物の製造方法が記載されている場合の審査における「不可能・非実際の事情」についての判断

基本的な考え方として、審査官は、「不可能・非実際の事情」が存在するかどうかを、出願人による主張・立証の内容に基づいて判断し、「不可能・非実際の事情」が存在することについての出願人の主張・立証の内容に、合理的な疑問がない限り(通常、拒絶理由通知時又は拒絶査定時に、審査官が具体的な疑義を示せない限り)、審査官は、不可能、非実際の事情が存在するものと判断するとしている。

<「不可能・非実際の事情」に該当する類型>

- a. 出願時において物の構造又は特性を解析することが技術的に不可能であった場合
- b. 特許出願の性質上、迅速性等を必要とすることに鑑みて、物の構造又は特性を特定する作業を行うことに著しく過大な経済的支出や時間を要する場合

具体例として、「生命科学の分野で、新しい遺伝子操作によって作られた細胞等」が示されている。この例示は、前述のプラバスタチンナトリウム最高裁判決内で示されたものであり、審査ハンドブックでも唯一の例として示されている。この意味するところは、この分野以外の発明がPBP形式で記載された場合は、原則として、全てが、「不可能・非実際の事情」に該当し、拒絶するということである。

<「不可能・非実際の事情」に該当しない類型>

- a. 本願発明との関係が一切説明されていない場合  
具体的には、単に、「特許請求の範囲」の作成には時間がかかるとの主張のみがなされている場合や単に、製造方法で記載する方が分かりやすいとの主張のみがなされている場合である。

(24) 請求項に記載の実際の構成要素をアルファベットに置き換えて記載している。

(25) 岡田吉美「プロダクト・バイ・プロセス・クレームに係る最高裁判決」特許研究 No.60 2015/9 57頁で、「新しい運用では36条6項2号の明確性要件違反の拒絶理由が通知される可能性が高い」と予測している。

「不可能・非実際の事情」に該当することを立証し、PBP形式の状態拒絶を回避した事例が無い場合、具体的に、どのような手段で立証すべきか、極めて曖昧であり、出願人は、請求項の補正で対応せざるを得ないと言える<sup>(26)</sup>。

## (2) 拒絶理由通知の文面

前述の「プロダクト・バイ・プロセス・クレームに関する当面の審査の取扱いについて」別紙3にて、請求項の記載が、上述の事情に相当する場合の拒絶理由通知の文例が示されており、実際にこの文例に従った形で拒絶理由が送付されている。この文例では、前述の事例の如く、対象が物の発明である点及び請求項のどこに製造方法が記載されているかを示したうえで、請求項が、物の発明に係る請求項にその物の製造方法が記載されている場合に、特許法第36条第6項第2号の明確性要件を満足するのは、「不可能・非実際の事情」がある場合に限られると明記されている。その上で、出願人には事項で示す対応を示唆している。

## (3) 出願人が取りうる対応

＜補正等の示唆＞

出願人は、上記拒絶理由を解消するために、以下のア～エの対応をとることが考えられるとしている。

### ア. 該当する請求項の削除

上記事例1がこの対応を行っている。

### イ. 該当する請求項に係る発明を、物を生産する方法の発明とする補正

通常、PBP形式の請求項を記載する場合、製造方法でも請求項を作成している場合も多いと思われるので、この対応がなされる出願は、実際にはあまり多くないと思われる。また、最後の拒絶理由通知後、拒絶査定不服審判請求時又は第50条の2の通知を受けた後に、この対応策を講じた補正については、審査官は、通常、明瞭でない記載の釈明(第17条の2第5項第4号)に該当する

補正であると認めることとする<sup>(27)</sup>。一方で、平成27年12月10日に更新された特許庁の「審判請求の審理に関するQ&A」におけるQ13にて、本形式の訂正が、特許法第126条第1項ただし書き3号に規定する明瞭でない記載の釈明を目的とする訂正に該当するとしているが、訂正の要件は、補正の要件と異なり、「実質上特許請求の範囲を拡張し、又は変更するものであつてはならない。」(特許法第126条第6項)とされ、この点も考慮する必要があることから訂正請求や訂正審判にて製造方法へ請求項を変更することが認められるか否か、事案に応じて審判合議体としての判断を審決の中で示していくとして明確な態度を示していない<sup>(28)</sup>。

### ウ. 該当する請求項に係る発明を、製造方法を含まない物の発明とする補正

上記事例2～5がこの対応を行っている。

### エ. 不可能・非実際の事情についての意見書等による主張・立証

前述のごとく、具体的な立証方法は、明瞭とは言えない。

## IV. 考察

### 1. 判決の射程

千葉裁判官の補足意見の冒頭で、「私は、いわゆるプロダクト・バイ・プロセス・クレーム(以下、単に「PBPクレーム」という。)における特許請求の範囲の捉え方について、次のとおり、多数意見に付加して私見を述べておきたい。」と述べていることから、本判決の射程は、PBP形式で記載された請求項の解釈に限定されていると考えており、全ての場合の請求項に対し適用されるものではないであろう。そのため、その後続く内容である「両場面<sup>(29)</sup>におけるPBPクレーム

(26) 前掲三村(日本工業所有権法学会年報第38号)34-35頁において、知財高裁判決でも物同一説を採用するための「不可能又は困難であるとの事情」の立証手法に関し、「『不可能の証明』は極めて困難であり、…さらにいえば、何を根拠に最終生成物の構造又は特性により直接的に特定することが出願時において不可能又は困難であると証明しうるのか、判決では明確に述べていない。即ち、発明者の所有する機器を用いて特定不可能であることを示すことで十分であるのか、地球上に現存するあらゆる機器を用いてでも特定不可能であることまで示さなければならぬのか不明である」と指摘している。

(27) 知財高判平成19・9・20平成18年(行ケ)第10494号「ホログラフィック・グレーティング」審決取消請求事件では、「物の発明」を「方法の発明」にする補正は、特許法17条の2第4項各号のいずれにも該当しないとして当該補正を却下した拒絶審決が維持されている。

(28) 生田哲郎「プロダクト・バイ・プロセス・クレームに関する最高裁判決」The Invention 2015 No.9にて、「訂正請求または訂正審判によって特許無効を回避するのはかなり困難でしょう。なぜならば、物の発明であるPBPクレームを製造方法のクレームに訂正したり、PBPクレーム中の製造方法に関する発明特定事項を削除したりする訂正は、ほとんどの場合、実質上特許請求の範囲を変更することになるからです」と説明する。一方で、前記126条の問題点を認識しつつ、前掲菊池は、「査定後の特許については、カテゴリーを超えた訂正を認めることに関する議論を踏まえた上で、少なくとも、PBPクレームについてはこれを認めるのが相当と思われる」と説明している。

(29) 平成16年の特許法の改正により同法104条の3が創設され、侵害訴訟において特許無効の抗弁を主張することが可能となり、これにより、同条に係る無効の抗弁の成否(当該発明の新規性・進歩性の有無)を判断する前提となる発明の要旨認定をする場面と、侵害訴訟における請求原因として特許発明の技術的範囲を確定する場面を指している。



ムの解釈、処理の基本的な枠組みが異なることは不合理であるから、これを統一的に捉えるべきであり、このことは我が国の特許法制上当然のことであって、多数意見は、この見解を前提に、両場面ともいわゆる物同一説により考えることにしている」と記載するところの意味は、PBP形式のクレームに限定した内容であると理解すべきである。最高裁判決が、リパーゼ事件<sup>(30)</sup>を一切引用していないことから、その様に捉えるべきであろう。

## 2. 本判決の意義及び問題点

本判決により、PBP形式で記載された請求項の「発明の要旨認定」及び「特許発明の技術的範囲」に関する解釈手法について、共に「物同一説」に基づいて行う一方、「不可能・非実際の事情」が存在しない場合は、特許法36条6項第2号に規定する明確性要件を満足しないとして拒絶・無効理由を含むという最終的な結論が示された。この様な多数意見に対しては、前述した山本裁判官による批判は存在する上、今まで行われていたクレーム・ドラフティング・プラクティスの変更を余儀なくされるため、一時的な審査の混乱が予想されるが、長期的な観点からは法の安定が図れるのではないかと考える。

また、本判決では、PBP形式で記載された請求項に適用されるとは言え、「特許性(Patentability)」と「侵害性(Infringement)」の解釈を同じとするという画期的な判断基準を示した。現在まで、「(Validity)有効性と侵害性(Infringement)」を同一基準とすべきとの判断は、多くなされているが、特許性と侵害性を同一基準で行うとした最高裁判決は初めてであろう。ここで、特許性、有効性、侵害性について、簡単に触れておきたい。特許性は、出願審査で発明が特許要件を満足するか否かを判断する基準であり、有効性は、侵害性の判断と同一の解釈手法を用いて、特許が特許要件を満足するか否かを判断する基準である<sup>(31)</sup>。本判決によりPBP形式で記載された請求項の特許性、有効性、侵害性はすべて同一基準でなされることになる。原審では、以下の様な問題があった。例えば、発明が、

物として新規であり、構造物も判明しているが、製法を請求項に記載した場合（この場合、構造物が判明しているため、特殊な事情にあらず、不真正PBPクレームに該当する）、特許性判断では、他の特許要件を満足することで、物として新規であるから特許化される。イ号製品は、請求項に記載されている製法により同一の最終生成物を実施していたとする。この場合、侵害性判断は、請求項が真正PBPクレームではないため、「製法限定説」が採用されるが、イ号製品は、製造工程も同じであることから、侵害と判断される。このような場合において、被告が発明と同一の最終生産物を開示する先行技術X（しかし、その製法は、請求項及びイ号の製造法と異なる）を発見し、無効の抗弁を主張したとする。有効性の判断は、原審に従えば、不真正PBPクレームであることから、請求項に記載されている製法は、限定事項となる。そのため、異なる製法を開示する先行技術Xでは、特許を無効にできず、特許は有効のままである。しかしながら、もし、審査段階で、この先行技術Xを発見できていれば、製法は異なるが、最終生成物の開示があるため、物として新規ではなくなり、特許となり得なかつたはずである。審査過程で先行技術Xを発見できた場合には、特許化を阻止できるが、無効の抗弁においては、採用されないという結論となってしまふという問題である<sup>(32)</sup>。

しかし、本最高裁判決では、「不可能・非実際の事情」が無い限り、PBP形式の請求項を認めないため、物として新規であり、構造物も判明しているが、製法を請求項に記載した場合は、明確性要件違反として拒絶されることになる。また、この様な特許が成立した場合であっても、前述の先行技術Xに基づく無効審判で、無効とされることになる。

## 3. 「不可能・非実際の事情」の立証

千葉裁判官による見解は、前述した通りであるが、どの程度の立証を示すことで、「不可能・非実際の事情」を満たすことになるか、必ずしも明確とはいえない。発明者の所有する機器を用いての実験では特定不

(30) 最二小平成3・3・8判時1380号131頁(本事件では、「(審査における発明の)要旨認定は、特段の事情のない限り、願書に添付した特許請求の範囲の記載に基づいてされるべきである」と判断しており、特段の事情がある場合に限り、請求項以外の参酌が許されると判示する一方、その後の平成6年改正にて70条2項が導入され、特許発明の技術的範囲の認定に際しては、願書に添付した明細書の記載及び図面を考慮して、特許請求の範囲に記載された用語の意義を解釈するものとした)。

(31) 米国においても同一裁判内で有効性と侵害性を判断しうる。特許権者が有効性の判断の際にはその権利範囲は極めて狭いと主張する一方で、侵害性の判断の際にはその権利範囲は極めて広いと主張することは、信義則に反するとされる。また、特許性の判断は、*In re American Academy of Science Tech Center*, 367 F.3d 1359, 1364 (Fed.C.r2004)にて、「審査において、クレームは明細書と一貫した最も広い合理的な解釈が与えられ…」と述べている。即ち、米国では、特許性と有効性は異なる判断基準で行われている。

(32) 前掲三村(引用10)35頁。

可能であったことを示すことで十分であるのか、地球上に現存するあらゆる機器を用いても特定不可能であることまで示さなければならないのか不明である。これらは両極端な例であるが、一般的に言って、特許出願のため、高額の解析装置を他社から借りることは極めて困難であろうし、「およそ実際的でない」ことの意味として、発明対象となる物を特定する作業を行うことが採算的に実際的でない時間や費用が掛かる場合であると述べていることから、一定の努力、即ち、技術の一般常識を加味した上、自己が所有する機器を用いた解析でも発明対象となる物を特定することができないとの宣誓を行うことで、「不可能・非実際の事情」は満たされるべきではないかと考える。これは、原審が示していた「不可能または困難」基準を、「不可能・非実際の事情」へと、技術的理由から経済的・早期出願的観点からの理由にシフトしている点からもそのようにすることが、裁判所の意向ではないかと思える。

#### 4. PBP形式の請求項の利用性

本最高裁判決により、PBP形式の請求項は、絶滅していくことになる<sup>(33)</sup>、又は利用しにくくなる<sup>(34)</sup>といった批判が目立つ。確かに実務上はその通りかもしれないが、その様な批判は、本形式による請求項を認めるに至った経緯を考慮した結論の批判であるのか疑問である。そもそもが、最高裁判決が示すような、「不可能・非実際の事情」を満たす発明のみを本形式で認めるものではなかったのか。原則に立ち返った最高裁判決は、総論として首肯しうる判断である。利用性について言えば、「不可能・非実際の事情」の判断基準を前述のように、「自己所有の機器による解明困難性」とすれば、今後も利用の可能性は高いうえ、特許発明の技術的範囲の解釈を物同一説で行うことから、化学系・医薬系・バイオ系企業は、PBP形式の請求項を積極的に利用するのではなかろうか。尚、出願に際しては、PBP形式の請求項を記載する場合には、出願時点で「不可能・非実際の事情」に関し、少なくとも前述に示したような説明をすることが肝心である。

#### 5. 権利行使の際の注意点

権利行使に際しては、「不可能・非実際の事情」が存在する場合は別であろうが、それ以外において、物の発明についての請求項にその物の製造方法が記載されている場合に該当するような記載方法又は動作を含む用語を用いている場合は、事前に訂正審判を請求し、上記に該当しないように訂正する必要がある。この際、物を生産する方法の発明への補正(カテゴリーを変更する補正)に関して特許庁は、事案ごとに判断するとして、明確な態度を示していない。しかし、単純に製法の記載部分を残して製法クレームに訂正することは、これを認めるべきというのが最高裁の考えであろう<sup>(35)</sup>。しかし、単にカテゴリーの変更であっても、特許法第126条第6項の要件を満たさない場合も考えられるため、慎重な対応が必要であろう。

また、特許法71条に規定する判定制度を利用し、「不可能・非実際の事情」の存否の確認を行うことも可能ではなかろうか。判定制度は、旧法における権利範囲確認審判を廃止し、鑑定的な制度としてリメイクしたものであり、実体的には審査経過における陳述も参酌して解する場合もある<sup>(36)</sup>。鑑定的に権利範囲を確認することから、「自己所有の機器による解明困難性」を「不可能・非実際の事情」の説明書として提出した上で、物同一説に基づいてイ号品が権利範囲に属するか否かの判断を特許庁に委ねるのも一考である。

#### 6. 米国出願を見据えた出願人の対応

米国での特許性の判断は物同一説で行われる<sup>(37)</sup>。一方、侵害性の判断は製法限定説で行われる<sup>(38)</sup>ため、日本でPBP形式のクレームが明確性要件を満足し、物同一説で判断されようとも、その米国対応出願に基づき侵害性を判断する際には、クレームに記載された製法が限定事項として考えられてしまうことになる。従って、米国における現行法の下では、PBPクレームは、ほとんど意味をなさないものであろう。そのため、出願人は1年の優先期間を有効に活用し、発明対象となる物を特定する作業に専念することが重要となる。たとえ、発明対象となる物を特定することができず、PBPクレームで出願せざるを得ないような真正

(33) 安高史朗「プロダクト・バイ・プロセスクレームの憂鬱 最高裁判決解説」<http://ipfbiz.com/archives/pbp.html>

(34) 新井規之「プロダクトバイプロセスクレームに関する最高裁判決」<http://www.yuasa-hara.co.jp/lawinfo/2182/>

(35) 前掲菊池が最高裁判所調査官としての意見を述べている。

(36) 中山信弘他編「新・注解 特許法(上巻)」青林書院 1128頁。

(37) *In re Thorpe*, 227 U.S.P.Q. 964, 777 F.2d 695 (Fed.Cir.1985)

(38) *Abbott Laboratories, et al v. Sandoz, Inc. et al*, 566 F.3d 1282 (Fed.Cir.2009)

PBPクレームであっても製法限定説に基づき解釈される。しかしながら、Newman判事によれば、Abbott事件の反対意見にて、このような真正PBPクレームは物同一説として判断すべきと、多数意見を強烈に批判していることから、判例変更の可能性は少なからず残っていると考えられる<sup>(39)</sup>。

## 7. まとめ

本最高裁判決では、原審で指摘された問題がほぼ解決されたため、PBP形式の請求項は、明確性要件を理由に「不可能・非実際の事情」を有する場合を除いては、拒絶・無効理由を有するとした判旨は評価しうる。しかし、最高裁判決では、上記事情が無い場合は明確性要件を理由にPBP形式の請求項の記載を実質的に認めないことになる。これでは、山本裁判官が指摘するように記載の自由度を拡張した法改正の意図が没却されかねない。従前の特許庁や出願人の審査実務が180度転換されることになり、混乱を生じかねない。また、「不可能・非実際の事情」の存否基準が現在は曖昧であるがゆえ、これを比較的厳しく、しかも一律的な基準とせず、個々の事案ごと(発明の複雑性の濃淡等)に判断するとした場合、最高裁判決に従えば、出願時点でこの事情の有無証明を強いることになる。その一方で、全ての特許が実際に行使されるわけでもないにもかかわらず、審査官にこの判断を強いることになり、審査負担となる可能性が高くなってしまっているのではないだろうか。従って、「不可能・非実際の事情」を有しないPBPクレームが多数存在する事実を尊重し、特許発明の技術的範囲の認定に際しては、原則として物同一説を採用し、真正PBPではない場合には、製法限定説を採用するとしたほうが良かったのではないか<sup>(40)</sup>。

本稿は、最高裁判決で示された特許発明の技術的範囲の解釈手法を中心に、特許庁での運用等や現状を説明したうえで、いくつかの対策を提言した。実務家の方がこの提言から意義を見出し、有効なPBPクレームを取得できれば幸いである。

---

(39) 前掲三村(引用10) 41-42頁に詳細に記載されている。

(40) この様に侵害訴訟など、紛争が生じた後に個別で解決の方が経済的である。尚、本結論も前掲三村(引用10) 37頁に詳細に記載されている。この考えは、原審の判断と原則と例外が真逆となっているが、例外事例にあたるか否かの判断で大きな差異を生む。原審では、例外事情にあたることを特許権者が悪魔の証明である不可能等証明を強いられるが、三村案では、例外事情にあたることを示すため、被特許権者は、特許発明が物として新規ではないことのみを証明すれば足りる。証明の容易性に大きな隔りがあるのである。

# ファッションショー及びその構成要素である化粧、 髪型のスタイリング、衣装等の選択等について 著作物性が否定された事例

(知財高判平成26年8月28日判決，平成25(ネ)第10068号，判例時報2238号91頁)

小川 徹<sup>(1)</sup>

## I. 事件概要

X1(原告・控訴人：有限会社マックスアヴェール)は、イベント等の企画制作コンサルティング業務等を目的とする株式会社であり、X2(原告・控訴人A)は、X1との間で、イベントの企画運営等を受託していた者である。

Y1(被告・被控訴人：NHK)は、放送事業者であり、Y2(被告・被控訴人：ワグ)は、合同会社FOREVER21JAPAN ロジスティックスの保有ブランドである「Forever21」の日本におけるプロモーション代理店である株式会社である。

Xらは、平成21年6月6日、「Forever21」の衣装等を使用したファッションショー(以下「本件ファッションショー」という。)を開催した。訴外株式会社JFCC(以下、「JFCC」という。)は、X1らの許諾を得て、本件ファッションショーを撮影し、その運営する専門テレビチャンネルである「fashion TV」において当該映像を放送した。

Y1は、平成21年6月12日午後7時30分から同日午後7時55分までにおいて、テレビ番組「特報首都圏」「激安」ファストファッション～グローバル企業が狙うニッポン～(以下、「本件番組」という。)を放送し、当該番組中には、合計約40秒間にわたり、本件ファッションショーの映像を使用した部分(以下、「本件映像部分」という。)がある。本件映像部分は、JFCCが撮影した映像の一部であり、Y1がJFCCから映像データの提供を受けたものである。

そこで、XらはYらに対し、Yらは、Y2の従業員を介して、本件ファッションショーの映像の提供を受け、当該映像の一部である本件映像部分とそのテレビ番組において放送し、これにより、X1がX2から譲渡を受けた著作権(公衆送信権)及び著作隣接権(放送権)並びにX2の著作者及び実演家としての人格権(氏名表示権)を侵害したと主張して、著作権、著作隣接権、著作者人格権及び実演家人格権侵害の共同不法行

為責任に基づく損害賠償として、X1につき943万4790円、X2につき110万円の連帯支払いを求めた。

Xらは、上記主張の理由として、「本件ファッションショーにおける、①個々のモデルに施された化粧や髪型のスタイリング、②着用する衣服の選択及び相互のコーディネート、③装着させるアクセサリーの選択及び相互のコーディネート、④舞台上の一定の位置で決めるポーズの振り付け、⑤舞台上の一定の位置で衣服を脱ぐ動作の振り付け、⑥これら化粧、衣服、アクセサリー、ポーズ及び動作のコーディネート、⑦モデルの出演順序及び背景に流される映像等は、本件ファッションショーの上記テーマ又はコンセプトに沿うよう選択、決定されたものであり、いずれも、美術の範囲に属する著作物に当たる。」と主張をした。

これに対して、Yらは、「本件ファッションショーのうち、原告が指摘する点(原告らの主張(1)イ①ないし⑦の点)については、次のとおり創作性がないから、著作物に該当しない。ア化粧及び髪型の点(前記①)については、アイライナー、アイシャドー、口紅等のありふれた化粧品による、ありふれた化粧方法や、オールバック等の通常用いられるありふれたヘアセッティングの手法を用いたものであって、その具体的な化粧等の結果を見ても、特段の特徴を有するものではなく、ありふれたものである。イ衣服及びアクセサリーの選択・相互のコーディネートの点(前記②及び③)については、いずれも既製品を選択して組み合わせたにすぎず、その結果も特別なものではない。ウモデルによる舞台上のポーズ・動作の振付けの点(前記④及び⑤)は、腰に手を当てる、体を左右にひねるといったもので、ファッションショーにおけるモデルのポーズ・動作として極めて単純かつありふれたものである。エ上記アないしウはいずれもありふれたものであるところ、これらの組み合わせ(前記⑥)を全体として見ても、特段の特徴を有するものではなく、少なくとも、本件映像部分から、創作性が認められる程

(1) 校友、MARK STYLER 株式会社 管理本部 法務部 法務課 課長

度の特徴は見受けられない。オ 本件映像部分は、本件ファッションショーの場面の一部を断片的に放送したものにすぎず、本件映像部分からモデルの出演順序や本件ファッションショーの構成全体を知ることにはできないから、仮に本件ファッションショーにおけるモデルの出演順序や構成(前記⑦)に何らかの創作性を認める余地があるとしても、本件映像部分に上記創作性が表現されているものとはいえない。」と主張した。

これに対して、原審判決は、「本件ファッションショーのうち、本件映像部分に表れた点に著作物性は認められず、又は本件映像部分において、その創作的表現を感得できる態様で公衆送信が行われているものと認められないから、本件映像部分を放送することが、X1の著作権(公衆送信権)又はX2の著作人人格権(氏名表示権)を侵害するものとは認められない。」という理由でXらの請求をいずれも棄却し、Xらは控訴した。

## II. 争点

### 1. 本件ファッションショーの構成要素の本件映像内に表現された部分の著作物性

ファッションショーの構成要素の著作物性についての争点は、具体的には、以下のとおりである。

|     |                              |
|-----|------------------------------|
| (1) | 個々のモデルに施された化粧や髪型のスタイリング      |
| (2) | 着用する衣服の選択及び相互のコーディネート        |
| (3) | 装着させるアクセサリーの選択及び相互のコーディネート   |
| (4) | 舞台上の一定の位置で決めるポーズの振り付け        |
| (5) | 舞台上の一定の位置で衣服を脱ぐ動作の振り付け       |
| (6) | 化粧、衣服、アクセサリー、ポーズ及び動作のコーディネート |
| (7) | モデルの出演順序及び背景に流される映像          |

### 2. 本件ファッションショー及びその構成要素である振り付けの実演該当性

本件ファッションショー及びその構成要素である振り付けの実演該当性についての争点は、具体的には、以下のとおりである。

|     |                                   |
|-----|-----------------------------------|
| (1) | モデルが、ヘアメイクや衣類を着用等しながら、ポーズや動作を取ること |
| (2) | 本件ファッションショー全体                     |

## III. 判決

※重要と思われるところに、筆者により下線を引いた。

### 1. 本件ファッションショーの構成要素の本件映像内に表現された部分の著作物性

「著作権法は、著作権の対象である著作物の意義について、……作成者の何らかの個性が表現として表れていることを要するものであって、表現が平凡かつありふれたものである場合には、作成者の個性が表現されたものとはいえず、「創作的」な表現ということではできないというべきである。……当該作品等の全体において上記意味における表現上の創作性があるのみでは足りず、侵害を主張する部分に思想又は感情の創作的表現があり、当該部分が著作物性を有することが必要となる。……本件ファッションショーにおいて用いられた衣服やアクセサリーは、主として、大量生産されるファストファッションのブランドのものであり(甲1ないし13、丙1、弁論の全趣旨)、これらは、その性質上、実用に供される目的で製作されたものであることが明らかである。そして、控訴人らも、本件ファッションショーにつき、シティとリゾートのパーティースタイル(都会的な女性のドレスアップコーディネートと、リゾートラグジュアリーパーティースタイル)をコンセプトとしたものであるなどと主張しており、本件ファッションショーが上記の各場面における実用を想定したファッションに関するショーであることがうかがえることに照らすと、上記の化粧、髪型、衣服及びアクセサリーを組み合わせたもの……は、美的創作物に該当するとしても、芸術作品等と同様の展示等を目的としたものではなく、あくまで、実用に供されることを目的としたものであると認められる。」「応用美術に関するこれまでの多数の下級審裁判例の存在とタイプフェイスに関する最高裁の判例(決・民集54巻7号2481頁)によれば、まず、上記著作権法2条2項は、単なる例示規定であると解すべきであり、そして、一品制作の美術工芸品と量産される美術工芸品との間に客観的に見た場合の差異は存しないのであるから、著作権法2条1項1号の定義規定からすれば、量産される美術工芸品であっても、全体が美的鑑賞目的のために制作されるものであれば、美術の著作物として保護されると解すべきである。また、著作権法2条1項1号の上記定義規定からすれば、実用目的の応用美術であっても、実用目的に必要な構

成と分離して、美的鑑賞の対象となる美的特性を備えている部分を把握できるものについては、上記2条1項1号に含まれることが明らかな「思想又は感情を創作的に表現した(純粋)美術の著作物」と客観的に同一なものとみることができるのであるから、当該部分を上記2条1項1号の美術の著作物として保護すべきであると解すべきである。他方、実用目的の応用美術であっても、実用目的に必要な構成と分離して、美的鑑賞の対象となる美的特性を備えている部分を把握することができないものについては、上記2条1項1号に含まれる「思想又は感情を創作的に表現した(純粋)美術の著作物」と客観的に同一なものとみることができないのであるから、これは同号における著作物として保護されないと解すべきである。」「着用する衣服の選択及び相互のコーディネート及び装着させるアクセサリ-の選択及び相互のコーディネートは、その美的要素(外観や見栄えの良さ)について、他の者から見られることが想定されるものであるとしても、・・・モデルの衣服・アクセサリ-等はそのほとんどがファストファッションである[FOREVER21]製作のものを使用しただけであり、控訴人らのデザインに係るものではないだけでなく、・・・これはシティヤリゾートのパーティ等の場面において実用されることを想定するものであり、それ全体が美的鑑賞を目的とするものではなく、また、実用目的のための構成と分離して、美的鑑賞の対象となり得る美的特性を備えた部分を把握できるものでもない。」「以上によれば、着用する衣服の選択及び相互のコーディネート及び装着させるアクセサリ-の選択及び相互のコーディネートについて著作物性は認められない。」「本件映像部分の各場面におけるモデルの化粧及び髪型は、・・・それ全体が美的鑑賞を目的とするものではなく、また、実用目的のための構成と分離して、美的鑑賞の対象となり得る美的特性を備えた部分を把握できるものでもないから、美術の著作物に当たるともいえない。」「④舞台上の一定の位置で決めるポーズの振り付け、⑤舞台上の一定の位置で衣服を脱ぐ動作の振り付けについて本件映像部分において、・・・ファッションショーにおけるモデルのポーズ又は動作として特段目新しいものではないというべきであり、上記ポーズ又は動作において、作成者の個性が表現として表れているものとは認められない。したがって、これらのポーズ又は動作の振り付

けに著作物性は認められない。」「⑥化粧、衣服、アクセサリ-、ポーズ及び動作のコーディネートについて①ないし⑤の点につき、・・・著作物性が認められないことは前記アないしウ認定のとおりであるところ、これらの各要素が組み合わされることにより、作成者の個性の表出というべき新たな印象が生み出されているものとは認められないから、前記①ないし⑤の点の組み合わせに著作物性を認めることはできない。」「⑦モデルの出演順序及び背景に流される映像について・・・上記出演順序は、モデルの着替え時間やギフト配布のタイミング等の便宜的な要素を考慮して決定されたものであるとされるところ、上記出演順序が、ドレスの順序(モノトーンの次は明るい色彩に、その次はシックに、その後は再びカラフルに等)も考慮して決定されたものであるとされることを考慮しても、上記出演順序に、思想又は感情が創作的に表現されているものとは認められない。』

## 2. 本件ファッションショー及びその構成要素である振り付けの実演該当性

「著作権法2条1項3号に挙げられた「演劇的に演じ、舞い、演奏し、歌い、口演し、朗詠し、又はその他の方法により演ずること」やこれらに類する行為に該当する部分があるものとは認められない。」「本件ファッションショーのうち上記④及び⑤以外の点が、「演劇的に演じ、舞い、演奏し、歌い、口演し、朗詠し、又はその他の方法により演ずること」に「類する行為」に当たるものとはいえない。また、上記④及び⑤の点も、前記(2)ウ認定の通りのポーズや動作をとったものにすぎず、しかも、その態様もありふれたものにすぎないのであるから、「これらに類する行為で、著作物を演じないが芸能的な性質を有するもの」に該当するものということとはできない。』

## IV. 研究

### 1. 本判決の判例上の地位

本判決は、ファッションショー及びその構成要素等について、著作権法の保護が及ぶのかを判断したはじめの事例<sup>(2)</sup>であり、意義がある。判決としては、著作権侵害については、否定をしているものの、ファッションショーやその構成要素であることを理由に、著

(2) 本判決の地裁判決として、東京地判平成25・7・19判時2238号99頁[Forever21ファッションショー事件]

作物性を否定しなかった点については、これらが、「思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」である可能性を示唆しており<sup>(3)</sup>、事案によっては、十分に著作権法の保護の余地があることを示しており、非常に評価できると考える。しかし、後述するが、判断手法及び判断内容につき疑問が残る。

また、2014年12月8日には、知的財産教育協会が、日本のファッション・ビジネスの振興へ寄与することを目指し、米国 Fashion Law Institute とコラボレーションし、「Fashion Law Institute Japan (FLIJ) : ファッション・ロー・インスティテュート・ジャパン」を設立する<sup>(4)</sup>など、従前、あまり法的な議論が盛んではなかった、ファッション分野において、法的(特に知的財産法)な研究をより積極的に行っている潮流の中において、将来的な示唆が多いものと考えている。

加えて、個別には、著作物性の認定及びその侵害段階での特定性、応用美術の該当性<sup>(5)</sup>について、検討すべき点が多くあり、本判例評釈においても十分に検討をしたい。なお、本判決の後、応用美術の分野では、従来とは異なる判断基準において、応用美術の著作物性を認めたいわゆる「TRIP TRAP 控訴審判決<sup>(6)</sup>」がでており、最後に、今後の影響を踏まえ簡単ではあるが検討する。

## 2. 検討

### (1) 著作権、著作隣接権、著作人格権侵害の成否

本判決においては、著作物であることの要件である創作性に関し「作成者の何らかの個性が表現として表れていることを要するものであって、表現が平凡かつありふれたものである場合には、作成者の個性が表現されたものとはいえず、「創作的」な表現ということではない」とし、加えて、著作権侵害成立の要件とし

て「当該作品等の全体において上記意味における表現上の創作性があるのみでは足りず、侵害を主張する部分に思想又は感情の創作的表現があり、当該部分が著作物性を有することが必要となる」としている。まず、著作物性の認定方法についてであるが、要件としては、創作性が機能するのは、何らかの知的活動の成果つまり、クリエイティブなものがなくては保護に値しない<sup>(7)</sup>という(具体的には、既存の絵画の模写や美術作品の機械的な複製写真を排除する趣旨)点にあり、本判決においては、前段については、異論がない。

しかし、後段のいわゆる、「ありふれ」の理論により判断することについては、賛成できない。もちろん、従来の裁判例<sup>(8)</sup>においては、ありふれていることを理由に著作物性を否定しているものが多くあることは周知のとおりであるが、学説上、著作物であることの要件としての創作性については、その高低については問わない<sup>(9)</sup>というのが、きわめて原則的な考え方であるし、創作物を保護する法律である著作権法の原則論としては、適切と考える。この点については、以下の侵害段階における著作権侵害成立の要件において整理したい。なお、所感に過ぎないが、「ありふれ」の理論が用いられるのは言語の著作物が多い。言語の著作物は、普段、一般人が極めて日常的に創作又は利用する著作物であるため、ありふれているか否かを詳細な立証をすることなく判断し得ることにその一因があるように思う。

次に、侵害の成立段階についてである。侵害を主張する部分に創作性があり、著作物である必要があるという考え方を取っているが、部分利用について、その利用部分の著作物性を検討するという考え方<sup>(10)</sup>があり、また、判例上は、本判決のように映像内での著作物の再現という点で同様な事件である雪月花事件<sup>(11)</sup>で示された「美的要素を直接感得することができる程度に再現がされていることを要する」という要件を踏

(3) 角田政芳「ファッションショーにおけるモデルのメイクアップとヘアスタイル、ファッションデザインとアクセサリー、モデルのポーズ等の著作権と著作隣接権による保護」—東京地判平成 25.7.19「Forever21 ファッションショー事件」を契機として— AIPPI(2013) Vol.58 No.12 6頁に同じ

(4) 知的財産教育協会(東京都千代田区、代表理事・会長：棚橋祐治)が、ファッションの保護制度を中心にファッションに関する制度を調査研究、教育する機関として設立した。ホームページ URL (<http://ip-edu.org/fashionlaw>)

(5) 原判決では、応用美術については、検討をされおらず、控訴審においてはじめて判断された争点である。

(6) 知財高裁平成 27・4・14 判時 2267 号 91 頁「TRIPP TRAPP 事件」

(7) 加戸守行「著作権法逐条講義(六訂新版)」22 頁

(8) 東京地裁平成 7・12・18 知的裁集 27 卷 4 号 787 頁「ラストメッセージ in 最終号事件」、東京地裁平成 11・1・29 判時 1680 号 119 頁「古文単語語呂合わせ事件」、知財高裁平成 17・10・6LEX/DB 文献番号 28102000「YOL 記事見出し事件」等

(9) 齊藤博「著作権法(第3版)」77 頁、作花文雄「著作権法(第3版)」88 頁(ただし、「ありふれた表現」である場合には、創作性が否定される傾向があることを指摘している)、中山信弘「著作権法(第2版)」61 頁

(10) 前掲加戸・184 頁、前掲作花・228 頁

(11) 東京高裁平成 14・2・18 判時 1786 号 136 頁

襲しているものといえるが、「直接感得することができる」という要件がはずされている点については、疑問が残る。江差追分事件<sup>(12)</sup>で定立された本要件についても、その後の多様な著作物を対象とした多くの事例においては、かなり柔軟に使用されており、細かい意味での判断の統一が図られている部分ではなく、その点は個別具体的に、判断の適正さを見極めていく必要があるといえる。

さて、「ありふれ」の理論についてであるが、著作物の成立要件として機能させる、つまり、創作性要件の中にありふれていないことを求める点については、先述の通り適切ではないと考える。

しかし、ありふれた表現に保護を与えることによって、弊害が起きる場面があることは容易に想定できることである。そのため、著作権侵害の成立要件として構成するのが適正であると考えられる。理由は、次の通りである。まず、著作物の成立要件として求めている創作性は伝統的には、前述のとおり創作性の高低を求めていること、次に、特に、ありふれているか否かは、他の著作物と比較することでしか判断し得ない部分であること、更に、判例学説ともに、特に翻案のケースにおいて、本質的特徴の直接感得要件に基づいており、実態として創作性のない部分を排除している。そのため、この時点でありふれている部分も創作性のない部分として排除すれば、真に保護すべき部分が明確になり、合理的といえるし、先例との関係で齟齬もないといえる。

次に、高裁で判断手法として新たに追加された部分である、本件映像内に表現されたものが、著作物性を有する実用目的の応用美術であるかを否か検討している点である。ファッション製品に関し、著作物性を有する実用目的の応用美術であるかを否か検討する必要性自体は、当然にあると考えるが、本判決における、著作物性の認定との関係では不十分であるといえる。また、引用判例<sup>(13)</sup>についても疑問がある。本引用判例は、印刷用書体の著作物性について、「それが従来印刷用書体に比して顕著な特徴を有する」といった独

創性を備えることが必要であり、かつ、それ自体が美術鑑賞の対象となり得る美的特性を備えていなければならないと解する」との解釈を示したものであるが、ここで、その他の著作物に比して高い創作性を求めた趣旨は、情報伝達機能を阻害させない点に重点が置かれているものであり、その他の応用美術の分野で議論されている、意匠法との調整の観点(意匠法との重畳適用との関係)によるものであり、本判決への適用という観点では適切ではないと考える<sup>(14)</sup>。

本判決では、「全体が美的鑑賞目的のために制作されるものであれば、美術の著作物として保護されるべきである」と目的要件を立てたうえで、「実用目的に必要な構成と分離して、美的鑑賞の対象となる美的特性を備えている部分を把握できるものについては、・・・(純粋)美術の著作物と同一なものとしてみることができるといいうゆる分離可能性と美的鑑賞の対象となる美的特性の有無をもとに判断するとしている。

しかし、創作者の意図、目的を要件とするのは極めて困難であるといえるし<sup>(15)</sup>、制作目的という他の著作物にも共通に存在しながら、著作物性の判断要素となっていないものを応用美術の分野にのみ求めるのは認められない。

後段の要件については、多くの裁判例<sup>(16)</sup>があり、様々な検討がなされているが、基本的には、一貫して、実用的要素を有しているものの著作物性を検討する場合は、創作性の高さや実用面及び機能面を離れてまだ創作性を有しているなどの、要件加重をすることについては、共通している。これについては、意匠法との重畳適用の問題、著作物とした場合の保護期間の問題等があるため、現段階では否定する点はなく、本判決においてもその点については問題ないと考えられる。

しかし、本判決については、これら応用美術における加重された要件を、コーディネートやスタイリング等のファッション製品の組み合わせについても、あてはめて検討している点には問題がある<sup>(17)</sup>。

目的要件を設けることが適切ではない点については、先述の通りであるが、本判決では各要素についても、

(12) 最高裁平成13・6・28民集55巻4号837頁

(13) 最高裁平成12・9・7判時1730号123頁「ゴナ印刷用書体事件」

(14) 本山雅弘「ファッションショーの表現要素に関して応用美術の著作物該当性と実演該当性が争われた事例」新・判例解説 Watch ◆知的財産権法 NO.96 3頁

(15) 前掲加戸・69頁、前掲齊藤・85頁に同じ

(16) 長崎地佐世保支部昭和48・2・7無体集5巻1号18頁「博多人形事件」、神戸地裁姫路支部昭和54・7・9日無体集11巻2号371頁「仏壇彫刻事件」、大阪高裁平成2年2月14日判決「ニーチェア事件」、東京高裁平成3・12・17判時1418号121頁「木目化粧紙事件」、仙台高裁平成14・7・9判時1813号145頁「ファービー人形事件」、大阪高裁平成17・7・28判時1928号116頁「チョコエッグ事件」、知財高裁平成24・2・22判時2149号119頁「スペースチューブ事件」

(17) 前掲本山・3頁 意匠法との調整という視点にて、言及されている。



あてはめているところ、仮にこの要件が適切であるという前提に立ったとしても、要件を満たさないと考える。被服を含む各ファッション製品そのものについては、社会常識に基づき社会生活を営むという目的などの社会的要請に基づき被服を着用するという面があり、この視点では実用的であるといえるし、天候、気温に順応するという機能的な目的も存在する。この観点から、被服を含む各ファッション製品そのものには応用美術の検討をすることに必要性があると考えが、その組み合わせは、あくまで本ショーにおいて、対象ブランドのコンセプト等を表現することを目的として、表現したものであり、この要件の適用は適切ではない。判決のなかで、「本件ファッションショーにつき、シティとリゾートのパーティースタイル(都会的な女性のドレスアップコーディネートとリゾートラグジュアリーパーティースタイル)をコンセプトとしたものであるなどと主張しており、本件ファッションショーが上記の各場面における実用を想定したファッションに関するショーであることがうかがえる」と述べているが、これは失当である。あくまで各ファッション製品は、本件ファッションショーのコンセプト及びそれに見合うコーディネート等の構成要素である。対象ブランドないし、対象ブランドの該当シーズンにおけるコンセプトを需要者、業界関係者に表現するために、ファッションショーは開催されるものであり、(仮に、将来的に、需要者が日常的に利用するコーディネートになったとしても)、各構成要素がもつ実用性とは切り離されて考えられるべきであるし、構成要素が実用品であったとしても、その組み合わせまで実用目的であると判断することはできないといえる。特に、シーズンごとに行われるファッションショーは、各アパレルブランドにおいて、シーズンコンセプトを表現する最大の場所であり、シーズンコンセプトを如何に各商品及びその組み合わせで表現するかという点に注力され制作されるものである。つまり、実用品の組み合わせであるコーディネートやスタイリングに著作物性が生じる可能性は、それらが各スタイリスト等の思想・感情を創作的に表現したものであれば十分保護の対象となりえる。なお、著作物ではないものの組み合わせに著作物性が生じることについては、異論はないと考える。著作権法上、例示列举されているもので顕著な例として、写真の著作物(著作権法10条1項8号)が

挙げられる。写真の著作物は、「被写体の決定自体について、すなわち、撮影の対象物の選択、組み合わせ、配置等において、創作的な表現がなされた、そこに著作権法上の保護に値する独自性が与えられることは、十分にあり得ることである<sup>(18)</sup>」とされており、被写体の著作物性にかかわらず、その組み合わせ等に著作物性が生じ得ることを示している。

## (2) 着用する衣服の選択及び相互のコーディネート、装着させるアクセサリーの選択及び相互のコーディネートの著作物性

控訴人が著作権を侵害されたことを主張したもののうち、①個々のモデルに施された化粧や髪型のスタイリング、②着用する衣服の選択及び相互のコーディネート、③装着させるアクセサリー選択及び相互のコーディネート及び④これら化粧、衣服、アクセサリーのコーディネートについて、これらが大量生産を目的としたファストファッションのブランドのものである事実を照らし、実用品における著作物性、つまり、応用美術該当性について言及し、著作物性ないし著作権侵害該当性を否定している。

前述のとおり、本判決におけるこれら組み合わせについて、実用品における著作物性を検討するのは失当と考える。選択及び相互のコーディネートに、スタイリストないし控訴人に思想又は感情が創作的に表現されたものがあれば、著作権侵害を構成する可能性はある。判決において「本件映像部分の各場面におけるモデルの衣服・アクセサリー等はほとんどがファストファッションである「Forever21」製作のものを使用しただけであり、控訴人らのデザインに係るものではないだけでなく・・・」との事実認定があるが、その選択及び相互コーディネートに著作物性が発生する余地が低い面があることを踏まえても、その他のファッション製品及びその組み合わせとの比較がない以上、判断できるものではないと考える。

ところで、通常、ファッションショーにおいては、既製品のみがショーで使用されることは珍しいケースといえる。ファッションショーは、そのブランド、そのシーズンの特徴を需要者、業界関係者等に表現することを目的としていることは前述のとおりであるが、その趣旨から、通常は、既存の製品に過度な装飾を施したショーピース(show piece)またはコレクションピース(collection piece)が用いられる<sup>(19)</sup>。本判決に

(18) 東京高裁平成13・6・21判時1765号96頁「西瓜写真事件」

(19) ナオヨマディゾン「ファッションショーの奇抜な服は誰が着る？」(<http://toyokeizai.net/articles/-/30080?page=2>)

おける、今後のファッションショーに関する裁判例への影響として、この点は、本件における特徴的な事実といえ、今後の同様の事案においては、この点の事実認定がしっかりとされる必要があると考える。これらショーピースは、デザイナーがブランドコンセプト、シーズンコンセプトをより特徴的に表現しており、ファッションショーの構成要素のうち、単独で十分、創作的な表現が認定できる部分となりえるところである。

### (3) 個々のモデルに施された化粧や髪型のスタイリングの著作物性

前述のとおり、本判決における著作物性及び著作権侵害の検討において、実用品における著作物性を検討するのは失当といえる。本項においては、化粧や髪型については、実用品の組み合わせではないことは明らかであるし、実用品の判断を用いている点について、大きな疑問がある。応用美術の検討をすべきシチュエーションは、そもそも意匠法との抵触による重畳適用を排除するところに理由があり、物品ではない化粧や髪型について、応用美術に関する検討をする実益がない。

なお、創作の主体性については、判決で述べられている通り、だれが作者であるか、という点は重要な論点であるといえ、本件のような複合的な著作物においては、その認定は重要であるといえる。

### (4) 舞台上の一定の位置で決めるポーズの振り付け、舞台上の一定の位置で衣服を脱ぐ動作の振り付けの著作物性

本判決において、振り付けに関しては、「ファッションショーにおけるモデルポーズ又は動作として特段目新しいものではないというべきであり、……作成者の個性が表現として表れているものとは認められない。」としている。具体的に述べられているわけではないが、いわゆる「ありふれ」と判断し、著作物性及び著作権侵害を否定している。ありふれているか否かは、類種の著作物との比較でしか判断できないはずであり、本判決から、具体的な検討は見受けられない。ここで注目したいのは、ファッションショーの性質である。ファッションショーという表現形式においては、モデルが着ている被服を見せるという大命題があるため、キャットウォーク(ランウェイ)を歩くス

ピードやそこでの立ち回りについては、常識的なルール(実用的な制限ではない)があり、これをいつ脱することは、基本的にはできない。つまり、本項における重要な観点は、著作物の表現方法において、常識的な(通常、表現行為を行うにあたり社会通念上要求されるもの)ルールがあり、そのルールに従った結果、表現としての選択の幅が少ないものをどう保護するかという点にあるといえる。このような一定の制限があり、著作物性を検討したものに、俳句<sup>(20)</sup>があり(スローガンも同様に考えることができなくもないが、創作上の一定の制限とはいえ、どちらかという実用目的からくる制限であろう。)課された制限のなかで、表現を行い、著作物性が認められている。

しかし、一方で、このようなケースでは、著作物性を認めるべきではないという立場がある<sup>(21)</sup>。主にこの立場の根拠としてあげられるのが、思想と表現が混同するような場合、著作権法の保護を与えると、事実上、思想や事実の保護と同じことになるというものである。これもありふれている場合と同様に、侵害段階で検討する方が合理的といえる。理由は、本件のような映像内再現の場合は、著作物性の要件とした機能させた場合は、どのような態様で映り込んでいようが、そもそも著作物ではないということになるが、著作権侵害の要件として機能させた場合は、創作性のある部分が再現されているかどうかという問題となり、保護の可能性が広がるといえる。ありふれている表現に保護を与えることの弊害は、後発の表現の選択の幅を著しく狭める点が指摘されるが、このケースの場合は、その弊害がなく、創作の保護という点では合理的であると考えられる。

また、この視点からすると、ファッションショーにおける常識的なルール上は、ありえない、「モデルが紙袋を持ったり、右の手の平を広げて耳に当てる行為や、両手の平を上に向けて観客をあおるようなそぶり」については、著作権侵害を認定する方向に働く要素である行為といえる。

### (5) 化粧、衣服、アクセサリ、ポーズ及び動作のコーディネート著作物性

本項についても、これらの組み合わせについて、「これらの各要素が組み合わせられたことにより、作成者の個性の表出というべき新たな印象が生み出されて

(20) 東京高裁平成10・8・4判時1667号131頁「俳句添削事件」著作物性の認定を細かく行っているわけではないが、著作物であることを前提に判断している。

(21) 前掲中山・72頁

いるものとは認められない」旨、判断し、著作物性は認められないと結論づけている。この点についても、検討不十分と言わざるを得ない。具体的に述べられているわけではないが、前記(4)と同様、いわゆる「ありふれ」と判断し、著作物性及び著作権侵害を否定している。ありふれているか否かは、種類の著作物との比較でしか判断できないはずであり、本判決から、具体的な検討は見受けられない。

#### (6) モデルの出演順序及び背景に流される映像の著作物性

判決で述べられている通り、出演順序そのものについては、思想又は感情が創作的に表現されたものであるとは言い難いという点について、賛成である。控訴人の主張にかかる部分、つまり著作物性の特定の問題ではあるが、実質的には、アイディアの保護を求める結果になってしまっているといえ、ことさらこの部分における著作物性を主張する必要はなかったといえる。

一方、映像の著作物性については、本判決のなかでも、実用品、著作物、それらの組み合わせ等と比較して本来、著作物性がもっとも認められやすいものでありながら、著作者ないし著作権者の立証が不十分であり、これについては、判決に異論はない。

#### (7) 本件ファッションショーの実演該当性

本件ファッションショーの実演該当性については、「著作物を演ずること」又は「それに類する行為で、著作物を演じないが芸術的な性質を有するもの」としている。前述のとおり、演ずる対象が著作物となる可能性があるため、ここまでの検討次第では、実演として認定される可能性はあったといえる。そのうえで、実演に類する行為であり、かつ芸術的な性質を有するものであるか、どうかという点である。典型的な例として挙げられるのは、奇術や曲芸である<sup>(22)</sup>。また、スポーツ分野においてもショーのように行う場合は、実演の可能性があるとしている。これらに照らすと、実演に類する行為として、保護される可能性があると考えられるが、いずれにしても、先述のとおり、種類の著作物との比較でしか判断できないはずであり、本判決から、具体的な検討は見受けられない。

## V. 最後に

ここまで検討した通り、本判決はファッションショーやその構成要素の著作物性について応用美術かどうかの判断を争点の一つとしているが、前述の通り、本判決の後に「TRIPP TRAPP 控訴審判決」がでており、今後、本判決のような事案が生じた場合には大きな影響を与える可能性があるといえる。当該判決においては、本判決の判断基準となっている分離可能性と美的鑑賞の対象となる美的特性の有無についていずれも判断基準を否定し、「個別具体的に、作成者の個性が発揮されているか否かを検討すべき」と判断しており、応用美術と呼ばれる著作物とそうでない著作物とを区別しない手法をとっており、本事案のように、従来の応用美術の検討が必要な部分(衣服やアクセサリ等)とそうでない部分(化粧、髪型等)が複合的に構成されているものについては、判断手法として適切な面があるといえるのではないかと考える。

一方で、当該判決については、実用品の機能の独占を招くことや一般人による日常行為が著作権侵害となる可能性などが指摘されている<sup>(23)</sup>。

当該判決は最高裁では争われなかったため、この判断基準については、当面、統一的な基準が出される状況ではなく、今後、本件と同様の事案については、どちらの判断基準がより各事案に適切かどうかという点を見極めていく必要があり、今後の研究の1つとしていきたい。

なお、本論文は、日本知財学会制度・判例分科会第4回研究会にて報告した内容に加筆修正を行ったものである。

以上

(22) 前掲作花・444頁、前掲加戸・26頁

(23) 中川隆太郎「問い直される実用品デザインの保護のルール—TRIPP TRAPP 事件知財高裁判決のインパクト—」コピライト NO.653/vol.55 42頁

# 違法動画へのリンク行為に関し、著作権侵害を否定した事例 (大阪地判平成 25 年 6 月 20 日判決, 判例時報 2218 号 112 頁)

安田 和史<sup>(\*)</sup>

## I. 事実の概要

原告(P 1)は、株式会社ニワンゴ(以下「ニワンゴ」という。)が提供するインターネット上の動画共有などのサービス「ニコニコ動画<sup>(1)</sup>」のニコニコプレミアム会員として、「ニコニコ生放送<sup>(2)</sup>」による動画のライブストリーミング配信<sup>(3)</sup>等を行っていた個人である。

被告(株式会社ソシオコーポレーション)は、情報提供サービスなどを目的とする事業者であり、「ロケットニュース 24」(<http://rocketnews24.com/>)と称するウェブサイト(以下「本件ウェブサイト」という。)を運営している。本件ウェブサイトは、様々なニュース等を取りまとめ、これに見出しと記事を加え、読者がコメントを投稿することのできるサービスを提供している。

原告は、平成 23 年 6 月 5 日、カメラ等を持参し、自身が上半身に着衣をせず(頭に猫耳状の飾りと首に首輪状の飾りのみ)、大阪市内のマクドナルド店に入店する模様や、原告自身が店員や警察官と対応する様子等を撮影し、これを動画として、「ニコニコ生放送」にライブストリーミング配信した(以下「本件生放送」という。)。原告以外の第三者(特定されていない)は、本件生放送のうち、原告がマクドナルドに入店する直前から、駆けつけた警察官と共に交番へ赴き、注意を受けるまでの約 15 分間の部分(以下「本件動画」という。)を、動画共有サイト「ニコニコ動画」にアップロードし(本件生放送又は前記タイムシフト機能によって配信された内容を第三者が録画した上、「ニコニコ動画」にアップロードしたものと推測される。)、同サイトへアクセスした者であれば、いつでも視聴し得るようになった。

被告は、本件動画に着目し、同月 9 日、原告が著作者である動画を本件ウェブサイトに無断で原告を誹謗

中傷する記事(以下、「本件記事」という)を掲載するとともに、「ニコニコ動画」上の本件動画に付されていた引用タグ又は URL を本件ウェブサイトの編集画面に入力して、本件記事の上部にある動画再生ボタンをクリックすると、本件ウェブサイト上で本件動画を視聴できる状態にし、本件記事の末尾に、「参照元：ニコニコ動画」と記載した。

原告は、被告に対して、本件記事を掲載し、さらに本件記事下部のコメント欄(以下、「本件コメント欄」という)に、読者をして原告を誹謗中傷するコメント欄記載の書き込みをさせ、これを削除しなかったとして、原告の名誉を毀損するとともに、原告の著作権(公衆送信権)及び著作者人格権(公表権、氏名表示権)を侵害するものであるとして、被告に対し、本件ウェブサイトに掲載された本件記事及び本件コメント欄の削除を求めると共に、著作権及び著作者人格権侵害の不法行為あるいは、名誉毀損の不法行為に基づく名誉回復措置として本件ウェブサイトへの謝罪文の掲載や損害賠償などを請求した事案である。

## II. 争点

本稿では、裁判所が判断した争点の内、争点 1-1 本件動画にかかる「映画の著作物」該当性の有無、および、争点 1-2 公衆送信権侵害の有無について検討を行う。

## III. 判決

### 1. 争点 本件動画にかかる「映画の著作物」該当性の有無(争点 1-1)

「本件動画(その前提となる本件生放送を含む)は、

(\*) 校友、株式会社スズキアンドアソシエイツ取締役、東京理科大学/第一工業大学非常勤講師

(1) ニワンゴが「niconico」において提供するサービスには、ウェブサイト上で動画を共有してこれにコメントを付すことのできる「ニコニコ動画」、ライブストリーミング配信される動画を視聴することができる「ニコニコ生放送」などがある。平成 24 年 5 月以降「niconico」と総称されるが、平成 23 年 6 月当時は「ニコニコ動画」と総称されていた。

(2) 「ニコニコ生放送」に配信される動画は、「niconico」の会員のみ視聴することができ、有料のニコニコプレミアム会員は、自ら「ニコニコ生放送」でライブストリーミング配信をすることもできる。また、「niconico」では、「タイムシフト機能」と称して、前記ライブストリーミング配信終了後も、一定期間、「ニコニコ生放送」の内容を視聴し得るサービスを提供している。

(3) テレビ番組におけるいわゆる生放送と同様、即時的な動画配信のことである。

原告が上半身に着衣をせず飲食店に入店し、店員らとやり取りするといった特異な状況を対象に、主として原告の顔面を中心に据えるという特徴的なアングルで撮影された音声付動画であって、一定の創作性が認められる。」

「また、前記判断の基礎となる事実記載のとおり、原告が利用したニコニコ生放送には、タイムシフト機能と称するサービスがあり、ライブストリーミング配信後もその内容を視聴することができたとされるから、本件生放送は、その配信と同時にニワンゴのサーバに保存され、その後視聴可能な状態に置かれたものと認められ、『固定』されたものといえる(法2条3項)。」

「したがって、本件生放送の一部である本件動画は、『映画の著作物』(法10条1項7号)に該当し、その著作者は原告と認められる。」

## 2. 争点 公衆送信権侵害の有無 (争点1-2)

### (1) 被告は本件動画を送信可能化したか

「被告は、『ニコニコ動画』にアップロードされていた本件動画の引用タグ又はURLを本件ウェブサイトの編集画面に入力することで、本件動画へのリンクを張ったにとどまる。」

「この場合、本件動画のデータは、本件ウェブサイトのサーバに保存されたわけではなく、本件ウェブサイトの閲覧者が、本件記事の上部にある動画再生ボタンをクリックした場合も、本件ウェブサイトのサーバを経ずに、『ニコニコ動画』のサーバから、直接閲覧者へ送信されたものといえる。」

「すなわち、閲覧者の端末上では、リンク元である本件ウェブサイト上で本件動画を視聴できる状態に置かれていたとはいえ、本件動画のデータを端末に送信する主体はあくまで『ニコニコ動画』の管理者であり、被告がこれを送信していたわけではない。したがって、本件ウェブサイトを運営管理する被告が、本件動画を『自動公衆送信』をした(法2条1項9号の4)、あるいはその準備段階の行為である『送信可能化』(法2条1項9号の5)をしたとは認められない。」

### (2) 幫助による不法行為の成否

「ところで、原告の主張は、被告の行為が『送信可能化』そのものに当たらないとしても、『ニコニコ動画』にアップロードされていた本件動画にリンクを張ること、公衆送信権侵害の幫助による不法行為が成立す

る旨の主張と見る余地もある。」

「しかし、『ニコニコ動画』にアップロードされていた本件動画は、著作権者の明示又は黙示の許諾なしにアップロードされていることが、その内容や体裁上明らかではない著作物であり、少なくとも、このような著作物にリンクを張ることが直ちに違法になるとはいえない。そして、被告は、前記判断の基礎となる事実記載のとおり、本件ウェブサイト上で本件動画を視聴可能としたことにつき、原告から抗議を受けた時点、すなわち、『ニコニコ動画』への本件動画のアップロードが著作権者である原告の許諾なしに行われたことを認識し得た時点で直ちに本件動画へのリンクを削除している。」

「このような事情に照らせば、被告が本件ウェブサイト上で本件動画へリンクを張ったことは、原告の著作権を侵害するものとはいえないし、第三者による著作権侵害につき、これを違法に幫助したものでなく、故意又は過失があったともいえないから、不法行為は成立しない。」

## IV. 研究

### 1. 本判決の判例上の地位

リンク行為の法的効果については、学術的に様々な見解が示されてきているものの、従来の裁判例で見解が示された例は数少ない。

#### (1) 児童ポルノ URL 事件

著作権侵害に関する事案ではないが、児童ポルノに係るコンテンツへのリンクを一部改編した文字列を掲載していたサイト運営者に対して、児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律に定める公然陳列罪の正犯として立件され該当するとした事例がある。ただし、最高裁においては罪刑法定主義の観点から問題があるとして、正犯とすることについて裁判官の反対意見が示されている<sup>(4)</sup>。

#### (2) 曲貼り精鋭達のたまり場事件

著作権侵害の事案としては、JASRACがニュースリリースを出している事件がある。JASRACによると、海外のストレージサイトにアップロードした音楽ファイルへのリンク設定により違法な音楽配信を行っていた男性に有罪判決が出ており、リンク設定による違法音楽配信に関して、初めてのケースであるとしている。ただし、この事例はストレージサイトのアップロー

(4) 最高裁第三小法廷決定平成24・7・9日裁判集刑308号53頁[児童ポルノURL事件]。

ダーとリンク行為の設定者が同一であったことにより、双方を総合的に評価したものと思われる<sup>(5)</sup>。

### (3) どーじんぐ娘。事件<sup>(6)</sup>

刑事告訴・損害賠償請求を含めた法的措置のために発信者情報の開示を求めた民事事件がある。この事件では、LINE 株式会社提供するライブドアブログに解説された「どーじんぐ娘。」と題するブログに、他人の著作物を無断でアップロードし送信可能化状態においているストレージの場所を特定できるリンクが張られており、それと一緒にダウンロードを可能にするパスワードが提供されていた。これに対し裁判所は「ダウンロードサーバに本件漫画の電子ファイルをアップロードした者と同一人であると認めるのが相当であり、仮にそうでないとしても、少なくともアップロード者と共同して主体的に原告の公衆送信権を侵害したものであることが明らかである。」と判断した。

民事事件においては学術的な議論として一般的なリンク行為は著作権侵害に該当しないとする説が支配的であった為であると推察されるが、リンク行為の法的効果について民事事件で争点となることは無かった。本判決は、リンク行為の著作権侵害該当性について裁判所の見解をより明示的に示すものであり、それらの学説に沿う見解を述べたものであるから、下級審判決であり事例判断ではあるものの、今後の裁判に影響があると思われる。

## 2. 本件動画にかかる映画の著作物該当性

### (1) 映画の著作物

「映画の著作物」とは、影像の連続によって表現され、音を伴い又は伴わない著作物をいう。

著作権法 10 条 7 号では、「映画の著作物」が例示列

挙されているものの、「映画の著作物」の定義については明文上の規定は無く、法 2 条 3 項に「映画の効果に類似する視覚的又は視聴覚的效果を生じさせる方法で表現され、かつ、物に固定されている著作物を含むもの」とされている。

基本的には、劇場用の映画を対象としているが、「含むもの」とある以上は、①映画の効果に類似する視覚的又は視聴覚的效果を生じさせる方法で表現されていること(表現方法の要件)、②物に固定されていること(存在形式の要件)、③著作物であること(内容の要件)という 3 要件を満たすことで、著作権法にいう映画の著作物への該当性を高めることになるといえる。なお、前記の 3 要件に当てはまらないからといって直ちに映画の著作物の該当性が否定されるものではない。

「映画の効果に類似する視覚的又は視聴覚的效果を生じさせる方法で表現されているものとは、「多数の静止画像を映写幕、ブラウン管、液晶画面その他の物に高速で連続して順次投影し、見る者の目の残像現象を利用して、動きのある影像として見せるという視聴覚効果、又は影像に音声をシンクロナイズさせるという視聴覚効果を生じさせるよう表現されていることを意味している<sup>(7)</sup>」ものである。具体例としては、①テレビ番組、②アニメーション、③コマーシャル<sup>(8)</sup>、④ゲーム<sup>(9)</sup>等の商業用コンテンツの他、個人が撮影した影像についても映画の著作物にあたる場合がある。

本判決では、固定要件を満たすかが争点となっている。

固定要件は、立法時の議論において映画を効果のみに従って決することについて問題が多いと考えられるとして、明文化されたものである<sup>(10)</sup>。

「固定」が行われる「物」は、映画フィルムに限定され

(5) 札幌地判平成 22・5・10 判例集未掲載[曲貼り精鋭達のたまり場事件]。

一般社団法人日本音楽著作権協会(JASRAC)「プレスリリース：海外のストレージサイトにアップロードした音楽ファイルへのリンク設定により違法な音楽配信を行っていた男性に有罪判決」2010 年 5 月 10 日公表。「曲貼り精鋭達のたまり場」という名称のサイトの運営者が、当該サイトにおいて海外のストレージサイトにアップロードした多数の音楽ファイルへのリンクを自ら設定し違法配信を行っていた事件である。JASRAC は、「海外ストレージサイトにアップロードされたファイルへのリンク設定による違法音楽配信に関して、著作権法違反の有罪判決が出されたのは今回が初めてのことで」と公表している。

(6) 東京地判平成 26・1・17 LEX/DB 文献番号 25446210[どーじんぐ娘。事件]。

(7) 作花文雄『詳解著作権法』99～100 頁(ぎょうせい、第 4 版、2010 年)参照。また、東京地判昭 59・9・28 無体例集 16 卷 3 号 676 頁[パックマン事件]でも同旨の解釈がなされている。

(8) 知財高判平 24・10・25 LEX/DB 文献番号 25444974[ケーズデンキ事件]では、CM の原版について、「映像が動きをもって見えるという効果を生じさせる方法で表現され、ビデオテープ等に固定されており、創作性を有すると認めるのが相当である」として映画の著作物として認めている。

(9) なお、ゲームソフトが映画の著作物として認められた従来の判例としては、リーディングケースとして前掲・パックマン事件がある。その後、最高裁判決として、最判平 13・2・13 民集 55 卷 1 号 87 頁[ときめきメモリアル事件]がある。ただし、東京地判平 7・7・14 知的裁集 27 卷 3 号 509 頁[三國志Ⅲ事件]では、「影像も連続的なリアルな動きを持っているものではなく、静止画像が圧倒的に多い」として、映画の効果に類似する視覚的又は視聴覚的效果を生じさせる方法で表現されているものとは認められず、映画の著作物に該当しないとしており、ゲームのすべてが映画の著作物に該当するわけではない。

(10) 著作権法 100 年史編集委員会編著『著作権法 100 年史・資料編』(著作権情報センター、2000 年)によれば、「著作権法の保護の対象となる映画は、固定されて再現可能なものとする」とある。

ているわけではない。また、固定の方法も映画フィルム上に可視的な写真として固定されている必要もない。例えば、ROM、フロッピーディスク、ハードディスクなどの等記録媒体に電氣的信号で取り出せる形で収納されているものも含まれる<sup>(11)</sup>。

固定要件が否定される代表例は、テレビの生放送のうち、一切の録画が行われないような場合<sup>(12)</sup>が考えられる。ただし、生放送であっても映像の送信と同時に録画が行われている場合は固定要件を満たすことになる<sup>(13)</sup>。なお、現在においては生放送の番組は放送と同時に録画されている場合が多い。

「固定」をする者については、著作権者の立場に立つ者が「固定」をすべきであるか否かという議論がある<sup>(14)</sup>。条文上は、特に指定はされておらず、必ずしも放送を行う者が固定をしななければならないわけではないことから、例えば生放送された映像が家庭用の録画機などによって録画がされていても「固定」の要件を満たすことになると思われる<sup>(15)</sup>。

また、著作物性の判断について、従来の判決では、カメラ・ワークに工夫が凝らされていることや構図等において創作的工夫に係る影像が作成されていること、これらを選択して一定の順序で組み合わせ、音声をシンクロナイズすること等が一定の思想又は感情の表現としての連続した影像及びこれに伴う音声もたらされることから著作物性を認めたものがある<sup>(16)</sup>。なお、著作物性が認められにくい映像としては、防犯カメラや火山活動監視用の定点カメラのような自動的、機械的な撮影にかかる映像等が考えられる。

## (2) あてはめ

本件動画は、アングルを動かしながら、ドキュメントのように撮影されており「映画の效果に類似する視覚的又は視聴覚的效果を生じさせる方法で表現されて」いる<sup>(17)</sup>。

判決において、被告は「『固定』の要件を満たしてい

るかが明らかでない」との主張を行い、映画の著作物該当性を否定しているが、これは、①保存している場所が当事者によって明確ではないということ述べているのか、②著作権者の立場に立つ者が「固定」をしていないことを主張しているのか明らかではないが、「本件生放送は、その配信と同時にニワンゴのサーバに保存され、その後視聴可能な状態に置かれたものと認められ」として、特定されていないものの第三者が、本件生放送をニコニコ動画のサーバに保存していたことをもって「固定」の要件を満たしていると認めている。これにより、裁判所は「固定」に関し、著作権者の立場に立つ者による「固定」である必要はないとする解釈を示したといえると思われる。

本件動画に関し、映画の著作物に該当するとした本判決の判断は、妥当であると思われる。

## 3. 公衆送信権侵害の有無

### (1) リンクを張る行為と著作権について

リンクとは、「他人のホームページのインターネット上のアドレスである URL (Uniform Resource Locator) またはそのホームページの一部の URL を自己のホームページに記述することをいう<sup>(18)</sup>」。

リンクは、Web 上に張り巡らされており、一般的なリンク行為に関する法的評価をどのように考えるかという議論は伝統的にあるものの、著作権侵害に問うことは現実的ではない状況にある<sup>(19)</sup>。

経済産業省「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」では、リンクの態様について以下の表1のように整理している。

リンクを張る行為自体については、著作権侵害にはならないというのが一般的な理解であると思われる。その理由として、リンク先のデータが複製されることもなければ、公衆送信されるわけでもなく、あくまで、リンクをクリックした利用者をリンク先に移動させる

(11) 前掲・バックマン事件参照。

(12) 加戸守行「著作権法逐条講義」(著作権情報センター、六訂新版、2013年)「テレビの生放送番組のように放送と同時に消えていく性格のものは映画の著作物としては保護しない」とする。

(13) 東京高判平9・9・25判時1631号118頁[全米女子オープン事件]では、「その影像が送信と同時に録画されている場合には、固定性の要件を満たすと認められる」と判示している。

(14) 伊藤正巳他[佐野文一郎]「新著作権法セミナー第14回」ジュリスト483号(1971年)122頁では、「著作権者の立場に立つ人が固定したときに固定要件を満たしたというべきである」と述べている。

(15) 山神清和「判批」新・判例解説 Watch 知的財産法 No.89 (2004年)3頁では、「ライブストリーミング配信されているものの、タイムシフト機能のために固定されていることは明らかである」とする。

(16) 東京地判平成11・5・27判例時報1679号3頁[中古ゲームソフト販売事件]参照。

(17) 本件動画については、原告・被告ともに「映画の效果に類似する視覚的又は視聴覚的效果を生じさせる方法で表現されて」いるか否かについては争いは無く、「固定」要件について争っているが、この点について異論があるものは無いと思われる。

(18) 角田政芳・辰巳直彦「知的財産法」476頁(有斐閣アルマ、第6版、2013年)参照。

(19) 田村善之「著作権法概説」187頁(有斐閣、第2版、2001年)参照。

表 1

| リンクの態様   | 内容   |
|----------|--|
| サーフェスリンク | 他のウェブサイトのトップページに通常の方式で設定されたリンクをいう。   |
| ディープリンク  | 他のウェブサイトのウェブページのトップページではなく、下の階層のウェブページに通常の方式で設定されたリンクをいう。  |
| イメージリンク  | 他のウェブサイト中の特定の画像についてのみ設定されたリンクをいうものとする。   |
| インラインリンク | ユーザーの操作を介することなく、リンク元のウェブページが立ち上がった時に、自動的にリンク先のウェブサイトの画面又はこれを構成するファイルが当該ユーザーの端末に送信されて、リンク先のウェブサイトがユーザーの端末上に自動表示されるように設定されたリンクをいう。 |
| フレームリンク  | ウェブブラウザの表示部をいくつかのフレームに区切り、フレームごとに当該フレームと対応づけられたリンク先のウェブページを表示させる態様のリンクをいう。   |

\* 経済産業省「電子商取引及び情報取引等に関する準則」平成 27 年 4 月 ii.8 ~ ii.10 頁参照。

にすぎずデータ自体がリンク先のサーバから利用者に直接送信されるから、複製権侵害や公衆送信権侵害といった著作権侵害の問題にはならないからである<sup>(20)</sup>。

ただし、本件のように技術的に複製や公衆送信が行われていないとしても、視覚的には実質的に複製が行われているような外観がある場合は、議論の余地があるように思える。

本件リンク行為は、埋め込み型リンクという技術方式を用いており、ウェブサイト内にインラインリンク（インラインフレームというような呼び名も見られる）を張っているものである。インラインリンクを張ることにより、そのウェブサイト上に、別のサイトの画像や動画が表示されることになる。つまり、視覚的にはあたかも複製が行われていると同様の状況になる。これは、見ている者にとってリンク元とリンク先のどちらの発信している情報なのかわからなくなるという問題が生じうるほか、リンク先が受けている経済的利益や第三者との契約が、第三者であるはずのリンク元が享受されるような場合もあり、法的紛争が生じかねない場合もありうる。例えば、JASRAC は、動画共有サイトと音楽著作権の包括的な利用許諾契約を結んでおり、当該プラットフォーム上であれば、JASRAC の管理楽曲を利用者が演奏すること等が許されているが、その演奏が流れる動画共有サイトのページをインラインリンクで別のウェブサイトに表示させる行為を

行えば、実質的に利用許諾契約を結んでいないウェブサイトにまで実質的にフリーライドできることになってしまうという問題がある。

このようなフレームリンクについて、学説上「リンク先としては不愉快であるし、場合によってはユーザーの誤認を招く恐れもあり、経済上の損失を伴う可能性がある」としながらも複製が行われていない以上、著作権法上の複製権侵害や公衆送信権侵害に問うことは難しいというのが通説の見解である<sup>(21)</sup>。

本判決においては、被告行為について① URL を張ったに留まること、②被告の管理運営するサーバ等に保存された者ではないことから、送信主体はあくまで、ニコニコ動画の運営者であるとしており、従来の通説的な見解に沿うものであるといえる<sup>(22)</sup>。なお、フレームリンクについては、複製や翻案が行われていなかったとしても、著作物の一部を切り取るなど同一性を欠くように表示されていれば、著作者人格権の同一性保持権侵害にあたる可能性は否定できないが、本判決では判断されていない。

## (2) リンクを張る行為と著作権侵害の幫助(不法行為)

本判決においては、X から具体的な主張は無かったものの、Y の行為について幫助が認められる余地があるかについても判断がされている。

本件動画は、権利者の許諾なく第三者が無断で公開

(20) 佐藤恵太「インターネット利用に特有の諸技術と知的財産法」ジュリスト 1182 号 46 頁(2000)参照。高橋和之＝松井茂記＝鈴木秀美(編)茶園成樹(著)『インターネットと法』279 頁(2010 年、第 4 版、有斐閣)参照。

(21) 中山信弘『著作権法』252 頁(有斐閣、第 2 版、2014 年)参照。

(22) 一般的なリンクについて著作権侵害に、該当しないと述べているものとして前掲注(18)・角田＝辰巳 476 頁、田村善之『知的財産権法第 5 版』有斐閣 2010 年 472 頁以下、作花文雄『著作権法(制度と政策)』456 頁(発明協会、第 3 版、2008 年)、宮下佳之「サイバー・スペースにおける著作権問題について」コピーライト 1997 年 8-11 頁などがある。ただし、前掲注(18)・角田＝辰巳は、フレームリンクによる表示は、「複製権および翻案権侵害の可能性が生じる」と述べる。



していた違法な動画であるが、これを視聴させるために、埋め込み型リンクを使って、ロケットニュースの視聴者に対して本件動画の視聴を可能にした行為は、侵害を助長する行為や、侵害物を拡散する行為の一部に該当し著作権の間接侵害に該当する場合があると思われる。

本判決においては、既に埋め込み型リンクが削除されていることから、差止ではなく不法行為の問題として一般不法行為(民法709条)や幫助(民法719条2項)が成立するかを判断されたように思われるが、原告から抗議を受けるまでの間、本件動画が著作権を侵害しているか否かについてその内容や体裁上明らかではなく、また、抗議を受けてすぐに削除しているところからみて、故意又は過失がないとして幫助に該当しないとした裁判所の判断は妥当であると思われる。

本判決は、リンクを張る行為について技術的に複製権侵害や公衆送信権侵害に直接的には該当しないと明確な判断を示したといえる。しかしながら、リンクを張る行為について侵害の幫助に該当するか否かについては、一定の範囲内にとどまる判断をしたといえる。

例えば、違法であることの通知を受けた後に、リンクを放置した場合や、違法コンテンツであることが体裁上明らかである場合などについては、本判決の射程ではない。あるいは、著作権を直接侵害した主体とはいえない場合であっても、一定の要件の下、幫助者の行為について間接侵害責任を問われる場合も射程ではない。このような場合に関し、角田政芳は、「もし利用者がリンク先の情報である著作物を無断複製した場合には、結局リンクも無断複製をしたとみなされるか、無断複製等や公衆送信の幫助・加担行為をしたとして複製権や公衆送信権の間接侵害の可能性が生じる<sup>(23)</sup>」と述べるが、本判決におけるYの行為は、そのような場合とは分けて考える必要があると思われる。

近年、違法なコンテンツをまとめたリンクを提供しているリーチサイト<sup>(24)</sup>が問題となっており、様々な議論がされている<sup>(25)</sup>。例えば、誘導型(まとめ型)リーチサイトと呼ばれるものは、リンク先の全てが著作権侵害コンテンツであり、サイト運営者によって、

コンテンツのタイトルや出演者等を50音順で整理され、放送番組においては曜日ごと、人気ランキングの表示、新着コンテンツの表示がなされているほか、検索機能などを装備していることから利用者が容易に侵害コンテンツへのリンク先を検出することができ、検出した結果を開くと、同一のコンテンツがいくつもの動画共有サイトやストレージサイトにアップされておりそのリンクが表示されている。そして、訪れたユーザーは、そのリンクを頼りにリンク先の動画共有サイトでストリーミング視聴を行うか、ストレージサイトからダウンロードしたファイルをPCなどのデバイス上で視聴を行うことができる<sup>(26)</sup>。このような違法コンテンツの拡散における中心的な役割を担っているサイトと一般的なリンク行為を単純に同一視することはできないと思われることから、リーチサイトは本判決の射程であるとはいえないと思われる。

リンクを放置した場合については、そのリンクの削除をサイト運営者に対して求めることができるのか、即ち、リンクに対する差止請求が可能かという点についても興味深い論点であるといえるが、どのような法的根拠に基づいてそれを成し得るのかについて課題が残る。

なお、本稿は、一般社団法人日本知財学会制度・判例分科会第2回研究会にて、報告した内容に加筆修正を行ったものである。

以上

(23) 前掲注(18)・角田=辰巳476頁参照。

(24) リーチサイトの定義は様々である。文化審議会著作権分科会法制問題小委員会(第6回)「『間接侵害』等に関する考え方の整理」平成23年1月12日配布資料によれば、「別のサイトにアップロードされた違法コンテンツへのリンクを集めたサイト」とされている。あるいは、国立大学法人電気通信大学「平成23年度知的財産権侵害対策ワーキング・グループ等侵害対策強化事業(リーチサイト及びストレージサイトにおける知的財産権侵害実態調査)報告書」によれば、「自身のサイトにはコンテンツ等を掲載せず(ただし、サムネイル情報などの説明表示を除く)、他のサイトに蔵置された著作権侵害コンテンツへのリンク情報を提供し、利用者を特定のサイトへ誘導することを目的としたサイト」とするものなどがある。

(25) 安田和史「リーチサイトの運営者にかかる著作権侵害の責任に関する考察」知財ジャーナル8号2014年57～58頁に詳述している。

(26) 前掲・安田57頁以下参照。

# 2015年度 事業報告

## 知的財産研究会

### (第1回例会)

- ・ 法学部 10号館 1071講堂
- ・ 平成26年5月22日(金) 午後6時30分から
- ・ テーマ及び講演者

ビジネスにおける想定外という言葉

株式会社日本総合研究所フェロー, 株式会社サービシーズ・アンリミテッド代表

毛利 俊夫

### (第2回例会)

- ・ 法学部 10号館 1072講堂
- ・ 平成27年6月24日(水) 午後6時30分から
- ・ テーマ及び講演者

ものづくり企業の要素技術のブランド化～特許と商標の連携～

金沢工業大学大学院教授

杉光 一成

### (第3回例会)

- ・ 法学部 10号館 1071講堂
- ・ 平成27年9月25日(金) 午後6時30分から
- ・ テーマ及び講演者

光ファイバ開発の歴史から導き出された知財戦略の方向

日本大学大学院知的財産研究科(専門職)教授

渡辺 稔

### (第4回例会)

- ・ 法学部 2号館 262講堂
- ・ 平成27年10月26日(月) 午後2時40分から
- ・ テーマ及び講演者

戦略プロファイリング—企業の戦略を素早くつかむツール—

日本大学大学院知的財産研究科(専門職)教授

若林 広二

(第5回例会)

- ・法学部 2号館 261講堂
- ・平成27年11月17日(火) 午後1時から
- ・テーマ及び講演者  
TPPが医薬品に係る知的財産権に与える影響  
日本大学大学院知的財産研究科(専門職)准教授

加藤 暁子

(第6回例会)

- ・法学部 10号館 1072講堂
- ・平成27年12月9日(水) 午後6時30分から
- ・テーマ及び講演者  
特許紛争解決手段としての米国国際貿易委員会(ITC)の研究  
— ITCの審理手続の紹介及び近年の法的争点の考察—  
株式会社沖データ知的財産室, 弁理士, ニューヨーク州弁護士

鈴木 信也

(第7回例会)

- ・法学部 2号館 261講堂
- ・平成27年12月22日(火) 午後1時から
- ・テーマ及び講演者  
イノベーションを促進する橋渡し機能—期待される公的研究機関の役割—  
日本大学大学院知的財産研究科(専門職)教授

金澤 良弘

# Journal of Intellectual Property

## CONTENTS

### [ARTICLES]

Minoru Watanabe, *Doctrine of Equivalents for Reinforcement of Industrial Competitiveness*

Koji Wakabayashi, *Strategy Profiling: An Evaluation Tool for Strategic Alignment of Business, Technology and Intellectual Property*

Toshio Kasukawa, *Review of the Legal Effect and Good Use of Electronic Time Stamps for the Proof of Prior User's Rights*

Kazunari Sugimitsu, *Possibility of Inbrand Strategy in Manufacturing Companies - From the Point of View of Primarily Marketing Management and Brand Theory*

Mio Ishii, *Publicity and Freedom of Speech*

Kaori Suzuki, *A Study of Intellectual Property Law and Reproduction Furniture*

Shinya Suzuki, *A Study of the Scope of ITC Section 337 Investigations under Diversified Cross-border Transactions*

### [CASE COMMENTS]

Junichi Mimura, *Case Study: Supreme Court Decision (Heisei 24 (Ju) 1204)*

*The Case Showing Claim Interpretation for Product-by-Process Claims and the Relationship with Patent Article 36-6-2*

Toru Ogawa, *A Case Denying Copyrightability Related to Fashion Shows and Their Shows Components: the Styling of Makeup and Hairstyle, Choice of Clothes and Others*

Kazufumi Yasuda, *A Case Denying a Claim of Copyright Infringement for the Act of Attaching a Link on an Illegal Video File*

# 『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 <sup>(7)</sup> 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)

|         |  |
|---------|--|
| 渡 辺 稔   | 日本大学大学院知的財産研究科(専門職) 教授                           |
| 若 林 広 二 | 日本大学大学院知的財産研究科(専門職) 教授                           |
| 粕 川 敏 夫 | 校友、日本大学大学院知的財産研究科(専門職) 非常勤講師、<br>粕川特許商標事務所 所長弁理士 |
| 杉 光 一 成 | 金沢工業大学・大学院教授                                     |
| 石 井 美 緒 | 弁護士、明治大学法学部兼任講師                                  |
| 鈴 木 香 織 | 校友、株式会社スズキアンドアソシエイツ取締役、<br>東京理科大学／文教大学非常勤講師      |
| 鈴 木 信 也 | 校友、株式会社沖データ知的財産室、弁理士、ニューヨーク州弁護士                  |
| 三 村 淳 一 | 日本大学大学院知的財産研究科(専門職) 准教授                          |
| 小 川 徹   | 校友、MARK STYLER 株式会社 管理本部 法務部 法務課 課長              |
| 安 田 和 史 | 校友、株式会社スズキアンドアソシエイツ取締役、東京理科大学／第一工業大学非常勤講師        |

## 編 集 委 員

加 藤 浩  
中 村 進  
友 岡 史 仁  
益 井 公 司  
光 田 賢  
若 林 広 二  
白 井 哲 也  
岡 西 賢 治

---

日本大学法学部国際知的財産研究所紀要  
日本大学大学院知的財産研究科(専門職)紀要

## 日本大学知財ジャーナル Vol.9 2016.3

平成 28 年 3 月 15 日 発行

編集・発行 日本大学法学部国際知的財産研究所  
日本大学大学院知的財産研究科(専門職)  
〒101-8375 東京都千代田区三崎町 2-3-1

印刷 株式会社メディアオ

---





