

## 知的財産をめぐる最近の動きに関する 問題点と提案

三 尾 美 枝 子\*

**抄 録** 司法制度改革審議会が司法制度改革意見書を策定し、知的財産訴訟の適正・迅速化に向けて改革の必要性を唱えてから、にわかに知的財産の重要性が高まった。

さらに、その後、知的財産の創造、保護、活用等は、国家戦略として位置付けられ、またたくまに様々な法改正が実現されるに至った。まさにここ1年、政府、官僚、民間、一体となった国を挙げての改革であった。

集中した改革の実現によって一応の成果はあったが、これまでの改革の流れは、ともすれば、知的財産権の保護ばかりが強調される傾向にあった。

強すぎる知的財産権は独占を生み、自由競争を阻害する結果、かえって将来の優れた知的財産権の創造を抑制する結果となる。

今後、知的財産権のバランスのとれた保護・活用のあり方を考える上で、官民を超えてのネットワークを作り、十分なコミュニケーションを確保することが重要である。

### 目 次

1. はじめに
2. 司法制度改革の中での知的財産
  - 2.1 司法制度改革審議会意見書
  - 2.2 知的財産訴訟検討会の動き
3. 知的財産全体としての網羅的改革
  - 3.1 知的財産戦略本部の動き
  - 3.2 その他の知的財産関連法案
4. 知的財産の特色と今後のあるべき姿
  - 4.1 知的財産権の性質
  - 4.2 司法による知的財産権の内容決定
  - 4.3 米国の状況
  - 4.4 おわりに  
ーコミュニケーション・ネットワーク作りの重要性ー

### 1. はじめに

ここ数年の知的財産をめぐる動きはめまぐるしい。

司法制度改革審議会意見書が、知的財産訴訟の改革の必要性を掲げ、小泉内閣によって、知的財産は、全省庁が一体となって推進すべき国策として位置付けられた。そして、以後、それに伴うさまざまな改革、法律・制度の改正が次々に行われてきた。

そのうち、司法制度改革推進本部提出の、司法制度改革関連法案は、2004年3月2日の閣議決定の後、同年3月16日に衆院法務委員会に審査付託、3月19日に提案理由説明、3月23日に採択された。そして、3月30日の衆院本会議で可決、同日に参院に送付され、6月2日に参院法務委員会に審査付託され、同月10日に採択された。そして、6月11日の参院本会議で可決、成立した。

本稿では、様々な改革の動きとともに、知的財産制度の今後のあるべき姿を探ってみたい。

\* 弁護士 Mieko MIO

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

## 2. 司法制度改革の中での知的財産

### 2.1 司法制度改革審議会意見書

(1) 2001年6月12日に提出された、司法制度改革審議会意見書は、司法制度改革全般に関して、さまざまな提言を述べている。

それまでも、改革の必要性が問われていたものの、それほど声は大きくなかったところ、知的財産訴訟を始めとする知的財産が、改革課題として一般的に注目を集めたのは、当該意見書に端を発するということになる。

司法制度改革審議会意見書は民事訴訟全般について、多数の項目を設けているが、その中でも、知的財産訴訟に関連して、独立項目を設け、特に改革を推進していかなければならないとし、民事裁判の充実・迅速化等に加えて、別に項目を設けて、知的財産訴訟事件への総合的な対応強化を推進すべきであるとした。

知的財産訴訟についての、上記意見書の提言を具体的に述べると概ね次のとおりである。

知的財産訴訟事件に関連して、従来から長期化しているとの指摘があった審理期間について、その半減を目標としている。

- ① 民事裁判の充実・迅速化に関する方策（計画審理の実施、証拠収集手続きの拡充、人的基盤の拡充）を検討する。
- ② 特許権等訴訟事件についての東京・大阪地方裁判所への専属管轄化、東京高等裁判所の専門的処理体制の強化の方策を検討する。
- ③ 裁判所調査官の権限拡大や専門委員制度の導入により、裁判所の専門性を強化する。
- ④ 弁理士法に付記された弁理士、つまり能力担保研修を終え試験に合格した弁理士に対し、弁護士との共同受任であることを前提として、特許等侵害事件についての訴訟代理権を付与する。
- ⑤ 法曹の専門性の強化をする。
- ⑥ ADRの拡充・活性化、訴訟との連携等を図る。

(2) 上記意見書の各課題項目を検討実施するために、政府の下に創設された司法制度改革推進本部、及び法務省法制審議会を中心として、知的財産権関連のさまざまな改革が進められた。

まず、民事訴訟全般の改革としては、計画審理等の訴訟の迅速化については、裁判の迅速化に関する法律が成立した（2003年7月16日施行）。

証拠収集手続きについては、民事訴訟法を改正して提訴予告通知制度を創設し、提訴前の証拠収集手続きの一部が拡充された（2004年4月1日施行）。

一方、証拠開示を推進する反面、企業の存続に関わる営業秘密は保護されなくてはならず、これについては、不正競争防止法の改正を行い、営業秘密の漏洩に対して、刑事罰が設けられた（2004年1月1日施行）。

また、特許、意匠、商標等訴訟事件についての管轄については、民事訴訟法が改正され、東京・大阪両地方裁判所の専属管轄となり、さらには、控訴審事件は、東京高等裁判所への専属管轄化が実現した（2004年4月1日施行）。

そして、後述するとおり、東京高等裁判所管轄の知的財産権事件は、今回創設見込みの知的財産高等裁判所の管轄事件になることとなった。以上の経緯により、より専門的体制が整っている東京、大阪地方裁判所、知的財産高等裁判所が、知的財産事件のうちより専門性の高い事件に関して、専門的に訴訟審理をすることが可能となった。

さらに裁判所調査官や専門委員制度の導入については、専門委員制度が導入され、裁判官の5人合議制が導入された（2004年4月1日施行）。さらに後述するとおり、裁判所調査官の権限が拡大して、より適切な専門家によるサポート体制の基盤が整った。

また、弁理士の希望者のうち、弁護士が講師となって実施した能力担保研修を受けた後、最終試験に合格した者は、弁護士と共同で、侵害

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

訴訟における訴訟代理権が与えられた。

ちなみに特許庁の審決に対してその取消を求める訴訟（審決取消訴訟）については、すでに弁理士に単独代理権が与えられている。

## 2. 2 知的財産訴訟検討会<sup>1)</sup>の動き

知的財産訴訟に関する司法制度改革をすすめるため、司法制度改革推進本部の下に、2002年11月、第11番目の検討会として知的財産訴訟検討会が発足した。

知的財産訴訟検討会は、学者、法務省、産業界、弁護士、特許庁、裁判所からの検討会委員により構成され、①侵害訴訟における無効の判断と無効審判の関係等について、②侵害訴訟の立証の容易化のための方策について、③知的財産訴訟における専門的知見の導入について、④「知的財産高等裁判所」、「技術系裁判官」、及び日本版ディスカバリーの各論点について、各関係者の意見を聞きながら慎重な検討が行われた。

次に具体的な議論状況と改正法の内容について述べる。

### (1) 侵害訴訟における無効の判断と無効審判の関係等について

#### 1) 経緯

これまでは特許庁が査定した特許権等の有効・無効の判断は特許庁の専権事項とされていたところ、最高裁判決（キルビー判決、平成12年4月11日判決、平成10年（オ）第364号債務不存在確認請求事件<sup>2)</sup>）により、特許の有効が明白である場合は、侵害訴訟事件を担当する裁判所でも、特許の有効・無効につき判断することができることとされた。

以後当該最高裁判決は実際に下級審で運用されてきたが、裁判所と特許庁の、特許の有効性についての判断の齟齬、それに伴う審理の長期化が問題とされ、またさらには裁判所が特許の有効を判断できる場合の要件とされる、「特許の

無効が明白である場合」の内容が不明確であるとの批判があった。

また、前記最高裁判決により、裁判所も無効の判断ができることになったため、裁判所と特許庁のダブルトラックが審理の長期化の原因となっていることから、判断主体を一本化するべきであるという議論もあり、その際、無効・訂正審判制度を廃止、もしくは審判の申立期間を制限するべきとの意見も強かった。

そして、侵害訴訟における無効の判断と無効審判の関係について、無効審判を存続させることを前提に、裁判所が判断するに際し明白性の要件が必要か、被告の特許無効の主張の法律構成如何（無効の抗弁か権利濫用の抗弁か）、「特段の事情」の要件の要否、権利者の防御手段としての訂正等の手続きの内容、さらには、侵害訴訟における無効判断の効力について検討された。

#### 2) 改正法の概要

上記検討の結果、侵害訴訟において、特許が特許法123条1項各号に掲げる事由に該当することを理由として、特許権の行使を認めるべきではないとの主張が被告から出た場合、裁判所は、特許が無効であることが明白であると否とに関わらず、当該事由の有無の判断をすることができるとし、当該特許が、特許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、特許権の権利行使を認めないこととした（特許法104条の3）。

そして、侵害訴訟と無効審判との判断の齟齬を防止するため、裁判所は、被告から特許無効の主張が出た場合、特許庁長官に通知し、同長官は、裁判所に対し、必要と認める書面の送付を請求することが出来ることとして、裁判所と特許庁との進行調整を図ることとした（特許法168条の5項、6項）。特許庁に対しては、侵害訴訟係属中に、訴訟当事者から請求があった訂正審判等については早期に審理する運用を行う

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

べきことを提唱している。

### 3) 評価と今後の課題

特許庁と裁判所の双方が特許の有効性について判断するという現制度が維持されたため、従来から批判のあったダブルトラックの撤廃は完全に解決されることはなく、判断の齟齬や両制度の存続により審理が長期化する余地も残される結果となった。

また、「明白性」の要件の撤廃については、むしろ撤廃することで訴訟審理期間が長期化する等の意見もある<sup>3)</sup>が、「明白性」の内容が不明瞭であったことから、今後判決の予測可能性が高まることになると思われる。裁判所と特許庁との進行調整、迅速かつ適正な審査・訴訟指揮等、特許庁及び裁判所の力量がかなり問われる。今後の運用等、制度の検証を行う必要がある。

## (2) 侵害訴訟の立証の容易化のための方策について

### 1) 経緯

特許法105条は、民事訴訟法220条の特則として、侵害行為の立証の容易化を図るべく文書提出命令の規定を設けている。しかし、文書提出命令の可否を判断するインカメラ審理の手続きにおいては、申立人や申立代理人に対して、インカメラ審理の対象となる文書の開示がなかったため、申立人側に反論の機会がないまま、裁判所によって文書提出命令の是非が決められる点に批判があった。知的財産訴訟検討会では、①文書提出命令における文書提出義務の範囲について、特に提出義務の除外事由の中の「正当な理由」に営業秘密を入れるべきか否か、②インカメラ審理における文書の申立人側への開示と同審理において開示された営業秘密保護の方策について、検討が行われた。

### 2) 改正法の概要

証拠開示という観点から、営業秘密であっても、インカメラ審理の対象となる文書を申立人や申立人訴訟代理人に対して開示することとし（特許法105条3項）、一方で、営業秘密を保護するために、裁判官の判断で、一定の場合は秘密保持命令を発令することができ、当該命令は秘密保持命令の取消があるまで有効であるものとした（特許法105条の4ないし6）。

また、営業秘密が問題となる訴訟について、一定の要件の下で公開停止をすることができるものとした（特許法105条の7）。

### 3) 評価と今後の課題

訴訟における十分な攻撃防御の確保という観点から、営業秘密を当事者等にも広く開示することを認め、一方で当該営業秘密の保護を図るという趣旨で、秘密保持命令、当事者尋問等の非公開を認めたものであり、憲法学者の意見を聞いたうえ、創設された制度である。

営業秘密は一旦漏洩されれば、もはやその価値はなくなるものであり、営業秘密の保護が確保されなければ、逆に当事者が自制的に証拠開示をしなくなり、ひいては、適正な訴訟進行、権利保護が図れない可能性があったため、営業秘密保護のための秘密保持命令等の措置は不可欠であり、比較法的<sup>4)</sup>にも妥当な措置であると思われる。

今後、裁判所を始め、制度の実際の運用について、適宜検証を行っていくべきである<sup>5)</sup>。

## (3) 知的財産訴訟における専門的知見の導入について

### 1) 経緯

専門家による裁判官のサポートとして現行の裁判所調査官制度があるが、同制度をさらに改正し、新たなサポート制度を導入する必要があるのか、あるとした場合の具体的方策について検討された。検討の具体的事項は、①裁判所調

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

査官の権限の内容、②透明性・中立性の確保のための具体的方策、③給源の問題、④改正民事訴訟法による専門委員との差異等についてであった。

従来、裁判所調査官は、あくまで裁判官の黒子として、一切当事者等の面前に現れることがなかったが、その意見は、実際は裁判官の判断を左右し、非常に不透明であると言われていた。一方で、裁判官自身の技術専門知識の不足により裁判の遅延、不合理な判断等が存在するとの非難も強かった。

今回は知的財産訴訟検討会で、裁判官の専門性のサポートはどうあるべきかという観点から、技術判事の導入の可否、裁判所調査官の権限の拡大、専門委員との関係について、主に議論された。

## 2) 改正法の概要(民事訴訟法92条の8、9)

上記検討会の議論の中で、技術判事の導入は否定され、裁判所調査官の権限拡大については、裁判所の判断を前提として、当事者に対し発問し、自己の意見を説明し、裁判官に対し参考意見を述べる権限が与えられた。専門委員との関係については、裁判所調査官は原則全件に関与し、一般的な技術的サポートをするのに対して、専門委員は、バイオテクノロジー等の、より専門性の高い事件について事件ごとに専門的サポートをすることとした。

一方裁判所調査官にも除斥、忌避の制度が設けられた。

## 3) 今後の課題

裁判所調査官が、当事者の前で発問したり、自己の意見を述べたりすることができるようになったため、当事者にとってもある程度当該調査官の意見が判断できることとなった。しかし、あくまで裁判官の判断を前提とすること、当事者からの反論の機会の確保が十分ではないことから、従来の、裁判所調査官の不透明性の問題は積み残される形となった。

また技術判事については、導入の可否の議論が再燃することもありうる。

今後、制度の運用実績等の検証を行うとともに、裁判所調査官の透明性の確保、技術裁判官の導入阻止等については、引き続き主張していく必要がある。

## (4) 知的財産高等裁判所設置法案について

### 1) 経緯

知的財産高等裁判所については、独立の第9番目の高等裁判所を創設するべきとする産業界等の意見と、東京高等裁判所内に創設するべきとするその他の意見とで知的財産訴訟検討会でも意見の不一致があったが、知的財産戦略本部の元に設置された権利保護基盤の強化に関する専門調査会での議論を経て、最終的に、関係各者調整の上、2004年1月、知的財産訴訟検討会において意見の一致を見た。

つまり、わが国の経済社会における知的財産の活用の進展に伴い、知的財産の保護に関し、司法の果たすべき役割がより重要となることにかんがみ、知的財産に関する事件についての裁判の一層の充実及び迅速化を図るため、知的財産に関する事件を専門的に扱う高等裁判所を東京高等裁判所内に創設するという事となったものである。

### 2) 法案の概要

東京高等裁判所の中に知的財産高等裁判所を創設し、管轄は改正民事訴訟法の東京高等裁判所の管轄によるものとする。

最高裁判所は知的財産高等裁判所裁判官を任命し、内一人を同高等裁判所長とする。

司法行政事務は知的財産高等裁判所の裁判官会議によるものとし、知的財産高等裁判所長が総括する。知的財産高等裁判所事務局を設ける。

### 3) 評価と今後の課題

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

前述のとおり、独立した第9番目の高等裁判所を創設することで、知的財産重視の姿勢を世界に示すとする意見と、東京高等裁判所に知的財産高等裁判所を作り、実績、内容を充実させるべきであるとした意見が対立した結果、最終的に上記法案の内容で決定した。

議論の際に諸外国の法制度も調査研究したが、各国にはその国の法社会的事情があり、一概には比較できない<sup>6)</sup>。

例えば、韓国には、完全に他の高等法院（裁判所）と同列で、立派な建物を有する独立の高等法院（裁判所）である特許法院が存在する。

しかしながら当該特許法院は、韓国における知的財産重視の結果として創設されたわけではない。従来、韓国では、行政庁である特許庁抗告審判所の審決が事実審の最終審であり、当該審決を直ちに大法院に上告するようになっていた。この点、大法院（最高裁判所）が、当該仕組みは司法国家主義、三権分立原則に反し、国民の裁判を受ける権利を阻害するものとして違憲であるとしたため、それを受けて、1998年3月1日に、ソウルに特許法院が設置された。その後、特許法院は大田区（デジュン）の現在の特許法院建物内に移転した。

特許法院の管轄は、現状は特許審判院（特許庁）の審決取消訴訟（特許訴訟）のみであるが、特許法院の庁舎は広く、将来、侵害訴訟事件を受け入れても十分余りあるものである。

このように韓国では名実ともに独立した審決取消訴訟を専門に扱う特許法院（特許高等裁判所）が存在するが、これは、単に大法院の上記判決に基づいて別途創設した訳で、特に、知的財産重視の結果ということではない。そして、将来、侵害訴訟までを特許法院の管轄として、その重要性を高めるべきという意識は、裁判所、弁護士、関係者間で現在のところ、それほど高いものではない<sup>7)</sup>。

要は、建物を作り外観を整えたとしても、形

式的な建物等の存在と当該裁判所の存在価値はリンクするものではなく、問題はの中身如何ということである。

わが国でも、知的財産高等裁判所の存在価値を高めるためには、今後当該裁判所の出した判決の内容や世界に対する情報発信等で、その質を高めていくことに尽きるのではないだろうか。

今後、地方の司法アクセスの問題を解決し、国際的にも国内的にも産業界、中小企業等、地方在住者等をはじめとする当事者が利用しやすい制度設計をし、それを世界に発信していく仕組み作りが重要となってくる。

なお、今後当該知的財産高等裁判所が、技術的背景はあるが、司法試験に合格していない、いわゆる「技術系裁判官」登用の基盤となることのないように十分検証していく必要がある。

## 3. 知的財産全体としての網羅的改革

### 3.1 知的財産戦略本部の動き

2002年2月4日、小泉首相が第154回国会衆議院本会議での施政方針演説の中で知的財産を国家戦略として、その保護、活用をすると述べ、知的財産戦略会議<sup>8)</sup>が設置された。以後、知的財産権は国家政策の一環としての色彩を帯びる。

知的財産戦略会議は、2002年7月3日、知的財産戦略大綱<sup>9)</sup>を作成し、それに基づき、2002年12月4日、知的財産基本法が制定され、同法により「知的財産の創造、保護及び活用に関する施策を集中的かつ計画的に推進するため」、知的財産戦略本部が置かれることとなった。

2003年3月1日、全閣僚及び有識者（10名）で構成された知的財産戦略本部が設置され、以後、知的財産は、国家政策として同本部会合でさまざまな議論がされた後、2003年7月4日、「知的財産の創造、保護及び活用に関する推進計画」（以下「推進計画」という）が策定された。

同計画は、前述の知的財産訴訟に関する司法

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

制度改革審議会意見書に掲げられた内容をはじめとして、知的財産関連事項を網羅的に記載しており、①創造分野、②保護分野、③活用分野、④コンテンツ・ビジネスの拡大、⑤人材育成と国民意識の向上の各項目に分けて、改革案を提言している<sup>10)</sup>。

同計画は、概要で、「知財立国」の実現に向けて、①知的財産に関する特例を作る、②国際競争力のある制度を作る、③迅速に改革を行う、ことを取組方針として掲げたことに加えて、各改革事項には、実施につき取り組むべき担当府省を明記したうえ、改革の期限も同時に記載している。そして、知的財産戦略本部はその総合調整を行うこととした。

具体的な施策の内容は、大学発ベンチャーの保護、模倣品等対策、コンテンツ・ビジネスの保護等、職務発明規定の廃止・改正、特許審査の迅速化法の制定、知的財産高等裁判所の創設、法科大学院、司法試験制度の改革等多岐にわたる。

また、重要性の高い課題については、知的財産戦略本部が専門調査会を設置して直接調査審議することとした。

上記の専門調査会としては、権利保護基盤の強化に関する専門調査会、コンテンツに関する専門調査会、医療関連行為の特許保護の在り方に関する専門調査会、の三つが設置された。

各専門調査会の活動は次に述べるとおりである。

まず、権利保護基盤の強化に関する専門調査会は、2003年10月に発足し、2004年4月まで、合計7回の会合が開催された。2003年12月には、知的財産高等裁判所創設に向けての活発な議論がなされた後、同専門調査会としての最終的な案を取りまとめ、また特許審査を迅速化するための総合施策について取りまとめた<sup>11)</sup>。

2004年2月以降は、模倣品・海賊版対策に取り組む、4月の会合では、取りまとめ案を中心に議論した<sup>12)</sup>。

コンテンツ専門調査会は、同じく2003年の10

月から2004年3月15日まで、コンテンツ・ビジネスの振興に向けて、各業界の代表が専門委員として参画し、同委員は、出身業界の利益にこだわらない全体的な視野で、わが国のコンテンツ・ビジネス振興に向けて討議をした。その結果、コンテンツ・ビジネス振興政策案が取りまとめられた<sup>13)</sup>。

医療関連行為の特許保護の在り方に関する専門調査会は、各関係者からのヒヤリングを重ねた後、議論をして、2004年夏までには意見を取りまとめる予定である。これまでの各専門調査会の取りまとめその他を前提に、2004年5月27日、さらに知的財産戦略本部は「推進計画2004」を策定した。

### 3. 2 その他の知的財産関連法案

前記推進計画は、具体的な計画実行の時期及び担当省庁を定めていたところ、各担当省庁は、その実現に向けて、2004年通常国会にさまざまな改正法案を提出した。その内主なものは、以下のとおりである。

#### (1) 特許審査の迅速化等のための特許法等の一部を改正する法律案（5月28日成立）

法案の中で、特に注目されるのは、特許法35条（職務発明に関する規定）の改正案である。同改正案は、契約等で、職務発明に係る対価を定める場合には、使用者等と従業者等との間で行われる協議の状況等を考慮して合理的に定めるべきであるとし、対価の定めがないか不合理である場合の対価決定の考慮事由を条文上に具体的に列挙した。

#### (2) 著作権法の一部を改正する法律案（6月3日成立）

著作権審議会において、著作権について様々な議論がなされていたが<sup>14)</sup>、そのうち、書籍・雑誌の貸与に係る暫定措置（著作権法付則4条の

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

2)<sup>15)</sup>の廃止と、「日本販売禁止レコード」の還流防止措置について（著作権法113条5項）、関係者の合意が成立したとして、今国会に改正法案が提出された。

しかし、特に後者については、その改正法案提出にいたる経緯につき、種々の問題があったことが指摘されている。つまり広くすべての関係各者に対して、背景事情、実態その他について十分な説明がなされないまま、半ば一方的に法文が作成され改正法案となっているという批判である。

当初は、アジア諸国等でライセンスされた、日本よりはるかに安い日本の音楽レコードが、日本へ還流してくるという問題について、日本の音楽産業の国際展開や音楽文化の海外への普及を積極的に図る環境を整備するため、還流防止措置を導入すべきであるというのが、改正理由であるとされていた。しかし、実際は、日本の音楽レコードのみではなく、欧米諸国の音楽レコードも輸入禁止の対象となり、当該改正法の成立により、わが国の再販制度と相まって、結局は日本の消費者のみ、他のどの国よりも高いレコードを買わなければならないという不利益を受ける恐れが高くなる<sup>16)</sup>わけで、その点の説明が不足していたということである。

上記が現実となれば、日本の消費者利益を著しく損なうばかりか、日本の消費者からすぐれた音楽作品に触れる機会を奪い、最終的には日本文化にも支障をきたすこととなる。この点、改正法案策定にあっては、少なくとも、正面から国民や議員、消費者団体、関係各者にすべての情報を開示して、十分な議論をしたうえで、その内容の検討にはいるべきであった。

### (3) その他の改正

1) 関税定率法の一部を改正する法律（3月31日成立・4月1日施行）により、知的財産権侵害物品の輸出入者情報の開示を認めた。

2) 信託業法案（金融庁が3月5日に提出）により、知的財産権を含めた財産権一般を受託可能財産とするとした。

3) 破産法案（法務省が2月13日に提出）により、ライセンサー破産時におけるライセンスの保護を認めた（5月25日成立）。

4) コンテンツの創造、保護及び活用の促進に関する法律案が、議員立法で3月9日提出され、5月28日成立した。

## 4. 知的財産の特色と今後のあるべき姿

### 4.1 知的財産権の性質

知的財産権の対象となる情報の利用はそもそも自由であり、しかもその無体物という特質から法的な規制がなければ、発明等の実施行為や著作物などの利用行為は、誰でもどこでも、比較的容易に行うことができるものである。

しかし、このような模倣を無制限に許容すれば、誰も莫大な資本を投下して発明等の成果を生み出すことをしなくなる。当初莫大な資本を投下することにより得られる市場先行の利益だけでは投下資本を回収することができず、それよりは、セカンドランナーとして他者が開発した発明等にフリーライドすることの方が、少ない資本で同様な利益を得ることができるからである。特に知的財産は、情報が有する特質から、模倣することにより、より安価かつ容易に、当初開発されたものとほぼ同水準のものを入手することができるということからしても、無制限なフリーライドを認めることは、産業や文化の発展を阻害するということになる。

しかし、一方で、行過ぎた保護も同様な問題がある。

昨今の知的財産重視、保護の動きは、さまざまな模倣行為を禁止し、よって発明、創作のインセンティブを高めることで、知的創造力、ひいては国家の経済力を高めようとするものであ

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

るが、我々は偉大な先祖の発明の恩恵を蒙りながらその上に新たな発明をし、他人の芸術の模倣をしつつ、独自の芸術を生み出してきたのであり、世の中はフリーライドで発展し豊かになるということができる。知の創造は、常に過去の知を利用するわけなので、その保護が余り強すぎると、新しいものを創造するときの弊害になり、かえって知の豊かな創造を阻害することとなる。

その点を十分に認識しなければならない。

知的財産権は、有体物の所有権等と異なり、多分に競争政策的な要素を考慮する等して、権利の内容が柔軟に決定されるものであるということである。例えば、特許権は、発明を一定期間独占する権利であることは間違いない事実であるが、価格の支配まで含めて全て独占するか、一旦流通においた場合は、当該商品が国内に戻ってくれば、権利の中身としてそこまでは含めないとするのか等々、一義的に決められるものではない。

権利の幅をどのように確定するべきかという点は、多分に政策的に決定される余地があり、かつ時代の様相を反映するものであるといえる。

#### 4. 2 司法による知的財産権の内容決定

(1) 上記、特許権の権利としての強弱を司法が決定した例としては、国際消尽<sup>17)</sup>の可否を争った、ベーバーエス並行輸入事件(以下、BBS事件という。)が挙げられる。

当該事件は、日本とドイツのタイヤのアルミホイールに関する特許権をBBS社が保有していたが、両国での価格差が大きかったため、並行輸入商社がドイツで購入し、日本に並行輸入したところ、BBS社が特許権侵害を理由に提訴したという事案である。

東京地裁(平成6年7月22日判決 平成4年(ワ)第16565号特許権侵害差止等請求事件)<sup>18)</sup>と、東京高裁平成7年3月23日(平成6年(ネ)

第3272号特許権侵害差止等請求控訴事件)<sup>19)</sup>で、結論が分かれた。

そして、以上の下級審判決をふまえて、最高裁判所は、以下のとおり判示した(最高裁平成9年7月1日判決 平成7年(オ)第1988号特許権侵害差止等請求事件<sup>20)</sup>)。

①特許法による発明の保護は社会公共の利益との調和の下において実現されなければならないものであるところ、②一般に譲渡においては、譲渡人は目的物について有するすべての権利を譲受人に移転し、譲受人は譲渡人が有していたすべての権利を取得するものであり、特許製品が市場での流通に置かれる場合にも、譲受人が目的物につき特許権者の権利行使を離れて自由に業として使用し再譲渡等を行うことができる権利を取得することを前提として、取引行為が行われるものであって、仮に、特許製品について譲渡等を行う都度特許権者の許諾を要することになれば、市場における商品の自由な流通が阻害され、特許製品の円滑な流通が妨げられて、かえって特許権者自身の利益を害する結果を来し、ひいては「発明の保護及び利用を図ることにより、発明を奨励し、もつて産業の発達に寄与する」(特許法1条参照)という特許法の目的にも反することになり、③他方、特許権者は、特許製品を自ら譲渡するにあたって特許発明の公開の対価を含めた譲渡代金を取得し、特許発明の実施を許諾するに当たって実施料を取得するのであるから、特許発明の公開の代償を確保する機会は保障されているものといえることができ、特許権者又は実施権者から譲渡された特許製品について、特許権者が流通過程において二重に利得を得ることを認める必要性は存在しないからである、としたのである。

その上で、結論としては国際消尽を否定し、但し特許権者等の当事者の意思が、外国での販売ないし使用を除外する旨を譲受人との間で合意し、かつ、そのことを本件各製品に明示して

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

いない場合は、当該国に対しても流通することができるとした。

この最高裁判決を見ても明らかなように、判決の相対効から当該事件に限ってという限定はあるものの、特許権が有する権利の範囲を、最高裁が種々の背景事情、権利者、第三者との利益状況を考慮した上で決定したということが出来る。

(2) さらに著作権の事件ではあるが、以下に説明する中古ゲームソフト事件も、最高裁により、権利の範囲が定められた例である。当該事件は、ゲームソフトの中古品販売の可否について、4年間にわたり東京、大阪の各地裁、高裁の専門部により検討がなされた。

争点は、ゲームソフトが映画の著作物か否か、映画の著作物として頒布権が認められるか、頒布権は消尽するかという点であった。

まず東京地裁では、ゲームソフトは映画の著作物に該当せず、頒布権は認められないとされた(東京地判平成11年5月27日<sup>21)</sup>)。大阪地裁では、ゲームソフトは映画の著作物に該当し、頒布権はあるとされた(大阪地判平成11年10月7日<sup>22)</sup>)。

東京高裁では、ゲームソフトは、映画の著作物に該当するが、販売される複製物には頒布権はないとされた(東京高判平成13年3月27日<sup>23)</sup>)。

そして、大阪高裁では、ゲームソフトは映画の著作物に該当し、頒布権はあるが、適法に譲渡されると頒布権は消尽するとされた(大阪高判平成13年3月29日<sup>24)</sup>)。

このように、東京、大阪各地裁、高裁で意見が分かれ、最終的には、平成14年4月25日の最高裁判決<sup>25)</sup>により統一的な司法的判断が確定したものである。

最高裁は、ゲームソフトが映画の著作物であるので、著作権法26条1項所定の頒布権が認められるとしたうえで、①著作権法による著作権

者の権利の保護は、社会公共の利益との調和の元において実現されなければならないと言明し、②一般に商品を譲渡する場合は、目的物に付着する著作物又はその複製物が譲渡の目的物として市場の流通に置かれる場合にも、譲受人が自由に再譲渡できる権利を取得することを前提として、取引行為が行われるものであるとした上で、仮に著作物又はその複製物について、譲渡を行う都度、著作権者の許諾を要するということがあれば、市場における商品の自由な流通が阻害され、著作物又はその複製物の円滑な流通が妨げられて、かえって著作権者自身の利益を害することになるおそれがあり、ひいては「著作者等の権利の保護を図り、もつて文化の発展に寄与する」という著作権法1条の目的にも反することになり、③著作権者は譲渡に当たり代金を取得することができるので、二重に利得を得る必要はないとし、前述のBBS事件との関連性を維持した。

また判決は、そもそも劇場用映画に頒布権が与えられた理由として、映画の製作に多額の資本が投下され、流通をコントロールして効率的に資本を回収する必要があったこと、劇場用映画の取引には、複製物の数次に渡る貸与を前提としての配給制度の慣行があり、著作権者の意図しない上映行為を規制することが困難であったという理由を挙げる。

そして、さらに判決は、これらの事情を考慮して、著作権法26条1項の規定するのは、配給制度という取引実態がある映画の著作権に関する頒布権であり、これらの著作物等を、公衆に提示することを目的として譲渡し、又は貸与する権利は、消尽しないという前提をとりつつ、一方で公衆に提示することを目的としない、家庭用テレビゲーム機に用いられる複製物の譲渡については、同法26条はなんら規定していないので、消尽の有無は解釈にゆだねられ、最高裁は、複製物を公衆に譲渡する権利は、一度適法

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

に譲渡されることによって目的を達成し、消したと解釈するべきであるとした。

この最高裁判決は、特許に関する前記BBS判決と一貫性を保持したうえで、知的財産権の保護は、社会公共の利益との調和の元に、バランスを保つ必要があり、過度な権利保護は、かえって著作権者自身の利益を害することになるという、基本的な法の枠組みに関する判断を示したものである。

ちなみに、平成13年8月1日に、公正取引委員会は株式会社ソニー・コンピュータエンタテインメントに対する審決で、「中古品取扱い禁止行為が新品PSソフトの再販売価格の拘束行為の実効的な実施に寄与し、同行為を補強するものとして機能していると認められる。」との判断を示している。

#### 4. 3 米国の状況

米国は、知的財産権の保護に関してわが国より数段進んでおり、わが国における一連の改革は米国の制度を参考にした点も多い。しかし、かかる米国においても知的財産権の保護と競争原理・表現の自由等の公益的側面から様々な配慮がなされている。

##### (1) FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC) Report

米国FTCレポート(to promote innovation the proper balance of competition and patent law and policy)は、主に特許権と自由競争原理との関係で、次のとおり述べる。

同レポートは、十分な独創性のない数だけ多い特許権は、当該特許権の侵害を回避するため、研究費や調査費の増大をまねき、その点は自由競争上重要な問題であるとともに、かえって将来の発明の促進を阻害すると指摘する。そして、特許等の権利の範囲は、多分に政策的側面があり、そのバランスを考慮されなければならない

ため、関係各者が十分コミュニケーションを図るべきであるとしている。

このレポートは、いくつかの提言を述べた後、最後に、イノベーション、公共利益、国家利益には、特許制度と競争の双方が重要であり、どちらか一方に偏ってはならず、質の良い特許が増加することを促すとともに、競争制度とのバランスを保つことによって、産業の発展を促進することができる旨を指摘している。

そして、関係各機関と協力して各当事者のコミュニケーションの場を設け、十分な議論を重ねることで、適正な権利保護の範囲はどこかを模索することこそが重要であり、FTCとしては、この点になにより尽力すると結んでいる。

##### (2) 著作権について

特許権等が産業の発展を考慮するのにとどまるのに対し、著作権法は、憲法上の「表現の自由」、「知る権利」と密接に関連し、過度の干渉はこれらの権利を侵害するという側面を有する。

この点、米国では、WIPO著作権条約及びWIPO実演・レコード条約の履行として立法されたDigital Millennium Copyright Act (DMCA)は、わが国の著作権法より広範囲に権利保護がなされていることから、当該法の下、種々の行為が違法とされ、論議を呼んでいる<sup>26)</sup>。また、同国では、著作権の保護期間を20年延長したSonny Bono Copyright Term Extension Act (CTEA)が、憲法に違反するかという点で議論された事件<sup>27)</sup>では、多数意見は、Fair Useの存在やアイデア・表現の二分論の存在等を理由に、合憲としたが、保護期間の延長は、科学の発展を阻害し、また国民の権利を侵害するものとする反対意見も出されている<sup>28)</sup>。

#### 4. 4 おわりに—コミュニケーション・ネットワーク作りの重要性—

以上、述べてきたように知的財産は、市場原

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

理、国策としての産業政策、芸術文化政策とも密接に関連しているところ、利用者である一般消費者を含める関係各者の微妙なバランスを保持できて初めて、真の意味で、知的財産の創造、保護及び活用を実現することができる。

そして、このようなバランスを取りつつ、権利の範囲をどこまでとするのかを決定するのは、これまで、時に裁判所たる司法であり、立法であった。

前述の、中古ゲームソフト事件の場合も映画の著作物とした上で、著作権法26条1項の射程範囲を制限せず、単純に適用することもできたわけであるが、最高裁はそうすることなく、種種の事情を考慮したうえで、法解釈により中古ゲームソフトの頒布権は消尽するとし、当該著作権の権利の範囲を決定したわけである。これはいわゆる、司法による知的財産の権利範囲決定の好例であるといえる。

本来、立法機関により法律で権利の範囲を確定するのが筋であろうが、下級審での種々の議論を経た上で、最終的に最高裁で決定することによるメリットも大きい。

仮に立法機関が、一部の権利者や一時的な情勢に流されて、自由競争原理、市場の仕組み等を軽視して、立法すれば、前述したとおり、結果として産業や文化の発展を阻害するという恐れもある。

但し、かといって司法に任せて、最高裁による最終判断まで待っていたのでは、国益、政策と密接に関わる知的財産の性質上、その保護において時機に遅れてしまうという意見も無視することができない。

いずれにしても、知的財産の保護、権利の拡大を図ること一辺倒では、知的財産の発展、保護に寄与することはできないことは前述したとおりであり、公共利益、国家利益には、知的財産制度と競争制度とのバランスを保つことが必要である。

関係各機関と協力して各当事者のコミュニケーションをはかった上で、適正な権利の幅を策定していくことが何より肝要である。

前記米国FTCが提案するとおり、まず参加者の偏りのないコミュニケーションの場を確保すること、そしてその場での十分な意見交換の機会が確保されることを前提として、かつ時期に遅れることなく、法律の整備をする、理想論を言えばそうなるであろう。

質の高い知的財産を生み出す仕組みを整え、保護し、社会全体で活用し、再投資により更に知的財産を創造する力が生み出されてくるといふ知的創造サイクル<sup>29)</sup>を確立するためには、その担い手たる弁護士、研究者、企業、大学、創作者、流通業者、市民その他関係各者が日頃から交流し、互いに事情を理解したうえで、知的財産の保護、円滑な流通に向けて、前向きな議論をすることが出来るようなコミュニケーションの場、ネットワークの仕組み作りが必要である。

そして上記ネットワークは、紛争がおきた際にだけ、互いに利権を主張し合うだけの場ではなく、常時互いに協力しながらより良い関係を築くことを目的とするものでなければならない。

また、最高裁を頂点とする司法は、前記当事者の交流等の事情や、さらに種々の事情を考慮した上で判断を下し、その判断もまた、上記コミュニケーションの場で咀嚼されることにより、上記知的創造サイクルの確立のために適度なバランスのあり方を探っていくことができるのではないだろうか。

わが国では、これまで行政主導型の法律改正を行ってきており、関係各団体の立法の主体的に関わるという当事者意識が薄いため、関係各者間及び行政、立法機関との十分なコミュニケーションが図れないという実情にあった。

今後は、上記を反省したうえで、行政、司法、立法、民間の枠を越えて、柔軟にネットワークの場を設けることに努力するとともに、その中

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

で常日頃から、十分な議論・コミュニケーションを図り、お互いの立場・利益状況等の理解を深めることで、適正、妥当な立法に結び付けることができると考える<sup>30)</sup>。

### 注 記

- 1) <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/11titeki.html>
- 2) 最高裁判所民事判例集54巻4号1368頁
- 3) 飯村敏明「月刊民事法情報」(2004.4) 211号17,18頁
- 4) 「アメリカ合衆国における裁判の公開と秘密保護—訴訟手続きにおける秘密保護手続きの運用実態に関するアメリカ合衆国現地調査報告書」日本弁護士連合会 情報問題対策委員会  
「知的財産権訴訟制度の国際比較」別冊NBL, No. 81号81頁150頁
- 5) 飯村敏明「月刊民事法情報」(2004.4) 211号20頁
- 6) 「知的財産権訴訟制度の国際比較」別冊NBL, No. 81号218頁以下
- 7) 筆者が2004年3月、裁判官、弁護士にヒヤリングした印象による。弁理士からは、弁理士の侵害訴訟代理権との関係で侵害訴訟を特許法院で行えるようにするべきであるという要望が強く出ている。
- 8) <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki/index.html>
- 9) 知的財産戦略大綱参照, <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki/kettei/020703taikou.html>  
知的財産の創造、保護及び活用に関する推進計画参照。
- 10) 知的財産戦略本部の動きについては、「知財立国の道」内閣官房知的財産戦略推進事務局編に詳細に記載されている。
- 11) <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/kenrihogo/dai4/4gijisidai.html>
- 12) <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/kenrihogo/dai7/7gijisidai.html>
- 13) <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/contents/houkoku/040409houkoku.html>
- 14) [http://www.mext.go.jp/b\\_menu/public/2003/03120901/002.htm](http://www.mext.go.jp/b_menu/public/2003/03120901/002.htm)
- 15) 著作権法26条の3によって創設された貸与権について、(著作権者はその著作物をその複製物の貸与により公衆に提供する権利を専有する) 弱小貸本業者保護のため、書籍又は雑誌の貸与による場合には、当分の間、適用しないとした(著作権法付則4条の2) 措置をいう。
- 16) 2004年4月20日参議院文教委員会での質疑において、文部科学省は米国の5大メジャーは、日本への輸入を除外することではなく、実際は、当該恐れはないと説明している。
- 17) 消尽とは、一旦特許等が付着した製品を譲渡して流通においた場合は、権利が消えてなくなるということである。特許権等において国内消尽は一般的には認められている。
- 18) 最高裁判所民事判例集51巻6号2401頁  
東京地裁は、特許権は、各国における権利の独占であるから、消尽も国内にとどまるとし、国際消尽を否定した。
- 19) 最高裁判所民事判例集51巻6号2441頁  
東京高裁は、特許権は発明公開の代償の確保の機会を1回に限り保障したもので、それは国内と国外とを問わないとして、国際消尽を認めた。
- 20) 最高裁判所民事判例集51巻6号2299頁
- 21) 判例時報1679号3頁
- 22) 判例時報1699号48頁
- 23) 判例タイムズ1060号281頁
- 24) 判例時報1749号3頁
- 25) 中古ゲームソフト大阪事件(最高裁第一小法廷平成14年4月25日判決・最高裁判所民事判例集56巻4号808頁)、中古ゲームソフト東京事件(最高裁第一小法廷平成14年4月25日判決)
- 26) 野口祐子「デジタル時代の著作権制度と表現の自由—今後の知的財産戦略にあたって考慮すべきバランス(下)」NBL, No. 778号35頁以下
- 27) Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186(2003)
- 28) 横山久芳「ミッキーマウス訴訟がもたらしたもの」ジュリスト1244号268頁
- 29) 知的財産戦略大綱参照, <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki/kettei/020703taikou.html>
- 30) 2004年4月1日付で、弁護士によって、「エンターテインメント・ロイヤーズ・ネットワーク」が創設された。弁護士と、隣接他士業、エンターテインメント業界の連携を図るとともに、相互に研鑽し、理解を深めることで、弁護士を含めた関連業界全体の発展を図る事等を目的とする。

(原稿受領日 2004年4月18日)