

『市場競争から見た知的所有権』

7, 10, 終章

Y. K.

日時：2001年12月09日

場所：立教大学

内容要約	1
はじめに	1
7章 プロパテントの流れ.....	2
プロパテント（特許権擁護）の始まり	2
最近のいくつかの訴訟.....	2
知的所有権強化反対.....	2
8章 第二次大戦と日本の産業政策.....	3
戦前日本の国産振興策.....	3
工業所有権についての戦時法.....	3
9章 知的所有権から見た日本の産業.....	3
戦後の大量出願.....	3
事実上のカルテル.....	3
10章 知的所有権は誰に帰属するか.....	4
職務発明の起源.....	4
最近の問題（？）	4
技術公開と技術秘匿.....	4
企業秘密への法制.....	4
競業先企業への就職の禁止.....	4
終章 知的所有権と産業社会.....	4
問題点	5

内容要約

はじめに

『特許庁は国賊だ』と冗談混じりに言われたことがある。…同期の一人が『特許制度が本当に必要なものかどうか、はっきりさせてほしい。あつてはいけない制度だという結論が出て、それはそれで仕方がないから、ちゃんと分析してくれ』という意味のことを言った。

このことはずっと気になっているが、本書でも回答が示せないでいる。定着している社会制度である以上、良いも悪いもないのである。

それで本書では、制度の善悪を論ずることはやめにして、市場の構造やそこでの競争という判断基準から見て、どのような制度が最適であるかに力点を移している。（「あとがき」249頁）

ここに本書のスタンスが端的に示されている。この本は特許についての本であるが、そもそも特許

が必要なのかという問題について、判断を意図的に回避している。著者は特許庁の主席審判官という地位にありながら、特許を積極的に擁護できず、特許庁の存在理由を示せなかったのである。存在理由をあえて不問にしたままで現存の特許制度を記述し、よしましに機能する特許を考えようというのが、本書の基本的な立場である。

7章はレーガン政権以後の特許権拡大政策の流れと、それが提起する問題について述べている。10章では知的所有権と従業員の権利との関係について論じている。終章では、現実の産業政策において特許制度が機能しているかどうか怪しいことが指摘され、これを取り繕う方策を考えようとしているが、上手いやり方がなく愚痴をこぼしている。

7章 プロパテントの流れ

プロパテント（特許権擁護）の始まり

レーガン政権以降のプロパテントは、たんに特許権を擁護するだけでなく、国内産業保護のための貿易対策として用いられているのが特徴的である。

特許権の権利範囲について、周辺限定主義と中心限定主義の対立がある。周辺限定主義は、特許請求の範囲（クレーム）で囲まれた技術を権利範囲とするものだが、特許権はその後の技術変化に対応しなければ意味がない。中心限定主義は、発明の基本を限定し、その拡張については同じ効用のある部材などの利用まで広める。

カーターの「均質化」政策は中心限定主義の一つである。日本やEUでも同じ傾向が見られる。均等論容認とひきかえに、出願手続きにおける「誠実の原則」（都合の悪い資料を隠すと賠償させられる）が強化されている。ポラロイドの対コダック訴訟では、「故意の侵害」としての賠償額は（特許と対応する部分ではなく）製品全体の価格に対して計算された。

この賠償はレーガン政権によって貿易黒字のための手段として利用されたが、その背景には近代経済学における独占の扱いが間違っていることがある。近代経済学は破産しているが、他に適当な理論がない。シカゴ学派は効率性のみ重視し、規模が拡大したときの効率性向上のみを追求している。しかし、特定事業者への権力集中の問題や、機会均等、消費者の選択の幅などの政治的社会的価値を無視している。シカゴ学派は集積と独占の利益を説き、反トラスト法を資源利用効率の悪い体制とみなす。反対派は独占に反対している。だがアメリカはレーガノミクスの上に国際競争力を回復しなかった [1993年現在]。人間の挙動を無視した経済理論は最初から破産しているからである。

85年ヤングレポートによってプロパテント時代を迎えた。その政策は、(1)輸入禁止をとまなう知的所有権制度強化。87年に包括貿易法が成立した。反トラスト政策を緩和して「条理の原則」を採用し、将来競争が回復する可能性という条件で独占が認められた。(2)軍事研究の秘密保持。(3)国際的研究の成果の独占。88年の日米科学技術協定更新時に知的所有権の属地性を主張した。

最近のいくつかの訴訟

過去に特許で確立した反トラストの法理が著作権にもちこまれ、また企業秘密についての判例が増えた。

知的所有権強化反対

知的所有権に反対し自由利用を主張する動きがある（オープンソース運動など）。

「競争の助長」と「消費者の保護」（IBMと富士通のソフト紛争の仲裁に使われた）の概念は、本来反トラスト法の趣旨であって、知的所有権の権利行使に「コモンローの流通阻害原因の排除」の歯止めがかかったことを意味する。しかもそれが司法省の訴訟でなく民事契約の紛争仲裁で行われたことに意味がある。

もともと著作権の法体系では、二次著作物や隣接権のための裁定はあっても、著作権自体についての裁定はない。著作権に反トラスト法の枠をかぶせる考え方は、ECを中心に知的所有権全体の判例と

なり世界的に広がると思われる。知的所有権の強化が逆に、公共の目的での特許の強制実施を促進するかもしれない。

反トラストの立場から、「情報互換」（機器・記録媒体・ソフト・ファイル形式などの互換性）を阻止するのは流通阻害であり、公的情報の公開性の問題にもなる。したがって互換性確保のため、ハード・ソフトのリバースエンジニアリングを（積極的に）行う必要があるという論理が展開された。工業標準化についても特許権の抵触が問題になる。

8章 第二次大戦と日本の産業政策

戦前日本の国産振興策

1921年の特許法改正で職務発明について従業員に権利が帰属することになった。国産品愛用規定（1930年）では「国産品」とは、会社の株式の51%を日本人が所有し、部品の全部が輸入でなく外国に特許料を払っていないものとしていた。これはバイ・アメリカンの考え方とあまり変わらない。国家総動員法により「国内の技術を完全に使用」せねばならなくなった。

工業所有権についての戦時法

世界戦争とともにない各国政府は敵国人の工業所有権を取用し、特許権を取り消した。戦時目的での他人の特許権使用は特許権侵害にならない。特許発明等実施令（1943）では、総理大臣への申請により（同業種企業など）他人の特許権の実施の設定ができた。

戦争終結により工業所有権において敵産処理が行われ、日本が敵国に所有していた工業所有権や出願中のものの権利は相手国に没収された。日本における敵国人の特許権は戦争の期間だけ延長して復活された。秘密特許は破壊されたが、これはすなわち特許取消と明細書公表だけのことである。

9章 知的所有権から見た日本の産業

戦後の大量出願

家電産業では戦時中に特許紛争回避のための連絡会が作られていたが、にもかかわらず業界相互に無償の特許権使用契約はほとんど結ばれず、他社の特許権を回避する技術開発が行われ、「重複投資」がされていた。しかし大量の特許は新規参入を非常に困難にする。1970年の特許法改正は、研究投資の重複を防ぐため出願公開制度を導入したが、出願激増に輪をかけたただだった。大量出願が企業間競争の激しさから生じているとすれば、経済の効率性より活性化が問題とされている時代においては、多少の重複投資があったとしても産業政策として成功していると言えるのであって、資源の最適配分率とかいうものを基準に善し悪しを論じるのは間違っている。

工業所有権制度は一般に再先の発明者に排他的な権利を与えるのを原則としているが、同じような発明が多数発生するという事実を照らして、排他的独占権に正当性があるかどうか「かなり検討しないとならない」。

事実上のカルテル

大量出願はカルテルと事実上同じ効果をもつ。既存企業が他社の特許権を回避する発明と出願をすることで、別の技術開発の選択肢がほとんど無くなってしまい、新規参入が事実上不可能になる。

既存企業は他社の公開出願を相互監視し、互いの独占権の相互侵害を自覚しており、したがって大ざっぱな契約が行われる。最初の開発企業がオールマイティに特許権を行使しないのは、(1)それほど革命的に目新しい技術はほとんどない、(2)後発企業による特許侵害の場合でも通常実施権設定の裁定を受けられる（特許法92条）ため、と思われる。「日本型」資本主義における大量出願は、ドイツの強制実施許諾と同じ社会的意義をもっている。

10 章 知的所有権は誰に帰属するか

職務発明の起源

日本の特許法では職務発明について、勤務契約を結んだかぎりでは企業のものになると規定している。著作権法では法人が著作権を持つとしている。フランス革命後に、発明は技術者の精神的労働の産物か、雇い主の資本家的生産の産物かが問題になった。現在では、工業所有権の分野では権利が従業員に帰属し、著作権は法人に帰属するという考えが主流である。

最近の問題（?）

技術者や職人の企業間移動によって、技術的な秘密も移動するようになった。

技術公開と技術秘匿

競争によって技術公開の必要と技術秘匿の必要が両方生じる。特許権行使を確実にするために技術内容を明示した明細書が作られるのは、技術公開の傾向と重なっている。第二次大戦や敗戦直後の統制経済下では生産効率が最優先されて技術は相互に交流され、企業秘密の概念はあまりなかった。

企業秘密への法制

企業秘密は近代法では主に不正競争の問題として扱われてきた。他人からは具体的にどのような権利か分からないし、秘密漏洩には盗むという概念がついていたからである。この秘密はあくまで個人的なもので、他人が独立して同じような技術を開発しても文句を言えない。

日本では 1990 年に国際摩擦解消の目的で、ドイツにならって不正競争防止法の中に制定している。この法では、企業秘密保護に何らかの物理的手段で「保たれている」ことを条件に作ってある。

しかし「企業秘密」を知りえた従業員の知識は誰のものかという問題は、企業秘密法制にあたって最も重要でありながら、ほとんど議論されなかった。企業のものだとすると、企業秘密法制は労働者の職業選択の自由と衝突する。

著作権は、プログラム保護によって文化的な権利の保護から踏み出し、産業上利用される技術についての排他権を保護する手段となった。

競業先企業への就職の禁止

企業秘密保護を実効あるものにするためには、労働者の職業選択の権利を「憲法に違反しない範囲で」制限しなければならない。その不利益は然るべき補償によって（正当化されるか不明だが）ともかく埋め合わせされる。

イギリスの場合、退職にあたっての競業禁止協約は、「保護に値する利益が使用者側にあること、制限が合理的であること、公益に反しないものであること」の 3 点。保護が認められるのは、個人の資質と別の客観的で、他のところで得られないものでなければならない。競業禁止協約の範囲は時間的・地理的に限定されていて、この範囲は使用者側に立証責任があるとされているが、これらについて具体的基準は作成不可能である。

ドイツでは競業禁止は 2 年が限度とされており、日本では 3 年とされているが、技術の発達の違いによっては長すぎる。従業員の損失は補償されねばならない。

終章 知的所有権と産業社会

特許制度は競争秩序の維持のため必要である。本書によれば、特許は技術的に新しい分野では競争を促進し、円熟した分野では停滞をもたらす。だがレビンの調査によると、たとえ新しい分野でも特許権によって利益を完全に独占することは実際には不可能であって、また特許保護がなくても現実に研究開発へのインセンティブが存在する。すると特許制度が保護すべき利益は現実にはほとんど無いことになる。

単なる競争秩序維持というだけで、特許制度の存在を擁護するのは弱いと筆者は感じる。「社会的に受け容れられ」る制度の運用という点を加えなければならない。

競争秩序の維持のためには、特許庁が安易な許可をせずその権威と審査レベルを高く保つとともに、このことが技術開発の障害とならないように、矛盾する要求をクリアせねばならない。また「ここらあたりで」審査水準を対外影響力の点から国益のために使ってもよいのではないか。

事実上新規参入の不可能な分野でどのような観点で規制するかも問題である。また消費者の商品選択権確保の点も知的所有権法制で考えるべきである。

問題点

プロパテントは特許の公共性をより強調させ、公開を促進させる。特権を維持するためには社会的効率性を押し出す以外にないのである。しかしいくら公開が促進されても、やはり特許権は積極的に正当化されえない。特許をめぐる利害の対立はたえず、特許制度の基盤の無さを浮きぼりにする。

特許権は破綻しているのではなく、そもそも破綻するほどの正当性を持っていない。私的所有の破綻をもたらすのと同じ事情（私的かつ社会的な生産）が特許を発生させているのであって、特許の必要性はメリットデメリット論でしか説明できないものだが、しかし特許のメリットなるものはかなり怪しい。特許にインセンティブが本当にあるのかという問いは私的所有一般にもあてはまるのであって、ここに私的所有の機能論的正当化の脆さが現れている。

「情報はもともと公共財であって、他の財とは性格が異なる」という議論があるらしい。情報財だけがなにゆえ特殊なのか。すべての財は情報財であり、したがって公共財ではないのか。また、そもそも「財」と言った瞬間、権利がおよぶ範囲をどこかで引いていることになるが、その範囲を厳密に引けないところが、公共財なるものの厄介なところである。しかも、こんにちではあらゆる財が社会的に生産されており、公共財になってしまっている。