

2006年7月12日

「ソフトウェアに係る知的財産権に関する準則（案）」に対する
ビジネス ソフトウェア アライアンスの意見

ビジネス ソフトウェア アライアンスは、今般経済産業省から提案された「ソフトウェアに係る知的財産権に関する準則」（「経産省提案」）に意見を申し述べる機会をいただき感謝申し上げます。以前に経済産業省が作成したソフトウェアとイノベーションについての中間論点整理に対する私たちのコメント(*1)において触れたように、BSA メンバーは、経済産業省が定めた提案のように、ソフトウェアに係る特許その他の知的財産(「知財」)権の実施可能性に影響を及ぼしかねない提案には強い関心を持っています。BSA は、世界中で、多くのソフトウェア特許を含め、全体で数十万にも上る特許を保有する 25 社を超えるソフトウェア及びコンピュータ企業(*2)を代表しています。また、私たちは、研究開発に年間数十億を投資しており、イノベーションの不正利用から保護するために特許に依存しております。

その点で、BSA の利益は、革新的ソフトウェアのリーダーであり、イノベーション投資の保護のために特許に依存している多くの日本の優良ハイテク企業とも実質的に一致します。以下のコメントは、ソフトウェア・イノベーションにおける BSA メンバーの集団的な経験と強固な知財保護がイノベーションの促進に果たす重要な役割を踏まえて導き出されたものです。

経産省提案では、特許保有者が「悪質性が認められる」又は「著しく大きな不利益」を生じうる形で侵害者に対してソフトウェア特許の実施を求める場合に、日本の民法の既存の権利濫用規定を適用することを提言しています(セクション 1)。規則は、侵害に対する積極的抗弁となり(*3)、実施許諾条件(ロイヤルティ料率を含む)の適法性及び特許保有者による「合理的な」条件での拒否権が争われる虞を生じるものです(セクション 2-2(1) [2](i))。本提案では濫用の事実認定をなすため様々な要因が列挙されていますが、これには当該要因すべての「包括的審理」(セクション 2-1)を必要とし、そのことが、特定事件への規則の適用について裁判所に対し多くの裁量権を与えることになると思われます。

BSA は、広範囲の強制的実施許諾方式又はソフトウェア特許に対する同様の例外規定(経済産業省の中間論点整理で検討されたようなもの)は適用しないという経済産業省の明確な意思決定を歓迎しますが、経産省ご提案の範囲及び潜在的影響については重大な懸念を持っています。ソフトウェア特許保有者が侵害者に対して権利執行に支障を来すことは、日本国の IT セクター及び世界的な競争力に悪影響を与え、特許規則の国際的協調の促進に対

する日本国の努力を弱めるものとなり、かつ日本国の世界貿易機関(WTO)に対する義務に相反するものとなる可能性があります。また、私たちは、他の技術分野に対しては適用されない制限を、ソフトウェア特許の執行に対して課すことがいかなる正当性を持つか、またこの分野で新しい規則が果たして必要か否か、疑念を呈します。

経産省提案はソフトウェア・イノベーションを妨げ、

日本国のソフトウェア・セクターの世界的競争力を脅かす虞があります

経済産業省ご承知のとおり、特許はイノベーションに対する必要不可欠なインセンティブを与えるものです。このインセンティブは、成功している多数の日本のソフトウェア・デベロッパー及び日本に投資してきた多くの外国ソフトウェア企業を含むソフトウェア・デベロッパーにとっても同様に必要不可欠なものです。ソフトウェア特許は、開発が困難であるのに、特許保護なかりせば容易に複製されうる新規性及び独創性のあるソフトウェア技術の開発への強いインセンティブを企業に保証しています。日本が初期段階でソフトウェアに特許保護を与えたことは、疑いもなく IT セクターにおいて日本が主導的地位を確保した重要な要因であり、このことは日本企業が国内及び外国双方において 1 年間に届け出るソフトウェア関連特許件数の多寡が示しています。

提案されたソフトウェア特許への権利濫用規則の適用は、日本国のソフトウェア特許の執行可能性に暗い影を落とし、日本国におけるソフトウェアのイノベーション及び投資に水を差すものとなるでしょう。提案された規則は、際限なく広い範囲の事件に関し侵害者を賠償責任から遮断しうる点において、日本のソフトウェア特許(これには日本企業がオーディオ・ビジュアル及び関連技術において保有している高価値の特許を含みます)の執行可能性及び商業的価値に対して重大な不確実性を招くものとなりえます。政府が日本国のソフトウェア・セクターの地位強化を目指しているそばから、このような目標では IT セクターにおける日本企業の競争力を著しく弱体化させる可能性があります、また外国投資家がこれを警告の旗印とみなす虞があります。

また、経産省提案は、外国での日本国の特許保有者の権利の保護に対する努力を複雑なものとするでしょう。多くの開発途上国（そのうちの大部分は、日本と違って、盛んなイノベーション産業を持っていません）は、外国の技術に対する低コストあるいは無償アクセスを得るために特許保護の緩和を求めています。このような努力は、外国市場に対して特許技術を輸出する多くの日本企業にとって重大な脅威となりえます。経産省提案が世界的規模で特許保護の緩和を求める側の影響力を強めることは必至であり、日本国が国際的な場においてかかる努力に対抗する議論を行うことをさらに困難にするでしょう。

経産省提案は日本国特許庁の特許協調促進の努力と矛盾します

経済産業省中間論点整理についての私たちのコメントでも述べましたように、日本は、長い間 IT イノベーションの最先端にあり、技術の革新的な進歩に見合う法的枠組みを提供するという優れた歴史を持っています。また、日本は、ソフトウェアに対する特許保護付与の先駆者であり、日本の特許庁は、米国特許局及び欧州特許庁とともに、この分野でのより一層の協調の促進において指導的役割を担い続けています。提案されている権利濫用規則のソフトウェアへの適用は、米国あるいは欧州いずれの法のもとでもソフトウェア特許の執行可能性に対するこのような広範囲な例外規定はないため、かかる努力に直接的に逆行するものとなるでしょう。

これに関連して、私たちは、経産省提案における明白な誤解、すなわち、提案されている規則が米国法理のもとでの「パテント・ミスユース」法理と概ね同一の広がりを持つとされる点を明確にしなければなりません。現行の連邦巡回区判例法のもとでは、パテント・ミスユース法理に依拠を求める当事者は、一般的に特許権の執行が反競争的效果を有する可能性のあることを立証しなければなりません。

(*4)(以前にも述べましたように、特許ミスユースに基づく抗弁は、一般的に特許保有者が特許付与の「物理的又は時間的範囲」の拡大を容認できないほど試みた場合にのみに利用可能なものです。) 1990 年代半ばの一定の判例によれば、法理がより広い範囲を持ちうること及び特定の種類の特許規制(例えば、抱き合わせ)それ自体が不法となり得ることを示唆するものですが、より最近の判例では、反競争的效果が抗弁の必要要件であること、及びかかる効果が一般的に事実事項として立証されなければならない(すなわち、「合理の原則」基準に基づく)ことが明らかにされています。

(*5)この反競争的效果の立証責任は、明確性及び確実性を与えるのみならず、任意に締結された特許契約は、競争に対する不当な影響の立証がない限り、後日無効とされないことを確保するものです。

経産省提案は、これに反して、特許権の執行に反競争的效果がない場合であっても、特許侵害者の責任を免除させるものとなりえます。また、本提案は、一定の特許条文が、反競争的侵害の証拠なしに(脚注 16 を参照)それ自体で不法とみなされ、ましてや一定の状況下において特許実施の拒絶が濫用的と看做される可能性をも示唆しています(セクション 2(1)[2](i)(C)を参照)。米国あるいは欧州いずれの法も、ソフトウェア特許の執行可能性にこのような制限を課していません。実際、欧州議会は、先日、ソフトウェア特許の執行可能性に関し概ね同様の制限を含むものであった **Directive on Computer Implemented Inventions** 提案を否決しました。Directive の否決は、特許に関するソフトウェア特有の規則に対する一般及び業界の多大な懸念を反映したものです。

最後に、米国における最近の特許法改正の努力は、経産省提案の採択を支持するものではありません。まず、経産省提案の明白な趣旨とは対照的に、米国提案にはソフトウェア特許のみに限定するようなものではありません。第二に、より広範囲の米国提案であっても、特許保有者が利用できる救済の範囲を制限するにすぎません。この提案のいずれも、経産省提案とは違い、侵害者がすべての責任を免れるようなものではありません。

これらの考察の下に、私たちは、経済産業省に対し、特に反競争的効果の立証がない場合に、ソフトウェア特許の執行可能性を制限するような規則を承認する前に、熟慮と慎重をもって進めていただくよう強く求めます。このような規則は、他の先進法域の慣行と矛盾しうるものであり、またさらなる国際的な特許協調を促進する日本国の努力を損なうものとなるでしょう。

ソフトウェアを他の特許技術と異なったものとして取り扱う根拠はありません

私たちはまた、権利濫用規則のソフトウェア特許への適用を提言する一方で他の特許技術には適用を提言しない論拠に疑問を呈します。本提案は、ソフトウェアを選り分けて異なった取扱とすることが、ソフトウェア・システムの多層レイヤー構造、ソフトウェア・プログラムが一般的に情報共有を要するという事実、及びネットワーク効果及びスイッチング費用がソフトウェア市場の一定のセグメントに付随することが多いことを理由として正当化されることを示唆しています(セクション 2 を参照)。しかしながら、これらのいずれの要因も、ソフトウェアの差別的な取扱を正当化するものではありません。

最初の 2 つの要因は、ソフトウェア・プログラムが協働及び情報共有 - 言い換えればインターオペレーション-を必要とすることに関するものです。しかしながら、経済産業省中間論点整理に対する私たちの回答にも述べましたように、インターオペラビリティ・ニーズは、テレコミュニケーション、家庭用電化製品、輸送、金融サービス、建設その他多くを含む、異なった多くの市場においても必然的に生じます。したがって、ソフトウェア商品はこの点で特殊なものではありません。また、これらの他の分野と同様に、産業界自体が市場のニーズに応じてソフトウェア・インターオペラビリティに対する障壁に有効な取組みを行っています。

ソフトウェア市場の一定のセグメントを特徴付けるネットワーク効果やスイッチング費用も同様にソフトウェア特有の特許制限を正当化するものではありません。ネットワーク効果は、広範囲の製品及びサービス(例えば、クレジットカードや多数のオンライン・サービス)と関連しているものであり、スイッチング費用も同様です。この点でソフトウェア市場について固有のものは何もありません。さらに、ネットワーク効果やスイッチング費用がしばしば競争懸念を生じうる一方で、日本の既存の競争及び公正取引規則がこれに対応す

るに全く十分なものであるとの公算が大きいです。

経産省提案は、日本国の WTO 義務に矛盾します

提案されているソフトウェア特許への権利濫用規定の適用は、WTO TRIPS 協定のもとの日本国の義務に抵触する虞もあります。

TRIPS 協定は、WTO 加盟国が特許の「技術分野」に基づいて特許権の利用可能性を差別することを禁じています。特に、第 27 条第 1 項では、「特許は、発明の場所、技術分野及び製品が輸入されたか現地で製造されたかに関わらず差別なく利用可能なものとし、また特許権は享受されうるものとする」(強調を追加)と規定されています。この非差別原則は、特許権に対する例外規定(*6)並びに法律上及び事実上の両方における差別に対して同等の効力をもって適用するものです。(*7)

その解釈の方法によっては、経産省提案は、この禁止規定に抵触するよう見える可能性があります。第一に、本提案が単にソフトウェア特許の執行可能性を制限する(かつ特許保護全体を留保するものではない)という事実は、本提案を第 27 条第 1 項の適用から除外するものではありません。第二に、提案される法案は、表面的にソフトウェア特許を選り分けて異なった取扱とするように見えるのみならず、実際問題として極めて高い確率で、他の技術分野における特許権保有者が自己の権利を執行できる状況においてソフトウェア特許保有者がこれを執行することを否定するものとなるでしょう。したがって、提案されているソフトウェア特許への権利濫用規則の適用は、法律上及び事実上両方の差別を構成すると思われる。

つまり、日本国特許の執行可能性の差異は、一定の技術分野に対する差別の目的又は効果を有しない場合に限り TRIPS 協定のもとで認められます。経産省提案がソフトウェア特許を選り分けて差別的かつ不利な取扱を行おうとしているように思われることから、かかる提案は、TRIPS 第 27 条第 1 項に基づく日本国の義務に違反する可能性があります。

(*1) 中間論点整理についての BSA のコメントの写しを添付しています。

(*2)BSA メンバーには、アドビシステムズ、アップル、オートデスク、アビッドテクノロジー、ベントレー・システムズ、ボーランド、ケイデンス・デザイン・システムズ、シスコシステムズ、CNC Software/Mastercam、デル、エントラスト、HP、IBM、インテル、インターネットセキュリティ システムズ、マカフィー、マイクロソフト、PTC、RSA セキュリティ、SAP、ソリッドワークス、サイベース、シマンテック、シノプシス、The MathWorks、UGS が加盟しています。

(*3)また、侵害者は、ソフトウェア特許が自己に対して執行不可能であるとの宣言的差止命

令を求めて権利濫用規則に依拠することが可能となる(セクション 1)。

(*4) この立場は、米国特許法(35 U.S.C. § 271(d)(5)参照)(特許抱き合わせに関するもの)、及び間接的ではあるが米国最高裁判所の最近の決定(イリノイ・ツール・ワークス対インディペンデント・インク事件、No.04-1329(2006年3月1日)参照)(シャーマン法のもとでは、特許抱き合わせ取決めに異議を申立てる原告が、被告が抱き合わせ対象となった商品において市場支配力を有していることを立証しなければならないと判示し、特許法及び特許ミスユース法理に基づく同様の要件を指摘している)においてもその裏づけが見られる。

(*5)この立場は、米国特許ミスユース法理の大家であり、かつて米国司法省反トラスト局に勤務していたロバート・ホーナー(Robert Hoerner)が著した最近の記事に記載されている。Robert J. Hoerner, *The Federal Circuit And Antitrust: The Decline (And Fall?) Of The Patent Misuse Doctrine In The Federal Circuit*, 69 *Antitrust L.J.* 69 (2002)参照。

(*6)例えば、*Canada-Patent Protection of Pharmaceutical Products*, WT/DS114/R(2000年3月17日採択)、¶ 7.91(「特許権の享受を排除する差別的な例外は、基本的な権利自体における差別と同様に差別である。」)参照。

(*7) 同上。¶ 7.97-7.99。