

オープンイノベーションと知的財産

特 許 庁

(社)発明協会アジア太平洋工業所有権センター

このテキストは再生紙を使用しています。

目 次

| | |
|----------------------------------|----|
| 1 . はじめに..... | 1 |
| 2 . オープンイノベーションとは..... | 3 |
| (1) 定義..... | 3 |
| (2) 背景 (イノベーションのパラダイムシフト) | 4 |
| (3) オープンイノベーションの特徴..... | 4 |
| 内外の知識の結合 | 4 |
| ビジネスモデル..... | 5 |
| バリュー・ネットワーク | 6 |
| 知的財産管理..... | 6 |
| 知的財産取引市場..... | 8 |
| (4) 小括..... | 8 |
| イノベーション戦略としてのオープンイノベーションの意義..... | 8 |
| オープンイノベーションの広がり | 9 |
| 3 . オープンイノベーションと知的財産制度との関係 | 11 |
| (1) 次元の相違..... | 11 |
| (2) 「オープン化」の戦略性と多義性..... | 11 |
| (3) まとめ..... | 12 |
| 4 . 政策的含意..... | 13 |
| (1) 制度・政策面の課題は存在するのか | 13 |
| (2) 具体的な政策課題の例 | 14 |
| 知的財産取引市場の活性化..... | 14 |
| 差止請求権の在り方 (パテント・トロール対策) | 17 |
| 共有特許の実施許諾 | 18 |
| 大学発明の特許化・ライセンス | 19 |
| 知的財産制度の正当化根拠..... | 20 |
| 5 . おわりに..... | 22 |

1. はじめに¹

知的財産権は排他的な独占権である。知的財産権が排他権であることの正当化根拠に関しては複数の説明が考えられるが、特許権の場合、代表的な見解は、創作インセンティブ論あるいは公開代償説であるといつてよいであろう²。創作インセンティブ論によれば、物理的に占有不可能な無体物である発明に排他権を認めなければフリーライドが生じ、創作インセンティブに欠けるため、創作者が第三者による自らの発明の無断利用を排除して自らが独占的に利用することができるように排他権が付与される。また、公開代償説によれば、発明を公開することの代償として排他権が付与される。いずれの場合であっても、排他権によって発明の独占利用を可能ならしめることが特許権の大きな役割として期待されている。また、著作権の場合には、肉体的労働の成果物たる有体物について所有権が認められるのと同様に、精神的労働の成果物についても一種の所有権が付与されるといういわゆる精神的所有権論による説明がなされることもあるが³、この場合も、排他権であることが当然の前提とされているといえるだろう。

他方、企業のイノベーション戦略に目を向ければ、近時、オープンイノベーションという考え方に注目が集まっている。後述するオープンイノベーションの考え方によれば、イノベーションからの利益を追求する企業は、知的財産の独占的な利用にこだわる必要はなく、局面によっては知的財産を無償開放することも正当化される（この「局面によっては」という点は後述する。）一見すると、オープンイノベーションの下では、伝統的に特許権に期待されてきた排他権としての役割が重視されていないのである。そうだとすれば、「オープンイノベーションは、知的創作物に排他権を設定して保護しようとする知的財産制度の考え方とは相容れず、知的財産制度を不要とするのではないか」との疑問が生じるかもしれない。本稿はこの点について検討していくが、私見をあらかじめ述べれば、オープンイノベーションは、知的財産制度を不要とするものではなく知的財産制度の上に成立している、しかし、オープンイノベーションの下における知的財産の機能や役割は、伝統的な意味での知的財産の機能・役割

¹ 本稿は、中山一郎＝原山優子「オープンイノベーションと知的財産」特許研究 46 号（2008 年）6 頁及び中山一郎「オープンイノベーションと特許制度」日本工業所有権法学会年報 33 号所収予定を加筆修正したものである。

² 中山信弘『工業所有権法上特許法第二版増補版』（弘文堂、2000 年）5～11 頁、田村善之『知的財産法第 4 版』（有斐閣、2006 年）11～21 頁、吉藤幸朔著熊谷健一補訂『特許法概説〔第 13 版〕』（有斐閣、1998 年）8～11 頁、など。なお、1958 年に議会の求めに応じて特許制度の経済分析について報告書をまとめたマッハルプは、特許保護の必要性を説明するために歴史的に用いられてきた根拠として、「自然法」、「独占権による報償」、「独占権と収益によるインセンティブ」、「秘密との交換」の 4 つの立場を挙げる（フリッツ・マッハルプ著（土井輝生訳）『特許制度の経済学』（日本経済新聞社、1975 年）63 頁）。このうち、今日では、少なくとも特許権に関する限り、「自然法」を根拠とする立場は見あたらぬように思われる。また、「独占権による報償」と「独占権と収益によるインセンティブ」は、独占権の付与を、前者が発明者に対する正当な報償と捉えるのに対して、後者は公正な報償ではなくインセンティブとして捉える点において区別されるが（マッハルプ・前掲 69 頁）今日では、この二つの立場はそれほど明確に区別されていないように思われる。

³ 半田正夫『著作権法概説第 14 版』（法学書院、2009 年）52 頁。

と異なるところがある、この結果、オープンイノベーションは、企業のイノベーション戦略上の課題にとどまらず、政策上の課題をも提起する、というものである。

以下、本稿では、この点を詳述する。具体的には、まず、オープンイノベーションとはどのような考え方であり、なぜそのような考え方が提唱されたのかを整理する。続いて、オープンイノベーションと特許制度の関係をどのように理解すべきかについて検討した上で、オープンイノベーションが知的財産制度に対してどのような政策上の課題を提起すると考えられるのかについて論じることとしたい。

なお、オープンイノベーションの議論の主たる対象は、技術的なイノベーションであるので、以下では、知的財産（制度）の中でも、技術的思想を保護対象とする特許（制度）を中心に検討することとする。

2 . オープンイノベーションとは

(1) 定義

オープンイノベーションは、Chesbrough らがその著作⁴において提唱した概念である。Chesbrough 自身によるその定義は、「オープンイノベーションとは、企業が技術の価値を高めようとする際、内部のアイデアとともに外部のアイデアを用い、市場化の経路としても内部の経路と外部の経路を活用することができるし、また、そうすべきであると考えるパラダイムである」(“Open Innovation is a paradigm that assumes that firms can and should use external ideas as well as internal ideas, and internal and external paths to market, as the firms look to advance their technology.”)⁵、「オープンイノベーションは、企業が自らのビジネスにおいて外部のアイデアや技術をより多く活用し、自らの未利用のアイデアは他社に活用させるべきであることを意味する」(“Open Innovation means that companies should make much greater use of external ideas and technologies in their own business, while letting their unused ideas be used by other companies.”)⁶、「オープンイノベーションとは、内部のイノベーションを加速し、イノベーションの外部活用市場を拡大するために、その目的に沿って知識の流入と流出を活用することである」(“Open Innovation is the use of purposive inflows and outflows of knowledge to accelerate internal innovation, and expand the markets for external use of innovation, respectively.”)⁷というものである。これらの定義に共通しているのは、外部に存在するアイデアの内部での活用と内部で活用されていないアイデアの外部での活用という点であり、また、オープンイノベーションが企業の視点から描かれたイノベーション戦略であることがわかる。

それではなぜこのようなオープンイノベーションが提唱されたのだろうか。また、より具体的にその特徴は如何なる点にあるのだろうか。以下では Chesbrough の著作を中心にこれらの点を整理する。

⁴ HENRY CHESBROUGH、 OPEN INNOVATION:THE NEW IMPERATIVE FOR CREATING AND PROFITING FROM TECHNOLOGY (Harvard Business School Press、 2003)(大前恵一郎訳『OPEN INNOVATION』〔産業能率大学出版部、2004年〕)、HENRY CHESBROUGH、 OPEN BUSINESS MODELS: HOW TO THRIVE IN THE NEW INNOVATION LANDSCAPE (Harvard Business School Press、 2006)(栗原潔訳『オープンビジネスモデル』〔翔泳社、2007年〕)、HENRY CHESBROUGH、 WIM VANHAVERBEKE AND JOEL WEST、 EDS.、 OPEN INNOVATION:RESEARCHING IN A NEW PARADIGM (Oxford University Press、 2006) (PRTM 監訳、長尾高弘訳『オープンイノベーション』〔英治出版、2008年〕)。

⁵ CHESBROUGH・前掲注(4) OPEN INNOVATION、 xxiv 頁。なお、邦訳は筆者による。

⁶ CHESBROUGH・前掲注(4) OPEN BUSINESS MODELS 、 xiii 頁。なお、邦訳は、筆者による。

⁷ CHESBROUGH et al.・前掲注(4) OPEN INNOVATION、 1 頁。なお、邦訳は筆者による。

(2) 背景（イノベーションのパラダイムシフト）

Chesbrough は、オープンイノベーションと対比される従来型のイノベーションをクローズド・イノベーションと呼び、オープンイノベーションをクローズド・イノベーションからのパラダイムシフトと捉える。

クローズド・イノベーションとは、組織内部で研究開発から製品の販売までの一連の過程が垂直統合されている自己完結的なモデルである。そこでは研究開発においても規模の経済が前提とされ、企業の中央研究所が重要なプレイヤーである。

しかし、近年、イノベーションを巡る環境は変化し、技術開発コストの上昇や製品ライフサイクルの短縮化、社内の人材の流出などの要因によってクローズド・イノベーションの有効性が低下する一方、ベンチャーキャピタルを含む仲介機関やスタートアップ企業の台頭、大学による外部パートナー探しなどオープンイノベーションを可能とする環境が整いつつあるという。

企業の中央研究所を中心としたクローズド・イノベーションの限界については、従来から「中央研究所の時代の終焉」として指摘されていたが⁸、Chesbrough はこれを知識独占の終焉とも形容している。1981年の時点では米国における研究開発費の7割が従業員25,000名以上の大企業によるものであったが、2001年時点ではその割合が4割に低下している⁹。もはや大企業の中央研究所が研究開発を独占しているわけではない。そうであるならば、イノベーションに取り組む企業は、優れたアイデアが外部に存在することを前提に、イノベーションの分業（division of innovation labor）を進めるべきである。そしてこのような状況に適合したアプローチがオープンイノベーションなのである。

(3) オープンイノベーションの特徴

内外の知識の結合

知識が広く分散している中でイノベーションの分業（division of innovation labor）を進めようとするオープンイノベーションにとって、内外の知識を結合させることは不可欠である。

この内外の知識の結合方法には、二つの流れがある。一つは外部に存在する有用なアイデアや技術を内部に取り込むアウトサイド・インであり、もう一つは、組織内で活用されていないアイデア・技術の活路を組織外に見出すインサイド・アウトである。

アウトサイド・インは、技術開発や新製品の市場投入に要する時間・コストを節約するとともに、リスクを軽減させる。一方、インサイド・アウトは、未活用の技術のライセンスや譲渡、ベンチャー設立等を通じて収益増加をもたらす。

オープンイノベーションが、知識が分散する状況下におけるクローズド・イノベーションの限界への反省から生れてきたことからすれば、前者のアウトサイド・インの

⁸ RICHARD ROSENBLOOM AND WILLIAM SPENCER、ENGINES OF INNOVATION: U.S. INDUSTRIAL R&D AT THE END OF AN ERA (Harvard Business School、1996)（西村吉雄訳『中央研究所の時代の終焉』〔日経B P社、1998年〕）

⁹ CHESBROUGH・前掲注(4) OPEN BUSINESS MODELS、22頁 Table 2-1、CHESBROUGH et al.・前掲注(4) OPEN INNOVATION、16頁。

有用性は明らかであろう。前述したように今日の研究開発活動は多様な主体によって担われているが、その一方で技術開発のコストが高騰し、新製品投入へのスピードがより重視されるために、外部知識を積極的に取り込むアウトサイド・インによって、時間やコストの節約、リスクの軽減が可能となる。また、スタートアップ企業を取り込むことにより、新たなアイデアや技術を実物大の市場でテストし、モニターリングする機会を得る、新たなビジネスモデルの実験の場を得るなど、アウトサイド・インは定型的業務のアウトソーシングとは一線を画すものである。

他方、インサイド・アウトは、社内に未活用の技術が蓄積されることを前提としているが、その原因について、Chesbrough は、研究部門と開発（あるいは事業）部門との緊張関係やこれらの部門間のコミュニケーション不足という問題を指摘する。伝統的に研究部門においては、実用化を意識せず自由で独創的な研究が奨励される傾向があり、その成果は特許や論文により評価されるため、研究が特許や論文に結実すれば、その時点で研究は完了したものとして扱い、限られた予算を他の新たな研究に配分するという行動原理が働く。他方、開発（あるいは事業）部門は、独創的か否かではなく、実用化や市場における成功の可能性から研究成果を評価する。この結果、研究部門と開発（あるいは事業）部門の間に「棚上げされた」アイデア（ideas "on the shelf"）が蓄積されるというのである。インサイド・アウトは、これら未活用のアイデアを外部で活用しようとするものである。

もっとも、オープンイノベーションが外部知識の有効活用を重視するとはいえ、内部の研究開発部門が不要とされているわけではなく、そこには知識の創造に加えて、外部知識の「目利き」能力や外部知識の活用を図るための吸収力が求められる。よって内部の研究開発部門の役割は単なる知識創造から内外の知識の結合へと再定義される。

ビジネスモデル

Chesbrough は、また、ビジネスモデルの重要性を強調する。アイデアや技術そのものの価値を取り出して論じても意味がなく、アイデアや技術の潜在的価値を経済的価値に変換する枠組み、すなわちビジネスモデルこそがより重要であるというのである。ビジネスモデルの重要性は、ビジネスモデルが二つの重要な機能を提供する点に求められる。二つの機能とは、中核企業（focal firm）とそのサプライヤー、顧客、流通パートナーなどから構成されるバリュー・チェーン全体としてどのような価値を生み出すのかという価値創造（Value Creation）の機能と、創造された価値の一部を中核企業がどのように収穫するのかという価値収穫（Value Capture）の機能である。

このようにオープンイノベーションは、ビジネスモデルによって、市場を拡大し（価値創造）その中で自らも利益を獲得する（価値収穫）ことを目的とするものであって、外部知識の活用自体に目的があるのではない。例えば、Chesbrough はオープンイノベーションの成功例として IBM を取り上げるが、その反面でコンピュータ事業における初期の IBM の成功はその後のコンピュータ産業に大きな価値を生み出したものの、長期的にみれば生み出された価値の多くはマイクロソフトやインテルといった他の企業に収穫されていることを指摘する。価値創造には成功したものの、価値収穫に失敗

した一例と考えられる¹⁰。

ビジネスモデルの有無は、オープンイノベーションとオープン・ソースの相違点でもある。オープンイノベーションは、ビジネスモデルを通じて価値創造のみならず価値収穫を目指すのに対して、オープン・ソースでは、価値創造はともかく価値収穫は重視されない。オープン・ソースは、そのような明確なビジネスモデルを持たないのである。ただし、企業がオープン・ソース・ソフトウェアを活用して利益を獲得するのであれば（付加価値製品やサポートの提供など）そこにビジネスモデルの存在が認められる（オープン・ソース・ビジネスモデル）。よってそのようなケースは、オープンイノベーションの一形態と位置づけられることになる¹¹。

バリュー・ネットワーク

オープンイノベーションにおいては、Innovating firm たる中核企業のビジネスモデルに主眼があるが、その価値創造及び価値収穫を可能にするのが技術のイノベーター、部材供給者、システム・インテグレーター、補完財の供給者、顧客といったプレイヤーの存在であり、またバリュー・ネットワークと呼ばれる中核企業とそれらとの係わり合いである。

ここでは、クローズド・イノベーションとは対照的に、中核企業のビジネスモデルは他のプレイヤーのビジネスモデルと相互依存性を持つものとなる。よって、自らのポジショニングをバリュー・ネットワークの中に位置づけること、外部プレイヤーとの関係を積極的にマネジメントすること、収穫した価値の分配の際に生じうるプレイヤー間の緊張関係を調整する、など新たな機能が中核企業に課されることとなる。

知的財産管理

以上のようなオープンイノベーションの考え方は、企業の知的財産管理の在り方にも見直しを迫る。クローズド・イノベーションの下での知的財産管理は、自ら生み出した知的財産を自社製品として実用化することを前提に、自らの研究成果を権利化し、これを他者排除の手段として、あるいは自ら権利行使を受けた際の交渉材料として用いることに主眼をおいていた。これに対して、オープンイノベーションの下での知的財産管理においては、外部技術の導入や内部の未利用特許等の外部活用を図るために、ライセンスや権利譲渡、あるいは（無償）開放といった手段の積極的な活用が推奨さ

¹⁰ IBM のクローズド・イノベーションからオープンイノベーションへの転換の軌跡については、CHESBROUGH・前掲注(4) OPEN INNOVATION、Chapter5 参照。他方、IBM が価値の創造には成功したものの、価値の収穫に失敗したとの指摘については CHESBROUGH・前掲注(4) OPEN BUSINESS MODELS、97 頁。なお、IBM のコンピュータ事業については、モジュール化という概念を用いて、コンピュータのシステムを複数のサブシステムにモジュール化したことが当初の IBM の成功をもたらしたが、モジュール化によって互換的な部品やソフトウェアの製造販売に参入した他の企業が大きな利益を上げ、IBM 自身のコンピュータ事業からの収益力は低下したと説明する分析もある（青木昌彦＝安藤晴彦編著『モジュール化』〔東洋経済、2002 年〕、カーリス・Y・ポールドウィン＝キム・B・クラーク、安藤晴彦訳『デザイン・ルール』〔東洋経済、2004 年〕参照）。

¹¹ CHESBROUGH・前掲注(4) OPEN BUSINESS MODELS、42～48 頁、CHESBROUGH et al.・前掲注(4) OPEN INNOVATION、1～2、82～106 頁。

れる。オープンイノベーションの下では、知的財産権の排他権としての側面よりも、取引可能な財産権としての側面（無償開放する場合は財産権であるとすら言い難いが）が重視されるのである。

他方、オープンイノベーションは、あらゆる場面で知的財産のオープン化を求めるものではない。知的財産のオープン化はそれがビジネスの強化に資する場合に選択されるべきであって、戦略的オープン性（Strategic Openness）こそが重要である。Chesbrough は、直接の競合者にあまりにオープンに知的財産を開示して失敗した事例や、オープン・ソース・ソフトウェアのコミュニティに 500 件の特許を無償で開放した¹² IBM はそれにより自らのソフトウェア開発費用の削減に成功した事例などを挙げて、戦略的にオープンであるべき相手とその局面を適切に見極めるべきことを説いている。

Chesbrough は、また、技術のライフサイクルに応じた知的財産管理という議論を展開する。技術のライフサイクルには、初期、成長、成熟、衰退の 4 つの段階があるが、それぞれの段階に応じて知的財産管理を変化させるべきだというのである。例えば、初期の段階で市場が存在せず、ビジネスモデルも未確立なのであれば、自らの技術を排他的・独占的に保護する意味はなく、むしろオープンにして市場の創造、価値の創造に注力すべきである。その後、市場において自らの技術が支配的なドミナント・デザインとしての地位を獲得していく過程で知的財産権の保護を強化すればよい。さらに成熟段階では知的財産の他分野への応用を積極的に考えるべきである。そして衰退段階では専ら知的財産権保護から価値の収穫が図られる。

以上の点を、Chesbrough は、中国におけるマイクロソフト Windows の海賊版問題を例にとり、次のように説明する。中国市場では Windows と Linux との間でドミナント・デザインを巡る競争が続いているが、その状況が続く限り、Chesbrough によればマイクロソフトは海賊版を歓迎すべきである。なぜなら、Windows の海賊版のパソコンへのインストールによって、Linux のインストールは阻止され、かつ、マイクロソフトにとってアプリケーションなどの補完的製品の市場機会が増加するからである。反対に海賊版の排除に熱心に取り組んだ場合、海賊版排除という「戦闘」(battle) に勝ったとしても、ドミナント・デザインになるための「戦争」(war) には負けることになりかねない。ただし、中国における海賊版の放置が他の地域にとっての悪しき前例となる虞はある。しかし、Chesbrough は、その点を考慮してもなお中国市場における支配的地位の獲得が優先されるべきであるというのである¹³。

¹² IBM は、2005 年 1 月、自らの 500 件の特許権をオープン・ソース・ソフトウェアの開発・使用・頒布には行使しないと宣言して、これらの特許権を無償開放した。

（ <http://www.ibm.com/ibm/licensing/patents/pledgedpatents.pdf> ） さらに、2010 年 1 月には、IBM は、4000 件の発明を「特許の質を向上させるコミットメントの一環として」無償利用可能とした。

（ <http://www-03.ibm.com/press/us/en/pressrelease/29168.wss> ）

¹³ CHESBROUGH・前掲注(4) OPEN BUSINESS MODELS、101～104 頁。

知的財産取引市場

オープンイノベーションにおける特許管理がライセンスや権利譲渡の積極的活用を図ろうとする場合、その前提として知的財産を取引する市場(intermediate market ないし market for innovation) や、その取引を仲介する事業者 (intermediaries) が重要な役割を果たすことになる。知的財産を取引する市場が機能しなければ、イノベーションの分業 (division of innovation labor) は成り立たないからである。しかしながら、従来は知的財産の取引市場が効率的に機能していたとは言い難い。クローズド・イノベーションの下で当事者が取引に熱心でなかったことも一因ではあるが、技術やアイデアの所在及びその価値評価に関する情報の不足が市場の成立の阻害要因となっていた面も否めない。Chesbrough 自身この市場が未発達であることを認めてはいるものの、オープンイノベーションの下で市場は成長するであろうし、特許権の譲渡件数の増加などから現に成長しつつあるとの認識を示している¹⁴。ただし特許権の譲渡件数の増加がただちに市場の成長を示すものではないことについては留意が必要である¹⁵。

(4) 小括

イノベーション戦略としてのオープンイノベーションの意義

以上のとおり、オープンイノベーションは、二方向の内外の知識の組み合わせ(オープン化)によって、市場の拡大(価値創造)とその中で自らの利益の獲得(価値収穫)を目指すアプローチである。このアプローチは、今日のイノベーション環境においては従来の垂直統合型クローズド・イノベーションの有効性が低下しているとの問題意識に端を発しているが、かかる問題意識自体は、前述したようにかねてより指摘されていたところであり、目新しいものではない。それでは、従来のイノベーション理論との比較におけるオープンイノベーションの意義はどこにあるのであろうか。Chesbrough 自身の評価によれば、オープンイノベーションの意義とは、外部知識に内部知識と同等の重要性を認めること、研究開発から経済的価値を生み出すビジネスモデルこそが核心であること、知的財産管理により積極的な役割を見いだすこと、イ

¹⁴ CHESBROUGH・前掲注(4) OPEN BUSINESS MODELS、62 頁 Figure 3-1、63 頁 Figure 3-1、Figure 3-2 参照。

¹⁵ 留意点としては、まず、譲渡件数とともに特許登録件数自体も増加していることが挙げられる。また、譲渡理由として関連企業間の取引の割合が増加していることも割り引く必要があり、Chesbrough はこの点を自認しつつも、同時に証券化 (securitization) を理由とするものが増えていることに着目すべきであるとしている。なお、譲渡件数と登録件数の比率については、Chesbrough のその後の調査レポートにおいて、各年の登録特許件数のうち少なくとも一度は譲渡された特許権の件数の比率は概ね 25%程度で推移していることが示されている (Henry Chesbrough 「知的財産のための流通市場の出現に関する調査レポート (日米の企業を対象として) 」 59 頁 [2006 年 3 月 31 日]、<http://www.ryutu.inpit.go.jp/pldb/download/download/H17esm-j.pdf>)。Chesbrough は、25%という譲渡割合が時系列に増加していないとしても、それ自体既に相当な比率であると評価している (同 59 頁)。また、同レポートは日本についても分析しており、興味深いことに、1997 年から 2005 年にかけて、特許権の譲渡のうち、名称 / 住所の変更や合併を除いた移転を理由とする物の割合が 20% 超から 30% 超へと増加していることが示されている (同 84 頁)。

ノベーションの仲介者に着目することといった諸点に求められる¹⁶。

その一方で、オープンイノベーションのイノベーション戦略としての有効性についての疑問を呈する見解もないわけではない。すなわち、オープンイノベーションは果たしてどのような産業にとっても有効であるのか、また、オープンイノベーションが有効性を持ち得るための条件は何か、といった点はまだ明らかにされていない、というのである¹⁷。

オープンイノベーションの広がり

オープンイノベーションがどのような場面でも有効なイノベーション戦略たり得るか否かはともかくも、我が国においてオープンイノベーションへの関心は高い。当初、Chesbrough は、一部の米国企業（IBM、インテル、ルーセント、P&G、エアプロダクツなど）の先進的な取り組みをオープンイノベーションとして取り上げたが¹⁸、その後、日本企業の中にもこれに倣ってオープンイノベーションに取り組もうとするケースが見られる¹⁹。また、2008年1月には、個別企業に止まらず、複数企業が環境関連特許をプールして無償開放するエコ・パテントコモンスが設立されたが、これにも日本企業が参加している²⁰。さらに、政府も、オープンイノベーションに対応した企業戦略や知的財産政策を推進すべきであるとの方針を打ち出している²¹。

¹⁶ CHESBROUGH et al.・前掲注(4) OPEN INNOVATION、8～11頁。

¹⁷ 永田晃也「オープンイノベーション戦略の適合条件」国際特許流通セミナー2009（2009年1月19日、http://www.ryutu.inpit.go.jp/seminar_a/2009/pdf/19/B1/B1-02.pdf）。なお、渡部博光「オープンイノベーションと日本企業の知財戦略経営」季刊政策・経営研究2009 Vol.3（2009年）36頁（<http://www.murc.jp/report/quarterly/200903/36.pdf>）も参照。

¹⁸ IBM、インテル、ルーセントの事例の紹介は、CHESBROUGH・前掲注(4) OPEN INNOVATION、第5章～第7章参照。また、IBM、P&G、エアプロダクツの事例に加えて、知的財産の取引を仲介する事業者等の紹介については、CHESBROUGH・前掲注(4) OPEN BUSINESS MODELS、第6～8章参照。

¹⁹ オープンイノベーションに取り組もうとする我が国企業自身による説明として、室伏良信「製薬業界におけるオープンイノベーション」特許研究46頁（2008年）19頁、曾根公毅「日産自動車におけるオープンイノベーション」特許研究46号（2008年）27頁、など。また、水上貴史「オープンイノベーションで変わる知的財産戦略」新規産業レポート2008/秋（2008年）78頁。（<http://www.dir.co.jp/souken/research/report/emg-inc/intellect/08091601venture.pdf>）では、オープンイノベーションに取り組んでいる日本企業の例として、NEC、帝人、シャープ、日本軽金属、DOWAホールディングス、日立製作所が挙げられている。さらに、当該企業自身は無自覚的であるとしても、オープンイノベーションとして把握することが可能な取り組み事例を紹介するものとして、特許庁企画調査課「知的財産戦略から見たオープンイノベーション促進のための取組事例」（2009年2月、http://www.jpo.go.jp/cgi/link.cgi?url=/sesaku/tokkyosenryaku_openinnovation.htm）も参照。

²⁰ エコ・パテントコモンスについてはそのサイト（<http://www.wbcds.org/web/epc>）参照。当該サイトによれば、日本企業としては、ソニー、富士ゼロックス、リコー、大成建設が参加している。エコ・パテントコモンスの解説及びエコ・パテントコモンスがオープンイノベーションの一方策であることについては、上野剛史「エコ・パテントコモンス」特許懇251号（2008年）70頁参照。

²¹ 知的財産戦略本部知的財産による競争力強化専門調査会「オープンイノベーションに対応した知財戦略の在り方について」（2008年3月4日、http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/houkoku/open_innov.pdf）及びこれを受けた知的財産戦略本部「知的財産推進計画2008」（2008年6月18日、<http://www.ipr.go.jp/sokuhou/2008keikaku.pdf>）特許イノベーションと知財政策に関する研究会「イノベーション促進に向けた新知財政策」（2008年8月8日、<http://www.meti.go.jp/press/20080808005/20080808005.html>）など。

もっとも、オープンイノベーションが（特に我が国において）今後どの程度の普遍性をもって受け入れられていくのかは、現時点では定かではない。しかし、従来型の垂直統合型クローズド・イノベーションの限界がつとに指摘されてきたところからして、垂直分離に対応したオープンイノベーションが完全に有効性を失ってしまうとは考え難い。そこで、以下では、オープンイノベーションが一定の範囲で普遍性を持ち得ることを前提とした上で、オープンイノベーションと知的財産制度との関係について検討する。

3 . オープンイノベーションと知的財産制度との関係

本稿の冒頭においては、一見すると「オープンイノベーションは、知的創作物に排他権を設定して保護しようとする知的財産制度の考え方とは相容れず、知的財産制度を不要とするのではないか」との疑問が生じると述べた。

しかし、オープンイノベーションは、決して知的財産制度を否定したり、知的財産制度を不要とするものではない。この点は、2 . において既に述べたところからして明らかであると思われるが、以下その理由を敷衍して述べる。

(1) 次元の相違

オープンイノベーションは、あくまで企業の利益追求の一手段として、オープン化という選択肢を提示しているに過ぎない。そこでの議論の焦点は、ビジネスモデルであって、知的財産制度ではなく、むしろ知的財産制度の存在は所与の前提とされている。オープンイノベーションは企業のイノベーション戦略という次元で捉えられるべきものであって、知的財産制度とは次元が異なるのである。類似の関係としては、オープン・ソース・ソフトウェアと著作権制度の関係を挙げることができる。

伝統的な理解によれば、ソフトウェアは無断複製が極めて容易であって、著作権の保護の下で、複製をコントロールすることが不可欠であると考えられてきた。しかし、オープン・ソース方式によるソフトウェア開発においては、複製・改変がともに自由に認められる。複製をコントロールしなくてもソフトウェアが開発されるのであれば、著作権制度は不要ではないか。そのような観点から、オープン・ソース・ソフトウェアは著作権制度不要論と結びつきやすい。しかし、オープン・ソース・ソフトウェアはその自由な利用を確保するために著作権ライセンスを利用しているのであって、オープン・ソース・ソフトウェアは著作権制度を否定するどころか、著作権制度なくしてオープン・ソース・ソフトウェアは成立しないと評されている²²。つまり、オープン・ソース・ソフトウェアは逆説的ながらも著作権の活用方法の一類型なのである。

オープンイノベーションも、オープン・ソース・ソフトウェアと同様に、あくまで知的財産制度の存在を前提にその新たな活用方法を提示したものと捉えることができる。

(2) 「オープン化」の戦略性と多義性

ビジネスモデルの次元で考えてみても、オープンイノベーションによって、知的財産制度が伝統的に想定してきたモデル、すなわち知的財産を生み出した者が知的財産権という排他権の保護の下に自らその知的財産を独占的に利用して投資を回収し、利益を獲得する（ライセンスは権利行使を受けた際の交渉材料として限定的に用いる）というクローズド・イノベーションのモデルが一切不要とされるわけではない。

²² 平嶋竜太「オープンソース・モデルと知的財産法 - 序論」相田義明・平嶋竜太・隅藏康一『先端科学技術と知的財産権』（発明協会、2001年）57頁、今村哲也「オープンソースと著作権」隅藏康一編著『知的財産政策とマネジメント』（白桃書房、2008年）41頁。

前述したとおり、オープンイノベーションにおいても「オープン化」は適切な局面を選んで用いられるべきであって、そこではオープンイノベーションとクローズド・イノベーションを使い分ける戦略性が要求される。実際、IBM もプロプライエタリ（Proprietary）なイノベーションとオープンなイノベーションの双方が不可欠と述べている²³、その点を実証的に示す研究²⁴も存在する。また、近年、我が国企業は、オープンイノベーションへの関心を高めていることは前述したが、その一方で秘密管理も強化している²⁵。このように秘密管理を強化する一方で、オープンイノベーションへの関心が高いという一見すると矛盾した現象も、この「戦略性」の文脈において理解することができるように思われる。

このように、オープンな知的財産管理とクローズドな知的財産管理はともに必要とされるのであって、両者は補完関係にあると考えることができる。

くわえて、知的財産のオープン化における「オープン」とは必ずしも無償を意味しないことにも留意が必要である。もちろん、特許の無償開放のように「オープン」が無償を意味する場合もある。しかし、特許のオープン化は価値創造や価値収穫のための方策なのであって、発明を無償開放するのもそれが別の事業の収益に貢献するとの考慮が働いているからである。他方、オープンイノベーションは、前述したように、ライセンスや権利譲渡の積極的活用を奨励するが、この場合の「オープン」とは、技術の創造と活用の両面において自前主義にこだわらず、第三者の技術を利用する、あるいは第三者に技術を利用させる、ということの意味しており、そこでは特許権が有償で取引されることが想定されている。つまり、「オープン」が無償を意味する場合もあれば有償を意味する場合もあるのである。

そして特許などの知的財産が有償で取引される場合には、特許権が取引可能な財産権として設計され、取引ルールが特許法という形で定められていることが不可欠の前提となる（この点はさらに後述する）。そのような意味において、オープンイノベーションは知的財産制度なくして成り立たないと言っても過言ではないであろう²⁶。

(3) まとめ

以上のとおり、オープンイノベーションは、知的財産制度の存在を前提に、個々のプレイヤーが自らの利益追求のために、特許権をどのように管理し、活用すべきかについての一つのモデルを提供しているに過ぎない。オープンイノベーションは、知的財産制度を不要とするのではなく、反対に知的財産制度を必要としているとすらいえるのである。

²³ 上野・前掲注(20)75頁。

²⁴ 絹川真哉「オープンイノベーションと研究成果の無償公開」富士通総研研究レポート No.312（2008年3月、<http://jp.fujitsu.com/group/fri/downloads/report/research/2008/no312.pdf>）。

²⁵ 経済産業省・厚生労働省・文部科学省『2007年版ものづくり白書』（2007年）86頁、90頁によれば調査対象357社のうち35%の企業が、技術流出又はその可能性があったと認識し、約8割の企業が社内で適切に営業秘密を管理していると回答している。

²⁶ この点に関しては、オープン・ソース・ソフトウェアと著作権制度の関係についての指摘（注(22)及び対応する本文参照）と同様のことが、オープンイノベーションと特許制度の関係についても当てはまるように思われる。

4．政策的含意

(1) 制度・政策面の課題は存在するのか

3．で述べたとおり、オープンイノベーションが知的財産制度を前提に成立しているビジネスモデルなのであれば、それ以上に検討すべき制度・政策面の課題は残されていないようにも見える。しかし、私見では、少なくとも以下のような点において、オープンイノベーションは、単なるビジネスモデルという位置づけを越えて、知的財産政策に関わる問題を提起していると考えられる。

一つには、オープンイノベーションが、知的財産権の取引可能な財産権としての側面を重視していることから提起される問題がある。知的財産権が取引可能な財産権であり、知的財産法がその取引ルールを定めていることが、オープンイノベーションの不可欠の前提であることは前述したが、このことは裏を返せば、知的財産制度の在り方が、知的財産の取引に影響を与えることを意味している。そもそも知的財産法が権利の設定と利用に関し様々なルールを定めているからこそライセンスや譲渡といった取引を円滑に進めることができることは、知的財産制度が存在しない状態での取引を想像するだけで容易に理解できよう。この点は、取引費用理論を用いて、特許制度が発明を巡る取引の費用を低減させることにより取引を促進する効果を有すると説明されているところである²⁷。そのような知的財産制度の取引促進効果の観点からすると、現行制度上の取引ルールや仕組みが、オープンイノベーションの下における知的財産の取引を促進し得るものとなっているのか、という検討課題が浮かび上がってくるように思われる。

また、もう一つには、現行知的財産制度が前提としているビジネスモデルと、オープンイノベーションが前提としているビジネスモデルの乖離から提起される問題がある。現行知的財産制度が排他権を基本としているということは、権利者は自らが生み出した知的財産を排他的・独占的に実施するというビジネスモデルを原則としていると考えるのが自然であろう。しかし、このような原則と例外が逆転し、仮に発明を排他的・独占的に使用しないビジネスモデルが原則となるのであれば、本来何人も重畳的に利用可能な知的な創作物に取って代わり排他権を付与することの必要性や妥当性が改めて問われると考えられる。知的財産権の排他性を担保しているのは差止請求権であることからすれば、この点は差止請求権の在り方に関わってこよう。

以上に加え、さらに留意すべきことは、オープンイノベーションによって知的財産制度、とりわけ特許制度におけるプレイヤーが多様化するという点である。前述したようにオープンイノベーションは垂直非統合モデルを前提としており、発明者とその

²⁷ 島並良「特許権の排他的効力の範囲に関する基礎的考察」日本工業所有権法学会年報31号(2007年)1頁によれば、特許制度がなくとも契約を用いることにより発明の取引は可能だが、特許制度がなければそもそも当事者は利用を望む発明をどのようにして認識するのか、という点がまず問題となる。この点を措いても、当事者は、対象となる発明の範囲を確定した上で、利用の形態を定めなければならないが、これらの作業に多大な費用を要するであろうことは想像に難くない。他方、特許制度が予め特許請求の範囲を確定し、その内容を公開するとともに、(任意規定であるにせよ)ライセンスや譲渡に関する標準的なルールを用意することで、取引費用は格段に低減する。よって特許制度は発明を巡る取引の費用を低減させることにより取引を促進する効果を有すると考えられるのである。

発明を実用化する者は必ずしも一致しない(であるからこそ発明が取引される)。とはいえ、オープンイノベーションは垂直統合型クローズド・イノベーションを一切否定するものではなく、この結果、発明者が特許権者として発明を(独占的に)自己実施する垂直統合モデルと、ライセンスや権利譲渡を通じて発明が発明者以外の者によって実施される垂直非統合モデルが共存することとなる。このことから、垂直統合であるか垂直非統合かにかかわらず、発明の実施形態により中立的な制度設計が求められるのではないかと、といった発想も生まれてこよう。

(2) 具体的な政策課題の例

必ずしも網羅的ではないが、(1)の問題意識を踏まえれば、検討を要すべき具体的な政策課題として、以下のような点を挙げるができるであろう。

知的財産取引市場の活性化

前述のとおり、オープンイノベーションの下では、知的財産の取引がより活発になることが想定されるが、そこで課題となるのが、知的財産取引市場の活性化という点である。

むろん、先に紹介した取引費用理論が述べるように、特許制度自身の存在が取引促進効果を有している。また、特許権の設定と利用に関するルールを定めた特許制度の下では、個別の発明についてそれを権利者自らが自己実施するのか、ライセンス又は譲渡により他者がその実施を行うのかは、当事者の取引に委ねられており、そこでは市場の存在が当然の前提とされている。しかし、このことは、特許取引市場において現実に特許が活発に取引されていることまで意味するものではない。

かかる観点から我が国の特許取引市場の現状をみるに、現時点において特許取引市場が活況を呈しているとは言い難い。よく知られているように、企業が保有する特許権数のうち利用されている特許権の比率は50%程度に過ぎず、約半分の特許は取引どころか自己実施さえされていない²⁸。また、時系列的に見ると、特許権の移転件数(吸収合併等の一般承継を除く)そのものはこの10年で4倍以上増加しているが、この移転件数は関連企業間での特許権の移転を含んでいると思われることに加えて、特許登録件数との比較において移転される特許は僅かである(2006年に移転された特許件数は同年に登録された特許件数の1割に満たない。)²⁹。我が国の特許取引市場は、拡大

²⁸ 特許庁「平成20年知的財産活動調査結果の概要」

(http://www.jpo.go.jp/shiryoutoukei/pdf/h20_tizai_katudou/kekka.pdf) 図表3。ただし、全件数の30%程度を占める防衛特許が未利用特許に分類されている。防衛特許は未利用といっても、事業に貢献していると見れば、未利用特許の評価も変わってこよう。

²⁹ 産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会通常実施権等登録制度ワーキンググループ報告書「特許権等の活用を促進するための通常実施権等の登録制度の見直しについて」(平成19年12月、http://www.jpo.go.jp/shiryoutoushin/shingikai/pdf/tokkyo_shiryoutou024/file_07.pdf) 3頁図1-5によれば、特許権の移転件数は、1996年が2,409件であるのに対して2006年が11,174件と4倍以上に増加している。この移転件数から吸収合併や相続といった一般承継は除かれているものの、吸収合併によらない関連企業間での特許権の移転は除外されていない。また、2006年の特許登録件数は約14万件であり、移転件数はその1割に満たない。これに対し、米国ではその比率が25%程度である(注(15)参照)。もっとも、両者の比較手法が必ずしも同一ではないと考えられることについては留意が必要である。

基調にあるとはいえ、その規模からみて、現状では未だ小さな市場であると評価せざるを得ない。

このような現状の一つの要因としては、これまで特許権者の多くが垂直統合型組織である限りにおいて、特許権を譲渡したり、ライセンスしたりする必要性はさほど高くはなかったという点が挙げられるであろう。したがって、特許取引市場の現状が、従来垂直統合型のプレイヤーが中心であったことを反映しているだけなのであれば、垂直非統合を前提とするオープンイノベーションが普及すれば自ずと取引は増加することが予想される。そうであれば、それ以上取り立てて制度・政策面の課題を検討する必要もない。

しかし、発明の取引においては、前述したとおり発明の価値をどのように評価するかが困難であることに加えて、個別の取引毎に譲渡やライセンスの条件が当事者間で交渉されることも少なくなく、取引を巡る情報の不足と取引費用の高さは、市場機能の発達の制約要因となりかねない。

前述のように今後の特許取引市場の拡大に楽観的である Chesbrough は、知的財産取引を専門的に扱う仲介事業者に着目している。確かに未利用特許の多さを想起すれば、発明の価値評価等に専門的な知見を有する仲介事業者の増加は歓迎すべきである。しかし、その反面で、仲介事業者は自ら特許発明を実施しない者であるという点において後述の Patent・Troll と共通点を有するのであり、仲介事業者の増加が Patent・Troll 出現の可能性をも増大させる懸念がないわけではない。

そもそも特許取引市場の効率性を巡っては、従来から楽観論と悲観論が存在するところである³⁰。よく知られた「アンチコモنزの悲劇」³¹は、バイオ分野における上流の基礎的発明に関する特許権が下流の製品開発を妨げるという市場の機能に懐疑的な見解の一つの例である。これに対してライセンスやパテントプールといった知的財産の集合管理などによって、市場自身が自発的に取引を促進するメカニズムを構築するといった楽観論もある³²。このように評価が分かれる問題であるだけに、単純にオープンイノベーションが普及すれば取引も自ずと活発化すると片付けるわけにもいかないように思われる。

政府は、特許発明の活用促進策として、特許権等に関するライセンス登録制度を見直している。具体的には、まず、2007年の法改正により、包括的ライセンス契約の登録制度が創設された。包括的ライセンス契約は、通常実施権の許諾範囲を特許番号ではなく製品や技術分野で特定するため、対象特許権の特許番号を特定する従前の登録制度の活用が困難であることに鑑み、「特定通常実施権許諾契約」(法人間で通常実施

³⁰ この点については、中山一郎「『プロパテント』と『アンチコモنز』 特許とイノベーションに関する研究が示唆する『プロパテント』の意義・効果・課題」経済産業研究所ディスカッション・ペーパー 02-J-019 (2002年11月) 33~37頁参照。

³¹ Michael A. Heller and Rebecca S. Eisenberg, *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, 280 Science 698 (1998)。

³² Robert P. Merges, *Institutions For Intellectual Property Transactions: The Case Of Patent Pools*, in EXPANDING THE BOUNDARIES OF INTELLECTUAL PROPERTY: INNOVATION POLICY FOR THE KNOWLEDGE SOCIETY, ed. by R. DREYFUSS, D. ZIMMERMAN, and H. FIRST, 123 (Oxford University Press 2001)。

権を許諾する書面の契約であって、許諾対象権利が一部でも特許番号又は実用新案登録番号以外の方法で特定されている契約。産業活力再生特別措置法 2 条 20 項)により許諾された通常実施権を新たな登録制度の対象とし、登録(「特定通常実施権登録」と呼ばれる。同法 58 条以下参照)により第三者対抗力の具備を認めるものである。

また、2008 年の法改正によって、特許出願段階のライセンス登録制度が創設されるとともに、従来からの登録制度における登録事項の開示が一部制限された。前者は、出願中の特許を受ける権利も実務上ライセンス契約の対象となっており、登録制度の導入によりその保護を図るという実務上の要請に応えるものであり、仮通常実施権(特許法 34 条の 3)、仮専用実施権(特許法 34 条の 2)及びそれらの登録(34 条の 4、34 条の 5)に関する規定が新設された。また、後者の登録事項の開示の制限は、ライセンス契約の守秘性のニーズに応じて登録制度の活用を促進しようとするものであり、通常実施権者の氏名や通常実施権の範囲などの情報が原則として非開示とされた(特許法施行令 18 条、ただし、例外的に利害関係人による開示請求が認められる場合につき、施行令 19 条参照。)

さらに現在、ライセンスが登録されていなくとも対抗力を認める可能性についても検討の俎上に上っている³³。これらの制度的手当は、取引の安全を確保する措置として発明の取引の活性化に資するものであるとはいえる。

くわえて、実施許諾用意制度(ライセンス・オブ・ライト制度)も現在検討中である³⁴。ライセンス・オブ・ライト制度とは、特許権者が実施許諾の用意があることを自発的に登録するかわりに、特許料金を減免するというものであり、これもライセンスに要する取引費用の低減を通じて、ライセンスの促進を図ろうとするものであると理解することができる。

もっとも、これらの措置によって、発明の価値評価の困難性や取引費用の高さといった本質的な問題を克服できるのか否かは定かではない。

その他にも取引費用を低減させる一つの方策として、特許権の譲渡やライセンス条件の公表を義務づけるという提案もなされている³⁵。住宅の販売に関するデータの公表が不動産市場に外ではなく利益をもたらしているのと同様のことが特許取引市場についても当てはまるというのである。また、予想される批判に対して、全員について開示が義務づけられれば競争上不利になることもないと反論している。実現可能性はともかく、興味深い提案であるといえよう。

³³ 特許制度研究会「特許制度に関する論点整理について」(2009 年 12 月、<http://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/kenkyukai/pdf/tokkyoseidokenkyu/houkokusyo.pdf>)

³⁴ 特許制度研究会・前掲注(33)18～20 頁。

³⁵ Mark A. Lemley and Nathan Myhrvold、*How To Make A Patent Market*、__Hofsa L. Rev.__(2008)。

差止請求権の在り方（パテント・トロール対策）

パテント・トロール（Patent Troll）とは、明確な定義はないが、一般に、特許発明を実施する意図を有さず、倒産した企業等から特許を買い取り、その特許発明を実施している企業に差止を盾に高額なライセンス料を請求する者を指すと考えられている³⁶。通常、互いに特許発明を実施している者の間で特許紛争が生じた場合には、互いの事業がそれぞれの特許権により差止められるといった事態を回避するため、クロスライセンスなどの形で和解することが少なくない。しかし権利者がトロールのように自ら事業を行わない場合、クロスライセンスに持ち込みようがなく、そのような特許権者はいわば失うものもないため差止が極めて強力な武器（権利を行使される側にとっては脅威）となる。

オープンイノベーションとの関連では、発明の取引が活発になれば、パテント・トロール出現の懸念が高まるという意味において、Chesbrough もこれを潜在的リスクとして認識しているが、Chesbrough 自身はその防衛策としてトロールより先に特許取引市場で特許権を買い取ることを提案している³⁷。実際、報道によると、米国では大企業が自衛のために特許権を買い取る団体を設立したとのことである³⁸。また、米国では、2006年、eBay 最高裁判決³⁹が、特許権侵害が認められた場合においても裁判所は自動的に差止を認めるのではなく、一定の要件に照らして差止の可否を判断すべきであると判示して、差止を制限する余地を認めている。このようにパテント・トロール問題がクローズアップされた米国ではその対策も既に取られ始めつつあるようである。

これに対し、我が国の場合は、実態としてパテント・トロール問題が存在するのかは判然とせず、特許制度の見直しの議論においても差止請求権を制限するか否かを巡っては賛否両論がある⁴⁰。

元来、特許制度は特許権者に発明の実施を直接義務づけてはいない⁴¹。とすれば不実

³⁶ 竹中俊子「欧米における知財の動き」渋谷達紀・竹中俊子・高林龍『知財年報 I.P. Annual Report 2005』別冊 NBL No. 106（商事法務、2005年）171頁、172頁注(6)、北村弘樹・遠山敬彦「米国特許法改正の動向について」特許研究 40号（2005年）48頁、57頁注(12)、知的財産研究所「日米韓における特許権の行使に関する諸問題の調査研究報告書」（平成 20年 3月、http://www.jpo.go.jp/shiryoutoushin/chousa/pdf/zaisanken/1912nitibei_all.pdf）121～122頁。

³⁷ CHESBROUGH・前掲注(4) OPEN BUSINESS MODELS、99頁。

³⁸ Wall Street Journal、Jun 30、2008、"Tech Giants Join Together To Head Off Patent Suits"によると、新たに設立される団体は Allied Securities Trust であり、Verizon、Google、Cisco Systems、Ericsson、Hewlett-Packard などが参加している。

³⁹ *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*、126 S. Ct. 1837 (2006) eBay 判決の邦文による解説として、玉井克哉「特許権はどこまで権利か - 権利侵害の差止めに関するアメリカ特許法の新判例をめぐって - 」パテント 59 巻 9 号（2006年）45～64頁、松本重敏「eBay 事件判決と日米特許法の比較考察 - 差止請求権と損害賠償請求権相互の位置づけ - 」知財管理 57 巻 2 号（2007年）183～194頁、尾島明・二瓶紀子「特許侵害行為の差止請求を認容するための要件 - *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*、126 S.Ct.1837(合衆国最高裁判所 2006年 5月 15日判決)の全文とその評釈 - 」知財研フォーラム 69 号（2007年）41～50頁など。

⁴⁰ 特許制度研究会・前掲注(33)58～64頁。

⁴¹ 特許権者が発明を実施しないことによって不利益を受けることはある。典型例は、不実施の場合の裁定実施権（特許法 83 条）であるが、その他にも侵害者の利益を損害額と推定する特許法 102 条 2 項に関する通説的見解によれば、不実施の特許権者は同項の適用を受けることができないと解されている（中

施の特許権者による権利行使は従来からも想定されていたはずである。しかし、これまでパテント・トロールのような問題がそれほど問題視されてこなかったのは、従来の特許制度の下での主たるプレイヤーが垂直統合型であったからに他ならないからであろう。その意味でパテント・トロール問題は、古典的ではあるが、オープンイノベーションによる垂直非統合の進展に伴い顕在化してきた問題であると考えることができよう。

先に発明を排他的・独占的に使用しないビジネスモデルが原則となるのであれば、敢えて排他権を付与することの必要性や妥当性が問われると述べたが、現時点において発明を排他的・独占的に使用しないビジネスモデルが原則となるとまではいえないであろう。また、オープンイノベーションの下で発明を取引する場合でも、排他性を持った財産権の設定が取引促進効果を有するという点は取引費用理論の示唆するところである。したがって、排他権（差止請求権）構成の原則を現時点で崩す必要はないとはいえよう。しかし、そもそも知的財産制度において排他権（差止請求権）構成を絶対視する必然性はないとすれば⁴²、単に差止請求権を制限すべきか否かといった点よりも、差止請求権を制限すべき場合とはどのような場合であって、それは事前に立法により明確化できるのか、あるいは事後に個別の事案に応じて司法が判断すべきなのか⁴³、さらに差止が制限される場合の損害賠償はどうあるべきか、といった点に議論の焦点を移すべきではないだろうか。

共有特許の実施許諾

発明の実施形態により中立的な制度設計という問題意識からは、共有特許の実施許諾に要する他の共有者の同意の問題を指摘することができる。

内外の知識の結合を重視するオープンイノベーションの考え方が広まれば、共有特許も自ずと増加すると予想される。ところで我が国の特許法 73 条は、共有特許の各共有者の自己実施について、別段の定めがない限り、他の共有者の同意を不要とする（同条 2 項）一方で、実施許諾については他の共有者の同意を求めている（同条 3 項）。このようなルールは垂直統合型の権利者にとって都合がよい。自己実施の自由を確保しつつ、他の共有者による第三者へのライセンスは拒否できるからである。反対に、オープンイノベーションの考え方を取り入れて第三者に発明の活用を委ねようとしても、他の共有者の同意が得られない可能性が生じる（特に他の共有者が垂直統合型組織であった場合にその可能性が高まろう。）。もっとも、73 条は任意規定であるから、自己

山・前掲注(2)341 頁、中山信弘『注解特許法第三版上巻』〔青林書院、2000 年〕1017～1023 頁〔青柳吟子〕、高林龍『標準特許法第 3 版』〔有斐閣、2008 年〕259 頁参照。〕また、102 条 1 項の適用に当たっても、権利者は、少なくとも侵害品と競合する製品を販売している必要があると解されている（権利者製品が特許発明の実施品である必要があるかについては議論がある。中山・前掲 1002～1004 頁、高林・前掲 257～258 頁参照。）。以上を踏まえると、特許法は特許権者による発明の実施を間接的に促しているとはいえるであろう。

⁴² 中山信弘『マルチメディアと著作権』（岩波書店、1996 年）300 頁、松本重敏『特許権の本質とその限界』（有斐閣、2005 年）141 頁。

⁴³ さらに中間的に、例えば米国の政府使用（28 U.S.C. § 1498）のように行政が個別に「授權又は同意」を与えて差止請求権を制限する一方、損害賠償は司法が判断するといった枠組みも考えられる。中山一郎『保護および利用のバランスと特許権の排他性に関する若干の考察』隅藏康一編著『知的財産政策とマネジメント』（白桃書房、2008 年）211 頁参照。

実施を制限する、あるいは実施許諾を自由に認めるといった特約も可能である。とはいえ、敢えてそのような特約を取り決める取引費用を考慮すれば、73条のデフォルト・ルールの影響は無視できない。前述した取引費用理論の観点から見ても特許法における任意規定（デフォルト・ルール）は、それに従うことで取引費用が節減できるのであるから、デフォルト・ルールをどのように定めるかはその後の取引を左右し得るのである。その意味で現行法はオープンイノベーションよりもクローズド・イノベーションに有利であると考えられる。

そもそも現行73条の趣旨については、特許発明が物理的に占有不能であり、各共有者の実施は他の共有者の実施の妨げとならないことから、自己実施が原則自由とされる一方、特許発明の実施を誰が行うかによって各共有者は経済的に大きな影響を受けることから、共有者の知らないところで第三者が特許発明を実施することを防ぐ必要があると説明されてきた⁴⁴。しかし、自らが知らないところで他の共有者の実施能力が第三者の関与により変化することはないという共有者の期待はどこまで法的な保護に値するのか、という点については議論の余地があり、クローズドかオープンかを問わず、より中立的な制度設計の観点から73条の在り方を考察することも検討に値するのではないかと考えられる⁴⁵。

大学発明の特許化・ライセンス

(1)の問題意識から直接導かれる問題ではないが、大学で生じた発明の特許化とそのライセンスについても言及しておきたい。というのも、大学発明の特許化・ライセンスは、近年官民を挙げて推進されてきており、一見するとオープンイノベーションの考え方とも整合的であるように見えるものの、必ずしもそうではないと考えられるからである。

すなわち、外部知識の活用というオープンイノベーションの趣旨からしてChesbroughは産学連携の推進には肯定的であるが、バイドール(Bayh-Dole)法の下での大学による特許権取得には否定的なのである。Chesbroughによれば、次世代の技術のためのシーズ(seed corn)は広く速やかに普及させるべきであって、大学が基礎的な研究成果を特許化してライセンスすることは有用な知識の普及を遅らせる虞があり⁴⁶、実際、そのような懸念が現実化しつつあることも実証的に示されている⁴⁷。さらに知的財産管理の脅威を説明するくだりにおいても、適切な知的財産管理を行わなければ侵害者として多額の賠償金が請求される可能性があるとして、例えば大学は特許料収入を重要な資金源としていることが言及されている⁴⁸。

大学で生じた発明について大学が特許権を取得して民間企業にライセンスするとい

⁴⁴ 中山・前掲注(2)301～302頁、高林・前掲注(41)108頁。

⁴⁵ 一般承継や下請を通じた自己実施により共有者の実施能力は変化し得るのであり、この点に関する他の共有者の期待の保護は完全ではないことを指摘しつつ、水平分業の進展などの産業組織面の変化や日米比較を踏まえて73条の見直しを提言するものとして、中山一郎「共有に係る特許権の実施許諾に対する他の共有者の同意について - 発明の実施形態に中立的な制度設計の視点から - 」AIPPI47巻2号(2002年)82頁。

⁴⁶ CHESBROUGH・前掲注(4) OPEN INNOVATION、193頁。

⁴⁷ CHESBROUGH et al.・前掲注(4) OPEN INNOVATION、134～160頁。ただし、大学との協力関係の構築に成功した一部の企業については知識活用ペースの遅れが見られないことも示されている。

⁴⁸ CHESBROUGH・前掲注(4) OPEN BUSINESS MODELS、18頁。

う技術移転スキームは、米国のバイドール法をモデルとして我が国でも官民を挙げて進められてきているが、依然として様々な問題を孕んでいるように思われる⁴⁹。

知的財産制度の正当化根拠

最後に、知的財産制度の正当化根拠との関わりも指摘しておきたい。

オープンイノベーションの考え方によれば、例えばオープン・ソース・ソフトウェアのコミュニティに特許を無償開放する行動はそれが別の事業の強化に資するとのビジネス上の判断によるものとして説明される。しかしかかる説明では、特許を無償開放した企業側の行動を説明できても、ソフトウェア技術者がオープン・ソース・ソフトウェアを開発する動機を説明することはできない。

それでは、自らの開発したソフトウェアが自由に複製されることを知りながら技術者がオープン・ソース・ソフトウェアの開発に参加するのは何故であろうか。しばしば聞かれる説明は、開発者は、名声の獲得に動機付けられているために、開発者の名前を明示することは必要だが、開発したプログラムの複製・改変は自由とされるというものである⁵⁰。

その他にも、評判の効果を認めつつ、評判が将来のキャリア（雇用機会や資金調達）につながるというキャリアに関するインセンティブ及びグループ内の認知度向上に基づく自己満足インセンティブ（両者をあわせてシグナリング・インセンティブと呼ぶ。）により開発者の動機が説明されることもある⁵¹。

さらに、個々のタスクが小さい単位にモジュール化されていればそもそも開発者の動機は重要な問題ではないとする見解もある⁵²。この見解によれば、個人の創造的な能力を必要とするタスクについては、そのタスクに最も相応しい個人を見つけることが重要となるが、本来、個人の能力は本人が最もよく理解しており、企業内で第三者がタスクを割り当てると本人の能力とタスクとのミスマッチが避けられない。また、市場においても個人の創造性は定型的な取引に馴染みにくく、契約のための記述化（specification）も困難で、かつ、多大な取引費用を要する。これに対し、オープン・ソース・ソフトウェアはネットワークにより膨大な数の個人をプールしてその中からモジュール化されたタスクに最適な個人が自発的に名乗り出る（Self-identify）仕組みを構築した点が重要であって、このような仕組みは「ピア・プロダクション・システム」（Peer Production System）と名付けられている。

このようにオープン・ソース・ソフトウェアにおけるインセンティブ（の有無）については様々な見方があるものの、いずれにしてもここでは創作インセンティブ論以外の説明が求められているように思われる。

⁴⁹ 大学特許が抱える問題に関しては、中山一郎「大学特許の意義の再検討と研究コモンズ」知的財産研究所編『特許の経営・経済分析』（雄松堂、2007年）301頁参照。

⁵⁰ エリック・スティーブン・レイモンド（山形浩生訳）「ノウアスフィアの開墾」『伽藍とバザール』（光芒社、1999年）84頁（原文はE. S. Raymond, “Homesteading the Noosphere”, available at <http://www.catb.org/~esr/writings/homesteading/>）。

⁵¹ J. Lerner and J. Tirole, *Some Simple Economics of Open Source*, 50 J. Indus. Econ. 197, 212-223(2002)。

⁵² Yochai Benkler, *Coase's Penguin, or Linux and The Nature of the Firm*, 112 Yale L. J. 369(2002)。

オープンイノベーションの目的は、価値の創造のみならず価値の収穫にあり、知的財産の「オープン化」は、あくまで企業による利益追求の一手段と位置づけられている。そのような立場からすれば、オープン・ソース・ソフトウェアの開発者の開発動機は分析の対象外であろう。とはいうものの、オープンイノベーションが対象としている事象は、知的財産制度の正当化根拠に関して、創作インセンティブ論ないし公開代償説以外にどのような説明が可能かという興味深い問題を提起しているように思われるのである。

5. おわりに

以上、本稿では、オープンイノベーションの概念を整理した上で、オープンイノベーションと知的財産制度（特に特許制度）との関係を検討し、さらに、知的財産制度（特に特許制度）に対するオープンイノベーションの含意について考察した。

垂直統合型クロード・イノベーションがその限界を露呈しつつあることは、従来から指摘されてきたところであるが、そのような中で、オープンイノベーションは、垂直非統合型のモデルを前提に、外部知識を内部知識に同等の重要性を認め、内部の知識・リソースを組み合わせる価値の創造と収穫を図るという新たなモデルを提示したことにその意義を認めることができよう。イノベーション戦略として、知的財産管理の積極的な役割を打ち出した点も、オープンイノベーションの特徴であろう。

特許制度との関係についてみれば、オープンイノベーションとは、企業による利益追求の一手段として、特許制度の新たな活用方法を提示するビジネスモデルであって、決して特許制度を否定したり、不要と捉えるものではない。そもそも「オープン化」が意味するところも戦略的かつ多義的であって、オープンイノベーションは特許制度のユーザーに一層高度な特許管理を促しているのである。このように、オープンイノベーションは、基本的に特許制度のユーザーに向けられたメッセージである。

2003年の知的財産基本法の施行以来、我が国では、「知的財産立国」の実現を目指して様々な制度上ないし政策的な措置を講じられてきているが、この点に関して、「知財改革と呼ばれる一連の改革の成否は、法律を作ることが目的ではなく、社会、特に産業社会を、情報化の流れに適合させることができるか、という一点に掛かっている」⁵³と評する見解がある。そのような観点からすれば、企業に戦略的な特許管理を要求するオープンイノベーションは、まさに「産業社会を、情報化の流れに適合させる」という意味において重要な課題であると考えることができる。もっとも、企業のイノベーション戦略としてのオープンイノベーションがどの程度の普遍性を持ち得るのかは、現時点では定かでなく、今後の動向を待たねばならない。

このようにオープンイノベーションは、知的財産制度の上に成り立つビジネスモデルではあるが、同時に政策的な観点においても幾つかの課題を提起する。オープンイノベーションの下では、特許権の役割として、排他権であることよりも、取引可能な財産権であることが重視される。このことは、特許制度の存在自身が取引促進効果を有するにしても、取引法的側面から現行のルールや仕組みが十分なものであるのかについて検証する必要性を示唆している。

また、特許制度は、従来、垂直統合型の権利者を主たるプレイヤーとして想定してきたと考えられる。しかし、オープンイノベーションによって垂直非統合型のプレイヤーも増加し、特許制度のプレイヤーは多様化する。前述した共有特許の問題は、そのように多様化するプレイヤーの存在を前提としたときに、特許制度は、どの程度中立的な制度であるべきか、という問題を提起している。また、プレイヤーの多様性は、

⁵³ 中山信弘「知的財産法研究の回顧と将来への課題」NBL877号（2008年）5頁。

差止請求権の制限の問題においても、特許制度はどの程度柔軟な制度であるべきか⁵⁴、といった課題を提起する。

このように、企業関係者はもちろんのこと、政策担当者もオープンイノベーションに関心を持つべき十分な理由があるのである。

⁵⁴ 柔軟性の問題に関し、特許制度が、近年、画一性を失い、個別的な比較衡量が重視されつつあることを指摘しつつ、かかる傾向に警鐘を鳴らすものとして、島並良「特許制度の現状と展望：法学の観点から」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、2009年）3頁。

特 許 庁

©2010

執筆協力：國學院大學法科大学院
教授 中山 一 郎