

政策という観点からみた知的財産権の性質の研究¹

— TRIPs 序文を起点として —

肖 志 遠²

劉 曉 倩(訳)

はじめに

世界貿易機関 (WTO) を支える三本柱の一つとも言われる「知的財産権の貿易関連の側面に関する協定」(以下“TRIPs 協定”)は、加盟国が同協定に規定されている条項につき留保を定めることを極めて限られた場合にのみ認めるに止まっている。TRIPs 協定の序文においては、加盟国は知的財産権が私権であることを認める(訳者注:原文は“recongize”)ことを要求している。TRIPs 協定はアメリカの主導の下、締結された国際条約である。このことに鑑み、筆者は、コモン・ローにおける法律用語の解釈を探ってみたところ、“recongize”とは、ある個人、法人あるいは物がある特殊な地位を有することについて正式的に承認するという意味する。これにより、知的財産権の性質について歴史を遡る研究をする必要性が喚起されている。また、全世界に目を向けると、開発途上国では TRIPs 協定に対する不満の声が高まってきており、他方で、アメリカも積極的に TRIPs 協定の枠外において知的財産権を保護するための新しい道を切り開

¹ 本稿は、中国教育部人文社会科学重点研究基地重大プロジェクト「知識産権基礎理論研究」からの援助を得て行われたものである(プロジェクトリーダー:中南財経政法大学知識産権研究センター呉漢東教授、プロジェクト番号04JJD820005)。

² 法学博士(知的財産法)、中国保護国家知識産権研究基地、中南財経政法大学知識産権研究センター研究員、元北海道大学大学院法学研究科 COE 研究員。本稿はすべて筆者の個人的見解を述べるものであり、前述した各機構の公式見解ではない。

いているという現状が続いている。このような状況は、TRIPs 協定の内容を理解するための新しい研究の手がかりを提供しているといえよう。単純に知的財産権を絶対的な私権と目することは、解釈上多くの困難が存する。そこで、筆者は法政策学という分析方法を用いて、知的財産権はどのような性質を有するものであるかという問題に対して説得的で一貫した解釈を探ることを試みる。

論説を展開する前に、不必要な誤解を避けるため、本稿で取り扱われるいくつかの用語の概念を定義しておきたい。まず、ここでいう「知的財産権」は、TRIPs 協定に定められている知的財産権の範囲に限定され、ドメイン名、伝統的知識やフォークロア等の未だに議論のある内容はそれに含まれていない。次に、知的財産権の客体が知的創作活動の結果であるため、このような権利の客体は、同時に複数の主体により利用されることができるともかかわらず、その形態上、物理的減損が生じないがゆえに容易に侵害に晒されうるという特徴を有する。このような権利の特質及び「権利なければ救済なし」という基本的理念の下で、本稿でいう「権利」は、自然権ではなく、法定の権利であるという立場を採っている。最後に、「政策」という概念であるが、この用語は企業、地域、国家及び国際組織等によく用いられているものであるが、本稿の検討対象は、法律文脈上の権利の性質であるため、ここでいう「政策」は、国家レベルのものに限ることとする。

一 問題の提起

1. 本稿の実証法的な根拠—TRIPs 協定の序文

1994年に発効した TRIPs 協定の序文には、以下のような内容が述べられている。すなわち、「加盟国は、国際貿易にもたらされる歪み及び障害を軽減させることを希望し、並びに知的財産権の有効かつ十分な保護を促進し並びに知的財産権の行使のための措置及び手続き自体が正当な貿易の障害とならないことを確保する必要性を考慮し、…知的財産権が私権であることを認め、知的財産権の保護のための国内制度における基本的な開発上及び技術上の目的その他の政策上の目的を認め、後発開発途上加盟国が健全かつ存立可能な技術的基礎を創設することを可能とするために、国内

における法令の実施について最大限の柔軟性をもってこれらの諸国の特別のニーズを認め、世界貿易機関と世界知的財産権機関（この協定において「WIPO」という。）その他の関連国際機関との間の相互の協力関係を確立することを希望して、ここに、次のとおり協定する。³。

法的効果を有する規範的公文書において、ある権利の性質につき定義を置くのは珍しいことであり、数え切れない多くの国内法の法律の中でもあまり見られない状況である。TRIPs 協定の誕生の過程には多くの批判が出ていた。特に、近年、TRIPs 協定の制定過程における細部の秘密が次々と公開されてきたことにより⁴、世界中でこの条約に対する再検討の波もまた一つ新しい段階に入っている。「TRIPs 協定と公衆衛生に関するドーハ宣言 (Doha Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health)」の出現及び、TRIPs 協定をめぐる新しいラウンドの知的財産権交渉の展開がこのことを物語っている⁵。

³ (訳注: 序文の公定訳は、経済産業省対外経済政策総合サイトによるものである。
http://www.meti.go.jp/policy/trade_policy/wto_agreements/marrakech/html/wto16.html)

⁴ 例えば、Peter Drahos & John Braithwaite, *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?*, Earthscan Publication, 2002 によると、信頼できる調査に基づく、最終的に TRIPs 協定の決定に関与した者は50人を越えていなかったという。この点につき、より詳しい検討として、Daniel Gervais, *The TRIPs Agreement—drafting history and analysis*, 2nd edition, Sweet & Maxwell, 2003 を参照。

⁵ 米国等の先進国がバイオ技術を利用することにより、発展途上国のバイオ資源を分析して特許出願をしたこと、また、ハリウッド業界が利益の分配に関する合意なしに発展途上国のフォークロアに対し商業的活動をしたことに直面し、多くの国は、既存の知的財産権制度を改革すべきであると主張する。すなわち、伝統的知識、遺伝資源及びフォークロアを法律により保護することで自国の利益を守ることが唱えられている。上述した客体には現在の知的財産権制度との間に不調和なところが多く存在しているが、現存する知的財産権制度を改善し、これらを知的財産権の保護範囲内に導入すべきことを支持する学者も少なくない。詳しくは、<http://www.wipo.int/tk/en/>を参照。

2. 序文に対する理解及び設問

(1) なぜ序文を研究するか

国際法は、国内政策の対外的な反映であることが少なくない。したがって、TRIPs 協定の序文に関する理解についても、各加盟国の国内法にその根拠を求めるとすれば、分析の切り口としてアメリカの知的財産法が至当であるといえよう。なぜなら、アメリカは TRIPs 協定を制定した際に最も影響力のある推進国であるからである。周知のように、アメリカの知的財産立法は、アメリカ合衆国憲法第1条第8節の(8項)に基づいたものである。連邦議会は、「著作者および発明者に、一定期間それぞれの著作および発明に対し独占的権利を保障することによって、学術および技芸の進歩を促進すること⁶⁾」を目的として、立法する権限を有する。

この規定は、連邦議会が知的財産権に関する法律制度を設ける権限を有するという授権の内容を定めているものであり、連邦及び州裁判所は知的財産権事件を審理する際に、しばしばこの規定を解釈上の根拠として援用している。アメリカ憲法の制定に関与し、その後連邦最高裁判所陪席判事にもなった Joseph Story 判事が述べた以下の観点は、方法論上の有意義な示唆を与えてくれる。すなわち、「我々は国家の基本法あるいは憲法の序文に述べられている制定者の意図についても本文の内容と同様に留意しなければならない。ゆえに、政治家や法学者はしばしば序文に言及し、それを用いて条文を解釈する際の一助としている」⁷⁾。アメリカ憲法の序文は、第1条第8節における知的財産権の立法権限について、すでに正確かつ簡潔な基本的立場を提示している。序文は、「…一般の福祉を増進し、我々と我らの子孫のうえに自由のもたらす恵沢を確保する」ことがこの憲法を制定する目的であると述べている。要するに、知的財産権者の権利の保護は、アメリカ憲法の立法目的の一つではなく、知的財産権に関連する法律を定める権限を連邦議会に授与することは、単にアメリカ憲法の総体的目標を実現させる一つの道具であるといえよう。憲法の序文の内容と国

⁶⁾ 訳者注：アメリカ合衆国憲法の日本語公定訳は、<http://japan.usembassy.gov/j/amc/tamc-071.html> を参照されたい。

⁷⁾ 約瑟夫・斯托里 (Joseph Story) 著・毛国権訳『美国憲法評注』(2006年・上海三聯書店) 342頁。

会の立法権限との関連性は、期限付きの排他権と社会全体の利益とのバランス衡量とロジック上、一致性を有していると考えられる。

筆者は、Story 判事の上述した観点は解釈論上の方法論的意味を有するものとする。法律規範の本文についていえば、序文はその全体的目標を総括するものであり、本文に規定されている内容は、序文が実現しようとする目標とその履行方式に関する具体的記述である。これは筆者が TRIPs 協定の序文から知的財産権の性質について研究する際の一つの重要な方法論の根拠でもある。

(2) 如何に序文を研究するか—「承認 (recognize)」から論じる

序文に現れている知的財産権の性質の確認という問題について、ある学者は、知的財産権は私権であるということが TRIPs 協定の序文に明白に規定されたので、知的財産権は私権であるということは、むしろ知的財産権分野で最も基本的な認識であるといえる指摘する。序文は、知的財産権の本質が私法における権利の一種であることを明らかにしたから、知的財産権を研究するために、まず、権利に対する理解に着手すべきであると考え⁸⁾。

TRIPs 協定の序文に「承認 (recognize)」という文言が用いられており、この語の文脈から、知的財産権が私権であるということはすでに確定した結論であり、協定にこの文言が置かれたのは、重複あるいは強調に過ぎない。単に TRIPs 協定の本文の中で知的財産権の性質に関する証拠を見出すことは、法学研究上の大きな誤りであると言わざるを得ない。なぜなら、このことは、単に検討しようとする課題が、既存の体系からその結論に有利な証拠を見出すことと変わらないからであるといえよう。

周知のように、TRIPs 協定は序文と以下の7つの部から構成されている。すなわち、1. 知的財産権保護の一般規定及び基本原則 2. 知的財産権の取得可能性、範囲及び使用に関する基準 3. 知的財産権の行使 4. 知的財産権の取得及び維持並びにこれらに関連する当事者間手続 5. 紛争の防止及び解決 6. 経過措置 7. 制度上の措置及び最終規定。

これらの規定の内容からも分かるように、TRIPs 協定は知的財産権の権

⁸⁾ 序文の記述の仕方から、ここにいう「権利」は私法上の権利を指すという。朱謝群・鄭成思「也論知識産權」科技与法律2003年第2期。

利範囲ないし権利行使の方式、救済の手続きないし紛争の防止及びその解決の方法を包含しており、具体的かつ完全な法律であるといえる。これは、一部の加盟国の国内知的財産権立法と良く類似しており、権利による保護と権利に対する制限規定を定める一般的な法律制度の構造にも符合している。

TRIPs 協定は、権利者の権利範囲、権利行使の方式及び公共利益との調和を中心的な内容として知的財産権の保護及びそれに対する制限を規定している。権利者の権利を軸としながら、公共利益との調整を図るという立場をとっている。その規定の内容に鑑みて、知的財産権は排他的財産権として位置付けられている。この公約の内容は、「知的財産権の貿易関連の側面に関する協定」であるため、権利者の人格権に関する規定は置かれていない。ただし、留意しなければならないのは、これは決して知的財産の権利者の人格権が法律により保護されないということを意味するものではない。

(3) 設問

「承認」という文言が用いられたことで、我々に一つの思考の方向性が与えられた。すなわち、知的財産権の法的性質を理解するために、歴史的研究をなす必要があるということである。知的財産権の歴史を遡るにあたって、以下の問題提起により、歴史の中から有力な説明を得ることが望まれる。

- (i) 時系列上の問題で、なぜ知的財産権は民法や刑法などの法律と同じ時期に生まれていなかったのか。
- (ii) 共時的に比較してみると、なぜ同じ時期における異なる国々の知的財産権立法には大きな差異が存在するのか。また、なぜ一部の国は相当長い期間にわたって知的財産権の立法をなさなかったのか。
- (iii) 通時的な観点からみると、なぜ一つの国において、異なる時期における知的財産権立法の状況に大きな差異が存在するのか。

この三つの問題は、知的財産権が生まれた背後にある社会の経済状況、国ごとに知的財産権の差異が存在する理由及び国内の知的財産権立法の変動という要素に影響されている。しかし、上述した各設問につき答えた論文は夥しくあるのだが、知的財産権の法的性質という観点からこれらの問題点に答えを提供できるものは僅少である。そこで、筆者は、知的財産

権は一体どのような法的性質を有しているのか、また、これら設問につき一貫した理論による分析及び論証のメカニズムをどこに求めるのかを探求してみたい。

二 設問に対する解答の試み

WTO のウルグアイ・ラウンド合意では、TRIPs 協定は附属書として加盟国の留保が認められず、協定に署名した加盟国に法的拘束力が発生する。中国において国際条約は国内法に転換してから初めて国内での施行ができるようになるため、司法機関及び司法上の手続を介しないと私権を守ることができない。成文法を適用する過程が同時にその法律を解釈する過程でもあるから、裁判官は、常に客観的解釈と主観的解釈の間に決着をつけなければならない。ただ、単に立法資料に基づいて判断を下すだけでは不十分であり、立法者の意図にも配慮しなければならない⁹。筆者は、このような方法論につき以下のように理解する。すなわち、研究者は法律の文言と法律の実現から立法目的を推論し、この目的を立法当時における国家政策と結合して法律の文言を解釈すべきであり、さらに、法律の文言を当該法律が機能できる社会環境に置いて深く吟味したうえ、文言自体の意味を超える理解を得るための方法論である。知的財産権制度に関しては、序文という TRIPs 協定の枠組内で知的財産権の私権的な性質が確認されていることを勘案すれば、TRIPs 協定には立法者の主観的意図と客観的政策判断が結合されていると考えられる。知的財産権の類型と権利の内容より、立法者の主観的意図と客観的政策判断こそが知的財産権の私権的性質を決定したものであると考えられる。これらの要素が存在しているため、法律の本文には権利を制限する条項が置かれたわけである。

一方、国家レベルから考察すれば、知的財産法制度は、ある国がある時期において採択かつ貫徹した公共政策の現れであるといえよう。そこで、知的財産権は公共政策の性質を有するものであると考えられる。もっとも、知的財産権の性質が単一的ではなく、他の性質を有する可能性も排除でき

⁹ Stig Stromholm, Legislative and Construction of States, Copyright and Jurisprudence, 1983 (周林「中国版權史研究的幾條線索」中国版權2000年第1期から引用した)。

ない。以下、詳しく敷衍する。

1. 私権の法的境界線を画く考量要素としての公共政策の属性—理論分析の構造

知的財産権は私権であるから、私権の一般的な特性を有することは避けられないことである。そのため、権利者が最大の利益を追求するために、権利の行使が無限に拡大する傾向が生じかねない。モンテスキューは、法と権力について考察するに際して、「権力を握るすべての人がその権力を濫用しがちであるのは永久不変な経験則である」と言った¹⁰。この有名な言葉は、「権利」ではなく、「権力」について考察・分析したものであるにもかかわらず、この結論は権利についても当てはまると思われる。なぜなら、これは、権利に相応する義務を定めると同時に、権利を制限する制度をも構築しなければならないことの重要な根拠となるからである。知的財産権が排他的権利として、権利者自身の権利行使あるいは他人に権利を譲渡することによって、権利者の経済的及び精神的利益が満足される。また、世界各国の知的財産法における権利の種類及び権利の内容はますます拡張していく傾向がある。ハーバード大学法学院の Fisher 教授は、「各知的財産権の歴史は多岐にわたって異なるものであるが、一つの統一した傾向がある。それは拡張である」と指摘する。権利の拡張は、権利濫用の可能性を増大させるものである。市場経済の前提の下、権利者の善良さにより社会利益に貢献することは期待できないから、公共の利益が権利濫用により害されないために、法律制度をもって権利の制限規定を設けるべきであると考えられる。知的財産権を「パワー」に例えるとすれば、この「パワー」が乱用されてしまうと、「暴力」に生まれ変わって市民社会の秩序と安静を害する恐れがある。知識を「財」に例えると、知的財産権が不当に利用されることにより、莫大な利益と経済の衰退をもたらす恐れがあり、よって、経済秩序が破壊され、経済的な弱者が差別されることが生じかねない¹¹。

¹⁰ 孟德斯鳩(モンテスキュー)著・張雁深訳『論法的精神(上)』(1982年・商務印書館)154頁。

¹¹ William W. Fisher III, *The Growth of Intellectual Property: A History of the Ownership*

知的財産権に対する保護及び規制に関する法律は、かつて専売条例、勅令等の形で発布されたが、これは商人の独占的利益を保護するという目的で制定されたものである。これらの勅令が出されたのは、経済的利益(政府の税収など)の他に、政治上の利益も一つの大きな要因である。ハーバード大学の Alford 教授が提出した実証分析及びその結論のとおり、これらの命令は王権と特権階級の政治利益を中心としたものであり、知的財産権の権利者の利益を考慮したものではない。

筆者は、知的財産権に関する法律制定は偶然の命題ではないと考える。世界最初の著作権法「アン条例」が制定されたときから、著作者と公衆との利益衡量という思想が現れている。アン条例が保護期間を定めたことで、パブリック・ドメインの概念が生じたのである。それ以降の著作権法も基本的にアン条例の枠組みの下、制度が創設されてきており、著作者の権益(根源的権利)と利用者(既存著作物の利用者と将来の著作物の創作者)の権益ならびに伝達者(著作者と利用者との架け橋)の権益の間に均衡点を探している。そのため、アメリカの Patterson 教授は、「18世紀初期に成文法が制定されて以来、著作権は創作者、出版社及び利用者の均衡を見つめようとしてきたことの産物である。現在もそうであり、将来も続くであろう。」と指摘する¹²。この観点は、著作権を一つの制度下の産物とする見解であり、著作権の権利自体でなく、著作権法こそが著作者、伝達者及び利用者の三者間の利益衡量をはかる天秤である。また、この観点は、著作権制度の本質を提示したものであり、それ以降の著作権制度に現れる利害関係図に正確な予測を与えた¹³。そして、商標法も著作権法と類似した法的使命を負うものである。すなわち、「一旦商標登録し商標権という排他権が取得されると、この権利は公権と私権という二つの側面を有すること

of Ideas in the United States, <http://www.law.harvard.edu/faculty/tfisher/iphistory.html>.

¹² L. Ray Patterson, Stanley W. Lindbergh: *The Nature of copyright: A law of users' Right*, The University of Georgia Press, 1991, p.2.

¹³ Patterson 教授の著作は1991年に出版されたが、その執筆時期はそれより前のことであろう。インターネット時代である今日において、著作権法の利益衡量は依然として著作者、伝達者及び利用者の三者間において行われているが、ただ、インターネットプロバイダーの参入により、著作物の伝達者の範囲が拡大されただけである。

になる。前者は、商標権という排他権が公的な主管機関により管理・監督されることをもって公益が維持されることを指す。後者は、商標権者が商標権を私有の財産権として自由に処分することができるということの意味する¹⁴ということである。ここでいう公権の意味は、商標権者が自己の商標につき負うべきである品質保証義務を、国家が管理・監督するということであり、実際にこの制度の最大の受益者は消費者である。

この理論から出発し、知的財産権全体を俯瞰してみれば、同様な結論を見出すことができる。前述したように、知的財産権制度の歴史の流れから、知的財産権の対象物の内容は拡張していく傾向がある。これは、一般的意味でのその他の私権の拡張とは区別されている。各種の私権の中で、知的財産権が技術から受ける影響は最も直接的で大きいものである。知的財産法は技術発展に対応するものであると同時に、技術の進歩を保障し、指針となるものでもある。技術は両刃の剣のような効果を持ち、知識は伝達可能という特質を有するから、知的財産法は権利者の権利と社会公共の利益との均衡と衡量を求め、権利濫用を予防する責を担っているのである。これにより、知的財産権の将来像は、以下のようなだろう。すなわち、権利範囲の拡張により、私権性がより一層拡大されることとなる一方、公共財の供給不足という客観的事実が生じるに伴い、公共利益の需要が高まり、権利に対する制限もますます強化されるであろう。換言すれば、知的財産権は私権性を主たる性質としながら、公共利益の増大によりその権利の構成も複雑化しつつある。

このような趨勢の背後には、深い理論の源が存在する。ロックは、財産権労働価値理論を提唱する際に、「十分かつ同じように良いものが他の人に残されている限り、完全な財産権を有することになる」と述べた¹⁵。これは、公共利益の立場に立ちながら、二者間の利益衡量をした結果、財産権に対し制限を課すという結論に至ったものである。知識の共有と権利の独占との関係をめぐる論争は古くから存在し、今日まで継続している。現在、学界では、パブリック・ドメインとコンテンツ（情報）私有の問題を

¹⁴ 曾陳明汝『商標法原理』（2003年・中国人民大学出版社）84頁。

¹⁵ ロック（ロック）著・叶啓芳＝瞿菊農訳『政府論（下冊）』（1964年・商務印書館）18頁。

めぐる論争がますます激しくなっている。これについて学者が採った研究方法には、法律分析と経済分析の方法が含まれているのだが、その限りではなく、しかも研究の対象もかなり広範なものである。すでに論じられたように、営業秘密のような未公開の情報の保護については、経済的分析だけでなく、公共政策の問題も併せて考慮すべきである、といわれている¹⁶。また、「著作権をめぐる論争に関する多くの問題に答えるのはそれほど簡単なものではない。これらの解答を導くには、常に個人の哲学的観点及び道徳的基準に頼る必要がある。著作権をめぐる論争の中で、一部の評論家は、弁護士を外に蹴りだして経済学者を中へ招くべきと主張したが、…ハーバード大学の Fisher 教授は、著作権制度における多くの問題には、弁護士しか理解できないものが多く存在するから、このような観点は誤っていると批判した」と述べられている¹⁷ ¹⁸。このような観点はマックス・ウェーバーの考えに近い。マックス・ウェーバーは、彼と同時期の経済学研究の状況につき以下のようなことを述べた。「われわれのうちでも、もっとも才気のある一人の理論家は、法学を『経済学の侍女』と名付けることができるまでいってのけて、自信のほどを示した。…判決の判決文をのぞいてみても、昔なら法律上の概念だけで押しとおせたとこへ、いわゆる『経済的視点』がその代りにあらわれることが、めずらしくない。…法学専攻のある同僚が、非難まじりにいった言葉をつかうなら、要するに、われわれは『流行っ子』になっているのである」¹⁹という。ウェーバー

¹⁶ 代表的な見解として、Tait Graves, Alexander Macgillivray, *Combination Trade Secrets and the Logic of Intellectual Property*, 20 Santa Clara Computer & High Technology Law Journal 261, 2004.

¹⁷ Peter K. Yu, William W. Fisher, III, Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment, *Journal of Media Economics*, 19(2), p.141-145.

¹⁸ Fisher 教授は、著作権者と土地の所有権者の権利及びそれらの権利に対する制限について比較をした。著作権の部分に関する詳細な論述により展開された著作権分野における権利の複雑さから、土地に係わる権利の束がそれと比べものにならないと考えられる。William W. Fisher, III, *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*, Stanford University Press, 2004.

¹⁹ 訳注：和訳として、マックス・ウェーバー著・田中真晴訳『国民国家と経済政策』（初版・2000年・未来社）36頁を参照。中国語訳として、馬克斯・韋伯（マックス・

は、「経済的な、あるいは『社会政策的な』理想というものが、なにか自立的なものとして存在するという考えは、まさしく見誤りであり、「われわれが会うのは、さまざまな価値基準が混沌としている状態であって、そこには、幸福主義的な性質の価値基準もあれば、倫理的な性質の価値基準もあり、しかも、しばしばその二つが、ハッキリしないままに同じものとみなされている、といったありさまである。価値判断は、いたるところで、天真らんまんな仕方でおこなわれている」²⁰と指摘した。もっとも、ウェーバーの批判は、すべての経済学による分析方法を一律に否定するわけではなく、彼のほかの論述の中では、高い評価を得ていないものの、経済学研究の拡張がより客観的に述べられている。つまり、少なくとも、「法学のなかへも経済的な考察の仕方が入り込んできて、法学の内陣ともいべきローマ法全書綱要においてさえ、経済学の亡霊が、かすかながらもちこちに、姿をあらわしはじめている」²¹ということには違いがない。

法と経済学がますます発展してきて、今や法学者は著作者の人格的権利を分析する際においても、精神的な経済利益を提唱している。筆者は、ウェーバーが1985年に経済学の観点を法学研究の分野に取り入れることについて批判をした出発点には、方法論上の意義があると考えられる。なぜならば、かなり限定的な視点を分析する際の唯一の視点としてみなしてはならないと考えるからである。また、著作者の精神的権利についても、経済学を用いてそれを分析するということには賛成しがたい。基本的人権の一つである言論の自由については、法による認可と有効的な保護を提供しなければならない。著作権による保護はその一つである。しかしながら、著作権はあくまでも私権に関する制度設計に過ぎないものであり、その制度目的は著作物の創作及びその伝達を促進することにあるため、人間としての最低限の生活の自由を守るものではない。そして、言論・出版自由の制度設計は、著作者の精神的権利を保護し、あるいは市場を通して創作への投資を回収するために作られたものでもない。ある立法の実践に関する論述には、「ドイツと北欧諸国においては、著作権の経済的分野における保護

ウェーバー)著・甘陽=文一郡訳『民族国家と経済政策』(1997年・三聯書店)94頁。

²⁰ 田中・前掲注19・37頁。

²¹ 田中・前掲注19・36頁。

期間が終了するとき、その精神的権利も私人の範疇に属さなくなり、それ以降は、公共利益の領域における文化的遺産の保護問題に転換される」という見解が引用されている²²。これは経済的分析によらずに、公共政策の執行と公共利益への配慮から述べられた見解であるといえよう。

また、フェア・ユースの問題に関しては、単純に経済学の観点からみると、知的財産権の権利者の権利行使を制限する要素であり、権利者の創作活動の奨励及び、知的財産が市場における条件の下で価値の転換と価値の増加をもたらす場合には、フェア・ユースは非効率的であるといわざるをえない。

経済学は効率性の問題をうまく説明することができるにもかかわらず、社会の公平正義に関してはむしろ冷たい顔を見せているのである。すべての具体的知的財産権が金銭で計算され価値交換領域に入るわけではない。特に、著作者人格権の問題に関しては、経済学により解釈できないところが残っている。それがゆえに、本稿は、法経済学の理論を導入し、またはそれを用いて知的財産権の法的性質という問題について検討していないわけである。

権利自体が無限に拡大されるという自然な傾向を有することは前述のとおりである。これは、権利に対し制限を課さなければならない重要な理由でもある。権利を制約する主要な方法は、権利者の権利と公共利益との境界線を画することによる。これにより、権利者の権利行使と利益の回収がより強力かつ有利な制度下で実現されると同時に、公共の利益も図られるのである。このことは各国の立法において体现されている。以下、詳しく敷衍していく。

2. 私権行使の方法を設定する軌道の一つとしての公共政策という性質－制度に対する実証的分析

マルクス主義による政治経済学の角度から分析すれば、財産的権利は一種の法律制度の内容であり、(法律的・政治的) 上部構造の範囲に属する。

²² Pustun Pradhan, *Nepal's new law on copyright: some reflections*, Copyright Bulletin, Vol.2004 No.1. http://portal.unesco.org/culture/en/file_download.php/abd0fa942db399485dd51fb00ece59c7pradhan_e.pdf の注9を参照。

すべての財産的権利の出現は生産力の発展により生まれた結果であり、その最も主要な作用は生産力の発展及び進歩を促進することにある。しかし、異なる法律部門の立法目的及び立法内容の限定を受けて、このような目的を促進する方法と実際に得た効果の間に一定の違いが存在する。

(1) 法律が実現しようとする公共政策の方針を明らかにする立法例

(i) 憲法

いくつかの国の憲法及び知的財産法は、社会公共利益を図るという目標について、直接、その法律の本文あるいは序文に規定を置いている。具体的には、知的財産権の権利者を保護することを通じて、社会の進歩の拠り所となる公共秩序を維持し、公衆の学習にかかるコストを減らし、新しい創作のインセンティブを提供することによって、社会全体の文化及び経済の発展を促進するということである。この観点は、憲法及び法律の明文規定により実証されており、憲法あるいは知的財産法の序文または本文の第1条に立法目的を表わす条文が置かれている。たとえば、前述したアメリカ憲法の第1条第8節における、「著作者および発明者に一定期間の独占的権利を保障する」という文言は、一つの典型的な規定である。

世界で同じような2枚の葉が存在しないように、決してすべての国がその歴史上すべての時点においてアメリカ憲法の採った知的財産権政策と同様の立場に立っているわけではない。例えば、旧スイス憲法は、政府が特許法を制定することを禁止したことがある。19世紀に生じた特許論争の中で、特許制度の運用が自由貿易の妨げになり、自由な市場経済の基本需要とは相容れないものであると批判されていた²³。1880年代のスイスでは、企業家は特許法を制定することを望まず、自分達が外国の競争者の発明を引き続き利用することを望んでいたのである。スイス人は、その他の国では特許権者として活躍したのであるが、スイスで特許制度を創設することには反対するという立場は依然変わらなかった。その時期のスイスでは比較的低い関税が徴収されていたため、彼らは競争者がスイスの特許を獲得することにより、スイス製品の競争力を市場から排除することを恐れて

²³ Fritz Machlup & Edith Penrose, *The patent controversy in the nineteenth century*, *Journal of Economic History*, X, 1950, p.1-29.

いた²⁴。

憲法は経済・政治力の対抗により生まれた産物であり、企業の利益及び要望は法律制度に反映される。その一つの現れは、旧スイス憲法の中における、政府が特許法を制定することを禁止した規定である。しかし、その後、特にドイツから強い外圧を受けたことから、スイス政府は他の国からの報復を招くことを避けるために、憲法の内容を改正した。このような歴史の経緯について、ある学者は以下のように指摘した。すなわち、この時期において、これらの国は、発明及び創造への奨励という建前を利用し、特許制度を、貿易を庇う傘として運用していたという。要するに、特許制度が単に「貿易保護主義者の持っている使いやすい武器」に過ぎないと考えられ、経済成長への貢献に対する認識に基づき特許制度が設けられたわけではない、というのである²⁵。スイス憲法の特許法に対する前後の態度の不一致は、法律の背後にある政策の立場を鮮明に反映している。スイス以外に、オランダもかつて特許法を実行しない歴史を持つ。例えば、オランダは1869年に1817年特許法を廃止した。その理由は、特許が政治的に作り出された一種の独占であり、これは自由市場の原則と一致しないと考えられたからである。

クロアチアでは、著作権は基本人権の一つとして憲法により保護を受けている。クロアチア憲法第68条第4項「人権と基本自由の保護」の部分には、「科学、文化、芸術及び知力またはその他の創作的な精神的及び財産的権利を保護する」ということが保障されている。このように、著作権は一方では主体的・個人的な権利として憲法により保護され、他方では法律制度として憲法による保護を受けることができるのである。すなわち、憲法と著作権法が、著作権を保護する目的と著作権の道具的な性質との境界線を画定することを明らかにしたといえる。

²⁴ イギリス知的財産権委員会編・中国国家知識産権局訳『知識産権と発展政策相結合』を参照。

http://www.iprcommission.org/papers/word/Multi-Lingual_Documents/Multi-Lingual_Main_Report/DFID_Main_Report_Chinese_RR.doc を参照。

²⁵ Peter Drahos & John Braithwaite, *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?*, Earthscan Publication, 2002, p.36.

(ii) 著作権法

多くの学者は、アメリカ憲法の著作権条項に現れている公共政策の目的につき解釈を行った。例えば、舞踊作品の著作権による保護ということから、「舞踊作品について著作権の保護を付与する政策的な理由は、舞踊創作へのインセンティブを与えることにあり、これは公共利益に有利なものである。著作権法において、芸術作品の創出のために経済的な奨励を行うことがその目的であると明白に規定されている。そして、その背後にある立法目的は、できるだけ多くの新しい創作物をパブリック・ドメインに持ち込むことにある」という²⁶。エール大学 Ernest Miller 教授と Joan Feigenbaum 教授がその研究視野を著作権に関するすべての領域まで広げた後、次のような結論を得た。「著作権の目的は道具的である。アメリカでは、著作権が作者の創作行為であるという理由で付与された一種の著作権ではなく、そしてロックが提唱した『自然権』でもない。著作権は、公共利益を促進するために作者に付与される制限付きの権利である。この趣旨はアメリカ憲法により明示されている。…ただ、以下の点を強調しすぎることはできない。著作権は以下の目的を有する—すなわち、創作と知識の伝達を促進することにより公共利益を図ることである。このため、著作権制度は、作者が新しい創作物を作り出し、出版者がそれら創作物を伝達するためのインセンティブとして設計されたものである—作者と出版者が著作権から利益を得たことはこの目標を達成する手段であり、著作権の終局目的ではない。」²⁷と述べられている。すなわち、著作権の性質を研究するには、著作権が達成しようとする目的から著作権の守備範囲を画しながら、著作権の具体的な権利の内容の設定により論証を行うべきであることが説明されている。

世界各国の著作権法はいずれもその立法目的を定めている。著作権者の利益と社会公共の利益が同じ箇所提示され、条文の文言を用いて社会公共の利益を保護することが著作権法の立法目的であり、著作権者の利益を

²⁶ Thomas J. Overton, Comment, *Unraveling the Choreographer's Copyright Dilemma*, 49 Tenn. L. Rev., 1982, p.594, p.597.

²⁷ Ernest Miller, Joan Feigenbaum, *Taking the Copy Out of Copyright*, www.cs.yale.edu/homes/jf/MF.pdf.

保護することは、この目的を達成させる手段と方法であると説明されている。換言すれば、著作権法は著作物の創出と流通を保護することを通して、公共利益という目的を実現しようとしている。

例えば、アン条例の第1条は、「博識の人に社会に有益な図書を提供することを奨励する」と規定し、その立法目的を述べている。日本著作権法第1条においても、「この法律は、著作物並びに実演、レコード、放送及び有線放送に関し著作者の権利及びこれに隣接する権利を定め、これらの文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り、もって文化の発展に寄与することを目的とする。」と明白に規定されている。そして、中国著作権法の第1条にも類似した規定が置かれている。すなわち、「文学、芸術及び科学の著作物の著作権並びに著作権に隣接する権利及び利益を保護し、社会主義の精神文明及び物質文明の建設に有益な著作物の創作及び伝達を奨励し、かつ社会主義の文化並びに科学事業の発展と繁栄を促進することを目的として、憲法に基づいてこの法律を制定する。」とある。世界各国の著作権制度においてその立法目的に関する陳述の仕方には若干相違があるものの、文化の発展という目的及び、それを実現させるために設計された各種の権利義務の内容と範囲はよく似ているといえよう。

(iii) 商標法

商標法の目的は消費者の權益を保護することにある。これは創作を奨励し、投資を保護することを手段として公共利益を実現させることを目的とする著作権法及び特許法とは異なっている。この点に関してはすでに各国の商標法から実証を得た。例えば、中国商標法第1条は、「商標管理を強化し、商標専有権を保護し、生産者及び経営者が商品や役務の品質を保証することを促し、商標の信用を維持し保護することにより、消費者、生産者及び経営者の利益を保障し、もって社会主義市場経済の発展を促進することを目的として本法を制定する。」と規定している。日本商標法にもこれに類似した規定が置かれている。すなわち、日本商標法第1条は、「この法律は、商標を保護することにより、商標を使用する者の業務上の信用の維持を図り、もって産業の発達に寄与し、あわせて需要者の利益を保護することを目的とする。」と規定する。この規定の内容から、商標法の価値指向及び立法目的は以下の3つにあるといえる。すなわち、商標を保護

することにより、①商標の使用者の業務上の信用を維持すること、②産業の発達を促進すること及び、③消費者の利益を保護するという3つの立法目的である。これは、商標法が産業の発達を促進及び規律するものであり、消費者の権益を保護するという産業政策及び弱者の権益の保護という公共政策の方針を採っていることを鮮明に表しており、公共政策を実行するという具体例でもある。

現行の立法規定から、商標法の発展過程について歴史を遡る研究を行ったところ、ある学者は、商標法はある特定の経済活動を奨励するために生まれたものではないということを指摘した。特許と著作権を保護する動機とは異なり、商標法の第一の目的は、大規模な商品販売が促進されている世界における消費者が、他人の著名表示あるいは識別標識を偽る悪徳な商人の行為により欺かれることを防ぐことにある、といわれる²⁸。この結論は各国の商標法の立法趣旨を理解するのに役立つものである。例えば、1996年4月15日に施行された改正イタリア商標法第1条は、「登録商標の所有者の権利は、当該商標を排他的に使用する権限からなるものとする。所有者は、自己の同意を得ていない第三者が次の標識を使用することを禁止する権利を有する。(a) 商標が登録されている商品又はサービスと同一の商品又はサービスについてその商標と同一の標識 (b) 標識の同一性若しくは類似性及び商品若しくはサービスの同一性若しくは類似性のために、公衆が混同する虞があり、かつ、そのことにより2つの標識間に関連を生ずる虞がある場合には、同一若しくは類似の商品若しくはサービスについて登録商標と同一若しくは類似の標識 (c) 登録商標が国内で広く認識されており、正当な理由のない標識の使用がその商標の識別性若しくは名声を不正に利用し又は損なうものである場合には、類似しない商品若しくはサービスについて登録商標と同一若しくは類似の標識」と規定している²⁹。この条文は、消費者が商品あるいはサービスにつき混同を生じる恐れを防ぐことをその立法目的とすることは明確に述べていないにもかかわらず、商標権者の有する権利を明らかにしたことにより、消費者利益の保護が実

現されるという点に関しては共通しているといえよう。著作権又は特許による保護が文化の発展と社会公共の利益という立法目的を促進する手段であることと同じく、商標権による保護も、消費者利益の保護と後世の競争秩序の維持という遠大な政策目標を有している。

登録商標を保護することは大多数の国家の商標法の共通点である。商標の出願、審査、そして登録及び更新に関する規定に鑑みれば、商標権が社会公共の利益と密接に係わっているため、商標権が絶対的な私権であると解することはできない。今日の複雑な経済社会において、消費者が往々にして市場の弱者という立場にあることから、商標権の絶対的な私権性を承認し、消費者と経営者との「自由な合意」で両者間の関係を調節することに任せてしまうと、消費者の利益が大きく害される恐れがある。他方、一旦、消費者が商標の品質保証機能を信用できなくなってしまうのであれば、社会全体の調和及び発展も損なわれるであろう³⁰。

(iv) 特許法

日本特許法第1条には、その立法目的が述べられている。すなわち、「この法律は、発明の保護及び利用を図ることにより、発明を奨励し、もつて産業の発達に寄与することを目的とする。」とある。この条文から、発明を保護及び利用することによって、発明を奨励し、産業の発達を促進することが目的であることが窺える。中国特許法は本国産業の発展段階と発展目標に合わせて、その立法目的につき、以下のように規定した。「発明創造に関する特許権を保護し、発明創造を奨励し、発明創造の普及と応用に役立たせ、科学技術の進歩と革新を促進することによって、社会主義近代化建設の需要に応えるために、本法を制定する。」とある。立法者は、発展途上国の段階に位置する中国は、「経済建設」を中心としながら、「科学教育による振興」のルートを堅持すべきであると考えた。「科学技術の進歩と革新を促進し、社会主義現代化建設の需要に応えること」が特許法の公共政策目標であり、特許権者の利益の保護はあくまでこの立法目標を実現する一つ的手段にすぎないと考えられる。具体的な方法としては、特許

²⁸ Robert P. Merges, Peter S. Menell, Mark A. Lemley, *Intellectual Property in the New Technological Age*, Aspen, 2006, p.29.

²⁹ 『外国工業所有権法令集7』(1998年・AIPPI) 515頁を参照。

³⁰ 劉元月「有關商標許可中產品質量控制的法律探討——上海世博会標誌的市場開發與產品質量法律問題淺談」第二屆世博会與法治化論壇 (<http://www.expo2010china.com/expo/chinese/rdzt/node675/userobject1ai25448.html>) を参照。

の要件、審査の手続、権利の範囲及び権利侵害を伴う法的責任を詳細に規定することに現れている。そして、特許権の効力が及ばない範囲に関する規定もこの立法目標を実現させるために置かれたものであると解される。「権利の及ばない範囲」に関しては、後述の(3)で詳しく検討する。

(v) その他の法律

多くの国の知的財産法は知的財産権を保護する目的、要件、方式及び権利侵害を伴う法律責任を直接に規定しているが、これら法律の立法目的を達成させるために、他の関連した法律と併せて運用する必要がある。例えば、憲法上の根拠がなければ、知的財産法が憲法の基礎を欠くものとなり合法性がない。契約法上の根拠がなければ、知的財産権が契約の方式を介して取引の領域に入ることができず、その投資の回収と知識の流通を実現することが不可能となり、「財産的権利」というのは1つの空論に過ぎなくなってしまう。また、「権利なければ救済なし」として、刑法上に対応した規定がなければ、知的財産権を侵害した犯罪行為に対して法律の制裁を実現することができないだけでなく、知的財産権が法律による強力な保障を得ることができないため、形式的な権利になりかねない。

知的財産法に関する法律あるいは直接に知的財産権の内容を規定する法律でなくとも、以下に挙げた具体的な法律の条文の中に、上述した公共政策の方針を窺うことができる。例えば、中国が1987年に頒布した「技術契約法」は、その第1条に当該法律の公共政策目標を定めている。民事上における平等な主体間の契約に関しても、国は科学技術の進歩と科学成果の応用及び普及を契約を締結する際の基本原則としている。「技術契約法」第1条は、「科学技術の発展を推進し、科学技術が社会主義現代化建設に役立つことを促進し、技術契約の当事者の合法的權益を保障し、技術市場の秩序を維持・保護することを目的として、本法を制定する」。そして、同第3条は、「技術契約を締結する際にあたって、法律、法規を遵守し、科学技術の進歩に貢献し、科学成果の応用及び普及を加速させなければならない」。そして、「コンピュータ・ソフトウェア保護条例」第1条は、「コンピュータ著作権者の權益を保護し、コンピュータ・ソフトウェアの開発、伝播及び使用において生ずる利害関係を調整し、コンピュータ・ソフトウェアの開発と使用を奨励し、ソフトウェア産業及び国民経済情報化の発展を促進することを目的に、『中華人民共和国著作権法』に基づきこの条例

を制定する。」と規定している。これら知的財産権の周辺にある法律が知的財産権を保護する補充的規定を提供するものである。

(2) 権利制限規定に関する具体的な条項—知的財産権の守備範囲と公共政策の作用範囲

イギリスの知的財産権委員会が発表した報告書『知的財産権と発展政策との統合』は、先進国からの助成を得て、初めて発展途上国の立場に立ったうえで完成された知的財産権に関する報告書である³¹。本報告書は、先進国の中には強大なロビー団体が存在し、彼らは、すべての知的財産権は商業に役立つものであり、公衆に最大の利益を与えることができ、そして技術進歩の触媒でもあると説いている。彼らは、知的財産権が良いものであるならば、それに対する保護が強ければ強いほどよいと信じて、こう説いている。他方、発展途上国にとっては、知的財産権が悪いものであるならば、それに対する保護が弱ければ弱いほどよいと信じて反論している。先進国と発展途上国との間に科学技術の差が存在するというのを忘れてはならない。このことは、上述した対立を評価する際には重要である。中・低収入の国のGDPは全世界GDPの約21%を占めており、そして、研究・開発のための支出は全世界の10%にも達していないのである。発明創造者個人の利益は消費者の消費から生まれたものである。特に消費者が貧しい人々である場合、このことは基本的人権(例えば、生存権)と衝突するかもしれない³²。そこで、知識の均衡を調節する手段として、知的財産法における権利制限に関する規定が用いられるのである。各国の立法と実践情況から考察すれば、主に以下のような方法が採用されている。

(i) 表現の保護・思想の共有・公益の増大—アイデアと表現の二分法

1879年の“Baker v. Selden”判決は、アメリカの歴史上においてアイデアと表現の区分について判示した最初の判決である³³。本件の原告Seldenは、新しい簿記のシステムを紹介する本について著作権を取得した。

³¹ 報告書の題名は“Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy”である。詳しくは、前掲注24を参照。

³² 方興東「一份将改写知識産權發展歷史的報告」計算機世界周報(2002年10月7日)。

³³ “the Court ruled that describing a system of accounting in a textbook did not confer copyright protection on the system itself.” Baker v. Selden, 101 US 99, 104, 1879.

そして、被告 Baker は原告の上記著作物に掲載されている空欄の会計簿にあるコラムと見出しを若干変更した後、原告の著作物に類似した書籍を出版した。本件は、被告の上記行為が原告の著作権を侵害したとして原告が被告を訴えた事案である。アメリカ最高裁判所は、本件の争点は、著作権法に基づき、当該方法が説明されている本が、簿記のシステムにおける独占的権利を取得できるかということにある、とした。判決は、簿記のシステムは一種の技術であり、技術についての保護は特許権によるしかないのであり、著作権は当該技術を説明する表現についてのみ保護するものであるとした。もし、著作権により技術を保護することになると、万人が当該技術の含まれている書籍を利用することができなくなり、実際に当該技術を説明した人がその技術を独占することになる、また、著作者は著作権法により、他人の無断複製に対し禁止権を有するが、他人が自己の著作物に書かれている技術の方法を利用することを禁止することはできないと述べ、空欄の会計簿は著作権の対象ではなく、原告の著作権はそこで記述された技術や制作方法の利用について独占的権利を与えていないとして、被告が原告の著作権を侵害していないと判断した。また、判決は、「単純に文字で書かれている書物と、それが解説しようとしている技術との間に明確な区別があり、技術の新規性に関する審査がなされる前に、当該技術についての独占的権利を著作者に与えるとしたら、公衆に不意打ちを与え、公衆を欺くことになる」としている³⁴。本判決により、書き込み用紙 (black form) が著作権保護の対象外と判断された先例となり、アイデアと表現の二分法という原則が確立され、その後、アメリカ著作権法に導入された。具体的には、アメリカの1976年著作権法102条(b)「いかなる場合であつても、著作者が作成したオリジナルな著作物についての著作権の保護は、アイデア、手順、プロセス、システム、操作方法、概念、原理又は発見に対して及ぶものではなく、このことは、それらが著作物において、描写、説明、図解、あるいは組み込まれている形式如何に関わるものではない。」³⁵という規定に具現されている。また、アメリカ連邦規則37 C.F.R.202.1(c) (1992) にも、「タイムカード、グラフ用紙、会計簿、日記帳、銀行小切手、

³⁴ 前掲注33を参照。

³⁵ 訳注：和訳は白鳥綱重『アメリカ著作権法入門』（2004年・信山社）76頁を参照。

スコアカード、アドレス帳、レポート用紙あるいは注文用紙といったような書き込み用紙で、情報を記録するためにデザインされ、それ自体において情報を伝達するものではないもの」³⁶が著作権の対象ではない旨の規定が置かれている。

アイデアと表現を区別するということは、実際には判断の対象に、「著作権の保護を受けるもの」、「特許の保護を受けるもの」あるいは「パブリック・ドメインに属するもの」という異なるラベルを種類別に貼り付けることと同様である、といわれる³⁷。前述のように、各国の著作権法はアイデアと表現の二分法を採用しているのであるが、これは決して初期の著作権法の条文内に確立した原則ではない。例えば、「アン条例」には、学術の振興を奨励するために新しい著作物の創作とそれに対する複製の権利を保護すると規定されただけで、新しい著作物の定義については何も言及されていない。アイデアと表現の二分法の原則によれば、著作権法が後者のみを保護するものであり、アイデアは、全世界共通の財産であるとされる。つまり、創作性のある表現についてのみ著作権による保護を与えうるといふ趣旨である。著作物のアイデアと内容はひとたび公表されると、全世界の共有になり、著作物が享受できるのは、複製、出版を禁止するという財産的権利及び、署名権（氏名表示権）等の著作人人格権のみである。

中国著作権法もアイデアと表現の二分法を援用している。その第3条には、創作物の内容とそれが表現された形式により、以下のような8つの種類の著作物が例示されている。1. 文字による著作物、2. 口述による著作物、3. 音楽、演劇、演芸、舞踊、雑技芸術による著作物、4. 美術及び建築による著作物、5. 撮影による著作物、6. 映画の製作に類似する方法により創作される著作物、7. 工事設計図、製品設計図、地図、見取り図などの図形による著作物及び模型による著作物、8. コンピュータ・ソフトウェア。

(ii) 権利の専有とフェア・ユースー私権と公益の共生及び協力

知的財産権における公共政策指向は、知的財産権の権利者の権利に対す

³⁶ 訳注：白鳥・前掲注35・76頁

³⁷ 李響『美国版權法：原則、案例及材料』（2004年・中国政法大学出版社）55頁。

る制限規定に反映されている。そして、知的財産権の私権の性質が受けた制限からは、特定の時期における国の公共政策がそれら権利の守備範囲を画したということが窺える。著作権法におけるフェア・ユース法理の運用はその一つの典型例である。筆者の理解の限りでは、イギリスの1988年著作権法はフェア・ユースにつき最も詳しく規定した法典である。同法は、22もの条文により、かつ、6,000字余りの紙面にわたって詳細にフェア・ユースが適用しうる場合を定めている³⁸。

アメリカにおいても同様にフェア・ユースに関する規定が置かれている。アメリカ判事 Joseph Story が1841年に下した Folsom v. Marsh 判決は、アメリカで初めてフェア・ユースの法理につき述べた判決である。この判決は、著作権法の発展に対し重要な影響力を持っており、フェア・ユース法理につき以下の3つのファクターを提示した。「(1) 利用された著作物の性質と目的について。科学文化の発展と公共の利益を増進させるために、ある著作物を無許諾で利用した場合でも、作り出された新しい著作物は単なる真似でなく、創作的活動によるものでなければならない。(2) 利用された部分の量と価値について。著作物あるいは著作物の実質的部分を大量に利用することは許されない。(3) この使用が、利用された著作物の潜在的な市場ないし価値に与える影響の程度。新作と原作が同一の題材についての創作である場合が多いため、新作の出現が原作の販売市場に影響を与えて原作の収益が減ることになり、さらには原作に代替することになる恐れがある。そのため、経済的な影響を配慮しなければならない。」³⁹。この3つのファクターは、その後、アメリカの1976年著作権法第107条(17 U.S.C. § 107) に盛り込まれ、周知の「フェア・ユース条項」となった。この3つのファクターが「フェア・ユースの本質と限界」を物語っているものと解されている⁴⁰。1992年に、この3つのファクターにつき修正が行わ

³⁸ 1988年著作権法の28条から50条には、フェア・ユースに適用できる場合及びフェア・ユースに関する限定的条件が規定されており、一般規定、教育、図書館及び記録保存所、公共管理の四節に分かれている。

³⁹ 呉漢東等『西方諸国著作権制度研究』(1998年・中国政法大学出版社) 178頁。

⁴⁰ 梅臻「美国 Napster 案評析——兼論我国著作権法中的合理使用制度」法学2001年第5期。

れ、第4のファクターが加わり、フェア・ユース法理に関する立法及び理論研究が日々成熟してきた。アメリカ著作権法第107条は次のとおり規定している。

「独占権への制限：フェア・ユース

第106条および第106A条の規定にかかわらず、批評、解説、ニュース報道、教授(教室における使用のために複数のコピーを作成する行為を含む)、研究または調査等を目的とする著作権のある著作物のフェア・ユース(コピーまたはレコードの複製その他第106条に定める手段による使用を含む)は、著作権の侵害とならない。著作物の使用がフェア・ユースとなるか否かを判断する場合に考慮すべき要素は、以下のものを含む。

- ① 使用の目的および性質(使用が商業性を有するかまたは非営利的教育目的かを含む)。
- ② 著作権のある著作物の性質。
- ③ 著作権のある著作物全体に占める使用された部分の量および実質性。
- ④ 著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響。

上記の全ての要素を考慮してフェア・ユースが認定された場合、著作物が未発行であるという事実自体は、かかる認定を妨げない。⁴¹

以上のフェア・ユースに関する認定基準は、世界各国に広範な影響を与えている。中国著作権法においてもフェア・ユースという制度が設けられている⁴²。中国台湾地区の著作権法がアメリカ著作権法を参考にして定められたものであるから、フェア・ユースに関する規定は上記アメリカ著作権法の条文とよく似ている⁴³。また、アメリカ著作権法にあるフェア・ユ

⁴¹ 訳注：和訳は http://www.cric.or.jp/gaikoku/america/america_c1a.html#107による。

⁴² 中国現行著作権法(2001年改正)の第2章(著作権)第4節(権利の制限)第22と23条には、フェア・ユースについて詳細に規定されている。その内容は、個人の学習、研究又は鑑賞、教学又は学術研究、時事報道、少数民族の利益の保護のため等の場合が含まれている。また、フェア・ユースに対する制限も定められている。

⁴³ 中国台湾地区の現行著作権法が1998年に全面改正され、その第65条においてフェア・ユースに関する規定を設けた。「第65条(合理的使用)1.著作物の合理的使用は、著作物の財産的権利の侵害を構成しない。2.著作物の利用が第44条から第63条

一ス条項は、国際知的財産権公約についても重要な影響をもたらした。たとえば、TRIPs 協定第13条「制限及び例外」においては、「加盟国は、排他的権利の制限又は例外を、著作物の通常の利用を妨げず、かつ、権利者の正当な利益を不当に害しない特別な場合に限定する」という規定がある。そして、「権利者の正当な利益を不当に害しない」ことの解釈について、ある学者がWTOのある紛争解決パネルの解釈を引用し、以下のように述べた。『利益』の概念は、…所有権についての法的権利又は法的資格、あるいは、所有権（知的財産権を含む。）の利用又はそこから生まれる利益についての法的権利又は法的資格を包含することができる。『利益』は、潜在的損失又は潜在的利益に対する関心について言及することができるだけでなく、『より一般的に、自然人又は法人にとって何らかの重要性を持っていること』について言及することもできる。従って、『利益の概念は必ずしも実際の又は潜在的な経済的利益あるいは損失に限られるというわけではない』…。また、『合法的』という用語は、『法あるいは原則と一致すること、あるいはそれらにより認可されること、またはそれらに授權されることであり、合法的・正当的・適切なであること』、かつ、『正常的・規律的・認可された基準に一致すること』を意味する…⁴⁴。この解釈は実際にアメリカのフェア・ユースの4ファクターと一致している。

インターネット環境の下では、フェア・ユースが新しい問題に直面している。すなわち、インターネット技術の発展がもたらした私的複製の問題である。2004年5月25日に、ブリュッセルの地方裁判所は第2004/46/A号の緊急審理事件について審理を行った。事案の内容は次のとおりである。

までの規定またはその他合理的使用の条件に合致するか否かの判断は、あらゆる条件を考慮しなければならない、特に、次の各号に掲げる事項を判断の基準とする。(1)商業の目的若しくは非営利の教育の目的とするものを含め、利用の目的および性質、(2)著作物の性質、(3)利用される部分の実質と量および著作物全体を占める割合、(4)利用の結果が著作物の潜在的市場および現在価値に及ぼす影響。」とある(訳注：本条文の和訳は増山周訳『外国著作権法令集・台湾編』<http://www.eric.or.jp/gaikoku/taiwan/taiwan.html>によるものである。また、「中国台湾地区」という訳は、著者の理解を尊重するものである)。

⁴⁴ Yves Gaubiac, *Exceptions and Limitations to Copyright within the Meaning of Article 13 of TRIPs - WTO Rules on Copyright Exemptions*, Copyright Bulletin, Vol.2003 No.3.

原告は、ベルギーのショッピング監察消費者協会である。原告は、消費者利益の保護のため、4つのレコード会社に対し、その音楽CDに用いられているコピープロテクションの使用を停止し、また、プロテクションがかかっている音楽CDの販売を禁止するという命令を下した。原告は、プロテクションの使用が私的複製権を侵害すると主張した。これに対し、被告は、私的複製は著作権ではなく、著作権の行使に対する例外であると抗弁した。判決は、著作物の権利は一方では一種の財産権であり、他方では人格的権利も含まれている。著作権法第22条（著作権法第1章第5節：係争財産権に対する例外）「著作物が公表された後、著作者は、次の行為を禁止することができない。(1)……(5)家庭内の範囲で家庭内での利用を目的とする録音・録画に関する複製行為(6)漫画、パロディ又はパロディ的模倣及び限られた引用による評論」によれば、被告が主張した「例外」的複製をする際に、著作隣接権者の同意を得る必要がないということの意味だけである。これにより、私的複製は著作権侵害行為に該当しないこととなり、複製行為を行った者に対して責任を追及することができない。この意味では、私的複製は法律による一種の責任免除理由である。判決は、被告の著作権法第22条による抗弁を却下し、私的複製に関する報酬請求権についても言及した。判決は、著作権法第55条によれば、実演家、録音製品及び録画作品の制作者は、その著作物に対する私的複製行為（本法第1章第22条第5項と第46条第4項第1号（家庭範囲内の複製）に例示されている場合を含む）につき報酬請求権を有する。私的複製についての報酬が使用者が支払うべきという事実は、立法者が報酬の支払いと私的複製権との間に何らかの関係を築こうとする根拠となっていない。実際に、法律の規定によると、録音・録画機能を有する機器を購入する者は、私的複製を含む如何なる場合においても、著作権者に対し録音録画補償金を支払わなければならないとされている。そのため、著作権者への報酬と複製機器に対する使用状況とは、正しく対比していない。著作者と著作隣接権者への報酬請求権が導入されたことは、私的複製禁止権への補償ではなく、法律が認める例外への認可である。したがって、私的複製行為について報酬請求権を主張することは認められない⁴⁵。

⁴⁵ Tribunal de Première Instance de Belgique, Brussels: Copyright - Right to Private

世界各国の著作権法がフェア・ユース法理の内包については基本的に同様の立場に立っているものの、その外延については必ずしも同じような解釈をとっていない。具体的には、フェア・ユース法理の適用範囲の解釈につき、発展途上国では比較的に緩やかになっているのだが、他方、先進国ではより厳しい解釈がなされている。このことは、各国の経済、文化の発展水準及び社会全体の発展段階と密接に関係していると考えられる⁴⁶。経済及び社会の発展が相対的に遅れている国の中には、相当長い間、著作権法が実践されなかった国もある。著作権法が有効に実施されるための組織又は機構はもちろん、フェア・ユースの解釈及び適用さえ、これらの国では考えられないものであった。例えば、ネパールでは1965年に著作権法が制定されたが、1997年までそれが施行されていなかった。1965年よりすでに著作権法が存在しているにもかかわらず、1989年12月に著作権実施条例が頒布され施行されるまでは、著作権法がネパールで実際に実践されている様子さえ窺えなかった。政府であれ、著作権の専門家であれ、著作権法を実施することについては全く興味を示していなかったし、当時の著作権法あるいは著作権実施条例においても著作権侵害行為に対する救済手続の規定が置かれていなかった。そのため、著作権に関する行政管理は単なる簡単な著作権登録となり、当時のネパールでは、一度も著作権に関する訴訟事件が審理されていなかった。この背景のもとで定められた著作権法は、著作権に関する領域活動の実際の需要を満たすことができないと指摘された⁴⁷。2002年8月に、ネパールで新しい著作権法が施行され、1965年

Copying - Technological Protection Measures (May 25, 2004), Copyright Bulletin, Vol.2004, No.2.

⁴⁶ 郭禾「情報技術対著作権制度的影響」著作権1996年第3期。

⁴⁷ 1965年当時のネパールでは、著作物の創出を推進又は発展するための条件が存在しなかった。そして、そのような機構も設置されなかった。ネパールのラジオ放送が1951年から始まり、カトマンズにあるネパールラジオ放送局が短波によりラジオ放送を行った。当時は、テレビはいうまでもなく、ラジオ蓄音機も贅沢品であった。録音・録画機器を生産する産業が存在しなかったし、映画産業もまだ出現していなかった。また、印刷業は、発展し始めたばかりであったが、国外の著作者が出版した書籍がその大半を占め、自国の著作者の書籍はほとんどなかった。出版物に限られたため、国内の新聞・雑誌に対する需要は、海外からの輸入品に頼っていた。し

著作権法に取って代わられた。2002年著作権法により、裁判所が初めて著作権事件を受審することができるようになった。学術会議の中ではたまたま著作権侵害に関する事例を耳にすることができたのだが、実際に訴訟になったものは少なく、関連当局から受理が拒絶される可能性もあった。2003年9月にWTOに加盟する前に、ネパールは知的財産権に関するいずれの国際条約にも調印しておらず、植物品種育成者に関する権利、半導体集積回路の回路配置や地理的表示に関する法律、また、不正競争防止に関する法律も設けられていなかった⁴⁸。

著作権以外の、特許、半導体集積回路等の技術的分野においても、個人の学習あるいは研究について、フェア・ユースに類似する規定が存在する。例えば、中国の「集積回路配置設計保護条例」第23条第1項は、私的目的又は単に評価、分析、研究、教育等の目的のため保護を受ける配置設計を複製するときは、配置設計権利者の許諾を得ることなく、対価を支払わずに行うことができることを規定している。

(3) 権利の適用除外範囲を直接規定すること

(i) 著作権の及ばない範囲を直接規定すること

前述したように、著作権法はアイデアについて完全に無関心なわけではないが、アイデアと表現の二分法は著作権法上一つの重要な原則である。各国の著作権法においては、一般的に著作権の適用除外規定が定められている。例えば、アメリカ著作権法は、著作権による保護は、政府の著作物には及ばないと規定している。同法101条は、『合衆国政府の著作物』とは、合衆国政府の公務員または被用者がその公務の一部として作成する著作物をいう」と定義している。第105条は、「本編に基づく著作権による保護は、合衆国政府の著作物には及ばないが、合衆国政府は、譲渡、遺贈その他によって合衆国政府に移転した著作権を受領し、保有することを妨げられない。」とある。国会の立法理由には、「第105条を定める趣旨は、合衆国政府のすべての著作物をパブリック・ドメインに置くことにある」と説明されている。また、この規定は、1909年アメリカ著作権法第8条「…

かも、著作権はネパールの国家図書館が管理していた。Pustun Pradhan, *Copyright Law in Nepal*, Copyright Bulletin, Vol.2001, No.3を参照。

⁴⁸ Pustun Pradhan・前掲注47を参照。

合衆国政府の出版物は著作権を得ることができない」という規定に遡ることができる。

(ii) その他の法律により特定の著作物の出版を禁止すること

経済的状況、労力等の制限のため、著作者が自己の著作物を大量複製して市場ニーズを満足させることは困難であり、出版者を介してその著作物を読者へ伝達する必要がある。このような経済及び産業チェーンの背景の下、著作物を公表しうるかどうかということは、著作者の経済的権利について極めて重要である。

大多数の国は、出版活動について法律により規制を設けている。これは、一見、著作者の著作権とは直接に関連しないもののように見えるのだが、実際にはかなり重要な関係を有している。2002年2月1日に施行された中国の「出版管理条例」が二つの側面から国家政策の立場を表明した。まず、同条例の第26条について、総体的に言えば、この条文は、出版物の範囲を制限するという裏面から禁止する立法方式を採っている⁴⁹。そして、第27条も同様の立法方式を採っている。すなわち、「未成年者を対象とする出版物は、未成年者に公序良俗に反する行為または違法犯罪行為を誘発する内容を有してはならず、恐怖、残酷など未成年者の心身健康に危害を及ぼす内容を有してはならない。」とある。

これに対し、同条例第49条は正面から国家の出版政策を明らかにしたものである。すなわち、「国家は以下に記載する優秀、かつ重要な出版物の出版を支持、奨励する。(1) 憲法に定められている基本原則の解釈、宣伝に重大な役割を果たすもの (2) 人民にとって愛国主義、集団主義、社会

⁴⁹ 第26条によると、「いかなる出版物にも以下に記載する内容を掲載してはならない。(1) 憲法に定められている基本原則に反すること (2) 国家の統一、主権および領土の完全性に危害を及ぼすこと (3) 国家の秘密を漏洩し、国家の安全に危害を及ぼし、または国家の栄耀および利益を損害すること (4) 民族遺恨、民族差別を扇動し、民族団結を破壊し、または民族風俗、習慣を侵害すること (5) 邪教および迷信を宣伝すること (6) 社会秩序を攪乱し、社会の安定を破壊すること (7) わいせつ、賭博、暴力または犯罪示唆を宣伝すること (8) 他人を侮辱、誹謗し、他人の合法的權益を侵害すること (9) 公序良俗または民族の優秀な文化伝統に危害を及ぼすこと (10) 法律、行政法規が禁止するその他の内容を有すること。」とされている。

主義の教育および公序良俗、職業道徳、家庭美徳の高揚に重要な意義をもつもの (3) 民族の優秀な文化の高揚、国内外の新しい科学文化成果の随時反映に対し重大な役割を果たすもの (4) 重要な思想価値、科学価値または文化芸術価値をもつもの」である。中国は多民族国家であるから、各地域の経済文化の発展において著しい相違が存在しており、各地域間の文化の差異を縮小するために、同条例の第50条において、以下のような奨励政策が採用されている。「国家は教科書の出版、発行を保障する。国家は少数民族の言語文字出版物および点字出版物の出版、発行を扶助する。国家は少数民族地域、辺境地域、経済未発達地域および農村での出版物の発行に対して優遇政策を実行する」とある。これは著作権法に定められている著作者の公表権に対する強制的な制限規定であり、公表権の行使の範囲を画定したものである。

(iii) 特許を受けることができない対象を直接規定すること

大多数の国の特許法には、特許の対象とならないものについて規定が置かれている。このことから、各国の特許領域についての政策的立場が反映されているといえる。

例えば、(既に廃止された) イギリスの1949年特許法は、特に医療処置方法について、条文により特許の対象外として排除していなかったが、長い間、医療処置方法に関する特許出願については、「製造方法」に該当しないことを理由に発明に属しないと認定され、特許を取得することができなかった。1975年に Eli Lilly and Company が出した特許出願には、いくつかの化合物が明らかに抗炎の効果を持ち、人間の疾病の治療に適していることが発見された。しかし、裁判所は、「医療処置方法についてのクレームを認めることができないことは従来立場であり、国会が1949年法を議決した趣旨からも、本件の特許出願について認めることはできない。医療処置方法を排除する理由は理論上の考慮というよりも、道徳に基づいた判断というべきである。」と述べた。現行法において医療処置方法の特許性につき何らの規定も置かれていないことから裁判所が当該医療処置方法の特許性を否定したというより、むしろ裁判所が公共利益の保護者の役割を果たしたというべきであろう。判決が「理論上の考慮よりも道徳に基づいた判断」と述べた点は、この立場を明白に示したものである。特許領域内における道徳問題は医療、生物技術等の分野のみに存在するわけではな

い。例えば、イギリスとケニアは、最近、道徳上の考慮から地雷の技術に関する技術につき特許を拒絶することになった⁵⁰。また、中国の特許法第25条は、「1. 科学的発見 2. 知的活動の規則及び方法 3. 疾病の診断及び治療の方法 4. 動物及び植物の品種 5. 原子核変換の方法により得られた物質」については特許権を付与しないと規定している。ただ、動物及び植物の品種の生産方法についてはこの限りではない。また、日本の特許法第32条は、公の秩序、善良の風俗又は公衆の衛生を害するおそれがある発明については、特許の要件の規定にかかわらず、特許をうけることができないと定めている。日本の実用新案法第4条は、公の秩序、善良の風俗又は公衆の衛生を害するおそれがある考案については、実用新案登録の要件の規定にかかわらず、実用新案登録を受けることができないと規定している⁵¹。

(4) 権利濫用の防止に関する条項の設置

権利濫用に対する防止手段に関しては、知的財産法においては良い制度設計がなされている。例えば、TRIPs 協定には、申立人の担保制度が設けられている。第52条は、申立人の証明責任を規定している。すなわち、「前条の規定に基づく手続を開始する権利者は、輸入国の法令上、当該権利者の知的所有権の侵害の事実があることを権限のある当局が一応確認するに足りる適切な証拠を提出し、及び税関当局が容易に識別することができるよう物品に関する十分詳細な記述を提出することが要求される。権限のある当局は、申立てを受理したか否か及び、権限のある当局によって決定される場合には、税関当局が措置をとる期間について、合理的な期間内に申立人に通知する。」とされている。第53条第1項は、「権限のある当局は、申立人に対し、被申立人及び権限のある当局を保護し並びに濫用を防止するために十分な担保又は同等の保証を提供するよう要求する権限を有する。担保又は同等の保証は、手続の利用を不当に妨げるものであってはならない。」と規定し、申立人が保証金を提供する義務を明らかにした。

⁵⁰ 前掲注24参照。

⁵¹ 第3条第1項柱書きは、「産業上利用することができる考案であって物品の形状、構造又は組合せに係るものをした者は…、その考案について実用新案登録を受けることができる。」と規定している。

これらの規定により、税関当局による物品の解放の停止を申し立てる権利者と被疑侵害品の所有者、輸入者又は荷受人との間に合理的な均衡性が形成されることになる。さらに、申立人の権利濫用により正常な貿易が害されることを予防することができると同時に、知的財産権侵害品が恣意的に国外に流通されることを阻止することにより、権利者の経済的損失を避けることができる⁵²。

(5) 知的財産権国際条約の選択——加盟するか否か及び何に加盟するか

主権国家が知的財産権に関する国際条約に加盟するに際して、公共利益に関わる規定を留保することは、国家が知的財産権保護と公共政策との選択に対する態度の現れである。憲法及び法律の中には公共利益を保護する規定が置かれているが、主権国家における公共利益及び公共政策が不明確な概念ではなく、具体的な制度内容を有し、特定の時期の政策方針を反映するものである。このことは、アメリカの国際条約への加盟に対する態度により裏付けることができる。2000年7月17日から19日まで、世界銀行が市場制度への検討という夏季シンポジウムを開催した。同シンポジウムにおいて、カリフォルニア大学ロサンゼルス校 B. Zorina Khan 教授は、「アメリカにおける知的財産権制度-初期の発展との比較-」と題する報告を行った。これによると、アメリカ最高裁判所と国会が、知的財産権制度を如何に技術の発展に対応させるべきかにつき様々な討論を行い、知的財産権と各国の立法との調和をも考慮したのだが、皮肉なのは、アメリカが大多数の国の著作物となる素材に対しては、「知識の略奪者」(an intellectual plunderer) という不名誉の役を演じており、特許制度一体化運動の推進につき積極的でない国であるという批判を受けたことである。そして、1891年に、アメリカはようやく外国人の著作権の保護について法改正を行った⁵³。1989年に至るまで、アメリカがベルヌ条約への加盟を拒絶していた理由としては、ベルヌ条約の著作権保護レベルが自国の国内立法のそれよ

⁵² 鄭成思訳「世界貿易組織協定中<与貿易有関的知識産権協議>」『WTO 知識産権協議逐条講解』(2001年・中国方正出版社) 193頁以下。

⁵³ Kenneth L. Sokoloff, B. Zorina Khan, *Intellectual Property Institutions in the United States: Early Development and Comparative Perspective*, The Journal of Economic Perspectives, Vol. 15, No. 3, 2001.

り高いということにあり、ベルヌ条約に加盟することは、アメリカ自身に不利であるからである。しかし、これにより、アメリカの出版物は外国の著作権により保護されないという結果を招来し、アメリカが蒙る損失は日々深刻になってきた。そして、このような利害得失を衡量したところ、アメリカには、もう一つの国際著作権組織を創立するという考えが芽生えた。アメリカの要求のもとで、国連教育科学文化機関（ユネスコ）が1952年にジュネーブで50ヶ国の代表が参加した政府間会議を開いて「万国著作権条約（ジュネーブ条約）」の締結を提唱した。この条約が1955年9月に発効し、その後、1971年に一度パリで改正が行われたことがある。万国著作権条約は、著作権保護の要求がそれほど強力でない国家に対しても一つの国際保護の選択を提供した。1990年1月までに、既に81カ国がこの条約を批准した。これは同じ時期にベルヌ条約を批准した国の数とかなり近いものである。したがって、万国著作権条約は著作権の保護レベルの低い国にとってかなり魅力的であることが判明した⁵⁴。以上の事例から、国家が国際条約へ加盟するか否か及びどの国際条約へ加盟するかは、国家の公共政策の選択による結果であり、完全に知的財産権の権利者の私権を保護するという考慮に基づいたものではないということができよう。

知的財産権の歴史に関する考察を通じて、「知的財産権が社会の構造の中で発展・発揮した機能の特徴は国によって異なるものではないということが窺える。イギリスの産業革命とアメリカの発展がそうであり、近代化している中国もまさに同じ特徴を有するのである。これは、当面、社会構造のモデルチェンジを促進しようとする中国社会にとっては、現実的な意味を有している」と指摘される⁵⁵。しかし、各国が異なる歴史時期において知的財産権制度につき採った立場からすると、結論は決してそうではない。なぜなら、この結論は別の結論を招くからである。すなわち、知的財産権はすべての国家のあらゆる時期において同様の機能を発揮しているにもかかわらず、このことは各国の経済基礎、発展段階及び発展の方向に符合しないものである。この点につき、イギリス知的財産権委員会は、発展途上国が先進国の知的財産権立法とその法執行の措置を盲目的に参考

にすべきでないこと、自国の発展段階と発展水準に適合する知的財産権の法律制度を創設すべきことを提案した⁵⁶。この提案は、発展途上国が知的財産権国際条約に加盟するか否か、また、どの保護レベルの知的財産権条約に加盟するかについての同委員会の立場を明らかにした。現在、各国の知的財産権制度がそれほど大きく相違しないことは、経済発展の結果によるものというより、むしろ各国による知的財産権国際条約に対する公共政策の選択の結果であるというべきであろう。各国が国際条約について最終的に選択した結果、各国の知的財産権制度は国際知的財産権条約の下で強力かつより永続的な類似性を持つことになったのである。

三 本稿の結論—知的財産権と調和する私権及び国家公共政策

知的財産権の私権的性質がTRIPs協定の序文に述べられているからといって、その意味は国際条約の限られた紙幅内に止まっているわけではない。そして、当該命題に対する理解も国際条約の本文と国内立法のみに限定されるべきではない。この大きな命題を、具体的な国家と具体的な権利形態の文脈で解析し、知的財産権制度が最初に生まれた歴史的背景、社会の経済条件及び利益の争奪の過程に還元する必要がある。知的財産権に関する思想及び制度がどのような状況下で誕生し、変遷しそして発展してきたか。この過程が、知的財産権の私権的性質に多重の側面をもたらしただけでなく、知的財産権の性質を理解するために多重の視点が必要であるということをも示唆した。アメリカ合衆国憲法の父と称されるジェームズ・マディソンが「独立新聞（Independent Journal）」へ投稿した文章の中において以下のように言及した。「ニューヨーク州人民へ。第4類には下記の各種の権限が含まれる。——科学及び技術の発展を促進するために、著作者及び発明者にその著作及び発明について期限付きの特許権を付与する権限。この権限の有益性は疑問のないところである…」⁵⁷。この考え方がアメリカ憲法第1条第8項（8節）に織り込まれ、連邦議会が、「著作者および発明

⁵⁶ 前掲注24を参照。

⁵⁷ 漢密爾頓=杰伊=麦迪遜(A.ハミルトン=J.ジェイ=J.マディソン)著・程逢如等訳『聯邦党人文集（ザ・フェデラリスト）』（1980年・商務印書館）220頁。

⁵⁴ 陳謀勇「中外著作権立法の縦向考察」杭州大学学报1991年第2期。

⁵⁵ 金海軍『知識産権私権論』（2005年・中国人民大学出版社）16頁。

者に、一定期間それぞれの著作および発明に対し独占的権利を保障することによって、学術および技芸の進歩を促進すること」を目的に立法する権限を有するという規定になった。そして、アメリカ特許法は、上述した憲法上の規定に基づいて制定されたものである。また、アメリカの元著作権登記官補佐（former Assistant Register of Copyrights）Richard De Wolf氏は、著作権法の立場から上記の観点について論証を提供してくれた。「著作権法の進歩は一つ一つの革命によるものではなく、多くの連続した段階にわたって達成されたものである。これは都市の成長と非常に類似しているものである。時間が経つにつれて、一部の建築物が取り除かれなければならない、残りの部分は他の用途に用いられることになる。ただ、都市の設計はそのまま保留され、よって、その偉大な歴史構造も保存される。このような都市の改造過程に鑑み、建築学を一つの類推として用いて『偉大な歴史構造』を論評するか、あるいは、それらがなぜ適応的に再利用されるかを探求することは非常に有益である⁵⁸」。

まず、ミクロ的かつ静的な側面からみると、知的財産権の私権的性質が才能のある人に創作活動へのインセンティブを与えている。このことは、法律及び条約の文言に反映されている。つまり、権利者が、自己が一定の行為をすることができる、あるいは他人に一定の行為をするように求めることができるということは、授権性のある規範を通じて実現される。これは、「特許制度は天才という炎に利益という油を注ぐ」という言葉や「インセンティブ理論」等の理論として現れている。

次に、都市の躍進と企業の出現という歴史過程から考察すれば、知的活動の主体は次第に個人の創造から集団の創造へと進展・変化していくものである。知的財産権も次第に労働契約、職務著作や職務発明という規定の形態を通して企業に集中してきている。これにより、知的財産権の私権的性質における法人財産権の基礎が打ち立てられ、個人による創造と国家競争力との間において中間的形態が構成される。そして、会社・企業レベルにおいては、企業の知的財産権戦略として表れている。知的財産権の私権

⁵⁸ De Wolf, Richard C. (Richard Crosby). *An outline of copyright law*, Boston, Mass. JW Luce. [c1925] Site from: William F. Patry, *Copyright Law and Practice* (Vol 1), BNA BOOKS, 2000, p. 3, footnote 5.

的性質の外部化は、知的財産権の使用許諾、譲渡あるいは出資により達成されている。また、知的財産権の保有数が企業の競争力を評価するための重要な指標となった。例えば、全世界の大手製造業の上位500社が同時に知的財産権保有数の最も多い500社でもある。大量の特許を持っているのであれば、同業者から追い抜かれにくい巨頭になり、著名商標を持っているのであれば、たとえ一度破産しても迅速に立ち直ることができるかもしれないと考えられる。

第三に、産業の発展とグローバルな市場競争の視点から、知的財産権はすでに国家経済競争力を評価するための指標となっている。産業における利益紛争は一旦国際レベルまでに拡張される場合、市場規則の制定に国家の参与が必要となり、国家が自国産業の利益代表者として国際交渉に参加するように求められるのである。このような状況下で、知的財産権の私権的性質が国家レベルまで展開される。これは、主権又は領土の保全の国家に対する意義とは次元が異なるものであるが、知的財産権の背後にある経済的利益と国家の経済上の職能とは強く繋がっている。

政治的な権利を発揮できる空間が存在しなければ、私権は単に法律の条文に止まる空想に過ぎない。私人間の取引を単純に市場競争に任せておくと、非競争的な財である知的財産の供給問題を上手く解決することができないから、公共財の不足により新しい創造へのインセンティブの不足という問題をもたらしかねない。すでに指摘されたように、「歴史に関する各種の統計資料において常に強調されていないにもかかわらず、すべての知的財産法はそれらが存在している社会及び経済政治環境下の産物であるということができる。⁵⁹ 政策的要素こそが知的財産の産出を促し、知的財産権の出現及び拡張のため、その権利の客体という基礎を固めるとともに、知的財産権制度の政策目的も決定されることになる。200数年前のアメリカ合衆国憲法の知的財産権条項から今日の後発国の知的財産権立法まで、政策目標が例外なく各国の知的財産権立法の基礎として位置づけられている。

立法の文言に定められている権利者の具体的権利ではなく、最も無視さ

⁵⁹ Alison Firth, Introduction, *Prehistory and development of intellectual property system*, Sweet & Maxwell, 1997, p. 3.

れがちな政策的要素こそが知的財産権の性質を決定したのである。ただし、政策的・道具的な性質は決して知的財産権の唯一の性質ではない。政策という道具により単に外部にある限定した角度から知的財産権の性質を解釈するに過ぎないと考えられる。「アン条例」から「EU データベース指令」まで、そして、「ベルヌ条約」から「TRIPs 協定」までのすべての法律の背後には巨大な利益団体が存在する。彼らが国家の経済政策と産業政策を推進する一方、自己の競争利益を国家利益のレベルまで挙げることにより法律の制定を促進するのである。これは、知的財産権分野だけでなく、他の分野についても当てはまることである。利益団体の政治に対する影響が日々強くなっていくことは、現代の政治発展の重要な特徴の一つであるといえよう。そのため、ある政策が成功し支持を得ることができるか否かということは、利益団体の損益状況と大きく関わるものである⁶⁰。

実際のところ、政策決定者は往々にして利益団体に左右されがちである。なぜなら、政策決定者が再選を望むことは通常であり、利益団体からの支持を得ることが必要である。したがって、特定の利益団体の要望に迎合するために、決定者は自分の観点と立場を調整せざるを得ない時がある。政策は社会の中にある多くの社会団体の「放出と吸収」(give-and-take)の

⁶⁰ 利益団体は政策に影響を与える能力を持つか否か、また、当時の立法背景下における利益の享有者であるか否かは、国家の知的財産権の政策の形成と法律制度の容貌にとって強い影響力を有する。例えばインド、ブラジルの製薬会社がアメリカ等の国の薬品を大量に模倣したという問題は GATT 交渉の際に一つ論争の焦点になった。発展途上国の代表は、国家が公衆衛生に関する財政支出を節約し、国民の健康に関する権益を保障するために、強制実施権によりアメリカ等の国家のプロパテントによる保護のもとで製薬会社が大量の特許を持つことを防ぐことを要求した。健康に関する権益が基本的人権であり、財産権としての知的財産権より重要視されるべきであると主張した。これに対し、先進国は特許権侵害が窃盗行為と異ならないものと反論したが、交渉の最終的な結果として、TRIPs 協定の中に公共危機を防ぐための例外規定を導入することとなった。これに鑑みれば、国際知的財産権制度は利益衡量による最終的な結果であり、国際レベルの利益団体間の争いのみならず、国内の個々の利益団体の利益要望をも含んでいる。Carlos M. Correa, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPs Agreement*, Oxford, 2007.

結果であるため、政策の優劣を判断する基準もそれにより変わってくる。一つの良い政策の基準は政策制定者の同意である。確かに、民主主義がより多くの人に同意・支持されてきている時代においては、公衆の支持を得ない政策は、その実行に際して多くの抵抗と困難に直面することになる⁶¹。これは、国内法に利益団体の権利の保護が定められると同時にその権利に対する制限も定められることの重要な原因となる。この分析により、なぜ知的財産権国際条約に、一方で先進国の利益団体の権利保護に関する規定が置かれるとともに、他方では、加盟国に対して公共目的のために権利に対する制限を定める権限が付与されるかということの説明することができる。国家は産業利益の代表者として、これらの利益要求を国家法律に転化させ、利益団体の権利と救済の手続を定めた。しかし、国家が同時に公共利益の代表者と擁護者であるから、知的財産法の条文の中に知的財産権の権利者の具体的な権利の内容だけではなく、権利に対する制限規定も置かれたわけである。正当な権利行使が規制されるというより、むしろ知的財産権の有する政策的道具という性質がこの結果を導いたのである。権利者の一方向的な私権が単に権利の性質の一つの側面を解釈するに止まっているのであり、政策の道具という解釈の弾力性と包容性はより理論的かつ実践的な説明力を有している。本稿の初めに提出した三つの設問に戻ると、各国が政策を決定する際に直面した社会の経済条件が異なっているため、知的財産権についての立場も不一致であるといえる。異なる時期における知的財産権に存在する各方面の利益について国が採った立場にも一定の相違が存在し、その他の国の知的財産権及び権利者についての態度も次第に変遷してきた。アメリカが建国初期に外国の著作者と外国で出版された著作物を保護しないという態度と、現在、知的財産権という太い棍棒を振り回し、他の先進国と共同で WTO を創立し国際知的財産権条約を締結して自国の知的財産権を守ろうとする立場との不一致は、単に知的財産権が私権的性質を有するというのみにより解釈することができるのではない。イギリスとアメリカが自国の自由市場及び自由貿易の政策を通して、世界経済をリードする地位に至っているといわれている。しかし、

⁶¹ Amitai Etzioni, *Mixed-Scanning: A "Third" Approach to Decision-Making*, *Public Administration Review*, Vol. 27, No. 5, 1967.

実際に、両国はかつて自国産業に対する保護及び損失補填政策に最も力を入れた国であるといえよう。流行の神話と逆に、イギリスは自国の工業を推進するにあたって、最も強力な政策の行使者である一方、いくつかの領域では開拓者でもある。しかしながら、これらの国が一定の発展段階へと至る際に、知的財産権を利用して発展途上国との経済格差を引き離そうとしている。これは、まさにロンドン政治経済学院の韓国系教授である張夏准（Ha-Joon）が指摘した「先進国は発展途上国が彼らに追いつくために登っている梯子をはずそうとしている」⁶²ということであろう。

知的財産権の経済価値及びその国民経済における地位が次第に際立つにつれて、各国の国家政策の立場も変化してきた。知的財産権に関する法律の改正は、このような変化を反映したものである。例えば、2006年に日本の刑法は、他人の情報を窃取する犯罪行為に対して、他人の財産を窃取する場合と同様に10年以下の有期懲役を課すという罰則を設けた。これにより、日本は知的財産権犯罪に関する罰則が比較的に重い国家とみなされることとなり、活発な議論がもたらされた。東京大学中山信弘教授は、この改正は完全に政治により主導されたものであると批判した⁶³。この刑法の一部改正は、日本政府が提唱した「知財立国」の背景下で行われたものであり、その背後にある政策的目的が改正の要因となったことは、理解し難いものではない。最近、中国でも刑法の一部改正が行われ、知的財産権犯罪に関する刑事責任が強められた。しかし、その改正の背景として、中国の場合は、中米知的財産権交渉の結果により受動的に刑事法律制度を改正したのであり、日本のように主導的な立場で刑事責任に関する規定を改正したわけでない。これは国家の知的財産権政策が受動的に変更されたことによる立法の変遷である。アメリカは2007年4月10日にWTOに対し、中国における知的財産権の刑事上の保護が不十分であると申し立てた。各界ではこの申立行為に対する評価がまちまちであり、アメリカ国内においてさえ、批判の声が存在する。中米間において新しいラウンドの知的財産権交渉がすでに進行しており、その結果は、必ず中国の知的財産権立法、

司法及び行政における法律執行に新しい変革をもたらすと信じている。本稿の結論もこの新しい変革という別の視点から裏付けられるであろう。国家立法のレベルからして、そもそも完全に私権としての、純粋な意味での知的財産権というもの、このような私権を完全に保護する知的財産法は存在しない。われわれの目の前に示されているものは、政策が選択されたことによる結果である。知的財産権は国家政策という性質を有するため、ここ200数年間、他の法律領域では類を見ない頻繁な変化が起きている。世界各国の同一の時期における知的財産権、また、一つの国家の異なる時期における知的財産権の立法には大きな相違が存在するものの、政策の融通性という特徴と法律の安定性との間に抵触が発生する場合、各国が法律の改正により決着を付けることは一致している。ハリウッド（Hollywood）映画のように、観衆に見せる部分は編集された後のものであり、映画のシーンは映画監督の意志と構想により決められたものである。観衆はそのシーンについてそれほど関心がないか、あるいは、全く興味を持っていないかもしれないが、監督の決定が確かに存在し、しかもそれが映画の最終的構成を決定したのである。シナリオ作者、映画監督や映画の製作者が映画の背後に隠れているように、法律条文の背後にも同様に利益団体、国家及び公共の利益が絡み合っている。このことを知的財産権と知的財産権制度に類推することは、更に意味深い方法論的な意義を有すると考えられる。

今や世界各国が自国の知的財産法制度を改めて考察し、新しいラウンドの法改正を積極的に整備しているところである。TRIPs協定の文脈のもとでは、以下の問題が再度提起された。すなわち、なぜ各国の経済と社会の水準が異なっているにもかかわらず、すべての国が知的財産権を保護しなければならないのか。そして、知的財産権は一体どのような性質を有する権利であるのか。特に後者に関しては永遠に検討し続けられる問題であろう。世界知的所有権機関は後者の問題につき以下の二元的な説明を提出し、知的財産権の政策的性質を肯定した。「各国が法律により知的財産権を保護する主要な理由は二つある。まず、創作者のその創作についての精神的・経済的権利、及び、公衆がそれらの創作を利用する権利が法律の文言により述べられていることにある。次に、政府の政策という意識的な行動

⁶² 張夏准著・王曉蓉訳・賈根良校「踢掉梯子：新自由主義怎樣改写了經濟史」經濟学消息報2005年5月27日。

⁶³ 中山信弘「知的財産権制度改革の経緯と課題」ジュリスト1326号3頁（2007年）。

として、創作者の知的活動及びその知的活動の成果の普及と活用を促進し、経済及び社会の発展に貢献する公正な取引を奨励することにある」⁶⁴。絶えず変化していく社会生活の中で、法律は時代とともに進化しなければならないものである。我々が改正を繰り返す知的財産権立法の結果のみに注目し、立法背景にある政策衡量の経緯を無視してしまうと、制度の操作面に立ち止まることになり、真の知的財産権制度の核心を理解することはできないに違いない。

[付記] 本稿は、筆者が参与している中国教育部人文社会科学重点研究基地重大项目「知識産権基礎理論研究」の中間成果である。本稿のタイトルと本稿の視点は、本誌のタイトルである「知的財産法政策学研究」から示唆を頂いたものである。本稿の一部の内容は、中南財經政法大學吳漢東校長の懇切丁寧なご指導のもとで完成した中国人民大学法学院博士論文から抽出したものである。また、本稿は、筆者の北海道大学大学院法学研究科での研究成果の一部でもある。2007年5月19日付けのCOE研究会・知的財産法研究会での報告にあたって、田村善之教授、長谷川晃教授及び・田広志准教授からご指摘ならびに貴重な助言を頂いた。ここに記して、厚く感謝の意を表したい。そして、報告当日に翻訳を務めた劉曉倩研究員、有益な質問を頂いた北海道大学大学院法学研究科博士後期課程山根崇邦氏及び韓国特許庁審査官・北海道大学大学院法学研究科修士課程の李京林氏にも感謝し上げる。さらには、北海道大学大学院法学研究科 COE の優れた環境での滞在中、COE 研究員・研究支援員の方々に大変お世話になった。ここに改めて COE 関係者の皆様に謝意を申し上げる。

⁶⁴ World Intellectual Property Organization, *WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*, Geneva, WIPO Publication, 2001, p. 3.