

効果的な特許制度に関する多元的理論の試み(1)

Nari LEE

田村善之(訳)

要約

幾度となく、多くの学者が知的財産権制度の効果を評価しようとしてきた。こうした試みは膨大な量の文献を生み出しており、その種の論文の数には目を見張るものがあるが、それにもかかわらず、効果を肯定するものであれ否定するものであれ、一般的に適用可能な知的財産権の理論が未だに欠如しているということもまた印象的である。本稿は、特許制度を評価する際の尺度となりうる効率性についての一般の定義などというものはたして存在するものなのか、ということを問うものである。なるほど、効率性は、個別の事例に適用する限りでは、他の規範的基準の助力を得ることで定義しうることもあり、また、それが有益なものともなりうることは否めないが、しかし、効率性が不確定なものであることに変わりはなく、その程度は、効率性のみに基づいて知的財産権の制度的な措置を規範的に説明することを無意味なものとするまでに達している。

キーワード

特許、規範的効率性、技術的効率性、多元主義、政策レバー

目次

1. 序説
2. 特許制度の効果と効率性
 - 2.1 効率性の定義
 - 2.1.1 実証的効率性 - 静的および動的効率性
 - 2.1.2 規範的効率性
 - 2.2 効率的な特許制度
3. 財産権論と配分的効率性
 - 3.1 自然権論と財産権論的効率性
 - 3.2 労働または便益に対する報酬としての知的財産権 (以上、本号)
 - 3.3 効率的特許権制度 (以下、次号)

4. 政策道具としての特許制度の理論

4.1 独占理論

4.2 インセンティブ理論

5. 結語

1. 序説

経済学なしに、知的財産権制度を論じることはできない。これは、突き詰めていくと、特許制度が純粹に経済的な制度として理解すべきものであるからというのではなく¹、特許制度が、性質上、本来的に非排他的であるために、排他性を与えられなければ市場が存在しない知識という財について排他権を作出することによって、市場制度を知識に結びつけていることに起因していると考えられる²。特許という制度によることによるのみ、新規であり、有用で、発明性のある知識が市場で取引しうる商品になるのである。このため、特許制度の効果の定義は、経済学的意味における効率性の定義に従うことになる。もっとも、特許制度は、たしかに経済的な制度ではあるのだが、その根本的なところでは、価値観の選択の問題 - つまり規範的な課題 - を内包している。この側面では、特許法は市場で取り引きできるものは何であって、できないものは何であるのかということを選択するための政策的な道具として機能するのである。必然的に、特許法の制度は、権利と義務を付与するとともに、それと同時に社会的意味を

¹ See Kieff, F. Scott, (2000) *Property Rights and Property Rules for Commercializing Inventions*. 85 MINN. L. REV. 697, at 697-698. See also, Schlicher J.W (1992). *If Economic Welfare is the Goal, Will Economic Analysis Redefine Patent Law?* JOURNAL OF PROPRIETARY RIGHTS. 4:6, at 12-19.

² See Kaufer Erich (1989) *THE ECONOMICS OF THE PATENT SYSTEM*. Harwood Academic Publishers.: Nordhaus W.D. (1969) *INVENTION, GROWTH AND WELFARE: A THEORETICAL TREATMENT OF TECHNOLOGICAL CHANGE*. Cambridge, Mass: MIT Press. See also Gordon Wendy J., (1994) *Assertive Modesty: An Economics of Intangibles*, 94 COLUM. L. REV. 2579, 知的財産権法は、基本的に「精神的労働を取引可能な商品へと変換する方法である」と述べている。

創出する一連の基準から構成されることになる³。究極的には、特許制度は、何が公的なものであり、何が私的なものであるかの間の境界線を引くことになる。この価値の選択は、規範に関するものであり、ゆえに、典型的な法的な分析の対象であるといえることができる。

長い間、多くの学者が知的財産権制度の効果を評価しようとしてきた。こうした試みは膨大な量の文献を生み出しており、その種の論文の数には目を見張るものがあるが、それにもかかわらず、効果を肯定するものであれ否定するものであれ、一般的に適用可能な知的財産権の理論が未だに欠如しているということもまた印象的である。その程度は、そうした作業を行う際に、作業そのものの効果を問題視することはなかったのかと疑問を覚えざるを得ないほどなのである。本稿は、知的財産権制度を評価する際に適用し得る効率性について統一的な定義が存在するという考え方に対し異を唱えるとともに、むしろ効率性は規範を統一する基準としては有益なものではない可能性があることを論証するものである。なるほど、個別的政策目標を特定しうる特許法のミクロの理論においては、ルール of 率性は個別に定義することが可能であり、また、非効率的に実施されている政策を特定するうえで有益でもあり得る。しかしながら、効率性は不確定なものであるために、経済的効率性の一つの種類のみに基づいた制度的措置に関する規範的説明は、誤導的なものに陥りがちである。本稿は、このような視点に立脚して、特許制度を、多元的に定義され、常に衡量を要する効率性によって基礎づけられた政策的な制度として理解することが、同制度を最も良く理解することにつながると主張するものである⁴。

2. 特許制度の効果と効率性

制度としての特許の効果を評価するという作業は、特許というシステム

³ See Lessig, Lawrence (1995) *The Regulation of Social Meaning*. 62 CHI. L.REV. 943.

⁴ See Burk, Dan L. and Mark A. Lemley (2003) *Policy Levers in Patent Law*, 89 VIRGINIA LAW REVIEW 1575. 本論文は、米国特許法が、この目的に資する複数の政策レバーを如何に備えているかについて論じている。

が定義可能な効率性を持った制度であり、その帰結として、実効的な特許制度というものを定義し、評価することが可能であるという考え方を前提としている。特許制度の効果を評価するためには、制度、効率性、および、効率的な特許制度といった概念について論じることが重要である。制度とは何か、また、何故我々は制度を有するのかという問いは、社会の誕生に関する議論の核心をなし、文献が大量に累積しているところである。そうした諸文献を詳述することは、本稿の域を超える課題である。しかし、効果的な特許制度の性質について議論する前に、こうした文脈のなかに特許制度を位置づける若干の議論を試みることは必要なものといえよう。

制度の定義は多様であるが、制度とは、ある目的を達成するために社会的に構築されるものであり、そのためにルールに従った機能を遂行するものであるという点については一般的な合意がある。North⁵は、制度を政治的、経済的および社会的相互作用を構造化する人為的に作られた制約であると定義している⁶。制度は、法的制度のようなフォーマルなルールと、社会規範、社会的慣習、社会的制裁等のようなインフォーマルなルールの双方によって構成されている。機械的に単純化すれば、制度は、人間が作り出したものであり、制度の構成員の行動を駆り立てたり導いたりする価値、目的、目標が組み込まれた人工的なものであって⁷、**自然⁸と対置され**

⁵ North, Douglass C. (1991) *Institutions*. 5 JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES 1:97-112. See also North, Douglas C. (1990). INSTITUTIONS, INSTITUTIONAL CHANGE AND ECONOMIC PERFORMANCE. Cambridge, New York: Cambridge University Press, North, Douglas C. (1997). *The Contribution Of The New Institutional Economics To An Understanding Of The Transition Problem*. Helsinki: UNU/WIDER.

⁶ 経済的意味における制約とは、それに従って資源（動産、不動産、有形物、無形物、物質及び非物質）についての権利（又は、権限の束）が付与され、登録され、譲渡され、侵害され、消滅し及び執行されるルールを言う。

⁷ See generally, Lessig (1995), *supra* note 3.

⁸ 自然とは何かということについては、歴史的に照会されるものであるか、アプリオリに倫理を議論するものであるか等を問わず、新旧の多数の文献が存在する。ここでは、自然とは、制限されている状態に対立するものである。より最近のものとして、また、本稿の扱うテーマに近いものとしては、see Lessig, Lawrence (1999). *Code*

るものである。

制度の本質に関する一般的な法的な議論は、権利という制度（一方の当事者に権利を付与し、他方の当事者に義務を課すもの）を社会的に如何に正当化することができるかという議論の形を取ることが典型的である。たとえば、Northによれば、ゲーム理論が説明するように、合理的な「富の最大化を目指す個人は、ゲームが繰り返される場合、通常、他のプレイヤーと協調することに価値を見出す」ことから、行動を制約する必要性は、「秩序」を創設し「交換における不確実性を低減させる」ことの必要性に由来するものであるということになる⁹。同様に、他の制度派経済学者¹⁰も、制度を「自らの権利、他の者の権利との関係、特権および責任を規定する人々の間の一連の秩序のある関係」¹¹、または、「一つの社会の全構成員によって合意されている行動についての規則であり、繰り返される状況における行動を特定するもの」¹²であると定義している。ゲーム理論は、合理的な人間が如何に他者と相互作用を行うかに焦点を当てつつ、囚人のジレンマを使って、「効率的な制度というものは、協調という解によってもたらされる利益か、もしくは離脱することによって生じる費用を高めるものである」と説明する¹³。

and Other Laws of Cyberspace. NY:Basic Books. そこでは自然を「構造(architecture)」と呼んでいる。

⁹ See generally, North (1991) *supra* note 5.

¹⁰ See Schmid Allan (1971) *Analytical Institutional Economics*. AMERICAN JOURNAL OF AGRICULTURAL ECONOMICS 54 at 893-901. Schotter Andrew (1981). THE ECONOMIC THEORY OF SOCIAL INSTITUTIONS, New York etc.: Cambridge University Press. しかしながら、新制度派経済学者は、制度的環境及び制度的配置という制度の二つの異なる側面を認める。See David Lance E. and North Douglass C. (1971) INSTITUTIONAL CHANGE AND AMERICAN ECONOMIC GROWTH. Cambridge etc: Cambridge University Press. at 6-7.

¹¹ Schmid Allan, (1972) *supra* note 10 at 72.

¹² Schotter Andrew (1981) *supra* note 10 at 9.

¹³ 囚人のジレンマは、ゼロ・サム・ゲームのジレンマについて説明する。限られた量の資源を持つ二人の囚人のシナリオに基づき、協調と裏切りの状況について説明

法律学においては、この種の議論は、権威が存在し、尊重がなされる源を理論化する自然法や実定法といった類の議論として見ることができる¹⁴。他の学問分野、たとえば制度経済学等においては、この点に関する議論は、行動についての制約条件とそうした制約条件が受容され必要とされる理由に関するものである。特許法や特許のシステムの文脈においては、**何故、知識の交換に対し特許という制度によって制約を設ける必要があるのか、また、現在の一連のルールが何故制約の基礎となり得るのかということになる。**こうした議論は、根本的には、特許制度の哲学的基礎と、特許制度の現在のルールを如何に性格づけるかを根本的に問うものとなる。なぜならば、特許法が財産権の制度なのか、それとも政策的な制度なのか、そのいずれであるのかということ次第で、その分析の結果が異なってくるからである。

社会的に構築された制度として、特許ルールは、一般公衆であるか、現在および将来の発明者であるか、特許権者か、侵害者か、ライセンサーまたはライセンシーであるかに関わらず、社会の構成員の行動を一定の方向へ導くものである。特許法は、特許権者の許諾なしに、特許が付与された方法を使用し製品を製造することは、たとえそれが独自に思いついたものであるとしても、悪いことであり、制裁の対象となる行為であるという社会的意味を生み出す。さらに、制度として特許法を研究するということは、より大きな制度、すなわち法制度の一部である権利の体系として特許法にアプローチすることを意味しており、憲法を含めた他分野の法律との相互作用を研究することになる。同時に、特許法は、経済的制度として、市場、企業などのような資本主義に必須の他の制度との相互作用も考慮に入れ

し、何故協力が最も良いのかについて説明する。しかし、囚人のジレンマは、非競争財には適用されないと考えられている。

¹⁴ Buckle Stephen (1991) *NATURAL LAW AND THE THEORY OF PROPERTY*. Oxford.: Clarendon Press. See also Milton J.R. (1999). ed. *LOCKE'S MORAL, POLITICAL AND LEGAL PHILOSOPHY*. Aldershot.: Ashgate, Dartmouth. See also Kelsen H. (1934) *INTRODUCTION TO THE PROBLEMS OF LEGAL THEORY*. A translation of the First Edition of the *Reine Rechtslehre (PURE THEORY OF LAW)*, Reprint 1992 Oxford, Clarendon Press.

られなければならない¹⁵。

この文脈では、特許というシステムは、それぞれの社会によって変化する諸々の価値や目的を埋め込まれた、人工的に作出された構造物という制度として理解できるものとなる。その効果を評価するには、制度的な効率性についての議論に耐えうる確固たる定義が必要となる。しばしば採用される方法は、現在の特許法の文言の背後に潜んでいる黄金律の存在を仮定して、これを明確化することを試みるものである。もう一つの方法は、文化、歴史、伝統、経済的条件などの非法的な文書や道具から適用可能な規範を探り出すというものである¹⁶。いずれの方法に従うにしても、黄金律は、現在の制度と理想とされる効率的な制度との比較を可能にし、また、かかる比較に基づき、現在のルールを理想的なものに近づけるための提案を行うことを可能にするものである。しかしながら、黄金律や、理想的なものとして定義されうる制度の効率性というものは、そう容易には入手するものではない。しかも、こうした方法論は、法という制度の動的な側面を無視している¹⁷。多くの学者が、法律の制度的な側面に焦点を絞った研究に関しては、重大な疑問があることを論証してきた¹⁸。形式主義は、文言、すなわち実定法の条文に本質的な意味があるということを前提とし

¹⁵ *Merges Robert P. (2000) Intellectual Property Rights and the New Institutional Economics*, 53 *VAND. L. REV.* 1857.

¹⁶ See generally Kalan K. (2000) *Property Rights, Individual Rights, And The Viability Of Patent Law Systems*, 71 *U. Colo. L. Rev.* 1439. See also Aoki Keith (1996) *Intellectual Property and Sovereignty: Notes Toward a Cultural Geography of Authorship*. 48 *Stan. L. Rev.* 1293.

¹⁷ 起草者の解釈に対する時間を根拠とする批判については see Mossoff, Adam (2007) *Who Cares What Thomas Jefferson Thought about Patents? Reevaluating the Patent 'Privilege' in Historical Context*. Forthcoming *Cornell Law Review*, Available Electronically, at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=892062>. 彼は、憲法の知的財産権法条項の最初の起草者を根拠とする、特許は特権であるという特徴付けを批判し、米国家の歴史的な文脈においては、あらゆる財産権に特権という言葉が当てられていたと主張した。

¹⁸ See generally Boyle, James (1985) *CRITICAL LEGAL STUDIES*. Edited by. Dartmouth.

ている。Roberto Unger は、法学者によるこの種の社会研究の方法を、「制度に対するフェティシズム」¹⁹と呼び、研究を「合理化」する方法であると断罪した²⁰。こうした批判は、制度としての法の研究には、ある価値群よりも他の価値群を優先するという選択を含む政治的ないし政策的選択の議論に最終的には到達する側面があるということを経由とする。法という制度を決定するためになされる価値選択を客観化することによって、法制度というものが有する主観的かつ動態的な側面を中立化する誤りを犯しかねないのである。

制度としての法律の研究に対するこうした批判を受忍した場合、この制度には中立的ではなく、矛盾した一貫性のない部分が存在することを受け入れるべきである²¹。特許がこのような制度であると理解するとき、特許制度は、単一の首尾一貫した目的ないし原理の体系ではなく、一連の原理とそれに対抗する原理、一連のルールとそれに対する例外、一連の政策とそれに対抗する政策を束ねたものでしかないという可能性があるということを受け入れるべきである²²。このように理解することによって、中立的にバランスされた特許制度をして不確定の前提に基づく学術的なフィクションにすることができるのである。

この文脈に基づき、以下の段落においては、特許制度の研究に適用されてきた効率性についての様々な見解を検討することとする。前述したような批判があるように、こうした見解のいくつかは、制度の基礎には、効率的な特許制度についての特定の定義を正当化する統一した黄金律が存

¹⁹ 制度に対するフェティシズムは、力を欠く制度に対し、力が存在するとするものである。See generally, Unger, Roberto M. (1996) *WHAT SHOULD LEGAL ANALYSIS BECOME?* London etc. Verso.

²⁰ Unger, Roberto M. (1984). *Passion; An essay on Personality* New York: The Free Press. See also review of this book by James Boyle (1985) *Modernist Social Theory: Roberto Unger's Passion*: 98 HARVARD LAW REVIEW : 1066-1083.

²¹ See Boyle, James. (1985) *supra* note 18 at page XV.

²² Id.

在しているということを前提としている。本稿では、**特許についての統一**的な見方に関するそのような前提は、**特許制度のうち、様々な原則や政策が組み合わさったものとしての法的制度としての側面を軽んじるものであるという点で誤導的なものである**ということを経由して論証する。そうすると、一般的に適用可能な効率性についての中立的な定義を得る作業をなし、効率性についての単一の定義を探索するのではなく、むしろ、特定の制度的な措置が如何なる目的および何の利益のために資するのかを強調し、明確化するほうが有益であるように思われる。換言すれば、研究課題は、制度は**いずれの効率性**の方に向けてバランスをとろうとしているのか、また、**どのような状況において**現行の制度のルールは効率的であるのかということを経由して明確化すべきであるということになる。この方法による場合、効率性は、制度の特定の部分に関し、それによって達成される特定の目標に基づいて定義されるものに過ぎないということになる。

2.1 効率性の定義

経済理論は、非競争的な無体物である知識財を作成するために必要とされる希少な有体物の資源に関連する特許制度の役割を理解する上で、有益な分析上のツールを提供する。一方では社会的な純厚生を最大化する、他方では効率的な資源配分をなすという点において、多くの経済理論は、非効率的な特許法のルールや理論を特定するために実証的に有益な分析ツールを提供する。規範的にも、この作業によってそうした非効率なものに対処するための政策的な提言が産み出されることもある。いずれの場合にも、文献は効率性についての様々な定義から着手する。そこでは、大別すれば、技術的効率性と規範的効率性という二つの定義が用いられている²³。これら二種類の効率性は、知的財産権制度のうちそれぞれ異なるパラダイ

²³ Oddi, A. Samuel (1996). *Un-unified Economic Theories of Patents – the Not-Quite-Holy-Grail*. 71 NOTRE DAME L. REV. 267 at 327. See also Merges (2000), *supra* note 15, Eisenberg Rebecca S. (2000) *A Law and Economics Agenda for the Patent System*, 53 VAND. L. REV. 2081, Dreyfuss, R.C. (2000) *Games Economists Play*, 53 VAND. L. REV. 1821.

ムの中軸を構成する。前者は、制度の枠組みを形作り、制度全体および特許法の個々のルールによって所期の望ましい効果を得ることができるか否かという分析に関し全体的な方向性を与えてくれることが多い。後者は、法の体系的な改革や制度的な介入が必要か否かを分析するために用いられることが多い。

2.1.1 実証的効率性 - 静的および動的効率性

最も基本的な生産システムにおいては、効率性は、インプットに対するアウトプット（成長）の比率の意味で理解されており、このため、生産性および成長として定義されている²⁴。これは**技術的効率性**、つまり単なる費用と利益の比率である。知識および知識に関連する資源配分に関し、経済学者²⁵は、更にこれを静的効率性と動的効率性という二つのカテゴリーに分解することが多い。静的効率性とは、特定の時点において計測される効率性であり、一方、動的効率性とは長期的に計測される効率性である。

経済学者は、これらの効率性概念を使って、特許制度を次のように説明することが多い。知識は、非競合財であり、その財の使用は、その財の費

消を意味しない。同時に、知識は、ひとたび生産され開示されたならば、外部効果を生み出し、排除することが困難であり、その製品の限界費用をゼロに近づけることになる。知識の最初の生産は費用がかかるので、知識の生産者は、生産の初期投資を回収しえない限り、知識を開示しようとはしないだろう。しかしながら、知識の利用者は、無料で取得しうる知識に対して対価を支払うことはない。ゆえに、市場の失敗を招くことになる²⁶。

生産を知識の効用として定義するのであれば、知識の限界費用はゼロであることから、最も多くの者によって共有されるときが最も効率的となる。従って、知識は、**静的にいえば、多くの者に使用されるときに効率的である**といえる²⁷。しかし、こうした事態は、生産の初期費用が回収されない限り、長期的には生産の減少を招来するから、**動的にいえば、非効率性**がもたらされることになる。特許制度は、市場取引が知識の生産と普及に資源を配分する手段として、他の選択肢よりも効率的であると仮定したうえで²⁸、発明の費用を市場で回収することを可能とする排他的な権利を与えるものである²⁹。これにより静的な効率性は犠牲とされるが、他方で、知

²⁴ Fred Foldvary (1994) PUBLIC GOODS AND PRIVATE COMMUNITIES. (John Locke Series) at 19. Edward Elgar Publishing Ltd:Hant. UK etc.

²⁵ See among others, Grossman Sanford J. and Stiglitz, Joseph E. (1980), *On the Impossibility of Informationally Efficient Markets*, 70 AM. ECON. REV. 393, Kaufer Erich (1989) THE ECONOMICS OF THE PATENT SYSTEM. Harwood Academic Publishers. Nordhaus W.D. (1969) INVENTION, GROWTH AND WELFARE: A THEORETICAL TREATMENT OF TECHNOLOGICAL CHANGE. Cambridge, Mass: MIT Press. Mansfield, E. (1986). *Patents and innovation: an empirical study*. 32 MANAGEMENT SCIENCE. Ordovery, J.A. (1991). *A Patent System for Both Diffusion and Exclusion*. 5 THE JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES 1, See also, Foray Dominique (1995) *Knowledge Distribution and the Institutional Infrastructure: The Role of Intellectual Property Rights*, IN: Albach Horst and Rosencrantz, Stephanie (1995) eds. INTELLECTUAL PROPERTY AND GLOBAL COMPETITION, Berlin etc.:Sigma at 77-118.; Scotchmer, Suzanne (2004) INNOVATION AND INCENTIVES. MIT Press, at 31-59.

²⁶ See Machlup, Fritz (1984) KNOWLEDGE - ITS CREATION, DISTRIBUTION, AND ECONOMIC SIGNIFICANCE: VOL. III.- THE ECONOMICS OF INFORMATION AND HUMAN CAPITAL. Princeton NJ etc Princeton University Press at 122. See also Gordon, Wendy J. (1992) *Asymmetric Market Failure and Prisoner's Dilemma in Intellectual Property* 17 U Dayton L. Rev. 853, 861-67.

²⁷ See Arrow, Kenneth. (1962) *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, IN: RATE AND DIRECTION OF INVENTIVE ACTIVITY: ECONOMIC AND SOCIAL FACTORS, ed. Richard R. Nelson (Princeton, NJ: Princeton University Press), at 616-617. 彼は次のように述べている。「獲得された情報、たとえば新しい生産方法は、厚生 の観点からは、(情報伝達の費用は別にして)無償で利用できるようにすべきである。これにより、情報の利用の最適化を実現することができるが、当然のことながら、研究への投資に対しては如何なるインセンティブも提供しないものである。自由企業経済においては、発明活動は、発明という概念を財産権を生み出すための道具として用いることによって維持されている。財産権化が成功した、まさにその限度で、情報の過小利用が存在する。」

²⁸ この仮定は、2.1.2で論じるパレート効率性に内在する問題によって覆われている。

²⁹ See for example, Nordhaus (1969) *supra* note 25, and Grossman and Stiglitz, *supra* note

識に対しより多くの投資が行われ、より多くの知識が生産され、普及することになるから、動的効率性によって得られるものが、長期的には、静的な効率性による損失を填補することになる。

こうした静的、動的効率性という概念自体は、規範そのものを生み出すものではないが、規範的なレベルにおいてさえも有用なものであるということが出来る。前述したような理由により形成された市場は完全に効率的なものではあり得ないこととなり、排除と普及という二つの重要な政策の間で恒常的にバランスをとることを必要とするものであるという結論を導出することになるからである。規範的には、制度は、効率的な排除を愛好するルールからなるものであってもよく、また、効率的な普及を愛好するルールからなるものであってもよい³⁰。これらの概念を用いることの利点は、競争と等値されることが多い静的効率性が、動的効率性（即ち、排他的権利）が促進されると、如何にして害されることになるのかということを示すところにある。専有可能性の弱い体制（静的に効率的）は、企業が貴重な知識を失うリスクを慮って契約を忌避するように仕向けさせ、その結果、企業は内部的な組織に大きく依存する、たとえば技術を秘密にすることになる³¹。他方、専有可能性の強い体制（動的に効率的）は、ビジネスを行うための費用を引き上げることになる。さらに、このトレード・オフについて強調することによって、孤立した知識の創造と、累積的な知識の創造の両方の問題を説明することが可能になる³²。これは、生産が長期にわたり蓄積された知識の基盤を必要とすることから、知識を使用することは将来における知識の生産に役立つことになるからである。

25.

³⁰ See Ordoover Janusz A. (1991). *supra* note 25.

³¹ *Id.*

³² Scotchmer, Suzanne (1991) *Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law*. 5 JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES 29. See also Merges Robert P and Richard R. Nelson (1990) *On the Complex Economics of Patent Scope*, 90 COLUM. L. REV. 839.

他方、効率性志向の法学研究に一般的に妥当する批判は、この種の研究方法にも向けられうるものである。さらに、これは、きめ細かな政策において便益と費用として衡量に入れることが必要となる外部効果と価値の全てを計上しうるものではなく、二次元的で荒削りであるという批判を受けることが少なくない³³。効率性に基づく分析は、規範を創出するよりも説明する上で有益であることから、単に現状を合理化し正当化するものになるとして批判されることがある。このような手法が規範的に用いられた場合、単なる現状の説明が正当化と混同されることになりかねないからである³⁴。

以上のように、この種の効率性の定義のみでは、特定の政策的選択を何故行うべきであるかということについては、その理由が明らかになることはない。しかし、**その実証的な説明の説得力は、普及の対象を排除するための条件について焦点を与えるところにある**。ゆえに、こうした効率性の定義は、**静的効率性と動的効率性の間のトレード・オフのバランスを取る制度を選択する必要性を認識させ、特定の制度の条件依存的な性格を認めるものである**。根本的には、特許制度は特定の目的のための様々なインセンティブの間の均衡をとる制度であること、および、動的効率性が促進する排除の規範は必ずしも静的効率性が促進する普及の規範に優位するものではないということなど、特許制度に関する道具主義的な見方が浮き彫りにされることになる。

³³ See generally on moral objection, Coleman Jules L. (1980) *Efficiency, Utility and Wealth Maximization*. 8 Hofstra L.Rev. 509. See also, Merges Robert P. & Richard R. Nelson, (1990) *supra* note 32, 特許に対する新しい経済学的アプローチは、「インセンティブと死重損失という二次元的分析」を遥かに超えることについて述べている。See also Merges Robert P. (2000) *supra* note 15, Boyle James (2000) *Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property* 53 Vand. L. Rev. 2007.

³⁴ See Lemley, Mark (2002) *Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*, 71 U. Chi. L. Rev. 129.

2.1.2 規範的効率性

技術的効率性と規範を創出する必要性の間のギャップを埋めるために、法と経済学の論文では、法の変更への賛否を論証する場合に、パレート効率性またはカルドア・ヒックス効率性が用いられることが多い³⁵。少なくとも一人の他の者の効用を減少することなしには資源の再配分ができない状態は、パレート効率的と見ることができる。誰をも悪化することなしに、少なくとも一人の者の状況が良化する場合は、変更の結果は、現状に対しパレート優位である。少なくとも一人の者を悪化させることなしに、他の者を良化させることができないルールの設定は、パレート効率的であるということができる。他方、現在の状況において、誰をも悪化することなしに、少なくとも一人の者を良化させることができる場合、これはパレート劣位である。このため、**制度が、少なくとも誰からの反対も受けることなしには変更することができない状況を作出する場合は、かかる制度はパレート最適である。**

パレート最適は、現実には達成不可能であり、これを改訂したものがカルドア・ヒックス効率性である³⁶。カルドア・ヒックス効率性は、仮想的補償であるとか潜在的パレート優位と呼ばれることがある。これは、全ての者に異議がないことではなく、費用対効果の全体的な均衡を想定するものであり、規範的効率性の定義として、より説得力があるものと考えられている。ある制度は、他のあらゆる選択肢よりも、社会全体の構成員にと

³⁵ See for example, Foldvary (1994) *supra* note 24 at 19. Posner R.A.(1992) *Economic analysis of Law* at 12-13. See also Coase R. (1960) *The problem of Social Cost*. 3 THE JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 1-44. Reprinted in Posner R.A and Parisi, F. (1997) ed. *Law and Economics*. Vol. I, Cheltenham, UK. etc.: An Elgar Reference Collection at 434-476. See also, Landes William M. and Posner R.A. (2003) *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW*. Belknap:Harvard. at 294-333, **同書において著者達は、取引費用の最小化に関して少々修正した類似の考えを展開している。** Compare, Calabresi Guido and Melamed A. Douglas. (1972) *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One view of the Castle*. 85 *Harvard Law Review*. 1089-1128.

³⁶ See Calabresi Guido and Melamed A. Douglas. (1972), *supra* note 35.

って財、サービスおよび余暇の全体的な結果がより高い価値を生み出す場合には、カルドア・ヒックス効率性となる。私的な当事者に適用される場合、これは、ある結果によって利益を得た者が、失った者よりも、それが起こったことを高く価値評価する場合には、その結果は効率的であるということの意味する。換言すれば、ある交換によって選好の充足が最大化されるのであれば、その交換や取引により得られるものは最も効率的であるということになる。

この定義は、財産および契約といった法的制度の性質および機能を、私的秩序化のような私的当事者とその行動に関連して説明するために採用されている³⁷。私的権利制度への適用に際しては主にコースの定理³⁸が用いられている。機会主義的な個人は、その選好の最大化を達成するように権利を取引することから、取引コストがゼロの場合、初期の権原の配分の状況とは無関係に、パレート効率性に到達することになる、というのである。このシナリオにおいては、当初の権原や権利の配分は、取引のための条件設定以上のものではない。取引は、資源に最大の価値を認める者に資源を再配分することになる。このため、効率的な制度というものは、当事者が取引の利益を維持しうるよう取引コストを最小化すべきであり、また、同時に、**介入を最低限にとどめて私的秩序化に最大限の自由を認めるべきである、ということになる。**同様に、Northは、「制度およびその執行の実効性は、取引の費用を決定する」のであって、効率的な制度というものは「取引によって利益を実現しうるよう、取引費用および生産費用を削減する」ものである、と主張している³⁹。

この視点に立脚して鑑みると、排他的権利の創設は、取引費用の削減の一つの方法であると捉えられることになる。財産権の制度の目的は「取引

³⁷ Arrow, Kenneth. (1962), *supra* note 27. Williamson, Oliver E. (1985). *The Economic Institution of Capitalism*. London:Collier-Macmillan Publishing.; See Posner R. (1992) *supra* note 35 at 12-17.

³⁸ See Coase R. (1960) *supra* note 35.

³⁹ Douglass C North (1991) *supra* note 5.

費用を最低限のものにすることによる排他性と移転可能性の最大化」であり、また、「効率性は、かかる権利の移転のためのメカニズムを必要とする」と主張されてきた⁴⁰。さらに、取引費用が正である世界における私的取引において典型的に見られる外部性とホールド・アウトの問題は、法的制度によって規律することが可能である。この意味において、「法的ルールを選択の適切性というものを定義するのであれば、それは、所与の制度的条件において、外部性およびホールド・アウトの費用の総計を最小化するものであるということになる」⁴¹。法制度の目的は、この問題に対処することであり、「それに関連する費用の総計を最小限のものとする」ことを狙っているのである⁴²。

取引費用がゼロというたとえ話は、手頃な法制度の目的を提示することを可能とする。取引費用ゼロのたとえが行動のパターンを提示するものである以上、かりにそれが正しいのであれば、行動を規律する法制度の目的を構築する際にその前提として利用することができそうである。この場合、法の目的は、取引費用ゼロの世界に最も近づくことを促すためのルールを発展させるところにあることになる⁴³。しかし、こうした考え方に対しては、多くの倫理的および規範的な異論が提出されている。最も強い反対は、良化や悪化を判断する基準を得るためには、選好が文化的および社会的に条件づけられる場合であってもなお、選好の比較を可能とする通用性のある尺度を必要とするということである⁴⁴。また、この論理の分析の中心に取引を指定する点については、しばしば、効率性は公平性の議論に対立するか、もしくは、配分的正義の問題に対処することができない、と論じら

⁴⁰ Posner (1992) *supra* note 35 at 12-13, See also Ellickson Robert C. in Ellickson Robert C, Rose Carol M. and Bruce A. Ackerman, ed. (1995) PERSPECTIVES ON PROPERTY LAW. Little, Brown and Company: Boston etc. at 47.

⁴¹ Epstein, Richard, A, (1993). *Holdouts, externalities and Single Owner: One More Salute to Ronald Coase*. JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS. Vol. XXXVI 553-586. at 557.

⁴² Id.

⁴³ Id. at 556.

⁴⁴ See in general Radin, Margaret. (1996) CONTESTED COMMODITIES. Harvard University Press.

れてきた⁴⁵。多くの学者が、法制度の経済学的分析がもつこの種の危険について、特に効率性と効用に焦点を当てることによって他の公正、公平および自由といった価値を無視することになるという危険について警告してきた⁴⁶。

排他的権利を競争に措こうとする制度にとってより重要であるのは、パレート最適の制度は**完全な競争状態か、もしくは完全な価格差別を実現する独占状態において実現する**という見解である⁴⁷。この点に関しては、たしかに、排他権のない完全な競争と、選好に従って完全にしつらえられた価格差別による独占のいずれもパレート効率的であるといえよう。パレート最適である制度は、**完全競争か、または、完全な価格差別による独占によって実現する**。しかし、**制度がそれに近づこうと努力しなければならぬ最適性は、いったいどちらの最適性なのであろうか?** さらにいえば、既存の排他的権利がある場合、効率性を最大化する取引に資するよう、既に排他的権利を持っている者のためにより多くの権利を作出することを提案するか、または、少なくとも、取引費用を少なくする傾向に陥りがちになるかもしれない。こうした内在的なバイアスは基本的に財産権主義的であるように見受けられ、資源を最も効率的に配分する方法としての効率的な市場という考え方で持って財産権主義的な配置をサポートするものである⁴⁸。なぜかといえば、この考え方は、「普遍的に適用され、明確に定義された財産権のシステムを、市場効率の礎石と捉える」ものだからである⁴⁹。かかる制度的な配置が、取引費用を削減し、それによって、財産権化の制度的な傾向を創出し、普遍的で、集中的で、排他的でかつ交換可能な財産権を強調することになるのである。

⁴⁵ See, Coleman Jules L. (1980) *supra* note 33. See also Wilkinson T.M. (2000) FREEDOM, EFFICIENCY, AND EQUALITY. Houndmills, Basingstoke etc: Macmillan Press Ltd.

⁴⁶ Id. See also Radin, (1996), *supra* note 44 at 79-94. 本書は、法と経済学のレトリックは、人間の繁栄のために必要とされる価値を重視しない傾向がある、と論じている。

⁴⁷ See Boyle (2000), *supra* note 33.

⁴⁸ ここにいう、著作権制度に適用された知的財産権制度への新古典派新制度主義的アプローチへの強い批判については、see Netanel, Neil Weinstock (1996) *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 YALE L.J. 283, 312.

⁴⁹ Id.

2.2 効率的な特許制度

以上では、効率性に関する様々な定義について検討した。これらの効率性の定義は、**相互に排他的なものではなく**、分析的な道具として、単に個々のアングルから一つの制度の同一の側面を分析するためにしばしば適用されてきたものであるに過ぎない⁵⁰。規範的に用いられる場合、規範的効率性は、市場における取引の重要性を優先し、強力な財産権の配置と取引に対する最小限の規制を支持することになる。他方、技術的効率性の適用は、実証的な説明を提供するものであるものの、なんらかの規範的変更をもたらすものではなく、これを他の社会的意思決定プロセスに委ねるものである。こうした不確定性は、効率性に関する定義はいずれも究極的にはその基盤にある規範的選択に依存するものであるので、効率性志向の社会制度研究において一般に認められるものである。

特許制度の抽象的および一般的な目標についての合意がある場合であっても、目標を達成するための手段については、大いに異なるものとなることがある⁵¹。特許制度の本質の捉え方に関しては大別すると二つのものがある。一つは、これを財産権制度の延長として理解するものであり⁵²、もう一つは、政策的な制度として位置づけるものである⁵³。いずれの見解も、私人と、権利を付与し実行する政府との関係を規律する際の効率性の問題を扱うものであることに変わりはない。そのなかで、財産権制度の延長を強調する立場は、権利の私的性格を照射し、特許権者に対して有体物に関する所有権と同等の権利を与える必要性を繰り返す傾向にある。これ

に対し、特許制度を政策的制度と理解する立場は、権利の公的な性質と、知識の創造に随伴する公共財の問題を強調することになる。後者の立場をとる研究は、社会全体における知識の流れや取引を規制する厳格な制度的行動を支持する傾向にある。私的財産権の理論ではなく公共財の理論が政策的制度の基礎となることから、特許制度は、**一連の政策または目標の道具**として見られるのである。その効果は、事前に設定された政策目標を達成し、事後的に生じうる弊害に対処する効果に基づいて検証されることになる。

このような違いを反映して、特許制度に関する経済学理論にも、いくつか規範的なもの、実証的なものが存在する。特許に関する経済学的な理論のみでは、何が効率的な特許制度であるのかを満足行くように説明することは困難である。しかしながら、部分的には、最適な特許の存続期間⁵⁴や広さ(特許権の保護範囲)⁵⁵、模倣の費用⁵⁶、特許制度の費用⁵⁷、様々な技術の分野における特許制度と発明活動との関係⁵⁸について、経済学と法学、双方の研究者によって試みられた理論が存在する。多くの場合、特許法に関する理論は、哲学的または経済学的な正当化に基づいている。

しかし、特許制度全体を説明することができる普遍的な理論というものは存在しないように見受けられる。Oddi は、統一的な特許理論が欠如していることに言及しながらも、既存の特許理論は、様々に分けうるが、そのなかでもマクロ的な理論とミクロ的な理論に分類することができる旨を

⁵⁰ See for the detailed discussions of this, Mercurio Nicholas & Medema Steven G. (1997) *ECONOMICS AND THE LAW: FROM POSNER TO POST-MODERNISM*. Princeton University Press, at 25-50.

⁵¹ See Schlicher (1992), *supra* note 1.

⁵² 財産的利益の継続性を強調することによって、財産権化を擁護する論拠を拡張しているものとして、see for example, Posner and Landes (2003) *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY*, Harvard university press, at 11.

⁵³ See for example, Burk and Lemley. (2003), *supra* note 4.

⁵⁴ See for example, Nordhaus (1969), *supra* note 4, Merges and Nelson (1990), *supra* note 32.

⁵⁵ See For example, Merges and Nelson (1990) *supra* note 32, Foray (1995) *supra* note 25.

⁵⁶ Mansfield Edwin (1961). *Technological Change and the Rate of Imitation*. 29(4) *ECONOMERTRICA* October 741. Mansfield Edwin, Schwarts Mark and Wagner, Samuel (1981), *Imitation Costs and Patent : An Empirical Study*. 91 *ECONOMIC JOURNAL* 908.

⁵⁷ Machlup Fritz and Penrose Edith (1950) *The Patent Controversy in the Nineteenth Century*. 5 *THE JOURNAL OF ECONOMIC HISTORY* 1.

⁵⁸ Nelson, R. R. and Winter, S. (1982) *AN EVOLUTIONARY THEORY OF ECONOMIC CHANGE*, The Belknap Press of Harvard University, London.

説いている⁵⁹。特許のマクロ理論は、なぜ社会は特許制度を必要とするのかにつき説明することを目的としたものである。他方、特許のミクロ理論は、社会は何故特定の特許を行使させなければならないのか、あるいは、行使させてはならないのかということを説明するものであり、ゆえに、有効性分析の予測を理論化するものである。たとえば、ミクロ理論は、社会が、狭い範囲内の急速な発展のなかで行われる発明の競争から便益を得ることを説明する。以下では、こうした観点から、いくつかの理論を検討し、それらのなかには、両方の立場を前提としているものがあることを示すことにしたい。それにより、特許理論のなかには、内在的に一貫しているのではなく、それよりもオムニバスの視点を提供する理論、つまり、たとえば特許を財産権と捉える一方で、知識の普及といった他の目的を是認するといったような類の理論が存在するということが論証されることになる。こうした複眼的な視点の組み合わせは現在の特許法に反映されており、そこには単一の効率性の定義を実施不可能なものとする多元的な目的が存在することも明らかにされる。くわえて、首尾一貫しているわけではない多元的な複数の制度目的が存在していることは、不可避免的にそのなかで優先順位を付けることを要求することになる。目的に優先順位を付すということは、特定の観点に立脚して評価すれば、制度は非効率なものに止まらざるを得ないことを意味しており、究極的に、そのことは、単一の最適なインセンティブの構造を設計することは不可能かもしれないということの意味している。

3 . 財産権論と配分的効率性

上述したように、制度の効率性の定義は、当該制度の存在を合理的に説明するような方法でなされうるものである。制度は、一連のルールに従うことによって効率的であるとされうるものであり、ゆえに、**制度のルールが基礎としているところの一連の価値が、その効率性の規範的な文脈を定義することになる**。知的財産権制度においては、そこで基底とされている規範の選択を示唆するものは、**最初に動いた者に無形の非競合財に対する**

⁵⁹ Oddi, Samuel (1996b) *supra* note 23 at 268-272.

法的な独占を正当化する理由であるということになる。

特許制度を財産権の制度として理解する見方は、特許制度の目的を、財産権制度の目的に等置する。最近、知的財産権という言葉が、産業上の権利であるとか無形の権利という言葉に代わって、多くの法律関連の文書において見られる支配的かつ統一的な用語となってきた。たとえば、米国のFTCは、これが競争促進的にも、競争阻害的にも利用されうるものであるということを確認している。1995年のガイドラインは、米国司法省およびFTCが、知的財産権を「他のあらゆる形式の財産権と本質的に同等のもの」として取り扱う限り、知的財産権の存在は「反トラスト法の文脈における市場支配力」を作り出すものではないと述べている⁶⁰。同様に、TRIPS協定も、特許制度に関するこの理解を受け入れている。私権に対する政府の支援を提供するための制度として特許を理解するというこの考え方は、「知的財産権」という用語法を積極的に受け入れることによって、TRIPS協定の前文において公式に表明されている。交渉の後半において付け加えられた前文の第4段落は、締約国が、知的財産権を私権であることを認めることを定めている。交渉経緯によれば、この追加は、TRIPS協定が、政府に対し、侵害または違反に対する職権による措置や刑事的な制裁をとることを義務づけるものではない、ということを確認するためになされたものであるのだが⁶¹、それにも関わらず、これは知的財産権の私的な性格を主張するものなのである。

特許制度についての財産権理論は、次の3つの主張により特許を説明する。すなわち、財産権が認められなければならない、なぜなら、それが労働をなした者の自然権であるからである。そして、労働をなした者に報いることは正義に合う、というのである。加えて、財産権は、共有地の悲劇

⁶⁰ US Department of Justice and Federal Trade Commission. (1995) Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property. April 6 1995.

⁶¹ See Gervais Daniel (1998). THE TRIPS AGREEMENT: DRAFTING HISTORY AND ANALYSIS. London: Sweet and Maxwell at 37.

の問題⁶²を解決するものとして、資源分配の最も効率的な手段である、という信念がこうした正当化理由を補完する。以下の段落においては、これら3つの主張のそれぞれを批判的に検証することにした。既述したように、この種の規範的効率性の用法に対しては、多くの倫理的な異論が存在する。最も注目に値するのは、このアプローチが提供する効率的な資源の配分は、必ずしも最も正当な配分の制度であることを意味しないという批判である⁶³。

3.1 自然権論および財産権論の効率性

知識に関する自然権論は、知識の生産者に対し、それが著作物であれ発明であれ、いずれの場合にも、財産権を付与する正当化理由としての務めを果たす。自然権論はこうした帰結を、発明者は、精神的な労働について自然権を持っているとして正当化する。近代において知的財産権の学説が自然権理論を受け入れた起源を辿ると、Locke の財産権理論と Descartes 流の人間の存在に関する知識の理論を組み合わせたものに行き着くと一般に信じられている⁶⁴。自然権理論は、「自然権(自然法)が存在し、しか

⁶² Hardin Garret (1968) *The Tragedy of the Commons*, 162 SCIENCE 1243-1248.

⁶³ See Coleman Jules L. (1980) *Efficiency, Utility and Wealth Maximization*. 8 Hofstra L.Rev. 509.

⁶⁴ See among others, Drahos, Peter (1996) A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY. Aldershot: Dartmouth, at 41-72, May, Christopher (2000) A GLOBAL POLITICAL ECONOMY OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS – A NEW ENCLOSURE? London: Routledge. Bethell Tom (1998) THE NOBLEST TRIUMPH –PROPERTY AND PROSPERITY THROUGH THE AGES. Basingtocke etc: Macmillan : 259-271. See also Boyle, James (1996). *Shamans, Software, and Spleens- Law and the Construction of the Information Society*. Cambridge MA: Harvard University Press. at 56-58. Oddi, A. Samuel. (1996). *TRIPs – Natural Rights and a “Polite Form of Economic Imperialism?”* 29 VAND. J. OF TRANSNAT’L LAW. 425. 一方、自然権を肯定する議論は以下でなされている。Gordon Wendy J. (1993), *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 Yale L.J. 1533, Yen Alfred C. (1990), *Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession*, 51 Ohio St. L.J. 517.; Cherensky

も、それを特定することができる人間の理性が存在するということに対する信憑性」に基づいて構築されている⁶⁵。自然権理論に基づく Locke の財産権理論を Descartes による人間の理性の主張に結びつけることにより、この自然権理論の基礎が築かれるのである。

特許の議論に財産権のレトリックを採用することによって、財産権についての Locke の自然法理論を特許理論と結びつけることが可能になる。財産権に関して、Locke は、その労働と以前は所有されていなかった物にその労働を混合した者が原始的な所有者となり、その場合、労働を物に混合する行為が物に対する所有権を確立する、と主張している⁶⁶。したがって、世の中に貢献した労働者が物に対する財産権で報いられるのは、正当な功績という思想に基づいているのである。Locke の理論は、人は、自己の身体を占有し支配しているので、その身体を所有しているという考え方を前提としている。精神は、人の体の延長であることから、人はその精神を所有しているのである。必然的に、考える人は、そのアイデアについて自然権としての財産権を持っていることになる。つまり、人は、自己の身体を所有する自然権を有するのと同様に、自己のアイデアを所有する自然権を持っているのである。社会はこの権利を承認し、泥棒に対して制裁を科すのと同じように、かかる財産権を侵害する者に対し制裁を科す制度を構築しなければならない。この論理に従えば、考える者に対して自然権として与えられる財産権は、社会が人工的に作ったものではなく、自然権である、ということになる。

Stanislas de Boufflers は、他の全ての財産権は慣習的なものに過ぎないのに対し、知的財産権は「一義的な財産権」である、と主張するまでに至っ

Steven(1993), *Comment, A Penny for Their Thoughts: Employee-Inventors, Preinvention Assignment Agreements, Property, and Personhood*, 81 Cal. L. Rev. 595.

⁶⁵ See Drahos, Peter (1996) *supra* note 64 at 25.

⁶⁶ See Locke John (1690) THE SECOND TREATISE OF GOVERNMENT. Republished 1952 NY:Forum Books, Liberal Arts Press at 16-30.

た⁶⁷。1791年のフランス国民議会は彼の主張を採用し、発明者の財産権を人権の一つであると宣言した⁶⁸。同様に、英国においても1820年代に、J.R. McCulloch は、特許改革の際にこの立場を主張し、「この世のなかで人間の排他的財産権と呼ぶことができるものがあるとすれば、それは、その誕生をある人の精神において形成された組み合わせに完全に負っており、その人の才覚がなければこの世に存在しなかったもの以外にありえない」と述べている⁶⁹。自然権的財産権理論は、発明者は、生来的にその発明に対する財産権を有しているという前提に基づくものである。ゆえに、特許権は、発明者の自然権であるということになる。Marcel Plaisant は、1949年にこの考え方を採用したうえで、以下のように記している。「...発明者の権利は、著作者の権利と同様に、他の何にもまして私的な権利である...発明者や産業の分野における創造者一般に認められる権利を理論的に正当化する主たる理由は、正義を促進する最善の方法で、人間の拡大のために最も寛大に必要なものを提供することが法の任務であるという原則にある、と我々は確信している」⁷⁰。

Locke の記述はもともとは知的財産権を念頭に置いたものではなく、有用物に対する財産権を論じているに過ぎない、という見方があるにも拘わらず⁷¹、Locke 流の財産権理論は、1769年の英国の著作権事件である *Millar*

対 *Taylor* 事件⁷²において知的財産権の文脈で引用されている。同事件において裁判官は、Grotius や Pufendorf などの自然権論者とともに、Locke を引用している⁷³。*Millar* 対 *Taylor* 事件および *Donaldson* 対 *Becket* 事件⁷⁴でロンドンの書籍業者の代理人をつとめた William Blackstone は、著作権を議論する際に、*Commentaries on the Laws of England* の中で、コモン・ロー上の権利は永続するということを論証するために、かかる権利は「原始的に存在する自然権」の問題であるという理由付けをなしている⁷⁵。

しかしながら、何故社会が財産権制度を持つ必要があるのか、または、何故社会は人間の自然権を認める必要があるのかということを説明しえない限り、特許権の自然権的財産権論は論理必然的に自壊することになる。この点に関する自然権理論の説明は、それが神の掟であり自然法なのだというものである⁷⁶。自然法が存在するという、換言すれば、神によって与えられた法があるということを前提として、Locke の自然権理論は、勤勉な者に対しコモンズを与えるという神の掟があると説明し、労働に基づく報酬理論が導かれたのである⁷⁷。そうだとすると、人間は神の掟に従わなければならないから財産権制度が作られた、ということになる。これは、別の場所では、「正義の財産権」⁷⁸として説明されるものであり、そのようにして、財産権(property)の観念に道義(propriety)的な意味が持ち込まれるのである。これにより、ある人が創造したものに対して財産権を認めることは正義に適合している、という社会的意味が生み出される。こうした論法は、Locke の神の掟への飛躍に見られたように、一種の特権がある特定の目的のために与えられたに過ぎない、という考え方よりも倫理的に

⁶⁷ See also opinion of Stanislas de Bouffler adopted for French Patent Statute, in *Dictionnaire de L'conomie Politique* (Dictionary of Political Economics) Tome Premier, Bruxelles etc. :Meline, Cans et Compagnie, Libraires-Editeurs, at 233.

⁶⁸ Id. at 252.

⁶⁹ Quoted in Dutton, Harry (1984) *THE PATENT SYSTEM AND INVENTIVE ACTIVITY DURING THE INDUSTRIAL REVOLUTION 1750-1852*, Manchester University Press, at 17- 18.

⁷⁰ See also Plaisant Marcel, (1949) *Traite de droit conventionnel International concernant la propriete industrielle*. Sirey Paris: MCMXLIX at 4. Translation by the author.

⁷¹ See Bettig, Ronald V. (1996) *COPYRIGHTING CULTURE - THE POLITICAL ECONOMY OF INTELLECTUAL PROPERTY* Boulder Colorado etc: Westview Press, at 19-22, Drahos, Peter (1996) *supra* note 64 at 47.

⁷² 98 Eng. Rep. 201 (K.B. 1769). Quoted in Drahos, Peter (1996) *supra* note 64 at 25-28.

⁷³ See Buckle Stephen (1991) *supra* note 14.

⁷⁴ 98 Eng. Rep. 257 (H.L. 1774) (appeal taken from Eng.). Quoted in Drahos, Peter (1996) *supra* note 64 at 25-28.

⁷⁵ Blackstone, William (1766) *Commentaries on Laws of England*, Vol2, 2-11, Reprinted IN: *PERSPECTIVES ON PROPERTY L.* at 37-44.

⁷⁶ See Locke (1690) *supra* note 66.

⁷⁷ Id. at Book II, 6.

⁷⁸ Id. at Book II, 46.

優れたもののように受け取られる。ゆえに、自然権による正当化は、かかる権利を付与することに対する正当化を必要とする。「正義の財産権」を持ち出すだけではなお不足があり、さらなる資格付けが必要となるのである。

TRIPS 協定に関する文脈において、Oddi⁷⁹は、自然権という倫理に基づいた論法が、多角的協定が視野に入れている主要な原則の基礎を形成している、と主張する。TRIPS 協定以前の国際条約は、加盟国に対し内国民待遇を義務づけるに止まっており、発明者が発明に対して有する普遍的な自然権に基づくものでも、一人の権利者に世界中の権利を集中させることを要求するものでもなかった⁸⁰。しかし、本当に人が発明について自然権をもっているのであれば、同一の創造物に対し国毎に取り扱いが異なるという事態は公正に反するということになるだろう。TRIPS 協定は、全ての加盟国に対し最低限の保護の水準を等しく要求するという単純な方策によって、この問題に対処したのである。Oddiによれば、これを正当化するには、自然権を持ち出さざるを得ないということになる。

いまでもときおり、自然権による正当化は、知的財産権制度に対する財産権主義的な考え方の本質的な基礎をなすものとして語られたり、**知的財産権の対象を個別的に拡大する際に、それを財産権主義的な哲学に基づいて正当化するものとして論じられることがある**。たとえば、アメリカ合衆国連邦最高裁判所は、ようやく1984年になって、営業秘密にかかる権利に関する判決において、実際に Locke の著作を引用し、「労働および発明」による無形の生産物は、合衆国憲法修正第 5 条による保護が与えられる「財産」に当たりうる旨、判示した⁸¹。しかし、自然権理論は、そのままの

⁷⁹ Oddi (1996), *supra* note 64.

⁸⁰ Paris Convention For The Protection Of Industrial Property Of March 20, 1883, As Revised.

⁸¹ Ruckelshaus v. Monsanto Co., 467 U.S. 986, 1002-03 (1984) See for the discussion of this case, Samuelson Pamela (1988) *Information As Property: Do Ruckelshaus And Carpenter Signal A Changing Direction In Intellectual Property Law?* 38 Cath. U.L.

形では、特許法に妥当するものにはなりえない⁸²。歴史的には、自然権の論法は、特許ではなく作者の権利に集中して用いられている⁸³。特許権は、その起源からして、特権という名の下に、特別の経済的および政策的関心に従って設けられた、存続期間が限られた人工的な設計物である、と考えられてきた。こうした相異が存在する理由の一つは、発明は隠されていたものを発見するものであると考えられていたのに対して、文学的著作物は創作されるものと信じられていたことによるのである。しかし、いかなる作者も無から創造するわけではないのだから、この説明は正鵠を射るものではない。発明家が過去の知識のコモンズを用いて発明をなすのと同様に、著作者も知識のコモンズ、しかも最も共有されている知識 - 言語を道具に用いて、著作物を「創造」しているのである⁸⁴。ところが、歴史的な議論は、特許制度は、その歴史の初期の段階から特別の目的をもった人工的な設計物であり、特許という権利は、法律によって容易に形を整えられ、制限され、究極的には消滅させられることもある特権である、と考えられてきたことを示している⁸⁵。したがって、特許制度の本質は、**基本**

Rev.365. See also Gordon Wendy J. (1993) *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*. 102 Yale L.J. 1533.

⁸² See Drahos, Peter (1996) *supra* note 64 at 32-33.

⁸³ See MacLeod Christine (1988) *INVENTING THE INDUSTRIAL REVOLUTION - THE ENGLISH PATENT SYSTEM 1660-1800*. Cambridge etc; Cambridge University Press: See Walterschied, Edward.C. (1997). *To Promote The Progress Of Useful Arts: American Patent Law And administration 1787-1836* (Part 1) 79 JPTOS 61. Walterschied, Edward.C. (1998). *To Promote The Progress Of Useful Arts: American Patent Law and Administration 1787-1836* (Part 2) 80 JPTOS 11. See Penrose, E.T. (1951). *THE ECONOMICS OF THE INTERNATIONAL PATENT SYSTEM*. Baltimore: The Johns Hopkins Press. In France, see Plaisant Marcel, (1949) *Traite de droit conventionnel International concernant la propriete industrielle*. Sirey Paris: MCMXLIX. See also, Drahos, Peter (1996) *supra* note 64 at 29.

⁸⁴ この議論の詳細については、see Boyle, James (1996) note 64. See also Aoki, Keith (1998) *Neocolonialism, Anticommons Property, And Biopiracy In The (Not-So-Brave) New World Order Of International Intellectual Property Protection*. 6 IND. J. GLOBAL LEG. STUD. 11 FALL.

⁸⁵ See Drahos, Peter (1996) *supra* note 64 at 32.

的に道具主義的なものである。自然権理論が、特許制度の本質をして財産権の制度であると再定義するために用いられ始めたのは、ごく最近のことに過ぎないのである。

3.2 労働または便益に対する報酬としての知的財産権

自然権と財産権に基づく報酬理論は、インセンティブに基づく報酬理論とは、報酬の本質が財産権であり、その行使に所定の義務が随伴することを条件として与えられる特権や特別の権利という形式をとるものではないと主張する点で、区別される。報酬理論のなかでも、これが労働に対する報酬なのか、発明により社会が享受する便益に対する報酬なのかという点に関して、若干、類型を異にするものがある。特許に関する財産権理論に基づく報酬理論による説明は、財産権に自然権が存在するというをその正当化の前提としている。すでに述べたように、**権利の性質としては財産権という性格を有するのであるが、他方で、発明者に対する報酬という機能も持っているのである。**

Locke の財産権理論によれば、労働および労働の成果を所有する者は、財産権という報酬を受けるべきであるということになる。これを具体的に知識に当てはめると、報酬なしには、人は労働という努力を行わなくなる、と論じられている。先に俯瞰したように、Locke は、second Treatise of Government において、労働に基づく財産権に関する報酬理論を展開した⁸⁶。同様に、Jeremy Bentham も、模倣者からの保護は、報酬がなければ発明者は「種を蒔く労を厭うようになる」ために必要とされるものであり、その点、特許は、「最も自然であり」、費用が「掛からない」ので「最も負担が少ない」ものであるから、この問題を解決する最善の方策であると主張した、として引用される⁸⁷。

⁸⁶ See Locke (1690), *supra* note 64 at 16-30.

⁸⁷ Quoted in Steven Cheung (1986) *Property Rights and Invention*. 8 Research in Law and Economics 5 at 5-6.

現代の報酬理論は、人間の労働についての自然権による正当化にその哲学的な基礎をおいている。特許制度が必要とされるのは、それが労働に報いるものとして正義に適っており、この正当な報酬は社会に便益を与えるものであり⁸⁸、また、特許は発明から社会が受けた便益に対して社会が支払う報酬だからである、と説明されている。発明は、費用と社会なしには生み出されることはない。報酬理論は、発明者の労働の果実から社会が便益を受けるのであるから、社会は、お返しに、報酬を与えることによって発明者に報いるべきである、と説明する。

しかし、労働は、財産権を正当化するものとして、それほど説得力があるものとは考えられていない。労働の他にも、所有、占有、意思または同意が挙げられている以上、労働は財産権制度の単独の正当化事由として決定的なものとしてされているわけではないのである⁸⁹。論者によっては、財産権制度にとって必要とされる条件を重要ではないとして無視することもあるが、他方で、Locke 的但書きに含まれている共同体というビジョンは、Locke の理論における真の強みであると主張する者もいる。Gordon は、Locke 的但書きの「功績」的な要素を、自然権理論に基づいたうえで、創作者の権利ではなく、利用者や公衆の権利を強調するものとして理解することが可能であり、ゆえに未だに有益な理論である旨を提唱する⁹⁰。他方で、Locke を知的財産権に導入しようとする現在の動向に対しては、誤解を招きかねないものとして批判する論者⁹¹が少なくとも一人いる。Drahos⁹² は、極めて正当にも、Locke の理論の重要性は、労働による財産権の正当化にあるわけではないと主張している。Locke の理論は、財産権理論の基礎としての労働の不確定性を指摘するものである、というのである⁹³。特

⁸⁸ See arguments in E.T. (1951). *Supra* note 1. and Machlup Fritz and Penrose Edith (1950) *supra* note 28.

⁸⁹ See generally, Ellickson, Rose and Ackerman (1995), *supra* note 40.

⁹⁰ Gordon, Wendy J. (1993), *supra* note 81.

⁹¹ See Bettig, (1996), *supra* note 71 at 19-22.

⁹² See Drahos, Peter (1996). *Supra* note 64 at 41-72.

⁹³ Id at 68.

許制度に適用しようとする場合、最初の十分条件は興味深いものである。なるほど知識は、新たな知識が作られる以前は、その性質上、非競合的な状態で豊富に存在するものであるが、それだけでは十分ではない。特許制度は、一方でインセンティブの問題に答えるものであるが、それと同時に、公衆に利用可能なものとして残される知識なしには、知識の創造もなされなくなるといふ事実も考慮に入れなければならない。第二の但書きは、腐敗の防止と効用の最大化である。これは、共有地の悲劇としてしばしば説明されるものである⁹⁴。しかしながら、これは、知識が窮する事態とは正反対の話でしかない⁹⁵。

さらに、財産権の報酬理論が、発明者が市場を通じてその労働の費用を回収しようとするために財産権が与えられなければならないと主張する以上は、他の手段に比した場合の財産権という手段の効率性を説明しなければならないはずである。しかしながら、自然権論は、単に、発明に関する実体的な財産権として認められなければならない自然権が存在する、と論じるに止まる。効率的なものとなりうるためには、補助金その他の形式の報酬などの他の手段は、同程度に効率的とはいえないということが示されなければならない。ゆえに、報酬理論に対する経済学的な批判は、主としてこの報酬が実際に効率的なのか、良いのか悪いのかということに向けられている。Yoram Bazel⁹⁶は、報酬は、しばしば特許制度に対し非効率な結果をもたらすことがあり、そのなかでもレント・シーキングは特許の「報酬」的側面によってもたらされる最悪の非効率性の一つであると指摘する。

⁹⁴ See Hardin (1968), *supra* note 62.

⁹⁵ See Heller Michael A. and Eisenberg, Rebecca. S. (1998). *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*. SCIENCE 280, 641-788, and Heller Michael A. (1998) *The Tragedy Of The Anticommons: Property In The Transition From Marx To Markets* 111 HARV. L. REV. 621.

⁹⁶ Yoram Barzel. (1968) *Optimal Timing of Innovations* 50 REVIEW OF ECONOMICS AND STATISTICS 348, See also, Kitch, Edmund W. (1977). *The Nature and Function of The Patent System*. 20 JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 265.