

平成 27 年 6 月 12 日現在

機関番号：14501

研究種目：基盤研究(C)

研究期間：2012～2014

課題番号：24530114

研究課題名(和文)知的財産法における物権法的構成の意義とその限界

研究課題名(英文)Property rules in intellectual property law; its meanings and limitations

研究代表者

島並 良 (Shimanami, Ryo)

神戸大学・法学(政治学)研究科(研究院)・教授

研究者番号：20282535

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 3,900,000円

研究成果の概要(和文)： 現行の知的財産法制度の多くは、いわゆる知的財産「権」という物権的な権利を付与する構成を採用しているが、これには塊としての権利を觀念して情報(知的財産)取引を可能・容易にするという点にその主たる意義がある。しかし、とりわけ特許法においてはこのような物権的構成は制度の本質ではなく、むしろ特許出願人と社会(公衆)との社会的な契約としてその本質を把握すべきである。

特許の契約的構成、すなわち特許権の発生を<発明の完成・公開>と<特権の付与>との交換合意として理解し、また、特許権の侵害を公衆の一構成員による契約(不実施義務)の不履行として捉えることで初めて、特許法の理論的かつ整合的な理解が可能となる。

研究成果の概要(英文)： Property rules in intellectual property law is not inevitable and have main meaning to make it enable/easy to transact intellectual property. The nature of the patent is not property but social contract between applicant and public.

From contractual view of patent law, grant of rights is an agreement to exchange disclosure of invention and patent, and infringement of rights is a breach of such agreement by a member of public. This view makes it possible to understand patent system theoretically and consistently.

研究分野：知的財産法

キーワード：知的財産法 物権的構成 社会契約

1. 研究開始当初の背景

知的財産権は元々、物権法のテクニックを借用して構築されてきた。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物権法的性質がさまざまな点で動揺を見せている。たとえば、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、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、テレビ番組転送サービス提供者など)に対する昨今の規制強化(著作権の侵害主体拡張論)は、散在する多数の著作権侵害者(著作物利用者)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、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、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。

2. 研究の目的

上述した一つ一つの現象は、知的財産権の強化(や)と緩和(や)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、物権法的構成から、不法行為法的構成へと、知的財産法の性質は近時大きく変容しようとしているのである。

本研究は、知的財産法制が近時直面する複数の課題を、「知的財産法が物権法として構成されているのはなぜか、そしてそのような構成は今後どこまで維持されるべきか」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、本研究の最終的な目的である。

3. 研究の方法

(1) 先行研究との関係

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、知的財産法の物権法的構成の意義と限界を分析するものは未だない。知的財産法学が細分化された個別論点に関する蝸壺的研究に陥っている現状下において、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、独創的な研究であると位置づけられる。

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(物権的法制)とliability rules(不法行為的法制)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(知的財産法にも言及する最新の研究として、Stewart E. Sterk, Property Rules, Liability Rules, and Uncertainty about Property Rights, 106 Michigan L. Rev. 1285(2008))。そこで本研究では、このような米国の最新の成果を知的財産法に当てはめ、その射程を明らかにした。

(2) 具体的方法

本研究の具体的な方法は、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。

本研究の遂行には、3カ年度が必要となった。このうち、初年度(H24)は、物権法的構成と不法行為法的構成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(H25)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(H26)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社会に発信した。

4. 研究成果

(1) 現行の知的財産法制度の多くは、いわゆる知的財産「権」という物権的な権利を付与する構成を採用しているが、これには「塊」としての権利を観念して情報(知的財産)取引を可能・容易にするという点にその主たる意義がある。また、知的財産家の侵害は不法行為を構成する。

しかし、これら財産権や不法行為としての性質は、とりわけ特許制度については、その非回顧的かつ互恵的な性質に鑑みると、本質とは呼べない。

(2) 特許制度は、むしろ特許出願人と社会(公衆)との社会的な契約としてその本質を把握すべきである。

当事者双方がメリットを感じ互恵的な権利義務関係を結ぶのが契約である。そして、契約の効力は、改めて言うまでもなく相手方との合意で生じた義務が守られるという点(合意の拘束力)にその主眼がある。特許は、発明者が自己の発明内容を公衆に開示する代わりに、公衆は出願から20年が経過するまでの間、特許発明の業としての実施独占権を付与するという合意であり、当事者がその合意内容に拘束されるという点で、まさに契約と呼ぶに相応しい構造を有する。

(3) このような特許の契約的構成、すなわち特許権の発生を<発明の完成・公開>と<特権の付与>との交換合意として理解し、また、特許権の侵害を公衆の一構成員による契約(不実施義務)の不履行として捉えることで初めて、特許法の理論的かつ整合的な理解が可能となる。政策に基づく制度設計を図るにしても、このような契約としての本質を基軸とした上で、それからの乖離は当事者意思(合意)への制度的介入として位置付ける必要があると考えられる。

(4) 特許権侵害からの救済にあたり、現在の米国では侵害行為の差止が損害賠償を補完する副次的なものとして位置付けられているのに対して、我が国では原則として侵害が成立すれば自動的に差止めが認められる。表面的な制度の違いに目を奪われることは慎むべきであるし、日本でも権利濫用法理の適用により差止請求が制約される例があるなど両国の差異は実質的には緩和されていることにも留意が必要であるが、特許制度の根本になお残るこのような日米の相違は、履行強制(特定履行)の位置づけの違いによって説明が可能であるように思われる。

履行利益の賠償をもって契約から離脱する自由(「契約を破る自由」)を尊重し、ひいては契約締結活動を促進しようとする米国法と、ドイツ法の影響の下で合意の拘束力を重視し、原則的に履行強制を認める日本法との契約観の相違は、特許権侵害(本稿の立場では特許契約の違反)に対する差止めの可否にも一定の影響を及ぼしている。

(5) 今後の課題としては、さしあたり次の2点が挙げられる。

まず、特許の契約構成は我が国においては必ずしも一般的ではないが、米国では確固たる位置づけを与えられているように思われる。そしてその思想的源流は、社会契約論(social contract theories)、すなわち、市民の合意に国家の権威の正統性を求める思想に見出すことができるとされる。元々、無秩序な自由が支配する自然状態(state of nature)ないし原初状態(original position)にあった人々が、社会の平和と安全を得るために、その合理的な意思に基づき契約を取り結んで国家を設立したとするこの思想は、国家の権威を正統化するとともに、市民間の合意を根拠に法制度を基礎づける役割をも担った。前国家状態の理解やあるべき国家の役割について立場の相違はあるが、社会契約論の基本的な枠組みは米国建国の父祖達に強い思想的影響を及ぼし、合衆国憲法への適合を通じて特許法を始めとする米国の法制度の根底に今も生き続けているとされる。そうであれば、今後、米国特許法を総体として理解するためには、その思想的背景(契約構成の基礎に流れる社会契約論との関係)についても意識を払うことが求められるように思われる。

また、特許の契約構成が、他の知的財産法、とりわけ同じ創作法に属する著作権法においてどの程度妥当するかも、今後の検討に委ねられる。米国連邦最高裁は、著作権存続期間延長立法(ソニー・ボノ法)の合憲性が争われたEldred v. Ashcroft判決において、著作権と特許権を対比した上で、「報奨(quid pro quo)としての性質は、著作権よりも特許について典型的に当てはまる。[...]発明の開示は、特許によって付与された排他性への対価なのである。」と述べた。ここでは、表現

を保護客体とする著作権制度では創作物の公開を強制する仕組みをそもそも伴わないため、創作者と公衆の契約的關係性が特許制度よりも後退することが示唆されている。もしこのような理解が正しいならば、著作者の個性（創作性）を保護し、人格的性質がより強いとされる著作権制度の方が、むしろ特許制度以上に（契約としての桎梏を免れ）政策実現手段としての性質を強く持つ結果となる。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕(計5件)

島並良、「私的複製制度の理論的基礎(1)」、著作権研究40号〔2013年度版〕、2015年1月

島並良、「職務発明の相当対価請求権と時効利益の放棄」、知財管理64巻3号(759号)389-397頁、2014年3月

島並良、「著作権法と消費者法の交錯」、コピーライト630号2-15頁、2013年10月

島並良、「デジタル著作物のダウンロードと著作権の消尽」、高林龍ほか編『現代知的財産法講座 知的財産法の国際的交錯』、日本評論社、209-228頁、2012年12月

島並良、「通常実施権の対抗制度のあり方」、日本工業所有権法学会年報35号〔2011年度版〕77-88頁、2012年6月

〔学会発表〕(計1件)

島並良、「私的複製の正当化根拠」、著作権法学会、2013年4月20日、一橋記念講堂(東京都千代田区)

〔図書〕(計1件)

島並良、「著作権法における消費者の地位」、川濱昇ほか編『競争法の理論と課題 - 独占禁止法・知的財産法の最前線(根岸哲先生古稀祝賀)』、有斐閣、737-749頁、2013年10月

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