



知的財産とは何か

—特許法，不正競争防止法（営業秘密）の最新動向を中心に—

桑原 俊（情報通信総合研究所）

技術保護のための2つの方策

知的財産法による技術保護のための方策としては、大きくいえば、特許法による保護（特許権を取得する）と、不正競争防止法による保護（営業秘密として保護を受ける）とがある。

▶ 特許法による保護

特許法により技術が保護される理由、すなわち、特許制度の趣旨は何かについて、諸説存在するが（詳細は、文献1）等参照）、発明公開の代償である、と説明されることが多い。これは、筆者なりに敷衍^{ふえん}すると、次のようなことである。

すなわち、各人が各様に技術開発に取り組んだ場合、その中には、重複するものも存在し、無駄が生じ得る。これを回避するためには、一定レベルに達した技術開発（発明）については、当該発明を届出（出願）させ、公開することにより、それを踏まえたさらなる技術開発を促進するのが効果的である。

とはいえ、何らのメリットもないのに、自分の発明を公開しようという者は少ない。そこで、発明を公開することの代償として、発明者に、「特許権」という独占権（他人が、許諾なく発明を実施することにつき、差止めや、損害賠償を請求することができる権利）を付与するという形で、発明を出願・公開する動機づけを与える。これが、特許制度の趣旨である、というわけである。

発明は、本来であれば（特許法がなければ）、万

人が利用（実施）できるものであるところを、公開の代償として、発明者に独占権が与えられるわけである。独占権が永久に続くとすれば、特許権者以外の者は当該発明の実施を永久にすることができず、社会にとって弊害が大きいため、特許権は、一定期間を経過した場合、消滅する。日本の特許法の場合、存続期間は、特許出願の日から20年である（特許法67条1項）。

特許法による保護は、発明者にとって、独占権が得られるというメリットがあるが、他方で、発明が公開されてしまうので、特許期間が満了すれば、万人が当該発明を実施することができてしまう、というデメリットもある。

▶ 不正競争防止法による保護

そこで、技術を公開しないで保護を受ける方法も視野に入れることになる。これが、不正競争防止法による営業秘密の保護である。

「営業秘密」とは、「①秘密として管理されている②生産方法、販売方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であって、③公然と知られていないもの」と定義されている（不正競争防止法2条6項。丸数字は筆者。なお、①を秘密管理性、②を有用性、③を非公知性ということがある）。②の有用性とは、技術情報のようなものから、顧客名簿のようなものまで範囲が幅広いが、本稿との関係では、技術情報が典型例である。

技術情報が、不正競争防止法における営業秘密の

要件を充たす場合、不正競争防止法による保護を受けることができ、開発者（当該営業秘密の保有者）は、他人が、当該営業秘密に関して、法律に定められた一定の禁止行為（使用、開示等）をすることに対して、差止めや損害賠償を請求することができる。

不正競争防止法による営業秘密の保護は、出願という手続は不要であるし、秘密にし続ける限り、その保護は永続的であるというメリットがある。他方で、漏洩等の事情により、いったん公知になってしまえば、「公然と知られていないもの」という要件を充たさなくなるため保護が受けられなくなるデメリットがある。また、法が定めている禁止行為以外の行為については権利行使できないので、たとえば、他人が独自開発した技術情報については、何らの請求もすることができないという点も、特許法に比してデメリットであると言い得る（したがって、早晚誰かが開発するであろう技術に関しては、特許権を取得した方が得策である）。

不正競争防止法による保護の例として、よく挙げられるのが、コカコーラや、ケンタッキーフライドチキンの製法である。

▶ 小括

以上をまとめると、特許法による保護は、技術情報が公開されてしまう代わりに、一定期間は存続する（が、存続期間が満了すれば保護も終了する）し、他人が独自開発した技術についても権利行使可能である、という特徴を有する。これに対して、不正競争防止法による保護は、技術情報が公開されない代わりに、いったん公知になってしまえば保護は終了する（が、秘密にし続ける限り保護も存続する）し、他人が独自開発した技術については権利行使ができない、という特徴を有する。

これらの制度趣旨を踏まえた上で、以下、特許法と不正競争防止法のそれぞれについて、法改正の動向や、最近の話題に触れる。

特許政策の動向

▶ 特許法制定からの流れ

現行の特許法が制定されたのは、1959年（昭和34年）である（無論、それまで特許法がなかったわけではなく、1885年専売条例、1899年特許法（旧々特許法）、1921年特許法（旧特許法）を経て、1959年の現行特許法に至っている）。現行特許法の制定以降、種々の改正がなされているが、時代を区分すると、「1970年代まで」「1980年代以降1990年代前半まで」「1990年代後半以降」の3つの時期に区分することができる^{☆1}。

(1) 1970年代まで

この時期においては、1970年改正による出願公開制度の導入^{☆2}、審査請求制度の導入^{☆3}等の重要な改正がなされているが、特徴的であるのは、1975年の物質特許制度の導入であると思われる。それまで、化学的方法により製造されるべき物質（化学物質）の発明については特許しない旨の明文の規定（1975年改正前特許法32条3号）が存在した^{☆4}。これは、国内産業保護を趣旨とするものであった。すなわち、国内産業が未成熟な時点において、物質そのものについて特許を認めると、外国企業が物質そのものの特許を独占してしまい、国内産業を圧迫してしまうので、これを回避して国内産業を保護する、という理由であった。それを、1975年に、国内産業のレベルが一定程度に達したということで、物質そのものにも特許を認めることとしたわけである。日本の産業競争力が、先進国に追いつき、成長期から安定期へ移行していったことの象徴といえるかもしれない。

(2) 1980年代以降1990年代前半まで

日本の産業競争力が安定期に入ったといえるこの

☆1 文献2) 199ページ以下、本稿の「特許法制定からの流れ」の記述も、同書に負うところが大きい。

☆2 従前は、特許権を付与する際に、その内容を公表していたが（出願公告）、これを、出願から1年6カ月経過した場合には、一律公開する、とした（特許法64条1項）。

☆3 従前は、出願されたものを全部審査していたが、審査請求があったもののみを審査する、とした（特許法48条の3）。

☆4 物質そのものでは特許を取得できないので、物を生産する方法の発明（特許法2条3項3号）として特許を取得していた。

時期の特徴は、「的確な権利保護をより迅速に実現することを目指し、…また、このような改革が、経済のグローバル化の中で重要性を大きく拡大した知的財産制度の国際調和の問題と表裏一体をなす形で進められ、TRIPS協定の成立、日米包括経済協議の終了という国際的な成果とともに、一段落した」^{☆5}とすることができる。1985年の国内優先権制度^{☆6}、1987年の特許権存続期間延長制度^{☆7}等は、権利保護を目指すものであろう。

また、この時期に、コンピュータプログラム（以下、プログラムと略称する）に関する議論が活発化した。これも権利保護に関する議論であるといえる。1982年に日立・IBM事件、富士通・IBM事件が発生したこともあって、プログラムの保護を巡る問題は立法の動きも活発化した。通商産業省（現・経済産業省）が「プログラム権法」という特許法的アプローチの新規立法を提言し、他方、文化庁が、著作権法の中にプログラム規定を盛り込むことを提言し、真っ向対立した。しかし、1980年に著作権法でのプログラムの保護を明確にしていたアメリカからの外圧もあり、1985年に、プログラムを著作権により保護することを明確にする著作権法改正が成立し（著作権法10条1項9号）、決着をみた^{☆8}。

（3）1990年代後半以降

最後に、「1990年代後半以降」については、「新たなプロパテント政策の潮流」^{☆9}との語に象徴されるように、基本的には、権利強化の方向であったと思われ、その背景には、バブル経済崩壊後の景気低迷の中、知的財産に注目が集まったということがある。1998年改正では、「強い保護」に向けた損害賠償制度の見直し（逸失利益立証の容易化など）が、1999年改正では、権利侵害に対する救済措置の拡充（侵害訴訟における文書提出命令規定の拡充など）

☆5 文献2) 283ページ。

☆6 自国（日本）にした出願を基礎とし、その発明の改良発明を取り込ませて、より十全な内容の出願へと発展させる制度（特許法41条）。

☆7 薬のように、実施するには、安全性の観点から別途の行政処分が必要なものは、それに要する期間分、事実上特許期間が短縮されてしまうため、そのような場合には、特許期間の延長を認める制度（特許法67条2項）。

☆8 プログラムに関する以上の記述は、文献3) 96ページ以下に基づいている。より詳細については、文献2) 267ページ。

☆9 文献2) 283ページ。

がなされ、2002年改正では、プログラムの保護が特許法に明定された（2条3項、4項）。

プログラムの保護については、1985年の著作権法改正によりすでになされているが、著作権法は、本来は、「表現」を保護する法律である。これに対して、プログラムは、ハードウェアを動かすという「機能」に意味がある。プログラムのデッドコピー（そのままコピーすること）であれば著作権法による保護により対応できるが、元のプログラムのアイデアを盗用しつつ新たな表現により別のプログラムを作成するような事案においては著作権法による保護に限界があり、アイデア自体を保護する特許制度への期待が高まった^{☆10}、とされる（他方で、理系研究者の立場においても、文献5）のように、プログラムの特許に疑問を呈するものもある）。

2002年以降も、種々の改正が行われているが、2003年の職務発明規定の改正^{☆11}、2004年の侵害訴訟における特許無効主張を実質的に可能にする改正^{☆12}など、一概に権利強化ともいえないものもある。

▶ 2011年特許法改正と最近の話題

（1）2011年特許法改正

2011年には、近年の中でも、比較的大規模な特許法改正が行われた。同改正の柱は、①ライセンス契約の当然対抗制度の導入、②冒認出願^{☆13}等に対する救済措置の整備、③紛争処理制度の見直し、

☆10 文献2) 360ページの記述に負うところが大きい。

☆11 職務発明とは、簡潔に言う、従業者が、職務上行った発明である。発明を行った場合、本来は、特許を受ける権利は発明者に属するが、職務発明については、会社は、あらかじめ勤務規則等に定めておくことで、特許を受ける権利を承継することができる（特許法35条2項）。その代わりに、従業者は、会社に対して、「相当の対価」の支払いを求められることができる（特許法同3項）が、「相当の対価」について、その内容や、決定手続については、2004年改正前特許法では、特に規定されていなかった。この頃、「相当の対価」を巡る紛争が種々発生していたため、法改正の検討が説かれていた。2004年改正では、会社・従業者間で適正な手続を経て算出された対価が支払われた場合、それを、職務発明の「相当の対価」として尊重することとされた（特許法35条4項5項）。

☆12 従前は、特許権の有効性判断は、特許庁の（審判手続の）専権事項であり、侵害訴訟において裁判所が判断することは予定されていなかった。これを、対世的に特許権を無効とする手続は無効審判に委ねつつ、侵害訴訟でも、いわば「特許無効の抗弁」を出せるようにしたもの（特許法104条の3。この場合、当該侵害訴訟においては特許権者の請求が認められないが、特許権は無効とはならない）。

☆13 発明者または特許を受ける権利の承継人以外の者による出願のこと。平たく言うと、発明を「盗まれた」場合が典型例である。従前は、「盗まれた」発明を取り戻すための手続がなかったが、今回の改正で整備した（特許法74条）。

④ユーザの利便性向上のための料金・手続面の見直し、の4つである^{☆14}が、IT分野に影響が大きいのは、①のライセンス契約の当然対抗制度の導入であるので、これについてみてみることにする。

2011年改正前の特許法では、ライセンス契約は、その旨、登録を行わなければ、第三者に、ライセンス契約を対抗すること（主張すること、とほぼ同義）ができなかった（2011年改正前特許法99条1項）。しかし、実務上、ライセンス契約が登録されることはほとんどない（文献6）15ページによれば、国内の企業等からライセンスを受けたことがあると回答した者の中で、その登録率が0%または1%未満である旨回答した者の割合は、87.2%である）。その理由は種々あるが、登録の手間とコストがまず挙げられる。IT業界では特にそうであると思われるが、1つの製品に多数の特許権、ライセンスが存在し、すべてを登録することは現実的ではない。

そうすると、ライセンサー（特許権者）が、特許権を譲渡したり、破産したりした場合、譲受人や、破産管財人（これらが、「第三者」である）に対して、ライセンシーは、ライセンス契約を対抗することができず、不安定な地位に置かれる。そこで、改正により、ライセンシーは、登録がなくても、ライセンス契約を第三者に対抗することができるようにしたのである（2011年改正後特許法99条1項）。

このように、ライセンス契約の当然対抗制度は、権利強化ではなく、利用の促進という側面が強い。

なお、研究者にとっては影響があるので④も触れておくと、ユーザ利便性向上のための料金・手続面の見直し、というのは、中小企業に対する特許料の減免制度の適用期間の延長（特許法109条）や、発明者が自ら公表した場合であれば、その公表態様を問わず、発明が公になった後でも特許権を取得し得るようにするものである（特許法30条）。つまり、中小企業や研究者に対して、権利を取得・維持しやすくする改正であるといえる。

（2）最近の話題

IT業界に関する特許についての最近の話題も、権利強化一辺倒というのではなく、むしろ、権利行

使の行き過ぎや、権利の複雑化に対する疑問、権利の適切な取得・適切な活用、という形で表れることが多いように思われる。

別稿で詳述される、特許実務に対する情報学の貢献や、特許情報調査は、研究者やITエンジニアが、いかに適切に権利を取得し、活用するかというための取り組みであろう。

パテントトロール問題や、標準化問題は、権利行使の行き過ぎや複雑化に関する問題と捉えることができる。

いずれも、詳細は別稿に譲るが、少しだけ紹介しておくと、パテントトロール問題は、「パテントトロール」が差止請求権を行使する場合には、これを制限すべきか、という問題である。問題のポイントは、「パテントトロール」をどのように定義するか、ということである。この問題を議論した経済産業省の産業構造審議会の資料においては、「発明を実施しておらず、実施する意思もなく、そして多くの場合、決して実施することのない特許を使って、多額の利益を得ようとする者」^{☆15}という定義が紹介されているが、法文にする以上、その範囲が明確でなければならない。しかし、それは、相当に困難であると思われる^{☆16}。結局、「引き続き、我が国にとってどのような差止請求権の在り方が望ましいか、検討することが適当である」^{☆17}として、具体的な提言等は示されなかった。

標準化とは、特にIT業界において、権利が多数存在することにより権利処理が進まない、という状態を回避するため、技術規格を統一化していこうという試みであり、それにあたり、種々の法的問題が生じる。特に、差止請求権の制限（規格を策定していた者が、保有している特許の存在を明らかにしな

^{☆15} 差止請求権の在り方について、http://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/shingikai/tokkyo_shiryou027.htm, 2ページ。

^{☆16} 日本弁護士連合会・特許庁特許制度研究会報告書「特許制度に関する論点整理について」に関する中間意見書（http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2010/100318_7.html）30ページ以下では、「差止請求権が制限されるべき場合があることについては異論がなかった」が、「具体的にどの類型について差止請求権が制限されるべきであるかについては議論が分かれた」としている。

^{☆17} 産業構造審議会知的財産政策部会・特許制度に関する法制的な課題について（2011）、http://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/toushintou/tokkyo_housei_kadai.htm, 57ページ。

^{☆14} ネーミングは、文献4）111ページによる。

いで、規格の確立後に権利を行使^{☆18}した場合の対処。ホールドアップ問題と呼ばれる)が多く論じられる。

権利が多数存在することにより権利処理が進まない、という意味では、最近のアップル・サムスン間の訴訟や、アップル・モトローラ間の訴訟なども、問題の所在は同じであると思われる。後者を担当した、米国第7巡回区連邦控訴裁判所のPosner判事は、「多くの業界で特許権による保護が本当に必要かどうかを考え直す必要がある」とコメントしていると報じられている^{☆19}。

不正競争防止法の動向

▶ 不正競争防止法制定からの流れ

日本において、不正競争防止法が制定されたのは、1934年のことであった(旧不正競争防止法)。旧不正競争防止法には、営業秘密の保護規定が存在せず、1980年代後半から営業秘密の保護を求める声が高まり始め、1990年改正で営業秘密の保護規定が盛り込まれた^{☆20}。その後の1993年に旧不正競争防止法が全面改正された。これが、現行の不正競争防止法である。

営業秘密の保護に関して、不正競争防止法の改正を概観しておく^{☆21}、2003年改正では、営業秘密の使用、開示といった行為について、刑事罰が導入された。そして、2005年改正では、退職者の使用・開示や、国外での使用、開示についても刑事罰が導入され、また、罰則自体も重くなった。2006年改正では、さらに重くなった上、2009年改正では、営業秘密の領得自体について刑事罰が導入された。

このように、営業秘密に関する不正競争防止法の改正は、刑事罰が拡大・強化される傾向にあったといえる。

☆18 文献7) 38ページ。

☆19 http://wirelesswire.jp/Watching_World/201207061107.html

☆20 文献2) 249ページ以下。

☆21 営業秘密以外にも、種々の改正が行われているが、本稿では割愛する。各改正内容は、所管官庁である、経済産業省のページにまとまっている、<http://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/unfair-competition.html>

▶ 2011年不正競争防止法改正と最近の話題

(1) 2011年不正競争防止法改正

2011年には、営業秘密に関しても不正競争防止法の比較的大きな改正が行われた。それは、営業秘密の内容を秘匿して、刑事裁判が行えるようになったことである。

営業秘密の侵害は、親告罪であり、被害者による告訴がなければ刑事裁判を行うことができない(不正競争防止法21条3項)。しかし、刑事裁判手続は、国民一般に公開されることが憲法上の原則であるため(憲法82条1項)、被害企業は、営業秘密の内容が公開されてしまうことを恐れ、侵害者を告訴することを躊躇し、侵害者に対して適切な処罰がなされない可能性がある。

この問題は、以前から指摘されていたものの、憲法上の原則に関する規定であり、容易に越えられるハードルではなかったが、種々の議論を重ね^{☆22}、2011年の改正に至ったものである。

(2) 最近の話題

営業秘密の領得行為は、民事では以前より、刑事では2009年改正により、規制がなされるようになった。営業秘密の領得、すなわち、漏洩事案において重要なのは、その証拠をどのように収集・保全するかであるが、最近、デジタルフォレンジック技術の活用が増えている。詳細は、別稿に譲ることとし、ここでは、別の話題について触れておきたい。

第一に、いわゆる先使用权についてである。

ある技術情報を、営業秘密として秘匿していたとしても、他者が、同様の技術情報を独自開発し、特許出願してしまう可能性は否定できない。特許権が取得されてしまったということは、当該技術情報について、公開がなされているということであり、非公知性の要件を充たさなくなるので、技術情報を秘匿していた者は、営業秘密としての保護を受けられなくなる。これは、当初より織り込み済みのリスクであってやむを得ないにしても、リスクはさらにあ

☆22 2009年改正の付帯決議や、「知的財産戦略2010」でも言及されており、法務省「営業秘密保護のための刑事訴訟手続の在り方研究会」(http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12_00008.html)での検討を経た。

る。当該特許権者から、特許権の行使を受ける恐れがあるわけである。保護が受けられなくなるのみならず、他者から特許権行使されるリスクまでであるというのでは、アンバランスが生じてしまう。

そこで、「特許出願して特許を取得するという方法を選択した者」と「特許出願せず（営業秘密として）秘匿するという方法を選択した者」との間の公平を保つため、後者につき、一定の要件の下、いわば当該営業秘密の使用の継続を認める制度が先使用权である（特許法 79 条）。

先使用权は、特許出願が行われる際に、当該技術情報を実施していたこと（先使用）等が要件であり、ここでも、先使用という事実についての「証拠の保全」が重要である。もっとも、どのように証拠を保全すればよいかは明確ではなく、従来、先使用权を立証することが容易でないなど、必ずしも利用しやすい制度になっていないとの指摘がなされていた^{☆23}。最近では、特許庁が「先使用权制度の円滑な活用に向けて一戦略的なノウハウ管理のために—」というガイドライン（事例集）を策定・公表し^{☆24}、先使用权利用の円滑化が図られているところである。

第二に、新日鉄住金・韓国ポスコの営業秘密侵害争訟についても触れておきたい。

本件は、新日鉄住金が、韓国ポスコに対して、ポスコが組織的に計画して、新日鉄の元社員に、「方向性電磁鋼板」と呼ばれる技術についての情報を不正に持ち出させた、として、販売差止めおよび約 1,000 億円の損害賠償を求めている事案である^{☆25}。

問題となっているのは、電気を各家庭に送るための変圧器に広く利用される特殊な鋼板の技術である。特殊なノウハウであり、公開してしまうより、徹底的に秘匿することを選んだと報じられている^{☆26}。

不正競争防止法による営業秘密の保護の働く場面が具体的で分かりやすい。

そして、新日鉄住金が提訴に踏み切ることができたのは、報じられているところによれば、以下の事情によるようである。2007 年、ポスコから中国メーカーに、問題の鋼板の技術を流出させたとして、ポスコ元社員が逮捕された。この元社員が、当該裁判の中で、「流出した技術はポスコのものでなく新日鉄の技術」と主張したことから、新日鉄は、証拠の保全に繋げることができたものであり、新日鉄関係者も「幸運のなせる技」と述べているとのことである^{☆27}。証拠保全の困難性・重要性もよく分かる事案である。

結語

以上、特許法による保護と、不正競争防止法による保護について、法制度の動向等をみてきた。

以前は、権利強化の方向性が目立っていたと思われるが、最近では、特に IT 業界では権利行使の行き過ぎや、複雑化をどうすべきか、という問題意識、そして、権利の適切な取得・適切な活用が重要である、という気運が感じられるところである。研究者もこれらの動向と無関係ではあり得ず、研究だけをしていれば良い、というものではないのではないかと、ということを付言して、本稿を終えることにしたい。

引用文献

- 1) 吉藤幸朔, 熊谷健一補訂: 特許法概説 [第 13 版], 有斐閣 (1998).
- 2) 通商産業政策史編纂委員会編, 中山信弘編著: 通商産業政策史 11 知的財産政策, 経済産業調査会 (2011).
- 3) 中山信弘: 著作権法, 有斐閣 (2007).
- 4) 中山一郎: 政策・産業界の動き, 年報知的財産法 2011 (高林龍他編), 日本評論社.
- 5) 今野 浩: 特許ビジネスはどこへ行くのか, 岩波書店 (2002).
- 6) ライセンス・特許を受ける権利にかかわる制度の在り方に関する調査研究報告書, (財) 知的財産研究所, <http://www.jpo.go.jp/shiryu/toushin/chousa/zaisanken.htm#3010>
- 7) 林 秀弥: 情報通信技術の標準化過程における特許権行使の濫用, 知財研フォーラム 90 号 (2012).

(2012 年 11 月 17 日受付)

☆23 2005 年度の経済産業省・産業構造審議会・知的財産政策部会では、先使用权がテーマの 1 つとして検討されており、そのとりまとめである、「特許制度の在り方について」報告書 (2006), http://www.jpo.go.jp/shiryu/toushin/toushintou/i_p_t_ariakata.htm, 40 ページで、必ずしも利用しやすい制度になっていないとの指摘がとりあげられている。

☆24 http://www.jpo.go.jp/shiryu/s_sonota/senshiyouken.htm

☆25 <http://www.j-cast.com/2012/11/03152353.html?p=all>

☆26 <http://www.j-cast.com/2012/05/22132828.html?p=all>

☆27 <http://www.j-cast.com/2012/05/22132828.html?p=all>

桑原 俊 | s.kuwabara@icr.co.jp

2001 年早稲田大学法学部卒業, 修士 (法学) 早稲田大学, 法務博士 (専門職) 中央大学, 司法修習修了 (新 62 期)。