

「業として」の法的位置付けの再検討

——令和3年商標法・意匠法改正を契機として——

中 澤 直 樹*

抄 録 令和3年5月、模倣品の個人輸入の増加に歯止めをかけるため、商標法・意匠法において、外国の仕出人を輸入の主体と見ることが可能とする改正がなされた。しかし、その実効性を得るには、税関において外国仕出人の「業として」要件の判断が必要となる。その容易化を図る策として、輸入者に「業として」要件の立証責任を負わせることが検討されているが、そのような策は、「業として」でない」ことを違法性阻却事由として構成した場合の立証責任の分配と整合的となる。また、そのような法的位置付けの構成をとれば、税関は認定手続に入る段階で「業として」か否かを判断する必要がなくなり、少量でも認定手続を執る現行運用の正当性を裏付ける根拠にもなる。このような法的位置付けの構成は、個人が「業として」の行為に容易にかつ広く関与できることになった現在の社会状況に照らせば十分肯定できる。むしろ産業財産権制度が社会実態に合致することになるため、制度見直しの種々の場で議論されることを期待するものである。

目 次

1. はじめに
2. 今回の改正と「業として」要件
3. 改正法における課題と「業として」要件の再検討
4. 違法性阻却事由と捉えることの他の意義
5. 「業として」でない」ことを違法性阻却事由と見ることの検討
6. おわりに

1. はじめに

令和3年5月、商標法及び意匠法において、「輸入」の態様として「外国にある者が外国から日本国内に他人をして持ち込ませる行為を含む」とする改正がなされた。

同改正は、「増大する個人使用目的の模倣品輸入に対応し、海外事業者が模倣品を郵送等により国内に持ち込む行為を商標権等の侵害として位置付ける」¹⁾という趣旨によるもので、郵

便物等の受け手側の個人使用目的という理由により、税関が模倣品の輸入を差し止められなかった事象が多発していたため、何とかそれを食い止めるために、送り手側を輸入の主体と捉えて対処しようとするものである。従来の「輸入」の捉え方からすると、かなり思い切った内容となっている感は否めないが、このような改正となった最大の理由は、侵害の要件に「業として」があることであった。さらにいえば、本改正が意図する取締りの実効性を確保するためには、「業として」の問題が依然として立ちほだかっている。

そこで、本稿では、今回の改正を踏まえつつ、それを一つの契機として「業として」の法的位置付けを検討していきたい。

なお、本稿においても「模倣品」という語を用いるが、それは「典型的には、商標権者からの許諾を受けずに、登録商標と同一の標章(マー

* 弁護士 Naoki NAKAZAWA

ク)を当該登録商標に係る指定商品に付したものである²⁾とする意味で用いることとする。

2. 今回の改正と「業として」要件

産業財産権において、「業として」要件は侵害の構成要件とするのが通説であり、侵害訴訟実務においても、請求原因として権利者たる原告が主張立証することになっている³⁾。これは、特許権、実用新案権、意匠権にあっては、権利の効力を定めた規定が、権利者は「業として（保護対象の）実施をする権利を専有する」とされていることに基づくこととされる（特許法68条、実用新案法16条、意匠法23条参照）。一方、商標権にあっては、権利の効力を定めた規定において、「商標権者は、指定商品または指定役務について登録商標を使用する権利を専有する」（商標法25条）とあるだけで、「業として」の文言は使われていないが、定義規定において、「商標」とは標章のうち「業として商品を販売…する者が使用するもの」等となっていることから（同法2条1項）、行為主体が「業として」販売等する者であることを要することになり、やはり「業として」が侵害の要件になるとされている。

ところで、税関の水際取締りににおける侵害判断は、各権利の根拠法の解釈を前提としている。このため、税関が侵害物品を取り締まるにあたって、「業として」要件の当否が問題となる。そして、その問題が顕在化していたのが、模倣品の輸入者が純然たる個人（事業者ではないという意。以下単に「個人」という）の場合であった。すなわち、税関は、輸入貨物が知的財産侵害物品である場合には、没収等の処分を行うことによりその貨物の輸入を阻止することになるが（関税法69条の11）、その前提として、税関は当該貨物が侵害か否かを認定する手続、いわゆる認定手続を執らなければならない（同法69条の12）。同手続は、税関が、原則として輸入者及び権利者の双方に証拠及び意見を求め、そ

れら証拠等を踏まえたうえで、当該疑義貨物が侵害物品にあたるか否かの認定をする⁴⁾というものである。そうすると、個人の輸入者が模倣品を輸入しようとする場合にも没収等の処分をするのであれば同手続が執られることになるが、同手続において、例えば個人輸入者がその貨物は個人使用目的である旨意見を述べたとすると、その意見が否定されるような証拠がない限り、特に少量の場合は「業として」要件を満たさないことになって、税関は非侵害との認定をせざるを得ないことになっていた。そしてそれを奇貨として、従来より業者による個人輸入の仮装事例や個人輸入代行の仮装事例⁵⁾が横行していた他、とりわけ近年に至っては、電子商取引の発展や国際貨物に係る配送料金の低下等により、海外の事業者が国内の個人に対し、少量の模倣品を郵便等で直接販売・送付する取引が急増するに至っており、税関が認定手続を執っても結局は個人使用目的を理由として通関せざるを得ない事例も増加することとなって、模倣品流入に歯止めがかけられないとともに税関の事務負担も増していたことから、その対策が急務となっていた。

そのような対策として、もっとも効果的なものとしては、個人使用目的の個人の輸入貨物も規制対象とすることであり、従前より特に商標権侵害物品に関しては、そのような改善を求める声は強くあった。一方、上記のとおり、税関は侵害判断については根拠法の解釈を前提としているため、個人使用目的の個人輸入貨物を規制対象とするためには、根拠法である商標法において規制対象行為（輸入・所持を想定）から「業として」要件を外す内容とする必要があった。しかし、その点に関しては、産業財産権制度の目的が産業の発達に寄与するということから（特許法1条、実用新案法1条、意匠法1条、商標法1条）、「業として」要件の存在は制度の根幹をなすべきものであること、また規制対象

行為から「業として」要件を外した場合、個人的・家庭的な使用についてまで効力を及ぼすことになって過剰な規制となる懸念があること、さらに、それ以外の「業として」行為との関係から他の法を含めた法体系にまで影響が及ぶことなどの理由から、従前より慎重論の声が強く、それは今回の改正の議論の場でも同様だったようである⁶⁾。

他方で、模倣品の個人輸入の問題はEUでも「業として (in the course of trade) の使用」が要件となっているため⁷⁾ かつては懸案事項だったが、欧州連合司法裁判所 (CJEU) において、EU非加盟国の販売ウェブサイトを通じて、EU加盟国の領域内の一個人が個人使用目的で輸入した模倣品に対し、当該模倣品が当該加盟国の領域に入り込む時点で、権利者は水際措置による保護が享受できるとする判決が示されるに至っており、同判決を踏まえ、EUの水際運用では、EU域外の事業者がEU域内の個人宛に模倣品を送付した場合、当該事業者を「輸入者」とした上でその行為に商標権侵害が成立すると解釈して、税関はそのような模倣品を差止めることとなった、とされる⁸⁾。

今回の法改正の肝である、模倣品仕出人 (送付人) である外国の事業者を「輸入」の行為主体と見て、模倣品が国内に搬入された時点以降で、当該事業者の行為を権利侵害となる輸入行為として捉えるといった発想は、このEUによる運用上の解釈が基になっていたわけである。

侵害の判断にあたって、「輸入」の行為主体を受け手側の個人から送り手側の外国事業者に切り換えれば、受け手側が個人使用目的で輸入をしようとする個人であっても、「業として」要件は送り手側で判断すれば良いから個人輸入者の「「業として」でない」ことは何ら障害にならない。また、事業者の発送自体は国外で行われる行為であるものの、模倣品が国内に搬入された時点以降を捉えて侵害行為と位置付ける

ことにより、一応属地主義にも反しないこととなる。もっとも、海外の仕出人 (送付人) をわが国における輸入の行為主体と見るのは、従来のわが国の産業財産権法における輸入の捉え方⁹⁾ からすればかなり奇抜であることは否定できない。今回あえて立法化までしたのは、参考元のEUのように解釈での解決が困難であったためともいえそうである。とはいえ、根拠法の「業として」に手を付けずに、個人使用目的で個人が輸入する模倣品を効率的に取り締まることを可能とする点では、実に絶妙な内容の改正だったともいえる。

3. 改正法における課題と「業として」要件の再検討

上記のような経緯でなされた今回の改正であったが、同改正がその趣旨どおりに効果を奏するには、まだ課題がある。それは模倣品の海外の仕出人が事業者であることを税関が認定しなければならないことである。送付書類などから仕出人が事業者であることが明らかであれば問題はないだろうが、例えば、事業者が個人を装っているような場合は、認定手続において権利者側がそのことを明らかにするような証拠を提出もしない限り、税関ではその者が事業者であることを認定するのはきわめて困難となる。そこで、財務省関税局では、その一つの手だてとして、認定手続において、輸入者に仕出人が事業者でないことの立証責任を負わせ、その証明が尽くされない限り、仕出人を事業者として認定するといった制度設計を考えているようである¹⁰⁾。もっとも、その具体的内容は今後議論するようであるが、仮にそのような制度設計をとるのであれば、「業として」要件を産業財産権の侵害の構成要件と見るのではなく、「「業として」でない」ことを違法性阻却事由として捉えることの方が、立証責任の分配の面でもより整合的となり好ましいことになる。すなわ

ち、「業として」要件の法的位置付けをそのように捉えたとすれば、侵害訴訟手続においては、権利者は「業として」を主張立証する必要がなく、被疑侵害者が侵害を否定するためにそれを争いたければ、「業として」でないことを抗弁として自ら主張立証しなければならない。被疑侵害者がその証明を尽くさなければ、真偽不明の場合も含めて、「業として」でないことは認められないことになる。これに平仄を合わせれば、模倣品に対する税関の認定手続の場合¹¹⁾には、輸入者¹²⁾が、仕出人が事業者でないことを主張立証しなければ、仕出人が誰なのか不明の場合（例えば郵便物に送付人の記載がない場合など）も含めて、他の抗弁事由が認められない限り侵害の認定がされるということになる。仮に関税法改正により「輸入者に立証責任を負わせる」とする内容の条文を新たに設けた場合は、その条文は「業として」要件の法的位置付けによる立証責任の分配を確認したものという見方もできることになる。言い換えれば、根拠法における法的位置付けにより、新たな条文の正当性が裏付けられるという見方も可能となるわけである。

4. 違法性阻却事由と捉えることの他の意義

「業として」でないことを違法性阻却事由と捉えることで、他に次のような意義も認められることになる。

上記のとおり、今回の改正の主たる原因となったのは個人輸入による小口模倣品流入の増加とそれともなう税関の負担増にあった。このことからわかるように、税関の現行の運用では、検査で模倣品が発見された場合、それが例え個人の1個の貨物であっても、税関は原則として認定手続を執り、「業として」要件は同手続において判断するものとなっている（関税法基本通達69の11-6(2)特に(注))。確かに、「業として」の判断は、輸入の目的、貨物の数量、

輸入者等の職業、輸入取引の内容等の諸事情を総合的に勘案する必要があり、それらの諸事情を輸入者等から聴取する必要があるといえる（以上、上記通達参照）。また、個人を偽装した悪質な業者を捕らえるためには広く網をかける必要もある。これらのことから、貨物の多寡に関係なく個人貨物が少量の場合でも認定手続に入るべきとする現行運用の必要性は十分理解できるところである。

しかし、認定手続を「執らなければならない」のは、輸入貨物の中に知的財産侵害物品に該当する貨物があると税関長が「思料する」ときであり（関税法69条の12 第1項）、「思料する」とは「侵害物品に該当することに相当程度の蓋然性があることを要する」¹³⁾とされることからすれば、認定手続を執るためには、「業として」要件についても同程度の疑いが必要ではないかという見方もあり得るところである。そうであれば、現状の解釈では「業として」要件を満たさず非侵害となることの多い個人の少量貨物、例えば1個の貨物に対しても、認定手続を一律に執るという運用については批判の向きもあるのではなからうか。海外から模倣品を流入させることは決して好ましい行為ではないが、純粹に自己使用目的で個人輸入をする者においては、違法でないのに通関が保留されることに不満を漏らすことも少なからずあると思われる。

その点、「業として」でないことが違法性阻却事由であるとするれば、認定手続を執るための「思料する」に至る侵害についての「相当程度の蓋然性」は、原則として「業として」以外の侵害要件で判断すれば足りるということになる。そうであれば、輸入者が個人であつてかつ輸入物品が少量の場合でも、それが外形的に模倣品と理解できるものであれば、基本的に税関長は認定手続を「執らなければならない」ということにもなるのであり、原則として認定手続を執るという税関の現行運用はそのことを確認

しているに過ぎないということになる。換言すれば、現行運用の手續の正当性は、「業としてでない」ことが違法性阻却事由であるという法的位置付けにより十分担保されることになるものであり、そうとなれば、批判や不満の向きにも十分対抗できることになると思われる¹⁴⁾。

5. 「業として」でない」ことを違法性阻却事由と見ることの検討

それでは「業として」の法的位置付けについて、侵害の構成要件ではなく、「業としてでない」ことを違法性阻却事由と見ことは可能であろうか。

実は、特許法上の解釈ではあるが、「業としてでない」行為を限られた範囲の実施行為として捉え、それを違法性阻却事由と見る有力な見解¹⁵⁾がある。同見解は、特許権侵害訴訟の場面においては、被告が会社であることがほとんどであり、原告が会社の実施であることを主張すれば「業として」の要件事実を主張したことになるという実態に着目し、侵害が問われる特許発明の実施が「業として」でない場合はむしろ例外の場合にあたるといえるから、それを違法性阻却事由（としての抗弁）と構成すべきというものである。このことは、商標権侵害訴訟の場面においても同様といえるから、広く産業財産権侵害訴訟一般に適用できる見解といえる。

もっとも、同見解は訴訟の場面だけを想定して立論されたようにも思われるところであり、近時においては、むしろ個人が「業として」の行為に容易にかつ広く関与できることになった社会状況の変化が、一つのより強い根拠になるのではないかと思われる。

すなわち、「業として」の趣旨は、産業財産権制度のいずれの法においても産業の発達を目的としていることに基づくこととされ、その意味については、商標法においては「一定の目的のもと

反復継続して」の意とするのが通説とされる¹⁶⁾一方、それ以外の創作法では概ねそれより広い概念の見解が多く、通説的には「単に個人的ないし家庭的な実施を除外するだけの意味」とされる¹⁷⁾。これらは見解に多少の広狭があるものの、反復継続でない行為や個人的ないし家庭的な行為は経済活動といえるほどのものでなく、権利者としてもその程度を容認しても経済的損失はあっても些細なものといえるし、一方そのような行為にまで効力を及ぼすのは私的領域の不当な介入にもなるからそれを避けるべし、ということが概ね共通の根拠となっていると思われる¹⁸⁾。

しかし、社会生活の変化や近時の目覚ましい技術革新により、「反復継続」でない行為や「個人的ないし家庭的な行為」が必ずしも経済活動として些細なものとはいえない状況になってきた。

まず、商標権との関係では、かつてプライベートにおける個人間の関係は限られた範囲に限定されていたともいえるが、インターネットや情報通信端末の一般的普及にともない、多くの人の間でSNSなどの利用によりその範囲が顕著に拡大した。このことは、可能性として個人間の取引範囲も拡大することになったともいえ、かつて不要な物を処分するために譲渡などするような個人間のやりとりが、単純に個人的ないし趣味的な範囲には留まらない状況になったともいえる。また、とりわけ、いわゆるフリマサイトやネットオークションの登場は、一個人が簡単に大きな市場に参加することを可能にさせた。このようなネットを利用した個人の生活上の変化は、個人のプライベートの活動範囲を著しく拡大させ、それにより形式的には個人の「反復継続でない」行為であっても、権利者にとって決して小さくない経済的損失を与える可能性を格段に広げるものとなってきたといえる。

一方、特許権等創作に関する権利との関係については、種々の論者が指摘されることでは

あるが、かつては発明性が厳しく問われたコンピュータ・プログラムやネットワークを利用したシステムも、ソフトウェア関連発明として所定の要件を満たせば特許の対象となることが明確になり、近時ではその出願数及び特許数も増加している。そのような傾向の中、通信技術及びネットワーク技術等の急激な進展により、個人が簡単にコンピュータ・プログラムをネットワーク上でやりとり（いわゆるアップロード・ダウンロード）できることになり、入手したプログラムを個人が簡単に実行できることとなった。このことは、個別に見れば個人的・家庭的な行為であっても、個々総数の全体として見れば、権利者としては経済的に決して許容できないような事態も想定されることとなった。またネットワークを利用したシステムは個人がユーザーであると同時にネットワークの一部として機能すると見ることができ、ネットワークを利用したシステムに特許が付与されている場合、その権利内容によっては、個人の行為を「業として」との関係でどのように把握すべきか困難な事態も生じてきている¹⁹⁾。さらに、3Dプリンタの登場・普及により、開発能力や経験、スキルがなくても、一個人が容易に、形状に基づく技術的特徴や美術的価値のあるデバイスや製品を作れることになった²⁰⁾。

このように、現在の社会状況を見回すと、個人の活動が従来では考えられないような範囲にまで拡大し、それにともない個人的・家庭的な行為といえども経済的に必ずしも些細とはいえない事象が増えてきたのは間違いのないところだろう。換言すれば、個人が「業として」の行為に容易にかつ広く関与できることになったといえる。そうだとすると、「業として」の本来の趣旨から許容される個人の行為というのは、相対的に見て、従来と比べてより限定された範囲になってきたということになる。そうすると、そのようなより限定されるに至った例外的事象

であることについては、被疑侵害者が争うのであればその者が主張立証責任を負うとすること、すなわち「業として」でないことを違法性阻却事由とすることが現在の社会状況に合致しているのではないと思われる。そうであれば、「業として」要件を違法性阻却事由として見ることも十分可能であると思われるし、むしろ社会実態に沿うことになるのであるからそう捉えるべきと考える。

6. おわりに

特許法の話ではあるが、わが国の特許法に「業として」要件が付加されたのはドイツ特許法に影響を受けたことによるとされる。そのドイツ特許法においては、旧法では「業として」がわが国同様効力規定に明記されていたが、法改正によりそれに対応する文言を外した一方で、「業として」でない行為に相当する「私的領域において非営業的目的で行われる行為」を効力制限規定として設けたとされる²¹⁾。つまり、ドイツの特許法では、「業として」でないことを違法性阻却事由として立法化しているわけである。

翻って、上記したとおり、今の社会状況において、個人は「業として」の行為に容易にかつ広く関与できることになってきており、法が許容しようとする個人の行為は相対的に見てより限定される範囲になってきた。そして、予測できないほどの速さで進展する昨近の技術革新からすれば、その傾向は今後も一層進んでいくと思われる。そのような状況を鑑みると、わが国の産業財産権制度においても、制度の根幹であり外すことのできない「業として」要件について、その意義にとどまらず、法的位置付けをどうすべきか、あらためて議論してもよいのではなかろうか²²⁾。

今回の法改正にともなう水際取締り運用に関する見直しの議論はこれからであるが、その場

ではもちろんのこと、産業財産権制度の見直しの種々の場²³⁾において、「業として」要件の法的位置付けについても検討されることを期待する次第である。

注 記

- 1) 経済産業省「特許法等の一部を改正する法律 概要」(令和3年5月21日) 2.(2) ①の項より。
- 2) 産業構造審議会 知的財産分科会 商標制度小委員会「ウィズコロナ／ポストコロナ時代における商標制度の在り方について」(令和3年2月) p.5 注2より。
- 3) 吉原省三 [特許権侵害による差止請求訴訟の要件事実], 『原増司判事退官記念「工業所有権の基本的課題(上)」』, p.601 (1971), 有斐閣, 設樂隆一 [侵害差止訴訟の要件事実と抗弁事実], 『西田美昭=熊倉禎男=青柳吟子共編「民事弁護と裁判実務⑧知的財産権」』, p.242 (1988), ぎょうせい, 高部眞規子, 実務詳説特許関係訴訟第3版, pp.136~137 (2016), 金融財政事情研究会など。
- 4) 本文で述べた手続は「通常手続」と呼ばれるが、その例外として、「簡素化手続」と呼ばれる手続がある。これは、認定手続に入った後、輸入者が特に侵害について争わないのであれば(手続としては「争う旨の申し出」の書面を提出しない場合)、それを認諾とみて、権利者に証拠・意見を求めることなく、直ちに侵害認定をするという手続である。税関及び権利者の手続負担を減らすメリットがあるが、その適用があるのは、特許権・実用新案権・意匠権・営業秘密侵害品以外の権利侵害疑義案件の場合であって、当該物品に対して、既に輸入差し止申立てが受理されているような場合に限られている。もっとも、認定手続に入る約9割は簡素化手続で処理されるものとなっている(令和2年の実績では、手続総数34,128件に対し、簡素化手続は30,053件[財務省ウェブサイトより])。
- 5) 個人からの代行依頼の形式による輸入の形態であっても、輸入の実態から見て、個々の顧客が輸入しているのではなく、業者が輸入したうえで個々の顧客に販売している(つまり、事業者による輸入販売)と判断した裁判例として、東京地判平14.3.26判時1805号p.140 [バイアグラ錠事件]がある。
- 6) 前掲注2)「ウィズコロナ／ポストコロナ時代における商標制度の在り方について」p.8 1.(3) ②の項、さらに産業構造審議会 知的財産分科会 商標制度小委員会第8回(令和3年1月28日開催)議事録(特に2~3頁の猪俣制度審議室長発言)参照。なお、過去の議論については、(旧)産業構造審議会 知的財産政策部会 商標制度小委員会第7回(平成16年7月13日開催)及び第8回(平成16年9月14日開催)議事録等参照。
- 7) 共同体規則(Regulation (EU) 2017/1001) 9条, ハーモ指令(Directive (EU) 2015/2436) 10条参照。
- 8) JETROデュッセルドルフ事務所「欧州連合司法裁判所、域外サイトを通じて個人輸入された知的財産権侵害品に対し、知的財産権者が水際措置による保護を享受できる旨の税関規則解釈を示す」(2014年2月19日)参照。
https://www.jetro.go.jp/ext_images/world/europe/ip/pdf/20140219.pdf
- 9) 前掲注2)「ウィズコロナ／ポストコロナ時代における商標制度の在り方について」p.9 1.(3) ③の項において、「なお、日本では、海外の事業者の行為、具体的には、海外の事業者が国内の者に模倣品を直接販売・送付する行為について、現行商標法上、商標権侵害が成立するか明らかでない」とされたうえ、その注釈14において、「いずれも不使用取消審判の審決取消訴訟であるが、知財高判平成18年5月25日(平成17年(行ケ)第10817号)は、海外の事業者による国内の者への商品の直接販売・発送行為は、国内における「譲渡」に該当しないと判断している。東京高判平成15年7月14日(平成14年(行ケ)第346号)は、国内の事業者による輸入行為をもって、海外の事業者による「輸入」に該当すると判断しているが、国内の送付先が個人である場合や、侵害事件の場合に同様の解釈が可能であるか明らかでない。」とされている。
- 10) 財務省関税局業務課作成「令和3年度関税率・関税制度改正要望事項調査票」によれば、「改正の必要性和目的達成の見通し」の項目において、令和3年の商標法・意匠法の改正にともなう課題解決策として、「商標権侵害の該否を決定する税関の認定手続(関税法第69条の12)において、海外から模倣品を日本国内に流入させる主体(仕

出人)が事業者に該当するの否かを税関で判別することは実務上困難であるところ、取引の当事者である輸入者に立証責任を負わせることとしたい。」とされている。

https://www.mof.go.jp/policy/customs_tariff/tariff_reform/fy2021/zaimu/2021zaimu_02.pdf

また、産業構造審議会 知的財産分科会 商標制度小委員会第6回(令和2年11月6日開催)議事録28頁石川財務省関税局知的財産調査室長発言も参照。

- 11) 認定手続は行政手続ではあるが、抗弁(例えば輸入者が先使用権を有している場合など)については輸入者が主張立証することとなっており、基本的に民事訴訟手続の立証責任の分配と軸を一にしているといえる。
- 12) 関税法においては、輸入とは外国から本邦に到着した貨物を本邦に引き取ることと定義されているから(2条1項1号)、「当事者である輸入者に立証責任を負わせる」とする手当てをした場合、国内の受取人が手続の名宛人たる「輸入者」になると思われる。訴訟の場合と当事者が異なることとなるが、仕出人と受取人とは取引の当事者であり受取人は通常仕出人が事業者であるか否かを知っていると思われること、両者は貨物の命運によって生じる利害が共通することになる者同士であることからすれば、立証責任の負担に関し、受取人を訴訟における仕出人と同様に考えることは十分合理性があると思われる。
- 13) 齋藤和久[関税法解説(1)知的財産侵害物品取締条項], CIPICジャーナル, 194号, p.11(2010)。
- 14) なお、著作権侵害物品に対する「頒布目的」(著作権法113条1項1号)の判断についても「業として」と同様の運用がされているため(本文中引用した基本通達参照)、「頒布目的」要件の法的位置付けも検討する必要がある。同要件も侵害の構成要件とするのが通説だが(侵害訴訟では原告が主張立証責任を負うことになる)、同要件の起草者の意図は「頒布目的」がない場合は、著作権法30条の「私的使用のための複製と同一視」できるということにあるのであり(金井重彦[113条担当], 小倉秀夫=金井重彦編「著作権法コンメンタル(改訂版)Ⅲ」, p.391, (2020), 第一法規), 同規定は権利効力制限規定であって同事由は違法性阻却事由とも考えられるから、「頒布目的」のないこと」を違法性阻却事由と

見ることも決して不可能ではないと思われる(同書も、起草者の意図から被告が「頒布目的」のないこと」の立証責任を負うべきとする指摘をする)。

- 15) 牧野利秋[特許権侵害訴訟における差止請求及び損害賠償請求の要件事実], 牧野利秋=飯村敏明編「知的財産関係訴訟法」新・裁判実務大系(4), p.58(2001), 青林書院。なお, 同見解は, ネットワークを利用したビジネスモデル型特許発明に個人が関与した場合の侵害追及の不都合さも一つの根拠としている。個人が「業として」行為に容易にかつ広く関与できることになった社会事象の結果生じた課題の提示例として異論はないが, 結論に至る立論過程に疑問がないわけではない。その点を指摘するものとして, 例えば牧野知彦[特許権の特徴及び効力について], 牧野利秋=飯村敏明=三村量一=末吉互=大野聖二編「知的財産法の理論と実務(1)特許法I」, pp.73~74(2007), 新日本法規出版。
- 16) 網野誠, 商標第6版, p.145(2002), 有斐閣, 茶園成樹[2条担当], 小野昌延=三山峻司編「新・注解商標法(上巻)」, p.98(2016), 青林書院, 鈴木将文[2条担当], 金井重彦=鈴木将文=松嶋隆弘編「商標法コンメンタル」, p.12(2015), レクシスネクサス・ジャパンなど。なお, 特許庁「模倣品の個人輸入及びインターネット取引に関する事例集」(平成17年2月) pp.4~5においては, 「業として」とは, 一般に「反復継続的意思をもってする経済行為として」といった意味に解されています。」とされている。
- 17) 中山信弘, 特許法第4版, p.338(2019), 弘文堂。
- 18) 特許法における詳細な分析として, 鈴木将文[68条担当], 中山信弘=小泉直樹編「新・注解特許法第2版(中巻)」, pp.1146~1147, (2017), 青林書院がある。なお, 商標法については, 「業務上の信用」(good will)の形成という見地からの根拠も考えられよう。
- 19) 指摘として前掲注17)中山, 特許法, p.339, 前掲注18)鈴木, 新・注解特許法(中), p.1147参照。
- 20) 指摘として前掲注18)鈴木, 新・注解特許法(中), pp.1147~1148参照。
- 21) 前掲注18)鈴木, 新・注解特許法(中), p.1148参照。なお, 同書p.1146においては, 英国特許法, フランス知的財産法でもドイツと同様の規定が設けられていることやEUの種々の規定でも同様

の内容となっていることが紹介されており、これらからは、欧州においては、「業として」でない」ことを違法性阻却事由として構成することが潮流であるとする見方もできよう。

- 22) 「業として」でない」ことを違法性阻却事由と構成する結果として、個人の行動に対する制約が強化されるのではとする懸念も考えられる。しかし、侵害となるか否かは結局のところ、「業として」にあたるか否かの判断によるのであるから、懸念に対してはむしろその意義の方が重要と思われる。なお、著作権法では、私的使用目的の複製が効力制限規定（30条）となっていることも参考となろう。

- 23) 前掲注2)「ウィズコロナ／ポストコロナ時代における商標制度の在り方について」p.10において、「特許法及び実用新案法に関する、本検討事項と同旨の改正の必要性について、今後の税関における特許権侵害品及び実用新案権侵害品の差止状況等を注視した上で、引き続き議論を深めていくことが適当とされた」とあるが、今後そのような場面でも検討されることを期待したい。

(URL参照日は全て2021年7月27日)

(原稿受領日 2021年8月4日)

