

## シンポジウム「プロ・イノベーションのための 特許制度の‘muddling through’」レポート

北海道大学大学院法学研究科  
グローバル COE 事務局

本シンポジウムは、知的財産法に関わる諸制度について、比較法的な研究も踏まえつつ、制度論的な分析の可能性を探ることを目的として2011年7月2日に本学で開催された。

田村善之教授（本学法学研究科）の報告は、「オープン・イノベーション」という総称の下、特許制度の総体的な改革を提言する発想に対して、イノベーションの構造には様々なものがあり、ゆえにオープン・イノベーションと一括して呼ばれる現象にも様々な原因がありうることを指摘するところにあった。分析の枠組みとして、市場、立法、司法の役割分担の視点が強調され、分野毎、あるいは個別事例毎の対策は、TRIPS 協定27条1項の問題を抜きにしても、元来立法に馴染まないものであり、特許庁や裁判所等で個別に判断していくことになるという発想を前提としており、その実践例として、特にバイオ創薬やIT産業においてどのような形での特許権のあり方が望ましいと考えるのかということ考察するという方法論が採用された。そのうえで、具体的には、バイオ創薬のようなインディペンデントなオープン・イノベーションにおいては累積的イノベーションの理論が妥当し、上流、下流にともに特許権を付与すべきこと、ただしリサーチ・ツール特許などにおいて関係特殊的投資と地位の非対象性が絡む場合には、差止請求権の行使を制限する必要が生じる、とされた。さらに、IT産業のようなモジュール化したオープン・イノベーションにあつては、標準化活動による関係特殊的投資の促進と地位の非対称性の問題に加えて、アンチ・コモنز問題が発生しており、ゆえにパテント・トロール対策として、差止請求権ばかりでなく損害賠償請求権に対しても賠償額の調整が必要となることが示唆された。

山根崇邦助教（同志社大学法学部）の報告は、2000年代に興隆した米国

特許法学における制度論的研究の動向に焦点をあてて、それが我が国にもたらす示唆について検討をするものであった。具体的には、米国特許制度の運用を担う機関（立法・行政・司法）が「特許制度の危機」にいかなる対応を試み、また、そうした各機関の対応につき米国特許法学の論者がいかなる理論の構築を試みているのかを考察する。我が国では現在、イノベーションのオープン化とイノベーションの促進に適応しうる特許制度のあり方を考えることが重要な政策課題となっている。山根報告は、こうした課題にとって、米国制度論的研究のアプローチが有益な視点となりうることを提示するものであった。

Branislav Hazucha 特任准教授（本学法学研究科）の報告は、著作権法に関する学界、立法、法の執行に関する最近の動向を批判するものであった。デジタル・ネットワーク環境下において急増する海賊版対策に重点を置きすぎているというのである。そこでは、まず、日本国内における音楽CDの売上やその他の関連するデータの分析に基づき、音楽媒体の売上の減少は、一般的な説明と異なり、音楽の消費形態の新旧交代（ex. アナログ・レコード⇒音楽CD⇒適法ダウンロード）によりその大部分を説明することができる旨が説かれた。そのうえで、規制の抑止効果に依存することに対する彼の批判を正当化する実証研究が示され、規制の強化はかえって、一般的に信じられているのとは異なり、ユーザーを海賊版へと向かわせるという分析が得られていることが紹介された。他方で、同じ実証研究が、著作権者に対する公正感、海賊版対策に対する公正感が、個人の著作物の消費行動に大きく影響を与えることも示している、という。最後に、Hazucha 報告は、海賊版対策は、抑止ばかりを強調するのではなく、公衆に対する「説得力」を重視して、慎重に抑止手段を構築すべきことを説いて、結びとした。

質疑応答では、道外からの多数の知的財産法研究者も含めて、活発な議論となり、参加者にとって得るところの多いディスカッションを実現することができたように思われる。

## 第二東京弁護士会知的財産権法研究会レポート

北海道大学大学院法学研究科  
グローバル COE 事務局

2011年8月6日、第二東京弁護士会知的財産権法研究会が主催する夏合宿の研究会が札幌で開催された。この研究会は、毎年夏に札幌で開催されることが恒例となっており、同研究会には毎年、本学から田村教授ほか関係者が参加している。

本年は、第二東京弁護士会の中小路大弁護士をはじめ、十数名の弁護士ならびに弁理士が参加し、本学からは田村教授および本拠点の研究員二名に加え、法科大学院ならびに研究大学院の学生十数名が参加した。

同研究会の午前のセッションは、2011年6月17日に国会で可決成立した「情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律案」について、サイバー関係の法整備に関するものと、強制執行妨害関係の罰則整備に関するものの二つに分けて、第二東京弁護士会のチームからそれぞれについて解説がなされた。まず、サイバー関係の法整備について、実体法ではコンピュータ・ウイルスの作成・供用等の罪の新設、不特定多数の者にわいせつ画像をメールで送信する行為を処罰対象に含める形のわいせつ物頒布等の罪の構成要件拡充、電子計算機損害等業務妨害罪につき未遂の処罰対象への追加がなされ、手続法では、サイバー関係の犯罪につき、従来はコンピュータ本体のみが差押えの対象であったところ、改正により、データ等を記録媒体に複製したものについてもその対象とされたこと、プロバイダ等に対する記録命令つき差押えの新設、ストレージサーバ等に記録された情報を差押え対象のコンピュータ本体にダウンロードさせて行う差押えの追加等がなされたことが紹介された。これらの改正は欧州評議会サイバー犯罪に関する条約に対応するものであり、同条約の規定との対応関係についても併せて解説が行われた。次いで、強制執行妨害に関する罰則整備については、従前の強制執行妨害罪の処罰対象では捕捉しきれなかった新たな行為類型について処罰対象が拡充され、法定刑の引き上げも併せて行われたことが紹介された。

また、午後のセッションは、2010年に相次いで出された、インターネットを用いたテレビ番組の転送サービスに関する二件の最高裁判決（最判平成23・1・20判時2103号128頁〔ロクラクⅡ上告審〕と最判平成23・1・18判時2103号124頁〔まねきTV上告審〕）に関する検討を加えるものであった。最初に、第二東京弁護士会のチームから両事件の事案の概要の説明がなされ、それぞれの判決の説示の特徴ならびに説示の射程が及びうる紛争類型に関して説明がなされた。これを受けて、本学の田村教授からコメントが加えられた。田村教授は、まずこれら二件の事件のうち、ロクラクⅡ事件の控訴審判決までは、カラオケ法理の転用等を用いて侵害主体をシステム提供者と擬制して直接侵害の責任を提供者に認めるにあたっての事案の分水嶺が比較的明確であったことを指摘し、その後、ロクラクⅡ控訴審判決で適法行為のための手段を提供する行為は一律に侵害と評価しない旨の価値判断がなされ、同教授はこの控訴審判決の説示に賛意を示す旨述べた。そのうえで、システム提供者の責任を認めたこれら二件の上告審判決は、ロクラクⅡ控訴審判決とは全く逆の流れのものであるとしたうえで、これらの上告審判決の説示の特徴についてコメントを加えた。同教授は、まねきTV上告審判決は、同事件の下級審のいずれの判決とも異なり、「自動公衆送信装置」について、著作権法2条1項9号の4の文言通りに解釈したうえで、公衆の用に供されている電気通信回線に接続することにより、当該装置に入力される情報を受信者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する装置を、一律に自動公衆送信装置であるとしたと指摘し、そうした装置が受信者からの求めに応じて情報を自動的に送信することができる状態を作出する者が送信の主体である旨最高裁が述べたと指摘した。また、ロクラクⅡ上告審判決について同教授は、単に複製を容易にするための環境等を整備しているにとどまらず、その管理、支配下において、複製機器を用いた放送番組等の複製の実現における重要な行為をしており、複製時におけるサービス提供者の行為がなければ、利用者が複製をすることはおよそ不可能であることを斟酌してサービス提供者を複製の主体と評価したと指摘した。これら両判決の意味するところに関して、同教授は、まずロクラクⅡ上告審判決により同事件控訴審判決が破棄された結果、私的複製等を容易にするサービスについて、立法による解決を待つことなく、司法解釈により著作権侵害を認めてよいとする考え方が、最高

裁の立場であることが鮮明になったと指摘した。また、まねきTV事件上告審判決により、物理的には1対1対応の機器であっても、不特定者向けに供用を開始すれば、公衆送信を行っていると評価されることが示された結果、転送サービスであれば、斉一的かつ効率的なサービスでなくとも、およそ違法となることが示されたと指摘した。こうしたコメントの後、活発な議論が交わされた。

## 国際シンポジウム “Law and Multi-agential Governance: An Impact of Law on Market, Competition and/or Innovation” レポート

北海道大学大学院法学研究科  
グローバル COE 事務局 (編)

8月18～20日、北海道大学グローバル COE プログラム「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」主催による国際シンポジウム “Law and Multi-agential Governance: An Impact of Law on Market, Competition and/or Innovation” が開催された。

夏のイベントとして定着した感のある GCOE 国際シンポジウムだが、今年は3日間にわたり計13名の研究者がその研究成果について発表を行い、参加者との間で積極的な議論が交わされた。紙幅の都合上、そのすべてを誌面に再現することはできないが、以下で報告の概要をご紹介します。

### 初日（8月18日）

初日は、本拠点リーダーの田村善之教授（北海道大学）の司会により進化した。

#### 1. Mary LaFrance (University of Nevada, Las Vegas), ‘The Doctrine of “Passing Off” in Trademark Law’

コモンローと大陸法の間に見られる、商標保護とパッシング・オフ法理、不正競争規制の差異について報告を行った。商標の保護法制においては、消費者を欺罔から保護することを主たる目的とするコモン・ロー諸国と、より大きな競争規整の一部として消費者保護を勘案する大陸法諸国の間に「文化的な」衝突がある。パッシング・オフは商標権侵害の中心的な概念であるが、今日ではより広い、不正競争をも包含するものとして発展してきている。英国のような狭いアプローチを採用する国にとって不正競争を含む広いアプローチは自由競争に対する障害であるが、ECJは最近後者のアプローチを採用したため、英国とその他 EU 諸国との間で緊張関係が

生じている。報告では、コモン・ロー、大陸法それぞれにおける商標保護法制についての比較法研究と、類似品、商品化権、キーワード広告に関する最近の裁判例が紹介された。そして、近年ではコモン・ロー諸国においても大陸法の不正競争アプローチを部分的に採用し始めており、衝突だけではなく融合も見られることが指摘された。

### 2日目（8月19日）

2日目は鈴木将文教授（名古屋大学）が司会進行を担当した。

#### 2. Matthias Leistner (University of Bonn), ‘Sui Generis Property Rights or Unfair Competition? — Protection of Non-Original Databases as a Case Example’

アメリカ合衆国におけるミスアプロプリエーションの法理と、ヨーロッパのデータベース保護指令とを比較しながら、新たな知的財産の保護法理を確立する際に司法と立法のいずれがよい選択肢となるかということ論じる報告であった。アメリカ合衆国における著名な INS 事件によって確立したミスアプロプリエーションの法理は、その後、連邦コモン・ローの崩壊とともに葬り去られたというわけではなく、INS 事件と同様の hot news 事件ではいまでも適用例が認められ、そこでは保護に必要な範囲で限定的に司法による法の創造がなされている。その反面、ヨーロッパは、データベース保護指令の下、立法によるデータベースの保護という方途を選択したが、その保護期間は15年と極めて長期にわたる。試行錯誤を繰り返しながら漸進的に発展していく司法による保護があることが、急激な立法による知的財産権の保護に対して、よい抗弁となることが期待されることに鑑みると、知的財産法にあつては司法主導による法の発展が望ましいのではないかという結論が示唆された。

#### 3. Antonina Bakardjieva Engelbrekt (Stockholm University), ‘Competition or Coordination in the Multi-Level Governance of Digital Rights: The Case of CMOs’

Engelbrekt 教授は、比較制度論からの分析に際して、制度尊重主義の沿革を紹介したうえで、多元的なガバナンス構造において各次元のガバナ

スが他の次元のものに相互に依存することが認識されているとした。加えて、著作権の集中管理団体の制度形成への参画によるメリットとデメリットにつき、内国での局面と国際的な局面とに分けて指摘したうえで、欧州における著作権の集中管理団体の制度形成への影響を紹介し、著作権の集中管理団体は著作物のジャンルや権利者、支分権、加盟国毎に分散して存在しており、異なる制度上の伝統を有しているとする。また、欧州競争法との関係につき、EU 機能条約102条の支配的地位の濫用規制および同条約101条の取引制限の規制と集中管理団体の関係を裁判例を交えて紹介した。そのうえで、デジタル化・情報化社会においては制度的な枠組みが変化しつつあり、著作物の流通および利用の形態の変化に伴い、制度形成への参加の形態も変化していると指摘する。そのうえで、著作権の集中管理団体に対するガバナンスのあり方について提言を加えた。

#### 4. Adi Ayal (Bar-Ilan University), 'Protecting the Strong from the Weak: the Surprising Implications of Fairness in Antitrust'

Ayal 教授は法学や経済学で支配的な、経済効率性に基づく独占禁止法の標準的な正当化に対する疑問を呈した。経済効率性は影響を受けるすべての社会的価値や利益を完全に考慮することができないことから、独占禁止法の正当化根拠としては不十分であるとする。そして、その解決策として、いわゆる「バランス・テスト」が独占禁止法の設計およびエンフォースメントにあたって用いられるべきであると主張した。そして、しばしば社会的利益に反するとされるものも含めた、関係するあらゆる価値が、たとえば憲法や人権保護といった他領域で行われているように、平等に考慮され衡量されるべきであると論じた。

#### 5. 田村善之 (北海道大学) 'Patent Law Design in the "Open Innovation" Era'

特許制度とイノベーションとの関係に関する実証研究の動向を紹介したうえで、分野別の特許制度という構想を支持するとともに、必要に応じて特許権の行使を抑止する法理の必要性を説く報告であった。具体的には、まず、特許の重要性は、総じて、市場先行の利益の後塵を拝しており、方法イノベーションにあつては秘密管理にも劣るとされていることや、

産業分野毎にイノベーション構造が異なるという帰結が得られていることが紹介された。そのうえで、自動車産業、バイオ産業、IT産業を例にとって、イノベーション構造に即した特許政策の舵取りが論じられ、最終的に、具体的な課題として、バイオ産業に顕著に見られるように関係特殊投資によるホールド・アップ問題が発生している分野では差止請求権を抑止する必要がある、これにIT産業に顕著なアンチ・コモنز問題が加わる場合には、ロイヤリティー・スタッキング問題に対抗するために損害賠償額の制限も必要になってくると提言する。その際、地位の非対称性に起因するパテント・トロール問題にも言及がなされた。

#### 3 日目 (8月20日)

3日目の司会は小島立准教授(九州大学)が担当した。

#### 6. Daniel A. Crane (University of Michigan), 'Search Neutrality as an Antitrust Principle'

Crane 教授の報告は、インターネットにおける価値の中立性に関して論ずるものであった。同教授は、インターネットにおける価値の中立性に関する一般的な原則が存在しないことを指摘したうえで、Googleのような検索サービスがインターネットの利用者にもたらす情報の公正性や衡平性に関して、Googleがデフォルトの設定で出力する10件のリンク(Ten Blue Links)の選択が中立的なものであることは保証されておらず、検索サービスで高い市場占有率を有するGoogleの選択次第では、特定の事業者を検索結果から排除したり、逆に特定の事業者を優遇することで競争減殺が生じうることとなり、そこに競争法上の問題が観念されるとする。検索サービスに加え、インターネット上で特定の事業分野に関する情報を集中的に提供するポータルサイトにおいても、同様の問題が生じうると指摘する。そのうえで、Googleのような検索サービスやポータルサイトを運営する事業者に対しては、従前の競争法の枠組みでの規制に加え、検索結果やポータルサイトの機能等を価値中立的なものとしておくための第三者によるモニタリング等が求められる旨指摘して報告を締めくくった。

### 7. 林秀弥（名古屋大学）‘Patent Pool and Competition Law’

特許の集積、標準化、パテント・プールが企業戦略的にも、公共政策的にも注目を集めている。そうした動向を受けて関連する経済学的研究も急増している。林報告では、まず、パテント・プールに関する主要な既存の経済学的研究、そしてまたいくつかの実態を概観することによって、その経済的効果が考察された。そのような作業を経た後、我が国のパテント・プールに対して独占禁止法上問題とされたリーディングケースである「パチンコ機パテント・プール事件」について、法と経済学的接近が行われた。そこでは、この事件に対する公正取引委員会勧告審決が認定した事実に遡って、パテント・プールがもたらした競争上の効果についての検討が加えられた。これらの検討をベースにして、パテント・プールの独占禁止法および競争政策上の意味について考察が行われた。

### 8. 柳川範之（東京大学）‘Dark Sides of Patent Pools with Compulsory Independent Licensing’

単独特許の強制的ライセンス（compulsory independent licensing, 以下 CIL）を含むパテント・プールが経済厚生に与える影響について分析した。Lerner and Tirole (2004) では、CIL を用いることで社会的に望ましいパテント・プールだけが存続可能になることが示されている。一方、この報告ではパテント・プール内の特定の技術だけを必要とする需要者を明示的に考慮することにより、CIL を含むパテント・プールが価格差別のツールとして使われる可能性を示し、それにより経済厚生が減少する状況を明らかにした。

### 9. 大木良子（北海道大学）‘Strategic Licensing and Entry’

技術だけを保有する R&D に特化した企業（アウトサイダー）と技術と生産部門を保有する垂直統合企業（インサイダー）とのライセンス市場における競争を分析した。特に、アウトサイダーの技術がインサイダーの技術と代替的かつ、より効率的である場合に、インサイダーが生産部門を保有していることを活かし、リバース・ペイメントを含む戦略的ライセンスングによって、優れた技術のライセンス供与を阻害することが生じることを示した。

### 10. Branislav Hazucha（北海道大学）‘Technical Standards and Essential Patents’

通信技術の技術標準に準拠するのに不可欠な必須特許の濫用に対する昨今の議論に対する分析が行われた。Hazucha 准教授は、ライセンス料総額のキャップ制、パテント・プールの結成、必須特許のエンフォースメントに対する制限措置といった、現在採用されたり提案されている解決策の長所と短所について概略を説明した。そのうえで、解決策として、必須特許の濫用というネガティブな結果に注目するのではなく、まずは必須特許の特許権者が関連する技術や市場に対して看過できない影響を及ぼすことを阻止することに集中すべきであると述べ、そのため、異なる技術に基づく複数の技術標準が競争するような環境を整備すべきであると論じた。

これらの報告に加え、‘Intellectual Property Junior Researchers’ Essay Contest 2011’ の入賞者 3 名も報告を行っている。初日には羽賀由里子氏（九州大学）より ‘Actors and Interests in Parody — Some Inspirations from France —’ について、Umirdinov Alisher 氏（名古屋大学）より ‘Expropriation of Intellectual Property Rights under International Investment Agreements: In the Case of Compulsory Licensing’ について報告が行われた。また、2 日目には陳皓芸氏（名古屋大学）より ‘Analysis of Anticompetitive Effects of Patent Settlements: Pharmaceutical Reverse Payment Settlements as an Example’ と題する報告が行われた。

いずれの報告の後にも、フロアと報告者の間で熱心なディスカッションが行われた。こうしたディスカッションを反映した報告者による論文が、後日、本誌あるいは姉妹誌の「新世代法政策学研究」に掲載される予定である。