

第 3 章

研究内容の報告

第1節

日中における国家戦略の中の 知財戦略に関する比較研究

I. 中国専利法発展の道筋と未来方向性

中南財經政法大学 吳 漢東 文瀾シニア教授

はじめに

中国専利制度百年の歴史は、「外圧による使用」から「自らのための使用」への法律変遷の歴史であり、同時に受動的な移植から主動的な創造への政策発展の歴史でもある。前記の歴史過程は、三つの段階に分けることができる。第一段階は、清朝末期から民国政府に至る50年間であり、中国の専利立法の「受動的に受け入れる段階」である。1898年に、清政府は変法改革の中で中国歴史上の第一部専利法規「振興工芸給獎章程」を公布した。辛亥革命以降、1912年から1932年までに、北洋政府と民国政府は相次いで発明創造、工芸技術及び工芸品を奨励する条例、章程を公布した。1944年、民国政府は立法院より中国歴史上の第一部「専利法」を公布した。第二段階は、中華人民共和国の建国からWTO加盟までの50年間であり、中国の専利立法の「調整的適用段階」である。この時期、中国は計画経済から市場経済へ転換し、専利制度は「法律ローカル化」の摸索時期であり、前の30年間に計画経済体制の下で、専利制度の行政管理機能を強化し、発明奨励と発明専利のダブルスタンダードを実行した。1963年まで、「発明権と専利権を保障する暫定条例」が明確に廃止され、「発明奨励条例」を単一に実施した。後の20年間は、「改革開放」政策の下で、1984年正式的に「専利法」を公布し、関連国際規則と接近していた。第三段階は、WTO加盟から今までの15年間であり、中国の専利立法が「主動的に計画する」段階に入る。先進国との格差を縮小させ、イノベーションによる発展の実現を戦略目標として掲げ、中国は、戦略全局から俯瞰する立場から「国家知識産権戦略綱要」を効果的に実施し、専利制度を効果的に利用している。

1. 振り返り：専利立法及びその改正案の歴史評価

「中華人民国専利法」は1984年に制定され、1992年、2000年、2008年の三回にわたって（以下は「専利法（1984）」、「専利法（1992）」、「専利法（2000）」、「専利法（2008）」と称する）改正され、今まで30年間の歷程を辿ってきた。「専利法」の制定、変革及び発展の30年間は、多様な「中国化」の特色が現れた。すなわち、専利保護水準の面で、「弱い保護」から「強い保護」への制度変更を実現してきた。専利政策の実施の面で、「受動調整」から「主動計画」への制度変更が表れている。また、専利法律制度導入の面で、「舶来品」から「ローカル化」への制度変遷が顕著に表れている。立法と法改正の原因を見渡すと、中国の国家事情は専利制度が科学技術の進歩とイノベーションを促進することへの主観的認識と、中米の間での知的財産交渉とWTOの加盟国になることによる客観的要求とがある。規範導入と制度改革の中、より多くの中国的要素を導入し、専利制度の現代化、国際化及び戦略化を実現した。

（1）専利制度の現代化における中国の選択

専利制度の現代化は、この制度が時代とともに変わっていくといった時代に沿った先進性が表れ

る。専利制度の現代化の目標及びその実現過程は、国の政策計画と戦略選択であり、その基礎は国家事情である。歴史から見れば、専利制度の発生と出現は、近代科学技術と商品経済発展の産物である一方で、専利制度の発展と改善は、現代科学技術強国と経済大国により促進された結果である。国家の違い、発展段階の違い、発展ニーズによって、専利権保護に関する制度を選択的に設定することは、先進国の一般的やり方である。米国における早期の特許法について、1793年法、1832年法から1836年法までは何れも外国当事者の主体資格、特許実施、特許費用などに対して、内外で異なっている差別的な規定を採用された。日本では、明治維新後、1885年に「特許法」が公布されたが、長い間、薬品や化学物質に関する特許を排斥し、1975年の法改正案まで変更された。¹これらからわかるように、専利権保護の面で、先進国において、何れも「選択保護」から「全面保護」へ徐々に発展していく過程があった。2005年度国連報告で引用された千年プロジェクトでの専門家の意見から、発展途上国は、国際公約の最低限保護標準に従った上で、異なる段階に基づいて、異なる保護標準の知的財産権制度を選択することができる。²したがって、専利権制度の現代化は、簡単に成し遂げられるものではなく、自国の国家事情に基づいて、当該プロセスのスピード・強さに対して慎重に考慮すべきである。すなわち、専利立法に係る時代性のある傾向の中で段階的な選択を重視することである。中国の専利法の立法及びその後の法改正には、当該特色が鮮明的に表れている。

まず、単一の専利モデルで発明創造を保護する。「専利法（1984）」の制定時期は、中国が計画経済から市場経済へ変更する過渡期である。専利制度について、ソ連と東ヨーロッパの国は、何れも発明者証明書と専利証書の制度を採用していた。この二重性的制度の立法モデルは、公有制の社会性質と市場経済発展のニーズを合わせて配慮したが、欧州、米国や国際公約では、通常、専利証書制度のみ採用された。中国の専利立法は、国際的な通常のやり方に基づいて、中国専利制度と国際条約の間の協調を重視し、単一的な専利証書制度を採用した、当該制度は、中国専利制度の現代化の基礎を固めて、科学技術の対外交流のための架け橋であった。

また、徐々に授權プロセスを簡略化している。専利授權の期限を短縮し、専利授權の効率を高めるため、「専利法（1992年）」は、専利授權前の異議プロセスを授權後に取消すプロセスに変更した。

「専利法（2000）」は、更に進化して、専利権授權プロセスを簡略化し、授權後に取消すプロセスを取り消し、専利権授權後の無効審判請求のみ保留した。当該立法モデルは専利授權の効率とその公正問題とのバランスを保ち、専利法で設けられた無効審判請求は専利授權の適時性を保証すると同時に、専利権者以外の社会公衆に幅広い監督権を授權し、専利授權が法律規定に合わない事例の錯誤を解消するためのメカニズムを与えた。

そして、専利権授權範囲を少しずつ拡大している。発展途上国の基本的な国情に基づいて、中国では、専利権の効力が少しずつ改善されている過程が表れている。「専利法（1992年）」は専利権の保護分野を拡大し、化学物質、薬品、食品、飲料、調味料に対して専利権保護を与え、専利権者の輸入権を増加し、方法専利権への保護を当該方法から直接に得た製品まで拡大した。「専利法（2000）」は、専利権者に販売許諾権を与えて、全面的に専利権者の利益を保護した。2000年法改正までに、中国の「専利法」は「TRIPS協定」と比べると、専利権効力の面で唯一の差異は、販売の申立に関する

¹ 張韜略：「英美和東亞専利制度歴史及び啓示」を参照する、「科技と法律」2003年第1期に載せる。

² Calestous Juma, Lee Yee-Cheong: Innovation: Applying knowledge in Development, Earthscan in the UK and USA, 2005, p. 25.

規定がないとのことであった。今回の改正によって、「TRIPS協定」との一致性を強化し、販売の申立に関する権利の規定を補充した。

なお、専利授權の基準を絶え間なく向上させている。中国の専利制度が設定されたときに、国外技術を導入するニーズを考慮した上、特定の国家事情に基づいて、専利權授權の基準に対して、混合モデルの新規性基準を採用し、出版物類型の現有技術に対して、絶対基準を採用し、公知公用類型の現有技術に対して、相対基準を採用した。専利出願日前に中国で既に発生した公知公用行為のみは、専利權授權の新規性基準には影響するが、仮にある技術が外国で幅広く実施されても、中国でまだ実施されていなければ、同様に専利權を授權できた。これは、主に外国の企業が積極的に中国で専利を出願することを励み、中国での技術が後れている長期的な問題を改善するためであった。「専利法（2000年）」は時代とともに進化して、この2種類の使用に対して、絶対新規性基準を採用し、当該変更は、真の発明創造を励み、中国の自主的なイノベーション能力と専利權授權の質量・水準を向上させることによって、有効であった。同時に、意匠權授權を規範する面で、「公知意匠」という国際通行規則を導入し、意匠専利權の授權基準を向上させた。専利制度は個人利益を保護するための財産權制度であるが、同時に国際經濟貿易分野の通行法律規則でもあり、当該規則は個人の権利の利益のみ代表するわけではなく、国家の利益、社会公衆の利益とも関係がある。そこで、中国は専利制度の現代化の構築を促進する場合、ミクロの面で、新たな技術への専利保護を考慮する必要がある、マクロの面で国の經濟と社会發展に対する影響を考慮する必要もある。個人の技術イノベーションを保護するのみならず、国家全体の利益も求めるべきである。科学的で、合理的な現代化された専利制度を構築できるために努力する。

（2）専利制度の国際化における中国の立場

専利制度の国際化または一体化は、専利保護の基本原則と基準範囲の普遍的な適用性を表現している。すなわち、専利制度のメカニズムにおいて、国際法の地位が国内法より高く、国内法が国際法に従い、国内法と国際法を同一視している。WTOの「TRIPS協定」の発効は、知的財産權が伝統的知恵創造分野から国際經濟貿易秩序に溶け込んで、知的財産制度において高い水準により保護されるとの新たな段階に入ったことを表している。21世紀以来、アジアと欧米諸国は各自の立場に基づいて、知的財産により生じた利益の協調とシェアに対して新たな要求を提出し、「TRIPS協定」をめぐる国際会談を行った。このような会談において、中国は發展途上国の立場を持ち、国際体制を適度に轉換するように努力してきた。WTOの加盟国になり10年余り、中国の經濟が著しい發展を遂げた、1人当たりのGDPと經濟社会發展の総合指数は依然として高くなくて、發展途上国の列に立っている。これからわかるように、發展途上国の立場を持ち、広範な發展途上国メンバーの利益と意志を代表することは、中国が専利制度国際規則を制定する場合の必然的な選択である。中国は広範な發展途上国メンバーと様々なルートを通じて、遺伝資源、公共健康などの分野で自身の利益に合致する新たな国際規則を求める。これらの新たな国際規則は、中国の専利法改正案に反映され、中国専利法の一部になっている。主に以下のとおりに表している。

まず、遺伝資源の出所に関する開示制度である。「専利法（2008）」には、「遺伝資源による完成できた発明創造について、出願者は専利出願書類において当該遺伝資源の直接的出所と原始的出所を

説明すべきである。」、「法律と行政法規の規定に違反して遺伝資源を獲得し、または利用し、かつ、当該遺伝資源による完成できた発明創造に対して、専利権が授権されるべきでない。」という規定を追加した。当該規定は、「生物の多様性に関する条約」に規定された遺伝資源の国家主権原則、事情を知らず同意することと利益配分原則を示し、専利出願者が法により獲得し、及び、知る事情を開示する義務を明確に要求され、自国の遺伝資源の流失を防ぎ、「バイオ海賊」に打ち勝つには有効である。他の発展途上国、例えばインド、フィリピン、ブラジルなどの国家は、「生物の多様性に関する条約」の原則・方針に基づいて、専門的な国内法を制定し、DNA遺伝資源に関する知的財産の商業上の利用と利益配分を規範化した。中国の専利法と上記諸国の関連規定は、TRIPSが設定された後に、知的財産の国際保護制度の変革における発展途上国の立場を表明した。

また、薬品専利の強制許諾制度である。2001年、WTO第四回の部長レベル会議で「TRIPS協定と公衆衛生に関する宣言」について合意を達した。当該宣言によって、「TRIPS協定」は加盟国が公衆衛生を保護するための措置をとることを妨げないし、妨げるべきではない。また、「ドーハ宣言」は、さらに「発展途上国と後発発展途上国の加盟国は、HIV/AIDS、マラリア、結核や他の感染症による公衆衛生問題が発生するとき、専利権者の許諾を得ずに、国内で専利強制許諾制度を実施し、公衆衛生問題に係る疾病が治療するための薬品を生産、使用、販売できる。」ことを規定した。中国は上記の規定に基づいて、「専利法」の第三回法改正に薬品専利強制許諾制度の規定を追加した。「TRIPS協定」の会談及び署名において、先進国の絶対的な主導地位が明らかであり、中国を含めた発展途上国は受動的に受けざるを得ず、規則の制定に対する発言権がほぼなかった。中国専利法の第一回法改正は主に中米政府が締結された「知識財産権の保護に関する諒解備忘録」の要求を満たすためであった。第二回法改正はWTOの加盟国になるために、「TRIPS協定」の規則と合致するためであった。一方、第三回法改正は主に自身の発展ニーズにより実施され、科学技術イノベーションを推進し、経済発展を促進するためであった。生物多様性、公衆衛生などの国際的な話題は、発展途上国が専利国際保護制度の改革における利益の要求であるので、中国が世界一の発展途上国として、このような規定を作ることは国際社会に重要な公示的役割がある。

（3）専利制度戦略化における中国の目標

専利制度の戦略化の主体は、発展目標の実現を求めるために全面性・全体性の戦略と活動計画を採用することである。現在の世界各国にとって、専利戦略は知識経済時代の発展の方向性への対応のみならず、社会の重大な発展問題を解決する対策でもある。その目的は何れも専利制度を通じて知識イノベーション能力を向上させ、本質的な競争力を形成し、社会経済の急速な発展を実現するためである。現在、中国は経済発展方式の転換とイノベーション型国家の構築に関する重要な時期にあるので、専利戦略を核心としてのイノベーション政策体系を建立し、専利戦略の実施に係る制度を改善することは、中国の専利制度構築の最も重要な任務である。「国家知識産権戦略綱要」の戦略目標を確実に実施し、綱要より提出された専利事業発展に関する特定項目の任務を達成するため、「専利法（2008）」は真っ先に下記のとおり改正された。

まず、立法宗旨を改善し、「イノベーションに関する法律」である本質を示した。専利法の制度の目的は、科学技術イノベーションを奨励し、保護するためであるので、「イノベーションに関する法

律」と言える。「専利法（2008）」は、「発明創造を奨励し、発明創造の応用を推進し、イノベーション能力を高め、科学技術の進歩及び経済社会の発展を促進する」という立法目的を強調し、初めて「イノベーション能力を高める」を専利法の立法宗旨として確定した。それは、「国家知識産権戦略綱要」の政策目標を確実に実施し、イノベーション型国家建設への制度保障を提供するためである。

また、専利の利用を強化し、イノベーション成果の転化を促進する。専利技術の有効利用はイノベーション発展の基本ルートであり、専利法が制度制定を行うための重要な任務でもある。「専利法（2008）」は二つの方面で新たな規定が設けられた。一つは、共同専利権の実施と利用を激励することであった。「専利出願権又は専利権の共有者の間で権利の行使について約定がある場合はその約定に従うべきである。約定がない場合、共有者は単独で実施するか、あるいは一般許諾方式によって他者に当該専利の実施を許諾することができる。他者に当該専利の実施を許諾する場合、徴収するロイヤリティは共有者の間で分配すべきである。」と規定した。もう一つは、職務発明制度を改善することであった。発明者の利益を保護した上、専利の出願権と専利権を会社に授与する。職務発明のある会社は自身の技術・設備・市場ルートを利用してそのイノベーションを産業化することを奨励する。専利が権利化された会社は、当該職務発明の発明者または設計者を奨励すべきである。発明専利が実施された後、その応用範囲及び得た経済的利益に基づいて、発明者または設計者に合理的な報酬を与えるべきである。

なお、行政執行法・司法制度を改善し、イノベーション環境への管理を強化した。専利権への強力な保護は、イノベーション発展の基本保障であり、専利集約型産業が存在できる基本条件である。

「専利法（2008）」の法改正は、「知的財産の保護を強化する」との政策の要求を十分に表し、専利侵害の判断基準を詳細に規定し、公知技術の抗弁原則を明確に規定し、専利行政法執行を強化した。専利偽称に関わる侵害行為への処罰の度合いと賠償金額を増加し、専利侵害訴訟における訴訟前の財産保全と証拠保全を更に改善したことを通じて、「専利法（2008）」にコントロール可能性と応用可能性を具備させた。2012年8月、国家知識産権局は、新たな「専利法改正草案」を公布し、「専利法」第65条に最高は3倍までの専利侵害懲罰的賠償賠金との内容を追加する予定である。要するに、30年来、中国の専利立法は法律規定の合理性を図るのみならず、制度改革の進歩も表現していた。すなわち、専利制度の現代化の過程に、自身の国家事情に従い、段階性のある選択を行い、専利制度の国際改革に発展途上国の利益要求を伝え、専利制度の戦略化発展に「イノベーションが発展を促進する」という政策目標を徹底的に実行している。

2. 観察：専利法が直面している問題と挑戦

中国にとって、専利法の公布と実施は、全社会で制度改革に関する実践を行うことである。これは、経済発展の新状況を適応・保障・指導する制度規定であり、「イノベーションが発展を促進する」との政策を実施するための支えであり、中国の経済の安定と科学技術が発展を主動することを保障する法律措置である。30年の制度実践を通じて、中国の専利創造能力が相次いで高まり、専利産業規模が順調に成長し、専利法治環境の基盤を形成し、全社会の専利の全体水準が著しい進展を遂げた。

「国家知識産権戦略綱要」の実施への評価結果によれば、元5年の近期目標は大体実現され、その成果が専利分野で明らかに表現していた。まず、専利創造能力は急速に高まった。2011年から2014年まで、中国の発明専利出願の数量は四年連続で世界一位に立っていた。2014年12月末まで、中国の有効発明専利の所有数量は119.6万件に達し、中国国内で万人当たり4.87件の発明専利を所有し、「十二五」計画で確定された3.3件を超過した。また、専利産出のメカニズムは絶えずに最適化されていた。専利産出等の方面で五大的な達成を実現できた。1996年、企業専利出願件数は初めて大学と研究機構の専利出願件数を超えた。2003年、国内主体の発明専利の出願件数は初めて国外主体の出願件数を超えた。2004年、発明専利の受理件数は初めて意匠専利の受理件数を超えた。2009年、国内主体の専利権の授権件数は初めて国外主体の専利権の授権件数を超えた。2011年、国内主体の有効発明専利の所有件数は初めて国外主体が中国における有効発明専利の所有件数を超えた。前記によって、中国の専利創造の主体結構、発明出願者結構、専利種類結構、専利権の権利化結構、有効発明専利件数の結構において、飛躍的な進歩を果たしたことを証明できた。なお、研究に対する投資も続いて増加した。2012年、全社会の研究開発投資は10298.4億元に達し、GDPの1.98%を占めし、中等先進国の研究開発投資水準に達した。科学技術部の統計により、2014年、研究開発に約13400億元を投資し、GDPの約2.1%を占めた。

30年以来、特に「国家知識産権戦略綱要」が公布されて以来、専利法実施の成果が顕著であったが、様々な困難と問題も存在している。まず、専利創造の件数が相当な数にのぼったが、その品質の水準は高くない。核心技術、重要な技術に対する専利権の取得は科学技術に係るイノベーション水準を検証する重要な指標である。一部分のハイテク技術分野で、中国の専利創造能力は外国と比べると、まだ大きな差がある。トムソン・ロイターが提供した「2012年度イノベーション報告」のデータから分析すれば、中国は専利件数の方面で世界一位に立っていたが、コンピュータ、自動車、バイオテクノロジー、医療設備、化粧品等の分野における専利件数がそれほど多くなかった。統計によって、アジア太平洋地域で12個の重要技術分野での十大専利権者において、中国企業は23%を占めし、日本企業が60%を占めている。また、国内発明専利が明らかに増加しているが、国外の発明専利出願件数がまた少ない。イノベーション型国家の評価システムにおいて、米国、EU、日本で登録された専利件数はイノベーション成果の品質を表す重要な指標である。現在、中国主体は外国での発明専利出願の件数が国内出願件数と比べると、非常に低い割合を占め、欧州特許庁、日本特許庁、米国特許商標庁の三方で登録された発明専利権の件数が今まで1000件を超えていない。なお、ある程度の専利が権利化される能力があるが、専利の利用能力がまだ不足している。専利技術の商品化、市場化及び工業化は、専利の利用能力を評価する重要な指標である。統計によって、中国の科学技術成果の転化率は僅かの10%前後で、先進国の40%と比べると、まだ大きな差があり、科学進歩は経済発展に対する寄与率は51.7%で、発展途上国の33%との平均水準より高いが、先進国の70%と比べると、依然として大きな差がある。専利運用と市場化水準を評価する場合の肝心の指標とする専利存続期間と例えば、中国主体の国内専利の存続平均期間が5.7年である一方で、外国の専利の存続平均期間が8.9年である。有効発明専利について、10年以上で存続できる中国主体は8.5%である一方で、外国専利権者が26.1%に達した。

現在の中国では、専利法治は、現代の法治国家を構築するための構成のみならず、知的財産大国を構築するための必要な要素でもある。専利法治は専利立法、専利行政法執行と専利司法の三つの方面

に関わっている。科学的に立法するのは現代的な法治を実施するための基礎である。中国の専利法律の体系は既に立法段階から「法律を解釈する」及び「法律を適合する」段階に入り、現時点で専利立法の役割は法律に対する補強と改正である。「専利法」第四回改正案の提出は中国自身の発展ニーズからである。21世紀の二つ目の十年に入り、中国の経済発展は新たな常態に入り、「イノベーションが発展を促進する」戦略の実施が時代のテーマになっている。経済発展新常態は中国の経済計画・社会発展に関する新しい思惟であり、その核心主旨が転換進級、イノベーション発展である。経済発展新常態を中心に、知的財産についての法治の構築と、知的財産戦略の実施を含めた各知的財産事業を相応的に調整する。国家イノベーション政策体系において、専利制度はイノベーション発展戦略目標を実現するために重要な法律支援を提供している。経済発展の新常態は専利制度を同時に新常態に入るとを要求すると言える。2015年3月、中国は「体制・機制への改革を深化し、イノベーションが発展を促進する戦略を早めに実施するための意見」を公布し、「知的財産権制度がイノベーションを奨励する基本保障になる」ことを明確に規定し、「厳格的な知的財産保護制度を実現する」ことを要求した。以上、「専利法」第四回改正の時代背景と中国自身の国家事情であった。

3. 展望：専利法第四回改正の主旨とその要点

「中華人民共和國専利法」第四回改正を進行している。2012年8月、国家知識産権局はその公式ウェブサイト「専利法改正草案（意見募集稿）」を公布して以来、全社会の各業界は積極的に検討・議論している。国家の「体制機制改革を深化し、イノベーションが発展を促進する戦略の実施」という要求を徹底的に実行し、全国人民代表大会常務委員による専利法執行への検査の際に指摘された際立った問題点を解決し、「厳格的な専利保護制度を実施し、イノベーションの実施者の合法的権益を保護し、専利の実施と利用を促進し、社会全体のイノベーションに関する活力を十分に発奮させた上に、知的財産がイノベーションを奨励する基本的な保障になるために、国家知識産権局は深く入り込んで調整して、広範的に意見を募集する」。2015年7月に、國務院は既に提出した「専利法改正草案（送審稿）」を追加で改善し、再び國務院に提出し、その審査・議論を請求した。2015年12月、國務院法制弁公室は「専利法改正草案（送審稿）」を公布し、公開的な意見募集を行った。本稿より分析・研究した内容は前記の草案を根拠とするものである。

「専利法」第四回改正案の主旨は、専利の運用と保護を強化するためであり、これは、「知的財産の運用と保護を強化する」との国家の発展戦略要点と一致している。まず、専利の有効運用はイノベーション発展の基本ルートである。専利権の取得は専利法の実施または知的財産権戦略の実施の最終目的ではなく、その「技術-法律-経済」の発展ルートは、技術発明を通じて、専利権が授権され、最終的に市場で転化・利用して現実的な生産力を形成すべきである。ある国家の専利の実力の優勢と例えば、三つの観点から評価ができる。互いに関連している評価指標、①数量・規模、②品質・水準、③転化・実施、がある。全体から言えば、中国の専利件数、規模は相当な数にのぼったが、品質・水準の面でまたある程度の差があり、その転化・運用と実施の効率・利益を急いで高める必要がある。よって、「専利運用を促進し、専利価値を実現する」ことは、今回専利法改正の重点になっている。また、専利への有力な保護はイノベーション発展の基本保障である。ハイテク産業は「知的財産集約型産業」と称され、これらの産業の存在と発展は権利の存在を基礎とし、権利の維持を保障す

ることは重要である。専利権への保護は国際貿易取引の法律規則であり、中国のイノベーション発展の制度基礎でもある。そのため、我々は専利法執行を強化し、専利侵害行為が抑止できる有効な措置を改善し、イノベーション発展のための制度環境を作らなければならない。今回専利改正の重点は「専利の保護を強化し、権利者の合法的權益を保護する」ということであると言える。下記のとおりに分けて説明する。

（１）専利の保護を強化し、権利者の合法的權益を保護する

専利法の核心は発明創造専利権を保護することである。第四回改正案は専利行政法執行と司法保護との二つの法的措置を中心として、「専利権保護に関して、立証が難しく、周期が長く、コストが高く、賠償額が低く、効果が低い問題」（2015年国家知識産権局「専利法改正草案に関する説明」による）などの重要な問題に対して、相応しい改正措置を提出し、専利権への侵害行為に打撃を与えるための長期有効な制度を打ち立て、健全化し、中国での専利保護制度を改善し、公正と公平で、透明な規範であり、良好で健全な法治環境、市場環境及びイノベーション環境を作り出すことを目指している。

（i）行政調停協議の司法確認と強制執行に関して（新設条項）

現行「専利法」によれば、専利行政機関は専利紛争を処理する際に、何人の当事者の請求に応じて侵害賠償金額に対して調停を行うことができる。実務において、このような行政調停協議の執行率は高くない。一部の侵害者がわざと自分の意思によって達成された調停協議の履行を拒絶すれば、専利権者が別途民事訴訟を提出しなければならない。この状況は行政調停の無効性を引き起こし、行政法執行と司法資源を無駄にした。調停は中国で民事紛争を処理する重要な方式の一つであり、改正後の「民事訴訟法」に「調停協議事件への確認」の法律効力を規定し、民事訴訟と調停とのつながりに関して訴訟法上の根拠を提供した。これに鑑み、「専利法改正案」は調停協議の司法確認と強制執行に関して「調停協議が達成した後、一方の当事者がその協議の履行を拒否又はすべての内容を履行しなかった場合、相手の当事者は人民法院に確認かつ強制執行を申立てることができる」を明確に規定した。

（ii）「侵害協力」と「誘導侵害」の連帯責任に関して（新設条項）

現行「専利法」は専利直接権侵害行為への法律処罰だけを規定していたが、不足なところがまだある。司法実務において、中国の法院は専利間接侵害行為が成立したとの判決を言い渡したので、それに関連する立法に実務基礎を提供した。間接侵害者は生産経営の目的によって、直接侵害行為に協力または他人を誘導して侵害行為を実施させ、これらの行為と直接侵害行為が共同侵害行為を構成し、間接侵害者は直接侵害者とともに連帯責任を負担すべきである。「専利法」改正案の新設条項において、「関連製品が専ら専利の実施に用いられる原材料、中間物、部品、設備であることが知りながら、専利権者の許諾を得ずに、生産経営のためにその物品を他の者に提供して専利権侵害行為を実施させた場合、権利侵害者と連帯責任を負わなければならない。」（侵害協力）、「関連製品、方法が専利製品またはその方法に属することが知りながら、専利権者の許諾を得ずに、生産経営のために他

の者を誘導して当該専利権侵害行為を実施させた場合、権利侵害者と連帯責任を負わなければならない。」（誘導侵害）と規定した。

（iii）ネットサービスの提供者の間接侵害責任に関して（新設条項）

「専利法」改正案は「侵害責任法」の関連条項を基礎として、ネットサービスの提供者の間接侵害責任を規定し、インターネットの条件で専利権益への保護を強化し、新型侵害行為を処罰する立法目的を反映していた。「侵害責任法」第36条でのネットサービスの提供者の間接責任には三つの要点がある。①ネットサービスの提供者とネットユーザーはインターネットを利用して他者の民事権益を侵害した場合、共同責任を負うべきである。②ネットサービスの提供者は「通知－削除」の義務を履行しなければ、損害の拡大部分に対して当該ネットユーザーと連帯責任を負わなければならない。③ネットサービスの提供者が「明確に知る」原則を違反し、かつ、適切な措置を取らない場合、損害の拡大部分については当該ネットユーザーと連帯責任を負わなければならない。「専利法」改正案は三つの方面で専利分野の「セーフハーバー」原則を規定した。①ネットサービスの提供者はネットユーザーがネットサービスを利用して専利権を侵害し、又は専利を偽造することを知っているか又は知るべきものの、被疑侵害品へのリンクをタイムリーに削除、マスキング、遮断することなど必要な措置を取らず、侵害を阻止しない場合、当該ネットユーザーと共同で連帯責任を負わなければならない。②専利権者又は利害関係者は、ネットユーザーがネットサービスを利用して自分の専利権を侵害し、又は専利を偽造したと証明できる証拠があれば、ネットサービスの提供者に前項規定の必要な措置を取って侵害行為を阻止しよう通知することができる。ネットサービスの提供者は適格で有効な通知を受けた後、タイムリーに必要な措置を取らない場合、損害が拡大された部分について、当該ネットユーザーと共同で連帯責任を負わなければならない。③専利行政部門は、ネットユーザーがネットサービスを利用して専利権を侵害したと認定した場合、ネットサービスの提供者に必要な措置を取って侵害を阻止するよう通知しなければならない。ネットサービスの提供者は必要な措置をタイムリーに取っていない場合、損害が拡大された部分について、当該ネットユーザーと共同で連帯責任を負わなければならない。

（iv）行政法執行の強制措置への改善に関して（改正条項）

現行「専利法」の規定によれば、専利主管機関は侵害行為が成立したと判断した場合、侵害行為の停止しか命じられないので、行政法執行の措置が比較的単一であり、侵害者の履行成果もそれほど望ましくない。比較すると、工商管理部門は商標侵害行為を処理する際に、「侵害行為直ちに停止するよう命じる」以外、「侵害商品及び主に侵害商品の製造、登録商標の標章の偽造に用いる器具を没収、廃棄し、罰金を科す」こともできる。著作権管理機関は著作権侵害行為を処理するとき、「侵害行為を停止するよう命じる」以外、「違法所得を没収し、権利侵害にかかる複製品を没収、廃棄し、且つ罰金を科す」こともできる。情状が深刻であれば、「主に侵害複製品の製造に用いられた原材料、工具、設備等を没収する」こともできる。上述の行政執法措置はより完全であり、侵害行為への抑止力がより強い。そのため、「専利法」改正案は「商標法」、「著作権法」を参照して、専利行政法執行の強制措置を改善するために、「集団による侵害、繰り返し侵害等の市場の秩序を乱す故意の専利権侵害行為に対して、専利行政部門は法に基づいて摘発して処理し、侵害者に直ちに侵害行為を

停止するよう命じ、侵害製品、侵害製品の製造又は侵害方法の実施に専用の部品、道具、金型、機器等を没収・廃棄することができる。不法所得が5万元以上の場合、不法所得の1倍以上5倍以下の罰金を科すことができる。不法所得がない場合又は不法所得が5万元以下の場合は、25万元以下の罰金を科すことができる。」と規定した。

（v）懲罰的賠償に関して（改正条項）

現行「専利法」には、専利権侵害への賠償を認定するために、下記の三つの算定方法、①権利者の実際の損失、②権利侵害者の違法所得、③専利許諾ロイヤリティの合理的割合、を採用されていた。上述の方法を利用してもその認定が困難である場合、法院は専利権の種類、侵害行為の性質とその情状等に基づいて、法定賠償を適用し、1万元以上100万元以下の範囲以内に賠償金額を決められる。改正案では法定賠償金額が10万元以上500万元以下の賠償を規定し、法定賠償の上限は「商標法」第三回改正案の正式規定と「著作権法」第三回改正案で立案する条項で規定されたものより高い。

その他、改正案は損害賠償条項に懲罰的賠償との規定を追加した。懲罰的賠償とは、権利侵害者は権利者に実際の損害数額を超える金額賠償の一種であり、懲罰且つ補償的な機能がある。改正案は「商標法」の関連条項を参照して、「穴埋め原則」の損害賠償を適用すると同時に、懲罰的賠償について、「故意による専利権侵害行為に対して、裁判所は侵害行為の情状、規模、損害結果等の要素に応じて、前記の方法に基づいて算定した賠償金額を2～3倍に引き上げることができる。」も規定した。

（2）専利実施と運用を促進し、専利の無形資産の価値を実現する。

専利法の目的は発明創造の応用を推進し、科学技術の進歩と経済社会の発展を促進するためである。第四回改正案は「専利運用能力が不足し、専利の市場価値が十分に発揮していない」（全国人民代表大会常務委員会の「専利法執法検査工作報告」による）との大きな問題に対して、専利創造、管理と運用との主要段階をめぐって、市場ニーズに応じる専利技術転化規制を健全し、より有効にイノベーションを激励して専利の実施と運用を促進するため、若干な関連改正措置を提出した。

（i）職務発明創造の権利帰属に関して（改正条項）

現行「専利法」には「所属機関又は組織の職務を遂行する」と「所属機関又は組織の物質技術条件を利用する」ことによる完成した発明創造が職務発明創造と定義し、その専利出願権と権利化された専利権が当該機関又は組織に帰属すると規定していた。「専利法」改正案は職務発明創造の範囲を限定し、すなわち、「所属機関又は組織の職務遂行によって完成した発明創造は、職務発明創造に該当する」であり、専利出願権と権利化された専利権が所属機関又は組織に帰属するが、所属機関又は組織が発明創造者を奨励すべきであり、かつ、専利の普及応用の範囲及び取得した経済的利益に基づき、発明創作者に対して合理的な報酬を与えなければならない。「所属機関又は組織の物質・技術条件を利用して完成した発明創造」に対して、専利出願の権利と専利権の帰属は約定優先原則を適用した。改正案には、「機関と発明創作者間に契約があり、専利出願の権利及び専利権の帰属に対して定めがある場合は、その定めに従う。定めがない場合は、専利出願の権利は発明創作者に属する」と規

定した。

（ii）国家によって設置された研究開発機構、高等教育機関の専利技術転化を促進するについて（新設条項）

2007年改正された「科学進歩法」には、財政資金を利用して成立した科学技術基金プロジェクト又は科学技術計画プロジェクトによる創出された知的財産の帰属、実施及び利益配分等に対して原則的内容を規定した。「専利法」は専門法として、組み合わせるための規範とより詳細な規定を制定すべきである。そのため、改正案新設条項に「国家によって設置された研究開発機構、高等教育機関は、職務発明創造が専利権を受けた場合、専利権の帰属を変更しないことを前提に、発明者又は創作者は、自ら当該専利を実施するか又は他人に当該専利の実施を許諾することについて、所属機関又は組織と協議することができ、かつ、協議に従って、かかる権益を享有することができる」と規定した。当該条項は専利権所属の前提を強調し、財政が専利を援助する公有性を表すのみならず、同時に意思表示が一致する立場に基づいて、職務発明創造の有効な実施も促進する。

（iii）専利当然許諾について（新設条項）

「専利法」第四回改正案は、係る国家の専利立法経験を参考にして、専利当然許諾制度を新設し、その目的は、専利の供給・需要情報が非対称である問題を解決し、科学技術成果の公開、公平使用を促進するためである。その同時に、専利許諾のコストを下げ、専利許諾の使用効率を高めることにも有利である。当該制度は以下の基本内容を含める。①専利当然許諾の成立。改正案には、「専利権者は、いかなる者に対してその専利の実施権を許諾することができる旨を国務院専利行政部門に書面により意思表示し、かつロイヤリティを明確にした場合、国務院専利行政部門によりそれを公告され、当然許諾を行う。実用新案、意匠の専利について当然許諾意思表示書を提出する場合、専利権評価報告を提供しなければならない。」と規定した。②専利当然許諾の取得。改正案には、「いかなる者は当然許諾を受けようとする場合、書面にて専利権者に通知し、ロイヤリティを支払わなければならない。当然許諾のライセンスは、国務院専利行政部門に登録し、当然許諾取得の証明とすることができる。」と規定した。③専利当然許諾に関する紛争の処理。改正案には、「当事者の間で当然許諾に関して紛争が発生した場合、国務院専利行政部門が裁決を行う。当事者に不服がある場合、裁決通知書を受けた日から15日以内に裁判所に提訴することができる。」と規定した。

（iv）基準必須専利の黙示許諾について（新設条項）

基準必須専利は、技術標準と発明専利の重なり合いを意味し、現在の世界技術標準が発展してできた産物である。技術標準必須専利の黙示許諾制度を確立するのは、基準と専利との間の関係を調整し、専利権者、基準実施者、消費者の利益を保護し、最終的に先端技術の普及と応用を推進し、関連産業の発展を促進するという専利立法目標を実現するためである。この制度の要求から見れば、技術標準の制定と実施の効率を保証するために、標準制定に参加する専利権者は、信義誠実の原則を遵守し、合理的な努力を通じて自ら所有する標準必須専利を開示すべきである。標準制定に参加する専利権者が標準制定の過程で故意的に所有する標準必須専利を開示せず、標準が実施後専利を通じて標準実施者を脅迫することを防ぐため、第四回改正案は当該行為に対して黙示許諾制度を規定する。①標

準必須專利を開示しない結果、すなわち、「国家基準の制定に参加する専利権者は標準の制定において、所有している標準必須專利を開示しない場合、当該標準の実施者に当該専利技術の実施を許諾すると見なす。」と規定した。②標準必須專利許諾のロイヤリティ、すなわち、「ロイヤリティについて双方が協議する。合意できない場合、地方人民政府の専利行政部門によって裁決される。裁決に対して当事者に不服がある場合、通知書を受けた日から3ヶ月以内に、人民法院に提訴することができる。」と規定した。

（v）専利権の乱用禁止について（新設条項）

専利権は一種の合法的独占権であるが、法律により許可された範囲内で行使すべきである。現行「専利法」には、強制許諾使用、合理使用及び侵害行為とみなされないとの各種類の状況を規定し、専利権の行使に対して必要な範囲で制限された。それにしても、立法書類の総体から言えば、WTOの「TRIPS協定」第7条のように、専利制度が独占権を保護するのみならず、権利乱用も禁止するという基本的な立法の立場を示す原則的条項が欠如している。よって、第四回改正案の総則において、「専利出願と専利権行使は信義誠実の原則に従わなければならない、専利権の乱用によって、公共の利益を害すること、競争を不正に排除・制限することをしてはならない。」との規定を新設した。

終わりに

「専利法」第四回改正案は、全面改正の立場を採用し、審査草案には、実質的に改正された計33条文を含んでいる。そのうち、現有の条文を改正した内容18条、新たに追加した内容14条、削除された内容1条である。なお、適応的に文字を修正し、又は調整した内容が4条ある。前述の「専利の保護力の強化」、「専利の実施と運用の促進」との内容以外に、改正案では、「政府機能を実施する法定要求」、「専利審査制度の改善」及び「専利代理法律制度の健全」などの方面で重要な改正条項を提出した。要するに、改正案の主旨は「知的財産の運用と保護を強化する」であり、今回改正の重点と注目点である。改正案はまだ立法部門より審査されているが、法改正の動向及び発生し得る影響と効果について、知的財産業界の多くの注目を集めるべきである。

【参考文献】

- [1] 全国人民代表大会常務委員会執法検査組関予検査「中華人民共和国専利法」実施状況的報告[R]. 全国人民代表大会常務委員会公報、2014年4月。
- [2] 田力普「全国貫徹實施国家知識產權戰略綱要」[J]. 中国發明与專利、2008年7月。
- [3] 尹新天「中国専利法詳解」[M]. 知識產權出版社、2012年。
- [4] 張韜略「英美和東亞專利制度歷史及其啓示」[J]. 科技与法律、2003年1月。
- [5] Calestous Juma, Lee Yee-Cheong : Innovation : Applying knowledge in Development, Earthscan in the UK and USA, 2005, p. 25.
- [6] 吳漢東「中国専利法的發展道路：現代化、國際化与戰略化——在中国専利法頒布30周年座談会上的發言」[J]. 知識產權、2014年3月。
- [7] 吳漢東「専利法實施的目標任務与保障体系」[J]. 知識產權、2015年4月。

- [8] 張志成「「専利法」第四次修訂案草案要点解析」[J]. 法律適用、2015年11月。
- [9] 詹映「中国「専利法」第四次修改の焦点及其爭議」[J]. 中国科技論壇、2015年11月。
- [10] 趙建国「専利法修改草案五大熱点備受関注」[N]. 中国知識産権報、2015年4月10日（001）。

Ⅱ．専利無効抗弁の適用機制に関する研究

中国社会科学院 知識産権センター 管 育鷹 教授

はじめに

現在の世界は新たな産業革命の前夜にある。この情報、エネルギー、材料、生物などの新しい技術と知能環境保全などのキーワードで表現されるモデルチェンジは、人々の生産、生活方式及び社会経済発展モデルを変えることになる。この重要な発展機会を把握するために、世界の主要国家は、一連のイノベーション推進戦略と行動計画を発表し、科学技術イノベーションの投資を拡大させ、科学技術の最先端地位を維持し、未来への発展の高地を占めている。ここ数年間、中国ではハイテク産業が今後の新たな経済成長点であることを一層認識し、中国の指導者は、イノベーション推進発展戦略の実施が中華民族の行く末を決定する¹と明確に提言した。イノベーション推進発展戦略を実施する中核任務は、正に全面的な科学技術成果の産出を促進し、かつ、社会経済発展を促すための生産力に変えることである。これについて、まず、機制からイノベーション主体の積極性を喚起させ、独自イノベーション成果の市場化の運用において、得るべきインセンティブを享有することを保障すべきである。

法により知的財産を保護することは、市場経済と法治経済の内在的な要求であり、知的財産保護は、イノベーション推進発展戦略の実施に係る法律制度の保障である。実務上、知的財産保護は、最も効果的なイノベーション推進措置であり、明らかな権利関係と適適切な保護を持つ知的財産制度は新興産業の市場資源における最適な配置の実現を助ける。知的財産制度の完備と知的財産保護の最終目標の強化は、中華民族のイノベーション能力を促進し、企業のコア競争力を向上させ、国家長期発展のための制度の基礎を固めることになる。

現在、中国では知的財産分野におけるホットトピックスに対し、研究を行い、かつ、解決案を提出しなければならない。例えば、如何に知的財産の品質や成果の転化率を向上させるか、如何に知的財産保護機制を完備し、訴訟の煩わしさを軽減させ、権利侵害に対する懲罰を強化させるかなどがある。本稿では、専利権侵害と無効手続の関係から着手し、各国の経験を分析し、中国で専利権侵害訴訟において、専利無効の抗弁を導入する必要性とその可能な経路を検討する。

1．専利権の本質と専利無効制度に関する論議

発明創造の実施に係る独占権を取得し、他人の未許諾での使用を禁止するために、先ず、「専利法」に規定する手続に基づいて専利証書を取得すべきであるが、これは、専利制度を実施している国や地域に共通していることである。このため、専利権は、当該手続の施行を担当する専利行政主管部門からの「権利付与」を経てこそ、取得することができる。それでは、如何に専利証書又は「権利付与」の取得に係る法的性質を理解すべきかについて、我々は、先ず専利権の本質について振り返るべきである。

¹ 中国科学院共産党組織「中華民族の行く末を決定する重大な戦略-イノベーション駆動発展戦略に関する習近平総書記の重要な論述を学ぶ」（「求是」2014年第3期）。

（１）専利権の本質についての認識

現行の知的財産制度は、中国にとって完全な「舶来品」であり、国内知的財産分野の関連研究、政策の制定、法律の完備及び適用などは、何れも如何に現実的問題に対応するかについてその重点を置いてきた。国家知的財産戦略を実施して以来、経済と社会のジョイントチェンジによりもたらされる複雑な諸問題に臨み、各界の注目点は、依然として対策性に関する研究であった。したがって、専利制度の本質に関する学説や知的財産法と民法の関係などのような知的財産権制度の基本的な理論問題について、国内の各界では、長期間にわたる系統的な研究を欠いている。事実上、知的財産戦略の実施が深化するにつれて、多くの問題の解決策と改革措置は、早期に理論によるサポートを必要としているが、これには専利制度における専利権の本質及び専利行政機関、司法機関の機能と位置づけの問題を含む。

如何に専利権の本質を理解するか、又は専利権の出所、権利属性とは何か、当該問題に対する回答と専利制度における国家専利行政機関の機能を如何に看做すかの問題は、密接に関連している。専利制度の基本原理について、西洋で最初に知的財産制度を創建した国や地域では、18、19世紀以来、様々な意見が飛び交い、各学説は、それぞれの見解を持っていたが、最も重要な学説は、「自然権説」と「産業政策説」²である。

（i）自然権説

基本的権利説とも言い、財産権説と受益権説を含み、財産権説は、自然権理論に対応するものであり、受益権論は社会契約理論に対応するものである。具体的に言うと、専利制度を構築する理由について、下記のように表すことができる。

①本来、すべての新規性のある思想は、当該思想を生み出した者の所有に属すべきであるので、社会では、かかる思想の財産権を認めなければならない。もし、工業発明にて発明者の財産を認めない場合、実質的には人権を無視することになる。

②社会に対し、有益な貢献をしている者について、その貢献度の大小に基づき、社会から奨励されるべきである。発明が社会に極めて大きい有益な貢献をもたらす以上、社会では適切な奨励を与えると同時に、発明の独占権を付与すべきである。

（ii）産業政策説は、産業政策の観点から考えると、国では必ず専利制度を採用しなければならないと主張している。当該学説は、一定の功利主義の色を帯びており、具体的に三つの理論に分けて釈明することができる。

①公開代償説

もし、発明者に対し、その専有権を与えなければ、発明者が多くの時間と金銭、心血を費やして

² 参照 吉藤幸朔（日本 宋永林訳）『専利法概論』（科学技術文献出版社1980年版、10-14ページ）。

完成させた発明は、他人に何らの労働代価も費やさずに自由に模倣される可能性がある。これによって、発明者は、発明の秘密保持のために、あらゆる手段を取らざるを得なくなり、結局、技術的進歩と社会発展に不利な影響を与えかねない。以上の状況を考慮したうえ、国家政策の観点からみれば、専利制度を採用しなければならない。すなわち、発明者に対し、一定の報酬を支払い、一定の期間における発明の独占権を付与することにより、その発明の公開を促さなければならない。

②発明奨励説

もし、発明者に発明の独占権を与えない場合、発明者の発明に対する意欲を大いに低下させることになり、かつ、発明の実施や事業化に従事している企業家の努力や投資の興味も大いに損なわせる。以上の事実を考慮したうえ、国家政策の観点からみれば、新規発明の創造を奨励（刺激）するために、発明の実施と企業化を励まし、専利制度を国家政策として採用しなければならない。

③過当競争防止説

競争秩序論とも言うが、専利制度は、発明者に対し、独占権を付与するためであり、この合理的かつ強力な方法を用いることにより、国内外の企業が発明の成果を無償で専有する過当競争行為を効果的に防止し、公平かつ効果的な競争秩序を維持することを指す。

したがって、何れかの理論に基づいても、専利制度の主旨は、何れも発明創造者に対し、一種の独占権を付与することにより実現されるものであり、発明創造者がこのような独占権を取得できる原因は、発明創造という知的成果が社会全体の技術進歩のために貢献しているからである。言い換えれば、発明創造は、発明者が専利権を取得するための基礎である。表向きをみれば、専利権の取得は、行政機関の「権利付与」手続を経る必要があるものの、事実上、当該手続は、専利権を取得するための実質的要件ではなく、一種の形式的要件である。法律において、このような行政手続を規定していることは、発明創造が一種の無形知的成果であって、有形物のような明確な権利保護の境が存在しないという専利権保護対象の特殊性のためである。したがって、それに物権に類似する専有権を付与するためには、ある種の方式を通じてその権利範囲の境を確定しなければならない。すなわち、国家主管機構では、当業者を組織して発明創造が法的保護で求める実質的要件を満たすか否かを審査し、かつ、審査で通過された専利書類（うち権利保護範囲の確定に用いるクレームを記載した専利請求の範囲は、専利権の境を確定する標尺であると記載している）を公示することにより、発明者が当該発明創造において有効な専有権を取得していることを際立てなければならない。この意味において、典型的な知的財産権として、専利権の本質は私権である。すなわち、権利者がその発明創造に基づいて取得したのは民事権利である。専利行政機関の審査及び処理などの行為の働きは、発明創造の内容、権利者がその発明創造について享有すべき専利権と法的保護を受けるべきであることに対し、公証又は証明を行うことであり、専利「権利付与」は、行政許諾又は権利ではなく、「行政確認」³である。

³ 行政確認とは、行政機関及び法定授権を得た組織が法定職能と手続に基づき、法的事実に対して選別し、確定、証明などの方法により、相対人のある法的地位を決定・管理する行政行為を指す。常に見られる行政化訓の主な形式には、認可、証明、登記、鑑定などがあって、例えば、医療事故責任認定、不動産所有権と使用権の登記、婚姻と親族関係の証明などである。

「行政法」の学者は、「行政確認は、直接新たな権利・義務又は法律関係を創設しない」、「行政確認は、特定の法的事実又は法律関係の存否に対する裁定であり、ある特定の法的事実又は法律関係の存否は、客観的事実と法律の規定により決まる」⁴と言っている。

したがって、中国「専利法」に採用している一部の専門用語については、吟味する必要がある。もし、「専利権の付与要件（第二章タイトル）」で用いられている「付与」は、行政許諾の意味を帯びているものの、依然として「法律により専利権を付与するための要件」として解釈でき、受け入れられた場合、「許可」（第四章タイトル「専利出願の審査と許可」）は、専利権の取得には専利行政部門の許可を経るべきであると誤解するおそれがある。更に行政許諾の性質に近いということになる。この専利の「権利付与」の理念は、大陸法系、特にドイツの影響を受けているが、それは、「欧州特許条約（European Patent Convention）」において、まさに「付与」という言葉を採用しているからである。事実上、当該条約の旧称は、「欧州特許権付与条約（Convention on the Grant of European Patents）」であったものの、その後、条約の名称から「付与」を削除した。比較してみれば、アメリカの「特許法」の関連条項にて採用する言葉は、「発行」（第十四章タイトル「特許証書の発行Issue of Patent」）という言葉である。中国と同一の大陸法系に属する日本でも、「特許法」（専利法）にて採用している言葉、比較的中性な「登記」（当用漢字「登録」）を採用しているが、中国語の「許可」のような行政上の意味が濃厚な表現ではない。

「経済連合」としての世界貿易機関（WTO）は、設立当初、すでに「知的所有権の貿易関連の側面に関する協定」（TRIPs協定）を通じて、加盟国に対し、知的財産保護義務の履行を求めた。TRIPsの前文において、「知的財産権は私権である」⁵と定義することにより、知的財産権が私有財産に属するという法的本質を明確にした。もちろん、前文において、一般的公衆は、無形財産としての専利権の境を判断しにくいと、専利権の取得と行使は、必ず国家専利行政機関の審査に通じて、その権利保護範囲を確定しなければならず、これは、その他の一般的民事権利と明らかに異なっている。したがって、私権に属するとは言えども、法定手続（当該手続が「許可」又は「登録」の何れかに認定されるとしても）を経てこそ、法律に付与される独占的保護を得ることができるが、これは、専利権が民事権利に該当するだけでなく、一般的民事権利と異なる特別な部分もある。言い換えれば、専利権の取得について、形式的要件と実質的要件は、同様に重要であり、実質的要件（新規性、進歩性及び実用性）のみがあつて、法的手続に基づき、直ちに専利権を出願・登録していなければ、独占実施権を喪失してしまう。

したがって、専利権は、発明創造に基づいて生じる民事権利であるものの、権利範囲の定義において、専利行政機関は、掛け替えのない働きを果たしている。もちろん、専利行政機関の審査・復審の結果は、司法的審査を受けるべきであり、実務上、当該行政訴訟は、通常、無効審判及びその関連行政訴訟と共に専利授權・権利確認事件と併称されている⁶。

⁴ 馬懷徳主編『行政法と行政訴訟法』（中国法制出版社、2010年版第194ページ）、姜明安主編『行政法と行政訴訟法』（北京大学出版社・高等教育出版社2011年版、第250ページ）。

⁵ TRIPsの前文は、「Recognizing that intellectual property rights are private rights」である。

⁶ 例えば、「国家知識産権戦略綱要」を貫徹するために、知識産権裁判体制を完備し、司法基準の統一を図るべきである。最高人民法院の「専利、商標などの授權・権利確認類の知識産権行政事件の分担審理に関する規定」（法発[2009]39号）では、「國務院専利行政部門専利復審委員會の特許復審決定と無効審決を不服する場合」を含む専利、商標などに係る授權・権利確認類の知識産権行政事件について、北京市中級人民法院、北京市高級人民法院及び最高人民法院が審理するものとする。2014年8月31日の第十二期全国人民代表大会常務委員會第十回會議で通過された

筆者は、専利行政事件における司法や行政機関の機能と位置づけを更に明確にするため、無効事件と授權事件を合わせて見るべきではなく、意図的に両者を区分すべきと考えている。具体的に見れば、審査・復審の行為が行政確認行為に属するという論述に基づき、専利出願の審査・復審及び行政訴訟は、何れも行政機関（専利局と専利復審委員会を含む）と相対人（専利出願人）との間での行為に過ぎず、又は専利局と専利復審委員会が一方的に専利出願に対して行う審査行為にしかない。したがって、行政訴訟法の手続きに基づいて取り扱うことには異議がなく、司法機関も関連行政確認行為の事務上の合法性のみを審査すべきであり、行政機関の機能に代わって専利権の付与・拒絶について、直接判決を言い渡すべきではない。他方、権利者と第三者が参与する無効請求手続における専利復審委員会の役目は、審査・復審手続における役目とは異なり、その役目と行政訴訟における地位を明確にすることは、現在の国内専利権確定手続の完備と中国知識産権法院の建設方向を理解するのに有益である。

（2）無効請求手続における専利復審委員会の機能と位置づけ

専利復審委員会の無効請求手続における役目と不服審判手続における役目は、ある程度異なっているが、この推論は、「専利法」の関連条項の比較から得ることができる。「専利法」第41条では、「国务院専利行政部門には専利復審委員会を設置する。専利出願人が国务院特許行政部門の出願拒絶裁定に不服があるとき、通知を受領した日から3ヶ月以内に専利復審委員会に不服再議を請求することができる。専利復審委員会は、再議請求を審理してから裁定を下し、かつ、専利出願人に通知する。専利出願人は、専利復審委員会の裁定に不服がある場合は、その通知を受領した日から3ヶ月以内に人民法院に提訴することができる」と規定している。また、第46条では「専利復審委員会は、専利権無効審判請求に対し、直ちに審査し、かつ、裁定を下し、かつ、請求人及び専利権者に通知しなければならない。専利権無効裁定については、国务院専利行政部門が登記し、公告する。専利復審委員会による専利権無効裁定又は専利権維持裁定に不服がある場合は、通知を受領した日から3ヶ月以内に人民法院に提訴することができる。人民法院は、無効請求手続の相手当事者に対し、第三者として訴訟に参加すること通知しなければならない」と規定している。したがって、不服再議手続において、専利復審委員会が履行するのは、行政確認の再議行為であり、行政相対人は専利出願人であり、それ以降の行政訴訟において、当該両者は、それぞれ被告と原告である。無効請求手続において、専利復審委員会は、行政再議を行うのではなく、請求人が提出した主張、証拠及び専利権者の答弁意見に基づき、直接裁決を下すのである。専利無効請求手続において、対抗性を持つ当事者（無効審判請求人と専利権者）があり、専利復審委員会は、両者の間で双方当事者間の専利権効力紛争について裁決を行っているが、当該機能は、司法機関の審理と裁判行為に類似し、「準司法」という特性を有する。

「準司法」（quasi-judicial）の概念は、西洋の司法体制では決して稀なものではなく、早くも特殊機能を執行する一部の行政機構では、準司法機構として看做している例もある。例えば、アメリカ

「北京・上海・広州にて知識産権法院を設置することに関する決定」では、更に「国务院行政部門の裁定又は決定を不服として提起した第一審知識産権の授權・権利確認行政事件については、北京知識産権法院が管轄する」と規定した。

では行政法判事（Administrative Law Judge、ALJ）制度があり、行政法判事は、社会保障や経済発展において重要な役目を果たしている。アメリカの関連法律によれば、国際貿易委員会（ITC）では行政法判事が設置され、請求に応じて知的財産の輸出、反ダンピングと反補助金及び不平等取引などに対して調査し、裁決を下す。ITCの裁決に不服がある場合は、連邦巡回区控訴裁判所（CAFC）に上訴する。専利権の効力に対する判断について、アメリカでは複線制を採用し、アメリカ特許商標庁（USPTO）が専利権の効力に対する再審査を行い、かつ、裁決を下すほかに、専利権侵害訴訟を受理する裁判所は、被告が提出する専利権無効抗弁又は反訴について、合わせて判決を言い渡すことができる（勿論、これは専利権の有効に対する推定が有効であると承認することを前提とする。アメリカ「特許法」第282条）。アメリカ「特許法」第6条に基づき、USPTOでは「特許審判部」（PTAB 2012年9月16日、その前身BPAIの特許審判・インターフェアランス部から改編され、BPAIの元来の各再議又は再審業務を執行し、特許法やBPAIのすべての規則を適用するほかに、更に2011年アメリカ特許法（AIA）の調整又は新增した諸審理手続を担当する）を設置した。PTABの審理手続は、中国のような無効請求手続として呼ばれるのではなく、それぞれの状況に応じて、査定系再審査、当事者系レビュー、及び付与後レビューと呼んでいる⁷。特許再審査請求を審理するために、PTABには行政特許判事（Administrative Patent Judge、APJ）を設けた。APJは、アメリカ商務長官と特許審判部主任とが協議を経て任命され、豊かな法律及び技術的知識を身に付けていた専門家である。アメリカ「特許法」によれば、特許法の有効性に対するPTABの裁決について、連邦巡回区控訴裁判所（CAFC）に起訴することができ、CAFCの判決については、アメリカ最高裁判所に上訴することができる。PTABの再審査手続と裁判所の民事訴訟手続とは、類似している。例えば、請求人と特許権者との間の双方対抗、専門家・証人の導入、証拠開示の実行などには、明らかな準司法性がある。

ドイツで連邦特許裁判所を設立する前に、ドイツ特許庁には抗告・無効部（中国の専利復審委員会）を設置し、その成員は、何れも公務員であり、当該部門の裁決に対して抗告できるような法的救済措置はなかった。改正後の基本法（Grundgesetz）に合わせると同時に、特許行政訴訟上の専門的要求、手続の簡易化及び効率の向上に適応するために、1961年、ドイツでは独立の連邦特許裁判所（Bundespatentgericht、略称 BPatG）を創設し、特許権の有効性に対する特許庁と抗告・無効部の裁決についての不服請求訴訟事件の審理を担当した。ドイツの「特許法」第65条の規定によれば、BPatGは、自治の独立連邦特許裁判所であり、ドイツ特許商標庁（DPMA）の本部があるミュンヘンで設立されている。BPatGの各合議体は、5名の判事により構成され、うち2名は専門的な法律教育を経た判事、3名は専門的な技術教育を経た判事であり、裁判長は、専門的な法律教育を経た判事が担当する。登録済特許に対する無効審判訴訟は、特許権付与と異議申立手続と分離された独立的訴訟手続であり、原則として誰しも期日にかかわらず提起することができ⁸、被告は、登録簿に記録されている特許権者である。BPatGは、一審裁判所として判決行い、二審（上訴）裁判所は連邦最高裁判所である。アメリカと異なっているのは、ドイツでは実態審査を経た特許権の効力に対する判断の機能について、明確な分担原則を採用している。すなわち、BPatGの専属管轄だけになり、民事訴訟裁判

⁷ アメリカ「特許法」第6条（35 U.S.C. 6）を参照し、アメリカPTAB再審手続の紹介については、左萌・孫方濤・郭風順の「アメリカ専利無効複線制に関する分析」（『知識産権』、2013年第12期）を参照する。

⁸ ドイツの「特許法」第81条によれば、専利無効訴訟については、必ず書面形式により提出し、明確な原告、被告及び目的物、並びに明確な請求、提訴に係る事実と証拠に対する陳述がなければならない。

所ではかかる特許の効力について無効判決を言い渡してはならない。特許無効請求は、特許庁の抗告部ではなく、直接BPatGに訴訟を提起し、終審裁判所は、最高行政裁判所ではなく最高裁判所（一般民事刑事事件を担当する）であり、特許無効訴訟では三審制ではなく二審制を実行し、ドイツ「特許法」の複数の条項では、関連手続が民事訴訟法に適用すると明確に規定していることなどの特徴からみれば、BPatGは行政裁判所ではなく、典型的な専門裁判所に該当すると言える。

日本の司法体系は、最初、ドイツの影響を受けていたが、第二次世界大戦後、ある程度、アメリカの影響を受けている。専利制度において、日本特許庁（JPO：JAPAN PATENT OFFICE）の審判部（中国の専利復審委員会と商標評審委員会に相当する）は、特許、実用新案、意匠及び商標に係る事件の再議を担当し、当該部門の構成は、裁判所の構成と酷似し、かつ、無効審判に対する審査実務も裁判所に類似する。日本の「特許法」における無効審判請求に対する規定の多くは、日本の「民事訴訟法」から引用している。したがって、JPOの無効審判請求の裁決手続と裁判所の訴訟手続は、基本的に同じであり、典型的な準司法手続に該当する。事実上、JPOの審査部の裁決も日本の地方裁判所の一審判決と等しく、当事者が審査部の下した特許無効審判の裁決に不服がある場合は、直接東京知的財産高等裁判所に上訴を提起するとができ、日本の最高裁判所は、無効請求訴訟の終審裁判所となる。日本の無効請求訴訟は、JPOの審判部が下した特許無効請求裁決を不服として提起されるものの、特許権者又は無効審判請求人を原告とし、JPOではない相手当事者を被告とする（裁判所は訴訟内容をJPO長官に通知し、その意見を求める）⁹。

上述の各国の特許無効審査手続に比べ、特許無効審判手続における中国の専利復審委員会の役目は、USPTOのPTAB、ドイツのBPatG及び日本のJPOの審査部とは、同じところもあれば異なるところもある。同じ部分は、何れも直接特許無効請求を受理する第一機関であり、かつ、準司法性質の審理手続を執行することである。異なることは、アメリカや日本では、特許権の効力に対する準司法は、何れも機関所在地の高等専門裁判所に上訴し、ドイツでは直接連邦最高裁判所に上訴を提起する。しかし、中国の専利復審委員会の裁決については、「行政訴訟法」に基づき、北京市の関連中級人民法院（現時点では北京知識産権法院である。）に提訴するしかない。また、中国の専利無効行政訴訟において、専利復審委員会は、何れも被告として固定されており、頻繁に北京市の関連人民法院の被告席にて対応のために草臥れてしまう不合理的な現状は、未だに改善されていない。そして、「専利法」第46条では、人民法院が行政訴訟において直接専利無効判決を言い渡せるか否かについて明確にしていないので、実務上、裁判所は、原告による請求を棄却したり、又は専利復審委員会に対し、改めて裁決を下すよう命じたりする。とんでもないことは、「行政訴訟法」の規定によれば、行政訴訟では二審制を実施しているのである。したがって、理論的に言えば、専利権の効力有無については、専利復審委員会の裁定、北京市関連中級人民法院の一審、北京市高級人民法院の二審を経て、次に専利復審委員会が改めて審査したうえ、裁定を下す……のように繰り返され、大量の行政及び司法資源を浪費してしまう。

⁹ 日本「特許法」第123条ないし第180-2条。

2. 専利権侵害と無効審判手続との交叉問題とその対応

本来であれば、専利権侵害訴訟で判定することは、被告の行為が専利権者の合法的權益を侵害しているか否か、責任を負うべきか否か、どのような責任を負うべきかの問題であり、専利無効訴訟で判定することは、専利権が有効であるか否かの問題であり、両者は、それぞれの機能を持つ。しかし、侵害訴訟において、専利権そのものを無効にさせることは、通常、被告が極力主張する抗弁の理由であるので、法院が当該無効抗弁を受け入れるか否か、及び当該理由をもって直接専利権の効力に対する判決を言い渡せるか否かは、ある程度、専利制度下での一国の司法及び行政機構の機能分担を反映している。専利権侵害と無効審判との間の両手続の交叉問題において、様々の国での対応措置は、何れも同じであるとは限らない。

(1) アメリカの複線制下での方案

上記の通り、アメリカでは特許権の効力に対する判断機能に複線制を採用している。すなわち、裁判所で特許権の無効を主張したり、又はUSPTOのPTABで再議請求を提出すると同時に裁決を求めた場合、当該裁決は、アメリカのCAFC乃至最高裁判所までに抗告することができる。裁判所で直接特許権の無効を主張する方法には二つあって、一つは、被告が特許権侵害訴訟において抗弁又は反訴として主張する（最初の答弁書で主張すべきである¹⁰⁾）ことであり、もう一つは、特許権訴訟は生じていないものの、すでに実質的な紛争が発生し、かつ、訴訟が生じうるときに、独立的に特許無効確認訴訟を提出する（アメリカの司法機構と司法手続法に基づく¹¹⁾）ことである。

アメリカの特許権侵害訴訟と非侵害確認訴訟は、どの裁判所でも生じうるので、当該複線制において、同一特許権の効力に対する地方裁判所の判決とPTABの判決が異なる状況が存在する。過去のEthicon事件において、被告は、権利侵害訴訟において、特許権無効確認を求めただけでなく、同時にUSPTOに再審査を請求した。USPTOでは裁判所の認定結果との抵触を懸念し、再審理手続を中止したが、被告はCAFCに当該中止裁決について提訴した。CAFCではUSPTOによる再審理手続中止裁決は、アメリカ特許法に違反し、取り消すべきと判定した。その理由は、①技術審査におけるUSPTOの専門機能は、民事訴訟裁判所にないものであり、両者の機能は重複・交叉していない。②民事訴訟裁判所で行う無効訴訟手続とUSPTOにおける再審理手続は、その証拠方法と証明基準が異なり、仮に両者が同一特許の有効性に対して異なる判断を下したとしても矛盾するとは言えない¹²⁾。それ以降、アメリカ法ではずっとこのような態度を採用している。すなわち、裁判所とUSPTOが同時に同一特許の有効性に係る問題を取り扱うとき、USPTOは、再審理手続を中止してはならず、逆に早期に裁決を下さなけ

¹⁰⁾ 参照 アメリカ「特許法」第282条（35 U.S.C. 282）の「推定有効及び抗弁理由」の規定では、「特許権は有効であると推定されるべきであり、特許出願範囲項目（独立項、従属項又は複数の従属項にかかわらず）は、その他の特許出願範囲項目の影響を受けずに、何れも独立的に有効であると推定すべきである。仮に従属する特許出願範囲が部分的に無効になったとしても、従属項又は複数の従属項における特許出願範囲は、依然として有効であり、特許権の全部又はその中の何れかの特許出願範囲が無効であると主張する当事者は、特許権無効を証明する立証責任をなかなければならない……特許権の効力又は侵害訴訟について、無効又は非侵害を主張する当事者は、遅くとも審理の30日前までに、相手当事者に対し、答弁状又はその他の書面形式をもって通知しなければならない……」と定めている。

¹¹⁾ 合衆国法典第28篇（28 U.S. Code, Chapter 151）「確認訴訟」の関連規定。

¹²⁾ Ethicon Inc. v. Quigg 849 F.2d 1422-1428 (1988)。

ればならない。しかし、同一特許の有効性に係る問題を取り扱う裁判所は、訴訟を中止することにより、USPTOの再審理結果を待つことができる。通常、裁判所は、裁定を中止するか否かを決定するとき、事件の簡易度、再議請求の時機、傾向性などの要素を考慮する。訴訟中止判決は、USPTOの専門技術機能に対するアメリカ裁判所の尊重を表している。勿論、裁判所も訴訟を中止しないこともできるが、それは、USPTOの再審理結果が裁判所に対する拘束力を持たず、逆に裁判所の判決がUSPTOに対する拘束力を持つからである。注意すべきことは、アメリカでは、もし、当事者が各地方裁判所の審理を経た特許権侵害訴訟事件の判決を不服とする場合、統一してCAFCに上訴することができ、USPTOのPTABが下した判決を不服とする場合でもCAFCに上訴し、最後の終審裁判所は、何れも最高裁判所になる。このような制度の設立目的は、相互抵触する判決結果を回避し、法律適用の統一性を保障するためであり、裁判基準に照らせば、特許権の効力に対する同一裁判所の判断は、それほど差がないと言える。

しかも、裁判所とUSPTOが同時に平行する無効審判手続の連結をもっと順調にさせるために、アメリカ「特許法」では禁反言（Estoppel）制度を規定している。もし、クレームが再審査を経て、特許性を有すると認定された場合、請求人は、更に裁判所に当該特許の無効審判請求を提起することができず（35 U.S.C. 315（c））、その逆もまた然りである。

（2）ドイツの二元制下での方案

厳格な公・私法の区分原則を採用しているドイツでは、BPatG（BundesPatentGericht）は行政裁判所体系にも該当しなければ、民事訴訟裁判所体系にも該当せず、専門的に設立した特許権確定審理裁判所である。しかし、特許権の効力に関する判断の問題において、ドイツの制度は、明らかに依然として二元制の特徴を表している。すなわち、民事権利侵害事件を審理する民事訴訟裁判所では特許権の効力に対して判決を言い渡してはならず、特許権の無効については、BPatGが専属管轄している。当該二元制が直面している問題は、もし、BPatGにより特許権無効判決が言い渡されたことに対し、民事訴訟裁判所により権利侵害が成立すると認定（又はその逆パターン）した場合は、如何に取り扱うべきか。元々無効であるはずの特許を侵害したにもかかわらず、法的責任を負わなければならないことは、明らかに不合理であるものの、現実的存在する可能性はある。このような状況において、無効にされた特許権が初めから無効であるという原則に基づき、ドイツ裁判所の救済方法は、再議を通じて以前の侵害訴訟判決を取消すしかない。

抵触の可能性を回避するために、ドイツ民事訴訟法第148条では、権利侵害訴訟を審理する民事訴訟裁判所では、無効訴訟手続が終了するまでに訴訟中止裁定を下すことができるものの、通常、民事訴訟裁判所では、特許が無効にされる可能性が極めて高い認めたときこそ、侵害訴訟手続を中止すると規定している。事実上、この自由裁量権の尺度は、それほど簡単に掌握できるものではない。ここ数年間、一部の事件により、ドイツ各界では、特許権侵害訴訟と無効訴訟手続が交叉するとき、民事訴訟裁判所と行政裁判所の機能に対する区分が厳しすぎる原因で生じる法律適用の不確定性について反省し始めている。例えば、台湾の宏達国際電子股份有限公司（HTC）とドイツのIPCom（特許ライセンス企業）との間の欧州特許（EP1186189）に係る紛争事件において、一審裁判所は、HTCの権利侵害が成立すると判定したものの、その後、当該判決結論は、BPatGにより覆された。IPComは、2009年初

に裁判所から差止命令を受領し、GTCに対し、ドイツでの3G携帯電話の販売行為の停止を命じた。それと同時に、HTCは、特許無効訴訟を提起し、2010年末、BPatGはIPComに対し、特許無効判決を言い渡した。もう一つの最近の事件として、地方裁判所が特許権侵害訴訟において、アメリカのアップル社に対し、ドイツでのios移動端末により提供するメール転送サービスを禁止する差止命令を下したが、当時の当該特許（EP0847654）についての無効訴訟は、未だ終決されていなかった。しかし、本件の上訴が提起された後、当該地区の高等裁判所は、訴訟中止裁定を下することにより、無効訴訟の結果を待ことにした。関連データによれば、ドイツのそれぞれの裁判所が下すの判決又は裁決が統一していない状況は12%に達し、法的効果の不安定性をもたらしている。まとめて言えば、当該二元制体系は、特許権者に有利であって、被告には十分な救済が欠けている。したがって、ある状況における侵害と無効手続の合併やBPatGの無効訴訟手続のスピードを速めることなど¹³についての改革を提案する研究者もいる。指摘すべきところは、ドイツでは実用新案権に対し、形式審査主義を採用しているの、上述の実体審査主義を採用している発明特許とは異なり、法律では被告が侵害訴訟において権利無効を主張することを認めている。ただし、侵害訴訟を審理する裁判所が下す無効判定には対世効がなく、当事者間のみで有効である。すなわち、当該実用新案権そのものは、取消されているのではなく、当該事件の被告に対する原告の請求権が否定されたに過ぎない。

（３）日本の折衷型の方案

日本は、法的伝統においてドイツからの深い影響を受けており、長期間にわたって数多い学者は、特許権の付与又は取消は何れもJP0の職権に専属し、関連手続も行政手続に該当し、裁判所が行政手続に基づいて最終的判決を下す前に、全ての特許権は有効であると推定されるべきであるので、特許権侵害訴訟を審理する裁判所は、勝手に特許権の効力を判断してはならないと主張していた。したがって、仮にある特許が法定の無効事由を有すると認める場合は、日本の「特許法」第123条（２）号に基づき、JP0に無効審判裁決を請求するしかない。もし、JP0が下した無効審判裁決を不服とする場合、無効審判請求人又は特許権者は、相手方（JP0ではない）を被告とし、「特許法」第178条に基づき、東京高等裁判所（2006年以降は東京高等裁判所の特別支部に属する知的財産高等裁判所が管轄する）にJP0の裁決を取消すための「裁決取消訴訟」（性質は行政訴訟である）を提起することができる。それと同時に、各国が抱えている同様の問題——被疑特許権侵害者が訴訟において提出した特許権が無効であるべきと言う抗弁主張について、通常、日本の地方裁判所では反応を見せず、訴訟を中止し、無効訴訟行政手続の結果を待つのである。しかし、上世紀90年代以降、日本の経済は、ずっと停滞状態に入っており、その原因をまとめたうえ、政府は、「情報イノベーション時代、知的財産立国」の方針を提出した。知的財産に関する司法改革も日本の知的財産戦略の重要な内容となり、日本の学界でも徐々に特許権侵害訴訟における被告が無効抗弁を主張することができるという学説を認めている¹⁴。一方では、特許無効請求の場合、別途無効訴訟を提起すべきであり、事実上、当事者の同

¹³ 関連事件と分析の詳細について、Katrin Cremers, Fabian Gaessler, Dietmar Harhoff, Christian Helmers: *Invalid but Infringed? An Analysis of Germany's Bifurcated Patent Litigation System*を参照、URL : https://www.law.berkeley.edu/files/Helmerts_Christian_IPSC_paper_2014.pdf [最終アクセス：2016年1月]。

¹⁴ 無効抗弁学説について、日本では当然無効説とも呼んでいる。発明特許に新規性の欠如と言う明らかなで重大な瑕疵が存在する場合、当然無効と認めるべきである。代表的な観点については、中山信弘の『工業所有権法』（上・特許

一訴えが二つの訴訟手続を経てこそ確定できると言うことを求めているが、当事者の負担を増加させている。他方、機械的に特許庁と裁判所の権限分担を執行し、一つ手続で解決できる問題を二つの手続によって完成するよう求めることは不適切であり、結局、事件の審理を遅れさせる。特許庁の設立目的に違反しない範囲において、侵害訴訟を受理する裁判所¹⁵が特許権の効力に対して判断できることを認めなければならない¹⁶。

2000年、日本の最高裁判所は、富士通とアメリカのテキサス・インスツルメンツ社の間の半導体集積回路特許侵害事件（以下「キルビー特許事件」という）について、東京高等裁判所が言い渡した創造的判決を認めた。当該判決において、裁判所は、「本件特許には明らかに無効理由が存在し、もし、当該特許権について無効審判が請求された場合は、確実に無効にされることが切実に予見できるので、当該特許権に基づく権利侵害の停止と損害賠償等の請求が許される場合は不適切である……したがって、特許の無効判決が確定する前においても、特許権侵害訴訟を審理する裁判所がその審理結果により、当該特許件に明らかな無効理由が存在すると認めるとき、当該当該特許権に基づく権利侵害の停止、損害賠償などの請求は、特段の事情がない限り、権利の濫用に当たり、許されるべきではない」¹⁷と判定した。日本の最高裁判所では、キルビー特許紛争事件について、裁判所が特許権侵害訴訟において無効抗弁を審理できると言う理論を判例に変えている。侵害訴訟における被告が特許無効抗弁を主張するのを許すことにより、迅速かつ効果的に権利侵害紛争を解決するために、明らかな促進の役割を果たしている。日本では、2年と言う短い期間内に無効抗弁を採納する事件が激増し、かつ、事実上、その理由も「明らかな無効」の情状に限らない。一部の裁判所では先行発明と同一であるか否か、進歩性が欠如するか否かと言う比較的高い専門技術による判断を必要とする無効理由すら採納し、判決と無効審判の結果が抵触する例も生じている¹⁸。

一層知的財産戦略を推進するために、日本では一連の改革を行うと同時に、2004年6月に「特許法」を改正し、第104条3第1号を追加し、無効抗弁を明確にし、その適用を規範化した（その後に改正した実用新案・意匠・商標法における関連条項についても無効抗弁条項の適用を明確化した）。同条では「特許権又は独占的实施権侵害に係る訴訟において、仮に当該特許について、特許無効審判手続により無効にすべきものと認められるときは、特許権者又は独占的实施権者は、被告方に対し、その権利を行使することができない」と規定している。また、当事者が無効抗弁を濫用し、わざと特許権侵害訴訟を遅延させることを防止するために、第104条3第2号では、「前項の規定により無効抗弁

法[第二版]、第418ページ）、田村善之の「特許侵害訴訟における公知技術の抗弁と当然無効の抗弁」（『特許研究』第21号、4ページ）、中島和雄の「侵害訴訟における特許無効の抗弁・再考」（『財管理』第50巻第4号、489ページ）を参照。

¹⁵ 2005年に東京知的財産権高等裁判所が設立する前、日本の民事訴訟法第6条に基づき、特許権侵害事件を含む技術的財産権事件の管轄は、すでに相対的に集中され、一審は、東京・大阪の地方裁判所が多地域審理を行い、二審は、東京知的財産権高等裁判所が審理し、後者は、正に直接特許無効訴訟一審事件を受理する専属管轄権裁判所である。

¹⁶ 日本の無効抗弁討論に関する本段落の紹介内容については、飯村敏明の「グローバル・ネットワーク時代における特許侵害訴訟——我が国における侵害訴訟における特許無効の抗弁を中心として」（SOFTICサイト、2016年1月アクセス、URL:http://www.softic.or.jp/symposium/open_materials/10th/jp/iimura-jp.pdf[最終アクセス：2016年3月])。前掲飯村を参照。

¹⁷ キルビー事件判決は、東京高等裁判所が1997年に言い渡し、2000年（平成12年）に最高裁に認められた。平成10（オ）364 債務不存在確認請求事件について、平成12年4月11日に最高裁第三小法廷にて言い渡された上告審判決を参照。

¹⁸ 日本首相官邸の文獻 『侵害訴訟における無効の判断と無効審判の関係等に関する現状と課題』を参照 URL:<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/titeki/pc/ronten1.pdf>[最終アクセス：2016年1月]。

の主張を提出した場合、裁判所は、これが訴訟を不当に遅延させることを目的としていると認めるときは、申立て又は職権により却下の決定をすることができる」と規定しているが、当該規定は、当事者がややもすれば無効抗弁を主張し、特許権保護を遅延させることを防止するためである。日本「特許法」では、民事事件を審理する裁判所は、特許無効抗弁を受け入れることができるを明確に規定しているが、これは、二元制を採用している大陸法系国家と地域で通常、行政又は準司法機関しか知的財産権の効力を判定できないという伝統を打ち破り、民事裁判所が知的財産権の効力に対して司法認定を行う先駆けとなっている。しかし、日本のこの規定は、民事裁判所が直接特許権の無効を言い渡せると言う立場からではなく、民事裁判所が特許権者の訴訟上の請求を支持しないと言う立場から規制するのであり、巧みに二元制における司法と行政機関の機能分担の問題を回避している。このような折衷型の方案が提出されてから、日本では更なる措置を採ることにより、特許無効審判と無効抗弁の間の複線制がもたらし得る抵触を低減させた。2005年4月1日、東京知的財産高等裁判所を設立し、統一的に技術型知的財産民事事件の二審と無効審判事件の一審の審理を行うことになっている。

なお、侵害訴訟において、裁判所が無効抗弁を採用してから、実務上では次のような二つの状況が生じる可能性がある。一つは、裁判所が審理を経て、無効抗弁の理由を受け入れずに、特許権が有効であると認定した上、原告の訴訟上の請求を支持したにもかかわらず、その後の無効審判において、当該特許権が無効にされる判決が言い渡された場合である。もう一つは、裁判所が審理を経て、無効抗弁の理由を受け入れ、特許権が無効であると認定した上、原告の訴訟上の請求を支持していないにもかかわらず、当該特許権が無効請求訴訟において、依然として有効であると認められた場合である。それでは、如何に当該二つの侵害訴訟結果と無効判決との間で生じうる抵触を解決すべきか？日本「民事訴訟法」第338条第1項第8号の規定によれば、判決の基礎となった行政決定が変更された場合、再審の訴えをすることができる。この規定は、上述の第一状況における抵触によりもたらされる再審の問題と直接係っている。したがって、2011年の日本「特許法」改正時に、第104条4を追加し、生じうる再審を制限している。すなわち、「侵害訴訟の判決が確定した後に、当事者は、無効審判における無効判決を理由に、再審の訴えをすることができない」と規定した。第二状況そのものは、「民事事件判決の基礎となった行政処分が法により変更された場合」に該当せず、再審の訴えをすることができない。当該二つの状況を合わせてみれば、現在、日本では特許権の効力に対する判断において、権利侵害の民事訴訟を審理する裁判所が最も強い権威を持っているはずである。しかし、技術型民事事件における控訴審裁判所と無効訴訟を審理する裁判所は、何れも東京知的財産高等裁判所であり、かつ、通常、当該裁判所において、同一特許の有効性に係る事件について、何れも同一合議体がその審理を行っているので、現実的には同一裁判所が相反する判決を言い渡す可能性は、ほとんど存在せず、権利侵害と権利確認訴訟の結果が抵触することは理論上にしか存在しない。

日本の折衷型の方案は、基本的に台湾地域で全面的に参照されており、異なるのは、台湾ではわざわざ別段の立法を通じて当該法案を実施し、日本のように逐一に関連法律を改正していない。上述の台湾の立法と日本の工業財産権法の改正目的は、実質的に同一であり、その範囲も拡大されている（刑事訴訟でも無効抗弁を準用する）¹⁹。なお、台湾では日本と同様に法律が採択された後、知的財

¹⁹ 台湾「智慧財産案件審理法」（2007年制定、2014年改正）第16条（取消、廃止原因の判断）では、「当事者が知識財産権を取消・廃止するための原因があると主張又は抗弁する場合、裁判所は、当該主張又は抗弁理由の有無につき、自ら判断しなければならない、民事訴訟法、行政訴訟法、商標法、特許法、植物品種及び種苗法、又はその他法律にお

産権専門裁判所を設立している（2008年）。

3. 中国の専利権侵害と無効訴訟の現状

（1）中国専利権侵害訴訟の状況

現在、中国法院で受理している専利紛争事件には、民事、行政及び刑事訴訟を含める。ここ数年間の統計データによれば、専利民事事件は、全部の専利紛争事件の90%以上を占め、かつ、毎年増長する傾向がある²⁰（図表-1）。ただし、中国専利民事事件の数は、同期の著作権・商標民事事件に比べ、遥かに少ない。

【図表-1】

年度	新たに受け入れた 一審専利民事事件 の数	新たに受け入れた 一審専利行政事件 の数	専利詐称罪判決件 数
2010年	5785	551	2
2011年	7819	654	1
2012年	9680	760	63
2013年	9195	697	1
2014年	9648	539	1

*データ出典 「中国法院知識産権司法保護状況」（2010～2014）

また、「中国専利権侵害訴訟状況研究報告（1985～2013）」によれば、当該報告に及んでいる期間の中国専利権侵害訴訟事件の総数は2万件に達せず、かつ、その分布も均衡でない。専利権侵害訴訟の一審受理件数について、省ランクの行政区画に基づくランキングで並べると、広東、浙江、江蘇、上海、北京、山東、河南、四川、湖南、福建になる。専利権侵害訴訟を受理した一審法院の中で、広東省広州市中級人民法院の受理件数が最も高く、21.32%を占め、第二位の浙江省寧波市中級人民法院（8.37%）よりも13%高い。これに続くのは、上海市第二中級人民法院（6.01%）、上海市第一中級人民法院（5.73%）、浙江省杭州市中級人民法院（5.56%）、江蘇省南京市中級人民法院（4.59%）、北京市第二中級人民法院（4%）、浙江省金華市中級法院（3.74%）、浙江省温州市中級法院（3.7%）と北京市第一中級人民法院（2.78%）である。筆者は、当該報告の分析に賛成である。当該ランキングは、基本的に各地域の経済発達程度及び経済成長の品質と係っており、珠江デルタと長江デルタは、明らかに中国の経済発達地域であって、専利権侵害訴訟の多発地域となっている。

中国の知的財産事件の中で専利権侵害事件が占める絶対的数量は、それほど多くないものの、その

ける訴訟手続停止に係る規定を適用しないものとする。前項の状況につき、裁判所が取消・廃止の原因があると認めたとき、知的財産権者は、当該民事訴訟にて相手方に対し、権利を主張することができない」と規定している。同法第30条（準用規定）では、「第16条第1号では、第23条案件又はその附帯民事訴訟を審理するとき、これを準用すると規定する」と規定している。

²⁰ 「中国法院知識産権司法保護状況（2010-2014）」（最高人民法院公式サイトwww.court.gov.cn）を参照。

うち、一部の重大・複雑でかつ論争になっている専利事件、特に権利侵害民事訴訟と無効行政権利確認手続の間の交叉事件は、通常、関連分野の重要な企業又は涉外当事者に及んでいたもので、かかる事件の審理過程及び判決に対する社会的に高く注目され、その影響範囲も広がった。2014年全国人民代表大会常務委員会法執行検査組の「専利法実施状況の調査に関する報告」²¹によれば、専利の品質と運用率が低いほかに、中国の専利権の保護には、長い期間、立証困難、高いコスト、低い賠償額などの問題を抱えており、長期間に渡って各界から不評を買っている。この「周期が長い」問題の基本原因は、中国専利制度における機制の設置問題がもたらす侵害訴訟と無効手続の間の絡み合い及び循環に係っている。

（２）専利の循環訴訟及び権利侵害、無効手続の間の交叉問題

現行の「専利法」第45条、第46条によれば、現在、中国において、専利無効請求は、専利復審委員会にしか提出することができない。専利復審委員会の裁定を不服とする場合は、人民法院に提訴することができる²²。目下、専利無効裁定を不服として提起される訴訟を受理している北京知識産権法院は、中級人民法院に該当するので、このような事件の二審は、北京市高級人民法院に上訴すべきである。したがって、理論上、中国において専利の有効性に対して申し立てる異議について、専利復審委員会での準司法手続と北京市中・高級両法院での司法手続が必要である。また、中国の「行政訴訟法」第54条によれば、法院は、具体的な行政行為に対し、維持したり、又は取り消して差し戻したりするが、「専利法」には如何なる関連規定もない。したがって、仮に法院が専利権の無効を認定した場合でも、専利復審委員会に改めて裁決を下させるような判決を言い渡すしかない。司法手続上、専利権の無効判決を言い渡すことができないので、理論上、もし、当事者が、専利復審委員会が改めて下した裁決について、依然として新たな行政手続を提起することができる場合、異議の解決は、新たな手続循環へ落とし入れられ、争いの解決時間がより長くなる。

明らかなことは、当該専利無効手続の設置は、関連当事者に高いコストを払わせ、専利権確認紛争の解決に不利なことである。特に、専利権侵害紛争との交叉は、手続全体を遅延させ、当事者の権利・義務を長期間の不確定な状況に置かせるだけでなく、大量の公的資源も浪費することになる。本来、一般的民事訴訟に対し、専利権侵害民事事件は、証拠と財産保全、専門家鑑定、権利侵害会計検査などの段階を踏むべきであるので、訴訟周期が長すぎている。もし、再び無効訴訟に巻き込まれ、侵害訴訟手続が中止された場合、事件の結論は、更に先延ばしになるはずである。とんでもないことは、当該手続が当事者により相手方を崩すために不正利用される訴訟策略となるおそれがあることである。

事実上、国内の多くの研究者は、当該知的財産権無効手続が特殊の民事訴訟に類似する手続であり、無効請求手続における専利復審委員会の役目が準司法機構であると認識している²³。中国の知的

²¹ 『中華人民共和國全國人民代表大會常務委員會公報』（2014年第4期）。

²² 最新の訴訟管轄区分によれば、専利無効裁定は、北京知識産権法院に提訴する。全國人民代表大會常務委員會の「北京・上海・広州にて知識産権法院を設置することに関する決定」（2014年8月31日）第2条第2号の「國務院行政部門の裁定又は決定を不服として提起する第一審知識産権權利付与・權利確認行政事件については、北京知識産権法院が管轄するものとする」ことを参照。

²³ 北京市高級人民法院知識産権法廷 高知「専利、商標權利確認紛争解決機制の問題に関する研究」（「法律適用」

財産業界でも早くから相応する方案を提出している。例えば、中国社会科学院知識産権センターは、專利無効審判請求に対する專利復審委員会の審理について、民事訴訟の手續に類似するものと見なし、その裁決を一審判決として看做し、直接北京市高級人民法院に上訴することを提案した²⁴。これらの観点と提案は、2008年に採択された「国家知識産権戰略綱要」に取り入れられ、「知識産権上訴法院の設立に関する模索」を戰略実施措置として明確化している。しかし、中国知的財産戰略の推進につれ、改革で直面する問題の複雑程度は、当初の予想を上回っている。筆者からみれば、現在、北京、上海、広州での知的財産専門法院の設置及びその運用は、事実上、国家知的財産戰略の制定当初の措置ではなく、中国指導層が司法改革の過程において、その他の要素を総合的に考慮し、暫定的に知的財産戰略の実施計画に追加した試験的な内容である。勿論、北京、上海、広州での知的財産専門法院の設置は、技術型知的財産事件の集中的管轄と審理の專業化に有利であり、また、2014年から2017年までの3年間の運行テスト期間において、上記の三箇所の知的財産専門法院では、一連の司法改革措置の試行を行う予定であり、同時に技術調査官制度のような、今後の中国知的財産高級専門法院制度の構築に必要な一部の措置も含める。

現行法律と実務によれば、今回設立した北京知識産権法院は、直接專利復審委員会の裁決を変更する権利がなく、專利權侵害と無効手續の二元制がもたらしうる循環訴訟の問題を解決することができない。しかし、最近、最高人民法院で採択された「行政訴訟法」の司法解釈（法釈〔2015〕9号）では、他の立場から参入・規制している。当該解釈第3条第1項第9号の規定によれば、もし、行政訴訟の目的物がすでに確定裁判により拘束されている場合、すでに立件された行政事件については、却下裁定を下すべきである。したがって、一件の專利無効審判請求が專利復審委員会から北京知識産権法院、北京市高級知人民法院までの一通りの手續を経てから、專利復審委員会に差し戻され、再審理を行った場合、改めて下された再議裁定について起訴した場合、北京市知識産権法院が直接却下される可能性がある。なお、2001年に最高人民法院が發布した司法解釈（後述を参照）において、權利侵害と無効訴訟の間の交叉時に、法院が侵害訴訟手續を中止するか否かについての情状を規定したことを除き、2016年1月5日、最高裁判所では「專利權侵害紛争事件の審理における法律応用の若干の問題に関する解釈（2）」を採択した。当該「解釈（2）」において、可能な限り起こりうる抵触を回避するために、民事と行政手續の連結措置を追加した。当該「解釈（2）」における無効裁決と權利侵害判との間に係る規定には、下記の条項を含めている。

第5条 当事者が、專利權侵害訴訟の判決が下される前に、無効審判請求人が上記の事由に基づき、專利復審委員会に当該專利權の無効審判を請求したことを立証した場合、人民法院は、訴訟中止裁定を下すことができる。

第36条 人民法院が、当事者が和解協議に基づいて提出した訴訟取下申請を許可することを裁定した場合、專利權無効裁決では、專利權無効裁決を下す前にすでに履行された当該協議の部分についての遡及効を具有しない。未だ履行されていない部分は、二度と履行しないものとする。ただし、当該和解協議が社会公的利益又は第三者の利益を損害する場合はこの限りでない。專利權無効裁定に対する和解協議の遡及効について別途の約定が有る場合は、その約定に基づくものとする。

第37条 專利復審委員会が下した專利權無効裁決に対し、無効審判請求人又は專利權者が法定期間

2006年第4期に掲載、第14-17ページ。

²⁴ 中国社会科学院知識産権センター著 「中国知識産権保護体系改革研究」を参照。知識産権出版社2008年8月出版。

内に人民法院に起訴しなかったり、又は当該無効裁決が人民法院の効力確定判決により維持され、当事者が当該無効裁決に基づいて再審を申請し、専利権無効裁決前に人民法院が下した未執行又は執行未完了の専利権侵害の判決、調停書を取り消すよう請求し、審査を経て確実である場合、人民法院は、再審を行わなければならない。当事者が上記の無効審判裁決に基づき、専利権無効審判前に人民法院が下した未執行又は執行未完了の専利権侵害の判決、調停書の執行終結するよう請求し、審査を経て確実である場合、人民法院は執行終結裁定を下さなければならない。専利復審委員会が下した専利権無効裁決について、無効審判請求人又は専利権者がすでに法定期間内に人民法院に起訴したものの終審に至らず、当事者が当該無効裁決に基づいて再審を申請し、専利権無効裁決前に人民法院が下した未執行又は執行未完了の専利権侵害の判決、調停書を取り消すよう請求し、審査を経て確実である場合、人民法院は、再審の審査を中止し、かつ、原判決、調停書の執行を停止する裁定を下さなければならない。

明らかなことは、上記の新たな司法解釈では、法律適用の立場から専利権侵害事件を審理する法院に対し、できる限り同一専利権の効力について、専利復審委員会の確定裁定と違う判決を下すことを回避すること、又はこれと抵触する民事判決、調停書の執行を中止することを求めている。如何に民事、行政の両手続の同時進行又は交叉問題を取り扱うかについて、新たな司法解釈ではそれほど大きい突破点がない。すなわち、各情状の取扱方法は、未だ従前の司法解釈²⁵と同一である。しかし、新たな司法解釈では、「専利権侵害訴訟の判決が下される前に、無効審判請求人が専利復審委員会に当該専利権の無効審判を請求した場合、侵害訴訟を受理する人民法院は、訴訟中止裁定を下すことができる」と規定しているが、これは、従前の司法解釈で言う「訴訟を中止しないことができる」に比べ、無効手続の結果に対する尊重を一層表している。

（３）専利権侵害訴訟における被告の無効請求状況

（い）専利権侵害訴訟における被告の常用抗弁理由

中国の大多数の専利権侵害民事事件は、起訴前の和解又は訴訟中の調停により終結されるが、これは、通常、各国の専利権侵害紛争において各当事者が選択する方案である。当該内容により推論すれば、双方当事者の間の紛争が侵害訴訟段階まで継続された場合、被告が専利無効審判を請求する比率は極めて高くなるものの、既存の実証研究結果では当該推論を支持しないこともある。

例えば、ある研究者は、ここ五年間（2009年から2014年まで）で収集できた北京及び上海の専利権侵害事件の一審判決に対する分析を行なっていたが、そこから得られた一部のデータには、我々が考慮すべき価値がある。当該分析によれば、一審判決の結果において、北京の専利権侵害事件における原告の勝訴率は76%であり、上海の原告の勝訴率は約70%であり、両地方の専利権侵害事件の二審の維持率は約90%である。言い換えれば、法院までに至った専利権侵害紛争の大多数事件の被告は、確かに原告の専利権を侵害していた。非侵害判決が言い渡された事件において、北京と上海にかかわらず、その約70%は、何れも被疑侵害製品が原告の専利権の保護範囲に入っていなかったからである。

²⁵ 法釈[2001]21号（2015年に法释[2015]4号により改正）第8条乃至第12条では専利権侵害訴訟において、被告が答弁期間内に係争専利権の無効審判を請求した場合、人民法院が訴訟を中止するか否かに係る様々な情状について柔軟性のある規定——発明専利の場合において裁判所は「訴訟を中止しないことができる」をしている。

その他の非侵害判決が言い渡された原因は、従来技術の抗弁、侵害行為の存在に対する立証不能及び先使用権の抗弁などもある。北京と上海のデータでは、何れも専利権侵害事件において、約20%の被告のみ係争専利権に対し、無効審判請求を提出し、最終的に専利権の無効により非侵害判決が言い渡された事件は、北京法院が判定した発明専利権非侵害事件の2.4%しか占めていない²⁶。

北京、上海とも中国専利関連事件の多発地であるので、当該両地方における権利侵害事件の状況は、代表性を有している。上記のデータによれば、専利権侵害訴訟において専利無効請求を提出し、最終的に専利の無効により非侵害判決が言い渡された事件は、発明専利事件に限られ、その件数も相当少ない。北京と上海の専利権侵害事件において、意匠と実用新案事件が大半を占め、かつ、中国の意匠と実用新案権について実体審査を経ていないことにより「問題専利」又は「ごみ専利」として批判されている状況を考慮すれば、専利権侵害訴訟の中で無効審判請求を提出する比率が極めて少ないことは非常に怪しいことである。北京の法院が審理した実用新案権侵害事件の中でその66.7%が侵害確定判決が言い渡され、意匠権侵害事件の中で約90%が侵害確定判決が言い渡されたが、残りの非侵害判決が言い渡された事件でも被告が無効抗弁を提出したことがない。かかる現状において、意匠と実用新案権侵害事件における被告の多くは、ディーラーや個人事業主である可能性があり、このような被告は、基本的に無効請求手続を発動又は対応できるような能力がなく、訴訟コストなどを考慮すれば、直接侵害を認め、少ない賠償を負担したり、又は非侵害、従来技術、先使用権などの抗弁を提出したほうがより適切である。

(ii) 専利権侵害事件において被告が提出した無効請求に対する法院の取扱

専利権侵害訴訟において、被告は、直接専利無効をもって自己のための非侵害抗弁の理由とすることができるか？当該問題について、中国の既存法律・法規、司法解釈には明確な規定がない。実務上、法院の一般的取扱方法は、直接無効抗弁を受理して判決を言い渡すのではなく、被告に対し、法律に基づき、別途専利無効請求手続を提起するよう告知することである。ただし、北京の法院でも例外の取扱方法を採用していたことがある。すなわち、被告が提出した専利無効抗弁について直接回答し、かつ、直接専利権無効判決を言い渡した。例えば、北京市第一中級人民法院（北京知識産権法院の前身）は、（2004）一中行初字第575、742、769、770号の判決において、北京市高級人民法院は（2003）高行終字第61号判決において、何れも当該方法を試したことがある²⁷。しかし、その後、中国の法院は、専利権侵害訴訟において、直接無効抗弁を審理し、かつ、権利無効の判決を下すことについて、相当慎重になっている。例えば、筆者は、2015年12月11日、「北大法意網」データベースにおいて、「専利権侵害」事例を検索していた際に、9346件の検索結果の中で法院が直接被疑侵害者の「専利無効抗弁」について、「被告は、原告の専利が無効であると主張したものの、相応する証拠を提出して実証することができず、かつ、専利の有効性の存否は、国家関連行政機関の審査範囲であり、法院の審査内容ではないので、原告の専利が無効であると主張する被告の抗弁を支持しない」²⁸と回答した事例は一件しかなかった。

²⁶ 高榮英「北京市専利権侵害事件データ分析報告」及び「上海市専利権侵害事件データ分析報告」（知産力ホームページ<http://www.zhichanli.com>[最終アクセス：2016年1月]）。

²⁷ 喻輝「専利権無効が専利権侵害訴訟における『新たな』抗弁事由となることについての検討」（『法制と経済』2013年第11期）。

²⁸ 広州市中級人民法院（2004）穗中法民三知初字第267号。

まとめて言うと、法律に明文規定がないので、法院には行政権力範囲への介入の可能性がある訴えの審査を回避しようとする傾向がある。北京市高級人民法院が發布した「専利権侵害判定指南」（京高法発（2013）301号）第6条では、「専利権有効原則」——すなわち、権利者の主張している専利権が無効にされる前にその権利は保護されるべきであり、当該専利権が権利付与要件を満たさず、無効にすべきと言う理由で判決を下してはならない。

しかし、2008年、国家知的財産戦略において、知的財産保護については司法的に主導することを明確化してから、法院も一部の変通方法を試してみた。例えば、北京市高級人民法院知識産権法廷の統計によれば、2009年以降、専利権確認事件が徐々に増加（発明専利無効事件45%、実用新案と意匠それぞれ40%と25%を占める）し、専利権確認事件における北京市兩級法院の司法審査機能も強化されている。2013年、15%の専利復審委員会による専利無効審判の裁決は、北京市兩級法院による司法審査の中で取り消されている。ここ数年間、北京市法院では絶え間なく専利権付与の実質的条項の審査力を強化しており、一部の論争がある重大な問題について、大胆に意見を提出している。例えば、（2012）高行終字第833号の北京万生薬業有限責任会社が専利復審委員会、第一三和株式会社を訴えた発明専利権無効行政事件と（2012）高行終字第1754号の新日鐵住金ステンレス株式会社が専利復審委員会、李建新を訴えた発明専利権無効行政事件について、それぞれ医薬化学分野における「マーカッシュ・クレーム」の補正と進歩性の判断方法、化合物及び化学混合物と組成物に係る進歩性の判断方法について模索し、有効に司法審査機能を履行し、裁判基準²⁹を明確化した。勿論、無効事件に及んでいる専門技術課題は、比較的複雑で、専門性も高く、法官が個別事件のために費やす時間と精力が比較的多いので、北京市法院に相当大きいプレッシャーを掛けており、高級レベルの知的財産専門法院の設立や技術調査員などの審判補助人員の配置の強化などに対する声が日増しに高まっている。

ここ数年間、ある実用新案専利権紛争再審申請事件において、最高人民法院は、「正確に専利権の保護範囲を定義することは、被疑侵害発明の技術方案が権利侵害に該当するか否かを認定するための前提条件であり、もし、クレームの記載に明らかな瑕疵が存在し、係争専利の明細書、本分野における技術常識及び関連公知技術などに合わせても、クレームにおける技術用語の具体的意味を確定できず、正確に専利権の保護範囲を確定できない場合は、被疑侵害技術方案との有意義な対比ができない。原告の専利権は、『保護範囲が明らかに不明確である』という情状に該当するので、被疑侵害技術方案が権利侵害に該当すると認定すべきではない」³⁰と判定した。当該裁定からみれば、最高人民法院は、係争専利の有効性に対する審査を行なっているが、それは、理由を陳述するとき、「保護できない権利は保護しない」と言う方法を通じて、権利効力問題に対する直接的な態度の表明を慎重に回避したに過ぎない。当該判例は、ある程度近頃の中国最高審判機関が行政手続と交叉する知的財産民事紛争について、如何にして実質的に解決するかに係る政策上の方向を現している。

（iii）無効請求手続の始動後の権利侵害訴訟の中止要否の問題

専利権侵害訴訟において、もし、被告が専利無効審判を請求した場合は、如何に取り扱うべきであ

²⁹ 北京市高級人民法院知識産権法廷「北京市法院2013年専利権付与・権利確認に関する行政事件の裁判所状況」（『中国専利と商標』2015年第1期）。

³⁰ 最高人民法院（2012）民申字第1544号民事決定。

るか。これに対し、最高人民法院は、様々な情状について一連の柔軟性のある規定を設けた³¹。

①実用新案、意匠専利権侵害紛争事件の被告が訴訟の中止を請求した場合は、答弁期間内に原告の専利権について無効審判請求を提出しなければならない。

②人民法院が受理する実用新案、意匠専利権侵害紛争事件において、被告が答弁期間内に当該専利権について無効審判請求を提出した場合、人民法院は、訴訟を中止しなければならないものの、下記の何れかの情状に該当する場合は、訴訟を中止しなくてもよい。a. 原告が発行した検索報告又は専利権評価報告において、実用新案又は意匠専利権の無効をもたらす事由が見付かっていない場合、b. 被告が提供した証拠では、自己の使用する技術がすでに公知技術になっていることを証明できる場合、c. 被告が当該専利権の無効審判を請求するために提供した証拠又は根拠となる理由が明らかに不十分である場合、d. 人民法院が訴訟を中止すべきではないと認めたその他の情状。

③人民法院が受理する実用新案、意匠専利権侵害紛争事件において、被告が答弁期間満了後に当該専利権の無効審判を請求した場合、人民法院は、訴訟を中止してはならないものの、審査を経て訴訟を中止する必要があると認めた場合は除く。

④人民法院が受理する発明専利権侵害紛争事件、又は専利復審委員会の審査を経て、専利権が維持された実用新案、意匠権専利侵害紛争事件において、被告が答弁期間内に当該専利権の無効審判を請求した場合、人民法院は訴訟を中止しなくてもよい。

⑤人民法院は、訴訟の中止を決定するとき、専利権者又は利害関係人が被告に対し、関連行為の停止又は権利侵害による損害の拡大を制止するためのその他措置を採るよう請求すると同時に担保を提供し、人民法院が審査を経て関連法律規定を満たす場合、訴訟の中止に関する裁定を下すと同時に関連裁定も下すことができる。

上記の規定からみれば、通常、侵害訴訟において、ある実体審査を経た専利権について無効審判が請求された場合、法院はその審理を中止しない。事実上、上記の北京、上海の両地方法院における事例調査結果によれば、被告が無効審判を請求した専利権侵害事件において、10%未満の事件が法院により訴訟中止裁定が下されている。

なお、中国の「民事訴訟法」（2013年版）第150条における訴訟中止事由には、「本事件は、別件の結果をその根拠とし、別件が未だ終結されていない」ことを含む。しかし、専利無効請求手続及び関連司法審査の行政訴訟の結果が専利権侵害訴訟の必要根拠に該当するか否かについて、2015年最高人民法院の「民事訴訟法」の適用に関する司法解釈にしろ、「専利法」に適用する一連の司法解釈にしろ、何れも明文規定がない。したがって、現在に至るまで、専利権侵害訴訟と専利無効訴訟手続が交叉するとき、法院が侵害訴訟の中止裁定により専利無効手続の結果を待つか否かについて未だその定論がなく、このような不確定性は、明らかに被告が積極的に専利無効手続を提起することを励まし、

³¹ 最高人民法院「専利紛争事件審理における法律適用問題に関する若干の規定」（法釈〔2001〕21号、法釈〔2013〕9号、法釈〔2015〕4号、第8条乃至第12条）。

問題特許を選別し、特許の品質を向上させるのに不利である。

4. 中国特許権侵害訴訟における無効抗弁規則の導入に関する提案

(1) 無効抗弁規則の導入の必要性

上記の通り、外国経験からみれば、特許権の本質は私権に該当するものの、それが典型的な無形財産として技術性が極めて高く、権利範囲の定義において、専門技術者の協力が必要であるので、特許行政管理業務を担当する行政、準司法機関の権利付与・権利確認の法定手続は、世界各国の特許制度の不可欠な内容である。しかし、実務上、様々な原因により、権利付与された発明創造が何れも「特許法」に規定する実質的要件を満たすとは限らない。特許の品質を保証し、特許局と特許復審委員会の業務上の手落ちやミスを正すために、必ず特許無効審判制度を構築し、不適格な特許権の行使により他人の合法的利益と公的利益を損害する防がなければならない。現在、中国の特許権侵害訴訟における被告が特許無効審判手続を請求したがることは、ある程度現行制度の制定に存在する一定の問題によりその目的を達成できないことを反映している。その他法域の経験と比較すれば、中国で完全な特許無効審判請求手続を完成するためには、行政訴訟手続（北京知識産権法院）をも経ねばならず、終審法院（北京市高級人民法院）のランクは、その他の国より低く、特許権判定の司法権威の樹立に不利である。上記のアメリカ、ドイツ、日本の各種のモデルには、何れも採納できるところがあるものの、国情が異なるので、完全にそのまま導入することはできない。相対的に言えば、日本では侵害訴訟の中での無効抗弁を許しているだけでなく、裁判所が直接権利無効を判定することを明確化していない経験は、考慮すべき価値がある。

侵害訴訟において特許無効抗弁を採納できることを明確にすることは、中国行政、司法機能の分担における伝統に違反しない。特許権そのものは私権に該当し、特許行政機関による審査は、行政許可に該当せず、特許復審委員会の無効手続には、明らかな准司法性を帯び、特許権の有効性の存否に対する裁定も、最終的に法院の司法審査を経てからその判決が言い渡されるのである。したがって、仮に法院が特許無効抗弁を採納し、かつ、それにより判決を言い渡すことは、実質的に特許権の効力に対する判断行為に該当し、特許権の効力判定における司法終局原則をも満たしている。また、無効抗弁は、無効審判請求手続のように数回の循環を経るのではないので、原・被告双方の権利・義務関係については、民事事件の二審制によって明確化することができ、大幅に司法効率を向上することができる。特許無効の抗弁を導入することも司法基準の統一、不確定性の減少にも有利である。例えば、現行の司法実務において、法院が被告から特許無効審判を請求された場合、訴訟を中止するか否かについての取扱方法は、統一されておらず、法官の自由裁量権が大きいことは、当事者が合理的な予期を図るのに不利であり、常に濫用又は責任の逃れとして指摘されることもある。

(2) 侵害訴訟に無効抗弁を導入する経路

特許権侵害訴訟の中に特許無効の抗弁を導入することは、現在の中国司法と行政機関の職能分担（これは、正に知的財産専門上訴法院の設置上の改革難題である）を動揺させないことを前提にし、

訴訟手続を簡易化し、裁判効率を向上させることができる。しかし、専利無効抗弁制度の発生と発展に係る外国経験からみれば、当該制度の運用は、知的財産侵害上訴事件と無効事件について同一専門法院が管轄することに密接に係っている。

現在の中国情勢からみれば、如何に専利無効抗弁を導入すべきかについて、簡単な経路は、直接立法又は司法解釈を發布し、全ての専利権紛争事件に対する管轄権を具有する法院が無効抗弁を採用すること（アメリカの各連邦地方裁判所と同じ）ことを許すことであるものの、これは明らかに不可能なことであり、かかる法院自体の能力では昇任できないだけでなく、ましてや各界に質疑されることはなお更である。筆者は、専利無効抗弁制度の導入が中国知的財産専門法院の建設問題との切り離せない関係にあつて、慎重に研究し、確実に行うべきと考えている。

（i）専利権侵害事件の管轄に対する一層集中

最高人民法院の「専利紛争事件審理における法律適用の問題に関する若干の規定」によれば、専利紛争一審事件について、各省、自治区、直轄市の人民政府所在地の中級人民法院と最高人民法院が指定する中級人民法院が管轄する。最高人民法院は、実状に応じて、基層人民法院を指定して専利紛争一審事件を審理させることができる。しかし、2001年以降、最高人民法院は、未だ基層人民法院を指定して発明専利事件を審理させたことがない。しかし、中国の専利事件の管轄権は、ずっと「緩和」の趨勢を見せており、統計によれば、2014年末まで、全国で専利（発明、実用新案及び意匠）民事事件に対する管轄権を具有する中級人民法院は、すでに87箇所已经达到している³²。

2014年下半年以降、知的財産専門法院の建設が加速化されるに伴い、裁判基準の統一化及び専門化裁判の強化は、知的財産の司法的保護で強調する目標になっている。特に北京、上海、広州における知識産権法院の設立は、中国の発明専利などの技術型紛争事件の管轄権が「強化」される傾向が現れていることを示している。もし、北京と上海が直轄市であることにより、以前の専利事件を審理する二箇所の法院を現在の知識産権法院に合併することは、それほどの影響がもたらさない場合、広州知識産権法院の設立と運用には極めて大きい試験的な役割がある。

事実上、広州知識産権法院が専利事件の管轄権に対する集中的な「強化」を試みる際に直面した問題は、かつて遭遇したことがない問題である。全国人民代表大会常務委員会と最高人民法院による管轄関連意見が発表される時³³、正に多地域の特徴を具有する専門法院としての広州知識産権法院の設置案は、広東全省の技術型知的財産事件を新たに設立する広州知識産権法院に集中して審理を行うことであったが、当該案では実務上、最も重大でかつ難解な知的財産事件を受理している深セン中級人民法院の事件を広州に転移した後、必然的に生じる人員の異動及び資源の再調整などを含む数多い取扱上の難題を考慮しなかった。したがって、広州知識産権法院の最終管轄案は、「広東省深セン市両級法院が専利などの知的財産事件を継続的管轄を有することに関する最高人民法院の返答」に基づいて執行すること、すなわち、深セン市を除く広東全省内の多行政区画における専利、植物新品種、集積回路の設計、技術ノウハウ及びコンピューターソフトウェアに関する一審知的財産民事・行政事

³² 中国法院知識産権の司法保護に関する状況（2014）、2015年4月發布。

³³ 2014年8月31日第十二期全国人民代表大会常務委員会第十回會議にて採択された「北京、上海及び広州での知識産権法院の設置に関する決定」と「北京、上海及び広州での知識産権法院の事件管轄に関する最高人民法院の規定」（2014年10月27日最高人民法院審判委員会第1628回會議にて採択）。

件と馳名商標の認定に係る民事事件に対して管轄する³⁴。したがって、今後の知識産権法院の建設過程において、受理事件の件数、法官の素質と経験及び人員などの再構成の難易度などは、すべて考慮すべき内容である。しかし、深セン市の専利事件管轄権が欠如していたとしても、以前最高人民法院が広東全省内ですでに8箇所の中級人民法院を指定して専利事件を審理させていることを考慮すれば、広州知識産権人民法院がこれらの法院の専利事件管轄権を回収した後での運用経験は、全国範囲内で専利事件管轄権を一層集中することに対し、依然として参照価値を有する。

筆者は、専利無効の抗弁は、ある程度、専利権の効力に対する認定に及んでおり、アメリカ式の遣り方、すなわち、現在の専利事件管轄権を具有する法院が何れも専利無効請求を審理する方法を採用することは、現実的でもなければ、論争を引き起こしやすい。特に一部の地方法院では発明専利事件を審理した経験もなければ、技術補助人員や専門家の資源が欠如し、専利権の効力に対する判断業務に昇任しかねる。最も良い方法は、日本のように、先ず適切に専利事件管轄権（日本では東京と大阪の二箇所の裁判所に集中させた）を集中し、更に当該法院に専利無効抗弁を受理・審理する機能を付与することである。これは、先ず現行の専利事件管轄権を有する各法院が専利事件を受理してから発明及び実用新案専利紛争事件を受理した件数を統計し、統計結果に基づき、一つの大地区（多省級行政区画）内で専門的に当該地区の発明専利を審理する一箇所の法院を指定する必要がある。多区域法院、巡回法院などの試験法院は、現在、中国の司法改革計画に入っており³⁵、かつ、遠隔裁判の科学技術が迅速に発展するにつれて、専利などの技術型事件の更なる多区域集中管轄は、実行の可能性を有する。例えば、現在の北京知識産権法院及び上海知識産権法院は、省級行政区画を突破し、徐々に北京・天津・河北地区の全体と江蘇・浙江・上海地区の全体における専利事件管轄までに拡大している。適切に集中される可能性がある地区には、北西地区、南西地区、東北地区、東南地区、中原地区及び中南地区などを含む。まとめて言えば、ニーズに応じて、知的財産事件を審理した件数が多く、裁判経験が豊かで、事件取扱能力が比較的に高い法院を選び、多区域知識産権法院を設立すべきであり、必ず省ごとに知識産権法院を設置しなければならない必要がない。

（ii）中国知識産権高級法院の設立の推進

中国で知的財産専門上訴（高級）法院を設立するか否かの問題は、知識産権法院の建設における主な焦点であり、司法・行政機能の分担に及んでいる敏感な問題である。アメリカの経験に対する考察によれば、CAFCは、全国の全ての特許権侵害事件の控訴審理専属管轄裁判所であるが、これは、アメリカの控訴審理裁判所が法律の適用問題のみ審査し、事実問題を審査しないと言う民事手続設置に関連し（アメリカの民事訴訟では陪審チームが事実に対する認定を行い、証拠が充分であるか否かについて合理的な裁決を下す必要がある場合を除き、裁判官には陪審チームの裁決に対する再審理を行う権利がない）、さもないと、単一のCAFCでは、全国の連邦地方裁判所から来る特許権侵害事件の控訴業務量を負担することが難しい。専利事件二審裁判所として（日本は三審制なので、二審は控訴審、三審は上告審と言う）、日本の東京知的財産高等裁判所では、民事訴訟法に基づき、事実も審理すれば、法律の適用についても審理している。しかし、統計によれば、2004年～2014年に同裁判所が受理した技術型知的財産民事事件などの控訴事件は、毎年約100件であり、数百名の裁判所調査官と

³⁴ 「広州知識産権法院の職務履行に関する広東省高級人民法院の公告」（『中国工商報』2014年12月18日報道）。

³⁵ 「多区域法院の未来期待は可能か？」（『民主と法制』2015年第10期）。

専門委員の補助³⁶があることを考慮すれば、当該機制的運用上の安定性は言うまでもない。

筆者は、知識産権高級法院の設立において、日本と台湾地区の経験は、何れも参照することができるものの、その全般をそのままコピーすることは難しいと考える。現在の中国「民事訴訟法」によれば、二審法院は、法律適用の問題を審理するだけでなく、事実の問題も審理しなければならない。したがって、上記の通り、適切に発明専利などの技術型事件管轄を集中し、数個の大地区知識産権法院を設立する想定に基づいて推進したとしても、一箇所の高級法院が数多い地区知識産権裁判所の一審事件に係る上訴を受理し、法律適用の問題も審理すれば、事実の問題も審理すると同時に、専利無効裁決などの准司法裁決の司法審査業務を担当する実行可能性は、決して楽観的ではない。他方、「民事訴訟法」改正の難度と複雑さは言うまでもなく、「専利法」などの知的財産単行法の改正には、平均的に8年から10年の年月を要する。変通方法としては、台湾のように特別立法（例えば「知識産権法院審理法」である）を通じて、大多数の技術型民事事件の事実審理の重点を各大地区で設置しようとする知的財産専門法院に置き、かつ、知識産権高級法院がかかる事件における事実に対する再審理の圧力を減少させることにより、その全力を専利無効請求手続裁決に係る司法審査と難儀技術型事件に係る法律の適用、及び両者間の協調のために注入させることである。

したがって、最終的に北京で全国向け知識産権高級法院を設立し、統一的に各知識産権法院での一審を経た技術型二審事件及び専利無効審判手続裁決の司法審査（専利復審委員会による裁決を一審と看做す）を受理する。当該全国向け知識産権高級法院については、北京市高級法院（同法院知識産権審判法廷と併合してより重要な裁判機能を負担する）に設置することもできれば、別途設置することもできる。なお、現在の知識産権専門法院の設立過程で試した技術調査官制度、事例関連指導、専門家諮問制度などは、何れも十分に利用するために更に完備することができる。

（iii）専利無効抗弁の導入経路

上記の通り、中国で専利無効抗弁を導入する簡単な方法は、直接司法解釈に介することであるものの、専利事件管轄権が分散されている状況下で、かかる方法は、必然的に各方面から質疑されるものであり、穏便な方法は、徐々に頼るべき運用機制を完備していくことである。

①「知識産権法院設置法」による方法

一つは、北京・上海・広州で知識産権法院を設置した経験を普及させ、各大地区で知識産権法院を設置し、当該地区の専利などの技術性が高い事件を集中的に管轄する。広州知識産権法院の設置につれて、深セン市を除く広東省のその他地域における、専利などの技術型事件に対する法院の管轄権は、自然に取り消されたように、これらの多地区知識産権法院の設置は、更に優れた知識産権の専門裁判資源を整え、専門化のある裁判能力を向上させる。知識産権法院では、技術型事件の一審の重要性を強化し、形式上の裁判を回避し、審理上の品質を高め、上訴率を低減させるべきである。

もう一つは、北京で知識産権高級法院を設置し、上記の知識産権法院からの技術型事件の上訴を受理し、原則的に法律の適用と解釈の問題のみ審理する。知識産権高級法院は、同時に専利など無効訴訟事件を審理する。

³⁶ 関連データ及び資料は東京知的財産高等裁判所の公式サイトから入手
URL : <http://www.ip.courts.go.jp/chi/info/statistics/index.html> [最終アクセス：2016年3月]。

②「知識産権法院審理法」による方法

台湾の経験を参照したうえ、すべての知識産権法院に適用する専門審理手続を制定し、専利無効抗弁を導入する。具体的な表現方法については、日本の「特許法」第104条3、第104条4を参照する。すなわち、権利侵害事件を審理する法院では、直接権利無効判決を言い渡さないものの、被告の無効抗弁を受け入れ、専利権者に対し、被告に権利を主張してはならないと言う判決を言い渡すことができる。

勿論、中国知的財産の司法保護における一部の有効な遣り方、例えば、司法解釈や指導性のある事例の公布などを通じて、専利無効抗弁の適用内容について更に具体化することができる。例えば、「被告は専利に明らかに無効にされるべき情状が存在するについて立証・表明しなければならない」における「明らかに無効にされるべき」又は「明らかな瑕疵がある」について、更なる解釈をしなければならないことである。

おわりに

以上の内容は、専利無効抗弁制度に対する回顧と中国での当該制度の導入に関する筆者の初歩的考察である。中国の知識産権法院の設立と関連法律制度の完備は、複雑な工程であり、特に全体の司法制度改革と知識産権行政管理制度の完備に及んでいる場合、一部の問題は、学理上の研究を行うだけではなく、政治、経済、社会などの各方面の要素も考慮すべきである。本稿で選び取っている内容は、知的財産制度における極小さな問題に過ぎないものの、関連規則の制定及び運用は、実際に関連国や地域における全体の知的財産制度運用状況を反映している。中国の場合、専利無効抗弁制度の導入は、知識産権専門法院の建設、知的財産戦略の推進との切り離せない部分である。同業者の更なる検討のために、以上の初歩的考察と分析内容を提供する。

Ⅲ．知的財産推進計画に基づいて行われた過去12年間の知的財産法の改正をふり返って—特許法を中心として—

明治大学法科大学院 高倉 成男 教授

1. 序言

2003年3月、内閣総理大臣を本部長とする知的財産戦略本部が発足し、同本部は集中的議論の後、同年7月、知的財産に関する国全体の方針である「知的財産の創造・保護・活用に関する推進計画」（知的財産推進計画）を決定した。この知的財産推進計画はその後、毎年実行と更新が繰り返され、各年の計画に基づいて特許法、著作権法その他の知的財産法の改正並びに新法の創設が継続的に行われてきた（図表-1）。

【図表-1】 知的財産推進計画に基づいて行われた知的財産法改正及び新法創設の年

	特許法 実用新案法	意匠法	商標法	不正競争 防止法	著作権法	種苗法	新法
2004年	○	○	○	○	○		○(知的財産高等裁判所設置法)
2005年			○	○		○	
2006年	○	○	○	○	○		
2007年						○	○(映画盗撮防止法)
2008年	○	○	○				
2009年				○	○		
2010年							
2011年	○	○	○	○			
2012年					○		
2013年							
2014年	○	○	○		○		○(地理的表示保護法)
2015年	○	○	○	○		○	

従来、知的財産法の改正は、それぞれの担当省庁（例えば、特許法であれば経済産業省特許庁、著作権法であれば文部科学省）がそれぞれの政策判断に基づいて独自に行うものであったが、2003年以降は、知的財産戦略本部が大局的・長期的視点から全体的方針を定め、それに基づいて各省庁が具体的な改正を実行するというアプローチがとられるようになった。

本稿では、累次の知的財産推進計画のうち特に初年度の知的財産推進計画2003に注目し、その中の提言に基づいて行われたその後の特許法改正についてその背景、趣旨、影響、成果等を整理し、今後の課題について考えることとする。本来であれば、全ての知的財産法についてレビューするべきであるが、紙幅の制約のため、本稿では「特許法の改正」と「特許法と他の知的財産法に共通する横断的改正」（図表-2の（Ⅰ）及び（Ⅱ））を中心に取り上げる。なお、（Ⅱ）の④の「侵害を巡る紛争の

合理的解決」（無効の抗弁等）については昨年度の報告¹で取り上げているので、本稿では割愛する。

【図表-2】 知的財産推進計画2003に基づいて行われた知的財産法又は関連法の改正又は創設

(一覧)

(Ⅰ) 特許法の改正	(Ⅱ) 横断的法改正	(Ⅲ) 他の法律の改正・創設
① 職務発明規定の改正 ② 特許審査迅速化法(仮称)の制定 ③ 新規性喪失の例外規定の改正 ④ 医療関連行為の特許保護に関する審査基準の改訂 ⑤ 通常実施権の対抗力に関する改正	① 損害賠償制度の強化 ② 証拠収集手続の拡充 ③ 権利侵害に係る罰則の強化 ④ 侵害を巡る紛争の合理的解決(無効の抗弁等)	① 実用新案法の改正 ② 意匠法の改正 ③ 商標法の改正 ④ 不正競争防止法の改正 ⑤ 著作権法の改正 ⑥ 種苗法の改正 ⑦ 関税法の改正 ⑧ 信託業法の改正 ⑨ 知的財産高等裁判所設置法の創設 ⑩ コンテンツ創造保護活用推進法の創設 11 映画盗撮防止法の創設 12 地理的表示保護法の創設

この12年間の特許法改正の方向性をひとことでいえば、保護対象については「より広く」、権利行使については「より強く」、審査審判の手続については「より迅速、簡素に」というものであった。こうした方向性をもった一連の特許法改正がイノベーションの推進にどう寄与したか、寄与が十分ではなかったとすればどこに問題があったのか、今後どうするべきか。そういう問題意識をもって過去の特許法改正をふり返ってみるというのが本稿のテーマである。

2. 特許法の改正

(1) 職務発明規定の改正

(i) 知的財産推進計画2003及び同2014における提言

「発明者の研究開発へのインセンティブの確保、企業の特許管理コストやリスクの軽減及び我が国の産業競争力の強化等の観点から、社会環境の変化を踏まえつつ、所要の検討を行った上で、2004年の通常国会に特許法第35条を廃止又は改正する法案を提出する。」(知的財産推進計画2003)

「職務発明制度の在り方について、例えば、法人帰属や使用者と従業者などとの契約に委ねるなど、研究者の研究開発活動に対するインセンティブの確保と企業の国際競争力・イノベーションの強化を

¹ 高倉成男「日本における国家戦略としての知的財産戦略」平成26年度特許庁委託「知的財産に関する日中共同研究報告書」(知的財産研究所)

https://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/chousa/pdf/nicchu_houkoku/h26_houkoku.pdf [最終アクセス：2016年3月]。

共に実現できるような制度設計をすべく、産業構造審議会知的財産分科会での議論を加速化させ、今年度（2014年度）のできるだけ早い時期に、法制度上の措置を講ずることの必要性も含め、結論を得る。」（知的財産推進計画2014）

（ii）提言の背景

職務発明制度（特許法35条）に関する提言はこの12年の間に2回行われた。最初の提言（知的財産推進計画2003）は、発明者が特許を受ける権利を使用者に承継させることの見返りに受けることができる対価に関する規定の見直しを求めるもので、2回目の提言（知的財産推進計画2014）は、特許を受ける権利の帰属に関する規定の見直しを求めるものであった。

特許を受ける権利の帰属や承継に関するルールは国によって異なっている。我が国では、特許を受ける権利は従業者（発明者）に原始的に帰属し、その発明が職務発明である場合は、当事者の間で事前に定めた取決めによって使用者がこれを承継することができ、発明者はその見返りに相当の対価を受けられるとされている。もっとも実際には法律上の「相当の対価」が支払われることはまれで、一時的な報奨金等の支払いですまされることが多かった。

それでも多くの企業が終身雇用制度を維持していた高度経済成長の時代にあつては、従業者が使用者に対して対価の支払いを求めて訴訟を起こすというケースはほとんどなかった。しかし、近年、雇用環境が変化する中、退職した従業者が元の使用者に対価の支払いを求める訴訟が増えてきた。こうして特許法35条は企業にとって経営リスクとしてとらえられるようになった。

（iii）論点と改正の要旨

最初の提言に基づく検討の過程において、産業界は、訴訟リスクを小さくすることを念頭に、対価の支払いを裁判所が決めるという枠組みそのものを廃止し、当事者の取決めにまかせることを基本とする枠組みへ転換することを提案した。しかし、これに対しては、対価の支払いを当事者の取決めにまかせることへの不安も出され、結局、折衷案として、①対価の支払いは当事者の取決めによることを原則とする、②ただし、当事者の取決めによることが不合理であると認められるときは裁判所が決定するという二段構えの方式を採用することになった（2004年改正、2005年4月施行）。

これで産業界の懸念は解消されたかと思われたが、改正から10年後の2013年ごろから再び特許法35条の見直しを求める声が大きくなった。2004年の改正に対する産業界の認識は、①当事者の取決めによることが不合理であるかどうかの判断基準が明確ではなく、このため予見可能性が依然として低く、②社内の管理運用コストのみが増大し、イノベーションに寄与しておらず、③発明者にインセンティブを与えなければ企業は競争に負けるので法の強制がなくても使用者は発明者にとって不利なこととはしない（法の強制を無くしても発明者に不利は生じない）というようなものであった。

このような認識に基づいて、産業界は、特許を受ける権利が原始的に使用者に生じる使用者帰属の原則を採用し、相当の対価を求める権利を無くすことを提案するようになった。また共同発明の場合の権利の帰属や二重譲渡の問題を回避するためにも使用者帰属が望ましいとする見解もあった。一方で、中小企業や大学等には、使用者帰属の原則になると使用者が特許出願をする義務を負うことになるとの懸念から現状維持を求める声もあった。

これらのさまざまな意見を総合的に勘案し、知的財産推進計画2014は、職務発明制度の見直しを行

うことを提言し、これを受け、産業構造審議会知的財産政策分科会は集中的審議を行い、2015年、特許法35条の再改正を行うことを提言した²。

2015年改正法の特徴は、①特許を受ける権利の帰属を使用者帰属とするか従業者帰属とするかは使用者が選択することができること、②特許を受ける権利が使用者が取得する場合、従業者は「相当の利益」（「相当の対価」ではないことに注意）を受けることができること、③経済産業大臣は企業・大学等における内部手続に関するガイドラインを定めることの3点である。

（iv）その後の展開と今後の課題

2015年改正法は、2016年4月から施行される予定である。改正法の施行にともなって、使用者帰属の原則へ移る企業が多いと思われるが、中小企業や大学等の中には現行の従業者帰属の原則を維持するところもあろう。いずれにせよ、問題は「相当の利益」の支払いである。「相当の利益」は現行法の「相当の対価」より広い概念（その意味では柔軟性がある）とみられているが、その範囲が具体的にどこまで広がるか、その支払いが不合理とされるのはどのような場合か、企業等の関心はそこにある。この点について政府によるガイドラインが作成される予定である（2016年1月にガイドラインの案が公表されている³）が、もとより最終的裁判は司法の判断に委ねられる。

その点ではなお不透明感が残っているものの、2004年及び2015年の2度の改正を通じて当事者自治優先の考え方が一段と明確になったこと自体は素直に評価してよいことと思われる。しかし、真の評価のポイントは、これでトラブルが減るか、仮に減るとしてそのことが発明者のモチベーションの向上やイノベーションの推進にどう寄与するかである。そのことを注視していく必要があるが、まずは労使間の不毛なトラブルが生じないよう社内のルールを整備し、適切に運用し、当事者の納得感を高めていくことが求められる。

（2）特許審査迅速化法（仮称）の制定

（i）知的財産推進計画2003における提言

「熾烈な国際競争の中で企業の経営判断にスピードが求められる今日、特許審査の迅速化は、優れた発明の事業化を促し経済の活性化につなげるために不可欠である。特許審査の迅速化を図るためには、50万件に上る審査未着手案件（いわゆる滞貨）の縮減と、今後発生が見込まれる約30万件の審査請求の急増への対応が重要である。世界最高レベルの迅速・的確な審査を実現するため、審査待ち期間の短縮の目標を定め、あわせて、必要な審査官の確保、専門性を備えた審査補助職員の活用、先行技術調査の外部発注等による審査体制の整備強化、特許法等の見直し、出願人等による出願・審査請求構造の改革等の総合的対策を推進する。なお、滞貨縮減のための臨時措置として、外部人材の活用により任期付審査官を配置し、任期終了後は知的財産専門人材としての活用を図る。さらに、関係法律の改正など、特許審査の迅速化に必要な措置を包括的に定めた特許審査迅速化法案（仮称）を2004

² 「我が国のイノベーション促進及び国際的な特許調和のための知的財産制度の見直しに向けて」
https://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/toushintou/pdf/innovation_patent/houkokusho.pdf [最終アクセス：2015年3月]。

³ 特許庁資料「特許法第35条第6項のガイドライン案」

http://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/shingikai/pdf/newtokkyo_shiryou013/03.pdf [最終アクセス：2006年1月]。

年通常国会に提出する。」

(ii) 提言の背景

我が国では、長い間、特許出願の数が多く、審査官の人数が相対的に少なく（国家公務員の定員の削減のため）、慢性的に審査遅延の問題に悩まされていた。2003年当時、審査請求から最初の通知（登録査定又は拒絶理由通知）まで平均して2年以上かかっていた。これを10年間で11か月以内に短縮することが目標とされた。特許審査を迅速化することの意義は、①研究開発の生産性の向上（無駄な研究開発の回避）、②特許発明の早期実施、③国際的審査協力（日本の審査結果の外国への提供）にある⁴。特許審査の迅速化は、基本的には増員によって対処されるのが筋であるが、それに加えて制度面からの対応も求められるようになった。

(iii) 論点と改正の要旨

特許庁では、2004年から5年間、任期を5年（更新は1回可能で最大10年）とする任期付き特許審査官を毎年約100名、合計500名を採用するという臨時の増員計画を実行するとともに、主に次のような制度的対応（法改正）をとることを決定した。

第1に、先行技術調査（サーチ）の外部発注業務における民間調査会社の参入の促進。特許庁では従来から、特許審査の効率化を図るために、特許庁が指定した調査機関に対し、特許出願の審査に必要な先行技術調査を行わせていた。当時、指定調査機関は公益法人に限られていたが、これを改め、民間調査会社も参入できるようにした。

第2に、料金改定による審査請求の適正化。審査請求料金を約10万円から約20万円に引き上げ、反対に特許登録料金（平均累積総額約36万円）を半額に引き下げることとした。これによって、有益な特許の登録を促すと同時に、権利化の可能性が低い特許出願についての審査請求を抑制することをねらいとした。

第3に、出願人による先行技術調査に必要な特許関連情報の公開。出願人による出願前又は審査請求前の事前サーチを可能とすべく、特許庁が有するサーチ用データベースを民間に開放するとともに、そのデータベースを使いこなすことができる人材の育成（サーチの訓練）を特許庁が行うこととした。このために、特許庁の附属機関である工業所有権情報研修館の業務を対民間サービスも含むように拡大することとした。

上記の事項を含むいわゆる束ね法案としての「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」が2004年5月に可決成立し、6月に公布された。

(iv) その後の展開と今後の課題

本法は2005年に（一部は2004年に）施行された。本法の施行と審査官の増員が功を奏し、審査待ち期間は2009年をピークに減少に転じ、2014年の年間平均審査待ち期間はとうとう目標の11か月を切るに至った（図表-3）。これで数値的には特許審査迅速化の目標は達成されたということができる。

⁴ 産業構造審議会知的財産政策分科会特許制度小委員会中間とりまとめ「世界最高レベルの迅速・的確な特許審査の実現に向けて」

<http://www.jpo.go.jp/shiryoutoushin/shingikai/pdf/tizai05/paper07.pdf> [最終アクセス：2004年1月]。

【図表-3】特許出願件数、審査請求件数、審査待ち期間等の推移

年	特許出願件数	審査請求件数	特許審査官人数と 対前年増減人数	最初の通知の件数	審査待ち期間 (月数)
2003	413,092	243,835	1,126 (+ 21)	225,420	25
2004	423,081	328,105	1,243 (+117)	234,109	26
2005	427,078	396,933	1,348 (+105)	243,548	26
2006	408,674	382,116	1,468 (+120)	292,756	26
2007	396,291	376,310	1,567 (+ 99)	307,665	27
2008	391,002	347,836	1,680 (+113)	342,654	28.5
2009	348,596	254,368	1,692 (+12)	361,439	29.1
2010	344,598	255,192	1,703 (+11)	377,089	28.7
2011	342,610	253,754	1,711 (+ 8)	363,876	25.9
2012	342,796	245,004	1,713 (+ 2)	369,679	20.1
2013	328,436	240,188	1,701 (- 12)	356,179	14.1
2014	325,989	245,535	1,702 (+ 1)	255,001	9.6

今後の課題は審査の質の維持・向上である。審査が早くても、本来特許性のないものに特許を与えたのでは、イノベーションは進まない。逆に特許がすぐ無効になって安定性を欠くようでは、権利者は安心して投資をすることができず、やはりイノベーションは停滞する。特許審査の迅速化をイノベーションに結び付ける上で重要なことは、審査の質と特許の安定性の確保である。これが今後の課題である。2014年の特許異議申立制度の創設（事実上の復活）はその認識の上に立って行われたものであった。

（３）新規性喪失の例外規定の改正

（ｉ）知的財産推進計画2003における提言

「論文発表等により、発明の新規性が喪失することを防止するための新規性喪失の例外規定に関し、特許制度の国際的調和の議論の動向を踏まえつつ、新規性喪失の例外が認められる期間（グレースピリオド）の見直し及び要件の緩和を検討し、2004年度末までに結論を得る。」

（ii）提言の背景

我が国において、2003年当時、グレースピリオド（特許法30条）の適用対象は、特許を受ける権利を有する者の意に反する開示の場合のほかは、特許を受ける権利を有する者による開示のうち、①試験の実施、②刊行物への発表、③電気通信回線を通じての発表、④特許庁長官が指定する学会での発表、⑤特定の博覧会への出品の5つに限られていた。そのため、発明の公開態様の多様化（テレビ等による発表、特許庁長官が指定するものではない学会等における発表など）に対応できなくなっているのではないかと指摘がなされるようになった。

(iii) 論点と改正の要旨

論点はグレースピリオドの適用対象の拡大の是非である。適用対象の拡大は先願主義の原則に反するとの反対があったものの、発明の公開態様の多様化に対処するため、適用対象を特定の態様から原則全ての態様の公開に広げるべきとの意見のほう全体として多数であった⁵。このため、特許庁は2011年に特許法を改正し、適用対象を前記5項目に限ることなく、「特許を受ける権利を有する者の行為に起因して」新規性を喪失した発明を全て適用対象とすることとした。ただし、特許を受ける権利を有する者による出願行為に起因して特許公報等に掲載された発明については、制度の趣旨にかんがみ、従来同様、適用対象から除外することとした（このことは特許法30条2項において明確化された）。

なお、グレースピリオドの期間を6か月のままとするか、それとも米国並みに1年とするかは、国際動向（特にTPPでの議論の動向）を踏まえて改めて検討することになった。

(iv) その後の展開と今後の課題

改正後の特許法30条は2012年4月1日以降の特許出願から適用されている。特許庁では、2011年9月に「発明の新規性喪失の例外規定の適用を受けるための手続について」と題するガイドラインを策定し、公表している。

本条の改正がイノベーションにどのような寄与をもたらすかは不明である。ただ大学等の研究者や中小企業等にとっては有利に働く場合もあるので、その限りにおいては大学発イノベーション等に一定の寄与があるともいえる。しかし、安易な利用は禁物である。発明をしたらできるだけ早く出願する、出願の前には不注意な公開をしないというのが鉄則である。グレースピリオド制度は「最後の手段」として利用すべきである。

残された課題はTPPへの対応である。2015年11月に合意されたTPP第18章38項⁶において、グレースピリオドの期間を1年とすることが明記されている。このため、我が国はTPPの発効に先立って、期間を6か月から1年へ延長する改正を行う必要がある。

(4) 医療関連行為の特許保護に関する審査基準の改訂

(i) 知的財産推進計画2003における提言

「患者と医師の信頼関係の下で等しく行われるべき医行為等に悪影響を及ぼさないよう十分配慮しつつ、患者がより先進的な医療を受けられるなど、国民の保健医療水準の向上に資する有用で安全な医療技術の進歩を促進する観点から、医療関連行為の特許法上の取扱いについて幅広く検討するための場を設け、2004年度中の早い時期に結論を得る。」

⁵ 第20回特許制度小委員会（2005年11月28日）議事要旨参照。2011年の改正につながる本格的議論は、それから5年後の第30回（2010年7月）から始まった。

⁶ TPP第18章38項 Each Party shall disregard at least information contained in public disclosures used to determine if an invention is novel or has an inventive step, if the public disclosure: (a) was made by the patent applicant or by a person that obtained the information directly or indirectly from the patent applicant; and (b) occurred within 12 months prior to the date of the filing of the application in the territory of the Party.

「2003年度以降、最先端の生命科学の更なる進歩と医療目的への利用を促進するため、ヒト胚性幹細胞（ES細胞）、胚性生殖幹細胞（EG細胞）等を用いた発明について、生命倫理、科学技術政策、医療政策等の観点から、特許保護の在り方について検討する。」

（ii）提言の背景

我が国では、他の多くの国（米国を除く）と同様に、医療行為（人を診断、治療、又は手術する行為）を特許対象から除外している。しかし、特許法には医療行為を特許対象から除外する旨の規定はない。そこで特許庁は「医療は産業にあらず」という解釈を前提として、医療行為の発明は特許法29条1項にいう「産業上利用することができる発明」にあらず、特許を受けることができないという結論を導いている。このような解釈的運用に対し、その見直しを求める要請がある。そこには主に2つの視点がある⁷。

1つは、政策的視点である。医療行為又は医療関連行為の中には、皮膚の培養方法や細胞の処理方法など、工業的に実施されると医師にとっても患者にとってもメリットがあるものもある。そのような発明の工業化は産業振興の面でも好ましい。こうして、医療行為又は医療関連行為は、むしろ特許対象にする（その際には医師の医行為が権利侵害にならないように配慮する）ほうが政策的に適切ではないかとの主張がされるようになった。

もう1つは、法律的視点である。医療行為を特許対象から除くのであれば、法改正を行って「医療行為は特許の対象から除く」ことを明記すべきであるという視点である。2002年の東京高裁判決⁸を契機としてこのことに注目が集まるようになった。

（iii）論点と審査基準改訂の要旨

医療行為又は医療関連行為に関する論点は多岐にわたり、複雑である。ここではまず医療行為又は医療関連行為に関する論点を整理する。

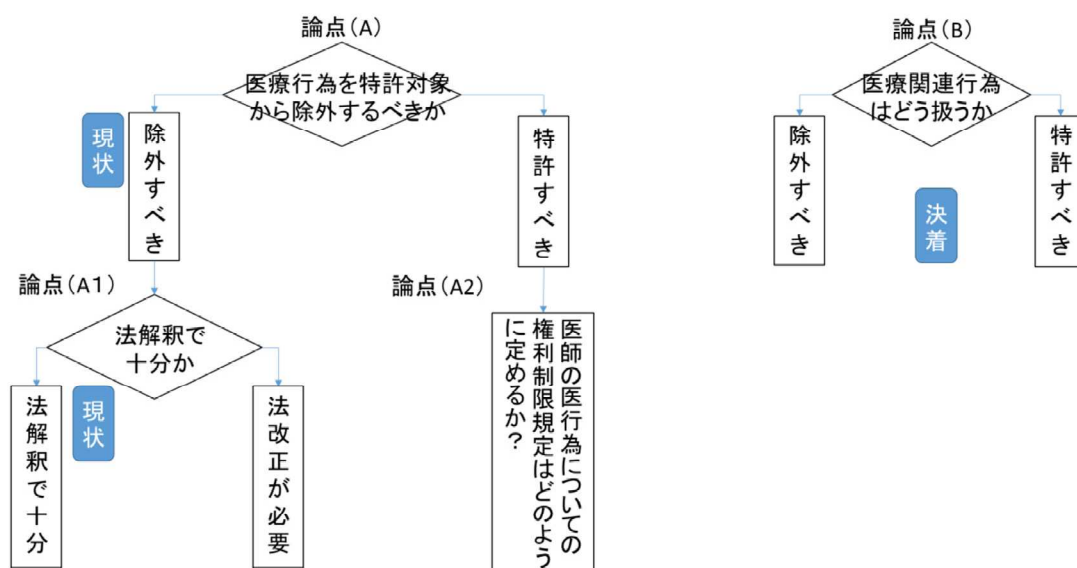
論点は大きく分けて2つある。1つは、（A）医療行為を今後とも特許対象から除くかどうかである。もう1つは、（B）医師以外の者もなし得る医療関連行為はどう扱うかである（2003年当時はこの点が不明確であった）。いずれも政策的視点からの論点である。

前者（A）はさらに2つの論点を内包しており、1つは、（A1）医療行為を特許対象から除外する場合、その除外のしかたは現行のように法解釈によることでいいのか、それとも立法による手当てが必要か、（A2）医療行為を特許の対象とする場合、医師の医行為についての権利制限規定をどのように定めるか、という2つの論点である。これらの論点には政策的視点と法律的視点の両方が絡んでいる。

⁷ 産業構造審議会知的財産政策分科会特許制度小委員会報告書「医療関連行為に関する特許法上の取扱いについて」
http://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/toushintou/pdf/iryou_report.pdf [最終アクセス：2003年6月]。

⁸ 東京高裁平成14年4月11日判決（平成12年（行ケ）第65号審決取消請求事件。判決は、医療行為を特許対象から除外するという結論は是認しつつ、「『産業』の意味を狭く解さなければならない理由は本来的にはなく、現行特許法の解釈上医療行為自体も産業上利用することのできる発明に該当するとの原告の主張は傾聴に値する」と指摘している。

【図表-4】医療行為及び医療関連行為に関する論点と選択肢



以上のことを図示すると、おおむねの図表-4のとおりである。このうち、論点（A）についてはまだ結論が出ていない。論点（A1）や論点（A2）についても同じである。特に論点（A2）については、医師以外はなし得ない医療行為を特許の対象とした上で医師の医行為に特許権効力が及ばないとする権利制限規定を設けるとすれば、そのような医療行為に特許を与えることにいかなる意味があるのか（第三者の間接侵害を問うことに一定の意味があるにせよ、その現実的必要性はどこにあるのか）というような点について検討が深まっているとはいいいがたい。

他方で論点（B）については、2003年の総合科学技術会議や産業構造審議会の会合において議論され、その議論の結果、培養皮膚の製法の発明など医師以外も実施し得る医療関連行為の発明は、医師のみがなし得る医療行為にあらず、特許対象から除外される理由がないと解すべきであると整理された。

この整理にしたがって、2003年8月、特許庁は審査基準を改訂し、医療関連行為は「産業上利用することができない発明」にあたらないことを明確にした。すなわち、「人間に由来するものを原料又は材料として医薬品又は医療機器（例：培養皮膚シート、人工骨）を製造する方法」は、治療のために同一人（患者）に戻すことを前提とする場合であっても特許の対象とすることを明確にした⁹（図表-5「2003年8月」）。

⁹ 2003年8月の再生医療に関する審査基準の改訂は、厳密に言えば、2003年7月策定の知的財産推進計画に基づくものではなく、その前年に公表された総合科学技術会議の「知的財産戦略について（中間まとめ）」（2002年6月）と知的財産戦略会議による「知的財産戦略大綱」（2002年7月）に基づくものである。

【図表-5】医療行為に関する特許審査基準の改訂の経緯

改訂の時期	改訂の内容
2003年8月	① 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。 ② 医療機器が有する機能を方法的に表現したものであって、かつ、特許請求の範囲に直接人体に適用する工程が含まれていない場合、特許対象とする。
2005年4月	① 複数の医薬の組合せや投与間隔・投与量等の治療の態様で特定しようとする医薬発明についても、「物の発明」であるので「産業上利用することができる発明」として扱う。 ② 「医療機器の作動方法」は、医療機器自体に備わる機能を方法として表現したものであって、特許の対象である。
2009年10月	① 医薬発明において、特定の用法・用量で特定の疾病に適用するという医薬用途が公知の医薬と相違する場合には、新規性を認める。 ② 人体から各種の資料を収集する方法は、手術や治療の工程や、医療目的で人間の病状等を判断する工程を含まない限り、「人間を診断する方法」に該当しない。

続いて2004年11月、知的財産戦略本部の「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、「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」は、医療行為の発明ではなく、物の特許として保護すべきである旨の指摘を含む提言を行った。同調査会はまた、「医療機器の作動方法」も医療行為にはあらず、特許対象となることを明確化すべきである旨の提言を行った。これらの提言を踏まえ、特許庁は2005年4月、審査基準を改訂し、これらの発明が特許対象であることを明確にした（図表-5「2005年4月」）。

さらに2009年5月、知的財産戦略本部の「先端医療特許検討委員会」は、「専門家の予測を超える効果を示す新用法・用量の医薬の発明は物の発明として保護されるべきである」、「最終的な診断を補助するための人体のデータ収集方法（手術、治療、診断が含まれない人体の計測・測定方法）の発明を新たに特許対象とすべきである」旨の提言を行い、特許庁はこれを踏まえ、2009年10月、審査基準を改訂した（図表-5「2009年10月」）。

（iv）その後の展開と今後の課題

以上のように、医療関連行為や投薬方法に関する発明は特許によって保護されるべきであるとする政策的要請に応えるために、特許庁ではこれらの発明は医師のみが行いうる狭義の「医療行為」にあたらないと解釈した上で審査基準を改訂することによって対応を続けてきた。しかし、この「法解釈」による対応には問題がある。望ましくは、特許対象となり得るものと除外されるべきものの間の境界は、特許庁による便宜的解釈によってではなく、立法府による法改正を通じて画定されるべきである。しかし、現実には、そうした立法作業は利害関係者の深刻な対立を招き、その調整は政治的に極めて困難と思われる。したがって当面は、現状の運用が裁判において否定されるといった特別の事態にならない限り、現状の運用を慎重に続けて行くことが現実的であろうと思われる。

イノベーションとの関係でいえば、医療関連行為の保護範囲の拡大・明確化は大学等によるライフサイエンス分野の特許活動を奨励し、商業化を支援する上で一定の意義を有するものと評価してよい

ように思われる。

(5) 通常実施権の対抗力に関する改正

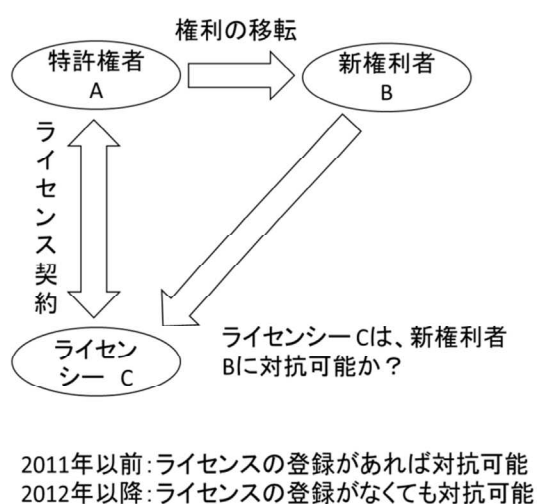
(i) 知的財産推進計画2003における提言

「知的財産権のライセンス契約におけるライセンサーが破産した場合に、当該ライセンスが第三者に対して対抗力を有することを条件として、管財人の解除権を制限し、ライセンシーの立場を保護する法改正を2003年度中に行う。また、未登録の通常実施権等、現行法上、第三者への対抗要件を有しない場合のライセンスも含め、ライセンサーが倒産した場合や、ライセンサーが当該権利を第三者に譲渡した場合に、ライセンスを保護する制度について、上記破産法の改正が行われることを踏まえ、知的財産権法における第三者対抗要件制度の見直しに関する検討を行い、2004年度末までに結論を得る。」

(ii) 提言の背景

図表-6の左側に示されているように、特許権がAからBに移転した場合（例えば、Aが破産した場合）、旧特許権者Aとライセンス契約を結んでいたライセンシーCは新特許権者Bに対抗できるかという問題がある。この問題に対する答えは、従来は、「ライセンスが登録されていたら対抗可能である」というものであった。しかし、ライセンスの登録には費用がかかる、登録をすると内容が公開される等のデメリットがあった。他方で、ライセンスを登録しておかないと新特許権者に対抗することができないという事態になる。このような費用やリスクの問題を解決し、ライセンス活動をより活性化するための立法措置が求められるようになった。

【図表-6】ライセンス登録に関する近年の法改正



改正年	改正内容
2007年	産業活力再生特別措置法改正による「特定通常実施権制度」(ライセンス単位の包括的登録制度)の創設
2008年	① 登録事項から「対価の額又はその支払方法」を削除 ② 公開事項から「通常実施権者の氏名」、「通常実施権の範囲」を削除(利害関係者のみに開示)
2011年	① 登録制度の廃止 ② 当然対抗制度の創設(特許法99条)

（iii）論点と改正の要旨

上記の問題を解決するための法的措置として、次のような3つの法改正が段階的に行われた。

第1に、2007年に「産業活力再生特別措置法」を改正し、包括的ライセンス登録制度を創設した。これによって、特許権単位ではなくて、ライセンス契約単位で複数の特許をまとめて登録を行うことが可能になり、3つの製品について多数の特許のライセンスを受けた場合であっても1つの登録ですむようになった（費用の削減）。

第2に、2008年に特許法を改正し、登録すべき事項を少なくし、かつ登録事項のうち秘匿の要望が特に強い事項（例えば、通常実施権の範囲、ライセンシーの氏名等）についてはその開示を利害関係人に限ることとした。なお、この際にベンチャー企業等のライセンス活動を支援する観点から「仮通常実施権制度」（登録前の特許出願についての仮ライセンス）という新制度も導入された。

第3に、2011年の特許法改正による「当然対抗制度」の導入。すなわち、登録制度そのものを廃止し、契約があれば、新特許権者に当然に対抗することができるという制度を創設した¹⁰。民法上の「公示の原則」に対比して画期的改正であった¹¹。なお、新特許権者は権利の譲渡を受ける際、ライセンシーの有無を旧特許権者に確認する負担を負うようになったことに注意しておく必要がある。

（iv）改正法の評価と今後の課題

2011年の改正で当然対抗制度を導入したことにより、通常実施権の許諾を受けた者は、特許庁への通常実施権の登録を必要とせず、特許権を譲り受けた者からの差止請求等に対抗することができるようになった。実用新案、意匠に係る通常実施権についても同様の改正が行われた（商標については対抗力を得るには従来どおり登録を要することとした）。

これによってベンチャーなど倒産しやすいライセンサーからであっても安心してライセンスを受けることができるようになったために、ライセンス活動が促進され、その意味においてイノベーションへ貢献することが期待される。

残された問題は、ライセンス契約の承継の範囲である。すなわち、先の図表-6でいえば、旧特許権者AとライセンシーCの間のライセンス関係が全て新特許権者BとライセンシーCの間に承継されるか、という問題である。この問題については、①契約関係は新特許権者に当然承継されとする説（当然承継説）、②特許権が移転されても、対抗力のある通常実施権が付いた特許権が移転するだけであって、ライセンス契約は承継されないとする説（非当然承継説）、③契約の内容により承継されるものと承継されないものがあるという説（折衷説）の3つがある。

現時点では判例・定説もなく、今後の裁判の蓄積を待つ必要がある。契約の当事者としては当面それぞれの立場から最も不利な場面を想定してしかるべき契約条項を慎重に作成することが求められる¹²。

¹⁰ 特許制度小委員会第25回会合資料 http://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/shingikai/tokkyo_giji025.htm [最終アクセス：2016年3月]。

¹¹ もっとも先使用权など法定通常実施権については従来から「当然対抗制度」が採られていた。

¹² 中山信弘・小泉直樹編『新・注解特許法（別冊）—平成23年特許法解説』青林書院（2012年）83-86頁。

3. 特許法と他の知的財産法に共通する横断的改正

(1) 損害賠償制度の強化

(i) 知的財産推進計画2003における提言

「侵害がされやすく権利者がそれを未然に防止することができないという知的財産権の特性を踏まえ、権利者を適正に救済し、侵害し得る社会からの脱却を図るため、2004年度末までに、知的財産に関する損害賠償制度の強化の方策について幅広く検討し、結論を得る。」

(ii) 提言の背景

1990年代中期より、特許権侵害訴訟において原告（特許権者）に認められる損害額が小さいのではないかと、そのために特許を取得し、活用しようとする者の意欲がそがれるのではないかと等の指摘がなされるようになった。こうした指摘を踏まえ、1998年及び1999年に特許法の改正が行われた。すなわち、1998年に特許法102条1項に権利者の逸失利益の額を立証する負担を軽減するための規定が創設された。また同条3項（改正前2項）は、通常の実施料（国有特許の実施料率（3%前後）をベースにした金額）ではなく、具体的事情を考慮した相当の実施料が認定され得るように改められた（「通常の」の語の削除）。翌年1999年には権利者の立証負担をさらに軽減することを目的として、損害計算のための鑑定人の活用に関する規定（105条の2）や裁判官による相当な損害額の認定を可能ならしめるための規定（105条の3）が創設された。これらの改正は同時に実用新案法、意匠法、商標法についても行われ、その後他の知的財産法にも広がって行った（図表-7）。

【図表-7】損害賠償制度の強化（各法の条文と改正年）

	特許法	実用新案法	意匠法	商標法	不正競争防止法	著作権法	種苗法
逸失利益の額の立証（計算）の容易化	102条1項 (1998年)	29条1項 (1998年)	39条1項 (1998年)	38条1項 (1998年)	5条1項 (2003年)	114条1項 (2003年)	34条1項 (2007年)
具体的事情を考慮したライセンス相当額の認定	102条3項 (1998年)	29条3項 (1998年)	39条3項 (1998年)	38条3項 (1998年)	5条3項 (2003年)	114条3項 (2003年)	34条3項 (2007年)
損害計算のための鑑定人制度の導入	105条の2 (1999年)	特許法の 準用 (1999年)	特許法の 準用 (1999年)	特許法の 準用 (1999年)	8条 (2003年)	114条の4 (2000年)	38条 (2007年)
相当な損害額の認定	105条の3 (1999年)				9条 (2003年)	114条の5 (2000年)	39条 (2007年)

しかし、それでも権利者の保護が不十分ではないかと、我が国では諸外国に比べて損害賠償額が小さいのではないかとといった指摘が繰り返された。米国の法制度上の「3倍賠償制度」や「ディスカバリー

制度」の導入についても検討するべきではないかとの提案もなされるようになった¹³。こうして知的財産推進計画2003は、損害賠償額の引き上げについての更なる検討を関係者に促した。

（iii）論点と改正の要旨

この問題は知的財産推進計画2003のときから10年以上も検討されているが、まだ結論が出ていない。論点は、政策的側面として、損害賠償額を大きくすることがイノベーションの推進に寄与するか、言い換えれば、権利の保護と制限のバランス点をどこに置くのが望ましいかという点にある。また、法律論として、知的財産権の侵害は原則として一般法（民事法、刑事法）に服すべきところ、一般法と特別法（知的財産法）の関係をどう考えるかという側面の論点もある。これらの論点は、後述の「証拠収集手続の拡充」や「権利侵害に係る罰則の強化」についての検討にも共通する論点である。

損害賠償額の問題は、主に産業構造審議会知的財産政策分科会において検討が行われてきた¹⁴。この委員会における検討のために特許庁が実施したアンケート調査の結果（図表-8）によれば、特許法102条1項の規定により計算される損害額については、回答者の56%が「裁判所の認定額は実際の損害額にほぼ見合っている」と回答しており、また102条3項についても裁判所の認定額が業界水準より低いとする回答は24%と比較的少数である。102条の2項の「侵害者利益」については権利者の不満がうかがえるが、全体として、1998年及び1999年の改正は権利者からみて一定の改善をもたらしたとみることもできる¹⁵。こうしたことから、知的財産政策分科会は、新たな立法措置の導入にはやや慎重な姿勢である。

【図表-8】損害額に関するアンケート調査の結果（2005年、特許庁調査）

質問1
特許法第102条1項、2項の規定により算出される損害額は実際の損害額に見合ったものと考えられるか？

	102条1項 (逸失利益)	102条2項 (侵害者利益)
① 実際の損害額を上回っている	0%	8%
② 実際の損害額にほぼ見合っている	56%	13%
③ 実際の損害額を下回っている	44%	79%
合計	100%	100%

質問2
特許法第102条3項による損害賠償請求において、裁判所が認定するライセンス料率と、当該業界での一般的なライセンス料率はどちらが高いか？

① 裁判所が認定するライセンス料率の方が高い	32%
② 同程度である	44%
③ 業界の一般的なライセンス料率の方が高い	24%
合計	100%

¹³ 知財訴訟検討会第2回（2002年11月）荒井寿光委員配布資料

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/titeki/dai2/2siryou5.pdf> [最終アクセス：2016年3月]。

¹⁴ 特許制度小委員会第21回（2005年12月）会合資料

http://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/shingikai/pdf/tokkyo_shiryou021/file_03.pdf [最終アクセス：2016年3月]。

¹⁵ 2005年12月の第21回特許制度小委員会は「平成10年（1998年）、11年（1999年）の法改正により全体として改善されていると考えられるところから、立法の対応はひとまず必要ないのではないか」とまとめている。

(iv) その後の展開と今後の課題

前述のように1998年及び1999年の改正を経て損害賠償額が適正化されたとの評価がある一方、「損害補填を目的とする損害賠償は、侵害抑止の機能を十分果たしていないのではないか」、「日本企業がフロントランナーとしてグローバルマーケットで活躍していくためには特許の価値をもっと上げる必要があるのではないか」といった有力な意見もある。

このような状況の中で、知的財産戦略本部は、2015年10月に「知財紛争処理システム検討委員会」を立ち上げ、損害賠償額の問題を含む知財紛争処理に関する問題点について総合的に検討し、これに基づいて知的財産推進事務局は、2016年1月、損害賠償額の問題について次のような論点整理を行った¹⁶。

第1に、特許法102条各項に関し、各条項の利用の促進及び算定額の引上げに資する具体的な方策を検討すること。

第2に、「寄与率の問題」（特許の「寄与率」という概念によって損害額が減額されているのではないかという問題）に関し、その適用に当たっての考え方及び算定方法が明確ではないことなどが指摘されているが、これらの指摘について検討すること。

第3に、権利者に対する十分な救済の実現に向けて、民法の不法行為の枠から一步踏み出すことにより、侵害を救済し、侵害を抑止するように、損害賠償額を引き上げる具体的な方策を検討すること。

民事と刑事を峻別する我が国の法体系の中であって、損害賠償制度の侵害抑止機能をどこまで強化することができるかという問題にも留意しつつ、イノベーション促進の観点から議論を深めていく必要がある。損害賠償額の引上げがイノベーションにどう寄与するか事前に客観的に説明することは難しい。とはいえ現状維持が常に最適とは限らない。難しい問題であるが、私見では、知的財産しか有効な武器をもたない中小企業やベンチャーを支援することを重視する立場に立てば、権利の保護と制限のバランス点を少し権利者の側にシフトしてみて、その効果を検証し、問題があれば再び見直すといった柔軟なプロセスをとってみるのも政策的には合理的ではないかと考える。

(2) 証拠収集手続の拡充

(i) 知的財産推進計画2003における提言

「知的財産関連訴訟における証拠収集手続の機能を強化するため、2004年末までに、営業秘密を含む文書について文書提出義務の例外となる文書の範囲の見直し、文書提出命令の申立てに係るインカメラ手続において文書の開示を受ける者の範囲の拡大とそれらの者の守秘義務、憲法上の裁判公開原則の下での営業秘密が問題となる事件の非公開審理とその手続規定の整備等についての検討を行い、所要の措置を講ずる。さらに、米国のいわゆる「ディスカバリー」等、諸外国の証拠収集手続も参考にした新たな証拠収集手続の導入も含めた、証拠収集機能の強化のための総合的な検討を行い、2004

¹⁶ 知財紛争処理システム検討委員会第6回会合（2016年1月）資料1

https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/kensho_hyoka_kikaku/2016/syori_system/dai6/siryoul.pdf [最終アクセス：2016年3月]。

年末までに結論を得る。」

（ii）提言の背景

この問題は、知的財産推進計画2003以前に一般問題として司法制度改革本部知的財産訴訟検討会において検討が行われ、2001年6月、司法制度改革審議会は、証拠収集手続の拡充について次のような提言を行っている。

「訴えの提起前の時期を含め当事者が早期に証拠を収集するための手段を拡充すべきである。そのため、ドイツ法上の独立証拠調べ（訴え提起前においても、法的利益がある限り、証拠保全の目的を要件とすることなく、一定の事項につき「書面による鑑定」を求めうる制度）、相手方に提訴を予告する通知をした場合に一定の証拠収集方法を利用できるようにする制度を含め、新たな方策を検討し、導入すべきである。その際、証拠の所持者の側の権利の確保や濫用に伴う弊害のおそれにも配慮する必要がある。」

侵害行為は特許権者が立ち入ることができない侵害者の工場内などで行われることも多く、また逸失利益の額は、もし侵害行為がなければどのような状態になったか、という計算をしなければ求められないため、いずれもその立証が極めて難しいことが多い。かかる困難性に配慮して、特許庁は1999年に特許法を改正し、しかるべき措置を講じている。すなわち、①文書提出命令の拡充とインカメラ審理による相手方侵害行為の立証の容易化（105条改正）、②被告による具体的実施態様の明示義務（積極否認の特則）（104条の2）などの措置が講じられ、原告特許権者の負担が軽減されている（図表-9、上2行）。それでも「まだ不十分」、「証拠収集手続はさらに拡充されるべき」という声にどう応えるというのが知的財産推進計画2003の背景であった¹⁷。

（iii）論点と改正の要旨

論点は「特許がイノベーションを進めるためには特許の価値をさらに高めることが必要」という立場と「1999年の改正で十分」という立場の対立であった。この問題は「自己に不利であっても証拠を互いに相手に開示しなくては正しい裁判はできない」という英米法的考え方と「何人も自己に不利な証拠の開示は求められない」とする大陸法的考え方をどうバランスさせるかという一般問題としてとらえることもできる。

この問題は、その一般的性格のゆえに特許庁においてではなく司法制度改革本部知的財産訴訟検討会において検討され、検討の結果、以下のような証拠収集手続の拡充の方策が提言された。すなわち、①当事者等のインカメラ審理への関与（105条3項）、②秘密保持命令の手続の整備（105条の4）、③秘密保持命令の取消の手続の整備（105条の5）、④訴訟記録の閲覧等の請求の通知等（105条の6）、⑤当事者尋問等の公開の停止（105条の7）についての提言が行われた。これに基づいて、2004年に特許法の改正が行われ、同時に実用新案法、意匠法、商標法、不正競争防止法、著作権法についても改正が行われた（図表-9、下5行）。種苗法の同旨改正は2007年に行われた。なお、⑤の当事者尋問等の公開の停止については意匠法、商標法、著作権法には導入されていない。

¹⁷ 司法制度改革推進本部知的財産訴訟検討会第7回会合（2003年4月）資料3。

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/titeki/dai7/7siryou3.pdf> [最終アクセス：2016年3月]。

【図表-9】証拠収集手続の拡充

	特許法	実用新案法	意匠法	商標法	不正競争防止法	著作権法	種苗法
被告による具体的態様の明示義務	104条の2 (1999年)	特許法の準用 (1999年)	特許法の準用 (1999年)	特許法の準用 (1999年)	6条 (2003年)	114条の2 (2003年)	36条 (2007年)
文書提出命令の拡充(インカメラ審理)	105条 (1999年)				7条 (2003年)	114条の3 (2003年)	37条 (2007年)
当事者等のインカメラ審理への関与	105条3項 (2004年)	特許法の準用 (2004年)	特許法の準用 (2004年)	特許法の準用 (2004年)	7条3項 (2004年)	114条の3第3項 (2004年)	37条3項 (2007年)
秘密保持命令	105条の4 (2004年)				10条 (2004年)	114条の6 (2004年)	40条 (2007年)
秘密保持命令の取消し	105条の5 (2004年)				11条 (2004年)	114条の7 (2004年)	41条 (2007年)
訴訟記録の閲覧等の請求の通知等	105条の6 (2004年)				12条 (2004年)	114条の8 (2004年)	42条 (2007年)
当事者尋問等の公開停止	105条の7 (2004年)		規定なし	規定なし	13条 (2004年)	規定なし	43条 (2007年)

(iv) その後の展開と今後の課題

2004年の法改正により侵害訴訟における権利者の証拠収集負担を軽減するための有効なツールが整備されたと評価することができる。それから10年が経過し、依然として権利者の証拠収集負担は軽減されておらず、新たな措置が求められるのではないかといった声が大きくなっている中、知的財産推進事務局は、この問題について検討し、2015年12月、次のような論点整理を行っている¹⁸。

第1に、特許権侵害訴訟について、一定の証拠がなければ訴訟の提起が困難である反面、証拠が被疑侵害者側に偏在しているとの指摘があるが、特許権侵害の特殊性、民事訴訟制度との整合性、被疑侵害者の営業秘密の保護、当事者による証拠収集制度の濫用防止といった観点から、どのように考えるべきか。

第2に、被告が具体的態様を十分明らかにしない場合があり、制裁もないため、特許法第104条の2（具体的態様の明示義務）が十分機能していないとの課題が指摘されたが、これについてどのように考えるべきか。

第3に、訴え提起後の証拠収集手続の主なものとして、特許法105条による文書提出命令があるが、これについては、裁判所による命令の発出が保守的かつ謙抑的であり、事例が少ないこと、文書の特定が困難であること等が指摘されている一方で、探索的な証拠開示は認めるべきではない、任意の文書提出が活用されている、との指摘もある。文書提出命令に対するこれらの指摘について、どのように考えるべきか。また、文書提出命令以外の証拠収集手段について、検討すべき方策はあるか。

第4に、秘密保持命令についてはあまり活用されていないというのが実状である。これを改善する

¹⁸ 知財紛争処理システム検討委員会第5回会合（2015年12月）資料1

https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/kensho_hyoka_kikaku/2016/syori_system/dai5/siryoul.pdf [最終アクセス：2016年3月]。

ための手段として、例えば、当事者等、補佐人への営業秘密の開示を認めず、代理人のみへ開示する秘密保持命令を正面から認める制度とすることなどはどうか。

これらの論点については、前述の損害賠償額の引き上げに関する論点とともに知的財産推進本部において集中的な検討が行われ、早ければ2016年3月に結論が出され、その結論は知的財産推進計画2016に反映される予定である。

（３）権利侵害に係る罰則の強化

（ｉ）知的財産推進計画2003における提言

「知的財産権侵害に対する抑止効果を高めるため、各知的財産法相互間や他の経済法との均衡を踏まえ、刑事罰の引上げの要否について検討を行い、2004年度末までに結論を得る。」

（ii）提言の背景

2003年当時においても我が国では特許権侵害罪については懲役5年以下と諸外国に比べても高いレベルにあり、さらなる引き上げは不要であるとの声もある反面、知的財産の保護に取り組む姿勢を内外に示し、知的財産保護の重要性を世界に訴えるべきであるとする有力な意見もあった。

（iii）論点と改正の要旨

罰則を強化すると模倣品対策が有効になるので、権利者の利益の保護とイノベーションの推進に寄与するとの考え方が一方にある。他方で、強すぎる保護はセカンドランナーの投資を委縮させ、かえってイノベーションを阻害するとの見方もある。両論相半ばし、2006年の知的財産政策部会においても「懲役10年以下」への改正についての合意はなかったように思われるが、最終的には立法府の意向によって、2006年の意匠法の改正の際に権利侵害に係る懲役刑の上限が5年から10年に引き上げられた。

より詳細には、図表-10に示しているとおり、意匠権、特許権、商標権、著作権の侵害（みなし侵害を除く）及び不正競争防止法上の侵害に対する懲役刑の上限を10年、罰金刑の上限を1,000万円に引き上げ、実用新案権の侵害罪については懲役刑の上限を5年、罰金刑の上限を500万円に引き上げた。また、法人重課については、不正競争防止法に合わせて知的財産権全てについて統一的に3億円以下の罰金に引き上げられた。育成者権についても2007年の改正で特許権等と足並みをそろえた。

【図表-10】 権利侵害（侵害罪）に係る罰則の強化

	2006年改正以前	2006年改正 (種苗法については2007年改正)
特許権法(196条、201条1項1号) 商標法(78条、82条1項1号) 著作権法(119条、124条1項1号)	懲役 5年以下 罰金 500万円以下 法人重課 1億5千万円以下	懲役 10年以下 罰金 1,000円以下 法人重課 3億円以下 ただし、実用新案法については 懲役 5年 罰金 500万円 法人重課 3億円以下
実用新案法(56条、61条1項1号) 意匠法(69条、74条1項1号)	懲役 3年以下 罰金 500万円以下 法人重課 1億円以下	
不正競争防止法(21条、22条1項)	懲役 5年以下 罰金 500万円以下 法人重課 3億円以下	
種苗法(67条、73条1項1号)	懲役 3年以下 罰金 300万円以下 法人重課 1億円以下	

(iv) その後の展開と今後の課題

改正法の施行から約10年が経過しているが、罰則規定の大幅な引き上げがその後の模倣品対策にどのような効果をもたらしたかは不明である。今後の推移に注目しておく必要がある。特に「著作権の非親告罪化」が実現した場合、著作権の強い保護が表現の自由など憲法上の価値とのバランスにどのような影響を及ぼすか慎重に注視しておく必要がある。

4. 結語

この12年間に行われた特許法の改正は、知的財産推進計画2003の提言に盛り込まれたものに限らない。その後の知的財産推進計画で取り上げられ、法改正として実現したものも多くある。例えば、「冒認特許の移転」（2011年）、「再審における主張の制限」（2011年）、「異議申立制度の復活」（2015年）などである。これらについては本稿で取り上げる余裕がなかった。別途の機会に取り上げることができれば幸いである。

最後に今後の知的財産法の改正にあたって留意すべきと考えることをいくつか記して結語とする。

第1に、一般法と特別法の関係。知的財産も財産の一部であるから、侵害に対する救済には民事・刑事の一般原則が妥当する。しかし、知財が情報財であるがゆえに特別の措置が必要とされるのも当然である。一般原則と特別規則のバランスに留意しつつ、イノベーション重視の政策論を進めるべきである。

第2に、実証性の検討。知的財産の改正については常にイノベーションへの貢献を点検する必要がある。事前にイノベーション効果を立証することは困難である。事後的に点検し、常に見直していくという柔軟性も必要である。

第3に、外国法との整合性。グローバル経済下にあって、国内だけで通用する論理で特別のルールを作ることには十分慎重であるべきである。日本のルールを世界のルールにする、世界のルールを日本のルールにする—そういう開かれた姿勢が必要である。

第4に、全体的視野の維持。イノベーションのためには知的財産法のみを改正しても無力である。科学技術基本計画、研究開発に係る税制、起業家教育、農業改革、医療改革、大学改革といった他の大きな制度改革を進めつつ、それと整合性をとった形で知的財産法の改正を進めて行くべきである。