



NEWSLETTER

《企業法制と法創造》総合研究所
知的財産法制研究センター

❖RCLIP 第32回研究会 (2011/5/16開催)

「著作権法解釈学のあり方—著作権法を勇気づける教科書を執筆して—」

【講師】高林 龍 早稲田大学法学学術院教授・
RCLIP センター長



2011年5月16日に開催されたRCLIP第32回研究会では、RCLIPが主催あるいは共催する最近の研究会やセミナーでは最近司会役としてしか登場しない高林龍RCLIPセンター長が久々に講師として2010年12月に上梓した「標準著作権法」(有斐閣)を執筆した際に思った著作権法解釈学をめぐる問題点について報告した。

本報告では、まずは権利保護強化一辺倒であったといえる2002年の「標準特許法」を上梓した時代と、その後の知的財産権の保護と利用の促進との調和が強調されている2010年との時代背景の相違を指摘しつつ、特許法と著作権法の知的財産法としての構成の相違点を皮切りとして、つぎのような論を展開した。

まず、特許法がしっかりとした物権的構成を採用しているのに対して、著作権法は支分権の束として構成されていることもあり、権利を譲渡したり許諾した場合の効力や対抗要件の整備などの点で権利の利用が図り難いこと、また審査したうえで登録を権利の成立要件としている特許法の場合には権利内容が特許請求の範囲といった言葉で表現されているのに対して、無方式主義を

採用している著作権の場合には権利の成立要件である「思想又は感情を創作的に表現したもの」であることを権利侵害を主張して訴訟を提起する原告が請求原因として主張しなければならず、創作性の要件ひとつを取り上げてみても、二次的著作物、三次的著作物というように他の著作物に依拠して創作された著作物が多い現状においては、元の著作物に新たに加えられた創作的な部分がどこであるのかを探查するといった困難な作業が常に要求されることになることを指摘した。

つぎに、相対的排他的権利である著作権の場合は、たとえば複製権侵害の場合には「依拠性」といった主観的要件が必要となること、意図しない自動複製装置のスタートボタンを押す行為やあるいは近時の著作権法改正で取り上げられている「写り込み」などはこの主観的要件を具備する行為といえるかといった問題があることを指摘したうえで、この依拠性の要求される「複製」と、一方では「公衆送信」といった異なる支分権においても同程度の主観的意図が要件となるのかといった問題を、1月に最高裁で相次いで言い渡された「まねきTV事件」(最三判平23・1・18判例時報2103号124頁)と「ロクラクII事件」(最一判平23・1・20判例時報2103号128頁)を素材として論じた。そして、「ロクラクII事件」では、利用者が子機を作動させて録画番組を指定する行為は複製行為としての意味は無視されて、複製対象物の枠を決めてそこに複製対象物を流入させているサービス業者の行為が複製の枢要な行為であるとして複製行為そのものと認定されている。一方で「まねきTV事件」では自動公衆送信装置に該当する装置に対象番組を決めてこれを流し込んで利用者へ送信できるようにしている行為について、単に自動公衆送信装置に著作物を置く行為自体を送信可能化行

為としたのではなく、これを利用者の求めに応じて送信できるような「状態を作り出した」行為であるからとしたうえで、送信可能化行為であると認定している。すなわち、本来は行為者自身が著作物に依拠したうえでこれを複製するといった具体的な行為が要求されるはずの複製については、複製対象物の枠の設定や利用者の複製のための重要な行為の実施といった行為を複製行為そのものに転化させて取り込む一方で、本来は送信行為といった無色であって良い行為について、その範囲がむやみに拡散して、いわゆるクラウド提供者やプロバイダー等まで包含してしまうのを防ぐために、「状態を作り出した」といった主観的な行為までも要求してバランスをとったものと分析した。

最後に、著作権制限規定と著作者人格権制限規定における「権利制限」といった発想と、フランスにおける所有権の絶対性概念の関係について論じた。権利の絶対性という発想の基本には本来社会的な公的な存在として財産権が認められるとの理解があり、だからこそ著作権を制限することなくパロディを許容する途の選択が可能であることを指摘した。

結論として、著作権法の解釈においては、他の一般的な法の解釈と同様に、法の正義の観点に基づいた利益考量・価値判断による解釈が必要となることを強調した。

以上に引き続き活発な質疑応答が行われ、盛会のうちに研究会は終了した。

(センター長 高林 龍)

❖IIIPS-Forum 第3回文理融合シンポジウム
「グローバルヘルスと知財戦略:障壁から投資誘因・活用へ」－医療技術実用化オープンイノベーション促進のための法基盤整備の新展開－
(2011/06/04 開催)

【開会挨拶】

清水 敏 (早稲田大学副総長)

【司会】

朝日 透 (早稲田大学理工学術院教授)

竹中俊子 (ワシントン大学ロースクール教授
CASRIP 所長)

【講演者】

武見敬三 (東海大学政治経済学部教授)

高林 龍 (早稲田大学法学学術院教授)

加藤幹之 (インテレクチュアル・ベンチャーズ日本総代表)

新阜秀朗 (IPALPHA 社 CEO)

ダン・ラスター (PATH 法務部長 ワシントン大学ロースクール非常勤講師)

勝間 靖 (早稲田大学国際学術院教授、グローバル・ヘルス研究所 所長)

【閉会挨拶】

飯田香緒里 (東京医科歯科大学准教授 産学連携推進本部 産学連携研究センター長)

早稲田大学重点領域研究機構知的財産拠点形成研究所(IIIPS-Forum)が主催する第3回文理融合シンポジウムは、今年の6月4日に、早稲田大学副総長清水敏先生の開会挨拶で始まった。今回のシンポジウムでは、今年2月の第2回文理融合シンポジウムに引き続き、法と医の協働のもと、日米のグローバル・ヘルス営利・非営利機関で活動する研究者及び法曹関係者を講演者として、知的財産権活用の法基盤整備の新展開について議論を交わした。



大会の最初は、東海大学政治経済学部教授の武見敬三先生が、「21世紀型パワーポリティクスとグローバルヘルス」というテーマの基調講演を行った。武見先生は、まず、「パブリックヘルス」という学問分野は、政策学の中の重要な部分であるものの、日本の場合には、この分野が医学部の中に狭く位置づけられていたため、その発展はむしろ損なわれたと指摘し、「パブリックヘルス」というものは、本来医学、医療というものを主張としながらも、それと関連する社会科学を動員して様々な現実問題に対応する政策学を、その中で確実に発展させていくのが、その役割であったはずであると説明した。

次に、武見先生は、国際政治学分野と保健医療分野とを融合させ、独自の専門領域を確立したという自らの経歴に基づき、国境を越えた共通課題が次々と噴出している21世紀では、これらの共通課題を解決するためには、国内において比較優位性のある専門分野と外交力とが融合するというパワーポリティクスの強化は、日本にとって大きな課題となると述べ、「グローバルヘルス」といった国境を越えた共通課題を議論するにあたって、国境を越えた官・官協力、官・民協力のネットワーク作り、そして実行に移すに際し、諸国や個々のNGO等民間団体の理解と支持が得られる普遍的価値に基づく政策概念は必要不可欠であると主張した。その意味では、世界人口の高齢化、疾病構造の変化、並びに保健システム強化のアプローチと“Universal Coverage”の象徴化¹

といったグローバルヘルスの趨勢の中で、日本は、国民の平均寿命及び健康寿命の長寿化と国民皆保険制度導入50周年などの事実から、保健医療の分野において高い比較優位性を有することが分かり、日本は、この高い比較優位性を生かすべきであると、武見先生は訴えた。

最後、知的構想力を伴う政治的リーダーシップの確立、グローバルヘルスの専門的政策人材の養成、並びにグローバルヘルス政策人材の活用、さらには縦割り行政を越えた情報共有、ネットワーク機能の創出と行政と民間（企業、NGO）との密接な協力関係の確立という、日本の持つ高い比較優位性を生かすために、今後解決せねばならない五つの課題を挙げて、基調講演を終えた。

基調講演に引き続き、セッション1では、まずは早稲田大学大学院法務研究科の高林龍教授が、前回の文理融合シンポジウムで交わされた様々な議論を、「グローバルヘルス推進のための知財法整備と文理融合共同研究の必要性」と題して報告した²。次に、インテリクチュアル・ベンチャーズ日本総代表の加藤幹之先生が、「オープンイノベーションを実践するインテリクチュアル・ベンチャーズ社のビジネスモデルとグローバルヘルスケア分野での活動事例」について講演した。

加藤先生は、今日の医療と医薬技術の開発は、技術の複雑化・高度化、研究開発にかかる莫大な費用などの課題に加えて、単独で技術を開発するリスクと負担が増加しており、さらに自らの研究組織をほとんど持たない新興IT企業が現れ、研究開発と事業化との分離・分担の傾向も見られるという様々な要請から、大学や研究機関、企業

appropriate promotive, preventive, curative and rehabilitative services at an affordable cost (WHA58.33, 2005)”

² 第2回文理融合シンポジウムの映像は、次のウェブ・サイトにて閲覧することができる。

<http://www.globalcoe-waseda-law-commerce.org/rcclip/20110226/>

¹ defined “as securing access for all to

R
CLIP

間のオープンイノベーションが必須となると述べた。こうした趨勢の中において、日本の研究開発の傾向は、技術を社会（市場）と結び付けることが不得意であり、将来の市場ビジョンを持ち、それを実現するための「市場重視（market driven）」の技術開発が欠けているに加えて、いわゆる「失われた20年」や経済危機の中で、企業は、すぐ事業につながる研究開発にシフトし、中長期の「革新的」な技術開発ができなくなるという結果を招き、さらにいわゆる「技術の自前主義」が、未だに日本企業の主流的考え方であるので、なかなかグローバル市場において爆発的なビジネス成果を挙げることができないと、加藤先生は指摘した。

こういう日本の研究開発の現状を変えて、グローバルなビジネスをリードするためには、素晴らしい技術に加え、新しいビジネスモデルを構築して実現する能力とビジネス感覚を持って技術を目利きする能力、並びに技術や市場に対するグローバルな知識や分析能力、そして自然科学的な研究だけでなく、（社会学、心理学、経営学、法学などの社会科学的アプローチ、さらには常に市場や出口を考えながら研究開発を磨き、修正（時には中止）する継続的仕組み等々の要素は必要であり、これらは、技術をイノベーションに結び付ける重要な要素（イノベーション・エコシステムの構成要素）と言え、この解決を技術者だけに求めても限界があると、加藤先生は分析した。したがって、加藤先生は、コンサルタント（豊富なビジネス経験を持ち、広い見地から技術の目利きやコーディネートのできる技術者）とプロフェッショナル（自分の専門分野だけでなく、技術やビジネスを理解する会計士や弁護士）、そして投資家（技術やビジネスにも詳しいベンチャーキャピタルや投資パートナー、その他金融専門家）とプロデューサー（技術が分かり経営ができるビジネスのプロ）の方々がネットワークを作り、協働して総合的なサービスを経営者や技術者に提供できる

仕組みという「イノベーション・エコシステム」の構築は重要であると主張した。

この点について、加藤先生によると、日米の現状は大きく異なっている。米国では、長い時間をかけてベンチャーを生む外部環境は整っており、ベンチャーキャピタル、技術やビジネスに強い弁護士や会計士、金融やマーケティングの専門家、技術の目利きができるコンサルタント等が、エコシステムを形成している。一方、日本では、オープンイノベーションを実現しようとしても、身近に相談できる弁護士等の専門家も少なく、エコシステムが不完全で、日本の会計士や弁護士は、自分の専門分野に特化し、幅広いアドバイスを行っておらず、（大企業の社内の専門家に比べ）独立した技術コンサルタントのような外部の専門家が少ないとみられている。

講演の最後、加藤先生は、自社であるインテリクチュアル・ベンチャーズ社のビジネスモデルとグローバルヘルスケア分野での活動を一つの事例として、日本発の優秀な技術を世界へ紹介し、日本の研究者に、より多くの機会を与えると同時に、日本で知られていない海外の優れた技術を日本へ紹介し、日本企業のオープンイノベーションを支援するといった自社の実践を紹介し、日本のイノベーション・エコシステムの将来像を示した。

セッション1の最後は、IPALPHA社のCEOを務める新阜秀朗先生が、「製薬ビジネス、ファイナンスの現状と知財戦略：新興市場と日本」というテーマについて講演し、その内容は、「製薬



R
CLIP

市場の現状」、「新興国市場」、「ジェネリック医薬品市場」、「日本の現状」と「日本でのイノベーションの促進」等五つの課題に及んだ。

新阜先生は、まず、2009年～2015年の製薬市場規模の現状及び予測という米アイ・エム・エス・ヘルス社のデータを示し、今後の製薬市場の成長を引っ張っていくのは、中国などの新興国市場であり、「Patents (特許) + MA (市販承認取得) = Pharma Co's Revenues (製薬会社の収益)」という過去のルールは、もはや通用しないと指摘した上、このような趨勢の中において、新興国におけるジェネリック医薬品市場に対して再認識する必要があると述べた。このような状況を引き起こしたのは、ブロックバスターの新薬の全盛期の終焉、製薬特許の崖の到来 (patent cliffs)、コスト削減の限界、価額競争、研究開発費の減少及び公的部門からのイノベーション助成金のカットなど、様々な原因が考えられるが、新興国におけるジェネリック医薬品市場規模の目ぼしい成長により、世界各国が新薬開発への投資からジェネリック医薬品への投資と方向を転換し、経費の節約を図っているのも、一つ大きな要因であり、実際に、新興国においてジェネリック医薬品の市販承認を取得することには、より短時間とより低コストといった利点がある。ただ、新興国市場においてジェネリック・ビジネスを展開するのに、知的財産権に絡まる権利侵害の問題はまだ残っている。したがって、製薬会社のIP戦略として、新興国において、特許出願と権利行使を怠らずに続けるに加えて、会社の設立、ジョイント・ベンチャー、M&Aと戦略的提携などの手段を視野に入れ、そして強力なネットワークと豊富な資源を有する当地の有力者を自らの陣営に取り入れることが重要であると、新阜先生は分析した。

では、世界2位の製薬市場を誇る日本の現状はどのようなものか。日本では、国民の高齢化とともに、国民の医療費用は増える一方で、国家の

財政が圧迫されている。その中で、日本の製薬会社も、前述した特許の崖や研究開発経費の減少、または公的部門の事業仕分けによるイノベーション助成金のカットなどの問題に直面しているが、とりわけ日本で新薬市販承認を取得するのにかなり時間がかかるという行政手続上の問題から、新薬の開発事業が海外に移されている傾向が見られる。よって、新阜先生は、公的部門からのジェネリック医薬品に対するサポートの増大、並びに日本でのより多くのM&Aや新しいビジネスの展開、そして海外企業が日本へ進出し、日本において医薬の研究開発を行うためのインセンティブの創出、さらには日系製薬会社の新興国市場への進出等々の対策を打ち出し、日本医薬市場のグローバル化を図る必要があると主張した。

ところが、だからと言って、新薬の研究開発を諦めてはいけないので、日本の場合、新薬開発事業及びヘルス・ケア事業の国際的競争力を向上させるために、公的部門と私的部門からはどのような援助が与えられるかという問題は浮上しており、その意味では、如何に日本において革新的な製薬を促すか、そのような革新的医薬を如何に海外市場へ進出するか、そしてオープンイノベーションはどのような役割が果たせるかといった具体的な課題を考えなければならない。したがって、新阜先生は最後に、研究開発の質と効率の向上、国際情勢の把握、並びに市販承認取得手続の改革、国際的な販売力・市場力と新薬開発のインセンティブの強化、そして大学等学術研究機関への資金援助(ベンチャー・ファンドまたはベンチャー・キャピタル)と大学の投資参加システムの構築(ジョイント・ベンチャーや戦略的提携)、さらには大学や競争企業等研究機関の特許医薬品に対する研究への規制緩和、大学の研究者に対する経済的奨励や報酬システムの導入(例えば米スタンフォード大学のOTL制度)等々の具体的な措置を提言し、講演を終えた。

(RA 陳 柏均)

続いて、竹中俊子氏（ワシントン大学ロースクール教授・早稲田大学大学院法務研究科教授）の司会でセッション2「障壁から投資誘因・活用への知財戦略-グローバルヘルス産業先進国からの報告と日本の現状」が行われた。

最初にダン・ラスター氏（PATH 法務部長・ワシントン大学ロースクール非常勤講師）により、「開発途上国におけるグローバルヘルス推進のための製薬開発パートナーシップ:知財および治験データアクセスをめぐる問題」というタイトルで発表があった。まず NGO である PATH に関する紹介の後に、進化するグローバルヘルスのアーキテクチャー、製品開発パートナーシップの役割、知的財産、治験データへのアクセス問題を説明された。

感染症等による死亡者数を表した世界地図によると、アフリカにおける死亡者数が非常に多く、先進国での死亡者数はわずかであることがわかる。グローバルヘルス分野に参加して援助することは、途上国に対する人道的理由、外交的理由の他にも、先進国にとっても技術発展やアクセス、市場発展というメリットがある。また、アメリカ、イギリス、ノルウェーなど国の援助、Unicef、WHO、EU など多国籍機関の援助、またロックフェラー財団やビルゲイツ財団などの援助に加えて、ワクチンと免疫のためのグローバル連携（GAVI）などの新たなフレームや米国FDAの優先バウチャーなど政策的手段も考えられていることを紹介しながら、グローバルヘルスのアーキテクチャーが進化していることを紹介された。



続いて、勝間靖氏（早稲田大学国際学術院教授・グローバルヘルス研究所所長）による「グローバルヘルスにおける官民パートナーシップ」という発表が行われた。

「害はするな（Do No Harm）」という精神の強調による企業の社会的責任（CSR）という観点から、官民のパートナーシップ PPP(Public-Private Partnership)のキーワードとして、1) CSR 連合を通じた UN や NGO に対する財政的援助、2) 技術的補助、3) 世界経済フォーラムなど民間部門の活動、4) ビジネスや顧客のためのヘルス教育、5) UN の調達事業への参加、6) ファンド調達のための革新的なメカニズム、7) グローバルな公共財を増やすための技術革新、を具体的な例とともに説明された。

報告は終わった後には、セッション1およびセッション2の講演者による活発なパネルディスカッションが行われた。

質疑応答のあとは、飯田香緒里氏（東京医科歯科大学准教授・産学連携研究センター長）による閉会挨拶があり、13時から始まったシンポジウムは18時に閉会した。

(RC 張 睿暎)

❖シンポジウム：バイドールシステムの起源・現在の実務・将来的構想 上流発明の特許保護の意義と保護範囲 (2011/06/21 開催)

【司会】

竹中俊子（ワシントン大学ロースクール教授・CASRIP 所長）

【講演者】

Edmund Kitch（ヴァージニア大学ロースクール教授）

Andrew Serafini（Fenwick & West 法律事務所弁護士）

【パネリスト】

長岡貞男（一橋大学教授）

中山一郎（國學院大学教授）

2011年6月21日、東京医科歯科大学産学連携推進本部が主催し、早稲田大学 GCOE 知的財産法制研究センター (RCLIP) 及びワシントン大学ロースクール先端知的財産研究センター (CASRIP) が共催したシンポジウム「バイドールシステムの起源・現在の実務・将来的構想 上流発明の特許保護の意義と保護範囲」が開催された。

1. 基調講演

Kitch 教授による「プロスペクト論とバイドールシステム」というタイトルの基調講演が行われた。

Kitch 教授は、プロスペクト論の概要とバイドール法との関係、そして米国の最近の動向について、概ね次のように述べた。

従来の経済理論によれば、特許は、創作投資のインセンティブとなる反面、独占をもたらすため、トレードオフが生じると説明されるが、このような説明は不完全である。特許には、特許発明の価値を向上させるための追加投資のインセンティブとなるとともに、そのための調整コストを低減させるという機能がある。他の例を用いるならば、鉱業権は、鉱石が採掘できる見込み (prospects) の時点において、採掘作業を商業的に実施するために必要な投資を行うインセンティブとして付与されるのであって、鉱石を採掘した報酬として付与されるのではないことと同様である。このような考え方はプロスペクト論として知られることになったが、Kitch 教授が 1977 年に発表した当時の論文でも、プロスペクト論は、追加投資の必要性から政府資金により生じた発明を排他的にライセンスすることを示唆すると述べていた。ただし、1977 年のプロスペクト論の発表が 1980 年のバイドール法の成立に直接の影響を与えたか否かは定かでない。いずれにせよ、Kitch 教授自身は、バイドール法の背後にある考え方は、連邦政府が官僚的に管理するのではなく、権利の

帰属自体を分散化する点において十分に意味があると考えている。

米国の最近の動向を紹介すると、まず、2010 年に全米科学アカデミーが公表した大学の知財管理に関する報告書と其中でも検討対象とされた「フリー・エージェンシー」提案が挙げられる。「フリー・エージェンシー」提案とは、TLO の機能不全を背景に、バイドール法が官僚的で中央集権的な政府から現場の大学へと権利の帰属を分散化したように、今度は大学から教員へと権利の帰属を分散化させて、大学教員に特許を受ける権利を帰属させようとする提案である。しかし、全米科学アカデミーの報告書では、この提案は採用されなかった。次に、バイドール法に関連する連邦最高裁判決として、*Stanford v. Roche* 563 U.S. __ (2011) がある。この事件で、最高裁は、バイドール法は大学に帰属した権利の扱いを定めてはいるが、教員の権利を契約上の合意の如何に関わらず大学に移転させることまでを認めたものではないと判示した。

2. 講演

Serafini 弁護士による「現在の技術移転実務：CAFC 判例法の下の上流発明の保護範囲」というタイトルの講演が行われ、Serafini 弁護士は、概ね次のとおり述べた。

バイドール法の対象となるような基礎研究成果に関しては、実施可能要件、記述要件、特許保護適格性が問題となる。このうち、記述要件が実施可能要件とは別の要件として存在することは、CAFC の大法廷 (en banc) 判決である *Ariad v. Eli Lilly*, 598 F. 3d 1336 (Fed. Cir. 2010) でも改めて確認されており、明細書に照らして発明者が発明を「所有」(possession) しているといえるかが重要である。また、特許保護適格性については、*Bilski* 最高裁判決 (*Bilski v. Kappo*, 561 U.S. 2010) において、*Machine or transformation test* が唯一のテストではないこ

と、特許保護適格性は、保護対象ではないとされる自然法則、自然現象及び抽象的アイデアという三つの例外に該当するか否かで判断されることが判示されたが、その後の判決には、投棄し決定するステップは、「変換的」(transformative)であると判示するものもある(Prometheus v. Mayo, 628 F. 3d 1347(Fed. Cir. 2010))。なお、連邦最高裁は同判決に対する裁量上訴を受理した。判例法より得られる示唆として、上流発明についての戦略的な特許出願の必要性を挙げることができる。発見と発明の違いを理解し、学術的関心が低い実験であっても実施して発明を十分に開示することが必要である。また、無駄な明細書作成を避けるためにも、どのような発見が出願に適した発明であるのかを審査する委員会を設けることも有用であろう。

3. パネルディスカッション

まず、長岡貞男教授から、以下のコメントがなされた。

かつて経済学者は、発明があればイノベーションは自然と進むと考えているところがあったが、現在では、イノベーションのプロセスが複雑であることとその中における特許の役割についての理解を深めており、いくつかのモデルが提唱されている。中でも Kitch 教授が指摘された点は理論的にも複雑であり、それは、萌芽的な発明を効率的に実用化するためには補完的な研究開発が必要だが、それを特許権者がライセンスを通じて調整することをめぐる問題である。この点に関して、現在、多くの経済学者が研究を進めており、Kitch 教授の理論の意味を明らかにしよう (discover) としているところである。その一方で、鉱業権とは異なり、プロスペクトとしての特許権の境界が明確に定義されているか、という疑問があることは指摘しておきたい。最近の判例が記述要件を厳格に適用していることとも関連しているのかもしれないが、特許権の公示機能 (notice function)

が弱くなっているという点が Bessen and Meurer らによって指摘されている。特に (一部) 継続出願などによってクレームが事後的に追加されるため、プロスペクトが事前に定義されるのではなく事後的に拡大していくおそれがあり、この点が重要な課題になっているのではないかと認識している。

次に、中山より、次の点がコメントされた。

従来のインセンティブが発明創出前の事前 (ex ante) の創作インセンティブに着目し、排他権としての特許権を発明の利用への制約として捉えるのに対して、プロスペクト論は発明創出後の事後 (ex post) の追加投資インセンティブに着目し、特許権は財産権として取引促進的であると捉える点で対照的であって、プロスペクト論の理論的貢献は大きい、それだけに論争的であって、学説上も賛否が分かれている。しかし、大学が特許を取得する意義は、従来のインセンティブ論ではうまく説明できず、発明の実用化投資への誘引というプロスペクト論による説明の方が適切であって、まさにプロスペクト論がバイ・ドール制度を支える理論的支柱と考えられる。他方、課題としては、全ての大学発明がプロスペクト論が前提としているように追加投資を必要とするのか、最近のフリーエージェンシーの議論に見られるように大学の技術移転機関が発明を管理する上で有能といえるのか、米国最高裁判決が明らかにしたように大学に特許を受ける権利が帰属しているといえるのか、最近の判例の動向はプロスペクト機能にどのような影響を与えるのか、大学が特許権者として侵害訴訟を提起する意義は何か、といった点が挙げられる。

以上のコメントに対し、Kitch 教授からは、プロスペクト論は決して規範的な議論ではなく、クレームは広ければよいといったことを述べたわけではないこと、実際クレームがどの程度広ければよいのかは難しい問題であり、裁判例もあくまで個別の事案の中での判断であること、大学によ

る知財活動の目的は何か、という点に関連して、TLOの多くは財政的に厳しい状況にあり、大学経営陣はビッグヒット発明によって多大な収入を得るように圧力をかけるが、全米科学アカデミー報告書はそのようなアプローチに反対であって、大学の知財活動の主眼は、利益を上げるのではなく、技術を社会全体に還元させることにあるとしていることが述べられた。

続いて大学による特許権侵害訴訟の提起をめぐって議論が行われ、実際に大学が提訴する上では予算上の制約があるが、実施権者からの圧力がある場合があること、実施権者からすれば自分が実施料を支払いながら競合する侵害者が実施料を支払っていないのであれば権利行使することを特許権者たる大学に求めることは当然であること、他方、排他的ライセンス契約に侵害排除義務が定められている場合などは特許権者たる大学が提訴せざるを得ないとしても、そうでない場合において、侵害者の存在は、追加投資のために特許のインセンティブを必要とすることなく侵害者は発明を実用化できたことを意味しているのだからそもそも特許を取得する必要がなかったともいえること、バイオ分野でもパテント・プールのような仕組みを作れば簡便にライセンスを受けられること、結局大学も他の特許権者と変わらず、特許取得がイノベーションを促進するという前提の下で行動していることなど、多様な見解が述べられた。

さらに、競争（competition）と協調（coordination）との関係や教員帰属と大学帰属の是非などについて議論がなされた他、フロアからも大学によるパテント・プールの可能性について質問がなされるなど、全体として活発な議論が行われた。

（中山 一郎）

❖RCLIP 国際知的財産セミナー『インド特許法における特許の国内実施要件と強制実施権』

（2011/7/8 開催）



【講演】Prof. S.K.Verma(デリー大学法学部教授、平成23年度関西大学法学研究所招聘研究員)

2011年7月8日に開催されたRCLIP国際知的財産セミナーでは、インド知的財産権法の第一人者であるデリー大学法学部教授S.K. Verma氏を招聘し、インド特許法における特許の国内実施要件と強制実施権につきご講演いただいた。

現在インドでは、物質特許への移行と、多国籍企業の台頭による薬品市場の寡占化により、薬価の高騰が生じ、公衆衛生に関する重大な懸念から、強制実施権制度が盛んに議論の対象となっている。Verma教授は国際条約による強制実施権制度の枠組みとして、パリ条約（5条A）、TRIPS協定（30条・31条）における強制実施権関連規定を概観し、他国における強制実施権制度として、米国、南アメリカやブラジルなどの例の紹介に続いて、インドにおける現状を紹介した。

インドでは強制実施権に関して議論が盛んに行われ、強制実施権許諾申請が多く出されているが、2005年改正後に認められた例は未だ存在しない。強制実施権制度がこのように注目を集める背景には、次のような事情がある。まず、2005年のインド特許法改正により、医薬や化学物質が、方法特許から物質特許による保護へ移行した。併せて、近時、多くのインド企業が多国籍企業による買収の標的となった結果、隆盛を誇ってきたインド国内のジェネリック医薬品市場に影響が生

じている。進む市場の寡占化から、インド国内で販売される薬価が一般人に入手困難なほど高騰するおそれがあり、公衆衛生に関する重大な懸念が高まっているという事情がある。また、インドと外資系製薬会社が戦略的に提携する例も増えている。提携した企業はもはや強制実施権の適用に関心を有さず、多国籍企業が高価な特許薬品をインド国内で販売するのではないかという懸念を生じている。

続いて Verma 教授は、インド特許法における強制実施権関連規定について解説し、インドにおける強制実施権規定が、特許が公衆衛生に反する形で用いられた場合に特許権者の独占権を制限するという点で、インドにおける強制実施権規定が、TRIPS 協定及び 2001 年の WTO のドーハにおける公衆衛生についての宣言との整合性のもとに立法されていることを強調した。

特許発明の実施に関する一般原則として 83 条があり、TRIPS 協定 7 条及び 8 条に主に基づいている。続いて、特許庁長官が強制実施権を認め得る 4 つの類型が定められている。①申請があった場合に許諾される一般的な強制実施権(84 条以下)。②関連特許への強制実施権許諾(91 条)。③中央政府によって告示があったときに許諾される強制実施権(92 条、国家緊急事態等。TRIPS 協定の 31 条 b と同じ)。④ドーハ宣言第 6 段落に基づく特許薬品の製造・輸出に関する強制実施権(92 条 A)である。

このうち、①84 条は、特許庁長官が、強制実施権申請者に対して、特許が付与された日から 3 年後、強制実施権を出すことができると定める。公衆に対しての合理的な需要が特許発明について満たされていない場合、当該特許製品が公共に対して適切な価格で提供されていない場合、特許発明品というのがインド国内で十分実施されていない場合のいずれかの理由による。また、④92 条 A は医薬品のみを対象とする規定で、輸入国に全く当該薬を製造する力が全くない、又は

不十分と認められる場合に、公衆衛生上の緊急事態として特許薬品をインド等から輸出することを定めている(2003 年 8 月 31 日の TRIPS 理事会の決議に従っている)。これまでに同条の輸出に関していくつかの強制実施権申請がなされたが、認められたことはない。

裁判例として、F.Hoffmann-La Roche Ltd. V. Cipla Limited (March 2008) が紹介された。米国最高裁判所の Ebay 対 MercExchange [547 US 388 (2006)]判決を参照しつつ差止請求を棄却したことから、「司法上の強制実施権」が認められたと称されるものである。事例は原告が薬品 Erlonitib に有する特許権を侵害するとして、ジェネリック薬品製造業者である被告を相手取ったものである。この事件で、デリー高等裁判所は Ebay 対 Merc Exchange 判決を参照しつつ、差止めが認められるためには、次の 3 つのテストをクリアする必要があるとした。①prima facie の存在、②便益のバランスがとれていること、③回復不能の困難が当事者に及んだか(及び公共の利益が影響を受けたか)。このうち、裁判所は、特許製品がインド国内で生産されておらず、もっぱら輸入されていたことや、原告の損害は金銭的に評価できるが、差止めにより(安価で国内生産された)被告製品が入手できなくなれば、人々の生命を危機にさらし、回復不可能な損害が生じるとして、差止請求を棄却している。本判決は、生命に関わる薬品の価格が高額であることを理由として差止めを認めなかった最初の事例であり、その後、多くの企業が特許薬品が高価であることを理由として強制実施権の申請をするに至っているという。

最後に、特許不実施と国内実施要件について解説がなされた。インド特許庁の 2009-2010 年の報告書によれば、実施されている特許発明は全体のわずか 13%であるという。インド特許法 83 条及び 89 条は、「特許発明がインドの領域において商業規模で、不当な遅延なしに、かつ、適切に

実行可能」であることを要求し、特許の不実施は、特許取消事由とされている。すなわち、特許発明がインド国内で実施されていないこと、特許発明から生じる公衆の適切な需要が満たされていないこと、特許発明が公衆にとって適切に入手可能な価格で利用できないことを理由として、強制実施権の付与から2年の経過後、中央政府又は利害関係者が、特許庁長官に対し、特許の取り消しを求めることができる。また、特許庁長官は特許権者や実施権者に対して商業的にインド国内で実施しているかどうかにつき、情報開示を求めることができる(146条)とされており、2010年2月に実際にこの情報の提出を企業に要求したところ、多国籍企業の多数は、実施に関して十分な報告を行っていないということである。

2010年7月には、強制実施権に関するディスカッションペーパーが政府により出され、強制実施を認めた場合には、特許権者にロイヤリティを支払わねばならないとしているが、その計算方法が定まっていないこと、また、特許出願中の開示が不十分なため、強制実施権が認められても実施が十分にできないという問題が指摘されている。その後2011年4月に政府は、強制実施権については、現状で一度も認められたケースが無いため、追加ガイドラインを加えないことを表明しているということである。

以上の講演に引き続き、質疑応答では、米国 EBay 判決との比較や強制実施権の具体的な申請状況などにつき、活発な議論が行われた。

(助手 志賀典之)

知的財産判例データベース進捗状況

<http://www.globalcoe-waseda-law-commerce.org/rclip/db/>

❖中国 DB プロジェクトの進捗状況

現在、中国 DB の実用例アンケート調査を実施中である。今年度も、中国各先生の協力の下に判例収集作業を計画通りに進めていく。

(グローバル COE 研究員 兪風雷)

❖韓国 DB プロジェクトの進捗状況

現在 RCLIP DB には総計 141 件の韓国の知的財産権判例が掲載されている。2011 年度にも更に判例を追加していくことを目標に、韓国の研究協力者と準備を進めている。

(RC 張睿暎)

❖タイ DB プロジェクトの進捗状況

本年度の具体的な収集、翻訳件数等について、協力機関と協議中である。

(RC 今村哲也)

❖インドネシア DB プロジェクトの進捗状況

2011 年度新規判例データ作成に向けて Fiona Butar-Butar 弁護士と交渉予定である。

(助手 志賀典之)

❖台湾 DB プロジェクトの進捗状況

2011 年度についても台湾の協力者と打ち合わせの上、収集を継続していく。

(助手 小川明子)

❖インド DB プロジェクトの進捗状況

本年度の具体的な収集、翻訳件数等について、協力機関と協議中である。

(RCLIP 事務局 上條千恵美)

❖欧州 DB プロジェクトの進捗状況

本年度の具体的な収集、翻訳件数等について、協力機関と協議中である。

(上條千恵美)

研究会・セミナー開催のお知らせ

2011年度JASRAC秋学期連続公開講座『著作権侵害をめぐる喫緊の検討課題』が、4回にわたり開催されます。詳細については、RCLIPのホームページでご確認ください。

第一回 9月24日(土) 13:30~17:30

「著作権法の憲法的側面と著作物使用者の保護」

【場所】早稲田大学早稲田キャンパス 8号館 B107教室

【概要】著作権法の解釈と運用における様々な問題をとく手がかりとして著作権法の憲法的側面に注目し、各当事者の利益のバランスのとれた保護をはかろうとする「著作権法の憲法的側面」の議論を紹介してもらい、パネルディスカッションを通じて、日本における同様の問題解決のための示唆を得る。(日英逐次通訳有り)

【司会】高林龍(早稲田大学教授)

【講演者】Christophe Geiger(ストラスブール大学准教授) / 張睿暎(東京都市大学専任講師)

【コメント】栗田昌裕(龍谷大学准教授)

第二回 10月15日(土) 13:30~17:00

「著作者人格権をめぐる現代的諸問題」

第1部 著作者からみた著作者人格権

【講演】「漫画家にとっての著作者人格権」

【講演者】里中満智子(漫画家・大阪芸術大学教授・内閣官房知的財産戦略本部本部員、文化庁文化審議会委員)

【コメンテーター】長尾玲子(日本文藝家協会事務局)

第2部 著作者人格権をめぐる現代的諸問題(パネルディスカッション)

【パネリスト】上野達弘(立教大学法学部教授) / 三村量一(元知財高裁裁判官・弁護士)(50音順)

【司会兼パネリスト】富岡英次(弁護士) / 前田哲男(弁護士)

第三回 11月19日(土) 13:30~18:00

「ドイツ法における職務創作と著作権契約法」

(日英同時通訳有り)

第1部(13:30~15:30)

【テーマ】職務著作と職務発明：第三の制度との遭遇

【講演者】Prof. Dr. Christoph Ann(ミュンヘン工科大学教授)

【司会】竹中俊子(ワシントン大学ロースクール教授)

【コメント】中山一郎(国學院大学教授)

【共催】東京医科歯科大学産学連携推進本部 第2部(16:00~18:00)

【テーマ】ドイツにおける著作権契約法

【講演者】Prof. Dr. Jan Bernd Nordemann(フンボルト大学名誉教授、弁護士[BOEHMERT & BOEHMERT法律事務所])

【司会】上野達弘(立教大学教授)

【コメント】安藤和宏(早稲田大学 IIPS-Forum 客員上級研究員)

第四回 12月3日(土) 13:30~17:45

「クラウド・コンピューティングを巡る著作権法上の諸課題」

第1部(13:30~15:30)

【テーマ】全体的検討、間接侵害、権利制限に係る諸課題

【司会】平嶋竜太(筑波大学)

【講演者】未定

第2部(15:45~17:45)

【テーマ】著作権侵害に係るプロバイダの責任—最新動向と法理の再構築

【講演者】田村善之(北海道大学) / 張睿暎(東京都市大学) / 丸橋透(株式会社ニフティ)

【司会】駒田泰土(上智大学)

編集・発行

早稲田大学グローバルCOE

<企業法制と法創造>>総合研究所内

知的財産法制研究センター長 高林 龍

Web-RCLIP@list.waseda.jp

<http://www.globalcoe-waseda-law-commerce.org/rcclip/>

clip/