

財団法人 関西社会経済研究所

『ビジネス法務』シリーズ講演会（第1回）

## 「企業戦略構築における近年の法改正の意味」

大阪大学大学院高等司法研究科教授

・ 法学研究科附属法政実務連携センター長

青江 秀史 氏

大阪大学大学院高等司法研究科教授

茶園 成樹 氏

日時：2006年7月20日

場所：関西経済連合会会議室

（青江 秀史 氏）

私からは、企業戦略構築における法改正の意味ということで、**総論的な話**をしたいと思っています。

### 1. ビジネスを「守る」法務からビジネスを「攻める」法務へ

今日、企業法務部門は、どんどん発展してきております。法務部門は、元々は、外部からのクレームに対応していた、いわば後始末屋的な、あるいは内部文書作成的な社内のポジションであったのが、どんどんニーズを掘り起こすような戦略的なポジションに変わってきています。今では法律の改正により新たなビジネスが生まれるのではないかと、あるいは技術進歩により、こういうふうには法律を改正していけば新たな市場が生まれてくるのではないかと、というようなことを考える戦略部門に変わってきていると思います。

何を言っているかということ、例えば、本日説明する知的財産関連の法律を例にとると、それらは、半分はビジネスのルールを定めたもの、業法的な側面があるわけです。その業法を変えていく、あるいは創っていくという意味で、法律は学ぶもの、守るものという段階から、法律は創るものというように、意識が変わってきているわけです。そして、法務部門は、法律の改正とビジネスとの間の“翻訳”ができる社内の部隊と位置づけられるようになってきていると思うのです。民法、会社法といった基本的な法律でもそうですが、ビジネスに関わる業法が、一体どういう歴史を経て変わってきているのか、あるいは、どこでその業法を、よりよい業法に変えるための議論がされているのか。誰がそこで議論をしているのか。そして、それがどういう方向に変わっていくと自分の会社のビジネスが、どのように変化するのかというシミュレーション、すなわち“翻訳”をしていただきたい。

企業戦略を構築する上で、机上の空論をやっているだけではビジネスはできませんし、そうかといってビジネスの現場の声を拾うだけでは、そこには戦略はありません。その両者を繋いで、その中で明らかになった“気づき”を形にしていくのが法務部門だと、私は思っているわけです。

例えば、法律を変えるだけで、ガソリンスタンドの中にコンビニエンスストアができるようになり、そこに新しい市場が生まれるわけです。しかし、そこでビジネスチャンスを掴むためには、ガソリンスタンドの中でコンビニエンスストアを設置できるようになる、という法律の“翻訳”をしなければなりません。あるいは薬事法が変わると、コンビニエンスストアで薬が売れることになる。そこに新しいビジネスチャンスが生まれる。しかも、ビジネスチャンスはコンビニエンスストアの人にとってだけではなく、そこでクレジットで買い物をする顧客のPOS端末にソフトウェアを売っている企業にとっても、ビジネスチャンスになるというわけです。その“翻訳”ができるかどうかというところがミソです。実際の現場を見ている人と机上で法律の条文を追いかけている人がうまく連携できた時に、企業戦略が生まれてくるということになると思います。

## 2. 「電気通信事業法」改正をビジネスチャンスに

電気通信事業法を例にとってみましょう。デジタル化、ネットワーク化は、近年、急速に進展しました。情報伝達のスピードは、比喩的に言うと、1965年頃はカメであったのが、1981年には自転車並みの約100倍、2001年には宇宙船並みの約7万倍になっています。記憶容量も1965年当時の新聞2分の1ページから2001年には新聞3年分に急増しています。しかし、われわれは、それを有効活用しているでしょうか。多くの場合、情けないことに、コンピュータを殆どワープロ代わりに使っているだけで、その性能を使いこなしていないのです。

ではどうやってそれを使いこなせるようになるのか。そして、それを企業戦略に結びつけられるのか。その鍵の1つが、電気通信事業法の改正です。1985年当時、電気通信事業法は、自ら回線設備を有する事業者（大規模電話会社）を第一種事業者、回線設備は他者から借りてサービスを提供する事業者を第二種事業者と区分していたのですが、当時はLANだ、VANだと言われても理解が及ばず、情報伝達のスピードも今日に比べると格段に遅いといった状況を前提として新たなビジネスを考えていたわけです。また、当時も通信回線を通っているのは、すべて知的財産という「情報」だったのですが、当時はそれを使うための回線設備という「モノ」をいかに利用するのかという観点に立ってビジネスを考えていたわけです。

では、最近の電気通信事業法の改正を、いかにビジネスに“翻訳”していけばよいのかについて考えてみましょう。同法改正の狙いの1つは、全ての事業者がビジネスチャンス、利用者ニーズをタイムリーに使えるという、そういった事業展開が可能にすることです。もう1つの狙いは、情報サービスを柔軟かつ多様に提供可能にするために、契約約款に束縛されないようにして、事業者が自由にサービスを提供できるようにすることです。特に回線設備を利用する事業者が、これまで以上に円滑なビジネス展開、サービス提供ができるようになっており、設備の保有に基づく参入規制や、料金規制が大幅に緩和されています。このような流れの中で、当然のことながら競争が激化することになります。だから、利用者保護ルールを明確化し、ルールが必ずしも明瞭でなかったものを明らかにしていこうという考え方も、今回の法改正にはあります。

そして、最後に、基盤となるインフラ設備を確保しつつ、円滑なネットワーク構築を可能にするということで、技術基準や、希望に応じた公益事業特権の付与、接続ルールを定めています。

これらの法改正の結果、事業者が自らのアイデアによって、新サービスの展開ができるようになります。総務省は電気通信事業法改正に関し、制度見直しにより期待される効果の1つを「民間事業者の投資拡大を通じた経済の再生」という言葉で表現していますが、電気通信事業法の改正1つをとってみても多くのビジネスチャンスが広がっているわけですから、企業法務部門は、法律改正の動きをビジネスチャンスと捉え、技術部門の人とも対話をしながら、法律をビジネスの世界に“翻訳”してもらいたいと思っています。

### 3. 政府「知的財産戦略」をビジネスに“翻訳”せよ

もう1つ、知的財産の考え方もこの数年で大きく変化しています。先ほど電気通信事業法について、1985年当時には、回線設備という「モノ」の活用を前提としており、知的財産である「情報」のサービスは念頭に置かれていなかったと述べましたが、その知的財産に関して、政府は、最近になって「知的財産立国」と言い出しているわけです。これは、知的財産によって国をしっかりと発展させていこうということです。これは、大学の中でもきちんと知的財産を教えなさいということをも意味しているわけです。そもそも、わが国の大学の中に、工学部とか医学部とか薬学部とかの学部が何のために造られたのかというと、将来、国を担っていく人材を育成するためです。振り返ってみると、1985年当時、わが国の学部の中に知的財産を教えている講座があったかということ、ほとんどなかったのです。ところが今や、さまざまな大学で知的財産を教えるようになってきました。これなどは、「知的財産立国」の具体的な表れなのです。

企業でも同じです。1985年当時に、知的財産本部といった部隊があったでしょうか。特許部はあったかもしれませんが、知的財産本部などという言葉はなかったと思います。現在は、それが具体的に出てきています。

このような知的財産重視の状況の中で、政府は「知的財産推進計画」を毎年改定しています。最新の2006年版はウェブ上にありますので、是非これを実務に“翻訳”してもらいたいと思います。

科学技術の進歩も法改正を促します。著作権法は、毎年と言ってもいいくらいに変わっていますが、それは技術が進歩するからであり、その技術の進歩に伴いビジネスも変わるからです。例えば、レンタルビデオ店を考えてください。レンタルするのはビデオからDVDに変わっていますし、店も減ってきました。最近、ひよっとするとブロードバンドで送ってもらえばいいわけで、何かの物をレンタルする必要がなくなっているわけです。かつてはVANだったのが、だんだん小さくなってきて、メモリスティックになってきた。そして今度は、ブロードバンドの時代になったら、もうメモリスティックもいらない。そして、ブロードバンドそのものが大きなメモリだというふうになってきたら、まさに、「情報」のレンタルだけに変わっていくかもしれません。

このように技術の進歩が促す法改正にも注意を払って、是非、法改正のビジネスへの“翻訳”を進めていただきたいと思います。

(茶園 成樹 氏)

私からは、今年(2006年)、そして昨年に行なわれた**知的財産法の改正を中心に**話をします。

## 1. 近年の知的財産法の改正

近年、知的財産関連の法改正は、毎年のように行われています(後掲表1参照)。2005年には商標法改正による地域ブランド保護制度、不正競争防止法改正、関稅定率法改正など、2006年には特許の出願分割制度の改正、模倣品対策強化、画面デザインの保護、小売業のサービスマークの保護などが行われました(後掲表2参照)。

ところで、最近の知的財産法の改正の趣旨は、大きくは以下に掲げる5つの性格に分類できるだろうと思っています。

### (1) 知的財産の保護の新設

まずは、知的財産の保護の新設です。保護を新設する理由は、第1に、IT化、ネット

ワーク化への対応、そして、第2に、IT化、ネットワーク化以外の社会経済の変化への対応です。最近、特に問題になっているのは営業秘密の保護ですが、昔は、人材は、ある企業に就職すれば、多くの場合定年になるまでずっとその企業で働いたわけですが、最近はそのが非常に流動化している。そこで、企業で実際に利用されている営業秘密の保護をきちんと考えなければならない状況になっているというものです。第3には、グローバル化という側面であり、条約が新たに締結されると、日本もその条約に対応するために法改正をするというようなことがあります。

#### **(2) 民事的救済制度の拡充**

知的財産法の改正というのは、保護制度を新たに設けるといような場合は非常に分かりやすいのですが、最近はその以外に、保護したあとの後始末に非常に重点が置かれているように思われます。よく、知的財産サイクルと言われていますが、知的財産を保護するというのは、保護した知的財産を活用し、そこで収益を上げて、その収益をさらに、知的財産の創造に投入してもらい、また新たな知的財産が生み出されていく、というサイクルを加速させていこうということです。それが日本経済の活性化につながるのだということで、知的財産の保護のみならず、活用、利用という面が非常に重要だという認識が高まっています。

そのために、民事的救済制度を拡充しようという方向になっています。

#### **(3) 刑事的制裁の強化**

さらに、知的財産侵害は犯罪となる場合がありますが、刑事的制裁を強化する方向もあります（後掲）。

#### **(4) 迅速かつ的確な紛争処理**

特許や商標は、手続と密接に関わってきます。新たな保護制度を設けたところで、その制度が非常に使いにくい、利用のしかたが非常に煩雑ということになると、結局利用されない結果となります。それでは制度をつくっても、あまり意味がないということになりますので、最近はできるかぎり制度が利用されやすいように、ユーザーフレンドリーな制度改革が進められています。従来、非常に時間がかかっていた特許出願審査は、迅速化がはかられています。また知的財産に関わる裁判も迅速に行う方向にあります。

#### **(5) 模倣品対策**

5つ目、これが最近の法改正における一番大きなポイントではないかと思えますけれども、模倣品によって日本企業は非常に大きな被害を受けています。とりわけ中国や韓国などのアジア諸国から多くの模倣品が流入してきているわけですが、その対策を強化しようとしています。

表 1 最近の知的財産法改正の動き (1) (1996年～2004年)

1996年	商標法改正 立体商標制度の新設、団体標章制度の新設、商標法条約への加入対応
	著作権法改正 著作隣接権の遡及的保護、写真の著作物の保護期間延長
1997年	著作権法改正 公衆送信権の新設[ Ⅱ化・ネットワーク化への対応] W P O著作権条約
1998年	特許法等改正 損害賠償制度の強化 意匠法改正 部分意匠の保護、関連意匠制度の導入 (類似意匠制度に代えて)
1999年	特許法等改正 民事的救済制度の拡充、審査請求期間の短縮 商標法改正 マドリッド・プロトコールへの加入対応 不正競争防止法改正 技術的制限手段に係る不正競争の新設 著作権法改正 技術的保護手段の回避規制、権利管理情報の改竄規制、譲渡権の新設 W P O著作権条約
2000年	弁理士法全面改正 弁理士の職域拡大 著作権等管理事業法の制定
2001年	不正競争防止法改正 ドメイン名に係る不正競争の新設、外国公務員等への贈賄禁止 プロバイダー責任制限法の制定
2002年	特許法改正 プログラムの発明を物の発明として保護、間接侵害の拡充 商標法改正 商標の使用行為の明確化[ Ⅱ化・ネットワーク化への対応] 著作権法改正 放送事業者に送信可能化権を付与、実演家人格権の新設 弁理士法改正 弁理士に訴訟代理権付与 知的財産戦略会議「知的財産戦略大綱」 知的財産基本法
2003年	特許法改正 異議申立制度と無効審判制度の統合 不正競争防止法改正 営業秘密の刑事的保護、損害賠償制度の強化 著作権法改正 映画の著作物の保護強化、損害賠償制度の強化 教育機関での著作物活用の促進 種痘法改正 関税定率法改正 特許権等を輸入差止申立制度の対象に 民事訴訟法改正 東京地裁・大阪地裁・東京高裁への専属化 知的財産戦略本部「知的財産の創造、保護及び活用に関する推進計画」
2004年	特許法改正 職務発明制度の改革 実用新案法改正 実用新案登録に基づく特許出願制度の新設、存続期間の延長 著作権法改正 レコードの還流防止措置、書籍に対する貸与権、罰則強化 関税定率法改正 知的財産高等裁判所設置法 信託業法改正 特許審査迅速化法

表2 最近の知的財産法改正の動き(2)(2005年～2006年)

2005年	商標法改正 地域ブランド保護制度の新設 不正競争防止法改正 営業秘密の保護強化、模倣品・海賊版対策の強化 種苗法改正 関税定率法改正
2006年	特許法等改正 出願分割制度の改正、補正制度の見直し 模倣品対策の強化、刑事罰の強化 意匠法改正 画面デザインの保護 商標法改正 小売業のサービスマークの保護 不正競争防止法改正 刑事罰の強化

知的財産制度に関しては、2002年に知的財産戦略会議が設置され、知的財産基本法が制定されました。ここでわが国の知的財産政策が国家戦略として明確に位置づけられたわけです。

知的財産基本法に基づき、知的財産戦略本部が設置され、知的財産推進計画が策定されています。これは毎年改定されており、本年も「知的財産推進計画2006」が決定されています。非常に大部のもので、知的財産に関する推進プログラムが事細かに定められています。この知的財産推進計画に則して、新たな制度構築、法改正が進められているという状況になっています。

## 2. 知的財産保護強化とビジネス強化

次に、昨年と今年に行われた主な知的財産法改正について説明します。

### (1) 地域団体商標制度

地域ブランドの保護強化は、地域振興の一環として導入されたものです。地域の活性化、地域興しのため、特産品をつくって振興しなければならない。その際、特産品に名前をつけて、それを多くの人に知ってもらって、その商品の販売を増強するということが必要です。それを俗に地域ブランドと呼んでいるわけです。

しかしながら、この地域ブランドというのは、これまでの商標法ではなかなか保護しにくいと考えられてきました。なぜなら、まず地域名称、大阪とか、中之島とか、こういう地域名称それ自体は、基本的には保護されません。これはなぜかということ、そういう名称は多くの人が使いたいものですから、誰か1人に権利を認めてしまうと、他の人が使いにくくなります。そのため、多くの人が使いたい名称については、基本的に自由に利用できる

るようにしておくということになっているわけです。

当然、その商品の名称も保護されません。これも同じように、多くの人が使いたいものですから、ある1人の独占ということを確認するわけにはいきません。そのため、地域の名称プラス商品の名称という商標も、これは商標登録を受けることは極めて困難だということになっています。

例えば「夕張メロン」というのがあります。おそらく夕張地方の農家の人は、一生懸命努力して、特産品をつくりあげてきた。全国的にも有名だろうと思うわけです。ですが、夕張という地域の名前、これは基本的には保護されません。次のメロンも保護したら、ほかのメロンをつくる人が非常に困るので駄目だということになります。当然、夕張とメロンを合わせた「夕張メロン」というのも保護されないということになるわけです。

ただ商標法には3条2項という規定があり、例えば、「夕張メロン」という地域名称プラス商品名というのが、夕張地方の農家で生産されるメロンを表すものとして全国的に認識が高まれば、保護できるということになっています。「夕張メロン」は、実際にそのように全国的な認識を得たということで、商標登録を受けています。

しかし、全国的に認識を得るというのは、なかなか困難な話で、しかも認識を得た後は保護されるのですけれども、認識が得られるまでは保護されません。では認識を得るまでの間に、「夕張メロン」を例とすると、夕張地方の農家が、「夕張メロン」という名前で全国的に認知されようと一生懸命に頑張っていて、「夕張メロン」がだんだん有名になってきたからといって、別の地域の人が勝手に「夕張メロン」という名前を使っても、その時点では商標権で保護することはできません。また、そういうものがたくさん出てきてしまうと、今度は「夕張メロン」という名前が夕張地方の農家で生産されたメロンを表わすという認識さえも生じにくくなってしまおうということになります。

このような状況のままでは、ある地域で特産品をつくらうという動きがなかなか高まらないということで、地域ブランドについて、特別な保護制度を設けようということになりました。それが地域団体商標制度（商標法7条の2）です。

地域団体商標制度とはどのようなものかということ、まず出願人・保護を受ける人は、法人格を有する事業協同組合等の組合と規定されています。農業協同組合とか、地域の工芸品などをつくっているような人の組合とか、そういう法人が保護されるわけです。そして、保護を受けようとする商標は、その団体の構成員に使用させる商標であるということが要求されます。従って、会社は出願人となり保護を受けることはできません。

では、この制度によりどういう商標が特別に保護されるかということ、それは地域名称、および商品、役務の名称等からなる文字商標ということになります。このような商標は、

この制度が地域ブランド、地域興しのために新たに設ける制度ということで、地域の名称と、商品、役務との密接関連性が必要です。

こういった要件を満たして発生する地域団体商標権には、通常の商標権とほぼ同様の独占権が認められます。つまり、指定商品、あるいは指定役務について、その商標権者が使用する権利を独占し、他人が勝手に、登録された地域団体商標と同一または類似の商標を使用すると、それは排除されることになります。

ただ、地域団体商標権は、通常の商標権よりは保護が若干弱くなっています。それが先使用权です。地域名称プラス商品名ということになると、いろいろな人が今まで使っている場合があるわけです。そういう人たちの使用を、ある1つの団体が商標権を取得すれば、以後の使用は一切侵害になるというのでは、既に使用していた人には酷なことになるため、出願前に正当な使用者がいた場合には、その正当な使用者は他人の商標権が発生した後も、その使用を継続することができることになっています。

地域団体商標制度に基づく出願件数は2006年6月29日現在で485件です。地域別では関西地域が最も多く175件（滋賀7件、京都120件、大阪5件、兵庫27件、奈良9件、和歌山7件）であり、京都が相当数を占めています。

こういう新たな地域団体商標制度ができましたから、おそらくこの制度をビジネスに“翻訳”することが必要になってくるのだらうと思うのです。先ほども言いましたように地域団体商標権は組合が権利者となることができる制度で、会社は権利を取得することはできません。しかし、会社は、当該地域の協同組合などと連携することによって、その地域の特産品などにかかわるような新たな事業を進めていくのであれば、当然この地域団体商標制度の活用が考えられるわけです。

一方で、ある商標の権利取得前に他人が既に利用しているという場合も、当然起こりうるわけで、その場合には商標権の使用差止はできません。

もう1点、この地域団体商標制度というのは、通常の商標の場合より権利保護が若干弱くなっていますので、当該制度を活用した事業が成功して、地域名プラス商品名という商標が全国的に非常に有名になり、商標法3条2項の規定をもクリアしているという状況になると、より強い保護を受けられる通常の商標権の方への乗り換えということを検討すべきでしょう。

## **（2）画面デザインの保護**

次は、画面デザインの保護です。デザインとは何なのかというのは、人によっていろいろ認識の違いがあると思うのですけれども、デザインを保護する法制度として、意匠法があります。意匠法はデザインを保護するわけですが、保護しているのは意匠でして、

意匠とは何かというと、「物品の形状、模様、もしくは色彩、またはこれらの結合であって、視覚を通じて美感を起こさせるもの」と定義されています。念頭に置かれているのは、有体物の形態なのです。自動車のかたちとか、工業製品のかたちとか、そういう形態については、どういうものにするかで、製品の売れ行きに影響が出ますので、有体物の形態を意匠法は保護しているわけです。

ところが、近年、IT化が進み、情報デザインと呼ばれる分野が非常に発達してきました。ディスプレイ上で見ることができるようなデザインのことです。しかも、これまで家電製品等における操作ボタンといった有体物として現実に存在しているものが、次第にパネルをぼんと押すような形態への置き換えが進んできています。パネル上で見える情報デザインと言われるようなデザインは、意匠法で保護されるかということ、有体物の形態ではないので極めて難しいと考えられてきました。有体物としてコンピュータがあるじゃないかと言われるかもしれませんが、その画面というのは何でもいいわけですから、コンピュータの形態とも、なかなか言いにくいところがあります。

従来、意匠法で保護されるためには、物品の表示部の画面デザインは、その物品の成立性に照らして不可欠であり、その物品自体が有する表示機能のみから表示され、変化の様相が一定の範囲に特定しているものでなければならない（例えば携帯電話の初期画面、液晶時計の時刻表示部）とされてきました。

しかし、ビジネスの世界で情報デザインが重視されてくる中で、より広い範囲で保護を与える必要があるということになってきたわけです。ただし、画面上で表わされるものを何でも保護するということになると、困った話になります。例えば、映画のある一画面も保護されるということにもなりかねないわけです。そのようなものが保護されてしまうと、同じような画面の映画をつくること自体も侵害ということになり、社会的混乱を招きかねません。

そこで、2006年の法改正によって、保護される画面デザインが次のように規定されました（意匠法2条2項）。

- ・ 物品がその本来的な機能を発揮できる状態にする際に必要とされる操作に用いられる画面デザイン（例えば、携帯電話の通話者選択画面）
- ・ 同時に使用される別の物品の表示部に表示される上記画面デザイン（例えば、DVD再生録画機の録画予約操作画面デザイン）

また、物品がその機能に従って働いている状態での画面デザイン（たとえば、ゲームソフトによって表示される画像、パソコンにインストールされたアプリケーションの画面や

インターネットを通じて表示された画面)は保護しない、とされました。

### (3) 小売業のサービスマーク

これは小売業に関わる方以外には、あまり関係ないのかもしれませんが、新たに、商標法で小売業のサービスマークの保護制度が設けられました(商標法2条2項参照)。

日本の商標法は、最初は商品の商標だけを保護していました。その後、サービス業がだんだん発達してきて、サービスの商標、サービスマークというものも保護するようになりました。ところが、新たにサービスマーク保護制度を設けたときに、小売業については、小売業その自体のサービスマークは保護しないとされました。例えば電車なら阪急電鉄や阪神電鉄や京阪電鉄などがありますが、阪急電鉄であれば、阪急というマークは阪急電鉄が行う旅客運送業というサービスを表わしているマークです。あるいは航空会社なら、JALというマークは日本航空が行う航空旅客運送業というサービスを表しているマークです。ところが、阪急百貨店や阪神百貨店、あるいはコンビニのローソンとかセブンイレブンといった小売業については、そこで行なわれている小売業というサービスを表わしているマークがあるわけですが、そのマークはサービスマークとして保護されるということではできませんでした。その店舗で売られているそれぞれの商品について商品の商標の登録をし、保護を受けることはできたわけですが、全体として、小売業としてのサービスについてのマークの保護は受けられなかったのです。なぜそうなったのかというと、小売サービスというのは商品を販売する際の付随サービスだというように考えられたためです。つまり、ある百貨店で商品を1万円買ったとすると、その1万円というのは何のお金なのか。それは商品そのもののお金だと言われる。百貨店はその商品販売のために顧客に対していろいろなサービスを提供していますが、そのサービスに対してお金を払っていると言われると、顧客にはそういう意識はあまりないわけです。そこで、小売サービスは付随のサービスだと解釈され、付随サービスについては保護を与えないということになっていました。

ところが、そうであれば、小売業の企業は、その取り扱う商品ごとに商標権を取得しなければならないということになります。1万種の商品を取り扱っている小売業の企業は、1万の商標権を取らなければいけない、新たな商品を取り扱うことになると、その都度、新たな商標権を取らなければいけないという話になって、小売業について商標法による保護が十分に行なわれていないという批判がなされてきました。

そこで2006年の法改正によって、小売サービスも商標法上のサービスとみなす、小売業のサービスマークを保護するという制度が導入されました。

### (4) 営業秘密の保護強化

最後に、営業秘密の保護についてお話ししたいと思います。実は、営業秘密の保護というのは、この1、2年の法改正で新たに設けられたわけではなく、1990年に設けられています。ある会社で新たな技術が開発されたとします。当然、その技術について保護を受けたいという場合には、どういう方法があるかということ、1つは特許出願をして、特許を取得するという方法があります。ただ、特許出願をして特許を受けると、これは公開されてしまいます。公開したくないということになると、秘密にしておいて、ほかの人に知らせないでその会社内だけで使うという方法があります。

あるいは技術でなくても顧客リストのような営業上の非常に価値のある情報もあって、そういうものについては、特許等による保護を受けることはできませんので、他の人に真似られないために秘密にしておいて、企業内だけで使うということになります。

そういうものを営業秘密と言いますが、それを他の人が勝手に盗むことを防止するために法的な保護を与えるべきだという考えは、実は昔からあって、諸外国では昔から営業秘密の保護制度というのは設けられていました。けれども、わが国ではこれに保護を与えるということは、従業員の職業選択の自由を制限することになるのではないかという点などから議論があり、1990年までは明確な保護制度はありませんでした。

しかし、GATTウルグアイ・ラウンドにおいてTRIPS協定(知的所有権の貿易関連の側面に関する協定)が結ばれそうな状況になって、それに対応するために、1990年に営業秘密の保護制度が不正競争防止法に定められました。ただ、この時は民事的な救済だけが設けられました。

#### **2005年の法改正で刑事罰を導入**

ところが最近では、企業秘密の漏出が極めて重要な問題と考えられるようになり、営業秘密の保護をもっと強化する必要があると認識されるようになりました。とりわけ近隣の中国や韓国に、在職者、あるいは退職者が週末に教えに行くということが非常に多くなってきた。そういった技術流出が非常に重大な問題になってきました。

そこで2003年に、営業秘密侵害罪という刑事罰を科せられることになりました(不正競争防止法21条)。ただ、なかなか全面的に刑事罰を科すということは難しいと考えられて、国外で行なわれる営業秘密の不正使用とか漏出というものに対する処罰規定はなく、国内で行なわれているものについてのみ刑事罰が科せられることになり、また、退職者の行為については処罰しないというものになったわけです。

その後、さらに営業秘密の国外流出が極めて深刻な問題になってきたため、2005年の法改正によって、国外で行なわれる営業秘密の不正な使用、あるいは開示についても刑事罰が科せられるということになりました。また退職者が、在職中に取得した企業の営業秘密

を不正に使用する、あるいは開示することに対して刑事罰が科せられるということになりました。

### **秘密管理による侵害予防が重要**

このように、営業秘密保護に関しては、民事的な救済が既に設けられており、最近では刑事的な保護もどんどん強化されているという状況にあります。しかしながら、営業秘密の不正使用に対して救済が受けられるということは重要ですが、営業秘密というのは、一旦流出してしまうと価値は極めて下がってしまい、場合によってはゼロになってしまうものです。従って、これらの保護制度に対しては抑止力としての効果を期待し、むしろ、営業秘密の漏出がそもそも行われないようにするという体制を構築することが重要と思います。

営業秘密として保護を受け、民事的な救済や、刑事的な保護を受けるためには、そもそもその情報が営業秘密である必要がありますので、営業秘密とするためには、それを保有している企業が、その情報を秘密としての管理をしておかなければなりません。その管理がずさんですと、そもそも保護は受けられません。きちんとした管理をしておく、もし仮に流出したとしても保護を受けられますし、管理をしておく、流出する危険性そのものが減少するということになります。

ですから、他の知的財産についてもそうだと思うのですが、とりわけ営業秘密については、むしろ侵害に対する救済に頼る前の、侵害が起らないような予防が極めて重要だろうと思います。そのため、経済産業省は、「営業秘密管理指針」を作成しています(2003年1月作成。2005年10月改訂)。

## **3. 模倣品対策**

### **(1) 輸出規制の新設**

模倣品対策は、最近の重大なトピックスではありますが、2005年、2006年に次のような法改正が行なわれています。

1つは、模倣品対策というのは、もともと、基本的に外国でつくられた模倣品が日本に流入してくるのを阻止しようという狙いだったのですが、2006年の特許法、商標法、意匠法の改正においては、模倣品の輸出を禁圧するという新たな輸出規制が設けられました。この改正は、法理論的には、極めて説明しづらいものです。最近の法改正は、期待される効果、必要性に基づいてどんどん行われています。輸出に関しては、輸出されると外国に出てしまうということですので、日本にとってはどうでもいいともいえないではないのですが、とにかく模倣品が発見されればそれをストップすべきということで、輸出段階でも模倣品をストップできるということになりました。さらに言えば、わが国への模倣品の流

入を阻止するためには、模倣品が製造されている外国に輸出規制をしてもらいたいわけですが、それを求めるためには、日本でも輸出規制を行っているとしておかなければならないということで、このような理由から、模倣品の輸出規制が法制化されたというわけです。

## (2) 水際規制の強化

効果的な模倣品対策は、輸入品の水際での規制です。模倣品が国外から日本に一旦流入し日本の市場にばらまかれてしまったら、それをいちいち追跡して押さえることは、困難になります。そのため、税関で止めることが重要となります。この水際規制の強化を目的にして、2004年に関税定率法が改正されました。同法21条は、輸入禁制品を定める規定でして、その9号、10号に知的財産に関するものがあります。9号では「特許権、実用新案権、意匠権、商標権、著作権、著作隣接権、回路配置利用権、又は育成者権を侵害する物品」、10号で「不正競争防止法2条1項1号から3号までに掲げる行為を組成する物品」が輸入禁制品になっています。

輸入禁制品だと認められれば、同法21条2項で、「税関長は、前項1号から6号まで、9号又は10号に掲げる貨物で輸入されようとするものを没収して廃棄し、又は当該貨物を輸入しようとする者に対して積戻しを命ずることができる」となっています。

では、実際にどのような手続が踏まれるかということ、税関長は、輸入しようとする貨物のうちに知的財産侵害物品があると思料するときは、当該貨物が知的財産を侵害するものか否かを認定するための手続（認定手続）を開始します。税関長は、認定手続を開始すると、権利者および輸入者の双方に「認定手続開始通知書」を交付し、通知します。交付の日付の翌日から起算して10日以内に、権利者、輸入者双方が、当該貨物について意見・証拠を税関に提出します。税関長は、提出された意見・証拠に基づいて、侵害の有無を認定します。そして、侵害だということになると、没収、あるいは積戻しという処分が行われます。

この水際規制では、税関が知的財産侵害物品を認定し、没収や輸入差し止めをしてくれるから、企業にとって関係がないということになるかということ、実はそうではありません。日々、大量の貨物が日本に入ってきており、しかも税関は、侵害の有無について判断をする能力を、十分に持っているわけではありません。

そこで設けられているのが輸入差止申立制度です。これは、知的財産権者が、自己の権利を侵害すると認める貨物が日本に入ってくるのが分かった段階で、税関長に対して、その貨物に対して知的財産侵害物品であることの認定手続をとるよう申し立てることができる制度です。

この申し立てが行われれば、税関は、当該貨物について問題があるということを確認し

ますので、そこで十分な情報の下に認定手続の判断をしやすくなるわけです。この輸入差止申立制度ができたのは1995年で、当時は対象となるのは商標権と著作権の侵害品だけでしたが、その後、範囲が拡大され、2003年には特許権、実用新案権、意匠権、育成者権の侵害品、2005年には不正競争防止法上の不正競争に当たる物品にも拡大されています。

日々、日本に入ってくる大量の貨物をすべて税関で調べて、いちいちそれが本当に侵害物品かどうかといった判断をすることは、実際上不可能です。やはり権利者のほうで、輸入差止申立制度を活用して情報提供することが認定手続を得やすい方法だと思われる。

輸入差止実績は、どんどん増加しています。国別では、中国、韓国からの模倣品の流入が非常に多くなっています。

図1 輸入差止実績（平成13年～17年）

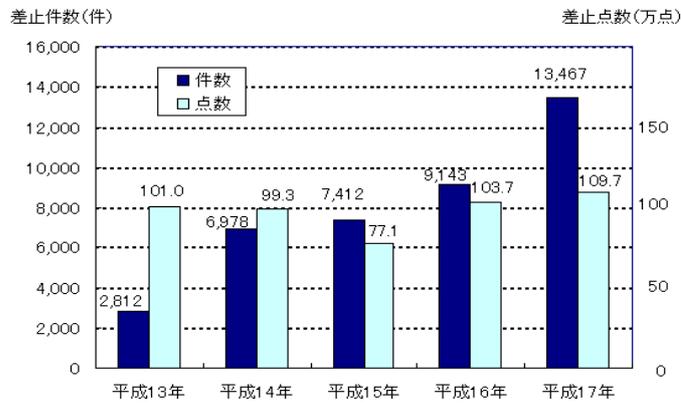
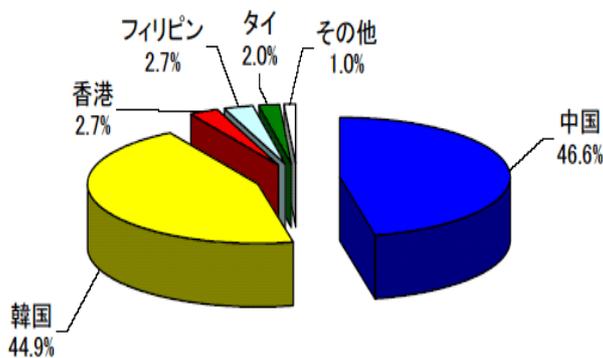


図2 仕出国（地域）別差止実績構成比（平成17年、件数ベース）



## 4．その他の法改正

### (1) 刑事罰の強化

知的財産侵害罪の刑事罰が強化されています。特許権侵害、意匠権侵害、商標権侵害については、直接侵害の場合、上限が懲役10年あるいは罰金1千万円、法人重課の上限は3億円に改正されました。不正競争防止法における営業秘密侵害罪については、上限が懲役10年あるいは罰金1千万円、その他不正競争の罪については、上限が懲役5年あるいは罰金5百万円となり、法人重課3億円となりました。

### (2) 特許制度の利用者の便宜促進

特許法に関しては、出願分割制度が改正されています。出願分割を特許査定後においても行いたいというユーザーのニーズが強かったため、特許査定を受けた後、あるいは拒絶査定を受けた後も、一定期間内に分割出願が可能になっています。

また、補正制限については、今までは拒絶理由通知を受けた後も、特許請求の範囲に記載されている発明をがらりと入れ替えるということが可能だったのですが、それがなされると審査が極めて遅延してしまいます。そこで、審査を迅速に行うために、拒絶理由通知を受けた後は、審査の対象を技術的特徴の異なる別発明に変更するような補正は禁止されることになりました。ですから、今後は拒絶理由通知を受ける前に、本当に保護を受けたい発明がきちんと特許請求の範囲に書いてあるかということ早期に検討する必要があるということになります。

### (3) 意匠法の改正

意匠法については、まず、存続期間が15年から20年に延長されました。類似範囲については、類似判断が必要者からみた意匠の美感の類否であると明確化されました。また、部分意匠・部品意匠の出願に係る時期的制限が緩和され、同一出願人の出願については、先願の意匠公報発行までは拒絶されないことになりました。

## 5．今後の課題

### (1) 模倣品対策

今後、知的財産権に関してどのような法改正が行なわれるかを考えると、「知的財産推進計画」に盛り込まれたものから、いろいろ取り出されると思うのですが、今後も重要な問題になると思われるのは模倣品対策です。政府は「模倣品・海賊版拡散防止条約」というものをつくろうと各国に呼びかけていますので、おそらくこの条約の成立に向けた動きが出てくるだろうと思います。

もう一つは、個人輸入というかたちで、最近、模倣品が日本に流入してくることに對し

て、何か手が打てないかということが非常に議論されています。また、個人輸入とは言いながら、個人輸入代行業というのがたくさんあるわけですし、個人輸入代行を通じて模倣品が入ってくるということについて、何か対策がとれないかということも、議論されています。

## (2) 著作権法

著作権法は、今年(2006年)は法改正が行なわれませんでした。それには理由があるのですけれども、おそらく来年に行なわれるだろうと思います。

既に、特許権侵害などについて刑事罰が強化されましたので、おそらく著作権侵害についても、それと横並びで刑事罰強化が行なわれるだろうと思われます。

さらに、最近新聞紙面でもいろいろ書かれていますが、IPマルチキャストという技術があり、それを有線放送と一緒に取り扱うべきかどうかという問題があります。放送の同時再送信については、有線放送と同じように取り扱うということでほぼ決着がついたようですので、その方向での改正が行なわれるのではないかと思います。

もう一つ、これはなかなか悩ましいことですが、私的録音録画制度に関する問題があります。DVDとか、デジタルの録音録画機器を使って個人で録音録画することについては、侵害にはなりません(著作権法30条1項)。このような録音録画がたくさん行われることにより、著作権者の利益が害することになりますので、私的録音録画制度ということもものが設けられています(同条2項)。

これは、一定の補償金を利用者から徴収して、それを著作権者に分配するというもので、その具体的な方法は、利用者から都度徴収するのではなく、録音録画機器・媒体の代金に補償金を上乗せして、利用者が機器・媒体を買ったときに補償金を支払うという形にしています。

問題になったのは、アップルコンピュータ社がiPodを発売してきたときに、これについて「私的録音録画補償金」を課せるかということです。これは法律の規定との関係で難しい点があるのですが、それ以上に問題とされたのは、iPodに音楽をダウンロードする際、利用者は料金を取られているわけですし、一旦iPodにダウンロードするときにお金を払い、さらにその私的複製について、また補償金を払うというのは二重取りではないか、そもそも著作権管理システムが発展している中で私的録音録画補償金制度はどのようにあるかべきかについて再検討されるべきではないかということが議論されています。

## (3) 商標法

商標法については、数年前から著名商標の保護が議論されておりまして、なかでも防護標章制度について、近い将来に法改正が行われる可能性があります。