

この論文は、2008年3月発行予定の「知的財産法政策学研究」第20号に掲載される、田村善之「知的財産法政策学の試み」のドラフトです。

知的財産法政策学の試み

北海道大学法学研究科教授 田村善之

1 知的財産権の正当化根拠

1) 自然権論対インセンティブ論

知的財産権の正当化根拠に関しては、一方の極には人は自ら創作したものに当然に権利を持つという自然権論があるが、他方の極には、過度のフリー・ライドを許容してしまうと、セカンドランナーである模倣者の方が過度に有利となり、ファーストランナーとして知的財産の創作に投資しようとする者が過少となるおそれがあるので、それを防ぐために一定のフリー・ライドを禁止するのだと考えるインセンティブ論があり、対立している<sup>(1)</sup>。

2) 二つの自然権論

Locke の労働所有論

知的財産権の自然権論としては、人は労働によって作り出したものを所有するという John Locke の労働所有論が引き合いに出されることが少なくない。

しかし、第一に、Locke の議論は、神は利用させるために自然という common(共有物)を人に与えたということを前提としており、ゆえに、これが腐敗する前に人が労働により自然から区別した物について、その利用のために所有権を主張しても common に関わる他者の同意を必要としないという命題を前提としている<sup>(2)</sup>。知的財産の場合には、一人の者しか占有しえない有体物と異なり、知的財産権という形で他者の利用に対して排他権を主張できなくても、自ら知的財産を利用することは可能であり、それで腐敗することもないのであるから、この前提自体が成り立たないように思われる。

くわえて、第二に、Locke の労働所有理論は、人は person(自己)に対する所有権(property)を有している以上、自己の身体による労働と自己の手による作業もその人のものといってよいという論理の展開に基づいている。しかも、そこにいう自己所有の原理は、自己以外の者はこの person に対して権利を主張しうるものではないと言い換えられている<sup>(3)</sup>。そうだとすれば、知的財産権は、他者の身体の活動の自由を直接、制約する権利なのだから、これを認めるということは、労働所有論が拠って立つところの自己所有の原理に矛盾することになるだろう。ゆえに、この意味でも労働所有論をもって知的財産権を根拠づけることは困難であるように思われる<sup>(4)</sup>。

Hegel の精神的所有権論

自然権論の別のタイプのものとして、知的財産は創作者の人格の表出物であるから当然に保護されるという人格的利益もしくは人格権に基礎を置くものも存在する。

もっとも、著者の自由の意志の表出としての所有を認めるとともに、有体物(ex. 本)の譲渡

後も著者の精神につながる無体物としての作品に対する権利を留保するという形で精神的所有権論<sup>(5)</sup>を説いた Georg Wilhelm Friedrich Hegel は、他方でそれにより学問や芸術が促進されることになるという議論で自説を補強し、さらに他人の著作物をまるごと複製するのではなく、その内容を借用するに止まる行為は許されるとするなど、著作物の利用者側の自由にも配慮していた<sup>(6)</sup>。

一般的に、Hegel は自由な意志の表出に財産権を認める。その理由は、精神世界において自由意志を有する人が外的な物質世界において生活をしていく場合、必然的に外界についての決定を下さなければならないところ、外界を自己のものとする自由意志の決定が最初に具現化したものが財産権であると理解するところに求められている<sup>(7)</sup>。自由意志の主体である人が社会的なコンテキストにおいて生活を営む以上、財産権は不可欠なものであるから、財産権が否定されるところでは、自由な意志もありえないと考えられているのである<sup>(8)</sup>。

しかし、外界である以上、自由意志は精神世界におけるそのままの形では貫徹しうるものではない。そこには他者の自由意志の表出である財産権が存するからである。自己の財産が他者の財産と関係する場合には、他者に配慮して自己の財産の利用が制約されざるを得ない。そしてそのような調整を行うのが、社会政策の任務の一つである、という<sup>(9)</sup>。

知的財産権にとってはこのことは決定的な意味を有するようと思われる。自由意志を有する人格が物質的な社会である外界において生活するためには、物質の利用に対する財産権があれば足り、それ以上に他者の自由を制約する知的財産権が必要不可欠ということはないはずである。かえって、知的財産権は、他者の自由意志の表出である財産権の行使と衝突するから、自由意志の表出であるということのみを根拠に知的財産権を絶対的な権利として観念することは困難であるといわざるを得ない。Hegel が、著作権を正当化するために、自由意志の表出という論拠以外に、学術や芸術を促進するというインセンティブ論と評しうる論理をも持ち出したうえ、パブリック・ドメインに配慮したのは、論理的にそうすることが必然だったからであるように思われる<sup>(10)</sup>。

### 3) 知的財産権の特徴と厚生

ところで、知的財産権は無体物に対する権利といわれることがあるが、しかし、いうまでもなく知的財産権の対象とされる「知的財産」は有体物たる物とは異なる。その意味で、情報に対する権利という言い方は間違いではないが、ここにいう「情報」の意味が問題となる。知的財産権が対象とする「情報」は人の行動のパターンである。知的財産権は人の行動のパターンを規制する権利なのだから、そのような権利を認めることによって、人の行動の自由が制約されているのである。しかるに、それを情報に対する権利ということでモノ like に考えて、そのようなモノに対して権利が発生しているに過ぎないと安心してしまい、それによって人の行動のパターンを切り取られているのだということを忘却することがあってはならない。知的財産権とは、物理的には自由になしうる人の行動のパターンを法的に人工的に制約する特権(privilege)でしかないのである<sup>(11)</sup>。

このように、知的財産権が他人の自由を制約する権利であるとする、人が何かを創作したという命題だけで、広く自分以外の他者の自由を制約することを正当化することは困難ではないかということは、Locke や Hegel の議論を例にとって既述したとおりである。

知的財産権の正当化根拠は、それが一人権利者自身の利益ではなく、より広く多数の者の利益に資するという観点を入れざるをえないように思われる。つまり、フリー・ライドをある程度、防がないと、知的財産を創出しようとする者が過度に減少し、一般公衆が不利益を被るという厚生ないし効率性の観点をもち出さざるを得ないのではなかろうか<sup>(12)(13)</sup>。その場合、人がなにかを創作したという命題は、厚生ないし効率性を理由に創設の意義が積極的に示された知的財産権によって他人の自由を制約することを正当化する消極的根拠となるに止まるように思われるのである<sup>(14)</sup>。

#### 4) 効率性の検証の困難性と民主的な決定による正統化

ここで留意しなければならないのは、効率性や厚生の改善(の可能性)に正当化根拠を求めるとしても、ただちに最適な資源配分が達成されるという命題を持ち出さなければならぬということではないということである。情報が偏在し取引費用がかかる現実の市場は完全競争市場にはほど遠く、それに近づけることも容易ではなく、何らかの制度に最適な資源配分の達成を期待すること自体、幻想に類したものであるのかもしれない。そのようななかで、最大なのか最適なのかはともかくとして、特定の知的財産権の制度を設けたほうが効率性ないし厚生が改善される(かもしれない)というところに正当化の根拠を求めるほうがまだしも現実的といえよう<sup>(15)</sup>。

もっとも、(効率性の改善という形であるにせよ)知的財産権の制度の積極的な根拠を効率性の観点に求めるとすると、次なる問題が発生する。それは、効率性の測定が困難であるということである。ある知的財産権に関する特定の制度を採用したとすると、それによって社会の効率性が改善したのか、悪化したのかということ判断することは困難であることが少なくない。そもそも、効率性の定義に関しては争いがあるばかりでなく、個人間の効用の比較が困難であるという問題もある。さらに、知的財産権の場合には、現時点における短期的な静態的効率性を犠牲にして、将来の長期的な動態的効率性の改善を図るという時間の軸も加わってくる<sup>(16)</sup>。

このように効率性の測定が困難であるということは、ある特定の制度を採用したとしても、その正当性を効率性の改善の度合いのみによって帰結主義的に正当化することが困難であるということの意味する。そうすると、知的財産権の制度を設けることに対する積極的な正当化は、効率性の達成度(のみ)ではなく、そのような制度を採択するプロセスの正統性に(も)求めざるをえなくなる。たとえば、立法府による民主的な決定がその典型例であるが、この場合、知的財産権の正当性は、その一部を立法府の政治的な責任に依存することになる。

#### 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

しかし、だからといって民主的に決められたことであれば、それで全てが正当化されるという

わけではない。これは、当然のことながら、他者の自由を制約するという知的財産権の特徴から不可避的に生じるところの、効率性と自由のトレード・オフという問題に対する決定をなすことも迫られるからというだけではない。ひとり効率性の改善という観点のみを達成するにも、民主的な決定過程には自ずから制約があると考えられるのである。それは、政治過程には、少数の者に尖鋭的に集約されている組織化されやすい利益のほうが、多数の者に普遍的に拡散している組織化されにくい利益よりも反映されやすいという限界に起因している。

それでも、たとえば所有権であれば、特定の有体物に対する物理的な接触を伴う利用というフォーカル・ポイントがあり、そこを中心に権利が組み立てられる。有体物に対する所有権といっても、人と物との関係ではなく、人と人との関係を規律することには変わりはないのだが、こうしたフォーカル・ポイントがあるために権利の範囲が無限定に拡大することはない。

ところが、特定の有体物との物理的な接触とは無関係に他人の行動のパターンを制約する知的財産権の場合には、そのようなフォーカル・ポイントがないので、権利の拡大に対して、物理的な歯止めが利かない。しかも、場所的な限定もなく、人の行動を制約しうるので、国際的に拡大する可能性もある<sup>(17)</sup>。経済社会の拡大に連れ、他者の行動の自由を制約しうる特権の価値が国内はいうに及ばず、国境を超えて拡大していることに鑑みると、(多国籍)企業は合理的な選択として、知的財産権の国内外における強化を目指す。その結果、知的財産権は社会が本来必要としているものを超えて強化されたものとなる。実際、知的財産権は、TRIPS 協定等の国際条約を通じて、さらにはアメリカ合衆国を一方当事者とする多数の二国間条約等を梃子として国際的に拡大され強化される傾向にある<sup>(18)</sup>。

国内に話を限定しても、立法過程には、組織化されやすい少数大企業の利益が反映される反面、組織化されにくい多数の中小企業の利益、私的ユーザーの利益は十分に汲み尽くされる保障に乏しいので、そこでなされる民主的決定は厚生観点から見ればバイアスがかかったものとなりがちである<sup>(19)</sup>。くわえて、前述したように、厚生とは別に自由を確保する必要性もあるので、プロセスによる正統化を立法だけに求めるわけにはいかない。こうした観点から、知的財産の利用行為を巡る市場(的決定)、立法、行政、司法の役割分担を検討することが、知的財産法の制度論の鍵となるように思われる<sup>(20)(21)</sup>。

## 2 決定のプロセスとしての市場・立法・行政・司法の役割分担

### 1) 市場の活用

市場的な決定には、競争のプロセスを通じてよりよい財やサービスを提供させる刺激を与えらるとともに、財やサービスについての需要供給の状況に関する情報が主として価格機構を通じて市場に関わる人々に伝播され、その結果(最適かどうかはともかくとして)より効率的な資源配分を導くことができる、という長所がある<sup>(22)</sup>。市場が有するこうした革新の誘因機能と私的情報の発見、拡散の機能を立法、行政や司法による権威的決定<sup>(23)</sup>で代替することは容易なことではない<sup>(24)</sup>。

さらに、市場的決定の権威的決定に優る長所として、市場原理に必然的に伴う自由の思想をあげることができる<sup>(25)</sup>。市場による選択が機能している場合には、特定の個人が配分を決定するわけではなく、その意味で個人は他の個人に支配されないという意味での自由を享受することができるかもしれない<sup>(26)</sup>。

したがって、効率性に関わる問題に関しては、かりに市場が機能しているのであれば、市場に委ねれば足りることになる。

## 2) 法的な介入(権威的決定)のあり方

### 技術的な判断の適格性の問題

市場が機能していない場合には、権威的な決定による介入の方途を探ることになるが、肝要なことは、権威的な決定により、効率性の観点からみて最適な制度を設計するということが極めて困難な作業であるということである。定義上の問題として、たとえば個人間の効用比較が困難であるなど、効率性を測定すべき尺度が確定しないという問題があることはいうに及ばず、そもそも、かりに尺度を確定させたとしても、特定の決定によってもたらされる効率性の改善の度合いを測定することが困難な場合が少なくない<sup>(27)</sup>。だからこそ、前述したような長所を持つ市場が機能しているのであれば、市場を活用すべきだということにある。

市場が機能していないために権威的決定による介入を検討する場合にも、そもそも市場が機能していないのか、はたして十分に機能していないとしても権威的な決定により状態がはたして改善するのかということ判断したり、できる限り効率的な制度の設計を構築したりするのに適した機関はどこなのかという視点が必要となる。市場の動向を踏まえつつ、迅速に対処する機関としては立法や司法よりも専門的な機関のほうが優れていることがある。たとえば、知的財産権の分野でこの役目の一端を担うのが特許庁等である。

### 政治的な責任の問題

しかし、それにしても、効率性の達成度を測定することに困難がある以上、権威的な決定により介入した場合、そこで定立された規範を効率性を改善したという結果のみで正当化することはできないことになる。

そのため、規範の正当化は、効率性の達成の度合いだけではなく、それを定立した手続の正統性にも求めざるを得ない。本当に効率的な決定であるのかどうか不分明なところが残るのだとすれば、なおさら正統当な手続によって決定されることが望まれよう。そして、このような政治的責任を負えるのは、司法ではなく、立法が優れている。

### 権威的決定の歪みの問題

もっとも、だからといって、立法に委ねれば全てが済むというほど話は単純ではない。

前述したように、知的財産のユーザーの立場に立つことが多い中小企業や消費者の利益のように、トータルでは大きな利益となるにも関わらず組織化されにくい者の利益は、知的財産権の権利者の立場に立つことが多い大企業の利益のように、トータルでは消費者の利益よりも小さいのだけれども組織化されやすい者の利益に比して、政策形成過程に構造的に反映さ

れにくいという問題がある。そして、こうした政治過程に拾われにくい利益を擁護するのに最も適した機関は、やはり司法であろう<sup>(28)</sup>。

### 3 知的財産法政策学の構想

#### 1) 序

このようなプロセス志向の発想の下では、知的財産に関わる法制度はどのように設計すべきであるのか、その指針を示しておこう。

ところで、筆者は、以前、知的財産法制度は、次の3つのステップで、解釈論や立法論を展開すべきである旨を提唱したことがある<sup>(29)</sup>。

第1に、市場と法の役割分担という視点を意識し、どこまでを市場に任せておけば足り、どこから法が介入すべきなのかという分岐点を探る(市場指向型知的財産法の視点)。

第2に、かりに法の決定が必要であるとした場合、次のステップとして、その法的決定をどの機関に判断させるべきなのか、たとえば裁判所が判断するだけでよいのか、専門機関(特許庁等)の判断を介在させた方がよいのか、という法的判断主体の役割分担の問題設定を行う。くわえて、その際には、報酬請求権(損害賠償請求権を含む)に止めるのか、それとも差止めまで認めるのか、登録制度を介在させて権利の譲渡を容易とする保護を与えるのか、という規制手法の選択を行うことで法制度の具体化を図る(機能的知的財産法の視点)。

第3に、以上の作業により構築された法の規律が私人の思索の自由、行動の自由を過度に制約するものになっていないか、吟味する(自由統御型知的財産法の視点)。

本稿は、これらの3つのステップにより知的財産法の制度を設計する際に、さらにプロセス志向という視点を加味すべきであるということを提唱するものである。もともと、市場指向型・機能的・自由統御型知的財産法という思考方法は、市場、立法、行政、司法の役割分担により、効率的な制度を実現するとともに、自由を確保することを意図するものであり、プロセス志向という発想を内に抱えるものであった<sup>(30)</sup>。両者は、いわば、知的財産の制度の設計のあり方を説く知的財産法政策学の縦糸と横糸として機能するものである。

以下では、本稿が提唱するプロセス志向という発想が、知的財産法の制度設計をなす際にどのような視点を提供することになるのかということをも明らかにしたい。

#### 2) 市場と法の役割分担

知的財産権という制度は、物理的には自由になしうる人の行動の特定のパターンを法的に制約することで、そのような行動をなしうる権原の取引を可能とするという形で、市場を創出するという仕組みである。その意味で、知的財産権は市場的な決定を利用する法技術ではあるが、法で権利を設けない場合には必要がないために行われず取引が行われるようにするという意味で、完全に市場に任せるわけではない法の介入であるとみるべきものである。

保護の必要性の見極め

この場合、本稿のように自然権論を採用せず、インセンティブ論に立脚する場合には、知的財産権がなくとも市場が機能している場合には、あえて知的財産権を設ける必要はない<sup>(31)</sup>。

個別の知的財産法で明文で規律されていない対象があるとき、ただちにそこに法的保護に欠缺があると考え、ゆえにこれを保護する知的財産法の立法が必要であると短絡する議論を散見するが、その種の議論が知的財産権の根拠を自然権論ではなくインセンティブ論に置いているのだとすると、その論理には飛躍があるといわざるを得ない。たとえば、市場先行の利益、評判等で、相応のインセンティブがあると目される場合には、あえて法が介入して知的財産権を設けなくとも、適度の成果が開発されていく可能性がある。そのような場合には、人工的な権利によって物理的には自由になしうる人の行為を規制する根拠は失われる。ゆえに知的財産権を創設する理由はないということになる。

#### 市場指向型の発想と市場万能主義の違い

ここで留意すべきことは、このような形で市場を指向する発想をなしたからといって、そこからただちに知的財産という排他権を認めて市場を創設すれば、あとは市場が解決してくれるというような市場万能主義に飛びつかなければならないわけではないということである<sup>(32)</sup>。このような発想は、効率的な取引が簡単に達成されると過信しており、排他権が付与された場合のコストを軽視しすぎている<sup>(33)</sup>。いうまでもなく、当事者が完全な情報と完全な合理性を有しており、取引費用もない(ついでにいえば資産効果もない)という Coasian world(コースの定理が妥当する世界)は、現実には存在しない<sup>(34)</sup>。排他権を早期に付与すればするほど、排他権が存在することによって発生するコストも大きくなる<sup>(35)</sup>。くわえて、情報という、(秘匿化されていなければ)誰もが利用しうる公共財的な性質を有する財の利用について排他権を設定するということは、その分、市場が失敗した場合、排他権がなければなされえはずの利用を制約してしまうというコストが発生することに留意しなければならない。

#### 権利の帰属先の決定手法

なお、知的財産権を創設するという選択肢を採用する場合でも、インセンティブ論に立脚すると、創作者に権利を与えるべきであるという自明の公理は存在しないことになる<sup>(36)</sup>。

もちろん、創作活動に対するインセンティブの付与という観点からは、創作者自身に利益を還流させる必要がある場合も少なくないであろうが、たとえば創作者が取引しうる者に権利を与えておけば、創作者はその者と取引することにより利益の分け前に与ることができるかもしれない。また、創作者以外の関係者にもインセンティブを与えたほうがよいと考えられる場合には、これらの者にも利益が還流するような仕組みを整えたほうがよい。たとえば、関係者に利益を配分しうる組織に権利を付与する方策が推奨されることになるかもしれない<sup>(37)</sup>。さらに、知的財産の活用を促進するという観点からは、外部の利用者にとって知的財産権についての利用許諾が得られやすい環境を整えたほうがよい。このような観点を重視すれば、創作活動に関与する者が典型的に多数となるような権利に関しては、創作者個人ではなく、組織に権利を一元化したほうがよいという考え方に結びつきやすいといえよう。どの程度、知的財産の活用という視点を重視したほうがよいかということに関しては、利用者の数ということも考慮に入れたほう

がよいだろう。

知的財産権の配置は、これらの諸事情を考慮したうえで政策的に決定されるべきものである<sup>(38)(39)</sup>。

### 3) 法的判断主体間の役割分担

市場に完全に委ねておくよりも、知的財産権を設けたほうがより望ましいという判断がなされた場合、つまり市場と法の役割分担において法を介入させたほうが望ましいという判断がなされる場合、知的財産権が登場することになるが、その場合は次なる問題として、かかる権利の設定の可否や範囲について立法、行政、司法のどこで判断すべきか、その手法としては排他権を用いるのか、報酬請求権に止めるのか、それとも全く別の規律を用いるのかということが問題となる。

#### 技術的な適格性の観点に基づく市場・立法・行政・司法の役割分担

専門的な判断、安定的な判断をなしうるのはどこかという技術的な観点から立法、行政、司法の役割分担を論じることは、デッド・コピー規制<sup>(40)</sup>、特許発明の定義<sup>(41)</sup>、均等論<sup>(42)</sup>、当然無効の抗弁<sup>(43)</sup>、包袋禁反言<sup>(44)</sup>、審決取消訴訟の審理範囲<sup>(45)</sup>、拘束力<sup>(46)</sup>、一事不再理の範囲<sup>(47)</sup>、応用美術の保護<sup>(48)</sup>、知的財産権の行使と独占禁止法<sup>(49)</sup>等々、様々な課題に関して、実りある立法論や解釈論を展開することを可能とする。

#### 正統性の契機の確保とバイアスの是正 - 主として立法と司法の役割分担に関する新たな提言 -

本稿では、こうした技術的な適格性に基づいた役割分担という筆者の従来の発想に加えて、二つの異なる視点を反映させる必要があると考える。すなわち、一方では、知的財産権という制度を設けて他者の自由を一定程度制約することに関しては、知的財産権の制度が元来、その積極的な根拠を求めなければならない効率性の改善を検証することに難がある以上、民主的な決定によってそのような制度を採用したというプロセスに正統性を求めざるを得ない。しかし、他方で、政策形成過程には構造的に組織化されやすい者(ex. 大企業)の利益が反映され、組織化されにくい者の利益(ex. 中小企業、私人)は反映されにくいというバイアスがありその是正が求められる、という二つの視点である。

これらの視点に立脚して、知的財産法に関する立法と司法の役割分担を検討してみよう。

第一に、知的財産権を創設ないし強化する方向の解釈に関しては、司法は、効率性の判断に対する立法の政治的責任を尊重し、法の構造から看取される法の趣旨に則した解釈を行う手法を採用すべきであると考えられる。裁判所が政治的な責任を負うに適していないという限界があることにくわえて、専門的かつ総合的な判断をなすことに限界があるという技術的な適格性の問題があることも留意すべきである。また、当該知的財産権者側の利益が構造的に政策形成過程に反映されやすいと考えられる場合には、立法のルートによる是正に期待すべきであり、裁判所限りでの判断には謙抑的な態度をもって臨むべきである。

たとえば、近時の裁判例では、著作権の侵害の主体論に関するいわゆるカラオケ法理<sup>(50)</sup>を

用いて、私人による複製や非営利の著作物の利用を大量に誘発する手段やサービスの提供者を著作権の直接侵害者と評価して、その者に対する差止請求を認容する試みがなされている<sup>(51)</sup>。しかし、カラオケ法理がその主戦場であった物理的な利用行為者に対する人的な支配の領域を超えて、物的な手段の提供にまで及ぼされる場合には、物理的に著作物の利用の可否を決定した者には著作権の制限規定等が適用されるため著作権侵害が成立しないところにまで、司法限りの判断で侵害が創設されてしまうことになる。その種の行為(ex. 非営利使用や私的複製を大量に誘発するシステムの提供行為)を規律するか否か、規律するとして、たとえば私的録音録画補償金請求権のように金銭的請求権に止めるのか、それとも差止請求までも認めるのかということは立法の判断に委ねるべき課題であるといえよう<sup>(52)</sup>。

もちろん、知的財産権を創設、強化する方向の解釈を司法がなすことが全く許されないというわけではない。ただ、その方向で解釈をなす場合には、法の構造を踏まえて法制度の趣旨を忖度した解釈を行うべきであると言うに止まる。たとえば、クレーム制度が設けられている以上、特許権侵害訴訟において被疑侵害物件がクレームの文言から外れたところにある場合には、特許権の保護を及ぼしてはならないことが原則となる(特許法 70 条 1 項)。しかし、クレームの趣旨が当業者の予測可能性を確保するところにあるのであれば、被疑侵害物件がクレームに該当しないとしても、クレーム中の特定の要件を置換することが容易である場合に特許権侵害を肯定する解釈(均等論)<sup>(53)</sup>を探ることは、立法によって設けられた法の趣旨を具現する手法であって、当然に司法の役割として許されるものである。

くわえて、現状の法律では効率性を阻害することが明白であり、他の隣接分野と取り扱いを違える理由がないことも明らかな場合には、技術的な適格性の問題はなくなっているのであるから、司法限りでの積極的な介入が許されることもあると考えるべきであろう。たとえば、一般論をいえば、個別の知的財産法で明示的に規律されていない成果の利用行為を、民法 709 条の一般不法行為により規制することには、知的財産権を創設する方向の解釈である以上、慎重であって然るべきであるが、例外が全く許されないともまで考える必要はないだろう。個別の知的財産法の集合体の向こうに効率性を改善させることが明らかな場合には、過剰な介入にならない限度で一定のフリー・ライドを規律すべきであるという法の態度を看取できるとすれば、民主的な決定があると思料してよい場合があると思料されるからである<sup>(54)</sup>。たとえば不正競争防止法 2 条 1 項 3 号が新設される以前に、デット・コピーに対して不法行為だと認める判決(東京高判平成 3.12.17 知裁集 23 巻 3 号 808 頁[木目化粧紙])<sup>(55)</sup>、創作性がないために著作物として保護されることのない網羅形データ・ベースについて不法行為の保護を認めた判決(東京地判平成 13.5.25 判時 1774 号 132 頁[スーパーフロントマン])などがその例である。もっとも、それは立法を待つまでもないほど明白な場合に限るべきである。まして個別の立法により保護の要件を欠くと判断されている場合には、なおいっそう裁判所限りでの知的財産権の創設は控えなければならない。最近の一部の裁判例では、あえて著作権侵害を保護範囲外ということで否定しつつ、著作権法が汲んでいない特段の事情を特に示すことなく、フリー・ライド行為に対して不法行為責任を肯定する判決があるが(知財高判平成 18.3.15 平成 17(ネ)

10095[通勤大学法律コース])<sup>(56)</sup>、以上に示した考え方からは疑問を呈さざるをえない。法に問題があれば、知的財産権を創設しようとする者の利益は立法過程に反映され是正されるはずであり、そうした利益を保護するか否かの判断は、原則として民主的な決定に委ねておけばよいからである<sup>(57)</sup>。

第二に、知的財産権を制限する方向の解釈に関しては、政策形成過程に歪みの問題があることを踏まえて、法の趣旨とは無関係に利用者に配慮した風穴を司法の判断で開けていくべきである。当該知的財産の利用者側の利益が構造的に立法に反映されにくいと考えられる場合には、立法による是正に期待するのではなく、裁判所限りで自由を確保すべきだからである。特にかかる解釈をなすべき根拠が効率性の改善ではなく自由の確保に求められる場合には、技術的な適格性の問題はなく、政治責任の問題にもならないから、なおのこと司法の積極的な介入が要請される。

たとえば、日本では著作権を制限する一般条項のフェア・ユース<sup>(58)</sup>というものがない。そのような状況下で、裁判例のなかには、様々な手法を駆使して著作権を制限する解釈を行うものがある<sup>(59)</sup>。この種の既存の法理や制限規定を駆使しえない場合でも、利用者の自由の確保が問題となっている場面では、裁判所限りで、一般的に著作権を制限する取扱いをなすことが許されるべきである<sup>(60)(61)</sup>。

伝統的法治主義モデルの見直し - 主として行政と司法の役割分担に関する新たな視点の導入 -

ところで、日本の特許法上、特許要件については「権利主義」なるものが存在しており、特許の要件に関して特許庁の裁量が働くことはないという理解が有力である<sup>(62)</sup>。

「権利主義」が、かつて特許が国王からの恩恵としてその裁量により与えられていたことに対するアンチテーゼであるとすれば、たしかに恣意的な運用を許容しないという意味で、現行の特許法にも妥当するものなのであろう。しかし、知的財産権全般について前述したように、そして特に特許に関しては物質特許に関する取扱いの変遷が端的に示すように<sup>(63)</sup>、特許権は産業政策上、技術の創作とその利用の普及を目的として与えられるものであり自然権ではないことは明らかであるように考えられる。そして、どのような技術について特許を付与すべきかという問題に対する判断は、裁判所よりも専門機関である特許庁の方が長けていることがあることは否めない分野なのではなかろうか。もちろん、国民主権の下、特許庁の裁量を法で縛ることが許されるのは当然であるが、しかし、法の文言に解釈の幅がある場合、裁判所との関係で一切の裁量が許されていない(行政法学上の羈束裁量に当たる)と考えることもまた行き過ぎであらう。この理は(少なくとも一時期の)コンピュータ・プログラムやバイオテクノロジーなど、いまだ国際的にも相場が形成されていない新しい技術の領域では特に妥当するように思われる。

たとえば、プログラム関連発明に関する特許庁の取扱いは、何度も審査基準の改訂という形で変遷を経ており、その都度、裁判所の吟味を経ているわけではない<sup>(64)</sup>。このうち、最新の「コンピュータ・ソフトウェア関連発明の改訂審査基準」は平成12年12月28日に策定されたが、この基準は平成13年1月10日より前の出願には適用しないとされている。こうした特許庁

の取扱いについて、個別の裁判所が個々の事件で完全な吟味を行うことにより、混乱が引き起こされるおそれなしとしない。恣意的かつ不透明な運用変更は、平等主義に反する可能性があるばかりか、国民の行政統制の機会を剥奪しかねないので、許されるべきではないが、しかし、審査基準の改訂という形で画一的かつ透明な手続で運用が変更される場合、裁判所には特許庁の裁量を尊重することが求められる場合があるというべきではなかろうか<sup>(65)</sup>。

伝統的な法治主義は、法律という特定時点における立法の判断に拘束力を認めるとともに、司法によるフル・レビューに服させるという形で、行政をいわば一方通行的に法で統治するというモデルである。しかし、はたして産業政策のように規律の対象である経済情勢が不断に動いており、それに対する知識が時々刻々と集積していく分野や、技術政策のように規律の対象であるコンピュータ・プログラムやバイオテクノロジーとそれに対する理解も時々刻々と変化する分野を行政が扱う場合にまで、そのような一方通行的なモデルを貫徹させることはたして妥当といえるのであろうか。このような場合、時間という軸を設定し、規律対象の変化を規律の内容にフィードバックさせるとともに、行政と法(司法)の間でも、司法の一方的優位ではなく、行政が得た知見が司法にも影響することを認めるインタラクティブなモデルの下で、立法、行政、司法、その他の機関の役割分担を図る必要があるように思われる<sup>(66)</sup>。

#### 4) 帰結主義的なアプローチによるプロセスの統御

効率性の完全な解析や検証が困難であり、最終的には政治責任に委ねざるを得ないとしても、政策形成過程にバイアスがかかるというのであれば、政治責任を強調し、司法による風穴に期待するだけでは、適正な知的財産法の制度が構築されとは限らない。どのような制度が効率性を改善する制度であり、どのような制度がそうではないのかということ、可能な限り明確にしておき、非効率な政策決定がなされないよう枠を嵌めることが望まれる。くわえて、立法の場で、あるいは司法の場で守るべき自由の具体的な範囲を可能な限り解明し呈示する作業もなされることが要請されよう。以下、この種の帰結主義的なアプローチの具体例として、特許制度における政策の舵取りの理論と筆者の提唱に係る著作権法における第三の波という議論を紹介しておこう。

##### 特許政策の舵取り(Policy Levers)の理論<sup>(67)</sup>

特許制度には、第一に、発明とその公開を促進する、第二に、早期に特許の保護を与えることで複数の人による発明に対する重複投資を防ぐ、第三に、早期に特許権を付与することにより当該特許に関連する製品化を促す、という3つの機能があることが知られている。

いずれも効率性に関係するが、しかし、特許権の問題は究極的には裁判規範として通用するように、二当事者間の権利義務関係に還元される。そこで、個別事例において本当に効率性を達成しているかどうかよく分からないが、特定のルールに基づいて裁判をしていくと、トータルではそれなりの効率性が達成できるのではないかと、という基準を設けることになる。

そのような大まかな制度設計の仕方に関しては幾つか異なる理論が提唱されていることが知られている<sup>(68)</sup>。たとえば、同一発明に対するレント・シーキングを抑止するとともに、さらなる

関連発明の投資の対するインセンティブを与えるために、早期の特許保護を提唱するプロスペクト理論(Prospect Theory)<sup>(69)</sup>、独占的な地位に安住させるより、むしろ競争に晒したほうがイノベーションが進むと考える競争的イノベーション理論(Competitive Innovation Theory)<sup>(70)</sup>、基本的な発明と改良発明の双方にインセンティブを付与する必要があるので、特許権を双方に与えるとともに、デフォルト・ルールとして両者を互いに阻止しあうものとするれば、両当事者は契約をせざるを得なくなり交渉が促進されるとする累積的イノベーション理論(Cumulative Innovation Theory)<sup>(71)</sup>、遺伝子断片のような異質の断片的な特許が多数存在することにより、かえってイノベーションが進まなくなるという弊害を指摘するアンチコモンズ理論(Anticommons Theory)<sup>(72)</sup>、権利の保護範囲が広過ぎて錯綜することによる弊害を説く特許の藪理論(Patent Thickets Problem)<sup>(73)</sup>などである。

一見すると、これら 5 つの理論は互いに相容れないもののように思われるのだが、近時、これらの理論は、それぞれ妥当すべき産業分野が異なっており、分野毎に特許政策のギア・チェンジが必要である旨を説く見解が現れており、注目に値する。それが、Dan L. Burk と Mark A. Lemley が提唱した特許政策の舵取り(Policy Levers)の理論である<sup>(74)</sup>。

Burk = Lemley によれば、第一のプロスペクト理論は製薬業界に適用される、という。この分野では特許取得による利益が大きいと、レント・シーキングのおそれが非常に高い。くわえて、特許取得後の製品化に関しても、臨床実験などでかなりの投資が必要であるところ、薬の場合には一つの特許で一つの製品をカバーできることが多く、特許を早期に与えても弊害が少ない。ゆえに、早めに特許を付与するプロスペクト理論が望ましいというのである。

第二の競争的イノベーション理論は、ビジネス・メソッドに適用がある、とされる。State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc., 149 F.3d 1368 (Fed. Cir. 1998)<sup>(75)</sup>以前には、アメリカ合衆国でもビジネス・メソッドについて特許を取得できると思われていなかった。つまり特許がない状態で様々なビジネス・メソッドが開発されていたのであるから、特許を与える必要性は小さいというのである。

第三の累積的イノベーション理論は、Burk = Lemley によれば、ソフトウェア産業に妥当するとされている。さらに、少なくとも日本では、電機業界によく当てはまるかもしれない。電機業界では多数の特許が発行されているにもかかわらず、日本の国内の大手の企業間では同質性があるので、報復を恐れて特許をむやみに行使することはしない。その結果、ライセンス交渉が促進され、包括的なクロスライセンス<sup>(76)</sup>などが締結される。

第四のアンチコモンズ理論と第五の特許の藪の理論は、それぞれバイオテクノロジーと半導体産業を念頭に置いて提唱されたものであり、実際、各々両分野によく妥当するとされている。

このように Burk = Lemley の理論は、分野毎に特許制度に妥当すべき理論、換言すれば望ましい特許制度像は異なるということを提唱したことに大きな功績がある。たしかに、産業毎に事情を異にする以上、全産業の分野に統一した特許制度像を描く必要は毛頭ない。同論文の呈示した 5 つの理論は着目する視点を異にしており、全てが相互に排斥的であるというもの

でもなく、また網羅的なものでもないと思われるが、それはともあれ、分野毎に、たとえば非容易推考性<sup>(77)</sup>や保護範囲を違えることにより、望ましい特許政策を探求する、という手法は大いに推奨されて然るべきであろう。

そして、Burk = Lemley の理論が示唆的なところは、この分野ごとの特許政策の舵取りを行う主体として、立法と司法のいずれが望ましいのかという問題設定を行い、網羅的にルールを設定する必要がなく、個別具体事例毎に順応することが可能であり、しかも、ロビイング耐性のあることを理由として、司法を推しているということである。この発想は、政治過程に関する議論と法制度の仕組みを結びつける点で極めて啓発的であるといえることができる。

もっとも、立法には政策形成過程にバイアスが働きやすいという問題があり<sup>(78)</sup>、他方で、Burk = Lemley が推奨する司法は、なるほどロビイングには相対的に強いと思量される。しかし、政策形成をなすに足りる情報収集能力に限界がないわけではなく、それを代替する民主的な正統性も相対的に弱いことに鑑みると、少なくとも日本の制度としては、第三の選択肢として行政、すなわち特許庁による政策の舵取りに一定の期待を置くことになる。現に事実として、特許庁は、分野毎に専門化された審査官の下で、事実として技術分野毎に特許制度が運用されており、また特定の分野に関してはその取扱いを審査基準の形で明示することもある<sup>(79)</sup>。このような特許庁の役割に期待して、伝統的な法治主義のモデル、つまり司法による審査基準のフル・レビューという考え方を見直すべきではないかということは、既に述べたところである(3) )。

#### 著作権法の第三の波<sup>(80)</sup>

著作権制度に関しては、ときとして、複製禁止権を不磨の大典であるかの如く扱う主張を散見するが、著作権は歴史的にみて技術や社会の環境の変化に応じて生成された権利でしかなく、時代の変遷とともに変化していくべきものであると考えられる<sup>(81)</sup>。

現在の各国の著作権法に連なるといふ意味での著作権制度の起源は、18世紀初頭のイギリスに遡るとされている。歴史的には、活版の印刷技術が普及するとともに出版業も盛んになるが、同時に、内容を同じくする書籍の競合することにより結果的に投資の回収が困難となって出版が困難となる事態を防ぐ必要性が感得され、それが著作者の利益の保護という思想と結合し、著作権制度の制定に至ったとされている<sup>(82)</sup>。

このように、印刷技術の普及につれて登場した著作権法は、現在に至るまで複製禁止権を中心としており、さらに公の使用行為規制を併置する仕組みをとっている<sup>(83)</sup>。こうした複製禁止権中心主義は、複製技術が個人レベルの私的領域にまで普及していなかった時代にあっては、主として(私的領域と区別される意味での)公的領域を規律するものであり、私人の自由への介入の度合いは少なかった<sup>(84)</sup>。それが20世紀の後半になって、録音、録画、複写と複製技術が次第に私的領域に浸透してくるにつれて、著作権法の建前は私人の自由に対する過剰な制約となり、逆に、その実効性自体が問われるようになった。

著作権制度をもたらしたという意味で印刷技術の普及を第1の波と呼ぶのであれば、複製技術の私的領域への普及は、著作権制度が被った第2の波というべきであろう。その対策とし

ては、複製禁止権中心主義を堅持しつつ、貸与権や私的録音録画補償金請求権など、それを補完する規律により補われるなどの応急処置が施されてきた。複製権中心主義を金科玉条のように信奉していると、ときとして複製イコール悪であるかのような議論に陥りがちになるが、かくも容易に複製ができ、その質もオリジナルと殆ど変わりがないという時代が到来したということは、人間の生活がそれだけ豊かになる可能性が広がったということを意味している。旧態依然とした法制度が足枷となってこのような技術的恩恵の享受に失敗するようなことがあってはならない。長期的なスパンで立法論を論じる際には、複製権中心主義に囚われない、より自由な発想が必要とされよう<sup>(85)</sup>。

しかし、インターネットの時代の到来は、著作権法の前提に対して、(依然として未解決の)第2の波とはまた質を異にする第3の波とでもいうべき変化をもたらした。すなわち、複製技術に加えて送受信技術が普及し情報通信網が整備されたことにより、誰もが公に送信することができるようになったために、私的領域と公的領域が渾然一体化して分かちがなくなってきたのである。ここにおいては、複製禁止権中心主義ばかりではなく、「公の」使用行為という枠組みまでもが、私人の自由への過度の介入を防ぐ装置として機能しなくなっている。今後、コピープロテクションや送受信に対する技術的管理、さらにはクリック・オン方式等による著作権の防衛体制の構築が進んでいくのであろうが、それは、あくまでも著作権者への利益の還流を容易とするための中間的な手段として用いられるべきであって、その解除技術の普及と課金体制の構築が並行しておこなわれる必要がある。さもないと、種々のプロテクションは、著作物を普及させる従来技術型のメディアの既得権益を保護するための手段と化してしまい、複製技術と送受信技術の普及によってもたらされるはずの便益を社会が、というよりは私人全員が存分に享受することに失敗しかねないからである<sup>(86)</sup>。そのような中で、著作権法に求められているのは、複製禁止権中心主義、公の使用行為規制の併用主義からのパラダイム転換なのであろう。

もとより、著作権の根拠付けに関しては、他の知的財産権と同様に、自然権論とインセンティブ論が対立しているところであり、前記パラダイム転換は本稿のようにインセンティブ論に立脚する者だけが迫られるに過ぎないとの批判が加えられるかもしれない。しかし、本稿と異なり、たとえ自然権論に与する立場を採用するとしても、人が何かを創作したということが、社会を新たな技術が到来する以前の状態の方向に揺り戻すモーメントとして働きうるほどの強い命題として主張しうるほどのものなのか、根本的な検討が必要となるように思われる。

#### 4 結びに代えて

以上、本稿が提唱した知的財産法政策学の主張を略述すれば、知的財産権が人の自由を制約する規制である以上、労働所有論や人格権といった自然権論でその存在意義を正当化することは困難であり、インセンティブの付与による効率性の改善という論理に依拠せざるを得ない。しかし、他方で、効率性の尺度には争いがあり、自由とのトレード・オフが問題と

なるほか、そもそも効率性の改善の検証が困難である以上、最終的には、民主的な決定等の政治責任によるプロセス正統化に頼ることになる。もっとも、政策形成過程には組織化されやすい大企業の利益などが反映されやすい範囲、組織化されにくい私人の利益は反映されにくいという構造的なバイアスが働くために、知的財産権はともすれば過度に強化されがちとなる。そこで、政策形成過程を可能な限りバイアスを解消する方向に統御するガバナンス構造を模索しつつ<sup>(87)</sup>、自由の確保のために風穴を開ける司法の役割を活用することでプロセスの正統性を担保するとともに、効率性の観点からみて望ましい制度(あるいは望ましくない制度)を可能な限り解明するとともに、確保すべき自由の領域を明確化する帰結主義的な理論を呈示することで、グレイの領域を減らし、プロセスによる決定の裁量の枠を狭めるべきである、というものである。

最後に、このような本稿の発想が妥当する領域について付言することにしたい。

ここまで紹介してきた本稿の理論は、あくまでも、知的財産法の規制の積極的な根拠を、成果の創造とその普及を推進することが望ましいというテーゼが妥当することを前提にしている<sup>(88)</sup>。そして、何度か言及したように、少なくとも国内法に関しては、個別の知的財産法の集合体の背後にそのようなテーゼを是とする民主的な決定がなされていることを看取できるように思われる。

もっとも、知的財産権というものが他者の利用の自由を無限定に規制しうるものであり、場所的な限定もたないがゆえに、多国籍企業等の活動により国際的に権利が拡張しうる傾向にあるなかで、ひとり国内法に妥当する理論をもって知的財産法を語ることは許されない。そして、インセンティブ論は、「競争的な繁栄」論を採用することでより一層の発展を享受しうる閾値に達している社会を前提とするものであって、国際的に成熟度の格差のある社会にただちに通用するものではない<sup>(89)</sup>。しかし、本稿が提唱するプロセス志向という発想は、そのように利害の対立の激しい国際社会においてはなおのこと、妥当するものであるということができるよう思われる。知的財産に関わる国際的な政策形成過程に対する歪みを認識したうえで、正統なプロセスを探求し、帰結主義的なコントロールの理論を呈示することが要請されることになる。

たとえば、インセンティブ論で一刀両断に処することができない典型例として、伝統的知識や遺伝資源の取扱いに関する国際的な論争を取り上げてみよう。この論点に関しては、周知のように、先進国と伝統的知識や遺伝資源に富む途上国が激しく対立しているところである<sup>(90)</sup>。

このうち伝統的知識に関しては、多文化主義<sup>(91)</sup>の観点から、動的であり工業的であり個人主義的な文化を前提とする先進国型の知的財産法制と、漸進的でありエコロジカルであり共同体主義的な文化を前提とする伝統的知識の保護の間の軋轢の問題であると捉えるべきであろう<sup>(92)</sup>。また、生態系に関わる伝統的知識や遺伝資源の保護の問題は、産業の発展に重きを置くのか、それとも生物多様性や環境保全を重視するのかという政策や価値観の違いを抜きにして語るべきではない<sup>(93)</sup>。こうした文化や価値観等の相違を認識する場合には、帰結主義的にどちらが正しいと論じることはできなくなるはずである。結局は、国際的な条約の交渉

## DRAFT: NOT FOR CITATION

など、プロセスによる解決に委ねるほかないが、その正統性の確保を問題とすべきであるとともに<sup>(94)</sup>、その際には、伝統的知識や遺伝資源を保護すべきという自然権的な結論を採用することはできないとしても、先進国型の知的財産法制を所与のものとして、これらの保護は知的財産法制度とは無関係であるという先入観を抱いてしまい、保護を求める声に対して全く耳を傾けないという理も成り立たないものである、ということを経記する必要がある<sup>(95)</sup>。

- (1) 参照、Wendy J. Gordon(田辺英幸訳)「INTELLECTUAL PROPERTY」知的財産法政策学研究 11 号 10 頁(2006 年)。知的財産権の法哲学的な考察に関しては、要領のよい俯瞰として、ROBERT P. MERGES ET AL, INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW TECHNOLOGICAL AGE, 2-24 (4th ed., 2006)、より詳しくは、PETER DRAHOS, A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY (1996)、李揚(金勲訳)「知的財産権の観念について：法定主義及びその適用」知的財産法政策学研究 12 号 44～65 頁(2006 年)を参照。
- (2) JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT, 286, 288-289 (Peter Laslett ed., 1988) (1698), DRAHOS, *supra* note 1, at 43.
- (3) LOCKE, *supra* note 2, at 287-288, DRAHOS, *supra* note 1, at 43-44.
- (4) 森村進『ロック所有論の再生』(1997 年・有斐閣)121・241～261 頁。  
その他、労働所有論による知的財産権の正当化を全面的に覆す論拠を提示するものではないが、いわゆるロック的但書きを活用して、(少なくとも)自己の世界を表現するために他者の著作物を利用せざるを得ない場合には、著作権が制限される旨を説くものに、Gordon/前掲注(1)11～12 頁、Wendy J. Gordon, *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 Yale.L.J. 1533, 1538-39, 1556-72 (1993)。田村善之「効率性・多様性・自由」同『市場・自由・知的財産』(21 世紀 COE 知的財産研究叢書 1・2003 年・有斐閣)226 頁の紹介を参照。
- (5) 精神的所有権論の展開につき、木村和成「ドイツにおける人格権概念の形成(1)」立命館法学 295 号 697～708 頁(2004 年)、半田正夫「著作権の一元的構成について」同『著作権法の研究』(1971 年・一粒社)9～25 頁、H・フープマン(久々湊伸一訳)『著作権法の理論 - 芸術のための法と哲学 - 』(1967 年・中央大学出版会)124～128 頁。一般的には精神的所有権論は人格権とは別個の議論として、それと対置されている(飯塚半衛『無体財産法論』(1940 年・巖松堂書店)83～90 頁、豊崎光衛『工業所有権法(新版増補・1980 年・有斐閣)100～102 頁、半田/前掲 25 頁。明示的に Hegel の議論を含めて人格権と区別するものに、木村/前掲 707～708・711 頁。なお、Hegel と対比される Immanuel Kant の著作権の理解につき、河中一学「著作者人格権について - カントの論考を中心として」『国際化時代の行政と法』(成田頼明退官記念・1993 年・良書普及会)903～918 頁、木村/前掲 700～702 頁、Kant と Hegel の著作者の権利に関する議論を比較するものとして、DRAHOS, *supra* note 1, at 80。しかし、最終的に法技術的な構成として所有権に化体するののかという観点ではなく、保護の淵源をそもそもどこに求めるのかという観点から考察するのであれば、Hegel

の議論は、人の自由な意志を出発点としている点で、創作活動に淵源を求める労働所有論と対置することが可能である。

- (6) G・W・F・ヘーゲル(長谷川宏訳)『法哲学講義』(2000年・作品社)104・127～129・145～152・154頁、ヘーゲル(上妻精他訳)『法の哲学』(2000年・岩波書店)92～93・126～130頁。
- (7) ヘーゲル(長谷川訳)前掲注(6)102・104～105頁、DRAHOS, *supra* note 1, at 76-77.
- (8) ヘーゲル(長谷川訳)前掲注(6)106～107、108～109頁、DRAHOS, *supra* note 1, at 77.
- (9) ヘーゲル(長谷川訳)前掲注(6)464～465頁。
- (10) このほか、独自発明者に対しても権利の行使が認められる特許権に関しては、自ら発明した者といえども、他の発明者(とその承継人)の出願よりも、出願において先んじるか(特許法 39 条 1 項の先願主義)、事業の準備において先んじていない限り(特許法 79 条 1 項参照)、他者の特許権を侵害することになり自己の発明を利用することすらできなくなるのであるから、なおさら自然権として基礎づけることは困難であるように思われる(田村善之「特許権の行使と独占禁止法」同・前掲注(4)市場 143～144頁)。したがって、特許権を自然権として説明するためには、著作権と同様に独自創作者に対する権利行使は否定するよう修正を図らなければならなくなると思われる(参照、R・ノージック(嶋津格訳)『アナーキー・国家・ユートピア』(1992年・木鐸社)305頁)。ただし、ロック的但書きによる正当化しうる余地があり、その可能性の実証的な検証が必要であると示唆されることもある(Gordon/前掲注(1)11頁)。
- (11) Gordon/前掲注(1)1・3～4・7～8頁は、property というラベルが、所有権のような財産権以上に知的財産権が人とモノと関係ではなく、人と人との関係であることを見失わせることを指摘し、知的財産権を類似のパターンに対する権利であると把握すべきことを強調する。DRAHOS, *supra* note 1, at 17-21, 32-33 は、無体物なるものが存在するのかという哲学上の根本的な問いかけを紹介したうえ、知的財産権は property ではなく、人の利用行為を規制する privilege に過ぎないと説く。
- (12) 森村進『財産権の理論』(1995年・弘文堂)168～171頁。
- (13) こうした立場の憲法的な位置づけに関しては、田村善之「競争秩序と民法学」同『競争法の思考形式』(1999年・有斐閣)50～52頁(角松生史「経済的自由権」安藤高行編『憲法』(2001年・法律文化社)234～235頁も参照)。もとより、基本権保護、支援義務(参照、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治 - 私法関係における憲法原理の衝突(1)～(2)」法学論叢 133 巻 4 号・6 号(1993年))を媒介とするに等しい説明は、伝統的な間接適用説を前提とする憲法学からは批判の対象とされるものであろう。
- (14) 田村善之『知的財産法』(第4版・2006年・有斐閣)20頁。  
未踏の奥地に分け入り有用な薬草を発見したとしても、そのような発見だけでは「発明」すなわち創作とはいえないから、その種の探索にインセンティブを与える必要があるか否かということは無関係に、カテゴリー的に特許権の保護が与えられることはない(特許法 2 条 1 項 1 号)。これは、自然権思想が消極的に働いた例と捉えることができよう(参照、田村善之「自由の領域の確保」同・前掲注(4)市場 128～129頁)。自然法則そのものの発見は特許発明たりえないとする特許法 2 条 1 項 1 号が元を質せば、自然権論に立脚する Josef Kohler の見解(コーラー(小西眞雄訳)『特許法原

## DRAFT: NOT FOR CITATION

論』(1913年・巖松堂書店)24～32頁)にまで遡ることにつき、参照、田村善之「特許発明の定義」同・前掲注(4)市場 128～129頁。なお、Kohlerの著作権に関する見解については、木村/前掲注(5)130～134頁を参照。

- (15) 論者のなかには、インセンティブ論を「富最大化原理」に根拠を求めるものと解するものがある(小泉直樹「著作権制度の規範理論」同『アメリカ著作権制度』(1996年・弘文堂)25頁)。インセンティブ論を主張する者のなかにその種の議論を呈示するものがあることは否定しないが、論理必然的な帰結ではないことに注意すべきである。
- (16) 以上につき、参照、Nari Lee(田村善之訳)「効果的な特許制度に関する多元的理論の試み(1)～(2)」知的財産法政策学研究 14～15号(2007年)。
- (17) 知的財産権の正当化原理を検討し、第一に、知的財産権は property ではなく他人の消極的自由を制約する privilege であると理解すべきであるところ、有体物に対する所有権とのアナロジーを用いた「無体物」なる物に対する権利であるとの装いが、他人の行動を制約する権利であるというその性質を覆い隠していること、第二に、有体物に対する利用という限定がある所有権と異なり、知的財産権は制約がなく無限定に広がりうる危険性をもっており、資本主義社会における知的財産の重要性もあいまって、国内はおろか国際的にも権利が強化されるおそれがあること、第三に、そのようななかで、知的財産に関する法制度を設計する際の枠組みは、情報というコモنزに関しては、誰も所有していないものであるがために、なにがしかの first connection があれば個人が所有することを容認する negative community ではなく、万人の所有しているものであり first connection だけで個人が所有することを許さない positive community を想定すべきであること等を提唱する示唆的な書物として、DRAHOS, *supra* note 1 (first connection については、Lee Nari(田村善之 = 津幡笑訳)「特許対象の再編と財産権主義の対等-ビジネス方法の特許適格性」知的財産法政策学研究 9号 60～62頁(2005年)を参照)。
- (18) TRIPS 協定の制定や二国間協定の締結による知的財産権の強化に際して多国籍企業が果たした役割の大きさについては、PETER DRAHOS & JOHN BRAITHWAITE, INFORMATION FEUDALISM: WHO OWNS KNOWLEDGE ECONOMY? (2004)、Peter Drahos(立花市子訳)「知的財産関連産業と知的財産の国際化」知的財産法政策学研究 3号(2004年)、Peter K. Yu(青柳由香訳)「国際的な囲い込みの動きについて(1)～(4)」知的財産法政策学研究 16～19号(2007～2008年)。もっとも知的財産権に関わる最近の多元的な動向を紹介し、その将来像は強化一辺倒になるとは限らないと指摘するものに、Peter K. Yu(田村善之 = 村井麻衣子訳)「国際的な知的財産権のハーモナイゼーションに抵抗する5つの動向について」知的財産法政策学研究 15号 32～33頁(2007年)。
- (19) Dan L. Burk = Mark A. Lemley(山崎昇訳)「特許法における政策レバー(2)」知的財産法政策学研究 15号 63～64頁(2007年)、DRAHOS, *supra* note 1, at 135-140. アメリカ合衆国著作権法につき、Jessica Litman, DIGITAL COPYRIGHT, 35-69, 144-145, 192-194 (2000)は、1909年改正以来、関連産業の利害関係者の議会外での妥協により改正が成立する状況が繰り返されていることを指摘し、妥協を成立させるためには、誰にとっても改正が現状に比して一方的に不利になることがなく、なにがしか得るところがあるようにしなければならず、ゆえに権利は広汎に規定される反面、制限規定は

譲歩を要求する特定の利害関係者を満足させるのに必要な限度で狭く限定される傾向を生んでおり、いずれにせよ多種多様な利害を有しており適切に代表されえない公衆や、妥協のために与えるものを現状ではもっていない新たな利害関係者の利益は改正には反映されにくいという構造的なバイアスがあることを指摘する(著作権局に期待できないことにつき、*id.* at 73、1998 年 Digital Millennium Copyright Actに至る経緯につき、*id.* at 122-150)。このほか、特に音楽の著作物に関する近時の日本の著作権法の改正につき、産業界のロビイングに加えて、審議会と文化庁の役割を指摘するものに、京俊介「著作権政策形成過程の分析(1)~(2)」*阪大法学* 57 巻 2~3 号(2007 年)。

(20) 田村善之「特許制度をめぐる法と政策」*ジュリスト* 1339 号(2007 年)。こうした発想は、政策形成過程に利益団体が関わることにより政策に歪みが生じることを回避するために、産業分野ごとにどのような特許制度とするのかという舵取りは、立法ではなく、ロビイング体制に強い司法に委ねるべき旨を説く *Burk = Lemley/前掲注(19)* に示唆を受けた(後述 3 4) 参照)。もっとも、本稿は効率性の検証が困難であるがゆえに、知的財産権を創設するためには民主的な決定を介在させる必要があると考えている点で、同論文と趣を異にするところがある。

(21) *DRAHOS, supra note 1, at 173-193* は、個々人が自己の社会における地位を知らない原初状態においてどのような制度に合意するのかという John Rawls の正義に関する議論を知的財産法の制度に適用し、情報正義に適った制度のあり方を探っている(長谷川晃「競争的繁栄と知的財産法原理 - 田村善之教授の知的財産法理論の基礎に関する法哲学的検討 - 」*知的財産法政策学研究* 3 号 24~27 頁(2004 年)の紹介も参照)。プロセスに着目するという点に限れば、本稿と共通するところがないわけではないが、プロセスは純化された観念の世界に理論的に構築されるものであって、そこから帰結主義的な正義論が導かれている点で本稿と袂を分かた。もっとも、知的財産権制度をいわば必要悪と捉え、自然権的な *property* として自己目的的に保護するのではなく、道具主義的に、しかも、真実、インセンティブの効果があると認められる場合に限り、その限度で権利を認めるという懐疑主義的な道具主義を採用している点は極めて示唆的であり(*DRAHOS, supra note 1, at 199-223*)、本稿も負うところが大きい。

同じく Rawls の正義論を応用したうえで、知的財産権を創設ないし拡張する方向での司法による法の創造に反対し、公益的な目的を踏まえた法定主義の理念こそ知的財産権に相応しい旨を説く *李/前掲注(1)* 59~64 頁も、基本的な立場は本稿と重なるところが大きい。もっとも、田村善之「知的財産権と不法行為 - プロセス志向の知的財産法政策学の一様相 - 」同編『知的財産法政策学の創成』(21 世紀 COE 知的財産研究叢書 4・2008 年・有斐閣)が、日本の個別の知的財産法の向こうに競争的繁栄観(長谷川/前掲 18~24 頁の指摘を参照)を看取したうえで、インセンティブを改善することが明らかである場合には司法による知的財産法の拡張を許容するという結論を採用することに対しては、(彼我における司法制度の違いの影響など、検討を要するところはあるが)おそらく *李/前掲注(1)* は反対の立場をとるのであろう。

(22) F・A・ハイエク「社会における知識の利用」同(田中真晴 = 田中秀夫編訳)『市場・知識・自由』(1986 年・ミネルヴァ書房)、同「競争の意味」同書、石原敬子『競争政策の原理と現実』(1997 年・

## DRAFT: NOT FOR CITATION

- 晃洋書房)22～24頁、ポール・ミルグロム＝ジョン・ロバーツ(奥野正寛他訳)『組織の経済学』(1997年・NTT出版)29～31頁。
- (23) 市場的決定、権威的決定の区別は、平井宜雄『法政策学』(第2版・1995年・有斐閣)62～68頁による。
- (24) 平井・前掲注(23)121～125・130頁、ハイエク/前掲注(22)社会における知識の利用、石原・前掲注(22)6～7頁。
- (25) 平井・前掲注(23)123頁、石原・前掲注(22)3～5頁、平野仁彦「1994年度日本法哲学学会学術大会統一テーマについて」法哲学年報(1994)4頁(1995年)。
- (26) もっとも、そもそも市場に抛出されるべき財(ex. 知的財産権)の決定や市場のルールに権威的な決定が関与する場合には、野放しに自由と喜んではいられないが、これは市場的決定ではなく権威的な決定によってもたらされた制約である。
- (27) 特許制度を例にとりつつ、Lee/前掲注(16)。
- (28) 田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト1255号(2003年)。
- (29) 田村善之「知的財産法総論 - 市場指向型・機能的・自由統御型知的財産法の試み」同・前掲注(4)市場、同・前掲注(14)知的財産法7～21頁。
- (30) 知的財産権の積極的な根拠は、知的財産権の制度により創作のインセンティブを与えるべきであるという民主的な決定に求めるほかなく、自然権や正義はかかる民主的な決定でもけっして侵すことのできない領域を確定する際に必要となってくるという構想は、田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年・有斐閣)7～8頁[初出は同(初版・1998年・有斐閣)]において呈示したものである。
- (31) 田村・前掲注(14)知的財産法8～14頁。中山信弘『マルチメディアと著作権』(1996年・岩波書店)4～5頁も参照。
- (32) 知的財産権の分野でも、取引費用がなく Coase の定理が成り立つ市場では排他権を設定しておけば、あとは市場を経由して最適化が図られるのだから、法の役割は排他権を設定したうえで、あとは市場をなるべく Coase の定理が妥当する Coasian world に近づけるべく、権利の範囲を明確化することにある旨を提唱するものに、Frank H. Easterbrook, *The Cyberspace and the Law of the Horse*, 1996 U. Chi. Legal. F. 207 (1996)(批判的な検討として、芹澤英明「ProCD v. Zeidenberg の分析」法学61巻2号231～243頁(1997年)、田村/前掲注(14)自由の領域の確保112頁)。
- この種の発想を個別論点に応用した具体例が、早期に特許を設定してレント・シーキングによる重複投資を防ぐとともに発明の利用に関するコーディネートを図るべきである旨を説く prospect theory (Edmund W. Kitch, *The Nature and Function of the Patent System*, 20 J. Law & Econ. 265 (1977))や、プロバイダーに厳格責任を認めたほうがプロバイダーの費用便益分析の下でインターネット上の著作権侵害行為が効率的に抑止される旨を説く厳格責任論(I. Trotter Hardy, *The Proper Regime for Cyberspace*, 55 U. Pitt. L. Rev. 993 (1994))、あるいは著作権法の権利の限界や制限(ex. 個別譲渡や私的複製)を迂回するシュリンク・ラップ契約の有効性を承認するに当たり、そうすることで権利者は価格差別が可能となり、低廉な価格でしか購入することができないユーザーにも

著作物が普及することになる旨を説く価格差別理論(ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996)における Easterbrook 判事の説示)、営利企業の研究所において研究者が学術雑誌を複写する行為について、集中処理機関が整備され、ライセンスを得ることができるようになっているということを理由に、fair use の成立を否定した American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913, 930-932 (2d Cir. 1994)などである。これらの見解に対する批判的な検討として、最初のものについては、田村善之「抽象化するバイオテクノロジーと特許制度のあり方(2)」知的財産法政策学研究 11 号 66～68・73～78 頁(2006 年)、後三者については、同「効率性・多様性・自由 - インターネット時代の著作権制度のあり方」同・前掲注(4)市場、特に最後のものについては、村井麻衣子「著作権市場の生成と fair use (1)～(2)」知的財産法政策学研究 6 号～7 号(2005 年)を参照。

(33) Robert P. Merges & Richard R. Nelson, *On the Complex Economics of Patent Scope*, 90 Colum. L. Rev. 839, 877 (1990); Mark A. Lemley, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, 75 Tex. L. Rev. 989, 1048-51 (1997); Mark A. Lemley, *Ex Ante versus Ex Post Justification for Intellectual Property*, 71 U. Chi. L. Rev. 129, 148 (2004); Dan L. Burk = Mark A. Lemley(山崎昇訳)「特許法における政策レバー(1)」知的財産法政策学研究 14 号 78 頁(2007 年)。

(34) ロナルド・H・コース(宮沢健一他訳)『企業・市場・法』(1992 年・東洋経済新報社)131 頁、Lemley, *supra* note 33, at 1048.

(35) 排他権の保護範囲の拡張に関し、同様の理を説くものに、Merges & Nelson, *supra* note 33, at 877。これらのコストが極めて大きくなるのが、アンチコモنزの悲劇である(マイケル・A・ヘラー = レベッカ・S・アイゼンバーグ(和久井理子訳)「特許はイノベーションを妨げるか」知財管理 51 巻 10 号(2001 年)、Lee Nari(田村善之 = 立花市子訳)「標準化技術に関する特許とアンチ・コモنزの悲劇」知的財産法政策学研究 11 号 85～122 頁(2006 年)、山本顯治「現代不法行為法学における『厚生』対『権利』」民商法雑誌 133 巻 6 号 903～904・912～921 頁(2006 年))。

(36) 現行法上も、職務著作の場合など(著作権法 15 条 1 項)、創作者に権利を付与するという原則が貫かれているわけではなく(田村・前掲注(30)388～390 頁)、さらには職務発明の場合のように使用者が容易に権利を自己のものとする制度など(その趣旨につき、田村善之 = 柳川範之「職務発明の対価に関する基礎理論的な研究」民商法雑誌 128 巻 4=5 号 448～451 頁(2003 年)、田村善之「職務発明制度のあり方」田村善之 = 山本敬三編『職務発明』(2005 年・有斐閣)9～13 頁を参照)、さまざまなヴァリエーションがある(田村善之「創作者の保護と知的財産の活用の相剋」日本工業所有権法学会年報 29 号 97～98 頁(2006 年))。

(37) 参照、田村善之「青色発光ダイオード事件控訴審和解勧告について」知的財産法政策学研究 8 号 5～6 頁(2005 年)。

(38) 以上につき詳しくは、田村・前掲注(36)学会年報を参照。なお、インセンティブ論に立脚しない立場からも、既存の知的財産法制度は、創作者個人がゼロから全てを作り出すというロマン主義的な創作者(authorship)観を前提としているために、創作の源泉やパブリック・ドメインが軽視され、知的大地の収奪(the intellectual land grab)が国際的に行われ、富める国と富まざる国の格差は拡大し、多国籍企業の寡占化が進むことになる結果、かえって創作活動が妨げられている旨、警鐘が鳴らさ

## DRAFT: NOT FOR CITATION

- れることがある(JAMES BOYLE, SHAMANS, SOFTWARE, AND SPLEENS: LAW AND THE CONSTRUCTION OF THE INFORMATION SOCIETY, 42, 56-59, 121-143, 155, 168-173, 177-179, 183-184 (1996))。
- (39) くわえて、権利の帰属を決定したあとでなされる知的財産権に関する取引についても、契約外の第三者の利用に与える影響を加味すると、たとえば、著作権の包括譲渡後に立法により新たな権利が著作権に認められたとしても、譲渡人のところに権利を留保させることにより徒に権利を分属させる解釈論は回避したほうがよいのかもしれない。反対の立場から、参照、藤野忠[判批]知的財産法政策学研究 19号(2008年)。
- (40) 田村善之『不正競争法概説』(第2版・2003年・有斐閣)282～287頁。
- (41) 田村/前掲注(14)特許発明の定義。バイオ特許に関し、田村善之「抽象化するバイオテクノロジーと特許制度のあり方(1)～(3)」知的財産法政策学研究 10～12号(2006年)、ビジネスモデル特許に関し、Lee/前掲注(17)も参照。
- (42) 田村/前掲注(29) 104～106頁。
- (43) 田村善之「特許侵害訴訟における公知技術の抗弁と当然無効の抗弁」同『機能的知的財産法の理論』(1996年・信山社)。この問題については、高部真規子「特許法 104条の3を考える」知的財産法政策学研究 11号(2006年)も参照。
- (44) 田村善之「判断機関分化の調整原理としての包袋禁反言の法理」知的財産法政策学研究創刊号(2004年)。この問題については、吉田広志「最近の裁判例にみる禁反言の研究・新版」知的財産法政策学研究創刊号(2004年)、愛知靖之「審査経過禁反言の理論的根拠と判断枠組み(1)～(5)」法学論叢 155巻6号・156巻1号・2号・157巻1号・2号(2004～2005年)も参照。
- (45) 田村善之「特許無効特許無効審判と審決取消訴訟の関係について」同・前掲注(43)機能。この問題については、大淵哲也『特許審決取消訴訟基本構造論』(2003年・有斐閣)、同「特許法等の解釈論・立法論における転機」『知的財産法の理論と現代的課題』(中山信弘還暦・2005年・弘文堂)、高林龍「無効判断における審決取消訴訟と侵害訴訟の果たすべき役割」知財年報 I.P. Annual Report 2006(2006年)も参照。
- (46) 田村善之/増井和夫 = 田村善之『特許判例ガイド』(第3版・2005年)281～287頁、村上裕章「取消訴訟における審理の範囲と判決の拘束力」知的財産法政策学研究 10号(2006年)。
- (47) 田村/前掲注(46)289～294頁、飯島歩「特許無効審判における一事不再理」知的財産法政策学研究 16号(2007年)。
- (48) 田村・前掲注(30)31～36頁を参照。この問題については、劉曉倩「実用品に付されるデザインの美術著作物該当性(1)～(2)」知的財産法政策学研究 5～6号(2005年)も参照。
- (49) 田村/前掲注(10)。この問題については、白石忠志『技術と競争の法的構造』(1994年・有斐閣)、同「知的財産権のライセンス拒絶と独禁法」『21世紀における知的財産の展望』(知的財産研究所10周年・2000年・雄松堂出版)、稗貫俊文「知的財産権と独占禁止法」同『市場・知的財産・競争法』(21世紀 COE 知的財産研究叢書 2・2007年・有斐閣)、和久井理子「単独事業者による直接の取引・ライセンス拒絶規制の検討(1)～(2)」民商法雑誌 121巻6号・122巻1号(2003年)も参照。
- (50) 最判昭和 63.3.15 民集 42巻3号 199頁[クラブ・キャッツアイ上告審](田村/前掲注(30)149～153

頁参照)が打ち立てたとされているものである。同最判は、物理的に著作物を歌唱している者(客)の歌唱行為をして、それ以外の者(カラオケスナック)の歌唱と評価しうる要件として、後者が前者の行為を管理し(=管理性)、そこから利益を収受していること(=利益性)という2つの要件を定立したものと理解されている。判旨の射程やその意義に関する批判的な検討として、上野達弘「いわゆる『カラオケ法理』の再検討」『知的財産権法と競争法の現代的展開』(紋谷暢男古稀・2006年・発明協会)を参照。

(51) 東京地決平成 14.4.9 判時 1780 号 25 頁[ファイルログ著作隣接権仮処分]、東京地決平成 14.4.11 判時 1780 号 25 頁[ファイルログ著作権仮処分]、東京地判平成 15.1.29 平成 14(ワ)4249 [同中間判決]、東京地判平成 15.1.29 判時 1810 号 29 頁[同中間判決]を嚆矢とする。裁判例については、田村善之「検索サイトをめぐる著作権法の諸問題(3) - 寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等 - 」知的財産法政策学研究 18 号(2007 年)を参照。

(52) ゆえに、物的手段の提供行為に関しては、カラオケ法理ではなく、物理的な利用行為者のところで侵害が成立しない場合には手段の提供者の侵害も成立しないとする共同不法行為の構成(参照、最判平成 13.3.2 民集 55 卷 2 号 185 頁[ナイトパブ G7 上告審]、原判決の評釈として、田村善之[判批]NBL 694 号(2000 年))が望ましく、差止めは特許法の間接侵害が成立する範囲(田村善之「多機能型間接侵害制度による本質的部分の保護の適否 - 均等論との整合性 - 」知的財産法政策学研究 15 号(2007 年)参照)で認めるに止めるべきである旨を説くものとして、田村/前掲注(51)。この問題については、吉田克己「著作権の『間接侵害』と差止請求」田村編・前掲注(21)創成も参照。

(53) 他の要件とともに、最判平成 10.2.24 民集 52 卷 1 号 113 頁[ボールスプライン軸受]。田村・前掲注(14)知的財産法 224 ~ 237 頁。

(54) 田村/前掲注(21)。窪田充見「不法行為法学から見たパブリシティ - 生成途上の権利の保護における不法行為法の役割に関する覚書 - 」民商法雑誌 133 卷 4=5 号 741 頁(2006 年)、中山信弘『著作権法』(2007 年・有斐閣)209 頁も参照。

この場合、不法行為を肯定するためには、当該利益が法的保護に値するという社会的な承認がなされることを要件と考える見解もある(窪田/前掲注(54)741・743 頁)。本稿は、少なくとも日本法に関しては、個別の知的財産法の集合体の向こうに、必要な成果の開発のインセンティブに不足があるときは、そのインセンティブを保護するためにフリー・ライドを規律することも辞さずという法の価値判断を看取している(長谷川/前掲注(21)18 ~ 24 頁の指摘する競争的繁栄論)。司法が謙抑的でなければならない理由は、社会的な承認がないからなのではなく、技術的に判断が困難であり、政治的な責任をとれないからだというに止まる。ゆえに、窪田/前掲が提唱するような前提の充足は不要と考えるのである。

(55) 田村善之[判批]特許研究 14 号(1992 年)。

(56) 山根崇邦[判批]知的財産権法政策学研究 18 号(2007 年)。

(57) 以上につき、田村/前掲注(21)。

(58) 「検索サイトをめぐる著作権法の諸問題(1) - 寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等 - 」知

的財産法政策学研究 16 号 96～99 頁(2007 年)。

- (59) たとえば、照明器具の宣伝広告用カタログ内で、和室を撮影した写真内に掛け軸として掲げられていた書が映り込んでいたという事案で、写真内の書は、1 字につき 3 ミリから 9 ミリの大きさであり、墨の濃淡、かすれ具合、筆の勢いなどの創作的な表現までもが再現されているとはいえないと判示して、著作権侵害を否定した判決(東京地判平成 11.10.27 判時 1701 号 157 頁[雪月花]、東京高判平成 14.2.18 判時 1786 号 136 頁[同 2 審])、市営バスの写真を絵本に掲げる行為につき、当該バスの車体に描かれた絵画の著作権を侵害することになるのかということが争われた事件で、原作品が一般公衆に開放されている屋外や建造物の場所に恒常的に設置されているものを利用しても著作権を侵害しない旨、定める著作権法 46 条を活用して、侵害を否定する判決(東京地判平成 13.7.25 判時 1758 号 137 頁[はたらくじどうしゃ])(村井麻衣子[判批]知的財産法政策学研究 10 号(2006 年))がある。参照、飯村敏明「著作権侵害訴訟の実務」『著作権制度概説および音楽著作権』(2006 年・明治大学法科大学院)211～212 頁。
- (60) 田村/前掲注(28)。
- (61) 政策形成過程のバイアスに対処するためには、司法による是正に期待するだけでなく、そもそも知財政策の形成過程自体を統御してユーザーや途上国の利益を反映しうるものとするのが望まれる。難問であるが、たとえば途上国の特許庁の連携を図ったり(Peter Drahos, *Trust me: Patent offices in developing countries*, Am. J. L. and Med., forthcoming 2008(2008 年 1 月 18 日現在、<http://cgkd.anu.edu.au/menus/workingpapers.php> より入手可能))、クリエイティブ・コモンズ(クリエイティブ・コモンズ・ジャパン編『クリエイティブ・コモンズ - デジタル時代の知的財産権』(2005 年・NTT 出版))のような NGO 運動に期待するという方策がないわけではない。
- (62) 国家の裁量で特許を付与する「恩恵主義」を否定する意味で「権利主義」という概念を用いており、特許庁の裁量を一切否定する趣旨があるのかどうか定かではないところがあるが、豊崎・前掲注(4)79 頁、中山信弘『工業所有権法(上)』(第 2 版増補版・2000 年・弘文堂)60～61 頁。
- (63) かつては国内産業保護のために、新規の化学物質といえども、物質自体を対象とする特許権は認められておらず、方法の発明としてクレームせざるを得なかったところ、日本の化学技術水準が国際的な水準に到達したという判断を元に、1975 年改正により、物質特許が認められるようになった。
- (64) 審査基準の変遷については、竹田和彦『特許の知識』(第 8 版・2006 年・ダイヤモンド社)31～41 頁の概観が分かりやすい。
- (65) 以上につき、田村/前掲注(14)特許発明の定義 131～132 頁。
- (66) 環境政策を例にとり、リスク行政というモデルを構想するものとして、山本隆司「リスク行政の手続法構造」城山英明 = 山本隆司『環境と生命』(融ける境 超える法 5・2005 年・東京大学出版会)9～15 頁も参照。
- (67) Burk = Lemley/前掲注(33)・(19)。原文は、Dan L. Burk & Mark A. Lemley, *Policy Levers in Patent Law*, 89 Va. L. Rev. 1575 (2003)。田村善之「特許制度をめぐる法と政策」ジュリスト 1339 号(2007 年)の紹介を参照。
- (68) Burk = Lemley/前掲注(33)の示した分類に従った。詳しくは、田村善之「抽象化するバイオテクノ

ロジックと特許制度のあり方(2)」知的財産法政策学研究 11 号(2006 年)も参照。また、プロスペクト理論、競争的イノベーション理論、累積的イノベーション理論の相互関係については、川浜昇「技術革新と独占禁止法」日本経済法学会年報 42 号 51～57 頁(1999 年)も参照。

- (69) Kitch, *supra* note 32. 批判的な検討として、Lee/前掲注(35)101～105 頁。
- (70) Kenneth J. Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Innovation*, in *THE RATE AND DIRECTION OF THE RATE AND DIRECTION OF INVENTIVE ACTIVITY* (Richard R. Nelson eds., 1962). ここでは他の理論と対比することを重視して、Burk = Lemley/前掲注(33) 79 頁のデフォルメに従った。より正確な紹介として、川浜/前掲注(68)51～53 頁を参照。
- (71) Merges & Nelson, *supra* note 33.
- (72) ヘラー = アイゼンバーグ/前掲注(35)。その他、注(35)所掲の文献を参照。
- (73) Carl Shapiro, *Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools and Standard Setting*, in *1 INNOVATION POLICY AND THE ECONOMY*, 119 (Adam Jaffee, Josh Lerner, and Scott Stern eds., 2001). Shapiro が厳密にどのように述べているかということとはともかく、アンチコモنز理論と区別して独自の意義を持たせるために、Burk = Lemley/前掲注(33)91～92 頁の位置づけに従い、権利の数が問題なのではなく、権利の保護範囲が広過ぎて錯綜することによる弊害を説くものだと理念的に位置づけておく。アンチコモنزの問題を解決するには権利自体の数を減らす必要があるが、理念型としての特許の数の問題を解決するには、権利の保護範囲を狭くするだけでもよいということになる。
- (74) Burk = Lemley/前掲注(19)92～111 頁。原語に従えば、(ギア・チェンジ用の)レヴァーとなるが、日本語としての意味の通りやすさを考慮して、「舵取り」の訳語を当てた。
- (75) 平嶋竜太「米国特許法における保護対象の変容 - いわゆる”Business Method Exception”を巡る動向について - 」知財研フォーラム 41 号(2000 年)。
- (76) 田村善之「包括的クロスライセンスと職務発明の補償金額の算定」知的財産法政策学研究 2 号(2004 年)。
- (77) 特許法 29 条 2 項の要件は、一般には、進歩性と称されることが多いが、用語の問題として適切なものとは思われないことにつき、竹田・前掲注(64)134～136 頁。
- (78) 実際、ロビイングの産物といえる TRIPS 協定 27 条 1 項は、特許権に関し、技術分野毎に特許発明の取扱いを差別することを禁じており(起草経緯と趣旨につき、RESOURCE BOOK ON TRIPS AND DEVELOPMENT, 368-374 (2005)、尾島明『逐条解説 TRIPS 協定』(1999 年・日本機械輸出組合)124～127 頁)、少なくとも国内法の明文で分野毎に異なる特許要件や保護範囲を設定することには相当の抵抗が予想される。
- (79) たとえば、特許・実用新案審査基準「第 部 特定技術分野の審査基準」の「第 1 章 コンピュータ・ソフトウェア関連発明」「第 2 章 生物関連発明」「第 3 章 医薬発明」など。
- (80) 田村/前掲注(4)。
- (81) 中山・前掲注(54)241・272 頁も参照。
- (82) 白田秀彰『コピーライトの史的展開』(1998 年・信山社)を参照。こうした事情は、ドイツにおいても

認められるようである。木村/前掲注(5)697～698・704～705頁。

- (83) 田村・前掲注(30)108～111頁。
- (84) See also Jessica Litman, *Revising Copyright Law for the Information Age*, 75 Or. L. Rev. 19, 36-37, 48 (1996)(著作権法は、non-commercial user = 非営利的利用者、non-institutional user = 非組織的利用者を規律するものではなかったとする); Jessica Litman, *supra* note 19, at 18-19, 177-178.
- (85) たとえば、デジタルの利用に対する著作権の保護の要件として登録制度を導入することを提唱するものとして、田村善之「デジタル化時代の知的財産法制度」同・前掲注(43)機能、営利的な利用か、著作権者の機会を妨害する大規模な利用のみを侵害とすべきであり、その基準の具体化はコモン・ローすなわち司法に委ねるべきことを提唱するものとして、Jessica Litman, *supra* note 19, at 180-182(陪審による社会規範の導入の可能性にも言及する。著作権法の政策形成過程に関与できない公衆に対して、著作権法の専門家以外には理解しがたい、意味をなさない法律に遵うよう要求すべきではないことにつき、*id.* at 194-195)。
- (86) サイバースペースでは、技術的にアクセスやコピーをコントロールしうようになる結果、伝統的に著作者に与えられていた保護と公衆の利用のバランスが崩壊するという警告を発し、サイバー外の空間に存在するある種の不完全性を法規範等で人工的に作出する必要がある旨を示唆するものに、ローレンス・レッシング(山形浩生訳)『CODE VERSION 2.0』(2007年・翔泳社)235～278頁。プロテクションが隆盛を迎えるなかで、フェアユースを担保する技術的かつ制度的な仕組みに関する具体的な提言として、Dan L. Burk & Julie E. Cohen(会沢恒訳)「権利管理システムのためのフェアユース・インフラストラクチャ」知的財産法政策学研究 3号(2004年)。クリック・オン方式による契約の成立とその有効性につき、曾野裕夫「情報契約における自由と公序」アメリカ法 1999-2・192頁(2000年)(マスマーケットで購入する場合と個別交渉を経て購入する場合で取扱いを違えることを示唆)、同「[契約と技術による著作権の拡張に関する日本法の状況](#)」知的財産法政策学研究 3号(2004年)、Lucie Guibault(会沢恒訳)「[著作権の制限とクリックラップ・ライセンス:著作権取引はどのようになるのか?](#)」知的財産法政策学研究 3号(2004年)。両論点に関する筆者の立場については、田村・前掲注(14)知的財産法 427～428・433～434頁を参照。
- (87) 前掲注(61)参照。
- (88) 長谷川/前掲注(21)17～25頁の検討を参照。
- (89) 長谷川/前掲注(21)24・30頁。
- (90) ヴァンダナ・シヴァ(奥田暁子訳)『生物多様性の保護か、生命の収奪か グローバリズムと知的財産』(2005年・明石書店)。国際的な動向につき、常本照樹「先住民族の文化と知的財産の国際的保障」知的財産法政策学研究 8号(2005年)、大澤麻衣子「伝統的知識の保護と知的財産に関する一考察 - 遺伝資源及び伝統的知識の保全から活用の時代へ - 」(特許庁委託平成13年度工業所有権研究推進事業報告書・2002年・知的財産研究所)、田上麻衣子「遺伝資源及び伝統的知識の保護をめぐる議論の基層」日本工業所有権法学会年報 30号(2006年)、同「遺伝資源及び伝統的知識をめぐる議論の調和点」知的財産法政策学研究 19号(2008年)、青柳由香「伝統的知

識・遺伝資源・フォークロア」石川明編『国際経済法と地域協力』(2004年・信山社)、同「伝統的知識等に関する国際機構・地域のアプローチの検討 - 法的保護の視点 - 」慶應法学6号(2006年)、山名美加「遺伝資源・伝統的知識をめぐる国際紛争と特許制度」Law & Technology 28号(2007年)。理論的な検討として、田村善之「伝統的知識と遺伝資源の保護の根拠と知的財産法制度・再論」知的財産法政策学研究19号(2008年)、同「伝統的知識と遺伝資源の保護の根拠と知的財産法制度」知的財産法政策学研究13号(2006年)、黄居正(坂口一成訳)「時間、労働と生態 - 先住民の財産権の核心的テーマ」知的財産法政策学研究19号(2008年)、李揚(劉曉倩訳)「フォークロア作品における共同作者の概念を放棄せよ - 烏蘇里船歌(ウースーリ川舟歌)事件 - 」知的財産法政策学研究14号(2006年)。

- (91) W・キムリッカ(千葉眞 = 岡崎晴輝訳)『新版 現代政治理論』(2005年・日本経済評論社)475～540頁。
- (92) 長谷川晃「先住民の知的財産保護における哲学的文脈」知的財産法政策学研究13号(2006年)も参照。BOYLE, *supra* note 38, at 128-130も、生物の多様性を育む森林を保存するためには、創作者観に囚われることなく先住民に利益を還元する必要がある旨を説く。同書の著者が関与したBellagio Declarationも、同様に既存の知的財産法制が創作者観を前提としていることを批判し、伝統的知識を保護する特別の「隣接権」を創設することを提唱する(*id.* at 192-200)。その紹介として、大塚善樹「生物多様性から知的財産権の多様性へ」現代思想30巻11号140頁(2002年)も参照。直接、伝統的知識に関する言及があるわけではないが、西欧型の知的財産権の根拠を相対化する試みにつき、遠矢浩規「国際政治学と知的財産権」広島法学26巻2号(2002年)も参照
- (93) シヴァ・前掲注(90)は、特許制度は科学のイノベーションが完全に個人的なものであるという仮説に基づいているが(UPOV条約についても同様の歪みがあることにつき、同122頁)、元来、知識は共同体のなかでの交換による蓄積によって培われる集団の努力であると指摘するとともに(同34～35・146・151～153頁)、さらに一歩進めて、生命科学における創造性には、生物が本来的に有している創造性(同55頁)、先住民社会の知識体系が持つ創造性、現代の科学者の創造性があり、これらの多様な創造性を認めることが生物多様性の維持にとって肝要であるところ(同34～35・64～65頁)、先住民の知識体系は概してエコロジカルであるが、還元主義と細分化を特徴とする科学的な知識の支配的モデルは自然のなかに存在する相互関係の複雑さを考慮に入れていないために生態系を破壊しかねない(同60～61・66・148～149頁。バンダナ・シバ(松本丈二訳)『バイオバイラシー グローバル化による生命と文化の略奪』(2002年・緑風出版)41～86頁も参照)と主張する。ゆえに、シヴァ・前掲注(90)は、結論として、知識の多様性を認め、尊重するために、TRIPS協定とWTOによって普遍化されつつある西側の知的財産権制度に限定されない知的財産権の体制、具体的には、先住民の知識体系や行動、それに基づく生活を保護することができる複数の知的財産権の体制を発展させ(シヴァ・前掲注(90)64～65・68頁)、集団の知的財産権を認め、伝統的知識を略奪する特許の取得を認めないことが問題を解決することになる(同85・150～154頁)、と提唱する。
- (94) 青柳由香「伝統的知識等に関する法整備と先住民および地域共同体の参加について」知的財

## DRAFT: NOT FOR CITATION

産法政策学研究 8 号(2005 年)も参照。

<sup>(95)</sup> 田村/前掲注(90)知的財産法政策学研究 19 号。

【付記】 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の形成」も 2008 年 3 月をもって 5 年間のプロジェクトの期間を終了し、それとともに本誌『知的財産法政策学研究』も本号をもって一つの区切りを迎えることになった。そこで、本稿は、本プログラムの成果を俯瞰することで締めくくりに代えることにした。この間、様々な形で拠点リーダーである私にご協力いただいた方々に、この場を借りて御礼申し上げる。