

平成 30 年 6 月 7 日現在

機関番号：10101

研究種目：基盤研究(A) (一般)

研究期間：2013～2017

課題番号：25245013

研究課題名(和文) 新世代知的財産法政策学の探求

研究課題名(英文) Development of Intellectual Property Law and Policy

研究代表者

田村 善之(Tamura, Yoshiyuki)

北海道大学・法学研究科・教授

研究者番号：20197586

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 34,200,000円

研究成果の概要(和文)： 知的財産権の政策形成過程は構造上、少数派バイアスが働きやすく、知的財産権が強化されがちであるが、知的財産権を「政府による行為規制」として把握するメタファをデフォルトとする議論を促すことでバイアスに抗することができる。そのうえで、特許権に関しては、望ましい行為規制を実現する「プロセスの通過点」として特許権を把握することで、権利を所与することなく、制度間の役割分担を論じるべきであり、著作権に関しては、条文どおりに権利が行使されないことによる「寛容的利用」により何とか均衡が保たれていることを自覚して、その持続のための諸方策(短期的にはフェア・ユース、長期的には更新登録)を図るべきである。

研究成果の概要(英文)： The selection of metaphor significantly affects the overall process of designing intellectual property regimes. From this perspective, we can see a patent “right” at the stage where it has passed the registration by the Patent Office as a mere transit point within the broader process in which the requirements for excluding others from using the invention are reviewed step by step. As for the copyright law, problems of daily usage and orphan works has not reach beyond critical levels, thanks to “tolerated use” practices. However, civil liability attacks against platforms by copyright holders and strengthening criminal sanctions against users will bring excessive chilling effect on tolerated use. To secure fundamental sustainable solution, establishment of fair use and introduction of renewal registrations are arguably recommendable.

研究分野：知的財産法(不正競争防止法、商標法、特許法、著作権法等)

キーワード：知的財産法 特許 著作権 商標 不正競争防止法

## 1. 研究開始当初の背景

邦語文献で主流派の知財法学は、法学を政治学と経済学とは別個独立のものと考え、法学の枠内で解釈論を展開することに終始している。

しかし、知財法は、知財の利用行為に排他権を設定することにより、公共財に対する市場を実現する仕組みであるところ、市場には知財権に頼るまでもなく、知財を創出するインセンティブとして市場先行の利益、秘密管理、信用等が溢れている。実際、産業組織論における実証研究では、企業は研究開発費の回収につき、産業間格差はあるものの、一般に特許以外のインセンティブにより多くの期待を寄せているという結果が出ている。これらの事実上のインセンティブによって市場が機能し、相応に産業や文化が発展するのであれば、あえて知財法が介入する必要はない。また、仮に法の介入が要請される場合にも、ゼロから知財権を作るのではなく、市場を補完するタイプのものであって然るべきである。市場プロセスにまで立ち込んだ新たな方法論が必要とされている。

更に多国籍企業のロビイングを背景にした米国のリードの下、知財の保護の水準は、1990年代から TRIPS 協定、WIPO 著作権条約、二国間の自由貿易協定等により、国際的に飛躍的に高められた。国内でも、例えば、FAX、コピーアンドペーストなどの企業内の日常的利用の取扱いに代表されるように、一般の人々がこの程度は自由だろうと考えている著作権法と、著作権法の条文の間には大きな乖離が生じている。こうした政治的な現実を前提に、その政策形成過程をブラックボックスとしたまま、出来上がった条文の解釈に終始する伝統的な法解釈論に限界があることを意味する。政策形成プロセスにまで立ち込んだ新たな方法論が必要とされている。

## 2. 研究の目的

以上のように、知財の分野では、経済学は市場の問題を、政治学は政策形成過程の問題を、法学は法の解釈の問題を、各々の枠内で別個独立に解決するという方策は既に限界を露呈している。夫々の垣根を跨いで、相互に足らざるところを補い合いながら解決を目指すインタラクティブな方法論が望まれる。

このような問題意識の下、研究代表者は、拠点リーダーを務めた 21 世紀 COE プログラム「新世代知的財産法政策学の国際拠点形成」(2003~2007 年度)、グローバル COE プログラム「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」(2008~2012 年度)において、「知的財産法政策学」と称する方法論を確立した。第 1 に、市場と法の役割分担という視点を意識し、どこまでを市場に任せておけば足り、どこから法が介入すべきなのかという分岐

点を探る(市場指向型知財法)。第 2 に、仮に法の決定が必要であるとした場合、それをどの機関に判断させるべきなのか、裁判所だけでよいか、特許庁等の判断を介在させるべきか、という法的判断主体の役割分担の問題設定を行う(機能的知財法)。第 3 に、以上の検討により設計される制度が、私人の行動の自由を過度に制約していないか、吟味する(自由統御型知財法)。第 4 に、以上の 3 つの作業を通じて、政策形成過程のバイアスの有無を検証し、プロセスの正統性を回復するための工夫を講じることを常に心がける(プロセス正統化)。

本研究は、かかる知的財産法政策学の成果のコア部分である方法論研究のところを継承し、社会心理学、認知言語学の知見を導入し、総論の更なる発展を図り、引き続き喫緊の課題に対する具体的な成果を提示することを目的とする。

## 3. 研究の方法

知的財産権は、有体物に対する権利である所有権に比して、どのような行為を規制するのかということに関して制度設計の自由度が高いために、ロビイングの対象になり易いところ、多数の者の利用を少数(多くの場合唯一)の権利者が規制することができるという権利の性質上、権利者に多大な利益を生みがちであるのに対して、利用者の方は権利者側に比するとその利益が分散し小さくなる傾向にあるために(特に著作権の場合)、ロビイングに熱心な権利者側の意向が強く政策形成過程に反映されるために権利が過度に強化されがちとなる(少数派バイアス)。しかし、従来のような知的創作物や創作者というメタファを用いた議論は、むしろこのバイアスを促進する方向に働く。そこで、本研究では、政策形成過程に参加し難い者の立場をマインド・セッティングのデフォルトとするメタファを活用することで、政策形成過程のバイアスに抗し、より望ましい法制度の設計を企図するという手法を採用する。

## 4. 研究成果

知的「財産」というメタファは、知的財産権という制度によって人々の自由が規制されているという意識を希薄化させ、「創作物」というメタファは権利が当然のものであるという観念を抱かせる点で、少数派バイアスをむしろ促進してしまう。それに対して、知的財産権と呼ばれているものの実態は「行為規制」、「政府規制」であるというメタファは、知的財産権が実は人々の行為を政府により規制するものであるということを確認に把握させるものであり、そのような規制を正当化するに足る理由の論証を要求することに繋がる。したがって、少数派バイアスに抗するマインド・セッティングとしては後者が望まれる。

「行為規制」という観点から特許制度を検

討すると、同制度は目的を達成するための特定の行為の規制というゴールに向けて様々な機構が決定をする制度であると認識することができる。そこから、本研究は、特許庁が特許権の付与を認めたということは、その一通過点に過ぎず、望ましい行為規制を実現していくプロセスの中の通過点として「特許権」を把握する考え方を提唱し、イノベーションの促進のために、審査・付与後異議・無効審判、均等論、差止請求権の制限等の論点に、制度間の役割分担の観点から具体的な提言を行った。また、著作権法に関して、本研究は、少数派バイアスの結果、過度に著作権が強化された立法に対し、権利者が著作権法の条文通りには権利を行使しないことによって黙認されている行為である「寛容的利用」(e.g. 企業内の零細複製、同人誌)によって、なんとか均衡が保たれていることを自覚すべきことを提唱し、その上で、著作権教育、刑事罰の強化、プラットフォームに対する攻撃(e.g. プロバイダ責任の厳格化、自炊代行の違法化)等によって寛容的利用に対する「行為規制」が厳格していくにつれ均衡が崩れつつあることを指摘し、対抗措置として、短期的にはフェア・ユース、長期的には更新登録を導入すべきこと等の対応策を提言した。

#### 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72件)

1. 田村善之、商号等の不正使用行為に対する規律(商法12条・会社法8条)をめぐる一考察、民商法の課題と展望(単行本)、査読無、2018、5-28
2. 吉田広志、食品用途発明に関する改訂審査基準の妥当性 - ラベル論から考える新規性 - 、パテント、査読有、71巻3号、2018、4-14
3. 吉田広志、特許法127条の通常実施権者は利害関係のある者に限られないから、条文所定の承諾がなければ訂正請求が認められないため、訂正の再抗弁は主張できないとした事例、新・判例解説 Watch、査読有、22号、2018、251-254
4. 田村善之、意匠登録がない商品デザインの保護の可能性、コピーライト、査読無、676号、2017、2-37
5. 田村善之、Requirements for Presumption of the Amount of Damages Caused by Patent Infringement Based on an Infringer's Profit、Annotated Leading Patent Cases in Major Asian Jurisdictions (単行本)、査読無、2017、364-377
6. 田村善之、特許権の存続期間延長登録制度の要件と延長後の特許権の保護範囲について、知的財産法政策学研究、査読有、49号、2017、389-452、5頁に記載の情報法
7. 田村善之、特許権の存続期間の延長登録の要件、ジュリスト、査読無、1505号、2017、279-281
8. 田村善之、FRANDロイヤルティの算定、パテント、査読有、70巻14号(別冊18号)、2017、24-37
9. 田村善之、知財高裁大合議の運用と最高裁との関係に関する制度論的考察、法曹時報、査読無、69巻5号、2017、1231-1271
10. 田村善之、二次的著作物の範囲、著作権判例百選(単行本)、査読無、2017、56-57
11. 吉田広志、パブリックドメイン保護の観点から考える用途発明の新規性と排他的範囲の関係、特許研究、査読有、64号、2017、6-33
12. Branislav Hazucha、Private Copying and Harm to Authors、Law Quarterly Review、査読有、133号、2017、269-295
13. Branislav Hazucha、International Harmonization with Regulatory Competition、GOVERNING SCIENCE AND TECHNOLOGY UNDER THE INTERNATIONAL ECONOMIC ORDER(単行本)、査読無、2017、298-317
14. 丁文杰、知的財産権・不法行為・自由領域(1)-(3)、知的財産法政策学研究、査読有、46号(2015)197-268・47号(2015)301-325・49号(2017)261-299、5頁に記載の情報法政策学研究センターHPからアクセス可能
15. 田村善之、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの許容性と技術的範囲、知的財産法政策学研究、査読有、48号、2016、289-328、5頁に記載の情報法政策学研究センターHPからアクセス可能
16. 田村善之、特許侵害訴訟における均等論の要件の明晰化を図った知財高裁大合議判決、IPマネジメントレビュー、査読無、22号、2016、18-33
17. 田村善之、発明者の認定、知的財産紛争の最前線[L&T別冊]、査読無、2号、2016、53-63
18. 田村善之、著作物の利用行為に対する規律手段の選択、著作権研究、査読無、42号、2016、22-68
19. 田村善之、「進歩性」(非容易推考性)要件の意義、別冊パテント、査読有、15号、2016、1-12
20. 吉田広志、職務発明規定の平成27年改正について、工業所有権法学会年報、査読無、39号、2016、253-270
21. 吉田広志、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの解釈、ジュリスト増刊(平成27年度重要判例解説)、査読無、1492号、2016、263-265
22. 吉田広志、用途発明の特許性、別冊パテント、査読有、15号、2016、90-104
23. 吉田広志、いわゆる医薬品用途発明について、被疑侵害物の添付文書等に記載さ

- れている用量がクレーム所定の数値範囲に含まれないとして侵害を否定した例、新・判例解説 Watch、査読有、20号、2016、265-268
24. 吉田広志、特許権・専用実施権が侵害された場合における特許権者が受けるべき損害賠償について、特許法102条3項の適用が否定されたが民法709条の適用が認められた例、新・判例解説 Watch、査読有、19号、2016、277-280
  25. 丁文杰、知的財産権・不法行為・自由領域、AIPPI、査読有、61巻5号、2016、1-37
  26. 田村善之、営業秘密の不正利用行為の規律に関する課題と展望、知的財産法政策学研究、査読有、47号、2015、41-58、5頁に記載の情報法政策学研究センターHPからアクセス可能
  27. 田村善之、応用美術の著作物性が肯定された事例(上)(下)、ビジネス法務、査読無、15巻10号43-46・11号96-102、2015
  28. 田村善之、自炊代行業者を複製の主体と認め私的複製に基づく著作権の制限を否定した判決、IPマネジメントレビュー、査読無、17号、2015、36-46
  29. 田村善之(何星星ほか訳)、日本知的財産権高等法院研究、科技与法律、査読有、2015年第3期、2015、552-573
  30. 田村善之、裁判例にみるプログラムの著作物の保護範囲の確定手法(1)(2)、知財管理、査読有、65巻10号1305-1315・11号1475-1486、2015
  31. 田村善之、考察：知財高裁、現代知的財産法実務と課題(単行本)、査読無、2015、29-47
  32. 田村善之、プロ・イノベーションのための特許制度の muddling through(4)、知的財産法政策学研究、査読有、46号、2015、269-292、5頁に記載の情報法政策学研究センターHPからアクセス可能
  33. 田村善之、著作権法の体系書の構成について、はばたき - 21世紀の知的財産法(単行本)、査読無、2015、512-527
  34. 田村善之、特許権の存続期間延長登録制度の要件と延長後の特許権の保護範囲について、AIPPI、査読有、60巻3号、2015、206-236
  35. 田村善之、俳優のしぐさに関する著作権侵害と歴史上の人物名に関する商標権侵害が争われた事例(上)(下)、IPマネジメントレビュー、査読無、15号(2014)3-12・16号(2015)4-11
  36. 吉田広志、2004年改正特許法35条が適用され、職務発明の対価の支払いが否定された例、新・判例解説 Watch、査読有、17号、2015、289-292
  37. 吉田広志、[伝送レイテンシ(遅延時間)を縮小する方法・野村證券]事件評釈、現代知的財産法 - 実務と課題 - (単行本)、査読無、2015、803-833
  38. Branislav Hazucha、Autorske pravo a kulturna diverzita, Nove technologie, internet a dusevne vlastnictvo II(単行本)、査読無、2015、9-42
  39. 田村善之、著作権法の政策形成と将来像、著作権研究、査読無、39号、2014、113-142
  40. 田村善之、FRAND宣言をなした特許権に基づく権利行使と権利濫用の成否(1)-(5)、NBL、査読無、1028号27-42・1029号95-102・1031号58-64・1032号34-45・1033号36-52、2014
  41. Yoshiyuki Tamura and Ichiro Nakayama、Denial of Injunctive Relief on the Grounds of Equity、Compulsory Licensing: Practical Experiences and Ways Forward(単行本)、査読無、2014、267-290
  42. 田村善之、「知的財産」はいかなる意味において「財産」か、財の多様化と民法学(単行本)、査読無、2014、329-350
  43. 田村善之、営業秘密の秘密管理性要件に関する裁判例の変遷とその当否(1)(2)、知財管理、査読有、64巻5号621-638・64巻6号787-795、2014
  44. 田村善之、特許権侵害に対する損害賠償額の算定、パテント、査読有、67巻1号、2014、125-145
  45. Yoshiyuki Tamura、Protection of the First Mover Advantage、Unfair Competition and Publicity(単行本)、査読無、2014、216-230
  46. Yoshiyuki Tamura、Rethinking of Copyright Institution for the Digital Age、Copyright Quarterly、査読有、Vol. 27 No.1、2014、43-60
  47. Yoshiyuki Tamura、Patent Law Design in the “Open Innovation” Era、INTELLECTUAL PROPERTY LAW AND POLICY、査読有、Special Issue, Vol. 1、2014、25-44、5頁に記載の情報法政策学研究センターHPからアクセス可能
  48. 田村善之、日本の著作権法のリフォーラム論、知的財産法政策学研究、査読有、44号、2014、25-140、5頁に記載の情報法政策学研究センターHPからアクセス可能
  49. 吉田広志、職務発明・考案・意匠の従業者対価の算定において、考案意匠に関しては設定登録前の期間是对価算定の対象とならないと判示した例、新・判例解説 Watch、査読有、14号、2014、265-68
  50. 吉田広志、事後的に提出した技術資料(実験証明書)と特許性判断の問題、別冊パテント、査読有、13号、2014、124-141
  51. 比良友佳理、デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究(1)、知的財産法政策学研究、査読有、45号、2014、79-103、5頁に記載の情報法政策学研究センターHPからアクセス可能
  52. 小嶋崇弘、欧州における私的複製補償金

- 制度を巡る近時の動向、AIPPI、査読有、59巻1号、2014、6-39
53. 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年報、査読無、36号、2013、35-79
  54. 田村善之、営業秘密の不正利用行為をめぐる裁判例の動向と法的な課題、パテント、査読有、66巻6号、2013、79-101
  55. Yoshiyuki Tamura、Case in Which the Court Recognizes the Independent Significance of the Criterion “Direct Perceptibility of the Essential Characteristics” of a Work to Determine the Scope of Copyright Protection、AIPPI International Edition、査読有、Vol.38 No.6、2013、372-392
  56. 田村善之、侵害による利益を損害額と推定する特許法102条2項の適用の要件と推定の覆滅の可否、知財管理、査読有、63巻7号、2013、1107-1123
  57. Yoshiyuki Tamura、IP-Based Nation: Strategy of Japan、Emerging Markets and the World Patent Order (単行本)、査読無、2013、371-388
  58. 田村善之、標準化と特許権、知的財産法政策学研究、査読有、43号、2013、73-107
  59. 田村善之、特許権侵害訴訟における差止請求権の制限に関する一考察、競争法の理論と課題(単行本)、査読無、2013、699-715
  60. Yoshiyuki Tamura、Conceptual Fallacies behind the Idea of Unprotected Intellectual Works、Governing Innovation and Expression (単行本)、査読無、2013、33-47
  61. 吉田広志、プロダクト・バイ・プロセス・クレームについて製法に限定し発明の要旨を認定した事件、知財管理、査読有、63巻8号、2013、1317-1323
  62. 吉田広志、特許法79条の先使用権の主張が認められた事例、新・判例解説 Watch、査読有、13号、2013、207-210
  63. 吉田広志、特許法53条1項に定める補正却下処分の適法性、特許研究、査読有、55号、2013、74-86
  64. 吉田広志、特許法159条2項で準用する同法53条1項の補正却下が適正手続違反だとして拒絶審決が取り消された事例、新・判例解説 Watch、査読有、12号、2013、237-240
- [学会発表](計33件)
1. 田村善之、Legislative Movement for Big Data Protection in Japan、情報イノベーション国際シンポジウム、2018
  2. 田村善之、Legislative Movement for Big Data Protection in Japan、Intellectual Property in the Big Data Era: Opportunities and Challenges、2017
  3. 田村善之、Looking at Patent System from an Institutional Perspective、Legal Education Seminar at SMU University、2017
  4. 田村善之、Trends and Future of the “IP-based nation” of Japan and Some Reflections、Legal Education Seminar at SMU University、2017
  5. 田村善之、Looking at Patent System from an Institutional Perspective、5th Asia Pacific IP Forum、2017
  6. Branislav Hazucha、Copyright Exhaustion in the Digital Age、5th Asia Pacific IP Forum、2017
  7. 田村善之、Patent Invalidation System and Related Issues in Japan、2016 Asia Intellectual Property Symposium、2016
  8. 田村善之、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの許容性と技術的範囲、日韓知財シンポジウム、2016
  9. 田村善之、Rethinking Copyright for the Digital Age、Center for Asian Legal Studies Seminar、2016
  10. 田村善之、Looking at Patent System from Institutional Perspectives、VIPP 2nd Roundtable on Asia Patent Cooperation、2016
  11. 田村善之、Recent Developments and Issues regarding the IP High Court in Japan、Asia Pacific IP Forum、2016
  12. Branislav Hazucha、International Harmonization with Regulatory Competition、Conference on “Governing Science and Technology in the Mega-RTA Era、2016
  13. 田村善之、Recent Developments and Issues regarding the IP High Court in Japan、2015 Asia-Pacific Intellectual Property Forum、2015
  14. 田村善之、Recent Developments and Issues regarding the IP High Court in Japan、CJK Seminar on Judicial Reform and Judicial Protection of IP、2015
  15. 田村善之、Trends in Japanese Court Rulings regarding Unauthorized Use of Trade Secrets、営業秘密保護及び知的財産訴訟手続の実務と理論発展の趨勢、2014
  16. 田村善之、Right to Seek Transfer of Patents Based on Usurped Applications、Patent Application and Litigation Practices、2014
  17. 田村善之、Recent Developments and Issues Regarding the IP High Court in Japan、The EU Patent Package、2014

18. 田村善之、Regulation Against Imitation of the Configuration of Goods in Japan、The 2nd Asia Pacific IP Forum、2014
19. 田村善之、営業秘密の不正利用行為に関する日本の裁判例の動向、第4回国際知識財産権及び産業保安コンファレンス、2014
20. 比良友佳理、Copyright and Freedom of Expression in the Digital Era、Work-in-Progress Workshop for Junior IP Scholars in Asia and Europe、2014
21. 田村善之、Patent Law Design in the Open Innovation Era、The 4th Asia-Pacific Innovation Conference、2013
22. 田村善之、Copyright Reform in Japan、日台知的財産ワークショップ、2013
23. 田村善之、Copyright Reform in Japan、The First Asia-Pacific Intellectual Property Forum、2013
24. 田村善之、Innovation and Patents in IT Industry、2013 Judicial Symposium in Korea、2013
25. 田村善之、Rethinking Copyright Institution for the Digital Age、Central-China International Copyright Forum、2013
26. 田村善之、Patent Declaration についての General Discussion、Patent Declaration、2013
27. 田村善之、“IP-Based Nation”：Strategy of Japan、CASRIP Workshop、2013
28. 田村善之、日本の知財立国の動向とその将来像、東アジア知的財産権フォーラム、2013
29. 山根崇邦、日本の著作権法制度における道徳哲学理論および経済分析の意義、東アジア知的財産権フォーラム、2013

〔図書〕(計4件)

1. ZUZANA ADAMOVA AND BRANISLAV HAZUCHA, C.H. BECK, COPYRIGHT ACT: A COMMENTARY, 2018, 850
2. 増井和夫 = 田村善之(李揚 = 丁文杰ほか訳)、中国知識産権出版社、日本専利案例指南(特許判例ガイド(第4版))、2016、597
3. 田村善之 = 高瀬亜富 = 平澤卓人、信山社、ロジスティクス 知的財産法 著作権法、2014、316
4. 田村善之(李揚ほか訳)、中国人民大学出版社、田村善之論知識財産権、2013、208

〔その他〕

ホームページ等

北海道大学情報法政策学研究センターHP

<http://www.juris.hokudai.ac.jp/riilp/>

田村善之 HP

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

吉田広志 HP

<http://takabee.my.coocan.jp/>

Branislav Hazucha HP

<http://lex.juris.hokudai.ac.jp/~bhazucha/design.html>

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

吉田 広志 (YOSHIDA, Hiroshi)

北海道大学・大学院法学研究科・教授

研究者番号：70360881

ハズハ ブラニスラヴ (HAZUCHA, Branislav)

北海道大学・大学院法学研究科・准教授

研究者番号：30452808

村井 麻衣子 (MURAI, Maiko)

筑波大学・図書館情報メディア研究科・准教授

研究者番号：80375518

山根 崇邦 (YAMANE, Takakuni)

同志社大学・法学部・准教授

研究者番号：70580744

小嶋 崇弘 (KOJIMA, Takahiro)

中京大学・法学部・准教授

研究者番号：80722264

丁 文杰 (DING, Wenjie)

北海道大学・大学院法学研究科・助教

研究者番号：70749655

比良 友佳理 (HIRA, Yukari)

京都教育大学・教育学部・講師

研究者番号：40733077