

米国ビジネス方法特許をめぐる問題状況

——批判論，改善措置，残る問題点——

坂 井 昭 夫

はじめに

アメリカでは、1998年夏のステート・ストリート銀行（SSB）事件控訴審判決によって過去一世紀にわたり特許実務を縛ってきた「ビジネス方法除外の原則」が明確に廃棄されるや、口ならずしてビジネス方法特許（BMP）ブームが巻き起こった。このブーム到来の経緯については、前稿（本誌前号）で、80年代初頭からのプロ・パテント政策を反映した特許保護対象の拡大動向やIT革新の進展といったその伏線と背景に目配りしながら、また技術的要素よりもアイデアに重きを置くBMPの特徴を踏まえて、一通りの考察をすませている。とりわけ「特許洪水」の現象が目立った電子商取引分野では、特許権者となったネット・ベンチャーがBMPを攻撃的に利用するのに伴い、競合企業との間に激しい係争が次々もち上がる状況となったが、代表的な係争2事例（逆オークション特許およびワン・クリック特許をめぐる生じた特許紛争）の内容検討も前稿でおこなった。

ところで、BMPブームの只中で燃え広がった係争は、米国内外にBMPに対する強い警戒感を醸成せずにはおかなかった。ただ、噴出した批判や憂慮への対応策として米国特許商標庁（USPTO）を中心に審査基準の厳格化と審査体制の整備が急がれたこともあって、BMPブームはほんの数年で沈静化し、それとともに懐疑・批判の声も鳴りをひそめる経過となった。とはいえ、事態を単なる一過性の現象だったと決めつけて、関心の枠外に追いやってしまっ

よいわけでは決してない。問題視された BMP の本性が部分的にしか改まっていないようなら、ピーク時を下回りはしてもブーム前よりはるかに多くのビジネス関連発明の出願と特許成立が今もって続いている以上、今後アメリカ経済ばかりか世界経済全体の動向に重大な影響が及ぶ可能性も小さくない、と考えるのが自然だからである。

それでは、特許紛争勃発の現実を背景に、BMP の一体何に対して抗議の矢が射かけられることになったのか？ それらの問題点をめぐって、USPTO や米国議会でどのような改善策が検討され、そのうちどれが実行に移され、何が棚上げの扱いになったのか？ そして、問題視された事項のうち何が一応の解決をみたのか、どのような種類の問題が手付かずのまま残されているのか？ 本稿では、これらを順を追って考察することになる。

I 懐疑・批判の広がり——何が問題視されたのか——

相次ぐ特許紛争に世の注目が集まる中で、ビジネス方法特許に対する批判の声も急速な高まりをみた。部分的な修正要求から全面否定まで多様な見解が入り乱れる騒然たる論壇状況であったが、何らかの角度から問題視された諸点を取りまとめて列挙しよう。

バーンズ社がワン・クリック注文方式を導入する際に、同社のプログラマーはアマゾン社の特許のコードを調べる必要を感じなかったという¹⁾。その事実が物語るように、BMP の場合にはソフトウェアの技術的要素にあまり特徴がないのが通例である。裏返せば、主に非技術的要素つまり IT を使って実現するアイデアに対して与えられるのが BMP なのであるが、そのアイデアにしても逆オークションやワン・クリックのように「コロンブスの卵」的な単純なもの、端的にはインターネット出現の前から存在するビジネス方法にいくらか手直しを施した程度のものでしかない²⁾。となると、実世界では公知のビジネス

1) Gleick, James, "Patently Absurd," *The New York Times Magazine*, March 12, 2000.

2) 岸 宣仁『特許封鎖』中央公論新社, 2000年, 76ページ。

方法が単にサイバースペースに移植されただけで特許化することにすらなりかねない。この点に関して、もしそうならそれは新規性・非自明性の特許要件を無視したずさんな特許認定だ、しかも実際にその傾向がはっきり認められる、とする非難が数多く聞かれた³⁾。

アイデア重視の BMP は、個別のソフトウェアやハードウェアなどシステムの構成要素によって規定されはしないので、本質的に汎用性が高く、権利保護の範囲もおおのびと広がる。したがって、あるビジネス方法が特定企業の特許とされると、他の誰もがライセンスを受けない限り同様の手法を用いたビジネスを実施できなくなる、という恐れを禁じえない。すでに広範に普及し標準的存在となっているビジネスの手法や仕組みに特許権が発生したりすれば、非特許権者によって営まれてきた事業がある日突然おこなえなくなる事態も起こりうる。これは、かつて不条理な利害関係の温床として悪名を馳せた「サブマリン特許」の現代版になるのでは、との懸念の広がりにつながった⁴⁾。特許権者が不当に優位に立つ可能性に関わっては、その優位性の長期化と強化に寄与するロック・イン効果やネットワーク効果への留意を促す論者も少なくなかった。

BMP には、開発コストが相対的に低いために、技術的な工夫に対する従来型の特許よりも出願しやすい特徴がある。その条件下で、BMP の恩恵に浴したいと願うベンチャー企業や個人が続出し、他方でその脅威への対抗を主眼とした大企業の防衛出願も盛んになった結果が、爆発的な出願ブームの到来であった。しかし、出願の殺到に対処する特許審査の体制が前もって整っていたわけではなかった。USPTO の審査官が申請された案件の新規性や非自明性を判断するに当たっては、ビジネス関連発明の先行事例データ・公知資料がどうしても必要になる。だが、もともとビジネスの仕方は必ず文献に載せて発表されるような性質のものではなく、そのせいもあって当該データ類はおよそ未整備なのが実情であった。だとすれば、引用文献のサーチがかなわず拒絶査定

3) Lessig, Lawrence, "Patent Problems," *The Industry Standard*, January 21, 2000.

4) 青柳武彦「ビジネスモデル特許の功罪」GLOCOM 月報『智場』No. 53, 2000年7・8月合併号。

をなしえないために（さらに専門知識を持つ審査官の不足も重なるので）、特許性の疑わしいありふれたビジネス方法に特許が付与される事態も起こって不思議でない理屈になる。この事情を直視し、BMPに固有の欠陥として審査の不備による質の低さを指弾する議論もあった⁵⁾。そこでは、低質の特許ないし瑕疵のある特許は、クレーム（特許請求範囲）の重複、不適切に広いクレーム、自明な発明への特許付与といった問題を内包しており、係争の頻発と訴訟費用の上昇、ライセンス料の高騰、競争の抑制による非効率的な企業の温存といった社会的コストを発生させるものと認識されていた⁶⁾。

特許制度の理念と関わらせた批判も存在した。そもそも特許制度は、一定期間後における発明内容の公開を代償に、新技術の開発者に排他的な独占権を認め、もって産業発達の促進に役立てようという目的のもとに築かれたものである。独占権の形式をとった発明利得の保障は、投入した技術開発費の回収を可能にし、新技術開発への動機付けをおこなうためだとされている。発明の開示の方は、生み出された技術の産業や社会への移転を円滑にする手段、さらには当該技術をベースとしたいっそうの技術発展をはかる方途と考えられてきた⁷⁾。そうであるはずなのにビジネス方法特許ときた日には、話は展開する。

BMPときた日には、新たな電子商取引事業に対する参画の機会をせばめ、ネット産業にとって成長の促進要因どころか、逆に阻害要因になりかねない。技術的要素の希薄さからして、開示された発明がさらなる技術発展の礎石になることも期待しにくい⁸⁾。技術開発のインセンティブとしての独占という点に

5) 日本感性工学会・IP研究会編『ビジネスモデル特許』通商産業調査会、2000年、10-11ページ。Wright, Bradley C., "Business Method Patents: Are There Any Limits?," *Review of Intellectual Property Law*, The John Marshall Law School, Vol. 2, Issue 1, Fall 2002.

6) Meurer, Michael J., "Business Method Patents and Patent Floods," *Boston University School of Law Discussion Paper*, No. 02-02, May 13, 2002.

7) Nelson, Richard D. and Roberto Mazzoleni, "Economic Theories about the Costs and Benefits of Patents," February 15-16, 1996. (<http://www.nap.edu/readingroom/books/property/3.html#chap3>). Bronwyn H. Hall, "Business Method Patents, Innovation, and Policy," *NBER Working Paper*, No. 9717, May 2003.

8) Lee, Mark, "How Could Software Patent Law Impact Electronic Commerce?," Fall, 1998. (http://cyber.law.harvard.edu/fallscm98/final_papers/Lee.html)

しても、あまり技術開発投資が必要でなく、またさほど独創性のないアイデアでも特許になりうる BMP の場合には、その制度趣旨にぴったりこない。内容公開の交換条件に独占の容認をとされているが、ビジネス方法は公開の場で実施されるものであり、特許制度によって公開させるまでもない⁹⁾。——こうした意見が、時に包括的に、時に断片的に、あちこちで表明されたのであった。なお、特許制度本来の姿からかけ離れているとの認識に立って BMP の権利期間短縮や廃絶を唱える主張も飛び交うことになったのだが、それらについては後に論及の機会を持ちたい。

ところで、アメリカの BMP 動向は、日本や欧州にとっても重大な関心事であった。特許制度は属地主義が原則だとはいえ、技術進歩に合せてバイオテクノロジーやソフトウェアの分野にまで保護範囲を広げてきたアメリカに、日欧が躊躇しながらもおおむね追従の道を歩んできたのは間違いのない事実であるし、BMP についても基調は同じだとみてよい。とはいいながら、日本が BMP をソフトウェア関連特許の一形態と規定し、コンピュータを構成要件としないビジネス方法の発明は特許対象外としてきたように、また欧州がソフトウェア特許それ自体に相当な制約を加えてきたように、三極間には制度面の差異が認められた。審査基準の厳しさにも程度の差があったので、経済のグローバル化に対応して制度・運営基準の国際的調整をはかる必要が日ごとに高まる形勢にあった。しかも、インターネット・ビジネスの場合には、世界のどこからでもアクセスが可能のため、国際調整の緊要度は一段と高くなる。米国特許が成立したビジネス方法を用いて外国のサイト運営者が自国に設置したサーバーで操業するケースに関して、米国内からのアクセスが可能だからとの理由でアメリカの特許権が行使されることがあるのかどうか、といった問題が出てくるからである¹⁰⁾。したがって、先に列記したアメリカの BMP に対する疑念

9) 稲生秀俊「ビジネスモデル特許と特許要件」【パテント】2002年11月号。松本直樹「ビジネスモデル特許の問題点」【旬刊経理情報】2000年8月1日号。

10) Swinson, John V., "Patenting Electronic Commerce," March 22, 1998. (<http://www.geocities.com/Eureka/5429/patents.html>)

や批判は、米国内だけにとどまらず、日本や欧州でも勢いよく湧き出る形になった。

II 対応策——導入されたものと棚上げされたもの——

1 実施された諸措置

ビジネス方法特許に対する国内外の批判に直面したアメリカでは、果たしてどのような対応策が講じられたのであろうか。主だった動きを略述しよう¹¹⁾。

最初の改善措置となったのは、1999年11月の特許法改正であった。具体的には、先行技術情報の不完全性等のせいで、すでに標準的に用いられるようになっているビジネス方法に特許が付与される可能性があることへの対策として、BMP に限り先使用者の抗弁が認められるものとされた。他者が特許を取得した場合、その出願の1年以上前から当該ビジネス関連発明を現実に実施していた善意の先使用者には、特許権侵害の主張に対する非侵害の抗弁が許され、継続実施の道が開かれたことになる¹²⁾。

2000年3月には、審査体制の整備を主目的にしたUSPTOのアクション・プランが発表された。ソフトウェア、インターネットおよび電子商取引の諸業界から協力を得ながらビジネス関連発明に関する先行技術情報の充実を期すこと、さらに審査官の教育・訓練の拡充、コンピュータ関連発明の審査基準の改定、クラス705に分類される出願に限っての第2レベル審査の導入（一人目に続いて二人目の審査官も合格査定をした場合に特許成立となる）もおこない、もって審査の質的向上に努める、という方針の提示であった¹³⁾。その方針の着実な進展を印象づけたのが、同年7月発表のUSPTO白書である。白書によれば、クラス705の審査官数は専門知識を有する人材の確保によって急増を遂

11) Sandonato, Michael P., et al., "Current Developments in Business Method Patent Law," *E-Commerce Law*, September 2001.

12) (財)知的財産研究所編『米国におけるビジネス方法特許の研究』雄松堂出版、2001年、152-153ページ。

13) USPTO, *Business Methods Patent Initiative: An Action Plan*, March 29, 2000.

げた(97年末の12人から38人に)。さらに、審査官訓練制度の充実、審査官に対する綿密な先行技術調査の義務付けと調査に必要なデータベースの整備等も進められたために、BMPの審査の質は目覚しく改善されてきている、と白書は誇らしげに語った¹⁴⁾。

アクション・プランがふれた審査基準について言うと、2000年6月に、前年秋の三極特許庁長官会議での合意に沿って実施された日米両国特許庁による「ビジネス方法関連発明に関する比較研究」の報告書が、三極特許庁専門家会合で採択されている。比較研究の結果と欧州特許庁の意見に基づき三庁が確認し合ったのは、コンピュータにより実現されたビジネス方法が特許適格性を有するためには技術的側面が要求されること、人間がおこなっている公知の業務方法を通常の自動化技術を用いて自動化しただけでは特許性がないこと、であった¹⁵⁾。アメリカでは既存のビジネス方法を単にコンピュータ実行またはサイバースペースに應用しただけで特許になる可能性が高い、いや実際にそうしたBMPが乱発されてきたとの批判に対して、USPTOがアメリカも特許性の判断において日欧と大差ないと宣言した形である。過去はいざ知らず、少なくともこれ以降は、USPTOも特許審査に当たってコンピュータやサイバースペースへの應用以上のものを要求するようになった、と考えてよい¹⁶⁾。また、三庁は特許性の判断いかによりも先行技術サーチの困難さがむしろ問題だとして、以後はサーチの質的向上に向けての協調に重点を移すことになった。

2 実現しなかったバーマン・バウチャー法

USPTOの努力は、BMPの質を高める正しい道に向けられている。だが、係争の種になったような怪しげな特許が突然生まれる事態を防ぐには、それだ

14) USPTO, *A USPTO White Paper: Automated Financial or Management Data Processing Method (Business Method)*, July 2000, Chapter IV, V.

15) 特許庁「三極特許庁専門家会合(2000年6月14日-16日)結果概要」。(http://www.jpo.go.jp/torikumi/index.htm)

16) デヴィッド・ベンダー「ビジネス方法特許に関する賛否両論」『月刊国際法務戦略』2001年5月号。

けでは十分ではない。先行技術のデータベースを整えることに加えて、特許の認定プロセスを手直しする必要がある、そのために新立法を急がなければならない。——この認識に立って、2000年10月に、民主党のバーマン (Howard Berman)、パウチャー (Rick Boucher) 両下院議員が「2000年ビジネス方法特許改善法」案 (H. R. 5364) を米国議会に提出した¹⁷⁾。

提起された主要施策を並べておく。① 現行制度では出願人が出願前に先行技術を調査する義務はないが、法案は出願人に先行技術調査をおこなった範囲の開示を求めるものとした。② ビジネス方法発明については出願18ヵ月後に発明内容を公開するものとした。進展スピードが速い電子商取引や金融商品などの事業分野に関連しているだけに、現代版サブマリン特許の性格を帯びる危険性を慮ってのことである¹⁸⁾。③ 異議申立て (特許付与から9ヵ月以内) の手続きを設けて、一般市民が訴訟に訴えなくても成立した特許に異議を表明する機会を得られるようにした。④ 再審査、インターフェアランス、異議申立て等において、特許無効等を提起した当事者に課される挙証責任を軽減することにした。

バーマン・パウチャー法案は2001年4月に幾らか修正のうえ議会で再提出されたが、BMP に対してだけ他の特許とは異なる扱いをする点で、同法案に対しては USPTO や米国知的財産権法協会 (AIPLA) を中心に、当初から風当たりが強かった。ついでに付言すれば、AIPLA は2000年10月に公表した白書「ビジネス方法を特許する」で、ソフトウェア関連発明やビジネス関連発明に特許性を認めようとしないオープン・ソース運動の議論や、BMP の権利期間短縮を求める見解に真っ向から対峙して、ビジネス関連発明もやはり他の発明と法律上同じ枠組みで守られるべきだとの主張をなしている¹⁹⁾。法案に立ち戻

17) Ellis, Kathleen, "Net Patent Bill Introduced," *Wired News*, October 3, 2000. (<http://www.wired.com/news/politics/0,1283,39238,00.html>). 青柳武彦「ビジネス方法特許」【GLOCOM Review】2001年1月号。

18) 坂井昭夫「アメリカにおけるビジネス方法特許の動向とその問題点」【KIER】京都大学経済研究所, No. 0306, 2004年3月。

19) AIPLA, *Patenting Business Methods: A White Paper of the American Intellectual Property* /

ると、反対派もこぞって重視していた先行技術データベースの拡充努力は別として、独自性の証であった特許プロセス改善策は丸ごと棚上げにされてしまった²⁰⁾。

III 一件落着なのか？

1 消えゆくビジネス方法特許の特別視

ビジネス方法特許に向けて吹き荒れだした逆風を鎮めるためにアメリカで実施された対応策を、前章に概観した。皮切りになった1999年の特許法改正こそ、自明のビジネス方法に特許権が成立した場合に先使用者の防御権を保障する措置を用意したものの、2000年春に USPTO がアクション・プランを打ち出して以降は、審査のリソースとなる先行技術データベースの拡充や専門知識を有する審査官の確保によって審査の質・BMP の質を高めることに焦点が絞られるようになった、と考えて大過ない。バーマン・パウチャー法案のように BMP の認定プロセスを改変しようという動きもみられはしたが、ブームの沈静化とともにその熱気と社会的な広がりも急速に失われる形になった。

統計の数字をみると（前稿の図表2）、SSB 事件判決を機に急増した BMP の出願数は、2001年の8,700件をピークに減少に転じ、2年後には6,000件にまで落ち込んだ。特許成立数の方は、ピークが2000年の900件で、翌年に一気に半減し、その後も500件以下にとどまっている。この事実については、新規性・非自明性の欠如を理由とした拒絶査定が増加が出願数に比べての特許成立数の伸び悩みと急減をもたらし、ひいては安易な出願に歯止めをかける重要な要因になったのだ、という解釈が一般的であった。そして、先行技術情報や審査スタッフの充実が審査の質的向上を可能にしたとの見方に立って、その部分にますます BMP 改善の努力が集中されることになったのであろう。

↘ *Law Association*, November 27, 2000, p. 8.

20) Penning, Tammy, "The Courts, Congress and the USPTO: Taking Steps to Prevent the Patently Absurd from Becoming Patentable," *Law and the Internet*, Fall 2002. (<http://gsulaw.gsu.edu/lawand/papers/fa02/pennington>)

先を続けると、2002年10月には、ローガン (James Rogan) USPTO 長官の発言が話題になった。USPTO は以前にはビジネス方法関連出願のうち65～70%に特許を認めていたが、今では拒絶率の方が65～70%になっている。確かに過去には過剰認定の過ちを犯したけれど、現在はより注意深いアプローチに変わっている。長官は一件落着の示唆をこめて、そう述べた。ただし、他方で彼は、USPTO には毎年35万～37.5万件の特許出願があり、3,400人の審査官で審査に当たっていても処理が追いつかないという事実をあげて、滞貨の膨張(43万件)に対し深い憂慮を表明した²¹⁾。

もはやBMPを特別視するのではなく、特許全般の共通問題として処理能力の改善を重視しようというUSPTOのスタンスをより明確に示したのが、2003年2月発表の「21世紀戦略計画」である。同計画は、処理能力の危機を打開するために、USPTOを「市場応動型の知的財産権制度を支える、品質重視で、生産性が高く、反応の敏感な組織」に改変する必要を強調し、品質保証活動の強化、特許部門への電子政府の導入等の具体的施策を提起した。印象的なことに、過去数年にわたってUSPTOの政策文書中に氾濫していたビジネス関連発明やBMPという言葉は、この計画では跡形もなく姿を消している²²⁾。

2 「過渡的な問題」と「より本質的な問題」

ビジネス関連発明の審査体制が整い、過剰な特許認定にブレーキがかかるに及んで、BMPブームは明らかに下火になった。三極間調整を受けてアメリカの審査基準が厳格化されたこと、逆オークションやワン・クリックをめぐる係争が和解に達したこと等もあって、BMPに対する懐疑や批判の声も2002年にはほぼ鳴りをひそめてしまった。

それどころか一部には、批判論がBMPの低質さを唱える際に据えていた前

21) McCullagh, Declan, "Are Patent Methods Patently Absurd?," *ZD Net*, October 15, 2002. (<http://zdnet.com.com/2100-1106-962182.html>)

22) USPTO, *The 21st Century Strategic Plan*, February 3, 2003.

提そのものが怪しく、特許の範囲が広すぎるとか先行技術をほとんど引用していないとかは実態と異なった単なる仮説でしかない、といった主張さえ現れた。それによれば、質が低く、ソフトウェア産業と経済全体にとってむしろ有害で、特許審査に主観性を持ち込み、訴訟を増やすとの BMP に関する悪評は、逸話的な証拠——全体を代表するわけではない少数の問題特許の検討から引き出された——に基づく専門家の意見をベースに形成されたもので、そうした社会通念はおよそ支持しがたい、という捉え方になる²³⁾。

だが、審査・特許の質が満足すべき水準に到達したとしても（あるいは仮に質の低さ自体が絵空事だったとしても）、それで BMP につきまとう懸念の全面解決となるわけではない。なぜなら、先行技術データの不十分さや専門知識をもつ審査官の不足によって、特許要件にかかわる審査が不正確になり、結果として瑕疵のある特許が乱造されるのではといった不安は、データベースの拡充や審査官の増員・訓練が進めばおのずと解消する「過渡的」な事象であるが、これとは別に「より本質的」な難点も厳として存在するからである。ビジネス関連発明の本来の特徴を反映して、BMP の場合には特許制度の理念と相容れないほど強力な市場支配力をもたらす可能性が強い、という問題がそれに当たる²⁴⁾。

先にビジネス方法特許に寄せられた疑問・批判を概観したときに、特許制度本来の趣旨からの逸脱を理由に BMP の廃止や権利期間短縮を訴える議論もあった、と述べた。その場では中身には立ち入らずに素通りしたが、今ここで幾らか時をさかのぼって、そうした主張に耳を傾けてみる必要がある。

23) Hunter, Starling D., "Have Business Method Patents Gotten a Bum Rap?," *MIT Sloan School of Management Working Paper*, No. 4326-03, July 2003.

24) (財)知的財産研究所編、前掲書、61-62ページ。

IV 未決の問題点

1 ビジネス方法特許不要論・権利制限論が提起したもの

現代のビジネス方法特許はソフトウェア特許の延長線上に位置するもので、圧倒的部分がソフトウェアとビジネスの手法を結合したインターネット特許だと言える。ところが、ソフトウェア特許に対しては、抽象的理論一般が研究成果をパブリック・ドメインに置くことで前進を遂げてきたのと同じく、ソフトウェア技術も無償で公開されたアルゴリズムの積み重ねや組み合わせによって発展してきたのであって、そこに特許が導入されるとアルゴリズムの自由な使用が制限され、特許制度の期待する効果とは裏腹に技術進歩が阻害される結果になる公算が大きい、とする反対論が後を絶たなかった。

とくにオープン・ソース運動の担い手たちは、先行技術の存在を思えばソフトウェア特許の大多数が実際には無効であるはずだと唱えつつ、開発したアルゴリズムを特許化せずにそのソースコードをインターネット上に公開する——バグ除去作業はボランティアのプログラマーたちに委ねられる——ソフトウェア開発方式の有効性を、実践の成果（たとえばリナックス）を通して立証しようと努めてきた²⁵⁾。その視座からすれば、ごく自然に、HTTP や TCP/IP が公共財とされ、また相互模倣が許されたからこそインターネットの爆発的な普及も可能になった、と認識するようになる。ゆえに、彼らは、電子商取引の自由競争を制限しインターネット市場の成長力を弱める要因になるからとの理由を掲げて、ソフトウェア特許と同じく BMP に対しても否定的な態度をとるところとなった²⁶⁾。

BMP 不要論は、ソフトウェア特許を拒否する論者たちだけでなく、ソフトウェアの特許保護を必要だとみる論者たちからも、しばしば聞かれた。ビジネ

25) Raymond, Eric S., "The Cathedral and the Bazaar," November 22, 1998. (<http://www.free-soft.org/literature/papers/esr/cathedral-bazaar>)

26) Perens, Bruce, "Software Patents vs. Free Software." May 3, 2001. (<http://www.perens.com/Articles/Patents.html>)

ス関連発明とされるものにソフトウェア技術上の寄与が含まれている場合にはソフトウェア特許で保護すればよく、それ以外は特許制度の枠組みで扱う必然性がない、との意見である。ソフトウェア特許との関連に明示的にふれなかった論者たちからの指摘も含めて、アイデアの保護を主眼とする BMP の存在自体に対して投げかけられた批判の内容を要約しておく。

ビジネス方法のような抽象的アイデアは、アルゴリズムと同じく特許制度になじまないものであり、公共財として誰もが自由に利用できるようにしておく方が、産業発展の見地からみて望ましい。仮にビジネス方法の開発促進のために法的保護が必要だとしても、従来のトレード・シークレット法による保護で事足りる。ビジネス関連発明が、公開を新技術の動機付けに役立てようとする特許制度の本旨に合致しない性質を有している点も、考慮に入れるべきだ。にもかかわらず、インターネット産業の諸領域で、トレード・シークレット保護から特許権への劇的なシフトが生じた。競争相手の独自開発やリバース・エンジニアリングによってトレード・シークレット保護が打ち破られる場合でも特許権なら効力を保てる、といった特許保護の利点を評価しての動きだが²⁷⁾、ビジネスのアイデアに独占的実施権が認められれば別なソフトの開発によっても回避不能なので、BMP の取得は特許権者による市場独占に直結することになる。デジタル・エコノミーにあっては、ビジネス方法を開発して最初に商業利用に踏み切った者には、ただでさえロック・イン効果とネットワーク効果の作用によって独り勝ちの可能性が与えられる。それなのに、一体なぜ特許の独占権でその可能性をいっそう強めてやらなければならないのであろうか²⁸⁾。

上のごとき BMP 不要論のほか、BMP にビジネスの手法やシステムの革新をもたらす潜在力が宿っていることは認めるが、権利の有効期間については

27) The Computer Law Association, "The Global Challenge of the Business Method Patent," May 3-4, 2001, p. 5. (<http://cla.org/global%20challenge.pdf>)

28) Dreyfuss, Rochelle C., "Testimony before the Subcommittee on Courts and Intellectual Property of the House of Representatives Committee on the Judiciary, Oversight Hearing on the United States Patent and Trademark Office", March 9, 2000. Gleick, *op. cit.*

特許一般（出願日から20年間）より短縮してしかるべきだ、とする主張も存在した。新陳代謝の激しいソフトウェアの寿命より遙かに長い間権利を保護し続けること、ならびに容易には陳腐化しないビジネス・アイデアに広範囲の権利を長期間にわたって保証することの競争阻害作用が、短縮の理由とされた。それと大きく重なり合っているが、ビジネス方法は多かれ少なかれ公共財の性格を帯びているので、特許権者の利益を守りすぎると社会的な不利益が生じるという理由が、明示的に語られることもあった²⁹⁾。

2 放置されてきた問題の所在

話の筋道をはっきりさせるために繰り返そう。BMP に対する批判に応じて、アメリカでは審査・特許の質を改善するための措置が講じられた。しかし、それは基本的に過渡的問題への対応策であって、BMP 不要論や権利期間短縮論が特許制度の本来的使命にもとるものとして問題視した事柄は、ほとんど何の手当ても施されないまま今日に至っている。

先にも引き合いに出したが、米国知的財産権法協会 (AIPLA) の白書 (2000年10月) は、米国政界や USPTO にそうした政策スタンスをとるように要請したものであった。白書はこう書いている³⁰⁾。——オープン・ソース運動は、ボランティア意識の高いプログラマーとエンジニアとでは技術開発の動機に違いがあると力説する。だが、プログラマーの少なくとも相当部分は、ボランティアとして得られる評判や名声よりも、エンジニアと同じように特許のインセンティブによって開発意欲を鼓舞されるのが現実だ。となると、プログラミングと他の特許保護対象技術、ソフトウェア発明とハードウェア発明の間に有意の差があるとは考えにくい。BMP と非 BMP の区別にしても、大半の特許が究極的には商業的な目的を持つ以上、あまり意味はない。したがって、ソフトウェア関連発明やビジネス関連発明も、他の発明と同じ法律上の枠組みに

29) 米山秀隆「国際標準をいかにして獲得するか」『FRI Review』2000年7月号。

30) AIPLA, *op. cit.* pp. 5-7.

よって保護されなければならない。にもかかわらず、それらを差別的に扱うなら、そうした扱いをしていない諸外国の競争者に対してアメリカの発明者は不利な立場に立たされる羽目になる。いま肝要なのは、ビジネス方法の先行技術情報の充実や審査官の質の改善に引き続き努めることである。なお、ベンチャー企業がBMPやソフトウェア特許の取得から受ける利益も見過ごせない。

これも繰り返しになるが、審査の質的向上が顕著になった2002年頃には、BMP批判の大火はおおむね鎮まった。とはいえ、火種が全くなくなったわけではなく、特許の制度趣旨に反する類の問題が手つかずのまま放置されている。ここで銘記しなければならないのは、厳格な審査を経て成立する特許は法的に安定していて後に有効性を覆される可能性が小さい、したがって権利を行使される側の企業にとっては抵抗のすべがない、ということである³¹⁾。さらに、ピーク時より出願数が減ったとはいえ、いぜん大量の、それも選別された案件の出願が続いている事実も、しっかり見定めなければならない。そうすれば、今後BMPをめぐる「より本質的な問題」が「過渡的な問題」という夾雑物のない「より純粋な姿」で舞台上に再登場する可能性を思わずにはいられなくなるというものであろう。

おわりに

特許保護の拡大は、ある人たちを富裕にしはするが、それが市場の発展と同義だとは限らない。より強い知的財産権が常により強い経済を意味するかに考えるのは、誤った先入観でしかない³²⁾。ビジネス方法特許に科学の進歩や技術・産業の発展を害する重大な危険性が宿っている以上、ブームの鎮静化でさしあたり表面的に平穏ではあっても無関心にならずに、むしろ今を好機と捉えて、ビジネス関連発明の法的保護がいかにあるべきかを——保護の可否も含めて——具体的に検討し、その実現に努める必要がある。

31) 牧野和夫『情報知的財産権』日本経済新聞社、2003年、98ページ。

32) Lessig, Lawrence, "The Problem with Patents," *The Industry Standard*, September 8, 2001.

たとえば稲葉秀俊氏は、USPTO（やJPO）の審査基準がビジネス方法部分と技術的部分を明確に区別せずに全体として非自明性（進歩性）を判断するようになっているのは、法定の特許要件の柔軟すぎる運用を意味するとした上で、抽象的アイデアに対しては特許を付与すべきでない、特許に値するのはソフトウェア部分に相当の（通常の進歩のスピードを超える）技術的な進歩が認められるケースだけだ、と述べている³³⁾。ドレフュス（Rochelle C. Dreyfuss）教授も、米国下院の小委員会で、ソフトウェアの保護は必要だが、ビジネス競争と健全な市場を回復させるためにビジネス方法自体は他者が別なソフトウェアで実施できるように公衆に開放するべきだ、と同趣旨の証言をおこなったことがある³⁴⁾。

主張の内容は異なるが、わが国公正取引委員会の報告書（2002年）では、BMPについては広い権利範囲を有する特許が成立し、後発技術や競合技術開発のインセンティブを阻害する可能性が大だとの見方に立って、産業全体の技術開発のインセンティブが確保されるような特許制度にする必要が説かれている³⁵⁾。ある調査研究の場合には、「汎用技術は有用であればあるほど、また幅広く利用されていればこそ其の真価が発揮され、産業の発達と人類の生活水準の向上につながると考えられ、それ故に合理的な実施料で誰もが利用できる仕組み（公的機関による実施権の取得とそれの一般への開放、等）の整備を検討することも必要である」と提言しているが、おそらくその論理的枠組みでは汎用性の高いビジネス関連発明も同じ扱いになるのであろう³⁶⁾。

これらの意見ならびにパーマン・バウチャー法案、過去のBMP不要論や権利制限論に学ぶべきを学びながら、発明の貢献度に応じた、そして科学と産業の発展に資する権利保護制度・運用のあり方を構想しなければならないという

33) 稲生、前掲論文。

34) Dreyfuss, *op. cit.*

35) 公正取引委員会『新たな分野における特許と競争政策に関する研究会報告書』2002年6月、47-48ページ。（<http://www.jftc.go.jp/pressrelease/02.june/020606.pdf>）

36) 『特許経済モデル（特許経済学）に関する調査研究』【知財研紀要】2000年。

付表 クラス 705特許取得数の企業別ランキング (1977-99年)

順位	1977-89年 (13年間)	特許 取得数	1990-94年 (5年間)	特許 取得数	1995-99年 (5年間)	特許 取得数
1	Pitney-Bowes	134	Pitney-Bowes	47	Pitney-Bowes	77
2	Sharp Corporation	39	IBM	32	Fujitsu LTD	64
3	Omron Electronics	31	Hitachi	23	IBM	58
4	IBM	26	Sharp Corporation	11	NCR	30
5	Casio	21	Omron Electronics	9	Hitachi	27
6	Tokyo Electric	21	Alcatel Business Systems	9	Citibank	22
7	Hitachi	10	NCR	6	EDS	21
8	NCR	7	AT&T	6	Microsoft	20
9	Toshiba	6	Unisys	6	Neopost*	16
10	Merrill Lynch	5	Casio	5	Matsushita Electric	16
10	Attalla Technovations	5	Frama A. G.	5		

*Neopost 社：年商約 \$ 400M の郵便物・物流・配送サービス及び関連機器製造販売
 出所：(財)日本情報処理開発協会・先端技術研究所『わが国が行う情報処理研究開発のあり方に関する調査研究 (その5)』2001年3月、56ページ。

ことになる。その場合に、サイバースペースの世界性に対応した国際的ハーモナイゼーションの推進戦略もまた不可欠であるのは、わざわざ書き添えるまでもない。

もう一点。BMP 擁護派は、AIPLA 白書がそうであるように、新興ベンチャー企業が大企業と互角に競争できるようにするための格好の手段だとして BMP を賛美するのが常である。新興企業が独自のビジネス手法を用いてインターネット・ビジネスに乗り出しても、資金力に勝る大企業が莫大なマーケティング費用を投入しつつ同様の方法を用いて迅速にビジネスを展開するようなら、とても勝ち目はない。大企業の模倣を阻み、さらにベンチャー・キャピタルや株式市場からの資金調達を容易にするために有効なのがビジネス方法特許の取得であり、そのことがベンチャー企業の新規参入と競争の活発化につながるはずだ、という論理構造になっている。だが、ワン・クリック特許等をめ

ぐる紛争の勃発は、特定のネット・ベンチャー企業が日新しくもないビジネス方法で特許を取得し、強力な権利行使によって市場の競争を阻害するケースもありうるということ、誰の目にも明らかにした。さらに指摘すれば、ベンチャー企業が特許取得を戦略的ツールとみなす際に、大企業相手の提携やM&A交渉を有利化する手段としての利用をもくろんでいる場合も、決して例外的ではなかった³⁷⁾。そこに透けて見えるのは、大企業の傘下に入って生き残ろうという指向にはかならない。また、企業別のビジネス方法（クラス705）取得数ランキング（付表）をみれば、上位を占めてきたのは大企業（90年代半ばまではほとんどがエレクトロニクス企業だったが以後金融サービス会社やマイクロソフト社が登場する）ばかりで、ネット・ベンチャー企業の出る幕はなみに等しかった³⁸⁾。

ビジネス方法特許の鎧を身にまとった新興企業が大企業の割拠する市場に次々に乱入し、BMPを持たない大企業相手に一歩も退かない戦いを展開する——小気味のよい光景ではあっても、実相はこれほど単純明快ではないものと思得なければならぬ。

37) 公正取引委員会、前掲報告書、18ページ。

38) (財)日本情報処理開発協会・先端技術研究所『わが国が行う情報処理研究開発のあり方に関する調査研究（その5）』2001年3月、56ページ。