

平成 17 年 10 月 31 日

経済産業省

商務情報政策局 情報処理振興課 御中

社団法人 日本パーソナルコンピュータソフトウェア協会

ソフトウェアの法的保護とイノベーションの促進に関する研究会 「中間論点整理」に関する意見

平成 17 年 10 月 11 日に経済産業省より公表されました、「ソフトウェアの法的保護とイノベーションの促進に関する研究会」中間論点整理について、下記の通り、意見をご提出申し上げます。本意見の内容を十分お汲み取りいただき、何卒ご高配を賜りますようお願い申し上げます。

当協会では、標記の件について、会員企業より意見聴取を行った結果、多様な意見が寄せられ、その意見には十分な根拠があり、意見集約することは難しく、多様な意見を十分考慮いただくため、各社の意見を列記する形式（A 社、B 社・・・）で記載しております。

なお、本意見の内容に関するお問い合わせは、文末の連絡先までお願い申し上げます。

- 記 -

A 社の意見：

中間論点整理に示されている対応方法の内容、方向性については、賛成であり、大いに検討して頂きたいと思うが、これらの検討が進められ、その効果が現れ、その結果としてイノベーションの促進につながるまでには、かなり長期間を要するのではないかということ。従って、ソフト開発と特許という問題で私共が抱えている、特許検索の難しさ、新規性、進歩性を検討するための文献探しの難しさ、これらの解決策の検討も行って頂けたら、ということである。すなわち、対応方針として示された、権利濫用の判断枠組の検討、類型化作業、クリエイティブ・コモンズの普及、裁定実施権制度の活用、独禁法による対応という大枠組に異論はなく、一般論としてはそのとおり検討して頂くべきだろうと思う。しかし、これらの検討が進められ、その効果が現れ、その結果としてイノベーションの促進につながるまでには、かなり長期間を要するのではないかと考える。

権利濫用を例にとれば、研究会において、「かかる行為は権利濫用の一類型であり特許権を無効とすべき」と発表、提言することには学術的にも重要な意味があるが、これが実際に効力を生ずるのは、知財高裁でかかる提言が採用され、現実の複数の事案で権利無効の判決が下され、判例として蓄積されなければならない。さらに前提として、訴訟上、権利濫用の主張をすることになるが、権利不存在、無効を裁判で主張する場合、我々は、まず、特許の新規性、進歩性を否定することに勢力を注ぐわけであり、権利濫用はいわば補加的

な主張（判例が蓄積された後は別だが）にならざるを得ないとする。とすると、特許の新規性、進歩性を否定するために、国内外の文献を調査する必要があり、ここで多額の調査費用、弁護士、弁理士費用がかかるわけである。

イノベーションの促進のためには、ソフト開発会社の特許に関連する人的負担、物的負担（費用）を軽減することが一つの方策と考えるが、判例蓄積までは、かなりの負担が必要となりそうである。また、ソフト開発を行うにあたっては、同一または類似の特許がないかを検索することが必要となるが、これが物品等の他の特許に比し、時間を要し、検索が困難である。案件によっては調査費用もかさむ。検索対象もソフトの特許に限定することはできない。仮に、公報、特許公報が検索されたとしても、多くの場合「機能」というような表現で構成されるクレームでは、該当非該当の判断に困難をきたし、しかも公開特許公報案件の取り扱いも悩むところである。

次に、侵害警告を受けた場合を想定すると、その特許のクレームをまず検討することとなるが、上記のようにその該当、非該当の判断は難しい。仮に無効審判、不存在確認訴訟を提起することになれば、弁護士、弁理士費用がかかり、勝敗の鍵となる新規性、進歩性を否定するための文献探しに、大きな人的、物的負担がかかる。しかも、電子化が進み、作成日時が明確な文献がなかなか見つからない。この特許検索、文献検索の難しさは、特許審査にも同様に生ずるためか、本来登録されるべきではない発明も登録されてしまうことも多いように思われる。

現状がこのような状況にあるため、中小企業向けのセミナーでは、自己防衛のため、特許をクロスライセンス的に使用できるように、とまかく多くの特許出願を行うべきとの指導が行われる傾向が見られ、ここでまた、弁理士費用、出願、審査請求費用がかさむことになる。

このように、現在、イノベーションを阻害する要因があるとすれば、上記の負担の大きさであり、その主因は特許検索、文献探しの難しさにあるように思われる。とするならば、中間論点整理の3の冒頭に少し触れられているようではあるが、特許検索、文献探しの難しさを少しでも解消する方法論の検討もお願いできたらと考える次第である。他の研究会で検討すべき問題であるとしたならば、ご容赦願いたい。

B社の意見：

1. 「ソフトウェア及びソフトウェア産業固有の特質、議論」について

中間論点整理の「多層レイヤー構造、コミュニケーション構造」では、十分に論点が明確化されていないと考える。以下のとおり、論点の整理を行った上で今後の議論を進めていただきたい。

また、検討の対象となるソフトウェアの範囲（OS、ミドルウェア、アプリケーション等々）をより実装に即した視点を明確にし（以下に例を示す）その特性に応じた保護のあり方について検討を進めて欲しい。また、インターオペラビリティ/インター

フェイスとの記載だけでは具体的にイメージすることができず、現状、企業側において、より深い議論は行えない。今後、ソフトウェアメーカーが特許戦略を検討する上でも、この部分は非常に重要となるため、研究会としてイノベーションを阻害するとする発明の定義を、より明確に示すようお願いしたい。

以下に、多重構造に関する考え方の一例を示す。

論点の整理をするにあたって基礎としたのは、アプリケーションはライブラリの集合体であり、アプリケーションは常にユーザーが利用するという考え方である。このとき構成要素は以下のとおり。

ユーザー (UI) ライブラリ (API) 他のライブラリ

(1)多層レイヤー構造・コミュニケーション構造について

現在は PC 上で動作するアプリケーションの殆どは単独で存在しえない。ほぼ全てのアプリケーションは OS が提供する機能 (API) を利用して実現されている。OS もまた、極めて基礎的な機能は BIOS が提供する API を利用し、あるいはハードウェアを直接コントロールするドライバソフトウェアの API を利用している。

こういったアプリケーション - OS - BIOS といった関係は一方向の関係ではなく、低階層のドライバソフトウェアはユーザーがハードウェアをコントロールするためのインターフェイスを OS の機能を利用して提供することもある。OS が許可していればアプリケーションは BIOS を直接呼び出すこともできる。

さらにこれらアプリケーション・OS・BIOS 間のコミュニケーションはスタンドアロンに留まらずネットワークを介して相互に関係しうる。

以上のことから、上位・下位といった概念はソフトウェアにおいてそれほど意味を持っていないことがわかる。ここで問題となるのは、そのアプリケーション自身が提供する機能が、外部から呼び出す機能かの違いである。

そこで、ソフトウェアやネットワークの階層にかかわらず、アプリケーションが外部から呼び出しうる機能をライブラリと定義した上で、特許権を取得しうる単位として、ライブラリ自体の機能と、ライブラリを呼び出すプロトコル (API) とに分けて考えることができる。

(2)デファクトスタンダードについて

あるソフトウェアが広範に普及し、乗り換えに多大なコストを必要とするような状況をデファクトスタンダードと呼ぶ。デファクトスタンダードは、過去の資産を有効に使い続ける上で生じる現象であり、過去の資産の利用に伴って特許権の侵害が生じる場合に問題となる。

このとき考慮できる論点は、過去の資産を実行するために呼び出す必要があるライブラリ、過去の資産自体または過去の資産を利用するためのライブラリ API、また多

くのユーザーが習熟しているインターフェイス（UI）がこれにあたる。

(3)論点一覧

以上から、ソフトウェアの特許権を考慮するにあたって検討すべき論点は、次のように整理される。

- ・ライブラリに関わる特許権の扱い
 - ・ライブラリの特許権
 - ・ライブラリ API の特許権（プロトコルやデータフォーマットにかかわる）
- ・デファクトスタンダードに関わる特許権の扱い
 - ・ライブラリのスタンダード
 - ・ユーザーインターフェース（ユーザーAPI）のスタンダード
 - ・相互運用性（インターオペラビリティ、ライブラリ API）のスタンダード

2. 「ソフトウェアにおけるイノベーション促進を確保するための対応」について

本中間整理では触れられていないが、イノベーション促進を考えるのであれば、権利化された特許の制限を論じる前に、特許として正当に保護すべき技術にのみ権利を付与し、また、不当に権利化された特許権については低コストかつ速やかに淘汰される環境の整備を進めるべきである。

中間論点整理では、既に権利化された特許技術の行使を主なテーマとしているが、進歩性・新規性が低い技術が特許として権利化されていることが、ソフトウェア会社やベンチャー企業の研究・開発に重しとなっており、ソフトウェアのイノベーションの阻害要因となっている現状を認識すべきと考える。

これらに対し、以下のような対応策を検討していただきたい。

(1)特許審査の厳格化

特許権により保護するに値しない新規性・進歩性を欠く技術が特許として認められないように、ソフトウェアの技術動向を反映した審査基準を整備するなどの対応が望まれる。特許法第 103 条では、侵害行為者の過失の推定が規定されており、これと均衡をとった特許審査が行われるべきである。近年の特許出願件数の増加に比例して新規性・進歩性に欠ける技術の特許件数が増えていけば、企業側が侵害を回避するための技術調査の負担は益々増すばかりであり、特に人員やコスト面を考えると、中小のソフトウェア会社やベンチャー企業にとっては大きなリスクとなっており、特許法第 103 条との均衡がとれない状況となってきている。

(2)公告制度の復活

特許法改正により、廃止された公告制度であるが、膨大な特許出願を審査官のみで審査するのは限界がある。やはり権利化される前に、公表し、広く判断を仰ぐべきで

ある。幸いにも、公告制度が廃止された後インターネットが急激に広まり、広く国内外から情報を収集する環境は整っているといえる。公告制度に相当する制度を再検討してはどうだろうか。

また、公告のタイミングとしても、登録時だけでなく、提訴時等、様々なケースを想定し検討することが必要であると考ええる。

(3)先行技術のアーカイブ化の促進

前記(1)の適性な審査の実現にも資することではあるが、先行技術(マニュアルやドキュメント、プログラム等)のアーカイブ化を整備することにより、新規性・進歩性の低い特許権に対して対抗することが可能となる。

(4)新規性の判断基準となる公知技術の扱いに関する見直し

ソフトウェア業界の特性(創生期においては、パッケージ化された製品だけでなく、プロトタイプや研究の成果として開発、発表されたものも数多くあるが、それらの多くは、文献(ドキュメント)として発表されたものではないこと。次に、コンピュータソフトウェアに関する研究は米国等、外国において先行されていたものが多く、その成果が日本国内にもたらされるケースが多いこと)を考慮した場合、これらによって新規性、進歩性を否定されるような特許性の低い特許を淘汰すべく、平成 11 年の改正前の出願であっても、外国における公知、公用技術を新規性判断のための先行技術として認めるべきであると考ええる。

3.当面の法的な対応について

中間論点整理で提案されている【具体的なアクション案】はいずれもライセンス契約の締結を前提としているが、それ以前に、特許権者による「いいがかり」的な権利主張についても、権利の濫用として何らかの制限する手段を整備すべきである。

特許侵害か否かが必ずしも明確でなかったり、特許そのものの有効性が疑われるケースにおいても、現状の制度においては、特許主張に対する防衛には相当の費用と時間がかかるため、「権利主張をした者勝ち」という状況が生まれている。

例えば、侵害の警告を受けた側は、自らの負担で弁理士等に鑑定を依頼することになるが、特許保有件数が多い大手企業などから一度に大量の特許についての侵害警告を受けたりすると、莫大な鑑定費用、無効審判請求にかかる手間・コストを考えると、1企業としては、費用対効果などから特許の正当性にかかわらず和解を選択せざるを得ないケースもあり得る。特に、体力的にも十分とはいえないソフトウェア会社やベンチャー企業にとっては重大な問題である。一方で、相当の費用をかけて防御に成功(無効の審判など)しても、権利主張を行った権利者側には実質的な不利益はなく、公平さに欠くこととなる。

以上から、公正な権利主張を担保するために、以下のような仕組みも検討すべきである
と考える。

- (1)ソフトウェア特許の権利侵害の警告を行う場合は、権利者側においてあらかじめ特許事務所等第三者の鑑定を得た上で、当該鑑定書付きで警告を行うようにすべきである。特許法 103 条では、権利者の立証負担を軽減しているが、特許権の範囲が不明確といわれているソフトウェア特許については、同条項と均衡のとれた形で権利者側の注意義務も求めるべきと考える。例えば、鑑定書なしで警告を行った場合は、特許権の範囲がどうかの確認をせずに強引に権利主張を行ったとみなし、その結果警告の相手方に損害を生じさせた場合は、権利者としての注意義務に欠く行為として、権利者側が不法行為責任を負うような考え方を明確にしていくべきと考える。
- (2)特許訴訟においても、近年裁判の中で特許の有効性が否定される（権利行使が制限される）判断がなされるケースが出てきているが、そもそも特許性を欠く技術に対して数多く特許権が付与されている現状を象徴しているものと考え。このような特許権の紛争については、侵害の主張を受けている当事者が裁判外において専門的な判断能力を有する第三者機関の活用を行いやすいような環境整備が必要と考える。（参考）日本知的財産仲裁センター<http://www.ip-adr.gr.jp/> のセンター判定など。
- (3)特許の有効性を十分に確認しないまま特許訴訟を行い、裁判にてその有効性が否定された場合は、権利者側に相当のペナルティを負担させるような法整備が望まれる。

4.産業界による対応【具体的なアクション案】について

権利主張をしないとする発明の定義をより明確にしていただかないと現在の表現（OSS、インターオペラビリティ等）だけでは不明瞭で、検討できない。本アクションの導入を検討するのであれば、この点は、今後のソフトウェアメーカーにおける特許戦略上、非常に重要な内容となるため、今後、議論を進め、より明確にした上で、再度、パブリックコメントを求めるようお願いしたい。

相当の研究活動を行った成果として得られた知的財産を半ば公共財的に提供するような思想（例えばクリエイティブ・コモンズ）という考え方を広めていくべきという考え方には疑問が残る。

また、慣行を広めていくというスタイルでは、結局のところ、趣旨に賛同できない企業が出てくるのを防止することができず、やはり特許制度そのものを見直すなどの試みをすべきである。

実体的な会社資産の乏しいソフトウェア企業やベンチャー企業にとっては、特許や著作権などの知的財産は、大きな資産であり、その活用による収益性が企業継続の担保になっている。正当な特許に関しては、当然権利を行使してその報酬を要求する権利があり、パテント・コモンズ的な考え方は大手企業ならともかく弱小のソフトウェア会社やベンチャー企業には選択しにくいと思われる。

また、OSS等のソフトウェアやインターオペラビリティを具体的にあげているが、どの分野を公共財としていくかについては、結局は企業戦略によって左右されるものである以上、それに賛同できない企業が出てくるのは当然のことと考える。

発明者利益は本来保護されるべきであり、その権利がかえってソフトウェアのイノベーションに真に障害となるということであれば、事例を蓄積した上で特許要件を見直すなどの抜本的な対応をしていくべきと考える。正当な権利を有する特許権者が、これらの慣行に賛同しないことを理由にアウトローとか知財ゴロとかという扱いを受けるようなことは特許制度の趣旨を考えると決して好ましいとはいえない。

5.その他全体的なコメント

- ・特許制度は本来発明のインセンティブを保証し、イノベーションに資することが目的であるが、中間論点整理では、特許権の抑制がテーマになっているが、「こういった権利は尊重すべき」といった方向からの議論も行って欲しい。
- ・中間報告ということで、全体的に抽象的な説明に終始しているように思う。各部において、より詳細な説明を記載していただかなければ、企業として本案の善し悪しを判断することは難しい。今後、より一層検討していただき、再度パブリックコメントを求めていただく機会を設けられることを期待する。
- ・中間論点整理の方向で進めば、ソフトウェア業界における「特許出願」は何を目的とするのか、わからなくなるし、出願コストを回収することが困難になる。

コストをかけて権利化、維持し、いざ権利行使する際に、それはパブリックに提供しなさい、とされると権利者の立場からすると納得できない

むしろ、ヨーロッパのように、「ソフトウェアには特許は認めない」とした方がよい

あるいは、特許庁から、「こういう分野に関する特許は権利行使を認めない」という指針をあらかじめ出し、企業に無駄なコストをかけさせないようにすべき

C社の意見：

1.

- (1)この論点整理では、ソフトウェアの分野では、「特許権の付与により強すぎる独占権が発生している可能性がある」とし、「ソフトウェアの本質に根ざす部分については、対応が困難なおそれがある。」としている。そして、その根拠を「多層レイヤー構造」、「コミュニケーション構造」および「ユーザーのロックイン傾向」に求めている。

ところで、このような弊害は、「そのような弊害が発生する恐れなし可能性」なのか「現実に発生しているのか」を明らかにすべきと考える。そして、その弊害の内容を詳細に検討すべきと考える。

(2)特許制度は、発明をした者に対し、公開の代償として一定期間の独占権を付与し、もって、競争秩序を維持し、結果として産業の発達を図る制度である。従って、特許制度には、独占権を付与することにより生じる弊害がそもそもビルトインされていると言える。このような弊害にも関わらず特許制度が世界中に広まり、廃止がなされたという例もない。これは、独占による弊害を上回る大きなメリットが存在するからといえる。

(3)そこで、ソフトウェア特許の弊害を特許制度に内在する弊害と比較考慮し、その結果、ソフトウェア特許の弊害が通常の弊害を上回っていた場合に、この論点整理に示されているような対応を考えるべきだと思う。換言すれば、このような議論を行う前提として、「ソフトウェア特許の弊害」が存在することを関係者に納得させることが必要と考える。

2.

(1)そこで、「ソフトウェア特許の弊害」が存在することが明らかになった場合、特許制度が産業の発達を目的としていることから、その対策を種々検討することは、重要なことである。

(2)その検討項目として、濫用の法理を援用して権利行使を制限する方法、実施権制度により個別に対応する方法、特許権の効力制限規定により権利行使を類型的に制限する方法、と多面的に検討していることは、正当な議論の方向であるといえる。特許制度のメリットを生かしつつ「ソフトウェア特許の弊害」を除去するには、単一の単純な方法では困難であり、複数の方法を有機的に組み合わせて実施する必要があると考えられるからである。

また、ソフトウェア特許のみ存続期間を短縮することも検討課題にしてよいと思う。

3.まとめ

(1)ハードウェアに関する発明も、ソフトウェアに関する発明も人間の知的な生産（創造）活動の結果生み出されるものであることには変わりはない。「ソフトウェア特許の弊害」を考察する際、一方で生じている特許制度によるメリットを見落としてはいけないと強調しておきたいと思う。

(2)また、ソフトウェア特許の1類型である「ビジネス方法特許」では、IT技術を駆使して新たなビジネスモデルを構築した者が、特許での保護が受けられないと当該アイデアを大きな資本を有する者に利用されるだけといった事例も発生している。このようなソフトウェア特許の利点を充分考慮して、弊害抑制の議論をしてもらいたいと思う。

D 社の意見：

同報告は、あくまで「中間的」なものであり、その意図するところが必ずしも明らかではない表現が随所に見られるため、以下のコメントは網羅的なものというよりも、特に注意を惹いたポイントについて意見を表明するものである。

1. 検討の出発点

わが国は、明治 4 年の専売略規則、明治 18 年の専売特許条例を経て、明治 32 年に特許法が制定されるとともに、パリ条約に加盟して以来、約 100 年にわたり強い特許制度を維持し、わが国の技術力の向上と経済の発展を牽引してきた。ソフトウェア分野においては発明の上に発明が積み重ねられているという観察は、このような特許制度について修正を施す必要性に結びつかない。発明の上に発明がなされているのは、他の産業でも同様である。ハードウェアによって実装可能な機能は、ソフトウェアによっても可能で、また逆もあり、このことからソフトウェア分野に特化したような特許法制度の修正の必要性はない。

2. ソフトウェア及びソフトウェア産業固有の特質議論

現代社会では、市場のニーズに応える製品やシステムでなければ、競争力を持ちえないことは当然のことであり、このことはソフトウェアの場合も同様である。所謂、インターオペラビリティの問題についても同様に考えることができる。そもそもこの言葉の意味は、必ずしも一様ではないが、市場がインターオペラビリティなるものをソフトウェア業界に要請しており、市場が期待する水準のインターオペラビリティのない製品は競争の中で生き残ることはできない。既にそのような状況になっており、この点に関する政府による介入の必要性はないし、むしろ、政府の介入は市場で本来淘汰されるべき製品が生き残ることを可能にしたり、市場に参入できたはずの製品の参入を拒むことにもなりかねない。

報告書の中には相互運用性あるいはインターオペラビリティとの文言がひとつのキーワードとして何箇所かで用いられているが、そもそもインターオペラビリティの定義付けは困難であり、また、定義ができてその定義には相当の幅があることを認識すべきであり、インターオペラビリティを基準とする規制の導入には大きな不確実性が伴うことを強く認識する必要がある。

IT 業界においては、これまでも非常に高水準のインターオペラビリティが存在し、業界は、顧客及び市場のニーズを満たす優れた仕事を行ってきた。インターオペラビリティのある製品の具体的な企画、知的財産権のライセンス及びクロスライセンス、パートナー及び競業者を含む業界との連携、及び標準（このカテゴリには、専有権を主張できる標準、デファクトスタンダード（事実上の業界標準）、製品基準及びオープンスタンダードを含む）を含む多数の方法によりインターオペラビリティについて

の努力がなされてきた。イノベーション及び競争を最も促進しつつ、インターオペラビリティを達成するには、これらすべての手段が利用可能である必要があり、そのうちの1つのみを他より優先すべきではない。インターオペラビリティと特許について考える際には、いきなり特許制度の修正等を考えるのではなく、まず、いかなる方法でインターオペラビリティを確保すべきかを検討すべきであって、新しいと思われる問題がでてきたからといって直ちに特許制度の修正等を考えることは誤りである。

この度公開された中間論点整理では、ソフトウェア産業の特質として5つのポイントをあげている。しかし、かかる整理には、なんらの裏づけ等もなく、事実とも異なり、明らかに根拠を欠くものとなっている。即ち、本中間論点整理は、イノベーションが、累積的(Cumulative)な形で発生する、他のハイテク産業、特に、製薬産業、バイオ産業、ハードウェア産業に比して資本コストが低い、技術変化のスピードが速く、製品ライフサイクルが短い、著作権による保護やOSS(オープンソースソフトウェア)を含め、代替的なイノベーション促進手段が存在する、特許による保護のあり方が歴史的に見て変化してきているといったことを特質としてあげている。しかし、即ち、「イノベーションが累積的な形で発生する」のはソフトウェア産業に限られず、資本コストについてもソフトウェア業界のR&Dコストは決して少額ではなく、製品ライフサイクルが短いこととユーザーロックインの議論の整合性も疑問である。知的財産権保護はイノベーションに必要な不可欠なものであることは論を待たないが、著作権と特許権は異なった場面で働き、著作権による保護のみでは不十分である。即ち、著作権は表現を保護し、直接の複製を防ぐが、ソフトウェアの新機能を保護しない。ソフトウェア業界は特許に依存し、イノベーションを行ってきた。現在、多様な開発モデル、ライセンスモデルがあり、ユーザーは、機能、TCOの検討も必要不可欠な条件であるから、オープンソースソフトウェアに優れた面があるとしても、それが全ての市場の要求を満たすものではなく、それを政府が推奨するものでもない。大切なことは、オープンソースソフトウェアを知的財産権制度の中でどう調和させるかであって、オープンソースソフトウェアのために知的財産権制度の修正を考えることは本末転倒である。

3. 「当面の法的対応 - パテントミスユースと同様の効果が得られる法理を導入」について

中間論点整理は、「具体的なアクション案」として、「我が国の法体系に、米国におけるパテント・ミスユースと同様の効果が得られる法理を導入するため、特許権者、その独占力を最大化するために、第三者の取引を制限したり、公共の利益に著しく反するよう特許権を利用する行為、たとえば、別の特許の実施許諾の義務づけ(抱き合わせ)

実施許諾後に取得した関連する特許権を譲渡することを義務づけること、被許諾者に対し、関連特許侵害に係る訴訟の提起を禁止すること(非係争義務)、被許諾者に対し、関連特許権の無効審判等の請求を禁止すること(不爭義務)、用性を阻害する行為などを、権利濫用的な行為として体系的に整理し、これらの行為の中で特に権利濫

用の程度が高いと評価される行為については権利を主張された者が抗弁として、また権利不存在確認訴訟の訴因として利用できるよう整備を行う。」とし、「具体的には、民法第1条第3項に規定されている「権利の濫用」の法解釈を行い、上記行為が権利濫用に該当しうる旨を「市場における経済取引に係る準則」として整備する。」とする。

しかし、かかる考え方は、法的に極めて大きな問題を惹起する可能性が高く、賛成できない。そもそも、民法第1条第3項に規定されている「権利の濫用」のような一般条項は、権利の行使が理論的には適切であっても当該事例については適切でないという「例外的な事案」についてのみ、個別に裁判所が判断し権利行使を濫用と判断するものである。

また、その適用も、法的安定性の観点から厳格に適用されるべきであるし、現在まで、裁判所も厳格に適用をしてきたものである。従って本中間論点整理も指摘するように、このように個別の事例に基づく例外事項を事前に類型化することは不可能であり、行ったとしてもミスリーディングなものとなる。米国におけるパテント・ミスユースも米国の個別の判例に基づくものである。例示として掲げられている ~ については、同様の理論の判例法理があり、判例の蓄積により、行為の類型化や一定の判断基準が得られてきたものである。しかしながら、 ~ を阻害する行為についての判例は存在しないし、そもそもどのような形で紛争が発生するか不明な段階で、権利濫用に該当する行為の類型化や一律の判断基準が定立できるようなものではありえない。本中間論点整理は米国のパテント・ミスユース法理を援用して権利濫用が問題となりうる例として上記の ~ を挙げる。しかし、 ~ の判例の事案は、契約条項の有効性ないし契約締結仮定の交渉の行為の適法性の問題であって、わが国法制度の下では独禁法が適用される余地はあるとしても、民法の権利濫用法理が適用されるような問題ではない。本中間論点整理は米国のパテント・ミスユース法理とわが国の権利濫用法理に関する法制度の相違を十分理解しているか疑問である。

日本の判例においても、特許権の行使が権利の濫用とされたのは、当該特許に無効理由が存在することが明らかであるときのみであり、その他の場合に権利の濫用とされた事案は今日までのところない。

そもそもインターオペラビリティの定義が不明確であり、そのような状況で相互運用性を阻害する行為についての解釈準則を策定すれば、特許権の行使に必要以上の制約を及ぼすおそれがあり、もともとある特許制度によるイノベーションの促進という原則的な効果に大きな打撃を与える。

そもそもインターオペラビリティの定義を行わないで何故インターオペラビリティを理由とする特許制度の修正を行おうとしているのか理解に苦しむところである。中間報告書に掲げられる ~ の類型は、現在の独占禁止法および「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」(平成11.7.30)で明らかに対応が可能である。むしろ、権利の濫用に関する解釈準則を導入した結果、これと前記の独占禁止法お

よびガイドラインの解釈との齟齬が生じれば、予測可能性を損ねることとなり、適切ではない。

インターオペラビリティに関する特許権の行使が権利の濫用として許されない場合は実際上何人に対しても当該特許権を行使できなくなるため、裁定実施権が設定されたのと同様の法的効果を生じる（裁定実施権の場合は特許権者には一定の対価が与えられるが、権利濫用の場合はその対価さえ与えられないため、特許権者の受ける不利益はより大きい）。したがって、仮に権利濫用法理を適用するとした場合でも、後述の裁定制度と適用要件のバランスを確保することが不可欠であり、極めて厳格な要件を設ける必要がある。しかし、当該要件を満たすような事態は現実的には考えられないから、現時点でその旨を準則で規定することは不要であり、不適切である。

権利の濫用は、以上のような性格を有するものであり、また、新たな導入の必要性もないので、裁判所ではなく行政庁が、個別の事案を前提とすることなく、また、過去に判例の蓄積もない事案について、一律に解釈準則を示すということは不要な事前規制につながり、許容されない。このことは、「相互運用性を阻害する行為」の場合には、特に該当することになる。

4.産業界による対応

パテント・コモنزについて、各社が個別に行っていることについての正確な理解を欠いたままで、考え方が示されているように思われる。例えば、IBMの行った宣言は、特許の譲渡ではなく、オープンソースに対して権利行使をした者に対しての、取消可能なライセンスであり、また、IBMの4万件以上の保有特許のうち500件にすぎず、残りのほとんどの主要で価値のある特許については権利行使やライセンス料の徴収が可能となっており、現にそのような運用が行われている。各社毎の行為や効果の相違も検討されていない。そうした状況で、産業界による対応として推奨したり議論を進めることは適切ではない。更にこうした活動を通じて、日本の産業界のイノベーションの発展および競争力にどのような効果を期待しているかについても中間報告書は曖昧であり、かかる提案は極めて無責任な提案である。

5.更なる検討課題

(1)「裁定実施権制度」について

「中間論点整理」は、「公共の利益のための通常実施権の設定の裁定」(特許法第93条)について、国際条約との整合性等を踏まえつつ、ソフトウェア特許がソフトウェア産業のイノベーションを阻害しているとの具体的な問題の有無を精査した上で、リサーチツール等の他の分野の動向や他の方策も含めて、必要に応じ裁定実施権の在り方について検討するものとしている。しかし、かかる考えには、以下に検討するとおり問題が多い。

現在まで、特許法 93 条の公共の利益のための裁定実施権の設定がなされたことが一度もない状況において、また、ソフトウェア特許に関してこれを実施する特段の必要性も検証されないまま、また、具体的に紛争となった事例も存在しない中で、当局側の判断で、一定の方向での裁定実施権の制度・運用の見直しをすべきとする事は勇み足のそしりを免れない。

一般に、特許政策は、技術レベルが低いときにはライセンサーの義務が厳格に定められ、技術レベルが高まるとライセンサーの義務は弱まる。日本は、有数の技術国であり、ライセンサーへの義務をむやみに厳しくするべきではない。

インターオペラビリティの確保という観点から、裁定実施権の制度・運用を広げる方向に見直しをすれば、日本企業が多数の特許を持つ家電・AV 分野でのソフトウェア特許にも影響を与えることになり、その影響は甚大である。またそもそも、インターオペラビリティなるものは、ソフトウェアのみで実現するものではなく、ハードウェア相互間にも存在する中で、何故、ソフトウェアについてのみ、特殊な取り扱いが必要とされるのかも説明が充分なされているとは言いがたい。

仮に、日本が十分な考慮なく、裁定実施権の制度・運用を広げる方向に変更すれば、中国などの発展途上国は、日本の実務を先例として、独自の裁定実施権制度を策定し、日本企業が中国において、日本が得意とする重要な技術分野について知的財産権の保護を受けることが難しくなるおそれがある。この点、仮に日本や他の先進国が適用しなくても、開発途上国は独自の対策を講ずることは明らかであるとの意見もある（技術標準に関わる例ではあるが、日本主導の DVD 規格に対抗して中国が EVD 規格を推進している）。しかし、わが国がご都合主義的に内国企業を保護するための施策を講じれば、発展途上国がそれに追随する可能性は無視できない程度に大きく、発展途上国が一端そうした行動に出た場合、わが国自身が同様の行為を行っている以上、発展途上国の行為を阻止することは困難になってしまう。その結果、わが国の国際的技術競争力が阻害されるおそれがある。

工業所有権審議会の「裁定制度の運用要領」（昭和 50 年）は「公共の利益のために特に必要であるとき」の主要な事例として、「国民の生命、財産の保全、公共施設の建設等国民生活に直接関係する分野で特に必要である場合」「当該特許発明の通常実施権の許諾をしないことにより当該産業全般の健全な発展を阻害し、その結果国民生活に実質的弊害が認められる場合」とあり、「直接の関係性」や「実質的弊害」を要求されていることから、ソフトウェア特許についても、同様のレベルの関係性、弊害が要求されるべきであり、単なるおそれや間接的な影響の場合にまでも裁定実施を用いるべきではない。また、当該要件が単に「公共の利益のため」となっているのではなく、「特に」となっていることから、その適用にあたっては慎重な検討がされる必要がある。更に外資審議会専門委員会報告（昭和 43.3.15）も特許法 93 条の適用要件について以下のような場合を挙げている。

「……特定製品の生産または特定方法の実施に不可欠な工程に関する重要な特許発明が独占されることによって、次に掲げるような事態が生じ、その結果国民生活に重大な悪影響がもたらされる場合が考えられる。当該特許発明の利用が期待される産業に、企業の倒産等の混乱を生ずることにより、大量の失業者が発生するおそれがあること。当該特許発明の利用が期待される産業に、企業の倒産等の混乱を生ずることにより、その特許発明を実施できれば利用可能であった巨額の既存設備が廃棄されるおそれがあること。当該特許発明の利用が期待される基幹産業、重要輸出産業または先端技術分野の産業に、企業の倒産等の混乱を生ずることにより、これらの産業の健全な経済的または技術的発展を著しく阻害するおそれがあること」

ちなみに、この基準も上述の工業所有権審議会のもの同様極めて厳格であるが、中山教授はこれでも緩すぎる旨批判している（「注解特許法第3版上巻902～903頁」）

リサーチツールについての議論は良い教訓であり、裁定実施権を議論する場合は、広く日本の産業界の意見を聞くべきであり、かつ海外の支持も得る必要がある。

(2)独占禁止法による対応の強化」について

更に、中間論点整理は、「ソフトウェアのインターオペラビリティに係る特許権の行使が『不公正な取引方法』に当たりうる点について、『特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法の指針』等で明らかにすることにより、

- ・競争政策上の位置づけが明確に整理されること
- ・通常の公正取引委員会による執行手続に加え、私訴の対象となることが明確になることが期待される。

その際に留意すべき事項としては、以下（中間論点整理 5.更なる検討課題 (2)独占禁止法による対応の強化【留意点】）が考えられる。」としている。しかしながら、この見解にも多くの問題がある。

一般論として、公正取引委員会は、ネットワーク効果と競争政策について既に取り組んでおり、いくつもの研究会を設置してきた。「技術標準と競争政策に関する研究会」の報告書（平成 13.7.25）によれば、ある技術が標準化活動でなく競争により標準になった場合、単独事業者によるライセンスの拒絶は適切な知的財産権の行使であって原則として独占禁止法が適用されるものではない、としている（この見解は、また、平成 14 年 2 月 6 日に発表された「業務提携と企業間競争に関する実態調査報告書」に添付された書類として再度引用されており、公正取引委員会の一貫した考えであると思われる）。なお、公正取引委員会は、「ソフトウェアと独占禁止法に関する研究会」で「ソフトウェアライセンス契約等に関する独占禁止法上の考え方」に関する中間報告書（平成 14.3.20）を作成し、ソフトウェアの取引に関して問題となる制限について独占禁止法上の考え方を整理しようと試みたが、中間報告書においても中間報告書にあるような議論は見られず、更に最終報告書が作成されるには至らなかった。

いずれにしても、公正取引委員会は、ある企業が有する技術が競争を通じて事実上の標準となったとしても、かかる企業がかかる技術を他社にライセンスをすることを拒絶したとしても独禁法に違反しないとしていることには、注意が払われるべきであろう。

本中間報告書は、『ソフトウェアのインターオペラビリティに係る特許権の行使が「不公正な取引方法」に当たりうる点について、「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法の指針」等で明らかにすることにより、競争政策上の位置づけが明確に整理される』とあるが、当該指針は全技術分野における特許とノウハウライセンスを取り扱うものであって、当該指針が「インターオペラビリティを阻害するソフトウェア特許」という特定の特許についてのみ規定することはそもそも論理的でない。

独占禁止法第 21 条は知的財産権の行使と認められる行為には独占禁止法の規定を適用しない旨定めているところ、インターフェイスの情報開示は知的財産権の行使としてのライセンスや標準化活動の中で促進されていくべきものであり、インターオペラビリティを阻害するソフトウェア特許について独占禁止法を理由として権利行使を制限することは、独占禁止法第 21 条の趣旨に反し、本来の知的財産権の行使であるライセンス活動を促進することにはつながらない。

特許権により独占が与えられるのは、他の技術分野についても同様であり、他の技術分野にもデファクトの標準は存在しうるものであって、ソフトウェアのインターオペラビリティのみにつきデファクトの標準を問題視して、インターオペラビリティを促進すべく新たな指針を策定する理由がない。

特許権の行使が独占禁止法に規定するいずれかの違反類型に当てはまれば、それがどのような属性の特許であるかを問わず問題になるのであるから、相互運用性を阻害する行為が私訴の対象となることのみを確認することも意味がない。

(3)特許権制限規定

本中間報告書において留意点として記載されているとおり、ソフトウェアという特定の技術分野について特許の効力が及ばないとすることは、TRIPS 違反を構成するという見解も充分成り立ちうるところである。

E 社の意見：

「ソフトウェア特許がソフトウェア分野のイノベーションを阻害している場合を精査し、具体的な問題点を抽出した上で、問題となる行為類型について必要に応じて、(現行制度を前提としつつ、権利濫用の法理を援用し、個別のケースに応じて特許権の行使を制限する方法による)対応を検討することが適切であると考えられている」ことに異論はない。また、そのための当面の法的対応として、米国のパテント・ミスマス法理と同様の効果が

得られる法理を導入し、準則を整備することにも異論はない。しかしながら、「産業界による対応」として、「クリエイティブ・コモンズ」「パテント・コモンズ」的な考え方を普及させるといふことには賛成できない。

保有する特許をオープンソースコミュニティの自由な使用に供するというようなことは、権利者が個々に判断すべきことであり、ソフトウェア特許ということで一律にそのような対応を求めるとか、その趣旨に同意しないものを「アウトロー」「知財ゴロ」と呼ぶような態度はまことに不適切と言わざるを得ない。ソフトウェア特許の範囲に止まらず、ソフトウェアの著作権による保護に対しても同様の議論が行われ、権利者の適切な権利行使が妨げられる結果、社会に有用なソフトウェアが供給されなくなるような事態も容易に想起される。

以上

本意見に関するお問い合わせ先

社団法人日本パーソナルコンピュータソフトウェア協会（JPSA）

業務課 井上 真由美

住所：〒100-0014 東京都千代田区永田町 2 - 4 - 2 秀和溜池ビル 4F

TEL：03-5157-0780 FAX：03-5157-0781

E-mail：m_inoue@jpsa.or.jp <http://www.jpsa.or.jp/>