序章　知的財産法総論

Ⅰ　知的財産法への招待

1.　知的財産法の法技術的特徴

まず、知的財産法の法技術的な特徴をお話ししようと思います。所有権との比較が、非常に重要になります。手紙を書いて他人に送った場合を例にして考えてみましょう。実際、三島由紀夫手紙公表という事件があります（東京高判平成 12.5.23 判時 1725 号 165 頁）。

この事件は、有名な作家の三島由紀夫さんの文通の相手の方が、三島由紀夫さんとの交際を中心とした本を執筆する際に、本の中で三島由紀夫さんからいただいた手紙を掲載してしまったケースです。なお、三島由紀夫さんとの交際に関する本を執筆すること自体は、プライバシー侵害に当たらない限りは構いません。

この問題について、一般的に、手紙を書いて他人に送った場合には、有体物である紙の所有権は受取人に帰属し、他方、手紙の文面に関する著作権は差出人に留保されていると考えられており、裁判所も同様の判断を示しました。したがって、受け取った手紙を捨てたり、破ったりすることは、所有権の放棄として受取人が自由に行えるのですが、本件のように、公に出版するということは、亡くなった三島由紀夫さんの相続人である遺族の著作権を侵害するということになります。ただし、私的複製は著作権法 30 条で例外的に著作権の侵害にはあたりません。

これは、聞けばすぐにわかると思うのですが、実は、最高裁も完全にはきれいに解けなかった難しいパズルが生じることもあります。それが顔真卿自書建中告身帖という事件です（最判昭和 59.1.20 民集 38 巻 1 号 1 頁）。

顔真卿というのは、中国三大書家の 1 人です。顔真卿が直筆で書いた真蹟は世界に 2 つか 3 つしか現存しない大変貴重なものであり、筆で書いたものを彫刻家が彫り込んだ石碑が大量に残っているにすぎません。原告は、その大変貴重な真蹟である顔真卿自書建中告身帖を所蔵していた美術館の方です。一方、被告は、告身帖が美術館に帰属する以前に所有者であった収集家の許諾を受けて写真を撮影した写真家から、原板・ネガを譲り受けた出版社で、出版物に顔真卿の真蹟を掲載し発行した行為が争われました。

著作権は、ご存じの方も多いと思いますが、一般的には著作者の死後 50 年で消滅します。現在、存続期間延長の議論が盛んにおこなわれていますが、ともあれ現在の日本法の下では、顔真卿は唐の時代の書家ですから、当然著作権は存在しません。そもそも著作権が仮に存在していたとしても、原告は相続人ではないので著作権を有していないことになります。

そこで、原告は告身帖に対する所有権を被告が侵害していると主張しました。もし、被告の写真が出版されなければ、顔真卿の真蹟は貴重でほとんど見ることができないので、美術館を訪れようとする方が後を絶たないでしょう。ところが、写真で出版されてしまうと、2 割 3 割あるいは 5 割 6 割くらい来訪者が減る可能性がある。そこで Y の行為によって告身帖の経済的価値が棄損されたことを理由に所有権に基づいて出版物の販売の中止と廃棄を請求したという事件であります。

この事件は最高裁まで争われましたが、最高裁あるいは下級審も含めて裁判所は一貫して請求を棄却しています。最高裁の判旨を簡単に要約すると、X が有する告身帖の所有権は、その告身帖という物理的存在について及び、この物理的存在を越えて告身帖を写した写真にまで及ぶわけではないというこ

とです。実質的な理由として最高裁は、情報の側面である無体物の側面にまで所有権が及ぶ、すなわち、権利期間に限定がなく永続する所有権が複製物についてまで及ぶと解した場合、何のために著作権法が著作権の権利期間を限定して文化の発展を期したか分からなくなるのではないかということを述べています。著作権法が著作権の存続期間を定めている目的は、一定期間経過後、著作者に報いた後には、誰もが利用できるパブリック・ドメインに著作物を置いて、文化の発展を促すことにあります。にもかかわらず、所有権に基づく請求を認めてしまうと、利用自由が不可能となり、著作権法の趣旨が没却されるということです。

ただし、本件では先程も述べたように解くことが困難な問題がありました。それは X の次のような主張にあらわれています。すなわち、一般的に博物館や美術館の所蔵品を撮影して出版するためには博物館や美術館の許可が必要であり、通常その場合には、対価が払われている。ということは慣行であるかもしれないが、何らかの権利を博物館や美術館が有しているからである。したがって、告身帖を出版する被告もやはり、所有者である原告に対価を支払うべきだと主張しました。

この主張を認めた場合、著作権が復活してしまったことと同じことになってしまうので、直感的におかしいことがわかると思いますが、どこがおかしいのかというのが問題になります。すなわち、博物館や美術館で展示品の撮影を撮影する場合や、観覧する場合には対価を支払う必要があります。そういった撮影料や観覧料の法的な性質は何かということが問題になるわけです。

最高裁はこの問題を完全に解くことができなかったと評価できるでしょう。最高裁は、所有権の反射的利益に過ぎないと判示し、原告の主張を退けています。しかし、何がどうなって反射的利益になっているのかということはよく分かりませんし、深く突き詰めて考えると、X が所有権の反射的利益かどうかというのも実は怪しいということになります。

では、どのように説明すればよいのかについて、考えてみることにしましょう。そこでディズニーランドのシンデレラ城を例にとって考えてみましょう。例えばこれを高速道路からも見ることがある程度できますし、飛行機に乗り下を見るとシンデレラ城が見えます。そのときにお金を払うという人は 1 人もいないはずです。したがって、外からシンデレラ城を見る行為に対して、ディズニーランドは権利を主張していませんし、おそらくできないでしょう。では、我々はシンデレラ城を見る行為に対していつお金を支払うのかというと、ディズニーランドのゲートをくぐったときであります。ということは、シンデレラ城の所有権に基づいて金銭を請求しているのではなくて、この位置に関して所有権賃借権等に基づき金銭を請求しているといえます。すなわち、土地の所有権賃借権等を侵害することについての許諾を与える代わりに金銭の支払いを求めるという仕組みになっていますので、シンデレラ城の所有権ではなくてディズニーランドの敷地に対する所有権賃借権等の権利が、こういった対価を支えていそうだということが分かります。

華厳の滝を例にとりもう少し考えてみましょう。華厳の滝は、周囲からなかなか見ることができません。私の記憶が正しければ、華厳の滝の近くには洞窟があって、そこを通ると華厳の滝を見ることができる場所にたどり着くという構造になっています。この場所に入るためには、華厳の滝自体の所有権とは関わりなく、華厳の滝を見ることができるスポットの所有者に対して対価を支払う必要があります。ということは、見るものの所有権とは関係なく、見る位置の所有権が問題だということが分かります。

これをディズニーランドに引き直して考えれば、例えば、東京タワーからディズニーランド、シンデレラ城が見えたとします。東京タワーは、そのときにお金を取っていますが、これはシンデレラ城の所有権とは関係はなく、東京タワーの敷地の所有権等に基づきお金をとっているといえ、やはり見る位置に関する所有

者がお金を取っているのだということになりそうです。

以上から、見るものではなくて、見る位置が大変重要な問題だということになります。これを美術館、博物館の場合で考えてみると、土地に対する所有権や賃借権に基づいて入館料を取って許諾をする代わりに、入館料を取っていることになります。そのときに、重要なことは、その告身帖なるものが外から見えないから、我々はお金を支払うわけです。野外美術館のような形で、近くの道路からシンデレラ城のように見える場合には、無料で見ることができます。そのときに美術品等の著作権の存続期間が経過している場合には、撮影することについても完全に自由のはずだということになります。これに対し、告身帖の場合は、隠されているので、結局建物の中に入らないと観覧できないということになります。そして、撮影については、美術館が入館者に対して提示する条件によることになります。例えば、許諾のない限り撮影を許さないことを条件として入館を許可する場合や、金銭の支払いを条件として撮影を許可することが考えられます。その条件を知らずに入館したときにどうなるかというと、それは一般の約款論の問題になります。

以上のようなことについて、より一層洗礼された議論をしているのが、かえでという事件です（東京地判平成 14.7.3 判時 1793 号 128 頁）。この事件は、シンデレラ城のかえで版というような事件です。原告は、大変手間をかけてできあがったかえでを生育した方です。原告の生育したかえでは有名になったのでたくさんの見学者が訪れるようになりました。当初は見学を自由に認めていましたが、原告の主張によると、非常に多数の人が見学にきて、広く張った根が踏みつけられるなどしたため、かえでを保護するためにある一定時点から柵をして、かえでを保護するために費用がかかっていたので、柵の中に入ってきて営利目的で撮影することを禁止する旨の看板を掲げました。顔真卿の事件と類似していますが、まだ看板が立っておらず撮影が自由にできた時代にかえでを撮影した写真を用いて出版した会社に対して原告が訴えたケースであります。本事件は、もちろん顔真卿の判例の射程内にありますから、かえでの所有権に基づく請求は棄却になりました。ただ、そのときに裁判所は傍論で、看板が掲示された後で看板を無視して営利目的で撮影をして出版をした場合には、条件が提示されている上で立ち入っているのであるから、条件に違反しており、本来は債務不履行のような気がしますが、不法行為を追及できると判示しました。したがって、本判決は、顔真卿のように反射的利益とは言わないで、立ち入りの際の条件に違反すると損害賠償を請求することができることを明確にした判決と評価することができます。

2. 知的財産の利用行為に対する規律を設ける意味―物理的な障壁と法的な障壁

今、お話したかったことは、所有権と知的財産権の区別の話ではありますが、さらに言うと、知的財産権がないと一体どのような行為ができてどのような行為ができないかに関する話でもありました。つまり、法的にアクセスすることができない土地に入ると所有権侵害になる。この場合、合法的にアクセスするためには、その所有権者の許諾を得なければならない場合があるという話をしました。

実は、このような形でアクセスをできない結果、ある人の許諾なりある人の何らかの行為がなければアクセスができない結果対価を払わなくてはいけなくなるというのは、法的な障壁に限りません。物理的にアクセスできない場合にも同様に対価を支払う必要があります。例えば、華厳の滝を見ることができるよいスポットがあるのだけど、その場所がどこだか分からないとすると物理的にアクセスできません。その場合には、物理的な支障、華厳の滝の例で言えば所在が分からないという物理的な状態を解消してくれる人に対価を払う必要があります。物理的な障壁を解消することで対価を得ている身近な例として情報誌を挙げることができるでしょう。

以上のように、物理的ないし合法的にアクセスすることができない場合には、そういったアクセスに対する障壁を除去するために、誰かの許諾を得なければならないことがあります。少し話しが飛びますが、逆に言えば物理的にも合法的にもアクセスし得るものに対しては、基本的には原則として、アクセスに何の対価も支払う必要はありません。したがって、アクセスから何らかの理由で対価を徴収させようとするのであれば、まさにそれが知的財産法だということになるのですが、物理的に利用が自由な状態にあるにもかかわらず、それに対して何らかの対価を徴収しようというならば、まさに法制度が必要となることになります。つまり、現在合法的にアクセスできるのをできないように追い込む必要があり、それが知的財産法だということになります。

では、どのような趣旨でアクセスから対価を徴収させるような制度を敷くのでしょう。花火大会を例に考えてみましょう。花火大会というのは、覆いをかぶせることが不可能なので、我々は見るのは自由ですからアクセスは自由だといえます。では、どのような行為でもできるのでしょうか。例えばニュース番組で花火大会が開催されたことを報道する際に、2、3 発くらいの花火を放送するのであれば、これもまた自由でしょう。花火も通常の形状の花火である限り著作物にならないと思ってください。ありふれているので、通常は著作物にはなりません。まだ見たことがありませんが、絵のような花火があるのでしたら、話は別です。

では、ニュース報道は自由であるとしても、どこからでも撮影できるからといって特別中継番組を花火大会の主催者に無断で撮影して放送することができるのかが問題となります。これはできるという方もいるので、いろいろな意見もあり得ます。同様の問題はマラソン大会でもあてはまります。

この問題について、通常の民法の議論ですと、民法 709 条は「権利」と規定されていたが、雲右衛門事件は大学湯事件で否定されてその結果利益も含む、そして現在は条文で「利益」も保護の対象になる、しかし、利益はどんな利益でも法的に保護されるわけではないから、どのように考えようかという話になると思いますが、それだと答えが出ないので、私は次のように考えています。

もし、無断で放映する行為が全く責任を問われないという法制度を採用してしまうと、別の局が勝手に放映するかもしれませんから、どのテレビ局も主催者に放映料をまったく支払わないとはいえませんが、あまり支払わなくなるでしょう。しかし、花火大会やオリンピックが大規模に開催できる理由はテレビのおかげであるといえます。雪祭りを例にとっても、最初は小規模だったものがだんだん規模が大きくなってきました。オリンピックも以前は現在ほど大規模ではなかったのですが、テレビの時代に入り、規模が拡大してきました。なぜなら、テレビは、非常に影響力のあるマスメディアであると同時に、非常に有効な資金回収手段でもあるからです。テレビがなければ、実際オリンピックを見に来てくれた人に対して、入場料なり観覧料を取るだけです。しかし、テレビのおかげで、多数の視聴者がオリンピックを見ることができます。すると企業は CM を放映することによる宣伝効果を期待して、テレビ局へスポンサー料を支払うことを介してオリンピックの開催について金銭を支払ってくれることになります。間接的には、結局は皆さんが日常生活でいろいろな企業に対して支払っている企業のサービスや商品を買うときに支払っているお金が最終的には支えていることになりますが、非常に有効で大規模な資金回収手段です。以上のようにテレビによって、初めて入場料以外の収入をあてにして大きなイベントを組むことができるようになっているわけです。だとすると、多大な費用の掛かるイベントを開催することができるのは、結局はテレビのおかげであって、テレビ局が主催者にお金を払うからだということになります。この場合、イベントの開催、例えばマラソン大会や花火大会を現在の規模で開催することを続けるべきだという価値判断を取るのであれば、放送局が主催者にスムーズに対価を支払うように、無断放映は不法行為になると解すべきではないかと思うわけです。

他方、花火大会やオリンピックを大規模に開催する必要はなく、放送局からの主催者への金銭の支払いは保護に値しないという価値判断をとるのであれば逆の結論になるでしょう。

実際の裁判例では、一般的に知的財産権がないにもかかわらず不法行為を認めることは多くはありません。知的財産権として法が認めていないにも拘らず広く不法行為を認めてしまうと、知的財産権として法が特に条文を置いている意義がなくなってしまいます。ただし、裁判例でも知的財産権がないにもかかわらず不法行為責任を認めたものがあるので、有名で特に異論がないと思われるものを 2 つだけ紹介します。

1 つは、木目化粧紙事件という判決です（東京高判平成 3.12.17 知裁集 23 巻 3 号 808 頁）。木目化粧紙というのは、家具の合板とかあるいは木ではないプラスチックの板などの上に木目の感覚を出すために貼る紙です。木目化粧紙を作成するためには、天然にある本当の木目を何枚か写してきて、よい木目をその中から探してきた上でそれなりに節などを消して加工することが必要で、それなりの費用がかかるということです。さらにこの事件の原告は、木目化粧紙の長さをいくらでも調節できるように、デザイナーを雇い、ある一定の位置にくると模様が循環するように仕組む、つまり両端がある一定のところで同じ模様になるようになっていて無限に伸ばすことができるように加工したようです。これに対して被告は、その木目化粧紙をそのままフォトコピーし、木目化粧紙として半額で競合地区において販売したという事件であります。

これは、現在だと不正競争防止法 2 条 1 項 3 号の不正競争行為に該当します。この事件は原告の販売開始 3 年を経過しているので 19 条 1 項 5 号イにより適用除外となり保護が否定されるかもしれませんが、他人の商品の形態を模倣した形態を取引におく行為は、不正競争行為であると規定されています。「模倣」の意味については、2 条 5 項により、実質的に同一のことをいうと定義されています。まさにこの判決が契機になって禁止条文ができたわけです。

しかし、2 条 1 項 3 号ができたのは 1993 年ですので、この事件の時代にはまだ条文がありませんでした。そのような中で東京地裁は、木目化粧紙は自然にあるものとほとんど変わらないので著作物ではないとして、かつ不法行為も否定しました。これに対して、高裁は木目化粧紙が著作物ではないことについての結論は変わらなかったのですが、不法行為該当性を認めました。ただし、理由付けは、世の中に木目化粧紙を開発する人が過度に少なくならないようにするためにはデッド・コピーなどの行為対して保護は必要だというインセンティヴ論ではなくて、一般的な営業権侵害だと述べたのですが、ともあれ不法行為を肯定しています。

もう 1 つ重要な判決は、スーパーフロントマンという事件です（東京地判平成 13.5.25 判時 1774 号 132 頁）。この事件では、自動車整備業用システムのデータベースが問題となりました。これは、自動車整備業者が車検が終了したときに発行する車検証を作成する際に書き込む車種や型番などのデータを網羅したデータベースです。このデータベースのおかげで、面倒な車種などの情報を調査する作業が省け、簡単に検索できるようになりました。このデータベースは CD-ROM 1 枚に入っているのですが、原告は 5 年間費やし 5 億円をかけて製作し、データベースを販売していました。費用の内訳は、ほとんどが、膨大な量の車の調査とデータを打ち込むために必要な人件費です。さらに、維持管理費が年間 400 万円かかり、これは常時 1 人打ち込みの人を雇うための費用です。一方、被告 6 万件ないし 10 万件というデータがはいった CD-ROM 1 枚をコピーして、それを競合地域で販売をしたというケースであります。

このようなケースで原告は著作権に基づく損害賠償請求はできません。著作権法の講義で説明しますが、著作権は創作的表現を保護するので、こういったタイプの経済的価値はあるが単なる情報の集積で、

間違えない限り誰がやっても最終的には同じになるものに関しては、創作的な表現はなく著作物としては認められていないからです。しかし、花火大会の理屈と同じようにこれを自由にしてしまうと、5 億円掛けてデータベースを製作する人がいなくなり自動車整備業システムが結局は開発されなくなるでしょう。そうすると世の中が非常に困りますので、有用なものに対する投資を促すためには、法的な保護が必要になります。裁判所も被告の行為が不法行為に該当することを認めました。

裁判所は、どういった場合に営業権侵害であるとか不法行為であるかについてはっきりとした理由を示さないのですが、三十数件程度の裁判例で、ごくわずかに不法行為該当性が認められているものを分析してみると、知的財産権法はないものの、あえて特別に知的財産権を立法するまでもなく裁判所が明らかに知的財産を保護する必要があると感得できる例に限られているようであります。

そこで次に、どのようなものでも保護がみとめられるわけではないことを明らかにして、不法行為該当性を否定したギャロップレーサー上告審の判決を説明します（最判平成 16.2.13 民集 58 巻 2 号 311 頁）。この事件は、物のパブリシティ権の成否が争われたケースです。パブリシティ権というのは、1970 年代のマークレスターケースが有名ですけど、芸能人等、人が持っている肖像権と言ったりすることもありますが、人が持っている名声、容貌、あるいは名前などに認められるのではないかといわれる権利で、1980 年代にその存在について議論されるようになりました。これは人格権なのか財産権なのか争いがありますが、人がパブリシティ権を持つことに関しては、判例法理として認められています。

問題は、この事件では人のパブリシティ権が争われた訳ではないということです。この事件は、有名な競走馬の名前がゲームに無断で使われたという事件です。2 つのゲームが問題となり、両方ともレースをするゲームですが、1 つはレース中心のゲーム、1 つは馬を育成して最終的にレースで戦うというゲームです。データの容量の問題で何種類か用意された馬に名前が付しているだけで馬自体の形はあまり似ていませんが、有名無名問わず馬の名前がデータベースのようになっており、好きな馬の名前でゲームができるというものです。ほとんどが許諾を受けた馬なのですが、一部の馬主が、それでも結構な数にのぼりますが、自分の現に所有している、または亡くなった馬もいるので所有していた馬の名前を無断で使うことは認められないとして訴えたケースであります。原告は競走馬の名前だけで十分な財産的価値があるのだから、その価値を毀損する行為は不法行為に該当すると主張しました。学者の中には、パブリシティ権の根拠を人のパブリシティ権についてすら、経済的価値があるから権利があるとおっしゃる方も結構いらっしゃいます。しかし、価値があるところに何でも権利があるわけではないと考えるべきであるし、裁判所も同様の価値判断から、顔真卿判決を引用し、競走馬の名称等が顧客吸引を有するとしても、物の無体物としての面の利用の一態様である競走馬の名称等の使用について、法令等の根拠もなく所有者に対し排他的な使用権等を認めることは相当ではなく、不法行為の成否についても、違法とされる行為の範囲とか態様等が明確になっているとは言えない現時点においては、これは肯定できない、と厳格な判断を示しました。

ただし、原告の主張は無理すぎたというところもあるかもしれませんが、原告はあまりどのような理由で不法行為に該当するかを明確にしていないので、この判決の後も木目化粧紙、スーパーフロントマンが捨て去られたと裁判所は解していないようではあります。

以上で本日の 2 番目の話をまとめます。知的財産法の大変基本的なところですが、他人の成果にフリー・ライドする行為が、即、違法だというわけではありません。例えば、エジソンの発明、ベートーベン作曲の音楽、孔子の論語など、いろいろなタイプのものに関して、我々はフリー・ライドして生きているわけです

が、電気を使うたびにエジソンの遺族にお金を払おうということは誰も考えないわけです。ほかにも様々なタイプのフリー・ライドが世の中にたくさんあります。例えば、JR タワーができることにより、その周辺の店舗の集客数が増えそれによって周辺店舗の収益があがったとしても、誰も JR タワーにお金を払うということにはなりません。

一般的にいうと、フリー・ライドで世の中が豊かになり発展するので、フリー・ライドは原則自由だし、様々なフリー・ライドで我々は生きているわけであります。誰にもフリー・ライドしないで生きていくことは不可能であると思います。お金を払わないでいろいろな便益を得ることは、むしろ日常的に頻繁にあることです。

しかし、損害が生じ、その損害があるために成果を開発するインセンティヴが損なわれ、フリー・ライドを禁止するというコストをかけてまで成果開発のインセンティヴを確保する必要があるという 3 つの命題が肯定された場合には、フリー・ライドを禁止すべきだと考えるべきでしょう。第二の命題について、花火大会の例では、テレビ局からの収入が減る損害が生じ損害を生じるだけではだめで、花火大会を開催しようとするインセンティヴが損なわれる必要があり花火大会の主催者が管理している土地に入ってくる人から取るお金だけでは、あるいはパンフレットの収入などでは、同じ規模の花火大会を維持できないことが必要です。他方、顔真卿事件でも、美術館は損害を被ったとしても、一般論をいえば美術館にお金を払ったところで顔真卿の自書のようなものが増えるわけではありません。さらに、美術館の顔真卿の保管料についても、別に無体物に関して金銭の支払いを認めなくても、入館料で十分であるといえるので成果開発のインセンティヴは損なわれていないと解すことができるでしょう。なお、インセンティヴとはあえて翻訳すれば動機付けです。第三の命題については、前述のように花火大会であったり、木目化粧紙やデータベースの事件の箇所で説明した価値判断がこれにあたることになるでしょう。これまで、抽象論で大まかな話をしましたが、これについての要件を事細かに定めているのが、知的財産法だということになります。

以上が知的財産法の趣旨であり、以下はこの趣旨に基づいて知的財産法を俯瞰してみることにします。

Ⅱ　知的財産法の概要

1. 序

知的財産法を前述したようなインセンティヴ論にたって考えることが重要になります。知的財産権の根拠については、著作権は五分五分くらいで特許権では 9 割以上がインセンティヴ論の考え方に与しており、現在では多数説であるといえると思いますが、他方、人が知的財産を創作したから当然権利を持つべきだという自然権論もあります。自然権論は、一般的には著作権では依然として有力ですが、特許権には当てはまりません。なぜなら、特許権法の講義で詳解しますが、特許権は、自分で発明した場合でも発明の実施など何も行っていないときには、他人の出願が先であるなどした場合、他人の特許権の行使により発明を利用することができなくなってしまいます。特許権を自然権であると考えると、発明者にせめて使用は認められそうですが、そうはなっていないからです。これは世界各国共通です。

ともあれ、知的財産全般で有力なインセンティヴ論に従って説明をしましょう。インセンティヴ論に立った場合には、当然に知的財産権が発生するわけではありません。前述のように大まかに言えば 3 つの条件を満たして初めて知的財産権を認めるべきだということになります。したがって、知的財産権がなかった場合にも世の中十分に成果開発のインセンティヴが存在するのかどうかを見極めるのが大変重要です。

もし、知的財産権がなくても世の中に十分知的財産があり生まれるのであれば、知的財産権の保護がなくても知的財産の発生には影響を及ぼさないことになりますから、自然権論に立たない限り、成果開発者の受ける利益は減少するかもしれませんが、フリー・ライドさせて競争させた方が価格が下がるなど利点も多いので、放任すべきだということになります。したがって、世の中に知的財産権がなくても、どのくらいうまくいくのかを考えるのが大変重要です。そうすると、非常に面白い現象、事象に気付くはずです。それは、世の中には実は知的財産権が存在しないにもかかわらず、さまざまな商品や営業が日々開発されていることです。新しいタイプの商品の例として、テリヤキバーガーを挙げることができます。テリヤキバーガーは 1980 年代に開発された商品なのですが、瞬く間に競業者が模倣しました。ほかにもいろいろなタイプの商品があります。例えば、私が子供のころには、漫画誌というと、成年向け漫画と少年漫画しかありませんでしたが、私が成長するとともに中高生向けの漫画やサラリーマン向けの漫画が、「ヤング」「ビジネス」などと名称を付して出版されるようになりました。これは従来の年齢層とは異なる年齢層を対象とする新種の雑誌であるといえます。これについても他の出版社が競って模倣して現在に至っています。ほかにもコンビニエンスストアがあげられます。コンビニエンスストアは、早朝から深夜までの長時間の営業や、小規模の店舗において品揃えを確保しつつ配送コストを抑えるためのチェーン店化の営業手法が従来にない特徴を有していました。これもヒットして、しかもまだ新規参入の余地があるということで、たくさんの企業が模倣して、世界に広がっていったといえます。ほかにもピザの宅配や、郵便局以外の荷物宅配サービスをあげることができます。

こういった形で、成功例、失敗例を含めて、膨大な数の新しい商品、営業が世の中に出ていますが、いったん世に出ると物理的には誰もが模倣は自由だし、現に模倣がなされているということが重要です。模倣者は、一般的に、どのような商品コンセプトにするか、どのような業種にするかという開発コストがあまり掛からないので有利であるといえます。さらに、ファーストランナーに比べ、ヒットしたものだけを模倣すればよいので、ビジネスリスクをほとんど負担しないでよいという利点があります。

それにもかかわらず、ファーストランナーになって新しい商品や営業を開発しようとする者が後を絶たないのはなぜかと考える必要があります。その理由は、社会、世の中には、知的財産権法の外で知的財産権法と同じ役割を果たしているインセンティヴが事実として存在するからです。これを理解することが非常に重要になります。

第一の事実として存在するインセンティヴは、市場先行の利益です。市場先行の利益とは、ファーストランナーだけが享受することができる利益です。例えば、市場に先行した者は、模倣者が出現するまでの間にタイムラグがありますので、そのタイムラグの間は市場を独占することができます。また、模倣者が出現した後も、顧客・販路の開拓について他者と比べ非常に先行しているので、有利に顧客の開拓、販路の開発を行なうことができます。あるいは、販路ではありませんが、商品の納入において、一番よい商品などを確保することができるかもしれないなど流通経路をある程度押さえることもできます。さらに、模倣者が出現して競争を開始した後も、最初に始めたものとしていう世間の評判があるので、我々はファーストランナーに何となくよいイメージを持っており、それが非常に有利に働きます。

第二の事実として存在するインセンティヴは、秘密管理です。例えば、ラーメン屋のスープ、あるいはコカ・コーラ、コカ・コーラの原液というのは秘密に管理されていて、どのようなもので作られているかを知っているのは、一部の者に限られます。現在の技術をもってしても、コカ・コーラや香水など、完全にどのような製法で製造されているか解析することはできません。どのような成分で成り立っているのかについては

解析可能であるとしても、原料や製造工程などを解析することはできないので、再現は不可能です。これは非常に重要で秘密にされています。この場合、もし本当に秘密として完全に管理できれば、特許権よりも強い権利を得ていることになります。特許は出願して公開しなければならず、公開した上で出願から 20 年の存続期間、最長でも 25 年になりますが、それ以上の権利行使は認められません。ところが、コカ・コーラはいまだに秘密を保っているので、いまだに完全に同じ味は再現できていません。香水についても同様であり、100 年近く秘密管理された状態で販売を続けているものがあります。秘密として管理できれば、秘密である以上永続するわけです。したがって、知的財産法が仮になくても、秘密に管理できるということが、こういった成果の開発を支えています

第三のインセンティヴは、信用です。商品や営業に、同じ名称やマークを付すことによって、評判を継続して利用できます。評判がインセンティヴとして機能するのは、こういった信用があるからです。ウォークマンを例にとると、あの有名なソニー、あの有名なウォークマンという形で評判を利用できます。この場合、その商品だけではなくて、様々な分野で成果の開発に成功している企業は、その企業の名前を見ただけで、その商品のことをよく分かっていなくても、その企業が出しているなら大丈夫だろうというような形で、信用を得ることができます。逆に言うと、マークを付した以上、現在まで培ってきた財産を守るためには、信用の維持、発展を図るように不断に努力をするはずです。

このような形で社会に事実として存在するインセンティヴが機能している場合には、模倣を自由にしておいた方が産業が発展します。模倣を自由にした方がよい理由は、競争は非常に重要だからです。例えば、コンビニエンスストアの営業形態に 20 年間特許権が成立して、20 年間セブン・イレブンの独占だということになったら大変な事態です。それよりも、競争をさせた方が新商品、営業開発の企業も、独占的地位にあぐらをかくことなく、さらなる努力をするでしょう。さらには、技術の場合には、フリー・ライドできるようにしておいた方が、エジソンが電気を発明したらその電気を利用する技術ができるように、積み重ねによる発展があるということも無視できません。ということで、ここで終われば知的財産権の出番がない、複雑な法律はいらないのですが、そうはいかないので、次の話に移ります。

2. 社会に存在するインセンティヴの支援

社会に存在するインセンティヴの支援ということですが、先程お話した社会に存在するインセンティヴが自律的に機能し得ない場合があります。その場合には、法の支援が必要になります。

第一に、模倣は自由であるとしても商品形態のデッド・コピーが行われた場合には、市場先行の利益は失われてしまいます。デッド・コピーというのは、そっくりそのまま酷似的模倣をすることです。コンセプトを模倣するのではなくて、形態までそっくりそのまま模倣しますからすぐに商品開発できるので、市場で先行すれば事実上独占できるタイムラグが減ってしまいます。具体例を挙げると、ルービックキューブができた後、1 カ月くらいで模倣品が出現しました。ルービックキューブの模倣自体に労力、費用があまり掛かりません。にもかかわらず形態のデッド・コピーまで許してしまうと、模倣者の方が過度に有利になって、市場先行の利益が喪失するように思えます。この行為は、先程述べた 3 つの命題を満たすような行為ですので、知的財産法の応援がないと、社会に事実として存在するインセンティヴだけでは少々足りないといえます。そこで、1993 年の不正競争防止法の改正でデッド・コピー規制ができました。

第二に、秘密管理についても、完全に秘密を管理することは困難です。例えば、従業員が買収されてしまうかもしれません。従業員を信頼できない場合や、大企業のように従業員の行為を完全には把握でき

ない場合、秘密管理に頼るのは危険だと判断し、多少投資をためらう方が出てきてしまうかもしれません。それがある一定のポイント以上を過ぎると、やはり世の中にとっても不都合であるといえるので、ある程度秘密として管理していれば、それ以上に従業員を買収する行為や、金庫を破ってくるスパイ行為に関しては、別途知的財産法で禁止し、秘密管理の応援する必要があるといえます。それが、営業秘密の保護だということになります。

第三に、評判についても、だれもが同じ表示を使用できるとなると、機能しなくなります。例えば、A という有名な表示と同一類似の表示が第三者により無断使用された場合、A という表示を用いて評判を築いてきた者は、自分の財産にフリー・ライドされるだけに止まらず、品質の劣る商品役務を無断使用者に提供されることにより、A の信用自体が毀損するかも知れません。さらには、だれもが同一類似の表示を使用できるとすると、消費者の方も世の中には同じようなマークがたくさんあってよい社会であるとの認識になるので、マーク自体信用できなります。そうすると、信用度・評判なるものが一切世の中に成立しなくなってきかねないということになりますから、やはり同一類似のマークを使用し混同を起こす行為は禁止すべきであるといえます。そこで、不正競争防止法での商品等表示の保護や、さらに登録制度で権利を安定化した商標法での保護が図られています。

3. 人工的なインセンティヴの創出

以上が、知的財産法の中でも、社会に事実として存在するインセンティヴを支援するタイプの知的財産法でしたが、そもそも社会に事実として存在するインセンティヴでは、全く足りないという場合もあります。典型例は医薬品です。

医薬品を1つ開発するためには、800 億円という投資がされているといわれています。
なぜなら、医薬品には副作用があるので、体内に摂取しても、強い副作用が起こらず、それを凌駕するに足りる効能がきちんとあるような物質を見つけることは、非常に困難であるそうで、バイオテクノロジーで大分緩和されましたけれど、失敗の連続の中でようやく時々ヒットするものを販売することができるからです。こういった場合には、市場先行の利益や評判だけでは投下資本を回収することはできないので、模倣をきちんと防いでもらうため、特許権で保護する必要があります。

このようなタイプの権利はいくつかありまして、特許権あるいは小特許といわれる実用新案権が挙げられます。実用新案権は、日本やドイツのように周辺国に比べれば後進国だった時代のある国において、外国がわざわざ権利を取得しないような小さな技術について、国内産業保護のために設けた制度であります。現在でも日本とドイツでは残っています。また、意匠権もこのようなタイプの権利であり、意匠権というのは、デザインに関する権利です。半導体回路配置権も同様で、これは、半導体チップのマスク・ワークといって半導体チップの表面のデザインに関する権利です。とても小さな、実際の面積の中に電子回路を埋め込むのは、デザイン上の工夫が必要になるので、その工夫に関する権利です。さらに、著作権や、種苗法に基づいて新しい品種を開発した人に与えられる権利である育成者権といった権利があります。

現在、知的財産権に関する訴訟の 90%が不正競争防止法と著作権と特許権で占められています。残りの 10%のうち半数以上、半数よりももう少し多いもの、7～8%になるかもしれませんが、それは商標権に関する訴訟です。育成者権などというのは、10 年に 1 件くらい、半導体チップ法についても同様程度にしか訴訟になりません。意匠権はもう少し多いです。実用新案権は、以前は多数の訴訟がありましたが、最近は減りつつあります。

実際に知的財産権で商売する方がよく使用するのは、特許権、著作権、商標権です。他方、ビジネスにかかわる弁護士の方が付き合わなければならないのは、被告としての著作権、特許権、商標権です。逆に原告としては、著作権か不正競争防止法です。なぜなら、特許権、商標権は出願して権利を得るものなので、大企業が大半を有しています。一方、不競法や著作権は出願しなくても権利が発生するので、小さな企業も持っている権利だからです。

以上が知的財産法全体についての総論的な話です。