

## 今後の日本の知財政策を考える

高 倉 成 男\*

**抄 録** 今後の知財政策の主な課題は、グローバル化・デジタル化・価値多元化への対応である。具体的には、第1に、国際協調主義の下、AI翻訳を組み込んだ「グローバル特許システム」の実現を追求すること、第2に、政策形成のPDCAサイクルを徹底し、「データの時代」にふさわしい知財法制を段階的に整備していくこと、第3に、価値多元化社会への対応のために、知財政策の目標を高次化し、多様な「非経済的価値」（公衆衛生、表現の自由など）も考慮に入れた均衡ある知財政策を形成することなどが必要である。知財法制の最前線が「国内から世界へ」、「物からデータへ」、「経済から非経済へ」と広がるにつれ、法改正の効果の予測やステークホルダー間の利害の事前調整がますます難しくなり、そのため事後の検証による修復的見直しと裁判を通じた法形成の役割が重要性を増していくと思われる。

### 目 次

1. はじめに
2. 日本のイノベーションの問題と知財法制の課題
3. グローバル化への対応
  3. 1 グローバル特許システムの実現
  3. 2 今後の進め方
4. デジタル化への対応
  4. 1 知財法制の課題
  4. 2 論点についての検討
5. 価値多元化への対応
  5. 1 国際動向と日本の現状
  5. 2 問題解決の方策
6. おわりに

### 1. はじめに

特許法や著作権法等の知財法制は、権利の保護と制限について定め、両者の間の適切なバランスの実現を通じてイノベーションの促進に寄与することを法目的としている。知財政策とは、知財法制の設計・運用に関する政府の施策であって、広い意味では研究開発や商業化に関係する施策（例えば、産学連携支援策等）まで含む

ものであるが、本稿では主に知財法制に関する政策に焦点をあてて論じている。

さて日本の知財政策は、この十数年間、「知財立国」の旗の下、国の成長戦略として展開され、知財法制は「広くて強い保護」を目指して改正が重ねられてきたといえることができる。1992年のバブル崩壊を境に日本の産業競争力は急速に低下し、その回復のために、科学技術を自ら創造し、その成果を知財権として保護し、その権利を活用して新製品・新サービスにチャレンジし、得られる利益を再び研究開発に回していくという知財重視の成長戦略（プロパテント政策）に転換することが必要であり、そのために知財の創造・保護・活用の全局面にまたがる国家戦略を立て、官民一体でこれを実行する必要があるとの認識が高まってきた。こうして2002年、知的財産基本法が制定され、翌年、同法に基づき知的財産推進計画が作成され、その後、計画の見直しと実行が繰り返され、現在に至っている。

\* 明治大学法科大学院教授 Shigeo TAKAKURA

今後とも取り組むべき課題は少なくないが、最近では改革の熱気が冷めてきているようにも思われる。それもある意味では当然のことで、この十数年で、なしうることはほぼなし終え、残されている課題は合意形成に時間がかかる難しい問題ばかりである。その一方で、日本企業を取り巻く競争環境はますます厳しくなっており、各社は国境を越えた経営、ビッグデータを活用した新ビジネス、異業種の企業との連携など、新しい取組みにスピード感をもって挑戦することが求められている。

このような、将来の予測が難しく、かつ、競争が激しい経済環境の中で、日本の競争力を維持・強化していくために知財政策をどう形成すべきか。この難しい問いに歯切れのよい答えは到底出せないが、特許庁在職中に国際交渉やコンピュータ分野の審査審判に従事し、現在、法曹人材の養成にかかわっている教員の立場から、今後十数年のタイムスパンの中で日本が取り組むべき知財政策の課題について考えてみたい。検討不十分な点は多々あると自覚しているが、今後の議論のための契機となれば幸いである。

## 2. 日本のイノベーションの問題と知財法制の課題

2003年以降、知財推進計画に基づき、法律の改正や関連施策の整備が継続的に行われてきた。その結果、日本の知財法制とその運用は国際的に遜色のないレベルに達している。例えば、知的財産高等裁判所の設置（2005年）により審理の専門化・集中化（2005年4月から2017年末までの約13年間で約4,700件の事件を審理）が進み、また特許審査官の増員により一次審査までの期間及び最終処分期間は2015年平均でそれぞれ9.7月及び15.0月と五大特許庁（日米欧中韓）の中で最速レベルに達している。

しかし、これら一連の措置が必ずしもイノベーションをもたらしているとはいえないのでは

ないかとの指摘もある。その指摘には一理ある。イノベーションのためには、審査審判・裁判の迅速化のみでは十分でなく、知財の創造・活用の推進が必要である。では今の日本にとって知財の創造・活用の面で必要なことは具体的に何か。その答えを世界知的所有権機関（WIPO）の「グローバル・イノベーション・インデックス」（GII）が示唆している。

GIIとは、世界各国のイノベーションの潜在力とパフォーマンスについての世界ランキングであって、「制度」、「人的資本・研究」、「インフラ」、「市場の精緻化」、「ビジネスの精緻化」、「知識・技術の生産」、「コンテンツの生産」の7項目について様々な指標（合計約80の指標）を設定し、世界各国の総合力を数値化し、ランク付けしたものである。2017年版のGIIによれば、127の国又は地域の中で、1位はスイス、2位はスウェーデン、3位はオランダである。日本はシンガポール（7位）や韓国（11位）に劣後し、14位にとどまっている（表1）。

表1 イノベーション・ランキング 2017年

1位	スイス (1)	11位	韓国 (11)
2位	スウェーデン (2)	12位	ルクセンブルグ (12)
3位	オランダ (9)	13位	アイスランド (13)
4位	米国 (4)	14位	日本 (16)
5位	イギリス (3)	15位	フランス (18)
6位	デンマーク (8)	16位	香港 (14)
7位	シンガポール (6)	17位	イスラエル (21)
8位	フィンランド (5)	18位	カナダ (15)
9位	ドイツ (10)	19位	ノルウェー (22)
10位	アイルランド (7)	20位	オーストリア (20)

注：カッコ内の数字は前年の順位  
出所：WIPOホームページ

2017年版のGIIの基礎データから日本の強みと弱みを読み取ると、表2のように、「整理解雇のコスト」、「国内競争の集中度」、「R&Dの民間比率」、「自国民の特許出願」等の指標では世界ランクの上位にあるのに対し、「起業のし

やすさ]、「教育への支出/GDP比」,「インフローFD(外国企業の対日投資)/GDP比」,「ICT輸出/全貿易比」等の指標では下位にあり,このことが低い総合評価の原因になっていることがうかがえる。

表2 イノベーションについての日本の強みと弱み

分類項目	日本が上位にある指標	日本が下位にある指標
A. 制度	整理解雇のコスト 破産処理のしやすさ	起業のしやすさ 納税のしやすさ
B. 人的資本・研究	生徒の学習到達度 R&D/GDP比	教育への支出/GDP比 理工系大学生比率
C. インフラ	電子政府への市民参加	総固定資本形成/GDP比
D. 市場の精緻化	国内競争の集中度	クレジット獲得のしやすさ 個人投資家の保護
E. ビジネスの精緻化	R&Dの民間比率 パテントファミリー数	インフローFD/GDP比 R&Dの外国企業比率
F. 知識・技術の生産	自国民の特許出願 技術貿易/全貿易比	ICT輸出/全貿易比 新規事業/人口比
G. コンテンツの生産	なし	コンテンツ輸出/全貿易比

出所: WIPOホームページ

このことから導かれる日本の課題は, ①大学教育(特に理工系)への投資, ②外国企業の日本市場への参入の容易化, ③新ビジネス起業の容易化, ④コンテンツの発信力(特に輸出力)の強化の4点に集約される。①の大学教育(特に理工系)が日本の弱みというのは意外な気もするが, 実は日本の大学進学率(52%)はOECD(経済協力開発機構)諸国の平均値(58%)より低く, 特に全学生数に占める理工系学生数の割合(33%)が小さく, かつ, 大学教育に対する政府支出の対GDP割合(0.5%)はOECD諸国の中で最低レベルにある<sup>1)</sup>。この問題は, 文部科学省や総合科学技術・イノベーション会議において対策がとられ始めているので, 今後は改善が期待できるが, いずれにせよ, ①は知財法制それ自体の問題ではない。また②③④の問題は, 知財法制に関係はするが, それ自体に原因があるとまでは言えない。例えば, ②に関し, 外国企業の対日投資が少ない理由を分析した内

閣府の報告書<sup>2)</sup>によれば, その主な理由は「経営権取得の困難性」や「外国人労働者の雇用困難性」等であって, 「知的財産保護の不十分性」は大きな理由にはなっていない。要するに, 日本のイノベーションにとって主たる課題は, 知財法制それ自体ではなく, 知財の創造・活用の局面に関する政策にある。

とはいえ, 知財法制に課題がないわけではない。むしろ中長期的には大きな課題を抱えている。具体的には, グローバル化・デジタル化・価値多元化への対応である。グローバル化とは, 言うまでもなく, 国境を越えた活動が活発化し, 世界各国の結びつきが深まることである。デジタル化とは, データが競争力の源泉となる時代への移行という意味である。価値多元化とは, 人々の価値観が多様化し, また公共政策の目標(追求価値)が多元化することによって, 目標が異なる公共政策(例えば, 特許と公衆衛生, 著作権と表現の自由)の間の調整が難しくなることをいう。以下では, これら3つのトレンドへの対応という観点から, 特許制度を中心に今後の知財政策のあり方について考える。

### 3. グローバル化への対応

#### 3.1 グローバル特許システムの実現

各国特許法のハーモナイゼーションについては, パリ条約(1883年)を補完するTRIPS協定(1994年)や特許法条約(2000年)の成立により, 保護レベルの接近化はある程度進んできているが, 審査実務は各国まちまちである。また広域特許システムについては, 1978年の特許協力条約(PCT)の発効により, 1つの出願で複数の国で権利を取ることが容易にするためのシステムが実現しているが, 国内の手続きは残存し, 国ごとにその国の言語で権利を取得する必要がある。訴訟も国ごとである。現在までのところ, 出願から訴訟までのプロセスを複数の国にまた

がって統合した特許システム（ここではこのようなシステムを「グローバル特許システム」と呼ぶ）は、EUの単一効特許・統一特許裁判所制度<sup>3)</sup>を除いて実現していない。政治的・経済的統合が格段に進んでいるEUにおいてさえ議論の開始から合意まで約40年の歳月を要し、その先行きもまだ明らかではない。世界の他の多くの地域では議論を始めることさえ難しい状況にある。

こうした統合化の難しさの背景には、「言語の壁」と「裁判の壁」とこの2つと重なる「主権の壁」という3つの壁がある。言語の壁とは、どの国も自国の公用語で手続をすることを求めることである。裁判の壁とは、権利の効力がその国の裁判管轄の及ぶ範囲にとどまることである。主権の壁とは、各国が権利の付与や訴訟について他国の干渉を排し、国際法に反しない限り自国の利益の最大化を追求して行動すること（自国第一主義）である。これらの壁のために、グローバル特許システムに対する各国政府の姿勢は、一般に消極的でミニマムなものにとどまっている。

しかし、今後、潮目が変わる可能性がある。そう思われる理由の1つは、企業の知財戦略の変化である。もう1つは、自動翻訳の進化である。このことをもう少し詳しくみてみよう。

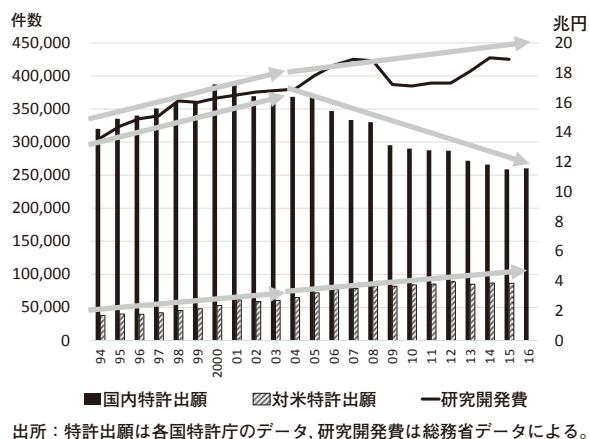


図1 研究開発費と特許出願件数

第1に、日本企業の研究開発費（R&D）と特許出願の関係を見てみると、従来、国内特許出願件数はR&Dに比例し、外国出願件数は国内特許出願件数に連動する傾向が見られたが、2004年ごろからこの相関性が崩れている（図1）。2004年から2016年までの13年間でR&Dが12%増えているのに対し、国内出願件数は30%減少し、他方で国内出願の減少にもかかわらず、対米出願は34%も増加している。対欧・対中についても同様の傾向である。このことは、日本企業の知財戦略が「国内市場中心戦略」から「最初から世界を視野に入れたグローバル戦略」へ変化し、また国内特許出願の数を重視する「クロスライセンス戦略」から、営業秘密や特許の排他性も戦略的に活用する「オープン&クローズ戦略」<sup>4)</sup>へ変化していることを裏付けている。これを費用面からみてみると、2004年度の日本全体の出願系費用は5,176億円で、そのうち外国関連分が57%（2,950億円）であったのに対し、2015年度には出願系費用（5,049億円）に占める外国関連分の割合は72%（3,635億円）に増加している<sup>5)</sup>。要するに、日本企業の知財活動は、すでに外国市場メインになっている。したがって、グローバル特許システムが実現すれば、日本企業は大きな利益を受けることができる。このことは世界各国のグローバル企業にとっても同じである。外国企業による直接投資はイノベーションの促進要素の1つであるから、グローバル特許システムの実現は新興国にとっても長期的にはプラスに働くはずである。

第2に、自動翻訳の進化についてみてみると、近年は、文法規則と辞書データから翻訳を行う「文法方式」から、大量の対訳データを解析して適訳を見つける「対訳方式」へ進化し、自動翻訳の質が著しく向上している。特許文献については人手による対訳データが大量に存在しているので<sup>6)</sup>、特許文献の自動翻訳が実用レベルに達するのは時間の問題である。このような自

動翻訳の進化は、一方で特許情報が世界に瞬時に広がることを可能とし、「国内で出願、国内で公開」という伝統的国内特許制度の基盤を揺るがし、他方で「言語の壁」を技術で乗り越えることを可能とし、グローバル特許システムの実現の可能性を高めている。

「どの国も自国の利益を優先するのでグローバル特許システムなど夢物語」との見方もあるかもしれないが、グローバル経済下で各国が自国の利益のみを追求して行動したのでは、結局、どの国も自国の利益を達成することはできない。金融政策では国際協調主義が全体の利益をもたらすことが明らかにされている<sup>7)</sup>。知財政策についても各国が主権の一部を互いに譲歩することによって初めて自国の利益を大きくすることができる時代に入っている。各国は新しい時代にふさわしいグローバル特許システムの構築を進めるべきである。

### 3. 2 今後の進め方

グローバル特許システムを実現するための今後の議論の進め方として、(A) 特許審査ハイウェイ (PPH) の場合と同様に、米国等との間で二国間協議を進めて行く、又は (B) グローバル特許システムをPCTの発展形（国際調査報告書の拘束力の強化）と位置づけて日米欧三極特許庁／日米欧中韓五庁の間で議論するアプローチが考えられる。両方を並行して進めて行くことも可能である<sup>8)</sup>。

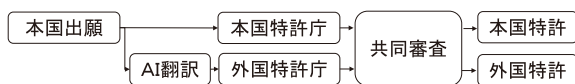


図2 二国間協力による共同審査（第2ステップ）

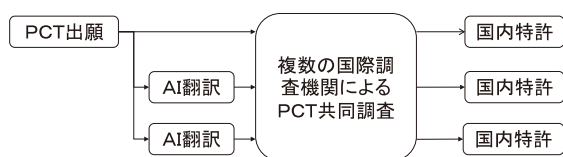


図3 三極／五庁協力によるPCT共同調査

二国間協力の場合、図2のように、各国の出願人は自国語で出願し、他国の特許庁はAI翻訳を受領し、両国の審査官が共同して審査し、国内特許を平行に付与する（日米特許構想）。三極又は五庁協力の場合、図3のように、PCT出願を対象とし、複数の特許庁が共同して1通の国際調査報告書を作成し、各国は同報告書を原則そのまま受け入れる（スーパーPCT構想）。いずれの場合も各国は国家主権の一部を譲歩することが求められる。このことは「言うは易く行うは難し」である。次に示すように、実行可能なところからスタートし、ステップバイステップで協力のレベルを上げていくやり方が現実的であろう。

日米二国間協力の場合、第1ステップは、「協働調査」である。これは、日米に共通に出願されている同一内容の出願について、日米双方の審査官がICTと自動翻訳を駆使してオンラインで協議しながら引用文献の調査や評価を行うことである。実はこれは「日米協働調査試行プロジェクト」としてすでに行われているものと同じである<sup>9)</sup>。日米協働調査試行プロジェクトは「審査の質の向上」を目的とするもので、本稿の「日米特許構想」とは目的が異なっているが、やっていることは事実上同じである。

第2ステップは、「共同審査」である。「協働調査」が第一次アクション前の調査であるのに対し、「共同審査」は出願人からの応答への対応を含め最終アクションまで共同して行うものである。「審査基準が統一されていない段階で共同審査は困難」との見解もあるかと思われるが、個々の案件について日米の審査官が「日本の基準ではこうなる」「米国の基準ではこうなる」というようなやりとりを繰り返しながら相互理解を深めて行くことこそ審査基準の調和への近道である。審査基準の調和は上から行うものではなく、下から積み上げていくものである。特許庁には勇気をもって第2ステップへ進んで

もraitたい。

第3ステップでは、日米で同じ結論が出るよう拘束性を高めることとし、そのための所要の法改正を行う。この段階で日米特許構想が実現する。ここまで十数年は要するであろう。

一方、裁判に関する国際協力（適用法、裁判管轄、外国判決の受入れに関する協力）については、権利の種類によって進め方がおのずと異なるが、特許に関して言えば、第1ステップとして、「国ごとの権利」を前提に、サイバー空間上の特許権侵害の解釈や国際的差止命令（global injunction）のあり方に関する見解の擦り合わせなどから始めることが考えられる。この研究には、政府関係者や出願人団体のほか、裁判所関係者、知財法学者、国際私法学者等も加わることが望まれる<sup>10)</sup>。

第2ステップでは、例えば、原告が日本と米国に平行な特許を有し、被告が両国の特許を侵害している場合において、原告が被告の居住国の裁判所でまとめて訴えを起こすことができるかという問題について検討し、外国法令に基づく侵害の判断や外国会社（被告）に対する差止命令の実効性等に関する二国間合意を締結することが考えられる。

第3ステップでは、日米特許構想の実現を前提に、特許の有効性の判断も侵害の判断も1つの裁判所（日米共同特許裁判所）で行う方向に進んでいくことが考えられる。このことは「セントラルアタック」のリスクをとまなうので、それを上回るメリットを提示できるかどうかがかぎとなる。より大きな問題は、両国の司法権との関係である。一案として、同裁判所を「国際機関」として設立し、両国の裁判官を「国際裁判官」として派遣し、同裁判所が下す「意見」を各国が所定の要件下で受け入れて一定の効力を認める方式が考えられる。

以上のような権利取得及び裁判に関する二国間の取決めは、多くの国に広げることが望まれ

る。そのための交渉は、本来であれば、WIPOなどのマルチの場で行うのが理想であるが、交渉がまとまらない可能性が高い。1990年代以降、知財は南北間の貿易交渉の取引材料となっており、マルチでのルール作りが難しくなっている<sup>11)</sup>。グローバル特許システムの交渉は、二国間又は複数国間で実務的に進めるのが現実的である。

## 4. デジタル化への対応

### 4. 1 知財法制の課題

ICTの進展により、物や人から多種多様で大量のデータが収集され管理されるようになっており、これらのデータ又はそれを活用する技術が企業の競争力に重要な役割を果たす時代に移りつつある。こうした新しいトレンドに対応し、国民生活の利便性の向上やイノベーション促進の観点から様々な新政策が打ち出され<sup>12)</sup>、知財法制についても見直しのための検討が始められている<sup>13)</sup>。もっともICTの進展に対応した知財法制の見直しは今に始まったことではなく、早くも1970年代にはプログラムに関する発明の審査基準の改訂（1975年）やプログラムやデータベースの著作物性に関する著作権法改正（1975・76年）が行われている。インターネットの時代に入ると、公衆送信権の創設（1998年）、ビジネスモデル出願に対応した審査基準の改訂（1999年）が行われ、プログラム等を特許法上の「物」として扱う旨の改正（2002年）も行われている。

しかし、今後はこれまでとは異なる難しい対応が求められる。欧米にモデルがなく、手探りで前へ進んでいかななくてはならない。この問題について検討した経済産業省の「第四次産業革命を視野に入れた知財システムの在り方に関する検討会」は、データの利活用、産業財産権システム、国際標準化の3つの観点から今後の課題を整理し、提示している（2017年4月）。

本稿では同検討会が提示している諸課題に関連し、①現行法による保護から漏れるデータを新たな法制により保護する必要があるか、②データは一般に特許法上「物」か、③IoT関連の標準必須特許の円滑な利用を目的として「標準必須特許裁定制度」を創設することは適切かという3つの論点について考える。

論点①は、現行法上、情報の選択又は体系的構成に創作性のあるデータベースは著作物として保護され、また所定の要件を満たすデータは不正競争防止法により営業秘密として保護される。創作性のないデータベースや営業秘密にあたらぬデータをどう扱うか、法改正による新たな保護は必要ないかという論点である。

論点②は、現行法上、プログラムは「物」として扱われ、「データ構造」又は「構造を有するデータ」もプログラムに準ずるものとして「物」として扱われているところ<sup>14)</sup>、「データ構造」又は「構造を有するデータ」以外のデータはどう扱うかという論点である。

論点③は、FRAND宣言をした標準必須特許を有する者による不適切な権利行使は民法上の権利濫用の法理や独禁法で対処可能であるところ<sup>15)</sup>、アウトサイダーによるホールドアップ問題に対処するためには特許利用者の申請に基づく新裁定制度の導入が必要ではないかという議論である<sup>16)</sup>。

## 4. 2 論点についての検討

私見は、やや消極的であるが、デジタル化の将来を予測して最適な知財法制を先取りすることは現実論として難しく、法改正は、改正の効果を事後的に検証し、段階的に進めて行かざるをえない。この立場から、前記3つの論点について私見を述べれば、以下の通りである。

第1に、論点①については、すでに不正競争防止法改正の方向で準備が進められているが<sup>17)</sup>、データの保有者の立場の強化はかえってイノベ

ーションを阻害するおそれもある。改正の効果の予測が難しい場合、小さな変更から始めてその影響を事後的に計測し、その結果に応じて戻るか前へ進むか決めていくのが賢明である。なお、著作隣接権のような物権的権利を創設することも提案されているが<sup>18)</sup>、見直し（いったん成立した権利の無効化）による混乱が懸念されるので、行為規制法である不正競争防止法によるほうが柔軟性がある望ましい。いずれにせよ、これからの知財法の改正は、事後の検証が重要になる。法改正後にデータを収集・分析し、必要な見直しを行い、段階的に制度整備を進めることになる。社会もそのことを許容することが求められる。また検証には実証分析の専門家である経済学研究者の関与も求められる。

近年、「根拠に基づく政策形成」は当然のこととされているが<sup>19)</sup>、本稿ではそれに加えて、事後の検証を徹底することと、その検証を第三者機関（例えば、内閣府経済社会総合研究所、独立行政法人経済産業研究所など）において行うことを特に強調しておきたい。望ましくは、改正の際、一定期間後に第三者機関による検証とそれに基づく見直しを行うことを改正法に組み込んでおくべきである。産業界には事後の検証に必要なデータの提供が求められる。

第2に、論点②については、「データは物である」ことを明確化すべきである<sup>20)</sup>。その理由は、1つには、プログラムを生産・譲渡の可能性に着目して「物」と整理した平成14年特許法改正との整合性からである。今日においてデータが生産・譲渡の対象となる財であることは明らかである。もう1つの理由は、国際的整合性からである。TRIPS協定や欧州諸国の特許法は発明を「product（物）」と「process（方法）」に二分し、productには有体物のみならず、プログラムのような無体の流通財も含まれるとされていることに注目すべきである。この点に関し、米国がプログラムクレームを保護対象とし

て認めていないのは時代遅れである<sup>21)</sup>。米国はこれを改めるべきである。

なお、カテゴリーの問題と発明の成立性（発明定義該当性）の問題は別であり、データが物のカテゴリーに含まれるとしても、データの発明が全て成立性を満たすわけではない。請求項に係るデータの発明が物の発明として成立するには、ハードウェアとの関連性が必要である。逆にハードウェアとの関連性が認められるデータ（例えば、コンピュータの故障検出用の乱数データ、生産ラインの制御データなど）は、たとえ「データ構造」又は「構造を有するデータ」に該当しなくても物の発明として成立しうる。現行の「特許実用新案審査ハンドブック」（2017年3月改訂）は、発明として成立しうるデータの発明が「データ構造」又は「構造を有するデータ」に限られるように読める点で狭く、再考を要する。

第3に、論点③については、権利濫用の法理や独禁法では対処しえない微妙なケースに備えて公益上の観点から差止請求権の行使を制限するしくみを用意しておく必要はあると思うが、そのしくみとしては、レアケースのために大きな準備費用を要する裁定制度より、公共の利益のための一般的権利制限規定を創設した上で、裁判所が要件該当性を個々に判断する司法アプローチのほうが費用対効果の点で優れている。そのための一般的権利制限規定としては、例えば、TRIPS協定30条（与えられる権利の例外）と同趣旨の制限規定<sup>22)</sup>、又は「公共の利益のための通常実施権の裁定の抗弁」の規定<sup>23)</sup>を設けることなどが考えられる。前者は、いわば「特許版フェアユース規定」である。後者は、特許法93条の裁定の適用可能性を侵害訴訟における被告の抗弁として立法化するものである。いずれの場合も何が公共の利益にあたるかは裁判所が事後的に判断する点がポイントである。

## 5. 価値多元化への対応

### 5. 1 国際動向と日本の現状

1994年成立のTRIPS協定により、途上国を含む全てのWTO加盟国が医薬やバイオテクノロジーの発明の特許保護の対象にすることが義務付けられることになった。この結果、途上国において特許と公衆衛生（public health）の衝突という問題が顕在化するようになった<sup>24)</sup>。特に1996年の国連合同エイズ計画の発足を契機に「特許のために医薬の価格が高止まりし、エイズ患者を始めとする貧しい人々の医薬品へのアクセスが妨げられている」との批判が高まってきた。こうした批判を受けて、TRIPS協定の一部改正の決定（2003年）が行われ、強制実施権に基づいて生産される特許製品の輸出禁止条項の緩和（医薬生産能力のない国への配慮）が図られたが、公衆衛生の観点からの特許批判は今も続いている。

同種の問題は欧米諸国でも生じており、例えば、米国では、治療方法の特許適格性を否定したMayo事件最高裁判決（2012年）、乳がん遺伝子の特許適格性を否定したMyriad事件最高裁判決（2013年）が続き、この分野の特許保護のあり方に関する根本的見直しが迫られている。EUでは、ヒト由来のES細胞関連発明のドイツ特許を公序良俗（生命倫理）の観点から無効としたEU司法裁判所判決（2011年）が出され、欧州バイオ産業界に深刻な影響を与えている。また著作権の分野では、インターネット関連の著作権の保護強化の動きに対し、表現の自由の観点から反発が生まれている。2012年に欧州議会が「偽造品の取引の防止に関する協定」（ACTA）を否決したのもそうした流れの中のできごとであるとみることができる。

このように、グローバル化とデジタル化の流れの中で知財の保護範囲が拡大し、権利が強化



され、その結果として、知財と非経済的価値の衝突問題が顕在化するようになってきている。問題の背景には、先進国と途上国の南北対立（貿易問題）という側面もあるが、同時に価値観の対立という側面もある。後者の問題は「足して2で割る」調整が本質的に不可能である。とはいえ、「特許より健康が大事」、「著作権より表現の自由が優先する」といった観念論のみでは現実の問題は解決しえない。他方、「公衆衛生は特許制度と無関係である」、「著作権の保護は著作者の経済的保護を通じて表現の自由に貢献する」といった功利主義の立場からの説明のみでは、世界の一般市民の納得感を得られなくなる可能性もある。イノベーションと社会的正義のバランスをどう実現していくか真剣に考えなくてはならない時期に来ている。

この点に関し、日本では途上国や欧米諸国にみられるような知財と非経済的価値の衝突といった問題は今のところ生じていない。そのことにはある意味で幸いであるが、反面、この問題についての検討が不十分で、国際交渉に十分貢献できていない。国際交渉に参加する担当官庁のみならず、大学界や産業界においても問題の存在を認識し、国際的視野から問題解決の方策を考えておく必要がある。以下は今後の検討のための私見である。

## 5. 2 問題解決の方策<sup>25)</sup>

特許の論理からいえば、特許制度は新薬の開発のための投資を促し、公衆衛生にも寄与する公共政策であって、製薬企業が医薬の発明について特許を求めることは全く正当な権利である。一方、公衆衛生の立場からいえば、医薬品を使用しないことには生きていくことができない患者にとってその医薬品へアクセスすることは正当な権利（基本権）である。医薬品へのアクセスは、特許制度の例外（お目こぼし）ではなく、特許を超越する基本権であるという理解

である。

問題は、ともに正当な権利の対立をどう調整するかである。もちろん特許と公衆衛生の衝突は、公共の利益のための強制実施権制度によって理論的には調整可能である。しかし、実際には何が公共の利益かの判断が各国に委ねられているため、その運用をめぐる国家間の争いがある。一般に先進国は特許によるイノベーション効果を重視する立場から、強制実施権の設定に抑制的で、公共の利益を狭く解釈する傾向にあるのに対し、途上国はその反対の立場にある。

このような特許と公衆衛生の対立（一般に知財と非経済的価値の対立）を調整する上で大事なことは、一方が他方に常に優越すると決めつけるのではなく、また互いに無関係と突き放すのでもなく、ともに等しく正当な権利と認めた上で、特許制度の法目的（イノベーション）より高いレベルから「比例原則」に基づいて調整を図ることである。比例原則とは、「雀を撃つのに大砲を使ってはならない」という格言で表される法の一般原則で、ある行政目的を達成するために必要最小限度を超える不利益を課するような規制手段（私人の権利の制限）をとることを禁ずるものである<sup>26)</sup>。

この原則を公衆衛生目的のために特許権をどこまで制限できるかという問題に適用すると、例えば、鳥インフルエンザが猛威をふるっているとき、特許医薬の増産によって初めて問題の解決が可能である場合、強制実施権を設定することは適切である。しかし、慢性的な糖尿病の予防を目的として、ある特許医薬が高価格であるという理由で強制実施権を設定するとすれば、それは不適切であるということになる。その目的のためには様々な代替手段がありえ、ただちに強制実施権の設定という手段をとることは必要最小限度を超えた不利益を当事者に課すことになるおそれがあるからである。

このように、公衆衛生のための特許権の制限

は、「特許より健康」といった観念的・固定的優先順位によってカテゴリカルに対処するのではなく、1つ1つのケースについて比例原則を適用することによってきめ細かく調整すべきである。特許と公序良俗、著作権と表現の自由についても同様である。

知財と非経済的価値の問題に対処する上でもう1つ重要なことは、「ルールとスタンダードの協働」である。この種の問題の解決のために、様々なステークホルダーの利害を事前に調整して精緻なルールを制定することは難しく、仮に制定できても技術革新や国民意識の変化に対応できなくなるおそれがある。EUでは「ヒト胚の産業的・商業的利用」を公序良俗に反する発明の具体例として法律で定めたために、その解釈をめぐる訴訟が生じ、裁判所による法解釈の結果、ヒト胚由来のES細胞に関する発明は全て公序良俗に反するものとして特許を受けることができないという事態になっている。

一方、公衆衛生や公序良俗に係る問題について特許法に特にルールを定めず、問題の解決をもっぱら司法に委ねることとしている米国では、医療特許や遺伝子特許の適格性をめぐる争いを裁判所及び当事者（当事者が病院関係者、人権団体等であることもある）が解決し、政府（米国特許商標庁）が直接関与できないところで特許政策の根本的変更が行われるという不安定な事態が生じている。

私見では、多元的価値に係る問題は、過度に精緻なルールを定めるのではなく、また特許制度に無関係なものとして特許制度の外に放り出すのでもなく、例えば、公序良俗について言えば、日本特許法32条のような「公序良俗に反する発明は特許を受けることができない」という一般規定（スタンダード）を定め、公序良俗とは何かの具体的線引きは、当事者の主張と裁判所の判断に委ね、必要があればその判断の積み重ねの上に新ルールを改めて組み立てるとい

「ルールとスタンダードの協働」によることが合理的であると考え<sup>27)</sup>。

筆者は前節の終わりで「標準」に関し、「公共の利益のための一般的権利制限規定」を設けることを提案したが、これはむしろ多元的価値に係る問題にこそ適用されるべき規定である。その適用のために重要なことは、比例原則に基づいて必要最小限度の権利制限を行うこと、ルールとスタンダードの協働という視点から司法と行政と立法の適切な役割分担をデザインすることである。今後は特に司法による法形成の役割が大きくなっていく。司法がその役割を果たしうようするためには、法曹人材のレベルアップと大学研究者の政策提言力の強化が必要である。法科大学院の新しい役割の一つはそこにあると考えている。

## 6. おわりに

以上、グローバル化・デジタル化・価値多元化の3つに分けて、それぞれに関係する今後の課題について論じてきたが、最後にこの3つに共通する横断的課題をまとめておきたい(表3)。

表3 今後の課題（まとめ）

	グローバル化	デジタル化	価値多元化
個別的課題	言語の壁を超えたグローバル特許システムの構築	事後の検証及び司法アプローチによる段階的の制度整備	比例原則及びルールとスタンダードの協働による調整
横断的課題	<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-bottom: 5px; text-align: center;">国内政策と国際政策の統合</div> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-bottom: 5px; text-align: center;">オープン・討議的な政策形成</div> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; text-align: center;">俯瞰的な立場からの政策形成</div>		

第1に、国内政策と国際政策の統合。イノベーションのためには、日本企業の海外展開と外国企業の対日投資をともに促進することが必要である。そのためには、世界全体にとって望ましいグローバルな知財システムを構想しつつ、日

本の知財制度を総合的に設計する必要がある。その意味で、国内政策＝国際政策である。

第2に、オープン・討議的な政策形成。これからの知財制度改革の論点は立場によって意見が異なるものが多く、だれもが納得する解決策を提示することは難しくなっていくと思われる。外国政府・団体を含む様々なステークホルダーからの知見を積極的に取り入れて、見直しに活用するとともに、法改正の前はもちろん、後にも討議の機会を提供することによって多くのステークホルダーの納得感を少しでも高める努力をすることが重要である<sup>28)</sup>。

第3に、俯瞰的な立場からの政策形成。知財政策はできるだけ高く広い視野で考えるべきである。例えば、特許の審査・審判や裁判は、ただ迅速化や保護拡大を目標とするのではなく、イノベーションの観点からそのあり方を考えるべきである。また国内のイノベーションだけではなく、国際的なエンフォースメントや国際課税システムなども視野に入れて、グローバルなイノベーションの観点に立つべきである。さらに言えば、イノベーション以外の公益も考慮する必要がある。今後の知財制度の設計にあたっては、目標を例えば「社会の持続的発展」等の高次のものに設定し、知財制度の外からの視点で知財制度を考える必要がある。そのような俯瞰力を備えた知財人材を育てるには、「府省横断的な人事ローテーション」や「産官学間の人材交流」などをいっそう拡充することが有効ではないかと考える。

知財制度はこれまでどちらかといえば限られた範囲の専門家の集団の中の制度であった。しかし、1980年代以降、グローバル化とデジタル化の進展とともに、知財制度はその外延を国内から世界へ、物からデータへ広げ、それにとともに、世界の普通の人々に直接関係する制度へ発展しつつある。その結果、社会的正義との調整も求められるようになってきている。今後ともそ

の傾向は強まるように思われる。繰り返しになるが、新しい時代においても知財制度がその役割を果たすことができるように、国内政策と国際政策の統合、オープン・討議的な政策形成、俯瞰的な立場からの政策形成という視点から、今後の知財政策の検討を進めることが望まれる。

## 付 記

本稿に係る研究は、科研費基盤研究（A）「知的財産権と憲法的価値」（課題番号15H01928）から助成を受けたものである。

## 注 記

- 1) 本文中の日本の大学進学率及びOECD諸国の平均値等は、2016年発行のOECD報告書（「Education at a Glance 2016」）による。
- 2) 内閣府政策課題分析シリーズ第1回「対内・対外直接投資の要因分析—なぜ対日投資は少ないのか」図表2-8（内閣府、2008年）。
- 3) 2015年に合意された単一効特許・統一特許裁判所（UPC）制度は、英独仏を含む13か国によるUPC協定批准により施行されることになっているが、2017年12月末現在で未施行である。英国知財庁は英国がEUを離脱してもUPC協定を批准する意向を表明しているが、英国議会における批准はまだ行われていない。ドイツでは違憲訴訟が提起されており、批准の時期はその訴訟の決着後にずれ込む可能性がある。今後のポイントは、英国による批准が行われるか否かである。
- 4) 私見では英語的には「オープン&クローズ戦略」が正しい表記ではないかと思っているが、ここでは慣用表記にならって「オープン&クローズ戦略」とする。クローズとは、営業秘密や特許の排他性を活用し、他者に自社技術を使わせないことをいい、オープンとは、他者に自社技術を使わせることをいう（『ものづくり白書2013年』（経済産業省）参照）。ただし、自社技術を公開する／しないの意味でオープン／クローズの語が使われる場合もある。
- 5) 2004年度及び2015年度のデータは、それぞれ特許庁の平成17年度及び平成28年度の「知的財産活動調査」による。「出願系費用」とは、「産業

- 財産権の発掘から権利取得、権利の維持に要した費用」であり、弁理士費用等の外注費を含み、社内の担当者の人件費は含まない。
- 6) 例えば、日米二国間では、過去約50年間（1965-2016年）の累積で、日本から米国への出願が約200万件、米国から日本への出願が約100万件、合計約300万件の対訳データが存在する。
  - 7) 早川英男「国際的政策協調：その可能性と限界」金融研究6巻2号69-92頁（1987年）は、各国の金融政策当局が長期的利益を考慮して政策運営をすれば協調は維持可能であることをゲーム理論に基づいて明らかにしている。
  - 8) 五庁は2018年5月からPCTの国際調査報告書の質の向上を目的とする協働調査を試行的に始める予定である。
  - 9) 日米協働調査試行プログラムについては、2017年10月17日付け特許庁HP参照。特許庁による報告として、加藤範久「日米協働調査試行プログラムの現状について」知財研フォーラム108号32-39頁（2017年）がある。また出願人側からの評価として、「日米協働調査に対する期待」知財管理66巻3号274-287頁（2016年）がある。
  - 10) 知財と国際私法の関係に関する研究として、河野俊行編『知的財産権と涉外民事訴訟』（弘文堂、2010年）。同書は、日米欧の知財研究者と国際私法研究者の共同研究の成果として、国際的な知的財産訴訟のための法的スキームを提唱している。
  - 11) 例えば、実体特許法条約交渉は今から20年以上前にスタートしたものであるが、現在も妥結の見通しは立っていない。意匠法条約については、10年近い交渉の結果、ほぼ議論は尽くされているが、採択のための外交会議がいつ開催されるかは未定である。
  - 12) ビッグデータの利活用の推進のための基本法として「官民データ活用推進基本法」（2016年）が制定され、これに基づき「官民データ活用推進基本計画」（2017年）が策定されている。この計画は、具体的施策として、政府手続のオンライン化原則、オープンデータの促進、国・地方の官庁のシステムの規格整備などを提言している。
  - 13) 知的財産推進計画2017は、データの利活用に関し、契約ガイドラインの策定、不正競争防止法の見直しの検討、データ構造の特許審査に関する周知等の取組みを行うことを定めている。
  - 14) 特許庁編『産業財産権法の解説（平成14年改正）』13頁（発明協会、2002年）。
  - 15) 権利濫用の法理については、知財高裁判決平成26年5月16日（アップル vs サムスン事件）、独禁法については、「知的財産の利用に関する独禁法上の指針の一部改正」（2016年1月）参照。
  - 16) 産構審知的財産分科会特許制度小委員会による「第四次産業革命等への対応のための知的財産制度の見直しについて（案）」（2017年12月26日）によれば、裁定制度創設の可能性は消えていないものの、新施策の重点は標準必須特許に係るライセンス交渉に関するガイドラインの作成に移っている。
  - 17) 産構審知的財産分科会不正競争防止小委員会第8回会合（2017年11月21日）は、「技術的管理性」、「限定的な外部提供性」、「有用性」等の要件を満たす一定の電子データを保護の対象とする方向で不正競争防止法を改正することを提言している。今後その方向で改正が行われることになると思われるが、改正後に十分な検証とその結果に応じた適切な見直しが行われることが望まれる。
  - 18) 法政大学の西岡靖之教授は、国際的な協調の中で「工業データ権」の創設を日本が提案することを提言している。経済産業省「第四次産業革命を視野に入れた知財システムの在り方に関する検討会」第8回会合（2017年3月6日）資料4。消費者をデータソースとするビッグデータと生産者をデータソースとする工業データ（ディープデータ）は区別して論ずべきであるとの西岡教授の指摘は傾聴に値する。
  - 19) 「根拠に基づく政策形成」の重要性に言及している閣議決定として、「科学技術基本計画について」（2011年）や「経済財政運営と改革の基本方針」（2013年）等がある。また特許制度の改正事項について証拠に基づく分析をすることの有用性を示唆している論考として、中山一郎「特許制度の正当化根拠を巡る議論と実証研究の意義」特許研究60号5-17頁（2015年）がある。
  - 20) データは「物」であると整理することにより、データの発明が特許対象であることが明確になるのみならず、特許製品に対応する3Dプリンティングデータの生産・譲渡等が間接侵害にあたりうることも明確になる。
  - 21) 米国特許商標庁の「コンピュータ関連発明の審査ガイドライン」は、プログラムを記録した記録媒体は製造物（manufacture）にあたるとする

一方、プログラムそれ自体は製造物にあたりないとしている。私見では、譲渡可能な財であるプログラムもコンピュータを動かす道具（製造物）として特許適格性を認めるべきである。

- 22) TRIPS協定30条（与えられる権利の例外）は、「加盟国は、第三者の正当な利益を考慮し、特許により与えられる排他的権利について限定的な例外を定めることができる。ただし、特許の通常の実施を不当に妨げず、かつ、特許権者の正当な利益を不当に害さないことを条件とする。」と定めている。本条と同趣旨の規定を国内法に持ち込むことは国際法上問題にはならないが、著作権法のフェアユース規定の場合と同様、国内での反対論（「侵害を誘発するのではないか」、「罪刑法定主義の観点から問題ないか」等）をクリアする必要がある。
- 23) 具体的な条文案として、特許法104条の3と同様の抗弁の形式で、例えば、「特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟において、相手方による特許法第93条に基づく公共の利益のための通常実施権の設定の裁定の請求によりその裁定がされるべきと認められるときは、特許権者又は専用実施権者は、相手方に対し差止請求権を行使することができない」とすることも考えられる。
- 24) この問題について、山根裕子「知財と医薬品アクセスに関する若干の再考察と提言」『医療と特許』271-294頁（創英社／三省堂書店、2017年）参照。
- 25) この項の記述は、拙稿「医療関連発明の特許適格性と医薬品アクセス問題の背景と解決の方策」『医療と特許』2-10頁（創英社／三省堂書店、2017年）に基づいている。
- 26) 藤田宙靖『行政法総論』102頁（青林書院、2014年）。
- 27) 筆者は「比例原則の適用」及び「ルールとスタンダードの協働」という考え方は、途上国の国

内問題や南北問題にも適用可能と考えている。問題はその適用について途上国の理解を得るにはどうすればよいかであるが、私見を要約すれば、以下のとおりである。まず、知財の交渉を「政治的外交官によるマルチの交渉」（観念論の場）から「知財官庁間の実務協議」（実践論の場）に移すことである。その上で、(1) 特許と公衆衛生等の問題は比例原則に基づいて解決することが経済と公衆衛生の両立にとって有効であること、(2) TRIPS協定の改正問題は現行の条文を所与のスタンダードとして国家間の紛争を解決し、その積み重ねの上に必要に応じて新ルールを形成していくというアプローチをとることが生産的であること等について各国知財官庁の理解を深める必要がある。各国の本国の知財官庁は、政治的外交官とは違って、観念論ではなく、知財を経済発展に結び付けるための実践論を求めていることに留意すべきである。

- 28) 今後の政策形成過程における重点課題として「透明性」を挙げる意見も有力である。例えば、中山一郎「政策・産業界の動き」『年報知的財産法2016-2017』126-147頁（日本評論社、2016年）。この点に関し、筆者（高倉）は、国際交渉の内容を事前に全て公開するのは合意の成立を難しくし、かえって国益を損なうのではないかと考えているが、同時に、「何が国益かの判断するのは政府担当者か国民か」という根源的問いかけへの答え方も含め、国際交渉の透明性のあり方はそれ自体広く討議されるべき問題であるとも考えている。いずれにせよ、政府は「外圧利用」「立法ロンダリング」等の批判を招かないよう最大限情報を公開し、かつ、事前事後の説明責任を果たすべきである。

（原稿受領日 2018年1月1日）