HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	知的財産政策と新たな政策形成プロセス ：「知的財産立国」に向けた10年余
Author(s)	中山, 一郎
Citation	知的財産法政策学研究, 46, 1-67
Issue Date	2015-05
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/59286
Type	departmental bulletin paper
File Information	46_01.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

巻頭論文

知的財産政策と新たな政策形成プロセス
―「知的財産立国」に向けた10年余[1]

中　山　一　郎

１．はじめに

2003年３月に知的財産基本法が施行されてから10年以上が経過した。その間、我が国は、「知的財産立国」というスローガンを掲げて、歴史的にも、また、国際的にもユニークな新たな政策形式プロセスを導入するとともに、そのプロセスに基づいて多数の知的財産関連施策を講じてきた。もっとも、議論の俎上に昇った政策の中には、大きな変革に結実したものもあれば、当初考えられていたほどの変革に結びつかなかったものもある。

本稿では、そのような新たな政策形成プロセスがどのような特徴を有したのか、また、そのような新たな枠組みの下でどのような政策面の変化が生じ、あるいは生じなかったのか、について整理分析を試みる。なお、紙幅の関係上、本稿では、知的財産制度の中でも特許制度及び著作権制度を主たる分析対象とし、商標制度や不正競争防止法などは検討対象外とする。

---

[1] 本稿は、2014年１月17日に北海道大学で開催された知的財産法研究会における報告を加筆修正したものである。田村善之教授及び当日の研究会参加者からの貴重なご意見につき、記して感謝したい。むろん、残された誤りは筆者に帰すものである。また、本稿の一部は、中山一郎「『知的財産立国』に向けた10年」及び「知的財産高等裁判所設立をめぐる経緯と論点」知的財産研究所「知的財産に関する日中共同研究報告書」（平成26年３月）49～65頁 http://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/chousa/pdf/nicchu_houkoku/houkoku.pdf に基づく。

２．新たな政策形成プロセス

以下では、まず、新たな政策形成プロセスの経緯と特徴を概観する。

(1)「知的財産立国」宣言

2002年２月４日、小泉内閣総理大臣（当時）は、施政方針演説において、「研究活動や創造活動の成果を、知的財産として、戦略的に保護・活用し、我が国産業の国際競争力を強化することを国家の目標とします。このため、知的財産戦略会議を立ち上げ、必要な政策を強力に推進します。」[2]と述べた。内閣総理大臣施政方針演説において知的財産政策が言及されたことは、おそらくこれが初めてであり、我が国のその後一連の「知的財産立国」に向けた歩みは、同演説に端を発するといえる[3]。なお、同演説は、知的財産政策を国際競争力強化の手段と位置付けており、当初から両者が関連付けられていたことがわかる。

その後2002年７月３日には、施政方針演説を受けて開催された知的財産戦略会議[4]が知的財産戦略大綱[5]をとりまとめ、我が国が「知的財産立国」

---

[2] 「第154回国会における小泉内閣総理大臣施政方針演説」（平成14年２月４日）http://www.kantei.go.jp/jp/koizumispeech/2002/02/04sisei.html

[3] もっとも、それ以前の1997年において、特許庁長官の私的懇談会である「21世紀の知的財産権を考える懇談会」は、「知的財産権について国全体として統一的な取り組みを行うため、知的財産権についての基本的な方針を策定することが求められる」との提言を行っていたし（「21世紀の知的財産権を考える懇談会報告書」〔平成９年４月７日〕35頁、http://www.jpo.go.jp/cgi/link.cgi?url=/shiryou/toushin/chousa/21cen.htm）、田村善之「知財立国の動向とその将来像」同『ライブ講義知的財産法』（弘文堂、2012年）６～11頁も、日本の知的財産保護強化の流れは90年代から始まっていることを指摘している。そのような観点から見るならば、この10年余の一連の政策展開の直接の契機になったのが2002年の施政方針演説であるとしても、同演説に示された考え方は全く唐突に浮上したわけではなく、それ以前の流れの中にもその萌芽を見出すことができるといえるだろう。

[4] 内閣総理大臣以下の閣僚と民間有識者から構成されていた。知的財産戦略会議のHP参照。http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki/

を目指す方向性を明確に打ち出した。同大綱によれば、「知的財産立国」とは、「発明・創作を尊重するという国の方向を明らかにし、ものづくりに加えて、技術、デザイン、ブランドや音楽・映画等のコンテンツといった価値ある『情報づくり』、すなわち無形資産の創造を産業の基盤に据えることにより、我が国経済・社会の再活性化を図るというビジョンに裏打ちされた国家戦略である」（「はじめに」「２．情報化時代と『知的財産立国』」）。そのような「知的財産立国」を目指す必要性について、同大綱は、その冒頭において「日本経済を取り巻く環境は、依然厳しい状況にあり、将来に対する閉塞感を払拭できない中、我が国の国際的な競争力を高め、経済・社会全体を活性化することが求められている」（「はじめに」）と述べており、ここでも国際競争力の問題が「知的財産立国」宣言の背景にあることがわかる。もっとも、その一方で、同大綱は、「経済・社会のシステムを、加工組立型・大量生産型の従来のものづくりに最適化したシステムから、付加価値の高い無形資産の創造にも適応したシステムへと変容させていくことが求められている。」（「はじめに」「１．情報創造の時代」）とも述べており、そこでは、知識経済化の進展という構造的変化への対応という観点も意識されている。

このように、我が国の「知的財産立国」宣言の背景には、国際的競争力強化への高い関心と、知識経済化への対応という２つの側面があったといえる[6]。

国際的競争力の問題について見ると、そもそも国際競争力の定義は後述するとおり必ずしも定かではないが、ともあれ、スイスのIMD（International Institute for Management Development）が毎年発表している世界の国々の競争力ランキングによれば、我が国は、1989年から1993年まで世界１位であ

---

[5] 知的財産戦略会議「知的財産戦略大綱」（2002年７月３日）http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki/kettei/020703taikou.html

[6] 中山信弘「知財制度改革の経緯と課題」ジュリ1326号（2007年）２頁は、知的財産制度が注目される理由として、情報化の進展と日本経済の逼塞状況の２点を挙げ、前者は世界的な潮流であるが、後者は我が国固有の産業政策的問題であると述べる。本稿との関係でいえば、前者が知識経済化への対応に、また、後者が国際競争力強化への高い関心に対応するといえるだろう。

ったものの、その後順位が下降し、98年代以降は16位から30位の間を推移している[7]。このような国際的競争力ランキングの急速な低下は、まさに「失われた90年代」を象徴しており、2000年代初頭において、国際競争力の強化が当時の政策当局にとって喫緊の課題であったであろうことは想像に難くない。そして、そのための手段の一つとして期待されたのが知的財産であったということができるだろう。さらにその背景として、1980年代以降の米国「プロパテント」政策がそれまで低下しつつあった米国の国際競争力の回復を可能にしたとの認識が（学術的にはともかく）政府などでは支持されていたこと[8]が、国際競争力強化の手段として知的財産制度を捉える考え方に影響を与えたことも確かであろう。

一方、知識経済化は、我が国のみならず先進国に共通する構造的変化であると考えられる。例えば、民間企業部門の付加価値に対する有形資産投資と無形資産投資それぞれの割合を比較してみると、日米ともに、1980年代以降、有形資産に比して無形資産への投資が増加している（米国では、我が国以上に無形資産投資の割合が高く、2000年以降、有形資産投資を上回っている。）[9]。「知的財産立国」の定義における「情報づくり」とは、ま

---

[7] 特許庁「産業財産権制度125年記念誌」（平成22年10月） http://www.jpo.go.jp/seido/rekishi/125_kinenshi.htm 364頁に、IMDの各年のWorld Competitiveness Yearbookに基づく我が国の順位の推移がまとめられている。

[8] 「産業競争力と知的財産を考える研究会」報告書（2002年6月5日）4頁 http://www.meti.go.jp/report/downloadfiles/g20605ej.pdf、荒井寿光＋知的財産国家戦略フォーラム『知財立国』（日刊工業新聞社、2002年）等。控えめながらも、知的財産戦略本部「知的財産の創造、保護及び活用に関する推進計画」（2003年7月8日）3頁も同旨。他方、80年前半の米国に、「競争力」を強化するために「プロパテント」を推進するとの国家戦略が存在したとの見方に疑問を呈するものとして、中山一郎「『プロパテント』と『アンチコモンズ』－特許とイノベーションに関する研究が示唆する『プロパテント』の意義・効果・課題－」RIETI Discussion Paper Series 02-J-019（2002年）3～7頁 http://www.rieti.go.jp/jp/publications/summary/02110002.html/参照。

[9] 内閣府「平成23年年次経済財政報告」（平成23年7月）187頁第2-3-13図。ただし、無形資産は、情報化資産（ソフトウエア等）、革新的資産（研究開発や著作権等）及び経済的競争能力（人的資本や組織構造等）から構成され（同186頁第2-3-12図）、知的財産よりも広義の概念である。かかる定義を前提に、米国では、ソフトウエア投資や企業の組織改革が進んだことが無形資産投資増加の背景にあると指摘されて

さにこのような無形資産の重要性の高まりを反映するものであるともいえるだろう。

(2) 知的財産基本法

知的財産戦略大綱は、「知的財産立国」宣言にとどまらず、知的財産立国の形成に関する施策の迅速かつ重点的な推進を図るために、「知的財産戦略本部（仮称)」の設置や「知的財産戦略計画（仮称)」の策定等を内容とする「知的財産基本法（仮称)」の制定をも提言していた（「５．知的財産戦略大綱の実施」)。

この提言を受けて2002年12月には、知的財産基本法が成立し、2003年３月から施行された。この間、2002年２月の内閣総理大臣施政方針演説から約１年であり、知的財産基本法自体についてみれば、2002年７月の知的財産戦略大綱での提言から約５ヶ月で法案が成立したことは異例のスピードである。

知的財産基本法は、知的財産権の実体的な保護水準を変更したり、私人間の権利義務関係に影響を与えたりするものではない。その代わりに、同法は、知的財産政策の理念（３条、４条)、各主体の責務（５～８条）や基本的施策（12～22条）を定めている。同法が定める知的財産政策の理念としては、国民経済の健全な発展及び豊かな文化の創造（３条）と並んで、我が国産業の国際競争力の強化及び持続的な発展（４条)が謳われており、知的財産政策が我が国産業の国際競争力の強化に寄与すべきであることは、同法において法律上の要請とされたわけである。

知的財産基本法は、知的財産政策の立案メカニズムについても重要な規定を有している。すなわち、同法は、内閣に知的財産戦略本部を置き（24条)、同本部が、知的財産の創造、保護及び活用に関する推進計画（知的財産推進計画）を作成し、毎年これに検討を加え、必要に応じて変更すること（23条）を定めており、これにより、新たな政策形成プロセスの基本的枠組みが定められたということができる。

いる(同187頁)。

(3) 知的財産戦略本部

知的財産基本法24条に基づく知的財産戦略本部は、2003年３月に設置された。同本部の本部長は、内閣総理大臣（知的財産基本法27条１項）であり、全国務大臣及び民間有識者が本部員として同本部を構成する（同法28条、29条２項）。2015年３月時点の民間有識者は、大学教授、産業界、クリエーター、弁護士、弁理士等である[10]。

知的財産戦略本部は、2003年以降、毎年、知的財産推進計画を作成している[11]。知的財産推進計画には、多数の施策がリストアップされ、あわせて各施策の担当官庁名と実施時期が明記されている。施策の具体的な目標とその達成時期を定めることは、知的財産基本法上の要請でもある（同法23条３項）。知的財産推進計画は、実体的な知的財産法を所管しているわけではない知的財産戦略本部にとって貴重な政策ツールである。知的財産戦略本部は、知的財産推進計画に施策を書き込むことにより課題設定（アジェンダ・セッティング）を行い、担当官庁と実施時期を明記して担当官庁を施策の実現にコミットさせることができる。そのようにして知的財産推進計画が毎年作成されることにより、各省庁には、法制度の改正を含む各種施策の企画立案とその実現に向けた圧力が恒常的に生じることとなる。

もっとも、実際の知的財産戦略本部の会合自体は、それほど頻繁に開催されているわけではなく、年に数回程度である（図１参照）[12]。同本部の下には、基本的に民間有識者により構成される委員会又は専門調査会が設けられており、より頻繁に開催されているが、委員会又は専門調査会は、

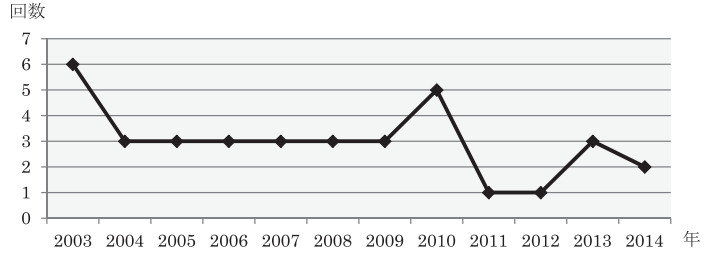
---

[10] http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/pdf/meibo.pdf

[11] 2003年度から2009年度までの知的財産推進計画については、http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/index_before090916.html から、また、2010年度以降のものは、http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/からダウンロード可能。

[12] 年間開催回数としては3回が最も多く、最も多い年は初年度（2003年）の6回である。他方、2009年以前の開催状況については、http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kaisai_before090916.html を、2009年以降については、http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kaisai.html を参照。

図１　知的財産本部会合の開催回数



（出所）首相官邸ホームページ知的財産戦略本部開催状況に基づき著者作成
注：2010年の1回、2013年は3回全て、2014年は1回が持ち回り開催である。

再編成されることもある[13]。また、同本部の事務を担当する知的財産推進事務局が内閣官房に置かれているが、2016年4月には内閣府に移管される旨を定める法案が2015年３月に国会に提出されている[14]。

我が国では、2009年９月に自由民主党政権から民主党政権へと政権が交代し、その後2012年12月に再び自由民主党が政権に復帰し、この10年間で２度の政権交代が行われている。知的財産戦略本部は、内閣総理大臣を本部長とし、全国務大臣を本部員とするから、その構造上、政治的な影響を受けやすいと考えられるが、政権交代後も、知的財産基本法は改正されず、知的財産戦略本部と知的財産戦略の枠組みは基本的に維持されている。そもそも知的財産基本法案の国会審議において、同法案に対して反対したのは、衆議院、参議院いずれも共産党のみであるから[15]、この点は当然といえるかもしれない。その意味で、「知的財産戦略は党派性のある施策では

[13] 2009年以前の委員会・専門調査会の構成・開催状況については、http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/index_before090916.html を、2009年以降については、http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/index.html を参照。

[14] 内閣の重要政策に関する総合調整等に関する機能の強化のための国家行政組織法等の一部を改正する法律案（平成27年３月24日国会提出）www.cas.go.jp/jp/houan/189.html

[15] 衆議院については、http://www.shugiin.go.jp/Internet/itdb_iinkai.nsf/html/gianrireki/155_155_kakuho_1.htm を、参議院については、http://www.sangiin.go.jp/japanese/joho1/kousei/vote/155/155-1127-v011.htm を参照。

ない」[16]との指摘は的を射ているといえよう。

なお、開催回数は、民主党政権への政権交代直後の2010年は６回（うち１回が持ち回り開催）であったものの、その後2011年、2012年は各１回に減少している。両年は、震災や原発事故への対応が優先された可能性もあろう。その一方で、政権が自由民主党に復帰した2013年は、３回全てが持ち回り開催であり、実際の本部会合は一度も開催されていない。2014年には会合が一度開催されたものの、残る１回はやはり持ち回り開催である。内閣総理大臣以下全国務大臣が出席する知的財産戦略本部の会合を開催することは、担当大臣に政策課題を認識させる機会であることに止まらず、知的財産政策に対するハイレベルの政治的なコミットメントを示すシグナルともなると考えられる。とするならば、持ち回り開催は、そのような政治的関心の低下を表すものとして、制度改正を含む施策の企画立案・実施に向けた恒常的な圧力を低下させる方向に作用し得る[17]。そのような状況が続けば、知的財産戦略本部の影響力が低下するおそれもあろう。

---

[16] 中山信弘「知的財産立国の更なる発展を目指して」ジュリスト1405号（2010年）７頁

[17] もっとも、3回の本部会合全てが持ち回りであった2013年には、知的財産戦略本部において今後10年程度の長期的な方向性を示した「知的財産政策ビジョン」（平成25年６月７日、http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/vision2013.pdf）がとりまとめられるとともに、同日に、そのエッセンスが「知的財産政策に関する基本方針」（平成25年６月７日閣議決定、http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/pdf/kihonhousin_130607.pdf）として閣議決定されているから、ハイレベルの政治的コミットメントは維持されているように見える。確かに、後者は、担当大臣の強い希望を受けて閣議決定に至ったとのことである（山本内閣府特命担当大臣記者会見要旨平成25年６月７日、http://www.cao.go.jp/minister/1212_i_yamamoto/kaiken/2013/0607kaiken.html）。しかしながら、「知的財産政策ビジョン」を決定した2013年６月７日の知的財産戦略本部会合自体は持ち回りであるし（http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/130607/gijisidai.html）、同日の閣議決定も20以上の多数の案件の中の１件に過ぎない（http://www.kantei.go.jp/jp/kakugi/2013/kakugi-2013060701.html）。そうすると、担当大臣はともかく、内閣全体として知的財産政策に対する高い政治的関心が維持されているとも言い難いように思われる。

(4) 小括

以上のとおり、2002年から2003年にかけて、我が国は、知的財産政策の立案及び実施について新たな枠組みを導入した。

その最大の特徴は、知的財産政策立案へのハイレベルの政治的関与である。そもそも知的財産政策は専門性の高い政策分野であり、我が国でも、従来、知的財産政策が政治的な関心を強く引きつけることはなかった。知的財産政策は、一般有権者の関心が低く、政治家にとっても票に結びつかない割に高い専門性が要求されるため、政策形成に関与するコストは高いと考えられる。そのように一般有権者と政治家が強い関心を持たず、選挙の争点になることのない政策分野は、ロー・セイリエンス（low-salience）の政策分野と呼ばれるが、知的財産政策は、まさにロー・セイリエンスの政策分野といえよう[18]。

そのような観点からすれば、内閣総理大臣を本部長、全国務大臣を本部員とする知的財産戦略本部は、その政治的なレベルの高さにおいて、従来にない新たな知的財産政策立案のメカニズムであるといえる。

とはいえ、政権交代後も知的財産基本法に基づく基本的な枠組みが維持されていることからもわかるように、我が国において知的財産政策が政治的な争点となったわけではない[19]。そうであるとすれば、むしろ、党派を問わず、知的財産政策の重要性が高まり、政策の優先順位が上がったと考えることができる。確かに、前述した知識経済化の進展という構造的変化に加えて、少子高齢化の進行（労働人口の減少）に直面している我が国にとって、イノベーションの促進は経済成長の鍵であるから、イノベーションを支える制度として知的財産制度の重要性について政治的な共通認識

---

[18] ロー・セイリアンスの政策分野の定義及び著作権政策分野がそれに該当することの説明については、京俊介『著作権法改正の政治学』(木鐸社、2011年)5・18～20頁参照。その上で同書は、著作権法改正の立法過程を官庁・利益団体・政治家の相互作用に焦点を当てて分析しているが、そこで取り上げられた著作権政策に限らず知的財産政策分野全般がロー・セイリエンスの政策分野であると考えられる。

[19] これに対して、欧州には海賊党が存在する。浜本隆志『海賊党の思想』(白水社、2013年)

が醸成され、知的財産政策の優先順位が上昇したとしても不思議はない。もっとも、そのような共通認識が醸成された背景としては、90年代後半以降の国際競争力の低下に対する危機感が、国際競争力回復の手段としての知的財産政策に対する期待を生んだという側面もあろう。さらにいえば、知的財産政策は国際競争力強化に資するとの思惑があったからこそ、政治的な関心が高まったともいえるのかもしれない。

もっとも、近時、知的財産戦略本部の会合が持ち回り開催されていることは、そのような政治的関心の低下を示唆している可能性がある。その状況が続けば、恒常的な制度改正圧力が低下し、さらには、知的財産推進計画を通じて課題設定（アジェンダ・セッティング）を行い、施策の企画立案・実施を働きかけてきた知的財産戦略本部の影響力を低下させるおそれがある。

３．政策面での主要な変化

前述した新たな政策形成プロセスの下で、2003年以降、法改正、組織・体制整備や予算措置などの多数の知的財産に関連する施策が講じられた。以下では、その中でも特徴的と思われる主要な変化を取り上げる。

なお、冒頭で述べたとおり、本稿の主たる検討対象は特許制度及び著作権制度であり、商標制度や不正競争防止法などは対象外としている。そのため、以下でも、例えば、地域団体商標制度の導入や営業秘密の刑事的保護強化といった法改正は取り上げない。また、特許法改正の中でも、無効の抗弁（特許法104条の３）の新設及び職務発明制度の見直し（特許法35条）は、2004年という法改正時期こそ、2003年３月の知的財産基本法施行と知的財産戦略本部発足の後であるが、改正内容の実質的議論は2003年３月以前に開始されている[20]。同様に、著作権法改正の中でも、音楽レコー

[20] 無効の抗弁（特許法104条の3）については、司法制度改革本部知的財産訴訟検討会において2002年10月から（http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/11titeki.html）、また、職務発明制度の見直し（特許法35条）については、産業構造審議会知的財産分科会特許制度小委員会において2002年９月から（http://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/shingikai/tokkyo_seido_menu.htm）、それぞれ検討が開始されている。当然、法改正を

ドの環流防止措置（著作権法113条５項）は、2004年改正により創設されたが、既に2002年時点で政策課題に挙げられていた[21]。そのため、これらの法改正については、新たな政策形成プロセスによる影響は限定的であると考えられることもあり、本稿では取り上げていない[22]。

(1) 制度的基盤

この10年余りに大きな変化が生じた分野の一つは、以下に述べる知的財産制度を支える制度的基盤、すなわち組織・体制面の整備であろう。

ア）知的財産高等裁判所の設立[23]

（ｉ） ２つの意味での象徴的な成果

2005年４月に設立された知的財産高等裁判所は、２つの意味において知的財産戦略の象徴的な成果であると考えられる。一つは、それが裁判所創設という司法行政面での大きな変革であり、知的財産戦略の象徴的な成果として耳目を集めたという側面である。同時に、知的財産高等裁判所は、それ以前に実質的な特許裁判所の機能が既に実現されていた状況下において、「知的財産立国」の文字通り象徴（シンボル）として設立されたという意味においても象徴的であるといえる。

実際、知的財産高等裁判所の設立が検討課題に取り上げられた2003年７月の知的財産推進計画[24]は、「今回の民事訴訟法改正により、特許権等の知

視野に置いた課題設定自体はそれ以前に行われていることになる。

[21] 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会第１回（2002年６月17日）資料５（http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/013/020801.htm）

[22] 音楽レコードの環流防止措置（著作権法113条５項）の立法過程の分析については、京・前掲注(18)185～201頁、稗貫俊文「音楽CD環流防止措置導入と競争政策との調整」日本国際経済法学会年報17号（2008年）62頁参照。

[23] 以下の記述は、飯村敏明「知的財産高等裁判所の創設及びその果たすべき役割について」牧野利秋先生傘寿記念論文集『知的財産権　法理と提言』（青林書院、2013年）３頁を参考にした。

[24] 知的財産戦略本部「知的財産の創造、保護及び活用に関する推進計画」（2003年７月８日） http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/030708f.html

的財産訴訟の管轄が東京高裁に集中されることは高く評価できる。」との記載に続けて、「日本経済の国際的な優位性を引き続き保つ上で決定的に重要な知的財産の保護を強化し、内外に対し知的財産重視という国家政策を明確にする観点から、知的財産高等裁判所の創設につき、必要な法案を2004年の通常国会に提出することを目指し、その在り方を含めて必要な検討を行う」と述べていた。知的財産高等裁判所の設立の議論は、当初から民事訴訟法改正を前提にした上での議論だったのである。

（ⅱ）前提としての民事訴訟法改正

知的財産戦略に先行する司法制度改革の議論では、知的財産権関係事件への総合的な対応強化が民事司法制度分野における改革の柱の一つとされており、2001年の司法制度改革審議会の意見書は、「東京・大阪両地方裁判所の専門部を実質的に『特許裁判所』として機能させるため、専門性が強化された裁判官や技術専門家である裁判所調査官の集中的投入、専門委員制度の導入、特許権及び実用新案権等に関する訴訟事件について東京・大阪両地方裁判所への専属管轄化などにより、裁判所の専門的処理体制を一層強化すべきである」ことや、「東京・大阪両高等裁判所の専門的処理体制の強化の方策についても検討を加え、必要な措置を講じるべきである」[25]ことを提言していた。これを受けて、民事訴訟法が以下のとおり改正され、2003年７月に公布され、2004年４月から施行された。

まず、管轄の集中が図られた。技術的専門性が強い特許権等に関する訴え（民事訴訟法６条１項）については、第一審は東京地裁と大阪地裁に、また、控訴審は東京高裁に管轄が専属化される一方（同条１項・３項）、それ以外の意匠権等に関する訴え（同法６条の２）については、第一審の管轄が、通常の管轄裁判所と、東京地裁又は大阪地裁の競合管轄とされた（同条）。

また、５人合議が導入された。５人合議は、民事訴訟法上、当事者が著しく多数で、かつ、尋問すべき証人又は当事者本人が著しく多数である大規模訴訟において導入されていたが（同法269条）、特許権等の訴えについ

[25] 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書」（2001年６月12日）http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/pdfs/iken-2.pdf　19・20頁

ての第一審及び控訴審（同法269条の２、310条の２）、そして特許権・実用新案権に関する審決取消訴訟（特許法182の２［実用新案法47条２項で準用］）においても導入された。

さらに、専門的な知見が求められる事件において、専門家が裁判官の知見を補う仕組みとして、専門委員制度が民事訴訟一般に導入された（民事訴訟法92条の２以下）。専門委員は、争点整理、証拠調べ、和解等の手続に関与し、専門的な知見に基づいて説明をすることができる。

（ⅲ）知財高裁設立をめぐる議論

以上のとおり、2003年７月に知的財産推進計画を決定する時点においては、民事訴訟法の改正により、既に管轄の集中、５人合議、専門委員の導入は決定済みであり、これに加えて従来から存在する裁判所調査官制度[26]の活用により、司法制度改革審議会がいうところの実質的な「特許裁判所」の機能は実現されつつあった。

知的財産推進計画は、そのような状況の中で、実質的な「特許裁判所」に止まらず、「知的財産高等裁判所」の創設を目指すとしたものであるが、その際、具体的に議論された論点は、①独立した裁判所として創設すべきか否か、②技術判事を導入すべきか否か、という点であった。

①独立裁判所の是非

独立裁判所として創設すべきとする論拠は、知的財産重視の国家の姿勢を内外に示す必要性[27]、換言すれば、アナウンスメント効果にあった[28]。産業界も概ねその点を支持していたと考えられ、例えば、司法制度改革推進

[26] 裁判所調査官は従来から存在していたが、その位置付けが明確ではなかったため、2004年改正によりその権限等が明確に規定された（民事訴訟法92条の８等）。

[27] 知的財産戦略本部権利保護基盤の強化に関する専門調査会「知的財産高等裁判所の創設について（とりまとめ）」（2003年12月11日）http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/houkoku/151211kousai.pdf　ただし、このとりまとめでは、独立裁判所とは述べていないことに留意する必要がある。後掲注(38)及び関連する本文参照。

[28] 荒井寿光「知財立国をぜひ実現しよう」内閣官房知的財産戦略推進事務局『知財立国への道』（ぎょうせい、2003年）14～16頁

本部の知的財産訴訟検討会に参加した産業界委員は、専属管轄化を高く評価しつつも、知的財産立国の象徴として、東京高等裁判所の知的財産専門部を独立させて、知的財産高等裁判所を創設すべきであって、それにより判決の予見可能性の確保など知的財産訴訟のより一層の充実・強化が期待され、知的財産立国に向けた我が国の姿勢を内外に示すことができるとの意見を表明している[29]。

しかしながら、司法制度改革推進本部を中心とした議論においては、独立裁判所とする場合の問題点として、例えば、職務発明の対価請求事件と退職金請求事件といった関連事件の審理が知的財産訴訟か否かで分離されてしまうこと、管轄をめぐる周辺的な紛争が増加する可能性があること、通常裁判所の充実を図ってきた日本の司法制度の中で異質であり、違和感があること等が指摘された[30]。さらに、米国の議論に影響を受けて、視野の狭さ等の専門裁判所の問題点も懸念された[31]。

米国では、1982年に連邦巡回区控訴裁判所（Court of Appeals for the Federal Circuit、以下「CAFC」という）が設立されたが[32]、それ以前の1970年代に裁判制度見直しの議論は開始されており、当時は、最高裁の負担が増加し、これが判例の不統一をもたらし、ひいては、フォーラム・ショッピング（法廷地漁り）を招くことが懸念されていた[33]。この問題を検討し

---

[29] 阿部一正＝加藤恒＝沢山博史「知的財産高等裁判所の創設を求める」知的財産訴訟検討会資料（2003年６月２日） http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/titeki/dai9/9siryou4.pdf　そのほかにも司法制度改革推進本部事務局「知的財産訴訟について意見募集の結果概要」（平成15年６月） http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/titeki/dai9/9siryou2.pdf22頁でも同旨の産業界の意見が紹介されている。

[30] 近藤昌昭＝齊藤友嘉『知的財産関係二法　労働審判法』（商事法務、2004年）15・77頁

[31] 中山信弘「知的財産高等裁判所への道のり」ジュリスト1293号（2005年）９頁、中山信弘「知財制度改革の現状と将来」NBL785号（2004年）10頁

[32] CAFC設立の経緯に関しては、Marion Bennet「CAFC－その起源－」知的財産研究所『米国プロパテント政策の検証』（1999年）199頁以下参照。

[33] フォーラム・ショッピングは一般的な問題であるが、特許分野でも、例えば、「第８控訴裁では、特許保持者が勝つことはほとんどまれであったが、…第５控訴裁は、特許に対して好意的な決定を下した。」（モシンホフ元特許庁長官へのインタビュー。

た1975年のいわゆるHruska報告[34]は、税法や特許法における判断の統一性を求める声を認識した上で、その解決策として、「専門裁判所」（“specialized courts”）ではなく、「全国控訴裁判所」（National Court of Appeals）構想を提案した。Hruska報告は、専門裁判所のアイデアを採用しなかった理由として、裁判官の視野が狭くなること（tunnel vision）、判決に不要な裁判官自らのポリシーを押しつけること、競合裁判所の不在により判決理由の説得性が低下すること、裁判官の任命に対する関心が低下すること（利益団体に取り込まれるおそれがあること）等の問題点を挙げている。最終的にHruska報告が提案した「全国控訴裁判所」構想は実現しなかったものの、同報告が指摘した専門裁判所の問題点は、その後の議論にも影響を与えたと考えられる。実際、1982年にCAFCは、Court of Claims（請求裁判所）と、Court of Customs and Patent Appeals（関税・特許控訴裁判所）を統合し、特許事件についての専属管轄を加える形で創設されたが、2つの裁判所を統合して設立されたCAFCは、それぞれの裁判所の管轄を引き継いだ上に、さらに特許事件の管轄をも有するのであるから、その管轄は多岐にわたる[35]。そのため、CAFCは、限定された特定の事件のみを扱う専門裁判所とは一線を画し[36]、Hruska報告が指摘した専門裁判所への批判を免れているともいえる。

我が国での議論に戻ると、以上のような米国での議論も参照した独立不要論を踏まえつつ、司法制度改革本部は、2004年1月、東京高等裁判所に知的財産高等裁判所を設けるとした知的財産高等裁判所の設置案をとり

知的財産研究所・前掲注〔32〕51頁。）といった指摘がなされていた。

[34] COMMISSION ON REVISION OF THE FEDERAL COURT APPELLATE SYSTEM, STRUCTURE AND INTERNAL PROCEDURES: RECOMMENDATIONS FOR CHANGE (1975)　委員長を務めたRoman L. Hruska上院議員にちなんで、この報告書は、Hruska報告と呼ばれている。

[35] 実際のところ、2013年において、CAFCが扱う事件の内訳は、特許事件48%、行政事件（公務員・退役軍人の処遇等）35%、政府に対する契約上等の金銭請求事件15%である。http://www.cafc.uscourts.gov/images/stories/Statistics/fy%2013%20filings%20by%20category.pdf

[36] Randall R. Rader, *Specialized Courts: The Legislative Response*, 40 AM. U. L. REV. 1003 (1991)

まとめた[37]。東京高裁内に知財高裁を設けることにより専門裁判所に対する前述の批判を回避したわけであり、設置法上、知財高裁は、東京高裁の特別の支部と位置付けられた（知的財産高等裁判所設置法２条）。なお、これに先だって、知的財産戦略本部は、法律に規定された裁判所として、司法行政面での独立した権限が法律上確保された知的財産高等裁判所の創設を提言していたが[38]、その提言は、独立した裁判所ではなく、司法行政面での独立した権限が法律上確保されていることを求めるに止まっていた。

一方、知的財産戦略本部は、知的財産重視の国家政策を内外に対し明確にするアナウンスメント効果や、判断の早期統一、技術専門性への対応等の観点からなるべく独立性の高い裁判所とすることを求めていた。その趣旨を踏まえ、設置法上、知財高裁は、東京高裁の「特別」の支部とされており、「特別」の支部とは、通常の支部よりも独立性が高いことを意味している[39]。その点を具体的に示しているのが、知的財産高等裁判所長の任命（同法３条）、知的財産高等裁判所独自の裁判官会議の議による司法行政事務（同法４条）及び知的財産高等裁判所事務局の設置（同法５条）といった規定である。

なお、設置法によれば、知財高裁設置の趣旨は、「我が国の経済社会における知的財産の活用の進展に伴い、知的財産の保護に関し司法の果たすべき役割がより重要となることにかんがみ、知的財産に関する事件についての裁判の一層の充実及び迅速化を図る」点にある（同法１条）。この文言は、知的財産基本法15条の文言の一部とほぼ同一である。確かに、同条は、国が司法に関して講じるべき基本的施策を定めているから、その文言を知財高裁の設置法の趣旨に掲げることは誤りではない。もっとも、それ

---

[37] 司法制度改革本部知的財産訴訟検討会「『知的財産高等裁判所（仮称）』の設置について」（2004年１月21日）。なお、独立裁判所設置案から東京高裁内設置案への変更の経緯については、末吉亙「知的財産高等裁判所について」中山信弘ほか編『竹田稔先生傘寿記念　知的財産立国の発展へ』（発明推進協会、2013年）493頁、園尾隆司「竹田先生とＴ案と知財高裁」同書1053頁参照。

[38] 知的財産戦略本部・前掲注(27)

[39] 近藤＝齊藤・前掲注(30)77頁

までの議論の経緯からすれば、知財高裁を設置する主たる目的は、知的財産重視のアナウンスメント効果にあったように思われるが、さすがに、アナウンスメント効果は立法事実としては不十分であると判断されて、無難な知的財産基本法の文言が用いられたのかもしれない。立法担当者の説明によれば、条文上明記されていない知的財産重視のアナウンスメント効果は、副次的な効果と位置付けられている[40]。

②技術判事導入の是非

技術判事をめぐっては、知的財産訴訟における技術専門性への対応等の観点からその導入が検討されたが、批判が強く、最終的にその導入は見送られた[41]。

技術判事の問題点として指摘されたのは、技術専門性が高いとはいえ、裁判の最終判断者は法曹資格を有する裁判官であるべきであり、技術判事は一層視野の狭い裁判官を出現させる、技術判事を導入しても自らの専門とは異なる技術分野には対応困難であって、むしろ技術専門性への対応は、専門委員や裁判所調査官を活用すればよい等の諸点であった[42]。また、2004年から法科大学院制度が開始され、この制度を通じて、将来的に、技術的バックグラウンドを有する法曹が養成され、裁判官に採用されることが期待されていたこと[43]も、技術判事導入の必要性を低下させたといえるだろう。

(ⅳ) 知財高裁の評価

以上の議論を経て、最終的に、2004年6月に知的財産高等裁判所設置法が公布され、2005年4月に知的財産高等裁判所が設立された。

---

[40] 近藤＝齊藤・前掲注(30)73頁

[41] 知的財産戦略本部・前掲注(27)は、「技術判事の問題については、知的財産高等裁判所の創設とは切り離し、別途検討する」としているが、これは、事実上、導入を見送ったものと考えてよいだろう。

[42] 近藤＝齊藤・前掲注(30)27、28頁、中山・前掲注(31)ジュリ9頁、篠原勝美ほか「知財高裁歴代所長座談会」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務体系』(青林書院、2014年)13頁〔篠原勝美発言、伊原友己発言〕

[43] 近藤＝齊藤・前掲注(30)28頁

前述したとおり、知財高裁設立以前に既に実質的な特許裁判所の機能は実現しつつあった。したがって、知財高裁を設立する中心的な意義は、(設置法上は明示されていないにせよ) アナウンスメント効果にあったと考えてよく[44]、そしてその点に関する限り、一定の効果はあったというのが一般的な見方であろう[45]。例えば、知財高裁は独自のホームページ[46]を6カ国語（日英独仏中韓、なお、最高裁ホームページは日英のみ）で開設しており、判決の公表のほか、各判事による論文発表、学会発表等の情報発信や、国際的な意見交換なども活発になされているようである[47]。そのような取組みを通じて、知財高裁のプレゼンスが10年余りの間に向上したことは確かであろう。

その一方で、設置法で明記された設立の趣旨は、前述のような経緯はあるものの、裁判の一層の充実と迅速化である（知的財産高等裁判所設置法1条)。このうち、迅速化は進んでいる。民事事件の平均審理期間は、知財高裁設立前の2003年の10.4月から2013年の6.7月へと、また、審決取消訴訟の場合は、2003年の12.4月から2013年の7.6月へと短縮した[48]。

これに対し、裁判の一層の充実は、その判断基準が漠然としている。一例として5人合議（大合議）について見ると、これはそもそも知財高裁設置前の民訴法改正により導入されたものであるから、厳密には知財高裁の

---

[44] 飯村・前掲注(23)11頁、篠原ほか・前掲注(42)4～5頁〔篠原勝美発言〕、なお、看板効果の意味につき、同9～10頁〔飯村敏明発言〕も参照。

[45]「知的財産高等裁判所中野哲弘所長インタビュー」特技懇261号(2011年)3頁、中野哲弘＝荒井章光「知的財産高等裁判所発足6年余を経過して」法律のひろば2011年12月号(2011年)15頁(ただし、アナウンスメント効果に限らず、知財高裁全般の評価として、「概ね良好な評価をいただくに至っている」と述べる。)。中山・前掲注(31)ジュリ5～6頁、片山英二「知財高裁に対する実務界からのコメント」ジュリ1326号(2007年)25頁、鈴木將文「『知的財産戦略』の評価と展望」法律のひろば2007年7月号(2007年)45頁、小泉直樹ほか「鼎談　知財高裁の10年とこれから」ジュリ1475号(2015年)77頁〔中山信弘発言〕・78頁〔篠原勝美発言〕

[46] http://www.ip.courts.go.jp/index.html

[47] これらの情報も知財高裁のホームページで公表されている。http://www.ip.courts.go.jp/documents/thesis/index.html

[48] http://www.ip.courts.go.jp/documents/statistics/index.html

設置によって可能になったものではないが、これまでのところ知財高裁のみで運用されているため[49]、大合議制度を知財高裁における裁判の一層の充実に向けた取組みの一つと考えることも許されないわけではないだろう。

知財高裁によれば、大合議制度は、知的財産権をめぐる紛争には、重要な法律上の争点を含み、裁判所の判断が企業の経済活動及び我が国の産業経済に重大な影響を与える事案も少なくないことから、一定の信頼性のあるルール形成及び高裁レベルでの事実上の判断統一が要請され、その要請に応えるために導入されたものである[50]。

2015年３月時点において、大合議判決は８件（そのほかに訴えが取り下げられた事件が１件ある。）あり、そのうち、上告されて最高裁の判断が示されたものは１件である。その１件のインクタンク事件も、最高裁判決（最判平19・11・8民集61巻８号2989頁）は、その理由付けが異なるものの、知財高裁大合議判決（知財高判平18・１・31判時1922号30頁）の結論を是認して上告を棄却している。そうすると、インクタンク事件の理由付けの点を除き、判決の結論という点に着目すれば、これまでのところ、早期に事実上の判断統一を図るという目的は達せられているともいえる。

ただし、大合議事件の選択をめぐっては、①選択された大合議事件が大合議に相応しいものであったか（議論の成熟度から見て時期尚早ではなかったか）、②大合議事件が少な過ぎるのではないか（大合議審理の必要性がある事件が選択されていないのではないか）、といった点が議論を呼んでいる。

①の点については、既に知財高裁設立当初から、様々な判断の比較検討の中から優れた判断が現れてくる場合もあるので、早期の判断統一は判断

[49] 制度上、５人合議は、東京地裁及び大阪地裁においても可能であるが（民事訴訟法269条の２第１項）、これまでその例はない。その理由として、篠原勝美「知財高裁大合議部について」ジュリ1316号（2006年）９頁は、一審に司法判断の統一という機能は果たし難く、むしろ多様な見解が表明されることに意義があることや、迅速な審理判断を行う必要性が大きいことを挙げる。同旨、三村量一「知財高裁大合議判決の意義と今後の展望」知財研フォーラム81号（2010年）４～５頁。

[50] 知的財産高等裁判所HP　http://www.ip.courts.go.jp/aboutus/current/index.html

の硬直化を招くおそれがあるとの懸念が表明されていた[51]。そして実際にも、初期の大合議事件を中心に、それまで判断が分かれていた問題について判断を統一したわけではない[52]、様々な論理構成が提案されている中で、大合議に付すよりも、判例や学説がなお検討すべき段階だったのではないか[53]、つい最近までの大合議事件は、先例となるべき知財高裁の裁判例がなく、時期尚早であって、試行錯誤がないままに事実上の拘束力のある判断が生まれることは、知財高裁自身による多元性確保の意義を減殺させる[54]、といった指摘がなされている。

このような時期尚早論に対しては、経済政策立法である知財法分野では早期にルールを明確化させることが将来の企業行動との関係でも望ましいとの見方[55]もあり、また、議論の成熟度との関係でも、仮に議論が成熟するまで大合議審理を待った方がよいとなれば、知財高裁大合議と最高裁との関係が問題となるとの指摘がある[56]。確かに、知財高裁設立の経緯を踏まえるならば、ビジネスとの距離が近いために予見可能性の向上に対する期待が高い知財法分野では、議論が未成熟でも、あるいは傍論的な規範の定立であっても[57]、積極的に早期のルール化を図っていくことに、最高

---

[51] 茶園成樹「知的財産関係事件を取り扱う裁判所の集中化と専門化」ジュリ1293号(2005年)60頁

[52] 塩月秀平ほか「特別座談会　知財高裁の本格的稼働と今後の知財訴訟の展望」金融・商事判例増刊1236号(2006年)210頁〔片山英二発言〕(一太郎事件大合議判決〔知財高判平17・9・30判時1904号47頁〕に対する指摘)

[53] 塩月ほか・前掲注(52)220～221頁〔高林龍発言〕(インクタンク事件大合議判決〔前掲知財高判平18・1・31〕に対する指摘)

[54] 田村善之「考察：知財高裁－中央集権的かつ多元的な専門裁判所に対する制度論的研究－」(飯村敏明判事退官記念論文集所収予定)(最初の6件の大合議判決についての指摘)

[55] 塩月ほか・前掲注(52)220～221頁〔片山英二発言〕(インクタンク事件大合議判決〔前掲知財高判平18・1・31〕に対する評価)

[56] 中野哲弘ほか「座談会　進化する知的財産訴訟に向けての検討と課題」L&T 50号(2011年)25頁〔篠原勝美発言〕。また、三村・前掲注(49)9頁は、最高裁の最も重要な機能は憲法判断にあり、知的財産事件のような専門技術的な分野に関しては、知財高裁大合議が少なからぬ役割を果たすことが期待されると述べる。

[57] 大合議判決における傍論的な規範の定立に肯定的なものとして、小泉ほか・前掲

裁とは異なる知財高裁大合議制度独自の役割を見出そうとすることは一つの考え方ではあろう。とはいえ、時期尚早論の立場からも予見可能性や最高裁との役割分担に関する反論は可能である[58]。どのようなタイミングで大合議事件として取り上げるべきかは、大合議制度の意義や趣旨の理解に関わる問題であり、設立後10年余を経て、改めてそのことが大合議事件の選択という局面で問われているといえよう。

次に②の大合議事件数の少なさをめぐっては、大合議制度のより積極的な活用が望まれるとの見方もあるものの[59]、この点は、制度的な制約が関係している可能性がある。

一つの要因は、米国とは異なり、知財高裁には少数意見制度がない点である。現行法上、少数意見制が認められているのは最高裁のみである（裁判所法11条、75条)。そのために知財高裁内で意見が分かれる場合に大合議により審理することは困難であり、そのことが大合議制活用のハードルを高くしているというわけである[60]。実際にも、進歩性の判断基準や一部請求項の訂正の可否といった問題については、知財高裁内の各部の判断が分かれていたにもかかわらず、大合議が開かれなかったことが指摘されている[61]。そこで大合議を積極的に活用するため、あるいは利用者の視点や

注(45)76頁〔篠原勝美発言〕・77頁〔中山信弘発言〕。

58 予見可能性に関して、篠原ほか・前掲注(42)72～73頁〔飯村敏明発言〕は、3人合議体の判決に相違があれば、議論が未成熟であることがわかるし、その中で、時代の要請に適合した判決が残っていくというプロセスを通じて予見可能性の確保を実現することも一つの方法と述べる。また、最高裁との関係についても、田村・前掲注(54)は、判例変更の手続が重い最高裁に対して、知財高裁大合議は迅速で柔軟な変革が可能として、両者を区別する。

59 中野ほか・前掲注(56)24頁〔三村量一発言〕・26頁〔篠原勝美発言〕、小松陽一郎「知財高裁大合議判決の成果」知管63巻9号(2013年) 1380頁

60 中野ほか・前掲注(56)27頁〔篠原勝美発言、三村量一発言〕、篠原ほか・前掲注(42)72頁〔中野哲弘発言〕・72頁〔中野哲弘発言〕・73頁〔飯村敏明発言、篠原勝美発言〕・74頁〔塚原朋一発言〕、塚原朋一「日本の知的財産高等裁判所」(2013年) 48～49頁 http://www.training-jpo.go.jp/en/uploads/text_vtr/pdf/Intellectual%20Property%20 High%20Court%20of%20Japan_2013_jp.pdf

61 田村・前掲注(54)

法理論の発展の視点からも、少数意見制度の導入が主張されている[62]。

また、制度面の制約としては、大合議事件の対象が特許権等に関する訴え（民事訴訟法310条の２、６条１項参照）に限定され、プログラムを除く著作権事件が含まれないという点も挙げられる。一例として、テレビ番組の録画転送サービス業者の責任が問われたロクラクⅡ事件を挙げると、一審判決（東京地判平20・5・28判時2029号125頁）が従来のアプローチに沿っていわゆるカラオケ法理に基づいて規範的に業者を侵害主体と認定したのに対して、知財高裁（知財高判平21・1・27民集65巻１号632頁）は、これを斥けて、業者はユーザーの適法な複製を容易ならしめる環境等を提供しているに過ぎないなどとして侵害を否定した。この知財高裁判決は、その是非はともかく、それまでの裁判例からすれば異質であったが[63]、この事件は大合議審理に付されることなく、最高裁（最判平23・1・20民集65巻１号399頁）によって当該判決は破棄された。現行法の下では、大合議事件の対象は知財高裁が専属管轄を有する事件に限られており（民事訴訟法310条の２、６条１項参照）、知財高裁の専属管轄ではない著作権事件（プログラムを除く。民事訴訟法６条の２参照）については、知財高裁のみでは事実上の判断統一ができないため、大合議事件の対象としないことには一理ある。とはいえ、実際には著作権に関する控訴事件の殆どが知財高裁において審理されており[64]、また、判断統一といっても「事実上」のものに過ぎないことも踏まえるならば、プログラム以外の著作権に関する控訴事件も大合議事件の対象とすることが検討されてもよいように思わ

---

[62] 片山・前掲注(45)24頁、鈴木・前掲注(45)46頁、小泉ほか・前掲注(45)77頁〔中山信弘発言〕

[63] 田村善之「著作権の間接侵害」同・前掲注(3)456～459頁、宮脇正晴「判批」ジュリスト臨時増刊1398号（平成21年度重要判例解説）(2010年) 308頁、佐藤豊「判批」知的財産法政策学研究26号（2010年) 75頁、田中豊「判批」別冊ジュリスト198号（著作権判例百選〔第４版〕）(2009年) 194頁など。

[64] 裁判所HP（http://www.courts.go.jp/）の知的財産判例DBにおいて、過去５年間を対象に、高裁判決であることと著作権事件であることを指定して検索すると、平成22年及び平成23年は全件が知財高裁判決（件数はそれぞれ17件、14件）であり、平成24年から平成26年は、１件の大阪高裁判決を除き、全て知財高裁判決（件数は、平成24年から順に、21件中20件、12件中11件、15件中14件）である。

れる。

このほか、大合議事件の対象に関しては、意匠権及び商標権に関する審決取消訴訟にも拡大すべきであるとの見解もある[65]。

以上のとおり、知財高裁の設立は、そのアナウンスメント効果に着目するならば一定の効果を挙げつつあるといえようが、より実質的な観点から見ると、個別の判決の当否は別にして、大合議制度の制度面及び運用面について前述の残された課題もあり、さらに議論を深める必要があろう。

イ）特許審査の迅速化

特許審査の迅速化は、変化がより可視的に現れた成果であるといえる。

我が国において、特許審査の長期化は積年の課題であった。とりわけ審査請求期間を７年から３年に短縮した1999年の特許法改正（特許法48条の３）が、2001年10月１日以降の出願から適用されたため、審査請求期間が長い出願と短い出願が併存する移行期間においては審査請求のコブが生じ、大量の未処理案件の発生が懸念された[66]。そのような状況の中で、知的財産推進計画2004は、特許審査の順番待ち期間がピークを迎える５年後の2008年にこれを20ヶ月台に留めることを中期目標に、また、10年後の2013年には、世界最高水準である11ヶ月を達成するとの長期目標を設定した[67]。そしてかかる目標を実現すべく、任期付審査官約500人の採用、先行技術調査機関の民間への開放[68]等を含む先行技術調査の外注拡大などの施策が講じられた[69]。

---

[65] 三村・前掲注(49)10頁、中野ほか・前掲注(56)27頁〔三村量一発言〕

[66] 特許庁「特許戦略計画」（2003年７月８日） http://www.jpo.go.jp/cgi/link.cgi?url=/torikumi/hiroba/patent_plan.htm

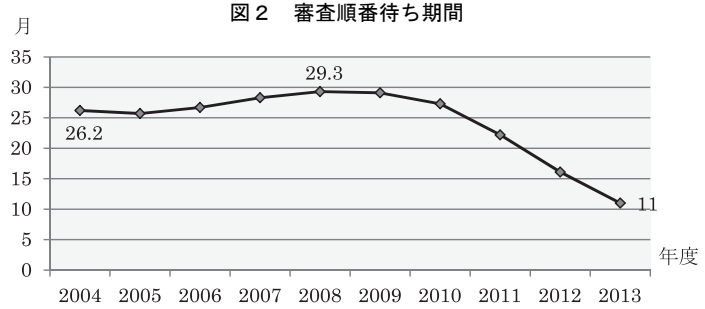
[67] 知的財産推進計画2004（2004年５月27日）第２章Ⅰ 1.（1） http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/040527f.html

[68] 2004年に工業所有権に関する手続等の特例に関する法律が改正され、先行技術調査機関についての公益法人要件が撤廃され、一定の要件を満たした民間事業者の参入も可能となった（同法37条）。

[69] より詳細な施策につき、特許庁「特許審査迅速化・効率化のための行動計画」（2006年１月17日） http://www.jpo.go.jp/cgi/link.cgi?url=/torikumi/hiroba/jinsokuka_patent.htm、特許庁「イノベーション促進のための特許審査改革加速プラン2007」（2007年１月25

これらの施策の結果、審査順番待ち期間（審査請求からファースト・アクションまでの期間）は、中期目標が設定された2008年度は29.3月と中期目標をクリアするとともに、その後も短縮を続け、2013年度は11月の長期目標も達成した[70]（図２参照）。

図２　審査順番待ち期間



出典：特許庁『特許行政年次報告書2014年版』1-1-5図

もっとも、このような迅速化が進んだ背景としては、前述の審査請求期間の短縮に伴う「請求のコブ」が2008年９月末で終了したこと[71]、出願件数が2006年以降減少傾向にあること[72]などのインプット面の影響も無視し得ない。とはいえ、審査処理件数も増加しており[73]、任期付審査官の採用など、前述のアウトプット面の施策も相応の効果を挙げていると考えられる。

とりわけ、任期付審査官は、2004年以降の５年間で約500名（98名×５年）採用され、その結果、2003年に約1,100名であった審査官は、2013年には

日）http://www.jpo.go.jp/cgi/link.cgi?url=/torikumi/hiroba/sinsa_kaosku.htm 参照。

[70] 特許庁プレスリリース「特許審査のこれまでの10年目標（FA11）を達成しました」（2014年４月１日）http://www.meti.go.jp/press/2014/04/20140401008/20140401008.html

[71] その結果、それまで30～40万件で推移していた審査請求件数は、2009年以降、25万件前後で推移している。特許庁『特許行政年次報告書2014年版』（2014年）２～３頁

[72] 2005年に42.7万件であった特許出願件数は、2006年以降減少し、2013年は32.8万件である。特許庁・前掲注(71)1-1-1図。

[73] 2004年に23.4万件であった一次審査件数は、その後増加し、2008年以降、約35万件前後で推移している。特許庁・前掲注(71)1-1-3図。

約1,700名に達している[74]。すなわち、審査官数は10年間で1.5倍以上増加したわけであり、この点は、行政のスリム化が求められる中にあって注目に値する。むろん、そのような増員が可能になったのは任期付きであるためである。そもそも任期付審査官は、2000年に導入された国の任期付職員制度を利用したものであるが、この制度の下では、各府省は、人事院の承認を得れば、その任期が５年間を超えず、さらに５年を超えない範囲でその更新が可能な任期付職員を採用することができる（一般職の任期付職員の採用及び給与の特例に関する法律４条、５条）。この制度の採用実績を見ると、2013年度までに全府省で3,319名が採用されており、その中では特許庁の915名が最も多い[75]。これは、特許庁が特別会計により運営されているため、任期付職員の採用が容易であった事情も関係していよう。とはいえ、特許庁が政府の中で最も任期付職員を採用している事実は、それだけ特許審査迅速化の必要性が高かったことの証左ともいえる。そしてそのような必要性の高さは知的財産推進計画において取り上げられることによって裏付けられていると考えられるから、知的財産戦略本部が任期付職員の大量採用にお墨付きを与え、これを後押ししたといっても過言ではないであろう。

ウ）大学発明の特許化を通じた技術移転の枠組み

大学等の知的財産管理体制についても、政策的な支援を受けてその整備が進められた。

そのモデルは、1980年にバイ・ドール（Bayh-Dole）法を制定し、大学で生じた発明の特許化とその民間企業へのライセンスを通じた大学から民間への技術移転にいち早く取り組んだ米国である[76]。我が国でも、これに倣い、大学の研究成果を知的財産として社会で活用すべく、大学等にお

---

[74] 特許庁プレスリリース「FA11の達成に向けた取組」（2014年４月１日）http://www.meti.go.jp/press/2014/04/20140401008/20140401008-2.pdf

[75] 人事院『平成25年度年次報告書』（2014年）表1-7。なお、特許庁の採用実績が915名と500名を上回るのは、更新分が計上されているためと思われる。

[76] 中山一郎「日米バイドール制度と大学発明の特許化・ライセンス」椙山敬士ほか編『ライセンス契約』（日本評論社、2007年）125頁参照。

いて知的財産を管理する組織として、知的財産本部やTLO（Technology Licensing Office、技術移転機関）が設けられ、国は財政的にこれを支援した[77]。

あわせて大学教員が創作した発明に関する権利の帰属も見直された。従来は、国の特許管理能力の欠如等を理由に、国立大学では権利を教員に帰属させたままとしていたが、大学が特許を活用した技術移転を主体的、組織的に進める上では、教員個人ではなく、大学に権利を帰属させた方が望ましいとの認識から、2004年に国立大学が法人化されて独自の法的地位を獲得したことや、大学側の組織体制の整備を契機として、特許を受ける権利は教員から大学に承継されることとなった[78]。また、その前提として、大学教員が創作した発明の職務発明該当性についても、従来の否定的な立場からこれを肯定する立場へと国の見解が見直されている[79]。ただし、学説上は、異論もあり[80]、実務上はともかく理論的には積み残された課題であるように思われる。

ともあれ、組織体制面の整備を受けて、大学の特許出願件数は急増し、現在は増加傾向が一段落したように見受けられる（図３参照）。また、ライセンス件数も増加基調で推移している（ライセンス収入も同様ではあるが、年度毎の変動が大きい。図４参照）[81]。

---

[77] 大学等における知的財産本部の整備に関しては、43の機関に対して2003年度から5年間の財政的支援が行われた。http://www.mext.go.jp/a_menu/shinkou/sangaku/08081104.htm　また、TLOに関しては、国の承認・認定を受けたTLOに対して特許料の減免等の措置が講じられており、41の機関が承認・認定を受けている。http://www.meti.go.jp/policy/innovation_corp/tlo.html

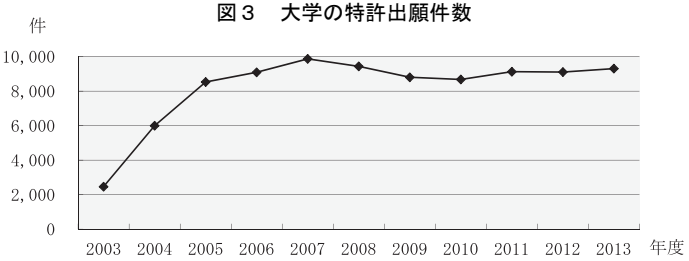
[78] 科学技術・学術審議会　技術・研究基盤部会　産学官連携推進委員会　知的財産ワーキング・グループ報告書（平成14年11月1日）

[79] 科学技術・学術審議会・前掲注(78)注14及び対応する本文参照。

[80] 高林龍『標準特許法第5版』（有斐閣、2014年）82頁、中山信弘『特許法第２版』（弘文堂、2012年）62頁。これに対し、職務発明該当性を肯定する解釈を模索するものとして、中山一郎・前掲(76)154～155頁参照。

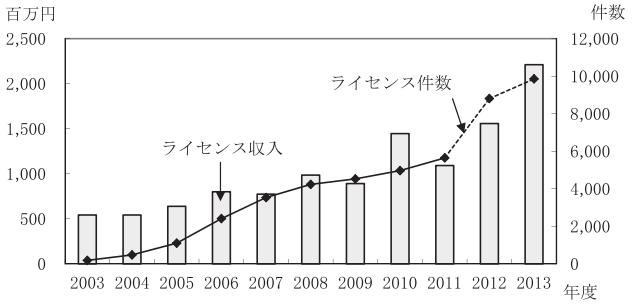
[81] ただし、ライセンス件数については2012年度から集計方法を再整理したとされるため、前年度までの数字と単純に比較することはできない。文部科学省「平成25年度　大学等における産学連携等実施状況について」（平成26年11月28日）14頁

図３　大学の特許出願件数



出所：文部科学省「産学官連携の実績」の各年のデータに基づき作成

図４　大学のライセンス件数・ライセンス収入



出所：文部科学省「産学官連携の実績」の各年のデータに基づき作成

以上のとおり、この10年間で大学発明の特許化・ライセンスは量的には増加しており、その限りでは、大学の知財管理体制の整備に対する政策的支援はその成果を挙げたように見える。しかしながら、大学やTLOが保有する特許件数をベースにした利用率で見ると、2012年時点における全企業平均の利用率が約51.6％であるのに対して、大学・TLOの利用率は約18.0％と、全産業平均の半分以下である[82]。そもそも大学が特許を取得する意義は、ライセンス等を通じて技術移転を促進することにあると考えられるのであるから、大学等における利用率の低さは、特許出願自体が自己目的化している、あるいは、出願段階の見極めが不十分である可能性を示

[82] 特許庁「平成25年知的財産活動調査結果の概要」7頁 http://www.jpo.go.jp/shiryou/toukei/pdf/h25_tizai_katsudou/kekka.pdf

唆している[83]。

大学特許の利用率の低さについては、政府も認識しており[84]、大学特許の活用方策についての提言もなされている[85]。その具体的な内容としては、大学等の特許を公的機関に集約、あるいは複数の大学が連携して集約した上で、その活用を図ること、活用の見込みのない知的財産権を放棄するに際し、短絡的な判断やトロールのような者への譲渡を避けること、知的財産に関わるリスクを適切に管理すること等が挙げられている。

このうち、提言の最後にある大学によるリスク管理の一例としては、「我が国の国際競争力の維持に支障を及ぼすこととなる技術流出の防止に努める必要がある」[86]ことが挙げられている。同様の趣旨は、「研究開発システムの改革の推進等による研究開発能力の強化及び研究開発等の効率的推進に関する法律」（以下、「研究開発力強化法」という。）にも見られ、同法41条２項は、「…大学等…は、その研究開発の成果について、我が国の国際競争力の維持に支障を及ぼすこととなる国外流出の防止に努めるものとする」と定めている。しかしながら、本来的に大学等における研究は自由でオープンであるところ、公序良俗に反し、倫理的に問題であるような場合であればともかく、国際競争力への支障という曖昧な概念でもって大学等の研究成果の利用を制限することの妥当性については議論の余地があろう[87]。この点をめぐる問題について

---

[83] 中山一郎・前掲注(76)、同「大学特許の意義の再検討と研究コモンズ」知的財産研究所編『特許の経営・経済分析』（雄松堂、2007年）301頁

[84] 知的財産戦略本部「知的財産推進計画2014」（平成26年７月４日）「５．産学官連携機能の強化(1)現状と課題」 http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizaikeikaku20140704.pdf

[85] 科学技術・学術審議会　産業連携・地域支援部会　大学等知財検討作業部会「イノベーション創出に向けた大学等の知的財産の活用方策」（平成26年３月５日）http://www.mext.go.jp/component/b_menu/shingi/toushin/__icsFiles/afieldfile/2014/04/01/1346117_1.pdf

[86] 科学技術・学術審議会・前掲注(85)９頁

[87] 関連する問題として、日本版バイ・ドール制度における事前承認制の問題がある。日本版バイ・ドール制度は、米国のバイ・ドール制度を参考に、国等の委託研究開発成果の知的財産権を受託者に帰属させることを認める制度であり（産業競争力強化法19条、なお、日米バイ・ドール制度の比較検討につき、中山一郎・前掲注(76)

は、後に改めて検討する（５.(3)参照)。

(2) エンフォースメントの強化

模倣品・海賊版対策を始めとして、エンフォースメントも以下のとおり強化された。

ア）水際対策の強化

2003年以降、水際対策は累次の法改正により大幅に強化されてきた。

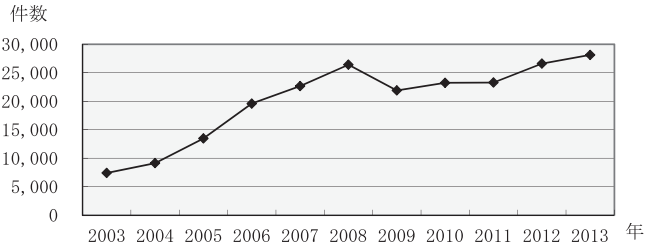
時系列的に法改正の内容を挙げれば、2003年４月、特許権、実用新案権及び意匠権を侵害する物品の輸入差止申立制度（関税法69条の13）及び特許庁への意見照会制度（同法69条の17）が導入され、育成者権侵害物品が輸入禁制品に追加された（同法69条の11 第１項９号)。そして2004年４月には権利者及び輸入者双方に対して相手方の名称等を通報する制度（同法69条の12第２項・３項）が導入された。2005年４月からは外観等では判断が困難な貨物の見本検査制度（同法69条の16）とともに、農林水産省への意見照会制度が導入された（同法69条の18)。2006年３月には不正競争防止法２条１項１～３号の行為により輸入される貨物が輸入禁制品として輸入差止申立の対象に追加されるとともに、経済産業省への意見照会制度（関税法69条の11第10号・69条の13・69条の18）が導入され、同年４月には疑義貨物の輸入差止申立及び侵害認定手続における専門委員への意見照会制度（同法69条の14・69条の19）も設けられた。さらに2006年６月か

参照)、この場合の受託者は大学に限らず民間企業を含むが、対象となる国の資金が委託・請負に限られ、補助金を含まないことからすれば、実際にはむしろ民間企業が主に適用対象となると思われる。この制度の下では受託者が知的財産権を移転等する際には、国の事前承認を受ける必要があるが(同法19条1項4号)、研究開発力強化法41条を受けて、経済産業省の委託契約の場合には、移転等が我が国の国際競争力の維持に支障を及ぼすこととなる研究開発の成果の国外流出に該当しないかが、承認の可否の判断における考慮事項の一つとされている。経済産業省産業技術政策課成果普及・連携推進室「経済産業省における日本版バイ・ドール制度の事前承認制の適用について」知財ぷりずむ9巻97号(2010年)75頁。この場合についても、大学特許の場合と同様に、後述する問題(5.(3)参照)がある。

ら2007年４月にかけて知的財産権を侵害して輸出される貨物が（同法69条の２～69条の10）、そして2011年には、不正競争防止法２条１項10号及び11号の技術的制限手段・プログラムが（関税法69条の２第１項４号、69条の11第１項10号）、水際取締りの対象に追加された。

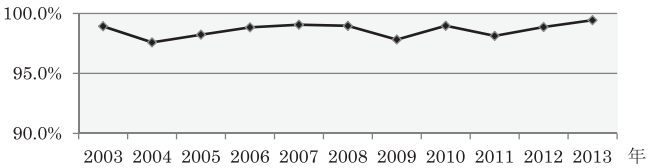
このような水際対策の強化を受けて、税関での輸入差止件数は増加基調で推移している（図５参照）[88]。もっとも、差し止められる貨物の殆どは商標権侵害品であり、その点は、10年間を通じて変わりはない（図６参照）。

図５　税関における輸入差止件数



出所：財務省関税局「知的財産侵害物品の取締り」の各年のデータに基づき作成

図６　輸入差止件数に占める商標権侵害品割合



出所：財務省関税局「知的財産侵害物品の取締り」の各年のデータに基づき作成

このように実際の輸入差止めが商標権侵害品に集中しているにもかかわらず、前述した2003年以降の一連の法改正は、商標権侵害品以外の知的財産権侵害品の輸入を差し止めることを意図したものであったと考えられる。むろん、これは、将来の潜在的なリスクを見据えて、後顧の憂いが

[88] 2009年に輸入差止件数は減少しているが、そもそも同年の日本への輸入総額が対前年比35％減少している（財務省貿易統計年別輸出入総額 http://www.customs.go.jp/toukei/suii/html/nenbet.htm）。リーマンショックの影響と思われる。

ないように予め制度を整備したものといえなくもないが、見方を変えれば、現状はオーバースペックであると考えることもできる。いずれの見方をするにせよ、水際取締りが現実的なニーズ以上にエンフォースメント強化が先行した分野であることは否めないであろう。

2007年から導入された輸出差止制度も同様に殆ど利用されていない[89]。もっとも、この点は驚くに値しない。輸出を「実施」等の定義に加えた（特許法２条３項等参照）2006年の法改正の立案過程においても、特許権侵害品の輸出による実害は生じていないとの指摘がなされていたからである[90]。むしろ、次に述べるとおり、同時期に我が国が模倣品・海賊版拡散防止条約構想を提唱していたことに照らすならば、この構想の実現に向けて主導的な役割を果たすために、侵害品の輸出を「実施」等の定義に加えるとともに、水際で差し止められるようにする制度を先んじて整備したと考えるのが自然であろう。

イ）ACTA

2011年４月に採択された「偽造品の取引の防止に関する協定」（Anti-Counterfeiting Trade Agreement, ACTA）[91]は、そもそも2005年のＧ８グレンイーグルズ・サミットにおいて、我が国が「模倣品・海賊版拡散防止条約」構想を提唱したことに端を発する[92]。

---

[89] 財務省関税局「知的財産侵害物品の取締り」 http://www.customs.go.jp/mizugiwa/chiteki/pages/g_001.htm で公表されている各年の差止実績によれば、輸出差止件数は、最も多かった2010年でも10件、それ以外は、毎年５件以下であり、その大半が商標権侵害品である。

[90] 産業構造審議会知的財産政策部会「特許制度の在り方について」（平成18年２月）25頁

[91] 条文、交渉経緯、署名状況等につき、外務省「偽造品の取引の防止に関する協定」（ACTA）参照。http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/ipr/acta.html　また、各条文の解説として、山本信平＝近藤直生「模倣品・海賊版拡散防止条約（ACTA）」特許研究51号（2011年）39頁、近藤直生＝吉田敦子「模倣品・海賊版拡散防止条約（ACTA）について～デジタル環境に関する規定を中心に～」コピライト2011年５月号（2011年）29頁。

[92] 外務省「グレンイーグルズ・サミット：概要」（平成17年７月10日）http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/summit/gleneagles05/gaiyo.html

知的財産推進計画2005によれば、当該構想は、当初、「模倣品・海賊版問題は…世界各国に拡散しており、また犯罪組織やテログループの資金源となったり、消費者の健康や安全を脅かす問題である」[93]との問題意識に基づいていた。むろん、サミットで各国の支持を取り付けるために、治安や安全といった側面が強調された可能性はあろうが、そこには、デジタル環境における著作権侵害の抑止といった発想は見受けられない。

また、当時、我が国が当該構想において検討するとされた項目を列挙してみると、模倣品・海賊版の輸出・通過の禁止と水際措置、個人輸入の禁止と水際措置、形態模倣行為の禁止と水際措置、水際でのマーク外し、犯罪収益の没収及び犯罪人の引渡、協力・運用・紛争解決となっている[94]。冒頭の模倣品等の輸出の禁止が2006年の我が国の法改正と関連しているであろうことは前述したが、その他の交渉項目を見ても、力点は、有体物の国境を越えた移転を主に水際規制により抑止する点に置かれており、やはりデジタル環境での著作権侵害とは無縁である。

他方、2005年のG8グレンイーグルズ・サミットでとりまとめられた文書[95]を見ると、「条約」という用語は用いられず、条約締結に向けた各国の慎重な姿勢がうかがえる一方で、「模倣品のインターネット上の流通及び販売の摘発及び防止を強化し、インターネット上の窃盗と闘う」との記述が盛り込まれている。有体物を主眼とする我が国の当初構想は、国際的な議論を開始した早々の段階で、早くも変質を迫られる萌芽を有していたといえよう。

その後、関係国間の交渉が進められ、ACTA構想は、条約に結実した。

ACTAは、知的財産権の実体的な保護水準について立ち入るものではなく（ACTA 3条1項）、その目的は、知的財産権の「効果的な執行」（ACTA前文）にある。このエンフォースメントの法的枠組みを定める第2章は、民事措置、国境措置、刑事措置及びデジタル環境におけるエンフォースメ

---

93 知的財産戦略本部「知的財産推進計画2005」（2005年6月10日）第2章Ⅱ1.(5) http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/050610.html

94 知的財産戦略本部・前掲注(93)第2章Ⅱ1.(5)

95「より効果的な執行を通じた知的財産権海賊行為及び模倣行為の削減」http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/summit/gleneagles05/s_07.html

ントのそれぞれの局面において締約国の義務を定めている。

ACTAの特徴の一つは、商標権と著作権を重視している点にある。特許及び非開示情報（営業秘密）については、民事上の措置に関する規定の適用を除外してもよく（ACTA第2節注）、国境措置に関する規定の適用は全面的に除外されている（ACTA13条注）。また、刑事罰についても、その対象は、故意により商業的規模（少なくとも直接又は間接に経済的、商業的利益を目指す商業的活動を含む。）で行われる商標権侵害や著作権及び関連する権利の侵害に限定されている（ACTA23条1項）。

とりわけACTAがデジタル環境のエンフォースメントに特化した第2章第5節を設けていることは、著作権重視の端的な現れである。同節が対象とするデジタル環境は敢えて定義されず、インターネットの利用の有無を問わず、デジタル技術を介在させた侵害行為を広く捕捉する趣旨であるとされ[96]、そこでの締約国の義務の中核は「効果的な技術的手段」（アクセス・コントロールやコピー・コントロールを含む。正確な定義はACTA27条5項注を参照）の回避に対する法的保護及び効果的な救済を提供することにある（ACTA27条5項）。

このような著作権重視姿勢や技術的保護手段回避規制といった点は、前述した当初の我が国の構想には入っていなかったものであるが、国際的にはその点こそが議論を呼び、結果的にかえってACTAへの注目を高める結果となった[97]。むろん、ACTA前文を見れば、我が国が当初構想で指摘した組織犯罪の収入源への懸念はなお失われていない。しかしながら同時にACTA前文は著作権侵害への対処を（バランスを意識しつつも）特掲しており、条約の著作権重視の姿勢が表れていることは前述のとおりである。そうして見ると、一連の流れは、有体物の水際規制を中心とした当初構想

---

[96] 近藤＝吉田・前掲注(91)30頁

[97] デジタル環境における著作権のエンフォースメント強化が「ネットの自由」などを標榜するネット・ユーザーなどの反発を招いたこと等を背景に、欧州議会は、2012年7月、478対39の圧倒的多数でACTAの締結を否決した。欧州議会での手続全体につき、http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2011/0167(NLE)&l=en、投票結果につき、http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/sda.do?id=21786&l=en

が、国際的な交渉の中で、デジタル環境での著作権侵害対策の重視へと変質していった過程と捉えることもできよう。さらに別の観点から見るならば、我が国がG8サミットにおいて条約構想を提唱するところまでは、主として国内プロセスの問題であるから、前述したような我が国の新たな政策形成プロセスにおけるハイレベルの政治的関与はプラスに働いたのかもしれない。しかし、国内の政策形成プロセスにおけるハイレベルの政治的関与は国際交渉に直接の影響を及ぼすものではなかった。知的財産政策の政治的な優先順位が上がったとはいえ、首脳外交で扱うほどの政治的重要性は持ち得なかったことをACTAの変質は物語っているように思われる。

ウ）刑事罰の強化

知的財産権侵害に対する刑事罰は、2006年以降、以下のとおり、強化拡充された[98]。

（ｉ）量刑引上げ

2006年の法改正により、特許権、意匠権、商標権、著作権及び営業秘密の侵害罪の懲役刑が10年（実用新案権侵害罪は５年）に引き上げられた。しかし、立案過程でこの点を検討した産業構造審議会の報告書では、懲役刑の上限が10年である窃盗罪（刑法235条）と特許権侵害罪を比較し、特許権侵害は窃盗のように直接的に他人の占有を奪取するものではないこと等を挙げて、量刑引上げについては慎重に検討することが適当とされていた[99]。それにもかかわらず、量刑引上げを含む法案が国会提出され、可決成立したのである[100]。

---

[98] 前述したとおり（３.参照）、特許制度及び著作権制度を主たる検討対象とする本稿では、営業秘密の刑事的保護を強化する改正は取り上げないが、その経緯の概要については、さしあたり経済産業省知的財産政策室『逐条解説不正競争防止法平成23・24年改正版』（有斐閣、2012年）15～22頁参照。

[99] 産業構造審議会知的財産政策部会「特許制度の在り方について」（平成18年２月）32～33頁 http://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/toushintou/pdf/i_p_t_arikata/tokkyo.pdf

[100] 特許庁「意匠法等の一部を改正する法律について（平成18年６月７日法律第55

量刑を引き上げる理由として、特許庁は、権利取得までの多大な投資、権利の公開による第三者の模倣容易性、侵害による被害額の高額化を踏まえ、「侵害行為に対する抑止効果や他の財産犯にかかる法定刑との均衡などを総合的に勘案し」[101]たと説明するが、方針転換についての説明は見当たらない。確かに、審議会での検討結果は政府が国会に提出する法案の内容やその後の国会審議を拘束するものではない。とはいえ、従来、政府は審議会を通じて関係者や有識者の意見の集約を図り、とりまとめられた審議会報告に沿って法案を作成し、国会に提出するのが通例であったことからすれば、量刑引上げに至る改正プロセスは異例である。のみならず、前述のとおり産構審が窃盗犯との比較について検討していたにもかかわらず、「他の財産犯にかかる法定刑との均衡」から量刑を引き上げるという特許庁の説明は、産構審の方向性とは正反対であり、不可解でもある。せめて方針転換の理由については詳細に説明すべきであったように思われる。もっとも、このように唐突にも見える法改正プロセスは、後述するとおり、量刑引上げが実体的な保護水準とは無関係のエンフォースメントの強化に過ぎないとの考えを反映しているのかもしれない。

（ⅱ）違法ダウンロード刑事罰化

刑事罰の範囲を拡充する改正として、注目を集めたのが2012年改正による著作物の違法ダウンロード刑事罰化である。

従来、著作物の違法なアップロードについては、公衆送信権（著作権法23条）の侵害に該当し、刑事罰も科せられる（119条）一方で、違法にアップロードされた著作物をダウンロードする複製行為は、私的使用目的である限り許容されていた。ところが、まず、2009年の法改正により、違法にアップロードされた著作物であることを「知りながら」ダウンロードして録音録画する行為は、私的使用目的であっても複製権を侵害することとされた（30条１項３号）。この改正理由は、違法配信からの私的録音録画が通常の著作物の流通市場に匹敵する又は上回る規模に達していると考

号）」http://www.jpo.go.jp/torikumi/kaisei/kaisei2/ishou_houkaisei.htm

101 特許庁総務部総務課制度改正審議室「平成18年　意匠法等の一部改正　産業財産権法の解説」（発明協会、2007年）130頁

えられる一方[102]、送信可能化権等によるアップロード行為への対処だけでは限界があるためと説明されている。しかし改正内容は大きな議論を呼び、検討途中での意見募集に対しては数千件ものパブリックコメントが寄せられたが[103]、最終的に文化審議会は、「違法配信からの録音録画について、利用者保護に配慮した上で著作権法改正を行うことに賛成する意見が大勢であったことから、文化庁は所要の措置を講じる必要がある」[104]と総括している。一般にパブリックコメント件数は比較的簡単に増加させることが可能であるから、数千件という件数を割り引く必要はあるかもしれないが、それにしても改正賛成意見が「大勢であった」といえるのか、疑問の余地なしとしない。

そしてさらに、2012年の改正では、違法にアップロードされた有償著作物であることを「知りながら」ダウンロードして録音録画する場合の刑事罰（２年以下の懲役若しくは200万円以下の罰金、又は両方の刑を併科）が導入された（同法119条３項）。刑事罰の対象となる著作物は、有償で公衆に提供・提示されている著作物、典型的には、CDやDVDで販売されていたり、有料でインターネット配信されていたりする著作物であって、ダウンロードが民事上違法とされる著作物よりも限定されている。とはいえ、民事責任のみならず刑事責任まで問う2012年の改正は、ネット・ユーザーなどの反発を招き、政府機関などがサイバー攻撃を受けた[105]。

サイバー攻撃が正当化される余地はないにせよ、違法ダウンロード刑事

---

[102] 文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会報告書（平成21年）」（平成21年１月）165～166頁 http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/shingi_hokokusho_2101.pdf、文化審議会著作権分科会私的録音録画小委員会「文化審議会著作権分科会録音録画小委員会中間整理」（平成19年10月）65～66・75頁 http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/rokuon_chuukan_1910.pdf

[103] 2007年10～11月にパブリックコメントが募集されたところ、8,720件の意見が寄せられ、その７割が違法複製物及び違法配信からの録音録画の扱いに関するものであったという（第24回著作権分科会〔2008年１月30日〕資料２ http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/010/08020101/002.htm）。

[104] 文化審議会著作権分科会・前掲注(102)159頁

[105] 警察庁「焦点第282号－平成24年回顧と展望－」（平成25年３月）35頁 http://www.npa.go.jp/archive/keibi/syouten/syouten282/index.html

罰化に対しては、2009年改正からそれほどの時間が経過しておらず立法事実に大きな変化があると思われない[106]、刑事罰化は一般市民（特に青少年）の日常生活（私的領域）に関わってくるので慎重に考えるべき[107]、警察の捜査権濫用の懸念がある[108]、コンテンツ産業の問題はそのビジネスモデルにあり、違法ダウンロード刑事罰化がコンテンツ産業の発展をもたらすのか疑問がある[109]、などの様々な問題点が指摘されている。

また、その立法過程も、前述の量刑引上げとは異なる意味において異例である。違法ダウンロード刑事罰化は、政府が国会に提出した当初の法案には含まれておらず、国会審議の過程における修正法案の提出により立法化されたからである。むろん立法府である国会が法案を修正できることは当然である。しかし、内容から見て国民的な議論を必要とするにもかかわらず、国会審議において実質的な議論が十分に行われないまま、修正法案が可決成立したことは拙速であったとの批判が強い[110]。

もっとも、2012年３月に政府が法案を国会提出する以前の2011年12月に当時野党であった自由民主党と公明党は、違法ダウンロードの刑事罰化について、先に成立していた「映画の盗撮の防止に関する法律」（以下、「映画盗撮防止法」という。）を参考に、特別立法する方向で党議決定しており、これをベースに政府提出法案の修正案が共同提出されたとのことである[111]。自民党と公明党からすれば、党としての議論は経ていることはもち

---

106 中山信弘ほか「座談会　改正著作権法と著作権法の課題」L&T57号（2012年）22頁〔松田政行発言〕、日本弁護士連合会「違法ダウンロードに対する刑事罰の導入に関する意見書」（2011年12月15日）６頁 http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2011/111215_5.html

107 中山ほか・前掲注（106）４頁〔横山久芳発言〕、日本弁護士連合会・前掲注（106）５頁

108 中山ほか・前掲注（106）19頁〔岩倉正和発言〕・20頁〔松田政行発言〕

109 中山ほか・前掲注（106）20～21頁〔中山信弘発言〕

110 中山ほか・前掲注（106）１頁〔中山信弘発言〕・３頁〔中山信弘発言〕・４頁〔岩倉正和発言、横山久芳発言〕、日本弁護士会連合会「『違法ダウンロード刑罰化』に関する著作権法改正についての会長声明」（2012年６月21日） http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/statement/year/2012/120621.html

111 永山裕二「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピライト619号（2012年）

ろん、手続面でも内容面でも類似する先例として、映画盗撮防止法が存在する、ということかもしれない。

2007年に成立した映画盗撮防止法は、映画館での盗撮により作成された海賊版により日本の映画産業の損失が200億円以上（2005年当時）に上ると懸念されたことから、民間企業の要望を受けて、議員立法により制定されたものである[112]。同法のポイントは、映画の盗撮（正確な定義につき映画盗撮防止法２条３項）については著作権法30条１項を適用せず（映画盗撮防止法４条１項）、著作権侵害として刑事罰の対象とする（同項により読み替えられる著作権法119条１項）点にある（ただし、最初の有料上映後８月を経過しない場合に限定される〔映画盗撮防止法４条２項〕）。このように、2007年の映画盗撮防止法は、議員立法（修正）により著作権法30条の適用範囲を制限し、刑事罰の対象範囲を拡大するという点において、2009年の違法ダウンロード刑事罰化と類似しており、前者に後者の萌芽を見ることができる。

（ⅲ）小括

前述したとおり、近時の政策形成プロセスの特徴の一つは行政府内におけるハイレベルの政治的関与であるが、それとともに（争点化しにくいものの）知的財産政策に対する政治的関心が高まりつつあるとすれば、行政府に限られず、知的財産法の立法過程への立法府の関与が増えることは自然な流れといえなくもない。ただし、その一方で、以上の刑事罰強化の事例は、幾つかの課題を浮き彫りにしているように思われる。

一つは、議員立法（修正）は政府提出法案に比べて議論が見えにくい点である。これは、法案の国会審議のことを指すのではない。政府提出法案であれ、議員立法（修正）であれ、国会が公開で法案を審議する点は同様である[113]。相違は、政府提出法案であれば、通例、法律制定の必要性、背

7頁

[112] 櫻庭倫「『映画の盗撮の防止に関する法律』について」コピライト556号（2007年）24頁、同「『映画の盗撮の防止に関する法律』の概要」L&T37号（2007年）51頁

[113] ただし、違法ダウンロード刑事罰化に際して、衆議院では、政府提出法案の審議終了後の修正提案であったため、審議は殆ど行われていない（池村聡「違法ダウ

景等について説明する審議会報告書や改正後の条文についての解説の類が存在するのに対して（ただし、量刑引上げのような例外もある。)、議員立法（修正）の場合はそれらの情報が必ずしも十分に開示されない、という点にある。

次に、権利者側のロビイングの影響力の大きさである。映画盗撮防止法は一民間企業による自民党へのロビイングに端を発しているし[114]、違法ダウンロード刑事罰化についても音楽業界によるロビイングを受けていたとされる[115]。政府がそのようなロビイングの影響力を過小評価したか否かはともかく[116]、2つの事例は、政策形成過程には、組織化された少数の者の利益の方が、広く拡散し、組織化されていない多数の者の利益よりも反映されやすいといういわゆる少数派バイアス[117]の問題を想起させる[118]。

ンロードの刑事罰化」ジュリ1457号〔2013年〕80頁注21)、参議院でも参考人質疑のほかは実質的審議が行われていない(京俊介「著作権法の立法過程分析」著作権研究39号〔2014年〕79～80頁)と評されている。

[114] 櫻庭・前掲注(112)コピライト24頁、L&T51頁によれば、2006年9月の自由民主党知的財産戦略調査会において角川グループホールディングズ角川歴彦会長（当時）が議員立法による法制化を要望したのが契機とされる。

[115] 京・前掲注(113)79頁は、小泉直樹ほか「鼎談　平成24年著作権法改正と今後の展望」ジュリ1449号(2013年)20頁〔高杉健二発言〕や当時の各種報道から、そのように分析する。

[116] 京・前掲注(113)81頁は、官庁(文化庁)が利益集団(音楽業界)の政治力に関する情報を十分に知らないために、当該利益集団の政治力を過小評価した法案を提示するが、利益集団の政治家に対するロビイングを受けて政治家が法案を修正するという情報不十分仮説を、議員修正による違法ダウンロード刑事罰化についての2つの考えられる説明の一つとして提示する。もう一つの説明については、注119及び対応する本文参照。

[117] 例えば田村善之「日本の著作権法のリフォーム論」知的財産法政策学研究44号(2014年)30～36頁参照。同論文によれば、少数派バイアスが生じる大きな要因の一つは、マンサー・オルソン(依田博＝森脇俊雅訳)『集合行為論』(ミネルヴァ書房、1996年)が分析するように、多数者が属する大規模集団に共通する利益が存在する場合、その集団に属する個人にとっては、同じ集団に属する他人の政治的活動にフリーライドすることが費用対便益の観点から合理的であるためである。他方、少数派の場合は、そのようなフリーライドの誘因が少ない上に、人工的かつ自由に制度

第三に、刑事罰強化に対する政治的関心の高さである。前述した量刑引上げは議員立法（修正）ではないが、審議会報告と異なる法案を可決したという点において国会はそうした方針転換を是認したといえるから、少なくとも刑事罰に謙抑的な立場でないことは明確である。この点に関する一つの説明として考えられるのは、刑事罰の「わかりやすさ」である。知的財産法は専門性の高い政策分野であるから、その改正に当たっても高い専門性が要求され、議員立法（修正）のハードルは一般に高いと考えられる。しかしながら、刑事罰は、民事的に侵害とされる行為について（場合によってはさらに範囲を限定して）エンフォースメントを強化するものであるから、より専門性が高く、かつ、利害調整も複雑な侵害の範囲の決定という問題を含まない。刑事罰は「立法技術としては非常に単純である」ため、「政治家の法案修正コストが大幅に低下した」と指摘される所以である[119]。もっとも、刑事罰の「わかりやすさ」は、単なる法案修正コストの問題だけではないように思われる。国会議員にとってみれば、民事的に違法とされる行為は既にその点について国民の支持があるのだから、そのような行為を（さらに限定して）刑事罰の対象としても大きな反対を受けることはないだろうと考えたとしても無理からぬところがある。そのように国民から大きな反対を受けないだろうと予測できる点も、刑事罰の「わかりやすさ」ではないかと思われる。その意味で、違法ダウンロード刑事罰化に対する反発は想定外であったのかもしれない。

設計できる知的財産権の場合はロビイング等により得られる利益が大きいと指摘する。

[118] そのほかにも、京・前掲注(18)185～201頁によれば、2004年の音楽レコードの環流防止措置導入の立法過程においても、レコード協会の政治家への根回しが先行している。この法改正は、刑事罰でもなく、議員立法（修正）でもない。しかしながら、環流防止措置は実際には水際規制として実施される点に主眼があると考えられるから、広義のエンフォースメント強化ともいえる。そして、特定業界の政治家への働きかけを契機にエンフォースメントを強化する法改正がなされたとみれば、映画盗撮防止法や違法ダウンロード刑事罰化と共通する構図を見ることができるように思われる。

[119] 京・前掲注(113)82頁

(3) 特許ライセンシーの保護

特許権が譲渡等された場合において、通常実施権者が特許発明の実施をより確実に継続できるようにすることを望む要請にどのように応えるかは、我が国が「知的財産立国」を掲げた当初からの懸案事項の一つであった。例えば、2003年に初めて策定された知的財産推進計画でも「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、…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」[120]うことが記載されている。

従前の通常実施権の登録制度の下でも登録すれば特許権の譲受人に通常実施権を対抗することは可能であったが、登録制度は殆ど利用されてこなかった[121]。その理由は、一つの製品に許諾されている多数の通常実施権についての登録の手間・コストの負担や、登録すると通常実施権の存在や内容が開示される点にある[122]。そこで、前者の登録の手間・コストの問題については、対象特許権を特許番号で特定しない包括ライセンス契約の対象特許権等を包括的に登録する特定通常実施権登録制度が2007年改正により導入されるとともに(2011年改正前の産業活力の再生及び産業活動の革新に関する特別措置法58条以下)、後者の通常実施権の登録に伴う開示の問題については、2008年改正により開示内容に一定の制限が設けられた(2011年改正前の特許法186条3項)。

以上の改正は登録制度を前提としたものであった。しかしながら、改正はここで止まらず、遂に2011年の法改正により、登録なしに通常実施権の対抗を認める当然対抗制度(特許法99条)が導入された。その際、前述の特定通常実施権登録制度を含め、通常実施権の登録制度は廃止されたため、2007年及び2008年の改正内容は無に帰すこととなった。

累次の法改正の効果を評価検証する十分な時間を設けることなく、制度

---

120 知的財産戦略本部・前掲注(24)第3章3.(1)

121 知的財産研究所「ライセンス・特許を受ける権利に係る制度の在り方に関する調査研究報告書」(2010年3月)14～15頁によれば、通常実施権の登録率が0%又は1%未満とする企業等がアンケート調査対象の約87%に達していた。

122 知的財産研究所・前掲注(121)10～12頁

の根幹を見直したことは、登録制度を前提とした漸進的な見直しでは、産業界の要請に十分に応えられず、通常実施権保護のニーズがそれだけ高いと判断されたものと考えられる。実際、2011年７月時点における特定通常実施権登録件数は19件にとどまっていたし[123]、通常実施権の登録件数は、改正法施行前の2008年が560件であったのに対して、施行後の2009年が269件、2010年が499件であり、むしろ減少傾向にあったから[124]、2007年や2008年の改正の効果は不十分であったともいえる。もっとも、法改正の効果を評価するには短期間過ぎるであろうし、前回の法改正から時をおかずに当然対抗制度について検討が開始されたために、通常実施権者としては、さらなる法改正をも視野に入れて、敢えて登録しなかった可能性も考えられなくもない。また、近時の登録制度の改正によっても依然として登録が実務上困難であると感じている者は約３割弱であり、少なくはないとしても、多数ともいえなかった[125]。

そのように一見すると時期尚早にも思われる当然対抗制度の導入が可能となった理由としては、幾つかの要因が考えられる。

まず、通常実施権の保護という政策課題が、侵害の成否を左右する実体的保護水準の変更を伴うものではなく、かつ、利害対立が先鋭化しなかったという点である。実体的保護水準を変更させる政策の利害調整が容易ではないことは後述するが、実体的保護水準に直接的に関係しなくとも、例えば職務発明制度のように利害対立が先鋭化する政策課題もある。これに対して、当然対抗制度の場合、ライセンシーの利便性が強調され過ぎたのではないか、との指摘[126]は一部にあるものの、総じていえば当然対抗制度が特許権者に多大な打撃を与えるといった反対論は殆ど存在しなかったように見受けられる。政府の説明によれば、特許権を譲り受ける際にはデ

123 広実郁郎「改正特許法の解説」（平成23年８月）明治大学公開シンポジウム「改正特許法の評価と課題－実務・理論の両面から」（2011年８月３日）配付資料６頁

124 特許庁「特許行政年次報告書2011年版＜統計・資料編＞」（2011年）80頁 http://www.jpo.go.jp/cgi/link.cgi?url=/shiryou/toushin/nenji/nenpou2011_index.htm

125 知的財産研究所・前掲注(121)12頁

126 加藤幹之ほか「座談会改正特許法の課題」L&T53号（2011年）４頁〔三村量一発言〕

ュー・デリジェンス等を行う実務慣行が広がっているとのことであるが[127]、そうであるとすれば、反対論が表面化しなかったことも不思議ではない。

むしろ、当然対抗制度を導入する上での大きな課題と考えられたのは、登録（登記）を第三者対抗要件とする民法の原則の例外として、公示なく対抗力を認める点をめぐる理論的な整理であったと思われる。そして、この点については、無体物である特許発明は重畳利用可能であるから、通常実施権の存在によって特許権の譲受人（新特許権者）自らの実施が妨げられない[128]という無体物の特性に着目した説明により、有体物を前提とする民法とは異なる規律を特許法に設けることの正当化が図られた。

また、当然対抗制度は、単に産業界の要望に応えるということのみならず、政策的にも時宜を得たものと考えられた可能性がある。当然対抗制度を導入すべき政策的な必要性として政府が挙げているのは、オープン・イノベーションの進展に伴うライセンス保護の重要性の高まり、特許権の行使主体の多様化に伴う無登録の通常実施権者に対する差止請求のリスクの高まりといった点である[129]。その中でもオープン・イノベーションは、2011年当時、イノベーションの変化を示すコンセプトとして、産業界のみならず欧米の政策当局[130]の関心をも集めていた。そしてオープン・イノベーションの特徴の一つは、特許権の譲渡やライセンスといった特許取引を通じてイノベーションの分業を図る点にあると考えられるから[131]、当然対

---

127 特許庁『平成23年特許法等の一部改正　産業財産権法の解説』（発明協会、2011年）9頁

128 特許庁・前掲注（127）10頁。なお、このほかに、当然対抗制度の許容性としては、法定通常実施権については従来から当然対抗が認められていることや、本文で述べた特許権譲受時の実務慣行（デュー・デリジェンス）といった点が挙げられている。

129 特許庁・前掲注（127）9頁

130 Federal Trade Commission, The Evolving IP Marketplace: Aligning Patent Notice and Remedies with Competition (2011); World Intellectual Property Organization, World Intellectual Property Organization Report 2011 – The Changing Face of Innovation – (2011)

131 中山一郎「特許取引市場の機能と差止請求権制限の政策論的当否」日本工業所有権法学会年報36号（2013年）122〜123頁、同「オープン・イノベーションと特許制度」日本工業所有権法学会年報33号（2010年）139〜140頁

抗制度による通常実施権の保護がオープン・イノベーションという時流にも適うといった説明が、政策的ニーズの面から時期尚早にも見える改正を後押ししたと考えることもできよう[132]。

以上のような要因が相まって、稀有なケースではあるが、短期間のうちに改正が続き、最後には抜本的な制度の見直しが図られたものと考えられる。

4．それほど大きな変化が生じなかった課題

以上とは反対に、それほど大きな変化が生じなかった課題もある。そのうち、以下では、3つの課題を取り上げる。

(1) 医療行為の特許性

我が国では、審査実務上、人間を手術、治療又は診断する方法（医療行為）は「産業上利用することができる発明」（特許法29条1項）に該当しないとして、特許を受けることができない（特許・実用新案審査基準第Ⅱ部第1章2.1.1)。そのような審査実務は、裁判例（東京高判平14・4・11判時1828号99頁）でも是認されたが、その実質的理由は、医療行為に当たる医師を特許権侵害から免責する規定を有しない現行法において医療行為に特許性を認めて医師に侵害責任を問うことの不当性にあり、裁判所は、医師の免責規定を手当てした上で医療行為に特許性を認める立法論には理解を示していた。

そこで、知的財産戦略本部の専門調査会は、そのような立法論をも視野に入れつつ、二度にわたる検討を行った。その結果、一定の範囲で特許保護が拡充されることとなり、2004年の検討では、「医療機器の作動方法」

[132] ただし、当然対抗がライセンスを促すとしても、特許権の譲渡の場面では、特許権に通常実施権が付着している可能性があるというリスクのために、譲渡取引にはマイナスの影響を与えるおそれがある。もっとも、本文でも述べたとおり、譲渡の場面ではデュー・デリジェンスの実務慣行が存在するというのであれば、そのような懸念は当たらないこととなろう。

と、複数の医薬の組合せや投与間隔・投与量の変更のような「医薬の製造・販売のために医薬の新しい効能・効果を発現させる方法」について特許保護対象とすること[133]が決定され、また、2009年の検討では、用法・用量に特徴を有する医薬発明（物の発明）について用法・用量が公知の医薬と異なれば新規性が認められることなどの点が見直されることとなった[134]。しかしながら、医師の行為に係る技術については慎重な配慮が必要であるとして、2004年の段階で検討対象からは除外され[135]、その方針は2009年の検討でも踏襲された[136]。この結果、医師免責規定を手当てした上で医療行為に特許を認めるという上記裁判例が示唆した立法論は、十分に議論されることなく、医療行為不特許の原則が今日も維持されている。

確かに医療行為に特許保護を認めるか否かというデリケートな問題について合意を形成することは容易なことではないであろう。実際、知的財産戦略本部での検討の前にこの問題を検討した特許庁の産業構造審議会でも医療行為不特許原則の見直しには至っていない[137]。しかし、合意形成が困難で利害調整が複雑であるからこそ、改めてこの問題の検討が知的財産戦略本部に委ねられたはずである（そうでなければ敢えて知的財産戦略本部が特許法プロパーの問題を取り上げる意義は少ないだろう）。新たな政策形成プロセスの特徴がハイレベルの政治的関与にあり、そして複雑な利害調整にこそ政治的な判断が求められるとするならば、医療行為の特許性は、知的財産戦略本部が政治的に関与してもよいテーマであったともい

---

133 知的財産戦略本部医療関連行為の特許保護の在り方に関する専門調査会「医療関連行為の特許保護の在り方について（とりまとめ）」（2004年11月22日）

134 知的財産戦略本部知的財産による競争力強化専門調査会先端医療検討委員会「先端医療分野における特許保護の在り方について」（2009年5月29日）

135 知的財産戦略本部・前掲注（133）10頁

136 医療方法の特許保護の否定は、知的財産戦略本部・前掲注（134）では、現状の説明として言及されているに止まるが、小泉直樹「医薬品の用法・用量の特許保護」ジュリスト1405号（2010年）98・100頁によれば、2009年の検討でも基本方針として維持されたとのことである。

137 産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会「医療関連行為の特許法上の取扱いについて」（2003年6月） http://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/toushintou/pdf/iryou_report.pdf

える。しかしながら、この問題について政治的なリーダーシップが発揮された形跡は見受けられない。前述した刑事罰強化における政治的関与とは対照的である。刑事罰の「わかりやすさ」とは異なり、専門性が高いこと、あるいは、利害調整コストの高さに見合った利益（有権者の支持の拡大）が見込めないこと、といった点が関係しているのかもしれない。

(2) 著作権法における権利制限の一般規定

我が国の著作権法は、著作権が制限される場合を限定的に個別列挙している（著作権法30条～50条）。このような個別制限列挙方式は、許容される行為が条文上具体的に明記されるために予測可能性が高い反面、社会の新たな変化に対応して権利を制限しようとすれば法律改正を要し、柔軟性に欠ける。これとは対照的なのが、米国著作権法107条が定める一般的、包括的な「フェア・ユース」規定であり、同規定は予測可能性に欠けるとされる一方、立法を待たずとも司法による柔軟な解決を可能とする。そこで、2008年、知的財産戦略本部デジタル・ネット時代における知的財産制度専門調査会（以下「デジタル専門調査会」という。）は、近年の技術革新のスピードや変化の速い社会状況を考えれば、個別の限定列挙方式のみでは適切に実態を反映することは難しく、著作権法に定める枠組みが社会の著作物の利用実態やニーズと離れたものとなってしまうという懸念があることを踏まえて、「個別の限定列挙方式による権利制限規定に加えて、権利者の利益を不当に害しないと認められる一定の範囲内で、公正な利用を包括的に許容し得る権利制限の一般規定（日本版フェア・ユース規定）を導入することが適当である」[138]との提言をとりまとめた。

これを受けて、文化審議会において検討が進められ、2010年４月の同審議会著作権分科会法制問題小委員会による中間まとめ[139]（以下「中間まと

[138] 知的財産戦略本部デジタル・ネット時代における知的財産制度専門調査会「デジタル・ネット時代における知財制度の在り方について（報告）」（2008年11月27日）11頁 http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/houkoku/081127digital.pdf

[139] 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「文化審議会著作権分科会法制問題小委員会権利制限の一般規定に関する中間まとめ」（2010年４月） http://www.bunka.

め」という。）、2011年１月の同審議会著作権分科会による報告書[140]（以下「最終報告」という。）を経て、2012年の著作権法の改正により、新たな権利制限規定が導入された。

新設された権利制限規定は、付随対象著作物の利用（30条の２）、検討の過程における利用（30条の３）、技術の開発又は実用化のための試験の用に供するための利用（30条の４）及び情報通信技術を利用した情報提供の準備に必要な情報処理のための利用（47条の９）の４類型である。当初にデジタル専門調査会が導入を提言した「日本版フェア・ユース規定」、とりわけ「フェア・ユース規定」という文言から一般的に想起されるところに照らせば、新設された規定の包括性が希薄なものとなっていることは否めないであろう。実際、これらの規定に対しては、「フェア・ユースでも何でもなくて」、「元日本版フェアユースのなれの果て」[141]、「当初予測された日本版フェアユース…からはかなり遠い」[142]といった批判が寄せられている。

そのような条文化に至るまでの包括性の希薄化は、以下の２段階にわたって生じている[143]。

ア）第１段階の希薄化

第１段階は、2008年のデジタル専門調査会提言から2011年の文化審議会最終報告に至る過程である。具体的には、前述のとおりデジタル専門調査会が「権利制限の一般規定（日本版フェア・ユース規定）を導入することが適当である」と明言したのに対して、最終報告は、「現実に問題が生じ、あるいは生じる可能性があり、権利制限の一般規定による立法的な対応が

---

go.jp/chosakuken/singikai/pdf/kenriseigen_matome_2204.pdf

[140] 文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会報告書」（2011年１月）http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/shingi_hokokusho_2301_ver02.pdf

[141] 中山ほか・前掲注(106)２頁〔岩倉正和発言〕・24頁〔岩倉正和発言〕

[142] 福井健策「改正案の着目点と今後への要望」Business Law Journal 51号（2012年）26頁

[143] 前田哲男「『写り込み』等に係る規定の整備」ジュリ1449号（2013年）29頁は、２段階にわたる「具体化」の過程と形容する。

求められている領域をある程度検証すべきである」[144]として、具体的な要望を基に、権利制限の一般規定の対象を、A著作物の付随的な利用、B適法利用の過程における著作物の利用、C著作物の表現を享受しない利用という3類型に絞り込んでおり、その点において包括性が希薄化している。

米国型フェア・ユース規定のように抽象度の高い規定を導入しなかった理由について、最終報告は、米国型フェア・ユース規定を導入すると、これまで個別制限規定の下で形成されてきた利用秩序が崩れ、実質的に権利保護に欠ける制度になるのではないかとの危惧が権利者側より示されたことは十分理解できるとの認識を示した上で、そのような権利者側の危惧、我が国の法制度との整合性、国民性などの社会的特性などにも配慮し、ある程度権利制限を認める範囲を明らかにした上で権利制限の一般規定を導入する方針を採用したと説明している[145]。すなわち、立法担当者によれば、文化審議会の「報告書の段階でフェアユースではないのであり、最終的な条文がフェアユースでないこともまた当然である」[146]。したがって、新設された4つの条文がフェア・ユースでも何でもないとの「感想は正しい」[147]ものの、「米国型フェアユース規定ではなくあくまで審議会報告書を出発点として」[148]いる点を正確に理解していないということになるのだろう。そもそも検討の過程において、文化庁は、あまり「日本版フェアユース」という言葉を使わず、「権利制限の一般規定」という言い方をするようにしていたとのことであり[149]、改正後も「文化庁が4つの条文について『フェアユース』と称した事実はない」[150]とのことである。

確かに、文化庁の立法担当者にとってみれば、立法化作業の出発点が文

---

144 最終報告・前掲注(140)43頁

145 最終報告・前掲注(140)61頁、なお、そのような考え方は既に中間まとめにおいて示されている（中間まとめ・前掲注〔139〕31頁）。

146 池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊平成24年改正解説』（勁草書房、2013年）7頁注10

147 池村＝壹貫田・前掲注(146)7頁注10

148 小泉ほか・前掲注(115)13頁〔池村聡発言〕

149 山下和茂「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピライト571号（2009年）22頁

150 池村＝壹貫田・前掲注(146)7頁注10

化審議会報告書であることは理解できなくはない。とはいえ、そもそも政府としての出発点は、日本版フェア・ユース規定導入を明言したデジタル専門調査会の提言ではなかったのか、との疑問も生じる。もっとも、この点に関連して注目すべきは、知的財産推進計画の文言である。すなわち、2008年の知財本部専門調査会提言を受けて策定された知的財産推進計画2009は、「著作権法における権利者の利益を不当に害しない一定の範囲内で公正な利用を包括的に許容し得る権利制限の一般規定(日本版フェアユース規定)の導入に向け、ベルヌ条約等の規定を踏まえ、規定振り等について検討を行い、2009年度中に結論を得て、早急に措置を講じる」[151]と記載している。ここでは、日本版フェアユース規定という表現こそ用いられているものの、その導入に向けて検討することが求められているに過ぎず、後段の「結論」及び「措置」の内容は具体的に記載されていないから、検討結果によりその具体的内容は変わり得ることが想定されている。そして実際にも、文化庁は、この知的財産推進計画2009に基づいて検討を進めた結果、米国型フェア・ユース規定のような抽象度の高い一般規定ではなく、ある程度具体的な3類型を対象とした一般規定を導入するとの「結論」に至り、最終的に4つの条文を立法するという「措置」を講じたとの説明が可能である。そのような説明は知的財産推進計画2009の記載と矛盾するものではない。そしてさらに2010年4月の中間まとめ公表後の2010年5月に策定された知的財産推進計画2010では、「権利制限の一般規定について、これまでの検討結果を踏まえ、2010年度中に法制度整備のための具体的な案をまとめ、導入のために必要な措置を早急に講ずる」[152]と記載され、「日本版フェアユース規定」という表現自体が削除されている。

以上のとおり、デジタル専門調査会が明言した日本版フェア・ユース規定の導入という政策目標は、文化庁が検討に着手する以前の知的財産推進計画2009の段階で既にトーンダウンしていたわけである。知的財産戦略本部は全国務大臣を構成員として含むが(知的財産基本法27条1項、28条1

[151] 知的財産戦略本部「知的財産推進計画2009」(2009年6月24日)Ⅱ.1.(1)④ http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/090624/2009keikaku.pdf

[152] 知的財産戦略本部「知的財産推進計画2010」(2010年5月21日)22頁 http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/2010keikaku.pdf

項、29条2項1号)、デジタル専門調査会の委員は民間有識者であり[153]、しかも権利者（団体）を含んでいない。よって、デジタル専門調査会の民間有識者及びその事務局である内閣官房知的財産戦略推進事務局の間では、日本版フェア・ユース規定の導入について合意形成が可能であったものの、文部科学大臣も決定に加わる知的財産推進計画において、文化庁は、それ以降の自らの検討結果を拘束する言質を与えなかったということができるであろう。この点は、実体法を所管していないという知的財産戦略本部の構造的制約の一端を浮き彫りにしているように思われる。その制約のために、知的財産戦略本部の役割は知的財産推進計画を通じた課題設定（アジェンダ・セッティング）に止まり、法改正を伴う政策の場合であれば法律所管省庁に法改正を促すだけである。結局のところ、全国務大臣がその内容に合意しなければ決定できない知的財産推進計画には、法律所管省庁が合意した内容しか記載することができないのである。

他方、法律所管省庁たる文化庁からすれば、関係者間の利害調整に始まり、法案の作成や国会審議を経て法案成立までに責任を有する以上、検討に着手する以前から、軽々に日本版フェア・ユース規定の導入を約束することはできないともいえる。とりわけ、フェア・ユースと呼ぶか否かはともかく、従来にはなかった権利制限の一般規定の導入を目指そうとする以上、その全部か一部かは別として権利者側から、保護の切下げを危惧する声が出されるであろうことは当然に予想される。現に最終報告は、前述したとおり、権利者の危惧は十分に理解できるとの認識を示している。そして権利者側の保護切下げの危惧に配慮するのであれば、実体的保護水準はなるべく変更しないことが望ましい。そのような発想は、権利制限の一般規定の対象について、最終報告が「権利者に特段の不利益を及ぼさないと考えられるものであっても、…法を形式的に適用した場合は、権利侵害に

[153] 知的財産戦略本部に置かれる専門調査会の委員は有識者から任命されるのが基本であるが（知的財産戦略本部令2条2項）、知的財産戦略本部員が指名されてもよいから（同令3条）、本部員たる国務大臣が専門調査会に属する可能性はある。デジタル専門調査会では、1名の民間本部員が参加しているが、国務大臣の参加はなく、全委員が民間有識者である。委員名簿につき、デジタル専門調査会・前掲注(138)30頁参照。

該当してしまう」[154]利用行為とすることが適当であると述べている点からもうかがえる。実際、ＡＢＣの３類型には、法改正前でも適法と解釈され得る場合や、事実上権利者側が特に問題視してこなかった場合が多く含まれると考えられる[155]。そうであるからこそ、「権利者側の懸念に配慮しつつ、利用の円滑化を図るためには、当面…ＡからＣの類型の利用行為を対象とする権利制限の一般規定を導入することが適当である」[156]し、「権利制限の一般規定のような、関係者の利害対立が深い制度を新たに導入するに当たっては、差し当たって現時点において合理性が認められる一定の類型について制度導入を行うという手法が合理的・効率的である」[157]ことになるのであろう。対照的に、伝統的な解釈によれば非侵害との帰結を導くことが容易ではなく[158]、権利者の反対も根強いパロディは一般規定の対象外とされている[159]。

文化庁にしてみれば、権利者側が一定の発言力を確保している文化審議会著作権分科会において、一般規定の導入について合意形成を目指そうと

---

154 最終報告・前掲注(140)44頁

155 中山信弘『著作権法第2版』（有斐閣、2014年）399頁は、ＡＢＣの３類型は「一般人の感覚からすれば当然許されるような類のものであり、仮に訴訟になっても、既存の概念の柔軟な解釈等の手法により救済される可能性もあるような行為である」と評する。同旨、中山信弘「著作権の権利制限」高林龍＝三村量一＝竹中俊子編集代表『現代知的財産法講座Ⅰ　知的財産法の理論的探究』（日本評論社、2012年）290頁、同「著作権法の課題－フェアユースを中心として－」伊藤眞ほか編『石川正先生古稀記念論文集　経済社会と法の役割』（商事法務、2013年）1279頁。

156 最終報告・前掲注(140)53頁

157 最終報告・前掲注(140)61～62頁

158 中山・前掲注(155)著作権法２版402～409頁、田村善之『著作権法概説［第2版］』（有斐閣、2001年）240～244頁など参照。

159 最終報告・前掲注(140)51～52頁。なお、パロディのほかにも、企業内の小規模複製、非営利演奏における編曲、要約引用等について、最終報告は、一般規定の検討対象から除外している（最終報告・前掲注〔140〕52頁）。しかし、それらの行為も、事実上権利者側がそれほど問題視してこなかった行為であるように思われるので、実体的保護水準に影響を与えず、形式的に違法となってしまう行為について手当てするとの立場からしても、権利制限規定の検討対象とすることが可能であったのではないか、と考えられる。田村・前掲注(117)34頁も参照。

すれば、権利者側の意向を無視することはできないであろう[160]。その点を前提とするならば、審議会で合意を取り付けるために、権利制限の一般規定の導入という形式を優先し、その内容はなるべく権利者から反対が出ない範囲に限定し、実体的な保護水準を実質的に変更しないようにする必要があったとも考えられる。そのような意味において、最終報告は「名をとって実を捨てたフェアユース」[161]ともいえる。

前述した医療行為の特許性の問題の場合には、知的財産戦略本部が専門調査会を設けて（失敗したものの）自ら合意形成を試みたが、この権利制限の一般規定の導入の場合、同本部は、権利者側の委員を含まない専門調査会で日本版フェア・ユース規定の導入を打ち出した後は、権利者をも含めた関係者間の利害調整を法律所管省庁の文化庁に委ねている。もっとも、文化庁での検討において合意形成が困難で利害調整が複雑であるといった場面では、改めて知的財産戦略本部による政治的な調整や判断を求めるとの選択肢も考えられた。しかしながら、ここでも、医療行為の特許性をめぐる問題の場合と同様に、そして刑事罰強化の場合とは対照的に、政治的なリーダーシップが発揮された形跡は見受けられない。やはり専門性の高さや利害調整コストの（得られる利益との対比における）相対的な高さが関係しているのかもしれない。

そのようにして見ると、この第１段階は、新たな政策形成プロセスの下

---

[160] 田村善之「デジタル化時代の著作権制度－著作権をめぐる法と政策－」知的財産法政策学研究23号（2009年）21～23頁は、フェアユース導入の意義を政策形成過程におけるバイアスを司法により是正する点に求める。前述の少数派バイアス（前掲注〔117〕及び対応する本文参照）のために、組織化されにくいユーザーの利益は政策形成過程に反映され難く、個別制限規定の立法は権利者側に有利な方向となりやすいが、一般規定であるフェアユース規定を導入すれば、ロビイングに対する耐性が強い司法に判断を委ねることによって、政策形成過程のバイアスを是正できるというのである。しかし、そのようなフェアユース規定を導入しようとしても、立法化に向けた政府の検討段階は政策形成過程のバイアスと無縁ではないことを、一連の経緯は物語っているように思われる。

[161] 中山ほか・前掲注(106)５頁〔中山信弘発言〕。なお、中山・前掲注(155)講座290頁、著作権法２版399頁及び石川古稀1280頁でも「実を捨てて名を取ったフェアユース」と形容されている。

でも、関係者間の利害が対立する場合に実体的保護水準の変更を伴う改正案について合意を形成することは容易ではないことの一例であるともいえよう。

イ）第２段階の希薄化

第２段階は、最終報告から立法化された条文に至る過程での希薄化であり、前述したとおり、最終報告はＡＢＣの３類型を明示していたが、最終的に新設された条文は４つとなっている点がそれに当たる。

これは、Ｃ類型がさらに２つの条文に細分化されたためである。具体的に見ると、最終報告においてＣ類型は、「著作物の種類及び用途並びにその利用の目的及び態様に照らして、当該著作物の表現を知覚することを通じてこれを享受するための利用とは評価されない利用」[162]とされていた。しかし、立法化された条文では、技術の開発又は実用化のための試験の用に供するための利用（30条の４）及び情報通信技術を利用した情報提供の準備に必要な情報処理のための利用（47条の９）という２つの条文に切り分けられている。このように立法化された条文が最終報告のＣ類型よりもさらに限定されていることは、立法担当者も自認するところである[163]。そこで、先に最終報告を「名をとって実を捨てたフェアユース」と形容した論者は、立法化された条文を「名も実も捨てた」フェアユースであると指摘している[164]。

当初のＣ類型にあるように著作物の表現を享受しない利用といった、より一般性の高い規定として立法化しなかった理由について、立法担当者は、政府部内の調整の過程で明確性の原則等に配慮したためである[165]と説明している。内閣法制局による条文案の審査において刑事罰との関係が問題とされたものと思われる。しかしながら、Ｃ類型の立法化がなぜ明確性の原則に抵触するのか、についてはより明確で具体的な説明が望まれるとこ

---

162 最終報告・前掲注(140)48頁

163 池村＝壹貫田・前掲注(146)８頁

164 中山・前掲注(155)著作権法２版400頁及び石川古稀1286頁

165 永山・前掲注(111)９頁、小泉ほか・前掲注(115)16頁〔池村聡発言〕、池村聡「著作権法の一部を改正する法律の概要」NBL983号(2012年)22頁

ろである。そもそも著作権侵害の対象である著作物を定める著作権法２条１項自体が漠然としているとの指摘[166]もあるし、そのほかにも例えば、32条１項は、適法引用の要件として「公正な慣行に合致する」ことや「引用の目的上正当な範囲内」であることを定めており、そこでの「公正な慣行」や「正当な範囲」もかなり外延の不明確な概念であると思われるが、それが許容されるのに、Ｃ類型が明確性の原則に反するとされる理由は何か、といった疑問も生じる。行政官であった筆者自身の経験に照らしても、内閣法制局における条文案審査では相当詳細な議論がなされているものと推測されるが、審議会での資料や議論が公開であるのに対して、内閣法制局の審査過程は基本的に非公開であって、そこでの議論の詳細を外部からうかがい知ることはできない。そのため、「密室で改正が行われた点が問題だろう」[167]との批判を招いている。

内閣法制局による条文案審査の不透明性は、近時の知的財産政策分野における新たな政策形成プロセスとは直接の関係はなく、従来から存在する問題ではある。もっとも、従来、内閣法制局審査は立法技術面から行われるものであって、審議会報告の内容を実質的に変更するものではないと考えられてきた。実際、両者が乖離する事態は殆ど生じなかったと思われる。ところが、2012年改正では、Ｃ類型の細分化のみならず、そのほかにも文化審議会の最終報告からの乖離が見られる点がある[168]。古くからある内閣法制局審査の不透明性の問題が改めて浮き彫りになったともいえるが、そ

166 中山・前掲注(155)著作権法２版400頁注223及び石川古稀1289頁

167 中山ほか・前掲注(106)２頁〔中山信弘発言〕

168 その一例が、いわゆる「写り込み」等の付随対象著作物の利用を許容する30条の２第１項中の分離困難性の要件である。この分離困難性要件は、同項の適用を受けるために、付随対象著作物が写真等の本来の被写体等から「分離することが困難である」（同項）ことを求めているが、そもそも最終報告のＡ類型には見られなかった要件であり、なぜこの要件が最終的に条文上規定されることになったのかは定かでない。実際に分離困難性要件の充足が問題となり得るのは著作物の利用を認識しながらの「写し込み」の場合であり、その場合、分離困難性は物理的に分離が困難な場合に限られるのか、社会通念上分離困難であれば足りるのか、といった解釈上の論点を新たに生じさせている。その他の追加的に規定された要件を含め、中山・前掲注(155)著作権法２版305～308頁、田村・前掲注(117)117～119頁など参照。

ろそろ「聖域」を見直して内閣法制局審査プロセスの透明化を検討すべきではないか、とも思われる[169]。

(3) 特許の活用

知的財産の「活用」は、「創造」、「保護」と並ぶ三本柱の一つと位置付けられ、知的財産推進計画も、「創造」、「保護」及び「活用」について定めることが義務付けられている（知的財産基本法23条)。創造され、保護された知的財産が活用されなければ「宝の持ち腐れ」であるから、知的財産の活用という政策課題の重要性については異論が少ないところであろう[170]。

とはいえ、政府が、知的財産の活用という政策目標の実現に向けて効果的な施策を講じることは容易ではない。例えば、知的財産の保護を強化するといった政策目標であれば、政府は、法制度や運用の見直しといった手段を採ることが可能である。しかしながら、知的財産を活用する主体は、政府ではなく、民間の個々のプレイヤーである。そのため、政府がこれらの民間主体の行動を直接コントロールすることはできず、政府の政策の実効性は限られる。実際、この10年間、知的財産の活用の重要性は、声高に

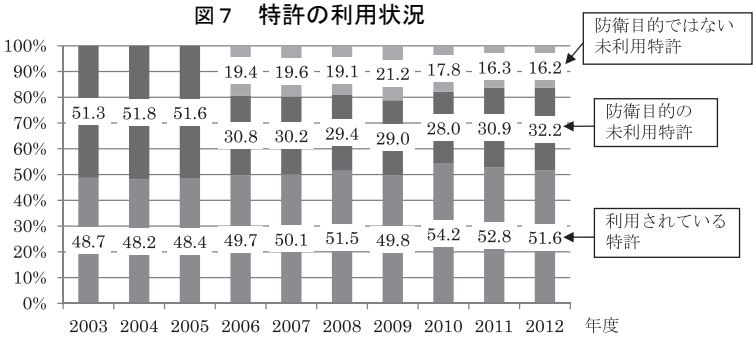
---

[169] 中山・前掲注(155)石川古稀1286～1287頁は、内閣法制局の条文審査に限定してはいないが、2012年改正の立法過程について「審議会報告については議事録が存在し、検証が可能であるのに対し、審議会報告からどのような理由で四箇条になったのか、その過程や理由が不明である。立法にあたって重要なのは透明性であり、それなくしてはまともな議論もできず、民主主義の根幹にも関わる問題である」と指摘する。また、上野達弘「立法過程の見直しも大きな課題」Business Law Journal 51号(2012年) 32頁も内閣法制局審査で「あえて審議会の方向性を修正するのであれば、その理由と責任の所在を明らかにすべきではないでしょうか」と述べる。鈴木將文「知的財産法と公共性」長谷部恭男＝金泰昌編『法律から考える公共性』(東京大学出版会、2004年) 73頁〔鈴木將文発言〕は、より一般的に、内閣法制局プロセスにおいて審議会答申に基づく法案が修正されることやその非公開性についての問題を提起している。

[170] 中山信弘「知的財産法研究の回顧と将来への課題」NBL 877号(2008年) 8頁は、「知財改革と呼ばれている一連の改革の成否は、法律を作ることが目的ではなく、社会、特に産業社会を情報化の流れに適合させることができるか、という一点に掛かっている」と指摘する。

叫ばれてきたものの、民間における特許の利用状況について見ると、特許の利用割合はわずかに増加したにとどまり、その変化は極めて緩やかなものとなっている（図７参照）

図７　特許の利用状況



出所：特許庁「知的財産活動調査」の各年のデータに基づき作成
なお、2003年から2005年については、未利用特許の内訳が不明

また、昨今、日本企業の間でもオープン・イノベーションに対する関心は高まりつつあると思われるが、前述したとおり、オープン・イノベーションの特徴の一つとしては、特許取引（譲渡・ライセンス）に積極的である点を挙げることができる。しかし、現時点では、特許取引もそれほど活発ではない。

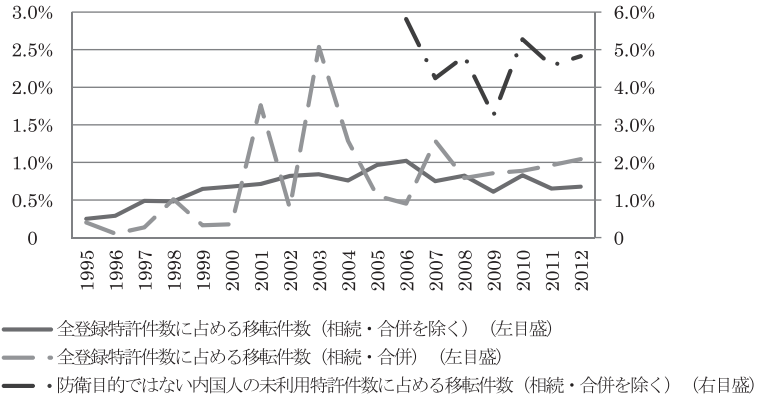
まず、10年間のライセンス・インの傾向について見ると、400以上の国内外企業に対するアンケート調査によれば、増えたとする回答が米国企業では55.3％に及ぶのに対して、我が国企業は22.4％である（欧州企業は29.2％）[171]。同様に、ライセンス供与に対するスタンスについても、欧米企業では、ライセンス供与する意志があり、ライセンス供与の促進活動を行っているとする回答が56.4％と過半数であるのに対して、我が国の企業の場合は、ライセンス供与する意志はあるが、ライセンス供与の促進活動

[171] 知的財産研究所「平成24年度特許庁知的財産国際権利化戦略推進事業報告書」（2013年３月）図表Ⅲ-8　http://www.jpo.go.jp/cgi/link.cgi?url=/shiryou/toushin/chousa/kokusai_kenrika.htm　ただし、回答数が国内企業371であるのに対し、米国企業38、欧州企業24であることには留意する必要がある。

を行っていないとの回答が41.6%で最も多い[172]。総じて、日本企業は、欧米企業ほどライセンスに積極的ではない。

さらに、特許権の移転件数も、時系列的にそれほど目立って増加しているわけではなく、登録されている特許件数に占める割合はごくわずかである（図８）[173]。

図８　特許権の移転状況



出所：各年の特許行政年次報告書及び知的財産活動調査に基づき筆者作成

以上のとおり、我が国の企業が保有する特許の約半数程度しか実施していない状況はこの10年間大きく変わっておらず、かといって、ライセンスや譲渡といった特許取引に積極的であるわけでもない。国が「知的財産立国」の旗を振っただけで、民間企業の行動が直ちに変化するわけではないのである。

---

172 知的財産研究所・前掲注(171)図表Ⅲ-34。ただし、ここでも、回答数が、国内企業365であるのに対して、欧米企業55と偏りが見られることに留意する必要がある。

173 企業が実際に特許発明を実施している場合や防衛目的で特許を保有している場合にそのような特許権を譲渡することは考えにくいため、図8では、防衛目的ではない未利用特許に占める移転件数(相続・合併を除く。)の割合をも示している。ただし、データは7年分しかなく、また、防衛目的ではない未利用特許件数は内国人のものであるが、移転件数(相続・合併を除く。)は内外国人を区別しないものであることに留意されたい。

５．新たな政策形成プロセスと政策的帰結の相違

(1) 新たな政策形成プロセスと政策展開の特徴

以上述べてきたところをもとに、若干の整理分析を試みてみたい。

まず、2003年から我が国の知的財産政策の企画立案と実施に導入された新たな政策形成プロセスの特徴は、知的財産戦略本部に代表されるハイレベルの政治的関与にあり、政権交代を経ても、基本的枠組みは維持されている。このことは、党派を問わず、知的財産政策に対する政治的関心が高まったことを示唆している。有権者の関心が低く、選挙の争点にならないと考えられる知的財産政策の優先順位が上がった背景としては、知識経済化の進展といった構造的変化に加えて、90年代以降の我が国の国際競争力低下への危機感が、国際競争力回復の手段としての知的財産政策に対する(政治的な) 期待を向上させた可能性が考えられる。

知的財産戦略本部は、毎年、知的財産推進計画を作成し、そこには多数の施策が担当官庁及び実施時期とともに記載される。実体的な知的財産法を所管しない知的財産戦略本部にとって知的財産推進計画は貴重な政策ツールである。知的財産戦略本部は知的財産推進計画を通じて課題設定(アジェンダ・セッティング) を行い、施策の実現を担当省庁に働きかけ、そうしたプロセスが毎年繰り返されることにより、各省庁には、制度改正を含む施策の企画立案・実施に向けた恒常的な圧力が生じる。知的財産戦略本部会合の開催はハイレベルの政治的コミットメントのシグナルとなるが、昨今の持ち回り開催は、政治的関心の低下を示唆しており、長期的には、知的財産戦略本部の影響力を低下させるおそれがある。

次に、新たな政策決定プロセスの下で取り上げられた政策課題について見ると、それが大きな変革に結実した場合もあれば、それほど大きな変化が生じなかった場合もある。

主要な変化は、行政（司法行政を含む）に関する資源配分調整を伴う制度的基盤の整備（例えば、知的財産高等裁判所の設立、任期付き審査官の導入を初めとする特許庁の体制強化、大学の知的財産活動に関する体制整備支援)、エンフォースメントの強化(例えば、水際規制や刑事罰の強化)、特許ライセンスの保護といった分野において生じている。

これに対して、さほど大きな変化が生じなかった分野としては、実体的保護水準の変更を伴う政策課題（例えば、医療行為の特許適格性や著作権法の権利制限の一般規定）や、産業界の行動（例えば、特許の利用状況）を挙げることができる。また、ACTAのような国際的な政策の場合、事前の国内調整段階であればともかく、国際的な条約交渉自体に新たな政策形成プロセスの影響力が及んだ形跡は見られない。

(2) 政策的帰結の相違をもたらすもの

以上のように政策課題の実現をめぐって帰結に相違が生じた理由について考えてみると、新たな政策決定プロセスの構造的要因と政策課題の内容が関係しているように思われる。

まず、構造的要因についていえば、知的財産戦略本部は、実体的な知的財産法を所管しておらず、その影響力はハイレベルの政治的リーダーシップに由来するが、この政治的なリーダーシップは、政府内部の行政的な資源配分の調整には極めて有効であると考えられる。予算や人員の確保は政府内部で完結する問題であって、ハイレベルの政治的な判断により決着を付けることができるからである。とりわけ知的財産戦略本部の設置当初は、知的財産政策への政治的関心が高かったと思われ、そのような政治的なサポートを背景に、司法行政面を含む制度的基盤（組織体制）の整備が進められていったものと考えられる。

これに対して、政策課題が知的財産法の実体的な側面に関わる場合、知的財産本部は、知的財産推進計画における課題設定後は、法律所管省庁にその後の検討を委ねるのが基本である（自ら専門調査会で具体的検討を行った医療行為特許化は例外的なケースと考えられる。）。フェア・ユースのように政策の実現可能性が不透明な場合、法律所管省庁は、政策課題の実現に予めコミットすることを避けようとするが、全大臣が合意する必要がある知的財産推進計画では、そのような担当省庁の意向が反映される可能性が高い。知的財産推進計画における要求水準が下がれば、制度改正圧力も低下し、結果的に大きな変化は生じにくい。

担当省庁が及び腰になるのは、実体的な保護水準の大幅な見直しを伴うような場合であると考えられる。行政的な資源配分の調整とは異なり、実

体的な保護水準の見直しは、私人間の権利と義務に影響を及ぼし、政府部内に止まらず広く関係者間で合意形成を図る必要があり、フェア・ユースの導入や医療行為の特許化のように、変化の程度が大きければ、関係者間の利害対立は先鋭化し、合意形成がより困難となるからである。実際、フェア・ユース導入や医療行為特許化に関して最終的に実施された施策は、反対論に配慮した結果として、当初の課題設定時よりもトーンダウンした内容のものとなっている。もっとも、当然対抗制度のように反対が表面化せず、かつ、政策的にも時宜を得たものと評価される場合には、抜本的な法改正も可能となる。

また、水際規制や刑事罰といったエンフォースメントが一貫して（ときに唐突にも見えるプロセスで）強化拡充されてきたのは、エンフォースメント強化は実質的な保護水準を大きく変更させるものではないから改めて関係者間の利害調整を行う必要がなく（＝立法化のコストが低く）、また、一般にも大きな反対は生じないと認識されているためではないかと考えられる。実際にも、水際規制などのエンフォースメント強化に対する異論は強くなかったが、例外的に大きな反発を受けたのが違法ダウンロード刑事罰化である。

政策課題の内容は、政治家の関与の在り方にも影響を与えているように思われる。そもそも政治家にとって知的財産政策は専門性が高く、政策形成に関与するコストが高い一方で、有権者の関心は低く、政策形成に関与するメリットは少ないと考えられる（ロー・セイリエンスの政策分野。２.(4)参照）。実体的な保護水準の見直しを伴うために対立する利害を調整する必要があるとすれば、なおさらメリットは小さい。そのため、フェア・ユース導入や医療行為特許化といった政策課題については政治的リーダーシップが発揮されることがなかったと考えられる。

これに対して、刑事罰の拡充強化に関しては積極的な政治的関与が見られた。これは、立法技術面でそれほど高い専門性を必要としないことと、既に民事上で利害調整済みの行為（の一部）を対象とするものであるから、拡充強化しても大きな反対は生じないと予想されることという２つの意味における刑事罰の「わかりやすさ」によるものと考えられる。

政策課題の内容に関する別の側面としては、特許の活用といった民間が主体となる分野で大きな変化が生じなかった点が挙げられる。国側の政策

形成プロセスが変化したところで、国が産業界の行動を直接変えることはできないという点に変わりはないからである。そのため、特許の活用に向けて国が旗を振ったとしても、産業界における変化は緩やかなものとならざるを得ない。

国のコントロールが効かない点はACTAのような国際交渉も同様である。ACTAの場合、国は1プレイヤーとして国際交渉に参加するに止まり、国際交渉をリードするだけの政治的なリーダーシップは、契機となった2005年のG8サミットを除き、発揮されることはなかった。外交政策上そこまでの重要性があるとは判断されなかったといえるだろう。

(3) 留意点

新たな政策形成プロセスの下での10年余は、以下のような留意点をも浮き彫りにしつつあると考えられる。

第1の留意点は、知的財産戦略本部の役割についてである。実体的な知的財産法を所管しない知的財産戦略本部のパワーの源泉はハイレベルの政治的リーダーシップに由来していた。ところが、近時、政治的関心が低下しつつあるようにも思われ、その状況が続けば、知的財産戦略本部の影響力が低下するおそれは否定できないだろう。

また、政策課題の面から見ると、知的財産戦略本部が得意としたのは行政的な資源配分の調整であるが、今後もなおそのような政策課題が残されているのか、という点も問題となろう。それ以外の実体的な知的財産法に関する政策課題に関しては、知的財産戦略本部は、その詳細な検討を基本的に法律所管省庁に委ねており、その限りで知的財産戦略本部が存在しなかった従来の政策形成プロセスと変わりはない。むろん、知的財産推進計画は各省庁に制度改正圧力を与えるが、知的財産推進計画には各省庁の意向も反映されるから、その圧力はそれほど強いとは限らない。

そうすると政治的関心の低下によって知的財産戦略本部の影響力が低下し、かつ、行政的な資源配分の調整を必要とする政策課題もないということになれば、知的財産戦略本部の果たすべき役割自体が問われることとなろう。

第2の留意点として、エンフォースメントの強化、とりわけ刑事罰の拡

充強化をどのように評価するかという点が挙げられる。先にエンフォースメントの強化は実体的保護水準を変更するものではないと述べたが、刑事罰拡充強化をそのように割り切ってよいのか、は改めて検討する必要があろう。確かに、民事上で侵害行為の線引きを行う際に保護と利用のバランスが考慮されており、刑事罰は、そのようにして決定された実体的保護水準を前提として侵害とされた行為（の一部）に対する抑止力を高めるに過ぎないと考えるのであれば、刑事罰を拡充強化しても保護と利用のバランスに変更はないともいえる。

しかしながら、刑事罰の拡充強化が保護と利用のバランスを変更しないとは言い切れないのではないかと思われる。法文上侵害とされる行為であっても権利が行使されず、事実上広く行われているという場面もある（例えば、企業内複製など。）。そこでは法文上とは異なる形で保護と利用のバランスが図られているともいえるが[174]、その場合に刑事罰を拡充強化してエンフォースメントを容易にすることは、保護と利用のバランスに関する事実上の線引きを変更するものであって[175]、違法ダウンロードの刑事罰化に対する反発はそのことに対する反発でもあったのではないか。

そして実際にも、先行研究によれば、著作権侵害に関する限り、刑事罰はもはや例外的なエンフォースメントではなく、近時は民事訴訟と同等以上の役割を果たしつつあり、また、我が国が「知的財産立国」のスローガンを掲げてその実現を目指す動きと呼応するように、運用面でも（執行猶予付きではあるが）懲役刑という厳罰化が進みつつあることが明らかにされている[176]。そのような現状は、先行研究が指摘するとおり[177]、著作権侵

---

[174] 田村・前掲注(117)76～80頁及び同「法教育と著作権法」ジュリ1404号(2010年)40頁は、実際に権利行使されることはないという事実(寛容的利用)に、政策形成過程におけるバイアスを矯正する積極的意義を認める一方で、そのような寛容的利用の脆弱性をも指摘する。

[175] 田村・前掲注(117)96～97頁

[176] 今村哲也「著作権法違反と刑事事件」（http://www.kisc.meiji.ac.jp/~imamura/copyright_criminal.htm）及び金子敏哉「著作権侵害と刑事罰―現状と課題―」法とコンピュータ31号(2013年)105頁によれば、2006年以降(前者は2008年まで、後者は2011年まで)、民事訴訟の新受件数よりも刑事の起訴人員数の方が多い(2010年を除く。)。ただし、民事訴訟の被告が多数になる可能性や仮処分事件の存在等も考慮

害の処罰範囲の限定がもっぱら告訴権者・捜査機関の良識と起訴便宜主義に依存しており、過度の萎縮効果が生じるおそれがあることや、民事訴訟では当事者が負担するエンフォースメントのコストを国民全体が負担することになるなどの新たな問題点を提起するものであって[178]、刑事罰の拡充強化が実体的な保護と利用のバランスにも影響を与えるものであることを十分に認識すべきであろう。

また、刑事罰拡充強化の「わかりやすさ」は積極的な政治的関与を生み

すべきであるから、単純に数字を比較すべきものでもないことが注意喚起されている。また、金子・前掲103～105頁は、2003年頃を契機に公判請求率が増加し、これに伴い、執行猶予付きではあるが、懲役刑も増加していることを示しつつ、2002年7月の知的財産戦略大綱を嚆矢とする一連の動向が検察の方針に影響を与えた可能性を示唆する。

[177] 金子・前掲注(176)107～108頁

[178] これに対して、例えば、窃盗(刑法235条)や詐欺(刑法246条)のような刑法上の財産犯は、個人の私有財産を保護するために刑事罰を科しており、そのために国家の資源が投入されているのであるから、著作権についても、刑事罰により国家の資源がそのエンフォースメントに用いられてよい、といった反論も考えられよう。しかしながら、自然犯である刑法上の罪と、法定犯と考えられる著作権侵害罪とでは、行為の反社会性や実質的不法性の程度が異なると思われる。もっとも、そのような区別は、著作権の正当化根拠を創作インセンティブの確保に求め、著作権を道具主義的に捉える前提から導かれるものであって、著作権を自然権的に捉えるのであれば、著作権侵害罪を自然犯に近いものと考えてよい、との再反論が加えられるかもしれない。とはいえ、著作権の正当化根拠をどの点に求めるにせよ、著作権が本来は物理的に自由に行うことができる行為を規制するという行為規制の側面を有することを忘れるべきではないであろう(田村善之「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」同・前掲注〔3〕38頁、同「メタファの力による “muddling through”: 政策バイアスvs.認知バイアス－『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』総括報告－」新世代法政策学研究20号〔2013年〕89頁など)。産業構造審議会も、特許権侵害罪についてであるが、窃盗のように直接的に他人の占有を奪取するものではないことを指摘している(にもかかわらず、窃盗並みに量刑が引き上げられた点を含め、前掲注〔99〕～〔101〕及び対応する本文参照。)。そして著作権が他人の自由を制約する側面を有するものであるとするならば、著作権侵害に対する刑事罰を刑法上の財産犯と同列に論じることについてはやはり疑問が残ると言わざるを得ないように思われる。

出すが、逆にそれ以外の知的財産政策に対する政治的関心は低下しつつあるとすると、政治的関与はエンフォースメント強化という一方向でのみ生じることとなる。くわえて、そのような政治的関与の契機として権利者側のロビイングがあったことにも注意が払われるべきであろう。これらの点は、まさに立法過程において少数派バイアスが働きやすいことを示している。

そのように考えてくると、刑事罰の拡充強化は、単にエンフォースメントの強化と片付けられず、改めてその意味を吟味する必要があるように思われる。

第3の留意点は、政策形成プロセスの透明性の問題である。新たな政策形成プロセスの下では、審議会の結論とは異なる形で立法化されたケースが散見された。その場合の問題点は、会議自体が原則公開で、資料、議事録ともに公開される審議会での議論と異なり、議論の過程が不透明であるという点である。むろん、内閣法制局の条文案審査などは従来からの問題であって、新たな政策形成プロセスと直接の関係はないが、これを契機に見直しが検討されてもよいのではないかと思われる。

第4の留意点は、知的財産政策と国際競争力との関係である。新たな政策形成プロセスでは、知的財産政策は我が国産業の国際競争力の強化に寄与することが求められており、これは法律上の要請（知的財産基本法4条）でもある。確かに、特許法を例にとれば、同法の目的は産業の発達に寄与すること（特許法1条）であるから、そのような特許法の「産業政策」的性格からすると、特許政策は国際競争力の強化に寄与すべきと考えることに何ら問題はなさそうでもある。

しかしながら、特許法の「産業政策」的性格は、国際競争力を強化するための特許政策という考え方を正当化するわけではない[179]。経済学の知見によれば、規範的に見てあるべき「産業政策」とは、「競争的な市場機構の持つ欠陥－市場の失敗－のために、自由競争によっては資源配分あるいは所得分配上なんらかの問題が発生するときに、当該経済の厚生水準を高めようとする政策である。しかもそのような政策目的を、産業ないし部門

[179] 中山一郎「特許取引市場の機能と差止請求権制限の政策論的当否」日本工業所有権法学会年報36号（2013年）140頁

間の資源配分または個別産業の産業組織に介入することによって達成しようとする政策の総体」である[180]。特許制度に当てはめれば、無体物である発明は、消費の非競合性と非排除性という公共財的性質を有しており、法的保護がなければフリーライドという市場の失敗が生じるから、そのような市場の失敗を解決するために排他権を付与し、それにより産業界の研究開発等の資源配分に介入する政策が特許制度であるということができるだろう[181]。

これに対して、再び経済学の知見を借りるならば、国際競争力の低下は、市場の失敗の存在を意味せず、政策的介入の根拠とならない[182]。かえって自由な競争に委ねた方が国際競争力強化には資するかもしれないのである。

また、そもそも「（国際）競争力」が曖昧な概念であることも注意すべきである。政府自身、その点を自認しつつ、ひとまず「国際的な競争にさらされる中で、企業が高い所得を生む能力」と競争力を定義した上で、「競争力のある企業は生産性、収益性とも高いはずである」と述べて[183]、競争力を生産性、収益性に置き換えて理解しようとしているように見える。また、産業競争力強化法は「産業競争力」について「産業活動において、高い生産性及び十分な需要を確保することにより、高い収益性を実現する能力」（産業競争力強化法２条）と定義しており、ここでも、生産性や収益性に近いものとして理解されている。さらに、「国際競争力」が「曖昧さと危険性をはらんだ概念である」ことを認識した上で、国際競争力のパフォーマンス指標としての生産性を議論する見解もある[184]。

---

[180] 伊藤元重ほか『産業政策の経済分析』（東京大学出版会、1988年）８頁

[181] 小田切宏之『企業経済学第２版』（東洋経済新報社、2010年）194～197頁、ジョセフ・E・スティグリッツ＝カール・E・ウォルシュ（藪下史郎ほか訳）『スティグリッツ　ミクロ経済学第４版』（東洋経済新報社、2013年）625～627頁

[182] 小宮隆太郎『日本の産業政策』（東京大学出版会、1984年）６頁

[183] 内閣府「平成25年度年次経済財政報告」（平成25年７月）159頁

[184] 元橋一之『日はまた高く　産業競争力の再生』（日本経済新聞社、2014年）46・75～102頁。なお、元橋・前掲54～74頁では、国の国際競争力の議論の際にしばしば言及されるIMDによる国際競争力ランキングの内容や課題などが分析されている。

国際競争力をそのように理解する限り、国際競争力か、生産性や収益性かは、単に用語の問題に過ぎないともいえる。そしてイノベーションを通じた生産性の向上は経済成長の源泉であるという意味においては、国際競争力ないし生産性が高いに超したことはない[185]。特許制度の正当化根拠を市場の失敗に求める場合も、市場の失敗を放置したままでは生産性が低下するから、特許制度は、市場の失敗を解決し、産業部門の生産性を向上させることで産業の発達を図る制度であるともいえる。

もっとも、そうであるとしても政策的介入が正当化されるわけではないことは前述した。とりわけ（国際）「競争力」という観点から政策を考えると保護主義を招きかねない等の危険性すら指摘されている[186]。この点に関連して想起されるのが、大学等の発明の活用において、国際競争力の維持に支障を及ぼすこととなる技術流出の防止に努めることが要請されている点である（３.(1)ウ参照）。大学発明を海外企業にライセンスしたり、特許権を譲渡したりしたところで、ライセンスや譲渡を受けなかった日本企業の生産性が変化するわけではないから、そのような要請は保護主義的な発想に基づくものと考えられる。前述したように、大学発明については利用率の低さこそが問題であるにもかかわらず、海外企業へのライセンス等を制限しようとすることは、本末転倒と言わざるを得ない。まさしく国際競争力を掲げる政策の危険性を示すものといえよう。

６．おわりに

知的財産法分野は変化の激しい分野である。それは、社会、経済、技術の変化の影響を大きく受けるという分野の特性にもよるが、それに加えて、我が国では、2003年以降に導入された新たな政策形成プロセスの下で恒常的な制度改正圧力が生じたことも大きい。その結果、この10年余で多数の

---

185 長岡貞夫「日本企業の生産性とイノベーション・システム」藤田昌久＝長岡貞夫『生産性とイノベーションシステム』（日本評論社、2011年）1～3頁、元橋・前掲注(184)80頁以下

186 ポール・クルーグマン「競争力という危険な幻想」同（山岡洋一訳）『クルーグマンの良い経済学悪い経済学』（日本経済新聞社、1997年）18頁

法改正・制度改正が実施された。そのこともあり、近時、研究対象としても知的財産法分野における政策形成プロセスへの関心が高まっている[187]。

以上を背景に、本稿では、新たな政策形成プロセスの下での知的財産政策の展開について、試行錯誤しながら若干の整理分析を試みた。しかしながら、この10年余の政策展開を網羅的に検討しているわけではないことに加えて、取り上げた政策展開についても、事象の羅列に止まってしまった部分もあり、理論的な分析は必ずしも十分ではない。今後さらに検討の深化を図ることとしたい。

[187] 2012年4月21日に開催された著作権法学会シンポジウムのテーマは、「著作権法の将来像と政策形成」であった。報告及び議論の模様につき、著作権研究39号(2014年)16頁以下参照。その他の先行研究として、田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号(2008年)1頁、同「知的財産法学の新たな潮流ープロセス志向の知的財産法学の展望」ジュリ1405号(2010年)22頁、京・前掲注(18)、同・前掲注(113)など。