

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 29 日現在

機関番号：34310  
 研究種目：研究活動スタート支援  
 研究期間：2010～2011  
 課題番号：22830110  
 研究課題名（和文）  
 知的財産法政策形成過程における正当化根拠論の意義—問題発見・対話促進機能の探求  
 研究課題名（英文） Contemporary Significance of the Debate on the Rationales for Justifying the Intellectual Property in the Legal Policymaking Process  
 研究代表者  
 山根 崇邦（YAMANE TAKAKUNI）  
 同志社大学・法学部・助教  
 研究者番号：70580744

研究成果の概要（和文）：本研究では、米英の最新の議論を渉猟しながら、知的財産権の正当化根拠論の研究に取り組むとともに、パテント・リフォームや著作権保護期間延長問題などの現代的課題を素材として、知的財産権の政策形成過程における正当化根拠論の実践的意義を明らかにした。

研究成果の概要（英文）：This research examined the rationales for justifying intellectual property rights (IPRs) based on the current research developments in the common law countries. It explored the issue of the patent reform debate in the United States and the issue of an extension of the term of copyright protection in Japan and revealed the practical significance of the debate on the rationales for justifying the IPRs.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2010 年度	1,040,000	312,000	1,352,000
2011 年度	1,020,000	306,000	1,326,000
年度			
年度			
年度			
総計	2,060,000	618,000	2,678,000

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：知的財産権の正当化根拠論、パテント・リフォーム、著作権保護期間延長問題

1. 研究開始当初の背景

我が国では長らく正当化根拠論への関心が低調であった。例えば、工業所有権の本質論に対する評価として、法制史としての意義はともかく、解釈論や立法論にとって本質論が実益を有することは稀であるという認識が示されてきた（中山信弘『工業所有権法（上）』（弘文堂、1993年）8頁）。

しかし時が経つにつれ、知的財産法の研究者は実務に埋没しない固有の存在意義をもつ学者として、新しい体系や方法論を常に探

究しなければならないという認識が有力となり（中山信弘「知的財産法研究の回顧と将来への課題」NBL 877号5頁（2008年））、最近では知的財産権の基礎理論への関心が高まりつつある。例えば、インセンティブ論や取引費用理論に基づいて著作権制度や特許制度の独自の体系的叙述を試みる研究（田村善之『著作権法概説（第2版）』（有斐閣、2001年）、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1頁（2008年））や、各論において基礎理論と解釈論との接合を試みる研究（島並

良「二次創作と創作性」著作権研究 28 号 28 頁 (2003 年)、同「特許客体論の方法と構造」知財研フォーラム 55 号 11 頁 (2003 年)) などが見られる。

これらの研究は、現行法の体系や解釈として何が望ましいかという問題への取り組みのなかで、正当化根拠論の意義を模索するものである。ここでは既存の法制度が所与の前提とされている。しかし、知的財産法制度を取り巻く近年の状況はかかる議論枠組みに再考を促しつつある。すなわち、我が国では 1990 年代以降、知的財産法に関連した法改正が毎年のように行われており、また近年では、80 年代プロパテント政策の歪みへの対応に取り組む米国の動向 (MICHELE BOLDRIN & DAVID K. LEVINE, AGAINST INTELLECTUAL MONOPOLY (Cambridge UP, 2008); JAMES BESSEN & MICHAEL J. MEURER, PATENT FAILURE (Princeton UP, 2008); DAN L. BURK & MARK A. LEMLEY, THE PATENT CRISIS AND HOW THE COURTS CAN SOLVE IT (Chicago UP, 2009)) を受けて、我が国でも著作権リフォームや特許制度改革の機運が高まりつつある点を見逃してはならないように思われる。そこで、現行法の立場自体が変わりうることを前提とした法政策論における正当化根拠論の意義を探求しようと試みるのが本研究である。

研究代表者がこのような着想に至ったのは、大学院博士後期課程在籍中に取り組んだ博士論文の執筆を通じてである。同論文の執筆過程では、知的財産権の正当化根拠は何かという問いをめぐる議論の検討に多くの時間を費やした。発明や著作物といった無体物は法的保護が与えられなければ公共財として誰もが自由に利用しえるはずのものであり、知的財産権による保護はこの本来自由になしえるはずの他者の利用行為を制約するという側面をもっている。それでは、本来誰でもどこでも同時に利用可能な情報に対して、なぜ人々の情報利用の自由を制約してまで知的財産権を付与する必要があるのか。

この問題に対しては、従来、権利の個人的な淵源に着目する自然権理論 (= 私益的正当化) と、権利を付与することで社会全体にもたらされる利益に着目する功利主義理論 (= 公共的正当化) という、主に 2 つのアプローチが論じられてきた。博士論文ではこれらに加えて、さらに、知的財産権制度の公正さの評価規準となる正義論にも着目した。なかでも、ロールズの公正としての正義論 (JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971, revised ed., 1999)) は、個人の基本的諸自由の優先的な保障を出発点として、功利主義的公共的決定の限界づけを提示するものであり、先の問題意識にとって有益な視座を提供してくれるように思われる (PETER DRAHOS, A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY, Ch. 8 (Dartmouth Press, 1996))。

以上の視点からは、次のような知的財産権制度の構造が浮き彫りとなる。知的財産権は人の利用の自由を制約することと引き替えに、「文化の発展」や「産業の発達」という公共的価値を実現する道具的な財産権として定立される権利である。しかしそれゆえ社会全体の利益と個人の自由とのトレードオフという問題を避けて通ることはできない。そこで公衆の自由を過度に制約しないよう、知的財産権制度は様々な形で自由規制領域を制度的に限界づけている。それが、保護対象の制限・保護すべき行為類型の特定・保護期間の限定という主に 3 つの限界づけである。これらは知的財産権制度の正当性基盤を支える「自由の砦」というべきものである。これが博士論文において到達した結論であった。

ところが、1990 年代以降の知的財産法政策を眺めてみると、国際条約レベルでも国内法制レベルでも、保護対象の拡大・保護すべき行為類型の拡張・保護期間の延長という形で保護領域を拡大する動きが顕著である。しかもその政策形成過程を分析してみると、政治的な力学や経路依存性といった要因に大きく左右されがちであることが明らかとなる。このような法政策の実相、すなわち多分に政治的な影響を受けた自由規制領域の拡大は、保護拡大の必要性に関する実質的議論を踏まえない「自由の砦」の侵食である点で知的財産権の正当性を脆弱化させるおそれがある。そうだとすれば、より望ましい法政策を実現するために我々が向かうべき針路は、その政策形成過程を知的財産権の正当化根拠論に照らした実質的討議の場へと修整することではないか。かくして博士論文の成果を発展させ、正当化根拠論に立ち返った知的財産法政策の批判的検証を行うことが重要であると考えてに至った。

## 2. 研究の目的

本研究では、パテント・リフォーム論議や著作権保護期間延長問題などの現代的課題を素材としつつ、知的財産権の政策形成過程における正当化根拠論の実践的意義を探求することを目的とした。

第 1 に、近年の米国では、低品質の特許の増加や特許訴訟の濫用等を背景として、特許制度を抜本的に見直そうという機運が高まっており、我が国もそれに追随する動きをみせている。そうした中で、正当化根拠論は特許制度の機能を検証するための評価軸を提供し、機能低下の警報装置となること、また、イノベーション促進基盤としての特許制度の機能改善に向けた議会・特許庁・裁判所間の任務調整規範や対話促進規範として機能しうることを明らかにしたいと考えた。

第2に、我が国の著作権保護期間延長論議においては、条約上の要請や諸外国の立法動向が大きな決定要因となってきた。しかし近年では、単にハーモナイゼーションを理由として欧米の動向に追従することへの抵抗が強く、保護期間延長問題を慎重に判断しようとする動きがみられる。そうした中で、正当化根拠論は延長の是非を判断するための評価軸を提供し、経路依存や政治力学に埋没することなく問題発見を促す道具となること、また、業界関係者間の利害調整をこえて広く一般公衆やNGO団体を巻き込んだ多様なアクター間での対話を促す潤滑油としても機能しうること等を明らかにしたいと考えた。

### 3. 研究の方法

前述のとおり本研究は、現代的な課題を素材として、知的財産権の法政策形成過程における正当化根拠論の意義を探求することを目的としている。この目的を達成するために、2010年度には、知的財産権の正当化根拠論の研究と近年の知的財産法政策における自由規制領域の拡大及びその要因分析の研究を行った。そして2011年度には、パテント・リフォーム論議や著作権保護期間延長問題などを素材とした正当化根拠論の現代的意義の研究を行った。以下、本研究が実施した研究の方法について年度ごとに敷衍する。

#### (1) 2010年度における研究の方法

2010年度は、第1に、知的財産権の正当化根拠論の研究を行った。これは、研究代表者の博士論文の内容と密接に関連したものであるが、本研究の基盤となる博士論文の内容を充実させて公表することが、本研究の端緒としては効果的であると考えたことによる。具体的には、博士論文の執筆時にはフォローすることのできなかつた最近の研究を涉猟し、博士論文の内容の深化を図った。例えば、AXEL GOSSERIES, ALAIN MARCIANO & ALAIN STROWEL (eds.), *INTELLECTUAL PROPERTY AND THEORIES OF JUSTICE* (Palgrave Macmillan, 2008) という研究書の検討を行った。同書は、ロックの労働所有理論やインセンティブ論にくわえて、知的財産権の正当化根拠論において扱われることの少なかつた正義論にも焦点を当てている点で、多角的アプローチを特色とする本研究にとって非常に示唆に富むものであった。

第2に、上記の正当化根拠論研究と並行して、PETER DRAHOS, *A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY* (Dartmouth Press, 1996) の翻訳に取り組んだ。これは、博士論文の基盤になった本書の翻訳を公表することが、本研究の端緒としては有益であると考えたことによる。毎月一定のペースで翻訳作業を進めることで、

上記の正当化根拠論研究が思うように捗らない時でも、本研究の完全な中断という事態を回避し、継続的な研究計画の遂行を実現することが可能となったように思われる。

第3に、近年の知的財産法政策における自由規制領域の拡大とその要因分析の研究を行った。知的財産権制度内の3つの「自由の砦」に着目しながら、国際条約の潮流や国内法政策の動向を分析した。とりわけ、保護対象・保護すべき行為類型・保護期間のいずれにおいても比較的高度の最低保護水準を一律に義務づける TRIPs 協定の発効 (1995年) は、国際知的財産法政策における自由規制のあり方に変容をもたらしたのではないかと考えた。また、TRIPs 協定が保護水準の下限のみを設定し上限を設定しなかったことはその後の動向に影響を与え、結果的に TRIPs プラスの保護を国際的に推し進める要因となったのではないかと考えた。このような問題意識をもって研究に取り組んだ。

#### (2) 2011年度における研究の方法

2011年度は、第1に、米国のパテント・リフォームの動向を手がかりとしながら、特許制度の政策形成過程における正当化根拠論の意義について研究を行った。特許制度を取り巻く環境の変化が提起する深刻な問題 (例えば、特許出願の急増と特許の質の低下、特許訴訟の増加と訴訟コストの増大、パテント・コントロールによる特許訴訟制度の濫用など) への対応に迫られる米国の動向を参照しながら、望ましい特許制度の再構築に向けた取り組みの処方箋として、正当化根拠論が有効に機能しうる可能性について探求した。米国では、連邦取引委員会の報告書 (A REPORT BY THE FTC, *TO PROMOTE INNOVATION: THE PROPER BALANCE OF COMPETITION AND PATENT LAW AND POLICY* (2003)) や全米科学アカデミー報告書 (COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE KNOWLEDGE-BASED ECONOMY, NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *A PATENT SYSTEM FOR THE 21ST CENTURY* (2004)) 等による「特許制度の危機」論を契機として、パテント・リフォーム法案が第109議会 (2005-2006) に提出された (H. R. 2795)。以降、連邦議会は複数のリフォーム法案を審議してきたが、第112議会 (2011-2012) までは審議が停滞し、いずれも廃案となった。しかしこの間の連邦議会の取り組みは、裁判所や特許商標庁 (USPTO) に対して共通の問題意識を喚起することに寄与し、パテント・リフォームに向けた積極的な関与を促してきた。とくに目を惹くのが、連邦最高裁の躍動である。パテント・コントロール問題に一定の歯止めをかけた *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*, 126 S.Ct. 1837 (2006)、特許非侵害又は無効の宣言的判決を求める確認訴訟の原告適格を緩和した *MedImmune Inc. v.*

Genentech Corp., 127 S.Ct. 764 (2007)、非自明性判断における TSM テストの厳格かつ硬直的な運用を否定した KSR Corp. v. Teleflex Corp., 550 U.S. 398 (2007)、方法特許についても消尽理論が適用されることを認めた Quanta Computer, Inc. v. LG Electronics, Inc., 553 U.S. 617 (2008)、ビジネス方法発明の特許適格性の過度の抽象化に歯止めをかけた Bilski v. Kappos, 130 S.Ct. 3218 (2010) など、多数の注目すべき判決が登場している。本研究では、こうした特許制度のプロイノベーション機能の再建に向けた各機関の取り組みを分析することで、正当化根拠論の実践的機能を見いだすことができるのではないかと考えた。

第2に、著作権保護期間延長問題における正当化根拠論の意義について研究を行った。その際、日米欧の議論を参照しながら、保護期間延長が国際的に拡大している政治的な背景を明らかにし、著作権保護期間をめぐる政策形成過程の歪みを是正する処方箋として、正当化根拠論が有効に機能しうる可能性について探求した。欧米諸国は 1990 年代に相次いで著作権保護期間を 20 年延長する法改正を行ったが、その経緯を調べると、そうした延長に確かな理論的根拠があるわけではないことが明らかとなった。さらに最近では、二国間自由貿易協定 (FTA) を用いた保護期間延長政策を米国が活発に推進しており、その結果、アジア諸国においても保護期間延長の連鎖が拡大している。そうした中で、保護期間延長問題に関する我が国の審議会での議論は賛否両論が対立し、膠着状態にある。本研究では、こうした我が国の延長論議の過程を欧米のそれと比較することで、正当化根拠論の現代的意義、つまりは問題発見的機能や対話促進機能を見いだすことができるのではないかと考えた。

#### 4. 研究成果

以上の研究の方法に基づいて、本研究が実施した研究の成果を年度ごとに整理すれば、以下の通りとなる。

##### (1) 2010 年度の研究成果

2010 年度の研究成果としては、第1に、米英の最新の議論を渉猟しながら、知的財産権の正当化根拠論の研究に取り組み、その成果を論文にまとめて公表した。具体的には、ロック労働所有理論、ヘーゲル人格所有理論、及び事後のインセンティブ論の3つを重点的に検討し、その意義と限界を明らかにした (後掲「雑誌論文」⑬⑭⑯⑰)。

第2に、米国のパテント・リフォームの動向を参照しながら、望ましい特許制度の再構築に向けた取組みの処方箋として正当化根

拠論が機能しうる可能性を探求し、その成果を公表した。具体的には、1990 年代に米国特許制度を取り巻く環境が急速に変化し、それまでのプロ・パテント政策時代に蓄積した歪みが次々と噴出しはじめ、特許制度の危機が叫ばれる中で、米国特許制度の復権に向けた立法・行政・司法の機関相互の適切な権限配分枠組の構築に取り組む学界の新潮流について論文にまとめた (後掲「雑誌論文」⑩)。また、米国特許制度の経済的機能に関する各種データを整序しつつ、製薬・化学産業とソフトウェア産業とでは特許制度が果たす機能に本質的な差異があり、後者の分野では 1990 年代半ば以降、特許の保有に係るコストがその便益を上回っているために、特許制度がイノベーションの阻害要因となっていることを実証的に明らかにした BESSEN & MEURER, PATENT FAILURE, *supra* の書評を執筆し、学会誌に投稿した (後掲「雑誌論文」⑭)。

##### (2) 2011 年度の研究成果

2011 年度の研究成果としては、第1に、前年度に引き続き知的財産権の正当化根拠論の研究に取り組み、その成果を公表した。具体的には、事前のインセンティブ論と正義論の2つに焦点をあてて検討し、その意義と限界を明らかにした (後掲「雑誌論文」④⑩)。

第2に、前年度に引き続き、パテント・リフォームを素材として、特許制度の政策形成過程における正当化根拠論の意義について研究を進め、その成果を公表した。具体的には、主に 2000 年代以降、米国特許法学において急速に発展しつつある制度論的研究の動向を手がかりとしながら、外部環境の変化がもたらす様々な問題への対応として、特許制度の法形成・運用を担う各機関の決定権限をどのように配分するのが効率的かという視点から、我が国における立法・行政・司法の役割分担論の再構築に取り組み、その成果を日本工業所有権法学会等において口頭で発表した (後掲「学会発表」①②)。また、これらの報告内容をまとめた論文を学会誌に投稿した (後掲「雑誌論文」①)。このほか、米国特許制度の機能を画一的に捉えるのではなく、例えばバイオテクノロジー産業と IT 産業とではイノベーションの構造に本質的な差異があることを前提に、産業ごとのリアリティにそった特許制度の機能を動的に把握し、もって産業適合的な特許法政策論の構築を試みる BURK & LEMLEY, THE PATENT CRISIS AND HOW THE COURTS CAN SOLVE IT, *supra* の書評を執筆し、学会誌に投稿した (後掲「雑誌論文」②)。

第3に、著作権保護期間延長問題を素材として、著作権の政策形成過程における正当化根拠論の意義について研究を進め、その成果を公表した。具体的には、ロールズの正義論

の枠組を援用することで、立法者に対して、保護期間延長が意味するものは利用者の自由を抑制する期間の拡張であることを認識させ、そうした延長がすべての利用者の便益となることを示す実質的な論拠の提示を迫りつつ、提示された論拠を批判的に検証する手段として、事前・事後のインセンティブ論の知見を活用するという営みの循環を通じて、制度設計や立法の適正化を図ることができるのではないかという見地から、正当化根拠論の意義をまとめた成果を、著作権法学会において口頭で発表した（後掲「学会発表」③）。

第4に、前年度から取り組んできた Peter Drahos, A Philosophy of Intellectual Property (Dartmouth Press, 1996)の翻訳について、その成果を公表した（後掲「雑誌論文」③⑤⑦⑧⑨）。現在までに、全9章のうち、第6章までの翻訳成果の公表を終えた。

#### 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17件）

- ① 山根崇邦、特許法学における制度論的研究の発展、日本工業所有権法学会年報、査読無、35号、2012年6月刊行予定、掲載決定済
- ② 山根崇邦、パテント・ライセンスと司法主導による漸進的解決枠組、アメリカ法、査読有、2011-2号、2012年6月刊行予定、掲載決定済
- ③ 山根崇邦、〔翻訳〕Peter DRAHOS「A Philosophy of Intellectual Property (5)」、知的財産法政策学研究、査読無、38号、2012年6月刊行予定、掲載決定済
- ④ 山根崇邦、知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(7)、知的財産法政策学研究、査読無、37号、2012、pp.125-149、<http://hdl.handle.net/2115/49031>
- ⑤ 山根崇邦、〔翻訳〕Peter DRAHOS「A Philosophy of Intellectual Property (4)」、知的財産法政策学研究、査読無、37号、2012、pp.91-123、<http://hdl.handle.net/2115/49030>
- ⑥ 山根崇邦、相当の対価の算定における無効理由の斟酌、別冊ジュリスト『特許判例百選(第4版)』、査読無、209号、2012、pp.70-71
- ⑦ 山根崇邦、〔翻訳〕Peter DRAHOS「A Philosophy of Intellectual Property (3)」、知的財産法政策学研究、査読無、36号、2011、pp.261-291、<http://hdl.handle.net/2115/48450>
- ⑧ 山根崇邦、〔翻訳〕Peter DRAHOS「A Philosophy of Intellectual Property (2)」、

知的財産法政策学研究、査読無、35号、2011、pp.271-314、

<http://hdl.handle.net/2115/47329>

- ⑨ 山根崇邦、〔翻訳〕Peter DRAHOS「A Philosophy of Intellectual Property (1)」、知的財産法政策学研究、査読無、34号、2011、pp.1-56、<http://hdl.handle.net/2115/47303>
- ⑩ 山根崇邦、知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(6)、知的財産法政策学研究、査読無、34号、2011、pp.317-349、<http://hdl.handle.net/2115/47313>
- ⑪ 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、査読無、62巻6号、2011、pp.553-614
- ⑫ 山根崇邦、訂正前になされた特許権侵害の不法行為に対する損害賠償請求、知財管理、査読有、61巻11号、2011、pp.1713-1726
- ⑬ 山根崇邦、知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(5)、知的財産法政策学研究、査読無、33号、2011、pp.199-227、<http://hdl.handle.net/2115/45725>
- ⑭ 山根崇邦、米国特許制度の破綻とその対応策、アメリカ法、査読有、2010-1号、2010、pp.171-179
- ⑮ 山根崇邦、知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(4)、知的財産法政策学研究、査読無、32号、2010、pp.45-68、<http://hdl.handle.net/2115/45706>
- ⑯ 山根崇邦、知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(3)、知的財産法政策学研究、査読無、31号、2010、pp.125-145、<http://hdl.handle.net/2115/44343>
- ⑰ 山根崇邦、知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(2)、知的財産法政策学研究、査読無、30号、2010、pp.163-200、<http://hdl.handle.net/2115/44332>

〔学会発表〕（計3件）

- ① 山根崇邦、特許法領域における制度論的研究に関する一考察、北海道大学知的財産法・GCOE研究会、2011年7月2日（土）、於：北海道大学
- ② 山根崇邦、特許法学における制度論的研究の発展、日本工業所有権法学会個別報告、2011年5月28日（土）、於：名古屋大学
- ③ 山根崇邦、著作権法領域における正当化根拠論の現代的意義、著作権法学会個別報告、2011年5月21日（土）、於：一橋記念講堂（東京）

〔その他〕

ホームページ

[https://kenkyudb.doshisha.ac.jp/rd/html/japanese/researchersHtml/110023/110023\\_Rresearcher.html](https://kenkyudb.doshisha.ac.jp/rd/html/japanese/researchersHtml/110023/110023_Rresearcher.html)

6. 研究組織

(1) 研究代表者

山根 崇邦 (YAMANE TAKAKUNI)

同志社大学・法学部・助教

研究者番号：70580744