第三者意見募集制度の解説

制度審議室 法制専門官　　松本 健男

抄録

特許法等の一部を改正する法律（令和３年法律第42号）によって、特許権等侵害訴訟等における第三者意見募集制度が導入された。同制度は、裁判所が、広く一般の第三者に対し、当該事件に関する特許法の適用その他の必要な事項について、意見を記載した書面の提出を求めることができる制度であり、我が国の民事訴訟制度においては他に類を見ない制度である。

本稿は、同制度を規定した新設条文につき詳細に解説したものである。また、併せて、改正に至るまでの経緯の概要を紹介するとともに、改正に至る過程で議論のあった弁論主義との関係についても若干の考察を行った。

Ⅰ．はじめに

本稿は、令和３年５月14日に可決・成立し、同月21日に令和３年法律第42号として公布された特許法等の一部を改正する法律（以下「本改正法」という。）のうち、特許法105条の２の11に規定された特許権等（特許権又は専用実施権をいう。以下同じ。）侵害訴訟における第三者意見募集制度の導入及びこれに関連する改正につき解説するものである。

以下では、まず、本改正に至るまでの経過の概要を紹介した上で、本改正法により導入された条文の解説を行う。加えて、立法に至るまでの過程で最後まで最も議論の対象とされた弁論主義との関係について若干の考察を行う。

本稿では、必要に応じて、民事訴訟法一般の議論にも言及した。読者の中に民事訴訟法を体系的に学んだことのない方がいれば少々難解に感じられる箇所もあるかもしれないが、そもそも、特許権等侵害は民法709条の定める不法行為であり、特許権等侵害訴訟は民事訴訟である。民法や民事訴訟法を知らずに特許法の条文だけを見て特許権等侵害訴訟を理解しようとすることは、恰も世界地図を見ずに日本地図だけを見て世界の中における東京の位置を語らんとするようなものである。民事訴訟法への言及は第三者意見募集制度を理解するための前提として必要最小限の範囲にとどめているのでお付き合いを願いたい。

なお、全体にわたって、少々踏み込んで見解を述べた箇所もあるが、意見にわたる部分はあくまでも筆者個人の見解であり、必ずしも所属する組織の見解ではないことに重々留意されたい。特許庁としての公式の説明は、特許庁総務部総務課制度審議室編集の解説書が発行される予定であるので、これを参照されたい。

Ⅱ．本改正に至るまでの経過

１ 従来の状況

（１）概論

前述（Ⅰ.）のとおり、特許権等侵害訴訟は民事訴訟であるから、特許法において特別の定めがない限り、民事訴訟法の規定が適用される。そこで、特許権等侵害訴訟にも適用される民事訴訟法の規定を見ると、判決の効力は、当事者等にのみ及ぶ（民事訴訟法115条１項）。また、民事訴訟では、裁判所の判断の基礎となる証拠の収集及び提出は当事者の責任であり権限とするのが原則である。

他方で、裁判所の判決の効力が当事者等以外の第三者に対しても事実上の大きな影響を及ぼす事件も存在する。そのような事件では、裁判所が影響を受ける第三者の事業実態等も踏まえて判断することが望ましい場合がある。このような考慮から、訴訟当事者以外の第三者が裁判所に対して意見を提出することができる制度を導入することができないかとい

うことは、特許法においてだけでなく、民事訴訟法自体への導入も含めて、古くから議論されてきた。例を挙げると、以下のような議論が存在した。議論されている内容は様々であるし、本改正において導入された制度は、過去のいずれの場で議論されていたものとも異なるものである。しかし、本改正は、直接の基礎となった産業構造審議会知的財産分科会特許制度小委員会（以下「特許制度小委員会」という。）での議論のみならず、それ以前の様々な場における議論も土台となって成立したものであるから、主な議論を簡単にではあるが紹介しておきたい。

(2) 平成８年民事訴訟法改正時の議論

民事訴訟法の大改正は平成８年に行われた。平成８年６月18日、旧民事訴訟法第１編（総則）から第６編（判決ノ確定及ビ執行停止）までを全面的に改正した新しい民事訴訟法が成立し、同月26日に平成８年法律第109号として公布されたのであるが、その改正に向けた法制審議会の議論の中でも、「裁判所による専門的情報等の収集」として、①第三者的な立場にある公務所又は公私の団体から、裁判所に専門的情報や意見を提供することができる制度、②公正取引委員会に対する損害額に関する求意見制度（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律84条）のように、裁判所が、当事者の意見を聴いて、第三者的な立場にある公務所又は公私の団体に対し、専門的情報や意見を求めることができる制度が議論された。

しかし、「手続の公正、中立性の保障という観点から問題がある」、「当事者にとって不意打ちになりかねないなど当事者主義や弁論主義に反するおそれがある」、「①の制度がなくても、判決により実質的な影響を受けるおそれのある者は、当事者に専門的情報等を提供することによって、訴訟に意見を反映させることができるし、②のような制度が新設されると、裁判所が第三者の意見に依存するという安易な訴訟指揮をするおそれがあることも否定できない」といった反対意見が出された。賛成の意見と反対の意見は拮抗したとされる[1]が、結論として、民事訴訟法にこのような制度は導入されなかった。

(3) 民事訴訟法学者らによる「民事訴訟法改正研究会」での検討

民事訴訟法改正研究会は、三木浩一慶應義塾大学教授、山本和彦一橋大学教授らによる研究グループであり、平成22年５月から平成24年７月までの間に民事訴訟法の改正の課題を議論していた。研究者のみならず、後に日本弁護士連合会会長となった中本和洋弁護士ら実務家も参加していた[2]。

ここでは、米国に存在する「アミカスキュリエ（amicus curiae）制度」[3]を参照しつつ、訴訟当事者ではない第三者による情報等の提供を可能とする制度の導入の可能性が検討された。この結果、民事訴訟法につき、「訴訟当事者でない第三者が、法令の解釈に関する裁判所の判断の資料となる情報または意見（以下「情報等」という）を提供する制度（第三者情報提供制度）を設ける。その制度の内容は、次のとおりとする。」とし、「すべての裁判所において、裁判所は、職権で第三者に情報等を求めることができるものとする。」、「第三者は、最高裁判所に係属中の事件について、当事者全員の同意を得て、一定の期間内に最高裁判所に情報等を提供できるものとする。」、「情報等を提供する第三者には、法人・団体のほか個人も含むものとする。」との提案がまとめられた[4]。しかし、このような制度は現在に至るまで民事訴訟法に導入されていない。

(4) 旧産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会での議論

平成22年４月９日に開催された旧産業構造審議会知的財産政策部会第25回特許制度小委員会において、「特許の有効性判断についての『ダブルトラック』の在り方」の論点との関連で言及され、民事訴訟法一般において導入すべきであると考えている旨述べ

---

1) 柳田幸三ほか「『民事訴訟手続に関する検討事項』に対する各界意見の概要」法務省民事局参事官室編『民事訴訟手続に関する改正試案』別冊NBL27号79頁。

2) 三木浩一・山本和彦編『民事訴訟法の改正課題』ジュリ増刊３頁。

3)「アミカスブリーフ（amicus brief）制度」という名称で紹介されることもある。米国の制度については、誌面の都合上本稿では説明しない。日本語文献として、三木・山本前掲注(2)193頁以下、加藤範久「特許訴訟に『裁判所の友』は必要か－米国特許訴訟におけるアミカスキュリエ制度について－」特技懇272号77頁参照。

4) 三木・山本前掲注(2)192頁以下。

て賛成する意見もあった[5]ものの、特許法においても制度として導入されるには至らなかった。

2 本改正に至るまでの議論

(1) 特許権を巡る情勢の変化

以上のように、民事訴訟法において或いは特許法において、訴訟当事者以外の第三者が裁判所に対して意見を提出することができる制度を導入することができないかという議論は、様々な内容で古くからなされてきたが、長年、導入されないままとなっていた。

ところが、特に、特許法の世界において、近年の特許権を巡る情勢の変化に起因して、特許権等侵害訴訟における裁判所の判断が、確定判決の効力の及ぶ当事者等以外の第三者に対しても事実上の大きな影響を及ぼし得る問題領域が顕在化してきた。

例えば、近年、目覚ましい発展を見せるIoT関連技術は、情報通信業界、自動車業界、家電業界、ロボット業界等の多くの利害関係者が複雑に入り組む技術分野である。この技術分野では通信規格等の標準化が行われ、標準規格には特許発明（標準必須特許）が含まれることがあり、特許紛争を防止しつつ特許発明の幅広い活用を促すため、標準必須特許に係るルール（例えばFRAND条項）が形成されている。このような状況下で、特許権等侵害訴訟において、標準必須特許に係るルールに関する事項が争点となり、その争点について裁判所が判断を示すと、その判断は当事者のみならずIoT関連技術に関係する多数の業界にも事実上の影響を及ぼす可能性がある。したがって、裁判所が広い視野に立って判断を示すために、IoT関連技術に関係する者の事業実態等を把握することが望ましい場面もある。しかし、当事者が、第三者の事業実態等の証拠を収集したいと考えても、これが困難なことがある。

このような場合について、従来、特許法及び民事訴訟法において、広く一般の第三者から意見を集める手続は制度として存在しなかった。そのような中で、知的財産高等裁判所において、第三者からの意見募集が行われた（知財高判平成26年5月16日判時2224号146頁（平成25年（ネ）第10043号））。同事件の争点は、FRAND宣言がされた特許権についてライセンス契約が締結できなかった場合に、損害賠償請求権を行使することが認められるか否か等であった。当該争点は、日本のみならず国際的な観点から捉えるべき重要な論点であり、かつ、当該裁判所における法的判断が、技術開発や技術の活用の在り方、企業活動、社会生活等に与える影響が大きいことから、両当事者の訴訟上の合意に基づき、意見募集が実施された。意見募集の結果として、同事件では、国内外から合計58通の意見書が提出され、判決において「これらの意見は、裁判所が広い視野に立って適正な判断を示すための貴重かつ有益な資料であり、意見を提出するために多大な労を執った各位に対し、深甚なる敬意を表する次第である。」という肯定的な評価が示された。

(2) 第32回特許制度小委員会での議論と第34回特許制度小委員会におけるプレゼンテーション

このような背景の中で、令和元年9月10日に開催された第32回特許制度小委員会において、「知財紛争処理システムの見直しについて」と題して他の多くのテーマとともに「今後の検討テーマ案」に挙げられた。導入にあたっての懸念点や「必要なケースはあまり多くないのではないか」といった意見も出されたが、導入を検討することに好意的な意見が多く出され[6]、検討がされることになった。そして、令和元年10月31日の第34回特許制度小委員会において日本弁理士会知財システム検討ＷＧを代表する委員から「アミカスブリーフ制度について」と題して導入に積極的な立場からのプレゼンテーションが行われ、これを踏まえ、複数の委員から意見が述べられた[7]。制度設計については様々な意見があっ

5) 旧産業構造審議会知的財産政策部会第25回特許制度小委員会議事録（https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/tokkyo_shoi/document/index/patent_system_025.pdf（2021年10月8日最終閲覧））38頁。

6) 第32回特許制度小委員会議事録（https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/tokkyo_shoi/document/index/newtokkyo_032.pdf（2021年10月8日最終閲覧））。

7) 第34回特許制度小委員会議事録（https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/tokkyo_shoi/document/index/newtokkyo_034.pdf（2021年10月8日最終閲覧））2-13頁、同委員会における日本弁理士会知財システム検討ＷＧ作成プレゼンテーション資料（https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/tokkyo_shoi/document/34-shiryou/03.pdf（2021年10月8日最終閲覧））。

たものの、制度の導入自体にはいずれの意見も肯定的であった。

(3) 民事司法制度改革推進に関する関係府省庁連絡会議

さらに、令和2年3月10日、民事司法制度改革推進に関する関係各府省庁連絡会議[8]が取りまとめた「民事司法制度改革の推進について」と題する報告の中で、「特許庁は、波及効の大きい知的財産に関する訴訟におけるアミカスブリーフの導入について、裁判所が審理中に当事者以外の者に意見の提出を求めることにより多角的な観点から判断することができ、判断の通用力・納得感が高まるというメリット、現行法の範囲内で知的財産高等裁判所において実施された運用上の工夫例、裁判所が意見の提出を求めることができる事件や事項、意見を提出することができる者の範囲など制度設計上のあい路等を踏まえ、内閣府（知的財産戦略推進事務局）及び法務省の協力を得て、引き続き検討を進める。」とされた[9]。

(4) 第44回特許制度小委員会での議論と令和3年2月付報告書

以上のような状況の中、令和2年12月8日に開催された第44回特許制度小委員会において、「第三者意見募集制度（日本版アミカスブリーフ）」が議題とされ、制度設計について踏み込んだ議論が行われた。特許庁の事務局からは、①裁判所が第三者の意見を求めることができる範囲、②対象とする訴訟の範囲、③対象とする審級、④当事者等による第三者への働きかけ等という4つの論点が特に示された[10]上で、議論がされた。論点ごとに概要を整理すると、以下のとおりである。

ア ①裁判所が第三者の意見を求めることができる範囲について

裁判所が第三者の意見を求めることができる範囲については、事務局から、法律問題や経験則などに限定せず、事業実態などに関する意見も募集できるよう、裁判所が事案に応じて必要と認めた事項について意見募集できることとする案が提示された。これは、法律問題、経験則以外にも意見募集を行うのに適した事項はあり得るところ事案ごとに裁判所の判断に委ねることが適切であるとの考慮、また、法律問題、経験則について意見募集を行う場合でも意見募集に対して提出される意見に事実が含まれることがあり得るところこれを制限することは難しいという考慮等によるものである。前記（Ⅱ.1.）のような過去の議論に照らしても、事務局案と異なる立場も十分にあり得るところであったが、特許制度小委員会の場において、事務局案に反対する意見はなかった。

イ ②対象とする訴訟の範囲について

対象とする訴訟の範囲について、事務局からは、特許権及び実用新案権に係る侵害訴訟を対象とし、侵害訴訟以外の訴訟類型（審決等取消訴訟、職務発明に係る訴訟等）や意匠権関係訴訟、商標権関係訴訟については、第三者意見募集制度に適する具体的な事案が見受けられるようになった段階において、その導入の必要性を検討することとする案が提示された。この点については、委員の一人である田村善之東京大学教授から、侵害訴訟を対象として審決等取消訴訟を対象としないという区別に合理的な理由を見出すことは困難であるという意見が出された[11]。他にも、設樂隆一弁護士からも、審決等取消訴訟においても重要な問題が提起されることがあ

---

8) 平成30年6月15日に閣議決定された「経済財政運営と改革の基本方針 2018～少子高齢化の克服による持続的な成長経路の実現～」（https://www5.cao.go.jp/keizai-shimon/kaigi/cabinet/2018/2018_basicpolicies_ja.pdf（2021年10月8日最終閲覧））に基づき、民事司法制度改革に向けた喫緊の課題の整理や検討のために設置されたものである。

9) 内閣官房ウェブサイト内「民事司法制度改革の推進について」（https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/minjikaikaku/dai3/honbun.pdf（2021年10月8日最終閲覧））10頁参照。

10) 第44回特許制度小委員会資料1（https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/tokkyo_shoi/document/44-shiryou/03.pdf（2021年10月8日最終閲覧））6-9頁参照。

11) 第44回特許制度小委員会議事録（https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/tokkyo_shoi/document/index/newtokkyo_044.pdf（2021年10月8日最終閲覧））7頁。田村教授の意見は、事前に事務局に提出されたものを事務局が読み上げる形で報告された。

るため対象としてもよいとは思っている旨の意見が出されたが、設樂弁護士もまずは侵害訴訟に導入するということには賛成の意見を述べており[12]、特許権及び実用新案権に係る侵害訴訟に導入する方向で検討するということで概ね賛同が得られた。

ウ ③対象とする審級について

対象とする審級については、事務局からは、知的財産高等裁判所のみならず（大合議事件に限定しない）、第一審の東京地方裁判所及び大阪地方裁判所も対象とするという案が提示された。この論点については、高裁事件に絞るべきと思っていたという意見もあったが、同意見も、強い反対はしないと述べており[13]、対象とする審級について強く反対する意見はなかった。

エ ④当事者等による第三者への働きかけ等について

当事者等による第三者への働きかけ等について、事務局からは、当事者による第三者への意見提出の働きかけは禁止しない旨、また、提出できる意見書の数は制限しない旨の提案がされたが、これらの点について反対する意見は出されなかった。

オ 弁論主義との関係について

制度設計のあり方について異論があったのは、むしろ、前記の①ないし④において明記された論点以外の論点についてであった。それは、第三者意見募集制度を、調査嘱託（民事訴訟法186条）[14]のように弁論主義の例外として設計するのか、それとも、弁論主義の例外とならないものとして設計する（当事者による証拠収集手続の一環として位置づけた上で、第三者から提出された意見書については、当事者が書証として提出することによって初めて裁判所の判決の基礎となる設計とする）のか、という問題についてである。

第44回特許制度小委員会の場で、事務局側からは、後者の立場に依った案が示されていたところ、田村教授から「双方の当事者が気に入らない場合には、第三者がせっかく用意した意見書が訴訟で使われないことがあり得ることになり、意見書作成のインセンティブを過度に損ねることになりかねません。」、「第三者が裁判所に提出した意見書は常に訴訟で参酌し得る制度を導入すべきである」、「弁論主義の要請なるものが立法論をも拘束するほど強力なものであるのか、再考が必要である」との意見が出された[15]。また、他の委員からも、「当初は裁判所が第三者の意見に直接アクセスできることを想定しながら議論していたので、当事者がピックアップして書証として提出するとなると、引っかかりがある」等の意見も出された[16]。もっとも、この論点についても、事務局案を支持する意見もあり（詳細は、Ⅳ.3（1）において後述する。）、事務局案の設計で立法に向けて検討を進めること自体に反対するほどの強い意見は出されなかった。

この議論を踏まえ、令和2年12月23日付報告書案において、「裁判所が必要と認めるときに、広く一般の第三者から意見を募集することができる制度を導入することが適当である。」と取りまとめられた[17]。しかし、同報告書案について行われたパブリック・コメント手続においても、日本弁護士連合会から、「当事者が第三者の意見書を閲覧・謄写し、これを選別して裁判所に提出することは、当事者に大きな負担が生じることは明らかである。」、「当事者のどちらの立場も支持しない内容の第三者の意見書が当事者により書証として提出されないとすると、第三者意見募集制度の意義を減殺することになるので、

---

12) 第44回特許制度小委員会議事録前掲注(11)11頁〔設樂隆一委員発言〕。

13) 第44回特許制度小委員会議事録前掲注(11)14頁〔長澤健一委員発言〕。

14) 裁判所が、申立てによりまたは職権で、必要な調査を内外の官庁公署、学校、商工会議所、取引所その他の団体に嘱託することができる制度である。同制度の法的性質は証拠調べであり、嘱託に応じて官庁公署等から提出された報告書等は、当事者が書証として改めて提出しなくても、裁判所の判決の基礎となる。第三者意見募集制度と異なり、広く一般の第三者を対象とするものではなく、あくまでも特定の内外の官庁公署等を指定して行うものであることに留意されたい。

15) 第44回特許制度小委員会議事録前掲注(11)7頁。田村教授の意見が、事前に事務局に提出されたものを事務局が読み上げる形で報告された。

16) 第44回特許制度小委員会議事録前掲注(11)9頁〔高橋弘史委員発言〕。

17)「ウィズコロナ／ポストコロナ時代における特許制度の在り方（案）」（https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/tokkyo_shoi/document/45-shiryou/03.pdf（2021年10月8日最終閲覧））16頁以下。特に18頁。

第三者意見募集制度が弁論主義とどのような関係に立つのかについて、より詰めた議論を行うことが必要であると考える。」とする意見[18]が提出される等、本制度について、第三者から提出された意見書は当事者が書証として提出することによって初めて裁判所の判決の基礎となる設計とする点を中心に報告書案の結論の一部に否定的な意見が提出された。もっとも、これらの意見も、報告書案の方針での制度導入そのものに強く反対するものではなかった。

パブリック・コメント手続において提出された前記日本弁護士連合会の意見等を踏まえ、第三者意見募集制度については、「電子データによる意見書の提出、複製等については、関係省庁で行われている議論の行方も注視しながら、検討を行うこととし、さらに、制度運用後の検証が必要な論点については、制度の検証が可能となれば、必要に応じて改善を検討することが適当である。」という内容を加筆した[19]上で、令和3年2月付報告書として取りまとめられ、立法へと進むこととなった。

このようにして、第三者意見募集制度を含む「特許法等の一部を改正する法律案」が、令和3年3月2日、閣議決定された後、同年5月14日に可決・成立し、同月21日に本改正法が法律第42号として公布されるに至ったのである。

Ⅲ. 第三者意見募集制度の条文解説

1 改正の趣旨

以上のような経緯を経て、本改正法において、第三者意見募集制度[20]が導入された。その趣旨は、簡潔に要約すれば、次のようなものである。すなわち、Ⅱ.2.(1)において前述したような近年の特許を巡る情勢の変化に起因して、特許権等侵害訴訟における裁判所の判断が当該訴訟の当事者等以外の第三者に対して事実上の大きな影響を及ぼす場面が増える可能性があり、それに伴って、意見募集を行うことが望ましい事件が増加することが考えられる。しかし、意見募集の実施に際して、前記事件(知財高判平成26年5月16日判時2224号146頁(平成25年(ネ)第10043号))のような形で全ての当事者の同意を得ることは困難な場合がある。したがって、必ずしも全ての当事者が同意をしている場合でなくとも広く一般の第三者からの意見募集を行うことができる制度を導入する必要があると考えられたということである。

2 改正の概要

【改正後特許法105条の2の11】

(第三者の意見)
第百五条の二の十一　民事訴訟法第六条第一項各号に定める裁判所は、特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟の第一審において、当事者の申立てにより、必要があると認めるときは、他の当事者の意見を聴いて、広く一般に対し、当該事件に関するこの法律の適用その他の必要な事項について、相当の期間を定めて、意見を記載した書面の提出を求めることができる。
2　民事訴訟法第六条第一項各号に定める裁判所が第一審としてした特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟についての終局判決に対する控訴が提起された東京高等裁判所は、当該控訴に係る訴訟において、当事者の申立てにより、必要があると認めるときは、他の当事者の意見を

---

18)「特許制度小委員会報告書案『ウィズコロナ／ポストコロナ時代における特許制度の在り方(案)』に寄せられた御意見の概要と御意見に対する考え方」(https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/tokkyo_shoi/document/46-shiryou/46-shiryo02.pdf(2021年10月8日最終閲覧))9頁。特許庁では、パブリック・コメント手続において意見書を提出した団体名を非公表としているが、日本弁護士連合会がウェブサイトにおいて、意見書全文を掲載しており(https://www.nichibenren.or.jp/document/opinion/year/2021/210121_2.html(2021年10月8日最終閲覧))、同意見が日本弁護士連合会から寄せられたものであることは公開情報となっている。

19)「ウィズコロナ／ポストコロナ時代における特許制度の在り方」(https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/tokkyo_shoi/document/210208_with-covid19/210208_with-covid19-report.pdf(2021年10月8日最終閲覧))18-19頁。

20) 立案過程においては、前記(Ⅱ. 2.(4))のとおり、「日本版アミカスブリーフ制度」という呼称も用いられていた。しかし、最終的に成立した第三者意見募集制度は、「アミカスブリーフ(amicus brief)制度」又は「アミカスキュリエ(amicus curiae)制度」と称して紹介される米国の制度とは、多くの点で相違するものである。にもかかわらず日本の制度を「アミカスブリーフ制度」と称することは誤解を招くおそれがあることから、本稿では、この呼称を用いることは避けた。相違点の例を挙げれば、米国では、第三者が主体的に裁判所に対して提出の申立てを行った上で許可を得て意見書を提出することが可能であるが、日本の第三者意見募集制度はあくまでも当事者の証拠収集手続の一環として整理されておりこのようなことは認めていない。

聴いて、広く一般に対し、当該事件に関するこの法律の適用その他の必要な事項について、相当の期間を定めて、意見を記載した書面の提出を求めることができる。
3　当事者は、裁判所書記官に対し、前二項の規定により提出された書面の閲覧若しくは謄写又はその正本、謄本若しくは抄本の交付を請求することができる。
4　民事訴訟法第九十一条第五項の規定は、第一項及び第二項の規定により提出された書面の閲覧及び謄写について準用する。

(1) 概要

本改正により、特許法105条の2の11を新設し、当事者による証拠収集手続として、特許権等侵害訴訟において、裁判所が、広く一般の第三者に対し、当該事件に関する特許法の適用その他の必要な事項について、意見を記載した書面（以下「意見書」という。）の提出を求めることができる制度（第三者意見募集制度）を導入した。

また、補償金請求訴訟も、補償金は「その発明が特許発明である場合にその実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額」（特許法65条1項）とされ、特許権等侵害訴訟と共通する問題状況が生じる場合も多いことから、補償金請求権の行使について定めた特許法65条6項において同法105条の2の11を準用することとした。

(2) 手続

意見募集を行うための要件を規定したのが1項及び2項である。1項は東京地方裁判所及び大阪地方裁判所が第一審となる場合につき、2項は東京地方裁判所及び大阪地方裁判所が第一審としてした終局判決について東京高等裁判所が控訴審となる場合につき規定しており、意見募集の主体となるのはこれらの場合の裁判所のみである。

第三者意見募集制度は当事者による証拠収集手続の一つとして位置付けられており、裁判所が意見募集を行うには、「当事者の申立て」が必要である。

裁判所は、意見募集を行うと判断するにあたっては、「他の当事者」の意見を聴かなければならない。この手続を規定したのは、意見募集を行うのに適した事案であるか否かについて、「他の当事者」が意見を述べる機会を保障するためである。「他の当事者」は、第三者に与える影響の大きさ、証拠収集の困難性等の事情を踏まえ、意見を述べることが想定される。「他の当事者」とは、意見募集を行うことの申立てを行った当事者以外の全ての当事者をいう。すなわち、例えば、原告が一当事者、被告が二当事者の訴訟において、被告の一方が申立てを行った場合には、原告のみならずもう一方の被告も「他の当事者」である。したがって、このような場合には、裁判所は、原告のみならずもう一方の被告の意見も聴かなければならない。

なお、「必要があると認めるときは」との文言は、「他の当事者の意見を聴いて」に係るものではなく、「意見を記載した書面の提出を求めることができる」に係るものである。

(3)「必要があると認めるとき」（1項及び2項）の意義

意見募集を行うか否かは、個別具体的な事案に応じて裁判所が判断することが適切であるから、意見募集を行うことができる条件を細かく規定するようなことはしていない。意見募集の対象として申し立てられた事項が同じ内容であっても、当該申立てがされた時点の時代背景によっても意見募集を行うべきか否かは異なるであろう。例えば、現在においては文献によって立証できない事情であって意見募集を行うべきと判断されるような対象事項であったとしても、後に、当該事項について書かれた文献が多く世に出てきた場合には意見募集を行う必要はないと判断されるということがあり得るであろう。或いは、ある事件においては、甲という事項につき意見募集を行うことが適切であると判断されたとしても、その事件において裁判所が甲という事項に関して第三者から提出された意見を十分に反映した規範を立てた上で判決を出した場合、後に、同様の事件において同様の甲という事項について意見募集を行うことが申し立てられたとしても、先の判決の規範を参考にすれば足りると判断され、意見募集を行う必要はないと判断されることもあり得るだろう。したがって、意見募集を行うのに適すると筆者が考える例をここに列挙するようなことも控える。現在において意見募集を行うのに適した例であっても、時代

が移り変われば不適切な例に変容し得るのである。

結局、意見募集を行うか否かは、裁判所が、個別の事案において、当事者の意見を聴いた上で、当事者による証拠収集の困難性、判決の第三者に対する影響の程度など、様々な事情を総合的に考慮して、その必要性を判断することになる。但し、立案担当者としては、単に証拠収集の労力や費用を節約するために意見募集を行うことは想定していない。例えば、特許の有効性の判断に必要な先行技術文献の収集は、通常は、当事者自身による収集が困難ではないと考えられるため、意見募集を実施する必要性に乏しいと判断されるであろうと考えている。もっとも、意見募集を行うことにつき全ての当事者が同意しているような場合には、裁判所が柔軟に意見募集を行うことを否定する趣旨ではない。

裁判所が意見を求めることができる事項は、「当該事件に関するこの法律の適用その他の必要な事項」についてである。これは、特許法の適用に関する事項はもちろんのこと、他の法律の適用に関する事項や商慣行等の事実に関する事項についても意見を求めることができるということである。

(4) 意見募集の対象者

裁判所は、「広く一般」(1項及び2項) の第三者に対して意見書の提出を求めることができる。裁判所は、特定の第三者を指定して意見書の提出を求めるのではない。意見書を提出できる者に限定はなく、法人及び個人のみならず、法人でない社団若しくは財団又は日本国内に住所若しくは居所を有しない外国人も提出が可能である。

(5) 提出された意見書の閲覧、謄写等の請求

当事者は、第三者が裁判所に提出した意見書の閲覧、謄写等を請求することができる (3項)。他方、同意見書は訴訟記録を構成しないため、当事者以外の者は閲覧、謄写等を請求することができない。また、意見書の閲覧、謄写等の請求は、意見書の保存又は裁判所の執務に支障があるときは、することができない (4項の準用する民事訴訟法91条5項)。

(6) その他の留意事項

ア 提出された意見書の法的性質

前述のとおり、第三者が裁判所に提出した意見書は訴訟記録を構成しない。各当事者は、提出された意見書を閲覧、謄写等した上で、各自が裁判所の判断の基礎とすることを望むものについては、裁判所に書証として提出する必要があることに留意されたい。

イ 意見書提出の働きかけについて

意見募集が行われた場合に、当事者又はその訴訟代理人が第三者に対して意見書を提出するよう働きかけを行うことが許されるのか禁止されるのかについては法律上明文で定めていない。これについて、後世の解釈に委ねればよいという意見もあったが、当事者及びその訴訟代理人の立場からすれば、このような問題について「解釈に委ねられる」とされてしまうとその活動に支障を来しかねない。特に訴訟代理人にとっては、採った行動が不適切であったということになれば弁護士の場合は所属弁護士会、弁理士の場合は日本弁理士会会長又は経済産業大臣による懲戒処分を受けるおそれすらあるのであり、行動規範の拠り所となるものが必要である。したがって、ここで、参考として、立案担当者の立場を明記しておく。

意見書提出の働きかけについては、立案過程において議論があった。非公式の意見交換等の場では異論もあったが、多くの意見は、働きかけを行うことは認められてよいというものであったし、前述 (Ⅱ.2.(4)エ)の第44回特許制度小委員会の場では、働きかけを禁止しないという事務局の提案に対して反対する意見はなかった。

このような経緯を踏まえ、意見書提出の働きかけを行うことは、意見書作成費等の対価の供与も含め、正当な訴訟活動の一環として認められるという立場を立案担当者は採っている。ただし、虚偽の内容を記載した意見書を提出するよう働きかける等の行為はもはや正当な訴訟活動でなく許されないことはいうまでもない。

(7) 実用新案法への準用

前記 (Ⅲ.1.) の改正の趣旨は、実用新案権又はその専用実施権の侵害に係る訴訟においても妥当すると考えられたため、実用新案法30条において特許法105条の2の11を準用することとした。

(8) 弁理士業務への追加

第三者意見募集制度の制度化に伴い、意見書の提

出を行おうとする第三者からの相談に応じる業務を弁理士の行うことのできる業務として追加した（弁理士法４条２項４号）。提出する意見書の内容には、独占禁止法等の産業財産権法以外の法律の解釈に係る事項も含まれ得るところ、弁理士が相談に応じることができる範囲は、「特許法及び実用新案法の適用に関するもの」に限られていることには留意されたい。

Ⅳ. 弁論主義について

１ 弁論主義の内容

本改正法によって導入された第三者意見募集制度は、以上のようなものである。最後に、前述（Ⅱ.2.（4）オ）のとおり、立法の過程において、終盤に至るまで最も多くの議論があったのが弁論主義との関係、すなわち、第三者意見募集制度を、調査嘱託（民事訴訟法186条）のような弁論主義の例外として設計するのか、それとも、弁論主義の例外とならないものとして設計する（当事者による証拠収集手続の一環として位置づけた上で、第三者から提出された意見書については、当事者が書証として提出することによって初めて裁判所の判決の基礎となる設計とする）のかについてであったので、弁論主義に関して若干の考察を行う。

弁論主義とは、判決の基礎をなす事実の認定に必要な資料の提出（事実の主張、証拠の申出）を当事者の権能及び責任とする建前をいうが、これを直接に規定した条文は無い。弁論主義の根拠については、諸説が対立している状況にある。根拠論は、学術的には興味深いところである[21]が、法解釈の結論を直接支えるものというよりも、理論化体系化のためのものという色彩が強いといわれており[22]、これは本稿の目的とするところではないのでここでは踏み込まない。

ここで、弁論主義の具体的内容を見ると、通説によれば、以下の３つに分解されるといわれている[23]。

①第１テーゼ

主要事実（法律効果の発生消滅に直接必要な事実）は、当事者が口頭弁論で陳述しないかぎり（弁論に現出しないかぎり）判決の基礎に採用することができない。

②第２テーゼ

当事者間に争いのない事実は、証拠によって認定する必要がないのみならず、これに反する認定をすることができない。

③第３テーゼ

争いのある主要事実は証拠により認定するが、証拠は原則として当事者が申請したものでなければならない。

もっとも、これらの３つの内容が弁論主義という言葉の下で括られているが、歴史的には、もともと個別の箇所で無関連に認められていたものが、後になってから「弁論主義」の名の下に括られることとなったとされている[24]。したがって、弁論主義を検討するにあたっても、漫然と「弁論主義」と一括りにして論じるのではなく、具体的に、どのテーゼとの関連で検討すべきなのかを明確に意識しなければならない。このような観点から見たとき、第三者意見募集制度との関係で検討しなければならないのは、弁論主義の第３テーゼのみである。

ここで、「当事者間に争いのない事実は、証拠によって認定する必要がないのみならず、これに反する認定をすることができない。」という第２テーゼが第三者意見募集制度の導入によって何ら影響を受けないことは自明であろうが、「主要事実は、当事者が口頭弁論で陳述しないかぎり判決の基礎に採用することができない。」という第１テーゼとも関係がないことについては説明を付言しておく。

この点を理解するためには、訴訟資料と証拠資料の峻別を明確に意識しなければならない。訴訟資料とは、当事者の弁論から得られる判決の基礎となりうる事実をいい、証拠資料とは、証拠調べの結果感

21）高橋宏志『重点講義民事訴訟法 上（第２版補訂版）』（有斐閣，2013）409頁以下。山本和彦「弁論主義の根拠」判タ971号60頁は、やや発展的な内容であるが、大変興味深い考察が展開されている。

22）高橋前掲注(21)410頁。

23）高橋前掲注(21)404頁以下、新堂幸司『新民事訴訟法（第６版）』（弘文堂，2019）469頁以下。

24）鈴木正裕「弁論主義に関する諸問題」司研論集77号１頁，４頁は、弁論主義の考案者とされる独国のゲンナーに言及した上で、「ただゲンナーは弁論主義という言葉でこれらをひっくくったにすぎない、以前にはただバラバラに認められていたものを、弁論主義という新しいネーミングのもとに包括した、ひっくくったにすぎないのであります。」と説明している。

得される内容をいう[25]。卑近な例を挙げて第1テーゼを説明するならば、貸金返還請求訴訟を想定するのがよいであろう。貸金返還請求訴訟において、証拠調べの結果、弁済があったことが判明したとしよう（証拠資料によるならば「弁済があった」という心証を裁判所が持ったということである）。弁論主義の第1テーゼは、このような場合であっても、当事者が弁済の事実を主張しない（訴訟資料には「弁済があった」ことが現れない）以上は、裁判所は弁済があったことを基礎として請求棄却判決を下すことはできないということなのである。

第三者意見募集制度は、あくまでも証拠資料に係るものであり、これによりいくら証拠資料の提出のあり方が変わったとしても、「主要事実は、当事者が口頭弁論で陳述しないかぎり判決の基礎に採用することができない。」という第1テーゼは変わらず維持することができる。なれば、第三者意見募集制度と弁論主義との関係を検討するにあたって、第1テーゼとの関係は問題とならないのである。

したがって、以下では、第三者意見募集制度との関連で問題となり得る弁論主義の第3テーゼに焦点を当てて検討する。

2　弁論主義の第3テーゼ

弁論主義の第3テーゼは、前記（Ⅳ.1.）のとおり、「争いのある主要事実は証拠により認定するが、証拠は原則として当事者が申請したものでなければならない。」というものである。

しかし、この弁論主義の第3テーゼは、他の2つのテーゼのような絶対的なものとは考えられていない。このことは、第3テーゼの内容自体が、一般に、「原則として」との留保を付して説明されることにも現れている。

ここで、民事訴訟法学の権威である二人の研究者の言を引用する。まず、高橋宏志東京大学名誉教授は、その著書における弁論主義についての解説の中で、次のように述べている。すなわち、「もっとも、三番目の職権証拠調べの禁止は、他の二つほど絶対的なものではない。昭和二三年に削除されたが、大正改正後の旧民訴法二六一条は、職権による補充的な証拠調べを認めていたし、現行法下でも一八六条、二一八条、二二八条三項等々で職権による証拠調べを部分的には認めているからである。」と説明しているのである[26]。

さらに、谷口安平京都大学名誉教授は、その著書における弁論主義の説明の中で、次のように述べている。若干長い引用となってしまうが、重要な見解であるので、引用する。「さて、第三は、証拠は当事者の申し出た証拠しか調べてはならないという原則だといわれています。ただ、現行法の中でも、当事者本人を尋問する当事者尋問（三三六条）や官庁等に調査を嘱託してなす証拠調べ（調査嘱託、二六二条）は、当事者の申し出がなくても、裁判所が職権で行うことができます。ですから、この原則には例外があります。しかし、この第三のものを弁論主義の概念に含めてよいかどうかには若干問題があると思われます。戦前には、職権証拠調べがもっと広く認められていました。しかし、戦後、アメリカの影響で当事者主義が大いに強調され、職権証拠調べの規定が削除されました。二六一条のところには『削除。昭和二三年法一四九号』と書いてあります。そして職権証拠調べとしては当事者本人尋問と調査嘱託だけが残ったわけです。けれど、戦前の制度も弁論主義といわれていました。ですから、弁論主義は、本質的には第一と第二のことを指すと考えられます。第三はそれらの補充的なもので、これがなくても弁論主義は成り立つのです。」というのである[27]。谷口名誉教授のこの説明は、平成8年の民事訴訟法の大改正前の説明ではあるが、現行の民事訴訟法の理解においても妥当するであろう。谷口名誉教授は、弁論主義の第3テーゼに例外があるのみならず、同テーゼはそもそも、あくまでも補充的なものであり、弁論主義の本質ではないと理解しているのである。

以上の東西の民事訴訟法学の権威の言からも明らかなように、民事訴訟法学の世界において、弁論主義の第3テーゼは必ずしも絶対的な原則とは考えら

25）一般的な用語法であり、本稿ではこの定義に従って用語を用いる。他方で、証拠資料も包含する意味で「訴訟資料」という用語を用いている文献もあるので、文献を読む際は、当該文献がどのような意味で当該用語を用いているのかに注意されたい。

26）高橋前掲注(21)405頁。

27）谷口安平『口述民事訴訟法』（成文堂，1987）196-197頁。

れてはいない。このことに照らすと、前記（Ⅱ.2.（4）オ）の「弁論主義の要請なるものが立法論をも拘束するほど強力なものであるのか、再考が必要である」との田村教授の指摘や、「第三者意見募集制度が弁論主義とどのような関係に立つのかについて、より詰めた議論を行うことが必要であると考える。」との日本弁護士連合会の意見は、理論的には、正鵠を射た指摘であるといえよう[28]。

なお、そもそも、弁論主義の第３テーゼが問題となるのは主要事実のみであると考えるのが通説的見解であるところ、主要事実について意見募集を行う場面が果たしてどの程度想定できるのかという疑問もあり得るが、意見募集の対象につき条文上の制約を設けないと整理する以上は、弁論主義の第３テーゼとの関係を検討すべきことになるのはやむを得ないところであろう。

３ 検討――本制度の設計の妥当性

（1）立案過程における議論

私見としては、第三者意見募集制度と弁論主義との関係は、弁論主義の第３テーゼの例外として制度を設計することが理論的に可能かという問題ではなく、我が国の民事訴訟法の中で他に類を見ない制度を導入するにあたっての懸念の声もある中で弁論主義の例外として制度を設計するまでのコンセンサスの形成が可能かという問題として論じられるべきであると愚考する。

そのような観点から、第三者意見募集制度を、調査嘱託（民事訴訟法186条）のような弁論主義の第３テーゼの例外として設計しなかったことの妥当性につき検討しておく。ここでは、やはり、裁判所が「広く一般」の第三者に対して意見書の提出を求めることができる制度は、我が国の民事訴訟制度の中で類を見ない制度であり、我が国における初の試みであることに改めて言及しなければならない。実際、広く一般の第三者から意見が提出される制度を導入することについては、非公式の意見交換の場において、制度の導入自体に反対はしないものの懸念を述べる声が多く存在した。非公式の場において出された意見であるから、具体的な記述をすることはできないが、懸念を端的に現すのは、第三者意見募集を行うことができる場合の要件について、全ての訴訟当事者の同意がある場合に限るべきであるという意見が少なからずあったことであろう。議論が進む中で、全ての訴訟当事者の同意がある場合であれば、現行法の下でも前記事件（知財高判平成26年５月16日 判 時2224号146頁（平 成25年（ネ） 第10043号））のような形式で意見募集を行うことは可能であるところ、やはり全ての当事者の同意が得られない場合においても意見募集を行うべき事件は存在し得るのであり、そのような事案において意見募集が行える制度とすべきであるということで概ね意見の一致を見た（意見募集を行うのに適した事案であるか否かについて当事者が意見を述べる手続保障は設けることとした）という経緯がある。

他方、第三者意見募集制度を全ての当事者の同意が得られない場合においても意見募集を行うことができる制度として設計するとしても、意見募集を行った結果として第三者から提出された意見書について、当事者のいずれもが裁判所の判決の基礎とすることを望まないものについてまで判決の基礎となる制度とすべきかという問題が別途あり、やはり、この点についても、当事者のいずれもが判決の基礎とすることを望んでいない意見書に基づいて判決がされることへの懸念を示す意見があり、このような意見は議論が進んでも少なからず残った。第44回特許制度小委員会の場においても、委員から、「私的な紛争を解決するための手段であるという前提もありますので、原告、被告、両被告が必要ではないと思っているものを、証拠として事実認定をしてしまうというのは、ふだんなれ親しんでいる弁論主義という観点からはみ出ている感があると思います。そこで、制度としては原告、被告、両当事者が証拠として出したものを基礎に裁判所に判断していただくという制度がいいのかなと思っております。」との意見[29]が述べられている。

28）したがって、私見としては、第三者意見募集制度の設計について、「弁論主義違反か否か」という表現を用いて議論されることがあることにも強い違和感を覚える。制度設計の議論にあたっても、あくまでも、「弁論主義の例外として制度設計するか否か」という表現がされるべきであろう。

29）第44回特許制度小委員会議事録前掲注(11)12-13頁〔松山智恵委員発言〕。

また、同小委員会の場では、第三者意見募集制度が裁判所の負担となることを防止するという観点から、「当事者がスクリーニングをしないと、裁判所の負担も相当ふえますので、当事者のところで選別してもらうのが制度としてはうまくいく一つのポイントかなと思っております。」との発言[30]、「全ての意見書を裁判所が全部目を通せという話になると、（中略）、裁判所の負荷も高くなって裁判自体が遅れるおそれもございますので、まずは当事者の選んだもので判断いただくというところから始めるのがいいかなと思っております。」との発言[31]もあった。

(2) 検討

ア 概論

我が国において、民事訴訟の目的については、学術的には様々な見解があるところである[32]が、少なくとも実務においては、あくまでも、民事訴訟は訴訟当事者のためのものであると理解されている。そこに、広く一般の第三者から意見が提出される制度を導入するにあたって、当事者となり得る企業の一部並びに訴訟代理人となり得る弁護士及び弁理士の一部に、第三者から提出された意見書が当事者のいずれもが意図していないにもかかわらず判決の基礎となることについて懸念を持つ者がいることは十分に理解できるところである。また、運用する裁判所の立場からすれば、第三者から提出された意見書につき、いずれの当事者も判決の基礎とすることを望んでいないものについてまで証拠資料として熟読しなければならないとすることは負担感が大きいであろう。

イ 閲覧・謄写の負担を指摘する意見について

勿論、当事者が改めて書証として提出し直す設計とすることによる弊害が看過できないものであれば、そのような設計とすることは避けられるべきである。しかしながら、弊害として具体的に主張されている点のうち、まず、「当事者が第三者の意見書を閲覧・謄写し、これを選別して裁判所に提出することは、当事者に大きな負担が生じることは明らかである。」との前述（Ⅱ.2.（4）オ）の日本弁護士連合会の意見は、端的に言えば、書証提出の負担を指摘するものである。この指摘は、実務家出身である筆者としては十分に理解できるところではあるが、そもそも、この負担は、第三者意見募集制度の場面においてのみ生じる問題ではない[33]。民事訴訟のIT化等によって、将来、根本的に解決されていくべき問題である。

ウ 書証として提出されない意見書が生じることの弊害を指摘する意見について

次に、前述（Ⅱ.2.（4）オ）のとおり、日本弁護士連合会が意見書において、「当事者のどちらの立場も支持しない内容の第三者の意見書が当事者により書証として提出されないとすると、第三者意見募集制度の意義を減殺することになる」と指摘し、田村教授が「双方の当事者が気に入らない場合には、第三者がせっかく用意した意見書が訴訟で使われないことがあり得ることになり、意見書作成のインセンティブを過度に損ねることになりかねません。」と指摘している点について検討する。この点は制度の根幹に関わるところであり、真剣に検討されなければならないが、果たして、いずれの当事者もが書証として提出しない意見書が生じるのはどのような場面であろうか。

まず、一方の当事者にとって不利な内容の意見書

30）第44回特許制度小委員会議事録前掲注(11)11頁〔設樂隆一委員発言〕。

31）第44回特許制度小委員会議事録前掲注(11)12頁〔近藤健治委員発言〕。

32）高橋前掲注(21)1頁以下、新堂前掲注(23)1頁以下、谷口前掲注(27)17頁以下、中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義（第3版）』（有斐閣，2018）12頁〔中野貞一郎執筆〕。

33）実務上、特許関係訴訟及び実用新案関係訴訟における書証の提出の事務負担の大きさは、主に訴訟代理人の立場からしばしば指摘されるところである。知的財産高等裁判所では、正本を1部、副本を相手方の数の部数提出することが求められる他に、3部の写しの提出が求められる。特別部（大合議部）に配てんされた事件については、さらに写し部数の追加が求められることがある（裁判所ウェブサイト内「知的財産高等裁判所　提出書類等のお願い」（https://www.ip.courts.go.jp/tetuduki/form/form_teish/index.html（2021年10月8日最終閲覧））参照）。東京地方裁判所知的財産権部及び大阪地方裁判所知的財産権専門部では、正本を1部、副本を相手方の数の部数の他に、4部の写しの提出が求められる（裁判所ウェブサイト内「東京地方裁判所知的財産権部　書類及び電磁データの提出について」（https://www.courts.go.jp/tokyo/saiban/shorui_denji/index.html（2021年10月8日最終閲覧））及び「大阪地方裁判所知的財産権専門部　書類及び電子データの提出について」（https://www.courts.go.jp/osaka/saiban/tetuzuki_ip/uketuke_syorui_data/index.html（2021年10月8日最終閲覧））参照）。

は、他方当事者にとっては有利なものであることが通常である。このような意見書は、当該内容が有利であると考える側の当事者によって提出されるであろう。

次に、知財高判平成26年5月16日判時2224号146頁（平成25年（ネ）第10043号）の際に幾つかの団体から提出がされているように、中立的な立場から論点の整理を行う内容の意見書が提出されることも想定されるだろう。このような意見書は、たしかにいずれの当事者にとってもその内容自体が有利なものではないかもしれない。しかし、実務上は、その整理が参考になる内容であれば、当事者は、書証として提出し、場合によっては、当該書証の整理を引用しつつ自身の主張を再整理する内容の準備書面を提出することが想定される。したがって、このような内容の意見書も、いずれかの当事者から書証として提出されることとなると思われる。

斯くの如く具体的に考えていくと、畢竟、問題が顕在化するのは、1つの意見書の前半部分では原告にとって有利かつ被告にとって不利な内容が記載されており、後半部分では原告にとって不利かつ被告にとって有利な内容が記載されているというような内容の意見書が提出された場合に限られるのではないかと思われる。たしかに、このような場合には、各当事者が、当該意見書を書証として提出することによる自己にとってのメリットとデメリットを天秤に掛けた上で、結局、いずれの当事者もが書証として提出しない判断をするということはあり得るであろう。実のところ、筆者としても、このような場面が生じないかという懸念は終始抱いてきた。

しかしながら、このような意見書が提出される場面が、「第三者意見募集制度の意義を減殺することになる」、または、「意見書作成のインセンティブを過度に損ねる」ほどに多く発生するのかについては、疑問なしとしない。すなわち、このような場面が典型的に生じるのは、複数の別々の論点について意見募集が行われる場合であろうが、前述（Ⅲ.）のような第三者意見募集制度の趣旨に鑑みると、実際に意見募集が行われる場面はある程度限定的な場面となるであろう。したがって、一つの事件について複数の別々の論点につき意見募集が行われるという場合は多くはないであろうと予想されるのである。

勿論、一つの論点についての意見募集の場合でも、結論に至るまでの理由付け等において同様の問題が発生する場合はあり得ようが、少なくとも、そのような場面が多発する懸念は大きくはないのではないかと思われる。

エ 結語

以上に鑑みれば、調査嘱託（民事訴訟法186条）のような弁論主義の第3テーゼの例外として第三者意見募集制度を設計することについての一定のコンセンサスが得られるまで制度の導入を見送るという選択をするか、若しくは懸念の声を押し切ってそのような形での制度を導入するという選択をするよりは、現行の民事訴訟制度との比較において例外となる部分が最も少ない設計（新しい制度の導入に懸念を覚える関係者にとって最も受け入れやすい設計）によって制度を導入することによって目的の実現を図ることには、一定の合理性があると愚考する。保守的に過ぎるとの批判があり得ることは筆者個人としては重々承知しているが、様々な主張がされている中での調整の産物としては、制度導入の本来の目的を達するには十分なものとなったとはいえないだろうか。

もっとも、このような政策判断が果たして妥当なものであったか否かについては、後世の評価に委ねられるべきことであろう。導入の目的が十分に達せられるような形で本制度が活用されていくならば喜ばしいことである。他方で、本制度の運用が積み重なった後、改善すべき点について一定のコンセンサスが得られる状況となったならば、その時点において、改めて法改正も含めた対応がされていくことも、当然、積極的に検討されてよいと考えている。

Ⅴ. おわりに

本稿では、第三者意見募集制度の立法に至る経緯と条文の趣旨を説明した上で、若干の考察を加えた。もっとも、第三者意見募集制度の条文は簡潔なものであり、そもそも意見募集を行う要件からして、裁判所が「必要があると認めるとき」としているとおり、実務の運用に委ねられる部分が大きい制度である。

本制度の対象となる特許権等侵害訴訟等が係属するのは、実質的に、東京高等裁判所の特別の支部と

して位置づけられている知的財産高等裁判所並びに東京地方裁判所の知的財産権部及び大阪地方裁判所の知的財産権専門部である。これらに所属する裁判官は知的財産権事件につき非常に高い専門性を持つ裁判官ばかりであり、第三者意見募集制度を適切に御活用いただくことを期待している。我が国の特許権等侵害訴訟等の実務にとって有益な制度となることを祈りつつ、運用を見守って参りたい。

profile

松本 健男（まつもと たけお）

総務部総務課制度審議室　法制専門官

平成21年3月　京都大学法学部卒業
平成22年6月　国家公務員採用Ⅰ種試験（法律職）合格
平成23年3月　東京大学法科大学院修了
平成23年9月　司法試験合格
平成23年11月　最高裁判所司法研修所 司法修習生（第65期、配属庁 那覇）（～平成24年12月）
平成24年12月　弁護士登録（～平成31年3月）
平成29年4月　東京大学法科大学院未修者指導講師（～平成31年3月）
平成31年4月　特許庁総務部総務課制度審議室 法制専門官（～現在）

【近著】
「令和3年『特許法等の一部を改正する法律』の概要（下）」NBL1205号（令和3年11月）
「令和3年『特許法等の一部を改正する法律』の概要（上）」NBL1204号（令和3年10月）
小谷悦司・小松陽一郎・伊原友己編『意匠・デザインの法律相談Ⅰ』青林書院（分担執筆）（令和3年2月）
小谷悦司・小松陽一郎・伊原友己編『意匠・デザインの法律相談Ⅱ』青林書院（分担執筆）（令和3年2月）
「産業財産権4法の改正」時の法令2093号（令和2年3月）
「特許審査官のための令和元年特許法改正の解説」特技懇296号（令和2年1月）
「令和元年『特許法等の一部を改正する法律』の解説―特許法の改正を中心に―」Law&Technology86号（令和2年1月）
「令和元年特許法等改正の概要―意匠法の改正を中心に―」月刊コピライト2019年10月号（令和元年10月）
大阪弁護士会知的財産委員会出版プロジェクトチーム編『Q＆A特許法～大阪の弁護士が解説する知的財産権～』一般社団法人経済産業調査会（分担執筆）（平成30年7月）
「均等論の第5要件と出願時同効材―マキサカルシトール事件最高裁判決も踏まえて―」月刊パテント2017年9月号（平成29年9月）
「会社法、著作権法、特許法等　押さえておくべき重要な法改正のポイント」SMBC Netpress1412号（共著）（平成26年9月）

【講演】
日本弁理士会主催「令和3年度弁理士法及び特許法等改正説明会」（会場：ライブ配信）（令和3年11月4日）
日本商工会議所主催「査証制度の概要」（会場：オンデマンド配信）（令和2年11月13日）
特許庁主催「令和元年特許法等改正説明会」（会場：TKPガーデンシティ仙台）（令和元年12月13日）
特許庁主催「令和元年度特許法等改正説明会」（会場：TKPガーデンシティPREMIUM心斎橋）（令和元年11月8日）
特許庁主催「令和元年度特許法等改正説明会」（会場：沖縄産業支援センター）（令和元年10月29日）
日本弁理士会主催「令和元年度特許法等改正説明会」（会場：弁理士会館）（令和元年10月24日）
日本弁護士連合会主催「知的財産に関する研修会2019－立法・判例の最新動向を踏まえて－」（会場：弁護士会館2階講堂クレオ）（令和元年10月17日）