

# 第10回SOFTIC国際シンポジウム

## 議事録

平成13年11月20日(火)、21(水)

平成14年3月

SOFTIC

財団法人ソフトウェア情報センター

## 目次

会議の概要

議事録

資料

デジタル技術とネットワークに対する WIPO の取り組み	植村昭三
複製権と一時的蓄積：国際的枠組み、米国のアプローチと実務	E. H. Smith
デジタル情報の法的保護と利用：欧州における最近の展開	B.Hugenholtz
(1) ISP の責任に関し出現しつつある欧州の制度：加盟国は電子商取引指令の実施に向けて前進している	
(2) デジタル音楽配信：法律の地雷原を行く	T. C. Vinje
インターネット・サービス・プロバイダの責任	岡村久道
デジタル情報の保護と利用 技術進歩と法整備	小泉直樹
デジタル情報の保護と利用 - 法的観点から -	田中 豊
(1) インターネット・サービス・プロバイダの責任	
(2) デジタルコンテンツの流通に向けて	萩原恒昭
(1)SOFTIC 仮想事例に基づく米国法からの検討	
(2)SOFTIC symposium のためのディスカッション事項	F. T. Boehm
米国における最近の特許判例：特許取得実務への FEST 判決の影響	R. R. Rader
(1) E ビジネス特許の侵害：直接侵害クレーム・モデルの検討	
(2) E 特許侵害のための先考技術の無効の抗弁	
(3) E特許侵害の無効の抗弁：米国における特許訴訟の異なる手続の比較	H. Wegner
(1) 欧州における多国間問題 / 仮想事例に関する考察	
(2) 欧州特許侵害の訴訟手続における無効の抗弁に関するコメント	J. Willems
グローバル・ネットワーク時代における特許侵害訴訟 わが国における侵害訴訟における特許無効の抗弁を中心として	飯村敏明
国際特許訴訟と管轄権（ハーグ条約案および日本法にもとづく仮定質問 I について）	熊倉禎男
ソフトウェア関連技術の公知文献の蓄積	高倉成男
(1) 2001 年 6 月のハーグ条約案のもとでの外国特許権侵害事件の国際裁判管轄	
(2) 設例 1 についての回答	道垣内正人
特許権行使とネットワーク環境への対応	水谷直樹

Appendix	(1) 特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律案要綱
	(2) Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II of the First Part of the Diplomatic Conference 6 – 20 June 2001
	(3) 仮想事例

このシンポジウムは、競輪の補助金を受けて開催します。

## 会議の概要

## 概 要

開催日：平成13年11月20日（火）、21日（水）9:00～17:30

場 所：東京プリンスホテル2F「プロビデンスホール」

東京都港区芝公園3-3-1 電話03-3432-1111（代） <http://www.princehotels.co.jp/>

テーマ：サイバースペースにおける情報流通と法的保護 新たな制度の模索

主 催：財団法人ソフトウェア情報センター（SOFTIC）

〒105-0001東京都港区虎ノ門5-1-4東都ビル

Tel 03-3437-3071

Fax 03-3437-3398

Web Site <http://www.softic.or.jp/> E-mail [symposium@softic.or.jp](mailto:symposium@softic.or.jp)

後 援：

文化庁

経済産業省

（社）コンピュータ・ソフトウェア著作権協会

（社）情報サービス産業協会

（財）知的財産研究所

（社）電子情報技術産業協会

（社）日本パーソナルコンピュータソフトウェア協会

使用言語：日本語及び英語（同時通訳）

## 内 容

### 〔第一日：著作権〕

デジタルネットワークの世界における知的財産権と情報流通の確保をどのように調整するかが、権利者、流通業者及び利用者にとって重要な問題となっています。現在、具体的対応として技術的制限手段の回避等に対する規制が法律で定められ、さらに契約による対応が議論されているところです。

著作権法は、例えば私的使用のための複製など種々の権利制限規定を置くことで情報の公正な利用に留意しています。しかし、デジタルネットワーク環境においては、私的領域とする範囲の判断に困難が伴い、デジタル化された著作物については、従来私的な領域と考えられていた領域にまで権利の行使を認めるべきであるとする声も聞かれます。

本セッションでは、私的な複製あるいは改変などの行為について現行法上どのように考えるべきか、また、従来著作権法の中心的な権利であった複製権との関係で、情報を配信または利用する過程におけるデータ等の一時的蓄積を複製と捉えるべきかどうかを検討します。

また、インターネットを利用した情報流通においては、インターネット・サービス・プロバイダー（ISP）等の仲介的役割を果たす事業者が存在します。インターネット上で著作権侵害が行われた場合、当該侵害と各事業者にはどのような法的関係があるかを検討します。あわせて、ISP の責任について法制化した米国のデジタルミレニアム著作権法、EU の電子商取引指令について、その内容や運用等について各パネリストから紹介をいただくとともに、ノーティス・アンド・テイクダウン手続など、ISP の責任制限のあり方について検討します。

さらに、コンテンツビジネスと著作権管理事業との関係について、各国において現実のビジネスを行う上でどのような問題点があるか検討をします。

### 〔第二日：特 許〕

サイバースペースにおいては、ネットワークを活用し、国際的に（国境を越えて）ビジネスが展開されており、こうしたネットワークを活用したビジネスに関する特許出願も増加しております。例えば、インターネット上で接続された複数のサイト（サーバー、クライアント端末等）を使ってあるサービスを提供するシステムに関する特許が考えられます。このようなシステムでは、ネットワーク上の複数のサイトについて、それぞれ異なる運営者が存在する場合、さらに各サイトが別の国に設置される場合などが考えられます。

本セッションでは、このようなシステムを想定して、先ず、現在、ハーグ国際私法会議において議論されている外国特許の裁判管轄と無効判断の問題等について、各国における現状を中心に検討します。

また、システムの機能全体に対して一部の機能にのみ関与している各サイトの運営者についてどのような責任を問うことができるか（共同直接侵害等）、各サイトが国際間に跨って設置されている場合にどこの国の裁判所に管轄権があってどこの国の特許法が適用されることになるか、侵害事実の裏付けのための証拠収集は実務としてどう行われるか等について検討を行います。

なお、関連する動きをフォローするということで、ビジネス方法特許を含むソフトウェア関連特許にとって現実的な課題となっている先行技術文献の整備について、現状と今後の展望等について情報交換を行います。

## プログラム

時間	【2001年11月20日(火)】
9:00	〔開会〕挨拶
9:10	A．基調講演 植村昭三「デジタル技術とネットワークに対するWIPOの取組」
9:40	B．デジタル情報の保護と利用 技術進歩と法整備
10:30	B-1 デジタル情報の配信と著作権
《休憩》	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 私的複製の範囲、私的改変と著作者人格権（同一性保持権）</li> <li>・ 一時的蓄積と複製</li> </ul>
10:50	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 間接侵害／寄与侵害、代位侵害</li> </ul>
12:30	
《昼食》	
13:30	B-2 インターネット・サービス・プロバイダーの責任 ・ 米欧の運用状況 等
15:30	
《休憩》	
15:50	B-3 著作権管理事業との関係
17:30	第一セッション終了
17:40	〔レセプション〕
19:30	第一日終了

時間	【2001年11月21日(水)】
9:00	C．グローバル・ネットワーク時代における特許侵害訴訟 日米欧の比較
10:30	C-1 侵害訴訟における特許無効の抗弁
《休憩》	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 外国特許の裁判管轄と無効の判断</li> </ul>
10:50	
12:30	
《昼食》	
13:30	C-2 共同直接侵害、間接侵害
15:00	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 侵害の成否</li> <li>・ クロスボーダー問題</li> <li>・ 侵害の立証手段</li> </ul>
《休憩》	
15:20	
16:00	C-3 ソフトウェア関連の主要判決、保護の動向
16:30	C-4 ソフトウェア関連技術の公知文献の蓄積 ・ 日米欧における現状と今後
17:30	〔閉会〕全日程終了

## スピーカー、モデレーター、パネリスト

### 基調講演スピーカー

植村昭三 世界知的所有権機関 事務局次長

### モデレーター

第一日（著作権） 相澤英孝 早稲田大学 アジア太平洋研究所教授

第二日（特許） 三木 茂 弁護士（三木・吉田法律特許事務所）

### パネリスト

#### 〔著作権〕

米国：Eric H. Smith 弁護士（Smith & Metalitz法律事務所）  
Shira Perlmutter AOLタイムワナー 副社長・知的財産部副部長  
欧州：Bernt Hugenholtz アムステルダム大学 教授  
Thomas C. Vinje 米国弁護士（Morrison & Foersterブラッセル事務所）  
日本：岡村久道 弁護士（岡村・堀・中道法律事務所）  
小泉直樹 上智大学 法学部教授  
田中 豊 弁護士（田中豊総合法律事務所）  
萩原恒昭 凸版印刷(株) 法務部長

#### 〔特許〕

米国：David J. Kappos アイ・ビー・エム 知的財産部  
Randall R. Rader 連邦巡回区控訴裁判所 判事  
Harold Wegner 弁護士（Foley & Lardner）  
欧州：Jan H. P. J. Willems ヨーロッパ特許庁 審判長  
日本：飯村敏明 東京地方裁判所 民事第29部判事  
熊倉禎男 弁護士・弁理士（中村合同特許法律事務所）  
高倉成男 特許庁総務部 技術調査課長  
道垣内正人 東京大学 大学院法学政治学研究科教授  
水谷直樹 弁護士・弁理士（水谷法律特許事務所）、SOFTIC特別研究員

## 実行委員会

最高顧問	加藤一郎	成城学園 名誉学園長、東京大学名誉教授
顧問	北川善太郎	名城大学 法学部教授、京都大学名誉教授
委員長	斉藤 博	専修大学 法学部教授
副委員長	中山信弘	東京大学 大学院法学政治学研究科教授
委員	相澤英孝	早稲田大学 アジア太平洋研究センター教授
"	牛久健司	弁理士（牛久特許事務所）
"	大橋正春	弁護士（岡崎・大橋・前田法律事務所）
"	岡田昌之	（社）情報サービス産業協会 常任理事
"	小川憲久	弁護士（紀尾井坂法律特許事務所）、SOFTIC特別研究員
"	尾崎英男	弁護士（大場・尾崎法律特許事務所）

”	窪田芳夫	東京電力㈱ 顧問
”	齊籐文彦	日本アイ・ピー・エム㈱ 取締役 法務・知的所有権
”	澤井敬史	日本電信電話㈱ 知的財産センタ所長
”	梶山敬士	弁護士（虎ノ門南法律事務所）、SOFTIC主任研究員
”	谷 義一	弁理士（谷・阿部特許事務所）
”	道垣内正人	東京大学 大学院法学政治学研究科教授
”	根岸 哲	神戸大学 大学院法学研究科教授
”	野村豊弘	学習院大学 常任理事・法学研究科教授、法とコンピュータ学会理事
”	松田政行	弁護士（マックス法律事務所）
”	松本恒雄	一橋大学 大学院法学研究科教授
”	三木 茂	弁護士（三木・吉田法律特許事務所）
”	水谷直樹	弁護士（水谷法律特許事務所）、SOFTIC特別研究員
”	紋谷暢男	成蹊大学 法学部教授
”	山地克郎	（社）電子情報技術産業協会 法務・知的財産権総合委員会委員長
”	吉田豊麿	（財）知的財産研究所 専務理事
”	吉田正夫	弁護士（三木・吉田法律特許事務所）、SOFTIC主任研究員

### SOFTIC国際シンポジウム開催履歴

第1回会議（1987年10月28日～30日）

テーマ：

1. 新たな技術、創作物に関する権利保護のあり方
2. プログラムの権利保護における保護範囲
3. インターフェース、プロトコル、言語等の権利保護

第2回会議（1989年11月7日～8日）

テーマ：

1. ユーザー・インターフェース
2. 通信プロトコル
3. OS関連インターフェース

第3回会議（1991年12月9日～10日）

テーマ：「ソフトウェアの発展と法の緊張関係」

1. プログラムの保護に関する最新動向 EC指令を中心として
2. ソフトウェア技術の進歩と法的対応 新技術並びにその成果物の権利保護のあり方
3. プログラム関連発明の特許保護に関する国際動向 特許と著作権の保護範囲

第4回会議（1993年11月10日～11日）

テーマ：

1. コンピュータソフトウェアと特許法 ソフトウェア関連発明の特許性、特許の保護範囲
2. マルチメディア環境と著作権 マルチメディア・ソフトに関わる法律問題を中心として

第5回会議（1995年11月29日～30日）

テーマ：「情報ネットワーク環境下における知的財産権問題 各国の検討状況と今後の方向」

1. ネットワーク環境下の著作権
2. オリジナリティーを欠くデータベースの保護
3. 著作権の処理

第6回会議（1997年11月13日～14日）

テーマ：「デジタルコンテンツの保護と利用」

1. データベース保護の進展
2. 情報の保護と利用のバランス
3. サイバースペースにおける知的財産権侵害問題

第7回会議（1998年12月1日～2日）

テーマ：「アジアにおけるソフトウェア・ビジネスと知的財産権問題 ソフトウェアの開発委託契約と販売代理店契約」

第8回会議（1999年11月30日～12月1日）

テーマ：「電子商取引と知的財産権」

1. 電子商取引と契約問題 日米欧の検討状況
2. 電子商取引と著作権問題 日米欧の検討状況
3. 電子商取引と特許問題 保護範囲の事例研究

第9回会議（2000年11月14日）

テーマ：「アジア・オセアニアにおけるインターネット利用の現状と今後の課題 法的整備の状況と電子商取引への取り組み」

# 議 事 録

## 〔開会〕挨拶

【事務局（柳沢）】 皆さま、おはようございます。定刻を少し過ぎていますが国際シンポジウムを始めたいと思います。

本日はご多忙の中多数のご参加をいただきましてまことにありがとうございます。ただいまより第10回SOFTIC国際シンポジウムを開催させていただきます。これから2日間の進行役を務めさせていただきます。私、ソフトウェアエア情報センター調査研究部長のヤナギサワと申します。よろしくお祈いします。お手元のプログラムに沿って多少時間を調整しながら進めていきたいと思いますので、よろしくお祈いします。

ちょっと事務的なことですが、まずレーザーですが、日本語チャンネルが1、英語チャンネルが2となっています。レーザーは会議終了の際、あるいは席を離れる場合には必ず机の上において席を離れていただきたいと思います。それから本会議の録音、録画はご遠慮願います。携帯電話はすでに電源をお切りかと思いますが、もう一度お確かめください。電源が入っていますとレーザーにノイズが入るといことなので電源は必ずお切りいただきたいと思います。それから職場などから伝言が入りました場合にはロビーに用意していますホワイトボードにメモを掲示していますので、休憩時間等にご確認いただきたいと思います。

まず最初にソフトウェアエア情報センター専務理事、則近憲祐より主催者のごあいさつを申し上げます。

【則近】 皆さま、おはようございます。ご多忙の中を第10回SOFTIC国際シンポジウムにご参加いただきましてどうもありがとうございます。また実行委員会の方々、モデレーターやパネリストの方々、テロ以来の困難な時期にもかかわらずはるばる外国からおいでいただきましたパネリストの方々に厚く御礼申し上げます。

21世紀を迎えましてSOFTICの国際シンポジウムも第10回目の節目を迎えることができました。これもひとえに初代実行委員長の加藤一郎先生、あるいは現在の実行委員長の齊藤博先生をはじめとする諸先輩方のご指導、ご尽力と、皆さま方の絶大なるご支援によるものと深く感謝しています。歴代のシンポジウムはソフトウェアエアの保護と利用の問題について、常に先進的な幅広い問題提起を行ってきました。今回のテーマは「サイバースペースにおける情報流通と法的保護」です。テーマとしては必ずしも先端的なものとは思われなないかもしれません。すでに多くのほかのフォーラムでいろいろな角度からの検討が行われているところでもあります。しかし副題の「- 新たな制度の模索 -」の部分にぜひご注目いただきたいと思います。

21世紀の初頭にあたり、いまわれわれに要求されていることは、20世紀末からすでに認識され、検討されてきた技術と法にまたがる数々の難問を含めて、新しい課題に対して欧米の一流の専門家を交えたオープンでフリーな議論を深めていって、問題解決への正しい方向性を示し、できれば具体的な解決策を提案していくことではなからうかと思ひます。また今回は日米欧の先進3極の判事さんたちにもそろってご参加いただくことができました。この分野で日米欧の裁判官が日本国内で一室に会し、裁判の実際を踏まえた議論が行われるのはたぶんはじめてのことではなからうかと存じます。私自身、大いに期待しているところです。

それではこの2日間を大いにエンジョイしていただきたいと思ひます。また質疑応答や今夜のレセプションの時間を活用していただき、積極的に議論に参加し、意見、情報の交換を行っていただき、実り多い2日間としていただければ幸いです。

以上主催者を代表しまして開会のごあいさつとさせていただきます。どうもありがとうございました。

【事務局】 続きまして、今回シンポジウムの実行委員会委員長を務めていただきました斉藤博先生よりごあいさつをいただきたいと思います。斉藤先生、よろしくお願いします。

【斉藤】 ご出席の皆さま、おはようございます。実行委員会を代表しまして一言ごあいさつを申し上げます。このSOFTICシンポジウムはこのように回を重ねましても、一つの特徴をしっかりと持ち続けています。それはその時々新しい課題、それも近未来に議論されるであろう課題を先取りして討議をしてきました。もちろんサイバー時代、インターネット時代に生ずる諸課題については、WIPOが本日お越しくございました植村次長さんを中心に鋭意検討を続けておられますが、このたびのシンポジウムのテーマも「サイバースペースにおける情報流通と法的保護」につき、新たな制度を模索しようとするものです。

その際、重要なことはテクノロジーとビジネス、それに法をどのようにバランスよく組み合わせるかという点です。テクノロジーは常に動きます。ビジネスも固有の動きをします。それらの動きに法も迅速、柔軟に対応することが求められています。本日そして明日と討議します著作物等のデジタル送信、サービスプロバイダーの位置づけ、ボーダレスなネットワークを用いたビジネスと特許等の課題についても、テクノロジーとビジネス、それに法がどのように関与しあうかを問うものです。

そのような中でこの10月1日から施行されました著作権等管理事業法の運用、特許侵害訴訟のあり方、準拠法、裁判管轄というように、制度そのものに焦点を合わせた課題もあります。ソフトウェア関連技術に関する先行文献の蓄積も大きな課題です。ただいまの時期、情報技術への対応はひところの過熱気味の段階が過ぎて落ち着きを取り戻しています。この時期こそ情報技術に関する諸課題を冷静に掘り下げて考える最も適したときであろうかと存じます。もちろんこのシンポジウムにおいて議論が一つの考えに収斂するものではありません。しかし既存のそれぞれの制度がどう違い、これからの制度への機会がどう違うかを確かめ、相互に理解しあう中から新たな考えが思い浮かぶこともありましょう。

このように高いところから恐縮ですが、植村次長さんをはじめ、モデレーター、パネリストとしてご参加くださいましたお一人おひとりに感謝申し上げます。それに会場の皆さまも早朝よりお越しくございましてありがとうございます。ここで遠くよりこのシンポジウムのためにお越しくございましたゲストの方々に改めてごあいさつをさせていただきます。

このたびは世界の各地からいらっしゃいましたゲストの方々と一緒に、このシンポジウムに参加できますことを大変光栄に存じ上げています。いらっしゃった方々は皆さまこの知的財産権の分野の専門家でいらっしゃいます。スピーカーの方々、そしてパネリストの方々、このシンポジウムを可能とくださったその努力とご関心に感謝申し上げます。特に長距離、それも飛行機で飛ぶということが9月11日以降、大変困難な状態になっている中でいらしてくださいました外国のパネリストの方々に深く御礼を申し上げます。皆さま方の積極的な貢献により、このシンポジウムは大変大きな成功を収めるものと思います。東京、そして日本でのご滞在が楽しいものでありますように、そして個人的にも、そして専門家としても実り豊かなご滞在となられますことを心から祈念いたします。ありがとうございました。

## A．基調講演

【事務局】 続いて基調講演をお願いしたいと思います。世界知的所有権機関、WIPO事務局次長の植村昭三さんに基調講演をお願いします。植村さんは知的財産権問題や電子商取引の問題について広く国際的に活躍されておられます。では植村さん、よろしくお願いします。

【植村】 則近SOFTIC専務理事、斉藤博委員長、そしてご参会の皆さま方、おはようございます。WIPO、世界知的所有権機関の事務局長、イドリス氏を代表して心からのごあいさつ、お祝いの言葉、そしてSOFTICシンポジウムの成功を祈念するお言葉を申し上げたいと思います。

このたび知的財産権関連の大変卓越したスピーカー、そして参加者の方々と一緒にこのシンポジウムに参加できたことは大変光栄で、またうれしいことです。私どもWIPOという組織にあまりなじみがない方のために若干ご説明しますが、WIPOというのは国連の制度の中での専門機関です。WIPOはその国連システムの中でもいろいろな意味でユニークな立場にあります。まず第1に私どもの運転資金の85%以上が直接公共的な活動から来ているということです。公共的活動というのは特許、商標、そして工業意匠などの登録活動からの資金です。

私どもは公共的な性格を大変幅広く持っていることから、常に顧客サービスを改善する努力を怠らず、そして私どものサービス、製品の境界を拡大し、最高レベルの顧客満足度を維持するよう務めています。WIPOはイドリス氏が1997年11月に就任されてから、彼のビジョン、そして大変ダイナミックなリーダーシップの下で、目を見張るほどの進展、進化を遂げてきました。そのビジョンの一環として私どもはいまのように急展開しつつあるこの世界での、ありとあらゆる側面に精通できるように努力しています。この世界が大変急速に変化することで、市場部門、それから一般の方々、そして加盟国、現在177の国が加盟していますが、そういったさまざまなユーザーの方々が大きな影響を受けておられます。

私どもがいま対応しなければならない一番驚愕的な、そして急展開をしている事象は、いわゆるデジタル革命です。デジタル革命というのはインターネット、デジタルメディア、デジタルな著作物、そしてデジタル技術すべてを包含するものであり、これによって私どもは無限に広がる新製品、新サービスに文字どおり机上からアクセスできるようになりました。一方でこれによって新しい問題、新しい課題が多々生まれて、それらが国際および国内のIPシステムに大きな圧力となってきました。

間違いもなく、われわれが知っているいまのIPシステムはまさにいろいろな角度から集中砲火を浴びている段階にあります。私どもは現在のIPシステムを戦略的な視点から改造して、私どものニーズに合うように、そして世界中の方々の最も大きい最善の利益に服するように改造していく必要性があります。この意味でWIPOはその資源を適切に配分し、そして精力的に短期、長期の目標に向けてこれらの課題を克服するべき努力を続けていきます。

では次にWIPOのいろいろなイニシアティブについてお話ししたいと思います。まず著作権と著作隣接権、そして特許というふうに、今回のシンポジウムのトピックの順番でお話をしたいと思います。コンピュータ・ソフトウェアはまさにデジタル革命の中核に存在しています。実際、コンピュータ・ソフトウェアがなければデジタル革命はありえません。コンピュータ・ソフトウェアの重要性はWIPOが現在、支援している多くのイベント、プログラムおよび活動の中で、そして過去にもWIPOのリーダーシップの下で行われてきたさまざまな活動の中で繰り返し強調されています。

コンピュータ・ソフトウェアは20世紀中ごろに誕生して以来、著作権法の下で保護されるべ

きである、また知的財産権に関する国際法および国内法における保護対象とするべきと多くの方が感じてきたわけです。国際IPコミュニティが、コンピュータ・ソフトウェアは言語の著作物として保護されるべきであると明確に決定したのは1985年のWIPOの会議でした。このような明確化のあと、TRIPs条約では、コンピュータ・ソフトウェアの知的財産(IP)としての資格を正式に定めることを決定し、TRIPsの第10条(1)においてこれを正式化しました。TRIPsの規定では、ソフトウェアを「ソース・コードまたはオブジェクト・コード」において保護すると規定しています。

しかしコンピュータ・ソフトウェアは、ソース・コードまたはオブジェクト・コード以外のものとして存在するのでしょうか。これは大変興味深い点ですが、しかし議論の意味がなくなった問題でもあります。WIPOが1996年に外交会議を主催した際、コンピュータソフトウェア・プログラムの保護の問題が全世界のIPコミュニティによって議論されました。この外交会議ではWIPO著作権条約(WCT)が採択されました。そしてその第4条では「コンピュータ・プログラムは...その表現の方法又は形式のいかんを問わず保護される」と記載されています。幸い、WCTそして並行して採択されたWPPT、WIPO実演・レコード条約は近い将来発効する予定です。現在、28カ国と26カ国がそれぞれ批准と加盟をしています。WCTとWPPTが発効するためには30カ国が必要であり、数カ国がすでにこの重要な国際法規に参加するための国内プロセスの最終段階にあります。

デジタル技術の問題へのWIPOの対応における一つの大きな柱として、WIPO長官が1999年9月に第1回電子商取引および知的財産に関するWIPO国際会議の最後に、WIPOデジタル・アジェンダというものを発表しました。2001年中にWCT、WPPTを発効させることに加えて、デジタル・アジェンダはいくつかのほかの分野へも焦点を当てることを求めています。そのすべての分野の基本にある意図と目的は、変わりゆく環境とデジタル技術から生じるさまざまな問題に対して、国際的なIPシステムを適応させ、そしてその延長として国内のIPシステムをも適応させる。そしてそのための世界規模の支援を行うこと、それからデジタル革命の結果として創出される多大な利益をより公平に配分することにあります。デジタル・アジェンダに含まれている各項目の間からは、コンピュータ・ソフトウェアの保護、強化、発展がそれぞれの項目の成功にとって不可欠であるというメッセージが読み取れます。

一方、海賊行為がアナログ世界でも、そしてデジタルの世界でも大きな問題になってきました。世界全体での海賊コピーの数、割合を見れば、残念ながらコンピュータ・ソフトウェアがそのリストのトップに来ることは明らかです。海賊行為の問題は以前ははるかに簡単でした。違法な物理的コピーが作成され、販売されていたわけです。その流れは単純かつ直線的であり、最も重要なことは違法なコピーの発見および押収が可能であったということです。しかし今日の海賊行為は以前のものとはまったく異なります。インターネットに接続したコンピュータのキーボードを2~3回たたいただけで、数百万の違法なデジタルコピーが数秒で提供され、そしてダウンロードされます。価値がある、そして利益をもたらさずであった製品の市場全体を、このような行為によって破壊することができます。

WIPOは皆さんがご存じのようにいくつかのワークショップ、シンポジウムをこの件に関して開催してきました。またこれらの活動に加えて、二つの権利行使に関する諮問委員会が2年間で設立されました。これによって工業所有権、著作権に対応しようというわけです。最初の諮問委員会は工業所有権の権利行使に関するもので、昨年会合を開き優先順位の高い課題が話し合われました。次回会合は今年の12月18日から20日にかけて行われます。これは著作権行使問題の諮問委員会と合同で会議を開くこととなります。これらの活動によりグローバルな知的財産権の課題に向けて取り組んでいこうということで、これら活動および会合に関して9月の総会でも強い支持が表明された

次第です。

このような潜在的な問題を考慮し、WCTを採択した96年のWIPO外交会議の代表団はネットワーク化されたグローバル環境において、デジタル技術によって生じる問題に対応するための重要規定をWCTに組み込むことになりました。より多くの加盟国がWCTの仲間に加わるのにつれて、作品をインターネットで提供する権利を含む、WCTの公衆伝達権が国内法規の中に組み入れられています。現在までの最も顕著なケースである米国でのNapsterに対する訴訟ですが、この規定に違反したインターネットにおける作品の大量の無断使用に対して、明確に権利者保護が支持されました。

WCTおよびWPPTに含まれるもう一つの画期的な措置は、技術的措置の保護に関する規定です。これによって健全な基盤が形成され、技術的保護と法律的保護を融合し、権利保有者の利益のみならず、公衆、民間部門、および加盟国の利益につながる保護のネットを形成することができます。この分野でのWIPOの取り組みは条約の幅広い受け入れとその実施にとって必須であり、同時にこれらの規定の影響を受けるさまざまな関係者間の公正なバランスを生み出すのに必要なさまざまな公正使用目的の例外、限定にも焦点を当てています。例外および限定は、込み入った問題を引き起こす恐れがあります。そのためにWIPOは、このような問題に対して妥当かつ実現可能な解決策を議論し提示できる国際フォーラムを提供しています。

WIPOでは、われわれのインターネット条約つまりWCTとWPPTを推進するための活動と並行した上記のような展開を常にモニタリングしているわけです。これらの条約の批准または加盟を可能にする正しい法規を作成する作業だけでなく、国内のIP構造、国内の制度ならびに国内インフラストラクチャーなどに条約の規定を有効に組み入れるという、より困難な作業に関して加盟国をさまざまに支援しています。WIPOは最近、加盟国とともにWCTおよびWPPTに焦点を当てた重要な会議をリオデジャネイロ、それからマニラにおいて開催しました。さらにこのような会合が企画されています。

デジタル権利管理、DRMですが、これは分野としてはかなり速く展開しているところで、電子商取引、デジタル化されたグローバルにネットワーク化された舞台における著作権の集中管理といったものを含む多くの部門に多大な影響を与えています。この問題は、前述のWIPOデジタル・アジェンダに含まれていて、「著作権および著作隣接権の管理と実施に関する諮問委員会」はすでに98年、99年の2回会合をしました。またこの分野での取りくみは、殆んど民間部門で行われていますが、政府が支援する重要なプロジェクト、日本著作権情報システム(J-CIS)なども準備中です。そういった意味では各国地域の集中管理活動をWIPOはさまざまに支援していくわけです。

また日本でも各システムは私的な制御の下に置かれると一般的に認識されていますが、異なるシステム間の相互運用性を確保するという重要な問題があります。この点に関して、WIPOは民間部門からさまざまな当事者間の情報を伝達できる中継所として機能するように求められてきました。これまでもわれわれはこの問題を取り上げており、しばらくはこうした非公式の情報交換会議を続けていくつもりです。

さてインターネット・サービス・プロバイダーの責任関係ですが、これはWIPOのデジタル・アジェンダの一部です。これも検討すべき時期に来ているもう一つの課題です。WIPOはさまざまな国で、さまざまなアプローチが展開されていることを認識しており、この問題および付随問題を継続的に調査しています。「サービス・プロバイダーの責任に関するワークショップ」を99年にWIPOが企画しました。これに続き今年の9月にジュネーブで「電子商取引および知的財産権に関する会議」も企画されました。

次に国際私法について触れます。これは市場が非常にグローバルになってきましたので、非常に

重要性を増している知的財産権の問題です。インターネットの出現とともに、とりわけ属地的要素を適用する上で、またどの裁判所が裁判権を有し、どの法律が適用されるかを妥当な確実性をもって決定する上で、これらの問題がより複雑になってきています。

WIPOはすでにさまざまな活動分野において国際私法の問題を扱ってきました。1998年の「グローバル・デジタル・ネットワークを通じて送信される著作物および著作隣接権対象物の保護における国際私法的側面に関する専門家グループ」の会議を開催しました。そして1999年6月に「商標、意匠および地理的表示に関するWIPO常設委員会」は裁判権、準拠法の選択および行使の側面を扱った「インターネット上での商標の使用に関する包括的調査」について議論しました。そして99年11月、国際私法に関するハーグ会議が作成した「民事および商事における裁判権および外国の判決に関する条約」に関する情報を、商標法に対するその潜在的な重要性を評価するためにSCTに提示しました。

WIPOはまた2001年1月に「国際私法および知的財産権に関するWIPOフォーラム」を組織し、重要性を増しているこのトピックに関して加盟国および国際知的財産権コミュニティが両分野の著名な識者の意見を聴き、意見を交換する場を提供しました。WIPOはさらにハーグ会議の作業を注視しており、2001年6月に行われた外交会議にもオブザーバーとして参加しています。

知的財産権と国際私法の関係という問題は、2001年9月の「電子商取引および知的財産権に関するWIPO国際会議」でも裁判権と準拠法という二つの側面で大きく取り扱われました。また知的財産権法の属地性から生じる不確実さに対する別の対応して代替紛争解決手続き、ADRの開発があります。1994年以来、WIPOは民間当事者間の国際的な商業紛争を解決するために、仲裁・調停サービスを提供してきました。

このセンターは、インターネットおよび電子商取引に関する紛争処理機関の運営上および法律上の枠組みを確立するため、かなりの資源を投入してきました。たとえば今日では当センターは、インターネットのドメイン名の登録および使用から生じる紛争に対する主要な紛争解決サービス・プロバイダーとして認識されており、このほどアプリケーション・プロバイダー業界コンソーシアム(ASPIC)とともに、ASPコミュニティのニーズを満たすため、ASP業界における紛争の回避、そして解決をめざす最善の慣行および指針を作成しました。WIPOは今後も著作権、工業所有権および電子商取引に影響する国際私法のさまざまな問題を引き続き注視していく予定です。

次に今後の作業ですが、最近終了しましたWIPO総会の会合で、WIPOの加盟国は2002年から2003年の2年間の計画と、予算の採択などを含むさまざまな決定を行いました。今日のシンポジウムの参加者の方々に関係する、あるいはご関心のある決定や活動のうち、いくつかを説明したいと思います。総会では視聴覚実演の保護が非常に重要な問題であるというコンセンサスがあるという結論を導き出しました。そして2000年12月に行われた外交会議での意見の相違を克服する合意が得られなかったことに対する懸念が表明されました。加盟国はこれらの相違を克服するために連絡、議論を継続することで合意しました。国際局はこれに関する支援を行っていく予定です。この問題は引き続き2002年に開かれる次期総会の議事日程にも含まれることになります。

次にSCCR、著作権および著作隣接権に関する常設委員会は、来年から2年間に会合を3回行う予定です。議事日程の焦点としては、放送事業者の権利および著作権で保護されないデータベースの保護の問題にあります。これは重要な国際フォーラムであり、この場ではこの先デジタル技術およびネットワークに関するいろいろな問題が提起され、そして検討される可能性が高いと思います。WCTおよびWPPTの実施に関して、さらに会合が計画されるでしょう。これらの条約が発効したときに、WIPOは各条約の定めに従って参加者による最初の総会を行い、そして実施のためのさまざまな情報を共有し、問題を特定あるいは解決策を探すための場を提供することになります。

デジタル世界での知的財産権のライセンスは、デジタル・アジェンダで提起された問題の一つでした。私どもの著作権部門はこの分野の専門家の会合を2～3回行い、「著作権および著作隣接権のライセンス許諾に関するWIPOガイド」を作成する予定です。またほかに発行が予定されている文書としては「著作権および著作隣接権に関する国際条約の規定に対するWIPOガイド」があります。WIPOはすでに1978年に「ベルヌ条約ガイド」を公表しています。国際的な著作権の規範づくりにおける一連の重要な展開に鑑み、大変複雑で国際的な著作権および著作隣接権のシステム、たとえばBC、WCT、WPPT、TRIPs、UCRCなどに基づく複雑なシステムを対象とする新しいWIPOガイドが大変重要かつ有用だと考えています。

次に特許ですが、これらの新たな展開は特許の分野においても大きく関連性をもつものです。たとえば各国の特許庁はインターネットを使った電子申請であるとか、知的財産権情報をインターネットで頒布する動き、そして特許の権利行使、特にインターネットで使われるソフトウェアの特許の行使といった大きな課題に直面しています。またこれに加えて最近、専門家の中でインターネットで開示された情報を先行技術としてどう取り扱うのかという懸念が提起されています。

この問題が大変重要性をもつのは、より多くの技術的な情報が文書で出版される前に、インターネットで掲載される例が増えている、あるいは紙では一切出版されず、インターネットだけに掲載するというケースが増えているわけです。これはその情報を公衆の利用に供する上でのスピード、便宜性、コストなどの利点があるからです。さらに従来からの先行技術のサーチ目的で、伝統的な知識の電子的なデータベースをつくるという動きがあります。しかしインターネットで発表された情報の先行技術としての適応性について、国際的な調和化を進めることがこういったプロジェクトの成功には重要だと思います。

2000年6月1日の特許法条約(PLT)の締結以降、WIPO特許法常設委員会では、特許法の実体上の調和化についての作業を開始し、今年の5月および11月上旬に特許付与の基礎となる六つの基本的な法原則を扱ったいわゆる特許実体法条約(SPLT)の最初の草案を議論しました。その六つの原則とは先行技術の定義、新規性、進歩性(非自明性)、産業上の利用性(有用性)、開示の十分さ、そして長い間議論されてきたいわゆるグレースピリオド、猶予期間を含むクレームの書き方と解釈です。またSPLT草案は特許性のある主題に関する規定も含んでいます。現段階では人間の活動の全分野における発明に特許性が認められています。これはソフトウェアの特許などの新しい技術に関連する発明が、他分野の発明と異なる規則に服さないことを保証するために、特に重要です。

さてSCPの最後のセッションがジュネーブで先々週開かれました。5日フルで、それから夜のセッションも2回入りまして、このような課題をかなり広く、また深く検討しました。一つ申し上げたいのは、決定を下すまでに議論が煮詰まったわけではありませんが、相互理解を深め、見解の相違を縮めることにより、よりよい基礎が構築されつつあります。SCPでは解決の方向性に合意が見られました。特にドラフトSPLT、それからPLT、PCTの間にシームレスなインターフェースが設けられるようにということで、特許法の特定の側面における調和化が進んでいます。

また先願主義、先発明主義の件に関して米国代表団は関係各組織の大きな見解の相違があるということ、また政治的なリーダーシップが発揮されていないということで、今回の代表団は決定的な立場を表明できないということでしたが、再確認されたのは深いレベルでの調和化を支持することです。もちろん実体特許法の調和は簡単なものではありません。しかしSCPも進展していき、特許制度の全当事者に、より大きな相互利益をもたらすという共通の目標に向けて進んでいます。一ついいお知らせがあります。すなわちモルドバ共和国ですが、最初の批准書寄託国となりました。

またSCPは先行技術についての調和化に関するその議論の枠組み内で、インターネットでの開示およびその特許性への影響についての問題も議論しました。インターネットの開示に関する慣行について、2月にWIPOが加盟国に送ったアンケート調査の結果を議論したあと、SCPではインターネットでの開示も対象とする先行技術に関する一般原則をまず確立し、そのあとでインターネットでの開示に固有の特別規定の必要性を検討することで合意しました。

さてWIPOではインターネットでの開示に関するアンケートと同様に、インターネットおよび特許の行使に関する調査も行っています。この問題はSCPでは特に詳細は検討されませんでした。ますますデジタル技術やネットワークで特徴づけられる環境にある特許権者にとって、非常に関連性のあるトピックです。実際インターネットで頒布できるコンテンツは、たとえばソフトウェアやビジネス・方法に関する特許によって保護できるので、これらの特許の権利行使はeビジネスにとって必須です。

さらに課題としては特許の分野では準拠法および裁判権に関することも考えていかなければなりません。たとえばある特許の構成要件が複数の国にまたがった、電気通信システムをクレームしている場合、どのような行為がその特許の侵害を構成するのか、どの国内法が適用されるのでしょうか。同様にもし特許対象の製品やプロセスがインターネットで売り出されたら、どの国内法が適用されるのでしょうか。今年の9月に開催された総会において、商標の分野でインターネットで使用される商標その他の標識の保護に関する共同勧告を採択したことに留意するものです。この共同勧告は、インターネットのグローバルな性質と、工業所有権の属地性がもたらす課題に、迅速かつ効果的な対応策を提供すると思われまます。

さて最後に9月のWIPO総会ではWIPOの新しいイニシアティブを承認しました。これをWIPO特許（パテント）アジェンダと言います。これからの国際特許制度の構築に向けての活動で、現行制度を見直し、課題、不備な点を特定して、そして解決策を見つけていこうという試みです。この活動は進行中のさまざまなこの分野での活動の強化、補完になるでしょう。特許法の実体的調和ならびに特許協力条約の改正、そしてもちろんインターネット、そしてまた技術的な課題を扱うものです。包括的でグローバルにすべての分野にまたがる管理、利用、行使といったものを扱うもので、間もなくWIPOのウェブサイトに掲載されることになっています。また来年3月にはジュネーブで国際特許制度にかかわる国際会議を開催することになっています。

先ほども申し上げましたように、WIPOはしっかりと知的財産権の振興に向けて活動を行っています。更に、富の創出、経済、文化、社会の成長と発展のために必要かつ有効な道具として、その利用を促進していきます。われわれの計画、そして予算配分に関してもこれを反映するような形でできており、全会一致で加盟国がこれを支持しています。われわれの活動、専門知識、リソースはすべてこの方向に向けられています。事務局長のダイナミックなリーダーシップとビジョンの下に、私どもの目標を達成することに注がれています。ただ私どもは単独で活動しているわけではありません。単独ではそれほどのことは達成できないでしょう。したがって相乗効果を発揮するようなパートナーシップ、アライアンスが思考過程、企画、活動に必要なだと思います。私どもは積極的にさまざまな異なった関係各位からのインプット、支援を求めています。多様な市場、公衆および加盟国からのそうした活動を求めています。

たしかに高名な方がこのような形で会合に集うというのは大変重要なことです。私どもにとってもこの会は貴重なインプットおよび情報の提供の場になってくださると信じています。そういった意味で私共の活動が有益な実りを結びますように、また建設的な形でさらに世界に貢献できるようにご指導をお願いしています。ぜひコメントやご提案をお待ちしております。特にSOFTIC理事長でいらっしやいます則近憲祐さま、今回はご招聘いただきまして本当にありがとうございました。本

会の成功をお祈りしています。また皆さま方のご健勝、ご活躍をお祈りするものですし、将来は皆さまにWIPOのイベントでお会いできることを楽しみにしています。ありがとうございました。

## B . デジタル情報の保護と利用 - 技術進歩と法整備 -

### B - 1 デジタル情報の配信と著作権

【事務局】 続きまして第1セッション「デジタル情報の保護と利用」に入りたいと思います。第1セッションのパネリストの方、壇上に上がってください。

では第1セッションのモデレーターとパネリストの方をご紹介します。まずモデレーターは相澤英孝先生です。早稲田大学アジア太平洋研究センター教授でいらっしゃいます。パネリストの方についてはアメリカ、ヨーロッパ、日本の順番でご紹介します。

まずアメリカですがエリック・スミス弁護士です。スミスさんは今回はじめてご参加いただきました。主として知的財産権関係をご専門として広くご活躍です。続きましてシーラ・パールムッターさんです。シーラ・パールムッターさんはAOLタイムワナーの副社長・知的財産部副部長でいらっしゃいます。パールムッターさんは99年、2年前の第8回のシンポジウムの際には、WIPOの著作権および電子商取引の担当者としてご参加いただきました。今回は立場を変えてご参加いただいています。続いてヨーロッパですが、オランダからいらっしゃいましたベルン・フーゲンホルツ先生です。アムステルダム大学教授です。第8回シンポジウムに引き続き今回で2回目のご参加をいただきました。続きましてトーマス・ヴィニエ弁護士です。Morrison & Foersterの弁護士事務所のブラッセル事務所で活躍の米国弁護士です。やはり第8回シンポジウムに引き続き今回2回目のご参加です。

続きまして日本のパネリストの方をご紹介します。岡村久道弁護士です。岡村弁護士はインターネットの法律問題に関する専門書をお出しになるなど、今回テーマである音楽配信などにも詳しい専門家のお一人としてご活躍で、論文も多数お書きになっています。今回はじめてご参加いただきました。続いて小泉直樹先生です。上智大学法学部の教授でいらっしゃいます。すでに皆さんにはご案内と思いますが、知的財産権をご専攻でこの分野の学者として広くご活躍されています。先生にはすでに何回もこのシンポジウムにご参加いただいています。

続いて田中豊弁護士です。田中弁護士は裁判官を務められたあと、現在は弁護士としてご活躍で、日本音楽著作権協会、JASRACの顧問もなさっておられます。今回はじめてご参加いただきました。萩原恒昭さんです。凸版印刷株式会社の法務部長です。凸版印刷は特に画像関係の配信事業に先端的に取り組んでおられ、その法務部長として、また多数の業界団体の関連の委員として広くご活躍されています。

それではこれから第1セッションに入らせていただきますが、セッションの間でご質問のある方は会議資料に質問票が綴じ込まれていますので、それに記入してこの部屋の両端にあります質問投入箱にお入れいただきたいと思います。後ほどモデレーターからその質問をさせていただくことになっています。

では第1セッションに入らせていただきます。それでは相澤先生、よろしくお祈りします。

【モデレーター（相澤）】 それでは第1セッションを始めたいと思います。最初にパネリストの方をお願いを申し上げておきます。今日は同時通訳をしていますので、発言はゆっくり、かつ明確をお願いしたいと思います。ディスカッションではパネリストが8人いますので、話は簡潔にして

いただければと思います。よろしく申し上げます。

それでは最初にフーゲンホルツ先生、お願いします。

【フーゲンホルツ】 皆さま、おはようございます。今回非常に重要なシンポジウムでお話しできることは非常に光栄です。2年前に来ましたので今回2回目になります。また来られて大変喜んでおります。昨年ですが日本とオランダにおいて日蘭の間の400年の記念行事を行ったわけですが、401年目にあたりまして日蘭の間で協力が続いていることを喜んでおります。SOFTICが401年目があるかどうか分かりませんが、それほど長く続く事業であるということをご心から望んでおります。

まず、簡単なオランダ語のレッスンをしましょう。これは私が働いている研究所で、The Institute for information Lawはオランダ語ではIViRと訳されています。これはわれわれが使っているロゴで、スライドのところにしているのは研究所の略語です。ウェブサイトは [www.ivir.nl](http://www.ivir.nl) というところになっていますのでお使いください。なぜこういうことをわざわざ申し上げるかと言いますと、われわれのウェブサイトを使っていただきますと、欧州の著作権指令のコピーが見られます。今年の5月に採択されたもので、今回のこのシンポジウムのトピックには非常に適切なものであると思っています。著作権の指令というのはインターネット上で探すのは非常に難しいわけですので、もし探していらっしゃる向きにはわれわれのウェブページを見ていただきたいと思います。一番オープニングのページのところにこれが掲載されています。

第1セッションに関しては、私は非常に時間がかざられていると聞いていますので、多く問題があると思いますが、欧州の著作権の指令の中で扱われた多くの問題の中で2点だけに絞って皆さんに簡単にお話ししたいと思います。まず最初が一時的複製の問題。2番目が私的複製、プライベートコピーの問題の問題です。

まず最初に非常に簡単な形で一般的な概要を、欧州の著作権指令について申し上げたいと思います。これは今年の5月22日に採択されたもので、長い長い議論を経て、しかも非常に苦痛に満ちた交渉の過程を経て採択されたものです。この指令が最終的に採択されましたが、まだヨーロッパの法律にはなっていません。EUの加盟国において立法化されます。2002年の12月22日が実施期限となっています。ですから加盟国のほうは18カ月の猶予を与えられて、著作権の法律を変えることによってこの指令を守らなければいけないわけです。

この指令には二つの目的があります。まず第1の目的ですが、WIPOの著作権法、それから著作権隣接権の条約を実施する、これを立法化するということです。これはEU全体に対して非常に均一な形で実施していくということです。この指令の中には技術的な措置の保護、また権利管理情報の保護のルールが入っています。それから2番目の指令の目的ですが、それからこれはおそらく最も重要と言うべきだったと思いますが、ある経済的な権利、そして経済権利からの適用除外をEU全体でハーモナイズしていくという目的があります。ということは指令は公衆伝達権についての権利もハーモナイズしていく。これはWIPOの条約の中に入っている権利に類似していて、この中には送信可能化権が入っています。それから今回のテーマに重要な点ですが、複製権についてハーモナイズが入っています。これについて後ほど詳しくお話しします。

最後に全体の指令の非常に大きな部分ですが、非常に長いリストの任意の適用除外の項目が入っています。著作権と著作権隣接権に関しての権利の除外というものです。これは任意のリストですので、加盟国のほうが自由に任意の形で、国内のプライオリティーを考えて選択ができるということです。ときとしてこれをショッピングリストと呼んでいます。20以上の異なる著作権の適用除外となり得るもののリストです。その中には私的複製権についての項目も入っています。

それではまず最初に複製権についての話をしたいと思います。特に一時的な複製のルールは著作

権の指令の中に入っているものです。著作権指令の第2条の中には非常に広義に複製権が定義されています。この中には「全体または一部の、手段および形式を問わない、直接的または間接的な、一時的または恒久的な複製」と書いてあります。これは私がそのまま読んだものです。ですからこれは非常に広義であるということです。欧州における多くの学者は、あまりにも広義に定義された定義は歓迎していません。いわゆる技術的なセンスでのすべてのコピーが法的にこれでは複製権となってしまうのは困ると考えているわけです。

しかしこの指令、それから欧州法の中では複製権は非常に広く定義されているということをご留意いただきたいと思います。しかしこれが非常に広義であるということで、ある程度の制限が必要だ。これをするのが指令の第5条の параグラフの1です。5条の1を見ますと非常に複雑な、非常に議論の多かった、キャッシング、ブラウジングと呼ばれているさまざまな除外項目が入っています。これについてはこれから皆さまにご説明したいと思っています。これは強制的除外です。ということはEUのすべての加盟国が実施しなければいけないということで、いわゆる任意のショッピングリストではないということです。こちらのルールは全部の加盟国に一律に適用されなければならないものになります。

これは経過的あるいは付随的な複製に適用されます。これはいわゆる一時複製とは違うということです。付随的複製というのは一時的な複製を超えたものであり得るということで、これは付随的あるいは経過的な複製にのみ適用されます。それから技術的なプロセスの中で不可欠また本質的な部分ということです。ですから技術的経過的あるいは付随的な複製にのみ適用されます。

この複製の目的はネットワークにおいて仲介者によって送信を可能にする。たとえばISPとかインターネットの接続事業者によってネットワークでの送信を可能にするということです。たとえば最適の例としてはキャッシングを行うということです。ISPによって行われるキャッシングがそのよい例になると思います。もう一つは著作物の合法的な使用を可能にするということです。第1の例としてはインターネット上の閲覧、ブラウジングです。デジタルファイルをインターネットから読むといったような行為です。こちら5条の параグラフ1の適用除外の中で許されることになります。

最後ですが、これは非常にミステリアスな要件であると呼ぶべきだと思いますが、すべてのこうした経過的あるいは付随的な複製は、こうしたリミテーションの中で許可されるものですが、これは独立した経済的な意味を持たないということがここに書かれています。この意味ですがだれもよくわからないというのが現状です。さてまとめですが、新しい著作権指令の中でキャッシング、ブラウジングという通常の行為は、おそらく複製権の適用除外、制限外になるということです。

それでは次の問題点に進みたいと思います。著作権指令の中にはたくさん取り扱っている問題がありますが、これはその中の一つです。これはけさのテーマでもあります私的複製です。既存の欧州法の下においては私的コピーはEUの中のすべての著作権法の中で許されていることです。この指令のほうを見ますと、私的複製はやはり許可されています。しかしこれは限定された状況下でということになります。まずこれが許されるのは自然人によつての私的使用ということです。ですから自然人が私的に使用するということで、法人あるいは図書館は私的複製の適用除外の中に入らないということです。それからまた商業的な目的を果たしてはいけないことになります。このルールはほとんどの加盟国の中ですでに実施されている項目です。

3番目の要件は最もおもしろい点だと思います。そしてこれは既存の状況、多くの加盟国の現存している状況とは違っています。フェアな補償を権利保有者に対して支払うという要件です。フェアコンペンセーションというのは指令によると、それからリサイタル<sup>35</sup>、これは前文にあたるものですがその公的な指令の説明によると、この中に考慮されているのは技術的な措置の適用です。こ

の意味ですが、権利者が技術的な措置を適用する立場にあった場合、実際に著作権の付いた著作を使う場合には、この補償を受ける必要がないということです。ということはもし製品に対して著作権がついている場合には、これに対しては私的複製が起こる恐れが無いのでフェアコンペンセーションは必要がなくなるわけです。

フェアコンペンセーションの中でまた考慮されるのは、権利保有者に対する損害ということです。これもやはり前文の35の中に入っています。私的コピーは権利保有者の財政的な利害を損してはいけないということです。それが果たされればフェアコンペンセーションは必要ないということです。ですからリサイタルの35を見ますと、ある状況下においてはフェアコンペンセーションというのは、おそらくユーロのゼロであると書いております。ユーロは来年の1月1日から導入されるということです。欧州の通貨を持っていらっしゃる方は早くこれを換えたほうがいいと思います。いまの欧州通貨は急激に価値を失ってしまいますので、早くユーロに換えていかなければいけないわけです。

さて新しい私的コピーについてのルールは著作権指令の中で導入されたわけですが、多くのさまざまな議論を欧州の中で呼んでいます。たとえば管理団体が提唱しているのは、こうした指令をベースにして非常に広義に適用し、著作権に関しての賦課金、あるいは著作権税をデジタルのメディアとか装置に賦課するべきだということを主張しています。

一つ例を申し上げたいと思います。これはドイツのウェブサイトですが、数週間前にこのウェブサイト上で議論が行われました。コンピュータの利用者グループからの抗議です。ドイツの管理団体はGEMAという欧州における最大の管理団体になるわけですが、これに対する抗議です。ハンディーズ、これはドイツ語の携帯電話という意味ですが、それからDVDのバーナーに関して、欧州における権利管理団体が著作権税を賦課しようとしているということへの抗議です。携帯電話の中でMP3の音楽を再生する能力があるもの、それからCDのバーナーに関して、対象となっています。

これについてはドイツですでに法廷の判例があります。CDバーナー、それからコピーライトについてのさまざまな賦課金を課す判断がなされていますが、これは非常に大きな問題を提起しているのです。すべての装置、あるいはすべてのデジタルメディアが賦課金を払わなければいけない対象になりうるのかという議論です。あるいはハードディスク、ラップトップコンピュータあるいはデジタルラジオとかテレビのセットに対して賦課金をつけるべきなのかということです。これはこれからのパネルディスカッションの中でお話しする点だと思います。いまの時点でこの解答はありません。もちろんさまざまな疑問点があります。

ということで私の発表は終わりたいと思います。どうもありがとうございました。

【モデレーター】 フーゲンホルツ先生、ありがとうございました。それでは小泉先生、お願いします。

【小泉】 日本の著作権法30条1項は著作物の種類を問わず、また必ずしも適切な補償の支払いを条件とはせずに、個人的または家庭内その他これに準ずる範囲内における複製行為には許諾がいらぬと規定しています。私的使用を原則として適用除外としています。たとえばアメリカの著作権法では複製が個人的・家庭内で行われることはフェアユースの一つの判断要素となりうるにすぎない。それだけでただちに複製が適法になるわけではありません。また、いまお話がありました。ECの情報社会著作権指令5条2項b号では、私的複製の権利制限についてフェアコンペンセーションが必要であるとされています。

そもそもわが国において私的複製が適用除外とされてきた理由はいくつか考えられます。主たる理由は、立法当時には家庭内の複製がそもそも珍しかったということが挙げられると思います。この理由はしかしながら今日ではやあてはまりにくいということは言うまでもありません。もう一つは個人的な領域に対する権利のエンフォースメントが難しいということが挙げられると思います。これも今日ではインターネット上で特定のコンテンツを検索あるいは探知することが、次第に技術的に可能になってきています。さらにプライバシーの問題があると思います。もちろんプライバシーは尊重されるべきですが、著作者の利益にアプリアリに優先するものではないと思います。

一方、日本の著作権法も制定後30年間の複製機器の発達に対して、少しずつ対応を図ってきました。まず公衆の利用に供することを目的として設置されている自動複製機器、これはもっぱら文書または図画の複製に供するものは当分除かれていて、具体的にインターネットカフェあるいはビデオテープのダビング機というものが入ります。このような機器を用いた複製は個人用であっても適用除外の対象とはなりません。ただしユーザーは罰則の対象にはなりません、提供業者のみが規制を受けます。

さらにデジタル方式の録音・録画については、私的な録音録画補償金制度がすでにあります。これは政令で指定された機器あるいは媒体については、購入の時点で一定額があらかじめ徴収され、管理団体を通じて権利者に分配される仕組みになっています。さらに最近の改正により、コピープロテクションを回避した結果、可能となった複製は、たとえ私的なものであっても適用除外対象にならなくなりました。このように今日、権利者に対して何の補償もなく私的複製が許容される場合はかなり限定されてはきていると思います。

一方、今日でもたとえばスターデジオ第一事件においては、ユーザーによる複製は私的複製であるとされました。しかしながら本件におけるデジタル送信の態様は既存のラジオ放送とどうも同視できるものではないと思います。これが権利者に与える影響について、ベルヌ条約9条2項に照らして、はたして著作者の正当な利益を不当に害していないかと言い切れるか、疑義を残していると思います。以上、私的複製を原則として適法としながら、例外を追加していくという立法形式が、素人にとって極めてわかりにくいものになりつつあるということを指摘したいと思います。ベルヌ条約9条2項の趣旨に立ち返って、見直すべき時期に来ているのではないかと申し上げたいと思います。

日本の著作権法は、財産権と人格権の二元的な構成を採用しています。この結果、権利の制限ないし適用除外についても、それぞれ別個に規定されています。著作権法30条は私的複製を適法としていますが、この規定は著作者人格権にはただちには適用されません。ときめきメモリアル日本の最高裁の判決は、メモリーカードの使用が同一性保持権の侵害にあたると認定しています。だれによる使用が違法となるのか明らかには述べられていないのですが、おそらくはユーザーによる使用を念頭に置いておられるのだらうと推測します。これはまた判決は特にことわってはいませんが、ユーザーによる使用が侵害行為であるとすると、これは当然家庭内で行う改変行為も同一性保持権侵害になると前提されていると思います。

この判決については日本でもいろいろな議論がありまして、後ほど岡村先生からもご紹介があると思いますが、ユーザーによるゲームの個人的改変行為が著作権侵害になるという結論に対しては、批判のほうが強いと思います。大量生産されたゲームのストーリーが家庭内で改変されて、しかしそれが公衆の目にふれていないのだから、著作者の名誉声望が害されるおそれはないのではないのかというわけです。しかしながら個人的・家庭内における改変行為は公表されないかぎり、日本法上、同一性保持権を侵害しないと一般的に言うことは難しいと思います。

著作権法20条の同一性保持権は、著作者の「意に反する」改変を禁止しています。ベルヌ条約上

はたしかに著作者の名誉・声望を害する改変だけを禁止すれば足りるのですが、あえて著作者を条約レベルよりも手厚く保護する趣旨であることがこれは明らかにされています。しかもアメリカの著作権法と違って人格権が付与される著作物の種類を限定していませんし、あるいはオリジナルであるか複製であるかも区別してはいません。そもそも著作者人格権の侵害は常に社会的名誉の侵害を伴うものとはかぎらないわけで、著者の面前で意に反する改変行為を行うということがありえます。この改変の成果物を第三者の前に提示しなくても、つまり社会的名誉が毀損されなくても、立派に同一性保持権侵害が成立するわけです。

本件で問題となった行為は、同一性保持権侵害の除外規定にもただちにはあてはまりそうにありません。なるほど建築物を増築、改築、修繕する場合に同一性保持権侵害とならないのであれば、買ったゲームに手を加えて遊ぶくらいいいのではないかと私も個人的には思いますが、条文を見るかぎり、文言上はこの例外にはあてはまりません。

メモリーカードによってゲームの設定を変えて遊ぶということも、ソフトウェアを効果的に利用しうるようにする行為と言えるかもしれませんが、変更しないで遊ぶプレイヤーもたくさんいるわけですから、改変が必要とはとても言えないと思います。ゲームを変えて遊ぶことは憲法の保障する幸福追求権であるという主張もあるかもしれませんが、これも改変しないと遊べないわけではありませんから、これはやむをえないとは言えないと思います。このように見てきますと、最高裁は明確に述べていませんが、本件メモリーカードの使用につき個人的なものである、あるいは2項の例外にあてはまる、そして適法と見ることは困難であったと考えられます。

ときめきメモリアル事件で被告となったのはカードの提供者でした。個々のユーザーではありません。最高裁はカードの提供者の行為は、他人、これはおそらくユーザーが想定されていると思いますが、他人の使用による本件ゲームソフトウェアの同一性保持権の侵害を引き起こしたものとして、共同不法行為者として損害賠償責任を負うとしました。同様に、著作権侵害の道具を提供する者の幫助責任が肯定された例として、ビデオメイツの最高裁判決が知られています。この事件では業務用のカラオケ装置のリース業者は、リースの相手方がJASRACとライセンス契約を締結すべきことを告げ、かつ締結または申し込みを確認した上で装置を引き渡す義務があるとしました。

このように最近、他人による権利侵害行為に対する不法行為責任を追及する例が増えています。ただし日本の著作権法には、たとえばイギリス法が持っている二次的な侵害に関する明文の根拠規定がありません。公衆の利用に供することを目的として設置されている自動複製機器の提供者の幫助責任、それからコピープロテクション回避専用機器の提供者の責任が部分的に規定されるにとどまっています。このような状況の下で二つの最高裁判決は、不法行為法上の損害賠償責任を肯定したものです。

一方、日本法において特徴的なのは、著作物の物理的な利用主体の行為は権利制限規定に該当して適法であるけれども、この者を支配・管理し、かつ利得している者を直接の利用主体とみなすというものです。たとえばカラオケバーにおける客の歌唱行為は、日本法では非営利の実演であって適法行為となりますが、お客に歌唱を勧め、そこから利益を得ている店が利用主体であるという最高裁の判決が知られています。これをアメリカ法との対比でいうと、ユーザーの行為はフェアユースであっても、SONYであり Napsterであり、これはあくまでも例ですが、それが責任を負うのだということになると思います。

ちなみにアメリカ法においても代位責任、vicariousな責任が認められていますが、これは他人の直接侵害の存在を前提にしているので、日本の判例法理とは厳密には違っています。このような考え方は個々のユーザーによる利用行為から生ずる損害はわずかであるけれども、それを大量に招く、全体として見た場合にはやはり無視しがたいということが正当化できると思います。

伝統的に著作権法は著作物の「公」における利用を中心に組み立てられてきました。出版、上演、放送しかりです。一方、本を読む行為、見る行為、聞く行為は適法とされてきました。言い古されてきたことではありますが、技術の進展はこの前提を揺るがして、日本法上も一番新しい送信可能化権については、公衆に送信される前の段階についても権利対象としています。これに対して複製あるいは上演という既存の権利については、今日でも「公」の行為だけが基本的に対象となっています。これを温存しながら、業者の責任だけを追及していくという、いま述べたような考え方は権利制限規定の見直しまでの過渡的なものとして理解されるべきだと思っています。「中長期的」と書きましたが、中期的くらいにしておきたいと思いますが間接侵害法理の整備が望まれると思います。

現在のところ、一時的蓄積というものは著作権法上の複製の定義に該当しないというのが、日本における有力な見解です。これは日本の“ローカルルール”として国際的に知られています。スターデジオ判決は、著作権法上の複製とは将来反復して使用される可能性のある形での再生物の作成行為にかぎられる、と述べています。具体的にはランダム・アクセス・メモリーの中への一時的な蓄積は、複製に該当しないと述べました。この事件は放送のチューナーに関するもので、パーソナル・コンピュータに関するものではありませんから、複製の定義についての判示は傍論であるというふうにも読むことも可能です。一時的蓄積を排除する条文上の根拠として、著作権法 113条 2項を挙げるのが通例です。この条文は適法複製物を悪意で使用する行為を禁止していますので、その反対解釈として、適法に作成されたソフトウェアを実行することは適法であると前提されるものと説明されてきました。

この考え方は70年代の文化庁の審議会の報告書にはじめて登場して以来、今日まで根本的には変更されてはいません。私の理解するところでは、1996年のWIPO条約も、一時的蓄積が複製に該当するかどうか明確にはしていないと思います。むしろ一時的蓄積を複製とみなすべき提案が、最終的な合意声明も含めてついに実現しなかったと理解しています。したがって国際法上、一時的蓄積を複製とみなすことを義務づけるルールが存在するわけではないと思います。以上のような前提で、技術の発展に対して今後どのように対応すべきか、簡単にコメントしたいと思います。

第1に蓄積が一時的であるかどうかというのは、もはや決定的なメルクマールではないということです。一時的ではあるけれども、適法とすべき蓄積があります。1996年の段階では想定されていなかった蓄積行為としてキャッシュがあります。これは一時的なものとは言えませんが、ネット上での送信行為にとって不可欠なものですので、権利行使の対象としてはならないと思います。他方、一時的ではあるけれども、著作権者の利益を害する場合が少なくとも将来、あるいは現在すでに生ずる可能性があると思います。スターデジオの事件はこのことを改めて認識させると思います。70年代の段階で想定されていたのは、せいぜいパソコンにソフトウェアをインストールするという程度のことでした。

2番目に、しかしながら注意しなければいけないのですが、一時的蓄積について著作権者のコントロールを及ぼすとしても、送信段階における権利とのバランスに配慮しなければいけないということです。仮の問題ですが二つ法改正を行って、一方ではレコード製作者に放送権を与え、他方ではユーザーによる受信行為を複製とみなした場合には、これは著作物の流通に著しく支障を来すことが懸念されます。このように法は明確であることが望ましいのですが、同時に将来における技術の進展にある程度対応できなければなりません。許される複製技術を完全に列挙することは困難あるいは不可能で、仮に立法がされるとしても、たとえばEC指令で最近行われたような判断の枠組みを示すということで、満足するほかないのではないかと考えています。ご清聴ありがとうございました。

【モデレーター】 小泉先生、ありがとうございます。コーヒーブレイクの時間はちゃんと休めという命令が来ていますので。

【事務局】 ではここから休憩にしたいと思います。私の時計ではいま10時38分です。ちょっと遅れ気味ですが、次は10時55分から始めることにしたいと思います。よろしくお願いします。

先ほども申しましたがご質問は質問票に記入されまして、両端にある箱に入れていただきたいとします。それから一つ追加の資料をお渡ししているのですが、?デビット・カプルスさんの経歴書を手に入っていない方がおられましたら、受付のほうでひろってください。1枚の紙ですが、もしお手元にない方は入手してください。

- 休憩 -

【モデレーター】 それではセッションを続けたいと思います。スミスさん、よろしいですか。

【スミス】 まず皆さまに今回のご招待を厚く御礼申し上げたいと思います。今回初参加です。皆さんには私ははじめてお目にかかる方が多いものですからちょっとお話ししておきますと、経験はマネージング・パートナーということで、小規模なワシントンD.C.の法律事務所、特に著作権に特化して行っていますところに勤務しています。それから国際知的財産権アライアンスのプレジデントも務めています。著作権から利益を得る全米の企業1900社が集まりまして組織しているところです。組織の目標としては、さらによりよい法の整備と行使達成を世界で整えたいということです。本当に今回はお招きありがとうございました。

日本はいまRAMに格納されている一時的なコピー、もしくはルーターでネットワーク上でトランスミッションの途中でされるコピーが複製であるかどうかということが議論されていると聞いています。これは前のスピーカーの先生方も言及されました。アメリカ、それから欧州連合ではこの課題に関してはかなり前にしっかりとした回答が出ています。フーゲンホルツ先生もおっしゃっておられましたが、1992年のソフトウェアエア指令、それから最近の著作権指令に関しても、一時的なコピーはときによっては例外適用で複製権を侵害しない場合もあるかもしれませんが、複製であると言える。

同様にアメリカではもうずい分前から、これに関して判断をせざるをえなかった裁判所、たしか9例、10例といった事件で判断が出ていますが、その全てが、コンピュータRAMの一時的なコピーは複製権のかかる複製であると結論しました。最初の判決が出たMAI Sys.Corp対 Peak Computerという事件でこれは複製であると認め、その後これに反する判決を出した事例は1件もありません。

またアメリカではもう一つ結論として、一時的コピーを複製として保護するということは、アメリカとしての国際的な義務であり、また全てのベルヌ条約締約国、もしくはTRIPs条約加盟国の義務であるということです。ですのでアメリカは、いま日本で取られている立場とは少し異なった立場を擁しているということになりましょう。

また先ほど言及されましたが、WCTと、WPPT、いわゆるインターネット条約を採択した外交会議で合意が得られなかったのは、一時的コピーが複製と言えるかどうかという点でした。この提言に関していろいろな主張があるということですが、私の個人的な見解を示せば、その立場を取った国々は少数派であったわけですが、それらの国々ではそういう立場を取った理由として、このようなコピーが複製だという判断を最終的にしたわけではなく、複製権の例外に関して合意を

得られなかったがためにそのような立場に至ったと思っています。ですのであの外交会議の間、一貫して皆さんが意図したところは、特定の一過性、一時的コピーというのは保護に対する例外として扱うべきであるということでした。ですのでそういうコピーが複製そのものだと主張するのは分析上の誤ちであるとは、必ずしも言えないのです。

グローバルなトレンドとしては、結論としてこれらのように、直接もしくは機械を介して知覚したり、コピーしたり通信することができる形態で固定されているコピーは複製であるということでした。

なぜこれが重要な課題で、かつまだ議論が続いているかということ、フーゲンホルツ先生も言っておられましたが、アメリカでも日本でもヨーロッパでも、学者の中にはこの結論、すなわちアメリカ政府の結論ならびに米国法、またヨーロッパ法の中で示されている結論は正しくないと考える人がいるからです。しかし、ここで重要なのは将来のeコマースを牽引する新しいビジネスモデルが今後増々、恒久的コピーのみの作成による著作物の利用に依存していくことです。著作権者の管理、支配が恒久的また一時的コピー両方に及ばないかぎり、著作権者は著作権の中核を成す複製権に対する支配権を失ってしまうというリスクを負うことになります。

またインターネット、それから社内のイントラネット、組織内のネットワーク、つまりLANも指していますが、その中ではソフトウェアがいろいろな形で第三者のサーバーからアクセスできます。またオペレーティングシステム、アプリケーションソフトウェア、コンピュータのRAMの中にダウンロードして、パーマネント・コピーとまったく同一の全面的な利用ができます。ですからCDを持ってきてコンピュータに入れたのと同じ機能を持っています。ですからはこの一時的コピーというのは昔のeコマース以前のデジタルの世界で、CD-ROMが果たしたと同一の機能をeコマースの世界では有していることになります。

映画に関してもユーザーのPCに完全にテンポラリー・コピーをつくるだけでオン・デマンドで見ることができます。ビデオゲームにしても完全な利用がテンポラリー・コピーをPC上で作成することで可能です。電子ブックにしてもそうです。これは新しい進展で、まだ完全に発展したとは言えませんが、書籍に関しても一時コピーをRAMで作成すれば完全な形で利用が可能です。ですからこうしたコピーは重要です。そしてこれら複製物ではないということは著作権者に全く救済が与えられないことになります。

またビジネスモデルとしていま使われているもので、アプリケーション・サービス・プロバイダーモデルというものがあります。これによって210億ドルが2001年には売り上げとして上程されようとしています。先ほど申し上げましたが、企業がライセンス契約を著作権者もしくは第三者のライセンサーと結んで、当該ソフトウェアがサーバーから利用できるようにするというモデルです。

もし、この企業が、黙認という形であれ、直接であれ、ライセンス契約の及ばない従業員がインターネットの海賊版サイトから無料でダウンロードすることを許してしまったら、企業は潤いますが、著作権者は保証されません。このサーバーが国外にあったとすると、たとえば日本国外にあったとすると、著作権者の救済措置はどうなるのか。こうした侵害行為を禁じたり、防止することができるのでしょうか。ソフトウェアのコピーを日本国法のもとで送信可能にしたサーバーが、日本国内にあっても、このサーバーを特定して救済を講じるのは難しいでしょう。

また同様にかなり大きくなってきている現象として、インターネットカフェや、バーチャル・ビデオゲームセンターみたいなところがあります。サーバーからゲームをダウンロードすることによってゲームができるわけです。営業者としてはかなり経費削減をすることができます。お客を海賊版のゲームを持っているサーバーに誘導して、その店の中でゲームをする顧客からお金をとることができる。この場合も著作権者に対して救済手段がなくはなりません。複製物の完

全利用を可能にする複製と、それによって利益を得る会社の行為を阻止することができなければなりません。

また同時にネットワーク対応型デバイスもたくさん出てきています。コンピュータその他のデバイス、たとえばPDA、携帯電話もこの中に入るわけです。これは恒久的なメモリー機能はないのですが、ここでも一時的コピーだけで消費者は完全な利用を、パーマネント・コピーと同じように享受できるわけです。もちろん一時的コピーでも、侵害コピーとみなしたくないものがあります。

特定のコピーで例外を適用することができるものもあるという発言がありました。このようなやり方は私は正しいと考えます。これらコピーはすべてベルヌ条約の9条1項の複製物、それからTRIPs条約9条に該当する複製物です。ただし、こうしたコピーがベルヌ条約9条2項の3段階テスト、もしくはTRIPs 13条の要件を満たす場合、つまり特殊ケースで、通常の作品の利用に支障をもたらさず、著作権者の正統な権利を妨げないものであるということになれば、国内法でこれを例外と呼ぶことができる、つまり侵害コピーとみなさないことができるわけです。

こうしたことは多くの国で、手段として講じられてきました。こうしたコピーの場合にはその作成を侵害とみなすのはフェアではないからです。たとえばアメリカ法の制度の下である特定条件下で、あるコピーがネットワーク送信中に作られたら、これは例外適用ということでインターネット・サービス・プロバイダー、ISPの免責事項となっています。しかし、ここで申し上げるのは、それでもこれは複製物だということです。実際に複製物であり、それが存在することが損害賠償責任の可能性を生んでいて、それに対して例外を作るわけです。日本でもそのような立法化に向けて取り組んでおられると聞いています。

こうしたコピーの多くはプライベート・コピーであるので、どうせ適用除外なのに、なぜこのようなことを議論しなければいけないのかというふうにおっしゃる多くの方もおられます。当然、免責されますが、私用のものであってもこれは複製であることに違いありません。ただ、国内法によって例外適用されているということです。この問題に関して、これこそが取るべきアプローチだと考えています。

またアメリカは最近、報告書を出しました。この中で著作権庁が一時的コピーに関して長々と言及しています。コピーライト・オフィスの結論ですが、これはかなり詳細に検討した、質のよいディスカッションをしまして、なぜこれが複製物とみなされているかということを説明しています。またこれにまつわるさまざまな課題について、たとえば特定の種類の一時的コピーはどうみなされるかを分析しています。たとえばウェブキャストの最中につくられるバッファー・コピーはフェアユースの例外事項の対象とすべきか又は別の例外にすべきかどうかということが論じられています。つまりここで申し上げたかったのは、何かを複製物と呼ぶということ自体が、それで侵害を意味していないということです。立法措置の過程で例外事項を盛り込むことはいつも可能です。

結論ですが、世界のいかなる国であっても、現時点では国内法の中に一時的コピーが著作権法のいうコピーではないと明示した国はありません。ブラジルは一時的コピーに関しては複製物ではなく、いわゆるベルヌ条約9条1項の適用にならないと主張し、2年後に著作権法を国内で修正して、一時的なコピーに関しての保護条項を加えています。ですので将来ほかの国がやらない保証はありませんが、いまのグローバル・トレンドとしては、分類上一時的コピーは複製物とみなされているのです。ありがとうございました。

【モデレーター】 それでは田中さん、お願いします。

【田中】 今日は知的財産権の専門家の皆さん、私よりもずっと先輩の方々が聴衆の中にいっぱい

いらっしやる中で、こういうパネリストという立場を与えていただきまして非常に光栄に感じています。時間もありませんのでできるだけ簡潔にいくつかの問題点についての指摘と、簡単に私見を申し述べさせていただきますと思います。

今年、2001年の2月と3月は著作権または著作者人格権の間接侵害の問題について、日本とアメリカの両国で著しい判例の進展が見られました。後ほどドイツの控訴審の判決に触れますが、これも3月の判決です。

第1は皆さんよくご存じの2月12日に言い渡された Napsterの第9巡回区連邦控訴裁判所の抗告審の決定です。次が2月13日のときめきメモリアルの最高裁第3小法廷の判決であり、第3が3月2日の第2小法廷のビデオメイツ事件の判決です。ときめきメモリアルの最高裁の判決と、ビデオメイツ事件の判決については、先ほど小泉教授から非常に要領のいいご説明がありましたので、ここでは説明を省略させていただきます。

まずわが国で直接侵害と間接侵害というものをどういう基準で区別しているかというのが問題になりますが、これは最高裁の昭和63年3月15日のクラブ・キャッツアイ事件と呼ばれている事件以来、最高裁および高裁、地裁がこの判断の枠組みに従って判断しているという意味で、確立したものがあります。それは著作物の利用についての管理ないし支配と経済的な利益がだれに帰属しているかという、二つのファクターを勘案して決定するという判断枠組みです。この判断枠組みはアメリカの代位責任、vicarious liabilityの判断枠組みと極めて類似したものになっています。

すなわち代位責任の判断枠組みは、“right and ability to control”と“financial benefit”の帰属によって代位責任が発生するかどうかを決定しようというものでありますが、裁判所における基本的な発想に非常に類似したものを見つけることができます。ただし、アメリカの代位責任は、あくまでも直接侵害者がほかに存在することが前提になって、それに加えて責任を負うべき者としてどういう者がいるかというものですし、わが国の直接侵害者の判定基準として使われている「管理・支配」と「利益」というのは、それとは違ったもので、直接侵害者というものを規範な概念としてとらえるという考え方です。

わが国の場合にはこの「管理・支配」および「利益」が帰属している主体を直接侵害者であるというふうにとらえるという、基本的な発想が原因になっているのかもしれませんが、比較してみるとアメリカの代位責任で考えられている「管理・支配」と「利益」というものよりは、それぞれについて厳格なというか直接的なものを要求しているように思われます。

さてビデオメイツ事件、最高裁の3月2日の判決ですが、これは著作権侵害の道具を提供する者の負うべき注意義務について判断したものです。最高裁はこの判断のファクターを五つに整理して書き分けていますが、ここで私が注目したいのは二つの重要な要素です。一つは当該道具が著作権侵害の結果を発生させる危険性の性質というもの、第2が当該道具の提供を受ける別の主体を信頼してよいという基盤があるかどうかという要素、その二つに最高裁は着目していると思われる点です。

最も重要なものは第1の点です。この事件ではカラオケの機械、すなわちカラオケに利用されるハードウェアとソフトウェアとが問題になったのですが、それは著作権者の許諾がないかぎり、その利用を開始された時点からその利用が終わるまで、時々刻々著作権侵害の結果を発生させる、そういう道具であるということを非常に強調しています。それから第2に、カラオケ機器のリース業者が契約の履行として、カラオケ機器をカラオケスナックのお店に交付するのに先立って、カラオケのお店が著作権者から許諾を得たのかどうか、少なくとも利用の申し込みをしたのかどうかということを確認しなければいけないという注意義務を認めるにあたっては、その道具を提供された人、カラオケのお店が自分の法的義務に従って行動するのであると、リース業者が信頼して行動す

ればそれでいいのかどうかという点に着目しています。最高裁判所は自らの法的義務を知っている、あえて著作権侵害に出る者もいるということ予測して行動しなければいけないということをも前提にして、先ほど言いましたような注意義務を認めたものであると思われる。

先ほどドイツの控訴審の判決についてメンションしましたが、これはドイツのAOLのMIDIフォーラム事件と言われているものであって、本年の3月8日に控訴審裁判所での判決があったものです。これについては次に報告されますヴィニエさんの報告書の7ページの脚注の10で触れておられる判決であろうと思われる。

どういふものかという、音楽ジャンル別に構成されたMIDIファイル向けのサイトを供給しているドイツのAOLないしはその子会社かもしれませんが、その責任が問題になったものです。この控訴審判決はいま述べましたビデオメイツ事件の最高裁判決と極めて類似したことを判示しています。

この判決がまず第1に述べているのは、AOLの会員がインターネットの匿名性に守られて、著作権によって保護される作品のMIDIファイル・バージョンをサイトに入れ、そこからダウンロードできるようになること、しかもそれに必要な権利処理をしないことは最初から高い蓋然性をもって予想される典型的な結果なのであるということです。これは当該道具、本件ではサイトですが、その危険性の性質をいうものであると思われる。

さらにこの判決は、著作権が働かないファイルしかアップロードしてはならないという警告を利用者にするというだけでは不十分であるということを行っています。なぜならばインターネットの匿名性を考慮すれば、AOL会員の権利侵害の危険を抑えるのに適していないからである、最初から大部分の会員がこの警告を無視するものと予想しなければならないのであると言っています。これは先ほど申し上げました他の主体を信頼してよい基盤がここにはないのであるということを行っているものであろうと思われる。

さて平成13年3月2日の最高裁の間接侵害の一つの類型について判示するところは、以上のようなことですが、これについては後ほど、午後になるのでしょうか、ISPの責任を考えるあたっても参考になる判示であろうと考えています。

次に別の論点について触れたいと思います。私的使用目的の複製とその外延の問題ですが、これも先ほど小泉先生からご指摘がありましたので、一般的な問題については省略させていただきますが、私的使用目的の複製について著作権が制限されているということが問題になっている現在の一つの例として、大容量のデジタル方式の録音機器が市場に投入されるという問題があります。日本では貸しレコードという業態が非常に繁栄しているわけで、貸しレコードのCDを大容量のデジタル方式の録音機器を使うことによって、膨大なライブラリーが非常に安価にできる、またはデジタルラジオ放送からダウンロードしたものをそこに録音する、または違法サイトから録音するという使用の仕方が当然に予想されるわけです。いわゆるタイム・シフティングやスペース・シフティングといった目的でだけ使用されるということ想像しにくい状態にあると思います。

そうすると日本の著作権法30条の文言からは許されているように見える録音機器を使った録音が、はたして許されていいのかという問題がここに起きてきます。いまスミスさんがベルヌ条約9条2項の3ステップ・テストについて言及されましたが、この3ステップ・テストを前提にして、こういうものがはたして許されるものであるのかどうかについて、もう一度日本の著作権法30条の解釈を見直してみる必要があるだろうと思われる。

そこで非常に興味のある3ステップ・テストについての判断が、2000年6月15日にWTOのパネルで報告されています。スミスさんの報告書の4ページに言及されているものですが、非常に詳細な判断をしたものです。アメリカの著作権法110条5項について、これは公の伝達に関するもので

すが、これについての判断をしています。このWTOのパネル報告は基本的に正しいものであると考えていますが、こういうものに照らすと、先ほど話題に出ましたスターデジオ事件の東京地裁の判決は誤ったものと言わざるをえないであろうと思われま

す。もう一つ、私的改変と著作権者人格権の問題に簡単に触れます。ときめきメモリアル最高裁の判決についてですが、これについてはプレイヤーがゲームをするのが私的な、家庭内であるということで、最高裁の判決の結論についての批判が強いです。しかし、当該メモリーカードを使用する限り必ず著作物の同一性が損なわれるという認定を前提にしますと、そしてそれが同一性保持権を侵害することをビジネスの中に組み込んでメモリーカードが売られているという事態を前提にしますと、ゲームプレイヤーの行為をもって、私的領域のものであるというふうに単純に評価することはできないのではないかと考えています。ですから判決の理由が不十分であるということは否めないものですが、これについて間接侵害が成立する、メモリーカードの提供者に間接侵害の責任が発生するとした最高裁の考え方は基本的には正しいものであると思っています。どうもありがとうございました。

【モデレーター】 どうもありがとうございました。それではヴィニエさん、よろしくお願いいたします。

【ヴィニエ】 皆さん、おはようございます。今回また東京に来られたことは光栄です。そしてまたSOFTICの会議で話すように招聘されたことに感謝しています。特にこの招待を組織委員会の方に感謝したいと思います。

まず最初に申し上げたいのはペーパーについてです。ドキュメントの中に入っているこのペーパーについてですが、まずペーパーの中で、オンラインの仲介者の責任に関してというペーパーがあります。しかし私のスピーチではこれについてお話ししません。今日の午後のトピックだと考えています。2番目にパワーポイントのスライドを用意しました。皆さんのバインダーの中に入っていると思います。このスライドですが、これはこれからお話しするスピーチのためのパワーポイントのコピーです。しかしこれを少しアップデートしたものを使います。SOFTICのウェブサイトにはこの更新版が入っていると思います。ですからこのスクリーン上のスライドが皆さんのポケット、ペーパーの中のスライドと違って驚かないでください。

まず一つお話ししたいトピックですが、今朝のトピックの一つとしては、デジタル情報配信ということがあります。特にデジタルの音楽の配信について非常に複雑、そして難しい法的な問題がヨーロッパで生じていますので、これについて話をしたいと思います。まず最初に非常に簡単に考えなければいけない二つの基本的な種類のオンラインの音楽配信についての形態をお話ししたいと思います。

まず最初がストリーミングです。ストリーミングという際にはコンテンツの配信ということですが、この場合は音楽です。さまざまなデバイスに対して配信するということです。その状況の中で恒久的な情報や音楽のコピーが実際に保存されない場合です。二つの種類のストリーミングですが、一つはウェブキャストです。これには異なる形態があります。ウェブキャストの一つの形態は、いわゆるサイマルキャストと呼ばれているものです。これは通常地上局、ラジオ局、テレビ局というものがサイマルキャスト、同時放送を行っているという形態です。ふつうの地上放送のラジオ局をインターネットに乗せるという考え方です。

2番目はライブイベントのウェブキャスト、たとえばコンサートがインターネット上でウェブキャストされる可能性があります。3番目にウェブの専用チャンネルです。たとえばラジオ放

送局の中でインターネット専用のものということです。もう一つ、ストリーミングの形態としてはオンデマンドのストリーミングがあります。換言すると皆さんユーザーとして、いわゆる特定の時期にオンデマンドすることができる、あるいは特定の場所に特定のデバイスに対して音楽を配信してもらえらるというものです。

二つの例として一つはサンプリングです。ある音楽のサンプルを入手する。たとえばそれを買うかどうかという決定のためにサンプリングを入手する。そしてダウンロードすることによってキープすることができる。もう一つの音楽の配信オンデマンドのやり方は、これはストリーミングを通じてのものです。ポール・ゴールドスティンさんたちがcelestial juke boxesと呼んでいるような方式です。音楽をいつでもストリーミングして、その時期それを聞いて、そのあとは音楽はなくなってしまふという形態です。2番目の基本的なオンラインの音楽配信の形態としては、ダウンロードを行うことです。音楽をオンラインで売る。ですからCDをコンピュータ上で買う。そしてこれはインターネット上でコンピュータに対して配信されて、それについて恒久的なコピーを自分のデバイス上で保持できるという方法です。

さて、こういうオンライン音楽配信事業に参入した場合、どういう法的な問題があるのかということを考えたいと思います。さまざまな形態の仕事の活動の中で、どういう権利を獲得しなければいけないか。どのテリトリーでこの権利を獲得することが必要かということを考えなければいけない。だれを通じて、だれからこうした権利を獲得することが必要かということを考えなければいけない。最後に、これは法的な問題ではないのですが、こういう事業に参入するということを考えたり、もうすでに参入している場合には、本当のリスクは何かということを考えなければいけないわけですね。純粋に法的な結論が、多くの権利を異なる人たちから、異なるテリトリーで獲得する必要があると出た場合に、実際に責任のリスク、たとえば行使についての判断、ある権利者からある曖昧なテリトリーについて権利が獲得できない時の責任についてのリスク、実際にこのリスクはあまり高くないということであれば、このリスクは許容しようということになります。ですから法的なものだけではなくて、実務的な事業上の考察もこの分野ではしなければいけないことになります。

さて法的な分析をして、こういう基本的な問題に答えていくということは必要なわけですね。時間は大変短いということなので、今日はこうした問題点について深くは立ち入ることはできません、表面だけをさらうことになってしまいますが、われわれが考えなければいけないのは二つの種類の基本的な保護された対象物です。これはオンラインの音楽事業には重要です。それから二つのカテゴリーの権利者を考えなければいけない。まずサブジェクト・マターに関しては、内在する音楽著作物を考えなければいけないということです。作詩とか音符、それから基となる音楽、著作物そのものということです。2番目にいわゆる録音物、(レコードと呼ばれることが多いわけですが)、音楽の録音です。2番目に、このような保護されたサブジェクト・マターに関して2種類の権利者があります。まず1は著作者です、作曲家、作詞家、編曲家といったものです。2番目に実演家、それから制作者というカテゴリーがあります。

さて、そしてオンラインのミュージック事業で考えなければいけない権利者というのはどのような権利を持っているか、まず著作者の権利には複製権があります。これはいわゆる機械的複製権と呼ばれているものです。2番目に公衆への伝達権あるいは送信可能化権というのがあります。これはWCTの第8条の中で体现されているもの、それからその他のWPPTの中で考えられているものです。それからフーゲンホルツ先生がおっしゃったことですが、著作権指令、欧州の指令の第3条の中に入っているもの、それからまたこの権利はさまざまな形態でEU加盟国の現行法の中にも入っています。

このWCTにおける条項は、特に公衆伝達権に関しては欧州の現行法によって、つくられている

ということです。それから第3に頒布権です。ヨーロッパにおいては物理的なコピーということですから、音楽をオンラインでやる場合にはこの権利はあまり心配しなくていい、頒布権はあまり考えなくていいということです。物理的なコピーだけがこの頒布権にかかわるわけですから。

それから欧州に関しては著作隣接権という権利があります。実演家や製作者は著作権と類似した権利を持ち、複製権、それから公衆伝達権、送信可能化権、頒布権に関してです。ですから実演家とかレコード制作者に関連したものです。この中に書いてありませんが、ウェブサイトを見て下さい。このスライドに関しては、皆さんにとって非常に便利だと思います。このページをぜひ見ていただきたい。どんな権利で、だれからどういう目的で、どの権利が獲得できるかということを書いた表です。

さて基本的な対象物について話しました。それから権利者のカテゴリーについての話をしました。それから権利者が持っている基本的な権利についても点検したわけなので、次にだれがこういう権利を管理しているか、そしてだれのところに行けば、こういう必要な権利を獲得できるか、それによってデジタルオンライン音楽配信の事業に参入できるかという話をしたいと思います。

まず著作者、例えば作曲家とかソングライターは、経済的権利を音楽著作物に関して、音楽出版社へ譲渡するのが通常です。そして次に音楽出版社のほうは多くの場合、これらの権利の管理を機械的複製権の管理団体に委託する、コレクティング・ソサエティーに委託するのが通常です。隣接権に関しては実演家、制作者が持っているものですが、ときとしては演奏権を持っている管理団体が管理することがあります。しかしある場合においては、しばしばメジャー・レーベルに関しては、特にオンラインの権利に関しては著作隣接権を自己管理することがあります。これはパールムッターさんのほうが私よりも詳しくお話ししてくれるものと考えています。ですから簡単な概要ということで、だれがこういう権利を管理しているかということ、そして自分自身のオンラインの音楽ビジネスに関して、どういうところでだれから権利の獲得を考えるかということです。

具体的で簡単な例を申し上げたいと思います。オンラインの音楽配信事業に入った場合には法的な分析として何をすべきかという例です。これは東京のオンラインのラジオ局です。このウェブの専用チャンネルを持っている放送局で、これはインターネットだけで、いわゆる地上放送は持っていない。日本からウェブキャストを行っています。音楽のインターネット上のストリーミングを日本から行っているということです。さて、もし東京のオンラインのラジオ局が、ヨーロッパにおいてどの権利を獲得することが必要か、それからだれから、まだどのような状況下でこれらの権利を取得することができるのか、どういう条件なのかという問題があります。

非常に単純に言いますと、三つの最も基本的な質問をしなければいけないと思います。この前のスライドの脈絡ですが、まずその活動の中の準拠法の選択はどうするのか、どこで侵害行為が発生するのか、それから3番目がだれが侵害行為を行っているのかということです。

これは非常に簡単なまとめです。これは基本的な問題点についての欧州の裁判所の最も出しそうな結果です。これはそれぞれの問題点について1日議論しても足りないようなものですが、この会議そのものが将来われわれがよりよい法的な体制を設置することによって、デジタル情報の送信をしやすくすることが目的だと思いますので、将来のよりよい体制のために、特に今後対処していかなければ問題ということがここで中心になってまとめられていると思います。

さてヨーロッパで最もありそうな結果は、これは東京のラジオ局の場合ですが、ヨーロッパの裁判所は、おそらく自分たちの法律を適用するということです。ですから権利者が東京のラジオ局に対してドイツで訴訟を起こす、あるいはフランスで訴訟を起こす場合には、ドイツ、フランスの裁判所は自国の法律、フランス法、ドイツ法を適用するだろう。少なくともその国で起こったエレメントに関しては、その国の法律を適用するだろう。それから欧州の裁判所は、これらの侵害を日本

ウェブキャストがヨーロッパで行った侵害というふうに見る。それで日本のウェブキャスターが公衆伝達権、送信可能化権のライセンスを、著作者、実演家、制作者に対して、すべてのヨーロッパの国で獲得する必要があるとするということです。ですから多くの国で、多くの権利を取得しなければいけないことになってしまいます。

最後ですが5条の1、先ほど著作権指令のフーゲンホルツさんの話がありました。今はヨーロッパに限って話していますが、欧州を越えてもこういう場合はあり得るでしょう。またパネルディスカッションの中でも一時的複製について、皆さん大変関心があると思いますので議論が出ると思いますが、著作権の指令の中で5条の1、ネットワーク・送信コピーについて、あるいはエンドユーザーのコピーそのものは、複製権、あるいは機械的複製のライセンスが必要ないということです。ですからストリーミングにかぎってコピーは消えてしまうということです。ストリーミングの場合はコピーが音楽が聞いたあとは消えてしまうということです。しかし東京の放送局がダウンロードのCDを恒久的な使用のためにヨーロッパのエンドユーザーに売るということになると、これはダウンロードに関しては機械的複製権のライセンスが必要となります。

さて、こういう権利はどこで獲得するかということです。これは長い時間が必要で、一つのスライドの中で話せるようなものではないわけですが、公衆伝達権、送信可能化権をヨーロッパで得るためには、各国の管理団体に行かなければいけないとすれば、これは非常に大きな仕事になってしまいます。純粹に法的なことでギリシア、ポルトガル、その他のヨーロッパの国々で侵害してしまう恐れのある場合には、各国の管理団体に行かなければいけないのか、そしてこのライセンスを得なければいけないのかという問題が出てくると思いますが、その点について一定の進展が見られています。おそらくパールムッターさんがその点について話をしてくださいます。AOLタイムワナーがこれについて深く関与した点でもありますので。

一つ合意があります。すでに合意されたのは「サンティアゴ合意」です。これはウェブキャストリングに関しての合意です。これは一歩前進だと思います。これでワンストップ・ショッピングが可能になるということです。ヨーロッパの場合にはドイツのオンラインのラジオ局に関しては、ドイツのGEMAに行けばライセンスをすべての管理団体、世界全体の、サンティアゴでバイラテラルでGEMAと合意を結んだところについての権利は得られるということです。ですから管理団体についてワンストップ・ショッピングができるということです。これは一歩前進ではありますが、実際にこれは著作者の権利のみで、実演家や製作者の隣接権はカバーしていないということです。

もう一つ「ポートロフ合意」というのがあります。これは制作者の権利に関するものですが、現状がどうなっているかについては知りません。「サンティアゴ合意」はフォーカスが非常に狭いことに加えて、サーマルキャストリングについてはカバーしていないということです。ですからインターネット上の地上放送は「サンティアゴ合意」の中でカバーされていないというのが私の理解です。

それから非常に大きな競争法上の問題がまだ残っているということです。則近さんが競争法の問題についても言及するようにという話だったので、その点について簡単に申し上げます。まず競争の問題は「サンティアゴ合意」の中ですでに出ています。「サンティアゴ合意」は一つのモデル合意で、いわゆるバイラテラルな形でさまざまな管理団体間で合意されるものですが、その中の規定の一つでライセンシーのほう、(ライセンスを「サンティアゴ合意」の中で得たいと思う当事者が)、実際に自国でそれを得るということです。

たとえばドイツの中でエスタブリッシュされた組織であれば、唯一「サンティアゴ合意」のメンバーであるドイツの管理団体のほうに行けばいいということです。英国の管理団体、フィンランド、フランス、そういう管理団体に行く必要がなくなるということです。ですから一つの場所だけで

ショッピングができる。ワンストップ・ショッピングというだけではなくて、実際にテリトリーとしても限定されているので、1カ所では出来ないということです。私の意見では、これはECの競争法に反するものです。カスタマー・アロケーション（顧客割当て）といて、競争法の81条で禁止されています。特に欧州委員会に対してEDMAを代表して、これについての提訴をしています。これはデジタルメディアの会社ですが、欧州委員会に対して関して提訴しました。ですから管理団体がカスタマー・アロケーションの条項を放棄できるようにという措置を欧州委員会が取ってくれることに対して、私は非常に楽観的な見方を持っています。

2番目に管理団体のメンバーシップルールが競争上非常に大きな問題があります。欧州委員会、それから欧州裁判所で、このケースについてさまざまな判例が出ています。この点についての法律はもう1回再改正する必要があると思います。特に技術的な変化がデジタルな環境で生まれているという状況を考えて、これが必要だと思います。基本的な問題としては、もしプロフェッショナルな作曲家であって、欧州で管理団体のメンバーになった場合には、その際に必要な場合には、実質的にすべての権利を長期的に放棄しなければいけない。これは非常に長いエクスクルシビティーというものがメンバーになるには必要になるわけです。これは果たして違法なのかという問題があります。ですからここでの問題は、このような82条のもと、欧州の競争法のもとで支配的な地位の乱用に関して問題が出てくるわけです。ですからオンラインのコンテキストの中で、これが果たして適切であるか、このような非常に高い独占性が必要かという問題になります。

これは個人だけではなくて、個人がオンラインの権利を得て直接にライセンスをするというもの、DRMのシステムのようなものだけではなくて、これを直接にAOLタイムワナーなどによって運営されているシステムに関しても出てきます。ですからこういう競争上の問題も出てくる。

3番目の問題としては、これは欧州委員会が現在対処している問題で、特に合併のケースの中でオンラインの音楽業界の集中、AOLとタイムワナーの問題、ビベンディ、シーグラム、それからプレスプレイと、ミュージックネットの現在の問題が出てきます。モンティ委員がこうした集中の問題が、業界の発展にどういう影響を与えるかということについて懸念を表しているということです。

さて欧州委員会でもまだペンディングの問題として、音楽の配信に関しての競争法上の問題、マイクロソフトウェア問題があります。欧州委員会は8月にマイクロソフトウェアについて反対の声明を公表しています。マイクロソフトウェアのウィンドウズ・メディアプレーヤーをOSのほうにバンドリングすること、これが82条に反しているということです。これはバンドリングによってメディアプレーヤーをデスクトップのオペレーティングシステムの中に組み込むことによって、デスクトップの独占をテコにして、サーバーシステムのマーケットに参入するという問題です。そしてリアルプレーヤーその他の競争について、あるいはMP3についてさまざまな考慮をしなければいけないということを言っています。

メディアプレーヤーをマイクロソフトウェアのOSにバンドリングするということは、82条の違反だと欧州委員会は言っています。その点について私は深く関与していますので、これについて守秘義務がありますので多くのことは申し上げることはできないのですが、マイクロソフトウェアのケースについてはパネルが大変関心を持っていますので、パネルの間に必要な、申し上げられる範囲の中でコメントしていきたいと思います。フーゲンホルツ氏が賦課金制度について話されました。それからまた多くの欧州の管理団体が集中的な努力をすることによって、デジタルの機器に賦課金を課す制度を導入しようとしています。ファルゲフォート、これはドイツの複写機の管理団体ですが、富士通シーメンス、それからミュンヘンのパソコンメーカーに対して、パソコンに関しての賦課金を請求する訴えを起こしている例があります。

これについては競争上の問題があると思います。特に賦課金をどうやって徴収するかという問題です。これは非常に難しい、著作権の問題もそこに絡んでいるからです。ですからこれに関しては議論が必要だと思います。欧州において著作権の指令をどうやって実施していくか、そしてこの著作権の実施、特に賦課金についての実施をどうやって行っていくかということです。

さて私の結論ですが、もちろん一定の進展は見られています。たとえば「サンティアゴ合意」は一步前進だと思えます。しかしまた同時にオンラインの音楽市場はまださまざまに阻害されていると思えます。基本的な阻害要因がまだ残っている。たとえば準拠法の選択の不透明性について、植村さんがWIPOがこれについて対処しようとしているという話をしているという話をしやいました。そしてこれは多くの関心を集めるべき問題です。準拠法の選択を確実性のあるものにして問題を解決しなければいけない。それからどういう権利が、どういうテリトリーで必要になるかという問題、それからだれがどの権利を、どのテリトリーで、どういう条件下で付与するべきかということについての混乱とか対立、あるいは秘密があります。それから欧州の管理団体についての反競争的な行為が、いわゆるオンラインの音楽市場の発展を阻害しているという懸念があります。

これで私の発表を終わります。ご清聴どうもありがとうございました。

【モデレーター】 ヴィニエさん、ありがとうございました。若干時間が押したのと、若干予定より長くお話になった方がいらっしゃるの、議論の時間が圧迫されています。

それではいまプレゼンテーションしていただいた方以外の方に、最初にご意見を伺いたいと思います。なお管理団体の問題につきましては、午後これについて議論する時間を用意していますので、その問題については午後議論したいと思います。それでは萩原さん、お願いします。

【萩原】 2点申し述べさせていただきたいと考えています。1点目は一時的複製の件です。現在、日本では一時的複製を複製権の範囲に含めないという見解が取られています。われわれの立場としては、これは維持されるべきであろうと考えていますし、一時的複製をいわゆる一般複製の中に含めるという新たな立法の措置は必要はないのではないかと考えています。先ほど来お話がありましたように、WIPOの著作権条約でもこの一時的複製をその範囲に含めなかったという経緯がありますし、また一時的複製を複製の範囲に含めた場合に、制限規定で権利侵害でない行為を特定して排除していくことには、かなりの限界があるのではないかと考えます。アメリカのようにフェアユースの理論が根づいている国では、このへんのところの心配はないのかもしれませんが、日本のような制限規定を持っている国では非常に問題かなと考えています。

したがって一時的複製であっても、問題があるものもないものがあるだろうと思われしますので、これはケース・バイ・ケースで対応していけばすむ問題ではないか。実際、現在も日本においてはそれほど大きな問題になってないというところです。

2点目は間接侵害の問題です。これも先ほど来話がありましたが、日本においてはときめきメモリアル事件がこの問題を非常に顕著にしたわけですが、直接侵害が実はユーザーの行為によってあったかどうかということが非常に大きな争点になっているところですが、直接侵害がない場合、スターデジオ事件もそういうふうに認定されましたし、またこのときめきメモリアル事件でも反対論としてそういう意見があるところです。そういうふうに直接侵害がなかった場合、しかしながら被告が不当に利益を得ているケースにおいては、それは許されざる行為と言うべきでしょうが、現行法では先ほど来お話がありましたように限界があると言わざるをえません。したがってこのところは何かの新しいルールづくりが必要ではないかと考えるところです。

【モデレーター】 岡村さん、お願いします。

【岡村】 私も2点ほど申し述べたいと思います。まず一時的複製の問題ですが、これはネットワークの拡大等によって一時的複製だから一切無視をしていいとか、あるいはすべて一時的複製もいわゆる複製概念にあたるのだというような画一的な時代が終わりを告げて、より個別的に考えざるをえない時代が訪れているのだということを示唆していると考えています。しかしながらある程度枠組みが明確でなければ、これまたさまざまな問題が起こってきます。特に電子商取引との関連ではビジネスをする者にとっては、一定限度基準がシンプルでなければこれは使い物にならないだろう。

そうすると一時的複製に一切あたらないがたくさんの例外を認める、あるいはEUの指令のように一時的複製にあたるのだけれども、それにたくさんの例外を認める。アメリカ法のフェアユースでも同様でしょうが、そういう形で複製概念が希薄化している中で、だれもが著作物を利用して、あるいは発信をしてビジネスなどを行う社会においては、いま一度基準のシンプルさということがどこまで維持できるのか。すなわち一時的かどうかにかかわる明確な規範的な要件を再構成できるのかということが課題になってこようかと思えます。なお、これまで皆さんご存じのように著作権というのは、多くの支分権を積み重ねてきました。それがゆえに非常に複雑な構造になっていますので、長い目で見ればもう一度再構成をして、極めてシンプルな形にできないかということが常に問題になるかと思えます。これが1点目です。

2点目ですが、いわゆる私的複製、改変の問題です。われわれの生活あるいは文化というものはさまざまな著作物の利用で成り立っています。朝起きれば歯を磨くのと同様に新聞を読みます。そして寝る前までテレビを見ることもあるでしょう。そういうさまざまな著作物の利用の中で、それをそのまま使用するのではなくて、何らかの形でアレンジをするということは数多く行われていると思います。現に本日いただいたレジュメにも、私は皆さんの講演の間にいろいろ書き込みをしたり、手を入れました。しかるに日本の現行法においては、同一性保持権概念というのはかなりきつい概念です。もし何らかの手を入れることがすべて私的であっても人格権侵害になり、したがって告訴は要件であるにせよ、刑罰の対象にもなりかねないということになれば、極論すれば自宅のお風呂場で鼻歌を歌うことすらはばかれるようなことになってしまうのではなかろうか。

ときメモ事件の場合にはさらに違法複製物のケースでないということも注目されていいと思います。もとより二元的構成を取る日本法の下で、財産権ではなく人格権の問題でしょうが、小泉先生が先ほどおっしゃった2人きりで著作者の前で失礼な替え歌を歌うとどうかということですが、これは民事的にも、刑事的にも名誉棄損にならないような法制度の下で、特に日本のような民法709条と一元的な構成で損害賠償制度が図られるとすれば、あの例が違法あるいは賠償の対象になるとということ自体、再考する必要があるのか、それともそうではないのかという根源的な問題から考え直す必要が出てくる問題提起だと思います。

私はもとより違法であるという考え方をそもそも取らないところが、小泉先生の先ほどの見解とは前提が違うわけですが、いずれにしろ、だれもが著作物をさまざまに利用することが加速する社会の中において、著作権法の目的である保護と利用の調和という観点からすれば、いま一度立法論的には日本法の場合にも人格権の制限規定を明確に置くことが妥当であると考えています。

【モデレーター】 それではパールムッターさん、お願いします。

【パールムッター】 まず私的複製、それから一時的複製についてコメント申し上げます。私的複製について話す場合に、実演ではなく、複製を行う行為自体に焦点を絞ることが重要だと思います。

たとえば公共でなければ、歌を歌うことは実演でもないし、あるいは公衆への伝達権の範囲にも収まらない。というのはそういった権利は通常パブリック、つまり公衆が存在することを前提としているからです。ただ今日の問題は、私的複製の例外規定の意味と影響がデジタル環境の中でかなり変わってきたことだと思います。各国の法律での例外規定の範囲を考え直さなければいけない時代に来ていると思います。

ここで複雑な問題は、二つの相互に関係した問題があって、そのいずれも完全に独立して対応できないということです。一つがまずlevy、賦課金という問題です。これらの賦課金制度はまさに私的複製の例外規定によって可能になった私的複製に対する補償として適用されたわけです。

それからデジタル権利の管理技術の利用が二つ目です。私が考えるに、すべての私的複製に対して補償を与えるべきではないと思いますが、しかしその多くは補償されるべきです。多くはいわば店でものを買うのと同じで、そのような目的のためのサブスティテュート、代替だと思っています。特に完全な便利なデジタルコピーについてはそうだと思います。

次に、その補償がどのような形態を取るべきかと、補償のメカニズムと、そしてそれを法律に入れ込むタイミングはという問題になると思います。以前使ってきた賦課金制度、levy systemは英語でいうラフジャスティスだったと思います。つまり単に大量のコピーが著作権者に対して補償なしで行われないようにすることを保証するためだったわけですが、一方で全員が理解していたのは、行われる複製の数量と徴収される金額との間には等価性（equivalence）はないということでした。

デジタル権利管理のほうがよほどいい方法だと思います。つまり技術を使うことによって、過去のやり方を大きく改善できる一つの分野だと思います。デジタルな権利管理によって補償をより細かく、そしてコピーの部数に応じた形で回収できるようになります。ただ問題は、デジタル権利管理がうまく機能するためには、ソフトウェアあるいはデバイスで実装されなければいけないという点です。そのような協力やつながりが必要だから、難しいのです。

アメリカでは法定の私的複製としてオーディオ・ホームレコーディング・アクトという法律があります。この法律では消費者が家庭で音楽を録音したからといって提訴はできないようになっていますが、「訴えられない」と書いてあるだけで、完全に免責しているわけではありません。この提訴権に対する限定の代償として、二つの規定があります。まずホーム・オーディオ・コピーを可能にするデジタルデバイスに対する賦課金、それからデジタル権利管理をシリアルコピーマネージメントシステムの形で導入し、セカンドジェネレーションのコピーを許さないようにすることでした。この制定法は成功してもしなくても、少なくともどれだけこの三つの問題がうまくかみ合わなければいけないかという一つの例だと思います。ここでもタイミングが問題であって、古いシステムから新しいシステムに移行する過渡期にどのように対処していくかという問題だと思います。

それから一時的複製についてはエリック・スミスさんがおっしゃったことに同意します。少なくともWIPOの1996年の外交会議では、かなり広いコンセンサスとして一部の一時的なコピーは、著作権者の管理下に置くべきであるとしていますが、問題はどの一時的なコピーかだと思います。エリック・スミスさんは少なくとも一部の種類の作品については、「主たる利用手段は一時的なコピーになる」ということを話されました。

先ほどヴィニエさんがインターネットから音楽をダウンロードするモデルの例を示しましたが、ミュージックネットという私の会社が提供しているオンラインの音楽配信サービスがあります。これはパーマネントのダウンロードではなくて、一時的なダウンロードを提供します。つまり消費者が音楽をダウンロードして一時的に保存できます。たとえば一カ月という期間、消費者がサブスクリプション・フィーという形で料金を支払うことで、決まった数のダウンロードを行うことができます。

ここで画一的にどのコピーがあまりにも一過性すぎて、複製とはみなされえないかという線引きをするのは難しいと思います。どうやって線引きをするのでしょうか。コピーの期間でしょうか。紙のコピーはある意味では恒久的ですが、たとえば1秒保持して、それを焼却してしまうこともできる。あるいはコピーの用途で定義するのか。それでは複製あるいはそれ以外という定義は難しいと思います。

アメリカ方での定義は知覚する (perceive)、あるいはさらに複製を重ねるに足るだけの時間存在したコピーということですが、これはデジタル世界では大した時間ではありません。私は賠償責任が適切でない状況では、例外規定が免責すると同じくらいの効果を作りだせると思います。そして例外規定によって特定の文脈でうまくいく具体的状況をつくり出すことができると思います。全ての一時的コピーについて横断的にやるのではなく、その例としてEUの著作権指令の5の1が一時的な複製についての二つの例外規定を大変具体的に示しています。

【モデレーター】 いま皆さんから一時的複製と私的複製については、かなりいろいろなお意見をいただきましたが、この問題について何かご意見のある方はいらっしゃいますか。小泉先生、どうぞ。

【小泉】 スミス先生がプレゼンテーションの中で、公衆送信権による対処では不十分な可能性について二つ挙げていただきたいと思います。一つ目はたとえばLANを通じてホストコンピュータからプログラムを送信する場合に、これは公衆への送信かどうか日本では不明確であるということでしたが、情報提供ですけれども、日本法ではコンピュータ・プログラムについては、いま挙げられた例については公衆に含まれるという条文がはっきりとあります。

2番目の問題点としてオフショアからの送信の例ですが、これは日本法上、日本の外から、オフショアからの送信について日本法を適用する。つまり受信している国が準拠法なのだという議論がかなり有力にされていまして、もしそのように考えられるとすれば、公衆送信権でも十分に対処できると思います。

【モデレーター】 フーゲンホルツ先生、どうぞ。

【フーゲンホルツ】 先ほど私のプレゼンテーションの中で、ヨーロッパの立法府において数ヶ月前に採択された著作権指令の概略を話しました。それではこの機会を借りまして個人的な見解ということで、一時的コピーを検討させていただきたいと思います。

この中で私はスミス先生の見解に反意を示したいと思います。彼の主張は複製権の拡大解釈であると考えます。先生の論文の4ページからの引用ですが将来のビジネスモデルにおいては、「顧客はその作品の価値を全面的に一時的コピーをつくることで享受することができる」となっています。私はこの議論に全面的に賛成することはできないし、欠陥があると思います。

なぜかという、私の目から見れば、カスタマーというのは著作権で言いますと利用者そのものではないわけです。過去も今も、利用者と見なしてはいけないと思います。カスタマーは消費者であるからです。顧客、消費者は著作権で保護された作品を使うことを、長年にわたってコピーをしない形態でも、実施されてきたわけです。たとえば本を読む、ラジオを聴く、テレビを見る、CDを聴くということを行ってきました。それも著作権法で制限される行為を一切行わずに、又、権利侵害の責任も問われずにです。これは今まで問題になりませんでした。

なぜかという、exploitation利用行為、つまり著作権で保護されるべき行為がより高次のレベル

で行われていたからです。たとえば書籍を出版する、もしくはレコードを頒布する、音楽放送を行う、テレビ放映を行うといった形です。ですのでWIPOの著作権条約や著作権指令や多くの国の法律で守られてきた公衆伝達権はとても重要なものだと考えられます。また、これはデジタル環境にぴったり適した権利です。

というのは公衆への伝達権は、ありとあらゆる形態で、作品を公衆に入手可能な形にする行為をカバーできるからです。実際、ネットワーク環境での作品のデジタル利用行為の全てをカバーしています。先ほどスミス氏がペーパーで言及された新しいビジネスモデル、つまり作品がオンデマンドで個人ユーザーや社内イントラネットで使われる、という例も全てカバーできます。私個人的な見解ではありますが、そこまでの複製権の拡大解釈は必要ないと考えます。私の個人的見解を申し上げれば、このディスカッション自体が非生産的だと思います。

そこまで申し上げたところで、これがヨーロッパの立法府の見解ではないことを付け加えます。著作権指令ではより広い、スミスさんやパールムッターさんがおっしゃったようなアプローチを採用しているからです。ですからある意味ではこのディスカッションはヨーロッパではもう終わっていますが、日本ではこれがまだ続いているということで非常に興味深い議論だと思います。

【モデレーター】 それではヴィニエさん、時間が詰まっていますので短めにお願いします。

【ヴィニエ】 はい、わかりました。私の発言趣旨はフーゲンホルツが殆んど発言してくださいました。私はフーゲンホルツ氏の今の発言に全て賛成です。あえて申し上げるとするならば、ヨーロッパの立法府に関しては、著作権指令の第2条で複製権はかなり広範に認めていますし、5の1はかなりあいまいな不明瞭な例外規定をその広い複製権に関して設けています。これは大変不満足なものであって、ヨーロッパはこれに関しては後悔することになると思います。

【モデレーター】 スミスさん、どうぞ。

【スミス】 フーゲンホルツ先生、ヴィニエ先生、コメントをありがとうございました。ヨーロッパ指令が一時的コピーは複製だと判断しただけではなく、アメリカ法、それからそのこの問題を検討した殆んど全ての国に関してもこうだと思います。もちろん学者、研究者の中にはこれに反意を唱える方もいらっしゃると思いますが、それは少数派意見です。フーゲンホルツ教授の分析だと次のような結論になりますね。つまり、私はexploitationという学業は技術的な意味で使っています。道徳的な、人格的な話ではありませんが、もし、たとえばある会社の従業員があるソフトウェアのパーマネント・コピーをソフトウェアサーバーから無断でつくったとしましょう。彼の理論を採用すればこのコピーは侵害行為ではない。著作権者はこれを予防できないことになります。デジタル環境ではコピーが従業員もしくは一般家庭のユーザーによってつくられたにせよ（プライベート・コピーの例外規定を複製かどうかの議論と混同してはいけないと思うのですが）、パーマネント・コピーであろうとテンポラリー・コピーであろうと、その効果は同じであり、複製と見なされるべきです。

私をひどく混乱させているのは、公衆伝達権がPCを使うユーザーにまで及ぶという考えです。パーマネント・コピー、又は、一時的コピーを作る人が、公衆伝達権に関係しているという考え方です。これは、私がこの権利で本来守られるべきだと理解していたものと、大きく異なります。この権利は、ある人間が作品をインターネットに掲載して利用可能にするのを防ぐものです。直接作品を伝達せずとも、です。どなたかが、企業もしくは企業社員が、サーバーから海賊コピーを受信

すれば、公衆伝達権の侵害であると言いましたが、ここはよくわかりませんでした。もしこれが日本法でのことであれば心配ないのですが、国際的なレベルで見た場合はかなり特異な分析だと思います。はじめて聞きました。

【モデレーター】 スミスさん、申しわけありませんが、日本法に関する最後の部分をもう一度ゆっくり説明していただけますか。

【スミス】 ちょっと早口すぎたかもしれませんが、私が聞いたように思うのは、その通信内容を受け取る受信側が一時的コピーをつくって使った場合、例えばソフトウェアエアだったら、サーバーに行って、著作権者に断らないで無断でソフトウェアエアをダウンロードするわけです。ソフトウェアその行為は公衆伝達権を侵していることになる、つまり受信したそのソフトウェアを利用するためにコピーをつくったということで。もしそうだとしたら、私の理解を超えた公衆伝達権の適用だと思います。そのように聞こえたのですが。どなたか明確にしてくださるのでしたらありがたいですが。そのようなアプローチは、私が思いますにアメリカでは公衆伝達権にあたらなないと思います。

【モデレーター】 小泉先生、説明していただけますか。私、コーディネーターが説明するのは若干権限を超過していますが、時間がないので.....。

小泉先生のお話は受信者側が著作権の侵害になるというのではなく、あくまでも送信者が侵害になる。その場合に日本法が適用されて送信者が侵害になるというふうな説明をされたのだと理解します。スミスさん、どうぞ。

【スミス】 それではこの状況の中で日本外にサーバーがあった場合はどうなのですか。サーバーが外部にあった場合、日本の裁判所はこの送信者に対しては管轄権を持たないと思います。その場合は著作権者が持つ救済とは何でしょうか。著作者はウェブサイトのオーナーのいる国に行って、これを禁止する、あるいはこの国において賠償を取るというのではこれは非常に大きなeコマースにおいての問題、あるいはeコマースの発展のために問題が出てくると思います。コピーライトオーナーがわざわざコピーライトヘブンのところに行って救済を求めなければならない。日本で損害を与えた、米国、ヨーロッパで損害を与えた行為にもかかわらず、コピーライトヘブンのところまで行かなければいけないということは大変なことだと思いますが、いかがでしょうか。

【モデレーター】 コーディネーターがあまり発言をするのはイレギュラーですが、そこに専門家の道垣内先生がいらっしゃるので私が.....。これはたぶんコピーライトヘブンにいる当事者を、日本に引き込むことができるかどうかという問題だろうと思います。管轄については日本の国際民事訴訟法の一般原則に従うのだろうと思いますが、道垣内先生、助けていただけますか。

【道垣内】 問題意識が違うと思います。問題意識はそれが難しいので... (録音切れ)...というのは別の問題で、いま問題なのは送信者に対してどう権利を行使するかですね。いま小泉先生がおっしゃった準拠法の点では、日本に送信がされていれば、送信者がどこにしようと、あるいはどこにサーバーがあろうと、送信者は日本法上の送信可能化権を侵害していると言える可能性がある。では裁判でそんなことができるのですかというお話だったので、そういう考え方を取るのであれば、日本は不法行為地ですから被告は日本にいななくても裁判管轄もある。それが実効的に権利行使でき

ますか、強制執行もできますかという、これはまた難しい話です。侵害者が資産を持っていないければいけないし、どこにいるのか捜さなければいけませんからそれは大変ですが、裁判ができますかという質問に対してはできると思います。

【モデレーター】 どうもありがとうございました。

まだご意見はあろうかと思いますが、ランチタイムになりましたのでお休みにしたいと思います。午後のセッションについては事務局からお願いします。

【事務局】 いまのディスカッションはまた午後続けていただくことにして、ただいまから昼食にしたいと思います。午後は1時半に開催しますのでよろしくをお願いします。

- 昼食 -

## B - 2 インターネット・サービス・プロバイダーの責任

【事務局】 セッションを再開します。3時頃に休憩を予定しています。では相澤先生、よろしくをお願いします。

【モデレーター】 では午後のセッションを始めさせていただきます。午前の点について若干議論が残ったところもあるかと思いますが、質問もいただいておりますが、その点については最後に質問をご紹介させていただくことにして、「インターネット・サービス・プロバイダーの責任」について、話を進めていきたいと思います。最初に萩原さん、お願いします。

【萩原】 私は企業の立場からこの問題についてお話をさせていただきたいと考えます。インターネット・サービス・プロバイダーをどう定義するかというのは、いろいろあるところだと思っておりますが、ここではコモンキャリア、アクセスプロバイダーなどを含み、さらにインターネットを利用してサービスを提供しているものすべてが、この問題に直面しているのだということを最初に申し上げておきたいと思っております。すなわちわれわれのような企業のみならず、あらゆるホームページ運営者が実はこの問題を避けて通れないということです。しかも責任を問われる違法情報として著作権侵害情報や、名誉毀損情報だけではなく、ソフトウェア特許侵害情報や商標権侵害情報あるいは刑法の範疇に入る猥褻情報、詐欺情報なども含まれるわけです。

当社もこのようなサービス・プロバイダーの範疇に入るさまざまな事業を行っています。たとえばレンタルサーバー・サービス、検索サービス、ユーザーの書き込み自由なホームページの運営などをやっています。本日はその1例として当社の子会社が運営している地図のホームページ運営サービスを例にとってお話しさせていただきます。

この画面はマピオンと称される地図情報サービスです。広告主が自らの店舗情報を自由にアップロードできるものです。現在8万店舗の情報がこのマピオンのサーバーに常時アップロードされて、だれもがその情報を見ることができることになっています。地図上のアイコン、2～3出ていますが、それをクリックすると、このような情報画面が出てきます。今日、表示しています画面はまったくおもしろくも何ともない画面です。他人のアップロードしてくれた情報のおもしろい画面を持ってきてお見せすればよかったです、そういうのは著作物ですので、無断でやりますと上映権侵害になってしまいますので、このおもしろくもない私どもの子会社の情報画面を表示していま

す。

しかしながら基本的にこういうふうに自由に情報をアップロードすることができますので、そういうアップロードされた情報に名誉毀損情報や著作権侵害情報、猥褻情報などが含まれるおそれがあるということです。運営者がアップロードされる情報をすべてモニタリング、監視する。さらに違法情報を排除するということは実質的に不可能ですので、このようなサービスの運営者は常にそのような違法情報についての潜在的な脅威の下に事業を行っていることとなります。

まずアメリカにおける免責ルールですが、ご存じのように二つの免責ルールが確立しています。また後ほど先生方にご紹介していただけたと思いますので、ここでは詳しい説明は省略します。まず著作権情報についてはDMCA 512条による ノーティス・アンド・テイクダウンと呼ばれる免責手続きがありますし、名誉毀損など不快な情報についてはC D Aの 230条に“ Good Samaritan ”条項があり、実質的にそのような情報について免責されることになっています。

一方、EUにおいては電子商取引についてのディレクティブが制定されていて、その第12条から15条においてプロバイダーの免責ルールが確立しています。これによればアメリカと若干異なり、いわゆる法横断的(水平的)アプローチが取られているところです。ノーティス・アンド・テイクダウンについては米国と同様な手続き規定が置かれています。したがってサービス・プロバイダーはその手続きに従って行えば免責される形になります。アメリカ、EUともにモニタリング、監視義務はないと明記されているところです。

ところで日本においては皆さんご存じのように、現在開かれています国会に、ちょっと長いですが「特定電気通信役務提供者の損害賠償の制限及び発信者情報の開示に関する法律」ということで、その法律案が上程されています。この国会で成立が予定されていますが、企業の立場からはぜひ早い成立を望んでいるところです。特定電気通信役務提供者の定義は、不特定の者によって受信されることを目的とする電気通信の送信に供される電気通信設備を用いて、他人の通信を媒介し、その他その設備を他人の通信の用に供する者をいうとなっています。具体的にはアクセス・プロバイダー、ホームページ運営者、レンタルサーバー等が含まれると考えられますが、検索サービスはどうかという感じはします。

その法案の具体的な内容ですが、まず第3条において損害賠償の免責規定が置かれています。まず権利者に対しては、情報の流通による権利侵害を知っていたとき、または情報の流通を知っていた場合、その情報が権利侵害していることを知ることができたと認めるに足る相当の理由があるとき、このいずれかに該当するときでなければ免責されるという形になっています。反対解釈として、情報の流通による権利侵害を知っていたとき、または情報の流通を知っていた場合、その情報が権利侵害をしていることを知っていたとき、有責であると言われる場合がありますが、そうではないと考えているわけです。

一方、情報の発信者に対しては、権利が侵害されていると信じるに足る相当の理由があったとき、および権利者から情報の削除要請通知があったのち、発信者に削除に同意するかどうかを通知して、7日の間に発信者から同意しない旨の申し出がなかったとき、サービス・プロバイダーは免責されるというルールになっています。

発信者情報の開示についての規定は第4条です。権利侵害が明らかであって、かつ発信者を提訴するなどのために発信者を特定する情報が権利者にとって必要な場合において、発信者情報を開示請求できると規定されています。サービス・プロバイダーは開示請求があったとき、発信者の意見を聞かなければならないという義務が課されています。ただしサービス・プロバイダーが発信者と連絡を取ることができないなど、特別な事情がある場合には除かれることになっています。さらにサービス・プロバイダーが開示に応じないとき、サービス・プロバイダーに故意または重過失がな

ければ権利者の損害について賠償の責めを負わないことになっています。

以上がいま国会に提出されいます法案ですが、最初に述べましたように欧米ではすでに免責規定が制定されていますので、企業としては早期にサービス・プロバイダーの免責制度の導入を望むところです。したがって本法案の早期成立を望むということです。しかし本法案は必ずしもわれわれにとって十分ではないと言える部分もありますので、今後の状況を見ながら改善されていくべき部分もあると考えています。

それをいくつか挙げてみますと、まずヨーロッパ、アメリカのように、いわゆる ノーティス・アンド・テイクダウン手続きを取らなかったために、サービス・プロバイダーにとってみれば情報を削除すべきかどうか、サービス・プロバイダーの判断に委ねられるという場合があります。完全なセーフハーバー規定になってないという点が一つ。そして権利者から見れば、結果的に権利侵害であるという情報が7日間放置され、損害が拡大するということも考えられるわけです。

次に権利侵害における損害賠償の制限に今回の法案はとどまっていて、不正な競争行為や猥褻、詐欺情報等の刑法の範疇に入る違法情報については今後どういうふうに対応していくのかという問題も残っているのではないかと思います。さらに発信者情報開示請求について、発信者の意見を必ず聞かないといけないことになっていますが、こればサービス・プロバイダーにとって過大な負担になると考えられます。私からは以上です。

【モデレーター】 それでは小泉先生、どうぞ。

【小泉】 私は少なくとも対被害者との関係に関するかぎりという限定を付けたいと思いますが、サービス・プロバイダーの注意義務に関しては、いまのところ特別規定は必要ないのではないかと考えています。現在、衆議院にかかっています法案も基本的にそのようなものであると理解しています。1番目に責任範囲を不当に限定すると、将来の技術発展に対応できない懸念があります。たとえば電子透かしとか違法複製物を監視するロボット、あるいはフィンガープリントといったものが想定できます。現実にドイツ、ヨーロッパの判決は、Scoutと呼ばれるロボットの存在を根拠として、プロバイダーの一定の監視義務を肯定するに至っています。

もちろん現段階ですべてのプロバイダーがこのようなロボットを備えているわけでもありませんし、ロボットなるものもいまだ完全ではありません。ただこのような体制がある程度整ってくると、著作権侵害の有無の判断は名誉毀損等に比べて比較的容易となる可能性が出てきます。もしそうなるとプロバイダーは7日などと悠長なことは許されないことになるのではないのでしょうか。

2番目に名誉毀損についての日本の判決もあまり厳しい監視義務を課してはいないように思われます。DMCAあるいはE Cの指令はプロバイダーに対する非常に過酷な責任追及を避けるために、特に必要とされたのだと思いますが、日本ではいまのところサービス・プロバイダーはそれほど重い社会的責任を負った存在とはみなされてないと言えれば言い過ぎでしょうか。3番目に、そもそも日本ではアメリカやヨーロッパと違って、サービス・プロバイダーが著作権侵害の責任を問われたケースが多発しているわけではありません。名誉毀損については複数事例が存在するわけで、水平的なアプローチを取るというのは時期尚早だと思っています。

現状認識としては、日本の判決のうち都立大学の事件におけるプロバイダーの注意義務の設定が妥当であると考えます。すなわちプロバイダーが責任を負うのは、コンテンツが侵害物であることが一見明らかであるような、極めて例外的な場合に限定すればすむと思います。今日現在サービス・プロバイダーが著作権侵害を問われた試しが、少なくとも公表事例としてはないということは、実は同業者がこと著作権に関するかぎり、すでにこのようなルールで現実に行動しておられるのでは

ないかと思えます。民法の過失の原則の変更にはそれ相応の立法事実が必要なはずで、私が見ますところ、いまのところその必要はない、その点で現在かかっている法案は妥当なものであると考えています。

なお念のために申し添えますと、削除のルールなどが自主ルールとして形成されていくことはもとよりけっこうなことだと思います。私が懸念しますのは、技術の発展の著しい分野において、現状のルールをそのまま法律の形で固定してしまうと、著作権者の保護がないがしろになるということです。

【モデレーター】 岡村さん、お願いします。

【岡村】 ある程度重複する点がありますので、できるだけ手短にお話をさせていただきたいと思えます。このパワーポイントの内容は皆さんにお配りしているレジメと基本的に同じです。すなわちアメリカでは著作権侵害についてはDMCAで立法的解決が、また名誉毀損についてはCDAで立法的な解決がされています。それに行くまでにはいろいろな判例の蓄積がありました。日本では一定の判例の蓄積があるものの、いまだ法案は制定待ちの状態です。

まずアメリカの名誉毀損に関する状況ですが、ご存じのとおり責任類型としてauthor、publisher、distributorの3分類がなされていました。あとこれにcareerの責任をかぶせる考え方もあります。CompuServe事件では、CompuServeはdistributorにすぎないから軽い責任しか負わないのだという判断が下されました。それに対してProdigy判決においては、Prodigyが編集的コントロール権を行使しているがゆえに、publisherとしての重い責任を負うという判断が下されました。そうするとより情報を厳しくチェックするという「善行」、すなわち自主的な対応に励んだケースほど厳しい責任という報いを受けるという不合理さが生じ、それがCDA 230条でのpublisherやspeakerとしての責任の免責に立ち至った原因でした。ただ、この法律ではdistributorとしての責任を負うかどうかが争点として残りました。この点が争いになったのがAOLとZeranのケースでした。そしてサーキット・コートはdistributorとしての責任も負わないという結論を取りました。

他方、著作権侵害領域ではDMCAが立法されているということは先に述べたとおりです。それまでにはいまご覧の2件の判決があり、またさらには有名なNetcomのケースがありました。それを踏まえた上でDMCAが制定されてノーティス・アンド・テイクダウンが取られたことは、先ほど説明があったとおりです。他方、日本ではCDA 230条に関するZeran判決の立場は、やや被害者保護を軽視しすぎているのではないかという評価が大きく出ています。またCDAとDMCAで免責の要件やシステムが異なるということについても、両者で差を設ける合理性があるかどうかについて疑問が呈されていたわけです。したがって日本においては立法化については1本で行くようにという傾向が強かったわけです。

他方ネットの運営者の責任をめぐる判決としては、すべて名誉毀損の民事事件でした。全判例とも運営者が責任を負う場合があること自体はご存じのとおり肯定されています。具体的にはパソコン通信の事案であるニフティの「現代思想フォーラム」の第1審および控訴審、同じくニフティの本と雑誌のフォーラム事件判決、さらにはインターネットの事案としては都立大学と2ちゃんねる事件の仮処分決定、これだけがあります。

中でもニフティの「現代思想フォーラム」の第1審はわが国初の判決でした。具体的に知ったときには責任を負うという基準がこれで一応明らかにされたわけです。なお作為義務は条理、これをどう英語で訳するのかということが昨日少し話題になったのですが、エクイティに近いのかなという話もしていました。ニフティの「現代思想フォーラム」の控訴審判決が今年の9月5日に出たわ

けですが、1審と違ってこちらはシステムオペレーターはなすべきことをしていたということで、ニフティあるいはシスオペの責任は否定しました。

それと相前後して出された本と雑誌フォーラム事件の判決ですが、これは非常に変わったケースでした。ニフティがいわゆる被害者への発信者情報開示に応じなかったことに対して、発信者情報開示に応じよと。あるいはそれを怠ったことに対する損害賠償に応じよという裁判であったわけですが、裁判所は責任をすべて否定しました。その場合に対抗言論、つまりモラルスピーチの理論に至ったところに特色がありました。時間の関係で詳細は省略します。なお、さらに本年の8月28日には2ちゃんねるの差し止め仮処分事件、これはいわゆる電子掲示板と言われるケースですが、残念ながらその内容は公表はされていません。

先ほどの話にもありましたように都立大学事件という判決があります。これは大学設置者である東京都のサーバーに名誉毀損的コンテンツがアップロードされた事件でしたが、東京都の責任は否定しています。その場合に名誉毀損とかのケースと、ウイルスを配布するようなケースとは分けて考えるべきである。そしてウイルス配布のようなケースではすぐに措置を取る必要があるのに対し、名誉毀損の場合は必ずしも判断が明らかでない場合があるという形で、より個別的な判断を下しました。

いずれにしる本と雑誌のフォーラム事件以外の4判例では、削除義務を負う場合があることが正面から判断されたわけですが、作為義務の根拠は一般的に条理に求められています。パソコン通信と違いましてまったくの第三者の名誉毀損が大きく問題になりがちなインターネットの場合を考えると、契約における法義務等々に求めることは困難だから、条理に求められたのもうなずける部分があります。しかしながら各判例で作為義務の成立範囲がまちまちであったことは、法的安定性を非常に欠く結果をもたらしています。ただ個々のネットワークごとに特色がありますので、具体的な基準成立が逆に難しいという側面も否定できないと思われます。

そういう状況の下で日本でも立法動向が始まり、先ほどお話しになったように本国会に提出されています。全部で4条と附則から構成される非常に短い法律です。損害賠償責任の制限と発信者情報開示請求など二つの柱を持っています。法律の趣旨はいま見ていただいているとおり損害賠償責任の制限と、先ほど述べた発信者情報開示が正面からうたわれています。先ほどの話にもありましたように民事上の権利侵害のケースが対象になっています。刑事責任が対象外になった理由については、日本法の下で刑事責任を問われるケースは想定しにくいとされています。

また違法ではなく、単に有害な情報も除外されています。さらに違法であって権利侵害にかかわらないケースも対象外です。その一方、権利侵害のケースであるかぎり、名誉毀損や著作権侵害その他を区別しない扱いになっています。先ほどのお話にもありましたとおり、特定電気通信役務提供者という概念が出てきまして、特定電気通信設備あるいは特定電気通信というそれぞれの定義が入れ子になっている、つまりサブルーチン化している形になっています。

損害賠償責任の制限については3条が規定しています。いわゆる被害者との関係では、判例上、責任範囲が不明確なので明定する必要があるということ。発信者についても送信防止措置を講じたけれども、結果として権利侵害に該当しなかった場合に責任を問われる可能性があるので、その責任も明確化してあげる必要があるということ。このような趣旨から責任を明確化するために、いわゆる safe harbor、免責を受ける場合だけを規定したという形を取っています。該当しなくても責任を負わない場合もあるという意味です。

3条1項、2項の内容については先ほどご説明がありましたので、説明自体は除外します。さらに4条は発信者情報の開示請求を規定しています。これについても先ほどの説明がありましたので、4条の説明自体は除外します。

そこでこの法律の問題点ですが、先ほども若干お話がありました、3条1項と2項で責任の要件を切り離しているがゆえに、3条2項の ノーティス・アンド・テイクダウン手続きが取られた場合に、はたして1項に関して免責対象になるのかということが非常に不明瞭な状態です。それからプロバイダーの主観的な判断に任せる余地が多いわけですので、その点で法的な安定性がどこまで保たれるかという問題があります。

また発信者情報の開示に関しては、これまでプロバイダーが電気通信事業法上の通信の秘密保護義務との関係で情報開示ができないがゆえに、争いに巻き込まれていた点をクリアできる部分では優れています。しかしDMCAと違って、発信者情報開示の問題と免責との問題が切り離されてしまっているということがいかなものかと思えます。すなわち、早く裁判所に判断をさせるというシステムのほうが安定した内容であり、かつその意味でプロバイダーが法律の舞台から早く退場できるという側面ではよかったのではなかろうかという気がしています。それに裁判所外で開示を認めた場合には、いわゆるストーカー的な犯行がそこで起こる危険性もはらんでいます。もとよりこれに対処するために4条には規定が設けられています。しかし罰則等の担保規定がありませんので、それだけで十分かどうか、なお疑問があります。

さらに全体を通してですが、発信者情報開示に関しては現在、迷惑メール問題、いわゆるスパムメールの問題で、発信者が特定できずに対処ができないという状態になっています。そうだとすると権利侵害と言えるかどうかという問題があるわけですので、現在スパム規制法が日本でも省庁や政党で検討が進められていますが、それが成立したあかつきには、この法案も成立後すぐに改正する必要が出てくるような状態のように考えています。ご清聴ありがとうございました。

【モデレーター】 それではパールムッターさん、お願いします。少しゆっくり話してください。

【パールムッター】 私のほうからは一般的なコメントとして、著作権分野でのサービス・プロバイダーの責任について、効果的かつ公正な枠組みとは何であるかをお話したいと思えます。私どもの会社は大変大手のサービス・プロバイダーとして業務を展開するだけでなく、同時に複数の著作権をさまざまな著作物に対して持っている会社です。特に娯楽製品である音楽、録音物、そして映画、本などの著作権を多数所有しています。

そこでまずこの問題の国際的な文脈からお話ししたいと思えます。この分野こそ法的な基準の国際的な互換性が絶対必要な分野だと思えます。責任についての多様な要件、基準があると、グローバルな送信ネットワークのスムーズな運用が阻害され、中断されてしまいます。これらの基準は同一である必要もないし、同一になるわけでもありません。しかしながらお互いに互換性、相互運用性を持つことが重要になります。いま私どもは大変重要な節目にあります。というのは技術的な発展という意味で主要な国々の多くが責任をめぐる枠組みをだいたい同じ時期に制定しようとしているからです。

まずアメリカが皮切りでした。DMCAを1998年に制定しています。そして99年にはEUのeコマース指令があり、そしてシンガポールでも新しい法律が制定されています。そして昨年オーストラリア、今は日本がこの法案の可決を検討しているということです。そして来年にはeコマース指令がEUの加盟国で実施されることとなります。同時に韓国、カナダ、ニュージーランドなどもすべてこの問題を検討中であるということです。結果いま行われている意思決定がこれから長きにわたって、この分野についてグローバルな肉付けをしていく、そういう決定になると思えます。

すべてとは言いませんがほとんどのソリューションが互換性のあるものです。しかし異なるテクニックを使っているし、またその詳細度、細かさも違います。当然、地域の、たとえばEU域内に

おける調和化と、それからいろいろな国における異なる立法スタイルの違いがあります。たとえば私の国では大変細かい、複雑な立法化を他の国に比べてすることで知られています。

次に著作権がほかの権利とどう違うかという話をしたいと思います。あらゆる種類の違法コンテンツに対して同じ基準、ルールを適用するべきだとよく言われるのですが、私は著作権はほかとは違うと言いたいと思います。オンラインでの著作権侵害は名誉毀損とか猥褻、あるいは中傷といったようなものとは多くの重要な点で違います。

まず第1に通常、違法性の判断は著作権のほうが楽にできるということです。たとえばオンラインの著作権事件の99%は単純な海賊行為です。たとえば著作物の一部を教育あるいはコメント用に使うということではなく、その著作物全体のデッドコピーをつくるというものが99%を占めています。また著作権の分野のほうがほかの法分野に比べて、より客観的な基準があります。つまり複製が行われたのか、そして公衆の利用に供されたのかという基準であり、これは、たとえば名誉、声望とか感情、そして被害の度合いといったあいまいな基準よりも、より客観的です。また著作権の分野ではよりルールについての国際的なコンセンサスがあります。ほかの法分野では国によって政策がかなり違う分野が多いと思います。それは著作権分野では実体法についての調和化が2国間、そして多国間の条文、条約という形でなされているからです。

また二つ目の、私がとても重要だと思う違いは、被害者側、申し立てる側です。著作権侵害ではサービス・プロバイダーがいろいろなパートナーと提携してビジネスを行っています。著作権者、そしてその代理人も企業だったり、業界団体だったりして、いろいろな知識、たくさんのリソース、資源を持っています。ということで両方側、サービス・プロバイダー側も、そして著作権者の側にも、それぞれ重大な経済利益がかかっています。

三つ目に結果が違うということです。著作権侵害の場合には、その結果はほかの分野よりも広範囲にわたると言えると思います。というのは単に個々の侵害行為の損害を超えた被害があるからです。たとえば財産権を将来にわたっても完全に破壊できる。著作物がインターネットでかなりの期間、無料で利用可能な状態で置かれた場合には、財産権自体が破壊されてしまいます。

また公益に対する被害の考え方も違います。この公益というのはさまざまな価値のある創作物を、インターネット上で幅広く利用できる、それも信頼できる正当な形で利用できるという公益です。一方、ある送信が防止された場合の言論の自由へのインパクトが名誉毀損よりは比較的小さいです。というのは著作権はアイデアを保護するものではなく、違法物に対するアクセスを禁止することは、他者のアイデアの表現をハイジャックすることを防止するにすぎないからです。

このような理由から著作権分野については取り扱いを変えることが重要だと思います。特に認識の基準、そして ノーティス・アンド・テイクダウンのプロセスではそうだと思います。同じような理由から、アメリカのサービス・プロバイダーは著作権については名誉毀損とか、他の分野と違う基準が存在していることに納得しています。

次に望ましい枠組みという観点からお話をしたいと思います。サービス・プロバイダーの責任に対する公正かつ効果的な枠組みは、パートナーシップを形成してオンライン侵害を予防するという基本コンセプトに則るべきだと思います。そのようなパートナーシップは、たとえば著作権のような経済活動分野では可能だと思います。著作権は経済問題だけだと言っているわけではないですが、経済的な活動を含む分野だと言えると思います。

この枠組みをつくるためにはシステムの中に協力すれば、適切なインセンティブ、見返りを与えるという考え方を導入するべきだと思います。インセンティブに対して合理的な免責規定という形でバランスを取るわけです。たとえばこれはサービス・プロバイダーに対するセーフハーバーという形でDMCAでは提供されています。そのバランスとして著作権者に対しては、違法コンテンツを

迅速に取り除いて、そして主たる侵害者に対してすぐに行動を起こせるようにしています。

アメリカではDMCAは交渉による妥協によって生まれたものでした。その妥協を可能にした要素が二つあります。一つがその法律に入っていた認識基準です。つまりその侵害を知っていた、認識があった。あるいは侵害が明白であるような事実、あるいは状況を知っていたという基準です。これをよくレッドフラッグとも呼びます。その背景にあるアイデアは、一方ではサービス・プロバイダーが何か疑わしいものがあつたら目をそむける、反対方向を向くというインセンティブを取り除けます。法律の基準は実際の知識より低く設定してあるので目をそむける必要がないわけです。一方でこのスタンダードは私どものシステムでいう偽せい認識 (constructive knowledge) よりは高く設定されています。つまり知るべきであつた、あるいは知れる立場にあつたという基準です。「侵害が明白である事実、あるいは状況についての認識」を持つためには、実際の知識と actual knowledge が必要です。またその侵害が明白であるくらいの、強力な事実あるいは状況でなければならぬ、というのはより高い基準です。

それから二つ目は損害賠償と差し止めの二つの区別でした。その結果は、サービス・プロバイダーがいわゆる深い懐を持つ、著作権侵害でお金が潤沢な、金づるだと考えさせないことです。数十万というコピーを世界中に回したことによって、身を破滅させるくらいの損害賠償が裁定されることを防ぐことです。一方、著作権者は常に救済措置として差し止めによって侵害の継続を禁止することができるわけです。

それ以外にも成功する責任の枠組みの要素があります。一つはよきサマリア人抗弁と呼ばれているものです。Good Samaritanによってサービス・プロバイダーは違法物に対して善意で除去する、あるいはアクセスをブロックした場合、免責されるというものです。こういった抗弁がなければサービス・プロバイダーは板挟みになって、自らのリスクで対立する請求に対応しなければならないことになっていきます。

もう一つの要素としてとても重要なのが、ノーティス・アンド・テイクダウンというプロセスです。これはをサービス・プロバイダーのシステムあるいはネットワーク上に常駐しているコンテンツについて取る手続きです。このノーティス・アンド・テイクダウンが素早く行われることが重要です。というのは著作権分野では価値の喪失はすぐに、瞬時に行われます。侵害物が数日間掲載されたままであれば、世界中で数万、数十万というコピーがつくれ、そしてそれがさらに複製されて頒布されます。ですからすばやいアクションを取ることが重要です。また何よりも、裁判所に行って訴えるよりも素早い対応でなければいけない。というのは、それが著作権者にとっての一番大きなインセンティブになるからです。ノーティス・アンド・テイクダウンプロセスを使って、この種のクレームの訴訟が頻発することを避けたいわけですから。

またどこかで明示的な手順を規定することが必要です。つまり侵害物を特定できるように十分な情報の提供を促し、また十分な信頼性の証拠があることを保障しなければいけません。そうしたらサービス・プロバイダーはその通知を信頼していいことがわかるし、それに基づいて素早く反応すれば、金銭的な損害賠償に対する safe harbor、免責が適用されるわけです。

もう一つ、大変便利なのがput-backというプロシージャー（手順）です。これは法律上のメカニズムで、そもそもテイクダウンをされるべきではなかった素材がオンラインに復活されるためのプロシージャーです。DMCAで特にこれが使われるのは、素材や所有者について錯誤した、あるいは相手を間違えて通知されたという稀なケースです。ただput-backが自動的にすぐにはされてはいけません。つまり苦情に対する十分な根拠があつて、なおかつそのコンテンツを復活させてほしいと申し立てている人にも、正当な根拠があるという信頼性の証拠が必要になります。もう一つの要素として、通知あるいは復活してくださいという場合に、故意に虚偽の情報を与えることに対する抑止

です。テイクダウンあるいはput-backによって被害を受けた側が、損害賠償を受けられるような規定がDMCAにはあります。

それから著作権者にとっての問い合わせ先情報も重要です。著作権者が自分が特定できた人々、つまりサービス・プロバイダーに対して提訴することができないのであれば、当然主要な不法行為者、つまりそもそもコンテンツを掲載した人間を提訴できるべきであります。こういった人間は公衆への頒布行為を行っているわけで、侵害責任から逃れることはできないと思われます。DMCAではこのためにサブピーナ、つまり召喚プロセスを設けています。これは迅速で自動的です。著作権者が裁判所に行って、サービス・プロバイダーに対して基本的な問い合わせ先情報を出すように命令してもらうことができます。

あと三つほど手短かに申し上げます。一つは法律でサービス・プロバイダーがモニタリング、一般監視をしなくても免責規定が適用されることを明示すべきだということです。インターネット上では大量の送信がなされています。それを全部モニターするのは難しいし、プライバシーの問題が当然かかってくるからです。

真に効果的な枠組みとしては、包括的な「よい企業市民」の要件を入れることでしょうか。DMCAではサービス・プロバイダーは侵害のリピーターに対応するための政策を導入する義務を負っています。つまり同じ人が侵害物を何回も何回も掲載して、ただサイトからサイトにそれを動かしている場合、対応を取らなければいけない。またサービス・プロバイダーが著作権者が使っているDRM、デジタル権利管理を尊重するという要件が入っています。先ほどのスピーカーもおっしゃいましたけれども、これは将来の技術も含まれます。将来ある技術が標準となって、そして影響を受ける業界で合意されたら、サービス・プロバイダーはDMCAのもとで、こういったスタンダードな技術を認めなければいけないという規定になっています。

最後に法律は実行可能性、そして面倒さという観点から、サービス・プロバイダーがいろいろな機能を負っている中で、現実には何ができるかを考えなければいけません。たとえばあるサービス・プロバイダーが単に導管、conduitとして情報を送信している場合と、実際にその素材をサービスやネットワーク上でホスティングをしている場合とでは異なるということです。

それからアメリカでの、DMCAを適用しての経験についてですが、ノーティス・アンド・テイクダウンを運用しはじめてからもう3年になります。かなりよい結果が出ています。ほとんど訴訟はありません。一部裁判所に対してDMCAの特定規定についての解釈を求める訴訟は提起されています。が、ノーティス・アンド・テイクダウンのシステムは大変スムーズに、とても効果的に運用されています。

ここで興味深いのはput-backがほとんど、使われていないということです。サービス・プロバイダーも著作権者も、ノーティス・アンド・テイクダウンシステムには若干負担があるというでしょう。というのはnoticeを準備して送って、それに対して反応しなければいけないわけですから。しかしたぶん彼らは、この規定がなかった場合の代替案による処理よりはずっと負担が少ないと言っています。それから統計ですが、ビデオゲームとレコード業界だけでも、業界団体は数万件のテイクダウンを毎年行っています。また、そういった業界団体の通知に基づくput-backはほとんどない、たぶん2年で1件くらいだったと思います。もちろん個人の著作権者のnoticeに対してはもっとあるかもしれませんが、業界団体からのnoticeに対するput-backは1件です。

それから著作権者としての私の会社は、このノーティス・アンド・テイクダウンのプロセスの結果にとっても満足しています。まず侵害物をインターネットから取り除くという効果を発揮している。またそれを訴訟よりも迅速に、より安価に行ってくれるということです。またサービス・プロバイダーとして私どもは迅速に正当、かつ信頼できるnoticeに反応することによって、著作権者あるいは

サブスクリイパーに対する責任を免責されることができると信頼しています。

最後に日本の法案についてお話をしたいと思います。これは水平的なアプローチで、著作権固有のものでないということは認識しています。また比較的凝縮された、また必要最低限の、ミニマリートのアプローチだということがわかりました。これを補完する上で実施規則などが導入され、それによって著作権の侵害を他の責任分野から必要に応じて差別化することができるという認識を得ました。ただ、その法案の意味と、その運用の仕方についてはいくつか未解決な問題があるような気がしました。これはこの問題の両側に大変重要なことで、明確化が必要だと思いました。また法案の文言がかなり短そうなので、その枠組みを効果的に使うためには特に著作権の分野で補足が必要な分野があると思います。

そこで少し疑問、それから補足が必要な点を指摘してみたいと思います。法案は損害賠償責任の制限というタイトルになっています。ということは差し止め救済をISPに対しても請求することができるのでしょうか。またその認識の基準の意味は何でしょうか。サービス・プロバイダーが侵害を知りうるべきと認められる十分な理由と書いてあったのですが、これはどちらかというDMCAより低いスタンダード、constructive knowledgeに近いものと思いました。DMCAでは侵害が明白だと思われる事実、あるいは状況を知るという基準です。

それからサービス・プロバイダーが通知に反応した場合、それによって権利者に対する責任が変わるのか、あるいはその情報を掲載した人間に対する責任のみ影響されるのか。それからいろいろなサービス・プロバイダーの活動にどう適用できるのか。サービス・プロバイダーの関与の度合による区別がされていないように見えました。たとえばサービス・プロバイダーがその侵害情報を掲載しなかったが、を選択あるいは修正はした、あるいはその受信者を選択した場合はどうなるのかということです。それから「テクニカリー・ポシブル」という文言の意味は何なのでしょう。つまりサービス・プロバイダーが侵害を予防する行動を起こすことが技術的に可能だった場合と書いてあるのですが、それはたとえばプロポーショナリティーと、その行為の効果と、それからネットワークがうまく機能することに対する負担等のバランスを考えているのかということです。

それから発信者情報の開示の基準についてですが、ある侵害がどの段階で十分明白と考えられるのか、そしてサービス・プロバイダーがその情報を開示しなかった場合に、何を根拠に故意、そして重大過失となるのかということです。それから欠落していたと思う部分、つまり成功裏な枠組みに必要なだと私が思う点についてですが、まず一番重要なのが迅速なノーティス・アンド・テイクダウン systemです。つまり侵害物をすぐにネットワークから取り除く仕組みです。今回の法案では7日という猶予があるようですが、これでは遅すぎると考えます。

もう一つ、アクセスを取り除く、あるいは禁止することが、その情報を掲載した人間による事前の拒否権(veto)の対象とならないようにすることです。アメリカでは推定はその逆です。つまり侵害物がブロックされて、そしてあとで復活されるわけですが、日本の法案でもその逆の流れを考えているようです。つまり反対されないかぎりブロックしないという反対の立場を取っていらっしゃるような気がします。

著作権者にとって迅速に違法物が除去テイクダウンされることは重要ですが、サービス・プロバイダーにとってもそれで安心感を持つことができます。つまりサービス・プロバイダーはあいまいな認識基準に頼るのではなく、通知が入ってきて、それに迅速に対応したら免責条項が適用されるということで安心できます。それからサービス・プロバイダーが常に送信を監視しなくても、保護の対象となることを確認すべきです。

それから情報の開示は迅速な合理化されたプロセスでサービス・プロバイダーにその情報を提供すべきかどうかの意思決定を委ねないようなシステムが必要だと思います。最後に先ほど言った、

個々の ノーティス・アンド・テイクダウンだけではどうしても阻止できないようなりピート侵害者に対応するための、よき市民としての要件が必要だと思えます。こういった問題に対する適切な解決策について今後もお伺いし、そしてこのような会議によって形成できる国際的な理解をさらに広め、深めていくことに大変期待しています。ありがとうございました。

【モデレーター】 それでは田中さん、よろしく申し上げます。

【田中】 いまのパールムッターさんのお話を感動をもって聞いていまして、ご意見にわたる部分についてはほとんど私は賛成です。時間もありませんので、いくつかのポイントだけについて簡単なコメントをさせていただきます。お手元に配布されています私の原稿は10月12日につくりましたが、そのあとにいわゆるプロバイダー責任法案というものの内容が明らかになりました。それについては先ほどの萩原さんのペーパーの中にも主要部分が掲載されていますので、それを見たいと思います。

この私の原稿をつくりましたときに日本経済新聞で報道されました、発信者が当該情報の削除に同意しない場合には、ISPにおいてテイクダウンをする必要がなくて、発信者と権利者との間で訴訟で解決するのではという趣旨の法案の説明があったわけですが、こういったものに比べると、今回の法案のほうがまだましだろうというのが私の感想です。

権利者、被害者との関係の責任の発生原因または免責される範囲については、結局のところ現在の民法の注意義務の解釈論を、現在のインターネット・サービス・プロバイダーの実態に即して立法したというのに近いものと考えていいのではないかと思います。条文は必ずしもわかりよいものになっていません。すぐにでも解釈論として問題になるのではないかと思いますのは、3条1項2号によって免責される範囲についての条文のうち、インターネット・サービス・プロバイダーが当該特定電気通信によって情報が流通していたことを知っていたことという要件が書かれていますが、これは条文の文言からしますと具体的な個別の情報自体の認識が必要であると書いてあるようには見えないわけで、このあたりの具体的な認識のレベルの問題が解釈論として問題になってくるのではないかと思います。

それから発信者情報の開示です。これもパールムッターさんがおっしゃったとおりで、この法案では4条1項に権利者が開示請求ができる要件を規定しているわけですが、これをいちいち権利者が訴訟ないしは仮処分といったものによって開示請求をしないとイケない、しなければ用が足りないというようでは、プロバイダーを次々と変えて侵害を繰り返すといった悪質事例に対処することはできないので、4条1項の開示について、実際の運用の中で迅速に開示されていく仕組みをつくっていく必要があるだろうと思えます。

それから最後のポイントですが、今回の法案では発信者の同意、不同意にかかわらず、権利者のnoticeを受けた場合にテイクダウンをしなければいけないという、いわゆる ノーティス・アンド・テイクダウンの手続きを導入することはできなかったわけですが、これは私の目から見ると、ある意味でいうと当然の結果ではないかと思います。その一番大きな理由は、権利侵害と言っても名誉毀損を代表とするように、その判断の極めて微妙なもの、名誉毀損についてはたとえば対抗言論によって権利侵害が回復される可能性があると言われていたのですが、このようなどころまで考えますと、どういう要件で送信防止措置を講じる義務を負うと言うべきなのかは、名誉毀損等の場合はかなり微妙な判断ということになります。

これに対して著作権侵害のような場合には、かなり明確に権利侵害の有無を裁判外であっても証拠だてることができるものがあるわけです。これらを手続規定において一律に規定しようとするれば、

かなりの無理が出てくることになるだろうと思われま。ですから実効的に非常に使いやすい ノーティス・アンド・テイクダウンの手続きを導入するのであれば、このへんをよく考えてどういう権利について、どういう資料が出たときにテイクダウンしていい、またはするのか、細かく考えないといけないことになるだろうと思います。

【モデレーター】 それでは他のパネリストのコメントをいただきたいと思います。フーゲンホルツ先生からいただけますか。

【フーゲンホルツ】 朝たくさん話しましたので、今回は非常に短く話したいと思います。それからそれほど議論を呼ぶものではないというのが私の意見です。ご存じのようにeコマースの指令、現在、欧州において加盟国の中で実施されているものですが、この中で簡単にこの指令の内容をもう1回考えてみたいと思います。日本の法案と同じく非常に水平的なものです。著作権だけではなくて、全体のさまざまな民事責任に及んでいるということです。刑事責任に及ぶ可能性もあるというものです。ですからこういう意味でアメリカのDMCAと非常に違うということが言えます。

これがはたしていいことかどうかという点ですが、私はそれほどはっきりしていません。もちろんパールムッターさんに合意する点として言論の自由が責任免責という裏にある。これは著作権の中においてより著作権外において非常に緊急な点であるということとはよくわかります。それから電子商取引の指令でDMCAと違う点が、またほかの点においてもあります。まず ノーティス・アンド・テイクダウンのルールを決めていないということがあります。これはいろいろな形で批判されています。実際にこのルールがない結果、サービス・プロバイダーは、ヨーロッパにおいて通知に関してはノーリスク・アプローチを取りやすいということです。どういう意味かということ、基本的にすべての弁護士会からのレターがすぐにテイクダウン削除になってしまう。はたしてこれが本当にいいやり方かどうかというのは非常にわからない、不明な点だと思います。

それからまたDMCAと指令が違う点として、具体的に指令の中ではモニタリングの禁止というものです。ですから監視義務なしということがはっきりうたわれているということです。技術的にモニタリングができるという状況であっても、モニタリングしなくてもいいというふうにはなっているという点があります。

eコマースの指令では、DMCAが取る技術的に非常に特定なアプローチをやはり使っています。これは単なる導管、ホスティング・サービス・プロバイダーと、それからキャッシングのプロバイダーの間で区別しています。これはほかの仲介者には適用されません。電子的な分野あるいはアナログにおいても、たとえば図書館とかプリンターとか有線放送会社といったものについては適用されていないという状況です。この技術に特定なアプローチ、これもいろいろ形で批判されています。私自身も批判している1人です。私は、このようなルールの策定が実際に歴史の流れの中できちんと存在しうるかどうかということがわからない。

指令の中ではアメリカのプロセスと大変違ってきます。それから情報のロケーション・ツールのプロバイダーに関しても指令は適用されません。換言すると、ハイパーリンク、サーチエンジンに関してです。ヨーロッパでは最近この点について対処しているケース・ローが一部あります。こういう判例法が私のペーパーの中に書いてあります。皆さんのバインダーの中にデータベース権ということで入っています。今日私は話さなかったのですが、その中に入っていますので見てください。

たとえばドイツの裁判所はサーチエンジンのプロバイダーが直接に著作権侵害の責任を持つと言っています。その他の場合、このような侵害がないということもありますので、これはヨーロッ

パではまだまだ未解決の問題と言うべきだと思います。また裁判所は一般的にeコマースの中の指令の中の免責を適用することを、たとえばサーチエンジンについては拒否しています。ですからこの法律に関してはもっと明確化が必要だということです。さてeコマースの指令についての実施ですが、これは非常に素晴らしいトマス・ヴィニエさんのペーパーの中でうまく取り扱っています。ですからそれに加えることがあれば、オランダにおいては目に見えるようなものがまだ何もできていないということです。ということは法案についてお話しできるようなものは、オランダではまだないということです。

【モデレーター】 それではスミスさん、どうぞ。

【スミス】 すでに言われたことの繰り返しになりますが、私はもう1回強調したいことがあります。現在インターネット上で起きている侵害の量は非常に驚くべきものだということです。たとえばアメリカの映画協会によると、毎日40万件の映画が全編インターネットでダウンロードされていると言っています。パールムッターさんが言ったように非常に迅速な、しかも非常に単純な、ほとんど裁量の余地のないような、協力的なメカニズムがきちんと設置されないと、インターネット上の海賊行為が著作権ビジネスを席卷してしまうだろうということです。

たとえば日本の著作権においては、多くはビデオゲームの中に存在していることが多いわけですが、たとえばビデオゲームを扱っている日本の会社の子会社がアメリカに多くあります。これらは通知のシステムを自動化するということをしています。たとえば海賊版のビデオゲームを発見したあと、これについての通知を自動化する。ウェブサイトが米国だけでも多く削除されています。今年でも1万以上のウェブサイトは削除されたと言われています。もしこの状況、現在、日本の法案で国会に出ているもの、7日間という遅れがあり得るといふ法案になるわけですが、こうなると本当に機能しなくなると思います。

もちろん一定の議論が現在異なるシステムについて行われています。信頼できるような、ISPがよい情報を得られるような団体を持つということが重要だとみています。そういうものをつくっていくことは非常に必要だと思います。インターネットは非常にグローバルな媒体になっています。海賊行為に関してはすべての国、世界のあらゆる国、日本、米国、そしてヨーロッパ、中国、台湾、あらゆるところで起こりうるということです。ですからこのような自動的な、非常に迅速なシステムを早く導入しなければいけない。そしてそれによって現在インターネット上にある非常に大きな侵害に対処しなければいけないと思います。

【モデレーター】 それではヴィニエさん、どうぞ。

【ヴィニエ】 いまフーゲンホルツさんがECの指令についておっしゃったことはまさにそのとおりなので、わずかですが付け加えたいと思います。考えていること、ECの指令が非常に問題となっていますのは、部分的なDMCAのコピーとなっているということだと思います。私としては欧州はすべての米国の立法を逐語的にまねをすることになったら非常に困るということです。そうするとDMCAと同じくらい、非常に大きな法典が必要になってしまうと思います。

しかしながらまた ノーティス・アンド・テイクダウンが入らなかったということ、それからまた情報ロケーション・ツールあるいはリンクのツールを入れなかったということ、これは明らかに問題を将来発生させる要因になると思っています。明らかに ノーティス・アンド・テイクダウンのレジームがないということは、今後の意味合いとして先ほどお話をあったように、ISPが単に

すべてのものを削除してしまう。何らかの通知を受けたら、とにかく削除してしまうということです。

個人的な実務家としてのヨーロッパでの経験を言いますと、私がこれを削除しようという通知を送ったとき、私が自分自身がこれが本当に適切かなと疑問があるときであっても、すべて必ずこの情報はすぐに削除されているという状況を見えています。ですからこういう状況は特に送信者の側ではおそらく問題になってしまうと思います。

それからリンクングの問題でケースローを見ていると、オンラインの法的責任に関しては、ほかのトピックと比べても多いと思います。これはヨーロッパの訴訟においては非常に大きな問題です。オンラインの責任という中で非常に大きいのに、指令の中でこれは対処されていないというのは非常に大きな問題であると思います。これはサーチエンジンのプロバイダー、たとえばヤフーのようなところが非常に大きな不確実性を持つだけではなくて、より広いリンクングの問題に適切に対処していないことになるわけです。加盟国、少なくともスペインははっきりとした形で、国内での指令の実施、特にリンクングについて条項を設けると言っています。これは非常にいい動きだと思います。それからほかの1~2の加盟国も、リンクングについての条項を入れたいと言っています。欧州委員会も加盟国がリンクングに関しての条項を採択することについて好意的だと思います。

ノーティス・アンド・テイクダウンについて実施の違いがあります。ノルウェーについてはノーティス・アンド・テイクダウンの条項があります。これは完全に米国のDMCAをそのまま踏襲したものです。フィンランドもノーティス・アンド・テイクダウンをDMCAの条項と非常に似た形で取り入れています。ですから加盟国間で非常に違うということです。ノルディック諸国は一般にすべてに似かよった法律を持つのが普通ですが、ノルウェー、フィンランドはテイクダウン条項を持っているのに、スウェーデンはこれがない、デンマークはこれについてまだまだ何の発言もしていないという意見の違いがあるというのは非常に珍しいことです。

それから将来を見ても、この問題は非常に大きく出てくるのではないかと思います。まず最初に申し上げたいのは、指令が採択されたときにまず最初に私は非常に楽観的でした。そして私はこれに大変満足していました。特にある非常に重要なDMCAのコピーが、特に賠償責任に関しては特に入っていたということは非常によかったと思います。しかしながら時間の経過とともに、少しずつ楽観性が薄れてしまいました。特に欧州の学会とか、あるいは判事とかさまざまな弁護士の話をお聞きすると問題が増えてきた。特に最大の懸念となるのは認識基準です。先ほどパールムッターさんは認識基準についてお話ししていました。

先ほどパールムッターさんが、たとえばEC指令の14条のもとにおいては、もしホストサービスのプロバイダーが実際の認識を持った、あるいは事実、状況についてのアウェアネス、不法な行為とかあるいは侵害が明らかだという知識を得た場合、サービス・プロバイダーは迅速にこの情報を削除しなければいけない、それでなければ責任を負うということをおっしゃいました。

ここでの問題は認識基準の formulation です。これは米国のものから直接にコピーしたのですが、これは米国のコンテキストでは非常にうまくいく。弁護士とか裁判官が擬制認識についての知識を多く持っている。そして人々はパールムッターさんが何をおっしゃったかということがよくわかると思いますが、これは通常の擬制認識より上になるものです。実際の知識と通常の擬制認識基準の間となるものです。

先ほどパールムッターさんが言ったように、こういうことをやることは適切であり、米国の判事であれば適切に対処できると思います。ヨーロッパの学界あるいはプラクティショナーとか判事と話をしたあとわかったことは、欧州の法律ではこれは非常になじみのないものであり、どうやって対処していいかわからない、その意味がよくわからないという懸念を抱いているということです。

ですから加盟国の中でサービス・プロバイダーの責任について異なる判決が出てしまう。そしてこの文言をヨーロッパで適用する際に、米国と適用の仕方がまったく変わってしまうということを恐れています。ですから採択直後と比べて非常に悲観的になってしまいました。欧州裁判所がこの認識基準をどうやって扱うのだろうということがまったく不明になってきたという点です。

【モデレーター】 いまパールムッターさんはじめ、皆さんから日本の法律について少しご質問がありました。日本からのパネリストの方、どなたか、岡村さん、お願いできますか。

【岡村】 それでは若干だけ。ノーティス・アンド・テイクダウンが非常にいい条項なのであれば、むしろそれを名誉毀損等々にも入れていったという意味では、日本の立法はそれなりに意味があると思います。逆に日本の場合は、著作権侵害と名誉毀損とで 709条という枠内では基本的な枠組みは変わりはないわけですので、それを区別しなかったというのは、逆に ノーティス・アンド・テイクダウンのほうへ持っていったという意味でいいのではなからうかと思えます。

また著作権侵害との違いがどうだというようなことをかなりおっしゃったわけですが、逆にプライバシー権侵害のような場合でも、いったん外へ出てしまうと止めようがないような状態になるだけ大きな問題があるわけですので、それぞれ権利の性質についてどちらも火急性を要するという点では、意味は異なるものの結果としては変わりなく、safe harborを取ったほうがいいのではなからうかという気はします。それとまず停止をして復活するという、DMCA的な形ではなくて日本の立法が行われつつあるという点については、私も若干危惧を持っています。

【モデレーター】 萩原さん、どうぞ。

【萩原】 岡村先生のコメントに追加させていただきたいのですが、私ども企業の立場ですので、できるだけ安全な環境でこの電子商取引に関連するビジネスを進めていきたい。その一環であるサービス・プロバイダーの事業が違法情報のアップロードで萎縮してしまうことがあってはいけなと強く思っているところです。そういう意味では完全な safe harbor規定、いわゆるアメリカ流のノーティス・アンド・テイクダウンが望ましいということで立法機関等にも働きかけていたのですが、結果的にはこういう形になったということです。

その背景にはいろいろあったのだろうと思います。まずはミニマムルール、ミニマムレギュレーションで行こうということなのだろうと思います。しかもその範囲も損害賠償にのみかぎった。したがって差し止め請求は含まれていないと理解されるのだろう。かつ日本のいままでの実態に合わせたということなのだろうと思います。権利者から権利侵害であるという通知があったのち、発信者にそのことを知らせれば、自らアップロードした情報を削除するということが多く行われているということで、まずは削除しないで通知する、notice and ノーティス・アンド・テイクダウンという手続きになったと聞いています。

最後に日本の法制度の原則である不法行為責任の問題ですが、サービス・プロバイダーの免責と言っても、不法行為責任の除外、そこから免責してしまうということはやはりかなり無理があるという議論があったと聞いています。そういうことからすると、まずはここに落ち着いたということで、この法制でこの法案を可及的速やかに通していただいて、運用してみて直すべきところは直すという弾力的な運用がされていけばいいのではないかと考えています。

【モデレーター】 田中さん、何か補足はありますか。

【田中】 パールムッターさんがいろいろなことをおっしゃいましたが、それでは一つだけ、皆さんがお触れにならなかった injunctive reliefが日本でISPに対して認められるのかという点もご指摘になっていましたが、これについて非常に不明瞭な状態にあるとお答えするのが正確なのだろうと思います。私はISPに対しても差止請求ができるのだということを申していますが、必ずしもそれが多数を制するに至っているわけではないですし、下級審の判決例も含めて、この点についてははっきりと判示したものはないというのが現在の実情です。

【モデレーター】 7日間の猶予の点については田中さん、何かご意見はありますか。

【田中】 7日間の猶予の問題は、3条2項で発信者に対して責任を負わなくなることを規定した免責要件であるわけで、これは権利者から通知を受けた場合の事実上の規範として動いていく可能性がないとは言えないのでしょうか、7日間を待って発信者が同意するのか不同意なのか、それを待っている間については、権利者に対する損害賠償を負う義務が発生しないのであるという構造になっていないことは明らかなのではないかと思います。

【岡村】 田中先生のおっしゃったことにちょっと補足します。たしかにISPに対する差し止め請求を認めた判例は日本にはありませんが、先ほどの2ちゃんねる事件は仮処分ですけれども、ISP自体ではないにせよ、掲示板の開設者に対する差し止め請求を認めている。そういう側面から見れば、私もかねてからプロバイダーに対する差し止め請求はできる、しかも無過失責任でできるということを本の中で書いてきました。たしかに不明朗であることは間違いないですが、若干そんな形で2ちゃんねる事件が触れているということだけ補足しておきたいと思います。

【モデレーター】 小泉先生、ほかに何かありますか。

【小泉】 特にありません。パールムッターさんがおっしゃった点で著作権と名誉毀損は違うという点に私も非常に賛成しています。そして日本の法律は著作権者との関係では、著作権に合わせた特別な解釈がこれからできるようになっていると思っています。とりわけおっしゃいましたが、知るべき相当な理由がある場合というものも、いろいろ検索だとかサーチのシステムが向上すれば、その都度変わってくる要件であると解釈されると思います。私のプレゼンの繰り返しになりますが、以上です。

【モデレーター】 何かご意見はありますか。

私のほうから一つご質問させていただきます。先ほどの発信者への責任の点ですが、これは強行規定だと考えられているのでしょうか、発信者への責任に関して。なぜそういう質問をしたかと言いますと、プロバイダーが、私は ノーティス・アンド・テイクダウンをしますという契約を利用者との関係で結んだ場合に、ノーティス・アンド・テイクダウンをした場合に損害賠償責任は負わないという契約をすることは可能だと考えてよろしいかどうかという質問です。

【田中】 それは当然可能ではないでしょうか。これは免責要件を決めているわけで、契約上より広い発信者との関係で、契約に入るときにその合意をすればそれは当然生きると思います。

【モデレーター】 そうだとするとプロバイダーとしては ノーティス・アンド・テイクダウンを規定して、その点について免責をするという形で自分たちのリスクを下げるができるかと理解してよろしいでしょうか。

【田中】 それはそうだろうと私は考えています。ただ、その制限規定が別の一般規定で無効になるということがあれば別でしょうが、それ以外は有効だろうと思います。

【モデレーター】 萩原さん、どうぞ。

【萩原】 いまの相澤先生のご質問で、いわゆる発信者に対する免責ルールの中で、その第2号に書かれていますnotice、ノーティス・アンド・テイクダウンですが、これは私が一番最初にこの法案をお聞きしたときには、最初のnoticeがあったら、その次のnotice、すなわち権利者への通知も義務だと聞いていました。ところが開けてみるとそうではなくて義務にはなっていない。ということは、ノーティス・アンド・テイクダウンの手続きを取るかどうかというのは、プロバイダーの勝手ということだと私は理解しています。それからそのことによってput-backがあった場合、この場合は最終的にその情報が違法情報かどうかということ、プロバイダーが自主的に判断をしないといけないということになってしまいますので、そのところで セーフハーバーの限界があるということだと思えます。

われわれ実務をやっている中で、実際に約款で違法情報だと思われる情報が掲載された場合には削除しますよという規定を盛り込みながらやっているわけですが、そのことと、この法律ができて何か変わったかという何とも変わらない。ただput-backがないときだけ safe harborになったということだと理解しています。

【モデレーター】 外国からの方、日本法については何かほかにご質問はありますか。よろしいですか。

フロアからプロバイダーの責任に関して質問が一つ来ています。この規定は不法行為法の特別法的位置づけになるのかというのですが、これはすでにお答えいただいてしまったので、一応そういうことで不法行為の特則という理解でよろしいということよろしいでしょうか。

若干早いですけどコーヒブレイクに入りたいと思います。

【事務局】 先ほど私は3時と申し上げましたが、訂正させていただきます。次は3時半まで休憩ということにしたいと思います。

- 休憩 -

### B - 3 著作権管理事業との関係

【事務局】 それではセッションを再開していただきたいと思います。相澤先生よろしくお願ひします。

【モデレーター】 それでは著作権管理事業についてのお話へ進みたいと思います。萩原さんからお願ひします。

【萩原】 私はデジタル・コンテンツの流通に向けてという観点でお話申し上げたいと思います。デジタル・コンテンツ・ビジネスが発展するためには音楽、写真、動画、アニメ、それからゲーム等のコンテンツ、これらの多くは著作物であると思われませんが、これらの流通が容易になることがその鍵を握るといふふうに言われていますし、また実際そのとおりであると考えます。本日の3番目のテーマの著作権等管理事業法の施行がその一つのきっかけとなれば望ましいと考えているところです。

先ほどと同じように当社のコンテンツ流通ビジネスをご紹介しながら話を進めさせていただきたいと思います。このシステムはBitwayと呼ばれるものですが、出版社、それからアーティスト、クリエイター、ゲーム制作会社等のコンテンツ・ホルダーと言われる方々のお持ちになっているコンテンツを仲介し、ニフティさんとか、BIGLOBEさんとか複数の有力サービスプロバイダーに提供して、さらに最終ユーザーさんにご提供するというシステムです。法的には利用許諾が最終的に行われるという形です。これによってコンテンツの流通の機会が増えまして、コンテンツ・ビジネスがさらに推進されていくだろうと考えているわけです。平成9年、1997年より事業を開始し、まずまず順調にここまでビジネスを進めているということです。このBitwayで取り扱っているコンテンツの1例をご紹介申し上げたいと思います。

これはいわゆるアイドル写真集ですが、「週刊プレイボーイ」のネット版という位置づけで、集英社さんのご提供でやっています。当然ここで映すためには許可を得て映しているわけです。有名な人気のあるタレント、田中麗奈とか、広末涼子とか、後藤理沙、名前を聞いてもわからないところですが、広末涼子だけは知っています。(笑) こういうアイドルタレントが登場してくるということです。このような画像は自宅のパソコンでダウンロードできる。自分でダウンロードした画像を大きくプリントアウトしたりして楽しむということです。また、こういう画像には不正な利用を発見するための電子透かし、これを埋め込んでいる場合もあります。その場合にはいわゆる著作権管理情報、すなわち著作者とか、著作権者等の情報を埋め込むこともできますし、不正な利用の検索ロボットで自動検索することもできるということで、一応不正利用対策が施してあるということです。

次のサンプルはWEBマガジンというジャンルに入るものですが、これは Internet FRIDAYです。いわゆる写真週刊誌の「FRIDAY」のオンライン版です。新刊だけではなくてバックナンバーも収録されている。さらには本誌未掲載のスクープ画像も収録されているということになっています。それから三つ目のサンプルですが、「デジ譜」と呼んでいるわけですが、デジタル楽譜です。この提供などもやっています。この「デジ譜」はパソコンの画面上で楽譜とCDやMDが同期、シンクロして動くという機能がついていて、演奏が始まると楽譜がスクロールして、いまどこを演奏しているかがわかります。歌や楽器のレッスンに最適とされているということです。当然楽譜は大変きれいな画質でプリントアウトもできるということになっています。

こういうコンテンツをBitwayで仲介しているということにして、現在Bitwayのサーバーには1万点以上のコンテンツが蓄積されてサービス・プロバイダーに供給されています。そこで著作権等管理事業法ですが、この法律はご存じのようにこの10月1日から施行されたということで、従来の昭和14年から施行されていた仲介業務法に代わって施行されたものです。

仲介業務法は楽曲および楽曲を伴う歌詞、小説、脚本の4種類の著作物について、仲介業務を行うとする者は文化庁長官の許可を必要としましたし、また使用料規定は文化庁長官の認可を必要としました。規制緩和の流れに沿って、これら4種類の著作物についての流通を活性化する。4種類の著作物にかぎらないわけですが、流通を活性化するために特にこれまで取っていた許可制

を取る不利益、さらには委託者と利用者の保護を高めることをねらいに著作権等管理事業法が施行されたということです。著作権等管理事業法は、まずすべての著作物をその対象とするということになっていまして、ある意味ではこの部分においては規制強化になっていると言わざるを得ないかもしれません。

次に著作権等管理事業です。この法律に言う著作権等管理事業ですが、これはまず管理委託契約に基づいて著作物等の利用の管理を行う行為、それを業として行うものというふうに規定されています。そして管理委託契約とは「委託者と受託者との間の、著作権等を移転し、著作物等の利用の許諾の管理を行わせることを目的とした信託契約」、または「著作物等の利用の許諾の取次又は代理をさせ、それを伴う著作権等の管理を行わせることを目的とした委託契約」、このいずれかであると規定されているわけです。しかも使用料の決定を受託者が行うもの、これが先ほど申しました管理委託契約とともに条件になっているのが、著作権等管理事業です。

著作権等管理事業者というのはこういう事業を行っている者ですが、文化庁長官の登録を必要とするということと、使用料規定および管理委託契約約款を届け出るという義務が課されています。こういう行為を行うことによって初めて事業ができるということです。ここで先ほどご紹介しましたようなBitway、先ほどのような仲介業務を行っている仕組み、コンテンツ仲介業者と言ってもいいかと思いますが、これはこの法律に言う著作権等管理事業者にあたらないとされています。その理由としてこういう仕組み、事業は常に著作物の貸し出しを伴い、仲介業者は著作権者の意思の伝達を行っているにすぎない。管理についての委託・受託の関係が存在しないから著作権等管理事業者ではないという説明がされています。

条文からはなかなかそのように読み取りにくいところではありますが、そういう説明がされています。したがって従来から存在していましたフォトエージェンシーとか、パソコン販売会社などは同様に解釈されて、この著作権等管理事業者ではないということになっているようです。またすでにこの法律は施行されていますので、この法律の経過措置による従来の仲介業務法のもとで許可を受けていたJASRACを含む4団体、および新規に音楽分野に参入しました株式会社イーライセンス、および美術品を対象とする株式会社東京美術倶楽部、この6団体がいま登録を受けているという状況のようです。

次にこの法律には指定著作権管理事業者という規定がありまして、ある利用区分における著作権等の管理事業の割合が相当程度占めていて、その使用料額の基準に対する影響力が大きいものと言っていいと思いますが、そういうものは文化庁長官が指定する指定著作権等管理事業者であるということになっています。現在JASRACがこの指定著作権等管理事業者に指定されていますが、このような管理事業者、あるいは指定管理事業者等は文化庁のホームページで閲覧することができる、確認することができるということです。

この指定著作権等管理事業者は利用区分ごとに利用者の代表からの使用料規程についての協議に応じなければならないとされていて、協議不成立のとき、文化庁長官の裁定を受けることができるというふうに規定されています。特に音楽の著作物については、従来からもその使用料についていろいろ議論があったところです。この法律によってその協議が法的に担保されたことになって、利用者サイドの声がより届きやすくなったということになるかと思います。ただこの協議をする利用者側が、利用者側の代表者ということになっていまして、だれがこの利用者側の代表者なのかをどういうふうに決めるのか、そういう実務的な問題は残っているのだらうと思います。

最後に、著作権情報検索システムJ-CISと呼ばれていますが、これについてお話しさせていただきます。先ほど申しましたように著作権等管理事業者が登録制になったことによって、同じ著作物の分野について複数の管理事業者が存在することになってくる可能性があります。そうしますと利用

したい著作物等をだれが管理しているのかわからないということが起こってくるわけです。このJ-CISと呼ばれているシステムは、著作物を利用する際に権利者または権利管理者を特定することが容易でない場合がこれから起こり得るだろうということで、インターネット検索システムのようにさまざまな観点から検索できて、権利者または権利管理者をサーチすることができるというシステムが考えられています。

今日はこのシステムを実際にちょっと動かしてみたいと考えていたのですが、文化庁さんに申し上げましたところ、だめだと言われてしまいました。これはまだ一般に公開されていない、テスト中であるということで、今日はこの画面だけでご辛抱いただきたいと思います。いずれにしても、文化庁さんは事業としてやられているわけで、これから非常に有効になってくるシステムかなと思っています。最終的にこれをどういうふうに実施されていくのかというところは煮詰まっていないということですが、ぜひこういうシステムが近い将来、市場に存在して検索が容易になることが最終的にデジタル・コンテンツの流通という形につながっていくのではないかと考えています。以上です、ありがとうございました。

【モデレーター】 それでは小泉先生どうぞ。

【小泉】 私のコメントは非常に短いのですが、まず第一にデジタル化、あるいはインターネットの発展に伴いまして既存の管理団体にどのような影響を与えるかということです。言うまでもなくこれは業務の個別化、あるいは多様化ということにつながっていくと思います。これまでJASRACの顧客となってこられたのはアーティストとか、放送業者とか、カラオケ業者など、一定のプロであったのですが、インターネット上での利用が活発化するにつれ、個人を相手にするという場面が増えてくると思います。いまご紹介ありましたが、10月1日から新しい法律が施行されまして、新規参入を正面から認めていまして多彩な展開が期待されています。予測は難しいのですが、ライセンス料の徴収とか分配方式が従来のいわゆるブランケットな形から次第に個別管理に近いものになっていこうと言われていています。とりわけネット上での管理についてはそうなると思います。

第二に、そうなるまいりますといまご紹介がありましており著作権等管理事業法は著作物一般に及ぶと言われておりますが、実は規制対象は案外狭いということも言えるわけでして、管理事業法の埒外の問題というのが出てくるわけです。とりわけここでは私的な録音録画補償金制度との関係です。この制度は著作権法の本法によって規律されていまして、著作権等管理事業法の成立によって影響は受けない、両制度は併存するということが予定されています。ただし予測が困難でありますのは、著作権管理の将来像として現状のまま報酬請求権の制度が維持されていくのか、あるいは個別的な管理システムがこれに取って代わっていくのかという点だと思います。

先ほどパールムッターさんがお話になりましたが、私的録音録画補償金制度というのはラフジャスティスであるというそしりを受けることもあります。今日お集まりの皆さんはそういうことはないと思いますが、実は一般的に日本人は、消費者はこの制度の存在自体あまり知りません。私の大学の学生にこういう制度があるよと説明してやりますと、コピーしほうだいのMDだからそれでいいのではないのでしょうかといったような反応が返ってきます。ドイツではかつてこの点をめぐって大きな訴訟にまで展開したと聞いていますが、日本ではいまのところこの報酬請求権制度をラフジャスティスだからやめようという動きはありません。これは著作権意識の差があると率直に認めざるを得ないわけです。

しかしいつまでもそうかどうかはわからないわけで、思いつくままに挙げてみましても、将来ですが、コピープロテクトをかけているソフトウェアの著作権者に対しても補償金は分配されるのだら

うか、あるいは個別管理を明示的に選択した人にも払うべきだろうかといった厄介な問題は、現在のまま両制度が次第に拡大を続けていけば出てくるだろうと予測されます。朝方ご紹介がありましたとおり、ECでも適当な報酬、正当な報酬とは何だろうかということについて、ついにハーモナイズが刊行されなかったそうです。わが国においてもこの点は近い将来ですが、整理が必要になると考えています。短いですが以上です。

【モデレーター】 それでは田中さん、お願いします。

【田中】 それでは著作権等管理事業とコンテンツビジネスの関係について多少のコメントをさせていただきます。萩原さんのほうからご紹介がありましたとおり、著作権等管理事業法が2001年10月1日から施行されました。これは第1に適用対象範囲を著作権と著作隣接権の及ぶすべての分野に拡大したこと、第2に管理事業への新規参入を容易にするために許可制を登録制に改めたこと、第3に委託者の自己管理に準ずる管理形態を規制対象からはずしたこと、第4に使用料規程の認可制を廃止して届出制とするとともに、使用料規程に関する協議、裁定という制度を整備した。そういったところが主要な内容のものです。著作権等管理事業法の施行に伴って、またはこの管理事業法とは関係がなくても起こる問題でもあります、いくつかの問題についてみたいと思います。

第1は同一分野における複数の管理事業者が存在することに伴う問題です。利用者としては一つの著作物について権利はどこにあるのかという所在を確認することがまず必要となるわけですが、この著作権等管理事業法の17条は、管理事業者に対しその取り扱っている著作物等に関する情報を利用者に提供する努力義務というのを課しています。円滑な権利処理という観点からしますと、管理事業者ネットワーク上で照会に応じるシステムを構築するといった努力がこれから求められてくることになるだろうと思われれます。また利用者の利便という観点からしますと、できるだけ早い時期に一つの窓口で権利の所在を確認することができるシステム、先ほどご紹介のありました文化庁が推進していますJ-CISの構想といったものが確立されることが望まれているわけです。ちなみにJASRACでは非商用の配信について、たとえばホームページでBGMを流したいといったような場合ですが、ウェブ上での申し込みと許諾のシステムをつくりあげているということです。

それから1999年6月のわが国の著作権法の改正によりまして、権利管理情報の改変等を著作権等の侵害行為とみなすという113条3項の規定が新設されました。権利管理情報の効用としましては権利処理の効率化というもの、違法利用の発見の容易化というもの、これらが挙げられるわけですが、これらの効用が発揮されるためには複数の管理事業者間、または自己管理や非一任型の管理をしている者との間で、その表現形式等を標準化していくということが必要になります。また著作権の権利者自身はこの権利管理情報を自ら埋め込むということはできない筋合いですから、利用者のほうで権利者側から提供を受けた権利管理情報を埋め込む措置を講ずるといったことが期待されていくわけです。

なお現在の著作権法では権利管理情報の改竄につきましては著作権侵害行為とみなされるということになっていますが、権利管理情報の付加、権利管理情報をつけることを利用者のほうの義務とまではしていないわけです。このへんについてもインターネットを安全な著作物流通の場として、結果として円滑な利用ができるというような観点からしますと、将来的な課題としては権利管理情報の付加を義務化するということも検討に値するのではないかと考えています。

次に取り上げます問題は利用者はどの国の管理事業者との間で権利処理をする必要があるか、または権利処理をすることができるのかという問題です。午前中のヴィニエさんのお話にありましたとおり、著作権侵害行為についての準拠法についてはいまはまだ議論があっても必ずしも決着がつい

た状態とは言えないわけですが、実際の具体的な場面での許諾のルールという点につきましては少しずつ進展が見られます。

先ほどヴィニエさんがご紹介されました「サンティアゴ合意」というものですが、音楽の演奏権管理団体の国際的組織であります CISACが相互管理契約の追加条項というものを提案して、これによる締結が進んでいます。この標準の追加条項というものの基本的な発想は利用者であるコンテンツ・プロバイダーの経済的所在地の管理事業者がこの契約を締結した団体のレパトリーについてワールドワイドの配信の利用許諾をするというものです。

ですから日本法人が日本国内のユーザーを主要な顧客として外国楽曲のインタラクティブ配信を始めるといったビジネスモデルが考えられるわけですが、当該日本法人はどこにサーバーを置いているかにかかわらず、当該外国楽曲の管理団体と相互管理契約を締結している日本の管理事業者との間で権利処理をすることができることになったわけです。いまは演奏権に関するものですが、複製権の一部の録音権についても同様の方向で収束していくことが期待されています。

最後にもう一つの問題に触れさせていただきたいと思います。それは著作権についての権利処理と、著作者人格権についての問題です。利用者が管理事業者との間で著作物の利用許諾契約を締結することによって許諾を受けますのは財産権としての著作権のみで、著作者人格権についての権利処理をしているわけではありません。著作権法59条に規定してありますとおり、著作者人格権はその帰属におきましても、行使におきましても一身専属性を有しているわけです。ですから著作者以外のものが権利処理をすることはないということになります。

ネットワーク上で著作物を利用するという場合に、主に問題になりますのは著作者人格権のうちの同一性保持権であろうと思われれます。と申しますのはデジタル技術の大きな特徴は改変することが容易であるということにあるわけで、利用者としては著作物を「変更、切除その他の改変」ということをして利用したいというふうに考えることもあるだろうと思います。その場合には管理事業者との間で著作権の権利処理をしても、その改変について著作者の意に反していないということの確認をしておく必要があるということになります。

日本で非常に普及している音楽のインタラクティブ配信として、いわゆる携帯電話等の着信メロディというのがあります。一般に着メロと言われていたものです。ちなみにJASRACの最近の商用配信についての使用料徴収額12億7000万円のうちの12億2000万円が着メロ配信からのものです。着メロは、その利用の目的からして一曲の一部を切除して使われることが通常です。だいたい45秒くらいを目安にしてつくりますが、そうなりますとその着メロの作成が著作者のほうから意に反する改変であるという主張がされる恐れがないわけではないわけです。将来的には著作者人格権についてどういうふうに著作者の意に反していないことを確認するのかというような問題が大きな問題になってくる可能性があるだろうと思われれますので、コンテンツビジネスという観点からしますと、十分な注意が必要であろうと思われれます。以上です。

【モデレーター】 それでは他のパネリストの皆さん方からコメントをいただきたいと思います。フーゲンホルツ先生お願いします。

【フーゲンホルツ】 ありがとうございます。若いタレントの写真がありません。そういうのをお見せしたかったのですが、大変残念です。ただ実際われわれのほうにも多くあります。実はオンラインでもオフラインでもたくさん持っていますが、今回はお見せできません。

いわゆるヨーロッパにおける著作権管理事業についていくつかお話ししたいと思います。ヴィニエさんからすばらしいプレゼンテーションがありました。これがオンラインのミュージック配信で

うまく機能するか、あるいは機能しないかという点についてです。これについてももう少し一般的な考察を申し上げたいと思います。もちろんこうした欧州における管理事業者、これは欧州においては非常に重要なわけです。すべての著作権についての政治的なディベートは、欧州においてはやはり管理事業者を中心としてなされているという実情があります。

この管理団体は非常にさまざまな分野で積極的に活動しています。単に音楽の放送だけではなく、たとえばフォトコピーングとか、教育的なリプリントへのライセンス許諾、あるいはその他の二次使用、たとえば有線による再頒布、またビジュアルワーク、さまざまな美術、写真というものを印刷媒体で使う、それから放送その他に使っていくということについて活動しているわけです。オランダはだいたい東京くらいの面積の国ですが、オランダにおいてすら20の異なる管理団体というものが活動しています。ですから法務省もこの数を減らそうという計画を始めているほどです。というのはこれでは著作権のついた作品のユーザーのほうはどこに行ったらいいのかわからないということで、非常にクレージーになるということです。

さて管理団体のこうした権利管理をしている法律、これはEUの中で非常に異なっています。加盟国の間でも非常に法律の違いがある。一部の国におきましては管理団体は制定法における法律の独占権を持っています。たとえば演奏権の管理事業者のBUMA、私の国にあるBUMAと言われる管理団体などがそうです。ほとんどの国においては法的な独占というのはありません。実質的、factual monopolyというもののみが存在しているわけです。ドイツにおきましてはこの管理団体を司るものは非常に複雑なライセンスシステムです。さまざまなライセンシングについての体制がある。欧州のほとんどの国においては管理団体を管理する法律がまったくない、あってもほんのわずかであるという例もあります。

しかし現状を見てみますと、すべての管理事業が行われているところにおいてはやはり国内における独占があるということです。管理団体間における競争、特に一定のテリトリーの中、あるいは一国の中における競争は非常にまれにしか行われません。数年前までほとんど競争はなかったと言っても過言ではないくらいでした。先ほどヴィニエさんのほうからもお話があったように、競争法が適用されて欧州全体の中でテリトリアルなアロケーションというのは禁止されている。特に顧客割り当てについては禁止されているにもかかわらずです。

しかし一部で競争が過去数年、行われるようになりました。特に機械的複製権の分野においてです。たとえばレコード制作者です。彼らがヨーロッパ全体の中でもっともよいディールが行われる地域を探す。一番有利なロイヤルティを探すということです。演奏権におきましてはまだまだテリトリアルなモノポリー、独占権というのが幅をきかせているという状況です。

EUにおきましては、今後さまざまなイニシアチブを行って権利管理を行っていくことが期待されています。これについて指令案がこれから2年の間につくられていくだろうということが期待されています。おそらく来年にこれが実現するかもしれない。これによって指令についての、こうした権利管理を行うためのプロポーザルが来年出てくるかもしれません。まだこの秘密のドラフトを私自身も目にしていませんが、何か少しずつ行われつつあるという状況のようです。指令はまだ革命的と呼ぶにはほど遠いものです。まだ競争というものを管理団体間の中に導入する、しかも大きなスケールで導入するということは考えていないようです。一般的に予想されるのは、たとえ国内の独占が著作権、それから隣接権に関しての権利行使をやりやすくする効果的なメカニズムという風に受け止められても、権利管理を認めていこうという方向になるであろうということです。

指令に関しては、ライセンシングの手続きについての透明性についてのルール、それからまたこうした管理団体についての監督ルールに限定されると思います。おそらくその中には国籍による差別というものを、特に団体のライセンシングに関して禁止するというような条項が入るかもしれま

せん。

今日の最大の問題、特に今日のテーマですが、この管理団体、あるいは管理権利団体がオンラインの環境でどういう役割を果たすべきかということではないかと思います。ヴィニエさんのほうから、今朝の話の中でありましたように、管理団体はすでにライセンスをWEBベースの音楽配信に対して長年提供してきた、供与してきたということがあります。ときとして管理団体はこれを行っても、実際にはマンドートがなくてやっているということがあるわけです。はたしてこれがライセンスングをしている権利を正しく代表しているかどうかを確認せずにやっている場合もあるわけです。

実際二つの複雑な要素があると思います。一つに関してはすでに前のスピーカーのほうから話がありました、こうした管理団体は通常はテリトリアルな権利のみを代表している。自分自身のテリトリーのみを代表しているということがあります。それからもう一つ非常に複雑にしている要素としては、多くのメンバーあるいは管理団体にかかわっているメンバー、たとえば著作者とかあるいは隣接権の権利保有者ですが、権利を電子的な使用に関して管理団体に委譲したりライセンスしていないということもあるわけです。こういう場合には管理団体は電子的な権利を持っていないということになります。自分たちが代表している権利がないということになります。これは大変おもしろい点だと思います。

多くの判例法が欧州と米国ですでに出ています。またカナダでも出ています。これらの判例法の中で、権利を付与するということの中には明文的にちゃんと規定されていないかぎりは電子的な権利が入っていないということを言っています。最高裁の今年の初めに出たものですが、いい例だと思います。フリーランスのジャーナリストが新聞の記事の電子的な使用について、出版社に対してこの権利を与えていないということを言っています。こういうことがありますので管理団体のほうでも、同じような問題、たとえば新聞社と同じように実は権利を与えられていないという状況に陥ることがあり得るわけです。

それからまたその他の問題、実際にオンラインの環境にこうした権利管理の団体がどうやってかわるかということです。たとえば音楽出版社が特にそうなのですが、あまり管理団体のほうが大きなコントロール、権利を支配してしまうということを歓迎していません。音楽出版社にとっては自分たちにとって非常に重要だと考える、こういう権利を自分たちでライセンスしたほうがよいというふうに考えているわけです。

それからまたその他さまざまな非常に現実的なロジスティクスの問題があります。実際にこうした権利の管理を団体的に行うということは理論的には世界のすべての市民にあてはまる、世界のすべての市民が報酬請求権を持つ著作者になりうるからです。こうしたインターネットのコミュニケーションにすべてこういう権利を適用しますと、使用料をrepartitioningする、あるいはまた再分割してしまうということになりますので、これは考えたくもないような膨大なテーマになってしまうということです。

これで非常に大きな問題に直面することになると思います。これはパールムッターさんがすでに言及した、それから小泉先生のほうが言及なさった点です。はたしてわれわれの将来はこうした管理団体がすべての分野で著作権の利用についてかかわってくるようになるのか、あるいは個人の権利の利用というものが過去と同じようなnormとして続くのかということです。それから賦課金がつくのか、あるいはデジタル権利の管理の世界になっていくのかというようなさまざまな大きな問題を将来について考えなければいけないわけです。

欧州の著作権指令を見てみますと、明確なことは欧州の立法の作成者たちがまだこの問題に対して答えを出していないということです。これは両方の馬に同時に賭をしているというようなことで

す。一方で賦課金というのを非常に大きなスケールで導入している。そしてたとえば私的な複製というもの、今朝の私の話で言ったように、こういうものを導入していると同時に、また一方でデジタル権利管理というものを行っている。これは迂回に対する技術的な措置についての大きな保護というものを条約の中で与えているということを同時にやっているわけです。これは決して指令を批判しているわけではありません。単にこういうことが実際に人生の現実なのだと。われわれとしてはどういう方向にデジタルの世界が向いているのかわかりません。そしてこれがこの指令はこれを両方何とかして対処しようとした苦肉の策だったということだったと思います。ありがとうございました。

【モデレーター】 それでは岡村さん、ご意見をいただけますか。

【岡村】 2、3点申し上げたいと思います。まずこの管理事業法により、より配信ビジネス等が容易になるような競争がさらに進むことを非常に期待しています。その場合に柔軟な利用形態を多様化できるということもあるのと同時に、管理事業法によって管理対象が拡大されたわけですが、そこで管理事業を行う際にこれまで日本の実務が行ってきた、たとえば写真などをカメラマンなどに依頼する場合の非常にあいまいな契約形態ということが、つまり著作権処理のあいまいさということのつけがもしかすると一挙に回ってくる時期に来るのではないかと、そういう逆に心配を持つことが一つあります。

それと田中先生がご指摘になりました人格権の問題です。最初にその話をしたので、最後にそれに帳尻を合わせるという意味ではありませんが、われわれ日本の実務家としましては人格権不行使の事前包括同意特約を取っておりまして、皆さんご存じのようにその法的な効力がどこまであるものかということにいつも不安にさいなまれながら、取りあえずこれしかないのだというような形で入れてきているわけです。しかしより管理事業というのが進むという状態になれば、また配信ビジネスということが進むためには、このへんで何らか立法的な形でできれば片を付けていただきたいと思うわけです。

特にこれからこのデジタルは皆さんご存じのように、たとえば素材を持ってきてそのドット数を変える、フォーマットを変える、あるいはそれこそ権利管理情報を入れる等々、いろいろな加工が出てくるように思われます。そうするとそれがいちいち同一性保持権との関係で非常に不安定な地位に置かれるということが続くならば、せっかくその管理事業を進めようとしたところで何らかの妨げになるような気がしてなりません。またさらには今後はより柔軟な契約形態を踏まえて、たとえばどなたかが加工して二次的な著作物にしたりするような形で、どんどん二次、三次の加工をしたものが配信をされる、あるいはライセンスをされるというような時代になってこようかと思えます。そういう意味でも、しつこいようですが、人格権の問題を立法的にいま何とかしていただきたいという気持ちをさらに強くしました。以上です。

【モデレーター】 パールムッターさん、どうぞ。

【パールムッター】 まずデジタル環境における事業の発展、それから徴収団体についてですが、正当なそしてライセンス化された著作物の頒布をオンラインで提供する強い必要性があると思えます。それも可及的速やかにです。スミスさんがおっしゃったとおりインターネットの海賊行為がいまやどんどんと増えています。

たとえばピア・トゥ・ピアの技術によって、コンテンツを直接1人のユーザーから別のユーザー

へ頒布できるようになっている。その技術自体は中立で多くの意味ではとてもエキサイティングな技術なのですが、それがどんどんと発展して、また著作物に対してのライセンスの付与なく利用されてしまっています。それも日々分散化され、効率だけはよくなっていくという状況があります。ですから訴訟だけでは十分ではありません。やはり著作権者としては合法的な、そして魅力的な代替案を公衆に提供する必要があるのではないのでしょうか。

ただ問題はそれをするためには複雑なライセンスングが手配されなければいけない。特に音楽の分野では、ヴィニエさんがおっしゃったとおり大変複雑だと思います。また技術的な保護を入れなければいけないという問題が出てくるわけです。当然許諾なしにして、技術、ライセンスを使わないほうがずっと迅速で容易です。こういったものを入れ込むためには時間がかかります。

ただ朗報としては多くの大変いいイニシアチブがどんどん進んでいます。萩原さんのBitwayシステム、大変興味を持って聞きました。アメリカでは多分近いうちに、音楽をオンラインでミュージックネットとプレスプレイなどが配信するようになると思います。できるだけ早くそうなればいいと思いますが、そうしますとストリーミング、そして限定的なダウンロードを通して公衆が音楽にアクセスできるようになります。

それから徴収団体についてですが、大変興味深い点を多くの方々が指摘されました。フーゲンホルツさんはたとえば徴収団体の役割が変わるという話をされました。それにあまり付言することはないのですが、私は集中管理団体の役割がいま大きくほとんど革命的に変わろうと考えています。それにはいくつかの理由があります。特にここで特筆したいのは、いままで徴収管理というのは純粋に地理的に限定されていたのですがこのようなやり方はいまやインターネット上では時代遅れになってしまっている。ウェブキャストの例がとてもいい例だと思います。また同時に長い目で見るとこれがより競争を、それも徴収団体間で促進する可能性があり、それはいいことだろうと思います。

二つ目の理由として、従来の支分権がはっきりと区別されていたモデルが崩壊してきています。つまり何が実演であり、何が複製であるかを区別するのが難しくなっているわけです。全然違う技術的な文脈で作成された権利というのは、著作権にとって将来あまり意味を持たなくなるかもしれない。となりますと、いろいろな徴収団体が各々異なる権利を管理するアメリカのようなシステムではかなりのひずみが出てきているということです。

第3に、デジタル権利管理についてはすでにほかの方もおっしゃいましたが、集中管理がセオリー上はそれほど必要ではない。というのは個人が自らの権利を行使する方が簡単かもしれないからです。特に賦課金システムなどに比較するとそうです。しかし、徴収団体が必ずなくなるというわけではありません。こういった変化に対応した新しい機能を担うようになってきています。たとえばエージェント、あるいはデジタル権利管理の管理者として、あるいはデジタル識別子の開発者としての新しい役割です。

やはり今後存続していくために必要なのはこれらの管理団体が古いモデルにしがみつかないことです。そして単純に自らの既得権を守ろうとしている印象を与えない。むしろ権利者の権利を守ろうとしているという印象を与えることです。やはり変化する状況に対応できるところが存続するでしょう。

【モデレーター】 それではスミスさん、どうぞ。よろしいですか。それではヴィニエさん、どうぞ。

【ヴィニエ】 ありがとうございます。ここでヨーロッパの賦課金について申し上げてもよろしい

ですか。

【モデレーター】 はい。

【ヴィニエ】 ではまず皮切りとして、賦課金のヨーロッパにおける背景をご説明したいと思えます。そもそもの始まりは1965年、ドイツでした。ドイツが著作権の賦課金をアナログ録音（録画）機器に課したわけです。こういった賦課金その後、記録媒体にも拡大されるようになりました。そして徐々にオーディオ録音機械、ビデオテープレコーダー、そしてブランクのテープ、つまり何も入っていないテープ自体もlevyの対象となったわけです。

現在15あるEUの加盟国のうち、3カ国を除いてほかはすべて、この賦課金を持っています。EU域内で賦課金を持っていない国はイギリス、アイルランドとルクセンブルグの3カ国だけです。この3カ国は賦課金をほしくないと言明しています。残りの12の加盟国で賦課金を導入している国では制度に大変ばらつきがあります。フーゲンホルツさんがおっしゃったとおり国によって全然違います。ドイツのように賦課金を機器と媒体に課している国もあれば、フランスのように賦課金を媒体にのみ課している国もある。そして北欧諸国も一般論として賦課金を媒体にのみ適用して、それ以外にそういう手だてを取っている国が複数あります。

いまや闘いはデジタル機器とデジタルメディアへシフトしています。つまり著作権の賦課金がデジタル機器にも、そしてメディアにも賦課されるだろうかという問題です。パールムッターさんとフーゲンホルツさんはいずれもこの闘い、つまりはたして賦課金をデジタルな機器や媒体に賦課するかという議論が、将来の著作権管理の形態を決める。それが集中管理という形態になるのか、それとも個人的、そして直接的な著作権管理、特に、デジタルな著作権管理システムになるのかを決定するだろうとおっしゃっています。

当然この闘いというのは、徴収団体の将来をめぐる闘いであり、パールムッターさんがおっしゃったとおり、ヨーロッパの徴収団体の一部はより前向きで進歩的です。たとえばイギリスなどにはかなり前向きな徴収団体が多く、国の名前は挙げませんが、それほど前向きではない徴収団体がいる国もあります。

デジタル機器、媒体に賦課金をかけるかどうかの闘いの最前線はいまやドイツになっています。ドイツは常にこれらのことが最初に闘われる前線であったわけで、いま一番大きな争点がドイツになっています。著作権の賦課金はすでに複数の形態、あるいは種類のデジタル機器へと拡張されていまして、たとえばスキャナーにも賦課金が適用されています。既存のドイツの賦課金についての文言をデジタル機器に適用できるかという適用性の問題がスキャナーとの関連で出てきました。ドイツの最高裁はその上訴審での口頭弁論を今年の夏に終えまして、あと数週間で判決が出ます。ということでドイツの最高裁（BGH）、カールスルーへの最高裁があと数週間でその主要な問題点のいくつかについては結論を出すはずですが、ドイツの著作権法と賦課金のデジタル機器への適用についてです。

それからヒューレット・パカード（HP）が、CDのライターに対する賦課金を要請するドイツの徴収団体に提訴されました。シュツットガルトの地方裁判所がたしか去年の春だったか、夏だったかに、ドイツの著作権、賦課金システムはCDのライターにも適用できるという判断を下しています。CDライターは私の考えでは徴収団体にとっては勝利できる一番簡単なケースだったと思います。というのは今まで賦課金というものが賦課されてきたアナログ機器に一番近いものだからです。

いま一番争点となっているのがはたして著作権賦課金をパソコンにも適用するべきかという問題

だと思います。ファルゲヴォートというドイツの文書コピーの徴収団体なのですが、ここがドイツの特許庁で富士通シーメンス、つまり富士通とシーメンスのPCの合併会社に対して、賦課金のパソコンに対する賦課を要請する仲裁の申し立てを行いました。仲裁手続きは訴訟に必要な手続きです。徴収団体は富士通シーメンスをミュンヘンの地裁に申し立てる前にPTOでの仲裁申立を行う必要があります。一時停止されていましたが、もうすぐプロセスが再開しそうです。この訴訟が係争しているかぎり、今後ドイツの裁判所で賦課金をパソコンにも適用できるかどうかの判断が出てくると思います。

一方ではドイツの司法省のもとで徴収団体と業界代表のBitcomとの間での交渉が行われています。業界の目から見ると、司法長官がいわば徴収団体の回し者になってしまっていることが一番大きな問題です。司法長官は明らかに徴収団体をひいきして、彼らに有利な規定を出そうとしているようです。

いわゆるプールモデルというのがいま検討されています。プールモデルというのは、ある特定の金額を業界が総額として支払うことで合意するものです。あるリストに掲載された機器、これはいわゆる多機能機器を含みますが、その不明瞭なリストに基づいて総額を支払ったら、だれがいくらをどのデバイスで払うかについては業界で分けなければいけないということです。PCについてはこの提案モデルでは3年間の猶予期間が与えられています。しかしプリンター、スキャナー、CDライターなどのいわゆる多機能機器、もしかしたら携帯電話も含むかもしれませんが、こういった製品のメーカーは徴収団体に払うこの総額をどのように分配するかを自ら決めなければいけません。これは大変不満なアプローチですが、どうなるかはまだ予断を許しません。

それから同時に著作権指令というのが出されていて、フーゲンホルツさんがおっしゃったとおり、この著作権指令を、私は批判するつもりではないのですが、これは二枚舌と言いましょか、多くの意味ではヨーロッパでの賦課金の拡大を強く支持しているながら、一方でその一部の文言を読みますと、賦課金は特定の状況においてはゼロであっても良い。そして公正な補償はあらゆる状況を検討に入れなければいけない。特に補償を直接的なライセンスで既に払っているかどうかを検討しなければいけない、などと書いてあります。

また著作権指令では具体的な参照を技術的措置に対して行っています。そして賦課金はこういった技術的措置の適用、不適用を考慮しなければいけないとしています。業界は有効な技術的措置が利用可能であれば賦課金は減らすべきだ、あるいは廃止すべきだと言っています。というのは技術的措置というのは、集中管理ではなく直接的なライセンスを可能にするからで、実際の著作権者の利益、そして業界の利益にもなると業界は考えています。しかし徴収団体の利益にはならない。徴収団体が自らを生まれ変わらせて、いわばAOLタイムワナーのような仲介業者に生まれ変わらないかぎり、彼らの利益にはならないでしょう。

いずれにせよこの著作権指令がどのように実施されるか、そして加盟国がはたしてデジタル権利管理システムに基づく技術的措置を選ぶのか、それとも著作権の集中管理システムを選ぶのかはまだ予断を許さないと思います。その決定自体が、技術的措置がどのように発展し、実施されるかに大変大きな影響を与えます。というのはヨーロッパが仮に幅広く著作権賦課金をデジタル機器にも適用するという選択をすれば、その結果として技術業界が技術的措置、つまりデジタル権利管理システムを開発して、導入するインセンティブを奪うことになるわけです。

パソコンメーカーがどうせ賦課金を払うのであれば、あえて著作権コピーイングをコントロールできるような技術措置をわざわざ開発するのでしょうか。むしろ、できるだけデバイスに多くの複製機能を入れ込んで、たくさん複製できますよと言ってそのデバイスを売り込んで賦課金を払えばいいというインセンティブが働くでしょう。

最後に、ほかの国でもいま多くのことが実行されています。たとえばフランスでは賦課金をハードディスク、ハードドライブに適用するかの真剣なディスカッションがあります。スペインでもさまざまなデジタルメディア、機器についての議論が始まっています。そして北欧諸国では賦課金をデジタル媒体について適用するかどうか議論されています。いまや賦課金につきましては、ヨーロッパで議論が沸騰している時期でありまして、結果はやはりドイツの結果如何によって左右されます。ドイツで出た結論はヨーロッパの他の地域に広がる可能性が大きいと思います。賦課金についてちょっと話しすぎましたが、ヨーロッパにおける賦課金の現状をお話ししました。ありがとうございました。

【モデレーター】 ありがとうございます。何かそれについてご意見はありますか。小泉先生、どうぞ。

【小泉】 意見というわけではありませんが、感想をまず一つ言いますと、先ほど私が申し上げたとおり、日本でもヨーロッパでも大きな問題状況としてはかなり似たものがある、ただ日本についてはあまりまだ緊迫していないというのか、切迫していないという点が違うのかなと思いました。もう一つは単純な質問なのですが、今日はイギリスからのお客様はおられないのですが、イギリスやアイルランドやルクセンブルグはなぜこの制度を導入したがるらないのでしょうか。もしご存じでしたらどなたでもけっこうですが。

【モデレーター】 ヴィニエさん、どうぞ。

【ヴィニエ】 イギリスの者ではないのですが、アイルランドでもルクセンブルグの人間でもないので慎重にお答えします。イギリスの方々とはいろいろお話をしていますが、イギリスに関して言えば、制度的にプライベート・コピーの例外がないような形になっているわけです。ですから法律の枠組みの中でプライベート・コピーの許される範囲が大陸法よりも少ないのです。

皆さんちょっと逆に考えているかもしれないのですが、欧州大陸よりもイギリスの方が合法的私的コピーの範囲がせまいのです。ドイツのほうがプライベート・コピーイング、また専門家のいうパーソナル・コピーイングの許される範囲が広いわけです。ドイツ著作権法53条がそうです。ですから民間のオフィスで取るコピーはプライベート・コピーの除外ではなく、パーソナル・コピーの例外に含まれることが多いのです。フェア・ディーリングという条項がイギリスにあります。これはドイツの53条ほどコピーをつくるということを広範には認めていません。ということは、個別のライセンシングでの対応がより必要です。ですから企業はたとえばイギリスの徴収団体を通じて、社内にとるコピーのライセンシングを与えられています。ドイツではこういう例はそれほどありません。

私がイギリスの政府や業界の方々と話した感じでは、彼らはこの方が良いアプローチと感じているようです。パーフェクトジャスティスではないかもしれないが、ラフジャスティスよりももう少しきめの細かいものである。つまり賦課金制度のようなラフジャスティスを認めたくないということだと思います。

それからアイルランド、ルクセンブルグに関しては事情がわかりませんので発言できません。

【モデレーター】 田中さん、どうぞ。

【田中】 一つ質問をさせていただきたいのですが、先ほど多目的機器の話をしていました。その多目的機器が私的録音補償金の対象になるかどうかという問題ももちろんあるのだらうと思いますが、そもそも家庭用の機器として一応はつくられているものであっても、私的録音だとは言えないのではないか、私的録音の範疇に入るかどうかには問題があるというような議論についてのヨーロッパでの状況をヴィニエさんに教えていただけたらと思います。

【モデレーター】 ヴィニエさん、いかがですか。

【ヴィニエ】 はい、わかりました。何とかわかったつもりです。フーゲンホルツさんの方が良いコメントをしてくださるかもしれませんが、いわゆる私的コピーの例外の適用範囲は著作権指令と5条2(b)の中でかなり論議が尽くされているものです。著作権産業は5条2(b)のプライベート・コピーの例外を著作権指令に含む際に、本当の意味での個人的な私的利用だけにこれを止めようと、活発に活動を進めてきました。たとえばある歌を一曲録音して友人にそのコピーをあげるということは例外規定ではない。5条2(b)というのは私的使用の例外にこのような活動を含めない形になりました。

制限をかけることはとても大変でした。一般家庭の使用のみに厳密に制限できたわけではありませんが、商業的な利用はダメという要件がある分、プライベートな行為には限定されると思います。ドイツ法の53条には、この規定はありません。ドイツでは私的利用のコピーというのをビジネス環境で行っても、これが個人的な使用であれば認めています。ミュンヘンでコンピュータをオフィスで使っていて、自分で個人的に使うためにコピーをつくったとすれば、これは53条のパーソナルユース、私的使用の例外の範囲内となるわけです。

ただしこれはちょっと適用除外の範囲が広すぎると思います。もう少し限定すべきです。ドイツが著作権指令を実施する時、53条を縮小すべきです。ドイツの司法省の方に聞いたのですが、これは絶対に削減しないという話でした。それは著作権法の違反になると思います。

ご質問のもう一つの側面として、たくさんコピーをつくった時、たとえば巨大なハードドライブを持つパソコンがあって（これからはどんどん大きくなるでしょうが）、パーソナルな形で大量のコピーを作っても、私的使用の例外が適用されるのでしょうか。一般論からいえば適用されるのだと思います。というのはコピーの数自体は特に制限されていないと思います。プライベートコピーかどうかということだけですので、プライベートコピーであるということになれば、いろいろなものをハードディスクに格納したところでその量は問題ないわけです。フーゲンホルツさん、どう思いますか。

【フーゲンホルツ】 はい、私もそう思います。

【モデレーター】 どうぞフーゲンホルツ先生。

【フーゲンホルツ】 いまの質問の解釈ですが、非常に難しい問題を含んでいると思います。すなわちどの媒体、どの機器を賦課金の対象に指定するかです。これが質問の核心だったかどうかわかりませんが、そのようなことも質問に入っていたとするならば、重要なのは著作権指令の中では具体的にどの機器が、もしくはどの媒体が賦課金の対象かということ指定していないということです。ドイツ法、オランダ法、北欧諸国の法律を見ても、やはりどの媒体が賦課金の対象か、又ははずれているかということがわからないわけです。

です。今日この論議の一つは、ヴィニエさんもおっしゃっておられましたが、既存の賦課金制度がどこまで適用できるかを法律解釈によって特定しようということです。これはヴィニエ先生がおっしゃっておられましたが、ドイツの裁判所では徐々にその範囲を拡大して、コピー機器の範囲にリーダー・プリンタを含んできましたし、少なくとも、シュツットガルトのある下級審の判断ではCDバーナー、それからスキャナーが含まれる可能性もありうるということになってきました。

しかし機械が、本当に汎用のものであった場合はどうでしょうか。おそらく大部分の場合はパソコンのように著作権の対象となっているものをコピーするためには使われていないことが多いと思います。世界中の15才のティーン達はハードディスクのギガバイトレベルの容量を使って、不法なソースからの音楽をコピーし、格納していますが、一方で、われわれのような一般人は自らの作品を作り、PCは基本的にはワープロとして利用しています。われわれ消費者も、ロイヤリティの支払いを課されるかということになるわけでして、このような質問はヨーロッパではまず最初に裁判所の判断、次は立法府の判断ということになると思います。

私は徴収団体が賦課金を課す媒体を決定できる、もしくは機種を指定できるような仕組みには反対です。これが今のヨーロッパの主流ですが、私は反対です。それよりもむしろ立法府主導型、もしくは文化省とか、担当官庁がより民主的な形で設定すべきだと考えます。

【パールムッター】 私のほうからは米国法に関しての明確化をしたいと思います。先ほど、オーディオ・ホームレコーディング・アクトという法律をご紹介しました。この分野で唯一米国法は賦課金制度を認めているわけです。デジタル録音機器並びに装置に限定しています。コンピュータは明示的に除外しています。

ほかの分野ではアメリカ法でのプライベートコピーというのはイギリス法にかなり似ていると思います。すなわち、私的コピーが著作権者の同意なしで許されるかどうかというのは、フェアユースで判断しています。あの私的コピーがフェアユースの範疇であるかどうかというのは、色々な要素のバランスを見て判断するということになりましょう。その使用がどの位商業的なものか、すなわち市販されているものの代替物となりうるかどうかということによって判断されるわけです。この構造はイギリスと似ていると思います。イギリスでは、プライベート・コピーは常にフェアユースだという明白な線引きされているわけではない。ですから、イギリスもアメリカも複写を社員がするために多くの企業ではライセンス契約を結びます。これはトーマスさんが言ったとおりのことだと思います。

【モデレーター】 スミスさん、どうぞ。

【スミス】 ちょっと付け加えますが、アメリカでは賦課金制度に対して歴史的な経過から強い嫌悪感があります。その結果、アメリカではかなりの勢いで実用性のあるデジタル権利管理システムをつくらうという動きがあります。フェアユースという背景がありますので、補償が必要な使用(compensable)はDRMによって簡単に保証できるし、そのインセンティブも大きいのです。いくつかのせまい分野を除いては、アメリカはこの方向に進むと思います。

書籍出版に関しては二つの考え方があります。まず徴収団体 Copyright Clearance Centerのほうで集中管理をしてデジタル・コピーングを許諾するか、もしくは直接ライセンス契約を結ぶかですが、殆どどの出版社は後者を望んでいます。ユーザーの側から言えば、教育関係者、図書館関係者はやはりより広いフェアユース上の権利を維持することを望みます。すなわちコピーをしても料金がかからない状況を望むわけです。ですからアメリカではこの緊張状態がしばらく続くでしょう。

あくまで私の考えですが、これからアメリカではデジタル権利管理のテクノロジーというのがかなり勢いを増してきて、トーマスさんが言っていたようなインセンティブが広がると思います。この部分をきちんと守ることができる賦課金システムは今のところないので、この方向で向かうことであらうでしょう。

【モデレーター】 ありがとうございます。いまPCへの課金の話がちょっと出てきたのですが、日本のパネリストの方、これについて何かご意見がありますか。萩原さん、どうぞ。

【萩原】 私は別段コンピュータ・メーカーの人間ではありませんので、あまり出しゃばったことを言うべきではないのかもしれませんが、汎用機器であるパソコンに補償金をかけるというドイツの動きには、私の聞いている範囲では日本のコンピュータ・メーカーさんは強い危機感を持っているということです。そもそも汎用機器であるパソコンはいろいろな用途に使えるわけですから、ある用途にかぎっての賦課金、すなわち補償金とか、それをかけるのはどうかなということなのだろうと思います。

翻って考えてみますと、コピープロテクトの迂回規制のルールが導入されたときにも、パソコン、汎用機器でそういうコピープロテクトの迂回ができるのではないかということで、パソコンを含めるべきかどうかというような議論もありました。そういうことから考えても汎用機器であるパソコンにそういう補償金をかけるというのはどうかなというのが、おそらくコンピュータ・メーカーさんの思いだろうと思っています。先ほどお話があったように、ドイツの最高裁判所の動き、判決が影響を与えるということですから、おそらく非常な注目を日本のコンピュータ・メーカーさんもしていると考えています。

【モデレーター】 どうもありがとうございました。小泉先生、何かこの点についてご意見はありませんか。

【小泉】 私はPCにかかるべきか、かけないべきかということについてはまったくニュートラルなのですが、一つ海外からのお客様のために日本の決め方、フレームワークについて情報提供しておきたいと思います。先ほどドイツでは最終的にPCにlevyをかけるかどうかは裁判所が決めるということでしたが、日本では基本的には著作権法の政令として文化庁が指定するという手続きになっています。

それからもう一つ、汎用機器について先ほどから問題が出ていますが、現在私的録音録画補償金の対象になっている機器の中でも、必ずしも著作物だけをコピーするものではない機器が入っています。そういうものに対してもlevyがかかっています。著作権法はそれをどういうふうに対処しているかと言えば、ユーザーのほうで買った機器がいつまで著作物をコピーしていないということの証明に成功すれば、1回払ったlevyを返還してもらえという条文になっています。ただ私の知る限りその成功例は1例もないということです。以上です。

【モデレーター】 どうもありがとうございました。いくつか先ほどできた議論の中で管理団体が現在テリトリアルである。地域的である、国ごとであるということをおっしゃったわけですが、これが国際化しますと、先ほど言ったレギュレーション、規制はどういうふうになると……。たとえばヨーロッパでも域内の権利を扱うという団体が出てきた場合に規制はどういうふうになるのでしょうか。ちょっとそういう話題が出たので。

【フーゲンホルツ】 どのヨーロッパの規制に言及なさっているのかわからないのですが、規制の中で監督、この徴収団体についての監督という規制であれば国内法が依然適用されると思います。これがたとえばライセンスをグローバルなスケールで提供する徴収団体であっても国内法が適用されると思います。これはすでに先ほど言ったようにいくつかのセグメントで行われています。特に機械的複製権の分野では、これが行われているというのが実証済みです。ですから国際的な活動になっても、これは今後あまり変わらないと思います。

それからおっしゃった中でもう一つ異なる質問があったと思います。テリトリーという形で組織された徴収団体、ここでは集団的なライセンスというものが非常にグローバルな影響を持つという場合にはどうなるか、そういう意味合いも入っていたと思います。先ほどヴィニエさんの説明にもありましたが、いわゆる中間的なソリューション、インターメディアイトなソリューションとしては、管理団体自身が選択しているやり方として、テリトリアリティ、属地主義というものを維持する。また同時にグローバルなライセンシングというものも並行して行っていくというやり方です。

しかしこれはあくまでも一過的というか、経過的な措置だと思えます。ですから長期的に見ればこれは非常に短期的なものでありまして、徴収団体はいろいろなかたちで国内のテリトリーというものを越えていかなければいけない。そしてもっと集中化して、非常に大きなグローバルな管理団体というふうになっていかなければいけないという面を持っていると思います。ですからこれは絶えず将来を予測するのは難しいわけですが、おそらくわれわれが学ぶことができるのはまったく別の分野、法律の別の分野からだと思います。たとえば電気通信といったような分野では、かなり最近、数年前のことだと思いますが、電気通信の世界は各国のP T Tから構成されていました。これが国内の独占をしていて国内の法律によって非常に大きく規制されていた、そして外国の競争を排除できる立場にありました。P T Tは多くは国営とか、国によって管理される、コントロールのきく組織だったわけです。

数年後になりますとこうした国内のP T Tの多くのものが政府の保護を失うようになった。そして国内の独占権も失ってしまった。これはやはり競争法というものが非常に大きく影響したわけですし、グローバルライゼーションというものが非常に大きく影響したわけです。電気通信市場がグローバル化した影響を受けたと言うべきでしょう。ですから同じようなことが管理団体にも起こるといような予測をすれば、徴収団体、特に小国ではおそらく大きなところに買収される、又、大きく、そして食われるということがないことであってもやはり合併をしていかなければいけない。非常に大きなプレーヤー、少数のみが将来は残るといふふうになると思えます。ASCAPなどがそのうちのひとつかもしれません。

その他のシナリオとしては、ヴィニエさんがすでに言及済みですが、こうした徴収団体、管理団体というものが非常に大きなメディア会社の一部となってしまう。そしてタイムワナーといったようなものに吸収されてしまうということです。もし非常に価値のあるコモディティを持っているならば、そういう形で吸収されていく、買収されていくということだと思います。換言しますとあまり明るい将来が徴収団体にとってはないわけです。特に属地主義、テリトリアルベースで組織されている徴収団体の将来はあまり明るくないというのが私の見方です。

【モデレーター】 ヴィニエさん、どうぞ。

【ヴィニエ】 ありがとうございます。ちょっとフォローアップしたいと思います。先ほど言った具体的な質問、はたして地域の法律、リージョナルなローが徴収団体に適用されるかということでは

すが、そういうことはないと思います。競争法以外にはそういうものが適用されないというのが私の意見です。競争法はおそらく何らかの形で、効果的な形で徴収団体の活動をコントロールしていくというものにはなると思います。そして競争に関して欧州委員会の競争総局は現在さまざまな形で調査を行っている最中です。調査とか評価をしまして、ヨーロッパの徴収団体のさまざまな慣行を点検している。デジタルのネットワークの環境によってどういう変化がもたらされたかということを考えて現在点検中です。

この欧州委員会のほうの考え方としては、基本的な技術における変化の意味するものは競争法が管理団体に対し異なる形で適用されなければいけないということではないかということです。管理団体のほうのビヘイビア、過去には受け入れられたもの、欧州の裁判所とか委員会がかつては受け入れたものを、もういまは受け入れないというやり方によって変わってきているということです。たとえば独占性、排除性に関しては徴収団体はおそらく将来においてはこのような広い範囲の排除性というもの、あるいは独占性の要件というものを、かつてのようにメンバーに対して適用することはできなくなるということではないかと思います。ですからおそらく非常に大きな欧州全体、汎ヨーロッパ的な規制、これが競争法のもとで管理団体、聴取団体に適用されるということがあると思います。

一つ指令の中で、先ほどフーゲンホルツさんが言ったように、来年早い時期に、域内市場総局長が proposal を出す予定ということです。かつてDG15と呼ばれた域内市場総局長の局長です。このような指令をわざわざ出したいと考えた理由ですが、これはいま競争法総局の鼻をあかしてやりたいと思っているのだと思います。proposal を出して、特に徴収団体の活動の透明性を増していこうとする、それを通じて、この指令をきちんと導入することによって、非常に効果的な管理ができるようになったのだ、徴収団体の活動を監督しやすくなったのだ。ですから競争総局の人たちはもうここに参与してほしくないことを言いたいということではないかと思います。ですからこういうかたちでこうした指令が出ているのではないかと私は読んでいます。

【モデレーター】 小泉先生、どうぞ。

【小泉】 いまのヴィニエ先生のご意見がおそらく日本についても基本的にあてはまるだろうと考えています。つまり著作権等管理事業法が対象にしている著作権というのは、いまのところ日本の著作権法が保護しなければならない著作権にかぎられている。ただたとえば国を越える管理委託契約というものがJASRACとどこかの団体で結ばれていたときに、そこに何か競争法的な問題があったとしますと、それに対しては一定のエクストラテリトリアルな反トラスト法の適用というものが考えられるだろうと思います。だから規制という言葉は管理事業法と競争法と分けて考えたほうが良いと思います。

【モデレーター】 田中さん、何かありますか。

【田中】 特にありません。ヴィニエさんのおっしゃっているような方向に向かっていくのだろうなという、漠然とした気がしますという程度です。

【モデレーター】 私がちょっとそんなことをお伺いしたのは、たとえば日本の著作権について外国の団体が扱うということが出てきた場合にどうなるのだろうか。これはもちろん反対のこともあると思います。外国の著作権を日本の団体が扱う。こういうことはどうなるのだろうかということも含めて、この問題をお伺いしたいのですが、日本のパネリストの方、何か。岡村先生、お願

いします。

【岡村】 先ほどの電気通信事業の場合にはオンラインならもちろんですし、移動体の場合にでもそれなりの設備がいるというような状況になってしまうのに対して、管理事業の場合には最終行き着くところはネット上で全部、課金から契約関係からすべて処理をしてしまうということになれば、そういう設備もどこにあらうが、地理的な関係性はないわけです。したがってむしろ巨大なものができあがる可能性というのは放っておけばあるのではなからうか。いま相澤先生がおっしゃったような形で、国の区別とか、まさに国境の区別ということをやせずに、巨大な課金システムという意味でもっともグローバル化しやすいものだとは私は思っています。

【モデレーター】 ありがとうございます。ヴィニエさん、どうぞ。

【ヴィニエ】 ちょっと反応してよろしいですか。いまご提案になったこと、つまりある国の徴収団体が、別の国の徴収団体にライセンス供与されている権利を自国内で管理するというのはまさに「サンティアゴ合意」で起こっていることです。つまりドイツの徴収団体からほかの複数の国の徴収団体が管理している権利をライセンスできるわけです。まさに、その方向に動いていると思います。

それから岡村さんがおっしゃったとおり、基本的な変化の一つはオンラインでの侵害の取り締まりを世界のどこからでも行うことができることです。十分な電気通信回線があればどこからでもできるわけです。BSAとかIFPIは、一ヶ所で一元管理しています。たとえばIFPIの場合はイギリスからWebサイトをモニタリングをして侵害の取り締まりをしているわけです。ですからたくさんのオンラインの警察官を各国に持つ必要はないわけです。

ただそうなりますとフーゲンホルツさんがおっしゃったことに対して一つの問題が提起されると思います。それは将来の徴収団体がよりグローバルな管理団体になってもやはりオフラインで侵害を取り締まる必要性が残るということです。つまりレストランとか、バーとか、そういうところで行われていることを監視し、聞き耳を立てる必要があるわけです。ですから徴収団体は今後もそのようなコンテキストでは役割を持ち続けると思います。しかしそこでも問題は本当にそれを国内レベルでやらなければいけないのか、それともオフラインでも統合化して管理することができるのではないかとということです。たいへん興味深いご質問でした。

【モデレーター】 どうもありがとうございました。この管理団体につきましては何かご意見がありますか。もし差し支えなければ、あと15分ありますから、若干午前のところのお話を……。

実は私の手元に質問票が来ています。全部読むと長いのですが、話の要旨としては送信可能化権、自動公衆送信権があるので、一時的複製を認める必要が内ではないか、ということだと思います。たぶんこれは小泉先生のご意見はこういう趣旨にとってよろしいですか。違いますか、はい、ではちょっとご説明をお願いします。

【小泉】 私が申し上げたのは一時的複製と言われているものの中にもいろいろあって、スターデジオのような場合には、一時的なものであっても複製に捉えていかなければいけない部分も出ているし、いろいろ多元的である。一時的複製の中で仮に新たに複製の概念の中に入れて捉えていかなければいけないものがあるとしても、その場合には日本はすでに公衆送信権という形で非常にコミットしていますので、そこのバランスに気をつけなければいけないというようなことを申し

たつもりです。

【モデレーター】 所でいただいているご質問では、スターデジオというのは要するに放送です。つまり放送なのだから放送と同じように扱っている。問題はないのではないかとということが、同じ質問票の趣旨にあるのですが、小泉先生はこの点どうお考えでしょうか。

【小泉】 問題ないという趣旨は、個人的複製であっても問題ないということでしょうか。

【モデレーター】 そういう趣旨だと思います。

【小泉】 とすると、どうなるのでしょうか。公衆送信権があるからいいのだという議論になるのですか。そうではないのですか。

【モデレーター】 要するに放送許諾を得ているからそれでいいのだという趣旨だろうと思います。放送許諾というか、放送について対価の支払いをしている。

【小泉】 ご質問の趣旨は公衆送信権があるけれども、重ねて受信段階で権利をつくれということではないのですね。

【モデレーター】 そうです。それは必要がないのではないかとご質問の趣旨だったのですが。要するに公衆送信があれば十分なので、一時的複製については全体の……、ちょっと違いますか。では質問者の方、もしあれでしたらそのあたりのマイクをお使いいただいて。

【会場からの質問者】 ちょっと長々しく、それも走り書きで書きましたので、読みにくいのを、長いのをお読みいただきましてありがとうございました。私が申しあげましたのは、要するにスターデジオの判決は、日本では一時的複製は複製にあたらならないとなっていることの判断の根拠としてよく挙げられることが多いのですが、スターデジオの判決の趣旨はあの事業はまず放送である。蓄積は放送の一時的固定である。よって複製にはあたらならないとされている。そういうことでして、ネットワーク上の送信について判断したものではないと思います。放送について判断したものだと思います。

だからネットワーク上の送信に関して一時的複製は複製にあたらならないと言ってしまうのは、ちょっとオーバーランかなと思うのですが、しかしネットワーク上の送信であるとしても、日本では送信可能化権を含む自動公衆送信という形で送信の始まりの時点での蓄積は保護されています。送信の過程での一時的な蓄積は送信の一部として、送信権の中によって保護されているので、特にそういったことを議論するのは、逆に複雑にしてしまうのではないかと意見を述べてきたということです。

【小泉】 わかりました。あの判決は要するに放送である。放送のための一時的固定であるということで条文には一応素直なのですが、問題は放送について権利を保護してもらっている人にとっては問題がないということであって、そうでない人にとってはあるいは手元での受信を捉えるとかというようなことも考えられる。

私の話はむしろリスナーの複製の話を中心にしまして、今日はデジオの放送の話はあまりしなかつ

たものですから、最初取り違えてしまって申しわけありませんでした。よろしいですか。

【モデレーター】 私がメモの趣旨が一時的複製と一時的蓄積を違う意味で使っていることが気がつきませんでした。すみませんでした。

あともう一つ、今度はインターネット・サービス・プロバイダーの問題について質問が来ています。インターネット・サービス・プロバイダーにアップロードした人がわからない場合、そういう場合の被害者救済はどうなりますか。つまりその場合、当該プロバイダーの免責というのは法的にどのように取り扱われるのでしょうかということについて、ご意見を伺いたいということです。

【岡村】 ちょっと質問の意味を取り違えているかもしれませんが、だからこそ発信者情報開示制度がある。だからこそだれが加害者かということを確認して、直接裁判でやってください、それができるようにする。それがいまの法案のねらいですので、私は必要な法案だと思います。そういう趣旨ではないのですか。

【モデレーター】 プロバイダーにとってたぶん発信者がわからない場合で、常にわかるというふうに理解してよろしいのですか。

【岡村】 たしかにわからない場合もあります。

【モデレーター】 そういう場合にどうしたらいいか、どうなるか。被害者の救済はどうなるかということですか。

【岡村】 要するに、一方ではプロバイダー責任法で責任も負わないという形になってしまうのでどうかということですね。

【モデレーター】 たぶんそういうことだと思います。

【岡村】 たしかにそれは抜け穴ではあります。全部が全部、救済はあのままだとできないとはたしかに思います。

【モデレーター】 パールムッターさん、どうぞ。

【パールムッター】 アメリカのDMCAでは、サービスプロバイダーは自らが所有しているコンタクト情報のみを提供する義務を負います。その情報がなければ提供できないわけです。しかしだからといって著作権者法律ができる前に比べて不利になったというわけではなく、その情報がもし存在すれば提供されうるような構造ができたということは価値があると思います。

【スミス】それがノーティス・アンド・テイクダウン systemの価値だと思います。

【パールムッター】 というのは多くの場合サービスプロバイダーは送信者のIPアドレスを特定できない、あるいは送信者がすぐにIPアドレスを変えてしまう結果、その侵害者が特定できないということがあるわけです。これはよく起こります。著作権が侵害されてだれがやったかもわから

ない、その人物が見つけれない、あるいはその人物が消えてしまうわけです。しかしノーティス・アンド・テイクダウン システムがあれば、少なくともその侵害物を取り除くことはできる。そしてインターネット上で広く頒布されないことは保証できるということです。

【モデレーター】 田中さん、どうぞ。

【田中】 いまのご質問の趣旨を必ずしも正解していないかもしれませんが、まず今回の法案でも直接アップロードした人が特定できないかぎりにはISPが責任を負うことがないのだという形にはなっていませんから、損害賠償責任を負う場合がこの法律が成立してもある。もう一つは先ほどの差止めの問題ですが、直接のアップロード者以外にISPに対しても差止めの請求ができるのかどうかという議論があって、これについて直接侵害者を特定しなければISPに対する差止請求ができないという立場に立てば、保護されないということになるのでしょうか、そうでなければ法律の解釈論の工夫によって保護される余地は、差止めという観点でもあり得る。そういうことは言えるのではないのでしょうか。

【モデレーター】 ありがとうございます。フーゲンホルツ先生、どうぞ。

【フーゲンホルツ】 ヨーロッパではEコマース指令のもとではノーティス・アンド・テイクダウンの要件は採用していませんので、匿名性は関係ありません。プロバイダーに侵害物がサーバー上にありますということをnotice、通知する。それでもしテイクダウンされないのであれば、プロバイダーが損害賠償の責任を負います。匿名性はたしかに過去においても、いまも、あるヨーロッパの国においてはデジタル環境の外で意味を持っていました。たとえば、ベルギーやオランダではもそうなのですが、印刷会社、出版社を刑事責任から守るためにカスケード法、カスケード責任制度というのがありました。彼らは侵害物のももとの発生源が特定できれば、仲介者としてその責任から逃れることができます。ここでは、たしかに匿名性が責任を分配する上で関係してきました。しかしECのEコマース指令が出ましたので、デジタル環境ではこれはもはや採用されないでしょう。

【モデレーター】 どうもありがとうございました。そろそろ時間です。本日はパネリストの皆さん、どうもお疲れさまでした。参加者の皆さん、長時間お疲れさまでした。通訳の皆さまお疲れさまでした。いろいろ議論の整理がうまくできていないというご批判もあるかもしれませんが、一応今日のセッションはこれで終わりたいと思います。お疲れさまでした。

【事務局】 相澤先生、パネリストの皆さま、どうもありがとうございました。これで本日のセッションを終わります。今日はどうもありがとうございました。

## C . グローバル・ネットワーク時代における特許侵害訴訟 - 日米欧の比較

### C - 1 ・侵害訴訟における特許無効の抗弁 ・外国特許の裁判管轄と無効の判断

【事務局】 おはようございます。昨日に続きましてSOFTIC国際シンポジウムの第2セッション「グローバル・ネットワーク時代における特許侵害訴訟」に入ります。まずモデレーターとパネリストの方々をご紹介します。本日のモデレーターをお願いしていますのは三木茂弁護士です。三木弁護士には今回シンポジウムの実行委員として、特に本セッションの企画にご協力いただきました。

続いてパネリストの方々です。アメリカ、ヨーロッパ、日本の順番にご紹介します。最初はデイビッド・カポスさんです。アイ・ビー・エム知的財産部担当弁護士でいらっしゃいます。実はボームさんを予定していましたがご病気で来られなくなりましたので、急きょ代理でカポスさんにご参加いただきました。

続きましてランドール・レーダー判事です。米国連邦巡回区控訴裁判所、いわゆるCAFCの判事でいらっしゃいます。今回は2回目のご参加です。続いてハロルド・ウェグナー弁護士です。ウェグナーさんはジョージタウン大学教授などの多くの要職を務められ、現在、日米双方の特許法に明るい特許弁護士としてご活躍です。京都大学研修員のご経験もあり、日本にも多くの知人をお持ちとお聞きしています。

続いてヨーロッパからヤン・ウィレムスさんです。ウィレムスさんはオランダで判事を務められ、現在ヨーロッパ特許庁審判部長でいらっしゃいます。今回初めてこのシンポジウムにご参加いただきました。

続いて日本からのパネリストです。まず飯村敏明判事です。現在、東京地方裁判所における知的財産権の専門部の一つである民事第29部の裁判長でいらっしゃいます。飯村判事は知的財産権訴訟の改革にたいへんご尽力され、その結果、現在訴訟期間が大きく短縮されています。今回初めてご参加いただきました。

続きまして熊倉禎男弁護士です。熊倉弁護士は知的財産分野において著名な弁護士のお一人で、日本国際知的財産保護協会(AIPPI)副会長をはじめ幅広くご活躍です。今回初めてご参加いただきました。

続きまして高倉成男さんです。特許庁総務部技術調査課課長でいらっしゃいます。高倉さんはソフトウェア技術だけでなく、バイオの分野についても造詣が深く、また京都大学において客員教授として教鞭を取られたり、各種の国際会議などでもご活躍です。今回初めてご参加いただきました。

次に、道垣内正人先生です。東京大学法学部教授であられます。国際私法の第一人者として著名で、SOFTICでも委員会の委員長などでご協力をいただいております。今回初めてご参加いただきました。

最後に、水谷直樹弁護士です。知的財産権問題を中心に広くご活躍です。SOFTICの特別研究員でもあり、このセッションの企画者の中心者のお一人でもあります。

それではモデレーターの三木先生、よろしく申し上げます。

【モデレーター（三木茂）】 皆さん、おはようございます。第2日目、特許セッションということで、これからやらせていただきます。プログラムをご覧ください。午前と午後でまず大きく二つに分けました。第1、午前中は二つのパートに分かれています。第1のところは欧州、日本、米国の特許無効ということの主張をやる手続き的な、まず全体のジェネラルノレッジを皆さんに教え

ていただきたい。もちろん皆さんはもうペーパーを用意されていますので、プレゼンテーションはペーパーで主にやっていただきます。そのあとにいくつか、特に欧州、米国についての手続き的な問題を少し明確にした上で、次のパートである外国特許の裁判管轄権のサブセッションのほうに移りたいと思っています。

始まる前に現役の裁判官の方に初めてこうやってお集まり願いました。前回のときもやりましたが、具体的な事案を通して判決を下されていますので、今日は仮想事例ということで事例を出していますが、個人的な意見であると。これはほかの分野の方も同じだと思いますが、そういう前提でお聞き願えれば幸いです。

それではまず欧州のウィレムスさん、お願いします。

【ウィレムス】 ご紹介ありがとうございます。ヨーロッパにおける欧州特許の無効主張の手続きに関して少しお話をしたいと思います。皆さんもご存じのように特許は欧州特許庁によって付与されますが、その後各国の特許に分けられ、指定された加盟国内それぞれのみ有効ということになります。欧州特許に関する無効の抗弁には、大きく分けて二つのやり方があります。

そもそも特許というのは安全な財産権ではありませんが、ヨーロッパの場合には特許の存在そのものに関して攻撃が2通り考えられています。まず第1のやり方ですが、欧州特許庁に異議を申し立てます。そのあと審判部の審判にかけられる場合もあります。これらの異議申し立てに関しては、特許付与後9カ月以内に手続を開始しなければなりません。厳格な時間的制限があるということで、これはデメリットです。しかしこの方法のメリットは無効の主張が通れば特許は取り消しになり、すべての付与された国での取り消しが認められることとなります。ですのでこれらの手続を始めただけで良いのです。

またもう一つの攻撃手段として、取り消し手続を国内裁判所に申し立てるという方法があります。これにはタイムリミットはありません。特許が期限切れになった後でも申し立てができるというメリットがあります。しかしデメリットがあります。それは取り消しの効果は、その裁判所が所在する国にしか及ばないということです。ですから欧州特許を付与され、9カ国で有効であったという場合、取り消し手続は9カ国の9つの裁判所で始めなければならないということになります。

欧州特許に対する異議申し立てや取り消しが認められる根拠は、欧州特許条約の加盟国すべてに共通です。というのは欧州特許条約そのものにそのことがうたってあるからです。主たる根拠は、特許性のない発明ということで、条約の52条から57条までがそれに該当します。

第2の根拠としては、特許の記述で実施可能な開示がされていないことです。当業者が、その特許を読んだだけでは当該特許を実施することできないということを示すものです。

第3の根拠として、当該特許が出願された内容以上に拡張されているというものです。これらの根拠は全て特許庁及び各国の国内裁判所での無効手続で可能です。それから国内裁判所に対する取り消し申し立ての他、あと二つ追加的に根拠が使えます。まず最初は特許の保護範囲がもともと付与されたもの以上に拡張されているということです。たとえば異議があった場合にクレームの補正を行った場合です。2番目のほうは少し重要性が劣りますが、特許がそのクライアントに対して適切にエンタイトルされなかったというものです。特許取り消しの主たる事由は、パテントブル・インベンションではない、EPCの52条から57条のいう特許性がないということです。条文では、新規性、産業上の利用可能性があるものを特許性のある発明としています。それから発明とみなされないものは、発見、科学上の原理、数学的手法、それから芸術、精神的活動に関するルールやメソッド、ゲームをプレーするようなもの。それからあと二つ重要なものとして、ビジネスのやり方およびコンピューター・プログラムです。

それから発明で産業的に有用ではない、もしくは利用可能ではない発明は欧州特許条約ではどうなるかという、たとえば医学的な診断および治療方法、公共の秩序、道徳を乱すものも発明から除外されます。医学的な治療および診断方法の特許性からの除外は、欧州特許条約に明示されているとおり、製薬、医療器具には及びません。しかし、ボーダーラインとしてはかなり区別が難しいところがあります。皆さんもご存じのように、薬というのは特許の対象になりますが、一定の条件下では薬であるかもしくは治療法であるかという区別がつきにくいところがあります。

ヨーロッパでは卵巣癌に関する薬が問題になったことがあります。これはベッドサイドで患者さんの体重に合わせて量を調節するというものでした。この場合にはオランダの第一審、イギリスの裁判所の第一審において、こういう結論が出ました。すなわちこの製剤を毎回、患者さんのために準備するという手続きが必要であるということであれば、これは純粋な薬と治療のボーダーラインを超えているものであり、これは治療法に該当するものであると言われたわけです。

それから最後の項目、つまりパテントブル・インベンションは、公共の秩序ならびに道徳に反してはならないということですが、これが重要な役割を特許性の論議で持っていたことがあります。「ホンコンマウス」のときがそうでした。これは遺伝子的に操作して、発癌するようにつくったもので、癌ができやすいマウスです。この発明は抗癌剤をつくる時に実験用の動物として便利でした。しかしこれに関してはかなり強い反対がありました。その根拠として、自発的に自然に癌を発症するようなマウスをつくるということは、公共の秩序に反するということです。これは難しい問題だと思います。それはさて置きましょう。

もう一つ、発明は産業的な利用可能性がなければなりません、同時に新規性もなければいけません。このコンテキストで、ヨーロッパでは絶対的な新規性基準というのがあります。すなわちこれが発明として何処かで一般に入手可能になった時点で、新規性、それから特許性というものは破壊されます。たとえばチベットの山奥にある秘密の古い巻物があって、ある発明のことが記述されていたら、特許はなくなります。一般日常生活ではこれは起こりませんが、よく起こる場合があるのは、大学教授がある発明をして、文献もしくはこういったシンポジウムで同僚そして公衆に発表する場合です。

ヨーロッパの出願においては、これは致命的なことです。発明者本人がこれを公に開示しても、新規性は失われ、特許は取得できないという判断が出ています。しかしアメリカはこれとは違います。アメリカには猶予期間がありますが、ヨーロッパでは存在しません。すなわち公表から1年以内だったら特許性を主張して特許出願できると思いますが、それがありません。アメリカの大学教授は発明をできるだけ早く論文掲載したいというプレッシャーがあります。ただし、そうすることでヨーロッパにおける発明の特許性を破壊してしまっていることに気がつきません。

純粋に個人的な見解として申し上げますが、猶予期間は設けたほうがいいと思います。というのは優良な発明を発明者自らが少し早まって公表したからといって、優れた特許を潰してはならないと思います。ただしヨーロッパの実情はそうではありません。ヨーロッパの一部の業界では、この猶予期間に反対しています。

理論的な問題として、二重取り消しの問題についてお話しします。一方では欧州特許庁審判部の判断で、特許は取り消しが可能です。それからもう一つ、国内裁判所でもできるということを申し上げました。これは危険性があるということになります。すなわち進歩性、新規性、優先日、その他に関して判断が分かれるかもしれないということです。ヨーロッパは最高裁判所で最終的に統合するような形の司法体系にはなっていません。たとえば欧州特許庁審判部と国内裁判所の判断が分かれた場合どうするか。統合する機関がないわけです。しかし幸運にもこれは理論上の問題で済みそうです。

欧州特許条約が導入されて15年目に、オランダとドイツで調査が行われました。2国のデータしか得られなかったのですが、そこでわかってきましたのは、いくつかの事例で欧州特許庁が許可した特許が国内裁判所の判断で取り消されました。しかし何れも欧州特許庁が特許に関する判断をしたときに知らなかった新しい事実に基づく取り消しでした。基本的な相違が判断の根拠や事由にあったわけではありません。ですので多様な判断が生まれるリスクはありますが、実務の面においては、これは管理可能と考えます。

もう一つ、国内裁判所における取り消しの話をしておきたいと思います。侵害訴訟手続きの反訴として行われます。ヨーロッパではパブロフ反応ではないですが、侵害者が侵害しているよというふうに糾弾された場合に、すぐ反訴して、特許取り消し手続きに入ることがあります。

ドイツ、オーストリアでは少し違いますが、別々の裁判所が、これは日本と同じだと思いますが、無効と侵害を扱っているわけです。ドイツでは有効性の判断は連邦特許裁判所が行います。しかし、侵害問題に関しては州の第一審、つまり普通民事裁判所で判断します。オーストリアに関しては、有効性はオーストリア特許庁が扱いますし、侵害は民事裁判所で行います。その他のヨーロッパの裁判所に関しては、有効性も侵害も同じ裁判所の管轄となっています。これらの裁判所では抗弁にしか使えないですが、先ほど申し上げたとおりほとんどの場合、有効性は反訴として取り上げられます。

この二つのオプションの間に大きな相違はありません。また、その判断は、その特許がある国の中でのみ有効です。しかし、当該国だけではなく、国外での侵害も含む侵害訴訟を扱うことになった場合問題になります。ヨーロッパの管轄権ルールでは、可能性としてそれが許されているかもしれないということで、これが問題になるかもしれません。これは別のテーマとなっていますので、この管轄権に関しては発言を控えます。侵害それから無効による取り消しに関しては以上です。ありがとうございました。

【モデレーター】 ありがとうございました。それでは日本の飯村判事にお願いしたいと思います。

【飯村】 SOFTICのシンポジウム場で報告する機会を与您いただきまして、心からお礼申し上げます。私は日本の状況、特に行政法一般理論との関係に絞って実情を紹介したいと思っています。

まず最近の実情ですが、わが国の知的財産権事件の審理は、ここ数年の間に劇的な変化を遂げました。過去のわが国の知的財産権事件の審理は、時間がかかりすぎるという厳しい指摘がありました。統計面で見ても、東京地裁において数年前までは平均審理期間が24カ月を超えていましたが、現在ではほとんどの事件が12カ月で終了しています。各国の比較をしてみた場合でも、現在の東京地裁の事件の審理スピードは、もっとも早い国と比較しても引けを取らないという状況になっているかと思います。その審理方法については、スピード化のためのさまざまな工夫をこらしているところです。

ところでいかにスピード化を実現しようとしても、超えることができない隘路が存在しました。すなわち侵害訴訟を審理する裁判所は、原告が請求の根拠としている特許の有効性について判断する権限がなかったということで、この点がスピード審議を実現する上で大きな阻害要因となりました。この点に関しては、昨年、最高裁の判決が出されたことによって、侵害訴訟の審理状況は大きく変わりました。この最高裁の判決は一方当事者の名前、あるいは発明者の名称から「富士通半導体訴訟」あるいは「キルビー特許訴訟」と言われることがあります。この最高裁の判決によって侵害訴訟は前提問題として、特許の有効理由の存否を判断することができるようになりました。

それでは最高裁の判決が出されるまでの状況と、最高裁判決の内容およびその意義について申し

上げたいと思います。わが国において特許査定が誤ってされた場合の裁判上の救済は、無効審判請求に対する審決取消訴訟によって測られる制度が本来的に設けられています。このため特許が誤って付与されたことによって、影響を受ける可能性のある第三者は、まず特許庁に対して無効審判請求手続きを行い、特許を無効にしてもらわなければならなかったわけです。このようなわが国の制度の下においては、たとえ特許に無効理由が存在する場合であっても、いったん登録されてしまった以上は登録を無効とする審決が確定しない間は、特許は有効なものとして存在し続け、侵害訴訟を審理する裁判所は、特許が無効であることを前提として判断することができなかつたということが、このような制度を設けた論理的な帰結でした。

要するにこのような制度がある以上、簡易なバイパスを利用することは許されないということでした。かつての最高裁判所は繰り返しこのことを述べていました。ところが先ほど申し上げましたとおり、2000年4月11日、最高裁判所は古くから一貫して続いていた判例を実質的に変更して、侵害訴訟を審理する裁判所は特許の有効理由の存否について、前提として判断することができ、特許に無効理由が存在することが明らかであるときには、特許に基づく請求は権利の濫用にあたるから許されないというように判断しました。

この最高裁判決は、特許権侵害訴訟における迅速審議の要請に合致するものです。判決理由、最高裁の判決の中でも、紛争はできる限り短期間に一つの手続きで解決するのが望ましい。訴訟経済にも適するということを理由で述べています。訴訟経済あるいは迅速審議という点を強調しています。

それから最高裁判決は理由中では明示的には述べていませんが、この時期に判決が出されたのは、国際的な調和の流れに沿った訴訟運営を実施すべきであるという考え方が根底にあったことも明らかだと思われます。最高裁判決が出されたあと、下級審は一斉に侵害訴訟の中で特許の有効性の審理を積極的にするようになり、無効の理由が明らかである場合には、特許権に基づく請求を速やかに棄却する審理が定着しました。一般論として申し上げますと、最高裁判決が出たあとであっても、下級審のプラクティスが全く変わらない例もなくはないわけです。しかしながらことこの最高裁判決に関しては、下級審が即座にプラクティスを変えた極めて珍しい例であると思われます。そういう意味で最高裁判決が侵害訴訟の実務に与えた影響は極めて大きいと思います。

この最高裁判決の意義というか、理論的なことに関して2点について意見を述べたいと思います。まず第1点は、行政法についての一般理論との関係です。行政法的一般理論との関係ですが、行政庁が公権力の行使である行政行為をすると、それが違法であったとしても行政行為によって不利益を受ける者が、あらかじめ行政訴訟を提起して、裁判所によって取消判決を受けないかぎり、有効なものとして通用することになります。それは先ほど申し上げたとおりです。行政行為は開発許可行為とか営業許可行為、運転免許行為、原子炉設置許可処分とさまざまなものがありますが、これらのすべての行政行為に共通した性質であります。

この共通した性質には例外があって、行政行為が誤ってなされたものであっても、その誤りが重大であり、かつ明白である場合には、行政行為が効力がないものとして、すべての機関が無効として扱うことができるとされていますが、わが国では実際の行政行為において誤りが重大かつ明白であると判断されたケースは極めて少ないと言えます。

ところで特許のことですが、特許庁長官が、あるいは特許庁の審査官が出願に対して特許査定をした上、登録により特許権を付与する行為はまさに公権力の行使であって、行政行為そのものと言えます。ところが特許権は所有権と全く同じ、与えられた権利は純然たる私の権利です。すなわち特許行為は行政行為によって私の権利を付与する行為です。先ほど述べましたように原子炉設置許可処分、さまざまな行政行為がありますが、特許以外の行政行為はすべて公法上の法的な地位が与

えられるということです。特許行為は純然たる私権の設定ということで、ほかの行政行為と大きく違います。

特許権のこのような特殊性に照らすと、特許の無効審判を経由して無効審決が訴訟によって確定しないかぎり、無効理由があるということを理由にして防御することはできないという制度をそのままの形で用いると、適用すると、あまりにも硬直的で、第三者が合理的な経済行動をするのにあたって不都合があると言えます。また出願人が特許を出願しても第三者からの、必ずしも緊急を要しない無効審判請求を誘発することになって、これに対する特許権者側のコストもかさむことになります。さらに社会全体の制度コストもかさむことになります。すなわち原告と被告間の具体的な紛争が発生していないにもかかわらず、特許庁が無効審判手続きにおいて特許が有効であるかをまず判断して、それに不服がある場合には裁判所が取消訴訟において、審決が正当であるか否かを判断するということが必要不可欠であるとするならば、その時間的な負担、コストの増大は無視できないわけです。

そこでその社会的なコストも考えて、一般の行政行為においてわが国の裁判所が取っている一般的なスタンスを変えたというのが、昨年の最高裁判決と言えるかと思います。行政法について確立した一般行政法への理論に対する影響を考えると、最小限の修正を施すことを配慮した判決ということが言えます。最高裁は判例を変更するときは大法廷でしなければならないのですが、この判決は小法廷でされている理由も、このような点と関係がなくはないと言えるかと思います。

それでは最高裁判決後のプラクティスの変更、あるいは最高裁判決の読み方について触れてみたいと思います。最高裁判決は無効理由がある場合に棄却判決ができるわけですが、棄却判決ができる場合として単に特許に無効理由があることで足りると述べたのではなく、特許理由の存在が明らかであるということをや要件としました。この明白性という要件は言葉で明白ということがありますが、必ずしも明白ではなく、かなり評価的な要素が強いと思われる。規範的、評価的な要件については、予測可能性あるいは法的安定性の点で問題が生じますので、今後、侵害裁判所における裁判例を蓄積させて、その実務例を分析することによって一定の判断基準を抽出し、それで法的安定性を保障するという作業が必要となってくると考えられます。

ということで今後の課題になりますが、一応次の点を指摘しておきたいと思います。侵害裁判所は具体的な特許について、原告と被告の主張あるいは証拠状況によって判断することになります。場合によって証人から直接聞くことになります。したがって具体的な事件を判断する侵害裁判所の特有の性格に由来して、「明らかな性」ということの判断も多少違ってくることが予想されます。具体的には冒認出願、発明者でないにもかかわらず発明者と称して出願する場合には無効理由になりますが、その冒認出願の場合であるとか、それから出願者、発明者自らが公然に実施したという無効理由に関しては、裁判所自ら証人調べをし、直接事実を確かめることになります。かつそのような事実関係は専門的な判断が必ずしもない関係もあり、かなり立ち入って無効と確信した場合には無効であると判断することが予想されると思われます。

最高裁は無効理由が明らかな場合であると述べていますが、侵害裁判所は無効理由があるという判断をした場合、心証を持ったということと、無効理由の存在が明らかであるということはほぼ同義である、ほぼイコールであるということが言えるかと思います。新規性の存否についてもほぼ同様と言えるかと思います。

これに対して進歩性の不存在を理由とする無効事由については、進歩性の存否に関する判断は、専門技術的要素が極めて高いために、侵害裁判所も審判手続きあるいは審決取消訴訟手続きを尊重する傾向が強くなるかと思われます。一般的な傾向としてはそのように言うことができるかと思いますが、この点については現在、東京地裁を初めとする下級審判決では、迅速性の趣旨あるいは訴

訟経済のコストということを考えて、進歩性が明らかでないとは判断して棄却した例が極めて多く見られるということ、併せて指摘したいと思います。

次に侵害裁判所が無効理由があると判断して棄却する、原告の請求を認めなかった場合と、それから審決の結果あるいは審決取消訴訟の結果と違いが生じた場合に、どういう事柄が起きるかということについて補足して述べたいと思います。

まず侵害裁判所において無効理由の存在が明らかであると言い渡して、棄却判決が確定したあとに、同じ理由で無効理由がないと審決で判断された場合、あるいは審決取消訴訟で判断された場合にどうなるかという問題があります。これに対する侵害訴訟の結果に対する救済方法はないと思われます。要するに最高裁判決によって被告は抗弁を出せることになりました。原告は侵害訴訟の過程の中で、このような被告側の抗弁に対して自己の責任により抗弁を排斥するための証拠を提出するわけですが、結果的に侵害裁判所を納得させることができなければ、その不利益は当然ながら原告が負担するというのが帰結で、事後の救済、回復制度はないと言って差し支えないと思います。

次に侵害訴訟において無効理由がないとして認容判決を出した場合に、その後、特許を無効とする審決が確定した場合にどうなるかという問題です。この点については具体的な事例は現在のところ存在しませんが、多くの論者は、侵害訴訟において基礎とした行政行為がすべての人、すべての機関に対して無効になった場合には再審事由が存在することになり、仮に認容判決に基づいて金銭の支払いをした場合、あるいは差し止めをした者に関しては、その手続き、侵害訴訟の結果に対して事後的な救済が認められることになるのではないかと指摘されています。

最後に侵害訴訟の将来について述べたいと思います。第1に、最高裁判決が出ることによって、日本の侵害裁判所のプラクティスがどのように変わり、将来どのように変わるかということですが、侵害裁判所の紛争解決機能が大きく拡大したということが言えるかと思えます。現代型の侵害訴訟において、被告から特許の無効に関する主張がされない事例はないと言って差し支えないと思います。ところが最高裁判決が出される前は、侵害裁判所は正面から無効理由の判断ができなかったために、紛争解決機能を完全な形で発揮することができなかった。しかし昨年の最高裁判決が出されることにより、このような問題点を一挙に解決することができました、という点です。

ただ他方では侵害訴訟の審議が著しく複雑困難になったかと思えます。侵害裁判を担当する裁判官は、無効理由に関する最近の審決あるいは判決のプラクティスに熟知しなければなりませんし、あるいは当事者も効率的な審議をするための能力、あるいは迅速審議に対する理解を蓄積していかなければならないということになったかと思えます。

第2の点ですが、最高裁判決が出されるまでは「侵害訴訟の提起」は、特許権者において侵害訴訟の場ではノーリスクでした。1億円の請求を仮にしたとすると、リスクは最大限1億円でした。原告は侵害訴訟において敗訴しても、請求した金額以上の、あるいは求めていたこと以上の不利益はなかったということです。ところが最高裁判決のあとは、侵害訴訟の中で特許が無効であると判断される最悪のリスクを常に頭に入れなければならないことになりました。そういうことによって、これから侵害訴訟を提起する場合には、従来にも増して特許の有効性についての慎重な事前調査をする必要が生じ、また訴訟進行過程においても最悪の結果を回避するために、和解的な解決を選択するという行動様式が増えてきたという点を指摘することができます。ありがとうございました。（拍手）

【モデレーター】 ありがとうございました。これで欧州と日本二つの特許制度について明快におわかりになっただろうと思います。

次にアメリカ合衆国の特許制度について、今回ご病気で欠席されますボームさんの代わりにカポ

スさんが来日されていまして、これからプレゼンテーションをしていただきます。よろしくお願いします。

【カポス】 皆さま、おはようございます。まず最初にアイ・ビー・エムをまた招待してくださいまして、今回このシンポジウムに参加できたことに心からSOFTICに御礼申し上げたいと思います。SOFTICが最初に企画したときから出席していると思います。今後ともSOFTICとの協力関係をアイ・ビー・エムは続けたいと心から希求しています。

それでは米国の法律システム、特に特許の無効についての話をしたいと思います。まず実質的な特許の無効性の理由について米国のお話をしたいと思いますし、前のスピーカーにならって無効性についての裁判所のシステム、それからときとして無効性について特許庁がかかわることがありますので、特許庁のシステムの話をしたいと思います。特許が有効であるためには、まず特許の発明が新規であり、有用性があり、当業者にとって非自明でなければならない、そして法定主題でなければならないということです。これは米国の法律USC35の101、102、103に明記されています。この特許についてはうまく説明、あるいはクレームされてなければいけないということが要件とされています。今まで話があったようにヨーロッパのシステムなど、他の特許制度とは異なり、米国においては、新規性というのは絶対的ではなくて、その代わりに特許による保護を否定するさまざまな行為に対して、1年間の猶予期間を定めています。たとえば米国の特許出願は、もしその発明が出願の1年以上も前に世界のどこかで公開され、あるいは特許付与されていたら拒絶されなければならないわけですし、かかる出願に基づく特許は無効になります。またUSC35の102(e)は最近改正されまして、この中で付与された特許あるいは公開された出願は、米国で初めてその実質的な出願日に先行技術というふうになります。

実質的な出願日に先行技術になるということは、もし2000年11月21日に提出された出願に基づいて特許が認められた場合、その特許または出願は2001年11月22日、またそれ以降に提出される特許を無効にできます。たとえば今日の日付にすると、この日がベースになって、それ以降は出願されたものは特許無効にできるということです。

少し米国の公開制度の話をしてします。先月、USPTOが日本の特許庁の方にとって関心ある統計を発表しました。米国における公開のオプト・アウトシステムによって、多くの米国出願者が公開を避けることができるのではないかとこのことを危惧しています。米国の特許庁によって出されたレポートを見てみると、実際はこういうことはないんだと言っています。そして90%以上の出願が18カ月以降公開されることができるといことです。ですから多くのいままでの疑問点は、実際にはそういうことは起こらないという形で実証されているのではないかと思います。

さて米国の新規性の中で、もし特許発明が米国において特許の有効な出願日より1年以上前に販売されたか、あるいは公用のために供された場合には無効となります。また102条によると、先発明者が注意を払ってその発明を放棄も秘匿もしなければ、特許は先発明者に付与することを保障しています。したがって、もし発明が米国で先にほかの者によって知られたり、あるいは使用されている場合、その特許は無効です。102の(e)の先ほどの出願日について、これは先行文献あるいは先行認識を証明することに使うこともできます。

それでは無効の場合の話をしてします。上の例で特許については推定で有効であるとされています。これはUSC35の282です。ですから異議申し立て者は、明確かつ説得力のある証拠によって有効性を証明しなければならないということです。米国の法の下でのハイスタンダードの証明です。もし他の当事者が特許を無効であると信じた場合、そのものは特許庁の再審査または連邦裁判所による判断に異議を申し立てることができます。両方のアプローチが可能であるということです。

連邦裁の場合には連邦地裁によってまず行われなければなりません。米国の連邦裁判所のみが、50の州にある州裁判所に対して有効性の判断ができるということです。有効性に関しては侵害の裁判、これは特許権者が提訴するものですが、それからまた確認判決の中で行うことができます。こちらの場合には侵害被疑者が起こすものです。もし侵害の被疑者のほうがこうした特許権者によって提訴されるという懸念があった場合には、確認判決を求めることができます。ですから連邦地裁からの控訴が行われた場合、CAFCと呼ばれるワシントンにある控訴裁判所に提訴されます。

CAFCについての控訴ですが、有効性に関しては、もしそれがさらに上訴される場合には最高裁に行きます。これはソーシャルアリーと呼ばれています。米国の最高裁はこのような上訴はほとんど受け入れることがありません。実際にこうした控訴を受け入れる場合には最高裁が最後の判断となり、それ以上、上訴することはないわけです。

それから再審査に関しては米国の特許庁が行うものです。これは二つのプロセスのどちらかによって行うことができます。エクスパーティーあるいはインターパーティーです。エクスパーティーというのは特許庁と特許権者の間のみ、インターパーティーの場合は異議申し立て者がかかわるといふプロセスになります。エクスパーティーの再審査は、こちらは第三者、特許権者、あるいはときとしては米国のUSPTOが請求するすことがあります。そして特許性について実質的に新しい疑問がある場合、再審査が行われることになります。エクスパーティーの場合の再審査ですが、最初の再審査請求をこえるとこの請求者はプロセスに参加する機会が殆どありません。このプロセスはしばしば請求者の立場からうまくいかないということです。ですからこれはほかの国に比べて相対的にあまり多く使われるものではありません。

インターパーティーのほうは、米国において初めて成立された米国AIPA法、2000年、発明者の保護という法律によって成立しました。これによって再審査の請求者は、米国特許庁がやる再審査のプロセスに参加できます。しかしながら二つ、非常に大きな問題があります。まず第1の問題は非対称的なアピールと呼んでいまして、2番目は非常に禁反言というのが厳しいということです。二つのこれらの問題は、請求者に対して非常に強いペナルティーを与える。エクスパーティーのプロセスはいままで非常にわずかなケースだけしか使われていない。そしてソフトウェアあるいはビジネス方法特許という意見の分かれるケースには全く使われてないということです。

米国ではさまざまな法律を考えていまして、これによってこの問題を解決しようとしていますが、日本や欧州のいわゆる異議申し立て制度をモデルにして、別の再審査手続を作ろうとしています。はたしてこういうものが成立するかについてはまだわかりません。その場合、米国は1つ、2つではなく3つの異議申し立て再審査の手続を持つことになります。どうもありがとうございました。

【モデレーター】 ありがとうございました。これで欧州、日本、アメリカの三つの国の特許制度についてのご説明をいただきました。

次のサブセッションに行く前にまず第1に欧州の場合で行くと、先ほどのご説明にありましたように、欧州特許の無効について条約加盟国の国内裁判所を拘束しないというか、その事例としてウィレムスさんは、これについてドイツの裁判所が、欧州特許庁の判断について異なった判断をしたということをペーパーで書かれています。まず第1点は、欧州特許庁のなした無効判断に対して、各国の裁判所を拘束することがあるのかどうか。いまのドイツの裁判所の事例は、ベースとなっている無効事例がどうも違っていたような内容だったのですが、そのへんのところについて敷衍してご説明いただけますか。

【ウィレムス】 先ほど説明しようとしたんですが、国内裁判所と欧州特許庁の間に意見の食い違い

が起こりうるリスクがあります。それが現実化したのは欧州特許条約が発効したからです。それを加盟国が受け入れる対価として、各国は自らの裁判管轄権を維持するということでした。しかし実際は判決において食い違いが表面化するのとは例外的なことです。先ほど申し上げましたように、国内裁判所が欧州特許庁と異なった判断を下すということは、大多数の場合、理由としてニューマテリアルが追加されたからというのが多いのです。根本的な見解の食い違いということではありません。しかし大部分がそうであると申し上げたということは、一部の先生がおっしゃったように、国内裁判所と原則論的に異なった見解が欧州特許庁との間に存在することがあります。

理論的には大問題ではありません。なぜかということ国内裁判所は特許の取消に関しては最終判断をすることができ、欧州特許庁のほうは特許を付与するかの最終権限があります。欧州特許庁は特許を付与するかの最終権限をもちますが、付与したら一部は国内裁判所が取り消すことを予測しなければなりません。取り消されても、その国でしかその判断は有効ではありません。すなわち波及効果は他国の特許に関してはありません、いままでは少数の見解の相違に対応してきました。

ほかのメカニズムでこの見解を統一する手段もありますが、全てインフォーマルなものです。ヨーロッパの中での欧州特許庁を中心にしたハーモナイズゼーションに向けた重要なイニシアティブとして、欧州特許庁が2年に一度欧州特許担当判事会議というのを開いています。国内裁判所の判事と欧州審判部の審判官が集まって、仮定や実例をによって特許法の重要なテーマを検討しています。国内判事および審判部の審判官がお互いを知り合うことも大切です。いろいろな見解を個人的に述べ合うことから具体的な発展があります。しかしながらこれはあくまでインフォーマルな手段です。

これが日本でもおそらく重要性を帯びてくるのではないのでしょうか。最高裁は富士通事件で勇氣ある賢明な判断を行ったと私は考えます。日本の実務家の方々もこれからは進歩性、に新規性に関して、日本特許庁と裁判所の見解が違うという事態も想定していくことになるでしょう。最高裁の場合には特許性がないことが明白であるということが要件だということは解っていましたが、これはあまり役に立たないかもしれません。

というのは欧州特許庁での日々の実務を考えますと、3人のパネルで2人が技術畑、1人が法律専門家ということでやっていますが、法律専門家は明白に自明であると言いましても、技術専門家がインベンティブ・ステップであるという話になることがよくあるので、そういった意味では日本特許庁と裁判所が違う判断をすることも十分に考えうると私は思います。そろそろこの事態を避ける手だてを考えるべき時期だと思いますが、特許に値するようなソリューションはまだないと思います。

ヨーロッパではいくつかのイニシアティブが取られて、このリスクを軽減しようという試みが進んでいます。先ほど言いましたように、判事と欧州特許庁の担当者がいろいろな形で個人ベースで会合を持つということもやっています。それからヨーロッパでもう一つ行われていますのは、判事をパートタイムで欧州特許庁の審判官部に任命し、逆に欧州特許庁の法律専門家にパートタイムジャッジになっていただいて、特許事件を判断してもらう機会をつくっています。

これらのインフォーマルなやり方で、私が話した以外のやり方もあると思いますが、リスクの軽減は可能だと思います。しかし先ほど言いましたように、特許というのはけっして安全な財産ではありません。生きている限りリスクが存在し、特に特許の世界には特別なリスクがあります。はっきりとした問題に対する解決策は申し上げられませんが、いまいくつか提案としてリスクの低減は可能であるということを発表させていただきました。

【モデレーター】 日本の特許制度の点は、聴衆の方、おわかりだろうと思います。米国の関係でライクザミネーション、再審査という問題で、侵害訴訟が継続しているときに、ライクザミネーション

ンが開始された場合とか、要するに特許庁の手続きと裁判の侵害訴訟手続きという観点で、どういうふう処理されているのか、そのへんでリイクザミネーションの問題をウェグナーさん、よかったですらご説明していただけますか。

【ウェグナー】 ありがとうございます。まず最初に私のほうからウィレムス判事に賛同したいと思います。富士通事件に関しては勇気のある、それから賢明な判断であったと私も完全に同意します。最高裁がおそらく近年の主要国の判決の中で最も重要な特許事例に関して、こうした判断をなさったことをお祝い申し上げます。またこれだけ果敢に積極的に迅速な正義を求める判断をされたということは、飯村判事ならびにご同僚の皆様は非常にすばらしいお仕事をなさったと思います。これは感嘆に値するものだと考えます。そういった意味で最高裁と担当判事の皆さま方がほんとうにすばらしい卓越したリーダーシップを世界に示されたことに敬意を表したいと思います。

さて再審査（reexamination）に関してですが、今朝のスピーチでとても対称的だったのは、ヨーロッパと日本には異議申し立て制度があって、われわれにはそういうものがないことです。取り消しの手続きもありますが、再審査があります。これには2種類ありまして、古いほうのものとして、一方当事者の再審査、これは1981年に始まったものでまだ続いています。それからインターパーティー・イクザミネーションが1999年11月29日に立法化されました。これが新しく加わりまして、どちらかを選択することができるというのが今日の状況です。ただし、当事者間の再審査は、オリジナル・ファイリングデートが1999年11月29日以降の特許でなければならないので、該当するものが数としてはまだ多くありません。

次に、三木先生からのご質問ですが、この再審査で、裁判のほうはサスペンションということで停止することができます。一審裁判所の裁量で停止できます。古いほうの、すなわち一方当事者における再審査のほうは、これは一言で言ってしまうと失敗でした。一方当事者の再審査はアメリカにおいては、第三者が主張することが許されるのは、再審査請求の当初の段階と、予備的なペーパーが出たときのオプショナル・レスポンスとしてのみ許されています。いったん再審査が本案について開始されると、あとは一方当事者のみの手続き、審査ということになります。ですから特許権者のみが参加し、第三者の参加はないことになります。

典型的な再審査では、再審査の85%くらいは一部のクレームが認められるという決着になります。かなり偏った手続きであり、私は私は全く効果がないと考えています。アメリカでも本物の異議申し立て制度できればと、私個人もそのような法案の立案に向けて動いています。日本の特許庁が無効審判の短縮化ということで成功していますし、東京地裁の勇気ある判断もありましたので、こういったものに触発されて、私どもも勇気をもっていいシステムに変えられることを望んでいます。ありがとうございました。

【モデレーター】 再審査の問題ということで、これもイシューとしてはおもしろいのですが、問題をフォーカスしていかなければいけませんので、今日のテーマである特許無効と抗弁に戻りたいと思います。

米国の方で、とくにカボスさんのほうでもし指摘があれば、日米欧の特許の無効事由の相違点についてボームさんがペーパーで掲げられていますが、その点を少しポイントアウトしていただきまして、それでコーヒープレイクに行きたいと思います。次のセッションでは、特許無効事由に基づいた外国特許の問題で議論に行きます。日本、アメリカ、欧州の違いをペーパーで述べられていますので、手短かにコメントしていただけますか。

【カポス】 ではこのご質問にお答えするにあたって、私がおもっても慣れ親しんでいるアメリカの状況についてお話をまずさせていただきたいと思います。概略から申し上げますと、実務上、特許の無効性を示すやり方が、ここ数年アメリカでは変わってきました。この手続きが具体的な先行技術に基づく主張、特にアメリカの特許法 102条、103条に基づいた事由に大きくフォーカスするようになってきました。

私どもの裁判制度では、一時、不公正な行為を事由とする無効訴訟が多くなされた時代がありました。つまり弁護士がアメリカの特許庁前ではたいへん高いレベルの率直さ、善意そしてディスクロージャー、簡単な開示を求められるという規定がありますが、地方裁判所、特にCAFCではこのような抗弁をあまり好意的にみななかった結果、これが現在トーンダウンされています。それから有効性に対する抗弁として、人気はだんだん増してきたものとして、十分な開示、それから書面による説明、そしてアメリカではベストモード要件に基づく抗弁があります。特にソフトウェア特許、およびビジネス方法特許、これはあとでお話しすることになると思いますが、この二つに関しては書面による説明あるいはベストモード、そして十分な開示に基づいた抗弁は、将来とてもおもしろくなっていくと思います。

その理由はこういった特許の多くはその開示内容に対して、クレーム範囲がはるかに広いものからです。たとえばシングルスミーンズクレームや、ある結果を達成するための、ありとあらゆる方法をカバーしようとするクレームがあります。発明者は一つの方法しか開示していないのです。まとめますと、不公正な行為に基づく抗弁は、現在アメリカでは人気がありません。

特許の有効性に対する抗弁として 102条と 103条、つまり新規性と自明性に関する、先行技術に基づく抗弁が最も人気が高いものであり、そして特許の無効を主張する上では最も使われている、効率の高い抗弁です。それから一部の分野では開示要件、つまり書面での説明、ベストモード、それから開示の十分性という特許法 112条の抗弁が、だんだん人気が高まっていて、将来は裁判所の注目を浴びることになるかもしれません。特に多くの出願者が、クレーム内容を非情に広くとっているということから考えますと、これらの人気が出てくるのではないかと考えられます。

【モデレーター】 ありがとうございます。 それでは次のセッションの外国特許の裁判管轄権に入る予定にしていますが、時間の調整の関係でコーヒープレイクにして、そのあと、最近のハーグ条約のディスカッションで、特許の裁判管轄権について白熱した議論がされているということで、道垣内先生に発表していただきたいと思います。

【事務局】 三木先生、どうもありがとうございました。20分休憩ということにして、10時40分に始めたいと思います。

- 休憩 -

【事務局】 それではセッションを再開したいと思います。先ほど道垣内先生のご紹介が落ちまして失礼しました。改めてご紹介させていただきます。道垣内正人先生は東京大学法学部教授でいらっしゃいます。国際私法の第一人者として有名で、SOFTICでも委員会の委員長などご協力をいただいています。今回初めてご参加いただきました。

では三木先生、よろしくお願います。

【モデレーター】 それでは続けます。道垣内先生の前にレーダー判事から、アメリカ特許法の無

効事由についての違いの点を少しプレゼンテーションしたいということですので、ぜひお願いしたいと思います。

ではレーダーさん、お願いします。

【レーダー】 日本に再度来ることができて大変うれしく思います。また私も、特許訴訟にかかる時間を短縮された飯村判事ならびにご同僚の判事の皆さんのすばらしいご功績を讃えたいと思います。

私のほうからは手短ではありますが、アメリカにおける特許無効の主張と、ヨーロッパ、日本におけるそれとの違いを解説するように言われています。ここには重要な違いがいくつかあります。一つは、アメリカで強調されているディスクロージャー・ドクトリンです。まずアメリカに関してはベストモードの開示要件があります。これは世界でもほかにないユニークなものです。開示は裁量の態様で当該クレームされた発明を実施することができるようなものでなければならないという規定です。

近年アメリカではこの実施可能性、それから記述された説明要件が厳しく解釈されてきました。特にバイオテクノロジーの分野では、この書面による説明要件が有効性をみる大きな要件になってきました。すなわち要件として出願人がきちんとバイオテクノロジー的な発明の構造をつまびらかにする、たとえばヌクレオチド (nucleotide) ごとに正確に書けということが言われています。ですから最小単位の構成要素ごとにきちんと記述しなければなりません。また実施可能性に関しても、クレームの請求範囲を厳密に線引きするということがいわれています。この傾向はヨーロッパ、日本と比較してアメリカのほうがより厳しいと思います。

先行技術に基づく無効事由である自明性、新規性に関しても同様のことが言えます。アメリカでは自明性のテストというのはヨーロッパの制度にあるような問題解決ベースのものは使いません。

私はプロブレム・ソルビング・ベースというもので進歩性を分析することにいつも懸念を抱いてきました。というのは、これによって後ろ知恵的に進歩性の分析に入れ込んでしまうのではないかと。往々にして問題の定義自体が、進歩性そのものであることがあります。したがって発明者がどのように問題を定義したか、そしてそれをどう解決したかということが、進歩性を決定するにあたって、非常に不可欠であるにもかかわらず、ヨーロッパではここが分析の出発点になります。それでも、このような先行技術による無効のテストというのは、それぞれの国で似たようなものになっていると思います。

それから保護適格性あるいは特許性の主題に関してですが、これはアメリカでは、ヨーロッパもしくは日本と比べても、問題としては小さいと考えます。ウィレムス判事が先ほど指摘されましたように、あるソフトウェア発明について、特許保護をヨーロッパで獲得する適格性を持っていると証明するには、かなりのハードルがあります。だとすると一部技術的な出願がヨーロッパの場合には求められます。しかしアメリカの場合にはこのような制限は特許適格性に関しては設けられていません。それについていくつかの異なる点を指摘させていただきました。

アメリカはディスクロージャー・ドクトリンが厳しいということ、それから進歩性の考え方の応用に関して若干違いがあるということ、特に客観的基準が米国法では強調されます。また、特許適格性に関してはアメリカのほうが世界の他の国に比べて緩いということです。

【モデレーター】 ここで全体的な日米欧の特許の無効事由について、簡潔にご説明いただきましてありがとうございます。これを踏まえて次に行きます。外国特許の裁判管轄権です。まずハーグ条約の関係で道垣内先生にご説明いただきたいと思います。お願いします。

【道垣内】 ご紹介ありがとうございます。短く話さないと言われていますが、けっこう長いパワーポイントのスライドをつくってしまっています。日本語だけですと早口でしゃべればいいのですが、そもそもの状況ですので、最初に何を申し上げるか、三つの話をしますということをはっきりさせておいたほうがいいと思います。

一つ目はハーグ国際私法会議というところで、民事および商事一般についての国際裁判管轄と外国判決の承認執行条約というものをいまつくっていて、その中で外国特許侵害訴訟について、その登録国の専属管轄とするのか、それとも一般の民事および商事の事件と同じように、被告の常居所地国の管轄とか、あるいは不法行為地の管轄とか、さらには合意管轄、応訴管轄、そういったものを認めてもいいのかということが問題になっているということ。これが一つ目です。このお話をするためにハーグ条約の概要を、知的財産権と離れたところもありますがご説明させていただきたいと思っています。

二つ目の問題というかお話は、日本には外国特許権の侵害訴訟について、少なくとも二つの裁判例、最高裁ではなくて下級審の裁判例があって、いずれも管轄権は認めている。本案の判断についてはいろいろ問題がありますが、はっきりしていることは本案の判断をしたということで、管轄は認めています。ただ、この事件は詳しくは熊倉弁護士のご報告されるところですのであまり詳しくは申しませんが、そういうことが前提になるわけです。

3番目の話は、では日本で外国特許侵害訴訟を認める、その管轄を認めるとすると、本案の判断をしなければならなくなります。先ほどからお話がありますように、その訴訟の中で被告が当該外国特許は無効であるという主張を出してきたときに、日本の裁判所は外国の特許を当事者間かぎりの判断とはいえ、場合によっては無効と言うことができるのかどうか。

これはいろいろ意見のあるところだと思いますが、国際私法の一般理論で言いますと外国国家行為の承認、外国国家行為というのは特許権付与が入るということが前提ですが、そういう行為をどう扱うかという議論と、それから先ほど飯村判事からご説明がありました、仮に手を出せないとしても、権利濫用という形で迂回して、しかし実質的には正義を与えると言い過ぎかもしれませんが、座りのいい判断をするということができるとはいいか。これが三つ目の話です。これで終わってもいいのですが、せっかく準備をしたこともあり順を追ってお話します。

ハーグ国際私法会議というものは、会議という名前でも外国でも誤解があるようですが常設の国際機関です。現在56カ国の加盟国があります。もともとは19世紀の末からずっとオランダで会議をやっていたものが基礎になっています。現在までに約40の条約を採択しています。日本は6つの条約に入っています。ただ今回やっていますような、民事および商事全般についての裁判管轄と外国判決の承認という大きな条約ではないものですから、あまりインパクトはなかった。今回は非常にインパクトがありすぎて、さまざまな方面からさまざまな意見が出て、したがって時間がかかっているということです。

この条約案についての従来の経緯ですが、92年にアメリカが提案したのが始まりで、以来、フィジー・スタディをし、あるいは特別委員会を設けて外交会議に提出するためのドラフトをつくっていました。99年にやっとプレリミナリー・ドラフト・コンベンションというのができたわけです。当初は2000年の秋にそれを採択する外交会議を開くということだったのですが、99年のプレリミナリー・ドラフト・コンベンションがあまりにもヨーロッパ的である。アメリカは、アメリカの提案はほとんど否決されたということから、これで外交会議を開いたのではアメリカが入れるようなものにはならないのではないかと強く主張した。

ヨーロッパはそのままいいのではないかと意見だったようですが、日本をはじめヨーロッ

バ以外の国々としては、アメリカが入らないような条約ではあまり意味がないのではないかということから、2000年の5月になって、秋に外交会議を開いて一発で決めてしまうというのはやめましようということで、いろいろな妥協産物として2回に分けて外交会議を開く。1度目は今年の6月、2度目はそれから半年後。1度目のほうはコンセンサスだけで決める。2度目はしかしマジョリティー・ポートで決めるということになりました。

今年の6月に外交会議があったわけですが、もともと99年の案というのは、最近の賢いワープロで簡単に数えられますが、字数を数えてみると1万2000語だったところ、これは当初から予想されたことですが、コンセンサスでやるとなると、1カ国でも言えば消せなくなります。それまでの特別委員会での議論で負けた議論を全部出し直しをする。日本もそうしましたが。したがって条文数が非常に増えました。条文のバリエーション、選択肢増えたあるいはカッコがいっぱい付いたということで条文だけで2万4000語。さらにいろいろないろいろなカッコとか選択肢が付いたものですから、注の形で説明が付いていて、注を合わせると4万8000語という、4倍ほどの情報量になっています。これはアカデミックにはおもしろいものですが、これでは半年後に条約採択のための外交会議を開くという当初の予定通りにはとてもできないというので、第1回目の外交会議の最後の日に、延期しようという話になりました。

現在、各国でどうやって進めていくか、非公式に議論をしているところです。一つのアイデアとしては、小さな条約にしたらどうか。コンセンサスができてるところだけ、あるいは少しはみ出しとしても、中核部分だけの小さな条約にしたら、何とかできるのではないかということが議論されていますが、その小ささについてはまた議論が多様です。一番極端には合意管轄だけでいいという国、アメリカもそういうことを言っています。そうはいかない、もっと意味がある条約にしようという意見が多数です。もし合意管轄だけになりますと、知的財産権の専属管轄なんていう話は全部落とすということです。そういう、どう進めていくかという議論をしているのが現在の状況です。

条約をどうして小さくできるかということの説明するには、どういう構造になっている条約なのかということをお話ししたほうがいいと思います。ミックスド・コンベンションと言われていまして、管轄原因を三つに分けて、ホワイト・リスト、ブラック・リストというのがあって、その間にグレー・エリアを残しておく。ホワイト・リストに載った管轄は管轄を認めるのが締約国の義務になるわけで、かつ管轄原因に基づく判決については他の締約国は承認執行の義務がある。少なくとも管轄の点では争えない。他方ブラック・リストのものはそういう原因で管轄を認めてはいけません。ですからそんな判決は出てこないはずですが、仮に出てきた場合には、その判決を承認執行してはならない義務が、他の締約国に生じる。

その間にグレー・エリアというのを残しておく。これは条約で一応カバーはしているけれども、従来のままやってよろしい。条約の規制はないし、禁止はしない。しかし、その判決がどう扱われるかは、これも従来どおりのものとする。したがってスモラー・コンベンション、小さな条約にするというのは、このグレー・エリアを大きくするという意味です。場合によってはブラック・リストをなくす、これは大問題ですが。アメリカはなくしてほしいと思っています。アメリカの管轄のいくつかをここに入れたいと思っている他の国からすると、ブラック・リストをなくすわけにはいかないという争いしています。

大きな問題がいくつかあります。これをいちいち説明しているときりがありませんが、最初の二つはアメリカ関連のものです。アメリカの管轄原因の考え方は、アメリカ憲法のdue process clause、適正手続き条項と訳すのでしょうか、それに基づいて考えられていて何らかの被告の活動がその地で行われれば、その程度によって管轄を認めることが正義に反しない程度にまで高まるというものです。

アメリカはあまり明確なルールを決めてしまうということは状況の変化に対応できなくなるので、むしろ一般原則を置くことで終わらせたいと考えているに対して、日本を含む大陸法の国々は、普通裁判籍、被告の住所地とかですが、請求権のタイプにかかわらず決められる管轄原因と特別裁判籍、不法行為地とか不動産の所在地とか、そういうものとの組み合わせで管轄を考えて、かつがちり、きっちり書かないと管轄があるかどうかわからない。いちいち裁判をしなければわからないのでは困ると考えています。そこが基本的な対立です。そのいくつかの中にインテレクチュアル・プロパティーの問題があるというわけです。したがって大きな問題が多々あるので落としてしまう、条約から外してしまうということはハーグ会議としてはありうる選択です。

さて、知的財産権についてどういうふうに考えて扱っているかということですが、工業所有権と著作権および隣接権とを分けて考えるのが基本的な考え方です。特許を含む工業所有権と言われているものについては、少なくともその有効性を含む付与の問題とか登録の問題や取り消しの問題、そういうものは登録国の専属管轄にしましょう。それに対して著作権のほうは特別扱いをする必要はない。もちろん著作権は昨日も議論がありました、準拠法は大問題ですが、裁判管轄についてはふつうの私権、私法上の権利として扱えばよくて、特別な配慮はいらないというのが大勢です。もちろん少数意見はありますが、基本的にはふつうの管轄区分でいいと考えられています。

問題は外国特許侵害についてどう扱うかです。登録国の専属管轄は有効性そのものを争う訴訟についてはある。これはだれもが否定しないですが、侵害訴訟のときどうするか被告側が有効性を争うことが多いからです。また、ライセンスの訴訟をどうするか、ライセンスの契約の中でも特許の有効性が問題になることがあります。ライセンスみたいなものについてはふつうの訴訟でいいのではないか。そこは同じように前提問題として出てくるにもかかわらず、特許侵害訴訟だけを特別扱いにするということは、ほんとうは理論的には問題だと思えますが、しかし頻繁に出てくる状況であるので、これは特に切り出して議論しているわけです。

扱いは三つです。一番下に書いてあるのはもうあきらめようというものです。これは難しいので条約の適用範囲外にしましょうということ。上の二つが条約の範囲に入れるとしたらどうするかに関してのもです。侵害訴訟も登録国の専属管轄にすべきだということ、これはふつうの不法行為事件ではないか、不法行為事件として扱えばいいのではないかという議論の対立です。現在の12条という条文の選択肢のAが、いまの上のほうのアイデアです。専属管轄とするということで、これはいちいち読みませんがずらっと並んでいる中に4行目のところに、infringementというのが入っているところで、専属管轄とするというわけです。

同じ条文の選択肢Bによると、infringementについては3から16条の規定に従う。要するにふつうのルールに従ってよろしいということを示しましょう。パテントだけではなくてトレードマークも入っていますが、そういう条文です。ですからふつうのルールに従わせようという先ほどの2番目の考え方を反映しているわけです。

そういう争いがあるって、専属管轄にするというのはイギリスが従来からずっと言っていることで、最近では他の国々もけっこうそちらに賛同しつつあり、支持を集めつつあるように見受けられます。ただアメリカもヨーロッパも明確には態度を示していませんし、日本もいまのところまだ意見保留ということで来ています。他方、ふつうの管轄権に従わせればいいと言っている急先鋒、一番主張しているのはスイスです。スイスは仲裁においてやってもいいんだからと言っています。これはまた話を大きくすることですが、ほんとうに仲裁で特許の無効を、前提問題とはいえ判断していいのかというのは、いけないと言っている国から見れば、そちらもいけないだろうということになるので、必ずしも理由になってないのですが、とにかくそういう議論をしています。

日本がいまだに意見を保留と言っているのは、従来の学説上の議論からすると専属管轄という議

論は日本ではほとんどなかった。これはこれからお話しする二つの事件もいずれも管轄を認めています。これらの判決について管轄を認めるのはおかしいという批判はなかったのです。

ところがこのハーグ条約の議論がはじめて、いろいろなところで議論されました。経団連をはじめ産業界のほうは、日本の特許が侵害された事件をアメリカの裁判所でディスカバリーとか陪審員とかの手続きの下で裁かれるということは耐えられないというか怖いというか、非常に現実的な考え方から、侵害訴訟は専属管轄にするか、あるいは条約から外すか、とにかくふつうの事件と同じように扱えばいいというわけにはいかないのではないかという意見が相当強くなっているところです。

今まで日本では二つの公表判例があります。一つは、満州国で行われた満州国の特許侵害、満州への輸入行為が満州国の特許に反するという事で争われたものです。2番目は日本で行った製造、日本からの輸出行為がアメリカの特許を侵害するというもので、2番目の事件ほうがアメリカ法の域外適用みたいなことが絡んでいますのでより複雑です。これは最初申しましたように詳しくは申しませんが、いずれにしても管轄は認めています。

ではどうして認めたかということですが、当事者も被告も何も言っていない。先ほどから侵害訴訟では必然的に被告はパプロフの法則ではありませんが、当然に無効を主張するというのですが、この二つの事件はたまたまなのかそのパプロフの法則が働いていまして、被告は何も言っていない。もちろん専属管轄は当事者が言うとか言わないとかと関係ない話で、公益の話ですので、裁判は自らの判断として外国の特許事件は扱いませんと、もしそう考えているのならそう判示して却下すべきものです。しかし、そうはしなかったという訳です。

以上のような状況を前提として、ここでは管轄を認めるとしたらどうなるかということを考えていると思っています。その場合に、当然私は日本のことしかわかりませんので、日本の特許法の仕組みを前提として日本法の下で考えたいと思います。先ほどご説明がありましたように、特許法によれば特許無効は特許庁の審判ですのであって、ふつうの裁判所でやるのではないということになっています。いくつかの昔の大審院の判例等によれば、アンダーラインを引いているところですが、登録された特許は、それが登録されているかぎり効力は失わない。したがって裁判所はその有効性についての判断を自分ですることはできないと言っていたわけです。

しかしこうすると、先ほどもお話がありました非常に座りの悪い判断をするか、あるいは訴訟を止められるという制度もありますから止めて待つておく。これも時間がかかって現実的ではないので困ったということで、学者のほうはいろいろと議論をしていたわけです。そのような中で、これも先ほどご説明があったように明白に無効だと思われる特許に基づいて権利主張することは、権利の濫用になるという最高裁の判断が示されたわけです。この判例はその後下級審で直ちにフォローされているようですので、それが現在の日本法だと言ってよかろうと思います。

国際法あるいは国際私法の分野に話を持っていくと、ある国がした公的な行為を、他の国の訴訟で問題になったときにどう扱うかということについてはかねてから議論があります。これは被告が国家自身になると主権免除という話になって、これは裁判自体がもうできないことになります。コマーシャル・アクティビティーはいいという例外が国際的に認められていますが、国家自体の公的行為を国家を被告として賠償を求めるといって裁判自体はできない。しかし私人間の訴訟で前提問題として国家のした公的行為が問題になることはあって、そのときにその行為自体が無効だと言っているのかということについては、アメリカでは Act of State Doctrine と言われていて、そういう判断はしないほうがいいのか、外国が当該外国の領域内でした国家の公的行為についてはそのまま有効として扱い、当否の審査はしないという扱いがされてきています。

これは日本でもそうだ、と言っても1件しか裁判例はないのですが、この事件は1950年代にイラ

ンで革命があり、石油が国有化されました。その国有化された石油会社から石油を買った会社、これは出光興産ですが、その油を日本の港にまで運んできたところ、もともとイランで油田を持っていたアングロ・イラニアンという会社が、自分の石油だと言って差し押さえをかけてきた、処分禁止の仮処分を求めてきた事件です。

問題は、訴訟当事者は私人間になりますが、そもそもイランにある油田の所有権が移転したことが、日本法上も有効なものとして扱わなければいけないのかが争点になったわけです。一審、二審とも、ここに挙げている二審の判決ですが、外国が当該外国領域内で有効にした行為を、他の裁判所が無効だと言ってよいというふうな原則は国際法上確立されていない、と判示しています。したがってその事件でもイランの国有化が国際法上、違法だったかもしれない、適正な補償をしなかったかもしれないですが、そのことは判断しないということを行ったわけです。

このような外国国家行為理論をパテントを考えるとどうとり込むか。最初に申しましたように国家行為というもののとらえ方次第ですが、特許を付与する、そういう権利を創設するというのも国家行為の一つであるという見方をするわけです。行政法の議論はそういうところと軌を一にしていると思うのですが、そうだとすると外国の特許についての有効性を判断することも差し控えるべきだということになりそうです。ただ去年の4月11日の最高裁判決がありますので、そういう扱いをするのが原則なのだけでも、しかし明白に無効だと思われる場合には、それに基づく権利主張は権利濫用だという扱いをすることは、もしかするとできるかもしれません。

しかし、石油の国有化の話と特許の付与と一緒にしていいのかという批判はあり得ます。もっとも、先ほどのハーグ条約の12条には、上のほうの条文ですが、会社の設立の有効性とか会社の機関の決議も設立準拠法国の専属管轄だと規定化しています。私は会社をつくるというのもパブリックな行為だと解しております。そしていろいろなレベルの国家行為があるわけです。国有化というといかに国家行為、特許というといかに何となくそうではなさそうだという意見もあり得ますが、グレードがあって、特許付与も国家行為だという説明もできるのではないかと思います。

ただ、そんな議論をするくらいだったら、専属管轄にしたらどうかという話もありえますし、さらにそれも踏み切れないから、今回はやめておいたらどうかという議論もあると思います。ただ条約中での条文作りはやめておいても、実際には事件が起きているかもしれないので実際には問題は残るわけです。それをどう考えるかは必要なことであり、かつ先ほどの2番目の日本のケースは、いま最高裁に係属しているわけですから、最高裁の判断がどうなるのかは私としては楽しみです。

【モデレーター】 道垣内先生、ありがとうございます。道垣内先生のご説明にもありましたように、いまハーグ会議において特許の管轄の問題、特に侵害訴訟、無効判断の問題について、先ほど説明いただきましたようにA案、B案ということで案が分かれています。今回お集まりいただきましたパネリストの方たちは、ハーグ・コンベンションのほうの問題のディスカッションはちょっと横に置いて、特許の実務家として特許無効事由というものが裁判あるいは特許庁の手続きでなされたような場合、外国特許についてどういうふうに考えたらいいのか。そのへんで起こるプラクティカルな問題があるだろうと思います。

まず現状として欧州、日本、アメリカの方たちから、最近の外国特許における裁判管轄権という題名で、簡単にコメントをしていただきたいと思います。最初にウィレムスさん、お願いしたいと思います。

【ウィレムス】 議長、どうもありがとうございます。押収では、裁判管轄権は国内問題ではありますが、実務上ブリュッセル条約およびブルガノ条約で規定されています。まず最初被告居住地の裁

判国が管轄権を持つということですが、被告が複数の場合は、原告に選択が与えられます。侵害が行われた地の裁判所にも管轄権があるというのがもう一つの原則です。第3は、登録され権利の有効性に関して、特許の有効性ですが、これは専属管轄権を登録国の裁判所に認めています。これはシンプルなルールではありますが、大きな問題になるといういい例かもしれません。特に外国特許侵害がそれにあたるでしょう。

たとえばオランダの会社がドイツの特許を侵害場合には、管轄権はオランダの裁判所にあり、ドイツ特許の侵害行為に関して、オランダの被告に差止命令を出すことができます。ところが被告がドイツ特許の無効を訴えると、コンフリクトが生じるわけです。つまり、特許有効性の判断についての専属管轄権は、登録がなされた、もしくは特許が付与された国この場合はドイツになるからです。

ヨーロッパの裁判所は様々な方法で、このパズルの謎解きをしようとしてきました。オランダとドイツの裁判所は、有効性に関しては管轄権がないということで、侵害訴訟を停止して、外国での当該特許の取消を待ちました。イギリスの裁判所はさらに一歩進めて、被告が外国の無効な特許の侵害事件で、外国特許の無効を訴えたら、その時点で、イギリス裁判所の管轄権は消えると繰り返し判断しています。特許権者は結局は関係国を全部回って訴えなければいけなくなります。ですので私としてはハーグ条約の取り決めの中で、特許侵害に関して登録国に専属管轄権を認めるという提案にゾッとします。

というのはヨーロッパの特許の場合19カ国が指定しているわけですから、侵害があったら、この19カ国で手続きを取らなければいけません。これはかなり大きな後退になってしまうと、私見ですが私は思っています。ヨーロッパがかなり前から取り組んできた問題に、世界でも直面しているということなのでしょうか。EC条約でヨーロッパは一つになってきたわけですが、世界経済もグローバル化して市場は一つになってきました。しかし管轄権は別々に残っています。ヨーロッパはこれを難しい問題として経験しました。ですから私どもの発言には価値があると思います。われわれはいろいろな解決案を試してみました。

たとえばクロスボーダーの差止命令です。ブリュッセル条約、ルガノ条約のルールに、被告が複数の場合は、それらの被告のうち一人の居住国の裁判所で全被告を訴えることができるということが言われています。その結果多くの外国系企業が、ある管轄地で訴訟を起こすために、わざわざその地の被告を訴えに含めることになりました。たとえばドイツの裁判所で裁判を起こしたければ、ドイツ人の被告を捜してくれば、そのドイツの被告人と本当に訴えたかった別の被告の両方をドイツで提訴できます。でオランダでやりたい場合は、だれか1人、オランダ人の被告を入れればいいわけです。これは全体的にはあまりいい解決案ではありませんでした。ある程度までは何とかできるのですが、しかし被告のほうが、外国特許の無効を主張した途端、大問題になります。

日本の発明である権利濫用論を使うこともできます。新しい最高裁判断に基づく理論です。しかし、個人的には私はそこにも少しためらいがあります。というのは、日本で、ある特許は日本の法律に鑑みて無効だという判断をするということと、日本の判事がフランス特許法もしくはフィジー島の特許法について判断する、あるいはアメリカの判事が日本の法律に基づいて日本特許の無効を判断するのでは話が全く違うからです。ですから、私はそのような方向で権利濫用論を適用することには懸念があります。

今はこの二つの点にとどめておきたいと思います。繰り返して言いたいのですが、各々の国に侵害についての専属管轄権を認めることは、時間を逆戻りさせることで、やってはならないと思います。それから権利濫用論を、国内法ほどには熟知していない外国法に適用するときは慎重にやっていただきたい。以上です。

【モデレーター】 オランダ、ドイツあるいはイギリスの外国特許の判断をなされたケースをご説明いただきました。非常に現実の問題として考慮しなければいけない、これから 仮想事例をやりますので、後ほどそれについてまたお話が出てくると思います。

それでは次に熊倉先生に、外国特許と裁判管轄権について最近の事例を踏まえてご説明いただきたいと思います。

【熊倉】 本日はSOFTICのシンポジウムにお招きいただきましてありがとうございました。今日、冒頭からキルビー事件のお話が盛んに出ていました。実は飯村判事は一審の裁判官であり、あちらのほうにみえている牧野判事が二審の裁判官で、これが有名な牧野判決ということで最高裁につながったわけです。その上、私は負けたT Iの代理人で、勝った富士通の代理人が水谷さんということで、今日は一堂に会しているわけで、その中で私が一番悪いポジションにあるということで、(笑)たいへん肩身の狭い思いをしています。

さて今日はハーグ条約に関連して話をしろというお話しでしたので、日本の実務家の立場から若干お話し申し上げます。このハーグ条約自体は先ほど道垣内先生のお話にありましたように極めて広いもので、たとえば外国で日本人を相手にした判決を日本に持ってきたときに、どういう条件で承認執行するか。その場合に管轄権がきちっと見られていたかどうかというルール、あるいは日本の判決を外国で承認執行するときに、どういう管轄ルールで日本の裁判所が管轄を見つけて、そして判決をしたかという、そういったルールを多国籍間の条約でまとめようということで、これ自体たいへん意味のある条約です。

私自身も前にもどこかで書きましたが、ドイツのミュンヘンの裁判所の判決を名古屋地裁で執行しようとした事例がありました。ドイツと日本の間というのは民事訴訟法はほとんど同じで、外国判決の承認執行についても、条件は条文上はほとんど丸写しという感じでした。それにもかかわらず最後の相互主義というのがありまして、もしドイツが日本の判決を執行してくれるのであれば、日本も執行する。同じ条文がドイツにもあるわけです。お互いに相互主義を持っていて、どちらから切り出さないと動かない。そのためにたいへん長い間、時間がかかりました。ドイツに持っていったらどうなるのか。ドイツのコンメンタール、彼らはネガティブで、それをドイツの当時の最高裁判所ではどういうふうに考えるかということ、いろいろ鑑定をしたり何かしながら、ようやく承認の判決が得られたという事例があります。

つまりこのハーグ条約がないとそういうことを一つひとつ積み重ねていかなければならないという意味では、ハーグ条約の意味はたいへん大きいわけです。それにもかかわらずIPの問題でなぜこんなにもめたのかというのは、私自身も感慨深いものがあります。1999年の先ほどの10月案がハーグの国際私法会議からWIPOに提案されたときに、WIPOもどうもこれはかなり容易に通るのではないかと。IPの部分、12条についてあまり重要視していなかったような気がします。そしてAIPPIにも意見を求めて、わずか1カ月間くらいで意見を出してくれと言われた。それを世界の各国のAIPPIに意見を求めたら実に意見はさまざまでした。翌年のAIPPIでは意見がまとまらず、今年のメルボルの大会でもまとまらず、結局むしろ最終的な意見としては、たいへんネガティブな方向に行ってしまった。

これは実務家の感覚が、先ほど道垣内先生がおっしゃった感覚とやや違うところがあった。つまり多くの国ではまだ知財というものの、特に特許についてはたいへんテリトリアルな権利ということで、それは立法管轄だけではなくて、司法管轄もその国のものという感覚を非常に強く持っていたというところがあるようです。

たとえばAIPPIの今年の3月での議論で、各国からレポートが出てきました。これはもちろんA

IPPIですからガバメントの意見ではありません、実務家の意見です。米国は外国特許の無効性については専属であろう。その特許を付与した国が専属的な管轄権を持つということです。それから侵害についてはゴルトマンの事件などで、非専属の可能性はある。つまりアメリカの裁判所が他の国の特許侵害事件を審議する可能性はある。しかしそのあとのMARSなどを見ていると、必ずしも確実ではない。裁判所の行使は不確実である。こういう現実を背景に実務家としては反対の意見を述べています。

カナダはさらにコンサーバティブで、特許の無効については全く専属で、しかもカナダの特許については連邦裁判所だけが無効にできる。一方、侵害事件は連邦裁判所もプロビンスの裁判所もできる。これはアメリカの連邦制度とも違うし、ドイツとも少し違う。全体事項でさえ専属ですよということで、かなりコンサーバティブです。

英国は、先ほど出てきましたがいつも反対していたということですが、先ほど道垣内先生が、自分の国の特許をアメリカの陪審員に判断されるのはとても耐えられないと言ったのは、日本ではなくてイギリスです。イギリスの代表がずっと言い続けた話です。有効性については専属管轄である。侵害事件が起きたときにサスペンドと書いてありますが、先ほどのウィレムスさんの話ですと、これはむしろ管轄がなくなるというお話で、一方侵害事件についてはブリュッセル条約については通常の管轄、これには従います。しかし条約の締結国以外、つまりEU以外の国については不明であり、どちらかと言えばネガティブであるということレポートしています。

スイスは熱心に推進しています。スイスのレポートはたいへん参考になりますが、スイスは独自の国際私法の制定法を持っているようで、その中で国際私法についての知的財産の条項が明確に書いてある。そして侵害事件については通常の管轄でやって、有効性については専属管轄。ただし付随的なインシデンタルな問題については侵害事件の裁判所が判断することができる。スイスの人に、実際にどういうふうな訴訟をやるのと聞きますと、いや、それは簡単です、たとえば日本の特許がスイスで問題になった場合には、日本の専門家のエキスパート・オピニオンを求めます。その上で裁判所が判断しますということで、非常によく使っていますよという話でしたが、私自身はあまり経験はしていません。

いずれにしてもこういった経過を経て、AIPPIもネガティブでしたし、日本の経団連、弁理士会、知財権といろいろ真剣に検討しました。日本については実務家サイドからかなり反対論はありましたが、理論的にいろいろ考えていくと専属性を議論する根拠はなかなかない。それはかなり経済的な影響あるいは他の裁判所に対する信頼度の問題という問題に尽きるのかなという感じがしました。そういったいろいろな反応がおそらく2001年のハーグ条約のカンファレンスに影響したのでしょう。結局2001年の6月の案では、選択肢A、B、それから第3の選択肢ということで、非常にフレキシブルな、これからいったいどちらへ行くのかがわからない状況になっています。

簡単に申し上げますと、ちょっと簡単すぎるかもしれませんが非常に要約的に申し上げますと、選択肢Aは侵害事件について専属、有効性についても専属、前提事項については通常管轄。という前提事項で侵害事件も専属で、有効性も専属ということになると、最後の前提事項はせいぜい契約問題の中に現れてくるくらいかなという感じになります。選択肢Bは侵害事件については通常の管轄。たとえば住所地であればいい。有効性については専属、前提事項では通常という形になっています。第3の選択肢は知財あるいは特許については規定しないというメモが付いています。

こういったのが現状です。それでは日本はいったいどうなのだろうかということですが、先ほどの1953年の満州国事件ののち、日本の裁判所はこの問題についてずっと注目してきました。満州国事件の評価については、アメリカの裁判所へのエキスパート・オピニオンを書くときに、争いになったことがあります。つまりアメリカの裁判所は、この事件はアメリカの特許だけれども、日本人同

士の訴訟だから日本でやるべきだという示唆を裁判所がした場合に、いや、日本に行っても日本の裁判はやりませんよというのが原告の立場であり、被告の立場はその逆の立場になります。そういったときに日本の判断をいったいどこに求めるかということになると唯一この満州国事件で、どうもよくわからないというので実務家の間では意見が分かれています。ただ国際私法の先生方は、これは黙っていて特に明言しないで内容に立ち入っているから、これは管轄を認めているのだという理解であったようです。

そして新しい事件が起きたわけです。1999年に東京地裁、そしてその控訴審が去年の東京高裁で判決がなされました。現在、最高裁に上告中です。この事件は原告、被告ともに日本の法人です。そして日本の法人がある製品、FM変調機事件と言ったり、いろいろな名前で行われていますが、そういった機械を製造してアメリカに輸出した。そしてその変調機あるいはカード・リーダーが日本におけるXが所有している米国特許に侵害しているということです。

もちろんふつうであれば、これはアメリカの特許の訴訟になるのですが、このケースでは日本国内の製造者、輸出者をアメリカ特許の寄与侵害（コントリビュートリー・インフリンジメント）および積極教唆（アクティブ・インデュースメント）ということで訴えたわけです。これはいずれも日本における行為、日本でアメリカ向けに製造し、アメリカに輸出するという行為をとらえたわけです。差し止め請求、それから損害賠償請求と二つの請求がなされました。被告は一審では米国の特許の無効も主張しています。

この事件がどうなったかということ、まず管轄については先ほど道垣内先生がおっしゃったように、東京地裁も東京高裁も特に明言していません。明言しないということは、管轄というのは裁判所が自分の職権で調べなければなりませんので、仮に当事者が合意してもだめなものはだめということを行わざるをえない。したがってこれについては、特に管轄については当事者間では議論がなかったのですが、さらに外国の特許問題をどうするかということについて、沈黙はしているけれども内容には立ち入ったということで、東京地裁、東京高裁は管轄を認めたというふうに解釈されています。

内容としては東京地裁と東京高裁はやや違います。まず差し止め請求についていうと、国際私法でいういわゆる性質決定について、東京地裁ではこれは米国特許権の問題である。したがってその準拠法は米国特許法だ。米国特許法で適用して、対象は日本の国内での輸出あるいは製造行為になるわけですが、こういったアメリカの特許法で日本の裁判所が日本の国内の行為を差し止めできるかという問題について、そのまま適用するとおかしいことにはないかと裁判所は考えたわけです。

つまり属地主義という原則、ここで言っているのは立法管轄、司法管轄だと思いますが、アメリカの特許法が適用される地域は、日本の国、日本の裁判所から見た場合には米国にかざられる。そして米国特許法の域外適用は、日本の特許制度から見たら日本の基本理念に反するというので、法例33条というのがあります。「外国法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其規定ノ適用力公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルトキハ之ヲ適用セス」ということで、いったんはアメリカの特許法を適用しておきながら、それを排除するという公序のルールによって適用しなかった。そしてその結果、結論としては棄却したというケースです。

東京高裁ではこの差し止め請求権について、原告、被告の住所地、行為地、物件の所在、すべて日本なので、これは涉外問題ではない。つまり準拠法の決定の問題は生じないということで、米国の特許法を適用していません。そして国内的に見た場合に、日本の国内の行為を外国の特許権に基づく、先ほどの請求権は認められないということで棄却しています。したがってここでは米国の特許権の問題として扱ってないことになります。

一方、損害賠償は流れが逆になっていまして、東京地裁では損害賠償というのは一般的な不法行為で考える。原因事実の発生地である不法行為地法の日本の法律で考えると言いました。そうすると日本国内の行為は日本であるかぎり原告の特許権を侵害しえないということで、不法行為に該当しないということで棄却しています。このへんの論理が非常に錯綜していまして、たいへん読みにくくて、この要約はややミスリーディングの可能性もありますが、要旨としてはこういう論旨です。

これに対して東京高裁は、これは米国特許権の侵害が主張されている。被害法益は米国特許権として主張されているので、障害的な要素があるということで国際私法、つまり法例の問題として考えています。ただし不法行為地法としての原因発生地、技術発生地の日本法を適用しましたが、その結果、米国特許権の侵害の主張だけでは、日本法下では違法行為を構成しないという論理で棄却しています。これはあとでむしろ道垣内先生にご説明願いたいのですが、このへんの国際私法的な論理構成がどうなっているのか、いまひとつよくわからないところがあります。ただし、これは米国の特許権を被害法益としてまずとらえていった。したがって内容としては、本案としては米国特許権の問題であるから、管轄の問題としてはすでに日本の裁判所がアメリカの特許権を判断することについて踏み込んだと解釈されているようです。以上が日本の現状、それからハーグとの比較について申し上げました。

結論から言いますと、いまのカード・リーダーの事件をハーグの条約案と比較してみますと、かなり進歩的な、あるいは先ほど冒頭に申し上げたほかの国の現状から見ても、かなり進歩的な判決とすることができます。ただし、この事件では当初アメリカ特許の無効の抗弁が出ましたが、その後その問題にまでは立ち入っていませんので、いったい無効の抗弁をどうするかというところまでは判断ができないということです。

【モデレーター】 AIPPIの関係で各国の現状を非常にわかりやすく説明していただきました。これで各国の状況がだいぶわかってきたと思います。

仮想事例に行く前に米国のレーダー判事が、外国特許の裁判管轄権ということで、MARSケースというアメリカで判決がやはりあります。それも踏まえてご説明いただけるということですので、レーダーさんをお願いしたいと思います。

【レーダー】 皆さま、このたび日本に帰ってこられましてたいへん喜んでおります。私はすでに50カ国くらいを旅をしまして、それぞれの国で知的財産権について話をしてきましたが、私は日本が一番好きです。日本の弁護士の方々は法律をほかのどの国の弁護士よりもよく知っていらっしゃいます。また則近さんあるいは中山先生、設楽判事など、たくさんの方の友人もいます。ですからこのたび、またこの会に参加できましたことを本当に喜んでおります。

本日私のほうからは国境を超えた、つまり米国法に基づいた外国での執行についてお話をしたいのですが、その法的なコメントを始める前に、まず問題をちゃんと理解できているかどうかを確認したいと思います。たとえば非常に優れたソフトウェアの特許があって、IBMがその特許を世界各地で侵害しているとしましょう。その特許をIBMの全ての機械に載っているとしましょう。多くの国に侵害がわたっている場合、特許侵害の救済をどうしたらいいでしょうか。

その場合にいろいろやり方がありますが、まず侵害訴訟を各侵害地で起こしましょうか。だとすればこれはかなりの困難に直面するはずですが、まず法律事務所探しから始めて、それぞれを各地で監督しなければなりません。また必要書類にすべて現地語の翻訳が必要になります。また、われわれの経営陣のトップもしくは研究者を、侵害訴訟での証言のために各国へ次々と出張させなければ

ばなりません。これだけ申し上げればすぐわかると思いますが、この特許権行使の経費は負担できないほどの巨額なものになります。だとすると侵害が多くある国であるにもかかわらず、あきらめなければなりません。

もう一つのやり方として、一つの法廷地を選んで、そこで訴訟を起こす。そしてその法廷地の管轄裁判所に数多くの被害国の法律を基に、1回の審理で判断を下してほしいと訴えることがあると思います。私はCAFCに属しているわけですが、担当した事件に、特許権者がアメリカの裁判所に対して、日本法で侵害を判断してほしいという案件がありました。MARS対株式会社日本コンラックスという1994年の事件です。この特許は硬貨の仕分け装置でした。MARSというアメリカの原告会社ですが、訴えによればKKNC、日本の日本コンラックスという会社が、アメリカにおいてはアメリカ法の下で侵害しているし、日本では日本法の下で侵害しているというふうに主張しました。そして、両方をアメリカの裁判所で訴えました。

まずアメリカの事実審では管轄権を持っていると推定しましたが、日本法のクレームに関してコミティを欠くということで却下しました。このコミティーというのはアメリカの裁判所が、日本裁判所が自国の法を解釈する権利を、自ら日本法に関わる事実の審理を辞退するものです。この件はCAFCに上訴されました。CAFCは裁判管轄権はないものと推定しましたが、一方、日本の法律に基づくクレームで、アメリカ裁判所が付加的な管轄権 (supplemental jurisdiction) を行使できるかということを検討しました。この付加管轄権は米国法の概念で、非連邦の下の訴えであっても、これが特許法上の請求に付随しているものであれば、その裁判所が判断ができるとするものです。通常、連邦法ではない請求とは、州法に基づいた商標に関する訴訟または州法上の不法行為等が、異なる州の法律の下で起こった場合です。たとえば非連邦のカリフォルニア商標法に基づいた訴訟と米国特許訴訟に付随するカリフォルニアにおける不法行為の事件ということです。

通常、付加管轄権はこのような場合に適用されますが、連邦法ではない請求ということは、解釈によっては日本法に基づく請求もそのカテゴリーに当てはまるということもできなくはない。この付加管轄権に関するテストとは、この非連邦の主張、すなわち日本の法律に基づく特許侵害が、アメリカの特許法に基づく請求と同様に、効力発生事実を共通の核として持っているということであったわけです。そこでCAFCは、日本法の下での請求が効力発生事実を共通の核として、米国特許と共有しているかということを検討しました。裁判所は、日本の特許クレームは米国の特許クレームと異なっている、同一ではないということを行いました。具体的に申し上げます、日本特許は硬貨仕分け装置というものを対象にしましたが、アメリカでは硬貨仕分け方法がクレームであったということです。

もう一つ裁判所が検討した点は、被疑装置でした。日本法の下では9つの異なった装置が侵害していると言いました。ところが米国法での侵害は1種類の装置しか申し立てなかったわけです。したがってCAFCはこの二つの侵害事件は、あまりにも違いすぎる。すなわち効力発生事実の共通の核がないと判断したわけです。しかしこの事件では重要な問題が提起されました。すなわち、もし各国の特許と、各国の被疑侵害装置がもっと類似していたら場合であれば、アメリカは付加管轄権を認め、外国法にに基づく請求について判断ができるかということ。これをテストするための第2の事件がまだ回ってきていません。

国境を越えた執行にあたって、もう少し懸念事項をお話ししておきたいと思います。すなわち米国裁判所が日本法を執行する、そして日本の裁判所が米国法を執行するという問題です。一番心配なのは、アメリカの裁判所が日本法の下で侵害を認め、その結果、日本の消費者が結果によってはより高い価格を払うことに反対するかもしれないことです。逆にアメリカの消費者も、日本の裁判所がアメリカの法律を執行した結果として、より高い価格を甘んじて払うかということに関しては

反対を表明するかもしれません。

それから、各国が国境を越えた執行に対して法的な障壁を作ることも考えられます。たとえばスイスはもうすでに法律として、いかなる企業といえども本社がスイスに所在する企業は、トレードシークレットを外国企業に開示してはならないとしています。訴訟下においてもそれを禁止しています。これは外国における特許権行使を阻害するものです。というのは、トレードシークレットの開示を認めないとすれば、このスイスの会社の業務内容が正確にわかりません。これが二つの大きな懸念事項です。一般大衆、政治家の反応、それから法的障壁を立てることです。

この懸念事項に対応する政策がいくつかとられてきましたのでお話ししておきましょう。それぞれの国において、ある外国裁判所が全く公正にその国の国内法を適用したかを判断するオプションをもつ裁判所をおくことです。たとえば日本の裁判所がアメリカ法を執行した場合、その判決の執行をアメリカの裁判所が決定しなければいけないことになるわけです。そしてその時点でアメリカの裁判所がこの件に関して日本の裁判所が完全に、また公平な形でアメリカ法を適用して判断をしたかを判断することになります。これはブローダータング・ドクトリンとアメリカでは言っています。1971年の最高裁判決から命名されたものです。これによって不公正、不正確な形の外国法の適用から保護するものです。

それからもう一つ重要なのは TRIPS条約、それからWIPOの努力があって国際知的財産権の判断基準に関しては統一がなされつつあるということです。裁判所自体も相互に依存することを学んでいくことになるかもしれません。他国の判決を、相互に承認することの司法経済を認めはじめられるかもしれません。ヨーロッパはこの意味ではもうすでにかなりの成功を収めています。ウィレムス判事が発言したとうり、もちろん回答のない質問はまだありますけれども、国境を超えた差し止め命令や執行がヨーロッパではかなりうまく機能しています。

結論ですが、知的財産権自体が国境を超えた形の存在です。世界がは国際的市場となってきました。市場のほうは裁判所に対して、より効率の良い越境的なルールの運用を要求してくるでしょう。だとすると裁判所も外国法を適用する場合により多く対応していかなければなりません。最終的には、国際的な執行のメリットのほうが懸念を上回るということになるでしょう。

【モデレーター】 MARSケースにも出ていましたように、外国特許、この場合には日本国特許が対象になりましたが、分析された判断が、具体的な事例でもどういふふうになってくるか。そういうことを踏まえて事例もつくっています。

先ほど熊倉さんからもお話がありましたように、東京地裁、東京高裁のカード・リーダー事件について、先ほど道垣内先生からのコメントが欲しいというお話がありましたので、できれば道垣内先生、その点でコメントをいただけますでしょうか。お願いします。

【道垣内】 先ほどのFM変調機というかカード・リーダーというか、その判決において、高等裁判所は差し止めその他の請求と損害賠償とを分けて、その性質が違うという議論をしているわけです。前者のほうは公的な、公法的な問題であるので、日本では日本の特許法しか問題にならない。したがって準拠法という議論自体が当てはまらないと言っているのに対して、損害賠償については国際私法のルールを通じて準拠法を決めているわけです。損害賠償についてはアメリカ法が準拠になるという判断もありえたと思いますが、しかし日本法だと。結論としてはいずれも退けたわけですが、相当に違う扱いをしているわけです。そういう扱いが正当化できるのかどうかは大きな議論になります。

と言いますのは同じルールで救済方法が違うだけなのに、差し止めを請求するような場合には公

的な問題で、損害賠償のときは私法的な問題というふうな扱いがほんとうにできるのかということです。と言いますのは、いま六法を貸していただきましたが、特許法 196条によると、特許権の侵害は刑事罰もかかるわけですから、差し止めとか損害賠償で救済とともに、国家のほうでは刑事罰をかけるという形で担保しているわけです。一つの条文だからといって、性質が一つだというわけではなくて、このことからわかりますように、その条文は二つの性格を持っているわけです。したがって逃げるようで申しわけないですが、最高裁が何とおっしゃるか非常に楽しみだということです。

【熊倉】 ありがとうございます。質問をよろしいでしょうか。

【モデレーター】 簡単をお願いします。

【熊倉】 いまの点で高裁の判決を見ていますと、おっしゃるとおり差し止めについても、これはアメリカ法は適用ない。それから損害賠償についても準拠法で法例の11条でいきまして、アメリカの特許法を適用していないのではないかというふうに読めるのですが。そうすると差し止めについても損害賠償についても、アメリカの特許法を対象にしていない。つまりアメリカの特許法についている管轄について判断する必要もないような問題になってないか。これを読んでいて、そのところがちょっとわからなかったのですが。被害法益はアメリカの特許問題であるとは言っています。しかし準拠法は不法行為地法の日本法を適用している。

【道垣内】 損害賠償について法例11条を適用したということは、アメリカ法が準拠になる可能性もあったわけで、そのような扱いをしたところが違うと私は申し上げたわけです。たしかに結論的に見ると、結局はアメリカ法の問題ではおよそないと裁判所は言ったということであれば、さかのぼって言えば外国特許権侵害の事件ではなくて、日本の特許権侵害、しかしそのことは主張していませんが、そのような事件だと、だから管轄問題になってないのは当然だということと言えるかもしれませんが、ただ管轄を認めるときには原告の理論構成を前提に判断するはずですので、外国特許侵害訴訟についてほんとうに専属管轄だと思っていたのであれば、その段階で門前払いをしたはずですが、にもかかわらずそうでないのでということです。

【モデレーター】 イシューがいくつかに分かれてくるものですから、時間も午前中がないのですが、ウェグナーさんにぜひコメントをいただきたいのですが、いまのカード・リーダー事件でアメリカでたとえばジュリスディクションのイシューというのではなくて、アメリカでの特許侵害、この場合では日本国内の侵害行為、つまり日本から製品をアメリカに輸出したという行為で、アメリカの特許法を日本国内の侵害行為に適用した場合に、特許侵害といういわゆる差し止め請求の問題と、それから損害賠償問題を分けて考えているというのがいまの議論でしたが、この点、もしアメリカで同じような問題、アメリカから日本に輸出する場合、アメリカで実際には侵害、クレームされている装置をつくっていた。それを輸出するという場合に、差し止め請求の問題と、それから損害賠償請求という問題を分けて考えたりするような、そういうアプローチはありますでしょうか。

【ウェグナー】 たいへんいいご質問をいただきました。ではまず国境を超えての域外適用という問題を考えてみたいと思います。侵害がアメリカで起こらなければ、アメリカでの直接侵害は成立しません。しかし侵害を誘引、つまり積極的に誘引した、これは271(b)条に基づくものですが、こ

それは直接侵害自体がアメリカで起こっていれば、世界中のどの国でも起こりえます。外国での教唆、誘引について、ハネウェル対メッツという有名な事件がありました。1975年頃にメッツというドイツのフラッシュメモリーのメーカーが、フラッシュのユニットをフランクフルト空港で所有権を移転し、シカゴにこれを持ってきました。そしてアルツマンカメラというシカゴの会社が、侵害するハネウェルのフラッシュ装置をイリノイ州のシカゴで売ったことによる直接侵害があったわけです。

メッツはそれに対して積極的誘引を主張されました。メッツはアメリカに来たこともなければ、アメリカで販売したこともなく、単にその所有権をフランクフルト空港で移転しただけです。そしてアメリカの第7巡回区控訴裁判所は、これが積極的誘引である、そしてこの行為がアメリカの国外であったにもかかわらず、侵害に基づき損害賠償請求できうとしたわけです。

いまの質問では、日本向けに輸出するという行為でした。ということはアメリカ国内でアメリカの特許の下で製造するということは、アメリカの特許に対する侵害があるということです。そういうご質問でしたか。

【モデレーター】 事件をミラーイメージで引っ繰り返すと、アメリカでは特許を持ってない、日本国で特許を持っているという事例ですね。両方とも原告、被告はアメリカ法人である。その被告が米国内で侵害だけでも装置をつくって、それを日本国に輸出した。日本国ではそれは日本国特許侵害になるという事例です。

【ウェグナー】 ちょっとお時間をいただいて考えてもよろしいですか。

【モデレーター】 想定事例に行きましたら、いつでもお答えいただければと思います。

それでは時間が中途ですが、皆さんも昼食のときに事例を考えていただきたいと思います。今日のファイルのアペンディクスがありますので、そここのところに仮想事例が出ています。その仮想事例を順次やっていきたいと思います。仮想事例をご説明して、時間のあるかぎり昼食前にプレゼンテーションでもしコメントができるのであれば、そこまでやらせていただいて、それからのちまた午後、当初の予定ではジュリスディクションの 想定事例まで終わる予定でしたが、なかなか難しいところがあります。皆さんのプレゼンテーションでかなり各国の状況がおわかりになったと思いますので、事例のほうもその意味では非常に簡潔な進み方ができるかなと思っています。

それではまずアペンディクスにあります仮想事例という項目をご覧ください。OHPでも出ます。まず最初の〔「外国特許の裁判管轄と無効判断」の関係〕という題名になっているのがあると思います。ここで出てきます事例は下に図が出ています。それが非常にわかりやすくなっていると思います。特許、原告というか特許権者はX社です。持っている特許はどれというふうには書いていませんが、一応アペレイタス・パテント、装置発明、物の発明という前提になっていると思います。

a、b、cを構成要件とする特許権をA国において持っている。B国においても同一クレームの特許権を持っている。ここにポイントの一つがあります。それを取得している。2番目、ディフェンデント、侵害者であるY社のシステムはサーバー、クライアント端末等を内容とするa'、b'、c'から成り立っている。すなわちこれはX特許を侵害している構成要件をすべて備えていることとなります。したがってこれはここに書いてありますX社特許の構成要件をそのまま実施するものとして、A国とB国でそれぞれ稼働している。それで原告、被告、X、YはともにA国法人です。各パネリストの方の所在する国をA国ということで前提に考えていただきたい。この事例の図にあるように、A国では特許の侵害行為は、Aの国内のY社システムというものが特許侵害行為になっ

ている。したがってB国のほうも同じで、Y社システムはB国内での特許侵害行為ということになっています。

それではまず最初の第1の質問は、X社はA国においてYに対し、A国特許権とB国特許権の侵害訴訟を併せて提起することができるかどうかという点になります。あくまでも仮想事例ということでお考えいただきたいと思います。もちろんコメントをいただける現職の裁判官の方たちも、そういう前提でお話していただけるというふうにご理解してください。

それでは欧州からウィレムスさん、コメントできますでしょうか。

【ウィレムス】 ヨーロッパの例を考えてみますと、先ほども言いましたように、欧州特許庁は特許の付与をしますが、欧州特許条約のすべての加盟国に対して付与します。ですからこの特許はみんな同じだということです。ですからここでの問題、そしてケース1に対する答えは非常に単純です。ブリュッセル条約がありますので、Y社がA国の中に居住している場合に、ブリュッセル条約のルールを見ると、この管轄権は被告住所地の国の裁判所となります。ですから1に関しての裁判は、A国裁判所に提訴される。そして侵害はA国あるいはB国あるいはC国に関しての侵害であってもかまわない。唯一違うのは無効の問題が提訴されることです。

A国の裁判所A国における有効性を判断することができますが、しかし同一特許の有効性をB国では判断できない。ヨーロッパのほとんどの裁判所では、その場合、B国における侵害に関して訴訟手続きを停止するでしょう。そしてB国の裁判所の判断が出るまで待つと思います。しかし暫定的差止命令（interlocutory injunction）というのがあります。非常に緊急性を要する場合には、オランダの裁判所は差止訴訟を停止しません。しかしその場合には、B国での有効性の判断についてできるだけエデュケートッド・ゲスという推定を立てます。たとえば同一の詳細説明、同一の先行技術、同一のクレーム、同一の製品であれば、これを推定するのはそれほど難しいことではないと思います。これがヨーロッパのお答えとなります。

【モデレーター】 いまの質問1はジュリスディクション・イシューということなので、B国特許侵害行為についてA国、つまりウィレムスさんの居住する国において起こすことができるかという問題ですが、ペーパーで見ると、ウィレムスさんのペーパーでは同一のクレームであるかどうかという限定は、そういう要件は別に必要とされていないように見受けられるのですが、その点はどうか。

【ウィレムス】 先生、もう一度ご説明ください。

【モデレーター】 この事例ではA国特許とB国特許というものを、A国で併せて裁判を提起できるかという問題ですが、これについてウィレムスさんのペーパーではイエスという回答をいただいていると理解していますが。

【ウィレムス】 できます。

【モデレーター】 その場合にA国特許とB国特許が同一のクレームであることが必要とされているかどうか、管轄権を認めるために。その点はどうか。

【ウィレムス】 同一でなくてもかまいません。かなり異なってもかまいません。B国の特許

であればいい、そしてY社の居住国であるA国裁判所です。ただ、これは仮のケースでしたので、この場合には、同一であるとみなしてお答えしただけです。それは必要条件ではありません。

【モデレーター】 それでは日本のほうで、この点について水谷先生か熊倉さん。熊倉さん、行きますか。

【熊倉】 先ほどのカード・リーダー事件あるいは満州国事件の通説の考え方に従えば、これは可能であると思います。それから同一クレームであるかどうかは関係ない。というのは第1にこれは日本の国際民事訴訟法の管轄の見つけ方ですが、被告住所地の管轄において問題になりまして、次は対象の物的管轄ですが、これが外国の特許も含むという立場から言えば、クレームの違いは問題にならないと思います。

【モデレーター】 わかりました。それでは米国の関係ではレーダーさん、お願いします。

【レーダー】 この状況はMARS対KKNCのケース、私が先ほどお話ししたものに非常に似かよっているように思います。ですからたして米国の裁判所が付加的な管轄権を持つか否か、これによってほかの国の法律を執行できるかということに関しては、実際の事実の核心が同一であるかということを見なければいけないということです。このケースの場合には米国の特許、それから外国特許が全く同一でないにしても非常に類似しているものかということが検討されなければなりません。それから侵害品と目されたそれぞれの装置が同一でなくても、非常に類似しているかということについての判断が必要です。もし似ているということであれば、米国の裁判所はおそらく付加的な管轄権を確立することができるということです。

しかし、これは米国が実際にこの管轄権を行使するかという問題の答えにはなっていません。あるいは礼譲の原則の下で、実際に外国の法律の執行を拒否するかどうかはわかりません。しかし少なくとも管轄権はありうるということです。これによって裁判所が必要であれば、そして事実の核心に共通性があれば、この訴訟に踏み切れる、管轄権がありうるということです。

【モデレーター】 いま出ましたようにMARSケースのサブリメンタル・ジュリスディクションの問題で同一のケース、あるいは先ほどのお話のアイデンティカルなケースというその関連性。この点で熊倉先生、先生のペーパーではコメントとしてジュリスディクションを認める対象として、同一発明に関し、それから同一の被告のシステムの場合で、少なくとも損害賠償請求の場合には認めてもいいのではないだろうかというご指摘がありました。これはいまのレーダーさんの言われていた、同一の特許というか、そういう考え方と似ていらっしゃるということですか。

【熊倉】 非常に似ています。ただし一歩進んでいきますと、管轄の問題としてはそれでいいと思いますが、そのあとたとえばそれが差し止めなのか損害賠償とか、そこらへんになってきますと、もう少し微妙な話になります。私がそこにそういうふうに書きましたのは、要するに国際民事訴訟法の管轄を認めるルールとして、最高裁がやっている特段の事情がないかぎり、一般の民事訴訟法の、たとえば被告の住所地のルールは使えますよ。特段の事情がないということを経験する際に、この事件の中では同一のクレームであり、住所がある、物が同じでありということは、まさに特段の事情がないということの証左であろう。だから特段の事情で排除されることは全くありませんねということで、そこにそう書いたつもりです。

【モデレーター】 これはウィレムスさんからのご指摘がありましたが、裁判管轄権の問題として被告の住所地というのが裁判所の管轄のところにあればいいと。そうするとB国特許がA国特許と併合するというか、一緒になって裁判を行うという、そういう併合管轄、日本では併合管轄ということの限定で、たとえば同一のクレームなり、あるいは同一の基礎になっている、そういう限定が日本の場合にあるのですが、欧州の場合にはいま言われたように、被告がその住所地にあれば住所地を認める。日本の場合はその点では熊倉さんのご説明では、併合管轄の問題かのようにちょっと見受けたのですが。

【熊倉】 私は併合管轄とは思ってないのですが。基本的に被告の普通裁判籍における米国特許の訴訟。

【モデレーター】 それについては管轄権を認めようというふうに理解してもよろしいわけですね、外国特許について。ただA国、B国両方とも訴えています、そうではなくてB国特許だけでも大丈夫だと。

【熊倉】 正直いうと、私自身はそこまでまだ思い切れていませんが、少なくとも先ほど言ったような日本の裁判所の動向では、そうなのではないかと申し上げているわけです。

【モデレーター】 わかりました。道垣内先生。

【道垣内】 被告の住所地ですから、いまの日本の判例に従えば、B国特許だけでも管轄があると思います。むしろ聞きたいのは、アメリカではサプリメンタル・ジュリスディクションでしか認めないとすれば、A国特許とセットでないといふためですね。B国特許だけだとだめなのでしょうか、被告の住所があっても。

【モデレーター】 その点をお聞きしたいと思います。レーダーさんかウェグナーさんか、アメリカでB国特許のみ訴えた場合、事例で行くとたとえばアメリカで日本の特許侵害行為について、その特許侵害をアメリカで訴えた場合について、管轄は認められるかどうかというのが質問です。

【レーダー】 Bだけに関してですか。それについて残念ながら答えはわからないという状況です。

【モデレーター】 何かコメントはありますか。

【カポス】 MARSケースについては、レーダー判事が既にさまざまなことについてお話ししていると思います。私自身、米国の訴訟の中で日本の特許が米国で提訴されたというケースを知りません。唯一管轄権を認める場合は、もし特許のクレームが全く同じ場合、あるいは実質的に同じという場合のみだと思えます。というのは被告が米国と非常に大きなコンタクトを持っている。この場合には管轄権があるというふうに認めるのが公正な理由だと思います。

【モデレーター】 事例ではディフェンデントは同じ米国に住んでいるという前提になっています。プレインティブも米国に住んでいる。問題になっているのは、米国特許も持っているし、それから

同一のクレームの日本国特許も持っている。道垣内先生からのご質問は、米国特許で侵害を訴えればいいのですが、米国特許侵害は訴えないで、日本国特許だけの侵害行為を米国で訴えた場合に、管轄権は認められるのでしょうかというご質問だったと思います。道垣内先生、それでよろしいですね。先ほどのMARSケースから見ますと、サプリメント・ジュリスディクションでなければだめだと。だからそれ以外はやはり難しいのかなと皆さん印象を持っていると思います。レーダーさん、お願いします。

【レーダー】 はい、そうです。米国の特許が争点でないかぎり、あるいはアメリカの法律に関する請求がないかぎり、それに対する付加的な管轄はありえないわけです。ですから日本の法律の下で独立した請求を起こすことはできない。アメリカ特許法上の請求があって初めてそれに対して日本法のクレームを付加させることができます。アメリカでは外国法に基づくクレームについての管轄権は、それ以外にないと私は理解しています。

【ウィレムス】 ヨーロッパはその点は大きく違います。私どもは、より大きな重要性をその被告住所地に与えているからです。そして二つの欧州の当事者がわざわざ日本に行って、日本で訴訟を起こすという合理的な理由がないと考えているからです。

【モデレーター】 これで日米欧の各国の対応ということで、もちろん個人的な意見ですがはっきりされたと思います。

次の無効の問題に行きたいのですが、時間が12時半を過ぎていますので、申しわけありませんが無効の問題についての次の質問は午後一番でやらせていただきたいと思います。いまの皆さんのご意見を踏まえて、食後に検討しておいていただければと思います。

それから飯村判事が裁判官会議がありまして、午後に退席されるということですので、午前中に貴重なお時間をいただきましてプレゼンテーションもやっていただきました。飯村さん、ありがとうございました。（拍手）

【飯村】 この会に話す機会をいただきまして大変ありがとうございました。午後ディスカッションに参加したいと思っていたのですが、会議がありますので午後は失礼いたします。もしご質問がありましたら、事務局のほうに言っていただければ可能な範囲で答えたいと思いますので、よろしくをお願いします。

【モデレーター】 どうもありがとうございました。

【事務局】 これから1時間昼食ということで、午後の開始は1時40分にしたいと思います。ご質問のある方は資料の頭のほうにあります質問票に書かれまして、会場の左右にある質問箱に入れていただきたいと思います。

- 昼食 -

【事務局】 午後のセッションを始めたいと思います。次の休憩は15時ころと予定しています。では三木先生、よろしくお願いします。

【モデレーター】 時間があまりありませんので、どんどん進めたいと思います。それではまず先ほどの続きになりますが、事例の質問の2です。読ませていただきます。アペンディクスにある仮想事例のところの1枚目にありますからご覧になってください。画面のほうでも出していますが。もし侵害訴訟を併せてA国、B国特許について裁判を提起できるといった場合に、A国裁判所はX社のA国特許権の無効について判断できるか。またそのB国特許権についてはどうか。こういう二つの問題があります。おのおの皆さんにお答えいただければと思います。

まず欧州のウィレムスさんからお願いします。

【ウィレムス】 ヨーロッパでのこの問題は、特許の有効性についてたいへん明確だと思います。A国の裁判所は、A国でのX社の特許の有効性について判断できます。A国の裁判所だけです。ただB国での特許、これが問題になります。ルールは単純です。それについての判断はできません。ただ、けさほども申し上げましたとおり、この有効性の問題がたとえば抗弁として出される、あるいはカウンタークレームという形で侵害訴訟で提起された場合には、裁判所は二つの悪から一つを選ばなければいけない。つまりそのまま裁判を停止するか、あるいはイギリスの判事がなさるよう完全に管轄を放棄するかです。

このような解決のできないようなパズルが存在するがために、ヨーロッパでは新たなイニシアティブをいま導入しようとしています。それをいまから申し上げたいと思います。というのは、これらのイニシアティブは直接的に、この会議の「新たな制度の模索」という副題に関連しているからです。最初のイニシアティブというのはEU委員会が現在考案中の立法措置で、直接加盟国に適用できるものです。それは共同体特許の創設です。実際的には、欧州特許条約を変更して、スーパーナショナルな組織としてのEUが、そのEuropean Patent Organisation加盟できるようにし、そして欧州特許庁がその上で共同体特許を発効できるようにするということです。これは通常の欧州特許と同じですが、ただ指定国として加盟各国ではなくEUがその指定国になるものです。

これは理論上もたいへんおもしろい考え方だと思います。というのはこれがもし実現すれば、初めて本当の意味でスーパーナショナル、つまり国を超えた、超国家的な特許ができるということですから。つまり加盟国あるいは主権国家が発行するものではなく、超国家的な機関が発行する特許です。それも欧州全域として統一的な権限を与えることになります。これがEU全域で有効か無効か、どちらかになるわけです。

ただ、いくつか政治的な問題があります。このイニシアティブについてはたぶん今月の終わりにもっと詳細が分かってくると思います。というのは11月25日か28日に、EUの域内市場会議が開かれて、そこでこの方向における大きな決断を下すこととなります。

それから二つ目のイニシアティブとして申し上げたいのが、多くの欧州特許条約の加盟国が出したアイデアで、それはアペンディクス・トリーティー、附則的な条約をこの欧州特許条約に対して任意で発効するというものです。つまり加盟国がその議定書に加盟してもしなくてもよい任意のものです。この議定書に加盟する国は、共同で超国家的な特許裁判所をつくることとなります。一審と二審があります。一審は控訴審で、それぞれの手続ルールが導入されることとなります。

これも私が考えるに、とてもエキサイティングなイニシアティブで、これができれば初めて本当の意味での超国家的な民事の裁判所が、法律問題だけではなく事実問題についても判断することになるわけです。ただ、ここでの問題はEU委員会が採っている立場です。EU委員会は、EU加盟国はもはやこのようなことを交渉できる立場にないと考えているからです。つまりこれはEUの専属管轄問題であるべきであると言っているわけです。これもまだ予断を許さないのですが、このイニシアティブが重要性を持つことになると思います。欧州共同体特許にはいろいろな問題がありま

す。EUの共同体特許は 満場一致が必要になります。そして一部の加盟国はそれをテコにを使って、自国の利益を実現しようとしています。そうするとプロジェクトが歪められ業界にとっての魅力はなくなるということです。

それからEUは現時点では新しい司法制度をつくるための法的根拠がありません。ニース条約で根拠がつけられたのですが、アイルランドが国民投票でノーと言ったため、ニース条約はいまのところまだ批准されていません。これらは二つの比較的新しい展開で、おおいにわくわくするような時代にわれわれが生きているということを示してくれます。経済的な圧力が知的財産権の分野でも働き始めていて、それによって新たな考え方が生まれていることを示していると思います。

二つ申し上げたイニシアティブのどちらかでもご関心がある方は事務局にお問い合わせください。事務局から私のほうに質問を回していただきまして、Eメールのアドレスを教えて下されば、そちらにご返答をお送りしたいと思います。

【モデレーター】 先ほど英国のジャッジがというお話がありましたが、英国のジャッジが他国の特許の有効性について、たとえば被告、Y社から抗弁が出た場合に、裁判手続きを全くやめてしまうのか、あるいは全くペンディングにしていくのか、その点はこのケースのときはどうだったのでしょうか。

【ウィレムス】 若干躊躇しながらですがイギリスの判事はブリュッセル条約により、権力、そして裁判権を与えられて知的財産事件、それもイギリス外のIPの事件を判断できるということを確認したようです。ただ著作権は登録されない知的財産権です。それに対して商標とか特許は違います。

【モデレーター】 そうではなくてB国特許の無効について抗弁を出した場合、ウィレムスさんのペーパーでは英国のジャッジは裁判手続きを最終的にやめるのか、あるいはペンディングなのかということです。そのケースを教えてくださいませんか。

【ウィレムス】 英国では、その特許と著作権とは取り扱いが違っていると申し上げたいのです。著作権では問題がありません。被告が著作権の有効性について主張しても問題はありません。しかし特許では問題があります。というのはブリュッセル条約では特許の場合、唯一無効についての管轄権があるのは、その登録国の裁判所だけであるという規定があります。英国の判事は、初めは管轄権を主張しますが、被告が無効の問題を提起すると、すぐにその管轄権は失われてしまい、その手続きを停止するだけでなく、その請求、裁判自体を却下、あるいは棄却します。というのは特許の無効性についての判断は、特許の有効性が確認できなければできないと考えるからです。ですから、そういう場合は、訴訟そのものを却下します。

【モデレーター】 それでは次に日本の場合をご説明いただきたいと思います。熊倉先生、お願いします。

【熊倉】 日本の場合はすべて仮定になってしまいます。仮想問題ですから答えも仮定です。そもそも午前中に申し上げた事件が、沈黙、と私はスライドに書きましたが、裁判所が明らかに外国の特許についての審議の管轄を持つかどうかということは明言していないわけですが、こういうときは裁判所は明言すべきだと思いますし、最高裁で同時にどういう形で出てくるかまだわかりません。したがってこのへんは仮定になるわけですが、また異論もずいぶんあるとは思いますが。

ただ、この裁判を前提にして考えた場合にどうだろうかということですが、もしこういう形の中で外国の特許について無効の判断ができるだろうかということについては、たとえば米国の特許を無効にするという体制的な効果を持つような反訴があっても、これについてはそもそも管轄を持たないだろうと思います。それは管轄の問題として拒絶するだろうと思います。

第2に抗弁の問題としてはどうか。これが今回問題なのですが、抗弁の問題として見た場合に、日本の先ほどのキルビー判決と同じように考えると、前提問題として考えるのであればいいのか。つまりハーグの選択肢A、選択肢Bと同じように、前提問題として第三者を拘束しないかぎりも扱ってもいいのか、あるいはそれもまた他の国の礼譲の問題、あるいはテリトリアリティーの問題、国家権力の問題等を考えると、その点についても行使しないのか。これは非常に不明瞭で、少なくともまず第1に事件がない。第2に非常に数少ない、裁判所に近い方の論文でもそのへんはたぶん遠慮するであろうという表現があります。

私自身の考えを申し上げますと、もし外国の特許権を判断するとすれば、日本の問題と同じように、少なくとも前提問題としては判断していかないと、効力の問題も判断していかないと、ほとんどの事例で無効の抗弁が出ますので、なぜ認めたのかということがわからなくなってしまいくらい価値がなくなるのではないかと思います。ですから、もし管轄を認めるという前提であれば、抗弁のレベルでは認めざるをえないのではないかと。そこまで考えないと本来は管轄を認めてはいけないのではないかと考えています。

それともう一つは、午前中のキルビー判決の問題が出ました。そしてウィレムスさんが日本の明白な無効事由による権利濫用の運用は、外国特許については慎重にしてもらいたいというお話がありました。この問題はそうではなくて、これは日本の特許に当てはまる論理であって、外国の問題になったときには外国のその特許法に基づいて、いったいどういう無効理由があるかという抗弁が出されるのだろう。したがってそれは準拠法の問題になりまして、準拠法の中でどういう抗弁があるのかということをも認めることになるのではないかと。そのところは管轄の問題と、それからその結果のどの法律を適用するか、準拠法の問題かという問題が微妙に錯綜してきます。

そうすると日本では明白な無効事由ですから、かなり厳しく言っています。ところがそうではない、外国について言うと、ただアメリカではクリア・アンド・コンピングになりますから、これも似たような話になるのかもしれませんが。しかしほかの国の特許の問題についてもっと軽い要件で無効が認められるとすると、対応する特許であっても日本では明白ではないというところで無効にならない、抗弁が立たない。

ところが外国については要件が違うから、無効の抗弁が成り立つということになると、日本で裁判をやっていて、日本の特許では無効と言い、外国の特許は有効と言い、あるいはその逆と言い、ということで、かなり矛盾した判断が出てくるわけです。そういった結果について、今度外国へ持って行って執行するとか、そういうことはおそらく難しいのではないかと考えています。したがって無効の問題はブリュッセル条約等がない状況で、ハーグ条約のようなものがないかぎり、結論というとなかなか難しいのではないだろうか。

【モデレーター】 結論としては難しいということですね。では米国側でカポスさん、どうでしょうか。

【カポス】 さて答えですが、米国に関していうと非常に似ていると思います。特に2番目のサブクエスチョンに関しては非常に難しいということです。もう少し詳細について話をしますと、まず最初のサブクエスチョンの方はほとんど問題になりません。米国の裁判所は米国のパテントの有効

性についてはちゃんと管轄権を持っているわけです。これが質問2の第1の質問です。それから連邦裁判所の管轄権に関しては、仮定のケースの両方の当事者は、米国にいますから人的管轄権はあるし、たとえば実際に法廷地に関しての問題はほとんどないということです。ですから最初の問題、米国の裁判所が米国の特許について有効性を判断するのは問題なしということです。

2番目のほうの質問ですが、答えは非常に困難です。ほかの国で付与された特許について米国の裁判所が有効性を判断するわけですが、その際に裁判所は有効性についてはおそらく常に専属の管轄がある、特に付与国の専属であると考えられる可能性が高くなります。特に主権、国家行為というものを考えなければなりません。ということはこの特許は自国の国境内で使用されるよう付与したものであるから、自国の裁判所によってのみ支持されるか、棄却されるべきであるということです。ですから外国の裁判所が、他国の特許について無効にする能力をもつということは非常に大きな問題を生んでしまうということです。

外国の裁判所が付与国の法律をちゃんと適用できるか。たとえば判例であっても法律であっても適用できるか、米国の裁判所はこのことについて現在検討中です。はたして外国の特許の判断について、米国法が執行できるかということですが、米国はほかの国と同じように、他国の国の特許についての運命を決めたいと思ってないようです。もう一つの想定の問題ですが、これはいろいろなニュアンス上の問題があるのではないかと思います。ですから有効性というものが侵害訴訟の脈絡で出てきた場合に、米国の裁判所がどういう対応を取るかということは非常に不明確です。

コンセンサスとしては、特に有効性は実際に付与国の中でだけで決められるということですが、先ほど申しましたように侵害についての決定に関しては、それほど厳密な形で見られてないという問題があるわけです。レーダー判事は、付加的な管轄権がもしかしたら適用されるかもしれないということをおっしゃっていました。ですからこういう点を考えて、裁判所がいわゆる無効の抗弁を侵害訴訟の中で見る場合には、もう少しポジティブな形で見うということがあるわけです。

それから裁判所の考慮点としてもう一つ考えるべき点は、もし有効の抗弁を侵害訴訟の中で棄却するというのであれば、もともと侵害訴訟ができないということです。すべてのこうしたものは一般には被告側から有効性の抗弁が必ず出てくるからです。ですからおそらく正しい状況下であれば、有効性の抗弁というものが侵害訴訟の中でも考えられうると考えるほうが妥当だと思います。

【モデレーター】 ウェグナーさん、何かコメントはありますか。

【ウェグナー】 簡単に申し上げます。カポスさんのおっしゃったことはまさに正しいと思います。しかし米国の裁判所の場合、おそらくMARSについて反対だと思います。そして管轄権を認めると思います。それからまず、有効性を侵害の裁判の中で取り扱う場合ですが、これに関して、その場合はやはり管轄権を認めると思います。しかし、このことについてほんとうにこの答えがクリアなのかということはまだわかっていません。

【熊倉】 質問、よろしいでしょうか。アメリカの方、どなたでもけっこうですが、一つはアメリカのブランダータング事件の読み方ですが、先ほどレーダー判事がおっしゃっていた事件ですが、日本ではこの事件は侵害事件の中の無効の判断がなされた場合に、その判断がのちの事件を拘束するというルールとして読まれています。一つはその質問が正しいかどうか。そうだとすると、たとえば日本でもアメリカの特許が、あるいはハーグ条約のような場合に、ほかの国でアメリカの特許が判断されて、審議されて、そこで無効の抗弁が出て、それが判断された。それがブランダータングのようなのちの事件をアメリカ国内で拘束するかどうか。それはたいへん仮定的になってきま

すが、その二つについてお聞きしたいと思います。

【モデレーター】 ウェグナーさん、お願いします。

【ウェグナー】 たいへんいい点だと思います。こういうことは起こりうると思っています。もしたとえば日本の裁判所が日常的に管轄権を二つの国におけるケースについて認めるということだったら、こういうことは起こりうると思います。たとえば日本の会社がマイアミで提訴されるとします。そうしたら通常は2～3年判断に時間がかかるわけです。日本の当事者はそのとき直ぐにこれについて侵害不存在の確認判決を日米で求めようということになると思います。東京地裁のスピードで1年くらいでやるとは思いますが、米国特許の無効の判決が出る、それからまたマイアミに行って略式判決ということで、ブローダータングケースについて棄却を求めるわけです。

これはファースト・インプレッションのケースですが、はたしてマイアミの地裁あるいはCAFCのほうでブローダータングの二次的禁反言ルールが拘束力として持つのか。先ほどレーダー判事がおっしゃったように、一つ非常に重要な基準となるのは、これがフェアな裁判地であるかということです。東京地裁が裁判所としてフェアであったか、そしてこうした有効性のテストに対して公正な判断を与えたかということです。この公正さということが重要です。ですからフェアであればブローダータング・ケースが適用される可能性があります。その場合には米国のケースは棄却されません。これはファースト・インプレッションのもので、こういうアイデアは非常に使われやすいということです。

日本の裁判所が米国特許の有効性を見る場合、これは非常にプラクティカルな問題だと思います。たいへん重要な問題だと思いますので、考えていただきたいと思います。

## C - 2 共同直接侵害、間接侵害

【モデレーター】 これで欧日米のいまの質問に対する回答が出たと思います。なかなか否定的なご意見が現状だということです。

それでは次の共同直接侵害、間接侵害のほうに移っていきたいと思います。ウィレムスさん、共同直接侵害あるいは間接侵害のことで何かコメントがありますでしょうか。なければ先ほどのスーパーナショナル・コートシステムをご説明されてもけっこうです。

【ウィレムス】 ヨーロッパでは多くの法がハーモナイズされていますが、共同侵害、寄与侵害のハーモナイズはまだなされていません。国内法によって国内裁判所が判断するということになっています。したがってほんとうの意味での統一ヨーロッパの見解を、この質問に対して出すことはできません。

S社とW社のシステムが、X社の特許を侵害するか。その答えは明らかにノーです。侵害するのはシステムではなく人間や企業が侵害するのです。S社、W社といった会社が侵害するかどうかは企業によって違うと思います。これは私が知っているオランダ法に関して申し上げているわけです。もし侵害がそのような形で共同でなされたのであれば、共同計画がベースにあったのであれば、答えはイエスということになります。しかしグレーゾーンもあります。個人的には、基準としてはTRIPS的な考え、つまり「知って侵害をした」または「侵害を知るための十分な根拠がある」という基準にすべきだと思います。オランダ法廷が適用する基準はこれだと思いますが、これもやはり仮定でのお答えです。ですからほかのヨーロッパの国の立場に立ってはお答えできません。

【モデレーター】 それでは日本の関係では水谷先生、仮想事例とは別ですので、プレゼンテーションをお願いします。

【水谷】 今日のテーマでもありますが、わが国でも最近、特許権の共同直接侵害が問題になるようになり、またこれはわが国特有の事情ですが、間接侵害の規定の改正が議論されるようになっていきます。こういった背景についてここで簡単にコメントをさせていただきたいと思います。

ご承知のとおり、特許制度というのは産業革命以来の工業社会を念頭において、工場で生産される製品に使用される技術に対して特許を付与するというを前提として、制度を構築してきました。ところがソフトウェアが普及し、またネットワーク社会が到来してきますと、特許制度というのは従来と異なる事態に直面するようになり、こういった新たな事態の対応を迫られるようになっていきます。

わが国の特許庁もこのような事態に対応して、本年初めに審査基準を改正して、ソフトウェアそのものをも発明として受け入れて、特許を付与するというを明らかにしていますし、またビジネス方法発明に対しても、特許要件を満たすかぎり、積極的に権利付与を行っていくということも明らかにしています。もっとも、このような体制の下で特許権が付与されるようになって、実際の特許権行使の局面に至ると、特許法上、未解決の問題が数多く山積しています。私は主に共同直接侵害、そして間接侵害の問題を中心に、これらの問題を検討したいと考えます。

まず共同侵害についてです。ネットワーク上の複数のサーバから構成されるシステムの発明に対して特許権が付与された場合を考えると、その特許権のクレームの中には複数のサーバが構成要件として含まれていることが少なくないと思われます。このような場合に、この特許権について特許侵害の問題が生じたとすると、特許侵害が問題になるその対象システムにおいても、やはり複数のサーバがシステムを構成する装置として存在しているということが少なくないものと考えられます。

こういった場合に特許侵害が問題になる対象システム中の個々のサーバが設置されている個々のサイトというものが、同一人ではなくて異なる法人により運営されているということも、実際問題として少なくないわけです。しかし特許侵害そのものが問題になる場合は、そういった異なる法人により運営されている個々のサーバが、相互に接続されているシステム全体が特許を侵害しているかどうか問題となってくることになります。こういうことから、この場合に特許権の侵害というのは複数者によって引き起こされているかどうか。すなわち共同侵害、正確にいうと共同直接侵害の成立の有無が問題になってくることになります。

こういった場合に、クレームの記載方法を工夫すれば、複数者による共同侵害を考えなくても単数者による侵害で十分対応できるんだ、これはクレーム記載上の工夫で十分対応できるというような、実務上のアドバイスがしばしばなされます。実際問題としてそれに対応できる場合も少なからずあるのではないかと思います。すべての場合にそういった対応が可能であるのかと言われれば、それは疑問と言わざるをえません。また、そもそも複数の者が共同して特許権を侵害することが現行法上でありうるのか、あるいは起こりうるのか否かということについて検討しておくことは、実務家としては極めて重要ではないかと考えています。

そこで以下において若干この点について検討したいと思います。基本的な問題意識としてありますのは、特許侵害というのは本来、権利侵害が問題になる対象製品とか、対象方法が、クレームのすべての構成要件を具備している場合に、その成立が認められるという点です。これはオール・エレメント・ルールなどと呼ばれています。このことを前提にした場合には、複数の者の特許権の共同侵害を問題にした場合には、その複数の者のうちの個々の者は、クレームの構成要件をすべて実

施しているわけではなくて、それぞれ一部の構成要件を実施しているのみであるということです。したがって仮に複数者による特許権の共同侵害の成立を認めうるということを前提にした場合には、個々のものは自らが直接実施に関与しておらず、自分以外のほかの者が実施に関与しているクレーム中の構成要件の実施の結果についても、責任を負担することを求められることになるかと思いません。

こういった結果がオール・エレメント・ルールの立場から、許容可能と言えるのか否かがここでの問題ではないかと思えます。この場合に単独の者がクレームの構成要件をすべて実施していれば、特許侵害の成立が認められることは言うまでもありません。これに対して複数者が共同で関与してクレームを実施した場合に、複数者が関与しているというだけの理由で特許侵害の成立が否定されることになりますと、結果としてバランスを欠くのではないかというふうにも考えられます。特に今後はネットワーク上での特許侵害が、複数のサイトの共同の結果として生ずるということが予想されていますので、複数者関与の場合にも特許侵害の成立を認めていく余地が仮にあるのであれば、これを積極的に認めていくことも必要ではないかと考えられます。

そこで仮に複数者が共同で関与した場合にも、単独の者が関与した場合と同じように特許侵害の成立を認めるとすれば、いったいどんな要件が満たされればいいのかというのが問題になってくるかと思えます。この点についてはあまりまとまった論文も発表されていないのが現状ですので、あくまでも私見ということで以下述べさせていただきます。

この場合に複数者関与の行為においても、単独の者による行為の場合と同様に、全体として行為の一体性というものが認められるのであれば、これを基本的に1個の行為と評価することが可能となる場合があるのではないかと。すなわち複数者関与の場合にも、当該行為に全体としての一体性が認められるかぎり、これを1個の行為と評価することは可能と考えるものです。

このような前提に立った上で、複数者関与の行為について行為の客観的な側面と主観的な側面に分けて検討したいと思います。まず客観的な側面についてですが、複数者のうちの個々のものがそれぞれクレームの構成要件の一部の実施を担当している。そしてこれらのものが担当している行為の内容を総合すると、全体としてクレームされている発明が実施されているということが認められる。こういった場合には行為の客観的側面として、行為の一体性を認めうる余地があるのではないかと考えられます。

他方で今度は主観的な側面ですが、この場合も同様に、複数の者を構成する個々の者が、自ら直接実施を担当している内容のみならず、それ以外の者が担当している内容についても認識しており、さらに言えば自らが実施の一部に関与しているシステム全体についても認識を有している。こういう場合には主観的な側面から言っても、行為としての一体性、別の言い方をすれば共同実行の意思というものの存在を認めうる余地があるのではないかと考えます。

特許侵害には複数者が関与している場合に、いま申し上げたような客観的な側面、そして主観的側面の各要件が充足されている場合には、複数者関与による行為であるとしても、全体として一体の行為と評価することが可能ではないかと考えられます。単独の者による行為の場合と同様に、複数者が関与している場合にも特許の共同侵害、共同直接侵害の成立を認めることが可能になるのではないかと。

実際にこういったケースであれば、いま申し上げたような、いわば抽象的な要件の充足が認められるのかということですが、たとえば以下のようなケースがこれに当たるのではないかと考えています。すなわちあるシステムを構成している複数のサーバがネットワーク上で相互に接続されていて、これらのサーバを運営している運営者が複数に及んでいて、これらの複数の者の間では共同して特定サービスを顧客に提供することについて、継続的な契約関係が存在している。実際にもこれ

らのサーバの協働により特定サービスが顧客に提供されている。こういった場合であれば、先ほど申し上げました行為の一体性、すなわち客観的な側面および主観的な側面、双方の条件が満たされているのではないかと考えています。

複数者による特許権の共同侵害の問題については、申し上げましたとおり確固たる判例も存在していませんし、その成立を認めるのか否か、あるいは認めるとした場合にもどんな要件が満たされればいいのかといったことについては、非常に予測困難な点が現状では少なくないと思います。私はいわば議論のための素材として提示しておきたいという趣旨でここで申し上げたということを最後に申し上げたいと思います。以上が共同直接侵害の問題です。

次に間接侵害の問題に移りたいと思います。ご承知のとおりわが国の特許法 101条は、間接侵害について以下のとおり規定しています。一部だけ読みます。「次に掲げる行為は、当該特許権又は専用実施権を侵害するものとみなす。

1 特許が物の発明についてされている場合において、業として、その物の生産にのみ使用するものを生産し、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」。次の2は読むのは省略します。

ただいま読み上げましたとおり、わが国特許法において、間接侵害は、間接侵害が問題となる対象物が、問題となる発明の実施にのみ使用可能である場合、すなわち用途が当該発明の実施にかぎられている場合に、その成立が認められる、こういうふうに規定されています。言い換えるとわが国特許法では、間接侵害の成否はいま読み上げましたような客観的な要件の存否のみによって結論が出されていて、その問題となる間接侵害物が直接侵害の用に供せられることを知っていたか否かという、主観的な要件の存否は問題とされていません。

このような前提で具体的な例を考えてみたいと思います。たとえばソフトウェアについて間接侵害の有無が問題になったような場合を考えてみます。これはある大きなシステムが特定の特許権の直接侵害をしている。そのシステムのためにソフトウェアを供給する業者がいるという場合です。そのソフトウェアを供給する業者について、間接侵害が成立するか否かが問題になったような場合がこの例に当たります。

ソフトウェアというのはご承知のとおり、本来的に多機能性を特徴とする製品であるために、先ほど読み上げました間接侵害の成立の要件である「のみ」の要件を具備しているか否かという点で問題が生じます。この点についてはこれまでもさんざん議論が行われてきましたが、ソフトウェアはその多機能性ゆえに「のみ」の要件を満たしていないのではないかという考え方も少なからず存在したわけです。

同様に、ネットワーク上の複数のサーバから構成されるシステムの発明に対して付与された特許権の侵害が問題になったような際に、先ほどは共同侵害、共同直接侵害の問題を検討しましたが、その点とは別に個々のサーバについて間接侵害の成否が問題になる。こういった場合を検討した場合にもまた同じような問題が生じてきます。すなわちサーバは通常は単機能ではなく、複数の機能を有しているために、個々のサーバの間接侵害の成否については、同様に「のみ」の要件を具備しているか否かという点で、これを疑問とする見解が少なからず存在しています。このようなことから多機能性を特徴とするソフトウェアやサーバについて、多機能であるということを根拠にして間接侵害の成立が否定されることになると、わが国特許法の間接侵害に関する規定は、その成立要件がやや厳格に過ぎるのではないかといった意見も表明されるに至っています。

そこでわが国の特許庁はこれらの問題をも踏まえて、特にソフトウェアやサーバ等についても対応を可能にするという観点も含めて、現在、特許法の間接侵害に関する規定を改正することを検討しています。特許庁のウェブサイトにもいろいろな検討結果がアップロードされています。その内

容としては、間接侵害の成立要件の中に主観的な要件を新たに加え、他方で客観的要件については従来に比べてより緩和していく。こういった条文を追加していくということが提案されています。このことが実現した場合には、これまで述べてきたようなソフトウェアやサーバのケースを含めて、わが国においても特許権の間接侵害の成立が認められる場合が、従来よりも増加していくものと考えられています。

【モデレーター】 時間がないのでいいですか。アメリカの方が3人ともお話ししたいと言いますので。時間がだんだん迫ってきましたので申しわけありません。それではカポスさん、お願いします。3人全部15分を予定しているのですが、最初5分、5分、5分でどうでしょうか。(笑)

【カポス】 まず共同侵害、それから間接侵害を5分で話すということですね。米国法ですが、基本的な侵害の要件に関しては、これを製造、使用、販売、輸入とした者で、実際に一部のみやった場合には直接侵害ではありません。これは35 U S Cの271(a)で、直接侵害になるためには発明はすべてのクレームの構成要件が米国で製造、使用、販売、販売の申し出、輸入されるということを要求しています。

しかしこの規則には例外があります。日本と少し似ているのですが、おそらく共同侵害になるものです。たとえばPaper Converting Machine対Magna-Graphics Corp.社のケースですが、被告は提訴された部品を別個にテストして、顧客に半組立品を出荷して、顧客に特許が満了するまで作動するユニットを組み立てないようにと助言することによって、侵害を回避しようとした。裁判所はこれについて、テストのレベル、それから十分に完成した機械の販売および納入の組み合わせは、直接侵害を生じさせると認定しました。

それからもう一つ、FMC Corp. 対 Up-Right, Inc.のケースです。裁判所はこの中では侵害が複数当事者の関与および組み合わせ、または連続した行為から生じたときには、これらの当事者は共同侵害者であり、連帯して責任を負うというふうに認定しました。ですからこれを完全にするためには、これらのケースは全く普通のものではありません。ですからこれは広く米国裁判所で受け入れているわけではありません。おそらくこれについてはレーダー判事、それからウェグナーさんからのコメントが必要だと思います。

しかしこれが示していることは、一部認定されているということです。十分お互いに協力してやっている当事者は、正しい状況下であれば共同侵害者でありうるということです。ですからこうした理論を成功させるためには、当事者が少なくとも互いの行為を認識していなければいけない。そして別個のステップ、あるいはその部分が単一のプロセスあるいはシステムの中で結びつくようになされていることが必要です。実際に密接に結びついていればいるほど、共同侵害の証明は容易になるということです。ですから一番予測できるのは、共同侵害のコンセプトは、事実というものに大きく依存する、そして適用は狭いということです。

もう一つ、すべてのクレーム要素以外で侵害を成立させるベースは、寄与侵害です。こちらのほうは35 U S Cの272(c)です。発明の重要な部分を構成する、特許対称の機械の構成部品、製品、合成物、または實際上特許プロセスで使用するための材料もしくは装置を、それがかかる特許の侵害において使用されるために特に作られた又は特に改造されたものであり、実質的に非侵害の使用に適した普通の商品ではないことを知りながら、米国内で販売を申し出、もしくは販売し、または米国に輸入した者は、寄与侵害者としての責任を負う。これは法律です。

しかし、これは非常に重要なリクワイアメントが付いています。もし重要な部分の一つ、または

複数の部分が米国に輸入されたり、販売されたりした場合、これが侵害の目的に適した形でなされた場合、そしてこれが実質的に非侵害の使用に適した普通の商品ではないということを知っている場合、寄与侵害の責任が適用されるということです。しかし、ここで特筆したいのは、寄与侵害者が存在するには直接侵害者がいなければならぬ、それから認識の基準が非常に重要です。直接侵害と寄与侵害の区別が、271のセクションの中で明記されています。

もう一つの理論ですが、これは侵害の誘引に関する法律です。寄与侵害に加えて、米国は実際に侵害の教唆をした者についての責任を負わせています。35USCの272(b)です。このケースですが侵害の認識についての要件が付きます。教唆者がこれをよく知っていた場合には、これが侵害になる。しかし寄与侵害と違って教唆者というのはコンポーネントパーツを提供することは必要なく、指示を与えるだけで充分なのです。

さて5分を超えてしまうので、ここでストップしようと思います。

【モデレーター】 それではウェグナーさん、オーバーラップしないようにお願いします。

【ウェグナー】 はい、オーバーラップはいたしません。完全に反対するだけです。共同侵害ですが、最高裁ではどの上訴審の判決も共同侵害という言葉を使うかぎり、少なくとも一人の直接侵害者がなければなりません。Paper Convertingの事件は、共同侵害のセオリーを支持しましたが、今年に入ってからレーダー判事がWaymark事件でこれを実質的に覆しました。寄与侵害は適用できない。というのは直接侵害がなければならないからです。それから教唆も直接侵害者がいなければ適用できないということです。ただ日本の先ほどの方がおっしゃっていたことに同意するのですが、契約的な関係が存在する場合、つまり一当事者が別の当事者のエージェントである場合には、一当事者による一つの侵害行為とみなすことができます。ですから契約的な関係があれば一つの行為とみなされます。

これはアンフェアではないと思います。というのはクレーム文言をうまく書いて、一当事者がそのクレーム中のものすべての侵害者となるようにすればいいわけです。これはコンビネーション・クレームだから難しいわけで、コンビネーション・クレームは侵害を立証するのは難しいと思います。

【モデレーター】 カバーされているということですが、レーダーさん、何かありますか。

【レーダー】 あとに回していただいて結構です。

【モデレーター】 時間のことまで気にしていただきまして……。

それではこれで三つの国のコメントが出ました。事例の質問が非常にありまして、とても終わりがきれいなと思っています。共同侵害、直接侵害と間接侵害については、1999年のシンポジウムで非常に議論しましたので、もし興味がある方はSOFTICの本をお読みになっていただければと思います。事例のほうに進んでいきたいと思っています。

それでは先ほどのアペンディクスの2枚目〔「共同直接侵害、間接侵害」関係〕の事例に進みたいと思います。簡単に読み上げます。(1) X社はサーバー、クライアント端末等を構成要件とするシステムの特許を取得している。(2) S社が所有・運営するサイトa'、b'と、W社が所有・運営するサイトc'とは、ネットワークを介して相互に接続され機能しており、両システムは接続時において、X社特許を実施するシステムとして稼動している。(3) S社システム及びW社シス

テム中の各ソフトウェアは、それぞれ 社及び 社が開発したものである。

質問の(1) S社システムとW社システムは、X社の特許権を侵害することがあるか。これは前回のシンポジウムの際にパテントのクレーム、明細書も非常に具体的に書きまして、被告のイ号製品についても具体的に記載したものをベースにしましたが、今回はそのへんについて非常に抽象的になっているものですから、いずれもパネリストの方からいただいたアンサーが、どちらかという事実関係によるというご判断になっています。それは先ほどのプレゼンテーションでも事実関係がどういうものか。たとえばウェグナーさんがご指摘になりましたように、両当事者に、共同侵害者、直接侵害者が契約関係にあるような場合は認められるのではないだろうか。これは水谷弁護士も説明が出てきました。この事例はその関係がはっきりと出ていません。ですから逆にいうとどういう具体的なものがあれば認められるなというところで、お答えをしていただければと思っています。

それではウィレムスさん、これについてのコメントが何かありますでしょうか。

【ウィレムス】 いずれにしてもオランダの場合を申し上げれば、要求事項はウェグナーさんがアメリカに関して言われたよりも緩いと思います。契約関係がS社、W社の間にあることは必要ないと思います。基準がどのレベルなのか厳密には予測できません。しかし、S社、W社両者が共同して行動したら特許侵害となることを知るに十分な理由がある、すなわちクレームの構成要件を全て実施しているということが認識できたのであれば、これで直接侵害は推定できると考えます。

ソフトウェア会社はもっと難しい問題になるかと思います。というのは侵害のパーツのパーツのパーツのパーツ...しか提供していないからです。

【モデレーター】 すみません。ソフトウェア会社はまだよくて、質問の(1)のほうです。

【ウィレムス】 では結論申し上げれば、アメリカを除けば一人の当事者が直接侵害をするかだけの分析で終わりません。特許侵害以外の不法行為、不公正競争があります。あるビジネスのやり方が特許侵害でなくても、不法行為、違法行為であり得ます。アメリカは印象から言えば、ヨーロッパとは判断の事情が違うように思いました。

【モデレーター】 事例が抽象的なのでいろいろな場合を想定できると思います。先日、今日もご出席なさっています富士通のオカさんとも少しお話しさせていただいたのですが、この設例に出ていますS社のサイトとW社のサイトを相互に接続して機能すると、現実的にどういう対応を考えようかということで、これは高倉さんからまたコメントがいただければと思います。

現在、日本の特許庁で議論されていると聞いているのですが、実施概念ということで、一つはここで行くとW社のシステムにS社のシステムを取り込む。言い換えればネットワークを介してダウンロードしていく。その事例が一つと、それからもう一つは、W社のシステムからたとえばS社がインターネット・サービス・プロバイダーとして、自分のシステムをW社に使わせる、あるいはユーザーに使わせる。ユーザーはW社のシステムを購入するということは考えられるだろうと思います。日本では、送信する行為、あるいはデータを送信する行為が実施概念に入るかということで議論されていると思いますが、これは日本の事情です。ほかの国の方で具体的な、たとえばこういう場合は侵害になるんだということで、何かコメントをいただければと思っています。

ではウィレムスさん、何か追加的なコメントはありますか。

【ウィレムス】 私にとっては全部仮説的な設問だと思います。ご存じのようにヨーロッパではそれほどソフトウェア特許が世界の他の地域ほど多くはありません。傾向としてはどのような技術的課題を解決したかが問題であって、その方法としてソフトウェアが使われたか否かは2次的な重要性を持つものだと考えています。ソフトウェア・システムはそれ自体が重要問題であるとヨーロッパでは考えられていません。ですので抽象的な考え方ですが、この質問を一般的な侵害、それから不法行為の中でとらえてみたいと思います。だとすれば技術的に具体的にシステムがどう接続されているか、どう取り込まれているかというのは、それほど重要性を持たないと思います。

私の見解を言えば、ヨーロッパの観点から重要なのはこれらの企業がこういった形で共同で活動すれば、技術的方法はどうであれ、これによってクレームを満たしていることを認識しているかということです。それを知っているということになれば責任が問われます。もしそうでなければ侵害はないと思います。

【高倉】 発言の機会をいただきました。特許庁における実施概念の検討状況について、議論のご参考になる情報を提供したいと思います。先ほど三木先生がおっしゃったように日本特有の事情がもしもありませんが、発明の、特にソフトウェアに関連する特許発明の実施の概念については、少し法律的に検討をしておかなければいけないという状況にあります。

と言いますのは先ほど水谷先生からお話がありましたように、今年の1月からわが国特許庁はコンピュータプログラムというカテゴリーを特許法上の物の発明として適法なものとして扱っています。しかし現行特許法の実施の定義によれば、物の発明にあつてはその物を生産すること、譲渡すること、アサイン・オア・トランスファーだと思いますが、こういうふうになっている。そうすると、では特許されたプログラムの発明を送信する行為は生産にあたるのか、譲渡にあたるのか、それ以外の何かにあたるのか。ここがはっきりしない。ここを明確にしておかないといけません。

たとえば技術的な用語としては送信する行為であるとか、あるいはもう少し上位の概念として、市場に置く (put on the market) であるとか、あるいは供給をするという包括的な経済的な用語を導入することによって、特許されたプログラムの実施、特に第三者の実施が侵害であるということを経験において、より明確に主張できるような対応にしておかないといけません。そのほか間接侵害の問題と共同直接侵害の問題についても検討していますが、これは先ほど水谷先生のお話にもありましたが、先生が用意されたレジュメの中にも入っているようですので、特に質問がなければ省略しておきます。

【モデレーター】 水谷先生、質問のいまの(1)については、先ほどの契約関係ということであればということで考えられてよろしいわけですね。

【水谷】 はい。ただ正確に申しますと、行為の一体性が認められるような場合の典型として、継続的な契約関係がある場合というふうに先ほど申し上げましたが、その場合にかざられるという趣旨で申し上げているわけではありません。逆にある一時的に、偶然にS社とW社のシステムがネットワーク上で接続されて、何らかのオペレーションをやっている。そういう偶然性に裏づけられているような場合であれば、行為の一体性も認められないし、共同侵害も成立が否定される。こういうことになるかと思えます。

【モデレーター】 先ほど接続の問題でお話ししましたように、S社のシステムをW社のシステムに組み入れるというか、ネットワークを介して取り込む。そういった場合には、これは成立を認め

てもいいと、そういう可能性もあるということでしょうか。

【水谷】 取り込むというのは物理的に取り込むという意味ですか。

【モデレーター】 このようにダウンロードしていくということでしょうね、この設問の事例を解釈すると。

【水谷】 この設問事例そのものは二つの会社のシステムが接続されて、一つのワークをしている事例だと思えますから、システムを使用していることがここでいう実施行為になると思えます。

【モデレーター】 わかりました。そうするとネットワークを介してS社のシステム、W社のシステムを、たとえば消費者が使っている場合は実施になるということですか。

【水谷】 消費者ですか。その場合は二つS社、W社のシステムが共同してオペレーションをして、消費者に対して一定のサービスを提供している。このことが発明の実施にあたるということになるのではないかと思います。

【モデレーター】 それでは次にアメリカのほうで、このご質問に対してどなたかコメントを、レーダーさん。

【レーダー】 まず私が最初に発言して、おそらくアメリカの両名は裁判所の判断を覆すかもしれませんが、単純な言い方をすれば、米国法の下ではすべての場合において一当事者が侵害を構成しなくてはならない。すなわち、すべての特許クレームの要求事項を満たす形で侵害していなければいけない。寄与侵害、侵害の誘引いづれも一つの直接侵害の行動が一当事者によっていなければなりません。

ですから、この仮想事例の説明に関して見るかぎり、S社もW社も独立に行動しているので、一当事者による侵害に見えない、ということですから、唯一の可能性は、S社もしくはW社が他社のエージェントで何かの契約関係があって、その契約義務の下で行動している、もしくは何らかのフォーマルな手はずがあって、両者を実質的に一当事者とみなすことができなければ侵害は成立しないわけです。そうでなければ一当事者が侵害を構成したとは言えない。したがってこの仮想事例の場合に関しては、いずれも侵害を構成していません。

同僚の方々、私を訂正してもいいですよ。でも、いずれにしても最終的な判断は私によります。

【カポス】 管轄権の問題に戻って一言。アメリカの連邦裁判事は終身任命の立場にありますから、基本的な判断として連邦判事に逆らうというのはよろしくないと思います。いずれにしても共同侵害は大変難しいコンセプトです。この仮想事例の場合に訴訟を起こせる侵害があったかは、教唆、それから寄与侵害の基本コンセプトに戻して考えなければなりません。重要な部分、取引の主要な製品及び認識の三つの要素です。それが全部そろっているのであれば、この法理を適用してもよいと思います。

【ウェグナー】 私は反対です。教唆もしくは寄与侵害は、一当事者が必ず侵害者とみなされるようではなければ適用でき、レーダー判事も言いましたが、だれかが一当事者として直接侵害をしていな

ければ、だれも教唆した、もしくは共同侵害者とは言えないわけです。

【モデレーター】 それでは質問の(2)、同じ事例になりますが、こことあと(3)の消費者個人というのがあります。事例が同じですのでこれを二ついっぺんにおのおのお答えいただきたいと思います。

まず前提として(2)の質問は、X社の特許についてS社とW社について、特許侵害が認められるということを前提にしているわけです。そうした場合にメーカー、それをつくった社、社について、これも自動的に責任が認められるのか、あるいはこういうファクツがあれば認められるのではないか。そのへんのところのコメントをいただきたいと思います。

まずウィレムスさん、お願いします。

【ウィレムス】 では一生懸命そういうふうに答えたいと思います。先ほども言いましたが、W社とS社が共同侵害者になるためには、少なくともここで実際に侵害しているということを知っているというに足る理由がある場合には侵害者となります。知っていなければ侵害者ではありません。そして社と社は全く免責になるということです。

はたして社と社が実際に免責されるか、W社とS社が侵害した場合に責任があるか。これは基本的な発明の重要な部分を提供しているか、そしてこれが侵害のために使われていることを知っているかということで決まります。これについては、どうやってこれを裁判所で証明するのが非常に難しい問題だと思います。しかし、もし特許権者がたとえば警告状を書いた場合、そしてそこで非常に明確な、ここに侵害があるという証拠を出した場合であれば、社と社両者とも責任を負うことになると思います。しかし、これは非常に難しい問題です。

さて次の質問です。このW社のシステムがどこで設定されているか。これによって少しエスケープができるのではないかと思います。欧州法によると、侵害は経済的な取引のフレームワークの中でのみ起こるということで、いわゆるプライベートな消費者が実際に侵害をすることはあり得ないわけですが、しかし想定質問はこういう意味ではないかも知れません。もしシステムがW社に帰属しているものであれば、エクソオフィシオのコマーシャルなビジネスであるというふうに言うことができるわけですが・・・。

【モデレーター】 もう一度言います。質問の(3)のところに出ていますのは、コンシューマー・インディビジュアルがW社のシステムのオーナーシップを持っていると書いていますので、それを前提にお願いできますか。

【ウィレムス】 ですからシステムで消費者がこういうものをオペレートするという状況を想像するのは非常に難しいです。しかしこれを一生懸命想像して、一つ、たとえばクリックシステムに参加するというようなもの、こういう想像はできると思います。消費者の参加ということ、そしてこれによってシステムを使うということが消費者の側で侵害を構成すると思いません。しかしおそらくこの質問はそうではないと思います。

【モデレーター】 質問をつくっている前提が、こういうことがバックグラウンドであると思います。日本の特許法では消費者個人がこのWシステムを使って、それでSシステムを接続して使うということになりますが、消費者個人は業として行っていないということで、特許の直接侵害というものの対象にならない。業として行っていないからということが理由になるのですが、ヨーロッパで消費者個人がSシステム、Wシステムをネットワーク上で接続した場合にどうか。特にウィレム

スさんのオランダの国の場合ではどうだろうかということでお答えいただければありがたいと思います。

【ウィレムス】 コンシューマーは実際に侵害者とはならないということです。しかしW社はまだ侵害者であり続けるということです。これで答えになりましたか。これがオランダのケースです。

【モデレーター】 ありがとうございます。それでは日本のほうをできますか。水谷先生。

【水谷】 お答えする前提として、先ほど問題になっていたようなS社システムとW社システムが共同して直接侵害をしているかどうかということが検討の前提になるのですが、ここではとりあえず共同直接侵害が成立しているという前提でその先の検討を進めてまいります。

社はS社システムを開発し、社はW社システムを開発したということですから、システムに対して部品を供給しているような立場にあるわけです。そうなりますと共同直接侵害を形成しているシステムのその一部品を供給した業者というようなことに、社、社はなるのではないかと思います。そういうこととなりますと侵害の問題につきましては、とりあえず出てきますのは間接侵害の成否ということになるかと思えます。

日本法の立場からお答えしますと、先ほど申しましたように、ここで言えばS社システムとW社システムが相互に接続されて形づくられているシステム、共同システムの生産にのみ使用するものというふうに、社、社が提供したソフトウェアが言えるのかどうかポイントになるかと思えます。日本の間接侵害の規定は先ほど申しましたように、客観的な要件、特に「のみ」の要件を満たしている場合に間接侵害を認めるということです。そうなりますといろいろ議論はあると思いますが、ソフトウェアは多機能を旨とする、特長とするということを考えますと、間接侵害の成立が否定されるという場合があり得るのではないかと考えています。

次にW社のシステムを消費者が所有していたらどうなるのかということですが、消費者が所有しているということになると、W社システムというのも結局小型のサーバーであったり、PCであったりするのが通常だと思えます。そういうものを消費者が家庭内に持っていて、典型的な例でいえばインターネット上でS社システムに接続して物品を購入したり、あるいはサービスの提供を受けるといったような場合がこれの典型的な事例だろうと思えます。

こういった場合にはまず共同直接侵害が成立するかどうかの問題になると思えます。というのはこういった場合には消費者は一時的にS社システムに接続をしているだけですから、S社はW社の行為を全体として一体と認めうる余地があるかどうかはまず問題になるかと思えます。一般的に言えばこれは否定されると思えます。したがってそこで結論が出てしまうのではないかと思います。仮にその部分で共同直接侵害の成立が認められるということ、と、とりあえずその先に進んでいくために前提にしますと、その次の問題が登場してきます。

日本の特許法ですと、特許発明を業としてコマーシャリーに実施した場合に特許侵害の成立が認められるということが基本になっています。そうなりますとW社システムを所有している消費者は通常コマーシャリーに自分のサーバーを使っているわけではありませんから、消費者に関して言うと業としてという要件を満たしていないのではないかと疑問が生じてきます。ここではS社システムとW社システムが全体として共同直接侵害が認められるということ、を前提にしていますので、そうしますと業としてという要件もS社とW社システム全体に認められなければならないということになります。もっともW社システムについては、消費者が所有しているということになると部分的に業としての要件が欠落してくるということにもなりかねないかと思えます。

ここで形式的に結論を出してしまいますと、形式的には共同直接侵害が認められるけれども、W社システムを持っている消費者は業としての要件を欠いている。したがって結論としては業としての実施にあたらなから特許侵害は成立せず。こういうふうになるわけですが、ただそういう形式的な理由で結論を出していいのかどうかという問題がその先にあるのではないかと思います。特にシステムの一部に消費者が関与したとたんに常に特許侵害の成立が否定されるということになると、これはこれでまた一つの大きな問題になるのではないかと思います。

ここから先は牧野元判事のお考えの受け売りなのですが、こういった場合にこういう考え方がとれないか。すなわちS社システムとW社システムについては全体として共同直接侵害を認める。ただし消費者については先ほど申しました業としての要件について欠けているから、消費者個人についてはいわば違法性阻却を認めて、結論としては責任を免除する。しかしS社については侵害の責任を認める。こういった考え方を取れるとすれば非常に柔軟な処理が可能になってくると思います。以上です。

【モデレーター】 ありがとうございます。

【熊倉】 少し訂正してよろしいですか。ほんの少しです。

【モデレーター】 では時間を1分くらいで。

【熊倉】 1分でけっこうです。このアルゴリズムとして交換レンズ事件があります。つまり交換レンズとボディがクレームされていた場合に、ボディは消費者が持っている。そして交換レンズが組み合わさって初めて特許侵害になるというような場合です。それは間接侵害の問題なのですが、それと同じに考えますと、間接侵害の場合に最終的に直接侵害がなくてもいい、つまりユーザーであってもいい。それは違法性のあるものでなくてもいいということを前提にしますと、W社のシステムがS社のものと組み合わせて、もっぱらそのためにだけつくられているという場合には間接侵害の議論があり得るのかなということです。それだけです。

【モデレーター】 ありがとうございます。それでは米国の方でまずカポスさんからお願いできますか。

【カポス】 この分野ではアメリカの法律はかなりよく確立されています。つまり特許保護は単に技術的な進歩がハードウェアではなくてソフトウェアであったからとしても否認されないということです。この場合のクレーム、a、b、cという構成要件がありますが、ここにはたとえば 社あるいは 社が、あるいはその両社が提供したソフトウェアによって提供される機能が記載されているかもしれない。つまりクレームの中ではサーバーの問い合わせをソーティングするための手段として記載する。あるいは供給されたコンピューターによって別の機能を実行するための手段として記載するかもしれません。つまりソフトウェアが仮にこのクレームの一部だけを構成したとしても、そのソフトウェアが271(c)条の範疇に入ればソフトウェアの提供者は潜在的には寄与侵害を問われることとなります。

ただ、このコメントを言うときに何らかの直接侵害者が必ずいるという想定のもとに言っています。そうであれば、ソフトウェアのサプライヤーは潜在的には寄与侵害者になりうるわけです。さらにアメリカのインデュースメントドクトリンですと、S社とW社がハードウェアを所有し運用し

ていて、そして 社がたとえばS社に対してソフトウェアをインストールし、運営するように指示をして、そのソフトウェアのオペレーションが侵害を構成すると知りながら指示した場合には、積極的誘引によって 社の侵害が認められうるということになります。

【レーダー】 いまカボスさんがおっしゃったことに合意します。ただちょっと小さな点だけ追加したかったのですが、それはこの事件を左右するのは、cが果たした小さな貢献、つまりこの組み合わせに追加される重要な部分について侵害しないような用途があるかどうかだと思います。そのコンポーネントに、この組み合わせのほかに非侵害の用途があれば、寄与侵害にはならないと思います。

先ほどカボスさんがおっしゃったとおり、これはすべてどこかに必ず単独の直接侵害者が存在するという前提としていますが、この仮想事例ではそれを見つけるのは難しいかもしれません。重要なのは、 社あるいは 社が追加したコンポーネントに侵害しないような用途があるかどうかになると思います。

【モデレーター】 ありがとうございます、レーダーさん。このところで質問の3までが一応終了しまして、コーヒブレイクの時間になっていますので、これから3時半までちょっと休憩させていただきます。あと質問がいくつか来ていますので、それをまた検討させていただきたいと思います。それでは休憩になりますので、よろしくお願いします。

【事務局】 では3時半まで休憩ということにしたいと思います。さらにご質問のある方は質問票に書いて両脇の箱に入れていただきたいと思います。

- 休憩 -

【事務局】 それでは再開します。三木先生よろしくお願いします。

【モデレーター】 それでは続けます。設問がいくつかあります。それをなるべく終わらせたいということと、あとジャッジ・レーダーのフェスト・ケースについての彼のプレゼンテーションもありますので、時間を少し延ばしまして、5時50分くらいに、20分くらい延ばさせていただきます。それでは始めたいと思います。

もう1回仮想事例のほうに戻ります。仮想事例の3ページ、 図という図がありますので、ご覧ください。クロスボーダーの問題になります。前提を読み上げます。(1) X社はA国において特許権を取得しており、B国においては特許権を有していない。特許権を持っていないという場合です。(2) S社システムはA国に、W社システムはB国にそれぞれ設置されていて、相互にネットワークを介して接続されて機能しているが、両システムは、接続時には客観的にみればX社のA国特許のクレームを実施している。(3) X社、S社及びW社は、全てA国法人である。こういう事例です。

前回のシンポジウムでもクロスボーダーの問題で、これと似たような事例ということで問題が出ました。今日はもう一つそれを戻りまして、また仮想事例でやりますが、質問としましてはここに書いてありますように、X社はA国において、A国特許権に基づいて、S社及びW社に対して特許侵害責任を問うことができるか。こういう事例になっています。非常に抽象的になっていますが、各国のパネリストの方のご意見、コメントをいただければと思います。それではウィレムスさん、

コメントをいただけますでしょうか。

【ウィレムス】 この設問に関して、私はもちろんそうですと答えたくになります。ところがよく考えてみますと、これはそんなに簡単ではありません。というのは、法律とは実用性をもたなければなりません。我々のほとんどがソフトウェア特許を求めているのであれば答えはイエスであるべきです。この場合、答えがノーですと、ソフトウェア特許の価値がなくなります。あまりにも簡単に迂回することができるので、実質的価値がなくなるからです。特許権は属地的です。その属地性というコンセプトはこの時代にはもはや合わなくなっています。いまはサイバー時代になっていて、どこでどの行為が起こっているかを判断するのが特定しにくくなっています。

特許が有効とみなされているA国で、その効果が発生しているのであれば、私の意見では侵害です。たとえば私がヨーロッパに戻り、オランダとベルギーの国境に立っていたとします。そしてベルギー側の国境近くにいた人を斧で殺したとしましょう。これは殺人であるべきです。私の足が別の国にあったからといって殺人にならないことはないでしょう。もっとはっきりさせましょう。たとえば斧ではなく銃で殺したとしましょう。たとえば被害者から国境を越えて100フィート離れて撃ったとします。これは殺人に違いないですよね。引き金を引いた国のベルギーと。被害者が倒れたオランダと両方で殺人と認められるべきです。

ここでも同じ事が適用されるべきです。特許の効果はA国で発生すれば、これはA国での侵害となるべきです。そうでなければ、ソフトウェア特許は価値がなくなります。ただこれは私の個人的見解です。ヨーロッパでは、この仮想事例にあるような事柄についての判断はまだ出されていません。

【モデレーター】 ありがとうございます。それでは日本の水谷先生ですか、熊倉さんですか、どちらですか。では水谷先生、お願いします。

【水谷】 とりあえずこのA国を日本に置き換えて考えてみたいと思います。そうしますとこの事例というのは、クレームの構成要件の一部が日本国内で実施されており、その残りが日本国外で実施されている。国境をまたいでいるということを除けば、全体として我が国の特定の特許権が実施されている、あるいは侵害されている。こういうことになると思うのですが、問題は全ての構成要件が日本国内で実施されているわけではないという点にあると思います。

ネットワーク上で接続されているという点では、わが国内とB国にあるW社システムはつながっているわけですが、物理的に言うとW社システムはわが国領土外に設置されているということになってきます。特許権の属地性などを考えますとこういうふうに国境をまたがって形成されているシステム、これは現実にはたくさんあると思うのですけれども、1国の特許権の侵害として処置できるかどうかという、かなり基本的な問題を提示するのではないかと思います。

わが国の特許法では、たとえば特許法の2条3項3号に日本国外で製造された物を日本国内に輸入することがわが国の物の生産方法に関する特許権の侵害となることがあり得るという規定があります。したがって日本国外の行為についても何らかの形で日本の特許権の効果を及ぼしているという発想がないわけではないと思います。

ただ一般的に日本国外に設置されているこのW社システムのサーバーのようなものについて、日本国内と通信上接続されているという理由だけでわが国内の行為と認定しうるかということ、これはかなり難しいのではないかと考えています。仮にB国におかれていますW社システムが、わが国内のS社システムから完全なりリモートコントロール下におかれているというような場合を考えた場合

にも、わが国外に置かれているこのW社システムを日本の領土の拡大した領域だというようなある種のテクニカルな認定をしないと、日本国内で特許侵害行為が行われているというような結論を出すのがなかなか難しいのではないかと個人的には考えています。こういった場合にも特許侵害を認めなければならない社会的な必要性はおそらくこれから増大していくのだろうと思いますが、現行法の枠内でどこまで対応できるかということについては慎重に考えています。

【モデレーター】 ありがとうございます。これはのちに米国の方にもまたお聞きしたいのですが、いまの日本の特許法の場合、S社とW社の関係が親子会社であった。たとえばW社が100%子会社であったというような場合、あるいはS社システムとW社システムが専用回線で結ばれているといったような場合は、先ほどの国外におけるW社システムは日本国内の侵害行為の一部として取り込むような、そういうことはどうでしょうか。水谷先生。

【水谷】 おそらく米国のアクティブ・インデュースメントとか、あるいはコントリビューター・インフリンジメントのような法理がある国ですと、国外の行為についても一定の範囲で処置できるのだろうと思います。しかし日本の特許法を前提に考えますと、この図ですと、とりあえず国内にはS社システムがあって、国外にはW社システムがあることになっていますが、問題を簡単にするために、国外にあるのも同一のS社システムの一部であるというふうに問題をシンプルにした場合も、結局システムの一部は国外に設置されているという点は変わりませんので、繰り返しませんが先ほど述べた結論はあまり変更の必要がないのではないかとこのように考えます。

【モデレーター】 いまの追加的な質問は、directなりあるいはindirectなり、被告であるS社が実質的に所有、コントロールしているのではないかと。そういう場合であってもいまのお話では国外にサーバー、この場合ですとW社システムが設置されていれば、これは管轄外ということで侵害行為は構成しない。そういうご判断でよろしいわけですね。

【水谷】 はい。実質的に言うところはいわゆるサイバースペースの中の話ですから、リアル空間で隣の国にあるというよりはサイバー空間の中で言えば国境などありませんので、同一空間ということになって、むしろ全体としての特許侵害を認めたいなという誘惑にかられるのですが、現行法の枠組みの中でそれが許されるかどうかという問題が残されると思います。

【モデレーター】 ありがとうございます。それでは道垣内先生。

【道垣内】 特許の問題に私が口をはさむようなものではないのですが、しかもこの問題は日本の特許法上の実施概念の話ですから、日本法の解釈だと思います。先ほどウィレムスさんからお話があったように刑事罰であれば適用できると思います。たとえばこれが人の名誉を毀損するようなものであるとか、あるいは賭博のサイトであって日本のお客さんからも参加させているというような場合です。であるのにもかかわらず、特許だけはだめであるということ、どうもバランスが悪いように思います。先ほども輸入に関する規定があるのはかえって反対解釈の根拠になるとすれば、そこはクリアしなければいけません、そうでなければサーバーがどこにあるかということはほとんど意味がないのではないかと。インターネットを通じている場合には、世界中に手を伸ばして現実に活動しているというふうに考えられるのではないかと。そういう解釈はやはり無理でしょうか。

【モデレーター】 はい、では水谷先生お願いします。

【水谷】 いまのご意見ですが、たしかに刑事の、一例を挙げれば薬物犯などで言えば国外での薬物の譲渡についても国内法で処罰するということが当然ありうると思います。それに対して特許法でも特許侵害行為を刑事罰で処罰するということは規定があるわけですが、この場合は国外行為についてまで特許侵害行為として刑事罰を科すわけではなくて、国内行為について特許侵害があった。したがって違法性の程度が高ければ刑事罰を科す。こうなると思います。

したがって国外設置のサーバーの問題については、また同じ問題に戻ってきて、結局国内行為として認定できるかどうかの問題だろうと思います。

【モデレーター】 わかりました。なかなか難しい問題で、先ほどお話ししましたようにW社がS社の100%子会社で実際にはA国でコントロールされているような場合には、いまのような経済的な決定意思、そういうもので、単に物理的なものとしてW社システムがB国にあるというような場合、それをクリアできないかぎりやはり侵害は成立しない。そういうご指摘がありましたけれども、これが翻って、では米国のほうではどうだろうかということでカポスさん、お願いします。ウェグナーさんとレーダーさんは後でコメントをいただきます。

【カポス】 この仮想事例、これはいくつかの米国の制定法をもう1回見ていかなければいけないと思います。35USC、271(f)サブセクションの1と2です。これらを見ていただきますと、このセクションの中に書いてあるのは、数年前に米国の最高裁が扱ったものでディープサウス・パッケージング対レイトラムのケースです。この中で会社が特許のない部品を米国外に出した。これが実際に特許のある製品に組み立てられたというものです。最高裁はこの場合には侵害なしとしました。逆に米国議会が271条(f)という規定を定めました。これは読みませんが、基本的にこの制定法はほとんど国際的な教唆、インデュースメントの制定法に似ています。これは実際にすべて、あるいは実質的な多くの部品を提供し、これで侵害を誘引するというようなものです。もし、この組み立てが米国でなされた場合ということです。現在の質問の中で、この事実をもう1回点検しなければいけない。それによつてはたしてS社が最初にかなり多くの部分のコンポーネントをa、b、cに対して提供しているか、そして2番目にたとえば顧客に対して、この部品を実際に侵害するようなコンビネーションに組み立てるよう誘導しているかということです。制定法を見ますとディープサウス判決の場合ですが、これは主として物理的な組み合わせというところが問題になっているわけですが、他のさまざまな問題が実際に起きています。たとえばバーチャルなもの、バーチャルな組み合わせ、たとえばこの例の場合です。この場合はサイバーですから、そんなことになると思います。その場合は裁判所のほうがS社がはたして本当にa'、b'を供給しているかという点に注目します。というのは実際にほかの人たちが組み立てるためにエレメントを譲渡していないことになるわけです。ですから簡単に申し上げたいのは271の(f)(2)のところ。271は(f)(1)と(f)(2)があると申し上げましたが、(f)(2)のほうです。こちらのほうは国際的な教唆侵害の制定法と非常に似ているということが言えると思います。これは一つのコンポーネントを供給する。そしてこれが侵害になるように特別につくられている。こういう場合はこういう事実をきちんと点検することによって、はたしてこの部品がこの発明の中で使われるようにつくられたか、そして供給者がこのことを知っていたか、そしてこれは普通の商品ではないということだったかということです。この2のところ、(f)(2)を見ますと、a'、b'、これが実際に供給されているのか、はたしてこのような

組み合わせをする意図があったかが問題となります。事実上検討しなければいけない要件になります。

【モデレーター】 いまの 271条の (f)の (1)と (2)という適用を考えますと、これはS社が侵害責任があるというコメントでしょうか。W社はないという可能性があるということですか。もちろん具体的事実はこれしかありませんから。

【カポス】 そうです。仮想事例で言いますと、もちろんよくはわかりませんが、一見そんなふうに見えます。S社、W社は、両方ともすべてのエレメントを実施するわけではない。しかしながらB国の人たちは実施しているかもしれない。米国の裁判所はたとえば域外管轄を認めてこうした侵害のコンビネーションを、海外で生産しているというところを扱う可能性は低い。、あるいはコンシューマーは米国でつくったり、使用したり、販売したりあるいは米国にこうした侵害したものを輸入しているのではない。しかしS社のほうは責任があるということです。271の(f)(1)とか(f)(2)で、S社がa'、b'というものを消費者に対して提供して、その際に消費者が米国特許の侵害となるようなコンビネーションをつくるということが知っていて行った場合は、S社は責任を持つということです。

【モデレーター】 これはもう前提にしていますけれども、A国というのはあくまでも皆さんの国を前提にしていますので、それでお答え願います。レーダーさん。

【レーダー】 カポスさんが、この点についての米国法からの説明を非情にうまくしてくれたと思います。ウェグナーさんがおっしゃったように実際、全ての行為をした単一の直接侵害者を特定するのは難しいということです。しかし、カポスさんが先ほど言ったような事実が前提であれば、米国法は彼が言ったような形で適用されうるということです。

【モデレーター】 それでは次の事例に移りたいと思います。4ページに出ています。これは前のページのと特許を持っているという点で違いがあります。前提をゆっくり読み上げます。(1)、ここがまず違います。X社はA国において特許権を取得しており、B国においても同一クレームの特許権を有している。これが前提になります。あと接続の関係では同じように(2)はなっています。(3)のすべての当事者、X社、S社及びW社は、全てA国法人である。A国において、つまり皆さまの国においてX社がS社とW社に対してA国特許権、B国特許権侵害の責任を問うことができるか。これは先ほどのジュリスディクションの問題から実際の侵害訴訟の場面に移った、それももう一つ入ってしまっていて、B国特許についてはクレームが同一であるけれども、その一部をB国に置いているという非常に複雑な構成になっています。その意味ではなかなか答えが出しにくいところがあると思いますけれども、事例も非常に簡単になっていますから答えにくいと思いますが、インプレッションでもかまいませんし、コメントでもかまいません。それではウィレムスさん、お願いします。

【ウィレムス】 ありがとうございます。A国については先ほどの質問とあまり変わりはありません。私は前提としてS社とW社という両者が、自らの行為を合わせれば、そのクレームのすべての要件を実施していることを認識している、あるいは知るべき当然の理由があるという前提で侵害していると言えると思います。

それからB国における侵害はもう少し難しいです。これは若干哲学的です。有体財を輸入することではなくて、何か行為を行うということなのです。哲学的な問題というのは、どこである行為を行うか、どこでというのが問題だと思います。つまり実際に手と足を動かしている場所なのか、それともその効果が発生した場所でその行為を行ったとみなすのか、あるいは両方の場所で同時にその行為を行っているか、という点だと思います。

ここではその効果が発生している場所で行為を起こしているという前提が私にとっては理解し易いです。一方、要件の一部しかB国で満たしておらず、実際にB国で何らかの効果が発生していないのに、B国での行為とみなすのは難しいと思います。ですからこのような仮定の下では、A国では侵害ありと認められますが、B国ではないと私は判断すると思います。よろしいでしょうか。

【モデレーター】 ありがとうございます。それでは日本のほうのコメントをお願いします。熊倉さん、お願いします。

【熊倉】 基本的にはこれは一見難しく、先ほどの例に比べますと複雑になっているように見えますが、私どもの考えではその前の例、 図の例と同じであろうと思います。つまり装置特許であるかぎり、水谷先生が前にもおっしゃったようにA国とB国、ばらばらに存在しまして、いずれか一方に全体の構成要件が存在するような形になっていない。そういう意味ではこれは言ってみれば、道垣内先生はフラストレーションを起こすかもしれませんが、これは特許権のterritorialityの伝統的な考え方によらざるを得ない。つまり非侵害であろうと思います。ですから問題はこういうことがあるから、言ってみればビジネス方法の特許であるとか、あるいはプログラム特許、そういうものが必要になる。いまのインターネットの世界、ネットワークの世界では必要になっているわけで、たとえばこれが、そもそもシステムというのがなぜ装置特許なのかよくわからないのですが、システムを装置特許と解するかぎりはそのようになるわけです。

これがたとえば方法の特許であるとする、方法を提供しているのはたとえばB国に一部あるわけですが、これがA国からアクセス可能であって、S社はW社のアクセスを推奨するとか、あるいはSとWが共同で宣伝するとか、そういった共同の意思と誘因とか、あるいはアクセス可能性とか、そういうものがあると、ちょうど前回の共同不法行為のようなものになりうるわけですが、システムを装置特許を通して設定を考えるかぎり難しいだろうというふうになると思います。

【モデレーター】 ありがとうございます。いまお話が出ました装置特許ということで物の特許、ソフトウェアという電磁的媒体でなされている。そういうシステムという、利用の面で簡単に国境を越えることができる。それが装置発明のこの事例においては侵害としてなかなか認めにくいというのはわかりますが、道垣内先生の言われた、先ほどの刑事事件の問題とか、非常におもしろいアプローチだと思ひまして、これもまた今後の日本にとっては参考にできることかなと思っています。

【熊倉】 ただ刑事事件を例に取るのは非常に難しいのは罪刑法定主義がありますし、日本の特許法ですとやはり実施という概念をきちっと捉えた上で、それについての罰則になっているわけです。ですからその実施行為というものを特許法が変えていかないかぎり、たとえば賭博でも同じではないかという考え方はなかなか難しいのではないかと思います。

【モデレーター】 そうすると送信というものを入れたら、それによってこの問題は変わってくるというふうに理解してよろしいですか。

【熊倉】 そうということになります。

【モデレーター】 そうするとこの場合には侵害が認められることができると……。

【熊倉】 ただそれはクレームが装置であるとだめですね。何を送信するのかということになりますから。

【モデレーター】 やはりそうでしょうね。同じですね。わかりました。それでは米国のほうに行きたいと思います。ではカポスさん、お願いします。

【カポス】 この質問ではMARSという先ほどレーダー判事がおっしゃったあの事件がかかわってくると思います。ですからあまりアメリカの観点からは時間をかけなくてもいいように思います。まずW社は若干問題です。というのはこの仮想事例では、その行為のすべてがB国で行われているからです。

ただ、もっとおもしろい問題として、アメリカの裁判所は潜在的に付加的管轄権を引用して、アメリカの内外両方の侵害をいわゆる「同じ事実の共通の核」に基づいて、侵害を審理できるかもしれません。先ほど申し上げたとおり、CAFCはそのような付加的な管轄権をMARSの事件では発動しなかった。結果、アメリカの特許権をこれに似たような事実関係の事件では、域外に適用しなかったわけです。

【モデレーター】 ありがとうございます。ウェグナーさん、コメントを。

【ウェグナー】 侵害なしです。A国では侵害はありません。B国については知りません。

【モデレーター】 それでは次の質問に移りたいと思います。次の質問が現実にはまたもっと難しい問題なのですが、X社はB国において特許権を持っている。A国においては特許権を持っていない。S社システムはA国に、W社システムはB国にそれぞれ設置されている。相互にネットワークを介して接続されて機能しており、両システムは相互接続時には客観的に見た場合にはB国特許のクレームを実施している。X社、S社、W社はすべてA国法人である。このような前提に立ちましても、もちろん付加的ないろいろな事実を追加されてもかまいません。質問はA国でB国特許権に基づいてS社及びW社に対して特許侵害責任を問うことができるかということです。ウィレムスさんからお願いします。

【ウィレムス】 この問題はいわば前の質問のミラーバージョン、まったく逆のバージョンに見えますが、答え自体はそれほど難しくはないように思えます。私の考えではA国でもB国でも侵害なしです。A国では特許がないから。そしてB国では効果がないからです。というのはこの問題を考えれば考えるほど私が納得するのは、ここでの基準はその効果がどこで発生しているかだと思うからです。

何かが存在するのは、その構成要件全てが物理的に存在する場所のみと考えるやり方はやめたほうがいいと思います。特許は属地的な権利ですが、ここでは特許の属地性を問題としているわけではありません。装置の属地性、また、特定の方法の実施の属地性が問題なのです。やはりある行為

の効果のみを考えるべきだと思います。各国の特許法の立法者が考えていたのはまさにこの点であり、彼らにとってこれこそが一番重要であった点で、特許権者にとってもやはり効果がどこで発生しているのが一番重要なことだと思います。このコンセプトを適用しますと答えは単純で、侵害なしという結論になります。

【モデレーター】 ありがとうございます。それでは日本側から水谷先生ですか、ではお願いいたします。

【水谷】 問題点としては午前中にも議論された管轄があるか、認められるかどうかという問題が一つあると思いますし、認められた場合に侵害が認められるかどうかという二つだろうと思います。

管轄についてはそれこそ午前中に伺った米国のサブリメンタル・ジュリスディクションみたいな考え方ですと管轄のところではねられてしまうのだろうと思いますし、ヨーロッパのご説明ですと管轄はオーケーと。日本の場合は午前中の道垣内先生のお話等からすると管轄は認められるということになるのかなと思います。

ただ外国で行われた行為について外国特許侵害が認定できるかどうかというのを直接判断した事件は、日本の場合は満州国特許の事件、ただ1件だけで、満州国という特殊な地域であったということも含めて考えますと、個人的には若干議論をする必要があるのではないかというふうにも思っています。今年の6月にこれは著作権に関する最高裁判決ですが、ウルトラマンという著作物に関するタイ国の著作権の帰属の有無について、日本の裁判所が判断していいかどうかという管轄について判断した判決が出ています。その判決等を拝見しましても、いろいろな個別の要因を検討しながら結論として管轄を認めている。こういう判示の仕方になっていますので、特許につきましても外国の行為が当該外国特許権を侵害しているかどうかということについて、個別の要因を考えないでイエスかノーかの答えを出すというより、もう少し何か検討が必要ではないのかというふうに個人的には考えています。

いずれにしても日本について仮に管轄が認められるということになれば、実体判断になりますが、この場合はA国を日本と考えますとまさに外国特許の侵害の有無の判断を求められるということになります。この場合にB国というのは米国の場合もあるでしょうし、あるいはヨーロッパの場合もありうると思いますけれども、米国内にすべてのシステムが収まっていない、あるいはヨーロッパの特定国内にすべてのシステムが収まっていないというシステムについて、当該特許権の侵害を認めうるか否かという問題になりまして、これは各国のパネリストの方々がこれまでコメントしてきたとおりということになるかと思えます。

【モデレーター】 ありがとうございます。先ほど満州国特許の事件で、これは第2次世界大戦前の満州国ということで、日本国と満州国との関係ではちょっと特殊な関係があったというご指摘ですよね。説明はね。わかりました。あと円谷ケースというのは、これはアメリカの方あるいはヨーロッパの方はご存じないと思いますので、もしよければジュリスディクションの関係で認めたところの事実関係でも簡単にご説明いただければありがたいのですが。熊倉さん、ご説明いただけますか。

【熊倉】 円谷事件は先ほどのお話にありましたように今年の6月に最高裁の判決が出たケースです。ここではわが国で提起された被告のタイ国の法人に対する訴訟、特にタイ国の企業が日本の企業に対して送った警告状等の不正競争防止法等、その他不法行為を主たる訴訟としまして、それ以

外にタイ国の著作権が原告側にあるという確認訴訟、確認請求があったわけです。

これにつきましては簡単に言いますと、他の不法行為の請求と密接な関係があるということで併合管轄を認めまして、その一つとして外国の知的財産権に関する訴訟であるけれども、そういった他の併合請求等との関連で事実関係も基礎を同じにするということで、タイ国の著作権の確認訴訟についての管轄を最高裁が認めたわけです。

そういう意味で外国の著作権を対象にする管轄権を認めたという意味では大変新規な判決ですが、先ほど水谷弁護士が言いましたように純粹に独立して、それだけで判決だというものではない。いろいろな事情を総合しながら日本の管轄権を認めるのが妥当である、公平であるという判決であるというふうに理解しています。

【モデレーター】 著作物の場合の管轄の問題と特許権では異なるというような、そういうようなお考えはないでしょうか。

【熊倉】 私はもともと著作権、著作物と特許権とは違うかなと思っています。ハーグ条約でも取り扱いは別にしてありますし、特に行政、国の権力が関与して設備した権利でもありません。したと言えましたのですが、要するに条約に基づいて何の方式もなく発生するという意味では著作権と特許権というのはかなり違うものだというふうには思っています。

【モデレーター】 ありがとうございます。それではアメリカのほうに移りたいと思います。それではカポスさん、お願いします。

【カポス】 この仮想事例の質問の中で出ている問題というのはBの国にある特許ですが、実際に米国の侵害行為、これは法的な訴訟が行われるということを防いでしまうこととなります。ですからこの結果を見ますと、水谷さんが正しく予期したように実際に米国ではリカバリーがないだろうということです。可能性としては実際国家行為理論がここに非常に単純に適用されることによって、裁判所が管轄権の行使をしないということです。これは水谷さんが先ほどおっしゃったように、付加的な管轄権というのはここでは適用されないだろうということです。答えはイエスです。同じです。

【モデレーター】 レーダーさん、何かありますか。

【レーダー】 正しいと思います。それだけです。

【モデレーター】 ありがとうございます。これでこの 仮想事例についてのお答えはいただきました。クロスボーダーの最後のほうの事例になりますとなかなか侵害というものが難しい。これは前回のシンポジウムでもそのことが議論になりました。これをたとえば特許実務家としてはどういうふうなことを考えるべきかということで、ウェグナーさんが今日皆さんのお手元にあります資料のところでも、パテントのクレームの書き方ということで、コメントをいただいています。時間もありませんから、彼から説明をいただきたいと思います。

中に設例としまして、彼が イグザンプルを出していますから、サーバーあるいはターミナルとか、そういうことで書いてありますので、それをご覧になりながらお話を聞いていただければと思います。それではお願いします。

【ウェグナー】 まず主要な第1ステップとしては、ある単一の行為者が直接侵害をするような形でクレームを書くことです。いままでいろいろな議論がされてきましたが、その中で私どもが前提としていたのは、a、b、cという構成要件が何らかのオペレーションを必要とする実際のクレームの要素であるということだったのですが、目標としては構成要件のうち一つだけが実際クレームに要求されるステップであるような書き方をすることです。たとえば最良のビジネスクレームは、そのサーバーの所有者を攻撃するものです。つまりサーバーを運営する企業ではお客様に対応している、その事業を運営する企業を標的とするものです。

サーバーがBならクレームではBでAからの信号を受け取る。つまりステップはBが行うことになります。Bで信号を受信してサーバーBでそのオペレーションを実行し、別の信号をBからCに送信するというふうに書きます。となりますと、このクレームで必要な行為は唯一サーバーで行われます。そうなりますと、クレームで記述されている三つの要件はすべて備わっているのですが、このクレームの中でのオペレーションは唯一サーバーでのオペレーションだけになります。そうなりますとサーバーのオペレーター、運営会社が直接侵害者となりうるわけです。

これで終わりかと言いますと、そんなことは決してありません。というのはいままで見たとおりサーバーを外国に設置することができるわけです。サイバーな世界でも、物理的な世界でも、ディズニーストーンでも可能です。エクストラテリトリアルな場合には域外に適用されなければいけない。ということは二つ目のクレームとして、サーバーが外国に設置された場合に対して保護しなければいけません。アメリカの法律の下では、たとえば行為者を単一化するようなクレームを書いて、その中でたとえば顧客がコンピューターのうちの1台を操作するようなシステムの場合、その顧客だけが唯一のアクションを取るようなクレームの書き方をします。つまり顧客がある信号を送信するというクレームを書いて、サーバー上でその信号がどうなるのかを機能的に表示して、そしてそれがどこに配信されるのかを書くのですが、このシングル・アクター・クレームで唯一クレームの要件となるオペレーションは、顧客による信号の送信だけになるわけです。

ではお客様を訴えるかと言ったら、絶対そんなことはしません。そんなに馬鹿ではありません。顧客を訴えることはしませんが、顧客が特殊にアダプトされたコンピューターを使っている場合、あるいはもっと重要なのは、そのコンピューターを使ってこの信号を送るように教唆されている場合には、そのサーバーBのオペレーターあるいは所有者は、どこにいようと積極的な誘引者となるわけです。直接侵害者、つまり顧客がA国の領土内にいれば教唆は世界のどこから起こってもいいわけです。どこで教唆の行為が行われようといいいわけです。

たとえばこの誘引、教唆というのはアメリカ国外で行われても認められます。そうしますと、サーバーが海外の場合でそのような状況を捉えることができます。目標としてはシングル・アクターのシングル・オペレータのクレームを書くことです。a、b、cという三つの構成要件を記述しますが、クレームに書かれる唯一の操作、オペレーションはいま申し上げたうちのひとつ、1カ所に集約するということです。10分以内で終わりましたでしょうか。

【モデレーター】 ありがとうございます。それではいままでの事例でやってきまして、せっかく実務家の方がお集まりになっていますので、まずレーダーさんのほうから最近アメリカで出ましたフェスト・ケース、あとほかの関連で関心があられるものについてご説明いただきたいと思います。それではレーダーさん、お願いします。

【リーダー】 2回のプレゼンテーションの機会を与您いただき、三木先生ありがとうございます。皆さんご存じのようにアメリカの特許法は非常に関心を持ってこのフェストを注目してきました。このフェスト事件というのは特に巡回区控訴審での判断としては、過去最も重要な特許事件としてコメンテーター、法学部教授の引用を受けています。また、かなり広範にマスコミでも取り上げられたものです。この事件は最高裁まで行きまして、米国最高裁判所はこのヒアリングを1月8日に行うことを発表しました。ですので最高裁の最終判断を私どもが見ることができるようになるのは、来年の5月か6月だろうと予想しています。

ちょっとお時間をお借りして、皆さんがジョージ・ワシントン大学の法学部の私の特許の授業に出ている学生さんだとして、講義の中でやるように法学部の授業になぞらえてお話を進めていきたいと思います。授業の冒頭に私はこの事件の説明に関してきつこう言うと思います。なぜ皆さんはこの事件がそんなに重要性を持っていると思いますかと。おそらくアメリカの学生だとかなり頻繁に手を挙げるのですが、そのあとで教授なりの解答をするという順序になります。

さて、この事件は一見、それほど重要性を持っているようには思えません。非常に単純な技術が関与しているだけです。1個のピストンがあって、双方向にシリンダー上でスライドする。これは主としてロボット技術に使われているものです。これは審査過程禁反言の理論が適用されたことで注目されました。米国法をご存じの方であれば、均等論における三つの制限のうちの一つと覚えていらっしゃるでしょう。この均等論自体が標準的な侵害ルールに関する例外です。ですのでフェスト事件に関して言えば、侵害に関する標準的ルールの例外に対する三つの限定のうちの一つを論じていることとなります。それなのにかかなりの注目を浴びました。なぜでしょうと皆さんお思いになるかもしれません。これに関して今日、皆さんとこの場で話を交えてみたいと思います。

まず一つたいへん重要なのは均等論に対するこの限定を、CAFCが均等論の範囲を限定する中心的理論として採用したからです。ですのでこの事件は非常に重要な示唆を含んでいることとなります。CAFCがクレームを非常に狭義に解釈し、かつ均等論の拡大適用を認めないことが多くの場合に想定できるからです。実際1995年に、最初に大陪審で均等理論を検討して以降、1～2例の事例しか均等論の下での侵害を認めたことはありません。これが重要な理由、その一です。均等論に対する重要な制限を示すものであるからです。

第2の理由は、われわれが今日この場でお話をする必要があることだと思いますが、このフェスト事件が特許の取得に与える影響です。フェスト事件は重要な影響を特許出願戦略に与えるものです。四つの影響を考えてみます。まず、最初にフェストで示されたルールをはっきりさせておきたいと思います。まず大陪審のフェストに関する決定ですが、クレームを狭める補正を審査過程で行うと、その補正後のクレームの限定については、出願人は一切均等論が主張できないとするものです。もっと雑ばくに申しますと、もし補正をかけたなら、そこはもう拡大できませんよということになるわけです。

覚えていらっしゃると思いますが、審査経過禁反言の目的は、特許権者が均等論を使うことによって、その過程で一回放棄したクレームの請求範囲をもう一度復活させることを防ぐためのものです。もう審査中に放棄したのですから、同じ材料をさらに均等理論を適用して復活させることは認めないということです。この理論がフェスト事件判決で非常に強化されたこととなります。補正があったら、補正がかかった部分に関して均等理論を主張できないと言いましたが、更に、補正をしなくても審査中にクレーム範囲を放棄したり狭めたりする主張をするだけで、出願人は均等論の適用を喪失する可能性があります。この新しいフェスト理論が、最高裁で認められることとなりますと、これはクレーム作成者に大きなチャレンジをもたらすこととなります。クレーム作成者はクレーム

作成にあたって、均等法の保護を必要としないように書かなければならないということであり、将来クレームを迂回しようとする者が現れた場合を想定して、クレームの各限定について、文字通り全ての知る限りの、互換性のある特徴を捉えられるように書かなければなりません。

しかしこれだけ慎重にやったとしてもフェストの理論は、均等論の重要な目的を崩すことになりません。特許後に出てきた技術に対する保護という目的です。出願人は、いわゆる特許出願後に出てくる技術までもクレーム範囲から放棄することはできません。後発技術は、特許範囲を狭めるような主張や補正がなされたときは、まだ存在していなかったわけで、放棄できたわけがないのですから、後発技術に関しては均等論が認められるべきです。これは、大変重要な保護の携帯になりえます。

たとえばラジオの技術、無線の技術の、1948年ののクレームのされ方を考えてみましょう。ラジオの技術は、真空管、陽極、陰極といった表現でクレームされました。ある発明がたとえばラジオの微調整をするノブであった場合、クレームの中でそれが陽極、陰極にどういう影響を与えるかを説明したでしょうか。ところが1949年になってだれかがトランジスターを発明します。トランジスターには陽極、陰極というものはありません。エミッター、レシーバーしかないわけです。だとすると微調整用のノブの技術は特許の保護を全て失うことになります。なぜかと言いますと、文字どおり侵害という理論では、誰でもトランジスターを使えるようになった。したがって陽極、陰極を使う必要がなくなってきたので、クレームはしてしまいました。

ところが均等理論があれば後発技術があったとしても、それが技術の条件(水準)を変えてしまっても、侵害を主張することができます。いずれにしてもCAFCの判事は、一点だけ全員一致の意見を示しています。すなわち新しい審査過程禁反言の理論が均等論の適用に大きく影響を及ぼすという点です。補正を行ったら均等論を主張することはできなくなるということです。後発技術があったとしてもです。

だとするとこの新しいフェスト事件判決は、出願人の戦略に大きな影響を与えるわけです。何百万ドル、数十億ドルの価値がある発明の範囲を守るために、将来の特許権の喪失を防ぐために備えておかなければなりません。出願のやり方を変えるということです。

フェスト事件前のスタンダードな教えは、まずクレームはできるだけ広く書いて徐々に複数の具体的なより狭いクレームに絞りなさい、ということでした。ところがフェスト判決が出ましたので、クレームを書く側は、広いクレームが審査官から拒絶されることを想定しなければなりません。すると、それに対応してクレームを補正して狭たり放棄したりすることが、特許の適用範囲を危険にさらすことになるからです。となると、そうした広範なクレームの書き方を当初から改めて、直接狭いクレームの仕方をするようになるということが考えられます。もしくはクレームの数を増やすということでしょう。

出願人のほうから見ればこのようにたくさんのより狭いクレームを書くことは、先行技術を理由にした拒絶が防げることになるのですが、審査官の側からすればワークロードが増えることになります。より狭いクレームは、より多くの限定を含みますので、審査官はそれぞれを先行技術に対してチェックしなければなりません。狭義のクレームがたくさんあることにより作業量が増え、これが累積しますと最終的には特許の成立が遅れるということになるでしょう。

さらに、フェスト判決後は、狭いクレームが多数書かれるだけでなく、にすると機能的クレームが増えることになります。米国法のもとでは出願人は機能的クレームに対して均等論が適用される法定上の権利を受けます。ですから出願戦略の一環として、フェスト判決後は、ミーンズ・プラス・ファンクション・クレームがより多く使われるようになるでしょう。補正されてもこうしたものであれば均等論を享受できるからです。

いままで二つの変化を確認しました。一つはクレームの数を増やして一つ一つをより狭くする。それからもう一つ、ミーンズ・プラス・ファンクション・クレームまたは機能的クレームを使うことが増えるということです。法定上の均等物の権利を享受できるからということです。三つめに特許出願の慣行が変わってくるのが、継続出願の手続です。これはアメリカの法律に独特の制度です。継続出願をするという場合に出願人は拒絶されたクレームに関して、それを別個の継続出願の一部として構成することができます。継続出願の内容は開示されません。開示されないということは出願人は継続して審査官とクレーム範囲を話し合うことができます。継続出願にはプラスの経費がかかりますが、これを払い続けるかぎり継続出願は可能であり、出願人の思うままにこの期間を延ばすことが米国法ではできます。ですのでかなり経済的価値の高い発明であれば、出願人のほうが意図的に、経費を負担して、特許の寿命が続くかぎり継続出願をしておくということが成立するわけです。

特許中のクレームに審査官から拒絶がかかったら継続出願に入れる。残りの拒絶されていないまたは補正がかかっていない部分は、そのまま特許として発行される。そうすれば、審査過程の中で均等論に対して不利になるようなものに対して特許を守ることができます。ダメージが予想される審査過程の部分に関しては、継続出願で処理することができます。

最後にフェスト判決から引き起こされる出願戦略の変化として、特許弁護士は審査官に対して、決して補正も譲歩もしないようにするということです。クレーム補正を行ったり、狭い解釈を受け入れることは、その限定の均等物に対する適用可能性を失うことになるからです。

ですのでもう一度申し上げますが、われわれの予想としてはさらに難しい審査過程が待っていると思いますし、いま言った理由から特許発行までの遅延も予想されます。これらのアメリカでの出願戦略に四つの予想される変化について、アメリカの特許商標庁の方々と話をしました。彼らのほうから言われたのは、もうすでに継続出願が増えたということです。ただし、この継続出願の多くは、最終的のフェストの結果を待っているのかも知れません。フェストの判断が来年になっても変わらないということになりますと、ひょっとしたら無限に継続出願しておいて、補正をかけないでクレームを特許として認めてもらおうということになるでしょう。

それから特許出願の多くがミーンズ・プラス・ファンクションのテクニックを使うようになったそうです。バイオテクノロジーの分野でもこれが見られるということです。直感的に考えればミーンズ・プラス・ファンクション・クレームに適した分野だとは思えないのですが、審査官によりまずと出願人にクレーム範囲を審査中に放棄してもらおうのが際名難しくなったということで、補正に持ち込むことは更に難しくなったということです。

ですから、フェスト事件というのは侵害のルールに関する三つの制限要素のうちの一つだけを扱ったものではありません。すなわち特許の審査過程、それから権利の行使、またその価値にも影響を与えるものです。特許で守られる発明の価値を守るためにはまずクレームの書き方を変えて、それから審査過程の戦略をフェスト・ルールに合わせて変えることが必要です。もちろんフェストの判断が最高裁でそのまま採択されるのか、それとも修正されるのかということですが、両方の立場からこのケースの核心を論じるさまざまなブリーフが提出されています。私も皆さんと同じなのですが、最終結果を心待ちにしているところです。ありがとうございました。

【モデレーター】 レーダーさんありがとうございました。いまのフェストケースにつきまして、カポスさんがIBMでアミカス・ブリーフを出したりしていますので、簡単なコメントをよろしいですか。フェスト・ケースについておやりになりたいですね。わかりました。お願いします。5分から8分くらいでお願いします。

【カポス】 三木さん、ありがとうございます。レーダー判事が非常にうまい形でこのケースについてのまとめをしてくださいました。この判決の持つ影響についても話してくださいました。ですから一つだけ付け加えたいと思います。

フェストのケースですが、これはやはり出願人が米国において非常に多くのプリファイリングの先行技術の調査をしなければいけないということになったと思います。ですから、今まで米国であったフェスト前のやり方、実際に出願人があまり先行技術の調査をしなくてもよいという状況と比べて、いまは出願人がこの調査をしなければいけないという状況になっていると思います。私の持っているクライアントの場合ですけれども、毎年ほかの出願人と比べても多くの出願をしている人なのですが、とにかく出願の前にすべての出願についての先行技術について調査をするということになりました。

それから2番目のコメントとして申し上げたいことですが、クレームを狭く、そしてより合理的なクレームを使って出願するということが、これはパテントシステムにとっては非常にいいことではないかと思えます。米国はいろいろな形で、クレームの戦略によって影響を受けてきました。ロツテリー型のクレーム、たとえばあまりにも広く取りすぎているというようなクレームをつくることによって、とにかく特許商標庁において制定法の有効性の推定、明確でコンピングな証拠、そういう要件を何とかしてクリアしようといった試みがありました。

実際フェストは、レーダー判事が言ったようにこういうやり方をやめさせ、ロツテリー・クレームについては何らかの制裁を課していくということです。特許商標庁がこれを却下した場合には何らかのペナルティがつくということです。ですからフェストの非常によい影響というのは、合理的なクレームを出願するようになり、クレミングの慣行が非常に慎重になったということだと思います。

それからもう一つ申し上げたいことは、意見書の中に入っているものとして、たとえば控訴審における判断を覆すための意見書ですが、これは大変おもしろいものがあります。このシンポジウムの中で提起するのは非常におもしろいと思います。そこで提起されました議論は、フェスト判決は一部不正確であるということです。というのはこれは外国の法律と不整合である。これによって米国が国際的な条約に違反してしまう可能性があるということを指摘しています。

また追加の主張もなされています。フェストは国際的なハーモナイゼーションの努力に対して不整合になるような潮流を米国に生じさせてしまうということを言っています。これは大変おもしろい立場ではないかと思えます。これはアミカス・ブリーフの中には入っていませんし、フェストの実質的な分析の中には入っていません。これは取り入れられたポジションにすぎないわけですが、これについてのコメントを特にほかの方から聞くのが大変楽しみです。はたしてこの点について、均等論というのを非常に狭く取る。こういうことを米国でやるということが国際的な条約と不整合になる、あるいはハーモナイゼーション、たとえば米国の特許法を世界のほかの特許法、日本とかヨーロッパと不整合を起こしてしまうのではないかという点についての意見を聞きたいと思えます。

私の見解を申し上げますと、こういうことはないと思っています。フェストが国際条約に違反することにはならない、なぜなら、均等論についての単一の国際的基準はありませんし、また米国憲法の問題として、たとえば議会が米国においては、国際条約に照らした判断をして法律を立法する権限をもっています。そしてそれを通じて、最高裁は判断を変える必要はないということが書かれているからです。

【モデレーター】 どうもありがとうございました。あと二つほどのテーマということです。一つ

はウェグナーさんをお願いしたいと思っています。次に日本の公知文献の蓄積の関係で高倉さんというふうになっています。時間はまだ少し延ばしていただけることにもなっています。

今日のシンポジウムで一番問題になりました外国特許の裁判管轄、その問題がたとえばアメリカの場合のMARS判決にありますように、いわゆるサプリメント・ジュリスディクションを認めなかった。逆な意味で行きますとネットワーク社会のネットワーク特許というものについて、このサプリメント・ジュリスディクションと言いますか、外国特許について認めるということになった場合に次の問題として出てくるのは、より特許侵害を認めやすい国、あるいはそういう国にフォーラム・ショッピングと言いますか、法定地あさりをしていく。ある国に特許を持っていたら、その特許、あとほかの国の特許も併せて裁判を起こしていくことがネットワーク社会では考えられると思います。

そういう点でウェグナーさんのペーパーにも書いてありますので、またアメリカはアメリカ国内でいまのサーキット・コートができたいきさつというのもフォーラム・ショッピングの問題があったと聞いています。ウェグナーさんに時間が10分か15分くらいですが、コメントをお願いできますでしょうか。

【ウェグナー】 ありがとうございます。フォーラム・ショッピングというのは法定地を選ぶということです。スーパーマーケットなどに行けば食品などを自分で選ぶわけです。そのような感覚で法定地を自分で選ぶということです。多くの方はすでに1982年にCAFCを創立したことでフォーラム・ショッピングは終わったと思われました。82年以前は多くのサーキット・コートがありまして、それぞれの裁判所が異なる意見をもっていました。ですからそういったサーキット・コートのうちのひとつを選んだわけですが、CAFCが1982年に設立されてからもう20年近くなりまして、もう控訴審レベルでのフォーラム・ショッピングはなくなったと思います。

ただアメリカにおける地方裁判所の格差は非常に大きいものがあります。皆さまもお読みだと思いますが、バージニア州のアレキサンドリア、カリフォルニアの北部地区、それからデラウェア、ユタ州にもすばらしいと言われる裁判所がいっぱいあります。実際、94の地方裁判所がアメリカにはあります。ですから特許の専門性が高い裁判所というとき、ほんの一握りの裁判所のことを言っているわけで、特許が多くて、司法当局の関心をひいたような裁判所は一握りしかないわけです。たとえばフロリダ州のマイアミなどでは麻薬関連の刑事事件がたくさんあります。そうなりますと人権、自由という刑事事件がやはり特許とかそのほかの民事事件に優先される結果、特許事件は数年かからないと終局判決に至りません。

しかし迅速な結論、判決がほしい場合にはそれでは困るわけです。また陪審の構成は国のどの地域にいるかでかなり変わってきます。ですからどの裁判所で審理をするかということが、結果に非常に大きな影響を与えます。CAFCが法律をハーモナイズしていると言われるのは、それはそうかもしれませんが、しかし実際上は多くの事件ではこれは大変遠い話です。なぜかと言いますと、たとえばある裁判所の判事がサマリー・ジャッジメントをなかなか出したがらない。明らかに特許が無効な場合、そういう事件でもサマリー・ジャッジメントによる救済を出さない。ということは陪審員が評決をする。そうなりますと地裁レベルで敗訴する可能性があるわけです。それは問題ではないではないか、CAFCに上訴できるのだからと言うかもしれない。

しかしコダック対ポラロイドの事件を考えてください。ポラロイドはインスタントフィルムカメラの特許を持っていました。コダックが被疑者であり、被告であったわけですが、CAFCが判決を下す前にすでに工場が閉鎖されました。数千人の労働者がレイオフされ、生産ラインが閉鎖されたわけです。ですからビジネスを継続することが目的であれば、そして3カ月、10カ月、1年も、つま

りCAFCが判決を覆すまでに要する時間、工場を閉鎖されないようにするためには、CAFCの最終判断に頼ってはいけません。すでに工場が閉鎖されてしまってからCAFCがそれを覆しても遅いわけです。

では侵害を訴えられている被疑者がフォーラム・ショッピングをどうやってやるのかということですが、侵害を訴えられたら確認判決を求める裁判を別の法定で起こすことができます。しかし、その第一審が両当事者にとって合理的な裁判所であって管轄があれば、二番目の裁判所ではなく、第一番目の法定がそのケースを支配することになります。ということは被疑者の場合には、無効による非侵害の確認判決を、自分が好む裁判所で提起するかもしれません。日本の当事者がかかわった数年前の有名な特許事件がよい例です。ゼニス・カラーマトリックス特許がその争点で、ゼニスが多数の日本のカラーテレビのメーカーを相手取ったわけです。1970年則近専務が初めて手がけた大きな事件です。東芝がデラウェアで無効の確認判決を3年で勝ち取りまして、ゼニスの特許をいわば殺してしまっただけです。ということは、確認訴訟の陪審裁判で原告となる方が、訴えられて被告となるよりもよいでしょう。

キンバリー・ムーア教授という方が私のペーパーで引用されている一つの論文を書いています。キンバリー教授いわく侵害訴訟にかかわる場合、特許権者が原告として提訴した場合に58%は特許権者の勝訴に終わるということでした。そして訴えられた者が確認訴訟で原告となった場合には、その確率が44%、つまり特許権者が勝つ確率が44%に下がる。58%と44%で、かなり下がります。これはすべてが原告と被告の違い、心理的な要因だけではなく、あるいは原告になる当事者のほうがよりよく準備をしているかもしれません。他の要素ももちろんかかわってくると思います。

MARSケースを超えるということを考えて場合、東京高裁がアメリカ特許の効力について判決をする時代がくるかもしれませんが、その際にどこが最初の法定地となるかが大変大きな影響力をもたらすと思います。逆のフォーラム・ショッピングもありうるわけです。アメリカで提訴されて、その裁判所が判決を下すまでに2年間を要するという場合、日本で提訴してアメリカと日本、両方の特許についての判断を下してもらって、それが1年で審決する場合、そして日本でアメリカ特許についての無効性を立証できるのであれば、それが初判例事件となります。テストケースです。というのは日本で勝訴したら、今度はアメリカの裁判所に行って、日本での訴訟の無効判断を根拠に、その確認判決を申し立てることができるわけです。これをブロンダータング・ルールと言います。勝てるんでしょうか。それは分かりません。先例がありませんから。

レーダー判事が先ほどフェスト事件の大変いい概略を申し上げましたが、フェストがあのようななったのはレーダーさんのせいではありません。彼はフェストでは反対意見を述べました。またレーダー判事は大変慎重に真に客観的な観点からその時点の概要をおっしゃいました。その判決がいいとも悪いともおっしゃらなかったし、それが覆されるかどうか、その成否もおっしゃらなかったわけですが、私はフェストについて出された一番重要なブリーフは訟務長官（Solicitor -General）のブリーフだと思います。

アメリカ政府が実はこの事件についてブリーフを提出しています。その中で取った視点はレーダー判事の反対意見と大変似ていました。結果、最高裁がもしかすれば第2の争点、つまりレーダー、ラン、そしてミッシェル判事がそれぞれ反対意見を述べた点については覆す可能性があります。レーダー判事がその意見について自分の印象を申し述べるのは正当ではない、まだ係争中だからですが、しかしこういった事実もあるということを考えてください。5月か6月くらいにレーダー判事が最終的には合っていた、彼が正しかったということがわかるかもしれません。

【モデレーター】 どうもありがとうございました。これでいまのフォーラム・ショッピングの問

題がおわかりになったと思います。またその次に出てくる問題が相手国、あるいはサマリー・ジャッジメントなり、対抗手段として裁判を起こすという、そういう問題も出てくると思います。

それでは次に最後のテーマであります公知文献の蓄積につきまして、特許庁の高倉さんからプレゼンテーションをお願いしたいと思います。長くお待たせしてすみません。時間は十分ありますので、よろしくお願いします。

#### C - 4 ソフトウェア関連技術の公知文献の蓄積

【高倉】 2日間にわたる会議の最後のテーマになりましたけれども、最後までおつき合いいただきましてありがとうございます。私がこれからお話しするテーマはいままでの国際私法とか、均等論というテーマと比べますと、非常に実務的で地味で国内的な問題です。私もいろいろ国際会議、あるいはシンポジウムには出ましたが、こういうテーマで話をするのは実は今回が初めてです。ただこのテーマを与えられて、問題はどこにあるかいろいろ考えてみましたら、非常におもしろい、わりと重要なテーマであることに気がつきました。そういった意味でこの会議を準備していただきました事務局には非常に感謝をしています。

時間はあるとはいっても10分か15分あれば十分でしょうから、特許庁のコンピュータ・ソフトウェア・データベースの背景、現状、これからの問題について、自分なりの考え方を提示しまして、主として企業の特許部で働く実務家の方からご要望とかご意見とかを伺えれば、今日はお話をする成果があったかなと思っています。

前置きが長くなりましたが、特許庁の特許の出願件数は昨年で44万件、アメリカが約30万件ですから世界で一番多い出願件数になっています。ではどういう技術分野が出願されているかとなりますと、公開公報が出るまでわかりませんので、公開公報で調べてみますと、公開公報は出願から1年半経って公開されますが、この件数が約36万件、このうちコンピューター分野、国際特許分類ではG06Fというのがあるのですが、ここの分野の出願件数が公開公報の件数で約2万3000件です。36万件のうちの2万3000件ですから6%、割合はあまり高くはないのですが、件数は欧米に比べても非常に多い。このうちビジネスモデルに関連する特許、2300件くらいが公開公報です。出願はたぶん2万件近く昨年に行っているのかもしれませんが、いずれにしてもソフトウェアに関連した出願件数が日本は非常に多い。

この審査をするために特許庁の審査官は先行技術を調査しないとけません。その調査の対象は大きく分けて二つあって、いわゆる特許公報、もう一つが非特許文献と私たちは言っていますが、雑誌とか論文とか、そういったものです。前者の特許公報の検索、サーチにつきましては、特許庁にはFターム検索システムというオートメーション・システムがあります。後者の非特許文献についても商用のオンライン検索システムがあって、これを使っているのですが、ソフトウェアの分野ですとなかなか商用のデータベースに入っていない文献を探さないといけない場合があります。先ほど言った雑誌文献以外にプログラムのマニュアルとか、こういったものはやはり調べないといけません。

このために特許庁は4年前の1997年から公になった日本語の非特許文献をコピーして電子化して、インハウスのデータベースとして整備しています。これは著作権法上の例外に沿って複製をしているものであり、素直に言えば著作権者の明示的な承諾を取らないで複製をし、データベース化をしている。これは著作権法上はまったく問題ないと思っているのですが、問題となるのはこれの外部公開です。出願人から外部公開に対する要請が非常に強い。

このコンピュータ・ソフトウェア・データベースを私たちはCSDBと省略していますので、この

お話ではCSDBと言いますが、第1の問題がCSDBの外部公開は著作権法上どうなのだという問題です。2点目は審査官が出願人に対する拒絶理由としてCSDBに入っている文献を引用したときに、その文献を出願人に送信をすることができるか、あるいはコピーを届けることができるか。この2点の問題について議論をしたいというのが今日の趣旨です。

そこでちょっと今日はお手元のC-7というドキュメントの表1というのをもう一度見ていただきたいのですが、これは審査官が出願人に対して通知をする拒絶理由の中に引用されるすべての引用文献の種別の割合を見たものです。昨年1年間に特許庁の審査官が引用した文献は全部で約54万件ありました。この54万件のうち、非特許文献が何パーセントかというのを見たのがこの表です。昨年2000年の全分野の平均が5%、ただしコンピューター分野では当然ながらこの比率が少し上がって11%、ビジネス関連の分野ではさらに上がって19%です。要はこの表で言いたいことは二つあって、引用文献の大多数は実は特許公報ですよということと、2点目はコンピューター分野、特にビジネスモデル関係の分野では非特許文献の引用割合が非常に高い。このことが先ほど申し上げたCSDBの創設をした、作成を始めた大きな理由です。

これをご覧になって非特許文献は5%かと、全体では95%が特許文献か、意外に非特許文献の利用率が低いと思うかもしれませんが。ただこれは私の審査官の経験に基づいて言えることなのですが、同じ技術が、つまり出願人に通知すべき技術が特許公報と雑誌の二つにあった場合、この場合にはやはり出願人の入手しやすさのことを考えて、なるべく特許文献を通知する。そういうこともあって特許公報の引用割合が総じて高いということとは言えると思います。ちなみに現在CSDBには全部で13万件の文献の数といいますが、アーティクル、もしくはブックが入っている。

それで問題の著作権法上の問題に移りたいと思います。この問題を二つに分けて、CSDBというシステムそのものの全面公開の問題と、2点目は拒絶理由に引用された文献の複製物の出願人への提供、これは可能かということです。前者のCSDBの公開は現行の著作権法で行けばまず難しいと思います。その理由は先ほど申し上げましたように、CSDBの庁内利用、インハウスの利用は著作権法上明文をもって除外されている。しかしそれを外部公開となりますと目的外使用ということにあたって、著作権法上禁止されるというのが現状です。

そこで今後の現実的なやり方、すなわち法改正をしないで外部公開のニーズに応えようとすると、ややかぎられた方法ですが、2~3あって、一つは特許庁が雑誌とかプログラムのマニュアルをコピーするときに、一つひとつ著作権者に了解を取る。外部公開していいですかという了解を取ってデータベース化していく、2番目のやり方は特許庁が独自につくる抄録と言いますが、要約、サマリーをアブストラクトと初志的な事項、ビブグリオグラフィックデータを公開する。ただ前者のほうは一人ひとりの著作権者から許可を取るというのは、実務的に非常に難しいところがある。2点目の要約、抄録も著作権法を厳密に解釈すると中には難しい場合があるというところは注意しないといけないと思っています。

いずれにしても一番いいのは著作権法42条、いまの例外を規定している42条を改正して対応することではないかと思っています。その文言をどうするかというのはいろいろな議論があるのでしょうかけれども、たとえば一つの可能性ですが、著作権法42条のもとで作成されたインハウスのデータベースは特許庁の出願処理の迅速化、審査請求の出願人による厳選の促進など、行政目的のための必要なかぎりにおいて複製することができる、送信することができる。要は特許庁と出願人とのやりとりも含めて行政手続きの一環だとしてしまうと、場合によってはCSDBを公開することができるかもしれない。ただこのことは著作権者の著作物を見えないところでの複製という危険にさらす可能性があるので、そうとうの議論は呼ぶだろうと私は思っています。

もう一つはCSDBを全部公開しなくても、引用された文献のコピーを出願人に付けて送ってやっ

たらどうかと。特許庁が入手できないようなものは出願人も入手が難しいはずだからという前提です。これをいま特許庁は電子出願、それからオフィシャル・アークソンを電子的に出願人に送るシステムもありますので……、実際送るとすると紙の、あるいはファックスを送るのではなくて、電子データとして送ることになると思いますが、この送信サービスを現行の著作権法のもとで法的に可能にするには、著作権法32条に言う引用、citationの適用かなと感じています。ただ引用にはいろいろな定義と言いますか、著作権侵害訴訟におけるさまざまな判例の蓄積がありまして、大きな要件を二つ言えば明瞭性と主従関係と言われています。前者の明瞭性というのはどこが本人の著作部分で、どこが引用されたものの部分かというところを明確にする。後者の主従関係と言いますか、どちらがメインで、どちらがマイナーかというところは引用される側のほうがマイナーな部分になっておかないといけない。本文のほうがメインでないといけないという関係ではないかと理解をしています。

これを考えますと拒絶理由通知書といういわば審査官あるいは政府の公式文書において文献を引用するという行為にあたるという解釈も可能化もしれない。著作権法は引用して利用する、exploitするということを許していますから、「引用して利用する」の中には複製も入っている、送信も入っている。こういうことが著作権法上合法となれば、1件、1件の引用文献の送信は可能かもしれない。それでも先ほどの主従関係、たぶん引っ張られる引用文献のほうがページ数的には多いと思います。だから質的には特許庁の拒絶理由がメインで、引用される引用文献が従という見方もできるでしょうが、量から行きますと引用される側のほうが多い可能性がある。

というところでとりあえず問題提起というか、意見提起をして、皆さん方のご意見を伺いたいところなのですが、この際について先ほどから何回か出ました来年の法改正の話を少ししておきます。情報化時代に対応した特許法の改正という意味ですが、三つあってそのうちの二つは先ほど申し上げました。第1はプログラムに関する発明の実施の概念を明らかにするために、送信とかの技術的な用語、あるいは拡布、提供、市場におく、put on the market、こういった言葉を新たに創設していくということをいま議論しています。

第2に間接侵害とソフトウェア特許の問題です。それから第3にこれは新しい話ですが、出願人が出願の前に自分で先行技術調査をしてその結果がわかっている、それを出願の書類の中を書く、開示するというのを義務化する法改正をする方向で検討を進めています。こういう法改正をしていけば、ソフトウェア特許の保護が強くなります。そうするとますますソフトウェア関連の質が増えるだろうと予測しています。その意味でもCSDBの充実というのがいっそう重要になってくるかなと考えています。

これは当然、出願人にとってもCSDBへのアクセスのニーズが今後とも高まっていくだろうと思っていますので、先ほどいくつか申し上げた、現状でできること、法改正をしてできること等々について今後とも私たちも考えていきたいので、皆さん方のご意見をいろいろ伺わせていただきたいと思っています。

【モデレーター】 いまの公知文献の蓄積ですが、これは3極、欧州、アメリカの特許庁との協議とかコミュニケーションというのはなされていますでしょうか。その点でもしあれでしたら、お答えいただいて、あとカボスさんもアメリカのコピーライトの問題を、先ほどちょっと私に説明していただきましたので、よろしかったらちょっと説明していただけますでしょうか。

【高倉】 CSDBの日米欧のイクスチェンジについては、やはり著作権法42条の制限を越える可能性があるのですが、そこは慎重です。ただし特許庁はどのような文献を使っているのか、CSDBを含

めてどのようなデータベースを各国特許庁は使っているかというデータベースそのものに関する情報は日米欧で交換しあって、それぞれの審査官があつて、そういうデータベースがあるのか、では使ってみようとか、あるいはビジネスモデルの分野においてはアメリカやヨーロッパはこういう商用のオンラインデータベースを見ているのだな、では日本もアクセスをしてみようという情報交換であつて、データベースのコンテンツの交換ではありません。後者はやはりちょっと問題があるのかもしれないので、やや慎重に。たぶんそれはアメリカやヨーロッパから見ても自分たちが使っているデータベースにそのまま日本の特許庁にアクセスをさせるということには国内法上の問題があるのではないかと思います。

【モデレーター】 ありがとうございます。ウィレムスさん、カポスさん、この関係で何かコメントがありますか。

【カポス】 ありがとうございます。この件に関していくつかアメリカでの問題をお話ししておきたいと思います。一つはアメリカの特許商標庁で公式に説明しているわけですが、米国特許商標庁でもこれと非常に似たプロセスを取りつつあります。そして、著作権侵害に関しては似たような問題が出てきました。米国特許商標庁が初めて制度的に非特許先行技術に関するサブミッションをスキャンニングし始めました。特にソフトウェアとビジネス・メソッドの分野では集中的にやっています、フルテキストでサーチがかけられるようにしていますので、その後の審査に使えると思っています。これは米国特許商標庁内で先行技術のデータベースの構築に優れた方法で、われわれも重要だと考えています。

ところが日本の特許庁と同じように、やはり著作権問題が出てきました。米国特許商標庁はいままでのところ説明としては、システムを特許庁内でのみ使えるようにして、外部サーチを許さないということを現時点で言っています。そしていままでの議論では、アメリカ著作権法がいまの状態では、内部使用さえ認めないのではないかということなのですが、まだはっきりと結論は出ていないようです。フェアユースドクトリンを使って、特許庁を保護することができるかどうかというのはわかりません。それでも内部利用のみというこの計画は進められています。個人の著作権に対するリスクは小さいという考えのようです。またオンラインのデータベースに関してですが、米国特許商標庁が最近ある通知をフェデラル・レジスターで出しました。この中で、何十ものオンラインのパブリック・データベースを列挙しまして、米国特許商標庁がこれらをソフトウェア、ビジネスメソッド特許に関して使っていると公表した上で、他に良いデータベースはないか、一般からのインプットをもらうことにしました。追加的なパブリケーションが将来出てくることでしょう。

それから最後申し上げるのは、National Academy of Science、アメリカ科学アカデミーで、ビジネス方法特許に関する統計解析を行っています。統計についてのコメントが少し前にありましたので、サイエンスアカデミーがドラフト段階のレポートで明らかにしたことをお話します。一つ言われているのは、ビジネス方法特許の出願は、アメリカでは先行技術の引用が他の出願領域よりも多いということです。また、クレーム数も多い。それから中小規模の企業とか、個人が取得する割合が他の出願内容よりも多いということです。

それから皆さんにも関心を持たれることだろうと思いますが、唯一このスタディで言及されている国が、日本でした。日本国がなぜ言及されているかと言いますと、統計解析をしてみたら、ほかの分野でのアメリカでの特許化率と比べますと、ビジネス方法特許では、日本は特許化率が低いのだそうです。そういう文脈で日本が出てきました。以上です。

【モデレーター】 これで今日出ている特許セッションのほうは私どもではすべて終わりました。何か追加的にコメントとかありましたら、よろしいですか。

それでは朝から長時間ありがとうございました。また外国から、あと日本の実務家の方、朝から晩までずっとここに座って、ロースクール・スチューデントみたいにいると、私の勝手な質問に答えていただきまして、本当にありがとうございました。暖かい拍手をお願いしたいと思います。あと朝からずっと通訳で、暴走しながら議論していましたがとても非常によくやっていただきまして、通訳の方、ありがとうございました。それでは終わらせていただきます。

【事務局】 三木先生、パネリストの皆さま、どうもありがとうございました。

最後にSOFTICの専務理事の則近より閉会のごあいさつを申し上げます。

【則近】 皆さんどうもお疲れさまでした。とくに今日1日壇上で、何か壇上に檻があるような感じがしまして、本当にお疲れさまでした。三木先生が一番お疲れではないかというふうに感じました。昨日の植村WIPO次長による基調講演から始まりまして、昨日は相澤先生による著作権のセッションでした。今日は1日三木先生による特許のセッションでした。遠路はるばるおいでいただきましたパネリストの方々、本当に感謝します

議論が尽きないところがありまして、しかし問題点もそうとう指摘されたように思います。このシンポジウムは少し時間がかかりますが、たぶん来年の半ば以前には提供できると思いますけれども、日本語と英語の議事録を発行しています。皆さま方にお届けさせていただきます。そういうことでまその議事録が届いたころ、もう一度この問題を振り返って検討していただきたいと思います。それでは議事録を楽しみにしていただきながら、この2日間の会議を締めさせていただきます。どうもご苦労さまでした。お疲れさまでした。

【事務局】 ではこれで2日間のシンポジウムを終了させていただきます。2日間ご討議いただきました両セッションのモデレーター、スピーカ、パネリストの皆さんに最後に盛大な拍手をもう一度お願いします。

皆さま、長時間のご静聴どうもありがとうございました。

# 資料

**E.H. Smith**

## **B. Hugenholtz**

**T.C. Vinje**

**H. Okamura**

**N. Koizumi**

**Y. Tanaka**

**T. Hagiwara**

**F.T. Boehm**

**R.R. Rader**

**H. Wegner**

**J. Willems**

**T. Imura**

**Y. Kumakura**

**S. Takakura**

**M. Dogauchi**

**N. Mizutani**

# Appendix