

令和元年9月10日(火)

特許庁庁舎7階 庁議室

産業構造審議会知的財産分科会
第32回特許制度小委員会
議 事 録

特 許 庁

目 次

1. 開 会	1
2. 新 委 員 紹 介	1
3. 特許庁長官挨拶	2
4. 議事運営について	2
5. 知財紛争処理システムの見直しについて	3
資 料 説 明	3
質 疑 応 答	10
6. そ の 他	36
7. 閉 会	36

開 会

○川上制度審議室長 ただいまから産業構造審議会知的財産分科会第32回特許制度小委員会を開催させていただきたいと思います。

本日は御多忙の中、お集まりいただき、誠にありがとうございます。事務局を務めさせていただきます、特許庁制度審議室の川上でございます。よろしくお願いいたします。

議事に入るに際しまして、マイクは声に反応して作動するようになっておりますので、できるだけマイクに口元を近づけて御発言いただければと思います。

議事の進行は玉井委員長にお願いしたいと思います。

○玉井委員長 どうもありがとうございます。

新 委 員 紹 介

○玉井委員長 今回新たに御就任された委員がいらっしゃいますので、事務局から委員の皆様のお紹介をお願いしたいと思います。

○川上制度審議室長 今回新たに御就任された委員を御紹介させていただきたいと思えます。その際、一言ずつ御挨拶を頂戴できますと幸いです。

キャノン株式会社常務執行役員知的財産法務本部、本部長の長澤健一委員でございます。

○長澤委員 長澤でございます。特許制度小委員会の委員は初めてです。それ以外の委員会には参加しているのですけれども、少し緊張しております。よろしくお願いいたします。

○川上制度審議室長 続きまして、TMI 総合法律事務所弁護士の松山智恵委員でございます。

○松山委員 弁護士の松山と申します。普段は特許訴訟など知財にまつわる案件を多く扱わせていただいております。不勉強な点多いかと思いますが、どうぞよろしくお願いいたします。

○川上制度審議室長 それと、本日は御欠席でございますけれども、株式会社エルム代表取締役の宮原隆和委員にも御就任いただいております。

本日は、宮原委員のほか佐藤委員、長谷川委員、山本和彦委員、山本敬三委員が御欠席でございます。佐藤委員の代理として、最高裁判所行政局第一課長の中島崇様が御出席でございます。

また、本日は、オブザーバーとして、日本商工会議所常務理事の久貝卓様、一般社団法人日本知的財産協会事務局長代行の伊藤寛様に御参加いただいております。

○玉井委員長 どうもありがとうございます。

特許庁長官挨拶

○玉井委員長 本日の議事に入る前に、松永長官より御挨拶をいただければと思います。

○松永特許庁長官 特許庁長官の松永でございます。7月5日付で特許庁長官を拝命いたしました。どうぞよろしく願いいたします。

本日は、お暑い中、また御多忙の中をお集まりいただきまして、大変にありがとうございます。私自身が数分遅参いたしまして大変失礼いたしました。座って御挨拶させていただきます。

今般の特許制度小委員会は、昨年引き続きまして、知財紛争処理システムの在り方について御議論をいただきたいと考えております。昨年度の特許制度小委員会において、査証制度の創設及び損害賠償額算定方法の見直しについて御議論をいただきました。そして、御案内と思いますけれども、取りまとめていただいた内容を含む特許法等の一部を改正する法律案が5月10日に可決成立し、5月17日に令和元年法律第3号として公布されたところでございます。この場をお借りいたしまして、非常に活発な御議論をいただいたことに改めて厚く御礼を申し上げたいと思います。

この法案の国会審議におきましては、衆参両院で二段階訴訟制度及び懲罰賠償制度の検討を求めることなどを内容とする附帯決議が出されております。この特許制度小委員会では、こうした論点を含めて、ユーザーにとって使いやすい知財紛争処理システムについて幅広く御議論を深めていただいて、しっかりと方向性を示していただきたいと考えているところでございます。

本日も限られた時間でございますけれども、委員の皆様方から忌憚のない闊達な御議論をいただければと考えております。何卒、どうぞよろしくお願い申し上げます。

○玉井委員長 どうもありがとうございます。

議事運営について

○玉井委員長 続きます、具体的な審議に先立ち、本委員会の議事の運営等について事務局から説明をお願いいたします。

○川上制度審議室長 まず、本日の委員会は、全委員数20名のうち15名の委員の皆様の出席をいただいております、産業構造審議会運営規定第13条6項の「全委員数の過半数の出席」という条件を満たしておりますので、滞りなく開催が可能です。

次に配付資料の確認をさせていただきたいと思います。経済産業省の方針としてペーパーレス化を推進しておりますことから、本日の審議会は、議事次第・配付資料一覧、委員名簿、そして資料「知財紛争処理システムの見直しについて」の3種類の資料はタブレットで御覧をいただきまして、座席表とタブレットの使い方については、お手元に紙で配付させていただいております。タブレットの使用方法に関してはタブレットの使い方を御覧いただければと思いますけれども、操作でお困りになった場合には、合図していただければ、担当の者が対応させていただきたいと思います。

なお、本会議は原則として公開とさせていただいております。また配付資料、議事要旨、議事録も原則として公開いたしますので、よろしくお願い申し上げます。

○玉井委員長 どうもありがとうございます。

知財紛争処理システムの見直しについて

資 料 説 明

○玉井委員長 議題「知財紛争処理システムの見直しについて」について、資料1「知財紛争処理システムの見直しについて」をもとに事務局から御説明をお願いできればと思います。

○川上制度審議室長 資料「知財紛争処理システムの見直しについて」に基づいて御説明させていただきたいと思います。

まず2ページ目でございます。これは目次でございます。最初に、これまでの議論のおさらい、今後の検討テーマ案、そして今後の議論の進め方について、簡単に御説明させていただきたいと思います。

3ページ目でございます。今回の議論の背景についての御説明でございます。この資料は以前、6月の知財分科会でお示した資料でございます、企業経営、知財活動のパラダイムシフトが進んでいくのではないかという資料でございます。

従来のキャッチアップ型への時代におきましては、企業経営においても、もうかる形に企業が殺到してブルーオーシャンを回避するという傾向があったかと思えます。そういった中におきまして、知財活動は比較的ディフェンシブな活動であって、クロスライセンスのための数を確保するなど、知財と経営が遠い状況になったのではないかということがございます。それがフロントランナー型ということで、知財で稼ぐモデルに移っていくという中で、既存のプレイヤーがいる場所を避けて利益率の向上を目指し、自社にないものを外に求めていくオープンイノベーションへの取組が進んでいく、こういった中で、知財の在り方についても従来の量から質を重視する形になったり、あるいは侵害されれば闘ったり、経営層と知財が近づいていくといった傾向に向かっていくのではないかと。Society5.0になると、それがさらに進んでいく。こういった整理をさせていただいております。

次の4ページ目を御覧いただければと思います。そういった中で特許庁の取組について俯瞰したものでございます。近年の政策の柱ということで、大学・中小企業支援、国内外での早期安定的な権利の取得支援、そして3本目の柱ということで権利行使環境の整備。こういった形で整理をさせていただいております。今般御議論いただく知財紛争処理システムについては、3本目の柱の中で「知財訴訟制度の不断の見直し」に位置づけられるのではないかとございます。

続きまして、5ページ、6ページ目です。訴訟制度のこれまでの見直しの経緯について整理させていただいております。

5ページは証拠収集手続についての見直しでございます。平成11年におきましては、書類提出命令の対象の追加、インカメラ手続の規定、具体的態様の明示義務の導入、こういった規定の整備をしております。平成15年には専門委員の規定、訴え提起前の証拠収集の処分が民訴法の中で規定されております。平成16年にはインカメラに関与できる者の拡大あるいは秘密保持命令といった規定が設けられており、直近で言いますと、平成30年にインカメラ手続の拡充、それから令和元年改正で査証制度の導入。こういった流れを整理させていただいております。

6ページは損害賠償算定方法の規定の見直しの経緯を整理させていただいております。昭和34年におきましては、現行の特許法102条第2項に当たります侵害者利益を損害額と推定する規定、現行の102条3項に当たります「実施料相当額」を損害額として請求できる規定が設けられております。その後、平成10年に現行の特許法102条第1項「逸失利益の算定方法」の規定が新設されまして、また102条3項についても「通常受けるべき金銭

の額」の「通常」を削除する改正を行ったところでございます。

その後、平成11年に特許法105条の3が設けられまして、直近の令和元年改正においては特許権者の生産能力等を超える部分の損害も認定できるといった規定、102条4項という規定を新たに設けることで、ライセンス料相当額の考慮要素を明記するといった改正を行ったところでございます。

7ページを御覧いただきますと、前回までの小委の議論を簡単に整理しております。まず証拠収集手続の強化については、査証制度を御検討いただきまして、今回の改正の中で盛り込まれたところでございます。

それから、損害賠償額算定方法の見直しについても、御検討いただいたところについて、一部令和元年改正で盛り込まれております。積み残しということで、懲罰賠償、利益吐き出し型賠償については、引き続き議論を深めていくという整理をさせていただいたところでございます。

それから、二段階訴訟についても御議論いただいたところですが、日本の法体系に合った制度について引き続き議論を深めていくべき、それから代理人費用の負担配分についても引き続き議論を深めていくべきと前回まで整理いただいたところでございます。

8ページを御覧いただければと思います。今回の令和元年改正法の国会での審議におきまして、衆参両院で附帯決議が付けられたということでございます。その中で両方に共通している部分、いわゆる懲罰賠償と二段階訴訟制度の導入については、諸外国の動向も注視しつつ引き続き検討することということで、政府に対して検討することが求められている状況でございます。

それから、下のほうに国会審議における経済産業大臣の答弁を抜粋させていただいております。国会審議の中で懲罰賠償についても質問がございました。それに対して、引き続き議論を深めていくという答弁をさせていただいたところでございます。

それから、9ページでございます。今年の6月に政府全体の知財戦略本部において「知財推進計画2019」が取りまとめられたものでございますけれども、その抜粋でございます。この中でも「同法の附帯決議に掲げられた事項について、関係者の意見を聞きつつ検討する」という記載が盛り込まれております。

その場での経済産業大臣の発言を抜粋しております。「附帯決議に掲げられた課題について、産業界を初めとする関係者の皆さんの御意見も丁寧に伺いながら、制度の更なる強化に向けて、検討を深めてまいりたい」という発言をさせていただいております。その後

に「附帯決議にあります懲罰賠償制度のほかにも、侵害抑止効果を高める方策がありますので、よく研究していきたい」ということで、幅広い視野で御議論をいただければと思っております。

続きまして、10ページ以降、今後の検討テーマ案ということで整理をさせていただいております。

11ページを御覧いただければと思います。これまでのヒアリング等で聞かれた声を、それぞれのテーマごとに整理させていただいたものでございます。

まず、二段階訴訟については、侵害の有無をスピーディーに判断するという事でメリットがあるという声ですね。それから、侵害の有無についてのみ判決が出るということで審理が早くなる。一度侵害が認定されれば和解がまとまりやすい。こういった声もございます。他方で、現状でも差止めの仮処分制度が存在するので、早期の差止めが可能であるといった声や、裁判所は運用で二段階の審理を実施しており、今でも実質二段階である。こういった声も聞かれているところでございます。

それから、損害賠償制度の更なる見直しについては、先ほどの附帯決議にありましたように、懲罰賠償という声もございますけれども、そちらに書いてございますように、例えば侵害者側に侵害行為で得た利益が手元に残らないようにする制度の検討が必要ではないかという声もございます。

それから、産業構造がモノからコトへと変化していく中で、損害額算定のベースがハードの視点からソフトウェア、広告の視点に対応できていないのではないかとということで、こういった点を幅広い視点から議論を深めるべきといった声も聞かれているところでございます。それから、損害額の一面だけではなく、全体で機能しているかどうかを多面的に評価すべきといった声も挙げさせていただいております。

次の12ページはアミカス・ブリーフ制度です。アメリカの裁判所において第三者が提出した意見を参考にして判決を下す制度について、知財訴訟において導入が検討できるのではないかと聞いた声も聞かれるところでございます。

アトニーズ・アイズ・オンリーについては、訴訟代理人のみが閲覧できるという仕組みでございまして、査証制度の導入のときに小委員会の中でもこういった議論がなされたところでございますけれども、こういった制度の導入について検討すべきといった声があるところでございます。最後に弁護士費用の敗訴者負担についても措置をとるべきといった声を挙げさせていただいているところでございます。

次の13ページでございます。今申し上げた検討テーマ案と、これまで措置した論点について簡単に整理させていただいております。例えば二段階訴訟やアミカス・ブリーフについて言えば、訴訟手続全体の効率性、実効性に係る論点と整理できるのではないかということです。それから、既に措置済みの査証制度と、今申し上げたアトニーズ・アイズ・オンリーは侵害の有無の審理に係る論点。それから、措置済みのライセンス料相当額の認定、更なる賠償制度の見直し、弁護士費用の敗訴者負担は賠償に係る論点。こういった形で整理させていただいたものでございます。

14ページ以降は、議論の進め方について簡単に整理をさせていただいております。

まず、今後の検討のスケジュール、15ページでございます。特許制度小委員会を月に1～2回程度開催させていただきたいと考えているところでございます。今後は企業・有識者などからのヒアリングを行いたいということ、並行して調査研究を実施していきたいと思っています。アウトプットが出てきましたら、小委員会の場合でも、それに基づいた御議論をいただければと思っています。そういった中で、議論が深まった論点については適時に方向性を取りまとめていくといったスケジュール案を整理させていただいております。

16ページは、今申し上げた調査研究について簡単に触れております。今年度の調査研究では、知財紛争制度の実態調査を行いたいと思っております。実際の調査研究の内容は国内の情報調査ということで、これは判例の分析ですね。それから、海外情報調査ということで、海外の様々な訴訟の実態や訴訟制度について調査できればと思っています。それから、国内アンケート調査ということで、国内の企業あるいは弁護士を対象にアンケート調査をしていく中で、様々なニーズの部分を探っていきたいと思っております。

17ページに、本日御議論いただきたい点を整理させていただいております。1つ目は日本の知財紛争処理システムにどのような課題があるかということです。その課題解決に向けて具体的にどのような方策が考えられるか。先ほどお示したような今後の検討テーマ案の中で、どの事項を優先的に検討すべきか、それ以外に何か検討すべき事項があるか、こういった観点から本日は御議論をいただければと思っています。

その後ろに参考資料ということで、先ほど検討テーマ案ということでお示した論点に係る資料を簡単に付けさせていただいております。

19ページを御覧いただきますと、ドイツの二段階訴訟について簡単にまとめた資料でございます。上のほうの現行制度は、日本の現行制度でございます。御案内のとおり、一連の訴訟の中で侵害論と損害論を議論するという制度でございます。

ドイツの二段階訴訟制度は、その下にございますように、まず特許権侵害について判決を確定させて、この時点で差止めや会計情報の提出、賠償金支払義務といったものを判決の中で明記するということです。

その後の損害額については、その判決に基づいて当事者間で交渉が行われます。ドイツの場合は大半が和解で解決されるということで、解決されなかったものだけが二段階目の損害額支払訴訟に移っていく。こういった仕組みであると承知をしております。

次の20ページは、損害賠償の今の制度について簡単に整理をしております。御案内のとおり、特許法102条1項、2項、3項で、それぞれ規定がございますけれども、今回の令和元年改正によりまして、102条1項、2項の部分については、権利者の生産・販売能力を超える部分についてもライセンス料相当額が加算できるようになったということです。それから、102条3項については、ライセンス料相当額の認定に当たって、通常の交渉で決まる額よりも増額できるといった旨を規定したところでございます。

例えば侵害者利益吐き出しという議論については、102条2項の部分ですね、点線の残りの部分について侵害者の手元に残ってしまう。これをどう考えるか。あるいは、不実施の場合の102条2項の適用をどう考えるか。そういった議論になろうかと思っております。

それから、下のほうに参考として、今年6月に知財高裁で出された大合議判決の内容を簡単にまとめたものをお付けしてございます。この大合議判決の中で、例えば侵害者利益の算定については、侵害者利益から控除すべき経費を侵害品の製造・販売に直接関連して追加的に必要になったものということで、かなり限定的に判示をしているということです。

それから、102条3項についても、侵害者が事後的に支払うべき実施料率は通常の実施料率に比べて、おのずと高額になる。こういった判決内容が出されていると承知をしております。今回の令和元年改正法に向けた一連の小委の議論についても、かなり配慮していただいている内容になっているかと思っておりますけれども、これを踏まえて、さらにどういった見直しが必要かという御議論になると思っております。

次は21ページのところでございます。諸外国の損害賠償制度について簡単に整理をしております。御案内のとおり、アメリカ、韓国は既に懲罰賠償制度が導入されておりまして、中国でも5倍賠償に向けた議論が進んでいる状況でございます。

他方で、EUでは懲罰賠償は導入しないという方針でございまして、その中で、例えばドイツであれば侵害者利益の吐き出しによる賠償ということで対応していくという考え方をとっていると承知をしております。イギリスは逸失利益の幅広い認定によって救済を図る

ことで、関連商品サービスの逸出利益などを幅広く認定している。こういった対応をしていると承知しています。フランスは事案に応じて賠償額を柔軟に認定している。簡単にこういった整理をさせていただいております。

それから、22ページでございます。先ほど挙げさせていただいたアミカス・ブリーフについて簡単に整理をさせていただいております。

まず、アメリカのアミカス・ブリーフの概要の整理をしております。これは当事者以外の第三者が意見を裁判所に提出できるということで、原則として全当事者の合意があるか、裁判所の許可を受けた上で意見を提出する制度と承知をしております。提出されたアミカス・ブリーフも、データベースやウェブサイトを通じて閲覧ができる。こういった制度と承知しているところでございます。

日本での取組ということで、知財高裁のアップルvsサムソン事件で行われたものを簡単に記載しております。現行の民訴法の枠内で当事者双方が訴訟上の合意をすることで、当事者訴訟代理人が広く一般から意見書の送付を受けて、それを裁判所に提出する。こういった形で実質的にはアミカス・ブリーフが行われたと承知をしているところでございます。

23ページでございます。アトニーズ・アイズ・オンリーについて簡単に整理をさせていただいております。訴訟手続の中で営業秘密を含む機密性の高い情報について開示先を代理人のみに限定して、当事者には開示しない仕組みということでございます。

御案内のとおり、日本では裁判所が営業秘密を開示した者に秘密保持命令をかけるという仕組みがあるのと、民訴法の92条において第三者の閲覧を制限できることになっておりますけれども、当事者への開示を制限する仕組みはないということでありませう。

諸外国ではどうなっているかを簡単に整理しておりますけれども、例えばフランスはセジーという、いわゆる査察の中で差し押さえられた証拠は代理人のみに開示をするという仕組みがあります。

ドイツも、査察で得られた証拠に基づいて、黒塗り前の報告書が出される際に、この報告書を代理人のみに開示する仕組みがあると承知をしております。

イギリスは、Confidentiality clubという仕組みの中で、開示範囲は限定するということでもありますけれども、代理人だけではなくて、もう少し幅広く相手方の特定個人も含めて閲覧を限定するという仕組みになっているようでございます。

アメリカは、保護命令 (protective order) の中で、営業秘密については弁護士のみがアクセス可能とする。こういった仕組みが行われていると承知をしています。

最後に24ページでございます。弁護士費用の敗訴者負担について簡単に整理をしております。日本では民訴法の第61条におきまして、例えば申立ての手数料のような訴訟費用については敗訴者が負担するという規定がございますけれども、弁護士費用については、一般的には損害賠償額の1割程度を認めるという運用が行われていると承知をしています。

それから、平成16年に司法制度改革審議会で検討が行われて、その結果、当事者の双方共同の申立てがある場合には弁護士費用を敗訴者負担にするという内容の法案が国会に提出されたわけですが、廃案になっている状況でございます。

諸外国について簡単に整理しております。ドイツ、イギリスは敗訴者負担が原則でありますけれども、アメリカは各自負担が原則であります。ただ、例えば悪意をもって出されているようなケースについては、裁判所の裁量で敗訴者負担が行われている。こういった仕組みになっていると承知をしているところでございます。

以上、簡単でございますけれども、これに基づいて御審議いただければと思います。よろしく願いいたします。

○玉井委員長 ありがとうございます。

質 疑 応 答

○玉井委員長 これより11時55分くらいまでをめぐりにいたしまして、議題「知財紛争処理システムの見直しについて」に関して質疑応答を行いたいと思います。今の事務局からの御説明について御質問あるいは御意見等がございましたら、お願いいたします。

はい、高橋委員、お願いいたします。

○高橋委員 高橋です。よろしく申し上げます。

個々の制度については、これまでも議論があって、賛成、反対があったわけです。今回、議論をするにしても、個々の制度について、よい、悪い、という議論は少ししにくいと感じています。

そのため、それに先立ってといたしますか、その前提部分を少し議論してはどうかという考えを持っています。それは何かといたしますと、我が国の産業構造が大きく変わって、AI技術、IoT技術が普及し、Society5.0、Industry4.0が進展して、「モノ」から「コト」へと我が国の産業構造の中核もシフトしている状況があります。

従前ですと、ハードウェアを中心とした大量生産型のビジネスモデルの下、特許制度は、

そういった我が国の産業構造と合っていたということもあって、大きな役割を果たしてきたと認識しています。一方で、「モノ」から「コト」へと変化したときに、同じように特許制度がその役割を果たしているのかどうかという議論を最初にしたほうがよいのではないのかという考えを持っています。

この変化に対応して特許庁もいち早く I o T 関連発明の事例集、A I 関連発明の事例集を公表して、こういった分野でも特許になるということを、事例をもって広く知らしめています。こういった迅速な対応は非常に有用な政策だと思っており、我々も非常に助かっていて感謝しているところであります。

一方で、権利化後はどうなのかということを見ると、特許制度は特許権を取った後も権利の価値を評価して、その価値を回収して次の投資に繋げるという役割があると思うのです。ネットワーク社会を見ると、従前のように、「モノ」のように 1 台、2 台、3 台と数えられたり、製造販売という実施行為で補足できるものではなく、むしろ、サービスの提供であったり、データのやり取りがメインになってきます。そうすると、1 台、2 台というカウントの仕方もできないですし、製造販売という形で実施行為を捕捉することもできないということになるかと思えます。

そういった社会に特許制度が順応しきれていないという状況であれば、例えば、A I 技術、I o T 技術によって具現化されるサーバークライアントシステムにおいて提供されるアプリケーション、もしくは、サーバークライアント間で提供されるサービス、つまり、アプリケーションは無償で配布されることもありますし、もしくは、ユーザーを囲い込むということで当初はサービスを無償で提供して、ある程度ユーザーを囲い込んだところで、それより少し上のサービスを有償で提供する、もしくは、そのようにして集められたデータを踏まえて広告収入を得るなど、産業構造が随分変わってきているわけです。

そうだとすると、こういった分野で権利は認めたとしても、実際に、I o T、A I 関連発明については出願も増えていきますし、権利も増えていますが、権利行使した際に、差止めによって現在または将来の侵害行為をおさえられたとしても、過去分の損害額については「あれっ、タダなんだっけ」ということになると、活用できるかが不透明になりかねません。特許制度が、ネットワーク社会において、価値の創出を促し、そして、そうした価値に対する対価を回収するというサイクルについて、その役割を従来と同様に果たしているのか、いないのかは最初に議論したほうがよいのではないかと思っています。

もし、産業構造の変化に対応して特許制度が十分その役割を果たせるだろうということ

であれば、それはそれでよいし、そうではないということになれば、ネットワーク社会において日本の産業競争力を強化するために、こういった姿にすると特許制度がその役割を果たすのだろう、という議論が先にあってよいのではないかと思っています。

その上で、個々の制度について、例えば、二段階訴訟であれば、損害額の算定について、産業構造の変化により価値算定の考え方が随分違う。より一層複雑になっている。そういうことであれば、その立証負担の全てを権利者に負わせるのもどうかということになるかもしれません。そうであれば、侵害か否か、そして、有効無効をまず判断して、一定期間、損害額について当事者間で判断させるということがその文脈で議論して妥当であるというのであれば、そういった方向での議論は、今までの議論とは少し異なる観点からの議論となり、議論に深みが出てくるのではないかという気もしております。

また、吐き出し型賠償についても、1台、2台と数える場合には、台数ベースで損害額の算定をすることができたと思うのですが、サービスということになると、製品の外縁みたいのがないので、損害額の算定ベースがサービス事業全体になるのか、どうか分かりませんが、仮にそうであれば、吐き出し型賠償について制度として導入するかどうかは別として、実態的には吐き出し型賠償に近い姿になるのかもしれませんが。現時点で、私は結論を持っているわけではないのですが、そういった方向で産業構造の変化と各論とを結びつけて議論すれば、一定の方向での議論はできるのではないかと思っています。

例えば、アミカス・ブリーフにしても、この制度自体のよい、悪いを議論して、と言われるよりは、産業構造が大きく変化しているために、マーケットの情報などの紛争の前提部分の情報があったほうがより適切な紛争解決に繋がって、当事者以外の知見なり情報なりを得たほうがより妥当な判断ができる、という文脈でこの制度の議論に繋がっていくのであれば、そういった議論も興味深い議論になるのではないかと思っています。

ですので、産業構造が大きく変化して、その変化に特許制度が対応して、ネットワーク系のビジネスといたしますか、特に、サブスクリプション型モデルにおいて、なおかつ特許制度が現行のままで十分に機能し得るのかどうかという議論を最初にしたほうが、これまでの議論の繰り返しにならず、議論しやすいのではないかと思っています。

以上です。

○玉井委員長 どうもありがとうございます。

今の論点について、あるいは別のことでも結構でございますので、委員の方々から御意見をいただければと思います。

はい、伊藤様。

○伊藤日本知的財産協会事務局長代行 日本知的財産協会の伊藤でございます。

このたびは、経団連とJ I P A、どちらか1名枠でオブザーバー参加してもよろしいですよということで、まずは感謝申し上げます。J I P Aとして、昨年度からの本小委員会に参画するのは初めてでございます。よろしくお願いいたします。

ただ、経団連とJ I P Aは必ずしも構成員が一緒ではございませんので、経団連は立派な大企業が会員になっておりますし、それが要件にもなっておりますけれども、当協会の場合は、かなり小さな規模の企業もあれば経団連の企業もいるという、幅広いスコープで会員になっておりますので、たまに意見が違うことがあっても、そこはそういうものだと思っていきたいと思います。

今回いただいた資料の中で、「本日御議論いただきたい点」ということで、最初に「日本の知財紛争処理システムにどのような課題があるか」という非常に大きな問いかけがございました。その後の二段階訴訟にしても、損害賠償額の算定の見直しの部分についても関連してくることなのだろうと思って挙げられているのだろうと思います。高橋委員から非常に大きな投げかけがあったのですが、私どもとしては、これからどのようにというのものもあるのですが、既にここ何年間かこのような場で議論されて棚上げになっている大きな課題が一つあると思うのです。それは差止請求権です。

「差止請求権の制限」と申しますと、アンチパテントではないか、知財立国というものに対して反するのではないかと、差止請求権のこれまでの本質と申しますか、与えられた権原に対して利益を得てきた産業の方々は、どうかそのままいてほしいという意見が当協会の会員の中にもございます。それから、特許のライセンスでもって、あるいは本業ではないけれども同じ企業でありながら実業として稼いでいる部分と特許をライセンスアウトして稼いでいる事業を持っているところだと、差止請求権の権能を制限するようなことは好ましくないという意見はやはりあることはあると思います。もう一つ言うと、それが対外的に誤ったメッセージを伝えることになるのではないかと、という理屈で過去反対される方は反対されてきました。

一方、何とかしてくれないかという企業としては、一製品あるいは一サービスに対して多くの特許を抱えているような事業を展開されている、一製品一サービスと言わないで一事業と言ったほうがよいのかもしれませんが、そうした一つの事業を展開する上で多数の特許が絡んでくる事業を営んでいる会社があり、そうした会社と、比較的少数の特

許で事業を営んでいる会社とでは、差止請求権に対する考え方は大きく違う、というのがあります。ただ、おそらく、一事業を展開する上で多数の特許を抱えている事業会社に対して、問題を抱えていらっしゃるということについては、認識は一致しているのだろうと思います。その上で棚上げになってしまっているという状態は、そろそろなんとかしたほうがよいのではないのでしょうか。

現在、実際に差止請求権の、言葉をあえて言いますと威迫をもって、本来は金銭的な補償を得られれば十分であるにもかかわらず、「差止めするぞ」とある意味威迫しながら値を釣り上げるような行為が、NPEに限らず、実施会社の中でもライセンスアウトしている事業の中では差止請求権はやはり効いているということをおっしゃる企業は多数あるわけです。ただ、それが本当に適正な使われ方なのかはクエスチョンだと思います。

現在、そういった状況になったときに裁判所ではどうするかといいますと、民法の一般原則である権利濫用の法理もしくは、別な観点ですけれども、競争法の観点から制限することはあるのですけれども、法的にはそれしかない状況なのです。

これで本当に差止請求権の行使が適正になされ得るシステムとなっているのかは、ここ何年来か議論されてきて棚上げになっているままだと思います。具体的には、もうそろそろ、例えばアメリカのeBay判決で出された4つの要件のようなエクイティの考慮要素を法定するということが必要な段階に来ているのではないかと思います。それが後の二段階訴訟のところでも効いてくる話ではないかと思っております。

私からは以上です。

○玉井委員長 どうもありがとうございます。

大きな論点が2つ出ましたけれども、それについて、あるいはそれ以外のことについて御意見をいただければと思います。

辻居委員、お願いします。

○辻居委員 ありがとうございます。

私のほうは、事前に考えてきた今までの積み残しという観点から幾つか私なりの考えを申し述べたいと思います。

附帯決議を踏まえますと、二段階訴訟という点が触れられております。二段階訴訟については11ページで産業界からも聞かれる声でございます。権利者のオプションとして、侵害論について早期に確定し、差止判決がすぐに確定するメリットがあるということでございます。実務上、こういった問題点があるのか、必ずしも十分洗い出されてはいないと

と思いますが、11ページにある仮処分があるからよいのではないかというのは必ずしもそうではないと私は思います。

仮処分の場合は保証金を積む必要がありますし、別途本訴も提起しなければならないということになりますと、二段階訴訟のメリットはあるということです。ただ、日本にその制度を持ち込む場合にどのような問題点があるのかという点を考える上では、ドイツの制度についてもっと勉強する必要があると考えております。

それから、12ページにありますように、産業界からも強い意見があったと思うのですが、アトニーズ・アイズ・オンリーでございます。書類提出命令、査証制度の改正は行われましたが、これは鶏と卵の問題でして、アトニーズ・アイズ・オンリーの制度がないと、裁判所としても命令を出すのをためらうことがあるのではないかと私は常日頃から思っておりますので、アトニーズ・アイズ・オンリーの制度はぜひ採用するべく検討していただきたいと思っています。

本件を考える上では前回、民事訴訟法の本人訴訟との関係で、なかなかそれはできませんと、弁護士強制制度でないと、そういった形はできないのではないかと民事訴訟の山本和彦先生からの御意見があったと思いますので、そういった点も踏まえて検討していただければと思います。

実務的にいえば、代理人を立てる場合が多いので、代理人を立てている場合にはアトニーズ・アイズ・オンリーが明記されるだけでも意味があると思っています。本人訴訟の場合には本人に開示せざるを得ないという状況もあるかもしれませんが、実務上、裁判所としては、申立権者には不利に働かざるを得ないということなので、代理人を立てている場合にはアトニーズ・アイズ・オンリーができるということを立法的にも明示できればよいのではないかと考えております。

損害賠償制度については、先ほど川上室長が御説明いただいたように102条2項の吐き出し制度。知財高裁の大合議の判決ですと、1項と2項の覆滅が同じようにできるようにも書いてありますので、102条2項の覆滅をしにくくする、吐き出しを確実にするということが考えられるのではないかと思います。ただ、私自身、そちらについて具体的な案があるわけではございません。

それから、24ページの弁護士費用の敗訴者負担については、日本では認容された1割程度、弁護士費用の賠償を認めている実務があるわけですが、全額負担は少し行き過ぎかと思えます。ただ、1割は低過ぎる。そういうのを増額できるような立法的な解決があるの

かというふうに、これも私の単なる感想でございますが、御検討いただければと思います。

以上でございます。

○玉井委員長 どうもありがとうございます。

ほかのことも、今のことも構いません。

設楽委員、お願いいたします。

○設楽委員 まず、二段階訴訟です。裁判の適正、迅速のうちの迅速という、裁判をなるべく速やかにするという意味で、あつたほうがよい制度だと思っています。ただ、ドイツの制度のように、差止めと一緒に会計帳簿の提出命令まで出すというのは行き過ぎかと思っていますので、その点は日本の実務に合わせるとすると、会計帳簿の提出までは認めない二段階訴訟を考えるべきではないかと思っています。

そうしますと、その後の和解ができにくくなるのかもしれませんが、企業秘密の保護という観点からすると、会計帳簿で得意先等まで出すのはやり過ぎではないかと思えます。そこで、二段階訴訟は導入すべきと思いますが、ドイツの制度を一部修正の上で導入したらよいのではないかと思っています。

それから、仮処分があるので二段階訴訟は不要という議論がありますが、地裁で仮処分決定が出ますと、その執行停止みたいなことはほとんど認められません。本案判決よりも非常に強力なものになりますので、これを原則的形態にするのは裁判の三審制度から見ても余り妥当ではないと思います。本案判決を早く出してもらい、高裁で判断を確定させることが一番重要ではないかと思えますので、二段階訴訟制度は、侵害かどうかの判断を早期に決めて裁判を迅速にするという意味で必要なことのように思います。

それから、アミカス・キューリエです。これについてはアメリカで既に実施されていて、日本でもアップルvsサムソンで私も経験しましたけれども、制度としてはよい制度だと思います。ただ、裁判所が必要と認めた事件に限っていただかないと、当事者が希望すればいつでも出せるということになると、余り必要がない事件で多くの意見書が出たりしますので、そちらは立法するときには御注意いただきたいと思えます。

それから、アトニーズ・アイズ・オンリーは辻居委員からも出ましたけれども、基本的にはこれがないと特許訴訟は運用しにくいと思いますので、弁護士を立てる費用がない人については法律扶助などそういった方向で考えるということで、原則はアトニーズ・アイズ・オンリーの方向に行っていたいただければと思います。

損害額については、知財高裁の大合議の判決も出て、今年特許法が改正されましたので、

私としては現状、少なくとも立法としては、もう変えるところはないのではないかと考えています。あとは運用のほうで適正な運用がされていけばよいと思っています。

それから、敗訴者負担については、今の1割負担は少し少ないと思いますが、緊急に解決すべき問題ではないような気はいたします。

それから、先ほどJIPAから問題提起がありました差止請求権の制限という非常に大きな問題です。これについては、例えばnon-practicing entityという特許だけを持っていて実施をしていないようなところが差止請求をしてきた際に、特に標準必須特許もどきの特許で行ってきたときには、裁判所も非常に困る事態が生じるだろうと考えております。

そういったことを考えますと、アップルvsサムソン事件で標準必須特許宣言をした特許については権利濫用論ということで判例ができましたけれども、そうでない場合は裁判所が非常に困ると思いますので、差止請求権の制限は、アメリカのeBay最高裁判決まで行くかどうかは別として、検討すべき段階に来ているのではないかと思います。

以上です。

○玉井委員長 どうもありがとうございます。

大きな論点でも構いませんし、細かい地味な論点でも構いません。

長澤委員、お願いいたします。

○長澤委員 ありがとうございます。

伊藤オブザーバーと設楽委員がおっしゃったこととかなりダブりますが、二段階訴訟は、弊社でも検討したところ、基本的に現行制度でも二段階審理を行っていますし、差止の仮処分も制度としてありますので、余り変化はないのではないかと理解していました。むしろ二段階訴訟になると、日本の裁判官の裁量が減ってしまうのではないかといった危惧もあったのですが、設楽委員がおっしゃったように、審理は早くなるというメリットがあるという声も外からは聞こえてきます。

しかしながら、産業界としても業種によって状況は異なり、それが材料や薬品など特許の数が1個、2個、せいぜい10個ぐらいの分野ですと、侵害していることをかなり意識して侵害している場合もあるのですが、先ほど伊藤さんがおっしゃったような多数の特許を使う分野においては交通事故的に侵害してしまうことが非常に多いことと、侵害しているか否かがグレーの特許が雲霞のごとくあるという状況なわけです。

そのような場合には、確かにクレームを読むと当たっているようにも読めるけれど、無効っぽいという特許も非常に多くあるわけですが、それでも仮差止めが執行される可能性

があるということになると、大量に製造している製品に関しては大きな損失につながるため、無効化手続きや無効の抗弁をしつつも、何とか早期に設計変更しようということになります。回避できるような特許であれば設計変更するのですけれども、その生産ラインを含めた変更の準備にそれなりの時間がかかるので、余りにも訴訟の審理が早いと逆に困る面も出てくる可能性があります。

一方で、製薬や材料のスタートアップにとってはメリットがあるかもしれません。これに対して、ソフトウェアのスタートアップは、それこそ雲霞のある特許を使っていますので、それらの特許により仮差止めを受けると、日本のソフトウェアスタートアップを潰してしまわないだろうかという心配があります。

そういった意味では、先ほど設楽委員がおっしゃったような日本独自の考え方を取り入れることを検討するのも一つの方法でしょうが、仮差止めもしくは差止請求権の権利行使をコントロールできないかと思います。二段階訴訟を検討するのであれば、この両面は必ず抱き合わせで検討していただきたいと思います。

差止めのコントロールというと、アンチパテントの議論と思われるかもしれませんが、損害賠償額を増やすため、また、差止請求権を確実に行使できるようにするためにも差止めのコントロールは逆に必要で、プロパテントを目指すのであれば、そちらを併せて検討すべきだと思います。

同じように、損害賠償についても、法曹の方に聞くと、懲罰賠償型は日本の法制度では難しいという話もあり、ヨーロッパの利益吐き出し型だったらできるということも聞くことがあります。しかし、先ほど高橋委員がおっしゃったことと少しかぶりますが、誰が利益を得ているかは非常に分かりにくいという問題があります。この前の高裁の判決で驚いたことは、R&Dの費用はほとんど控除の対象とはされていないことです。R&Dを全く行わずに他社の特許を使って、それでモノを作って利益を得た場合は、その利益の吐き出しもやむを得ないと思いますが、通常IT系の会社はR&D費用を多額に使って、それでも汎用技術に係る多数の特許の藪を全て回避することは不可能で、やっとなり製品化したものを薄利で売って、システムもしくはプラットフォームを持っている支配的エンティティが利益の多くを取っているという状況があります。従って、これらを考慮することなく利益吐き出し型損害賠償を早急に法制化されると、日本のものづくりの会社は窮地に陥るだろうというのは想像が付きまします。

アマカス・ブリーフについては、これも設楽委員がおっしゃったように、必要なケース

は余り多くないのではないのでしょうか。そう思うと、この前の高裁の判断のような方法でもよいのではないのでしょうか。ただ、強い反対をするつもりはございません。

それから、代理人費用の敗訴者負担については、特許庁の資料で「敗訴侵害者」という表現を使っているのですが、被告が負担することは明記していますが、原告が濫訴して、ひどい特許で訴えてきた場合に、それを止める手立てはないので、その両方のバランスをとって考えていただけたらよいと思います。

もう発言の機会がないかもしれないので、最後に一つ。当然対抗制度が取り入れられた後に、134条の2の無効審判における訂正請求、もしくは126条の訂正審判で訂正する場合に、通常実施権者の許諾を取らなければいけません。127条では、文言上は全ての実施権者の許諾を取らなければいけないように読めるのですが、現在、包括クロスライセンスが世界中で行われていて、私どもが訂正しようとする、米中欧韓日全ての包括クロスライセンスの許諾を取らなければいけなくなります。案件によっては、包括クロスライセンスが数十社に及んでいて、場合によっては、意地悪で承諾してくれないこともあり得ます。したがって、この訂正の条件については少し見直しを入れていただければと思います。

例えば特許権を既に登録設定しているもの、実施権を設定登録しているもの、契約書に明らかに対象特許が書いてあるものは、通常実施権者を把握しやすいわけですが、包括クロスライセンスでは、弊社が持っている数万件の特許を全てライセンスしている場合もあり、大きな負担が出てきてしまうので、今回、検討に挙げていただきたいと思います。

○玉井委員長 どうもありがとうございます。

最後におっしゃった点は127条ということになると思います。おっしゃるような場合も問題ですし、もう一つ問題があるようにも承知しております。侵害訴訟で無効の抗弁が主張されたときに対抗してなされる訂正の再抗弁を出す要件でございます。その際、特許権者側が訂正の再抗弁を出す要件として訂正審判請求（または無効審判請求手続の中での訂正請求）をしていることを要求するというのが裁判例の傾向でありまして、通常実施権者の許諾が得られないと訂正の再抗弁を出すことができず、無効の抗弁に対抗する手段がない、そのため敗訴することになるかもしれない。そういった面からも必要性を議論すべきではないかと思います。どうもありがとうございます。

はい、黒田委員、お願いします。

○黒田委員 まず、二段階訴訟についてです。こちらは侵害のみをスピーディーに判断することを目的とされていると思います。現在の侵害訴訟のスピード感なのですが、裁判所

としても急いでおられるとは思いますが、期間が延びてしまうこともあるのではないかと思います。そこで、二段階訴訟のスピード感を担保するために、あらかじめ裁判所において弁論終結に至るまでの期日や書面提出の期限を決めてしまっただけで計画的な審理をする、例えば1年で終わらせるなど、そういったものも一緒に導入するという手もあるのではないかと思います。そうすると、二段階訴訟をスピーディーに行うというメリットをより生かせるのではないかと思います。

次に損害賠償制度と弁護士費用の敗訴者負担に出てくる悪質な侵害なのですが、悪質な侵害というためには立証がどうしても必要になるため、単に悪質な侵害の場合にこうしようと決めたとしても、立証手段がないと悪質な侵害の立証ができずに、実効性は出てこないのではないのでしょうか。査証制度でもそのような立証は難しいと思いますから、証拠収集制度も十分に担保した上で、こういった制度導入を考えられたほうがよいと思います。

弁護士費用の敗訴者負担について、先ほど長澤委員からもありましたように、ここは悪質な侵害ばかりを要件としています。悪質な訴訟提起はどうかという話もありません。確かに、それはバランスの関係でもよいと思いますが、訴訟提起の悪質さについて、悪質さのレベル感をちゃんと分かるようにしておかないと、逆に提訴したら全部の弁護士費用を負わないといけないというリスクも感じてしまうことになってしまいますので、ここも慎重な議論が必要なのではないかと思います。

最後に、アトニーズ・アイズ・オンリーも、可能であれば、ぜひとも導入していただきたい、検討していただきたい制度だと思います。

以上です。

○玉井委員長 どうもありがとうございます。

田村委員、お願いいたします。

○田村委員 様々な方から御意見があったことに対する付け足しのような話が多いのですけれども、まず侵害者の利益の返還についてです。利益の吐き出しといっても、学説上、二つのタイプがあるということに注意をされたほうがよいと思います。

一つのタイプは、制裁的な要素を非常に強調したタイプの利益吐き出しです。侵害者が上げた利益は、侵害者の努力、例えば侵害者の特許権などに基づくようなものについてまでも、制裁した以上は吐き出せるという非常に制裁が強いタイプを指向される学者の方が一方であります。

他方で、比較的マイルドにして、差額説的に、侵害がなくても侵害者が得られたような

利益は吐き出さなくてよいけれども、侵害によって追加的に得られたような利益は吐き出させるというタイプの利益吐き出しもあります。私もこちらを主張しています。

少なくとも前者のタイプを導入するためには、悪質性など様々な要件が必要ではないかと思いますが、後者のタイプは、よりマイルドで、ライセンス料相当額がさらに大きくなったようなものというイメージでよろしいのかもしれない。ですので、恐らくは後者のほうが導入しやすいだろうと思います。

現在、102条2項は推定の覆滅が認められますので、推定の覆滅を認めづらくするという意味が利益吐き出しにはもちろんあるのですが、さらに昔から学説で議論されていたのは、推定の覆滅よりも前の段階の、権利者が競合品も含めて一切不実施の場合には、現在の通説や裁判例では、侵害者利益について働かないのですが、そちらについても返還を認めるべきではないかという形の議論をしていることを御注意いただければと思います。

推定の覆滅の場合と不実施の場合とで違って、例えば覆滅のときだけ返還を認めるという形もあり得ますが、権利者の不実施と覆滅がスペクトラムのように質的に分かれるまでないので、両方のタイプに返還を認めることが必要ではないかと思っています。

侵害処理に関する話の最後に、推定規定は今のような限界もあるのですが、他方で推定規定の良さもあるということを御指摘しておこうと思います。

先般の知財高裁の大合議判決では大きな争点にはなっていないので、本日の資料で引用されていないのは当然ではないかと思うのですけれども、今回の大合議判決のもう一つの特徴としては、推定規定であることを活用して、侵害行為による利益を、先ほど私が申し上げたような差額説的などころ、つまり侵害によって追加的に奪われたということまで特許権者が証明する必要がないというふうに読める説示があります。

そうではなくて、推定規定の適用のために非常に難しい証明を要求することになるので、それは特許権者に酷であるということで、むしろ侵害者の生の意味での製造販売という実施、製造販売で得られた利益全額で一回推定すると述べているところがあります。

これは非常に重要でして、今回、改正をするということで利益吐き出しを実体規定に純粹に書きかえてしまいますと、その実体規定のために推定規定がなくなりますので、かつ私が申し上げたように、制裁的な要素がない差額説的な利益吐き出しを指向いたしますと、その証明は困難になります。

ですので、もし導入するとすれば、今の102条1項のように、一旦利益全額で推定するというところは残しておきまして、つまり、知財高裁大合議判決の良さは残しておいた上

で、覆滅のところでは覆滅の責任は侵害者ですと、ただし、知財高裁大合議判決でとられたように現行法の解釈として、特許権者が損害されていないところまで必ずしも覆滅できるわけではないと、ただし書で規定されるのがよろしいのではないかと思います。

続いて、弁護士費用です。これは様々なところから御意見あるいは消極の御意見もありました。配布された資料では、現在でも不法行為ということで弁護士費用が取れているという書き方がありますが、もちろん御指摘のとおりで、正確には特許権者が勝訴した場合に特許権侵害に対する損害賠償ということで認められているわけです。そこで、無効になったかつての権利者を含みますが、原告側敗訴の場合には裁判を受ける権利、補償ということがありますので、現在の判例理由に従う限りは、よほど悪質でない限りは不法行為にならず、ほぼ特許侵害はないということになるかと思えます。

ということですので、現在のように全く認められないとありますが、乱訴系のときに抑止が働かないという問題がありますから、片や特許権者勝訴の場合の弁護士費用の負担だけでなく、双方向で考えていただくべき話だろうと私は思っています。

アミカス・ブリーフについては、既に知財高裁のアップルvsサムソンの大合議判決の御工夫で事実上は導入されていますが、あれは現行法の中での御尽力だったということで、裁判所と当事者あるいは代理人との間での契約で、当事者のほうに様々な人から資料を送ってもらって、それを当事者が提出するという仕組みをとっていました。そういった複雑な経路をたどらずに、裁判所の裁量で必要と認めたときにその手続を飛ばして提出できるという形で導入するのがよろしいのではないかと考えております。

差制限については、私から既に出ていた御意見に付け加えることはなく、私もかねがね差止請求権は制限されていく場合があるだろうと考えておりますので、長々と喋るのは避けることにいたします。皆様の様々な御意見に賛成したいと思います。

最後に訂正の話です。これは田村少数説というのがあるところでもあります。1959年の改正のときは、独占的通常実施権というものが登場するということに対して余り意識がなく、そういった時代背景のもとでなされた改正でありました。その後、裁判例のほうでは、独占的でない通常実施権者というのは、侵害者がたくさん現れれば現れるほど、正当にライセンスを受けた通常実施権者は経済的には自分の売上が減るという被害を被りますが、独占的でない通常実施権者のそういった利益というのは、経済的利益であるかもしれないけれども、特許権者が例えば侵害者と和解してしまえば、それで済んでしまう話なので、法的に保護された利益ではないとされております。

他方、独占的通常実施権者に関しては、そのような利益も法的に保護された利益として損害賠償請求が認められておりますし、さらには、傍論、あるいは学説ではありますが、債権者代理による差止請求も認められるというのが、普通の理解であります。

このような通常実施権に2つの区別があることを前提にいたしますと、訂正というものについて、おしなべて通常実施権者全員に認めている現行法には大いに疑問があります。訂正によって特許権の保護範囲が変化しようとも、先ほどの裁判例の理屈からいきますと、独占的でない通常実施権者にそのような法的利益は保証されているものではありません。ですので、少数説ではよくあるのですけれども、私は127条を無理矢理に独占的通常実施権に限定解釈をしております。立法されるのであれば、ぜひこの説でと思っております。

以上でございます。

○玉井委員長 ありがとうございます。

時々ありがちな議論としても、「それは解釈で対応ができます」という類の議論がありますけれども、産業界の方などに話を伺いますと、「解釈で対応できますなんていっても、条文に書いてあることと違う、あるいは必ずしも解釈として確立していないことを主張されたところで、それに依拠して経営するなどということはできない」とお叱りを受けることがございます。合理的な解釈があれば、それを立法に追って明確化していくというのは、そういった面でも意味があるかと思えます。

杉村委員、お願いいたします。

○杉村委員 田村先生の非常に高尚な御意見の後は大変意見を申しにくいのですが、意見を申し述べさせていただきます。

最初に高橋委員から大きな視点での御意見がございましたので、そのことも踏まえて検討していく必要があると思えます。

今回、二段階訴訟等の制度設計について議論していくに当たりまして、紛争処理システムとして、これまでの裁判システム、ADR知財仲裁センター、国際仲裁センター、10月から開始される知財調停制度等の多様な紛争解決システムがある中で、二段階訴訟等を導入することによる有意性を考えていく必要があるのではないかと思っております。

今申し上げました知財調停も始まりますし、差止めの仮処分も存在しておりますし、差止めの本訴もありますし、中間判決もあります。また実際の訴訟実務でも侵害論、損害論を分けて訴訟が進行しています。すでに存在している紛争処理システムと比べて、二段階訴訟を導入することの有意性を明確にすることができ、これまでの紛争処理システムとは

異なる新たな紛争処理解決システムとしての選択肢が増えるということであれば、これは導入する意義があるのではないかと考えております。

二段階訴訟を導入する法律上の優位性について考えてみましたところ、例えば損害賠償請求の時効が中断するという利便が一つあるのではないかと考えております。

それから、アミカス・ブリーフについてです。アミカス・ブリーフ制度に関しては平成23年、今から8年前から日本弁理士会においてアミカス・ブリーフ制度について議論をしておりました。アミカス・ブリーフ制度は、先ほど川上制度審議室長よりも御説明ございましたように、アメリカで広く運用されているものでございますが、日本版のアミカス・ブリーフ制度を導入するのがよいのではないかと考えております。制定法主義の日本と判例法主義のアメリカとの違いを踏まえて、アメリカのアミカス・ブリーフ制度のよい点と、問題があるような点をいろいろと議論しながら、日本版のアミカス・ブリーフ制度を構築していくべきではないかと思っております。

資料にもございますように、当事者系の審判に関しては当事者以外の特許庁長官に意見を聞くという制度も既に運用されておりますので、一定範囲においては当事者以外の意見を聞き、裁判の審理における参考意見とされている場合があることも、既にある程度国民に理解ができていないかと思っております。したがって、裁判所が必要と認める時でかつ必要と認める事項については、一般に広く意見を聞いて判断の手助けになるような日本版のアミカス・ブリーフ制度を導入するのがよいのではないかと思っております。

それから、お願いがございます。資料に関して、アトニーズ・アイズ・オンリーと弁護士費用の敗訴者負担のところに「弁護士に限定すべき」、「弁護士費用の」と書いてございます。知財訴訟に関しては弁護士と弁理士が一体となって紛争解決に当たっている場合が多いのが現状ですので、アトニーズ・アイズ・オンリーと弁護士費用の敗訴者負担のところに「弁護士・弁理士費用」と記載していただければと思います。この点はよろしく願いしたいと思います。

それから敗訴者負担の代理人の費用のところです。先ほど辻居委員からもお話ございましたように、知財訴訟は、通常の訴訟と比べても技術的な観点などの特殊な複雑さがございますので、現行のままでよいのかどうかも踏まえて御議論いただけるとありがたいと思います。

最後に訂正に関して。通常実施権者が無効審判を請求してはいけないことはないのですが、この場合には、通常実施権者の同意を得るのが難しいという場合もございます。通常実施

権が債権的な権利ということを考えますと、専用実施権者には同意が必要だと思いますが、通常実施権者の同意を全て不要にするかについては、独占的通常実施権の議論も踏まえて、また法律上、通常実施権者の同意をなくすことによって何らかのデメリットが生じるかどうかも踏まえて議論をしていただければと思いますので、よろしく願いいたします。

以上です。

○玉井委員長 どうもありがとうございます。

代理人費用の件は前回も同じようなことがございました。恐縮です。気をつけたいと思います。

○杉村委員 どうぞよろしくお願いいたします。

○玉井委員長 ほかにございませんでしょうか。

久貝様、お願いします。

○久貝日本商工会議所常務理事 ありがとうございます。日本商工会議所でございます。

まず、令和元年の特許法改正に御尽力いただき、国会で無事成立したということで、中小企業への知財保護という点でも大変大きな一歩ではないかと評価しております。

その関係で、国会でも附帯決議が出されました。懲罰賠償や二段階訴訟についても検討ということで、立法府のほうでこういったものを出されるということも大変珍しいと思いましたが、国会の趣旨に沿って御検討をお願いしたいということでもあります。

私どもは、法律改正後、各地を回り、中小企業の今回の制度あるいは知財の紛争処理についての意見を聞いてまいりました。残念ながら、中小企業にとっては日本の特許紛争に関する司法サービスは余り使いやすいものではないというのが大半でございました。

今回、証拠収集について裁判所に助けていただくことになるわけですが、裁判の長期化や、訴訟費用のコストですね。先ほど弁護士費用がありましたけれども、専門性が高いものですから、弁理士にも相談しなければいけないということで、大変コストがかかることになりました。

侵害の事実は多くあるけれども、放置しているという声が中小企業でかなり多くございました。大変残念なことで、こういった制度も使いながら頑張っていきたいと思っておりますけれども、訴訟を起こすのは非常にハードルが高いということを申し上げたいと思います。そういった意味で、継続的にこれを検討していただくのは大変ありがたいということでもあります。

2点目は、大企業と中小企業でコントラストをつけるわけではありませんけれども、多

くの場合、中小企業は大企業に対して納入先でありますけれども、その取引関係を使って知財の吸い上げや特許侵害があるという事実は、多くの企業から声が出ております。今回も、そういった改正方向を是正する一つの方向だと思っておりますけれども、そういった点で我々は懸念をずっと持っております。

この背景については、90年代以降、大企業が海外展開して、中小企業がそれについていけないということになります。中小企業は特許、技術は持っているけれども、大企業からすれば、海外でそういったサプライヤーを作っていくたいということになります。日本の中小企業の技術を何らかの形で海外に移転したいということがあるのかという。そういった分析も聞いておるのですけれども、それが公正に行われる場合と、そうでない場合があるということではないかということで、そういった背景も少し念頭に置いていただければありがたいということでもあります。

それから、損害賠償については吐き出し型ということで一歩進めていただくのは大変ありがたいのですけれども、特許の価値は損害賠償が幾らかというのは非常に大きなメルクマールになると思います。中国のほうでも随分、特許の訴訟も起きております。中国の場合は特許を担保の融資は非常に増えておりまして、年間ベースで1兆円を超えております。日本の場合も、知財担保融資を政府のほうでも随分していただいたのですけれども、政府系金融機関で政投銀と商工中金で10何年かけて200億円かそこらだったと思います。最近では全然融資はしていないところであります。

要するに、特許を重視すると、それに価値を認めていくということになって、それに対して金融機関がお金を出して、それで中小企業なりベンチャーが資金を得て発展するというプロセスがあるわけですけれども、残念ながら、日本では中国との対比ができていないということもございます。損害賠償についても、全部についてよりレベルアップをお願いしたい、検討をいただければと思っております。

以上です。

○玉井委員長 伊藤様、お願いします。

○伊藤日本知的財産協会事務局長代行 今久貝オブザーバーから中小企業vs大企業みたいな御意見があったわけですけれども、少なくともこの知財の紛争処理システムの制度を考える上では、これも以前、当協会からも意見を申しましたけれども、中小企業対大企業という対立構造で見るのではなく、どちらにも公平に適用される正しい制度はどうあるべきなのかということで御議論いただきたいと思っております。

先ほどの中小企業から大企業に技術が吸い上げられる云々の話は、別に中小対大企業の話ではないだろうと思います。先般の公取委の報告書の中にもありましたとおり、大企業同士でも実態としてあり得る話です。なので、公取委の競争法の観点でもっと適切な政策がなされればよいと思います。それとここでの話を少し分けられたほうがよいのではないかと思います。私どもの協会も小さな規模の会社の会員も多くおりますので、ぜひ一緒に考えさせていただきたいと思います。

○玉井委員長 どうもありがとうございます。同様の御意見を昨年度も承ったところでは

山本貴史委員、よろしく申し上げます。

○山本（貴）委員 かなり突飛な話をします。懲罰的賠償制度の話はすごく古くから議論されていて、その度に法制局が反対だと言われる。法制局の方は、どういった基準で、どういった考えなのかをお聞きしないと、仮に利益吐き出し型であったとしても、どこまでが利益かみたいな議論ではっきりしないのではないかという気がしています。なので、突飛な意見ですが、法制局の方はどういった基準で、どう考えているのかをここに来ていただいて話を聞けないかというのが希望です。突飛であることは重々承知の上です。

2点目は、差止めの話を伊藤委員がおっしゃっていて、おっしゃることはよく理解できるのですが、私たちは大学の技術を産業界に移転していて、大学もNPEに入ります。例えば第三者にライセンスしていて、侵害があったときに、非独占でライセンスしているので、大学が原告にならざるを得ないときに、大学はNPEなので、自分では実施していないので、パテントトロールと同じように扱われると、そこは……。

一方で、国からは産学連携をもっと推し進めなさいと言われて、どんどんライセンスをして、侵害者がいたら差止めの手段も使えないとなると少し問題はあるので、その辺りは普通のパテントトロールと大学は同じNPEであったとしても御配慮いただきたいというのがあります。

3点目は質問です。敗訴者負担の話ですが、二段階訴訟になったときに、仮に最初の侵害確定までが短かったとしますね。侵害訴訟に関しては、原告が弁護士費用の負担、弁護士だけではなく、弁理士費用が増えて負担が必要になるかもしれませんが、ここが早く確定して侵害が確定したら、今度は侵害しているほうが訴訟を起こさない限りはならないので、そうすると、実質的な敗訴者負担になるのではないかと思います。

質問は何かというと、これで和解すると、和解したときの費用はどこの負担になるので、すかというのが私は単純によく分からないので、教えていただきたいです。侵害が確定し

た段階で、実質侵害した側が和解になったとしても、弁護士費用等の負担が行われれば、実質的な敗訴者負担に近いものになるのではないかと思うのですが、そちらをどなたかに教えていただければというのが質問です。

以上です。

○玉井委員長 設楽委員。

○設楽委員 裁判上の和解と当事者同士の和解とあると思いますけれども、和解は、当事者の合意で決めますので、敗訴者の弁護士費用をどうするかというのは合意で決めていただければよいことです。しかし、裁判上の実務では、当事者それぞれが負担するというのが慣行的には非常に多くなっています。

○山本（貴）委員 例えば侵害が確定したら、そこにかかる弁護士費用等々は侵害した側が負担するというルールを設けることはできませんか。

○設楽委員 和解は当事者の合意でできるものですから、そのルールには縛られないというところがあります。

○玉井委員長 ありがとうございます。

今山本委員がおっしゃった最初の点、法制局の参事官あたりを呼んできて話を聞くということは考えられませんか。やはり困りますか。

○川上制度審議室長 法制局のこれまでの慣行からすると、そういったことは余りしないと思います。こういった場で、そういった方向に行くべきだという方向性が出て、その上で法案を作って、各担当省庁が法制局に持って行って議論するというルールにのっとった形になると思います。

○玉井委員長 これまでのところ、いわゆる懲罰的賠償、特に3倍賠償、あるいは5倍賠償などという法制度を創設しようとする、おそらく法制局からチェックが入るだろうと言われていています。それ以外、例えば今日御議論のあった利益吐き出し型賠償については、具体的な法制度をどう構想するかにもよりますので、法制局がどういった意向かということとは分かりにくいということです。

ほかによろしゅうございますか。

中畑委員、お願いいたします。

○中畑委員 中畑です。昨年に引き続きスタートアップという立場から、意見を言わせていただければと思います。

私自身、DRONE iPLABという会社の代表をさせていただきながら、何社かのスタートア

ップの取締役もさせていただいている中で、昨年に引き続き、情報なり、体力の非対称性をなるべく減らすように、万人にとって使いやすい、こういった立場の人であっても使いやすいシステムを作り上げていこうということについては大賛成であります。

今回も二段階訴訟と損害賠償のところですけども、先ほど高橋委員から産業構造が変化しているということがあり、産業構造が変化するとプレイヤーも変わってくる。今回、二段階訴訟でスピードが速くなるということをおっしゃられていて、これについてはスタートアップ業界としても大変ウェルカムなことです。

スピードというところで、ぜひ皆さんに聞いていただきたい事情というのもあります。スタートアップの方々は、基本的に最初は売上が全くない状態なので、資金調達という株式と引き換えに手に入れたお金を常に使って行って、溶かして行って、自社のプロダクトをどんどん磨いていくということをやっている企業です。

私が所属しているドローンの機体フレームを作っている会社も先日、「1年間で、ある形の機体を何台作るというところまでやり遂げます」ということを役員全員がコミットメントして、6億円というお金をいただきました。

この6億を1年間で使うという計画なので、毎月5000万溶けるわけですね。5000万は、来年の今頃溶ける予定ではあるのですが、それまでに成果が出なければ次のラウンドにも行けない。そして、5000万が溶ける直前あたりから次の資金調達をしても間に合わないのので、来年の春頃には次の資金調達、次の目標は何かというところまで見通しが立った上で、さらに人を乗せるのか、何を運ぶのかということまで踏まえて投資家回りをしなければならないという中で、調達した6億円についても全て使途が決まっておき、予想外のものに対する使途は読みにくいところではあるのです。

その中で、そもそも侵害しているのか、していないのか、白なのか黒なのかというところが早くつくというだけでも次の経営判断を確実にすることができるという意味では、非常にありがたい制度だと思っています。

1点、質問なのが、このようなスピード感で動いて、大体1年で一つのラウンドをこなして、どんどん資金調達を重ねていく企業ではあるのですが、ドイツの例をとった二段階訴訟制度を導入したときに、どれぐらい白なのか黒なのかということが早く分かるようになるのかというところはすごく興味があります。

もう一つは、現行の制度でも途中で心証開示されるということはあるのですが、現行の制度は最後の最後まで行くということを前提にしている制度ですので、侵害していなかつ

た、侵害していたということが分かった後、会社自身が続かないということになってしま
うと、そこまで体力が持つかどうかを見越さないとい訴訟ができないということにはなっ
てくるのではないかと思います。

私自身が専門的な知識が特にあるわけではないので、これまでもそういった立場のスタ
ートアップという企業が多数いて、大企業がなかなか手をつけにくい、課題が埋もれてし
まう、なかなか見つけられないというものを圧倒的短期間で解決しようとしている人たち
もたくさんいる。そういった人たちも利用できるような、利用がしやすいような制度に
なることを強く望んでおります。

以上です。

○玉井委員長 ありがとうございます。

はい、では、高橋委員。

○高橋委員 一般論として、提訴から判決まで1年ぐらい、1年前後で、デュッセルドル
フ裁判所も、マンハイム裁判所も、判決がでます。

それについてはそうとして、二段階訴訟について少し追加したいのですが、19ページで
す。今までもそうなのですが、二段階訴訟はドイツの制度をベースに議論がされてしまし
た。ドイツの場合は、差止訴訟と損害賠償請求訴訟とは別の訴訟で、基本的には侵害訴訟
をメインにしており、損害賠償請求訴訟はそんなに数があるわけではないのです。

一方で、二段階訴訟について、フランス型をベースに議論した方がよいのではないかと
思っています。どういうことかという、フランスは、日本と同じで、損害賠償請求訴訟
の中で、ここに書かれている侵害論のフェーズと損害論のフェーズとに、同じように分か
れていて、侵害論のフェーズでは、侵害の有無もそうなのですが、有効、無効も同じ裁判
の中で争う制度になっています。

最近、欧州の統一特許裁判所は、ドイツの批准を待っている状況なのですが、既に統一
特許裁判所協定の条文もあり、その手続規則もあって、そちらではどうなっているかとい
うと、手続規則の125条以下に、損害があるということと、損害額の判断とは別の手続き
で判断してもよいとなっています。損害額については1年以内に請求手続してくれたらよ
いと。だから、まず、侵害か否かし、有効無効の判断がされたら、その後は、当事者間で
交渉し、1年以内に解決しなかったら損害額のための訴訟を提起してもよい、という選択
肢があるのです。それを見てのことか、最近、フランスは同じようなことを始めて、そ
れも、法改正をせずに行っているのです。

私は、理屈がよく分からないのですが、EU法が上位だから、それに従うのに法改正は要らないというような話みたいなのです。どういうことかという、1審では有効と判断されても、2審では無効になってしまうことがあります。その際、1審の審理の中で損害額のための証拠も出したり、時間もとったりすると、2審で無効になったときに、出さなくてもよかったセンシティブな資料を出したことになり、また、かけなくてもよい時間をかけたことになるので、日本だと中間判決ではそのまま上訴できないのですが、フランスでは法改正していないにもかかわらず、侵害論の判断、有効無効の判断をただで、そこだけで上訴できるようにしたのです。そして、侵害論、有効無効の判断が確定すると、はじめて損害額を判断する、というふうになっているとフランスの代理人から聞いたのです。

そんなことがあるのかと、今の自分の理解が正しいのかどうかもあれなのですが、少なくとも何回か聞き直しても、そういった答えが返ってきて、なぜそんなことができるのかという、「EUではEU法が上位なのでよい」というような、非常に柔軟な、非常に柔軟な発想でいるということのようなのです。

前回はドイツの二段階訴訟をベースに議論したので、産業界が差止めを懸念して、差止めを前提で損害額を交渉しても、そんなのは交渉にならないという声があったので、私は12月に懸念を申し上げたのですが、ドイツ型とフランス型を並べて議論してはどうかと思うのです。そうすると、先ほど、設楽委員がおっしゃったことに近くなってくるのではないかと思います。ですので、参考として、両国の制度を並べて議論していけばよいのではないかと思います。

○玉井委員長 ありがとうございます。

フランスについては私も同じようなことを聞いていまして、特に法改正をしないで、なぜか中間判決に独立に上訴ができるという方法で対処している。ドイツもフランスも地続きですから、国際競争がございまして、フランスの手続だけ使いにくいということだと、中畑さんのような原告はフランスでは訴訟をしない、デュッセルドルフで、ドイツでしょうというふうになりますので、そこは競争がある。

ドイツでどのくらいかというのについても余り数字はないのですけれども、ドイツの中でもデュッセルドルフですか、マンハイムですか、ミュンヘンですかというのは原告の選択になりますので、一番早そうなところである、ということになりますから、そこは競争が……。それぞれの裁判所は州の裁判所ですから、自分のところに事件を誘致したいということがございますので、おのずと手続が統一化していくと、それはございます。

そこは日本が追いかける上では参考にすべきかと思います。

長澤委員。

○長澤委員 ドイツの代理人と話をする、無効の決定が出る前に侵害が確定してしまうことに不合理があるのではないかとということで、見直しをかけていると聞いています。

○辻居委員 そういった意味では、日本は無効論を侵害訴訟のできる、ドイツはできないですよ、無効審判でやるしかない。そういった意味では、日本はそういったものを踏まえて二段階訴訟できるので、長澤委員の言った弊害は、日本ではないと思います。

○玉井委員長 ドイツでは無効の抗弁に相当するものがなく、侵害訴訟が無効手続とまったく別に進みますので、侵害訴訟の判決が1年で出て、後から3年かかって実は無効であったということになるとそこで全部ひっくり返るといった問題がある、そこは非常に問題だということは、かねがね指摘されているところです。他方、二段階訴訟の方は、そういったドイツ特有の仕組みとは別に、英国でも定着し、フランスでも実務に現れているという理解ではないかと思います。

中島様。

○中島課長 裁判所は制度論について意見を述べる立場ではないので、制度を運用する立場から述べさせていただきます。

二段階と申しましても、差止めの部分と損害の部分と同時にではなく別に分けてやるということは現状でもできますので、二段階を導入するという場合に、こういった制度なのかということについては様々なお考えがあると思われまます。

具体的にこういった制度設計をされるかにもよると思いますけれども、一段階目の判決の効力が二段階目にどう及ぶのか、二段階にしたことで損害まで含めた紛争解決が長期化しないかといったところが問題になるかと思しますので、制度の導入について御議論されるに当たっては、そういったところも慎重に御議論いただければと思っております。

○玉井委員長 ありがとうございます。

運用に当たられる裁判所の御意見は大変重要なものですので、ぜひ今後もよくお伺いしながら進めていきたいと思っております。

松山委員、お願いします。

○松山委員 手を挙げるタイミングが分からないままどんどん議論が進んでしまっていて余り新しい意見もないのですが、まず、二段階訴訟について、私自身、普段から訴訟にかかわっている中では、侵害論と損害論はきれいに審理も分かれており、少なくとも損害論

に移る前には心証開示もあり、また、以前に比べて審理も早くなっておりまして、現状の訴訟の在り方にそこまで違和感を覚えることはなかったのですが、他方で、スタートアップの方にとってスピーディーさが大事だという話もよく聞いており、今日もこの場で皆さんのお話を聞いていて、改めて早い段階で侵害論の結論を出す、結論を一旦確定させるということは重要だと思いました。

現状でも仮処分の制度があるので十分なのではないかという点に関しましては、設楽委員からもお話があったと思いますが、仮処分は執行停止もできないような強い処分ではあるものの、あくまでも仮の処分なので、その後、本案訴訟を提起する必要があり、本案で負ければ、仮処分の結果、相手方が被った損害を賠償しなければならないという、かなりリスクを伴う制度であり、これがあるから大丈夫という話では全然ないだろうとは思っております。そういった意味で、侵害論につき一旦判決が出て、それに対して上訴もでき、争う必要がある場合には争って、最終的には確定する。このように、心証開示や仮処分ではなく、侵害論の判断がしっかりと確定することによって、原告側も被告側も見込みを立てやすくなるというメリットがあるのだらうと思いました。

不勉強でフランスの制度は知らなかったのですが、中間判決に対して上訴ができるとして対処しているということなのですかね。日本の中間判決に対しては上訴ができないのでその点は違うということなのかと思います。企業が早い段階で見通しを立てやすくするためには、侵害論の判断に対して上訴ができて、その判断が確定し、ひっくり返らないことが重要かと思っているので、そういった意味では、柔軟にドイツやフランスを参考にしつつ、日本に合った制度をこの場で検討していけるとよいと思いました。

次に、弁護士費用の敗訴者負担につきましては、弁護士のみならず弁理士もという話をしようかと思っておりましたところ、その話も既に出ておりまして、実際に、弁護士、弁理士は協同して訴訟をしておりますので、費用の話をするなら一緒だと思います。

また、アトニーズ・アイズ・オンリーに関しましても、弁理士の方も含めての議論をしていただくのがよいかと思っております。損害論だけではなくて技術の開示も受けることになると思いますが、訴訟は弁理士の中でもその分野のプロフェッショナルの方と一緒にやっており技術の理解に対するサポートをしてもらっているので、弁理士の意見も聞きながら、弁護士としては判断したいというところがあります。この点、新たに導入された査証制度では、黒塗り前の査証報告書を被告の同意なく開示を受けるのは「訴訟代理人」に限定されていたと思いますが、この開示を受ける「訴訟代理人」は、弁護士と付記弁理士

ということかと思えます。訴訟代理人になれるのは付記弁理士だけで、付記を受けていない弁理士は補佐人として参加することになりますので。この点については、アトニーズ・アイズ・オンリーのような議論をするときに、弁理士全般なのか、いわゆる付記弁理士という訴訟代理人として訴訟に参加する弁理士と付記を受けていない弁理士とで分ける必要があるのかといったことも、細かい議論かもしれませんが、検討していく必要があるのではないかと思いました。

アミカス・ブリーフ制度については、皆さんが述べられたこととほとんど同じような感触なのですが、導入できるとよいと思えます。以前、現行制度の中で同様のことを実現して、すごく画期的だと思いましたが、この時は、当事者の代理人の事務所に3部、書面を出して、当該代理人が受領した書面を裁判所と相手方に提出するというシステムだったかと思えますので、制度としてしっかりすると、直接裁判所に提出でき煩雑ではなくなると思っております。あと全ての事案で必要になるような話ではないので、裁判所が関与して法律論点に絞るべきというのもそのとおりだと思っております。また、それによって判決を受けるのは当事者なので、当事者が希望しない場合にまで大々的に第三者の意見を求めるというのはちょっと違うのではないかという思いもありまして、当事者が合意するということが要件にしてもよいのではないかというのは個人的には思っております。企業の方々がどのように感じているかは把握できておりませんが、

私からは以上です。

○玉井委員長 どうもありがとうございます。

藤田委員。

○藤田委員 この委員会で話をするのではないかもしれないのですが、今回は紛争処理システムの活性化に向けた検討ということですが、制度ばかり強化される、制度ばかり先走ることがあっても困るというのが企業としての立場です。

システムの強化は好ましいとは思いますが、一方で、権利自体が本当に妥当なのかというところは常に議論としてあると思えます。正直申し上げまして、企業同士で話をすると、「最近、特許が通りやすい」という話題がよく挙がります。自社の権利が通るケースは問題にはなりません、権利として妥当とは思われない他社の権利が通ると非常に困ります。最近、なぜこれが権利になるのだろうかというのがあります。強化するからには権利自体の妥当性も併せて議論して、見直しを並行して行っていただければと思っております。

○玉井委員長 ありがとうございます。

最後の点は審査の質の向上ということだと思いますけど、特許庁としては、それはいろいろな機会にお伺いできればということかと思います。

浅見委員。

○浅見委員 今の点ですが、昨年の11月、経団連のプレゼンの中でも審査が甘いという御指摘があったかと思います。

これについては、審査品質管理小委員会という委員会がありまして、今年の2月と3月に、「審査が甘いのは、どこに問題があるのか」という議論がありました。これを受けて、今年の7月から知財研で調査研究が始まっておりまして、12月に取りまとめる予定です。特許庁が迅速に対応してくださったことに感謝しております。

ただ、審査が甘いというのは抽象的で、その原因がどこにあるかという特定は簡単ではなく、現在も議論しています。12月に取りまとめられるのですが、現在行っている検討だけでは、原因は十分に解明されないだろうと思っています。ですので、この御指摘を受けて、さらに取組を進めていただければと思います。

以上です。

○玉井委員長 ありがとうございます。

高橋委員、お願いします。

○高橋委員 AI、IoTとの関係で、今の話をしたいと思います。アメリカ、欧州、日本は、審査の仕方が違うので、甘いというのとは違うと思います。例えば、アメリカであれば101条という、主題適格性、すなわち、発明該当性のところで拒絶できます。これは、先行例がなくても拒絶ができるというタイプの拒絶です。欧州では、進歩性の審査において、クレーム構成要件を技術的要素と非技術的要素とを分けて、非技術的要素だということになると、そこは引例を調査して出す必要がなく拒絶できます。しかし、日本の場合は、クレームの各エレメントについて、主引例、副引例と調査して出していないと拒絶できないというシステムで、そのため、通りやすくなってしまいうという結果になります。

これは、甘い、低いということではなく、我々実務家はそういった国の制度なり審査の考え方の違いを踏まえて権利を取っています。そういった側面があることは、私も認識していることで、必ずしも、甘い、緩いという話ではないだろうと認識しています。

○玉井委員長 ありがとうございます。

せっかくですので確認させていただきたいのですが、高橋委員が最初の御発言でおっしゃったのは、非常に大事な論点だと思います。法律家的に整理するとすれば、特許法の中

で物の発明の実施とされる行為のうち、従前は生産や譲渡、つまり有体物になった侵害品を幾つ作るか、幾つ売るかということが主として念頭にあった。しかし、使用のところに重点が移っているのが経済の実態ではないかという御指摘かと思えます。

そう考えますと、先ほどから議論している損害賠償の金額の算定のところも、現行法は譲渡数量というのを指標にしている、現状はそれがどうしても指標になるわけですが、それだけだと、うまくつかまえないものがあるかもしれない、使用に対する損害賠償については別に考えねばならないという御指摘だったかと思えます。

それはそれとして非常に大きな意味のある御指摘かと思えますので、様々な論点を議論する中で、この点を踏まえて議論できればと思っております。

ほかにございますか。

田村委員、お願いします。

○田村委員 今の玉井委員長の御意見に追加です。おっしゃるとおりで、中でも侵害による利益の拡充というところは、条文には特に譲渡と書かれていないですから、そういった意味でもいろいろな意味があるのではないかと思います。

○玉井委員長 ほかにございませんでしょうか。よろしゅうございますか。

本日は司会が不手際でありましたために余り煮詰まった議論ができなかったかもしれませんが、委員の方々、オブザーバーの方々にいろいろな御意見を伺うことができまして、大変有意義な会合になったのではないかと思います。

そ の 他

○玉井委員長 今後について、事務局からお話をいただければと思います。

○川上制度審議室長 長時間、御審議いただきまして、ありがとうございました。

次回以降については、関係者等からヒアリングなどを行いながら、また審議を進めていただければと思っております。次回の開催は10月の上旬を予定しております。

○玉井委員長 ありがとうございました。

以上をもちまして、産業構造審議会知的財産分科会第32回特許制度小委員会を閉会いたします。本日は長時間、御審議をいただきまして、どうもありがとうございました。

閉 会