

科学研究費助成事業（科学研究費補助金）研究成果報告書

平成 24 年 5 月 28 日現在

機関番号：14501

研究種目：若手研究（B）

研究期間：2009～2011

課題番号：21730105

研究課題名（和文） 知的財産法制の「実質化」傾向に関する機能的研究

研究課題名（英文） The functional study on substantive tendency of the intellectual property law

研究代表者

島並 良（SHIMANAMI RYO）

神戸大学・大学院法学研究科・教授

研究者番号：20282535

研究成果の概要（和文）：

本研究は、本来は物権的な「形式権」として構築されてきた知的財産権が、さまざまな点で不法行為的な「実質権」へと変容を見せている現状（知的財産法制の「実質化」傾向）を分析し、主に「法と経済学」の手法を用いつつ、知的財産法制の望ましい姿を探求するものである。

本研究では、一見すると何ら関連がないように見える喫緊の諸課題（①特許権の均等侵害論、②著作権の侵害主体拡張論（間接侵害論）、③特許権の差止請求制限論、④著作権のフェアユース規定導入論など）を、「実質化」という一貫した視点から横断的・包括的に検討対象とし、それら諸課題の整合的解決策（解釈論・立法論）を提言した。

研究成果の概要（英文）：

This study transversely examined the urgent problems on intellectual property law system, such as the equivalent theory in patent law, the indirect infringement of copyright, the scope of injunctive relief in patent law and fair use of copyright law, from a view point of a “substantive” tendency; a transformation from formal properties to flexible torts.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2009 年度	1,600,000	480,000	2,080,000
2010 年度	800,000	240,000	1,040,000
2011 年度	900,000	270,000	1,170,000
総計	3,300,000	990,000	4,290,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目： 法学・新領域法学

キーワード： 知的財産法、特許法、著作権法

1. 研究開始当初の背景

知的財産権は元々、「形式権」として構築されている。すなわち、何が保護客体か、そしていかなる行為が知的財産権の侵害となるかを法が予め明確に定めることで、具体的な利害状況（侵害者の主観的悪性・利得、権

利者の損害・損失など）の衡量を経ることなく、外形的な行為のみに基づいて侵害の成否を判断できるという物権法的システムを採用している。これは、知的財産という情報財（公共財）の無断利用が権利者による利用を阻むものではなく、権利者の「実害」が観念し難いため、可及的に明確化された「知的財

産」の「利用行為」自体が即ち権利侵害であるといわば擬制することで、侵害判断の安定性（予測可能性）を高める工夫である。

ところが近年、このような知的財産権の形式性がさまざまな点で動揺を見せている。たとえば、①特許権の均等侵害論は、特許出願後の想定外の技術進歩から権利者を保護するために、形式的には特許権侵害とはならない（クレームに含まれない）技術の利用について、実質的に特許権侵害の成立を肯定するものである。また、②著作権侵害を助長した者（カラオケ店営業者、ファイル交換ソフト開発者、インターネット掲示板設営者など）に対する昨今の規制強化論（著作権の侵害主体拡張論（間接侵害論））は、散在する多数の著作権侵害者（著作物ユーザー）を完全には捕捉できない権利者を保護するために、形式的には著作権侵害を構成しない助長行為で営業上の利益を得る行為を、実質的に侵害と捉えるものである。さらに、③米国連邦最高裁の2006年e-bay事件判決が、いわゆるパテントコントロールによる濫用的な特許権行使を阻んだことを受け、わが国でも特許権の差止請求制限論が模索されるに至っているが（たとえば特許庁「イノベーションと知財政策に関する研究会報告書」参照）、これは形式的には特許権侵害となるが実質的には権利者や社会一般にとって何ら経済的打撃のない行為に対する差止請求を制限する動きである。また、④著作権における日本版フェアユース規定導入論は、形式的には著作権侵害となるが実質的には権利者の利益を害しない（ないし社会的に有益な）行為について、利益衡量を経た侵害判断を可能とする一般条項を新設しようとするものに他ならない。

これら一つ一つの現象は、知的財産権の強化（①や②）と緩和（③や④）の両面に渡るものであり、一見すると相互に無関係なようにも映る。しかしこれら最近の動きには、知的財産権の侵害の成否を、単に行為の外形からではなく、原被告（ないしその背後にいる社会）間の実質的な利害の衡量によって判断しようとする、不法行為法類似の姿勢が共通して看守される。つまり、物権法的な形式権から、不法行為法的な実質権へと、知的財産権の性質は近時大きく変容しようとしているのである（物権型法制から不法行為型法制への転換）。

このような状況下にあつて、国内では、先に挙げた諸課題についての個別研究は多数あるが、これらを通覧した上で、知的財産法制の実質化という観点から分析を加えるものは未だない。知的財産法学が細分化された個別論点に関する蝟壺的研究に陥っているきらいがあるが、本研究は、広い視野に立って知的財産法制全体を横断的・包括的に見渡

す必要がある。

他方、国外に目を転じると、米国ではいわゆる「法と経済学」においてproperty rulesとliability rulesの機能的な比較研究の蓄積があり（その嚆矢は、Calabresi, Guido and Melamed, A. Douglas, Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972))、侵害判断において客観的行為にのみ着目する前者（差し止めによる救済を伴う）と、利益衡量を踏まえる後者（損害賠償による金銭的救済に留まる）につき、いかなる条件下でいずれが望ましいかという選択基準に関する研究が進んでいる（知財法にも言及する最新の研究として、たとえば、Stewart E. Sterk, Property Rules, Liability Rules, and Uncertainty about Property Rights, 106 Michigan L. Rev. 1285(2008)）。我が国においても、このような「法と経済学」の最新の成果を知的財産法に当てはめ、その有効射程を明らかにする必要がある。

2. 研究の目的

本研究は、知的財産法制が近時直面する複数の課題を、「権利の『実質化』」がどこまで認められるべきか」という一貫した視点から横断的に採り上げ、そこに通底する理論的問題を解明しようとする試みのものであり、それを通じて各個別課題の解釈・立法上の整合的解決策を提言することが、本研究の最終目的である。

すなわち、これまで個別に論じられてきた諸課題（前掲①～④等）を、権利の実質化（物権型法制から不法行為型法制への転換）という視点から横断的・包括的に分析すること、またその研究手法として、米国「法と経済学」におけるproperty rules/liability rules論議の蓄積を活用し、機能的観点から検討を加えることが、本研究の目的である。

具体的には、米国でのproperty rules/liability rules論議では、権利者と被疑侵害者の「取引費用」の高低こそが両法制の選択基準であるとされているが、そうすると、知的財産法制が直面する諸課題（前掲①～④）についても、権利者と被疑侵害者の人的関係、権利公示の有無ないし実効性、侵害の頻度と分布等が結論に影響を及ぼすことが予想される。これらの要素は、わが国の知的財産法学でこれまでに正面から考慮されることがなく、より緻密な制度設計に役立つと期待される。

3. 研究の方法

本研究の方法は、多くの法学研究がそうで

あるように、基本的には、(a)文献資料や他の研究者等との対話から得られる「情報のインプット」、(b)徹底した思考、(c)論文執筆や学会報告による「成果のアウトプット」、という3段階からなるシンプルなものである。ただしこれら3つの段階は、一方的に(a)から(c)へと進行するものではなく、時に(c)アウトプットを踏まえて(b)思考がさらに深化し、また新たな(a)インプットの必要性が生じるといったフィードバックがあり得るので、研究期間の中途にも研究会発表等を通じたアウトプットを適宜行った。

研究代表者は、これまで米国「法と経済学」の研究蓄積を知的財産法制に適用する作業を精力的に続けてきた。たとえば、平成18年度から20年度まで受けた文部科学省科学研究費補助金(若手研究B)「特許権・著作権の侵害関与者の責任に関する総合的研究」では、特許権と著作権の間接侵害をテーマに、差止を伴う知的財産権侵害と単なる損害賠償止まりの共同不法行為との選択基準を、差止請求権の経済的機能に着目して明らかにした。また、日本版フェアユース規定導入の可否については、個別規定(rule)と一般規定(standard)の機能的相違という観点から、著作権法学会(平成20年6月)で報告を行い、また首相官邸の知財戦略本部でも参考人として意見を述べた(平成20年7月)。本研究は、これら個別研究によって得られた知見をもとに、さらにその分析対象を知的財産法制一般に拡張した上で横断的・包括的検討を展開するものである。

また、研究代表者は、本研究期間の開始に先立ち国際法学会(平成19年10月)においても報告を行ったが、これは物権類似の形式権であった知的財産権が実質権へと変容している国際的動向について論じたものである。そこでは、いまだ萌芽的な問題意識しか表明できなかったが、本研究はそこで得られた知的財産法制の実質化という着想をさらに掘り進め、それに新たに経済学を活用した分析を加えるものである。

本研究の遂行には、3カ年度を要した。このうち、初年度(H21)は、物権的法制(property rules)と不法行為的法制(liability rules)の機能や相互関係に関する基礎研究に費やされた。また、次年度(H22)には、初年度の研究から得られた知見を知的財産法制の喫緊の諸課題に具体的に適用し、その実効的解決策を探求した。そして、最終年度(H23)は、前年度までに得られた検討結果をさらに深化させると共に、それを論文や学会報告によって発信した。

先述の通り、本研究は情報のインプット、思考、情報のアウトプットというシンプルな段取りを地道に採ろうとするものなので、他の一般的な法学研究同様、研究の効率性を飛

躍的に高める方法は残念ながら存在しない。とはいえ本研究では、均等侵害や間接侵害といった知的財産法制が直面する諸課題に飛びつく前に、まず初年度はそれらに通底する原理として知的財産権の望ましい「実質化」の程度を探求し、その帰結から個別課題の解決策を導くという作業手順を予定しているが、このような演繹的な手法そのものが、現在のオーソドックスな法学研究手法(裁判例の整理や比較法を通じて、多数の各論を集積しそこから一般的な原理を帰納する手法)から比べるとわが国では未だに新規であり、また特に政策的・人工的な色彩の強い知的財産法にあつては、研究の効率的遂行に資するものである。

4. 研究成果

本研究は、本来は物権的な「形式権」として構築されてきた知的財産権が、さまざまな点で不法行為的な「実質権」へと変容を見せている現状(知的財産法制の「実質化」傾向)を分析し、主に「法と経済学」の手法を用いつつ、知的財産法制の望ましい姿を探求するものであった。

計3年間にわたる本研究では、当初に行った基礎研究、すなわち、物権的法制(property rules)と不法行為的法制(liability rules)の相違や差止制度の機能に関する研究、および法の定め方に関する個別規定(rule)と一般規定(standard)の比較に関する研究によって得られた知見を、現実の知的財産法に含まれる諸制度に適用した。

具体的には、主に「法と経済学」ならびに民法(物権法、不法行為法、特に差止制度に関するもの)に関する国内外の基本文献を収集すると共に、資料の分析・整理を行った。また国内外に出張し、文献資料からは困難な意見交換や各国の状況把握に努めたほか、関連する学会・研究会に出席することを通じて広く情報収集に努めた。

その成果として、知的財産研究所との共編著『岐路に立つ特許制度』(知的財産研究所、2009年)が既に刊行され、また、その英語版かつアップデート版である編著“The Future of the Patent System”が、英国の出版社(Edward Elgar社)から本年度中に出版される予定である。このほか、関連する諸問題について後掲のような邦語論文を執筆した。これら研究成果の意義は、一見すると何ら関連がないように見える知的財産法分野における喫緊の諸課題を、「実質化」という一貫した視点から横断的・包括的に検討対象とし、それら諸課題の整合的な解決策(解釈論・立法論)を提言したことにある。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

〔雑誌論文〕(計5件)(総計7件)

- ①島並良、通常実施権について(総論)、日本工業所有権法学会年報、査読無、35巻、2012(掲載確定)
- ②島並良、特許要件、『専門訴訟講座6特許訴訟』、査読無、6巻(上)、2012、pp.45-56
- ③島並良、一知的財産法学者から見た日本における知的財産法と独占禁止法、公正取引、査読無、731巻、2011、pp.10-15
- ④島並良、電子書籍と著作権、年報知的財産法2011、査読無、2011、pp.236-243
- ⑤島並良、知的財産権侵害の差止めにかわる金銭的救済、『知的財産法の新しい流れ』、査読無、2010、pp.669-679

〔学会発表〕(計1件)

- ①島並良、通常実施権について(総論)、日本工業所有権法学会、2011年5月28日、名古屋大学

〔図書〕(計1件)

- ①島並良・知的財産研究所編『岐路に立つ特許制度』(知的財産研究所、)

なお上記書籍に加えて、①の英語翻訳・アップデート版である下記書籍が英国の出版者から本年度中に刊行されることが決定している(現在、校正作業中)。“The Future of the Patent System”(Edward Elgar, 2012)

〔その他〕

ホームページ等
なし

6. 研究組織

(1) 研究代表者

島並良 (SHIMANAMI RYO)
神戸大学・大学院法学研究科・教授
研究者番号：20282535

(2) 研究分担者

なし

(3) 連携研究者

なし