

## 標準化技術に関する特許とアンチ・コモنزの悲劇\*

Nari LEE\*\*

田村善之・立花市子(訳)

### — 目 次 —

1. はじめに
2. 財産権化、コモنز、互換性標準に関する特許
  - 2.1 有用で不可欠な共有情報としての互換性標準
  - 2.2 コモنزにおける互換性標準の位置づけ
3. コモنزおよびアンチ・コモنزの財産権理論における標準
  - 3.1 情報コモنزの悲劇—混雑外部性？それとも正の外部性？
  - 3.2 アンチ・コモنزの悲劇
4. アンチ・コモنزの理論と標準化技術に関する特許
  - 4.1 互換性標準に関する特許におけるアンチ・コモنز
  - 4.2 ICT (情報通信技術) 産業の標準化技術に関する特許におけるアンチ・コモنزの悲劇？
  - 4.3 ICTにおける標準化に対する政策的示唆
5. おわりに

---

\* 本稿の原文は Teollisoikeudellisia Kirjoituksia No.VII; 1-33, edited by Ari Saarnilehto. Turku University Faculty of Law, Finland. 2006にて入手可能である。

\*\* 北海道大学大学院法学研究科 LL.D. COE 研究員。田村善之教授 (北海道大学)、Pamela Samuelson 教授 (カリフォルニア大学バークレー校)、Bernt Hugenholtz 教授 (アムステルダム大学) はじめ、2005年11月10～11日に札幌で開催されたシンポジウム「情報化社会における知的財産法政策学の将来像」の参加者の皆様からコメントをいただき感謝しております。また、Juha Tolonen 教授 (バーサ大学)、Juha Karhu 教授 (ラップランド大学)、Ulf Petrusson 教授 (イエーテボリ大学) ほか、本稿の概要を最初に発表した国際セミナー「Owning Intellectual Property」(2005年4月15日、フィンランド・トゥルク) の参加者の皆様からもコメントをいただき感謝しております。

## 1. はじめに

最近、学界、一般社会を問わず、知的財産がますます有体の財産のようになりつつあるという議論をよく耳にする。実際、特許や著作権の保有者と保有の対象との関係を述べるために、法律上、「所有 (ownership)」という表現がよく用いられる。<sup>1</sup> その結果、財産権に関する理論や法理が知的財産に関する訴訟にも登場するようになり、「所有権の一形態としての知的財産権」という表現の仕方が知的財産権の現在の法的な地位を適切かつ十分に言い表していると見なされることがある。知的財産の「財産権化」に関する学界の議論はそのことを反映している。

学術的には、知的財産の財産権化という表現は、財産権に関する理論を批判的に応用して、知的財産を「所有」するという問題のある性質をめぐって生起する社会的な変化を説明するとともに、なされるべき法改正を提案するために用いられている。知的財産の財産権化に関する議論のそもそもの出発点は、**知的財産権は有体物に対する財産権とどの程度同じであり、どの程度違うところがあるのか、また別異に取り扱われるべきものであるのか**という問いかけにある。<sup>2</sup> 知的財産の財産権化に関する議論はたんに

<sup>1</sup> 知的財産権の最低基準を定める「知的所有権の貿易関連の側面に関する協定」(1994年、以下「TRIPs」という)では、同協定に基づく知的財産権の保有者について、著作権に関する第14条第3項、商標に関する第16条第1項、意匠に関する第26条第1項、特許に関する第28条第1、2項、および競争に関する一般条項において「所有者 (owner)」と呼び、第40条第3項では「知的財産権所有者 (intellectual property right owner)」と呼んでいる。

<sup>2</sup> Lemley, Mark A. (2005), *Property, Intellectual Property, and Free Riding*. Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 291参照。インターネット <http://ssrn.com/abstract=582602>で閲覧可。同論文は財産権化を批判している。また、Posner and Landes (2003) *The economic structure of intellectual property*, Harvard university press, at 11を参照。同論文は財産的な利益の連続性を強調することで財産権化を擁護する主張を拡張する。さらに McGowan, David, (2005) *The Trespass Trouble and the Metaphor Muddle*. Minnesota Legal Studies Research Paper No. 04-5も参照のこと。インターネット <http://ssrn.com/abstract=521982>で閲覧可。インターネット関連の紛争

学術的なものではない。その理論が実際に具体的な形を伴って現れるのは、知的財産に対する財産権の主張が知的財産の所有に対抗するその他の利益を圧倒し、財産に関する絶対権に近似した排他権として現実に主張されることになる場面だからである。より一般的に言えば、それは、**いかなる有益な情報といえども、その原作者の許諾を得ずにそれを利用するのは不正である**<sup>3</sup>という現在の知的財産法の解釈に説得性を与える。許諾なき利用を禁止したり、利用に対する報酬を義務づけたりする法律上の明確な規定がない場合でも、さらには、問題となる対象が知的財産法による保護を受けない場合<sup>4</sup>でもそのように解釈されている。それを極端にまで押し進めると、知的財産権の対象が他の財産権の対象と法的に同様に扱われるべきであるならば、知的財産に起因する権利やそうした権利の行使は全て、その範囲、対象、期間および救済策の範囲という点で、所有権と同様に取り扱われるべきであるということになる。<sup>5</sup>

知的財産の「財産権化」は、最終的に私有権としての知的財産の保護を保証する TRIPs 協定前文<sup>6</sup>に結実したさまざまな変化や事象の当然の帰結であるといってもよいかもかもしれない。この前文は、知的財産権の公共性を

---

に財産権に関する法理を適用した米国の判例法を学者たちが攻撃したことに対する批判である。この論文は知的財産の財産権化に関する言及は僅かなものに止まっているが、著者の粗削りで大胆な“財産権”の定義は、財産権の理論を非財産的な分野に応用することに対する否定的な見解が論者の「財産権」に対する狭窄な理解によって特徴づけられうる、ということを示唆している。

<sup>3</sup> Lessig はこれを「許諾の文化」と呼ぶ。Lessig, Lawrence (2004) *FREE CULTURE* Penguin Press, New York, at xiv and discussion at 116-173参照。

<sup>4</sup> 日本ではたとえば、知財高判平成17・10・6知財高裁平成17(ネ)10049 [デジタルライアンス]。インターネット <http://courtdomino2.courts.go.jp/chizai.nsf/d36216086504bdc349256fce00275162/0c642a4a124dc13d492570970018104b?OpenDocument>で閲覧可 (2006年4月12日引用)。著作権侵害も不法行為の成立も認めなかった下級審の判決を受けた控訴審で、知財高裁は創作性がないとして、著作権による「見出し」の保護は認めなかったが、「見出し」の複製行為は違法だとして、民法第709条に基づく損害賠償を命じた。ただし、差止めは認めていない。

<sup>5</sup> Posner and Landes (2003) supra note 2 at 7-8参照。

<sup>6</sup> TRIPs 前文第4段。

強調する独占の特権説に対して、知的財産はあくまでも財産であるとする説の勝利を宣言するものである。<sup>7</sup> TRIPs 協定は、法改正によって所有の対象となる「モノ」（大陸法系の諸国の場合。その他の国ではそれと同等の抽象的な対象）に無体物を加えることを義務づけていないにもかかわらず<sup>8</sup>、特許、著作権、商標を有体物に関する所有権と相似する「知的財産」として包括的に分類することで、事実上、そうした無体物が財産権の対象となるものであるのか否か、あるいは所有の対象となるものでなければならぬのか否かという議論に決着をつけた。<sup>9</sup> その結果、文化によっては何が財産権であり、何が財産権の対象となるのかということに関する認識が異なるにもかかわらず、大陸法、英米法を問わず、知的財産は私的に所有されるものであり、現に所有されているということに関する世界的な合意が形成されているように思われる。

人々が知的財産の所有に関する主張を頻繁に耳にすると、その結果、主張されている内容が実体化することがある。法の解釈というものは慣行によって実体を確立し、その慣行を反映した法改正を要求する傾向があるからである。<sup>10</sup> 同様に、全ての関係当事者の間で、知的財産とは無体物を所有する権利であるという理解がなされ、それが受容されることになれば、そうした慣行を是認するような変更の必要が生じるであろう。言語と同様、法律のある種の理解は動的であり、ある主張が一度実証され受容されると、

<sup>7</sup> たとえば、Kitch E.W. (1986), *Patents: Monopolies or Property Rights?* 8 RES. L. & ECON. 31, Kitch E. W. (2000) *Elementary and Persistent Errors in the Economic Analysis of Intellectual Property* 53 Vand. L. Rev. 1727. Easterbrook Frank H. (1990). *Intellectual Property Is Still Property*, 13 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 108 at 118. Carrier, Michael A.(2004) *Cabining Intellectual Property Through a Property Paradigm*. 54 Duke Law Journal 1 を参照。インターネット <http://ssrn.com/abstract=537762> で閲覧可。

<sup>8</sup> TRIPs 第1条第1項は、加盟国はそれぞれの法制度内で、本協定のしかるべき実施方法を自由に決定できると定める。

<sup>9</sup> 注1参照。

<sup>10</sup> これはいわゆる「価値があれば権利がある」式の知的財産法理論で、Dreyfuss, Rochelle Cooper (1990) *Expressive Genericity: Trademarks as Language In the Pepsi Generation*, 65 NOTRE DAME L REV 397 AT 405によって批判されている。

それは慣行として固定化され権威を与えられる。<sup>11</sup> 言い換えれば、特許を所有するという主張が何度もなされ、関係者がその主張を受け入れたうえでしかるべき扱いをすれば、これを根拠として、そうした変化に応じた法改正を要求する議論や、肯定的か否定的かは別にして、少なくとも慣行として受け入れられているものを認識しようとする議論の基礎が形成される可能性があるのである。

この場合の慣行とは、私人が所与の法的条件のもとでいかに振る舞い、あるいは法の変化やその欠如にいかに対応して、法が提供し損なった効率性を獲得するか—**私的秩序形成**—ということである。その意味で、慣行の固定化とは、肯定的なものであれ否定的なものであれ、私的秩序形成に法的意味を付与するものだといえるだろう。私的秩序形成は、私的取引の発生を許容する法の変化によって可能となるものなので、知的財産の財産権化をめぐる議論に関連する。<sup>12</sup> その意味で、本稿は、知的財産権の分野における私的秩序形成を分析する法と経済学における財産権理論のいくつかの応用例を検討することにした。

<sup>11</sup> たとえば財産法（大陸法、英米法を問わない）は、制御可能な自然の力等の新しい「対象」を容認し、またそうした新しい対象を取り巻く新しい契約を容認している。同時に、大陸法諸国では、対象という概念や物権法定主義の原則はもはやさほど厳格ではない。かつてはモノに関する法律と考えられていた財産法も、大陸法諸国、英米法諸国のいずれにおいても、むしろ資源をめぐる人々を規制する法律と見なされるようになっている。実際、物権法定主義の重要な機能は伝達と検証にある。たとえば、Heller, Michael (2003) *Property*. IN: THE OXFORD HANDBOOK OF LEGAL STUDIES. Cane and Tushnet ed. Oxford University Press at 69-71を参照。

<sup>12</sup> Williamson, Oliver (1985) THE ECONOMIC INSTITUTION OF CAPITALISM: The Free Press, at 29参照。同論文は、私的秩序形成に焦点を当てつつ、取引費用経済学の立場を、裁判による秩序形成の効果を唱えるアプローチとして位置づけている。この議論に与するものとして、Merges, Robert (1996) *Contracting into liability Rules: Intellectual property rights and collective rights organizations*. 84 CALIF. L.REV. 1293の私的秩序形成に関する議論を参照。一方、私的秩序形成を論じる際の取引至上主義者のバイアスについては Benkler, Yochai (2000) *An Unhurried View of Private Ordering in Information Transactions*, 53 VANDERBILT LAW REV. 2063を参照のこと。

本稿は財産権理論を論じるうえでまず標準化技術に関する特許を取り上げ、知的財産分野で影響力を有する4つの財産権理論の考え方の適用のされ方を検証する。とくに、アンチ・コモنزの理論等、財産権理論から得られる示唆を、情報通信技術（以下「ICT」）産業における標準化を取り巻く問題を理解するために転用しうるのか否かということを考察する。これは、近年の法の変化によって情報の有用な処理が特許の対象として「財産権化」され<sup>13</sup>、それにともない、有用かつ不可欠な情報の「所有」を主張できるようになっているからである。かりに、標準の創出や採択をめぐる状況の変化が知的財産の財産権化の直接の結果だとすれば、それが有する負の効果を限定するために、財産権を基礎とした知的財産権の理解が何らかの助けになるのであろうか？ とくに本稿では、その種の理解が、合理的な選択が不合理な結果をもたらす、制度的介入を要する悲劇を引き起こしうることを説明する手助けになるかどうかについて論じる。<sup>14</sup>

## 2. 財産権化、コモنز、互換性標準に関する特許<sup>15</sup>

知的財産権という形式の情報に対する財産権は、私的取引が資源の効率

<sup>13</sup> Lee, Nari (2005) *Patent eligible subject matter reconfiguration and the emergence of proprietary norms—the patent eligibility of business methods*. 45 IDEA THE JOURNAL OF LAW AND TECHNOLOGY 321-359 (LEE Nari (田村善之＝津幡笑訳)「特許対象の再編成と財産権主義の台頭—ビジネスモデル方法の特許適格性」知的財産法政策学研究9号23～70頁 (2005年) 参照。同論文は、日本や欧米におけるそうした法の変化を論じている。

<sup>14</sup> “悲劇”とは Hardin が用いた比喩である。Hardin Garret (1968) *The Tragedy of the Commons*, 162 SCIENCE 1243 at 1244. 彼は「劇的な悲劇の本質とは不幸ではない。その本質はものごとの無慈悲な成り行きに厳粛さにある……この運命の必然を人生になぞらえて例えるのであれば、たしかに不幸をばらむ出来事を持ち出すほかないだろう。まさに、この種の出来事こそが、人生というドラマにおける逃避が無駄であることを明らかにするからである」という Whitehead の考え方を援用する。

<sup>15</sup> 本稿でいう互換性標準とはインターフェース標準と同義であり、2つの異なるシステム、デバイス、製品、モジュール、プログラムのつながりや連絡を可能にする物理的または「バーチャルな」製品特性を含む。

的な配分をもたらすであろうという楽観論に基づいている。情報に対するアクセスの制約をインセンティブの効果によって埋め合わせるとともに、情報の創作コストは私的な取引に基づいて回収されるということを強調することで、知的財産権制度は、私的取引が発生し、その制度的効率性を実現することを所与の前提としている。しかし、たいていの場合、認知上のバイアスや情報の非対称性が原因となって、この効率性の実現を阻むような行動が生まれる。ICT 産業でいうと「標準化」がそうした状況の一例と思われる。財産権の主張の存在が認知上のバイアスや情報の非対称性を増大させ、そうした種類の行動がより容易に顕現することになるのである。

標準と知的財産権の交錯は、**公的秩序形成**を担う立法者や政策立案者をして、当初の権利付与決定を超えた**私的秩序形成**をも含む活動や、知的財産が実際に利用される状況を考慮することを要求する。標準化は、市場によって突き動かされる現象の典型例として、標準化技術の部分的な断片について各々権利を有する**複数**の私的当事者間の取引行為や、**当然にアクセスされるべき**重要な技術に対する財産権を持たないその他の当事者を取り込んでの取引行為を反映したものとなる。標準化が所期の目的どおりに形成された場合は、標準策定のプロセスは私的秩序形成の一形態として、当初の非効率的な権利付与決定がもたらした状況を改善、矯正したと評価することができよう<sup>16</sup>。法により認められ定義付けられる多様な知的財産の取引であれ、標準化機関 (SSO) や知的財産のプールといった私的秩序形成による組織的形態であれ<sup>17</sup>、不可欠なインターフェース情報に関わる知的財産権の保有者が個人あるいはグループとしてどのように振る舞う

<sup>16</sup> Lemley, Mark (2002) *Intellectual Property Rights and Standard-Setting Organizations*, 90 CALIF. L. REV. 1889参照。標準化機関は私的秩序形成の一種であると論じる。

<sup>17</sup> これは通常の知的財産のプールに何の問題もないということを意味しない。特許プールそれ自体、競争という観点から長年激しい議論の対象となり、日米欧のガイドラインを含め、その合法性／違法性を論じる多様な文献を生んできた。たとえば特許プールに関する米国の独占禁止政策を調査したものとして、Richard J. Gilbert (2004) *Antitrust for Patent Pools: A Century of Policy Evolution*. 2004 Stan. Tech. L. Rev. 3を参照。インターネット [http://stlr.stanford.edu/STLR/Articles/04\\_STLR\\_3](http://stlr.stanford.edu/STLR/Articles/04_STLR_3)でも参照可。

のかということが、法的（制度的）な介入の適否を明らかにすることになる。

## 2.1 有用で不可欠な共有情報としての互換性標準

標準とは多数の人々が広く容認または使用する製品特性の集合と定義することができる。<sup>18</sup> 製品特性の集合としての**標準の本質は情報である**。すなわち製品の品質が一定の「標準」— 測定規格や安全衛生規則—を満たすかどうかという、製品の特性や機能に関する情報である。同時に標準に関する情報とは、互換性や相互接続性を可能にする情報でもある。標準は、さまざまな産業で重要な役割を果たしているが、ICT産業におけるインターフェース、互換性標準とその他の製品標準との間には大きな違いが一つある。それは、互換性標準は、マルチコンポーネントのエンドユーザー向け最終製品とは切り離して、標準に基づく様々な部品やモジュールを生産することを可能とする**有用な情報**であるということである。<sup>19</sup> 2つ以上のモジュール間の比較や通信を可能にする手段として、情報としての標準は、技術同士の互換性を確保するうえで**欠かせない**という意味できわめて重要なものである。<sup>20</sup> 互換性に関する標準においては、技術的優位性や

<sup>18</sup> 標準の詳しい定義については、Lee, Nari (2004), *Standardization and Patent Law – Is Standardization a Concern for Patent Law?*を参照。インターネット <http://ssrn.com/abstract=610901> at 5-6で閲覧可。

<sup>19</sup> 産業標準の本質は情報であるが、この情報が製品等に組み込まれたり、具現化する態様は異なる。たとえば、標準は特定されうるものではあるが、その実施形態は多種多様なものとなる。製品に関する無体の情報としてさまざまな程度で、「有体の」製品やデバイスに組み込まれることもあれば、コンピュータソフトウェアなどのアクセス可能ではあるがやはり無体の製品に組み込まれることもある。ICT産業における標準は物理的なデバイスや機械、コンピュータプログラム、その他の形式の具体的な情報に組み込まれることが多い。結局、情報である以上、標準はそれを組み込んだ有体製品を超えた存在である。

<sup>20</sup> Farrell, Joseph (1989) *Standardisation and Intellectual Property*, 30 JURIMETRICS JOURNAL 35, Katz Michael L. and Shapiro, Carl. (1985). *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, 75 AM. ECON. REV. 424 at 425参照。また、Katz Michael

技術「固有の価値」は、それが標準であるという事実ほどには重要ではない<sup>21</sup>。したがって、標準を形成する技術自体の利点の如何にかかわらず、標準に対する排他的な財産権の主張こそが市場の競争構造に影響を与える。本稿では、この互換性に関する標準に焦点を当てる。

標準の創出と採択のプロセスは、標準の性質や、標準に対する財産権の主張がその性質上問題をはらんでいることと本来に関係している。創出と同時にまたは事後的に標準となる情報の創出そのものは、創出や開示に対するインセンティブを必要とするという意味で、他の有用な情報の場合と変わらない。標準となる有用な情報は他の情報と同じ道筋で創出されることが多い。情報の創出・開示が排他的権利という人為的インセンティブを必要とするなら、標準に関する情報の創出にもそれが必要である。このように知的財産とは、原則として、標準に関するものを含めて、情報の創出に利益を与えるものなのである。

しかし、標準が他の情報と異なるのはその採択のプロセスである。**製品の特徴を示す有用かつ不可欠な情報は、特定の製品や部品、モジュールの利用者、製造者、買い手、売り手など多くの人々に広く容認または使用されて初めて標準となる**。このプロセスは他の情報とは違って、標準のユーザーたちに拘束力を持つ（偶然または意図的な）世論や権力（政府または市場による圧力）に基づくものである<sup>22</sup>。

一見すると、排他的な主張を法的に可能とする知的財産権は、その定義上、有用な標準情報の幅広い容認または少なくともその幅広い利用を前提とする標準というモデルと生来的に矛盾しているようにみえる。実際、お互いに利益や費用を共有することが有用な情報を標準情報に変えることであるとすれば、知的財産権が前提としている私的で潜在的に恣意的な排

L. and Shapiro, Carl, (1994), *Systems Competition and Network Effects*, 8 J ECON PERSP 93も参照。

<sup>21</sup> Lemley, Mark (2002) supra note 16 at 1898.

<sup>22</sup> SSOに関する洞察に満ちた分析として、Lemley (2002) supra note 16全般を参照。

除という考え方は標準とは相容れないところがあるように思われる。<sup>23</sup> 知的財産の財産権化という発想が、私人の手による排除という図式を世界に対して行使可能なものとして完成させるものであるならば、多数の人々によって使用されるべき有用で不可欠な情報としての標準という考え方と知的財産権とは根本的に矛盾することになるだろう。

## 2.2 コモンズにおける互換性標準の位置づけ

私的権利が標準と本質的に矛盾するなら、まず、私有された標準とは対極にあるもの、すなわち**コモンズ**を検討すべきであろう。<sup>24</sup> 共有可能なまたは共有されている資源である財としてのコモンズは財産権理論において頻繁かつ詳細に論じられる対象である。<sup>25</sup> 知的財産の文脈では、コモンズはパブリック・ドメインという概念と関係づけられることが多い。財の性質やそれと関連する法規制を説明するために、経済学者はよく表1のような資料を提示する。

この表で、所有（私有）の反対にあるのは「公共」財、「共有」財または「クラブ」財である。資源を規制する選択肢を論じる出発点として、経済学者はその効用がいかに競合的であるか（すなわち効用が費消するものであるのか否か）、また他者を効用から物理的に排除するのがいかに困難であるかに基づいて、資源を公共財と私財に分類することが多い。ある資源の性質に基づく特定の外部性が正のものばかりであれば、すなわちその配置によって効用しか生じない場合は、外部性を内部化する法規制は必要

<sup>23</sup> たとえば、Katz, Michael L. and Shapiro Carl (1986) *Technology Adoption in the Presence of Network Externalities*. 94 JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY at 825, Farrell, Joseph (1989) *Standardisation and Intellectual Property*, 30 JURIMETRICS JOURNAL 35 at 42-44参照。また、Shapiro, Carl (2001) *Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools and Standard Setting*, IN: Jaffee, Adam, Lerner, Josh, and Scott Stern eds. INNOVATION POLICY AND THE ECONOMY, Vol.1, National Bureau of Economic Research (NBER), MIT Press. ; 119-150 at 120も参照のこと。

<sup>24</sup> Boyle James (2003) *The opposite of property*. 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 1参照。

<sup>25</sup> たとえば、Hess Charlotte and Ostrom Elinor (2003) *Ideas, Artifacts, And Facilities: Information As A Common-Pool Resource* 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 111参照。

とされないかもしれない。この意味で、経済的な効率性の観点からは、法規制は資源の性質により定められうるものなのである。

		競合性（その程度－取引モデル）	
		低－非市場	高－市場
排 除	困難	公共財 アクセス自由なコモンズ [知られており、権利行使の対象となっていない] <b>標準情報</b>	資源の共有プール － コモンズ（財産）
	容易	クラブ財 アクセスが限定された財 <b>制定された標準情報</b>	私財 私有財産 <b>標準情報を実施した有体製品</b>

[表1 コモンズ～私財における標準の位置づけ（知的財産権を抜きにした場合）]

他者による利用を排除できないような性質の資源であり、ある人が利用しても他の人の効用が減じない場合、その資源は自発的な私的生産が期待できないものであり、経済学的に「公共財」と呼ばれる。私人、公人を問わず、誰も財産権の主張をなしえないという意味で、「コモンズ」と規定されることもしばしばである。<sup>26</sup> パブリック・ドメインに属する知識はその

<sup>26</sup> Drahos, Peter (1996) A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY. Dartmouth at 54-68. 彼は分析的概念として積極的コモンズ、消極的コモンズという表現を用いる。積極的コモンズ、消極的コモンズという概念は、コモンズからの割り当てを正当化する方法が異なることの証左となりうるものである。換言すれば消極的コモンズとは、誰でもコモンズから専有することができるということの意味している（当該専有が容認されるにあたっての数量や方法を定めた共同体による手続きに関するルールに従うのであれば）。他方、積極的コモンズとは、一定のルールに従ったところで誰も専有することはできず、したがってコモンズは専有の対象とはならないということの意味している。これを知的財産に当てはめると、消極的コモンズとは知的財産権の対象として法的に定められているものである。たとえば特許の場合、特許可能な対象（技術の発明）はすべて専有の対象とされている。したがって、特許法のルールに従って個々の専有が発生するまでは、それは消極的コモンズである。科学的な発見、抽象概念、アルゴリズムなど、特許対象となりえないものは積極的コ

典型例であり、「財産権理論のなかで希少性のない制度を想像しうるのは、知的財産の分野だけである」と言われることが少なくない。<sup>27</sup> インターネットのベーシック・プロトコルを形成する TCP/IP のような、権利行使がなされない周知の標準情報も公共財と見なされる。それはユーザーに大いに貢献するが、その創出には非市場または公的な提供が必要である。

効用は競合的（費消する）だが物理的に他者を排除できない資源は、より正確に言えば、「資源の共有プール」（CPR）と呼ばれる。<sup>28</sup> 共有の牧草地、湖の水、漁業がその例として挙げられている。こうした資源は、コモنزの形により規制されてきた。なぜならば、これらは費消しうる資源となるまでは（魚、ボトルの中の水、牧草を消化した大きな牛）<sup>29</sup>、その効用の規制が必要とされないことが少なくないからである。クラブ財とは、効用が競合的ではないが、他者の物理的排除が可能な資源をいう。他方、有体財産のように物理的に排除可能で、その効用が競合的である資源は私有財産として規制される。資源の効用や費用を規制する最も効率のよい方法は私的支配をおいてほかにない、と考えられるからだ。<sup>30</sup> これらの資源はそれぞれ、競合性の度合い、排他性の度合いと関連している。それぞれの資源は現在、異なる制度によって規制されている。多くの場合、競合性も排他性もない財はアクセスを自由とする枠組みによって規制され、競合性はあるが排他性のない財は共同アクセスもしくは共有財産の枠組みで

---

ンズであり、特許性に関する諸要件（新規性、進歩性、有用性/産業上の利用可能性）に従って専有が試みられたとしても私有が認められることはない。

<sup>27</sup> Mitchell Henry C. (2005) THE INTELLECTUAL COMMONS - TOWARD AN ECOLOGY OF INTELLECTUAL PROPERTY. Lexington books, at 17参照。

<sup>28</sup> Hess Charlotte and Ostrom Elinor (2003) supra note 25. 彼らは、コモنزまたは「パブリック・ドメイン」に対する規制制度という点で、混同の源が4つある、と主張する。財の性質（共有プールの**資源**）と財産権の制度（共有財産の**制度**）との混同、資源に関する制度と資源の単位のフローとの混同、共有財産とオープンアクセス制度との混同、そして「所有」に含められた一連の財産権である。

<sup>29</sup> Hardin Garret (1968) supra note 14 at 1243-1248.

<sup>30</sup> Demsetz, Harold (1967) *Toward a Theory of Property Rights*, 57 THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW 2: 347-359.

規制される。また、競合性はないが排他性のある財は限定的アクセス、有体物（競合性も排他性もある）はしばしば私有財産制度で規制される。

だが、何がこれらの分類のどれに属するのかということは固定的ではなく明確ですらない。というのは、資源の性質は変わらないものの、制度的、構造的あるいは技術的な変化が規制のあり方に時として影響を与えるからである。たとえば財産権や知的財産権に関する法により排他的な手段を制度的に創設した場合、規制のあり方には影響を与えるが、資源そのものの性質には影響がない。たとえば汚染物質の測定、追跡を可能にする技術も、その規制に影響を及ぼす。大気は長いあいだ、競合性も排他性もない公共財であり、特別な規制は不要であると考えられてきたが、越境的な汚染物質が現れ、その効用が費消されうるものであることが明らかになると、アクセス自由な純粋な公共財ではなく、資源の共有プールに位置づけられるようになったのである。

この文脈でいうと、コモنزと位置づけられる標準、つまり特定のグループや個人がコントロールするのではない、TCP/IP のような標準情報が存在しうる。私的標準とは異なる「公的標準」が存在しうるのは、そうした標準に対する私的な利益が存在しない、または存在するとしても一般社会や合意による強制によってそれ自体として主張しえないからである。公的標準において、さらに2種類のコントロール方法が明らかにされている。政府が利用の特権を積極的に付与する場合（安全や衛生に関する標準など）と政府が既存の制度を単に支援する（許可制ではない）場合である。とはいえ、「公的」標準は、何らかのコントロールはあるものの、誰も財産権的な利益を有していないという意味で、コモنزという概念を含んでいるのである。

他方、技術規制やその他の標準を設定した機関の公的権限に基づいてその遵守が強制されているのではなく、私的な当事者の経済的な利益があると知覚されているために創出され、採択される標準というものがある。<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> コンピュータマシン/ハードウェアのメーカーはネットワークインターフェー

標準の受け入れの程度が、他の選択肢が意味をなさないという程度にまで達している場合には、自発的な遵守はほとんど強制的なものであるということができよう。<sup>32</sup> ほとんどの標準はこのグループに入ると思われる。この種の標準情報は定義するには複雑に過ぎるところがある。これらはコモنزなのであろうか、あるいはコモنزとすべきなのであろうか<sup>33</sup>？

標準が単なる情報であるならば、コモنزの一部として位置づけることができ、その法制度は一般の情報の場合と同じく、「過少生産」のみが財産権の必要性から規制されるに止まることになる。直感的には、安全や衛生に関する基準や技術規制など、強制的な遵守の要求を伴って採択される標準は、私的に所有されないコモنزにすることが、社会的に有益な結果をもたらすように思われる。なぜなら、法律が、当該強制的な標準に対する私的な権利主張を認めるという方策によりその遵守を要求する場合には、そこに法による「えこひいき」が行われている危険性があるからである。この意味で、遵守義務のない標準は法律で遵守が義務づけられる技術規制とは区別される。<sup>34</sup> 他方、政府間組織が設定する業界標準はある種

---

スカード (NIC) として IEEE が推奨する Ethernet 標準を組み込む義務はなく、他のネットワークインターフェースのモデルを用いてもよい。だが、業界がこれを受け入れて広く利用しているため、Ethernet NIC 対応マシンを製造するのが経済的に賢明なのである。

<sup>32</sup> たとえば、あるマシンのユーザーが他のマシンに接続できないという場合、そのユーザーは既存ネットワークに加わることができず、自身のネットワークを一から構築しなければならない。公的にまたは既存の機関により承認されたのではない標準を称してデファクト・スタンダード (事実上の標準) と呼ぶことがある。一方、そうした機関が義務づける標準はデジュール・スタンダード (公的標準) と呼ばれる。

<sup>33</sup> さらに概念分析に関しては Drahos (1996) supra note 26 および注26を参照。

<sup>34</sup> たとえば WTO の「貿易の技術的障害に関する協定 (TBT)」の付属書1第2パラグラフに定義があり、標準と技術規制が区別されている。同協定は標準を「共用や反復利用にそなえて製品または**これに関連する**工程・製法の規則、指針または特徴を定める、認定機関承認の文書で、**その遵守義務がない**もの。製品、**工程**または**製法**に適用される専門用語、シンボル、パッケージまたは表示要件を含んだり、独占的に扱ったりする場合もある」(太字強調は筆者)と定義する。他方、技術規制とは「適用のある行政規定を含む製品の特徴または関連の工程・製法を定めた文書で、

の半強制的な権限を持つ場合がある。

一定の情報を標準と呼びうるという事実は、標準の使用に先立って何らかのコントロールの要素があるということを示唆している。標準情報が採択されるには、そのユーザーグループの何らかの承認、同意が必要である。換言すれば、標準が成立する前提条件として、製品特性を記述する特定の情報が既存の業界で承認され、広く使用されなければならない。この一連の情報の承認、制定ということが、標準をして、製品特性を記述する他の情報とは異なるものとしている決定的な特徴なのである。したがって、標準の性質や関連する財産権の制度を理解するうえで、どのように情報の承認や制定化のプロセスがなされているのかということを検討することが極めて重要となる。情報のある種の側面が、公的あるいは半公的な組織を通じて、強制的な遵守義務を伴って、またはこれを伴うことなく、標準として制定されていくことになるかもしれない。SSO が多様なレベルの政府の関与を伴って創設、採択する各種標準が、これに該当するといつてよい。遵守が強制され、法規に基づいており、認証の対象となる標準は、**公園のような、アクセス限定財に類似したものとなる。そこでは、門から入るといふ手順に従い、かつ一定のルールに従う者だけが、標準を有することの利益を享受できる。**

標準が具現する情報をカバーする知的財産権が存在しない場合には、標準情報は、原則として、いかにもたやすくコモنزの規制に入れられることになるだろう。競合性も排他性もない情報財だからである。一方、標準情報を実施する有体物は私有財産としての規制が最もふさわしいであろう。競合性と排他性があるからである。知的財産権がなければ、標準情報は CPR と似た「標準の共有プール」の基盤を形成することもできる。そうすることで、一定のグループ (閉鎖的か開放的かを問わない) が (標準を有するという) 利益を共有することができる。その利益に競合性はないため、標準情報の共有プールは、多数の者のコントロール下にある、**その遵守が義務づけられるもの** (太字強調は筆者) (TBT 付属書1第1パラグラフ) とされる。このように、標準は、遵守義務がある技術規制とは一般的に区別される。



共財の下位分類としての、アクセス限定財の性質を帯びたものとなる。

この文脈に知的財産権を導入すると、知的財産権は標準情報を私的に排除可能なものへと変質させる。これを示しているのが表2である。知的財産権の導入により、ある標準情報は、限られた者によるコントロールに服する限定的公共財となり、その他の標準情報は私的コントロールに服する私有財産に類似したものとなる。いずれの場合でも、適用が強制される公的に制定された標準とは異なり、権利者は私人であり、公的な責任を負わない。だが、1つのジレンマは残る。知的財産権とは排除の手段を人為的、制度的に提供する仕組みであるが、標準情報の非競争的性質を根本的に変えることはない。標準を実施する利益はあくまでも非競争的であるため、これを排他的な私有財産として規制するのが効率的なのかという疑問が生じる。したがって、コモنزをベースとする規制（個人の集団に限られた資源に対する権利を行使できる共有財のような規制）の可能性について追求してみる必要がありそうである。

		競争性（その程度－取引モデル）	
		低－非市場	高－市場
排 除	困難	アクセス自由なコモنز 知られており、解放されているか、権利主張されない標準情報（インターネットのTCP-IPプロトコル標準など）	資源の共有プール
	容易	アクセス限定制度 公的標準－技術規制 財産権の対象とされている標準情報 後に財産権の主張がなされる可能性のある公的標準 財産権の対象とされている標準を含む準公的標準 プールが存在する／しない財産権の対象とされている標準 財産権の対象とされている「事実上の」標準	私有財産制度 標準を実施した有体製品（3G携帯電話など）

[表2 コモنز～私財における標準の位置づけ（知的財産権を含めた場合）]

### 3. コモنزおよびアンチ・コモنزの財産権理論における標準

財産権がアンチ財産権という概念をもたらす<sup>35</sup>のと同様に、コモنزもアンチ・コモنزという概念をもたらす<sup>36</sup>。財産権理論は、その初期の頃からコモنزを取り巻く財産権を3種類に分類している。私有財、コモنز、アンチ・コモنزである。<sup>37</sup> コモنزとは、資源配分を排他的にコントロールするグループ（公衆を含む）や個人が特定できないという意味で、私的／公的「所有」の対極に位置している。上述したように、私有の場合、ほとんどの権利を個人が保有しているが、コモنزの場合は権利を保有する特定の個人が存在しない。財産権理論に基づくコモنزの規制制度に特徴的なのは、コモنزの悲劇、アンチ・コモنزの悲劇と呼ばれる悲劇の存在である。以下では知的財産に対するこれらの理論の応用を検討し、それを評価するとともに、ICT産業における標準化技術に関する特許に対するその適用の可能性を探ることにしたい。

#### 3.1. 情報コモنزの悲劇－混雑外部性？それとも正の外部性？

コモنزの悲劇（共有地の悲劇）は、資源を管理しないまま放置すると過剰使用によって枯渇するというHardinの主張に基づいている。<sup>38</sup> 利用の権限を持つ人が多すぎる一方で、排除権を持つ者が誰もいないという場合

<sup>35</sup> Bell, Abraham and Parchomovsky, Gideon (2003) *Of Property and Anti-Property: The Perverse Virtues of Transaction Costs and Anticommons*. U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper 03-04 <http://ssrn.com/abstract=387520>参照。Boyle James (2003), supra note 24 も参照のこと。

<sup>36</sup> Heller Michael A. & Eisenberg, Rebecca. S. (1998). *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*. SCIENCE 280, 641-788

<sup>37</sup> Heller, Michael A (2000). *Critical Approaches To Property Institutions: Three Faces Of Private Property*. 79 OR. L. REV. 417参照。

<sup>38</sup> Hardin Garrett (1968) supra note 14. また、Lehmann Michael (1989) *Property and Intellectual Property- Property Rights as Restriction on Competition in Furtherance of Competition*. 20 IIC 1も参照。

にこの悲劇が起こる。<sup>39</sup> 管理なきコモنزの悲劇と呼ばれることもある。

この「悲劇」は、アクセスが自由なすべてのシステムを私有化すべきであるとする伝統的な論拠とされてきた。他者を排除する権利を個人に与えることで、この悲劇は改善される。意図していたのか否かはともかく、こうした議論は、効率性を改善するためには共有されている資源を私的な財産権の対象とする、という発想の根拠となった。こうした事態を悲劇であるとする Hardin の観察は、一定の条件下で生じる非効率性の問題に基づくものである。その条件とは、湖、海のなかの魚、共有された牧草地などのように、共有された財が競争的な性質を有しており、同時に資源の利用を排除することが困難であるという場合である。この場合、資源へのアクセスには制限がない。したがって、全ての人に利用する特権があるが、他者を排除する権利を有する者はいないという状況が生じる。こうした状況の下では、資源を管理する費用を負担する者がいない。すると個人には資源を過剰に利用するインセンティブが働き、その結果、競争財である資源が枯渇するという悲劇が起こる。制限なきアクセスによって悲劇的な結果が引き起こされたのであるから、資源へのアクセスを制限し、これを管理する私的なインセンティブを創出することがその解決策となる。資源からの排除はコストの内部化を可能にする。コモنزの悲劇は、競争的で有益な資源をコモنزにとどめる方策でなく、私的な権利保有者による効率的な管理に委ねるという方策を支持すべき論拠となるのである。

より広い範囲の行動に対する権利の創設を正当化する理論のなかにも、同様の観察を看取することが可能である。最近、財産権理論を類推して、知的コモنزにも過剰使用のおそれがあると主張する論者が現れた。フリーライド等の外部性により資源が枯渇するので、知的財産権という形式で財産権を付与し、権利者が他者を排除できるようにすれば、広く過剰使用を防止できる、というのである。この論理は、経済的な財産権理論を知的財産権の正当化のために応用する通常のやり方から外れている。財産権理論が知的財産権に応用された初期の頃は、その作業は主に法と経済学者によってなされており、知的財産権を**事前に**正当化することにその主眼が置

<sup>39</sup> Hardin (1968) supra note 14.

かれていた。知的財産権は物理的な限界を超えて市場を創設するために必要不可欠な条件である、という議論が頻繁になされていた<sup>40</sup>。

より最近では、コモنزの悲劇は生産知識の分野にも存在するとの主張がある。Landes と Posner は「有体財産に財産権がないと効率性を損ねると同じように、無体の作品に対して[著作権の]保護がないと混雑外部性が生じて効率性が損なわれる」と説いている。<sup>41</sup> この見解は次のような考え方につながる。「あらゆる**有益な資源は、その効率的利用に対するインセンティブを創出し過剰使用を防ぐために所有されるべきである**…『商業的価値の早すぎる枯渇』は過剰使用の一例である…」<sup>42</sup>

過剰使用や過剰投資という意味でのこうした混雑外部性は、以前に、Kitch が特許法制に應用している。特許権を保有する者は、いわゆる「特許のプロスペクト」(既知の技術的な可能性に対する市場における見込み)をコーディネートするのに最も効率的な存在となりうる、と Kitch は主張する。一人の権利者に「**特許の価値の技術的、市場的な拡大の探索**」という特許のプロスペクトの管理を委ねることが最も効率的である、というのである。<sup>43</sup> この見解は、特許のプロスペクトの管理の失敗は**混雑外部性**を引き起こすという考え方に基づいている。

いずれの立場も、**財が創出された後**で混雑外部性や管理の失敗によって非競争的コモنزが「過剰に消費される」場合を論証しようとしている、と要約することができよう。これは、知的財産権制度の理解に財産権理論

<sup>40</sup> Arrow, Kenneth. (1962). *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*. IN: THE RATE AND DIRECTION OF INVENTIVE ACTIVITY ; ECONOMIC AND SOCIAL FACTORS. National Bureau of Economic Research. Princeton University Press. (Drahos, Peter. (1999) ed. *Intellectual Property*. Aldershot: Ashgate Dartmouth. At で再出版。)

<sup>41</sup> Landes William and Posner Richard (2003) *Indefinitely Renewable Copyright* 70 U CHI L.REV 471 at 475.

<sup>42</sup> Id. at 474-475, 485.

<sup>43</sup> Kitch, Edmund W. (1977). *The Nature and Function of The Patent System*. 20 JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 265 AT 276.

を当てはめる古典的な手法とってよいかもしれない。Hardin がいうコモنزの悲劇は競合財に基づくものであったにもかかわらず、情報コモنزの悲劇の場合は非競合財に適用される。つまり**財創出後の利用に関連する商業的価値は競合的であり**、それゆえ特定の財の創出に対する需要が減少し、市場の失敗をもたらすというのである。そこで、こうした価値にも私有を認めることで問題解決を図ろうとの提案がなされているのである。

このような形で有体財産に関する Hardin の説を応用することに対しては、正当化の点や外部性の性質に関する混同という点に関して批判がなされている。情報コモنزの悲劇は、Hardin の説に基づいて、創作や発明そのものの価値だけでなく創作によって産出される価値をもカバーする知的財産権を理論的に正当化しようとしている。Lemley が述べるように、創作に関連する利益を何一つ逃すまいとするこの**事後的な正当化**は、これほど広範な範囲にわたる権利を当初から付与することに対する正当化というよりは単なる言い訳のように聞こえてしまう。<sup>44</sup> 知的財産の当初の付与は、それが特定の有益な知識の創造に対するインセンティブになるということで正当化されることが多い。事後的な権利付与がなされた後の価値を効率的に管理しようということは、付与そのものを正当化する論拠にはなりえないのではなかろうか。

さらにいえば、知的財産権の付与によって情報の性質が変わることはない。管理なきコモنزに対して私的権利を創設するという Hardin の言説の拠り所となる費消性は、情報の創造そのものには存在しない。創造後の知的財産に関連する利益が費消性を有するのは必然的なものである。なぜなら知的財産の機能とは、まさに有体で競合的な資源を無体の非競合的な情報に結びつけることだからである。創造の商業的価値は競合的であるが、

<sup>44</sup> Lemley, Mark A., *Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*. UC Berkeley Public Law Research Paper No.144. インターネット<<http://ssrn.com/abstract=494424>>で閲覧可(2006年1月5日引用)。および Merges, Robert P. & Nelson, Richard R.(1990) *On The Complex Economics Of Patent Scope*. COLUMBIA LAW REVIEW May. 90:839-916.

それは情報そのものを競合的な性質に転じるものではない。したがって、負の外部性とされる過剰使用や混雑外部性は、知的財産が生み出そうとしている正の外部性や消費者余剰かもしれないのである。情報コモنزの悲劇という考え方は、創造にともなう社会的価値をことごとく獲得しようとするものであり、正の外部性を含むすべての外部性を内部化しようとしている。生産市場において償われない外部性は「消費者余剰」となりうる。要するに、存在すると主張されている混雑外部性というものは、経験則からして存在しないか、あるいは財そのものが未だ競合的である場合は混雑外部性という用語が当てはまらないのである。**コモنزの悲劇が成立するには混雑外部性の存在が不可欠であるが、それは知的財産の対象である非競合財の場合、明確には存在しないように思われる。**<sup>45</sup> 所有権の対象たる有体物と知的財産権の対象は、有体財産に基づいた理論の応用が知的財産を理解し正当化するうえで役に立たないほど、異なるものなのである。

### 3.2. アンチ・コモنزの悲劇

アンチ・コモنزの理論は別の観点から共有資源の規制にアプローチする。共有資源の管理や専有にまつわる財産的な利益を私有、コモنز、アンチ・コモنزという3つのタイプに分類することで、アンチ・コモنزの理論はコモنزの悲劇が強調することと全くの反対のことを強調する。資源の利用が所有権に基づく個人の管理を受ける私有財産制度とは異なり、コモنزは資源の利用に対する管理がないか、あるとしても大規模なグループによる管理を受ける規制制度である。そのいずれとも違って、アンチ・コモنزまたは「非共有」財とは、資源の利用が多数の私的な管理を受ける規制制度である。

すでに見たように、コモنزにおける過剰使用は資源の利用の特権と非排除性により引き起こされる。アンチ・コモنزの過剰使用はまさに特権

<sup>45</sup> Karjala Dennis (2004) *Congestion Externalities as a Basis for Extended Intellectual Property Protection*. インターネット <http://web.si.umich.edu/tprc/papers/2004/389/TPRC2004Article10-15-04.pdf> で閲覧可。

がなく排除があることから引き起こされる。悲劇が起こるのは、あまりにも多くの利益が関与し費用が嵩むために、資源の効率的利用ができない場合である。この議論が当初想定したのは、排除の権利を誰もが持つ一方で、利用の特権を有する者が誰もいないというケースであったが、これは架空の世界にしか存在しない。1998年に Heller がこれを修正し、**複数の所有者が希少資源に対する事実上の排他権を有し、利用の特権を有する者がいなければ、その資源の過少使用が生じる**というケースを有名にした。Heller は、このケースは「希少資源における当初の配分が、体系的な整合性のある**権利の束としてではなくむしろ細分化された権利として**なされるときに生じる財産制度」としてのアンチ・コモنزである、と論じた。<sup>46</sup> 彼は、旧ソヴィエトにおける空の店先を観察した結果、同一の対象に対する核となる権利が断片化されると、アンチ・コモنزの問題が起ころうと結論づけた。「1人目の権利者がある対象に対する核となる権利を有し、2番目の権利者が同じ対象に対して同一もしくは別個の核となる権利を有する、という状況が連続し、これらの権利の間に階層付けがなされておらず、**権利の衝突を解消するための明確なルールもないとすると、その対象はアンチ・コモنزの財産として保有されることになる**」<sup>47</sup>

Heller の見解はいくつかの要素を条件としている。とりわけ注目に値するのは、**競合的で費消されうる資源**の利用（たとえば過渡期のモスクワの店頭）や**コモنزの私有化、すなわち「政府が新しい財産権を創出するとき」**<sup>48</sup>に基づいているということである。このとき、コモنزの利用は、アクセスへの私的な制限を有する私有財産制度により規制されることになる。もっとも重要なことは、多数の所有者が（核となる利益を有する）一つの資産や対象に対する権利を保有するため、同一の対象物の核となる利益が断片化される一方で、それぞれの断片は相互に同じように排除しあうということである。その結果、「1つの対象という非常に狭い空間で

<sup>46</sup> Heller Michael (1998), *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets* 111 Harv. L.Rev 621.

<sup>47</sup> Id. at 670.

<sup>48</sup> Id. at 679.

重なり合う権利を保有する競合的な権利者たちの『水平的な』関係が、特定の時間と場所における最も効率的な利用を妨げ」<sup>49</sup>、取引費用が高いため全く利用されないということになる。その意味で、混雑外部性は資源の利用という側面ではなく、権利という形の投資の段階に存在するのである。

悲劇を避ける最善の解決策は、断片化した権利を付与しないというものである。しかしながら、アンチ・コモنزはこうした付与の結果として認識されるものであるため、この方策をとることは不可能であろう。他に考える2つの解決策は、非公式の規範をつくることと、「それぞれが排除の権利を行使する多すぎる保有者から、権利の束を管理する単一の意志決定者への移行」<sup>50</sup>を可能にする私的秩序形成を促進することである。そのようにして、多数の権利者にアクセスできるシステムが作られ、さらには断片化した権利を利用可能な単位に「束ねる」制度的な取り決め（私的、公的を問わない）が促されることになるであろう。

1998年、Heller は Eisenberg とともにこの考えを非競合財に応用した。<sup>51</sup> Heller and Eisenberg は米国のバイオ医薬品に関する特許について検討したうえで、狭い権利範囲の多数の特許権が上流の研究結果（たとえば遺伝子断片）に付与されると、資源の効率的利用は過度に高い費用を要することになるか、もしくは多数の権利者が課す費用が累積する結果、その利用自体、全く不可能になりうる（たとえば、新しい商用製品を開発するためには多数の断片的権利を利用しなければならない下流の製品）、と結論づけた。

有体の土地の利用の場合と同じく、彼らの見解は、**断片的権利が同時に発生する**という特殊な状況、つまり、狭い範囲の遺伝子断片に対して多数

<sup>49</sup> Heller (1998) supra note 46 at 670.

<sup>50</sup> Id.

<sup>51</sup> Heller Michael A. & Eisenberg, Rebecca. S. (1998). *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*. 280 SCIENCE 641-788.

の特許が他を排除する権利として重なり合ってしまうという状況に基礎をおいている。この分野に特有の研究やライセンスが、リサーチ・ツールの特許に関するリーチ・スルー・ライセンス契約 (RTL) に基づく**ライセンスの堆積**をもたらした。このことは、上流のリサーチ・ツールに関して権利を有する者が下流に位置するリサーチプロダクトの権利も保有することを許容することになる。競合財に関して既述したのと同様の悲劇は、もともと排他性がなかったが法の変化によって排他的となった非競合財に関しても起こった。この法の変化とは、**新しい対象 (遺伝子断片)** に特許を付与するという変化であり、**競合財の私有化、つまり競合財について新たな財産権を創出することに等しい**ものであった。権利は狭い範囲に重畳的に存在し、権利者は水平的な関係にある。同時に、それぞれの特許付与は同じように排他性を有し、他者がその権利を行使するのを阻止しうるものである。取引費用が高いこと、権利者の間で利益に異質性があること (私的な利益もあれば公的な利益もある)、予測に関する認知上のバイアス (自らの発明の価値が必須のものであるとの過大評価) があるために抱え込み問題が起こることなどが原因となって、権利者間において取引の失敗が生じる。

当初の理論は有体の資源の利用に関する考え方に基づいていたにもかかわらず、アンチ・コモنزの悲劇は無体の資源にも応用されたのである。アンチ・コモنزの悲劇とコモنزの悲劇との大きな違いは、資源のどの側面、規制制度のどの側面を強調するかということにある。コモنزの悲劇の理論は、財産権についての法から知的財産権についての法への連続性、つまり、競合的であるが非排他的な財の私有化に対する正当化と、非競合的で非排他的な財の私有化に対する正当化がどれほど似ているかということを強調するために使われた。この場合、財の性質は、理論の応用が誤ったものであるとみなしうるほどに異なっていた。**他方、アンチ・コモنزの理論が強調するのはそうした私有化の結果であり、抱え込み、レント・シーキング、ブロッキングといった戦略的な相互作用のために成立すべき取引が成立しないのではないかという見解がその出発点である。**何よりも重要なのは、アンチ・コモنزの理論が、一定の条件下では、財産権によってもたらされるはずの取引の容易さが取引費用の高騰によって

減じられ、資源の過少使用につながると強調しているということである。

#### 4. アンチ・コモنزの理論と標準化技術に関する特許

アンチ・コモنزの理論は法の変化を正当化するよりも、法の変化の影響を理解するうえで有用である。上述したように、それは、法の変化 (私有化) の結果、断片的な権利が同時に存在する状況においてとりわけ有用である。しかし、アンチ・コモنزの悲劇があらゆる種類の知的財産権や産業に当てはまるものであるのか否か、またアンチ・コモنزになりやすい知的財産権というものがあるのか否かということとははっきりしない。Heller and Eisenberg の考えは法の変化や個人の行動に対する特定の観察に基づいた、実証的な研究であった。<sup>52</sup> この章では、Heller and Eisenberg が観察の基礎とした具体的条件のいくつかを ICT の標準化技術に関する特許に応用し、彼らがバイオ医薬品に関する特許においてアンチ・コモنزとして言及したことを、ICT 産業における標準化技術に関する特許についても実証的に主張しようということ論じる。

##### 4.1. 互換性標準に関する特許におけるアンチ・コモنز

Heller and Eisenberg のアンチ・コモنزの検討はいくつかの条件に基づいている。アンチ・コモنزとして保有される財は、新たに私有化されたものであれば、競合的なことも非競合的なこともありうる。ICT の標準は法律によって排他性を与えられている。物理的な機器や装置は特許を取得することが可能だったが、コンピュータのデータ処理の特許適格性はようやく最近になって積極的に肯定されるようになってきた。とくに顕著なのは、日米欧といった3大特許地域で、特許法の改正や実務の変更により、コンピュータデータ処理とその方法について幅広く特許による保護が認められるようになってきていることである。こうして、Heller が言うところの、アンチ・コモنزを生じさせる私有化<sup>53</sup>や、Heller and Eisenberg のいう特

<sup>52</sup> Heller (2000) supra note 37 at 676 and id. Heller & Eisenberg.

<sup>53</sup> Heller (1998) supra note 46.

許適格性に対応する新たな対象の特許適格性<sup>54</sup>は、ICT 産業や標準化技術に関する特許においてもみることができる。他の条件として権利の断片化、ライセンスの堆積、アンチ・コモنزを生じさせるいくつかの行動パターンなどがあり、これらの条件はすべて ICT 産業の標準化技術に関する特許にも当てはまる。

アンチ・コモنزの理論では、競合財に関しては**同一の対象に対して核となる権利の断片化**が見られ、一方で、非競合的なバイオ医薬品の分野では権利範囲が狭く重なり合う断片的で同時多発的な特許が存在した。ICT 産業における標準化技術に関する特許に関しては、これらの双方の事情を見いだすことができる。ICT のエンドユーザーが手にする製品（下流製品）は複雑なシステム製品であることが多いが、一方で上流に存在する障壁—標準—には知的財産権が存在する。多数の特許が標準を実施する一つの製品に関連し、製品内で相互に接続するが異なるモジュールをその対象としている。これは、**一製品一特許**という、他の技術の分野では未だに妥当しうる**パラダイムに対する正面からの挑戦**である。一つの製品を取り巻くソフトウェア特許の藪<sup>55</sup>という表現は、この状況を非常にうまく言い表している。それぞれが相互に排他的で実効性があり、同じ製品に関連する権利が、最終的なエンドユーザー製品内の限られた同一のスペースに同時に存在することで、権利が同時多発的に存在する断片的なものになるのである。

権利の範囲は、それが狭いものであれ広いものであれ、標準化技術に関する特許として使われている権利の実際の範囲を実証的に調べることなく一般化することは難しい。一見すると、特許法はコンピュータのデータ処理のような機能的な特許対象を文章により記述するよう義務づけているため、その保護範囲は均等の範囲を含むことで、物理的性質からそのような拡張が制限される特許対象よりも範囲が広がるように見える。同時に特許法は、開示すべき明細書の実施例であるコードの開示を義務づけていない。その結果、一つの特許された標準の規格は、その規格の様々な実

<sup>54</sup> Heller & Eisenberg (1998) supra note 51.

<sup>55</sup> Shapiro (2001) supra note 23 参照。

施例をカバーしうる。特許の保護範囲が狭い場合でも、複雑なシステムの技術の一つの製品類型に関する権利全てが、狭く限定されたスペースに共存するようときは、権利の重なり合いが生じる。

このことは、さらに、ある標準技術をめぐって、特許そのものではなく特許の必須クレームが補完的なパテント・プールの基礎となることが多いという事実によって例証することができる。<sup>56</sup> 一つの特許の範囲が狭いかか広いとかいうことは分析の単位として誤解を招くおそれがある。実際、ICT 標準に関していえば、一つの特許の各クレームの保護範囲を分析の単位として再考する必要があるかもしれない。アンチ・コモنزが取引の失敗を強調する以上、実際に何が取引の単位になりうるのかということはいり重要である。日米欧の特許法が採用する多項制により、現在の特許は複数のクレームを含むことがある。したがってシステム製品に関する組み合わせの特許について、一部では特許権を侵害し、他の一部では特許権を行使するという事態が生じる可能性は、もはや単なる学術的な問題と違って片づけるわけにはいかないように思われる。<sup>57</sup> 最も一般的なライセンス契約は権利を行使しないという約束であるから、一つの特許内の一つの発明にともに関係するものとしても、権利者はあるクレームについては権利を行使しないことを選択し、他のクレームについては権利を行使することを選択するかもしれない。とくにこのことは、技術そのものが容易に分割できる多様なステップから成り立つが、一貫して一つの発明のシステムを志向したモジュラーや多層技術の場合に可能となる。したがって、この種の特許では、取引の単位、ライセンスの対象は特許全体ではなく各クレームなのである。

<sup>56</sup> 一般的には Goldstein Larry M. and Kearsley, Brian (2004) TECHNOLOGY PATENT LICENSING: AN INTERNATIONAL REFERENCE ON 21ST CENTURY PATENT LICENSING, PATENT POOLS AND PATENT PLATFORMS, Aspatore Books を参照されたい。

<sup>57</sup> たとえば、SOFTIC Symposium Japan で発表された Wagner, Harold C (2001) *E-Business Patent Infringement, Quest for a Direct Infringement Model*. Paper を参照。インターネット [http://www.softic.or.jp/symposium/open\\_materials/10th/en/wegner-en.pdf](http://www.softic.or.jp/symposium/open_materials/10th/en/wegner-en.pdf) で閲覧可 (2006年1月5日引用)。

実際、こうした種類のライセンスが標準の世界では既に現れはじめている。ICT 産業のほとんどの SSO は潜在的な特許の問題に気付いており、そのメンバーに対して機関の知的財産権の取り扱いに関するポリシーやルールに従うことを求めているようである。それらは、たいていは必須特許（または知的財産権）およびそのライセンスのルールを開示するよう構成員に義務づけている。このルールはいわゆる「必須クレーム」に関するものが多い。たとえば W3C コンソーシアムはこの方法を採用し、必須クレームを、勧告された標準の「実施によって必然的に侵害される、全世界のあらゆる管轄における特許または特許出願に含まれるクレームすべて」<sup>58</sup>と定義し、さらに必然的な侵害の意味を、勧告の「規範的部分 (normative portions) を実施するうえで侵害とならない代替法がないため、侵害を避けることが不可能な場合のみ」<sup>59</sup>であると定義している。

その結果、同様の表現でいえば、SSO のルールの下でライセンスを行う企業は、必須クレームだけをライセンスし、他のクレームに関する権利は留保することになる。<sup>60</sup> このことが直感的に示すのは、同一の対象物（標準化製品）に関する核となる権利が断片化されるだけでなく、権利そのものがより小さな取引単位へと断片化されうることである。一つの標準勧告を実施するための必須クレームが多数共存するため、アンチ・コモنزの**悲劇**はエンドユーザー製品（下流の商用製品）の段階において、**標準規格からはずれ互換性がない製品の不幸なユーザー**というかたちで現れるだけでなく、標準そのものの策定の段階で、**標準の不採用**として表面化する可能性がある。

アンチ・コモنزの理論においては、その帰結として**ライセンスの堆積**

<sup>58</sup> W3C 特許方針、定義。最新版は <http://www.w3.org/TR/2002/NOTE-patent-practice-20020124>にて閲覧可。

<sup>59</sup> Id.

<sup>60</sup> たとえば、マイクロソフト社の「必須クレーム」を前提とした XML 標準関連特許のライセンス条件を参照。<http://www.microsoft.com/mscorp/ip/format/xmlpatentlicense.asp>

がみられる。多数の必須クレームや特許が関係する標準規格を実施するにあたり、下流の製品は実際のところ多層のライセンスを必要とする。この特徴はしばしば特許の藪と形容され、半導体産業ではアンチ・コモنز、つまり特許の藪が存在するという主張が実証されており、ソフトウェアおよび通信産業においては、直感的ながら、やはり藪が存在すると言われている。<sup>61</sup> このような事態が生じる理由は、**標準とは、それを実施する下流の商用製品に対する上流に存在する障壁**だからである。したがって、上流の標準の段階で権利が主張されると、互換性がある製品をユーザーに提供するために標準を実施する必要がある下流の商用製品の費用が増加する。下流の製品の開発者達は標準を実施しなければならないため、上流の標準に関する特許権者は交渉力を掌握しうることになる。同時に、リサーチツールに関する RTLA 契約によるのと同様、改良に関するグラント・バック条項といった一般的慣行により、標準特許の権利者は最終製品をもある程度コントロールすることができる。最終製品の開発者は、現に最終製品の異なる部分に共存する複数の標準の多数の規格に関する多数のクレームによって生じる、ライセンスの堆積という問題に対処しなければならないのである。

Heller and Eisenberg の報告は、バイオ医薬特許に関して取引の発生を妨げ、問題を悲劇的にするいくつかの行動条件を指摘した。高い取引費用、権利者間の異質の利益、予測に関する認知上のバイアスである。<sup>62</sup> 1つの標準に関わる特許が多いという事実は、その取引費用は一般的に高いのではないかということを示唆している。MPEG パテント・プール、3G パテ

<sup>61</sup> たとえば、Hall, Bronwyn H. and Ziedonis, Rosemarie Ham (1999) *Patent Paradox Revisited: Determinants of Patenting in the US Semiconductor Industry, 1980-94*. U of California, Berkeley, Center for Competition Policy Working Paper No. CPC99-05. <<http://ssrn.com/abstract=506262>>および supra note 23, Shapiro (2001) 参照。また、Mann, Ronald. (2004) *The myth of the SW patent thicket: an empirical investigation of the relationship between intellectual property and innovation in SW firms*. American Law and Economic Association Annual Meetings も参照。インターネット <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1058&context=alea> で閲覧可（2006年1月5日引用）。

<sup>62</sup> Heller & Eisenberg supra note 51.

ント・プール、DVD パテント・プールなど数多くのパテント・プールがあるということは、これらの組織がなければ取引費用のせいで取引の成立が阻止されたであろうことを示している。<sup>63</sup> 同様に、権利者も多種多様で、権利者間の上下関係を決定する非公式な規範の設定をうながすような共通の利益は存在しない。権利者には、オープンソース・ソフトウェアの販売者や製造者もいればクローズドソース・ソフトウェアの販売者や製造者もいるし、ハードウェアの製造者やユーザーもいる。民間業者や政府機関もいれば、組織された者もそうでない者もいる。こうした多様性は戦略的な特許取得や防衛的な特許取得を誘発し、権利の断片化がさらに進む。同時に、権利者たちが勧告された標準規格に対する自らの特許権の必須性を主張するという、予測に関する認知上のバイアスが存在する。これらの必須クレームはロイヤルティの徴収なくライセンスされるべきだというルールがない場合、そのような主張をする権利者の損失は利益に比してさほど大きなものにはならないと思われる。必須性は訴訟になって初めて決せられるからである。<sup>64</sup>

#### 4.2. ICT 産業の標準化技術に関する特許におけるアンチ・コモنزの悲劇？

このように見てくると、Heller and Eisenberg の基準にしたがえば、ICT 産業の標準化技術に関する特許にもアンチ・コモنزが存在することが示されているように思われる。しかしながら、いくつかの疑問は依然として残る。彼らの見解が対象としているバイオ医薬の分野とは異なり、ICT 標準の場合、当事者がどのように振る舞うべきかに関する規範の基礎を規制したり形成したりする、さまざまなプール、プラットフォームまたは標準

<sup>63</sup> Merges, Robert (2001) *Institutions for Intellectual Property Transactions: The case of Patent Pools*. In: EXPANDING THE BOUNDARIES OF INTELLECTUAL PROPERTY 123-165, at 165.

<sup>64</sup> 3G パテント・プラットフォームに基礎をおいた標準化におけるクレームの必須性を立証することの重大さや複雑さについての議論として、Goldstein & Kearsley (2004), supra note 56参照。

策定機関が存在することが多い。特許ライセンス機関や SSO の増加は、取引の失敗であるアンチ・コモنزの問題が発生していないかもしれないということを示しているようにも思われる。権利者が参加を望むかということや参加できるかどうかということは、実証的研究を要する重要な問題である。しかし、より大きな違いは、こうした組織の知的財産権の開示についてのポリシーや必須特許のライセンス条件といったルールが標準に関わる必須クレームを含む特許を有する非メンバーにも適用されるかどうか、そして、そのルールにどの程度の拘束力があるかである。なぜなら、標準化されていない産業とは異なり、たとえば鍵となるインターフェース標準に関する特許は、その数が一つであっても、標準全体の利用を実効的に阻止しうるからである。<sup>65</sup> 理論的には、鍵となる規格に関するたった一つのクレームが、一つの標準に関する多数の特許と同様の取引の失敗を引き起こしうる。<sup>66</sup>

パテント・プールのような標準化に関連する断片的な権利をまとめることを可能にする標準化機関が存在するにもかかわらず、単一のクレームで

<sup>65</sup> たとえば、Mueller, Janice (2002) *Patent Misuse Through the Capture of Industry Standards*, 17 Berkeley Tech. L.J. 623 (2002)参照。インターネット <http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol17/mueller.pdf> で閲覧可。*Rambus v. Infineon Techs. AG*, (2003) 318 F.3d 1081 (原審は164F. Supp. 2d 743) を参照。同審での差し戻し判決については *Infineon Techs. AG v. Rambus, Inc.*, 157 L. Ed. 2d 135, 124 S. Ct. 227, (U.S., 2003) により上告棄却。これは特許権侵害と出願の開示要件違背が同時に論じられたケースである。また、Patterson, Mark R. (2002) *Invention, Industry Standards and Intellectual Property*. 17 BERKELEY TECHNOLOGY LAW JOURNAL 1043における具体例も参照されたい。さらに最近では、Qualcomm が GSM の標準特許の侵害をめぐって Nokia を訴えたが、それ以前に、Qualcom と Nokia は別の 3G 標準の特許に関するライセンス交渉に失敗し、また Nokia および他の企業は欧州委員会に対して EU 競争法違反の疑いで Qualcom を告発していた。[http://www.theregister.co.uk/2005/11/15/qualcomm\\_ip\\_battle/](http://www.theregister.co.uk/2005/11/15/qualcomm_ip_battle/)参照。

<sup>66</sup> ただし、少なくともある経済的研究によると、複雑なシステム技術の場合、交渉力を握るには多くの要素を統合しなければならないとされている。Bessen, James (2003), *Patent Thickets: Strategic Patenting of Complex Technologies* 参照。インターネットは <http://ssrn.com/abstract=327760>。



も標準化に対し交渉力を有するという事実があるがゆえに、プールやSSOへの権利者の参加のインセンティブが削がれている。自己の特許が必須となるのが強く予想される場合には、ライセンスについての制限を回避するため、権利者にとって、SSOを基礎とする標準化策定の作業に参加しなかったり、さらには標準化のためのプールの一員にすらなろうとしないようにさせる構造的なインセンティブが存在する。標準化機関のルールが、非メンバーである必須特許の権利者に対しても拘束力を有するのであれば、権利者の参加を促すであろう。しかしながら、メンバーに対する拘束力にさえ疑問がある私的な標準化機関のルールを、非メンバーに対して拘束的なものとする根拠は極めて薄弱なものである。

さらなる疑問は、「悲劇」の性質に関するものである。ICT産業の標準化技術に関する特許を取り巻く状況は悲劇と呼べるほど問題があるのだろうか、それともそれはたんなる管理の失敗に過ぎないのだろうか？悲劇とは、当事者の合理的選択が必然的に合理的ではない結果を招来してしまう状況をいい、所定の財産的利益の利用に關係する資源やリスクのたんなる管理の失敗とは区別されなければならない。聞き取り調査に基づく実証的研究(2003年)によれば、Heller and Eisenbergの理論は悲劇ではなく、迂回発明、公的なりサーチ・ツールの使用、侵害、知的財産権の主張が少ない分野への研究の移行などといった「現実的解決策」のある問題だという。<sup>67</sup>しかし、たしかにこれらのいくつかは有効な解決策であるかもしれないが、現実的解決策が存在するからといって問題が存在しないということではない。実際、侵害や回避といった過激な解決策は、それが単なる管理上の問題ではないかもしれないということを示唆している。

ICT産業の標準化に関わる特許が出くわすアンチ・コモنزの悲劇の極端な例の1つとして、標準化を可能とする技術的な解決の存在にもかかわらず当該標準が採択されないということが挙げられる。この場合、悲劇は、

<sup>67</sup> Walsh, Arora and Cohen (2003), *Research Tool Patenting and Licensing and Biomedical Innovation*, IN W.M. Cohen and S. Merrill, eds. PATENTS IN THE KNOWLEDGE-BASED ECONOMY. Washington, DC: National Academies Press at 285-340.

標準化製品を利用できない、つまり、消費者にとっては最終製品を利用できないということを意味する。装置の販売業者や製造業者にとっては、互換性を有する標準が存在しないことで、非標準化製品は、モジュラー製品を製造できないことや部門ごとに市場が細分化されることを意味する。グローバル・ローミング・サービスを不可能とした、3G標準化に関する合意の失敗や書き換え可能なDVDのフォーマットの非標準化は標準化不採択の例といえる。この局面において、これらのネットワーク製品や複雑なシステム製品が生み出すはずであったネットワーク効果の肯定的側面は失われる。

さらに、ICT産業の標準化技術に関する特許の場合、「侵害」以外の現実的解決策は存在しないかもしれない。互換性や相互接続性のある製品をつくるためには標準化技術に関する特許の必須クレームを使用しなければならぬため、迂回発明は選択肢とはならないだろう。これらの場合には、標準に關係する特許は相補的(双方向的もしくは一方向なブロッキング)なものであることが多いため、当該技術を用いるためには迂回発明はやはり選択肢から除かれると考えられる。公的標準の利用という方法は実際の選択肢かもしれない。だが、その実現のためには、これらの特許すべてが過誤登録にかかるものでない限り、公的な取用か、標準規格に關連する有効な特許のいくつかが「国有化」されることが必要とされよう。知的財産権の少ない分野へ生産を移すということは、製品に標準を使用しなければならないという事実からすると非現実的である。言い換えれば、以上のことが示唆することは、アクセスという観点からみると、ICTの標準技術に関する特許の問題は、管理上の非効率性の問題というよりはむしろ悲劇だということである。

ライセンスに関する別の実証研究には、ライセンスの堆積は研究データが示す限り悲劇的な特許の藪ではなく、単なる投資回収率の低下に過ぎないことを示唆しているようにみえるものもある。<sup>68</sup>しかし、その研究では「特許が急増しているため、新興企業が開発している製品の多くが結果的

<sup>68</sup> Mann (2004), *supra* note 61 参照。

に既存の大企業が有する特許を侵害することになりかねない」という見解が述べられている。<sup>69</sup> また、「そうした技術にアクセスするために支払う費用は、特許がない場合よりもイノベーションへの投資が少なくなるほど、当該産業の投資回収率を低下させる。」とも述べている。<sup>70</sup> つまり実際は、その主張とは反対に、過少使用という結果が生じるかもしれないということが暗示されているのである。以上を要するに、これまでの実証的研究からは、たしかに問題が存在するということが示されており、それと同時にアンチ・コモنزの主張を納得しうるよう否定することに失敗したようにおもわれる。

### 4.3 ICT における標準化に対する政策的示唆

すでに見たように、ICT 産業の標準技術に関する特許にはアンチ・コモنزが顕現しているように見える。Heller and Eisenberg が提示した3つの解決策——特許を付与しないこと、規範、そして私的秩序形成<sup>71</sup>——は少し修正し加工しさえすれば、ここにおいても同様に妥当するに思われる。このことが、各々の規制制度や標準とどのように関係するのかということをもとめたのが表3である。

この考察によって示唆される政策の一つは、そのような特許を付与しないことにより特許の断片化を防ぐというものである。実際には、特許法が ICT 標準に関する特許を付与しないということの意味する。特許制度はいまだにそれぞれの技術に特有の保護のあり方を許容する多数の政策的な手段を保持しているが、特許を認める大半の国では、特定の産業に関して特許適格性を否定することはもはや行われていない。有益であり必須の情報処理に関する ICT 標準について特許を与えないとするは日米の現行法や欧州特許条約の下では不可能であるし、機知に富んだクレームのテクニックにより既に付与されてしまった特許によって引き起こされる問題を除去することはできない。特許法は一般的にあらゆる技術分野に特許

適格性を認めており、特許当局が産業の特定分野を選択的に差別し、排他権という形式での競争上の武器を許さないことはおそらく望ましいことではない。しかも、特許を認めている主要国の特許法が要求しているのは発明の技術的な貢献であり、経済的な便益や特許付与後の使用目的ではない。付与の段階で予防策を講じるのは不可能であり、望ましくもないのである。特許当局は、特許の付与が標準に関する必須特許につながる可能性についての経済的な調査をすることはなく、またその能力もない。アンチ・コモنزの問題は、根本的には標準へのアクセスや取引のしやすさに関係するものなのであるから、これをうまく規律できるのは、競争法や独占禁止法なり、特許権のミスユースや濫用などの特許法の原則なりの、行動面に焦点を当てた法制度のほうであろう。

		競 合 性	
		低	高
排 除	困 難	開放されているか、権利主張されない標準情報 (インターネットの TCP-IP プロトコル標準など)	資源の共有プール
	容 易	「管理なきコモنزの取引費用の悲劇」→ 結びつきの強い非公式のグループにおける、開放されオープンで財産権の対象とされていない標準に関するプール (特許問題化以前の W3C など)	コモنزの悲劇 (管理なし) → 私的または公的な管理による解決
		ライセンスを必要とする公的標準 財産権の対象とされている閉鎖的または限定的な標準 「アンチ・コモنزの悲劇」と断片化 → (結びつきの強いグループにおける) プールが断片化を減少させる → 閉鎖的プールが参入障壁となるかもしれない	私有財産制度  標準を実施した有体製品 (3G 携帯電話機など)

[表3 コモنزの過少使用および管理の失敗の解決方法 (知的財産を含めた場合)]

他方、特許の部分的ライセンスや部分的侵害を認めないというのは考えられる解決策である。必須クレームの断片化はさらなる断片化という問題

<sup>69</sup> Id. at 54.

<sup>70</sup> Id. at 58.

<sup>71</sup> Heller & Eisenberg (1998) supra note 51 参照。

を引き起こすため、潜在的に特許権の一部侵害を引き起こすこととなる、特許の一部だけをライセンスするという実務が防止されるかもしれない。いわゆる「部分」侵害という考え方は、複雑な技術をカバーする一つの特許の分割を許すものである。部分侵害は、いくつかのステップで構成されるクレームのうち、一部のステップは実施されているがそれ以外のステップは実施されていないという場合でも、特許全体の侵害を構成することがあるのか否かということの問題とする。このことは、一つのクレーム内の構成要件に限られる必要はなく、複数の独立したクレームを有する特許に関しても問題となる。構成要件保護という意味での部分侵害が、現在どの国でもほとんど生じていないのに対し、発明の異なる構成要件を実施する複数の当事者による構成要件の堆積という意味での部分侵害は存在する。<sup>72</sup>

もっと実践的な解決策は、特許を取り巻くたんなるライセンス・プールを越えた、SSOのように強制力のある行動ルールをそなえた機関の設立を奨励することである。この点では、民間 SSO などのような、取引費用を下げるために、細かく断片化された権利を集めて利用に適した束にしようとする私的秩序形成は評価されるべきであり、むしろ推奨されるべきであるといってもよいかもしれない。もっとも、ライセンス・プールは権利の非保有者の参入という問題を有しており、また、SSO のルールは鍵となる標準に関する有効な特許を保有する非メンバーにまで適用しえないかもしれないので、こうした組織が競争に与える潜在的な害悪についてはやはり吟味する必要がある。

その他有望で社会的に望ましい政策は、利用や共同体の規範の発達を促すことである。結びつきが強いグループ社会では、社会的規範の存在によ

<sup>72</sup> このことは、ステップの一部や方法の構成要素が異なる領域に跨がったり、異なる者によって実施されることがあるデータ処理の特許について特に問題となる。たとえば、その実例として、アメリカ合衆国のいわゆる「Blackberry 特許事件」を参照。 *NTP, Inc. v. Research In Motion, Ltd.*, 418 F.3d 1282 (Fed. Cir. 2005). このアメリカ合衆国の特許侵害事件では、メールのシステムに関するクレームされた方法の重要な構成要素が、国外のカナダにおいて実施されていた。

り、アンチ・コモنزの財産となりかねない標準へのアクセスやその利用が促される。たとえば、必須クレームに対する無償ロイヤルティの条件を定めたオープン標準化ルールがその一例である。規範が創造されることで権利者が必須特許に対する権利を主張しないことが促されるかもしれないし、TCP/IP プロトコルの場合のように、私的標準のうちのあるものが情報コモنزとなるかもしれない。だが、非公式の規範を強制するのは難しい。それは、あくまでも自主的なものである。

## 5. おわりに

知的財産法や、それをどのように特定の紛争や行動へ適用するのかということを理解する際に、財産権理論は、立法政策や解釈による政策を模倣するために、役立つこともあれば役に立たないこともある。知的財産を理解するのに財産権理論を適用することは、完全に否定的に評価されるべきものでも、完全に肯定的に評価されるべきものでもない。これは一つには、財産をめぐる近年の論調そのものが徹底した財産権絶対主義から極端な財産権否定論に至るまで多様化するなか、財産権に関する理論の援用の仕方が異なれば知的財産権に対する政策提言も異なってくるからである。実際、その援用から導かれる個々の政策提言は相当に異なっており、正反対の提言を導くということさえできるのである。

本稿では ICT 業界の特許標準という場面で、財産権理論を知的財産権に適用する2つの考え方を検証した。知的財産とは物理的な財産と無体のアイデアや情報とを結びつける法的概念であるということに注目するのは重要であるが、その連続性を強調すると知的財産制度のより根本的な側面を無視することになりかねない。類似点だけを強調することは、本質的に非競争的な情報である知的財産権の対象を、財産権の対象である有体の競争財と同じように扱うことになる。この文脈からすると、競争的で排他的な財との類似点を強調することで提言される私有化は、取引が成立するという前提と取り組まない限り、知的財産権についての議論に混雑外部性の性質や知的財産権を創出した後になされる正当化に関する混同をもたらしてしまうように思われる。他方、アンチ・コモنزの理論は、取引費用

連続企画

を理由とする取引の失敗を強調するものであり、知的財産権の対象である非競合的かつ非排他的で有用な情報財に、より適合的であると思われる。アンチ・コモنزが推奨する私的秩序形成や規範の創出は有体資源から無体資源への連続性を維持しながら、所定の製品市場で競争するために有用に必要な共有しうる情報資源としての標準の性質をも考慮するものであるということができよう。

以上