

日本弁理士会中央知的財産研究所 第21回公開フォーラム

Society 5.0 に適合する 知的財産保護の制度のあり方 —更なる研究—

- 日 時：令和6年2月27日(火) 13:00～17:10
- 会 場：日本弁理士会関西会事務所又は Zoom ウェビナー
- 講 師：矢倉 雄太 氏 (弁護士・弁理士)
青木 大也 氏 (大阪大学大学院法学研究科 准教授)
愛知 靖之 氏 (京都大学大学院法学研究科 教授)
酒井 将行 氏 (弁理士)
谷川 和幸 氏 (関西学院大学法学部 教授)
山根 崇邦 氏 (同志社大学法学部 教授)
- 司 会：鈴木 将文 氏 (早稲田大学法学学術院 教授) (主任研究員)

要 旨

中央知的財産研究所では、令和4年11月から、鈴木将文主任研究員の下、「Society 5.0 に適合する知的財産保護の制度のあり方—更なる研究—」を研究課題として研究を行ってきた。その研究成果は本号(別冊パテント第31号)において詳細に報告される。さらに、令和6年2月27日に開催された日本弁理士会中央知的財産研究所主催第21回公開フォーラムにおいて、担当研究員が検討したメタバースやAIなどに関する研究成果の発表が行われた。本報告は第21回公開フォーラムの内容を講演録としてまとめたものである。

【鈴木】では、最初のご講演を、弁護士・弁理士の矢倉雄太研究員から、お願いいたします。

【矢倉】ただいまご紹介にあずかりました弁護士・弁理士の矢倉雄太でございます。

私のほうでは、「メタバースにおける3Dオブジェクトと形態模倣（不競法2条1項3号）」というテーマで研究をいたしましたので、その概要をご報告いたします。

第21回 公開フォーラム「Society 5.0に適合する知的財産保護の制度のあり方—更なる研究—」

メタバースにおける3Dオブジェクト と形態模倣（不競法2条1項3号）

2024年2月27日

日本弁理士会 中央知的財産研究所 関西部会
弁護士・弁理士 矢倉雄太

1

本日の目次でございます。資料が大部にわたっておりますので、適宜かいつまみながらご説明を進めさせていただきます。

【目次】

1. 問題意識
2. 保護の必要性と現状
 - (1) メタバースにおける3Dオブジェクト市場の現状
 - (2) 3Dオブジェクトの創作過程
 - (3) 模倣事例（参考）
 - (4) 各法からの保護の可能性に関する所感（意匠法、著作権法、不法行為法）
 - (5) 不正競争防止法2条1項3号（形態模倣）による保護の可能性
3. 「商品」、「商品の形態」該当性
 - (1) 立法経緯
 - (2) 裁判例の状況
 - (3) 学説の状況
 - (4) 私見
4. 規制対象行為
 - (1) 立法経緯
 - (2) 裁判例と学説の状況
 - (3) 私見
5. 本テーマに関する立法動向
6. 法改正等による不都合性の有無に関する検討
7. 不競法2条1項3号改正後に生じうる諸問題
 - (1) フィジカル／デジタルの交錯領域（現実の商品を第三者がデジタル空間で3Dオブジェクト化して販売等した場合の形態模倣による保護の可能性）の問題
 - (2) 「当該商品の機能を確保するために不可欠な形態」を如何に考えるかという問題

2

まず、このテーマについて私が持った問題意識についてです。NFT技術により画像データなどが唯一性を帯びることができ、メタバース環境を中心に今後3Dオブジェクトなどのコンテンツも一層売買の対象とされ、流通するものと想定されます。現実世界でもしばしば「売れるものは模倣される」というところですので、仮想世界におきましてもこのような状況になることは想像に難くないと考えております。

では、デジタル空間における法的保護、すなわち3Dオブジェクトの創作者・開発者等の権利利益の保護が適切に図られているのかということが問題意識でございます。私の報告では、特に不競法2条1項3号の形態模倣に焦点を絞って報告をさせていただきます。

【問題意識】

- NFT技術により、画像データなどが唯一性を帯びることができ、メタバース環境を中心に、今後3Dオブジェクト（※）などのコンテンツも、一層売買の対象とされ、流通するものと想定される。
- 現実世界（フィジカル空間）でも、売れる商品はしばしば模倣され、商品の創作者・開発者等の権利利益と第三者の模倣の自由との調整が必要になる。
- 仮想世界（デジタル空間）においても、このような状況になることは想像に難くない。
- では、デジタル空間における法的保護、すなわち3Dオブジェクトの創作者・開発者等の権利利益の保護は適切に図られているのか（第三者の模倣の自由との調整が適切か）、ということが問題意識である。
- 以上の問題意識を踏まえ、本研究では、デジタル空間における創作者・開発者等の権利利益の保護の必要性を確認したうえで、第三者の模倣の自由との調整がうまく図られていないようであれば、かかる調整を図る方途を検討する。なお、近時、不正競争防止法2条1項3号の改正等がなされたためかかる立法動向も紹介する。そのうえで、改正後に生じうる諸問題について、検討を加える。

※3Dオブジェクトとは、当該オブジェクトをモデリングするプログラム上のデータとしての実相をもち、ユーザーが当該プログラムが映し出す映像としてこれを知覚するもの（内閣府「メタバース上のコンテンツ等をめぐる新たな法的課題への対応に関する官民連携会議 第一分科会（第1回）資料4」12頁）。

4

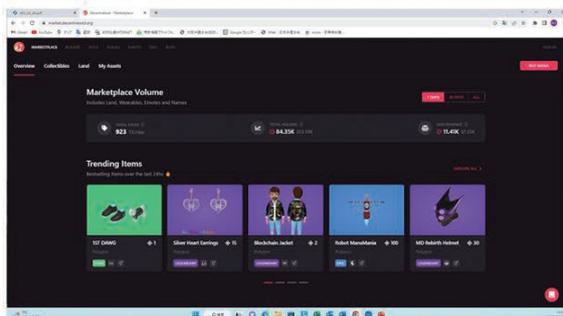
まず、メタバースにおける3Dオブジェクト市場の現況です。皆さん、ご賢察のとおり、NFTの登場によりファッションアイテムなどの3Dオブジェクトが販売されており、市場が形成されていると言えます。例えば、VoxelsやDecentralandなどのブロックチェーンを基盤とするメタバースでは、土地のほか、3Dアバターが着用等する帽子や眼鏡、スニーカー、衣服、アクセサリなど一般的なファッションアイテムがメタバース管理運用者ではなく各クリエイターから出品され、売買されている状況が確認できます。

例えば、こちらはDecentralandの「MARKETPLACE」における3Dオブジェクトの販売の様子です。右手のスクリーンショットの画像のように、「Episode One Glasses」という名称のサングラスの3Dオブジェクトが売られている状況が確認できます。

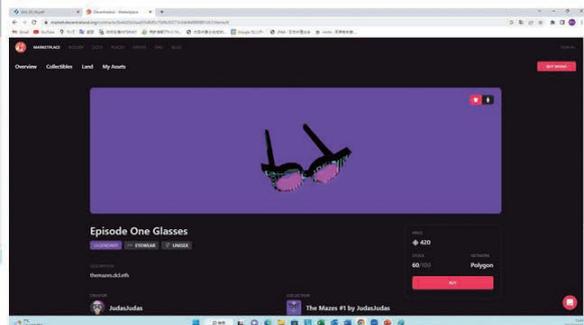
【2. 保護の必要性と現状】

【(1) メタバースにおける3Dオブジェクト市場の現況】

- Decentralandの“MARKETPLACE”における3Dオブジェクトの販売の様子



出典：Decentraland MARKETPLACE (<https://market.decentraland.org/>) 最終閲覧日2024年2月9日



出典：Decentraland MARKETPLACE (<https://market.decentraland.org/contracts/0x4d20e3aad55d685c7b9626577e3de8d0898812b7/items/0>) 最終閲覧日2023年2月14日

では、この3Dオブジェクトをどう創作するかという創作過程です。こちら資料を読んでいますと、ポリゴンモデリングにより創作されるのが一般的であると紹介されているようです。なおかつ、「これらは3DCG専門職でないとな作成が難しい高度な技術です」とも指摘されている状況が確認できました。

【2. 保護の必要性と現状】
【(2) 3Dオブジェクトの創作過程】

- 波多間俊之『図解まるわかりメタバースのしくみ』（翔泳社、2022）86-87頁では、3Dオブジェクトの創作方法について、MAYAやBlenderといった3DCGソフトウェアを用いて、「ポリゴンモデリング」により創作されるのが一般的であると紹介され、その創作過程について、大要以下のとおり説明されているが、「これらは3DCG専門職でないとな作成が難しい高度な技術です」と指摘する。

3Dキャラクターモデリング

①

ポリゴンの組み合わせて
形状を作成

②

色や質感を持った
テクスチャデータの作成

③

キャラクターを動かすために
骨と関節を設定する

- ①箱形状のポリゴンを少しずつキャラクターの形に整えていく。
- ②次に、「テクスチャ」と呼ばれる画像で肌や服などの表面の色や質感を出していく（テクスチャマッピング）
- ③ここまでだと動かせない人形の状態であるため、最後に3DキャラクターにCGの骨を入れて関節などを動かせるようにする（リギングorセットアップ）

また、ポリゴンモデリングに関しましては、ハイポリゴン、ローポリゴンというように、ポリゴンの数によって精細さが違ってくるとい状況があるようでして、「メタバースでは一般のPCやVRゴーグルなどの端末で描画処理を行うので、データ容量の少ないローポリゴンの3DCGデータが求められます」とも指摘されておりました。

【2. 保護の必要性と現状】
【(2) 3Dオブジェクトの創作過程】

- また、波多間俊之『図解まるわかりメタバースのしくみ』（翔泳社、2022）88-89頁は、ポリゴンモデリングに関し、以下のとおり指摘する。

➤ 「3DCGはポリゴンと呼ばれる多角形の面で構成されています。ポリゴンの数が多いものはハイポリゴンといい、主に映画に登場するような高精細な3DCG映像として作られます。逆に、ポリゴン数が少ないものはローポリゴンといい、リアルタイムに描画処理を行うゲーム機やスマートフォン用に、データ容量を抑える目的で作られます。メタバースでは一般のPCやVRゴーグルなどの端末で描画処理を行うので、データ容量の少ないローポリゴンの3DCGデータが求められます。」

ローポリゴン

●ポリゴン(面)が粗い
●容量が軽い

ハイポリゴン

●ポリゴン(面)が精細
●容量が重い

他方で、Polycam というアプリも存在しているようです。同アプリでは、現実に存在するモノをスマートフォンなどのカメラ機能を使ってキャプチャし、3D オブジェクト化すること、そのオブジェクトの編集などが比較的容易に可能ということのようでした。



このように、デジタル空間において3D オブジェクトの市場は存在しておりまして、今後ますます発展拡大することも想定可能です。

3D オブジェクトは、データ容量との兼ね合いを見ながらどの程度精細なポリゴンとするのかも含みますけれど、ポリゴンによる形状の形成、あとはテクスチャマッピング等の作業といった3DCG制作の専門職でなければ難しい作業を通じて作成されているということです。このように、3D オブジェクトの創作については、現実の商品における商品化の過程とは異なる過程をたどっているということが理解できるかと思えます。

その上で、各法からの保護の可能性に関する所感です。この点は、皆様、ご参加の方におかれましてはご賢察と存じますので、極めて簡単にご紹介をさせていただきます。

まず、意匠法は周知のとおり3D オブジェクトなどのコンテンツは保護を受けることができませんし、著作権法は著作物性のない商品デザインが模倣されたとしても著作権侵害には当たらない。いわゆる応用美術の議論もごさいます。不法行為法は、ギャロップレーサー事件や北朝鮮映画事件など、最高裁判例の流れを見ますと、保護が認められる見通しは明るくごさいませんし、そもそも不法行為に基づく請求では差止請求も原則認められないところ。そのため、意匠法、著作権法、不法行為法による3D オブジェクトの保護は難しい部分があると確認ができます。

【2. 保護の必要性と現状】

【(4) 各法からの保護の可能性に関する所感（意匠法、著作権法、不法行為法）】

<意匠法>

意匠法は、「画像意匠」を保護対象としているが、意匠法が保護対象とする画像は、①機器の操作の用に供されるもの（操作画像）及び②機器がその機能を発揮した結果として表示されるもの（表示画像）のみに限定されており、機器とは独立した、画像や映像の内容自体を表現の中心として創作される画像（コンテンツ）は、意匠を構成しないものとされる（意匠審査基準第IV部第1章3.1および3.2.1など）。

→意匠法では、3Dオブジェクトなどのコンテンツは保護を受けることができない。

<著作権法>

実用品のデザインとして利用されることを目的とする美的創造物（応用美術）については、原則として著作権でなく意匠権による保護領域とされ、裁判例においても著作物性を否定される場合が多い。近時の裁判例では、応用美術について著作物性が認められるための要件として、一般的には、「実用的な機能と分離して把握することができる、美術的鑑賞の対象となる美的特性」を備えることを求めている。

→著作物性のない商品デザインが模倣されたとしても、著作権侵害には当たらない。

19

【2. 保護の必要性と現状】

【(4) 各法からの保護の可能性に関する所感（意匠法、著作権法、不法行為法）】

<不法行為法>

最二判平成16年2月13日民集58巻2号311頁以下〔ギャロップレーサー事件〕や、最一判平成23年12月8日民集65巻9号3275頁〔北朝鮮映画事件〕など、知的財産法各法で保護されない対象物についての不法行為の成否については、裁判所は消極的。北朝鮮事件の説示のように、「物の利用行為は、同法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではないと解するのが相当である。」とされる傾向があり、3Dオブジェクトも著作権法による保護が否定されているわけではないから、同法で模倣を捕捉できない場合の不法行為の成否については、見通しが明るくない。

そもそも不法行為に基づく請求では、原則として差止請求が認められない。

→保護が認められる見通しが明るくない、差止請求も原則認められない。



意匠法、著作権法、不法行為法による保護は難しい部分がある。

20

その上で、不競法2条1項3号、形態模倣による保護の可能性についてです。同法の趣旨をまず確認いたします。逐条解説ですとか、あとは著名なドラゴンソード・キーホルダー事件に判示されておりますように、本号の趣旨は、他人の商品の形態をそのまま模倣することにより、他人が費用、労力をかけて開発した成果である商品の形態を許諾なく利用して、開発のコストを節約する一方で、商品の開発につきものの失敗の危険を小さく抑えつつ、当該商品を開発した他人と、同じ商品について市場で競争しようとするのは、競争の在り方として不当な行為であると考えられるので、そのような行為を不正競争とすることにより、商品を開発して市場に置いた者の先行利益を一定期間保護しようとする点にあるなどと紹介されます。

【2. 保護の必要性と現状】

【(5) 不正競争防止法2条1項3号（形態模倣）による保護の可能性】

<不正競争防止法2条1項3号の趣旨>

- ・ 経済産業省知的財産政策室編『逐条解説 不正競争防止法』（令和元年7月1日版）79-80頁
 - ・ 東京地判平成8年12月25日知裁集28巻4号821頁〔ドラゴンソード・キーホルダー事件〕等
- 本号の趣旨は、他人の商品の形態をそのまま模倣することにより、他人が費用、労力をかけて開発した成果である商品の形態を許諾なく利用して、開発のコストを節約する一方で、商品の開発につきものの失敗の危険を小さく抑えつつ、当該商品を開発した他人と、同じ商品について市場で競争しようとするのは、競争のあり方として不当な行為であると考えられるので、そのような行為を不正競争とすることにより商品を開発して市場に置いた者の先行利益を一定期間保護しようとする点にある。

さきに確認しましたとおり、3D オブジェクトにつきましては、その創作過程を見る限り、現状必ずしも容易に創作できるものではなさそうですし、その商品化のための資金や労力を投下し、コストやリスクを創作者が負担している事実が確認できるかと思えます。

このように見てみますと、3D オブジェクトについても、自由に模倣を許容することは、先行者の市場先行のメリットを減少させ、模倣者と先行者との間に競争上の不公正が生じ、個性的な商品開発、市場開拓への意欲が阻害されることになり、公正な競争秩序を崩壊させることにもなりかねないと考えます。したがって、3D オブジェクトにつきましても、やはり同号の趣旨は妥当するのだらうと思われるところです。

こちらが、令和5年法改正前の2条1項3号の規定です。ご紹介はこの程度にとどめさせていただきます。次に進みます。

【2. 保護の必要性と現状】

【(5) 不正競争防止法2条1項3号（形態模倣）による保護の可能性】

<不正競争防止法2条1項3号（令和5年法改正前）>

第二条 この法律において「不正競争」とは、次に掲げるものをいう。

…

三 他人の**商品の形態**（当該商品の機能を確保するために不可欠な形態を除く。）を模倣した商品を**譲渡し、貸し渡し、譲渡若しくは貸渡しのために展示し、輸出し、又は輸入する行為**

…

4 この法律において「商品の形態」とは、需要者が通常の用法に従った使用に際して知覚によって認識することができる商品の外部及び内部の形状並びにその形状に結合した模様、色彩、光沢及び質感をいう。

5 この法律において「模倣する」とは、他人の商品の形態に依拠して、これと実質的に同一の形態の商品を作り出すことをいう。

24

このような条文との兼ね合いを見てまいりますと、問題点が2つあるかと思えます。1つ目は、「商品」というものに3Dオブジェクトなどの無体物が含まれるのか否かが明らかではない点。2つ目が、不競法2条1項3号では、同1号や2号のように「電気通信回線を通じて提供する」という行為が規制対象行為に含まれていないという点です。

では、どのようにこの2点を考えるべきかという点に進みます。まず、「商品」や「商品の形態」該当性についてです。この点につきまして、私のほうで、立法経緯と裁判例の状況、学説の状況、それぞれについて検討を加えております。個別のご紹介は省略させていただきます。

小括のご紹介のみですけれども、立法経緯を私が見る限りでは、無体物を「商品」に含む解釈を困難にするようなものは少なくとも見当たらないかなと思えます。もちろん有体物が念頭に置かれた議論と感じられる部分は多々ございますけれども、少なくとも積極的に無体物の「商品」や「商品の形態」該当性を否定するような経緯は見受けられなかったところがございます。

【3. 「商品」、 「商品の形態」 該当性】 【(1) 立法経緯】

<小括>

- ▶立法経緯を見る限り、無体物について、「商品」に含む解釈を困難にするようなものはない（有体物が念頭におかれた議論と感じられる部分はあるものの、少なくとも積極的に無体物の「商品」や「商品の形態」該当性を否定するような経緯は見受けられなかった。）。
- ▶なお、平成4年報告書のデッドコピーの客体に関し、「デッドコピーの客体となるのは、それが模倣されることによって、このような意味での競争上の不公正が生じると評価し得るような市場価値を有する成果でなければならない。」と指摘している(20頁)ことが参考になる。
 - ⇒少なくとも不競法2条1項3号の保護対象足り得るためには、それが模倣されることで「競争上の不公正が生じると評価されるような市場価値を有する成果」である必要がある、と考えられていた立法経緯が看取できる。

1

裁判例の状況につきましても、個別の内容は省略をさせていただきます、小括です。裁判例上も、無体物の「商品」や「商品の形態」該当性につきましても、3号立法前の2条1項1号を用いて争われていた時代についての裁判例まで検討を広げてみたとき、肯定例と否定例とが存在している状況が確認できました。

また、2条1項3号立法後では、ロイロノートスクール事件という裁判例が登場しておりまして、こちらでは無体物の「商品」、「商品の形態」該当性について肯定しているという状態です。その他無体物であることを理由として「商品」、「商品の形態」該当性を否定した裁判例がないということも同時に指摘ができるかと思えます。

【3. 「商品」、「商品の形態」該当性】

【(2) 裁判例の状況】

<小括>

- 裁判例上、無体物の「商品」や「商品の形態」該当性については、（3号立法前の）2条1項1号についてまで広げてみたとき、肯定例と否定例とが存在している。
- 2条1項3号立法後では、ロイロノートスクール事件という、無体物の「商品」、「商品の形態」該当性について肯定するものが登場しており、その他無体物であることを理由としてこれらを否定した裁判例がないことが指摘できる。

40

学説の状況につきましても、個別のご紹介は省略させていただきます。状況としては、賛否両論という状況でございます。

その上で、私見の紹介でございます。不競法2条1項3号の「商品」の解釈に当たりましては、事業者間の公正な競争の実現という法目的を踏まえつつ、同号の趣旨をも踏まえて、取引社会における社会通念を基準として判断すべきだと考えております。

さきに確認しましたとおり、3Dオブジェクトは現在それ自体がメタバースなどのデジタル空間において経済的価値を有し、当該メタバースなどのサービスから独立して取引の対象となっております。また、条文中も、有体物と無体物とを直ちに区別するとは読めないかと思えます。

すなわち、「商品の外部及び内部の形状」という文言につきましても、3Dオブジェクトの外部の形状などはPC画面などに映像として表示され、可視化されます。表示された3Dオブジェクトにつきましても、その「商品の外部及び内部の形状」を需要者が知覚により認識し得るとも言えるかと思えます。そのため、同文言の記載ぶりから、直ちに「商品」該当性を否定できないのではないかなと考えております。

なお、確かに現行法には「電気通信回線を通じて提供」という規制対象行為は含まれておりませんが、無体物を例えばCD-Rとか記録媒体に複製して譲渡等する行為もあり得るということに思いをいたしますと、この文言が規制対象行為に設けられていないこと自体から直ちに「商品」に無体物が含まれない、と解釈することもできないのではないかなと思えます。

また、先ほど確認しましたとおり、立法経緯を見ましても、無体物であることのみをもって「商品」該当性を否定しているという経緯は見当たりませんでしたし、裁判例でも無体物の商品該当性を認めているものもまた見受けられたところですので、よって、3号の商品該当性についても、有体物か無体物かという区別のみ

でその該当性の判断をすることには賛成できず、あくまで「商品」該当性については、取引社会の通念に従い、経済的価値を有し、独立した取引の対象となっているものであれば該当し得ると考えております。

以上の次第で、メタバースなどのデジタル空間における3Dオブジェクトについても、「商品」に該当し得るのだろうと解しております。

加えて、ロイロノートスクール事件で裁判所が述べるように、PC等の端末画面に表示される3Dオブジェクトは、確かに物理的な「形状」は存在しないと言えますけれども、需要者が通常の用法に従った使用に際して、知覚によって当該オブジェクトの「形状」、「模様」、「色彩」等を認識することは可能であろうと思えます。したがって、条文の文言は「無体物」を「商品の形態」に含めることができないという解釈を行う上でも、決定的な判断材料にはならないかなと思うところです。

このような次第で、令和5年法改正前の「商品」、「商品の形態」には3Dオブジェクトなどの無体物が含まれ得ると解釈できると考えております。そのため、法改正までは不要だと存じますが、従前議論が錯綜している状況を踏まえて、逐条解説で解釈を明確化することが適切だろうというのが私見です。

問題点2つ目の規制対象行為につきましても、立法経緯、学説、裁判例の状況をそれぞれ確認しております。個別の紹介は省略をさせていただきます。

その上で私見の紹介でございます。メタバースなどのデジタル空間における3Dオブジェクトの売買は、記録媒体などの有体物に記録した上で取引されるものではなく、インターネット上の送受信によるやり取りが通常でございます。

「譲渡」や「貸渡し」という規制対象行為の伝統的な理解によれば、「譲渡」は所有権の移転を含むものでございますし、「貸渡し」は占有の移転を含むものでございます。そのため、3Dオブジェクトのようなデータにつきましては、現行法上、「所有権」や「占有権」が観念できませんので、3Dオブジェクトのインターネット上での送受信行為については、「譲渡」や「貸渡し」といった規制対象行為に含めて解釈することは文理解釈上は無理があるのだろうと思えます。

また、特許法や商標法、不競法2条1項1号、2号におきましても、無体物のネットワークにおける流通につきましては、「電気通信回線を通じて提供」する行為というものが改正で盛り込まれてきているという経緯がございますので、やはり「譲渡」や「貸渡し」に3Dオブジェクトのインターネット上での送受信行為が当然に含まれると解することは苦しいのではないかなと考えているところです。

また、先ほど省略をさせていただきましたけれども、三村量一先生は類推適用の可能性も示唆されておりました。

【4. 規制対象行為】 【(2) 裁判例と学説の状況】

<学説>

- ▶三村量一「20 商品の形態模倣について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第3巻〔商標法・不正競争防止法〕』298頁（新日本法規出版、2007）
 - ▶「2条1項3号において『電気回線を通じて譲渡する行為』が掲げられていないのは、同号に該当する商品については、電気通信回線を通じての譲渡は、例外的な場合に限られるとの理由により、条文上の規定には盛り込まれなかったものである。前記のように電気通信回線を通じての譲渡が通常の販売方法として想定されるような商品については、罰則の点は別として、民事上の救済（差止め及び損害賠償）については、類推適用により2条1項3号の対象とすることが可能と解したい。」との指摘あり。
- ▶関真也『XR・メタバースの知財法務』41頁（中央経済社、2022）
 - ▶「他人が資金・労力を投下した成果である商品を、自らは資金等を投ずることなく完全にコピーし、その他人と市場で競合することは不公正であるという本号の趣旨を重視すれば、ダウンロード形式での提供は『譲渡』、ストリーミング形式での提供は『貸渡し』に該当すると解釈する余地もあると思われる。」と指摘する。

68

ただ、私としては、類推適用の可能性は一時的な選択肢としては魅力的なご見解かとは思いますが、例えば罰則との関係では、罪刑法定主義の観点から拡大解釈、類推解釈は許されないところがございますし、民事と刑事との間で解釈を分けることは必ずしも望ましくないように感じているところです。

特に、先ほどから確認しておりますとおり、3D オブジェクトの無体物の取引は総じてインターネット上の送受信によるものでございますので、このような実態に即して、やはり法改正により、電気通信回線を通じて提供する行為を含めるのが素直だろうと考えております。ただ、この改正が通るまでの一時的な措置として類推適用を、結論の妥当性の観点から採用することまでは否定する趣旨ではないというところです。

その上で、本テーマに関します立法動向です。この点は、既に皆様ご賢察のとおり、令和5年改正法が公布されているという状況です。令和5年改正法的前提となります産業構造審議会の小委員会の報告書によりますと、3点確認されております。

1つは、「商品」に無体物が含まれることを逐条解説にて明記すること。2つ目が、法改正により不競法2条1項3号の規制対象行為に、「電気通信回線を通じて提供」する行為を含めること。3つ目が、制度措置に当たっては、どのような行為が「模倣」の対象となるかについて、逐条解説等において明確化していくこととございます。

これらの点につきましては、私が先ほど検討しました問題点1と2に関しまして同一の方向性が志向されているものと存じます。なおかつ、改正が進められている状況ですので、私としましてはこの検討の方向性と改正法に賛成するという立場です。

【5. 本テーマに関する立法動向】

▶産業構造審議会知的財産分科会不正競争防止小委員会「デジタル化に伴うビジネスの多様化を踏まえた不正競争防止法の在り方」（令和5年3月）では、以下の3点が確認されている。

①「商品」に無体物が含まれることを、逐条解説にて明記すること。

②法改正により、不競法2条1項3号の規制対象行為に、「電気通信回線を通じて提供」する行為を含めること。

⇒同改正法は令和5年6月14日に公布。令和6年4月1日施行予定。

③制度措置にあたっては、どのような行為が「模倣」の対象となるかについて、逐条解説等において明確化していくことをあわせて検討すること。

▶先に示した問題点1と2に関し、私見と同一の方向性が志向され、改正が行われている状況。方向性及び令和5年改正法に賛成。

75

では、規制対象行為の法改正や「商品」該当性に関する解釈の明確化により、何か不都合が生じないのかという点についても検討しました。具体的には、無体物の表現物を保護対象とすることで著作権法との保護が重なる部分が多くなりますので、これによる不都合や著作権法との緊張関係は生じるのかというところですね。結論だけ申し上げますと、このような緊張関係、不都合は生じないのではないかなというのが私の検討結果です。個別の検討内容は省略をさせていただきます。

【6. 法改正等による不都合性の有無に関する検討】

- では、規制対象行為の法改正や「商品」該当性に関する解釈の明確化により不都合が生じないか？

▶ 無体物の表現物を保護対象とすることで、著作権法との保護が重なる部分が多くなる。

▶ これによる不都合や著作権法との緊張関係は生じる？

(私見) 生じないのではないかな。

⇒ 両者の趣旨や要件効果は必ずしも一致せず、両者を重畳適用することも認められてよい。

⇒ 両者を重畳適用することによる緊張関係は想定され難いのではないかな？

⇒ 例えば、緊張関係として想定されうる場合として、著作権侵害について権利制限規定が適用されつつ、不競法2条1項3号では侵害となるというようなケースが抽象論としてはありそうであるが、このようなケースは現実には生じないのでは？

最後に、不競法2条1項3号改正後に生じ得る諸問題としまして、私のテーマでは2つ検討を加えております。1つは、今般の立法動向でも触れられております、フィジカルとデジタルの交錯領域の問題として、現実の商品を第三者がデジタル空間で3Dオブジェクト化して販売等をした場合の形態模倣による保護の可能性をどう考えるのかという問題と、2つ目は、3Dオブジェクトに関する「当該商品の機能を確保するために不可欠な形態」をいかに捉えるのかという問題でございます。

【7. 不競法2条1項3号改正後に生じうる諸問題】

- ▶では、今般の「商品」該当性についての逐条解説における明確化や、法改正による規制対象行為の明記後、どのような問題が生じうるか。もしくは如何なる問題が未だ残されているか、について検討する。
- ▶本研究では、以下の項目を取り上げ、私見を述べたい。
 - ▶今般の立法動向でも触れられている、フィジカル／デジタルの交錯領域の問題として、現実の商品を第三者がデジタル空間で3Dオブジェクト化して販売等した場合の形態模倣による保護の可能性をどのように考えるのか、という問題。
 - ▶3Dオブジェクトに関する「当該商品の機能を確保するために不可欠な形態」を如何に捉えるのか、という問題。

まず、前者から報告させていただきます。

A社がフィジカルな空間で開発し販売する商品（有体物）が、第三者であるBにより無断でメタバースなどのデジタル空間において3Dオブジェクト化され販売された場合、A社は当該Bに対して、当該フィジカル空間における商品の模倣を理由として、当該3Dオブジェクトに関し、不競法2条1項3号に基づく差止めや損害賠償請求ができるのかということです。特に、先ほどもご紹介しました小委員会の報告書では、現行法が「フィジカル／デジタルを交錯する模倣事例に対応できるか」という観点から、今般の改正の検討が進められていた経緯があります。

ただ、発表者の問題意識は、今般の改正をもってしましても、「フィジカル／デジタルを交錯するような模倣事例」に対しては必ずしも対応できないのではないかとこの点にございます。このような問題意識は、いわゆるコピーされる商品とコピー商品との同種性を求める議論に関連します。

田村先生のご著書では、「コピーされる商品とコピー商品との同種性を要求することには意味があると考ええる。商品の種類が異なればそれぞれ独自の商品の開発が必要とされるのであるから、デッドコピーとは言い難い側面がある。他人の新車のミニカーを作る行為など、デフォルメに独自の労力、費用が必要であろう」、「商品の開発者は通常は他の種類の商品市場からの利益の還流を念頭に置いて新商品の開発を行っているわけではないのであるから、新商品の開発のためのインセンティブを付与するという制度目的からはあえて法的保護を拡大する必要はない」と指摘されております。

【7. 不競法2条1項3号改正後に生じうる諸問題】

【(1) フィジカル／デジタルの交錯領域（現実の商品を第三者がデジタル空間で3Dオブジェクト化して販売等した場合の形態模倣による保護の可能性）の問題】

<同種性を求める議論>

➤ 以上のような問題意識は、いわゆるコピーされる商品とコピー商品との同種性を求める議論に関連する。

➤ 田村善之『不正競争法概説〔第2版〕』302頁（有斐閣、2003）では、「コピーされる商品とコピー商品との同種性を要求することには意味があると考ええる。商品の種類が異なればそれぞれ独自の商品の開発が必要とされるのであるから、デッドコピーとは言い難い側面がある。他人の新車のミニカーを作る行為など、デフォルメに独自の労力、費用が必要であろう。」、「…商品の開発者は通常は他の種類の商品市場からの利益の還流を念頭に置いて新商品の開発を行っているわけではないのであるから、新商品の開発のためのインセンティブを付与するという制度目的からはあえて法的保護を拡大する必要はない。」とする。

ほかにも、渋谷達紀先生、青木大也先生、小野昌延先生、松村信夫先生、東崎賢治先生などから、同種性を求める議論というところは複数ご指摘がされているところです。

また、2条1項3号が入った立法の経緯を見ましても、オリジナルと競業する分野で業として市場に提供する行為を不正競争行為とすることが適切であるという指摘が含まれておりまして、逐条解説でも、実質的同一性の議論の下では、同種の商品間における商品の形態を比較するのだということが問題とされていることが読み取れます。

【7. 不競法2条1項3号改正後に生じうる諸問題】
【(1) フィジカル/デジタルの交錯領域（現実の商品を第三者がデジタル空間で3Dオブジェクト化して販売等した場合の形態模倣による保護の可能性）の問題】

<同種性を求める議論>

- 立法経緯を見ても、平成4年報告書では、行為態様について、模倣した対象の利用方法のうちで、競業者間の公正な競争秩序を破壊する危険性が特に高い、オリジナルと競業する分野で業として市場に提供する行為を不正競争行為とすることが適切である、としている（20頁）。
- ←あくまで、オリジナルと競業する分野で業として市場に提供する行為を規制対象行為とする趣旨が読み取れる。
- ←市場が競合するからこそ、デッドコピー商品の登場が先行者の営業上の利益に影響を与えるのであり、当然の指摘と考える。

90

【7. 不競法2条1項3号改正後に生じうる諸問題】
【(1) フィジカル/デジタルの交錯領域（現実の商品を第三者がデジタル空間で3Dオブジェクト化して販売等した場合の形態模倣による保護の可能性）の問題】

<同種性を求める議論>

- 経済産業省知的財産政策室編『逐条解説 不正競争防止法（令和元年7月1日施行版）』42頁においても、「実質的同一性は、同種の商品間における商品の形態を比較し、商品の形態全体から見て重要な意味を有する部分（独自の要素の部分）が実質的に同一であるかどうかによって判断される（対比観察、全体観察）。」と指摘されている。
- ←あくまで、「同種の商品間における商品の形態」の比較が問題とされていることが読み取れる。

91

その上で、私見を紹介いたします。これらの学説が述べるような「同種性」に関しまして、別途不競法2条1項3号の適用要件とするか否かは別としまして、そもそもコピーされた商品とコピー商品とで市場が競合していなければ、3号の趣旨が類型的に妥当しないのではないかなと思っております。

例えば現実の商品が「椅子」であるとして、フィジカルな空間における「椅子」の市場とデジタル空間における3Dオブジェクトとしての「椅子」の市場とは明らかに別かなと思っております。デジタル空間における3Dオブジェクトとして「椅子」が販売されたとしても、フィジカル空間における「椅子」の販売とは競合せず、売上げに影響を与えないようにも考えられるところです。

また、そもそも、さきに確認しましたとおり、3Dオブジェクトの制作におきましては、外観という「デザイン」の検討では重なる部分があるとしても、基本的にはフィジカル空間における商品開発とデジタル空間における3Dオブジェクトの創作過程とは別物ですし、別個の投資・労力の投下がある場合もあろうと思えます。

このように、フィジカル空間における商品の市場と、デジタル空間における3Dオブジェクトの市場とが競合するケースは限定的なケースにとどまるのだらうと思われまふ。そうでありますと、先行者の先行利益は必ずしも害されないとも言えますし、そもそも3号における趣旨が必ずしも妥当しないのではないかなと思うところです。

また、不競法2条1項3号は、請求権者の利益の保護と模倣者の模倣の自由との調整を図っておりますので、市場が仮に競合せず、本号の趣旨が妥当しないケースについてまで規制を及ぼすことになれば、そもそもこういう調整の側面を損なってしまうのではないかなと思えます。

したがって、同種性という要件を別個検討するか否かは別としても、少なくともフィジカル空間における商品とデジタル空間における商品とは、「模倣」要件のうちの実質的同一性の判断において、同種ではないことに起因する外観上の相違等を理由に「模倣」が否定されることになるのではないかなと考えております。

もちろん、当初に確認しました「Polycam」などに用いられる技術がますます発達しまして、フィジカル空間における有体物から極めて容易に3Dオブジェクトを作出できる状況になり、独自の開発投資をほぼ要しない状況に至っていく可能性もあり得るかと思えます。

しかし、この場合でも、フィジカル空間における商品とデジタル空間における3Dオブジェクトの各市場が競合せず、先行者の営業上の利益が害される関係に必ずしも立たないのであれば、なお3号の趣旨に鑑みて、両者に同種性が認められず「実質的に同一」であるとは言えないのではないかなと考えております。

もちろん、今後、現実の商品から3Dオブジェクトを創作することに独自の開発投資が不要な状況となつて、需要者において「3Dオブジェクトを購入できれば現実の商品は購入しなくてもいいかな」と考えるほどに両者が競合する社会が実現すれば、同種性を肯定する余地は生まれてくるかなとも思うところです。少なくとも現状におきましては、現実の商品と3Dオブジェクトとの間に同種性が認められないことがほとんどではないかと疑問に思うところですので、「実質的同一性」が認められないと判断される場合がほとんどではないかと懸念しています。

よつて、今般の法改正では、かかる同種性の議論が行われた様子があまり見受けられなかったのですけれども、同種性の議論の点をクリアすることができるのか否かにつきまして疑問があるところです。フィジカル／デジタルの交錯する模倣事例について、果たして今回の改正法が有効活用できるのか否かについては疑問が残る、というのが私見でございます。

次に、2つ目のテーマです。

3Dオブジェクトには、重力などの物理法則はもちろん、フィジカル空間における商品に存在するような機能効用などによる制約が極めて希薄です。例えば、フィジカル空間では「コップ」は側面と底面で形成されている必要があり、机等に置くという機能を持たせるためには底面が平らであることが望ましいですけれども、メタバースでは「コップ」は底面が平らでなくても机の上に置き得るところですし、そもそも「底面」さえ必要ないということもあるかと思えます。

このように、メタバースなどデジタル空間における商品には、「その形態をとらない限り、商品として成立しえず、市場に参入することができない」と言えるような「商品の機能を確保するために不可欠な形態」は、一見すると存在しないようにも思えます。

そうしますと、3D オブジェクトについては「商品の機能を確保するために不可欠な形態」は存在しないということを前提として同号を判断しているのか、3D オブジェクトのこの点の不可欠な形態をどう判断すべきかというところが2つ目の検討テーマです。

仮に、3D オブジェクトにのみ着目しますと、その形態を取らない限り商品として成立し得ないような形態がそもそもないとも言えますので、それゆえ「当該商品の機能を確保するために不可欠な形態」は存在しない。3D オブジェクトのあらゆる形態が3号にて保護され得るとも解し得るところかと思えます。

ただ、このように考えますと、デジタル空間の3D オブジェクトを、同じデジタル空間で3D オブジェクトとして模倣するケースにおいては、当該商品の機能を確保するために不可欠な形態は存在しないことになるかと思えますので、先行者の3D オブジェクトの保護範囲はフィジカル空間におけるそれに比しておのずと広くなるかと思えます。

例えば、フィジカル空間において「コップ」としての機能を確保するために不可欠な形態のみから成る3D オブジェクト（コップ）を開発販売した方は、当該「コップ」の3D オブジェクトと実質同一の「コップ」について3号に基づく保護を主張し得るところかと思えます。

言わずもがな、フィジカル空間において「コップ」としての機能を確保するために不可欠な形態のみから成るコップを開発販売した方は、当該「コップ」と実質同一のフィジカル空間における「コップ」について3号に基づく保護を主張し得ないところです。この点で、フィジカル空間ではパブリックドメインとして保護されない形態が、デジタル空間では改めて保護される状況が作出されとも捉えることができそうです。

そもそも「当該商品の機能を確保するために不可欠な形態」を除外した趣旨は、「その形態をとらない限り、商品と成立しえず、市場に参入することができないものであり、特定の者の独占的利用に適さないものであって、その模倣は競争上不正とはいえないため、『商品の形態』から除外することとした」とされます。

このように、商品の機能を確保するために不可欠な形態が除外されているのは、言わばその形態が「特定の者の独占的利用に適さない」といえる（競争上不正といえない）からです。

【7. 不競争法2条1項3号改正後に生じうる諸問題】
 【(2) 「当該商品の機能を確保するために不可欠な形態」を如何に考えるかという問題】

<検討>

- ▶言わずもがな、フィジカル空間において「コップ」としての機能を確保するために不可欠な形態のみからなるコップを開発販売した者は、当該「コップ」と実質同一のフィジカル空間における「コップ」について、3号に基づく保護を主張しえない（同号かつこ書）。
- ▶この点で、フィジカル空間ではパブリックドメインとして保護されない形態が、デジタル空間では改めて保護され得る状況が作出されとも捉えることができそうである。
- ▶そもそも、「当該商品の機能を確保するために不可欠な形態」を除外した趣旨は、「…その形態をとらない限り、商品として成立しえず、市場に参入することができないものであり、特定の者の独占的利用に適さないものであって、その模倣は競争上不正とはいえないため、『商品の形態』から除外することとした。」とされる（経産省知的財産政策室編「逐条解説・不正競争防止法（令和元年7月1日施行版）」83頁）。このように、商品の機能を確保するために不可欠な形態が除外されているのは、いわばその形態が「特定の者の独占的利用に適さない」といえる（競争上不正といえない）からである。¹⁰⁰

仮に、フィジカル空間においては当該商品の「機能を確認するために不可欠な形態」でありましても、デジタル空間における3Dオブジェクトとする場合には「不可欠」ではない以上、3Dオブジェクトの開発創作者は、当該形態を開発創作時に容易に回避し得るという点を強調すれば、フィジカル空間における商品の保護範囲とデジタル空間における3Dオブジェクトの保護範囲とが異なってもよいという考えも成り立ち得るかと思えます。

しかし、デジタル空間における3Dオブジェクトの多くは、フィジカル空間における商品を元に（もしくはモチーフとして）生み出されていることが想像に難くありません。このことに思いをいたしますと、やはり不都合が生じるのではないかなと思います。具体的には、フィジカル空間におけるパブリックドメインについて、デジタル空間ではパブリックドメインとはせず、独占的利用を認めることになりかねないということは、不競法が行為規制法であり権利の公示制度ももちろんないということに鑑みますと、後行者の開発創作活動に過度な萎縮効果を生じさせかねないのではないかなというところ です。

したがって、かかる不都合が生じ得る見解を採用することは困難ではないかなと思います。

では、どう考えるのかですけれども、一つの選択肢としては、フィジカル空間における保護範囲とデジタル空間における保護範囲とを、独占的利用に適さない形態については同様に解する方向性での議論があり得るのではないかなと考えております。

このような次第で、デジタル空間の3Dオブジェクトであったとしても、当該オブジェクトと同じ類の商品がフィジカル空間に現実に存在するという場合には、当該フィジカル空間における商品の「機能を確認するために不可欠な形態」を参照して、3Dオブジェクトの「機能を確認するために不可欠な形態」を判断することが一案かと考えます。

例えば、コップとして売られる3Dオブジェクトについては、フィジカル空間における「コップ」の「商品の機能を確認するために不可欠な形態」が何かということ参照して判断するというところでございます。

このように考えますと、後行者に対する過度な開発創作の萎縮効果を招くおそれは解消されるのではないかなと思いますし、なおかつ、かかる形態についてデジタル空間において保護が及ばないとしても、先行者の利益をいたずらに害することには必ずしもならないのではないかなと検討したところでございます。

私からの報告は以上でございます。ありがとうございました。

【鈴木】 矢倉先生、どうもありがとうございました。

矢倉先生は、研究部会では、不正競争防止法2条1項3号の改正が成立する前の時点で報告をされまして、改正の作業自体はもう始まっていたのですけれども、検討が行われている方向でいいのではないかなということで、早い段階から支持をされていました。しかし、残された問題もあるということで、今日はその点も指摘するご講演をいただきました。

ご質問がオンラインで1つ出ております。「フィジカル商品の購入者には、おまけとしてメタバース空間での3Dオブジェクトデータを与えるようにした場合、おまけが欲しいためにフィジカル商品を購入する消費者も現れると思います。この状態で他社での3Dオブジェクトの模倣販売がされた場合、市場が競合しフィジカル商品の開発販売者に損害が発生するのではと思います。いかがでしょうか」。

【矢倉】 ありがとうございます。

確かにこれは非常に難しい問題かなと拝見しながら思ひまして、3Dオブジェクトデータをおまけで提供されているということは、少なくともその3Dオブジェクトデータとの実質同一か、その模倣ではないかという議論はし得るかと思うのです。けれども、果たしてそれを不競法19条1項6号イの「販売」と言えるのかというところ です。おまけの提供という行為を、いわゆる19条の関係の3年というところの始期と捉えていいのかななども含めいろいろな問題があるのだらうと思います。

おまけとしてお渡しするという行為が譲渡や電気通信回線を通じて提供する行為に当たりうるのは間違いないですね。あとは、その3Dオブジェクトデータ自体から利益を得ていないというところが、損害として

何をどう見るかというところも一つハードルとしてあるかなと感じます。すみません。回答になっているかどうかわかりませんが。

【鈴木】 商標でもおまけみたいなものが問題になることがありますね。商品性が問題になりますでしょうか。会場からも質問が出ております。

【受講者】 矢倉先生、ありがとうございます。

2つほどあるのですけれども、1つ目は、今日発表しか聞いていないので書いているのかもしれないのですが、例えば現実世界にあるかばんを、Aがかばんを作っているとして、Bがそれを3D化して販売していたという状況において、CがさらにBの3Dをパクって売買した場合は、Bの商品の形態模倣ということになるのか。

【矢倉】 私の理解ではそうなると思います。少なくともフィジカル空間におけるかばんの不競法2条1項3号に基づく保護というのは、私の議論では同種性が無いので、やはり保護は認められ難いのではないかなと思うところです。そのため、そこはやはりAからBに対する請求は前提として難しいのだろうと。

Bは3Dオブジェクトを新たに創作して、費用をかけてやっていらっしゃるところですので、それは別途保護される余地もあるのだろうと思います。ですので、CがBの3Dオブジェクトを模倣すれば、Bは不競法2条1項3号に基づいて請求する余地があるのだろうというのが私の理解です。

【受講者】 その場合、これは感覚論にはなるのですけれども、BはAが作ったかばんに依拠して3Dを作っている、そうすると、Cがパクったときに、Bが全て、かばんプラス3Dのその状態について請求できるというのは、何だかAの作った部分も自分の利益のように主張しているかのように感じてしまうのですけれども、その点はいかがですか。

【矢倉】 ありがとうございます。

まさにそのご指摘はあるかと思っております、具体的には、恐らくデザイン面とかにフィジカル空間における商品にまさにフリーライドしているのではないかと。そこに違和感を覚えられるというのはもっともかなと思っております。

ただ、私の理解としては、そういうものについては、フィジカル空間におけるかばんを販売するタイミングで、立体商標とか他法による保護を受けられるような状態を作出しておく、権利を取っておく。そういったところでカバーしていかないといけない部分なのかなと思います。あとは、不競法2条1項1号とか、そういったところでの保護を受けられないかという点でカバーし得る問題かなと理解しています。

【受講者】 ありがとうございます。

もう1点だけよろしいですか。

今の例で、Aがかばんを作っていて、それに依拠してBが3D化した後に、Aがそのかばんを3D化して販売した場合、BからAに対する形態模倣の請求は立つというご理解になりますか。

【矢倉】 確かに面白いですね。結論としては私も違和感があります。ですので、別の要件のところで切れなかなど、結論の妥当性を模索するのであれば、別の要件との兼ね合いで、本当にその請求を認めていいかという検討をしないとイケないかなと思います。

【受講者】 同種性の議論のところに派生して全然別物と、現実のかばんと3Dが全然違うものだと考えると、そう完結するとBからAに対する請求が立つ気もするのですけれども、もしそう考えると、Aの立場からすれば、将来3Dにして販売する予定があれば、実物を作ってもすぐに市場に流通させられなくて、3D化するまで待たないといけない。ただ、人の物に依拠して作るBさんのためにそういう制約を課すことに何か意味があるのかなというのは疑問に思いました。確かに、ほかのところでは切れるのであれば、解決できるということですね。

【矢倉】 そうですね。すぐに検討が及ばないのですけれども、確かに結論の妥当性を考える上では何か別の方策を練りたいと率直には感じるところです。本当にそれを認めていいのか、確かに疑問に思われるでしょう

し、私も確かにそれは価値判断として問題かもしれないとも率直に思いました。

【受講者】 ありがとうございます。

【鈴木】 どうもありがとうございました。

ご講演と今のやり取りを聞いて、2条1項3号が法改正されたものの、フィジカル空間と仮想空間の間をまたぐような商品形態模倣については規定の効果に限界があるという意見が、少なくとも一部の研究者と実務家から出ているということがお分かりいただけたかと思います。そういう意味で、仮想商品についての立体商標登録というのは結構大事だということでしょうか。

【矢倉】 そうですね。

【鈴木】 他の講演者からも、質問やコメントをお願いします。

【愛知】 まず、矢倉先生にお伺いしたいのですけれども、今回、3Dオブジェクトが商品に該当するという、改正前からそういうことで、今回それが確認されたというお考えを示されまして、先生のスライドの61枚目、私が非常に気になっているのが、3Dオブジェクトはおっしゃるように3Dなので、外部、内部の形状は一応認識できるというときに、問題は無体物が含まれている場合、例えばタイプフェースとか、通常のイラストとか、そういう無体物全てが今回商品形態に該当するということが本当にいいのか。これについて、矢倉先生ご自身のご見解等がもしございましたらお願いしたいと思います。

【4. 「商品」、「商品の形態」該当性】

【(4) 私見】

- ▶ 不競争法2条1項3号の「商品」の解釈にあたっては、事業者間の公正な競争の実現という法目的を踏まえつつ、同号の趣旨をも踏まえて、取引社会における社会通念を基準として判断すべき（同じ見解を示唆するものとして、山本庸幸『要説不正競争防止法〔第2版〕』116頁（発明協会、1997）、牧野利秋監修＝飯村敏明編『座談会 不正競争防止法をめぐる実務的課題と理論』73頁〔松尾和子発言〕、94-95頁〔安江邦治発言〕（青林書院、2005））。
- ▶ 先に確認したとおり、3Dオブジェクトは、現在、それ自体がメタバースなどのデジタル空間において経済的価値を有し、当該メタバースなどのサービスからは独立して取引の対象となっている。
- ▶ 条文上、有体物と無体物を直ちに区別するとは読めない。すなわち、「商品の外部及び内部の形状」という文言についても、3Dオブジェクトの外部の形状などは、PC画面などに映像として表示され、可視化される。表示された3Dオブジェクトについては、その「商品の外部及び内部の形状」を需要者が知覚により認識し得るともいえる。同文言の記載ぶりから、直ちに「商品」該当性を否定できないのではないかと。条文の「形態」の規定ぶりから果たして決定的な解釈を導きうるか？…
- ▶ なお、確かに現行法には「電気通信回線を通じて提供」という行為が規制対象とされていないが、無体物をCD-Rなどの記録媒体に複製して譲渡等する行為もあり得るのであるから、同文言が設けられていないこと自体から、直ちに「商品」に無体物が含まれない、と解釈することもできないように考える。

61

【鈴木】 不正競争防止法の2条の4項の定義との関係で、商品形態に無体物を全面的に読み込んでいいのだろうかというご質問と思います。

【矢倉】 ありがとうございます。

私もここは本当にケース・バイ・ケースになると思っています。例えば3Dオブジェクトのデータですけれども、そのデータ自体については、定義規定の関係から、商品の外部及び内部の形状も視認できませんし、含められないのだろうと思っています。

ただ、3Dオブジェクトの場合は、PCとか、タブレットとか、端末画面に具体的な映像が表示されて、それで外部、内部の形状が視認し得るところを捉えて、この定義規定の関係からもほぼ足りるのだろうと理解しております。ですので、個別具体的なものによっては、「外部の形状もないよね。内部の形状もないよね」という判断になる可能性はあるかと理解しています。

ただ、今回、3Dというオブジェクトに絞りましたがもちろん2Dのものにつきましても、過去の裁判例でも商品の形態該当性を認めているものがあると理解しておりますので、その点自体は特に大きな支障にはならないだろうという理解でございます。

以上です。

【鈴木】 ありがとうございます。矢倉研究員のご講演は以上でございます。

【司会者】 続きまして、大阪大学の青木大也研究員から、画像意匠の関係のご講演をいただきます。

【青木】 ただいまご紹介にあずかりました大阪大学の青木でございます。

本日はよろしくお願いたします。

私が担当いたしましたのは、意匠法上の画像の意匠に関してです。

本日の内容でございますが、これからご紹介しますように、近時多様な登録例が登場してまいりまして、中にはなかなか攻めたものも出てきております。またそういったものとの関係で、先だって令和6年1月適用開始の意匠審査基準の改訂も行われたところで、それらについて検討・確認をしていくところになります。

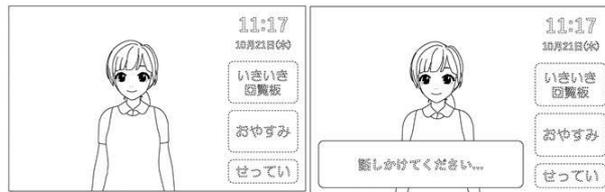
早速でございますが、関先生のご論文（関真也「メタバースにおけるオブジェクトのデザイン保護と創作活動への影響—意匠法及び不正競争防止法2条1項3号を中心に」特許研究75号（2023）31頁）で挙げられていた登録例を2点ご紹介してみたいと思います。

こちらは、「バーチャルアシスタント装置操作画面」ということで、実線で描かれておりますのは人物の絵で、その他は破線になっております。メッセージ欄の枠は実線になります。

登録例

• 意匠登録1725469号

【意匠に係る物品】 バーチャルアシスタント装置操作画面



関 [2023] 参照

こちらは、次のスライドにありますように、バーチャルアシスタント装置に用いられる画像で、その操作画像なのだということがございます。恐らく、このメッセージ欄にいろいろ回答が出るといったものが想定されるということかと思えます。

【意匠に係る物品の説明】

本物品は、バーチャルアシスタント装置に用いられる画像であり、バーチャルアシスタント装置を操作するための操作画像である。バーチャルアシスタント装置は、仮想的な補助者であるキャラクターを情報端末のディスプレイに表示させつつ情報端末から利用者に対して発話を行うような「疑似発話動作」を行うことで利用者を補助し得る装置である。本画像は、このバーチャルアシスタント装置において操作に用いられる画像である。画像図において、中央付近に表示されるキャラクターの領域は、人を模した画像を表示するだけでなく、操作領域としても機能する。画像図に表されたキャラクター領域に対してタップ操作を行うと、変化後の状態を示す画像図のように、横長の領域が出現した状態に切り替わる。この横長の領域は、言葉を表示する領域として用いられる。

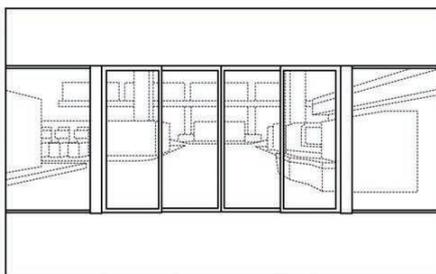
4

こちらは、「デジタルショールーム用案内表示画像」ということで、こちらもデジタルショールームのドアのような入口の部分だけ実線になっておりまして、中は点線で、右側は参考画像になってまいります。

登録例

- 意匠登録1715416号

【意匠に係る物品】 デジタルショールーム用案内表示画像



関 [2023] 参照

5

こちらを見ていただくと、参考画像の下にいろいろな商品が並んでいるというものでございまして、説明を見てみますと、デジタルショールーム内を案内する機能を発揮できるようにするための表示画像であるということです。

【意匠に係る物品の説明】

この画像は、モニタに表示されるデジタルショールーム内を案内する機能を発揮できるようにするためのデジタルショールーム用案内表示画像である。使用者が画像図1（参考画像図1参照）を表示することにより画像図2（参考画像図2参照）に示すように扉アイコンが開くように変化する。その後、参考画像図3に示すように、扉アイコンを通過してデジタルショールーム内に進入するように変化する。デジタルショールームの床面に相当する参考画像図3の中央部には、進入方向ガイドアイコンが表示されデジタルショールーム内での進入可能な方向が表示される。使用者が進入方向ガイドアイコンを選択することで、進入方向ガイドアイコンが示す方向への進入画像に変化させることを可能とする。参考画像図3の画面下には、デジタルショールーム内に展示される商品の一覧が並べられた商品選択表示領域が表示される。使用者は商品選択表示領域の中から希望する商品を選択することで、希望する商品の拡大画像を表示する画像に変化させることを可能とする。

6

また、こちらは研究部会の際に平嶋竜太先生からご教示いただいたものですが、「音声対話システム用画像」ということで、アバターと想定されるような画像が、双方向コミュニケーション用の音声対話システムの画像という形で登録を受けているという状況でございます。

登録例

- 意匠登録1749627号

- 【意匠に係る物品】
音声対話システム用画像

- 【意匠に係る物品の説明】
本画像は、双方向コミュニケーションが可能な音声対話システムにおいて表示される画像である。音声を認識した際に、認識した音声に応じて、音声対話システムが発する音声信号又は遠隔操作によりオペレーターが発する音声と同期し、表示される画像が変化した状態を示す画像図1乃至画像図12のようにランダムに変化する。



7

この点について、知財戦略本部での「メタバース上のコンテンツ等をめぐる新たな法的課題等に関する論点の整理」というもので、意匠法をはじめ知的財産法はどのようにメタバースに向き合うかというような議論がされ、それに対応して意匠審査基準ワーキンググループにおいて、仮想空間との関係で、画像の意匠として登録できるものを整理しましょうということで議論されました。その結果、意匠審査基準が改訂されまして、こちらは後ほどご紹介しますが、一部これらの問題に対応するということが行われたところでもあります。

その論点の整理の段階での相場観としましては、基本、意匠法というのは、ご案内のとおり、あくまで改正当時の操作画像・表示画像を保護するという形で、そうでないものは基本的には保護しないし、また物品の意匠は仮想空間には原則手が出ないという整理がされておりますし、意匠法というのはあまり出張るとクリエイターの創作活動に対する萎縮効果を生じてしまうから気をつけようというスタンスで書かれていたところでありました。

一方で、先ほど矢倉先生のご報告にもあったように、不正競争防止法が令和5年に改正されたわけですが、その際の附帯決議におきまして、名指しで意匠法についても引き続き検討せよというようなことが書かれておりまして、改めて議論されることになるのかなと思います。

さて、これはもうご案内のところかと思うのですが、前提ということで、意匠法と仮想空間に関するお話をさせていただきます。

まず物品の意匠ないし建築物の意匠というのは基本的に仮想空間とは関わらないという状況になってまいります。物品は、有体物である動産。建築物は不動産ですけれども、いずれも有体物ということで、こちらの「製造」、「使用」等しか規制ができないということになりますから、有体物が登場しない仮想空間に対して手は出せない、そのような状況になっているかと思えます。一応、仮想空間上のデザインの利用について、間接侵害もあり得ると思うのですが、仮想空間に閉じている限り、なかなか難しいかなというように思われます。

一方、仮想空間におけるデザインを直接対象にし得るとすれば、画像の意匠ということで、本日のメインテーマになってまいります。仮想空間上のデザインを画像としてそのまま保護可能だということで、仮にそれが認められるならば、画像の作成、あるいは電気通信回線を通じた提供等を規制することができることになります。したがって、仮に画像の意匠として登録できていれば、仮想空間上で当該デザインが利用されることに対して、権利を及ぼすことができるということになってまいります。なおもし、物品の意匠と画像の意匠が類似することがあれば、物品の意匠に係る意匠権も手が出るかもしれないですが、ここは省略します。現在の理解では、恐らく不可能だろうという状況であります。

では、メインの論点であります画像の意匠とはどんなものかということですが、こちらも既に令和元年改正時に様々議論があったところで、ご案内のところかと思えます。登録可能なのは、操作画像・表示画像です。画像デザインによって機器や機器に関連するサービス等の付加価値を向上させるものに限って保護対象とすべきだということで、これらがセットされまして、一方で、映画やゲーム等のコンテンツを外すという、このような整理がされたところございました。

結果として出来上がった条文は、これもご案内のとおり、「画像（機器の操作の用に供されるもの又は機器がその機能を発揮した結果として表示されるものに限り……）」ということになっております。画像自体の定義はございませんが、保護の対象となるのは操作画像・表示画像ということになっております。またいずれも、機器の操作ないし機器の機能を発揮した結果となっているのですが、機器自体を願書の記載として要求することはないということになります。

では何を書くかということ、これもご案内のとおり、画像については、意匠に係る物品の代わりに用途を記載するというルールになっております。また、条文上は6条4項に、画像の有する機能に基づいて画像が変化する場合には、そのことを願書に記載せよということになっておりまして、どうも画像には用途と機能があるらしいということがうかがえるところでもあります。

ということで、「画像」、「機器」、「用途」、「機能」という単語が出てまいるのですけれども、条文上、原則として出願書類への記載が要求されるのは、「画像」、要はデザインと「画像の用途」になってまいります。先ほどご紹介した登録例なども、音声対話用とか案内画像という形で用途が記載されているということになります。

なおここでの表記がはっきりしないものに関しては、施行規則様式第2備考39、40に説明を追加せよということが書かれております。ここで書かれた内容が意匠の認定に影響を与えるということは、物品の意匠の時代から変わらずあったということになります。

実際の例としまして、こちらは「情報表示用画像」です。「本画像は、丁寧な手洗いを促すことを目的とした表示画像である」ということで、手洗いを促すことを目的とした表示画像なのだという説明が追加されていることとなります。用途としては情報表示用画像ということで、かなり抽象的なものになっていることがうかがえます。

登録例

- 意匠登録1678245号

【意匠に係る物品】情報表示用画像

【意匠に係る物品の説明】

本画像は、丁寧な手洗いを促すことを目的とした表示画像である。

本画像は壁面等に投影表示され、「変化した状態を示す画像図1」から「変化した状態を示す画像図4」へと順次変化する。



それ以外に機器の機能というものが、例えば審査基準の操作画像・表示画像の説明で出てまいります（意匠審査基準第Ⅳ部第1章6.1.1.1）。ただ、先ほど申し上げましたように、特定の機器を出願時に記載する必要はないということで、操作対象となる用途や機能が特定されていることで構わないのだということが記載されています。

権利範囲についても確認しておきたいと思います。様々議論はあるところですが、現在、運用としては物品の類似は意匠の類似の要件だということになっていたかと思います。それに相当するものとして、画像の用途及び機能を認定、そして、その共通性を判断するということが要求されるだろうということで審査基準等でも説明されているところかと思います。まだ裁判例はなかったかと思いますがけれども、審査基準上では例が掲載されていたところかと思います。数値を入力するという点で共通しているということで、電話とかパスワードに使うというところはオミットされるということかと思います。

＜用途及び機能が類似する例3＞

公知意匠

	2	8	9
	7	1	5
モード	4	3	6
切替	clear	0	enter
[入力欄]			
Enter			

「入退室管理用パスワード入力用画像」

出願の意匠

【画像図】

	1	2	3
	4	5	6
モード	7	8	9
切替	*	0	#
[入力欄]			
Call			

【意匠に係る物品】電話番号入力用画像
【意匠に係る物品の説明】（略）画像図に表された画像は、通話する際の電話番号を入力するためのものである。

※説明の都合上、願書の記載事項及びその他の図は省略した。

電話やパスワードに使うという点には注目しない

「入退室管理用のパスワード入力用画像」と「電話番号入力用画像」とは、入力の対象がパスワードであるか、電話番号であるかの点において異なるが、いずれも数値を入力するものである点で共通することから、両意匠の用途及び機能は類似するものと判断する。

24

こちらを選択するという点で同じですよということ、商品在庫のチェックなのか、会議室を選ぶのかといった辺りはオミットされるということかと思えます。

＜用途及び機能が類似する例 4＞

公知意匠



「商品在庫確認用画像」
(説明)
複数の縦長四角形状部は、商品の種類を表した商品選択ボタンであり、押すことで当該商品の在庫数を表す画面が表示される。

出願の意匠

【画像図】



【意匠に係る物品】会議室予約用画像
【意匠に係る物品の説明】(略) 複数の縦長四角形状部は各会議室を表した会議室を選ぶための図形であり、ここをクリックすることで当該会議室の予約状況を表す画面が表示される。

※説明の都合上、願書の記載事項及びその他の図は省略した。

「商品在庫確認用画像」と「会議室予約用画像」とは、選択の対象が商品であるか、会議室であるかとの点において異なるが、複数の選択肢から一つを選択し、その情報を表示させる指示を与えるものである点で共通することから、両意匠の用途及び機能は類似するものと判断する。

25

最後に、保護した場合の効果でございますが、後で少し述べますように、著作権とか、あるいは先ほど矢倉先生のご報告にあった不競法上の形態模倣規制での対応というところとの対比として、最大の違いはやはり絶対的権利だということで、保護するとした場合には、関係者は積極的なサーチの必要が生じるということになってまいります。そのほか、特に秘密意匠であればサーチしようがないのに権利行使を受けるとか、関連意匠のように後から後から意匠権が増えていくというようなことなどもあり得るということで、意匠で保護するという場合には、模倣の世界で回っている著作権法とか形態模倣規制とは大分異なる仕様が存在しているということになります。

その上で、今般の審査基準の改訂について簡単に確認したいと思います。従来、画像の意匠として審査基準上の例に挙がっていたのは、例えばウェブサイト画像、アイコン用画像、医療用測定結果表示画像、時計表示画像といったものでして、この辺りは改正時の議論でありました、データの保存先とかデータの表示先、画像の保存先や表示先に左右されない保護を認めましょう、そのような形で支持されてきたところであったかと思えます。

その上で、今般、審査基準の改訂の1つ目で、「例えば電化製品の3Dオブジェクト等の仮想的なものは、ここでいう『機器』に該当しない」ということで、端的に言えば、仮想エアコンの温度設定のようなものは認めないということをお知らせいたしました。

機器に関する審査基準改訂

- 「例えば電化製品の3Dオブジェクト等の仮想的なものは、ここでいう『機器』に該当しない」（意匠審査基準第IV部第1章3.1）

意匠法の保護を受けることができない画像の例

【例】仮想的なエアコンの設定温度表示画像

- 「機器」（意匠法第2条第1項）には仮想的なものには該当しないため、仮想空間内に表された仮想的な機器（エアコン）がその機能を発揮した結果として表示される画像として意匠登録を受けることはできない。
- 単に画像を表示する機能のみによって表示された画像は意匠法上の「表示画像」に含まれないため、仮にヘッドマウントディスプレイ等の情報処理機器がその機能（画像表示機能）を発揮した結果として表示される画像として出願したとしても意匠登録を受けることはできない。

ヘッドマウントディスプレイ（HMD）装着者の視野（仮想空間）

現実空間

※本事例において仮想空間内に表されるエアコンは、単にエアコンを象った画像に過ぎず、意匠法上の「操作画像」と「表示画像」のいずれにも該当しないため、意匠法の保護を受けることはできない。

機器に該当しない以上、仮想的なエアコンの温度設定操作画像でも同様の帰結になるはず。

具体的には、表示している例の1つ目の項目ですけれども、「機器」には仮想的なものは該当しないので、仮想空間内に表された仮想的なエアコンがその機能を発揮した結果として表示される画像という登録はできないということになっています。

「仮想的なエアコンの設定温度表示画像」というのは、「仮想的なエアコン」と書いていますところ、これはここで言う「機器」には該当しないので保護はできませんよということが明示されています。これは「機器」に関する議論でございますので、表示画像であれ、操作画像であれ共通するということになります。

とはいえ、「機器」自体は、先ほど申し上げたように、出願書類に記載しなくてもよいものですので、お行儀よく「仮想的なエアコンの」と書いたら、それはさすがにアウトでしょうということなのですが、恐らくそう書かずに、「温度設定用操作画像」とか「温度設定表示画像」と記載して出願するケースのほうが多いのではないかと思います。

そうしますと、そこで想定される「機器」が、仮想のエアコンなのか、現実のエアコンなのか、現実の湯沸かし器なのかというのは必ずしも明らかではない状況になります。なので、恐らく運用としては、現実のエアコンか、現実の湯沸かし器か知りませんが、現実の温度設定が必要となる機器の画像なのですよという形で審査・登録を行い、権利範囲としてもその範囲にとどまる。結果として、仮想のエアコンの表示画像としては及ばないという形での運用になるのではないかと思います。なので、例えば出願時に、「仮想的でないエアコンの」と書く必要はないということだろうと思います。

続きまして、もう一つ改訂点がございました。「単に画像を表示する機能のみによって表示された画像は『表示画像』に含まない」という文言が審査基準に追加されました。これは表示画像に関する制約ということになります。次に掲げますように、仮に単に画像を表示する機能のみによって表示された画像が「表示画像」になるのだと言いますと、先ほど冒頭に申しましたコンテンツや装飾画像は含まないということに関して、ゲーム機は画像表示する機能でゲーム画面を表示しているのではないですかと言い出してしまうとわかりにくいということで、単に画像を映す機能で画像が映っていますという場合には、表示画像には含まないのだということが明記されることになりました。

表示画像

- 先述の機器に仮想的な機器を含まない解釈に加えて、「単に画像を表示する機能のみによって表示された画像は「表示画像」に含まない」との文言を審査基準に追加（意匠審査基準第IV部第1章6.1.1.1）。
- 「仮に、単に画像を表示する機能のみによって表示された画像を「表示画像」と解釈した場合、コンテンツの画像や装飾画像を含む、全ての画像が意匠法の保護対象となり、意匠法第2条第1項において保護対象となる画像の種類を限定したこととの整合性を欠くため、この解釈は妥当ではないと考えられる」ことが理由とされる（「画像意匠として保護可能な範囲の明確化について（案）」）。

33

こちら、審査基準ワーキンググループでの議論で出た例をご紹介しますが、「仮想的なエアコンの設定温度表示画像」ということで、先ほど機器として仮想的なエアコンを想定すると、これは駄目だということをご紹介したのですが、例えば、ヘッドマウントディスプレイを機器として想定して、その画像として表示されているのと言い張ったとする。それが2つ目の項目でございます。ヘッドマウントディスプレイというのは画像を表示するのは当たり前で、その範囲で表示された画像なのでしょう。それは先ほど申し上げました、画像を表示する機能のみによって表示されている画像ですよということ、言ってしまうとコンテンツ側のもので、意匠法で保護すべき画像ではないということ、保護の対象から外す、そういう整理がされたところでございます。

表示画像

意匠法の保護を受けることができない画像の例

【例】仮想的なエアコンの設定温度表示画像

- 「機器」（意匠法第2条第1項）には仮想的なものも該当しないため、仮想空間内に表された仮想的な機器（エアコン）がその機能を発揮した結果として表示される画像として意匠登録を受けることはできない。
- 単に画像を表示する機能のみによって表示された画像は意匠法上の「表示画像」に含まれないため、仮にヘッドマウントディスプレイ等の情報処理機器がその機能（画像表示機能）を発揮した結果として表示される画像として出願したとしても意匠登録を受けることはできない。

※本事例において仮想空間内に表されるエアコンは、単にエアコンを象った画像に過ぎず、意匠法上の「操作画像」と「表示画像」のいずれにも該当しないため、意匠法の保護を受けることはできない。

仮にHMDを機器としたとしても

1

逆に、許容される例としてどういうものがあり得るかということですが、1つは、「エアコンの設定温度表示画像」とするという手のほか、ヘッドマウントディスプレイ自身が温度測定機能を持っていて、そのヘッドマウントディスプレイの画像ですという形で保護する。こうしますと、機器の画像表示以外の機能との関係でちゃんと保護できますよね、保護対象となる画像になりますよねということで保護対象になり得る、こういう整理がされた結果でございます。

ここは確かに説明のとおり、何でも画像を表示する機器であれば、表示された画像は全部機能発揮の結果だと言ってしまうと、何でも保護の対象になってしまいますので、こういう整理自体は妥当だろうと考えます。

その結果、仮想空間との関係ではどういう整理になったかと申しますと、例えば「仮想空間用サンダル」や「サンダルの画像」というのは保護の対象ではないという整理がされています。一方で、「アイコン用画像」として、商品購入用アプリケーションをインストールした機器等の操作の用に供するアイコン用の画像、恐らく従来のパソコンのアイコンとほぼ同じ話だと思いますが、この仮想サンダルをクリックするとサンダルを買えるサイトに行けるものであれば、こういうものは保護できるとされています。

意匠法の保護対象となる画像と認められる例	意匠法の保護対象となる画像とは認められない例	
 <p>【画像図】</p> <p>【意匠に係る物品】 アイコン用画像</p> <p>【意匠に係る物品の説明】 この画像は、商品購入用アプリケーションソフトをインストールした機器等の操作の用に供するアイコン用画像であり、画像を選択することにより現実空間で使用するサンダルと仮想空間で使用するサンダルを購入可能なアプリケーションソフトを仮想空間上で起動することができる。</p>	 <p>【斜視図】</p> <p>【意匠に係る物品】 仮想空間用サンダル</p> <p>【意匠に係る物品の説明】 本願意匠は仮想空間内で使用するサンダルである。</p> <p>出願対象が画像であることが明確でないため、意匠法の保護対象となる画像に該当するものとは認められない。</p>	 <p>【画像図】</p> <p>【意匠に係る物品】 サンダルの画像</p> <p>【意匠に係る物品の説明】 本願意匠は仮想空間上に表示されるサンダルの画像である。</p> <p>操作画像又は表示画像に該当しないため、意匠法の保護対象となる画像に該当するものとは認められない。</p>
<p>※上記の事例は意匠法第2条の適用に関する判断を示す事例であり、第3条等のその他の登録要件の適用については判断していない。 ※説明の都合上、願書の記載の一部及びその他の図は省略した。</p>		

あるいは、仮想空間上の時計とか仮想空間上の装飾のようなものは駄目だけれども、ちゃんと機器が時間を測定する機能を持っていて、その関係で表示される画像なのですから言えば、これは登録できますよということが書かれています。

意匠法の保護対象となる画像と認められる例	意匠法の保護対象となる画像とは認められない例
 <p>【画像図】</p>	 <p>【画像図】</p>
<p>【意匠に係る物品】 機器使用時間表示画像</p> <p>【意匠に係る物品の説明】 この画像は、時間測定機能を有する機器等の時間測定機能を発揮した結果として表示される画像であり、当該機器等を使用した時間を仮想空間上に表示する画像である。</p>	<p>【意匠に係る物品】 仮想空間用装飾</p> <p>【意匠に係る物品の説明】 この画像は時計を模した仮想空間用装飾である。</p>
	<p>出願対象が画像であることが明確でないため、意匠法の保護対象となる画像に該当するものとは認められない。</p>

ここまですら確認ということなのですから、審査基準の改訂は一般的に言えそうなことが書かれているということで、肯定例・否定例ともに、それはできるでしょう、それは無理でしょうというのが挙がっているということになります。これ自体は、審査基準ですのでそういうものだと思います。

そういう意味では、冒頭にご紹介したような対話用の画像とか仮想店舗用の画像というような攻めたケースを直接に排斥するルールにはなっていないことになります。特に機器として汎用的な情報機器を想定し、インタラクティブ用途とか画面遷移用途という抽象的な射程を有する用途を想定してしまいますと、かなりの程度、仮想空間に出てくる画像に影響し得るのかなと思われるわけであります。

もちろん、先ほど矢倉先生のお話にあったように、全くの3Dコンテンツで、何の機能、役割もないというものであれば、歴史的に意匠法の出番にはならないわけですから、こういった何らかの用途を少しでもかませれば保護を受けられるのかということが、意匠審査基準では明らかにならず、問題になり得ます。

そのような意匠登録を認めること自体、良いことなのか悪いことなのかということが非常に大きな問題でして、私もアイデアがあるわけではないのですけれども、仮に良くないとしますと、何らかの形で制約をかける必要があるという話になってまいります。

1つには、コンテンツを排除する文脈で峯先生は、画像に関してはちゃんと積極的に機器の操作性や視認性を高めなければいけないのだということを指摘されておりました（寒河江孝允＝峯唯夫＝金井重彦編著『意匠法コンメンタル新版』（勁草書房、2022）93頁〔峯唯夫〕）。これに当てはまるものしか保護しないのだという形で、積極的に操作画像、表示画像はこういうものでなければいけないということを定義されるわけです。ただ、ここでの厳格さによっては、アイコンもパソコンの使い勝手を上げているじゃないか、インタラクティブ画像もパソコンの視認性を上げているじゃないか、操作性を上げているじゃないかと言ってしまふと入ってしまうこととなりますので、どの辺りに線を引かれるかというのは、それ自体からははっきり出てこないということかと思えます。

この辺りについて、むしろ外側を閉じる形によって定義をされようとするのが田村先生のご議論になりま

す（田村善之「メタバースにおける「実用品」の利用をめぐる各種知的財産法の交錯」情報通信政策研究7巻1号（2023）101頁）。すなわち、「機器の操作」や「機器の機能」につきまして、これは画像の操作や機能が現実世界と関連性がなく、メタバースという仮想空間内に閉じている場合には保護を否定すべきだということをおっしゃいます。例えば、先ほどのバーチャルアシスタントやデジタルショールームに関しては、リアルなビジネスに係る／リアルな商品売るといことがない限りは保護を否定すべきだという立場を取られます。これはまさに、メタバース空間に閉じるものというのは、コンテンツの世界、著作権や形態模倣規制の仕事の領域であって、意匠法は立ち入るべきではないのだという整理をされているところであります。こうすると、例えばゲームのアイテム選択画面は操作画像なのかという議論にも、あれはゲームの中で完結するものなので、という形で区別できるため、かなり魅力的な発想になるかと思えます。

ただし、これについても運用はなかなか難しいのかなという印象を持ちました。例えば、登録可能な例として審査基準でも指摘されているアイコンも、程度の問題であるのですが、パソコン内で閉じているのではないかというような見立てもあるかもしれません。仮想空間技術やメタバースは従来のウェブデザインの拡張版だ、次のインターネットなのだ、といった説明をされる場所もあろうかと思ひまして、そうすると両者の区別は難しいのかなという印象も持ちます。

加えて、その運用として、基本的には恐らく現実とちゃんと関わりがありますかということの説明をさせるということなのだと思うのですが、それが画像自体の問題なのか、その画像の使い方の問題なのか、その辺りの整理も難しいのかなと思われまます。例えば、ご論文の中の例として、先ほどのバーチャルアシスタント画像が何かあったときに介護施設に連絡が行くというのだったらよろしいというご指摘がありますが、これは画像ができた後、どう使うのかしらというところの問題でもあるように思ひまして、仮に画像の意匠についても、最判昭和49年3月19日民集28巻2号308頁〔可撓性伸縮ホース〕等に見られる一体性の議論を踏まえるならば、そのような制約が適切なのかという点で、線の引き方が難しいのかなという印象を持っております。

仮に、このような形で、保護対象を限定するのが難しいということになりますと、ほかに考えられる手段としては、他の登録要件ないしは権利範囲で調整するということがありそうです。……もっとも、ここからはもう妄想の世界になってまいりますが。

1つは、例えばアイコンなどが典型ですけれども、どんな画像でもいいとなってしまうと、アイコンですと言ってもどんな画像でも登録できてしまうことになる。それでいいのかというところで、仮に問題があるのだとしますと、例えば、単に画像をアイコンにするというのは誰でも思いつくことですから、本当にアイコンに適したような最適化したデザインなど、公知の発想を超えるような何かがないと保護しないというような説明があり得るでしょうか。あるいは、メタバース上の店舗の扉も、普通の扉のデザインを採用することは思いつくわけですから、そうではなくて、どうしてもこの形のほうが使いやすいのだとか、そういったある程度の工夫のようなものがあって初めて保護しましょう。そういうような創作非容易性の判断を行うというのが一つあり得るかと思っております。

ただ、これも条文上は引例にできるのは公知の形状等、ないしは画像ということになりますので、それらを引例にしながら、似たような発想だから、見た目は全然違うけれどもアウトといった判断ができるかというところ、ちょっと難しいところもあるのかなという印象を持っております。

そうしますと、あるいはもう登録自体は認めた上で、権利範囲を減縮するというような整理が一つあり得るのかもしれません。例えば、同じようなデザイン上の工夫がちゃんと発揮されている場合は侵害としつつ、用途や見た目は同じようになっているかもしれないけれども、デザインの工夫が共通していないということであれば、侵害を否定する、というもの。あるいは外在的にコンテンツの利用なのだからこれには権利は及びませんよという形で、権利範囲自体を圧縮する。商標的使用のような発想に近いのかもしれませんが、そういったようなことがあり得るかなと思っております。使い方の場面を何とか権利範囲の議論に取り込めないかしらということでご紹介した次第です。

ただ、前提として用途機能の共通性が肯定されているはずですので、そういう意味では最低限使い道とデザインが似ているということになりますと、何か意匠権侵害にしなければいけないのではないかという印象もございまして、この辺りは私自身もまだ検討が十分できていないところであります。

いずれにせよ、保護対象で調整が効かないのであれば、登録要件や保護範囲で対応するというのも一つの手かなと思った次第でありました。

終わりにですが、著作権法、不競法は仮想空間上のデザインの保護について相当程度対応していますが、模倣に閉じるという点が強調されます。一方絶対的権利を付与する意匠法については、当初画像の意匠は特に記録、表示の制約を外すことを目的として改正されたわけですが、条文上、現状ではかなり融通無碍な運用が可能になっています。今回、審査基準で絶対に駄目そうなものを外したのですけれども、それ以外の領域は残されていて、特に模倣の世界で閉じたほうが良いという価値判断もある中で、意匠法は今後画像の意匠としてどこまで保護していくべきなのか、そういった辺りが引き続き議論の対象になるのだらうと思われま

す。私の報告は以上になります。ご清聴ありがとうございました。

【鈴木】 青木先生、ありがとうございました。

それでは、ご質問を受けますけれども、いかがでしょうか。

では、質問が出るまでの時間を埋めるために、私から聞きます。要するに、絞り込みたいのは何なのでしょうかとということですが、コンテンツ的な画像は意匠登録の対象にはしたくないという「コンテンツ的な」というところをもう少し法的な概念としてきちっとすることなのか、それとも「コンテンツ的な」というのでは駄目で、別の基準で絞り込みたいのか。そもそもコンテンツとは何かというのは非常に曖昧ですけれども、その辺を補足していただけますでしょうか。

【青木】 承知いたしました。ご指摘ありがとうございます。

おっしゃるように、もともとコンテンツというものは外すということで、こちらは意匠法として積極的に機器やそのサービス等の価値を向上させるものではないという定義づけと、一方で、画像というのは著作権法等の仕事であって、意匠法が出るべきではない、そういう消極的な両面があったのかなと思われま

す。そういう意味では、そもそも仮想空間上のコンテンツの位置づけとして、著作権法に任せたほうがいいのか、それとも意匠が入ったほうがいいのか、そういう価値判断が一つあるのだらうと思います。

それに加えて、現在の仕組み自体が、現実になければいけないといった制約をかける仕組みにはなっていないということで、仮に仮想空間等をコンテンツのようなもの、あまり意匠法が入っていきべきではないという整理をしたとすると、その登録を止めるツールがない。機器を特定させるわけでもない、形式的には、少し用途をつけてしまえば何でも入ってしまう。この状況をよろしくないと思われる先生方においては、何らかの制約をかけるべきだというような議論がされているのかなと拝察しております。

この点、そもそも仮想空間自体が全く現実と同じになって、もう現実と同じように扱うべきだというような議論があるのであれば、もちろんそれに乗るとコンテンツという整理にはならないと思います。ただ、伺っている限りですと、どうもメタバースや仮想空間に関わっていらっしゃる方々の相場観としては、やはりゲームに近い印象を持っていらっしゃるということのようです。

そうしますと、もちろんゲームには特許とか様々あるわけですが、基本的にはコンテンツの領域で、模倣でなければ様々展開すべきだ、あまりいいものを追い求めて進むというよりは多様なほうがよろしい、そういうような説明が機能するようにも思われま

す。そういう意味で、模倣にとどめるべきだ、意匠が入るべきではない、そのためにはこういう定義づけをすべきだといった議論が徐々になされつつあるという状況なのかなと拝察しております。

【鈴木】 ありがとうございました。他にご質問はありませんか。

特にないようですので、青木研究員のご講演は以上とさせていただきます。どうもありがとうございました。

【青木】 ありがとうございました。

【司会者】 続きまして、京都大学の愛知靖之研究員から、アバターの名称・肖像の保護に関するご講演をいただきます。

【愛知】 ただいまご紹介いただきました京都大学の愛知でございます。
アバターに関する知的財産法等による保護についてご報告いたします。

アバターの肖像に対する肖像 権・パブリシティ権保護

ーアバターの無断利用に対し、肖像権・パブリシティ権を
行使できるかー

京都大学大学院法学研究科
愛知靖之

メタバース内での行動におきましては、基本的にアバターを用いることが一般的になりつつありまして、それをいかに保護するのか。場合によっては、知的財産法以外の法的保護も含めて、その保護のあり方を検討するという事は、まさにこの研究部会の総合テーマでございます Society5.0 の実現に向けた法制度を構築あるいは運用する上で重要な課題であろうと考えております。

メタバース内での行動には、「アバター」を用いることが一般的であり、その保護のあり方を検討することは、Society 5.0の実現に向けた法制度を構築・運用する上で重要な課題

「アバター」がどういうものかという点については、先生方もよくご存じかと思いますが念のために付言いたします。アバターとは、メタバース空間等においてユーザーの分身として用いられるもので、基本的には自分自身の肖像をそのままリアルに再現したのもでも結構ですし、ユーザーの外観・性別等にとらわれずに自由に設定した架空の人物をあたかも実在するかのようにリアルに描写したものもあります。あるいは、全く自分の肖像と無関係な、動物等々のモチーフ、その他の属性や特徴を自由に設定して作った、いわゆるフィクショナルなものであってももちろん構わないということになります。

基本的に、こういったアバターの操作方法はモーションキャプチャとか、キーボードとか、ゲームパッドのようなもの、何でもいいのですが、そういった形でユーザー自身のリアルタイムでの操作を前提とするものということになります。他方で、こういったものを事前に設定しておくとか、人が介在せずに、場合によってはAI処理でこういった操作を実現するといったものももちろんあり得るわけですが、基本的にはユーザー自身のリアルタイムでの操作を前提とするものということになっております。

アバター:メタバース空間等においてユーザの分身として用いられるもの

- ・ユーザ自身をリアルに再現したのもでもよいし、ユーザの外観・性別等にとらわれずに自由に設定した架空の人物を実在するかのようにリアルに描写したもの、動物等のモチーフその他の属性及び特徴を自由に設定して作成したフィクショナルなのもでもよい

- ・ユーザ自身のリアルタイムでの操作を前提とする

(他方で、動き・声などを事前設定する、あるいは、これらをAI処理で実現するなど、ユーザによるリアルタイムでの操作を介さないキャラクターを登場させることも可能)

(以上、関真也「XR・メタバースの知財法務」148頁(中央経済社、2022年))

4

先ほどざっとご紹介しましたがけれども、これも関先生のご著書の中にあった定義でして、1つ目が分身アバターと言われるものでして、これはユーザー自身、あるいはユーザー以外の他人でも構わないのですけれども、いずれにしましても実在の人物の肖像等をリアルに再現したものが「分身アバター」と言われております。先ほど申し上げたユーザーがリアルタイムに操作することを前提とするものが分身アバターです。他方、リアルタイム操作を伴わないものを「デジタルクローン」と呼ぶそうでございます。

他方、実在の人物をリアルに再現したのではなくて、架空の肖像ですけれども、しかしリアルな人物というのもあるわけですし、これが「デジタルヒューマンアバター」と呼ばれております。その上で、リアルタイムに操作しないものを単に「デジタルヒューマン」と呼ぶようでございますけれども、こういったものもございます。

さらに、これはよくあるかと思えますけれども、「キャラクターアバター」と言われるものでして、先ほど申し上げました動物を模したものと、属性や特徴を自由に設定したものとということで、リアルタイムに操作するものがアバターということで、それを伴わないもの、関先生の本では「フィクショナルキャラクター」と書かれていました。これは知財法の世界ではむしろ視覚的なキャラクターということで、ファンシフルキャラクターに相当するものになるかと思えます。

・「分身アバター」

- ① ユーザ自身その他実在の人物をリアルに再現したもの
 - ② ユーザがリアルタイムに操作
- ⇨「デジタルクローン」: ①のみで②を欠くもの

・「デジタルヒューマンアバター」

- ① 架空ではあるがリアルな人物
 - ② ユーザがリアルタイムに操作
- ⇨「デジタルヒューマン」: ①のみで②を欠くもの

・「キャラクターアバター」

- ① 外観その他の属性・特徴を自由に設定
 - ② ユーザがリアルタイムに操作
- ⇨「フィクショナルキャラクター」(ファンシフルキャラクター): ①のみで②を欠くもの

(以上、関・149頁)

5

こういったアバターをめぐる法的問題ということで、これまでいろいろなところで議論されてきた問題としましては、大きく5つございます。このうち、部会の報告では①～④を主に検討いたしまして、⑤につきましては近時の裁判例の判決文をご紹介しますにとどめましたけれども、こういったものが主に議論されております。

時間の制約もございますので、この全てをご紹介しますし、②はかなりテクニカルな話にも及びますので、今日のところは省略させていただきまして、③の「アバターの肖像を肖像権・パブリシティ権で保護できるか」という問題に絞ってご紹介させていただきます。もしご関心のある先生方は、先ほどもご紹介のありました『別冊パテント』掲載の論文で、①～④につきましては検討しておりますので、そちらをぜひご参照いただければと思います。

①～⑤全部そうなのですが、基本的には弁理士の先生方の日常の業務に直接関係するところは薄いかもしれません。特に③は肖像権・パブリシティ権ということでございますので、弁理士の先生方のご関心とは遠いところがございますけれども、何とぞご容赦いただければと思います。

アバターをめぐる主な法的問題

- ①アバターの名称・肖像を著作権法・商標法・不競法等で保護できるか
- ②アバターによる歌唱・ダンス等を著作隣接権で保護できるか
- ③アバターの肖像を肖像権・パブリシティ権で保護できるか
- ④アバターの肖像が実在する他者の肖像と同一である場合、肖像権・パブリシティ権侵害を構成するか
- ⑤アバターに対する誹謗中傷の取り扱い

③の問題について、以下中身に入っていきたいと思います。

まずは、先ほど3つご紹介しましたうちの1つ目は、「分身アバター」ということで、ユーザー自身、あるいはその他実在の人物をリアルに再現したアバターについて、どのように肖像権やパブリシティ権で保護され得るのかという点をまとめておきました。ここからの話はそもそも知的財産権ですらなくて、民法とか憲法の話になるのですけれども、肖像権ということが一つあり得るということです。

肖像権につきましては、あくまで個人の私生活上の自由の一つということで、何人も承諾なしにみだりにその容貌・姿態を撮影されない自由があるということにつきましては、昭和44年の最高裁の大法廷判決が明確に述べております。

もっとも、この判決自体は「これを肖像権と称するかどうかは別として」という留保を慎重にもつけておりまして、私生活の自由があるということ自体は言っているのですけれども、肖像権と呼べるかどうかにつきましてはこの段階では未確定でございました。

肖像権というのは、肖像等を「みだりに利用されない権利」という形で、「人格権に由来する権利」なのだ、基本権なのだということを正面から承認しましたが、ピンク・レディー最判となっているようでございます。

1. 「分身アバター」(ユーザ自身その他実在の人物をリアルに再現したもの)

アバターの無断利用を当該人物の肖像の無断利用と同視し得るので、**通常の肖像権侵害・パブリシティ権侵害の枠組みで判断**できるのではないか

→・肖像権は、あくまで「**個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態・・・を撮影されない自由**」(最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁(京都府学連デモ)。ただし、この判決自体は、「これを肖像権と称するかどうかは別として」という留保を付けている。肖像等を「みだりに利用されない権利」(「人格権に由来する権利」として正面から承認したのが、最判平成24年2月2日民集66巻2号89頁(ピンク・レディー))

9

もともと、他人の肖像を無断で使えば常に肖像権侵害かという、そういうわけでもございません。正当な取材行為等として許されるべき場合もあります。ある者の容貌等をその承諾なく撮影することが不法行為法上違法となるかどうかは、被撮影者の社会的地位とか、活動内容とか、撮影場所とか、目的等々、こういったものを総合考慮して、人格的利益の侵害が、社会生活上受忍限度を超えるものと言えるかどうかに基づいて判断するのだということを最高裁判決が明示しております。

・「人の容ぼう等の撮影が正当な取材行為等として許されるべき場合もあるのであって、ある者の容ぼう等をその承諾なく撮影することが不法行為法上違法となるかどうかは、被撮影者の社会的地位、撮影された被撮影者の活動内容、撮影の場所、撮影の目的、撮影の態様、撮影の必要性等を総合考慮して、被撮影者の**上記人格的利益の侵害が社会生活上受忍の限度を超えるものといえるかどうか**を判断して決すべきである。」(最判平成17年11月10日民集59巻9号2428頁(法廷写真・イラスト))

10

ピンク・レディー最判の調査官解説によりますと、先ほどご紹介しました昭和44年最大判が承認した肖像権というのは、あくまで私生活上の自由という伝統的なプライバシーから派生したものと捉えられています。

そうしますと、ユーザー自身が、例えば自分の肖像をそのままリアルに再現したアバターを自身の活動上で広く公開している場合には、もはや私生活上の自由、いわゆるプライバシーと呼べないのではないか、そういうことが問題となり得ます。

もっとも、これも別途、ピンク・レディー最判の調査官でありました中島先生が最近の別冊L&Tでも書かれておりますが、そういった場合であっても、受忍限度を超えるような利用態様（これが具体的にどういう利用行為なのかというのはまた問題にはなるのですが）である場合には例外的に侵害が認められることもあり得ると言われております。

もちろんユーザーの活動に伴ってアバターを広く利用していることによって顧客吸引力が認められますと、別途パブリシティ権を行使し得ます。この辺りは、芸能人の肖像等と同じということになろうかと思えます。

ピンク・レディー最判の調査官解説によれば、前掲昭和44年最大判が承認した肖像権は、「**いわゆる私生活上の自由という伝統的なプライバシーから派生したものである**」(中島基至[判解]最判解民事篇平成24年度(上)28頁(2015年))

→ **ユーザ(「中の人」)が自らの肖像をリアルに再現したアバターを広く公開している場合は?**

⇒ **受忍限度を超えるような利用が行われたことを立証できた場合には、例外的に侵害が認められることもあり得る**(中島基至「知的財産権訴訟における肖像権判例の最前線」別冊L&T9号80-83頁(2023年)参照)

・ **「中の人」=アバターに顧客吸引力があれば、パブリシティ権を行使し得る**

また、これも当然でございますけれども、アバターをまだ公開していない状態、あるいは極めて限定的にしか公開していないのに、他人が勝手にそれを撮影などして広く公開するという場合には、基本的に受忍限度を超えていると考えられます。本人が秘密にしているのに、それを他人が勝手に広く公開するということになりますと、これは肖像権侵害を構成し得るケースの方がむしろ多いと思われれます。官民連携会議の「論点の整理」におきましても同様の趣旨が述べられております。

他方、アバターを未だ公開していない状態、あるいは、極めて限定的にしか公開していない状態にもかかわらず、他者がそれを無断撮影等して広く公開することは、受忍限度を超えているとして、肖像権侵害を構成し得るケースが多いと思われる

cf. 「肖像を使用した人物にとっては、当該人物とわかる容ぼうのアバター等が、他者の意図により操作され、その姿が公開されることとなり、そのこと自体が当該人物に与える心理的負担も考慮されるとすれば、一般的には、肖像権侵害に当たる場合が少なくないことが想定される。」(メタバース上のコンテンツ等をめぐる新たな法的課題への対応に関する官民連携会議「メタバース上のコンテンツ等をめぐる新たな法的課題等に関する論点の整理」32頁(2023年)〔以下「官民連携会議」として引用〕

https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/metaverse/pdf/ronten_seiri.pdf)

12

もともと、同じく官民連携会議の「論点の整理」におきましては、実在の人物の肖像が無断で使用される場合であっても、アバターやNPCの行動が、肖像に係る本人の行動と誤認されるおそれがない場合には、本人に与える心理的負担等も異なってくる面があると言われております。これはおそらく受忍限度に関連するのではないかと思います。例えば、その肖像のアバターがパロディーとして用いられている、あるいは決められた動作しかしないNPCに用いられていることが明白な場合、明らかに本人が操作しているかのようなものでなくて、他人が使っていることが明らかな場合には、場合によっては肖像権の取扱いが変わってくるのではないかということも今後の議論の対象となるということとして、結論が明記されているわけではございませんけれども、先ほどの受忍限度との関係でこういった問題も出てくるという指摘がございます。

cf. もともと、「実在の人物の肖像が無断で使用される場合であっても、アバターやNPCの行動が、肖像に係る本人の行動と誤認されるおそれがないような場合には、当該本人に与える心理的負担等も異なってくる面があると想定される。例えば、当該肖像のアバターがパロディとして用いられていることや、決められた動作しかしないNPCに当該肖像が用いられていることが明白な場合に、肖像権の取扱いがどのようになるか等も、議論の対象となる。」との指摘も（官民連携会議・33頁）

まとめますと、これも当たり前のことですが、ユーザー自身をリアルに再現したアバターにつきましても、もちろんユーザーによる肖像権・パブリシティ権行使は基本的には可能ということになります。

他方、他人の肖像をリアルに再現したアバターにつきましても、これも当たり前のことですが、その肖像の持ち主といえますか、当該他者に肖像権やパブリシティ権が認められるわけですので、その人が権利行使できることになります。ユーザー自身が権利行使できるわけではないというのが原則ではあります。もっとも、近時の下級審裁判例によりますと、少なくともパブリシティ権につきましても、独占的利用権の設定が認められておりますので、それを介して、独占的利用権の侵害という形でユーザーが権利行使をすることも認められる可能性もございます。賛否両論あるかとは思いますが、この裁判例に照らしますと、独占的利用権という手法も取れるということになります。

→ ユーザ自身をリアルに再現したアバターについては、ユーザによる肖像権・パブリシティ権行使が可能

・ ユーザ自身ではない他者の肖像をリアルに再現したアバターについては、あくまで、当該他者に肖像権・パブリシティ権が認められるため、その者による権利行使が可能となるのみ

→ ただし、少なくともパブリシティ権については、当該他者がユーザに**独占的利用権**を設定することは可能(大阪高判平成29年11月16日判時2409号99頁(Ritmix))

難しいのが次の話でございまして、自身の本来の肖像ではないものをアバターとして利用した場合に、当該アバターを肖像権やパブリシティ権で保護し得るのかということが目下議論されております。といいますのも、人気VTuberが事務所に所属して、アバターの提供や運用などのサポートを受けて活動している、その事務所から独立・移籍すると自分のアバターを使えなくなる、他の人が従来自分のアバターだったものを使ってしまうということがあり得るのだという指摘がございまして。これは、パブリシティ権で問題となっているバンド名とか、芸名とか、そういった問題とまさに軌を一にする問題がアバターに関しても生じるのだという指摘です。したがって、こういった場合についても、まさにパブリシティ権によって保護を認めるべきではないかということが議論されております。

2. 「デジタルヒューマンアバター」(架空ではあるがリアルな人物)や「キャラクターアバター」

「多くの人気VTuberは、営利企業であるバーチャルタレント事務所等に所属し、そこからアバターの提供・運用などのサポートを受けて活動しているが、事務所から独立・移籍すると、(愛着ある)自己のアバターを継続して利用することが認められず、かえって別の者がそのアバターを利用して活動を始めることさえあり得る。」(原田伸一郎「バーチャルYouTuberの肖像権—CGアバターの『肖像』に対する権利—」情報通信学会誌39巻1号2頁(2021年))

→このような問題状況は、パブリシティ権侵害で問題となっている芸能人等の芸名やグループ名と同様の状況

15

しかしながら、先ほど来申し上げていますように、実在の人物の肖像をそのまま用いたアバターではなくて、架空の人物あるいはそもそも人間ですらない、動物等を模したアバターになるわけですので、そういった意味では自身の肖像とは全く異なるという特徴がございます。この点について参考になりますのは、先ほどご紹介しました最高裁判決でございまして、似顔絵を無断で使ったということが問題となりました。

その際に、人は、自己の容貌等を描写したイラスト画についても、これをみだりに公表されない人格的利益、イラスト画の利用についてもみだりに使われない、公表されない、そういった人格的な利益を持つのだということを述べております。

しかしながら、人の容貌をリアルに再現したものとは違って、作者の主観や技術を反映したものであって、容貌をそのまま映し出したものではない。したがって、人の容貌等を描写したイラスト画を公表する行為が受忍限度を超えるか否かの判断に当たっては、写真とは異なるといった特徴が参酌されなければならないということが述べられております。

前掲平成17年最判

「人は、自己の容ぼう等を描写したイラスト画についても、これをみだりに公表されない人格的利益を有すると解するのが相当である。しかしながら、人の容ぼう等を撮影した写真は、カメラのレンズがとらえた被撮影者の容ぼう等を化学的方法等により再現したものであり、それが公表された場合は、被撮影者の容ぼう等をありのままに示したものであることを前提とした受け取り方をされるものである。これに対し、人の容ぼう等を描写したイラスト画は、その描写に作者の主観や技術が反映するものであり、それが公表された場合も、作者の主観や技術を反映したものであることを前提とした受け取り方をされるものである。したがって、人の容ぼう等を描写したイラスト画を公表する行為が社会生活上受忍の限度を超えて不法行為法上違法と評価されるか否かの判断に当たっては、写真とは異なるイラスト画の上記特質が参酌されなければならない。」

16

また、これは下級審でございますけれども、同様のことが述べられております。

東京高判平成15年7月31日民集58巻5号1699頁(新ゴーマニズム宣言)

「肖像権が保障される根拠は、自己の容貌ないし姿態の撮影及び公表は、個人の自律的判断にゆだねられるべきで、何人もその意思に反してみだりに自己の容貌ないし姿態という情報を他人に取得され、公表される理由はないということにある。そうすると、**肖像権の侵害が問題となるべき行為とは、写真撮影、ビデオ撮影等個人の容貌ないし姿態をありのまま記録する行為及びこれらの方法で記録された情報を公表する行為である**と解すべきである。絵画は、写真撮影又はビデオ撮影のように被写体を機械的に記録するものとは異なり、作者の主観的、技術的作用が介在するものであるから、**肖像画のように写真と同程度に対象者の容貌ないし姿態を写實的に正確に描写する場合**はともかく、**少なくとも作者の技術により主観的に特徴を捉えて描く似顔絵については、これによってその人物の容貌ないし姿態の情報をありのまま取得させ、公表したとは言い難く、別途名誉権、プライバシー権等他の人格的利益の侵害による不法行為が成立することはあり得るとしても、肖像権侵害には当たらないと解すべきである。**」

17

いずれの事案も、あくまで利用者が実在の人物を描いたイラストを無断で公表したという事案ではございますけれども、同様に考えれば、イラストそのものであっても、少なくとも特定人の容貌をそのまま正確に描写したものである限りは肖像権が認められるということとは言えそうでございます。

しかしながら、ここで問題としております特定人の容貌を描写したものではない「デジタルヒューマンアバター」や「キャラクターアバター」につきましても、従来の考え方によりますと、肖像権は認められないということになりそうではございます。しかし近時、むしろ積極的に肖像権を認めるべきだという見解が有力に主張されております。

→いずれも、個人の実際の容貌を基にした被疑侵害者側のイラスト・似顔絵作成に対する肖像権侵害の成否を問題とするものではあるが、同様に考えれば、イラストであっても、それが特定人の容貌を正確に描写したものである限りは、肖像権が認められそう

→しかし、特定人の容貌を描写したものではない「デジタルヒューマンアバター」や「キャラクターアバター」(※「キャラクターアバター」であっても、特定人の容貌を正確に描写したものはあり得る)については、肖像権は認められないことに

⇔**アバターの肖像について肖像権を認める見解も(原田・1-11頁)**

18

まさにアバター自身を、「中の人」すなわちユーザー自身の「肖像」と捉えて、その利用を肖像権の支配下に置くのだといった考え方が提示されております。もちろん、デジタルヒューマンアバターやファンシフルキャラクターであれば、端的に著作権で保護し得るわけです。しかしそういったアプローチでは、著作権や著作者人格権がVTuber本人とは異なる主体（アバター作成者など）に帰属することがあります。その場合、VTuberは何も権利を持たないことになってしまいます。そこで、アバターを「著作物」としてのみ捉えるのではなく、人の「肖像」とも捉えるというアプローチが出てくるわけです。分身アバターだけではなく、デジタルヒューマンアバターやキャラクターアバターであっても、肖像権を積極的に承認しようという考え方が出てきたわけでございます。

「CGアバターを『中の人』の『肖像』と捉え、その利用を『肖像権』の支配下に置く」考え方（原田・2頁）

アバターを著作権・著作者人格権で保護するアプローチでは、これらの権利がVTuberとは異なる主体に帰属する場合、「VTuberにとって自己の活動・アイデンティティの根幹とも言えるアバターが、『自分のものではない』ことになる」ため、VTuber本人の権利・利益は十全には保障されない（原田・2頁）

→「CGアバターを『著作物』としてのみ捉えるのではなく、ある人の『肖像』とも捉える」（原田・2頁）

⇒「分身アバター」ではなく、著作物たり得る「デジタルヒューマンアバター」や「キャラクターアバター」にも積極的に肖像権を承認

19

この見解は、たとえばデーモン閣下のような特殊メイクとか、あるいは覆面プロレスラーであっても、本人を識別・特定できるものが肖像だという理解に立った上で、その外観を見て本人を識別・特定・同定できるものである限りは、それはその人の「肖像」と認めてよいと主張します。

「VTuberは、単なるキャラクターではなく、自然人たる『中の人』のアバター（分身）であるという点が重要である。たしかにVTuberのCGアバターは『人』（人体）由来の肖像ではないかもしれないが、**実在の人物の『人格』に紐付けられる（牽連性のある）肖像**である。」（原田・5頁）

「後ろ姿や、上着などをすっぽりかぶっている姿」、「デーモン閣下のように特殊なメイク姿をアイコンとして活動している者」、「覆面プロレスラー」であっても、「**本人を識別・特定するものが、その人の『肖像』であるという理解に立てば**」、**その外観が本人を識別・特定・同定できるものである限り、その人の「肖像」と認められる**（原田・5頁）

20

VTuber にとっての CG アバターも、まさに先ほどの覆面レスラーの覆面と同じであって、アバターという覆面を被っているのに近いというわけです。本人を識別・特定できるものがその人の「肖像」だという理解に立てば、VTuber が用いる CG アバター自体がその VTuber 本人の「肖像」と認めて差し支えないということになります。

→「VTuberにとって、CGアバターは『服』のようなもので、アバターというファッションを全身にまとまっているという感覚にも近い。本人の実際の姿を表しているか・似ているかではなく、**本人を識別・特定するものが、その人の『肖像』であるという理解に立てば**、VTuber が用いるCGアバターが、『中の人』の実際の姿、『肉』（体）の顔をまったく反映していなくても、彼女・彼の『肖像』と認めることに障害はないはずである」（原田・5頁）

⇒**アバターの専属的・継続的利用権**（みだりに自己の肖像の作成・利用をされないという消極的権利に留まらない**積極的権利**）を「中の人」の「肖像権」として承認（原田・5-8頁）

21

以上のような考え方が学説から指摘されているわけですが、興味深いことに、ピンク・レディー最判の調査官解説におきましても、今ご紹介した考え方と近いことが言われております。すなわち、「肖像」とはまさに本人の人物識別情報を指すのだと述べられているのです。

例えば、声はともかく、サインとか署名といったものも含む。あるいは、本人に似ている動物の図柄を本人を示すものとして付したキャラクター商品も存在するが、こういった図柄であっても、需要者が本人を識別できるものとして著名であれば、これはもう人物識別情報なのだから「肖像等」に含まれるというわけです。あるいは、グループ名もそうだし、パロディーについても、それを見れば本人が識別できるというものであれば、同様に「肖像等」に含まれると述べられています。

・「本人を識別・特定するものが、その人の『肖像』であるという理解」は、前掲ピンク・レディー最判の調査官解説が示した考え方に近い

「『肖像』とは、本人の人物識別情報をいうものであり、例えば、サイン、署名、声、ペンネーム、芸名等を含むものである。本人に似ている動物等の図柄を本人を示すものとして付したキャラクター商品も存在するが、上記図柄が『需要者』にとって本人を識別するものとして著名であるような場合には、本人の人物識別情報といえるから、『肖像等』に含まれると解されよう。グループ名も、『人物』の集合体の識別情報として特定の各人物を容易に想起し得るような場合には、これに含まれるといえる」(中島・判解41頁)。また、「肖像等を滑稽化・諷刺化するパロディーは、…本人の人物識別情報そのものであるから、『肖像等』に含まれるといえる」(中島・判解42頁)

23

実際、ロックバンドのあくまでグループ名につきましても、人物の集合体の識別情報として、構成員を容易に想起し得る程度に著名な場合には、芸名と同様にパブリシティ権が認められるのだということを下級審ながら明言した判決もございます。

cf. 東京高決令和2年7月10日判時2486号44頁(ロックバンド)

「人は、その氏名や肖像等を自己の意思に反してみだりに使用されない人格権的権利を有している。芸能人等が実演活動で使用する芸名やその肖像等については、これを商品の広告等に使用することによって需要者に当該芸能人を識別、想起させ、当該芸能人に対するあこがれや敬愛等を喚起することにより商品の販売等を促進する顧客吸引力を有する場合があるが、このような顧客吸引力を排他的に利用する権利(いわゆるパブリシティ権)は、芸名等自体の商業的価値に基づくものであるから、上記の人格権に由来する権利の一内容を構成するものといえることができる。そして、**実演活動上のグループ名についても、人物の集合体の識別情報としてその構成員を容易に想起し得るような場合には、芸名と同様に、当該グループの構成員各人に人格権に基づくパブリシティ権が認められると解するのが相当である**」

24

まとめますと、本人の人物識別情報と言えれば、かつ、それが顧客吸引力を有する限りはパブリシティ権の客体になり得る。しかも、ピンク・レディー最判におきまして、権利の客体であります「肖像等」というものは、パブリシティ権の客体だけではなくて、肖像権の客体としても共通して用いられておりますので、たとえそれが顧客吸引力を持っていなくとも、同様に「本人の人物識別情報」であれば肖像権の客体にもなり得るといった結論に至る可能性もございます。

⇒「**本人の人物識別情報**」であり、かつ、それが顧客吸引力を有する場合にはパブリシティ権の客体に

ピンク・レディー最判において、「肖像等」は、パブリシティ権の客体のみならず、肖像権の客体としても共通して用いられているため、たとえ、それが顧客吸引力を有していなくとも、同様に「本人の人物識別情報」であれば、肖像権の客体にもなると解される

25

このように、ピンク・レディー最判の調査官解説の立場に仮に立ちますと、先ほどからご紹介していますデジタルヒューマンアバターやキャラクターアバターにつきましても、必ずしもユーザーの容貌をリアルに再現したものではなくても、仮に需要者がそれを見て本人を識別できる程度に著名性を獲得している場合には、本人の人物識別情報になりますので、こういったアバターにつきましても「中の人」の「肖像等」に含まれることとなります。

⇒ピンク・レディー最判調査官解説の立場に立てば、「デジタルヒューマンアバター」も「キャラクターアバター」も、ユーザ（「中の人」）の容貌をリアルに再現したものではないが、それらが、「『需要者』にとって本人を識別するものとして著名であるような場合には、本人の人物識別情報といえるから、『肖像等』に含まれる」ことに

ただ、このような結論で良いのかということについては、若干の疑問が残るところではございます。調査官解説自身が以上のように述べているのに、ピンク・レディー最判の文言を引いてきて、そのような考え方はおかしいのではではないかと批判するのもしかたなものかと思うところもございますが、ピンク・レディー最判自身も「肖像等」はあくまで「個人の人格の象徴等」と述べておりますので、単に本人を識別できる情報でありさえすれば常に保護できるのだといった考え方で本当に良いのか、権利の客体が広くなり過ぎないかというところが問題となり得ます。

古い例で恐縮ですが、レディー・ガガのように、その人特有の独特な衣装・コスチューム・ファッションを見れば、あの人だと分かるというときに、ファッションそのものに対してパブリシティ権を認めて良いということになりかねないわけでして、それが妥当なのかが問題となります。個人的には、こういった個人の人格と密接な関係があると言い難いようなものは、パブリシティ権の客体あるいは肖像権の客体にするのは妥当ではないと思います。

他方、そのようなことを言いますと、例えば芸名なども、後天的・人為的に付けられたものですから、そういう意味では個人の人格の象徴と言えるのかというのは怪しいということになってきます。この辺り、客体の切り分けをどのような基準で行うかということが非常に難しい問題になろうかと思えます。

私自身はその客体の切り分けについて定見には至っておりませんが、いかんせん人格権に由来する権利ですので、あまりにこれを広く認めることには慎重であるべきではないかと考えております。あまりに人格の象徴から離れたものにまで保護を広げるのは権利本来の趣旨に沿わないのではないかと思います。

⇒ピンク・レディー最判は、「人の氏名、肖像等(以下、併せて『肖像等』という。)は、**個人の人格の象徴**である」と述べているところ、「本人の人物識別情報」と言えれば、常に「個人の人格の象徴」と認められるのか？ 権利の客体が広くなりすぎないか？

本人を識別することができる情報であっても、**個人の人格と密接な関係にある**とは言い難いようなものは、「個人の人格の象徴」とは認められないのではないか？ (上野達弘「人のパブリシティ権」吉田克己=片山直也編『財の多様化と民法学』419頁(商事法務、2014年))

ただ、仮にこういった調査官解説のような考え方を取ったとしても、アバター自体は非常に有名だけれども、「中の人」とは別に切り離されて、アバター自体が独立の存在として著名性や顧客吸引力を持っているという場合には、「中の人」を識別できず、アバターを見てもあの人のアバターだと識別できませんので、この場合にはいずれにしましても肖像権やパブリシティ権保護は認められないことになります。そうしますと、基本的に保護範囲も限定されますので、こういった考え方を取っても、いたずらに権利範囲が広がることはないということになるかもしれません。

仮に、「『需要者』にとって本人を識別するものとして著名であるような場合には、本人の人物識別情報といえるから、『肖像等』に含まれる」という立場を取ったとしても、**アバターによって「中の人」を識別できない場合**、すなわち、「アバターの名前や肖像が、特定の実在人の人格の象徴とはいえず、それ自体独立の存在としての著名性や顧客吸引力を有する場合」(誠子夜火猫(金子敏哉)「知的財産権の対象としてのアバターの名前・肖像(あるいは私自身)」法学教室515号24頁(2023年))には、**肖像権・パブリシティ権保護は認められないこと**に

29

他方、これも近時、AIで人の声を無断で合成して歌を歌わせるといったことが問題となっておりますけれども、声もちろん本人を識別できるような情報である場合、すなわち、著名な声優さんとか、その声を聞けばあの人だと分かるという場合につきましては、これは声でございますので、その人の人格と密接な関係が認められます。こういったものがパブリシティ権の対象となるということは問題なからうと思います。

cf. 「声」は、本人を識別することができる情報であり、かつ、個人の人格と密接な関係にあるため、「個人の人格の象徴」と認めることができる

→ユーザ(「中の人」)がアバターを通して発する声も、それが顧客吸引力を有する限り、パブリシティ権の対象となる

30

最後、駆け足になってしまいましたけれども、私の報告は以上とさせていただきます。ご清聴ありがとうございました。

【鈴木】 ありがとうございます。

アバターにつきまして、愛知先生ご自身から説明がありましたように、著作権などとの関係は既に研究をされていたところ、今回は肖像権・パブリシティ権との関係についてご検討いただきました。

ご質問、コメントなどはございますでしょうか。

では、ご質問等が出る前に、肖像権やパブリシティ権の保護対象の問題とは別に、どういう行為に対してその権利を主張できるのかという辺りについて簡単にコメントをいただけますでしょうか。

【愛知】 仮にパブリシティ権の対象となる場合には、権利主張を行うことができる行為は、ピンク・レディー最判で述べられていたとおり、専ら顧客吸引力の冒用と言える行為がそれに当たろうかと思います。例えば、VTuberとして活動をしている人Aがいて、全く別のVTuberであるBが、Aのアバターを使って同じようにVTuberとしての活動を始めるとか、もちろん広告に使うというのが典型例ですけれども、そういったケースもあり得ると思います。

肖像権につきましても、先ほど申し上げましたように、限定的にしか使っていないときに、それを広く公開するというのが典型例ですし、あるいは広く公開している場合であっても、アバターの利用方法がその人の評判を落とすような使い方をするとか、そういうケースが典型的ではないかと思います。メタバース内でどういう行為であれば侵害となるかというのは難しいかもしれませんが、基本的に同じように考えれば良いと思います。

肖像権やパブリシティ権の対象になればどういう場合に権利侵害となるのかという問題につきましては、基本的に通常の肖像権やパブリシティ権と同じように考えれば良い、すなわち、実在の人物の肖像あるいは氏名が使われた場合と同じように考えれば良いと思います。

【鈴木】 ありがとうございます。

オンラインで質問が出ております。「アバターの肖像について商標法4条1項8号で商標登録阻却事由になる可能性はありますでしょうか」。

【愛知】 「他人の肖像又は他人の氏名若しくは名称」、ですから、同じ話かもしれません。少なくとも冒頭に申し上げた「分身アバター」につきましては、実在の人物の肖像をそのまま使っていますので、アバターの利用イコール肖像の利用となり、それをそのまま商標登録出願しているのだと理解できる場合には、4条1項8号に該当する可能性もございます。

他方で、4条1項8号の趣旨は、まさに、人格的利益の保護に求められていますので、デジタルヒューマンアバターやキャラクターアバターにつきましては、先ほど申し上げましたように、人格の象徴としての「肖像等」に当たるのかという問題が同じように当てはまりそうです。基本的には私自身は8号に該当するというのは難しいかなと思います。先ほどの調査官解説もあくまでパブリシティ権の客体となり得るかという文脈で議論をしておりますので、人物の識別情報であれば肖像に該当し、それを含むような商標を出願した場合はどうなのかという問題とは、直ちには結びつかない可能性はあろうかと思えます。

ちょっとお答えになっていないかと思えますけれども、私はあまり意識していない問題でございましたので、もう少し考えてみたいと思います。どうもありがとうございました。

【鈴木】 ありがとうございます。

アバターに限りませんが、肖像権とかパブリシティ権の保護はもちろん大事ですが、一方で、話のところどころで出てきたパロディーとかは、表現の自由などの関係で非常に重要な活動だと思います。

あるいは、最後に「声」が出ましたけれども、有名人の声がパブリシティ権の対象となってしまうと、物まねはどうになってしまうのだろうという、俗な話になってしまいますけれども、そんなところも気になりますね。

そういう他の法益的なものとの関係は留意が必要だと思うのですが、その辺について、愛知先生、何かコメントはございますか。

【愛知】 声の場合には、基本的には先ほど申し上げましたように、ピンク・レディーの侵害要件に該当するかどうかというところがポイントになりますが、そもそも単に物まねをただけということでは、あくまで本人の声まねをしているだけで、声自体は物まねをしている人自身の声であって、本人の声をそのまま用いているわけではありません。また、本人の顧客吸引力を専ら冒用したことにはならないケースが一般的ではないかと思えます。

ただ、よくあり得るのが、例えば、元の声優さんの声をAIで合成してその商品を宣伝するようなアナウンスを作ってCMを流す。これはパブリシティ権侵害と言っていいと思います。けれども、物まねになりますと、物まねをする人側の実演といいますか、技能が反映しますので、その辺りで線は引けるのかなと思います。

【鈴木】 ありがとうございます。

他の講演者からはいかがでしょうか。

【谷川】 肖像権の侵害の判断基準で受忍限度論をおっしゃいましたよね。この受忍限度で様々な事情によって違法性を考えようという思考枠組みをするときに、そもそも肖像権があるかないかということを検討する必要性はあるのでしょうか。

【愛知】 民法の不法行為法学で言われている違法性理論・相関関係説のような、厳密な意味での権利侵害がなくとも行為が違法と評価されれば不法行為になるという考え方でしょうか。私自身は、不法行為につきましても、権利・法益自体の保護を直接の目的とするもの（不法行為を理由とする損害賠償請求権も、侵害された権利・法益を原状回復できない代わりに、本来の権利・法益の価値代替物として認められるもの）という民法学説が妥当だと考えておりますので、まずは、保護されるべき権利・法益を措定する必要があると思

います。他方で、加害者側にも固有の権利・法益や自由がありますので、それらを衡量する作業の場として、受忍限度論が用いられているのだと考えています。ただ、これはあくまで説明の違いかもしれません。

もっとも、ご報告の中でご紹介した昭和44年の最高裁大法廷判決も、「これを肖像権と称するかどうかは別として」と留保を付しておりましたので、厳密な意味で「肖像権」という「権利」と把握することは必然的ではないかもしれません。とはいえ、少なくとも法律上保護されるべき利益（法益）には当たると思います。いずれにしても、肖像権という権利・法益が認められるかを前提問題とした上で、その利用形態が受忍限度を超えているかどうかで基本的に判断するというのが従来の枠組みだと思います。それはもちろん客体が文字どおりの「氏名」、「肖像」でしたので、権利・法益が当然に成立するということを出発点に、利用態様を受忍限度を超えているかどうかの問題となっていました。これに対して、アバターは人為的に創作されたものですので、それがまさに肖像権の客体に含まれるかどうか自体を先決問題とした上で、仮にそれが認められたとしても利用態様によっては結果的に侵害が否定されるケースも出てき得るというお話です。

ただ、今回のご報告は、後者のお話にはあまり踏み込まずに、まず前提問題としてどういうものが肖像等に該当するかというところに重きを置いてご説明しました。仮にアバターが肖像に該当するとしても、無断利用が全て侵害となるわけではもちろんありません。

【谷川】 他方で、パブリシティ権があるという、これは総合較量はせずに3類型で決まってしまうので、侵害の範囲が分かりやすいですかね。

【愛知】 そうですね。そこは「専ら」基準で見るということです。それが緩いか、厳しいかはケース・バイ・ケースかもしれませんが、経済的価値の冒用ということがメインですので、そういう意味では結果として緩やかに認められるというものはあるかもしれません。

【鈴木】 ありがとうございます。ほかに、講演者の方からでも、あるいは会場なりオンラインの方からでも。会場で手が挙がりましたのでお願いいたします。

【受講者】 私もよく分からないのですが、アバターの権利行使についてです。権利行使というのは、根拠としては具体的には差止請求権・損害賠償請求権になると思うのですが、その具体的事例としては、有名なアバターをTシャツに入れるということが考えられるのですが、一つ抗弁事由としては、著作権法のたまたま一緒になったとか、そういったことで争われるのでしょうか。創作性についての判断だとか、そういったことと、差止めないし損害賠償をする根拠です。

つまり、具体的に特許法であれば条文があると思うのですが、キャラクター法とかはそういうものはなかったと思いますので、その点、アバウトな質問で申し訳ございません。

【愛知】 ありがとうございます。

肖像権・パブリシティ権は、あくまで「本人」・「その人」自身の人格権に由来するものです。つまり、Aさんが自分の肖像をそのままリアルに再現した分身アバターを使ったところ、それがたまたまBさん自身の肖像とそっくりであった。ドッペルゲンガーのように、たまたま、AさんとBさんの肖像がそっくりであったという場合でも、Aさんはあくまで、Aさん自身の肖像を利用しただけですので、Bさんからその肖像の利用を差し止められることはないと思いますし、反対に、AさんがBさんの肖像利用を差し止めることもできないと思います。21枚目（本誌51頁）のスライドに、「アバターの専属的・継続的利用権（みだりに自己の肖像の作成・利用をされないという消極的権利に留まらない積極的権利）」という考え方をご紹介しておりますが、単に自分の肖像を他人に勝手に利用されないという消極的な権利だけでなく、自身の肖像を他人に妨げられることなく自由に利用できるという意味での積極的な権利として肖像権があるということです。この点は、ご報告では省略しましたが、ピンク・レディー最判の調査官解説でも、ピンク・レディー最判が承認した肖像権は、「肖像を専用的に使用する権利として新たに承認されたもの」（中島基至〔判解〕最判解民事篇平成24年度（上）28頁（2015年））と位置付けられているところにも通じます。

これに対して、Aのアバターとして、架空ではあるがリアルな人物としてデジタルヒューマンアバター

を作成したところ、それがたまたま実在の人物Bの肖像と似てしまったという場合は、以上の話とは違いが生じます。すなわち、ご報告でも申し上げたとおり、私自身は、デジタルヒューマンアバター自体は、実在の人間の肖像ではないため、肖像権が発生しないと考えております。したがって、Bさんが自身の肖像をリアルに再現したアバターを利用する場合、それはAのデジタルヒューマンアバターの肖像権を侵害するものではない（そもそも肖像権は発生しませんので）と考えます。それでは、反対に、BがAのデジタルヒューマンアバターの利用を肖像権侵害を理由に止めることができるのでしょうか。実は、この話こそ、スライド7枚目（本誌40頁）の「④アバターの肖像が実在する他者の肖像と同一である場合、肖像権・パブリシティ権侵害を構成するか」というところで扱った問題です。例えばAIでアバターを作ったというときに、完全に架空のアバターとして作ったのだけれども、それがたまたま他人Bの肖像に似ていたというときに、そのBさんがアバターの利用を差し止めることができるかということが理論的には問題となっています。

AIがBさんならBさんの肖像をまさに学習していて、そこで出てきたのであれば権利行使できるけれども、そうではなくて、AIはBさんの肖像を全く学習していないのに、たまたま出力されただけでは、Bさんの肖像とは関連性がない以上、出てきたものがそっくりそのままであっても差止めは認められないのではないか、そういう議論もあります。しかし、私自身は、Bさんから警告なり何なりがあって、Bの肖像と同じだと認識したにもかかわらず、そのアバターの利用を継続するとBの肖像権を侵害することになり許されないと思います。A自身の肖像をそのままリアルに用いているわけではない以上、そのアバターの利用については、やはりBの肖像権を優先させるべきだと思います。もちろん、Bの肖像をAIが全く学習していないのに、たまたま出力されたというケースなどでは、過失は否定されると思いますので、少なくとも、Bから警告等を受けるまでの損害賠償については否定されます。詳しくは、「別冊パテント」の私の論文をご参照頂ければ幸いです。

【鈴木】 ありがとうございます。

会場からのご質問をいただきます。

【受講者】 アバターのパブリシティ権について、ピンク・レディー事件の理解にもよりますが、アバターであっても本人を識別する情報と言える場合にはパブリシティ権を認める余地もあるかなというお話だったと思うのですが、片や、物のパブリシティ権については、ギャロップレーサー事件ではっきりと権利が否定されています。

そうすると、例えばVTuberとか、その物について、本人識別情報とも言えそうにないとなると、それはギャロップレーサー事件の方の考え方に照らして考えればいいのか、それとも、物でもないし、完全な本人識別情報でもない、何か中間的な領域があるのか、その辺り、ギャロップレーサー事件との関係について何かお考えがあれば教えてください。

【愛知】 ありがとうございます。

アバターがそもそも本人識別情報と言えそうにない場合、あるいは、仮にピンク・レディーの調査官解説に反対する立場に立つと、仮に本人識別情報であったとしても、アバターは人のパブリシティ権では保護できません。そうすると、基本的に人のパブリシティ権として保護を享受できない以上、後は、著作権等によって保護できる可能性が残されているだけということになるかと思います。

また、おっしゃるように、人でもないし、物でもない、真ん中の中間領域に何か第三のパブリシティ権を創設するということは大変興味深い考え方ではありますが、少なくとも差止めを認めるような排他的な権利というものを何ら理論的根拠もないままに認めるというわけにはいきません。人のパブリシティ権が認められるのは、まさに人格権に由来するからこそです。片や、物のパブリシティ権というのは、まさに顧客吸引力がありさえすれば排他権を認めるということにつながりかねないのですが、法的根拠もないままにそういった排他権を創設することは、基本的に認められないというのが最高裁の立場だと思います。

そういう意味では、人格権に由来しないにもかかわらず、物以外の何らかの第三のパブリシティ権を創設することは理論的には難しく、妥当ではないと思います。少なくとも、最高裁の立場を前提とする限りは難しいかなと思います。

【受講者】ありがとうございます。

【鈴木】ありがとうございました。

それでは、愛知研究員のご講演は以上とさせていただきます。どうもありがとうございました。

【司会者】続いて、弁理士の酒井将行研究員から、お願いいたします。

【酒井】ご紹介にあずかりました弁理士の酒井でございます。

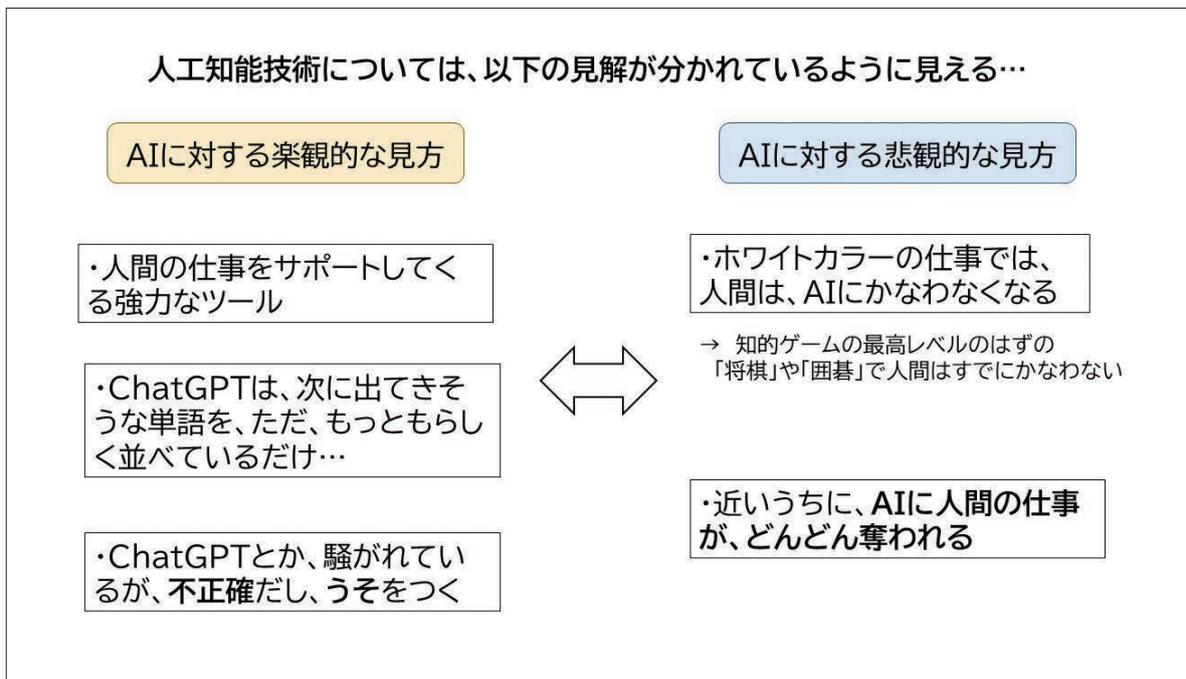
今日は、「人工知能学習に利用する学習データの帰属・属性と知的財産権の保護」ということでお話しさせていただきます。

今日のお話ですけれども、最初に人工知能技術、皆さんよくご案内のところと思いますが、その概観といえますか、現状をちょっとだけ見てみたいと思います。その後、ほかの先生方と大変違いました恐縮なのですけれども、技術的な内容のお話をまずさせていただきます。

これは、特に、ChatGPTと呼ばれている言語モデルをご説明するのは、後でお話するデータの意義づけを説明する前振りということもあるのですけれども、私は弁理士ということで技術内容のお話もさせていただきます。

あと、これはほかのところに出てきているところなので軽く話したいと思いますが、今、法律的な側面からデータ利用に対しての制限がどうなっているかということをお話しして、最後に、そういうデータを利用するための技術とか知財のお話を、今日お話しできる範囲でということで、特に特許権についてお話をしたいと思います。

人工知能技術は、今いろいろなところでいろいろな話題が出ておりますけれども、見方としては大きくはこの2つに分かれていると言うべきか、同じなのかもしれませんが、非常に楽観的な見方をされる方としては、人間の仕事をどんどんサポートしてくれるツールがこれからできていくのだという一つの大きな考え方です。



そういうふう楽観的に見ている一つの理由は、何だかんだ言っても、まだ人間のほうが上でしょうと思っ
ているところがあると思うのですが、ChatGPTとか言っていますけれども、次に出てくる単語をもっとも
らしく並べているだけではないのかというようなご意見とか、不正確だし、うそをつくこともあるのだよと
いうことをおっしゃる方もおられます。一方で、非常に悲観的な見方としては、これから人間の仕事がどん
どん AIに奪われていってしまうのではないかと、みたいなことをおっしゃる方もおられるかと思ひます。

この楽観的な見方をサポートしているかどうかは微妙なのですけれども、今、代表的なものとして3つぐ
らいチャット AIと呼ばれているものがあるのですが、今年の大学入試の共通テストをそれに解かせてみた
ら何点取れるかというのをやられた方がおられます。

GPT-4というのが、今のところ一番有名だと思うのですけれども、見ていただくと分かりますように、
ほぼほぼ平均点を超えている。ですので、今や、もう人間の高校3年生よりはできるようになっているとい
うのが人工知能の現状と思ひます。

数学の点数が悪いのがちょっと意外な気もするのですけれども、では、数学はまだ不得意なのかといいま
すと、悲観的な見方なのかどうかは微妙ですが、ディープマインドという AIの研究をずっとしていらっし
やる会社で、いわゆる大規模言語モデルというもので数学の未解決の問題を解いたというニュースがありま
した。

ですので、これは大きく3つぐらい重要な点があると思うのですけれども、1つ目は、未解決の問題です
ので訓練データに含まれていない新しいことを導き出したということになります。ですので、単に、もっと
もらしく何かを並べているだけというわけではもう決してないということですね。

2つ目が、どうやって解いたかということですが、プログラムコードを自動的につくってくれる
AIなのです。ですので、問題を解くためのプログラムコードのところは空白にしておいて、どんどん人
工知能に提案させて、「2番目のアルゴリズム」と書いてありますけれども、これで確認して、採点して、
できていたらよしですが、できてなければもう一回やりなさいということをぐるぐる回して問題を解
かせるということをしたということになります。これは後でも少し出てくるのですけれども、今の人工知能
の技術でこういうふう生成させて、それを何かほかのもので評価するというのは非常によく行われること
ですので、一つここはご記憶いただきたいと思ひます。

3番目ですが、この解き方を見ていただいたら分かりますように、明らかに人間が考える道筋とは
違うやり方で解いているということです。ただ、正解といひますか、回答といひますか、そこにたどり着
く道は決して1つである必要はないので、コンピューターはコンピューターにとってやりやすい方法で最後
に上っていけばいいと思ひますので、そうすると、こういうやり方とはいえ、人間がまだ解いたことがな
い問題を解けるようになっているのが現状と思われまひます。

これもこの分野をよくご存じの先生方にとってはよくご存じのところだと思ひますけれども、人工知能と
呼ばれているものは、学習のために何らかのデータを使って、人工知能学習のアルゴリズムというもので学
習処理をさせることで学習済みモデルができる。モデルができたもので、特に今、生成系 AIと呼ばれてい
ますので、何か生成物ができてくるとき、それを一体どう考えるかというのが非常に重要な論点ではあるの
ですけれども、今日特にお話したい一番メインのテーマは、むしろ最初のデータ側のお話になります。

「法的」と書きましたが、若干技術的なところも含んでいるのですけれども、人工知能の学習ということに対して、法律とか倫理的などというところが課題があるかというところです。

本日、学習に利用されるデータについての背景

人工知能の学習における法的・倫理的な課題

- 1) 学習データに存在する権利
 - a) 個人データの保護
 - b) プライバシー（肖像権）
- 2) 学習データの準備の負荷、データのバイアス・出力結果の偏り
 - ・技術的な意味での偏り → 学習データに対する「品質問題」
 - ・倫理的・思想的な意味での偏り
- 3) 人工知能を利用したビジネス形態の一部変容
 - ・「大規模な基盤モデル」→「(転移学習+)ファインチューニング」「検索拡張生成」
 - 特許権は、効力を有するか？何に対して効力を考えるべきか？
- 4) 著作権上の問題
 - ・AI生成物に著作権が発生するか？
 - ・学習は、どこまで認められるか？(アーティストのレガシーへのフリーライド)
- 5) 情報漏洩・セキュリティー

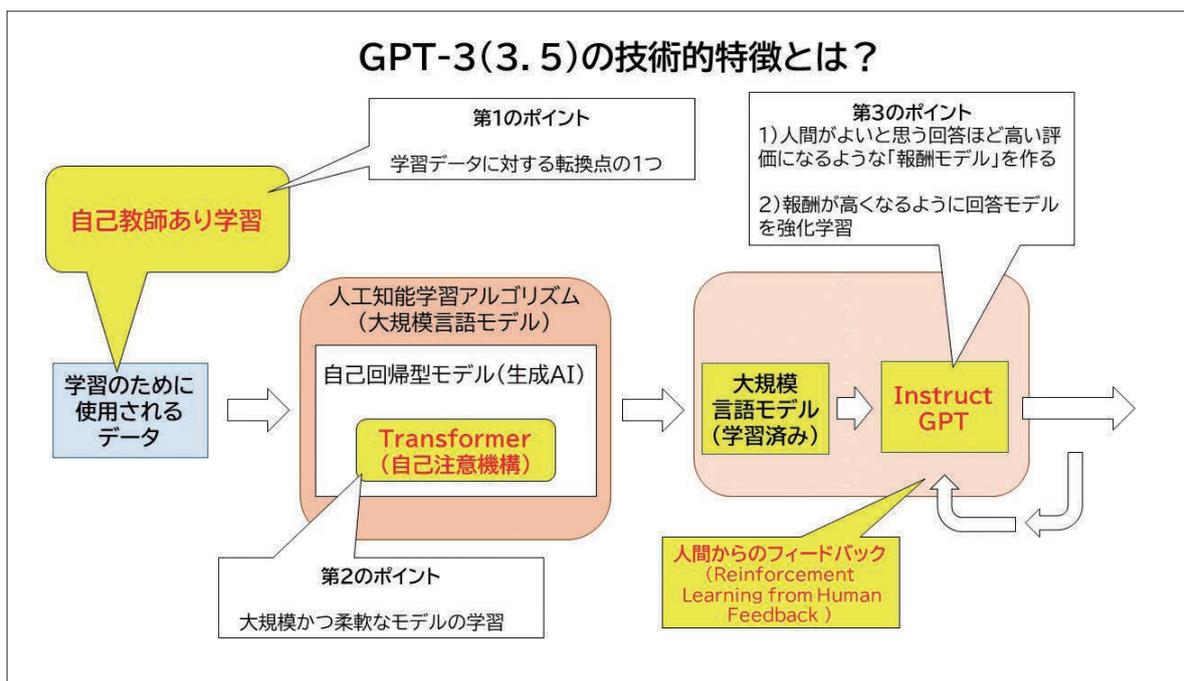
1つは、学習データに存在する権利として一番よく言われていますのが個人データ、個人情報の保護があると言われています。

2番目に、学習データというのが、言い方はちょっと悪いかもしれませんが、人間ほどまだ人工知能は賢くはないので、データが山のように必要という意味では、学習データをつくるのに、あるいは準備するのに非常に負荷がかかる。あと、データについてどこかに偏りがあったり、あるいは先ほどChatGPTで誤りというような言い方もありましたけれども、出力に偏りが出てくるところが問題なので、学習データの品質をどうするかが問題であると同時に、出てくるものがだんだん人間のしゃべっている言葉と同じレベルになってきていますので、思想的な、倫理的な偏りをどうするかというのが問題になります。

3番目、今日はあまり時間を割かないのですけれども、そういう大規模な人工知能のモデルができてくることを前提にして、人工知能を使ってどういうビジネスをするかというところで、特に最近多くなっているといえますか、方向性としては、そういう大規模な基盤モデルがあるというのが前提で、その前提に対して、例えば特定の用途に対してうまく動く人工知能をどうやってつくっていくかみたいところにむしろ商機を見いだすといえますか、そこをビジネスにしている会社さんが多いのではないかと思います。

そこには、後でもちょっと出てきますけれども、ファインチューニングということで、モデルを再移動、再学習するなどして、ある特定用途に合わせる、あるいは検索拡張生成（RAG）というのは今日は申し上げませんが、入力側のデータに工夫をすとか、著作権上の問題はいろいろなどころでお話が出てきているところだと思いますけれども、当然に問題があるとともに、情報漏えいとかセキュリティーも問題になるというのが現状だと思います。

まず、人工知能技術のトレンドというところで、しばらく技術のお話で恐縮なのですが、ChatGPTと呼ばれているものがどういう構成なのかというのをざっと書くとこんな形になっています。



先ほどからお話ししているとおり、学習のためにデータを使っていて、大規模言語モデルと呼ばれるモデルをつくっていくのですが、その中に Transformer という技術が使われています。これはちょっとだけ後でご説明します。日本語だと自己注意機構と呼ばれます。それから、モデルができた後に、もう一度ある意味学習をさせてといいますか、出口のところで調整するという処理が行われています。

この学習データのところで、自己教師あり学習がされています。これが第1の非常に大きなポイントなのですけれども、今までの教師あり学習と呼ばれていたものに対しての大きな転換点の一つになっています。あと、Transformer と呼ばれるものは、非常に大規模で柔軟なモデルをつくることに非常に適したモデルになっています。

一方で、先ほど申し上げましたように、出てくる情報について人間から見て不適切とか答えるべきでない問題もありますので、そういうところのフィードバックをすることが3つ目のポイントになります。これは、「人間がよいと思う回答」ほど「高い評価」が出てくるようにモデルを学習させて、出力にあまり変なものが出てこないようにするという技術になります。

ここも細かくお話しするようなことではないかもしれませんが、自然言語処理と呼ばれていて、私たちが普通日常的に用いている言語をコンピューターで扱うという分野のことですけれども、そこで取りあえずまず文章のデータをコンピューターが扱えるデータに変換しないとイケないので、ここは「エンコード」と呼ばれたりします。

自然言語処理 人間が日常生活で用いている言葉(自然言語)をコンピューターにより取り扱う分野。
機械翻訳や検索エンジン、チャットボットなど

1) エンコード : テキストの系列データへの変換(テキストを、コンピューターが扱えるデータに)

元文書

I am playing tennis with my friend.

単語単位での分割

I	am	playing	tennis	with	my	friend
---	----	---------	--------	------	----	--------

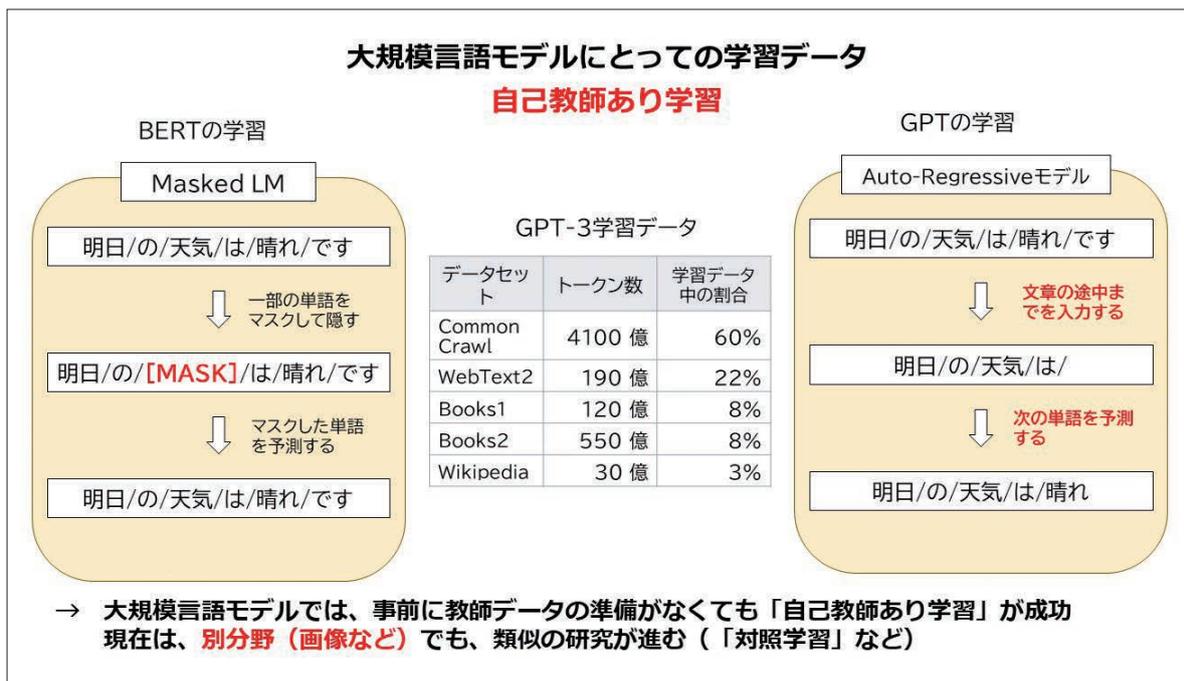
サブワード単位での分割(トークン単位)

I	am	play	#ing	tennis	with	my	friend
---	----	------	------	--------	------	----	--------

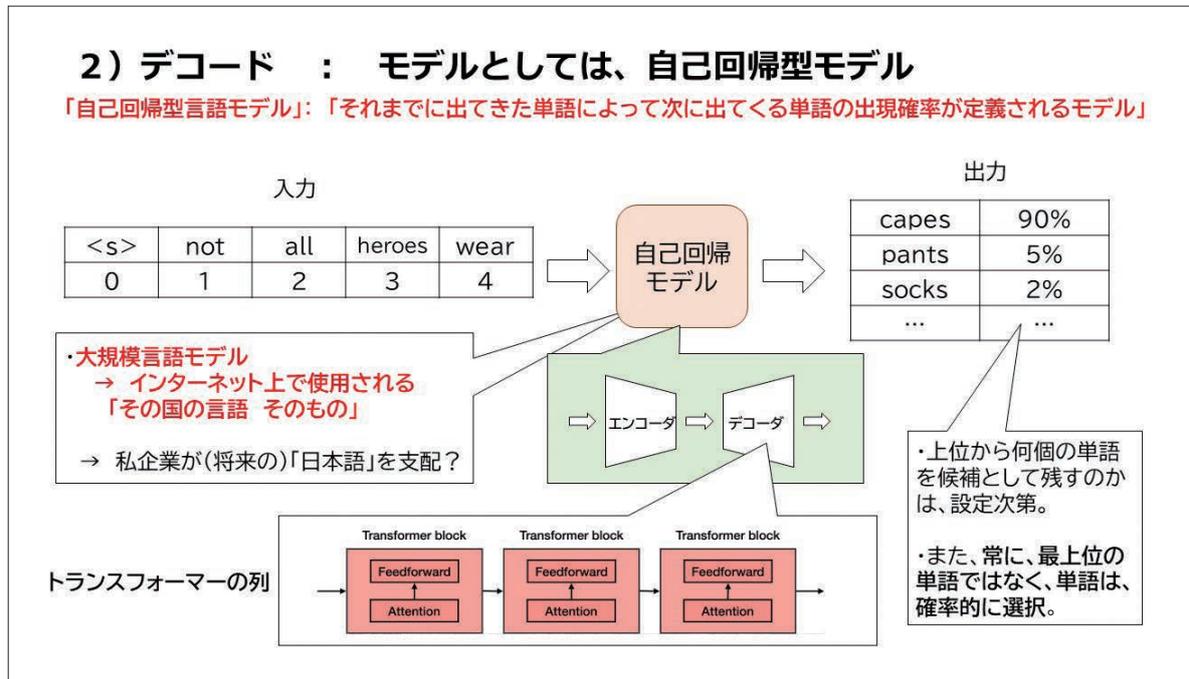
ここに書いてあるような「私は友達とテニスをします」という元の文章を、単純に考えると単語で分けるというのが一つの方法なのですが、人工知能的には今は「トークン」と呼ばれ、単語をもう少しだけ分割したものを単位としてデータとして入力する。これをさらに実際は数値のデータに変換するのですが、それはここではおいておきます。あと、数値のデータと、単語がどこの位置にいるか、そういうことをデータの中に入れ込むという作業がされます。

自己教師あり学習というのは、先ほど非常に大きな転換点ですと申し上げたのですが、左側に「BERT」と書いてあるのは、最近「Bard」になり、「Gemini」になり、どんどん名前が変わっていますが、グーグルが最初につくられた大規模言語モデルです。そこでは、最初、「明日の天気は晴れです」というデータがあったとして、どこか任意なところを隠します。隠すと、その隠したところが何かを予測する学習をするということになります。これはそもそも最初のテキストがあれば、正解は最初のテキストの中に入っているという状態です。

GPTも、ちょっと違いますけれども、この場合はあるところまでで区切って、その後何が来るかを予測するという学習をします。この場合も、元の文書がある段階でもう既に正解データはありますので、何かあるかといいますと、これまで教師あり学習と呼ばれていたものは、データに対してこれが正解ですということ準備する必要があったのですが、その必要がなくなっている分野がある。特に、言語モデルで大成功をしましたので、別分野、例えば画像とかでも教師データというか、正解データをあらかじめ準備しなくてもいいみたいな技術開発も今行われているところだと思います。



「デコード」と申しあげましたけれども、エンコードしたものをデコードするということが生成するという人工知能のモデルのやることなのですけれども、ここで言語モデルは、ChatGPT とかとはとにかく自己回帰型言語モデルと呼ばれるものが使われています。先ほど申しあげたように、それまで出てきた単語によって、次は何が出てくるのかという出現確率を計算するというモデルになります。

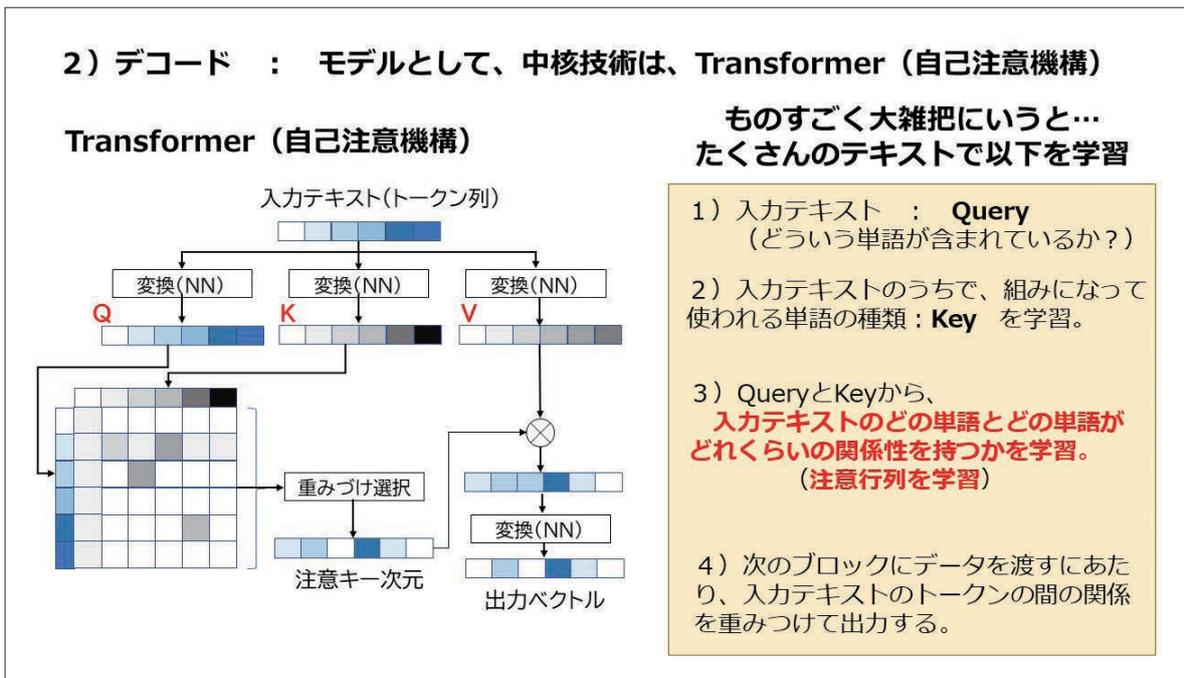


ですので、これだと「not all heroes wear」になって、その後に何が来るかで、「capes」、「pants」、「socks」と書いてありますが、要は、この入力があったときに最後の「wear」の後に来るのは何かを予測するということになります。

上位から何個も単語候補を残して、あるいはその中でどれを選ぶかというのを確率的に変えたりということもされるので、いつも同じ答えが出るわけではないのですけれども、この例文を見ていただいても分かると思いますが、文頭に「not」があるがゆえに、「capes」、「pants」、「socks」といったときにどれが出るべきかというのが全くひっくり返るというのを分かっていますか。ということなので、実は単純に前に出てくる単語の列が何かに似ているから次を選んでいるというわけではないということになります。

もう一つ重要なことは、大規模言語モデルをつくるというのは、インターネット上で使われる言語、ある意味そのものに近いものがモデルになりますので、単一企業だけがやっているという状態は、例えば、私たちの日本語をその会社が支配してしまうみたいなことになるとちょっとまずいのではないかなと個人的には思っています。

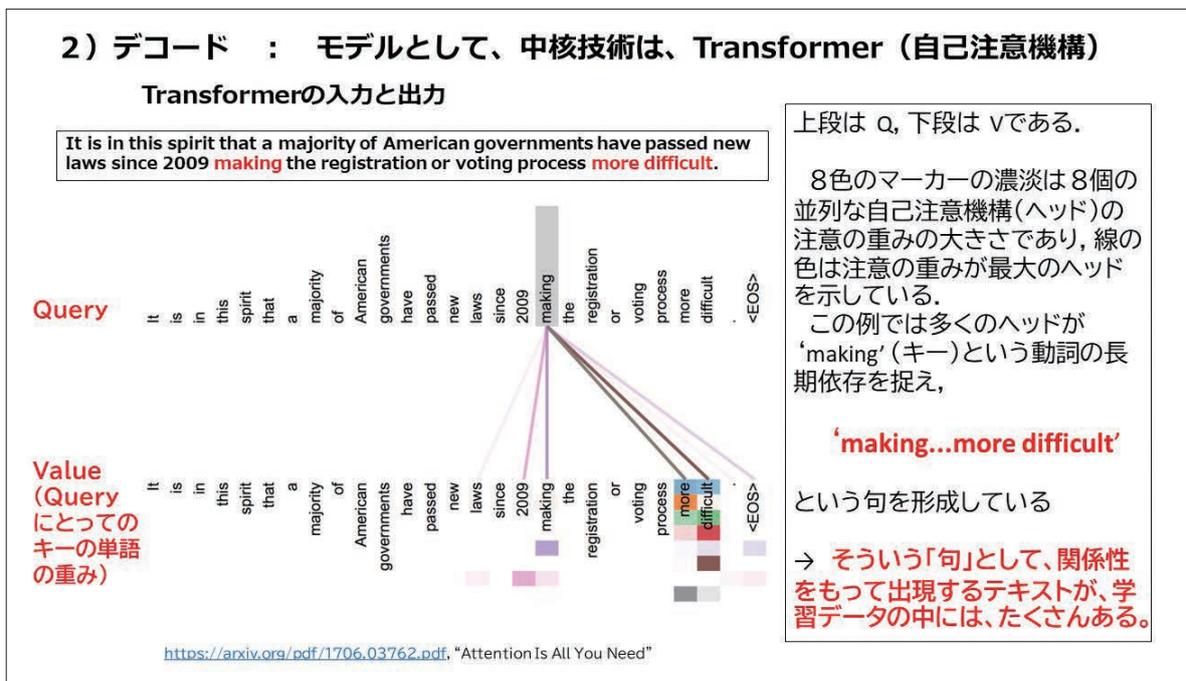
図に示すように、デコーダーの中には Transformer が幾つも並んでいるというそういう構造になっています。



Transformer も、言い出すと難しいところだと思うのですが、さっき申し上げましたように「自己注意機構」と呼んでいますので、入力テキストを「Query」と呼び、その中でどういうものなのかを選ぶときのある意味特徴に近いと思いますが、「Key」と呼び、それに対してどういう重みで考えるかというのを「Value」で、「QKVのモデル」といった言われ方をされると思いますが、入力テキストがQueryと呼ばれて、入力テキストの中でどういう単語が使われているかをKeyにして、QueryとKeyというものから、「注意行列」と呼ばれるのですが、その単語の並びの中だとの単語に注意、注目するかということをとくさんのデータの中で学習していくことになります。

どの単語に注意するかを決めた上で、「出力ベクトル」と書いてあるところで重みづけをした、ある意味Queryに相当した単語列の出力がされます。「Transform」は「変換する」ですから、Transformerは入力されたQueryを出力するときに変換をして出すという意味になると思います。

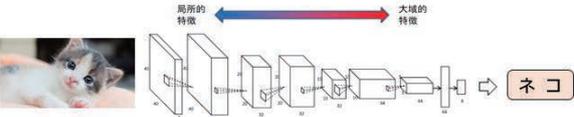
これも英語の例しかなくて恐縮なのですが、ここに「It is in this spirit」という英語の例文がありますけれども、これをQuery、入力として考えたときに、先ほどのTransformerからの出力、Valueはどのようなかというので、これは実はTransformerが8つ並列になる場合ですが、このセンテンスの中で「making」という入力に対しては「more difficult」が関係性が高いということを取り出しているというのが示されていることになります。ですので、この中で、さっき申し上げた、どこに注意、注目すべきかということ学習しているということになります。



左側の画像認識のモデルというのはいろいろところで最近ご覧になった先生方も多いのではないかと思いますのでけれども、最初よく話題に出ていたのは猫を入力すると「猫」ですという出力が出てくる、それが深層学習とかディープラーニングという人工知能のモデルでできるということが言われていますが、このときは、ニューラルネットワークというのは、ある層とある層を何層も、深層に重ねて、そういう重ねたものに対して学習をさせると、「低次の特徴」と書いてありますけれども、入力側は比較的簡単な形を抽出するようになって、出力側になるほど「高次の特徴」と書いてありますが、最後は「猫」という特徴を出力するように学習が進むということが発見されて、これが大発明というか、大発見だったのだと思います。

ここでやっていたことは、猫というのはどういう画像上の特徴があるのかということを利用して、その特徴がたくさんあればあるほど、特徴と類似していればいるほど猫と判断するというのを左側はやっていたこととなります。

画像認識のディープラーニングモデル

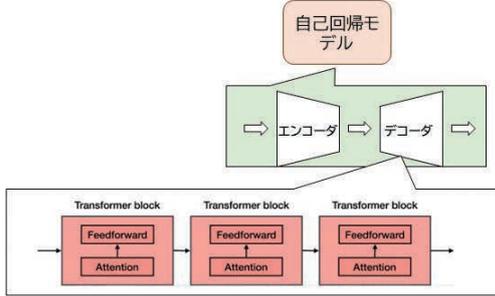


1)「畳み込みニューラルネットワーク」は、**畳み込み層とプーリング層とを交互に何層にも積み重ねたもの。**

2)入力層に近い側：「低次の特徴(簡単な形状の部分)」を抽出
出力層側になるほど：「高次の特徴」を抽出

3)「ネコ」の特徴をより多く含んでいる(特徴との類似度が高い)画像を「ネコ」と判断する。

自然言語処理におけるTransformer



1)「自然言語処理の生成AI」は、少なくともデコーダ側で、**トランスフォーマーブロックを何層にも積み重ねたもの。**

2)トランスフォーマーブロックの後段ほど、より高度な概念についての重みづけをしている、とされる。

3)入力文の「ある単語(列)」の類似度にとどまらず、そのような単語(列)の存在によって、**次に来べき単語を予測する際の「重み」とを、別々に学習する。**

ところが、右側の Transformer というのを使った人工知能が何をしているかということ、Transformer は、「block」と書いてありますが、これも一つ一つがニューラルネットワークなのですが、それが何層にも積み重なっているという意味では深層学習なのだと思いますが、Transformer の後段に行くほど高度な、概念とは何ぞや、という、難しいところですが、そういうものを抽出していると言われてます。

重要なことは、入力単語が類似しているかどうかということだけではなくて、その単語の並びがあるとすると、次の単語を予測するにはどこに重みを置けばいいかということを利用して学習することが特徴だと言われてます。

ですので、左側に比べると右側はモデルの自由度が高いという言い方をしましたけれども、そこが分かっていただけではないかと思えます。単純に入力が似ているから次の単語が決まるわけではないということですね。でも、これは人間もきっと同じですよ。同じものが並んでいても、一つ単語が違えば、次に来るのは違う単語になるというのは、人間は無意識のうちにやっていると思います。

Transformer ができたことで、「ニューラルネットワークの結合を動的に」と書きましたけれども、入力するデータによってどこを学習するかを変えられるということです。ですから、データに応じてデータの流れる方やパラメータの重みづけを変更できるので、表現力が高くなったという言い方をします。

ですので、通常の今までのニューラルネットワークというのは、層と層がつながっていること自体は固定

的なのですが、Transformer になることによって、入ってくるデータによって、ちょっと表現はあれかもしれませんが、どうつながり方が変わるといことを実現しているということになります。

もう一つ、学習効率が高くなるということですが、左側の通常のネットワークはつながり方が固定されていますので、何かほかのものを学習したときに、前に学習していたことのパラメータと一緒に変わってしまっ、せっかく学習したことが消えてしまうということが起こり得ます。これを「破滅的忘却」と呼ぶそうですが、Transformer だと影響を与える範囲がこのように制限できますので、巨大なモデルも効率よく学習できるということになります。

技術的にTransformerで可能となったこと

1) ニューラルネットワークの結合を動的に変更

→ データに応じて、データの流れ方やパラメータの重みづけを変更できる

→ **モデルの表現力が高くなる**

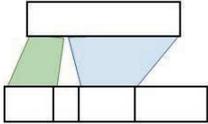
通常のネットワーク



第n層
固定
第(n+1)層

データが変わっても層のつながり方は同じ

Transformer



データに応じて層のつながり方が変化

2) 学習効率が高くなる

→ 通常は、つながり方が固定なので…

あるタスクに対してパラメータを学習すると、

他のタスクのために学習したパラメータまで変化してしまう。

→ **「破滅的忘却」**

→ **Transformerなら**

影響を与える範囲を制限できる。

巨大なモデルも効率よく学習

その状況の中で、データの利用に対する制限ということを考えてみたいと思います。これは既にご案内のところと思いますし、後でもしかしたら出てくるかもしれませんが、現行の日本の著作権法第30条の4という条文があって、全部は読みませんが、「当該著作物に表現された思想又は感情を自ら享受し又は他人に享受させることを目的としない場合には、その必要と認められる限度において、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる」となったことによって、要は、人工知能といいますが、機械学習するには著作権法上はあまり制限がなくなった。あるいは、日本は人工知能学習のパラダイスであるという言われ方もされるのですが、今まさに問題になってきているところは、その後のさらにただし書きのところ、**「著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない」**。ですので、30条の4の主題は「著作権を制限する」ですが、その制限がもう一段制限されているという関係性にあります。

ただし書き以降が何を意味しているかということについては、今まさに議論が進んでいるところだと思いますけれども、少し前に文化庁から出ていた見解としては、情報解析に活用できる形で整理したデータベースの著作物が既にあるとすると、勝手に著作物を利用できる状況をつくってしまうと著作権者の利益を不当に害することになるということで、「著作権の制限」を「制限するもの」は、著作権法の範囲では他人の「著作権」という、ある意味当たり前なのかもしれないのですが、そうになっています。

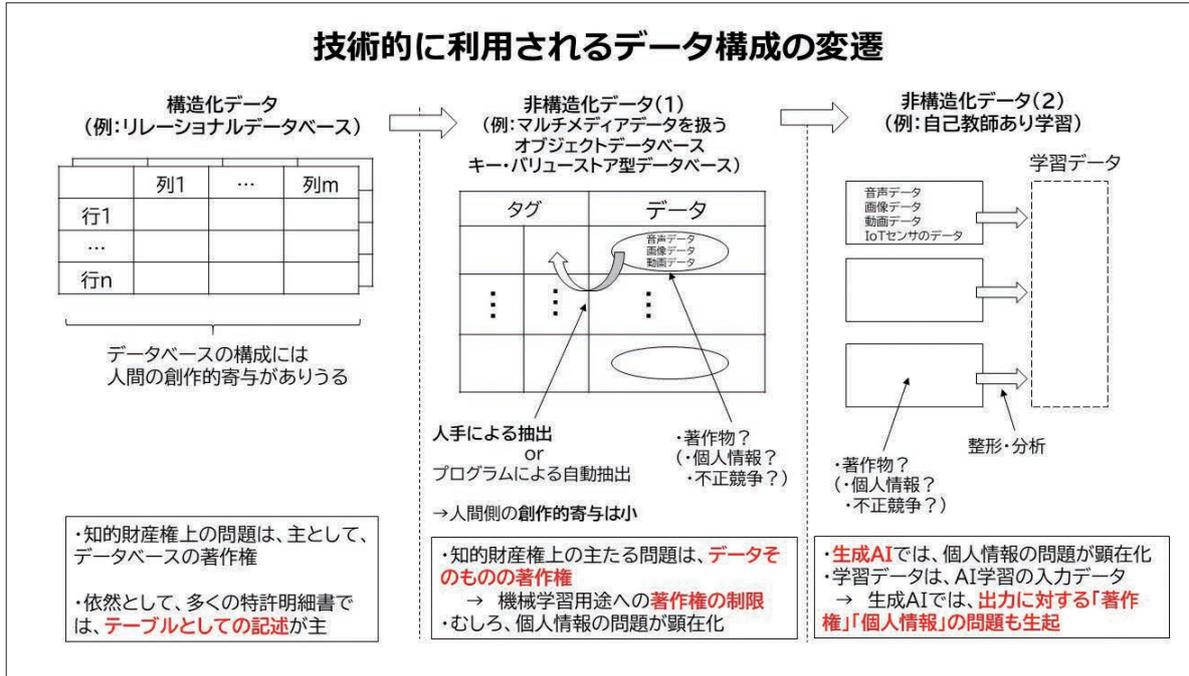
データの利用を制限する制度・法制（著作権法）	
著作権法の条文 (データの情報解析への利用)	第三十条の四 著作物は、次に掲げる場合その他の当該著作物に表現された思想又は感情を自ら享受し又は他人に享受させることを目的としない場合には、その必要と認められる限度において、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる。 ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。
文化庁 「デジタル化・ネットワーク化の進展に対応した柔軟な権利制度規定に関する基本的な考え方について」	具体的な判断は最終的に司法の場でなされるものであるが、例えば、 大量の情報を容易に情報解析に活用できる形で整理したデータベースの著作物が販売されている場合に 、当該データベースを情報解析目的で複製等する行為は、当該データベースの販売に関する市場と衝突するものとして「著作権者の利益を不当に害することとなる場合」に該当するものと考えられる。

→ 当然のこととはいえながら、**「著作権の制限」を「制限するもの」は、著作権法の範囲では、他人の「著作権」との立て付け。**

→ 著作物に該当しない「一般的なデータ」についての制限は、想定されていないといえる。

⇨ 近年の人工知能学習には、必ずしも、教師データの事前準備さえも不要な「自己教師あり学習」の利用が増大。

ところが、今の機械学習では必ずしもデータベースと言えないものについて、一般的なデータについて学習が可能になっていますので、どう考えるかというのが問題になってくるというのはあると思われます。そういう技術的に使えるデータはどのような変遷を経てきたのかというのを簡単にまとめました。



かなり昔に「データベース」という言い方が確立した頃、いわゆる構造化データと呼ばれるもので、ご存じの先生はご存じのところと思いますが、リレーショナルデータベースというものが出てきました。特許明細書ではよくテーブルで書いてあると思います。あるいは、複数のテーブルに分かれて書いている。こういう場合には、このデータベースをどう構成するかに人間の創作的な寄与があり得るので、データベースにも著作権があり得るといってお話として始まっていると思います。

ただ、これはもうかなり前ですけれども、数十年ぐらい前に、画像データとか音声データをデータベースとして使いたいというときに、必ずしも行列といいますか、テーブルみたいに扱えないので、非構造化データのデータベースというものが出てきました。

例えば音声とか画像の中のキーワードといいますか、キーになるような何かを取り出して、それをまさにキー、最近だとタグと呼んでいると思いますが、それを抽出してデータを検索できるようにする。これを、当時といいますか、今でも、「キー・バリューストア型データベース」と呼んでいます。キー・バリューというのは、先ほど Transformer の中に出てきましたね。まさに Transformer は、このデータの構造といいますか、データの使い方を習っているところがあるのだと理解します。

こうなってくると、データベースの構成に創作的な寄与は小さいと思われるので、より問題になってきたのは、データとしてそのデータそのものの著作権があったと思うのですが、それは先ほどの著作権の制限規定を設けることで一旦は回避できたなとみんな思っていたところかと思えます。あるとしたら、個人情報が問題になったと思うのですが、非構造化データと書いてあるのですけれども、自己教師あり学習になるとどんなデータでも持ってきて学習データにできるということで、特に先ほど学習データというのが入り口側のデータとして問題だったのですけれども、生成 AI が出てきたことによって出力側のデータについて著作権とか個人情報の問題になってきているというのが現状だと思います。

著作権の場合はそれなりの考えがあると思うのですけれども、個人情報も、生成 AI をご存じの先生はご存じと思いますが、プロンプトというのを入力して何か出力させるのですけれども、ある学者さんのグルー

プでは、プロンプトの与え方によっては学習に使った個人情報がそのまま出てきてしまうことを実証された方々もおられて、なかなか難しい問題になっているというのが現状かと思います。

著作権法30条の4は先ほど、不競法についてはまた後でお話があるかもしれませんが、話としては積極的に何らかし秘密にするということだと思つので。あと、個人情報については、今日はそこまでお話しする時間はありませんけれども、重要なことは、今の法律上は特定の個人を識別することができれば個人情報なのですけれども、その中に括弧書きがありまして、他の情報と容易に照合することができて個人を識別できるものも含むので、例えば、個人の名前とかを仮のIDに変えて、ぱっと見は個人情報でなくなっているように見えても、現行法上は個人情報のままと扱われています。その点でも技術的には問題があるところなのかと思つます。

最後ですけれども、データを利用するためにどのような技術や知財が想定されるか。特に私の注目しているところは、特許権はどうなるだろうと思つているところなのですが、これは完全に私の個人的見解にすぎませんが、今後、先ほどまでの大規模言語モデルなり、それ以外の大規模モデルができていくという中でも、恐らくデータの品質をどうやって保証するかというのは今も今後も重要な問題だと思つれます。

人工知能の学習データに現時点で、要求されること

現在のところ、人工知能の学習データを制限する主たる理由は、「個人情報保護」しかないが、…

1)データの**品質保証**をどうするか？というのは、現時点でも重要課題

2)生成AIを含む人工知能は、今後、「**個別化**」の方向に進むと予想

→ 「学習データ」の個別化、ファインチューニングの必要性

3)生成AIについては、「**マルチモーダル化**」が進む

マルチモーダル：テキスト、画像、音声、動画、…を扱う

→ ここでも、「学習データ」をどうしていくかは、課題

あと、これは例えばYouTubeとかでも十分そうなのですが、サービスとして始めると個別化というのが絶対に起きると予想されます。要は、個人個人に合わせるとか、個々の企業に合わせるということです。そうすると、学習データの個別化とか、先ほど申し上げましたファインチューニングが必要になってくると思われます。

あと、生成AIについてはマルチモーダル化が進む。マルチモーダルというのは何かというと、テキストデータだけではなくて、画像とか音声とか複数の種類のデータを入力することが今後進んでいくというか、実際、グーグルのGeminiとかはそうなっていると思いますが、正解データをつけなくても学習できるようにするにはというところが最終目標だと思いますが、ここら辺が問題になってくると思われます。

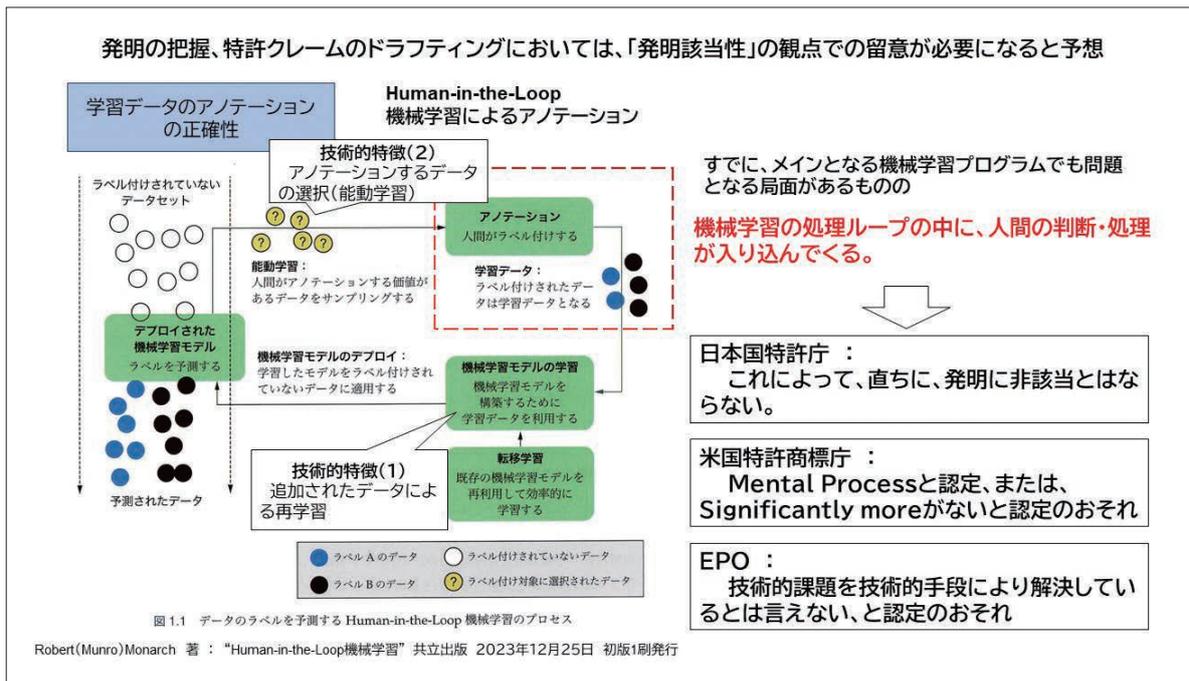
そうすると、技術的に考えないといけないところは、一つはAIの信頼性とか保証で、処理の分散化、分権化と書きましかれども、処理の分散化、分権化のことはおくとして、信頼性の保証ということでは、データが本当にそれが正しいのか、真実なのかということを保証する必要がありますし、アノテーション、正解データを正確につけることも必要でしょうし、先ほどのChatGPTで申し上げてきた出力の妥当性というこ

とも重要だろうと思います。

分散化というのは、こういうネットワーク系の技術をやってらっしゃる先生からすると割となじみのあるところだと思いますが、分散学習、要は学習をノード、ノードといいますか、端末でやろうみたいなことは今どんどん進んでいると思うのですが、分権化って何かということなのですが、分散化というのは例えばサーバーがあってというのが前提になっています。分権化というのは、各ノード、ノードが自律的にやるので、どこが主でどこが従というのさえなくす。そうすると、制御をどこがするかということも、正直言うと分からなくなってくるというのが方向性としてはあると思われま。

今日は、特に正確性、妥当性のところについてお話をしたいと思います。人工知能の技術が進んだことによって、私たちの生活に非常にそれが関連してきますので、正解をつけた学習データをつくらうと思っても、非常にそこは大変な状況になっています。しかも、人間が見ても、何を正解とするかの見解が分かれるようなことも出てきています。

そういうことについて、「Human-in-the-Loop」と書きましたが、そういう技術が使われるようになってきています。今後、AIの応用用途の拡大でどんどん重要性が増すと思うのですが、簡単に言うと、ラベルがついていない、正解がついていないデータから何か取り出してきて、人間にラベルづけしてもらいましょうという技術です。そこで、機械学習の学習モデルをもう一回学習させようということなのですが、重要なことは、こうなると、学習というか、再学習だと思ってしまうのですが、このループの中にも人間の判断とか処理が入ってきています。



そうすると、日本の特許庁では、これによって発明非該当にはならないと思うのですが、アメリカやヨーロッパだと、Mental Processとか、技術的課題を解決しているとは言えないとか、つまり、日本の特許庁向けの明細書、クレームでは対応できない可能性が出てくるので、これはほかのところでも出てくる可能性があります。今後、非常に重要になってくる可能性があるかと思っております。

一応私の発表はここまでです。

【鈴木】 酒井先生、ありがとうございました。

AI関係の技術について非常に分かりやすく、と言っても私には十分難しかったのですが、ご説明をいただいたと思います。

知財、特に特許によって、AI開発の関係のどの辺りの保護を狙うかという視点から、大変興味深く拝聴しました。

【酒井】ただ、これもどういうやり方をするかは、会社さんとしておやりになるか次第なのだと思いますけれども、先ほど申し上げましたように、もう大規模なモデルがあるというのは前提なので、何かサービスをされる方はその手前側か後ろ側か、どちらかに工夫をされて何らかビジネスにしていかれるというのが多いと思うのですけれども、そのやり方の一つかと思います。

かつ、本体の大規模言語モデルの特許権は、取れる人がそもそもいないかもしれないという状況もあるかもしれないのですけれども、どちらかというところと後ろのところはサービスに特化していくところなので、これは特許を取るということには親和性があるのではないかなと思っております。

【鈴木】ご質問、ご意見はいかがでしょうか。

【受講者】最後のスライドのところなのですが、人間の処理が入って特許が取れないという、日本国特許庁だと特許が取れるというところなのですが、これは例えば単に人間の入力を受付みたいな感じで書いたら日本はオーケーということでしょうか。

【酒井】日本でもオーケーです。

ただ、そのときに技術的な特徴をどこに求めるかというのを考えて明細書とクレームをつくっておかないと、例えばヨーロッパでは技術的手段で解決手段にならない可能性があるのですが、ここに書きましたけれども、要はアノテーションというのもどんなデータにも全部つけようとしたら、人間が関わっても大変なので、どれにつけたらいいのだろうというのを選ぶというのが用途で状況によって違うというのが技術的にはあるのだろうと思っています。こういうところは、明細書をつくる上では非常にポイントではないかと思います。

【受講者】ありがとうございます。

ここは抽象的にどの目的とかは特に書かれていないのですけれども、実際に出願しようとする、例えばこういう用途で使うとか。

【酒井】こういうサービスで、こういう出力を人工知能にさせたいというのは当然あるはずだと思うので、そうなると、追加的にどういう学習データをつくって渡すのが、あるいはどういう学習をさせるのがいいかというのがポイントですし、そこは明細書をつくる人間が見てまだ中身が見えると思うのですよ。こうしたいからこうするということですので、本体側よりはもうちょっといろいろ工夫のしがいがあるところなのかなと思っています。

【受講者】どうもありがとうございました。

【鈴木】ほかはいかがですか。

会場で質問が出ていますので、お願いいたします。

【受講者】本日はありがとうございました。

著作権に関するところで質問させていただきたいのですが、スライドでただし書きの適用が問題になるのではないかとのお話をされた部分があって、文化庁では情報解析に利用できる形で整理したデータベースの著作物については、それを使うともしかししたら30条の4が適用できないかもしれないというお話があったと思います。

それについてお伺いしたいのですが、今、世の中で問題になっているのは、例えば新聞記事を集めたデータベースというのがあって、それを丸ごとコピーあるいは一部をコピーして、それを機械学習に使うことがただし書きが適用できるのかどうかみたいな議論があると思うのですね。

お伺いしたいのは、世の中に存在する様々なデータベースは、機械学習に活用できる形で整理したデータベースだというふうに捉えられることはあるのかという辺りです。

【酒井】逆に言えば、既存のデータベースを機械学習に使えるように変換する何かをつくれればいいと思うので、そこはありなのだと思うのですが、先ほどの新聞記事とか、データベースの著作物と書いてあるもの

がデータベースの著作権を言っているのだったら、そうとは限らないほうが多いので、そこで一旦問題があるのと、あと、これはもう完全に私の個人的なところなのですけれども、これからの世の中、ネットに公開している以上、使われることが前提なのだろうと思うのです。ということは、使われるのが嫌だったら、使われないような手段を講じざるを得ず、それを講じているにもかかわらず、それを破る何かをすれば、例えば著作権の侵害になるとか、もしかしたらそんな話になっていくのではないかなという気はしなくはないです。

あと、生成AIでつくったものについても、生成AIでつくりましたという印といますか、マークをつけましょうという方向にもう動いていると思いますので、そういうところなのかなという気はします。今のは、完全に個人的見解です。

【受講者】 ありがとうございます。

技術的に学習されるのを防いだらどうかというお話が今あったのですけれども、具体的にはどういう方法によることになりますか。

【酒井】 テキストデータ的には分かりませんが、画像については人間の目では分からない雑像を含ませて機械学習できなくするという技術は開発していらっしゃる方がおられて、また、それを解除する技術を開発している人もおられるみたいですが、ただ、一旦それをつけている以上、つけたということを知ることにしておいて、それをつけているにもかかわらず解除する行為は著作権者の意図に反しているということにはなるのかなと思います。

【受講者】 ありがとうございます。

【鈴木】 ありがとうございます。

AIと著作権の関係は、この後、谷川先生からのご講演でも触れていただきますので、またそちらでも適宜議論いただけたらと思います。

オンラインで1つ質問が出ております。「本テーマと少し毛色が異なる質問となりますが、ご容赦ください。AIを用いた明細書の作成サービスが幾つか見られるようになりましたが、発明を与えて一から明細書を生成するのはまだ苦手であるように思います。今後、AIを用いた明細書作成の技術は、どのように進歩していくとお考えか、酒井先生のご意見をお聞きしたく存じます」。

【酒井】 分かりました。

これは、もしかしたらつくっていらっしゃる会社の方の営業妨害になると大変恐縮なのですが、クレームをつくったりするところを完全自動化というのはそれなりにまだまだ時間がかかると思うのですが、図面をつくって図面の説明をAIにやらせるというのはそんなに時間がかからずできてしまうと思うので、クレームをつくって、図面を人間がつくったら、あとは説明文をAIがある程度つくってくれるという時代はそう遠くなく来るのではないかと予想しています。

それだけでも相当に省力化されると思うので、弁理士にとってそれがいいことかどうかは分かりませんが、そういう時代は来るのではないかなというのは予想しております。

以上です。

【鈴木】 ありがとうございます。ほかにいかがでしょうか。

では、私から質問を。これはなかなか答えにくいと思うのですが、AIをはじめ先端的なデジタル技術の関係で、日本の知的財産制度は技術の開発に積極的といいますか、比較的保護をしっかりしてくれる、他方で権利制限規定もあって開発をしやすいといえそうです。例えば、AIについて、著作権の関係では権利制限規定が比較的緩やかになっていて開発しやすいのではないかと。あるいは、特許の関係では、プログラムでありますとか、今日もお話が出ました学習データの関係でも、欧米よりも緩やかに特許が認められる可能性がある。

そういう知的財産制度の環境は国際的にみても日本は比較的進んでいるように思えるのですが、実際にそ

れは日本の産業の実情に対してポジティブな影響を与えているのでしょうか。

【酒井】 私がコメントできる立場ではないような気もしますが、特許に限って言うのであれば、日本はほかの国よりは認めてくださる状況なので、特許を取りたい人にとってみると、もしかしたら非常に恵まれているといえますか、いい環境なのですけれども、日本だけでビジネスという時代ではない中で、日本とほかの国の状況が余りにも違い過ぎるということのほうが問題のような気がしております。

人工知能関係は、今日私がお話ししたこと以外のところで特許出願をされている出願人の方は感じておられるのではないかと思います。アメリカだと101条の要件が非常に厳しいので、日本で出願した明細書、クレームで権利取得に行くと、101条という本当にもう入り口のところで全く審査に入っていけないということになっている事案も多いのではないかと思います。

そう考えると、厳しいなら厳しいでいいですし、緩やかなら緩やかでいいですけれども、世界的になるべく基準が一致していくことを何とかやっていただいたほうが、出願人といえますか、事業をしていく人にとってみるとメリットなのではないかなという気はしております。私が言うことではないかもしれませんが。

【鈴木】 参考になりました。ありがとうございました。

それでは、ほかにご質問はないようですので、酒井研究員のご講演は以上といたします。どうもありがとうございました。

【司会者】 続きまして、関西学院大学の谷川和幸研究員から、「AI時代の創作・享受と著作権法」についてご講演をいただきます。

【谷川】 谷川でございます。

私のほうからは、「AI時代の創作・享受と著作権法」というタイトルで、AIと著作権法のテーマでお話をしたいと思っております。ただし、さきほど酒井先生のご報告とご質問の中で話があったデータベース等の学習段階の利用の適法性という点は今日は扱いません。もう少しマニアックな話をしようと思っておりますので、ご容赦ください。

A I 時代の創作・享受と著作権法

日本弁理士会 中央知的財産研究所
公開フォーラム 2024年2月27日

関西学院大学 谷川和幸

※背景画像はAI作

今日のお話は AI時代の「創作」と「享受」という2点が主要なテーマですが、「創作」のほうは現状の事例の紹介と議論状況の総括的な要約という内容になってございます。

後半の「享受」のほうがあまり議論がないマニアックなテーマでございまして、他人の著作物を消費者が情報として享受をする、その享受段階で改変をする、そういった改変の適法性という点を議論をさせていただこうと思っております。

早速、内容に入っております。

本日の報告内容

- 1. AI時代の「**創作**」と著作権法
 - アメリカと中国の事例の紹介
 - AI創作が著作権制度の未来に与える影響

- 2. AI時代の「**享受**」と著作権法
 - AIによってパーソナライズされた享受（改変的享受）が可能に
 - 同一性保持権との抵触

2

まず、前半の「創作」の点でございます。そもそも著作権法上、著作物の定義規定がございまして、2条1項1号ですけれども、「思想又は感情を創作的に表現したもの」ということになっておりますので、人間の思想、感情がないといけない。したがって、コンピューターとか、動物とか、そういった非人間が偶然つくった表現は著作物ではないと一般的に理解されております。AIが自律的につくる、つまり全然人間の関与なくぼんつくる、そういったAIの自律的な生成物には著作物性がないと考えられておりますが、他方で、人間がAIを道具として使ったのだと言えますと、人間の創作活動と見ることができますので、この場合には人間に主体性があり、著作物に該当すると考えられております。

AI創作物は著作物か？

- 著作物の定義（2条1項1号）
 - 「**思想又は感情**を創作的に表現したものであつて、
文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいう。」
- →人間の思想・感情が表現されていることが必要
 - AIが**自律的に生成**した表現には人間の思想・感情が含まれない
- AIを**道具として人間が創作した**と捉えられるのであれば、
人間の思想・感情の創作的な表現物として保護の余地がある

4

この点に関して、具体的な最近の事件を2件ご紹介しようと思います。1件目がアメリカの事件でございます、著作権局の登録否定例でございます。

この画像は、『Zarya of the Dawn』というコミックの一部でございます、Kashtanovaさんという方がMidjourneyという画像生成AIを用いて生成した複数の画像を、一部切り抜いたりもしながら配置しています。たくさんの画像を生成させて配置をして、ストーリーを持つコミック作品に仕上げています。コマ割りとかせりふの部分は人間がつくっていますが、これらの絵自体は全部生成AIの生成物です。

そういった作品ですが、もともと著作権登録申請の段階ではAIの使用のことは黙って出願をしまして、AI使用の点はスルーされて登録になったわけですが、その後、インターネット上で「AI生成物で著作権登録が認められた」と報告をしたことが著作権局の耳に届き、再審査となってしまいました。

著作権局の再審査の判断の結論ですが、コマ割り（素材の配置）や文章部分は人間の創作性がありますということで、そこは登録を維持したのですけれども、問題は一件一件の画像単体の部分です。再審査の結果、これらの画像単体は人間の創作物とは言えず、著作権がないのでこの部分については登録を取り消すという一部取消の判断になっております。

否定例：アメリカ著作権局の判断

- “Zarya of the Dawn” と題するコミック
 - イラスト部分はMidjourneyで作成
 - コマ割り（配置）や文章は人間が作成
- AIを使用したことを明記せず登録申請
- いったん登録されたが、後にAI使用が発覚し再審査の結果、イラスト部分については登録が取り消された
 - コマ割り（配置）、文章部分は登録維持
 - 前者については編集著作物としての保護



<https://www.instagram.com/p/Ci1rUY803Bu/> より

5

その判断の理由をご紹介します。Midjourney という画像生成 AI は、人間が英文でプロンプトという文章を入力しまして、その文章に基づいた内容で画像が生成されます。これを「Text to image」と言います。ただし同じプロンプトを入力しましても非常に大量のバリエーションが生成される可能性があるため、出来上りの予測が不可能だということを著作権局は述べています。すなわち、たくさんのバリエーションの中からたまたま出てきた画像ということで、ユーザによるコントロールの可能性がないわけです。

このように、プロンプトと生成結果が一对一の対応関係になっていないということを言っておりまして、このように出来上がる生成物への人間のコントロールがない状況では人間の創作行為とは言えないことから、original works of authorship に該当しないという判断になっております。アメリカではこのような画像生成 AI を用いた作品の登録をめぐる事例が複数件起こっておりまして、アメリカ著作権局で今4件の否定例がございます。うち1件は連邦地裁のほうでも著作権局の判断を維持する旨の判決が出ております。ただしこの「Zarya of the Dawn」がそうであるように、編集著作物としての側面に限って著作物性を認めた登録例は複数件存在するようです。

否定例：アメリカ著作権局の判断

- 理由：「Midjourneyがどのような画像を生成するかを**事前に予測することは不可能**なので、このプロセスは**ユーザによってコントロールされているとはいえない**」
- 「プロンプトに含まれた情報は生成される画像に『影響を与える』かもしれないが、**プロンプトは特定の出力結果を決定づけるものではない**」
- 「Midjourneyはランダムなノイズから出発して最終的な画像に発展していくので、**特定のプロンプトが特定の画像を生成する保証はない**。むしろ、**プロンプトは命令よりも提案に近い**」
- →生成結果を人間がコントロールできないことを重視

6

4件全部に共通しますけれども、具体的なプロンプトがどういうものだったか、プロンプトをどう調整したのかという具体的な創作の経緯の認定がほとんどないのですね。そのような事例しか今のところありませんので、具体的に人間がプロンプトをどう調整して、全体の創作プロセスの中で人間がどういうことをすると生成画像単体に著作物性が認められるのかという指針がまだないという状況でございます。

他方で、次に紹介します中国の事例ではその点について言及しております。これは去年の年末に判決が出た事件ですが、Stable Diffusion という画像生成 AI を用いて生成した「春风送来了温柔（春風が優しさを運んできた）」というタイトルの画像の著作物性が問題となった事件でございます。

判決文中に、具体的なプロンプトが詳細に載っております。このスライドの真ん中辺の英文がそのプロンプトでございます。結構長い、いろいろな単語を入力しております。「ultra photorealistic」とか、「extremely high quality highdetail」といったように質が高いという指示もありますし、黄色いマーカー部分が被写体を特定する要素でございます。また、「japan idol」とか、髪形とか、顔の表情とか、様々な被写体の特徴を指示するプロンプトを入れております。その後のほうは、カメラの撮影方法のような写真の表現に関わる要素であり、このように全体として非常に詳細なプロンプトを入力して生成をしております。

このような、どういう画像を生成したいかというポジティブ方向のプロンプトに加えまして、逆方向のネガティブのプロンプトというものもございまして、こういう画像はやめてほしいというマイナス方向のプロンプトも詳細なものを入力しております。プラスマイナス両方の側面から望ましい画像を特定していくための、非常に長大なプロンプトを入力したという事案になっております。

肯定例：北京インターネット裁判所の判決

- 「春风送来了温柔」と題する画像
 - 原告は、次スライドの画像をStable Diffusion（で使用するモデルを、別の、一般公開されている学習済みモデルに置き換えたもの）を使用して生成
 - 当初設定したプロンプトは次のとおり
 - 「(ultra photorealistic:1.3), extremely high quality highdetail RAW color photo,in locations,japan idol, highly detailed symmetrical attractive face, angular simmetrical face,perfectskin,skin pores, dreamy black eyes, reddish-brown plaits hairs,uniform, long legs,thighhighs,soft focus, (film grain,vivid colors, film emulation,kodak gold portra 100, 35mm, canon50 f1.2), Lens Flare,Golden Hour,HD,Cinematic, Beautiful Dynamic Lighting」
 - マーカー部分が被写体の特徴、それ以外が撮影方法等の指定を意図している
 - これとは別に長大なネガティブプロンプトも設定している
 - ただしその内容は他人がシェアしたありふれた内容をほぼコピーしたもの

7

生成された画像が次のスライドです。左端が最初に出した画像でして、これを少しずつ調整していくという工程になっております。Stable Diffusionにおいて利用される追加モデルの影響度合いを変化させた上で、Seed値という初期のノイズを変えて別のバリエーションを生成し、最後に、プロンプトを追加して、より詳細なプロンプトによって自分の望む画像に近づけていくといった工程を経て出来上がったのが右端の画像です。この画像が第三者によって無断利用されたことから作成者が著作権侵害訴訟を提起しまして、果たしてこれが著作物かということが争点になったわけです。

肯定例：北京インターネット裁判所の判決



追加モデルの影響度合いを調整

Seed値を変更

プロンプトに以下を追加
「shy,elegant,cute,lust,cool pose,teen,
viewing at camera, masterpiece,best quality」

<https://english.bjinternetcourt.gov.cn/pdf/BeijingInternetCourtCivilJudgment112792023.pdf> より

北京のインターネット裁判所は、結論として著作物性を肯定しております。そのときに裁判所は次のような内容を述べています。原告は美しい女性の夕暮れの中の画像という描きたいものを考えてプロンプトを選択し、プロンプト中の要素の順番を決定し、パラメータを決めています。この点でまず原告の選択と配列があるのだと。また、さっき4段階の工程を示しましたように、パラメータや追加プロンプトによる調整もしています。このような美的選択、個性的な決定でもって自分の望む画像に誘導していますよと。最終的に、これでオーケーだという段階で画像を選択していると。以上のような知的投資をしているので、これは知的成果物であり、原告の選択と配列という個性が入っていることから創作性も肯定し、著作権があるという判断になっております。このように長大なプロンプトにおいてたくさん要素を挙げた、パラメータも調整した、4段階の工程を経て、複数の候補があって最終的に1つを選んだということを重視しているわけですね。

肯定例：北京インターネット裁判所の判決

- 裁判所の判断：
 - 原告は、美しい女性を夕暮れの光の中で描きたいと考えた
 - **プロンプトを選択し、要素の順番を決定し、パラメータを設定した**
 - これらは原告の**選択と配列**を反映している
 - 最初に生成された画像をもとに、**パラメータを調整したり追加のプロンプトを入力して、最終的に自分が望む画像を得た**
 - これらも原告の**美的選択や個性的な決定**を反映している
 - アイデアを思い描いてから**最終的な画像を選択するまで、原告は以上のような知的投資を行っている**。本件画像は、原告の知的投資を反映しており、「知的成果物」の要件を満たしている
 - 本件画像には**原告の選択と配列が反映**されているから、創作性も認められる
- →プロンプトやパラメータの設定、複数候補からの選択などを重視

9

このように、アメリカと中国、2件の対照的な事件があるわけです。アメリカ著作権局は人間のコントロールが及んでいないという理由で著作物性を否定したのに対し、中国の裁判所はプロンプトを工夫したりとか様々な試行錯誤という調整によって望む結果を出したという点を考慮して著作物性を肯定しています。このような対照的な判断を前にして、日本法上、どのように考えればよいかということを簡単にコメントしたいと思います。

中国の裁判所が言いますように、プロンプトの工夫とか試行錯誤というプロセスを全体として評価するという考え方は十分成り立つとは思いますが。まさに AI を道具として人間が生成したい画像に近づけていくプロセスを人間による創作行為と評価するということは十分あろうかとは思いますが、ただ、あの北京の具体的な事件で、AI を道具として使っているのだと言えるだけの主体性といえますか、人間側の創作的な寄与が十分だったのかなという疑問はあるところです。

さっき長大なプロンプトとご紹介したわけですが、実はこれは原告が一から考えたものではなくて、ネット上で出回っている、いい感じのプロンプトのフォーマットを流用したもののようにして、原告が自分で考えた要素があまり入っていない、ありふれたプロンプトな気もするわけです。なので、プロンプトをすごく頑張って考えて工夫したのだという事案ではない、というのが実態かもしれません。

また、調整を繰り返すプロセスの工程も3回だけで、4回目でオーケーが出たというのが試行錯誤を繰り返した結果の選択と言えるのかという点でも疑問があります。あらかじめ原告の頭の中に理想の完成形があってそれに近づけていく努力をしたというよりは、どちらかと言えば、4回目に出てきたところで、これでよいと思って妥協して受け入れたという事案のように見えます。実際、プロンプトには「long legs」と書いてあるのに、最終的に生成された画像には足は描かれていないわけです。そうだとすると、これは AI を道具として使用しているというよりは、やはり AI が出してきたものがメインになっていて、その生成結果に人間のコントロールは及んでいないのかなと思えます。したがって、中国のこの判決は日本法の立場から見ても、大分広めに著作物性を肯定した事件だなと思っております。

どのように考えるべきか？

- 生成結果に対するコントロールが十分でないか（アメリカ）、プロンプトやパラメータの調整を繰り返すことで最終的に望みの結果を選択したことを創作行為と考えるか（中国）
- 後者のような考え方は十分ありうる（「道具として」と評価）
- ただ、具体的な事案で創作的寄与の程度が十分だったと言えるかは疑問が残る
 - プロンプトに挙げられている要素はありふれていて、選択・配列に個性がなさそう
 - 調整もわずか3回に過ぎない

ただ、以上とは別の要素として、中国の裁判所も言及しているように、原告は最終的に複数の候補の中からこれがいいのだというのを選択し、自分の名義で発表するという公表の決定をしています。このような選択、決定ということを非常に重視するのであれば、著作物性肯定という結論も支持し得るかもしれません。

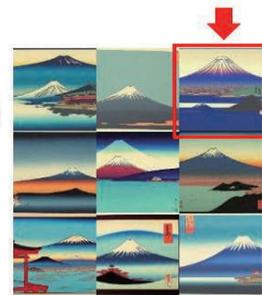
すなわち、AIが具体的な表現の案を出してきたわけですが、この表現を自分の作品として自分の名義で世間に発表することを決定した、これが一種の創作と見得るという理解の仕方をすれば、このような事案でも著作物性を肯定し得るわけです。ただ、本当にそのような説明が成り立つかという点、ちょっと難しいかもしれません。ここに私がAIを使って描いた「Mt.Fuji, ukiyoe」というプロンプトで生成した画像がありますけれども、この画像の中からこれはいいなと1つを選んだ、これで創作性、著作物性が生じるのかなという点、やはり難しいですね。この9個の候補の中でたまたまこれがいいと選んだということでもって、選択、決定を重視して保護するのだとしてしまうと、非常に保護範囲が広過ぎて、かえってほかの人に残り得る表現の範囲が狭くなってしまって、過剰な保護になってしまう可能性があるようにも思います。なので、選択、決定を重視するという見解を支持するのはなかなか難しいのかもしれない。

ただ、今後AIがさらに発展、普及すれば、AIを使った創作活動はこの方向に移っていく可能性もあるだろうと思っています。AIがプロンプトを基に様々なバリエーションを出してきますので、具体的な表現は人間がつくる必要性がない、むしろ人間の仕事はAIにプロンプトを入力し、審美眼を持って選ぶことであり、その選択、決定こそが人間の個性なのだというふうな創作観に変わっていく可能性もあります。

すでに現状、現代アートはそのような傾向が強いと思いますが、アイデア勝負といいますが、具体的な表現よりは審美眼、アイデアのほうが重要と評価される。そういう創作形態が画像とか、動画とか、音楽とか、一般の創作活動にも広がっていく可能性があり、もしもそういう社会になってきた場合には、さっき申しましたように、選択、決定、すなわちこれを自分の作品として発表するのだという決断を重視することによる創作の保護という考えが支持を得るようになる未来があるのかもしれませんが、まだ当分先の話かもしれません。

どのように考えるべきか？

- AIに生成させた（大量の）候補の中から、自らの希望に沿うものを**選択**し、**自己の著作物として公表することを決定**したことを重要視するのであれば、中国の事案の結論も支持し得る
- AI創作時代には、どのような斬新なプロンプトを思いついたかや、大量の候補の中から**審美眼**を發揮して選び出したこと（＝伝統的にはアイデアと扱われてきたこと）にこそ、価値が認められるようになるかもしれない
 - cf. 現代アート



例：Stable Diffusionで「Mt.Fuji, ukiyoe」で生成した画像

生成 AI がいくらでも具体的表現のバリエーションを提案してくれるようになると、具体的表現自体には価値はもうないのだ、むしろ表現を生成させる基礎となったアイデアとか選択、決定という点における人間の審美眼や決断のほうに重要性があると認識されるようになる可能性があります。そのような未来では、著作権法の位置づけやそもそも著作権法が立法的に必要なのかというところから再考せざるを得なくなるでしょう。一つの可能性としてはアイデア保護の要求が高まる可能性があります。もちろん現行法の規律のままアイデアの領域にまで保護を拡大しますと弊害が大きすぎるので、類似性の判断基準をデッドコピーに限るとか、保護期間を短縮するといった対応が必要になってくるでしょう。また著作物を創作したことを根拠とする著作者の権利という位置づけではなく、非著作物である AI 生成物を発見して伝達した貢献に対する著作隣接権的な発想によって保護していく選択肢もあるかもしれません。いずれにせよ AI 創作がさらに発展、普及した将来の課題ではありますが、そのような可能性も見据えつつ、今後の創作の環境の変化を注視したいと思っております。

著作権制度の未来

- AIを用いた創作がこれからどのように花開いていくかを注視する必要がある
- ひとつの可能性として、具体的な表現はいくらでもAIが候補を生成してくれる時代には、人間に残された個性の発揮の余地は、むしろアイディアの部分だとの考えが有力になるかもしれない
- = アイディア保護法制へ一歩踏み出す可能性？
 - もちろんその場合、従来の権利範囲（類似性の判断基準や死後70年という長期間の保護など）は再検討の必要がある
 - あるいは、AI生成物を発見して伝達した貢献に対する著作隣接権的な発想による保護もありうるかもしれない

12

続いて、後半のほうに入ります。「享受」の問題でございます。

AIを使いますと、人間が何か情報を撮取する直前の段階で一旦AIを挟ませることによりまして、自分にとって好ましい形に情報を変容して、それから享受をすることが可能になります。このように、個々人の嗜好や特性に応じてパーソナライズされた形に改変して情報を撮取する。このような改変を伴う享受を今日は「改変的享受」と呼びたいと思いますが、AIの普及によりさまざまなコンテンツの改変的享受が一般化することが予想されます。

この改変的享受はAIがなくても従来からあった現象なのですが、過去にあった事例と現在の状況について、幾つかの具体的な事案をご紹介します。としたいと思います。

AI時代の「改変的享受」

- AIが普及すると、人間が情報を撮取する過程にもAIが関与
- その際に利用者の好みや特性に応じた形に情報の編集が可能
- →各人が、**その人用にパーソナライズされた形で情報を享受すること（改変的享受）**が普通になる

- 以下、いくつかの具体例を紹介
 - 現状、AIを使わずに実現しているもの
 - AIを用いることで可能になりうるもの、の順に
 - それに対する情報発信者（著作者）の反発も併せて紹介

改変的享受の典型例はCMスキップでございます。民放の番組を録画する際に機械（レコーダー）が自動的にCM部分をスキップして録画するといった機能がありますが、これが一種の改変的な享受に当たります。2004年という古いニュースですが、テレビ業界からはこれが同一性保持権侵害だという主張があったようです。ただし、番組部分とCM部分とは別の著作物だと考えますと、別に著作物が改変されているわけではないという反論も成り立ちそうです。いずれにせよ、このような改変的享受は従来から可能だったわけです。

改変的享受の例①：CMスキップ

- テレビ番組を録画する際に、自動的にCMを削除しておく



民放連

CMだけをカットして録画することは「同一性保持権」に抵触する可能性がある

「CMカットは著作権法違反の可能性？ 民放連会長がDVDレコーダーに注文」
<https://www.asahi.com/tech/apc/041215.html> より（2004年）

15

また、最近、YouTubeやNetflixといった動画配信サービスには倍速視聴という機能がございまして、例えば映画作品をその製作者の意図に反したスピードで見ることが可能になっております。これも細部にわたって表現やBGMにこだわって作品を作り上げた監督からしますと意図に沿わない改変だと感じられる事案でございまして、このスライドではそのような映画監督の意見を紹介しております。

改変的享受の例②：倍速視聴

- Netflixで映画の再生速度を変更して視聴する



映画監督

映画は製作者の意図したように視聴されるべきだ

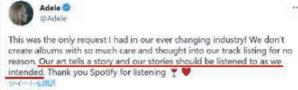
<https://twitter.com/JuddApatow/status/1188867694474350592>
より（2019年）

16

このほか、音楽配信サービスの Spotify がアルバム曲のシャッフル再生機能を提供したところ、ミュージシャンからの批判が集まって機能を停止したという出来事もございました。こちらのスライドではアデルさんという有名な歌手の方のツイートを紹介しております。先ほどの映画監督と同様、制作者の意図に沿わない享受への不満が述べられています。

改変的享受の例③：シャッフル再生

- Spotifyがアルバム曲のシャッフル再生を提供→批判を受け停止



Adelle
@Adele

This was the only request I had in our ever changing industry! We don't create albums with so much care and thought into our track listing for no reason. Our art tells a story and our stories should be listened to as we intended. Thank you Spotify for listening. 🍷



ミュージシャン

(アルバムにはストーリーがあり)
私たちが意図したとおりに
聞かれるべきだ

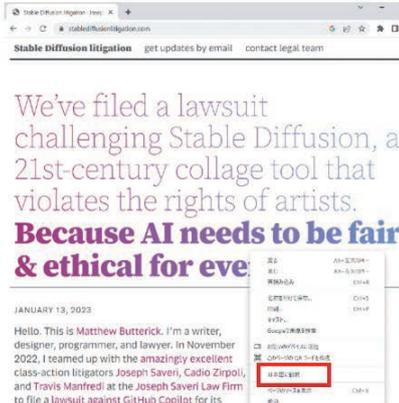
<https://twitter.com/Adele/status/1462260324485242881>
 より (2021年)

17

このように従来からも AI とは関係なく可能だった事案もたくさんあるわけですが、AI が普及しますとさらに改変的享受が身近になります。その典型例が翻訳です。外国語のサイトを訳して読むというのは我々も日々結構やっていますけれども、これも一種の改変的享受です。

改変的享受の例④：ウェブページの翻訳

- 外国語で書かれたウェブページの内容を日本語に翻訳して読む



We've filed a lawsuit challenging Stable Diffusion, a 21st-century collage tool that violates the rights of artists. **Because AI needs to be fair & ethical for ever**

JANUARY 13, 2023

Hello. This is Matthew Butterick. I'm a writer, designer, programmer, and lawyer. In November 2022, I teamed up with the amazingly excellent class-action litigators Joseph Saveri, Cadio Zirpoli, and Travis Manfredi at the Joseph Saveri Law Firm to file a lawsuit against GitHub Copilot for its



翻訳



アーティストの権利を侵害する21世紀のコラージュツールである Stable Diffusion に対して訴訟を起こしました。**AI はすべての人にとって公平かつ倫理的である必要があるからです。**

<https://stablediffusionlitigation.com/>
を翻訳させた様子

18

また、最近、CopilotというAIアシスタント機能がWindowsに搭載されまして、閲覧中のウェブページを要約させることも可能になりました。これを利用すればサイト本文をそのまま読まなくていい、代わりにAIが読んで要約してくれますので、効率的に情報を収集することが可能になっております。

改変的享受の例⑤：ウェブページの要約

- MicrosoftのウェブブラウザEdgeの「Copilot」機能で要約
- 弁理士会の「弁理士の役割」のページを要約させた様子

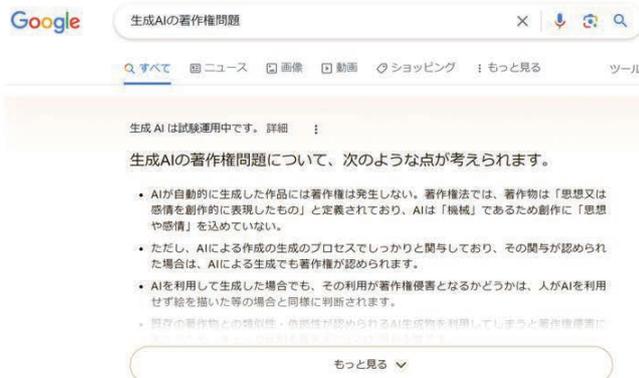


19

検索エンジンの結果画面も最近こんな感じになっておりまして、AIが検索結果をまとめた要約を表示してくれますので、対象サイトを一件一件人間が見にいなくてもよくなっています。このように、AIがいろいろな情報を事前に処理してくれて、あとはもう人間はAIのフィルターを通して改変された結果を享受すればよいということが普通になってきております。

改変的享受の例⑥：検索結果の自動要約

- 検索結果もいちいち見に行かなくても、AIが要約してくれる



20

もっと言いますと、コンテンツのPDFとかワードファイルをAIに読み込ませて、AIがその情報を基に人間と対話することも可能になっております。

これは私が昔書いた論文（谷川和幸「画像生成AIと著作権法」有斐閣 Online YOLJ-L2212010（2023年1月））をAnthropic社のClaudeというAIに読み込ませて、要約と改善点の指摘をさせた際の画面です。AIは的確に内容を把握して、改善点も出してくれました。今回は自分の論文を入力しましたが、他人が書いた論文をこういう方法で読み込ませて要約させたり、翻訳させたり、対話しながら疑問点を聞いていくということが今後より一般化するでしょう。人間が生のある文章を全部読む代わりに一旦AIに読んでもらって、AIの説明を通して理解していくといった改変的な享受がこれからもっと普通のことになると考えております。

改変的享受の例⑦：コンテンツと「対話」

- 本を読むのではなく「対話」して内容を理解する
 - 2023年1月に有斐閣Onlineに掲載された拙稿を、Anthropic社のClaudeに読み込ませて対話する様子

The image shows two screenshots from the Claude AI interface. The left screenshot shows a summary of the user's article, titled "この論文を要約して". The right screenshot shows a question from the user and the AI's response, titled "この論文が書かれたのはいつ? その後の社会状況の変化を踏まえてアップデートすべき点は?".

この論文を要約して

以下のように要約できます。

この論文では、2022年夏以降に登場した画像生成AI(Midjourney, Stable Diffusion, DALL・E2など)が著作権法に与える影響について検討している。具体的には、Text-to-Image(プロンプトから画像生成)、Image-to-Image(既存画像を元に画像生成)、フューチャーニング(学習済みモデルの調整)の3つの手法を紹介しながら、以下の点を論じている。

- 機械学習段階での適法性(著作権法30条の4)
- 生成画像の著作物性と著作権者の判断
- 生成画像による他人の著作権侵害の可能性
- 私的領域における改変と同一性保持権の関係
- 画風の保護の問題

最後に、画像生成AIの登場が著作権法に突きつける今後の課題として、画風の保護、アイデアの保護、インセンティブ論の見直しなどについて指摘している。AI創作が一般化すれば、著作権法の基本原理の見直しも必要になるかもしれないと述べている。

AI Copy

この論文が書かれたのはいつ? その後の社会状況の変化を踏まえてアップデートすべき点は?

この論文は2023年1月に有斐閣オンラインに掲載された論稿で、執筆時点は2022年末頃だと推測されます。

論文が執筆された後の主な動きとして、以下のようなことが挙げられるでしょう。

- 2023年1月に、Stable Diffusion等の画像生成AIがアーティストの著作権を侵害しているとする集団訴訟がアメリカで提起された。論文中にも触れていますが、このような重要な訴訟の動向を追記する必要がある。
- ChatGPTなど、大規模言語モデルを利用したAIが急速に発展し、文章生成能力が飛躍的に向上した。画像生成のみならず、文章生成AIについても検討が必要となってきた。
- AIアート市場が拡大し、生成物の著作権をめぐる具体的な紛争が増えてきた。近時の状況を踏まえた具体例の追記が望ましい。
- 政府や業界団体による、AIと著作権に関するガイドラインの策定が進められるようになった。このような動向も追記が望ましい。

このように、2022年末時点では見逃しがつかなかった社会状況の変化が起きているため、本論文の記述を現状に合わせて大幅に加筆・修正する必要があると考えられます。

AI Copy Reply 21

以上のような過去及び現在の事例を踏まえて、近い将来像について予測してみたいと思います。今申し上げましたように、長い文章とかウェブサイトは人間が直接読む必要性がなくなります。人間の前にAIが全部読んでくれて、その人ごとに必要な部分の情報を抜き出すといった改変を経て提供してくれます。メールもそういうふうになりそうです。生の長い文章はもう人間は見ないという社会が来るかもしれません。

映像も同様です。最近のAIはマルチモーダルで画像や映像の内容も理解して処理してくれます。近い将来には、サッカーの長い試合を見なくても、好きな選手が活躍するシーンだけを集めたダイジェスト版の映像をAIが作ってくれることでしょう。映画などのコンテンツについても、個人版「ファスト映画」のような、その人の嗜好や関心に沿って要点だけを抜き出した動画を作成することも可能になってきそうです。

改変的享受の近い将来像

- ①長い文章やウェブページを読まなくてよくなる
 - Copilotを用いた要約や、PDFアップロードによる「対話」が可能に
 - GoogleはGmailにメール要約機能を導入予定と発表
 - 将来的には、生の文章を人間が直接読む必要性がなくなりそう

- ②長い映像を見なくてよくなる
 - YouTube動画の内容を文字で要約するサービスは既にたくさんある
 - 将来的には、映像自体を編集して生成できるようになりそう
 - 例：スポーツ映像のダイジェスト版を自動で生成してくれる
 - =個人版「ファスト映画」（後述）

また、映像の中身の改変も容易になるでしょう。現在すでに、AIを用いてアダルトビデオに登場する人物の顔を芸能人に差し替えたディープフェイクポルノ映像を作成することは可能であり、有罪事例も現れています。この技術がさらに進めば、ハリウッド映画を視聴しながら、リアルタイムで、主人公の顔を自分に置き換えるというような変換も可能になるかもしれません。

改変的享受の近い将来像

- ③映像編集がさらに進めば、既存の映像に登場する人物をリアルタイムで別の人物に差し替えて視聴することも可能に？
 - 例：自分がハリウッド映画の主人公になる
- cf. ディープフェイクポルノ（アダルトビデオに登場する人物を芸能人に差し替えた映像）を配信して有罪事例あり
 - 東京地判令和2年12月18日 D1-Law28290352
 - 名誉毀損、翻案権・公衆送信権侵害
 - 懲役2年（執行猶予3年）
 - 東京地判令和3年9月2日 D1-Law28293253
 - 名誉毀損、翻案権・公衆送信権侵害
 - 懲役2年（執行猶予3年）及び罰金100万

23

このように、コンテンツを一旦 AI が受信・処理をして、個々人の嗜好に合わせた改変をして、そして人間がそのフィルターを通した形で享受をするということが増えてくると思われるわけですね。比喩的に言えば、人間が食べやすいように AI が情報を「調理」してくれて、人間がそれを「摂取」するようになる。生の野菜をそのままかじるようなことはなくなるわけです。このことを著作権法の観点で言いますと、コンテンツの中からアイデアだけを抜き出すとか、アイデアはそのままで具体的表現を変えてしまうとか、そういう改変が可能になって、近い将来に一般化しそうだと思っております。

改変的享受の近い将来像

- →生のコンテンツはAIが受信・処理し、それを各人の好みに合わせた形に編集・要約し、享受させる（改変的享受）
- AIは、人間が「食べやすい」ように情報を「調理」してくれる存在になる
- 人間は、AIによって調理された情報を「摂取」するようになる
- = 具体的表現から抽出された「アイデア」だけを享受したり、同じアイデアを別の表現で享受することができるように

24

このような改変的享受が技術的には可能になるとして、著作権法の観点でそれをどう評価すべきかという点をお話ししていきたいと思います。この点で示唆的なのが稲田豊史さんの『映画を早送りで観る人たち』（光文社新書、2022年）という本でございまして、最近の若者にインタビューしながら、作品を早送りで観たりとか、コンテンツを消費するという動向について書かれた本でございまして、「ファスト映画・ネタバレーコンテンツ消費の現在形」というサブタイトルがついておりますとおり、コンテンツの「鑑賞から消費へ」の流れというのがキーワードになっています。

ファスト映画が一時期流行しました。長い2時間の映像を見ることなく、10分とか15分の短縮版で満足してしまう、そういった作品の肝だけを消費したいという消費者の心情について書かれた本なのですが、その中に次のような文章が登場します。「彼らは製品が作者から与えられた形のままで満足しない。よく言えば、自分好みにカスタマイズ、悪く言えば作り手の意向を無視して改変することで自分にとっての価値を最大化する」。

さっきご紹介したCMスキップとか倍速視聴などとも関連しますが、著作者がこの内容で享受してほしいと思って考えて作った作品をそのまま享受するのではなくて、個々人が自分が見たいようにカスタマイズ、改変して見るという消費活動が最近増えていることを指摘し、その原因を分析した本でございまして。

このようなカスタマイズ、改変を同一性保持権との関係でどう考えるべきかというのが今日のお話のテーマです。

鑑賞から消費へ

- 作品の「鑑賞」からコンテンツの「消費」へ
- 稲田豊史『映画を早送りで観る人たち』（光文社新書、2022年）250頁より
- 「彼らは製品（この場合、映像作品）が作者から与えられた形のままで満足しない。よく言えば、『自分好みにカスタマイズ』、悪く言えば『作り手の意向を無視して改変』することで、自分にとっての価値を最大化するからだ。」
- →同一性保持権との抵触が問題に

まず伝統的な改変、AIが登場する以前の改変の事案は、他人が一旦改変して、改変内容を公衆に提供するというタイプのものでした。ファスト映画がその典型ですけれども、手元で人間が映像を編集してファスト映画を作ってYouTubeに投稿して、その内容で画一的に一般公衆に見せるという改変だったわけですね。ここには改変をして提供をした人間が存在しており、その人が決定した改変内容を不特定多数の公衆が享受していました。この場合、その人が改変の主体であり、改変結果を公衆に提供していることから同一性保持権侵害の責任を負うことに特に問題はありません。

伝統的な改変

- 著作者が創作した著作物に第三者が改変を加えて、公衆に提供
- 公衆は当該第三者が意図した改変内容で一律に享受

- ファスト映画事件
 - 刑事：仙台地判令和3年11月16日LEX/DB25591468、仙台地判令和4年5月19日LEX/DB25592789
 - 翻案権、公衆送信権侵害で有罪
 - 民事：東京地判令和4年11月17日裁判所Web
 - 翻案権、公衆送信権侵害で損害額合計5億円

26

これに対して、改変が個々人の家庭内、私的領域内でのみ生じるタイプの事案もありまして、リツイート事件ときメモ事件がその典型例です。いずれも AI は関係ない事案ですが、第三者が一定の態様で改変をするということは決断をしていて、その第三者の決めた改変内容が私的領域で発現するという事案でございます。この場合、誰が改変の主体なのか及び改変が発現した私的領域内でのみ改変結果が享受されるときに同一性保持権の侵害が生じるのかという問題があります。

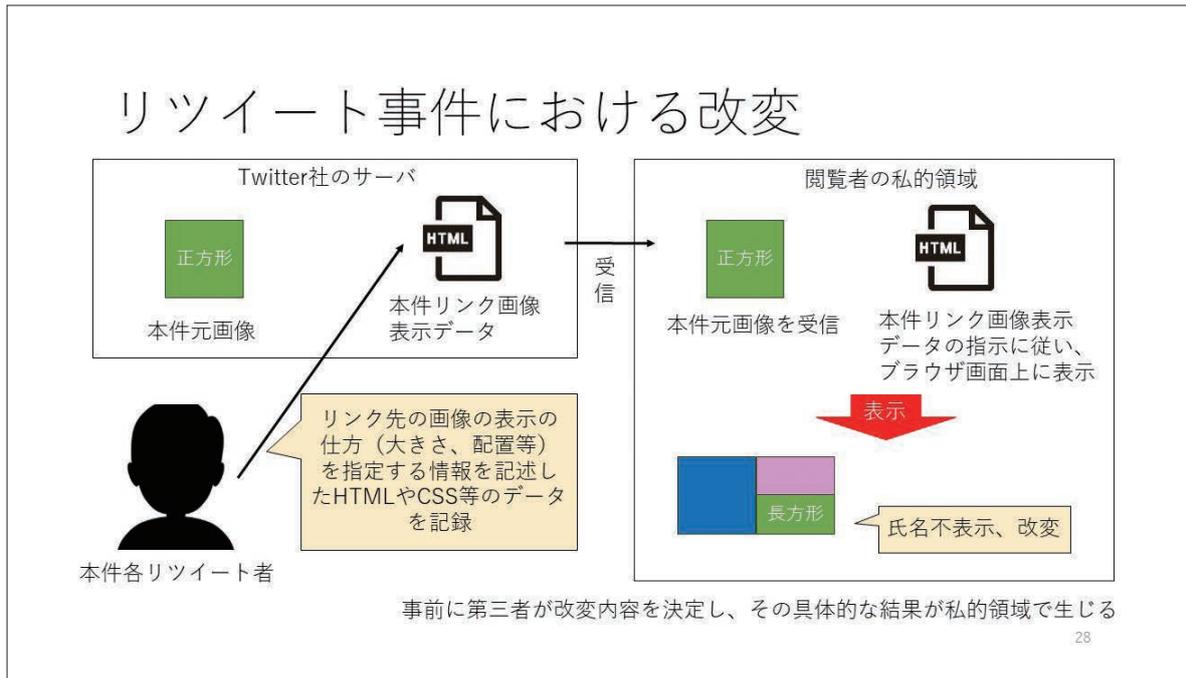
私的領域で改変結果が生じる場合

- 著作物に改変を生じさせるような指令を第三者が提供
- 公衆は当該第三者が意図した改変内容で一律に享受
- **ただしこの改変は、公衆の私的領域で初めて生じる**

- ①リツイート事件
 - 同一性保持権に関する控訴審判決：知財高判平成30年4月25日判時2382号24頁
 - 氏名表示権に関する上告審判決：最三判令和2年7月21日民集74巻4号1407頁
- ②ときめきメモリアル事件
 - 最三判平成13年2月13日民集55巻1号87頁

27

具体的に申し上げますと、リツイート事件で問題となったのは、正方形の写真を長方形にトリミングして表示させることで氏名表示も消すといったタイプの改変でした。これは、最高裁の認定によれば、ツイートとかリツイートをしたTwitterのユーザーがそういうふうに変更をするという内容の「本件リンク画像表示データ」というCSS等のファイルを作成しTwitter社のサーバに記録します。一般のTwitterの閲覧者が画像を閲覧する際には、Twitter社のサーバから送信されてきたこの「本件リンク画像表示データ」の指示に従って画面上でトリミング表示が実現されます。このように具体的な閲覧段階での改変は個々のTwitter閲覧者の私的領域内で生じますけれども、この長方形に改変するのだという決断やそれを実現させるための指示（「本件リンク画像表示データ」の記録）は事前に投稿者等がやっていて、閲覧段階では機械的に改変が生じるという事案でございます。



この場合の改変の主体が誰かという点が問題になってくるのですが、最高裁の考えは、トリミングの有無とその態様を指定した「本件リンク画像表示データ」をサーバに記録した、すなわち Twitter にこの画像を投稿やリツイートをしたユーザーが改変の主体だと考えていると思われます。

リツイート事件における改変

- 多数意見：「本件各リツイート者が本件各リツイートによって本件リンク画像表示データを送信したことにより、本件各表示画像は**トリミングされた形で表示されることになり**本件氏名表示部分が表示されなくなった」
- 「上記の事態は、客観的には、その本件各リツイート者の行為によって現実に生ずるに至ったことが明らかである」
- 上記の事態 = トリミングされた形での表示 (= 改変)
- → 改変の主体は本件各リツイート者
 - = 改変態様を決定するHTMLやCSSのデータを記録した者

29

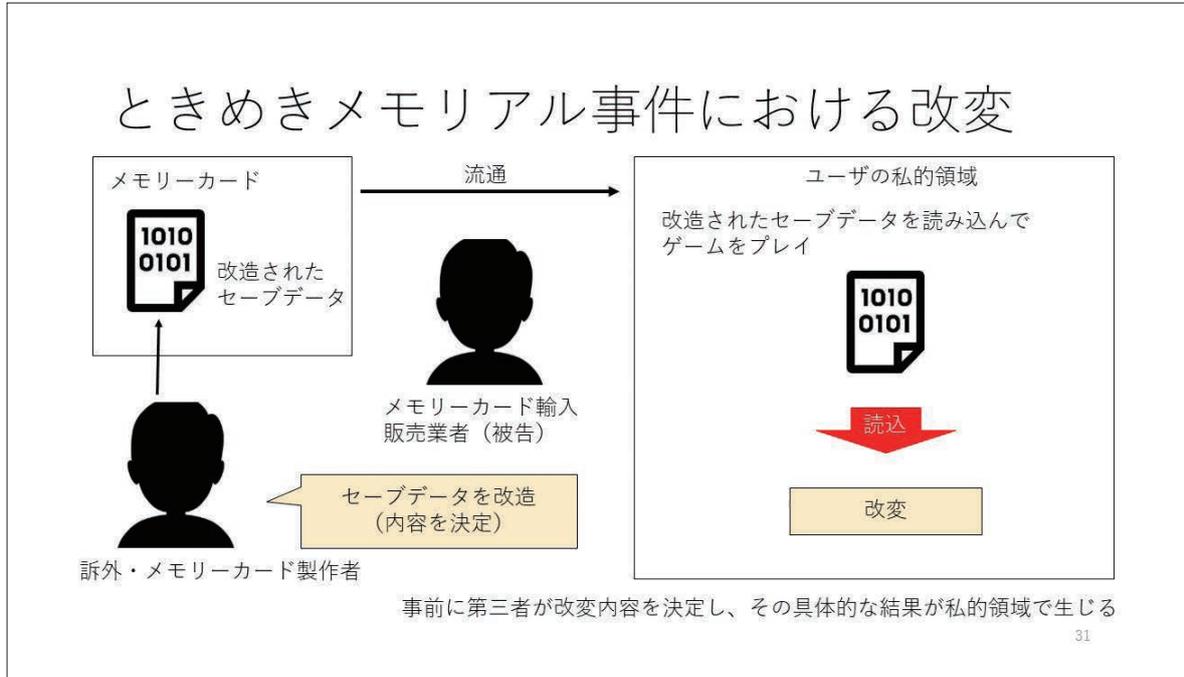
実際、原判決ではこの旨をより明確に言っておりまして、この場合の改変の主体は、Twitter を閲覧することで私的領域内で改変結果を享受した一般のユーザーではなくて、さっき申し上げましたような CSS 等を決定した投稿者側ですとはっきり言っております。つまり、トリミング表示態様を決定した人が改変の主体で、この改変が具体的には個々の閲覧のタイミングで生じるのだけれども、表示させた一般ユーザーは改変の主体ではないと、そういう理解になっております。

リツイート事件における改変

- 控訴審判決の同一性保持権に関する判示はより直接的
- 「Yらは、仮に改変されたとしても、その改変の主体は、インターネットユーザーであると主張するが、上記のとおり、本件リツイート行為の結果として送信されたHTMLプログラムやCSSプログラム等により位置や大きさなどが指定されたために、改変されたということが出来るから、**改変の主体は本件リツイート者らである**と評価することができる」
- ユーザーが閲覧する際に改変が生じていても、その主体はユーザーではなく、原因を作った本件リツイート者ら

30

改変態様の決定者とその具体的な改変結果の享受者が異なるという意味では、ときメモ事件も同様の事案だといえます。この事件では訴外第三者がセーブデータを改変してメモリーカードを製作します。このメモリーカードを被告が日本に輸入し、販売します。そしてこのメモリーカードを購入、使用してゲームをプレイしたユーザーの私的領域内で具体的なストーリーの改変が生じるという事案です。なので、リツイート事件と同様に考えますと、これも改変内容の決定は訴外第三者（メモリーカード製作者）が決断をしていて、具体的な改変が私的領域で発現するのですから、訴外第三者こそが改変の主体であるという事案に見えるわけですが。



しかし従来、この事件は、メモリーカードを使用したユーザーが改変の主体で、ユーザーの使用による違法な改変（同一性保持権侵害）を被告が惹起しているという理由で被告の損害賠償責任を肯定したのだという理解が一般的だったかと思います。確かにリツイート事件の Twitter 閲覧者は別に改変を享受しようと考えてわざわざ本件リンク画像表示データを受信しているわけではなくて、普通に Twitter を閲覧すれば自動的に・機械的に本件リンク画像表示データの指示に従って改変が生じてしまうのに対し、ときメモ事件のユーザーはゲームのストーリーを改変して享受しようと考えてあえてこのようなメモリーカードを購入して意図的に使用しているという点で、主体性が色濃いということは否定できません。とはいえ、改変の内容を決めているのは訴外第三者（メモリーカード製作者）ですし、この者の関与がなければゲームの改変は生じなかったわけなので、この者の主体性が完全に否定されるということも違和感があります。リツイート事件と同様に、これもメモリーカードを製作し、データの改変態様を決定した製作者こそが改変の主体であって、ただその具体的な改変がその後のユーザーの下で発現するにすぎないとか、あるいはメモリーカード製作者とユーザーが共同侵害主体であるという理解のほうが自然なのではないかと思っております。こういうふうにと考えると何がいいかと言いますと、私的領域の改変の適法性という議論に関わってきます。

ときメモ事件というのは、ユーザーが自分の家庭内でのみ改変したストーリーを楽しむ、そういう私的領域内での享受を目的とした改変ですけれども、最高裁判決に対する従来の理解というのは、私的領域内での改変も違法であって、被告はそのような違法行為を惹起しているという理解だったわけですが。けれども、私の理解は違っていて、先ほど述べたように改変の主体（のうち少なくとも1人）はメモリーカード製作者であると考えれば、被告の行為は当該メモリーカード製作者を主体とする改変の^{ほうじょ}幫助、惹起だと捉えることが

できます。ここではユーザーの家庭内の行為が違法であることを前提とせず、最高裁判決と同じ結論を導きますので、従来の議論よりも私的領域内での改変をより許容しやすい枠組みになってきます。仮に共同侵害主体性を認めるとしても、ユーザーの行為に関しては、私的領域内でのみ改変が生じるにすぎないという「利用の目的及び態様」（著作権法20条2項4号）に照らして救済の余地が生じます。ときメモ事件判決をこのように捉え直すことがAIを用いた改変的享受の適法性の議論につながっていきます。

ときめきメモリアル事件における改変

- ときめきメモリアル事件最高裁判決の従来の理解
 - ユーザが改変の主体であり、私的領域における改変であっても同一性保持権の侵害となることを前提として、被告の間接侵害を肯定した、との理解がされてきた
- しかし改変内容を決定しているのはメモリーカード製作者である
 - リツイート事件でHTMLやCSSを記録した者が改変の主体なのであれば、ときめきメモリアル事件でもメモリーカード製作者を改変の主体とみるのが自然
- 同判決に対しては、私的領域における改変が同一性保持権の侵害になるとすることへの懸念が示されていたが、メモリーカード製作者を改変の主体とみて、被告はその改変を惹起したと捉え直すことができるのではないか
 - この場合、ユーザは改変の主体ではないか、仮に主体だとしても20条2項4号により救済されうる

32

そこで最後に本題である AI を用いた改変的享受の適法性の検討に進みます。これまでの事例は改変態様を決定する者（ファスト映画製作者、本件画像表示データ記録者、メモリーカード製作者）と改変結果の享受者が異なる事案でした。これに対し、AI を使って改変的享受をするという事案では、これはまさに AI を使って改変をしようと決断したユーザー自身が改変の主体であると考えざるを得ないと思います。AI サービスの提供者は汎用的なツールを提供しているにすぎず、どの著作物をどのように改変するかに関与していませんので、そこに主体性を見出すのは困難でしょう。

改変的享受

- 利用者の私的領域内でのみ改変・享受が生じる
- **改変内容の決定者は利用者自身（orその意向を汲んだAI）**

閲覧者の私的領域

翻訳

We've filed a lawsuit challenging Stable Diffusion, a 21st-century collage tool that violates the rights of artists. **Because AI needs to be fair & ethical for everyone.**

ARTIST: This is Matthew A. Dennis, 37, a writer, designer, programmer, and lawyer. In November 2022, he teamed up with the attorney-executive duo-action litigators Joseph Savell, Carlos Zayas, and Tracy Marshall at the Joseph Savell Law Firm, to file a lawsuit against OpenAI's ChatGPT for its

アーティストの権利を侵害する 21 世紀のコラージュ ツールである Stable Diffusion に対して訴訟を起こしました。AI はすべての人にとって公平かつ倫理的である必要がありますからです。

33

ただしこの改変は私的領域内でのみ享受されることを目的とした改変です。ファスト映画事件、リツイート事件、ときメモ事件のいずれの事案でも、改変主体の外側にいる公衆によって改変結果が享受されることが目的となっていたのに対し、AIを用いた改変的享受の事案では私的領域外に改変結果が出ていくことは想定されていません。そうだとすると、このようなユーザーの私的領域内での享受のみを目的とした改変というのを本当に同一性保持権侵害として違法視すべきかという点が課題になってきます。ときメモ事件判決を上述のように捉え直すことで、この点は判例の射程が及ばない問題として、いま改めてゼロベースから議論しうる論点だということになります。

その際には、一方では著作者の意向の保護が、他方では情報受領の自由という憲法上の議論があるように、各人が自らの嗜好や特性に応じた効率的な情報の摂取ができるという利益が衡量の天秤に載せられることになるでしょう。

この利益衡量を現行法の枠内で実現するためには、20条2項4号の「やむを得ないと認められる改変」該当性が主戦場となります。同号の解釈適用におきまして、私的領域内での改変を許容して、個々人に合った形で情報を摂取したいという利益と、著作者の自分の意図した内容で享受してほしいという利益をどのように調整するかという問題になってくると思います。これはもちろん、同一性保持権の保護法益論とも関わってきます。

私的領域での改変：同一性保持権との関係

- この場合はユーザを改変の主体とみざるを得ない
- 改変的享受は同一性保持権によって禁止されるべきか？
- それとも、各人が自らの好みに応じた効率的な情報の摂取ができるという利益（情報受領の自由*）を優越させるべきか？
 - *吉田憲「情報受領の自由と私的複製の関係」法学論叢183巻4号～
- 主戦場となるのは「やむを得ない改変」（20条2項4号）該当性
 - その評価の基礎となる価値判断はどうあるべきか？
 - 同一性保持権の保護法益を論じる現代的意義

もしも、このような場面におきまして、一律に私的領域内での改変は適法ですと許容しますと、いわばファスト映画を個人個人の私的領域においてはつくり放題という帰結になってきます。ただ、それで経済的な損失があるのかというと、改変元になった映像等のコンテンツを受信する段階で一定の契約的な解決も可能かもしれません。つまりNetflix等の配信サービスからコンテンツを受信し、それを改変するという場合には、配信サービスの契約を結んで代金を支払う必要があるため、ここにおいて著作権者には対価取得の機会があるといえそうです。またそもそも現行法上このような私的領域での翻案は翻案権侵害にならないと定められていますから(47条の6第1項1号)、自分だけが享受するファスト映画の作成は適法です。残るのは同一性保持権の人格的利益の観点でいうとどうなのかということです。

私的領域での改変：同一性保持権との関係

- もし私的領域における改変的享受に翻案権や同一性保持権が及ばないとすると……
- AIを用いた改変的享受が技術的に可能になった社会では、公衆がそれぞれの私的領域で「ファスト映画」を作成し、享受することができる
- ただし元となる映像を入手する段階で、著作権者には対価取得の機会はある(例：Netflixのサブスク)
 - 仮にこれで経済的には補償されるとすると、残るは人格的利益の問題

35

すぐに思いつく単純な考え方は、著作物の性質によって分けようという案です。本来、情報として消費されてもいいような事実的著作物についてはその改変は自由だと考えて、他方で、本来、鑑賞の対象とすべき音楽とか、映画とか、ストーリー性がある作品とか、そういったものについては改変せずにオリジナルのまま享受しようというように、「著作物の性質」(20条2項4号)によって決めるという議論がすぐに思いつきます。しかし、さっきご紹介した稲田さんの本は、後者のような芸術的著作物についてまで「鑑賞から消費へ」という流れが強まっていることを紹介しているわけです。現状として若い方を中心に、鑑賞すべき作品であっても消費したいのだ、自分のタイミングで自分の関心に応じて切り取って倍速で見たいのだという意見が増えているわけです。それにもかかわらず法律によってこの作品はじっくり鑑賞すべきだという押しつけをするのは、多様な娯楽や情報があふれて消費者の可処分時間を奪い合う中で「タイパ」良くコンテンツを消費したいという現代社会のニーズにそぐわない解釈になってきそうです。

私自身、結論が出ていないのですが、今日お話したようにAIを使って改変することが非常に簡単になった近い将来におきましては、よりこの問題が深刻に争われることが予想されます。現時点から、このような改変的享受について、著作権側の同一性保持権を尊重するのか、ユーザー側の情報の受領、享受の自由を保護するかという点の議論を始めておく必要があると考えておりますので、問題提起として今日お話をさせてもらいました。

以上でございます。

【鈴木】 谷川先生、ありがとうございました。

それでは、今のご講演につきまして、ご質問あるいはコメントでも結構ですけれども、いかがでしょうか。

【受講者】 どうもありがとうございました。

もしかしたら先生のメインの論点ではないのかもしれませんが、著作物の創作がアイデアも含むのではないかというお話だとすると、かなり今までと違うことになってしまいう中で、それでもやはり著作権法なのかというのもちょっと思うところがありまして、先生のご見解等があれば教えていただけないかなと思っているのです。

【谷川】 ありがとうございます。

結論から言いますと、著作権法でなくてもいいと思います。あくまでも著作権法というのは人間が具体的表現をつくることのコストが高い時代の産物であって、時代が変わってしまうと、全然違う法制度でもって創作の豊富化を図ろうということに変わる可能性があってもよいと思っております。

【鈴木】 会場で別の方からも質問が出ていますので、お願いします。

【受講者】 ちょっと恥ずかしい質問でもあるのですが、30条1項で私的複製は認められているのに、同一性保持権のほうの私的改変は認められない。これはやはり人格権とか財産権の相違で、やはり相当にハードルが高いものなのでしょうか。本題から外れているのですが、ご見解で結構ですのでお願いいたします。

【谷川】 現行著作権法は、おっしゃるとおりで、幾ら私的領域でも基本的に改変できないと理解されています。これは著作者の思い入れを保護すべきだという価値判断があったと思うのです。ベルヌ条約上は、同一性保持権というのは名誉声望侵害がある場合に保護すれば十分であるとされているのですが、日本法はあえてそこを厳しく規定していますので、やはり名誉声望を害しないような私的領域の改変であっても違法としましようという価値判断だったと思うのですけれども、それが今の社会に合っているのだろうかという問題提起を今日はお話いたしました。

【受講者】 現状、取り締まるのも難しい話でもあるという面もあるわけですよね。それでもやはり規制し続ける必要はあるのだろうかと考えたりもするのですが、どうですか。

【谷川】 そうですよ。倍速視聴とか機械翻訳とかは我々は普通にやっていますものね。それが全部違法かということ、現状ではそう思っていないはずで、だから、本当は取り締まられない領域があるはずなので、そこを類型化して明文化するという努力も必要かもしれません。

【受講者】 分かりました。

【鈴木】 どうぞ、会場のご質問です。

【受講者】 貴重なお話をありがとうございました。

最初の創作のところで北京の裁判所の話がありましたけれども、裁判所の考えについて先生にお聞きするのは筋違いかもしれませんが、一つの理解として、自己の著作物として公表することを決定したことを重要視するという理解もあるということでしたけれども、著作物全てが全て公表するわけではないと思うのですが、そうすると、この考え方を突き詰めていくと、もう公表を予定するものしか著作物として保護されないような世界になっていくのでしょうか。

【谷川】 公表しなければ他人による無断利用も生じませんので、公表しないものについて保護が必要な場合ということ、未公表の場合の無断公表の事案ぐらいかと思います。AIを使って自分の領域内だけで使いたい、あえて未公表にしたいのだという希望がどこまであるのか、保障すべき必要性があるのかというのはよく分かりませんが、公表の決定ということだけを考えるとおっしゃるような問題があろうかとは思いますが。

【受講者】 そうすると、公表権そのものがなくなってくるというか、そういう世界も将来あるかもしれないという感じですか。

【谷川】 そうですね。公表権の保護の中核は人格と結びついた恥ずかしい日記を公表されたくないとかそういうものだと思うので、AI生成物というのはあまり人格と結びつきがないように思いますので、公表権で保護する必要がどこまであるのかなという気もします。

【受講者】 ありがとうございます。

もう一点ですけれども、今度は享受のほうで、最後のほうで同一性保持権との関係では「やむを得ない」性で考えていくしかないということだったと思うのですけれども、意に反するという要件があると思うのですが、そちらのほうで、例えば、AIで自動翻訳をして読むというのは、書いた人からすると自動翻訳しても読んでくれたほうが良いと普通考えるのかなと思うのですけれども、默示的に意に反しないみたいな、そういう理屈づけで取りあえず処理するというのはちょっと難しいですか。

【谷川】 それも可能だとは思いますが、裁判になる事案は、このような改変は自分の意に反するのだというセンシティブな人が訴えることが多いと思いますので、いざ裁判になった事案を考えますと難しいのかなと思います。もちろん、「意に反する」を客観的に捉えていけばいいという方向性はあるとは思いますが。

【受講者】 ありがとうございました。

【鈴木】 オンラインで参加されている方からご質問が1件出ております。「コンテンツの鑑賞から消費へのトレンドは止められないというのはおっしゃるとおりかと思えます。そうすると、コンテンツ創作者のインセンティブが下がるようにも思いますが、著作権法が目的とする文化の発展等は異なる形になっていくと思えますか」

【谷川】 ありがとうございます。

今日の発表は、同一性保持権、人格権を制限してもいいのではないかということであって、インセンティブというのは著作財産権の方の問題かと思っておりますので、何らかの方法で対価の取得ができればインセンティブとしては十分かと思うのです。例えば、長編のアニメを一旦購入します、購入する段階で対価を払います。それが還流されればインセンティブとしては十分であって、そのあとに改変して享受されるかどうかは影響しないのではないかと考えています。情報の取得段階で一定の対価の還元が、契約とか著作財産権によって保障できれば、改変を許容することがインセンティブに与える問題はさほど大きくないのかなという理解でございます。ただし自炊代行事件の電子書籍市場のように、正規品のファスト映画市場があって、そこへの影響があるという話になってくると少し違ってくるのかもしれませんが。

【鈴木】 先ほどの同一性保持権の話に関連しますが、AIがいろいろ改変をすることをある程度想定をして著作者側も著作物を世の中に提供することが一般化していくと、「意に反する」改変かどうかという辺りの解釈にも影響するかもしれませんね。

ほかはよろしいでしょうか。

それでは、谷川研究員のご講演は以上といたします。ありがとうございました。

【司会者】 それでは、最後のご講演になります。同志社大学の山根崇邦研究員から、営業秘密の関係のご講演をいただきます。

【山根】同志社大学の山根でございます。

本日は、「国境を越える営業秘密侵害と令和5年不正競争防止法改正」というテーマで報告をさせていただきます。どうぞよろしくお願いいたします。

2024年2月27日
日本弁理士会中央知的財産研究所公開フォーラム

国境を越える営業秘密侵害と令和5年不正競争防止法改正

同志社大学 山根 崇邦

1

資料は大部なのですが、この目次のとおり、本日は大きく4つの観点から報告をさせていただければと思っております。

【目次】

I 序

- 1 国境を越える営業秘密侵害
 - 技術上の秘密の海外流出事件の増加
- 2 立法的対応その1
 - 営業秘密侵害罪の適用範囲の拡張と海外重罰
 - (1) 営業秘密侵害罪の域外適用（国外犯処罰）（2005年・2015年改正）
 - (2) 国外使用目的での侵害罪の重罰（2015年改正）
- 3 立法的対応その2
 - 国際裁判管轄の整備と不競法の適用範囲の拡張
 - (1) 営業秘密に関する訴えの管轄権（2023年改正）
 - (2) 国外侵害行為への不競法民事規定の域外適用（2023年改正）
- 4 小括
 - (1) 登録国毎に権利が存在するわけではない営業秘密法制の柔軟性
 - (2) 営業秘密の保護に対する国家的関心の高まり

II 令和5年不正競争防止法の検討過程

- 1 産構審不正競争防止小委員会における検討
 - (1) 前提となる問題意識
 - (2) 事例1 - 元社員が営業秘密を国外へ持ち出し、転職先の海外企業に開示し、海外企業により使用・開示された事例
 - (3) 事例2 - 海外サーバ上で管理している営業秘密が海外で不正取得・使用・開示された事例
- 2 小委員会報告書（2023年3月）
 - (1) 国際裁判管轄に関する規定整備の是非
 - (2) 不競法の適用範囲に関する規定整備の是非
- 3 最終的な改正法の規定

2

【目次】

III 改正法19条の2（営業秘密に関する訴えの管轄権）の意義

- 1 国際裁判管轄の一般的な判断プロセス
 - (1) 被告住所地管轄
 - (2) 加害行為地管轄（不法行為地管轄①）
 - (3) 結果発生地管轄（不法行為地管轄②）一事例1・2の場合の不明確性と営業秘密侵害罪の適用範囲
- 2 改正法19条の2の意義
 - (1) 営業秘密の訴えに関する追加的な管轄原因
一 民訴法の国際裁判管轄規定との関係
 - (2) 競合管轄－企業の訴訟戦略の自由度への配慮

IV 改正法19条の3（適用範囲）の意義と論点

- 1 営業秘密侵害をめぐる法律関係の2つの理解
 - (1) 営業秘密侵害をめぐる法律関係＝私法的法律関係
 - (2) 営業秘密侵害をめぐる法律関係＝公法的法律関係
- 2 改正法19条の3の意義
 - (1) 民事法規の域外適用を明文で規定
 - (2) 営業秘密関連法規の強行的適用法規としての性質の明確化
- 3 改正法19条の3の論点
 - (1) 「日本国内において管理されているもの」要件の解釈
 - (2) 但書（「営業秘密が専ら日本国外において事業の用に供されるものである場合」を除く）の解釈
 - (3) 改正法19条の3の要件を満たす場合の効果
 - (4) 改正法19条の3の要件を満たさない事案の取扱い

3

まず1点目ですけれども、令和5年改正に至る背景として、営業秘密を取り巻く状況と法改正の変遷について確認をしたいと思います。

I 序

4

1 国境を越える営業秘密侵害

－技術上の秘密の海外流出事件の増加

5

ご案内のとおり、近年、国境を越える営業秘密侵害、とりわけ技術上の秘密の海外流出事件が増加しております。

背景には、企業のグローバル化が進展し、技術開発競争が激化する中で、競争力の源泉としての営業秘密の価値が高まっているという事情があります。もともと営業秘密は無形の情報であり、極めて容易に国境を越えて流通するという性質を有していますが、情報通信技術の発達と情報通信機器・サービスの普及により、重要な営業秘密が瞬時に国境を越えて海外へ流出するケースが増加しています。昨年、産総研の事件や日本山村硝子の事件が報道されたことは、記憶に新しいところです。こうした技術上の秘密の海外流出事件の増加は、営業秘密を取り巻く近年の状況の一つの特徴と言えます。

技術上の秘密の海外流出事件の増加

- 情報はその性質上、極めて容易に国境を越えて流通
- 企業のグローバル化と経済活動における営業秘密の価値の高まりに伴って、企業が保有している各種情報が海外に提供されるケースが増加
- その一方で、インターネットをはじめとする通信技術の発達により、重要な営業秘密が、電子メールに添付して送信されることで、瞬時に国境を越えて海外へ流出するケースも増加
 - 川島製作所取締役による中国企業への光ファイバー測定治具図面流出事件（2018年）
 - 産総研主任研究員による中国企業へのフッ素化合物合成技術流出事件（2023年）
 - 日本山村硝子元社員による中国企業へのガラス瓶軽量化技術流出事件（2023年）
- 技術上の秘密の海外流出事件の増加は、営業秘密を取り巻く近年の状況の一つの特徴

6

こちらは、既に判決が出ている主な事例のリストです。このリストからもこの5年間で日本企業の重要な技術上の秘密が中国やロシアへと漏えいした事例が散見されることがうかがえます。

年月	企業名	事案概要
平成30年10月、12月 (判決：令和3年7月)	川島製作所 (神奈川県)	<ul style="list-style-type: none"> 電子通信機器の製造販売会社「川島製作所」の元従業員が、光ファイバーに関する独自技術（光ファイバー接続面の測定器具の設計図面）を取引先の役員に漏らしたとして、不正競争防止法違反（営業秘密の領得・開示）の疑いで逮捕・送検された事案（平成30年10月）。 なお、本事案では、開示先である香港に所在する企業（同社の取引先企業）の役員も、営業秘密を国外で使用したとして海外重罰規定を適用し、逮捕・送検（平成30年12月）。 元役員に対し、懲役1年4月（執行猶予3年）、罰金80万円・香港企業元役員に対し、懲役1年（執行猶予3年）、罰金60万円の判決（令和3年7月7日 横浜地裁）。 <p>【刑事】</p>
令和元年6月 (判決：令和3年3月)	NISSHA (京都府)	<ul style="list-style-type: none"> 電子部品製造大手「NISSHA」の元従業員が、関連会社の事務所で、同社の主力商品であるスマートフォンなどに使用されるタッチセンサー技術に関する情報を、自身のハードディスクに不正に複製したとして、不正競争防止法違反（営業秘密領得・海外重罰適用）の疑いで逮捕された事案（令和元年6月5日）。 同容疑者は平成29年12月に同社を退職後、中国にある競合他社で働いていた。 元従業員に対し、懲役2年、罰金200万円の判決（令和3年3月17日 京都地裁）。 <p>【刑事】</p>
令和2年1月 (判決：令和2年7月)	ソフトバンク (東京都)	<ul style="list-style-type: none"> ソフトバンクの元従業員が、同社に在職中の2019年2月及び3月、在日ロシア通商代表部の職員に対して、同社の作業文書等の秘密情報などを記録媒体に複製して不正に取得し、提供していたとして不正競争防止法違反の疑いで逮捕された事案（令和2年1月25日）。 元従業員は、数年にわたって、現金提供（数十万円）や飲食接待の見返りに、同社の秘密情報を提供。 元従業員に対し、懲役2年（執行猶予4年）、罰金80万円の判決（令和2年7月9日 東京地裁）。 <p>【刑事】</p>
令和2年10月 (判決：令和3年8月)	積水化学 (大阪府)	<ul style="list-style-type: none"> 大手化学メーカー「積水化学工業」の元従業員が、同社在職中にスマートフォンのタッチパネルなどに使われる「導電性微粒子」と呼ばれる電子材料の製造工程に関する機密情報を、中国企業の社員にメールで2回送信したとして、不正競争防止法違反の疑いで書類送検された事案（令和2年10月13日）。 元従業員に対し、懲役2年（執行猶予4年）、罰金100万円の判決（令和3年8月18日 大阪地裁）。 <p>【刑事】</p>

7

「デジタル社会における不正競争防止法の将来課題に関する中間整理報告」（2022年5月）33頁

こうした状況に対して、我が国は大きく2つの立法的措置を講じてきました。1つが刑事上の措置であり、もう一つが民事上の措置です。

2 立法的対応その1

－ 営業秘密侵害罪の適用範囲の拡張と海外重罰

まず、刑事上の措置に関しては、2003年に営業秘密侵害に対する刑事罰が導入されました。以来、罰則を強化する法改正が重ねられ、厳罰化が進められてきたところです。その中でも、技術情報の海外流出事件の増加を受けて、2005年に営業秘密侵害罪の域外適用、すなわち国外犯処罰規定が導入されました。また、2015年には、国外使用目的での侵害行為について、他の侵害行為よりも重い罰則を科す海外重罰規定が導入されました。これらの点が重要かと思えます。

立法的対応その1

- こうした海外への技術情報の流出事件の増加を受けて、
- **2003年以降、営業秘密侵害に対する罰則を強化する法改正が重ねられ、厳罰化が進められてきた。その結果、現在の営業秘密侵害罪は、罰金刑につき国内法令最高水準の罰則に**
 - 法定刑上限の引き上げ（2005年・2006年・2015年改正）
 - **営業秘密侵害罪の域外適用（国外犯処罰）（2005年・2015年改正）**
 - 法人も処罰対象とする両罰規定（2005年改正）
 - 営業秘密侵害罪の目的要件の変更（2009年改正）
 - 営業秘密領得罪（2009年改正）
 - **国外使用目的での取得・領得・開示罪の重罰（2015年改正）**
 - **国外使用罪の重罰（2015年改正）**
 - 転得者処罰（三次的取得者以降も処罰）（2015年改正）
 - 未遂処罰（2015年改正）
 - 非親告罪化（2015年改正）など

9

ここで、営業秘密侵害罪の域外適用について簡単に確認をしておきたいと思います。不正競争防止法上の罰則については、原則として日本国内で行われた犯罪を処罰対象とする属地主義の考え方がとられております。しかし、2005年改正において、「営業秘密の保護法益に対する侵害は、その侵害行為が国内外のいずれで行われても同等に発生するものであり、日本国外での営業秘密侵害行為を処罰の対象としないことは均衡を欠く」という理由から、属地主義の例外として国外犯処罰が導入されました。

(1) 営業秘密侵害罪の国外犯処罰の新設(2005年改正)

2005年改正法 21条4項 (営業秘密侵害罪の国外犯処罰)

第1項第4号又は第6号から第9号までの罪は、詐欺等行為若しくは管理侵害行為があった時又は保有者から示された時に日本国内において管理されていた営業秘密について、日本国外においてこれらの罪を犯した者にも適用する。

- 不競法上の罰則は、原則として日本国内で行われた犯罪を処罰対象とする(属地主義)
- **2005年改正で新設された21条4項は、その例外として、営業秘密侵害罪について、日本国内で管理されていた営業秘密を日本国外において侵害する行為にも適用する旨規定**
- ∴ **営業秘密の保護法益である事業者の営業上の利益及び公正な競争秩序に対する侵害は、営業秘密の侵害行為が国内外のいずれで行われても同等に発生するものであり、一層の経済のグローバル化が進展する中で、日本国外での営業秘密侵害行為を処罰の対象としないことは均衡を欠く**

経産省知財政策室編『逐条解説不正競争防止法(第2版)』288-289頁
10

この2005年改正時には、国外犯処罰の対象となる営業秘密の範囲に関して、「日本国内において管理されていた営業秘密」という要件が課されていましたが（以下、「国内管理要件」といいます）。しかし、「国内の事業者が保有する営業秘密について、物理的にサーバが国外に存在する場合であっても、海外からの侵害に対して広く刑事罰の抑止力をもって保護する必要がある」という理由から、2015年改正において国内管理要件が削除されたという経緯があります。代わりに、「日本国内において事業を行う保有者の営業秘密」という要件に拡張されました。

(1) 営業秘密侵害罪の国外犯処罰の対象拡張 (2015年改正)

2015年改正法 21条6項 (営業秘密侵害罪の国外犯処罰)

第1項各号（第9号を除く。）、第3項第1号若しくは第2号又は第4項（第1項第9号に係る部分を除く。）の罪は、日本国内において事業を行う営業秘密保有者の営業秘密について、日本国外においてこれらの罪を犯した者にも適用する。

■ 国外犯処罰の対象となる営業秘密の範囲の拡張

2005年改正法「日本国内において管理されていた営業秘密」

2015年改正法「日本国内において事業を行う保有者の営業秘密」

- 国内の事業者が保有する営業秘密について、物理的にはサーバなどの媒体が国外に存在する場合であっても、海外からの侵害（特に海外からの営業秘密不正取得行為）に対して広く刑事罰の抑止力をもって保護する必要性
- ただし、日本国憲法が採用する国際協調主義の趣旨を踏まえ、日本の法制とは無関係である外国でのみ事業を行う事業者が保有する営業秘密を、外国で侵害した場合を処罰の対象から除外

経産省知財政策室編『逐条解説不正競争防止法（第2版）』289頁

また、2015年改正では、海外重罰として、国外使用目的での侵害行為について、他の侵害行為よりも法定刑の罰金刑の上限を引き上げる措置が導入されました。具体的には、個人の罰金刑の上限が2000万円から3000万円に、法人両罰の罰金刑の上限が5億円から10億円に引き上げられています。こうした海外重罰の罰則水準は、国内法令の最高水準の罰則となっております。

(2) 国外使用目的での侵害罪の重罰 (2015年改正)

2015年改正法 21条3項 (国外使用目的での領得・開示罪および国外使用罪の重罰)

次の各号のいずれかに該当する者は、**10年以下の懲役若しくは3000万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。**

- 一 **日本国外において使用する目的で、第1項第1号又は第3号の罪を犯した者**
- 二 **相手方に日本国外において第1項第2号又は第4号から第8号までの罪に当たる**使用をする目的があること**の情を知って、これらの罪に当たる開示をした者**
- 三 **日本国内において事業を行う営業秘密保有者の営業秘密について、日本国外において第1項第2号又は第4号から第8号までの罪に当たる使用をした者**

Cf. 21条1項 (営業秘密侵害罪)

次の各号のいずれかに該当する者は、**10年以下の懲役若しくは2000万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。**

12

以上は刑事上の措置でありましたが、今般の令和5年(2023年)改正において民事上の措置が講じられることになりました。

3 立法的対応その2

一 国際裁判管轄の整備と不競法の適用範囲の拡張

13

それが本日のテーマである、営業秘密に関する訴えの管轄権規定（19条の2）の整備と、国外の侵害行為に対する不正競争防止法の域外適用規定（19条の3）の創設です。

2023年（令和5年）改正

- 2023年改正により、国境を越える営業秘密侵害の民事事件に関し、
（1）営業秘密に関する訴えの国際裁判管轄規定を整備（19条の2）
（2）国外侵害行為への不競法民事規定の域外適用の規定を創設（19条の3）

改正法 19条の2（営業秘密に関する訴えの管轄権）

- 1 日本国内において事業を行う営業秘密保有者の営業秘密であって、日本国内において管理されているものに関する第2条第1項第4号、第5号、第7号又は第8号に掲げる不正競争を行った者に対する訴えは、日本の裁判所に提起することができる。ただし、当該営業秘密が専ら日本国外において事業の用に供されるものである場合は、この限りでない。

改正法 19条の3（適用範囲）

第1章、第2章及びこの章の規定は、日本国内において事業を行う営業秘密保有者の営業秘密であって、日本国内において管理されているものに関し、日本国外において第2条第1項第4号、第5号、第7号又は第8号に掲げる不正競争を行う場合についても、適用する。ただし、当該営業秘密が専ら日本国外において事業の用に供されるものである場合は、この限りでない。

14

以上の越境侵害事案への刑事上および民事上の立法措置から示唆される特徴を、簡単にまとめたいと思います。

4 小括

15

1つが、登録国ごとに権利が存在するわけではない営業秘密法制の柔軟性です。例えば、特許権侵害の場合、対象となる特許権は準物権であり、かつ、この権利は登録国ごとに存在しております。これに対し、営業秘密侵害の場合、営業秘密自体は権利ではなく情報そのものです。そのため、国ごとに個別に存在しているとも観念し難いものです。

こうしたことから、営業秘密侵害の渉外事案について、特許権侵害の場合と同様に考える必要は必ずしもなく、また、そのように考えることに限界もあると解されます。従来から鈴木先生は、営業秘密の保護について属地的な性質を認める必要はないとご指摘されておられましたが、渉外事案への措置について柔軟な制度設計が可能である点に、営業秘密法制の一つの特徴があるように思われます。

(1) 登録国ごとに権利が存在するわけではない営業秘密法制の柔軟性

- 例えば、特許権侵害の場合、対象となる特許権は準物権であり、かつ、登録国ごとに存在
- これに対し、営業秘密侵害の場合、営業秘密自体は権利ではなく情報そのもの。国ごとに個別に存在しているとも観念し難い

飯塚卓也「営業秘密の国際的侵害行為に関する適用準拠法」高林龍ほか編集代表『現代知的財産法講座II』（日本評論社、2012年）388頁

- そのため、渉外的要素を含む営業秘密侵害へ適用すべき法のルールについて、特許権侵害の場合と同様に考える必要はなく、またそのように考えることに限界もある。
- 営業秘密侵害の場合のルールについて柔軟な制度設計が可能

➤ 鈴木将文「営業秘密の保護の国際的側面に関する覚書」特許研究69号61頁（2020年）

「営業秘密保護に関する特別の制度は、一般法〔一般的な契約法又は不法行為法〕による保護のみによるよりも一層効果的かつ効率的に保護を表現し、ひいては公益的な目的に資するためのものといえる。このように、営業秘密保護の必要性及びその法的根拠は、一般的な民事法の中に見出すことができることから、属地的な性質を認める必要はないであろう。」

16

もう一つが、営業秘密の保護に対する国家的関心の高まりです。2003年に営業秘密の侵害に対して刑事罰が導入されましたが、それ以降、営業秘密侵害罪の国外犯処罰や海外重罰など、処罰対象範囲の領域的拡大と厳罰化が図られてきました。また、非親告罪化の措置も講じられました。

このように、営業秘密をめぐる法改正の経緯からは、営業秘密の保護に対する国家的関心の高まりと、強い国家政策上の利害や公権力性を見てとることができます。今般の令和5年改正も、こうした延長線上に位置づけることができるように思われます。

(2) 営業秘密の保護に対する国家的関心の高まり

- 2003年不競法改正により、営業秘密侵害に対する罰則が導入されて以降、累次の改正を経て、処罰対象範囲の拡大と厳罰化が図られてきた（非親告罪化の措置も講じられてきた）。
- そして、2005年改正以降は、日本国内にとどまらず、専ら日本国外で営業秘密を不正に取得、使用、開示する行為についても、広く処罰の対象としている。
- さらに2015年改正以降は、そうした国外使用目的でなされた国内における領得・開示行為についても重罰の対象としている。
- このように、営業秘密をめぐる不競法改正の経緯からは、営業秘密の保護に対する国家的関心の高まりと、国内市場の競争秩序の確保という強い国家政策的利害の体現を見てとることができ、今般の2023年改正についても、そうした法政策の延長線上に位置づけることができる。

17

続いて2点目、令和5年改正法の審議会での検討過程について確認したいと思います。

II 令和5年不競法改正の検討過程

18

1 産構審不正競争防止小委員会における検討

19

渉外的な営業秘密侵害の問題が産業構造審議会不正競争防止小委員会において主に議論されたのは、2022年11月の第19回においてです。そこでは、営業秘密の侵害が不法行為であることを前提に、渉外事案では国際裁判管轄及び準拠法の決定が問題となり得るとして、次のような問題が提起されました。すなわち、民事訴訟法の第3条の3第8号に基づく不法行為に関する訴えの国際裁判管轄の判断、及び法の適用に関する通則法（以下、通則法）17条に基づく不法行為の準拠法の決定では、いずれも、結果発生地の解釈が重要となるところ、その解釈について定見がなく、予測可能性に乏しいという問題です。

(1) 前提となる問題意識

産構審 不正競争防止小委員会 第19回資料（2022年11月）

- 渉外的な不正競争に係る民事訴訟では、国際裁判管轄・準拠法の決定が争点となり得る。国際裁判管轄は、民事訴訟法第3条の3第8号、準拠法は、法の適用に関する通則法第17条が適用されるが、**いずれも「結果発生地」の解釈によることとなり、定見はない状況。**

国際裁判管轄

- 渉外的な不正競争に関する事案は、不法行為の一態様に当たることから、**民事訴訟法（第3条の3第8号）**に基づいて、「**加害行為地**」・「**結果発生地**」のいずれかが日本の場合（※）、日本で裁判を行うことが可能。

（※）民事訴訟法第3条の3第8号には、「**不法行為があった地**が日本国内にあるとき」と規定されており、当該地には、「**加害行為地**」、「**結果発生地**」の両方が含まれる。

準拠法

- 渉外的な不正競争に関する事案は、不法行為の一態様に当たることから、**法の適用に関する通則法（第17条）**に基づいて「**結果発生地**」の法律が適用される。

▶民事訴訟法

（契約上の債務に関する訴え等の管轄権）

第三条の三 次の各号に掲げる訴えは、それぞれ当該各号に定めるときは、日本の裁判所に提起することができる。

（略）

- 八 不法行為に関する訴え **不法行為があった地**が日本国内にあるとき（外国で行われた加害行為の結果が日本国内で発生した場合において、日本国内におけるその結果の発生が通常予想することのできないものであったときを除く。）。

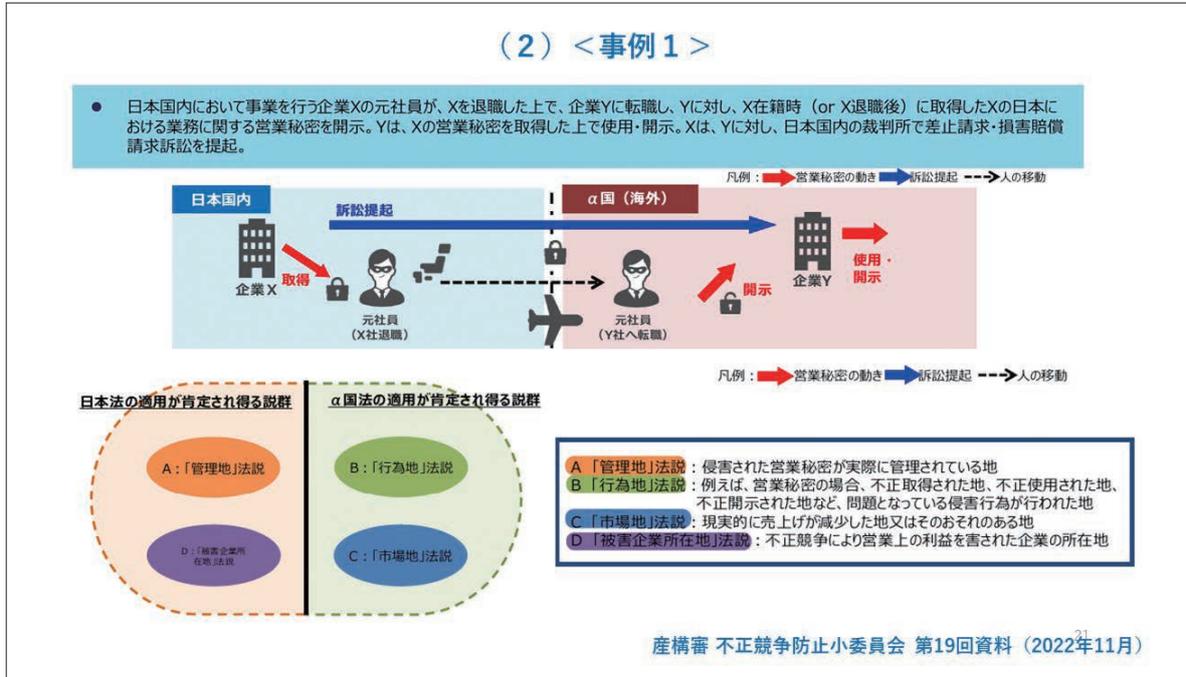
▶法の適用に関する通則法

（不法行為）

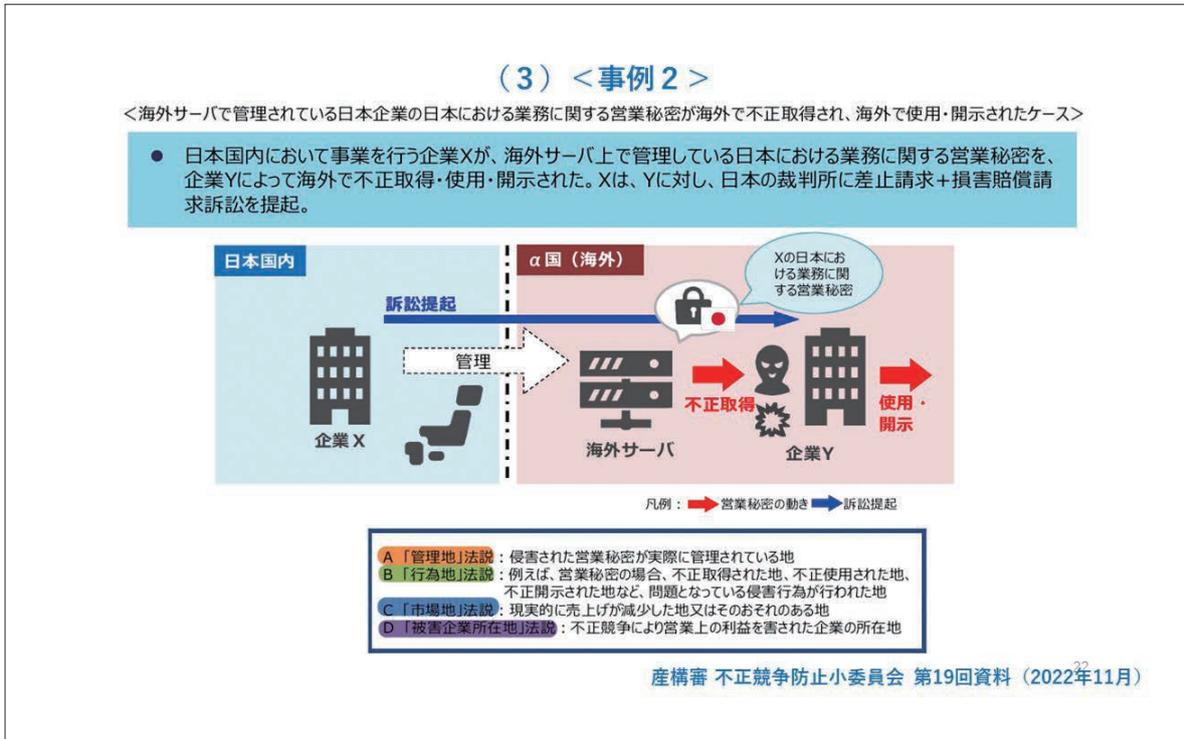
第十七条 不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は、加害行為の**結果が発生した地**の法による。ただし、その地における結果の発生が通常予想することのできないものであったときは、**加害行為が行われた地**の法による。

例えば事例1として、日本企業Xの元社員が営業秘密を国外に持ち出し、海外の転職先企業Yに開示をし、海外企業Yがこれを海外において使用・開示をしたという事例が挙げられております。この場合に、XがYに対し、日本の裁判所で日本の不正競争防止法に基づく差止め及び損害賠償請求訴訟を提起できるのか、ということが問題となるわけです。

しかし、先ほど述べましたように、営業秘密侵害の結果発生地の解釈が不明確な状況です。具体的には、管理地説、行為地説、市場地説、被害企業所在地説、様々議論があるわけですが、定見がなく、どの立場を取るかで結論が分かれるために、企業にとって予見可能性に乏しいというわけです。



同様のことは事例2についても当てはまるとします。事例2というのは、日本国内で事業を行う企業Xが国内業務に関連する営業秘密を海外サーバ上で保存・管理していたところ、海外企業Yがこの海外サーバから不正取得をし、海外において使用・開示したというケースです。



そこで、これらの事例を念頭に、企業の予見可能性を確保すべく、日本の裁判所で日本の不正競争防止法に基づく保護を受けられる場合の明確化を図るための措置について審議が行われました。そして、その審議の結果が、2023年3月の小委員会報告書としてまとめられております。

2 小委員会報告書 (2023年3月)

産構審 知的財産分科会 不正競争防止小委員会 『デジタル化に伴うビジネスの多様化を踏まえた不正競争防止法の在り方』 (2023年3月)

まず、国際裁判管轄については、外国における管轄を否定する専属管轄の規定を置いてしまうと、企業の訴訟戦略の足かせとなってしまう可能性がある。そのため専属的ではない競合管轄の規定を置くことが考えられる、とします。

そして、21条6項の日本国内において事業を行う営業秘密保有者の営業秘密であるとの要件を前提に、どのような形で日本との密接関連性に配慮すべきかを審議した結果、日本で展開する業務との関連性が認められる場合に限定することが適切な範囲での措置となると考えられる、と整理しております。

(1) 国際裁判管轄に関する規定整備の是非

- 国際裁判管轄については、…**専属管轄として、外国における管轄を否定して日本の裁判所に限って管轄を認める旨の規定を置いてしまうと、企業の訴訟戦略の足かせとなってしまう可能性がある。そのため、一定の場合に日本の裁判所に管轄を認めるとする競合管轄規定（専属的でない管轄規定）を置くことが考えられる。**〔報告書15頁〕
- 本小委員会においては、〔21条6項の〕「日本国内において事業を行う営業秘密保有者の営業秘密である」との要件を前提に、どのような形で日本との密接関連性に配慮すべきかに関して、…〔③日本で展開する業務との関連性が認められる場合（民事訴訟法第3条の3第5号参考）に限定することが適切な範囲での措置となると考えられると整理した。〕
- 〔そこで〕日本国内において事業を行う営業秘密保有者の営業秘密に関するものであり、かつ当該営業秘密が日本における業務に関するものであるときに、日本の裁判所に訴えを提起できる旨の規定を設けることについて、…提案を行った。
- 上記提案に対し、**本小委員会においては、賛同する意見が多く寄せられた。**〔報告書16頁〕

24

次に、不正競争防止法の適用範囲に関しては、日本国外において営業秘密の侵害が発生した場合に、不正競争防止法に基づく刑事責任が問われるような事案について、営業秘密を管理する国内の事業者を保護する必要性が高いとします。したがって、民事責任も問うことができるように、通則法による準拠法選択にかかわらず日本の不正競争防止法が直接に適用される規定、つまり、通則法よりも優先する場所的な適用範囲に関する規定を措置することが考えられるとしています。

また、要件については、最後の箇所ですけれども、国際裁判管轄と適用範囲を併せて検討していくことが望ましいとの意見も出された、と指摘しています。

(2) 不競法の適用範囲に関する規定整備の是非

- 国外において営業秘密に係る侵害行為が発生した場合に、不競法に基づく刑事責任が問われるような事案について、営業秘密を管理する国内の事業者を保護する必要性が高いことから、…民事責任も問うことができるように、法の適用に関する通則法による準拠法の選択にかかわらず日本の不競法が直接に適用される（法の適用に関する通則法よりも優先する）場所的適用範囲に関する規定を措置することが考えられる…。〔報告書16頁〕
- この点について、おおむね選択肢①〔不競法の場所的適用範囲を「日本国内において事業を行う営業秘密保有者の営業秘密に関するものであり、かつ当該営業秘密が日本における業務に関するものであるとき」とする案〕に賛同するとの意見が寄せられた一方で、外国の裁判所で外国法に基づいて裁判を受けるといった選択肢への影響を注視しつつ、引き続き慎重に議論していくべきではないかとの意見もあった。
- また、法廷地法とは異なる国の法律が準拠法として適用されることとなると、法廷地法とは異なる国の法律に基づいて裁判所が判断することになりかねないため、…国際裁判管轄と適用範囲とはあわせて検討していくことが望ましいとの意見も出された。〔報告書16頁〕

25

以上の小委員会報告書の提案を受けて、最終的に制定された改正法の規定が次の19条の2、19条の3の規定です。

3 最終的な改正法の規定

26

改正法19条の2第1項は、次のように規定をしています。すなわち、日本国内において事業を行う営業秘密保有者の営業秘密であって、日本国内において管理されているものに関する2条1項4号、5号、7号または8号に掲げる不正競争を行った者に対する訴えは、日本の裁判所に提起することができる。ただし、当該営業秘密が専ら日本国外において事業の用に供されるものである場合は、この限りでない、と。

また、19条の3は次のように規定しています。すなわち、第1章、第2章及びこの章、つまり第4章の規定は、日本国内において事業を行う営業秘密保有者の営業秘密であって、日本国内において管理されているものに関し、日本国外において2条1項4号、5号、7号または8号に掲げる不正競争を行う場合についても、適用する。ただし、当該営業秘密が専ら日本国外において事業の用に供されるものである場合は、この限りでない、というわけです。

このうち青字の部分は、21条6項の国外犯処罰規定と同様の要件です。一方、赤字の部分は、報告書案にはなかった要件であり、2005年改正法の21条4項の国内管理要件と同様の要件です。最後、紫字の部分は、報告書案では要件とされていたものが、抗弁事由となった箇所です。

赤字部分が報告書案になかった要件 紫字部分は要件から抗弁事由になった箇所

改正法19条の2（営業秘密に関する訴えの管轄権）の新設

- 1 日本国内において事業を行う営業秘密保有者の営業秘密であって、**日本国内において管理されているものに関する**第2条第1項第4号、第5号、第7号又は第8号に掲げる不正競争を行った者に対する訴えは、日本の裁判所に提起することができる。**ただし、当該営業秘密が専ら日本国外において事業の用に供されるものである場合は、この限りでない。**

改正法19条の3（適用範囲）の新設

- 第1章、第2章及びこの章の規定は、**日本国内において事業を行う営業秘密保有者の営業秘密であって、日本国内において管理されているものに関し、**日本国外において第2条第1項第4号、第5号、第7号又は第8号に掲げる不正競争を行う場合についても、適用する。**ただし、当該営業秘密が専ら日本国外において事業の用に供されるものである場合は、この限りでない。**

27

ここからは、3点目の改正法19条の2の意義について検討したいと思います。

III 改正法19条の2(営業秘密に関する訴えの管轄権)の意義

28

まずは国際裁判管轄の一般的な判断プロセスから確認したいと思います。

1 国際裁判管轄の一般的な判断プロセス

29

国際民事紛争では、民事訴訟法における管轄原因を見た上で、それが肯定されれば、次に3条の9の特別の事情がないかどうかをチェックする、という2段階の構成が取られています。

渉外的な営業秘密侵害の民事責任をめぐる紛争も民事訴訟であることに変わりはありません。したがって、一般の不法行為訴訟と同様に、上記の判断プロセスがとられることになります。

国際裁判管轄の一般的な判断プロセス

- **国際民事紛争では、民事訴訟法における管轄原因を見た上で、それが肯定されれば、次に3条の9の特別の事情がないかどうかをチェックする、という2段階の構成**
 - 事案の性質、応訴の負担の程度、証拠の偏在等、当事者の利益を考慮
- **渉外的な営業秘密侵害の民事責任をめぐる紛争も、民事訴訟であることに変わりない。**
 - 渉外的な営業秘密侵害訴訟も、一般の不法行為訴訟と同様に、民訴法3条の2以下の規定に基づいて、日本の裁判所が裁判管轄権を有するか否かを判断
 - これが肯定される場合には、民訴法3条の9の「特別の事情」の有無、すなわち、事案の性質、応訴による被告の負担の程度、証拠の所在地その他の事情を考慮して、日本の裁判所が審理および裁判をすることが当事者間の衡平を害し、または適正かつ迅速な審理の実現を妨げることとなるか否かを判断
 - 特別の事情があると認められる場合には、裁判所は、例外的にその訴えの全部または一部を却下することができる。

30

この点、従来の渉外的な営業秘密侵害事案では、被告が日本企業または日本居住者であるケースが多く見られました。この場合、民事訴訟法3条の2第1項または第3項に基づいて、被告住所地管轄が肯定されることになります。

(1) 被告住所地管轄

- この点、従来の渉外的な営業秘密侵害事案では、**日本企業または日本居住者が被告**であることが多かった。
 - 東京地判平成19・12・26判タ1282号326頁 X：オーストリア法人 Y：日本居住者
 - 知財高判平成23・11・28平成23(ネ)10033 X：台湾法人 Y：日本法人
 - 知財高判平成30・1・15判タ1452号80頁 X：日本法人 Y：日本法人
- この場合、**民訴法3条の2第1項または3項に基づいて被告住所地管轄が肯定**される。
 - 特別の事情が存する場合には、わが国の国際裁判管轄を例外的に否定し得る（民訴法3条の9）が、被告住所地管轄の場合に、特別の事情があると認められるような事案は極めて稀

嶋拓哉「国境を越える営業秘密侵害に関する抵触法的考察」ジュリスト1560号31頁（2021年）

31

一方、被告が日本企業等でない場合には、民事訴訟法3条の3以下の規定に基づいて判断されることとなります。営業秘密侵害は不法行為に関する訴えですので、民事訴訟法の3条の3第8号に基づいて、日本国内に不法行為地があれば、つまり、日本国内に加害行為地、または結果発生地が所在すれば、我が国に国際裁判管轄が認められることとなります。この点、加害行為地というのは、実際に行行為者が加害行為を行った地のことです。営業秘密侵害の場合には、取得、使用または開示行為が行われた地を指すと解されています。そのため、営業秘密の取得、使用、開示のいずれかの行為が日本国内でなされたことの客観的事実関係が証明されれば、民事訴訟法3条の3第8号により、日本の裁判所の裁判管轄権が認められることとなります。

(2) 加害行為地管轄 (不法行為地管轄①)

- 一方、被告が日本企業等ではない場合には、民訴法3条の3以下の規定に基づいて、わが国の国際裁判管轄が判断される。
 - 東京地判平成3・9・24判時1429号80頁 X：日本法人 Y：米国法人
- この点、**営業秘密侵害に係る不正競争は、不法行為の一態様**。したがって、民訴法3条の3第8号〔不法行為に関する訴え〕の適用があることに異論はない。
- **民訴法3条の3第8号**によれば、不法行為があった地が日本国内にあるとき、すなわち**日本国内に加害行為地または結果発生地が所在すれば、わが国に不法行為地管轄が認められる**。
- この点、**加害行為地**とは、実際に行行為者が加害行為を行った地であり、営業秘密侵害の場合は、取得、使用または開示行為が行われた地を指す。したがって、**営業秘密の取得、使用、開示のいずれかの行為が日本国内でなされたことの客観的事実関係が証明されれば、民訴法3条の3第8号により、日本の裁判所の裁判管轄権が認められること**になる。

望月孝洋ほか「渉外的な営業秘密侵害事案における準拠法・国際裁判管轄の考え方」NBL1176号40頁 (2020)

これに対して、小委員会で議論されていた事例1及び2は、いずれも被告住所地や加害行為地が日本国内には認められないケースでありました。そこで、結果発生地が日本国内であると言えるのかが問題となりますが、前述のとおり、営業秘密侵害の結果発生地をどう捉えるのかについて定見がなく、予測可能性に乏しい状況であったというわけです。また、刑事の国外犯処罰規定との関係では、両事例とも不正競争防止法21条6項が適用されるケースでありまして、その意味では刑事事件と民事事件とで平仄を欠く可能性もありました。

(3) 結果発生地管轄 (不法行為地管轄②)
— 事例1・2の場合の不明確性と営業秘密侵害罪の適用範囲

<日本企業の日本における業務に関する営業秘密が退職者によって取得され、転職先の海外企業によって使用・開示されたケース> <海外サーバで管理されている日本企業の日本における業務に関する営業秘密が海外で不正取得され、海外で使用・開示されたケース>

凡例：→ 営業秘密の動き ⇨ 訴訟提起

A 「管理地」法説：侵害された営業秘密が実際に管理されている地

B 「行為地」法説：例えば、営業秘密の場合、不正取得された地、不正使用された地、不正開示された地など、問題となっている侵害行為が行われた地

C 「市場地」法説：現実的に売上げが減少した地又はそのおそれのある地

D 「被害企業所在地」法説：不正競争により営業上の利益を害された企業の所在地

- 両事例とも、被告住所地や加害行為地が海外のケース。そこで、加害行為の結果発生地が日本国内であるといえるかが問題となるが（民訴法3条の3第8号）、営業秘密侵害の結果発生地をどう捉えるかについて定見がなく、日本の裁判所に管轄権が認められるかが不明確。
- 一方で、国外犯処罰規定との関係では、両事例とも、日本国内で事業を行う企業の営業秘密が日本国外において侵害された事案であり、不競争法21条6項が適用されるケース

33

そこで、改正法19条の2の意義として次の2点を指摘したいと思います。

2 改正法19条の2の意義

34

1つが、民事訴訟法に定められた日本の国際裁判管轄に追加する形で、営業秘密の訴えに関する新たな管轄原因を規定した点です。改正後も民事訴訟法上の国際裁判管轄規定の適用は排除されないと解されますので、被告住所地管轄や加害行為地管轄が日本に認められるようなケースでは改正法の実益は必ずしも大きくはないのかもしれませんが、しかし、事例1及び2のようなケースでは、まさに改正法が独自の意義を有するよう思われます。

(1) 営業秘密の訴えに関する追加的な管轄原因 – 民訴法の国際裁判管轄規定との関係

改正法19条の2（営業秘密に関する訴えの管轄権）

- 1 日本国内において事業を行う営業秘密保有者の営業秘密であって、日本国内において管理されているものに関する第2条第1項第4号、第5号、第7号又は第8号に掲げる不正競争を行った者に対する訴えは、日本の裁判所に提起することができる。ただし、当該営業秘密が専ら日本国外において事業の用に供されるものである場合は、この限りでない。

・改正法19条の2は、民訴法に定められた日本の国際裁判管轄に追加する形で、営業秘密に関する訴えの新たな管轄原因を規定

- ・改正後も、民訴法上の国際裁判管轄規定（民訴法3条の2以下）の適用は排除されない。
飯塚卓也「営業秘密関連訴訟の国際裁判管轄・準拠法」ジュリスト1590号36頁（2023年）
- ・そのため、渉外的な営業秘密侵害事案のうち、民訴法上の被告住所地管轄や加害行為地管轄が認められるようなケースでは、改正法19条の2を適用する実益は必ずしも大きくない。
- ・事例1・2のようなケースで独自の意義を有するよう思われる。

35

もう一つが、営業秘密に関する訴えの管轄権について、企業の訴訟戦略の自由度を尊重し、専属管轄ではなく、競合管轄として規定した点です。これにより、19条の2の要件を満たす訴えであっても、外国の管轄決定規則に基づき、外国の裁判所に国際裁判管轄が認められる場合には、当該外国の裁判所での訴訟提起も認められることとなります。

(2) 競合管轄 – 企業の訴訟戦略の自由度への配慮

- ・改正法19条の2は、企業の訴訟戦略の自由度を尊重し、専属管轄ではなく、競合管轄として規定
- ・19条の2の要件を満たす訴えであっても、外国の管轄決定規則に基づき、外国の裁判所に国際裁判管轄が認められる場合には、当該外国の裁判所での訴訟提起も認められる。

36

最後4点目、改正法19条の3の意義と論点について検討したいと思います。

IV 改正法19条の3（適用範囲）の意義と論点

37

1 営業秘密侵害をめぐる法律関係の2つの理解

38

渉外的な営業秘密侵害事案において、どの国の法律が適用されるのかという問題を考える際には、営業秘密侵害をめぐる法律関係を私法的法律関係と理解するのか、それとも公法的法律関係と理解するのかが、理論的には重要と思われます。この点は、特許権の越境侵害について愛知先生がご指摘されている点ですが、営業秘密の越境侵害の場面でも同様に当てはまると考えます。

第1に、営業秘密侵害をめぐる法律関係を国家的関心・公権力性の低い私法的法律関係と理解する見解があります。この見解は、内外法を平等な地位に置いた上で、当該渉外事案に適用される法は、通則法による準拠法選択によって決定されると考える立場と親和的です。

第2に、営業秘密侵害をめぐる法律関係を国家的関心・公権力性の高い公法的法律関係と理解する見解があります。この見解は、当該渉外事案に自国との一定の密接関連性があれば、通則法による準拠法の選択にかかわらず、原則、自国の営業秘密法規が強行的かつ優先的に適用されると考える立場と親和的です。

営業秘密侵害をめぐる法律関係の2つの理解

- 営業秘密侵害が日本の国境を跨いで複数国で行われている場合に、当該侵害行為に対して、どの国の法律が適用されるのか？
- こうした営業秘密の越境侵害の問題を考える場合の議論の出発点
 - 営業秘密侵害をめぐる法律関係を、①「私法的法律関係」と理解するか、②「公法的法律関係」と理解するか
- ①営業秘密侵害をめぐる法律関係＝私法的法律関係
 - 国家的関心・公権力性の低い法律関係
 - 通則法に基づく準拠法選択によって適用される法を決定
- ②営業秘密侵害をめぐる法律関係＝公法的法律関係
 - 国家的関心・公権力性の高い法律関係
 - 準拠法選択は問題とならず、自国の営業秘密法規が強行的に適用される

Cf. 特許権の越境侵害の議論につき、愛知靖之「続・特許権の越境侵害」法学論叢192巻1=6号275頁（2023年）

まず、営業秘密侵害をめぐる法律関係を私法的法律関係と理解する見解ですけれども、この見解はそもそも私法領域に関しては国家的関心が一般的に低いことを前提として、各国の私法には代替可能性があって、どの国の法を適用しても原則、自国の国家的関心利益には影響を及ぼさない、という発想を基礎にしています。

この点、営業秘密侵害に関する訴えというのは、営業秘密保有者の営業上の利益という私的な利益を対象としており、どの国の法が適用されても国家的な関心事項には影響がない法律関係と評価し得るというわけです。そして、これを前提に、通則法に基づく準拠法選択により、渉外的な営業秘密侵害事案に適用される法が決定されると考えるわけです。

(1) 営業秘密侵害をめぐる法律関係＝私法的法律関係

- 私法領域に関しては国家的な関心が一般的に薄いことを前提とし、各国、各法秩序間の私法には代替可能性があって、どの法秩序の法を適用しても原則としては自国の国家的な関心、利益には影響を及ぼさないと解釈。
- 営業秘密侵害に関する訴えは、営業秘密保有者の営業上の利益の保護という私的利益を対象としており、どの法が適用されても国家的な関心事項には影響がない法律関係と評価。
- これを前提に、営業秘密の越境侵害に適用される法について、抵触法（法の適用に関する通則法〔以下、通則法〕）に基づき、関連する複数の法の中から1つ（最密接関連地法）を選択・指定する、という準拠法選択によって決定。

40

実際、従来の裁判例や学説の多数も、こうした観点から渉外的な営業秘密侵害事案をめぐる法適用関係を不法行為と性質決定し、通則法17条の規定により準拠法を選択・判断してきたように思われます。そして、通則法17条には、結果発生地がどこの国なのかを探求し、当該結果発生地が日本と言える場合には日本の不競法を準拠法として選択して適用してきたというわけです。

(1) 営業秘密侵害をめぐる法律関係＝私法的法律関係

- 従来の裁判例・多数説は、営業秘密の越境侵害をめぐる法適用関係を、不法行為と性質決定し、通則法17条の規定により準拠法を判断
- そして、通則法17条にいう「加害行為の結果が発生した地」（結果発生地）がどこの国なのかを探求し、当該侵害行為による結果発生地が日本といえる場合には、日本の不正競争防止法を選択して適用
 - 東京地判平成3・9・24判時1429号80頁「グールド・インク」、東京地判平成28・6・30平成24(ワ)10567等「LG Display1審」（知財高判平成29・3・8平成28(ネ)10089「LG Display2審」も原判決引用）、知財高判平成30・1・15判タ1452号80頁「光配向用偏光光照射装置」、知財高判令和元・9・20平成30(ネ)10049「高性能多核種除去設備」
 - 櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法 第1巻』（有斐閣、2011年）452頁〔西谷祐子〕、飯塚卓也「営業秘密の国際的侵害行為に関する適用準拠法」高林龍ほか編集代表『現代知的財産法講座Ⅱ』（日本評論社、2012年）402頁、TMI総合法律事務所編『Q&A営業秘密をめぐる実務論点』（中央経済社、2016年）297頁、高部眞規子編『著作権・商標・不競法関係訴訟の実務（第2版）』（商事法務、2018年）512頁〔西田昌吾〕、山内貴博＝井上聡「営業秘密侵害に関する訴えの準拠法についての一考察」NBL1148号64頁（2019年）、岩瀬ひとみ「渉外的要素を含む営業秘密侵害事案における準拠法について」高部眞規子裁判官退官記念『知的財産権訴訟の煌めき』（ぎんざい、2021年）445頁等

41

これに対して、営業秘密侵害をめぐる法律関係を公法的法律関係と理解する見解は、次の点を重視します。すなわち、我が国では2003年以降、一貫して刑罰が強化され、国外犯処罰や海外重罰、非親告罪化など、営業秘密の保護に関して国家的な関心や公権力性が高まっていることは明らかだという点です。

このように、営業秘密の保護を単なる私的利益の保護を超えた国家的関心・公権力性の高い法律関係と捉える場合には、各国の法に代替可能性があるわけではなく、法廷地が自国に認められる限り、通則法に基づく準拠法選択にかかわらず、自国法規の適用を貫徹する要請が働くことになるというわけです。

こうした観点からは、営業秘密に関連する民事法規も、法廷地と対象行為・事実との間に一定の密接関連性が認められれば、通常常に適用される強行的適用法規として位置づけるのが妥当である、とします。

(2) 営業秘密侵害をめぐる法律関係＝公法的法律関係

- 営業秘密関連規定に関しては、2003年の罰則の導入以降、国外犯処罰や海外重罰規定の導入、非親告罪化など、一貫して刑罰が強化されており、営業秘密の保護に関して国家的関心や公権力性が高まっていることは明らか。
- このように、営業秘密の保護を、単なる私的利益の保護を超えた国家的関心・公権力性の高い法律関係と捉える場合には、各国の法に代替可能性があるわけではなく、法廷地が自国に認められる限り、通則法に基づく準拠法選択にかかわらず、自国法規の適用を貫徹する要請が働くことになる。
横溝大「強行的適用法規としての営業秘密関連法規」第14回不正競争防止小委員会・資料7（2022年1月31日）
- こうした観点からは、営業秘密に関連する不競法の民事規定も、法廷地と対象行為・事実との間に一定の密接関連性があれば通常常に適用される強行的適用法規（絶対的強行法規）として位置づけるのが妥当
- 強行的適用法規としての営業秘密に係る民事規定の場所的適用範囲は、実質法規である不競法が定める適用範囲がそのまま適用される。

42

こうした見解は、従来、主に有力な国際私法学者から提唱されてきましたが、知的財産法学者の間でも支持する見解が見られました。また、田村先生は刑事事件との平仄の観点から、今後、営業秘密に係る民事規定を強行的適用法規として位置づける見解が優勢となり得る旨を示唆されていました。

(2) 営業秘密侵害をめぐる法律関係＝公法的法律関係

嶋拓哉「国境を越える営業秘密侵害に関する抵触法的考察」ジュリスト1560号30-31頁(2021年)

「各民事責任規定の国際的強行法規性は刑罰の併科のみを基準に判断されるわけではなく、各規定毎に背景にある国家政策や公益的性格をも勘案して総合的に決せられるべきであるが、とりわけわが国不競法において刑罰が併科されている行為類型については、わが国民刑事規制の一体的適用の確保という要請を重視するべきであって、民事責任に関する不競法の規定を国際的強行法規として特別連結により適用するのが適切」

横溝大「国境を越える営業秘密侵害に関する抵触法的考察」知的財産法政策学研究60号62頁(2021年)

「我が国において、営業秘密侵害に関連する刑罰法規の領域的範囲が拡張されている現在（不正競争防止法21条）、少くとも我が国においては、関連する民事法規を強行的適用法規と看做すことが合理的であるように思われる。…不正競争防止法における営業秘密侵害関連法規（具体的には同法2条1項4～10号）を強行的適用法規と看做し、不法行為に関する通常の準拠法選択規則が指定する準拠法如何に拘らず、当該法規を適用する方が、とりわけ日本の刑事法規が適用される場合には、適切である」

駒田泰士「不正競争の準拠法に関する一考察」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦II』（弘文堂、2020年）361頁

「営業秘密侵害に関して国外犯処罰（同21条6項）や海外重罰（同条3項）の規定が設けられた関係上、少なくともこれによって担保される範囲内で、民事上の請求についてもわが国の不競法が絶対的・強行的に適用されるべきではないかと現時点では考えている。」

田村善之「不法行為(2)－不正競争」道垣内正人＝中西康編『国際私法判例百選(第3版)』（有斐閣、2021年）73頁

「私人に請求権を認める民事的な規律に関しては、なお属地的なアプローチにより予測可能性を確保すべきであると強弁することは不可能ではないが、刑事事件との平仄を欠くことは否めない。民事請求に関しても、強行法規として日本の不正競争防止法を特別連結により適用すべきであるという見解…が勢いを増すかもしれない」⁴³

以上をもとに、改正法19条の3の意義として、次の2点を指摘したいと思います。

2 改正法19条の3の意義

1つが、不正競争防止法の民事規定の国際的適用範囲について明文で規定した点です。これまで、不正競争防止法21条6項や個人情報保護法171条のように、刑事法規や行政法規の国際的適用範囲を明文で規定した例はありましたが、民事法規の国際的適用範囲を明文で認めた例は、管見の限り、改正法19条の3が初めてです。

(1) 民事法規の域外適用を明文で規定

改正法19条の3(適用範囲)

第1章、第2章及びこの章の規定は、日本国内において事業を行う営業秘密保有者の営業秘密であって、日本国内において管理されているものに関し、日本国外において第2条第1項第4号、第5号、第7号又は第8号に掲げる不正競争を行う場合についても、適用する。ただし、当該営業秘密が専ら日本国外において事業の用に供されるものである場合は、この限りでない。

- 不競法の民事規定の域外適用(国際的適用範囲)に関する明文規定を新設
- これまで、不競法21条6項や個人情報保護法171条のように、刑事法規や行政法規の域外適用を明文で認めた例や、独禁法や労働法のように、解釈として強行的適用法規として扱われる例はあったが、民事法規の域外適用を明文で認めた例は、管見の限り初めて。
- Cf. 個人情報保護法171条(適用範囲)

「この法律は、個人情報取扱事業者、仮名加工情報取扱事業者、匿名加工情報取扱事業者又は個人関連情報取扱事業者が、国内にある者に対する物品又は役務の提供に関連して、国内にある者を本人とする個人情報、当該個人情報として取得されることとなる個人関連情報又は当該個人情報をを用いて作成された仮名加工情報若しくは匿名加工情報を、**外国において取り扱う場合についても、適用する。**」

45

もう一つが、営業秘密関連法規の強行的適用法規としての性質の明確化です。改正法により、19条の3の要件を満たす範囲では、通則法による準拠法選択にかかわらず、日本国外において生じた営業秘密侵害行為に対し、日本の不正競争防止法の民事規定が優先的、強行的に適用されることが明確化されました。この点は、経済産業省知的財産政策室(以下、知財政策室)の立法解説でも同様の説明がなされております。

(2) 営業秘密関連法規の強行的適用法規としての性質の明確化

- 19条の3の要件を満たす範囲では、法廷地の抵触法(通則法)による準拠法選択にかかわらず、日本国外において生じた2条1項4号・5号、7号・8号に係る営業秘密侵害行為に対し、日本の不競法の民事規定が優先的・強行的に適用されることを明確化
- 令和5年改正の立法解説でも、19条の3は、不競法の民事の営業秘密関連法規の国際的適用範囲を定めた規定であり、これにより当該営業秘密関連法規が強行的適用法規であることを明確化するものと説明

「不競法の営業秘密関連法規については、平成15年に刑事罰規定が導入され、その後、国外犯処罰規定や海外重罰規定が導入されるなど強化がなされており、これは営業秘密の保護に関する国家的関心の高まりの表れといえる。そのため、**営業秘密関連法規については、絶対的強行法規と位置付けられる。**そこで、**今般、営業秘密関連法規の国際的適用範囲に関し明文規定を置くことにより、絶対的強行法規であることを明確化する**ものである。」

黒川直毅ほか「令和5年不正競争防止法改正の概要」NBL1250号27-28頁(2023年)

46

最後に、改正法19条の3の論点について検討したいと思います。

3 改正法19条の3の論点

47

改正法は19条の2、19条の3に共通の要件として、「日本国内において管理されているもの」という要件を規定しております。本要件との関係で特に問題となるのは、営業秘密が海外のサーバに保存されている場合です。

この場合の営業秘密の管理地の考え方としては、大きく2つの立場が考えられます。1つが、管理地とは、営業秘密が保存されたサーバの所在地を指すという考え方（①説）です。もう一つが、管理地とは、営業秘密へのアクセスを操作・制御するためのIDやパスワード、アカウント等の管理地を指すとする考え方（②説）です。

（1）「日本国内において管理されているもの」要件の解釈

- 改正法は、19条の2（営業秘密に関する訴えの管轄権）、19条の3（適用範囲）に共通の要件として、「日本国内において管理されているもの」という要件を規定
- 本要件との関係で特に問題となるのは、営業秘密が海外のサーバに保存されている場合
- この場合の営業秘密の管理地の考え方としては、大きく次の2つの立場が考えられる
 - ① 営業秘密が保存されたサーバ所在地
 - ② 営業秘密へのアクセスを操作・制御するためのID・パスワード・アカウント等の管理地

48

この点、2005年改正法21条4項の国外犯処罰規定における国内管理要件においては、①説、すなわち管理地とは営業秘密が保存されたサーバ所在地のことをいうとの考え方がとられておりました。そしてこれを前提に、海外サーバで営業秘密が保存管理されている場合でも、国外犯処罰の対象とするために、2015年改正で国内管理要件が削除され、代わりに国内事業要件に変更された、という経緯があります。そのため、こうした改正の経緯が今般の2023年改正法の19条の2、19条の3の国内管理要件の解釈にも影響し得ると指摘する見解も見られるところです。

もっとも、今回の改正法の国内管理要件について、①説を採るべき理由は必ずしもないように思います。①説は、本要件にいう「管理」とは営業秘密の保存場所をいうと解しておりますが、サーバの所在地に実質的な意味があるわけではなく、むしろ秘密管理性要件の管理の考え方に照らせば、②説の解釈のほうが自然であると解されます。

そのため、海外のサーバに営業秘密が保存されている場合であっても、当該営業秘密に対する実質的な管理・コントロール（例えば、当該営業秘密へのアクセスを操作・制御するID・パスワード、アカウント等の管理）を日本に所在する部署が行っているのであれば、本要件を充足し得ると解すべきであると思われる。この点は、営業秘密の保存先のサーバが外部のクラウド業者のサーバであっても同様であるように思われます。

(1) 「日本国内において管理されているもの」要件の解釈

- この点、2005年改正法21条4項の国外犯処罰規定における「日本国内において管理されていた営業秘密」要件においては、①説（管理地＝営業秘密が保存されたサーバ所在地）が採られていた（奈須野太『不正競争防止法による知財防衛戦略』（日本経済新聞社、2005年）201-202・204頁）。そして、これを前提に、海外サーバで営業秘密が保存管理されている場合でも国外犯処罰の対象とするために、2015年改正で国内管理要件が国内事業要件に変更されたという経緯がある。
- そのため、こうした経緯が、2023年改正法19条の2、19条の3の「日本国内において管理されているもの」要件の解釈にも影響しうることを指摘する見解もある（飯塚卓也「営業秘密関連訴訟の国際裁判管轄・準拠法」ジュリスト1590号36頁（2023年））。
- しかし、今回の改正法の国内管理要件について、①説を採らなければならない必然性はない。
- ①説は、本要件にいう「管理」とは営業秘密の保存場所をいうものと解しているが、むしろ秘密管理性要件の管理の考え方に照らせば、②説の解釈のほうが自然というべき。
- それゆえ、海外のサーバに営業秘密が保存されている場合であっても、当該営業秘密へのアクセスを操作・制御するためのID・パスワード・アカウント等が日本に所在する部署によって管理されているのであれば、本要件を充足しうる解すべき（黒川直毅ほか「令和5年不正競争防止法改正の概要」NBL1250号27頁（2023年）、川合弘造＝根本拓「営業秘密侵害と不法行為地管轄」ジュリスト1495号86頁注10）（2016年）も同旨）。
- この点は、営業秘密の保存先サーバが外部のクラウド業者のサーバであっても同様。

49

次に、ただし書きについてです。改正法は、日本国内において事業を行う企業の営業秘密であっても、当該営業秘密が「専ら日本国外において事業の用に供されるもの」である場合には、19条の2、19条の3の適用が否定される旨を規定しています。これは、事案と日本との密接関連性が希薄と考えられる場合に、行為者の予測可能性に配慮して、両規定の適用を除外したものと解されます。

この抗弁事由に該当する例として、立法解説では、南アフリカの顧客のみからなる顧客名簿や、アルゼンチンのみで展開する店舗における接客マニュアルなどが挙げられています。

この点、問題の営業秘密が専ら国外事業の用に供されるものに該当するかどうかは、当該企業の事業の状況と事業計画がどのようなものかによると解されます。例えば、上記アルゼンチンで展開する店舗の接客マニュアルであっても、これを用いた店舗を日本で展開する事業計画があるのであれば、当該接客マニュアルは必ずしもただし書きにいう、専ら国外事業の用に供されるものには該当せず、19条の2、19条の3の適用が認められる場合もあるように思われます。

(2) 但書（「営業秘密が専ら日本国外において事業の用に供されるものである場合」を除く）の解釈

- 日本国内において事業を行う企業の営業秘密であっても、当該営業秘密が「専ら日本国外において事業の用に供されるもの」である場合には、19条の2、19条の3の適用が否定される。
- この抗弁事由に該当する例として、立法解説では、**南アフリカの顧客のみからなる顧客名簿や、アルゼンチンのみで展開する店舗における接客マニュアル**などが挙げられている（黒川直毅ほか「令和5年不正競争防止法改正の概要」NBL1250号27頁（2023年））。
- この点、問題の営業秘密が「専ら日本国外において事業の用に供されるもの」に該当するかどうかは、行為時における保有企業の事業の状況と事業計画がどのようなものかによるというべきであろう。
- 例えば、上記アルゼンチンで展開する店舗の接客マニュアルであっても、これを用いた店舗を日本で展開する事業計画がある場合には、当該接客マニュアルは、必ずしも但書にいう「**専ら**日本国外において事業の用に供されるもの」には該当せず、19条の2、19条の3の適用が認められる場合もあり得るのではないかと。

次に、改正法19条の3の要件を満たす場合の効果についてです。19条の3の文言上、同条の要件を満たす営業秘密を日本国外において侵害する行為に対しては、第1章、第2章および第4章の規定を適用するとされています。

この点、第2章というのは、「差止請求、損害賠償等」という見出しの章ですが、同章には例えば、第3条の差止請求権、第4条の損害賠償、第5条の損害の額の推定等、あるいは第5条の2の技術上の秘密を使用する行為等の推定規定などが含まれております。したがって、19条の3の要件を満たす営業秘密の越境侵害事案においては、侵害者に対し、国外での侵害行為の差止めや、国外での侵害行為を理由とした損害賠償請求、5条の特則に基づく損害額の算定等も可能となると解されます。

もちろん、こういった国外の侵害行為の差止判決を日本で得たとしても、当該外国において承認され執行できるかは当該国の判決承認ルールによります。そのため、このような差止判決の実効性については議論の余地があるところです。他方で、5条の損害額の算定の特則の適用を受けられるという点は、実務的には意義が大きいのではないのでしょうか。

(3) 改正法19条の3の要件を満たす場合の効果

改正法19条の3（適用範囲）

第1章、**第2章**及びこの章の規定は、日本国内において事業を行う営業秘密保有者の営業秘密であって、日本国内において管理されているものに関し、**日本国外において第2条第1項第4号、第5号、第7号又は第8号に掲げる不正競争を行う場合についても、適用する**。ただし、当該営業秘密が専ら日本国外において事業の用に供されるものである場合は、この限りでない。

- 「第2章 差止請求、損害賠償等」には、第3条（差止請求権）、第4条（損害賠償）、第5条（損害の額の推定等）、第5条の2（技術上の秘密を取得した者の当該技術上の秘密を使用する行為等の推定）、第9条（相当な損害額の認定）の規定などが含まれる。
- 改正法19条3の要件を満たす場合、これらの規定が国外で生じた営業秘密侵害行為にも適用される。
- したがって、19条の3の要件を満たす営業秘密の越境侵害事案においては、侵害者に対し、国外での侵害行為の差止めや国外での侵害行為を理由とした損害賠償請求も可能となると解される。

飯塚卓也「営業秘密関連訴訟の国際裁判管轄・準拠法」ジュリスト1590号38頁（2023年）

- ただし、そのような国外の侵害行為の差止判決について、当該外国で承認され執行できるかは当該国の判決承認ルールによる。
- 一方、国外でなされた営業秘密侵害行為を理由とした損害賠償請求において、第5条の損害額の算定の特則の適用を受けられる点は、実務的に意義が大きいのではないかと。

51

最後に、改正法19条の3の要件を満たさない越境侵害事案の取扱いについてです。この場合には、従来的一般法の原則どおり、通則法17条以下の規定に基づいて準拠法が判断されることになるかと解されます。この点については、スライドのとおり、知財政策室の立法解説でも強調されているところです。

(4) 改正法19条の3の要件を満たさない事案の取扱い

- 改正法19条の3の要件を満たさない営業秘密の越境侵害事案については、従来どおり通則法の規定（通則法17条以下）に基づいて準拠法が判断されることになるかと解される。

黒川直毅ほか「令和5年不正競争防止法改正の概要」NBL1250号28頁（2023年）

- なお、今般、不競法の適用範囲を明確化する規定を置いたが、これは当該規定の適用対象外の事案について、積極的に日本法、さらに言えば不競法の適用を排除するという趣旨ではなく、日本の不競法が必ず適用される事案の範囲を明らかにする趣旨である。
- そのため、国際的な営業秘密侵害事案について、日本の裁判所が国際裁判管轄権を有することとなった場合であって、改正法19条の3が適用されない事案については、なお通則法17条以下によって引き続き日本法が準拠法として選択・指定されることになった場合には、不競法が適用されることとなる。
- 改正法19条の3において「についても」と規定しているように、1つの規定（たとえば不競法2条1項4号）に、適用範囲内の問題については絶対的強行法規として適用されるものと、適用範囲外の問題については通則法17条に基づいて日本法が選択された場合に不競法が適用されるものとの、2つの性質のものが含まれている。そこで、このことを前提として、今回措置を講じたものである。

52

以上、駆け足での報告となって誠に恐縮でしたが、私からの報告を終わらせていただきます。ご清聴ありがとうございました。

ご静聴ありがとうございました

tyamane@mail.doshisha.ac.jp

53

【鈴木】ありがとうございました。

山根先生から、民事訴訟の国際的な訴訟に関する問題に非常に立ち入った精緻なご講演をいただきました。とりわけ特許とかの登録制の知的財産権の世界とは違う話でしたので、最初はぱっと理解しにくかったかも

しませんが、社会的には非常に問題になっているテーマと存じます。

ご質問やコメントを早速お願いしたいと思います。

【受講者】 山根先生、ありがとうございました。

まずスライドの27で、これは山根先生に聞いても分からないと思うのですが、日本国内で管理されているものに関するというのが何で入ってきたのか。私的なご見解でも結構なのですが、これはどうして必要なのですか。そこが気になりました。

【山根】 ご質問ありがとうございます。

私は立案に関与していないので経緯は分からないのですが、入ったタイミングとしては小委員会報告書が出た後の、法務省や内閣法制局との審議段階で追加されていると思うのですね。

なのであくまで推測ですが、民事法規の国際的適用範囲に関しては、これまで他に類例がなく、刑事法規や行政法規に限ってそういった域外適用の規定が認められてきた。そうした中で、民事で初めて規定を設けるといえるときに、慎重を期して、日本との密接関連性により配慮してこの国内管理要件を追加した、という可能性が考えられるかと思います。また、2005年改正時に国外犯処罰を導入した際に、この国内管理要件が規定されていたことも影響した可能性もあるように思います。

ただ、すみません、私は担当官ではないので、実際のところはよく分かりません。

【受講者】 もちろんです。ありがとうございます。

そういう意味で、管理要件とすると、今度は49スライド目の問題が出てくるのですよね。①説、②説もまだ不透明なのでしょうか。

【山根】 少なくとも知財政策室の立法解説では②説を採用していることを打ち出しておられます。つい最近の小委員会の議事録なんかでも、知財政策室としては、改訂予定の逐条解説の中で②説を採用することを記述するという方向で考えておられるようです。

【受講者】 まだ、司法にはないですね。

【山根】 国内管理要件に関する裁判例はないかと思いますが。今回の改正を受けた飯塚先生のご論文では、国外犯処罰規定の改正の経緯に照らせば、①説をとる余地もあるのではないかと指摘されており、裁判所がどういうふうに判断するかまだ分からないという見解もあるところではあります。

【受講者】 どうもありがとうございました。

先ほどのご質問とも関わるかもしれないが、私は弁理士で特許をやっていますので、サーバがどこにあるかというのは気になる話として伺ったのですが、49スライド目で①説と②説での「管理」という言葉の意味の確認ですが、外国にサーバがあってクラウド業者とかでやっていれば、アカウントとかパスワードは外のサーバ上で何か動いているのだらうと思うのですよね。そうすると、管理というのは、例えば新しくアカウントを開きたいというときに、それを許可しますかということに対して許可をするという人間の行為のことを「管理」と呼んでいるという理解でいいのでしょうか。

【山根】 はい。今まさに先生がおっしゃったような理解が②説の前提だと思います。

【鈴木】 会場から別のご質問が出ています。どうぞ。

【受講者】 今日はありがとうございました。大変勉強させていただきました。

スライドの52枚目についてお伺いしたいのですが、改正法19条の3の要件を満たさなくても、なお従来どおり通則法に基づいて適用される場合があるというお話でしたけれども、具体的にはどういったケースが想定されているのでしょうか。

【山根】 具体的にどういう場合なのかは難しいですが、例えば日本国内で事業を行う営業秘密保有者の営業秘密であって、日本における事業の用に供されるものが、日本国内で管理されているとは言い難い場合、つまり国内管理要件を満たさないような場合が一つ考えられるかと思います。あるいは、19条の3の本文の要件は満たすものの、ただし書きが適用される場合などでしょうか。そうした場合には、一般法である

通則法17条以下に基づいて、なお日本法が準拠法として選択される場合が、ここで想定されているケースかと思います。

【受講者】 ありがとうございます。

そうしますと、19条の3で国内管理要件をわざわざ設けた趣旨とか、ただし書きを設けた趣旨と衝突するような気もするのですが、それは特に問題がないと捉えられているのでしょうか。

【山根】 ありがとうございます。

その点はまさに議論すべき点かと思います。19条の3という形で、日本の不競法の民事規定が強行的適用法規として適用される場合の要件を厳密に定めている中で、その要件を満たさない場合について、なお一般法である通則法に基づいて日本の不競法が適用されてもいいのかというのは、国際私法上の議論でも見解が分かれているところかと思います。

私としては、19条の3というのは、あくまで、通則法を介さずに日本の不競法が直接適用される事案の範囲を明らかにした規定にとどまり、本条の適用対象外の事案について、積極的に日本法ないし不法行為の特則としての不競法の適用を排除する趣旨の規定ではない、というふうに考えております。19条の3の文言上も「についても」と規定されており、この「も」の中に、不競法の民事法規が、19条の3の要件を満たす事案では通則法を介さず直接適用される一方で、それ以外の事案でも、通則法に基づく準拠法選択により日本法が指定された場合には適用される旨を示唆していると考えられることでもできようかと思えます。

【受講者】 分かりました。ありがとうございます。

【鈴木】 オンラインで1つ質問が出ております。「改正法施行後、外国でのみ秘密管理された営業秘密が日本で使用された場合には、日本法は適用できないと思いますが、その場合に日本の裁判所に訴訟提起されたら通則法を適用して準拠法選択するのでしょうか。何かお考えがあればお聞かせいただければと思います」というご質問です。

【山根】 ありがとうございます。

この質問がまさに先ほどの質問に関連しますね。営業秘密が外国でのみ管理されていて、国内管理要件を満たさない事例ということで、19条の3の適用がない事案です。この場合、日本法の適用が認められないのではなく、19条の3の適用が認められないにとどまります。そのようなケースについては、通則法に基づいて準拠法選択をすることになり、その結果、なお日本法が準拠法として選択されることになった場合には、不競法が適用されることになると解されます。

【鈴木】 ありがとうございます。

そういう意味で、ご講演の中で公法的な法律関係というお話がありましたけれども、準拠法適用が前提になっている中で強行的に適用するという意味ではやはり私法的な関係である、むしろそういう話なのではないか。

【山根】 私の公法的な法律関係か、私法的な法律関係かという二分論が必ずしも的確ではないのかもしれませんが、私法の公法化というイメージでしたが、確かに今先生がおっしゃったような整理は一つかと思えます。もう少し考えてみたいと思います。ありがとうございます。

【鈴木】 ありがとうございます。

刑事罰の関係では、かねてから山根先生も指摘されていますが、外国企業がたまたま日本でも事業をしている、しかし外国で営業秘密を管理していて、外国の事業にその営業秘密を使っているというような場合でも、罰則の対象として読めるような規定になっているように思うのです。そういう意味で、今回、民事規定が入りましたけれども、刑事とのずれはいろいろあるなという気がいたしますよね。

【山根】 ありがとうございます。非常に大事なご指摘だと思っております。

今、スライドに掲げている21条6項というのは、そういう意味では非常に要件が緩やかに規定されています。その営業秘密が日本の事業に関連がなくても、またその管理を海外で行っていても、その営業秘密を

保有する企業が日本で事業活動を行ってれば、その営業秘密を海外で侵害する行為に対して、国外犯処罰規定の適用が可能な文言に読めます。この点をどう考えるのかということです。私自身、刑事の域外適用の要件のほうが民事の域外適用の要件よりも緩やかでいいのかという点は、問題意識として持っております。

今回の審議過程の中でもこの点は議論されておりまして、今回、19条の2、19条の3を立案する中で、21条6項と全く同様の要件だけを設ける案も一つの選択肢として検討されました。ただ、結果的には支持されませんでした。審議会では、21条6項の要件では少し広過ぎるということで、当事者の予測可能性を確保するためにも、より強固な日本との密接関連性が必要であるとして、国内管理要件であるとか、専ら国外事業に関連する営業秘密については域外適用の対象から除外するとか、そういった要件が加重されたわけです。

これをどう考えるかですけれども、もし本当にそうなのであれば、刑事と民事の関係についての一般的なロジックが逆転しているような気がします。つまり、一般には刑事のほうが当事者の予測可能性に配慮する必要が高く、民事と同等か、より厳格な要件にすべきと解されているように思うのですけれども、ここではそれが逆転しているのですね。

その意味で、もし国外犯処罰規定の要件が緩やかに過ぎるとするならば、21条6項の要件について、今後改めて検討すべきであるように思います。

もちろん、刑事では起訴便宜主義という歯止めがありますし、また、刑事と民事では実体的な侵害行為の要件も若干異なっております。刑事では構成要件がより違法性が高い行為類型に絞り込まれているという点がありますので、その辺りのバランスも考慮して検討すべきかとは思っています。

【鈴木】 ありがとうございます。

オンラインで質問が出ております。「今回の改正法に基づいて判決されたとして、外国で判決の承認がなされるのだろうか」ということです。

【山根】 ありがとうございます。

例えば外国でなされた侵害行為について、今回の改正法に基づいて日本の裁判所で当該侵害行為の差止判決を得たとした場合に、対象国でその判決の承認・執行を得ることができるかどうかというのは当該外国の判決承認ルールによります。その意味ではどうなるのかというのは、その対象国の事情によるということかと思えます。

【鈴木】 ありがとうございます。

それでは、これ以上特に質問はないようですので、山根研究員のご講演は以上といたします。どうもありがとうございました。

【担当副所長】 鈴木先生、本日ご登壇いただきました先生方、大変ありがとうございました。

それでは、皆様、講師の先生方と鈴木先生にいま一度温かい拍手をお願いいたします。

以上をもちまして、日本弁理士会中央知的財産研究所公開フォーラムを終了いたします。どうもありがとうございました。