



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	強力な知的財産法は、経済成長の鍵となるか : 米国における知的財産法とサイバー法の最近の推移
Author(s)	Durney, Edward G.; 渡部, 俊英//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 4, 87-131
Issue Date	2004-10
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/43424">https://hdl.handle.net/2115/43424</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	4_87-131.pdf



## 強力な知的財産法は、経済成長の鍵となるか —米国における知的財産法とサイバー法の最近の推移—

Edward G. DURNEY<sup>1</sup>

渡部 俊英(訳)



図1. 高橋是清

1886年初め、日本政府は高橋是清をワシントンD.C.に遣した。彼の使命は何だったのだろうか。それは、日本特許庁開設に備えて、米国特許庁について学ぶことであった。訪問を終えて帰国の途につく高橋是清に、米特許庁のピアース博士が尋ねた。「日本人はなぜ特許制度を設けたのだろうか」

「お答えしましょう。ご存じのように、日本が列国と肩を並べようと考えはじめたのは、たかだかペリー総督が日本を開国した1854年以後のことです。それ以来、どの国が最も偉大な国で、日本のめざす国なのかを探しているのです。アメリカは、建国100年、コロンブスがアメリカ大陸を発見してからたった400年しかたっていない国なのに、なぜこのような偉大な国になったのだろうか、と私たちは考えました。調べた結果、その理由が特許にあることがわかり、私たちが特許制度を持つことにしたのです」と高橋是清は述べた。

ピアース博士は、このときの会見について、「米国の特許制度の価値に関するこれほど公平な発言は歴史に例をみない」と述べている<sup>2</sup>。

<sup>1</sup> Japan Strategies (カリフォルニア州サンフランシスコ) 社長。知的財産権を専門とする学者、弁護士として日米での20年間の経験を持ち、現在は、知的財産に関係するビジネス及び法的な戦略の専門家として活躍。

<sup>2</sup> Scientific American 1/2/1886 p 5

## 1. はじめに

冒頭に引用した米国特許制度への好意的意見は100年以上前のものであるが、これは、現在の大方の見方を反映している。経済発展を遂げたすべての国には特許制度がある。特許制度は、ハイテクノロジー・ビジネスに重点を置く米国、日本、ヨーロッパのめざましい経済成長に功績を果たしたとされてきた。

しかし、それは正当な評価だろうか。特許（及び他の知的財産権）は、経済力にとって重要なのだろうか。それとも独占権として、競争を制限し、経済成長を害するのだろうか。

この20年間に状況は一変した。したがって本稿では、最初に、知的財産法のこの20年間の変遷を考察する。知的財産法はどう変化したのか。どのような傾向が生まれているか。どこに向かおうとしているのか。

次に、最近の知的財産法と「サイバー法」の事例について考察しよう。米国の裁判所では、最近、知的財産について非常に多くの興味深い法律や事件が審理されている。ここでは、「強力な知的財産権は、強力な経済成長力の創造に役立つか」という重要な問いに答える法律と事例を主に考察する。

私の結論を簡単に述べる。著作権、商標及び営業秘密の保護は、不正コピーや無断ダウンロードを防止することにより、経済成長を刺激する助けとなる。この著作権、商標及び営業秘密の保護強化は、競争にほとんど影響を与えない。むしろ、知識の不正使用（実際には窃盗に相当するもの）を防いで、イノベーションを推進するものである。

対照的に、特許法は、競争を妨げることにより経済成長に悪影響を与える可能性がある。強力な特許権は、通常、利益より害をもたらす。ライト兄弟の「飛行機械」発明の例を詳しくみてみよう。ライト兄弟の例が示す

---

高橋是清は、特許局の初代局長、後に日本銀行総裁に就任。1921年に総理大臣となるが、在任期間はたった7カ月。日本を大恐慌から救い出した大藏大臣として広く知られている。西洋の列強諸国と、軍事競争ではなく経済競争を行うことを主張した。そのため、1936年、83歳のときに、第二次世界大戦に備える軍部の邪魔にならぬよう彼を排除しようとした若い将校グループに暗殺された。

とおり、強力な特許権を持つ特許権者は、イノベーションへの努力を放棄し、独占者になりがちである。彼らは、市場から競争相手を閉め出し、成長ではなく停滞をもたらすことになる。

確かに、これは複雑な問題を極端に単純化しているかもしれない。強い特許権がイノベーションを導く例はあり、特許制度が投資の回収を保証してくれるという理由だけで、疑いもなく時間と費用を発明に投資している発明者もいる。

しかし、知的財産関係の弁護士としての20年間の経験から、私の結論は正しいと信じている。特許制度における特許の独占力は競争法上の独占禁止の原則と衝突する。その結果、自由競争が行われ、特許による独占がない状況に比べ、イノベーションが実現されなくなると私自身は考える。

## 2. 知的財産法の20年間

1984年、私は司法試験に合格して弁護士となり、顧客の代理を行うことができるようになった。ロースクールに入る前は、コンピュータ・サイエンスを学び、1年間、コンピュータ・グラフィックの研究開発に携わった。このような技術分野での経歴により、法律事務所では、最初、コンピュータ・ソフトウェアのライセンス契約に関する調査や意見をまとめる業務に携わってきた。

その当時、コンピュータ・プログラムに関する知的財産保護に対する関心が非常に高かった記憶がある。著作権はオブジェクトコードを保護するか。著作権による保護を得るために、ソースコードを公表しなければならないのか。ソフトウェアは特許による保護を受けることができるか。第三者に対してソフトウェアの営業秘密による保護を適用できるか。私の依頼人で、自社製品をIBM社にライセンスしているソフトウェア会社は、これらの問題について非常に強い関心を持っていた。

今日、われわれは以上の問いに対する答えを有している。著作権は、オブジェクトコードとソースコードの両方についてソフトウェアを保護する。少なくとも米国では、特許は、広くソフトウェアを保護する。トレード・シークレット法は、情報を不正使用する第三者に対しても、アルゴリズム等の秘密情報を保護する。

1990年代半ばにインターネットが普及しはじめ、サイバー法律家にとって商標法も重要なテーマとなった。ドメイン名が商標上の問題にぶつかった。製品がインターネットを通じて販売されるようになり、商標の地理的制限の重要性が低下した。

様々な変化が生じたが、ひとつだけ変わらないものがある。それは、特許や知的財産の価値が上昇し続けていることである。特に、特許については、その件数と対象とする範囲が、過去20年の間に大幅に増加、拡大した。

これは良いことなのだろうか。この傾向について詳しく考察しよう。

この傾向を考察する場合、そして関連する法律や事例を考察する場合は、次のことを念頭に入れてほしい。知的財産に関する学説は、おそらく、競争によって刺激されるイノベーションを正しく評価してこなかったと思われる。過度な知的財産権の付与、解釈又は適用は、競争を不当に制限しているのではないだろうか。知的財産法による独占と競争法とは正しく均衡が取れているだろうか。

知的財産法と競争法は、正確に理解すれば、イノベーションを推進し、消費者の利益を増大するという同じ目標を共有する。特許法や著作権法は、合衆国憲法第1篇第8節に明記されている「著作者及び発明者に、一定期間それぞれの著作及び発明に対し独占の権利を保障することにより、科学及び有用な芸術の進歩を奨励する」ことを目標としている。

社会通念では、知的財産法は、正しく適用されれば、科学及び技術の進歩、即ち、イノベーションへのインセンティブを与えるとされる。イノベーションは、新規及び改良製品やサービスによって消費者に利益をもたらす、経済成長を刺激する。

同様に、反トラスト法も、正しく適用されれば、競争への制約と戦うことによりイノベーションと経済成長を推進する。また、反トラスト法は、反競争的な取決めと独占を抑止することにより、様々な種類の商品やサービスが競争価格で消費者に提供されることを確保する。

知的財産法は、反トラスト法との衝突を避けられないのか。もちろんそのとおりである。知的財産と反トラストの両方に関わる問題は、法的にも事実上も、非常に複雑な問題を引き起こしうる。

例えば、強い知的財産法制度は競争を減殺するだろうか。そのことが、経済成長に悪影響を及ぼすだろうか。特許制度がなかったら、イノベー

ションは弱体化していただろうか。著作権、商標、営業秘密の保護はどうだろうか。競争経済を正しく機能させるためには、財産権を定義、保護する実効的な法整備が必要条件だろうか。

しかし、このような問いに焦点があてられることはほとんどない。このような公共政策を検討する裁判所の能力は限られており、裁判所の主務は、法の創造ではなく、法の適用でなければならない。米議会がこのような問題を取り上げるのは、皆無ではないかもしれないが、非常に稀である。この問題は私たちの知的財産法制と反トラスト法制の中核に行きつく。議会は、様々な要因から、もっと日常的な問題に時間を割かれている。

しかし、この問い—知的財産法は経済成長を阻み始めているか—は注目に値する。これを念頭に置いて、米国における過去20年間の特許、著作権、商標及び営業秘密の保護の傾向について、さらに詳しく考察してみよう。

#### A. 特許

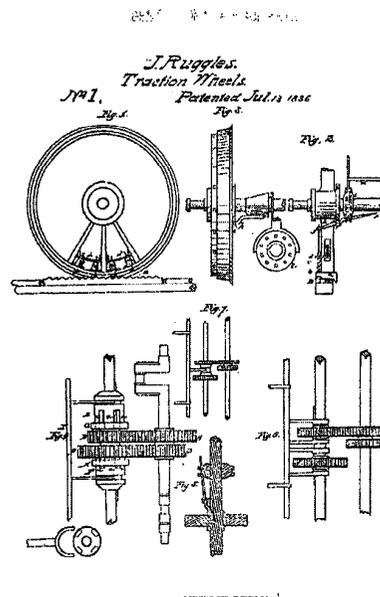


図2. 米国特許第1号—機関車の牽引車輪の特許（これ以前の特許には番号がついていないので、実際には11,281番目の米国特許）—の1ページ目

米国は、世界で最も成功した特許制度を確立した国である。1790年に最初の特許が付与されて以降、600万件を超える特許が付与されている。最初の米国特許は、バーモント州ピッツフォードに住むサミュエル・ホプキンス(Samuel Hopkins)の、石鹼、ガラス、肥料、火薬の製造に用いる産業用カリウム化合物の新規製造方法の発明に対して与えられた。米国産業の優位性は、発明者に対する優遇的取扱いと発明行為への動機づけ（特に特許）に帰するところ大きい。

### 1. 特許件数は増加

特許に関するはつきりした傾向がひとつある。それは、米国では特許件数は常に多いが、特に、ここ20年間に急激に増加したことである。1980年、米国特許商標庁(PTO)は、約66,000件の特許を付与した。それから20年後の2000年の年間付与数は2.5倍以上に増え、175,000件を超えた(図3を参照)。付与された特許の価値も増加している。

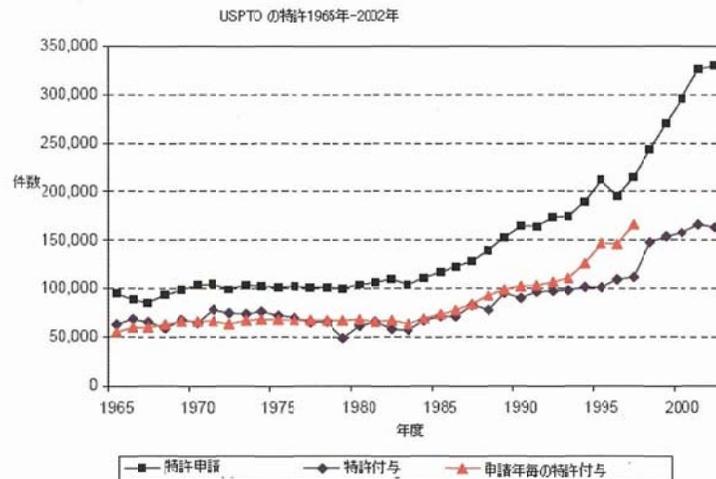


図3. USPTOの特許 1965年-2002年

### 2. 連邦巡回控訴裁判所(CAFC)の下で、特許の力が増大

この20年間に、米国特許法に大きな変化はない。何が変わったのだろうか。特許制度を支える法体系が変わったことによって特許の価値を高めたのである。最大の変化は、連邦巡回控訴裁判所(CAFC)の影響力である。CAFCは、1982年に設置され、特許制度を大きく変えた。

CAFC設置以前にも裁判所や巡回裁判所があったが、そこでは、すべての特許を無効とする規則があるように見えた。CAFCはそれを変えた。ただし、CAFCが常に特許権者にとって有利な判定を下したということではない。例えば、フェスト事件に対するCAFCの判決は、均等論を狭めることで特許の範囲を大幅に制限するものとして議論をひき起こした。

しかし、CAFCが特許を擁護していることは、侵害事件に対する以前の控訴裁判所の判決とCAFCの判決とを比べれば一目瞭然である。1953年から1978年にかけて、当時の巡回裁判所は特許の有効性及び侵害を認める地方裁判所の決定の62%を支持し、特許を無効又は非侵害とする決定の12%を破棄した。それに対し、CAFCは、1982年から90年にかけて、特許の有効性及び侵害を認める地方裁判所の決定の90%を支持し、特許を無効又は非侵害とする決定の28%を破棄している。

多くの人は、このような特許権強化は良いことと考えがちである。しかし、米国における知的財産権が、1980年代以降、立法と司法の解釈によって強化されてきたという事実に対する批判がある。

バイオテクノロジーやソフトウェア等の重要な特許では、特に、権利範囲が広すぎることで、このような特許が後に続くイノベーションを妨げるおそれがあるという主張が頻繁に行われている。一方、範囲が広い特許は、全く新しい分野における高リスクの研究にとって不可欠とする意見もある。

この論争は、基礎研究、特にバイオテクノロジーに関する基礎研究の問題で白熱している。特定の遺伝子や受容体に対する特許は、市販できる製品を生み出すことなく、研究分野全体を閉ざしてしまうと考えている人もいる。本稿で検討するジェネンテック(Genentech)社事件は、この問題を如実に物語る。

ビジネス方法特許の急増も議論的になっている。PTOは、ビジネス方法特許を、機械技術に対する特許から論理的に継続して発展した結果と考えて、特許を付与している。

一方、新規性及び非自明性を満たしていないと思われるアイデアに関するビジネス方法特許をPTOが多数認容していると考えられる人もいる。例えば、サイトサウンド・コム(Sightsound.com)社に対し、「インターネットからのダウンロードによる音楽又は映像記録の販売」の特許請求範囲とする特許を付与している。しかし、これを、同社の発明とは認めがたい。

ここで当然の疑問が生じる。最近のビジネス方法特許の急増は、イノベーションの増加を反映するものだろうか。あるいは、このような特許は、イノベーションを推進するのではなく、妨げているのだろうか。また、特許権の強化は、全体として、どうなっているのだろうか。それが、競争に

どう影響しているのだろうか。

このような質問は、非常に広い範囲の法律を検討しなければならないことから、答えを出すことは難しい。CAFCの創設は特許法だけでなく、競争法にも影響を与えている。CAFCが判決を下している事件の多くは、特許法と同じくらい競争法にも関係している。

### 3. 競争への増大する影響

評論家は、特許件数の増加について次のような様々な説明をしている。

- 新しい技術によってイノベーションは増加する
- 企業は、ブロッキング特許により侵害訴訟から自分たちを守る必要がある
- すべての自社技術の特許化で得られる経済利得に対して、産業界の意識が向上している
- CAFCの創設

こうした増加の背景にある理由が何であれ、イノベーションと競争に対する影響の有無を検討しなければならない。ひとつの見方として、このような特許の急増は、ライバル発明者による競合製品の販売を困難にし、競争を妨げることになるという意見がある。

カール・シャピロ(Carl Shapiro)教授は、「特許の藪」(“patent thicket”)が作られており、「新技術を実際に商品化するには、蜘蛛の巣のように絡み合った知的財産権の厚い壁を切り開かなければならない」と表現している<sup>3</sup>。特定業界の企業は、意図せずに特許を侵害し、それゆえに責任を問われるリスクを負うことが「非常に容易である」ことに危惧を抱いている。

特許制度は、独立して開発した発明であっても〔訳注：その実施を〕許容しない。そのため、たとえ発明者が時間と資金を投じ、独自に発明した場合であっても、それを使えないことがある。発明が特許されていると、後発発明者がある特許を見たことがあるとか、知っていたかどうかを問わず、独自の発明であることは侵害訴訟における抗弁とはならない。すなわ

ち、イノベーションに報いるために、社会は、競争抑制に過剰な代償を支払っているといえる。

この20年間の特許訴訟の増加は多くの人々が良くないと考えている。特許侵害裁判で認められる賠償金は、20年前より大幅に増えている。特許訴訟に関わる利害規模の拡大により、被告と原告の双方が特許に重点を置き、より生産的な研究やイノベーションから離脱する状況を引き起こしている。

他方、現在のところ、イノベーションは阻害されていないという意見もある。さらに、「特許の藪」の問題があっても、企業は、クロスライセンスやパテントプール等の様々な手段を通じて、障害を克服してきたという見方もある。

私たちは、最近の特許の急増傾向を理解する必要がある。この背景にはどんな要因があるのか。イノベーションの拡大、知的財産に対する企業の取り組みの変化、PTOの特許手続き等の要因があるのだろうか。このような傾向は、新技術の商品化にどう影響しているのだろうか。

しかし、これまで、このような問題はほとんど注目されていなかった。それは不幸なことである。

特許付与や発明活動における世界のリーダーとして、米国は、各国にも同じような特許制度の確立を奨励する。このため、特許法のハーモナイゼーションは常に、発明の財産権を強化するという米国が理想とする方向に向かってきた。それは偶然の動きではなく、米国が、各国が特許による保護を強化するよう相当な圧力をかけているのである。

しかし、それは世界が進むべき方向であろうか。慎重を期す必要がある。カール・シャピロ教授によれば、テキサス・インスツルメンツの例にしたがって、「パテント・マイニング」(“patent mining”)を行う企業が増えているという。すなわち、広い特許を取得し、それを侵害している可能性のある企業に対し、競合企業ではなくても、積極的に権利を主張し、自社技術から最大限の収益を上げようとする。

シャピロ教授は、また、企業が特許取得に努力し、「特許化傾向」(“propensity to patent”)が進んでいることは、多くの調査から示唆されると述べている。収益を上げるための攻撃手段として取得する特許もある。しかし、訴訟に対する防衛手段、又はクロスライセンス交渉に使用するため

<sup>3</sup> Carl Shapiro, “Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard-Setting,” INNOVATION POLICY AND THE ECONOMY 119, 120 (Adam Jaffe et al. eds., 2001). <http://faculty.haas.berkeley.edu/~shapiro/thicket.pdf> より入手可能。

に取得する「防衛的特許取得」(“defensive patenting”)も増えている。

ある報告書<sup>4</sup>には、米国の実際のビジネスで特許がどう機能しているかについて興味深い情報が記されている。

- 平均して約38%の企業が、特許が製品のイノベーションがもたらす競争優位性の保護に役立つと報告。この数字は業界によって大きく異なり、製薬、バイオテクノロジー、医療機器業界で最も高く、食品、タバコ及び電子機器業界で最も低い。
- 企業はイノベーションの約1/3に特許を出願しているが、この比率は業界によって大きく異なる。特許化傾向(“patent propensity”)は、製薬、バイオテクノロジー、医療機器業界で最も高い。コンピュータ及びオフィス機器メーカーでは、イノベーションの約40%に特許を出願しているのに対し、半導体やその他の電子部品業界の企業の特許化指向は僅か20%である。
- 著者らは、ひとつのイノベーションで平均5.6件の特許を出願すると推測している。医薬品やバイオテクノロジー分野では、イノベーション当たりの出願数が最少の約2件であるのに対し、半導体、輸送機器、ゴム製品の申請数は最高の7~9件である。
- 著者らは、平均すると、企業の R&D 費用が10%増えると、イノベーション件数が5%増加すると推測する。
- 企業の R&D の生産性は、大学や政府の研究機関からの情報溢出によりプラスの影響を受けている。その効果は非常に大きいと推測される。競合企業からの溢出の証拠もある。
- 著者らは、イノベーションの特許取得費用は、非特許イノベーション価値の35%に相当すると推測しているが、これは、特許出願にかかることが明らかな費用より多い。

<sup>4</sup> “R&D and the Patent Premium,” NBER Working Paper No. 9431 (January 2003). 共著：Ashish Arora (Carnegie Mellon), Marco Ceccagnoli (Insead), and Wesley M. Cohen (Duke). 本稿に記載した情報は、Robert M. Hunt (Federal Reserve Bank of Philadelphia) による要約から引用した。この要約は [http://www.researchoninnovation.org/tiip/archive/2003\\_4\\_c.htm](http://www.researchoninnovation.org/tiip/archive/2003_4_c.htm) から入手できる。

このような報告書から、米国の現在のビジネス環境における特許の重要性についての貴重な考察を得ることができる。確かに、イノベーションが重要な役割を果たしている市場に参加するすべての企業は、何らかの特許戦略を立てているだろう。善し悪しは別として、20年前の反トラスト法と同様、知的財産法に無関心な企業は、競合企業に訴えられ、防戦を余儀なくされる。

## B. 著作権

経済学者は、研究対象として著作権を見過しがちである。これは不幸なことかもしれない。著作権という形での知的財産保護は、政府がどのように経済発展を推進しているかの貴重な考察を提供する。

著作権保護がパブリックドメインを浸食するのではないかという懸念は、先進国、途上国を問わずすべての消費者が共有している。著作権で保護される著作物の持つ「公共財」(“public goods”)としての性格は、特許の場合より明らかである。著作権で保護される著作物の規制は、情報や知識へのアクセス、言論の自由、社会における民主化度に影響する。

さらに、特許保護とは異なり、著作権が「著作者」(アーティストと音楽家を含む)の創作活動を推進することを立証するのは困難である。逆に、著作権は、著作者自身より、著作者の出版社や配給会社に利益をもたらしてきた。出版社は、出版社自身の利益を高めることを目的に、著作権は著作者のために付与されるという概念を推進してきた。

19世紀の米国の経験は示唆に富んでいる。現在、米国は、台湾や中国等での海賊行為に対する糾弾行為で悪名高い。米国自身が100年間にわたって海賊行為で悪名高い存在であったことを考えると、皮肉である。

1800年代のほぼ全体を通じて、米国の著作者だけが著作権保護の利益を享受していた。外国の著作者による作品は自由に複製することができた。その当時も米国は世界有数の経済大国であったが、その時代のケーススタディから、文芸作品や芸術作品についての権利の執行が弱いことの長所・短所について貴重な証拠を得ることができる。

過去20年間は、著作権保護について私たちに何を示唆するのだろうか。特許保護とは異なり、強力な著作権が競争を妨げたとは思われない。事実、

ソフトウェアの著作権の制限が強化され、著作権法の経済的重要性は衰えた。他方、インターネットの急増により、著作権者が海賊行為に対して著作権を行使する能力は限界に達している。

### 1. ソフトウェア著作権の変化により競争の重要性が低下

1979年、新技術による著作物の使用に関する国家委員会(CONTU)は最終報告書を公表した<sup>5</sup>。米議会は、この報告書をもとに、著作権法を改正し、コンピュータ・プログラムを保護対象に加えた。

多くの企業が、プログラムのなかのアイデア又はルック&フィール(“look and feel”)を保護するために著作権を利用しようと試みた。例えば、1988年、仲裁機関は富士通に対し、IBM ソフトウェアと互換性のあるオペレーティング・システム・ソフトウェアを作成するライセンス料としてIBMに10億ドル弱を支払うよう命じた。

現在は、このような事件は稀になっている。現行法では、富士通はIBMに対して一文も支払う義務はない。ソフトウェア会社は、現在、競合企業を攻撃する武器としてではなく、侵害や盗用に対する防衛策として著作権を使用することが多い。出版、映画、音楽産業では従来から、著作権をこうして活用している。

このように、著作権法は、競合企業によるマーケットシェアの拡大や維持を防ぐためのツールとしての性格が弱まり、著作権者が自分の作品の複製・複製を防ぐという伝統的な役割に戻った。ソフトウェア業界を悩ませ続けている海賊行為を擁護する人はほとんどいないであろう。

### 2. 米国がベルヌ条約に加盟

過去20年間における著作権法上の重要な進展のひとつが、1988年の米国のベルヌ条約加盟である。これにより、著作権表示(copyright notice)の重要性が大きく低下した。それと同時に、著作権保護は真の意味で国際的なものとなり、米国がついに世界と協調することになり、今では、ほとんどの国がほぼ同じ著作権法を共有している。

<sup>5</sup> Final Report of the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works (<http://digital-law-online.info/CONTU/contu1.html> から入手可能)

### 3. 著作権と特許は全く異なる

競争法の視点からみると、著作権は特許とは非常に異なる。特許法では、発明者は全く見たことのない特許、存在さえ知らない特許を侵害することがある。しかし、著作権法では、著作者が独自に著作物を創造した場合は、他人の著作物と全く同じものであっても侵害とはならない。

また、著作権は自動的に保護される。出願が必要で、取得に多大な費用を要する特許と異なり、著作権保護は費用がかからず、手続きも必要ない。

経済成長への影響を考慮した場合、このような相違が、特許法に比べて著作権法の重要性を低くした。この20年間の傾向をみれば、このことは明らかとなる。

### 4. 著作権は真の国際的保護を提供する

最後に、著作権保護は、特許法や商標法と異なり、真の意味で国際的なものである。日本で書かれた作品も、米国での侵害から保護される。インターネットにより著作物が国境を越えて簡単に移動できるという新しい状況に適応するという点で、商標法に比べて、著作権法ははるかにフレキシブルなものになっている。

### 5. インターネット配信に由来する問題

近年、ブロードバンドによるインターネット・アクセスが広く普及し、ファイルのダウンロードが可能になり、迅速な処理ができるようになった。特に、音楽や映画については、著作権者は、自分が著作権を持つ著作物を侵害から守ることに益々関心を強めている。

例えば、2003年には、米国の50本以上の主な映画が著作権を侵害され、劇場封切り前にインターネット上に出回った。スミス・バーニー(Smith Barney)は、映画業界の2003年の総売上は520億ドルであったが、著作権侵害がなければそれに35億ドル加算されたはずと試算している<sup>6</sup>。2004年の著作権侵害による損失は54億ドルと予想されている。

<sup>6</sup> “Hollywood Robbery” Time2004年1月26日号。 <http://www.time.com/time/magazine/story/0,9171,1101040126-578973,00.html> から入手可能。

もうひとつの例として、音楽はインターネットを通じて簡単にコピーできることがある。2000年から2003年にかけて音楽アルバムの売上が16%減少した原因として、インターネットのファイル共有プログラムを非難する人も多い。

アジアの一部の地域では、映画の違法コピーを販売している著作権侵害者自身も著作権侵害の問題を抱える事態になっている。例えば、台湾では、1.76ドルで売られている映画のDVDに、著作権を侵害している会社名を記載し、別の会社がさらにその海賊版を作ったときに識別できるようにしている。

著作権はこのような問題にはうまく対応できないが、その措置として法律にいくつかの変更を加えた。この問題は後で考察する。著作権法の変更より、ビジネスモデルの変更の方がさらに重要であろう。音楽や映画の著作権者は、インターネット配信に対応すべくビジネスモデルの変更を試みている。著作権法も、それを助けるように変更しなければならない。

### 6. 著作権保護期間の延長

著作物の保護期間を延長しようとする傾向が続き、最近、保護期間が20年間延長された。現在は、個人が創作した作品は、著作者の死後70年間保護される。かつては、死後50年間であった。法人が創作した作品の著作権保護期間は、従来の75年から延長され、現在95年である。

このような長い著作権保護期間により、著作物が、しかるべき時期にパブリックドメインの状態に置かれたいという反対意見もでてくる。それは一理ある。著作権保護の期間は有限とされているが、現在の著作権期間は無限であるようにみえる。

著作権保護期間は、経済成長とほぼ無関係といわれている。強力な著作権法や長い著作権保護期間に反対する理由は他にもあるだろうが、経済や競争原理はほとんど無関係である。

## C. 商標

### 1. 商標価値が上昇

商標価値の上昇も、この20年間のひとつの傾向である。長い間、世界で

最も価値のある3つの商標といえば、マールボロ(Marlboro)、コカ・コーラ(Coca-Cola)、バドワイザー(Budweiser)であった。その理由は、製品が他より優れているからではなく、単に、広告量が圧倒的に多く、世界中の人々がその商標を良く知っているからである。

1. コカ・コーラ	\$70B
2. マイクロソフト	\$65B
3. IBM	\$52B
4. ゼネラル・エレクトリック	\$42B
5. インテル	\$31B
6. ノキア	\$30B
7. ディズニー	\$28B
8. マクドナルド	\$25B
9. マールボロ	\$22B
10. メルセデス	\$21B
11. トヨタ	\$21B
12. ヒューレット・パッカード	\$20B

表1. 最も価値のある12の商標 (2003年)<sup>7</sup>

例えば、かつて私の顧客は、ヨーロッパ8カ国で2つの商標の権利を購入した。液体ソープとシャンプーの商標で、2つ合計で1億5,000万ドルも支払った。

これには、ソープやシャンプーに関する営業秘密や特許は含まれていなかった。このクライアントは、「ソープやシャンプーの製造法も売り方も知っている。必要なのはブランドだけ。そこに価値がある。この商標は大々的に広告しているので、その国では非常に価値がある」と語った。

### 2. インターネットが世界的問題を引き起こす

インターネット市場が本格化すると、商標法は、インターネットのグローバル性に由来する問題に直面した。商標登録は国際登録ではなく、商標を登録した国だけで有効である。しかし、インターネットを用いて世界中で商品を販売すれば、売り手も買い手も、国は限定されない。

<sup>7</sup> BusinessWeek. データはInterbrandの提供による。(http://bwnt.businessweek.com/brand/2003/index.asp から入手可能。)

コカ・コーラのような世界ブランドでは、それは問題にならない。限定された小地域で使用するブランドの場合に問題が発生する。これまでのところ、商標法がこの問題に対処する気配はない。各国商標法のハーモナイゼーションは継続しているが、少なくとも米国では、今でも、商標はグローバルではなくローカルなものと考えられている。商標のグローバル化はまだ実現していない。

### 3. インターネットとドメイン名

商標のローカルで限定された性格と対照的なインターネットのグローバルで階層横断的な利用が引き起した問題のひとつが、インターネットのドメイン名に関するものであった。例えば、私が勤務していた BEA システムズ(BEA Systems)では、ソフトウェアに関する「BEA」の米国における商標権を保有していた。しかし、www.bea.com というドメイン名は別の会社がすでに使用していた。そのため、数年間、私たちは www.beasys.com を使用しなければならなかった。もっとも、最終的には、www.bea.com というドメイン名を入手することができた。

「サイバースクワッティング」や有名なドメイン名の登録を防止する法律により、このような行為は減少したが、この分野では今も問題が続いている。

## D. 営業秘密

### 1. 従業員の移動による不正競争問題

この20年間に、同じ会社にとどまらず、転職を繰り返す社員が増えている。米国のシリコンバレーで働くハイテク社員が、同じ会社にとどまる期間は、平均3年以内とも云われている。

これによって、営業秘密と不当競争法の問題が生じたが、法律はこの問題を上手に処理したように見える。

### 2. 秘密保持契約が主流に

この20年間、秘密保持契約(NDA)が非常に普及したという興味深い傾向が生まれている。NDA の締結が害を及ぼすことはないが、ほとんどの場

合は必要ない。営業秘密は、普通、米国では、NDA を結ばなくても統一トレードシークレット法で保護されている。

しかし、NDA の契約をめざしているのに、秘密資料に「秘密」(“Confidential”)と記すのを忘れるケースがよくある。営業秘密の保護に「秘密」と明記する方が NDA を結ぶよりずっと重要である。

### 3. 競争の武器として使用

法廷のなかで競争の武器として営業秘密の使用を試みることも、トレードシークレット法のもうひとつの傾向であった。リパースエンジニアリングを通じて営業秘密を明らかにすることを不当と考える人もいる。この問題は、後述のパナー(Bunner)事件で審議されたが、幸運なことに、ほとんどの例で、このような主張は失敗している。

## E. サイバー法

### 1. 従来の知的財産の適用が減り、サイバー法の重要性が高まる

興味深い進展のひとつは、「サイバー法」(“cyberlaw”)の重要性が高まったことである。すなわち、インターネットやコンピュータ産業に関係してはいるが、伝統的な知的財産法の範囲外にある法律である。米国は、いくつかの新しい法律を試みてきたが、失敗が生じている。

例えば、半導体チップ保護法はあまり価値がなかった。確かに、世界での経験が、半導体チップを保護する法律が失敗であることを示した。必要がないのである。

もうひとつの新しい「サイバー法」である迷惑メール防止法(“CAN-SPAM Act”)は、合法的な電子メール・ユーザーにとっては迷惑な法律なのに、迷惑メール自体は減らないことが明らかになるだろう。しかし、この法律については後で考察する。

### 2. 新しい問題が新しい法律を生み出す

しかし、一部の裁判所と法制度は、新しく生じた問題に対応するため、従来の知的財産法の修正や、新しいサイバー法の制定で驚くべき創造性を発揮している。インターネットの利用が増えつづけているため、米国の法

制度はこの新技術がもたらす紛争や法律問題に遅れることなく対応しているようである。

だが、評論家は、新しい対策の必要性を主張する。知的財産法が機能しない分野もある。例えば、バイアグラという薬品、オペレーティング・システム・ソフトウェアの Windows XP、映画「ラストサムライ」を販売する場合、合法的にこれを売る権利を持つ人が他にいないため、その価格設定力は非常に強い。しかし、法律に違反しようとする人、違反できる人の数は増えている。これは、知的財産権の保有者の価格設定力を弱める。

例えば、CD 価格が初めて下落した最大の理由はファイル共有である。第三世界の一部の国で非常に廉価で買えるソフトウェアがあれば、それは違法コピーに間違いない。現在、各国の化学技術者が、特許を得た分子をコピーして違法に医薬品を製造し、廉価で販売しようとしている。

世界が変わり、インターネットによって地理的距離はもはや障壁ではなくなっているため、法律もそれに対応して変わらなければならない。

### 3. 最近の判例と法律の進展

#### A. 特許

##### 1. ジェネンテック (Genentech) 社事件 — 競争への影響

2003年4月11日に連邦地方裁判所ロサンゼルス支部に提起された訴訟は、ライフサイエンス産業界の注目を集めた。訴訟当事者は、有名なバイオテクノロジー企業であるメディムーン(MedImmune)社、ジェネンテック社及びセルテック(Celltech)社の3社であった。メディムーンは、ジェネンテックの重要特許の有効性と執行可能性に挑戦した。

しかし、これは単なる通常の特許訴訟ではなかった。ジェネンテックの特許の背景には、「バイオテクノロジー業界の競争状況を深く且つ基本的に変えた」違法な競争抑止の合意があるとメディムーンは主張した。

訴訟対象となったジェネンテックの特許(米国特許第6,331,415号)は、モノクローナル抗体の製造方法の権利をクレームしている。多くのバイオテクノロジー企業が、この方法で人の治療に用いる抗体を製造している。この特許は、「新キャビリー特許」(“new Cabilly patent”)としても知られて

いる。

奇妙なのは、新キャビリー特許には、セルテック特許(米国特許第4,816,397号)(ボス特許としても知られる)と同じクレームを含んでいることである。しかし、セルテックの特許が2006年初頭に満了するのに対し、ジェネンテックの特許は、両社の和解によってのみ現在も存在しているのだが、2018年末まで満了しない。

ここに問題がある。数年間という短い期間でパブリックドメインになるのではなく、この価値ある抗体技術は2018年まで保護されることになる。この特許化された方法を実施する企業は、あと12年間、ロイヤルティを払い続けることになる。これは、ボス特許の実施をライセンスされた多くのバイオテクノロジー企業の欲求不満を引き起こした。彼らはロイヤルティ支払い義務は2006年で終わるものと考えていたからである。メディムーンは、この欲求不満を一歩進め、新キャビリー特許の無効化を求める訴訟を起こした。

このような一連の出来事は、セルテックとジェネンテックの両社が特許を出願した1983年にさかのぼる。同年3月25日、セルテックは、マイケル・ボス(Michael Boss)らを基本的抗体表現方法の発明者として英国で特許を出願した。その後、同社は、特許協力条約の手続きにもとづいて国際出願を行い、1984年には米国出願となった。

1989年3月28日、米国特許が付与された。1983年4月9日(セルテックの有効な出願日から2週間後)、ジェネンテックは、シュメル・キャビリー(Shmuel Cabilly)らを同様の抗体表現方法の発明者として、米国特許を出願した。ジェネンテックの特許(旧キャビリー特許)も、米国特許第4,816,567号として1989年3月28日に発効した。

旧キャビリー特許が付与される以前に、ジェネンテックは継続出願も行った。この出願は1990年3月、米特許商標庁の規則に則って修正された。すなわち、ジェネンテックは、インターフェアランス手続を開始するために、この修正を提出した。このため、ジェネンテックはボス特許の抗体に関するクレームを自分の出願書類にコピーし、PTOがセルテック特許とジェネンテックの出願とのインターフェアランスを宣言するよう求めた。

インターフェアランスは、特許の先発明主義を採用する米国特有の法的手続きである。(米国は、最初に発明した人に特許を付与する。米国以外

は、最初に発明を出願した人に特許が与えられる。) PTO は、2つの当事者が同じ発明を主張する場合、どちらが最初に発明したかを決定する。

1991年2月28日、PTO 特許審判・抵触部(Board of Appeals and Interferences)は、セルテックの特許とジェネンテックの出願とのインターフェアランスを宣言した。セルテックは、英国での出願日の恩典が与えられ、インターフェアランスでは先願者とみなされた。勝訴するには、ジェネンテックは、英国での出願日以前に発明していたことを証明しなければならなかった。(米特許法では、後願者は証拠の優越により、先願者より以前に発明したことの証明責任を負う。)

7年間のインターフェアランス訴訟手続きの後、特許審判・抵触部は、セルテックに有利な裁定を下し、ジェネンテックは、英国での出願日以前の発明日を立証できなかつたと結論した。ジェネンテックは、この特許を取得することはできなかった。

当然ながら、ジェネンテックは、連邦地裁サンフランシスコ支部に、PTOの判決への控訴を申し立てた。連邦裁判所での訴訟中、ジェネンテックは、キャビリー(同社の主席発明者)のファイルのなかにあった特許出願書類の原稿という新しい証拠を提出した。

ジェネンテックは、この新証拠をもとに、発明優先権を要求してサマリー・ジャッジメントを申し立てた。セルテックはこの申し立てに対抗し、地裁は申し立てを拒否した。セルテックはほぼ勝利を手にしていて、インターフェアランスに勝ち、インターフェアランスへの異議申し立てにも勝った。

しかし、きわめて不思議なことに、セルテックは地裁が提案したジェネンテックとの和解に同意した。なぜ、セルテックは勝訴した事件の和解に同意したのだろうか。和解合意書は封印され、秘密とされているため、詳細は分からない。しかし、当事者のプレスリリースからその内容を推測することができる。

ジェネンテックが発明優先権を与えたことにセルテックが同意したため、ジェネンテックが勝訴した。PTO は、米地裁から、ボスト特許を取り消し、同じ発明に対して新キャビリー特許を発行するよう命じられた。新キャビリー特許は、必然的に、抗体製造に関する特許の有効期間を12年間延長する。この特許は、現在、セルテックではなくジェネンテックが保有し

ている。

新キャビリー特許が発行された2001年12月18日に発表された両社のプレスリリースが、セルテックが5年早くボスト特許を諦めた理由を明らかにしている。ボスト特許が満了する2006年までに発生することが見込まれるロイヤルティ全額をジェネンテックがセルテックに支払うことに合意したため、セルテックは、特許を喪失しても金銭的損失は全くない。また、ジェネンテックは、新キャビリー特許による抗体表現方法の使用を認める実施権をセルテックに付与することに同意した。

和解は、ジェネンテックとセルテックの双方に良い結果をもたらした。セルテックは、いずれにせよ取得できるロイヤルティは全額手に入れることになり、その上、ジェネンテック特許の期限が切れるまでその実施権を得た。競合企業は、同様のライセンスに対して支払いを行わなければならない。また、ジェネンテックは、PTO が拒否した特許を手に入れることができた。この取り決めによって失われたのは競争だけである。

ジェネンテックとセルテックとの円満な和解が競争を妨げるものであることは明らかである。しかし、2003年後半、連邦地裁ロサンゼルス支部は、メディミュンが起こした、新キャビリー特許を無効とする訴訟において、独占禁止法違反は主張できないという裁定を下した。別の連邦地裁判事がこの合意を承認したため、裁判所は、独占禁止法の違反はないと裁定した。裁判所は、また、PTO が定めた規則に従って新キャビリー特許は発行されたと述べた。

以前の連邦裁判所判事と PTO の両方が合意を認めたため、新しい裁判所は、合法か違法かの判断さえ拒否した。2003年12月24日の判決には、ジェネンテックとセルテックの合意は「行政手続きを経ているため、競争防止を目的とした、免責特権(immunity)を受けている私的な合意ではない」と書かれている。

すべての事実をふまえていない批判は危険であろう。しかし、ジェネンテック事件で明らかにいえることは、ジェネンテックには特許を受ける権利がなかったということである。確かに、ジェネンテックとセルテックの両方が、同一の発明に対し、有効期間が35年にわたる特許権を与えられたわけではなかった。

しかし、実際にはそうだった。この価値ある技術は2018年までパブリッ

クドメインに入らない。そして、競争はその影響を受けることになる。

## 2. フェスト(Festo)事件 — 権利の縮小

ジェネンテック事件が、特許権がいかに強くなったかを示す一方で、フェスト事件は特許クレームの範囲を狭めた。2002年5月28日、最高裁は、「審査経過禁反言」(“prosecution history estoppel”)の根拠とその射程に関する論点を含む特許事件である、フェスト対焼結金属工業事件(*Festo Corp. v. Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Co.*)に対する判決を下した。最高裁は、この原則に係る2つの問題を審理すべく、事件移送命令を出した。

(1) 特許法の何らかの規定—先行技術に無関係な規定も含む—を充足するためのクレーム減縮補正は、補正理由と関係なく、自動的に、審査経過禁反言を生じるか。

(2) 審査経過禁反言が生じると、均等論の適用が完全に禁止されるか。ケネディ判事は、全員一致法廷を代表して判決を書き、最初の問いに対し、連邦巡回裁判所と同様に「特許法の何らかの要件を充足するための減縮補正は禁反言を生じさせる」(下線は筆者)と答えた。また、出願形式に関する法定要件(本事件では、合衆国法典第35編112条)を満たすための補正は禁反言を生じさせないとするフェストの見解を拒否した。

2番目の問いに対し、ケネディ判事は、審査経過禁反言は均等論の適用を完全に禁じるという連邦巡回裁判所の見解を棄却した。逆に、弾力的な禁止ルールが適切であり、裁判所の先例に合致するという巡回裁判所の判事の反対意見を支持した。

ケネディ判事は、そもそも完全禁止は、禁反言の適用目的—出願経過中になした表明及び補正から導かれる合理的な推論に発明者を拘束させること—に矛盾すると述べた。出願補正により、発明者は、特許が原クレームほどには広くないことを容認したとみなされる。しかし、それだからといって、原クレームが、誰も均等物を考案できないほどに完璧に記載されていたことになるわけではない。

ケネディ判事は、減縮補正の背景にある目的を判断できない場合、裁判所は禁反言の適用を想定すべきだとした。減縮補正の目的を判断できる場合、裁判所はその目的を検討し、禁反言が妥当かどうかを決めるべきである。例えば、補正理由が問題となっている均等物と無関係の場合、禁反言

は適用されない。

裁判所は、連邦巡回裁判所が下した被告に有利な判決を覆し、特許権者の減縮補正が放棄した均等範囲を決定するため、差し戻した。

多くの人々が、フェスト判決はクレーム補正に劇的影響を与えるとみている。審査過程で弁理士が注意を怠ると、弁理士は、均等論により得られたかもしれない広範な保護をはからずも諦めることになる。そのために、一部の弁理士は、フェスト判決が特許の審査手続を劇的に変えたと主張する。

私自身は、フェスト判決は常識そのものであると感じている。確かに、特許の審査手続では、できるだけ補正を減らすよう注意しなければならない。不当に広いクレームを請求すると、審査官が異議を唱え、クレーム補正が求められることになるため、弁理士は、それは慎まなければならない。同時に、ほとんどの例で、審査経過禁反言が適用される可能性はあっても、最初の段階では広いクレームを得る方が重要であろう。

## 3. クノール(Knorr)事件 — 権利の縮小

連邦巡回控訴裁判所(CAFC)は、特許の侵害が故意かどうか、その結果として3倍賠償の義務があるかどうかを決める問題を検討することを決め、amicus curiaeあるいは「裁判所の友」と呼ばれる利害関係者に対し、特許侵害における故意の立証方法に関する意見書の提出を求めた。

30件の回答があったが、どれも、裁判所に対して、先例の修正を求めたものであった。回答者は企業から弁理士団体まで多岐にわたっていた。特に、回答者全員が、特許被疑侵害者が弁護士依頼者秘匿特権を主張した場合、故意侵害の否定的推定を認容するという現行規則の廃止を求めている。

2番目の質問にも、ほぼ全員が同じ回答を寄せた。彼らは、弁護士からの助言を全く得ていない侵害者に対して CAFC が否定的推定を行わないよう求めている。一部の事件では、否定的推定が必要とする回答も1件あった。しかも、特許権者が侵害者に実際に通知した場合、又は、侵害者が法的助言を求める法的理由がある場合にのみ否定的推定を支持していた。

CAFCは、この故意侵害のような問題を大法廷で検討することを、独自に決定することはほとんどない。このことは、CAFCがこの問題をいかに重要と考えているかを示すものである。CAFCが、一般人からわざわざ意

見書を募集し、それに沢山の回答が寄せられたことは、人々がこの問題をいかに重要と考えているかを明らかにした。事実、本件 *Knorr-Bremse Systeme Fuer Nutzfahrzeuge GmbH v. Dana Corp.*<sup>8</sup>については、フェスト対焼結金属工業事件を上回る回答がCAFCに寄せられた。

多くの回答は、3番目の問題についても言及していた。侵害に対する実質的な抗弁が存在すれば、侵害者が法的意見を得ていなくても、故意侵害に対する賠償責任は発生しないのだろうか。つまり、侵害しているかどうかを判断しがたい場合には、被告は侵害をしていないとして、法的意見を聞かないと決めたのかもしれない。侵害訴訟で負けた被告は、強い抗弁があっても故意侵害の賠償責任を負うことになるのだろうか。

この問題について、回答者の意見は分かれた。意見は全く異なる。

弁理士や企業の回答は、変更を強く支持していたため、CAFCは、おそらく、故意侵害が認められる事例を限定することを定めるであろう。これにより、特許権者が3倍賠償を得ることが難しくなり、特許に挑戦するリスクを負おうとする被告が増えるであろう。そうなると、競争にとって恩恵がもたらされるかもしれない。

#### 4. 特許「寄贈」(“Gift”)価値に対する内国歳入庁の異議

最近、大学に特許を慈善的に寄付するという行為をめぐって問題が生じた。ある企業が、使用する意図のない特許を大学に寄贈しようとした。それにより、同社は、特許価値に対する税控除を受けることができ、大学は研究にその特許を利用できる。

これは道理にかなっている。問題になるのは、その特許に対して会社がつけた価値であった。2003年初め、SBC コミュニケーションズ(SBC Communications)は、730万ドルに「値する」ウィルス・スクリーニング特許をテキサス大学に寄贈した。この特許価値評価は、ロサンゼルスに本拠を置くインテレクトチュアル・キャピタル・マネジメント(Intellectual Capital Management Group (ICMG))が行った。連邦税法によると、SBC コミュニケーションズは寄付価格の35%を収益から引いた額を、連邦税の算定対象と

<sup>8</sup> *Knorr-Bremse Systeme Fuer Nutzfahrzeuge GmbH v. Dana Corp.*, 344 F.3d 1336 (Fed. Cir. 2003)

なる収入から控除することができる。

問題は、この特許を見た人のほとんどが、この特許は無価値と考えるということだ。一方ではそれが無価値だと考えられている。しかし他方でそれは730万ドルの価値があるという。誰が正しいといえるのだろうか。それを判断する方法はない。

連邦税の管轄機関である内国歳入庁(IRS)は、ここで、寄贈特許の価値に対して非常に控えめな数字を主張した。例えば、特許取得に要した額を基に算定した額、又は、特許に由来する実施権からの収益を基にするものである。このような価値の決定には道理がある。しかし、大学は、このような低い価値設定により寄贈が減るのではないかとおそれ、そのために、IRSに寛大な措置を求めて戦っている。

## B. 著作権

### 1. デジタル・ミレニアム著作権法(DMCA)

デジタル・ミレニアム著作権法(DMCA)は、1998年、デジタルレコーダーやコピー機等、侵害を容易にするものを用いた侵害から著作物を保護することを目的に議会を通過した。すべての著作権法と同様、情報の保護とそれに対するアクセスの確保との間で、伝統的なバランスを維持することを主眼としている。DMCAは、このようなタスクには法律より技術が適していると想定し、種々の保護技術の回避を禁じている。

DMCAは、著作権で保護されたマテリアルへのアクセスを制限するために、著作権者が用いる効果的な「技術的保護措置」(“technological protection measure”) (例えば、パスワードや暗号化)の「回避」(“circumvention”)を禁じている。DMCAは、また、効果的な「技術的保護措置」を無効化することを主目的として設計された機器の製造又はサービスの提供を禁止している。しかし、この2つの禁止措置は、DMCAが議会を通過してから、各々、2年間及び18カ月間経過しなければ発効しなかった。

この法案で最も激しく論じられたのは、インターネット・サービス・プロバイダー(「ISP」と呼ばれる)の責任に関する規定であった。知的財産権者とサービス・プロバイダーとの長い論争の後、最終的な法律は、「オンライン・サービス・プロバイダー」(“online service provider”)又はデジタ

ル情報のキャリアについて、プロバイダー又はキャリアのシステムのユーザーによるコンテンツの送信のみにもとづく、著作権法上の責任を免除している。

さらに、DMCAは、著作権侵害の責任を回避するための「テイクダウン」(take down)メカニズムを設定している。ISPが自分のコンピュータ・システムに侵害情報を保存していても、著作権者の正式な通知で明らかになった侵害物を「速やかに除去又はアクセスを不可能にする」措置を講じた場合、ISPは著作権侵害の責任を負わない。この問題については、ISPの責任の事例に関連して後に考察する。

DMCAには、フェアユースへの変更はないことが明確に記されている。

DMCAが通過する前に、修正が追加された。この修正は、全米レコード協会(RIAA)とデジタルメディア協会(DiMA)の業界グループ、そして議会メンバーが共同で作成した。この修正は、音楽業界と新しいウェブキャスト産業に対して強い影響を有するライセンスの問題に関わるものである。

現行の著作権法では、ウェブキャスト業者はインターネット上での音楽の「演奏」に対してライセンス料を支払わなければならない。この料金は、ASCAP、BMI及びSESACを通じて、これらの組織と提携している著作者や出版社に支払われることが多い。今回の修正により、ウェブキャスト業者は、レコード会社にもライセンス料を支払うことになる。当面の間、料金は交渉可能である。しかし、近い将来に、DMCAに料金体系が追加されると予想される。

DMCAは、研究者、コンピュータ科学者、評論家を黙らせるために使われているという意見もある。DMCAだけに限定されたことではないが、「コピーレフト」(“Copy Left”) (ローレンス・レッシング(Lawrence Lessig)とジョナサン・ジットレイン(Jonathan Zittrain))と「コピーライト」(ジェーン・ギンズバーグ(Jane Ginsberg)とポール・ゴールドスティン(Paul Goldstein))のそれぞれの支持者の意見が、最近、声高に主張されている。

コピーレフト側の支持者は、「文化のコモンズ」(“cultural commons”)の一部として、より多くの著作物がパブリックドメインとなるべきだと主張する。そして、著作物の僅かな部分を利用しようとする場合でも許可を求めなければならない「許可文化」(“permission culture”)に強く反対する。彼らは、著作権延長法にも強く反対している。

伝統的な著作権(コピーライト)側の支持者は、著作者の権利は尊重すべきだと主張し、コピーレフトの運動は、著作者の権利よりパブリックドメインの重要性を不当に重視すると主張する。伝統的な著作権支持者のほとんどは、著作権法は新しいデジタルメディアにもうまく対応できると信じている。

双方が、互いに、相手側は不適切にバランスを崩すものだと考えている。これまでは、政治力のある出版社を味方につけていた伝統的著作権の支持者が優越的であった。確かに、この論争には経済問題が関わっている。しかし、いずれの側も、自分たちの見解が経済成長に寄与するという議論はしていないようである。特許とは異なり、著作権論争では競争は主役ではない。

## 2. 著作権保護期間延長法

1998年、米議会は、個人及び法人の著作権者の双方につき、その著作物に与えられている保護期間を20年間延長した。これにより、米著作権法は、ベルヌ条約加盟国とのハーモナイゼーションを実現した。以前の著作権保護期間は、個人が死後50年間、法人の「著作者」が75年であった。延長により、各々、70年間と95年になった。新法は、新しい著作物及び法案発効日に著作権があるすべての作品に適用される。

## 3. インターネット・サービス・プロバイダー(ISP)に関する事件

1998年デジタル・ミレニアム著作権法(DMCA)の重要な側面をみてみよう。DMCAは、インターネット・サービス・プロバイダーを著作権侵害の責任から保護する(いわゆる「セーフハーバー」(safe harbor))。現在、セーフハーバー及び同法の別の側面をめぐって多くの問題が生じている。

例えば、サイエントロジー教会(Church of Scientology)は、DMCAの規定を賢く利用して自分に向けられた批判を攻撃した。サイエントロジー教会は、その宗教資料に関する多くの著作権を保有しており、歴史的にも、この権利を保護するため、非常に積極的に活動してきた。

確かに、ISPであるネットコム(Netcom)に対する1995年の訴訟<sup>9</sup>にサイエ

<sup>9</sup> Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communications, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995)

ントロジー教会が勝利を収めたことが、DMCA にセーフハーバー条項を加えた理由となった。セーフハーバーは、著作権者から通知を受けて ISP がコンテンツを「テイクダウン」した場合、自分のウェブサイトに掲載されている（又は、アクセス可能になっている）コンテンツについての賠償責任から ISP を保護するものである。このようないわゆる「テイクダウン」条項は、最近、サイエントロジー教会による新しい訴訟の結果として、大きな注目を集めた。

2002年、サイエントロジー教会は、サイエントロジーを批判し、同教会が著作権を持つマテリアルを違法に展示しているノルウェイのサイトへのアクセスを提供しているとして、インターネット検索エンジンのグーグル(Google)に通知した。教会は、グーグルに対し、ウェブサイトへのハイパーリンクを削除するよう要求した。DMCA のセーフハーバー条項の適用を受けるべく、グーグルは、自発的に、その要求に従った。

サイエントロジー教会は、その後、インターネット・アーカイブ（ウェブページを収蔵したインターネット図書館）に対しても、ノルウェーのサイトへのアクセスを提供していると通知した。インターネット・アーカイブは、要求に応じ、サイエントロジー教会が著作権を持つマテリアルかどうかに関係なく、同ウェブサイトの全ページをアーカイブから削除した。

サイエントロジー教会の攻撃的なやり方は批判を招いた。そして、より一般的な論点として、ISP が DMCA のセーフハーバー条項による保護を得るには、被疑侵害マテリアルをテイクダウンしなければならないという条項は、著作権者に過大な権利を与えるものと批判された。

DMCA の「テイクダウン」条項に関連して、ピアツーピア(P2P)のファイル共有（音楽や映像ファイルをインターネット上で個人が共有すること）に関するもうひとつの論争が生じた。Napster、Aimster 等の P2P オペレーターに対する音楽業界の法的キャンペーンが成功したことは良く知られている。しかし、多くの小規模サービス会社は、今も、インターネット上で、ユーザーが著作権のあるファイルを違法に交換するのを認めている。全米レコード協会(RIAA)は、ISP とウェブのホストサービス会社に対して侵害ウェブサイトへのアクセスを止めさせるための法的措置を講じることにより、この侵害活動を止めようとした。

2002年6月、RIAA は、海賊版の音楽を配信している中国のウェブサイト

へのアクセスを中止するよう、AT&T、ワールドコム(WorldCom)、及びケーブル・アンド・ワイヤレス(Cable & Wireless)を訴えた。ウェブサイトへの接続を中止したため、訴訟は取り下げられたが、ISP は、第三者の著作権を守るという自分たちの新たな役割が高まっていることに強い懸念をいだくようになった。特に、この新しい役割が生み出すモニター費用と潜在的な責任に懸念をいだいている。

このような訴訟は、合衆国憲法修正第1条にみられる言論の自由の権利と、著作権法との間で生じる対立を示している。無償で音楽を配信しているオンライン音楽ビジネスが、音楽業界の利益のかかなりの部分を失わせるというように、経済利益への強い影響が生じることがある。しかし、競争と著作権との対立は、競争と特許との対立よりはるかに軽度であることは変わらない。

### C. 営業秘密

#### 1. DVD コピー・コントロール・アソシエーション対バナー(DVD Copy Control Ass'n v. Bunner)事件

2003年8月25日、カリフォルニア州最高裁は、*DVD Copy Control Association, Inc. v. Bunner*<sup>10</sup>事件で興味深い判決を下した。この事件では、被告が自身のウェブサイトに、ユーザーが DVD のコピープロテクションを迂回できるコンピュータ・プログラムを掲載したことが争点となった。

最高裁判所の判決は、合衆国及びカリフォルニア州憲法の言論の自由を侵害することなく営業秘密情報の削除を命じることができるというものである。控訴裁判所が、バナーが掲載したコンピュータ・コードは「純粋な言論」であるという判決を下し、バナーに対して最高レベルの言論の自由の権利を保証していたことから、この事件は注目された<sup>11</sup>。

1999年10月	ヨハンセン(Johansen)、続いてバナー(Bunner)が DeCSS を掲載
----------	--

<sup>10</sup> *DVD Copy Control Association, Inc. v. Bunner*, 31 Cal. 4th 864 (2003)

<sup>11</sup> *DVD Copy Control Association, Inc. v. Bunner*, 93 Cal. App. 4th 648 (2001)

1999年11月	DVD CCA が催告通知書を送付
1999年12月	DVD CCA がバナーを訴える
2000年 1月	一審がバナーに差止命令を出す
2001年11月	控訴審が一審の差止命令を破棄
2003年 1月	ヨハンセン、ノルウェーで無罪となる
2003年 8月	カリフォルニア州最高裁が控訴審の判決を破棄

表2. バナー事件の経過

控訴審は、バナーのプログラム公開が営業秘密の不正利用によるものであってもこれを禁止できないという判決を下した。この控訴審の決定は、企業が営業秘密事件で差止命令を得ることが難しい、あるいは得られないという可能性をもたらした。カリフォルニア最高裁は、控訴審の判決を破棄し、営業秘密情報の公表は、適切な状況において、言論の自由に抵触することなく禁止できるという判決を出した。

この事件は、DeCSS（一部の DVD に用いられているコピー・プロテクション「CSS」を解除するソフトウェア）の公開に関するものであった。DeCSS は、ノルウェーの十代の少年、ヨン・ヨハンセン(Jon Johansen)が開発したソフトウェアで、ウェブサイトはこのコードが掲載された。バナーは、世界中の多くのウェブサイト・オペレーターと同様、この DeCSS コードを自分のウェブサイトに掲載した。

CSS を保有する DVD CCA は、ウェブサイトにコンピュータ・プログラム「DeCSS」を掲載することで、同社の営業秘密を不正使用したとして、バナー他を訴えた。上位裁判所は、被告らに、自分のサイトへの DeCSS の掲載を中止するよう命じた。だが、控訴裁判所はこの差止命令を覆した。

裁判記録からは、ヨハンセンがどうやって DeCSS を開発したのか、彼が本当に開発した人物かどうかはつきり分からない。しかし、カリフォルニア州最高裁は、ヨハンセンが DeCSS を作成し、営業秘密を不正使用して開発したと推定した。裁判所は、さらに、バナーが営業秘密を不正使用したと推定した。

最高裁は、合衆国憲法修正第1条とカリフォルニア州憲法がコンピュータ・コードを保護していると認めた。しかし、この条項は必ずしも差止命令の実施を妨げるものではないと判示した。

最高裁は、営業秘密の保護は、「不正使用を知り、又は不正使用であることを知るべき理由を有する者による公開の禁止を命じる司法権力に」依拠するとした。また、「禁止命令は、商業倫理の維持が政府にもたらす重要な利益を守るために必要な範囲を超えて、言論の自由を制限してはいない」ともした。

これらに鑑み、裁判所は、差止命令は合衆国憲法修正第1条の言論の自由の権利を侵害するという控訴審の判決を破棄した。しかし、最高裁は、営業秘密が不正使用されたという主張を証拠が裏づけるかどうかを決定するようにとの指示を添えて、この事件を控訴審に差し戻した。

DVD CCA はカリフォルニア州最高裁で勝訴したが、後に負けることになった。形勢が悪化しつつあるのを感じてか、DVD CCA は、2004年1月、バナーに対する訴訟を取り下げると発表した。控訴審は、DVD CCA による譲歩の受理を拒否し、判決を下した。判決はバナーに有利なものであった<sup>12</sup>。

控訴審は、一審の仮差止命令を破棄したが、理由において3点を強調した。第1点は、DeCSS のプログラムは、バナーがインターネット上に掲載した時点で広く入手できたこと。第2点は、DeCSS のプログラムが不正手段により入手されたという証拠が乏しいこと。第3点は、仮差止命令は、DVD CCA の営業秘密の財産権保護に必要な範囲を超えて言論の自由を制限したことである。

## D. サイバー法

### 1. スパム規制法 (CAN-SPAM 法)

スパム規制法(CAN-SPAM Act) は、全米のユーザーを「スパム」(迷惑メール) から守るために作られた。スパム規制法は、現行のスパム規制州法の多くの条項に優先する。例えば、より厳しい規制を定めたカリフォルニア州法は2004年1月に発効が予定されているが、連邦法が議会を通過したため、無効になる。

<sup>12</sup> DVD Copy Control Assoc. Inc. v. Bunner, 2004 Cal App. LEXIS 234 (February 27, 2004)

スパム規制法は、商業メールの送付を禁止するものではない。ただし、特定の詐欺的で誤解を招く行為を禁止し、迷惑商業メールの送付者は受信者に、「受信拒絶」(“opt-out”)の手段を提供することを義務づけている。

同法は、また、米連邦取引委員会(FTC)に対し、侵害者に対する是正手続きを開始する権限を与えている。最後に、同法は、FTC に対し、現在セールス電話を制限している「電話勧誘拒否登録制度」に似た全米規模での「迷惑メール拒否登録制度」の設立を認めている。ただし、義務づけてはいない。

率直に言って、スパム規制法によりユーザーが受け取る迷惑メールの数は減らないであろう。迷惑メールの送信者がまだサーバーを米国外に移していなければ、今すぐ移すという措置を講じるであろう。そして、今までどおりに業務を行うだろう。

皮肉なことに、スパム規制法により最大の影響を受けるのは、マーケティング、顧客からの注文処理、顧客とのやりとりに電子メールを利用している合法的事業である。このような企業は、スパム規制法の条項に精通し、同法違法を避けるためにコンプライアンス・プログラムを設定しなければならなかった。

新スパム規制法の注目点は以下のとおり。

#### a. 州のスパム規制法に優越する

スパム規制法の最も重要な条項は、おそらく州法に優先する旨の条項であると云える。また、詐欺又は欺瞞に直接関係しない州のスパム規制に優越する。産業界は、スパム規制法は、厳しい州法の規制からの保護を提供するものとして歓迎している。この法律は、50の州法ではなく、1つの連邦法であるため、法的要件の遵守作業を簡素化している。

しかし、これが州法に優先することで、スパムをより効果的に削減する法律を州毎に策定することもできない。スパム規制法が「スパム送信者」の規制にあまり有効ではなく、より厳しい州法に優先するとなれば、法律による迷惑メール規制はあまり期待できない。

#### b. 広告が認められる

2004年1月に施行を予定していた厳しいカリフォルニア州の規制法と異

なり、スパム規制法では、受信者の事前の同意がなく、送信者が受信者と過去又は現在におけるビジネス上の関係を有していない場合であっても、潜在的顧客に対し電子メールを送信することを認めている。

#### c. スпам送信者を訴える権利は認められていない

現在のカリフォルニア州やその他の州の規制法と異なり、連邦スパム規制法は、商用メールの受信者に対し、同法に違反した送信者を訴える権利を認めていない。スパム規制法の執行は、FTC 又は州の法執行当局による刑事及び民事訴訟によってのみなされる。ただし、インターネット・サービス・プロバイダーは、この新法の下で、民事訴訟を提起する権利を与えられている。

#### d. 受信拒否の選択肢が義務づけられる

電子メール広告の送信者は、送信者からの将来のメール広告を受信しないことを受信者が要求できる手段を提供しなければならない。つまり、電子メールへの返信もしくはその他のインターネット上のコミュニケーション手段により、送信者からの将来の電子メールの受信を拒絶するための方法を受信者に提供しなければならない。さらに、元のメッセージが送信されてから少なくとも30日以内は、受信者が受信拒絶の意思表示をできるようにしなければならない。

#### e. 電子メール広告は広告である旨を明らかにしなければならない

電子メールの広告主は、メッセージが広告又は勧誘文書であることを特定し、それを「明確かつ目立つように」表示しなければならない。FTC は、特定の目的のための具体的且つ必要な手段を、規則で定めることになる。これにより、受信箱に入った迷惑メールを見つけやすくなるであろうが、実際には、ほとんどの広告主は国外に移転するだけの対策をとることが予想され、多くの迷惑メッセージが広告であることが分かるとは考えにくい。

#### f. 誤解を招くヘッダーの禁止

スパム規制法は、誤解を招くヘッダー及び電子メール広告の出所を隠すその他の行為を禁止している。具体的な禁止事項には、ヘッダー情報の偽

造、電子メール広告との接続に使われる電子メール・アカウント又は IP アドレスの虚偽の登録及び出所を隠蔽することを目的とした電子メール広告の再送信が含まれる。

#### 4. 結論

米国の知的財産法は正しい方向に向かっているのだろうか。知的財産権は経済成長を促すのだろうか。それとも、宝くじのように少数のラッキーな発明者に利するだけで、社会には何の利益ももたらさないのだろうか。

これらの疑問に答えるなら、最初に、特許権から得られるいちばん強い保護を考察するのがよい。もうひとつの伝統的な知的財産保護の形である著作権、商標及び営業秘密は検討価値がある。最後に、サイバー法や新しい形の法的保護や自助的保護も考察に値する。

私の結論をまとめると、強力な知的財産保護は、米国のビジネス環境に深く根づいている。知的財産保護は、イノベーションを奨励して経済成長を促進するだろうというのが社会通念である。特許の場合、少なくとも、ひとつの歴史的事例が、この社会通念はおそらく間違っていることを私たちに示してくれる。

#### A. 特許

特許制度は、経済的に利益を超える害を引き起こしているかもしれない。強力な特許権保護は特許権者に報いるものではあるが、社会の助けにはならない。事実、ひとつの会社に独占権を与えることは、競争を減殺し、イノベーションを低下させ、価格を上昇させることになる。

独占は社会に害を及ぼすだけでなく、独占者をも害する。経済学研究では、市場で競合企業2社が競争すると、1社が市場を支配して競争がない場合より、両社の業績は向上することが指摘されている。それは、独占者は市場拡大努力を怠りがちだからである。

また、特許制度は非常に多くの資源を消費する。米国における平均的特許出願では、弁理士費用と出願料を含め、おそらく、1件あたり約13,000ドルの費用がかかる。特許の権利化費用は様々であるが、普通は、申請費

用より低い。特許の有効性を維持する維持費用も、特許の存続期間全体では多額となる。

このため、複数の特許を持つ企業は、その構築に数百万ドルを投じることになる。しかし、特許全体の98%は商業的価値を持たない。すなわち、ライセンス収入を生み出さない特許であり、それを使った製品は販売されていないのである。このことは、企業が投じた費用のほとんどは無駄であることを示している。

また、侵害訴訟が起きれば、原告も被告も各々が100万ドルもの弁護士費用が必要になる。確かに、この数字は最悪の場合の金額で、訴訟になる特許事件は決して多くない。しかし、たとえば中規模のハイテク企業では、特許関連費用として年間100万ドル以上を使っているのが普通であり、しかも、特許ポートフォリオとライセンス計画の取得と維持だけに使われているのである。この費用を、新しいイノベーションの研究のためにもっと有効に使用できないのだろうか。

社会的観点からも、この費用と技術的資源は、新製品開発に有効利用すべきではないだろうか。知的財産法は、社会に最大の利益をもたらすために、発明者と企業に新技術及び新製品の開発による市場開拓を奨励すべきであるのに、発明者と企業は、競争から保護され、市場の独占を許されている。

フリッツ・マッハルプ(Fritz Machlup)教授は、1958年、米国の特許制度の研究結果を議会に報告した<sup>13</sup>。そのなかで、評価の基礎資料は非常に限定されたものではあったが、いくつかの結論が導かれたと述べている。

「特許制度が経済にもたらす結果について我々が知っている以上、仮にわれわれがそれを有しなかったとしても、その創設を推奨することは無責任であると思われる。しかし、長い間特許制度を有しているため、現在の知識をもとにその廃止を推奨することも無責任であろう」マッハルプ教授の見解は、特許制度の廃止には反対であるが、特許制度が経済にもたらす利益については冷めた見方をしている。

<sup>13</sup> “An Economic Review of the Patent System”, Study No. 15, Subcomm. Patents, Trademarks and Copyrights of the U.S. Senate Judiciary Comm. (1958) (注釈版は [http://www.ipmall.fplc.edu/hosted\\_resources/jepson/unit1/aneconom.htm](http://www.ipmall.fplc.edu/hosted_resources/jepson/unit1/aneconom.htm) で入手可能)

マッハルブ教授が報告書のなかで指摘した状況は今も変わっていない。

「私たちの経験的証拠からも、理論からも、特許制度が技術の進歩や経済の生産性を推進したかどうか確認することもできないし、論駁もできない」

しかし、経験的証拠は欠落しているものの、特許が有益か有害かを知る道しるべとして歴史から学ぶことができる。

### 1. ライト兄弟と特許

最近のものではないが、ひとつの例が、特許制度の落とし穴を示している。それは、ライト兄弟による飛行機又は「飛行機械」の発明である。

ライト兄弟は、1906年5月22日、飛行機械に対する米国特許第821,393号を取得した。オービルとウィルバーは、将来を見越して、1902年に行ったグライダーの実験が終わった時点で、自分たちの発明品を保護しなければならぬと考えることができた。特許は、1903年12月17日の歴史的初飛行の9カ月前の1903年3月23日に出願された。

ライト兄弟の一般飛行機特許は、米国のみならず、フランス、英国、ドイツ、ロシア、イタリア、オーストリア、ハンガリー、ベルギー及びスペインでも付与された。他の飛行家やメーカーが飛行エキシビションや飛行機の販売から利益を上げようとしたが、ライト兄弟は自分たちの特許を引き合いにだして、精力的に国内外で多くの侵害訴訟を起こした。

ライト兄弟は積極的に自分たちの発明を守り、他者が彼らの知識を用いて新しい飛行機、より優れた飛行機を製造しようとする試みを阻止した。オービル・ライトは、裁判費用に15万ドルという当時では巨額な費用を費やしたと推測される。

残念ながら、その前後に活躍した多くのエンジニアと同様、ライト兄弟は非常に頑固で、基本的な社会的能力が全く欠如していた。彼らは飛行機を売り、自由に研究を続けること以外に興味はなかった。しかし、



図4. オービル・ライト(Orville Wright)とウィルバー・ライト(Wilbur Wright)

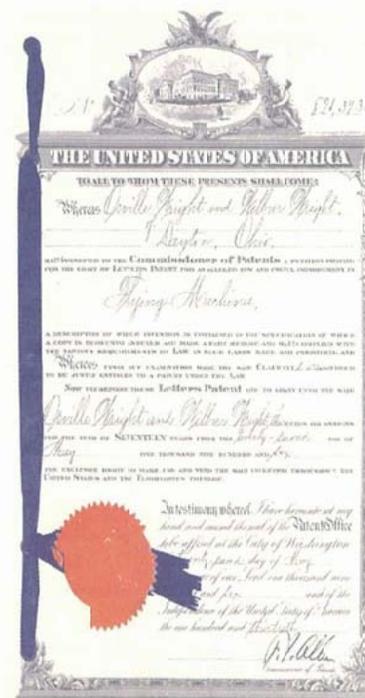


図5. ライト兄弟の1906年の「飛行機械」特許

そのやり方が分からなかった。兄弟は、契約が成立するまで飛行機を見せることを拒否し、すべての潜在的購入者を排除してしまっただけ。

ライト兄弟の頑固さは、発明が盗まれるのではないかとという強迫観念に由来していたところがあった。動力飛行機の製造が可能であることを自分たち自身と世界に証明した兄弟は、基本的に、飛行機を封印し、特許権の行使と訴訟に専念した。2人は、飛行機を発明しただけで、2年半も飛行を停止した。

彼らのパラノイア(偏執症)にはいくつかの原因があった。初飛行を発表した直後、オーガスタス・ヘリング(Augustus Herring)から兄弟に脅迫状が届いた。彼は、キティホークを訪

問した後、ライト兄弟の設計の一部に関する特許をいそいで出願した人物であった。ヘリングはグライダー操縦士であったが、間もなく、詐欺師、にせ飛行士であることが判明した。彼の特許はその後拒絶されたが、ヘリングは、懲りずに、自分の飛行能力を吹聴して儲けようと試みた。

ライト兄弟は、まず、自分たちの飛行機の特許を取得することを最優先し、1906年に特許を取得した。ライト兄弟によれば、彼らの特許は特定の設計を対象としたものでなく、三軸コントロールのコンセプト全体(独立して飛行機の縦揺れ、回転、偏揺れが制御できるコンセプトで、動力飛行に不可欠なもの)を対象としたものであったという。この特許は強力な武器となり、ライト兄弟はその後13年間、飛行機を飛ばそうとした全ての人

に訴訟を起こすことができた。

ライト兄弟自身が飛行機の設計にずっと携わっていたか、または、最初の飛行機が他の者がライセンスを欲するほど素晴らしいものであれば、それほど大きな問題ではなかったであろう。しかし、現実はそのようではなかった。

ライト兄弟は、1903年の設計から全く進歩することはなかった。二人は、訴訟に勢力を注ぎ込みすぎて、飛行機の設計に回す時間もエネルギーも残っていなかった。3~4年間はライト兄弟の設計は他の誰の発明より優れていた。しかし、彼らよりずっと優れた方法を他者が発明し、間もなく時代遅れとなってしまった。

ライト兄弟の設計は、革新的ではあったが、他の発明によって急激に陳腐化するいくつかの重要な特徴を持っていた。ライト兄弟の飛行機の最大の弱点のひとつは、不安定なことであった。すべての近代的飛行機は、乱気流に巻き込まれても、自然に、徐々に平衡位置を回復する。設計にはこのような動安定性を組み込まなければならない。

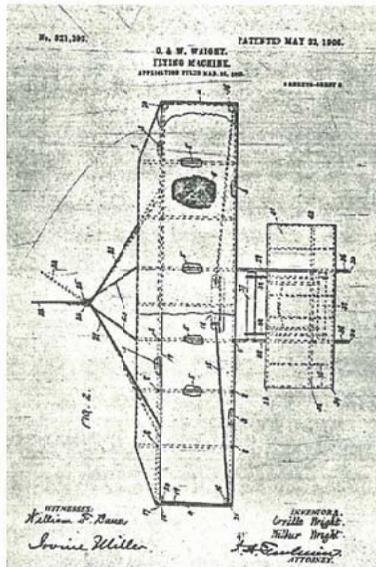


図 6(a). ライト兄弟が特許を得た「飛行機械」

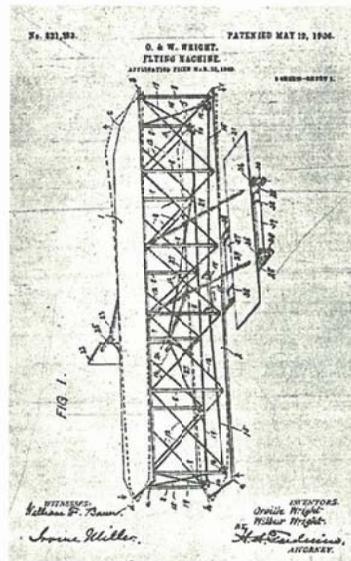


図 6(b). ライト兄弟が特許を得た「飛行機械」

ライト兄弟の飛行機の不安定性は、パイロットは乱気流に備えて常に飛行機を調整し続けなければならないことを意味していた。パイロットが動きを是正しないと、その動きが続き、飛行機は墜落する。他の設計者たちは、この安定性を飛行機に組み込むようになったが、ライト兄弟はそれをしなかった。

2つ目の問題は、ライト兄弟が飛行機を旋回させるのに用いた技術であった。近代飛行機では、パイロットは、補助翼と呼ぶ翼の後縁の小さな制御面を動かして旋回する。ライト兄弟は、ワイヤを引くと実際に翼の形状が変化する翼のたわみを好み、補助翼を採用しなかった。この技術は優雅ではあったが、効果がないことが判明した。補助翼が間もなく標準技術となった。

当時の飛行機にとって、操縦性が最大の問題であった。十分な揚力を発生させるために翼とその他の表面積は広くなければならなかった。そのためにのみ、前方方向舵(forward rudder) (その後すぐ「先尾翼」として知られるようになる) が追加された。しかし、前方方向舵と他の大翼により、前方向を強く示すことなく、揚力のクッションで浮遊できるようになった。飛行機は、自然に、風のなかで風見の役割を果たそうとした。

この方式の設計は長く続かなかつた。最新の飛行機に多くみられるレイアウト—翼の後ろの水平安定版と尾翼がついた長い胴体—が、間もなく標準となった。事実、この設計は、ライト兄弟の設計より1世紀前にさかのぼる。しかし、ライト兄弟は、揚力を最大化するために、先尾翼を追加した設計にしなければならなかった。

ライト兄弟が強力なエンジンを使えば、もっと優れた設計を利用できたであろう。彼らの自転車ショップの、エンジン製作の経験がない機械工があつたのであるが、動力が非常に小さく、当時の基準をも下回っていた。ライト兄弟は、機体の作り方は分かっていたが、エンジンについてはそうではなかった。彼らの独創的な設計と、お粗末なエンジンを補う高揚力翼だけによって、彼らは飛行機を飛行させることができた。

同時代の飛行家、グレン・カーティス(Glenn Curtiss)は、全く新しい軽量エンジンの製作方法を知っていた。カーティスは、1906年に、ライト兄弟とパートナーシップを結ぶことを提案した。実現すれば、飛行機の歴史は劇的に変わったであろう。しかし、ライト兄弟は彼の申し出を拒否した。

兄弟は、カーティスを訴え、彼を飛行機ビジネスから追放するための訴訟に力を注いだ。

カーティスは、ライト兄弟から何も盗んでいなかった。彼の設計は、ライト兄弟の設計と同様、革命的なものであった。しかし、それからしばらく、カーティスとライト兄弟の対立が続き、兄弟が訴えた多くの訴訟のなかで最も痛恨のものになった。

アレキサンダー・グラハム・ベル(Alexander Graham Bell)の後押しを受けたカーティスは、ライト兄弟が裁判に勝つ前に、新しい飛行機を製造することで兄弟に反撃した。また、先行技術を確立し、少なくとも特許範囲を狭めるための努力も始めた。カーティスの設計には、様々な革新技術が導入されていたが、裁判所はライト兄弟の特許を最大限に評価した。

カーティスとライト兄弟は激しく対立したが、どちらも頑固であった。しかし、ライト兄弟は特許の執行に力を集中したが、カーティスは訴訟と同じくらい飛行機のイノベーションにも努力した。明らかに、ライト兄弟は特許を取得したことにより、航空工学から離れて法廷に移ることとなった。そして、そのことが、他のアメリカの飛行家による市場へのイノベーション導入を停止させたという不幸な事態を招いた。

ライト兄弟にとって、特許紛争は、一連の“ピュロスの勝利”(多大な犠牲に見合わない勝利)のようなものであった。彼らは正義と飛行機の発明に対する名声を欲し、その後も研究を続けたかったのであろう。しかし、訴訟で消耗し、他者が彼らの技術に徐々に近づき、それを超えていくのを見ることを余儀なくされた。これは、ヨーロッパで特に顕著で、飛行機研究を国が強くサポートしていたのである。

飛行機の特許をめぐる終わりのない法律紛争は、1912年のウィルバー・ライトの早すぎる死にも影響していたかもしれない。彼は、過酷な訴訟のなかでチフスに倒れ、45歳で死亡した。弟のオービルは長く生き、1929年のカーティスによるライト航空機会社の買収も見ることになった。兄弟は、どちらも、1908年以降は航空機の発展に全く貢献することはなかった。

ライト航空機会社はその後も特許訴訟を続けたが、完全に解決することはなかった。カーティスは、和解提案を繰り返しながら交渉を長引かせることができたが、決して決着しなかった。ヨーロッパでのライト兄弟の訴訟も長引き、完敗はなかったが、最終的には芳しい結果ともならなかった。

米国政府は、1917年、この特許紛争に終止符を打った。第一次世界大戦は3年目に入り、戦場では、米国設計よりはるかに進んだ飛行機が使われていた。米政府は、競合航空機会社が特許プールを作り、特許による障害を排除して新しい航空機を設計していると主張した。

戦争のお陰で、特許プールは米航空機産業の黄金時代をもたらした。この特許プールは1975年まで効力が持続した。競争優位性を保持したい企業は、営業秘密を利用した(旅客機の翼の下にジェットエンジンを設置するというボーイング社の秘策等)。

このような取り決めのなかで、すべての航空機会社が航空機製造協会(Manufacturers Aircraft Association)という新しい組織に加入した。メンバー全員が特許のプールを求められた。メンバーは、包括的実施料を支払えば、特許技術を使用することができた。

カーティスとライト・マーチン社(Wright-Martin: ライト社の後継企業)は、この合意のなかで、各々、200万ドルを受け取った。これによりオービル・ライトは巨額の富を得た(ウィルバー・ライトは既に死亡)。これで、ライト兄弟の特許戦争は終わった。世界初の動力飛行機による制御飛行を行ったにもかかわらず、ライト兄弟が米国航空機産業にもたらした被害は貢献度を上回った。

第一次大戦の勃発は、生まれたばかりの世界中の航空機産業を刺激した。しかし、この戦争では、米国で設計された飛行機は一機も飛ばなかった。米国は、英国製のデ・ハビランド DH.4を製造することとし、この飛行機が第一次大戦において米軍で使われた飛行機の大半を占めた。多くの米国人パイロットは、ヨーロッパでフランス設計の飛行機を操縦した。

## 2. ライト兄弟の教訓

ライト兄弟の特許戦争がもたらした結果を説明するのに、これに優る例はない。それは、米国初の飛行から15年もたたない1917年には、アメリカの航空機設計は、英国、フランス、ドイツにはるかに遅れを取り、米国のパイロットは、フランス設計の飛行機を操縦し、米国の工場でも英国の設計を採用していたということだ。当時競合していた飛行機を図7(a)と(b)に示す。

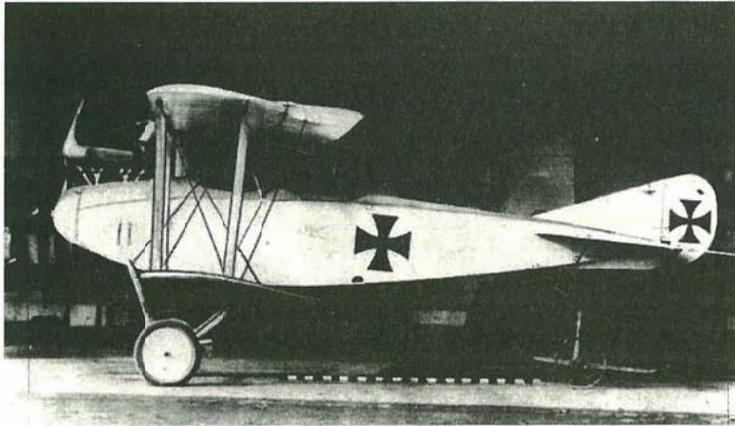


図7(a). 第一次大戦のドイツ製飛行機



図7(b). 第一次大戦の英国製飛行機

ライト兄弟の特許の話は、特許制度について米国に重要な教訓をもたらした。特許は、イノベーションを奨励し、起業家精神を鼓舞し、有益な発明を広く普及させることを目的としている。

しかし、この一件により（及び他の分野における無数の例から）特許が

実際にもたらした影響は、イノベーションを阻害するものであることが判明した。特許戦争が勃発し、真の革新的な技術が特許権者から攻撃され、発明者は、金銭欲で発明を始めたのではないのに、不幸な結末を迎えた。

例は他にもある。20世紀の主な革新的技術である飛行機、自動車及びデジタルコンピュータは、特許戦争で幕を開けた。これらの主要産業が発展したのは、特許戦争が終結して真の競争が始まってからである。

ライト兄弟は、戦ったすべての特許紛争で勝利したが、彼らになんの利益ももたらさなかった。金銭欲が、飛行機製造のモチベーションではなかった。彼らは、特許を取得してもしなくても飛行機を作ったであろう。

皮肉なことに、ライト兄弟が特許を取得していなかったら、もっと幸せで、裕福になっていただろう。1903年、ライト兄弟は競争者より数年先を進んでおり、非常に貴重な実用的知識を有していた。彼らの営業秘密と蓄積した知識だけでも、業界のリーダーになれたであろうし、カーティスとチームを組めば、それは間違いなかった。しかし実際には、彼らはヨーロッパで政府から巨額の補助金を得た事業が飛行機的设计技術をリードし、アメリカが衰退するのを目撃することとなった。

同時に、今まで以上に、クレーム範囲が広く、先行技術をほとんど考慮していない特許が数多く付与されるようになっていた。ジェローム・レメルソン(Jerome Lemelson)等の「発明者」の例にならば、企業全体が、実際には製品や新技術を生み出すことなく、特許取得による金儲けをめざしたビジネスモデルを採用している。そして、特許法の対象範囲は広がっている。

特許制度の特定の側面に対する批判が高まっている。グレッグ・アハロニアン(Greg Aharonian)のような批評家は、多くの特許が、明らかに特許でない先行技術を引用することなく発行されていると指摘している。多くのケースで、その分野や業界で活躍する人は、先行技術を分かっていたはずである。このような特許制度の濫用が、全く、普通になっていると思われる。

しかし、特許制度の改正又はもっと基本的な解決策が必要だろうか。ライト兄弟という典型的な例—2人の発明者が、独自に、重要な新技術を発明した—で、特許制度が機能しないのであれば、一体、特許制度を維持する必要があるのだろうか。制度そのものがない方が良いのではないだろうか。

## B. 著作権、商標、営業秘密

私自身は、特許制度が競争に与える影響については慎重に検討しなければならないと考えている。知的財産保護のための伝統的な措置である著作権、商標、営業秘密は、競争法の視点からみて、害を上回る利益をもたらす。

確かに、知的財産保護を構成するこれらの分野も検討すべきところはある。著作権法では「フェアユース」の範囲が制限されており、合法的活動が妨げられるかもしれない。パナーとISPの「テイクダウン」事件が示しているように、言論の自由も無視してはならない。

## C. サイバー法とその他の法律

グローバリゼーションの時代、法制度は今も一定の役割を果たしている。しかし、実際の措置より法制度のほうが影響力が小さいことを示している。サイバー法は、伝統的な特許法、著作権法、トレード・シークレット法より重要になるかもしれない。失敗するかもしれないが、それは、やってみる意味がなかったということではない。

## D. 私の提案

本稿では、私が知的財産法に関わった20年間を振り返った。米国における知的財産法とサイバー法の最近の歩みを振り返った。ライト兄弟と彼らの飛行機特許の例を考察した。これに基づき、私は何を提案すればよいのだろうか。

特許弁護士にとっては大胆な提案かもしれないが、米国の特許制度は廃止すべきだというのが私の見解である。特許が競争を妨げ、新規産業を阻害していることを考慮すれば、特許は必要ないと私は考える。データの暗号化、不正競争法、私人間の契約等の他の手段にもっと注目する必要がある。

例えば、オーファン・ドラッグ法(Orphan Drug Act)は、製薬会社に対し、限られた市場しかもたない薬剤を開発するための限定的なインセンティ

ヴを与えるものである。薬剤は開発されるし、競争は阻害されない。だが、これまで特許や著作権に代わるものを開発しようとする試みは少なかった。

特許法及び著作権法は、合衆国憲法によって義務づけられた頃から大きく変化してきたことは確かである。しかし、社会環境の全く異なる21世紀に入り、別の方法を採用すべきなのか、それともそれを廃止すべきだろうか。

例えば、19世紀の米国における著作権侵害は、破滅的競争をもたらすことはなかった。出版社は、先行者優位、名声及び価格と品質の差別化等の戦略を通じて、適正な収益を得ることができた。有力企業は、協力して、外国人が書いた本を独占する私的権利を確立し、それを売買することができた。

このことは、出版社が、私的手段を通じて法的認可手続きをシミュレートできたことを示唆している。ただし、法律によってこの権利を執行することはできず、多額の費用がかかる。裁判所も、契約法、不正流用及び不公正競争における代替的な原則を適用して、個別的保護を提供することができた。このような代替策は、権利保有者の費用負担を引き上げるかもしれないが、社会的利益を高めることになる。

知的財産法は、不公正な犯罪行為に対して用いるべきであり、合法的競争を阻害すべきではない。特に、特許制度については、不公正かどうかではなく、特許権者に競争ツールを提供することに焦点が当てられている。現在、特許は、盗用ではなく競合企業と戦うためのツールとして使用されている。

企業に対しては、知的財産法を通じて、強くそして公正に競争に挑むよう奨励すべきである。変化が遅い知的財産制度に頼るのではなく、自力救済を奨励すべきである。米国のような資本主義社会では、18世紀の制度は今や不要であり、特許による独占を廃止すべきである。