

特許制度の現代的な課題

政策研究事業本部東京本部副本部長 兼 知的財産コンサルティング室長
兼 グローバルルール研究センター長 [東京] 主席研究員 肥塚 直人

1. はじめに

1885年に施行された専売特許条例を起点にすると日本の特許制度は昨年(2025年)に140周年を迎えた。専売特許条例が誕生した1885年は、太政官制が廃止され、伊藤博文が初代内閣総理大臣に就任した年であり、帝国議会が招集された1890年よりも前のことである。その後、1896年と1898年に公布された民法(1898年施行)や、1899年に公布・施行された商法等、近代国家として、また不平等条約改正に必要な法整備が進められていくが、専売特許条例はそれらよりも先にその基本形が整備されている。日本の特許制度はもちろん、諸外国の特許制度、条約による国際的な枠組みも時代とともに発展してきたが、当然に立法当時とは経済社会や産業構造も大きく変革しており、さまざまな制度上の課題も見られるようになってきている。産業構造審議会でも特許制度については注目すべきさまざまな議論が行われている他、知的財産戦略本部に設置された構想委員会や分科会等でも特許制度のあり方についての議論が絶えることがない。

本稿では、近年の経済社会変化を前提として、より良い特許制度を継続的に整備していく観点から特許制度のあり方についての議論が少しでも盛り上がることを期待して、これまでの議論を紙面が許す範囲でレビュー¹し、特許制度が抱える現代的な課題について若干の整理を試みたい。

2. アメリカにおける議論

(1) 伝統的な考え方

アメリカでは、1790年に最初の連邦特許法が制定された。これは合衆国憲法第1条第8節第8項に、科学および技芸の発展を目的として、著作者および発明者に一定期間排他的権利を付与することが記載され、連邦議会に立法権限が与えられたことで制定されたものである。1790年法の下で、排他的権利が認められたものの、審査制度の整備等は1836年法を待つ必要があったことから、当初は国家による特権的な権利としての側面が残されていた²。また1790年法はアメリカ国民にしか権利付与を認めていなかった点も当時の特徴である。その

¹ 媒体の字数制限の都合もあり全てを記載できないものの、本文で引用させていただいた文献に加えて、例えばアメリカにおける議論について次の文献も参考にさせていただいた。竹中俊子「パイオニア発明に係る特許の保護範囲ーパイオニア発明と商業化のための改良発明インセンティブをめぐる経済理論」財団法人知的財産研究所編『特許の経営・経済分析』(雄松堂出版、2007年)281-299頁、山根崇邦「米国特許法学における制度論的研究の発展」同志社法学第62巻第6号(2011年)2191-2252頁、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」特許研究第60号(2015年)5-17頁。

² 1790年法第1条には、「有用な芸術、製品、エンジン、機械、装置、又はそれらの改良物で、これまで知られていなかったり、使用されたことがなかったりするものを発明、発見した者は、特許が付与されることを祈る(praying)こと」と規定されていたことが知られており、審査手続を前提としない、国家による特権的な権利としての側面が残されていた。厳密には1790年法が、国務長官、軍長官及び司法長官によって構成される特許審査会が審査を担うことを定めていたものの、審査機関として十分機能しないまま、1793年法によって無審査主義

後の法改正によって外国人への権利付与や、審査制度の整備が行われていく過程で、この排他的権利が、財産権であるという認識は徐々に広がり、19世紀後期には連邦最高裁でも一般的な考え方として浸透していたと考えられる³。

例えば欧州では特許法が誕生した当時の議論や認識として特許権を自然権的に捉える考え方も見られたものの、アメリカでは特許制度の正当化理由としての自然権理論を支持する動きは見られなかった。アメリカにおける特許制度の正当化理由として支配的な理論となったのは、発明に必要なインセンティブを付与することを目的とした「報酬理論」である。伝統的な報酬理論の考え方としては、「特許権と著作権を付与する権限を連邦議会に与えている条項の背後にある経済哲学は、個人の利益を認めることで個人の努力を奨励することが、創作者や発明者を通じて公共の福祉を実現する観点から最善であるという確信である」と述べた連邦最高裁判決が知られている⁴。また、特許の非自明性について、いわゆる「グラハム基準」を示したことで知られている連邦最高裁判決⁵も、特許による独占は発明者に対する自然権を付与するものではなく、新しい知識を生み出すための報酬、誘因であって、人類の知識を発展させ、新しく有用な発明に対して独占が正当化されると指摘しており、報酬理論を前提にしていると考えられている。

(2) 報酬理論の揺らぎ

[1] 報酬理論に対する批判の高まり

報酬理論をめぐるさまざまな議論があり、批判的な見解も少なくない。例えば少し古い学説の1つに、Kitchが提唱者として知られている「プロスペクト理論」と呼ばれる考え方がある⁶。新たな分野における研究や開発を政府が集中的に調整することで、重複を防止することを重視した考え方であり、報酬理論が発明者にとって「事前」のインセンティブを付与するものと理解すれば、プロスペクト理論は「事後」のインセンティブを付与するものと理解できる。また異なるアプローチとして、「開示理論」と呼ばれる考え方もある。すなわち、特許は一般的に社会にとって有益なものであり、発明の公開を奨励することで、合衆国憲法が求める要請に応えようとしているとする考え方で、独占的な権利付与は、発明を開示することと引き換えに付与されるものであるとしている⁷。

アメリカでは、1990年代以降、特許制度のあり方をめぐる議論が盛んになり、報酬理論に対する有力な批判も多くなっていくが、その背景の1つとしては、1995年の「世界貿易機関を設立するマラケシュ協定」の附属書1cを構成する知的所有権の貿易関連の側面に関する協定(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPS協定)の発効がある。具体的にはTRIPS協定の発効にむけたウルグア

に移行したと言われている。アメリカにおける当時の特許法形成について、例えば、川口博也『基礎 アメリカ特許法(第2版)』(発明協会、2005年)1-23頁を参照。

³ 例えば *Seymour v. Osborne*, 78 U.S. (11 Wall.) 516, 533 (1871). で Clifford 判事は、特許状によって保護された発明は特許所有者の財産であり、他の財産権と同様の保護を受ける権利であると明言している。同様に、*Cammeyer v. Newton*, 94 U.S. 225, 226 (1877). や、*James v. Campbell*, 104 U.S. 356, 357-58 (1882). においても同様の考え方が示されている。

⁴ *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, 219 (1954).

⁵ *Graham v. John Deere Co.*, 383 U.S. 1 (1966).

⁶ Edmund W. Kitch, *The Nature and Function of the Patent System*, 20 J L & Econ 265 (1977). 最初に提唱したのは Barzel であるとの指摘もある。Yoram Barzel, *Optimal Timing of Innovations*, 50 Rev. Econ. & Stat. 348 (1968).

⁷ Jeanne C. Fromer, *Patent Disclosure*, 94 Iowa L. Rev. 539 (2009)., Brett M. Frischmann & Mark A. Lemley, *Spillovers*, 107 Colum. L. Rev. 257 (2007). を参照。開示理論の問題点については、Mark A. Lemley, *The Myth of the Sole Inventor*, 110 Mich. L. Rev. 709, 745-749 (2012). を参照。

イ・ラウンド交渉において、主に途上国側から先進国による知的財産権の独占、知的財産制度へのアクセスが不十分な者が不利益を被る可能性、途上国側の先進国に対するロイヤルティー支払いの増加等の観点から懸念の声が上がった⁸。加えて発効後には HIV/AIDS 等の感染症が深刻になる中、先進国企業が保有する特許権が主として途上国における医薬品へのアクセスを制限しているという声が強まったことによる特許制度に対する批判である⁹。TRIPS 協定に対する強い懸念を示した代表的な論者の 1 人として、ノーベル経済学賞受賞者でもある Stiglitz がいる。Stiglitz は、本来知識は公共財であって、特許制度のひずみによって医療へのアクセスコストが上昇していることや、排他権を濫用的に用いることが技術発展を妨げることを指摘している他、特許制度がイノベーションを妨げる側面を有していると指摘している¹⁰。この点、Lemley も知的財産的保護がなくても、助成金の存在や創造に対する非経済的な動機からイノベーションはなくなると指摘し、知的財産権が特許技術を改善するイノベーターの可能性を制限することで、発明を思いとどまらせてしまうといった限界があると論じている¹¹。

もう 1 つの背景としては、1990 年代から 2000 年代にかけてパテントロールの台頭や特許訴訟の急増に直面したことを指摘することができる。つまり経済活動における特許権侵害回避コストや訴訟コストが増大し、結果としてイノベーションを委縮させているという特許制度に対する批判である。特許権侵害回避コストや訴訟コストが増大したことを背景とした議論としては、裁判例¹²や学説の中にも特許回避のコストが高いことから、特許制度による保護が弱い国に研究開発が流出する懸念があることを指摘するものが見られた¹³。また製薬や化学の業界では特許制度が有効に機能しているものの、それ以外の産業では 1990 年代後半には特許訴訟に係るコストが便益を大きく上回っており、特許制度がイノベーションに対して負の影響を与えているという有力な見解¹⁴も見られるようになる。アメリカでは特許制度の有効性についての実証研究も多く、例えばイノベーションによる企業の利益をどのような専有手段によって獲得しているのか(専有可能性)を調査する著名な研究¹⁵がある他、特許取得

⁸ アメリカは 2001 年に 9.11 の直後に炭疽菌テロにも直面する中、バイオテロに対する備えの必要性が高まる中、治療薬に係る特許権を有する大手製薬メーカがジェネリック薬の製造を拒否したことが社会的にも問題視され、政府は強制実施権の発動も本格的に検討する事態となった(政府の強行姿勢を踏まえて最終的に当該製薬メーカはジェネリック薬の製造を許可している)。このように特許制度が安全保障上の懸念を生じさせるという議論もアメリカでは多い。この点、肥塚直人「経済安全保障と特許制度～求められるグローバル知的財産戦略～」政策研究レポート(2022 年)も参照。

⁹ 例えば山根裕子『知的財産権のグローバル化－医薬品アクセスと TRIPS 協定』(岩波書店、2008 年)が詳しい。TRIPS 協定締結後、先進国企業が保有する特許権が主として途上国における医薬品へのアクセスを制限しているという批判が強まる中、「TRIPS 協定と公衆衛生に関する宣言」(ドーハ宣言)が採択されている。同宣言では、先進国側と途上国側の双方の主張に配慮を示しており、加盟国に TRIPS 協定の遵守を求める一方、TRIPS 協定が加盟国の公衆衛生を保護するために講じる措置を妨げるものではないことを明示している。

¹⁰ Joseph E. Stiglitz, *Economic Foundations of Intellectual Property Rights*, 57 *Duke L.J.*1693 (2008)。同様の指摘は邦語で出版された書籍、ジョセフ・E・スティグリッツ(藪下史郎 監訳、藤井清美 訳)『スティグリッツ教授の経済教室－グローバル経済のトピックスを読み解く』(ダイヤモンド社、2007 年)198－202、295－299 頁にも見ることができる。

¹¹ Mark A. Lemley, *Ex Ante versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*, 71 *U. Chi. L. Rev.* 129, 130 (2004)。

¹² *Classen Immunotherapies, Inc. v. Biogen Idec*, 659 F.3d 1057 (Fed. Cir. 2011)。

¹³ Gregory Day & Steven Udick, *Patent Law and The Emigration of Innovation*, 94 *Wash. L. Rev.*119 (2019)。同論文は実証研究に基づきこの懸念を指摘した上で、特許保護を強化するよりも、実験研究のためのセーフハーバーを拡大すべきこと、紛争をより効果的に解決するための枠組み整備等を提言している。

¹⁴ James Bessen & Michael J. Meurer, *Patent Failure: How Judges, Bureaucrats, and Lawyers Put Innovators at Risk*, Princeton University Press (2008)。

¹⁵ 一例として米国の著名な経済学系シンクタンクである NBER のワーキングペーパーとして公表された、Wesley M. Cohen, Richard R. Nelson and John P. Walsh, *Protecting Their Intellectual Assets: Appropriability Conditions and Why U.S. Manufacturing Firms Patent (or Not)*, NBER Working Papers 7552 (2000)。や、同じく著名なシンクタンクである Brookings のレポートとして公表された Richard C. Levin, Alvin K. Klevorick, Richard R. Nelson and Sidney G. Winter, *Appropriating the*

がイノベーションの価値をどの程度高めたか(特許プレミアム)を調査する研究¹⁶等が見られ、いずれも特許制度が必ずしも有効とは言えないという結論を導く内容となっている。加えて極論ではあるが、特許制度や著作権制度は廃止されるべきであるという主張¹⁷や、独占的排他権の付与に代わるインセンティブを付与すべきであるという主張¹⁸も登場した。こうした議論の高まりを受けて政府でも特許制度の見直しについて盛んに議論されるようになったことも、特許制度の正当化根拠に対する関心を高めることとなった。こうした議論の高まりは、法改正への議論へとつながり、大規模な改正となった2011年の特許法改正が実現したことが知られている¹⁹。

[2] 2011年特許法改正以降の議論

伝統的な特許制度の考え方に対する異論は2011年の特許法改正以降も多数見られる。例えばLemleyは、多数の重要技術を調査した結果として、ほとんどの発明が独立した2つ以上の者によって同時に開発されていることを示した上で、報酬理論に改めて疑問を呈している。また同調査結果によれば、特許権を取得した最初の発明者が、開発や商業化を促進するために権利を行使せず、むしろそれらを遅らせるために権利を行使することが多く、同時期に他の者が別途同じテーマの開発を行うことを妨げていると示唆している²⁰。またLemleyは開示理論について、多くの後発者が、特許文献を十分に読んでいないことも示唆している²¹。こうしたことを踏まえ、Lemley自身は、複数の主体が相互に競争しながら特許を取得することを奨励することで、発明を早期に出願、公開させることに特許制度の正当化事由を求めている²²。

Lemleyや他の論者と異なるアプローチから特許制度の意義について論じたMergesは、独自の正当化根拠を著作に取りまとめており、注目を集めた²³。Mergesは知的財産法概念を3つの階層に分けて論じているが、

Returns from Industrial Research and Development, Brookings Papers on Economic Activity (1987). 等が広く知られている。

¹⁶ Ashish Arora, Marco Ceccagnoli, and Wesley M. Cohen, R&D and the Patent Premium, NBER Working Papers 9431 (2003).

¹⁷ Michele Boldrin & David K. Levine, *Against Intellectual Monopoly*, Cambridge University Press (2008). 同書は、ミケーレ・ボルドリン/デヴィッド・K・レヴァイン(山形浩生/守岡桜 訳)『<反>知的独占 特許と著作権の経済学』(NTT出版、2010年)として邦語出版されている。

¹⁸ 政府による報償の提供が特許権や著作権を付与するよりもイノベーション促進の観点からは望ましいと指摘するものとして、Steven Shavell & Tanguy van Ypersele, Rewards versus Intellectual Property Rights, 44 J. Law & Econ. 525 (2001). 入札プロセスを介した政府による特許の買い取り制度を提案するものとして Michael Kremer, Patent Buyouts: A Mechanism for Encouraging Innovation, 113 Q.J. ECON. 1137(1998).

¹⁹ こうした議論を踏まえ、2011年には大規模な特許法改正が行われたことは広く知られている。同改正の経緯や改正法について紹介する文献として、吉田直樹「2011年米国特許法改正の概要」特許研究第53号(2012年)5-14頁、ハロルド・ウェグナー/バヴァン・アガワル/コートニー・プリンカー/ホフ/クリステル・ショール/土井悦生「米国特許改正法の概要と実務への影響」パテント第65巻第4号(2012年)3-15頁、Scott M. Tulino/Sean M. McGinn(監訳 平田 忠雄)「米国発明法が与える影響及び特許実務の最適化について」パテント第65巻第9号(2012年)56-65頁、井上知哉『アメリカ特許実務マニュアル-2011年米国特許法改正を踏まえて-』(中央経済社、2012年)、服部健一『新米国特許法 対訳付き 増補版〔施行規則・AIA後の法改正と条約〕』(発明推進協会、2014年)等がある。

²⁰ Mark A. Lemley, The Myth of the Sole Inventor, 110 Mich. L. Rev. 709 (2012).

²¹ Id at 745-746.

²² Id at 749-760.

²³ Robert P. Merges, *Justifying Intellectual Property*, Harvard University Press (2011). 同書は、ロバート・P・マーজেス(山根崇邦/前田健/泉卓也 訳)『知財の正義』(勁草書房、2017年)として邦語出版されている。また同書の意義を一早く国内で紹介した文献として、山根崇邦「Robert P. Mergesの知的財産法概念論の構造とその意義」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』(弘文堂、2013年)3-37頁がある。Mergesの見解に対しては批判も多く、Lemleyとの論争にも発展したが、議論が惹起されたこと自体は注目すべきである。Lemleyによる批判についてはMark A. Lemley, Faith-Based Intellectual Property, 62 UCLA L. Rev. 1328 (2015). や田村善之「蜘蛛の糸-『知財の哲学』『知財の理論』からみた『知財の正義』」田村善之・山根崇邦編著『知財のフロンティア第1巻 学際的研究の現在と未来』(勁草書房、2021年)3-32頁参照。また浅野有紀「知的財産法制の再考-職業的知的創作の自由の観点から」田村善之・山根崇邦編著『知財のフロンティア第1巻 学際的研究の現在と未来』(勁草書房、2021年)33-54頁、山根崇邦「知的財産制度の正当化根拠をめぐる権理論と功利主義の相克-知的財産と法哲学の交錯の一断面」田村善之・山根崇邦編著『知財の

報酬理論等の伝統的な通説を含む特許制度の原理よりも深層のレベルに根本規範があるとし、特許制度の正当化根拠に対する疑念が高まる中、その規範的な根拠をロックやカント等の思想の中に見いだそうとしている点が特徴的である。

またオープン・イノベーションが一般化し、イノベーションの担い手やイノベーション創出の方法が変化していること等に、特許制度が対応できていないことを指摘する見解もある。例えば Asay は、特許制度がオープン・イノベーション・コミュニティに過度な負担を課していることを指摘し、特許制度の見直しの必要性を訴えている²⁴。また Poncheck は、今日における実態としてイノベーションの担い手は個人ではなく、企業ないし組織が担っているにもかかわらず、何世紀も前から脈々と受け継がれている特許権が個人に帰属するという考え方が、政策立案者の考え方の基盤となっていることに懸念を示している²⁵。またイノベーションには協働が必要とされており、組織横断的な協力や革新的な組織の設立を促すような制度でなければならないところ、特許制度がそのような期待に応えられなければ、イノベーション・エコシステムの参加者はこれまで以上に秘密情報として知財の管理をしようとする可能性があるが、秘密情報として管理される知財は社会全体の知識を豊かにしないことから、社会全体のイノベーションを鈍化させる懸念があると指摘している。

最近の学説の中には、アメリカでは不法行為制度がイノベーションに抑制的な影響を与えていることを詳細に論じた上で、Anti-Patent 制度と呼ぶ仕組みを提唱するものもある²⁶。この議論は特許制度そのものがイノベーションを阻害しているということを指摘するものではないが、アメリカでは不法行為法が特許制度の想定しているインセンティブを阻害していると指摘する。すなわち、不法行為法が企業等に対して被害の発生を予見し、費用対効果の高い方法で予防措置を講じることを求めており、予防措置となり得る特許技術を保有している場合にその実施(製品への実装)が法的に求められる結果となるため、開発や製品化に要するコストを高めることになるという指摘である²⁷。また特許権による独占がイノベーションを阻害するという議論は、医薬品、農業、バイオ、防衛、インフラ等の分野では政府等の公共部門の存在を前提に、独占的な買い手の存在が商品価格の高騰やアクセスを制限しており、こうした業界においては強制実施権の使用は控えるべきであることや、独占的な買い手の影響を軽減するような措置を講じることを検討すべきであることを主張する学説もある²⁸。

[3] 最近の連邦議会における議論

アメリカでは 2011 年の大規模な特許法改正をめぐってさまざまな議論が見られた²⁹。2011 年の特許法改正

フロンティア第 1 巻 学際的研究の現在と未来』(勁草書房、2021 年)55-88 頁も参照。

²⁴ Clark D. Asay, *Enabling Patentless Innovation*, 74 Md. L. Rev. 431 (2015).

²⁵ Talya Ponchek, *The Emergence of the Innovative Entity: Is the Patent System Left Behind?* 16 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 66, 112-113 (2016).

²⁶ Roy Baharad, Stuart Minor Benjamin & Ethyd Guttel, *Anti-Patents*, 91 U. Chi.L.Rev. 239 (2024).

²⁷ 革新的な安全技術を有しながらコストを懸念して製品に実装しなかった Blitz 社の例、同様に健康被害を生じさせることを認識しながら、自ら保有していた有害物質除去の技術をコストへの懸念から製品に実装しなかった DuPont 社の例、同様に安全技術を有しながら特許取得することで当該安全技術を保有していたことを公言することになる結果想定される不法行為責任を懸念し、当該技術を秘匿して製品に実装しなかった BIC 社の例を指摘している。

²⁸ Roy Baharad and Gideon Parchomovsky, *Patent Monopsonies*, 75 Duke L.J. 377 (2025).

²⁹ 2011 年改正に至るいわゆる「パテントリフォーム」については、本稿で触れているような議論の高まりに加え、2003 年の FTC による報告書(FTC, *A Report by The Federal Trade Commission, To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy*(2003).)やメディア等における報道等も背景に、2005 年から連邦議会における審議が始まっている。

は特許制度の信頼を取り戻す意図も込められた大改正であったが、それ以来、大規模な法改正は行われていない。しかし、近年になって特許適格性のあり方をめぐって法改正の必要性が指摘されており、度々議会で法案が提出されている。具体的には 2022 年、2023 年に法案が上院に提出されている³⁰。特許適格性に係る規定(35U.S.C. § 101)を全面的に改正すべきであることを含む法案であったが、審議は進まず、成立には至らなかった。その後も、2024 年 9 月には下院、2025 年 5 月には上院に特許適格性については同様の改正を意図した法案が提出され、注目される議論の 1 つとなっている。

3. 日本における議論

日本の特許制度や議論の変遷を振り返るには紙面が足りないが、時代の変化に合わせて重要な法改正が度々行われ、さまざまな議論が行われてきた³¹。また日本の成長戦略においてイノベーション促進の重要性が度々強調され、さまざまな政策が検討、実施されてきていることも事実である。しかし、特許制度がイノベーションを促進すべきものであるという考え方は広く受け入れられているものの³²、特許制度が実際にイノベーション促進に貢献できているのかについての議論や研究の蓄積はアメリカに比べると低調と言わざるを得ない。

日本における貴重な研究成果の 1 つとして、「専有可能性」についての実証的研究を行った例³³も見られ、日本では技術のスピルオーバーの程度が極めて高く、専有可能性が低いという特質があることや、特許制度のあり方が日本の高いスピルオーバーの原因であることが指摘されている³⁴。特許制度の変更が、企業の研究開発費や特許出願件数の変化には直ちに結びついてはいないことを指摘している文献もある³⁵。これに対して特許制度の効用に係る実証研究を行った山田教授は、特許制度のイノベーションに与える効果について懐疑的な海外の先行研究が多い中、日本のデータを用いた実証によれば、特許制度の存在意義を強く確認させるものであったと指摘している³⁶。また小田切教授は、アメリカにおける専有可能性について行われた調査は、産業間によって傾向に違いがあり、特に医薬品業界等においては特許制度の有効性が相対的に高く評価されていること等を

³⁰ 服部健一、ジョン・コング「米国における特許保護対象と 101 条法改正、S.2140 について」パテント第 76 巻第 13 号(2023 年)64-73 頁。

³¹ 例えば産業構造審議会知的財産分科会特許制度小委員会が取りまとめた報告書だけを見ても令和に入ってから、「AI・IoT 技術の時代にふさわしい特許制度の在り方—中間とりまとめ—」(2020 年 7 月)、「ウィズコロナ/ポストコロナ時代における特許制度の在り方」(2021 年 2 月)、「知財活用促進に向けた特許制度の在り方」(2023 年 3 月)が公表されている。

³² 後藤晃・長岡貞男編『知的財産制度とイノベーション』(東京大学出版会、2003 年)1 頁。

³³ 科学技術庁科学技術政策研究所第 1 研究グループ 後藤晃・永田晃也「イノベーションの専有可能性と技術機会—サーベイデータによる日米比較研究」NISTEP REPORT No.48(1997 年)。

³⁴ 科学技術庁・前掲注 33、67 頁。なお 2022 年に以前実施された前掲注 33 と比較可能な研究結果が公表されている。結論としては、前回調査と比較して、イノベーションから利益を確保する方法の全てについて有効性が減退し、利益の専有可能性が低下したと指摘している。一方、自社のイノベーションを競合他社が模倣するために要する時間(模倣ラグ)は長期化しており、この傾向はイノベーションを特許化した場合により顕著であったとしている。文部科学省科学技術・学術政策研究所第 2 研究グループ 永田晃也・後藤晃・大西宏一郎「日本の産業におけるイノベーションの専有可能性と技術機会の変容;1994-2020」DISCUSSION PAPER No.210(2022 年)。

³⁵ 本橋一之「特許制度の現状と展望:経済学の観点から」財団法人知的財産研究所・島並良共編『岐路に立つ特許制度—知的財産研究所 20 周年記念論文集—』(財団法人知的財産研究所、2009 年)29-65 頁。

³⁶ 山田節夫「特許の実証経済分析」(東洋経済新報社、2009 年)304 頁。結論部分において、①推計されたパテントプレミアムの条件付期待値が高いものであったこと(特許化されたイノベーションの価値が大きく高められていた)、②出願公開制度に経済全体の生産性(TFP)を向上させる効果が認められたこと、③審査期間を短くする政策が特許出願やイノベーションの公開を促し研究開発活動を刺激する可能性があること、④審査請求制度は独占の弊害を緩和しつつ特許権者の利益を損なわずに公知技術のプールを拡大させ、審査効率の向上にも資することを指摘している(同書 304-306 頁)。

指摘した上で、技術の特徴に応じた検討の必要性を指摘しており³⁷、精緻な分析と考察の必要性を示唆している。

特許制度の正当化事由や制度設計に係る法的な議論もアメリカほど盛んとは言えないが注目すべき文献も少なくない。例えば特許制度の画一性が低下し、個別的な比較衡量の場面が増える中、過度な画一性低下を懸念しつつ、比較衡量に必要な「物差し」の必要性を指摘するもの³⁸や、自然権論とインセンティブ論の対比の観点から正当化事由から制度設計のあり方を論じるもの³⁹等がある。

4. 特許制度が抱える課題

特許制度を取り巻く環境は大きく変化しており、特許制度が当初設計された当時には思いもよらなかったような技術革新や経済社会の変化をわれわれは経験している。

(1) AIに代表される技術革新

AIに係る技術革新は既に経済社会にさまざまな影響を与えており、企業経営や実務にも取り入れられている。AIの普及を念頭に、特許制度のあり方に関する議論も加速しており、多様な議論や論点整理が行われている⁴⁰。最近の議論の特徴としては、生成AI等を念頭にAIが発明創作活動に用いられることが増える中、将来的にはAIが創作過程の大半を占めるようになっていたり、AIが自律的に創作を行ったりするような場面も想定した特許制度のあり方の議論が行われている⁴¹。

本稿との関係ではLemleyが多くの後発者が、特許文献を十分に読んでいないことを2012年の論文で指摘している⁴²が、AIの普及により特許文献の把握や自ら行っている、または、行おうとしている研究と特許文献等に係る比較を行うコストや、既存の特許権を回避する方法を検討するコスト等が大幅に低下することも予想される。権利者の側でも他者による権利侵害の可能性を発見するコストがAIを活用することで大幅に低下することから、権利主張や訴訟提起を容易にする可能性もある。例えば侵害調査のコストが大幅に下がれば、侵害抑止の効果を発揮することも期待される一方、紛争処理コストが上がることの弊害が想定以上に生じる可能性もある⁴³。こうし

³⁷ 小田切宏之『イノベーション時代の競争政策 研究・特許・プラットフォームの法と経済』(有斐閣、2016年)27-33頁。小田切教授は競争政策上、産業間あるいは技術分野間での差異を十分に考慮する必要があると指摘し、技術類型を独立型、集積型、累積型の3類型に分けて検討している。

³⁸ 島並良「特許制度の現状と展望: 法学の観点から」財団法人知的財産研究所・島並良共編『岐路に立つ特許制度—知的財産研究所20周年記念論文集—』(財団法人知的財産研究所、2009年)3-27頁。

³⁹ 横山久芳「知的財産法の生成と創設」長谷部恭男・佐伯仁志・荒木尚志・道垣内弘人・大村敦志・亀本洋編『岩波講座 現代法の動態 第1巻 法の生成／創設』(岩波書店、2014年)93-122頁。

⁴⁰ 産業構造審議会知的財産分科会特許制度小委員会「AI・IoT技術の時代にふさわしい特許制度の在り方 中間とりまとめ」(2020年)、知的財産権戦略本部 AI時代の知的財産権検討会「AI時代の知的財産権検討会 中間とりまとめ」(2024年)等も参照。

⁴¹ 例えば特許制度小委員会に提示された論点としては、①発明該当性、②発明者、③引用発明適格性の3つが事務局から提示されている。産業構造審議会知的財産分科会第54回特許制度小委員会(2025年6月4日開催)配布資料を参照。

⁴² Mark A. Lemley, *supra* note20, 745-746.

⁴³ Roy Baharad et al, *supra* note26でも指摘されているようにアメリカのように不法行為責任による影響、制約が大きい国と比較すると日本の場合は影響が相対的に少なく、健全な権利行使が増えることのメリットの方が大きいという可能性もある。アメリカは一般的に訴訟社会であるということに加えて、懲罰的損害賠償やクラスアクションが認められることも含め、不法行為責任に基づく損害賠償額が高額になる傾向があることも知られており、こうした違いも考慮した上での比較や制度設計が必要である。

比較的初期の動きとしてドイツやフランス、カナダ等では強制実施に必要な法整備が行われたことが特許庁の調査でも報告されている。特許庁『「国際知財制度研究会」報告書(令和2年度)」(2021年)7頁、特許庁『「国際知財制度研究会」報告書(令和3年度)」(2022年)16-18頁等を参照。

た点にも配慮した特許制度の設計が必要となる。

(2) パンデミックの経験

パンデミックに際して、特許制度のあり方についても注目が集まった。議論の構図は TRIPS 協定に際して議論があったのと同様、特許権者を過度に保護していることが原因で、治療や医療に制約が生じていることが経済社会の仕組みとしての特許制度のあり方に対する疑問として話題となった。まず主要先進国でも強制実施権に係る制度整備や発動の事例⁴⁴が多数見られたことは、パンデミックに際して TRIPS 協定において認められている強制実施が実際に発動される可能性があることを強く意識させるものとなった。また WTO では、COVID-19 ワクチンについて開発途上国における特許権の制限(特許権者の許諾なく開発途上国において COVID-19 ワクチンを開発、製造することを認める)という合意がなされた⁴⁵。特許制度が保健衛生上の脅威となることが特許制度のあり方に対する問題提起となってきたことを本稿で触れているが、今後、特許制度とこうした社会福祉的な要請⁴⁶とのバランス論を考え得る上で、これまで以上に国際的なルールのあり方についての議論が必要になる可能性がある⁴⁷。

(3) 経済安全保障／安全保障上の要請

世界的な安全保障環境が大きく変化している中、経済安全保障のあり方も注目されている。日本では戦後長らく制度として存在していなかった特許非公開制度が 2022 年の経済安全保障推進法によって導入されたのは記憶に新しい⁴⁸。海外の主要国や戦前の日本には同様の制度があったものの、昭和 45 年特許法改正によって出願公開制度が整備されて以降の日本は長らく特許非公開制度を持たなかった。しかし、経済安全保障上の要請の高まりを受けて、2022 年に成立した経済安全保障推進法によって特許制度に大きな例外的制度が設けられるという経験をする事となった。

また世界情勢が刻一刻と変化する中、安全保障上の要請から TRIPS 協定第 73 条が認めている強制実施権

⁴⁴ 比較的初期の動きとしてドイツやフランス、カナダ等では強制実施に必要な法整備が行われたことが特許庁の調査でも報告されている。特許庁『「国際知財制度研究会」報告書(令和2年度)』(2021年)7頁、特許庁『「国際知財制度研究会」報告書(令和3年度)』(2022年)16-18頁等を参照。

⁴⁵ WTO, Ministerial Decision on the TRIPS Agreement (2022). 経緯を紹介するものとして、中山一郎「パンデミックと知的財産・技術移転—国際ルールに求められるもの」前田健、ロイ・A. パルティン編著『パンデミックと医薬品供給の法的課題—アンチコモন্ズの悲劇からの解放に向けて—』(勁草書房、2025年)101-130頁がある。中山一郎「COVID-19 パンデミックにおける公衆衛生と特許—TRIPS 協定ウェイバー提案を踏まえて」田村善之編著『知財とパブリック・ドメイン第1巻:特許法篇』(2023年)401-442頁も参照。

⁴⁶ 従前より労働法と交錯する分野や消費者保護法と交錯する分野等、強い社会的要請がある分野においては私法や経済法はバランスを求められてきた。最近の特徴的な議論の1つとして地球規模の課題である気候変動問題に対する対応の観点から、経済法が過度な制約となることを懸念する声もある。こうした声に対応し、公正取引委員会では 2023 年に「グリーン社会の実現に向けた事業者等の活動に関する独占禁止法上の考え方」と題するガイドラインを公表している。気候変動対策上、重要な技術について特許権を通じて独占する企業や国があった場合、地球規模の課題に対する対応が遅れることが懸念されるという議論は、パンデミックに際してワクチンや治療薬を一部の企業や国が特許権を通じて独占することの弊害を懸念する議論に通ずる点がある。

⁴⁷ TRIPS 協定締結に際しても知的財産権制度に対する不信感を示していた Stiglitz は、近年も COVID-19 ワクチンをめぐって、TRIPS 協定締結に際しての議論やドーハ宣言等をおそらく念頭に、製薬会社や先進国の対応を批判している。この主張は行き過ぎた新自由主義に対する批判の文脈で、市場支配による搾取の構造がいたるところに見られる中、知的財産権が典型的な搾取の場面を作り出しているという認識から知的財産権の境界線をどのように考えるべきであるのかについて問題提起をしている。ジョセフ・E・スティグリッツ(山田美明 訳)『スティグリッツ資本主義と自由』(東洋経済新報社、2025年)195-220、346-347頁を参照。

⁴⁸ 肥塚直人「経済安全保障推進法により変わる知財戦略」知財管理第75巻第9号1164-1175頁(2025年)、肥塚直人「経済安全保障と特許制度—求められるグローバル知的財産戦略—」政策研究レポート(2022年)も参照。

を発動しようとする議論が一層注目される可能性もある。いわゆるデュアルユースの範囲が広がっていることや、複雑なサプライチェーン網がグローバルに構築されていること等からすれば、解釈基準の明確化が産業界からは期待される。また近年の安全保障環境の変化や安全保障概念⁴⁹自体が多様化していることに鑑みると、(b)項(iii)号に言う「戦時その他の国際関係の緊急時における措置」と言える場面がどこまで広く解釈しうるのかといった点に注目せざるを得ない場面も起こり得る。こうした議論も十分に尽くされているとは言えない状況であり、国内はもちろん、国際的な議論も高めていくことが必要である。

5. さいごに ～より良い特許制度にしていくために～

立法や法改正においても立法事実⁵⁰を精緻に検討することの重要性が高まっており、エビデンスに基づく議論が必要とされている。EBPM (Evidence-Based Policy Making) と呼ばれる手法がさまざまな政策分野で普及するようになり、政策の立案や評価に際して求められる検討の程度が以前と比べても高くなっていると言える⁵¹。また本稿でも触れたように特許制度の正当化根拠については注目すべき議論も多く、特許制度を政策的にどのように設計すべきかという点についてはこうした議論も踏まえた検討が必要となる⁵²。

こうした中、特許制度のあり方について検討する際、以前より高い説明力が求められる場面が今後増えていくことも予想される。そのためには、政策当局サイドはもちろんだが、制度ユーザーによる意見の表明やアカデミアにおける精緻な分析や研究の蓄積がますます重要となる。また筆者が所属する組織のようにシンクタンク機能を果たそうとする組織が果たすべき役割も少なからずあると考えており、さらなる議論の発展を期待したい。

(一般社団法人発明推進協会「知財ふりずむ」第 283 号 25～35 頁(2026 年 4 月号)より転載。原稿提出日：2026 年 2 月 27 日。)

⁴⁹ 安全保障概念を概説する文献として、例えば赤根谷達雄・落合浩太郎編著『新しい安全保障』論の視座』(亜紀書房、増補改訂版、2007 年)を参照。

⁵⁰ 立法事実という概念自体はアメリカで違憲審査を行う際に立法事実の検討を行うことの重要性に対する指摘から定着したものである。日本では「法律を制定する場合の基礎を形成し、かつその合理性を支える一般的事実、すなわち社会的、経済的、政治的もしくは科学的事実」という芦部教授の定義がしばしば参照されている。芦部信喜「憲法訴訟と立法事実」判例時報第 932 号(1979 年)12 頁。渡辺千原「法を支える事実—科学的根拠付けに向けての一考察—」立命館法学第 333・334 号(2010 年)3263—3306 頁、鈴木陽子「立法事実の役割と違憲審査基準—経済的自由に対する規制の違憲審査における立法事実—」憲法学会六十周年記念論文集編集委員会編『日本憲法学の理念と展望—憲法学会六十周年記念論文集—』(成文堂、2022 年)203—220 頁も参照。

⁵¹ EBPM は国際的にも注目されている中、日本でも 2017 年に EBPM 推進委員会が設置され、2018 年度から各省庁に EBPM 推進統括官が配置された。最近の動きとしても独立行政法人経済産業研究所(RIETI)でも 2022 年に「RIETI EBPM センター」を設置する等、日本においても着実に定着が進んでいる。大竹文雄・内山融・小林庸平編著『EBPM エビデンスに基づく政策形成の導入と実践』(日経 BP/日本経済新聞出版、2022 年)も参照。知財政策におけるエビデンス活用の重要性について指摘するものとして、山内勇「知財政策における『エビデンス』: 現状と課題」特許研究第 65 巻(2018 年)14—32 頁参照。

⁵² 例えば田村善之『知財の理論』(有斐閣、2019 年)3—34 頁は、政策形成プロセスにおける課題や方向性について示唆している他、伝統的知識や遺伝資源の扱いについて留意すべき点についても付言している。

－ ご利用に際して －

- 本資料は、執筆時点で信頼できるとされる各種データに基づいて作成されていますが、当社はその正確性、完全性を保証するものではありません。
- また、本資料は、執筆者の見解に基づき作成されたものであり、当社の統一的な見解を示すものではありません。
- 本資料に基づくお客さまの決定、行為、およびその結果について、当社は一切の責任を負いません。ご利用にあたっては、お客さまご自身でご判断くださいますようお願い申し上げます。
- 本資料は、著作物であり、著作権法に基づき保護されています。著作権法の定めに従い、引用する際は、必ず出所:三菱 UFJリサーチ&コンサルティングと明記してください。
- 本資料の全文または一部を転載・複製する際は著作権者の許諾が必要ですので、当社までご連絡ください。