

競争政策研究センター 第31回公開セミナー

平成24年11月9日（金）

## 1 開会の辞

(岡田所長・司会) ただ今から公正取引委員会競争政策研究センター第 31 回公開セミナーを始めさせていただきます。競争政策研究センター所長を務めております岡田と申します。本日は司会進行を務めさせていただきます。

本日は、北海道大学大学院法学研究科教授の田村善之先生を講師してお招きし、「特許制度と競争政策について—F T C 知的財産権報告書(2011 年公表)を題材として」というテーマで御講演いただきます。

最初に御経歴を簡単に紹介させていただきますと、田村先生は東京大学法学部を御卒業された後、平成 2 年に北海道大学法学部助教授に、平成 12 年に北海道大学法学部教授に御就任され、現在、北海道大学大学院法学研究科教授として、知的財産法を御専門に先端的分野で精力的に研究を進められております。

競争政策研究センターにおいても、これまで知的財産法と競争政策との関係について研究テーマとして取り上げておりますが、本日は、この分野に大変造詣が深い田村先生から、2011 年に米国連邦取引委員会(F T C)が公表した知的財産権報告書を題材として、特許制度と競争政策に関係する領域で、現在、何が問題となっていて、どのような議論が行われているか、また、我が国への示唆も含めてお話ししていただきたいと思っております。

それでは田村先生に御講演をお願いしたいと思います。よろしく願いいたします。

## 2 講演「特許制度と競争政策について—F T C 知的財産権報告書(2011 年公表)を題材として」

(田村教授) ただ今御紹介いただきました北海道大学の田村でございます。本日の講演時間は 90 分と思っておりましたところ、質疑応答も含めて 90 分ということで、実際の講演時間は 60 分でしたので、そもそも用意したスライドは 120 分ほど掛かるものでございますが、適宜、端折りながら重要なところはゆっくりと、という感じで進めたく思っております。

先ほど岡田先生から御紹介がありましたように、2011 年 F T C レポートの話をさせていただきます。2011 年 F T C レポートは特許制度全般にわたっての提言となっておりますが、主に念頭に置かれているのは I T 産業であります。本日は、その I T 産業の特徴についてお話しして、2011 年 F T C レポートはどういった問題意識をもって特許制度全般について語っているのかについてお伝えしたいと思います。

特許制度からみたとときの I T 産業の特徴としては、従来にないほど飛躍的に技術が累積的・集約的に利用されているということです。デジタル技術の進展と半導体チップの技術の進展によって、累積的・集約的なイノベーションが可能になってきました。その結果、一つの製品に多数の特許が関与する、つまり、一つの標準規格の中に数千もの特許が関わ

ることもあるという事態になっています。

過去にも家電協会等で、数百もの特許が関わるという事態が生じましたが、それは家電協会の内輪の話でしたので、包括クロスライセンス等で何とかしのげていました。しかし、現在は、技術が抽象化して様々な人が出願しているというように、特許権者が多様化しており、よく指摘されるアンチコモنز問題が生じています。コモنزとは「共有」という意味でして、皆が利用できるという意味での「共有」だとすると、アンチコモنزとは、権利が多すぎて権利の処理が煩雑になり技術利用が進まなくなるということを意味しています。IT産業では、知的財産権のアンチコモنز問題の対策として、標準化が行われることがあります。標準化機関に加盟した企業に対しては、RANDと呼ばれる合理的かつ非差別的な条件でのライセンス許諾を利用者に行うことを義務付ける条項が入っていますが、全ての企業が標準化機関に加盟しているわけではありません。

標準化を実現するために多大な投資がなされ、規格として採用されれば標準化対象製品の開発が行われるというような関係特殊的な投資、言い換えれば、標準化された技術に採用されなければ無駄になる投資に多額の費用が費やされています。その結果、標準化活動に最初から参加しなかったアウトサイダーの特許権者は、極めて戦略的な権利行使を行うことが可能となります。つまり、標準化が進み多額の関係特殊的投資がなされるのを待ってから、標準化活動に参加していなかったアウトサイダーの特許権者が特許権を行使するということが行われています。このことは皆さんもよくご存じの言葉だと思いますが、我々の業界ではパテント・トロールと呼んでいます。

トロールというのは北欧の妖怪であり、一番有名なのはムーミントロールだと思いますが、あんなにかわいいのは珍しくて、普通は橋の下などに隠れていて通行人が上を通るのを待って追いはぎをかける、そういうのをトロールといいます。そのように、自分の特許権の網を張り、そこに引っ掛かった人に特許権の権利を行使することが、橋の下に隠れて人が通るときに追いはぎをかけるトロールのイメージと合致して、パテント・トロールと呼ばれています。

以上のような問題を念頭に置きつつ 2011 年FTCレポートが作られています。それでは、早速 2011 年FTCレポートの内容に入ろうと思います。

2011 年FTCレポートはインターネット上でダウンロードすることもできますし、池田千鶴先生が 2011 年FTCレポートの要約を翻訳していますので、そちらを御覧いただければと思います。まず、2011 年FTCレポートの内容に入る前にFTCについてお話しします。FTCは米国連邦取引委員会のことです。我が国では公正取引委員会が特許制度の中身について提言することはないと思いますが、米国ではそうではありません。米国特許庁には我が国よりも多くのエコノミストがいらっしゃいますが、FTCに比べれば少ない。過去にもFTCは米国特許庁に対して積極的な提言を行っています。最初のFTCレポートが 2003 年に公表されていますが、当時のFTCレポートの要約を全訳したのが「特許研究」40号に載っており、インターネットからダウンロードすることができます。

2003年FTCレポートでは、本来は特許の要件を満たしていないにもかかわらず、それが看過され登録されている質の悪い特許をいかに駆逐するかという問題を扱い、種々の提言がなされています。この種々の提言のうち少なからざるものが、昨年の米国特許法の大改正に結び付いています。スライドには項目だけ載せてありますので、御関心があれば御覧いただければと思います。

さらに、2003年FTCレポートでは、特許の要件として連邦巡回区控訴裁判所が設定しているテストが簡単すぎるため特許が認められすぎているという提言もしており、最高裁判所はその提言を受け入れる形で判決を出しています。

以上のように、2003年FTCレポートはかなりの影響力がありましたので、2011年FTCレポートも同様に影響力があるのではないかと考えられます。2011年FTCレポートは、2008年に8日間の公聴会を、2010年にはワークショップを開催するという大規模な手続を踏まえて作成されています。公聴会とワークショップを合わせると、参加者が140を超え、50以上の提出文書を受け付けていますので、相当大掛かりなプロジェクトだったと思います。

実際、これだけ大規模なプロジェクトを経て作成されたレポートだけに、私にとっても大変勉強になる理論的な分析を行っていて、斬新な切り口を見せています。2011年FTCレポートは、特許制度を分析する大きな理論的な柱として、特許のライセンス取引及び特許の移転も含む概念について、事前取引と事後取引というものがあることを明示的に打ち出しているところに特徴があります。

2011年FTCレポートでは事前取引を正常な取引として推奨しています。事前取引とは、ライセンシー等が発明に関する技術を取得する前に特許権者との間で行う取引のことであり、この取引によって真の意味で技術が移転する取引のことをいいます。つまり、技術の内容が伝わる前に取引が行われるという意味で事前取引と呼んでいます。

一方、事後取引とは、ライセンシー等が発明、開発、商業化に投資を行った後に、特許者からアプローチされることにより実現する取引をいいます。米国も我が国と同様に、特許権は排他権かつ厳格責任であり故意過失は必要としていません。我が国では、差止訴訟は故意過失が不要ですが、損害賠償請求を行う場合は形式的には過失が必要です。ただし、過失推定規定というものが、過去に推定規定が覆されたのが「特許公報」発行前の実施1件のみであり、損害賠償請求は事実上無過失責任になっています。特許権者による差止訴訟や損害賠償請求により実現するのが事後取引ということになります。

つまり、事後取引というのは、故意過失がなく独自開発で既に特許と無関係に技術を知っている人でも、特許権者から申出がある場合は法的には取引を強制されるというものです。発明の内容が既に分かっているにもかかわらず、特許権があるため仕方なく取引するものなので、事後取引と言います。

事後取引がそもそも問題であれば、特許権をなくした方がいい、又は厳格責任をやめた方がいいという大きな話になりますが、2011年FTCレポートではそこまでは述べてい

ません。事後取引は必要悪であるが、技術市場における競争をゆがめてイノベーションを阻害する弊害があるのではないかというスタンスが採られています。

事前取引が行われずに独自開発を進められたということは、社会全体からすると一つの発明を見付けるのに二つの企業が重複して投資しているので無駄が発生していて、重複投資をせずにライセンスを受けることができたのであれば2番目の開発はなかったであろうということです。特許権が存在しているという重要な情報を欠いたまま技術選択がなされているので、社会全体でみた場合、技術市場における競争による消費者の利益を奪っているといえます。

事前に特許権が存在することが分かっていたら、他の技術を選択して無駄を防ぐことができます。他の技術を選択する用意ができていれば、仮にライセンスを受けることになったとしても、それほど高いロイヤリティーを払わなくて済むかもしれません。そうした用意がされていなかった結果、今となっては多額の投資を無駄にしないために高額のロイヤリティーを支払わなければならないという問題が生じます。これはお手上げになるという意味でホールドアップと言われています。ホールドアップ問題は、コストが非常に掛かるIT産業で頻発すると言われています。このようなホールドアップ問題を利用して、事後取引に持ち込むことで商売をしている人がパテント・トロールと言われている人たちです。

最近では、パテント・トロールという言葉に代わってノンプラクティシング・エンティティ（NPE＝不実施企業）という言葉が使われています。これは、実施していない特許権のライセンス取引をビジネスとしている企業のことですが、不実施企業の中には、研究所や大学のように事後取引を目的とせずに積極的に技術を開示して事前取引をする組織も含まれるので、そういった者を十把一絡げにして非難するのはいかなるものかとして、2011年FTCレポートではこの言葉を歓迎していません。

そこで、2011年FTCレポートが事後取引を専業とする企業を指すのに好ましい名称として考え出したのが、パテント・アサーション・エンティティーズという言葉です。あえて訳せば権利行使特化企業であり、略してPAEsとなります。PAEsは、自社で開発せずに、ベンチャー企業のような浮き沈みの激しい企業から特許権をかき集め、特許権に抵触しそうな企業に対して権利を行使しています。こうした事後取引を専ら専門としてイノベーションをしていない企業が問題だということです。

パテント・トロールと呼ばれている人たちも2011年FTCレポートを作成する際に開催した公聴会等に参加して意見書を提出しています。パテント・トロールの立場の人たちはパテント・トロールを擁護する立場なので、我々はむしろいいことをしているという主張がなされます。具体的には、パテント・トロールは大企業が相手にしないような、また、権利行使がなかなかできないような町の小発明家を保護しているという理屈です。これに対して2011年FTCレポートは、イノベーションというのは発明だけでなく、後に続くイノベーションにつながっていく必要があるが、PAEsはそのような技術的な貢献はしておらず、後続の投資コストと投資リスクを高めているにすぎないと反論しています。

資料には載せていませんが、パテント・トロールの財務構造を分析すると、ほんの数%しか発明者に支払っていないのではないかと実証研究があります。たまたま標準化の技術に引っ掛かってたまたま利益が出た、棚からぼたもち的な利益であり、過大ではないかという見解もあります。

以上のように、事後取引は問題であり、特にIT産業で事後取引を活発化させている存在としてPAEsがあるというのがFTCの現状分析です。この現状分析の背景として、2011年FTCレポートでは、どうしてこうなったかという特許制度の問題点に関する分析をしています。それがFTCが主張するNotice Problem（ノーティス・プロブレム）というものです。

なぜ事前取引がうまくいかずに事後取引が進んでしまったのか。それはPatent Notice（パテント・ノーティス）が悪化したからです。我が国では、パテント・ノーティスという言葉になじみがなく、米国でもこの言葉が使われるようになったのは最近ではないかと思えます。パテント・ノーティスを翻訳すると特許権の警告機能となり、特許権の存在とその保護範囲を公衆に告知する機能のことを言います。どのような特許権が存在するのかについて公衆に告知する機能が働いていれば事前取引を行ってから投資しますが、公衆に告知する機能が悪化しているため事後取引が多くなります。だからこそうまくパテント・トロールが隠れることができると2011年FTCレポートは分析しています。

パテント・ノーティスの低下をもたらす要因をノーティス・プロブレムといいます。特にIT産業に顕著なものとして、過度に抽象的で不明確なクレーム<sup>1</sup>と継続出願の問題があります。我が国の分割出願に該当するものですが、米国では長期間継続して出願して、その間に特許の形がコロコロと変わり、将来どのようなクレームに変わるか予測がつかないということがあります。

それ以上に最大の要因として、特許が有りすぎることが問題だと言われています。2011年FTCレポートでは、特にIT産業での大量の特許がノーティス・プロブレムをもたらしていると分析しています。Clear Patent Notice（クリア・パテント・ノーティス）は、技術協力・技術移転・迂回技術開発を促すことで競争とイノベーションを推進するが、Poor Patent Notice（プア・パテント・ノーティス）は事後取引を増加させるので、Patent Noticeの改善が必要ということになります。

2011年FTCレポートは大きく二つの提言をしています。一つは直接的にパテント・ノーティスを改善する試みであり、もう一つは、パテント・ノーティスが機能せずに事後取引に持ち込まれた場合に、ホールドアップ問題を和らげるための特許権侵害に対する救済策として、2011年FTCレポートでは損害賠償を含んだ事後的救済に関する調整を提唱しています。

次に、2011年FTCレポートが出される前の議論について紹介します。学者の間で話

---

<sup>1</sup> 特許庁に出願する際に提出する発明特定事項のこと。

題になる本が三つあります。一つ目が DAN L. BURK と MARK A. LEMLEY が執筆した「PATENT CRISIS (パテント・クライシス)」という本で、二つ目が「PATENT FAILURE (パテント・フェリア)」という本です。2011 年 F T C レポートは、このパテント・フェリアに依拠して書かれています。三つ目が「AGAINST INTELLECTUAL MONOPOLY (アゲインスト・インテレクチュアル・モノポリー)」という本で、山形浩生氏と森岡桜氏が翻訳しています。これら三つの本の問題意識は基本的には似ていますが、今日ここでは紹介しませんが三つ目が一番悲観的になっています。

まず、パテント・クライシスの略ですが、この本の元になった有名な論文として、「特許紛争における政策レバー」という論文があります。私は文科省からの出資を受け C O E というプロジェクトを実施していますが、そのプロジェクトの中でその論文の翻訳をしています。パテント・クライシスは、7 割方、この論文に基づいた本ですから、御関心があればこの翻訳を御覧いただければと思います。インターネットからダウンロードすることもできます。ここでは、特許制度を取り巻く環境が悪化している、具体的には出願件数が増えていること、継続出願制度があり、先ほど指摘した弊害があること、そして特に I T 産業で特許訴訟が急増し不確実性が增大していることが指摘されています。

また、アンチコモنزとほぼ同じ意味で patent thicket (パテント・シケッツ=特許の藪)の問題があります。特許の藪とは、藪をかき分けないと技術を利用することができないという意味です。この本にも書かれています。米国において製薬・化学産業を除く多くの産業では、恐らく特許制度がもたらす便益をコストが上回っているのではないかと、特許制度がむしろイノベーションの阻害要因になっているのではないかと指摘されています。そのような中、Mark A. Lemley は I T 産業では面白い均衡が実現していると分析しています。どういう均衡かという、大量の特許が有りすぎてよく分からないので、見て分からないのは見るな、見なくていいということです。小さな企業ですとパテント・コントロールも狙わないので、これは特許がないのと同じ状態であり、特許制度からみると病的な均衡が実現しているということになります。

次に、パテント・フェリアの内容について紹介します。パテント・フェリアでは、パテント・クライシスと同様に、1990 年代以降に米国で特許侵害訴訟が急増した結果、特許制度がマイナスにしかかかっていないのではないかと指摘しています。ただし、特許制度はソフトウェア産業に関してはマイナスだが、化学製品や医薬品に関してはプラスに機能しているとしています。それから、Ignoring Patents (特許権の無視)の問題は、小規模な企業にとっては訴訟にさらされにくいことから、何とか特許制度が若干プラスになっているかもしれないとしています。

特許権が企業にどれくらいの価値をもたらしているかについて、特許料と更新率を用いて検証した経済学的実証研究があります。特許の存続期間を伸ばすためには、我が国では毎年、米国では数年に一度、特許料を支払わなければならないのですが、その研究では、特許料がどの程度支払われているかという割合から、特許権が保有企業にもたらす価値に

ついて推定しています。特許侵害訴訟が企業にもたらすコストについては様々なので、特許訴訟の報道前後における被告企業の株価の変動を用いて大雑把に推定しています。かなり大雑把な研究ですが、多少の誤差を考えても、特許制度はマイナスではないかという結論が出ています。

スライド 38 を御覧下さい。これは BESSEN と MEURER の論文に載っている図ですが、点線のラインが世界中の全ての特許から米国企業が得ることができる利益を表しています。これをみると、特許侵害訴訟にさらされるコストは 1990 年代前半までは一定ですが、1990 年代後半以降はグッと上がってきています。特許侵害訴訟のコストを差し引いてもいまだマージンが大きいので、誤差を考えても製薬・化学産業は特許制度がプラスに働いていると思われます。ところが、製薬・化学以外の産業だと、1990 年代まではトントンで、特許制度がプラスかマイナスかよく分からない状況が続いています。1990 年代後半からは、明らかに特許侵害訴訟の数が伸びて訴訟コストが増えてきたので、利益よりもコストが上回るという逆転現象が生じています。これは先ほどの 2011 年 F T C レポートに引き継がれる大きな問題です。裁判所がクレームを自由に解釈しすぎると予測可能性が低下し、抽象的なアイデアが特許になりすぎているという指摘があります。そもそも特許が増えすぎて継続出願を利用した戦略的行動がなされた結果、パテント・ノーティスの機能が失われたというのがパテント・フェアの分析です。以上のように、幾つの特許制度に関する有名な分析も 2011 年 F T C レポートと同じようなことを主張しているのです。

2011 年 F T C レポートでは、どのような Patent Reform を提言しているのか。二つの方策があり、一つは、パテント・ノーティスを直接改善する方策として、過度に抽象的・不明確なクレーム対策のために明確性の要件を上げることです。継続中の出願に対する予測可能性の確保対策としては先使用の抗弁の拡充が挙げられます。大量の特許対策としては、数を減らせとまではいわずに、検索システムを整えましょうというように、かなりマイルドな指摘をしています。

次に、競争政策に関係する事後的な救済の調整の話に移ろうと思います。

Patent Reform 論の第 2 の方策として救済の改善があります。いろいろと改善しても事後取引やそれに付随するホールドアップ問題は完全にはなくなるので、ホールドアップ問題を何とか緩和することができないかというのが 2011 年 F T C レポートのスタンスです。高額な損害賠償額の問題、特に不実施企業が特許権者になるときの損害は、我が国でいうところの実施料相当額で算定されます。実施料額は、交渉におけるロイヤリティーの額にも影響を与えるので、この実施料の金額を減少させようという試みもなされていますが、この話題は時間の関係で割愛します。

次に、一番大事な injunction (差止命令) の制限の話に移ろうと思います。スライド 51 を御覧下さい。米国では 2006 年に、俗に e B a y 判決といわれる連邦最高裁判所の判決が出ていて、その内容はかなり衝撃的でした。米国では 1860 年から 1870 年頃に通常の訴訟で差止請求が認められているので、約 150 年間、損害賠償が認められた場合には

差止命令がほぼ自動的に出ると理解されていきました。それが e B a y 判決では、特許権侵害があるからといって自動的に差止命令が発動されるものではないとされました。詳しいことを申し上げる時間はありませんが、四つの要件をクリアして初めて差止請求が認められるとしたのです。

この四つの要件とは、特許権者に回復し難い損害があること、金銭賠償では損害の救済として不十分であること、原告と被告の困窮度のバランスからみてエクイティー（衡平法）上の救済が正当化されること、差止命令が公益に反しないことです。

米国は我が国のようなヨーロッパ大陸国ではなくコモンロー国と呼ばれており、我が国からみると違う法体系の国であります。先にコモンローで認められている損害賠償請求がきますので、損害賠償請求が基本的な救済手段です。

ところが、損害賠償請求だけが救済手段だとすると、侵害が繰り返されるたびに損害賠償請求をしなければなりません。それでは救済が不十分なので、衡平の観点から差止命令を認めましょうという構造になっています。この構造は特許権侵害に限らず、損害賠償と差止命令の仕組みがそういう構造になっています。ですので、損害賠償請求が先にきて、その救済策が十分であればエクイティーは発動されないという建前になっています。その建前を本気で実現したのが e B a y 判決ということになります。

2006 年の連邦最高裁判決後、2011 年 F T C レポート等によれば二つの実証分析がありますが、それによると、大体 70% から 75% は損害賠償請求が認められれば差止命令が発動されていました。逆にいうと 25% から 30% 弱は差止命令が発動されていないということです。今まで 100% 差止請求が認められていたのが、それだけの数だけ差止請求が認められなかったということですから、これはすごい数字です。

2011 年 F T C レポートでは、2006 年以降の裁判例を分析して、裁判例の流れが正しいかどうかを確認しています。裁判実務では、特許権者が製品市場で侵害製品と競合する製品を販売していない場合には、基本的には回復し難い損害はないと推定します。この場合、特許権者は市場を失わないので、ロイヤリティー相当額の金銭的な救済で十分であるという認定がされやすい。一方、特許権者が特許の許諾を実施している場合は、差止請求を認める傾向にあります。この点について 2011 年 F T C レポートは改善の余地があると述べています。2011 年 F T C レポートでは、先ほど紹介しているように、問題としているのは P A E s です。事後取引のみに従事する P A E s は基本的には失う製品市場はないので、差止命令による救済がなくても回復し難い損害は被らないため金銭的な救済で十分だという考え方です。

一方、大学や一部のイノベーションに携わる研究所等は、事前取引に従事しているが不実施であるということもあり、特に分社化が進んでいる場合にはそういう場合が多くなります。そのような場合に交渉が決裂すると差止命令が発動できるという庇護の下で事前取引を促してもらう必要があるのではないかと。つまり、2011 年 F T C レポートは、特許権者が競合する技術市場で事前取引に従事しているかどうかを基準とすべきとしています。

次に、2011年F T Cレポートは、原告と被告の困窮度のバランスについて、特許権者の不利益として、発明が全体の中で些細な部品にすぎず代替的な選択肢を利用することが可能であるかどうかを勘案すべきであるとしています。発明が全体の中の些細な部品にすぎず、ライセンシー候補者や被疑侵害者が特許以外の選択肢を利用することが可能な場合には、特許の内容が分かればライセンシー候補者等は別の技術に逃げます。逆に言うと、特許権者の技術に対する貢献は代替的な選択肢に付け加えた程度であり、市場を独占するような地位では全くないため、こうした場合には差止請求を認めてもよいというのが裁判実務であり、一般論としては、こういう考え方でよしというのが2011年F T Cレポートの理解であります。侵害者の不利益は、ホールドアップにさらされているかどうかを勘案すべきということです。

2011年F T Cレポートは、ノーティス・プロブレムがない場合、例えば特許の存在を知らずにコピー製品を販売することを選択した場合、ノーティス・ファンクションが機能しているので差止請求を認めていいということになりますが、そうでない限り、ホールドアップにさらされている侵害者の事情に耳を傾けるべきだというスタンスです。

裁判所は、時として差止請求を認めた方がイノベーションを促進し特許の保護になるとしていますが、2011年F T Cレポートではそうとも言い切れないとしています。2011年F T Cレポートでは、特許集めの場合もあれば代替的な選択肢が可能な些細な部品に関する特許もあるので、かかる特許に基づく差止命令が安易に認められると、消費者に対する製品価格を不当に高め、逆にイノベーションを抑止する可能性があることを配慮すべきだとしています。また、2011年F T Cレポートは、特に標準化に関して、様々な事情を考慮すると、特許権者がR A N D条項に合意したのであれば、特許権者は金銭的な救済で良いと考えていることから、この効果に疑義がある場合であっても、基本的に差止請求を否定してもいいとしています。

それでは、スライド72の日本法に対する示唆に移ろうと思います。

今まで紹介しましたように、2011年F T Cレポートは、全ての分野で同じ特許制度であるべきとは考えていないというのが特徴です。時間の関係でかなり飛ばしてしまいましたが、F T Cの公聴会には様々な産業分野から代表者が来ていました。2011年F T Cレポートが認めているのは、製薬・化学産業は特許権について何ら困っておらず、今のままで良い状況であるということです。ですから、製薬・化学産業については手を着ける必要がほとんどなく、I T産業が問題だということで、レポートが書かれています。

そこには産業分野別の特許法という構想があります。この点については、米国や我が国で、特許制度が全ての分野においてどのような形でイノベーションに役立っているかに関する実証研究が以前からありますので、その実証研究を紹介いたします。

この話をするときには必ず耳にする一番有名な話として“Yale Survey”というものがあります。これは米国だけの調査ですが、後に我が国にも関係してきますので紹介いたします。この調査は1982年から1983年に実施され1987年に発表されています。ここでは研

究開発部門の担当者に対して、「今、研究開発投資を出していますが、あなたは、あるいはあなたの企業はこの投資が済んでイノベーションの成果が得られたときに一体どういう手段でこの投資を回収することを期待しますか、それは特許権ですか、それとも秘密になさいますか、あるいはそもそも市場先行の利益でカバーしますか」というような質問をしています。その調査結果は、秘密として管理できる可能性が高いものについて、方法イノベーションの場合、一番期待するのが市場先行の利益、次に秘密管理、それから特許の順でして、製品イノベーションの場合は、一番期待するのが市場先行の利益、次に特許というように、特許は秘密管理を上回っていたものの一番期待するものではないというかなり衝撃的なものでした。また、この調査では、特許の重要性は業種によって異なり医薬品や化学等の5業種では特許が非常に有効であると考えられていることが分かりました。

それから約10年後に、“Carnegie Mellon Survey”という調査が“Yale Survey”とほぼ同じ手法を用いて行われました。米国では1982年からレーガン政権下でプロパテント政策が採られ、その結果、連邦巡回区控訴裁判所（CAFC）ができて、10年間はプロパテントの嵐が吹き荒れたので、特許制度に対する期待が高まったのではないかということを確認するために“Yale Survey”とわざと同じ手法を用いた調査が行われました。10年間のプロパテント政策は何の影響もなかったというのが結論です。

また、後藤晃先生等が「イノベーションの専有可能性と技術機会：サーベイデータによる日米比較研究」を行っており、製品イノベーションの専有可能性を確保する方法の有効性について、我が国と米国を比べると、我が国の方が特許による保護の順位が高いという結果が出ています。これだけでもすごく面白い結果です。我々はすぐ法文化の違いと思いますが、とにかく我が国の方が特許による保護の順位が高いということです。工程イノベーションの専有可能性を確保する方法の有効性については、米国では5番以内に特許は入らず、我が国でも4番目によく特許が入っており、やはり特許の順位がそんなに高くありません。それから、日米同様、産業分野ごとに特許の重要性が異なっていて、医薬品等では1番にはなっていないが特許はかなり重要であり市場先行の利益に近づいているという結果が出ています。一方、IT関係等では圧倒的に特許の地位が低いことが明らかになっています。

これ以上詳しくは申し上げませんが、最近では小田切宏之先生が主導して、全国イノベーション調査という大規模な調査を行ったところ、ほぼ同じ結果が得られています。

次に、スライド86のRIETI発明者サーベイに入ろうと思います。これは長岡貞男先生が最近発表されたものですが、ノーティス・プロブレムを明らかにした大変面白い実証研究です。この研究の着想源として、特許文献にどのくらい期待していますかというアンケートがあります。これは日米ともに大変興味深く、米国では、医薬品は科学技術文献と併せて特許文献もかなりの人が重要と考えている一方、コンピューター・ソフトウェアについては100人に1人しか特許文献を重要と考えていません。コンピューター・ソフトウェアに従事している人が文献を見ないのかということそうではなく、14%の人は科学

技術文献を見ていて、勤勉ではないということではないのです。ただ、圧倒的に特許を気にしていないということです。

興味深いのが我が国の結果です。些少ではありますが 10%もの人がコンピューター・ソフトウェアの分野の特許文献を見ています。これだけでも立派だと思います。米国に比べて相対化されますが、他の分野に比べると、特許権の無視の問題が生じているのではないかと。コンピューター・ソフトウェアの分野では、特許権の無視とまではいかないにしてもノーティス・プロブレムが起きていそうであるとしています。

以上のことを踏まえながら少し考えたいのですが、我が国においては、e B a y 判決の考え方を直接導入することに、ものすごく強い抵抗があります。特許庁の審議会でもこの考え方が議題になりましたが、差止請求の制限には至りませんでした。e B a y 判決の考え方を特許法に盛り込もうとしても状況が産業分野別に全く異なるので、コンセンサスを得ることはできない。したがって、現状維持ということになってしまいます。

先ほど申しましたように、米国では損害賠償 (damages) による救済が先にあって、それが不十分な場合に差止請求を認めるという原則があります。我が国は、フランス民法典に端を発するヨーロッパ大陸法でありますから、条文をみて分かるように、まず排他権侵害に当たるかどうかの問題となります。排他権の侵害が認められた後、損害賠償が発生するという日本法の下では、e B a y 判決のような柔軟な処理を示すことに対して根強い違和感があります。

しかし、我が国においても、先ほど紹介しましたように、特許権がイノベーションのための権利として余り期待されていないのであれば、排他権まで認める必要はないのではないかと。少なくとも産業分野別に考えた場合にはこのように言えるのではないかと思います。

そのような中で、特許権ではなく著作権が問題になったのですが、那覇地方裁判所が出した判決がございます。これはB 5判 95 ページの写真集で、掲載写真点数 177 点のうち 1 点のみが著作権処理に失敗し著作権者の権利を侵害していたと争われた著作権をめぐる事件です。この事件では、損害額が軽微である反面、被告は既に多額の投資をした印刷済みの写真集を発売できなくなるとして、那覇地方裁判所は、著作権者による差止請求を棄却しました。那覇裁判所は、この事件で問題となっている掲載写真の 1 点は著作者がこの出版社に一時期帰属していて退職後か在職中かに写した写真であって、職務著作の範囲に関する誤解が絡んでいたことも考慮しています。これは明らかに e B a y 判決を知っていた上での判決だと思いますが、我が国において損害賠償を認めながら差止請求を棄却した初めての判決です。我が国では、侵害が再開される可能性がない場合に差止請求を棄却したことはありました。この事件では、侵害が再開される可能性がないという認定とは別に、諸事情を勘案した結果、損害賠償を認めるが差止請求は認めないとした極めて重要な判決です。

ここまでは、2011 年 F T C レポートについて話し、イノベーションの観点から差止請求の制限、特に I T 産業に関しては差止請求の制限を行ってもいいのではないかという話

をしましたが、ここからは、別の角度から私の考え方を紹介いたします。

それは特許権がいかなる意味において権利かという話です。スライド 93 を御覧下さい。私が申したいのは、そもそも特許権は権利だということです。一方、独占禁止法は公益の実現を目的としています。権利と公益は全く別物だという発想で議論されがちですが、本当にそうなのか。権利だと主張されるときは既に知的創作物になっていて、その知的創作物に権利が与えられているという説明がなされて、皆、その説明で納得していますが、本当にそうなのかということを考えてみたいと思います。

哲学的な話になって恐縮ですが、認知言語学という科学がありまして、そこでは、人は概念に規定されて生きているとしています。知的創作物だと言われて、私も長い間、ここ数年前までは納得していました。しかし本当にそうなのか。法哲学的な研究もあるので、御関心がある方は読んでいただければと思います。知的創作物と行為は峻別するという考え方が世の中には流布していますが、両者の区別は本当にあるのか。昔の哲学を遡ると、そもそも無体物は存在しないという哲学的な議論もあるくらいですが、存在するかどうかは私に言えないけれど、少なくとも無体物と行為は分離されていないと言えると思います。

具体的には、特定のプログラムをネットワーク上で送信する行為があるとします。このネットワーク上の送信という行為を行為として把握するのか、それとも無体物である発明として把握するかは結構いいかげんに決まります。著作権法のことを考えていただければ理解しやすいかもしれませんが、著作権は公衆送信行為まで含まれず、著作物は送信される元のデータのみを指します。著作権法上は著作物という無体物と公衆送信行為を分けて考えています。一方、特許法はクレーム次第であり、クレームの記載方法によっては、特定のプログラムの送信方法という発明（無体物）を権利として把握することもできます。私が言いたいのは、行為とは別に何か無体物がそこにあって、独占禁止法は行為を規制するが無体物には権利がある。本当にそうなのか。人の行為から分離した知的創作物なんていうものはないのではないかと。多種多様な人の行為の中から類似するパターンを抽出して、それを無体物と呼んでいるに留まり、知的財産権法は特定のパターンの人の行動を規制しているにすぎないのではないかと。

このように、特許権や特許制度は創作物に対する権利ではなく、人の行為に対する規制であるという見方をすると、独占禁止法や裁判所との関係もいろいろなことがみえてきます。

特許制度は産業の発展のために設けられたものであり、今までは産業の発展のために知的創作物に権利を与えるという言い方をしていましたが、特許制度も独占禁止法や不正競争防止法と同じように、産業の発展、競争の発展及び競争政策のために、ある特定の行為を規制している。そして行為を規制するときに、私人に権利を与えるという形で行為規制の権限を与えていると考えています。

特許庁が特許権の付与を認める事前審査の段階では、特許侵害訴訟において焦点となるホールドアップ問題や関係特殊的投資、地位の非対称性等の諸事情を勘案することはでき

ません。特許庁は特許権の付与を認めています、それは最終の行為規制に向けての一連のプロセスの中の一通過点にすぎません。特許庁は、発明適格対象や産業上の利用可能性や開示要件や新規性や進歩性等の技術的な事項といった事前審査に適したことを判断していますが、2011年FTCレポートで言われているような、関係特殊的投資や地位の非対称性、P A E s等といった特許権を付与した後に発生する可能性のある事後的な事情を斟酌することは困難です。権利という認めるか認めないかオール・オア・ナッシングの判断にこうした個別的な事情を入れるわけにはいきませんし行ってもいません。行っていないということになると、どこかの機関が、最終的な行為規制を行うために必要な審査をしなければいけないこととなります。ですから、権利が存在するという見方はせず、特許権は、特許庁の事前審査に適した事情を審査したということのみを意味しているにすぎない。こうした最終的な審査は一義的には裁判所がやらざるを得ないだろうと思います。特許庁は関係特殊的投資について審査しておらず、特許庁の事前審査を経て特許の付与が認められたということが差止請求を認めるべきだというお墨付きを与えたことを意味しないので、裁判所の審査の段階で差止請求を認めるべきかという調整がなされるべきだと思います。

このような考え方は、独占禁止法 21 条の解釈にも影響を与えるのではないかと考えています。独占禁止法には、特許権による権利の行使として認められるものについては独占禁止法を適用しないという適用除外の条文があります。

私が大学生の頃は、知的財産法は独占を認め独占禁止法は独占を禁止するというように、両法は目的において対立している。このため異質な法体系同士の調整が必要であるとして、独占禁止法 21 条が知的財産法を独占禁止法よりも優先させていると教わりました。しかし、近時は、根岸哲先生、あるいは私のほぼ同期の白石忠志先生などによって、知的財産法と独占禁止法は目的レベルでの対立はなく権利を設定する法律（知的財産法）と行為を規制する法律（独占禁止法）というように単に手法を異にするだけであるというのがむしろ通説になっていると思います。私は、この点について、知的財産法と独占禁止法は手法が確かに違うが、ものすごく質的に違いがあるのかは疑問であるという話をずっとしているところです。

現在の独占禁止法 21 条の解釈論としては、知的財産法によって認められている権利がある以上は権利があることに配慮し、原則として排他権の行使と認められる行為については独占禁止法に違反しないとしています。知的財産権が関わる分野において、単独の取引拒絶を規制するのは少し慎重であるべきだというのが現在の通説的な見解ではないかと思っています。その通説に対して昔から否定説があります。白石先生は昔から、特許権と独占禁止法というのは目的が同じなのだから、単独の取引拒絶は自由に規制していいと主張していました。

繰り返しになりますが、特許制度は、目的を達成するための特定の行為の規制というゴールに向けて様々な機構が決定する制度であり、特許庁が特許権の付与を認めるということは、一通過点にすぎない特許「権」の一つの把握の仕方にすぎない、つまり、プロセ

スの一通過点として「特許権」があるということです。

このような観点からは、権利 v s 行為という図式ではなく、市場・立法・行政・司法の役割分担という観点が肝要ではないかという考え方が得られます。独占禁止法と特許権の関係も、行為規制という観点では何ら変わらないのではないかと。最近では独占禁止法も私人に差止請求権が認められて大分相対化されてきていますが、独占禁止法と比較して知的財産法の特徴としては、行為を規制する権限を私人に委ねていて、その地位を譲渡可能なものになっているところにあります。さらに、規制すべき行為の中から特定の要素（発明）を取り出し、そこに特許庁の事前審査を介在させているところに特徴があります。逆にいうと、事前審査になじむもので特許庁の事前審査が終了しているものについては尊重しますが、特許庁が審査していないものについては尊重する必要がないということになります。

特許庁の事前審査には限界があるので、2011年FTCレポートが心配した関係特殊の投資等の諸事情を事後的に審査する機関は、証拠収集に長けている裁判所であるべきですし、かつ、裁判所よりも公取委の方が市場動向の把握に長けています。それぞれ一長一短がありますから、皆で頑張ればいいのではないかとというのが私の見解であります。

時間になりましたので、ここで私の話を終わりにしたいと思います。どうもありがとうございました。

### 3 質疑応答

（司会） 田村先生、御講演ありがとうございました。非常に分かりやすいお話で大変よく勉強になりました。ありがとうございます。残された時間が少々ございますので、フロアとの質疑応答の時間に充てたいと思います。御質問がある方は名前と所属をおっしゃった上で御質問をお願いしたいと思います。

（質問者1）特許というのは業界によって考え方がかなり違っているという話は定着していると思いますが、逆にいうと特許制度というものは画一的にやるのではなく、もう少しクラスを分けるというように、現状に合った制度に変えていく必要があるのではないかと。その点について先生はどうお考えでしょうか。

（田村教授）ありがとうございます。PATENT CRISISのところですね。飛ばしたところを質問していただいて大変助かります。正におっしゃるとおりでございます。先ほど紹介いたしましたPATENT CRISISの本は、元々は「Policy Levers Theory in Patent Law」という名前です。ここでは分野別に望ましい特許政策は異なるとしています。

Policy Leversのleverは自動車におけるギアチェンジ用のレバーのことを意味し、分野別にギアチェンジしようという理屈でタイトルが付けられています。私は日本語に言い換える際は「舵取り」と訳しましたが、特許制度についての経済分析はいろいろとありま

す。例えば、プロスペクト理論ではなるべく早く特許を与えた方が産業のためになるといつてみたり、競争的イノベーションの世界では、特許がない方が世の中が栄えるのではないかという理論があったり、イノベーションは累積的に進むので特許の取得を容易にし権利範囲を狭くしていきましょうという理論もあったり、アンチコモنزに対処する立場からは、逆に特許を与えすぎるのは困るといつてみたり、本当に様々な立場があります。

このように様々な理論があるのに対し、Burk & Lemley の Policy Levers Theory では、例えば製薬産業はプロスペクト理論に基づき、なるべく早期に特許権を与えて重複投資を防いで安心して臨床試験等に挑ませた方が良いというように、それぞれの理論が念頭に置いている産業はそれぞれ異なっているということを明らかにしています。

一方、1998年頃から急に米国でビジネス方法の保護みたいなものに特許権を付与すると言われ始めましたが、今まで特許権がなくてもコンビニエンスストア等を開発することができたのだから、このような分野で特許権は必要ないではないかという話もあります。

以上のように、分野別の構想というのがあり、ワンサイズ・フィッツ・フォー・オール、つまり、一つの既製服で全ての人に合わせるような特許制度はやめましょうということが最近の米国で言われており、これが多数説で通説化しているような気がいたします。

ただ、この舵取りをどこでやるかという問題が生じますが、Burk & Lemley のすごいところは、その役割分担まで踏み込んで話しています。Burk & Lemley は、立法が担当することとなると、定義規定等で産業の線引きで大変な争いになり、それにロビーイングが加わると何が何だか分からなくなってしまうので、立法よりは個別具体的に必要があるときに裁く司法が適しているとしています。相対的にいえば、司法の方がロビーイングに強いからです。また、立法では困難な事情がもう一つあります。WTO協定の一つとして、知的財産権の規律としてTRIPS協定があり、そこでは分野別の差別を禁止しています。この協定もロビーイングの産物ですが、途上国を中心に医薬品に関してのみ強制実施権を緩やかに認めているものの、特許権を弱めようと立法しようとするとならず全ての分野で特許権を弱めなければならないことから、分野別構想を許さないという、評判の悪い条文が入っています。このような事情もございますので、司法で解決していくしかないと思います。

(司会) どうもありがとうございました。他に御質問はいかがでしょうか。

それでは、私から一つ質問させていただきます。事後取引でいろいろと問題があるという御指摘をいただきましたが、最近の動きとして、IT分野では、特許係争を防ぐために企業買収を行い特許の集積を図るという動きが活発になってきていると思います。こういう動きは、ある意味、事後取引の問題を予防するためのものであるかもしれませんが、そのような行為が独占禁止法上何らかの問題が生じる可能性もあるのではないかと思います。この点についてはどのようにお考えでしょうか。

(田村教授) 私はIT産業の合併についての知識はありませんが、1990年代後半、特に米国で遺伝子関連の細かな特許が認められだしたときに、同じような議論がなされたことがあります。当時、バイオの世界ではアンチコモنز問題が言われていました。バイオの世界では、川上でベンチャー企業と大学が協同して、例えばリード化合物のように割と抽象的で実用化に達していないが何かのヒントになりそうなイノベーション（つまり創薬候補）を発明して、川下にいる大手メジャー企業は、川上で発見した創薬候補が本当に臨床試験に耐え得るかどうかを試すために従来型の臨床試験を行っています。このようにイノベーションの分化がなされている状況で、特許権のアンチコモنز問題が原因で合併が進むと、特許権という人工的で必要悪の制度で、イノベーションの構造を覆すことになるからよくないという議論がなされたことがあります。私は新しい物好きですから、その議論について賛成しているような論文を書いたことがあります。IT分野はバイオ業界と違って分業体制がないと思われるので、イノベーションの構図がどうなっているかを把握してから発言したほうが良いかもしれません。

(司会) まだ少し時間がございますが、いかがでしょうか。

(質問者2) スライド56の標準化に関する具体的な提言のところでも簡単に整理されていますが、標準化活動から得られる行動は独占禁止法に反すると考えてよろしいのでしょうか。

(田村教授) ここでの標準化に関する提言は、一般的に言われているパテント・プールの危険性とかの問題については触れていません。ここでは、標準化に関与する特許権者の特許権行使のみを考えています。ここでは、ある意味では標準化を是として考えていて、標準化を阻害しないために、RANDがきちんと成立しなくても、標準化に関与する特許権者の特許権の行使をなるべく制限すべきだとしています。

(司会) ありがとうございます。ほかに御質問はいかがでしょうか。

(質問者3) eBay判決の考え方が我が国に持ち込まれるべきだと思いますが、それは立法ではなかなかできないと思います。現状はTRIPS協定があって先に進まない状況ですが、追途的な対応として、どのようなことが考えられるのか伺いたいと思います。

(田村教授) どうもありがとうございます。答えが短くなって恥ずかしいのですが、先ほど紹介した著作権をめぐる事件では、那覇地方裁判所は権利濫用で説明しており、私も権利濫用でしか説明できないのではないかと今は考えています。釈迦に説法になりますが、民法の伝統的な理解をなさる先生方は、権利濫用は権利があることを前提に何か特段の事

情を要求します。しかし、私が考える権利濫用とは、伝統的な理解と違い、制度の濫用のようなものを想定しています。つまり、制度が権利を与えた趣旨に反する使い方をした場合に権利濫用とする理屈であり、従来型の権利濫用より広く認められるのではないかと考えています。ただし、この主張が浸透するかどうかは分かりません。

例えば 2000 年のキルビー事件においては、無効であることが明らかな特許権に基づく権利行使は権利の濫用であるとした判決が下されました。この事件をきっかけにして、現在の特許法 104 条の 3 で無効の抗弁及び侵害訴訟ができると明文化されました。

(司会) ほかに御質問いかがでしょうか。

(質問者 4) 大変興味深い講演をありがとうございました。先生のレジメ 94 ページの権利 v s 行為規制という発想からの脱却というところで、権利や行為という両者の区別は相対的な違いでしかないのではないかという説明は、目からうろこでした。この発想が独占禁止法と知的財産法との関係における解釈や運用の在り方についてどのように影響を与えるか話していただければと思います。

(田村教授) この発想について、最近、私はいろいろなところで発言しています。今までは、特許は大権利であり、その権利を確認する特許庁は頑張っているというイメージがありましたが、知的財産法も独占禁止法も両方とも行為規制であるという見方に変えると、特許庁の審査も公取委の審査も裁判所の調査も全て行為規制のための要件審査にすぎません。それを事前に審査しているのが特許庁だという話にすぎないということになるのではないかと思います。

(司会) それでは時間が迫ってまいりましたので、質疑応答はこれで終了とさせていただきます。

#### 4 閉会の辞

(司会) 田村先生、それから会場の皆様、長時間にわたり活発な御議論をいただきまして大変ありがとうございました。最後になりますが、今後とも競争政策研究センターの活動に御支援をいただきますように、どうぞよろしく願いいたします。

なお、来年の 2 月 22 日に国際シンポジウムを予定しております。テーマは「新興国における競争政策の役割」と題しまして、ブラジルからエリザベス・ファリナ教授<sup>2</sup>、中国

---

<sup>2</sup> その後、都合によりピクター・ゴメス ブラジル経済擁護行政委員会チーフエコノミストに講演者が変更となった。

からウ・ハンホン教授，インドからギター・ゴウリ競争委員会委員をお招きして御講演を  
いただく計画をしております。時期が参りましたらホームページその他でアナウンスさせ  
ていただきますので，是非国際シンポジウムにも御参加をいただければと思います。

本日はお忙しい中，御出席をいただきまして大変ありがとうございました。