

知財紛争処理システム検討委員会（第2回）

日 時：平成27年11月18日(水)13:00～16:00

場 所：中央合同庁舎4号館12階 1208特別会議室

出席者：

【委 員】伊藤委員長、上山委員、小松委員、東海林委員、高林委員、豊田委員、長谷川委員、二瀬委員、八島委員、山本（和）委員、早稲田委員、杉村委員代理

【関係機関】公正取引委員会事務総局 松本博明相談指導室長
法務省 鈴木昭洋参事官
経済産業省 木村拓也基準認証政策課政策企画委員
特許庁 仁科雅弘企画調査官
最高裁判所事務総局 岩崎晋調整課長
品田幸男行政局第一課長
山下崇審判課長

【事務局】横尾局長、増田次長、田川参事官、北村参事官

1. 開 会

2. 差止請求権の在り方に関する整理

3. 権利の安定性について

4. 閉 会

○伊藤委員長 ただいまから「知財紛争処理システム検討委員会」の第2回会合を開催いたします。

本日は、御多忙のところをお集まりいただきまして、誠にありがとうございます。

初めに、横尾事務局長から御挨拶をお願いいたします。

○横尾局長 事務局の横尾でございます。前回に引き続きまして、お忙しい中、お集まりいただきましてありがとうございます。

前回は、最初はちょっと静かだったのですが、途中から大変良いディスカッションができたと思います。今日は、2回目でございますので、最初から是非飛ばしていただきたいと思っております。

今日は、差止請求権の在り方、前回議論いただいたものの、言ってみれば、整理をしたもので前半を行っていただいた後、権利の安定性について御議論いただくということでございます。時間はたっぷりありますので、是非、論点を出し尽くしていただくような率直かつ闊達な御議論をいただきたいと思いますので、どうぞ、よろしくお願ひいたします。

○伊藤委員長 ありがとうございました。

第1回の会合につきましては、八島英彦委員が御欠席で、本日の会合からの御出席になりますが、どうぞ、よろしくお願ひ申し上げます。

○八島委員 八島でございます。よろしくお願ひします。

○伊藤委員長 また、岡部譲委員、別所弘和委員、森田拓委員、山本敬三委員及び渡部俊也委員につきましては、本日は、所用のため御欠席でございますが、岡部委員の代理といたしまして、杉村純子様に御出席いただいております。

○杉村委員代理 岡部の代理の杉村でございます。よろしくお願ひします。

○伊藤委員長 どうぞ、よろしくお願ひ申し上げます。

それからなお、関係機関といたしまして、公正取引委員会、法務省、経済産業省及び特許庁並びに最高裁判所から御出席をいただいております。

それでは議事に入りたいと存じます。

まず、前回議論審議していただきました、差止請求権の在り方につきまして、前回の議論を踏まえまして、事務局が整理（案）を作成しましたので、事務局から説明をお願いします。

○北村参事官 差止請求の前に資料1を御覧ください。

『知財紛争処理システム検討委員会』における基本的視点」という紙を委員長とも御相談の上、御用意させていただきました。

こちらは、前回の第1回会合にて、検討全般についての御審議をいただきましたので、それを踏まえて、こういった視点を踏まえながら今後議論をいただくのがよろしいのではないかということで作成させていただいたものでございます。

ポイントは3点ございます。

まず「(1)『利用者』の視点」ということで、中小企業等を含めた国内外の利用者にと

って納得感が高く、使いやすい仕組みとすることを目指すというもの。

2点目「(2)『経済的合理性』の視点」ということで、紛争が主に企業間の争いであるということを踏まえて、経済的な合理性があるとみなされる環境を整えることを目指すというもの。

3点目「(3)『国際的』視点」ということでございます。

あと、本文の3番目のパラグラフの中でも、可能な限り客観的なデータに基づき、実態に即した検討を行うというところも重要なところと思っており、以上、基本的視点として整理をさせていただいたところでございます。

続きまして、資料2「差止請求権の在り方に関する整理（案）」でございます。

こちらは、前回、御議論いただいたことを踏まえまして、事務局で整理（案）を作成させていただきました。

「1. 現状と課題」のところは、説明は割愛いたします。

「2. 論点」のところから入ります。

まず、①、差止請求権の基本的な考え方でございます。差止請求権の制限については、立法で制限すべきというような御指摘もございますが、権利濫用法理については、裁判所にとって必ずしもハードルが高いとは言えないと考えております。

また、差止請求権ですけれども、特許権の根幹でもありますので、これを一律に制限するということは、ライセンス交渉等に影響を与えて、特許権の価値を著しく損なうおそれもあるということで、2ページ目の最初のパラグラフにありますように「したがって、差止請求権の制限については例外的に行われるべきであり、基本的には、権利濫用法理や競争法などにより、個別事案に応じて対応することが適当と考えられる。」ということで、差止請求権の総論のところについては、こういった御認識かと思いまして、整理をさせていただいたところです。

最初の個別論点ですけれども「② 標準必須特許の場合について」でございます。

2つ目のパラグラフ「この点」とありますけれども、標準必須特許については、回避できないという権利の性質から、何らかの手当てをするべきという御指摘もある一方で、一律に制限いたしますと、ライセンス交渉に影響を与えて、特許権の価値を損なうおそれがあるということかと思いますので「したがって」というところにもありますが、標準必須特許における差止請求権の制限についても、個別の事案に応じ対応するということが適切であって、権利濫用法理とか、競争法による対応をいずれにしても技術標準化とか、産業の発達に与える影響、あと、国際的な観点等も踏まえて、権利者と利用者のバランスを考量して対応することが適当と考えられると整理をさせていただきました。

「なお」のところもありますが、現在、公正取引委員会で検討している独占禁止法上の指針の一部改正案についても、権利者と利用者のバランス等を考慮して、慎重な検討がなされるということが期待されるとさせていただいております。

2つ目の個別論点であります、PAEによる権利行使の場合についても、ほぼ同様の整理で

ですが、2ページの一番下にありますけれども、個々の事案ごとに、権利者と利用者のバランス等を考量して対応することが適當と考えられるとさせていただきました。

以上、全てまとめまして、3ページ「3. 方向性案」というところに書かせていただきましたが、差止請求権については、標準必須特許やPAEの場合においても、当面、法改正により一律に制限することは行わず、個々の事案において対応することが適當であると。

権利濫用であるとか、競争法、いずれの場合においても、技術標準化、産業の発達に与える影響、国際的な観点等も踏まえて、権利者、利用者のバランスを考量して対応することが求められると考えられると。

「なお」といたしまして、標準必須特許とかPAE等をめぐる状況については、今後、社会の変化、判例の蓄積等によって変化もあり得るということで、一般法理による対応が困難となる場合も考えられますので、その状況においては、引き続き注視していくことが適當とまとめをさせていただいたところです。

事務局からは、以上です。

○伊藤委員長 ~~それでは、ただいま説明のありました、資料1及び資料2に基づく、前回の議論のまとめ、整理をしてもらったことになりますがにつきまして~~、どの点に関しましても、御意見等ございましたらお願ひいたします。

豊田委員、どうぞ。

○豊田委員 すみません、毎回最初に発言させていただいて、申しわけないですけれども、差止請求権の在り方の中で、公正取引委員会で検討していただいているガイドラインに関して1点補足で発言をさせていただきたいと思っております。

本来ですと、前回の委員会においても議論されておりましたし、今回の整理案の中でも、きちんとまとめていただいておりますし、公正取引委員会としても、慎重に、現在、検討していただいているとお聞きしております。

その中で、改めて発言するということで、ちょっとしつこいなという思いもあるのですけれども、一方で、今回の問題は、かなり特異な領域での取扱いに関するものでありますから、少し提案というほどでもないのですけれども、意見として発言させていただきたいと思っています。

今回の標準規格特許の取扱い云々というのは、ある意味、かなり先端的な技術領域、余り一般的に起こらない事象の中の標準規格特許の取扱いについて、しかもグローバルに展開する、大体の場合は、企業二社間若しくはもう少し複数間になるかもしれませんけれども、その中の特許のライセンスの交渉とか、そういうものの在り方について一定のガイドラインを示すということになるのではないかと思っています。

そういうことからすると、ガイドラインとしてどういう形で提示するかという意味では、いろんな難しい側面もあるでしょうし、文言化するということでいくと、さらにいろんな配慮が必要になってくるのではないかと思っております。

その中で、1つの提案というほどでもないのですけれども、基本の考え方を、いわゆる

タームシートと、契約書をまとめることで、よく使う言葉があるのでそれとも、項目を整理して、考え方なり、論点を明確にして整理をしていくと、そういうレベルで、何らかの共有化なり、考え方を御提示いただけるという可能性はあるのか、ないのか。逆に、この部分がきっちりできていれば、後の文言の部分については、基本の骨格の部分がはっきりしているわけですから、それについていろんな紛れが発生するという可能性は大分低くなるのではないかと思っています。

このような考え方、要は進め方が、公正取引委員会というある意味中立性を問われる活動の中で、活動になじむのかどうかということについては、すみません、全く考慮していませんで、いわゆる一般的な企業活動の中での経験からの提案であって、非常に申し訳ないのですけれども、もし、可能であれば、今後の進め方の1つの提案として検討いただければ幸いかなと思って発言をさせていただきました。

以上です。

○伊藤委員長 ただいまの豊田委員の御発言に関しまして、公正取引委員会の方、何か御発言がございましたら、お願ひいたします。

○松本室長 公正取引委員会の松本です。

豊田委員の方から、具体的な御提案ということで御指摘をいただきました。

前回も我々の現在示しているガイドラインの（案）につきましては、上山委員、小松委員、また、豊田委員から具体的な御提案といふをいただきしております、私も静かにうなづきながら拝聴したというところでございます。

また、別に、我々はパブリックコメントをしておりまして、そのもとに多方面から御意見をいただいておりますので、そういった形で、今、検討を進めているという状況でございます。

御提案の部分でございますけれども、我々、パブリックコメントの受付自体は締め切っておりますけれども、それ以降も事業者の方から意見を伝えたいという方がいらっしゃる場合には、お話を伺うということを実際に行っております。

ということで、我々は意見をお聞きしながら対応していきたいと思っております。

ただ、これは言うまでもないことなのですけれども、今回のガイドラインの改定正（案）といふは、あくまでも現行の独占禁止法の考え方~~に~~照らすとこうなります、ということを示すといふものでございまして、法改正をして新たに規制を加えるとか、従来の解釈を変更するとか、そういったものではないという部分は御理解をいただければと思います。

また、一般公開した場でということであれば、パブリックコメントで、我々としての一時的な案はお示ししておりますので、それについて御意見を伺っている。また、事業者の方は当然ながら、ライセンサーの右側に軸足を置く方とライセンシーの側に軸足を置く方、両方合わさっているか方と、それぞれ立場がありまして、お考えがあると思いますので、そういった意味では、個別に御意見を伺うということもメリットとしてあるのかなと考えております。

いずれにいたしましても、委員の御意見ということと、こちらの小括に書いてありますけれども、公正取引委員会の役割を果たすべく検討をしっかりしていきたいと考えております。

以上です。

○伊藤委員長 豊田委員、よろしゅうござりますか。

○豊田委員 はい。

○伊藤委員長 他の委員の方々、いかがでしょうか。

それでは、ただいま、事務局から提示をしてもらいました整理（案）につきまして、おおむね御異論がないように承りました。

—ので、そこで、基本的視点及び差止請求権の在り方につきましては、先ほど説明の資料の整理で、小括といたしたいと存じます。

これから、他の論点について御議論いただく上で、差止請求権の在り方につきましても、新たな整理検討が必要になるということになりましたら、総括の段階で改めて検討をしたいと存じます。

特段の御発言がございませんようでしたら、次に権利の安定性についてでございますが、この論点に移りたいと存じます。

まず、事務局から権利の安定性に関する論点についての説明をお願いいたします。

○北村参事官 お手元の資料3を御覧ください。「知財紛争処理システムに関する論点整理（権利の安定性関連）（案）」でございます。

1枚めくっていただきますと「1. 知的財産推進計画2015における位置づけ」ということで、1つの検討項目ということで、権利の安定性があるというのを示させていただいております。

その下の2ページですけれども、前回もお示ししたスライドになりますが、もう一度、御説明申し上げますと、本件、特許法第104条の3が平成16年改正で入ったということで、攻撃防御のバランスが防御者有利になってしまったのではないかという御指摘、進歩性の判断については、いろんな状況を加味しながら産業政策上の判断として特許庁が適切かつ迅速に行うべきというような指摘もあることを踏まえて、どのように考えるべきかということで御議論いただきたいと思っております。

個別論点として①、②と挙げております。

①紛争処理の段階ですけれども、特許庁による無効審判制度があるという一方で、侵害訴訟において、いわゆる無効の抗弁規定もあると、このあたりをどう考えるべきかというところ。

2点目として、権利の安定性は紛争の段階だけではなく、審査・審判のところも関連いたしますので、附隨的な論点といたしまして、この2番目も挙げさせていただいておるところです。

3ページ、権利の安定性に関する制度改正の経緯について、ざっとまとめております。

一番左側、異議ですけれども、以前は、付与前異議という制度がありましたが、平成6年に付与後の異議に変わったと。平成15年で無効審判と一本化されて廃止となりましたけれども、平成26年の改正で、また創設されたという経緯がございます。

無効審判につきましても、そこに書いてあるとおりの改正がございまして、平成23年法で幾つか改正も加わったというところでございます。

あと、その右の無効の抗弁ですけれども、平成16年の改正で、無効の抗弁が導入されたと。

平成23年の改正で、無効審決等の確定に基づく再審の訴え等による主張の制限というのも入ったということで、ここに記載をさせていただいております。

我が国では、こういった変遷をたどっておるわけですけれども、他の国でどうなっているかというのを示したのが、その下の4ページになります。

アメリカとイギリスとドイツの状況を記載させていただいております。

アメリカにつきましては、付与後レビュー制度、あと、当事者系レビュー制度という日本で言うところの異議と無効審判にそれぞれ近い制度が導入されているというところと、あと、査定系再審査制度という審査官による再審査を行うという米国特有の制度もございます。

あと、一番下の○ですが、無効の抗弁につきましては、特許有効の推定が働くということがあり、これを覆すには明白かつ確信できる証拠という、審査段階で拒絶にするよりは、ハードルの高い証拠が必要とされるという制度となっております。

イギリスにつきましては、特許長官に対する取消手続あるいは裁判所に対する取消手続というのがそれ存在するということ。

あと、侵害訴訟における無効の抗弁もできるとなっております。

ドイツですが、上から2番目の○、無効訴訟のところですけれども、特許無効を求める訴訟は、連邦特許裁判所に対して提起するということで、侵害訴訟の場においては、特許の無効の抗弁を主張して争うことはできないということで、侵害と有効、無効とが別々のルートになっているという特異的な制度であるということを記載しております。

5ページ、6ページになりますが、権利の安定性に関するアンケート調査ということで記載をしております。

これは、昨年度、特許庁から知的財産研究所に委託をして行った調査から抜粋したものでございます。

左上の円グラフですが、権利者として無効の抗弁、特許法第104条の3が入って権利行使がしやすくなかったかどうかというところを聞いております。

緑色の部分、およそ3分の2の方は変化はないという回答ですが、赤い部分の方が、ややしづらくなったと。青い部分が権利行使がしやすくなつたということで、どちらかと比べると、赤い部分の方が多いという結果になっております。

右上ですが、原告の攻撃手段と被告の防御手段、どちらが充実していますかという質問

で、どちらとも言えないという緑が6割ぐらいある中で、被告側が充実しているという赤い部分の方が、原告側、攻撃手段の方が充実しているという青い部分よりは多くなっているという結果になっております。

その下になりますが、特許権の有効・無効に関する技術的な側面ということで見たときの判断について、左側裁判所、右側特許庁ですけれども、どういうふうに思いますかというアンケートであります。

左側裁判所のほうは、どちらでもないという御意見が半分近くある一方で、妥当である、妥当でないというのが、そこに書いてある割合だけ存在しているという状況です。

右側特許庁ですけれども、やはり、どちらでもないという緑色の部分が半分弱ある一方で、妥当であるとする青いのが半分弱ぐらいあると、妥当でないと回答している部分がおよそ1割ぐらいあるというのが結果になっております。

その下の6ページ、こちらの3つのグラフは、権利の安定性を高めるような仕組みを入れることについてどう思いますかという趣旨のアンケートの結果であります。

左上、時間とともに特許権が無効となりにくくなるような安定性が高まる制度は必要ですかと聞いたところ、どちらでもないというところを除くと、必要、不要、ほぼ半々ぐらいということになっております。

あと、右側、そういう仕組みを入れたときに、事業活動への影響があるか、ないかという聞き方をした場合にも、事業活動をしやすくなる、しづらくなると答えた方が、それぞれ半分ぐらいと。

左下、裁判所で特許権が無効とされる可能性を減らすような施策は必要ですかと聞いたところ、必要、不要、それぞれ同数ぐらいずつあるというのがアンケートの結果ということになっております。

7ページ、日本では、侵害訴訟で3割ぐらい無効になることがあるということを時々聞かれますけれども、それが、そもそも国際的に比較するとどうかというところと、あと、無効審判においてもどうかというものを少しデータとしてお示ししたものでございます。

まず、左側、侵害訴訟における特許の無効率ですけれども、日本は、データを2つとっています、2013年単年と2009年から2013年の複数年でとっていますが、いずれも30%台ということです。

アメリカは単年ですけれども16%、イギリスは、5年間ですが、57%となっております。

ドイツにつきましては書いてございませんが、先ほど申し上げましたように、侵害訴訟のところでは有効・無効を判断しないということですので、侵害訴訟では無効となることはないという仕組みになっております。

右側、無効審判等における無効率ですけれども、こちらは、イギリスのデータがとれませんでしたので、そこは除いてありますけれども、それ以外のところを記載しております。

アメリカ、ドイツ、それぞれ69%、78%という数字になっておりまして、日本は単年でとったときと、複数年でとったとき、若干変動はありますけれども、24%、39%となって

おります。

以上がデータ等ですけれども、個別論点につきまして、次の8ページに、少し文章で書かせていただいております。

真ん中に①ー1とあります「『無効審判（特許庁）』及び『無効の抗弁（裁判所）』の在り方」というところであります。

まず、両制度の性質の違いについて、そこに書いてございますが、無効審判は、専門官庁の行政処分によって付与された特許権の有効・無効については高度な技術的専門性が求められるということで、専門官庁が職権で再度レビューするという制度と理解されております。

他方、無効の抗弁ですが、専門官庁を経ずに、当事者主義の下で、裁判所が直接有効・無効を判断する、それによって紛争の一回的解決が図れるという制度と理解されておるところです。

これに対しては、ユーザーのニーズとして、有効・無効判断における技術的専門性を重視するというニーズもあれば、紛争の一回的解決というニーズもあろうかと思ひますし、両制度の使い分けや併用というところもニーズとしてあると理解しております。

あと、特許権者と被疑侵害者のバランスですけれども、被疑侵害者側は、無効審判の請求あるいは無効の抗弁いずれもできるという一方で、特許権者の側は、基本的に、それらの請求ないし抗弁に対して反論のみができるということになっております。

他方で、訂正審判を請求いたしまして、権利の手直しをするということも可能となっております。

その下、制度導入経緯・趣旨との整合性ですけれども、無効の抗弁に関しては、キルビーの最高裁判決が平成12年にあり、その後、無効の抗弁が平成16年に導入されて、再審の主張の制限が平成23年に入って、異議申立制度が平成26年に入ったという経緯がありますが、これと、どういうふうに整合させるかというところがあろうかと思います。

あと、平成16年に特許無効の抗弁が導入されたときには、無効審判が非常に時間がかかったという背景も1つにはございましたが、最近では、それが大幅に短縮しているというところも考え方どころかと考えております。

次の視点として①ー2とあります「特許権の有効性を信じた者の保護」ということで、これは無効審判とか無効の抗弁は関係なく、相当期間、その特許権の有効性を信じて投資を行った権利者を保護するというような視点もあろうかと思ひまして、こちらに記載をしておるところであります。

こういった視点に立ったときに、どういった検討の方向性があるのかというのをまとめたのが、次の9ページでございます。

検討例①ー1と①ー2は、無効審判と無効の抗弁の在り方に関して対応したところであります。

例えば、検討例①ー1、紛争の一回的解決より有効・無効判断における専門性を重視し

て、無効の抗弁を見直すという発想もあろうかと思います。

具体的には（a）にあるような特許法第104条の3へ、明らかに無効であるときに無効とするという、いわゆる明らか要件を導入するとか、アメリカにあるような無効にするためのより高い証明度の要求をするという制度もあろうかと思いますし、あるいは（b）のように、無効の抗弁で利用できる無効理由を直接的に制限するという考え方もあろうかと思います。

もう少し進みますと、（c）にあるような無効の抗弁そのものを廃止するというようなアイデアもあろうかとは思います。

①-2 ですけれども、侵害訴訟における技術的専門性を更に高めるということで、こういった方向性に立った場合に、どういった出口があるかということを幾つか示しております。

例えば、（a）にあるような裁判所における更なる技術的専門性の向上、専門委員や調査官の更なる充実ということで、裁判所の専門性を直接的に高めるというやり方もあるれば、（b）にありますように、裁判所と専門官庁の連携の強化というものを行うというやり方。あるいは（c）にあるような、侵害訴訟において専門官庁（特許庁）によるレビュー機会を付与すると。例えば、特許庁による有効性の確認の手続であるとか、裁判所から特許庁に意見を求める求意見等、こういったやり方もあるうかと思って提示をしております。

あと、その下の検討例①-3ですが、先ほどの前のページの相当期間投資を行った特許権者を一律に保護するという立場に立った場合に、どういう考え方があるかというのをまとめてあります。

（a）にあるような無効理由を制限するというやり方もあるれば、（b）にるように、一定のタイムリミットを設けるという除斥期間を設定するというような発想もあろうかと思います。

こういったそれぞれの検討例について、どういった留意点があるか、そのメリットだけではなくて、どういったデメリットなり、留意点もあるかというのを示したのが10ページになります。

例えば、検討例①-1、明らか要件を導入する等の考え方立った場合には、技術的専門性を重視した判断が期待できるという一方で、紛争の一回的解決というユーザーニーズに応えられなくなる部分が出てくるというところがあろうかと思いますし、裁判所における技術的専門性を高めるという①-2のような考え方立った場合には、例えば、専門委員や調査官等の質・量の確保という問題も出てきますし、どんどん突き詰めていくと、無効審判との役割分担が、やや曖昧になってくるというところも留意点かと考えております。

最後、①-3 ですけれども、一律に特許権者を保護するというところに立つと、本来、無効の特許が残っていて、それが第三者の事業を妨害するという可能性もあれば、例えば、除斥期間のようなものを設けた場合には、一定期間内に無効審判を提起しなければいけないということで、むしろ、多大なリソースを割くということが必要になってき得るという

ところがあるかと思います。

次の11ページ、12ページは、飛ばさせていただきます。

13ページですけれども、無効審判の審理期間ですが、特許法第104条の3が導入された当時は、無効審判が遅かったという背景もございましたけれども、これは、同時に侵害訴訟と無効審判が走ったときに、判決前と後、どちらに審決が出るかというものをまとめたものです。

ひと昔前は、判決より後に審決が出ていた、縁の部分が何件かありました。直近では、そういう例はなくなっていて、無効審判の方が早く出ているという結果を見てとれるかと思います。

もう一枚めくっていただきまして、15ページ、16ページになりますが、有識者等からの主な御意見をいただいております。それを並べさせていただきました。

左側が無効の抗弁の見直しに積極的な意見ということで、まず、明らか要件を導入すべきというような考え方ございます。

こういう要件を入れて、専門官庁の判断がある程度尊重されるような意味合いを持たせたらどうかという御意見とか、あと、同様に、その下、専門官庁判断の重み付けをすべきということで、進歩性のハードルなどの調整は、行政が適切、迅速にかじ取りすべきというような御意見。その下、無効理由を制限すべきであるとか、無効の抗弁を廃止すべきというような、そこに書いてある御意見をいただいておるところです。

これに対して、無効の抗弁見直しに慎重な意見を右側に並べてございます。

明らか要件というものを入れても余り意味がないのではないかという御意見もありますし、あと、専門官庁の判断の重み付け、アメリカでいうところの有効性推定のようなものも余り意味がないのではないかという御指摘、あるいは無効理由を制限すべきではないとか、無効の抗弁を廃止すべきではないというところの御意見をそこに書いてある御意見としていただいているところです。

その下、16ページですが、無効の抗弁以外のところを幾つか並べてございます。制度の見直しに積極的な意見という左側のところですと、例えば、裁判所の技術的専門性を高めるやり方があるのではないかとか、あと、専門官庁によるレビュー機会を付与すべきというような御意見もあれば、右側にあるように、専門官庁にレビュー機会を付与すると、かえって負荷になるのではないかと、そういった御意見などもいただいているところでございます。

以上が、紛争処理段階での安定性のところでございます。

次の17ページ以降が、個別論点②として、権利付与時、審査・審判の在り方のところですけれども、審査体制とか、品質管理体制の強化を図るというようなところも言われておりますので、ざっと18ページから御説明申し上げます。

18ページ以降、これは、特許庁で行っている品質管理の取組でございます。品質ポリシーやマニュアルを策定したり、品質管理体制の強化あるいは外部の小委員会による評価・

提言なるものを行っているということです。

品質ポリシー・品質マニュアルの策定につきましては、18ページの下に書いてあるような形で策定して、外部にも公表しているというところです。

あと、19ページの左側、特許庁の中では、そこに書いてあるような品質管理体制、緑色のところにありますように、品質管理庁内委員会とか、品質管理官を設けて行っているとか、あるいは、個別の案件については、右側の黄色の部分ですけれども、そういうフローの中で、例えば、決裁時のチェックでありますとか、協議なり、研修なりの実施、そういったところで品質管理を十分に行っているということ。

20ページには、審査品質管理小委員会による審議事項ということもありますし、こういう外部委員会からの指摘も踏まえながら、品質管理に取り組んでいるということでございますので、簡単に御紹介をさせていただきます。

最後、21ページになりますが、これに関して外部の方からも御意見を幾つかいただいております。

まず、特許出願、審査、審判ですけれども、特許訴訟に勝つためには、出願を分割したり、早期審査を請求したりということで、リアルタイムでクレームをうまく作っていく必要があるのではないかという御意見であるとか、権利を潰れにくくするためには、審査に当たって、事前調査をちゃんとすべきであるとか、弁理士もきちんとすべきであるとか、審判もきちんとすべきであるというような御意見をいただいているところです。

あと、制度的なところとして、補正、訂正について御意見をいただいております。権利化後に、その権利範囲を改変できる制度が望ましいということで、今も、その訂正審判というのがございますけれども、もう少し訂正の要件を緩和するなどしていただくと、より権利者にとっていいのではないかというような御意見もいただいているところでございます。

事務局からの説明は、以上でございます。

○伊藤委員長 ありがとうございました。

大きく分けますと、紛争処理の段階と、権利付与の段階、それについての説明がございました。まず、紛争処理の段階について議論をいただきたいと思いますが、制度の経緯や仕組み、それから客観的な事情、そして検討の方向性、それについての考え方の分かれ目あるいはや評価などについて、整理をして提示していただきましたが、どの点からでも、あるいはどなたからでも結構ですので、活発な御意見を頂戴したいと存じます。

どうぞ、小松委員。

○小松委員 また、関西からでございます。

最初に、この問題についてはタスクフォースの委員会でも御議論なさいました。それから、我々が所属している日弁連でもずっと議論をしてまいりました。やはり、そういう専門家が、みんなで議論してきた方向性というのは、かなり私は尊重していくべきではない

かと思っております。

日弁連としては、議論した結果、制度の廃止は反対と。それから、除斥期間を設けることについても反対と、この2つは、大体みんな方向性が一致しておりますし、それ以外については、いろんな意見があるという感じであります。

私自身も、今の2つについては、理由は、ここの中に出でたりしておりますので、個別に改めて御説明申し上げませんけれども、同じような理由でというように考えております。

もう一つ、そもそも裁判所での無効の判断が、無効審判と比べてどうかという、その数字を比較することがいいのかどうかとか、その意義がどれだけあるのかというのはあるのですけれども、ビジュアルでわかりやすいという視点から見たときに、もう一点だけ、無効審決、有効審決に対する知財高裁の取消率というものにも着目しなければならないと思うのです。この視点のデータが、今日は開示されていないと思います。

ごく最近のデータで申せば、2014年では、有効審決の取消率と無効審決の取消率は、大体同じところら辺に集約して42~43%というのになっておるわけです。

大昔、2000年頃までは、有効審決の取消率が、七十~~何~~パーセント、~~そのもう少し後で~~~~すけれども、~~無効審決の取消率が数パーセントという、ほとんど無効にしていくような最終的な判断の方向性であった、それが1つのレベルに集約しているということなので、私は、全体としては安定しているのではないか。しかも、この頃の無効の判断については、昔の阻害要因説風なことではなくて、could-wouldルールであるとか、動機付けを非常に重視するような傾向が相当出てきておるので、そういう意味で、大きな流れとしては、利害関係を抜きにすれば、権利の有効性を安定させていくという方向へ進んでいるのではないかと。それを前提にして、どういうふうに絵を描いていくべきかなと。

ただ、日本は、もっともっと知財について使いやすくしましょうよというふうな声があるわけです。それは、声だけに終わるのではなくて、何らかのものにしていくということについては、私は結構だと思うのですが、そうすると、ツールとしては、特許法第104条の3の廃止ではなくて、何か権利の有効性、推定とか、それはもつといろいろ議論があるかと思いますが、何か使いやすくするような方向での立法解決はあってもいいかなと思っております。

ただし、その場合、今、104条の3が既に存在していて、104条の4もあるわけですね。一旦~~お金を取って賠償金等を回収して~~しまったら、後で無効になってしまっても再審制限するよという民訴法を無視というといけないですが、矛盾するような規定まで入っておるわけでございますので、そことの整合性を考えると、もし、何かするのであれば、侵害訴訟の場面だけで手当てるのではなくて、特許法そのものの権利成立後の条文化というので統一していくかないと、非常な矛盾が生じるのではないかと思っております。

したがって、もし、有効の推定とか、そういうことについて御検討されるのであれば、今の御議論もしていただけたらありがたいと思います。とりあえず、導入みたいなもので

すみません。

○伊藤委員長 分かりました。

~~小松委員、~~私なりに理解をいたしますと、権利の安定性を向上させる~~と、この点について~~
~~てこと~~の認識は、~~もちろん~~共有されていらっしゃる。しかし、現状がもそれに沿って~~ずっと~~
~~と動いているということだとあるから~~、無効の抗弁を廃止するとか、除斥期間を設けるとか、そういう形での立法政策~~あるいはそういうや~~検討には、合理性が~~必ずしも~~認められないと。~~また、有効性推定のことについておっしゃいましたが、そういうことについて~~
~~いろいろこれも~~現行法の他の規定などとの関係で慎重な検討~~を要する~~ということで理解してもよろしうございましょうか。

○小松委員 ありがとうございます。

最後のところは、前向きの検討でも結構ですというのをつけ足して。

○伊藤委員長 分かりました。

どうぞ、お願いします。

○上山委員 私は、基本的には、今の小松委員の御意見と同じなのですけれども、最後のところ、改正をある部分で前向きにすべきだろうと考えております。

まず、特許法第104条の3の廃止というのは、私も反対です。廃止をするという説の根拠~~になっているのは、として~~特許庁の無効審判の期間が大分早くなっているからということが挙げられていますけれども、これは104条の3~~でにより~~、裁判所でも無効の抗弁が審理されている~~ということもあるので、被告側は早期に特許庁にも無効審判を請求する。状況で、~~裁判所の判断よりも先に無効審判の結論を得たいというインセンティブが働いているために、迅速な審理が可能になっているという部分もありますので、104条の3を廃止してしまうと、逆に不利な~~特許権者が、な状況になった~~被告が~~審理を遅延させる~~目的で無効審判を使うという事態も生じてくるおそれがあるかと思います。現にドイツでは、そういった問題が、今、指摘されているという話も聞いておりますので、そういう点で、104条の3の廃止は否定的な意見を持っています。

~~ただ一方で、やはり、~~一旦成立した権利に基づいて、それを信頼して投資をしてきているものを保護すべきという必要性は大いにあると考えています。

したがって、そのバランスをとるという観点から、明らか要件若しくはより高い証明度を要求するという法改正が妥当ではないかと考えています。

これに関しては、裁判所は、証明の域に達していないければ、無効の抗弁を認めないのでから、明らか要件を入れても、入れなくても変わらないというふうな批判がありますけれども、その点に関しては、~~明らかなことであっても、~~それが明示されるか否かによって、実際上の~~結果~~は~~かなり違ってくるのではないか~~と思っています。

一例としては、今、小松委員から発言があった有効審決、無効審決の破棄率~~ですね。そ~~れの変化の関係で、~~一つ~~実務家としての感覚~~として~~では、裁判所が進歩性判断において、後知恵排除~~をしなければいけないのだ~~ということを明示的に判決の中で言及するようにな

ってから、大分進歩性判断の基準が変わってきたのではないかという感覚を持っています。私は、元技術者だったということもあって、裁判官と法廷外でお話をする機会がある際には、たびたび判決の中で後知恵排除の必要性を明示的に書いていただくだけで、大分実務が変わってくると思います。というふうなことをお願いしたことがたびたびありました。ただ、複数の裁判官は、皆さん、進歩性は出願時の技術水準に基づいて行うのだから、後知恵排除は当たり前だと、だから、判決に書く必要はないのだと、おっしゃられた。確かに理論的にはおっしゃるそのとおりなのですが、ある時期から判決の中では後知恵排除が明示されるようになってから、実務家の感覚としては、かなり適切な判断基準に変わってきたのではないかと、それが、有効審決、無効審決の破棄率にも関係してきているのではないかというふうな感覚を持っております。

そういうことで、明らか要件、若しくはより高い証明度を要求するということは、精神論的な意味合いもありますが、実際上の効果も期待できる部分がかなりあるのではないかというふうに思っております。

さらに、明らか要件等、抽象的に条文に規定するだけではなくて、現在の我が国の進歩性判断基準についての不安というか、必ずしも全幅の信頼を利用者が抱けていない部分というのは、今の進歩性判断基準が無効と判断するために、非常に柔軟な枠組みに、今の進歩性判断基準がなっているということが挙げられると思います。

後知恵排除の関係で言えば、EPOなどが、組み合わせが容易にできたであろうではなくて、組み合わせをしてみようというふうに考えたしたであろうで、できたであろうではなく、couldではなくてwouldと言えなければいけないのだと、そこの違いだけで進歩性判断基準というのは、全く違ってくる部分なのですけれども、そういうた適切な進歩性判断基準がなされるような枠組みを、例えば、省令で規定をするといった形で明白性の判断基準を法律よりも下位のレベルのところで明文化をするといった取組も実際上の効果がかなり期待できるのではないかと考えております。

以上です。

○伊藤委員長 ありがとうございました。

上山委員からは、明らか要件などに関しまして、具体的にこういう方向が望ましい、あるいは検討の方向として望ましいのではないかという御発言がございましたが、それに関連して、何か御発言がございますか。どうぞ、高林委員、お願ひします。

○高林委員 前回の会議で、権利濫用の法理というものを見たは個別的な事案について適用していくべき問題であって、法律によって差止請求の権利制限というものを認めることにより、は消極的な意見が多かったと思うのですね。

今回のテーマに関しても、元はキルビー事件判決という無効事由が存在する場合の権利行使が権利濫用に当たるという最高裁の判決が出され、それを基に作られたのが特許法第104条の3なのですが、その経緯規定を見ると、104条の3では、無効事由が存在する、無効審判によって無効になるべきときは、権利行使を許さないと、非常にいう一般的な表現

になっております。

なので、無効審判において無効になるべき判断基準と、無効の抗弁で無効にすべき判断基準が、余り差がないと、ほとんど差がないと、そういうことからダブルトラック問題というものが起こっているのだと思います。

本日の資料に、これらの法改正の経緯について説明があり、近時は再審制限までして、このようなすることによって制度が完成したと言われておりますけれども、私は、この段階でいったん反省をしてみるべき時期に来ているのではないかと思っております。

というのも、結局、最高裁判所判決は、権利の濫用であるということ理由付けであったわけですから、このようないくつかの無効事由が存在する場合においてその権利の行使が濫用というような場合について権利行使を阻止するという趣旨はが、最高裁判所の判決に含まれているたのではないかと思います。

一方、現在の運用を見ますと、特許庁における無効判断基準と、裁判所の無効の抗弁の判断基準に全く差がないために、先行して無効でないという判断が裁判所でされた場合に、後に無効審決が確定しても、再審でひっくり返せないというのは、先ほど小松委員からは民訴法を無視したとおっしゃいましたけれどもし、私もそのように、多少う思うところのあるもないわけではない法律ができてしまっているわけです。ですので、そこは、やはりしかし私は、裁判所における判断基準は、特許庁における判断基準と異なって相当であろう、私は思いますはないかと考えております。

ただし、ここは昔から、私も元は裁判官ですので、preponderance of evidenceなのか、clear and convincingなのかとか、そういう議論でいいが出てまいりますと、日本では、裁判官は、必ず確信を持たなければ判決をしないのだから、明らか要件を入れても無駄だというふうなお話がありますが、意味がないという御意見があることは理解しております。ですので、私は、そのような心証の程度の意味での明らか要件という意味ではない判断基準としての明らか要件を入れるべきだてはどうかと思っております。

というのは、無効審判によって無効になるべき権利の行使が濫用と言えるような場合という意味で、明らかに権利濫用であるような場合、そのような場合に権利行使を阻止するというような条文を入れるべきだと思いますが、てはどうかということです。その辺は、テクニカルな問題ですので、どのような言葉になるのか分かりませんが、多少といいますか具体案はありませんが、現在のような完全なダブルトラックとなる判断基準ではなく、やはり裁判所における無効の抗弁は明確なる権利濫用的な場合についてのみ判断できる。採用でき、そうでなければ、請求を認容するということになるという構成です。ただし、そうなりますと、権利濫用とまではいえないとした請求認容判決確定後に権利無効の審決が確定する場合がある。りますが、その場合には、確定認容判決を再審でひっくり返すべきだということになろうかと思います。

ですので、これは一貫してこのよう考え方は、民事訴訟の原則にも合っておりますし、そのように、私自身はそのように考えておりますし、実は、この点は、特許庁とい

いますか、そちらの方で研究会・知的財産研究所の方で、学者、や弁護士等々で一緒に行っておりますけれども、そこでの議論も、現在、私が述べているように研究会でも議論されました。そこでも、何らかの形でダブルトラックの判断基準のに軽重といいますか、それを変えるを付けるという方向性とも議論されましたし、また、その場合には再審制限をしている条文のを見直しというようなことが、まとめとして、なりつつあるということも申し述べたいと思います必要性も生ずるのではないかという議論が行われております。

以上です。

○伊藤委員長 ありがとうございました。

高林委員からは、現在の無効の抗弁の意味内容について、それが、権利濫用的な意味を持っているということを、いわば明らかにすることが妥当ではないかと、そういう方向で、そういう意味での明らか要件についての積極的な検討が望まれると、そういうふうに理解してよろしゅうございますか。

○高林委員 はい。

○伊藤委員長 どうぞ、他の方、早稲田委員、お願いします。

○早稲田委員 私は、今の高林先生の御意見とちょっと違うのですけれども、今の御意見だと、無効事由があっても、権利行使をして、それが権利の濫用である場合に限って、無効の抗弁を認めるべきだということなのですが、そもそも無効の権利行使して、例えば、コンペティターとかに権利行使をしたときに、その特許が無効であれば、通常の場合は、それは権利の濫用になるのではないかと思っておりまして、どういうところがならないかというのをもう少しお教えいただければと思っております。

それから、一般的な全体の話は、先ほどの小松委員のお話と同じでございまして、無効の抗弁自体は、かなり平成16年の法改正の直後に比べると、かなり落ち着いてきていると思っておりまして、これは、先ほど上山委員からお話があったように、後知恵排除とか、いろんなことがあって、そのとき、かなり無効の抗弁自体も、現在もそういう判決もございますけれども、平成16年の改正の直後にたくさん出てきたのに比べると、かなり進歩性も判断的には妥当な判断をされているのではないかと思います。

それから、7ページの資料を拝見しますと、イギリスについても侵害訴訟における無効率はかなりあるというところもございますし、それから、13ページの無効審判の審理期間もございますけれども、先ほど、小松委員がおっしゃったように、必ず審決取消訴訟までいくと思っておりますので、権利行使をされた特許については、無効を出した場合に、無効審判で、それが有効性の審決になろうが、無効審決になろうが、では、そうですかと、そのまま落ち着くということは、ほぼないと思っておりまして、知財高裁に審決取消訴訟を提訴して、それが上告してということになりますので、経済的な合理性から言っても、やはり、無効の抗弁は残しておくべきではないかと思っております。

以上でございます。

○伊藤委員長 早稲田委員、ただいまの御発言、無効な権利を主張することあるいはや、

無効な権利に基づく請求権を主張すること自体が、一種の権利の濫用という御意見は理解できたのですが、権利の安定性という視点から見まして、何か現在の時点あるいはで、これから課題として積極的に検討すべき事項があるということでしたら、先ほど、小松委員は有効性推定ということについて考えてみたらどうかというような御示唆がございましたが、そのあたり、もし、御意見がございましたら、併せてお願ひできますでしょうか。

○早稲田委員 失礼しました。明らか要件とか、より高い証明というのは、これは、逆に民訴の先生に教えていただきたいのですが、どのぐらいのレベル感なのか、ちょっと私どもも実務家としてよく分からないので、ないしは裁判官の東海林委員にもお教えいただきたいのですが、どのぐらいの違いが本当にあるのだろうかというのが1点、素朴な疑問としてございます。

もう一点としましては、有効性推定につきましては、当然、特許で、特許査定が出ているわけですので、無効ということが出ない限りは、それは、有効であるということですでの、そういう意味での推定というか、有効性というのは、現在もあるのではないかと思っています。

○伊藤委員長 今、民訴の方々、どうということがありましたので、山本委員、今明らかであるとか、そういった要件の検討に関して、民事訴訟法を御研究の立場から、もし、発言がございましたら、お願ひいたします。

○山本（和）委員 証明度を高めるという点だけについてコメントするとすれば、私、アメリカでこういう議論があるというのは、大変よく理解できるところがあって、アメリカは、一般的な、原則的な証明度が、ざっくり言えば、低いというふうに理解されているところがあって、先ほど高林先生でしたか、preponderance of evidenceという証拠の優越という概念が出ましたけれども、原則は、そこが正面だと考えられていて、このclear and convincingですか、より高いところの証明度が、この場合に求められる例外であるという規律をするというのは、意味がある規律として理解できるところがあります。

それに対して、日本においては、原則的な証明度の理解が、今、早稲田委員からありましたように、一般的に高いものと理解されていて、最高裁判所、私の記憶では、通常人が、それについて疑問を差し挟まないほどの高度の蓋然性というものが、事実認定においては一般的に必要であるという理解がされているのではないかと思います。

そういう意味では、民事訴訟の世界でも、ある一定の分野について証明度を引き下げるという議論は非常に盛んで、いろんなところで証明が難しい場合には、原則的な証明度を下げるという議論がよく行われますけれども、もともとかなり高く設定されている証明度なので、それをさらに引き上げるという議論は、なかなか出てこないところがあって、それがちょっと早稲田委員の御指摘のとおり、それがどういうことになるのかというのが、想像できないというか、あるいは、それは、どの程度の意味があることなのかというのは、私からもちょっとよく分からぬ部分があります。

○伊藤委員長 八島委員、失礼いたしました、どうぞ。

○八島委員 今、皆さんにお話しされているのは、すごく法学的なお話だなと思って聞かせていただいているのですけれども、私、企業の者でございますので、これを無効審判なり、無効の抗弁を使うと、また、利用される側から見たときにどう思うかということを述べさせていただきたいと思っております。

まず、無効審判をするケースというのも、いろいろあるのでしょうかけれども、まず1つは、最近、特許異議制度が復活したと、これは創設と書かれていますけれども、これは復活だと思っているのですが、私は、あれが非常に良いのではないかと思っているのです。

というのは、やはり、特許というのは、いろんな意味で潰れるべきものは潰れるのですけれども、今まで特許制度の中で、異議の申立てか何かできなかつたということで、審判を使えば良いではないかということがあったのでしょうかけれども、これは、非常に審判が使いにくいということで、また、良い制度ができたのだと思っていますし、多分、企業の側から言うと、使えなかつたのでしょうかね。例えば、特定のメンバーが要るとか、要らないとか、結果的に言うと、匿名で出さなければいけないケースで潰したいなというときも、潰れるようにしてほしいというのが1つあります。

そういう意味で、そういう過程で出てきた特許が無効審判若しくは侵害訴訟に上がって、裁判所の前で潰れる、潰れないというものについて言うと、非常に潰れやすかつたというのは、分からぬでもないのですけれども、逆に言うと、権利者から見れば、余り特許庁の審査というか、判断と裁判官の判断が異なっていると、これはまた使いにくいなというふうに思いますので、その辺の一致をしていただければ、かなり良いのではないかと思います。そういう意味でいうと、かなり一致してきたのではないかと思っています。

ただし、先ほどの先生方に、一言あったと思うのですけれども、特許法第29条1項3号の同一の点については、多分、どの方が判断しても、ほとんど、そんなに間違った判断はないでしょうかけれども、やはり、進歩性の問題が非常に問題になる。

特許を長く行っている者から見れば、一言で言うと、先ほどの後知恵ではないのですけれども、特許というのは、非常に発明者が苦労した技術的なところを、無理やりというか、いろんなことを考えてクレームを作るわけですけれども、その解決手段というのは、案外非常に簡単なケースがたまにあります。たくさんあるとは言いませんが、たまにあります。

そういう簡単な、後から考えれば、当たり前みたいな解決制度が、手段が非常に有効的な技術の進歩とか、ああいうケースが、これもたまにあります。そういう特許を潰されると、非常に困るなど。

そういう意味でいうと、裁判官の方々と特許庁の審査官、審判官の方々との経験の差があると、私は思うのですけれども、どうしても特許というのは、課題が出て、問題が出て、その解答が出て、見てみたら、こんな簡単ではないのというようなところの簡単さというのが、非常に判断が違ってくる。特許庁の専門の方々が、日々行っているケースでいうと、結構な件数を行っていらっしゃると思いますので、その判断は、そんなに狂っていないような気がしますけれども、裁判官の方は、やはり、申し訳ないですが、そのところはも

う少し勉強していただいた方がいいのか、そういう意味でいうと、ここにちょっと書いてありましたけれども、特許庁の審査官若しくは審判官と裁判所の裁判官、特に知財関係の裁判官の人事交流なり、いわゆるそこら辺のところの意見調整とか、それをもっときちんと、もちろんきちんとやっていらっしゃるとは思いますけれども、もっと綿密にというか、やっていただくことで、裁判所で潰れるケースと、特許庁で潰れるケースが、その割合で良いと、私は思うのですけれども、その割合がかなり近くなれば、そんなに出願に、また、権利者側から見れば、そんな違和感がないのではないかと思っています。

いろんな法律論がいろいろあるかもしれませんけれども、感覚的には、そういう感じであります。

もう一つ、逆に言うと、訴えられるケースが結構ございますけれども、まず、1つは、企業は、裁判を持っていくというのは、非常にアメリカとか、他の国と比べて、特にアメリカと比べるとよいと思うのですけれども、はるかに日本の企業はもっと慎重になります。かなり事前に検討し、裁判を起こし、若しくは、裁判を起こされてもかなり検討した段階でのものでございますので、そういう意味で言うと、裁判を起こす件数はそんなに多くないですけれども、やはり、権利者がちゃんとそれなりにきちんと判断して裁判を起こすだろうし、被告側から見れば、我々から言えば、その特許は潰れるだろうなと思って事業を起こしているわけですから、そのものについて、そういうものがあったら対抗できるような準備はある程度しているというのが、普通の我々の感覚でございます。

そういう意味で言うと、特許庁だけで潰すだけではなくて、裁判の過程でも潰していくだけるような筋があると非常に良いと。そういう意味で言うと、今の制度、無効審判制度と無効の抗弁の制度というのは両立すべきというか、その手段はたくさんある方が、使い勝手の方から見れば、良いのではないかと思っておりますので、その2点です。

質をなるべく合わせるようにしていただいて、その手段は、いろいろあるでしょうけれども、そういうことと、制度的には、そういうものは両立してもよいのではないかと思っています。

以上でございます。

○伊藤委員長 八島委員の御発言を伺っておりますと、無効を巡る主張の対立に関しては、審判と訴訟という2つの手続を維持するべき合理性があると。ただ、その場合の判断基準の統一に関しては、やはり裁判所と特許庁との間の、いわば専門的知見の交流というのは、をより充実することが望ましいという御指摘かと承りましたが、どうぞ、御発言ください。

では、先に東海林委員からお願ひします。

○東海林委員 東海林でございます。

今、八島委員の方から後知恵のお話が出ましたので、この点について、裁判実務を運用する立場から一言申し上げさせていただきたいと思います。

我々裁判官は、特許庁のような専門技術集団ではございませんが、当然のことながら、

~~後でお話が出るかもしれませんけれども、~~裁判において特許の有効性、有効性ばかりではなく、技術的範囲に属しているかどうかも含めて、技術的なサポートという点については、裁判所の調査官あるいは専門委員の努協力をいただいているところでございます。

それで、後知恵ということについて、先ほどから話が出てますが、私たちとしてはも、やはり一番怖いと思っているのは、後知恵になることだと思います。そういう意味では、技術の本質というのでしょうか、発明の本質は、先ほど、八島委員がおっしゃったとおりだと思いますし、後から見ると、何だこんな簡単なものと思われるようなものでも、出願時からにおいて見たら、そういうものが出ていなくて、そのぱっとひらめいたものが、実は発明になるということではないかと思っていますので、私たちも、有効、無効等を判断するに当たっては、それを一番気を付けているところでございます。それの点は、まず、御理解いただきたいと思います。

裁判の運営におきましては、専門委員の活用ということもさせていただいておりまして、その活用の仕方でございますけれども、多くの場合は、当事者の主張が終わったところで、双方の意見を踏まえた技術説明会というものを開催させていただき、その場に専門委員の方に来ていただくということをしております。

専門委員の先生方を選任するに当たっては、双方から利害関係等の有無も確認した上で、厳正に行っておりまして、その上で、ただ、専門委員の先生にもいろいろな御説明の仕方あるいは質問の仕方があろうかと思いますので、できるだけ意見が偏らないように、それから、より広くそういう技術的、専門的知見を述べていただく必要があるという前提で、原則として約3名の専門委員を選任していするという形にしております。

もちろん、専門委員の先生方には、今、申し上げた後知恵の話につきましては、裁判所における専門委員の研究会等においても十分注意しているところであります、私たち裁判官のみならず、専門委員の先生方にも、技術を今のレベルで見るのではなくて、出願当時ということを十分意識していただきたいということを研究会のあるたびに説明させていただいているということです。

それでも、私の経験している中でも時には出願当時の技術常識とか、技術のレベルが、正に問題になることもあります。私の経験の中では、正にその点だけに絞って技術説明会を行って、専門委員の先生方に入っていただいて、出願当時の技術のレベルがどうであったかということを議論していただいたらしくてあります。

ですから、結果的にどうだったかということもありましょうが、裁判所としては、その点については十分注意して訴訟を運営していくようにしているということは御理解いただければと思います。

以上です。

○伊藤委員長 上山委員、どうぞ。

○上山委員 今、東海林委員から後知恵のところについて、特に注意をして運用しているとのことです、それは、非常に適切なことで、だからこそ、最近、弁護士等にとつても

違和感のない進歩性判断基準になってきたのだろうと思っていますけれども、だからこそ、その部分をきちんと制度的に担保するような手当てというのも重要ではないかと思っております。

~~そもそも進歩性判断、今、八島委員の御指摘のあった点について言いますとは~~、出願当時の技術水準がどうであったのかというところが、実は、一番重要な部分~~になるだ~~と思~~ていい~~ます。例えば、私は一もともとコンピュータ・エンジニアでしたので、IT分野のもの発明であれば、~~例えば、10年前の出願~~という話を聞きますとならば、あの頃、ちょうどこういうふうな技術が、あの会社から発表されたと、ちょうどこういう製品が出てきたころだなということがぱつと思いつく。そうすると、そういう技術をベースにして、当時、どういった方向で技術のトレンドが動いていたのかというふうなことも踏まえて、いろいろな文献との組み合わせで容易だったかどうか、そういうふうなことを肌で考えることが可能なのですが、違う技術分野、例えば、化学等ですと、やはり、そこら辺を自分で自信を持って判断できない。そういうことになると、その分野の知見を持った弁理士であるとか、会社の技術者と密な打ち合わせをしないと、なかなか適切な判断ができない。もともと進歩性判断というのは、かなり前の時点の技術水準がどうであったのかという豊富な知見を必要とするもので、類型的に言って、裁判官にそういう素養があるとは言えない部分です~~ので、まず、その点れ~~を前提として、法律的にどうかという立法論のところは、~~ちょっと難しいのですが別として、日本の証明のレベルが高いという点~~について言うと、進歩性判断というのは、組み合わせを容易に想到できたかという、極めて主観的な判断ですので、ある事実がの存在を認定できるかどうかという問題とは違う部分があ性格が異なるということも留意が必要なのだろうと思います。

容易であったかどうかという点、これ要件は、外国の法律の文言で言えば、米国とか欧洲では、自明であったかどうか、発明が容易に相当できたかというのと、自明と言えないかどうかということだとように、日本語のその文言を入れか替えるだけで、多分、相当判断基準が変わってくる可能性もあるわけですね。

そういういたかなり規範性の高い要件的判断を要するのが進歩性ですので、それを民訴法の観点でどう立法すればいいのかというところは、私もよく分からぬのですけれども、より高い確信をもって進歩性を欠く、容易に想到できたと言える場合のみ、無効と判断することができるといったようなことは検討する価値があるのではないかと思っております。
○伊藤委員長 ~~どうぞ~~、二瀬委員、お願いします。

○二瀬委員 私は、技術屋で、中小企業を経営していますので、そういう立場で、ちょっと御意見を申し上げたいと思います。

中小企業というのは、ほとんど実施しない特許というものは出さないと思うのです。と言うのは、そもそもが、中小企業というのは、それほど資金を潤沢に持っているわけではございませんので、必ず実施する特許を出願すると。それが、公告になって権利化したとき、後で、それが無効審判によってひっくり返されてしまうと。もう既に実施し、設備投資を

して、商品化をしているようなものがひっくり返るということは、その企業生命が正に左右されてしまうというのが、これは実態だと思うのです。それをどうやって解決するかといふことも、きっとあろうかと思うのですけれども、例えば、無効審判をかける際に、大企業と中小企業とでは、全然立場が違うと思うのです。

と言うのは、大企業は、もともと資金が潤沢にありますし、良い弁護士をたくさん雇つて、調査機関も松竹梅で、私もやったことがあるのですけれども、松竹梅があるのですね。多くのお金を払うと、調査も厳重にやってくれると、安いお金だと、やはりさらっと流してもらうということで、やはり、お金のある方が有利になると、裁判というものは、大体、私の拙い経験ですけれども、お金のある方が勝つという確率がかなり高くなってくるというふうに思っています。

ですから、そういう点において、中小企業というのは極めて不利なのですね。この辺が、同じテーブルで、同じ目線で、ある意味では、非常に重要な特許については戦えるというような環境を整えることは、これはとても大事なことだと。

もちろん、これは国内だけではなくて、海外との問題があると思います。例えば、マーケットサイズが小さいうちは、それほど目に付かない、そういう商品があるのですね。ところが、だんだん育ってきて、それが非常に大きく事業として大きくなるだろうということになりますと、やはり、大手は黙っていないと思うのです。例えば、いろんな形でその権利を入手しようとします。現に、私は、そういう経験がございますので、特許を共願してくれと、ある日、突然、大きな会社が来まして、共願してくれと、でなかつたら無効にすると、ブラフをかけるのですね。相当な時間がかかる、その間、こっちはやはり危ないなど、会社自体に問題が起こってしまうのではないか、そのブラフをかけてくることによって、ある意味では、何とか共願に持ち込みたい、その場合は、共願にしたのですけれども、中小企業で戦うということは、大変なエネルギーを生ずるのですね。お金もかかりますし、人的資源もない中で、その時間を割かなければいけないということになりますから、できるだけ戦わずして、問題をうまく解決したいという気持ちがあるわけですね。

そのときに、そういう術として幾つかの方法を持ってみたいなど、例えば、同じ目線に立てるような方法がないだろうかということを、是非考えていただければと思います。

以上です。

○伊藤委員長 山本和彦委員、お願いします。

○山本（和）委員 2点コメントですけれども、1点目は、先ほどの明らか要件の点ですけれども、証明度の点については、先ほど、若干申し上げましたけれども、ちょっと私、これはどうなるのかなと思うのは、ダブルトラックが存在するということを前提した場合に、先ほど御紹介があったように、今、審判が非常に迅速化しているということで、結局、審決取消訴訟と侵害訴訟が同時に知財高裁に係属するという場面が増えているのだろうと認識をしています。

そういう場合は、知財高裁では、同一の部で判断をされるというようなことのようなの

ですが、仮にここで侵害訴訟について明らかにという要件を加えると、その両方の基準が違ってくるのかなという気がしまして、つまり、無効なのだけれども、明らかだとまでは言えないというような場合が、もし、生じた場合に、審決取消訴訟の方では、その特許は無効だという判断になり、侵害訴訟の方では、明らかに無効とまでは言えないのだから、差止めは認められるという結論になりそうな気がするのですけれども、それは、いかにもちょっと変な感じがするなということで、そういう辺りを、もし、そうするのであれば、どうやって解決するのかなというのが1つ気になりました。

それとの関係で、先ほど来、特許法第104条の4について、これが、現在のダブルトラックをある種維持する前提で、かなり民訴理論として無理をした、あるいは民訴理論を曲げたものではないかという御指摘があったように思うのですが、平成23年改正に関与した民訴学者として申し上げさせていただくとすれば、これはもちろん、民訴の規律、再審の規律の例外ではありますけれども、民訴の基礎理論からすると、説明がつかないものではないというのが、私の理解でございまして、その詳細については、ここでは御説明しませんけれども、私は、そこで、そんなに民訴理論が、これを作るために無理をしているわけではないというのが、私の認識だということだけは、議事録にとどめさせていただく趣旨で申し上げたいと思います。

もう一点のコメントは、先ほど、正に八島委員が言われたように、もし、ここでの問題が、先ほどのアンケートにも出ていましたけれども、技術的な専門性に関する裁判所と特許庁との基準のずれと言っていいのか、分かりませんけれども、その点に問題がある、先ほど来、後知恵排除という話も出ていますけれども、その辺りに問題があるのだとすれば、そこを解消するということだと、結局、地道なやり方しかないような気がいたしております、この個別論点のところであれば、検討例の①-2というところに書かれているような、様々なこと、先ほど来、出ております、専門委員、調査官とか、あるいは人事交流等々の、今でももちろんやっておられることなので、それを充実させていくと。

制度的には、(c)の話です。専門官庁によるレビュー機会の拡大という中で、求意見というのは、確かに制度としてはあり得るような気が民事手続法の観点からもいたします。

これは、例えば、独禁法でも、現在、独禁法関係の差止訴訟とか、損害賠償訴訟において、裁判所が公正取引委員会の意見を聞くとか、あるいは公正取引委員会が裁判所の許可を得て意見を述べるというような制度があるように思います。

そういうようなことを、ここで特許庁との関係で入れるというようなことは考えられるのかなと思います。ただ、これも、現在の専門委員、調査官の制度との関係をどういうふうに捉えるのか、屋上屋を架すことにならないかとか、あるいは、それでかえって訴訟が遅延しないかとか、いろいろ慎重に検討する必要があるのだろうと思いますが、裁判所の判断において、こういう第三者、中立的な、専門的な意見を聴取するというのは、知財においては、既に日本版アミカス・キュリエと言われるような運用も知財高裁で行われた例があるというふうにも承知をしておりますし、将来的には、こういうようなことはあり得

る方向性なのかなと思っている次第です。

以上です。

○伊藤委員長 東海林委員、お願ひします。

○東海林委員 立法論については、私は裁判を運営する立場ですので、余り意見を差し挟むということではございませんが、個人的な見解として、今の無効の抗弁と、無効審判との関係、あるいは、今、山本委員からお話が出た、知財高裁における事実上の統一等について、実務を運営する立場から、若干お話をさせていただきたいと思います。

まず、そもそも無効の抗弁が成り立ったいきさつというのがあると思います。これは、先ほども話が出ていましたが、平成12年の最高裁判決、いわゆるキルビー判決と言われるものかと思います。

それで、無効の抗弁が、それをきっかけにして今の現行の特許法第104条の3ができたというふうに、私は認識しておりますが、そうだとすると、まず、キルビー抗弁の中で、そもそも、なぜ権利濫用が認められるようになったかという、その理由を、やはり、もう一度深く考える必要があるのかなではないかと思っております。

その判決の中で示された理由は、1つは公衡平の理念、それから、紛争解決の一回性、それから、訴訟経済ということだと思うのです。

では、今、無効の抗弁を、例えば廃止するとか、大幅に制限するということの立法事実があるのかということになりますと、今、申し上げたのが、元々キルビー抗弁が認められた理由でして、当時、確かに無効審判が遅かったという事情があり、今は、倍以上のスピードになっているという事実があると思うのですが、必ずしも、それだけで立法事実がなくなるのかというのには、若干違和感があります。

キルビー判決の理由の中にも、一応、そのような点については触れておりますいるようにも開示思えるのですけれども、でも、実際は、例えば、理由の中には、本来、対世的に無効にするまでのつもりはない人に、被告に対しても、結局、無効審判を強いるようになることは避けるべきという理由があったかと思います。

ですから、無効審判が速くなったり、無効の抗弁不要ということにはならないのかなではないかと、私は思っています。

あとは、無効率というものについて、これをどう評価すべきかということはあるかと思うのですけれども、これは、私個人的には、裁判制度若しくは裁判の運営について特許が有効になったか、無効になったかという無効率というものが評価指針としてどれほどの意味があるのかというのを、やや疑問には思っています。

それから、資料の中にございます、例えば7ページの各国の比較を見ていただくと、より分かるかなと思うのですけれども、無効の抗弁若しくは無効の反訴を認めている訴訟制度を現在採っているのは、先進国の中では、日本と米国とイギリスということになっております。それについて、訴訟における無効化率、これを見ていただいて分かりますように、アメリカ16%、イギリス57%、日本はどちらかというと、その中間にあるということで、

特に日本だけが無効の抗弁の中で、無効を認め過ぎているということにはならないのかなではないかと思いますし、逆に無効審判等の無効率を比較しますと、日本は、単年で見れば24%、それで、通年4年ぐらいで見れば39%ということですが、例えば、アメリカの69%、これは、IPRという制度ができる、非常に高率に無効になっているという現象だと思いますし、ドイツでは、連邦特許裁判所における無効化率がこれだけ高率になっているという中で、諸外国を見たら、~~なぜ~~ 実は訴訟とか、手続において無効になる率は非常に高い。

それを比較するに当たっては、やはり、そもそも各国の裁判制度がどうなっているのか、~~それから~~、裁判の運用はどうなっているのか、~~それから~~、裁判に対するニーズ、それから、国民の認識ということもあろうかと思いますし、私の個人的な認識で、アメリカのIPRで、これだけ高率の無効が出ているのは、1つは、アメリカにおいては、いわゆるパテント・トロールという問題が大問題になっていて、今、法改正というところまで議論がされている中、ややアンチパテント化しているという実情もあるのかなとは~~ではないか~~と思っております。

そういうことで、無効率をどう評価するかという問題は一つ置きまして、冒頭に戻りますが、私の認識では、権利濫用ということで、いわゆる無効の抗弁を侵害訴訟においても認めるということの1つの大きな理由は、~~土は~~衡平の理念だと思っています。

裁判は、紛争解決の最後の手段ですので、~~ですから~~、その最後の手段において、武器は対等でなければいけないのでないかと思っています。

我々は、あくまでも中立公正な第三者として、原告と被告が主張、立証したものに基づいて判断をするという前提になっておりますので、まずは、原告が侵害であるということに対して、裁判に負けないために、被告には、ありとあらゆる武器を、攻撃防御方法を与えるというのが大事なのではないかと思っております。

ですから、確かに、侵害訴訟というのは、特許が成立してから、場合によっては5年後、15年後に起こるというようなことあろうかと思いますが、ただ、その際に、被告の方で侵害と言われた場合に、本来であれば、無効と主張すれば無効となるべきものが無効にできないということで、それで本当に衡平なのだろうかというのが、~~何となく~~私としてはやや疑問に思うということです。

そういうことで、仮に特許法第104条の4がない状態だと、従前は、要するに、例えば、差止め、損害賠償を認めた訴訟が先に確定した後に、無効審判によって無効が確定して、特許法第125条によって、初めから無効とみなされて、それでひっくり返るというような事態は、民事訴訟法第338条1項8号の再審の適用があるかどうかという議論になっていたと思います。再審事由に当たるかということだと思います。

それで、特許法第104条の4の成り立ちが、民訴法の原則に反しているかどうかという、そういう議論は、~~私は~~よく分かりませんが、ただ、私の感想といたしましては、再審の規定である民訴法第338条も、そう簡単に再審を認めるという前提にはなっていないのではないかと思っています。

裁判というのは、私の感覚では、最後の紛争解決手段ですので、企業である原告も被告も、いわば総力戦になるわけです。その中で、一審、二審、場合によっては最高裁まで戦って判決で確定するまでには、当事者のみならず、裁判所もそうですけれども、特に当事者は膨大な費用と労力を費やすということになると思うのです。それで確定した判断が、後の無効審決の確定によって簡単に覆るということがあつてよいのだろうかというところはに、私は大きな意味があるのではないかと思っています。

ですから、私は、個人的には特許法第104条の4というのは、民訴法の原則に反しているとは思っておりませんし、何らかの形で、そういう歯止めをかけるという形ででき上がった法律ですので、意味はあったと思っております。

ですから、無効の抗弁を廃止する、あるいは何らかの形で無効理由を制限する、若しくは、先ほど来、明らか要件のお話が出ておりますけれども、いずれにしても何らかの形で、今のダブルトラックではない、無効の抗弁を制限するに当たっては、そういうような**専向性事情**も十分御検討の中に入れていただく必要があるのではないかと思っています。

ちなみに、よく聞かれることですけれども、裁判の中で、無効の抗弁としての無効理由を判断するに当たっては、確かに特許の異議、付与後異議、も若しくは無効審判の中でも無効の理由を言えるのだからいいではないかというお話もあろうかと思いますけれども、ただ、よく聞かれることは、訴訟になって、特許侵害と言われ、差止め若しくは非常に高額な損害賠償を受けるかもしれないという被告側になりからしますと、これは、やはり、場合によっては企業の存亡にかかわるということもありますので、必死になって、無効の抗弁と言いますか、要するに公知文献を探すことがあると言われていると思います。

その際に、やはり、負けたら差止め、損害賠償を認められるわけですから、多くの時間と労力を費やして、それで必死になって公知技術調査を行って、その結果、正に無効にできるような公知文献が見つかるということもあると思うのです。実際、私も、数少ない経験ですけれども、そういうような場面に何度も出くわしたことございます。

ですから、そういうような特に被告になる企業にとって、攻撃防御手段となる重要な部分を制限するといった場合に、それは果たして衡平なのかという観点もあろうかと思います。

以上です。

○伊藤委員長 どうぞ、八島委員。

○八島委員 先ほどちょっとお話をされたことで、基本的には、多分、タブルトラックだろうが、何だろうが、こういう特許庁の無効審判と裁判所の無効の抗弁というのは多分必要だろうと思うし、企業から見たら、多分必要なのだと思うのです。

ただ、先ほどの先生のお話でちょっと気になったのが、基本的には、企業の立場としか言いようがないのですけれども、特許庁で特許になったものを権利行使しようとしたときに、初めから裁判のところで明らかにして、もう一度見るよと言われてしまうと、なかなか、いわゆる特許を使って国際競争力を上げようとする企業にとってみれば、それは違う

のではないかと思っています。

先ほど言いましたように、この数字、例えば、無効率がどのくらいのパーセントとか、侵害訴訟の無効率がこの程度という数字が大切か、大切ではないかというと、大切ではないかもしませんけれども、我々企業にとって見たときに、この数字が非常に高ければ、逆に言うと、どういうことかというと、日本の特許は守られていないと。それが、例えば、同じような出願を国際出願するケースであれば、日本国内でも潰れているではないかと、そういうことになる可能性も高いわけですから、そういう意味で言うと、ある適正な率である必要がありますし、この数字は、私はそんなに、逆に言うと、ちゃんときちんと見ているのだよという数字にしてほしいと思っています。

そういう意味で言うと、侵害訴訟における無効率と、特許庁の無効審判の無効率というのは、案外、そんなに乖離されると困るなど。

そういう意味で、先ほど言いましたように、裁判官の部分と審査官の部分との間の意見交換なりをちゃんとしてほしいというのは、そういうことです。

もう一つ、アメリカの無効審判における無効率が高いと言いますけれども、これは、多分、高いのでしょうね。というのは、審査は、ものすごく甘いですから、ということは、公知文献の部分をあるところに特定してしまいますので、そういう意味で言うと、日本とは全然違うと思います。だから、元々特許になる確率が高い状態の中で、新たな、簡単な特許、ほかにサーチをすることの出てくるような公知文献でもって構築されて潰れていくというのが、これは、すみません、これが12年の9月から14年の4月に当たっているかどうかわかりませんけれども、少なくとも、私の実務的な、ちょっと大分前になりますけれども、そういった感覚でいうと、そんな感じです。

だから、日本の特許庁の審査は、私がすごく信頼しているのは、非常に信頼性が高いと、だから、逆に言うと、外でも、国外でも似たような形で潰れないでほしいと、やはり、そういうことでないと、日本で潰れているものを、では、海外で権利行使しますかというふうにはならないと思うのです。逆に言うと、それだけ信頼性の高いような特許があればあるほど、日本の企業にとってみれば、海外での活用もできますし、むしろ、逆に言うと、そういう形で多分やっていくだろうと。

ビジネスは、日本だけではなくワールドワイドになっていますから、そういう意味で言うと、本当の意味で、各国での、日本で登録になったものは、なるべく同じようなクレームで、各国でなってほしいなと思っています。

そういう意味で、先ほど言いましたように、裁判のところでひっくり返るようなことが、あるのは当然あるのだろうと思いますけれども、同じような割合であってほしいなというのが希望でございます。

以上です。

○伊藤委員長 高林委員、どうぞ。

○高林委員 私の発言にいろいろ批判もあるので、多少弁解させていただきたいと思いま

すけれども、まず、資料の8ページにありますけれども、無効審判と無効の抗弁の制度の違いということが、過去に書かれております。

無効審判というのは、言ってみれば対世的に遡って権利を絶対的に無くしてしまうというもので、無効審判を請求するもの者がある特定の技術を使っているか、使っていないかとか、そういうこととは全く関係なく、実際には紛争解決の解決手段として起こされるとは思いますけれども、そのような対世的な、そして公的な事後審査のようなものだと思います。

一方、無効の抗弁というのは、実際に被告がある技術を使っているのに対して、差止損害賠償請求を起こされると、具体的に被告が行っている技術というものがあるわけですね。これに対して、無効の差止損害賠償請求が起こされているときに、どのような抗弁が出せるかということの場面なわけです。なので、言ってみれば、これは無効の抗弁と言うのは無茶なことを言ってきた人に対して、火の粉を振り払うと言いますか、無茶なことを言ってきた人に対して振り払うということためのものだと思います。

先ほど、早稲田委員から、無効の審判で無効になるにもかかわらず、そのような権利や行使を認めてしまってよい場合があるのかというお話でありましたが、実際、被告が実施している技術に対して、権利行使、その技術が、例えば、公知な技術であるのに対してもかかわらず、権利行使をしていくということは、許されざることですけれども、無効の事由というのはたくさんあるわけですね。先ほど、実際に実施している方が権利を潰すためにいろんな技術を、公知文献を見つけていくということでお話がありましたが、それは、結局、自分の技術が公知技術として潰されないとあるとして、これに対する権利としては行使が認められないという主張ができるかどうかを一生懸命考えているわけです。

ですから、そのような場合には、この権利行使は当然認められないに、公知技術であったり、公知技術から容易に遂行推考できる技術を被告が使っていることに対する、そのような事由がある場合の権利行使は認められないということは大変分かりますが、その他の無効事由というのも、特許法第123条にはたくさん羅列されていますしております。また、例えば特許発明中に一部公知技術が含まれていたとしても、被告自身は公知技術ではなく特許発明のコアたる部分を使っているような場合であれば、このようないくつかの客観的に一は本来なら潰すべき権利だと思ふかもしれないが、対被告との関係で言えば、被告に対しては、そのようなことは全く問題がなかったり、もしかすると、訂正審判で、そのような無効事由は除外されてしまうかもしれないわけでません。もし除外されたならば、被告に対して権利行使ができなくなるといても問題がない場面もあるわけですので、そのような場合には無効の抗弁としての主張を最初から認めないということもありえると思います。民事訴訟というのは、対被告との関係の個別的な判断だといふことですから、先ほど、知財高裁で同じような権利をめぐる審決取消事件が同時に審理されていたときに、判断がそごしたらおかしいのではないかという議論が民訴のお立場から、あり

ました。現実的には当然、そういうことに同じ結論になるだろうとは思いますけれども、実は、無効の抗弁は民事訴訟ですから、これは弁論主義が支配する世界であって、私自白も成立するのですから、学者っぽく言えうならば、結論が全く異なっていても構わないと思います。これは、片や職権主義が支配している行政訴訟であり、片や弁論主義が支配している民事訴訟ですから、事実は一緒になると思いますが、その辺、だからおかしいのではないかというである無効審決やその取消訴訟と結論が異なることは必ずしもおかしいということはない。なので、そこを全部ダブルトラックということで、同じ判断基準でやっていくということの方に、私は大変違和感があるし、民事訴訟には、民事訴訟の島というものがあるのではないかと思います。

そういう意味で言えば、被告に対する、現実に実施している技術に対する権利行使が権利濫用というべき無効事由があるという場合には、これは阻止すべきですが、そうではない場合には、権利行使は認めるということでも構わないと思います。それで、再審でひっくり返るということは、私は現実にはないと思っておりませんので、そして、被告は、が公知技術を使っているような場合であれば、権利の行使は認められないし、被告は公知技術ではなく特許発明のコアたる部分を使っていないのであれば、権利行使は認められるわけですので、その結果に基づく認容確定判決がその後の無効審決の確定によって再審で判断がひっくり返るということは、私はあり得ないと思っております。

ですので、先ほど104条の4ですか、が民事訴訟の原則に反すると言ったのは、ちょっと口が滑ったのかもしれません、実際には、そのような条文は不要であると、私は考えておいるということです。

○伊藤委員長 大変充実した議論をしていただいておりますが、どうしましょうか、予定の時間は、随分まだ余裕がございますが、一旦休憩をとるかどうかを御相談したいと思います。

○横尾局長 では、豊田委員だけ。

○伊藤委員長 でははい、豊田委員、お願いします。

○豊田委員 休憩前の最後の意見にふさわしいかどうかわかりませんが、少し視点の違うことをお話しするかもしれませんけれども、お許しいただければと思います。

先ほど、八島委員からもありましたし、我々も企業側なので、企業という経済的活動をしているものと、それから、多分、特許法というのは、行政的な立法であると同時に、何か産業政策的な意味もあるものと、それから、いわゆる司法という、それ以外のいろんなものを裁かないといけない部分のちょうど接点にこの問題があって、いろんな議論を呼んでいるのではないかと思っています。

加えて、今はグローバル、国際的視点というのが、さっきありましたけれども、日本が戦う相手も、必ずしも日本の中になくてグローバルなものと、いろんな論争をしていかなければいけないと。

そういう中で、知財のものをどう活性化するのだという視点に立つたら、この紛争の処

理とか、権利の安定性の在り方というのは、また違った議論が要るのかなと思っています。

だからといって、無効の抗弁がどうこうということを、権利の安定性の中でもこの抗弁はどうかと言えば、企業的に言えば、被告にも原告にもなりますから、私としては、これを全く無くすという必要性はないのではないかと。

ただ、一方で、現状のままでいくと、企業の立場でいろいろ見たときに、多分、いろんな不満もあるでしょうし、グローバルな視点で、他の外国の企業が日本の司法制度を見たときに、使いにくいと思うであろう視点も幾つかあるのではないかと。それは、何かというと、それは法的なものではなくて、そういうところも多分あって、そこは議論して、皆さん、いろいろ各委員なり、先生の方々が議論していただいて、解決していくべきよいと思うのですけれども、もう一步、いろんな意味での運営の在り方についても少し、ここの場がふさわしいかどうか、私自身は、よく分からないのですけれども、議論する必要もあるのではないかと思っています。

あえて誤解を恐れずに、今からしゃべらせていただきますけれども、特許侵害訴訟で言いますと、当然、二者間の争いですから、そこに司法としての判断、いわゆる裁判が下って、どちらが勝つか、どちらが負けるか、ひょっとしたら引き分けになるかもしれませんけれども、その結果について言うと、当然、全員が満足するというようなものはなかなかないのではないか。当然、いろんな結果がそこにあるわけですから、しかし、その結果に対して、不満だとか、仕方がない、納得できるなどと、内容については理解できるとか、分かった、満足だという、いわゆる内容に対する満足度に、ある意味、差が当然あるでしょうし、そこを上げていく努力というものが、やや不足しているのではないか。その結果として、いろいろ権利の安定性に対する不満が出たり、いろんな疑惑が出たりとか、それは、多分、大半の部分は、そういう問題はなく、終わっているのであろうけれども、幾つかの部分で、そこに対する配慮なりが不足していたことが、いろんな問題を引き起こしたり、また、それが比較的大きな案件の中にあったりして、外国企業からすると、何か日本の司法システムは使いにくいというような、あれが正しいかどうか知りませんが、IAMのアンケート結果に、ある意味つながっているのではないかと思います。

それは、1つは、いろんな司法なり、いろんな取組におけるプロセスの透明性であり、もう一つは、説明責任というところに、少し課題があるのではないかと思っています。

我々は、別に司法制度がどうこうとか、そこに何か独立性をどうこうというつもりは、全然ないのでけれども、ただ、一方で、この議論なり、この委員会に参加する以前から、日本の知財の活性化という意味で、いろんな人と議論したり、内部でいろいろ議論するのですけれども、法的な面とか、特許法的な運用のところは、比較的議論としてはしやすく、いじれるところは多いのですけれども、殊、司法の領域に入ると、非常に我々としては、どこから手をつけたらいいかよく分からないし、議論としてはなかなか難しい。

結局、一番決定をする、核になる司法の、その中ではなくて、その周辺をぐるぐる回っていて、なかなかいい結論が出てきていないのではないかと思っています。

確かに、プロセスの透明性とか、説明責任というと、これは、仕組みではないですから、非常にたちが悪くて、一体、それは具体的に何なのだと言わると、難しいと思います。当然、裁判所は、裁判所として判決分を丁寧に書いていただいているでしょうし、心証開示があったり、口頭弁論があったり、いろんな、先ほどの専門性とか、確かにいろんな工夫はしていただいているし、制度的なものはでき上がっているのですけれども、やはり、何か使う企業側なり、それ以外のところと、もう少し共有すべき課題があるのではないかと思います。

要は、その課題が何なのかというところが、もう少しお互いに共有できれば、そこをどう崩していくかについては、それぞれの立場でやっていくことも可能ではないかと思っています。

先ほどの権利の安定性でいくと、例えば、これは、個別で言うと、あれなのですけれども、明確に何か、我々も何回か経験して、特許がつぶれたことはあります。それで、完全に先行例があるとなれば、これは、先ほどの中小企業と大企業の数字で申しわけないですけれども、相手側も上手だったので、こんな先行文献をうまく探してきたのだなということで諦めがつくのですけれども、だんだんグレーな領域に入ったときに、なかなかどうなのか、よく分からないと。それで、我々が経験した卑近な例で申しわけないですけれども、審決取消訴訟とかいろいろ行って、一旦、一応最高裁までいって権利を確定していくと。それで特許侵害訴訟を行って、一審は有効だけれども、立証不足ということで、我々原告側で負けたと。

当然、立証不足と言われたので、それは、製法特許だったので、非常に立証性が難しかったこともあるって、それで、二審は当然、その立証性を補足する、補充のいろんな実験とか、証明を付けていっぱい出して、それで、心証開示としては、次回は、侵害論と有効性について判決をくださるので、いついつ来てくださいということであって、それで、行ってみたらも、技術的容易性で特許は無効という話が出てきて、全く違う議論になって訴訟が終わってしまったということがあったりする。

そういうものが、たまにはこっと出ると、多分、それは非常に例外的だと思うのですけれども、やはり、そういうものがぼこぼこ出ると、そこにもう少し、多分、結論に至った何か背景なり、理由なり、プロセスなり、理由があると思うのです。それに対する説明責任とか、プロセス、透明性があれば、これはもっとお互い、原告も被告も納得性が高まって、これについては一定の理解ができるという意味で、権利の安定性も、それはそれとして、我々として致し方なかった面があるのか、若しくは、それは間違っているのだから、もう少し説明してくれと言えるのか、そういう議論が進むことが、ひょっとしたら企業も使いやすいし、グローバルな視点でも使いやすいものになっていくのではないかと思っています。

そういう意味で、非常に制度的なものではなくて、運用的ではなくて、難しいと思うのですけれども、そういったところの視点も少し紛争処理システムということでいうと、議

論していくべきポイントにあるのではないかということで意見を申し上げました。

以上でございます。

○伊藤委員長 ありがとうございました。

どういたしましょうか、一旦、~~ちょっと~~休憩をとって、その後、なお御意見のある方に御意見をおっしゃっていただいて、ある程度のことは、皆さんのが共有できる認識的なるものができましたら、私からまた何か申し上げるかもしれません。それでは、10分ほど休憩をいたしたいと思いますので、3時ちょうどから再開いたします。

(休 憩)

○伊藤委員長 それでは、再開いたしたいと思います。

先ほど来、権利の安定性に関連いたしまして、無効の主張についての記述規律の在り方などについて多様な御意見を頂戴いたしましたが、さらに、皆様方の中で御意見がございましたら、引き続いて御発言をお願いしたいと存じます。いかがでしょうか。

どうぞ、小松委員。

○小松委員 ずっといろいろな議論を聞かせていただいておりまして、特許法第104条の3を廃止せよという積極的な御意見は特になかったと思うし、私は、そういう方向が良いのかなと思っておるのでけれども、1点、特許庁の判断と、裁判所の判断が矛盾しないようにと、矛盾しているのではという議論がありましたので、1点だけ紹介させていただきたいのですが、日弁連の意見書で、2010年3月18日に、中間論点についての特許制度研究会報告「特許制度に関する論点整理について」に関する意見書を出して、その作業のときに、実は、我々日弁連の委員で、キルビー判決以後の特許庁の判断と、それから、裁判所での判断とでそごしているのか、していないかを180件ほどベースにして調べたのですね。

その結果、結論的に、調べたのが176件あって、審決と地裁の判断が、結果としてそごしていたのが22件だったのです。それで、そのうち、無効理由が、共通している、つまり、実質的にそごしているのは、8件はあったのです。

しかしながら、その後の運営動きをたどっていくと、結局、知財高裁に上がったりしていましたので、最後一はゼロと、つまり、結果として両方の判断が矛盾したものは、最終的にはなかったと、こういうことがあるので、私は、今の制度設計の下において、それぞれが、それぞれの品質管理を適正になさっておられるのではないかというふうには思っておりますので、そこら辺は、信頼感をベースにして実施していくべきよいのではないかと考えております。

それから、知財について、進歩性の判断が、この頃少し変わってきた。実は、今から4年ほど前の2009年12月に関西で知財維新と銘打って、進歩性の判断は変わったのかと弁理士さんをいっぱい呼んでたくさん集まつていただいて、みんなでどんちゃん騒ぎではな

いのですけれども、研究会、勉強会を行ったのです。

やはり、そういうふうに目に見える何かができる、傾向が出てくると、まずは元気になっていくことがあるので、そういう意味では、先ほどから理論的にはいろいろあろうかとは思うのですけれども、何らかの明らか要件的なものを導入する方向で、更に議論を深めていただきたいなど。

ただし、その場合は、104条の3と、104条の4とで判断がそごしてしまうようなことがないようには、もし、前に進むのなら制度設計していただきたい。こんな印象を持っております。

○伊藤委員長 どうぞ、長谷川委員。

○長谷川委員 利用者側の中小企業の立場から一言言わせていただきます。

私のところは、二瀬委員も先ほど言われましたけれども、お金をかけねばと言われたように、そういうところも、潤沢なお金もありませんし、二瀬委員のところのようにまで、多分なっていないと思うのですけれども、そういう拙い経験の中で、私だけではなくて、このアンケートにも出ているので、言わせていただこうと思ったのですけれども、先ほど、防御側ですね、訴えられた側としては、それは、会社のこの先もかかわっていますので、あらゆる手を使って、いろいろ調べて公知文献とか出してくると思うのですけれども、攻める側、特許権者側としては、余りにも、1点でも、100点満点なければ勝てないというか、99点でも1点でも何か逃してたら無効になってしまいう意味において、特許権者側から見れば、非常に利用しにくいシステムだなと思いました。

防御側の立場になれば、当然、その手段はたくさんあれば、ある方が良いということも考えられると思うのですが、現状、考えると、余りにも公知技術を探せば、結構あるかもしれません。進歩性の話になれば、その点で、現在のシステムでは、ちょっと納得性がないのではないかと思います。

あと、進歩性に関してですけれども、無効の抗弁廃止とまでは、私も思いませんが、進歩性に関しては、やはり、裁判所でも、特許庁の審判官のような方の、今でも調査官の方とか、専門性の高い方がおられるとは思うのですけれども、そういう特許庁の方に短期的に任して、判断を委ねるとか、そういうようなシステムを作っていただければ、より利用者側としては納得のできる、先ほどちょっと意見がありましたけれども、特許庁で、やはり、特許として認められたものが、やはり、特許庁の判断も入れて、無効なら無効と、無効の抗弁の方もジャッジしてほしいという思いはありますね。

そういうシステムができれば、より利用しやすい、納得性のある利用になるのではないかと、私の経験の中でも、侵害訴訟の中で、ぐだぐだして、どちらも支障がないような形のものが無効審判になったら、やはり、審判官の方の技術的な見方の中から明確なものが出てきて、勝っても負けてもより納得性のあるという結果を得られたことがありますので、そこら辺、技術的に経験をされた特許庁の方の意見を重んじてもらうというのは、より納得性の高いシステムとして、是非お願いしたいなと思っております。

以上です。

○伊藤委員長 ありがとうございました。

豊田委員、どうぞ。

○豊田委員 先ほどは、社内の事例を少しお話したのですけれども、そこで1点だけ補足させていただくと、結局、同じ無効資料なり、無効理由で何度もそれを事由に挙げることは、今のところできることになってはいるのですけれども、結局、そうは言っても、100%同じことを言うわけではなくて、無効の抗弁をするに当たって、微妙に内容が変わっていると。

受け手側からすると、当然権利者側からすると、当然、被告側からしたら、当然の抗弁としてはあるのですけれども、結局、どこまで行っても権利が、どこで安定するかというのが、我々は分からぬわけですね。全く新しい無効資料が出てきて、これは権利者側としても参ったなと言うのであれば、分かるのですけれども、微妙にその中身の組立てを、例えば、A、B、Cという要件があったときに、A、B、Cが駄目ならA、B、Dとしてみようかとか、DとBをひっくり返して主要因と従要因の副因を変えようかとか、それは主觀かも分からぬのですけれども、そういう見方の中で、その理由として挙げられて、それが論議されていくと。そのたびごとに無効に対するいろんな議論がある。

一方で、判断する側は、当然人間ですし、いろんな総合的な判断をされるので、その判断のスレッシュホールドというのは、どこにあるかも分からぬし、多分、判断する要件も、当然、人間ですから、幾つかの要件のうち、どこを重視するかというのは、多分、微妙に違ってくると思うのです。

そうすると、どこかで、それがぱっと当たってしまって、無効になるということが起こり得るのではないかと、それが、多分、いろんな意味で、権利の安定性ということに対して、いろんな意見が出てくる1つの要因になっているのではないか。明らかに無効理由があるようなものは別にして。

したがって、明らか要件というものが、いろいろ精神論的であるとか、かかわる、かかわらないとか、いろいろあるかも分かりませんけれども、現状は、何か変えていく、また、変えるという意味で、そこに一定の変化を付けることで、判断の仕方がより慎重になる、若しくは、別に決して権利者が有利にという意味ではなくて、今ある不満の一部でも、仮に解消できるとすれば、全部は絶対制度ですから、100%の不満を解消できることはないと思うのですけれども、今ある10個の不満のうち、3つでも解消できて、弊害が1個しかないのだとすれば、3を取って変えていくという議論を、私はする意味があるのではないか、そうでないと、この知財紛争処理システム検討委員会を開催している意味がないのではないかと思いますので、そういう意味での、検討を引き続きお願いしたいと思っております。

○伊藤委員長 どうぞ、上山委員。

○上山委員 この問題は、先ほど、武器対等という言葉が出ましたけれども、無効主張に関しては、原告と被告で、武器が不均衡な状況にあるという問題意識があるのだろうと思

います。

その点で言うと、特許権者側の方で、有力な無効の証拠を提出された場合の対抗手段としては、訂正という手段があるのですけれども、現在の訂正審判というのは、結構かなり使いにくい部分があると感じております。

というのは、確実に無効事由を回避して、訂正を通すためには、かなり思いきった減縮が必要になる。一旦減縮してしまうと、この後、再度拡張するということはできないので、権利者としては、非常に難しい判断を迫られるわけですね。

ということで、訂正をもう少し柔軟にできるようにするという観点からは、多段階の訂正案、例えば、第一段階で一番広い訂正案を示し、それが特許要件が認められないという場合は、第2段階のもう少し減縮した訂正を求めるというように、周囲主位的・予備的なような、そういったような訂正案を含む訂正請求を可能にするとか、あるいは、今の裁判実務では、例えば、地裁の判決で特許無効、進歩性欠如の特許無効の判断がされたという場合に、控訴審の第1回口頭弁論が開かれるまでに訂正審判請求をしておかないと、時機の遅れに後れた攻撃防御方法に当たるとして、訂正の抗弁が認められないというふうな判断がされているようなケースるべきでないという立場もありますが、そういう立場的な制限も、もう少し緩和をして、また訂正を実際に特許庁に対して審判請求しても裁判所において訂正の再抗弁を柔軟に審理主張できるような、そういう形で権利者側の武器も、もう少し使いやすくするという観点の検討もあってよいのではないかと思います。

○伊藤委員長 ありがとうございました。

他にいかがでしょうか。

もう一つ本日は、もう一つ、審査・審判の在り方という論点がございますが。ただいま御議論をいただいた第1の論点に関して申しますと、権利の安定化ということの重要性、これは、企業のお立場から何度も御発言がございましたが、これに関して、ついての認識がは共有されていると思いますが、現状。また、これまでの経緯や現状も大きな方向では、それに沿って動いて、その上でということですけれども、特にいることを踏まえて、さらに、侵害訴訟において、無効の主張について、何らかの制限を設けるべきだという点がかどうかでございますが、これについては、本日の御議論の中では、無効の抗弁をやめるとか、その主張に関する期間制限を設けるという意味での御意見は承らなかつたように思います。

ただ、無効の判断に関し、無効審判と侵害訴訟という2つの手続を維持するという前提に立ちながらも、侵害訴訟の中における無効の主張については、明らか要件、それが権利濫用的な意味合いになるのかどうかということは別にしても、検討すべきだという御意見もございましたし、また、有効性推定規定についての検討の必要性を認める御指摘もございました。

他方、再審との関係であるとか、それから、大きく言うと、行政訴訟である審決取消訴

訟と民事訴訟である侵害関係訴訟との在り方をどう捉えるかというような問題もございまして、この点は、また、何らかの形で整理をして、改めて御意見を、審議をお願いしなければいけないかと思います。

もう一つの柱といたしまして、特に無効の主張に関係をして、進歩性の判断基準などに関してついて、審判と訴訟の中での判断のそごがないよう、できる限り、それを矛盾のないものとして運用するという点ではために、裁判所と特許庁の間の、広い意味での専門的な知見の交流の重要性、それが、求意見制度という形で検討するのか、その他の形があり得るのかということは別にしても、この点も積極的な御意見があったように思います。

それから、やや違った方向でございますが、先ほど、上山委員からは、訂正制度の柔軟化といいますか、それによってを通じて、民事訴訟における原被告の武器の平等というようなことを検討するという視点も必要なのではないかという趣旨の発言をいただきました。私が、非常に雑駁な感想で申し訳ございませんけれども、承った感じでは、そのような御意見であったかと思いますので、また、もう少しそれを事務局に助けていただいて整理をして、次回のときにでも確認をお願いできればと思いますが。もし、よろしければ、第2の論点でございますけれども、審査・審判の在り方についても、冒頭に事務局から説明がございましたが、それを踏まえて、委員の方で御意見があれば、お願ひしたいと存じます。いかがでしょうか。

どうぞ、杉村委員代理。

○杉村委員代理 知的財産権の権利の価値を高めるというのは、新規性や進歩性がない、く無効となるべき権利について、目をつぶって権利行使をするということではなくて、真に強い特許権、それから、すなわち戦える特許権、これによる権利行使を活性化させることが、知財の権利の価値を高めることだと考えております。

特に、先ほど、委員の方もおっしゃっておりいらっしゃいましたが、中小企業は、たくさん多くの特許権、特許出願をして多くの特許権を取得することはできません。特許権や特許出願に基づくポートフォリオの構築というのは、非常に中小企業にとっては困難なことでございます。

中小企業を中心とした地域経済の活性化につながること、この視点でに主眼を置いて権利の安定性に関して、幾つかの意見を申し上げさせていただきたいと思います。

現在、特許庁におきましては、最速~~で~~最高品質の審査を目指して「速く審査する」ということ~~で~~、現在、活発に活用されております、が1つのポイントとなっております。PPH、それから、IP5によるグローバル・ドシエ、こういうものに関しまして等を念頭において、最高品質~~で~~最速~~で~~というような審査がなされている一層加速されると思っております。

一方で、中小企業、特に基本的な特許権につきましては、事業化のタイミング~~で~~これに即した権利化というものが重要だというふうに考えております。

是非、韓国のように、事業化のタイミングに合わせて審査開始を遅くする制度の導入等、事業化のタイミングに即した審査を開示するシステム、こういうものも考えていただけれ

ばと思っております。

また、先ほど、上山委員からも御発言がございましたけれども、訂正のみならず、補正についても、審査の負担や審査遅延との関係、このバランスを取りながら、改めて見直しいただき検討いただければと思います。特に審判の請求時、それから、や最後の拒絶理由、これ以降は、非常に時における補正の制限が厳しくなっておりますについては、もう少し緩和していただき、分割をしなくとも特許できる発明に特許権が付与できる制度にしていただきたいと思っております。アメリカにおきましては、継続審査が出願の5割、6割を占めているというような現状もございますので、是非、補正、訂正、そして、分割のタイミング、こういうようなものを含めて、内容的、時期的な面から御検討いただければと思っております。

先ほど、特許権者と被疑侵害者とのバランスの点についての御説明がございました。また、特許庁では、非常に審理が速くなっているというような棒グラフも御紹介いただきました。

日本の特許庁におきましては、審査の迅速化により特許権が非常に速く早期に許可がされているという現状がございます。また一方で、外国におきまして、自分の実施している実施品、それから、自己の特許出願の審査過程で見つかった引用文献や、日本国内において自己の特許権に基づく第三者の被疑侵害品、こういうものも含めて、いろいろを権利行使する際の特許の有効性を調査をしましたときに見つかった公知文献等に基づき、果たして、自分の特許権が有効であるかどうかというようなことを確かめるような制度がございません。他方、アメリカにおきましては、再審査システムのような制度がございます。

先ほど、他の委員の方がおっしゃっておりましたが、自己の特許権の有効性についてグレーの引例を見つけた場合等におきましては、是非、特許権者の方が、自分の権利が果たして有効かどうかというようなことを確かめるような再確認できるシステムの構築、こういうものも考えていただければと思います。

その際には、第三者とのバランスの点もございますけれども、柔らかいが、先ほど申し上げました補正・訂正、そういうようなことの制限の柔軟な見直しも併せて導入させしていただけるようなシステム、それから、の検討をお願いしたいと思います。

仮に現在の特許権については無効となる部分がありましても可能性が高くても、補正・訂正等により強い特許権となるような発明部分を残していく、知財の価値を高めて、知財紛争処理を活性化すると、そういうようなシステム、こういうものが日本には必要ではないかと思っております。

それから、先ほどの第1点と関係をするとここでございますけれどもまた、我々弁理士、である実務家は、知財高裁におきまして、査定系の審決取消訴訟を数多く取り扱っております。知財高裁におきましては、無効審判の審決取消訴訟よりも、査定系の審決取消訴訟の方が多く係属しております。

この場合におきましては、特許庁長官が被告になっておりますので、先ほど、特許庁と

裁判所との人事交流というようなお話もございましたけれども、我々弁理士にとりましては、査定系の審決取消訴訟を数多く扱っている関係もございますので、その点多くの審決取消訴訟で被告となる特許庁長官（特許庁）と裁判所との人事交流については、慎重に御議論をいただきたいと思っております。むしろ、専門委員、調査官、これらの人材の拡充を図っていただければというふうにきたいと思います。

現在、調査官は、知財高裁に11人中1人が弁理士、東京地裁は7人中1人が弁理士、大阪には弁理士がございません。是非、もう少し民間からのである弁理士の活用人数を図つもう少し増加していただければと思っております。

最後でございますけれども、無効審判に関しまして、無効の抗弁と比較のしていろいろな御説明がございました。

今これまで、無効審判は何人もできるというような制度でございましたが、このことを4月から利害関係人でなければできないというような制度に変わりましたので。従来においては、何人もできる無効審判制度と、それと、利害関係人というか、である当事者、からの侵害訴訟とのにおける無効の抗弁では、少し様子が違っているのではないかたと思っております。

また、10月末の段階でございますけれども、異議申立制度が、そのときには約230件ぐらいあると聞きましたので、異議申立制度がどのような方向になっていくのかというのもの活用状況についても併せて検証すべきだと思っております。

また、無効審判と無効の抗弁とでは、やはり、当事者主義と職権主義との相違がございまして、我々弁理士も、どのように主張していくかということにつきましては、異なる戦略的に主張を変えております。この点、事業戦略に結びついて知財を活用できる又はアドバイスできる人材育成という点が必要ではないかと思っております。

日本弁理士会におきましては、この4月より、委員会におきまして、無効審判の審決、そして、それに対応する地裁における無効の抗弁、これらについて、全権件内容を検証いたしました。

平成26年におきましては、確かに、地裁におきまして、侵害訴訟の35%がについて無効の抗弁が認められる無効率となっておりますが、平成27年度におきましては、1月から9月まででございますが、20%というように、非常になり、特許権の有効維持率が高くなっていますことが分かりました。

それとまた、裁判所が地裁の判決の中で、「裁判所の判断」というところ箇所で、有効だと判断したものが、実は平成27年度の判決におきましては、6割強ございます。裁判所におきましても、非常に有効化維持率が高まってきたのかと考えておりますいる現状があることを認識して、将来に向けたシステムを考える必要があると思います。これも、ここ知財推進事務局の方が、知財紛争処理システムに関して、昨年度からいろいろと御検討いただき、我々弁理士の方も、それに合致するように、知財の価値を高めるように研修所を中心として、いろいろ人材育成をしてきた成果ではないかと思っております。

~~今後、日本弁理士会といたしましても、より知財の権利の価値を高めるという観点から、人材育成を研修所を中心として、さらに検査させていただく所存でございますので、どうぞ、よろしくお願ひいたします。~~

以上です。

○伊藤委員長 ありがとうございました。

杉村さんからは、第1の論点に関連して、専門的知見の交流の在り方あるいはその調達の在り方についての御意見と、~~それから、~~第2の論点、~~そのもの~~につきまして、訂正や有効性の確認などの具体的な御発言がございましたが、ただいまの件に関連して、どなたか御発言はございますか。

どうぞ、二瀬委員。

○二瀬委員 私の若い頃に、27、28歳ぐらいのときだと思うのですけれども、その頃から特許をずっと出し続けてきているのですけれども、そのときに、初めて弁理士さんと面談をしたのですね。初めてした方と相性があったということもあるのでしょうかけれども、今、まだ、40年付き合ってきています。

そのときに、何年かして言われたのが、私は弁理士をすごく怒ったのです。というのは、私の意を介していないと、全然分かっていないということで怒ったときに反論が来まして、そのときに、言われたのが、弁理士は育てるものだと、出願人が育ててくれると、そのぐらいあうんの呼吸がつながらないと、良い出願はできないのだということを言われたことがあります。

一般の中小企業というのは、弁理士さんとのお付き合いというのは、極めて希薄だと思うのですね。ですから、権利の安定ということを考えても、出願時にほとんど決まってくる、調査もありますし、出願の明細の内容によって、全然後で、それが強いものになるのか、弱いものになるのか決まるのですね。出願した後では、どうにもなることができないはずなのです。

ということは、出願者の意を酌んで、十分にその内容を明細の中に書き込んでくれるという弁理士さんと一緒に育っていくということがすごく大切なことだと思います。

今、中小企業の皆さんがある意味では、私は権利の安定につながるのではないかと思うのですけれども。

以上でございます。

○伊藤委員長 ありがとうございました。

豊田委員、どうぞ。

○豊田委員 権利の安定性という議論で、細かいところは、私は意見があるわけではないのですけれども、ただ、1点気をつけていただきたいのは、さっきの権利の安定性という権利の付与段階の問題を議論すると、特許庁の考え方としては、潰れない特許を作っていただけるのですね。でも、潰れない特許と強い特許、若しくは権利の請求できる範囲の特許というのは、必ずしも一致するわけではなくて、安定はして潰れないのだけれども、使

えない特許をたくさん作っていただいても、結果として余り役に立たないということになる。

それで、これを我々企業側も悪かったと思うのですけれども、出願前審査とか、査定率とか、いろんなことを気を遣いながら、特許の審査の過程を経て、たくさん特許を作りますけれども、結果として見ると、そういう特許は使えないですね。だから、権利の範囲を最大限広げて、何とかどう使えるかとか、使える特許を作っていくかということが必要だと思うのです。

これは、非常に矛盾する話なのですけれども、産業政策的に、そういう権利を日本として作っていくのかという考えが1つあるのか、ないのか、必要か、必要ないか。

それは、まかり間違うと、別の意味で優遇政策のようになるか分からないですけれども、ただ、権利の安定性とか、審判の在り方という議論をずっと突き詰めていくと、ちょっと違った方向、要は潰れないのだけれども、使えない特許ができてしまう。

本当の意味で、国際競争力の中で、戦っていこうと思うと、特許の見方というのが違ってくるのではないか。

というのは、非常に事例として正しいかどうか、特許庁の方がおる中で申しわけないですけれども、我々経験したときに、日本で出願して、アメリカで展開したときに、アメリカで通ったら日本は取り下げるのです。何故かと言ったら、日本の特許庁は、一生懸命いろいろ探してくれるのですけれども、それが結局傷になって、使えない特許がどんどんできてくるので、結局、日本の特許は、アメリカで通ったら取り下げてしまって、もう余り審査していただかないで結構ですというような、そんな企業政策上の、今はそうでもないのだと思うのですけれども、昔、そういうこともあったのは事実なのです。

だから、そういう意味で、審査・審判の在り方、権利付与段階の安定性という議論は、そういういろんな難しさが入っているなということです。

そういう意味でいうと、先ほど、杉村委員がおっしゃったみたいに、権利者側として、いろいろ手当てできる術も並行してつくっていく、そういうのも必要ではないかなと。その辺は、アメリカ側の特許の作り方と、日本の特許の作り方というのは、ちょっと技術的な差があるのか、制度的な差があるのか、そこまで十分検証できていないですけれども、アメリカは、やはり、強い特許というのは、そういうところを非常によく活用してつくられているなという気がしますので、そういう意味での視点も少しお含み置きいただきたいなということでございます。

以上でございます。

○伊藤委員長 どうぞ、小松委員。

○小松委員 この品質管理の問題は、ちょっとぐるぐる回る感じがありまして、つまり、安定した権利を確保しようと思ったら、審査は厳しくしなければいけないのではないかと。そんなことをやっていたら、また、権利化が遅れる、では、急ぐのか、粗い審査をするのか、何かぐるぐる回ってしまって、だから、かなり産業政策的な大きな視点がいる。

それから、特許庁は、独立予算ですので、そういう制度の中で、何ができるのかということを、いつもお考えのわけですけれども、それを我々外部から、こんなふうになさつたらどうですかと、いろいろ言っていくべき価値のある分ところはあろうかと思うのです。

それで、単純な話、いい仕事をしてもらおうと思ったら、数を増やしたらよいのですよ、審査官、審判官の。これは、いつも言うのですけれども、正確な数字は知りませんけれども、中国が特許だけで90万件、膨大な数に審査官を増やして、審査体制を組んでいる。アメリカか、どこかも新しい政策を取り入れたならばと審査官を増やす。日本は、もう外注をしてしまっていて、基本的なデータを調べてもらって、あと、実施していくと、そういう何か一時的なやり方みたいなので、腰が据わっていないというのは、正直思いますので、そこをもっときちんと予算も伴う品質管理ということを打ち出していただきたいなと思います。

○伊藤委員長 上山委員、どうぞ。

○上山委員 潰れないようにするためにには、特許付与段階で権利を非常に狭く確実なものにする必要はなくて、事後的に無効になるのを回避するための制度として、訂正制度があるわけですね。ですから、訂正制度を前提として考えればよいのであって、仮に審査段階でがちがちにやるのではなくて、ある程度強い特許を認めるという方向で審査し、特許を付与した後に、有力な公知文献が出てきたという場合は、訂正すればよい。訂正しても潰れるようなものは、それは、潰れてしまうがない。

ただ、発明の本当の特徴的な部分が技術的疑に意義のあるものであるならば、きちんとした適切な訂正ができて可能で、なおかつ権利侵害が問えるということが可能になるケースが多いはずですので、権利付与段階で、余りに慎重な審査をするということは、権利を弱体化する結果になるのだろうと思います。

それで、具体例を申し上げさせていただきますと、私が代理をしました、個人発明家が、アップルのiPadを対象として訴えたという事件は、特許取得段階から私はが関与をしていたのですけれども、あの件では、審査官は、個人的には特許要件を認められそうだと思っていると。ただいうことでしたが、これが成立すると一大変な問題になるので、上司にも相談をして、慎重に検討したいということで、通常よりかなり長い時間をかけて、その結果、ようやく特許査定が下りたということもありました。

申し上げたいのは、やはり、日本人のメンタリティーとして、混乱を起こすようなことに対しては、非常に慎重で、確実なところで判断をしたいというところがあるのだと思いますけれども、特許庁におかれでは、是非、強い権利を付与するという点も意識をして審査をしていただくとお願いしたいと思います。

○伊藤委員長 どうぞ、八島委員。

○八島委員 今までの皆さんのおっしゃったことは、確かにそう思うのですが、ちょっと違った観点から、権利の安定化の向上に向けて、更に取り組むべき事項は何かということですけれども、先ほど言いましたように、企業の事業範囲が日本にとどまらず、海外に出

できていると、特に、我々の素材メーカーは、どちらかというと、東南アジアというか、ああいうところに出てきますねと。

そのときに、やはり必要なのは、日本と同じような環境で特許が取れるようなところということが、多分必要なのだなと思っております。韓国とか中国は、大分違ってきているのですけれども、例えば、ASEAN等々、これは、特許庁さん、結構頑張って、いろいろとやらされていると聞いていますけれども、その活動を、例えば、どんどん浸透していただいて、要は、日本で取れるようなクレームなり、日本で取れるような、同じような手法で権利が海外で取れるようにしてほしいと。

それは、結果的に言うと、これは、日本の特許の問題というふうにとられるかもしれませんけれども、基本的には、日本の特許の制度というのを世界に通用できるような制度にすることによって、逆に企業の世界での国際競争力を上げていくということになると思いますので、余り日本の中の、ああでもない、こうでもないという議論ではなくて、むしろ、日本の制度をどういう形にしてやれば、海外で使えるようになるかというような視点が必要なのではないかと思っております。

以上です。

○伊藤委員長 御指摘、いろいろございましたが、関係機関の方で、ただいまの議論に關係して御発言はございますか。

どうぞ。

○仁科調査官 審査の質につきまして、いろいろ御意見をいただいているところでございますけれども、特許庁の方でも、「品質ポリシー」というものを、こちらの資料3にでも御紹介いただいたように制定しております、一応、その中では、強い権利というのがある一方で、広い権利、さらに役に立つ権利も設定するという考え方を取り入れております、審査官の中にはも浸透しているところでございます。

皆様の御懸念の点から、審査官は、より慎重な判断をして、狭い権利を設定するのではないかという御懸念を新たに承りましたけれども、審査官の中では、品質ポリシーの考え方を周知しまして、安定な権利の設定の一方で、ちゃんとユーザーの皆様にお使いいただけるような、広くて役に立つ権利の設定ということもやらせていただいておりますので、その点だけ、申し添えさせていただきます。

○伊藤委員長 どうぞ、高林委員。

○高林委員 先ほど、ある程度の段階で権利を認めて、訂正を広く認めていくという御意見がありましたけれども、それは、私は賛成ですけれども、一方で、第1の問題にも重なってしまうのですが、無効審判を起こされて、無効ではないよと、有効だよということが言わされたときに、その特許権者が枕を高くできるかという問題があると思うのです。私は、特許は、いつも、先ほど、どなたかおっしゃったとおり、1つでも無効事由があると潰れてしまうわけですから、1つずつ無効ではないよということの無効審判請求に対して1つずつ無効ではないよという審決をもらって勝っていくことによって、次第に枕

がを高くすることができるというのが良い制度だと思うのですけれども、今度は、むしろ法改正で特許法第167条の一時不再理効というものが、の第三者効がなくなってしまったといい、同一証拠、同一事実であっても、第三者、他の人であれば、何回でも、言ってみれば、禁反言みたいなものが働かなければ、幾らでも無効審判を何度でも起こせるようなことになってしまっておりまます。

これは、裁判を受ける権利やといった憲法上の問題だとあるというようなことで、そのような改正がされたのだろうと思いますが、先ほど、杉村委員代理からもお話がありましたが、有効の確認、特許権者の方は、非常に1回でも負ければ権利は潰れてしまうとい死んでしまうわけですけれども、防御の方がたくさんあって、何回でも無効審判を請求できるのに対して、特許権者の方は有効の確認といったように権利の安定化を逐次図っていくというような制度がは非常に少ないと思います。

なので、特許庁・知的財産研究所の方の研究会でも有効性確認審判みたいなものが作れないのか、みたい話をな議論もしましたけれども、無効でないよという審判の審決も第三者効がないわけですし、有効性の確認の審判をしても、これは心の安堵だけで、実際、対世的に何もないということですから、その辺がは特許権者にとっては側が、やはり1つ非常に不利益な理由のひとつだろうと思います。この辺は、法改正されたばかりですし、民訴の先生に教えていただきたいのですけれども、裁判を受ける権利、憲法上の問題だということで法改正されたのだと思いますが、特許の安定化を図るという意味で言えば、特許権者が一つ一つ枕を高くできる制度というものも考えるべきではないのかなど、私は思います。

○伊藤委員長 それでは、第1の論点とも共通しているところでございますけれども、権利の安定性を向上させるという意味で、審査の在り方につきましても、様々な御意見をいただきましたので、何らかの形で、その認識をこの委員会として共有していきたいと存じますが、それでは、局長、ただいまの審議について、総括をお願いしたいと思います。

○横尾局長 ありがとうございます。

伊藤委員長から、さっき総括がありましたので、重複する部分もありますけれども、これは、タスクフォースを知的財産推進計画2015を策定するまでに行っていて、この権利の安定性も議論したのですが、今回の議論は、一步ステップアップをしたなという印象は持っています。

元々ユーザーは、常に原告にもなり得るし、被告にもなり得るという中で、権利者と被疑侵害者の正に武器のバランスということだろうと思うのですけれども、現状で、どっちにバランスが偏っているのかというのが、元々の問題意識は、権利者側の武器が、もしかすると、足りないのでないかということが議論の出発点だったような印象を持っています。

今日の議論で、先ほど、伊藤委員長からもございましたけれども、無効の抗弁自体の廃止論というのは、タスクフォースでもほとんど廃止すべきだという議論はなかったのです

が、何らかの格好で、むしろ、証拠の証明度の問題かもしれませんけれども、その点を考える余地はあるのではないかというのは、引き続き議論が必要だろうとは思いますが、そのときに、さっき山本委員からあった審決取消訴訟と侵害訴訟が知財高裁に行ったときの話が、高林委員と、これは、民事訴訟と行政訴訟で違うのだから、理論的には違ってもいいという、そこの議論は引き続き、両論あって、どう考えたらいいのかというのは、今後ちょっと整理をしていかなければいけない、法律的な論点だろうなという気はしています。

もう一つ、伊藤委員長がおっしゃったような整理で、特許庁と裁判所の関係というのも、実態、特許庁というか、より専門性を高めることも含め、というのは、もともと知財本部ができた、最初の成果の議論として、知財高裁ができたという、その辺の議論とセットで、技術系の裁判官がいるのではないかという議論があって、いろんな議論があった末に、それは、導入せず、調査官、専門委員制度になったという経緯はあったかと思うのですけれども、どこまでそこを充実させるのか、あるいは特許庁との関係を構築するのか、それと、制度的にさっきの求意見なのか、有効性確認なのか分かりませんけれども、より両者の判断のずれをなくすような工夫ができるのか、今日、いろんなアイデアがあって、もう一回そこは整理をしたいと思っています。

その点に関して、実は、9月にドイツに行く機会があって、特許裁判所の長官とも話をしたのですが、ドイツの事例は、いわゆるバイファーケーションシステムという、侵害訴訟では、無効の抗弁はできないので、全部連邦特許裁判所で行うということなのですが、かなり歴史的産物ではあるのですが、他方、何となく納得感があるのは、連邦特許裁判所の技術判事が、元特許庁の審査官経験者でほとんど占められていることの技術的な判断に対する納得感というのは、それなりにあるという印象を持ちました。そういう意味では、裁判官の方でも、いろいろいらっしゃるので、東海林先生は、大変しっかりやっておられると思いますが、いろんな方がいる中で、その判断の技術的なレベルをどうやって上げていくかということと、そのことをさっき豊田委員がおっしゃったような、納得感のある形で、どう示していくかというのもセットで、これは、多分、裁判の口頭弁論でちゃんとやっているのかどうかという、権利の安定にとどまらない、裁判のやり方の問題で、なかなか行政で議論しにくいテーマかもしれませんけれども、大概、文章のやりとりですので、突然結論が出てしまうような、さっきのようなケースだと、やはり、納得感がないという問題も、おそらくセットで考えるべきテーマかなという気はしています。

あわせて、訂正審判も含めて、審判の話で、これも権利者の武器の問題かもしれませんのが、その辺も見直しの余地はあるのかなと。

最初に、付与段階も、実は、私もいろんな方から、さっき豊田委員がおっしゃったような、余りに、日本はついついというか、行政は、みんな真面目に対応するものですから、しっかり審査をして、立派な権利をつくる、立派なというか、かぎ立派なで、結果的に使えないというのは、他の方からも何人か聞いたことがあって、そこのある種のバランス感覚をどうしていくかという、特許庁で、品質ポリシーでしっかりやってもらわなければい

けないテーマだと思いますけれども、その点も、更に充実をさせるにはどうしたらいいかというのも、おそらく、全体権利の付与から紛争段階までセットで考えていかなければいけないので、今日の議論を踏まえまして、次回までに、個別に委員の皆さんの御意見も引き続きお伺いをしながら、少し集約をした整理を考えてみたいと思っているところでございます。

今日は、ありがとうございます。

○伊藤委員長 ありがとうございます。

それでは、ほぼ予定の時間になりましたので、最後に、次回以降の会合について事務局から説明をお願いいたします。

○北村参事官 次回以降につきましては、第3回会合は、12月15日火曜日の10時から、第4回会合は、その直後、18日の9時からとなっております。

以上です。

○伊藤委員長 それでは、本日、長時間ありがとうございました。また、次回、どうぞ、よろしくお願い申し上げます。