

## 目 次

第1章 知的財産法総論	1
1 知的財産法政策学の試み	3
I 知的財産権の正当化根拠	3
1 自然権論対インセンティブ論	3
2 二つの自然権論	3
3 知的財産権の特徴と厚生	6
4 効率性の検証の困難性と民主的な決定による正統化	7
5 民主的な決定による正統化の危険性とプロセス正統化	9
II 決定のプロセスとしての市場・立法・行政・司法の役割分担	11
1 市場の活用	11
2 法的な介入（権威的決定）のあり方	12
III 知的財産法政策学の構想	13
1 序	13
2 市場と法の役割分担	15
3 法的判断主体間の役割分担	18
4 帰結主義的なアプローチによるプロセスの統御	25
IV 結びに代えて	31
2 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	35
はじめに	35
I 知的財産法に関する法と経済学の台頭とその影響	35
II 知的財産法制度の政策形成過程のバイアスという現実	39
III プロセス志向の知的財産法学の手法	42
IV プロセス志向の知的財産法学の現在	46
V 結びに代えて	49

3 「知的財産」はいかなる意味において「財産」か？ ——「知的創作物」という発想の陥穽	52
I 「知的財産」「知的創作物」というメタファの陥穽	52
II 「知的財産」「知的創作物」とは何か	53
1 「知的財産」「知的創作物」は存在するのか	53
2 「知的財産」とその利用「行為」という峻別は可能か	54
3 「知的財産」「知的創作物」に対する権利という発想の陥穽	55
III 「知的財産」「知的創作物」の未保護ということがあってはならないのか	57
IV 「知的財産」「知的創作物」というメタファの功罪	59
1 「知的創作物」というメタファの効用ないし危険性	59
2 「知的財産」「知的創作物」というメタファの危険性	61
V メタファの選択 ——「知的財産」「知的創作物」vs.「行為規制」	64
1 ガバナンス構造の改革案とその課題	64
2 人間の心の本質：利他性・互惠性	66
3 muddling through のためのメタファの選択	68
VI 結 語	70
4 競争政策と「民法」	72
I 競争政策と民法学	72
1 二つの流れ	72
2 競争政策の目的達成のために行政規制に民事規制を併用するという発想 ——公法と私法の区別（不要）論・法の実現における私人の役割論に 端を発するもの	72
3 現代市民社会を成立させるために競争秩序の規律を必要とする発想 ——近代と現代という歴史的視野に基礎を置くもの	74
II 民法における競争政策の位置づけに関する論点	75
1 政策か私人の権利か	75
2 競争政策に対する民法の位置づけ	78
III 方法論的課題	79
IV 競争という視点を入れる意味	81

1	競争政策の観点から規律すべき行為類型	81
2	市場を活用するというものの意味	82
3	具体的な事例における解釈論	83
V	市場的決定を活用することの意義をどこに求めるのか	86
1	市場万能主義と市場指向主義の区別——多面的理解の可能性	86
2	革新の誘因機能と私的情報の発見拡散の機能——権威的決定との比較その一	86
3	自由の思想——権威的決定との比較その二	86
VI	市場・立法・行政・司法の役割分担と決定プロセスとしての正統性	87
1	技術的な判断の適格性の問題	87
2	プロセス正当化の問題	87
3	権威的決定の歪みの問題	88
4	解決の方向性	88
VII	分化する「民法」と競争政策	90

## 第2章 特許法 93

<b>I</b>	<b>プロ・イノベーションのための特許制度の muddling through</b>	<b>95</b>
	.....	95
I	序	95
II	イノベーションと特許制度の関係に関する実証的研究	98
1	本節の目的	98
2	Yale Survey	99
3	Carnegie Mellon Survey・NISTEP Survey・全国イノベーション調査	100
4	Berkeley Survey	105
5	Patent Failure	107
6	CATCH-UP Project	112
7	小 括	115
III	イノベーションと特許制度の関係に関する理論	115
1	理論的な特許制度の機能と法規範の関係	115
2	特許制度の運用の仕方に関する五つの理論	117

iv 目 次

3	特許政策の舵取りの理論	127
4	舵取りは誰が行うべきか？	130
5	法規制における画一的取扱いを志向する学説	134
IV	オープン・イノベーションの分析	138
1	実証研究と理論からの示唆	138
2	インテグラル・オープン・イノベーション	138
3	インディペンデント・オープン・イノベーション	141
4	モジュール化によるオープン・イノベーション	154
5	小括——“muddling through”	175
V	プロ・イノベーションのための muddling through の手法(1) ——市場と法の役割分担	176
1	市場の意義	176
2	市場に存在するインセンティブ支援型の介入	179
3	小 括	184
VI	プロ・イノベーションのための muddling through の手法(2) ——法的判断主体間の役割分担	186
1	問題の所在	186
2	特許権設定によってアプローチを分断する発想の適否	186
3	行為規制としての特許権	187
4	プロセスのなかの通過点としての特許「権」	188
5	議論の実益を示す具体例——特許庁における合理的無知の理論	189
6	小 括	191
VII	特許要件の吟味の場面における muddling through	191
1	問題の所在	191
2	無効審判制度に加えて付与後異議申立制度を併存させる意義	192
3	侵害訴訟における無効の抗弁に加えて無効審判制度を併存させる意義	202
VIII	特許権の保護範囲の画定の場面における muddling through	216
1	問題の所在	216
2	「本質的部分」の把握の仕方	218
3	出願時同効材の取扱い	229
4	Dedication の法理	232
IX	特許権の救済の調整の場面における muddling through	236
1	問題の所在	236

2	裁 判 例	237
3	役割分担論からの示唆	240
X	ま と め	243

## 2 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

——漸進的な試行錯誤を可能とする規範定立のあり方 …………… 245

I	はじめに	245
II	審級関係と専門性の逆転現象	245
III	知財高裁大合議における裁判例の統一機能に対する制度的な 限界	249
	1 序	249
	2 知財高裁の先例に対立がある場合に大合議は開かれていなかった	249
	3 知財高裁の裁判例に先例がない場合に大合議が開かれていた	251
	4 知財高裁の先例に異時点間の対立がある場合に大合議が開かれるようになった	253
IV	知財高裁大合議の裁判に対する最高裁の取扱い	257
	1 ルール対スタンダード	257
	2 知財高裁大合議のルールを最高裁がスタンダードで緩和した例 ——液体収納容器事件	258
	3 知財高裁大合議のルールを最高裁がより小さな範囲のルールにより一部是 認した例——アバスチン事件	260
	4 知財高裁大合議のルールを最高裁が新たなルールにより全面的に覆した例 ——プラバスタチンナトリウム事件	264
V	分 析	266
VI	結 語	274

## 第3章 著作権法 ————— 277

### 1 日本の著作権法のリフォーム論

——デジタル化時代・インターネット時代の「構造的課題」の

克服に向けて .....	279
I 問題の所在	279
II 著作権法制に関わるアクターの動向	280
1 立法の動向	280
2 司法の動向	288
3 非政府組織の動向	308
4 小 括	310
III 歴史的な観点からみた著作権法の課題 ——著作権法の第三の波	311
1 分析の視角	311
2 利用に対する制約の質的な変化	313
3 利用に供される著作物の権利者の多様化	318
4 小 括	321
IV 著作権法の将来像	322
1 最後の砦としての寛容の利用	322
2 フェア・ユースの導入とその代替措置の可能性	347
3 差止請求権の制限の可能性——対価の利用	361
4 オプト・アウトからオプト・インへ	370
V 結 び	375
2 著作物の利用行為に対する規律手段の選択 ——続・日本の著作権法のリフォーム論 .....	378
I 問題の所在	378
II 規律のメニュー	379
1 規律のスペクトラム	379
2 著作物性を否定する	380
3 保護範囲から外す	380
4 禁止行為に掲げない	381
5 禁止行為に掲げるが要件を付する	382
6 権利を制限する	383
7 権利濫用法理により救済を否定する	383
8 差止請求権を制限する	383

9	裁定許諾にかかる	384
10	報酬請求権を法定する	385
11	集中処理を図る	386
III	規律の選択において考慮すべき事情	386
1	フェア・ユースに関する市場の失敗理論からの示唆	386
2	私的秩序形成 (Private Ordering)	392
3	プロパティ・ルール vs. ライアビリティ・ルール	394
4	経路依存性	399
5	自由の確保	400
IV	規律の選択	402
1	著作物性を否定する	402
2	禁止行為に掲げない	403
3	禁止行為に掲げるが要件を付する／権利を制限する／権利濫用法理により 救済を否定する	406
4	差し請求権を制限する／裁定許諾にかかる／報酬請求権を法定する／集中 処理を図る	410
V	結びに代えて——複製機器媒体課金・拡大集中許諾	414
1	問題の所在	414
2	複製機器媒体課金	414
3	拡大集中許諾	421
3	著作権法の体系書の構成について	429
I	序	429
II	誤解に基づく著作権法の条文の構成 ——「権利の内容」と「権利侵害」の峻別？	430
III	著作権の各種侵害要件の位置づけ	432
1	著作権侵害の要件の構造	432
2	弊害その1：依拠の要件の位置づけ	434
3	弊害その2：類似性の要件の叙述の位置づけ	435
4	弊害その3：法定の利用行為の分断	439
IV	結びに代えて：全体の構成	442

第4章 知的財産法学の将来 445知的財産法学の課題～旅の途中～ 447

- I なぜ知的財産法学は難しいのか 447
  - 1 効率性に依存する解決の限界 447
  - 2 民主的な正統性の確保の必要性和陥穽 449
  - 3 正義による正当性確保の必要性 451
  - 4 小 括 454
- II 「知的財産」「知的創作物」というメタファの効用と陥穽 455
  - 1 知的創作「物」or 無体物の利用「行為」というレトリック 455
  - 2 「知的財産」「知的創作物」というフィクションの効用その1：規範の可視化の促進 456
  - 3 「知的財産」「知的創作物」というフィクションの効用その2：目的手段思考様式から法的思考様式への転換 457
  - 4 「知的財産」「知的創作物」というフィクションの効用その3：規範としての内的視点の獲得の容易化 460
  - 5 「知的財産」「知的創作物」というフィクションの陥穽：認知バイアス 461
- III 知的財産法学に求められるもの：知的財産法政策学の構想 462
  - 1 立法論を展開しうる方法論であること 462
  - 2 市場と対峙しうる方法論であること 463
  - 3 関係機関の役割分担を議論しうる方法論であること 467
  - 4 規範の定立の仕方を統御しうる方法論であること 470
  - 5 政策形成過程のバイアスに抗しうる方法論であること 471
- IV 知的財産法の解釈論に求められるもの 477
- V 結 び 489
  
- あとがき 490
- 初出一覧 495
  
- 事項索引 496

## あ と が き

本書は、これまで私が発表してきた論文のなかから、知的財産法や特許法、著作権法の総論、さらには知的財産法学の方法論に関わるものを選んで一冊にまとめたものである。

第1章「知的財産法総論」には4つの論文を配している。

第1章1「知的財産法政策学の試み」は、2003年度から2007年度にかけて北海道大学法学研究科を舞台に展開した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」において拠点リーダーとして研究した成果を総括するために、私が編集している「知的財産法政策学研究」に公表したものである。21世紀COEが始まった時点では、市場と法の役割分担、判断機関・手法の役割分担、自由の確保という3つのステップで物事を考えればよいという構想を抱いていた。しかし、21世紀COEの過程で、知的財産法は特定の者に多数の者の行為を広く薄く制約する権利を集中させる制度を人工的に実現する政府による規制であり、政策形成過程のバイアスを極めて受けやすい制度であるということを思い知った。そこで、この第1章1の論文では、政策形成過程に対する配慮を法制度に取り込むという4つめの観点を方法論に入れるべきことを提唱している。知的財産法に関わるものとしては本書のなかでは唯一本論文のみが21世紀COEプログラム時代に発表したものであり、いまとなつては至らぬところも見受けられるが、その後、さらに問題関心が拡散することになる私の方法論にとって一つのベースを提供する論文であり、冒頭に置いた。

第1章2「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」は、ジュリスト誌の編集からの知的財産法学の潮流について書いてほしいという要望を受けて、2英語文献における知的財産法学の流行を辿り、如何にその関心が政策形成過程のバイアスの矯正に向けられているのかということを示すために著した論文である。この時期に、やはり北海道大学法学研究科を拠点とするグローバルCOEプログラム「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」を拠点リーダーとして率いていた私の関心は、政策形成過程のバイアスに対抗するために人々の心に訴えかけるためにはどのような方策が考えられるのかということに向き始めており、立法と司法という判断機関の役割分担として

ルールとスタンダードの区別論を捉えたうえで後者にバイアス矯正の機能を期待したり、序文、前文、目的規定などの一般条項に活路を見いだしたりする解釈論が提唱されている。

第1章3「『知的財産』はいかなる意味において『財産』か——『知的創作物』という発想の陥穽」は、2014年の私法学会のシンポジウムにコメンテータとして登壇した際に、その準備作業の母体となった研究会のメンバーとして参画した書籍に掲載した論文である。アイデア自体は、2009年の著作権法学会のシンポジウムに登壇した際の講演録である「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36号（2010年）と、前記グローバルCOEの2012年の総括シンポジウムでの報告の講演録である「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20号（2013年）に発表したものを踏襲しているが、最後のものが法学一般について語るところが多かったので、本書にはむしろ知財に特化する論文を掲載した方がよいと判断した。こうした経緯からも明らかのように、第1章3論文は、最終的にはメタファ論に着目したグローバルCOEの成果であり、政策形成過程のバイアスとは逆方向の認知バイアスを喚起する「政府による行為規制」というメタファを用いることにより、少しでもバイアス矯正につなげようという発想を落とし所としている。

第1章4「競争政策と『民法』」は、2007年の私法学会シンポジウムの報告のためにNBL誌に事前に内容を公表した際の論文であり、知的財産法に触れるところは少ないが、民法や行政法、さらには法と市場の役割分担にも踏み込んでおり、全体構想を示すためには、本書に収録しておいたほうがよいと思った次第である。同様の方向性をもった論文としては、すでに「市場と組織と法をめぐる一考察」田村善之『市場・自由・知的財産』（2003年・有斐閣）があるが、同論文が市場と法の役割分担に焦点を当てていたのに対し、この第1章4論文は、むしろ市場と民法学との関係を前面に押し出しているところに特徴がある。

第2章「特許法」には2つの論文を収録した。

第2章1「プロ・イノベーションのための特許制度の muddling through」は、2011年の経済法学会や2012年の工業所有権法学会を皮切りに内外の様々

なシンポジウム等で話し続けた題材であったのだが、どうまとめるのかさしたる考えもなしに書き始めていたために、最後のところでひっかかってしまい、2013年度から2017年度までの科研費基盤研究（A）「新世代知的財産法政策学の探求」を経て、2018年度から継続中の科研費基盤研究（S）「パブリック・ドメインの醸成と確保という観点からみた各種知的財産法の横断的検討」に至って、ようやく締め方をみつけた論文である。その分、執筆に要した足掛け7年間の私の考え方の進展が論文にそのまま反映されており、イノベーションに則した法制度の舵取りのための *muddling through* というアイデアから始まって、最後はメタファ論に移行して結びとしている。具体的には、イノベーションの特質は産業分野ごとに様々であり、それに応じた舵取りが特許制度に求められるとするところ、特許「権」という形で特許の登録を境に分断する発想から抜け出し、行為規制であるということに着目して、発明者、企業知財部、弁理士、特許庁、裁判所、公取委さらには侵害者等々を含んだ関係者や種々の判断機関がどの時点でどのように望ましい行為規制を実現していくのかという役割分担を意識することにより様々な発想が生まれてくることを指摘した。

第2章2「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——漸進的な試行錯誤を可能とする規範定立のあり方」は法曹時報の求めに応じて、主として裁判官を読者に想定して著した論文である。すでに、知財高裁大合議の運用に焦点を当てたものとしては、「考察：知財高裁——中央集権のかつ多元的な専門裁判所に対する制度論的研究」『現代知的財産法 実務と課題』（飯村敏明退官・2015年・発明協会）を公表していたが、その後、プロダクト・バイ・プロセス・クレームに関して知財高裁大合議判決を破棄した最高裁判決が現れたことを契機に、知財高裁大合議と最高裁の关系到重点を置いて、イノベーションに則した *muddling through* の実現のための両者の役割分担論をルールとスタンダード論に結び付けたところに特徴がある。

第3章「著作権法」には、3つの論文をもってきた。

第3章1「日本の著作権法のリフォーム論——デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて」は、もともとは2012年の著作権法学会のシンポジウムに登壇した成果を著作権研究に掲載するつもりでいたのだが、あまりにも長くなってしまったので、そちらのほうは短めの講演録

「著作権法の政策形成と将来像」著作権研究 39 号（2014 年）を提出することとし、代わりに知的財産法政策学研究所のほうに当初予定していた論文の完全版を掲載したものである。著作権法の立法の動向には政策形成過程のバイアスの影響を看取することができる。司法はどちらかという立法におけるバイアスをそのまま墨守する判決のほうが優勢であるという現状認識に、著作権法の第三の波という私の年来の著作権制度の時代認識を結びつけ、第二の波の産物である零細的利用と第三の波の産物である孤児著作物問題がこうした政策形成過程のバイアスに根ざした構造的課題であると分析し、日本の著作権法が破綻していないのは寛容的利用による暫定的均衡に依存しているということに注意を喚起したうえで、フェア・ユース、更新登録の制度を解決策として提唱している。

第 3 章 2 「著作物の利用行為に対する規制手段の選択——続・日本の著作権法のリフォーム論」は、2015 年の著作権法学会のシンポジウムに登壇した成果である。第 3 章 1 の論文に比してより短期的な視点で物を語り、市場の失敗としてのフェア・ユース論から示唆を得て著作物性を否定する、保護範囲から除外する、法定の利用行為に掲載しない、著作権を制限する、差止請求を否定する、補償金を支払わせる云々といった諸制度をいかに役割分担していくのかということ論じ、最終的には拡大集中許諾制度と私的録音録画補償金制度に対する評価を示している。

第 3 章 3 「著作権法の体系書の構成について」は、師匠である中山信弘先生の古稀記念論文集に寄せたもので、読者には研究者やその卵が多くなることを想定して、これまで余り語るができなかった教科書、体系書の執筆の際に私が心がけていることを世に出すことにしたものである。あわせて、著作権法に対する私の体系観もよく現れているので、本書の著作権法の章の最後に収録することとした。

第 4 章 「知的財産法学の課題～旅の途中～」は、現時点での私の到達点をどこかで示しておいたほうがよいと思っていたところ、私が主宰していた北海道大学の知的財産法研究会でその機会を設けて講演録につなげたものである。東京大学法学部助手を経て、北海道大学に移り、二つの COE プログラムを率いるなかで、様々な人、様々な考え方に出会ってきた、その長旅の成果をそのままに叙述することとした。28 年余り在籍した北海道大学から東京大学法政

治学研究科に移籍する直前の発表となり、また、研究の成果としても一区切りを迎えていたために、これまでの集大成のような文章となっはいるが、まだまだ研究は未完成であり、これからも *muddling through* を続けていこうと思っている、そうした気持ちを副題に込めた。

このように振り返ってみると、私の研究は、各種の共同研究プロジェクト、各種学会等のシンポジウムや研究会等々、様々な交流の機会で揉まれ続けて現在にいたっていることに改めて気づかされる。くわえて、私のところには国内外から大学院生等、多数の優れた研究者や実務家が集結しており、その指導を通じて私自身も鍛えられるとともに、皆の研究の成果にフリー・ライドさせてもらった。そして、そうした我々の研究を支えてくれる多くの有能な事務方に恵まれた。こうした交流を実現し、それを遂行する体制を整え、また雑誌や研究書等の発表媒体を創設したり確保したりするうえで、各種補助金に加えて、篤志家等による寄付金等、様々な形で資金的な援助をいただいた。もはや逐一お名前をあげることができないほどの多くの方の支えによって、ようやくここまで辿り着けた。

本書に示したものがこうした大きな恩恵に見合うほどの成果となっているとは到底思えないが、まだ旅は続けるつもりでいる。まさに「旅の途中」。この一言をもって本書の結びに代えることとしたい。

2019年11月 気温差が激しい東京と札幌間の往復の合間に、湯島にて

田村善之

本研究は、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」・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」、JSPS 科研費 JP14520042・JP18530076・JP22330036・JP17H00984・JP25245013・JP18H03610・JP18H05216、文部科学省私立大学戦略的研究基盤形成支援事業（平成23年～平成27年度）「情報財の多元的価値と、創作・利用主体の役割を考慮した知的財産法体系の再構築」、公益財団法人民事紛争処理研究基金平成29年度研究助成の助成を受けたものです。

## 〔著者紹介〕

田村 善之（たむら・よしゆき）

1963 年生まれ

1987 年 東京大学法学部卒業

1987 年 東京大学法学部助手

1990 年 北海道大学法学部助教授

1999 年 北海道大学法学部教授

2000 年 北海道大学大学院法学研究科教授

2019 年 東京大学大学院法学政治学研究科教授

## 〔主要著作〕

『ライブ講義 知的財産法』（2012 年・弘文堂）

『知的財産法』（第 5 版・2010 年・有斐閣）〔初版・1999 年〕

『特許法の理論』（2009 年・有斐閣）

『知的財産権と損害賠償』（新版・2004 年・弘文堂）〔初版・1993 年〕

『市場・自由・知的財産』（2003 年・有斐閣）

『不正競争法概説』（第 2 版・2003 年・有斐閣）〔初版・1994 年〕

『著作権法概説』（第 2 版・2001 年・有斐閣）〔初版・1998 年〕

『商標法概説』（第 2 版・2000 年・弘文堂）〔初版・1998 年〕

## 知財の理論

*A Theory of Intellectual Property*

2019 年 12 月 20 日 初版第 1 刷発行

著 者 田 村 善 之

発行者 江 草 貞 治

発行所 株式会社 有斐閣

〒101-0051

東京都千代田区神田神保町 2-17

電 話 (03) 3264-1314 〔編集〕

(03) 3265-6811 〔営業〕

<http://www.yuhikaku.co.jp/>

印 刷 萩原印刷株式会社

製 本 牧製本印刷株式会社



©2019, TAMURA Yoshiyuki. Printed in Japan

★定価はカバーに表示してあります。落丁・乱丁本はお取替えいたします。

ISBN978-4-641-24325-5



本書の無断複写（コピー）は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に（一社）出版者著作権管理機構（電話03-5244-5088, FAX03-5244-5089, e-mail:info@jcopy.or.jp）の許諾を得てください。