

知的財産法を巡る現代的課題

棚橋祐治^(*)

人類は、250年前に興った産業革命以降たゆまざる技術革新を成し遂げている。

とくに、20世紀後半からのコンピューターの発達はいわゆるIT革命の時代をもたらした。半導体によるコンピューター自体の能力のおそるべき向上は、インターネット・デジタル技術の著しい普及をもたらした。IT技術は、物づくりの技術にも大きく貢献した。

物づくりと並んで、知づくりはその重要性を一層高めている。

こうしたことから、知的財産をとりまく状況は、大きく変化している。

重化学工業時代には、鉄鋼、化学、機械、自動車などの特許が重要性を高めた。IT技術の普及による知識集約化時代には、コンピュータ、半導体、情報通信やバイオなどさらにはプログラムなどの特許が一段と重要になった。また、著作権などの権利者と利用者の関係が多様化した。

21世紀の高度情報化時代は、IT技術に加えて情報と情報を結ぶ匠の技術(タスク)の存在が重要視される。特許権と並んでノウハウなど営業秘密の保護が重要性を高める。

世界のグローバリゼーションの進展は、特許制度などの国際的斉合性と国際協力を要請する。

かかる視点から、知的財産権を巡る現代的課題について考察する。

一 知的財産改革をもたらす環境の変化

(1) はてしなき技術の進歩

250年前に生じた産業革命は、物の生産に文字通り大変革をもたらした。

それをもたらしたのは、薪炭に代って石炭・石油・天然ガスのエネルギーが登場したからであった。

60年前のコンピューターの登場により、産業社会も家庭生活も画期的に変化した。

それを可能ならしめたのは、半導体の発明であった。

技術革新は、例えばナノの技術になり、ハード技術と並んでソフト技術の重要性が高まった。

物づくりと知づくりが表裏一体となった。

(2) インターネット・デジタル社会の出現

30年前にインターネット・デジタル技術が出現し、情報革命の時代になった。

物づくりと並ぶ知づくりは、とくにその生産基盤である技術とその利用分野である遺伝子解析・組換え技術などの分野において大きな技術革新がみられた。

情報革命は、物の可視の世界と並んで情報という不可視の世界をもたらした。

そして、占有可能の世界を占有不可の世界に広げた。

さらに、放送・通信の分野が一般と拡大しあるいは

融合し、情報の拡散が格段に強まった。

(3) グローバリゼーションの進展

世界貿易・投資にみられるように自由化の進展が著しく、世界が国境なき時代に入っている。

物づくりも知づくりも、世界的な競争の時代に入っている。

グローバリゼーションの進歩は、世界に格差の拡大という負をもたらした。

先進国と経済的最貧国との格差は、知的財産分野においても薬品の模倣などさまざまな問題を惹起している。

二 産業(ものづくり)構造と知的財産

20世紀後半におけるわが国の産業の発展は、物づくりと知づくりが融合したものとなっている。

すなわち、昭和30年代後半(1960年頃)から昭和50年頃(1975年頃)までの重化学工業化時代は、米国の物質文明の水準にできるだけ早く追いつこうとする時代であった。

製品分野では、三種の神器といわれる家電製品を中心とし、自動車産業が台頭し、初期のコンピューター技術が芽生えてきた時期である。

(*) 日本大学教授

素材分野では、1千万トンの鉄の高炉、20万バレルの石油精製、20万トンのエチレン製造装置が登場した。品質・性能を追求すると共に、大規模生産によるコスト低減が求められた。

昭和50年代以降昭和60年代(1988年頃)までは、知識集約化時代といわれる時期であった。

この時代の象徴は、コンピューター技術の著しい発展とそれを支える人間の脳細胞に相当する半導体技術の進展であった。

また機械と電子が一体化して、工作機械やロボットが生産を拡大し、世界でもトップのシェアを占めるに至った。

自動車産業はさらに発展し、成熟化した。

国際的には、先端技術分野(コンピューター、半導体、工作機械、自動車など)における日米貿易摩擦が激化した。

米国は、ものづくり技術が衰退し、大幅な貿易赤字に悩み、ヤングレポートなどで米国の技術の復活を強く主張した。

知的財産の分野でも、日米構造協議などの中で、日本の特許審査の遅れにみられるように日本の産業政策と特許行政とが密着しているなどの厳しい批判がみられた。

平成元年(1989年)以降現代に至る時期は、情報高度化時代といわれる。

物づくりにおいて、部品や素材についても一般と高い精度・機能が求められるが、例えば部品と部品とを結びつける技術(タスク)において高度な情報の結合が求められる。いわゆるインテグラル(すりあわせ)技術である。

IT技術の高度化がその前提になる。

DNAなど遺伝子の解析に伴う治療、医薬さらには細胞の再生などの分野でも革新技術が進んでいる。

21世紀の前半は、物づくりと知づくりの融合がさらにみられるであろう。プログラムなどソフトの知的財産が重要性を高める。

国際的には、著作権法、特許法、商標法などの知的財産法各分野における模倣と不正1競争防止法の営業秘密の侵害が深刻化している。

三 知的財産に係る主要な課題

知的財産をめぐる環境の大きな変化は、知的財産における法と行政また司法にさらに産業界にさまざまな影響を及ぼすことになった。

わが国においては、平成14年には、知的財産基本法が制定施行された。

また内閣に総理大臣直轄の知的財産改革本部が設置され、法律、行政、司法、民間などの各方面における知的財産改革の動きが活発に論じられ、諸般の提言や決定が行われた。

こうした動きを受けて、産業財産権に係る法律(特許法、実用新案法、商標法、意匠法)、著作権法、不正競争防止法などの法改正が毎年のごとく行われた。

また行政面では、大量の特許出願の迅速な処理を行うための行政機構の手直し(任期付審査官の大幅増員、先行技術リサーチの民間活用の強化など)などの行政改革が行われ、審査期間の短縮などの努力が重ねられた。

さらに司法面では、知的財産高等裁判所(東京高等裁判所に付置)の新設をはじめ、地裁および高裁の知財重視の体制整備が行われた。これらにより、知財裁判の処理期間が大幅に短縮された。

民間サイドでは、多くの企業が知的財産対策本部など知財重視の企業政策を強化しており、人材の育成に大きな進展がみられた。知的財産の検定制度など知的人材の能力の客観的評価の動きも拡大している。

教育面では、大学における知的財産法講座が増強され、いくつかの知的財産専門職大学院が設置された。

国際的には、知的財産に係るWIPOやTRIPSなどの機構・条約や主要国三極(日・米・欧)会議において、激増する国際出願を背景に、特許制度の整合性を図る調整(米国の先発明主義を先願主義に修正する動き)や国際出願の処理の迅速化(国際的なワークンシェアリング・特許審査のハイウェイなど)を図る試みが打ち出されている。

こうした内外における動向を前提として、近年における知的財産法の改正をたどり、法律面、行政面などにおける今後の課題について論ずることとする。

(1) 特許法の分野

(イ) 「発明」の定義規定の見直し

ビジネス方法特許のようなソフトウェア関連発明の拡大に関連して、発明の定義(2条1項)を見直すことの是非が論ぜられた。

検討の結果、発明の定義の見直しは当面行わず、特許発明(特許の対象となる発明)の「物」に「プログラム等」の情報を含むとする改正を行った(平成15年)。

一時期議論された純粹ビジネス特許(米国において少数案件ではあるが認められている)は、わが国の特

許法の対象とはならないと考えるので、定義の改正を急ぐ必要はないとした。

(註) 従来のビジネス方法特許は、コンピューターまたはコンピューター関連機器に係るソフトに関するものであったが、純粋ビジネス特許は、コンピューターと関係のない分野のものである。例えば、ゴルフ・パッティングの方法、色彩の選び方での性格分析の方法などである。

アメリカの事例から、わが国においてもこの問題が取り上げられた。

(ロ) 職務発明の規定の見直し

職務発明における特許権移転に伴う企業が発明者に支払う「相当の対価」について、不合理と認められる場合等における合理的な対価を定める基準(35条5項)などの規定を定める改正を行った(平成16年)。改正法では、企業と社員との取極めを重視し、相対的に立場の弱い社員に配慮して、社内ルールの形成に至る過程あるいはその内容の合理性を重視している。

(ハ) 医療行為における特許の付与の是非

医療品や医療機械については、物と方法について特許を付与する。しかし、人間を手術、治療、または診断する方法は、今迄は、特許発明を「産業上利用することができる発明」に限定する規定(29条)に該当しないと解釈することにより特許の対象としていない(この解釈には疑義があるとの有力な学説や判例—東京高裁平成14年4月11日—において、医療行為自体に係る技術についても産業上利用することができるものとして特許性を認めるべきであろうとする主張について傾聴に値するものがあるとの指摘がある)。

本件については、知的財産戦略本部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意見(平成16年11月22日)がある。

同調査会の意見では、医師の行為については医療業は産業でないという法解釈と人道上の理由から特許付与を認めず、医療機器の作動方法および医薬の製造・販売のために医薬の新しい効能・効果を発現させる方法については、一定の条件の下で特許付与を認めるとする。

また、経済産業省に付置される産業構造審議会知的財産政策部会では、手術、治療、診断方法などの医療関連行為一般についての特許付与については意見の集約ができなかった。

そして、人間に由来するものを原料または材料として医薬品または医療機器(例えば培養皮膚シート、人工骨等)を製造する方法については、同一人に治療の

ために戻すことを前提とするものであっても特許付与の対象とすべきであると提言した。

知的財産戦略本部の答申に加えて、産業構造審議会においてもバイオ分野での医療関連行為が特許付与の対象とするべきであると考えてと答申した。

これを受けて、特許庁は「人間を手術、治療または診断する方法」の審査基準を改訂した。

改訂審査基準によれば、次のとおりである。

- ① 遺伝子組換え製剤などの医薬品及び培養皮膚シート等の医療機器を製造するための方法は、同一人に戻すことを前提としている場合であっても特許の対象とすることを明示する。
- ② 範囲に直接人体に適用する工程が含まれていない場合(例えば装置内の制御プロセスに止まる場合は)、産業上利用することができる発明の対象から除外しないことを明示し、併せてこの点を考慮して診断方法の項に記載されていた事項を事例との関係も考慮しつつ見直す。

(二) 先使用制度の円滑な活用

国際的な競争が激しくなる中、企業は、開発した技術を、公開が前提となる特許権取得の対象とするかあるいはノウハウとして対外的に秘匿するかを選択し、特許権取得を選択した場合には海外でも権利化していく等、より戦略的な知的財産管理を行っていくことが重要となっている。

そして、世界の主要国の特許制度においては、仮に、ノウハウとして秘匿することを選択した場合に、発明の実施である事業又はその準備をしていれば、その後、他社が特許権を取得したとしても、無償の通常実施権が得られる制度、いわゆる先使用権制度が設けられており、当該制度を活用することにより、企業は継続的に事業実施を行うことが可能となっている。

わが国では、特許法79条に、先使用による通常実施権の規定を設けている。

一方、訴訟の場で先使用権を立証することが容易でない、先使用権制度の内容が不明確である等、先使用権制度が必ずしも利用しやすい制度になっていないとの指摘があったことから、平成17年度の産業構造審議会特許制度小委員会において、先使用権制度の在り方について審議がなされた。

同審議会では、先使用権制度の明確化等のために法改正を行うことは、特許権者と先使用権者とのバランスを変える可能性があることから、法改正ではなく、ガイドライン(事例集)を作成することにより、先使用権制度の明確化、先使用権の立証手段の具体化を図り、

先使用権制度のより円滑な利用を推進することが必要との答申が出された。

この答申に基づき、法曹界、学会、産業界等からの有識者による委員会を構成し、判例、通説や企業の実態等を参考に、数次にわたる委員会での議論の結果を踏まえて、特許庁が「先使用権制度の円滑な活用に向けての指針」を作成した。

(註) 「先使用権制度の円滑な活用に向けて」の主たる内容

[1] 先使用権制度の概要

1. 特許制度の趣旨・目的
2. 先願主義と先使用権制度

[2] 先使用権制度の明確化(事業の準備など)

[3] 先使用権の立証(立証のための証拠、技術関連資料・事業関係書類、製造物自体、工場等の映像など)

[4] 証拠力を高めるための具体的な手法(公証制度、タイムスタンプ、電子署名、郵便など)

(ホ) 発明の進歩性判断に関する検討

進歩性とは、新しい技術が、先行技術から見て当業者が容易に思いつく(発明することができる)程度のものではないことを意味し、新しい技術が、特許を受けるためには進歩性があることが要求される(29条2項)。

わが国においては米欧に比して「進歩性」の判断基準が厳しすぎるとの批判がある。特許庁においては、国際的な制度・運用の調査・研究を行うとともに、個別事件毎の事例研究を通じて、我が国における進歩性判断の問題点を整理し、進歩性判断に関する検討を行うこととしている。

(ヘ) 通常実施権の登録制度の検討

- ① 通常実施権(78条1項)は、当事者の意見のみで効力が発生する。しかし、第三者に対抗するためには、特許原簿に登録することが必要である(99条1項)。すなわち通常実施権者(ライセンス)は、登録をしておけば、当該通常実施権の許諾者(ライセンス)が対象権利を譲渡した場合などにおいても、新権利者等の第三者に対抗することができる。

(註) 通常実施権の登録件数は、平成18年において、1,315件である。これは、通常実施権者の現在数約10万件の1パーセントに過ぎない。

- ② 平成19年において、特定通常実施権登録制度が設けられた。すなわち、平成19年に「産業活力再生特別措置法等の一部改正法」で包括ライセンス契約における通常実施権の登録制度が創設された。

- ③ 現在検討されているものは、通常実施権者が第三

者に対抗するために、通常実施権の範囲(地域・期間・内容)を定めて登録することの是非である。その場合に登録記載事項の開示を限定することも検討課題である。

(ト) 特許法の解釈・運用に係る特許行政上の課題

- ① 特許出願書類における補正の適正化(平成5年改正法による17条の2)について、審査基準が特許法で意図している以上に補正できる範囲を厳格に運用しており、欧州特許条約や特許協力条約と斉合性を欠くのではないかと指摘がある。

一の願書で出願することができる発明の範囲を定める「出願の単一性」の要件(昭和62年改正法による37条)について、単一性要件に係る法文上の文言の曖昧さによる手続きの不徹底と迅速な権利化阻害、請求項の増加による単一性判断の困難性と負担の増大などにより、欧州特許条約や特許協力条約に定めるような単一性要件に関する包括的な規定を設けるべきでないかと指摘がある。

- ② 特許請求の範囲について、技術のソフト化を背景とした機能的・作用的な記載が認められ、併せて出願人自らの意思で表現した特許請求の範囲の記載を尊重して特許出願人が特許を受けようとする発明を特定するために必要と認める事項のすべてを記載すると定めている(平成6年改正法による36条4項～6項)。

こうした記載方法が定着し、いわゆる「広い特許」の確保になっている。

他方かかる記載方式は、内容が抽象的・多義的になりやすく、出願人が意図する以上の発明すなわち「発明の詳細な説明」に開示した以上の発明を形式的に包含しやすくする。

これは、審査サイドでは広範囲の先行文献調査を要求することになり、出願人サイドでは出願人が認識していない発明についても新規性・進歩性について拒絶理由となる場合が生ずる。

そのため、欧米特許法、特許協力条約などにおいて定める「特許請求の範囲の内容は明細書の開示で十分に裏付けられたものでなければならない」という裏付け要件(サポート要件)の規定を設けるべきではないかと指摘がある。

(チ) 出願手続きに関する改正

平成18年の特許法改正で、次のように出願に関連する規定整備が行われた。

- ① 出願に複数の発明が含まれている場合に、発明を切り離して新たな出願(分割出願)とすることができ

る時期を追加する(特許査定または拒絶査定後 30 日以内までを追加)。

- ② 最初の外国語で日本に出願した場合に、追って提出すべき日本語翻訳文の提出期限を延長する(2ヶ月以内を1年2ヶ月以内に延長)。
- ③ 拒絶理由通知後の特許請求の範囲の補正について、一の願書で特許出願ができる発明の範囲についての制限と同様の制限を設ける。
- ④ 現在、審査の運用の形で一定の出願(実施関連出願、外国関連出願、承認 TLO または認定 TLO による出願、または中小企業・個人出願)について、早期審査制度が認められている。

最近では、年間 4500 件程度が早期審査の対象となっているが、この制度をより利用しやすくするために、透明性と客観性を確保しつつ弾力的な運用を行うべきではないかとの指摘がある。

- ⑤ 企業活動のグローバル化や知的財産意識の高まりがあって、世界的に特許出願が大幅に増加している。かつては、日本の特許処理の遅延が国際的に批判の対象となり日米貿易摩擦の交渉課題にもなった。他方米国においても近年国際出願の激増もあり、特許出願が累増している。

こうした状況を踏まえ、主要国は、知的財産戦略の強化に向けたアクションプランを明らかにしている。

その中で、特許審査待ち時間の長期化やワークロードの増加に対し、特許審査官の増員や情報化の推進、先行技術調査のアウトソーシング、料金体系の見直し等の諸施策の検討を進めている。

日本では、平成 16 年から 5 カ年計画で、毎年百名(5 カ年合計 500 人)の任期付審査官の増員を行うことを決定している。

(リ) 審判制度(拒絶査定不服審判請求期間の見直し)

拒絶査定不服審判請求件数が増加し、審理順番待ち期間が伸びつつあるなかで、審理の迅速化・効率化および質の維持・向上を実現するとともに、ユーザーの手続保障を図るため、拒絶査定不服審査請求期間(30 日)の見直しなど、制度・運用面の改善が検討されている。

(ヌ) 日米欧における特許制度統一への条約案(米国の先願主義への移行など「実体特許法条約」)についての先進国会合

平成 18 年 11 月 20 日(月)から 21 日(火)までの 2 日間、東京において、先進国を中心とする 24 カ国及び二機関の実務担当者が集まり、特許制度調和に関する先進国会合の作業部会を開催した。

特許制度調和に関する先進国会合は、平成 17 年に発足した。実態的側面での特許制度調和に向け、特許登録要件を含む実体特許法条約案を検討してきた。

前回会合では、昨年 9 月の長官レベル会合において議長から提案された条約の骨子をもとに、条文テキストを作成すべく実務者レベルの議論を実施した。

前回会合で、議長提案の骨子案を忠実に反映した条文テキストを作成することとし、骨子案を逸脱する修正要求についてはトークノートに留める形で行われた。

骨子案に基づく草案作成作業と並行して実務者レベルの非公式会合による意見調整が行われている。

(註)

日米欧の現状実務と条約骨子案の比較表

1. 先願主義

	日	米	欧	条約骨子案
先願主義／先発明主義	先願主義	先発明主義	先願主義	先願主義

2. グレースピリオド

	日	米	欧	条約骨子案
期間	6 月	12 月	6 月	12 月
宣言は必要か	必要	不要	必要	不要
先使用权	独自発明者または独自発明者から発明を得た実施者を保護	独自発明者または独自発明者から発明を得た実施者を保護	独自発明者または独自発明者から発明を得た実施者だけではなく、発明者から当該発明を in good faith で得た場合の実施者も保護	各国自由とする

3. 秘密先行技術 [秘密状態にある先願と後願との取扱い]

	日	米	欧	条約骨子案
後願発明が特許になる条件	先願発明と同一でないこと(新規性を有する)	先願発明に対して、新規性・進歩性を有する	先願発明に対して、新規性を有する	先願発明に対して、新規性・進歩性を有する
自己の先願は先行技術となるか	ならない	ならない	なる	ならない

(ル) 特許・商標関係料金の見直しの検討

平成 15 年改正(16 年 4 月施行)から 3 年経過した。

特許料の安定的収入見通しを前提として、次の問題が検討されている。

- ① 研究費の増加に対処し、特許権取得等コストの低減を図る。
- ② 商標において魅力あるブランドの創作活用の促進などを行う。
- ③ 中小企業の特許料負担を軽減する。

(注) 日米欧における権利取得から維持までの料金(特許権)

日本 約 38.5 万円

米国 約 74 万円

欧州 約 69 万円

(ヲ) 特許審査ハイウェイ

次の要件に該当するものについてハイウェイ審査を認める。

- ① 日本出願を優先基礎として相手国(米国・韓国・英国)に出願している。
- ② 日本で特許と判断された請求項がある。
- ③ 相手国の全ての請求項が日本で特許と判断された請求項に十分に対応している。
- ④ 相手国でまだ審査が行われていない。

(ワ) 国際的なワークシェアリングに向けた取組み

グローバル出願が増加し、国際的なワークシェアリングの推進が重要となっている中、各国特許庁間で情報共有を図ることができるよう、その基盤となる電子化されたネットワークの整備を推進する(最初に出願した国への出願日がその後に出願した他の国での審査上の判断基準日となることを証明する書類(優先権書類)の電子データの相互利用促進とそのため国内制度改革等)。

(カ) 医薬品(エイズ関係など)に係る TRIPS 協定の改正

- ① 国際的な問題として、特許権の本質をめぐる問題がある。

近年発展途上国の特許権などの模倣が激化し、WTO や WIPO などではこれらの禁止などの規制が国

際的に強化されている。

工業品を巡る特許権や海賊版を巡る著作権の分野では、発展途上も国際的ルールに基本的には従っているが、発展途上国の底流には、知的財産権保護制度の恩恵が専ら先進国にあることへの不満があることは否定できない。これら後進国からは、技術移転のコストの低減などを求める要請はいろいろの形で増加している。

- ② 特にエイズ関連の感染症に係る医療品については、後進国(アフリカの最貧国など)は、輸入に頼らざるを得ない。

そこで、知的所有権の貿易関連の側面に関する協定を改正する議定書(TRIPS 協定改正議定書)において、2005 年に特許権者以外の者が感染症に関する医薬品を生産しこれら諸国に輸出することを可能とするような規定が追加された。

(注) TRIPS 協定 31 条 5 項を適用しない旨の同協定 31 条の 2 の追加

(2) 実用新案法の分野

(イ) 無査定登録制度への移行

実用新案制度は、平成 5 年の法改正で、それまでの権利付与前審査主義を廃止して、無審査登録制度へ移行した(3 条。平成 5 年の改正)。

昭和 55 年迄は、実用新案登録出願件数は特許出願件数を上まわっていた(当時の出願件数は約 20 万件)。しかし、特許出願が急増する一方、実用新案登録出願は減少傾向になった。

その後の出願件数の減少、発明の早期実施化、製品の短ライフサイクル化に対応するため、平成 5 年の改正法で実体的要件の審査を行わずに登録する制度に変更した。

実用新案登録出願はその後大幅に減少し、平成 14 年における出願件数は約 7 千件であった。

こうしたことから、実用新案制度の当初の意義は希薄化しその役割を終えたという意見もかなり出てきた。

そこで、産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会および同小委員会実用新案制度ワーキンググ

ループにおいて、実用新案制度についての審議が行われた。

審議の一環として行われた関係業界の意向アンケート調査において、大企業は75パーセントが特許制度だけで十分と回答したが、中小企業の60パーセント、個人の70パーセントが特許制度と実用新案制度の併存が必要であるとした。並存を必要とする回答の中で、改善すべき点を指摘する者が相当いた。

(ロ) 存続期間の延長

実用新案の存続期間については、実用新案の対象となっている商品の平均ライフサイクルが8年であろうとする実態調査があり、10年に延長することが適当であるとの意見が多かった。

そうした検討の結果、平成16年の実用新案法の改正において、実用新案権の存続期間が6年から10年に延長された(15条)。

(3) 商標法の分野

(イ) 「商標」の定義の見直し

現行制度における「商標」の定義には、識別性が商標の要素であることが明確に規定されていない。

その結果、社会通念上の「商標」とも意味内容が異なっている。このため、定義として適切でないだけでなく、実務においても商標権侵害の有無が判然としない場合があるとの指摘がある。

商標の要素として、識別性をどのように捉えて規定するかが検討課題である。

商標制度の国際調和の観点から、視覚的に表現することができかつ識別性があることが認められるものであれば、音、匂い、単色などからなる標識も商標登録の対象となり得るのではないかという意見がある。

(ロ) 商標の「使用」の定義の見直し

現行制度における商標の「使用」については、商標の「使用」を最初に定義し、商標権者が独占的に行使する行為や侵害行為の範囲を示す規定となっている。

商標権が保護する商標は、ブランド戦略推進の様々な場面でコミュニケーションのツールとなるものである。したがって、商標法は、多様化する事業活動の発展に沿って多様化する商標の利用に柔軟な対応ができるように定められる必要がある。

商標の使用の定義が詳細であるために、新しい使用形態が登場する場合に柔軟に保護を及ぼすことが困難になるのではないかと指摘がある。

そもそも、権利者が行う行為と侵害者が行う行為といった主体が異なる行為の双方をまとめて定義するこ

とが却ってそれぞれの場合における適用において解釈を困難にすることがあるのではないかと指摘がある。

商標法で用いる使用の意味内容を総則で統一的に定義するのではなく、権利者が独占権を有する行為と権利侵害に該当する行為をそれぞれ具体的に規定することを提案する意見がある。

また、使用を定義する場合であっても、その行為内容をより包括的に規定した方がよいのではないかとする意見がある。

さらに、文字からなる商標をラジオ広告等において音声で表現することが商標の使用に該当するかどうかの問題がある。この音声で発する行為も使用の形態に入れることにはあまり異論がないところと考える。

(ハ) 小売業・卸売業の商標のサービスマークとしての保護

流通産業の発達により、小売業や卸売業のように複数の商品を取り扱うこと自体にブランドとしての魅力を有する場合は一般的になっていることから、小売業や卸売業の商標をサービスマークとして保護すべきではないかとの指摘があった。

平成18年の商標法改正により、小売業者および卸売業者が使用する商標を役務商標として保護する制度を導入した(2条2項)。

平成19年12月14日までに、約19,000件の出願があった。

(ニ) 侵害行為の範囲

現行制度では、権利侵害に当る行為が複数の条文に照らして考察しないと判然としない体系になっており、条文を整理する必要がある。

また、権利侵害行為を列挙する場合に、具体的行為を細分化する規定ではなく、ネット社会の進展もあり新しい商標の使用形態が生ずる場合に柔軟に対応できるように行為を包括的に規定すべきであるとする指摘がある。

包括的な規定を設ける場合に、現行規定で対象となっている行為はもれなく包含し、かつ過度に対象が広くならないように考慮すべきであるとする意見がある。

(ホ) 商標の「類似」と「混同を生ずるおそれ」の表現の整理

商標が商品・役務の出所表示機能を有するものであること、また商標の動的な変化の特徴に鑑み商標法の重要な目的が商品・役務の出所の混同の防止であることを踏まえて、商標法で保護する商標権の効力範囲

を画する概念として、従来の「類似」という形式的・技術的な概念よりも「混同を生ずるおそれ」の概念を中心に規定する方が適切であるという指摘がある。

(ハ) 著名商標の保護

現行の防護標章登録制度は、昭和34年の商標法制度に際して導入されたものである。

登録商標が商標権者の業務に係る指定商品(役務)を表示するものとして需要者の間に広く認知されている場合に、他人がその商標を当該指定商品(役務)と非類似の商品(役務)について使用することが商標権者の取り扱う商品(役務)であるかのように出所の混同を生じさせるおそれがあることがある。

防護標章登録制度は、商標権者にその混同を生ずるおそれのある商品(役務)について当該登録商標と同一の標章についての防護標章登録を受けることを認め、商標権の禁止的効力をその非類似の商品(役務)にまで拡大するものである(64条)。

防護標章登録制度については、登録査定時の商標の著名・周知性を基に商標権の効力範囲が固定的に画される(10年間固定されてしまう。数年間経過後に著名・周知性の存在が疑わしくなっても禁止的効力が維持される)。

また、この制度の利用件数が少なく(平成18年時点における登録件数は、商標権全体で103,435件であるのに比して防護標章は27件)、行政効率が悪い。

世界で、事前に防護標章として登録する制度は欧米にはなく、オーストラリアなど六ヶ国に過ぎず、制度の国際的調和にそぐわない面がある。

そこで、防護標章制度を廃止して、著名・周知商標自体の効力範囲として禁止的効力を混同を生ずるおそれがある非類似商品(役務)についても認めることについて検討すべきではないかとの指摘がある。

また、新たな類型として、特に著名となり信用を蓄積した商標が「ブランド」という資産価値を有するものとなっている場合には、商品(役務)の出所についての混同を生ずるおそれの有無にかかわらず、当該商標の有する名声・顧客吸引力自体への他人の便乗行為による稀釈や汚染を防止するための措置について検討すべきではないかとの指摘がある。

これについて、防護標章登録制度を廃止すると、個別の行為にその都度対応する必要があるため、それを考慮して検討すべきであるとか、防護標章登録制度は水際対策の効果があるので、仮に廃止する場合は、何かの代替措置が必要になろうという意見がある。

(ト) 商標登録の拒絶理由の概念整理

現行制度では、「商標登録の要件」(3条)と「商標登録を受けることができない商標」(4条)とが二つの条文に分けて定められている。

二つの条文に分けて規定する整理が不明確であるとの指摘がある。

他国の制度に倣い、他の商標の存在の如何にかかわらず登録が拒絶されるべき場合(絶対的拒絶理由。現行制度の3条1項、4条1項1号~7号・9号・16号~18号)と、他の商標の存在を理由として登録が拒絶されるべき場合(相対的拒絶理由。現行制度4条1項8号・10号~15号・19号)とに大きく分けて規定すべきではないかが論点になる。

(チ) 審査の在り方

絶対的拒絶理由については現行制度と同様に全ての出願について職権審査をする一方、相対的拒絶理由については出願人以外の他の権利者から異議申立てがあった場合に行政庁が判断するいわゆる異議待ち審査の導入を検討したらどうかとの指摘がある。

これについては、審査主義による安定した権利付与により安心した権利行使ができること、ユーザーは異議待ち審査となれば監視費用や異議・審判等の事後的負担が増加するなどの理由で、現行制度の維持が望ましいという意見が多い。

(リ) コンセント制度の導入

商標は使用により識別性の程度が変わるものであり、混同を生ずるおそれを職権審査で一律に判断することは困難である。

商標が互いに混同を生ずるおそれがあるかどうかは当事者である商標権者の方が熟知しているので、先の商標権者が同意した場合は、その商標の存在を理由として登録を拒絶しない制度としていわゆるコンセント制度を導入すべきとの指摘がある。

(ヌ) 不使用商標対策

商標制度が保護すべき信用は使用することにより獲得されるものであり、使用されていない商標に過度の権利を付与することは、後願の出願人の商標選択の自由を狭める観点から適当ではないとの指摘がある。

現行制度による不使用取消審判制度はその利用が少なく(年間1,500件程度)、不使用商標排除の効果が限定的であるとの指摘がある。

実際わが国においては、不使用商標が多いといわれる。

かかることから、ドイツ商標法等にみられる「不使用の抗弁」制度の導入を検討すべきではないかという

意見がある。

他方、侵害訴訟においては、必要に応じて権利濫用や損害が発生していないという理論構成によって、現実では対応できることが多く、不使用の抗弁を条文明記することは必ずしも適当ではないという意見もある。

(ル) 団体商標制度の拡充(地域ブランドの保護)

近年、地域が一体となって地域で共通した統一的なブランドを用いて、当該地域と何らかの(自然的、歴史的、風土的、文化的、社会的等)関連性を有する特定の商品の生産または役務の提供を行う取り組み(地域ブランド化)が注目を集めている。

具体的には、多くの場合、「地域名」(商品の産地名または役務の提供地名)に「商品」(「役務名」)を加えた形の標章を地域ブランド名として用いる。

改正前は、かかる地域ブランドの商標(文字商標)については、自他商品(役務)の識別標識としての機能を有しないとして、原則として商標登録ができないものとして扱われていた。

例外的に認められる3条2項が適用され登録される件数は少数であった(文字のみで商標登録している例—西陣織、夕張メロン、信州味噌等。図形・デザイン化された文字または他の名称とあわせて使用することで商標登録している例—博多織、京くみひも、有田焼、比内地鶏、松坂牛、小田原蒲鉾、稲庭うどん等。役務では文字のみで商標登録をしている例—宇都宮餃子、喜多方ラーメン等)。

諸外国では、例えばEUの場合、原産地表示のみからなる商標であっても、業界団体に帰属する構成員の商品(役務)を非構成員のそれから識別するための商標として生産者団体等が出願・登録することができる仕組みが設けられている。

わが国において平成17年の商標法改正により、地域ブランドの商標法における保護として、地域団体商標が認められた(7条)。

なお、平成18年の商標法改正で、団体商標の商標登録を受けることができる主体を見直し、広く社団(法人格を有しないものおよび会社を除く)も主体となるよう拡大した。

この制度は、地域社会の経済の活性化という要請にこたえたもので、平成19年12月14日現在で、331件が登録査定を受けている。

伝統工芸品技術をはじめ日常生活品に歴史ある京都府は、京友禅、京焼・清水焼、宇治茶など46の登録を受けており、やはり伝統文化の歴史が長い石川県は、輪島塗、山中温泉など24の登録を受けている。

今話題の但馬牛(兵庫県)、関あじ・関さば(大分県)、大間まぐろ(青森県)もある。

(註)

地域団体商標制度

登録要件

地域ブランドの取り組みにおいて用いられる商標であって、現行法では識別力を欠くとして登録できない商標を対象とする。

具体的には地域名と商品(役務)名からなる文字商標を登録の対象とする。

地名のみの商標や商品名を含まない商標については対象としない。

登録の主体

事業者を構成員とする団体

先使用権

団体に加入していない者の先使用権を認める。

(ヲ) 商標法での保護になじむ新しいタイプの商標に関する調査研究

音、香り、動きなどの新しい商標を保護対象とする問題が検討されている。

(註) 米国で商標の保護が認められているもの

色彩標章、香り標章、音響標章、立体標章、ホログラフィー標章(波動の干渉を原理にレーザー光線を用いて物体の立体像を復元する方法)

Euで商標の保護が認められているもの

色彩標章、音響標章、匂い標章

(4) 意匠法の分野

(イ) 「意匠」の定義の見直し

現行制度における「意匠」の定義では、デザインの中でも特にフリーライドの恐れが高い創作についてコスト回収の機会を与え、新たなデザイン開発のインセンティブを維持するために保護の対象とすべきものを定めるとともに、市場における流通の単位として一般に認められているものを位置づけている。

しかし、デザイン概念の多様化、拡大に伴い、企業活動の場において新たに経済的役割を担い保護が必要とされているデザインを的確に特定することが求められる。

検討の方向としては、現行の意匠制度と同様に物品と一体化した意匠を対象とすることを基本としつつ、有体物でない製品(グラフィックシンボル、アイコン等を含む)について保護範囲に含めるべきかが課題となる。

特に、情報技術に関するデザイン創作について検討

が必要である。

(ロ) 意匠制度の枠組みの見直し

多くの企業は、意匠を安定した権利として活用したいとしており事前審査制度の存置に肯定的である。

他方、製品が短ライフであったり、多品種少量生産であったり、市場化後すぐに模倣品が発生するような業界では、事前審査なしで迅速・安価・簡便な権利発生を期待する意見がある。

こうしたことから、事前審査制度と無審査登録制度とのふたつのトラックを併存する(ダブルトラック型)仕組みを設けるべきか検討する必要がある。

なお、ダブルトラック制度を導入する場合は、不正競争防止法とのトリプルトラックの可能性についても考慮する必要がある。

(ハ) 意匠の登録要件と効力範囲の見直し

意匠権の効力は、業としてなされる登録意匠およびこれに類似する意匠の実施に及ぶ(23条)。

判例上、登録意匠に類似する意匠とは、登録意匠にかかる物品と同一または類似の物品につき一般需要者に対して登録意匠と類似の美感を生ぜしめる意匠に及ぶものとされる。

審査において意匠の類似が狭く解釈される場合が多いことから、登録意匠として保護される範囲が狭くなっているのではないかとの意見がある。

また、類似の判断について、その判断手法や基準が必ずしも明確でないことから十分な予見可能性が得られず、積極的な意匠権の行使や活用につながっていないとの指摘がある。

具体的には、意匠権の効力範囲を拡大する方法として、効力が及ぶ範囲を登録意匠から類似する意匠の範囲だけではなく、更にその登録意匠が属する分野における通常の知識を有する者が当該登録意匠に基づいて容易に創作できる意匠の範囲を追加すべきか検討する必要がある。

(二) 関連意匠制度および部分意匠制度の在り方の検討

企業が自社ブランドの構築のために、市場で成功した製品にマイナーチェンジを加えて製品開発を行っている実態を踏まえ、改良意匠を適切に保護するために、関連意匠制度の在り方について検討する必要がある。

その場合、関連意匠について後日の出願を認めるときは、関連意匠の登録によって意匠権の効力範囲が事後的に拡大することが可能となる意匠権者と第三者とのバランス等を考慮することの必要性を検討することが求められる。

(ホ) 意匠法におけるデザイン保護の拡大・強化

以上の意匠権を巡る課題に関連して、平成18年の意匠法改正において意匠法におけるデザインの保護の拡大・強化が行われた。

- ① 意匠権の存続期間を登録から15年を20年に延長する(21条)。
- ② 情報家電等の操作画面のデザインの保護対象を初期画面以外の画面や別の表示機器に表示される画面についても拡大する(2条2項)。
- ③ 意匠の類似判断は需要者(消費者、取引業者)の視覚による美感に基づいて行うことを明確化する(24条2項)。
- ④ デザインのバリエーション(関連意匠)や部品・部分のデザイン(部分意匠)の出願期限を出願と同日のみから公報発行の日前まで可能にする(10条1項)。
- ⑤ 秘密意匠制度(3年を限度に登録意匠を公開しない制度)の請求可能時期について、出願と同日のみを登録料納付時も可能にする(14条2項)。
- ⑥ 公知となった自らの意匠によって出願した意匠が新規でないこととされないための証明書類の提出期限を出願から14日以内から30日以内に延長する(4条3項)。

(5) 著作権法の分野

(イ) 平成18年における著作権法の改正

平成18年度の著作権法の改正は、技術の進展などの時代の変化に対応し、著作物の適切な保護と公正な利用を図るため、放送の同時再送信に係る制度の見直し、情報化等に対応した権利制限の拡大、罰則の強化など、必要な改正を行うものである。

① IPマルチキャスト放送による放送の同時円滑化

放送の同時再送信に係る制度の見直しを行う。平成23年の地上デジタル放送への全面移行に向け、その補完路として、IPマルチキャスト放送(電気通信役務利用放送法に基づくIPマルチキャスト技術を用いた有線電気通信の送信)による放送の同時再送信が期待されている。当該同時再送信が平成18年12月末に開始される予定であることから、放送の同時再送信の円滑な実現を図るため、一定の範囲において、実演家等の権利を制限するとともに、有線放送事業の拡大等を踏まえ、有線放送による放送の同時再送信について、実演家等に報酬請求権を付与するものである。

(i) 放送される著作物等は、非営利かつ無料の場合には、専ら当該放送に係る放送対象地域において受信されることを目的として、自動公衆送信する

ことができることとする(38条)。

- (ii) 放送される実演を有線放送した有線放送事業者は、実演家に報酬を支払わなければならないこととする(94条の2)。
- (iii) 商業用レコードを用いた放送又は有線放送を受信して放送又は有線放送を行った放送事業者等は、実演家またはレコード製作者に二次使用料を支払わなければならないこととする(95条および97条)。
- (iv) 放送される実演またはレコードは、専ら当該放送に係る放送対象地域において受信されることを目的として、送信可能化することができることとするとともに、当該送信可能化を行う者は、実演家またはレコード製作者に補償金を支払わなければならないこととする(102条)。

② 情報化等に対応した定義の見直しおよび権利制限の拡大

視覚障害者に対する録音図書の送信、特許審査等の行政手続のために必要な複製等、時代の変化に対応した権利制限等の措置を講じることとする。

- (i) 同一構内の無線通信設備による送信について、公衆送信の範囲から除外する(2条)。
- (ii) 視覚障害者情報提供施設等は、公表された著作物について、専ら視覚障害者の用に供するために、録音図書を用いて自動公衆送信することができることとする(37条)。
- (iii) 著作物は、特許や薬事等に関する審査等の手続のために必要と認められる場合には、その必要と認められる限度において、文献の複製をすることができることとする(42条)。
- (iv) 記録媒体を内蔵する機器の記録媒体に記録されている著作物は、必要と認められる限度における保守もしくは修理または当該機器の欠陥等による交換のため、一時的に複製することができることとする(47条の3)。

③ 著作権等の侵害とみなす行為の見直し

著作権等の保護の実効性を確保するため、輸出行為を取締りの対象とする。

著作権等を侵害する行為によって作成された物を、情を知って業として輸出しまたは輸出目的で所持する行為を侵害とみなす行為とする(113条)。

④ 罰則の見直し

著作権等の保護を強化するため懲役刑及び罰金刑の上限を引き上げる。

- (i) 著作権、出版権および著作隣接権の侵害に係る刑事罰について、懲役刑および罰金刑の上限を引

き上げるとともに、法人処罰に係る罰金刑の上限を引き上げる(119条および124条)。

- (ii) 秘密保持命令違反に係る刑事罰について、法人処罰に係る罰金刑の上限を引き上げる(124条)。

(ロ) 権利制限の見直し

著作権法では、文化的所産の公正な利用という観点から、著作権者の許諾なしに著作権を制限して著作物を自由に利用することができることになっている(30条~47条の2)。

これらの規定は、著作権者の利益を不当に害さないために、また著作物の通常の利用を妨げないために一定の条件が規定されている。

かかる権利制限について、平成18年に以下の改正が行われた。

- ① 特許庁が特許出願に対して拒絶理由通知で引用した文献の複製、薬事行政に従って厚生労働省や医療機関に対する情報提供義務を課すためになされる学術文献の複製等行政手続等のための利用に係る権利制限の拡大を行う。
- ② 図書館関係、学校教育関係および福祉関係の権利制限の拡大を行う。
- ③ 機器の「保守・修理」等におけるバックアップのための複製を認める。

(ハ) 私的使用目的の複製の見直し

文学的及び美術的著作権の保護に関するベルヌ条約9条2項や著作権に関する世界的所有権機関条約10条では、著作物の通常の利用を妨げずかつ著作物の正当な利益を不当に害しない場合には、権利制限が可能とされている。

現行著作権法では、私的使用のための複製は、著作権者の許諾を必要としない。

他方、デジタル時代の進展により、デジタル方式の録音または録画の機器を用いてする複製については、著作権者に補償金を支払うことが必要である(10条)。

条約上の制約やデジタル・ネットワーク時代における私的使用目的の複製の実態を踏まえて、認められる範囲など私的使用目的の複製の見直しを検討することが必要である。

かかる情勢下で、現在文化審議会著作権分科会で検討が行われている。

分科会では、私的使用目的の複製(30条)について今迄の経緯などを整理し、以下の問題に視点をおいて検討することとしている。

- ① 私的録音録画により音楽・映像等を楽しむのは社会に定着した現象であることをふまえて、利用者の

ニーズを尊重し円滑な利用を妨げないように配慮する。

- ② 著作権保護技術や音楽・映像ビジネスの新たな展開など制度導入以降の状況の変化に配慮する。

(二) 共有著作権に係る制度の整備

近年、映画やゲームソフトの製作等に関して共同企業体が著作権者となることが多くなっている。

このように共同著作物に係る共同著作権の行使について、持分割合による多数決原理の導入や、共有著作権の譲渡について、他の共有者が不同意の場合に譲渡人を保護する方策等他の共有者の利益との調整を図るための制度の整備に関し、人格権との関係に留意しつつ検討することが必要である。

(ホ) 私的録音録画補償金の見直し

前述のように、私的使用のための複製の場合に、デジタル録音・録画については、補償金の支払いが求められる。これに関連して以下の諸点が検討課題とされる。

- ① ハードディスク内蔵型録音機器等について、政令による追加指定に関して、実態を踏まえて検討することが必要である。
- ② 現在対象とされていない、パソコン内臓・外付けのハードディスクドライブ・データ用 CD-R/PW 等のいわゆる汎用機器・記録媒体の取扱いについて、実態を踏まえて検討することが必要である。

(ヘ) 著作物の「利用権」に係る制度の整備

産業財産権の場合、専用実施権により利用の許諾を得たライセンシーは物権的な権利を与えられる。

著作権の場合は、利用許諾を受けたライセンシーは、このような強い権利を与えられていない(債権契約のみ)ので、第三者に該当著作物を利用されている場合に差し止めることができない。

このため、実務上は利用できる期間や地域を限定して権利の譲渡を受けるといった方法が採られる場合がある。そこで、著作物の「利用権」を設定して、産業財産権のように物権化する権利とするとか、第三者への対抗要件として独占的な利用許諾を登録する制度を創設することなどを検討する必要がある。

(ト) 「間接侵害」に係る課題

侵害(112条)に該当する行為は、著作物等につき自ら(物理的に)利用行為をなす行為に限定されるものではなく、一定の条件を満たす他者の行為もこれに該当するという方向での法律上の明確化が必要ではないかという課題である。

具体的事例としては、著作権侵害が生じているカラ

オケ店に通信カラオケサービス等を提供するリース事業者事件がある(ヒットワン事件 大阪地裁平成15年2月13日)。

特許法101条1項3号に対応するような間接侵害規定の整備を行う必要があるのではないかという指摘がある。

(チ) 保護期間の見直し

欧米諸国では、著作権の保護期間が著作者の死後70年までとされる。

わが国において、著作権の保護期間を著作者の死後70年とすることについて、著作物全体を通じての保護期間のバランスに配慮しつつ検討することが必要である。

最近、映画の著作権の期間について最高裁判例が出された。

(6) 不正競争防止法の分野

(イ) 不正競争防止法の沿革と知的財産法における存在感の高まり

わが国における不正競争防止法の検討の歴史は古く、明治42年にドイツにおいて不正競争禁止法が不正競争防止法に改正されたことに影響を受けて、明治44年に農商務省において不正競争防止法草案が策定された。当時は、わが国経済が発展途上段階であり不正競争を行ってはいけないという意識が国民の間に不十分で同草案は見送られた。

大正14年(1925年)に、工業所有権に関するパリ条約(明治16年・1883年)のブラッセル改正条約(明治33年・1900年)が更にヘーグ改正条約(大正14年・1925年)によって改正されて、「工業上又は商業上の公正な慣習に反するすべての競争行為は不正競争行為を構成する」という規定が定められ、わが国において昭和9年(1934年)に現行の不正競争防止法が制定された。

現行不正競争防止法は、他人の模倣等の行為を規制することにより事業者間の公正な競争秩序を確保するための裁判規範である。

周知表示混同惹起行為(かに道楽チェーンの動くかに看板と類似した看板を使用する行為等)、著名表示冒用行為(ディズニーの名称をパチンコ店が使用する行為等)、商品形態模倣に係る行為(ルービック・キューブの形態を模倣した商品を販売する行為等)、ドメイン名に係る不正行為(他人の商標等の表示と同一または類似のドメイン名を取得または使用する行為)、原産地・品質等誤認惹起行為(オーストラリア産

の輸入牛肉を松坂産の牛肉と偽って表示し販売する行為等)について、民事上(差止請求、損害賠償請求等)の効果が生ずると定める。また、一部については刑事上(5年以下の懲役または個人については500万円、法人については3億円以下の罰金)の効果が生ずる。

なお、不正競争防止法において、外国の国旗等の商業上の使用禁止、国際機関の標章の商業上の使用禁止、外国公務員等に対する不正の利益の供与等の禁止などの規定が定められている。

(ロ) 営業秘密の保護

平成2年(1990年)に、不正競争防止法を改正して「営業秘密」に係る民事的規制の規定が定められた。

営業秘密として保護される客体の要件である秘密管理性・有用性・非公知性の三要件(2条6項)、営業秘密に係る不正競争類型(2条1項4号～9号)、民事上のエンフォースメントとしての差止請求(3条1項)、または損害賠償請求(4条～5条)の規定が定められている。

そして平成15年(2003年)の改正において、営業秘密の行為類型の一部について刑事罰が導入された(21条1項1号～6号)。

かかる営業秘密の保護の法理は、英米においてはトレード・シークレットという概念で定着している。

米国は、すでに1939年の不法行為に関するリステイトメントおよび1979年の統一トレード・シークレット法において、企業における営業秘密について特許権や著作権などの対象にならないものであってもその財産的価値を保護する規定や判例が不正競争防止法の体系の中で重要な地位を有している。

具体的には、例えば、フッ素樹脂コートライニングの際の溶接技術を不正に使用する行為や、顧客に関するマーケティングにおける重要な情報などである。

(ハ) 不正競争防止法における保護の強化

知的財産の保護を強化し、公正な競争環境を確保するため、以下の三点を中心として、平成17年に不正競争防止法の改正が行われた。

① 営業秘密の刑事的保護の強化

不正の目的で、元役員・元従業員が営業秘密を使用・開示する行為に対する刑事罰を拡充する。

改正前の法令では、元役員・元従業員であって営業秘密を正当に取得したまま退職し、その後不正使用・開示した者については、不正の競争の目的で詐欺等行為もしくは管理侵害行為によりまたは横領その他の営業秘密記録媒体等の管理に係る任務に背く行為により、「営業秘密記録媒体等を領得」した場合と「営業秘密記

録媒体等の記載または記録についてその複製を作成」した場合には(それらの場合に限り)刑事罰の対象となり、それら以外の場合には処罰されない。

近年、元役員・従業員が国内外の競争企業に転職し、前職企業時代の営業秘密を取得・使用することについての訴訟が増加している。

i 退職者の処罰(21条1項5号)

元役員・従業員に対しても、「職業選択の自由」に十分配慮をしたうえで、悪性の高い元役員・従業員について新しく処罰の対象を拡大する(21条1項5号)。

ii 転得者の処罰

転得者(営業秘密不正開示の相手方となった者)については、改正前の法令では、不正開示の共犯として、刑法総則の共犯理論が適用される範囲で処罰の対象となる。すなわち、営業秘密の不正開示者から直接営業秘密の開示を受けた場合には処罰の対象となる。

一方、右記の例以外の場合は、処罰の対象とならない。例えば、従業員(不正取得・使用・開示)が正犯であり、ブローカー(取得)が共犯である場合に、二次的関与者である転得者は不可罰となる。

しかし、転得者とその取得について積極的な働きかけを行ったような場合には、必要的共犯を逸脱するとして共犯規定が適用される(最高裁判例・昭和51年3月18日)。

財物を盗んだ者(窃盗罪の正犯)から盗品を受領した者(盗品等関与罪の正犯)および盗品譲受けを幫助した者(盗品等関与罪の共犯)の例と比較すれば、営業秘密を盗んだ者(営業秘密侵害罪の正犯)から盗んだ営業秘密を受領した者(営業秘密侵害罪の共犯)および営業秘密譲受けを幫助した者(盗品等関与罪の共犯)ということになる。

すなわち、営業秘密の不正開示者から当該営業秘密を受け取った者(転得者)については改正前の法令でも不正開示者の共犯として処罰の対象となる。

平成17年の改正では、転得者を処罰することは、共犯の範囲が拡大して限界が不明確なものとなるため、あくまで不正開示者から直接開示を受けた場合に限定する。

iii 営業秘密侵害罪の国外犯(21条4項)

日本国内にある営業秘密を日本国外において使用しまたは開示した場合、改正前の法令で処罰の対象となるか否かについては、必ずしも明らかでない。

わが国刑法では、刑法の場所的適用について、「構成要件の一部をなす行為が日本国内で行われまたは構成要件の一部である結果が日本国内で発生した場合に

は、これを国内犯とする」という原則があるが、その解釈は必ずしも明確ではない。

営業秘密の保護法益については、保護法益のひとつである財産的価値の損失は、使用・開示の国内外を問わず同等に発生する。また、経済のグローバル化の進展に伴い知的財産の流出に対応する必要がある。

そこで、平成17年の改正で、詐欺等行為もしくは管理侵害行為があった時または保有者から示された時に日本国内において管理されていた営業秘密について、日本国外においてこれらの罪を犯した者にも適用する。

iv 秘密保持命令違反の国外犯(21条5項)

平成16年に、特許法・実用新案法・商標法・著作権法・不正競争防止法が改正されて、これらの侵害訴訟において、準備書面または証拠に含まれる営業秘密を訴訟の遂行の目的以外の目的で使用または開示してはならない旨を命ずることができる旨の規定を新設した。

平成17年の改正で、国外犯についても処罰することとした。

v 営業秘密侵害罪への法人処罰(22条1項)

営業秘密侵害罪は、窃盗等の一般的な刑法犯罪とは異なり、「不正な競争の目的」という事業者間の競争を想定した犯罪類型であり、本条は法人処罰を導入すべき犯罪である。

このような犯罪類型には、通常は法人処罰が導入されており、特許法、著作権法など知的財産法には原則として両罰規定が導入されている。

そこで、平成17年の改正で、アクセス権限のない者が行った営業秘密不正取得、使用、開示について、両罰規定による法人処罰を導入した。

② 模倣品・海賊版対策等

不正の目的で、他人の著名な商品等表示を使用する行為および他人の商品の形態を模倣する行為に対して刑事罰を導入するとともに、模倣品についての民事的保護規定を整備する。

vi 著名表示冒用行為(21条2項2号)

改正前の不正競争防止法では、著名表示の冒用行為(2条1項2号)については刑事罰の対象とされていなかった。

そのため、かねてより例えば著名ブランドの登録商標の指定商品以外の商品における冒用などについて刑事罰が適用できないとして問題視されていた。

登録商標の使用による商標権侵害行為や周知表示の混同惹起行為(不正競争防止法2条1項1号)については刑事罰が定められており、著名表示の名声を利用し

て不正に利得する行為については、風俗営業の表示に使用される場合などときに反社会的勢力が介在することもあって、民事訴訟によって問題を解決することが困難な事例があり、刑事罰によって対応する必要性が高い。

そのため、平成17年の改正において刑事罰を導入することとした。

平成17年の改正で、著名表示冒用行為のうち特に悪性の高い行為として、「著名な商品等表示に係る信用または名声を利用して不正の利益を得ること」および「著名な商品等表示に係る信用または名声を害すること」を目的とする行為について、刑事罰の対象とする。

この規定により対象とされる行為としては、著名表示にただ乗りして公序良俗または信義則に反する形で利益を得る態様の行為や、著名表示を風俗営業に用いるなど著名な商品表示の価値を毀損する態様の行為などである。

刑事罰の対象とならない行為としては、改正前の不正競争防止法12条1項(平成17年改正法は19条)に規定されている適用除外に該当する行為(普通名称使用、自己の氏名を適正に使用する類型・表示の著名化前使用)、表現の自由に基づく正当な権利行為の範囲内での表示、希釈類型(信用または名声を害したり不当な利益を受けるものではないが、著名表示冒用によって当該著名表示の効能が希釈化されるような場合)などが挙げられる。

vii 商品形態模倣行為(21条2項3号)

改正前の不正競争防止法では、商品形態模倣行為(2条1項3号)については刑事罰の対象とされていなかった。また同号の規定については、文言が多義的で不明確であるとの指摘がなされていた。

具体的事例として問題になったのは、形態に特徴のあるブランド品から当該ブランドの商標部分を除いてコピーした商品を韓国で作り日本に輸入したケースや、パッケージだけを変更した商品形態の完全なコピー商品(玩具)を中国で作り日本に輸入した事件などである。

商品形態模倣物品についても、反社会的勢力が介在することが稀ではなく、民事訴訟だけでは解決が困難なことが少なくない。

商標法の刑事罰の適用には限界があり、また、ファッション製品についてはライフサイクルが短く意匠権の取得が間に合わないことが多い。

そのため、改正前の不正競争防止法2条1項3号の「不正競争」の規定の改正と「商品の形態」(4項)および「模倣」(5項)の規定を新たに設け、改正法の21

条2項で刑事罰を導入した。

③ 罰則の見直し(21条)

他の知的財産侵害犯または刑法上の財産犯との均衡を考慮して、十分な抑止効果が図られるよう、罰則の水準を見直し、また懲役刑と罰金とを併科できるようにする。

罰則の見直しは、平成17年の改正で、3年以下の懲役または300万以下の罰金から、原則として5年以下の懲役または500万円以下の罰金に改めた。

さらに平成18年の改正で、営業秘密侵害罪について、懲役刑の上限を10年、罰金刑の上限を1千万円に引き上げた。

(注) 特許権・意匠権および商標権の侵害罪についても同様である。

④ 米国の経済スパイ法との比較

今回の不正競争防止法の改正法における営業秘密の刑事罰の強化は、米国の経済スパイ法(1996年)をひとつの参考としている。

米国法は属地主義が原則であるが、経済スパイ法では、違反を助長する行為が米国国内で行われた場合には実行地が海外であったとしても処罰の対象となる。

わが国の不正競争防止法において、営業秘密侵害罪の国外犯について刑事罰の対象にしたのは、米国の経済スパイ法の影響がうかがわれる。

(7) その他

(イ) 弁理士法の分野

現在、弁理士に仲裁代理業務が認められているが、その業務について、調停、あっせんを含む裁判外紛争解決手続についての代理業務であることを明確化するための弁理士法改正が行われた。

(ロ) その他知的財産法の分野

営業秘密に係る裁判所の秘密保持命令違反行為について、日本国外で行われた場合についても処罰の対象とするとともに、罰則の水準を見直す所要の改正を、特許法、実用新案法、意匠法、商標法、著作権法、弁理士法の各法について行った。

四 知的財産法に係る行政と司法

(1) 特許法の審判制度と特許権侵害訴訟における裁判所の無効の判断との関係

わが国における特許制度においては、審査について不服がある場合には、拒絶査定に対する不服申立ての審判(査定系不服審判)と、第三者が特許無効申立ての

審判(当事者系審判)ができる(123条)。

そして特許庁がした審決に対しては東京高等裁判所に取消訴訟を提起することができる(178条)。

このように、特許権の得喪については、専門技術官庁である特許庁に第一次的判断を委ねるとともに、抗告訴訟により裁判所の判断を受けることを保障する制度を基本としている。

この制度について、かねてよりいくつかの問題点の指摘があった。

最も重要な問題点は、無効審判手続による審決確定の長期化により特許紛争の早期解決を得られないことと、無効理由のある特許権を侵害訴訟では有効なものとして扱わねばならないことである。

このため、侵害訴訟と無効審判・審決取消訴訟とが平行するという手続の二重性(いわゆるダブルトラック)の弊害が指摘されていた。

平成12年4月11日の半導体を巡る富士通対TI事件(キルビー特許事件)の最高裁判決では、無効審決が確定しない以上侵害訴訟において特許無効を判断することはできないとした大審院判決を変更し、「特許権に基づく差止め、損害賠償の請求は、当該特許に無効理由が存在することが明らかであるときは、特段の事情がない限り、権利の濫用に当たり許されない」と判示した。

この判決は、権利濫用の法理のもとで、実質的に特許無効の抗弁を認めるに等しい判断を示したものとして、以後東京地裁の知的財産権部を中心として多くの下級審判決において「特許に無効理由が存在することが明らかである」として、差止請求、損害賠償請求が棄却されている。明らかに無効理由があるという制約のもとではあるが、実質的に特許無効の抗弁が裁判において認められるに近い運用がなされるに至っている。

前記最高裁判決は、裁判所と特許庁の権限配分の視点からすれば、この法理の調整のうえに立って現実的解決を試みたものと評価できる。

しかし、侵害訴訟係属中に無効審判請求がなされた場合、裁判所と特許庁との判断が相違することになり、特許紛争の解決を複雑困難なものとする可能性があり、法的安定性を阻害することもあり得ないではない。

そこで、平成15年12月に、司法制度改革推進本部の知的財産訴訟検討会において、法律改正等の方向性がとりまとめられた。

これを受けて、裁判所法等の一部を改正する法律が公布された(施行は平成17年4月1日)。

改正法の主要点は、以下のとおりである。

(イ) 侵害訴訟における権利行使の制限

特許権の侵害訴訟において、権利が無効審判により無効にされるべきものであると認められるときは、その権利行使ができない。

また、当該主張が審議を不当に遅延させることを目的としてされたものと認められるときは、裁判所はこれを却下することができる(特許法104条の3)。

この規定は、実用新案権(30条)、意匠権(41条)および商標権(39条、68条3項)などに準用される。

(ロ) 侵害訴訟と無効審判の進行の調整

審判事件に係属している侵害訴訟において、権利が無効にされるべき旨の主張を記載した書面が提出された場合、裁判所は特許庁長官にその旨を通知する(特許法168条5項)。

この場合において、特許庁長官は、裁判所に対し訴訟記録のうち審判官が必要と認める書面の写しの送付を求めることができる(特許法168条6項)。

この規定は、実用新案権に同様の規定が定められているほか(40条)、意匠法(52条)、商標法(56条1項)において準用される。

(ハ) 運用についての配慮

侵害訴訟係属中に請求があった無効審判、訂正審判は早期に審理する。

裁判所は、侵害訴訟と無効審判の判断が齟齬するおそれがあるときは、裁量により訴訟手続を中止する。

(二) 当事者に対する審尋等

特許庁は、侵害情報関連情報の把握、当事者への事前確認、審査等を行う。

(2) 知的財産高等裁判所

司法制度改革推進本部の知的財産訴訟検討会において、裁判所の専門的処理体制の強化に関する提言が行われ、知的財産高等裁判所等の設置などが決定された。

これを受けて、平成16年に知的財産高等裁判所設置法が成立した(平成17年4月1日施行)。

現行法における知的財産法に係る裁判所の管轄は以下のとおりである。

特許権、実用新案権、回路配置利用権またはプログラムの著作物(以下「特許権等」という)については、

一審は、東京地方裁判所または大阪地方裁判所の専属管轄とする(民事訴訟法6条1項)。

控訴審は、東京高等裁判所の専属管轄とする(同法6条3項)。

意匠権、商標権、著作権の権利(プログラムの著作物についての著作物の権利を除く)、出版権、著作隣

接権、育成者権、不正競争防止法2条1項に規定する不正競争(以下「意匠権等」という)については、

一審は、本来の各地方における管轄裁判所のほかに東京地方裁判所または大阪地方裁判所が競合的な管轄を有する(同法6条の2)。

控訴審は、東京地方裁判所など東京高等裁判所管内の地方裁判所が一審裁判所である場合には、東京高等裁判所の管轄に属する。その他の地方裁判所が一審裁判所の場合には、対応する各地の高等裁判所が管轄する。

東京高等裁判所は、特許庁の審決等に対する訴訟について専属管轄を有する(特許法178条1項等)。

今回の知的財産高等裁判所の設置は、その内容は以下のとおりである。

知的財産高等裁判所は、東京高等裁判所の特別の支部として設置される。

知的財産高等裁判所の取扱う事件は、事件の性質・内容が知的財産に関する事件である限り、東京高等裁判所の管轄に属するすべての事件に及ぶ。

民事事件および行政事件が対象であるが、刑事事件は取り扱わない。

東京高等裁判所とその特別な支部である知的財産高等裁判所間の事件の配分を定めるものであり、管轄については先に述べたところと変わらない(知的財産高等裁判所設置法2条)。

知財訴訟のスピードアップを図るため、最高裁は知的訴訟専門の裁判官を増員し、また専門技術について裁判官を補佐する調査官体制も強化した。

東京地裁の場合

平成9年 知財専門の裁判官 8名

平成17年 17名

大阪地裁の場合

平成9年 知財専門の裁判官 3名

平成16年 6名

最近最高裁事務局がまとめたところによると、特許権などの知財訴訟について、一審において提訴から判決までに要する裁判期間がこの10年間で半分の1年にまで大幅短縮されたという。

(註) 平均審理期間

平成9年 25ヶ月

平成10年 25.7ヶ月(ピーク)

平成18年 12.5ヶ月