

属地主義と知的財産権の越境侵害



会員・弁護士 飯田 圭

要 約

①日本の知的財産法における知的財産権の属地主義の具体的な意義を明らかにした上で、かかる知的財産権の属地主義との関係において、②ネットワーク関連発明に係る特許権の越境侵害の事例として知財高裁大合議令和5年5月26日判決〔コメント配信システム事件〕・知財高裁令和4年7月20日判決〔コメント表示プログラム事件〕等を説明し、③商標権及び意匠権の越境侵害に係る令和3年商標法及び意匠法改正を説明し、また、④著作権の越境侵害の事例として東京高裁平成17年3月31日判決〔ファイルログ事件〕等を説明し、かかる説明を踏まえて、⑤属地主義とネットワーク関連発明に係る特許権の越境侵害の検討として、総合考慮説をより統合化・一般化し、総合考慮を類型化し、考慮事情を重み付けした上で、残された他の事例にもあてはめて説明し、かかる説明に基づき、現行法下でのネットワーク関連発明のクレーム化の指針を提供する一方、なお不明確な部分の法改正も提言する。

目次

1. はじめに
 1. 1 知的財産権の属地主義の意義：知的財産権の効力の国内限定
 1. 2 知的財産権の効力の意義
 1. 3 知的財産権の効力の国内限定の意義
 1. 4 問題の所在
2. ネットワーク関連発明に係る特許権の越境侵害
 2. 1 サーバ又はC/Sシステムの「生産」
 2. 2 サーバ又はC/Sシステムの「貸渡し」
 2. 3 プログラム等の「電気通信回線を通じた提供」
 2. 4 サーバ・C/Sシステム・プログラム等又は方法の「使用」
3. 商標権又は意匠権の越境侵害：商標商品又は意匠物品の「業として」の「輸入」
4. 著作権の越境侵害：コンテンツの「公衆送信」又は「自動公衆送信」「可能化」
5. 属地主義とネットワーク関連発明に係る特許権の越境侵害に関する検討
 5. 1 総合考慮説
 - (1) 問題の所在
 - (2) 統合化・一般化
 - (3) 総合考慮の類型化と考慮要素の重み付け
 5. 2 残された他の事例への総合考慮説のあてはめ
 - (1) サーバの「生産」及び「貸渡し」
 - (2) プログラム等のSaaS
 - (3) 配信型C/Sシステムの「貸渡し」
 - (4) 配信型サーバ・C/Sシステム・プログラム等又は方法の「使用」
 - (5) SaaS型C/Sシステムの「生産」及び「貸渡し」並びにSaaS型サーバ・C/Sシステム・プログラム等又は方法の「使用」
 - (6) まとめ
 5. 3 ネットワーク関連発明のクレーム化の指針
 5. 4 法改正提言
6. おわりに

1. はじめに

1. 1 知的財産権の属地主義の意義：知的財産権の効力の国内限定

知的財産権の属地主義とは、判例上、知的財産権の効力が国内に限定されることを意味する。この点、BBS 並行輸入事件に係る最高裁平成 9 年 7 月 1 日判決⁽¹⁾は、「属地主義の原則とは、特許権についていえば、……特許権の効力が当該国の領域内においてのみ認められることを意味するものである」と判示する。また、カードリーダー事件に係る最高裁平成 14 年 9 月 26 日判決⁽²⁾は、同判旨を敷衍して、「我が国においては、我が国の特許権の効力は我が国の領域内においてのみ認められるにすぎない」と判示する。そして、このような判例の下、LANCASTER 事件に係る知財高裁平成 25 年 1 月 10 日判決⁽³⁾も、「商標権は、……属地主義の原則に支配され、その効力は当該国の領域内においてのみ認められる」と判示する。

1. 2 知的財産権の効力の意義

このように属地主義により国内に限定される知的財産権の効力の意義に関し、例えば、特許法 68 条は、「特許権の効力」との「見出し」⁽⁴⁾の下、「特許権者は、業として特許発明の実施をする権利を専有する」と明文で規定する。また、商標法 25 条は、「商標権の効力」との「見出し」の下、「商標権者は、指定商品又は指定役務について登録商標の使用をする権利を専有する」と明文で規定する。さらに、意匠法 23 条は、「意匠権の効力」との「見出し」の下、「意匠権者は、業として登録意匠及びこれに類似する意匠の実施をする権利を専有する」と明文で規定する。また、著作権法 23 条は、「第三節 権利の内容」中の「第三款 著作権に含まれる権利の種類」中に「公衆送信権等」との「見出し」の下、「著作者は、その著作物について、公衆送信（自動公衆送信の場合にあっては、送信可能化を含む。）を行う権利を専有する」と明文で規定する。

1. 3 知的財産権の効力の国内限定の意義

このような知的財産法上の知的財産権の効力の意義によれば、知的財産権の属地主義すなわち知的財産権の効力の国内限定とは、例えば、特許権の直接侵害の成立には、被疑侵害者による業としての「発明」の「実施」「行為」（特許法 2 条 3 項各号）が、国内で肯認されることが必要であること、を意味することになる。また、商標権の直接侵害の成立には、被疑侵害者による業としての「商標」の「使用」「行為」（商標法 2 条 3 項各号）が、国内で肯認されることが必要であること、を意味することになる。さらに、意匠権の直接侵害の成立には、被疑侵害者による業としての「意匠」の「実施」「行為」（意匠法 2 条 2 項各号）が、国内で肯認されることが必要であること、を意味することになる。また、公衆送信権の直接侵害の成立には、被疑侵害者による「著作物」の「公衆送信」又は「自動公衆送信」「可能化」「行為」（著作権法 2 条 1 項 7 号の 2 又は 9 号の 4 及び 5）が、国内で肯認されることが必要であること、を意味することになる。

1. 4 問題の所在

このような知的財産権の属地主義すなわち知的財産権の効力の国内限定の意義により、問題の所在を厳密に位置付ければ、被疑侵害者による（業としての）各知的財産法所定の知的財産権の直接侵害行為を、近年のグローバル化・デジタル化・ネットワーク化等の進展の状況の下で、国内で肯認することができるかどうか、ということになる。言い換えれば、知的財産法上、知的財産権について属地主義により、知的財産権の効力が国内に限定されるとする判例⁽⁵⁾の下で、知的財産権の効力の国外拡張又は知的財産法の域外適用の肯否は、不正競争防止法上の営業秘密侵害（罪）⁽⁶⁾等を除き、そもそも、実定法上の根拠に乏しく、裁判実務上、問題になり難い。また、知的財産権の属地主義の「原則」の「例外」の肯否も、同様である。）以下、このような問題の所在に即して、各法所定の直接侵害行為の類型毎に、特許権（2）、商標権及び意匠権（3）並びに公衆送信権（4）の各越境侵害について、典型例とこれに関連する裁判例及び立法例を紹介する⁽⁷⁾。

2. ネットワーク関連発明に係る特許権の越境侵害

2.1 サーバ又はC/Sシステムの「生産」

まず、特許権の属地主義によれば、サーバ又はクライアント／サーバシステム（以下「C/Sシステム」という）の「生産」（特許法2条3項1号）に関し、特許権の直接侵害の成立には、被疑侵害者による業としてのサーバ又はC/Sシステムの「生産」「行為」が、国内で肯認されることが必要である。そこで、下記図1のように、国外所在の被疑侵害者が業として国外所在のサーバを構築・運営し、インターネット経由で、同サーバを国内所在のユーザによるクライアントでの用に供し、同サーバ及び同クライアントにてC/Sシステムを構成する場合に、国外所在の被疑侵害者により国外所在のサーバが構築・運営・供用されるにもかかわらず、被疑侵害者による国内でのサーバ又はC/Sシステムの「生産」⁽⁸⁾行為が肯認されるか、が問題になる。

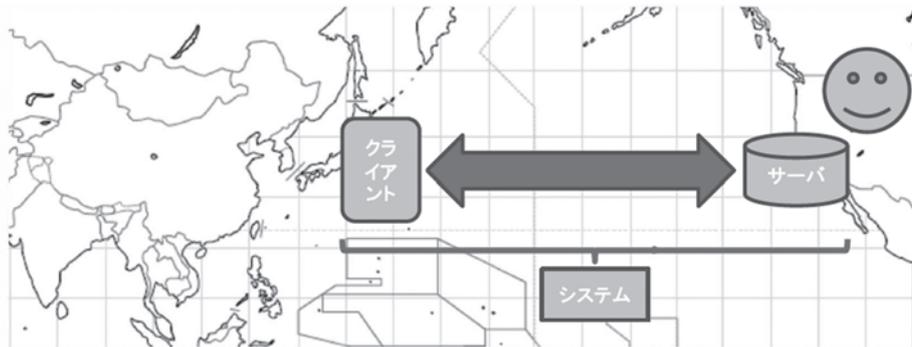


図1

この点、国内でのサーバの「生産」行為の肯否に係る裁判例はない一方、国内でのC/Sシステム一般の「生産」行為の肯否に関し、コメント配信システム事件に係る知財高裁大合議令和5年5月26日判決⁽⁹⁾は、「ネットワーク型システムの発明に係る特許権を適切に保護する観点から、ネットワーク型システムを新たに作り出す行為が、特許法2条3項1号の『生産』に該当するか否かについては、当該システムを構成する要素の一部であるサーバが国外に存在する場合であっても、当該行為の具体的態様、当該システムを構成する各要素のうち国内に存在するものが当該発明において果たす機能・役割、当該システムの利用によって当該発明の効果が得られる場所、その利用が当該発明の特許権者の経済的利益に与える影響等を総合考慮し、当該行為が我が国の領域内で行われたものとみることができるときは、特許法2条3項1号の『生産』に該当すると解するのが相当である」（強調付加。以下同様）と判示し⁽¹⁰⁾、このような総合考慮により国内でのC/Sシステム一般の「生産」行為が肯認され得るものとした。

そして、コメント配信システム事件知財高裁大合議判決は、上記総合考慮説のあてはめにおいて、①「本件生産1の1の具体的態様は、米国に存在するサーバから国内のユーザ端末に各ファイルが送信され、国内のユーザ端末がこれらを受信することによって行われるものであって、当該送信及び受信（送受信）は一体として行われ、国内のユーザ端末が各ファイルを受信することによって被告システム1が完成することからすれば、上記送受信は国内で行われたものと観念することができる」、②「被告システム1は、米国に存在する被控訴人FC2のサーバと国内に存在するユーザ端末とから構成されるものであるところ、国内に存在する上記ユーザ端末は、本件発明1の主要な機能である動画上に表示されるコメント同士が重ならない位置に表示されるようにするために必要とされる構成要件1Fの判定部の機能と構成要件1Gの表示位置制御部の機能を果たしている」、及び、③「被告システム1は、上記ユーザ端末を介して国内から利用することができるものであって、コメントを利用したコミュニケーションにおける娯楽性の向上という本件発明1の効果は国内で発現しており、また、その国内における利用は、控訴人が本件発明1に係るシステムを国内で利用して得る経済的利益に影響を及ぼし得るものである」と認定判断し、このような認定判断の総合考慮により、「本件生産1の1は、我が国の領域内で行われたものとみることができるから、本件発明1との関係で、特許法2条3項1号の『生産』に該当するものと認められる」と判示し、国内での配信型C/Sシステムの「生産」行為を肯認した。

2. 2 サーバ又はC/Sシステムの「貸渡し」

つぎに、特許権の属地主義によれば、サーバ又はC/Sシステムの「貸渡し」（特許法2条3項1号）に関し、特許権の直接侵害の成立には、被疑侵害者による業としてのサーバ又はC/Sシステムの「貸渡し」「行為」が、国内で肯認されることが必要である。そこで、上記図1のように、国外所在の被疑侵害者が業として国外所在のサーバを構築・運営し、インターネット経由で、同サーバを国内所在のユーザによるクライアントでの用に供し、同サーバ及び同クライアントにてC/Sシステムを構成する場合に、国外所在の被疑侵害者により国外所在のサーバが構築・運営・供用されるにもかかわらず、被疑侵害者による国内でのサーバ又はC/Sシステムの「貸渡し」⁽¹¹⁾行為が肯認されるか、が問題になるが、この点に関する裁判例はない。

2. 3 プログラム等の「電気通信回線を通じた提供」

また、特許権の属地主義によれば、プログラム等の「電気通信回線を通じた提供」（特許法2条3項1号）に関し、特許権の直接侵害の成立には、被疑侵害者による業としてのプログラム等の「電気通信回線を通じた提供」「行為」が、国内で肯認されることが必要である。そこで、国外所在の被疑侵害者が業として国外所在のサーバを構築・運営し、インターネット経由で、同サーバを国内所在のユーザによるクライアントでの用に供し、下記図2のように、同サーバから同クライアントへプログラム等を配信する場合に、又は、下記図3のように、同サーバ上のプログラム等を同クライアントにサービスとして提供（Software as a Service）（以下「SaaS」という）し、同サーバから同クライアントへプログラム等の処理結果を配信する場合に、同配信又はSaaSに係るプログラム等が国外所在の被疑侵害者により構築・運営・供用される国外所在のサーバにおけるものであるにもかかわらず、被疑侵害者による国内でのプログラム等の「電気通信回線を通じた提供」⁽¹²⁾行為が肯認されるか、が問題になる。

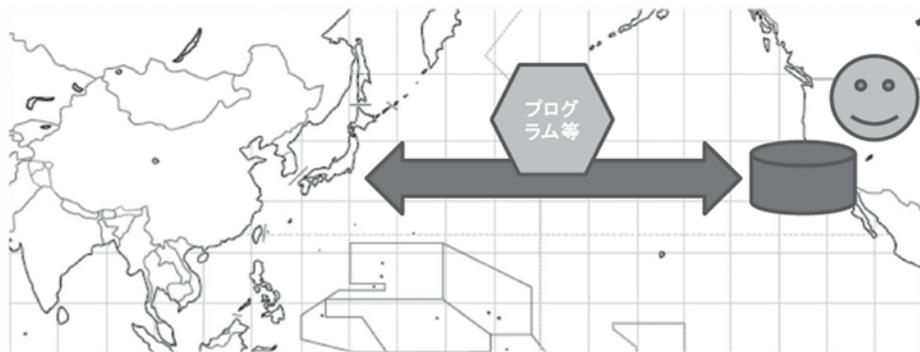


図2

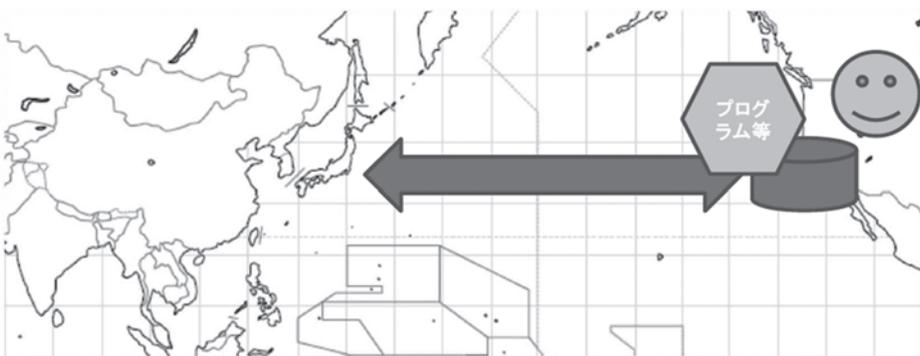


図3

この点、国内でのプログラム等のSaaS型「提供」行為の肯否に係る裁判例はない一方、国内でのプログラム等の配信型「提供」行為の肯否に関し、コメント表示プログラム事件に係る知財高裁令和4年7月20日判決⁽¹³⁾は、「問題となる提供行為については、当該提供が日本国の領域外で行われる部分と領域内で行われる部分とに明確かつ容易に区別できるか、当該提供の制御が日本国の領域内で行われているか、当該提供が日本国の領域内に所在する顧客等に向けられたものか、当該提供によって得られる特許発明の効果が日本国の領域内において発現している

かなどの諸事情を考慮し、当該提供が実質的かつ全体的にみて、日本国の領域内で行われたものと評価し得るときは、日本国特許法にいう『提供』に該当すると解するのが相当である」と判示し⁽¹⁴⁾、このような総合考慮により国内でのプログラム等の配信型「提供」行為が肯認され得るものとした。

そして、コメント表示プログラム事件知財高裁判決は、上記総合考慮説のあてはめにおいて、①「本件配信は、日本国の領域内に所在するユーザが被控訴人ら各サービスに係るウェブサイトへアクセスすることにより開始され、完結されるものであって……、本件配信につき日本国の領域外で行われる部分と日本国の領域内で行われる部分とを明確かつ容易に区別することは困難である」、②「本件配信の制御は、日本国の領域内に所在するユーザによって行われるものである」、③「本件配信は、動画の視聴を欲する日本国の領域内に所在するユーザに向けられたものである」、④「本件配信によって初めて、日本国の領域内に所在するユーザは、コメントを付すなどした本件発明1-9及び10に係る動画を視聴することができるのであって、本件配信により得られる本件発明1-9及び10の効果は、日本国の領域内において発現している」と認定判断し、このような認定判断の総合考慮により、「本件配信は、日本国特許法2条3項1号にいう『提供』に該当する」と判示し、国内でのプログラム等の配信型「提供」行為を肯認した。

2. 4 サーバ・C/Sシステム・プログラム等又は方法の「使用」

さらに、特許権の属地主義によれば、サーバ・C/Sシステム・プログラム等又は方法の「使用」（特許法2条3項1又は2号）に関し、特許権の直接侵害の成立には、被疑侵害者による業としてのサーバ・C/Sシステム・プログラム等又は方法の「使用」「行為」が、国内で肯認されることが必要である。そこで、国外所在の被疑侵害者が業として国外所在のサーバを構築・運営し、インターネット経由で、同サーバを国内所在のユーザによるクライアントでの用に供し、下記図4のように、同サーバから同クライアントへプログラム等を配信し、同プログラム等による方法を提供する場合に、又は、下記図5のように、同サーバ上のプログラム等を同クライアントにSaaSし、同サーバから同クライアントへプログラム等の処理結果を配信し、同プログラム等による方法を提供する場合に、同配信又はSaaSに係るプログラム等が国外所在の被疑侵害者により構築・運営・供用される国外所在のサーバにおけるものであるにもかかわらず、被疑侵害者による国内でのサーバ・C/Sシステム・プログラム等又は方法の

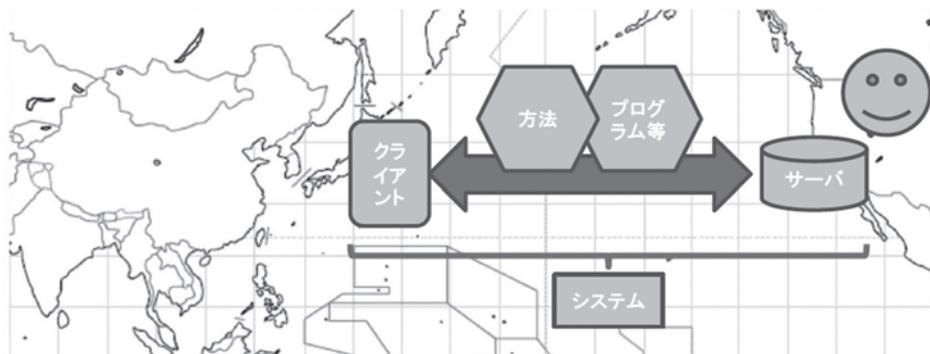


図4

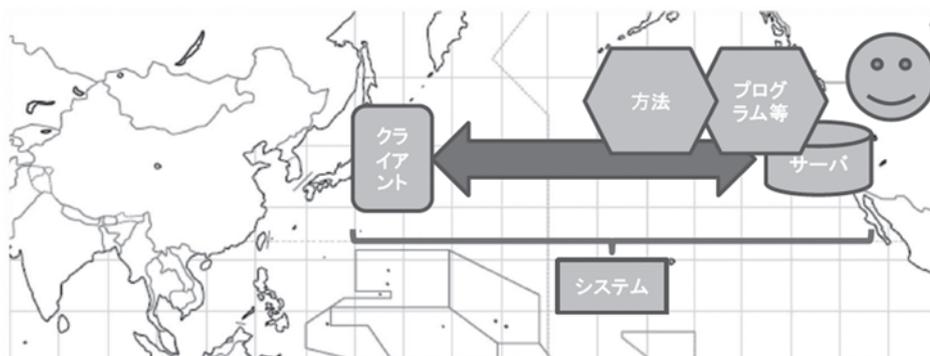


図5

「使用」⁽¹⁵⁾行為が肯認されるか、が問題になる。

この点、国内でのサーバ・C/Sシステム又はプログラム等の「使用」行為それ自体の肯否に係る裁判例はない⁽¹⁶⁾一方、国内での生産方法の「使用」行為の肯否に関し、電着画像の形成方法事件に係る東京地裁平成13年9月20日判決⁽¹⁷⁾は、国内所在の被疑侵害者において、同方法の全工程のうち、川上の一部工程を用いて、その結果物を輸出し、国外所在の他人において、川下の残部工程を用いて、電着画像が形成される場合に、国内において同方法が完結していないことを理由に、国内での同方法の「使用」行為を肯認しなかった。

他方、方法の「使用」行為の主体性に関し、インターネットサーバのアクセス管理・モニタシステム事件に係る知財高裁平成22年3月24日判決⁽¹⁸⁾は、下記図6のように、国内所在の被疑侵害者が、インターネット経由で、業として国外所在のサーバを構築・運営し、同サーバを国内所在のユーザによるクライアントでの用に供し、同サーバから同クライアントへプログラム等を配信し、同プログラム等によるウェブページへのアクセス方法を提供する場合に、方法の「使用」行為の主体性を肯認した。



図6

3. 商標権又は意匠権の越境侵害：商標商品又は意匠物品の「業として」の「輸入」

つぎに、商標権又は意匠権の属地主義によれば、商標商品又は意匠物品の「業として」の「輸入」（商標法2条1項及び3項2号又は意匠法23条及び2条2項1号）に関し、商標権又は意匠権の直接侵害の成立には、被疑侵害者による商標商品又は意匠物品の「業として」の「輸入」行為が、国内で肯認されることが必要である。そこで、下記図7のように、国外所在の被疑侵害者が業として商標商品又は意匠物品を、国内所在の消費者よりインターネット経由で受注し、同消費者に国際小口貨物郵便等で配送する場合に、国外所在の被疑侵害者により国外から商標商品又は意匠物品が発送されるにもかかわらず、被疑侵害者による国内での商標商品又は意匠物品の「業として」の「輸入」行為が肯認されるか、が問題になる。

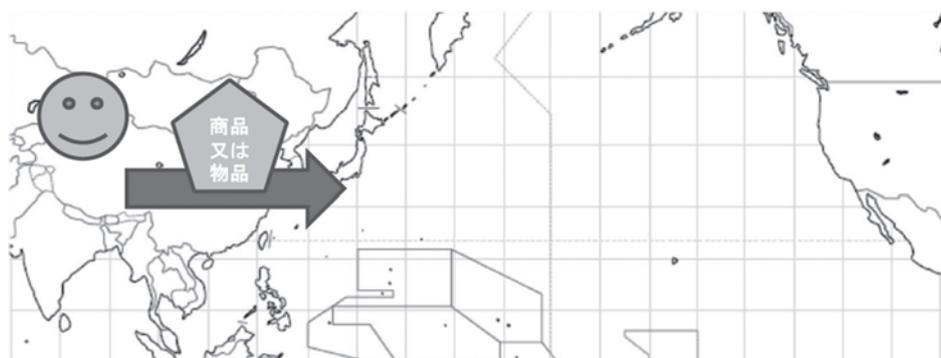


図7

この点、関税法上、一般に、「輸入」とは、「外国から本邦に到着した貨物等を本邦に引き取る」こととされる（関税法2条1項1号）ため、「輸入」者は、在外者ではなく、在內者とされる。そして、知的財産法上、従来の多数説⁽¹⁹⁾であった通関説では、「輸入」は、関税法上の「輸入」と同義とされる。そうすると、上記場合に、商標法又は意匠法上、商標商品又は意匠物品の「輸入」者は、在內消費者とされ、国内での「業として」の「輸入」行為

が肯認されないとも考えられる。そして、近年、実際、税関による知的財産侵害物品の認定手続の簡素化手続において、在輸入者による個人使用を理由とする争う旨の申出が顕著に増加していた⁽²⁰⁾。

このような状況の下で、産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会による「海外の事業者を侵害主体として、海外の事業者が国内の者に模倣品を直接送付する場合について、日本国内に到達する時点以降を捉えて、新たに商標権侵害行為と位置づける方向で検討することが適当である。……当面は、商標法及び意匠法について、上記の検討を進めることが適当である」旨の提言⁽²¹⁾を受けて、令和3年商標法及び意匠法改正⁽²²⁾により、商標法上、「この法律において」、「輸入」する行為には、「外国にある者が外国から日本国内に他人をして持ち込ませる行為」が「含まれる」ものとされ⁽²³⁾、また、意匠法上、「この法律で」、「輸入」する行為は、「外国にある者が外国から日本国内に他人をして持ち込ませる行為」を「含む。以下同じ」ものとされた⁽²⁴⁾。

このような令和3年商標法及び意匠法改正により、上記場合に、商標法又は意匠法上、被疑侵害者による国内での商標商品又は意匠物品の「業として」の「輸入」行為が肯認されることが明確化された⁽²⁵⁾。

4. 著作権の越境侵害：コンテンツの「公衆送信」又は「自動公衆送信」「可能化」

また、著作権の属地主義によれば、コンテンツの「公衆送信」又は「自動公衆送信」「可能化」（著作権法2条1項7号の2又は9号の4及び5）に関し、公衆送信権の直接侵害の成立には、被疑侵害者によるコンテンツの「公衆送信」又は「自動公衆送信」「可能化」「行為」が、国内で肯認されることが必要である。そこで、下記図8のように、国外所在の被疑侵害者が国外所在のサーバを構築・運営し、インターネット経由で、同サーバを国内所在のユーザによるクライアントでの用に供し、同サーバから同クライアントへコンテンツを配信する場合に、同配信に係るコンテンツが国外所在の被疑侵害者により構築・運営・供用される国外所在のサーバにおけるものであるにもかかわらず、被疑侵害者による国内でのコンテンツの「公衆送信」又は「自動公衆送信」「可能化」行為が肯認されるか、が問題になる。

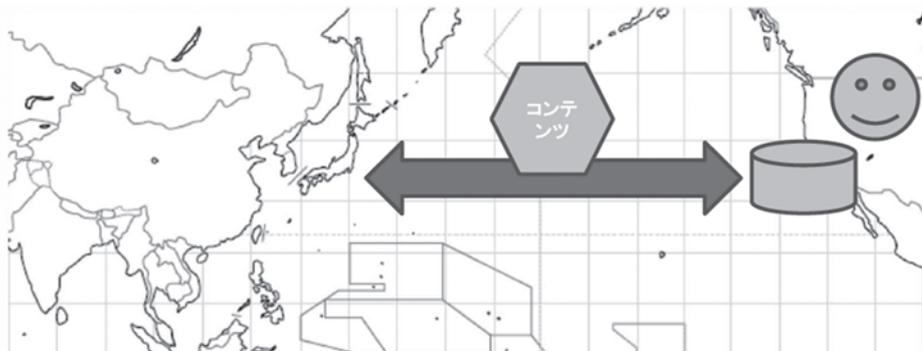


図8

この点、インターネット経由のコンテンツのインタラクティブ送信に係るWIPO著作権条約8条の「Right of Communication to the Public」の下でのアンブレラソリューションに基づき、EUディレクティブでは、特に「Communication to the Public（公衆への伝達）」権構成が採用されているのに対し、日本著作権法では、特に「公衆送信」又は「自動公衆送信」「可能化」権構成が採用されている。そして、「公衆送信」とは、「公衆によって直接受信されることを目的として…送信…を行うこと」とされ（著作権法2条1項7号の2）、「自動公衆送信」とは、「公衆送信のうち、公衆からの求めに応じ自動的に行うもの」とされ（著作権法2条1項9号の4）、「送信可能化」とは、「次のいずれかに掲げる行為により自動公衆送信し得るようにすること」とされる（著作権法2条1項9号の5）。このような権利構成の相異により、上記場合に、EUディレクティブでは、域内所在の公衆へ配信される点を捉えることができ、域内での「公衆への伝達」が肯認され易いのに対し、日本著作権法では、国外所在のサーバから配信（可能化）する点を捉えるしかなく、国内での「公衆送信」又は「自動公衆送信」「可能化」が肯認され難いように考えられる。

他方、ファイルログ事件に係る東京高裁平成17年3月31日判決⁽²⁶⁾は、下記図9のように、国内所在の被疑侵害者が、インターネット経由で、国外所在のサーバ上の電子ファイル交換サービスを運営し、同サーバ・サービ

スを国内所在のユーザによるクライアントでの用に供し、同ユーザによる当該サーバから国内所在の他のユーザのクライアントへの電子ファイルの送信の用に供する場合に、国内での自動「公衆送信」及び「可能化」を肯認した。

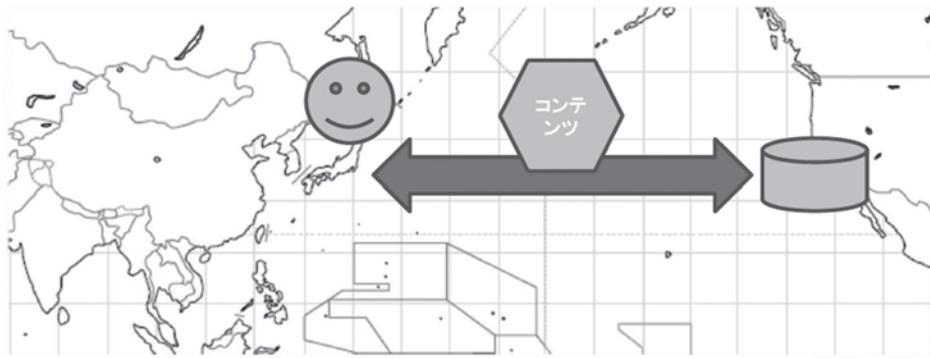


図9

5. 属地主義とネットワーク関連発明に係る特許権の越境侵害に係る検討

5. 1 総合考慮説

(1) 問題の所在

以下、2～4に紹介した属地主義と知的財産権の越境侵害に係る典型例とこれに関連する裁判例及び立法例を踏まえて、属地主義とネットワーク関連発明に係る特許権の越境侵害に関する検討を行うが、まず何よりも、コメント配信システム事件知財高裁大合議判決が国内でのC/Sシステム一般の「生産」行為の肯否に関し、また、コメント表示プログラム事件知財高裁判決が国内でのプログラム等の配信型「提供」行為の肯否に関し、各判示した総合考慮説は、各事例毎に特有のものであり、他の事例へのあてはめや他の事例での予測が困難であることから、他の事例も含めて「発明」の「実施」「行為」全般に適用可能な、より統合的・一般的な総合考慮説を定立するとともに、考慮事情の重み付けや総合考慮の類型化を可及的に行うことが必要である。

(2) 統合化・一般化

そして、そもそも、特許権の属地主義が、特許権の直接侵害の成立に①被疑侵害者による業としての②「発明」の③「実施」「行為」(特許法2条3項各号)が国内で肯認されることが必要であること、を意味することに鑑みれば、このような「行為」地の認定判断は、より統合的・一般的には、主に①～③に着目して、①「行為」主体の所在地(国内⁽²⁷⁾・外)、②「行為」客体(「発明」)の類型(サーバ・C/Sシステム⁽²⁸⁾・プログラム等⁽²⁹⁾・単純方法⁽³⁰⁾等)、構成要素の機能・所在地(国内⁽³¹⁾・外)、効果発現地(国内⁽³²⁾・外)、③「実施」「行為」の類型(「生産」⁽³³⁾・「貸渡し」・「電気通信回線を通じた提供」(SaaS・配信⁽³⁴⁾)・「使用」⁽³⁵⁾等)、対象(使用言語・課金方法・広告等により国内⁽³⁶⁾・外向け)、態様(国内外一体⁽³⁷⁾・国内完了⁽³⁸⁾・国内制御⁽³⁹⁾等)、④特許権者の国内での経済的利益への影響⁽⁴⁰⁾、等の諸事情の総合考慮によるものと解するのが相当である。

(3) 総合考慮の類型化と考慮要素の重み付け

そして、このような総合考慮説の下で、総合考慮を可及的に類型化⁽⁴¹⁾すれば、まず、コメント配信システム事件のように、「行為」主体が国外所在で、「実施」「行為」の類型が「生産」でも、「発明」の類型が配信型C/Sシステムで、配信型C/Sシステムの「生産」の対象が国内向けで、同「生産」の態様が国内外一体・国内完成で、配信型C/Sシステムの構成要素のうちクライアントが国内で「発明」の機能を果たし、「発明」の効果が国内で発現する場合には、配信型C/Sシステムの「生産」地を国内と認定判断できるものと考えられる。

つぎに、コメント表示プログラム事件のように、「行為」主体が国外所在でも、「発明」の「実施」「行為」の類型がプログラム等の「電気通信回線を通じた提供(配信)」で、同配信の対象が国内向けで、同配信の態様が国内外一体・国内制御で、「発明」の効果が国内で発現する場合には、プログラム等の「配信」地を国内と認定判断できるものと考えられる。

また、インターネットサーバーのアクセス管理・モニタシステム事件やファイルログ事件のように、「行為」主体が国内所在地で、「実施」「行為」の対象が国内向けで、「発明」の効果が国内で発現する場合には、他に「発明」の「実施」「行為」の類型等を問うことなく、「発明」の「実施」「行為」地を国内と認定判断できるものと考えられる。

そして、このような総合考慮の類型化とも関連するが、考慮要素の重み付けとして、まず、「行為」主体が国内所在地であることは、国内からのインターネット経由での国外所在のサーバの構築・運営・供用等を国内の行為と認定判断し易いことから、「発明」の「実施」「行為」地を国内と認定判断するための重要な考慮要素となるものと考えられる⁽⁴²⁾。

つぎに、「実施」「行為」の類型が、より市場地に近く、及び／又はより定型性に乏しいと考えられる、「使用」、「電気通信回線を通じた提供（配信）」、「電気通信回線を通じた提供（SaaS）」、「貸渡し」、「生産」の順に、「行為」地を国内市場地と認定判断し易いものと考えられる。

また、特許権者の国内での経済的利益への影響は、特許権の属地主義の上記意義との直接的な関連性が乏しいことや、これを考慮要素とするコメント配信システム事件知財高裁大合議判決のあてはめでも抽象的な可能性しか問題とされていないことに鑑みると、「発明」の「実施」「行為」地を国内と認定判断するための直接的・実質的な考慮要素とはなり難く、寧ろ直接的・実質的には発明の効果が国内で発現するかや行為の対象が国内向けかなどの方が重要な考慮要素になるものと考えられる⁽⁴³⁾。

5. 2 残された他の事例への総合考慮説のあてはめ

(1) サーバの「生産」及び「貸渡し」

以上に述べた総合考慮説を未だ裁判例のない他の事例に可及的にあてはめて傾向を見るに、まず、下記図 10 のように、国外所在の被疑侵害者が業として国外所在のサーバを構築・運営し、インターネット経由で、同サーバを国内所在のユーザによるクライアントでの用に供する場合に、同被疑侵害者による同サーバの「生産」行為地及び「貸渡し」行為地は、「行為」主体が国外所在地で、「発明」の「実施」「行為」の類型が国外所在のサーバの「生産」及び「貸渡し」で、同「生産」及び「貸渡し」の態様が国外完結又は完了で、同サーバの構成要素が国外で「発明」の機能を果たすことにより、国内とは認定判断され難いものと考えられる。

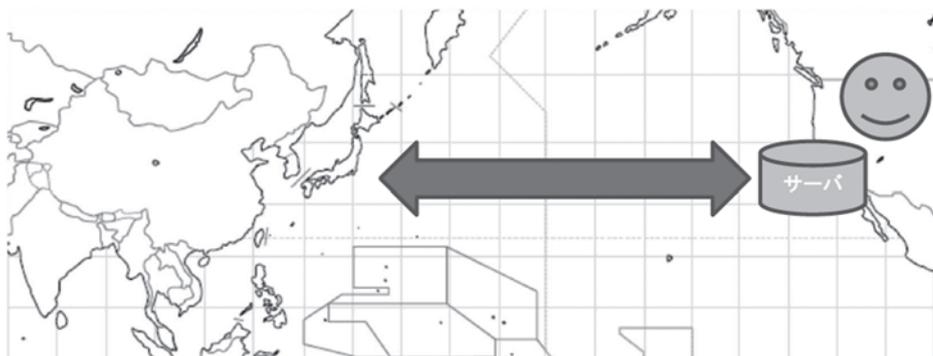


図 10

(2) プログラム等の SaaS

つぎに、下記図 11 のように、国外所在の被疑侵害者が業として国外所在のサーバを構築・運営し、インターネット経由で、同サーバを国内所在のユーザによるクライアントでの用に供し、同サーバ上のプログラム等と同クライアントに SaaS し、同サーバから同クライアントへプログラム等の処理結果を配信する場合に、同被疑侵害者による同プログラム等の SaaS 行為地は、「行為」主体が国外所在地で、「発明」の「実施」「行為」の類型が国外所在のサーバ上のプログラム等の SaaS で、同プログラム等の構成要素が国外で「発明」の機能を果たすことにより、国内とは認定判断され難いものと考えられる。

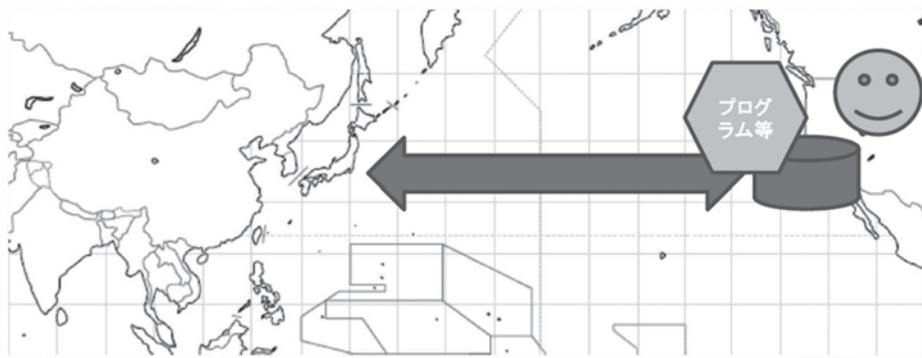


図 11

(3) 配信型 C/S システムの「貸渡し」

また、下記図 12 のように、国外所在の被疑侵害者が業として国外所在のサーバを構築・運営し、インターネット経由で、同サーバを国内所在のユーザによるクライアントでの用に供し、同サーバ及び同クライアントにて C/S システムを構成し、同サーバから同クライアントへプログラム等を配信し、同プログラム等による方法を提供する場合に、同被疑侵害者による同配信型 C/S システムの「貸渡し」行為地は、「行為」主体が国外所在で、「実施」「行為」の類型が「貸渡し」でも、「発明」の類型が配信型 C/S システムで、配信型 C/S システムの「貸渡し」の対象が国内向けで、同「貸渡し」の態様が国内外一体・国内完了等で、配信型 C/S システムの構成要素のうちクライアントが国内で「発明」の機能を果たし、「発明」の効果が国内で発現することにより、国内と認定判断され易いものと考えられる。

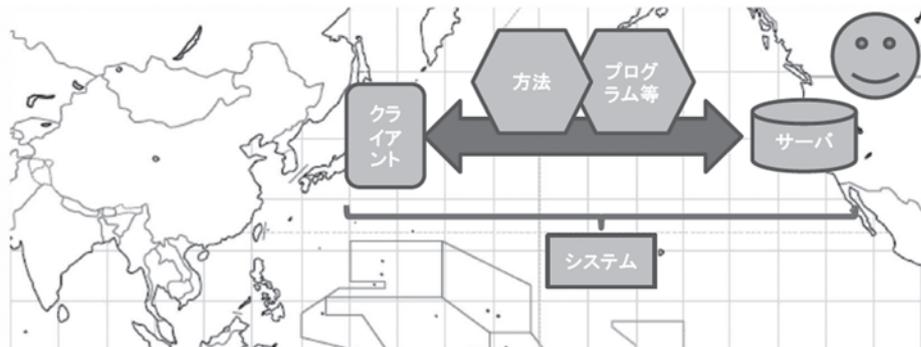


図 12

(4) 配信型サーバ・C/S システム・プログラム等又は方法の「使用」

さらに、上記図 12 のような場合に、上記被疑侵害者による上記配信型 C/S システム・プログラム等又は方法の「使用」行為地は、「行為」主体が国外所在でも、「発明」の「実施」「行為」の類型が配信型 C/S システム・プログラム等又は方法の「使用」で、同「使用」の対象が国内向けで、同「使用」の態様が国内外一体・国内制御等で、「発明」の効果が国内で発現することにより、国内と認定判断され易いものと考えられる一方、上記被疑侵害者による上記配信型サーバの「使用」行為地が国内と認定判断され得るかどうかは、なお問題として残るものと考えられる。

(5) SaaS 型 C/S システムの「生産」及び「貸渡し」並びに SaaS 型サーバ・C/S システム・プログラム等又は方法の「使用」

また、下記図 13 のように、国外所在の被疑侵害者が業として国外所在のサーバを構築・運営し、インターネット経由で、同サーバを国内所在のユーザによるクライアントでの用に供し、同サーバ及び同クライアントにて C/S システムを構成し、同サーバ上のプログラム等を同クライアントに SaaS し、同サーバから同クライアントへプログラム等の処理結果を配信する場合に、同被疑侵害者による同 SaaS 型 C/S システムの「生産」行為地及び

「貸渡し」行為地が国内と認定判断され難いかどうか、同被疑侵害者による同 SaaS 型サーバ又はプログラム等の「使用」行為地が国内と認定判断され難いかどうか、また、同被疑侵害者による同 SaaS 型 C/S システム又は方法の「使用」行為地が国内と認定判断され得るかどうかは、なお問題として残るものと考えられる⁽⁴⁴⁾。

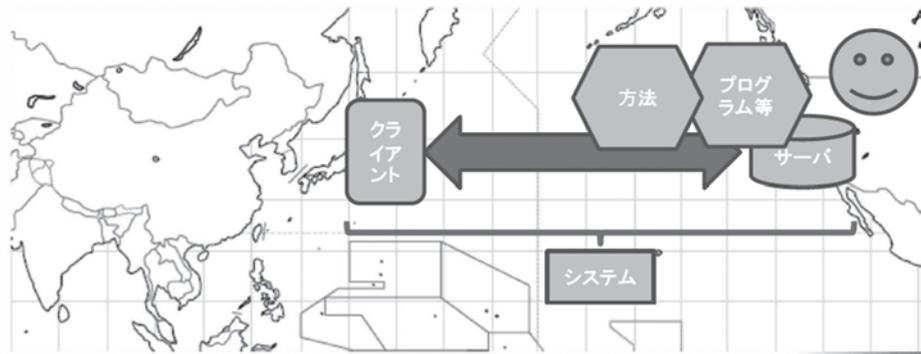


図 13

(6) まとめ

以上に述べた総合考慮説のあてはめを、改めて配信型と SaaS 型とに分けて、他の論点とともに、図表にまとめると、下記図 14 及び表 1 (配信型) 並びに図 15 及び表 2 (SaaS 型) の通りである。



図 14

表 1

クレーム	国内での実施行為の肯否				他の論点
	生産	貸渡し	提供(配信)	使用	
サーバ	×(1)	×(1)	—	△?(4)	サブコンビネーションの問題
C/Sシステム	◎	○(3)	—	○(4)	複数主体の関与の問題
プログラム等	—	—	◎	○(4)	同上
方法	—	—	—	○(4)	同上

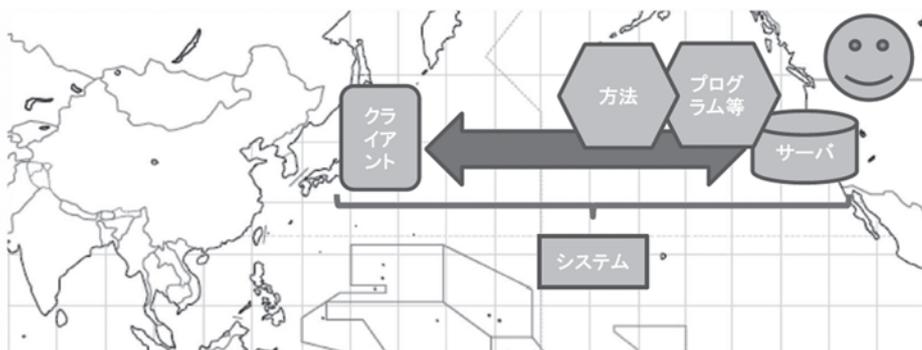


図 15

表 2

クレーム	国内での実施行為の肯否				他の論点
	生産	貸渡し	提供(SaaS)	使用	
サーバ	×(1)	×(1)	—	×?(5)	—
C/Sシステム	×?(5)	×?(5)	—	△?(5)	汎用Cの構成要素化の問題 複数主体の関与の問題
プログラム等	—	—	×(2)	×?(5)	同上
方法	—	—	—	△?(5)	同上

5. 3 ネットワーク関連発明のクレーム化の指針

以上を前提に、ネットワーク関連発明、特にC/Sシステム関連発明のクレーム化の指針を検討すると、従来、複数主体の関与の問題の回避のため、単独主体により実施されるサーバのサブコンビネーション・クレーム化が推奨されてきた。しかしながら、5.2 (6) に示した通り、現在、サーバ・クレームは、サーバ及び運営者が国外所在の場合、特許権の属地主義により、実効性に乏しいことが判明してきた。他方、近年、複数主体の関与の問題は、①共同「実施」論⁽⁴⁵⁾、②規範的単独「実施」、特に「使用」論⁽⁴⁶⁾、③「使用」概念論⁽⁴⁷⁾等⁽⁴⁸⁾に係る裁判例の進展により、一応対処可能と考えられる⁽⁴⁹⁾。そうすると、現在、寧ろ、特許権の属地主義の問題の回避のため、少なくとも配信型の場合には、C/Sシステム、プログラム等及び／又は方法のクレーム化が推奨されるものと考えられる。そして、さらにSaaS型の場合にも、敢えて、汎用クライアントをも構成要素化して、C/Sシステム、プログラム等及び／又は方法をクレーム化するかどうか、なお問題として残るものと考えられる⁽⁵⁰⁾。

5. 4 法改正提言

他方、5.2 (6) に鑑みると、ネットワーク関連発明、特に国内での実施行為の肯否が否定的又は不明確なSaaS型C/Sシステム関連発明に関し、①特許権の適切な保護⁽⁵¹⁾・その明確化⁽⁵²⁾のために、また、②技術及び産業上の利用の実体に相応したクレーム類型の選択やクレームのドラフティングの自由度の確保のためにも、③判例に係る特許権の属地主義を遵守しつつ、④「実施」「行為」地及び主体の問題を一挙に無理なく解決することができるよう、⑤公衆送信権（日本著作権法）と公衆への伝達権（EUディレクティブ）の各権利構成の影響を対照し、また、⑥令和3年改正商標法2条7項及び意匠法2条2項1号の規定の仕方を参照して、立法論として、サーバ・C/Sシステム・プログラム等又は方法を「外国にある者が外国から電気通信回線を通じて日本国内の他人の用に供する行為」を、発明の「実施」「行為」（特許法2条3項）に、特に最も市場地に近く、かつ定型性に乏しい「使用」行為の亜種として、追記・明確化することを検討すべきである⁽⁵³⁾。

6. おわりに

以上に詳述したところにより、弁護士・弁理士等の実務家においては、属地主義により特許権等の効力を国内に限定する判例の下で、サーバが国外に所在するC/Sシステム関連発明に係る個別具体的な事案において、権利者又は国内・外に所在する被疑侵害者に対し、より統合化・一般化された総合考慮説により、総合考慮を類型化し、また、考慮事情を重み付けしつつ、国内での各発明の各実施行為の肯否について、また、これを前提にクレーム類型の選択やクレームのドラフティングについて、的確にアドバイス等していくことが求められよう。

以上

(注)

- (1)最判平9・7・1民集51巻6号2299頁〔BBS並行輸入事件〕。
- (2)最判平14・9・26民集56巻7号1551頁〔カードリーダー事件〕。
- (3)知財高判平25・1・10判時2188号103頁〔LANCASTER事件〕
- (4)「見出し」とは、一般に、「条文の内容を簡潔に表現し」、「その条の一部を成すもの」とされる（法制執務研究会編「新訂 ワークブック法制執務 第2版」（ぎょうせい、平30）188頁）。
- (5)このような日本の知的財産法上の知的財産権の属地主義に係る判例の解釈は、例えば、米国の判例法上、米国法一般の域外適用の

- 否定が推定される (Morrison v. Nat'l Austl. Bank Ltd., 561 U.S. 247, 130 S. Ct. 2869 (2010).) 一方、例外的に例えば連邦営業秘密保護法の域外適用が二段階分析により肯定され得る (Motorola Sols. v. Hytera Communs. Corp., 436 F. Supp. 3d 1150 (N.D. Ill. 2020).) こととは、異質なものである。
- (6) 刑事上の侵害罪に係る不正競争防止法 21 条 3 項 3 号、4 項、6 項及び 7 項並びに民事上の侵害に係る令和 5 年法律第 51 号改正不正競争防止法 19 条の 3 (令和 5 年 6 月 14 日より 1 年以内の政令所定日より施行予定) は、明文で「国外にお」ける行為を対象と規定する。
- (7) なお、このような問題とは峻別されるべき問題として、①「譲渡等」の申出 (特許法 2 条 3 項 1 号等) の該当性の問題、②外国での発明の実施と特許権の間接侵害 (特許法 101 条) の成否の問題及び③知的財産権の直接侵害により国外で発生した損害に係る損害賠償請求 (民法 709 条) の肯否の問題がある。この点、①は、属地主義により国内での申出行為が必要とされることを前提に、当該申出行為の対象である「譲渡等」が国内での行為であることを要するか否かの問題であり、「譲渡等」の申出の実施行為化の趣旨それ自体の問題である (東京地判令 2・9・24 (平 28 (ワ) 25436 号) 裁判所ウェブサイト [L-グルタミン酸の製造方法等事件])。また、②は、属地主義により外国での発明の実施では特許権の直接侵害が成立しないことを前提に、その場合に国内での所定の行為により特許権の擬制侵害が成立するか否かの問題であり、特許権の効力 (特許法 68 条) の拡張の趣旨それ自体の問題である (大阪地判平 12・10・24 判タ 1081 号 241 頁 [製パン方法事件]、大阪地判平 12・12・21 判タ 1104 号 270 頁 [超微粒ソルビトールアセタール及びキシリトールアセタールを含有するポリオレフィン組成物事件] 及び東京地判平 19・2・27 判タ 1253 号 241 頁 [多関節搬送装置事件])。さらに、③は、属地主義により国内で必要とされる直接侵害行為による不法行為と国外で発生した損害との因果関係の相当性の問題であろう (駒田泰土「越境する特許製品とわが国の特許権に基づく損害賠償」知的財産法政策学研究会 50 号 (平 30) 5-10 頁)。
- (8) 一般に、「物……の発明」に係る「物の生産」 (特許法 2 条 3 項 1 号) とは、当該「発明」に係る「物」を「新たに作り出す行為」とされ (中山信弘=小泉直樹編『新・注解特許法〔第 2 版〕【下巻】』(青林書院、平 29) 42 頁 [平嶋竜太]、中山信弘「特許法〔第 4 版〕」[法律学講座双書] (弘文堂、令元) 341 頁、大阪地判平 24・9・27 判時 2188 号 108 頁 [ピオグリタゾン事件]、知財高判平 27・11・12 判時 2287 号 91 頁 [生海苔異物分離除去装置における生海苔の共回り防止装置事件]、知財高判平 27・11・19 判タ 1425 号 179 頁 [オフセット輪転機版胴事件] 等)、裁判例上、例えば、コンピュータへのプログラムのインストールが「装置」の「生産」に該当するものとされる (知財高特判平 17・9・30 判時 1904 号 47 頁 [一太郎事件]) ため、上記場合もサーバ又は C/S システムの生産それ自体は観念し得ると考えられる。
- (9) 知財高特判令和 5 年 5 月 26 日 (令 4 (ネ) 10046 号) 裁判所ウェブサイト [コメント配信システム事件]。
- (10) コメント配信システム事件知財高裁大合議判決は、同判示の理由付けとして、「ネットワーク型システムの発明について、属地主義の原則を厳格に解釈し、当該システムを構成する要素の一部であるサーバが国外に存在することを理由に、一律に我が国の特許法 2 条 3 項の『実施』に該当しないと解することは、サーバを国外に設置さえすれば特許を容易に回避し得ることとなり、当該システムの発明に係る特許権について十分な保護を図ることができないこととなって、妥当ではない」一方、「当該システムを構成する要素の一部である端末が国内に存在することを理由に、一律に特許法 2 条 3 項の『実施』に該当すると解することは、当該特許権の過剰な保護となり、経済活動に支障を生じる事態となり得るものであって、これも妥当ではない」と判示した。
- (11) 一般に、「物……の発明」に係る「物の……貸渡し」 (特許法 2 条 3 項 1 号) とは、当該「発明」に係る「物」の「貸与」 (中山信弘=小泉直樹編『新・注解特許法〔第 2 版〕【下巻】』(青林書院、平 29) 49 頁 [平嶋竜太]、中山信弘「特許法〔第 4 版〕」[法律学講座双書] (弘文堂、令元) 343 頁等)、特に、当該「物」の「移転」 (中山信弘=小泉直樹編『新・注解特許法〔第 2 版〕【下巻】』(青林書院、平 29) 49 頁 [平嶋竜太]) ないし「引渡し」 (谷口信行「ネットワーク上におけるコンピュータ・ソフトウェアの特許法による保護 (その 2) (完)」知財管理 48 巻 (平 10) 12 号 1879 頁) を要するものとされるため、上記場合にサーバ又は C/S システムの貸渡しそれ自体を観念し得るかどうかとも問題となること、占有改定 (民法 183 条) を観念することが考えられる。
- (12) 一般に、「プログラム等……の発明」に係る「プログラム等」の「電気通信回線を通じた提供」 (特許法 2 条 3 項 1 号) とは、元来有体物である「物」の「譲渡及び貸渡し」に対応するものとして、当該「発明」に係る無体物である「プログラム等」に係る、配信のみならず、SaaS すなわち「プログラム等を提供者の手許に残したまま利用させること (機能提供型の ASP)」をも、含むものとされる (特許庁総務部総務課制度改正審議室編「平成 14 年改正産業財産権法の解説」(発明協会、平 14) 17 頁)。
- (13) 知財高判令和 4 年 7 月 20 日 (平 30 (ネ) 10077 号) 裁判所ウェブサイト [コメント表示プログラム事件]。
- (14) コメント表示プログラム事件知財高裁判決は、同判示の理由付けとして、「ネットワークを通じて送信され得る発明につき特許権侵害が成立するために、問題となる提供行為が形式的にも全て日本国の領域内で完結することが必要であるとすると、そのような発明を実施しようとする者は、サーバ等の一部の設備を国外に移転するなどして容易に特許権侵害の責任を免れることとなってしまふところ、数多くの有用なネットワーク関連発明が存在する現代のデジタル社会において、かかる潜脱的な行為を許容することは著しく正義に反するというべきである」一方、「特許発明の実施行為につき、形式的にはその全ての要素が日本国の領域内で完結するものでないとしても、実質的かつ全体的にみて、それが日本国の領域内で行われたと評価し得るものであれば、これに日本国の特許権の効力を及ぼしても、前記の属地主義には反しないと解される」と判示しており、直接的には配信型に係るものと理解される。

- (15) 一般に、「物……の発明」に係る「物の……使用」(特許法2条3項1号)及び「方法の発明」に係る「方法の使用」(特許法2条3項2及び3号)とは、当該「発明」の作用効果を奏し、その目的を達する態様で「物」及び「方法」を用いることとされる(中山信弘=小泉直樹編『新・注解特許法〔第2版〕【下巻】』(青林書院、平29)45頁[平嶋竜太]、中山信弘「特許法〔第4版〕」[法律学講座双書](弘文堂、令元)343頁、大阪地判平18・7・20判時1968号164頁[台車固定装置事件]等)ため、「使用」行為の該当性や主体性さらには「使用」行為地も、当該「発明」の作用効果・目的との関係において認定判断され得る。そうであるとすれば、さらに他人をして当該「発明」の作用効果を享受させ、その目的を達せしめる行為・主体・場所も、広く「使用」行為・主体・場所に含まれるものと解することも強ち不可能ではないように思われる。
- (16) コメント表示プログラム事件知財高裁判決は、国外所在のサーバからコメント表示プログラムが配信・インストールされた国内所在のユーザのクライアントの「使用」行為の主体を、同ユーザと認定判断しており、このような認定判断によれば、コメント表示プログラムの「使用」行為の主体も、同様に、同ユーザと認定判断されるとも考えられなくもない。
- (17) 東京地判平13・9・20判時1764号112頁[電着画像の形成方法事件]。
- (18) 知財高判平22・3・24判タ1358号184頁[インターネットサーバーのアクセス管理・モニタシステム事件]。
- (19) 吉藤幸朔著・熊谷健一補訂「特許法概説〔第13版〕」(有斐閣、平10)434頁、満田重昭=松尾和子編『注解意匠法』(青林書院、平22)127頁[斎藤瞭二]、高部眞規子「実務詳説商標関係訴訟」(金融財政事情研究会、平27)65頁、小野昌延=三山峻司編『新・注解商標法〔上巻〕』(青林書院、平28)115頁[茶園茂樹]、中山信弘=小泉直樹編『新・注解特許法〔第2版〕【下巻】』(青林書院、平29)50頁[平嶋竜太]、金井重彦=鈴木將文=松嶋隆弘編著『商標法コンメンタール〔新版〕』(勁草書房、令4)29頁[青木博通]等。
- (20) 財務省関税局「税関における知的財産侵害物品の水際取締りについて」(令和2年11月6日)9頁。
- (21) 産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会報告書「ウィズコロナ/ポストコロナ時代における商標制度の在り方について」(令和3年2月)10頁。
- (22) 令和3年法律第42号(令和4年10月1日施行)。
- (23) 令和3年改正商標法2条7項。
- (24) 令和3年改正意匠法2条2項1号。
- (25) 令和3年商標法及び意匠法改正に係る詳細は、飯田圭「知的財産侵害品の個人輸入と税関の水際取締り」パテント75巻(令4)9号82頁を参照されたい。
- (26) 東京高判平17・3・31(平16(ネ)405号)裁判所ウェブサイト[ファイルログ事件]。
- (27) 知財高判平22・3・24判タ1358号184頁[インターネットサーバーのアクセス管理・モニタシステム事件]及び東京高判平17・3・31(平16(ネ)405号)裁判所ウェブサイト[ファイルログ事件]。
- (28) 知財高特判令和5年5月26日(令4(ネ)10046号)裁判所ウェブサイト[コメント配信システム事件]。
- (29) 知財高判令和4年7月20日(平30(ネ)10077号)裁判所ウェブサイト[コメント表示プログラム事件]。
- (30) 知財高判平22・3・24判タ1358号184頁[インターネットサーバーのアクセス管理・モニタシステム事件]。
- (31) 知財高特判令和5年5月26日(令4(ネ)10046号)裁判所ウェブサイト[コメント配信システム事件]。
- (32) 知財高特判令和5年5月26日(令4(ネ)10046号)裁判所ウェブサイト[コメント配信システム事件]及び知財高判令和4年7月20日(平30(ネ)10077号)裁判所ウェブサイト[コメント表示プログラム事件]。
- (33) 知財高特判令和5年5月26日(令4(ネ)10046号)裁判所ウェブサイト[コメント配信システム事件]。
- (34) 知財高判令和4年7月20日(平30(ネ)10077号)裁判所ウェブサイト[コメント表示プログラム事件]。
- (35) 知財高判平22・3・24判タ1358号184頁[インターネットサーバーのアクセス管理・モニタシステム事件]。
- (36) 知財高判令和4年7月20日(平30(ネ)10077号)裁判所ウェブサイト[コメント表示プログラム事件]。
- (37) 知財高特判令和5年5月26日(令4(ネ)10046号)裁判所ウェブサイト[コメント配信システム事件]及び財高判令和4年7月20日(平30(ネ)10077号)裁判所ウェブサイト[コメント表示プログラム事件]。
- (38) 知財高特判令和5年5月26日(令4(ネ)10046号)裁判所ウェブサイト[コメント配信システム事件]。
- (39) 知財高判令和4年7月20日(平30(ネ)10077号)裁判所ウェブサイト[コメント表示プログラム事件]。
- (40) 知財高特判令和5年5月26日(令4(ネ)10046号)裁判所ウェブサイト[コメント配信システム事件]。
- (41) これに対し、田村善之教授は、コメント配信システム事件知財高裁大合議判決「の法理の下、特許発明の効果……が日本国内で発現している場合に日本の特許権侵害が肯定されるが……、例外的に、特許発明の効果……が日本国内で発現しているわけではない場合にも、被疑侵害者が日本国内において特許発明を利用した事業の展開に積極的に関与している場合には日本の特許権侵害を肯定する……という運用をなすことが……優れているのではないかと大胆に類型化する(田村善之「判批」WLJ判例コラム第297(令5)号17頁)。
- (42) もっとも、電着画像の形成方法事件のように、①「行為」主体が国内所在でも、生産方法が国外において完了されるような場合には、国内での「使用」は、肯認され難いとも考えられる。
- (43) これに対し、田村善之教授は、発明の効果が国内で発現するか否かや被疑侵害者の国内への積極的な事業展開の有無を考慮要素

として最重視する（田村善之「判批」WLJ判例コラム第297号（令5）15-17頁）。

- (44) この点、田村善之教授は、「たとえば、システム発明ではあるもののユーザの端末装置が除かれるようにクレームされていたり、方法のクレームでユーザの受信行為が除かれるようにクレームされていたりするからといって、特許発明にかかる技術的思想に変わりではなく、その技術的特徴を形成する効果を日本国内のユーザが享受していることに変わりがないとすれば、なにゆえクレーム・ドラフティングの仕方という一事をもって日本国の特許権侵害に問えなくなるのか、合理的な説明を与えることは困難であろう。クレームからユーザの端末装置や受信が省かれるように書かれているとしても、インターネットを利用するものである以上、通例、ユーザがその効果を享受しうることは明らかであり、これらの要素がクレームに含まれている場合に比して、予測可能性が有意に低下するとまではいいがたいように思われる」とする（田村善之「判批」WLJ判例コラム第297号（令5）15頁）。
- (45) 否定例に係る大阪地判昭36・5・4下民集12巻5号937頁〔熱可塑性人造物質より多孔性成形体を造る方法事件〕及び肯定例に係る知財高判令3・10・13（令3（ネ）10029号）裁判所ウェブサイト是認の大阪地判令3・2・18（平29（ワ）10716号）裁判所ウェブサイト〔手摺の取付方法事件〕。
- (46) 道具論での肯定例に係る東京地判平13・9・20判時1764号112頁〔電着画像の形成方法事件〕及び支配管理論での肯定例に係る東京地判平19・12・14（平16（ワ）25576号）裁判所ウェブサイト〔眼鏡レンズの供給システム事件〕。
- (47) 知財高判令22・3・24判タ1358号184頁〔インターネットサーバーのアクセス管理・モニタシステム事件〕。
- (48) 承継的利用の法理（傍論に係る大阪地判昭36・5・4下民集12巻5号937頁〔熱可塑性人造物質より多孔性成形体を造る方法事件〕）及び田村善之「複数主体の分担による特許権侵害の成否について」清水節先生古希記念論文集「多様化する知的財産権訴訟の未来へ」（日本加除出版、令5）357頁も今後の裁判例の進展の如何によっては活用し得よう。
- (49) 注15) に述べたように、国外所在のサーバから国内所在のユーザのクライアントへ配信・インストールされるプログラム等の「使用」行為の主体が、同ユーザと認定判断され易いことが、なお問題として残るものと考えられる。
- (50) この点、田村善之教授は、「クレーム・ドラフティングによって国内の端末装置などを付加したとしても、その一事をもって日本の特許法の適用が肯定されることにはならないと解される」とする（田村善之「判批」WLJ判例コラム第297号（令5）15頁）。
- (51) 知財高特判令和5年5月26日（令4（ネ）10046号）裁判所ウェブサイト〔コメント配信システム事件〕参照。
- (52) 知的財産研究所「プログラム関連発明における国境を跨いで構成される実施行為及び複数主体により構成される実施行為に対する適切な権利保護の在り方に関する調査研究報告書」（令和5年3月）i頁は、「企業からは国境を跨いで構成される実施行為……に対する権利保護範囲の明確化を求めるニーズがあることが明らかになった」とする。
- (53) 日本弁理士会意見書（令和4年11月24日）（<https://www.jpaa.or.jp/cms/wp-content/uploads/2022/12/>）も結論同旨。

（原稿受領 2023.9.7）