

シンポジウム「知的財産法と憲法」レポート

比 良 友佳理
(北海道大学大学院法学研究科
博士後期課程)

2012年11月2日、グローバルCOE研究会、知的財産法研究会、公法研究会共催によるシンポジウム「知的財産法と憲法」が北海道大学で開催された。本シンポジウムの目的は、憲法上保障される権利と知的財産権との関係や知的財産法の憲法適合性といった論点に関し、特に表現の自由を中心に、公法学、知的財産法学双方から検討を試みるというものである。

以下、報告順に本シンポジウムの概要を紹介する。

はじめに第一報告として、熊本大学法学部の大日方信春教授から、「特許と憲法」と題する報告が行われた。既に著作権と憲法に関して多数の研究業績を有する大日方教授は、同報告では特許法に焦点を当て、権利設定に国家行為が介在している特許権が過剰な保護を生み出す結果、憲法上の基本権を侵害する可能性があるのではないかという問題提起を行った。その上で、特許権者と利用者との利益調整が公共の福祉に適っているのかという視点から、日米の特許要件と憲法の関係や、特許の言論規制としての側面を考察した。特許権の憲法適合性審査は著作権のそれとは対照的に、米国でもまだ理論枠組みが確立されていないが、強制実施権や試験研究のための実施(特許法69条1項)、あるいは独占禁止法や民法に基づく一般の制限規定や差止請求権の制限といった、様々な特許権の制限が分析の対象になりうるとの指摘がなされた。

続いて第二報告では、神戸大学大学院法学研究科の木下昌彦准教授より「表現の自由と著作権—プロパティから文化の民主化へのパラダイム転換—」と題する報告が行われた。同報告はまず、知的財産権を理解する上で **property** という法概念がもたらす誘導効果を明らかにするために、伝統的な **property** 概念を提唱したブラックストーンと、リアリズム法学の立場に

立つホーフエルドによる、Blackstonian modelとHohfeldian modelという二つのproperty概念の対比を行った。その上で、Hohfeldian modelに基づく、著作権の行使は国家による特定の原理や政策の実現の一場面として位置づけることができるが、他方でそうした著作権の主張によって社会的理想が失われるのではないかという問題意識から、文化への平等かつ自由な参加の重要性を説くバルキンの民主的文化論を紹介し、著作権が文化への参加の障壁となりうるということを指摘した。

第三報告では、北海道大学大学院法学研究科博士後期課程の比良友佳理から、「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突」と題する報告を行った。同報告では、著作権と表現の自由の関係の構図を検討した上で、近年のデジタル技術の発展によって、著作権が従来以上に表現の自由と対立するようになっており、両者の調整枠組みの確立が急務になっていることを指摘した。そして、これまで米国の裁判所や伝統的な学説が採用してきた著作権法に内在する調整原理による対処には限界があると論じた上で、二重の基準論や著作権の立法過程の特徴に鑑みると、著作権法に対して司法は厳格基準を用いて積極的に違憲審査を行うことが許されるのではないかと論じ、報告を締めくくった。

本シンポジウムは、北大で公法、知的財産法を専攻している研究者、実務家、学生に加えて、武蔵野美術大学造形学部の志田陽子教授、神戸大学大学院法学研究科の中川丈久教授、学習院大学法学部の横山久芳教授、九州大学大学院法学研究院の小島立准教授、中京大学法学部の京俊介講師、筑波大学大学院図書館情報メディア研究科村井麻衣子講師、同志社大学法学部山根崇邦助教ら、道外からも多数の公法、知的財産法研究者の参加を得て、報告終了後には学問領域の垣根を越えた活発な討論が行われた。近年議論が高まりつつある知的財産法と憲法の関係性を考察するにあたって、多様な角度からの意見を拝聴する機会に恵まれたことにつき、参加者の方々及び本シンポジウムの実現に向けてご尽力いただいた事務の方々に対し、報告者の一人としてこの場を借りて改めて感謝申し上げたい。

グローバルCOE総括シンポジウム “Establishing a New Global Law and Policy for Multi-Agential Governance”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」の総括シンポジウムとして位置づけられる“Establishing a New Global Law and Policy for Multi-Agential Governance”が、2012年11月24日から25日にかけて、北海道大学において開催された。

11月24日午前に行われた基調講演では、まずAustralian National UniversityのPeter Drahos教授が、“Networks, Governance and Globalization”と題する講演を行った。氏は、本拠点の21世紀COEプログラムの立ち上げのシンポジウムと総括シンポジウムに報告者として参加していたことに加えて、現在、Australian National Universityのthe Centre for the Governance of Knowledge and Development in the Regulatory Institutions Network (RegNet)のdirectorでもあり、「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」を標榜する本拠点の総括シンポジウムの基調講演者としてこれほどふさわしい人物はいないように思われる。同講演は、John Braithwaite教授と共著で2000年に刊行したGlobal Business Regulationの回想から始まった。同書は、一口にグローバル化といっても、そこには企業、市場、規制のグローバル化という3つの異なる次元のものがあることを指摘し、その組み合わせにより、各産業におけるグローバルなビジネスに対する規制を分類する。さらに、同書は、各産業ごとにアクター、メカニズム、規制の原理を特定し、ストラクチャー・エージェンシー・アプローチを採用したうえで、米国やEUといった主たる経済圏がグローバルな規制をリードする役割を果たしているが、日本はそこには入らないと帰結していた。本講演は、同書の後の展開を追うものであり、第一に、主たる経済圏がレギュラトリー・キャピタリズムを採用した結果、規制が分散化し非政府的なアクターが関与するようになってきていること、第二に、BRICSが様々な分野において政策形成

過程に積極的な役割を果たしていること、第三に、NGOの活動が活発化していることという3つの現象がこの時代を特徴づけており、これらの要素が、MSFをめぐる政策論争のフレームを形作り、国際標準化活動における標準化機関や、ISEALのようなメタのレベルの規制に関わるアクターを規律していると分析した。

次に、本拠点の拠点リーダーである田村善之教授が、“A New Perspective on Intellectual Property Law and Policy: A Role of Metaphor”と題する報告を行った。この報告は、第一に、経済学に比した場合の法学固有の意義は、不断の漸進的な試行錯誤、すなわちmuddling throughに認められること、第二に、法学ではメタファを用いた包摂モデルという法的思考様式は、究極的には平等原理に根ざしながら、このmuddling throughを実現する方策であると把握できること、第三に、しかしながら、メタファの選択自体が、我々の世界の把握の仕方を規定し、その後の議論によるmuddling throughに影響を与えること、第四に、ゆえに政策形成過程におけるバイアスに抗する方向の力を有するメタファをベイスラインに据えることで、muddling throughに対する政策形成過程のバイアスの影響を少しでも払拭することが望まれることを指摘し、これらの処方箋の適用例として、適宜、知的財産法政策学における具体的な成果を例示として俯瞰するものであった(詳しくは、「新世代法政策学研究」20号掲載の報告原稿を参照されたい)。

最後に、2011年度まで本拠点のサブ・リーダーを務めていた東京大学の藤谷武史准教授が、“What (if any) is the Contribution of ‘Multi-Agential Governance’ to the Theories of Law (and Policy) ?”と題する報告を行った。同報告は、本拠点のプロジェクトの指導概念である「多元分散型統御」には、①法規範形成・実現にかかる諸アクターの制度的配置、②グローバル化・分権化という「多層的」な法秩序間の相互作用、③法政策に関わる知識・情報・価値などが手続化・組織化された相互作用の中で蓄積・変容・展開するという時間軸の要素、④「法」をめぐる内的視点(法学)と外的視点(道徳哲学や社会科学など)とのシステム間のコミュニケーション、という4つの次元があることを指摘したうえで、これらの複数次元が輻輳し相互作用する法の動態を把握する認識枠組みとして「多元分散型統御」を再定義すべきこと、各論的研究の成果を相互に比較し問題発見・反省の契機として活用する場としての「多元分散型統御」の思考枠組みを、多元分散

型法秩序におけるアクターの1人として法の変革に関わっていく法学者にとって有用な道具となることを積極的に評価すべきこと、を指摘した(「新世代法政策学研究」20号掲載の報告原稿を参照されたい)。

24日の午後からは、Intellectual Property Law Sessionが行われた。

その第一報告は、同志社大学の山根崇邦助教の“Contemporary Significance of the Debate on the Rationales for Justifying the IP Protection and its Limitations”と題する報告であった。同報告は、英米の先行研究を手がかりとしながら、我が国の著作権法領域において正当化根拠論が果たしうる意義は何か、という課題に取り組むものであり、自然権論、功利主義理論(経済分析)、正義論等の各正当化理論が、①法制度の構造・特徴を記述する場面、②立法や制度設計の場面、③紛争解決の場面という3つの場面において、正統化根拠論がいかなる法学的意義を持ちうるのかということをも具体的に解明することが試みられた。詳細は、本誌に連載中の山根崇邦「知的財産権の正統化根拠論の現代的意義」を参照されたい。

第二報告は、北海道大学のBranislav Hazucha准教授の“Copyright, Social Norms and Multi-agential Governance”と題する報告であった。国内で実施した実証研究のデータは、一般的な理解とは異なり、大半の個人は他人の著作物を無断で商業的ないし大量に利用することは違法であり、正当かつ適切に罰せられるべきであると考えていることを示している。他方、公衆の多くは、法により明らかに規制されている場合を含めて、私的な利用を違法とは考えていない。これは、近時の著作権法の改正の多くが、消費者に対する表出力を欠いた法となることを意味している。そのうえで、同報告は、著作物の利用に対して課される制約に対する消費者の認識が、それら制約の実効性に影響を与えているのかという論点に立ち入り、一般に受け入れられたビデオゲームと、失敗に終わった音楽CD、修正に至ったテレビ放送の録画の実例を対比する。最後に、同報告は、一般の理解と異なり、1998年以降の音楽CDの売上減の原因は、iTunesやAmazon MP3への転換の端境期であること、アルバム単位ではなく個別楽曲のダウンロードへの移行、経済的不況という海賊版の普及以外の要因に与るところが大きいことを実証的に示しつつ、表出力を持ち、ゆえに実効性のある法の構築のためには、必ずしも著作権の拡大一辺倒の政策が望ましいとは限らないこと

を指摘して結びとしている。

第三報告は、Murdoch UniversityのKen Shao講師による“National Innovation System (NIS) in China: Challenges and a Holistic Perspective”と題する報告であった。同報告は、中国の知的財産権に対する様々な批判にもかかわらず、中国のイノベーションに対する全体論的な観察が不可欠であることを指摘するものである。イノベーションの構造と実態に基づいた全体論的な提言のために、歴史的な地域固有のイノベーション、グローバルな知識の秩序、国内の移行状況の把握が必要となることを提唱した。

24日午後から25日午前中にかけては、Young Scholars Sessionと題して、公募に応じて参集してくれた国内の博士課程に在籍する大学院生による報告が行われた。

まず、名古屋大学博士課程のTugba Gulesさんが、“Intellectual Property Protection for the Plants of the Future: New Plant Variety Protection Under UPOV”と題する報告を行った。同報告の目的は、知的財産権としての植物新品種の保護の重要性を指摘し、UPOV条約下の法的な論点を洗い出すところにある。結論として、同報告は、本質的な派生品種や農家の自家採種の例外の論点を取り上げられ、育成者を保護し、育成にかかる投資を促進するためにこれらの規定の改正の必要性を提唱した。

ついで、九州大学博士課程のApinya Sarntikasemさんによる、“Seeking the Optimal Degree of Fashion Design Protection Through Social Network Analysis”と題する報告は、米国では、欧州と異なり、ファッションのデザインのコピーに対する明示的な保護を欠いているにもかかわらず、国際的に商業的に大きな成功を収めていることを指摘し、強力な保護が必ずしも望ましいとは限らないのではないかという疑問を呈するところからスタートするものであった。そのうえで、同報告は、社会的なネットワーク分析が、ファッション産業に関連するアクターの関係性を分析し、法的な保護がファッションの社会全体に与える影響を分析する1つの道具として有望なものたりうることを提唱した。

第三に、名古屋大学博士課程の陳皓芸さんの“The Issue of Enforcing Invalid Patents — from the Viewpoint of Competition Law —”と題する報告は、特許権者が瑕疵ある特許（無効または取消事由を含む特許）を行使する場合、関連市場における競争を制限する可能性があるから、瑕疵ある特許の

存在及び行使をいかに抑止するべきかが重要な課題となっていることを指摘するものであった。同報告は、米国の関連事例を紹介したうえで、日本における瑕疵ある特許に基づいた行使行為をめぐる競争法規制のあり方についての提言を行っている。

引き続き25日の午前からは、Competition Law Sessionが開催された。

第一報告は、University of East AngliaのBruce Lyons教授による“Institutional Design for Merger Control: Bringing Together Law and Economics”であった。

合併規制の国際的評価によると、EUとUKはいずれもトップ5に入っている。評価の変遷はあるが、改革が行われてきたことが高い評価につながっている。競争効果の分析の質を高めるには、経済学・計量経済学の技術的な能力だけでなく、プレゼンのスキルと法学と経済学との協働が必要である。前者は90年代末に専門の経済コンサルタントの急増によって提供され、後者は意見交換のための複数の国際的フォーラムによって達成されてきた。

EUにおける合併規制の改革は、1989年の合併規制から10年後に行われた。CFIによる判断の迅速化、経済学の利用の増加、3件の委員会決定の取消しにより、実体法を変えると共に、競争総局では合併タスクフォースを解体して産業ごとにセクションを分け、審査担当とは別のdevil's advocateチームを設置し、重要な決定にはチーフエコノミストの署名を必要とした。チーフエコノミストの経済分析は審査担当者から強く求められ、対立は生まれなかった。改革後は委員会決定が覆される大きな事件は起こっていない。

UKにおける改革は2002年のEnterprise Actによるもので、SLC基準に合わせると共に、競争委員会の決定権限を強めた。競争委員会の構成は典型的には法律、経済、ファイナンス、ビジネスの専門家を含むが、専門性を高める方向に動いている。OFTと競争委員会は決定主体の単複という点で文化の違いを抱えており、これらをCompetition and Markets Authorityとして統合してしまうことには懸念もある。

EUもUKも改革を指導してきたのはエコノミストである。

第二報告は、University College LondonのIoannis Lianos講師による

“Economic Evidence and Economists in EU Competition Law with Particular Emphasis on Econometric Evidence”であった。

競争法においてはとりわけ合併を中心に、SSNIPテスト、市場支配力をめぐって経済学の利用が増加している。計量経済学は、市場画定、価格の相関、価格設定の要因分析、市場構造といった分野に多くの利用が見られる。また各国競争法では損害賠償額の算定に使われている。

法において科学が利用されるようになると、科学における対話の持つ意味や効用を決める環境を法が作ることになる（regulatory science）。報酬システムが変われば、研究課題に関する科学の自律性が影響を受けるし、法が何が優れた科学なのかということに影響する。

裁判所における専門家証言の評価は、経済専門家に評価を任せる方法と、裁判所が自ら評価する方法の2つが考えられる。専門家証人が中立ではないことは認識されてきており、対立構造を減らすために、争いのない問題についてはどちらかのみを共同の専門家にしたり、専門家同士で合意に向けた議論をさせる手続がイギリスの民事手続規則で定められた。裁判所が専門家を選任する手続もあるが、当事者対立構造を弱めるし、科学的な真実の存在を前提としており、中立的な専門家を選ぶ手続が困難である。実際、EUの裁判所はめったに専門家を選任していない。

法的に要求される証明度と、科学的証拠に要求される有効性の程度は異なるかもしれない。法的判断における証明は両当事者のストーリーのうちどちらがよりもっともらしいかを検討するものであって、射程の広さ、完全さ、一貫性、証明力から見た相対的なもっともらしさを明らかにすればよい。

第三報告は、北海道大学の中川晶比兒准教授による“Toward a Dialogistic Reformulation of Competition Theory”であった。

日本の独禁法はそのコミュニティにおいて相互理解やコミュニケーションが阻害されているという深刻な問題を抱えている。なぜこのような現象が起こるのか。理論負荷性にその答えの一つが求められる。理論負荷性とは、我々の観察や観察したものの理解は、我々が持っている理論によって影響されるということである。心理学的には、我々の認識は、bottom-upな知覚情報とtop-downのtheoryによって形成され、前者が曖昧な場合には後者の影響が強くなるとされる。

独禁法における具体例として考えられるのは、米国において発展したクイック・ルックの合理の原則分析のほか、2010年の合併ガイドラインが挙げられる反競争効果の5つのタイプの証拠もこれで説明できる。

法学と経済学の背景となる理論の違いは、カーネマンのいう decision utility と experienced utility を使って説明できる。前者は効用が選択（行動）から推測されるというものであるのに対して、実際に経験した不効用を見て問題を考え始める後者の立場は法学者の考え方である。両者が対照的な見方をする典型例として優越的地位の濫用規制がある。特定事件（大森工業、JASRAC 審決）の法的判断をめぐる論者の対立にも、理論の対立が潜在している。

独禁法の目的を総余剰と考えるか、消費者余剰と考えるかで結論が異なる事例としては、最低費用企業が付加価値の高い工事を請け負う1回限りの談合、ごみ処理場から排出される鉱物に関する買い手カルテルがある。

法学と経済学が生産的に対話できる環境を整えるためには、対立する理論の両方が視野に入るようにする必要がある。そのためには両者の結論が重複する marginal な場合を取り込めるように、それぞれの理論を再構成する必要がある。独禁法において、経済学の方法論に深く根付いている総余剰を再構成するのは困難であり、法学の側が目的論を再構成しなければならぬ。法学も経済学も現実社会の限られた局面しか扱えないが、新しい知識や視点に開かれていることは、法学がその魅力を保つうえでも、また正統性を維持するうえでも必要である。

第四報告は、University of Florida の Daniel Sokol 准教授による“The Law and Economics of US Merger Control in its Institutional Context”と題する報告であった。

同報告は、合衆国における合併規制をマクロ経済の観点から3つの時期に分けて概観する。1950-1972年は反トラスト法の拡大期であり、水平的合併も垂直的合併も当然違法に近く評価され、混合合併もしばしば違反とされた。この時代の反トラスト法の目的は多元的とされ、中小事業者の保護も重視された。この時期のマクロ経済指標を見ると、好景気であったため、産業集中に対する政治的批判が連邦議会、裁判所、及び反トラスト機関を反トラスト法強化に動かしたが、好景気だったためにそれでも問題は生じなかった。

1973-1982年には反トラスト法の執行は弱まり、経済学的なアプローチが取り入れられた。欧州の改革とは違って、この動きは学界から始まった。非経済的要因が反トラスト法の分析から排除され、DOJでも経済学者が多く採用され、現在ではどの省庁よりも多くの経済学博士号取得者を抱えている。この時期のマクロ経済は成長率の減少とスタグフレーションが進み、合衆国の競争力に対する懸念が示されていた。反トラスト法は効率的なビジネス慣行を妨げていると認識され、産業集中に対する懸念はなくなった。

1982年以降現在までが最後の期間である。1982年合併ガイドラインは集中度よりも競争効果の分析に焦点を当てている。97年の改訂により効率性の考慮をすることが明示されたが、この頃から計量経済学の利用が増えた。2010年合併ガイドによりその傾向はさらに強まったが、裁判所による受け止め方は異なっており、計量的証拠の採用を退けた事件もある。この時期のマクロ経済は逆U字型の推移を見せている。これまでの期間に起こった変化をより洗練しているのが現状である。

以上の報告の後、報告内容について活発な質疑応答が行われた。

25日午後は、Environmental Law Sessionが開催された。

同セッションでは、多元分散型統御の法政策学を追求するにあたり、環境分野における「手続」に着目し、コミュニケーションを軸とする手続の手法、さらに、公私協働にかかる公衆の手続参加に焦点を当て、国際法及び国内法の双方からの報告とそれに対するコメント、シンポジウム参加者との意見交換・討論を行い、有益な学問的及び実践的知見を得た。その概要は以下の通りである。

まず、北海道大学の児矢野マリ教授により、「国際環境法における手続的義務の意義」と題する報告が行われた。

国際環境法において近年注目されている手続的義務（環境危険活動について、事前通報、事前協議、環境影響評価、緊急事態通報、モニタリング、情報交換等の手続をとる義務）について、既存の手続的義務の特徴、効用と限界の整理とともに、国際法におけるその将来の展開を見据えた日本にとっての含意を明らかにした。すなわち、手続的義務は、条約での定式化により、環境リスクに関する継続的な監視「プロセス」の基礎として、多元的かつ分権的な国際社会における「一般的利益」の実現のために、国家

主権に対する「柔らかなコントロール」を可能にするが、効用とともに限界もあるため、実体的義務との適正な補完関係の構築が重要である。また、受容において日本が抱える問題もあり、国際法における将来の展開を見据えて、今後適切な対応が期待される。

ついで、大阪大学の久保規子教授により、「オース3原則の国際的展開」と題する報告が行われた。

国連欧州経済委員会（UNECE）で採択された、公衆参加に関するオース条約について、その3つの柱（情報公開、参加の権利、訴訟の権利（司法アクセス権））を中心に概要が説明され、欧州諸国におけるその国内受容の要点が示された。とりわけ訴訟の権利の展開について、欧州諸国の国内判例の動向とともに、環境公益訴訟をめぐる欧州諸国以外の諸国の国内状況について言及され、それとの比較において日本が抱える諸問題も明らかにされた。日本の抱える最大の問題は司法アクセスであり、参加権と司法アクセス権を統合的に捉える考え方が欠如していること、協議会等の日本独自の協働施策の展開は一定程度評価できるが、日本の良さを活かしつつ、グローバルスタンダードを充たす方向を探るべきことが示された。

上記2つの報告に続いて、国際法の視点から北海道大学の堀口健夫准教授が、国際環境法における手続的義務の隆盛状態、及び、関連する国際判例の言及を中心に、コメントを行った。さらに、行政法の視点から北海道大学の亘理格教授が、フランスの都市計画をめぐる対話の手法について、具体的な例を参照しながら紹介し、このような手法を軸とするフランスの国内法で展開している市民参加を包含するネットワークの発展は、日本の都市計画のあり方と対比されることについて、コメントを行った。

引き続き、報告者、コメンテータ及びシンポジウム参加者との間で質疑応答がなされ、活発な討論・意見交換が行われた。司法権の拡大にかかる問題、現実的な選択肢などをめぐる議論等に加えて、手続的義務の国内実施にかかる諸問題についても熱心に討論された。環境分野の特質を念頭におきながら、国際法研究者と国内法研究者との間の対話も進み、多元分散型統御の法政策学の追求において、大変有意義なセッションであった。

以上、2日間の総括シンポジウムは、報告者を務めた本グローバルCOEのメンバーにとっては、この5年間の研究の成果を俯瞰するとともに、外

からの批判を仰ぐ最良の機会となったばかりでなく、国内外から多数の参加者により交わされた学際的な討論は、多くのシンポジウムの参加者に有意義に共有されることとなった。本シンポジウムの実現に尽力を惜しまなかった全ての関係者に御礼申し上げる次第である。