

# TMI Associates Newsletter

SUMMER 2017

Vol.32

TMI 総合法律事務所

## CONTENTS

- |  |  |
|--|--|
| <p>P.1 均等の第5要件に関する最高裁判決(平成28年(受)第1242号、マキサカルシトール製法事件)について</p> <p>P.5 ベトナムの判例及び判決公開</p> <p>P.8 シェアリングエコノミー普及に伴う兼業・副業規制の展望</p> <p>P.10 エマックス商標事件～最(三)判平29・2・28～</p> <p>P.12 ミャンマー新投資法の本格運用開始～4月から、ミャンマー投資がどう変わったか?～</p> <p>P.15 フランチャイズ国際会議への参加報告 ～Joint employment問題について～</p> | <p>P.17 HFTに対する新たな規制</p> <p>P.20 Star Athletica事件合衆国最高裁判決:実用品のデザインの著作権による保護について</p> <p>P.23 ハーグ協定に基づく意匠登録出願に関する注意事項</p> <p>P.27 「著しく不公正な方法」による発行であるとして、新株発行の差止めが認められた事例(大阪地決平成29年1月6日 金融・商事判例1516号51頁)</p> <p>P.29 改正個人情報保護法の概要</p> <p>P.32 TMI月例セミナー紹介、書籍紹介</p> |
|--|--|

## 均等の第5要件に関する最高裁判決 (平成28年(受)第1242号、マキサ カルシトール製法事件)について

— 弁護士 中野亮介  
— 弁理士 山田 拓  
— 弁理士 白石真琴

### 第1 本判決の意義

特許権の権利範囲に関する解釈理論である均等論の歴史は古く、我が国のみならず、諸外国でも各国独自の判断基

準が存在する理論であるが、実際に我が国で均等侵害により特許権侵害が認められた例は数少ない。今般、これまで均等侵害の認められた例のなかった化学・医薬分野において、これを認めた知財高裁大合議判決が、最高裁においても維持された。本判決は、特に均等の第5要件の適用の要件についてより明確になったという点でも、意義のある判決である。

### 第2 均等論とは

特許権侵害訴訟においては、被疑侵害品たる対象製品等が、特許発明の技術的範囲に属するか否かで特許侵害ある

いは特許非侵害と判断される。そして、特許発明の技術的範囲は特許請求の範囲の記載に基づき定められ（特許法第70条1項）、対象製品等が、文言上、特許請求の範囲に記載の発明の構成要件を一つでも充足しない場合には基本的には特許非侵害と判断される。しかしながら、発明の本質ではない部分に微細な変更を加えただけで特許侵害を問われなくなるのでは、発明の保護が十分とは言えない場合がある。

特に、先願主義のもと、特許出願の明細書の作成にかけられる時間は限られているから、あらゆる侵害態様を予想して明細書及び特許請求の範囲に含ませることには限界がある。また、特許権の存続期間は原則として出願から20年間であり、技術の高度化により、発明がより多様化することも考えられる。

そこで、特許法上の明文規定はないものの、判例により、所定の要件を満たす場合には、文言上は特許請求の範囲の構成要件を具備しない場合であっても、特許請求の範囲の記載と実質的同一と評価される構成について、特許請求の範囲の記載を超えて、侵害が認められる場合がある。この理論を均等論という。

均等の成立要件は、平成10年のボールスプライン事件最高裁判決（最高裁平成10年2月24日第三小法廷判決、）で判示されているとおり、以下の5要件の全てを満たす必要がある<sup>(1)</sup>。

- 第1要件: 特許発明と対象製品等との相違部分が特許発明の本質的部分ではないこと(非本質的部分)。
- 第2要件: 相違部分を対象製品等におけるものと置き換えても、特許発明の目的を達成することができ、同一の作用効果を奏すること(置換容易性)。
- 第3要件: 相違部分を対象製品等におけるものと置き換えることが、対象製品等の製造等の時点において容易に想到できたこと(容易想到性)。
- 第4要件: 対象製品等が、特許発明の出願時における公知技術と同一、または公知技術から容易に推考できたものではないこと(容易推考性)。
- 第5要件: 対象製品等が特許発明の出願手続において特許請求の範囲から意識的に除外されたものに当たるなどの特段の事情がないこと(特段の事情)。

均等論では、特許請求の範囲の記載に基づき認定される内容を超えて特許発明の技術的範囲が認定されることから、均等侵害が認められるためのハードルはかなり高く、これまで<sup>(2)</sup>に均等侵害が認められた例は数少ない。特に、本判決の事案のような医薬品の合成方法に関して均等侵害が認められた例はこれまで存在しなかった。

### 第3 事案の概要

本件は、角化症治療薬の有効成分であるマキサカルシトール

(<sup>(3)</sup> 図1)を含む化合物の製造方法に関する発明である「ビタミンDおよびステロイド誘導体の合成用中間体およびその製造方法」という名称の発明についての特許権（特許第3310301号。以下「本件特許」という。）の共有権者である被上告人（一審原告、原審被控訴人。中外製薬株式会社）が、上告人ら（一審被告ら、原審控訴人ら。DKSHジャパン株式会社、岩城製薬株式会社、高田製薬株式会社、株式会社ポーラファルマ）の輸入販売等に係る医薬品（以下「上告人製品」という。）の製造方法（以下「上告人方法」という。）は、本件特許の特許請求の範囲に記載された構成と均等なものであり、その技術的範囲に属すると主張して、上告人製品の輸入、譲渡等の差止め及び廃棄を求めた事案であり、医薬品の先発品メーカーと後発品（ジェネリック）メーカーとの間での医薬品の製法特許に関する紛争である。

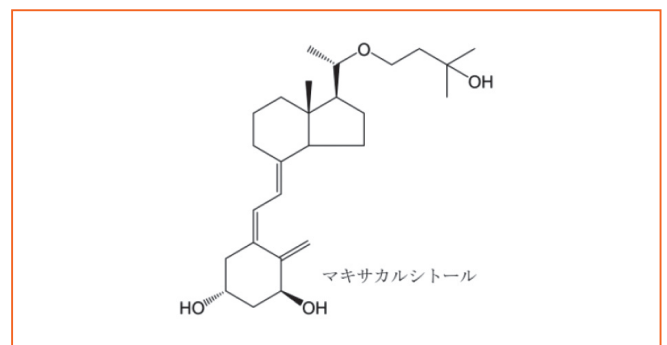


図1 マキサカルシトールの構造

本件特許の請求項13に係る発明（訴訟係属中に訂正請求がなされたため以下、「訂正発明」という。）では、目的となる化合物の製造工程の出発物質及び中間体が、シス体のビタミンD構造の化合物であるのに対し、上告人方法では、その幾何異性体であるトランス体のビタミンD構造の化合物（図2）であることから、上告人方法が訂正発明の構成要件を文言上充足しないことについて争いはなく、均等侵害の成否が争点となった。なお、裁判所の認定によれば、本件特許の明細書には、トランス体をシス体に転換する工程の記載など、出発物質等をトランス体のビタミンD構造のものとする発明の開示はされていない。

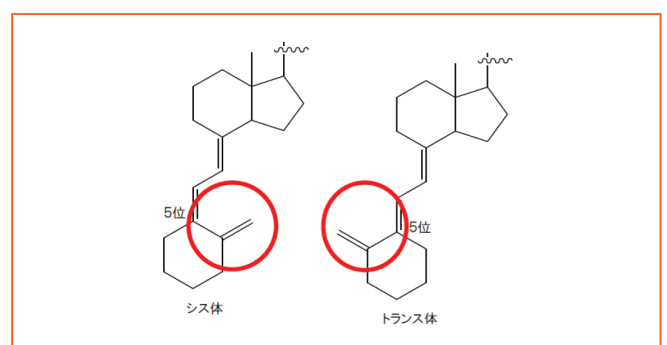


図2 ビタミンD類の基本骨格におけるシス体とトランス体の違い

## 第4 下級審の判断

### ■ 一審の判断（東京地裁平成26年12月24日民事29部判決 嶋末和秀裁判長）

一審判決では、上告人方法は訂正発明の構成と均等なものとして、訂正発明の技術的範囲に属するものであり、原告（被上告人）の請求を認容した。

### ■ 控訴審の判断（知財高裁特別部平成28年3月25日判決 設楽隆一裁判長）

控訴審では、知財高裁特別部による、いわゆる大合議事件として判断がなされた。控訴審判決は、原判決を維持すべきものとして、控訴を棄却した。これに対し、控訴人ら（上告人ら）は、上告人方法には均等の第5要件である意識的除外に該当するといった特段の事情が存在することから、上告人方法は訂正発明と均等なものではないとして、上告受理申立てを行った。

## 第5 最高裁の判示内容（最高裁平成29年3月24日第二小法廷判決 鬼丸かおる裁判長）

最高裁は、ポールスプライン事件最高裁判決を引用し、均等の第5要件に関し「対象製品等が特許発明の特許出願手続において特許請求の範囲から意識的に除外されたものに当たるなどの特段の事情が存するときは、…均等の主張は許されないものと解されるが、その理由は…禁反言の法理に照らし許されないというところにある」（引用部分の下線は筆者らによる。以下同じ。）とし、その上で、特段の事情に関して、「出願人が、特許出願時に、特許請求の範囲に記載された構成中の対象製品等と異なる部分につき、対象製品等に係る構成を容易に想到することができたにもかかわらず、これを特許請求の範囲に記載しなかった場合」について、「特許出願に係る明細書の開示を受ける第三者に対し、対象製品等が特許請求の範囲から除外されたものであることの信頼を生じさせるものとはいえず、当該出願人において、対象製品等が特許発明の技術的範囲に属しないことを承認したと解されるような行動をとったものとはいえないこと、及び「先願主義の下で早期の特許出願を迫られる出願人において、将来予想されるあらゆる侵害態様を包含するような特許請求の範囲の記載を特許出願時に強いられることと等しくなる一方、明細書の開示を受ける第三者においては、特許請求の範囲に記載された構成と均等なものを…時間的制約を受けずに検討することができるため、特許権者による差止め等の権利行使を容易に免れることができることとなり、相当とはいえない」ことから、「それだけ

では、対象製品等が特許発明の特許出願手続において特許請求の範囲から意識的に除外されたものに当たるなどの特段の事情が存するとはいえないというべきである。」と判示した。

最高裁はさらに、「特段の事情が存する」場合について、「出願人が、特許出願時に、特許請求の範囲に記載された構成中の対象製品等と異なる部分につき、対象製品等に係る構成を容易に想到することができたにもかかわらず、これを特許請求の範囲に記載しなかった場合において、客観的、外形的にみて、対象製品等に係る構成が特許請求の範囲に記載された構成を代替すると認識しながらあえて特許請求の範囲に記載しなかった旨を表示していたといえるときには、対象製品等が特許発明の特許出願手続において特許請求の範囲から意識的に除外されたものに当たるなどの特段の事情が存するというべきである。」と述べた。

そして、本件については、特段の事情が存在しないとした原審の判断を是認し、上告を棄却した。

## 第6 今後の明細書作成実務について

これまで、均等の第5要件については、審査過程において、拒絶理由を回避するために特許請求の範囲の記載を限定し、限定された範囲については均等の適用はないというような包袋禁反言の法理のみならず、特許出願時において、特許請求の範囲に記載の構成と置換可能な構成として容易に想到できるにもかかわらず特許請求の範囲に記載していない構成についてまで適用があるのかという論点があった。

今般、最高裁は、特許出願時において、特許請求の範囲に記載の構成と置換可能な構成を容易に想到できたことだけでは、均等の第5要件が適用されるものではないことを明らかにし、また、出願人が、特許出願時に、「置き換えることができるものであることを明細書等に記載するなど」したにもかかわらず、特許請求の範囲に記載しなかった場合には、均等の第5要件が適用され得ると述べている。

ここで、特許権侵害を主張するに当たっては、均等侵害が認容されるハードルは高いため、特許請求の範囲に構成を過不足なく明確に記載し、文言侵害を問えるようにしておくことは第一義的に重要な事項である。このことは、明細書、特許請求の範囲の記載をできるだけ拡張する方向で記載する必要があることを意味すると考えられる。また、第三者による権利化の排除の観点から、多種の発明態様を記載しておきたいという出願人の希望があることも、出願代理をしていると相当程度に直面することである。

一方、ある発明におけるある構成要件につき、明細書で

置換可能な構成を多数に記載する場合や、拡張した構成要件として記載する場合には、拡張し過ぎた部分については、審査過程で、サポート要件違反や実施可能要件違反の指摘により減縮を求められることも多く、共に、包袋禁反言の法理により、均等の第5要件適用の余地を広げることになる。

したがって、均等侵害を問えなくなるような明細書作成を出願当初から行うことが重要ではあるので、本判決を参考に、特許出願時点において、発明の各構成要件について、第三者による権利化の排除の観点から置換可能な均等な構成が何かについて詳細に検討し、かかる均等な構成を特許請求の範囲に記載した場合に、特にサポート要件違反等を問われ、審査過程で限定する必要が生じない構成かを確認した上で特許請求の範囲に記載するといった判断や、明細書には当業者が想到し得る態様であれば何でも記載するのではなく、権利化を志向する範囲で記載するといった判断が、これまで以上に求められることとなろう。

## 第7 被疑侵害品となり得る製品製造の立場から

製品を市場に出すとき、第三者の特許権の存在の有無を調査し、自由に製造販売することができるかのFTO (Freedom To Operate) 調査が、一般に行われている。本判決の事案のような医薬品に関する分野においては、調査対象の製品自体の化学構造が特定されていること、特許請求の範囲の記載においても、化学構造で「特定」していることから、文言侵害の判断は容易である。また、均等侵害の余地が少ないと考えられていた分野であったため、これまでのところ、比較的容易にFTO調査が行われていた。本判決の判断内容を踏まえても、医薬品分野における今後のFTO調査における文言侵害の判断の実務に変更は特にならぬものと考えられるが、他方、均等侵害の判断においては、本判決の判断内容を考慮し、より詳細な検討が必要になると考えられる。

具体的には、置換可能な構成であることを明細書等に記載し、特許請求の範囲に記載していないような構成については、容易に均等侵害を問えないと判断し得るものの、明細書作成実務において、本判決が述べるような意識的除外に該当する特段の事情である「特許請求の範囲に記載された構成を代替すると認識しながらあえて特許請求の範囲に記載しなかった旨を表示」といったことは、通常、行われないことから、本判決に基づき均等の第5要件の充足が認められる(特段の事情がないと判断される)範囲は、化学・医薬分野の特許においてさえも格段に広がったと考えられる。すなわち、今後は、FTO調査の対象となる特許にお

いて、製品が特許請求の範囲にも明細書にも記載のない構成を有する場合に、安易に均等侵害適用なしと判断することはできず、均等侵害の判断は、より詳細かつ専門的な判断が求められることとなろう。

以上

- (1) 5つの要件の立証責任は、第1要件～第3要件は特許権者側に、第4要件及び第5要件は被疑侵害者側にあるとされる(本件の控訴審判決参照)。
- (2) 平成17年の知財高裁の設置後、均等侵害が認められた知財高裁判決は以下の7件である。  
平成17(ネ)10047号(椅子式マッサージ機事件)  
平成19(ネ)10075号(ローラーマッサージ器事件)  
平成21(ネ)10006号(中空ゴルフクラブヘッド事件)  
平成22(ネ)10014号(地下構造物丸型蓋事件)  
平成22(ネ)10089号(食品の包み込み成形事件)  
平成25(ネ)10017号(ロータリー攪拌機用ノドル及びオープン式発酵処理装置事件)  
平成27(ネ)10014号(マキサカルシール事件、本件原審)
- (3) マキサカルシールは、角化症治療剤としての軟膏製剤と、二次性副甲状腺機能亢進症治療剤としての注射剤として販売されているが、原告らは、角化症治療薬の有効成分としてマキサカルシールを用いていた。
- (4) 控訴審判決では、最高裁が言及しなかった①均等の5要件の立証責任の所在、②均等の第1要件(本質的部分の認定)についても判示をしている。

弁護士  
**中野亮介**  
(1972年生)

Ryosuke Nakano  
直通 / 03-6438-5796  
MAIL / rnakano@tmi.gr.jp



【主な取扱分野】  
一般企業法務 / 不正競争 / 医療 / ヘルスケア / バイオ / 商標 / 意匠 / 特許 / 知財訴訟・審判 / 著作権

【登録、所属】  
第一東京弁護士会(2011) / 日本医事法学会 / 弁護士知財ネット / 第一東京弁護士会総合法律研究所知的所有権法研究部会 / 同信託法研究部会

弁理士  
**山田 拓**  
(1972年生)

Taku Yamada  
直通 / 03-6438-5591  
MAIL / tayamada@tmi.gr.jp

【主な取扱分野】  
特許 / 知財訴訟・審判

【登録、所属】  
日本弁理士会(JPAA)(2007)

弁理士  
**白石真琴**  
(1978年生)

Makoto Shiraiishi  
直通 / 03-6438-5341  
MAIL / mshiraiishi@tmi.gr.jp

【主な取扱分野】  
特許 / 知財訴訟・審判

【登録、所属】  
日本弁理士会(JPAA)(2004)

## ベトナムの判例及び判決公開

- 弁護士 岡田英之
- 弁護士 小林 亮
- 弁護士 小幡葉子
- 外国弁護士 レ・ティエ・ビック・トラム
- 法務 グエン・トゥ・フエン
- 法務 ダン・ビック・ゴック

### 第1 はじめに

ベトナムの訴訟においては、これまで、裁判の公開が原則とされながら、判決書が公開されず、また、裁判所の判決・決定の先例性が明確ではなかった。そのため、訴訟を提起した場合にどのような判決を得られるかの予見が極めて困難であり、また、裁判所の示した判断を法令解釈の指針とすることも少なかった。

このような状況に対し、最高人民裁判所（「SPC」）は、2015年に判例制度、2017年に判決公開制度をそれぞれ創設して、裁判所の法令解釈機能の強化を図っている。

### 第2 ベトナム判例制度の概要

2015年10月28日、SPC 裁判官評議会<sup>(1)</sup>は、判例の選択、公表、適用に関する03号決議を發布し、同決議は2015年12月16日から施行されている。

#### 1 判例の選択基準

判例は、以下の条件を全て満たす裁判所の判決・決定から選択される。

- ◇異なる解釈のある法令の規定を明確化し、特定の状況における法的論点・事由および従うべき法的原則・ガイドラインを含む。
- ◇規範的価値を有する。
- ◇法適用の統一性および同一の事実関係を有する案件における同一の判断結果を確保する。

#### 2 判例の選択過程

##### i 検討および選択

6か月に一度、各下級裁判所（省級人民裁判所、高等裁判所など）、SPCの担当部局、個人・機関・組織が、判例に適する判決・決定（「判例案」）をSPCに提出する。

##### ii 意見収集および判例諮問委員会

- a. 判例案は、パブリックコメントのため、人民裁判所雑誌およびSPCポータル<sup>(3)</sup>に2か月間掲載される。
- b. SPC法務科学管理部は、上記パブリックコメント期間終了後1か月以内に、コメントをまとめ、判例案の

内容およびコメントを検討・評価し、判例諮問委員会の諮問を決定するようSPC長官へ報告する。

- c. 判例諮問委員会<sup>(4)</sup>の委員長は、諮問を受けてから15日以内に会議を招集し、判例案を検討・鑑定し、その結果をSPC長官に報告する。

#### 3 判例の採択・公表

- i SPC裁判官評議会は、判例諮問委員会の報告書に基づいて判例案を検討し、全構成員の過半数の賛成により、判例として採択する。
- ii SPC長官は、採択された判例を、人民裁判所雑誌およびSPCポータルへの掲載、各裁判所への送付、各年度の判例集への掲載により公表する。

#### 4 判例の効力

- i 裁判官および裁判員は、公表の45日後から、裁判を行う際に、判例を研究・適用することを義務付けられる。2つの事案の事実関係が同一である場合には同一の判断を下さなければならず、また、判決・決定に判例を適用する場合、判例が認定した事実関係および判例が示した法的意見を引用し、判例を適用しない場合にはその理由を説明する<sup>(5)</sup>。
- ii 法律・国会決議・政令等の改正その他の事情により、判例が適切ではなくなった場合、裁判官および裁判員は当該判例を適用してはならない。

#### 5 判例の廃止

- i 法律の改正により判例が適切ではなくなった場合、判例は廃止される。また状況の変更に応じ、SPC裁判官評議会は当該判例の廃止を検討する。
- ii 判例廃止に関する決定は、構成員の3分の2以上が出席するSPC裁判官評議会での過半数により議決された後、人民裁判所雑誌およびSPCポータルに掲載され、各裁判所に送付される。

## 6 これまでに選定された判例<sup>(6)</sup>

### i 2016年4月6日付採択<sup>(7)</sup>

No.	事件名	判例の要旨
1	「殺人」事件	共犯事件の場合、首謀犯が被害者殺害を意図しておらず、傷害のみを実行犯に依頼し、実行犯もその首謀犯の依頼に従った場合、当該首謀犯には、殺人罪ではなく傷害致死罪が成立する。
2	「財産の取戻しにかかる紛争」事件	外国定住ベトナム人(購入者)が国内在住ベトナム人を名義人として土地所有権を購入し、その後名義人が当該権利を第三者に無断売却したため、購入者が名義人に購入代金返還を請求した事件において、裁判所は、購入者・名義人の土地の保持・改善等への貢献度を考慮し、確定できない場合には、両者の貢献度は同等とする。
3	「離婚」事件	夫の父母から贈与された土地所有権は、夫婦の共有財産であり、離婚に際しては、贈与者の子である夫の方が当該共有財産への貢献度が高いものとする。
4	「土地所有権譲渡契約にかかる紛争」事件	夫が単独で、夫婦の共有財産である土地所有権の譲渡契約に署名し、夫が譲渡代金全額を受領したが、妻がそれを知って譲渡代金を消費し、譲受人の当該土地の使用に対して異議を述べなかった場合、妻も当該土地の譲渡に同意したものと認められる。
5	「遺産紛争」事件	共同相続人の一人が遺産分割案に同意せず、かつ、自己の遺産の管理・改善への貢献度について具体的に主張しない場合、裁判所は当該当事者の貢献度を考慮しなければならない。
6	「相続紛争」事件	共同相続人の一人が外国に在住しており、裁判所の司法嘱託等によっても住所を特定できない場合、原告の請求に応じて事件を処理し、当該相続人の相続分は、国内在住の相続人が一時的に管理し、適宜その相続人に引き渡す。

### ii 2016年10月17日付採択<sup>(8)</sup>

No.	事件名	判例の要旨
7	建物所有権および使用権紛争に関する民事事件	建物売買契約書に売主のみ署名して、代金全額を受領し、一方買主は署名していないが、契約書所持し、長期間にわたって当該建物を管理・使用していた事案において、上記の経緯に照らし契約は有効と認められる。
8	「融資契約」に関する経済事件	銀行の事業会社に対する貸付請求における遅延利息の算定について、銀行融資取引においては、債務者は元本返済まで約定遅延利息の支払義務を負う。
9	「商品売買契約の紛争」に関する経済事件	一履行期までに売主が商品を引き渡さないことを理由として、買主に代金を返還する場合、売主は、地元の銀行3行以上の遅延利息利率の平均に基づく遅延利息の支払義務を負う。 一商品売買契約に基づいて、売主が損害賠償を支払う場合、遅延利息の支払義務はない。
10	「国家による土地収用における補償、支援および再定住決定」に関する行政事件	行政決定書が、原告の権利義務に直接影響する他の文書を引用している場合、当該引用事項は、同決定書の内容を構成しており、これに対する不服がある場合には、同決定書が行政訴訟の対象となる。

## 7 判例制度がベトナム司法に及ぼす影響

ベトナムで判例制度が始動したという歴史的意義は大きいものの、本稿執筆時点では、まだ10件の判例が採択されているにとどまり、また、その内訳は、刑事1件、行政1件、民事6件(不動産売買契約に関する事案3件、家族法に関する事案3件)、経済2件(いずれも遅延利息に関する事案)、と特定分野・論点に集中している。判例が法令解釈の基準として機能するようになり、さらにビジネス法務の実務に影響を与えるまでには、相当の時間を要するものと思われ、今後のSPCによる積極的な取組み、および研究者・実務家による活発な判例研究活動に期待したい。

## 第3 ベトナム判決公開制度の概要

SPC 裁判官評議会は、審理の公開原則<sup>(10)</sup>に基づき、裁判所のホームページにおける判決・決定の公開に関する03号決議<sup>(11)</sup>を公布し、同決議は2017年7月1日から施行されている。これまで判決・決定の公開は、試験的な公開プロジェクトを除くと、上記2(6)の判例に限られていた。以下、同決議の概要を紹介する。

### 1 判決・決定の公開／非公開

i 公開される判決・決定は、◇控訴・異議申立てのない第一審判決、控訴審裁判所判決、監督審および再審決定、◇法的効力を有する民事非訟事件解決決定および民事非訟再審決定、◇破産開始決定および同決定への異議等に対する決定、◇行政違反制裁決定および同決定への異議等に対する決定、である。

これらの判決・決定は、その法的効力が発生した日から30日以内に、裁判所のホームページに公開される。

ii 非公開で行われる裁判の判決・決定のほか、以下の場合には、判決・決定は公開されない。

- 政府の規制に基づく国家機密リストに属する内容、または国家によりまだ公開されず、公開すると国家に悪影響を与える内容を含む場合。
- 未だ公開されておらず、使用することにより事業上の利益が得られるような財務・投資情報、職業上の秘密、または技術情報を含み、審理の過程において当事者がそれを秘密にすることを求めた場合。
- 地方、民族、地域において広く認識・実行されている文化的伝統、善良な風俗習慣に悪影響を与える場合。
- 訴訟の参加者の中に未成年者(18歳未満)がいる場合。
- 個人・家族の秘密を含む場合(匿名化された場合を除く)。

### 2 情報の匿名化

判決および決定に記載される個人・機関・組織の名称・住所、およびその他の個人・家族の秘密に関する情報は、匿名化され、たとえば、個人名は「A氏」、法人は「B有限責任会社」、住所は「C通り」などのように記載される。

### 3 判決・決定の更正

公開された判決・決定に誤字や計算間違いなど記載の誤りがあることが判明した場合、誤記載を発見した個人・組織・機関は、当該裁判所に訂正を申立てることができ、裁判所は、受理日から15日以内に誤記載の有無を検討し、誤記載があれば適時に更正する。

#### 4 判決公開がベトナム司法に与える影響

日本においては、全ての判決が例外なく公開されるのに対し、ベトナムでの今回の判決公開制度には、広汎でかつ抽象的な例外規定が設けられており、国家（国家機密事項について）または企業である当事者（ビジネス上の機密事項について）が非公開とすることを要求すれば、裁判所の判断により非公開とすることがそれほど困難ではないと思われる。これらの非公開基準がどのように解釈・運用されるかによっては、判決公開制度による情報共有が進まないおそれもあるため、今後の運用が注目される。

以上

- (1) SPC長官、副長官およびその他のSPC裁判官（総数17名以下）により構成され、監督審および再審の審理、および法令解釈の統一のための指導を行う機関である。
- (2) SPC裁判官評議会決議第03/2015/NQ-HDTP号
- (3) <http://www.toaan.gov.vn/portal/page/portal/tandtc/545500/tthd/170719110>

- (4) SPC科学評議会議長を委員長とし、SPC、司法省、最高人民検察院、ベトナム弁護士連合会等の各代表者および専門家・研究者など9名以上で構成される。
- (5) 判例が、SPCによる下級裁判所に対する指導としての役割を有し、下級裁判所は判例に従うことを義務付けられている点で、同じく社会主義国である中国の指導性判例制度と共通性を有する。中国の判例制度については、李艶紅「中国指導性判例制度の現状と課題」（比較法学47巻2号、早稲田大学）  
<http://www.waseda.jp/follow/icl/assets/uploads/2014/05/A04408055-00-0470200271.pdf>
- (6) これら10件の判例は、いずれも、SPC裁判官評議会による監督審決定である。ベトナムは2審制であるが、判決確定から3年間は、裁判所または検察院が職権により、SPCに対して監督審による審理を求めることができる。
- (7) SPC裁判官評議会決議第220/QD-CA号
- (8) SPC裁判官評議会決議第698/QD-NDTP号
- (9) 2017年3月に、判例案29件（刑事10件、行政2件、経済3件、民事14件）が公表されたが、本稿執筆時点ではまだ判例として採択されていない。
- (10) 憲法第103条第3項
- (11) SPC裁判官評議会決議第03/2017/NQ-HDTP号
- (12) 2017年7月19日現在、裁判所ホームページには、刑事（215件）、民事（154件）、婚姻・家庭（221件）、経済商事（68件）、行政（60件）、労働（34件）、行政違反処分決定（9件）が公表されている。  
<https://congboaban.toaan.gov.vn/>
- (13) 日本国憲法82条

弁護士  
**岡田英之**  
(1963年生)

Hideyuki Okada  
直通 / +84 (0) 8-6299-0666  
MAIL / [hokada@tmi.gr.jp](mailto:hokada@tmi.gr.jp)



**【主な取扱分野】**

一般企業法務 / M&A / コーポレート・ファイナンス / ストラクチャー・ファイナンス / プロジェクト・ファイナンス / 証券化・流動化・REIT / アジア

**【登録、所属】**

第二東京弁護士会(1995) / ベトナム外国弁護士(2011)

外国弁護士  
**レ・ティエ・ビック・トラム**  
(1989年生)

LE Thi Bich Tram  
MAIL / [tle@tmi.gr.jp](mailto:tle@tmi.gr.jp)



**【主な取扱分野】**

一般企業法務 / M&A / 労務

弁護士  
**小林 亮**  
(1984年生)

Ryo Kobayashi  
直通 / +84 (0) 8-6299-0666  
MAIL / [rkobayashi@tmi.gr.jp](mailto:rkobayashi@tmi.gr.jp)



**【主な取扱分野】**

一般企業法務 / 商標 / 特許 / ブランド / アジア / 不正調査 / M&A

**【登録、所属】**

第一東京弁護士会(2011) / ベトナム外国弁護士(2014)

法務  
**グエン・トゥ・フエン**  
(1989年生)

Nguyen Thu Huyen  
MAIL / [hnguyen@tmi.gr.jp](mailto:hnguyen@tmi.gr.jp)



**【主な取扱分野】**

一般企業法務 / 消費者関連法 / 労働法 / 不動産 / アジア

弁護士  
**小幡葉子**  
(1960年生)

Yoko Obata  
直通 / +84 (0) 4-3826-3826  
MAIL / [yobata@tmi.gr.jp](mailto:yobata@tmi.gr.jp)



**【主な取扱分野】**

アジア / 一般企業法務 / M&A / コーポレートガバナンス

**【登録、所属】**

東京弁護士会(1992) / ベトナム外国弁護士(2013)

法務  
**ダン・ビック・ゴック**  
(1994年生)

DANG Bich Ngoc  
MAIL / [ndang@tmi.gr.jp](mailto:ndang@tmi.gr.jp)



**【主な取扱分野】**

一般企業法務 / 投資法 / 商法 / 労働法 / アジア

# シェアリングエコノミー普及に伴う 兼業・副業規制の展望

— 弁護士 近藤圭介  
— 弁護士 菅野邑斗

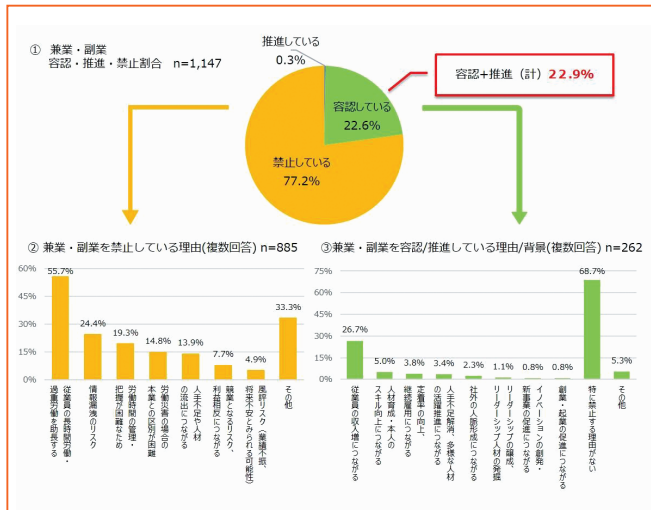
## 第1 はじめに

昨今、既存のリソースを効率的に活用できる方法の一つとして、シェアリングエコノミービジネス<sup>(1)</sup>に注目が集まっている。典型的には民泊運営等が想起されるが、家事代行や育児代行等のスキルのシェアに係るサービスも増加傾向にある。また、働き方改革実現会議が、平成29年3月28日に決定した「働き方改革実行計画」においては、「柔軟な働き方がしやすい環境整備」として、副業・兼業の推進が指摘されており、シェアリングエコノミービジネスはその一役を担うであろう。<sup>(2)</sup>

他方で、シェアリングエコノミーサービスにおいては、サービスの提供者は個人であり、労働者として企業に勤務していることが多い。この点、一般的な企業の就業規則においては、労働者の兼業・副業を禁止していることが多く(図:「兼業・副業に対する企業の意識調査」参照)、かかる規制をどのように整理すべきかが、今後問題になってくるであろう。

そこで、本稿においては、シェアリングエコノミー普及に伴い兼業・副業禁止をどのように整理すべきか、平成29年4月14日に公表された「電子商取引及び情報取引等に関する準則改定案」のうち「I-7-8 シェアリングエコノミーと兼業・副業に関する就業規則」(以下「準則改定案」という。)<sup>(4)</sup>や過去の裁判例を参考に、検討する。

【図:兼業・副業に対する企業の意識調査】



## 第2 兼業禁止規定の効力

一般的に、兼業・副業禁止は2つの局面で問題とされてきた。

まず、労働者が兼業・副業の許可を求めた場合に、使用者(企業)が許可をしないことが許されるかという局面である。次に、労働者が、兼業・副業の許可を得ずに兼業・副業を行った場合に、かかる行為を対象として、懲戒処分が許されるかという局面である。しかしながら、労働者は、基本的には、労働契約を通じて定められた就業時間においてのみ、労務提供義務を負うのであり、就業時間外における活動は、使用者の労働契約上の権限が及ぶところではない。そのため、使用者が、兼業・副業を許可しない場合や、許可なく兼業・副業を行った者を懲戒処分の対象とする事が出来るのは、限定的に考える必要がある。<sup>(5)</sup>

この点、裁判例は、兼業・副業の内容が、使用者の経営秩序又は労務の統制を乱すおそれがない場合や、使用者への労務提供に格別の支障を生ぜしめない程度である場合には、兼業禁止規定の効力を限定的に解釈し、その効力が及ばないとする傾向にある。<sup>(6)</sup>

また、準則改定案は、かかる判断にあたっては、①競業関係にならないか、②秘密保持義務違反にならないか、③利益相反行為にならないか、④使用者の対外的信用を毀損しないか、⑤総労働時間が過重なものになってしまう等健康を害し、あるいは本業に支障をきたすことにならないか等が総合考慮されるとされている。<sup>(8)(9)(10)</sup>

## 第3 シェアリングエコノミーの態様の考慮

以上の議論は、シェアリングエコノミーにおいても妥当し得るものである。

この点、準則改定案は、民泊の運営等のアセットを活用して収益を得るタイプのシェアリングエコノミーサービスについては、一般的に肉体的・時間的拘束は限定的なものであると評価している。<sup>(11)</sup> そうすると、前述の⑤(総労働時間)の観点からは、兼業・副業の規制は難しいだろう。

他方、家事代行や育児代行等のスキルのシェアに係るシェアリングエコノミーサービスについては、どうしても時間的・肉体的拘束は生じるのであり、前述の⑤(総労働時間)の観点からは、兼業・副業規制が問題となりやすいのではないと思われる。また、(アセットの利用の場合においても、同様の事態が生じないわけではないが、)スキルのシェアにおいては、本業で身に着けたスキルを活かすような場合が想定され、それ故に、前述の①(競業)、②(秘密保持)、



③（利益相反）等の観点からして問題が生じないかは、十分に留意する必要があるだろう。<sup>(12)</sup>

#### 第4 兼業・副業規制にどのように向き合うべきか

今後、シェアリングエコノミーの普及も相まって労働者の副業・兼業の意識は益々高まることが予想される。そのような状況下において、企業が従業員の、兼業・副業を正面から禁止することは難しいだろう。他方で、労働者が兼業・副業を行うことで生じ得る弊害（競業、秘密保持義務違反、利益相反、会社の信用毀損、過重労働等）は変わらず存在するところであり、各企業においては、兼業・副業規制に柔軟な姿勢を示しつつも、労働者がいかなる兼業・副業を行っているのかを把握できる体制を構築していくことが重要になるとだろう。

この点、働き方改革実行計画においては、会社が副業・兼業者の労働時間や健康をどのように管理すべきかを盛り込んだガイドラインの策定や副業・兼業を認める方向でのモデル就業規則の改訂が指摘されている。各企業においては、かかるガイドラインのフォローアップや、自社就業規則の見直しが重要になってくると思われる。筆者としても引き続き、シェアリングエコノミー普及に伴い、兼業・副業規制をいかに整理していくべきか検討していきたい。

以上

- (1) 個人等が保有する活用可能な資産等(スキルや時間等の無形のものを含む。)を、インターネット上のマッチング・プラットフォームを介して他の個人等も利用可能とする経済活性化活動等と定義される。
- シェアリングエコノミー検討会議内閣官房情報通信技術(IT)総合戦略室「シェアリングエコノミー検討会議中間報告書-シェアリングエコノミー推進プログラム」(以下「中間報告書」という。)1頁  
[http://www.kantei.go.jp/jp/singi/it2/senmon\\_bunka/shiearingu/chuukanhoukokucho.pdf](http://www.kantei.go.jp/jp/singi/it2/senmon_bunka/shiearingu/chuukanhoukokucho.pdf)
- なお、シェアリングエコノミーの一般論については、同報告書の他、TMI Associates Newsletter Vol.30「シェアリングエコノミーにおけるプラットフォームの私法上の責任」を参照  
[http://www.tmi.gr.jp/information/column/2017/tmi\\_vol30-4.html](http://www.tmi.gr.jp/information/column/2017/tmi_vol30-4.html)
- (2) 平成29年3月28日付け「働き方改革実行計画」15頁  
<http://www.kantei.go.jp/jp/headline/pdf/20170328/01.pdf>
- (3) 平成29年2月14日付け株式会社リクルートキャリア「兼業・副業に対する企業の意識調査」によると、77.2%の企業が、兼業・副業を規制しているとのことである。  
<https://www.recruitcareer.co.jp/news/pressrelease/2017/170214-01/>
- (4) 平成29年4月14日付け経済産業省商務情報政策局情報経済課「『電子商取引及び情報財取引等に関する準則改定案』に対する意見公募」  
<https://search.e-gov.go.jp/servlet/Public?CLASSNAME=PCMMSTDETAIL&id=595217012&Mode=0&fromPCMMSTDETAIL=true>  
 なお、準則改定案に寄せられた意見も公表されている。  
 平成29年6月5日付け「『電子商取引及び情報財取引等に関する準則改定案』に対する意見公募の結果」  
<https://search.e-gov.go.jp/servlet/Public?CLASSNAME=PCMMSTDETAIL&id=595217012&Mode=2>
- (5) 菅野和夫「労働法」(弘文堂、第11版補正版、2017年)671～672頁。なお、準則改定案116頁においては、仮に就業規則に兼業禁止規定が設けられていない場合でも、①使用者の組織内の秩序・風紀を乱したときの規定、②職務専念義務の規定、③競業禁止義務

や利益相反行為の規定、④秘密保持義務の規定などとの関係において、兼業がそれらに反するものになっていないかを検討することになり、他の規定との関係で就業規則違反が問題になり得る点が指摘されている。そのため、仮に、就業規則において、兼業・副業の禁止を規定していない場合でも本稿と同様の留意点は生じ得るだろう。

- (6) 菅野労働法671頁。準則改定案114頁
- (7) かかる要素が問題になった裁判例としては、東京地判平成3年4月8日判例590号45頁が挙げられる。同事件においては、A社に勤めていた労働者が、他の会社の代表取締役となり、A社に関連する取引をして利益をあげたことに関して、重大な義務違反(職務専念義務、忠実義務)であるとして、懲戒解雇を有効とした。
- (8) 準則改定案114頁においては、シェアリングエコノミーサービスを行おうとする場合、法令(例えば、民泊経営に関しては、旅館業法上の許可の取得等が想定されるだろう。)を遵守する必要がある場合もありうるところ、従業員がそれらの法令に違反すると、結果として使用者の対外的信用を害することになりうるという点が指摘されている。
- (9) かかる要素が問題となった裁判例としては、仙台地裁平成1年2月16日判タ696号108頁が挙げられる。同事件においては、タクシー会社に勤務していた運転手が、会社の許可を得ずに副業としてガス器具販売をしていたところ、乗客の生命、身体を預かるタクシー会社においては、従業員たる運転手が非番の日に十分休養を取り体調を万全なものとするように期待し、且つ、心労や悩みの原因となる事由をできるだけ排除し、もって安全運転を確保すると共に、従業員の会社に対する労務提供を十全なものたらしめようとすることは当然であるとして、当該副業行為を理由とする懲戒解雇を有効とした。このように、当該労働者が、いかなる業態の会社に勤めているかによって、判断は異なってくるのであり、事案ごとの慎重な判断を要する点に留意を要する。
- (10) 準則改定案114頁
- (11) 準則改定案115頁
- (12) その他準則改定案116頁においては、兼業禁止の効力が及ばない例として、①民泊サービスを利用して、勤務に支障がないように鍵の受け渡し等を行い、休日に自宅の空き部屋を貸し出す場合、②クラウドソーシングサービスを利用して、休日に、勤務先でのノウハウを活用せず、勤務先の業種との関連もない分野の翻訳役提供を行う場合、③各種のシェアリングエコノミーサービスを通じて収入を得ているものの、従事している時間やその程度が社会通念上、本業の業務に支障を来すほどではなく、かつ、競業禁止義務等にも違反しない場合等が挙げられている。
- (13) 働き方改革実行計画17頁

弁護士  
近藤圭介  
(1982年生)

Keisuke Kondo  
直通 / 03-6438-5436  
MAIL / kkondo@tmi.gr.jp



【主な取扱分野】  
人事制度の構築・運用 / 労働審判・労働関係訴訟等への対応 / 組合対応等 / M&A、IPOにおける労務デュー・ディリジェンス / M&A / アライアンス / 反社会的勢力対応 / 商事関連訴訟 / リスクマネジメント / 一般企業法務

【登録、所属】  
東京弁護士会(2007)

弁護士  
菅野邑斗  
(1991年生)

Yuto Kanno  
直通 / 03-6438-4558  
MAIL / yukanno@tmi.gr.jp



【主な取扱分野】  
一般企業法務 / 商事関連訴訟 / その他国際法務

【登録、所属】  
第二東京弁護士会(2015)

# エマックス商標事件～最(三)判平

29・2・28～

— 弁護士 佐藤力哉

最高裁において、ARIKA 事件<sup>(1)</sup>以来久しぶりに商標に関する実質的な判断がなされた。従来から議論のあった「除斥期間経過後の無効事由と無効の抗弁」という論点についての判断を含むものであり、本稿は、この点を中心に紹介する。

## 第1 事案の概要

X社は、平成6年11月から、米国法人(A社)との間で同社の製造する電気瞬間湯沸器(本件湯沸器)につき日本国内における独占的な販売代理店契約を締結し、「エマックス」、「EemaX」又は「Eemax」との各表示(X表示)を使用して本件湯沸器を販売していた。

平成15年12月、X社はY社と販売代理店契約を締結したが、XY間には紛争が生じ、平成18年6月にはY社がX社に対して損害賠償請求訴訟を提起し(翌年訴訟上の和解が成立)、その後平成21年7月には、X社がY社に対して不正競争防止法に基づく差止等請求訴訟を提起し、その控訴審において、平成23年7月、Y社が「エマックス」という商品名を使用しないことの誓約等を内容とする訴訟上の和解が成立したが、Y社はその後もX表示と同一の商標を使用している。

なお、Y社は、平成17年1月に、「エマックス」との商標につき商標登録出願をし、同年9月、商標権の設定登録(登録第4895484号)がされ(Y1商標)、平成22年3月には、「エマックス/Eemax」との商標についで出願し、同年11月、設定登録(登録第5366316号)がされている(Y2商標)。

本件は、X社が、平成24年12月に、本件湯沸器を独自に輸入して日本国内で販売しているY社に対し、X表示と同一の商標を使用することが不正競争防止法2条1項1号所定の不正競争に該当すると主張して、差止め及び損害賠償等を求め(本件本訴)、平成25年12月、Y社が、X社に対し、Y1商標及びY2商標(Y商標)に基づいて差止め等を求めた(本件反訴)という事案である。

(Y1商標)

エマックス

登録第4895484号  
登録日:平成17年9月16日  
出願日:平成17年1月25日  
権利者:Y社  
指定商品:第11類  
家庭用電気瞬間湯沸器,その他の家庭用電熱用品類

(Y2商標)

エマックス  
EemaX

登録第5366316号  
登録日:平成22年11月5日  
出願日:平成22年3月23日  
権利者:Y社  
指定商品:第11類  
家庭用電気瞬間湯沸器,その他の家庭用電熱用品類

そして、本件反訴において、X社は、Y商標は、X表示との関係で商標法4条1項10号に該当し、Y商標に係る商標権の行使は許されない旨主張するとともに、平成26年6月に、特許庁に対し、Y1商標及びY2商標が10号に該当するとして無効審判を請求した。<sup>(3)</sup>

## 第2 原審の判断

第1審は、本件本訴につき請求を一部認容し、反訴につき請求を棄却し、控訴審(原審)もこれを是認した。すなわち、原審は、X社による本件湯沸器の販売に関する新聞報道、展示会への出展、広告宣伝費の支出及び販売実績等に加え、Y社代表者が、X社と人的、資本的つながりを有していなかったにもかかわらず、本件湯沸器の存在を知り、X社との間で販売代理店契約の締結の交渉を開始したことなどに鑑みると、X表示は、遅くとも、上記交渉が開始された平成15年秋頃までには、日本国内において、X社の業務に係る商品を表示するものとして需要者の間に広く認識されるに至ったものというべきであると判示し(判断A)、①X表示は不正競争防止法2条1項1号にいう「他人の商品等表示(中略)として需要者の間に広く認識されているもの」に当たり、Y社の行為は不正競争に該当する、また、②X表示は10号にいう「他人の業務に係る商品若しくは役務を表示するものとして需要者の間に広く認識されている商標」に当たり、X表示と同一又は類似の商標であるY商標は同号所定の商標に該当するから、同法39条において準用される特許法104条の3第1項に係る抗弁(無効の抗弁)が認められ、Y商標に係る商標権の行使は許されない(判断B)として反訴請求を棄却した。

## 第3 本判決

裁判所は、原審の上記判断Aの点(周知性についての判断)について、原審の認定する事情のみからは周知性は認められないとして法令適用の誤りがあったとしたほか、上記判断Bの点について次のとおり判示した。すなわち、原審は、

Y1 商標についても 10 号に該当するから無効の抗弁が認められると判断したが、商標法 47 条 1 項は 10 号違反を理由とする無効審判は、不正競争の目的で登録を受けた場合を除き、設定登録日から 5 年を経過した後は請求できない旨定めており、Y1 商標は、その設定登録日から無効審判が請求されないまま 5 年が経過している<sup>(6)</sup>。

この点について、裁判所は、まず、商標法 47 条 1 項の趣旨は既存の継続的な状態を保護することにあるとした上で、同法 39 条において準用される特許法 104 条の 3 第 1 項の規定によれば、商標登録が無効審判により無効にされるべきものと認められるときは、商標権者は相手方に対しその権利を行使することができないとされているのであって、(不正競争の目的がない限り) 除斥期間経過後には無効審判により無効にされるべきものと認める余地はなく、このように解しないと商標法 47 条 1 項の上記趣旨が没却されるとし、除斥期間経過後は、不正競争の目的がある場合を除き、10 号に該当することを理由として、無効の抗弁を主張することが許されないとした。

他方で、裁判所は、10 号の趣旨につき、出所の混同の防止とともに、周知商標の保有者の利益と商標登録出願人の利益との調整を図るものとした上で、ポパイ事件(最判平 2・7・20)を引用しつつ、同号に違反して登録された商標に基づいて当該周知商標の保有者に対してまで商標の使用の差止め等を求めることは、特段の事情がない限り、権利の濫用に当たるとし、かかる権利濫用の抗弁を除斥期間経過後に主張しようとしても、商標法 47 条 1 項の趣旨を没却するものとはいえないとした。

そして、本件においては、原審は、除斥期間経過後に、不正競争の目的の有無を明らかにせずに無効の抗弁を認めた点は誤りであるが、X 社による 10 号該当性の主張は権利濫用の抗弁の主張を含むものと解されるから、同号該当性に関する原審の判断の適否を検討すべきとした。そして、原審摘示の事情のみをもって直ちに、10 号にいう「需要者の間に広く認識されている」商標に当たるとした原審の判断には法令の適用を誤った違法があつて破棄を免れず、上記破棄部分について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すべきとした。

なお、本判決の補足意見(山崎敏充裁判官)は、権利濫用は諸般の事情から判断されるところ、法廷意見はそのうちの一類型を示したものにすぎないから、仮に差戻審において、10 号該当性が認められない場合には、「原審において未だ判断がされていない上告人と被上告人との関係や過去における訴訟の経緯等の事情を含めた諸般の事情を考慮した上で、改めて上告人の本件各商標権の行使が権利の濫

用に当たるか否かが審理判断されるべき」と述べている。

#### 第4 コメント

除斥期間経過後の無効の抗弁の可否については、肯定説、否定説の争いがあったが<sup>(8)</sup>、本判決は否定説を採用した。原告側が、10 号に違反して登録され、登録から 5 年以上経った商標権に基づいて権利行使をしてきた場合に、肯定説では、10 号違反が被告以外の第三者の周知商標との関係であっても無効の抗弁が成立する。これに対し、本判決の採る否定説は、不正競争の目的があれば肯定説と同様となるが、それが無い限りは、無効の抗弁は成立せず、権利濫用と認められる事情があるか否かによることとなるが、その中でも 10 号違反が被告自身の商標との関係で認められる場合には、特段の事情がない限り権利濫用となるというものであり、かかる解釈が今後の実務上の指針となる。

なお、本判決は、原審の 10 号該当性(周知性)の判断を退けるとともに、本判決と同日付けで Y 商標に係る無効審判事件について X 表示に周知性が認められないという判断を確定させており(脚注 3 参照。)、本件で事実上 10 号該当性は認められ得ないであろう。すなわち最高裁は、第一に否定説を採り、第二に 10 号違反による権利濫用という途を示しつつ、これも塞いでいる。しかし、これは本件において Y 社の商標権侵害の主張が認められるべきだということ直ちに意味するわけではない。第三の途は一般的な権利濫用であり、本判決の補足意見がわざわざこれを指摘していることの意味は重いものと考えられる。

以上

(1) 最判平 23・12・20 民集 65 巻 9 号 3568 頁

(2) 同号は、他人の業務に係る商品等を表示するものとして需要者の間に広く認識されている商標又はこれに類似する商標であつて、その商品等又はこれに類似する商品等について使用するもの、については商標登録を受けることができないと定めるものである。以下、本稿において、「10号」という。

(3) Y1 商標について、特許庁は、平成 27 年 3 月 31 日、X 商標の周知性及び不正競争の目的を認めて無効審決をし(無効 2014-8900053)、これに対する審決取消訴訟において知財高判平 27・12・24(平 27(行ケ)10084)は、周知性を否定して同審決を取り消し、同判決に対する上告受理申立ては、本判決と同日付けで上告を受理しない決定をした。Y2 商標について、特許庁は、上記審決と同日付けで無効審決をし(無効 2014-8900052)、これに対する審決取消訴訟において知財高判平 27・12・24(平 27(行ケ)10083)は、周知性を否定して同審決を取り消し、同判決に対する上告受理申立ては、本判決と同日付けで上告を受理しない決定をした。

(4) 大分地判平 26・9・18(平成 24(ワ)881 号)

(5) 福岡高判平 27・6・17(平成 26(ネ)791 号)

(6) なお、第 1 審、原審及び上告受理申立理由のいずれにおいても、除斥期間と無効の抗弁の論点には言及がなかったようである(清水知恵子「最高裁重要判例解説」(L&T67 号・65 頁))。

(7) 本文は「周知商標の保有者」としているが、正確には「需要者の間に広く認識されている商標…につき自己の業務に係る商品等を表示するものとして認識されている者」である。以下同じ。

(8) 過去の裁判例は、否定説的な東京地判平 19・12・21(平 19(ワ)6214)、東京地判平 17・

4・13(平16〔ワ〕17735)、東京地判平13・9・28日(平10〔ワ〕11740)、あるいは権利濫用の抗弁の主張は認める東京地判平17・10・11(平15〔ワ〕16505他)、東京地判平24・2・28(平22〔ワ〕11604)等があり、学説としては、否定説が多数説(茶園成樹「無効理由を有する商標権の行使」L&T43号・53頁ほか)であるのに対して、肯定説として、西村康夫「商標の使用(1)」(知的財産訴訟実務体系Ⅱ・284頁)、高部眞規子「特許法104条の3を考える」知的財産法政策学研究11号135頁、三村量一「商標登録無効の抗弁と除斥期間」(はばたき21世紀の知的財産法・875頁)がある。

弁護士  
**佐藤力哉**  
(1977年生)

Rikiya Sato  
直通 / 03-6438-5488  
MAIL / rsato@tmi.gr.jp

【主な取扱分野】  
IT・通信 / 商標 / 意匠 / ブランド / その他国際法務  
/ 商事関連訴訟 / 国際訴訟・仲裁・調停・ADR / 著作権 / 景品表示法 / 一般企業法務 / メディア / エンタテインメント / スポーツ

【登録、所属】  
第二東京弁護士会(2005)

## ミャンマー新投資法の本格運用開始～4月から、ミャンマー投資がどう変わったか?～

— 弁護士 甲斐史朗

### 第1 一連の規則、通知の公布

今年の2月から4月にかけて、以下の規則や通知が公布された。新投資法は、昨年10月に成立したものの、具体的内容を定めた規則が制定されるまでは、旧外国投資法等の下での規則が適用されることとされていたが、新投資法の運用に必要な規則や通知が一通り公布されたことにより、今年の4月から、新投資法の本格運用が開始されたといえる。

2月22日 税務インセンティブの基準となるゾーンを定めた通知(2017年10号)が公布

3月3日 地方への権限移譲の基準を定めた通知(2017年11号)が公布

3月30日 投資法規則が公布

4月1日 奨励分野を定めた通知(2017年13号)が公布

4月10日 制限投資分野を定めた通知(ネガティブリスト)(2017年15号)が公布

### 第2 投資についての規制の全体像

新投資法の定める投資についての規制は、①その分野について投資が許されるかどうか(投資の可否)と、②投資について、どのような手続きを経る必要があるか(手続的要件)に分けることができる。

#### ❶ 投資が許されるかどうか(投資の可否)

まず、①投資の可否については、以下のカテゴリーに分けることができる。

a. 禁止分野—外資、ミャンマー資本を問わず、投資をすること自体が禁止される分野  
例：有害・有毒廃棄物、健康・環境被害を生じるもの、禁制品等

b. 制限分野—投資について、一定の制限が課される分野

#### i. 政府独占分野

政府のみが投資を行うことができる分野。但し、民間企業も政府と契約を締結することにより、投資することは可能である。通知では、9項目が定められているが、主な例は以下の通りである。

- ・国家防衛のための武器及び弾薬の製造
- ・郵便局及び郵便ポストの設立及び賃貸
- ・自然林及び森林地域の管理
- ・電力システムの管理、電気事業の検査

#### ii. 外資禁止分野

ミャンマー企業は投資できるが、外資企業は投資することはできない。問題は、ここでいう「外資企業」とは何か、という点であるが、現在では、一株でも外資企業、外国人が株式を保有していると「外資企業」になり、外資禁止分野のビジネスをすることができない。但し、後で述べる通り、新会社法により、外資企業の定義が緩和され、外資の持分が35%までであれば、外資企業ではなく、ミャンマー企業として扱われるようになると言われている。通知では、12項目が定められているが、主な例は以下の通りである。

- ・ミャンマー語を含む民族言語による定期刊行物の出版及び頒布
- ・淡水漁業及び関連サービス
- ・ペットケアサービス
- ・森林地域及び政府の管理する自然林からの林産物の製造
- ・中小規模の鉱物、石油に関する事業等

- ・翡翠、宝石の探査、調査及び生産
- ・観光ガイドサービス
- ・ミニマーケット、コンビニエンスストア（床面積は 10,000 平方フィート（100 フィート× 100 フィート）又は 929㎡以下のもの）

### iii. ミャンマー資本との合弁強制分野

外資は、ミャンマー資本と合弁会社を設立する場合にのみ、投資を行うことができる。合弁比率については、ミャンマー資本が 20% 以上であることが必要である。通知では、22 項目が定められているが、主な例は以下の通り。

例：・獣医クリニック

- ・農地における作物の栽培、それらの現地市場への販売及び輸出
- ・プラスチック製品の製造及び国内市場取引（marketing）
- ・化学物質、可燃性固体・液体・ガス燃料、エアロゾル、オキシダント、圧縮ガス、腐食性薬品、産業用化学ガスその他の製造、販売等
- ・ビスケット、ウエハース、あらゆる種類の麺類及びバーミセリ等の穀物製品の付加価値を付した製造及び国内販売
- ・砂糖菓子、ココア及びチョコレート菓子を含むあらゆる種類の菓子類の製造及び国内販売
- ・食品の製造、保存、缶詰化、加工、製造及び国内販売（牛乳及び乳製品を除く）
- ・水、氷、飲料、酒類その他の製造販売等
- ・石鹸の製造販売、化粧品の製造、卸販売等
- ・居住用アパートメント（residential apartments）及びコンドミニアムの開発、販売及び賃貸
- ・現地観光サービス（Local tour service）、海外の病院への患者の移送エージェント

### iv. 監督官庁の承認を要する分野

この分野の投資を行うに際しては、監督官庁の承認を取得する必要がある。通知では、承認を要する 126 項目のビジネスが、承認を要する省庁ごとに記載されている。承認を要する監督官庁、通知に規定された要承認事業の数、主な内容、分野は以下の通りである。

監督省庁	項目数	主な内容又は分野
内務省	1	麻薬及び向精神剤を使用して生産される薬剤の製造及び販売
情報省	6	メディア、各種放送その他に関する事業等
農畜産灌漑省	18	水産、畜産、農業その他に関する事業等
運輸・通信省	55	自動車、鉄道、通信、航空、海運、港湾その他に関する事業等
天然資源・環境保全省	15	林業、鉱業、遺伝子組み換え動植物、紙業等
電気・エネルギー省	8	大規模電力、石油、ガスその他に関する事業等
産業省	1	ワクチンの製造
商業省	2	小売り、卸売り
保健・スポーツ省	12	民間病院、医療サービス、保護施設（care shelter）、製薬、伝統薬等
建設省	8	道路、橋、100エーカーを超える土地の都市開発、5万㎡の床面積を有する居住用アパートメント（residential apartments）、工業団地に関連する低価格住宅の建設及び市場取引その他に関する事業等

ネガティブリストで言及されていない投資行為については、投資法上の制限された投資に該当しないものとみなされ、他の法律の適用は制限される（但し、ネガティブリストでは、他の法律で規制を肯定する注釈が付されている。）。

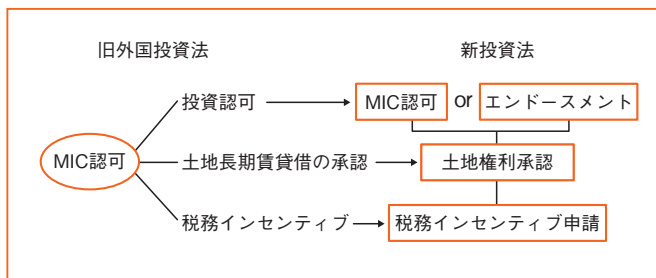
これらの i ~ iv の投資を行う場合は、後述の MIC 認可、エンドースメントが不要な場合でも、投資の実施開始から 3 か月以内に、MIC 事務所等に通知をする必要がある。

### 2 どのような手続きを経る必要があるか（手続的要件）

旧外国投資法では、概ね①土地について、1 年超の賃借権を取得したい場合、②所得税、輸入関税等の減免を受けたい場合、③ MIC の認可を取得しなければ投資をすることができない場合（製造業等）の場合に、MIC（投資委員会）からの投資認可の取得が必要とされていた。

他方で、一旦 MIC の認可を取得すれば、その主な効果として、①投資自体の認可のみならず、申請内容に含まれる②不動産長期賃貸借の承認、③税務インセンティブの認可が付与されていた。新投資法では MIC 認可は、このうち、①投資自体についてのみ規定するものとされ、②不動産長期賃貸借の承認、③税務インセンティブの認可については、含まれないこととなった。

すなわち、新投資法においては、この①投資自体の認可、②不動産長期賃貸借の承認、③税務インセンティブの認可が、それぞれ別の手続になったという点を理解する必要がある。そして、②不動産長期賃貸借の承認については、土地権利承認（Land Rights Authorisation）、③税務インセンティブについては、その認可という別個の手続が必要となった。



### a. MIC 申請が要求される場合

新投資法においては、MIC 認可が要求されるケースは、以下の場合に限定された。

(1) 連邦の戦略にとって基幹的な投資	<ul style="list-style-type: none"> <li>a. 技術(情報、通信、医療、バイオ、又は類似的技術)、交通インフラ、エネルギーインフラ、都市開発インフラ及び新都市の建設、抽出/天然資源、メディア部門について行われ、予定投資額が2000万ドル超であること。</li> <li>b. コンセッション等の政府機関による権限の付与により行われ、予定投資額が2000万ドル超であること。</li> <li>c. 国境地域、紛争影響地域において外国投資者による投資が行われ、又はミャンマー人投資者の場合は、予定される投資額が100万ドル超であること。</li> <li>d. 国境を跨ぐ外国投資者による投資が行われ、又はミャンマー人投資者の場合は、予定される投資額が100万ドル超であること。</li> <li>e. 州又は管区を超えて行われるもの</li> <li>f. 主として農業関連の目的で行われ、1000エーカー超の土地を占有、使用する権利を含むもの。</li> <li>g. 主として非農業関連の目的で行われ、100エーカー超の土地を占有、使用する権利を含むもの。</li> </ul>
(2) 大規模資本集中プロジェクト	予定投資額が1億ドル超
(3) 環境及び地域社会に大きな影響を及ぼす可能性があるプロジェクト	<ul style="list-style-type: none"> <li>a. 環境影響評価プロジェクトとして分類され、分類される可能性があること。</li> <li>b. 特定保護・保存地域、主要な生物多様性地域に位置すること。又は生態系を保持のため選択、特定された地域、自然遺産、文化記念物、及び損なわれていない自然地域に位置すること。</li> <li>c. 以下の土地使用、占有 <ul style="list-style-type: none"> <li>i. 強制収用手続き等によるもの(100名以上の永続居住者の移動を伴い、又は対象面積100エーカー以上のもの)</li> <li>ii. 権限者の土地使用、天然資源利用を制限する可能性があるもの(100エーカー以上の土地)</li> <li>iii. 既に第三者の善意の請求又は紛争の対象である土地(100エーカー以上の土地)</li> <li>iv. 100名以上の個人(当該土地を占有し、継続する者)の法的権利に、その他の悪影響を及ぼすもの</li> </ul> </li> </ul>
(4) 政府所有の土地又は建物を使用する投資	政府機関が権利を有し、移転又は契約を行う権限を有し、政府所有の土地、建物を使用する場合 但し、グラントや、5年以下のもの、政府から権限を付与された者からの転貸は含まない。
(5) MIC認可申請が必要と政府が指定したもの	MICが、MIC認可を必要とする追加の基準を定める可能性がある。

### b. 連邦議会の承認が要求される場合

連邦及びその市民の利益にとって、安全、経済条件、環境、国家的利益に顕著な影響を生じる投資については、MIC が認可を発行するにあたり、議会の承認が必要とされる。

### c. エンドースメントが必要となる場合

前述の通り、土地の長期賃借権を取得したい場合、税務インセンティブを受けるためには、後述のエンドースメントの申請をする必要がある。土地権利承認、税務インセンティブの申請は、投資申請 (MIC 申請、エ

ンドースメント申請) と同時に提出することができ、同一の手続として効力を生じると解される。

## 第3 税務インセンティブ

新投資法においては、以下の税務インセンティブが認められている。税務インセンティブが認められるためには、投資額が 30 万ドル以上であること等の要件が必要である。

所得税の免税	奨励分野についての投資の場所 (Zone1~3) に応じた7年、5年、又は3年の所得税免税
建設資材等の輸入免税	建設時又は拡張時において、機械、設備、機器、機械部品、部品、国内調達ができない建設資材、及び業務に使用する材料についての免税輸入
輸出志向型ビジネスの原材料、半製品の輸入免税	輸出志向型投資によって行われる輸出用製品の製造に使用された原材料、半製品の輸入についての関税等の免税
再投資についての所得税の減免	MIC認可又はエンドースメントによる投資の利益について、1年以内に再投資がなされる場合の所得税の減免
短期間での減価償却	投資に使用される機械、設備、建物又は資本資産の所定の耐用年数よりも短期(通常の150%の割合等)での償却
研究開発費用の経費計上	連邦内で行われ、連邦の経済的発展のために必要とされる投資ビジネスに関する調査、開発費用についての最大で課税所得の10%の控除

## 第4 投資スクリーニングの活用

上記の① MIC 申請の要否、②大規模案件で要求される議会承認の要否、③制限投資分野に該当するか、④免税の前提となる奨励投資分野に該当するか、⑤投資禁止分野に該当するか明確が明確でない場合、投資スクリーニングの手続を活用することにより、投資前にガイダンスを受けることができる。このガイダンスには MIC 等の判断を拘束する効果は無く、認可が与えられる可能性について回答するものではないが、投資を続行すべきかの判断要素として活用することが期待される。

## 第5 地方への権限移譲

3月3日に発せられた2017年11号通知により、エンドースメントの発給について、500万ドル、又は60億チャット以下の投資について、州又は管区の投資委員会に権限が委譲されている。今後の地方への権限移譲の具体化により、投資審査手続きの迅速化が期待されるが、当面は事務の移譲に伴う事務の停滞も懸念される。

## 第6 残された問題点 - 新会社法

新投資法は、現在審議中の新投資法と相俟って、車の両輪のように機能を発揮することが期待されている。新会社法

については、当初、今年の4月には成立するのではないかという予想もあったが、現国会での成立は断念されており、成立は少なくとも数カ月は先になるものと思われる。

新会社法は、法的には多くの興味深い問題点を含むが、最も注目されている点は、ミャンマー内国会社の基準の緩和である。現行法では、外国人・外国会社が1株でも株式を保有すると、外国会社としての制限を受け、不動産の所有、1年超の賃借が禁止され（上記の土地権利承認等を得た場合を除く）、外資制限分野の事業を行うことができず、輸入ライセンスの取得が困難となる等の制限に服する。

新会社法では、外資比率35%までは、ミャンマー会社として扱われ、上記のような外資の規制に服さず、内資の会社として自由度の高いビジネスを行うことができるようになることが期待されている。

確かに、外資企業が35%しか保有していない状態では、65%を保有するミャンマー資本のコントロールに服さざるを得ず、投資として魅力的ではないようにも思われる。しかし、この持株比率については、議決権のない株式もカウントして

良いことになるという見解もあり、この見解によれば、例えば、ミャンマー側の株式について、一部を議決権のない株式とすることにより、外資35%、ミャンマー資本65%の出資比率は維持しつつも、外資が過半数の議決権を握ることも許される可能性が考えられる。

以上

弁護士  
甲斐史朗  
(1976年生)

Fumiaki Kai  
直通 / 03-6438-5681  
MAIL / fkai@tmi.gr.jp



【登録、所属】  
第一東京弁護士会(2005, 2012)

TMI総合法律事務所リジョナル・パートナー(ミャンマー担当)。日本国弁護士。早稲田大学政治経済学部政治学科、ロンドン大学LLM卒業。2015年1月よりヤンゴンオフィス駐在。ミャンマーに常駐し、会社設立、投資認可申請、M&A、ファイナンス、知財、労務、不動産開発案件等、日本企業のあらゆるミャンマーにおける法務ニーズに対応している。

## フランチャイズ国際会議への参加 報告 ~Joint employment問題に ついて~

— 弁護士 田中健太郎

### 第1 はじめに

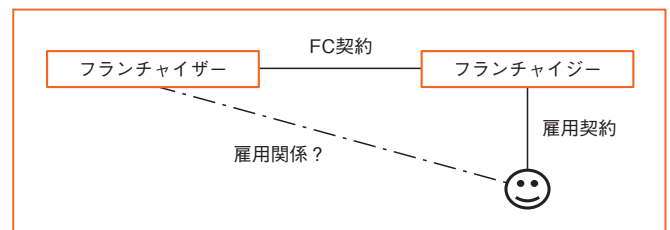
私は、昨年11月にマイアミで開催された American Bar Association の Franchise Forum <sup>(1)</sup> 及び並びに今年5月にワシントン D.C で開催された IFA Legal Symposium、IFA/IBA Joint Conference に参加する機会があった。これらの国際会議では日本よりも一歩も二歩も進んだ議論がなされていたことから、フランチャイズが誕生し、また、その最先端を進み続けるアメリカで今どのような議論がなされているかについて簡単にご紹介したい。

### 第2 Joint employment

私が参加した国際会議のいずれでも大きく取り上げられていたものとして、“Joint employment” という論点が存在する。

これは下図のとおり、フランチャイザーがフランチャイジー

の従業員との関係でフランチャイジーとともに雇用者たる地位に立つのではないかを問題とするものである。



この点、アメリカで Joint employment の該当性を問題にする際に、以前は、フランチャイザーのフランチャイジーの従業員に対する直接的な支配がメルクマールとされていたが、近年はフランチャイジーを通じた間接的な支配であっても Joint employment を肯定する裁判例も存在しており、その外枠が広がっていると考えられ、また、Joint employment に関する州法を制定する州も存在してきている。そのため、Joint employment は米国のフランチャイジーにとって非常に大きな論点となっており、フランチャイジーとしては、裁判例や州法を考慮した上で、Joint employment を肯定されないための対応に追われている。

この点、Joint employment の概念が広がりすぎると、フランチャイジーは、Joint employment に該当するリスクをヘッジするために、フランチャイジーへの関与を必要以上に

限定的にする可能性があり、フランチャイジーとして満足するサポートをフランチャイザーから受けることができない可能性があるため、Joint employmentの問題はフランチャイズの根幹を脅かしかねない重大な論点であると考えられる。

ここで、(紙面の関係上、その全てを紹介することはできないものの、)フランチャイザーのフランチャイジーの従業員に対する間接的な支配を判断するための具体的なメルクマールは多く存在するが、フランチャイザーの立場からすると、例えば、フランチャイジーの労務面の関与(従業員の採用、解雇等)を限定的にすべきであるとされている。

なお、紙面の関係上、本稿への記載は避けるが、フランチャイズ契約上も Joint employment のリスクをヘッジするための文言を入れることが推奨されており、私が参加した国際会議でも具体的な文言案が提示されていたため、もし興味のある読者がおられれば個別にお問い合わせさせていただきたい。

### 第3 アメリカ以外の国の状況

アメリカ以外でもカナダやオーストラリアでは、Joint employment を肯定する裁判例が出てきており、もはやアメリカだけの問題ではなくなっており、世界のフランチャイズロイヤーが最も注目する論点の一つになってきているといえる。

### 第4 日本での議論の状況

日本では、東京労働委員会や岡山県労働委員会において、ファミリーマートやセブンイレブンのフランチャイジーの店主(フランチャイジー)が、労働組合法上の労働者に該当するとの判断がなされ、中央労働委員会で再審査がなされており、フランチャイジーの労働者性に関する議論は活発になされているが、Joint employment に関連する議論は特段見受けられない。

当然のことではあるが、アメリカ、カナダ、オーストラリアと同様の判断基準がそのまま日本法に妥当するわけではないといえるが、将来的に同種の論点が問題となる可能性は否定できないであろう(なお、日本法上は、一口に労働法と言っても、労働組合法、労働基準法、労働契約法といったように複数の法令が存在し、労働者の該当性の判断基準も異なることから、法令ごとの検討が必要になる)。)

また、アメリカ、カナダ、オーストラリアのように Joint employment の問題が存在する国にフランチャイズの形で展開する場合には、どのように判断すべきかを現地のフランチャイズロイヤーに確認する必要性が高いといえる。

私は、この秋からアメリカのロースクールに留学し、アメリカ、カナダ、オーストラリアの議論を踏まえた比較法的な検討を進める予定(労働法だけでなく不法行為論も対象とする予定)であるため、当該論点に関心のある方やアメリカ、カナダ、オーストラリアへのフランチャイズ展開を考えている方がおられれば個別にお問い合わせさせていただきたい。

以上

(1) 筆者はThe John R. F. Baer Scholarshipの初めての受賞者としてフォーラムに参加した。

弁護士  
**田中健太郎**  
(1986年生)

Kentaro Tanaka  
直通 / 03-6438-5394  
MAIL / ketanaka@tmi.gr.jp



#### 【主な取扱分野】

一般企業法務 / M&A / アライアンス / コーポレートガバナンス / 起業・株式公開支援 / 商事関連訴訟 / 税務争訟 / タックス・プランニング / フランチャイズ / 事業承継

#### 【登録、所属】

第二東京弁護士会 / 第二東京弁護士会会社法研究会



## HFTに対する新たな規制

— 弁護士 野間敬和

『…ブラッドはコンピューターに現れる取引画面を信頼していた。その画面にインテルの株式1万株が1株22ドルの売り気配で表示されていたら、ブラッドはインテルの株式1万株を1株22ドルで購入できた。そのためにはボタンを押すだけでよかった。2007年の春を迎えたころ、取引画面にインテルの株式1万株が売り気配22ドルで表示されているのでブラッドがボタンを押すと、その1万株が消えてしまった。トレーダーとして働いていた7年間の間、デスク上の画面を見れば常に株式市場がわかった。ところが、画面に現れる市場は幻になってしまったのだ。…』マイケル・ルイス著、渡会圭子・東江一紀訳『フラッシュ・ボーイズ』(2014年)の一節より

本稿は、高頻度取引 (HFT、High Frequency Trading) につき、それがどのような取引であるか、HFT がもたらす弊害、平成 29 年 5 月 17 日に成立した改正金融商品取引法によって導入された HFT に対する新たな規制について概説するものである。<sup>(1)</sup>

### 第1 HFTとはどのような取引か

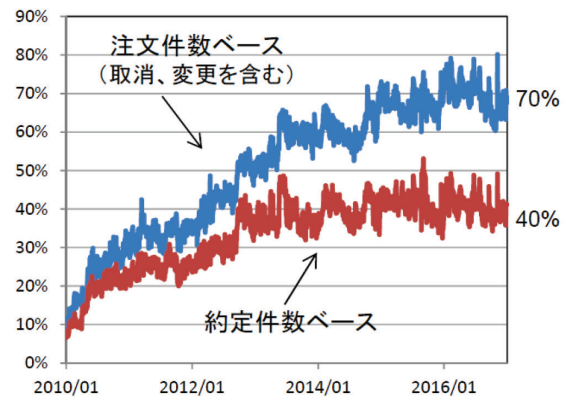
高頻度取引すなわち HFT (High Frequency Trading) とは、一般に、取引所における金融商品の発注方法として、コンピューターによる自動売買を用いたもののうち、ミリ秒 (1/1000 秒) 単位で頻繁に発注を行い、頻繁な売買で利ざやを積み重ねるような高速かつ高頻度の取引をいう。<sup>(2)</sup> 証券監督者国際機構 (IOSCO) によれば、HFT の特徴は、①マーケット・メイキングや裁定取引のような複数の戦略を実現するために高度な最新のテクノロジーが用いられること、②投資全体において、アルゴリズムを使った高度な定量的な分析が用いられること、③ポートフォリオの回転率 (high daily portfolio turnover) が高く、執行されずに取消される注文の割合が高いこと (high order to trade ratio)、④引け時においては、ほぼフラットなポジションであること (翌取引日までエクスポージャーを持たないこと)、及びポジションを保有する時間は数秒あるいは数秒未満と短時間であること、⑤ほとんどがプロップ・ファームによる自己勘定取引 (proprietary trading) であること、⑥データ処理の遅延 (latency) に対して敏感であること、という点にあるとされる。<sup>(4)</sup> なお、アルゴリズム取引とは、一般に、注文の可否、そのタイミング、価格及び数量や、発注後の注文の取扱い等の注文に関する事項を、人間の関与が限定的かあるいは関与がない状態で、アルゴリズムに基づいてコンピューターが自動的に判断して取引をいうとされる。<sup>(5)</sup>

金融庁の金融審議会市場ワーキング・グループの報告に<sup>(6)</sup>

よれば、平成 28 年の東京証券取引所の全取引に占めるコロケーションエリアからの取引の割合は、約定件数ベースで 4～5 割程度、注文件数ベースで 7 割程度に達している。後述のとおり、HFT は、コロケーションエリアから発注が行われることが典型的であることから、上記は HFT と捉えることができる【図 1】。

<sup>(7)</sup>  
【図1】

東証の全取引に占める、コロケーション  
エリア (注) からの取引の割合



(注) 取引所の売買システムに近接した場所に用意された取引施設。ここに置かれたサーバから取引の注文が可能であり、投資家は取引に要する時間の短縮が可能。

HFT における取引の高速化のツールとして、コロケーション (Co-location) が利用されることが一般的である。コロケーションとは、取引所の取引参加者やデータ・ベンダーに対して、取引所施設内におけるデータセンター等において、当該取引参加者やデータ・ベンダーのサーバーや通信機器の設置を認めるものである。コロケーションによって、取引所の取引参加者やデータ・ベンダー等は、取引所のトレーディングシステムと物理的に最短の距離に自社サーバー等を置くことができ、レイテンシー (遅延) を極めて低く抑えることができる。<sup>(8)</sup>

東京証券取引所も取引の高速化を進めており、まず、2010 年 1 月に導入された新株式売買システム arrowhead により、従前では約 3 秒を要していた注文の約定処理を 2 ミリ秒程度に短縮した。arrowhead は 2015 年 9 月 24 日にリニューアルされ、注文応答時間はリニューアル前の平均 1 ミリ秒から 0.5 ミリ秒に、情報配信時間がリニューアル前の 2～2.5 ミリ秒から 1 ミリ秒未満とされ、処理速度がさらに高速化された。<sup>(9)</sup> また、2013 年 5 月より、コロケーション (JPX コロケーションサービス) 及びプロキシミティ・ホスティング (プロキシミティサービス) の提供が開始された。<sup>(10)</sup>

## 第2 HFTの弊害

前記金融審議会市場ワーキング・グループの報告によれば、<sup>(11)</sup>HFT取引の存在によって市場に流動性が供給されているとの指摘や、流動性が厚くなることでスプレッドが縮まり一般投資家にもその恩恵が及んでいるとの指摘がなされていることから、同報告は、市場取引の円滑に資するHFTを一律に日本市場から排除してしまう対応は適当ではないとする。

他方、HFTについては、それが採用する戦略によっては、冒頭のフラッシュ・ボーイズの事態を生じさせる場合があるとされる。冒頭の例でいうと、トレーダーがインテル株1株22ドルで購入しようとしても、HFT取引業者によって先回りして購入されてしまい、結局、1株22ドル以上で購入せざるを得なくなる事態である。

このような事態はHFTの弊害が現れる一局面にすぎないが、上記事態は、HFT取引業者が注文予測戦略（Order Anticipation Strategies）を採用している場合に見られるものである。注文予測戦略とは、大口の取引によってもたらされる価格変動を先取りして反対の取引を行う等によって利益を得る戦略である。この戦略は、公開情報の分析や、大口取引を行おうとする売主又は買主の存在を見つけ出すソフトウェアを用いることによって行われる。米国証券取引委員会（SEC）によれば、長期保有を目的とする投資者が行う大口取引は、市場に流動性を提供して売主及び買主の双方に利益をもたらすのに対して、注文予測戦略は、長期保有目的で大口取引を行う投資から流動性を奪うという点において問題であって、今日の市場の構造に深刻な影響を与えかねない戦略であると指摘されている。<sup>(12)</sup>

## 第3 HFTに対する規制の必要性

HFTの弊害について、前記金融審議会市場ワーキング・グループの報告は、<sup>(13)</sup>市場の安定性や効率性、投資家間の公平性、中長期的な企業価値に基づく価格形成、システムの脆弱性等の観点から、以下の問題が生じ得るとしている。

- 1 市場でのイベントにアルゴリズム高速取引が加速度的に反応し、マーケットが一方向に動くことで、市場を混乱させるおそれ
- 2 個人や中長期的な視点に立って投資を行う機関投資家に、アルゴリズム高速取引に太刀打ちできないなどといった不公平感を与え、一般投資家を市場から遠ざけてしまうおそれ
- 3 アルゴリズム高速取引で用いられる戦略には短期的なも

のも存在し、アルゴリズム高速取引のシェアが過半を占める株式市場では、中長期的な企業の収益性（本来の企業価値）に着眼した価格形成が阻害されるおそれ

- 4 異常な注文・取引やサイバー攻撃など万が一の場合、その影響が瞬時に市場全体に伝播するおそれや、その他システム面でのトラブルが市場に大きな問題を引き起こすおそれ
- 5 欧米をはじめ我が国においても、アルゴリズムを用いた相場操縦等の不正取引の事案等が報告されている中、市場の公正性に影響を与えるおそれ

さらに同報告は、規制当局や取引所が、HFTの全体像やその取引戦略、あるいは、発注等に係るリスク管理状況等を十分に把握できているとは言えない状況となっていること、そして、このことが、年金基金・個人を含めた多様な投資家が安心して参加できるような厚みのある市場の実現を図っていく上で支障となり得るとしている。

以上の検討を受けて、同報告は、HFTを行う投資家に対する登録制を導入し、必要な体制整備・リスク管理義務を課した上で、当局がその取引実態・戦略等を確認することを可能とする枠組みを整備することが適当であると結論付けた。<sup>(14)</sup>

## 第4 HFTに対する新たな規制

平成29年5月17日に成立した改正金融商品取引法は、高速取引を行う者に対し、登録制を導入し、体制整備・リスク管理に係る措置及び当局への情報提供に係る措置等を整備した。

まず改正金商法は、規制の対象となる取引を「高速取引行為」と定義づけた。「高速取引行為」とは、アルゴリズムを用いた自動売買で、情報通信技術を用いた（おそらくコロケーション等が含まれると思われる）、有価証券の売買、市場デリバティブ取引及びそれら行為の委託としている。取引の頻度については要件とはされていない。そして、高速取引行為を行う者のうち、金融商品取引業者等以外の者は、内閣総理大臣の登録を受けるものとされた。これにより、自己の勘定においてHFTを行う者も登録を受けることとなった。

また、改正金商法及び政府の資料によれば、<sup>(15)</sup>高速取引行為を行う者として内閣総理大臣の登録を受けた者（高速取引行為者）は、体制整備・リスク管理に係る措置として、取引システムの適正な管理・運営、適切な業務運営体制・財産的基礎の確保、外国法人の場合の国内における代表者又は代理人の設置を行う必要があり、また、当局に対する情報提供等に係る措置として、高速取引を行うこと及び取引

戦略の届出、取引記録の作成・保存、高速取引行為者に対する当局の監督が定められた。これらの措置の詳細は政省令において定めるとされていることから、現時点では明らかにされていない。さらに、金融商品取引業者が無登録で高速取引行為を行う者から取引を受託することの禁止、高速取引行為を行う者に対する金融商品取引所による調査が定められている。

## 第5 施行日

改正金融商品取引法は、公布の日(平成 29 年 5 月 24 日)から起算して 1 年を超えない範囲内において政令で定める日から施行される。

以上

- (1) HFTの弊害については、拙稿「HFTに対する金商法の規制について」柳明昌編『金融商品取引法の新潮流』143頁以下 法政大学現代法研究所叢書41(2016年)もあわせ参照されたい。
- (2) 保坂豪 JPXワーキングペーパー「東京証券取引所におけるHigh-Frequency Tradingの分析」証券アナリストジャーナル5頁(2014年5月)〈[http://www.jpx.co.jp/corporate/research-study/working-paper/tvdivq000008q5y-att/JPX\\_working\\_paper\\_No.4.pdf](http://www.jpx.co.jp/corporate/research-study/working-paper/tvdivq000008q5y-att/JPX_working_paper_No.4.pdf)〉
- (3) 証券監督者国際機構(International Organization of Securities Commissions: IOSCO、通常イオスコと呼ばれる。)とは、世界各国・地域の証券監督当局や証券取引所等から構成されている国際的な機関である。
- (4) Technical Committee IOSCO, Regulatory Issues Raised by the Impact of Technological Changes on Market Integrity and Efficiency, 22頁(2011年10月)〈<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD354.pdf>〉
- (5) MiFID IIの定義による(2条39項)。DIRECTIVE 2014/65/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU 〈<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0065&from=EN>〉
- (6) 金融審議会市場ワーキンググループ報告～国民の安定的な資産形成に向けた取組みと市場・取引所を巡る制度整備について～ 11頁  
〈[http://www.fsa.go.jp/singi/singi\\_kinyu/soukai/siryou/20170303/02.pdf](http://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/soukai/siryou/20170303/02.pdf)〉
- (7) 金融庁「金融商品取引法の一部を改正する法律案」に係る説明資料参照  
〈<http://www.fsa.go.jp/common/diet/193/02/setsume.pdf>〉
- (8) 前掲脚注4、4頁
- (9) 日本取引所「arrowheadのリニューアル」〈<http://www.jpx.co.jp/systems/equities-trading/renewal.html>〉
- (10) JPX コロケーションサービスは、取引所の会員である金融商品取引業者等、情報ベンダーに対して、JPXのプライマリサイト内にISV等の機器を設置するスペースやネットワークを提供するサービスである。同サービスを利用することにより、JPXの売買システム及び相場報道システムとの距離が極小化され、その結果、気配情報の取得及び注文の送信時間をそれぞれ片道数十マイクロ秒以下にまで短縮することが可能となった。日本取引所「コネクティビティサービス」〈<http://www.jpx.co.jp/systems/connectivity/index.html>〉参照。
- (11) 前掲脚注6、13頁
- (12) Securities Exchange Commission, 17 CFR Part 242, Concept Release on Equity Market Structure, Federal Register Vol. 75, No. 13, 3608頁(January 21, 2010) 〈<https://www.sec.gov/rules/concept/2010/34-61358fr.pdf>〉
- (13) 前掲脚注6、13頁
- (14) 前掲脚注6、14頁
- (15) 前掲脚注7

弁護士  
**野間敬和**  
(1970年生)

Yoshikazu Noma  
直通 / 03-6438-5618  
MAIL / ynoma@tmi.gr.jp



【主な取扱分野】  
一般企業法務 / プロジェクト・ファイナンス / 証券化・流動化・REIT / デリバティブ / 不動産投資

【登録、所属】  
東京弁護士会(2004) / ニューヨーク州(2004)

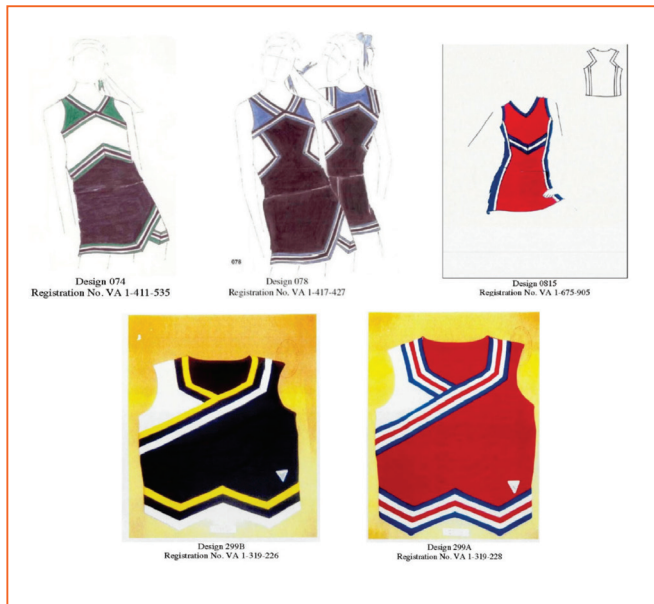
# Star Athletica事件合衆国最高裁判 決：実用品のデザインの著作権によ る保護について

— 弁護士 関 真也

## 第1 事実の概要

被上訴人ら Varsity Brands, Inc., Varsity Spirit Corporation 及び Varsity Spirit Fashions & Supplies, Inc. (以下「Varsity」と総称する。)は、チアリーディングユニフォームをデザインし、製造し、販売する業者である。Varsity は、ユニフォームその他の衣類の表面に用いられる平面的なデザインにつき、200 件を超える米国著作権登録を受け、又は承継した。これらのデザインは、主に、シェブロン、直線、曲線、ストライプ、角、斜線、彩色、形状等の要素の組合せ、配置及び配列である。本件において問題となったのは、5 件のチアリーディングユニフォームのデザイン (以下「本件デザイン」と総称する。)である。

上訴人 Star Athletica, L.L.C. (以下「Star」という。)は、チアリーディングユニフォームを販売する業者である。



【本件デザイン】

Varsity は、本件デザインに係る著作権侵害を理由に、Star に対して訴えを提起した。連邦地方裁判所は、本件デザインは当該衣類を「チアリーディングユニフォーム」として識別するという実用的な機能を果たすものであり、当該ユニフォームの実用的機能から本件デザインを物理的又は概念的に分離することはできないとして、Varsity の著作権に

基づく請求につき、Star によるサマリー・ジャッジメントの申立てを認容した。<sup>(1)</sup>

本判決の原審である第 6 巡回区控訴裁判所は、大要、本件デザイン及び無地のチアリーディングユニフォームは、1 つは図形のデザインとして、もう 1 つはチアリーディングユニフォームとして、併存し得るから、当該「図形のデザイン」は「別個に識別し得る」とした。また、同控訴裁判所は、本件デザインは異なるタイプの衣類の表面に結合したり、壁にかけて美術として額に入れたりすることもできるから、「独立して存在し得る」と結論付けた。

原判決に対し、上訴人が裁量上訴の申立てをし、2016 年 5 月 2 日、合衆国最高裁判所は同申立てを受理した。合衆国最高裁判所が審理対象として取り上げた問題点 (Question Presented) は、「実用品の特徴が著作権法 101 条において保護対象となるかを判断するために適切なテストは何か」、すなわち、分離可能性の判断基準である (Star Athletica, L.L.C. v. Varsity Brands, Inc., 137 S. Ct. 1002 (2017))。

## 第2 合衆国最高裁判所の判断

### ■ 分離可能性の判断基準

「法は、「実用品のデザイン」と結合した「絵画、図形又は彫刻の特徴」は、それが、当該物品の実用面と (1)「別個に識別することができ」、かつ、(2)「独立して存在し得る」場合に、著作権による保護を受けることができる旨規定する (101 条)。第一の要件 (別個識別) は、厄介なものではない。判断者が当該実用品を視認することができ、かつ、絵画、図形又は彫刻の属性を備えたものと看取される何らかの平面的又は立体的な要素を見出すことができれば十分である (略)。

独立存在の要件は、通常、充足するのが比較的難しい。別個に識別される当該特徴が、当該物品の実用面から離れて存在し得ると判断されるものでなければならない (略)。言い換えれば、当該特徴は、当該実用品から離れて思い描いたときに、それ自体が絵画、図形又は彫刻の著作物として存在し得るものでなければならない。もし、当該特徴が、当該実用品から分離したときに、絵画、図形又は彫刻の著作物として存在し得ないのであれば、それは、当該物品の絵画、図形又は彫刻の特徴とはいえ、当該物品の実用面の 1 つにすぎない。」

米国著作権法第 101 条及び第 113 条 (a) の規定によれば、「それが独立の美術として創作されたものであるか、それとも実用品の特徴として創作されたものであるかを問わ

ず、絵画、図形及び彫刻の著作物に著作権の保護が及ぶことは明らかである。その結果、分離可能性の究極的な課題は、当事者が著作権による保護を求める特徴が、実用品に応用される前に、実用品以外の何らかの有形的媒体に最初に固定されたとした場合に、絵画、図形又は彫刻の著作物として著作権の保護を受け得るものであるか否かということになる。」

## ② 本件デザインの保護適格性

「要するに、実用品のデザインの特徴は、当該実用品から離れてそれを識別し、思い描いたときに、それ自体で又は何らかの他の有形的媒体に固定されたものとして、絵画、図形又は彫刻の著作物に該当する場合には、著作権による保護を受ける適格を有する。

このテストを当該チアリーディングユニフォーム上の表面装飾に適用することは、容易である。第一に、見る者は、当該装飾を、絵画、図形又は彫刻の属性を備えた特徴として識別することができる。第二に、当該チアリーディングユニフォームの表面上に施された色彩、形状、ストライプ及びシェブロン<sup>(1)</sup>の配列は、当該ユニフォームからこれを分離し、他の媒体（画家のキャンバスなど）に応用した場合、「平面的な…美術…の著作物」に該当する（101条）。当該ユニフォームから表面装飾を取り除き、それを別の媒体に応用した場面を想像してみても、当該ユニフォームそれ自体を再現することにはならない。実際に、被上訴人らは、本件のデザインを、当該ユニフォームを再現することなく、別の表現媒体（異なる種類の衣服）に応用したことがある（略）。したがって、当該装飾は、当該ユニフォームから分離ことができ、著作権の保護を受ける適格を有する。」

「誤解のないよう付言すると、当該チアリーディングユニフォームの特徴のうち、本件において著作権による保護を受ける適格を有するのは、ユニフォームの生地という有形的媒体に固定された、平面的な美術の著作物のみである。たとえ、被上訴人らが、最終的に、本件の表面装飾について有効な著作権があることを証明することができたとしても、被上訴人らは、何人に対しても、形状、裁断及び寸法において、本件の装飾が施されたチアリーディングユニフォームと同一のチアリーディングユニフォームを製造することを禁止する権利を有するものではない。被上訴人らは、当該表面デザインを、あらゆる有形的表現媒体（ユニフォームであるか否かを問わない）に複製することを禁止し得るのみである。」

## ③ 本判決が明示的に除外した考慮要素

「当法廷は、美術的特徴が実用品から想像上分離された後に実用品が残存しなければならないという立場を採らな

い。よって、当法廷は、必然的に、著作権法の立法経緯に基づいて裁判所及び評論家が採用してきた、「物理的」な分離可能性と「概念的」な分離可能性の区別を放棄する（略）。」

上訴人は、(1)「当該デザイン要素が、機能的な影響から独立して発揮されたデザイナーの美術的な判断を反映するものとして識別され得るか否か」、及び(2)「その絵画、図形又は彫刻の特徴が、実用的機能がなかったとしても、なお、コミュニティの相当なセグメントに対して市場性を有する実質的な可能性があるか否か」という2つの「客観的な」考慮要素を取り入れるべきであると主張する。しかし、「当法廷は、いずれの主張も法の文言に根拠がないから、これを採用しない。」

## ④ 結論

「当法廷は、実用品のデザインの美術的特徴は、その特徴が、(1) 当該実用品とは別個の平面的又は立体的な美術の著作物として感得することができ、かつ、(2) 当該実用品から分離して思い描かれた場合に、それ自体で、又は何らかの他の媒体に固定されたものとして、保護される絵画、図形又は彫刻の著作物に該当する場合に、著作権の保護適格性を有すると考える。本件における被上訴人らのチアリーディングユニフォームの表面のデザインは、これらの要件を満たすから、控訴裁判所の判断を支持する<sup>(3)</sup>。」

## 第3 若干の考察

米国著作権法は、「絵画、図形及び彫刻の著作物」（平面的及び立体的な純粋美術、グラフィック・アート、応用美術、写真、版画、美術複製、地図、地球儀、海図、図表、模型及び技術図面（建築計画図を含む。）を含み、また、構造的又は実用的側面ではなく、形状に関する限り、美術工芸の著作物を含む。）を保護対象とする（102条(a)(5)、101条）。しかし、「実用品のデザイン」は、それ自体としては保護されず、当該実用品の「実用面と別個に識別することができ、かつ、独立して存在し得る絵画、図形又は彫刻の特徴を有する場合にのみ、その限度において、絵画、図形又は彫刻の著作物として扱」われ、著作権による保護の適格性を有する（101条）。ここにいう「実用品」とは、「単に物品の外観を表し又は情報を伝えること以外に、本来的に実用的機能を有する物品」のことをいい、「通常実用品の一部分である物品」は、「実用品」とみなされる（同条）。そして、実用品の「実用面と別個に識別することができ、かつ、独立して存在し得る絵画、図形又は彫刻の特徴を有する」か否かという問題を、一般に、分離可能性

(separability) と呼ぶ。

従来、分離可能性は、物理的分離可能性 (physical separability)<sup>(5)</sup> と概念的分離可能性 (conceptual separability) に分けられ、いずれかの意味において分離可能性のある絵画、図形又は彫刻の特徴があれば、当該特徴は著作権により保護されると解されていた。ところが、本判決が出されるまで、概念的分離可能性の統一的な判断基準がなく、下級裁判所ごとに異なるアプローチを採用し、また、学説上も様々なアプローチが提唱されていた。<sup>(6)</sup>

本判決は、合衆国最高裁判所が、分離可能性について、すべての裁判所が拠って立つべき統一的な判断基準を示した点において、極めて重要な意義がある。

また、本判決が示した分離可能性の判断基準によれば、実用品の表面に用いられる平面的な装飾的デザインは、ほとんどの場合に著作権による保護の適格性を認められることになると考えられる。そのような結論自体は、米国における従来の裁判例及び実務を変更するものではないが、合衆国最高裁判決がそのことを初めて確認ないし示唆したという意味で、意義がある。

他方で、本判決には、そこで示された判断基準（本判断基準）を今後の事案に適用するに当たり、検討すべき課題がいくつか残されていると思われる。

第一に、分離可能性の検討における実用的機能の位置付けについてである。本判決は、ある物品及び分離可能性の検討の過程で当該物品から抽出された特徴を「実用品」たらしめる実用的機能とはいかなる機能であるかを、具体的に特定せず、また、特定することを要求していない。従来の下級審裁判例は、実用品の実用的機能を認定し、当該機能との関係で、当該実用品と結合した美術的特徴との分離可能性を問うてきた。<sup>(7)</sup>しかし、本判決は、かかる手法を採らず、(いったん当該実用品においてその特徴が果たす実用的機能を捨象して識別された) 美術的特徴を抽出した後、それが実用的でない絵画、図形又は彫刻の著作物と認められるかを問う手法を採用した。従来と異なるこのような考え方が、今後の事例・実務にいかなる影響を与えるのかを検討する必要がある。

第二に、本判決が、物理的分離可能性と概念的分離可能性の区別を放棄したことである。今後は、この2つを区別することなく、本判断基準を用いることになるが、それによって実務上どのような変化があるのかを検討する必要がある。

第三に、本件デザイン以外の実用品のデザインに本判断基準を適用した場合、どのような結論に至るのかを検討する必要がある。かかる検討の対象となり得るデザインを類型化すると、本件デザインのように実用品の表面装飾に用

いられる平面的なデザインのほか、立体的な装飾的デザインと、立体的なデザインのうち、実用品において実用的機能(装飾的機能を除く。)を発揮する部分等が考えられる。

今後は、上記3点を含む残された課題について議論を蓄積していくことになると思われる。なお、これらの課題に関する検討を含め、本判決に関するより詳細な検討については、拙稿「Star Athletica 事件合衆国最高裁判決：実用品のデザインに用いられる美術的特徴が保護適格性を有するか否か(分離可能性)を判断する基準～日本の著作権法における応用美術の保護への示唆～」AIPPI62 巻9号(2017年9月)掲載予定をご参照いただきたい。

以上

(1) Varsity Brands, Inc. v. Star Athletica, LLC, No. 2:2010cv02508, 2014 WL 819422 (W.D. Tenn. 2014).

(2) Varsity Brands, Inc. v. Star Athletica, LLC, 799 F.3d 468 (6th Cir. 2015).

(3) なお、本判決は、本件デザインに著作権の保護適格があることは認めたが、創作性の有無を含め、それ以外の保護要件については何ら判断していない。

(4) 本稿において、米国著作権法の和訳は、山本隆司訳「外国著作権法 アメリカ編」(社団法人著作権情報センターのウェブサイト (<http://www.cric.or.jp/db/world/america.html>)) を参考にした。

(5) 実用品が、その実用面を全く損なわないまま、通常の方法で物理的に分離することができる絵画、図形又は彫刻の特徴を有すること。Compendium of U.S. Copyright Office Practice §924.2(A) (3d ed. 2014).

(6) 拙稿「米国知的財産法によるファッション・デザイン保護の現状と課題(1)」AIPPI62巻1号6頁、17-21頁(2017年)参照。

(7) 前掲注6) 11-21頁参照。

弁護士  
**関 真也**  
(1984年生)

Masaya Seki  
直通 / 03-6438-5349  
MAIL / mseki@tmi.gr.jp



【主な取扱分野】

メディア / エンタテインメント / スポーツ / 商標 / 特許 / 知財訴訟・審判 / 著作権 / 知財トランザクション / 知財戦略支援

【登録、所属】

第一東京弁護士会(2008)

## ハーグ協定に基づく意匠登録出願に関する注意事項

— 弁理士 林 美和  
— 弁理士 茜ヶ久保公二

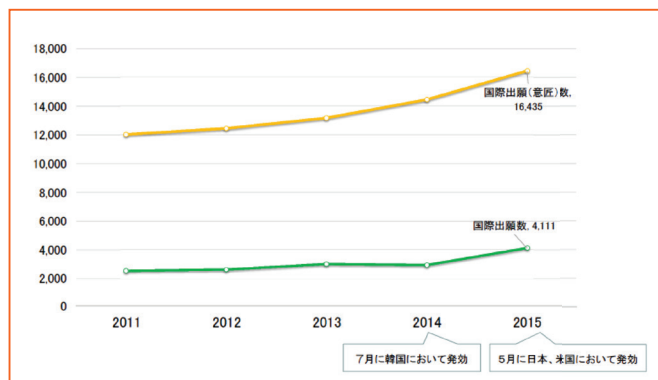
### 第1 はじめに

日本がハーグ協定ジュネーブアクト（以下「ハーグ協定」という。）へ加盟し、意匠の国際出願の受付が開始された2015年5月13日から2年が経過した。ハーグ協定は、海外において意匠出願を行う新たなルートとして、また、日本における意匠登録出願数増加の一助となり得る制度として注目されていたが、本稿では、加盟後の状況及びハーグ協定の概要を示したうえで、同協定を利用した出願において注意すべき点などについて概説する。

### 第2 ハーグ協定加盟後の状況について

以下のグラフからわかるとおり、2014年に韓国が、2015年には日本及び米国がハーグ協定に加盟したことで、ハーグ協定に基づく国際出願（以下「国際出願」という。）の件数は増加しており、その利用は活発化している。なお、国際出願では、一の出願に複数の意匠を含めることができるため、グラフ上は、国際出願数と国際出願（意匠）数とを分けて表しているが、出願（意匠）数が出願数の4倍程度の数で推移していることから、複数の意匠を包含する出願が多いことがわかる。

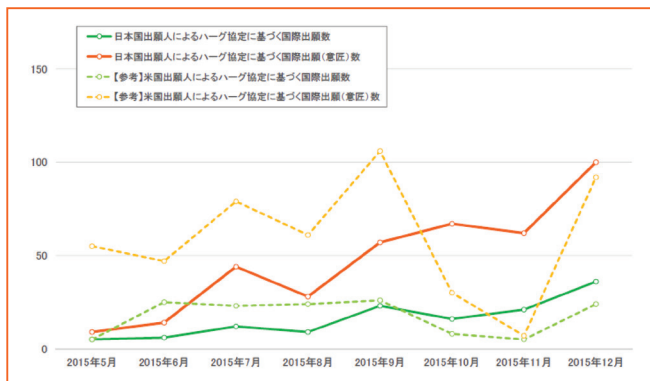
[ハーグ協定に基づく国際出願数及び国際出願（意匠）数]



出典:特許庁「第5回意匠制度小委員会」資料

日本国出願人及び米国出願人による国際出願件数については、発効以降、順調に伸びている。また、日本国出願人による国際出願（意匠）数が、国際出願数を大きく上回っていることから、日本は一意匠一出願制度を採用しているものの、日本国出願人が国際出願を行う際には、一出願に複数の意匠を含めて出願していることがわかる。

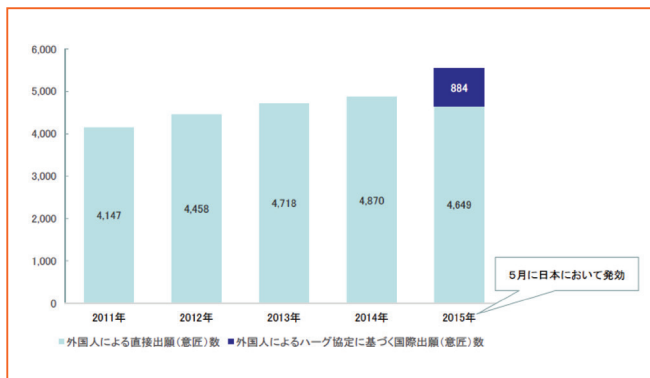
[日本国出願人によるハーグ協定に基づく国際出願]



出典:特許庁「第5回意匠制度小委員会」資料

以下のグラフは、外国出願人による日本への意匠出願数の推移を示したものである。これによれば、ハーグ協定発効以降、国際出願を利用した出願が増加したことで、外国出願人による日本への意匠出願件数が全体として増加したことがわかる。

[外国出願人による日本への意匠出願]



出典:特許庁「第5回意匠制度小委員会」資料

### 第3 ハーグ協定の概要

#### 1 制度概要

ハーグ協定とは、複数国において意匠登録を行う際に必要となる手続の簡素化及びそれに伴う経費の節減効果を目的とした国際条約であり、世界知的所有権機関（WIPO）により管理・運営されている。

出願人は国際事務局に対し直接出願手続きを行い、指定した国での保護を求めることができるが、ハーグ協定はあくまでも手続統一条約であり、登録要件や効力範囲等は各加盟国の法律によるため、ある加盟国では保護され、他の国では保護が認められないということがある。

また、一の出願に同一ロカルノ分類に属する意匠であれば、最大100意匠まで記載することができる点も特徴の1つである。

ハーグ協定には当初1934年発効のロンドン、1960年発効のハーグ、1999年発効のジュネーブの3つの改正協

定（アクト）が存在していたが、ロンドンアクトは既に廃止されており、現在はハーグアクト及びジュネーブアクトのみが機能している（日本はジュネーブアクトに加盟）。

## ② 加盟国

現時点での加盟国数は、66 개국<sup>(1)</sup>である。ハーグ協定は元々実体審査を行わない無審査国を中心に構成されていたが、実体審査国である韓国が 2014 年に、また、日本と米国が 2015 年に加盟したことで、中国、ロシア、未加盟の ASEAN 諸国などでも加盟に向けた積極的な検討が行われるようになった。

## ③ 出願人適格

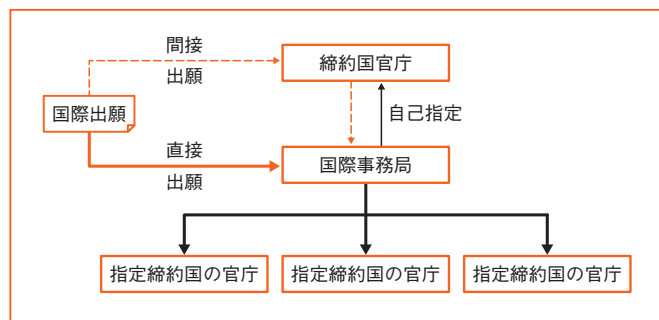
国際出願をすることができるのは、①締約国の国民又は締約政府間機関の加盟国の国民と、②締約国の領域内に住所（domicile）、定住所（habitual residence）、又は現実かつ真正の工業上若しくは商業上の営業所（real and effective industrial or commercial establishment）を有する者である。したがって、加盟国ではない企業であっても、加盟国に営業所等があれば出願することができる。

## ④ 直接出願と間接出願

国際出願は、国際事務局に出願を行う（直接出願）ことができるほか、出願人の締約国の官庁を通じて出願する（間接出願）ことも可能である。

したがって、日本国出願人が日本国特許庁（「JPO」）を通じて出願することは可能であるが、この場合、送付手数料<sup>(2)</sup>が必要となり、電子出願ではなく、JPO の窓口への出願となる。また、PCT 出願やマドリッドプロトコルにおける出願と異なり、締約国官庁は「受理官庁」ではなく、単なる「仲介官庁」という位置付けであるため、JPO から願書の内容等について具体的な指導等（補正指令等を含む）を受けることができない。一方で、直接出願は、WIPO のホームページから電子出願（E-filing）することも可能なため、手続的にも簡便であり、間接出願とするメリットはあまりないといえる。

<直接出願と間接出願のフロー>



## ⑤ 審査・登録の効果

### ① 国際事務局による審査

国際事務局は、国際出願の受理後、方式審査を実施し、不備がなければ国際出願に係る意匠を直ちに登

録し、国際出願日が国際登録日となる。

不備がある場合は、その旨を出願人に通知し、出願人は国際事務局の通知の日から 3 か月以内に不備を訂正するよう求められる。

### ② 指定国官庁における審査

国際事務局により国際登録が公開されると、国際事務局からその公開の写しが各指定国官庁に送付され、各指定国での審査が開始される。

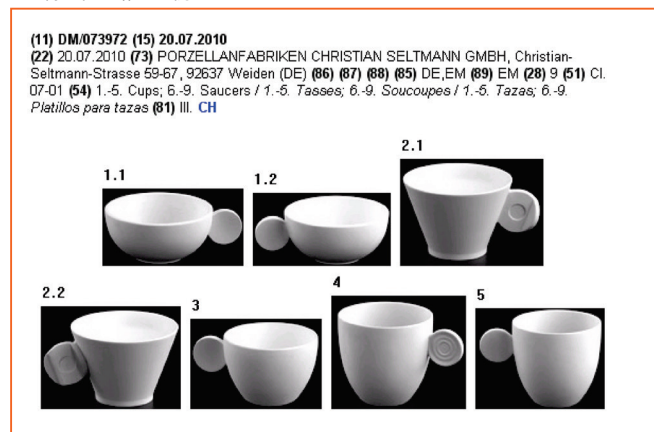
指定国官庁は、国際登録の効果を拒絶することができ、その場合には拒絶通報期間内（無審査国は 6 か月以内、実体審査国は 12 か月以内）に拒絶の通報（Notification of Refusal）を国際事務局に対し行う。拒絶通報の写しは、国際事務局経由で出願人に送付される。現在、JPO における意匠の審査は平均 8 か月ほどのため、国際出願を利用して日本へ出願した場合、直接出願する場合に比較して審査期間が長くなるといえる。

拒絶通報期間内に拒絶の通報がなされない場合には、遅くともその期間満了の日から、また、拒絶の通報がなされた後それが取下げられた場合にはその取下げの日から、国際登録は「各指定締約国の法令に基づく意匠の保護の付与と同一の効果（国内登録効）」を有することとなる。この場合、締約国は「保護認容声明（Statement of Grant of Protection）」を国際事務局に対して行うことができるとされているが、その発行は任意のため、保護認容声明が発行されない締約国もある。そのため、国際登録については、各締約国での登録が確定したのか分かりづらいというデメリットがあり、適宜 WIPO のデータベースにてステータスを確認するのが好ましい。なお、日本国特許庁（以下「JPO」という。）は上記通知を全て行うこととしており、登録証も発行される。

### ⑥ 公開と公開の繰り延べ

国際事務局は、原則として国際登録から 6 か月後に、国際事務局のウェブサイトにおいて国際意匠公報を発行する（原則毎週金曜日に発行）。

<国際意匠公報の一例>





公開の時期については、出願人の請求による早期公開が可能であるとともに、請求による公開の繰り延べも可能である。

ただし、公開繰り延べ期間は、出願日又は優先日から最大 30 か月とされているが、締約国は、公開繰り延べを行わない旨の宣言や 30 か月よりも短い期間に限って公開繰り延べを認める旨の宣言をすることもできる。そのため、公開の繰り延べが出願人の請求どおり行われるのは、国際登録において指定した全ての締約国が公開の繰り延べを認めている場合に限られ、繰り延べを認めていない、又は短い期間を採用する締約国が指定国に含まれていた場合には「最速」の期間で公開されてしまうため、注意が必要である。

#### 7 保護期間と権利の管理・維持

国際登録された意匠の保護期間は、原則として、国際登録日から 15 年（初期保護期間は 5 年、以後 5 年ごとに最大 3 回まで更新が可能）である。ただし、上記以上の保護期間を国内法が定める場合には、国内法にしたがうこととなる。したがって、現行の日本の意匠法では意匠権の存続期間は登録日から 20 年とされているため、ジュネーブアクトに基づく意匠登録についても 20 年間の権利保護期間が認められる。

また、国際登録の名義人は、国際登録後、権利の放棄又は権利内容の減縮、名義人の変更、更新といった手続きを国際事務局に対し一括で行うことができ、当該手続は国内で行った場合と同等の効果が与えられる。この点は国際登録の手続上のメリットの一つといえる。

## 第4 出願手続における注意事項

### 1 願書（記載事項）

国際出願は、所定の書式（DM/1）に必要事項を記入し、意匠の図面・写真（reproductions）又は見本（specimen）とともに提出する。使用できる言語は、英語、フランス語、スペイン語の 3 つである。

以下、願書の記載事項のうち、特に注意すべき事項について、項目ごとに説明する。

#### ① 創作者の情報（Identity of the Creator）

日本を指定した場合、創作者の記載は出願日の認定要件とされていないため、記載を省略できるが、一部締約国（米国、韓国、ブルガリア等）を指定する場合には、創作者の氏名と住所を記載する必要がある。

#### ② 意匠を構成する製品又は意匠が使用される製品

意匠に係る物品について記載する。権利化を希望する物品がロカルノ分類上にある場合には、できるだけ

その物品名を記載することで、国際事務局での審査がスムーズに進む。他方、ロカルノ分類にはない新規の物品等である場合には、当該物品名を記載する。

#### ③ 意匠に係る説明（Description）

図面や写真に表された特徴についてのみ記載することができ、操作や使用方法に係る技術的な特徴は記載できない。このような記載があった場合には、国際事務局から不備の訂正が求められることになるので留意すべきである。また、部分意匠に関する説明、図面の省略等についてもここに記載する。なお、100 語を超えるときは、追加 1 語毎に 2 スイスフランの追加料金が必要となることから、できるだけ簡潔な記載とする。

#### ④ 優先権主張（Priority Claim）

国際出願が優先権主張を伴う場合には、優先権を主張する旨のチェックボックスにチェックをし、第一国出願に関する情報（第一国出願の国名、出願番号、出願日）を記載する。

なお、WIPO のサイトでは各締約国における優先権証明書期限等は十分に開示されていないことから、必要に応じ、各国代理人に確認するのが好ましい。

日本を指定国とした場合には、国際公表日から 3 か月以内に JPO へ優先権証明書の提出する必要があるところ、この情報の開示が不十分であったこともあり、日本を指定国として行った 539 件の国際出願について、期限（国際登録については国際公表日から 3 か月以内）内に JPO に優先権証明書の提出が行われなかった。そこで、JPO は、WIPO 国際事務局からの要請を受け、2016 年 10 月 28 日から 2017 年 1 月 30 日までに優先権証明書が日本国特許庁に提出された場合に限り、優先権証明書の提出を有効な手続として受理することとする特例措置を実施した。

#### ⑤ 国際登録の公開（Publication of the International Registration）

カラーの図面や写真はカラーで公開されるが、カラーにも関わらず白黒での公開を望む場合には、白黒を希望する旨のチェックボックスにチェックする。また、公開は国際登録日から 6 か月で行われるところ、公開時期について希望がある場合には本欄に示す必要がある。「早期公開を請求」と「公開の繰り延べを請求」の 2 つのチェックボックスがあり、繰り延べ希望のときは、繰り延べを希望する期間を記載する。

### 2 意匠の複製物（Reproductions of Industrial Design）

願書とともに、意匠を表した複製物（図面又は写真）を提出する。日本では原則として六面図を提出することが義務

付けられているが、ハーグ協定では、締約国は意匠が二次元である場合には1図より多く、又は意匠が三次元の場合には6図より多くの図面・写真を要求することができない旨定められている。出願人が自発的に6以上の図面等を提出することは可能である。

### ③ 料金

ハーグ協定を利用した国際登録出願の手数料は、以下のとおり、①基本手数料、②公開手数料、③指定手数料からなり、出願時に国際事務局に納付する必要がある。具体的には、①「基本手数料」はハーグ協定を利用するためにかかる基本手数料、②「公開手数料」は国際意匠登録の公開にかかる費用であり、意匠に関する説明が100語を超える場合にはさらに「追加手数料」が必要となる。また、③「指定手数料」は、「標準指定手数料」と、指定する締約国毎に異なる「個別指定手数料」から構成される。

また、実体審査国は、上記「標準指定手数料」に代えて「個別指定手数料」を徴収できるとされており、日本は「個別指定手数料」を徴収している。

基本手数料	397CHF (1意匠目) +19CHF×(追加意匠数)
+	
公開手数料	公開される1複製物ごとに17CHF ※「意匠の数」に応じてではない点に注意 ※紙提出の場合、1ページごとに150CHF
+	
意匠の説明に関する追加手数料	意匠の説明が100words超えた場合、1wordごとに2CHF
+	
個別手数料 又は 指定手数料	レベル1~3まで設定されており、それぞれに金額が異なる。 レベル1：実体審査を行わない官庁の締約国 レベル2：新規性以外の内容について実体審査を行う官庁の締約国 レベル3：職権により又は第三者による異議申立てに従い新規性に関する審査を含め、実体審査を行う官庁の締約国

ハーグ協定では、日本を自己指定することが可能ではあるが、初期登録期間が5年であるため、出願時に出願手数料に加え、5年度分までの年金もまとめて納付する必要がある。登録から5年以内に権利を放棄等した場合、料金の返還請求が可能ではあるが、ライフサイクルの短い意匠は国際登録に向かない可能性がある。

## 第5 最後に

本稿ではハーグ協定に関する制度・手続を概観したが、同協定に基づく国際出願にはメリットがある一方、デメリットや留意点も多数存在する。

ハーグ協定では、一の出願に同一ロカルノ分類に属する意匠であれば、最大100意匠まで記載することができるこ

とから、ロカルノ分類に最適な物品が存在し、多数のバリエーションを有する意匠については、かなりのコストメリットが見込めるものと思われる。

他方、指定国における保護成立前に意匠の内容が原則公開されてしまう点は、登録後に初めて意匠の内容が公開される日本とは基本的な枠組みにおいて異なる。公開繰り延べ制度を利用することにより、保護成立前の意匠の公開を防ぐことが可能ではあるが、指定国によっては繰り延べが利用できない点にも注意が必要である。

ハーグ協定の利用にあたっては、日本の意匠法との制度の相違を十分に理解し、事案に応じて個別具体的な精査が必須といえる。

以上

#### (1) <ジュネーブアクト>

アルバニア、アルメニア、アゼルバイジャン、ボスニア・ヘルツェゴビヤ、ブルガリア、ブルネイ、ボツワナ、スイス、ドイツ、デンマーク、エストニア、エジプト、欧州共同体(EUIPO)、スペイン、フィンランド、フランス、ジョージア、ガーナ、クロアチア、ハンガリー、アイスランド、日本、キルギス、北朝鮮、韓国、リヒテンシュタイン、リトアニア、ラトビア、モナコ、モルドバ、モンテネグロ、マケドニア、モンゴル、ナミビア、ノルウェー、アフリカ知的財産機構(OAPI)、オマーン、ポーランド、ルーマニア、セルビア、ルワンダ、シンガポール、スロベニア、サントメ・プリンシペ、シリア、タジキスタン、トルクメニスタン、チュニジア、トルコ、ウクライナ、米国、カンボジア(以上52か国)

<ハーグアクト>

ベナン、ベネルクス(ベルギー、ルクセンブルク、オランダ)、ペリズ、コートジボワール、ガボン、ギリシャ、イタリア、モロッコ、マリ、ニジェール、セネガル、スリナム(以上14か国)

(2) 2017年7月現在で3,500円。

弁理士

**林 美和**

(1971年生)

Miwa Hayashi

直通 / 03-6438-5662

MAIL / mhayashi@tmi.gr.jp



#### 【主な取扱分野】

意匠 / 商標 / 知財訴訟・審判 / 不正競争 / ブランド

#### 【登録、所属】

日本弁理士会(JPAA)(2004) / AIPPI[ASEAN諸国の意匠登録制度及びその運用実態に関する調査研究]アドバイザー(2012) / 一般財団法人 知的財産研究所「国際協定への加盟に向けた意匠制度の在り方に関する調査研究」委員(2012) / 日本弁理士会意匠委員会委員長(2013) / 日本弁理士会意匠委員会委員(2008~現在)、同会副委員長(2009~2012) / 日本商標協会デザイン委員会 委員(2009~現在) / 産業構造審議会知的財産分科会意匠制度小委員会 委員(2013~現在) / 産業構造審議会知的財産分科会意匠制度小委員会意匠審査基準ワーキンググループ 委員(2014~現在)

弁理士

**茜ヶ久保公二**

(1977年生)

Koji Akanegakubo

直通 / 03-6438-5329

MAIL / kakanegakubo@tmi.gr.jp



#### 【主な取扱分野】

特許 / 意匠 / 知財訴訟・審判

#### 【登録、所属】

日本弁理士会(JPAA)(2002)

# 「著しく不公正な方法」による発行であるとして、新株発行の差止めが認められた事例(大阪地決平成29年1月6日 金融・商事判例1516号51頁)

— 弁護士 高野大滋郎

## 第1 はじめに

筆者は、某上場会社における筆頭株主と経営陣との経営権争いにおいて、筆頭株主の代理人として、新株及び新株予約権発行差止仮処分<sup>(1)(2)</sup>の申立てを行い、認容決定を受けた。本稿では、一連の事実経過の概要及び過去の裁判例の動向とともに、今回の決定（以下「本決定」という。）を紹介させていただく。

## 第2 本件の事実経過の概要

筆頭株主は、上場会社（A社）の取締役の過半数を入れ替えるべく、現取締役の解任及び新取締役の選任を目的とする臨時株主総会の招集を請求し（会社法297条1項）、その後、裁判所に株主総会招集許可申立てを行った（会社法297条4項）。

裁判所を交えた協議の中で、A社が臨時株主総会を自主的に招集する方向で調整がなされていたが、A社は第三者割当により新株及び新株予約権を発行する旨の取締役会決議を行った。

筆頭株主は、この新株等の発行は、「著しく不公正な方法」による発行であるとして、仮に差し止めるべく仮処分を申し立てた。裁判所は、新株等の発行差止めを認容する仮処分決定をし、これを不服としたA社が保全異議を申し立てたが、裁判所は、原決定を認可する決定をした。

なお、同決定がなされた後、筆頭株主は、裁判所による株主総会招集許可決定を得て招集手続きを行い、総会検査役を選任した上で、臨時株主総会を開催した。

## 第3 新株発行差止仮処分

### Ⅰ「著しく不公正な方法」と主要目的ルール

公開会社では、原則として取締役会決議で新株を発行することができる（会社法201条1項<sup>(1)(2)</sup>）。支配権争いが生じている局面において、現経営陣が、自派に友好的な第三者に対して新株を第三者割当てすることにより既存株主の持株比率を希釈化させるという対抗措置を取ることがしばしば見

受けられる。

これに対して、既存株主は、新株の発行が「著しく不公正な方法」によるものであるとして、新株の発行差止めを請求することができる（会社法210条2号）。

「著しく不公正な方法」による新株の発行とは、不当な目的を達成する手段として新株の発行が利用される場合をいうと解されているところ、これまでの裁判実務において、「主要目的ルール」（会社の支配権につき争いがあり、従来の株主の持株比率に重大な影響を及ぼすような数の新株が発行される場合に、その新株発行が特定の株主の持株比率を低下させ現経営者の支配権を維持することを主要な目的としてされたものであるときは、不当な目的を達成する手段として新株発行が利用される場合にあたるとするもの）を用いて判断されている（忠実屋・いなげや事件（東京地決平成元年7月25日<sup>(3)</sup>）、ベルシステム24事件（東京高決平成16年8月4日<sup>(4)</sup>）など）。

### Ⅱ 過去の裁判例の動向

主要目的ルールに対しては、会社に資金調達が必要であったことが認定されれば、調達方法の選択には原則として取締役会の判断を尊重する傾向が強く、実際には不当目的達成動機が優越していたとはめったに認定されないといった指摘がなされている<sup>(5)</sup>。

実際、ベルシステム24事件は、①筆頭株主の保有割合が著しく低下する一方で、割当先の保有割合が過半数に達するという大規模な第三者割当であり、②支配権争いが生じた後になって新株発行の検討を開始し、③さらに基準日後に払込みを行う割当先に株主総会での議決権行使を認めるという事情がある中で、「支配権を維持する意図を有していたとの疑いは容易に否定することができない。」としながらも、「支配権の維持が本件新株発行の唯一の動機であったとは認めがたい上、その意図するところが会社の発展や業績の向上という正当な意図に優越するものであったとまでも認めることは難し」として、不公正発行にあたるものとはいえないと判示した。株主側に、現経営者に不当な目的があることだけでなく、その不当な目的が他の目的に優越していることの立証まで求めるものであり、差止めは現実的には不可能との指摘もなされていた。

しかし、その後の日本精密事件（さいたま地決平成19年6月22日<sup>(6)</sup>）は、主要目的ルールに依拠しながら、支配権争いが生じている事情を認定した上で、「特段の資金調達の必要性が認められない限り、現在の経営陣が自らの支配権を確保することを主要な目的として発行するものというべき」と判示し、差止めを認容した。

さらに、クオンツ事件（東京地決平成20年6月23日<sup>(7)</sup>）

も、主要目的ルールに依拠しつつ、「会社の支配権について争いがある状況下で、既存の株主の持株比率に重大な影響を及ぼすような数の新株が発行され、それが第三者に割り当てられた場合であって、かつ、それが、成否の見通しが必ずしもつかない反対派取締役の解任が議案となっている株主総会の直前に行われ、しかも、予め反対取締役を解任する旨の会社提案に賛成することを表明している割当先に会社法 124 条 4 項に基づき議決権を付与することを予定しているというのであるから、他にこれを合理化できる特段の事情がない限り、本件新株発行は、既存の株主の持株比率を低下させ現経営者の支配権を維持することを主要な目的としてされたものであると推認できるといべき」と判示して差止めを認容しており、主要目的の「推認」により、株主側の立証負担が軽減される傾向が見られていた。

### ③ 本決定

本決定は、「株主構成の変更自体を主要な目的としてなされた新株又は新株予約権の発行は、原則として、不公正発行に該当する」とした上で、「経営権争奪の局面における第三者割当による新株の発行は、実質的な利益相反状況下における新株の発行であるといえるから、これを合理化するに足りる特段の事情がない限り、現取締役らの経営権維持を目的とするものであり、株主構成の変更自体を主要な目的とする不公正発行に該当するものと推認できる。」と判示した。

そして、株主が臨時株主総会の招集を請求している事実や、出席率を考慮した議決権割合などから、経営権争奪の局面における実質的な「利益相反状況下における新株等の発行」であると認定した上で、仮に資金調達が必要であったとしても、臨時株主総会を待っているのは会社に重大な損害が生じる状況にあったとの疎明もないことなどを理由に、「合理化するに足りる特段の事情」が存するとまでは認められないとして、不公正発行に該当すると判示した。

本決定については、従来の「主要目的ルール」に依拠しない立場に立ったものと理解できるとの解説もなされているところであるが、支配権争いの状況、臨時株主総会での可決の可能性、資金調達の必要性などの事情を具体的に検討し、株主側に不当目的の優越性まで立証負担させることなく不公正発行に該当すると判断したものであり、同種事例の検討に一定の意義を有するものと思われるため、紹介させていただく次第である。

以上

(1) ただし、平成26年会社法改正により新設された会社法206条の2及び244条の2によって、公開会社が新株又は新株予約権を発行する結果、引受人が議決権の過半数を有することとなる場合において、総株主の議決権の10%以上を保有する株主が有価証券届出書の提出日から2週間以内に反対する旨の通知をした場合には、原則として株主総会の承認を要する

こととされた。

- (2) また、東証有価証券上場規程432条は、上場会社が第三者割当を行う場合で、希釈化率が25%以上となる場合または支配株主が異動する見込みがある場合は、原則として、①独立した第三者による必要性及び相当性に関する意見書の入手、または②株主総会決議などによる株主の意思確認の手続きを要求している。
- (3) 判例タイムズ704号84頁
- (4) 金融・商事判例1201号4頁(原審東京地決平成16年7月30日 金融・商事判例1201号9頁)
- (5) 江頭憲治郎「株式会社法(第6版)」764頁
- (6) 判例タイムズ1253号107頁
- (7) 金融・商事判例1296号10頁

弁護士  
**高野大滋郎**  
(1980年生)

Daijiro Takano  
直通 / 03-6438-5730  
MAIL / dtakano@tmi.gr.jp



#### 【主な取扱分野】

商事関連訴訟 / 起業・株式公開支援 / M&A / 民事再生・会社更生 / 破産・特別清算 / 私的整理・事業再生ADR / コーポレート・ファイナンス / 知財トランザクション / 不正調査

#### 【登録、所属】

第一東京弁護士会(2005) / ニューヨーク州(2015)

## 改正個人情報保護法の概要

— 弁護士 森山義子  
— 弁護士 白石和泰  
— 弁護士 村上諭志

2017年5月30日に改正個人情報保護法(以下「改正法」又は単に「法」という。)が全面施行された<sup>(1)</sup>。既に自社の個人情報保護規程やプライバシーポリシーの改訂を終了している企業も多いと思われるが、あらためて、改正の主要ポイントと今後の運用面での対応についておさらいしたい。

### 第1 個人情報の定義の明確化

「個人情報」の定義は従来から変更はないが<sup>(2)</sup>、個人情報に該当するか否かが明確ではないグレーゾーンを解消するため、「個人識別符号」という概念が導入された<sup>(3)</sup>。個人識別符号には、①指紋、DNA その他の生体情報についての電子的符号であって、特定の個人を識別できるものうち政令で定められたものと、②個人に割り当てられた番号のうち政令で定められたもの(現状では、運転免許証やパスポートの番号等の公的番号のみ)が該当する<sup>(4)</sup>。

### 第2 個人情報取扱事業者の範囲の拡大

改正法は、取り扱う個人データの数<sup>(5)</sup>が5000件以下である事業者を規制の対象外とする従来の制度を廃止したため、個人データを事業のために取扱うすべての事業者(正確には「個人情報データベース等を事業の用に供している事業者」をいい、「個人情報取扱事業者」と定義される。)に個人情報保護法の遵守義務が課されることとなった。一方で、改正法に基づくガイドライン(通則編)は、個人情報取扱事業者が具体的に講じなければならない安全管理措置や当該措置を実践するための手法の例示に際して、従業員100人以下の中小規模事業者(但し、取り扱う個人データが5000件を超える業者や委託を受けて個人データを取り扱う業者は除く。)については、特例的な対応を示すなどの配慮もしている<sup>(6)</sup>。

### 第3 要配慮個人情報

改正法は、人種、信条等の不当な差別又は偏見が生じる恐れがある個人情報を「要配慮個人情報」として、特別の取り扱いをすべき旨を定めた<sup>(7)</sup>。要配慮個人情報には、人種、信条、社会的身分、病歴、犯罪の経歴、犯罪により害を被っ

た事実のほか、政令により、身体障害・知的障害・精神障害・発達障害等、健康診断等の検査結果、保健指導・診療・調剤情報、本人を被疑者・被告人とする逮捕・捜索・公訴提起等の刑事手続が行われたことなどが指定されている<sup>(8)</sup>。改正法においては、要配慮個人情報を取得する際には、原則としてあらかじめ本人の同意を取得する必要があることとされた<sup>(9)</sup>。この点、当該同意は、必ずしも明示的なものでなければならないというわけではなく、①本人から直接取得するか、又は②本人から取得し、かつ第三者提供について同意を取得している提供元から取得する場合には本人の同意があったものと解される。一方、そのような場合以外の場合では、明示的なものでなければ本人の同意があると解されない場合もあるため、注意する必要がある。例えば、本人以外の者(一定の公的機関や報道機関等は除く。)が本人の承諾なくインターネット上で公開している本人の信条や犯罪歴等の情報を収集し、本人の同意なく取得することは違法と解される。なお、事業者間で暴力団等の反社会的勢力情報を共有する場合等、正当な事由がある場合の各種除外事由がガイドライン(通則編)に例示されている。

また、要配慮個人情報は、オプトアウトによる第三者提供はできないので、注意が必要である。但し、法23条5項各号に定める委託、合併等の事業承継又は共同利用により要配慮個人情報を取得する場合は、本人の同意は不要である<sup>(10)</sup>。

### 第4 オプトアウト手続の厳格化

個人データは、予め本人の同意を得ることなしに第三者提供できないのが原則であるが、法23条1項各号に定める場合(法令に基づく場合等)や、法23条5項各号に定める委託、事業承継又は共同利用による提供の場合のほか、法23条2項のオプトアウト手続による提供は例外となる。オプトアウト手続は、本人から求めがあれば第三者への提供を停止することを前提に、事前に本人から同意を得ることなしに第三者に個人データを提供するものであるが、改正法により、①第三者への提供を利用目的とすること、②第三者に提供される個人データの項目、③第三者への提供の方法、④本人の求めに応じて第三者への提供を停止すること、⑤本人の求めを受け付ける方法を、予め本人に通知するか又はウェブサイト上で公開するなど本人が容易に知りうる状態に置くとともに、個人情報保護委員会への事前届出を要するものとされた。オプトアウト届出書を提出している事業者とその届出内容は個人情報保護委員会のウェブサイトで確認することができる<sup>(11)</sup>。

## 第5 グローバル化への対応

改正法は、グローバル化への対応として、個人情報保護法の域外適用規定を新設した。今後は、日本の消費者にサービスを提供する際にその個人情報を取得する外国事業者についても日本の個人情報保護法の適用を受けることになる。<sup>(12)</sup>

また、企業の実務に影響がある改正点（新設規定）としては、個人情報取扱事業者が外国にある第三者に個人データを提供する場合には、原則としてあらかじめ外国にある第三者への提供を認める旨の本人の同意が必要となったこと<sup>(13)</sup>があげられる。改正法は、その例外として、①当該第三者の所在国が、我が国と同等の水準にあると認められる個人情報保護制度を有している国として規則で定める国である場合、②当該第三者が、個人情報取扱事業者が講ずべき措置に相当する措置を継続的に講ずるために必要な体制として規則で定める基準に適合する体制を整備している場合、③法 23 条 1 項各号に該当する場合を規定する。この点、①についてははまだ規則においてどの国も指定されていないので該当する場合は存在しない。②については、例えば、(1) 当該第三者との契約により、提供される個人データの取扱いにつき日本の個人情報保護法の規定の趣旨に沿った措置の実施が適切かつ合理的な方法により確保されている場合、(2) 同一企業グループ内での個人データの移転の場合は、提供元及び提供先に共通して適用される内規やプライバシーポリシー等によりこれらの措置が確保されている場合、(3) 提供先である外国にある第三者が、APEC の越境プライバシールール (CBPR) システムの認証を得ている場合<sup>(14)</sup>などが該当する。なお、国内の第三者に提供する場合には本人の同意が不要とされている委託、事業承継又は共同利用による提供が例外とはなっていないことに特に注意が必要である。

## 第6 第三者提供にかかる確認・記録義務

改正法の施行により実務対応の変更が必要となる点として、個人データの第三者提供に際して、個人情報取扱事業者である提供者に記録義務が、受領者に確認・記録義務が課された点があげられる。<sup>(15)</sup> 作成された記録は原則として3年間保管する必要がある。<sup>(16)</sup> 具体的な確認・記録項目は下記のとおりである。

第三者提供に係る記録義務(提供者側)

	オプトアウトによる提供	本人同意による提供
提供年月日	○	
受領者の氏名、名称等	○	○
本人の氏名その他本人を特定するに足りる事項	○	○
個人データの項目	○	○
本人の同意を得ている旨		○

第三者提供に係る確認・記録義務(受領者側)

	オプトアウトによる提供	本人同意による提供
提供年月日	○	
提供者の氏名、住所、代表者の氏名 ←確認事項	○	○
取得の経緯 ←確認事項	○	○
本人の氏名その他本人を特定するに足りる事項	○	○
個人データの項目	○	○
委員会によりオプトアウトが公表されている旨	○	
本人の同意を得ている旨		○

なお、法 23 条 1 項各号（法令に基づく場合等）に定める場合や法 23 条 5 項各号（委託、事業承継又は共同利用）に定める場合（外国にある第三者に提供する場合を除く）の提供は、この確認・記録義務は不要である。また、実質的に本人による提供と言える場合（例えば、本人が SNS 上で投稿しているプロフィールや投稿内容を取得する場合、SNS 運営事業者も取得者も記録は不要）、本人に代わって提供する場合（本人からの委託等に基づく場合、例えば顧客からの修理依頼を受けて、提携先の修理業者を紹介するため、顧客の同意のもと顧客の連絡先を修理業者に伝える場合など）、本人と一体と評価できる関係にある者に提供する場合等は、記録義務は適用されない。<sup>(17)</sup>

個人データを第三者に提供する際、提供先が日本国内であれば、委託や共同利用のスキームを利用する限り記録義務は適用されないが、外国に所在する事業者に委託する場合や、外国の関連会社と共有する場合など、外国にある第三者への提供となると原則として記録義務が課されることになる。もっとも、上記第5の②で述べたとおり、当該第三者が、個人情報取扱事業者が講ずべき措置に相当する措置を継続的に講ずるために必要な体制として規則で定める基準に適合する体制を整備している場合に該当すれば、法 23 条 5 項に定める委託や共同利用のスキームを利用して本人の同意なく第三者提供が可能となり、その場合には、記録義務は適用されない。

## 第7 匿名加工情報

改正法は、匿名加工情報（特定の個人を識別することができないように個人情報を加工し、当該個人情報を復元で

きないようにした情報)の制度を新設し、一定のルールに従って作成された匿名加工情報の自由な流通と活用を可能とした<sup>(18)</sup>。ただ、その作成に際しては、特定の個人が識別されないように、特異な記述を削除するなど、法令やガイドラインが定める加工方法の基準に従って作成する必要があるとともに、その加工・復元方法に関する情報の漏えいを防止するために必要な安全管理措置を講ずる必要がある。また、作成時に匿名加工情報に含まれる個人に関する情報の項目を公表するとともに、第三者提供時には同項目に加えて提供方法を公表する必要があり、かつ匿名加工情報であることを受領者に明示しなければならない。本人を識別するために匿名加工情報を他の情報と照合等することも禁止される。

## 第8 おわりに

上記のとおり、今回の個人情報保護法の改正項目は多岐にわたる。改正法の遵守の観点での対応に追われていた企業も多いであろうが、対応に漏れがないかを含め、あらためてご確認いただきたい。また、改正個人情報保護法についての英語の説明文も用意したので、海外のグループ会社や取引先に協力を求める際にご利用いただきたい<sup>(19)</sup>。

改正法は、規制強化の側面だけではなく、匿名加工情報制度の創設に代表されるビッグデータの活用の側面も含まれている。昨年12月には、官民データ活用推進基本法が成立し、国を挙げてデータの効果的な活用を推進していく環境は整ってきたといえる。今後は、各事業者が、個人情報の保護に留意しつつ、ビッグデータを活用したさまざまなビジネスチャンスを見つけ出し、検討をいち早く進めることが望まれる。

- (1) 改正法により新設された個人情報保護委員会のウェブサイト上に、改正法、基本方針、個人情報の保護に関する法律施行令(以下「政令」という。)、個人情報の保護に関する法律施行(以下「規則」という。)、ガイドライン(通則編、外国にある第三者への提供編、第三者提供時の確認・記録義務編、匿名加工情報編等)、Q&A等の情報が掲載されており(<https://www.ppc.go.jp/personal/legal/>)、改正法、基本方針、政令、規則等の英訳も(仮訳ではあるが)公表されている(<https://www.ppc.go.jp/en/legal/>)。
- (2) 生存する個人に関する情報であって、当該情報に含まれる氏名、生年月日等により特定の個人を識別することができるもの(他の情報と容易に照合することができ、それにより特定の個人を識別することができるものを含む。)
- (3) 法2条1項2号
- (4) 政令1条、規則2条ないし4条
- (5) 「個人データ」とは、パソコン等の電子計算機の使用の有無にかかわらず、検索できるように体系的に構成された個人情報の集合物(すなわち法が定義する「個人情報データベース等」)を構成する個人情報をいい、電子メールソフトのアドレス帳や五十音順に整理された名刺ファイルなどに含まれる個人情報もこれにあたる。
- (6) ガイドライン(通則編)86頁
- (7) 法2条3項
- (8) 政令2条
- (9) 法17条2項
- (10) 政令7条2号

- (11) <http://www.ppc.go.jp/personal/preparation/optout/publication/>(2017年6月末日時点で88件)
- (12) 法75条
- (13) 法24条
- (14) 規則11条
- (15) 法25条、26条
- (16) 規則14条、18条
- (17) ガイドライン(第三者提供時の確認・記録義務編)6頁以下
- (18) 法2条9項、法36条ないし39条
- (19) [http://www.tmi.gr.jp/wp-content/uploads/2017/08/TMI\\_vol32\\_english.pdf](http://www.tmi.gr.jp/wp-content/uploads/2017/08/TMI_vol32_english.pdf)

### 弁護士 森山義子

(1964年生)

Yoshiko Moriyama  
直通 / 03-6438-5697  
MAIL / ymoriyama@tmi.gr.jp



#### 【主な取扱分野】

一般企業法務 / アライアンス / 消費者関連法 / 著作権 / 商標 / 意匠 / メディア / エンタテインメント / スポーツ / 商事関連訴訟 / 知財訴訟・審判 / 国際訴訟・仲裁・調停・ADR / 消費者対応 / 下請法 / 景品表示法 / アジア / その他国際法務 / ブランド / 医療 / ヘルスケア / バイオ / IT・通信 / 知財トラザクション / フランチャイズ

#### 【登録、所属】

第二東京弁護士会(1998) / ニューヨーク州(2004)

### 弁護士 白石和泰

(1972年生)

Kazuyasu Shiraiishi  
直通 / 03-6438-5652  
MAIL / kshiraiish@tmi.gr.jp



#### 【主な取扱分野】

一般企業法務 / IT・通信 / 景品表示法 / 下請法 / 消費者関連法 / 消費者対応 / 広報法務 / リスクマネジメント / 不正調査 / 商事関連訴訟 / 知財訴訟・審判 / 国際訴訟・仲裁・調停・ADR / その他国際法務 / M&A / アライアンス / コーポレートガバナンス / 労働審判・労働関係訴訟等への対応 / 組合対応等 / 人事制度の構築・運用 / 私的独占・不公正な取引方法 / カルテル・談合 / 国際カルテル / 不正競争 / 商標 / 著作権 / 特許 / メディア / エンタテインメント / スポーツ / 医療 / ヘルスケア / バイオ / 事業承継 / 相続 / 遺産分割協議 / 遺言作成

#### 【登録、所属】

第二東京弁護士会(2003)

### 弁護士 村上諭志

(1981年生)

Satoshi Murakami  
直通 / 03-6438-5415  
MAIL / smurakami@tmi.gr.jp



#### 【主な取扱分野】

一般企業法務 / 商標 / 著作権 / メディア / エンタテインメント / スポーツ / IT・通信 / 知財訴訟・審判 / IT・通信 / 消費者関連法 / 不正競争 / 景品表示法 / その他国際法務 / エマージング・カンパニー

#### 【登録、所属】

東京弁護士会(2007) / ニューヨーク州(2014)

# TMI月例セミナー紹介

TMIでは、皆様への情報提供の場として、毎月無料にてセミナーを開催しております。2017年5月から2017年7月までに開催しましたセミナーの概要は以下のとおりです。今後のセミナーのご案内等につきましては、セミナー開催日の1か月前を目処にTMIのWebサイト(<http://www.tmi.gr.jp/>)に掲載いたしますので、こちらをご参照いただき奮ってご参加いただければ幸いです。

過去に開催されたセミナーについてご興味のある方は、下記までお問い合わせ下さい。

**[email] [monthlyseminar@tmi.gr.jp](mailto:monthlyseminar@tmi.gr.jp)**

## 1 第106回セミナー(2017年5月25日、26日開催)

テーマ: 「ガイドラインの改正等を踏まえた下請法対応の実務について」

講師: 弁護士 藤井大悟

## 2 第107回セミナー(2017年6月21日、22日開催)

テーマ: 「働き方改革を踏まえた実務対応 ~長時間労働の是正・同一労働同一賃金を中心に~」

講師: 弁護士 近藤圭介  
同 丸住憲司

## 3 第108回セミナー(2017年7月27日、28日開催)

テーマ: 「役員が知っておくべきコンプライアンス経営のための法律知識」

講師: 弁護士 工藤竜之進

# 書籍紹介



## 『実務Q&Aシリーズ 募集・採用・内定・入社・試用期間』

【編著者】 近藤圭介  
【発行日】 2017年5月16日  
【出版社】 労務行政  
【価格】 3,888円(税込)  
【判/頁】 A5判/368頁

募集、採用から入社・試用期間の実務的な問題をQA形式で、労働法を専門とする弁護士、社会保険労務士が最新の法律と裁判例に基づき分かりやすく解説しており、人事担当者にとって、最適の一冊となっております。



## 『契約書の見方・つくり方(第2版)』

【編著者】 淵邊善彦  
【発行日】 2017年7月19日  
【出版社】 日本経済新聞出版社  
【価格】 1,080円(税込)  
【判/頁】 新書判/244頁

本書は、ビジネスに不可欠な契約書についての知識とリーガルセンスを身につけるための入門書の第二版です。民法改正などで契約書がどう変わるのかを盛り込み全体に加筆修正して新版化しました。法務部門だけでなく、経営者や営業部門の日常業務や研修のためにご活用いただける内容です。

本ニュースレターで採り上げてほしいテーマなど、是非、皆様の忌憚ないご意見・ご要望を下記までお寄せください。また、今後Eメールでの配信をご希望の方や送付先が変更となる方も、下記までご連絡ください。

(連絡先)編集部: [TMI-newsletter@tmi.gr.jp](mailto:TMI-newsletter@tmi.gr.jp) 編集長: [tshibano@tmi.gr.jp](mailto:tshibano@tmi.gr.jp) 03-6438-5562(直通)/TMIニュースレター編集部 編集長 弁護士 柴野相雄