HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	インダストリー4.0の技術革新モデルにおける新たな実用新案制度の役割
Author(s)	竹中, 俊子
Citation	知的財産法政策学研究, 58, 1-34
Issue Date	2021-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/80922
Type	departmental bulletin paper
File Information	58_01.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

巻頭論文

インダストリー4.0の技術革新モデルにおける新たな実用新案制度の役割

竹　中　俊　子

Ⅰ．イントロダクション

世界的規模で新型コロナウィルスの感染が広がる中、主婦や学生等一般市民によるマスクやフェイスシールド、防護服等の作り方がインターネットによってウェブ上で広く拡散されている。特に、技術者やコンピュータープログラマーの多くが、3Dプリンター等を活用し、PCR検査装置から患者のデータ分析システムの開発に至るまで様々なオープンソース（OS）プロジェクトに参加し、その成果は存在する知財権に対するライセンスにより誰でも実施可能な状態で公開されている。[1] このような個人発明者によるボランティア活動を支援し、互いに協力してオープンイノベーションを促進するため、日米の企業は新型コロナ感染症のまん延終結を目的とする行為に対しては知的財産権を行使しない旨の宣言を行った。[2] 特許による保護を求めず自発的に発明を公開したり、たとえ特許を取得しても発明を無償で誰にでも実施させる特許開放の行為は、発明等の創作や開示のインセンティブのために特許の排他権を必要とする特許制度の基本理論とは矛盾する。パンデミックという特殊な事情による例外と考えることもできるが、コロナ感染が広がる前から、多数の個人発明者やプログラマーが

[1] Harris Kenny, *7 Open Hardware Projects Working to Solve COVID-19*, Opensource.com (March 12, 2020), https://opensource.com/article/20/3/open-hardware-covid19; Jeff Stern, *How Open Source Software is Fighting COVID-19* (May 12, 2020), https://aster.cloud/2020/05/12/how-open-source-software-is-fighting-covid-19/.

[2] Open COVID Pledge, https://opencovidpledge.org/; Open COVID 19 Declaration https://www.gckyoto.com/covid-2.

ソフトウェアやハードウェアを改良するOSプロジェクトに参加するようになっており、その成果を自由に開示、拡散し、無償で使用するOSコミュニティを形成していた。ソフトウェアに関連する分野の企業はいち早くOSコミュニティの開発成果の価値を見出し、成果を活用すべく自社の特許やその他の知的財産権を開放しOSプロジェクトを支援してきた。[3]

このような特許開放の気運は、全世界の個人・企業が集結してコロナ感染を早期収束し、患者を治療する技術革新を行うという目的の下に、産業分野の垣根を越えて一挙に広がった。残念ながら、コロナ感染収束に最も重要な役割を担うはずの製薬企業はこのような動きに参加しておらず、特許開放プールや不行使宣言の創立メンバーに名を連ねるハイテク企業とは対照的である。ハイテク企業が扱う製品は多数の特許権者に帰属する特許の藪で保護されているため、他者の特許を実施せずに製品を製造販売することができず、侵害を主張すると相手から侵害の反訴を提起される可能性があり、特許を排他権として活用することができない。そのため、こうしたハイテク企業は、パンデミック発生前から、互いの特許発明の相互実施を可能としオープンイノベーションを活用する手段として特許を捉え、排他権として活用する製薬企業とは全く異なる方法で特許を活用してきた。加えて、コンピュータープログラムに関する製品を扱うハイテク企業は、開発のための情報を公開し成果を分け合うというオープンソース(OS)思想に基づくOSコミュニティと協働しその成果を活用するため、特許を排他権として使うことに消極的になっている。

現在の特許制度や実用新案制度は、特許を排他権として活用することを前提とし、インダストリー4.0における技術開発の主要な担い手であるハイテク企業やOSコミュニティの個人発明者による新しい特許の活用方法を考慮していない点で時代遅れとなっている。特許の藪が存在する分野では、排他権として活用されないにも拘らず特許権取得にかかるコストは高額になりすぎている。そのため、特許の保護を求めること無く、他者が特許を取得しないように特許制度以外の方法で防衛的に発明を公開する企

[3] 例えば、IBM, *IBM Pledges 500 U.S. Patents to Open Source in Support of Innovation and Open Standards* (2005), https://www-03.ibm.com/press/us/en/pressrelease/7473.wss Google; Open Patent Non-Assertion Pledge, https://www.google.com/patents/opnpledge/pledge/.

業も増えてきている。実用新案制度を防衛的公開手段として利用する場合、出願手数料は特許より安いが、現行制度の下では、コンピュータープログラム等、ハイテク企業が扱う考案が保護対象から除外されている。更に、発明や考案の構造や用途を言葉で説明する明細書や、特殊な表現で考案を特定するクレームを作成することが困難な個人発明者による考案が実用新案制度によって公開されること無く埋もれてしまい、発明・考案の保護・利用を図るという特許・実用新案制度の趣旨に反する結果を生じている可能性が高い。本稿ではこのような新しい活用方法が生まれた背景と現行特許・実用新案制度の問題点を解説し、他人の実施を排除する排他権としての機能ではなく、特許の侵害主張に対する防衛的機能や他者と連携しオープンイノベーションを促進する機能に注目したうえで、実用新案権を再構築し、OS思想に適合し、且つ個人発明者でも発明を簡単に権利化し活用できる新たな実用新案制度を提案する。

Ⅱ．イノベーションモデルの変化

１．クローズドからオープンイノベーションへのパラダイムシフト

インターネットによって生み出された技術は、製品の製造方法だけでなく、製品開発の方法や技術革新のモデルにも大きな影響を与え、特に、企業の技術開発に必要な資源の活用方法に大きな変革をもたらした。[4] 第一に、IoTの普及により、様々なタイプの発明者が製品開発、製造、及び販売に必要な資源を共有するようになった。従来、高価なR&D資源は公的研究機関や大企業によって所有され、その利用も内部に限られていたが、インダストリー4.0の現在においては、中小企業や個人発明者でもインターネットを介し技術的サポートを受けながら最新の資源を時間単位で借りることができるようになった。資源の所有から共有へのパラダイムシフトは、クラウドコンピューティングサービスを出現させ、資源の所有が可能な大企業でさえ、場所と維持費を伴うソフトウェアとハードウェアを自

[4] インダストリー4.0がもたらした変革については、竹中俊子「インダストリー4.0と特許制度：特許権再考」服部誠・加藤志麻子『ビジネスローの新しい流れー知的財産法と倒産法の最新動向』359頁(青林書院、2020)。

購入によって所有するより、必要に応じアクセス料を払うクラウドコンピューティングサービスによる資源の共有を好むようになった。[5]

このようなIoTによるR&D資源へのアクセスの拡大と柔軟性により、インダストリー4.0以前は大企業や公的研究機関のみが可能な大規模な技術革新に中小企業や個人発明者も参加できるようになった。[6] 例えば、高速コンピューター等の高価な資源にアクセス可能となった個人発明者が、企業から購入した製品を使用するうちに発見した欠点を改良し、製品開発に重要な貢献を行うようになった。更に、従来から革新的な創造の源と考えられてきた中小企業の技術革新における役割も、IoTでアクセス可能となったAIやビッグデータの活用により格段に強化された。このような個人発明者や中小企業は、それぞれ自立した開発主体でありながら、共通の目標に向けて協力しあい開発に参加する最先端の分散型オープンイノベーションモデルを構成する。[7] 無数の部品や機能を含む製品を開発・販売するハイテク企業には、全ての技術を自前で開発することは不可能であり、個人発明者や中小企業を含む様々なタイプの開発主体と協力し、オープンイノベーションにより製品を開発することが必至となる。

日本の現行特許制度と実用新案制度はこのようなパラダイムシフトとは無縁の18世紀の終わりから19世紀の初めに創設された。[8] 当時は発明の対象となる製品は少数の部品や機能から構成されており、発明の商業化、市場への販売までの全ての工程を一企業で担うクローズドイノベーションモデルで製品開発が行われていた。そのため、現行制度は企業が製品に係る全ての技術について特許を取得し、自社の製品について市場支配力を

---

[5] Katsantonis Konstantinos et al., *Cloud Computing and Economic Growth*, *in* PROCEEDINGS OF THE 19TH PANHELLENIC CONFERENCE ON INFORMATICS 209 (2005).

[6] MITのVon Hippel教授はこのような変化を技術革新の民主化と表現している。ERIC VON HIPPEL, DEMOCRATIZING INNOVATION (2005), http://web.mit.edu/evhippel/www/books/DI/DemocInn.pdf.

[7] Garry Gabison & Annarosa Pesole, *An Overview of Models of Distributed Innovation*, JRC SCI. POL'Y REP. (2014), https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC93533/jrc93533_ap.pdf.

[8] 専売特許条例（明治18年4月18日太政官布告第7号）実用新案法（明治38年2月16日法律第21号）。

持つと想定し構築されている。技術の発展により製品が複雑化すると、企業は多角化により事業を拡大し内部で開発・製造できるよう対応していった。インダストリー3.0から4.0への移行期である1990年代から今世紀初頭にかけてIoTが普及したために技術的専門性を持つ中小企業が台頭し、それらの企業との競争のために大企業が選択と集中を進めた結果、中小企業と協働する必要が生じ、オープンイノベーションがハイテク技術分野の主流となった。[9] 最も先端的モデルである分散型オープンイノベーションでは、多数の企業や個人が開発に係わり、各開発主体がそれぞれの構成要素や機能について個別に又は共同して特許を取得するため、その成果である最終製品は開発に係わった主体それぞれに帰属する互いに重複・補完する特許の藪で保護されることになる。[10] その結果、インダストリー4.0のハイテク企業が自己の製品について市場支配力を持つことは不可能となったが、開発モデルの変化による排他権の効力への影響は現行特許・実用新案制度で考慮されていない。

２．個人や中小企業の台頭：オープンソース（OS）コミュニティ

現行特許・実用新案制度は、インダストリー4.0の新しい技術改革の担い手であり独特のインセンティブで開発を行うOSコミュニティを想定していないという点においても時代遅れになっている。特に、ソフトウェアを含む製品を扱うハイテク企業のオープンイノベーションにおいて、個人発明者、特にコンピューター技術者が製品の開発に重要な役割を担うよう

---

[9] Jens Frøslev Christensen, *Withering Core Competency for the Large Corporation in an Open Innovation World?*, *in* OPEN INNOVATION: RESEARCHING A NEW PARADIGM 35-61 (H. Chesbrough, W. Vanhaverbeke & J. West eds., 2006).

[10] Carl Shapiro, *Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard-Setting*, 1 INNOVATION POL'Y AND ECON. 119 (2001). Bronwyn Hall et al., *Technology Entiry in the Presence of Patent Thickets* (2016), https://www.ifs.org.uk/uploads/publications/wps/wp201602.pdf. 特許や経済学の論文で使われる「特許の藪」の定義は一定していない。Edward J. Egan & David J. Teece, *Untangling the Patent Thicket Literature* (2015), https://pdfs.semanticscholar.org/e878/1ac8512559730ad43381f0e28d6a75d80d0d.pdf; 特許の藪とイノベーションに関する経済理論の紹介については、田村善之「プロ・イノベーションのための特許制度のMuddling Through (2)」知的財産法政策学研究36号153頁（2011）を参照。

になった。[11] 最近は、OS手法で開発する対象はソフトウェアに限らず、広範な技術分野のハードウェアがOSコミュニティによって開発されている。[12] 電気や機械の技術者だけでなく、製品の使用者である誰もが、製品を実施・改良するために必要なソフトウェアのソースコードに相当する図面やロジック設計、CADファイル等、改良品の製造・改良に必要な情報を公開し、オンラインで拡散することで製品開発や改良に貢献するようになった。この新しいタイプの技術開発主体の多くが、改変の有無に拘わらずソフトウェアの使用、改良、頒布の自由が使用者に確保されるべきとするソフトウェア開発コミュニティで生まれたオープンソース（OS）思想に基づくコミュニティに参加している。[13] このOS思想は、ソフトウェア使用者に複製・改良した翻案ソフトウェアのソースコードの公開と複製・改良の自由を義務付けるGeneral Public License（GPL）のコピーレフト条項に結実されている。[14] コピーレフト条項は、元のソフトウェアのみならず、翻案ソフトウェアについても無償頒布を義務付け、ライセンスと結び付けることで著作権をソフトウェアとその翻案をプログラマー間で相互利用可能にする手段として用いている。現在では、コピーレフト条項で翻案ソフトウェアを頒布するコミュニティは減り、翻案については有償での頒布を許容する制限が緩やかな（Permissible）OSライセンスに基づきソフトウェアを頒布するコミュニティが増加している。[15] このようなライセンスもソフ

---

[11] Alfonso Gambardella & Eric von Hippel, *Open Source Hardware as a Profit-Maximizing Strategy of Downstream Firms* (April 1, 2018), https://ssrn.com/abstract=3046727.

[12] Jeremy Bonvosin et al., *What is the "Source" of Open Source Hardware?*, 1 Journal of Open Hardware 1(1); 5, 1-18, at 10 (2017).

[13] OS思想の沿革については、David Bretthauer, *Open Source Software: A History*, PUBLISHED WORKS 7 (2001), http://digitalcommons.uconn.edu/libr_pubs/7; Christopher S. Brown, *Copyleft, the Disguised Copyright: Why Legislative Reform is Superior to Copyleft Licenses*, 78 UMKC L. REV. 749 (2010); 日本語の文献としては、志賀典之「OSSと著作権ライセンス：歴史的展開とライセンス類型の概観」情報の科学と技術64巻2号（2014）https://www.jstage.jst.go.jp/article/jkg/64/2/64_KJ00009159391/_article/-char/jaを参照。

[14] GNU General Public License, Version 3, https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.ja.html.

[15] Greg R. Vetter, *Opportunistic Free And Open Source Software Development Pathways*, 30 HARV. J.L. & TECH. 167 (2017).

トウェアの複製、頒布、翻案の自由を確保し、ソースコードの公開を義務付けることからOSソフトウェアライセンスの一種と考えられている。同様に無償に限らず異なる条件で改良された発明の実施を許すOSライセンスでハードウェアの開発が行われている。

OSソフトウェアはもともと、企業とは独立して、個人プログラマーによって運営され、コミュニティで成果を共有するための分散型オープンイノベーションモデルで開発されたが、[16] 最近ではOSプロジェクトに関連するビジネスを構築する企業が多数参加し、大規模な開発が行われるようになった。[17] コミュニティに所属する技術者は交渉の不要なGPLや緩やかなOSライセンスを使って簡単に企業との共同開発に参加できるようになった。このような流れを受けて、OSコミュニティの発明者の開発の自由を確保し、成果を相互実施により共有するため、OS思想に影響を受けたオープン特許ライセンスが作成された。[18] オープン特許ライセンスは無償クロスライセンスによりコミュニティ内の特許発明の自由な実施を促進し成果を共有する特許プールを構築する。このような特許プールには、Linux技術の開発のためのOpen Invention Network（OIN）[19]や車載アンドロイド技術

[16] Eric von Hippel, *Innovation by User Communities: Learning from Open-Source Software*, 42 MIT SLOAN MGMT. REV. 82 (2001), https://sloanreview.mit.edu/article/innovation-by-user-communities-learning-from-opensource-software/; Eric von Hippel, *Horizontal Innovation Networks - By and For Users*, 16 INDUS. CORP. CHANGE 293 (2006), https://doi.org/10.1093/icc/dtm005; Greg R. Vetter, *The Collaborative Integrity of Open-Source Software*, 2004 UTAH L. REV. 563 (2004).

[17] David McGowan, *Legal Implications of Open-Source Software*, 2001 Ill. L. REV. 241 (2001), https://illinoislawreview.org/wp-content/uploads/2000/12/McGowan.pdf; Greg R. Vetter, *Commercial Free and Open Source Software: Knowledge Production, Hybrid Appropriability, and Patents*, 77 FORDHAM L. REV. 2087 (2009); Stephen M. Maurer, *The Penguin and the Cartel: Rethinking Antitrust and Innovation Policy for the Age of Commercial Open Source*, 2012 UTAH L. REV. 269 (2012).

[18] Natacha Esteves, *Open Models for Patents: Giving Patents a New lease on Life*, 21 J. WORLD INTELL. PROP. 2 (2018), https://doi.org/10.1111/jwip.12089.

[19] Open Invention Network, About OIN, https://www.openinventionnetwork.com/about-us/.

開発のためのOpen Automobile Alliance（OAA）等がある。[20]

OSプロジェクトの成果を活用するハイテク企業が増加するにつれ、ついにOSコミュニティと敵対していたマイクロソフトでさえイノベーション成果のシェアという新しいポリシーを掲げ、OSコミュニティと協働するためOINに参加し、プールのメンバーに60,000件以上の特許を無料開放した。[21] 企業がOSコミュニティと協力して開発を行うためには、企業とは異なる個人発明者の発明のインセンティブを理解する必要がある。OSコミュニティの発明者は特許の排他権としての機能にのみ注目し、開発の自由を奪うものであると理解している者が多い。独占により製品を販売して利益を得る現行特許・実用新案制度が想定する企業と異なり、OSコミュニティの発明者はソフトウェアのソースコードや発明を公開することによって技術者としての評価を上げたり、コミュニティ内のプロジェクトに対する貢献度を上げることで就職先を見付けたりして製品の販売とは無関係な利益を受けている。[22] 更に、改良を行うこと自体に喜びを感じたり、もともと無料でソースコードを入手し改良しているので、成果はコミュニティに返すべきだとする信念を持つ者も多い。[23] 即ち、このような発明者はソースコードや発明の公開自体から利益を受けているので、改良の成果

---

[20] Open Automobile Alliance, About Open Automobile Alliance, https://www.openautoalliance.net/#about.

[21] Brad Smith, *A New IP Strategy for a New Era of Shared Innovation*, MICROSOFT (Apr. 4, 2018), https://blogs.microsoft.com/blog/2018/04/04/a-new-ip-strategy-for-a-new-era-of-shared-innovation/; Brian heather; マイクロソフト、オープンソース特許ネットワーク（OIN）に加盟、特許6万件を開放（TechCrunch, 2018年10月18日）。

[22] Josh Lerner & Jean Tirole, *Some Simple Economics of Open Source*, 50 J. INDUS. ECON. 197 (2003), https://doi.org/10.1111/1467-6451.00174.

[23] Karim Lakhani & Robert Wolf, *Why Hackers do What They Do: Understanding Motivation and Effort in Free/Open Source Software Projects*, *in* PERSPECTIVES ON FREE AND OPEN SOURCE SOFTWARE 11 (J. Feller et al. eds., 2005), https://ocw.mit.edu/courses/sloan-school-of-management/15-352-managing-innovation-emerging-trends-spring-2005/readings/lakhaniwolf.pdf; Hoda Baytiyeh & Jay Pfaffman, *Open Source Software: A Community of Altruists*, 26 COMPUTERS IN HUM. BEHAV. 1345 (2010), https://doi.org/10.1016/j.chb.2010.04.008; GNU Operation System, *Motives for Writing Free Software*, https://www.gnu.org/philosophy/fs-motives.en.html.

はコミュニティに広く拡散され活用されることが望ましいと考えている。そのため、著作権はOSライセンスと結び付けられることによって開発成果を拡散するために使われるようになり、OSコミュニティの意向に沿った方法で活用されるようになった。

３．オープンイノベーションにおける特許の新しい活用

オープンイノベーションで製品開発を行うハイテク企業も発明開示によって利益を受けるので、OSコミュニティの発明者の意向に沿った発明の活用が可能である。製品に係る特許の藪の存在によってハイテク企業は他者の特許を侵害せずに製品を製造することができないため、特許は他者の技術へのアクセス確保のために使用され、技術革新を実現させようとする。[24] 即ち、ハイテク企業は、OSコミュニティのOSソフトウェアライセンスに倣い作成されたオープン特許ライセンスを使って、特許権を他者との特許発明の相互実施と改良の自由を確保するために活用するようになった。その他にも、従来の一対一のライセンス交渉によって生ずる取引コストを避けるため、特許発明の相互実施を可能にする様々な私的自治のメカニズムが作られてきた。[25]

ハイテク企業は、クローズドイノベーションで開発を行う企業による排他権としての特許の活用とは全く異なる方法で特許を活用している。第一の方法は、他者による特許侵害の主張を抑止する特許ポートフォリオを形成することで特許侵害を回避し、侵害回避のサーチコストを低減する防衛的活用である。[26] 特許の藪が存在する製品を扱う産業分野では、高額な弁護士費用がかかる特許訴訟や実施料の計算に高い取引コストがかかるライセンス交渉を避けるため、特許権者同士が侵害者に対し権利主張を行わないことを選択した結果、互いの特許発明の実施を黙認する事実上のクロ

---

[24] 山内勇・山口明日香・古田嶋勇介「特許権の開放による知識共有とイノベーション」特技懇296号51頁（2020）。

[25] Toshiko Takenaka, *Patents for Sharing*, 26 MICH. TECH. L. REV. 93, 110 (2019).

[26] Pascal Corbel & Christian Le Bas, *The Evolution of Patent Functions: New Trends, Main Challenges and Implications for Firm Strategy* (Groupe d'Analyse et de Théorie Economique Lyon St-Étienne, Working Paper No. 1106, 2011), https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00569239/document.

スライセンス状態が生ずる。[27] たとえ、侵害訴訟が提起されても、特許は和解のためのクロスライセンスの交渉材料として防衛的に活用される。[28] このような産業分野の企業は、防衛目的のため、即ち、特許訴訟を提起した企業が侵害するか又は実施を希望する特許についてクロスライセンスできる確率を高め、早期の紛争解決を可能とするために、巨大な特許ポートフォリオを構築する。[29]

第二の方法は特許によって特許発明の相互実施を可能にすることでオープンイノベーションを促進する特許の積極的活用である。[30] オープンイノベーションによって製品開発を行う企業は、他者を特許発明の実施から排除（exclude）するのではなく、通常実施権を許諾し開発プロセスへの参加を受容（include）するために活用している。[31] 特許は発明者のビジネスや技術の一定の質の保証として機能するため、特許付与が発明に係る技術分野に関する専門性や経験の宣伝効果を持ち、将来の共同開発者やライセンシーを見付ける手助けとなる。[32] この宣伝効果は、テクノロジースタート

---

[27] Edward J. Egan & David J. Teece, *Untangling the Patent Thicket Literature* (Tusher Center for Management of Intellectual Capital, Working Paper, July 2015), http://www.bakerinstitute.org/research/untangling-patent-thicket-literature/; Julien Pénin & Daniel Neicu, *Patents and Open Innovation: Bad Fences Do Not Make Good Neighbors*, 25 J. INNOVATION ECON. MGMT 57 (2018), https://www.cairn.info/revue-journal-of-innovation-economics-2018-1-page-57.htm.

[28] William Kingston, *Innovation Needs Patents Reform*, 30 RES. POL'Y 403 (2001), https://doi.org/10.1016/S0048-7333(00)00090-1.

[29] Dietmar Harhoff et al., *The Strategic Use of Patents and Its Implications for Enterprise and Competition Policies*, European Commission (2007), https://core.ac.uk/download/pdf/2782468.pdf.

[30] 前掲注26、Corbel & Le Bas, 12頁。

[31] Patrick Cohendet & Julien Pénin, *Patents to Exclude vs. Include: Rethinking the Management of Intellectual Property Rights in a Knowledge-Based Economy*, 2011 TECH. INNOVATION MGMT. REV. 12 (2011), http://www.beta-umr7522.fr/IMG/UserFiles/Penin/ Cohendet%20Penin%20TIM%202011.pdf; Deepak Hegde & Hong Luo, *Patent Publication and the Market for Ideas*, 64 MGMT. SCI. 652 (2018), https://doi.org/10.1287/mnsc.2016.2622.

[32] 前掲注31、Cohendet & Pénin, 13頁。Colleen Chien, *Opening the Patent System:*

アップがベンチャーキャピタル（VC）から資金調達を受けるうえで特に重要な機能を果たす。[33] 加えて、特許はクレームとして権利範囲が明確にされているため、ライセンスやジョイントベンチャー交渉の取引コストを下げる。[34] 更に、発明を開示した際に、自己が既に発明していたというような他者によるただ乗りの主張を回避できるので、発明者や企業は技術に関する議論をより自由に行うことができる。[35] そのため、特許はオープンイノベーションを促進する様々な積極的機能を持つ。このように特許は新しい防衛的・積極的活用方法を持つため、ハイテク企業は、たとえ特許を無料開放しても、放棄すること無く維持し続けている。[36]

Ⅲ．現行特許・実用新案制度の問題点

１．創作インセンティブ論

現在の特許・実用新案システムは、OSコミュニティやハイテク企業が作り出した新しい特許の活用方法を考慮に入れていないため、時代遅れにな

Diffusionary Levers in Patent Law, 89 S. CAL. L. REV. 793, 811 (2016), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2624692; Jay Kesan, *Economic Rationales for the Patent System in Current Context*, 22 GEO. MASON L. REV. 897, 911 (2015), http://www.georgemasonlawreview.org/wp-content/uploads/2015/06/KesanEconomicRationales.pdf.

[33] Joan Farre-Mensa et al., *What Is a Patent Worth? Evidence from the U.S. Patent 'Lottery'* (USPTO Economic Working Paper 2015-5, 2017), https://ssrn.com/abstract=2704028.

[34] Ashishi Arora et al., *Markets for Technology and their Implications for Corporate Strategy*, 10 INDUS. CORP. CHANGE, 419 (2001), https://doi.org/10.1093/icc/10.2.419.

[35] Kenneth Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, *in* THE RATE AND DIRECTION OF INVENTIVE ACTIVITY: ECONOMIC AND SOCIAL FACTORS (H.M. Groves ed., 1962), http://www.nber.org/chapters/c2144.pdf; James J. Anton & Dennis A. Yao, *Expropriation and Inventions: Appropriable Rents in the Absence of Property Rights*, 84 AM. ECON. REV. 190 (1994), https://www.jstor.org/stable/2117978; Bruno Biais & Enrico Perotti, *Entrepreneurs and New Ideas*, 39 RAND J. ECON. 1105 (2008), https://doi.org/10.1111/j.1756-2171.2008.00052.x.

[36] 企業が特許を開放する理由については、前掲注24、山内他、55頁。Jonas Fabian Ehrnsperger, *Patent Pledges, Open IP and Patent Pools? Developing Taxonomies in the Thicket of Terminologies*, PLOS One 14(8) e0221411 (2019), https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0221411.

っている。特許権を正当化するために最も広く支持される経済理論である創作インセンティブ論は、排他権によって独占的に製品やサービスを提供することで生じる超過利潤による報酬のインセンティブを受けない限り、発明者は発明活動を続けないという前提に立つ。[37] この経済理論は独占販売による超過利潤による報奨を前提とすることから、技術革新は製品やサービスを有償で提供する経済主体によって行われることを想定するSchumpeterによって20世紀前半に提唱された技術革新理論に基づく。[38] 従って、当時の主流であったクローズドイノベーションモデルでの開発を前提としている。排他権による独占を前提とする現行特許・実用新案制度は、全て自前で開発を行うクローズド又は大学等から独占ライセンスで技術導入し、セミクローズドイノベーションモデルで医薬品（特に、低分子医薬品）の開発を行い、その結果、製品に特許の藪が存在しない新薬開発製薬企業にはうまく機能する。現在においても、大手製薬企業は、他社に対し侵害訴訟を提起しても、反対に侵害が主張されるリスクは少なく、特許期間中は、新薬を独占的に販売することにより競争価格で販売するよりも高い独占利益を享受することができる。IoTやAIによって開発投資を節減できるハイテク企業と異なり創薬には莫大な開発投資が必要で、それを独占利益で賄っているので、新型コロナ感染に対する特許開放に対しても積極的にはなれない。

これに対し、現行制度はインダストリー4.0の主要な開発の担い手であるハイテク企業や個人発明者にはうまく機能していない。特に、開発成果の独占を前提とする創作インセンティブ理論は、OS思想に反するので、OSコミュニティの発明者に該当しない。[39] 同理論は、特許の藪による侵害

---

[37] 中山一郎「特許制度の正当化根拠をめぐる議論と実証研究の意義」特許研究60号5頁（2015）；高橋秀司「R&D インセンティブと特許期間の最適化」学苑（人間社会学部紀要）832号38～45頁（2010） https://swu.repo.nii.ac.jp/?action=repository_ uri&item_ id=5044 &file_id=21&file_no=1; FRANÇOIS LÉVÊQUE & YANN MÉNIÈRE, THE ECONOMICS OF PATENTS AND COPYRIGHT 1 (2004), https://ssrn.com/abstract=642622.

[38] JOSEPH A. SCHUMPETER, THE THEORY OF ECONOMIC DEVELOPMENT: AN INQUIRY INTO PROFITS, CAPITAL, CREDIT, INTEREST, AND THE BUSINESS CYCLE (1934).

[39] Katherine J. Strandburg, *Users as Innovators: Implications for Patent Doctrine*, 79 U. COLO. L. REV. 467, 469 (2008), https://ssrn.com/abstract=1141386.

の反訴のリスクがあり、OSコミュニティと働くためにOS思想を尊重する必要から、特許の排他権としての行使に消極的なハイテク企業にも該当しない。これらの企業や発明者は、特許や実用新案の排他権をライセンスによって特許発明を相互実施させるインセンティブ手段（Incentive to Share）として使い、自己の特許発明の実施・改良の自由を確保している。[40] 特許の藪が存在する製品を扱う産業分野では、製品を製造販売しない不実施企業だけが侵害の反訴のリスクがなく他の企業を排除する権利行使が可能であるため、排他権を重視する現行制度は実施企業に比べ不実施企業を不当に優遇していると考えることもできる。

２．公開代償説

公開代償説も特許の排他権を正当化する経済理論として広く支持される。この理論は、排他権による保護が無ければ発明者は発明を秘匿するという前提に基づく。[41] この前提は、発明の公開から利益を受けるために、出願費用がかからない特許制度以外の公開制度を使って発明を公開し、発明がパブリックドメインに帰することをいとわないOSコミュニティの発明者には該当しない。[42] 但し、コミュニティに属さない発明者は、独自に発明の開示を準備したり公開方法を探したりする手間がかかるため、OSコミュニティの発明者と比べ、発明を開示しない可能性が高まる。[43]

排他権を付与しないと発明は秘匿されるという前提は、オープンイノベーションにより開発を行うハイテク企業にも該当しない。これらの企業は、

---

[40] 前掲注25、Takenaka, 123頁。

[41] Corinne Langinier & GianCarlo Moschini, *The Economics of Patents: An Overview 9*, Ctr. for Agric. Rural Dev. (CARD), Working Papers 335 (2002), http://lib.dr.iastate.edu/card_workingpapers/335. *See also* Benjamin N. Roin, *The Disclosure Function of the Patent System (or Lack Thereof)*, 118 HARV. L. REV. 2007, 2014–17 (2005); Vincenzo Denicolò & Luigi A. Franzoni, *The Contract Theory of Patents*, 23 INT'L REV. L. & ECON. 365, 365–66 (2003).

[42] アメリカでは、Micro Entityとして出願料等の減免を受けても、出願公開されるためには、最低330ドルをUSPTOに支払う必要がある。USPTO Fee Schedule, https://www.uspto.gov/learning-and-resources/fees-and-payment/uspto-fee-schedule#Patent%20Fees.

[43] Jeroen P.J. de Jong et.al, *Market Failure in the Diffusion of Consumer-Developed Innovations: Patterns in Finland*, 44 RES. POL'Y 1856, 1858 (2015), https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0048733315001122.

特許による保護が無くても、発明を公開することによって他者による特許取得を防ぐ防御的効果や技術的専門性を広告したり共同開発者を見付けたりする積極的な効果から利益を享受できる。特に米国では、判例の変更により、ソフトウェア関連発明に特許を取得するコストが増加したため、米国のハイテク企業は、特許以外の制度によって発明を公開する必要性が高まった。この判例変更によって適格性判断が困難な基準が導入され、出願がUSPTOによって頻繁に拒絶されるようになり、これに応答する弁護士費用がかさむ一方、[44] 拒絶を回避し特許を取得しても、ソフトウェア関連発明の特許クレームは発明を定義する十分な構造的制限が含まれていないと判断されることが多いので、そのような特許の技術的範囲は、開示された実施例に実質的に制限されるようになった。[45] その結果、発明を営業秘密として保護する経済的価値が公開による防御的及び積極的利益を超える場合、ハイテク企業は、特許以外の制度で公開し、発明をパブリックドメインに帰してしまう。発明を営業秘密として保護することを選択した場合、登録の必要が無いため初期投資は無いが、保護を維持するためには発明の秘密状態を保持する合理的な措置をとる必要がある。[46] ハイテク企業はクローズドイノベーションモデルからオープンイノベーションモデルに移行すると、秘密状態を維持するコストが大幅に増加するため、発明を営業秘密として保護する経済的合理性が低下することになる。また、発明を秘密にすることで、OSコミュニティと協力して開発することも困難になる。そのため、営業秘密として保護するより公開してパブリックドメインに帰する発明はインダストリー4.0以前と比べ増加傾向にあると考えられる。

３．特許制度による情報公開の重要性と利便性の問題点

残念ながら、特許以外の制度によって発明を公開しても、特許制度によ

---

[44] *Alice Corp. Pty. Ltd. v. CLS Bank Int'l*, 573 U.S. 208, 215 (2014).

[45] Leahy-Smith America Invents Act of 2011 § 5, 35 U.S.C. § 112(f) (2012); *Williamson v. Citrix Online LLC*, 792 F.3d 1339 (Fed. Cir. 2015)(en banc).

[46] Donald A. Degnan & Joseph T. Jaros, *The Present Value of Trade Secret Protection: Do the Costs Outweigh the Benefits?* (2004), https://www.hollandhart.com/files/PresentValueTradeSecret.pdf.

る公開ほど優れた防御的且つ積極的効果を得ることはできない。主要国の特許庁は、高品質の翻訳ソフトウェアを使用し各庁に提出された出願を先行技術とするデータベースを共有しているため、審査官が特許以外の制度で公開された発明より特許出願された発明を先行技術として引用する可能性が高い。このため、特許制度による発明の公開は、より確実に他者による特許取得を阻止する手段と考えることができる。特許情報はイノベーションの経済分析を行い現行制度を評価し、政策提案を行ううえで非常に重要な役割を果たしている。[47] 特許情報は発明の創出や活用に関する公開情報を提供するだけでなく、政府統計や特許以外の技術公開情報も追加された特許情報に基づき特許庁が重要技術分野の開発動向を分析公開しており、企業の特許戦略に活用されている。加えて、特許以外の制度で発明が公開されると発明者やその使用者、権利帰属の記録が無いため、開発のアイデアの種となる技術情報だけでなく、共同開発を始めるのに必要な権利者等の情報を探すコストが増加してしまうので、特許制度による公開のほうがオープンイノベーションを促進する積極的効果が高い。従って、オープンイノベーションにおいて、特許情報は単なる技術情報以上の重要な役割を果たすことに留意しなくてはならない。

これら多数の利点を有する一方で、特許制度によって発明を公開する主な欠点は、原則として出願日から18か月後まで特許出願の内容が公開されないことである。急速に技術が進歩する産業分野では、18か月の遅延により技術情報としての価値が大幅に減退してしまうだけではなく、協働する開発パートナーやVCを見つける機会も大幅に遅延する。現行日本特許法及びアメリカ特許法に早期公開制度はあるが、[48] 早期公開請求には追加の手続が必要なせいか、あまり利用されていない。[49]

上述したように、アメリカ特許制度は、個人発明者やハイテク企業が利用可能な手数料で発明を公開する手段を提供していないという点で大きな問題を抱えている。これに対して、日本やドイツでは国内特許出願と実

---

[47] 長岡貞夫「イノベーションの経済分析における重要性と課題」日本知財学会誌17巻1号2頁(2020)。

[48] 特許法64条の2；37 C.F.R.§1.219.

[49] 前掲注32、Chien, 793頁。Chien教授は出願時の公開を原則として、18か月公開を選択肢とする法改正の提案を行っている。

用新案出願の手数料が低いため、企業は防衛目的のために特許又は実用新案出願を行っている。[50] また、実用新案は出願から数か月以内に登録され公報が発行されるため、権利者は最小限の遅延で発明の公開による防衛的・積極的効果の利益を享受できる。但し、日本では外国語による実用新案登録出願を行うことは認められていない。[51] ドイツ実用新案法では、ドイツ語以外で実用新案出願を行うことができるが、ドイツ語の翻訳が提出されない限り出願が公開されない。[52] そのため、外国個人発明者や企業は追加のコスト無しに日本やドイツの実用新案制度を防衛のための発明公開制度として利用することはできない。更に、個人発明者にとっては、クレームや発明を言葉で説明する明細書を作成する必要があるため、現行制度の下では開示コストが高い。従って、発明者が誰でも自由に実施することを望む発明の多くが公開の機会を失っている可能性がある。

Ⅳ．実用新案法改正提案

１．改正提案の趣旨と保護対象の拡大

経済学者は、発明を開示するコストによって開示・実施されない発明が生ずる状態を市場の失敗（Market Failure）と認識し、開示コストを大幅に削減した「安価で簡単な知的財産権」を作る政策提言を行っている。[53] 本稿では、この提言に応じて、そのような知財として知られる実用新案制度を改正し、より簡略化した明細書・クレーム形式を導入することで開示コストを大幅に削減し利便性を向上する制度を提案する。簡略化した開示による考案に対しては、排他権を制限し、他者に実施権を許諾して登録考案の

---

[50] Joachim Henkel & Stefanie M. Lernbecher (neé Pangerl), *Defensive Publishing – An Empirical Study* (May 2008), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=981444.

[51] 特許庁「特許・実用新案審査基準」第８部：外国書面出願 6.3.1（平成27年９月）https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/patent/tukujitu_kijun/document/index/all.pdf.

[52] ドイツ特許庁は英語でも出願を受け付けるが、15か月以内にドイツ語翻訳が提出されない場合、出願は放棄され、公開されることもない。ドイツ特許法35a条。

[53] ERIC VON HIPPEL, FREE INNOVATION 74 (2017), https://mitpress.mit.edu/books/free-innovation.

実施と改良の自由を確保する第二の実用新案権を与え、オープンイノベーションを促進させる。

現行実用新案制度は小発明を保護することで、開発途上国では、先進国に比べ技術レベルの低い地元企業の産業を振興するため、先進国では、中小企業の技術開発を奨励することを制度趣旨とし、特許制度を補完する技術的創作物に財産権を与える第二の制度として多数のパリ条約加盟国に導入されている。[54] 日本でも、特許制度の導入後20年を経てから、実用新案制度が導入された。[55] 導入当時、英国と比べ技術水準が低く自国産業の発達を促す必要があったドイツに倣い、主として国内産業の発展を目的に実用新案制度が創設された。[56] その後、ドイツにおける実用新案制度は判例や法改正により時代のニーズにあわせ大きく変革し、現在では（1）保護対象、（2）新規性・進歩性、（3）権利行使の要件や、（4）特許出願からの分岐・相互変換等、重要な特徴において日本の制度と相違が生じている。[57] 特に保護対象については、ドイツ法では、方法とDNAに対する発明を除き、特許の対象となるものは実用新案でも保護される。[58] 単純方法はドイツ法でも保護されないが、生産方法は結果物をプロダクトバイプロセスクレー

---

[54] HENNING GROSSE RUSE-KHAN, OPTIONS WITHIN THE IP SYSTEM TO PROMOTE MINOR INNOVATIONS (Sept. 3-4, 2012) (Paper prepared for the WIPO Regional Seminar on the Legislative, Economic and Policy Aspects of the Utility Model System, Kuala Lumpur, Malaysia), https://www.wipo.int/edocs/mdocs/aspac/en/wipo_ip_kul_12/wipo_ip_kul_12_ref_t4b.pdf.

[55] 専売特許条例（明治18年4月18日太政官布告第7号）実用新案法（明治38年2月16日法律第21号）。

[56] 桜井孝「制度創設期の我が国実用新案制度について」特許研究58巻9号49頁（2014）https://www.inpit.go.jp/content/100575358.pdf; 明石芳彦「実用新案制度の今日的意義」季刊経済研究14巻2号65頁（1991）；清水将博・服部博信・戸次一夫・政孝浩・石井正「実用新案制度の活用に関する一考察」特技懇268号76頁（2013）；石井正『知的財産の歴史と現代』128-136頁（発明協会、2005）。

[57] Frithjof E. Muller & Harold C. Wegner, *The 1976 German Patent Law*, 59 J. PAT. OFF. SOC'Y 89 (1977). 山本信平「各国実用新案制度と今後の動向」JAPIO Year Book 2012, 70, https://japio.or.jp/00yearbook/files/2012book/12_1_03.pdf.

[58] Martin Gund et al., *Is German Utility Model Protection Available for Biotechnology Inventions?*, 9 Bioscience Law Review (2006), http://www.grundipg.com/files/German_Utility_Model_Protection__2006_.pdf.

ムで定義することで間接的に保護され、医薬の第二用途も保護される。[59] 信号を実用新案の保護対象と確認する最高裁（Bundesgerichtshof BGH）判例によりコンピューターで実施されるソフトウェア関連発明も保護対象とされる。[60]

これに対し、日本の実用新案法の保護対象は、制度創設以来、物品の形状・構造に係わるものに限定されており、数回の改正を経ても変更されていない。[61] この限定は、実用新案が特許と意匠の中間的制度として導入され、大正10年の改正において新規な「型」を登録要件としていたという歴史的背景に起因する。[62] 現行法では、実用新案の保護対象は特許と同質なものとして、新規性が求められる対象は創設当時に定義された「考案」にもどされた。[63] ライフサイクルの短い技術のための早期保護の観点から平成５年改正から無審査制度を実用新案制度に導入したものの、ライフサイクルの短い技術の典型であるコンピュータープログラムに関する発明については、同年に特許審査基準を改定していながら、実用新案の対象とする改正はなされなかった。[64] その後も実用新案制度の魅力を増す努力が重ねられたが、権利行使に技術評価を要求する現行制度は安価で迅速な保護という観点からは中途半端で、特許の早期審査制度と差別化が困難であるため、現在まで出願件数が伸び悩んでいる。[65]

---

[59] BGH 2005年10月５日 Arzneimittelgebrauchsmuster X ZB 7/03 GRUR 2006, 135(2005), https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=05.10.2005&Aktenzeichen=X%20ZB%207/03.

[60] BGH 2004年２月17日 -Signalfolge XZB 9/03 GRUR 2004, 495, https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=17.02.2004&Aktenzeichen=X%20ZB%209/03; Takaharu Higashima & Kenji Ushiku, *A New Means of International Protection of Computer Programs Through the Paris Convention- A New Concept of Utility Model*, 7 Computer L.J. 1 (1986), https://core.ac.uk/reader/217187030.

[61] 明治38年実用新案法１条。

[62] 大正10年実用新案法（大正10年４月30日法律第97号）１条。前掲注56、清水他、77頁。

[63] 実用新案法３条。

[64] 平成５年審査基準第Ⅶ部第１章。来栖和則「我が国におけるソフトウェア関連発明の保護および実務上の留意点」パテント62巻12号２頁（2009）。

[65] 前掲注56、清水他、80頁。

本稿で提案する制度改正は、単なる特許制度を補完する小発明の保護ではなく、実用新案制度をオープンイノベーションで開発を行うインダストリー4.0の主要なイノベーションの担い手である個人発明者及びハイテク企業ための制度として生まれ変わらせることを目的とする。インダストリー4.0では、IoTの普及によりAIやBig Dataに接続し既存のハードウェアに新しい機能を提供するソフトウェアが物品に価値を与えることが多い。このようなインダストリー4.0の技術を適切に保護するためには、実用新案の対象を物品の形状や構造に限る限定が時代遅れとなっていると言わざるを得ない。従って、このような限定を排除し、インダストリー4.0のライフサイクルの短い発明保護の典型であるコンピュータープログラム関連発明を考案として保護すべきである。一方、本稿で提案する制度は現行制度より開示コストを低減し簡易な知財制度を提供することを目的としているので、図面やディジタルデータにより実施可能に開示することが困難な方法の考案は保護対象から除外する。そのため、ドイツ法と同様に、考案の定義を発明と同様に定義し、登録を受けることができない考案として方法の考案を公序良俗違反の考案とともに列記する。また、コンピュータープログラムのみならず、物品の形状や構造に係るものでない化学物質等について、物の考案として保護するものとする。[66] 更に、日本語以外での出願を可能にすることで、外国、特にアメリカからの出願を増加させ、日本実用新案制度のグローバル化を図る。

２．考案の開示・クレーム形式の簡素化

第一に、発明を言葉で説明することに不慣れな個人発明者の開示作成コストを下げるため、日本語による考案の詳細な説明や図面の代わりに、ソフトウェアやハードウェアの電子データやソースコードを電子出願に含めることができるものとする。[67] ウェブ上の安価な試作品製作技術を使うことで、発明者は物理的な物品のデザインも電子的に他の人と共有することが可能になっている。インダストリー4.0の現代ではCADファイルのような電子データがあれば、考案の説明が無くとも、3Dプリンター等の必

[66] ドイツ実用新案法２条。

[67] 実用新案法５条３項。

要な装置を持つ当業者は考案を容易に製造したり使用したりできるので、実施可能要件を充たすものとする。[68] ハードウェアOSコミュニティが行う開示に関する研究によると、発明者は試作品を製造する過程で必然的に作成される図面やCADファイルで考案を容易に開示することができるが、出願明細書に対応する組立方法の指示や部品の説明については追加の手間がかかるので用意しないことが多いことが明らかになっている。[69] このことから、言語による考案の説明を要求しないことにより、OSコミュニティの発明者からの出願のみならず言語の問題がなくなるので、外国の発明者からの出願増加も期待できる。たとえ日本語以外の考案の説明が含まれていても、提案される実用新案出願の考案の開示は主として第三者の特許取得を阻むための先行技術として使われるので、日本語による翻訳は必要としないものとする。

更に、図面、ディジタルデータを指し「以下に示す考案」とする形式的な請求項で考案を特定し、考案を特定するために必要と認める事項を記載しなくても登録を許し、特許や実用新案に不慣れな個人発明者による出願を容易にする。[70] 即ち、著作権や意匠、商標のような特許以外の知的財産権の保護範囲画定のように、形式的な請求項で定義された登録考案の技術的範囲は出願に開示された実施例によって中心限定主義で解釈し画定する。[71] 周辺限定主義を採用するアメリカ特許法においても、コンピュータープログラム関連発明でよく使われる機能で発明を限定するミーンズ・プラス・ファンクション形式で発明を定義する場合には、特許の技術的範囲は明細書に開示された実施例とその均等物に及ぶとされ、中心限定主義が現行法に残っている。[72] また、意匠特許については、現在も「図面に示す意匠」という形式的クレームを使っている。更に、日本でも意匠、商標、

---

[68] 実用新案法 5 条 4 項。

[69] 前掲注12、Bonvosin et al., 4 頁。

[70] 実用新案法 5 条 5 項。

[71] Jeanne C. Fromer, *Claiming Intellectual Property*, 76 U. CHI. L. REV. 719, 724-25, (2009), https://pdfs.semanticscholar.org/3ec3/923ebd59143e3ab19e49f82d9218d6957870.pdf.

[72] 35 U.S.C. § 112(f); Mark A. Lemley, *Software Patents and the Return of Functional Claiming*, 2013 WIS. L. REV. 905 (2013), https://repository.law.wisc.edu/s/uwlaw/item/19685.

著作権については、クレーム無しに保護範囲が画定され、特許についても機能的クレームについては、実施例に限定して技術的範囲が解釈されることがしばしば行われている。[73] 従って、このような形式的なクレームで考案を特定し、保護範囲を中心限定主義で技術的範囲を解釈判断することは知財制度全体から考えると特異なことではない。尚、形式的な請求項で考案が定義される場合には、実施例自体が発明の範囲を確定するため、明細書には一つの実施例のみを含むものとする。

３．OS思想を反映する法定実施権

現行法は、技術評価書を提示した警告を侵害者に対する権利行使の条件とするが、[74] 提案される第二の実用新案制度では、他者から侵害の主張を受けるか又は侵害訴訟を提起された場合、その他者が権利者の登録実用新案を実施しているときには、技術評価書が無くても権利行使できるものとする。また、OS思想を反映し、無償の法定実施権によって第二の実用新案権の排他権を制限する。具体的には、第二の登録実用新案の実施に必要とされる特許権又は実用新案権を有する又は将来取得する他者が、その実施を第二の実用新案権者に対して無償の通常実施権を許諾することを前提として、第二の実用新案権の無償の通常実施権を他者が有することとする。即ち、考案を実施する時点で特許権、実用新案権を取得していない者も、将来取得した場合には実施権を許諾することに同意すれば、法定実施権を取得できる。上記の前提に従う限り、他者は考案を自由に実施することができ、侵害回避義務が無い。このため、クレームの公告機能も必要無く、考案の必須事項を定義しなくても他者に不利益が生じることは無い。但し、法定実施権に基づき考案を実施していた他者が、上記の前提となる実施権許諾にも拘わらず、第二の登録実用新案の実施に必要な特許権等に基づき、第二の実用新案権者（又は、正式に実施許諾を受けた第三者）に対して侵害の主張を行ったり侵害訴訟を提起した場合には、当該他者の法定実施権が遡及的に消滅することとする。即ち、当該他者に対する第二の実用新案

[73] 青柳聆子「抽象的・機能的に表現されたクレームの解釈」パテント24巻７号65頁(2011)。

[74] 実用新案法29条の２。

権の権利行使を可能とする。

本稿で提案する第二の実用新案制度は他者が登録考案を改良して特許や現行実用新案権を取得しても法定実施権の条件であるクロスライセンスによって自己の登録考案の実施や改良の自由が確保される。パブリックドメインの醸成とその確保に焦点を当てるパブリック・ドメイン・アプローチから提案される第二の実用新案制度を俯瞰すると、提案される第二の実用新案権は財産権であるが、法定実施権によりパブリックドメインに帰すると他者による特許権等の取得により実施が制限される改良考案のアクセスを確保する点で、パブリックドメインの醸成に寄与するパブリックドメイン・プラスの権利として機能している。[75] この制度はOS思想を実用新案法の枠組みの中に組み込むもので、OS特許ライセンスで特許や実用新案をOS思想にあわせる現在の状況や、契約と特許を組み合わせることを前提とした特許法改正提案よりいくつかの点で優れている。[76] 第一に、提案の第二の実用新案制度のライセンスは法定実施権であるので、発明者や企業はクロスライセンスの条件を守るだけで考案を実施することができる。これに対し、契約と組み合わせる現在の仕組みでは、パブリックライセンスを使い交渉や調印は省けても、何らかの方法で条件に合意したことを示す手間が必要になる。第二に、法定実施権は一定の条件で誰にでも考案を実施する権利を取得させるが、OS特許ライセンスは何種類もあって、OS思想を反映する条件も異なるので、個人発明者がその違いを理解し、自己の行為がライセンスの条件に違反していないかを判断することは困難である。[77] 更に、OSライセンスの条件が執行可能かについては裁判所

[75] 田村善之「特許法における創作物アプローチとパブリック・ドメイン・アプローチの相克～権利成立の場面を題材として～」パテント72巻9号5頁(2019年)。

[76] そのような提案の例としては、Geertrui Van Overwalle, *Inventing Inclusive Patents. From Old to New Open Innovation*, *in* KRITIKA: ESSAYS ON INTELLECTUAL PROPERTY, Vol. 1, 206 (P. Drahos et al. eds., 2015), https://doi.org/10.4337/9781784712068.

[77] Daniel A. Almeida et al., *Do Software Developers Understand Open Source Licenses*?, *in* ICPC'17: PROC. THE 25TH INT'L CONF. ON PROGRAM COMPREHENSION 1 (2017), https://dl.acm.org/citation.cfm?id=3101416 (their survey indicates difficulties that software developers face to understand how different types of open source licenses interacts and lack of knowledge to tease apart license interactions across multiple situations).

が判断を示すまでは不明である。[78] また執行可能かどうかは各国の法律によっても異なる。一方、日本の実用新案法の法定実施権として規定することで、第二の実用新案権者に対し侵害を主張したり侵害訴訟を提起したりしない限り、登録考案の保護期間が満了するまで、誰でも日本国内で考案を実施する権利が保証される。従って、登録考案の実施者は安心して考案の製品化、改良に専念することができる。

４．考案の実施に必要な特許・実用新案に対する裁定による強制実施権

提案される実用新案制度でも他人の先願特許発明や登録実用新案を利用するために考案を実施できないときには、当該特許権者又は登録権者に対し特許庁長官の裁定による強制実施権を請求できるものとし、実施の自由を確保する。[79] 日本の実用新案法は、業として登録実用新案を実施する権利を専有すると実用新案権の効果を規定する。[80] 従って、実用新案権者は許諾無く登録考案を実施する他人の行為を差し止める排他権と共に、自己の登録考案を実施する権利と他人に実施権を許諾し共に実施する積極的権利である専用権をあわせ持つ。[81] 最近は、日本の特許権についても前者の禁止権だけで積極的権利を含まないとする考え方が主流になりつつある。[82] しかしながら、特許が先願に係る発明と利用関係にある場合の後願に係わる特許について実施できない旨を明記している点、[83] 且つ裁定実施権によって両者の抵触する積極的権利と排他権を調整する裁定実施権を設けている点[84]は、憲法で明示的に排他権の付与を規定し、特許法に利用関係の調整規定を設けないアメリカ特許権と対照的である。[85] 更に本来

---

[78] Sara Boettiger & Dan L. Burk, *Open Source Patenting*, 1 J. INT'L BIOTECHNOLOGY L. 221, 226 (2004), https://ssrn.com/abstract=645182.

[79] 実用新案法17条；22条。

[80] 実用新案法16条。

[81] 実用新案法18条；19条。日本では、特許権を特許を実施する積極的権利とみる専用権説が通説とされてきた。田辺徹「特許権の本質」パテント56巻10号57頁（2003）。

[82] 中山信弘・小泉直樹編『新・注解特許法 中巻（第66条～第112条の３）』（第２版）337頁（青林書院、2016年）。

[83] 特許法72条。

[84] 特許法92条。

[85] アメリカ合衆国憲法１条８節(8)（Art. 1, §8, Cl. 8.）、アメリカ特許法271条。

無効であった特許であっても、一旦特許が付与された発明について設備投資等を行った者は引続き実施する中用権を規定している点も無効となった特許権者の実施に対する投資に全く配慮の無いアメリカとは異なる。[86] このことから日本の特許権は排他権と発明を実施する積極的権利の両方を抱合するというと考えるべきであろう。最近は、知財や経済の学者が後者の権利をオープンイノベーションにおける開発活動に他者を参加させる権利と捉え、排他権（Exclusive Rights）と対比して、抱合権（Inclusive Rights）と呼ぶようになり注目を集めている。[87] 技術や情報の共有により発明を共創しオープンイノベーションを促進するうえでは、ライセンスや不行使宣言と組み合わせることによって、特許の排他権より抱合権がより重要な役割を果たす。[88] 換言すれば、特許の実施及びライセンスによる共創を可能にする抱合権こそが、更なる知的財産創造に必要な技術へのアクセスを確保し、インダストリー4.0に適した産業発達への寄与を可能としている。

現行法と同様に、第二の実用新案権者は、先願に係わる他人の特許を侵害せずに自己の登録考案を実施できない場合、実施権許諾の協議を求めて

---

[86] 特許法80条。尚、アメリカでは特許権者よりむしろ無効となった特許を実施していた第三者（侵害者）に中用権を与え保護している。後掲注105−108参照。

[87] 前掲注25、Takenaka, 132頁; Toshiko Takenaka, *Inclusive Patents For Open Innovation*, TEX. INTELL. PROP. L.J. (Forthcoming 2021), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_ id=3581218; 前掲注76、Van Overwalle; Séverine Dusollier, *The Commons As a Reverse Intellectual Property: From Exclusivity to Iinclusivity*, *in* CONCEPTS OF PROPERTY IN INTELLECTUAL PROPERTY LAW, CAMBRIDGE INTELLECTUAL PROPERTY AND INFORMATION LAW (21) 258 (H. Howe & J. Griffiths eds., 2013), http://www.crid.be/pdf/public/7408.pdf; Séverine Dusollier, *Inclusivity in Intellectual Property*, *in* INTELLECTUAL PROPERTY AND GENERAL LEGAL PRINCIPLES – IS IP A LEX SPECIALS? 101 (G. Dinwoodie ed., 2015), https://www.researchgate.net/publication/298519848_Inclusivity_in_intellectual_property; Patrick Cohendet & Jurien Pénin, *Patents to Exclude v. Include: Rethinking the Management of Intellectual Property Rights in A Knowledge Based Economy*, 2011 TECH. INNOVATION MGMT. REV. 12 (2011), https://www.semanticscholar.org/paper/Patents-to-Exclude-vs.-Include%3A-Rethinking-the- of-a-Cohendet-P%C3%A9nin/a67a549cb37d8949e66ac000589b0dc5fec025c3.

[88] 前掲注24、山内他、54頁。

も合意に至らなかったときは、特許庁長官に通常実施権の設定を求める裁定を請求できることとする。[89] 先願と後願の特許・実用新案権者がクロスライセンスにより互いに利益を受ける場合は、裁定実施権の存在によって先願権利者が後願権利者に実施権を許諾する十分なインセンティブを与え、合理的な交渉によって協議で合意できると経済学的に想定される。[90] そのため、日本では裁定実施権が設定されたことは無く、他の国でも設定される例は少ない。裁定実施権の設定を求めるためには特許権者との協議を前提としているために、協議を求めることが侵害を認めることになるので、裁定による強制実施権設定制度が利用されていないという指摘もある。[91] 強制実施権の存在が利用発明の特許権者の交渉力を優位にすると考えられているため、以下で述べるように、外交交渉の結果、現在では強制実施権の設定に制限が設けられている。

経済学的には、強制実施権の有無に拘わらず、後願の発明・考案が先願発明・考案の経済価値を高め、実施により先願権利者に十分な利益をもたらすときに、当事者の合意により後願実用新案権者の実施料が免除・減額しクロスライセンスが締結されると考えられている。このような合理的な交渉を促進するためにTRIPSは後願の発明・考案が先願発明・考案に比べ十分に経済価値を高める技術的進歩を持つことを強制実施権設定の条件としている。[92] TRIPSの外交交渉当時、利用発明の強制実施権は基本特許をより多く持つ先進国にとって不利と考えられていたので、外交交渉の結果、TRIPS規定によって、半導体技術に対する強制実施権の設定は、公的非商業的使用又は反競争的行為の是正を目的とする場合に限られている。[93]

---

[89] 特許法72条；92条。実用新案法17条；22条。

[90] 強制実施権に関する経済理論については、Robert Merges, *Intellectual Property Rights and Bargaining Breakdown: The Case of Blocking Patents*, 62 TENN. L. Rev. 75, 83 (1994) を参照。

[91] 中山一郎「我が国における公衆衛生上の緊急事態と特許制度による対応可能性」知的財産研究教育財団編『医療と特許』152頁（創英社、2017）；知的財産研究所「標準規格必須特許の権利行使に関する調査研究報告書」161頁（2012）。

[92] Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), art. 31(l)(i), Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, 1869 U.N.T.S. 401.

[93] 同上TRIPS art. 31(c).

更に、日米合意に基づき、日本の特許法における裁定の運用において、半導体技術に限らずあらゆる分野の利用発明・考案に対して公的非商業的使用又は反競争的行為の是正目的にのみ強制実施権の設定が可能とされている。[94]

これらの制限は、クローズドモデルによる開発が主流で特許の藪の問題が深刻化せず、また自ら特許を実施せず他者に権利行使しライセンスにより特許から収益する不実施企業のビジネスも存在しなかった1990年代前半に導入されたものである。特に、不実施企業については、TRIPSの条件を充たしても理想の交渉が成立することはない。アメリカでは、2006年のeBay最高判決以降、たとえ特許権者が勝訴してもエクィティの4ファクターに関し差止命令の正当性を立証しない限りは侵害者は特許発明の実施を継続できるようになった。[95] 差止命令が出なかった特許権者は過去及び将来の侵害に対する救済として裁判所が設定した実施料（Ongoing Royalty）を受け取る。[96] 特許権者が不実施企業である場合や、特許が多数の部品から構成される製品の一部に係る場合には、差止が認められない可能性が特に高い。[97] 従って、合理的な交渉欠如や特許の藪の問題は、差止命令を出さないことによる実質的な強制実施権の設定で解決している。[98] 日本

---

[94] 特許庁「最低制度の運用要領」（平成9年4月24日改正）；木村貴志「プロパテント時代における権利のあり方に関する調査研究」知財権紀要11号58頁（2002）https://www.iip.or.jp/summary/pdf/detail01j/13_07.pdf。

[95] *Bay Inc. v. MercExchange*, L.L.C., 547 U.S. 388 (2006).

[96] *Paice LLC v. Toyota Motor Corp.*, 504 F.3d 1293, 1314 (Fed. Cir. 2007). Christopher B. Seaman, *Ongoing Royalties in Patent Cases after eBay: An Empirical Assessment and Proposed Framework*, 23 TEX. INTELL. PROP. L.J. 203 (2015), https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1542&context=wlufac.

[97] Seaman, *Permanent Injunctions in Patent Litigation after eBay: An Empirical Study*, 101 IOWA L. REV. 1949, 1984 (2016), https://ilr.law.uiowa.edu/assets/Uploads/ILR-101-5-Seaman.pdf.

[98] アメリカの裁判所や特許法の学者は、差止命令を出さないことによる侵害状態の継続を法律で定める強制実施権と区別する。Andrew C. Mace, *TRIPS, eBay and Denials of Injunctive Relief: Is Article 31 Compliance Everything?*, 10 COLUM. SCI. & TECH. L. REV. 232 (2009). 但し、TRIPSの規定は特許権者の意に反する特許発明の実施と広い定義

でも民法の一般理論である権利濫用論に基づき権利行使を否定することも可能であろうが、現在まで権利濫用論の適用は非常に特殊な事案に限られる。[99] eBay判決による差止制限は英米法特有のエクィティ理論に基づくものであり大陸法に基づく日本にはなじまず、その効果は実質上の強制実施権と変わらないので、むしろ日米合意を見直し、アメリカ判例法の現状を反映し現在の目的制限を削除し、合理的交渉欠如や特許の藪の問題はTRIPS規定の条件の下に裁定による強制実施権で解決すべきである。そのうえで、利用発明に対する裁定において侵害を主張している実用新案権利者と、先願特許を取得したものの製品化はしていない不実施企業との間で裁定実施権を設定するかを判断するときは、前者の考案が十分に経済的価値を高める進歩性を有すると推定されるべきである。従って、不実施企業が不当に高額な実施料を要求する場合は、特許庁長官は、実施企業同士の間で生じる合理的交渉を前提に減額や免除を考慮して合理的実施料で裁定実施権を設定すべきであろう。

５．特許権及び現行実用新案権への分岐・変更

防衛的にのみ権利行使可能な第二の実用新案権は、特許出願・現行実用新案権への変更を可能とすると共に特許出願・特許権から第二の実用新案権への変更を可能とする。但し、法定実施権によって発明を実施していた者は変更後に発生した特許権や現行実用新案権に対して中用権を取得する。従って、本稿で提案される制度では、発明者は(1)現行特許権；(2)現行実用新案権及び(3)第二の実用新案権から発明（考案）の保護を選択す

を使っており、差止を出さないことによる侵害状態の継続は実質上の強制実施権の設定である。前掲注87、Takenaka, 38頁。

[99] 特殊な事例としては、知財高裁の大合議がFRAND宣言された標準必須特許の権利行使に対し権利濫用の成立が認められ差止命令請求の申立を却下した原審を支持したアップル対サムスン事件がある。知財高裁特別部平成26年５月16日判決（平成25年（ネ）第10043号）債務不存在確認請求控訴事件、知財高裁特別部平成26年５月16日決定（平成25年（ラ）第10007号）特許権仮処分命令申立却下決定に対する抗告申立事件、及び知財高裁特別部平成26年５月16日決定（平成25年（ラ）第10008号）特許権仮処分命令申立却下決定に対する抗告申立事件。鈴木將文「標準必須特許の権利行使を巡る法的問題」RIETI Discussion Paper Series 15-J-061 (2015) https://www.rieti.go.jp/jp/publications/dp/15j061.pdf。

ることができる。この際、出願人がオープンソースによる製品開発を行うために、考案の公開のみならず誰にでも自由に実施させることを予定している場合を想定し、たとえ現行の実用新案制度が要求する記載・開示要件を充たす明細書やクレームにより出願を行う場合であっても、第二の実用新案権としての保護を選ぶことができる。更に、出願が日本語以外でなされていても、第二の実用新案権は防衛的にのみ行使可能であるので、日本語翻訳の提出が無くても登録により権利を発生させ公報を発行するものとする。個人発明者は形式的なクレームを含み、考案の詳細な説明の代わりに実施例のソースコードやCADファイル等のディジタルデータを含み、十分に考案を実施可能に開示する第二の実用新案出願を行うことができる。そのような簡略化した開示による出願であっても登録を受けることができるものとし、この登録に基づき現行法と同様に特許出願を行うことができるものとする。[100]

第二の実用新案出願又はその登録に基づき変更した特許・現行実用新案出願は、クレームに記載された発明や考案が元の出願に記載された事項の範囲内である場合に限り、元の出願時にされたものとみなされる。[101] 元の出願が簡略化したクレーム及び開示しか含まない場合には、考案の特定に必要な事項を記載したクレームと考案の詳細な説明を含む特許・現行実用新案出願を提出する必要がある。既に開示要件を充たす日本語以外のクレームと明細書を含む出願の場合には、日本語翻訳の提出により特許出願又は現行実用新案権への変更を認めるものとする。

更に、現在のドイツの制度に倣い、特許出願からの分岐制度を導入する。[102] 即ち、侵害の主張又は侵害訴訟が提起された場合であって、その者が係属中の特許出願の発明を侵害しているときは、その特許出願に基づき出願から9年6か月の期間は、第二の実用新案出願を行い登録を受け、技術評価書の提示無しに侵害の主張又は侵害訴訟を提起した者に対し侵害訴訟を提起することができるものとする。特許権と第二の実用新案権とは権利の性格が異なるので、ダブルパテントを適用しないものとして、第二

100 特許法46条の2、1項。

101 特許法46条の2、2項。

102 ドイツ実用新案法5条。

の実用新案出願及び登録によって元の特許出願を放棄する必要は無いものとする。[103] 同様に、第二の実用新案登録に基づいて特許出願を行った場合の登録放棄義務も廃止する。[104] ドイツでの実務に照らすと、侵害品をそのまま含む狭い技術的範囲について分岐実用新案を取得し、権利行使を容易にする一方、より広い技術的範囲に特許を取得し将来の権利保護に備えることで両方の権利の活用が可能である。従って、ドイツでは全く同じ技術的範囲に対し特許と実用新案を取得することは稀で、その場合には法律上の義務が無くても実用新案が放棄されることになる。特許と実用新案の技術的範囲が重複しても特許のほうが広い場合には、特定の実施例に係る権利についてのみ権利を開放するという知財戦略も考えられるので、両者の維持が認められるべきであろう。

法定実施権に基づき考案の実施を開始した者を保護するため、第二の実用新案権に基づき発生した特許権や現行実用新案権及び分岐により第二の実用登録を伴う特許権については、アメリカ特許法の下で特許が再発行された場合に生ずる中用権（Intervening Right）と同じ効果の無償の通常実施権を発生させるものとする。[105] 即ち、第二の実用新案登録に基づいて特許又は現行実用新案出願がなされ発生した特許権や現行実用新案権は、その権利発生前から存在する物には及ばず（絶対的中用権）、これらの特許・現行実用新案権発生前までに考案実施の準備を行った者は裁判所が裁量により実施を継続する通常実施権（エクィティの中用権）を取得する。[106] アメリカ判例法において、後者の中用権は事案に応じて無効となった発明を実施していた者（侵害者）に対してエクィティのファクター（例えば、原特許クレームが広すぎて無効と信じていた等）に照らし裁判所が実施できる範囲を決め有償又は無償の実施権の範囲を設定する。[107] 提案される実用新案制度の中用権は、第二の実用新案権の法定実施権に依拠し登録実用新案の実施又は実施の準備を行った者に対して発生し、その者は実施して

---

[103] 特許法46条の２、１項。

[104] 特許法46条の２、１項。

[105] アメリカ特許法252条。

[106] *Marine Polymer Techs., Inc. v. HemCon, Inc.*, 672 F.3d 1350 (Fed. Cir. 2012).

[107] Jonathan A. Platt, *Protecting Reliance on the Patent System: The Economics and Equities of Intervening Rights*, 47 CASE W. RES. L. REV. 1031 (1997).

いる又は準備した事業を無償で継続できるものとする。実施の投資や設備を保護するという点では日本の特許法・実用新案法の中用権と同じであるが、実施権を取得するのは無効となった特許権者ではなく特許権又は現行実用新案権が再発行するまでに特許又は考案を実施した第三者であり、有償ではなく無償の通常実施権を取得する点で異なる。[108]

特許出願に基づく第二の実用新案への分岐は侵害の主張に対する対応策であるので、拒絶査定謄本送達に伴う期限を適用せず、特許出願から9年6か月の期限のみを適用する。[109] 第二の実用新案登録から現行実用新案出願への変更は、同様に、9年6か月の期限のみ適用する。第二の実用新案登録から特許出願への変更については、出願から10年の実用新案権の存続期間はいつでも可能とし、現行実用新案の出願及び登録から特許出願に変更する場合の出願から3年の期限を適用しない。[110] 第二の実用新案出願は、考案に基づいて起業する個人発明者にも利用されることを想定するが、考案の商業的価値の判断は、現行法の期限である3年以上がかかることも多い。更に発明の価値を評価する十分な経験を持たない起業家は、製品化の経験を持つ企業による考案の実施によって価値を知ることもある。第二の実用新案権で保護される考案は、法定実施権により誰でも自由に実施可能であり、独占による問題も生じず、変更・分岐によって特許権が発生するまでに考案を実施した者は中用権によって実施を係属できるので、期限は設けないものとする。

更に、現行制度には無い特許権から第二の実用新案登録への変更を導入し、そのような変更を出願日から9年6か月の期限まで認めることにする。企業や個人発明者による考案の無償解放を奨励するため、第二の実用新案の登録料を大幅に減額するものとする。ドイツを始めとした欧州の一部の国はライセンス・オブ・ライト（LOR）制度を導入するがあまり利用されていない。[111] LOR制度は有償ライセンスを前提とし、権利者と実施許諾を

---

108 特許法80条。実用新案法20条。

109 実用新案法10条。

110 特許法46条1項；46条の2。

111 Ilja Rudyk, *The License of Right, Compulsory Licensing and the Value of Exclusivity*, Discussion Paper Series of SFB/TR 15 GOVERNANCE AND THE EFFICIENCY OF ECONOMIC

望む者が実施料や条件に合意できない場合には、裁定実施権と同様の一定の手続を経る必要がある。[112] 特に実施料計算の交渉の取引コストは高く、これを避けるためあまり利用されていない可能性がある。本稿で提案する第二の実用新案では、法定通常実施権によって無償で考案が実施されるので取引コストは無く、変更された登録考案はLOR制度よりも広く利用されるものと予想される。

Ⅴ. 提案実用新案制度の利点

提案された実用新案制度は現行制度では出願を行っていなかった発明の開示に不慣れな個人発明者のみならず、OS思想に反するために出願に消極的な個人発明者による出願が期待できるため、実用新案の出願数を増加させることができる。登録考案の実施及び改良の自由は当該考案を実施する者からは法定実施権により自動的に確保され、当該考案の実施に必要な先願特許権・実用新案権の権利者からは裁定実施権により確保される。複数存在するOS特許契約と異なり、法定実施権により考案を実施できる条件や範囲は統一されていて、平易な文言で書かれた条文は個人発明者にも理解しやすく執行可能かどうかという問題も無い。

日本語以外での出願に基づき登録を許すことで、外国からの出願、特に出願コストの高いアメリカからの出願を増加させることができる。アメリカ企業は、日本の特許庁に実用新案出願することで、USPTOが出願を先行技術として引用する可能性が高まり、他者に特許を取得させない防衛的効果を向上させることができる。ひいては、USPTOが出願以外の先行技術を発見できずに発行した特許を日本企業に行使されるリスクも下がるので、日本企業も防衛的効果の恩恵を受ける。第二の実用新案は出願に不慣れな個人発明者のための制度であるが、現行特許出願及び特許権・現行実用新案出願及び実用新案登録と第二の実用新案出願の間で柔軟に分岐・変更を行えることによって、オープン・クローズ戦略を採用する企業にとっても

SYSTEMS 415 (2012), Free U. Berlin, Humboldt U. Berlin, U. Bonn, U. Mannheim, U. Munich, https://ideas.repec.org/p/trf/wpaper/415.html.

[112] ドイツ特許法23条3・4項。

魅力的な制度となっている。

本稿の提案により、特許庁は審査の負担を増加させず出願による収入を増加させることができる。第二の実用新案で発生する権利は防衛目的以外に行使できないので、特許権者の独占から生ずる超過利潤による社会的損失の問題は起こらない。[113] そのため、現行実用新案出願に対して行っている基礎的要件の審査を行う必要は無い。[114] むしろ、明らかな公序良俗違反の考案だけを排除し、出願からできる限り早く登録し、実用新案公報を発行し、権利者が考案を公開することで生ずる防衛的・積極的利益を享受できるようにする。

提案する制度は、現行特許や実用新案権の代わりに第二の実用新案権が選ばれることで、従来、実施許諾を受ける必要があった考案を通常実施権によって日本企業が無償で実施できるようになる。登録により発行される公報の内容は技術情報として有効であるのみならず、登録原簿の内容は発明者や実用新案権の帰属先の企業等を含むため、オープンイノベーションを行うために必要な情報を特許庁のデータベースから容易に且つ無料で入手可能になる。

第二の実用新案権は、個人発明者とその発明の価値を評価できる企業が協働するプラットフォームを提供することで、技術起業を奨励する。更に、言語の制限を撤廃し、日本人以外の出願を増加させることで、日本の実用新案制度をグローバル化させる。自国では出願できなかった個人発明者やスタートアップも日本で第二の実用新案権を取得し、VCから資金を得た後で特許出願に変更し特許権を取得することによって、日本でビジネスを開始するインセンティブを与えることができ、提案する制度が外国人による日本での起業の呼び水として働く可能性もあろう。

Ⅵ. 結び

日本の実用新案制度は無審査制度導入以来、出願件数が減り続け、今や

---

[113] 特許制度における超過利潤については、武田巧「レントとレントシーキング理論の再定義」政経論叢79巻 1-2 号85頁 (2010)；前掲注37、中山、9 頁を参照。

[114] 実用新案法 6 条の 2；特許実用新案審査基準第Ⅹ部第 1 章。

存在価値が問われる状況にある。実用新案制度を安楽死から救うためには、小発明による中小企業振興、開発途上国の地元産業保護という古い概念を脱却し、開発モデルのパラダイムシフトによって生まれたインダストリー4.0の担い手のための制度として新しい使命を持ち、生まれ変わらせる必要がある。そのためにはこのような担い手の新しい特許の活用に鑑みた権利の再構築が必要であり、急速に進む技術革新に見合った審査制度の革新が必要であろう。本稿ではこのような革新を反映する試案を試みたが、特許庁ではAI・IoT時代の特許の活用方法の多様化に対応した特許制度の見直しが提案されていて、排他権独占権を中心に捉える特許制度に加えた新たな選択肢が模索されている。[115] 本稿がその見直しの一助となれば幸いである。

[115] 特許庁「『AI・IoT技術の時代にふさわしい特許制度』に関する検討の方向性」令和2年4月2日 https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/tokkyo_shoi/document/37-shiryou/03.pdf。

提案第二の実用新案制度と現行制度の比較表

	第二の実用新案	現行実用新案	現行特許
保護対象	技術思想 方法の考案を除外	物品の形状・構造	技術思想
外国書面出願	可	不可	可
クレーム	発明特定必要事項を記載したクレーム又は形式的クレーム	発明特定必要事項を記載したクレーム	発明特定必要事項を記載したクレーム
明細書	考案の詳細な説明と図面（実施例のディジタルデータで代用）	考案の詳細な説明と図面	発明の詳細な説明 （図面）
審査	公序良俗のみ	基礎的要件	全ての実体要件
公開	出願後直ちに登録、公報発効 日本語翻訳不要	出願後早くて2か月で登録、公報発効	1年6か月(早期公開請求を除く) 日本語翻訳要
権利	専用権 技術評価書を提示した警告無しに第三者の侵害に対し防衛的権利行使可	専用権 技術評価書を提示した警告により第三者に対し権利行使可	専用権 警告無しに第三者に権利行使可
考案の実施法定通常実施権	実施許諾不要 （法定要件充足で実施権発生）	実施許諾必要	実施許諾必要
裁定実施権	利用関係・不実施・公共	利用関係・不実施・公共	利用関係・不実施・公共
変更 分岐	特許出願からの変更・分岐 期限：出願から9年6か月 特許権から第二の実用新案登録への変更 期限：出願から9年6か月	特許出願からの変更 期限:出願から9年6か月＋拒絶査定謄本送達3か月 第二の実用新案からの変更 期限：9年6か月	現行実用新案からの変更 期限：出願から3年 現行実用新案登録からの変更 期限:出願から3年＋技術評価書請求前＋審判 第二の実用新案登録からの変更 第二の実用新案登録からの変更 期限：存続期間
中用権	特許権・現行実用新案権発行時に存在する物等に権利及ばず 実施、実施の準備をした者は実施を継続する無償の通常実施権	無し	無し