



RIETI Policy Discussion Paper Series 08-P-009

知的財産制度の新たな地平線・序説
—これからの知的財産制度のあり方への見直しの視点—

清川 寛
経済産業研究所



Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA

独立行政法人経済産業研究所

<http://www.rieti.go.jp/jp/>

知的財産権制度の新たな地平線・序説 －これからの知的財産制度のあり方への見直しの視点－

RIETI 上席研究員
清川寛

要旨

いわゆるプロパテント化政策は 80 年代以降、グローバルで、また我が国でも広がってきているが、他方でその先駆者だった米や欧州において、その見直しが行われつつある。他方時代は、Web2.0 に代表されるネットワーク化や技術のより高度化複雑化からオープン・イノベーションの進展等、そのパラダイムは大きく変換している。このような中で、従前通りプロパテント一辺倒でよいのか、見直しが必要ではないか。ただ見直すとして如何なる視点から見直すべきか。本稿においては、筆者の感じるどころ、従来は「プロパテント」の一言で遮二無二に、一見権利より(=プロ権利)の方向に進んできたことに対し、知的財産権制度の原理からその排他性の正当化根拠にまで立ち返り、その「見直しの視点」を探るものである。その際、公共(倫理学・競争政策)との観点、また社会制度としての効率性等の観点も加える。特に前述のパラダイム変遷を踏まえ、知財制度の目的一少なくとも現時点の我が国においての目的一はイノベーションの促進であり、そのためのオープン・イノベーションの進展からの「市場取引」というこの観点を強調したい(本文での結論を先取りすると、これは排他権の正当化にも新たな光を当てるものと考え)。また本稿では、その提示する「見直しの視点」の具体的当てはめとして、特許制度についていくつかの見直し案を試みに提示する。

なおそもそも見直しには、その前提として現状の把握が必要なところ、特に特許制度の役割についてかつてのデジタル IT 機器産業(特許に関連深い)が、残念ながら 90 年代移行、後発国の追い上げ等からその地位が低下している)での分析については、大部となったので、巻末に補説で述べることとする(その結論は特許制度は重要であることに変わりない)。

はじめに

80年代の米国プロパテント政策の国際的な展開から知的財産権は、その後の TRIPs の成立(1995年)等を受けてグローバルに重要視され、また我が国においても90年代半ばからこのプロパテント化に徐々に舵がきられ、2002年には知財本部の設立等もあって現在に至るところ、我が国のプロパテント化政策は、その当初の目的に照らし、それなりの成果を上げてきたと思う^{*1}。

しかし最近では、率先してこのプロパテント化を推進してきた米でその見直しが起き、また欧州でも知財権の排他権についての見直しの動きがある。また技術開発の複雑化・高度化から、世は「オープンイノベーションの時代」になってきたと言われる。このような状況において、我が国として引き続きいわゆるプロパテント一辺倒でよいのか、再検討が必要ではなかろうか。

本稿は、このような問題意識から、このオープンイノベーションの進展等のパラダイムの変遷を踏まえ、知的財産権制度を今後どのように考え、どのようにしていくべきかについて再検討するに当たっての「見直しの視点」について如何に設定すべきかを、法学のみならず経済学あるいは法哲学的観点も含めて探るものである。

なお本書の構成は；まず今後の見直しの前提として、2000年代後半以降の「1. パラダイムの更なる変遷」を整理し、次いで「2. 知的財産制度の再見直し」で知的財産制度そのものをその根幹の原理／原則を含めて改めて把握し直す。その際、オープンイノベーション等から「市場取引」という観点を入れてみる。また「公共性」や「社会制度」としての観点も入れる。そしてその結果を「3. 制度見直しの視点」でとりまとめた上で、今後の知財制度の「見直しの視点」について、幾ばくかの提案を行いたい。そしてその見直し視点の具体的適用として「4. 特許制度の見直しの方向(試案)」の提示を試みることにする。

なお筆者としては経済学や法政策・法哲学は自分のよしとするところでなく、そもそも浅学非才の身であるところ、その認識や解釈に不適切な点多々あるかと思うが、これが今後の議論における「見直しの視点」として、幾ばくかの貢献が出来れば幸いである。

補；本稿は今までのいわゆるプロパテント化(一辺倒の)施策からの軌道修正を考えるものであるが、その前に、今までのプロパテント化政策の成果、換言すれば当初の目的を達したのかどうかを見ておくことは意味があろう。

とは言え、このプロパテント化政策自体の成果の測定・判断は極めて難しいと思われる^{*2}。ただまず言えることはこのプロパテント化政策の背景には、当時厳しい状況にあ

*1 この成果の評価については拙著「わが国における知的財産権を巡る動向とその評価（90年代後半以降のプロパティ化の評価－特に特許制度について－）」(2006.12.)；RIETI ホームページ；ここでは舵を切った90年代半ばでの問題・課題については、概ね達成し、今や保護レベルも欧米に遜色ないこととする。

*2 なお上の拙著においては、90年代当時の問題意識から、出願数等の数値をもって一応の成果があったとしている(拙著まとめ2.参照)。

った我が国経済の立て直しであったところ、結果として我が国経済は 2000 年代後半にデフレから脱却し、現在に至るに長期の回復基調があり(もっとも回復率は低い。)、たしかに昨年夏以降のサブプライムローンの影響、更に原油価格等資源価格の高騰等から将来は不透明なもの、2007 年度の企業収益(大企業)はかつて無いほどの好調を示している。

またこの春、「知財推進計画 2008」策定の際に経団連が行ったアンケート結果によると、「これまでの取組によって知的財産に対する意識。位置づけが向上したと言える」旨結論されているが、これは「知財権への関心を高めよう」というプロパテント化政策の目的の一つに対応する。

ただこの中には、裁判所での無効の増加から不透明性が高まったとする者や、知財高裁での敗訴率の高さに懸念を表する向きもある。(アンケート結果概要は<参考 1>参照)

補；加えて 4.で紹介するが最近知財訴訟の新受件数の減少といったことも懸念材料。

特許庁行政年報から 90 年代後半からの「特許出願・登録状況」を見てみた。これによると出願件数(国内)は 06 年に若干減少したものの 40 数万件に登っている(因みに全世界の出願数(内国ベース)は 120~30 万件程度)。また登録件数は 99 年に 15 万件のピークに達し、その後 12 万件台だったが、04 年には再び 14 万 1 千件となっている。これはプロパテント化以前の 80 年代に比して相当上昇している。

ただ出願数に対する登録数(=登録率)を推計するに 2000 年代に入って 30%を切り低下傾向が見られる。これは旺盛な出願意欲に対して特許成果が上がっておらず、新たな発明が難しくなっていることを示しているのでは(技術の高度化・複雑化との整合する)と思われる。(詳細は<参考 2>参照)

技術貿易でも特許黒字は 2006 年で過去最大の 46 億ドル(5000 億円以上；もっとも海外子会社分が相当あると思われる)で、これは米国に次いで世界で 2 番目である。

特許権が最も馴染む業界として IT デジタル機器産業がある。しかしながら同産業、例えば DVD や液晶・薄型 TV、更に半導体等は、我が国が先行して開発したりあるいはかつては無類の競争力を誇っていたが、その後韓国・台湾等の追い上げで、その製品世界シェアが凋落している。この事象だけを見れば特許権は競争力に如何に関わるのかと言う疑問が沸くかも知れない。

しかしながら結論としては、凋落の背景には、その業界特有の体質に加えて、国際経済社会情勢変化やモジュール化の進展等々種々の要因があって複雑でまた様相は製品によって異なる。そして特許権に関して言えば、当時は未だその「戦略的活用」意識が低かったこと、しかし近時では先の経団連アンケートにあるように意識は高まっており、とくに標準化に係る戦略と絡めて再びいわゆる「勝ちパターン」を回復しつつあると言える。また遅ればせではあるが、ライセンスの効果が中国に対しても徐々に効き始めているようである。このように特許権はやはり競争力維持・強化に関連すると言えよう。

ただ最終的に"より重要"なのは「選択と集中」に代表される「戦略的経営」であろう。
そして特許権は、その他の無形資産同様、この「戦略」の重要な一要素ではある。
(この詳細については巻末・補論「特許はデジタル IT 機器の競争優位確保に役立つか」
参照－ここは大部なので巻末に収録した。)

<参考1>経団連：知財政策評価アンケート結果

・2008.3.18.

156社(回答81社;51.9%) アンケート期間;08.2.4.~21.

ポイント (=筆者が図表から整理)

貴社において

- ・知財活動活発化;かなり7.6% + 活発58.0% = 65.6%
その選択理由;知財政策39.6%、それ以外の政策14.3%、政策以外46.1%
職務発明・知財情報利用 争訟増加、知財経営方針
(あまり変わらない30.0%<∴既にかんがりの取組実施)
- ・成果の知財としての保護;かなり8.6% + なった51.9% = 60.5%
知財政策45.9% 政策以外44.8%
(審査迅速化・模倣海賊品対策)、(模倣海賊品増加、事業グローバル化)
(変わらない39.5%<∴同上)
- ・より活用;かなり5.0% + なった53.8% = 58.8%
知財政策39.7% 政策以外48.0%
国際標準化取組(必須特許判定)、コンテンツ二次利用、権利行使意識向上
(変わらない41.3%<既に取組+活用より権利行使に重点)
- ・知財の位置づけ・社内意識;かなり高まった8.6%+高まった70.4%=79.0%
知財政策44.4% 政策以外44.4%
基本法・戦略本部・推進計画、職務発明改正 争訟増加、社内教育、知財部連携
- ・大学・独法成果活用;活用なった48.1%
知財政策46.3% 政策以外40.7%
大学知財本部・TLO、バイドール 自前主義から外部リソース
(変わらない<∴産学連携進んではいるが、実用化・商品化までは至っていない)

我が国全体として

- ・政府の研究開発投資・助成等でより多くの知財;かなり3.8%+生まれるように47.5%
<大学での知財意識変化と特許出願増大
(あまり変わらない42.0%<海外対比で重要なものが生まれている実感ない)
- ・生まれた知財の企業等への移転・還元;なった29.1%
<産学連携増加
(あまり変わらない44.3%<実感はない)
- ・生まれた知財の海外活用→わが国国益にプラス;17.7% vs そうなっていない5.1%
<プラス・・・コンテンツや日本文化の認知度増大
(あまり変わらない31.6%<∴そう考えるのは難しい)
- ・知財保護(権利化・行使)の予見可能性;高まった42.0% v. 低くなった12.3%
<高まった+変わらない(27.2%)・・・知財高裁設立、特許情報利用環境整備
(低くなった<∴裁判所での無効ケースの増大)

その他自由記載

- ・ 経済活性化に繋がらないと意味はない
- ・ 先端技術開発→商品化→国際的普及→投資回収(ライセンス) サイクルを以下に効率的に回すかの政策が必要
- ・ 海外財戦略ますます重要、東アジアと連携・各国と調和とれた政策実行期待
- ・ PS 細胞→早急に先端医療を特許化
- ・ 音楽映画産業でネットワーク上の違法アップロードが深刻
- ・ 技術と呼べないような大量出願、そのチェックに社内エネルギー→生産性高くない
- ・ 審査滞貨処理にのみ心奪われ、真に発展のための知財政策か疑問
- ・ 「活用＝ライセンス収入源」；狭い視点→事業戦略にどう役立てるか；広い視点へ
- ・ 映像コンテンツ制作に税制上インセンティブ
- ・ 企業経営者；知財重要一致、しかし知財重要視すると何がかわるか説明できる人は少ない
- ・ 知財高裁での権利者側の敗訴率が高く、特許庁判断が尊重されていない傾向

<参考>経団連・提言事項；「知財推進計画2008」策定に向けて（08.4.）

1. オープンイノベーションの推進と知的財産立国の実現

- (1) 権利行使のあり方・・・パテントトロール；差止や賠償請求範囲制限
- (2) 著作権法制整備・・・ネットワーク化環境対応、新たなシステム 保護利用バランス
- (3) 企業間の協業や連携促進・・・実施許諾拒否しないことの登録制度、幅広い活用
- (4) 企業の国際標準化活動推進・・・国際会議参加費用助成等、中堅・中小企業理解増進
- (5) 模倣品・海賊版対策強化・・・防止条約(ACTA)早期実現キャンペーン
- (6) 正解特許の実現に向けた取組強化・・・審査協力・参加国拡大、審査クオリティ統一

2. コンテンツ産業振興

- (1) コンテンツ産業の振興・・・人材育成、教育基盤整備、資金調達多様化、税制支援
- (2) コンテンツの新たな市場の創出と流通促進・・・海外展開促進 権利者情報整備等

<参考2>特許出願・登録状況(90年代後半～)

	1997年			2000年			2005年		
	出願	登録	単純率	出願	登録	単純率	出願	登録	単純率
全体	391572	147686	37.7%	436865	125880	28.8%	427078	122944	28.8%
A61	10971	4186	38.2%	12666	3765	29.7%	22440	4865	21.6%
C12	2165	1394	64.3%	2877	1389	48.2%	5629	1048	18.6%
G11	11165	6397	57.3%	10834	3615	33.4%	9633	3054	31.7%
H01	37319	14898	39.9%	38802	13592	35.0%	44115	11216	25.4%
H04	24990	8750	35.5%	29691	9953	33.5%	37010	9627	26.0%

※医薬品を A61 で、バイオを C12 で、記憶装置を G11 で、半導体を H01 で、電気通信機器を H04 で代表

= 医薬・バイオ系

= IT 系

< A.C.G.H は国際特許分類記号

コメント；

全体傾向は；

出願数は、2001 年までは増加したが、その後出願数適正化要請もあってか減少に転じたが、2004 年には再び上昇したかと思うと、2006 年には反転減少し 408 千件となり、40 万から 43 万の間で変動している。プロパテントでの顕著な増加はない。

*因みに世界(05年)；米 39 万(+9.6%)、中国 17 万(+33%)、韓国 16 万、EPO13 万、独 6 万件

登録件数は、1999 年の 15 万件がピークでその後 12 万件台を推移したが 2004 年に 14 万 1 千件となっている。

なお特許査定率は出願年・査定年が個々区々なので正確な把握は難しいので、単純にその年の登録件数を出願数で割ったもので代用してみると、上の登録件数の動きも反映してか、1999 年までは 30 数%、40%弱であったが、2000 年後は 30%をやや切る程度となっているが、2006 年に登録件数増加から再度 34%に回復している。

(補；2002IIP 調査によると；なお数字の出し方は上とは異なる。

80 年代と 90 年代の比較で

出願数の伸び 89~93 0.16% → 94~98 2.81%

登録件数の伸び 89~93 19.79% → 94~98 20.02% で

90~98 の特許登録率は 27.99%でこれは 71~90 の 20.5%を大きく上回る、とある。)

分野別として；特許が比較的重要な医薬品等を抜粋してみた。

医薬品やバイオは、出願は順調に増加している。ただ登録数はあまり増えず、結果、単純査定割合は低下している。これは旺盛な出願意欲の反面、特許となるような成果が出ていないこと、新たな発明が難しくなっていることであろうか。

IT 系では、記憶装置は出願数が落ち着きやや低下傾向がみられるが、半導体や通信技術はかなりの増加傾向が見られる。しかし登録数は半導体ではむしろ減少傾向で、単純査

定割合はいずれも低下しており、この分野でも発明が難しくなっているように思える。

1. パラダイムの更なる変遷

80年代の米プロパテント政策、それを受けてのガット UR での TRIPs 協定成立を経て知的財産権(知財権)は世界的にその重要性を増してきた。そしてわが国においても90年代後半から、当時の日米協定対応もあり、知的財産権強化の方向に舵が切られ始めた。そして2002年には知財立国が宣言され、知的財産戦略本部・知的財産基本計画策定等々プロパテント化政策が大々的に展開され、幾つかの法改正や制度改正がなされた。

しかるにその後技術進歩はますます急に、また複雑化・高度化し、いわゆる「オープンイノベーション」が提唱されるようになった。またインターネットの急速な進展もあり、所謂ネットワーク経済が発展し、またコンテンツ(著作物)においてもネットでの利用や Web2.0 時代とも言われユーザー発信型コンテンツ(UGC)も増大するようになっている。

グローバル化も急速に進展し、新興国の台頭が急である(その反面、取り残された途上国の問題もある)。

更に地球規模での温暖化等の環境問題、資源枯渇の問題が言われている。

このような状況変化もあってか、まずプロパテント先進国の米国で、特許の藪やトロール問題から特許法の見直しが進むほか、かつて特許権強化のために設立された CAFC や米最高裁で特許権制限的な判決が出されたり、あるいは70年代のアンチパテントから80年代以降やや後退気味であった米競争当局の知財権制限の動きも、再び活性化しているように思われる。また欧州においては、欧州はそもそも米ほどプロパテント的でなく慎重であったが、昨年春に欧州特許庁 EPO が「未来へのシナリオ」として2025年に向けての4つのシナリオを発出している³⁾。本シナリオは政策提言ではなくディスカッションのためのペーパーであるが、その中で上記のような時代の変遷から、知財権の保護の緩和、差止権を行使しない"ソフトパテント"、更には特許庁を廃止しての"知識庁"(むしろ普及を主目的とする)の創設、までが視野に入ってきている。

また、グローバル化・知財権保護強化から国際的に出願数が急増しており、所謂「滞貨」の問題が世界的に生じている。そのために特許審査迅速化が要請され、日米欧での審査強化や特許ハイウェイ構想などが出される。ただそれが上手く動く前提として、またそもそもグローバル市場で効率的に特許権を取得行使するためには、国際的な制度調和が必要で、日米欧を中心に制度調和が議論されている(ただ合意するに時間はかかりそうである)。

また中国等新興国の台頭から、所謂「水平分業・工程間分業」が進む一方で、これら諸国を初めとして世界的に模倣品・海賊品問題が大きな問題となっており、これらを含め途上国での保護の強化が言われている。他方で、特に医薬品問題について先のドーハラウンドでその保護例外の拡大がなされたように、途上国から TRIPs に対する見直しの機運もある。また途上国からの対抗と言えるかも知れないが、先の TRIPs で取り上げられなかった遺伝的資源や伝統的知識に対する途上国からの逆攻勢もある。

わが国に目を転じると、たしかに90年代始めのバブル崩壊に伴う不況からの「失われ

*3"SCENARIOS FOR THE FUTURE"EPO。Apri2007 ; なおこの概要(及び若干のコメント)については拙著「EPOの「未来へのシナリオ」(07.11.27.)RIETI ホームページ

た10年」は2000年代後半になってようやく脱しつつあったが、それはもっぱら大企業、地域的には「中央」中心であり、中小企業や地方はまだ厳しさが残っていた。そこに昨年秋のサブプライムローン問題からの金融不安、さらに原油を始めとする資源価格の高騰といった外的要因に加え、内的要因としての少子高齢化の更なる進展、莫大な財政赤字や年金問題等を背景にしての消費の低迷、といった問題がある。よってわが国がこれからも発展するには、追い上げる新興諸国に負けないようにイノベーションを続ける一方で、限られた内国市場ではなく欧米や新興国をも視野に入れたグローバル市場を見る必要がある。そしてその際のキーワードは「オープンイノベーション」であると思われる*4。

注；オープンイノベーションとは、Henry Chesbrough が提唱し始めた概念で、「企業が自社のアイデアやテクノロジーを有効活用する一方で、それを他社にも活用してもらいイノベーションの価値を高めること」をいう。即ち、内部的なイノベーションを引き起こすと共に、それを外部活用する。したがってイノベーションの取引の自由市場が重要。その前提としてイノベーションの適切な保護、即ち知財保護も重要となる。

また環境問題等への配慮も忘れてはならないが、その場合、環境保全技術等の「普及」が求められ、それにあわせての知財の取り扱いが必要となる*5。

以上のようにわが国を巡るパラダイムは再び大きく転換している。即ち90年代後半から現在にかけていわゆるプロパテント化、保護強化一辺倒で進んできたが、果たしてこのままで良いのであろうか？ 換言すればオープンイノベーションとかインターネット*6 とかの時代にいつまでもプロパテント(保護強化)でよいのだろうか？

補；なお保護一辺倒と申し上げたが、筆者には、近時の対応の多くは、一見保護強化的なものを片っ端から対応しているのであって、全体整合性やそもそもその本来目的一筆者はそれをイノベーションの促進と考える一に沿っているか疑問なものもある。たとえば特許法35条の職務発明の強化や、後述するが104条の3(訴訟の迅速化には寄与)創設である(そのほかにも地域団体商標や信託法改正など、制度は作ったがそれが現実の信用蓄積やイノベーションへの成果自体曖昧なものもあるように感じられる)。即ち、一体何のための対策か、その視点がはっきり定まっていないのではないかと感じられる。

*4 2008.2.5.知財戦略本部/知的財産による競争力強化専門委員会「オープンイノベーションと知的財産を巡る現状等について」参照。また2008.5.30.特許庁の「イノベーションと知財政策に関する研究会」政策提言/報告書(原案)でも「オープンイノベーションに適応したインフラ整備」などを上げている。

*5 環境技術については08.1.15.IBMが環境技術をエコパテントコモンズとして開放すると発表。このコモンズにはノキア、ソニーらが参加(IBMが保有特許を開放するパテントコモンズは昨年のIT特許数百件に次いでのもの)。またこれにならい5.25経済省も「エコパテントコモンズ」を来年4月に立ち上げ環境特許で未実用化技術を無償で参加企業に相互開放する方針を発表している。

*6 余談だが、最近インターネットを使つての、ある課題への解決案公募(InnoCentive社)や、だれかがアイデアを出しそれに誰かが改選案を出す(MATLAB Central社)ようなネット型オープンイノベーションの動きもある。(後者はオープンソース・ソフトウェアと同様の動きである。)

2. 知的財産権制度再論

1) 再論に当たっての姿勢

この知的財産権制度のあるべき姿を議論するには、やはり知的財産権が何たる目的・制度なのかについて再確認しておく必要があるだろう。

なお本稿の目的はオープンイノベーション等の時代に相応しい知的財産権制度のあり方を探るところ、それには個々の知的財産法の個々の法条を「プラグマティックな観点」から適宜その部分に関し修正・解釈変更するなりすれば良いとの考えもあるだろう。しかし法律学の役割は、単にその規律対象とする社会事象を扱う法条・規定の制定・解釈だけでなく、関連法制が存在するなら、それらを併せての背後にある共通の原理なり理念なりの認識も必要であろう。更に加えて法律制度である以上は、憲法はじめ民法・民訴法、独禁法等の一般法との整合性にも配慮すべきと思う。即ち「法体系的なアプローチ」が必要であろう。

また社会事象である以上、それらはやはり時代や社会情勢によって変わり得るもので、そのことも十分留意すべきであろう。

2) 知的財産権法の共通原理

a. 共通のレーベル

知的財産権制度であるが、これが一群の法制度として扱われだしたのは結構最近のことで、制度全体にかかる精緻な議論はあまり為されてこなかったように思う(勿論個々の法律・法条については十分な法的議論が行われ、また関連する他の知財法との比較議論も結構行われてきてはいる)。

この全体議論としては、例えば「創作法」と「標識法」に分けるとか、具体的な「○○権」としての「権利付与法」と単に禁止行為を定める「行為規範法」などがあつたが、やや皮相的な分類に過ぎないように思う^{*7}。

そもそも知的財産法というが、その範囲も論者によってまた国によっても違う。因みに TRIPs が扱う知的財産は、著作権、商標権、地理的表示、意匠権、特許権、集積回路配置、非開示情報である。我が国では概ね同じだが、加えて実用新案権・種苗権(これらは特許権の一部と言えないこともない)、非開示情報以外も保護対象に含む不正競争防止法がある。(商法の商号を標識法に加える場合もある。なお地理的表示は商標法の一部)。なお EU はデータベース^{*8}を保護する。コンピュータプログラムは TRIPs では(日本も)著作権に入れるが独自法を持つ国もある(韓国)。更にこの TRIPs では取り上げられなかったが近時途上国サイドが主張する権利として、遺伝子資源—もつとも生物多様性条約での保護とい

*7 この従来の分類他これから論じる知的財産権の位置づけ等については、拙著「プロパテントと競争政策」(1999年; 信山社)の序章を参照。

*8 選択配列に創作性あるものは著作物(TRIPs 上も)。ここで EU のは単なるデータ収集のように創作性の無いものの保護(EU 指令による)

う国際的な保護・規制はある、及び伝統的知識、例えばフォークロア^{*9}とかもある。

このようにそもそもその範囲自体不明確なところがあり^{*10}、共通の「レーベル」が貼れるのかという問題もある(逆に共通レーベルなどはないということもあり得る)。なおこのレーベルは非常に重要で、この「レーベル」のイメージが一人歩きする危険性がある。そして本来は法的保護までは必要でないようなもの、知的財産たり得ないもの、がこのレーベルのイメージから保護対象化される危険性があることに留意する必要がある。

この共通のレーベルについて、ゴードン^{*11}が分析をしている。なお彼はその分析に先だって、知的財産法理の5つのキーを指摘する；

- 1) 保護対象の明確化、2) 保護対象に付着する自然権の定義づけ及び救済方法の明確化、
- 3) 権利保有・権利主張の根拠となる機能を生じさせる基準の明確化、4) 特権・制限・抗弁の明確化、5) 権利・特権の譲渡可能性及びその態様の明確化^{*12}。

そして共通レーベルについては；「無体物」のレーベルは、これによらなくても概念構築できる(例えば商標権はむしろ詐術への対抗とする)とし、また概念が広すぎあらゆるものが知財化する危険性ありとする。ついで「知的」については、そうでないものとしてEUのデータベースやパブリシティ権^{*13}があるとし、これも概念的に広すぎるという懸念^{*14}もあるとする。そして統一概念として「財産権」を挙げる。なおこう結論づけるに先立って、知的財産制度の特有の性格として、それは「人と物の関係」ではなく、「人と人の関係」とする^{*15}。この意味において「不正競争防止」のレーベルに言及するところ、これはパッシングオフ(贗ラベル)やミスアプロプリエーション(濫用)とかに限定的に解釈されるおそれがある、としてこのレーベルの採用には消極的である。「財産権」レーベルに戻って、このレーベルにするとして、これは知財権概念を「所有権的な絶対権化」させる危険性を指摘する。付言するに米競争法ガイドライン(1995)は特許権を他の財産権(property = 所有権)と変わらないとし、区別をしていない。またその名称が与える"良い"イメージ(本来

*9 例として；楽曲「コンドルは飛んでいく」はペルー民謡＝伝統的知識、また遺伝子資源とも関係するが、現地の野生の動植物を生薬として使う知識とか(それを先進国製薬企業が特許出願する問題が生じている；例、ターメリック(ウコン)の米特許問題)。

*10 は「知的財産基本法(平成14年)」を定めるが同法2条に定義があるが、ほぼ既存法の羅列となっている。

*11 Wendy.J.Gordon：「INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS」(知的財産法政策学研究：北大21世紀COEプログラム第11号(April.2006))参照

*12 私見としてはこの順番・言回しに若干意見がないでもないが、要素は尽くされていると思う、ただ保護対象に「付着する自然権の定義づけ」の「自然権」は不要と思う(正当化議論については後述)。

*13 いわゆる法律上の権利ではないが判例等で広く認められている。

*14 知的活動＝脳が関与、と広く解せば、EUのデータベース保護は勿論、人のあらゆる行為の産物が知的財産になってしまう。

*15 この意味は、有体物は物理的専有が可能なのでその「物」を手中にすれば他者を排除できるが、無体物は物理的専有が不可能なので他者利用等排除にはその「人」の利用等行為を禁止する必要がある、これを指して「人(権利者)と人(他者)の関係」という。

的なあるいは自然権的なイメージ)から「拡大の傾向」を指摘する。そしてこれに対抗・制限するための法理としての「フェアユース抗弁」等を挙げる。なおこの「財産権」とすることの根拠の説明に、彼は自然権的発想と功利主義的発想があるとし、実際(の法制で)は各国で双方の示唆が見られる、とすることでそれ以上の説明はしていない。^{*16}

以上ゴードンは財産権とのレーベルを貼るが、結局、そのレーベルからは現行の知的財産法を所与のものとしての制度説明は出来そうであるが、人との関係、即ちなぜ他人の行為を禁止するのか(排他権付与)の根拠や、将来に向けて一体何処までが知的財産なのか、更に(彼も拡大傾向にあるとしたが)現行制度の中に余計なものはないか(これには客体論のみならずその実施面を含む)といった問^{*17}に十分に答えるものではないように思われる。

注；筆者として、財産権とすることに真っ向から反対するものではない。即ち何らかの保護の必要は認め、それは換言すれば「財産的」となる。ただしその絶対権視は反対する。

b.正当化根拠

そこでとりあえずは財産権レーベルを手掛かりに、その正当化根拠を今一度探ってみよう^{*18}。繰り返しになるが、知財権保護の特色として「他者行為の禁止」があるが、これは個人の自由を最大限尊重する近代経済社会への重大な挑戦であって、それなりの正当化根拠は不可欠である(この意味から知財権むしろ"特権"と呼ぶこともある)。

まず財産権としての正当化根拠には自然権論がある。この中で、ロックは「労働所有論」をもってその根拠とする。即ちロックは「人が労働して自然から最初に得たものはその人の所有に属する」、それが「神の掟」とする。当初ロックはこれを有体物の所有権について言ったが、それが17世紀に英国で著作権の事案で拡張され、知的財産全般の根拠としてその正当化に使われるようになった。ただロックが言うように、この所有権を正当化するのは労働以外にも"他人の承認"ともあり、唯一のものとしていない。また「神の掟」とするだけで、何故社会がそれを求めるか等を十分説明していないように思われる。またロックは他方で「但書」として「所有しても他者利用に十分残す」べきとするが、むしろこの「但書」の意味を十分尽くすべきとの議論もある(後出するドラホスなど)。

またヘーゲルの「人格所有権説」のように、「人の精神的産物」故にその所有権を主張する場合もある。これは人格的権利を基礎とするものであろう。ただ人格というか人の意思は精神世界では貫徹できても、物質世界ではできない場合もある。即ち他者の財産権の存在から、自分の好き勝手・思い通りにはできない。よってヘーゲルも、この他人の財産

*16 ゴードンは、上記以外にも、知財法の実体として個別法理の概観、主要な経済学上の議論(独占分析等)を行った上で、将来に向けたアジェンダとして「ギフトと相存依存」の提言、むしろ筆者の理解では公共財的側面の強調、を行っている。

*17 例えば我が国でもフォントなどを知財権化すべきとか、あるいは医療方法のように、特許客体化すべきかといった議論が現実にある。また国際的に見て、日本で保護するも外国で保護しないものは余計な保護ではないかという可能性もあるだろう(逆も然り。もっともそれは当該外国の問題)。

*18 知的財産権の正当化根拠として自然権論・インセンティブ論については、田村善之「知的財産政策学の試み」(「知的財産法政策学研究；北大21世紀COEプログラム」第20号(March2008))に詳しい。

権との調整が必要で、それが社会政策の任務とする。即ちここでも絶対的な権利とはしていない。

結局この自然権論からの説明は、十分説得的ではなく、また上の提示したような知的財産権の範囲といった間に十分に応えるものではないように思われる。

もっともこの論の背景には「神」とか「精神」からのロマン主義的な見方があるところ、筆者としてそれを全く排除するものではない(そう考える自由はある)。因みに TRIPs はその前文で知的財産権を「私権に属する」とし、また加盟国におけるミニマム水準の保護を要請するが、この背景には自然権的発想があるのではと言われる。なぜならば知財権は、実際はその成否は属地主義的であり保護水準も各国まちまちであったところ、それをミニマムとはいえ世界各国一律の保護基準を採用するということは、知財権は万国普遍との前提があるはずで、それは自然権だからということになるのではなかろうか。

ただこの立場を取るとしても留意すべきは、いみじくもロック(その但書)やヘーゲル自身も認めるように、それは絶対的な権利ではなく、制限付きということである。ここでゴードンが知的財産権を所有権的絶対権とすることへの懸念を表明していたが、まさにそのとおりである。

補；ところで、我が国では現在では「知的財産権」が一般的な呼称となっているが、かつては特許法等を工業所有権として「所有権」の当てていることから「知的所有権」と言うこともあった(今も使う者もいる)。ただ TRIPs の協議・受諾の際に、「知的財産権」と「財産権」を当てることになったが、その理由には TRIPs 等での Intellectual Property の訳が「知的所有」ではおかしいこともあるが、やはり所有権とは差異があるという認識によるものと考えられる。(なお本稿では、「財産権」は所有権とは違う何らかの制限付きのものとして用いる。)

またこのように社会的調整を行うに、自然権はあまりにも漠然とした概念で、例えば「特許クレームの解釈の広狭いずれが良しや」というような細かい分析・判断には馴染まないであろう(自然権はむしろ憲法とか、あるいは法でも前文や冒頭の目的規定に馴染むだろう)。そしてむしろこのような細かい作業には、功利主義的な規範が馴染むであろう。

功利主義的制度であるとして、この知的財産制度において何がその求める結果(帰結)とすべきであろうか。この点について個々の知的財産法制を眺めるに；特許は直接的には発明奨励(促進)だし、意匠は意匠創作奨励だし、商標は業務上の信用という具合であって、その直接目的のレベルでは相違が見られる。ただこれらの目的を通じて成し遂げようとするのは、「産業の発展」であって「それに寄与する」というところで共通する。不正競争防止法も「国民経済の健全な発展」でほぼ同じである。なお著作権は「文化の発展」と若干趣を異にするが、「経済社会の発展」を広く捉えれば、それも同じ方向性を持つと言えよう。

以上を換言するに、知的財産制度は、広くは経済社会の発展を、より具体的(狭く)は、個々の知的財産法が掲げる直接的な目的(特許ならば発明奨励、商標ならば業務上の信用の維持、等々)を達成するための「功利主義的的制度」であると言えよう。

またこの制度は、この個々の直接的な目的の達成・促進を強調して、それを推進するた

めの「インセンティブ(付与)制度」と言うこともできる(例えば、特許を発明インセンティブ付与制度とするが如し)。あるいは、これら個々の目的遂行は政府によって(産業)政策的に行われる。この意味から「(産業)政策的制度」^{*19}と言うことも出来よう。

なおこのような目的を政策的に実現する制度を設けることは、極めて普通のことであり、それは正当な活動(行為)である。

よって知的財産制度の正当化は、その制度自体というより、その目的遂行のために採る手段(規範)の正当性の問題になる。ところで知的財産制度は、その目的達成のため、規範としてその多くは「排他権」として「人との関係である特定の行為を禁止」する。具体的には、その無断使用や無断複製等であって、広い意味での「模倣」と言え、それらを換言すれば「不正競争行為」であるとも言えよう。

ところでゴードンは、不正競争のレーベルは、パッシングオフ等に限定誤解されるとするとして共通レーベルとしての採用に消極的であったが、なにもそのように限定解釈する必要はなく、また解釈(誤解)される可能性も低いと思われる。

そもそも「不正競争」概念は、「工業所有権の保護に関するパリ条約(以下単に「パリ条約」という)」にも出てくる歴史的にも長く認められてきた概念であり、その内容もその10条の2②で定義され、「工業上又は商業上の公正な慣習に反するすべての競争行為は不正競争行為を構成する」とある。即ち、限定などなく極めて広い概念である^{*20}。

ところで特許等の工業所有権の保護の根底に「不正競争概念」があるのはこのパリ条約の例で十分であろうが、敢えて敷衍するに；わが国特許法の目的には発明奨励があるが、そのためには排他権付与により費用回収手段と併せて模倣を防止する必要があるところ、この模倣(侵害となるような)はまさに不正競争行為と言える。この理は実用新案権、意匠権、これらの類似分野法とも言える種苗法や半導体回路保護法でも同様。商標法(これも工業所有権の一つ)は商標に化体した信用を保護するもので、その侵害行為はこの信用へのただ乗りや誤認混同でありまさに不正競争行為である。なお著作権については若干議論はあるかもしれないが、その中核たる複製権は、著作者の利益回収手段たる出版等を無断の複製行為から保護するところ、該複製行為の防止は不正競争防止的である。

このように知的財産法の根底には不正競争への防止があり、また排他権はこの不正競争を禁止するものと言い換えることが出来よう。これを逆に言えば、「不正競争行為」を禁止するという排他権は一般的に正当化できる、と言える。

ところで、このように知的財産権の保護の根底に不正競争、即ち「広い意味の模倣」があるとしても、何があるいほどこから不正競争かは議論があろう。この「模倣」については、全くの隷属的模倣ないし型抜きしてのデッドコピーから、それに依拠し改造・改良したものもある。またその模倣に至った主観的側面として、意図的なもの、過失(気付くべ

*19 なお著作権は「文化」であるが、出版や放送業等を考えれば、「産業」と言えなくはないであろう。

*20 なお我が国不正競争防止法は不正競争は限定列举されているが、独など不正競争防止法にいわゆる一般条項を持つ国は結構ある。

きなのに気付かなかったとか)によるもの、無過失(気付かなかった、その可能性もなかった)あるいは「全くの偶然」(知らずにしたのにまさか同じ物になった)というものもある。他方で「模倣」自体は、知識を伝え発展させる上で不可欠で、むしろ人類の発展の上にも不可欠のもといえる。即ち「模倣の自由」の観念である。

結局、何が禁止される「模倣」(＝不正競争行為)かは、この「模倣の自由」との緊張関係から決まってくる。それを敢えて定義するならばまさにパリ条約がいうように「工業又は商業上の公正な慣習に反する」ものと言うしか無いが、その内容は、それはその保護の対象とする「利益」(無体物)とも関係して、その経済社会状況から違って来ようし、また場所・時代においても変わって来る。

これ敷衍するに、その時代・場所における経済社会的状況において、何らかの不正競争から守るべき何らかの「利益」(保護利益＝財産的利益)があり、それを経済社会が「守る」と意志する(保護意志)があれば、それは「知的財産」足り得、その際同時にその保護として制限される「不正競争行為」(＝他者の禁止行為)が決まってくる。そしてこの保護客体を「〇〇権」として構成すれば、それは「知的財産権」となり、この場合、当該「権」としての体系を定めるべく個別法＝個々の知的財産権法が通常必要となる。この「権」構成せずに規制対象行為のみを定めたのがいわゆる不正競争防止法である^{*21}。

注；なおこのような法制をとらずに民法の一般則での保護も可能である：例えば木目板紙事件(東京高判 H3.12.17：なお同事件を契機に平成 5 年不正競争防止法改正でデッドコピーが不正競争行為に追加された。)

なお知的財産とするには「保護意志」が必要としたが、この保護意志は換言すれば社会構成員・国民の意思であるところ、そこにはいろいろな価値判断・基準があり、よって当該知的財産の保護が必要としても、別の考慮・価値判断から、それが否定されたり当初の思惑から変更されることもあり得る(勿論その逆、つまり市場の自立性に任せれば十分なのに敢えて保護措置を採ること、もあり得る。)

c.保護の態様－保護の付与、特に排他権－

知的財産制度は、不正競争から保護する制度として、その保護手段としては排他権＝他人の行為の禁止をとる。しかるに近代の自由経済市場は個人の自由な活動の上に成り立つもので、個人の自由の最大限の尊重を要求する。よってたとえ「不正競争」であっても無闇に他人の自由を制限することは妥当ではなく、むしろ、市場の自律的機能にまずは任せるべきであって、それでも上手くいかない場合に、初めて法令で制限すべきであろう。例えば；市場に先行して出ること得られる"先行者利益"でもって、市場に出すための当初費用(開発費用を含む)が十分に回収できるなら、敢えて他者利用行為の制限＝保護をする必要はない。

*21 このような法制を定めるに当たっては先に挙げたゴードンの 5 つのキーを満足する必要がある、現にそうになっている。

換言するに、苟も「他者行為を制限」する以上、敢えてそれを行うにそれ相当の正当理由が必要で、また敢えて行うとしても市場影響がより少なくなるよう、必要最低限の手段とすべきであろう。なぜならば、繰り返しになるが、個々人の自由な活動こそが近市場経済の前提であるからである。(なお同様の要請は、公共の倫理の立場からもくる。後述。)

ところで知的財産とするには「保護意志」が必要としたが、この保護意志が敢えて「保護(=他者行為規制)」を選択する場合がある。それは、市場の自律性等を犠牲にしても何らかの政策的目的を優先するという判断があった場合であろう。例えば、ある発明をより促進すべく、実態では先行者利益で十分なのに敢えて特許付与するとか、が考えられる。このようにしても、知的財産制度は当該法の目的達成の功利主義的制度であり、発明奨励は特許法の目的であるから特段おかしいことではない。ただその場合も、市場主義を尊重するならば、このような例外はあくまで例外とすべきで、それを行った結果としての市場影響も出来るだけ少なくなるようにすべきであろう。

さて上記の観点を経て「保護すべき」としたところ、現行知的財産法はその保護手法として「排他権」を付与するのは前述のとおり。しかるにこの「排他権」は、前述のように他者の行為を制限することから、また市場的観点からは独占をもたらす市場を歪めることから、その正当化は従前から、法学のみならず経済学も含めて、知的財産制度を巡る大きな論点の一つであった。以下それを概観する。

まず法学からは、過去の経緯^{*22}や、既に大昔から存在する有体物の「所有権」類似性から、それを「擬制」してのいわゆる物権類似的権利として承認するところが多いように思われる。そしてそのこと自体、反対する説は少ないように思われる。ただ所有権のような絶対権的性格は制限すべきとする論、即ちその行使において調整する必要があるのではという論があるのは、前述のとおり。

むしろその性格を巡っては、「排他権」か「専有権」かの議論がある；両者の相違は、後者の場合、仮に他者特許侵害となっても自分も特許権を持っていれば自分も実施可能となる。前者の場合は、排他権＝自分以外にはさせない権利、だからたとえ特許権を持っても他者の特許権に抵触すれば、実施はできない(この場合、当該他者も「自分」の特許権から実施できない)。因みに我が国特許法 68 条は「実施する権利を専有する」と専有権的書き方になっているが、実務・多数説は排他権である(因みに米国も、また TRIPs 協定も排他権構成である。)

もう一つ法学からの議論を紹介すると；特許等を初めとして知的財産権制度の目的として、またその正当化根拠として、「創作インセンティブ」とすることがあるが、果たしてこの創作インセンティブは、「創作実現」としてのものかという議論、即ちインセンティブとして排他権を付与するが、このインセンティブ＝排他権なくして「創作は起こりえな

*22 特許権は国王からの「特許状」でその事業特権付与された(専用権的)だが、著作権は出版社の複製者からの保護(アン条例、他者行為禁止＝排他権的)で、歴史的に違いがある。

いのか」、それとも「単に時期を早めるものだけか」という議論である。この点、発明においては、その対象は自然科学の分野であって、大概のものはいずれ何時かの時点で誰かがなし得たのではなかろうか^{*23}、となると、結局この排他権は、その発明自体を「初めて実現する」ためのものではなく、単にその時期を「早めるため」のものとなる。とするならば、なぜ「排他権」という強い権利まで与えるのかという疑問は残る。

補；なおこの点著作権については、その人がいなければその作品はなかった、例えば「ピカソなくしてゲルニカはあったか」ということはあり、創作「実現的」と言えるかも知れない。ただこの場合でも「著作権があるから創作した」と言えるかは疑問である。また著作権の分野においてもその多くはやはり先人のアイデアや表現手法におおっているとされる^{*24}。なお著作権の排他権の対象は「その表現(そのもの)」であって「アイデア」ではない(他方特許は「技術的思想」であってアイデアで、この点において、両者には決定的な差がある。)

補；また商標権については、そもそも「創作」かという議論もあろう(かつての分類では「標識法」とされていた。)。商標の意義は、それに対する消費者の認識、信用であって、商標そのものの創出(やオリジナリティ)はあまり重要ではない(むしろ商標侵害は消費者誤認等その認識毀損をその要件とする)。もっともその商標の下に「信用」を蓄積することは創造的と言えるかも知れない。ただそうとしても商売を継続すれば自ずと為されるものであって、敢えて創造実現や促進の必要はない。なお「信用」そのものの保護は、不正競争防止として極めて意義あることは言うまでもない。(商標の場合も、その無許諾使用は特許同様禁止されるが、権利行使には「消費者の混同」が原則必要となる(ここが特許権と違う。))

次に経済学からの議論であるが、まず挙げられるのが「コモンズの悲劇」であろう^{*25}。しかし現実には、特段特許を取らない研究開発は行われているし、この理論は資源配分効率性議論であるところ、むしろ多数の特許権が錯綜する「アンチコモンズの悲劇」が懸念されているような状況である。

補；知財権の「独占」を最も端的に問題視するのが、「独占価格の理論」であろう。即ち、独占によって市場の需給からの均衡価格より高い価格となり、死重損失(Dead Weight Loss)が発生するというもの。なお Leibowitz(1986)は、その権利無かりせば存在し得ないようなものには死重損失はないといった。著作権(著作物)がそれにあたるとする(上のピカソの例)。言われればたしかにそういう面はあるかも知れないが、

*23 たしかに数学の分野では何十年も解けない命題があるようだが(数学自体は特許対象ではない)、物理学等では、例えばあのアインシュタインの相対性原理ですら、いずれ誰かが発見したのではとされている。いずれにせよ「その人がいて初めて」というのは極々稀であろう(また特許権の殆どは改良)。

*24 Hyde はその著作"Gift" (1979)の中で、「芸術の分野も(創作に)先人の作品を受け取っており、それをギフト」と呼ぶ、そしてそれへの「感謝の念」が重要なところ、それを妨げるものとして「金銭支払」と「計算」の念を挙げる。(即ち、所有権(財産権)主義的発想を批判している；筆者注)

*25 コモンズの悲劇は、再生可能な資源には適用されないとする向きもある。Lemley(2004)

少なくとも特許権は、その権利が無ければ生まれなかったものではないだろう。なおこの独占分析はいわゆる静的分析で動的要素を考慮していない。

またゲームの理論「囚人のジレンマ」からの説明もある。先のゴードンから引用すると；二人がいて、著作者になるかその複製者になるかで両者が合理的選択をすると、共に複製者になって著作者はいなくなる、よって著作を行わしめるには、著作権に複製禁止の排他権が必要とする。ただこれが成立するには；1) 著作に相当コストがかかる、2) 複製は極めて安価、3) 複製品は原本と同じ・完全代替(=消費者も受け入れる)、4) 著作コストの回収は複製しかない(=それ以外の手段をもたない)、5) 費用回収不能なら著作しない、という条件が必要となる。現実には全ての条件を満たすことはほぼあり得ないとする。例えば、著作コストがそれ程でもなければ先行者利益やロコミ利益は十分投資インセンティブになるとか、通常複製品は粗悪品だったり海賊品として評判が悪いとか(更にそうなるよう原本に真正マークや別途サービス；限定の"おまけ"とか、を付けることもある)、そもそも著作者としての自己満足で十分な場合もあるとする。しかるに排他権こそが唯一のインセンティブの如く言われると批判する。このように囚人のジレンマも排他権付与に説得的ではない。

補；社会システムの観点から「パレート最適」の概念を持ち出す者もいる。ただ知的財産の場合、通常その排他権を行使される側は損をするので「カルドア・ヒックス型」、即ち社会全体では改善する、となろうか。ただ Child は、「知的財産の生産と蓄積の過程はパレート改善の過程であり、それは誰の暮らしも良くするが故に"価値生産(Value creating)"である」とする。

上で紹介した以外にも、モデルや実証の分野含め、経済学からはいろいろな試みがなされているようである。この排他権正当化については、特許について4. で改めて述べる。

d. 保護のシステム(手続き・制度)

知的財産法制度は、先に挙げたゴードンの5つのキーを満足すると申し上げたが、それらへの対応の仕方は、知的財産によって異なっている。

例えば保護対象明確化・基準の明確化についても、まず「〇〇権」と権利構成するものとししないもの(不正競争防止法=もっとも不正競争自体の定義規定は存在する)がある。また権利構成するものの中でも、「登録」を成立要件とするもの、しないもの、更にこの登録に「審査」が必要なもの、不要なものとのバリエーションがある。

具体的には；特許権等の工業所有権や半導体回路は登録を必要とするが、著作権は不要である(ベルヌ条約から；なお我が国著作権法には第三者対抗等のための登録制度(任意)はある。またかつて米国は国会図書館寄託が必要だった。しかし現在は同条約に加盟し、不要としている)。審査についても、多くの登録する権利は審査を要するが、我が国の実用新案権は、かつては審査主義であったが平成5年改正で無審査(もっとも権利行使には評価書が必要；実29条の2)になっている。商標権も我が国は審査主義を採るが、世界の中には使用主義で無審査のところもある。意匠権についても我が国は審査主義だが、多くの国は無審査である(EUのように分けて併用するところもある)。

次に救済方法として、「排他権」が知的財産権法の特徴と申し上げたが、実はこの排他権の性格にも差異がある；即ち「絶対的」と「相対的」である。両者の違いは、相対の場合、後の者が独自に創作した場合はそれが同一対象であってもその権利を認めるのに対し、絶対の場合それを認めない（「独自創作排除効」という；これに対し前者を「模倣排除効」という。）。通常世界的に、特許権は絶対的排他権構成に対し、著作権は相対的排他権である。なお半導体回路法も相対的排除としている。その理由として、開発が激しい分野であるところ、複数企業がたまさか同時に行うことがあるので、独自ならばそれぞれ保護するとしたものである（それまでの投資を無駄にしない配慮もある）。

またこの排他権の実際の行使の場面として、侵害への「差止権」があるが（勿論損害賠償請求権もある）、中には差止は認めずに「求償権」としているものもある。例えば著作権中著作隣接権者のレコードの二次使用等である。また教科書用使用の補償金や試験問題の使用相当額の支払いが必要^{*26} というものもある。

このように知的財産権は、法によってシステムが異なっている。そしてその相違はその保護の対象とする知的財産権の内容やその保護目的等々によるものと思われる。

<小括>

以上知的財産権の共通原理およびその正当化根拠等を眺めてきたが；

知的財産制度は自然法的な権利の体系ではなく、広くは経済社会発展、狭くは個々の知財法の定める法目的（特許なら発明奨励等）を達成する功利主義的制度であって、このような社会全体の利益のための功利主義的制度を創設することは何らおかしいことではない。

この法目的実現のための規範として知的財産制度は、その特徴として排他権＝他者行為の禁止を定めるが、その禁止対象はいわゆる「不正競争」である。この意味から知的財産制度の共通の原理として不正競争防止性が上げられる。

そして不正競争防止のため、排他権は、他者が行う不正競争行為を禁止するのであって、これも何ら不当なことではない（一般的には正当である）。

なおこれを逆から見れば、知的財産とは、「不正競争から防止すべき無体物」といえよう。なお保護するということは、そこに財物性権利性があり（≒財産権）、また保護するという社会の「保護意志」がある。

なお排他権は不正競争禁止から一般的に正当化されるが、他方で「模倣の自由」の原則との緊張関係から真に必要なものに限られるべきである。また個人の自由を前提とする近代市場からも（他者自由の制限は）例外的であるべきである。

ところで知的財産の保護には「保護意志」も関係するが、その保護意志が、その知的財産を市場に任せず敢えて保護するとする場合もある。こうなっても保護意志＝国民意志の決定である以上、社会システムとしては正当である。ただ上述から、その場合も規制は必要最小限にすべきであろう。

排他権は従来からその正当化が知的財産権を巡る一つの大きな論点であった。しかし発明奨励そのための費用回収等からの正当化は、未だ十分にはできていないように思われる。

*26 著 36 条。最も最近では著作者が許諾しない（同一性保持権）ので差し控える動きが広がっているとの由。

(即ち、上記のように一般的に正当化はできよう。ただそれが不可欠かということには十分に答えていないように思われる。)

ところで実際の知的財産法の体系(その手続き)等は個々で異なる、また排他権の内容にも個々の法で差異がある。そもそも排他権も所有権を擬製したものである。このように知的財産制度は極めて法技術的である。

3) 市場との関係

かつて筆者は、無体物が近代市場経済の取引対象となるための何らかのルールとしての知的財産権制度を考察したことがある^{*27}。即ち、「近代市場経済では有体物のみならず無体物、情報等もその取引の対象とし、逆にそれが十分に機能するためには無体物についてもその権利帰属・秩序等について何らかのルールが必要である」とした。続けて「しかるに有体物と違い無体物は物理的把握が困難で、占有も不可能から侵害に対し無防備である。他方で情報としての公共財的性格もある・・・」としている。結論的には、前述のように不正競争防止を念頭に出来たのが知的財産制度であるとした。

ところで、その当時からも「知的財産権の活用」の活性化は求められていたが^{*28}、特に近時に至っては「オープンイノベーション」の促進が盛んに言われている。これは「1. パラダイムの更なる変遷」のところでも述べたように、技術の高度化・複雑化等から必然の流れともいえるが、このオープンイノベーションはまさに連携＝相互の知的財産「取引」に依存するもので、この「取引」^{*29}の促進は、今後の知的財産制度のあり方を考察するには欠かせない観点の一つではないかと思う。

そこでこの市場取引という観点からの検討が必要となる^{*30}。以下の議論は専ら特許権を念頭に「技術取引」の観点から行うこととする。

補：なお商標権は本来的に市場で信用を保護するところ、これはまさに市場取引促進敵で改めて議論することはなかろう。この市場取引に馴染むのは、ここで取り上げる特許権以外に、著作権(著作物)があろう。ただ技術取引が経済社会的にもその促進が望ましいとされるのに対して、著作権の場合は、著作者人格権に代表されるようにその著作者の意志の問題があり、単純に取引促進のみで良いかは議論があるかもしれない。しかし時代はウェブ 2.0 の時代でユーザー自らが著作物を創作(UGC ; User Generated Contents)し発信することもあり、またその創作のベースには過去の著作物の利用が

*27 脚注 6 参照。ただ当時は取引よりも知的財産権という権利創設の際の「権利範囲としての客体」を中心に議論していた。

*28 専ら休眠特許の活用の議論が多かった。勿論、ライセンス・クロスライセンスは良く行われていた。

*29 ここでの取引の対象は知財権、特許の場合は技術その物であって、それが化体した製品の取引ではないことに留意すべき。

*30 島並教授(神戸大学)が提唱される。「特許権の排他的効力の範囲に関する基礎的考察－取引費用の観点から－」(工業所有権学会年報 # 31)

あり、他方これら創作するユーザーの中には権利行使云々よりももっと自由に使って欲しいという者も結構いる。よって著作物の世界でも取引促進は、社会経済的により必要に、より望ましくなっているといえよう。

この技術市場取引には二つのフェーズがある；即ち、特許権が創設されそれが市場に置かれるまでのフェーズと、その置かれた特許権が実際に市場で取引されるフェーズである。通例、取引というと後者のフェーズを思いがちだが、それが成立するにはまずは取引対象（ここでは特許権）が市場に置かれる必要があることに留意すべきである。

この最初のフェーズは、まさに特許権＝知的財産の創造の過程で、従来の発明奨励・インセンティブ論や経済分析はここを中心に分析していたように思う。ただ従前の議論は、発明を為さしめることに重点を置いていたように思う。そのために後に市場で当初費用回収のための措置としての排他権(独占権)の付与を求めている。

しかしオープンイノベーションではこの発明の創出も重要ではあるが、この発明が現実の製品等となり現実の社会便益になるには、連携＝技術取引が不可欠であることから、むしろ取引促進の観点から評価する；具体的にはその発明を取引市場に出す「開示」を重視する。

このフェーズの取引に戻って、ここでは発明＝特許権は、いわゆる「公開代償」という形での取引が行われる。ここでの当事者は権利者(出願人)と社会である。即ち権利者は自らの発明を社会に公開し、社会はその公開から受けた便益^{*31}の代償として「排他権(特許権)」を付与するという事となる。ところで特許権のような技術情報は、世間に公開してしまうと、排他権が無い場合は、その内容は自由に模倣され、その特許発明を実施して市場で利益を得ようとする権利者にはその利益確保への障害＝損失・損害となるおそれが多分にある。よって経済的な権利者は、公開(したことに伴う損失・損害のおそれ)に見合う代償がないと公開しなくなる。しかし公開しないと技術の公開がなくなるので、社会の進歩にはマイナスの影響がでる(また権利者もライセンスの機会を失う。下の補；参照)。そこで社会は、権利者が納得し、また社会自らもそこから生じ得る副作用が受忍できるものとして、現行特許法では「排他権」を付与としている。

補：尤も構造が簡単で市場に出せばその技術(発明)内容が分かってしまうものは、保護の有無に拘わらずいずれ市場に出すのだから、保護(排他権付与)は不要との議論はある(逆に、このような保護が無いといずれそのような分野は誰もなくなるから必要との反論もある)。

上は実際に特許発明を実施して製品を作り市場に出す者についてであるが、製品を作らず発明のみする者(ファブレス)は、誰かにライセンスしてその発明を使って貰いその対価を得るしか費用回収の路はない。そのためにはその発明を知ってもらう必要がある、即ち自ずと「開示インセンティブ」があると言えようか。しかしこの場合も

*31 この公開によって社会が得る便益には、この公開によって発明を知ることに加え、重複発明をしないという意味での重複投資の防止、また実施において発明を避けるための迂回発明の促進もある。

アローのパラドックス、即ち「情報内容を開示すると相手に模倣されるが、開示しないとライセンス交渉すらできない」があり、このパラドックスを回避するには、やはり排他権なりの保護が必要との議論ができる。

留意すべきは、このフェーズも「取引」である以上、まずその客体、即ち公開の範囲であり特許権の範囲、を明確にしなければならない。それが前述の登録であろう。また客体が分かってもその内容(範囲)がハッキリしないと困ることがある。それが特許権ではいわゆるクレーム主義となる。さらにその内容が適正なものかは重要であり、特にチェックが必要な場合は審査を行うこととなる。そして審査の基準も予め決める(特 29 条、29 条の 2)。また排他権付与といっても、それによる他者行為の禁止の範囲を明確にしておくことが必要となる。それが特許法の場合「業としての実施」(68 条)で、「実施」については別途定め(2 条③)がある。

また社会の側として、この排他権付与が思わぬ副作用を及ぼさないようにいくつかの例外(制限)を定めることもある。特許法では、まず特許が受けられない権利(32 条)、試験研究(69 条)、先使用(79 条)の際の不許諾実施を認める他、権利者不実施の場合の裁定実施権等(83 条、92 条、93 条)も定める。

こういった諸要素を引くくめて権利者と社会が「(発明の)公開・(その)代償(としての排他権付与)」但し、いくつかの条件付き、という契約を結ぶ^{*32}。

では次のフェーズである「実際の市場取引」から考察してみる。

このフェーズでも結論から言えば、特許制度は取引促進的なものと言えよう。なおここでの取引当事者は権利者と、その使用・利用を望む個々の他者^{*33}である。

このフェーズで取引にかかる費用は、①探索費用、②交渉費用、③履行費用(違約等の場合の執行・救済を含む)となる。そして効率的制度とは、これら費用が安価ですむような設計(+安全も)が為されていることとなる。この観点から知的財産制度を見ると；

まず、①探索費用(なお市場への発見の提示=開示は前のフェーズで行われている)からは、開示された発明の登録は取引客体(その交渉相手となる権利者が誰かと言うことを含む)を探すのに極めて便利である。特に有体物は見ればその内容が分かる(所有者の比較的分かりやすい)が、無体物は基本的に可視的ではなく、その存在すらも分からない。よって登録によってその所有者や客体の概要が明らかになり、さらにその詳しい内容(範囲)がクレーム等で明確になっていることは極めてありがたい。

また審査がされているものは、とりあえず品質面での保証があると考えられる。

加えて個別の知的財産法が「禁止行為」を予め決めている(例えば製造とか)から、その者が何をする場合に許諾が必要か(取引関係に入る必要があるか)も明確である(逆に例外=試験研究とかに該当するなら自由にして良いことが分かる)。

注；この辺りは最初のフェーズの権利確定性とほぼ同じこと。

*32 ここでの一方当事者は社会故、個別の創作毎に契約を変えるようなことはできない。固定的制度。

*33 32)と違いこのフェーズでの契約は個別主体同士の契約。よって交渉で条件等の変更は可能。

補；上の説明は特許をもって行ったが、これは他の工業所有権にもほぼ該当しよう。

なお著作権は登録もないし権利客体明確化の要請を満たさない。ただ著作権は知的財産の中でやや異色で、その利用行為は本来的な禁止行為とせず(例えば小説の場合それを読んだり音楽の場合それを聞いたり自由)、媒体の「複製の禁止」(複製権)を中心とする。このことは、かつては本なりレコード(あるいは放送の場合はその事業者)さえ抑えれば、著作権の保護は十分であったからではないかと推測される。換言すれば、著作権の保護対象はそのアイデアではなく、表現であるから、発明に比して「可視性」(あるいは「可聴性」)が高く、特段の登録等なくてもその客体は把握が可能だったと言えるのではないか。

ただ最近では技術進歩から媒体を離れて著作物が流通する場合が増えている。このようなこともあり、またインターネットでの利用等も増えていることから、その使用許諾を得るため、「客体・権利者明確化」のため著作権者情報のデータベースが必要との議論なども起きているのは前述の通り。

次に、②交渉費用及び③履行費用については、何ら紛争等が生じないなら基本的には一般の財に係る契約の場合と同様である(この意味では"特段に"取引促進的ではないかも知れないが、逆に阻害的でもない。もっとも法が予め種々のことを定めていることをもって促進的とする見方もある^{*34})。しかしながら、契約条項に違反したり、あるいはそもそも本来すべき契約を行わなかったという「侵害」の場合、その契約履行強制あるいは救済が重要となる。その点、契約という民法的な債権や不法行為からは原則金銭賠償のみとなり、権利者が結局十分な保護・補償が得られない可能性がある。その点、特許権は排他権構成し、権利行使として「差止」を定めるところ、これは契約違反者や侵害者にとって極めて脅威であり(なぜならば、差し止められると今までの設備投資や在庫等が一切無駄になり相当の経済的損失が見込まれる)、権利者の交渉ポジションは強くなる。よって十分な補償・賠償が得られる可能性が高くなる。

翻って第1フェーズに戻って、権利者が自己の創作を市場に出すには十分な見返りが必要と言ったが、その見返りにはこの契約違反や侵害時の十分な補償の確保ということも含まれよう。

この差止について敷衍するに；差止権は不正競争防止法、特に営業秘密についても、その侵害行為に対し発動される(不競3条)が、この営業秘密は前述のアローのパラドックスの最たる例である。この営業秘密の中には未完成特許のようなものがあるかもしれない。よってこのパラドックスを回避してライセンス契約をさせるには、秘密保持契約もあるが

*34 もっとも特許法の条文をしてライセンス契約の典型的条項と解釈すれば、実際の契約でその部分は特段改めて契約は不要となり、交渉費用削減になる(島並教授；脚注24参照)。なお付言するに、実契約で特許法条文と違う内容の契約も可能(契約自由の原則)。ただ敢えて違える場合、該特許法条文が強行法規か否かの問題はあ。また典型契約とすると、それを逸脱することは(契約等で許諾を得れば別だが)不正競争行為と言えるのではないか。

民法では差止を認めないので、ややもすると極めて重要な営業秘密は取引を躊躇するかも知れない。その点、差止は権利者の安心材料であり、営業秘密にも取引促進的と言えよう。

補；なお営業秘密でもライセンスできれば良いかもしれないが、この取引ができるのは、あくまでこの営業秘密の存在を知った者に限られ、世間一般に広く開示するという意味では、営業秘密は特許権には劣る。よって先に未完成発明に言及したが、「取引」促進の観点からは、発明未完成的な営業秘密の特許化の検討もあり得る。

またそもそも 90 年代後半に我が国がプロパテントに舵を切る際の一つに問題は、侵害時の救済の不十分さ(即ち；裁判が遅い、賠償実務が「実施額相当」とされることが多かったところ、その通例はライセンスの際のそれに同じで、権利者保護には不十分で、かつ侵害者にとっては仮に見つかってもライセンス相当額を支払えば済むのなら「ライセンスしない方が得(=侵害し得)」ではないか、等)であった。この点、平成 10 年及び 11 年の特許法改正で、賠償算定方式や訴訟手続き(これには平成 8 年民訴法大改正もある)が改善され、実際の成果も上がっている^{*35}。ただ差止については仮執行があまりないところ、それは現在も同じ(本案判決では求めれば原則出されるが)。

但し、特に米国では、いわゆるトロールの横行が問題になっているところ、トロールが法外な要求を行う背景には差止があるところ、最近の e-Bay 事件連邦最高裁判決で、差止発動に「4つの要件」^{*36}が付され、かつてのような侵害での自動的な差止発動は抑制されることとなった。また欧州では冒頭紹介した EPO のレポート(未来へのシナリオ)では、ソフトパテントとして差止権無しの特許権の構想が紹介されていて、差止には慎重な方向にあるのかもしれない。

ところで米では上述のように e-Bay 事件判決で差止の発動が条件付きになったが、その背景にトロール等の問題とそれをより脅威とする自動的差止の問題があったが、皮肉にも米での「差止権」は、いわゆる「コモンロー」上のもので、その発動には「衡平からの判断をすべきもの」である(逆に言うと e-Bay はその本来に戻っただけとの考えもある。)

他方我が国はじめ大陸法の国では、知的財産権は物権類似(擬制)の権利として位置づけられていることから、本来的には侵害時に権利者が求めれば差止は「発動しなければならない」ものとなっている(少なくとも「差止をしないことができる」という規定は存在しない)。

ただ上述してきたように、差止は特許を市場に開示させ、また侵害時の救済を十分ならしめるに必要であるが、場合によっては、差止権の行使を制限することが社会的経済的に望ましい場合もある。即ち、差止を基本としつつも「例外」が設けられないか。その点はもし知的財産権を、特にその排他権を「物権類似故」としてしまうと難しいかも知れないが、前述してきたように、知的財産は功利主義的な政策的な制度にすぎず、その排他権も

*35 脚注 1 拙著第 7 章参照

*36 1)回復不能の損害、2)損害補償に禁制的保証では不十分、3)差止命令の場合、被告の蒙る困難が原告の損害に比して少ないこと、4)公共の利益；以上 4 要件をみたすことが必要

まさかの法的技術であることに鑑みれば、このような柔軟な解釈を行う余地は、十分に可能であると思われる。

<市場性からのまとめ>

ところでこの「取引」の観点からも見方を、従前の「創作奨励」的観点からの見方と比較してみよう。従前の創作奨励は、「排他権の付与」について創作奨励・インセンティブの観点から説明しようとするが、その難点は、初期投資費用の回収だけならばなにも排他権に限らないということであった。しかるに技術取引の観点を入れると、アローのパラドックスを回避し、発明(技術)を取引可能とするように、最初のフェーズで市場に「開示」させるための「排他権」の付与は、その十分な代償を払うと言う意味で極めて重要でありむしろ不可欠とも言えよう。加えて差止は、その次のフェーズでの契約違反や無断使用と言った場合の十分な救済確保手段として重要である。そして翻ってこのことを事前に約束することは最初のフェーズでの代償を強化し、より「開示」を受け入れる(行う)こととなる。

このように「取引」促進の観点、特に「開示」を可能にするという観点を加えれば、排他権付与はまさに必ず必要なものとしての「正当化」がより可能になるように考える。

この「開示」を敷衍するに、純粹技術取引の観点からは、開示の対象は何も完成した発明に限られない。むしろオープンイノベーション、即ち連携しての技術開発には、中途段階であっても一定の技術開発成果(成果以前の可能性でも良いかも知れない)であれば、大いに取引対象になり得る。むしろ急激な技術開発スピードやそれを巡る競争からは、技術的完成を待つよりも出来るだけ早く市場に開示して欲しいかも知れない。もっとも、このような未完成の発明に開示の代償として「排他権」をそのまま付与するかどうかは議論はあろう。

またオープンイノベーションの世界では、技術の高度化・複雑化等のため、連携があつて「初めて」技術開発が可能になる場合も結構あるのではと思われる。即ちこのような場合は、連携=取引は、単に「創作促進的」(時期を早める)だけでなく、むしろ「創作実現的」(初めて可能となる)と言えるかも知れない。そして創作実現的であることは、特許権としての排他権付与により値するとも言えるのではないか。

以上から、かつて特許等は「創作奨励」制度として制度設計・運用されてきたが、オープンイノベーションにおいては、むしろ連携及びそれを可能にする取引が重要であることから、「開示促進」あるいは「発明取引促進」制度としての制度設計・運用の見直しが必要ではないかと言い換えることができるかもしれない^{*37}。

そしてここから制度見直しのヒントがいくつか出てくるとと思われる。それらについては、4. において特許制度を例に後述する。

*37 こう呼ぶからと言って、創作奨励を排除するものではない。創作奨励も重要である。それに加えて「取引促進的」にすべきとの趣旨である。

4) 公共との関係

<倫理学>

ところで前述のように TRIPs は知的財産を「私権」に属するとする。しかしながら、最近米国等において、特に倫理の観点から私権＝財産主義的傾向に警鐘を鳴らす向きが見られる^{*38}。

そのロジックはロールズの「社会正義の原理」、即ち；基本的人権の中には、政治的自由等に並んで「情報への最低限のアクセスの要請」があり、これは情報化社会で益々重要になっており（他方で情報格差の拡大もあり）、その確保が不可欠となっている（第一原理）、そして仮に社会的経済的格差があっても、それはそれが万人の利益になるか少なくとも機会均等を保証することを要する（第二原理）^{*39} というものがある。しかるにグローバル化や経済統合の中で知的財産が商品化され、専ら経済的観点から語られることが増え、また技術進歩でネット管理技術^{*40} がアクセスを阻害するのではないか、ということ懸念する。

リピンスキーらは知財制度の基準として；アクセスの保証、権利者と利用者の衡平な扱い、知財の創造等はアクセス権に影響しないこと、インセンティブは最小の規制手段とすべきでその規範的措置も最小限の強制とすべきであること、等々を示す。即ち、社会全体「善」を優先し、私権としての知財権の抑制を打ち出していると考えられる。

ドラホス^{*41} も、知財制度は承認するものの、やや懐疑的で「情報の等しい共有」の意義を強調し、そのコララーとして情報が誰に対しても開かれる「インテレクトチュアル・コモنز」を主張する。このドラホスの論理を受けて 我が国でも長谷川教授が「情報の正義」からの「協同的繁栄」論を展開される^{*42}。

このように私権的あるいは財産主義的立場には倫理学から批判が展開され、少なくともより一層の保護強化には、極めて消極的と言えよう。この観点からは、その行使が単なる私的な金銭欲に基づくものや、社会に対し何らの（公的な）貢献をしないようなものは、む

*38 米での倫理的知財制度再考の動きは；Tomas A. Ripinski & Johannes J. Britz「Rethinking the ownership of information in the 21st century: Ethical implications」(Ethics and Information Technology, vol2.2000)（日本語版；「21世紀における情報所有について再考する；倫理的含意」貸川聡子:訳)参照

*39 このロールズの第一、第二原理の要約は、筆者が分かり易さを念頭にしたものので正確ではない。

*40 例えばアクセスコントロール技術；権限者の許諾がないとアクセスできない。なお本ならば、図書館等にあれば読める(アクセスできる)がネットだとどうしようもない場合が生じる。なお余談だが技術情報のデジタル化から途上国がそれへのアクセスが難しくなる(出来ても有償)点を懸念するものとして英・知財権委員会報告「Integration IPR & Development Policy」(2002)

*41 Peter Drahos；豪州・教授。「知財のインセンティブ適応、管理、期待の四機能は知財がもたらすはずの福祉向上に反するような戦略の基礎になり・・・見えざる神の手構造の効力失うおそれ」とする。脚注 28 参照

*42 長谷川晃；「競争的繁栄と知的財産法原理——田村善之教授の知的財産法理論の基礎に関する法哲学的検討」(知的財産政策学研究；北大 21 世紀 COE プログラム、第 3 号(August2004))

しろ濫用としてその行使を認めるべきではない(特にトロールなど)。

ただ前出の長谷川教授が協同的繁栄を言われるが、それはその私権性に対して真っ向から異を唱えるのではなく、それとの共存というか、場面に応じての適用のオルタナティブを議論するものである。即ち私権性を否定するのではない。

思うに私権であることを否定し共有財としてしまうと、まさにコモンズの悲劇ではないが創作インセンティブは極めて限られてしまうであろう。他方で TRIPs も私権と認識するものの、例えば特許権でも非許諾での使用の例外(31 条)を認め、また 7 条の目的で福祉の向上や技術移転、更に権利と義務の均衡を唱う。即ち全く無限定な「私権」を想定するものではない。この意味で、倫理学からは近時のグローバリズムや経済統合の過程で財産主義的傾向が強まることを懸念するところがあったが、この財産主義的傾向は決して TRIPs も容認するところでないことに留意すべきであろう。

換言すれば、知財制度の運用や拡大にあってはこの点を十分に留意する必要がある。要はバランスである。

補；この公共財的な見方は、途上国から言われることもある。例えばインドの環境保護活動家のヴァンダナ・シヴァは「特許制度はイノベーションが個人的なものと仮説するが・・・元来、知識は共同体の中での交換で蓄積される集団的努力」とする。この論は環境保護的観点から、先進国の技術優先姿勢からの環境破壊のおそれを戒め、また多様な生物資源の保護の観点もある。この主張は、主として先進国と途上国との関係についてではあるが、やはり心に留め置く必要がある(特に途上国含めての国際関係や環境を考える際に)。

注；もっともこの「共同体」の意味が当該途上国のその共同体に限られ、他の共同体に対しては開かれないとするのは、むしろパブリックドメインに反する。たしかに途上国の中には知財制度をもって第二の植民地化政策と反発し、その対抗手段として「共同体のもの(財産)」との主張することがあるが、気持ちは分からないでもないが、世界"全体"の発展からは妥当な主張かは疑問である(もっともそのように仕向けたのは先進国との反論もあろうが)。

<公共財・競争政策>

次に法制度の中での公共性について；知的財産制度は「情報」を対象とする法分野であるが、情報は公共財的性格を有するもので、ここからも公共性を考慮した・考慮すべき法制度と言えよう。また知財法は「無体物の市場で取引するためのシステム(ルール)」としたが、近代経済社会において「市場」はまさに「公共物」である。そして知的財産がその根底に不正競争防止を置くこと、他方で保護の特徴としていわゆる排他権＝独占を付与することから、独占の禁止や不公正な取引を規制し市場秩序の維持を目的とする独占禁止法とは、この二重の意味で関連してくる。

ところで情報の公共財性から、知的財産法はそれへの配慮を内在している。例えば特許法の発明の定義(2 条)で「自然法則を利用した技術的思想の創作」とし、その解釈(正確には 29 条柱書きの「産業上の利用可能性」のそれ)として「自然法則自体」を除いている。また新規性もその一つと言えよう。その他試験研究例外や裁定実施権等も権利調整規定で

はあるが、その背後には、技術開発は出来るだけ自由に行わせようとする公共的発想があるものと思われる。

次に独禁法との関係であるが、上で知財権の排他性＝独占は独禁法と関連すると申し上げたが、特許の排他性はその財産権的性格に由来するもので、いわば所有権がある意味独占(その占有について)であるが独禁法上直ちに問題となる独占ではないのと同様、独禁法で直ちに問題となるものではない。

このことは 1995 年米 FTC ガイドラインで、特許権は「市場支配力を創出すると推定しない」としていることにも現れている(なお進んで同ガイドラインは特許権は他の財産権と変わらない、特許ライセンスは競争促進的ともする)。

ただ特許権が集中したりあるいはその行使においてその保有者の市場力を不当に行使した場合は当然独禁法の対象となる。これは欧州の知財権の存在と行使の二分論にも整合する。

以上から特許法はその立場から特許を付与すればよく、仮にそれが、その行使等が反競争的で独禁法が問責すべきものならば、独禁法が撃てばよい。(換言すれば、特許法は自然法則のようにそれに特許権を付与すればほぼ確実に社会での技術開発(競争)に影響するものは予め除くようにしているが、それを超えて具体的事案において、その特許権を付与することが反競争的かの判断は、特許庁の手にあまる。審査官は競争政策のプロではないし、審査(判断)の基準すらない。よって特許法は特許法によって粛々と特許権を査定すれば良く^{*43}、付与した特許から反競争的事件が生じた場合は、独禁法・競争政策当局が対応する。)

注；なお知的財産制度を新たに設計・改変する場合に、競争法的観点を入れることは重要でありそれを否定するものではない。

ただ問題は何が「反競争的」かの判断である。

この点、激しく動いているのが米国で、かつて 70 年代の米国はアンチパテントの時代といわれ、有名なナイン・ノー・ノーズ(nine no-nos : 9 つの禁止事項^{*44})を定めるなど非常に厳しかったが、80 年代のプロパテントのとき規制は後退した。しかしそれでは後退しすぎるのではとして策定されたのが上記 1995 年ガイドラインである。

それが 2000 年を超える辺りからプロパテントの弊害が見え始め、米独禁当局も更なる規制強化の検討を始めているようである。例えば 2003 年の FTC 報告は「特許による競争と排他性がより均衡のとれたものに」として疑義ある特許権付与はイノベーション阻害の可能性がある等を指摘し、さらに 2007 年 4 月に「反トラスト法と知的財産権；イノベ

*43 例えば広いクレームは、市場支配力に結び付き易いと言う意味では競争政策上問題になり得るかも知れないが、特許庁は気にせず新規性・進歩性等の特許要件から粛々と判断すれば足りる。

*44 以下の 9 種類；非特許抱合せ、恣意的グランドバック、再販売制限、タイムアウト、ライセンスの更なるライセンス拒絶、恣意的パッケージライセンス、特許無関係のロイヤリティー算定、方法特許の非特許製品販売規制、再販売価格制限。

ションの促進」を公表し、標準等についても言及している^{*45}。

なおこの標準に係る事案としてランバス事件が挙げられる。事案の概要は、半導体の標準策定時にランバス社が故意に自社特許を隠し、標準成立後に自社特許を持ち出し標準実施者に対し侵害提訴し、高額のライセンス料を要求したものであるが、FTC はランバスを不当な独占力(特許権)の行使を行ったとして 2002 年に告発している。しかし行政法判事はランバス有利な判決を下した(2004.2.)ので、FTC は上訴するとともに全員参加の委員会で検討し、ランバスは独禁法違反と認定し特許使用料に上限を設けるなどの是正措置^{*46}を行った(2006.7.)。

注；しかしながら本年4月、連邦控訴審が「ランバスの違反行為に対する証拠不十分」として FTC に差し戻し^{*47}、今後の行方が注目される。

またごく最近(08年6月)も FTC はインテルの MPU 販売を巡る市場独占調査に着手したようである(因みにインテル MPU は既に韓国(08年6月5日課徴金命令)・欧州で調査が開始されており、米当局としても追隨したもの)。

なお米では独禁法違反での私訴が可能だが、ブロードコムが 3G 携帯電話の基本特許を持つクアルコムを独禁法違反(標準に係るライセンス条件での濫用)で提訴したが、裁判所は請求を棄却した(NJ 連邦地裁；06.9.1.)というものもある。

欧州(EU)では、前述したように EU は米に比してプロパテントには慎重で、他方 EU 競争当局はかつてから特許権の濫用等への介入に積極的であった(即ち「存在」と「行使」の二元論で後者には競争法適用)。

最近の事例としては；マイクロソフトがその 2004 年にそのライセンス行為(プロトコルの相互運用やライセンス価格体系、抱き合わせ)等が「市場支配力の濫用」として独禁法違反認定され、多額の課徴金が課せられている(なおマイクロソフトへの違反認定やその疑いでの調査はその後度々行われている。他方マイクロソフト側は、この決定等を受けて相互運用情報の開示やライセンス条件の是正等を行っている(ただ課徴金が課題として現在訴訟中。)) 注；同様の動きは米国でもある。

また EU ではライセンス拒絶も濫用(82 条違反)とする場合があり、先例として 1995 年のマギル事件(TV ガイド発行のマギル社が著作権違反で番組欄提供拒否した放送局から提訴)があったが、この延長として 2004 年 IMS ヘルズ事件では同社が医薬販売の地域データ構造作成において先行者(原告・権利者)のデータ構造を模したところ(理由はユーザ

*45 同様の懸念は学术界にもあり、2004 年 7 月、全米アカデミーは「21 世紀の特許制度」と題するレポートを提出している。なおこれは冒頭紹介した米での特許権法見直しへと繋がる。

*46 措置命令はライセンス料の上限として 0.25%～1.0%(3 年後 0%)を定め、これはかつてランバス社が行使していたもの(1/5~2%らしい)より相当低い。このように措置当局として具体的な「数値」を決めたところが新しい。

*47 裁判所は、ランバスの詐欺的行為の証拠不十分に加え、そうでなかったら他の標準にした可能性の立証もないとし、「たとえ不正な方法でも特許権使用料請求できる力を持つことは反トラスト法違反に当たらない」としている。

一が違う構造を嫌った)、それに対して著作権(データベース)侵害提訴されたが、欧州裁判所(ECJ)は、そのデータ構造は事業遂行に不可欠(エッセンシャル)としてそのライセンス拒絶は 82 条での支配的地位の濫用と認定している。

我が国もかつては、独禁法 21 条が特許権等を独禁法の適用除外する等からこの知的財産への独禁法適用にあまり積極的ではなかったように見えるが、1989 年に特許ノウハウライセンスガイドラインを出し、徐々に取り組み始めている。その後 99 年に改訂・新ガイドラインを出すほか、2006 年にはパテントプールへの考え方、2007 年には「知的財産権利用に関する独禁法上の考え方」を公表している。^{*48}

いずれにせよ 近時競争当局の関与が強化されているが、望ましい方向であろう。特に倫理学のところで申し上げたような財産権主義的な拡大傾向が懸念される現状においては、むしろより積極的な取組が望まれるのではないかと。

またグローバル化の中で各国競争当局間での連携プレーも見られるが、これも望ましいと思われる。

なお独禁当局は、知財制度の中においては、その権利実施段階での反競争性について、準司法的に独自の観点から(該制度の運用官庁とは別に)規制を行うこととなる(このことは 5)で後述する社会制度の役割分担からも相応しいであろう)。

ただ知的財産制度が功利主義的また産業政策からのインセンティブ付与的制度であることへの配慮は望みたい(即ち、知的財産当局との意志疎通が必要であろう)。

補 ; 日本の独禁法には従前は私訴がなかったが、平成 13 年改正で 24 条が創設され、不公正な取引方法(8 条①五又は 19 条)に対しては差止が認められるようになった。ただ特許権の濫用がそうなるかの判例はない。なお不正競争防止法は私訴が可能だが前述のように日本の同法には一般条項がないので、特許権濫用のような場合は同法の射程外である。また民法の不法行為まで行けばそれで提訴可能、ただし民法の濫用法理は限定的だし、仮に提訴できても差止がない^{*49}。

5) 社会制度としての効率性

知的財産制度は、「無体物を市場で取引するためのルール」であるが同時に「社会システム」である以上、その運営のコスト等が合理的かという議論がある。

この運用には、実際には政府機関の関与が必要となる。具体的には保護対象・内容の創設修正の際の知財法の制定修正に係る立法(国会)、その運用を行う行政(政府)、最後にそ

*48 新ガイドライン(99 年)への当時のコメント等につき脚注 6) 拙著参照

*49 確かに民法の不法行為での対応は可能ではあるが、その根拠は「権利の濫用」という一般条項となり、その発動はどうしても制限的になるだろう。また民法では、差止や更に悪質な場合の罰則での対応は不可能である。

の運用の適法性を判断する司法(裁判所)である。この社会システムとしての制度が適切かどうかの判断の観点としては、これら行政機関の執行経費から効率的に(安く)なっているか(=経費効率性)がある。またその運営(権利の付与、その内容、行使、紛争等の場合の解決等)が社会経済全体から見て、その結果の正当性・妥当性が保てるような役割分担構造(=役割効率性)になっているか、というところがあるろう^{*50}。

<市場の失敗 あるいは規制経済性>.

ところでこれら個々の機関の関与に入る前に、そもそもそのシステム自体が社会経済的に「成り立つのか」という問題がある。例えば、取り締まるにしても、そもそもその規制対象が合理的な手間と費用において探知できるのか、その対処も合理的な手間と費用で実行可能なのか等々、その制度の運用自体が合理的な手間と費用で運用可能なのかという問題である。これが出来ない状況を前述のゴードン(1992)は「市場の失敗」という^{*51}。(なおこの場合を上判断軸に戻って、「コスト・手間が合理的ではない」=「経費効率でない」、と観念することも可能であろう。)

この市場の失敗について、米で問題となった事案であるが；米国では著作物利用の一定の行為についてフェアユース(非侵害；米著 107 条)の規定があるところ、図書館等での複製はフェアユースで非侵害とされていた。そこで本件テキサコ事件(1994)であるが、同社が科学雑誌の記事をコピーして社内で配布したということに対して、裁判所は、フェアユースの適用を否定した。この理由は、フェアユースを適用するには「市場の失敗」の存在を要するとするところ(その他にも、利用を許すことが社会的に好ましい、著作者のインセンティブが実質的に阻害されない、ことも要すとしている)、本事件の当時は既に 1977 年に複製許諾システム(CCC)というのができており、ためにそう手間をかけずに複製対価支払可能で、即ち市場の失敗は存在しない、というものであった。なおこの判決には批判がある。ゴードン(2002)も反対で、後に市場の失敗を分類し、第 1 カテゴリー；市場の機能不全・技術的失敗=免責、と第 2 カテゴリー；本来的な行使の制限=正当化、とし前者は技術変化に対応してフェアユースが消滅するが、後者は環境変化してもフェアユースは変化しないとする。

この市場の失敗は専らフェアユース適用の範囲の議論であったが、これを逆から考えると、侵害探索や救済も含めて市場で規制することの経済性が合わない場合(この計算には規制導入から生じる副作用のマイナス面も加えるべきであろう)は、「敢えて規制することはない」と言えよう。これを「規制経済性」と呼ぶこととする。そして、これは現状の規制を及ぼす範囲の議論のみならず、むしろ規制導入時にもその経済性判断に活用できよう。

*50 この行政主体間の役割分担等については、田村義之「知的財産政策学の試み」(知的遺産政策学研究；北大 21 世紀 COE プロジェクト第 20 号(March 2008)参照)。

*51 "Fair Use as Market Failure"(1992)。なお後出するが "Excuse and Justification in; the Law of Fair Use:" (2002)もある。

ところで特許法はその侵害は「業として」に限定し、一般私人の使用を問責しない。これは仮に私人まで対象にするとその探索費用も大変だし、多分件数も増えるし、他方で特許の場合は生産に設備投資等が必要で、そう私人が侵害することはないだろうこと、また業としてしなければ特許権者の侵害も少ないだろうという、いわば規制の経済に合わないからと言えないか。(なお次の著作権含め、「法は家庭に入らない」ということもある)。

そこで著作権であるが；従来は、著 30 条にあるように、私人の私的複製は自由に可能であった。しかしながらコピーセンター等での高速自動複写機を使っての一般私人向けのコピーサービスの普及から、私的複製であってもこの「自動複製機器」での複製は除くとされ(同条①一；背景には上の米国同様の「複写センター」の創設がある)、またデジタル録音技術、かつてのアナログとは別に理論上は劣化しない複製が無数にできる、の普及から、専ら一般消費者が使うにも関わらずデジタル録音機器やその録音用媒体(DAT)に補償金が賦されるようになってきている(同条②；なお一々個々の私人から取るわけにはいかないのでその製品メーカーに対し賦課される)。たしかに技術の普及から、たとえ私人の行為といえども著作権者の相当の被害が懸念される場合はあろうかと思う。ただ実際どれだけの損害が出ているか自体、不分明なところがある(例えば CD の売上げが減ったとするが、それへの直接の影響は私的複製より無断アップロード等からであろうし、そもそも携帯電話使用料の増加のために若年層が CD 購入に回す金がない、といったような外的要因もあろう。また損害算定も"定価で売れば"として計算するが、"定価なら買わない(我慢する)"者は相当いるだろう)。(更に、こうして集めた賦課金や補償金をどのように著作権者に配分しているのかは、外からは殆ど見えない="本来的目的に使われているのか"、その用途について、補償金等の支払い側としては知りたいところである。)

逆に規制側の技術の進歩から「規制できるようになった」ので、敢えて規制に乗り出す場合もあろうが(上の自動複製等もそういえないこともない)、出来るからと言って安易な規制拡大は慎むべきであろう。繰り返しになるが、知的財産権は他者行為を制限する特権であるから、その他の手段でその法目的(例えば特許等創作奨励の場合その初期費用の回収)が達成できるなら、敢えてその権利を拡大行使すべきではない。(特に上記のように、その用途が不分明な場合は尚更であろう。)

なお法律そのものではないが、いわゆるシュリンクラップ契約(著作物に多い)で購入者の利用を債権的に縛ろうとする動きもある。たしかに契約自由ではあるものの、情報の出し手の企業等と受け手の一般消費者等との力関係に鑑みれば、無闇な制限条項の導入は問題であろう(これは各知財法の各条項の強硬性の解釈—それに反する契約は不可—にも依存する)。

次に個々の政府機関の関与について検討する。

<立法>

立法については、まず「新たな知的財産」を作ろうとする場合(既存のものでもその保護範囲や規制対象行為を修正する場合も含む)に登場するが、知的財産の 2)c.の最初に述べたように、仮に拡大する場合、その拡大部分が市場の先行利益等で十分費用回収等でき

る(よって敢えての保護が不要)場合は、敢えて立法することはない。もっともそれでもやはり保護したいという「保護意志」があれば立法になるが、この保護意志は国民総体としての意志であるところ、それが立法化されるということもそれは国民総体の意志であるから整合的である。ただ留意すべきは、これは間接代表制をとる場合の宿命でもあるが、立法には、どうしても政治的な背景集団(いわゆるロビー)がいることから、国会審議等においてそのバイアスがかかりやすい。特に知的財産権の場合、その権利者はその保護に熱心即ち保護拡大の方向での立法に熱心で、しかも大企業等であることが多いが、それを行使される側は消費者や中小企業が多く、その反対の声を糾合しにくい、という側面がある。即ち、どうしても権利拡大的になりやすいことに留意すべきであろう^{*52}。

よって制度運用においては、苟も国権の最高機関たる国会を通過した法ではあるが、やや保護が行過ぎで、憲法ないし市場経済の根底にある私人の自由をあまりにも制限するものは、しかるべき抑制をすべきであろう(これは4)公共のところで述べた倫理からの懸念にも整合する)。そしてその抑制は、議員内閣制を採る我が国では行政にこれを期待するのは難しく(むしろ同じ理由で拡大に流される危険性もある)、司法に期待することが多くなる。

なお具体的な立法には新法と既存法の修正があるが、既存法の場合はその改正前の法と、また新法の場合でも、他の知的財産権法や民法等一般法との整合性が必要で、その検証がなされるべきである。これは法の体系的考え方で、冒頭筆者が本稿で採った方法論に整合する。

ところで立法に係る国会での作業自体はそれ程の経費等を要さないかもしれないが^{*53}、この国会審議に至るまでの利害関係者の調整等には手間も費用も大いにかかる。よって実務的には法改正はかなり慎重に行われる。また時に利害関係者が錯綜し、国民総体の意志としてまとまるにはなかなか至らない案件もある。その場合でも、それらに係る事案が具体的に発生した場合は、それへの対応が必要となる。そして、それには既存法の「解釈」(拡大・類推等々)で対応することがある。この解釈は最終的には裁判所が行うが、例えば解釈指針や運用指針という形で行政がその方向性を示す場合がある。

なお、現行法で十分自然に読めるものは、若干の利害関係者間の調整があったとしても^{*54}、敢えて立法化をせずに、その法の趣旨に従っての司法(特に最高裁判決)で決着を付けることもあり得るが、これは敢えて立法するよりは効率的であろう。もっともその判決

*52 我が国ではなく TRIPs での話であるが、その成立の背景には「1 ダースあまりの米企業のロビー活動」があったとの説もある(Drahos ; 「知的財産政策学研究 ; 北大 21 世紀 COE プログラム」第 3 号(August 2004)参照)

*53 とはいえ無闇矢鱈に法改廃することは経費効率的でない。また同様の領域に多数の法を乱立させることも制度運用効率的でない。

*54 その調整が政治的かは別にして、法解釈には学説の対立はつきものである。この意味からも「読める」場合はどんどん解釈を行っていくことは何らおかしいことではない。むしろ常態。

は議論の大勢に従っていることは必要で、もし反するならば、いずれ判例修正なり、あるいは立法ということになる。

若干繰り返しもあるが、社会制度の効率性判断の第二の観点である役割分担からは、国民の権利義務に係る制度の創設・変更は、本来は国会(立法)で行うべきである^{*55}。ただ上記のように未だ時期尚早の場合は立法に替わって行政・司法で対応するのも仕方なからう。ただしその場合、あくまで元の法律の趣旨に沿って行うべきであろう(また後述する)。

<行政>

次に行政であるが、具体的には登録や審査等の業務がある。ところで2)d.で登録や審査等の手続きは知的財産によって異なると申し上げたが、たしかに登録や審査は法的あるいは取引安定性に資するが、他方で行政コストも係る。よって経費効率性の観点からは、この登録等で得られるベネフィットと行政コストの比較にならう。なお留意すべきは登録等は取引過程での紛争防止等というベネフィットもあることも忘れてはならない。いずれにせよこのコスト・ベネフィット比較は、国により社会によりまた時代によって替わりうる。これが先のところで同じ知的財産であっても、その保護システムが、国、社会、時代で異なってくるものと整合的である。

工業所有権で、我が国は実用新案を除いて審査・登録主義を採るが、特に特許権についてはその出願数の多さが問題になっている(因みにこの大量出願の問題はプロパテントの影響から世界的傾向で、いろんな国で問題になっている)^{*56}。ために我が国では出願数適正化等を主要な出願人(大企業)に要請したりもしている。

また審査早期化から外部審査機関の活用を図っているが、それも制度効率的であろう。(正確には、審査官増員との比較衡量とならうが、多分「民」の方がコストパフォーマンスは良いだろう(例えばその人員育成経費などは外部発注の場合不要;もっとも長期的視点からの人員育成の必要性は別の観点からの議論が必要)から、経費効率的でもあろう。)

ところで広い意味での発明保護には、実用新案権(=考案の保護)もあり、それは届出主義であって審査は必要ない。たしかに権利行使時には評価書が要るが、これは適切な権利を執行させるものためのもので、また紛争解決の効率性にも資する(例えば、評価書でダメな場合は、自ずと提訴を控えるであろう)。いずれにせよ特許よりは、手間も費用も係らず、これは出願人、特に中小企業にはうれしいのではないか。たしかに特許より保護期間は短い、平成16年改正で10年(前は6年)に延長されており、近時の技術ライフの短

*55 既存法で読める(解釈での対応が出来る)なら、既存法の解釈で行くべきであろう。46)に同旨。

*56 このため国際的な審査分担の発想から特許スーパーハイウェイ構想(第一国審査結果を第二国で参酌する)が二国間協定の形で進んでいる。なおこの前提として各国制度が同様であることが必要となるところ、日米欧を中心に制度のハーモナイズも検討されている。

さに鑑みれば十分意味ある保護期間であろう^{*57}。そして出願が特許から実用新案にシフトすればその分特許出願も減少しよう。よって実用新案権の再活用を検討しても良いのではないか。

同様に商標権は多くの国が無審査で、またマドリッド協定から 12(ないし 18)月の審査期間リミットもある＝その分審査も急かされるから見直しても良いのかも知れない。もっとも審査主義もその使用以前から商標を確保し、その下での信用蓄積がより計画的戦略的にできる(例えば;ある者の同様の製品シリーズに例えば花の名前を連続して付けるとか)という利点もあり、現状を変えようとする声は少ないようである。

意匠権も多くの国は無審査あって、我が国でも考えられないことはない。なお EU は権利期間が長い場合は審査が要るが短期の場合には不要。思うにシーズンもののように短期のものは迅速保護(届出が馴染む)、ただし保護期間は短い(1年とか)で十分であろう。

注; もっとも無審査の要望はあまりないようである)

また意匠権はその権利行使の範囲に類似も入るところ、何が類似の範囲か(逆に類似するならその元(基礎となる部分)は何処なのか)という議論がある(特に平成 18 年改正で関連意匠制度導入でこの類似の範囲が当初出願よりは事後的に広がる可能性がでてきた)。この点、我が国意匠出願が図面の提示のみでその要部の記述(クレーム)が無いところ、それで法的安定性が十分か、何らかのクレームが必要ではないか、今後制度の運用を注目していきたい。これは部分意匠についても同じ。

注; もっともこれも要望はない、むしろ反対が多いようである。

逆に著作権法はベルヌ条約から無審査主義であるが、インターネットでの利用が増えており、その利用の拡大等から、権利処理を迅速かつ適切に行うため、権利情報等の表示が求められているのは前述の通り。このため DRM(権利者管理技術)^{*58} やあるいは民ベースでデータベース構築構想が進んでいる。他方で権利処理が煩雑なのが問題として権利処理の内容(無償使用も含む)を予め表示する CC(クリエイティブコモンズ[®])という運動もある。いずれにせよ基本は市場の自主管理でいけるならばそれに委ねるべきで、行政が介入すべきではない。まあせいぜいその PR や支援に止めるべきであろう。

補; 近時インターネットでコンテンツ利用促進のためネットに載せるコンテンツに新たに「ネット権」を設定し、それに係る出演者等の権利は全て「ネット権者(映画・放送・レコード製作者に限定の予定)」に一元的に扱わせる(出演者等とは内部で分ける)との案があるようである。ただ本来的には契約や市場に任せるべき^{*59} で安易な

*57 因みに特許権の現存率(2006 年末)は、登録から 10 年で 47.6%である。

*58 これには無断複製等の防止・そのための発見機能があるものもある。ただ近時は利用制限への消費者の反発から、海外大手レコード製作者等は、利用制限的な DRM は順次外す方向にある。

*59 そもそも進まないのは、権利処理の問題ではなく、既存の TV 番組等を使つてのビジネスモデルが上手く作れないだけだ、とする関係者もいるようである。

「権」の創設には慎重であるべきではないかと思われる。

以上、登録についてであったが、審査については、それが行われる場合、通常審査基準が定められる。この審査基準はあくまで行政庁としての内規であるが、その効果として行政措置の均質性を上げ、またその基準を公開することで出願者の予見可能性の向上にも資する。なおこの基準策定はあくまで法の授權の範囲内で、またその法の趣旨に則って行われることは言うまでもない。

ただ法の定め方が一般的抽象的な場合、基準によってその詳細を決めることが立法類似的な効果が起きる場合もある。例えば、新たな技術の特許権で保護しようとする場合で、従前の運用では我が国法の「発明」定義(2条、及び29条柱書き)の解釈から特許対象としていなかったものを、その新基準作成＝解釈変更、することで特許対象とするが如き；具体例として、コンピュータソフトウェア発明、特にビジネス方法、また生物関連発明、特に遺伝子関連、更に医薬発明がある(現行審査基準第Ⅶ部「特定技術分野」参照。第3章医薬発明は平成17年4月新設。なお「発明概念」そのものについては第Ⅱ部第1章「産業上利用することが出来る発明」参照。)。この中には解釈が180度近く転換してしまったように思えるものがある^{*60}。ただ特許権(制度)は、前述したように功利主義的(あるいは産業政策的)な制度でもあり、また内容的にも極めて技術的で専門的側面を有すること、そしてこの審査基準改定には工業所有権審議会の場で学識経験者・産業界・ユーザー更に法曹界からの出席を得て行われており、それなりの妥当性は確保されていると言えよう。更に戦略本部ができてからはそこ(総理以下各関係大臣・有識者が委員)での了承も取っている。(なお商標権で立体意匠や地域団体商標(平成17年)や意匠法での部分意匠や関連意匠制度創設等は当然ではあるが、立法措置が為されている。)

<司法>

最後に司法であるが、司法の役割は個別事案に対する法の適切な適用である。

その点、知的財産権、特に特許権(半導体回路等も含む)は極めて技術的専門的である。ために平成15年の民訴法改正で特許権等の知財訴訟の専属管轄(東京・大阪地裁)が決まり、更に平成16年には知財高裁設置法が制定されている(設置は平成17年4月)。また平成16年には裁判所法の改正もあり、裁判所調査員規定の拡充等、専門的な議論が裁判で十分に行われるような制度的工夫が為されている。この体制の強化は、個別事案(裁判)の早期化にも繋がっており、この意味でも効率化が進んでいる。この意味で経費効率的になってきていると言えよう。

ところで司法の役割は個別事案の処理であるが、立法のところで述べたように、利害関係者が錯綜し、国民総体の意志としてまとまるにはなかなか至らない場合があり、ある事

*60 コンピュータソフトウェア発明；当初はまさに機械に一部のような場合に限定的であったが最終的にはコンピュータ等のハードウェア資源(=自然)があればよい、というように極めて緩くなった。その経緯等、拙著脚注1)参照。

案が現に生じてはいるが「法の欠缺」のようなときがあり得る。しかしながら、このような事態であっても事案が存在する以上は、司法判断をせざるを得ない。なお米のように判例法の国なら比較的容易に裁判所の独自判断も可能であろうが、我が国はそうではないので既存法に沿っての「解釈」が行われることとなる。

ひとつ例を挙げると、著作権は特許法と異なり間接侵害を認めない。そこで裁判所が採る「解釈」が所謂「カラオケ法理」^{*61}である；これは直接侵害者(カラオケを使って歌唱する者)が私人で侵害を問えないので、そのカラオケ装置を提供する者を「(その設置での)受益」と「(装置の)管理」があるから、あたかも私人をして当該侵害行為をせよとせしめたとして「直接侵害者」とみなしてその侵害責任を問うものである。そして近時インターネットの普及から個人たるユーザーが複製等の直接侵害行為をすることが増え、またそれを助長する装置・技術の出現から、それらの新たな装置・技術の提供者へのこのカラオケ法理適用が広がっている^{*62}。これは裁判所としては、わが国著作権法は、著作者保護を専らとするところ、その法趣旨に基づいての適用とするのであろう。

ただ本来的には、インターネットの普及にかんがみて、間接侵害(あるいは私人の責任)を正面から立法議論すべきであろう。ただこれは極めて難しい問題で、国民の間で議論がまとまるには今しばし時間がかかろう。よって裁判所がカラオケ法理適用の範囲を広げるのは致し方ない面はある。ただ、たしかにわが国著作権法は歴史経緯的に著作者保護に厚いが、他方で情報技術が進み国民としてはその便益を享受する権利もある。このような状況にかんがみれば、その適用(の拡大)には、今ひとつ慎重であっても良いように思われる(本件を巡っては種々の学説もある)。

特にカラオケや無断アップロードの場合は著作権者に直接の損害がある(よって制限はある意味当然)と言えようが、例えばTV番組の自動録画(複製)のような場合は、はたして著作権者に実質的な損害があるのか、筆者として疑問を禁じ得ない^{*63}。

いずれにせよ近時、この著作権を巡って、例えば検索サイト(検索の際のキャッシュ(検索用見出しのようなもの)の作成が複製か等々)や、前述のネット権、あるいは法の運用の話だがデジタル放送とダビング10と私的録音補償金の範囲の議論、等々が行われているが、その行方を注目したい。

特許権に係る紛争等の場合は、特許権は技術的専門性もあり、その付与に係る紛争(一旦登録された特許権への無効申立、あるいは出願に対する拒絶査定への不服、等々)はまず専門官庁である特許庁が判断＝「審決」を行い、それに不服ならば、再度裁判所で争え、それを審決取消訴訟というが、その第一審は通常の場合と違って知財高裁が受け持つ(同様に高裁が第一審の構成を採るものとして独禁法；第一審は東京高裁、がある)。

*61 クラブキャッツアイ事件

*62 ファイルログ事件

*63 マンション設置型集中管理型録音装置を侵害；よりどりみどり選撮見録事件、他方でテレビパソコンを設置しそのアクセス管理等したロクガネット事件は侵害；同テレビパソコンを貸したが管理しなかったので非侵害；まねきTV事件。その他にも携帯へのMP3ファイル保存を侵害；イメージシティ事件

侵害訴訟の場合は、他の一般訴訟同様地裁が第一審の三審制をとる。この侵害訴訟の場合、侵害を訴えられた被告側がその抗弁として、原告特許の無効を主張することがある。この場合、従前は特許権の無効化は原則特許庁での無効審判(そこでの審決が不服なら更に審決取消訴訟がある)で行うとしていた。ために裁判所での侵害訴訟の審理と特許庁での無効審判が並行することが生じ、特許法はそのための調整規定(168 条；裁判所は裁判手続きを中止できる、等)を持っていた。

しかるに平成 12 年 4 月のキルビー事件最高裁判決を契機に、平成 16 年改正で特許法 104 条の 3 が新設された。これは従前においては、前述のように特許権の無効判断は専ら特許庁審判に委ねられ、裁判所が無効認定するのは「極めて明白な無効」な場合に限定されていたのを、裁判の迅速化等の要請から^{*64}、裁判所としても「無効審判で無効とされるべきものと認められるときは・・相手方に権利行使できない」との判決を下すことが可能となった。これは要するに裁判所に独自に特許権の無効の判断をすることを許したことを意味する^{*65}。これは冒頭の効率性観点うち 2. の「役割分担」に相当するが、はたして妥当な役割分担であったかは 4. で再述したい。

いずれにせよ裁判所は個別事案において法を適用して最終的な結論を出す。そして法治主義の我が国では原則その法に則って、即ちその法の趣旨等を踏まえての判断を行う。

ところで縷々申し上げているように、知的財産権制度は、広くは不正競争防止の功利主義的な制度、狭くは個々の知的財産法の法目的実現のインセンティブ的制度、換言すれば産業政策的性格を持つ。そしてこの産業政策実現には、その運営主体である行政の意図が盛られることが多い。よって裁判所はその判断に当たっては、この行政等での政策的意図も十分に酌んで欲しいところである^{*66}。

例えば、侵害判断で権利範囲の解釈でギリギリの場合、原告・被告どちら側からの立論も可能な場合がある。また侵害認定した後もその損害額認定は、市場を通じた損害故その認定には困難を伴う(ために特 102 の損害額推定や 105 条の 2 の損害糧人がある)ところ、原告・被告のどちらに有利かは、最終的には裁判官の心証による(特 105 条の 3 の裁判官の認定；同趣旨民法 248 条)。そのギリギリの状況では行政を尊重してのインセンティ

*64 なお産業界からも裁判所での特許の有効性判断を望む声があった。推測するに米の制度がそうであるからであろう。

*65 この改正時には無効審判の廃止、即ちダブルトラックの解消議論もあったが、無効審判は公的立場からの特許要件有無の再見直しで、その審決に対世効があるといった理由から存続することとなった。

*66 その立法・裁判所判断自体に物申す気はないが、著作権に係る「シェーン事件(最判 H19.12.18.)」でその保護期間が問題になったが、この発端は映画の著作権を 50 年から 70 年に延長しようとするに当たってその適用がある映画の範囲を H15 改正法付則で定めるところ、法案提出の文化庁は昭和 28 年公開分は含むつもりが法文上はそうは読めないとして裁判所は昭和 28 年公開の映画シェーンに影響された保護期間を適用しなかった。これは結果として行政庁の意向が(立法を含めてか)裁判所には反映されなかった事例である。

ブ的判断をして欲しい^{*67}。

ただこのことを逆に言えば、行政のサイドも、その立法時の政策的意図や、現状あるいは今後に向けて制度運用の考えや"思い"が、司法サイドにも十分に伝わるようにすべきであろう。例えば、行政当局がその運用指針等決める際に司法の参加を求める等は十分意味があろう。

注；なお三権分立から参加したからと言って司法がそれに従わなければならないことはないし、そうすべきではない。

他方で立法のところで申し上げたが、立法においては背景集団からの政治的バイアスがかかること(行政も然り)がある。特に知財権の場合はその権利拡大の傾向となりやすい。よってこのような場合は、司法がその行き過ぎを是正すべく、個人の自由や市場の自律機能を尊重しての慎重な方向で取扱う(判決する)ことが望まれる場合もある。

3. 制度見直しの視点

この「視点」に入る前に、2. で検討してきたことを今一度整理し直してみる。

即ち、

1) 知的財産制度は、自然法的な権利の体系というよりは、広くは経済社会の発展、狭くは個々の知的財産法制の定める直接の目的(例えば特許ならば発明の奨励)のための「功利主義的な制度」と言える。

そしてこのような社会全体利益のために功利主義的制度を構築することは何らおかしいことではない(正当である)。

2) なお上で個々の直接目的の促進を強調すれば「インセンティブ(付与)制度」といえ、またそれを実現するのはある意味(産業)政策といえることから「(産業)政策的制度」とも言える。注；著作権も出版・音楽等の産業に係る

3) この功利主義的制度の行為規範として、知的財産制度はその特徴として「排他権」＝他者行為の禁止、を定めるが、その禁止行為はいわゆる「不正競争」行為である。この意味から知的財産制度の共通原理として不正競争防止性が言える。

注；ここで不正競争とはパリ条約 10 条の 2 の不正競争を意味する。

この「不正競争」を禁止することは、何ら不当でなく、正当である。

4) このことを逆から見れば、知的財産とは、不正競争から保護すべき無体物である。また保護することから、結果として「財産的権利」とも言えよう。

5) この排他権は、他者行為を禁止するところ、「個人の自由」は近代市場経済の前提でもある。更に、利用や複製等の模倣行為には「模倣の自由」の原則もある。

よってこの排他権の範囲は、これらとの緊張関係から、必要最小限・限定的であるべきである。よって市場で自律的にその目的が達成されるなら(例えば先行者利得で初期

*67 平成 12 年のボールスプライン事件最高裁判決で、我が国初の「均等論」が認められたが、当時のプロパテント的な流れを裁判所としても組んでくれたのではなかろうか。

投資回収可能)、敢えて他者行為を禁止して、保護する必要はない。

- 6) なお知的財産制度は、排他権に所有権を擬制し、また要すればその登録審査等手続きを設け、更に排他権の内容もその対象とする知的財産から異なる。ここから、知的財産制度は極めて法技術的な制度でもある。
- 7) 近代市場経済においては、有体物のみならず無体物もその市場取引の対象とする。
知的財産制度は、この近代市場において、無体物を市場取引するためのルール(システム)であるとも言える。
そしてオープンイノベーションやインターネットの進展で知的財産の市場取引は益々重要となり、その促進が求められる。(むしろオープンイノベーションの背景である技術の高度化・複雑化からは連携=取引は、今後の技術開発に不可欠とも言えよう。)
- 8) この「取引」の観点からは、その知的財産を取引可能なように市場に置くこと、即ち「開示」が重要となる。他方で情報取引においてはアローのパラドックスから何らかの保護が必要となる。この点、排他権、特に差止権の付与は、開示促進的である。
- 9) 加えて、知的財産法制における登録等の権利客体・範囲の確定や、禁止行為の予めの明示等々は取引促進的でもある。なお排他権・差止は、取引契約違反や無断侵害の場合の救済に効果的で、翻って、知的財産の市場への開示への代償を保証する。
- 10) 以上から、創作奨励に加え取引促進の観点から知的財産制度、特に排他権(差止権)付与は、より正当化できるように思われる。
- 11) プロパテントの下、近時のグローバリズムや経済統合の進展の過程で、知的財産権については、財産権主義的傾向が強まるとして、倫理学から懸念を表明するところがあった。この倫理学の背景には、「社会正義」の観念がある。
よって知財制度の運用やその拡大をする場合、この懸念にも十分配慮すべきであろう。
- 12) また知的財産権の強化は、競争当局の積極的関心をも招いている。
知的財産制度は無体物の市場取引システム・ルールである以上は、市場秩序一般法である独禁法の適用を受けるべきである。そして上の倫理的観点等も考え合わせれば、競争当局の積極的関与は望ましいと言えよう。
この適用は、実際の案件に対してであって、それは準司法機関たる公取委が行えば足りる。(知財法も競争法的観点は内在するが、競争政策の観点からのその知財法運用においては、その内在する規定を遵守して権利の査定等すれば足り、それ以上の配慮は原則不要であろう。) 注;新たに制度設計する場合、競争を考慮することは必要であろう。
- 13) 知的財産権は社会システムである以上、社会システムとして運営可能か、即ちその運営コストが合理的な費用や手間の範囲内か、といった観点からの検討が必要(「規制の経済」)。
- 14) また社会システムとしての効率性も問題。この効率性は、運営経費等からの「経費効率性」と、妥当な運用等確保のための適切な役割分担の「役割効率性」がある。
・立法(国会);その役割として国民生活に関連する知的財産権の創設や規制範囲の修正は基本的には立法ですべきであろう。ただ立法化には事前の利害関係者の調整が必要で

そう安易にはできない。しかし現実の事案が起きると対応せざるを得ず、それは行政あるいは最終的に司法が既存法の運用解釈で対応する(役割効率性)。

なお立法は国権の最高機関たる国会審議を経るが、事実の問題としてその背後の政治的集団からのバイアスがかかることがある。そして知的財産の場合、ややもすると拡張傾向となる。そして縷々申し上げたように排他権等は個人の自由制限は最小限にすべきであるところ、その実運用での是正・修正に司法の役割が期待される(役割効率性)。

- ・行政(政府)；登録や審査といった制度設計は、他方で行政経費もかかることから「経費効率性」の観点からのチェックが必要であろう。(要すればこの観点からの制度見直しもあり得る)

また準立法的効果ある行為として「審査基準」の策定があるが、それは制度運営上必要であるが(役割効率性)、その策定に当たっては、当該知財法の趣旨等を十分踏まえる必要がある。

- ・司法(裁判所)；まず個別事案への法の適応において妥当な結果を出すことが必要。この点、知財訴訟を巡る一連の制度改革は、その技術専門性への対応等の観点から評価できる(役割効率性)

なお具体事案への対応で、本来その対象ではないものを既存法の解釈で対応せざる得ない場合があるが、その際は、当該法の趣旨その他を十分踏まえ慎重に行うべきであろう。特に特許権侵害訴訟で 104 条 3 の導入で裁判所が独自に特許権無効認定できるようになったが、審判制度の存在等を踏まえるに、慎重にすべきではないか。

<見直しの視点>

以上のとりまとめと若干重複するところもあるが、これからの知的財産制度の見直しの視点は；

- ①知的財産制度は、功利主義的あるいはその目的達成のためのインセンティブ付与制度に過ぎない。また極めて法技術的なものである。

そして、その特徴と言われる排他権ですら、絶対権的なものではない。

⇒功利主義的ないしインセンティブの観点からの制度の見直し。

その際、「排他権」に拘る必要はない。

注；なお「排他権」を廃止せよという主張ではない。

- ②オープンイノベーションやインターネット時代であっては、従来の創作奨励も重要だが、むしろ「連携＝取引」、「開示」をより重視すべきではないか。

従前の創作奨励的視点では、その費用回収から知的財産権の財産権的(proprietary 的)活用を重視する傾向になりやすかったが、「取引」(連携)の観点からは、この財産権的強調はむしろ阻害的となる可能性がある。

⇒発明奨励よりも、連携＝取引奨励の視点からの見直し

- ③なおプロパテントの影響で(特許に限らず)知的財産権の財産権主義的傾向が強まるとして倫理学から懸念が表されている。同様に財産権の"イメージ"からの安易な拡張傾向は危険であろう。また競争当局もその関与を強めている。

⇒知的財産権強化等に当たっての慎重な視点（現行制度運用見直しも含む）。

（特に、知的財産制度はその保護に排他権を用いることが多いが、それは「模倣の自由」や近代市場の「個人の自由」の原則から、出来るだけ限定的・必要最小限に。）

④その他社会システムである以上、システムとして成立するか(特に創設・拡充の場合)、また個々の手続きの行政コスト・ベネフィット比較の経費効率性の視点、システム運営上の社会経済的に妥当な結果を導き出す役割分担効率性の視点も必要。

⇒これらの視点からの、より効率的・妥当な結果となる制度への見直し

補；最近、法と経済学がよく言われるが、これら法制度もその正当化には経済的効率性が求められることがある(排他権について経済学的分析があった如く)。しかしながら、経済学はモデルの現実再現性に問題があり、実証もそのデータ収集等に問題があり、どうしても限界が存在する。この点田村教授は^{*68}、この経済学的な意味からの効率性の検証の困難性から、その制度がそのような実態に至った民主的決定というプロセスに正当性を求められる。ただいみじくも教授が指摘されるように、民主的ということだけでは、例えば立法過程での政治的圧力があり、その解決方法のガバナンスとしての司法を上げ、要は機能分担でのプロセス正統性の担保を言われる。よって制度設計(是正も含む)に当たっては、上での司法に限らず、行政での個別作業を含め、要所要所での「プロセス正統性担保」を考慮する必要がある。

4、特許制度の見直しの方向(試案)

<経済理論のおさらい>

この検討に入る前に2. 2)c.排他権のところでは予告したように、特許権、即ちその排他性(独占性)を巡るところの経済分析を幾つか紹介する。なお以下は、バーク等がその論文(2003)^{*69}で行ったものからの要約引用であるが、彼等はこの論文で、「業種毎に異なるイノベーションの創出過程と知財の果たす役割」が違うとする。

その理論的説明としては以下のとおり^{*70}；

プロスペクト理論；Kitch(1977)が鉱山開発理論の延長から展開したもので、最初に発見した者にその後の開発を含め排他権を付与する。これはその後の開発リスクから、事前に総取りを決めないと投資する者がいなくなるとする。またこうすることで、その後の開発がこの権利者によって効率的に行われ、また他者が投資することはないの

*68 脚注 49)に同じ。

*69 Burk and Lemley "Policy Levers in Patent Law" (知的財産政策研究；北大 21 世紀 COE プロジェクト第 14 号(March 2007))

*70 なおこれらの理論の前提に；シュンペータの独占インセンティブ論、即ち独占のようなメリットを与えないと誰もイノベーションに投資しない、という"古典的"な理論がある。

で重複投資も回避される。この分野が馴染むのは、医薬品分野、即ち、薬剤等の発明後、臨床その他の開発や安全性確認等に多額の費用を有する。

競争的イノベーション；Arrow(1982)、シュンペータ理論に対し、独占者は怠慢でいられる、またその後の開発投資を削減するとし、競争こそがイノベーションを推進するとする。そして、知財権を必要とする唯一の理由は事後的な支配権ではなく、事前のインセンティブを付与することとし、プロスペクト理論を批判する。この理論で特許が正当化された場合、特許は発明の特定の実施のみに狭く限定され、市場で競争をコントロールする権利を与えることは通常ない。この適用分野としては、特にインターネットや通信市場(Lemley(2001)の実証研究等あり)。なおビジネス方法(1995年に特許化)の分野も然りとして、その特許性(化)に反対する^{*71}。

累積的イノベーション；Merges and Nelson(1990)。これは前2者が単一発明に関するものであったのに対し、イノベーションが累積的な場合についてであって、最初の発明者とその改良者で如何に配分するかを分析する。そして Kitch のように最初の者に全部を与える集中的な管理をさせることは機能せず、賢明ではないとして、Kitch とは全く逆方向の結論を導く。曰く、発明・イノベーションは速い方が良く、競争関係は殆ど無いよりは良い。実証的にも、殆どあらゆる分野で改良発明の重要性を示しているとする。ここでは、特許は重要ではあるが、特許権によって排除する力は限定的であるべきと主張する。その適用分野にはソフトウェアを上げる。即ち、改良強化が必要で、改良プロセスでのそれぞれの改良者にインセンティブが必要とする。加えて特許法への示唆として；1)この分野では強力な保護ニーズは少ない、2)前の古い世代の初期特許が妨害的(特に均等論の適用を警戒；Cohen and Lenley(2001))、3)しかし低いレベルの多数のイノベーションもたらすに特許は必要(著作権保護は機能保護しない)。ただしそれは狭く、何世代にわたるようなものであってはならない。

注；パークらは触れていないが、スコッチマーは、パイオニア発明の重要性からそれを行った者に報いることの必要性を説く。

アンチコモنز；Heller(1998)は、アンチコモنزとして、「特許権を与えすぎることは、新製品を作るために・・・(多くの)権利を使うことが必要な場合に・・・新製品の開発及びマーケティングを阻害しかねない」と論じる。これが懸念される分野としてバイオを挙げる。バイオ、特に DNA 配列等は、長期の開発期間と多大な費用がかかる一方で模倣が容易で、その意味で保護する必要はある^{*72}。しかしこの DNA 配列への特許付与は、他方でそのための試験・解読方法や実験ツールの開発を必要とする。これらリサーチツール(と総称する)が権利化されると、下流の研究へのコントロールや、多額のロイヤリティ徴収、さらにリーチスルーライセンス(そのリサーチ成果物への権利行使)等が懸念される。なおこれは経済学での補完性問題の一種で・・・解決する

*71 即ちビジネス方法は、特許無くても競争で発展。先行者利益等で十分な報酬ある。多大な投資も不要。

*72 しかも広めの保護範囲が必要。なぜならば特定の DNA 配列には機能的等価物が多数存在し、それを抑える必要がある。

には二つの方法；少ない会社間で権利を統合するか、付与特許の数を少なくすること。より具体的には、①バイオ技術会社と製薬会社の連携等(垂直統合)、②その解読費用が十分に安くなった、あるいはその他インセンティブの存在から ESTs(遺伝子断片)の特許化を拒否^{*73}(数を減らす)。最後は上の解にはないが、③交渉が十分簡単であれば実務上克服できる、とする。

特許の藪(thickets)；Shapiro(2001)は、複数当事者が同一技術の諸側面をクレームすることが可能な場合があり、このクレームの重複を「特許の藪」と読んだ。アンチコモنز同様に、これは複数発明を組み込んだ最終製品を作る場合に生じる。実際はクロスライセンス等での藪の整理手段が必要で、こうした整理ができるような特許法であることを含意するが、より一般的には、対象の重複問題が生じないように狭いものとするべき。なお自分で特許を持たない者には、この藪は、私的な特許税を創設することになるとする。この典型的場面は、半導体産業。なおこの業界は「特許兵器時代」、即ち互いに市場からの排除能力を持つ、が故に、仮に行使すると相手からも同様の攻撃を受ける。よって互いに攻撃されるのを回避するためクロスライセンスを結ぶ。なおこれは業界内の場合、業界以外の第三者は、あっという間に攻撃されてしまう。結局、この藪を整理する方法を見出した者のみが統合製品の製作が可能となり、実務的にはこの交渉のメカニズムを整備・改善することが重要かも知れない。

以上の分析からパークらは、これらの経済理論はそれぞれが特定産業を念頭に置いたときにのみ説得的とし、よって他産業ひいては一般論としての当てはめには限界があるとす。しからば個々の産業毎に個別の特許法を策定するかについては、彼らは否定的である。(因みに TRIPs27 条は技術分野別の差別的取扱いを禁止している^{*74}。) その理由として；1)個別産業毎の特許法を作ること自体懐疑的であり、実際(実務)はケースバイケースの適用の文脈ではないか、2)相当の事務負担と不確実性の増加、3)ロビー活動からの歪みの懸念、を挙げる。なお「グロテスクな著作権法(新ルールや例外で税法並に複雑怪奇)にはなりたくない」^{*75}ともしている。

いずれにせよパークらは、一つの特許法で対応可能であり、特許法は既にいくつかの政策レバー(潜在的を含む)を有しているとする。また個別産業(バイオ、化学物質・医薬品、ソフトウェア、半導体)について、上記の経済分析を踏まえ適切な政策レバーを述べている。そして、裁判所がこれら政策レバーを適切に行使すべきだとする。

なおこれを裁判所が行うのが適切かについては、「立法府よりも調整を行うに良好な位置にあり、合理的時間的枠組みでかつ合理的費用で、産業を評価し、それに従いイノベー

*73 ESTs は、その有用性が示さなかったのが特許不可の直接の理由。

*74 「しかるに実際は個別産業で違い、これは EU 等も同様」とする。

*75 これは我が国にとっても滋味尽くす発言ではないかと思う。

ションに関する政策を採用するための十分な能力あり」、とする^{*76}。

(参考) パークらが挙げる政策レバー

*注；筆者がまとめたもので、要点の抽出のみで正確性には欠けるところはある。

特許法上の9つ

a.抽象的アイデアの除外、b.有用性、c.実験的使用除外、d.当業者(自明性水準)、e.非自明性の二次的考察^{*77}、f.明細書(開示要件)、g 合理的互換性(均等論)、.h.先駆的特許(パイオニア発明は広めに；最近事例が殆ど無い)、i 逆均等論、及び潜在的なもの4つ

a.有効性推定、b.新しい二次的考察(発明の重要性とその費用を考慮)、c.パテントミスユース(コモンローから。最近適用件数減少)、d.差止措置

個々の産業の政策レバー

A.バイオテクノロジー：現在のCAFCの基準は、低い非自明性に厳しい開示要件^{*78}。

しかし裁判所が言うほどバイオの発明はそれほど不確実ではなく、むしろその後の薬品への開発の方が不確実。他方厳しい開示は、この低い自明性の反動で、構造の開示等を要求し、それには実際の分子特定が必要で、それには相当の費用がかかる。よってむしろ自明性基準はやや高くし開示要件を緩くすることを提案。部分的にプロスペクト理論、部分的にアンチコモنزの理論。発明者に十分なコントロール。他方で抽象的なアイデアへの特許権は認めない(ESTs)。明細書は広いクレームを認めるように。均等論も緩く適用する。実験的使用は広く認める(非侵害)。

B.化学物質・医薬品；バイオテクノロジーとほぼ同じ。プロスペクト理論に適合する。開示要件緩和、均等論強化で少数の広い特許。また有用性基準でアンチコモنز回避。なお留意すべきはパテントミスユース。特に一物質複数特許での期間延長(医薬品)は、高い非自明性で防止。

C.ソフトウェア；発明後の開発期間短く、費用も安く、そう複雑でもない。重要な開発は最初のコード化で行われる。現在のCAFCは、やや高い非自明性と実施可

*76 加えて、立法での「ルール」＝適用は厳格、に対し、裁判は「基準」＝事案に応じての柔軟対応の可能性があり、の方が望ましいとする。なお先取りすると、この「ルールと基準」の議論は、特許庁の審査基準にも言えよう(少なくとも立法よりは臨機応変)。

*77 二次的考察とは、日本にはあまり馴染みのない概念だが、非自明性判断の際に、その発明の商業的成功や、過去に多くの者が失敗したというような、技術とは直接関係ない周辺事情を考慮すること。

*78 こうなった経緯を筆者が概略まとめるに；95年のin re Duel判決で非自明性が緩められDNA発明を拒絶しにくくなった。この反動で97年のIli Lilly判決で記述要件(112条)として「その構造式や化学名」の記載を要求し、また本発明がネズミの実例のみからクレーム範囲を「全ての種」にひろげるところ、「十分な数の開示必要」とした。この傾向がその後04年のRochester大学事件でDNA発明のみならずその利用医薬発明にも適用が拡大している。この記述要件は、国際的にはやや特異で、実施可能要件との関係が米でも議論されている(ここでは省略する)。

能要件は緩和して広い保護を認めており、"相当遠く"でも侵害を認める。他方、その幅広い機能が説明できた段階でコードが不確定でも特許準備ありとする。よって出願人は早期の出願を求められる^{*79}。この分野には累積的イノベーション理論を適用して、漸進的発明も容易に特許取得できるようにすべき。このため非自明性基準は低めに、また結果としての特許権は狭く。またその保護は世代に渡るべきではない。非自明性に「新たな二次的考察」の適用、開示要件は引上げ及び均等論は制限(狭い範囲)する。なお RE(リバースエンジニアリング)は非侵害にすべきである。

D.半導体；開発に高い費用。他方特許は資本を引き寄せる。また開示機能は重複努力を防ぐ。これらは特許基準緩和の方向に。しかし特許範囲博大は「藪」のおそれ。半導体は多数発明で構成。よってプロスペクトなニーズはない。低い非自明性が馴染む。かつその範囲は狭くすべき。これは明細書・当業者水準でこのように調整。均等論の適用も厳格にすべき。「藪」回避には差止を認めない、あるいはやむを得ない案件での強制実施権のようなものの創出もある。

<バークラからの含意>

バークラの分析の紹介が長くなったが、一言で特許権といっても、その意味内容は個々の産業や技術分野で異なっており、それを一貫するような経済理論はなく、その分野毎に合う経済理論を当てはめ、それに基づいての制度設計・運用というのは基本的には正しい認識であろう。

他方で、技術分野で違うから別々の特許法にするということに反対することも、しごく当然であるように思われる。即ちバークラが言うように、そもそもどう技術分けするのか、特にこの技術複合に時代において、また仮にするとしての立法、運用等々の手間やコストが合理的範囲内にとどまるとは到底思えない。また TRIPs の縛りがあるのは前述に通り。

そこでバークラは、特許法はそのままで、裁判所が、既存あるいは改良した「政策レバー」を、産業・技術分野に応じて適用することを提案する。

この点、若干付言するに、米国は判例法の国で裁判所は一般的に立法的行為に慣れているであろう(他方我が国は法治主義で判例法主義ではない)。またこれは米特有の事情であるが、一般的に米行政府、特に連邦政府は、そもそもその権能が限られている。即ち移民国家で英から独立した米国は、そもそも自治中心で政府への授権は極めて制限的で、かつその場合も州が優先で連邦はその余、というのが基本である。なお米憲法には知財条項があるが、これは知財が重要というのものもあるが、むしろその意義は、知財に係る権限は連邦政府にある(州ではない)ことを意味している^{*80}。

また現実問題として、米特許庁はその審査官がその相当数が短期間に離職するという問

*79 米国では出願可能後 12 月超える前に出願しないと権利を喪失する(102 条(d))。

*80 因みに過去に特許権等も州権限であったところ、州際通商が混乱したため、連邦書簡になったと言われている。

題もある^{*81}。よって米国は、そもそも行政(特許庁)にこのような調整権限もなく、また能力的にも不安がある。

しかしながら我が国においては、2.5)で述べたように、特許庁には既に十分適切に機能している審査基準を有し、またそれを改訂するに十分な能力があることから、原則的には「審査基準」に任せるべきであろう。なお審査基準で定めても、これは特許権査定段階の話であって、それが紛争となれば最終的には裁判所の出番(判断)となる。よって我が国裁判所においても、この審査基準の趣旨を踏まえての判断を期待したく、またそのためには審査基準策定段階から、あるいはその改訂を行う毎に、裁判所との十分な意志疎通は必要であろう。

話を戻して、審査基準で対応するとして、如何に対応すればよいか。

我が国現行審査基準は、平成 12 年に全面改定がなされたものであるが、その構成は平成 5 年の審査基準に遡る。それは、それ以前の一般審査基準、産業別審査基準等を整理統合したもので、産業別の審査基準は原則廃止されている。ただ例外的なものについてのみ「第Ⅶ部^{*82} 特定技術分野」として基準を分けている。この特定分野とは、まさに当時の「新しい技術分野」であって、平成 5 年当時は「第 1 章 コンピュータソフトウェア関連発明」と「第 2 章 生物関連発明」であった。この特定分野はその後暫くはこれら二つであったが、平成 17 年に医療機器の作動方法や投薬方法による医薬品発明等が「産業上利用可能な発明」とされ、これを受けて「第 3 章 医薬品発明」が特定分野に追加されている。

これらの記述内容は、その分野発明の概念や言葉の定義・説明、留意事項等の他、発明の詳細な説明としての記載事項(実施可能要件)、特許要件(新規性、進歩性)等々の他具体的事例を掲載している。なお発明概念、記載要件、特許要件については、第Ⅶ部の前の第Ⅰ部～第Ⅵ部記載の一般的基準と重複するところもあるが、そこは一般的基準を適用しつつも特定技術のその特殊性からその適用を調整したもので、一般的基準を逸脱したものであるのではない。

即ち TRIPs²⁷ 条は、技術分野での差別を禁止するところ、他方で特許権の付与は、「新規性、進歩性及び産業上の利用可能性」のある全ての技術分野の発明にた対して与えられ、この審査基準においては、この特許付与要件(新規性、進歩性、産業上利用可能性)をなんら変えるものではない。ただ新規性や進歩性は、その分野の当業者(及びその慣行とする技術水準等)から変わるところ、その変化を折り込むことは何ら TRIPs でいうところの差別ではないと思われる。よって極論すれば、当業者概念の設定で、新規性、特に進歩性判断は技術分野によって変えられるし、また変えるべきであるとも言えるのではないか。

注；審査基準上「当業者」一般は第Ⅱ部第 2 章 2.2.(2)(進歩性のところ)にあり、コンピュータ発明

*81 因みに特許庁報告書(脚注 4)に同じ)によれば 2002～6 年の採用 3672 名に対し離職は 1643 名。民間の方が待遇がよいという事情もあるらしい。なお米特許庁も MPEP(審査基準)を持つがそれは判例を文書化したもので独自策定ではない。むしろ特許庁に規則制定権限を与えようとした改正法案もあったが採決直前に議会で削除された(昨年秋)。

*82 現行(平成 20 年現在)審査基準での番号。以下、同じ。

は独自の「当業者」を規定する(2.3.3.)

よって特定分野として特段まとめて扱う必要性があれば第Ⅶ部に追加すればよく、その余の場合は、その一般的基準のところでの事例掲載(例えば;「新規性の判断に関する事例集」第Ⅱ部第2章3、等)で対応することは可能であると思われる。

補;平成5年までの審査基準が「一般」と「産業別」に分かれていたことは前述のとおりだが、その理由は、産業別の体系は複雑であること、加えて改善多項性(S63)やコンピュータ、バイオといった新技術の出現等もあったことから^{*83}、現行の原則一本化の体系に変更させたものである。

たしかに旧体系は産業別であり、また一般基準はあったものの、現行のもの(第Ⅰ部以下)とは違い極めて粗く^{*84}、むしろ特許要件判断は産業別の方に多くを依存していた。これでは複雑であり、共通則をまとめたいたし当時の考えは理解できよう。他方当時、産業別基準を作り始めた昭和30年代後半の状況、即ち特許の実体審査の基準で成文化されたものが殆ど無く、審査が審査官の職人技的に行われていた状態では、むしろ産業分野毎に実体審査の基準を整備することが急務であったと言える。そしてそこで集められた実体審査の基準を産業全般にしたのが現行審査基準であろう。

ただパークらが言うように、発明の過程は技術分野で異なり、その経済分析(更には産業政策的観点)も異なりうる。ならば可能な限り、その分野に併せての判断が望ましいのではないか。即ち、問題が起きそうな分野について(何も全分野に作る必要はないが)「〇〇分野判断事例集(あるいは留意事項集)」みたいなものを作り、公表してはどうであろうか。なおこの策定には、現場審査官のみならず産業界や法曹関係者にも入って貰ってはと考える。なおこのような作業は、最近の科学技術の急激な進歩を踏まえてより適切に対応できるものであり、また旧産業別基準集の冒頭文の中に「その策定過程が関係審査官に対するいわゆる会議方式の『研修の場』になるという意味において、別の大きな意義を有すると信じている」^{*85}とあるが、まさにその通りであろう。注;『』は筆者

<見直しの方向—総論—>

この議論に入る前に、大前提として、現行特許法の体制、即ち一つの特許法でその特徴として排他権を付与する等々は、基本的に維持することとする。

補;因みにMaclup(1958)は、米特許制度を調査した際に次のように述べている。

「もしそのシステムの善し悪しが不明な場合、もっとも安全な政治的結論はそのそれ

*83 平成5年審査基準(平成5年6月)の「序」参照

*84 当時の目次;1.単一化合物の用途発明、2.明細書の要旨変更、3.併願出願(その1)、4.発明同一性、5.考案の同一性、6.併願出願(その2.3)、7.発明の成立性、8.組成物、9.出願公告決定後の補正、10.(未;公序良俗)、11.コンピュータ・プログラム発明(その1)、12.出願の分割、13.明細書 といった具合。

*85 「産業別審査基準について」昭和39年10月10日 産業別審査基準作成評議会会長 吉藤幸朗

と共にあるか、それ無しですますか、・・・それらをごちゃ混ぜにして、現在の知識をベースにした一つの勧告に責任を負わないこと・・・我々は長年特許システムを有しており、現在の知見ではその廃止を勧告するに責任を負えない。」

では、オープンイノベーションの時代で、連携＝取引促進の観点から、ひいては産業の発展に寄与するには、特許制度は如何にあるべきであろうか；

- ・「発明」自体は奨励すべきである。

「発明」はやはり産業発展の基礎であり、またパラダイムの変遷で触れたように、今後の我が国の発展にイノベーションは不可欠である。そしてオープンイノベーションのそもそもの目的は複雑・高度化した技術におけるイノベーション促進のためである。また「発明」はオープンイノベーションでの連携＝取引の対象であって、その充実はいわば「(取引)商品」の充実であって、当然に重要である。

- ・このように「発明」＝「商品」と観念すると、それが質の高い(価値のある)、また瑕疵の無いことは、取引安定上極めて重要である。

この質の高さには新規性や進歩性、産業上の利用可能性を満たすことは勿論、その後において紛争等生じた際に十分「権利」として対抗できるもの、即ち「瑕疵の無い」ものであることが必要となる。そして前者の観点は専ら特許審査の話ではあるが、後者は、拒絶査定不服審判や無効審判(含む審決取消訴訟)や、侵害訴訟の場においても耐える(無効とされない)必要がある。ここからは審判手続きの適正化(含む訂正審判)が求められ、また特に裁判所との関係が問題になってくる(例えば 104 条の 3 の運用とかも)。

- ・「発明(商品)」の質からは、イノベティブなもの、いわゆるパイオニア発明は、社会的にも価値が高く、その保護は厚く、広く認めたい。
- ・「発明(商品)」があまりにも多い、特に特定商品関連への集中や重複的な状況(いわゆる「藪」)は避けたい。その意味で、進歩性は原則として高めにする。(もっともその分野の当業者から、そのレベルは技術分野で差はできる。)
- ・この数と質の両面から、国内優先権主張で一特許に関連特許等を補充し充実させることは望ましい。
- ・また早めに連携＝取引を行うには、早期の出願、即ち結果として早期の出願開示＝市場への「開示」、が望ましい。ただ早期出願の場合、往々にして準備が不足することもあることから、公開代償原則に反することはできないが、その許す範囲で「補正」等は広く認めるべきであろう。これは前述の国内優先権主張においても同じ。
- ・また権利を付与する以上は発明は完成している必要があるが、ただ「完成」の意味として、例えば「有用な実施例」が一つでもあれば良しとし(まさに現行の審査基準)、またその「有用」性も広く(緩く)解すべきであろう。
- ・なお用途発明のあるものは、基本的には当該開示した「用途」のみを権利行使の範囲とするべきであろう。ただ当業者がそのクレームから当然その範囲に入ると認識するものについては、その限りではない。
- ・「差止」は、取引違反や侵害からの保護から原則として発動できる。これは連携＝取引交渉を公平に行う上でも必要であり、そもそもアローのパラドックスから、市場に

発明を開示する際の補償としても必要である。

- ・ただ「差止」の実際の発動は、社会的損失となる可能性もある。例えば、極めて競争が激しい分野では、たまさか同じ発明に複数者が取組み、その内の一人がタッチの差で発明を完成し出願した場合、その者が特許権を取得して他の者を全て差止(使わせない)とすると、差し止められた者のそれまでの投資が全て sunk cost 化(無駄)になるおそれがある。よってこの無駄を回避するには、できるだけライセンスでの金銭的解決が望ましいであろう。
- ・同様のことは、その発明技術がいわゆる標準(あるいはインターフェース技術)に採用された場合である。なお標準化は、消費者を含めた社会一般の便益を向上するのみならず、オープンイノベーションにも資する。
- ・以上から「差止」の発動を必要な場合は制限する(こうすることも知的財産は絶対権ではない(単に物権擬制しているだけ)から可能であろう。ただしその根拠を特許法にするかあるいは独禁法等にするかは検討。)
- ・なお排他権、特に差止は、基本的にはオープンイノベーションとは対立する可能性がある。またそもそも個人の自由を前提とする近代市場経済や競争政策とも衝突する可能性もある。更に近時は倫理面からの懸念も表されている。よって市場の自律的作用、例えば先行者利益等、で十分投資回収可能なものは安易に保護拡大すべきではない。また仮に保護するとした場合、その制度の社会システムとしての実行可能性、あるいはその効果と保護した際の副作用も十分に考慮すべきである。
- ・加えて、そもそもその発動が単なる私的な金銭欲に基づくもので、社会に対し何らの公的な貢献をしないようなものは、むしろ濫用としてその行使を認めるべきではない(トロール等)。
ただこの認定・取り締まりも特許法か独禁法等の議論はある。
- ・他方で、市場秩序維持の観点からは不正競争は防止すべきで、そのための排他権は許与される(もっとも何が不正競争下は模倣の自由から慎重な見極めが必要)。例えば、意識的な模倣は、しかも社会に何らの技術進歩的貢献等が無いものは、当然に取り締まり(禁止)されるべきであろう。

結論的には、現行制度とあまり大きな差異はないかもしれない。

「藪」や「質」の問題から高めの進歩性などは、現行審査基準と考え方は変わらないかも知れない。

ただ、審査基準そのもの及びその実運用も含めて、取引促進の観点からは、発明(=取引商品)の充実を望み、ために進歩性の認定や補正等に対して、寛容であるべきだと思うところはある(現行運用はあまりに画一低、厳しすぎないか、と思う)。

関連して「審査官教育・訓練」の必要性と、「異議申立制度の再評価」を提案したい。

また「差止」は、その行使は容認するが、実際の発動は出来るだけ回避が望ましく、特に標準やインターフェースに関連する場合、その制限が必要であろう。ただそれを特許法で行うか独禁法かは議論がある、等々。

以下においては、特許制度や審査基準、あるいはその運用、関連制度等々について、現

時点ですりあえず思いつく「見直し項目」(現状を維持するものも含む)を挙げてみることにする。

なおこれは試案としてのもので、こうすべきであるとまで提言するのではなく、今後の検討の課題(項目)としてのものである。そして当然にこれら事項は網羅的でもない。

<見直し項目－試案－>

○特許法として；産業別の特許法は現実的ではない。少なくとも当面は現在の産業別得ない一本の特許法体系を維持すべきであろう(その理由等は前述のとおり)。

○出願；その数的抑制

出願は研究開発活動の結果でもあり、その多さを一概には責められないが、40万件というのは余りに多すぎないか(その割には少ない海外出願をもっとすべき。特に国内のみならず海外でも活動している企業においては、逆に海外で取らないようなものは国内出願を控えるぐらいで良いのではないか)。注；優先権確保の国内出願は別の話
なおこの出願ラッシュに関連して模造データ出願問題^{*86}もあるようである。因みに米国では実施例として仮想的なもの(予測のみ)を禁止しており、仮にそれを"過去形"で表現・提出した場合は下手すれば罰則となる。しかし我が国ではその辺は緩いようであるところ^{*87}、特許権が排他権であって特権的であることに鑑みれば、確実な実施事実としての実施例を添付すべきであろう。そしてそれはまさに出願人倫理とも言うる。

補；実用新案権再評価

「技術的思想の創作」の保護として実用新案制度があり、特許権の実情からその一部を代替できるのではないかということは、2.5)〈行政〉のところで述べたとおり。なお現在、実用新案には方法の考案が無いが、別に「有り得無い」訳ではなく、追加しても良いのではないかと思われる。

○審査そのもの

現在は、出願に対して「審査官が拒絶理由を発見しない限りは特許査定しなければならない(51条)」。しかしながら、特許権は「特権」であって、いわゆる「許可」一本来的には権利があるが何らかの目的から禁止しているものの「禁止の解除」ではない。よって特許要件該当性の積極的説明は、出願人の側に負わせるべきではないか。(こうすることで質の悪い特許の出現も、また特許の数自体の抑制できないか。)

なお平成6年改正でクレームの書き方の自由化から、機能的クレーム等の場合、新規性・進歩性判断において、平成15年の改訂審査基準では、審査官は、先行技術との厳格な対比をせずに「一応の合理的な疑い」を抱けば拒絶通知可能と緩和した。ただ出願人の対応としては「審査官心証を真偽不明となる程度に否定」すれば拒絶理由は解除され

*86 「特許制度における出願人倫理について」岡田吉美；知財権フォーラム Vol.71 参照

*87 逆に追加データ・実施例の提出は新規事項との関係で厳格な場合が多い用である。この点後述。

る、とある。しかし特権付与することに鑑みれば、最低限「偽」ではない、少なくとも「真であろう」との蓋然性を心証として得る必要性があるのではなからうか(もっとも実務的には厳しめの対応になっていると推測する。)

なお上記の模造データにも関連するが、審査官には実験やそのデータの検証手段は持たない。よって審査官が疑念を生じた場合はその真偽を追求すべきで、出願人は真摯に対応すべきであろう。194条は必要書類の提出(任意)を求めることが出来るとあるが、これを活用すべきであろう(もしこれに従わない場合は、拒絶査定もやむなしであろう)。

○審査基準

・「発明」概念

現行維持を維持すべきであろう。即ち我が国は世界的にも珍しく特許法に「発明」の定義(2条①)を持つところ、世界標準と合わすべく"削除する"との議論もあるようであるが、反対する。削除論は「自然法則の利用」や「技術的思想の創作」の文言解釈の限定性を問題にするのであろうが、これは自然法則そのものや単なる発見は、その権利化(私有化)はあまりにも弊害が大きいからの予め特許としないとの措置であって、同様の除外措置は諸外国でも行っており、今後も維持すべきである。

- ・むしろコンピュータの普及から数学概念を用いた処理等が増えているが、このようなものは制限的にすべきであろう。この点、最近の判例「回路シミュレーション方法事件」(東京高裁 H16.12.21.)や「ハッシュ法事件」(知財高裁 H20.2.29.)はいずれ^{*88}も「数学的課題の解決方法自体や計算手順」は「自然法則を利用した発明ではない」としている。

・進歩性

進歩性は特許の「質」、また「藪」の問題に関連するが、一般的に我が国の進歩性基準は厳し目とされており、諸外国(AIPPI.US)も、「その維持が日本特許庁の第一の目的」としている。

ただ一つの懸念は、厳しすぎないか、ということ。また104条の3が出来たので裁判所も独自に進歩性判断をするが、特許庁が厳しめの運用すれば、勢い裁判所もそうならないか、懸念される。

現在の進歩性の基本的な考え方は、引用発明(先行技術)から当業者であれば容易に想到できたかの理論付けが出来るかである(理論づけられれば進歩性なし、不特許となる)。そして審査基準は、論理付けるためのいろいろな要素を挙げる。「単なる寄せ集め」とか、「動機付け」に関して、技術分野の関連性、課題の共通性、作用・機能の共通性、引用発明の内容中の示唆、等々を挙げる。他方で進歩性を肯定する要素として、引用発明と比較しての有利な効果や予想される範囲を超える顕著な効果を挙げる。よって、後者の進歩性肯定要素が見い出せれば良いが、そうでない場合は、引用発明とは、通常は分野なり機能なり何らかの共通性が有ると言え、そのことをもって「理論付けが有る」としやすいのではないか。また組合せでも、酷似技術分野ならばいざしらず、そうでない

*88 いずれも不服審判での特許不成立審決の取消訴訟で、裁判所として審決を支持。

類似等の分野での組合せを如何に判断するか。相互の関連性は遠いが、一方部分だけを見れば共に類する乃至関連するような記載が有れば、それらの組合せは「可能(又は要旨想到)」とされてしまわないだろうか。特に分析要素を細かく設定すればするほどそうならないだろうか。

なお米の KSR 事件連邦最高裁判決で CAFC の進歩性判断は差し戻されたが、このことが CAFC が採用していた TSM(教示と示唆と動機付け)テストを否定したかは議論のあるところである。KSR の件は、あまりにも近い先行発明を見落としたもので TSM テスト自体は変わらないとする説も有力なようである。この TSM テストが導入された背景は「後智慧」からの進歩性否定を防止するためで、どうしても出願と実際の審査には時間的違いがあることに鑑みれば、我が国としても心すべきであろう。

他方前述のように、進歩性否定のロジックは、極論すればいくつでも主張することはできそうで、そのうちいくつを審査官が発見し、それに対し出願人が応答しあるいは審査官自らが否定するかであるが、その数が多く、かつそれでも生き残ったものはその後も(訴訟等あっても)生き残る確率は高くなるであろうが、そうでないものは、訴訟等で次々と否定ロジックが出されると、生き残りは難しいかも知れない。(この意味から、異議申立制度の再認識するが、後述)。

特許権の法的安定性(また本来無効の特許が付与された場合の社会的損失)を考えれば、逆に安易な進歩性の認定はしない方が良いのかも知れない。しかし審査官が、その業界事情に通じ、揺らぎ無い「当業者」としての判断可能なら、進歩性が争訟等で容易く否定されこともなく、そのような懸念は無用なのかもしれない。

いずれにせよ特許権の安定性を考えると、特許査定されたものが、新規性欠如なら有る程度仕方ないが、裁判所で簡単に進歩性の欠如、故に無効とされることは避けたいものである。

・ 補正 ;

特許権の内容を充実させるには適切な補正は行うべきで、補正を過度に制限すべきではないと思う。

補正はかつては要旨変更しなければ可能であったものを、平成 5 年改正で国際的ハーモも考慮して「新規事項の追加」の禁止(17 条の 2 ③ ; 「明細書等の記載した事項の範囲内で」とされた。そしてその解釈として平成 12 年の審査基準では「直線のかつ一義的に導き出せるもの」とされたが、この文言解釈を厳しくすればその範囲は極めて限定的になることから平成 15 年の審査基準改定で「記載から自明の事項」に改められた。ただその意味するところは「(当業者であれば)まさにそこに記載されているのと同様であると理解できる事項」とされている(第Ⅲ部第 1 節 3.)。更に過去の判例が引用され、「その事項について説明を受ければ簡単に分かるという程度のものでは自明とできないというべき」(東京高判 H15.7.1)とされている。これだと平成 15 年改訂が補正範囲を広げたと言ってもそれはどれほど広がったのか疑問である。

思うに、公開代償原則から当初明細書等で開示していないものにまで補正を許すことは問題であるが、開示、即ち当業者なら「含まれているもの」と理解するものは「開示されている」のであって、それが実際に「記載されているか」とは本来別のものであろう。

この点、補正ではなく訂正に係る案件であるが、「新規事項」に関しては同様であるところ、平成 20 年 5 月 30 日の知財高裁判決は滋味尽くすべき点があるように思われる。事案は；無効不成立審決の取消訴訟に係るものであるが、特許権者が無効審判を受けたので無効理由とされる先行発明を除外するため、その先行発明部分を「除くクレーム」で訂正したところ、特許庁はこの訂正を認め無効審判不成立としたが、提訴者は、その「除く部分」は「当初明細書等に具体的に記載がないので新規事項の追加に当たる、違法である」と主張したのである。この訴えに対し、裁判所は 5 人の大合議をもって退けているが、その理由付けにおいて「(3)明細書(等)に具体的に記載されていない事項を訂正事項とする訂正についても、・・・明細書(等)によって開示された技術的事項に対し、新たな技術的事項を導入しないものであると認められる限り、「明細書(等)記載した事項の範囲内において」する訂正あるというべき」とし、「(5)補正事項自体が明細書等に記載されていないからと言って、当該補正に新たな技術的事項が導入されることになるという性質のものではない」とする。

また特許庁が何故この訂正を認めたかという点、現行審査基準は明細書等に記載無い場合を新規事項としつつも、例外的に先行技術を避けるための「除くクレーム」は記載等無くとも良いとの「例外扱い」をしているところ、裁判所は、この扱いについても「(6)「除くクレーム」とする補正も・・・明細書等記載技術的事項との関係において・・・新たな技術的事項を導入しないものであるかどうかを基準として判断すべきこととなるのであり、「例外的」な取扱いを想定する余地はない」と明確に否定している。

今後はこのような考えでの運用がなされることを期待したい。

なおこの判例の前の判例で、これは筆者として首肯しかねる事案として平成 18 年 12 月 20 日、同じく知財高裁判決があるが；事案は損害賠償請求事件で、原告特許の補正が新規事項追加で、補正日が出願日となる(当初出願日に遡らない)ところ、その補正は容易想到発明で無効、よって被告に侵害なし、としたもの。そこで原告が控訴したものであるが、知財高裁も原審の無効判断は正当として控訴人請求を棄却している。

注；本件補正は、当初の特許庁審査段階では容認された。その後、本件被告から無効審判請求されたところ、特許庁は無効成立としている。なおこの無効審判成立審決に対し原告が審決取消を求めたが、裁判所(知財高裁)は棄却、即ち無効との判断としている。

この新規事項追加というのが、テレホンカード発明において、そのクレジット額を「記憶」させるのと、そのクレジットの確認、その残高に応じての相手との通話の制御の「支払い」と通話を規定する(その順番は特定していないが素直に読めば「支払い」が先)ところ、「記憶」が先で「支払い」が後という時間的前後関係を明確(あるいは読み方によっては逆)にする補正したところ、「(上記のテレホンカードでのクレジット制御が同発明の本質であって)時間的前後関係は発明本質に何ら関係しないことが、出願明細書等から直ちに読みとれない」として、この補正は、「(些末な事項ではなく)新規事項である」とする。しかし筆者が思うに、迂回発明をする者がまず考えるのが順序の入れ替えであろう。筆者は「当業者」ではないので明確には言い切れないが、それを元クレームで防止できないのみならず補正すら認めないというのは、いかがなものかと思う。たしかに明確な記載はないものの、当業者からして明らかではなかったのであろうか、と

思われる。この発明は、定額の国内通話なら普通のテレホンカードで公衆電話でできるが、高額の国際電話では公衆電話では大変なので、通常電話で PIN コードをダイヤルすることで、予めの支払い額の範囲内で国際電話が行えるような発明したもので、システムとしては画期的な面、いわゆるパイオニア性があるように思われる。それを手順の順序という細かい点にのみ着目しての判断はいかがかと思われる。(これは無効審判成立とした特許庁に対しても同じ。)

思うに、出願人がうっかりミスで手順の入替可能性を書き忘れてたり、その他模倣防止等から当然書いておくべき事項を書き忘れることはあるだろう。その「まさに記載が無い(忘れて)」ことを救うのに、「当初明細書等に記載がない」というのは酷なような気がする。なお侵害段階で均等論という手も有るかもそれないが、均等論はそもそも安易に使うべきではなく、またその趣旨として、時間の経過(技術の進歩)で、本来それがあつたなら書き込むべきものが抜けているような場合の救済であつて、出願人のミスは本来の救済対象ではない。ただこの均等論は権利者を衡平の観点から救おうとするものであるところ、その精神を生かすのは、この補正での柔軟な(適切な)対応であろう。

補；パイオニア発明またはイノベーション発明と中小企業

イノベーションを研究開発と同義に使う例があるが、技術の進歩には、従来の延長線上にあるものの、それとは断絶しての突飛のないものがある。そしてイノベーションとは正確に言えば、後者を指す。そしてこれが行えるのは、大学を除けば中小企業となる。

何故ならば、近時の技術の高度化・複雑化は R&D 投資のみならず、その製品化にも相当の投資を要し、その回収には相当規模の市場が必要で、かつ市場で売るためには相当の販売経費もかかる。そしてこのようなことができるのは、資金体力があるのは大企業に限られるが、逆に、一旦このような態勢をとった大企業にとって、現状断絶的なイノベーションを行うことは、あまりにリスクとなる。因みに米では 80~90 年代以降、大企業がその基礎的研究を自分で行うことを止め、大学やベンチャーに頼るようになったのは、こういった背景がある。

このことは逆に中小企業も、その R&D 経費を賄うにはそれなりの販売が必要で、それには大企業のマーケット力に頼る必要が往々にしてある。ただし、そこにはどうしても体力の差があり、中小企業が大企業に互していくにはそれなりの力が必要で、特許権は重要な力となる。そしてその特許が強ければそれに越したことはない。以上から、パイオニア的発明はできるだけ広く保護すべきで、またそれを強くするには補正等で広くすることも重要であると思われる。

・特定分野

<コンピュータ・ソフトウェア発明>

バークらが言うところの累積的な発明であつて、進歩性は低めに、他方開示は広くすべきとしているが、我が国の場合、ソースコード開示までは必要とされていない。

そもそも 2.5) <行政>のところでも触れたが、この分野はそもそも「自然法則の利用性」に議論があり、従前は認められていなかったのが、審査基準自体の変遷の結果、「ハードウェア資源があれば良い」ような極めて緩いものになってしまった(当初から見れば

180 度転換)。これは米国でビジネス方法特許が認められたような時代背景があったとは言えるものの、いささか緩和のしすぎではないかと思う。なお米国でもアマゾンが、そのワンクリック特許について侵害訴訟を起こしたが、逆に消費者から総スカンを喰って提訴を止めたように、風当たりはキツイ。ためにその後幾つかの同様の特許が拒絶されたとも聞いている。また米国ではアマゾンは結局提訴を取り下げたが、提訴のせいでこのシステム普及が遅延したのは事実で、それは社会的損害との意見もある。加えて、このソフトウェア特許の取得主体がソフトウェア開発者というよりも、銀行や保険等々であることが結構ある。これらの本業はソフトウェアの技術開発ではなく、結局はソフトの開発行為に名を借りた特定ビジネス分野の独占を目論むものではなろうか。幸い最近日本でのビジネス特許出願自体減少傾向にある(少なくとも一時の出願ラッシュはない)が、今後の取扱いはより厳しめにおこなうべきであろう(場合によっては審査基準見直しもあるかもしれない)。

補 ; OSS ; オープンソフトウェア

近時、OSS として権利主張しないソフトウェアが WEB 等で流通している。思うにソフトウェアはパソコンが手元に有れば誰でも改良等が可能で、しかも元バージョンに逐次追加・修正を、自主的に(報酬求めずに)行い完成していく。このような性質に鑑みれば、排他権は必要でなく、むしろ障害であると言えるかも知れない。その証拠が、この無償の OSS の活況である。なお注意すべきは、この OSS でもそのメンテナンス等には資金が必要でその経費はサービス料等で確保している(タダではない)。しかしその回収に排他権を振り回すようなことはしない(せいぜい契約違反程度)。ここからもソフトウェアそのものの発明の特許化は制限すべきではないか。

注 ; 余談だが、マイクロソフト(MS)が最近特許権行使に熱心になっているようだが、筆者が推測するに、MS は一方で EU 競争当局からその独占性を問責されつつも他方で無償提供をそのビジネスモデルとする Google との今後の覇権争いがあるところ (Yahoo の買収 - 失敗したが - はその一貫であろう)、当面は(将来的には難しいかもしれないが)、現在の自社のビジネスモデル、即ち「有償」ソフトウェアで稼ぐことを出来るだけ維持すべく、そのためのツールとして特許権の活用を始めたのではないか。よってこれは極論すれば延命策であって、ソフトウェア世界で特許権が重要になってきたと言うわけではないように思う。

<生物関連発明>

ここの CAFC 基準は、自明性は低めにその開示は厳しくとあるが、取引の観点からは、開示を行うには進歩性は有る程度で、むしろ有用性は一つの実施例が有ればよい。但しその行使は、開示された範囲内とすべきであろう。

なおこの分野はいわゆるアンチコモنزの悲劇が懸念される領域で、特にリサーチツールについて問題となる。この点、我が国運用は、リサーチツールは単純方法発明としており(カリクレイン事件 ; 最判 H11.7.16.)、その成果物への権利行使を認めないこととしており、この点は安心である。

ただこのようなリサーチツールは、確かにこの開発自体も必要で、そのためのインセンティブ付与も重要であるが、その過度の行使(非常に高いライセンス料)は下流域での開

発阻害のおそれもある。よって特許法の制度ではないが、科技会議でそのデータベース化等も言われているが、更に進んで、少なくとも国(公)費が入っての開発は、その助成条件に「適切な(安価な)ライセンスを被差別的に行うこと」を入れてはどうかと考える。

<医薬品発明>

これは平成 17 年に追加になったもの。ここは進歩性云々よりも、そもそも倫理面から「発明」即ち「産業上の利用可能性」が問題となる。ここは従来から議論のあるところで、やっと平成 17 年に医療機械の機能や投薬方法での薬剤等が認められたが、「人間を手術、治療又は診断する方法」は依然として特許化されない。よって、この手術等の「方法特許」特許化要請が、産業界からの引き続き残された課題である。

筆者はこの分野に詳しくはないが、従前から述べているように特許権の拡大は倫理面から問題視されており、まさにここは(視点は変わるが)「倫理そのもの」の問題領域であって、その権利化には慎重であるべきであろう。なお米では特許化したから手術方法等が進歩しているとの説があるようだが、米国は NIH への政府助成も我が国の比ではないし、また米病院は臨床を大事にするところも我が国の比ではないように思う(さらに医師数やその教育システム等々もあろう)。また米ではたしかに特許化されているが、その実際の行使(差止等)は起きていない。多分それは医師免責(287 条(c))があるからであろうか。ところで、仮に我が国でも手術等方法を特許化するとして、その排他権をもって誰からその費用回収をするのか。多分、仮に特許化しても米のように医師免責とするのであろう(因みに調剤は現在も医師免責; 69 条③)。となると、誰から回収を図るのか。結局、手術方法そのものではなく、周辺の機器や薬品からとなるのではないか。そして排他権で抑えるのは、関連機器・薬品を開発しようとするライバル企業ということになる。たしかに医薬品分野はプロスペクトな分野かもしれないが、逆にその上流開発の成果から、下流での多数の開発用途が考えられ、最初に開示した用途はいざ知らず、その余の非開示用途までを制限するのは行き過ぎであろう。以上総括するに; 手術等方法の特許化は、倫理的な問題もさることながら、仮に特許化しても、その開発促進になるのか、どこから費用回収するのか、と言った問題もあり、その実効性にも問題があるように思う。

補; それでも特許というなら、米では特許取得可能であり、米で取ってはいかがであろうか。特に今後我が国は人口減少のおそれもあり、市場はグローバル化すべきなところ、米はうってつけの大市場である。なお米への直接出願が大変というなら、まずダメもとではあるがとりあえず日本で出願して優先日を確保すると言う手はある。優先日はその出願の事実が重要であって、その出願が特許化されるか等は関係ない(属地主義)。

<その他の分野>

特定分野は今のところ上記の 3 分野であるが、産業的に特殊なところは、ここで同様にまとめることもあろうか。その候補としては、パークらの分析でとりあげていたものとしては「化学」、特に最先端分野は特殊性があるかも知れない。なお「半導体」は他の機械機器一般とそれ程差はないように思う。その他で思いつくものとしては、「機能性

食品」「冶金」等があるかもしれない。

○審査基準のマニュアル化

審査の画一性・均一性を担保するには審査基準は出来るだけ「当てはめ方式」*89として、個々の審査官の判断の余地は狭める方が良いかも知れない。そのためには上記の「当てはめ」が難しいようなところは、それを細分化することで、その判断幅を限定していくようなことが考えられる(例えば、引用例比較もその相違を細かく細かく細分化していく)。ただ特許要件の判断、新規性・進歩性等、特に進歩性判断は幅のある概念であり、ある意味総合的概念、つまり分野や機能、その他組合せの難易等々種々の要素を総合して判断される概念であろう。このような性格から、上の過度のマニュアル型判断が馴染むのか、むしろマニュアル型でいくと否定的になりすぎないか、懸念されるのである。上の「補正」のところで、最近の知財高裁「除くクレーム」の事件を挙げたが、そこで挙げた補正(新規事項)に係る現行の審査基準は、まさに「記載があるかないか」の当てはめ型であった。

以上から筆者が思うに、審査官判断の均一性確保からある程度のマニュアル化は仕方ないが、例えば「新規事項か否か」のような幅のある総合的判断が必要な場合は、(その判断の際の考慮要素を挙げることは構わないが)それが「総合的判断を要すること」を注記すべきではないか(少なくとも個々に審査官が心して取り組むべきではないか)。ただこうすると、どうしても審査官、特に経験に浅い若い審査官では、その業界における当業者意識・概念の把握の違いが、判断の差異に表れる可能性はある。それを克服するのは、やはり適切な「審査官教育」であり、審査官の訓練の場(機会)の確保であると思われる。

ここで、この前の方の「補」で「産業別審査基準」的なもの策定の効用に触れたが、まさにその審査官訓練としての意義を、ここでも強調しておきたい。

なおこれと同じ観点として「異議申立制度の再認識」があるが、それは次のところで述べる。

○パブリック・レビュー；むしろ、異議申立制度の再検討

審査の「質」は専ら米国で問題となっており、その改善のためパブリックレビューというのが行われている。これを受けて我が国も、この夏、特許庁は日本版のパブリックレビューを開始するとしている。その具体的運営は未だ定かではないか、聞くところ、これにかけることを了解した企業から年に数十件程度を選定して行うとの由。またレビューをする者は、産業界や学識経験者等と聞いている。

なお同制度の導入の背景には、我が国においても特許権の予見可能性への懸念があるのかもしれない(後述の「裁判所との関係」参照)。

しかし思うに、このようなパブリックレビューを行うなら、いっそ異議申立を復活してはどうだろうか。因みに米国に現在審議中の特許法の見直しでは、異議制度の導入を行

*89 幾つかの要件について適宜書き込めば、およそ自動的に答が出るような方式を考えている。

おうとしている。

2003年に廃止された異議申立制度であるが、年に権利単位で3000件以上の申立があったが、これは事後的^{*90}とはいえ「公衆審査」が行われていたと言える。そしてこの公衆審査に残ったものが特許権として存続する、その意味で、「予見可能性（訴訟になった場合の耐力）」も自ずから高まる。

注；異議申立があれば、いきなり無効審判というのも考えにくく、まず異議で様子を見ることとなる。それをパスし取返して無効審判までいかないものは、その訴訟耐力は更に高くなるであろう。また異議申立があれば、最初の対応は担当審査官が行うところ、やはり異議は現場を知った産業界から起こされるところ、その異議を通じてまさに現場で進んでいる技術の実体に生に、しかも出願人とは違った観点(視点)から触れることとなり、当該審査官の知見の集積という点でも効果があるものと思われる。

なお前述したように異議制度は平成16年に廃止したばかりであり、その復活が難しいなら、今回行うパブリックレビューをそれに合うような形にできないであろうか。

注；異議制度廃止に当たっては、無効制度で代替できる、また異議は他草田競れて大変であるとの弊害が強調されたかも知れないが、無効審判はその代替にはなっておらず、他方で前述のようなメリットがあることに鑑みれば、産業界からの反対もそう大きくはならないのではないかと思われる。

○裁判所と関係

・最近の侵害訴訟及び審決取消訴訟の状況

「はじめに」で取り上げた経団連アンケートにも；知的財産の予見可能性が低くなったとする理由に「裁判所での無効ケースの増大」を挙げたり、自由記載意見に「知財高裁での権利者の敗訴率が高い」といった指摘があった。

データ的に見ると；04年の記事^{*91}であるが、H10.1~H16.4で

権利者の勝訴率 約22% 非権利者の勝訴率 約78%

権利者の勝訴理由 非権利者の勝訴理由

文言侵害 約89% 非侵害 約75%

均等侵害 約11% 無効 約24%

また特許庁調べ^{*92}の侵害者敗訴原因は(H12.4.~ H19.12 計439件)

非侵害 63%、 権利無効 24%、 両方 13%

注；勝訴率・敗訴率のデータは載っていない。

*90 異議申立はかつては特許付与前に行われ、特許付与に際しての公衆審査と言われた。しかしこうすると異議が片付くまで特許は付与されず、それでなくても付与が遅いとの批判があったため、平成6年改正で、付与後に異議を受け付ける方式に変えた。

*91 日経BP知財Awareness「劇的に変化する特許侵害訴訟の現状(下)」(2004.7.8.)

*92 「イノベーション促進に向けた新知財政策」報告書(案)(H20.5.30.)95頁

筆者が調べたところ^{*93}では；東京・大阪地裁及び知財高裁の判決で

平成 18 年 全 59 件 うち権利者勝訴 9 件(15%)、無効 32 件(54%)

平成 19 年 全 69 件 うち権利者勝訴 17 件(25%)、無効 14 件(20%)。

ところで米国のデータ^{*94}を見ると、CAFC 設置前(～ 1977)の無効率(控訴審)は 70~80%の間であってその逆を勝訴率と見れば我が国と大差はない。(もっとも CAFC での無効率は 46%に対し有効率 54%と権利者優位となっている。ただこ無効の抑制は CAFC 設置の目的でもあり仕方ないというか、そういうものであろう。)

以上から、侵害訴訟はそもそも勝訴率が高いものではない。だからといって特許権が無効というわけではなく、その背後には訴訟以前にライセンス等が行われており、また訴訟になってもその多くは途中で和解しているようで、判決に至るのはむしろ稀である。

補；なお特許庁の審査段階では、完成発明ではあっても実製品は未だのような場合もあるが、侵害訴訟の場合は具体的な侵害物(イ号)が存在する。よってクレーム文言の解釈当てはめもより具体的になり、審査で見落とししていたことが浮かび上がることがあっても不思議ではない。(更に付言するに、侵害訴訟は要は具体事案における総合判断であり、当事者訴訟であることから、当事者の熱意や訴訟上のテクニック等も影響してくる。)

ただ無効については、年度ごとのバラツキもあり更なるデータの検証が必要であるが、特許庁の敗訴要因の 4 割は相当のものでその増加の懸念はないだろう。

なお再度上の 04 年データであるが、当時は 104 条の 3 創設以前であるが、「キルビー事件最高裁判決(2000.4.11.)以降の無効論の状況(～ 2004.4 月中旬まで)」を見るに；

「明白無効」が争点となったケースは、全侵害訴訟の約 27%

うち明白無効となったものが約 70%

更にその内訳は；進歩性欠如約 66%、新規性欠如約 36%、その他約 4%)

しかるに 104 条の 3 創設後は、殆どの侵害訴訟で無効抗弁がなされていることは留意すべきであろう。(104 条の 3 の問題は改めて後述する。)

補；なお異議申立は 2003 年で廃止されたが、2003 年の異議申立権利件数は 3896 件あり、うち取り消されたものは 1111 件(取下 24 件)あった。他方で、異議申立に代替するとされる無効審判請求件数は、03 年から 04 年で 104 件増えただけ(06 年には 03 年水準に戻っている)。これを考え合わせ得ると、仮に異議申立が存続すれば本来無くなるべき特許が 1 千件程度残っている(存在している)訳で、ならば裁判での無効率が上がるのは、むしろ当然と言えるのではないか。

むしろ懸念されるべきは、知財訴訟の親授件数の停滞ないし減少傾向である。本来訴訟は特許件数が増せば増して然るべきで平成 13 年までは一貫して増え、14 年に若干落ちたがその後 16 年までは増えたが、その後は減少・停滞している。これが「特許権の予

*93 (株)パテントビューロ版 許判例データベースを利用

*94 H20.6.9 知財権セミナー資料(竹中俊子；ワシントン大学ロースクール教授)より。

見可能性の低下」からの影響だとしたら問題である。(その背景に 104 条の 3 の存在が懸念される。後述)

次に審決取消訴訟であるが、審決自体の裁判所の維持率はまずまずで、特に無効審決の維持維持率は 8 割以上であるが逆に無効審判不成立審決(特許有効の審決)の取消率は 6 割近いになっている^{*95}。これをもって裁判所は特許庁より厳しいと言われることがあるが、ことはそう単純ではない。因みに 2000 年頃 8 割近かったのが 06 年にかけて 4 割強ぐらいに改善したのが、最近上昇傾向にあるが、たまさかのものかもしれない。無効請求不成立は 2000 年頃は請求件数の 50%程度であったが、05 年、06 年は 30%強に下がっているし、またそもそもの特許査定率も下がっている。よって技術自体が高度になり特許を取りにくくなっているのかもしれない。いずれにせよ状況の推移を見つつ、また個々の取消事由の分析が必要であろうか。

・ 104 条の 3

同条の導入の経緯等は 2.5)〈司法〉のところで述べたが、この条の導入の経緯となったキルビー事件最高裁判決では「明白な無効の場合」、「特段の事情の無い限り」裁判所が特許を無効としてその行使を権利濫用とする、のであった(因みに特段の事情とは訂正審判等と言われる)。しかし条文では、「特段の事情」の留保が書かれていない^{*96}。

なおこの改正法当時は、無効審判とのダブルトラックをどうするかが問題となったが、その性格の違いから存続させたことは前述のとおり。

当時は、裁判の迅速化の要請もあったが、他方で特許庁(審判)と裁判所の関係、さらにキルビーでは特段事情考慮もあったことから、裁判所での慎重な運用は期待されていたと思う(少なくとも筆者はそうであった。)

ただある意味当たり前であるが、このような条項が創設された以上は、侵害提訴された側(被告)はこの「無効抗弁」をするであろうし、この抗弁が出されれば、裁判所として判断をせざるを得ない。それでも、被告は併せ無効審判するであろうし、他方原告はその防御として訂正審判するであろうから、裁判所としてこれら審判の結果を待つことは可能であろう。

しかるに最近の平成 20 年 4 月 24 日の最高裁判決であるが；事案はナイフの加工装置に係る侵害訴訟であるが、原告の差止・賠償請求に対し、被告側が別途無効審判を請求し無効審決が出た。そこで原告は、訴因として侵害されたとする発明(請求項)を追加し、被告はそれに対しても無効を主張したところ、第一審(H16.10.21.)は、発明の技術的範囲の審理もせずに、追加発明含め特許無効で請求棄却した。それに対し原告は、訂正審判を出しては取下・変更を繰り返したところ、控訴審(H18.5.31.)も一審同様の棄却の判決。なおこの控訴審は 104 条 3 の施行後であったので、同条に基づいての権利行使濫用

*95 脚注 22 に同じ 94 頁

*96 キルビー後、下級審は同判決の適用に慎重であったが、「暗渠形成装置事件(東京地裁 H14(ワ)1574)」で訂正審判を「特段の事情」に当たらないとした。この辺の経緯、評価は拙著脚注 1) 参照。

での請求棄却としている。その後原告は上訴すると共に、再度訂正審判の取下・変更(都合5度目)を行いH18.8.29.にやっと訂正(縮減)を認める審決を得た。そこで原告は、民訴法338条①八号の「原判決の基礎となった行政処分の変更」で再審事由を申し立てたが、最高裁は、「訂正後の請求範囲の技術的範囲に被告製品が属すれば原告の主張を容れることが考えられ、そうならば再審事由にあると解する余地はある」ものの「しかしながら、仮に再審事由存しても、(数度の訂正審判請求は)訴訟を遅延させるもので、104条の3の趣旨から許されない」と判じた。なお泉裁判官は少数意見として「仮に技術的範囲に入っても再審事由にならない」としその理由は、要するに「訂正審決の確定は必要なく、原告は原審においてもその訂正後の請求範囲をもって主張立証できた(確定審決と同様の防御できたはず、よって判決に影響する法令違背はない)」というものである。

この多数意見は、104条の3創設の趣旨が裁判迅速化であったし、同②もあることから、それなりの理由はあるように思われる。しかしながら、泉裁判官の言うことはまさに審判不要論に繋がるもので、首肯できるものではない。

この104条の3の無効の抗弁は、パンドラの箱のような気がする。即ち、進歩性のところでも述べたが、極論すればこれを否定するロジックは幾らでも立てようと思えば可能で、よって無効抗弁理由として十も二十も可能で、こうされると原告の防御負担は相当なものとなる。なおたしかに無効審判でも同様に十も二十も申し立てることは可能であるが、仮に無効不成立審決の場合、その審決取消訴訟では、新たな無効事由主張は制限される(S51 メリヤス編機事件最高裁判決)。たしかに別の無効審判請求は可能だが、あまり繰り返しの場合は「権利濫用」で制限されよう(実際は、その手間からしてこないであろう)。このように審判を嚙ませることで訴訟秩序というか、無闇矢鱈な主張の制限が可能となる。また審判はその判断の基準はあくまで特許要件の有無で、それはどちらかという「真理探究」的である。それは当事者対審構造を取る無効審判でも同じ。それに対し、裁判所は事案主義で、要は当事者主張のどちらに「分」があるかで、その重点の置き方が違う。例えば、被告側が特許要件違反についておよそ外れなロジックを展開しても、原告がそれに反論せず容認してしまえば、裁判所の判断でも容れることとなる。訴訟当事者の訴訟テクニックというか、その熱意に左右されることもあろう。これは訂正審判を請求された場合も然り。

なお泉判事の立論も論理的には不可能ではないと思うし、仮にそうなるならば、原告としてこれを"折り込んで"の訴訟戦術が必要となる。また多数意見に従うとしても、権利者側は、特許請求範囲の縮減に"抵抗感"はあろうが、訂正するなら"早め"に行うべきであろう。

○均等論

均等論は平成12年の最高裁ボールスプライン事件判決で容認され、その適用基準(5つ)も明確に示されている。なお均等論は無闇に適用されるべきではないが、その適用される場合は、衡平の観点から、その行使を認めないのは権利者で酷な場合とされており、実際の運用も慎重になされているように思われる。

ところでこの均等論を市場取引の観点から評価するに、この適用場面は、技術進歩等で

出願当初には思わぬような技術手段等が出現し、他方でその新たな技術手段の活用は誰でも思いつきかつ実際可能な場合における権利者の救済の手段ということができ、これはいわば「事情変更の原則」に該当するもので、取引秩序的にも十分に首肯できるものであろう。

補：これに関連して；いわゆる「不完全利用」ないし「改悪発明」は、要は当該発明の構成要件のあまり本質的でないものの一部を割愛するようなものであるが、たしかに文言侵害からは非侵害とせざるを得ないが、この割愛を「ゼロ」の構成要件に置換したとして均等論的に考えられないか。特に近時、予見可能性が問題にされていることに鑑み、またこの不完全利用の姑息さに鑑みれば、そのように考える余地はあると考える。なお当該発明がむしろ市場ニーズ的には余計なものを付け、ために高価で販売し、逆に市場ニーズ的には十分な機能で安価なものの出現を拒むような場合は、この限りでなく、むしろと欧州的に考えれば、特許権の濫用である。

○消尽

米国において極めて最近であるが、「消尽」についての連邦最高裁の判決が出されている。それは本年6月9日の Quonta 社 対 LG 電子事件判決であるが；事案は、LG 電子がインテルに、その CPU 向けに自社特許ライセンスし、そのライセンス条件に「この CPU の他社製品との組合せを禁止する」というのがあった。そしてクオンタ社がインテル CPU を購入し同社サーバーに組み込み販売したところ、LG が特許権侵害で提訴したもの。なおクオンタ社はこのライセンス条件について、インテルから通知され知っていた。因みに第一審は「最初の販売」(First Sale)で消尽、非侵害。対し CAFC は、条件付き販売にこの消尽の適用はない(理由は；条件付きの分、十分な対価を得ていない)として侵害認定している。この事案の論点は、消尽を契約で迂回できるか。製造ライセンスには、その製造に数量や販売先等の条件を付せられるが、それとどこが違うのか、ということ。米国での過去の判例、CAFC での取扱い等々様々な論点はあるが、結論として、連邦最高裁は、いわゆる適法な「最初の販売」からインテル CPU についての LG の特許は消尽しておりクオンタ社は非侵害としている^{*97}。本件は CAFC 成立後、消尽に係る初の最高裁判決であるが、最高裁として「最初の販売」原則を改めて確認したものと評価できる。

なお我が国も、特許法には条文はないものの、「消尽」は基本的に認めている。そして取引促進の観点からは、望ましいし、むしろ当然とも言えよう。(適法に販売しても特許権が残存することは、その後の取引の差し障りとなるおそれが強い。)

補；国際消尽については、特許権は BBS 事件最高裁判決があるが、筆者はやや疑問なしとしないがここでは置く^{*98}。

*97 なお契約でそのような制限を付することへの判断は留保している(違法とも何とも言っていない)。この理由として、連邦の権限は特許権についてであって、契約は基本的に州の権源(州際取引は除くが)であることも関係していると思われる。

*98 脚注 1) 参照。

○差止権(100条)；その適用を緩和できないか

差止権が「開示」の観点から必要であり、他方、米等で標準やコントロール等で問題になっていること、そして米では e-bay 事件連邦最高裁判決でその発動に 4 つの条件が付され制限されたこと等、は 2.3) で申し上げた。

その際、米での差止はコモンロー上だから衡平からの調整が可能であることが、我が国は省有権を擬製する準物権的扱い故難しいのではないかともし上げた。

しかし縷々申し上げているように特許制度は功利主義的だ、また法技術的であって、準物権はたまさかそうしているだけで、それに限るわけではない。条文も「侵害の停止を・・請求することができる」であって「停止する」ではない。

とはいえ、この条文のままでは、柔軟な差止の発動・制限は難しいかも知れない。では特許法を改正するか、というと、それも難しい。

またそもそも差止は、原則的には認めるものの、例外的に制限する以上、規則的にすることが馴染むか、むしろ事案毎判断になじむのではないか。

これと同様の観点から経済省は 2007 年 3 月に「電子商取引及び情報財取引に関する基準」を発表しており、その中で特定の特許権の行使^{*99}を権利濫用と認める可能性があるという法解釈指針を提示している。ただこの「権利濫用」の意味であるが、いわゆる民法的な「権利濫用」なのか、独禁法 21 条の適用がない(即ち独禁法が適用される)特許権濫用の「濫用」なのか、今ひとつ明らかでないような気がする。なお前者の場合は、これはいわば天下の宝刀の条項であって、その一般化・類型化はなかなか難しいような気がする。後者の場合は、独禁法適用となると独 19 条の不正な取引方法該当(あるいは私的独占)かの議論となろう。ただ、特許権の濫用は EU 競争法的には十分、優越的地位の濫用から不正取引になろう。いずれにせよこの指針策定時における独禁当局との関係を筆者は知らないが、もし特許法に関して、標準とかの場合にその発動を抑制するならば、競争当局との意志疎通が必要であるように思われる。

○裁定実施権

なお権利濫用で差止制限するとして、それは争訟の結果、そうなる可能性が高いが、それには時間がかかるおそれがある。よって早期の解決を目指す手段としては、裁定実施権(あるいは強制実施権)の活用があり得る。この裁定実施権は、特許法上は 83 条の不実施、92 条の自己特許実施のため、及び 93 条の公共利益のためがある。標準の場合は 93 条になろうか。ただこの裁定実施権は平成 6 年の日米協定で競争政策観点からの発動に限ることを約束している。しかし標準関係ならば、競争関係と言えなくはないであろう。なお TRIPs も 31 条で限定的な裁定実施権を認めている。ただし手順と権利者補償が必要となる。

*99 ①行使者の主観として加害意思等の悪質性、②相手に不当な不利益を蒙らせると得の悪質性、③権利後者が得る利益と比較して著しく大きな不利益を相手方又は社会に与える場合

○その他

・イノベーション仲介者

連携＝取引を円滑に行うにはその仲介者がいた方がよい。この意味で仲介ビジネスの発展は望まれる（例；米オーシャン・トモ社等）。

・価値評価

なお取引には価値評価が必要となる。ただ特許権はそれを活用して製品に化体して商売して初めて価値が実現される（ライセンスもそれを活用しての製品化を想定してそのフィーが決まる）。そしてその実現は個人によって異なる、即ち、普遍的な価値評価は極めて難しい。（因みに前出のオーシャン・トモ社も同社が価格付けするのではなく、同社は場の提供で価格は権利者と利用希望者のオークションで決まるとされる。）

逆に普遍的価値を敢えて付けると、他の金融商品のような投機的取引の対象となるおそれもある。その中には、自らは実施するつもりもないが他者特許をその権利行使の「ためにだけ買い漁るトロールの横行^{*100}」を許す可能性もある。よって未利用特許権の流通・取引促進は良いが、それが投機的対象にならないよう、その運用には十分注意する必要がある。

補；なお特許権の評価方法には、DCF 等の方式がある。また（職務発明の相当補償算定のベースであるが）クロスライセンスの価値が算定された裁判例として「日立事件」（東京高裁 H16.1.29.）がある。

・パテントプール

デジタル機器や IT は一製品に複数特許が関係する「藪」の世界で、各企業は相互にクロスライセンスする等で対応しているが、パテントプールの活用も考えられる。パテントプールはそこに登録した特許を一括でライセンスできるから経費節減的で、また複数社分をそのプール会社が一手に行うから、社会的にも経費節減的である。更に個々のライセンスだと、そのライセンスフィーの積上げが膨大な額となり、経済的な生産が不可能となるおそれがあるが、パテントプールの場合はずとその上限が経済的な生産可能な範囲で決められ、結果としてライセンスフィーも安くなる。

ただパテントプールは、抱き合わせや共同ボイコット、あるいはカルテル等の温床となる危険性もあり、独禁当局から、取扱いには必須特許のみとか制限が課される。しかし上述の取引促進性にかんがみれば、もうすこし取扱い特許に幅をもたせても良いように思われる。

・不争条項

若干細かいが、特許等のライセンス契約が競争制限的にならないよう「ガイドライン」が定められているが、「不争条項」、即ちランセンシーが特許権の有効性を争わないこと、を契約に入れることは可とされている。しかるに 2007.1.9.の米の MedImmune 事件連邦最高裁判決で、それが覆されている。即ち、米でもかつてはライセンスと特許権

*100 まさに高額のランセンス料を取るだけで、何らの技術的進歩や社会的発展に貢献するものでない。

者の間には「争訟性がない」として、その提訴が認められなかったが、本判決は乱戦サーとランセンシーとの関係であっても「争訟性あり」との判断を下した。因みに我が国も、ライセンスが訴えるのは信義則に反するとして不争条項を正当化する向きはある。しかし考えてみれば、ランセンシーにとって怪しい特許と想っている、仮に無視して使うと侵害を問責される(下手すると刑事罰まである)おそれがあり、ライセンスを受けざるを得ないところ、受ければその有効性を争えないというのは公正性に欠けるとおもわれ(ランセンシー自身は戦わず、ダミーを立てればよいとの意見もあろうが、迂遠ではないか)、筆者には、この判決は至極当然のように思われる。

- ・その他、取引安全・促進には、M&A あるいは破算時のライセンスの継続等々あるが、とりあえずこの辺にしておくこととする。

5. おわりに

以上、オープンイノベーション等時代の変遷を踏まえつつ、知的財産権制度の見直しの点を探ってきた。

筆者自身としては、この取引促進の観点を入れることで、より柔軟な知的財産制度が求められると同時に、逆説的だが、その排他権、差止権の必要性が、創作奨励(初期投資回収)より、より説明可能ではないか、と思われる。

なお4. は特許権についてその一部を述べたが、著作権(著作物)についても見直しは必要であろう。ただ文中で述べたように、現在ネット権等含めその見直しが行われつつあり、それを中止していきたい。

また本件は我が国知的財産制度を専ら念頭においたが、この理は、他国においても同様であろう。ただ TRIPs は世界普遍的なミニマム保護を考えるが、知的財産権は功利主義的制度で、特に特許はその歴史からみても個々の国がその経済力・技術力に応じての産業政策的な運営をしてきた；即ち、その保護の濃淡を付けてきた。これは近時対等著しい韓国・台湾、そもそも我が国、更に遡れば 19 世紀の米国やドイツにおいて然りである(だからパリ条約も属地主義を採る)。よって途上国から TRIPs 見直し議論が起きるには、そう不思議でもない。

ただ海賊製品等は国際商取引秩序からは問題であろう。またいわゆる新興国が、いわゆる先進国の仲間入りするには、その知的財産権保護態勢もソフィストケイトさせる必要はあろう。ただその他途上国に、知財、特に技術面での知財保護強化は難しいであろう。なお国際的議論では途上国を一括して扱うが、いわゆる新興国、技術的にも相当追いついてきているところと、そこまでは至っていないところ、全く遅れているところ党分けて考えるべきであろう。

いずれにせよ、「はじめに」で申し上げたように、本稿が今後の見直し議論に何らかの貢献が出来れば望外の喜びである。

☆本稿は筆者の個人的見解であって、(独)経済産業研究所としての見解を示すものではありません。

補論；特許はデジタル IT 機器の競争優位確保に役立つか

(平成 20 年 6 月末現在)

1. はじめに

CD や DVD、液晶・薄型 TV、携帯電話、更には半導体と言ったいわゆるデジタル IT 機器産業において 80 年代、我が国は無類の競争力を誇ったが、その後のバブル崩壊等の影響もあって韓国、台湾、更には中国等の追上げや欧米の復活等もあって、徐々にその地位を落とすに至っている。

これら IT 機器の中にはむしろ我が国が先行して開発したり(光ディスクや薄型 TV)、当初の段階では技術的競争的優位を持っていたもの(半導体、携帯電話)が結構ある。

ところでこれら IT 機器には特許権が付き物であり、特許権は排他的権利を付与し、本来は模倣等を防止して技術力・競争力の維持・強化に役立つものではないか。しかしながら現実には上記の如くである。よって問題は、特許権は実際の場面で競争優位維持・確保にどう関係してきたのであろうか。有り体に言えば、特許権はデジタル IT 機器産業の競争力維持・強化に役に立ったのか／立たなかったのか？

2. 我が国デジタル IT 産業の動向等

以上のような問題意識からこれら分野の 90 年代以降の動きを、CD/DVD 等の光ディスク産業、液晶等の薄型パネル及び TV、半導体、携帯電話について見てみた。

その内容は<別紙>参照。

それを元に、以下のようにまとめることができよう。

1) 凋落の原因・その背景等

これらデジタル IT 機器産業における状況変化、その背景事情等々は個々の産業で違いはあるもの、概してみれば以下のことが言えそうである。

まずこれら分野における我が国の凋落の原因は；

1) デジタル化に伴う設計思想のモジュール化、そして誰でも生産できるようになった。

若干付言すれば；モジュール化は複雑化する製品において、その迅速な開発やコスト削減から避けては通れない道で、この進展自体は仕方がない(このモジュール化が可能となること自体技術開発の成果とも言える)。そしてモジュール化が起きれば、その製造装置なりあるいは基幹部品さえ調達できれば、誰にでもそれなりのものは生産あるいは組立ができるようになる。むしろこれら設備等が調達できるか、その投資資金力等が重要となり、韓国・台湾更に中国までもが積極的に設備投資をし、あるいは外資系企業の進出によって参入してきた。なおこのように途上国でも資本集約的ハイテク製品が生産できるようになり、いわゆるリカード的な国際分業ではないところの水平的・工程間分業が進展している。

2) これら分野の日系企業はいわゆる総合家電・電機型企業が多く、基幹部品と最終製品を一貫生産している場合が多いが、当該社だけではその基幹部品の規模の経済性が出ないことから、どうしても基幹部品を量産し、自己使用分で余る分は外販を行うが、これが技術を流出させるとともに、後進のライバル(国・企業)に競争力を付けさせる

結果となった。

若干付言すれば；総合家電の商売の相手は消費者であり、その要望実現が第一義的に優先され、「品揃え」という点では総合家電は、好都合の経営形態である。また総合家電では完成品のみならず部品等も内製化する傾向が強かったが、かつてアナログ製品（モジュール化以前）の段階では部品間・部品と製品間の擦り合わせが重要で、それを社内で一貫的に行えることは強みであった。この理は初期の半導体においても然りであった。またその当時も基幹部品の外販はあったが（例えばブラウン管 TV におけるブラウン管）、基幹部品供給者がむしろ寡占的で市場秩序の維持が可能だった（この背景には、4）で述べるブランド競争もあった。）。

- 3) バルブ崩壊、更に米が震源の IT 不況が世界的に波及し、日系企業は経営的に苦しかったこともあって果敢な設備投資ができなかった。対し韓国・台湾は、それを行い「後発の利益（先発者より新規のより高性能の設備を装備して競争に臨める）」を享受した。

若干付言するに；例えば液晶パネルはその生産性は基盤ガラスのサイズ（大きさ）に大いに依存するところ、第 5 世代（1000 × 1200 ㍉）が 2001 年頃登場したが、先行した日本は既に第 4 世代での投資が終わっており、また不況でもあり即座の第 5 世代導入ができず後れを取った。しかるに後発の韓国や台湾は第 5 世代を積極的投資が可能であった。そこに 02 年頃から需要が急増したところ、韓国・台湾はそれを享受できたが、日本は出来ず、そこで液晶パネル市場の相当を失った。

また半導体は、96 年の価格下落での痛手を被っていたところ、加えてその後の 64Mb から 128Mb への集積度アップが起きたが上手く追随できず、また IT 不況の影響も受け、2000 年前後にかけて大手数社が DRAM から撤退した。

携帯電話も IT 不況もあって、欧州・中国市場からの撤退が相次いだ。（なお NTT/Docomo も海外提携・i モードの積極的展開を推進しようとしたが、必ずしも現地ニーズに合わず普及に失敗し、結局大幅の海外投資損を出して撤退した。）。

なお特許権的には；

- 4) いわゆる家電製品は技術的機能面での競争もあるが、むしろブランド競争が強く、90 年代前半までは、それほどパテント重視的な経営をしてこなかった。

若干付言するに；総合家電、特に日本のそれと、いわゆる米等のコンピュータ系の企業とでは、競争のタイプが違う。即ち総合家電は相手が消費者であるため、個別消費者の要望への対応や製品差別化、サプライチェーンでの供給等が競争上重要で、いわゆるブランドを大事にする。またモジュール化進展以前は内製が多かったこともあり、またその規模の利益確保から基幹部品の外販を行っていたが、このように売買契約にしまえばその基幹部品にいくら特許権が付いていようと最早その行使は原則できない（消尽）。またこれら製品は多くの特許権が関係することから、互いの事業の自由確保の観点からのクロスライセンスが通常のように行われていた。なお確かに規格を主導し、標準化に係る特許を保有すればそれば大きな特許収入になる。そして家電の低い売上利益率に対して特許収入はほぼ純粋利益に等しいことからその持つ意味も大きい。ためにフィリップス・ソニーのような特許収入を重視したところもあったが、他の社はあまりそのような意識を持っていなかったようである。むしろ「生産市

場主義」というか、「特許権行使して」というよりまずは「製品を作り売ることでの利益」が第一義的であったように思われる(勿論標準は「作り売る」上でも極めて重要で、この意味で標準化競争には強い動機を有していた)。また特許権の戦略的主張、特に海外までを視野にして、とかの意識も薄かったのではないか。例えば、液晶のセル構造基本特許(88年)では、国内特許は取ったものの海外では出願していなかった、というような事例もある。この背景には、90年代半ばまでは(一部米での特許紛争の洗礼を受けたところを除き)日本全体がどちらかと言えば技術普及重視、アンチパテント的、であったこともあると思われる。(注;なお家電系なら必ず特許よりブランド重視と言うわけではなく日系の特徴かもそれない。また日系でも部品部材メーカーの中には特許センシティブなところはあった。)

半導体についても、様々な要素技術の組み合わせで1社で行うことが難しいこともあり、特にメモリ※では当初からフォーラム、即ち JEDEC で標準化が行われ、メーカー間はクロスライセンスが行われ、特許権行使などあまりなかった。(ただし90年代後半のポスト SDRAM からランバスの特許権行使があった。なおランバスはその後、米で独禁法上の問題となっている。)

※但し CPU では;インテル他数社の寡占が早い段階から成立、現在に至る。

コンピュータ系は、コンピュータ本体は IBM 3シリーズの欧州での独禁法違反事件でそのインターフェースが開示させられ、完成品(当時はメインフレーム)での特許権行使はあまりなかった。他方、その部品段階での取引は、その相手は企業であり、ブランドよりも機能・コスト競争が主体となる。例えば同じ CD 再生装置でも家電としてのそれとコンピュータ部品のそれでは商売の仕方が待ったく違ってくる。

特許的には、コンピュータの開発主導は米企業で、その中にはベンチャーやファブレスといった特許センシティブな企業がかなりいたように思われる(80年代米プロパテント政策の影響もあるかと思う。)。とはいえ、コンピュータも結局は技術・特許の塊で、通例はクロスライセンス等を行っていた。

また個別産業の特殊事情として;

5)半導体はやや特殊だが「日米半導体協定」(86.9~96.7)の下、敢えて言えば「天狗になっていた」面があり、その間に米の復権や韓国・台湾の猛追を許し、いつの間にか抜かれてしまった。

若干付言するに;80年代 DRAM におけるわが国の競争力の強さは、当時の半導体はまだ構造的に簡単であったこと・今ほどモジュール化というか設計概念の集約化が進んでいなかったことから、わが国製造技術の巧みさやコンピュータ等の需要自体を内部に保有する形態(総合家電)が幸いした(例えば;完成品に併せての擦り合わせ的設計等)。しかしこれは、まだ技術が初期段階であったが故の一時的繁栄であった。そして当時はそのことに気付かず、半導体で挙げた収益を半導体部門の再強化に投じることなく社内の他部門に回していたようである。また日本で生産しても仕方ないため、韓国その他に委託生産等した(技術等の流出へ)。

しかし米はセマテック(SEMATECH)等で国・業界を挙げて競争力強化に取り組んだ。米は設計技術等では元々日本以上であったが、製造、特に不良品率(日本が格段

に強かった)で劣っていた。それに追いついた。なおこれは更なる効果を上げた：即ち従来は不良品率が高いことから需要サイドが供給安定性から複数供給者を求めるため、仕方なくライバル社の応援をもとめ、それが技術流出に繋がっていたが、不良率改善から単独供給が顧客に受け入れられ、ために技術流出も減少した。また当初から強かった設計面では、サイズの縮小化を進展させた(後に97年のマイクロショック；従来の20%までに縮小)。しかし日本は試作品は「大きくて当たり前」のような風潮すらあり、縮小化に後れを取った。製造技術等の進展は韓国・台湾でも進んだ。その背景には前述の日本からの生産委託もあった(なおその際に技術流出防止が十分であったかは議論あり)。特に韓国は、試作品から量産までの期間を著しく短縮した(日本の半分の30日まで)。なおこれら諸国が安心して半導体への投資や生産に取り組めた背景に、日米半導体協定による世界的な受給の安定からの価格安定があった。

しかるに1996年に、韓国等の生産能力増強もあり、世界的な供給過多が生じ、半導体価格の暴落が起きる。くわえて集積度が64Mbから128Mbに変わるに際して、日本の新製品は米等に比してあまりにも大きく、ためにコスト的にも高かった。そもそも従来の集積度向上はそれまでは4倍で、今回の2倍というのは従来と違ったパターンだったため、日本側は上手く対応できなかった。結果日本が128Mbに参入できたのは韓国に1年遅れであったが、その時には128Mbの価格は既に下落し始めており、日本は十分な投資費用回収ができなかった。また2000年からは米発のIT不況が吹き荒れていた。このような状況から98.12.富士通、2001.10.東芝、02.10.三菱電機がDRAMから撤退した。NEC・日立は1999.12.エルピーダを共同設立しそこに事業集約を行った。

- 6) また携帯電話も特殊だが、我が国市場の特殊性—即ち、キャリア(通信会社)主導であったこと(コスト感覚が弱体化)、それなりの規模もあり別に国際展開しなくてもやっていけたこと、他方、需要者の目も厳しくまた要求サービスも高度だったので技術的には先行したが、ために「国際市場とは違った方向」に発展してしまった(いわゆるガラパゴス化)—から国際化に適応できなかった。この意味で特許以前の問題。

若干付言するに；携帯電話も、90年代において我が国は、世界で最も早く発展した市場であった。特に94年頃、当時は2~2.5Gで我が国は独自のPDC形式を採っていたが、我が国携帯電話は品質機能に優れ、携帯電話メーカーはその余力をかけて欧州基準のGSMで欧州・中国等への進出を開始した。しかし国内ではキャリア主導の端末販売体制が進展し、たしかにその後3Gでは通信規格は世界標準のGSMの発展系のCDMA系となり我が国の独自性は解消されたものの、キャリアのサービス合戦・それに連れての消費者のニーズ高度化、それに対応してのコスト増加、それをキャリアが販売奨励金でカバー、といった我が国市場の特殊性から、徐々に国際標準機器から離れた存在になっていった。即ち、世界基準からはあまりにも高機能すぎて、逆にその高機能故の高価格となってしまった。結局海外展開したものの、高機能は市場で受け入れられず(流行らず)、逆に高コスト体質故、また低価格機のバリエーション確保にも失敗し、販売は延びなかった。結局エリクソンと提携したソニーを除きほぼ全面的に海外市場からは撤退した状況。

逆に国内市場は日本市場の特殊性故、国内メーカーの天下である。その理由は；そ

もそも普及も飽和に近くメーカー乱立で収益性が良くはなく、更にこの分野でも擦り合わせ要素が高い部品では世界的に競争力を持っているところ、この部品メーカーとの関係を悪化させたくないこと等から、外資系の進出は今までは少なかったことによる。ために2000年代後半の景気回復に携帯電話は相当に役立った(なお部品は国際的に強く、拡大する世界携帯需要向け輸出も景気回復を牽引した。)

ただ最近では、外資系も徐々に進出の気配、むしろキャリアが品揃えから提携開始；例えばLGのチョコレートフォンやアップルiPhoneとか、がある。(逆に国内過当競争から撤退(三洋、三菱。なおソニーは休止)が見られる。)

最後に、そもそも論として；

7)我が国は一業種にメーカー数が多すぎるといふか、個々の規模が世界標準からは小さい。即ち今や市場はグローバル化しており、そこでのメインプレーヤーには寡占化の傾向がある。

若干付言するに：例えば携帯電話では世界首位のノキアが約3割、第2位のモトローラが2割、第3位のサムスンが1割となっている。しかるに我が国では世界の1割の市場に十数社がひしめいている状況(全社併せてもサムスンに及ばない)。

半導体等においても然り(だった)。その背景には、総合家電・電機の「総合」たる所以もあると思われる。

もっとも後述するが、最近では集約化・再編が進展している(また同時に総合家電等の中でもかつての総合路線から「選択と集中」への切替が進んでいる)。

2) 最近の状況

以上が凋落の原因・背景であるが、我が国産業がそのまま低迷し続けているかと言え、現時点までに相当程度立ち直りを見せている。

1)まず基幹部品／部材では相当以上の競争力を持っている。

付言するに；たしかに上述のようにモジュール化の進展でモジュラー製品たる完成品等では市場を奪われているが、その基幹部品・部材等の開発生産は日本が得意とする擦り合わせ型のものが多く、ために日本企業が世界的な優位性を持っているものが多い。

2)そしてこの背景には、日本企業が製品開発・標準化で先行したため、関連して基幹部品やそのための部材等の開発が同時並行的に行われたことが大きいと思われる。

付言するに；これら基幹部品・部材等の開発は、総合家電およびその周辺の部品／部材産業が、完成品に係る標準化策定と並行して行ったことから、例えばドミナントデザイン設定等のはこれら部品／部材産業は大いに関連し、技術ノウハウを磨き、またドミナントデザインに合っているという優位性を自動的に確保できた。即ち標準化作業が「近く」で行われ、それにうまく参画出来た点大きい。(反対に欧州勢は、それ程、標準化からの余得に与えていない)。

3)この標準化での技術ノウハウを生かしつつ完成品では先行した後は、普及品を中心に徐々に中国等への生産シフトや韓国等の現地企業への生産委託し、高級品を国内に残しつつ、製品ジャンル毎での棲み分けを行うほか、基幹部品等の供給あるいはライセンス

ンス収益をもって、世界的な競争力の回復する社が散見される。

そして、このように生産シフト等しつつ、次なる製品の標準化を行う(例；新型DVD)。

以上が標準化及びそれをテコにしての完成品の海外連携と部品で稼ぐという「勝ちパターン」の復活であるが、特許権的には；

- 4) 90年代後半からのプロパテント化の影響もあってか特許権を重視する方向になった。特にバブル崩壊等影響から抜けだし自信を回復するにつれ、その積極的行使をすることもある。

例えば；東芝は NAND 型フラッシュメモリで優位性を持つところ韓国ハイニクス提訴等している(04.11 → 07.3 和解に)。その他松下が PDP で LG 電子提訴(04.11 → 05.5 和解)等々結構ある；なおこの提訴は日本市場のみならず、むしろ米国市場でのものが結構ある。(更に付言すると；提訴すると通常は相手方も別の特許侵害で逆提訴するケースが多く、最終的には和解になるケースが多い。ただその際も特許優位なら、より優位な条件での和解が可能となる。)

補；06年の日本の特許収支黒字は約5300億円(世界#2)に浮上しているが、この背景には海外子会社や提携先からの特許収入が寄与しているものと思われる。

- 5) 中国系メーカーはいままでは特許権行使を受けていなかったが、MPEG 2 始め、ここ1, 2年のことではあるが、その行使—ライセンス料の支払い—を迫られるようになった。ために例えばDVD等では、純粋中国系は"壊滅状態"に近いと言われている(今頃になって特許権が効いてきた)。(同様のことは米向けカラーTV—ATSC規格適合のためのライセンス負担が必要—でも、携帯電話—TD-SCDMA問題—、でも生じているらしい)。即ち中国系メーカーは基幹部品等調達しての単なる組立が中心で、しかも人件費等の安さから猛烈な価格競争を仕掛けたが、逆にこの価格下落のために自身の収益率すら相当厳しくなったところに、このライセンス料負担が生じたため、耐えきれなくなっただけらしい。

補：なおこのような状況から中国当局は外国特許のみに頼らないような中国独自規格の策定に動き出した(DVDのEVD規格移行)とも言われている(もっとも新型DVDのブルーレイ規格は08年5月に中国11社にライセンス供与されたらしく、そもそも技術的にも中国「独自」規格が上手くいく(可能)かは不分明；もっとも外国勢も中国独自規格作りには注視している；またTBT協定の問題もある。)

我が国企業・業界行動として

- 6) 我が国企業毎の経営体質強化・事業の「選択と集中」、知財戦略を含めた戦略的経営が進出し収益の改善が見られることに加え、業界を上げての「再編」が進みつつある。

例えば；松下電器のV字回復は有名。またソニーも07年決済は極めて好調。因みに、両者ともかつての分社化・カンパニー制を改め、本社集中／全体効率経営に変化している。

半導体でもDRAMはエルピーダ(1999.12.)に、LSIはルネサス(2003.4.)に再編。またこれらはもはや国内製のみならず台湾系との提携を進めている(サムスン追撃のた

め)。

液晶はシャープ・東芝・パイオニア連合、松下・キャノン・日立連合とソニー・サムスン連合に、プラズマは松下に集約が進みつつある。またシャープはシャープで、松下は松下で現地企業等を活用しての製造拠点分散化・販売ルート確保等の世界戦略を進めている。

補；デジタル市場では寡占化が進展していると前述したが、その流れは遂に国内市場にも及んでいる。08.1.21.日経報道によると、2007 年度で上位 2 社の合計シェアが 5 割を超えるものが 7 品目※あり、この傾向は今後も続き、中下位の巻き返しは最早相当困難な状況との由。

※ DVD レコーダー 60 % (耐前年伸び 20%) ; 以下同様、携帯音楽プレーヤー 78 (12)、ビデオカメラ 57(4)、電子ピアノ 93(4)、電子辞書 82(0)、プリンター 96 (0)、薄型 TV58(▲ 4)

そして最後に電機メーカーの最近の決算状況であるが(勿論これには上で述べた IT デジタル機器以外の事業収益を含むが、これら IT デジタルがその収益決算の中核に位置することは間違いないと思う) ; 08 年 3 月決算(最終集計 ; 日経新聞)で ;

「上場企業全体として「6 年前に比べ売上高は 29% 増え、経常利益は 3.4 倍に増加した。収益力を示す売上高利益率は 2.4% から 6.3% に上昇した」、業種別で「この 6 年間で経常利益の増加が最も大きかったのは電機、電機は 02 年 3 月期に経常赤字に転落したが、その後の構造改革で前記は 4 兆 5 千億円の経常利益を稼ぎ出した・・自動車に次ぐ第 2 位、経常利益全体の 14% を占める」。即ち、「構造改革」= 経営の合理化、効率化、の効果が大きい。」

3. 特許権は競争力の維持強化に役だったのか

冒頭の間にも戻って ;

以上を特許の観点から改めて総括するに、90 年代に我が国デジタル IT 機器産業が凋落したのは、総合家電・電機という会社形態や、日米半導体協定、日本のバブル崩壊後の不況・IT バブル崩壊、等々種々の要因の組合せによるところが大きい、特に「特許という観点」からは、従前は「特許権を戦略的に行使する」という意識が薄かったのではなかろうか、併せて特許経営というか知財経営という意識も薄かったのではないかと思われる。

即ちデジタル機器等は一製品に複数特許が関連し、また技術自体累積的に発展することから、1 社で全てを独占するのはそもそも難しい分野ではある(CPU のインテル、CDMA のクアルコム等の例外はあるが)。現実もクロスライセンス等ライセンスでの対応が中心で、敢えて特許権行使しての侵害提訴とかは少なかったように思われる。しかしながらその技術的な競争優勢を維持するには、その技術が安易に流出しないようにすることは極めて重要である。この点、特許は無許諾の実施(フリーライド)を防止することが出来ると言う意味で重要であろう。また特許自体は公開されてしまうが、実際の実施には通常ノウハウ等が伴うのが普通であって「営業秘密」の管理(含む従業員から

の漏洩防止)が重要である。この点、かつての我が国企業は、営業秘密を含め技術漏出への意識が薄かったのかもしれない(むしろ海外委託先に進んで技術供与や指導をしたきらいもあるように思われる)。

しかしながら近時は、国としても 90 年代後半から特許制度についてプロパテント化に舵を切り、特に 2002 年の小泉内閣で知財戦略本部の設立等もあり、営業秘密を含め特許権その他の知財権に対する認識、及び知財の戦略的活用やいわゆる知財経営の重要性の認識もかなり改まったのではないかと思う。

実際においても、光ディスク産業でのように、市場製品の標準化を通じて基幹部品等の技術面において、関連産業との連携して優位性を確保し、完成品では先行はするものの、コスト優位な韓国・台湾等企業が迫り着いてくると、それら企業との連携に切り替えていく(もっとも差別化が可能な高級品は国内で温存することもある)と共に、基幹部品等では我が国優位性を確保するという「復活」の図式が採られるようになった。(更にこの標準のベースを活かして次世代の標準開発でもリードする。)

この標準化ないし標準化戦略を支えるものとして特許は重要であろう。

以上は光メディアで典型的であったが、液晶やフラッシュメモリ等においても、所謂得意分野として努力を集中し開発先行し(よって初期市場でドミナントしデファクトの標準を採ったとも言えようか)、そこで得た特許をライバルに行使し、結果は和解かもしれないが多分有利なクロスライセンスなりで自己の優位性を積極的に確保していくところも見られる。

最後に中国メーカーの最近事情を紹介したが、中国への種々の特許(プール)に係るライセンス料賦課がやっと始まりだし、今後はそう容易くは低価格品での競争を仕掛けにくくなるのではと期待される(加えて、近時の元レート上昇、労働者賃金等労働条件の強化=コスト増要因、もある。)。このように特許権は余りの低価格品の横行を予防する「市場秩序維持的機能」もあるように思われる。

以上の経緯の総括から、結論としては、特許権は、やはり技術競争力維持・強化に重要であろう。ただその重要性は、その排他性をもって独占レントを狙うというよりも、「操業の自由(Freedom of Operation)」を確保するためであろう。また前述のように、追いつけるアジア諸国企業の、余りの低価格攻勢への牽制(及びライセンス収入源)としても有効であろう。

なお排他権的行使は、特に標準化競争—むしろ特許権取得より重要度が高いと思われる—等で不利に働く場合もある(新型 DVD での標準化競争。古くは VTR におけるソニーのβ対ビクターの VHS) —ことの留意する必要がある。

ただ逆に対抗手段としての特許権も何も持っていないと、侵害提訴で差止請求されたり、仮りにライセンスが得られても多額のライセンス料を採られるなど、競争上不利になることも想定される。よって自由に操業する上で、ある程度の特許権の保持は、競合企業への抑止力・牽制力として重要である、と言えそうである。

加えて近時は 1 社単独での技術開発が難しいことから連携しての開発が散見されるが、この相手と対等に良い関係を構築する上で、特許は有力なバーゲニングパワーとな

ろう。

このように特許権は競争力維持に重要であるが、注意すべきは、特許権はあくまで行った R&D の結果の保護手段でしかなく、特許保護強化したから R&D が起きたり促進される訳ではない。たしかに安易な技術流出防止に特許権は役立つかも知れないが(むしろ特許は開示してしまうため、ノウハウ等営業秘密の方が重要かも知れない；因みにシャープ亀山工場は徹底したブラックボックス化で技術流出防止に努めていると言われる。)、今時の復活の背景には標準化をリードして、それをベースの完成品での海外との連携・部品部材で稼ぐと言う戦略の転換があった。即ち競争力の源泉は、あくまで特許権のモトとなる技術開発力にある。

ただ最終的に"より重要"なのは「選択と集中」に代表される「戦略的経営」であろう。

この戦略的経営には、そしてこの技術開発を如何に上手く行うか、即ち開発方向性を定め、開発対象を選択・選別し、試験研究を上手く遂行させ、場合によっては他者との連携や導入も考慮する技術戦略のみならず、製品化しマーケティングに結びつける市場戦略も含まれる。そして特許権は、その他の無形資産同様、この「戦略」の重要な一要素ではある。

補：プロパテント化の影響か、近時、知財権を重視するあまりに、特許権保護強化＝R&D 促進、の如く捉える向きがあるように感じるが、特許権で保護するから R&D が起きたわけではなく、あくまで R&D の結果を特許権で保護(それも必要に応じて；ときには営業秘密で特許権にしないこともある)するのであって、どうもこの辺りの因果関係の認識が逆転しているように思えてならない。

同様の誤解は「標準化」においても生じており、標準化の内容になったからその技術が競争力を持つのではなく、その技術が競争優勢を持ち、ために広く市場に受け入れられたから標準になれるのである。その意味で標準になるには市場、これには直接需要のみならず関連市場をも含むことが往々にしてある、の受け入れを一義的に優先すべきで、その優位性を過度に強調し独自路線を追求したり、その優位性の維持のため排他権を行使することは余りよい結果を生まないのである(付言すれば；優れた技術が必ずしも標準採用されるわけではない)。(更に余談だが、標準は次の標準によって覆されるが、往々にして先の標準での覇者は、後の標準には乗り遅れて敗者となりがちである。)

4. 今後について

・特許権制度の見直し

以上、特許権は今時の我が国デジタル IT 機器の復権にそれなりの役割を持ち、また特許権は競争力維持の一つの有効手段であると言えよう。

ただ繰り返しになるが、特許権の重要性は、その排他性よりも「操業の自由確保」にあると思われる。即ち如何に優れた経営戦略を立ててもその実施に障壁があってはどうしようもないわけで、その意味で操業の自由＝R&D の自由と言えるかも知れない、の確保は極めて重要である。

ところで 80 年代プロパテント化、TRIPs による知財のグローバル化を受けてこのところ特許出願件数は増加の一途でありいわゆる「特許の藪」が生じている。また一製品に多数の特許が関連するための「アンチコモنزの悲劇」の懸念もある。更に、米を中心に自らは生産しないで法外なライセンス料をふっかけるトロールの問題もある。他方で技術開発はますます複雑化・高度化しており、単独での R&D は困難になりいわゆるオープンイノベーションが盛んになりつつある。更に進んでその仲間内では無償利用許諾し権利行使しない知財コモنزの考え方も出現している。

係る状況で排他権中心の特許権(知財権)をどこまで強調するかは議論のあるところであろう。(例えば;排他権を前提にすれば他者特許権回避ないし抵触時はライセンスが必要となるが、そもそも特許の藪から抵触特許の調査すら困難であり、かりに発見しても全員からライセンス取得はコストのみならず手間がかかり、かつもし最後の一人が NO と言えば全てやり直しのリスクすらある=アンチコモنزの悲劇)。

このような状況ら、米国で特許法の見直しが進むほか、EPO では実験的な見解表明ではあるが 2025 年へのシナリオが提示され、その中には差止を伴わないソフトパテントの話もある。また時代はオープンイノベーションでこれらを踏まえつつ、今後のあり方、即ち知財戦略本部設立当時のプロパテント一辺倒的な考え方、を見直す必要があるように思われる。 注;この点については本編を参照

・ R&D ないし知財経営について

繰り返しになるが、特許権は重要であるが、やはり最終的に最も重要なのは経営であって、技術開発の観点からは、R&D(経営)ないし知財経営である

ところでこの R&D に関して、特に 90 年代我が国企業の R&D 投資が成果(収益)に結びつかないとの議論があった。例えば OECD 主要国の「民間 R&D 投資と経済成長における技術進歩の関係(80 年代と 90 年代比較)」において、多くの国では投資の伸びと技術進歩に正の相関が見られたが、日本は投資が伸びたのに技術進歩はマイナスとなりギャップが生じていた。この背景には、バブル崩壊による不況の影響もあるが、企業がかつての大量生産型の経営から「選択と集中」といった構造変化に遅れたことと、また R&D ・知財戦略構築に失敗したことにあるのではないと思われる。ただこの構造変化への対応については、過剰設備縮減等のリストラに始まり、低価値品生産の海外移転や外国企業との提携、選択と集中(事業撤退含む)、更に業界再編が順次進められているように思われる。

R&D ・知財戦略については、近時は知的財産権の経営上の重要性に目覚め、「知財報告書」の作成など「知財戦略」に取り組む企業が増えているように思われる。

最後にその評価手法であるが、90 年代当時は上記のように我が国は遅れていたがその中でうまく行っている企業としてトヨタとキャノン等が良く上げられた。これらにおいては「ROE と研究開発効率」(5 年間の累積営業利益をその前の 5 年間の累積研究費を割り算)を見たところ、多くの企業が単調に低下するところを 90 年頃を底に U 字型に回復・上昇している。即ち 5 年先に儲けの出る R&D 投資 が出来ていたということであろう。また米国の特許分類別特許登録件数をみると、事務機器分野でキャノンは

リンター、ファクシミリ、コピーマシンのいずれでも圧倒的な数を取得し、同分野のライバルを圧倒していた。同様のことはシャープの液晶、ソニーの動画録画・再生のためのテレビ信号処理やパルス・デジタル通信でも見られる。即ち、強いところを狙っての「特許ポートフォリオ」を効率的に構築している姿が伺えた。いずれにせよ、企業の R&D パフォーマンスの判断材料として、ROE 影響や特許ポートフォリオが一つの指標になるのではないかと思われる(これらデータは未取得)。

注；なお「特許ポートフォリオ」構築だけで十分かは疑問。即ち上の米国特許登録件数で、当時既に DRAM での強さが顕著であったサムスンは決して際だったものではなかった。この意味でサムスンの強さは特許ではないことが分かる。思うに生産力も競争力の源泉であるが、中にはノウハウや技能的で特許に馴染まないものも結構ある。(とほいうものの、きちんとした特許ポートフォリオ等が築けるようなところは、それなりの競争力があるものと思われ、企業としては出来るならば強い特許ポートフォリオ構築に心すべきであろう。)

なお本稿も筆者の見解で、RIETI を代表するものではない。またこの分野の動きは非常に早いところ、本稿は 08 年 6 月末時点での記述であり、その後、進展があったものがある。

参考文献

- ・「光ディスク産業の興隆と発展」2005.3.東大 DOE ものづくりセンター小川絃一
 - ・「液晶産業における日本の競争力」2007.4.RIETIDP、中田行彦
 - ・「LCD パネルメーカーの事業戦略研究 2006」電子産業・成長戦略フォーラム
 - ・「科学的発見・発明とイノベーション」廣瀬全孝；2007Spr 一橋ビジネスレビュー
 - ・「ムーアの法則がもたらす複雑性と組織限界」中馬宏幸・橋本哲一；同上
 - ・「半導体・地殻変動」07.9.11.エコノミスト
 - ・「セマテック分析ーべいこくにおける共同研究コンソーシア区の成立と評価ー」土屋大洋；「法学政治学論求」28号(1996 春季号)
 - ・「日本初 W-CDMA の挫折」王亭亭；ITPro；2007.7～10
 - ・「モバイルビジネス研究会報告書」2007.9
 - ・「産業競争力を強化する知財政策」小宮義則
 - ・「研究評価は当たるのか？」03.12.18.住友電工(株)村上路一
- その他新聞報道等

＜補論・別紙＞デジタル IT 機器の 90 年代以降の動きについて

80 年代にその競争力を謳歌したデジタル IT 機器は 90 年代以降、韓国等の追い上げを受け急速にその国際的地位を下げた。ただ最近では復活の兆しも見える。その動向を以下に光ディスク産業(CD/DVD)、液晶及び薄型 TV、半導体、携帯電話について概観する。

1. 光ディスク産業 (注；これには媒体(メディア)のみならずむしろ再生装置等本体を含む)

1972 年フィリップスが CD の基本コンセプトを発明。その商品化のためソニー※と提携(1979.10~)し標準化を進める。後にフィリップス・ソニー連合として CD 特許権のライセンス行使する(これで相当稼いだ)。

※松下も提携を打診されたが無関心だった。理由は、記憶媒体の手法として機械圧電方式(針)・静電容量方式への思込みがあった。またビクターとの関係もあってか映像への関心があった。それに対しフィリップスはまずは音楽を考えており、この点ソニーと共感するところがあった。

80 年代になって、日系家電メーカー中心に CD(オーディオ)が市場を席卷する。背景にソニーが CD プレーヤー等製品化に際して日系企業に部品開発を依頼したことがある。このビジネスモデルは、VTR 型即ち家電型(70~80s)のビジネスモデル※を採用。

※ブランド中心で、また Value-Chain を重視。但しこの手法はその維持等に高い overhead cost がかかる。因みに当時の同コストは、日本では生産コストの 20%程度に対し、韓国・台湾は 10%前後と言われる。このコスト差が価格にセンシティブなコンピュータ部品分野での競争力の差となり、韓国・台湾製品の躍進に繋がっていく。

この CD-Audio の家電的ビジネス展開は、その後の MiniDisc や MO でも続けられ、それなりの成功を収めた(ただ市場的には日本中心で世界的展開とは行かなかった。もっとも国内的ではあったが収益的には企業を潤した)。なおこれら分野ではウォークマンに代表されるように小型化・技術集約化が進み、連れて生産コストも下がっていったが、製品価格の低下はそれ程でもなかった(ブランドの威力)。

しかしデータ記憶媒体としての CD-ROM では、コンピュータの「部品」化が進み、このオーディオ系とは違った発展形態となる。この CD-ROM 開発の背景には、コンピュータ業界から当時高価なオンライン DB に替わるポータブル DB としての開発要請があった。また当時勃興しつつあったミニコンメーカーが大量のマニュアルの安価な普及手段として光ディスクを検討し始めた(80 年代半ば)。この動きは 87 年末にパソコンにも波及し、特にマイクロソフト(MS)が積極的に推進し、90 年の Win3.0 販売で結実していった。ところでこの CD-ROM の規格作りは試作品段階では多くの日系企業が参画した。フィリップス・ソニー連合も取り組んだがその仕様にはデータのみならず音楽映像への転換をも念頭にし、また OS が OS-9、MPU はモトローラというもの(当時の主流派でない)であった。これに対し MS はデータ中心で、仕様も DOS / インテル対応であった。結局 MS が用途面を主導したこともあり、この規格は MS 即ちコンピュータ系が進めることとなった。ために CD-ROM のビジネスモデルは従来の家電型からコンピュータ型へと代わっていく。

この CD-ROM に次いで CD-R の開発が行われた。CD-R は書換不可能であることから

CD-Audio の母型やプログラムチェック等に使用されていたが、当時は金属膜方式で高価であったが、安価な色素材料方法が太陽誘電、ソニー他で開発され主流となっていく(この技術は当初から普及重視で、オープンライセンスを採った；もっとも、大量に出て又価格が下がると僅かのロイヤリティでも儲けは大きく、且つその僅かの価格差でも(低価格汎用品であるから)ランセンサーは競争優位を保てるという戦略(見通し)があったらしい)。加えて CD-R はこの色素と焼付レーザーの強度等がメーカー毎に違い互換性が問題であったところ(背景には CD-ROM のスピード 4 倍化競争があり CD-R も巻き込まれた形でいろいろなタイプが試された)、その解決を図るための「オレンジフォーラム」が結成され、そこで各メーカーの Disc に ID 番号を付し、それに合わせて最適の再生条件を実行する「Write Strategy」、即ちこれに準拠して再生機器側でレーザー等をコントロールすればどこの CD でもきちんと再生できるという技術仕様書一が作成され、公表された(96~97)。この Write Strategy について、作成主体のオレンジフォーラムは、その封じ込めや特許権・著作権取得など念頭になかった模様で Web 公開する等、普及を重視した。ために Disc ID 付与が台湾メーカー等にも急速に広がった。この Write Strategy の内容(実現)は、当初は企業内ノウハウ的なところもあったが、次第に体系化されそれがチップセット等ファームウェア化し、98 年頃からは光ピックアップ装置と込みで韓国・台湾メーカーへ流出した。加えて光ディスク再生にはディスクに正確にレーザーを当て微細なトラックを正しくフォローする機能が不可欠なところ、このサーボ技術がデジタル化でチップセットとして実現され、これまた流出していった。このように基幹技術が相次いで流出したため日本は急速にその優位を奪われていった(またこの技術普及に伴って CP 内装置としても CD-ROM から CD-R へと移行していく)(また CD-R の後続として書換可能な CD-RW 等が開発されていく)。

次に DVD であるが、CD が音やデータの記録に対して、DVD は映像記録を可能とする大量データの収録を目指し開発された。この規格標準化は DVD フォーラム(95.9.~)で行われたが、この作業はそれ以前のものとは異なり、市場競争通じて規格を縛り込んでいくというより、当初から代表的な企業による事前の協議で規格が決定されていった。この作業開始当初は、必須特許は一括ライセンスする方針であったが、独自ライセンス戦略を打ち出す社(トムソ)が出たことから、陣営が二つ(「3C」；フォリプス・ソニー、後にパイオニア参加、更に LG と「6C」；東芝、日立、松下、三菱電機、日本ビクター、タイムワーナー、後に IBM 参加)に別れ、互いに技術開発競争した。ただいずれにせよパテントプール結成してのライセンスする方向で、技術普及が当初から織り込み済みとも言える(もっともプールでも、権利者はプールを通じてのライセンス収入はある。ただプールでは関連特許総体でのライセンス料の上限が事実上決まり、結果個々の特許に係る収入はそれ程にならない)。

なお直接は MPEG2 だが、このライセンス(プール)が近時中国 DVD メーカー等に行使され始め、大打撃を与えているとの由※)。

※ 06.9.26 報道によると；「米 MPEG2 とのライセンスが\$2.5/台(年間 2 億^F)となり、これが中国メーカーに重くのしかかっている。05 年.1-5 月の上海港出荷の中国メーカー分は▲ 78.6%。他方輸出の 97%が外資メーカー製で+ 10%。IT 分野ではその他特許についても、外国企業がライセンス

料行使の方向(後にカラー TV、携帯電話 3G 等)。(中国系打撃の)背景事情として、中国での IT 分野特許出願上位 10 社中に中国系はいない。このような状況から中国政府は中国独自の AVS 基準策定に取り組む」・・・

DVD の開発に戻って、再生用 DVD は 96.7 年頃から日系メーカー、LG、フィリップスが相次いで販売を開始、世界市場ではソニー・松下が 1 位、2 位を占めた。ただ当時はソフトが不足しており市場は拡大しなかった。その後、99~2000 年にかけて日系企業が生産拠点をアジアに移転し、また韓国や中国メーカーが参入し低価格化が進展、01 年にはソニー、松下、東芝、パイオニアの主要 4 社の世界シェアは半分以下になり中国の進出が目覚ましくなる(なお録画機能付きは、今もまだ日系に若干優位性があるようだが、それも時間の問題であろう)。なお DVD 分野での日系企業の特許保有は 7 割以上に及ぶ。そしてこの特許権や保有技術の優秀性を背景にして(また CD 等での経験もあったと思われるが)東アジア系メーカーの提携 JV(日立と LG 電子、東芝とサムスン等)が出現している。

補 ; DVD の標準化は再生を巡るもの(SD と MMCD があり CD 互換性よりも技術的優れる SD で統一)、書換 DVD に係るもの(結局 DVD-RAM、DVD+RW、DVD-RW に 3 分裂しいずれも規格化された ; 背景に用途、PC か AV かの違い)がある。なお後者は DUAL や MULTI として規格間の互換性を機器側で可能とする技術がでている(日立・LG)。

以上 90 年代以降の光ディスク産業の動向を概観したが、CD 等光ディスクは当初は家電製品として登場したが、途中でコンピュータ部品化し、2004 年世界市場ベースで 43%が CP 用と言われている。また設計のモジュール化も進展し、韓国、台湾、中国等が追い上げる中で日系はそのシェアを次第に低下させていった。

例えば ; CD-ROM 装置 95 年世界シェア 90%→ 98 年 50%割→ 00 年 20%

メディアも 95 年 80%→ 05 年 10% 但し日系ブランドでは 50%※

※メディア(生 CD とか)の世界では、日系ブランド商品が上記のように"強み"を発揮していたが、つい先日の報道では(08.3.)、日系企業は軒並み「国内生産を更に縮小し海外移転を一層進める」と発表している(例えば、日立 ; DVD 世界シェア 9%→筑波事業者生産停止、全量台湾等に生産委託へ、三菱化学メディア ; 既に 9 割海外委託、新世代を海外委託開始、リコー ; 光ディスクから撤退、TDK ; 世界第 2 位 BD に集約、残りを 8 月米にブランド毎売却、等々)。

しかしながら完成品でのシェアの低下は、そもそも日系メーカー自体の生産拠点移転や海外メーカーとの提携というところもあって自ら招いたと言えなくもなく、他方で基幹部品・部材ではその多くで日系が完全な優位を保っている。

例えば ; DVD 関連の日系企業シェア

90%以上 ; 光ピックアップ、レーザーダイオード、レンズ

70%以上 ; ポリカーボネート、ディスク製造装置

よって日本の産業全体としては、収益も回復し、80 年代とは違った意味ではあるが「復活」してきたと言える。日系がスマイルカーブの両端(知財・部品・部材、および製造装置の上流とブランド戦略がとれる消費者最終製品/付随サービス含むの下流域)

を抑えている（付加価値が低い「生産」部分は韓国・台湾・中国等で）。

このような変化は、モジュール化の進展というある意味不可避的なところもあったが、この背景には先行する日系メーカーがうまく標準化をリードし、そこで得た技術力・ドミナントデザインを背景に、完成品では移転・提携等で、むしろ部品・部材を生産拡大するアジア系メーカーに供給して稼ぐ、という図式を築けたことにあると思う。

補；新型 DVD

従来との互換性重視の HD-DVD(東芝)と新技術/高性能のブルーレイ(BR；ソニー・松下)との競争となった。結局コンテンツ業界の意向が重視され、双方ハリウッド詣を重ねたが、最終的に最大手のワーナーが BR 陣営に与し、東芝は HD-DVD からの撤退を決めた(08.2.)。なお東芝は(NEC と)基本特許を抑え特許収入を獲る構想を描いたが、ソニー/松下は早い段階から他メーカー等に BR 採用を呼びかけた。結果、HD はメーカーとしては東芝だけに対し、BR は日立やシャープ等幅広い支持が得られた。特許戦略への固執が裏目に出た。なお再生 CD でもそうであったが、結局互換性重視派よりも高性能派が勝利し、今回もそうだった。ただ BR が勝利したから BR 機器で今後日系メーカーが優位に立てるかということ、DVD 同様、いずれ完成品でのシェアは中国等に奪われるであろう(因みに 08.5.BR の規格団体 BDA は中国メーカー 11 社に BR 関連特許権のライセンスをしたとの由)。加えてそもそも新型ビデオの用途には Tivo(ティボ)；ハードディスク内蔵自動 TV 録画装置が米で流行る等、その用途面での競合機器(技術)も登場している。

2. 薄型 TV

薄型テレビには液晶とプラズマがある。

なおブラウン管 TV との違いは、ブラウン管 TV はアナログ、擦り合わせ型製品でノウハウが重要(部品さえあれば出来ると言うものではない)でまさにブランド重視の家電製品。

対し薄型 TV は、液晶またはプラズマの薄型パネルに画像エンジン(チップセット)を組み込めば作れるモジュール型製品。即ちパネルセットとチップセットあれば誰でも作れる。そして原価構成でパネルの占める割合が高いところ、パネルの製造自体は擦り合わせ的だが、半導体同様如何に新規高性能設備を整えるかが需要で、韓国・台湾が急速に追いつけている。

以下液晶・プラズマ順に概述する。

<液晶>

液晶の原理自体は 1889 年オーストリアで発見され、1960 年代に米サーノフ研究所で研究されたがものならず、70 年になってシャープが電卓の表示装置として実用化、後にセイコーが TFT 液晶を開発。カラー化にも成功し、84 年に 2 インチカラー TV 発表。しかし水晶基盤のため大型化と低コスト化に難があった。他方で、75 年の英国でアモルファスシリコン(a-Si)での制御可能と、79 年にそれを TFT への採用可能が判明。これ

を受け三洋がアモルファスの太陽電池パネルとして世界に先駆け開発し、同時にアモルファスシリコン(a-Si) TFT を用いたアクティブマトリクス液晶を発表。シャープも JEIDA からの委託を受けて a-SiTFT 開発研究し、85年に3.2インチパネルを試作し、A4基盤での3インチ生産に目途が付いた。ただ3インチでは用途が限られるところ、大型化に目途が付くのは、1988年に14インチでのカラー化試作の成功。これを受け、各社が大型化への投資に踏み切るようになる。シャープは現在も液晶大手であるが、シャープが液晶事業を軌道に乗せたのは8.4インチカラーパネルの作成。即ち当時のノートPCには7インチ白黒液晶(ガラス基板は第1世代; 300×400mm)が使われていたが、シャープはカラー化し、更に基盤を20mm大きくして8.4インチカラーTFT4枚取りを可能とし、ノートPC市場に売り込んでいった。これを機に同社は液晶事業を大きく立ち上げ、またガラス基板も大型化、コストダウンが進み現在に至る。

液晶パネルの製造技術は半導体に似て、まず回路を露光させ、それを蒸着等で形成していく。ただしサイズが極端に大きい(微細化問題はない、むしろ大型ガラス基板を如何に上手く扱うかが問題)。また液晶にカラーフィルター等組合せて液晶パネルとする。そしてこの液晶パネルに偏向板・光学フィルム、集積回路、バックライト等を組み合わせて液晶モジュールとする。この液晶モジュール自体はいわゆるモジュール型部品であるが、その生産には上述のように多くの部品組合せが必要で、そこには擦り合わせ要素がある(ここが米国があまり得意としないところであろうか、因みに中国も然り)。

なおコストダウンには大型化が欠かせない。即ち、基盤が大きくなると高級品用の大型パネルがとれるだけでなく、中小型でも面取り数増加し、生産性と歩留まりが向上する(例; 1枚不良品があっても取れる枚数が多ければ、不良率は低下=歩留まり向上)。この基盤の大型化にはロードマップがあり、大体3年で次の世代(サイズで1.8倍; この法則の発案者に因み「西村の法則」という)になる。現在第8世代に入り、近い将来第9世代への移行も言われている。この大型化も一応前述のロードマップや世代はあるものの、国際的に決まったものはなく、要はカスタム仕様で、この意味からも擦り合わせ的である。

この液晶技術も日本で開発、事業化、量産化されたが、韓国・台湾へと技術は流出している。歴史的には1996年に日本で本格的に立ち上がり、その3年後に韓国が、その2年後(2001)に台湾が参入している。その背景には、日本と該国企業との合弁等の設立がある(例; 97年にCRTの台湾・中華映管(CPT社)が三菱電機子会社ADIから技術導入。これを契機に東芝/シャープも技術移転、等々)。

ところでガラス基板の大きさがコスト競争力に大きく影響するところ、日本はいわゆる第5世代(01~; 1000×1200mm)設備投資に出遅れた。この第5世代は、そのサイズもさることながらそれまでのノウハウ等が組み込まれた完成度の高いマシンと言われている(要するにこの機械さえ入れれば、それなりの品質のパネルがきちんと作れる)。この第5世代機器は02年から急増し、04年には世界の生産のうち55%が同世代といわれるところ、日本は乗り遅れた。因みに第5世代の構成比率を比較すると韓国・台湾は04年でそれぞれ58%、36%、05年に72%、56%。対し日本は、7%(因みにこれはシャープ)、22%にすぎなかった。日本の出遅れの背景には、日本は「先行したばかりに」の不利があった。即ち先行する日本は、既に第4世代等で多くの投資をしていたところ、IT

バブル崩壊の影響もあり、大型設備投資ができなかった(シャープを除く)。対し韓国等は、IT バブルの影響はあったであろうが、むしろそもそも後発で設備が必要だったし、経営判断として積極的投資の決断ができた。そして、これによりまさに「後発者利益」を享受した。

(参考) 98~2002年の投資・売上げ・営業力比較(ドイツ証券)

日本(6社)	7028	41679	▲191
韓国(2社)	7517	21012	+4393
台湾(5社)	8981	12682	▲73

ここに日本は液晶でも韓国・台湾に追い抜かれるに至る。

現在の液晶パネルの用途は；TV用、PC用、その他用中小型パネルに分けられる。PC用はまさにコンピュータ部品でありモジュール化され、コモディティ化している。(因みに前述の日系企業の台湾への技術移転はPC用CRT関連が主であり、台湾勢が優勢で日本勢は出る幕は無い。)

TV用についても、韓国・台湾勢が結構強い。

(参考) 液晶TVの世界シェア(2007米ディスプレイサーチ調べ)

1)サムスン 18.7%、2)ソニー 17.1、3)シャープ 11.7、4)フィリップス 9.9、5)LG電子 8.0

液晶TV用パネル(%)

1)サムスン 25.7%、2)LGフィリップス(韓) 22.1、3)AOU(台) 19.4、4)奇美電子(台) 13.4、5)シャープ 12.4

日系では、シャープが唯一第6世代投資に遅れず積極的な投資を継続し、現在もグローバル戦略を着々と進めている。因みに同社は前述のように液晶の先駆者であったが、1988年に社長を継いだ町田社長が「選択と集中」を実行して液晶TVをターゲットとする「オンリーワン戦略」を遂行していた。なおシャープはTVのみならず中小型でも世界1位を保っている。シャープの国内拠点は三重県の亀山第1工場(04.1~)、第2工場(06.8~)で、新たに堺に液晶・太陽電池の一大集積拠点を2010年3月稼働目指し整備中(そこでは52インチTVを作る予定)。またグローバルには、日本以外に中国、マレーシア、メキシコ、ポーランドの世界5拠点をTVを生産する。ただコアナレッジの液晶は、技術流出防止のため、原則日本で生産したものを送り、足りない分は台湾でOEM生産させ供給することとしている。なお技術流出防止には、亀山工場は内部がブラックボックス化され相当厳しい情報管理が敷かれていると言われている。

ソニーは、トリニトロンでブラウン管TVで一世を風靡したが、強いトリニトロンを持っていたがため液晶等の薄型ディスプレイの開発に出遅れた。しかしかつて培った映像エンジン技術(ベガエンジン)を活かし、パネルは韓国サムスンと合弁会社S-LCDを創設し供給を受けるという方法を選択した。S-LCDは05年に7G(1870×2200mm)を導入し生産性を格段に上げた。ソニーは韓国内にTV工場を新設し、韓国内で垂直統合を行っている。結果、現在ソニーは、そのブランド力・マーケティング力をもって、液晶TVで世界で1位・2位を争っている。

ただ液晶 TV は競争が厳しく価格破壊も進んでいる。特に最近の話題として米ビジオ社がある。ビジオは 07 年に出現した液晶 TV 販売会社で、自社生産はなく全て台湾での OEM 生産であるが、瞬く間に米市場第 3 位に入った。

このような状況から、昨年後半から今年にかけて国内メーカーでは再編が進んでいる。

再編の引き金を引いたのは松下(松下はプラズマの雄であるが品揃えから液晶 TV も扱っている)で、日立が筆頭株主の日立ディスプレイ及びの IPS アルファテクノロジー(松下・日立・東芝共同出資)への出資を大幅に引き上げ、特に IPS は松下グループに取り込む(現在 3000 億円投じた姫路に新工場建設中)。ここに SED で暗雲立ちこめるキャノンが合流した(07 年 12 月)。なおこれで日立は液晶パネル事業を段階的に縮小し、他方キャノン(07 年 12 月に有機 EL 製造装置メーカーのトッキを買収)と有機 EL パネルの共同開発をも行うとしている。

この動きに対し、シャープは、9 月にパイオニアに資本提携で取り込み、東芝との連携しての「シャープ・東芝・パイオニア連合」を結成している。なお東芝も段階的に投資を絞る方向。(なお 08 年 5 月、三洋がシャープからの液晶パネル調達を発表。なお同社は調理家電等分野でも同社との共同開発等を検討しているとのこと)。

なおソニーは前述のようにサムスンとの合弁から液晶調達していたが、ここに来てシャープから液晶パネルの調達を決めた(08 年 2 月)。ソニーは引き続き韓国からの調達は続ける。なおソニーのこの決断は、パネルの確保を優先したことにある(背景には米ビジオ等が 07 年後半に売れ筋の中小型 TV 用パネル確保で苦労したことがある。)

以上のように、液晶 TV では、国内メーカーはパネルを自社生産する垂直統合型はシャープ・松下のみとなり、他は外部調達となる。

補；この日本の再編は韓国にとってショックだと言われる。

即ちパネル製造メーカーには安定顧客が必要なところ(因みにシャープの一連の動きも安定顧客確保側面が強い)、ソニーのシャープへの切替はショックだが、実は松下もかつては LG フィリップスの大口顧客だった。それが IPS へ切替る方向となった。なお LG はフィリップスが今年 1 月パネル生産からの撤退を表明したこともショックである。即ち今後は自前で投資資金を確保する必要があるからである。

ただこの発表がある以前、サムスンは S-LCD 本社工場の湯井地区を液晶パネルの一大拠点とすべく 2010 年までに 20 兆ウォン(2 兆円)投資する計画で、また液層製造工程は擦り合わせ的といったが、関連部品・部材の国内(韓国内)調達率を 50% 以上にすべく目標としていた。これが今後どのようなようになるかは分からないが、暫くは要注意であろう。

(参考)液晶 TV 市場の見通し(ディスプレイサーチ調べ)

同市場は 08 年まで順調に拡大するが、09 年以降は徐々に伸びが低下し、10 年に 1000 億ドルとなり、この辺で一進一退か。なお台数ベースの伸び 2 桁(~11)だが売上額は 1 桁に(~09)

- ・因みにセッターはまだ 60 数社いる。TOP のサムスンで世界シェア 20%。よってまだまだ再編の嵐は続きそう。

(参考)ビクター；松下グループから切り離された；が、08年4月に日欧でのTV生産(約30万台)から撤退し委託に切替を表明した。今後はタイで国内向けのみ継続する。なお社全体としてはケウッドとの相乗効果を期待するとの由。

補；中小型液晶

「TV用以外の液晶は海外勢攻勢で低価格品を中心に縮小」(08.4.29.報道)

中小型の需要は、08年に3割ほど伸びる見通しなれど、汎用品は韓国・台湾の中堅企業乱立で価格が下落；そこで

セイコーエプソン 中小型で国内#3、世界#4は、10月までに国内6拠点を2拠点に集約＝携帯用・高精細LTPSを行い、後工程は中国シンセン・フィリピンを停止、09年までに中国蘇州に集約する。

東芝松下ディスプレイテクノロジー(TMD)世界#2は、高精細LTPSを8割に(SNG工場)。

旭硝子・三菱電機は、共同設立液晶会社をフィリピン系ファンドに売却・撤退。

シャープ(最大手)は、中小型駆動用IC→ルネサスや台湾との共同出資会社移管

<プラズマ>

その原理は1964年、米イリノイ大でネオンガスが放電発光(オレンジ色)することを発明。CPのディスプレイとして80年代、IBM等で採用。しかしモノクロだったのでTFTカラー液晶登場の影でしばらく忘れられた存在へ。しかし当時NHKがHDTV用にカラーPDPの研究を開始。方式は、それまでのAC駆動に対しDC駆動方式＝電極を直接ガスに当てるもの。しかし1992年に富士通・ゼネラルが改良ガスAC方式を開発し、日立・NEC、パイオニアが追随。そして1996年初の42インチカラーTVを富士通・ゼネラルが、97年11月に42インチワイドを、12月にパイオニア初の民生用50型発表。その後、韓国・台湾(奇美G他)が参入して熾烈な競争が展開される。

なお特許では、日本が先行、韓国がそれを追いかける形。日韓ともに90年代半ばから出願急増。ただ96年までの韓国はDCで現在主流の方式とは違っていった。特許の内容は、日本は最初構造で、徐々に製造方法、材料に変化し、特に材料系が強いと言われる。他方韓国は構造主体。またその開発目的は共に低コスト、画質向上目的が多い。技術面では日本の方が優勢のようであるが、特許戦略としては必ずしも成功していない。例えば「反射型三極放電型面」というセル構想基本特許を88年に発明しながら海外出願しなかった(当時はまだ特許戦略とかの意識が薄かったのかもしれない)。なお2004年4月にサムスンSDIに対し：PDPパネル輸入差止事件が税関に申請受理されたが和解に至っている。

なおPDPパネルは液晶に比して動作性能は良いが高価であるところ、液晶が不得意な大型化ができたので30インチ以上はPDPと言われていた。ただPDP/PDPTVも液晶同様厳しい競争に晒されている。この激しい競争の下で04年9月にパイオニアがNECプラズマディスプレイ買収、また05年4月には富士通は撤退し、その日立との合弁会社は日立の子会社化され、また保有していた特許は松下・日立保有特許と共同管理されるようになった。

また大型 TV 市場においても液晶 TV が可能となり、液晶 TV との競争も加わった。

ために最近では PDPTV 市場は頭打ちで、07 年世界で 154 億ドル(対前年▲ 15.99%)でこれは液晶 TV のほぼ 1/4 である。また価格も下落が続き、対前年で▲ 31.0%となっている。PDPTV の 06 年の世界シェアは、1)松下 34.5%、2)サムスン 20.1%、3)LG 電子 16.1%、4)日立 7.5%、5)パナソニック 7.3%となっているが、このうちパナソニックは 07 年 9 月にシャープの出資提携を受け入れ自社生産から撤退している。また日立も赤字で、今後は富士通との合併の FHP(富士通日立ディスプレイ)を完全子会社化し大型に絞って外販(中国向け)もする(稼働率向上のため)との由(08 年 2 月発表)。

なお部品・部材では、PDP でも液晶同様日系メーカーが高いシェアを誇っているが、PDPTV の価格下落はこれら部品・部材にも価格引下圧力となり、売れても儲からないとして撤退する動きもある(08 年 3 月報道)。具体的には；三菱化学が 3 月末に光学フィルターから撤退、また JSR、保護膜や顔料分散レジスト供給も撤退検討中との由。なお旭硝子は 07 年 7 月に愛知工場での製造停止、もっとも同社は韓国では生産増強し、全体としては維持＝液晶は攻め・プラズマは守り。

このように日系企業は厳しい状況にあるが、唯一松下のみ勝ち組で、積極果敢に PDPTV 事業を展開している(上述のように世界 1 位である)。松下は薄型 TV で最後発であり、2000 年末に東レと共同出資でパネル会社を設立したが、当時 PDP では HDTV への対応が困難(画素数を上げるには蛍光体を小さく)とされていたところ東レのガラスコート及び露光技術で微細間隙形成技術が可能となった。このため 40 インチ HDTV が液晶の 2 年遅れで可能となった。松下は今後とも積極展開する方向で、現在 09 年 5 月稼働目標で尼崎に第 5 工場を建設中である。この工場完成後はフル稼働での供給能力 2300 万台となる。他方松下は 2010 年の世界での需要予測を 3000 万台としており、その 7 割以上シェアを目指している。松下の戦略は、一つにここまで大きいカスタム部品に無駄がなく、よって外販の必要もなく、差別化技術の流出もないということらしい。

PDPTV は世界で概ねプレーヤーが収斂しており、液晶のような再編と言うことは最早ないと思われる。が、結局、液晶 TV(更に今後は有機 EL とかもある)との競争でどこまで市場シェアが取れるかという問題がある。

補；液晶のところでは日本の再編が韓国に衝撃と申し上げたが、PDP でも LG 電子(07 年パナソニックで世界第 2 位)が 08 年 5 月 PDP の大型追加投資を中止し液晶シフトを発表した。

背景には同じ韓国のサムスンとの競争及び液晶パナソニックとの競争で 2006 年 10~12 月期から 5 四半期連続の赤字だった。

なおサムスン SDI(同世界第 3 位)も同様の赤字が続いており追加投資中止する可能性もある。

3. 半導体

半導体は、多数のデジタル機器で使用され、微細加工や材料、更に設計手法等々その

技術的波及効果も大きくまさに国のハイテク産業をの盛衰を左右する重要性を持つ。

半導体は 80 年代は特に DRAM を中心に日系企業が我が世の春を謳歌した(88 年；世界シェア 75%)が、90 年代に入り韓国等が台頭し徐々にシェアを失い(93 年頃 50%切り)、90 年代後半には 96 年の価格の大暴落、加えて米(マイクロン)の技術的優位(サイズ面、97 年)もあり、2000 年前後から日系大手の撤退が相次ぎ(98.12.富士通、01.12.東芝、02.10.三菱)、また 99 年 12 月に NEC と日立は共同でエルピーダを設立しそこに DRAM 事業を移管した。同社は日本唯一の DRAM メーカーとなった。DRAM は 2000 年代半ばにはそのシェアは 10%以下までに凋落した。

結局、日本の繁栄はまた集積度が低い段階であったため、構造もさほど複雑ではなく作り込みでの対応が可能であり、また汎用化度も低かったので需要サイドとの調整が必要なところ、需要(コンピュータ等)を内部に保持する総合電機系の日系半導体メーカーの構造がたまさか適しており、結果強みを発揮した。しかし集積度が上がるにつれ、その技術開発が難しくなるが、需要を内部に持つ日系メーカーは自前主義的で他社とのコラボレーションに不得手で、また得意とした製造技術面でも遅れを採るようになった。背景事情として「日米半導体協定」(86.9~96.7)があり、この地位に胡座をかいていた面もあると思われる。即ち、半導体で得た収益を半導体分野の設備向上等に使うのではなく社内の他分野に回していた。これはこれ以上作っても輸出できないこともあった。また韓国や台湾での生産委託等もしたが、これが技術流出に繋がった。他方これら諸国は日米協定の下での比較的高く安定した価格のメリットを享受できた。

このように日本が若干緩んでいる間に、米は SEMATECH で官民・関係業界をも巻き込んで競争力回復に躍起になった。その結果、まず問題点であった良品率—日本の強みの最大要素—において、日本方式のリンパダクション等を、その研究を通じて導入することで画期的に改善し、日本と遜色ないまでとなった(逆に日本はむしろ自動化に熱心で、またリストラもあって熟練工を削減した。しかし半導体の生産工程は極めて擦り合わせ要素が多かった。米の追撃から 2000 年頃その重要性に気付いたようだが、手遅れだったと言われる)。加えて米は、むしろ従前から優れていた開発能力を発揮し、特にマイクロンがチップサイズの劇的な縮小化に成功した(97 年にかつての 20%までに；俗にマイクロンショックという)。他方韓国も、特に生産プロセス技術の改良に取り組み、大量の研究者の投入と大規模設備投資を果敢に行っていた。

日本勢撤退の直接の契機は 96 年以降の半導体価格の大暴落(そもそもバブル崩壊後の不況、加えての 2000 年の米 IT 不況(~ 2002 秋まで)の影響もある)で、日系が優位を保ったのは 64Mb まで※と言われるが、設計・量産化プロセスでは 16Mb から韓国等にその競争力を徐々に奪われていた(例えば；サムソンの設計・量産の総サイクルが 96 年 90 日→98 年 30 日；対し日本 60 日。また日本は、先行品はチップサイズ大きくても売れると過信、縮小化で遅れ。またそのような大サイズでの量産無理)。(※なお 64MB でもプロトタイプの開発先行は日立、その後の 256MB まで開発自体は日系が先行する。しかし量産では先行はサムソン。) (韓国の強さは 128Mb で発揮。即ち 64Mb 以降は集積度の伸びがかつての 4 倍化から 2 倍化に；日本はこのような想定外の需要にタイムリーに対応できず。そこをサムソン等がマーケティング力・情報収集力とその生産技術で

上手く対応。そして日系が約1年遅れで参入したが、逆にこの参入が供給過多・価格下落を招き、体力消耗気味の日系に大ダメージとなった。)

なお DRAM では、1999.12.に日立・NEC が共同してエルピーダを設立した。同社は過去の反省に立ち、国内に固執せず台湾(PSC)や中国(SMIC)に生産委託あるいは独キマンダとも提携を進め、近頃(07 年秋)陰りを見せ始めた世界第1位のサムスンの追撃に乗り出している。

またメモリのうち、フラッシュメモリについては、東芝が NAND 型を開発し、需要面もアップルの iPod のでヒット等で拡大していることもあり、かなり健闘している。そして過去の投資戦略の失敗にも鑑みてか、昨年秋から大規模投資を敢行し、これまた主位のサムスンを追迫している(なお同社はその他分野の半導体の生産も行っている)。

(参考)東芝は、HD-DVD 撤退という失敗はあったものの、2010 年度の売上げ 10 兆円を目指して、半導体・パソコン、テレビ等の収録事業を拡大、利益増を目指す。投資は半導体中心に3年間で2兆2千億円。国際競争を優位に展開するには生産規模拡大が必要と判断、攻めの経営とする。(08.5.9 報道)

その他、ロジック半導体については、その汎用品の世界の潮流は、設計はファブレス(米、シリコンバレー等)、量産はファウンドリー(台湾等)が主流のところ、日本は未だ自社設計・自社生産に拘るところがあり、厳しい状況。たしかに少量品は自社生産での対応可能だが、徐々に限界。特に後述するように微細化がほぼ物理限界に近づき、到底1社での開発は不可能になりつつある。いずれにせよこの LSI 分野でも競争は厳しく、02 年 11 月に NEC が LSI 事業を分社化し NEC エレクトロニクスとし、また 2003 年 4 月、日立と三菱の合弁で LSI 開発のためのルネサステクノロジー(2006 システム LSI で世界 #1、半導体全体では世界 #6) が創設されている。

半導体のうち特定用途の ASIC は、ものによっては日系が強いものが結構ある。これは分野特定なので設計費用等は嵩むが、一旦そこをドミナントすると力が発揮できる。また擦り合わせ的でもある。例として、TV・デジカメの映像エンジンや、携帯電話のアナログ変換や省電力用半導体等々がある。

なお先の LSI を含め、ASIC の生産者には部品専業・中心メーカーもあるが、上記デジタル IT 機器完成品の生産企業が内製ないし子会社生産する例も散見される。

ただいずれにせよ半導体業界の競争は全般で極めて激しく、また世界的な需給状況から価格が乱高下する反面、集積度が上がっていることから、その設計や更には適した素材開発等その開発もさることながら、微細加工等のための生産設備投資も相当以上の負担となっている。ために業界再編は今も続いている。なお最近の動きとして、07 年 11 月東芝と NEC が次世代半導体製造技術共同開発決定、08 年 3 月ソニーがシステム LSI 製造装置を東芝に売却で合意、同月富士通が半導体事業分社化、富士通マイクロエレクトロニクス発足し更に 5 月には OKI 電機(かつて DRAM の一角。その後撤退し、LSI に特化)が半導体事業を分社化(OKI セミコンダクタ)し、ローム(カスタム系を得意)に半導体事業を売却す

ることを発表した。このように厳しい状況ではあるが逆に前述の東芝や NEC エレクトロニクス（5月に2010年目とにシステムLSI設備倍増を表明；好調のゲームやデジカメ向け）のように設備増強に取り組むところもある。

（参考）国内半導体メーカー売上げランキング（米アソシエイト調べ 2007年 百万ドル）

- 1) 東芝 12186、2) ソニー 8055、3) ルネサス 8001、4) NEC エレクトロニクス 5742、5) 松下 3880、
- 6) エルピーダ 3838、7) シャープ 3401、8) ローム 2633、9) 富士通 2529、10) 三洋 1821、
- 11) 日亜化学 1394、12) 三菱電機 1204、13) OKI910

なお OKI + ロームは第7位(3543)に浮上する

補；昨年からの再編第2幕の背景には、市場の厳しさもあるが、半導体技術の高度化・複雑化からの R&D の難しさや、製造までを含めた費用負担が相当となることがあると思われる。よって例えばソニーのように自社では画像センサー等に絞り込み後は東芝に売却するとか、OKI のように負担に耐えかね撤退するところ、逆にロームは自社得意分野のカスタム系の強化、といった「選択と集中」があると思う。なお富士通の分社化も本社と切り離して自由度を増すという意味ではやはり「選択と集中」であろう（因みに NEC は既に 02 年に分社化）。

いずれにせよ日本の半導体産業は総合電器メーカーが自社内の製品用部品の意味も込めて開発してきたが、国外に目を転じれば、独シーメンスや欄フィリップスは半導体事業から撤退している。今、製品も手がけるのは、日本を除くと米 IBM と韓国サムスン等少ない。

なお特許及び標準化関連では；

半導体技術は、所謂累積的開発技術であり、また集積度の上昇につれ高度化複雑化する。よって競争の激しい汎用メモリの DRAM では 70 年代から、特許権を行使するというより仲間内で技術を持ち寄りクロスライセンスすることで Freedom of Operation が主流。具体的には JEDEC での標準化活動が上げられる。

ただ 90 年代以降、特に Post SDRAM の標準化を巡って一時期混乱した。それはランバスが Direct SDRAM 方式を出したところ、それを CPU 大手のインテルが推奨し、これが一時期標準になりかけた(97 頃)。この動きに半導体メーカーもしぶしぶ応じはしたが、やはり幾つかの問題が発生；それは、ランバスの設計は従前とサイズが大きくまたその検査方法も独特だったので新たな製造装置等の負担が生じ、加えてランバスは 2% という高ロイヤリティを要求、このように高コストなところ、需要の伸びも芳しくなくコスト低下の目途が立たなかった。ためにメーカーは JEDEC 提案の DDRSDRAM 方式への乗り換えを模索。ランバスはロイヤリティ引下げや設備投資資金提供提案等するが受け入れられず。最終的にインテルも、これを放棄はしないものの DDRSDRAM を自社のロードマップに入れた。結果、JEDEC 標準が成立(99)。ただランバス社は、同社保有の VL バス技術について、それが標準採択後、急に権利行使し(2000.6.)、それが米で独禁法上の問題に。この件は FTC が 2002 に告発、当初裁判所はランバスに有利判決、そこで FTC 上訴し 2006、FTC の 5 人の委員全員が反トラスト法違反認定し、低いロイヤリティでのライセンス命令発出。しかるに 08.3.米連邦裁判所は FTC の同決定を破棄差戻した。理由は、ランバス社の市場支配力濫用の証拠不十分というもの。今後

の行方が注目される。

いずれにせよ半導体業界では標準化を含めクロスライセンスが主流で基本的には訴訟とかは起こりにくく 90 年代半ばまでは日系からの提訴は稀であった(外国からの提訴は除く)。もっとも近時は、前述のように我が国半導体はエルピーダ(99.12.)やルネサス(03.4.)等の再編で再度浮上を図りつつあり、その元気の表れというか、04 年頃から対アジア勢への特許権行使(日本のみならず米国市場等でも)がしばしば見られる。ただその多くはその後、和解している(例; 東芝 v. ハイニクス; フラッシュ・・・なおこの動きは日亜の LCD や薄型パネルに係る富士通 v. サムスン、松下 v. サムスン、等々他分野でも見られ、ここでも(まだ係争中のものもあるが)和解が多いように思われる。(なお和解でも特許優位ならば、有利な条件で和解できる。)

最後に近時の半導体を巡る技術開発は、「究極の微細化」を始め更に高度化している。ただこの分野は極めて難しくまたその開発費用もさることながら設備投資でも大変な負担となる。なお昨年秋から半導体業界の再編が再度活発化しているが、勿論アジア系の追い上げや市場での価格動向もあるが、この R&D 負担増というのがあると思われる。そしてグローバル化の中で、この開発に向けて国境を越えた連携が広がっている。

例; 今 3 つの国際的な陣営があると言われている; (BusinessWeek 07.8.30)

- 1) IBM + 東芝・ソニー、他に AMD、サムスン、ST マイクロン、等々、
- 2) TI + 台湾 TSMC、そして 3) インテル(CPU 中心)。

補; 線幅 33 ナノの微細化以外にも、半導体技術では DRAM に替わる MRAM(磁気記憶式メモリ)、あるいは CPU の複数コア化(マルチコア化; これはインテル等パソコン用の CPU 大手だけでなく取り組んでいる; 例; ソニーの PSP III 用とか)など、まだまだ技術開発は進んでおり、再再度の業界再編が起きるかも知れない。

4. 携帯電話

携帯電話も失われた 10 年がある。なお現在の世界市場は、2006 年で約 26 億加入者(因みに日本は 1 億強)。これは 1999 年が 4.8 億であったから、7 年間で 5 倍、25%/年の成長。特に中国は 5 億もあり、更にインドでは普及はまだまだであって、今後も膨大な市場が期待される。

現在の携帯電話の世界メーカーは;

- # 1 ノキア 世界シェア 3 割 3 億 4500 万台(+ 8000 万台)
- # 2 モトローラ 2 割 2 億※
- # 3 サムスン、# 4 ソニーエリクソン、# 5 LG 電子

※注; モトローラは最近事業売却を模索中との報道がある(08.2)。ただ携帯電話事業の合併は難しく、過去の台湾・明基電通(BenQ)が独逸の携帯部門を 05 年に買収したが、失敗し 06 年に倒産。これは本体にも影響し、結局委託製造注力に切替。なお本体もキタに名称変更ということがあった。

このように世界市場は寡占化し、体力勝負の様相(前述のように第2位にトヨタでもキツイ)。よって今のところ、日系の出る幕は難しいかもしれない(ソニーエリクソン除く)。

日本の携帯電話事業は1970年にアナログ方式(第1世代;G1)で始まるが、92年にはデジタルのG2に移行し、更に01年には3Gに世界に先駆けて移行したという意味では携帯先進国である。この先進性を背景に日系携帯電話メーカーは、94年頃から一斉に中国・欧州へ海外展開を行った(松下、NEC、三菱、東芝、等々)。ただ当時の国内規格はPDC(日本独自)であったが、進出は国際標準のGSMで行う必要があった。しかし思うように販売は伸びず、そこへITバブル崩壊の影響もあり順次撤退に至っている。またNTT/Docomoも世界の先駆けて開発したiモードを他国に売り込もうとし、そのための対外投資も行った。しかし同サービスは諸外国市場の受け入れるところとならず(一度受け入れた豪テルストラも撤退)結局失敗し、ITバブル崩壊の影響もあって結果2兆円の対外投資の内1.5兆円が損失になったと言われる。

このように先進的であった我が国携帯電話が海外で成功しなかった背景には、我が国携帯電話市場の特殊性があると思われる。即ち、キャリア(=携帯電話会社)主導型で携帯電話端末メーカーが直接ユーザーに向き合うことは無く、加えて販売奨励金がメーカーのコスト感覚を鈍くしたのではないかと思われる。

携帯電話もその初期段階は端末販売と携帯電話サービス事業は別だったが、携帯電話サービスへの加入者を促進するためキャリアが端末販売を併せ行うようになり、次第にキャリア主導(特にNTT/Docomo)体制が作られる。そして端末メーカーは徐々にキャリアの言う仕様で製造し、言われる台数で納入するようになる。なおキャリアはキャリア間で激しい競争を行ったが、えてしてサービス面での競争が展開された。メールにカメラ、iモード等のweb接続、更にはORコード読取り、お財布機能(FeliCa)やbluetooth無線対応、直近ではワンセグでのTV受信等々の新しい機能・サービスが開発されていた。ただこのような機能が要求されるのは日本ぐらいで、世界標準からはかけ離れたものであった。他方このように高機能化すると高コスト・高価格になるが、あまりに高いとユーザー側に抵抗が起きるので、キャリアが「販売奨励金」を出し、ユーザー購入(=携帯電話サービス加入)時での価格は低く抑えられた(結局その分は後の通信料で回収されるが)。この販売奨励金のおかげで、高くてもメーカーに直接的な販売数減少とかの影響なくなった。このようにして日本製携帯電話端末は、世界標準からはあまりにも高機能、逆に言うと余計な機能まで付いていて、値段が高すぎて、国際競争力を殆ど失ってしまった。

ただ国内市場は上記のような特殊性もあり国産メーカーの天下である、と言ってもキャリアの言いなりであるところ、キャリア間の競争も激しく端末メーカーも価格を圧縮され、その利幅は限られている。ただ販売奨励金制度で一定量の販売は確保され、損失は出にくいかも知れない。ということもあってか、世界の携帯市場は寡占化傾向にあるのに対し、わずかに数千万台規模の日本市場にメーカーが10社以上いる異常な状況となっている。

(参考)国内のシェア(07年;台数ベース)(カーター Japan 調べ) 全体 5230万台

台数シェア) #1 シャープ 24.3%、#2 パナソニック 12.4%、#3 富士通 11.1%、#4 東芝 9.9%、
#5 NEC 9.4%

なお携帯電話の部品では、この高機能・高品質要求もあってか、他のデジタル機器同様、日本企業が圧倒的な強みを持つと言われている。

ところで我が国携帯電話メーカーの状況が上記の如くであり、その背景にはキャリアの料金プラン・販売奨励金制度があることに鑑みて、総務省でも「モバイルビジネス研究会」を設け、改革の検討が行われた(07年1月から。9月に報告書)。それを受けて昨年秋頃からは新料金プラン;例えば端末購入補助金なしでの現行より低廉な料金プラン等が出されている。(逆に端末を廉価購入した場合は、何年間かは使用継続義務があるプランもある)。

今後の携帯電話市場であるが、国内市場は昨年度はワンセグの導入等もあって新機種がかなり売れたものの、そもそも携帯電話保有率は相当高く、また先の新料金制度導入で低廉価格購入した場合の携帯保有期間の長期化(短期解約の場合、違約金が発生)が予想され、今後どれだけ需要が伸びるか議論がある。また今まで外国勢は、2Gの時はそもそも規格が違ったので入りにくかったのが、3Gでは国際標準化したのでその面での障壁はなくなった。また上記の状況からあまりうま味のある市場でなく、部品では日本に結構依存しているところ、あまり日本国内で問題を起こしたくないというような配慮もあってか、あまり参入していなかったが、DocomoがLGのチョコレートPHONE(超薄型で欧州で人気機種)を採用したり、NOKIAも修理工場を整備したり、更にアップルがiPODに次いでiPhoneを本年7月に世界同時発売(日本も。扱いキャリアはソフトバンク)と言う話もあって、今後徐々にその進出が進むと予想される。

また国内メーカーも、これら携帯電話メーカーは半導体も扱う総合電器メーカーが多かったところ、半導体でもあったように全体的に「選択と集中」が行われている。前述のようにこの市場はそれ程うま味のあるところではないので、昨年三洋電機が(京セラに売却)、今年の3月に三菱電機が撤退を決め、また本年5月にソニーエリクソンも来年からの日本市場向けの製品開発を止め(再参入の可能性は否定していないが)主力である欧州及び新興国市場(特にNOKIAの先行するインド市場)を梃子入れしたいとしている。

国内メーカーが再び海外で売れるようになるかは、冒頭述べたように携帯電話端末は世界規模での寡占化が進んでおり、難しいように思う(ソニーエリクソンがいるとの考えもある)。ただ部品では稼げるし、たまたもし海外でも携帯電話でのサービス要求が高度化すれば日本のサービス、更には高機能の日本製携帯—技術的には遜色なくむしろ進んでいる位—の出番が来るかも知れない※。

※なおシャープが、液晶TV"AQUOS"の人気や自社の携帯電話技術を活かし、この夏から中国市場(ハイエンド向け;GSM)に参入するという計画もある。

※また日本の進化は世界と違うという意味でガラパゴス化と揶揄されたが、最近やっと欧米も日本のレベルに追いつきつつある(Business Week 08.6.17.)。例えばWeb接続のデータサービスの増加

等。また GPS 機能や高齢者対応の日本で進んでいる技術が注目されつつあるとの由。

※ NTT ドコモも、お財布携帯機能でシンガポール社と提携することを決めた(08.6.20.)。背景には国内市場の飽和があり、再び海外攻勢に乗り出すというもの。

また次世代のスマートフォン、より高機能のむしろパソコンに近いようなもの(PDAの進化系でもある)、で無線のモバイル WiMAX 規格製品があり、日本でも昨年 2.5GHZ を開放して新規事業者(いわゆるキャリア)が 2 社登場しているが、この分野はまだグリーンフィールドでもあり、日系メーカーのモバイル WiMAX 端末の世界進出が期待できるかもしれない(またこの帯域では以前のようなキャリア支配はしない方向)。

他方、公告ネットの雄のグーグルが無償の携帯端末 OS、アンドロイド(Android)を開発し、携帯電話市場への進出を狙っている。これは端末メーカーよりもキャリアに影響するかも知れない(対し、Docomo は、本年 6 月、英 Symbian -今の携帯電話の殆どの OS の供給者で NOKIA が子会社化一等と組んで、無償の共通モバイルプラットフォームを形成しての対抗戦術に乗り出している。)。いずれにせよ今後、要注目であろう。