

# 技術流出と知的財産

——既に危険水位を超えた日本の取るべき対策——

日 高 賢 治\*

**抄 録** 日本企業の3割以上が何らかの技術流出を経験しており、既に危機的状況にあると言える。秘密保全に係る個々の企業努力の枠を超えて、新たな法的枠組みの検討も必要であり、特に、「悪意の盗用」や「意図せざる流出」を防止するための様々な角度からの対策を強化すべきである。

## 目 次

1. はじめに
2. 既に国家的課題である技術流出
3. 技術流出問題とその対策
  - 3.1 企業観点
  - 3.2 国家としての観点
  - 3.3 法的観点
4. 最後に

## 1. はじめに

生物の進化にとって最も根源的な力である「環境の変化に対する適用力」は、企業や国家の発展・繁栄にとっても同じである。

90年代後半、バブル経済崩壊後の低迷状態を打開するための主要政策の一つとして、国会・政府は、「科学技術の創造」と「知財の保護強化」を宣言した。技術立国としての基盤を固め、バブルに浮かれた反省を込めた、正に時機を得た宣言であり、今や世界市場を席卷する日本製薄型テレビ、デファクトを作り上げた次世代DVDなど、確かに日本が世界をリードする技術分野は多数を占めるに至った。開発成果の数値指標の一つである特許出願件数も、常に圧倒的世界第1位の座に君臨する。

しかしながら、国民の豊かさに目を向ければ、

90年代初頭の一人当たりGDP世界第一位から、今や世界ベスト10の圏外(2005年統計で第14位)にまでずると後退し続けており、現在トップのルクセンブルクとは2倍以上の差を付けられてしまっている。ベスト10上位国は、いずれも日本と比較して技術力や知財力があるとはとても思えない欧州の国々であり、実際に上位国の国家総特許出願数は、日本の一企業の出願数にも満たない。年間2,000時間以下の労働時間で、必死の技術開発や大量の特許出願が無くとも、豊かさを得ることができることを彼らは証明する。

OECD加盟国中、自国への出願件数が年間1,000件以上の19カ国において、一人当たりGDPと特許出願件数を比較したのが表1であり、その比率を上位順にグラフ化したものが図1である。この数値は、一人当りGDPを人口100万人当りの特許出願件数で除したもの(特許生産指数(著者仮称))であるが、欧米各国と比較して日本のパフォーマンスの悪さは「真の豊かさ」を実感できない理由の一つではないかと考えてしまう(欧州各国の「豊かさの秘密」は非常に興味深いテーマであるが、本論のテーマ外であるため、これ以上言及しない)。

\* 弁理士 Kenji HIDAKA

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

近年、急速に力をつけ、既に日本を脅かす存在となった韓国・台湾、そして中国の高い技術が、日本の多くの技術を直接的かつ間接的に吸

収してきた結果であることは明らかであり、国際市場における彼らとの価格競争が、日本企業を厳しい状況へと追い込んでいる。

表1 OECD諸国における特許生産指数  
年間1,000件以上の特許出願国による比較

一人当り GDP順位	国名	A	B	C	D	E
		一人当り GDP	自国出願 件数	総人口 百万人	百万人当り特 許出願件数	特許生産指 数=A/D
2	ノルウェー	63961	1277	4.5	283.78	225.39
4	スイス	50469	1827	7.2	253.75	198.89
6	デンマーク	47716	1772	5.4	328.15	145.41
7	アメリカ	41574	185008	298.2	620.42	67.01
8	スウェーデン	39535	2752	8.6	320.00	123.55
9	オランダ	38577	2187	16.3	134.17	287.52
10	イギリス	37310	18816	59.7	315.18	118.38
11	フィンランド	37276	2004	5.2	385.38	96.72
12	オーストリア	37216	1965	8.1	242.59	153.41
13	オーストラリア	36592	8555	20.2	423.51	86.40
14	日本	35650	362342	127.8	2835.23	12.57
16	フランス	35150	14230	60.5	235.21	149.44
17	カナダ	35073	3929	32.3	121.64	288.33
18	ドイツ	33703	48329	82.7	584.39	57.67
19	イタリア	30341	11544	58.1	198.69	152.70
20	ニュージーランド	27146	1845	3.8	485.53	55.91
21	スペイン	26150	2864	43.1	66.45	393.53
24	韓国	16470	105027	47.8	2197.22	7.50
28	ポーランド	7854	2381	38.2	62.33	126.01

備考：①一人当たりGDPは2005年OECD統計（USドル）

②各国特許出願件数は2006年特許庁年報

③各国総人口は総務省HPより

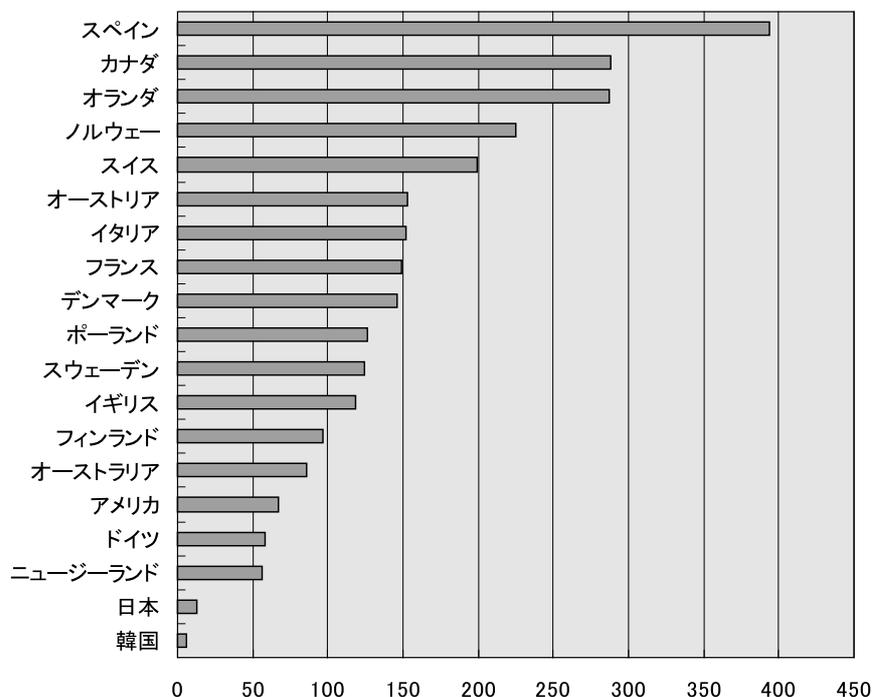


図1 特許生産指数ランキング

科学技術創造立国宣言・知財立国宣言から約10年。技術開発や知財保護により国家・国民を豊かにするはずの取組みは、(それだけが原因ではないにしても) 少なくとも一人当たりGDP世界14位への凋落と、東アジア各国・地域の台頭を見る限り、個々の具体的政策項目は、果たして世界の環境変化に「適応」した的確な対策であったと言えるだろうか。「日本ほど脇の甘い国は無い」、「日本ほど、すぐ人を信用する国は無い」と見縊られる国が、果たして知財立国と言えるのだろうか。米国プロパテント政策の焼き直しにも映る日本の知財戦略は、果たして「日本の、日本による、日本のための」政策であったと言えるのだろうか。

## 2. 既に国家的課題である技術流出

昨年夏、経済産業省が実施した日本企業625社へのアンケート調査<sup>1)</sup>によれば、回答企業の3割以上が何らかの技術流出を経験している、と答えている。この事実は、既に国家的な危機

と言っても過言ではない。

個々の企業が講じるべき技術流出対策については、経済産業省が取りまとめた「技術流出防止指針」<sup>2)</sup>や、日本機械輸出組合の「中国における技術流出及び営業秘密侵害とその対策」等のように業界単位で作成したマニュアルなど、既に多くが公開されており、実際にこれらを参考に対策を講じている企業も多いと思う。経済産業省による上記アンケート結果では、既に8割の企業が営業秘密管理規定を整備し適切に管理していると回答しているが、にも拘わらず、何故多くの企業において技術が流出してしまうのであろうか。

過去、韓国・台湾などへ多くの重要技術が流出した反省を如何にして今後に生かすかが必要であり、特に上記アンケート結果の最大の流出先である中国への技術流出問題は、市場規模、政治的・軍事的観点から、個々の企業の枠を超えて国家全体としての対策が求められる。

技術流出対策を講じる上での基本的な考え方

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

は、「技術を盗まれないようにするためには、  
どういう対策を講じればよいのか。」では無く、  
技術を盗もうと思っている側の立場に立ち、  
「自分ならどうやって盗むか。」、そしてその技  
術を「どう利用するか。」と考えることが  
重要である。これは個々の企業であっても、国  
家であっても同じであり、相手の立場に立って  
考えることで、自身の管理体制の甘さや、契約  
等の不備が明らかにされ、結果として効果的な  
対策を講じることができる。

技術流出先の類型は、以下の3つのパターン  
に分けることができる。

① 悪意の個人的盗用：法律違反を承知の上  
で、必死の覚悟で盗用するケース（かつて日本  
企業が米国を舞台に行ったIBMスパイ事件な  
ど）

② 善意の個人的利用：原権利者の隙や落度  
を突いて、合法的に利用するケース（韓国メー  
カーによる半導体関連技術獲得など）

③ 国家組織が働く政治的盗用：主として軍  
事・軍事転用可能技術をターゲットとするケ  
ース（ハイテク技術スパイ活動）

技術流出問題は既に一企業の問題ではなく、  
国レベルの非常事態と考えるべきであるが、そ  
の背景には、日本社会特有の優れた道徳観・倫  
理観の逆効果に加えて、制度上の問題など様々  
な要因が考えられる。本稿では、個々の企業努  
力の枠を超え、国家レベルでの技術流出対策と  
して必要な視点を整理し、その対策の概要につ  
いて提案させて頂きたい。

### 3. 技術流出問題とその対策

#### 3.1 企業観点

##### (1) 根拠の無い善意への期待、勝手な思い込み

技術流出問題に限らず、日本企業が外国企業  
との間で失敗する要因の一つに、日本人特有の  
「相手への思いやり」や「相手が気分を害するよ

うな失礼があってはならない」という考え方、  
また、「こんなこと常識で、当たり前のことだから、  
敢えて言わなくても相手も理解しているだ  
ろうから大丈夫」という勝手な思い込みがある。

肉親でもなければ一生の大親友でもない者と  
「お金」が絡む契約をするのに、「甲乙両者の友  
好関係に基づき…」、「本契約書に記載した事項  
以外の問題が発生した場合、誠実誠意な話し合  
いにより円満に解決…」など、ありえない。

外国人社員との契約、特許・ノウハウ等の国  
際ライセンス契約、他国大学との国際共同研究  
契約、国際委託生産契約などにおいては、①禁  
止する全ての悪事を列挙し、②契約違反時の明  
確な罰金を規定し、③当該罰金の支払い期日・  
支払い方法を明記するとともに、さらに中国等  
においては、④本契約を理解し、自分の意思で  
サインした旨の念書までとっておくなど、慎重  
の上にもさらに慎重に対応した方が良い。

万が一相手から、「私（我が社）がこんな悪  
事をはたらくとでも思っているのか。失礼では  
ないか。そこまで信頼が無いのであれば、この  
契約は無かったことにしても良い。」という反  
応があるとなれば、これは間違いなく「やろう  
と思っていたのに…ちくしょう！」という自白  
であり、逆に快くサインすると言うことは、  
「私は信用できる人間です。どうぞ、ご安心下  
さい。」と言う意思表示である。

昨今、国際的な産学連携を模索する企業も増  
えてきているが、著名な大学の先生だから信頼  
できる、と言う思い込みもまた危険である。特  
に、産学連携が盛んで、研究レベルも比較的高  
い外国大学との共同研究においては、研究室へ  
の入退管理、参画する研究員の管理、実験デー  
タの管理、研究に関する様々なデータを保存し  
たPCの管理、研究機材・材料の管理、そもそ  
も研究テーマや企業名を勝手にしゃべらないこ  
とまで含め、禁止規定とその罰則を詳細に記載  
する必要がある。日本企業においては、契約の

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

不備が結果として技術流出に繋がる事例が後を絶たず、とにかく「明確な契約」が全ての出発点であることを十分認識すべきである。

## (2) 知財経営と知的財産権の本質

知財が持つ価値や役割の重要性を認識しつつ、そこから先、どこまで深く考え抜くかが知財経営の本質である。昨今の知財ブームの中であって、多くの経営者は単純に「知財は大事である。」と、そこで思考が停止してしまっていないだろうか。特に、知財権の価値を評価する動きが盛んになってきているが、現在、よく見受けられる評価とは、個々の知財権が有する金銭的価値を求めるものや、ライバル企業の保有特許との優位性比較等である。これらの指標は、知財の本質を十分理解していない経営者にとって、理解しやすいからであろう。

しかしながら、本来、知財権の役割は、将来及び現在の経営及び事業戦略をどこまで明確に法律上サポートしているかどうかであって、その評価もまた、この観点から行われるべきである。

例えば、世界市場において圧倒的なシェアを握り、品質面からライバル企業を寄せ付けない当該企業の生命線とも言える製品部品があったとする。こうした製品に関する経営方針、事業戦略は、「絶対に他社に真似されるな!」「絶対に世界のライバルメーカーに技術流出するな!」であるはずである。

こうした経営方針、事業戦略に基づけば、リバース可能な構造や材質については、①想定される改良の範囲まで特許や意匠で保護する一方、肝心の製造ノウハウは、②営業秘密として厳格に保護する、と言うのが一般的手法であろう。

知財権の評価とは、上記①、②が、どこまで法律上機能しているのかどうかであって、当該事業に関する知財群が、その事業収益相当の価値があるとする評価は全く意味の無いことである。

特に営業秘密管理について言えば、日本なの

か又は外国なのか、研究開発部門なのか又は製造部門なのかによってもその対策は大きく異なる。特に不正競争防止法上の営業秘密として認められる管理方法や、盗用された場合の立証手法等は、各国それぞれ相違するため、秘密管理の状況を確認するには、悪意の第三者を想定した抜き打ちの監査も検討すべきである。特に、中国等に生産現場を有する企業は、知財部員と営業秘密保護の専門家である弁護士、弁理士等を連れて、抜き打ち監査を行うことも一案であろう。

昨今、知財の知識が十分でない経営者から分かりやすく見える評価＝数値化を求められる知財担当部門も多いのではないかと思う。こうした無意味な作業に多くの労力と予算を費やしているのであれば、本質的な対策が疎かになってしまう。もし、毎週末ゴルフ等に興じる時間がある経営者がいるとすれば、週1時間でも知財法を勉強し、重要特許のクレームを一字一文字チェックし、あらゆる不正を想定した万全な技術保護措置を自ら明確に指揮して欲しいものである。

## 3. 2 国家としての観点

### (1) 軍事転用可能技術の漏洩、外資による買収、産業スパイ

昨年、中国や北朝鮮への不正な技術輸出が大きな社会問題となった。特に軍事技術への転用が可能なハイテク技術、国家の発展にとって重要な産業基盤技術に関しては、個々の企業の自主管理に委ねるだけではなく、新たな法律による国家的規制強化策を考える必要がある。

昨年夏、ドイツ政府は中国系産業スパイ活動に対する取締りを強化すると宣言し、また昨年12月には、米国経済スパイ法による初の逮捕者である中国人2人に対し、米司法当局は有罪判決を下した、と報じられた。

現在日本には、一説によると中国、ロシア等

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

の産業スパイが数百人～数千人規模で暗躍しているとも言われている。実際の産業スパイは、007やゴルゴ13のような映画・劇画のようなものではなく、ごくごく日常の生活の中に潜んでいる。

日本における外国人産業スパイの活動実態は、当然ながら不明ではあるものの、専門家の話によれば大きく3つのタイプに分けられるらしい。1つ目のタイプは、母国の諜報機関から派遣されるプロのスパイであり、軍事機密や超ハイテク技術を担当し、獲得した「獲物」は、母国政府機関に渡される。2つ目のタイプは、一般人として普通に日本企業で働きながら「金目」の技術を物色し、母国企業や場合によっては政府機関に売り込んだりする。3つ目のタイプは、最初は普通の人間であった者が、日本でプロのスパイに囲われて、プロのサポート役を演じるパターンである。いずれにしても、彼らのスパイ活動を察知することは容易ではなく、だからこそ、秘密裏に技術を盗用できるのである。

ちょうど本稿作成中の3～4月、某日本企業の中国人社員による膨大な機密情報盗用事件や自衛隊員によるイージス艦機密情報漏洩事件が大きく報道された。一部報道機関の記事には軍事評論家の江畑謙介・拓殖大客員教授の話として「何らかの国家的任務を与えられて動いたのか、個人的利益を得ようとしたのかは不明だが、中国が他国の高度な技術を手に入れようと努力している国であるのは事実。日本企業は、持っている技術にどれだけ軍事的な価値があるか分かっておらず、軍事転用への警戒感が薄い。情報によっては世界の安全保障に大きな影響を与えることを認識すべきで民間企業にも情報の管理責任が問われてくる。」と言うコメントが掲載されていた。日本における彼らの活動は既に危険水位を遥かに越えているに違いない。

昨今、中国等の大学と現地で国際共同研究を進める企業も増えてきたが、特に注意が必要な

ことは「軍事転用可能な技術」である。そもそも共同研究のテーマ自体が軍事転用可能な技術は論外であるが、研究を実施するために必要な高度な測定機器、分析機器、加工機器等は日本から持ち出すこと自体に違法性がある。もしも「我が社の研究のためなら、輸出申請書には嘘を書いておけ」とする企業があるとすれば、大変な結果を招くことになるだろう。

また数年前には、我が国の印刷機械メーカー、工作機械メーカーが、いずれも中国系電気メーカーに買収されたのは記憶に新しい。資本の対外開放は時代の要請ではあるにしても、日本の基盤技術や軍事転用可能な技術については、より慎重な対策が求められる。昨今、多くの上場企業が敵対的TOBに対する買収防衛策に取り組んでいるが、国家的技術流出防止の観点からも、より強い法的枠組み作りも必要ではないだろうか。

日本経済の生命線である世界屈指の技術が、知らず知らずのうちに流出・盗用され続けているにも拘わらず、国会で本問題がほとんど議論されないのは残念でならない。小泉前総理の言を借りれば、マスコミが煽動するくだらない問題には「鈍感力」が必要であるが、本当に必要な議論には「勇気」が必要である。事務所費問題や産む機械発言問題に貴重な国会審議が利用され、挙句に空転している状況を見れば、そしてまた、せっかく逮捕したスパイが不起訴処分となる現実を見れば、世界各国の優秀な産業スパイ達は、「ボス、ご安心下さい。日本の技術は、まだまだどんどん盗めそうです。」と本国に報告している事だろう。

本稿が発表される頃には日本版NSCも具体化されているかもしれないが、昨今の事件が重大な産業スパイ事件として問題視され、貿易管理令や外為法の改正、更にはスパイ活動取締法の創設など、国会・政府・産業界で白熱した議論が交わされていることを期待したい。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

## (2) 国家プロジェクト技術、包括クロスライセンス技術

国家予算が投じられた新技術開発プロジェクトに共同参加した企業が有する当該技術は、当然ながらその企業だけの財産ではない。完成した当該技術をもって中国等で現地生産する場合、国民の税金によって産み出された国家財産として、通常、その企業が講じている対策以上のものが求められてしかるべきである。

特に、当該企業が海外進出しようとする場合、そこが技術流出の危険性が高い国・地域であるのかどうか、また流出した際の国益に与える影響が大きいと想定される場合には、現地進出の事業形態（合弁なのか独資なのか。また合弁の際は、その相手は誰なのか。）まで含めて、国の事前審査や認可制度も考慮すべきであり、また事業開始後の管理実態については、国の「通告なし査察」なども必要と考える。また国際ライセンスについても同様である。

そして万が一にも、こうした国家財産である技術が流出してしまった場合には、当該企業と国は、国民に対して責任ある償いを課せられるべき、と考えるのは行き過ぎであろうか。

また日本企業は、当該業界内の主要企業間において包括クロスライセンスを締結するケースが多い。この場合、個別製品技術は各社のものであったとしても、当該製品に利用されているトータル技術は、当然ながら他社特許権も利用されている。

数年前、巨大な中国マーケットへの販路拡大を目的に、中国民族メーカーが有する流通販売網を利用させてもらうのと引き換えに、日本メーカーが最新製品の製造技術を供与するという内容が新聞報道された。この報道を見た瞬間、「この技術は、日本の他のメーカーとの間で包括クロスライセンスが締結されているのではないか。自分がライセンスを受けている他社の特許はどうなるのか。」と大きな疑問が沸き起こ

った。当時ヒアリングした別の企業の知財担当者は、「我が社では、包括クロスライセンスに基づく製品技術は、当然ながら中国メーカーには技術供与しない。」と語ってくれた。この言葉を聞かされて、ちょっと安心したのであるが、果たして全ての日本企業がこの問題にしっかりと取り組んでいるか心配は尽きない。

当然、このケースの法律上の問題は、契約内容、中国での各社の特許成立状況、中国専利法における間接侵害の規定・解釈によって、一概に「法律違反」であるとは言えない。しかしながら、包括クロスライセンスに基づく製品技術は自社だけの財産ではない。一企業の行動が、日本の業界全体の技術を流出させてしまうことの無いよう、常に細心の注意を払う必要がある。先日、プロ野球界において、業界自主ルールを破った多額の裏金問題が発覚し、大きな社会問題となったが、技術の世界では決して抜け駆けが無いことを祈りたい。

## (3) 強制実施権と技術流出

ご存知の通り日本国特許法には、3つの体系の強制実施権の規定が存在する。90年代最後の日米構造問題協議（SII）において、米国政府から「日本の強制実施権制度は廃止すべきである。」との指摘を受けた。当時の日本政府は「制度は存続させるが、運用により決して発動しない。」と約束した経緯がある。米国が特に問題視した規定は、「利用関係」と「3年不実施」の2つである。

過去日本政府は実施権の発動を求めた全ての請求に対して、実施権の設定どころか裁定委員会すら一度も開催していない。したがって今後日本企業は、例えば日本企業が「利用関係にある基本特許」や「3年不実施の特許」を使いたいと願い出ても、絶対に実施権を発動しないだろう。

ご存知のとおり本規定は、発展途上の国が先

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

進国の特許支配から逃れるために、自国企業による改良特許の実施、外国企業が防衛のために取得した「民族企業への支配」を防止するために存在する。

中国は昨年、次期専利法改正法案の中で、「3年不実施」の強制実施権を追加した。中国国家知識産権局の指導者はわざわざ日本まで来て、その改正内容を説明しているが、同様の規定は上記のとおり日本に存在することから、日本政府・産業界から特段の意見は出されなかったと聞いている。

しかしよく考えて欲しい。中国は、米国・ロシアとならぶ世界屈指の戦略国家であり、本規定を導入するには明確な理由と戦術がある、と考えるべきである。では一体、中国は何故この時期に本規定を導入したのであろうか。そして、外国企業の中国特許はどうなるのであろうか。

中国の法律にあまり詳しくない人は、「大丈夫ですよ。仮に実施権が与えられたとしても、特許明細書を読んだだけでは製造ノウハウは分かりませんし、ちゃんとしたモノは作れません。」と言うであろうが、中国には伝家の宝刀「技術輸出入管理条例」と言う別の法律が存在する。

もし私が中国当局の知財政策担当者であったとしたら、この技術輸出入管理条例と3年不実施強制実施権が、将来のWTOルール改正によって廃止せざるを得なくなるまでの間に、本法律規定を国益のために最大限に有効活用する手法を考えるであろう。

この条例に従えば、外国の特許ライセンサーは、中国の特許ライセンサーに対して、①特許の完全保証（第三者権利侵害への対応）、②技術の完全保証（ノウハウ含めた技術指導）が義務付けられており、例え自分すら実施していない技術であっても、100%保証する必要がある。

もしそうなった場合、多くの外国企業はトータルリスクを考えて自ら特許権の行使を放棄せ

ざるを得なくなる可能性もある。数年後に中国企業が独自の製造ノウハウを身に付ければ、権利行使を放棄してしまっている以上、当該特許は完全フリー状態となってしまうのである。

もちろん、中国当局がこれを乱発するとは考え難いが、中国専利法に「3年不実施」の規定が正式に導入された後は、「我が社はこの特許を、一体何のために中国に出願するのか。」について、今以上に慎重な検討が必要になってくるものと考えられる。

### 3.3 法的観点

#### (1) 知財制度の本質と脆弱性

技術や知財の「意図せざる流出」は、自分では万全に保全・権利化しているつもりが、結果的として流出してしまったケースも多いと考えられる。

法律があるから自分は守られていると考えるのは、そもそも危険である。知的財産権が侵害された場合、各国とも裁判によって権利者は救済される制度となっているが、各国の司法が、果たして日本企業の利益を期待通りに保護してくれるだろうか。

日本企業が「悪意の侵害」に遭うケースは、中国、韓国、台湾そして日本の順だろうと想像されるが、日本の判断基準での審理が期待できるのは日本の司法だけであり、他国においてこれを期待するのは所詮無理である。明らかに日本を目標とする国家・地域の産業政策的見地、民族産業育成の観点に立てば、既に世界トップレベルにある日本の宿命でもある。

特許権、意匠権、商標権は、善意の第三者までも排除可能な強力な独占権である一方、権利として保護される範囲が極めて限定的であるため、明らかに真似をしたと思われる行為であっても、これを咎めることは出来ない。

他方、第三者による盗用行為のみを防げる自己防衛権としての著作権や営業秘密は、他人の

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

著作物やノウハウの一部でも、「ただ乗りした」、「盗用した」と判断されれば罰せられる。数年前に日本で起きたディスプレイ後部が半不透明で着色された斬新なパソコンのデザインを巡る事件を思い出して欲しい。専門家なら誰でも理解しうるように、両者のパソコンは全体形状が明らかに異なり、意匠制度に基づけば間違いなく「非類似＝違法性なし」という判断であったに違いない。

私が主張したいのは善悪の問題や倫理観・道徳観の問題ではなく、制度論である。自分は排他的独占権を取得したと信じていても、結局、法律で保護される範囲は極めて限定的であって、侵害を免れる抜け道は幾らでもあるため、狡猾な人間が得をする制度となっている、と言う問いかけである。たまたま他人の特許やデザインを知らずに、必死の努力で善意に基づいて同じ発明やデザインを完成させた者は侵害者となり、他人の特許公報を見て、一部だけ改良、または一部だけ採用した狡猾者は、悠々と技術やデザインを利用できるのが、現在の特許法や意匠法である。

消費者を含めた社会全体が「模倣行為」に罪悪感や羞恥心が無い場合、明白な違法性がない限り、ただで利用できるものは全て利用しようとする。従って、日本企業が数年かけて開発した斬新な画期的デザイン製品であっても、「要部」と呼ばれる数箇所をちょっと変更するだけで、どうみてもそっくり品の製造販売行為がまかり通ってしまうのである。

また特許の場合には、クレーム中の各構成要件の一つとして代替手段が無いほどの超基本技術は極めて稀であり、同技術に精通している研究者なら、いずれは代替手段を考えつくのがテクノロジーの世界である。日本が出来たことは、韓国・台湾・中国でも当然可能であり、東アジア各国地域の技術力が向上すればするほど、現在の特許制度や意匠制度に頼る危険性は今後ま

すますます大きくなって行くであろう。

そもそも特許や意匠制度は、技術レベルが拮抗した社会における「競争促進法」としての性格を有しており、また技術の公開は、「重複研究の排除」、「他社技術の尊重」を促す政策として位置づけている。先進国企業のみ閉じた世界なら、こうした立法趣旨や政策理念が現実社会とほぼ合致するのであろうが、キャッチアップを目指す国や企業の立場から見れば、これほど美味しい制度は無い。

技術やデザインの模倣を許さないためには、「真似」を許さない「ただ乗り」行為への対策強化が必要であり、「知財法とは、そもそもそう言う制度だから仕方ない」と諦めるのではなく、自ら率先して新しい法的枠組みを検討し、WIPOやWTOを通じた世界的な強化策を主導すべきように思う。

### (2) 職務発明制度再考

「加熱された基板の表面に、基板に対して平行ないし傾斜する方向と、基板に対して実質的に垂直な方向からガスを供給して、加熱された基板の表面に半導体結晶膜を成長させる方法において、基板の表面に平行ないし傾斜する方向には反応ガスを供給し、基板の表面に対して実質的に垂直な方向には、反応ガスを含まない不活性ガスの押圧ガスを供給し、不活性ガスである押圧ガスが、基板の表面に平行ないし傾斜する方向に供給される反応ガスを基板表面に吹き付ける方向に方向を変更させて、半導体結晶膜を成長させることを特徴とする半導体結晶膜の成長方法。」

これは、言わずと知れた404特許のクレームである。そしてその明細書には、ツーフロー方法と呼ばれるGaNの成長方法が具体的・詳細に記載されている（青色発光ダイオードの製造方法に関する特許は、中村氏を発明者とするだけでも既に百件以上が公開されている）。

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

「たら、れば」の話は無意味であることを承知の上で、もし、青色発光ダイオードの製造方法に関する一連の発明を特許出願せず、学会発表もせず、社内で完全に秘密管理していたとするなら、果たして世界のライバルメーカーは同じように青色発光ダイオードを量産できていたのだろうか。もしかしたら今でも世界市場を一社で独占できていたのでは？と思うのは私だけだろうか。

日本国特許法第35条の規定は、日本が発展途上にあり、社員が一丸となって先進各国企業の技術を導入・改良し、かつ終身雇用を前提として、「社員の志気を高め」、そして「研究意欲を掻き立てる」仕組みとして大いに機能してきた制度である。しかし、今日のように世界から技術を狙われ、一つの発明が会社の将来に大きく影響するに至った今、例え優れた個人の能力を必要とした社内プロジェクトだとしても、開発した成果はそもそも会社の財産として、会社の経営方針に従って管理されるべきである。

ただし言うまでも無く、特許出願したかどうかに関わらず、発明を正しく評価し、研究者を適切に処遇すべきであることは言うまでもないが、これは各社の経営方針そのものであって、処遇とは単に金銭的対価だけではない。国家権力が個々の企業経営に介入し、金銭的対価を支払うよう義務付けることが、果たして日本の技術保全、知財政策にとってプラスなのであるか。

現在の制度では、社内の優秀な研究者に対して、発明の対価とともに「能力主義」「実力主義」に基づく処遇と言う2つの側面から対策を講じる必要があるが、企業の実務上、いずれも中途半端にならざるを得ず極めて不合理である。

現行日本国特許法35条の規定は、各企業の発明評価実態及び訴訟リスクを考えると、対価を求める研究者からの依頼に従い「出願せざるを得ない」状況に追い込まれ易い制度であり、却って企業内の「知の流出」に繋がりがねず、結

果として日本の国益を害する可能性がある。知財立国を自認する制度としては、あまりにお粗末過ぎる。

国会や行政は、本制度を単に研究者からの訴訟乱発の問題として捉えるのではなく、技術・知財戦略の根幹に関わる問題として議論されるべきである。数年前の法律改正時において、こうした視点からの議論がなされなかったのは残念である。

### (3) 特許の進歩性判断基準

日本の特許審査における進歩性の判断基準もまた、結果として諸外国への技術流出に繋がる危険性があると考えられる。日本国内で争いになる特許は、その技術が市場において優れているからこそであって、こうした優れた技術は、世界の市場においても「盗用」のターゲットになりやすい。

米国において恐怖の特許訴訟に巻き込まれた経験の有する者の中には、「あんな当たり前の技術がなぜ特許になるのか。」「日本や欧州なら、これらの先行技術文献によって無効に出来るのに…。」と言う思いが強いのではないかと思う。

米国が80年代より取り組んできたプロパテント政策は、「米国の国益を最大限に発揮する」政策であって、諸外国から侵害されるケースが圧倒的に多い米国特許を防衛するための戦術に他ならない。「特許を容易に潰さない」ことで、トータルとして失うものより得るほうが圧倒的に多いからである。仮に米国企業の特許が、日本や欧州で潰されたとしても、世界の市場である米国において有効である限り、日本・ドイツ・アジア各国企業を攻撃することが出来る。自国の出願と外国からの出願の進歩性をダブルスタンダードで判断することは絶対に許されないが、例え外国企業の特許を米国で成立させたとしても、トータルすれば米国にとってプラス

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

に作用するからである。CAFC設立以前の各州高等裁判所での特許無効割合はトータル約70%であったものが、CAFC設立以降は約30%に激減しており、まさに180度の大政策転換である。

翻って日本の状況はどうであろうか。日本版プロパテント政策の目玉の一つであった知財高等裁判所創設以降、多くの重要な特許紛争のケースで、特許権が無効とされている。私の特許審査・審判の経験からしても、特許の有効・無効の争いはお互いが必死で真剣であるがゆえに非常に微妙であり、理屈はどちらでも書けるケースの方が多い。知財高等裁判所の判決例を見る限り、「悩んだら拒絶」と教えられた実務判断は、今でも日本の特許制度運用の基本のようである。

果たして日本は、現在でも特許を拒絶・無効にする方が、トータルとして失うものより得るものの方が大きいのであろうか。せっかく特許権が成立したにも関わらずこれが最終的に無効とされれば、日本の行政・司法判断の動向に注目するアジア各国・地域は「なんだ、やっぱりあの日本特許は無効にできるのか。ならば、我が国でもフリーに使えるな。」と考えるのは自然であろう。日本の技術を真似したい、利用したいと思っている諸外国からすれば、自分で何もしなくとも、日本自身で勝手にフリーにしてくれるのだから、まさに「棚からぼた餅」状態である。

特許制度は、経済活動のグローバル化による制度統一が進もうとも、基本的に各国の産業政策法である。日本国特許法第1条には、このことが明確に規定されている。政府・司法は国益を守る事が最大の責務であり、そのために法律を作り、運用し、判断するのであって、盲目的な外国基準との比較・調和や、他国に有利なだけの国際スタンダード論を持ち出すことは売国行為に等しい。

昨今、またぞろ世界共通特許論が持ち出され

ているが、いくら行政による特許付与を共通化しても（企業のコスト負担軽減を除いて）本質的な問題解決にはならない。本当に重要なことは、世界各国市場での特許紛争において、如何に日本企業の特許が有効と判断され、侵害行為を防御しうるかである。特許の有効・無効を決定付ける司法の進歩性判断基準もまた、意図せざる技術流出と深く関わっていることを、特に司法関係者は強く認識すべきである。

#### (4) 特許出願による技術流出

日高は何度も蒸し返すのか、と言う批判を承知の上で、先発明自己実施権（著者仮称）について、改めて活発な議論を期待しつつ、提案させて頂きたい。

私は、日本発の技術流出の一つとして、日本企業による膨大な特許出願と特許庁による公報全文の無料インターネット公開も無視できない要因であると、あらゆる機会をとらえて主張してきた。

もちろん、一日を争う先願主義のもと、ライバルメーカーに特許を取られた場合のことを考えれば、「我が社が考えつくことは、早晚、ライバル他社も考えつくはず。ならば、公開されてでも他社の特許化を防ぎ、我が社の自由度を確保するために出願せよ。」となってしまうのは当然であり、更に追い討ちをかけるのが、前項の職務発明訴訟問題である。このジレンマに陥りやすい発明の多くは、日本が最も大切にすべき「製造方法」と考えられる。

先発明自己実施権とは、発明が完成した段階でその発明者（又はその発明を承継した者）に「実施する権利」が発生する制度である。一体何を言っているのか、と思われる読者の方のために、以下、著者が考える特許法の改正案を比較して頂きたい。

＜現行特許法第79条＞

特許出願に係る発明の内容を知らないで自らその発明をし、又は特許出願に係る発明の内容を知らないでその発明をした者から知得して、特許出願の際現に日本国内においてその発明の実施である事業をしている者又はその事業の準備をしている者は、その実施又は準備をしている発明及び事業の目的の範囲内において、その特許出願に係る特許権について通常実施権を有する



＜著者改正案特許法第79条＞

特許出願に係る発明の内容を知らないで自らその発明をし、又は特許出願に係る発明の内容を知らないでその発明をした者から知得して、特許出願の際現に日本国内においてその発明を完成させていた者又はその発明の承継者は、その発明の範囲内において、その特許出願に係る特許権について通常実施権を有する。

先に述べたように、国際的な企業競争において「知」の持つ価値が益々増大する中、知的財産の保護強化による我が国産業の国際競争力強化を図るには、公開を前提し、権利範囲が限定的で、常に無効にされる危険性を有する特許権に頼るだけでなく、秘密に管理し、他者による「盗用」を防止しながら自己実施する権利を与え、知財管理の選択肢を拡大することが必要である。

現行の知財制度では、発明が完成した段階で発生するのは、特許法によって規定する「特許を受ける権利」のみである。完成したものの当面の間は実施する予定の無い発明、特許出願して排他的独占権を取得する積極的な理由のない発明、第三者による権利化を防止するという消極的な理由から公開技報等の刊行物に開示して

までフリーにはしたくない発明、を保護する仕組みが現在の特許法には無い。

現行制度による「自己実施権」は、実施又は相当の実施の準備をして初めて上記第79条の「先使用权」として認められる。この制度の最大の問題は、当該発明完成から実施又は相当の実施の準備までの間に、第三者による特許出願が無かったと言う「運」が必要となる。発明の完成事実及び実施という事実とは別に、権利の発生要件が他人の行為と言う「運＝不確実性」に左右されるため、多くの企業は「出願しておけ」となる。

我が国企業の国際競争力の優位性、競争力の源泉は、工場内の製造ノウハウである。しかし実際の企業活動において、ノウハウ（＝先使用权）が製造ラインで実施されるのは、当該発明の完成から早くても数ヶ月、遅い場合は3～5年を要することも稀ではない。

製造技術に重きを置く多くの日本企業には、発明は完成したものの当面は製造ラインへの投入予定がなく、かつ独占権を主張するつもりもない（唯一自分自身だけが秘密状態で実施し、第三者には公開したくない）技術が相当数あるにも拘わらず、現在の法律規定では、実施までの間、何ら法的保護を受ける制度上の手当がなく、極めて不安な状況に置かれてしまうのである（最先端の薄型テレビ製造ラインや、半導体の製造ラインを立ち上げるまでの状態はその典型例）。

こうした制度上の穴による不利益、第三者権利の侵害不安から、多くの日本企業は、本来ならノウハウとして保護すべき多くの製造方法までも特許出願せざるを得ないのが実態である。

本制度は、最先の発明をした者に対して、第三者への公開が必要となる特許出願を選択しなくとも、ノウハウ同様に秘密の状態を保持したまま、仮にその後の第三者による特許出願（成立）があったとしても、自己の使用権を担保す

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

る、新しい「知」の保護制度である。

ちなみに、現行制度上の不公正性について付言するなら、研究室段階でのおおざっぱな発明完成内容を明細書に記載して特許出願するだけで強力な「排他的独占権」が与えられるのに対し、自己実施だけの先使用权の証明は、「実施」を要件としているがために、法廷において膨大な証拠書類を提出して証明しなければならない。特許権のように、善意の第三者に対してまで「暴力」を振るうことのない「自己実施権」であるにも拘わらず、その証明のために莫大な労力を強いられてしまうのは、極めて不合理である。

本制度の導入に当たっては、上記のとおり発明の完成立証に膨大な労力を必要とせず、かつ後の善意の発明者との無用な争いを生じさせないように、実務上、発明完成の立証手段を制度化し、簡素化することが望まれる。発明の完成を立証する手段の一つとしては、公証の他、図2のように特許庁への発明届出制度が考えられる。

① 発明を証明するための書類（現行の特許

明細書レベルの発明内容＝発明の完成を開示。ただし、発明の具体的内容のみを開示すればよく、クレームや従来技術との対比等の記載は不要）を特許庁に提出し、特許庁はこれを秘密に管理。

② その提出日を以って発明した日と見なす（特許庁による受付印）

③ 仮に、同様の発明が後の第三者の特許権として成立し、争いが生じた場合、先発明者は上記提出書類を、裁判の場等において提示し、自身に「実施権がある」ことを主張。

なお最先の発明者は、当該発明を秘密に管理している間はいつでも特許出願することができるが、出願日はあくまで実際の特許出願日であって、米国のサブマリン特許とは全く異なる。

ある人は、「特許権の効力に穴を開けるものである」との批判もあるが、特許権が有する独占権の効力の例外規定は、既に現行制度が有する「先使用权」と基本的に同じであり、逆に言えば、最先の発明者が特許出願しなかったこと

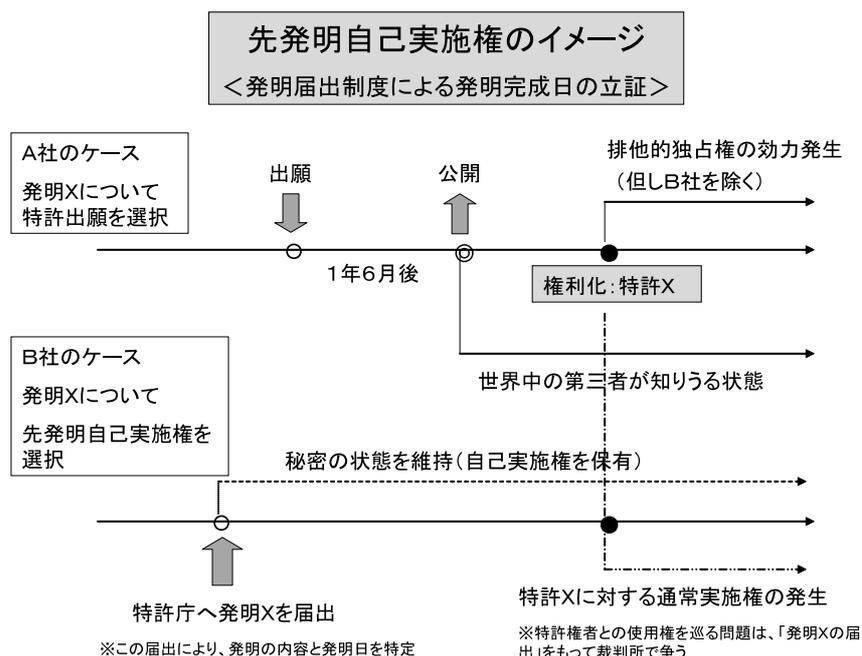


図2 先発明自己実施権のイメージ

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

で、後の出願人はラッキーにも特許権を取得することが可能となるのである。本制度はあくまで自己実施権の担保であり、この先発明の存在によって、その後に出願された善意の第三者の特許成立を阻害するものではない。したがって後の権利者は、自己実施権を選択した者に対して感謝こそすれ、「俺の特許に穴を開けた」と非難する資格などない。

またある人は、「先願主義を崩壊させるものであり、特許出願するなと言う制度なのか。」と批判するが、現行制度を何ら変更するものではない。例えば新薬、新規な化合物、デジタル家電系のデファクトスタンダード関連発明は、従来どおりの形で出願すれば良いし、情報公開を厭わない企業は、これまで通り大量出願すれば良い。

更にある人は、「では、実際に韓国・台湾・中国の企業が、日本の特許情報を見て製品を作っている事実があるのか。」と問う。では何故、IPDLには韓国・台湾・中国から毎日数万ページのアクセスがあるのか、と逆に聞きたい。30年前、インターネットが存在し、米国特許庁が米国特許を無料で公開していたとするなら、日本企業はどういう目的で、これを利用したのだろうか。

本制度のメリットは、企業における知財管理の選択肢を拡大させることにより、より効果的なナレッジマネジメントを可能にする。より具体的には、

- ① ノウハウ・小改良技術等の秘密保全（技術情報の開示、流出防止）
- ② 出願せず当面実施しない自己の発明が、後の第三者の特許出願によって支配されてしまう恐怖感の除去（事業の安心感確保）、第三者出願のウォッチング負担軽減
- ③ 特許出願の厳選による経費削減
- ④ 技術レベルの同じ企業は、お互いが秘密のまま、同じ製造方法を、同時に実施可能

- ⑤ ノウハウ流出時の立証容易性が向上
- ⑥ 特許庁の出願処理・審査負担の軽減
- ⑦ 一件の特許価値の向上（慌てて出願せず、後々の技術をまとめて出願可能）
- ⑧ 特許文献の減少による先行技術文献調査の負担軽減

が可能となる。

昭和42年1月の工業所有権審議会にて、昭和34年の特許法大改正以降によって発生した大量出願による審査処理負担増と審査遅延問題へ対応するため、特許庁から「防衛出願制度」の導入について提案されている。防衛出願制度とは、「方式審査のみで非公開とする一方、その後の通常出願が登録された場合でも、通常実施権を有する制度」である。

しかしながら、産業界代表である審議会委員より「公開しない発明に権利を与えるのはおかしい」、「発明の公開を促すことが特許制度の本質」等の反対意見が出され、結局、見送られた経緯がある。

欧米の技術を何とか利用したいと願っていた昭和40年と現在では、日本の置かれた立場は全く逆である。昨年、特許庁は先使用権の利用を促すためのガイドラインを発表したが、あくまで現行制度の話であって、根本的かつ本質的な問題解決に結びつくものではない。

## 4. 最後に

日本の技術や知財をいかに万全に保全するかは、意識の問題とともに制度設計の問題である。日本企業の知財関係者は、法律・規則・判例・実務に詳しいスペシャリストと言うだけでなく、個々の企業の発展にとって極めて重要な戦略を担ったポジション・人材であり、企業の経営に深く関与するとともに、大げさに言えば、我が国日本国の生命線である大切な国家財産を保護する役割を担っている。

本稿の主張には多くの異論・反論があろうか

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

と思うが、個々の企業やJIPA関係者の皆様の間で、議論の題材になれば幸いである。

省  
www.meti.go.jp/report/downloadfiles/g30314b03j.pdf

#### 注 記

- 1) 「我が国製造業における技術流出問題に関する実態調査」平成18年12月経済産業省  
<http://www.cema.or.jp/general/news/pdf/gijyuturyuusyutu.pdf>
- 2) 「技術流出防止指針」平成15年3月14日経済産業

#### 参考文献

1. 営業秘密管理指針 平成15年1月30日経済産業省
2. 中国における技術流出及び営業秘密侵害とその対策 日本機械輸出組合

(原稿受領日 2007年4月20日)

