

これまでの議論のまとめ

第1 ネットワーク社会における特許制度のあり方

1. ソフトウェア関連発明の拡大と発明の定義

(1) ソフトウェア関連発明と発明の定義

ソフトウェア関連発明の特許保護を考える際、「自然法則を利用した技術的思想の創作」という現行特許法上の発明の定義、特に「自然法則の利用」という要件が、ソフトウェア関連発明の特許適格性（発明の成立性）を認める上での制約となっているとの指摘がある。

しかし、実際には、審査基準の累次の改訂により、発明の定義を弾力的に解釈し、ソフトウェア関連発明の特許適格性を広く認める運用が行われており、ビジネス方法発明¹を含むソフトウェア関連発明の特許適格性の判断については、日米の運用に大きな差はないため、現行特許法上の発明の定義が、ソフトウェア関連発明の特許法による保護を図る上での制約とはなっていない。また、現在の我が国の運用は、産業界等からも肯定的に受け止められており、今後もソフトウェア関連発明の特許法による保護を積極的に進めて行くべきである。

(2) 純粋ビジネス方法発明と発明の定義

一方、発明の定義規定を改正又は削除することにより、米国のように、コンピュータやインターネットを用いない、いわゆる純粋ビジネス方法発明についても、幅広く特許を認めるべきとの見解も一部から示されている。

しかし、そのような純粋ビジネス方法まで特許対象に含めることについての実需は乏しい上、保護対象の外延を確定することの困難性も指摘されている。したがって、発明の定義規定の改正については、社会的必要性などを見極めた上で、慎重に判断する必要があると考えられる。

(1) 特許適格性（発明の成立性）に関する規定

日本

特許の保護対象か否かの要件となる特許適格性（発明の成立性）の判断について、日本においては、特許法第2条第1項に規定された発明の定義²に従い、「自然法則を利用した技術的思想の創作」であるかどうかで、その有無が判断

¹ 英語では、Business Method Patent と呼ばれ、また、日本では、しばしばビジネスモデル特許と呼ばれるが、ここでは「ビジネス方法特許」と呼称する。

² 日米欧三極で明文の発明の定義規定を持つのは日本のみである。

される。

欧州

欧州特許条約（European Patent Convention, EPC）においては，発明についての明文上の定義はなく，それ自身では発明とはみなされないものを列挙するネガティブリストにより，コンピュータプログラム，ビジネスを行うための方法等が特許保護の対象外とされている。³また，EPC のガイドラインでは，発明は具体的かつ技術的性質を持つものでなければならないものとされており，更に，2000 年 11 月に改正された EPC 第 52 条（現在未発効）では，「すべての技術分野の」発明に対して特許が与えられる旨が規定されている。

米国

一方，米国においては，連邦特許法第 100 条で，「発明」は発明又は発見を意味するとしているが，発明及び発見について明文上の定義は与えられていない。ただし，同法第 101 条には，特許を受けることができる発明として，新規かつ有用な方法（process），機械（machine），製品（manufacture），組成物（compositions of matter）の 4 つの分類（category）が挙げられており，また，判例により，自然法則（law of nature）そのもの，物理的現象（physical phenomena），抽象的アイデア（abstract idea）の 3 つの分類に該当する発明は，特許法の保護対象外とされている。

（２） ソフトウェア関連発明の特許保護

ソフトウェア関連発明の特許については，日米欧いずれにおいても，これまでのところ，法令レベルでの具体的な制度改正は行われておらず，運用，判例による対応がなされている。

日本

日本においては，平成 5 年に改訂された審査基準で，「コンピュータプログラム自体」及び「コンピュータプログラムを記録した記録媒体」のいずれも，発明にあたらないとしていたが，国際情勢も踏まえ，平成 9 年に公表された運用指針では，これらについても一定の場合に発明の成立性を認めるとの運用変更を行った。ただし，「プログラムを記録した記録媒体」は物の発明であるが「プログラム」自体はカテゴリ不明確として，記載要件を根拠に媒体クレームのみを認めることとした。更に，平成 12 年に改訂された審査基準では，ネットワーク上を流通するソフトウェアの保護に対する要請の高まりに応えるべく，媒体に記録されているか否かを問わず，「プログラム」を物の発明としてクレームに記載できることとした。

³ EPC52 条(2)では，(a)発見，科学理論及び数学的方法，(b)美的創造物，(c)精神的な行為，遊戯又はビジネスを行うための計画，法則及び方法，並びにコンピュータプログラム，(d)情報の提示が発明とはみなされないものとして列挙されている。

欧州

EPC では、コンピュータ・プログラム自体は特許の対象外と規定されているが、技術的性質を有するコンピュータ・プログラムは、運用上特許の対象とされている。どのような場合にソフトウェア関連発明が技術的性質を有するといえるのかについては、欧州特許庁(EPO)の審決により、その対象の拡大・明確化が図られている。具体的には、1990 年以降は、出願された発明の先行技術に対する技術的貢献 (technical contribution) の有無を判断基準として採用してきたが、これに対し、1995 年の SOHEI 事件審決⁴では、課題の具体的な解決に関する「技術的考察 (technical consideration)」の必要性が判断基準として採用された。さらに、1998 年の I B M 事件審決⁵では、「更なる技術的効果 (further technical effects)」を有するコンピュータ・プログラムは、技術的性質を有するとして、特許の対象となることが確認された。また、同審決では、コンピュータ・プログラムがそれ自身としてクレームされたか、媒体上の記録としてクレームされたかは、特許適格性の問題とは無関係であるとした。欧州特許庁の実務は、I B M 事件審決以後、ソフトウェア関連発明の特許性を広く認める方向に動いている。⁶

米国

米国においては、従来、コンピュータ・プログラムの特許性について、アルゴリズム（演算法、解法。コンピュータ・プログラムにおいては、問題を解決するための手順をいう。）、特に特許の対象外とされる数学的アルゴリズムとの関係が議論の中心となってきた。現在では、近年の判例と、これを踏まえた米国特許商標庁 (USPTO) による運用基準により、「有用、具体的かつ有形の結果 (useful, concrete and tangible results)」を生み出す数学的アルゴリズムの実応用 (practical application) については、特許適格性が認められている⁷。また、ビジネス方法については、長年、特許の対象外とされてきたが、近年の判例で、この原則が否定されるとともに、ビジネス方法発明の特許適格性に関する基準が明らかにされた⁸。なお、プログラム自体の特許適格性について、1996 年に米国特許商標庁が公表した「コンピュータ関連発明の審査ガイドライン」⁹では、特許法の保護対象外であるとしているが、実際には、「コンピュータ・プログラム・プロダクト」の形式で特許が付与された例が多数存在する。

⁴T769/92 審決

⁵T1173/97 審決

⁶ しかしながら、EPC52 条(2)の非発明リストからコンピュータ・プログラムを削除する改正提案は、2001 年 11 月の EPC 条約改正会議では、主要国の意見が一致せず、見送られている

⁷ 1994 年の Alappat 事件判決

33 F.3d 1526,1543,31 USPQ2d 1545,1556-57 (Fed. Cir. 1994)

⁸ 1998 年の State Street Bank 事件判決

United States Court of Appeals for the Federal Circuit.96-1327.

⁹ Examination Guidelines for Computer-Related Inventions Final Version

(3) ソフトウェア関連発明としてのビジネス方法発明

情報技術の急速な進展とブロードバンド時代の到来により、ネットワークを利用したコンテンツの配信や電子商取引が本格化するとともに、ビジネス方法発明の出願件数も急増しているが、現在のところ、これらは、コンピュータ技術を利用しており、ソフトウェア関連発明としてカバーされるものが大半である。このようなソフトウェアに関連するビジネス方法発明について日米の審査状況を比較すると、新規性、進歩性を含めた判断には差の見られるケースもあるものの、特許適格性（発明の成立性）の判断については、大きな差異が認められない。

(参 考)

ビジネス方法関連発明に関する比較研究¹⁰

2000年に日米欧特許庁が実施した「ビジネス方法関連発明に関する比較研究」においては、仮想のビジネス方法発明に基づき、審査結果の比較研究が行われた。その結果、このようなソフトウェア関連発明としてのビジネス方法の審査実務については、日米の運用に大きな差のないことが確認された。特に、特許適格性の判断においては、構成の具体性を求める日本に対し、結果の具体性、有用性を求める米国の方が、むしろ厳格な判断をしている場合もあった。

米国特許に関する調査

2001年に日本特許庁が主として機械検索に基づく調査を実施し、米国のビジネス方法特許の分類とされるクラス 705 に分類される出願を日本の成立性基準に照らした場合、特許適格性（発明の成立性）の判断に差が出るかを分析した。この結果を見ると、ソフトウェア関連発明として実務上保護の要請の高いビジネス方法発明について米国で特許されたものの殆どは、日本においても発明の成立性を満たす可能性が極めて高いことがうかがわれる。

ビジネス方法発明三極審査状況

2001年に日本特許庁が、いくつかの代表的なビジネス方法発明につき、各国の審査状況を比較した。その結果、最終的な特許性判断については、概して米国が最も緩く、次いで日本、最後に欧州であることがわかった。ただし、この日米の差は主に新規性・進歩性の判断の差によるものであり、特許適格性（発明の成立性）の判断に大きな差は見られなかった。

(4) ビジネス方法特許の拡大と特許適格性の差異の顕在化

特許適格性（発明の成立性）につき、日本及び欧州ではその要件として技術的側面を有することを求めているため、ビジネス方法それ自体は特許対象から除外されている。

他方、米国は有用性があれば広く特許対象としているため、ビジネス方法それ自体についても特許付与が拡大していく可能性がある。現に、米国では、「音楽を教える方法」や「心理分析方法」など、技術的思想とはいえないものに対

¹⁰ 「ビジネス方法関連発明に関する比較研究 Report on Comparative Study Carried Out Under Trilateral Project B3b」

http://www.jpo.go.jp/saikine/tws/b3b_start_page.htm

しても特許が付与されている。ただし、このような方向性については、欧米においても、根強い批判が存在する。

(5) 制度改正の是非・方向性

発明を「自然法則を利用した技術的思想の創作のうち高度のもの」と定義する現在の特許法第2条第1項の規定を改正し、特許による保護対象を拡大すべきか否かを検討するに当たっては、様々な観点からその是非を判断する必要がある。

制度改正に積極的な見解

現行の発明の定義規定について、積極的に改正を検討すべきとする見解には、以下のようなものがある。

現行特許法は、製造業の保護を念頭に制度設計されており、現在の発明の定義は、情報技術の発展に伴うネットワーク上のビジネスの拡大やサービス産業の発展といった経済システムの変化に対応できていない。

審査基準の改訂により発明の定義の解釈を広げる運用、特にハードウェア資源の利用に自然法則の利用性を求める運用は、既に限界まで来ており、根本的な見直しを行う時期が到来している。

発明の定義規定を置いていること自体が国際的にも稀であり、技術発展に伴う保護対象の拡大に合わせた柔軟な解釈を妨げている。特に「自然法則の利用」という要件が、保護対象を拡大する上で大きな制約になっている。

金融ビジネス方法をはじめとするサービス分野の技術発展を後押しする産業政策上のメッセージとして、限定的な現在の発明の定義規定を改正すべきである。

制度改正に慎重な見解

一方、改正に慎重な見解には、以下のようなものがある。

ビジネス方法発明を含むソフトウェア関連発明の特許適格性（発明の成立性）の判断は、発明の定義の弾力的解釈により、現行の特許法下でも米国と同じ水準が実現されている。一方、コンピュータやインターネットを利用しない、純粹ビジネス方法に対する特許保護の具体的要請は少なく、逆に、特許による保護を与えることによって、ビジネス上の独占を過度に強め、自由な競争を阻害するおそれがある。

「自然法則の利用」、「技術的思想の創作」という発明の定義の要件は、抽象的なアイデアや人為的な取決めなどを排除する根拠となっている。こ

これらの要件を削除すると、対象が無制限に広がり、混乱を招くおそれがある。

特許保護対象の規定については、現在 WIPO / SCP（特許法常設委員会）における実体ハーモ条約(Substantive Patent Law Treaty, SPLT)案¹¹の中でも検討対象としてあげられており、今後の議論の方向性を十分踏まえて対応すべきではないか。

〔 具体的方向性 〕

発明の定義の改正については、賛否両論があるが、現行の発明の定義の下でも、ソフトウェア関連発明について高い水準の保護が図られており、概ね肯定的な評価が得られていること、発明の定義の改正及び純粹ビジネス方法の特許保護に対する要望は、産業界においてほとんど見られなかったこともあり、現時点では発明の定義を改正する必要性は熟していないと考えられる。

ただし、発明の定義の改正を不要とする見解の中には、現在の定義に代わる良い定義がないからという消極的理由によるものも見られた。更に、急速な技術、社会の変化に対応した新しい発明の定義が必要であり、審査基準による運用で保護対象を広げるのにも限界があるとの指摘にも首肯できる部分がある。したがって、この論点については、今後の技術開発や社会制度の変化、WIPO における国際調和の議論の動向等に注意しつつ、中長期的な観点から、発明の定義規定のあり方について検討を続けていくことが必要である。

また、現行の発明の定義を維持していく場合であっても、ネットワーク上あるいは仮想空間上で実現される発明の増加などソフトウェアが高度化し、ハードウェアとの関連性が希薄となっている現実を踏まえ、ハードウェア資源の利用性に代わる新たな判断基準を構築する必要性についても検討を深める必要がある。

なお、小委員会では、新たな発明の定義の具体案として、「自然法則の利用」を削除する代わりに、欧州特許条約(EPC)のように、発明としないものを例示列挙するネガティブ・リスト方式を採用すべきとの意見も出された。

（補論）ビジネス関連発明の進歩性について

ビジネス関連発明の特許適格性（発明の成立性）の議論に関連し、ビジネス関連発明の進歩性の判断手法、特に新規なビジネス方法を公知の手法でシステ

¹¹ SCP/5/2 DRAFT SUBSTANTIVE PATENT LAW TREATY

http://www.wipo.int/eng/document/scp_ce/index_5.htm

上記条約案は、第 5 回 SCP 会合（2001 年 5 月）時点でのものであり、特許性のある主題は規則で定める旨が規定されているのみであって規則案は保留されているが、2001 年 11 月に予定されている第 6 回会合では、WIPO 国際事務局より具体的な規則案が提示されるものと予測される。

ム化した発明のように、ビジネス方法自体に発明の本質的な特徴があると考えられる場合の進歩性の取扱いについて疑問が呈されたが、この点に関する、現在の特許庁の審査実務は、以下のとおりである。

請求項に係る発明を「全体として」把握し、特許適格性（発明の成立性）や進歩性等の特許要件の判断を行っており、請求項に係る発明からビジネス方法部分のみを取り出して、進歩性を判断することはない。

請求項に係る発明が、ビジネス方法をシステム化したものであっても、「自然法則を利用した技術的思想の創作」という特許適格性（発明の成立性）の要件を満たすことが必要であり、その上で、請求項に係る発明全体の構成に基づき(claim as a whole)、出願時における既知の情報（公知のシステム化技術、ビジネス手法等）から容易に想到し得たものであるか否か（容易想到性）を基準とした進歩性の判断が行われる。

新規なビジネス方法を公知の手法でシステム化した発明に進歩性が認められるか否かは、個々の発明により異なる。すなわち、公知のシステム化技術やビジネス手法等から容易に想到し得ると判断され、進歩性が認められない場合もある。逆に、公知のシステム化技術やビジネス手法等からそのような発明に想到することは困難と判断され、進歩性が認められる場合もある¹²。

¹² ここで議論されているのは「進歩性」であって「新規性」ではないことに注意を要する。新規なビジネス方法を公知の手法でシステム化した発明は、一般に「新規な発明」となるものと考えられるが、進歩性が認められるか否かは別論である。ただ、ビジネス方法が非常に独創的で、他者が容易に思いつけないようなものである場合には、そのビジネス方法をシステム化した発明に進歩性が認められる可能性は高いであろう。

2. ネットワーク流通の拡大と発明の実施

情報技術の急速な発展に伴い、コンピュータ・プログラムなどの無形の情報財のネットワーク取引という新たな流通の形態が登場している。

ソフトウェア関連発明については、これまで、審査基準の改訂により保護対象の拡大が図られてきたところであるが、民法第 85 条では「物」は有体物と規定されていることから、現行法の解釈のみで、特許法上の「物」にプログラムなどの情報財を含めることに対する懸念の声がある。

また、ネットワークを通じたコンピュータ・プログラムの送信や、ネットワークを通じた ASP 型サービスにおいては、占有移転が伴わないという特徴があり、現行規定における、「譲渡」、「貸渡し」といった用語では、そのような実施形態が含まれ得るのか明確ではないとの指摘もある。

これらの点を踏まえ、新しい実施形態についても柔軟に対応し、プログラムなどの無形の情報財について適切な権利保護が図れるよう、保護対象の分類（カテゴリ）及び対象とすべき実施行為の 2 つの観点から発明の実施規定を見直す必要がある。

（1） 特許権の効力の及ぶ範囲

特許権は、業として特許発明の「実施」を専有する権利であり（特許法第 68 条）、「実施」の内容については、特許法第 2 条第 3 項において、「物の発明」の場合と、「方法の発明」の場合とに分けて明確に規定されている¹が、一般に「物の発明」の方が保護範囲が広いといえる。

（2） プログラム関連発明の保護とカテゴリ

プログラムを用いて実現された発明を請求項に記載する場合も、種々の記載の仕方が考えられるが、一般に「物の発明」として記載した方が、その効力の範囲及び権利行使のしやすさ等の面で有利である。

一方、民法第 85 条では「物」は有体物と規定されていることから、現行法の解釈のみで、特許法上の「物」にプログラムなどの無体の情報財を含めることに懸念を示す声もあり、法律上の明確化が求められている。

（3） 新たな発明の実施形態の登場

インターネットの普及により、ネットワークを通じたプログラムの送信行為が一般化している。しかしながら、特許法第 2 条第 3 項第 1 号に規定する「譲

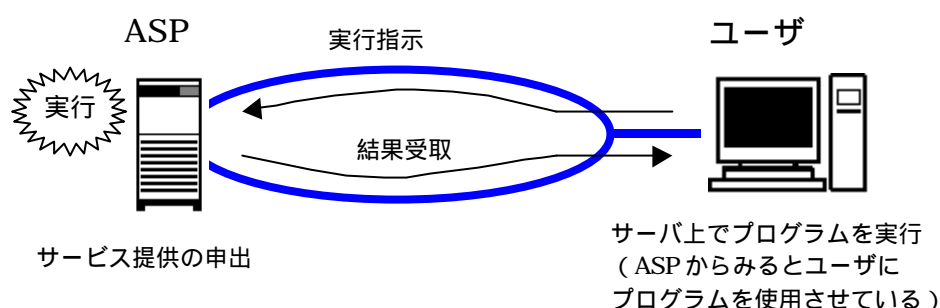
¹ 特許法第 2 条第 3 項によって規定される「実施」の内容

「物の発明」…その物の「生産」、「使用」、「譲渡」、「貸し渡し」、「輸入」、「譲渡若しくは貸渡しの申し出」(1号)

「方法の発明」…その方法の「使用」(2号)

渡」とは、法令用語としては、一般に占有の移転が必要と解されているため、占有の移転を伴わないネットワーク上の送信行為を「譲渡」という文言で読めるかどうかには議論がある。

また、ネットワークを通じて第三者にアプリケーション・プログラムの機能を提供する ASP (Application Service Provider) の出現により、コンピュータ・プログラムの転送を伴わずにユーザにプログラムの機能のみを使用させる業務も普及している。このような業務についても、コンピュータ・プログラムの占有移転はなく、ASP の行為につき、「貸渡し」及び「貸渡しの申出」という文言が適当であるかについて疑問が呈されている。



(4) 発明の実施に関する規定の変遷

旧法（大正 10 年法）では、現行法のような実施の定義は設けず、特許権の効力として「物の特許発明」については「製作，使用，販売，拡布」する権利を専有する（第 35 条）と規定されていた。拡布は、「流通に置く」を意味するとされていた。

現行法（昭和 34 年法）では、発明の実施について定義が置かれ、「生産，使用，譲渡，貸し渡し，譲渡若しくは貸渡しのための展示²，輸入」が「物の発明」の場合の実施行為とされたが（第 2 条第 3 項），これは、例示的規定とも言われた大正 10 年法の規定を明確化したものであり、実質的な改正を企図したものではないとされる。しかしながら，そのために解釈の幅が狭められている面もある。

(5) 諸外国の発明の実施に関する規定

ドイツ特許法，フランス特許法，CPC（共同体特許条約）等では、「物の発明」「方法の発明」にカテゴリ分けした上で実施行為を「提供」，「拡布」等の広い概念を用いて規定している。

米国特許法や TRIPS 協定では、「販売」，「販売の申し出」など経済行為的规定になっている。また，米国特許法では，物や方法といったカテゴリの区別なく侵害行為が規定されている。

² 「譲渡若しくは貸渡しのための展示」は，平成 6 年，TRIPS 協定に対応するため「譲渡若しくは貸渡の申出（譲渡又は貸渡しのための展示を含む）」と改正されている。

欧米共に、ネットワーク上の侵害行為類型に応じた個別具体的な規定は設けていない。

（６） 制度改正の是非・方向性

ネットワークを通じた様々なコンピュータ・プログラムの提供形態に対応した規定により、特許法による適切な保護を及ぼすためには、特許法第 2 条第 3 項の発明の実施を定義する規定を見直し保護範囲を明確化する制度改正を行うべきである。

〔 基本的観点 〕

発明の実施を定義する規定の改正にあたっては、以下の三点に留意すべきである。

適用の明確性

今回改正を検討する具体的な契機は、IT 化の進展とインターネットの普及に伴う新たな保護対象や実施形態の登場であるから、これらが保護の対象となる実施行為に含まれることが現行規定よりも明確になるようにすべき。

技術進歩に対する柔軟性

他方、更なる技術進歩や経済社会の発展に伴い、機能性を有するデジタルコンテンツや遺伝子情報等、新たな保護対象や実施形態が登場することも予想されることから、そのような将来の技術革新に対しても法改正を要することなく対応可能な柔軟な規定にすべき。

権利の法的安定性

これまでの規定・運用との整合性も含め、既に設定された権利が、改正によって不安定なものになることがないように、権利の法的安定性についても配慮が必要。

〔 保護対象の分類（発明のカテゴリ）について 〕

実施行為を規定する際の保護対象の分類としては、以下のような三つの案が考えられる。

従来の「物」と「方法」の二分類を維持（「物」にプログラム等が含まれることを条文上明確化）

実施行為規定につき、国際的にも最も一般的な「物の発明」と「方法の発明」という従来の基本的分類を維持しつつ、「物」にプログラム等が含まれることが明確となるよう改正する。

「特許発明の対象」について一括して実施を規定

全ての発明を「物の発明」と「方法の発明」に分類する二分論は、新しい保護対象が出現するたびに、それが「物」であるか「方法」であるかの議論を引き起こす可能性がある。そのような問題を避けるため、米国特許法第 271 条(a) 項のように、発明の実施を一括して規定する。

プログラム等の電子情報の発明について新たな分類として実施を規定

従来の「物の発明」と「方法の発明」の分類は維持したまま、「電子情報として構成された発明」など、ネットワーク上を流通する電子情報に関する第 3 の分類を新設し、別途規定を設ける。

小委員会では、これら三つの案のうち、国際的な整合性の確保や、柔軟な運用による対応が可能であるとの観点から、の「物」と「方法」の 2 分類を維持し、「プログラム」を「物」に包含させる案を支持する意見が大勢を占めたが、具体的な規定の仕方については、「管理支配可能なもの」などとして「物」の定義規定を確認的に置くべきとの見解、行為規定部分の改正により解釈によって「物」の範囲を広げ得るとの見解、「物」に代えて「製品」のような文言を採用すべきとの見解等の種々の見解が示された。

他方、実施概念の明確性と従来の有体物の実施行為に対する影響、更には民法との整合性を考慮して、電子情報のような第三の分類を新設して対応するの案を支持する意見もあったが、遺伝子関連発明との関係や、第三の分類を新設することにより「物」の概念が狭まるという反作用等について十分に検討する必要性が指摘された。

保護対象の分類については、上記の結果を踏まえ、案の二分類を維持する方向性を軸に具体化を検討することが望ましいと考えられる。また、我が国の民法との整合性等法制的観点から案の第三の分類を新設する案を導入する場合には、上記留意点に十分対処した上で具体化していく必要がある。

(補論) 発明の分類(カテゴリ)の意義

特許法第 2 条第 3 項では、その実施行為の違いにより、発明を「物の発明」と「方法の発明」とに分けて規定している。これは、発明の実施行為を定義することにより、成立後の特許権の効力範囲を明確化したものであり、特許適格性(発明の成立性)の要件を定めたものではない。

従って、発明の成立性を判断するに当たっては、ある発明が、「物」か「方法」かという点を考慮する必要はなく、端的に「自然法則を利用した技術的思想の創作」に該当するか否かを検討すれば足りる。

ただし、審査段階において、請求項に記載された発明のカテゴリを明確にすることは、権利範囲の明確化によって第三者の予見可能性に資するという

観点からも重要な意義を有するものであり、特許請求の範囲の記載要件として必要なものである。

〔対象とすべき実施行為について〕

以下のような二つの案が考えられる。

情報技術に対応した具体的行為態様を追加的に規定

国際的には初めての立法例となるが、例えば、「送信」、「電気通信回線を通じた提供」といった用語が考えられる。

「譲渡」、「貸渡し」よりも包括的な用語に置換

例えば、英語の put on the market に相当する用語（旧法では「拡布」を使用）として、「供給」、「提供」等のより包括的な用語が考えられる。なお、との折衷案として、のような用語を用いつつ、その例として の用語を、「提供（電気通信回線を～含む。）」のように規定する形も検討可能である。

小委員会では、実施行為を示す用語として、の「拡布」のような包括的な用語を用いることを支持する見解が支配的であったが、明確性の観点から、包括的な用語に加えて、例えば「送信」のような、ネットワーク上の流通に特有の行為形態を併記することも適切との見解も示された。

また、送信行為はそもそも「譲渡」に該当するのではないかとの見解も示されたが、今回の改正の目的に鑑み、ネットワーク上の流通行為が発明の実施に含まれ得ることを法文上明確化することは必要であり、技術革新に対応した柔軟性の確保という基本的方向性の下、ネットワーク上の流通行為が含まれうることが明確となるよう配慮しつつ具体化を図る必要がある。

〔物を生産する方法の発明について〕

「物」にプログラム等が含まれるとした場合には、特許法第 2 条第 3 項第 3 号における「物を生産する方法の発明」の実施行為規定³への影響にも留意する必要がある。基本的には、方法の発明の成果物が、一定の経済的価値を持ち取引による収益獲得が可能であれば、その成果物がリアルワールドで取り引きされる有体物か、サイバースペースで取り引きされる無体物かで差異を設ける必要はない。

また、具体的な検討にあたっては、例えば、ファイル圧縮方法により「圧縮された」ファイルが、その方法により「生産」された物と言えるか、さらに、その圧縮ファイルを「複製」した場合の複製物にも方法特許の効力は及ぶのか等の問題も考慮すべきである。

³ 現行法では、「その方法により生産した物を使用し、譲渡し、貸し渡し、若しくは輸入し、又はその譲渡若しくは貸渡しの申出をする行為」が規定されている。

3. ソフトウェア関連発明の拡大と間接侵害

ソフトウェア関連発明の権利保護においては、現行の客観的要件のみを採用する間接侵害の規定では捉えられないものが増加することが想定される。また、昭和 34 年に導入されて以来見直されていない、客観的要件のみを採用する現行規定については、ネットワーク上の問題に限らず、十分な実効性が確保されているか、問題点として指摘する声も多い。この問題を解消するため、間接侵害成立の判断基準として、客観的要件を緩和するとともに主観的要件を導入すべきである。

(1) 間接侵害

特許権の侵害は、本来、クレームの全てを、特許法第 2 条第 3 項に規定される行為態様で、業として実施した場合にのみ成立するものである（「直接侵害」）が、特許法第 101 条は、特許権の効力の実効性を確保することを目的として、ある種の行為については、予備的あるいは幫助的な行為として、特に特許権の侵害行為とみなす旨を規定している（いわゆる「間接侵害」）。

「物の発明」の場合（第 101 条第 1 号）

特許侵害品の生産にのみ用いられる専用部品（例：テレビのブラウン管）の供給行為、特許侵害品の組立に必要な一切の部品をセットとして販売する行為（例：テレビの組立セットの販売）等は、特許侵害品自体の生産、譲渡等（第 2 条第 3 項第 1 号）には当たらないため、直接侵害とはならない。

しかしながら、これらのものに特許侵害品の生産あるいは組立以外の用途がない場合には、特許権の侵害を引き起こす蓋然性が極めて高いため、本号では、特許発明に係る物の生産にのみ使用する物を「生産」、「譲渡」等する行為を直接侵害の予備的・幫助的行為として禁止している。

「方法の発明」の場合（第 101 条第 2 号）

特許対象である「方法」を使用するために不可欠な材料、機械、装置（例：特定生産方法を用いた工作機械、コンタクトレンズの洗浄方法に用いる洗浄剤）等の生産、販売行為等は、「方法の使用」（第 2 条第 3 項第 2 号）には当たらないため、直接侵害とならない。

しかしながら、上記のような材料、機械、装置等が供給されて、別の者により使用される場合には、特許権の侵害となる蓋然性が極めて高く、また、特許された方法を不特定多数の者が使用する場合は、その全ての者を捕捉することは困難である。また、使用する者が個人であり、業として使用をしていない場合は、その個人は直接侵害者とならない。そこで本号では、発明の方法の実施にのみ使用する物を「生産」、「譲渡」等する行為を侵害行為に至る予備的・幫助的行為として禁止している。

(2) 間接侵害規定の日米欧比較

日本法の間接侵害規定では，専用品について行為者の主観的要件が必要とされない反面，他の用途を有する中性品，汎用品については，提供者が悪意であっても間接侵害が成立する余地はない。このような規定は国際的に見ても独特のものである。日本，米国，欧州（ドイツ）の間接侵害規定を，間接侵害に係る対象物の客観的要件と行為者の主観的要件の関係から比較すると，下記の表のようになる。

	日本		欧州（ドイツ）		米国			
	客観要件	主観要件	客観要件	主観要件	客観要件	主観要件		
専用品	生産にのみ使用する物 (物の発明) 実施にのみ使用する物 (方法発明)	不要	発明の本質的要素に関わる手段	発明の実施に適合 (専用的)	適合性及び企図につき，悪意，又は，周囲の状況から明らか (判例上立証は不要)	発明の主要部分	特別に製造又は改造され，かつ，非侵害用途のある一般の商品でないもの	特許権の侵害について悪意
中性品				発明の実施に適合 (他用途有)	適合性及び企図につき，悪意，又は，周囲の状況から明らか	積極的誘引 (active inducement) の法理でカバーされるケースがある (部品の供給は要件とされない)		
汎用品				汎用品を供給し，侵害行為を故意に誘引した場合は間接侵害				

客観要件

主観要件

客観要件

主観要件

「中性品」 - 発明の実施に適合したものであるが，他の用途も有するもの

「汎用品」 - ねじ，釘，トランジスター等，一般的に市場で入手できるもの(staple article)

日本

「物の生産（又は発明の実施）にのみ使用するもの」との客観的要件を満たす専用品であれば，間接侵害に該当する。主観的要件は問われない。一方，他の用途を有する中性品，一般市場で入手できるような汎用品については，たとえ提供者が販売に際し，相手方が特許侵害行為を行うことを知っていたとしても，間接侵害が成立する余地はない。

ドイツ

専用品又は中性品については，条文上，一定の主観的要件（発明の実施のための手段の適合性及び非供給者の実施の企図について悪意がある場合，又は周囲の状況から明らかであると推定される場合）が課されている。ただし，専用品については，判例により，専用であるとの客観的要件が満たされていれば，主観的要件の立証は不要とされている。汎用品の供給については，侵害の誘引(induce)という積極的要件が必要とされる。

米国

専用品については、ドイツと同様、一定の主観的要件が課されている。この主観的要件につき、米国では、特許権の存在についても悪意であることが必要とされる。

中性品、汎用品については、特別な規定は存在しない。ただし、積極的誘引 (active inducement) に当たる行為を一般的に侵害行為とする規定があるため、中性品、汎用品の侵害について積極的誘引がある場合は、侵害が成立する可能性がある。

(3) ソフトウェア関連発明の拡大と間接侵害規定の見直し

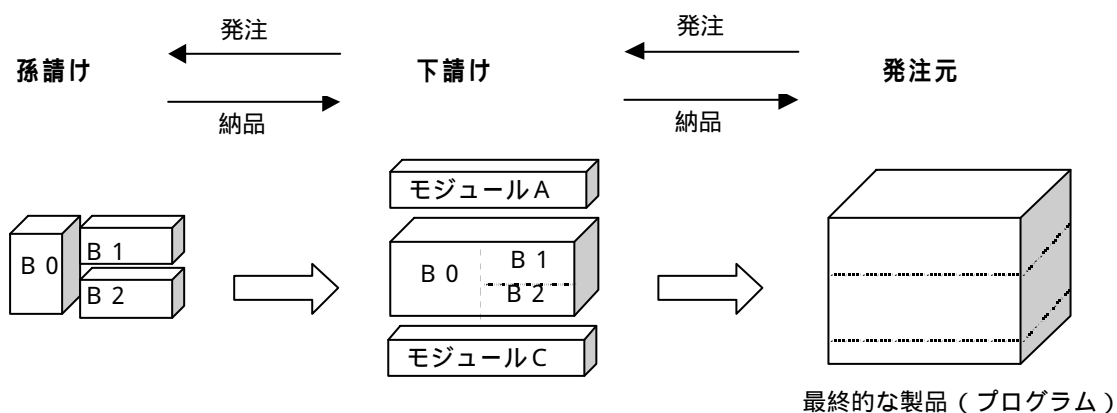
近年の情報技術化の進展に伴い、ソフトウェア関連発明の出願が増加しており、これらのソフトウェアの開発・流通の実体に対応した保護が必要となっている。現行の間接侵害規定は昭和 34 年法の制定時に、部品、材料、装置等の有体物の供給を念頭において制定されたものであるが、この規定によりソフトウェア関連発明の適切な保護が図られうるか見直しを行う必要がある。具体的には、以下のような事例に留意すべきである。

プログラムの部品（モジュール）の開発・供給

プログラムを複数のモジュールに分けて設計し、各モジュールの開発を下請に発注することは、プログラムの開発において一般的に行われていることである。

仮にそのようなプログラムが他者の特許権の侵害品となる場合、下請業者によるモジュールの開発行為は、プログラムの部品であるモジュールの生産等として、間接侵害に当たるか。特に、そのモジュールが重要な構成要素である場合でも、一般にモジュールが専用性を有することは、プログラムの特性上少ないと言われており、「のみ」要件を厳格に適用すると間接侵害による救済は著しく困難になる可能性がある。

プログラムの部品（モジュール）の開発・供給

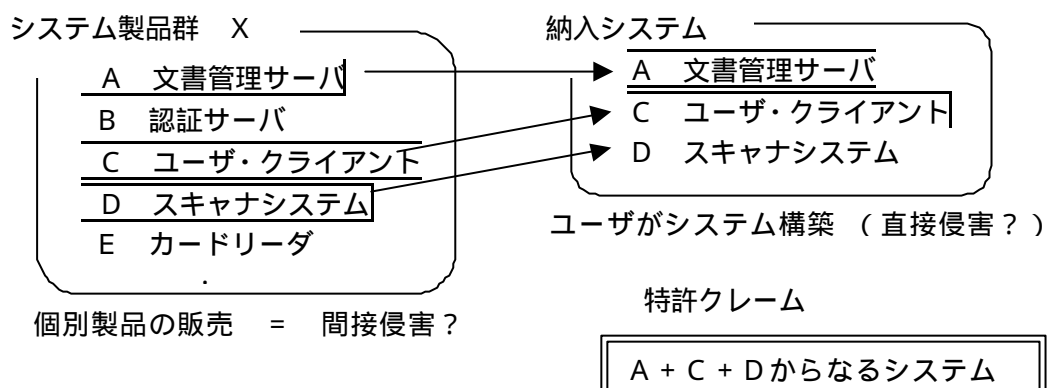


コンピュータ・システム製品群の販売

コンピュータ・システムの製品群を選択して組み合わせ、顧客に合ったシステムを構築する場合、構築されたシステムが他者の特許権を侵害するものに該当することが起こりうる。

この場合、構築されたシステムの部品である製品群の各製品（ソフトウェア及びハードウェア）を供給する行為は、間接侵害に当たるか。製品の特定の組合せをセットとして販売する場合は、当該セットを特許権侵害システムの生産にのみ使用する物と解釈する余地もあり得る。しかし、各製品を個別に見た場合には、それぞれ他の組合せでの用途があるため、「のみ」要件を厳格に適用すると間接侵害による救済は著しく困難になる可能性がある。

コンピュータ・システム製品群の販売



方法クレームとプログラムの多用途性

ソフトウェア関連発明が、「方法の発明」として特許されている場合、その方法の発明の実施は使用に限定されるが（第2条第3項第2号）、その方法を使用するのはソフトウェアのユーザであって、販売業者ではない。したがって、ソフトウェア自体の販売行為を差し止めるためには、間接侵害の構成をとる必要がある。

ソフトウェア（プログラム）は、そもそも多くの用途（機能）を有するものであり、「のみ」要件を厳格に解すると、救済は著しく困難になる可能性がある。

（４） 施行後４０年を経過した現行規定の評価

現行の間接侵害規定は、欧米と異なり、「物の生産（又は発明の実施）にのみ使用する物」との客観的要件のみにより間接侵害の成否を判断するものとなっている。

この規定は、昭和34年法において導入された。法案の検討開始当初は、行為者の主観を要件とする欧米型の規定が検討されていたが、立証責任の負担の軽減と過度な権利拡張の防止の観点から、最終的には「物の生産（又は発明の実施）にのみ使用する物」という客観的要件のみで判断を行う現行の条文となった。

この現行規定そのものが、間接侵害制度本来の趣旨に鑑み、適切な保護を及ぼす実効的なものとして機能してきたかについても併せて検討する必要がある。例えば、「のみ」要件については、「のみ」が厳格に解釈されることによって間接侵害が認められなかった判例も多い。近年では、「のみ」要件の柔軟な解釈により妥当な解決を図った判決も出ているが、権利者側からは、依然として「のみ」要件の解釈が厳しすぎるとの批判がある。

(参考) 直接侵害との関連性

間接侵害の成立には、直接侵害の存在を必要とする「従属説」と、直接侵害が存在しない場合でも間接侵害単独で成立するとする「独立説」がある。ただし、両説とも、その考え方を徹底して適用した場合には、妥当な解釈が図れないケースが生じるため、判例、学説では、折衷的立場をとり、妥当な解決がなされるよう図っている。

(5) 制度改正の是非・方向性

「物の生産（又は発明の実施）にのみ使用する物」との客観的要件のみにより判断する現行の間接侵害規定は、ソフトウェア関連発明に限らず、「のみ」要件が厳格に解釈されることにより、間接侵害が認められにくいという問題が生じている。特に、多機能を特徴とするソフトウェアについては、先に論じたとおり、殆ど適用の余地がなくなるおそれもある。「のみ」要件を満たさないという理由だけで、侵害の意思がありながら特許侵害品の部品（モジュール）等を供給する行為を間接侵害とできないことは問題であり、主観的要件を導入して「のみ」要件を緩和するとともに、特許法第101条における「物」（「～にのみ使用する物」の「物」）の概念も、発明の分類における「物」の概念に併せて拡張し、十分な権利保護が行えるようにすべきである。

他方、特許権の権利範囲に本来的に属していない製品、部品等の自由な販売、供給への萎縮的效果も避けることが必要であり、このような観点からは、

1. 発明の実施の本質的要素や重要要素に属すること
2. 特許侵害の用に適合しており、汎用的用途を有するものではないこと
3. 発明の実施又は特許権侵害について悪意（又は重過失）で部品等を生産、供給すること

等の要件を課すことが必要である。なお、刑事罰の必要性についても併せて見直しが必要である。

具体的な規定の仕方については、

現行の規定に、主観的要件を導入し客観的要件を緩和した新たな規定を追加する案の他、

現行の規定を、主観的要件を導入した客観的要件を緩和した新たな規定に置き換え、現行の「のみ」要件を満たすような専用品の供給の場合には、悪意が推定されるような規定を更に設ける案

などが考えられるが、いずれにしても、現行間接侵害規定よりも保護が狭くなる部分がないように注意を払う必要がある。

また、現在の規定では物の発明の場合につき、「物の生産にのみ使用する物」と規定されているが、例えば、特許システムと共同するサーバ等、システムの使用に必要な物の提供が問題とされる場合もあり、必ずしも「生産」に限定せず、方法の発明の場合と同じく「実施」に使用する物にまで対象を拡げることも検討すべきである。

4. ネットワーク社会の拡大と複数主体による特許権侵害

ネットワーク上では、ビジネス方法特許等のソフトウェア関連発明を複数の主体が分散的に実施する形態が一般的となっており、従来中心的であった製造業型の発明に比べ特許権侵害行為に複数の主体が関与するケースが多い。

複数主体の関係する特許権侵害としては、複数者の共同実施による直接侵害の他、直接侵害者を幫助、教唆する者がある場合があるが、侵害の幫助、教唆行為については、間接侵害の成立する場合を除き、共同不法行為に基づく損害賠償請求のみが可能であり、差止請求はできないという懸念がある。

また、ネットワーク上で結合された複数者によりビジネス方法特許が実施される場合には、共同実施者の中に「業として」の要件を満たさない個人ユーザ等が含まれるケースが多く、そのような場合の特許権侵害をどのように考えるべきかも問題となる。

(1) 特許法における侵害とその救済

特許法においては、無権限者による特許発明の実施による侵害行為（直接侵害）及び特許法第 101 条により侵害とみなされる行為（間接侵害）に対し、民事的救済として、民法上の損害賠償請求権に加え、差止請求権が認められることが明示的に規定されている。

損害賠償請求権（民法第 709 条）

特許権侵害に対しては、民法第 709 条の不法行為に関する規定が適用され、損害賠償請求が認められる。不法行為に基づく損害賠償請求には、故意又は過失が要件とされているが、特許権侵害については、特許法第 103 条の規定により、過失が推定される。

差止請求権（特許法第 100 条）

旧法（大正 10 年法）には、差止請求権に関する規定はなかったが、特許権の物権的性質に基づき、判例・学説上、差止請求権が認められていた。現行法では、第 100 条において、この差止請求権が明示的に規定されている。差止請求には、故意・過失等の要件は不要である。

刑事罰

上記の直接侵害、間接侵害に当たる行為は、特許法第 196 条により侵害罪とされ、刑事罰が課される。特許権侵害罪の成立には、侵害行為の事実（構成要件該当性）の他、違法性、有責性が必要とされる。なお、有責性の判断に関し、特許権侵害罪については過失犯の規定はないので、故意犯のみが罰せられる。

(2) 共同の不法行為や犯罪行為に対する民刑事法上の基本的考え方

民法や刑法においては、複数の者が、共同して不法行為や犯罪を行った場合

に、共同不法行為、共犯規定に基づいて、各加害者が責任を負うこととなっている。

民法第719条

民法第719条は、第1項前段において、複数の者が共同して不法行為を行い、何らかの損害を与えたときは、各加害者が連帯してその損害に対する賠償責任を負うと規定している。

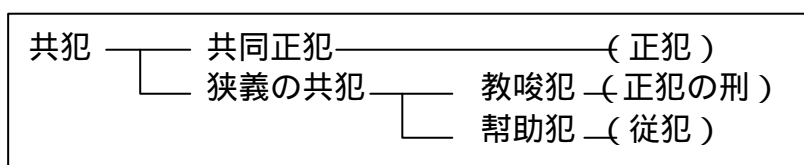
本条については、判例、学説とも様々な見方があるが、複数の者が共謀して、又は共同行為の認識を有し一体として、不法行為を行った場合には、現実には直接の加害行為を行っていない者も、全ての結果について責任を負うとする点では一致している。

また、同条第2項では、不法行為を行った者を教唆又は幫助した者も共同して不法行為を行った者とみなして、損害に対して連帯して賠償責任を負うと規定されている。

刑法上の共犯

刑法第60条から第65条までにおいては、犯罪行為の主体が複数である（広義の）共犯について規定している。どの範囲まで共犯を認めるかについては、学説上争いの多いところであるが、少なくとも、犯罪に関わった者の間に「実行行為の分担」と「意思の連絡」（共同実行の意思）が存在する場合には、その全ての者が正犯（共同正犯）となるとされている。

刑法第61条に規定される教唆犯と同法第62条及び第63条に規定される幫助犯を併せて狭義の共犯という。民法上は教唆と幫助の扱いに差はないが、刑法上は教唆犯には正犯の刑が科され、幫助犯には正犯の刑を減輕した従犯の刑が科されるという明確な差が設けられている。

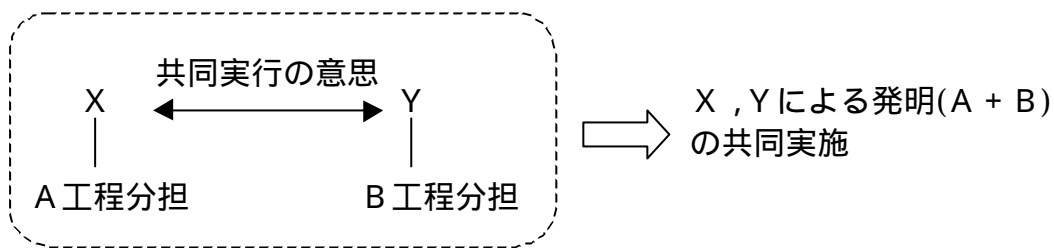


(3) 複数の主体が共同して特許発明を実施する場合

この場合、以下の規定の適用が考えられる。

共同実施による特許権侵害

特許法には、民法と異なり、共同行為についての規定はない。しかしながら、下記のようなケースにつき、刑法上の共犯理論や民法上の共同不法行為の考え方と同様、複数の主体が一体となって特許権を侵害していると評価し、全ての主体及び行為について差止を請求し得ると考えられる。この場合の損害賠償責任は、民法第719条第1項前段の共同不法行為に関する規定に基づき、各行為者が連帯して負うこととなる。



間接侵害の成否

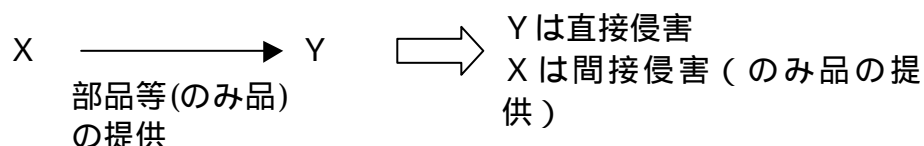
前記のように共同での特許権侵害が成立する場合であっても、一定の要件を満たせば、間接侵害として責任を追及することも可能である。すなわち、特許権侵害品の生産を複数者により分担して行う場合に、最終組立を担当する者が侵害品の生産者（直接侵害者）、途中の工程を担当する者が侵害品の最終組立に必要な「のみ品」の提供者（間接侵害者）に該当するとみなせる場合には、途中の工程を担当する者を間接侵害者として訴え、損害賠償請求及び差止請求を行うことも可能となる。

（４） 幫助・教唆のケース

特許権侵害者（直接侵害者）が存在する場合に、これを幫助・教唆する行為である。具体的には、特許発明の実施に必要な装置・部品の供給や特許発明の実施に必要なノウハウの提供等により侵害者を有形・無形に幫助する行為や、使囑（しそう）により他人に特許発明の実施を決意させるような場合が想定される。なお、無形の幫助と教唆の切り分けは、特許発明の実施の意思を新たに生ぜしめたのか（教唆）、既に存在する実施の意思を強めたのか（幫助）という点にある。特許権侵害者の幫助・教唆については、以下の規定の適用が考えられる。

間接侵害に該当する場合

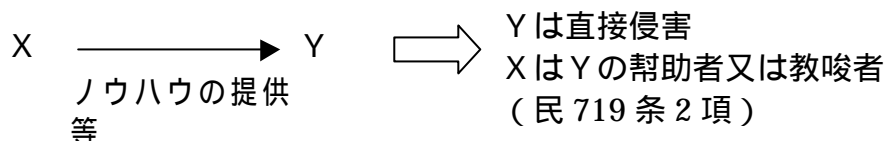
幫助者の行為が、直接侵害者に対し特許発明の実施にのみ使用する物の生産・譲渡等に該当する場合は、間接侵害として特許権侵害行為とみなされるため、損害賠償請求に加え、差止請求も認められることとなる。



その他の幫助・教唆の場合

特許発明の実施に必要なノウハウの提供による侵害の幫助や、侵害の教唆など、の間接侵害に該当する場合以外の幫助・教唆についても、民法第 719 条第 2 項が適用できる場合には、直接侵害者と連帯して損害賠償責任を負わせる

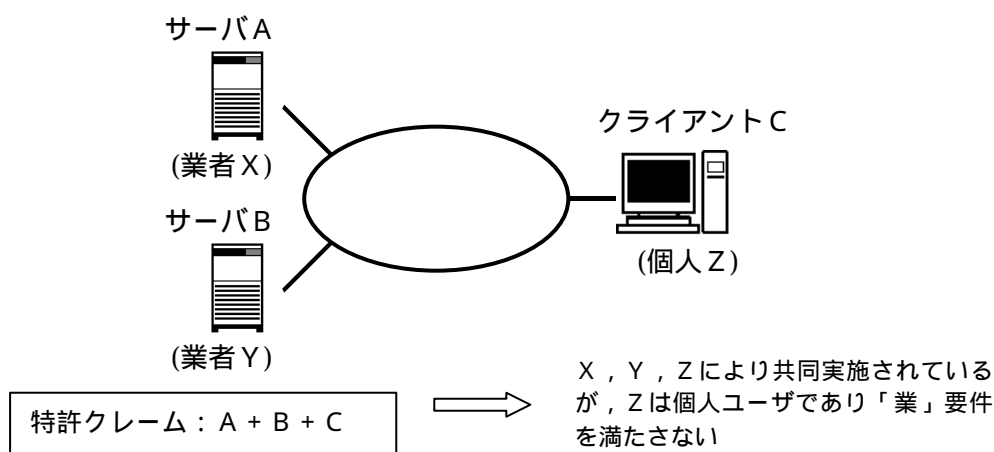
ことが可能であるが、差止請求まで認めた判例は、これまでのところない。¹



(5) 「業」要件の適否

ネットワークの普及に伴う新たな問題として、ネットワークで結合された複数者の提供する手段が全体として一つのシステムを構成する場合に、「業」要件を満たさない個人ユーザの所有する端末がシステムに含まれている場合、共同実施者全体が「業として」特許発明を実施しているということは難しいのではないかという指摘がある。

ネットワーク上で結合された複数者によりビジネス方法特許が実施される場合には、共同実施者の中に「業」要件を満たさない個人ユーザ等が含まれる場合が多いと考えられるから、このような場合に全て特許権侵害が成立しないとすると、特許権の実効性が担保できないという問題がある。



(6) 制度改正の是非・方向性

[積極的誘引規定の導入について]

現行法では、差止請求が認められない特許権侵害の無形的幫助や教唆行為につき、今後そのような無形的幫助や教唆行為が、ネットワーク上の発達と

¹ なお、著作権の事例ではあるが、専らゲームソフトの改変のみを目的とするメモリーカードの販売につき、ゲームソフトの同一性保持権の侵害を惹起する行為として不法行為に基づく損害賠償責任を認めた「ときめきメモリアル事件上告審判決」(最3小判平成13.2.13)や、業務用カラオケ装置のリース業者の注意義務を認めた「ビデオメイツ事件上告審判決」(最2小判平成13.3.2)など、近時、知的財産権侵害の幫助、教唆行為が問題とされる事案が増えてきていることもあり、民法上、幫助、教唆に基づく共同不法行為についても差止請求を認め得るとする見解も出されている。

ともに増加する可能性の高いことに鑑み、米国特許法第 271 条(b)の積極的誘引(active inducement)規定を例に、特許法上に明文の規定を設け、差止請求を可能とすべきとの見解があり、一定の支持が見られた。

他方、米国特許法の積極的誘引規定は、長年の判例の蓄積による行為の類型化がなされた後に、それらを包含する一般条項を規定したものであって、かなり厳格に解されてきているのに対し、日本においては、特許権に関する民法上の共同不法行為(教唆)に関する判例の蓄積が十分ではなく、同様の包括的規定を直ちに導入することは、時期尚早との指摘もある。また、無形的幫助・教唆行為についての差止請求を広く認めることにより、正当なビジネスへの萎縮的作用を及ぼす可能性があることや、ナップスター事件²で問題となったようなネットワーク上での幫助行為が問題となるような実際の問題が、特許や商標の関連分野ではまだ生じていないこと、今後、裁判所の判断により民法上幫助、教唆行為について差止めが認められる可能性もある等の理由より、現時点では間接侵害規定の拡張で対処すべきではないかとの意見も見られた。

したがって、米国の積極的誘引型の規定の導入については、間接侵害規定の拡張による影響と、今後の技術革新、ネットワーク上での取引動向を踏まえ、検討を継続すべきであると考えられる。

【「業」要件の適否について】

ネットワーク上でビジネス方法特許が分散実施される場合の「業」要件の扱いについては、特許システム全体が業としてのビジネスの実現に用いられていることを考えれば、たとえ実施行為の一部を個人ユーザが担うとしても、特許権侵害の成立は否定されないとの見解や、無許諾の実施がなされた段階で共同不法行為が成立し、「業」要件を満たさない個人ユーザは違法性阻却事由のような形で免責にすれば良いとの見解がある一方、「業」要件を満たさない者が入っている以上、特許権侵害を認めることは不可能とする見解もあり、意見が分かれた。

しかしながら、「業」要件の廃止といった考え方については、特許権という強力な独占権の効力範囲を過度に拡張するおそれがあるところ、一様に慎重な姿勢が見られた。

また、多少技巧的な嫌いはあるが、クレームの書き方を工夫し、発明の構成要件に個人ユーザが含まれないようにすることや、間接侵害規定の拡張に

² ナップスター事件控訴審判決

A&M Records Inc. v. Napster Inc., 239 F 3d 1004 (9th Cir. 2001)

インターネット上で楽曲ファイルを交換するためのサーバを提供していた Napster 社の行為につき、著作権侵害の間接侵害責任及び代位責任を認めた。

より、特許システム全体の使用に用いられる本質的要素であるサーバ等を設置している者を、広い意味での部品等の提供者（間接侵害者）と扱えるようにすることで対処できるのではないかと考え方もあり、現時点においては「業」要件そのものの見直しについては慎重に対応すべきであると考えられる。

第2 ネットワーク社会における商標制度のあり方

1. ネットワーク社会の進展と商品商標の変化

商標法における商品とは、これまで基本的に有体物であるとの整理があった。しかしながら、インターネットの普及に伴う電子商取引の急速な拡大に応じて、これまでCD-ROM、書籍等の有体物として流通していたコンピュータ・プログラム等の情報がネットワークを通じて取り引きされる形態が登場している。この結果、商標法における「商品」の概念の再確認が必要となってきた。

特許法上の「物」と異なり、「商品」については既に無体物であっても流通性に重点を置いた概念の整理が学説、判例で示されつつあることから、特に条文上の変更を施さないままであっても、これにコンピュータ・プログラム等の情報が含まれるという整理をすることが適当である。

(1) 新たな商品提供形態の普及

インターネットの普及、ブロードバンド化を背景とする電子商取引の急速な拡大に応じて、これまでCD-ROM、書籍等有体物として流通していたコンピュータ・プログラムや書籍などの情報が、ダウンロード等の技術を用いてネットワークを通じて取り引きされる形態により提供されるようになっている。

(2) 商品の概念の変化

商品については法律上の定義はなく、その概念は学説、判例に委ねられてきた。学説においては、商品を役務との整理の観点から有体物とするものもあるが、取引社会における流通性に着目し、無体物も含まれうるとする学説もある。

なお、不正競争防止法では、従来商品は有体物とされていたが、商品には書体（デジタルフォント）も含むとした東京高等裁判所の判決³では、「経済的価値が社会的に承認され、独立して取引の対象とされる場合」には無体物も商品とされうるとしている。

国際的には、商品の新たな流通形態に対応し、2000年10月には世界知的所有権機関(WIPO)において、商品・役務の国際分類を定めるニース協定⁴の改訂により、新たに「ダウンロード可能な電子出版物」「ダウンロード可能なプログラム」が商品分類第9類（電子応用機械器具等）に含まれる商品の例示として追加された。これを踏まえ、米国特許商標庁（USPTO）、欧州域内市場調和庁(OHIM)、さらに英国、ドイツ等の主要諸国及び機関では、商標法上「商品」(goods)の概念の変化について法律上の手当をしないまま、既にダウンロード可能な電子出版物・ソフトウェアを商品（第9類）として採用している。

³ 「モリサワタイプフェイス事件」(東京高裁 平成5年12月24日)

⁴ 標章の登録のための商品及びサービスの国際分類に関する千九百五十七年六月十五日のニース協定

(3) 商品商標の使用の拡大

商標法では、登録商標の保護を図るにあたり、商標権の効力を明確化するため、標章の「使用」を定義している。これは、民事上の差止・損害賠償請求権の範囲を画するとともに、刑事上の商標権侵害罪の構成要件となっている。

旧法（大正 10 年法）では、「使用」の定義は規定されず、民事上どのような行為が商標権侵害に該当するかは、全て解釈に委ねられていた。刑事上の侵害罪の規定については、「販売」「交付」「偽造」「模造」「輸入」等の商標の侵害行為を類型化した規定があった。

現行法（昭和 34 年法）では、商標権の効力の内容を明文をもって規定すべきとの観点から、標章の使用について定義する規定（商標法第 2 条第 3 項）が置かれた。具体的には、それまでの解釈を参考として、「付する」「譲渡」「引渡し」「展示」「広告に付して展示」等を行為の類型として規定した。これは、特許法第 2 条第 3 項の発明の実施に関する規定と似たものとなっている。

（参考）商標法第 2 条第 3 項

この法律で標章について「使用」とは、次に掲げる行為をいう。

- 一 商品又は商品の包装に標章を付する行為
- 二 商品又は商品の包装に標章を付したものを譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、又は輸入する行為
- 三～六 （略）
- 七 商品又は役務に関する広告、定価表又は取引書類に標章を付して展示し、又は頒布する行為

このうち、「譲渡」とは、法令用語としては一般に占有の移転が必要と解されているため、占有の移転を伴わないネットワーク上の送信行為を「譲渡」という文言で読めるかどうかには議論がある。

(4) 諸外国の商品商標の使用に関する規定

米国の連邦商標法である、いわゆる Lanham Act⁵（ランハム法）では、商品商標の使用は、商標が付された商品を取引上販売、輸送することを指すと規定している。また、英国の商標法⁶では、標識の下に商品を申し出、売りに出し、市場に出し、これらの目的のために保管することが商標権の侵害に当たる使用であると規定している。ドイツの商標法⁷でも、標識の下に商品を申し出、市場に出し、これらの目的のために保管することが商標権の侵害に当たる使用であると規定している。このように、欧米においては、「標識の下に」「販売する」又は「市場に出す」といった、日本より広い使用概念が採用されている。

⁵ 15U.S.C. § 1127(1)(B)

⁶ 英国 1994 商標法第 10 条（4）

⁷ ドイツ商標法第 14 条 [3] (2)

（５） 制度改正の是非・方向性

〔商品〕

商品については、既に無体物であっても、その流通性に重点を置いた概念の整理が学説・判例で示されつつある。国際的にも、特に商品概念の変更に際して法律上の手当をしないまま、コンピュータ・プログラム等の情報を「商品」として整理する例が広がっている。以上を踏まえ、我が国の商標法においても、商品については、特に条文上の変更を施さないまま、これに、コンピュータ・プログラム等の情報が含まれるとの整理をすることが適当と考えられる。

〔商品商標の使用〕

ネットワークを通じた様々なコンピュータ・プログラムの提供形態に対応した規定により、商標法による適切な保護を及ぼすためには、商標法第 2 条第 3 項第 2 号の商品商標の使用について定義する規定の範囲を拡張する制度改革を行うべきである。具体的な改正の方向性については、特許法の発明の実施に関する規定の改正の方向性を踏まえつつ検討すべきである。

なお、商標法第 2 条第 3 項第 1 号においては、商品に標章を付する行為を標章の使用としている。この「付する」に、コンピュータ・プログラムを実行したときに端末画面に標章が表示されるように標章のデータを組み込む行為が含まれると解釈することは可能か、という議論もある。これについては、ダウンロード可能な電子出版物、ダウンロード可能なプログラム等のデジタル情報に付されている商標も、それらを利用するときにパソコン端末の映像面に「商品」と一体となって視認されるものであり、現行の規定において特に排除されるという強い懸念が存在しない。

また、コンピュータ・プログラムのコードデータ内に、商標に関連する情報であってコンピュータ処理において出所情報を提供するようなものを埋め込む場合も「付する」に含まれると、商標権の効力範囲が過度に広がるのではないかという指摘がある。

しかし、このような情報は人間に視認されず、そもそも商標としての機能を発揮しているとは言えないため、商標としての使用から当然排除されると考えられる。したがって、「付する」については、特段の規定の改正は必要ないと考えられる。

2. ネットワーク社会の進展とサービスマーク（役務商標）の変化

インターネットの普及により，音楽のストリーミングサービス⁸，オンラインバンキング等の各種サービスが増加し，また，インターネット上でも多数の企業・個人が役務取引契約を簡単に締結できるようになるなど，ネットワークを通じたサービスが多様化している。現行商標法上の使用行為規定が，これらのネットワークを通じた新たなサービス提供に関して十分対応しているかが課題となる。

このような新たなサービスについても商標法により適切に保護するためには，商標法第 2 条第 3 項の使用の定義の範囲を拡張する制度改正を行うべきである。改正の方向性としては，ネットワークを利用した役務特有の使用行為を現行規定に追加，又は，包括的な役務の使用概念の導入が考えられる。

また，「広告」「定価表」「取引書類」への標章の使用についても，ネットワーク上での行為に対応できるよう，明確にすることが適当である。

（１） ネットワークを利用したサービスにおける商標の使用

ネットワークを利用したサービスの提供では，利用者側のパソコンの画面を通じてサービスを提供する際に，当該画面に商標が表示される。このような商標の表示も，従来の有体物に付された商標の「使用」行為と同様の諸機能（出所表示機能，品質保証機能，広告的機能）を果たしている。

一方，このようなマークの使用は，商標データ作成等の予備行為段階や，ネットワーク上を当該データが流通する段階では，マークの存在を把握することは困難であり，サービス提供段階でユーザのパソコン等の端末画面上で初めて需要者に見えるようになるという点に特徴がある。

（２） サービスマーク（役務商標）

サービスマークとは，事業者がサービス（役務）の取引において自己が取り扱うサービスを他人のサービスと識別し，かつ，サービスの同一性を表示するために，そのサービスとの関係で使用される商標である。

旧法（大正 10 年法）は，商品(goods)に関する商標のみを対象としていた。昭和 34 年の現行商標法の制定の際，サービスマーク登録制度の導入も検討されたが，企業側，特許庁側の対応の準備が整っていないため，時期尚早として見送られた。その後，平成 3 年に，内外におけるサービスマーク保護の要請の高まり，商標制度の国際調和の観点からサービスマーク登録制度を導入した。

⁸ 音声や動画などのデータをネットワークを通して提供するサービスの一種

(3) サービスマークの使用

商標法第2条第3項では役務に関する標章の使用について下記のように定義している。

(参考) 商標法第2条第3項

この法律で標章について「使用」とは、次に掲げる行為をいう。

一～二(略)

三 役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物(譲渡し、又は貸し渡す物を含む。以下同じ。)に標章を付する行為

四 役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物に標章を付したものをを用いて役務を提供する行為

五 役務の提供の用に供する物(役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物を含む。以下同じ。)に標章を付したものを役務の提供のために展示する行為

六 役務の提供に当たりその提供を受ける者の当該役務の提供に係る物に標章を付する行為

七(略)

平成2年の商標法改正の検討においては、サービス自体は無体物であり視認できないが、サービスの提供に用いられる道具を介して初めて視認されるため、そのような有体物たる道具を介してサービスマークは使用されるという整理をした。その上で、標章の使用行為を明確化するために、サービス活動の態様に応じ個別具体的に行為類型を定めている。当時は、未だインターネット上のサービスは広く展開されていなかったため、標章は役務提供に係る有体物に付されて使用される場合のみを前提とした規定となっている。

したがって、これらの規定では、ネットワークを通じたサービス提供において、利用者のパソコン等の端末に現れるような標章の使用は含まれないとの懸念が指摘されている。

(4) 諸外国のサービスマークの使用に関する規定

米国のランハム法⁹では、登録商標の複製、模造物等をサービスの販売、販売の申し出、頒布又は広告に関連して取引上使用することであって、混同を生じさせるおそれのある行為が侵害に当たると規定している。また、英国及びドイツの商標法¹⁰では、標識の下でサービスの申し出、提供を行うことが商標権の侵害に当たる行為と規定している。このように、欧米では、サービスマークについての使用行為を標章が付されるサービスの周辺物についての行為として規定せず、より包括的に、標章の「下に」又は「関連して」サービス提供をする行為と捉えている。

⁹ 15U.S.C § 1114(1)(a)

¹⁰ 英国 1994 商標法第 10 条(4)(b)
ドイツ商標法第 14 条 [3] (3)

(5) 制度改正の是非・基本的方向

〔役務の使用行為〕

ネットワークを通じた様々なサービス提供の拡大に的確に対応し，このような新たなサービスに関する商標についても商標法による適切な保護を及ぼすためには，商標法第2条第3項のサービスマークの使用について定義する規定の範囲を拡張する制度改正を行うべきである。具体的な制度改正の検討に当たっては，以下の2つの案が考えられる。

ネットワークを利用した役務特有の使用行為を現行規定に追加

具体的なネットワーク上での使用，例えば「映像面に標章を表示させて役務を提供する行為」のような規定を，現行法の第2条第3項第3号の規定に追加する。この案の場合，ネットワークを通じた画面を用いるサービス提供行為が「使用」に該当することが明確になるが，インターネット技術，画像処理技術等の技術発展を踏まえた新たなサービスの出現にも対応できるように規定することが必要となる。

包括的な使用概念の導入

ネットワーク上のサービス提供に対応することと併せ，そもそも現行規定が個別具体的な行為に即してサービスマークの使用を定義しているために，経済活動の進展に合わせた柔軟な対応に適していないこと，役務は有体物を用いて提供されることを前提とする現行法の考え方に限界が生じていること等を踏まえると，欧米の立法例にならい，「標章を表示して役務を提供する」のような包括的規定に全面的に改めるという考え方も取りうる。この案の場合，網羅的にサービス提供における商標の使用行為を捉えることが可能なため，柔軟に対応することができる。

小委員会においては，の包括的な使用概念を導入する案を支持する意見も多かった。具体的には，そもそもサービスは有体物のみを通じて提供されるわけではなく，現在のサービスマークの使用の定義が「物」を媒介にしているのは現実には合わないという意見，また，使用の概念を包括的に規定しないと現時点では予測できない技術発展に対応できないという意見があった。さらに，現行の定義はあまりに技術的であり，法律の分かり易さからも包括的規定の方が優れているとする意見もあった。これに対し，役務提供行為を包括的に規定するのみでは，ネットワーク上のサービス提供に対応することが必ずしも明確にならないという指摘があった。

一方，包括的な使用概念を取り入れる場合には，不使用取消審判などにおいて「使用」に当たるか否か解釈上の疑義を拡大するおそれがあるため，ネットワークを利用した役務特有の行為を個別具体的に追加する方向がよいという意見があった。

と の方向は，相対立するものではなく， の包括的概念の導入は中長

期的には望ましいと考えられる。しかしながら，この方向を採用する場合は，「使用の概念」のみの手当てで完結できるものではなく，商標法における「商標の定義」，「みなし侵害」の規定の再整理等，広汎な観点から検討を要する。

（参考）商標法第2条第1項（商標の定義）

この法律で「商標」とは、文字、図形、記号若しくは立体的形状若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合（以下「標章」という。）であつて、次に掲げるものをいう。

一 （略）

二 業として役務を提供し、又は証明する者がその役務について使用をするもの（前号に掲げるものを除く。）

したがって， のネットワークを利用した役務特有の行為を個別具体的に追加する案であっても，ネットワーク社会への対応という目的は必要かつ十分に達成されることから，現時点においてはこの方向で対応しつつ，今後も技術革新，サービス形態の多様性に的確に対応しうよう商標制度の在り方を検討すべきである。

【「広告」「定価表」「取引書類」への標章の使用】

商標法第2条第3項第7号は，商品又はサービス（役務）に関する広告，定価表，取引書類に標章を使用する行為を規定している。

（参考）商標法第2条第3項

この法律で標章について「使用」とは、次に掲げる行為をいう。

一～六 （略）

七 商品又は役務に関する広告、定価表又は取引書類に標章を付して展示し、又は頒布する行為

当該行為は，商品の販売や役務の提供とは直接結びつく行為ではない，いわば周辺行為であるものの，広告宣伝手段の発達に伴い，出所表示機能や信用の蓄積を生じさせるため，広告等に標章を用いる行為も「使用」と定義したものである。具体的には，雑誌，チラシ等の他に，テレビによる広告も含まれるとされる。

小委員会では，ホームページ上でサービスを提供している場合の画面上の商標の表示は，広告として使用しているのではなく，サービス提供を識別するために使用している。したがって，広告としての使用と整理すると，役務提供の場面での使用を捉えられないといった漏れが生じる可能性があるという指摘があった。

なお，商品・サービスの提供の広告・取引におけるネットワークの利用普及に合わせ，「定価表」「取引書類」の概念にも，端末の画面に表示されるようなものが含まれることを明確にするための制度改正は，いずれにせよ必要であると考えられる。

【その他の指摘事項】

その他，小委員会では，ネットワーク上では商品と役務を区分する概念が相対化しているので，ネットワーク上の商品販売が認められるのであれば，ネットワーク上の小売業のサービスマークも認められるのかどうか検討する必要があるとの意見があった。

3. ネットワーク上のサービスにおける間接侵害の可能性

商標法第 37 条は，登録商標に化体された信用を害するおそれの強い行為を侵害行為とみなして，権利の実効性を確保している。ネットワーク上におけるそのような行為についても同様の権利保護を及ぼすため，「みなし侵害」に関する規定を改めるべきか検討する必要がある。

有体物の流通と異なり，ネットワークを流通する電子データは，製造，流通段階等では外界から視認できないので，侵害行為の状況を明確に捉えることができず，実効性の点で問題が残る。したがって，電子データの追跡技術の発達など将来の技術の発展を待って対処するのが適当である。

(1) 間接侵害

現行の商標法第 37 条は登録商標保護のため，類似範囲での「使用」行為，商標権侵害の予備的・幫助的行為等を「侵害とみなす」行為と規定している。我が国では，明治 42 年の商標法が既に間接侵害に関する規定（第 23 条）を有しており，これはアメリカの「寄与侵害」の法理を導入したものと考えられている。大正 10 年法には，民事上，いかなる行為が商標権を侵害するかを明確にした規定はなかったが，刑事罰の構成要件として「販売目的の所持」「他人に使用させる目的での偽造」等を侵害行為とする規定が存在した（第 34 条）。

現行の商標法第 37 条は，登録商標に化体された信用を害するおそれの強い，類似範囲での「使用」行為，及び，商標権侵害の予備的行為等を「みなし侵害」として規定し，民事，刑事ともに商標権を侵害する行為を明確にし，商標権保護の強化を図った。さらに，平成 3 年のサービスマーク登録制度導入に伴い，商品商標にならって役務商標の侵害とみなす行為が追加された。

類似範囲での「使用」行為（第 1 号）

登録商標と類似する商標を，指定商品・指定役務に類似する商品・役務に使用する行為等を禁止している。

侵害の予備的行為（第 2 号～第 7 号）

標章を付した商品を譲渡等のため所持する行為，役務提供のため標章を付した利用物を所持等する行為，ロゴ，ラベル等の商標権の侵害組成物（商標表示物）等を所持，製造，譲渡，引渡し，輸入する行為を禁止する。具体的には，偽造工場における製造，侵害物品の倉庫保管等を対象としている。当該規定は，自ら直接侵害を行う場合の予備行為（第 2，第 3，第 5，第 7 号）と，他人が直接侵害を行う場合の予備行為（第 2，第 4，第 6，第 7 号）に分けて規定している。

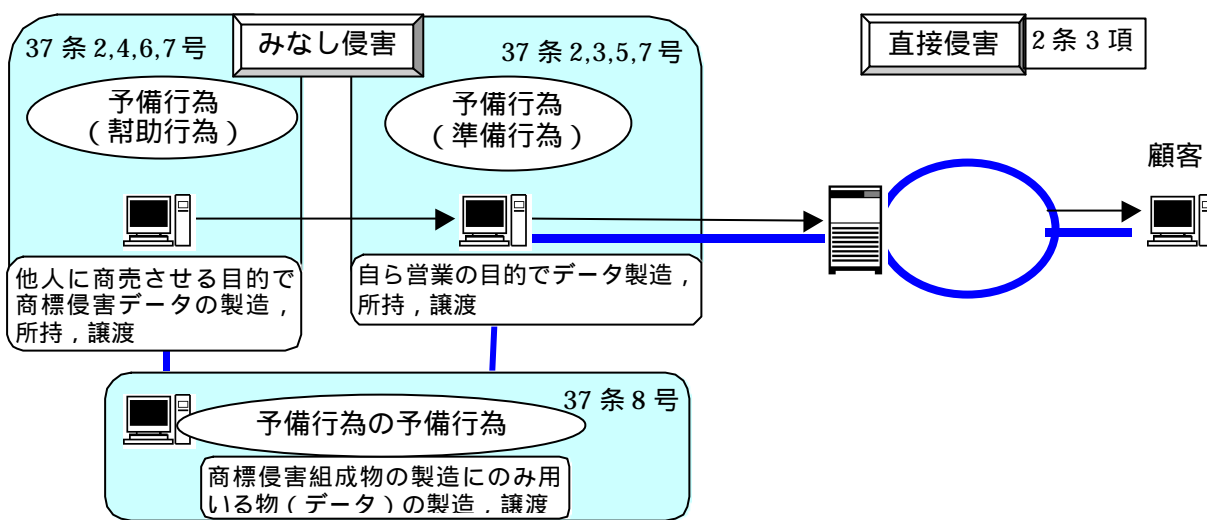
予備行為の予備行為（第 8 号）

商標侵害組成物の製造に「のみ」用いる物（例えば偽造マーク用の刻印）の製造等を侵害とみなしている。この規定は，特許法第 101 条と同様，製造

に「のみ」用いるという客観的要件のみを課しているが、そのため、適用範囲が限定的である。実際、本号について争われた判例は極めて少ない。

(2) ネットワーク上の侵害の予備的行為

上記 ～ に掲げた行為は、ネットワーク上で商標権侵害データが流通する場合にも想定されうるものである。 の類似範囲での使用はネット上でも起こりうるものが容易に想定できるものである。また、 及び の予備行為、予備行為の予備行為も、下図のような事例が想定されうる。



ネットワークを流通する電子データは、有体物と異なり、企業、個人を問わず家庭内のパソコン、PDA、モバイル端末、ネットワークサーバ等を通じて世界中で瞬時かつ容易に複製可能であり、また製造段階や流通段階においては外界からは視認不可能である。したがって、有体物の製造・流通の場合と比較して、その捕捉が著しく困難であるという特徴がある。

なお、仮に商標権を侵害する電子データが記録媒体に保存されている状態を捕捉することができた場合は、商標権を侵害する媒体（商標侵害を組成する有体物）の所持と解釈して、現行のみなし侵害の規定の範囲で侵害行為と捉えることも可能であると考えられる。

(3) 制度改正の是非・方向性

ネットワーク上の予備行為等をみなし侵害として明確に規定しても、上記の理由により現時点では侵害と成りうる行為の状況を明確に捉えることができず、実効性の点で問題が残る。したがって、侵害データの記録媒体による保有等については可能な範囲で現行法の解釈に委ねることが適当であり、電子データそのものの捕捉については、電子データの追跡技術の発達など将来の技術の発展を待って対処すべき問題と考えられる。

〔補 論〕

ネット上の特許・商標権侵害についての仲介者責任の在り方

インターネット上で知的財産権を侵害する情報提供が行われた場合に、仲介者（インターネット・サービス・プロバイダ）の責任を明確化することにより、仲介者が不安定な立場に置かれる事態を防ぐ必要がある。具体的には、通知を受けた場合に仲介者が権利侵害の責任を免れるために講ずべき一定の手続を整備する必要性が認められる。

このため、現在総務省で検討されている一般的に仲介者責任を明確化する法律など、各方面における検討結果を踏まえた上で、さらに特許法、商標法等において特に対応すべき固有の問題点があるか否かについて、引き続き検討を加えることが求められる。

（１） 仲介者の法的責任への関心の高まり

近年のインターネットの急速な普及に伴い、ネット上に違法情報が掲載された場合の仲介者の法的責任に関する議論が注目を集めている。特に、第三者の名誉を毀損する情報がネット上に掲示されている場合に、仲介者がこうした情報について監視し、削除する義務があるか否かについて従来から議論があり、判決例もいくつか見られる¹¹。他方、特許権や商標権の侵害を根拠とする仲介者の責任については、現時点では判決例は見当たらないものの、今後、そのような訴訟が起きることも予想されることから、仲介者が、掲示された違法情報の迅速な削除等を円滑に行いうる制度の整備について要望が高まりつつある。また、仲介者からは、違法情報に対する法的義務及び責任の範囲を明確化することにより、事業の安定的な運営を可能とする環境を整備することについての要望がある。

（２） 国内での法案検討状況

総務省では、「インターネット上の情報流通の適正確保に関する研究会」報告書（平成 12 年 12 月 20 日公表）を踏まえ、プロバイダ（仲介者）の責任につき、秋の臨時国会への提出に向け、プロバイダ（仲介者）の不法行為責任の明確化、及び発信者情報の開示を可能とする制度の創設を柱とする法案を今年の臨時国会に提出予定である。

プロバイダ（仲介者）の不法行為責任の明確化

プロバイダ（仲介者）は、仲介している情報が違法であると知っていた又は知る

¹¹ ニフティサーブ事件（東京地裁判決平成 9 年 5 月 26 日、東京高裁判決平成 13 年 9 月 6 日）、都立大学事件（東京地裁判決平成 11 年 9 月 24 日）

べき相当な理由があった場合でなければ、違法な情報を放置していたことによる損害賠償責任を負わない。

プロバイダ（仲介者）は、仲介している情報が違法でないと信じたことに相当な理由があった場合、又は当該情報によって権利を侵害されたと主張する者から通知を受け、これに基づき一定の手続きに従って対応し、当該情報の停止や削除の措置を講じた場合、損害賠償責任を負わない。

発信者情報の開示を可能とする手続きの創設

送信された情報により権利利益を侵害されたと主張する者に対し、一定の要件の下に、プロバイダ（仲介者）等が保有する発信者に関する情報を開示可能とする手続きを創設する。

また、著作権審議会は、著作権侵害に関して、仲介者の責任を分析し、一定の免責手続（違法情報が掲示されている旨の通知を仲介者が受けた場合に、削除等、一定の措置を講じれば、不法行為責任が免責されるとするもの）や発信者情報開示制度の創設を提言している¹²。

（３） 諸外国における状況

ＥＵ指令

欧州連合(EU)では、2000年6月に成立した「電子商取引の法的側面に関するEU指令」において、一般法的な視点から仲介者の法的責任について規定している。

基本的な考え方は、以下のとおりである。

仲介者が第三者からの情報の単なる転送者としての受動的役割しか担っていない場合には、原則として、送信された情報に関して差止め以外の責任を負わない。

情報の自動的、中間的かつ一時的な蓄積が行われている場合でも、仲介者はその情報を改変していないなどの一定条件を満たしたときは、差止め以外の責任を負わない。

米国デジタルミレニアム著作権法（DMCA）

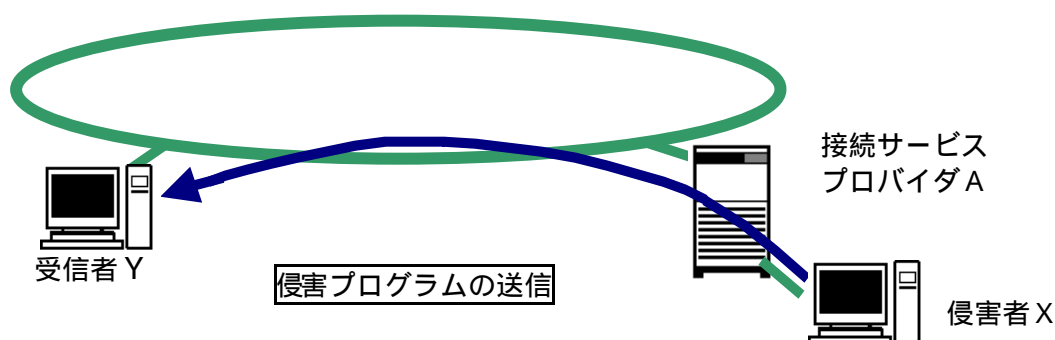
米国では、著作権侵害に関して責任が問われる場合には、故意・過失がなくとも損害賠償義務が発生するため、1998年10月に制定されたデジタル・ミレニアム著作権法(DMCA)において、仲介者の法的責任に関するルールを明確化した。具体的には、情報の中間的又は一時的蓄積等に関し、仲介者が情報を改変していない等の一定要件を満たす場合に、仲介者として著作権侵害に伴う金銭的責任を負うことを免除している。一方、侵害に当たる情報の素材や侵害情報が掲載されるサイトへのアクセスの提供については、仲介者を差止め命令の対象としている。

¹² 著作権審議会第1小委員会「審議のまとめ」（平成12年12月）
<http://www.monbu.go.jp/singi/chosaku/00000360/>

また、仲介者は、著作権者から、一定の要件を備えた著作権侵害主張の通知を受けた場合、速やかに素材を削除し、アクセスを禁止しなければならないとする通知と削除（Notice and Takedown）の手續に関する規定を置いている。さらに、著作権侵害者を特定するための情報を仲介者から開示させるため、裁判所による文書提出命令制度が創設されている。

（４） 特許法・商標法と仲介者責任

仲介者の行為が通信接続役務やサーバ提供役務等、通常のインターネットサービスにとどまる場合は、利用者によって特許権・商標権の侵害が行われている場合でも、通常はその事実を知ることはないと想定される。したがって、共同不法行為の要件としての故意・過失を欠き、特許権・商標権等の侵害の責任を負うことは原則としてないと考えられる。これは、特許権侵害品又は商標権侵害品が譲渡される場合に、当該侵害品を搬送した第三者たる運送業者には、特許権侵害又は商標権侵害が原則として成立しない場合、あるいは、特許権侵害品を生産している事業者に、工場敷地を提供している土地の所有者が特許権侵害を問われることがない場合と同様であると考えられる。

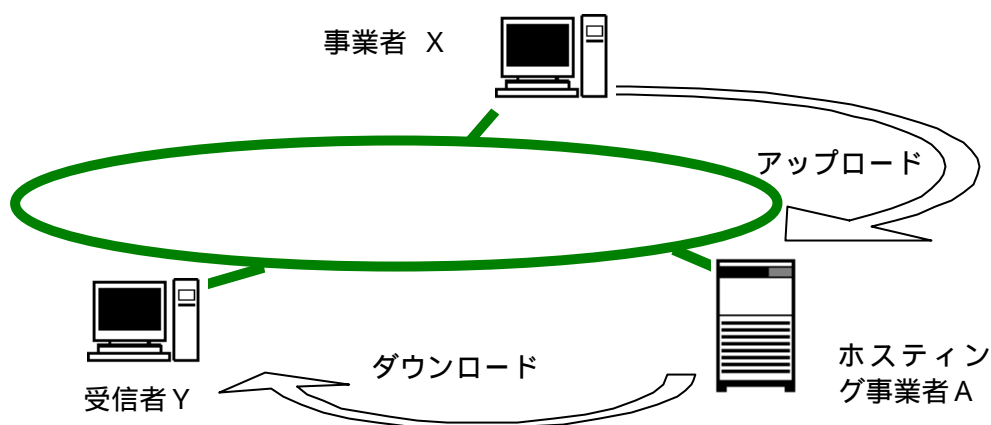


一方、仲介者が一般的なインターネットサービスを提供している場合であっても、当該仲介者が特許権・商標権の侵害となることを知りつつ、積極的に幫助・助長するためにこうしたサービスを提供している場合は、共同不法行為が成立しうる。さらに、仲介者が利用者と一体となって侵害行為に加担しており、仲介者自ら侵害行為を行っていると評価できるような場合には、仲介者に対し、特許権侵害を根拠とする差止めを請求できる場合もあると考えられる。

（５） 免責手続の整備が必要な場合

侵害を幫助・助長する意図がない仲介者が提供するサーバに、利用者（発信者）が特許権・商標権を侵害する情報をアップロードした場合において、その旨の通知を受けた仲介者の責任をどのようにとらえるべきかが問題となる。例

例えば、ホスティング事業者Aからサーバの提供を受けている事業者Xが、ホスティング事業者Aのサーバに、第三者の特許権又は商標権を侵害している可能性があるソフトウェアをアップロードしているような場合、以下のような点が問題となる。



通知前の仲介者の地位 - 監視義務の有無

仲介者が自らの提供するサーバにアップロードされている情報のすべてを監視することは現実的には不可能であること、特許権等の存在を調査することは高度の専門技術を要すること、特許権等の侵害の判断はソフトウェアやビジネス方法等の外形からだけでは困難であることを考慮すると、仲介者に積極的な監視義務を負わせることは、仲介者に過度の負担を負わせることとなり、不適当であると考えられる。

通知後の仲介者の地位

上図の例で、ソフトウェア特許を侵害されていると主張する権利者が、ホスティング事業者Aにその旨を通知し、削除を要求した場合に、ホスティング事業者Aが実際に特許権等が侵害されているかどうかを判断することは困難であると考えられる。こうした場合、ホスティング事業者Aとしては、当該ソフトウェアを削除すれば事業者Xから削除について契約上の責任を問われる可能性があり、他方、放置すれば権利者から特許権等の侵害の幫助者として共同不法行為を問われる可能性があるため、非常に不安定な立場に置かれることとなる。

仲介者がこのような不安定な立場に置かれる事態を防ぐため、通知を受けた場合に、仲介者が権利侵害の責任を免れるために講ずべき一定の手続を整備する必要性が認められる。

(6) 制度改正の是非・方向性

免責手続を検討するにあたっては、急速に損害が拡大しやすいインターネットの特質に対応した迅速な手続とすること、権利者の便宜に資する簡素でコストが低い手続とすること、といった点に留意する必要がある。また、

手続の実施の実効性と公平性を確保するため、裁判所等の中立的な機関を介在させることも考慮すべきである。

こうした免責手続を導入するにあたっては、まず、現在総務省で検討されている一般的に仲介者責任を明確化する法律など、各方面における検討結果を踏まえる必要がある。その上で、さらに特許法、商標法等において特に対応すべき固有の問題点があるか否かについて、引き続き検討を加えることが望ましいと考えられる。