

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成30年6月8日現在

機関番号：14501
研究種目：基盤研究(C) (一般)
研究期間：2015～2017
課題番号：15K03243
研究課題名(和文) 発明・取引・財産権 - 特許制度の社会契約的再構成

研究課題名(英文) Patent as social contract

研究代表者

島並 良 (SHIMANAMI, RYO)

神戸大学・科学技術イノベーション研究科・教授

研究者番号：20282535

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 3,000,000円

研究成果の概要(和文)：本研究では第一に、ロックの社会契約論とロールズの社会契約論が、特許権という私的な独占権の正当化根拠において持つ積極的意味を明らかにした。

また第二に、合意の拘束力に関する基礎理論、すなわち法と経済学による「効率性」の思想、約束原理に表れる「権利」の思想、批判法学による「批判」の思想を検討し、それらが特許制度の社会契約的構成に与える影響を検討した。

さらに第三に、以上の検討を踏まえて、こうした「社会契約としての特許制度」という構造理解が、特許法に現在するさまざまな解釈・立法上の課題の解決にどの程度役立つのかを研究した。

研究成果の概要(英文)：This research examined the positive meaning of social contract theories in the justification for patent right, the effect of the fundamental theories concerning the binding force of agreements on patent system, and the impact of the concept, "patent as social contract", on solving various issues in current patent law.

研究分野：知的財産法

キーワード：発明 取引 財産権

1. 研究開始当初の背景

(1) 特許法を初めとする知的財産法は、伝統的に、無体物を有体物になぞらえることで、所有権法のテクニックを借用してきた。また、特許権侵害は不法行為の特則であると理解されてきた。

つまり、民法上の財産法の中核をなす三つの法制度（所有権法、契約法、不法行為法）のうち、契約法は特許権発生後の経済的利用（たとえば特許権の譲渡、担保化、ライセンス）にのみ関わり、特許権の発生や侵害そのものには関係がないとされてきたわけである。

しかし、こうした所有権法や不法行為法に則した性質理解では、特許法で何を保護し何を侵害と捉えるかについて、理論的に一貫した説明が困難であるため、従来は争点ごとのいわば個別的解決のみが図られる傾向にあったように思われる。また、知的財産法の解釈・立法が、所有権法の形式的発想に囚われたり、不法行為法の損害填補手段としての性格に制約を受けたりすることも多かったと考えられる。

(2) 研究代表者は、かつて、日本工業所有権法学会での個別報告およびそれを元にした論文において、特許権の正当化根拠が、従来から想定されてきた財産権付与による発明の誘引に加え、発明という財に関する取引費用の節減にあることを明らかにし、その観点から特許法上の具体的諸制度の存在理由と内容を見直した。

この研究は、新制度派経済学のいわゆる契約理論を、おそらく日本で初めて特許制度に当てはめた萌芽的なものであるが、こうした制度趣旨（存在理由）の検討過程で、そもそも現在の特許制度が持つ本来的な性質(the nature)を明らかにすること。たとえば、会社法学で企業が契約の束であると理解されるようになったのと同じように。なしには、その制度趣旨理解も深みに達し得ないことが強く自覚された。

2. 研究の目的

以上の背景を受けて本研究では、この特許制度の本質（the nature of the patent system）論について、新制度派経済学の契約理論を前提としつつ、さらに社会哲学上の社会契約論や民法学上の契約法理論に関する研究の米国での近年著しい展開をも援用することで、特許法の基礎理論を一層深化させることを試みた。

具体的には、次の3つの課題の解決を目的とした。

まず、特許権は、特許出願人が自己の発明を公衆に開示しその代償として公衆から付与されるものであり、特許権の発生はいわば特許出願人と公衆との間の社会契約であると見ることで、現行特許法制度（法規のみならず裁判例、学説も含む広義のそれ）を整合的に説明できないか。

また、特許権の侵害は、公衆が当該特許発明について無断実施しない旨の社会契約に関する違反行為であると捉えることで、同じく現行特許法制度を整合的に説明できないか。

さらに、こうした「契約の拘束力」に依拠した新たな説明が、現行特許法制度に現在するさまざまな解釈・立法上の課題の解決に役立つのではないか。もとより、そうした演繹的な思考で全ての課題を解決することはできないし、またする必要もない。しかし、思考の出発点として制度の原則的なあり方を定位した上で、仮にそれに対して修正を施す場合には、そこに新たな理由を付加することで、建設的な制度論を交わすことができるのではないか。

3. 研究の方法

本研究の方法は、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)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報告による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(H27)は社会契約論の検討に、次年度(H28)には契約法の基礎理論の研究に、そして、最終年度(H29)は、前年度までに得られた検討結果を知的財産法に適用し、それを論文や学会報告によって発信することに、それぞれ主として充てられた。

4. 研究成果

本研究の成果は、次の(1)～(3)の3つに分けることができる。

(1) 第一に、特許権は特許出願人が自己の発明を公衆に開示し、その代償として公衆から付与されるものであることから、特許権の発生はいわば特許出願人と公衆（およびその代理人(agent)である特許庁審査官）との間の社会契約であり、特許権の侵害は社会契約の違反であるとする見方の成否と射程について、社会契約思想を参照しつつ研究した。

周知のとおり社会契約思想は、正義の基礎付け、政府の正当性、そして規範の正当化根拠等について、当事者の意思に基づく契約(contract)や合意(agreement)こそが究極の理由であるとする思想であり、その端緒は古代ギリシャにも見られるものである。

もっともその黄金期は、ホブズ、ロック、ルソー、カントらにより自然権思想に基づく近代市民社会が構想された時期（近代社会契約論）およびそれがいったん退潮したのちに、ロールズ、ノージック、ゴータイエらによって再生され現在にまで至る時期（現代社会契約論）に分けることができる。

本研究では、欧米所有権思想に強い影響力を与え、それが現代の知的財産権の基礎付けにまで援用されるロックの社会契約論、およびその分配的正義（社会正義）の理解が特に

国際知的財産法における「南北」問題解消の局面でしばしば援用されるロールズの社会契約論を中心に検討した上で、それらが特許制度の正当化根拠において持つ意味を明らかにした。

(2) 第二に、合意の拘束力の根拠を中心に、近時米国で議論が展開されている契約法の基礎理論を研究した。

これまた周知のとおり、近代的な契約自由の原則は、現代の福祉国家の下ではさまざまな制約を受けている。それを受けて、米国の契約法学では、新しい契約法理論を構築する試みが繰替えされ、たとえば契約責任の根拠を単なる意思ではなく「契約正義」に帰せしめることが主張されている（「意思から理性へ」）。

本研究では、そうした米国を中心とし、日本でも展開されている契約法学の新思潮の背景にある三つの思想、すなわち ポズナーらの法と経済学による「効率性」の思想、ドオーキンの権利論に影響を受けたフリードの約束原理に表れる「権利」の思想、ケネディーらの批判法学による「批判」の思想のそれぞれについて採り上げ、それらが特許制度の社会契約的正当化に与える影響を明らかにした。

(3) 第三に、以上の検討を踏まえて、こうした「社会契約としての特許制度」という新たな性質理解が、特許法に現在するさまざまな解釈・立法上の課題の解決にどの程度役立つのかを研究した。

具体的には、たとえば出願人の意思解釈という点ではクレームの解釈手法や出願経過禁反言等について、また合意への制度的介入という点では、キヤノンインクカートリッジ事件で顕在化した特許製品の修理加工による権利消尽の限界や、アップル対サムスン事件で争われた差止請求権の制限といった、特許法が抱える喫緊の諸課題について、それぞれ分析を加えるとともに、解決の方向性を明らかにした。

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5件)

島並良、「コンピュータゲームと知的財産法」、法学教室 449号、査読無し、2018、22-26

島並良、「植物の自己増殖と特許権の消尽」、法律時報 1113号、査読無し、2017、5-9

島並良、「特許権の均等侵害と著作権の間接侵害」、法学教室 426号、査読無し、2016、30-34

アレキサンダー・ポイケルト「パブリック・ドメインの法理」、島並良/角松生史訳、神戸法学雑誌 64巻3・4号、査読無し、2015、189-226
<http://www.lib.kobe-u.ac.jp/repository/81008880.pdf>

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〕、査読無し、2015、29-36

[学会発表](計1件)

島並良、「著作権消尽論の理論的基盤」、著作権法学会、2018
(その概要は、学会誌「著作権研究」2018年度版で公表予定)

[図書](計4件)

□島並良、「解説」、ロバート・P・マージェス著(山根崇邦ほか訳)、『知財の正義』、勁草書房、2017、(473-478)
http://keisobiblio.com/wp/wp-content/uploads/2017/12/chizainoseigi_tachiyomi.pdf#page=20

□島並良・中村健太、「“物品”所有権—知識産権法」、柳川隆ほか編(吳波ほか訳)、『時

代教育・国外高校優秀教材精選:法律経済学』、機械工業出版社、2017、(22-40)

□島並良、「著作権法におけるルールとスタンダード・再論—フェアユース規定の導入に向けて」、中山信弘・金子敏哉編、『しなやかな著作権制度に向けて—コンテンツと著作権法の役割』、信山社、2017、(703-715)

□島並良、「契約としての特許制度—特許の本質をめぐる省察」、小泉直樹・田村善之編、『はばたき—21世紀の知的財産法』、弘文堂、2015、(98-117)

<http://www.lib.kobe-u.ac.jp/repository/90003432.pdf>

[産業財産権]

出願状況(計0件)

取得状況(計0件)

[その他]

なし

6. 研究組織

(1)研究代表者

島並良(SHIMANAMI, Ryo)
神戸大学・大学院科学技術イノベーション研究科・教授
研究者番号:20282535

(2)研究分担者

なし

(3)連携研究者

なし

(4)研究協力者

なし