

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 25 年 5 月 20 日現在

機関番号：10101

研究種目：基盤研究(B)

研究期間：2010～2012

課題番号：22330036

研究課題名（和文） 政策形成プロセスに着目した知的財産法政策学の実践的な提言

研究課題名（英文） Policy Formation Process and Pragmatic Approach to Intellectual Property Law and Policy

研究代表者

田村 善之 (TAMURA YOSHIYUKI)

北海道大学・大学院法学研究科・教授

研究者番号：20197586

研究成果の概要（和文）：知的財産法の分野においては、政策形成過程においてアクションをとりにくい者に有利な認知バイアスを伴ったメタファを設定し、もって政策バイアスを中和しながら、議論による muddling through（漸進的な試行錯誤）を実施することが望まれる。たとえば、知的財産権を「権利」とみるのではなく、「行為規制」とみたうえで、プロセスの通過点としての特許権、オプト・イン方式としての著作権等の新たな制度設計に至ることが可能となる。

研究成果の概要（英文）：There are two possible ways of using "intellectual property" as metaphor. The first approach sees intellectual property law as the way of providing protection to "intellectual works", and the second one understands intellectual property law as the ways of "regulating human activities". We argue the latter approach is recommendable. If this approach is adopted, those who argue for strengthening intellectual property protection will have to provide a more persuasive argument, which will support such protection and which will lead to its internalization by the regulated entities. The selection of metaphor thus significantly affects the overall process of conducting "muddling through" during the designing an intellectual property regime.

交付決定額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2010年度	2,000,000	600,000	2,600,000
2011年度	1,600,000	480,000	2,080,000
2012年度	1,400,000	420,000	1,820,000
年度			
年度			
総計	5,000,000	1,500,000	6,500,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・民事法学

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

(1) 知的財産法制的現状

知的財産法のように頻繁に法改正や新規立法がなされる分野では、経済学、政治学をも総合した、単なる法解釈学に止まることのない政策的な提言をなしうる理論の構築が望まれている。

(2) 先行研究の状況

国内ではこの種の研究に乏しいが、外国では、知的財産権には、所有権における物理的な有体物の利用のような概念的な歯止めがなく、国際的に他者の行為を規制しうるものであるためにロビイングの対象に晒されやすいことが指摘されるとともに、現実に

TRIPS 協定がいかにかに多国籍企業の活動に影響を受けたかということを実証する研究が発表されている。アメリカの著作権立法に与える著作権産業の影響を指摘する研究も見逃せない。

法と経済学の分野では、明確な property を設けておけば *coasean world* が解決するという古典的な法と経済学が一時隆盛を誇ったが、最近では、限定合理性等の行動経済学の知見を取り入れた不完備契約を基調とする第二世代の法と経済学に属するものが台頭しており、さらに、政策形成過程のバイアスに鑑みつつ、産業分野毎のイノベーションに即した特許政策を実現する立法、行政、司法の役割分担を説く理論が現れている。

2. 研究の目的

(1) 知的財産法政策学の到達点

申請代表者の田村は、こうした外国の最先端の研究に刺激を受けながらも、新たに、知的財産の法制度は効率性の検証が困難であるがために民主的決定等のプロセス正統化が必要となるという視点を織りませたうえで、従来の田村の市場指向型知的財産法(市場と法の役割分担)・機能的知的財産法(法的判断主体間の役割分担等)・自由統御型知的財産法(自由の領域の確保)という考え方を縦軸としつつ、新たに、次のようなプロセス正統化という横軸を加えた「知的財産法政策学」の構想を提唱するに至った。

その横軸とは、i) 知的財産権が人の自由を制約する規制である以上、労働所有論や人格権といった自然権論でその存在意義を正当化することは困難であり、インセンティブの付与による効率性の改善という論理に依拠せざるをえない。ii) しかし、他方で、効率性の尺度には争いがあり、自由とのトレード・オフが問題となるほか、そもそも効率性の改善の検証が困難である以上、最終的には、民主的な決定等の政治責任によるプロセス正統化に頼ることになる。iii) もっとも、政策形成過程には組織化されやすい大企業の利益などが反映されやすい反面、組織化されにくい私人の利益は反映されにくいという構造的なバイアスが働くために、知的財産権はともすれば過度に強化されがちとなる。iv) そこで、政策形成過程を可能な限りバイアスを解消する方向に統御するガバナンス構造を模索しつつ、自由の確保のために風穴を開ける司法の役割を活用することでプロセスの正統性を担保するとともに、v) 効率性の観点からみて望ましい制度(あるいは望ましくない制度)を可能な限り解明するとともに、確

保すべき自由の領域を明確化する帰結主義的な理論を呈示することで、グレイの領域を減らし、プロセスによる決定の裁量に枠をはめる、というものである。

(2) 知的財産法政策学の課題

知的財産法政策学は、市場、立法、行政、司法の役割分担という観点から、知的財産法に関する制度設計に関し、立法論から解釈論に至るまで様々な具体的な提言を導きうる理論なのであるが、その反面、そこで指摘されるように政策形成過程のバイアスが存在するのであれば、その具体的な提言をいかにして実現するのかという点に大きな課題を抱えていた。本研究は、その克服を目的とするものである。

3. 研究の方法

本研究は、田村の提唱する知的財産法政策学を実践的な提言に結びつける手法を編み出すために、外務省出向中に TRIPS 協定後の国際的な知的財産政策の最先端に関わり、現在では、国際的な知的財産法制度、特許庁と裁判所の役割分担等に研究の焦点を当てている鈴木と、知的財産戦略推進事務局に出向し、「知財立国」の現場に携わり、現在では、法と経済学の観点からみた特許制度の検証、産学連携に研究の焦点を当てている中山が共同して、外国の最先端の研究者を招聘する国際シンポジウムを各年度の区切りとしながら、具体的な課題に対する解決策を模索し、最終的にはそもそもの田村の知的財産法政策学を完成させようとする研究プロジェクトである。

4. 研究成果

(1) 総論

社会心理学、行動経済学は、人はホモ・エコノミクスとして自己の利益のみを追求するのではなく、平等も重視することを教えてくれる。知財法の政策形成過程でも、知財権の強化が究極的には途上国や社会の利益に資するといったレトリックにより賛同を得る手法が用いられる。したがって、政策形成過程にバイアスが働いているとしても、制度がもたらす利害状況を明らかにする議論を蓄積していくことで、バイアスを漸進的に矯正していくことは決して無駄な作業ではない。

そのようななか、法律論は、既存の概念(ex. 「発明」「著作物」)に新たな現象を包摂することで、あたかもそれが従来の規律と等しい規律を実現しているかのように装い、最終的には平等の原則により、新たな規律を漸進的に正当化するところに特色がある(*muddling through*)。

したがって、この場合の概念構築が、議論による統御を実現する際の肝となるのであるが、認知言語学は、現実の千差万別の現象が同等のもののように感得される背後には、概念というメタファによる切り口の設定が存在することを教えてくれる。

本研究は、概念自体が人工的な構成物である以上、複数の選択肢がありうることを踏まえつつ、認知バイアスの存在を逆手にとり、法律論による政策バイアスの統御を目指す以上、政策形成過程に影響を与えることが困難な者に有利な認知バイアスを与える概念設定をベースラインとして、そこから議論による漸進的な正当化を促すことを提唱する(政策バイアス vs. 認知バイアス)。特に知財法にあっては、「発明」「著作物」などの「知的創作物」は実存せず、実態は「他人の利用行為」に対する規制でしかなく、知財「権」は単なる「行為規制」であると把握すると、新たな発想による様々な提言が可能となることを明らかにした。

(2) 各論

各論に関しても、知財「権」を「行為規制」と捉えれば、ある特定の行為を規制する際の要件をどこでどの程度吟味するのかという観点から諸組織の役割分担を考えるというプロセス的な知的財産法を導入することができる。その結果、特許制度に関しては、特許庁の特許査定時点で権利が固定されるのではなく、技術的事項等の事前審査に馴染む要件の吟味が終わったに過ぎないと把握し(プロセスの通過点としての特許権)、市場の状況や関係特殊投資等、事後的な事情の斟酌は裁判所、公取委に委ねられているという発想の下、差止請求権の制限や独禁法との関係等の課題に取り組む。同様の視点は、さらに拡大し、開示要件、クレーム解釈、均等論等の特許制度のコアとなる課題も、発明者、弁理士、特許庁、裁判所という一連の規制されるべき行為を具体化していくプロセスの中での役割分担と捉える発想の下、再構成される。さらに、裁判所による質的コントロールよりも、特許庁による量的コントロールに相対的な優位を認め、侵害訴訟における無効の抗弁と無効審判のダブル・トラック問題、付与後異議制度の復活について提言を行う。

著作権制度でも、複製禁止「権」を固定的に考えるのではなく、技術の進展に応じて規制されるべき「行為」の意味合いが変化していると捉えたいうえで、インターネット時代に政策形成過程のバイアス問題が権利者対ユーザーだけではなく、権利者対権利者の間にも拡散しているというプロセス的視点を導入する(著作権の第三の波)。この理解の下、フェア・ユースの導入論も、バイアス矯正のために立法から司法への

政策形成のアーリーナの移譲措置であると評価され、さらに一般条項としての3 step testの役割を見直すとともに、個別の制限規定の解釈の限界を探ることができる。孤児著作物問題も、超長期的には、旧米国著作権法の更新登録制度等、オプト・イン方式によるプロセス的な解決を唆することに成功した。

田村、鈴木、中山は、田村のコーディネートの下、2012年5月に開催された日本工業所有権法学会のシンポジウムにおいて、また、田村は、同様に田村が主導者の一人となった、2012年4月開催の著作権法学会のシンポジウムにおいて、それぞれ上記研究の成果を発表し、本研究の果実を世に還元することを試みた。

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40件)

1. 田村善之、メタファの力による“muddling through”: 政策バイアス vs. 認知バイアス—「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」総括報告—、新世代法政策学研究、査読無、20号、2013、89-111
2. 鈴木将文、特許権侵害に対する民事救済措置に関する覚書—差止措置制限の可能性を巡って—、別冊パテント、査読有、10号、2013、43-61
3. 田村善之、アメリカ合衆国特許制度におけるnotice functionをめぐるリフォーム論と日本法への示唆: 2011 FTC REPORTの紹介、パテント、査読有、66巻3号、2012、1-20
4. 田村善之(張鵬訳)、商標法所保護的利益、法律活用、査読有、2012年第10期、2012、19-22
5. Yoshiyuki Tamura、Conceptual Fallacies behind the Idea of Unprotected Intellectual Works、Nordic Journal of Commercial Law Issue、査読有、2012 #2、2012、1-10
6. 田村善之、プロ・イノベーションのための特許制度のmuddling through(3)、知的財産法政策学研究、査読無、39号、2012、293-315
7. Yoshiyuki Tamura、Patent Law Design in the “Open Innovation” Era、知識産権年刊、査読有、2011年号、2012、83-102
8. 田村善之、普通名称と記述的表示—独占適応性欠如型アプローチと出所識別力欠如型アプローチの相剋—、知的財産法政策学研究、査読無、40号、2012、151-193

9. 田村善之、パブリシティ権侵害の要件論考察—ピンク・レディー事件最高裁判決の意義、法律時報、査読無、84巻4号、2012、1-4
10. 田村善之(李揚・許清・李晶琳訳)、著作権間接侵害、知識産権法政策学論叢、査読有、2010~2011年巻、2012、19-44
11. Masabumi Suzuki、Domestic Measures for Public Health Policy and International IP/Trade Law - the Case of the Australian Plain Packaging Act -、名古屋大学法政論集、査読無、247号、2012、374-350
12. 鈴木將文、国際著作権—動向と展望、『国際経済法講座II 取引・財産・手続』、査読無、2012、464-482
13. 鈴木將文、著作権に関する国際的制度の動向と展望、日本国際経済法学会年報、査読無、21号、2012、226-245
14. 鈴木將文、公衆衛生分野の国内政策と国際知的財産法・国際通商法—プレーン・パッケージ規制を素材として—、同志社法学、査読無、64巻4号、2012、3-27
15. 鈴木將文、TRIPS協定に係る非違反申立制度の意義、名古屋大学法政論集、査読無、245号、2012、37-55
16. 鈴木將文、TPPにおける知的財産条項、ジュリスト、査読有、1443号、2012、36-41
17. 鈴木將文、不正競争防止法上の請求権者、『知的財産法の理論的探究』、査読無、2012、425-447
18. 中山一郎、発明の実施をめぐる共有特許権者間の規律の在り方、日本知財学会誌、査読無、9巻2号、2012、4-15
19. 田村善之、民法の一般不法行為法による著作権の補完の可能性について、コピーライト、査読無、607号、2011、26-44
20. Yoshiyuki Tamura and Masabumi Suzuki、Chapter 5 Japan、THE ENFORCEMENT OF PATENTS、査読無、2011、119-155
21. Yoshiyuki Tamura and Masabumi Suzuki、Patent Enforcement in Japan、Intellectual Property Journal、査読有、Vol.3、2011、351-372
22. 田村善之、現代美術と著作権法、民事判例Ⅲ、査読無、2011年前期、2011、104-112
23. 田村善之、プロ・イノベーションのための特許制度のmuddling through(1)(2)、知的財産法政策学研究、査読無、35号27-50、36号153-179、2011
24. 田村善之、特許権と独占禁止法・再論—権利vs. 行為規制という発想からの脱却—、日本経済法学会年報、査読有、32号、2011、53-75
25. 田村善之、著作権法に対する司法解釈のありかた—美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に—、法曹時報、査読無、63巻5号、2011、1-28
26. Yoshiyuki Tamura、The Structure of Innovation and Patent Policy: A Case of Biotechnological Inventions、知識産権年刊、査読有、2010年号、2011、26-40
27. 田村善之、新規事項追加禁止の制度趣旨とその判断基準—補正・訂正の要件論、パテント、査読有、64巻4号、2011、1-14
28. 鈴木將文、特許権者による対抗主張、日本工業所有権法学会年報、査読無、34号、2011、153-171
29. 鈴木將文、特許に関する制度設計への一視座—瑕疵ある特許の規律の観点—、別冊パテント、査読有、7号、2011、33-51
30. 田村善之、未保護の知的創作物という発想の陥穽について、著作権研究、査読無、36号、2010、2-28
31. 田村善之、日本版フェア・ユース導入の意義と限界、知的財産法政策学研究、査読無、32号、2010、1-44
32. Yoshiyuki Tamura、A Japanese Perspective on Intellectual Property Law and Policy、知識産権年刊、査読有、2009年号、2010、80-92
33. 田村善之(比良友佳理訳)、デジタル化時代の著作権制度の再検討、アメリカ法、査読無、2010-1、2010、21-34
34. 田村善之(李揚=許清訳)、“知識創作物未保護領域”之思維模式的陥穽、法学家、査読有、121期、2010、118-131
35. 田村善之、知的財産法からみた民法709条—プロセス志向の解釈論の探求、NBL、査読無、936号、2010、64-74
36. 田村善之、知的財産法学の新たな潮流—プロセス志向の知的財産法学の展望、ジュリスト、査読有、1405号、2010、22-32
37. 田村善之、法教育と著作権法—政策形成過程のバイアス矯正としての放任との相剋、ジュリスト、査読有、1404号、2010、35-42
38. 田村善之(李揚=許清訳)、知識産権法政策学初探、『日本現代知識産権法理論』、査読無、2010、3-38
39. 鈴木將文、生物多様性条約と知的財産制度、ジュリスト、査読有、1409号、2010、20-29
40. 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、査読無、33号、2010、135-160

[学会発表] (計 30 件)

1. Masabumi Suzuki, Cross-border Patent Infringement by Multiple Parties, International Conference "International Issues relating to Pro-Innovation", 2013 年2月9日～2013年2月10日、名古屋大学 (名古屋市)
2. Yoshiyuki Tamura, Overview of Japanese Intellectual Property law, History of Japanese Industrial Property ほか、2013 年 2 月 4 日、Maastricht University (Netherlands)
3. Yoshiyuki Tamura, IP in Japan, EIPIN Workshop, 2013 年 2 月 2 日、Maastricht University (Netherlands)
4. Masabumi Suzuki, IP in Japan - Patent Exhaustion, EIPIN Conference, 2013 年2月2日、Maastricht University (Netherlands)
5. Yoshiyuki Tamura=Ichiro Nakayama, Denial of Injunctive Relief On Grounds of Equity, The Fifth Conference on European and Asian Intellectual Property Rights: Compulsory Licensing, 2012 年 12 月 5 日、中央研究院 (台湾)
6. Yoshiyuki Tamura, A New Perspective on Intellectual Property Law and Policy: A Role of Metaphor, Establishing a New Global Law and Policy for Multi-Agential Governance, 2012 年 11 月 24 日、北海道大学 (札幌市)
7. Masabumi Suzuki, Abuse of IPRs and Denial of Injunctive Relief, 2012 International Conference on Global Issues on Abuse of Intellectual Property Rights: Past, Present, and Future, 2012 年10月27日、Yonsei University (Seoul, Korea)
8. 田村善之, 日本の知財立国の将来像・デジタル化時代の著作権法制度—日本の著作権法の動向と将来像—, 西安交通大学法学院知的財産法専攻講演会, 2012 年 9 月 10 日～2012 年 9 月 12 日、西安交通大学 (中国陝西省西安市)
9. Yoshiyuki Tamura, Conceptual Fallacies behind the Idea of an Area Without Protection for Intellectual Works, Changing Societies, Changing Intellectual Property Law: Reflections from the East Asian Perspective, 2012 年 7 月 29 日、北海道大学 (札幌市)
10. Masabumi Suzuki, Domestic Measures for Public Health Policy and International IP/Trade Law - A Case of Regulation on Tobacco Plain Packaging -, 2nd Japan-China-South Korea International Conference on Intellectual Property, 2012年7月29日、北海道大学 (札幌市)
11. Yoshiyuki Tamura, Legal Interests Protected by Trademark Law, 中国商標法公布 30 周年及び中国商標法改正記念国際シンポジウム, 2012 年 6 月 2 日、西南政法大学 (中国重慶市)
12. Yoshiyuki Tamura, Conceptual Fallacies Behind the Idea of an Area Without Protection of Intellectual Works, Conference on Innovation and Communications Law (CICL) 2012, 2012 年 5 月 24 日、University of Turku (Finland)
13. 田村善之, イノベーションと特許制度、日本工業所有権法学会シンポジウム, 2012 年5月12日、上智大学 (東京都)
14. 鈴木将文, イノベーションと特許制度—行政の役割の視点から—, 日本工業所有権法学会シンポジウム, 2012年5月12日、上智大学 (東京都)
15. 中山一郎, 特許取引市場の機能強化に向けて、日本工業所有権法学会シンポジウム, 2012年5月12日、上智大学 (東京都)
16. 田村善之, 著作権法の政策形成と将来像、著作権法学会シンポジウム, 2012 年 4 月 21 日、一橋記念講堂 (東京都)
17. Yoshiyuki Tamura, "IP-Based Nation": Strategy of Japan, Emerging Markets and the World Patent Order: Rules for an Altered Landscape, 2012 年 4 月 13 日、Florida State University (US)
18. 田村善之, 特許権侵害に対する損害賠償、Taiwan Patent Regime : Development and Outlook, 2011 年 12 月 17 日、台湾大学法律学院 (台湾)
19. 田村善之, 日本の知財立国の動向とその将来像、(社)韓中知的財産権学会 国際セミナー, 2011 年 11 月 25 日、韓国著作権委員会教育研修院 (韓国)
20. 田村善之, デジタル化時代の著作権法制度、独演会, 2011 年 11 月 4 日・7 日、台湾大学法律学院及び台湾經濟部智慧財産局・著作権部 (台湾)
21. Yoshiyuki Tamura, Patent Law Design in the 'Open Innovation' Era, The 2011 ILST Conference on Innovation,

- Competition and Regulation、2011年11月4日、国立清華大学科技法律研究所（台湾）
22. 田村善之、標準化と特許権－IT産業を題材に、ドイツ・アメリカ・日本知的財産法セミナー、2011年10月31日、帝国ホテル（東京都）
 23. 鈴木將文、著作権関連の動向と展望、日本国際経済法学会、2011年10月30日、学習院大学（東京都）
 24. 田村善之、知的財産権と独占禁止法・再論－権利 vs. 行為規制という発想からの脱却－、日本経済法学会、2011年10月15日、山形大学（山形市）
 25. Yoshiyuki Tamura、Patent Law Design in the ‘Open Innovation’ Era、2011年知識産権南湖論壇、2011年4月23日、中南財經政法大学（中国武漢市）
 26. 田村善之、オープン・イノベーションと特許制度のあり方、華中科技大学法学院模擬法廷、2011年4月22日、華中科技大学法学院（中国武漢市）
 27. Yoshiyuki Tamura、Rethinking Copyright Institution for the Digital Age: Japanese Perspective、International Forum on the Centennial of Chinese Copyright Legislation、2010年10月15日、人民大学（中国北京市）
 28. 鈴木將文、特許権者による対抗主張、日本工業所有権法学会、2010年6月13日、東北大学（仙台市）
 29. Yoshiyuki Tamura、The Structure of Innovation and Patent Policy —A Case of Biotechnological Inventions、2010 IPR Nanhu Forum: International Conference on Perfection of IPR Systems and the Implementation of IPR Strategies in the Context of Economic Globalization、2010年4月17日、中南財經政法大学（中国武漢市）
 30. Yoshiyuki Tamura、Some Functional Aspects of Distinction between Unfair Competition Law and Intellectual Property、XIth EIPIN Congress “Unfair Competition And Intellectual Property”、2010年4月10日、マックスプランク知的財産法・競争法・租税法研究所（ドイツ・ミュンヘン）

[図書] (計8件)

1. 田村善之（李揚訳）、中国人民大学出版、田村善之論知識産権、2013、208
2. 田村善之、弘文堂、ライブ講義知的財産法、2012、580
3. 田村善之＝時井真、信山社、ロジスティク

- ス 知的財産法 I 特許法、2012、本文 260 頁を共同執筆
4. 増井和夫＝田村善之、有斐閣、特許判例ガイド(第4版)、2012、本文 540 頁中 340 頁
 5. 鈴木將文、青林書院、新・注解 不正競争防止法(第3版) (小野昌延編著)、2012、627-649、871-876、1327、1407-1421
 6. 鈴木將文、民事法研究会、特許訴訟〔専門訴訟講座6〕(大淵哲也＝塚原朋一ほか編)、2012、217-233
 7. 田村善之 (周超＝李雨峰＝李希同訳・張玉敏審校)、知識産権出版社(中国)、日本知識産権法(第4版)、2011、553
 8. 田村善之、有斐閣、知的財産法(第5版)、2010、560

[その他]

ホームページ等

<http://www.juris.hokudai.ac.jp/~ytamura/>

6. 研究組織

(1) 研究代表者

田村 善之 (TAMURA YOSHIYUKI)
北海道大学・大学院法学研究科・教授
研究者番号：20197586

(2) 研究分担者 なし

(3) 連携研究者

鈴木 將文 (SUZUKI MASABUMI)
名古屋大学・大学院法学研究科・教授
研究者番号：90345835

中山 一郎 (NAKAYAMA ICHIRO)
國學院大學・法科大学院・教授
研究者番号：10402140