

INTELLECTUAL PROPERTY

Wendy J.GORDON

田辺 英幸(訳)

1 序 説

1.1 分野の定義付け

1.1.1 概観

本稿は、とりわけ、著作権、特許権、商標権、営業秘密、いわゆる著作者人格権、回路配置利用権、工業デザイン権、パブリシティ権、データベース権、育成者権、ミスアプロプリエーションに対する権利等、通常“知的財産”という題目で括られる、親近関係にある法理について論ずるものである。全ての国家がこれら全ての法理を受け入れ、強制するわけではないが、国際的な義務に基づき、ほとんどの国家がこれらの大部分を受け入れるを得ない状況にある。

各法理は、他者により所有または使用されるパターンの、利用・複製の抑止をその一内容とする。そこで潜在的に保護されるパターンの範囲は広く、例えば、言葉、シンボル、遺伝子配列、コンピュータースイッチの配置、物質の構造、工程、色、及び音のパターンなどがここに含まれる。これらのパターンは、物理的媒体により複製ないし具現化しうる有価値の無体財産であると考えられている。

これらの各知的財産法理には、5つのキーとなる部分が存在する。それは、法により保護されるべき対象（パターン）の種類のも明確化、保護されるべき対象に付着する自然権の定義付け及びそれに対応する救済方法の明確化、権利の保有その他の権利主張の根拠となる権能を生じさせる基準の明確化、特権、制限、抗弁の明確化、権利、特権の譲渡可能性およびそ

の態様の明確化である。

1.1.2 “無体的”・“知的”という概念を統一概念として利用できるか？

既に述べたように、この分野には伝統的に“知的財産”というレーベルが与えられているが、それは完全に正確なレーベルとはいえない。一つの問題は、そのレーベルが、“物”が所有されうる状態で存在することを前提にすることである。だが知的財産権の周囲にある“物”—無形物—は、単なる概念的な創造物にすぎないのである。ほとんどの知的財産法理は、無形“物”という観念を回避することでその概念の再構築が可能である。例えば商標法は、商標と呼ばれる“物”に対して権利を割り当てる法理としてではなく、むしろ詐欺に対抗するための権利を詳述する法理として見るのが可能であり、また、著作権は単に著作者に同一の複製物に対して価格差別をすることを可能にする法的装置として見るのが可能なのである。別の問題としては、“知的財産”という用語がかなり広範なため、実質的にはあらゆる利益が“価値ある無体財産”として扱われうる事が挙げられる。例えば老朽化した工場は、いかなる物理的損害も生じさせずに住宅地の財産価値を減少させる。この場合、老朽化した工場の見苦しさは“無体的”であるが、かといって土地計画法が知的財産法分野に振り分けられるわけではない。

“知的財産”にいう“知的”という言葉は、“物”に内包される無体性のみ而言及するものではない。“知的”という言葉は一般に、知的財産法理によって保護される、人間の精神活動により創造されたパターンを指すものとして受け止められる。例えば、画家は壁画やポートレイトを作り上げる際、筆使いや色彩パターンを意図的に創造するのである。しかしいくつかの知的財産分野では、精神活動の関与を見出すことが非常に困難であるため、ここでも言葉をあてにすることはできない。例えば有名人の顔には“パブリシティ権”が付着するが、そのキャリアと異なり、その顔はおそらく意図的に創造されたものではない。同様に、商標は会社がそれを作り出さなくとも、使用してさえいれば保護されうる。他の例を挙げれば、多くの英語圏の国家は、精神的というよりも肉体的作業の産物といえるデータベースに対し、著作権ないし独自の保護を与えている。おそらく“知的”要素は、創造様式あるいは創造物の利用方法についても存在しうると言っ

たほうがいいのかもかもしれない。

そのような代替的な公式には可能性がある。要するに有名人の顔、商標、データベースは、すべて意味や情報の源泉として役立つのである。しかしかかるアプローチによる定義付けは、より多くの知的財産法理を包含しうる点で利点があるものの、包含しすぎてしまうきらいもある。全ての物は意味を与えられ、価値の最も物質的な部分でさえも知識に依存している（例えば、水は飲めると認識されたことで、その価値が上昇する）。もし“知的”が、創造、分配あるいは使用における何らかの側面で知能を使っているという事実に至るまで言及するものであれば、事実上“知的”でないものはなくなってしまうであろう。

1.1.3 統一概念は“財産”か？

“知的財産”のレーベルにいう“財産”の部分は、概念的な問題のみならず現実的な問題をも生じさせている。多くの裁判所は“財産”と呼ばれる物は全て同じ取り扱いがなされるべきことを前提とし、知的“財産”と有体財産とを区別するために重要である物質的、制度的、あるいは制定法上の差異を無視している。例えば特許権、著作権が社会における2つの作用間の均衡を反映するものであることへの言及は、知的財産を学習する上での常識となっているのである。すなわち (1) 著作者と発明者に対するインセンティブの付与と、(2) 消費者のみならず、よりよい創作のために複製を望む潜在的な著作者、発明者といった社会のメンバーに対するアクセスの付与である。第一の作用であるインセンティブの付与については、知的財産の権利者に対する権利の付与によって守られる。第二の作用であるアクセスについては、知的財産の権利者の権利制限という普通の財産にはなじまない方法をも含む、公衆に対する自由の付与によって守られる。しかしそのような権利制限は知的財産法理が付与する権利と同様に、知的財産にとって極めて重要である。(そこまででなくとも、最低限重要ではあるべきである。しばしば公共選択の力学は、公共利害よりも知財法制に重大なインパクトを有する特別利害に結実する。)

“財産”のレーベルにひそむ別の問題点は、通常の財産の場合よりも一層顕著であるが、知的財産の本質が人と人との関係であり人と物との関係ではないということである。この関係への着目をよりよく把握するには、

20世紀最初の50年間に於いてアメリカの法廷が知的財産分野に対して採用した“不正競争”というレーベルに拠るのが適切とも思われる。私見では、このレーベルは多様な法理を統合するには不完全であるものの、よいフレーズではあった。知的財産に関する訴訟原因の核心及びその本質を最も正当化する部分というのは、極端な話、その訴訟が反倫理的または／および経済的コストがかかるゆえに悪い（不公正である）とされる複製行為やフリーライド行為を規制する点にある。知的財産における経済的コストは、通常、フリーライド行為によるインセンティブの低下に伴う過少生産の危険、もしくは多くの事業者によって同じシンボルが使用されることによる詐欺や混同の危険に端を発する。しかしながら“不正競争”もまたレーベルとしては不適切なのである。

最も明らかなのは、それが表現的にミスリーディングであるということである。現在知的財産の権利者は、相手方が競争者ではなく、あるいは競争者が引き起こすような影響を生じさせる者でなくとも、その者に対して権利を有する。そうすると競争者のみが社会的に有害な方法で他人のパターンを使用できるわけではない以上、規範モデルとして“不正競争”を用いることは少々誤解を招くおそれがあるのである。

今日では“不正競争”のフレーズは、知的財産訴訟のうちの特別な一部—パッシングオフ（商品に偽ラベルを貼ることにより、消費者の出所についての認識を誤らせる不法行為であり、歴史的には全ての国家において認められているもの）やミスアプロプリエーション（アメリカのいくつかの州では認められているが、議論のあるもの）—のために使用される傾向にある。これらの訴訟では典型的に、被告の行為が公衆に害を与えるおそれ（例えば、混同のおそれや、原告の顧客に、紛争にかかる商品役務の出所を認識させないでおそれ）のある行為類型に属することの立証責任を原告に負わせる。それとは対照的に著作権法や特許法は、通常のケースにおいて被告の行為が社会的に有害であることの証明を権利者に要求しない（実際のところ、著作権や特許権は典型的に、その権利者がなんらの個人的な損害を示せなくとも勝訴しようとする）。

既に述べたように知的財産の大部分について裁判所は、原告の求める救済の認容が公共の利益を増進するか否かを問わず法的責任を課すべきことを要求される。これもまた“財産”の特徴なのである。通常、財産権類

型の訴訟原因は、権利者の私益の追求が公益に資するとの信念、自律の利益の尊重、あるいは確実性の増加と訴訟費用の削減という願望、に基づくかどうかを問わず裁判所が権利者の意思に従うべきことを要求する。対照的に“不正競争”に見られるアプローチは条件付きである。条件付の権利においては、原告はその勝訴の公益性を基礎づけるために法理が要求する、いくつかの事実を証明してのみ勝訴しうる。

条件付アプローチを拒絶し、その代わりに権利者意思に従うことには、いくつかの経済的な利点もある。例えば“財産”の特徴である権利者への追従は、管理の単純化、価格シグナルを経由しての非集中的な情報の利用、創作の普及に要する取引費用の減少を可能とする。いくつかの市場は、神の見えざる手により、権利者を私益の追求と共に公益に奉仕するよう導くことを許容するに足るほどに“完全”であるかもしれない。それゆえに、知的財産によって保護される対象（パターン）が狭く定義され、その権利範囲も限定される限り、“財産”公式を使用する利益はそれに要する費用を明らかに上回るといえる。というも狭い定義付けにより、知的財産権の一応の侵害が同時に公衆を害する行為でもあろうと捉える可能性があるからである。原告に特殊化された個人的または社会的損害の摘示を要求しなければ、裁判コストの減少、予見可能性の増加、および権利売買の簡便化を望むことができ、そして知的財産を十分に狭く定義づける限り、創造されたものの第三者による社会的に望ましい利用を大きく萎縮させることもおそらく無いと思われる。

しかしながら、保護適格対象及び保護される権利の範囲は、年々拡大する傾向にある（当初の著作権法の下では、権利者は主として酷似的な複製や著作物の販売に対する権利のみを有しており、例えば翻案については、それが別の市場に供給されるものであれば、著作権者に禁止権の発動は認められていなかった。今日では著作権者に翻案権が認められているのとは対照的である）。そしてこれと同時に、私益と公益の適合性の欠如が、拡大を受けた知的財産訴訟において次第に生ずるようになってきているのである。

少なくとも、このことは論者に加え学者内でもコンセンサスとして広がっている見解である。様々な装置がこの状況を改善するために存在する。より多くの知的財産権は、“不正競争”のように、被告の行為を差し止め、

損害賠償を支払わせることが公益に資するであろうことの証拠の提出を原告に要求するといった、条件付の保護形式に変更されるのではなからうか。他の可能性としては、財産権方式をそのままにしつつも、多くの訴訟類型において差止めを認めない、といったような形で救済方法を変更することが考えられる (Reichman in Dreyfuss et al., 2001; 行為と補償に分けて探求することにつき, see Gordon in Elkin-Koren and Netanel, 2002)。知的財産の範囲と保護適格対象を、狭くかつより簡単に正当化できる範囲に限定し直すことのできる方法は多数存在する。

ひとつの有力な選択肢は、既述のとおり、知的財産権をより条件付の権利とする手続あるいは抗弁を認めることで、厳格なプロパティの方式を緩和することである。“フェアユース”の抗弁も、緩和のための工夫として一助となりえよう。被告が“フェアユース”を説得的に主張できないときは、それはその訴訟が形式通り権利者の意見に従うことにより無事に裁判されうことを示すであろう。対照的に、被告のフェアユースの抗弁が説得的な場合には、その訴訟は被告の利用行為を継続させるか否かについて裁判官が事件毎に事実を集約した評価を行うという、高いコストをかけるに値するものなのである。かような抗弁が構築されうがために、被告は自ら求める法の適用について特別な主張責任を負う必要が生じ、それゆえに、プロパティの方式ではない条件付審理の複雑性が、訴訟の管理可能な部分に潜在的に保持されているのである。

著作権と特許権はいくつかの点で普通の有体財産と異なる。経済的な観点からは、著作権や特許権の保護適格対象は費消されうる“私財”よりも、通常所有に適さず費消しない“公共財”により近似する。さらにいえば、多くの知的財産法理には私益的要素と公益的要素の双方が存在し、そのことが、知的財産の“権利者”に対する市場のコントロールを、通常の有体財産の所有者に対するものよりも弱めるよう法を導いている。しかしながら時代と共に、知的財産は通常の有体財産により近似する方向に向かっていく。

知的財産の肥大を抑える事は概念的には魅力的であるものの、それは一部においては国際条約および産業界からの圧力があるがゆえに、そして別の部分では皮肉にも“財産”のレーベルそれ自身が裁判官と立法者を知的財産の拡大には正当性があると再確認させていると思われるがゆえに、政

治的には困難なのである。知的財産を抑止することによる公益保護は、特にパブリックドメインの拡張やコモンズに基礎を置く制度の可能性の調査という題目の下、多数の学術研究がなされている充実した領域であるといえよう。

結語：著作権や特許権は個別的な事件においては、被告が害を与えたり、悪い行いをしたことにつき証明を要求しないけれども、著作権や特許権及びその他大勢の知的財産法理に典型的に与えられる正当化根拠は“不正競争”の根底にあるそれと同じ、すなわち、反倫理的なまたは公衆に害を与える行為の抑止に対する願望なのである。“知的財産”の題目の下権利を認めることが、不幸にもしばしばその理論的根拠を逸脱してしまうのである。

1.1.4 類似性は知的財産のキーとなるか？

分野の統一化への3番目の試みとして、この章の幕開けを飾った“パターン”の概念に立ち戻り、知的財産がパターンの中の類似性 (similitude) に関するものであることを提言しようと思う (“類似性 (similitude)”は“resemblance” “likeness” という表現で代替しうる。類似性の主要な概念は、2つのものの性質が同一か、もしくはその機能または外観における本質的な点において似ていることである)。通常、商標権、著作権、特許権、パブリシティ権に拠る訴訟の原告は、原告の創造したもの若しくは原告を連想させるものと本質的な状態において似ているパターンが被告により作成、販売、利用されたことを理由として訴訟提起をする。

“類似性”は統一概念としてはいささか不完全である。第一に、類似性は法理間を渡り歩くかの如く、それぞれの知的財産分野において異なる機能を果たしている。第二に、知的財産法体系の全てにおいて類似性が要求されるわけではなく、とりわけ“著作者人格権”は絵画や彫刻の原作品を歪曲化から保護することに関与しうる。ただ“著作者人格権”の発祥の地であるヨーロッパ大陸では、著作者人格権は原作品のみならず複製品の歪曲化を保護するまでに拡大している。その上知的財産権の範囲が拡大するにつれ (著作権やパブリシティ権において顕著である)、侵害テストが類似性とかけ離れる兆候を示している。被告に原告を想起させる行為がある場合や原告が創造したのと同様のコンセプトと感覚を持つものを有する

場合、若しくは何らかの形で原告の名誉を借用する何らかの行為があれば、原告は勝訴している。そうとはいえ私見としては、裁判所や学会が現在知的財産として認識されている様々な法理を統一的に理解するよう導くことが、類似性の役割であると提言したい。

1.1.5 外部性：外部経済と外部不経済

最後にもう一つだけ考えておくべき統一概念がある。それは“外部性”という概念である。ある行為から生じる効果はその行為者自身に作用しないことを“外部”的であるといい、法や自然の法則が行為者にその効果を帰属させる場合にその効果は“内部”化するのである。

外部性の概念は知的財産の最大部分を構成する、複製に関する部分に適用可能である。例えば著作権侵害訴訟は複製が証明されれば勝訴しうるし、独自創作による侵害も成立する特許権、商標権訴訟についても同様であって、多くの重要な事件では複製行為が伴っている。複製行為は、被複製者の努力から利益を吸い上げる行為である。それゆえ知的財産法の大半が外部経済を内部化することに関っている。原作者に対価を支払うことなく書籍や発明を複製ないし翻案・改良した者がいれば、その利益は原作者にとっては外部化された状態にあり、それゆえかかる利益が原作者のインセンティブとして作用することは難しい。知的財産法が複製者や翻案者に対し対価の支払を要求することで、利益の一部が原作者にとって内部化されるのである。

この観点からは、知的財産法は不法行為法と裏表の関係にあると考えうる。過失による法益侵害を規律する一般の不法行為法は、危険な行為によって他者に課したコストを不法行為者に負担させることで、人々の注意深い行動を促す。知的財産法は、創作活動が他者に与えた効用の対価を獲得することを創作者に許容することで、人々がより創造的になることを奨励する。それゆえ、不法行為法が不注意を咎めることにより外部不経済を内部化するが如く、知的財産法は創作を奨励することで外部経済を内部化するのである。

しかしここで一つ注意すべき重要事項がある。それは知的財産法により無体財産より生ずるあらゆる利益を内部化すべきではないということである。例えば若者が教科書から受けた利益について、その著作者に対して

死ぬまで対価を支払わなければならないという世界がどれだけ奇妙であるかを想像して欲しい。それゆえ“外部性”は単に分析の出発点を与えるのみで、それ自体による知的財産の限界設定をなすものではない。とりわけ知的財産法は、最初の創作者だけでなく次世代の創作者にも考慮を払う必要がある。2003年現在では全ての創作者が借用者でもある。多くの知的財産法理はこの次世代保護の必要性を認識しており、著作権や特許権の存続期間の設定、権利範囲の限定、権利取得を認めない保護適格対象の類型の設定といった法技術により、この必要性に対応しているのである(最後の例を説明すると、読者は著作権により保護された書籍から得たアイデアを利用することは自由である。なぜなら著作権は表現のみを保護し、アイデアを除外しているからである)。不法行為法において不注意な通行人が事故を発生させるように、複製者や翻案者は公衆に便益を発生させる。原告被告の双方が、彼らの行動から生ずる利益・コストを獲得・負担する必要がある。

1.2 法理的分化の含意

分野の特徴付けに関し議論があることからわかるとおり、カテゴリ内でもかなりの相互浸透が起こっている。例えば商標法の類推によりパブリシティ権の保護範囲が拡張し、そして一度それが確立すれば、商標権侵害訴訟の原告代理人はパブリシティ権拡張の成果を取り入れるためにパブリシティ権を類推し、商標法のさらなる拡張が試みられる(Denicola, 1994, esp. 617-27)。

学者の間では多様な法理の理論的基礎(道徳及び自然法か? 帰結主義か? 無矛盾性か?)のみならず、法理間の境界線(著作権と特許権は双方ともコンピュータープログラムの多様な面をカバーしうる)や、多様な法理を裏付ける制度的手法(財産権か? 人格権か? 条件付不法行為か?)、そして知的財産権を創造するに最適な制度上の源泉(裁判官か? 立法者か? 憲法か? 慣習か?)についても議論が行われている。

知的生産物の経済的重要性の増加によって知的財産の範囲が重要な政治的問題にまで押し上げられたがゆえに、レーベル間の争いは奇妙にも重要である。“財産”の類推は、より非難の意を含むが類似の表現である“独占”というレーベルがかつて知的財産法の拡張を困難にしていたのと同様

に、知的財産法の拡張を容易にする。レーベルの裏には、いくつか明白な機能上の疑問が存在する。“プロパティ”対“不法行為”の論争は、通常、知的財産権の“権利者”に無害な利用行為に対する差止請求ないし賠償請求を認めてよいかという点に集中する（フリーライディングはいつも何らかの利益をもたらすことが明らかである—ただ乗りしている人間がいる—ため、知的財産訴訟の原告が損害を立証する必要があるのかが重要な問題となりうる）。“人格”対“プロパティ”の特徴を巡っての論争は、通常与えられた権利を放棄しうるか、譲渡しうるか、又は承継しうるか等々という問題に集中する。法的現実主義の世紀にも拘らず、機能上の問題はしばしばレーベルによって覆い隠されている。

1.3 知的財産理論における発展の概観

ヨーロッパでは知的財産法が自然権ないし自然法を起源とするものと受け止められている一方、アングロ・アメリカでは知的財産法の基礎が功利主義にあるということをししばしば耳にする。例えばアメリカにおいて帰結主義の論法が優勢であるのは、「学術および技芸の進歩を促進する」（合衆国憲法第1編8節8項）という著作権、特許権立法の権限を議会に付与する米国憲法の文言から窺い知ることができる。とはいえ大抵の国において、自然権をベースとする主張と、効用をベースとする主張の双方の示唆を見ることができる。例えば権利タイプの分析と帰結主義型の分析は、革命期のアメリカおよびフランスの双方に見ることができる（Ginsburg, 1990）。

20世紀前半までは法学界において知的財産の理論化が図られることはほとんどなかったが、知的財産の経済的重要性が高まってきたことで、裁判所や立法府の側が一時的に論理性を失っていたにも拘らず、その理論構築が盛んとなっていった。これまでのところ、その理論的アプローチのほとんどはコモンローの分析に用いられたモデルに由来している。不法行為（物質的損害を含む）、財産権（有体物に対するもの）および原状回復（不当利得）の理論が知的財産法に拡張され、有益な効果をもたらした。

最も有益な著作権、特許権の分析手法は、これまで最も影響力の大きい論文をアメリカが輩出してきた経済学の理論に負っている。しかしアメリカにおける法と経済学の動向は財産権保護重視の立場を採る傾向にあり、共有理論の経済学的長所が法と経済学の分野で検討され始めたのは、

例えば Benkler (2002)、Eisenberg (in Dreyfuss et al.,2001)、そして Rose (1998) らによるもので、つい最近のことである。オーストラリアやカナダからは、知的財産のために共有の長所を探求する多数の作品が輩出されている（see Drahos, 'Introduction' and articles by Mandeville and others in Drahos, 1999, and Coombe, forthcoming）。一方ではアメリカも、アンチコモンズ理論の定式化により追い上げを見せているところである。例えば Heller and Eisenberg (1998) を参照して欲しい。

哲学的な側面では、ロックの考え方を発展させた理論が知的財産では最も影響力を有している。ジョン・ロックは、自然状態にある物に労働による価値を付与した人々—魚を獲ったり、野生の林檎の木から果実を獲得したような人—は、他者の利用に供される為の共有物として“十分にそして同じようにたっぷりと”残すことを但書として、自然状態の中で財産権を取得すべきであるということ論じた。ロックの理論は知的財産権の“正当化”のための基礎として用いられるとともに、ロックの提示した但書を介して、知的財産権の射程を限定するための基礎として用いられてきたのである（Drahos, 1996; Gordon, 1993; Hettinger in Drahos,1999）。

例えば大抵の国で採用されているルールである、偶然かつ独自の発明に対する禁止権を特許権者に付与すること、の公正さについてはこれまで疑問が呈されてきた。しかし“公正さ”というものは掴みどころの無い概念である。ロック理論が呈示した但書は、特許法理のこの側面を吟味するのに一つの有益な論理を提供する。特許権者に対し偶然かつ独自にその発明を複製した第三者を規制する権能を与えられている場合、その規制は第三者に“十分にそして同じようにたっぷりと”資源を残していない。それゆえ特許ルールが公正さという言葉で正当化されるならば、公正さの別の定式化—例えば特許競争に関係する全ての者が勝者が全てを獲得する特許システムに同意をしているか、もしくは、特許権の保護期間が短期であることをもって再発明者に対し“十分にそして同じようにたっぷりと”残されているといえるかなど—についての実証的支持があるかどうかについての調査が必要である（Sherman and Bently, 1999; Gordon, 1993）。

著作権を題材とするロック的但書の潜在的な適用にあたっては、受け手に対する深い影響力を持つ作品について考慮する必要がある。広範な著作権法はかような作品の著者に対し、原作品の考え方と敵対する考えを持つ

新しい著者による、原作品の必要十分な引用を禁止する力を与える。そのような抑圧は原作品に影響を受けた人々を、原作品に接していなかったであろう場合よりも悪い状況に置きうる。これでは原作品に影響を受けた人々を害することになるし、ロックが但書によって保護しようとした本質的平等をも侵害する。それゆえ二番手以降の者が最初の著者が自由に使えたのと同程度に“十分にそしてたつぷりと”彼らの文化を表現するための手段を保有できるよう、最初の著作を敵対的に利用することは許容されるべきである（“フェアユース”“フェアディーリング”法理の活用や、原作品の著者の一応の請求権を制限するなどの方法が考えられる。）。

ロックの議論の知的財産法理への適用に際しての難点は、この理論が“労働”に焦点を当てていることにあり、そして多くの知的財産法理は（1）肉体労働と精神労働および（2）創造的な精神労働と非創造的な精神労働を区別しているのである。国家・法理毎に採用した労働の“種類”の重要性には差異があり、また現代の知的財産法はしばしば創造“物”を創造プロセスと切り離して捉えるようにしているものの、労働あるいは創造性の種類がしばしばかなりの重要性を持つことは明白である（Sherman and Bently, 1999）。ロックの哲学ではなぜ労働の種類が問題となるべきかについての説明に窮するのである。

経済学もロックの哲学と同様に、この問題を即座に説明することはできない。肉体労働と精神労働の双方、創造的精神労働と非創造的精神労働の双方から創造された財は、公共財にありがちなフェンス問題に悩まされる可能性がある（例えば、非創造的な活字レイアウトや復元映画と同様に、非創造的なデータベースでさえ安価に複製されうる）。そうとはいえ、諸国家は概して知的財産の保護をまずは少なくとも一定の精神労働を含んでいる創造物のためのものとし、法理や国家によっては創造的で独創的なものに対しより強い保護を与えている。

この傾向が支配的であることと、多くの人々が個性を帯びた無形財産に財産権的な保護を与えたがることを説明するとすれば、一つには技術の歴史が考えられよう。すなわち活字のレイアウトのようなほとんどの肉体労働は最近になるまでフリーライドする余地がなかったのである（前世紀では、それぞれの植字工は各人で植字をする必要があったが、今日では植字された原稿は素早くコンピューターに取り込み複製することができる）。

しかしこのような歴史的説明以上のものが作用している可能性もある。“個性”が重要であるべきか、いかに重要であるべきかの調査に際しては、Hegel 哲学や Kant 哲学のようなソースに目を向けるべきであろう。少なくとも英語圏ではいくつかの価値ある業績が残されてはいるものの（see Drahos, 1996; Hughes, 1998）、これらの哲学学派の考えの知的財産への応用はまだ初期の段階にとどまっている。“人格”の尊重について他に考えられる説明としては、先行著作の利用・活用の必要性を軽視するロマン的な芸術感がありうる（Boyle, 1996）（ロマン的芸術観の観念を批判しつつ）。ただ“個性”を強調する全ての説明は、ほとんどの著作権・特許権が著作者や発明者ではなく、その使用者や譲受人に保有されているという厄介な事実と直面せざるをえない。

精神の産物が商品化されるべきか、されるとすればいつされるべきか、という基本的な問題についていくつかの研究がなされてきている（Elkin-Koren and Netanel, 2002）。大事なものには価値があるという実証的事実は、そのものに財産的地位を与える方向にしばしば裁判官や立法者を導いてきた。しかし財産権は価値から自動的に生まれるべきものではないし、その必要もない（Dreyfuss, 1990）。これには沢山の理由が考えられるが、取り立てていうならば、個々の価値の流れを私有化してしまうことは、もっと大きくしかし専有の困難な社会的価値の流れを脅かすからであるということができよう（Drahos, see e.g., ‘Introduction’, in Drahos, 1996）。

商品化論についての論文は、この基本的な問題を検討する上で役立つ。例えば肉体の一部の譲渡を可能とすることに反対する多くの政策は、他者の作品を読みその著者の考えを自らに取り込むという形で人々がアイデアを利用することを許容する著作権の政策を説明するのに役立つ。人間の尊厳という理論は、遺伝子配列の発見やネズミその他の生命体の遺伝子操作に特許権を付与してよいかの議論においてのみならず、著作者に対して、著作者の作品を食いつぶす出版社や起業家に対するのと同様の保護—例えばアメリカが職務著作やカナダの復帰権の枠外で全ての著作者に与えている放棄しえない解除権等—を与えるために多くの国家が立法に組み入れた特別政策においても、一定の役割を果たしてきた（See Cornish, 2002（著者と出版社間の問題の概観を論じたもので、フランスやドイツでの取り扱いにも触れている）；also see Hansmann and Santilli in Towse and

Holzauer, 2002, vol.1 (作品の統一性を保護する手段として、芸術家に放棄および譲渡不可能な著作権者人格権を付与することは、公共経済利益をも保護する事になるということを論ずる。)

同様に、市場から分離されるべきである独特の活動“範囲”(または独特の財産形式)を特定することが妥当であるか、あるいは全ての活動および財産は一定の場面において市場外から利益を獲得しうるか、という商品化論におなじみの議論が、知的財産のアプローチ手法に波及効果をもたらした。“範囲”アプローチは一定の無形財産についてはその所有を認めないというような明確な基準設定を行うことを支持するものであり、文脈アプローチはフェアユースのような柔軟な法装置を支持するものである。とはいえ、反商品化論とその知的財産への適用は、経済学におけるアンチコモنزと同様にまだ極めて初期の段階にあるにすぎない。

さほど進んではいないものの、どのような環境が特に素晴らしく独創的な作品の輩出を促進するかについての研究もまた興味深い領域といえよう。この領域では価値ある研究成果のほとんどが、社会心理学者によって生み出される傾向にある。例えば、Theresa Amabileらの研究(1996)を考えて欲しい。彼らは、最高の創作に役立つのは、金銭のような外在的な動機に対比される意味での、内在的な動機であるという仮説を打ち立てた。知的財産法の提供するインセンティブについての私達の見解に、この仮説をどのように反映させるべきであろうか。一つ考えられるのは救済の側面である。芸術家にとっては、差止請求権まで含む完全な著作権は賠償請求にとどまる著作権よりも自然であると感じるであろうし、それゆえより外在的ではないと感じるであろう。もっともAmabile自身その研究が仮説であることは認めているし、創造の心理について多くの研究がなされてきたけれども、それよりも多くの研究がいかに法が創造の助力たりうるか(たりえないか)を発見することに向けられるべきなのである。ここで一つの複雑な問題点は、知的財産分野で活動する多くの人が、法人および純粋にビジネス的な動機をもった個人であるという事実である。

一方で既に示唆したように、国際的開発と産業界の圧力が知的財産の健全な理論化の先を進んでいる。実際知的財産権の保護の強化は、いたるところで義務化されている。この財産権保護重視政策の動きは、実質的に知的財産の全範囲(著作権、特許権、営業秘密など)にまたがる2つの大き

な問題を作り出した。それは発展途上国(Reichman in Towse and Holzauer, 2002; and Braga in *ibid.*)とパブリックドメイン(Boyle, 1996; Lange in Drahos, 1999)の問題である。

発展途上国に関していえば、ほとんどの人々は途上国の国民が技術へのアクセスに加え、彼らの環境資産および文化的資産を管理し、収益を得るための能力の双方を必要とすることについて意見が合致している。最初の問題に関して言えば、AIDS薬への合理的価格でのアクセスについて大きな議論がある。二番目の問題に関しては、法技術の問題—どのようにすれば途上国は共同して発展させた古来の医療や文化の情報という貴重な財産からよそ者を排除できるか、特に個人主義的傾向や保護期間の制限のある西洋知的財産モデルを与えることの問題—に関するものが大半を占める。

先進国では強いパブリックドメインの確保という正反対の問題が生じている。これら発展途上国と先進国に生じた2つの問題の間には皮肉な緊張関係がある。すなわち配分的正義のゆえあって多くの人が発展途上国の資産管理に賛成するが、それらの資産は先進国民にとって利用自由にしておく必要がある資産と同じであるかもしれないのである。これまでのところこの抵触関係は、同一の学者が双方の結果に賛同しながらその矛盾に目を向けなかったため、十分な理論化が進められてきてはいない(Boyle, 1996)。ただ解決策の一部を集団人類学に見出す可能性はある。集団内での共有は、集団外との共有とは異なる意味合いを有するという、Rose(1998)が“限定された共有財産”と呼ぶ理論がそれである。難点は集団や国家による配分的正義の主張と、個人による矯正的正義との間の緊張関係である。

他の重要な問題は、知的財産と表現の自由の理念との“かみ合い”である。アメリカでは第一修正を通じて、イギリスやイギリス連邦諸国では人権宣言を通じて、表現の自由が知的財産権に対抗する切り札となる可能性を秘めている。かかる可能性が実現しうるかは大きな議論のテーマであり、そしてアメリカにおいては最近の訴訟のテーマでもある。皮肉にもイギリスでは、当初出版社は王の検閲願望に応えることで複製者に対する有効な保護を獲得したにもかかわらず、著作権は最初の立法において検閲と対立する権利として実現した(Patterson in Drahos, 1999)。

支払をしない者を創作的な作品から排除するための方法は、何も知的財産法に限られるものではない。引出しに鍵をかけカーテンを降ろすこともまたその方法たりうる。例えばしばしば生産の実行可能性が、ファーストカマーに潜在的な模倣者に対するに十分な市場先行の利益を与えるが如くである (Breyer in Towse and Holzhauser, 2002)。物質的空間が、常に、支払をしない者を排除する方法となる一方で、Lessig (1999) はサイバー空間のアーキテクチャーが他に類を見ないほど制御可能であることを提言する。例えばある作品が高度に暗号化されているがために、その作品に影響を受ける公衆が、その作品を非難するに足りるほど十分にその作品を知りえない場合であれば、その作品の読書と複製をする権利を公衆に付与することが公共政策によって支持されるかという問題に法が直面することは決してないであろう。多くの議論が、個人的に開発したコンピューターコードの規制や、裁判所がシュリンクラップ契約あるいはインターネット契約を強制する手段に、公共政策—例えばアイデアへのアクセスを供給し、非良心的な契約を無効にし、フェアユース法理を促進する—を取り入れる必要があると提言する (Fisher in Symposium on the Internet and Legal Theory, 1998)。ただ今までのところ立法府は正反対の方向へ向かう傾向にあり、ハッキングを阻止し、暗号化の採用を奨励するための禁止法を制定している。

次章では知的財産の主要分野について説明する。これまで経済学が知的財産の体系的な研究において最も発展的な手法を提供したように、いくつかの有力な経済学的アプローチの骨子を手がかりに進めていく。

2 知的財産の実体：個別の法理の概観

既に述べたとおり、様々な知的財産法理は Wittgenstein の言うところの“緊密関係”にはある。知的財産法理の特徴を一つ定義付けたところで、何かを知的財産に仕立て上げるには必要十分とはいえないが、異なる2つの法理を見比べれば共通の特徴を多数見出すことができるし、法理を集合体としてみればそこに“緊密関係”を感受しうる。例えば、著作権とパブリシティ権は、両者ともフリーライド行為、すなわち複製行為に権利を及ぼす。対照的に、特許権と商標権は複製行為によらずとも侵害されうる(と

はいえ一般の特許権侵害事件、商標権侵害事件はおそらく複製行為を含んでいるであろうが)。ただアメリカにおける著作権と特許権は、共に知的労働(単なる肉体労働以上のもの)の結果としての創造物を保護する点で類似するのであるが、一方でイギリス連邦諸国では、著作権に必要とされる“オリジナリティ”はおそらく額に汗して初めて十分なものと評価される。加えて“知的財産”という言葉に含まれる、あたかも重要そうな“知的”という要素がそのまま妥当しないものもある。とりわけ EU 諸国におけるデータベース権は、肉体労働や創作性とは無関係に投下された資金に与えられる。商標法は、標章の選定、考案に知性もオリジナリティも要求しない。また営業秘密は、顧客リストのようなもつとも日常的に生産されるものでさえも保護しうる。

実定法上の問題としては、知的財産権の法源が国や法理毎に異なることが挙げられる。アメリカでは、例えば、著作権と特許権は連邦制定法によるし、パブリシティ権は州の判例法による。そして商標法の法源は、奇妙にも、あちらこちら一連邦法と州法、制定法と判例法に同時に一に偏在している。ヨーロッパでも、この複雑性は同様である。例えば、商標権は EU と個別の国家の双方またはその一方に登録することが可能である。地域法、国法、EU 法および行政機関がヨーロッパの知的財産権に影響を及ぼしうるのみならず、表現の自由の保護といったような人権宣言のようなものもまた一つの役割を担いうる。

著作権法、特許法そして商標法で、知的財産の3大分野は構成されている。これらの間のいくつかの異同に焦点を当てることは有益であろうし、知的財産権の認められるその他の領域に言及することもまた有益であろう。

著者のオリジナルな作品が有体の表現媒体に固定されれば、いかなる作品であっても著作権が認められる。(これは米語だが、通例英語圏の国々で適用可能である。他の国では前提要件として媒体固定を要求しない場合もある。) 手紙を書き、写真を撮り、あるいは自分のバンドで演奏した昔のフォークミュージックのレコードを作れば、そこに著作権が認められるのである。1978年以前では連邦著作権の成立要件として著者が特定の形式に従うことが要求されたが、著作権に関する最初の国際条約であるベルヌ条約への参加のため、それ以後アメリカは形式性を強調しない方向性に向

かうこととなった。

創造的な活動の全てに著作権が認められるわけではなく、著作権が創造物の全ての側面に適用されるわけでもない。例えば勤勉かつ想像力に富んだリサーチにより発見した独自のアイデアないし事実が著書に含まれていたとしても、通常アイデアや事実は著作権を受けることができない(ただイギリスはアメリカよりも創作的でない編者に対し寛大である)。短い単語やフレーズは商品の出所識別機能を有していれば商標法による保護を受けうるが、表現としてはあまりにありふれたものであるために著作物とはなりえない。おそらく著作物性の有無に関する一番の争点は、魅力的なデザインを持つ実用品(魅力的な自転車用ラック、ランプの台、マネキンとして使用された彫像のプラスチック製コピー)に関するものである。デザイン保護については国によって多様なアプローチが採られている。通常著作権は、その保護の下で専有できる実用品デザインの許容範囲について、様々な制限を有すると思われる。この状況は、事実上全ての国家が機能的な発明に対して厳格な要件の下短期間の保護を与える特許法と、表現活動に対して緩やかな要件の下長期間の保護を与える著作権法との間の境界線を維持しようとしたことによって発生した。

これは特許に準ずる発明に対しいかにして適切かつ強力すぎないインセンティブを与えるか、というより一般的な問題と関連する(Reichman in Dreyfuss et al., 2001)。多くの国はアメリカよりも工業デザインや特許に準ずる発明に対し好意的である。Sherman と Bently (1999) は、イギリスでは、デザイン保護は著作権と特許権の雑種としてではなく、独自のカテゴリーとして早くに確立されたと主張する。

アメリカは著作物の輸出大国であるが、近年までは著作権は公衆の権利を危険に侵害するものであって、公益に合致しかつ拡張解釈をしない限りで正当化され得ると考えられてきた。少なくとも法の運用からはそう理解できた。例えば特定の形式の著作権表示が作品の公刊時に付されていなければ、その作品には著作権は認められなかったのである。アメリカでは現在でも、原告の作品が1989年3月以前に著作権表示なしに公に流通したものであることを被告が証明すれば、被告が勝訴することは可能である。アメリカはベルヌ条約遵守のためにその要式性を放棄したけれども、“著作者の権利”や“自然権”といった大陸においてとりわけ馴染みの深い概念

までも採用するようになったかは、依然問題として残されている。

ほとんどの著作権は著者の生存中に加え、通常死後50年又は70年程度の存続期間を有する。この期間を経過すると、この著作物を利用する自由は公衆全体に共有される。この存続期間は、事実上全ての国において立法により次第に延長されており、多くの議論は目下、存続期間延長措置の賢明性、合憲性に焦点を合わせている(Vaver, 2000)。

“保護期間”(すなわち著作権が依然として有効である間の期間)内においては、著作権者は自己の有する排他権の1つ若しくは複数を侵害した者から損害賠償を受け、その者の行為を禁止することができる。多くの国の著作権法は、著作物の種類に応じて異なる権利を付与している。例えばアメリカでは、“音楽の著作物”(作曲)は“録音物”(歌手やオーケストラによって演奏された音楽)よりも強い権利が与えられる種類の著作物とされる。これと似た例として、大半の国が特定の産業に好意的な例外規定を設けていることが挙げられる。アメリカではLitman (2001)を筆頭に、著作権法制の公共選択的な側面の検証を行っており、そこでは綿密に表現された例外規定による保護を受ける産業が法制の主役となる傾向と、その一方で公衆の自由の保護が不十分なまま放置されている状況が指摘されている。

ほとんどの著作権者は、複製、公の使用、公の展示、頒布、翻案に対する排他権を有している。全ての事件において原告は、被告の複製行為等が質的又は量的に見て十分に原告著作物に依拠していることの証明責任を負う。つまり著作権は、“ただ乗り”した者に対してのみ有効であり、完全な独立創作者に対しては及ばないのである。アメリカでは、著作物の“フェアユース”は著作権侵害とならず、そして何が“フェアユース”となるかについて多くの議論が交わされている。一つの解釈は“フェアユース”を、理想的な取引が多額の取引費用によって妨げられていたり、金銭化できない利益が危機に瀕しているというような、市場による社会的目標の達成が困難と思われる事態への対応策であるとする(Gordon in Towse and Holzhauser, 2002, vol.1)。他の国々では研究や批評といった特別な使用類型に限定した、“フェアユース”より制限的な“フェアディーリング”特権を定めている。

著作権は売買、ライセンス、分割、承継の対象となりうるものの、一定

の譲渡制限もある。例えば先に述べたように、アメリカとカナダの両国では、譲渡した著作権を取り戻す権利を著作者に付与している（職務著作の場合を除く）。カナダではこの権利は、著作者の死後25年経た後に自動的に発動する。アメリカでは積極的に行使する必要があるものの、カナダよりもかなり早い時期に行使可能となる。

法選択の要請が紛争の引き金となりうることは、サイバースペースが国境を越えた時点で明らかである。管轄の問題、正統性の問題は、国内であっても生じうる。例えば連邦国家の階層間の抵触や、(コモンローの国では) 制定法とコモンローとの間の抵触がその原因となろう。アメリカでは、連邦制定法により保護されている対象は、州がその対象にそれと同等の権利を付与しようとしても、連邦制定法に専占されると思われる。それゆえ、例えば州法が同州在住の著者の作品に永久的な複製禁止権を付与する場合、専占が州法を無効化するであろう。

最近において最重要視されている実際上の問題は、私的複製と教育目的利用のための複製であろう (Litman, 2001)。例えばインターネット上での著作物の鑑賞、私的な MP3 ファイルの交換、映画の録画、コピーといった行為について、どの程度の行為まで著作権上の責任を追及すべきであろうか？いくつかの国では、これらの行為の一部につき強制実施許諾制度を定めている。他の国では、電子機器にコピー防止装置を組み込むことを要求したり、ハッカーに暗号その他の電子的防壁の迂回を思いとどまらせるための法的権利を著作権者に与える等といった技術的な戦略に目を向けている。他には著作権と表現の自由との間の潜在的対立や、ソフトウェアその他の分野における標準に対する著作権の適用可能範囲も重要な問題といえよう。これらの問題に関連して持ち出された学問分野には、例えばネットワーク効果の経済学、商品化の哲学そして個人の繁栄という議論のある概念のようなものも含まれる。法と社会に関する文献への手引書としては、Coombe を見よ (近刊)。

特許は従来技術よりもある程度進歩したと認められる発明に対してのみ認められる。特許といっても、例えば実用的というより装飾的なものを対象としたデザイン特許や、植物特許といったように様々なカテゴリーが存在する (see Reichman in Dreyfuss et al., 2001)。しかし学術的には実用特許が、経済的に最重要のカテゴリーにあるものとして最も注目される

(以下この章で“特許”という用語を使用した場合には、この実用特許を指すものとする)。ここでの問題には、特許という用語の適切な範囲 (David and Olsen and other works in Towse and Holzhauser, 2002, vol.2)、後進のイノベーションを奨励する手法 (see Scotchmer in *ibid.*)、特許権の射程 (see Merges and Nelson in *ibid.*)、先発主義と先願主義の優劣といった問題が含まれる。

事実上全ての国において、革新的な発明をするだけでは特許を取得しえない。いくらその発明が賞賛に値するものであったとしても、特許を取得するためには発明者は時機に適った方法で出願をする必要がある。著作権が自動的に発生し、関係当局に登録せずとも有効であるというのが大多数の採るルールである以上、特許権はこの点において大きく著作権と異なる。

特許出願書類の作成にはかなり難度の高い技術が要求される。ほとんどの国では、審査手続に多額の費用を要し (大部分は代理人費用)、煩雑で、長期間に及ぶ。いくつかの出願は、しばしば新規性、進歩性を欠くという理由で却下される。多くの国では一旦認められた特許でさえ、裁判所で無効と判断されることも多い。特許制度の仕組みについて、統計的調査を加えた興味深い研究もある (Lemley in Towse and Holzhauser, 2002, vol.3)。

特許要件を充足する発明を公開させることを条件として、他者による特許発明の実施を禁止する権利を特許出願人に付与する特許制度は、いくつかのインセンティブ理論から構成されている。これらのインセンティブ理論には、発明のインセンティブ、公開のインセンティブ、迂回発明のインセンティブ、発明後の活動のインセンティブを基礎とするものが包含される。これらの理論のそれぞれについては以下で論ずるが、特許制度が提供するインセンティブが、特許制度がない場合のインセンティブよりも優れたものであるか否かについては議論がある。

発明のインセンティブ理論は、特許は発明を奨励するために認められるものだとする。この理論の下では発明家は、発明の過程において特許という誘引なくして十分な投資をなしえないということが前提とされる。この理論に対しては、これではインセンティブが過大であって、効率的な技術の発展は望めないし、特許の存続期間中に不必要な死重的損失を生じさせることになるとの反論もなされている。この理論にはいかに適切なインセンティブを構成するかということの判定する方法について疑問も残るし、

さらに補助金、賞金、名声、減税のような代替手段の方が特許制度よりも優れており、特許制度の必要性はそれほど大きくないのではないかと、との疑問もまた強く主張される。

公開のインセンティブ理論は、特許は出願された発明の公開を可能とすることを奨励するために認められるものだとする。これは“取引”としての特許概念と関わっている。すなわち出願人が発明内容を公開すると引換えに、政府が排他権取得の可能性を付与するのである。この教示機能は、多くの体制において出願後約3年を要してなされる発行済み特許の公表や、通常出願後18ヶ月経過後に行われる出願書類それ自体の公表によって達成される（アメリカでは、発明者がアメリカ国内限りの特許を望む場合には、特許発行以前の出願書類の公表を拒むことができる）。

公開のインセンティブ理論は、2つの主要な前提に基礎を置いている。1つは、発明者は特許なくしても、ノウハウや事業に必要なその他の情報を秘匿し続けていれば、利益を得ることが可能であるとの前提である。だが例えば多くの発明は、その技術が発明品の外面に現れているがために技術内容を秘匿することができない（例えば、革新的な紙クリップなどを考えてほしい）ことを考えれば、これを前提とすることは難しい。もう1つの前提は、特許が発明の公開を可能としていることが、実際に教示機能を果たしているということである。しかし出願書類の公開を可能とする特許の機能は、しばしば機能していないと議論されている。更に言えば、多くの発明者は金銭と同程度以上に名声やその他の非金銭的な報酬により動かされるのであって、それゆえに特許がなくとも発明者にはすでにその発明を公開するに十分な動機が存しているのである。

迂回創作のインセンティブ理論は、競争者に対し代用品の発明によって特許保護範囲を迂回することを奨励することに、いくつかの利点があることを提言する。特許製品の供される市場の競争が激化するにつれて、特許は特許権を侵害しない代用品の発明はおろか、特許権を侵害する改良品の発明に対してさえも強いインセンティブを付与する。そのような迂回的な発明活動は剰余や無駄を伴うのか、あるいは結局そのような迂回的な発明活動が望ましいといえるのか—迂回商品は値段、性能、付随的な費用や副作用といった点でおそらく最初の商品よりも優れているが—ということは当面の問題である。

発明後活動の体系化に焦点を当てた最初の理論は、いわゆるプロスペクト理論である。プロスペクト理論の関連理論は、投資のインセンティブや革新のインセンティブ、および商品化のインセンティブに焦点を当てる。しかしこれらの理論は、鉱物探査におけるクレーム制度が金銀の採出ではなく採出した金銀の活用に焦点を当てるのと同様に、最初の発明をいかに奨励するかについてはなくむしろ発明をいかに実行可能化し実用的にするかに焦点を当てる（see Kitch in Towse and Holzhauser, 2002, vol.2）。特許権者はプロスペクトの活用と開発を集中化することができる。特許によって付与される排他性とその公示なくしては、無駄な重複投資が次々と生じうるとその理論は論ずる。また特許はArrowパラドックス（法的権利が無い場合発明者は複製の危険から発明の公開を恐れるであろうが、しかし一方で発明品の販売やライセンスにあたり公開する必要性もあるという概念）をも解決する。プロスペクト理論にとって、特許の持つシグナル伝達機能は特に重要である。“プロスペクト”概念は、特許の発行により、ベンチャーキャピタリスト、デベロッパー、スポンサーおよび商品販売者達が皆、発明が将来的に商業ベースに乗るであろうことの裏付け調査のために投資を開始することが可能となると提言する。プロスペクト理論とその関連理論には当然批判もまたある。例えば、開発調査（R&D）に費やされる重複投資は、無駄になるというよりは有用な派生品の創出につながる可能性があるとしばしば論じられる（実際のところ、これは迂回発明のインセンティブ理論が基礎とする前提である）。特許が全ての後発発明による改良を認めない場合であったとしてもである。例を挙げると、“改良発明”の権利者は元発明の特許権者とクロスライセンス契約を締結しうするため、独自に改良発明のための実験を行うことが利益をもたらすといえるのである。加えて、多くの法制度は発明の公衆利用化を進める起業家に対してというよりも、明らかに“発明者”に対してインセンティブを付与することに關るものなのである。

ほとんどの国では特許は出願日から20年間有効とされている（アメリカでは、TRIPs（Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights）が発効した時点で出願済みの特許に対しては、20年以上の存続期間または特許付与時から17年の存続期間を設けているが、その他のほとんどの国では後者の選択肢は用意されていない）。この期間が経過した後は、公衆全体が特

許発明を利用する自由を共有する。多くのアメリカ連邦最高裁判所判例が、特許されなかった発明あるいは失効した特許発明を共有する公衆の自由は、特許法に不可欠の部分であることを強調している。

特許の存続期間中は、特許権者は特許のクレームあるいはそれと均等にあるものとして保護される方法や製品を製造、使用、販売、販売の申込、アメリカへの輸入をした者から、損害賠償を得ることもできるしその行為の差止を請求することもできる。侵害成否の局面においては、特許発明品と侵害品の同一性が模倣に基づくのか偶然なのかは問題とならないものの、多くの国では先使用者や独自発明者の保護として先使用の抗弁を規定する。とはいえ全ての国とはいかないまでも大半の国では、特許製品と同一の製品を独自に製造した発明者が独自発明であることのみを理由として侵害の評価を免れることはできない。

このことに対する通常の正当化理由は経済的である。つまり科学の世界において並行して発明がなされる可能性が高いことに鑑みると、独自発明者にその発明の実施を許容することは、特許競争の勝者が得るべき特許という“報奨”の価値を減少させてしまうのである（しかしながら、仮に報奨が少なれば革新は起こらないであろうし、報奨が大きければレントシーキングが特許の価値を次第に失わせる可能性がある）。

特許法の色々な側面は依然として議論の対象となっている。いくつかの例を以下で論ずる。

- (a) ある人は、方法特許は人が思う通りに行動する自由を過度に侵害すると思うが、物の特許は許容範囲にあると考える。またある人は、物の特許は人が思う通りに利用する自由を過度に侵害すると思うが、方法特許は許容範囲にあると考える。これらの議論の現れは、例えば、医療上重要な薬や技術、コンピューターハードウェアやソフトウェア、およびビジネスメソッドに対して特許を付与することを許容しうるかどうかについての最近の議論において見て取れる。
- (b) しばしば企業は特許権侵害で訴えられることを懸念して防衛出願をする。ある業界関係者達は“パテントプール”に参加する。特許はそれを売却し、ライセンスし、承継することができる。原告による特許の“ミスユース”は、アメリカやその他の法域において特許権侵害に対する抗弁となり、そしてミスユースの法的性質に関して多くの議論

がある。

- (c) アメリカを含む多くの国では、特許法は営業秘密法と隣りあわせで存在する。このことがインセンティブに係る調査を複雑にする。つまり仮に一方の制度の魅力が減少したら、排他性を求める人々は他方の助力を仰ぐと思われるのである。

商標はその創作性というよりも、マーケティングに占める役割を理由として保護を受ける。それゆえ著作物と異なり商標には、完全な“著作者の作品であること”も創作性も要求されない。その結果例えば、単語や短いフレーズ、平凡な絵についての商標権も認められる。全ての商標に求められるのは、公衆に対して商品、役務、あるいは会社を識別する機能を果たすことである。とはいえ著作権と商標権の法理の間には、互いに重なり合う点もある。双方とも情報伝達活動を扱うことから、各自の法領域での紛争において、類似の、表現の自由に基づく理念を持ち出すことができる。この重なり合いは同時に緊張関係も生じさせる。一つのイラストや絵が一方で著作権の対象となり、他方それが公衆に対して出所識別機能を有していると認められれば商標権の対象ともなる。仮に商標権が出所識別機能を果たしている間に著作権がパブリックドメインとなった場合、裁判所はいずれの法政策を優先させるべきかの選択を迫られることになる。

多くの国では登録を商標権の有効要件とはしていないものの、登録をすることで商標権者に明白な優位性を与えている。

単語やフレーズは生来的に識別力があるために、その出所を識別する性質が明白であることが多々見られる。“Kodak”のような造語は明らかに出所識別機能を果たしている。これとは対照的に、もし単語やフレーズがその付された商品の説明をするもの（“Excellent”化粧品、“Big Red”消防車などを想起せよ）であれば、それらは商品の品質その他の特徴に関する一情報にすぎないと公衆は受け止めるであろう。それゆえ識別力のある言葉やシンボルが商標権を取得するには、あくまで標章が商品の出所を識別するものであるとして公衆に理解されなければならない。その段階に至って、識別力のある標章は“二次的な意味”を獲得したと言われる。普通商標権者は被告の標章使用が市場で混同を生じさせるおそれがあることを証明すれば勝訴しうる。商標に関する訴訟は意図的な模倣行為が行われなくと

も提起されうる。偶然の類似であっても意図的な模倣と同様に混同を生ぜしめうるし、既述の通り、侵害成否判断において重要なのは被告の標章使用が混同を生ぜしめるかどうかなのである。

近年“著名”標章に関しては新たな訴訟原因の利用が可能となり、そして著名でない標章でさえもその利用が認められる事がしばしば見受けられる。いわゆる“表示希釈行為”及び“表示汚染行為”を防止する権利である。“希釈化防止”法の下では、著名標章に係る商標権者は、標章の強さを希釈化する無断使用に対して訴えを提起することができる。それゆえ例えば、Pillsbury という焼菓子を販売している会社は、“Pillsbury dough boy”の性行為場面が雑誌にパロディとして掲載された場合には、希釈化防止を訴訟原因として訴えるであろう。通常の商標法の取り扱いとは異なり、希釈化防止を訴訟原因とする場合には混同の存在は要件とはならず、立法的には通常の商標法よりも疑問が残る。

商標は典型的には商品に付せられた言葉やシンボルである。もっとも“商標法”というフレーズは、時折“トレードドレス”(特徴的な商品のデザイン、包装を意味する用語)や“サービスマーク”(役務に対して付せられる標章)といった関連領域を包含するものとしても用いられる。以上の例では、標章、名称、デザインは、初めから公衆による商品の出所識別に奉仕しており、同一でないが類似の法原理が採用されている。さらにいえば、標章を品質保証のために利用することも可能である。

商標権は、それが出所識別機能を果たしている限り存続しうるものであり、永久に存続することも可能である。アメリカでは標章が一般人の会社において出所識別機能を失ったといえる場合に、その排他性も失われるとの立場をとる。これが特に顕著に現れるのが商標が“一般化”する場合、つまり商標が製品の出所ではなくその種類を指すものとして用いられる場合である。“Aspirin”“cellophane”“linoleum”などは、当初は商標であったものの、現在では一般化している。

商標権は商標に化体した信用が分離されない限り、譲渡、ライセンス、承継等の対象となりうる。この信用が分離されない限りというのは、少なくともアメリカ法下においては重要な条件である。営業譲渡を伴わないで、あるいは、少なくとも品質管理条項を設定しないで、商標権の譲渡、ライセンス許諾をした場合には、かかる商標は無効とされるおそれがある。商

標権を“財産権”の一種と呼ぶことがミスリーディングであることの大きな理由の一つである。商標が伝統的に混同を生ぜしめて初めて侵害が認められるとされていたために、混同目的以外での広範囲に渡る意図的な商標使用に対しては請求が認められないことも、これを裏付ける理由となる。

商標とインターネットのドメインネームの交錯には不自然な部分があり、そこから多くの現実的、法的なジレンマが生じている。普通の街路のような“現実世界”では、幾百もの異なる店が互いに同一あるいは類似の言葉を商標として掲げることができる。混同が生じない限り訴訟も起きず、そして同時利用が多数なされうる。例えば、Apple レコードの購買者は Apple レコードと Apple コンピューターの出所が同一であるとは考えないし、その逆もまた然りである。それゆえレコード会社とコンピューター会社の双方が、“Apple”という言葉に商標権を有しうるのである。しかしながらインターネットのような“仮想世界”では、かような柔軟性は存在しない。そこでは“.com”“.edu”“.org”といったハイレベルドメインは比較的少ない。その数は増加しているとはいえ、そのうちのいくつかは、市場に対するインパクトがその他のドメインネームよりも大きい。“Apple.[dot]com”は一つしか存在しえず、このドメインネームは現在およびおそらく将来に渡って、“Apple.[dot]name”よりも大きなインパクトを有し続けるであろう。

サイバースクワッティングはゆすりの一類型として考えられている。ゆすりが違法とされるのが、“埋まっている情報を再度埋める為だけに掘り起こす”(Richard Epstein の素晴らしいフレーズ)のを助長することは無駄が多いことに基づくのとちょうど同じように、転売のためだけにドメインネームを購入することを助長することも無駄が多いのである。加えて、サイバースクワッティングが金銭を搾り取ることを目的とする非生産的な行為であり、平等を重んじず利己的である点も、ゆすりと同様である。サイバースクワッティングが行われた当初、裁判所ではその規制のための手段を模索するためしばしば既存の法理の拡大解釈で対応した。アメリカでは、サイバースクワッティングには連邦制定法での手当てがなされている。

パブリシティ権はアメリカの多くの州および大陸諸国、その他の国家の大部分で認められている権利である。一般にはパブリシティ権を有する著名人は、自己の名称や肖像を営利的に用いた者に対し訴えを提起しうる。

この文脈においては表現の自由がいくつかの興味深い問題を提起し、そして多くの議論がパブリシティ権を本人の死後も存続させるべきか否かという点に集中した。この“パブリシティ権”というレーベルは名称や肖像のみならず、しばしば実演についての権利としても援用される。そのようなケースに、人間大砲として生計を立てているサーカスパフォーマーの例がある。彼は自己の公演を丸ごと放送したニュース局に対し、パブリシティ権侵害に基づく損害賠償請求訴訟—差止訴訟ではなく—を提起し、勝訴した。

ミスアプロプリエーションは、不正競争上の訴訟原因であり、ほとんどの管轄で認められている。この訴訟原因の下、一般に原告は原告が無形物の創造に相当額の投資をなしたこと、被告が十分にそれを利用したこと、その利用が原告に損害を与えるであろうこと、救済なきまま放置されていること、を証明しなければならない。この訴訟原因において、原告と被告が競争関係にあることの証明責任を原告に負わせるべきかについては、多くの議論が交わされた。当事者が競争関係にある場合に限り、被告の行為により害悪が発生し、その行為を禁ずることが公共の利益につながると考えられるのである。時にミスアプロプリエーションを訴訟原因とする不法行為訴訟における要点は、まるでフリーライド行為それ自体が悪であるかの如く、“種時かざるところ刈るべからず”と叙述される。この観点からするとミスアプロプリエーションは、原則としてフリーライドを許容する損害賠償に対するコモンローのアプローチとは一貫しないこととなる。ミスアプロプリエーションによる不法行為はしばしば著作権や特許権の領分を侵害し（専占あるいはその他の無効を招く）、そしてその境界の不明瞭性が厄介な問題を引き起こす。不法行為はそれゆえに議論の多いところであり、多国間のみならずアメリカの州間においても異なる結論に至るのである。この問題に対し鍵を握る決定要因の一つは、(立法よりもむしろ)司法による知的財産権の創造に対する態度である。イギリス連邦諸国ではミスアプロプリエーションによる不法行為の成立は受け入れられなかった。

営業秘密の保護はコモンローにより発展し、そして現在では多くの法域において立法化されている。基本的には、仮に何者かが商業的に価値のある情報を有しそれを然るべき方法で秘密にしている場合、それは秘密情報

であり州はその秘密が不適切な行為により暴露されないようその手助けをする。例えば第三者が飲料水メーカーの従業員を買収して、飲料水の製法という企業秘密を取得する場合を想像して欲しい。その会社は第三者が秘密の製法を用いて利益を上げることが、営業秘密保護法に基づいて阻止しうる。特許を取得するにはいささか曖昧な発明は、営業秘密にも顧客リストのようなありふれたものにもなりうる。しかし営業秘密にも制限はある。最も重要なのは、特許されていない製品の秘密を発見し利用するために第三者が行うリバースエンジニアリングが、一般的に合法とされているということである。全体的に特許重視の意見が高まる中、営業秘密法は変容し始めており、いくつかの法域ではリバースエンジニアリングを適法とする規律に疑問を投げかけている。営業秘密法には競合する理論的根拠が多数示されており、いくつかの法域では被告の行為の反倫理性（例えば、被告が原告の工程を探るために不法侵入したり、従業員を買収した場合に責任が生じよう）が強調されるが、他の法域では特許法と結合して発明を促すという営業秘密法の能力が強調される。そしてまた別の法域では、いまだ営業秘密保護を無駄を抑える方策として扱う。営業秘密法なくしては、スパイする側、される側の双方が情報合戦にあくなき投資を繰り返すであろうということである（Friedman; and Friedman, et al., both in Towse and Holzhauser, 2002, vol.3）。

著作者人格権は、主として非経済的利益の保護に関係する法的権利にかかわるものである。例えばいくつかの国家では、“著作者人格権”の一つである“同一性保持権”は、著作者が—その経済的利潤への願望から独立して、かつおそらくそれと対立して—有すると思われる、著作物を原作に忠実なまま保持するという利益を保護しうる。著作者人格権は通常芸術作品に当てはまるものであるが、多くの国家では、意匠創作者や発明者にも意匠及び特許の出願書類に引用される権利という小さな“氏名表示権”を付与している。

“著作者人格権 (moral right)”は、droit moral というフランスの用語を訳したものであり、伝統的な用語ではあるものの、いささか強引である。より正確に訳するのであれば“無体権 (incorporeal rights)”となろう。この代替として“著作者人格権”という用語が常用されるに至ったのは、おそらく“無体権”では広きにすぎる（これでは全ての知的財産権に及びう

る)からである。“moral”という言葉が含まれたことで、この法理には疑いのない正当性があるという含みが見て取れる。しかしいわゆる人格権が偶像破壊者、反体制活動家、ユーモア作家の言論の自由に干渉しうることと鑑みると、この法理はそのような含みに見合う程のものではない。

著作者人格権はいくつかの大陸諸国においても認められており、また最重要の国際著作権条約であるベルヌ条約にも含まれている。通常は著作者人格権は、著作権が譲渡された後であっても著作者の元に残存する。著作者人格権のうちでも最も重要なのが、著作者にその著作の著作者名をコントロールすることを認める“氏名表示権”と、著作者にその著作の歪曲化を禁ずることを認める“同一性保持権”である。アメリカでは、いくつか類似の権利が著作権法、商標法、不正競争法に規定され、そして契約法は著作者に対し、仮に交渉をしたとしてもこれらの権利が奪われないことを認めている。しかしながら、アメリカはベルヌ条約に加盟したにも拘らず、言論の自由と商業的実用性の双方に対する懸念から、著作者人格権というアプローチを大規模に導入するには至っていない。潜在的に個人的な利益を守るという役割に加えて、著作者人格権がいくつかの役立ちうる経済的機能を有している可能性もある (Santilli and Hansmann in Towse and Holzhauser, 2002)。

データベース権については、EC は著作権 (編集データベースの創作的側面に対し) と独自立法による権利 (データベースに含まれる情報に対し) の双方を創設する、データベースの法的保護に関する指令を発した (Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Databases, 1996 OJ (L77) 20)。これまでのところEU のさまざまな加盟国は、指令における独自の保護を指令とは異なる方法、範囲で施行してきた。保護は多大な投資がなされた場合に与えられ、排他権は私的複製にまで及ぶのである。この法の経済上の見識には多くの者から疑問が投げかけられている。というのも EC 指令にはアメリカにデータ保護を促す効果を有する相互主義条項があるものの、この条項はこれまでのところアメリカの抵抗を受けているからである。現行アメリカ法下では、連邦著作権は創作的な事実の“選択と配列”に対してのみ与えられるものであって、事実それ自体に与えられるものではないのである。

法理間では抵触が生じることがあり、法域ごとに法理の優劣が決定される。アメリカでは特許政策が最優先であることは極めて明白である。公衆が機能的な非特許製品を自由に利用できるようにするために、本来得られたはずの著作権や商標権による保護が拒絶されることがあるのである。

3 主要な経済学上の議論

3.1 独占分析

知的財産の経済的側面の分析は、独占分析を通じて行われるのが標準的である。知的財産権がないとすると、知的生産物の生産が過少にとどまる限りでは、独占権は限界費用よりも製品の価格を吊り上げるために必要となろう。しかしながら価格が限界費用を超過すると、いくらかの“死重損失”が生ずるおそれがある。この損失における最も重要な要素は、独占価格ではなく限界費用で製品を購入したであろう人の手放した利益である。知的財産制度の到達点は、インセンティブ、死重損失そして管理費用その他の費用の純量を最大化するところにあるのである (Landes and Posner in Towse and Holzhauser, 2002; Fisher in Symposium on the Internet and Legal Theory, 1998)。

排他権がない場合、著作者、発明者、投資家は、その投資のリターンを獲得する手段に欠けるであろうことから、独占は無形財産にとっては生産的ではないかとの議論もされている。

Liebowitz (1986) は、著作権制度に反対する論拠として考慮されるべき“死重損失”は、専ら、インセンティブのような特別な制度を必要としない作品に起因するものであると提案することで、通常の独占分析に対して重要な貢献をなした。逆にいうと、特別な制度なくしては創出されえない作品には、対比可能な“競争的価格水準や競争的品質水準”が存在しないがために、そのような作品が“死重損失”を生み出すと言うことは、比較論理的に誤りがあるということである。著作権制度および存続期間が異なれば、生ずる死重損失も変わりうる。Liebowitz はこの死重損失の分析が、いかに著作権法および特許法の双方に規定される存続期間制限条項を説明しうるのかを明らかにしたのである。

3.2 集中化

Kitch (in Towse and Holzhauser, 2002, vol.2) は、発明に特許の保護を与える理由の一つとして、後続の研究開発との協調を可能とするための排他権を創出すること、及び重複投資を回避することにあると論じている。同様の視点からは、著作権法の下でアイデアを“所有”できない理由として、アイデアは分散的かつ多様に発展してこそ最良の成果を遂げうるといふことを論ずることもできよう。

3.3 内部化

著作権、データベース権及び前二者ほどでないが特許権は、“外部経済を内部化する”様式として説明されうる。ちょうど一般不法行為法が、過度に危険な活動を思いとどまらせるため、マイナスの効果をそれを生じさせた者に帰属させることに努めるかの如く、知的財産法は、創造的な活動を奨励するために、プラスの効果をそれを生じさせた者に帰属させるよう努めるのである。また不法行為法と同様に、最大の難問は“共同原因”から生み出される。すなわち結果を共同者間でいかに割り振るかという問題である。一つの世代の著作者に対する著作権保護を増大することは、次世代の著作者の創作費用を上昇させる (Landes and Posner in Towse and Holzhauser, 2002; Reichman in Dreyfuss et al., 2001)。理論的な選択肢は多数ある。いくつかの国における著作権は (アメリカと同様に)、他者の著作物を不法に使用した二次的著作者には、たとえその翻案が創作的であったとしても著作権を与えない。対照的に、多くの国では、特許発明の改良発明者に特許を付与する。これにより改良発明者 (改良発明については特許を取得しているが、原発明の使用についての原発明者の承諾なくしては、改良発明を実施できない) と原発明者 (原発明を実施することは可能であるが、承諾無く改良発明を実施できない) との間の取引が促されるのである (Merges in Towse and Holzhauser, 2002)。

3.4 ゲーム理論の展望から

財産権を理論立てようとする者は“共有地の悲劇” —Garret Hardin の囚人のジレンマ—を、不十分な資源の私有化から生ずる危険を例証する手段として、利用する習慣がある。基本的な概念は、人々がそれぞれ私的に共有

資源から利益を享受しうるが、その資源利用のコストが他の共有者に外部化される場合には、人々の資源利用 (コスト) は必要以上に行われていくことになろうというものである。これに対する見解は、“アンチコモنزの悲劇” という考え方である。これは、仮に多くの人々に私的な請求権がある場合、利害関係人全員の同意獲得は不可能であり、ゆえに資源利用 (利益) が著しく過少となるであろうというものである。いまだ乏しいとはいえ、これらの異なる2つの効果がいかなる程度で発現するかを調査する実証的な研究もなされている (see the articles in Towse and Holzhauser, 2002, vol.3)。

囚人のジレンマは別の方法—費消しない無体物に排他権を付与する事例及び付与しない事例の解明の双方—で用いることも可能である。まず著作権の無い世界において、二人の人間がいると想定しよう。そして二人はそれぞれ、著作者となる為 (これを“協調” オプションとする)、あるいは他人の著作物を複製する印刷業者となる為 (“離脱” オプションとする) に、投資をするか否かを決めることができるとする。すると一定の条件下において、囚人のジレンマが現れるのである (see Fig.28.1)。

リスクを最小限に抑える (最悪の結果である C では、全ての蓄えを失うことになる) ためには、離脱する (複製者になる) ことが支配的な戦略である。その結果、社会には D の状態が訪れる。すなわち両者が離脱するのである。この社会では誰一人として貧しい家に住むことにはならないが、優れた生活水準に達することもないのである。更にいえば、D の状態で、両当事者が複製者となり、著作者になることがないとなれば、本が社会に出ることもないのである。

	乙さんが協調	乙さんが離脱
甲さんが協調	結果A [両者が本を書き、共に優れた生活水準を手にする]	結果C [協調した者は衣服までも失う。著作者が金を稼がず一年間著作業に専念した後、その作品が複製され複製者に限界費用と同程度の価格で販売される]
甲さんが離脱	結果B [離脱した者は裕福になる。本の創作に一銭も使っていないため安価に複製品を販売でき、事業は成功する]	結果D [複製店を営む両者には複製する作品がない。それゆえ二人はそれぞれハンバーガー屋でパートタイムの仕事をする]

Fig.28.1 甲さんを基準とした結果 (A B C D) パターン表
(乙さんの結果が対称と仮定)

この話から学ぶべきことは、上の結果を変えるために法を導入することの妥当性であると思われる。しかし囚人のジレンマが著作者と潜在的な複製者との間の関係を正確に特徴付けるためには、以下に述べる種々の条件を充足する必要がある。

- (1) 著作者のコスト（独力での創作、著作）がかなり高いこと。
- (2) 他方当事者は、著作者のコストよりも安価に、著作者からその作品を複製することができ、これ以外の制約（例えばフェアプレー精神）が、複製者が複製を躊躇する主たる理由とならないこと。
- (3) 複製品は原作品の完全な代替品であり、消費者の嗜好に影響を与える原作品の特徴についてのあらゆる点で原作品と一致すること。そのような特徴にはとりわけ、作品の質、確実性、物流網の質と量、真正さ及び付随的な価値、そして作品に関するサポートサービスが含まれる。
- (4) 消費者が両作品を完全な代替品であると受け止めること（もっとも、もしこの条件が満たされるのであれば、複製品が完全な代替品であるかどうかは問題とはならないが）。著作者は市場先行の利益、サポートサービスの提供、あるいは複製品との区別を図るブランドロイヤル

ティに頼ることはできないこと。

- (5) 複製品の販売価格が、著作者が独立創作の費用の回収のために設定せざるを得ない価格よりも大きく下回り得る程度に、複製コストと独自創作のコストに大きな差が存在すること。
- (6) 創作コストを回収する可能性がない場合には、創作活動に投資をしようとする者がいないこと。つまり非金銭的な報償（例えば名声や芸術的満足への願望）が、著作者の著作、創作活動を誘引する契機となることがないこと。
- (7) 著作者は商品の販売もしくはライセンスによってのみ費用を回収することができ、そしてその際、価格差別をするのに効果的な方策を有していないこと (see Gordon and Bone in Towse and Holzauer, 2002, vol.1)。

以上の条件が一つでも欠ければ一全てが充足されることは実際稀であろうが一、囚人のジレンマは発生しないと思われる (see Breyer and Palmer, both in Towse and Holzauer, 2002, vol.1)。例えば、仮に著作者のコストが安く済むのであれば、わずかな市場先行やロコミによる利益でさえ、著作者が創作のインセンティブを有するに足りだけの影響力を有するのである。同様に、仮に消費者が複製品を“海賊品”であるか、少なくとも粗悪品であると受け止めるのであれば、囚人のジレンマが発生することはないであろうし、実際多くの分野（例えばソフトウェア業界）では、著作者は、自己の商品と複製品を見分けさせる利便性やアップデートおよびサポートサービスを消費者に提供することができるのである。昨今における知的財産法の領域拡張のほとんどの局面においては、Vaver (2000) が提言するように、これらの事実が取り上げられることはなく、代わってロビイストや立法者は、まるで知的財産法が唯一のインセンティブの源であるかの如く“インセンティブ”を要求するのである。

3.5 個人の役割

知的財産法領域での並外れた拡張を説明するために示された別の理由は、“個人”の役割である。それは著作者のロマン化および、著作者ほどではないものの、発明者のロマン化である。ロマン派イメージの果たす役割は、パブリシティ権の拡張をも説明しうるかもしれない。多数の学説は、著作

活動や発明過程に関する非現実的な概念及び“高尚な創作活動”と典型的な創作物との間の断絶を批判している (Lemley in Drahos, 1999; Boyle, 1996)。

3.6 価格差別

法律家は、知的財産法下にある様々な権利を、売買の対象となる別個の“財産”として考える傾向がある。この傾向は、この分野において“財産権”レーベルが多用されるようになってきたことと相俟って、著作権の基本的な作用が、著作者に複製品の購買者の種類を識別することを可能とする点にあると理解することを困難にさせる (Gordon in Symposium on the Internet and Legal Theory, 1998)。著作権はそもそも、それを商業上大きく利用することを計画している消費者に自主的な選択をさせるための法的装置である。かような消費者は、自ら名乗り出て一般の消費者とは別個に取引せざるをえず、さもなければ無許諾利用による法的責任に直面するのである。

著作権の無い世界において著作者が直面することになる問題点は、著作物の複製品を求める消費者を、本来的な目的を有する者 (例えば読書目的) と、出版、公演、放送、翻案等の本来的でない目的を有するような者とで選別することを可能とすることの必要性にあると想定できる。著作権によって出版社が著作物を許諾無く複製、上演等することは違法となり、それゆえ出版社は自らが高価値利用者であるとして一般利用者より高い利用料を支払うことになるのである。著作権法は、高価値利用者が価格差別を避けるために、“裁定取引”的な手法を採ることをも防止する。つまりたとえ出版社が一般読者から安く複製品を入手できるとしても、その上で著作権者との交渉が成立しなければ出版社がそれを複製することはできない。それゆえに著作権法は著作者に、一般読者と出版社を価格差別する力を付与しているのである。この価格差別を行うことで著作者が創作費用を賄うことが可能となると思われる。

かりにインセンティブとして独占が必要である場合、独占と価格差別の双方が組み合わせられれば、独占のみの場合に発生するであろう生産力の低下を回避しつつ、著作者に必要な動機付けをするという目的の達成に役立つことは長い間認識されてきた。インターネットやコンピューターに係る文脈においては、クリックスルー契約やシュリンクラップ契約は、

しばしばパブリックドメインに帰属する素材の複製を抑制し、あるいは追加料金の支払いのあった場合にのみ複製を認めることを意味する。中には、価格差別を促進する契約を強制することは望ましいと提言する者もいる (Fisher in Symposium on the Internet and Legal Theory, 1998) が、価格差別は常に著作権の独占コストを削減するわけではなく、(仮に価格差別がなくともインセンティブが付与されるのであれば) 独占と価格差別の組み合わせは自然競争の場合よりも高い社会的コストを課するのである。

価格差別はまた、法律を梃子とせずとも作用するものでもある。それゆえにアメリカ法下では、図書館は無償で多大な量のコピーをすることが許容されているものの、雑誌類は、図書館の定期購読料を一般購読者よりも高く設定することで価格差別を行っているのである。Liebowitz (in Towse and Holzauer, 2002, vol.1) は、複写行為が間接的な利用可能性を通じて相当な間接収益を生み出すがために、価格差別によって権利処理団体による課金が余分となるかもしれないと提言する。価格差別はまた、“フェアユース”や多くの他の知的財産法理の作用に関する示唆に加え、特に著作物の私的利用および家庭内利用に関する示唆を含んでいる (Bakos et al., 1999; Meurer, 1997)。

ここまで見たように、著作権は、法が強制すべき有体物の“譲渡制限”やその他譲渡後の利用制限の限界について取り組んだ文献から学ぶことができる。

3.7 実証研究

あらゆる知的財産法領域において実証研究が増加しているものの、今までのところ、著作権や特許権が害悪以上に有益であるかどうかという単純な質問に対する答えは出ていない。商標法については、商標により消費者が商品を探す手間を省くことができ、また優良商品の生産者は品質に対する投資を完全活用することができるため、多くの人々がおそらくは伝統的な商標法を経済的に望ましいと考えるであろう。とはいえ、参入障壁を形成するために無駄な広告費用が支出されていることに疑いは無く、伝統的な商標法にとっても未だ実証的証拠が充分とはいえない。新しい“反希釈化”型商標法に関していえば、同法はユーザーに混同が生じていない場合にまで訴訟を許容するが、かかる場合に重要な公益を見出すことは困難である

(Dreyfuss, 1990; Carter in Towse and Holzhauser, 2002, vol.3)。同様のことはパブリシティ権にも当てはまるが、この法理は経済的というより人格的なところにその根源を有しているため、社会的に何も生み出さないことがそれほど問題とはならない。

4 知的財産の将来のアジェンダに向けて： ギフトと相互依存の俯瞰

ほとんどの知的財産研究は、著作者や発明家の権利の潜在的正当性のみならず、道徳や自然法あるいは帰結主義から引き出された議論に対しても焦点を当ててきた。徐々にではあるが、財産権の過度に熱心な助成により生じうる否定的な帰結を調査する方向へのシフトが起きている。

例えば Eisenberg (in Dreyfuss et al., 2001) は、科学の文化はその隆盛に向け情報の完全流通を求めるであろうし、特許法が許容する限度にまで小国乱立化を求めないであろうと提言する。(これに対しては、see Kieff, 2001 (collecting literature).) Mandeville (in Drahos, 1996) も、符号化されていない情報は、排他性によってブロックされることなく流通する必要があるかもしれないと提言する。Benkler (2002)、Scotchmer (in Towse and Holzhauser, 2002) その他の者らは同様に、排他性が欠けることで経済厚生が最大化されうる領域を探求する。言い換えるならば、特許法が奨励しようとするまさにその進歩が、特許法それ自体によって後退させられているかもしれないのである。

似たようなことは芸術の世界でも生ずるかもしれない。Lewis Hyde は彼の示唆に富む著書である *The Gift* において、芸術のプロセスにおける重要部分は、芸術家と芸術家の受け取ったものとの生きた関係であると提言する。先人の作品に表現された現実世界と人生の美しさは、それを受け取る芸術家の中に感謝の念を創造する。芸術家は自らの創作によってそれに報い、そこでは感謝が新たな創造性を育成する触媒（あるいは滋養の源というべきか）となるのである。Hyde はこの不可欠である感謝を妨げるものを少なくとも二つ指摘する。金銭の支払と計算の念である。私見では、支払の必要性よりも計算の必要性に危険が存している。例えば子供の頃に読んだ本に刺激されて、その本のオペラを制作する作曲家を想像して欲しい。

この作曲家の生来的な創作衝動が、どの児童図書がライセンス料と見込みの収益との間で最高の費用便益比率を有しているか、と計算する過程を経ても生き残っていると想像するのは困難である。芸術家によって生み出された作品のほとんどが、そのジャンルを問わず、内発的な創作意欲を有する者が計算を行い、最安値のライセンスを探し、あるいは祖先が再解釈や批判の対象となることに文句を言わない子孫を捜すことと無縁ではないことを示唆する。

エコノミストは一般に知的財産に関して特徴的な事柄が二つあると主張する。著述や発明の成果を囲い込むことは困難であることと、費消することなく多くの人が利用できることである。囲い込みの概念は十分に発展した一方で、知的財産の非費消性という重要な部分をより明確に理論構成することは、未だ課題として残されたままである。かかる側面それ自身の分析研究が望まれよう。私自身は直感的に、ギフト関係と相互依存について考える時間をより多くとる必要があると感じている。共同体はその構成員が交換と互酬性のために、明確かつ打算的な支払請求を行わないことによって形成される。度の過ぎる支払請求は、信頼や遵守精神と同様に多くの制度の根本にある感謝の念を侵食する可能性があるのである。

共有可能な財は、グループを結合する伝統的な源泉である。そこには高速道路や防衛施設のような一般的な“公共財”に限られず、民話、民芸、民謡、民謡楽団といったものも含まれる。技術的な側面についても同じことが当てはまる。コップ一杯の水を飲むことでさえも、ガラスの焼成から水流管理および消毒の方法を学習した祖先から、利益を享受することなのである。私達は、私達の保有する全ての物に対し支払をすることはできないが、仮に頻繁かつ過度の支払いが強制されるなら、我々は全ての物に対して代価を支払ったという幻想を抱き始めるかもしれない。実際に相互依存の状態にある場合に、非依存の幻想を抱くことは危険である。知的財産は共同体形成にとっての重要な資源であるが、知的財産を“囲い込む”新たな動きは、かかる可能性を潰すおそれがある。それゆえに、純粋な帰結主義者の観点からでさえも、ギフト関係の可能性が体系的に検討される必要があるのである。

参考文献

- Amabile, T. M., Collins, M.A., Conti, R., Phillips, E., Picariello, M., Ruscio, J., and Whitney, D. (1996). *Creativity in Context: Update to the Social Psychology of Creativity*, Boulder, Colo.: Westview Press.
- Bakos, Y., Brynjolfsson, E., and Lichtman, D. (1999). 'Shared Information Goods,' *Journal of Law and Economics*, 42: 117-55.
- Benkler, Y. (2002). 'Coase's Penguin, or Linux and The Nature of the firm,' *Yale Law Journal*, (Winter), 112: 369-446.
- Boyle, J. (1996). *Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Coombe, R. J. (forthcoming). 'Commodity Culture, Private Censorship, Branded Environments, Global Trade Politics and Alternative Articulations: Intellectual Property as a Topic of Law and Society Research', in A.Sarat (ed.), *Companion Guide to Law and Society*, Oxford: Blackwell.
- Cornish, W. (2002). 'The Author as Risk-sharer', *Columbia Journal of Law and the Arts*, 26: 1-16.
- Demsetz, H. (1970). 'The Private Production of Public Goods', *Journal of Law and Economics*, 13: 293-306
- Denicola, R. (1994). 'Institutional Publicity Rights: An Analysis of The Merchandising of Famous Trade Symbols', *North Carolina Law Review*, 62: 603-41 esp. 617-27.
- Drahos, P. (1996). *A Philosophy of Intellectual Property*, Aldershot: Dartmouth/Aldershot.
- (ed.) (1999). *Intellectual Property: The International Library of Essays in Law and Legal Theory, Second Series*, Aldershot: Ashgate/Dartmouth.
- Dreyfuss, R. C. (1990). 'Expressive Genericity: Trademarks as Language in the Pepsi Generation', *Notre Dame Law Review*, 65: 397-424.
- Zimmerman, D. L., and First, H. (eds.) (2001). *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*, Oxford and New York: Oxford University Press.
- Elkin-Koren, N., and Netanel, N. W. (eds.) (2002). *The Commodification of Information*, The Hague: Kluwer Law International.
- Ginsburg, J. (1990). 'A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America', *Tulane Law Review*, 64: 991-1023.
- Gordon, W. J. (1993). 'A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property', *Yale Law Journal*, 102: 1533-609.
- Heller, M. A., and Eisenberg, R. S. (1998). 'Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research', *Science*, 280: 698-701.

- Hughes, J. (1998). 'The Philosophy of Intellectual Property', *Georgetown Law Journal* 77: 287-365.
- Hyde, L. (1979). *The Gift: Imagination and the Erotic Life of Property*, New York: Vintage Books.
- Kase, F. J. (1967). *Copyright Thought in Continental Europe: A Selected Bibliography*, South Hackensack, NJ: Fred B. Rothman & Co.
- Kieff, F. S. (2001). 'Facilitating Scientific Research: Intellectual Property Rights and the Norms of Science'—A Response to Rai & Eisenberg, *Northwestern University Law Review*, 95: 691-705.
- Lessig, L. (1999). *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York: Basic Books.
- Liebowitz, S. J. (1986). 'Copyright Law, Photocopying, and Price Discrimination', in J. Palmer and R. O. Zerbe, Jr. (eds.), *Research in Law and Economics: The Economics of Patents and Copyrights*, 8: 181-200.
- Litman, J. (2001). *Digital Copyright*, Amherst, NY: Prometheus Books.
- Meurer, M. J. (1997). 'Price Discrimination, Personal Use and Piracy: Copyright Protection of Digital Works', *Buffalo Law Review*, 45: 845-98.
- Rose, C. M. (1998). 'The Several Futures of Property: Of Cyberspace and Folk Tales, Emission Trades and Ecosystems', *Minnesota Law Review*, 83: 129-82.
- Sherman, B., and Bently, L. (1999). *The Making of Modern Intellectual Property Law: The British Experience 1760-1911*, Cambridge and New York: Cambridge University Press.
- Symposium on the Internet and Legal Theory.(1998). *Chicago-Kent Law Review*, 73.
- Towse, R., and Holzhauser, R. (eds.) (2002). *The Economics of Intellectual Property*, vols.1-4 Cheltenham: Edward Elgar.
- Vaver, D. (2000). 'Intellectual Property: The State of the Art', *Law Quarterly Review*, 116: 621-37.

[訳者付記]

本稿は、Peter Cane & Mark Tushnet, *The Oxford Handbook of LEGAL STUDIES*, OXFORD UNIVERSITY PRESS (2003) の Chapter 28, Wendy J. Gordon, "Intellectual Property" の翻訳である。翻訳の許諾をして下さったボストン大学の Wendy J. Gordon 教授には、この場を借りて感謝申し上げる。

また本稿を執筆するにあたっては、北海道大学の田村善之教授、COE研究員の LEE Nari さんにご教示を頂いた。厚くお礼申し上げます。いうまでもなく誤りがあれば全て訳者・田辺の責任である。