

インターネットと欧州における 知的財産法・競争法間の相互作用の再構築 (1)

Tuomas MYLLY¹

田村 善之・青柳 由香(訳)

はじめに

本稿では、インターネットおよび情報社会の進展が、競争法に対する重大な挑戦を意味するということを検討する。そのような情報社会の進展は、個別の原則やルールだけではなく、より重大なことに、それらの原則やルールと民主主義的および立憲的な価値との関係の再評価へと通じる。というのは、情報社会において、競争プロセスの核心はインターネットを中心に構築されたコミュニケーション構造に埋め込まれているからである。しかし、競争法と民主主義という言葉が同じ一つの文章に用いられるということとなると、読者は礼儀正しく微笑みつつも心の中では次のように考えるだろう：筆者は実に経験不足、あるいは——面白おかしく言えば——頭がおかしいのだろう、と。それは、少なくとも米国と欧州の反トラスト/競争法の議論から民主主義的価値といった、「ポピュリスト的」で効率に関連しない目的を一掃したシカゴ学派の成功によるものである。米国の反トラストに関する議論では、基本権、集合的善、民主主義的価値に関する論点は、Frischmann らが展開したインフラストラクチャー理論にみられる

¹ Senior Lecturer, University of Turku, Faculty of Law (Finland). Email: tuomyl@utu.fi.

本稿は、より広範な研究プロジェクトおよび近刊のIntellectual Property and European Economic Constitutional Law: The Trouble with Private Informational Power (IPR University Center, Helsinki 2009) に基づくものである。

ように、マイクロ経済学の言葉を用いた学問的な反トラストの議論にこっそりと持ち込まれなければならないのである²。欧州でも、競争法一般そして特に支配的地位の濫用の禁止 (EU 機能条約102条、旧 EC 条約82条) の解釈は、軌跡も異なり、横一線というわけでもないが、類似の在り方を示している。EU 機能条約102条の要件が効果に基づいた構成となっているのは、マイクロ経済学の効率性モデルに明示的または黙示的に基づいているためであるようだ。これは、知的財産権との関係にも当てはまる。欧州においても、経済分析——あるいは少なくとも「穏健な経済学³」や「より経済学的なアプローチ⁴」は、関連分野の研究にとって規範になりつつある。それゆえ、欧州委員会を含めた多くの人々は、欧州において、形式に基づくオールド自由主義競争法から効率性に基づくマイクロ経済学分析へのパラダイムの転換がなされたのは、避けられないものだと考えているのである⁵。

筆者はそのようなイデオロギー上の一元論を問題視し、民主主義的価値を欧州競争法の適用、特に支配的地位の濫用規制に組み入れることが可能かどうかを検討する。情報社会のプロセスは、知的財産に基づく経済力が次第に社会的・政治的側面を有しつつあることを示唆している。というのは、インターネットに基づく生活世界の公的領域における技術的アーキテクチャーもまた、競争の構造だからである。より一般的には、知的財産制度はコミュニケーションの基礎となる技術に関するパワーと個別の表現との両者を規制し、競争法は知的財産に基づく過剰なパワーに対する潜在的な制限として機能するのであるから、知的財産と民主主義および立憲主義との関係についての議論が競争法—知的財産の交錯分野にまで及んで

² Frischmann (2005); Frischmann & Waller (2008); Waller (2008) and Frischmann & Lemley (2007), all *passim*.

³ See, for example, Kallaugh & Sher (2004), p. 274 and Drexel (2004), *passim*.

⁴ See Drexel (2007) and (2008), both *passim*.

⁵ See Commission “Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings” (2009). それに先立つものに “Discussion Paper on the Application of the Prohibition on the Abuses of a Dominant Position to Exclusionary Abuses”, both available from http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_en.htm.

いないのはいくぶん驚きでもある。ここで提案する民主的および立憲主義的価値に基づく知的財産法と競争法の憲法化は、富の最大化や他の主流派の競争法の目的が排斥されるべきだというものではない。しかしながら、これらに関する検討は、民主主義理論のレベルに反響する質問によって補完されるべきである。またこの提案は、基本権に関連する排他権の例外や制限を検閲するスリーステップテストや、非経済的考慮を排することによる競争法適用の浄化といった形をとって、現在進行形で、外的規範の影響からこれらの法律が囲い込まれているということに照らして検討されるべきである。したがって、囲い込みがすでに新自由主義的精神に基づく新しいタイプの憲法化を示しているのであるから、これらの法分野が憲法化されるべきかどうかは問題ではない。問題は、民主主義と権利に関する立憲主義がそのような展開に対するカウンター・バランスあるいは選択肢となるかどうかである。

本稿は、民主主義の概念について、そして、知的財産権に関係する競争法を民主主義化することに内在する問題について議論することからはじめる。民主主義は本質的に論争がある概念である。Jeremy Waldron がいうように、そのまさに核心について合意も確定もなされていない⁶。したがって、「民主主義」という単一の概念はないのであって、様々な種類、概念と対立する理論が存在し、最終的な解決は決して存在しないのである。それゆえ理想的な知的財産保護も多様であり、それは以下の表が示すとおりである⁷。

⁶ Waldron (2002), p. 148–153. See also Benkler (2003), p. 180 (「民主主義は多くの概念を伴うものである」).

⁷ Habermas が展開した対話的民主主義、そしてこれに対立する立場でリベラル民主主義や共和的民主主義と呼ばれるものを紹介する簡潔な文献に、see Habermas (1996). 対話的民主主義の特徴について、see also, e.g., Benhabib (1996), *passim*.

民主主義モデル:	リベラルな民主主義	共和主義的民主主義	対話民主主義	民主主義的文化等 ⁸
危機:	政府の介入による市場の自由と資本主義的動態性の崩壊。	経済的または政治的力の集中または濫用を通じた、公的対話と民主主義的ガバナンスの崩壊。	行政と経済による生活世界の公的・私的領域の崩壊。社会における価値多元主義から生ずるフラストレーション。	自己実現の可能性、政治的対話外からの影響、グループとアイデンティティの構造的排除から生じるフラストレーション。
保護の主たる対象:	形式的な自由、強力で明確な財産権、誠実な取引、国家制度に基づく市場制度。	公的な政治的対話の、経済及び過剰行政からの保護。	生活世界についての公的・私的領域における行為のコミュニケーション的性質の保護、価値の多様性。	個人の自己実現・参加・批判の可能性、ヘゲモニー的な対話と構造についての議論の保護。
見込まれる知的財産権に対するアプローチ:	強く、明確な知的財産権で市場のリソースを最適配分。	知的財産権は民主主義において生産的かつ構造的機能を有する。強固過ぎる場合には、公的議論や政治的スピーチを制限しうる。	知的財産権は生活世界の公的私的領域を植民地化し、正当性を有する法律に必要なコミュニケーション・プロセスを制限しうる。	知的財産は文化に対する大衆的な参加を促進するという目的にかなうべきで、抗議やメディアのイベントを制限するべきではない。公的領域における議論を可能にすべき。

⁸ 民主主義的文化は、強靱な民主主義、参加的民主主義や革新的民主主義に近いが、これとは異なるものである。強靱な民主主義に好意的な文献として Barber (2003)、特に技術とインターネットについて同 (2001) (both *passim*)。Mouffé (1996) and (2005) は革新的民主主義を展開した (both *passim*)。Young (1999), at p. 155 もまた、革新的民主主義を支持する論点を整理している。Touraine (1997 [1994]) and Balkin (2004) は民主主義的文化の特徴付けを行った (both *passim*)。As well as Benkler (2006), p. 273-473 and also *passim*。

司法実務や法理論に容易に持ち込みうるような、代替的な民主主義モデルを期待するのは考えが甘いかもしれない。知的財産制度およびその競争法との交錯は、ほぼ例外なく、およそリベラルな民主主義理論の文脈において分析されている。たとえば、法と経済学の文献はこのモデルに基づいている。また、欧州競争法や民事法を形成するにあたり一般的に影響力を有していたオールド自由主義のアプローチも、リベラル民主主義理論の一形態とみることができる。したがって、他の民主主義モデルは、優勢なアプローチの前提を批判し、また代替案を構築するための基礎をもたらしてくれる。知的財産制度および競争法制度の両者はいずれも長きにわたるリベラルな伝統を有しているのであるが、多くの法理論、議論のパターン、そして法的分析の適用はリベラルな理念に基づくものであって、他のモデルに基づく議論のパターンの「アプリケーションの障壁」を形成する。競争法と知的財産法の両パラダイム上のオペレーション・システムはリベラル民主主義の派生形であるので、他のモデルに基づくアプリケーションには単に互換性がないようにみえる。法理論のレベルにおける原理的な批判を機能させるのは、周知のとおり困難で、しばしば非生産的な仕事である。すなわち、ミクロの批判はマクロの正当性を生み出し、それゆえ分析の真に批判的な切れ味を鈍らせてしまいうるということはよく知られていることである。他方で、司法実務、法理論そして一般理論 (*allgemeine Lehren*) に連結することがなかったため、原理的批判は、関連する法律を運用する組織のエリートや、より優勢な研究パラダイムや類似の理念に基づく法的および経済的対話にとつての単なるノイズに止まっている。

ソフトウェア市場におけるアプリケーションの障壁を克服するための戦略として二つが知られている。すなわち、新たなオペレーション・システムとそれに基づくアプリケーションを同時に導入するというトゥー・レベル・エントリー (two-level entry)、そしてリバースおよびフォワード・エンジニアリングによって相互運用性を獲得するという方法である。法的議論において、新たな法的オペレーション・システムとそれに基づくアプリケーションを同時に導入することは革命であり、それは、法律内にみられる既存のあいまいさや制度的可能性を利用しようと試みる本稿の射程外である。それゆえ、残されるのは後者の選択肢である。法律に対してインパクトを持つためには、他の解釈や司法的発展および理論的変更の例や

可能性を同定する目的をもって、法的理論および一般理論のレベルまで進む必要がある。これは、既存の法理のリバース・エンジニアリングや、提案のフォーワード・エンジニアリングによって、システムエラーを回避することを必要とする。非現実的な改革案以上のものにするためには、提案は必要とされる範囲で複数のオペレーション・システムの要求を同時に充足せねばならない。

これは、とりわけ、経済の利益と市民社会の利益は相反するとみられるべきではないことを示唆する。Habermas や Young といった理論家は、民主主義的な理想の観点から、法律は資本主義的動態性を確保し、物質的な福祉 (well-being) を向上させる制度を支持するべきだと理解する⁹。たとえば、既存の情報のうちの強固なパブリックドメインは、商業的な生産に代替することを意図するものではなく、非プロフェSSIONナルの人々が文化的意味を再構築する際に、十分な文化的原材料が残されていることを確保しようとするものである¹⁰。社会的生産からの圧力は、あるビジネスにとっては脅威であり、他のビジネスにとってはチャンスであるように、インターネットに基づく大規模な社会的生産を可能かつ容易にするような政策と、一般的な企業の利益との間には必然的な摩擦というもの存在しないのである¹¹。政府や有力な経済アクターによって民間企業に過剰な制限が課されることがないのであれば、ビジネスに関する研究者は法律家に対して、他者の排除に基づく財産権のロジック——これは唯一可能でかつ産業経済において支配的なもうかるビジネスの基盤である——がないとしても、価値を産出するビジネスモデルを創出し利用するという民間企業の能力について特段の心配をする必要がないと教示するだろう。立法者、司法、学者は、利潤を得られるような経済活動は、この広く普及したロジックに何らかの形で基づかねばならないという前提を共有しているが、じつはこれは、いまだに検討されたことのない前提なのである¹²。関連して、工業化時代に実権を掌握した者が情報化時代の社会経済的な環境を定義

⁹ Habermas (1987), p. 343-344 and (1992), p. 444; Young (1999), p. 157.

¹⁰ See Benkler (2000), p. 577.

¹¹ Benkler (2006), p. 126-127.

¹² See Taalas & Rehn (2007), p. 59-61 and also *passim*.

するという状況を放置しておいてよいのかということも問われなければならない問題であるといえよう。

知的財産法と競争法の民主主義的意義

知的財産権は、情報リソースの使用とコントロールについての基盤的ルールを形成する。両者は単に経済を規制するだけではなく、Habermas 的な生活世界と市民社会にまで、次第にその規制を及ぼしている。知的財産は、人々の行為のパターン、そして個人の自由を制限する¹³。知的財産は、市場と技術の進展に関する複雑なプロセスにおいて、情動的・技術的パワーを有する地位につくことを可能とし、またこれを変容させる。生活世界の相互作用は、前近代社会においてのみ直接の人々間の関係に基づくものであったと性格付けられる。現代社会では、コミュニケーション的なやり取りは、文化的、象徴的、技術的に間接的なものとなっており、それゆえ市民社会のとりとめのない慣行にみられる、間接的な社会的関係が核になっているといえる¹⁴。このような傾向の端的な例はネットワーク化した情報社会において顕著にみられる。というのは、個人およびコミュニティの生きた経験と文化的生活とが、デジタル・ネットワークや商業化したコミュニケーションの形によって媒介されるようになってきているからである。Benkler が指摘するように、我々の情報環境の構造というものは、自律性にとって機能的に重要なだけではなく、我々の自律性の構成要素そのものなのである。なぜならば、世界の状況を知覚し、とりうる行動の選択肢を思いつき、行動と結果とを関連させ、他の結末を評価し、それに従って行動を決定し遂行するという能力は、自己決定に不可欠な条件だからである。

¹³ See Tamura (2009), p. 4-5.

¹⁴ Calhoun (1992b), *passim*. ネットワーク化した情報社会は、生活世界における相互作用の技術的媒介を拡大させ、社会のデジタル化 (*sociodigitisation*) へと至り、情報や人工物だけではなく、社会の組織、相互作用、そして空間をデジタル化してしまった。社会のデジタル化について、Latham & Sassen (2005), p. 16-17.

「行為に先行する意思決定のすべての要素、およびそれ自体がコミュニケーション行動である行為や、有効性の前提条件としてコミュニケーションを必要とする行為は、我々がエージェントとして占めている情報およびコミュニケーションの環境によって構成されているのである。ボトルネックとなるこれらの接合点における失敗やコミュニケーションの失敗を起こす条件、あるいは、情報環境においてゲートキーパーが操作を行う機会をもたらしたりするような条件は、そのような環境における個人の自律性に対する脅威となる。個人から個人への情報の流れをコントロールする情報環境の形や権限の配分は、我々がみてきたとおり、技術、経済行動、社会パターン、制度構造あるいは法律の組み合わせによる偶然の産物である。¹⁵⁾」

オンラインのサービス・プロバイダと同様に、個人の自律性やコミュニケーションの多様性を涵養する情報の構造へのアクセスの提供において、情報構造へのアクセスに用いられる検索エンジンやソフトウェアのメーカーは、事前構造、フィルターの内容、選択肢の在り方を選ぶことができ、ひいては、多様化した競争の存在を選ぶことができるのである¹⁶⁾。技術やビジネスの多様性、あるいは技術間の相互運用性によって可能になったネット文化が自律の可能性を生み出してくれたのに対して、このような環境における相互運用性の低減は、コミュニケーションの選択肢が減ずることを意味する¹⁷⁾。

情報社会に向かうという社会変化において、技術的デザインが行動の規制者としての前例のない役割を負っているということは、一部の研究者集団においてはすでに当たり前になりつつある¹⁸⁾。しかしながら、これまでは、私的な技術規制によって生じる問題に対しては、一般的に、工業化時代における中核的な概念である契約の自由や強固な財産所有の形態による対応が図られてきた。しかし、いまやコードが規制するのである。技術

的デザインは財産権を弱めたり強めたりするだろうし、契約の必要性をなくしうるかもしれないし、技術的排除をより困難にあるいは容易にするだろう。しかし、そうはいつでも、コードに力を付与したり力を奪い去ったり、そしてそのコードに基づく行為を認めたり禁止したりするという、複数の伝統的な法律の多重効果がより重視されるべきである。特に、知的財産法と競争法は、コード、技術的環境、情報的パワーについての公的規制に直接関わる主たるものである。両者は、コードを保護しその創造者がエンフォースすることができるような権利をもたらす、コードを用いたりこれを試験およびリバース・エンジニアリングし、相互運用性や技術的な環境の開放性の決定に参加するという他者の（基本的な）権利を規制する憲法的な側面を有しており、また競争法を通じて、規制者として（支配的な）コードに対する司法審査を行いうるのである¹⁹⁾。また両者は、コミュニケーションに内在する権力の形、選択性、排除といった「ゲームのルール」の構築に関与するのである²⁰⁾。それゆえ特に、財産権法、契約法、および競争法の状況が、技術的環境についての民主主義的基調の決定に必然的に関与するのである。

中央集権的な調整、すなわち問題とされる技術の官僚的あるいはヒエラルキー的構造の可能性だけでなく、これらの法律もまた、利用可能な技術的選択肢の多様性、イノベーションの範囲、オープンソース・ソフトウェアの生存可能性、そして非営利的な動機による協力や技術的なデザインの過程における市民社会の活発な参加に対して、決定的ではないにしても、一般的に影響を与えるのである。技術に関する特許権の存在と射程、技術について実験やリバース・エンジニアリングを行うという他者の自由、技術的デザインの透明性と開放性、アクセスと使用に関する権利とこれらを制限する契約条項の拘束・非拘束的な性質、支配的技術の所有者の積極的・消極的義務といったものは、技術的デザインに内在的な特徴でもない

¹⁵⁾ Benkler (2006), p. 146-147.

¹⁶⁾ Vesting (2004), p. 666-667 and Benkler (2006), p. 147-149.

¹⁷⁾ See also Vesting (2004), p. 667 (ネットワーク標準の文脈において).

¹⁸⁾ この点に関して特に言及を要するのが、Lawrence Lessigの論稿とベストセラーである。See, e.g., Lessig (1999a), (1999b) and (2004).

¹⁹⁾ 伝統的な権利に関する立憲主義の反応を排除するものではない。

²⁰⁾ Karppinenは「現実的な疑問は、将来のパワーや規制、排除の形式があるだろうかということではなく、これらがどのような形式をとるべきか、これらがどのような価値に基づくべきか、そしてどのようにしてそのような決定に至るべきかである」と述べる。Karppinen (2007), p. 505.

し、単に社会における技術の利用に依存するものでもなく、本質的には法的デザインによって構成されているのである。

以上は、よく知られた二つの例をもって明確化できる。第一は、Windows と Linux という PC 用 OS である。両者の技術的なパフォーマンスや性質は異なるが、それは両者の違いの中核ではなく（もっともまさにそれが中核なのだという人も多いのかもしれないが）、コードに対する著作権の保有状況が中央集権的なものであるのか、分散的なものであるのか、その結果、コードに依存するすべての活動に対するコントロールが中央集権的なものであるのか、分散的なものであるのか、コードの基礎となる発明に関する特許の取得に積極的であるか、それとも皆無に近いのか、他者による開発に対するライセンス方針が管理志向なのか、自由志向なのか、ソースコードを秘匿しているのか、それとも公開しているのか、その結果、他者に影響を与えるデザイン選択が秘匿されているのか、それとも公開されているのかといった事情により影響を受ける開発過程にこそ両者の違いの中核がある²¹。コンピューターのコードではなく、関連する社会的規範や慣行を伴った法的コードこそが、Linux OS の民主主義的な性質、そして Microsoft OS のあまり民主主義的ではない性質の最たる本質的特徴なのである。Linux モデルは、Microsoft の中央集権的コントロールモデルによって可能となった濫用のほとんどを単に許さないのである²²。オープンソースもまた、インターネット・アプリケーションの基盤的アーキテクチャを

²¹ See also *Weber* (2005), p. 192.

²² See also *Lessig* (2001), p. 68. また、リナックス・モデルは買収、事業撤退への追い込み、人材の奪取、あるいは裁判にかかり切りにさせるといった攻撃的行為に対抗しうる。Werber は、これはすべてオープンソース・ソフトウェア・コミュニティの非ヒエラルキー的な分散構造ゆえであると指摘する。*Weber* (2005), p. 209. しかし、Microsoft 事件で明らかのように、支配的事業者は、自らの市場における地位を梃子にして、オープンソース・ソフトウェアが占めている隣接市場に影響を与え、支配的な OS との相互運用性をコントロールすることによってオープンソース・ソフトウェアの成功を制限しようとするかもしれない。Case T-201/04, *Microsoft Corp. v. Commission*, [2007] ECR II-3601; Commission's Decision Case COMP/C-3/37, 792 *Microsoft*.

コントロールすることに関する民間企業と政府の両者の能力を制限する²³。オープンソース・プロジェクトは、ヒエラルキーやパワーの台頭から自由ではないのではあるが、Weber が指摘するように、Linus Torvalds のようなリーダーによるヒエラルキー、パワー、決定は、一般に、懐疑的で独立心を有する参加者にすら受け入れられるに違いあるまい²⁴。

技術、技術標準および技術的軌跡を編み出すことは、一義的には自己組織化、自主規制、自主変更の領域にあって、そこでは民間企業、標準機関、標準化コンソーシアムの形をとってネットワーク化された企業、オープンソース開発コミュニティ、そして公益団体のような、多様な知識のプールを代表する複数の非国家アクターが関与する。政府がとりうる方法は、この自主規制の二次的なレベルにおける規制²⁵、公共調達、公的標準化および公的資金供与においてより民主主義的な方法を優先するというものである。重要なのは、政府措置は他の選択肢の存在を確保し、我々の情報環境、そしてひいては中央の権限から自由に周囲の世界を経験し認識するという我々の能力にとって不可欠な市場において、コミュニケーションの多様性を確保することを模索すべきだということである。PC 用 OS のような支配的なインフラ技術が、その所有者のみの私的利益の最大化という合理性に基盤を置いている場合、開発とオペレーションの過程において生じる社会的帰結は、民主主義的な観点からは問題があるものになりがちである²⁶。そのような状況において、法律は必要な範囲で、規制レジームに民主主義的な価値を持ち込まなければならない。そのような価値には、基本権、とりわけ、不適切な社会的および政治的効果を有する経済力のコントロールというそれ自体価値ある作業、市場および市場アクターの多様性

²³ *Castells* (2001), p. 183.

²⁴ *Weber* (2005), p. 193-200. また、フリー・ソフトウェアやオープンソース・ムーブメント、オープンソース・ライセンスについては、*Benkler* (2006), p. 63-67 and *Välimäki* (2005), *passim*.

²⁵ See *Vesting* (2004), p. 657-660 (相互運用性の標準の文脈において).

²⁶ *Kesan & Shah* は、企業、大学、コンソーシアム等の、コードが形成・交渉される様々な制度的背景を構造解析している。その結果は、予想どおり企業は利潤を生みださない社会的価値をコードに組み込むことを嫌がってきたということを確認するものとなった。*Kesan & Shah* (2004), *passim*.

と自由、そして個人の自律性や基本権と関連する集団的善の実現に影響のあるコミュニケーションの多様性が含まれる。意思決定におけるこれらの価値の統合を可能ならしめる法律として、特に知的財産法および競争法が挙げられる。

他の例として、インターネットにみられるエンド・トゥー・エンドというデザインの原則は、可能であればいかなる場合にも、コミュニケーションのプロトコルの運用は、コミュニケーション・システムの最終地点、あるいはコントロールされるリソースに可能な限り近くでなされると定義されるべきであるということを示唆している。特に、TCP/IP プロトコルという中核的なインターネット標準を通じて実施されているデザインの原則は、インフラの提供者がエンド・ユーザーを区別する能力を制限し、インフラのコモンズを保護しているのである。つまり、ネットワークは、特定のクラスのエンド利用やエンド・ユーザーを差別することができず、それゆえ中央権力のコントロールを受けない最終地点における創造性やイノベーションが可能になるのである²⁷。それゆえ、このようにネットワークが愚鈍であるがために中央当局が不在であるという状態が実現しており、このことは、試験、イノベーション、そして様々な経済活動が自由であるということの意味するのである。TCP/IP プロトコルの民主主義的な質は、民主主義的理想の追求というよりは歴史的な事故に由来するものであるが²⁸、インターネットにおけるエンド・トゥー・エンドというデザインの原則の実施は、民主主義的文化的理想を前進させるとみることができる²⁹。エンド・トゥー・エンドの原則およびTCP/IP プロトコルがそのような民主主義的重要性を有することは疑いない³⁰。

²⁷ See Lemley & Lessig (2001), *passim*; Chen (2005), p. 1364-1368 and Cooper (2003), *passim*. See also Frischmann & Lemley (2007), p. 294-295 (エンド・トゥー・エンドの原則が、機能的には、ネットワークの所有者の財産権に対する制限となることを指摘)。TCP/IP プロトコルにつき、see Froomkin (2003), p. 778-780.

²⁸ See, e.g., Iversen, Vedel & Werle (2004), p. 122.

²⁹ Karppinenは「あらゆるコミュニケーションに内在するパワーと排除の認識は、ある制度や慣行が他のものに比べてより包含的あるいは民主主義的と考えられうることを意味しない」と述べる。Karppinen (2007), at p. 504.

³⁰ たとえば、Cooperは米国法の観点から、「エンド・トゥー・エンドの原則と我々

またここでは関連する法的コードも重要であり、これには、中核的なインターネット標準の非財産的な性質を有しており、それゆえ特許による解決が積極的に回避される傾向があり、標準化過程の参加者に対して強力な知的財産ライセンス義務が課されており、営利企業に加えて非営利組織や市民社会的団体もが関与しているために標準化過程が民主主義的な特徴を帯有しており、標準が開放的かつ透明なものとなっているのかといった事項が含まれる。したがって、関連する法的コードは、パワーの経済的集中によってそのような標準が非民主主義的に捕捉されることが可能とならないことを確保しようとするのである。たとえば標準化プロセスの後半になって特許が主張されることによってそのような捕捉が可能である限りにおいて、標準に関連するプロセスの民主主義的な特徴は、憲法的にみても重要視すべき様相で危険に瀕することになる。このような私的な活動が憲法的なインターネットの技術的原則に対する干渉となりうるということは、知的財産法および競争法の両者の適用において認識されなければならない。憲法的な摩擦が生じるのである。ここにおいては、競争を促進したり、我々の周囲の情報環境へのアクセスについてより多くの選択肢を提供するという、政府のとりうべき対策のオプションとはなりえない。インターネット・コミュニケーションが競合するプロトコルを同時に用いてしまうと、必然的に、コミュニケーションの媒体としてのインターネットの統一性が危険にさらされることになるからである。標準の開放性の促進はまた別の機能も有している。インターネットの核心となる運用原則が私的にコントロールされ、その結果、私的な利益の最大化という目的のために当該運用原則が制御され改変されるという制度に内在する潜在的なリスクを回避するという機能である。

これらの例は、すべての技術が民主主義的価値に対するリスクを伴い、これに応じた規制的コントロールの対象とされるべきだということの意味するわけではない。ほとんどの技術はそうではない。むしろポイントは、コミュニケーションや、生活世界でのやり取り、起業機会、そして大規模な競争を規制することを通じてそのようなリスクを伴う中核的な技術は、

の民主主義の基本的な制度上の原則には、高い対称性がある」と述べる。Cooper (2003), at p. 195.

一般的に他者や社会に対して全く影響がないか、極めて限られた影響しか持たないようなありふれた技術とは区別されるべきだということである。

こうした不可欠な技術の集中的コントロールは、民主主義的理由から問題をはらんでおり、ハイパーエンパワメント (hyperempowerment) の形態としてみられる。それは、共同体主義的に共有されている技術を、個人が所有するか独裁下にある技術に換えるというような動き、あるいは他の制度、人々、または他の技術システムが依拠している技術的システムの操作という形をとるだろう³¹。これらはまた、競争法にいう支配的地位の濫用を構成しうる行為であり、そのような場合には社会的な文脈のなかで評価されなければならない。生活世界に浸透している中核的なコード化されたアーキテクチャーは、法制度や憲法的な議論の外に置き去りにされるべきではない。都市計画のように、そのようなコード化された環境は、商的利益のみに基づくべきではなく、他の価値にも依拠すべきである。生物多様性と同様に、コミュニケーションの多様性はそれ自体が積極的な保護措置を必要とする目的だとみられるべきである。これは技術的アーキテクチャーのデザインを政府が行うことを意味するのではなく、特に、技術的アーキテクチャーをデザインし変更する民間企業の意味決定の限界を画する条件を操作し、そのようなプロセスが進行する場合にはそれに対抗して憲法的価値の下で見直しを図り、そして、様々な法的手段と憲法的な原則を通じてコミュニケーション技術の相互運用性と開放性の促進を実現することを意味する。以下では、そのような立憲主義は伝統的な憲法および知的財産権の領域のみに存するだけでなく、競争法、その法理、一般理論、そして学問的議論へも及ぶべきであることを検討する。

欧州知的財産法の問題と限界

知的財産権の法理を民主主義化し立憲主義化すればそれで足りるとする考え方を否定する理由はどこにもないかもしれない。結局のところ、知的財産権こそ、情報パワーの主たる源泉として、前述したような諸問題を

³¹ See *Sclove* (1995), p. 113-115. また *Rotenberg* は、高い市場シェア自体は、多くの場合、メディアの多元性とは相容れないとする。See also *Rotenberg* (2004), p. 37.

生ぜしめる元凶であるかもしれないからである。実際、競争法ドクトリンの再検討のみでは、十分な応答とまらないのは明らかであるから、欧州知的財産法は民主化され憲法化されるべきである³²。重要なのは、強力な保護によって促進されたそのようなマーケット・パワーや支配は、共同体競争法の射程にないということである。仮に、例外的な場合には競争法が知的財産権によって生じた経済的パワーの行使に対処できるかもしれないとしても、強力な保護によって生じた問題のほとんどは、同法の適用の潜在的な射程の外にある。欧州委員会は、近時の産業財産権に関する戦略において、「欧州は、イノベーションを保護して、グローバルな知識型経済において競争力を有し続けるために、強力な知的財産権を必要としている」と主張している。しかしながら、なんとも逆説的なことに、「産業財産権の強力な保護は、競争ルールを厳格な適用を伴うものでなければならない」と続くのである³³。競争法は、強い権利により生じる社会的問題や情報パワー規制において明らかに内在的な限界を抱えており、くわえて、ネットワーク上の協力、規模の経済、そしてネットワーク効果によって効率性がもたらされると認識されているがために、同時に競争法の適用が緩和されていることに鑑みると、「競争ルールを厳格な適用」というお題目は、強い知的財産権に基づいて構築される制度を単に正当化するものとして機能するに止まるように思われる。それにもかかわらず、以下に述べるように、欧州の知的財産制度は、競争法が知的財産権に対して適用される際に非経済的な考慮をも導入せよというかたちで圧力を加える方向で展開したのである。

欧州委員会が明示的に採用している強力な知的財産権を基調とする政策は、2008年に突如として採用されたものではなく、構造的な財産権主義バイアスを反映した長期にわたるアプローチに基づくものである。スリー

³² See, e.g., *Geiger* (2004), (2006) and (2008) and *Mylly* (2005), *all passim*.

³³ *An Industrial Property Rights Strategy for Europe* (2008), p. 2 and 9. 強固な産業財産権を求める希望を考慮し、欧州委員会はいまだに、やや皮肉なことではあるが、知識の自由移動を「第5の自由移動」と呼んでいる (*ibid.*, at p. 3). また、欧州委員会は「知的創作のためには高水準の著作権保護が不可欠である」と述べる。See also the *Green Paper, Copyright in the Knowledge Economy* (2008), at p. 4.

ステップテストのような頑強な法理であって国際的にも欧州でも用いられる手段は TRIPS 協定と欧州の知的財産関係の措置のいずれにもみられるところであり、欧州の知的財産法におけるバランスのとれた保護や進歩的な提案を実現する際の妨げとなる。米国は、より広範な保護が要求される際には常に引き合いに出される場所である。しかしながら、米国の裁判所は、知的財産権者の権利と公益のバランスをとるために用いることができる、より柔軟なツール、特に *ミスマニース* と *フェアユース* の法理を有していることに留意すべきである³⁴。これは、米国と EU の制定法の条文が同じような文言であったとしても、EU のほうがより広汎な排他性へと至ることを意味している。欧州の裁判所は、通常、知的財産に関する解釈において排他権についての新たな例外を創設したり、排他権の制限に関して柔軟な規範を適用したりすることはないからである。さらに、データベース指令、共同体デザイン規則の導入、および実用新案権による考案の保護を導入したことにより、知的財産の保護を、特許および著作権の保護の要求水準を下回るものにまで及ぼしたため、EU は競争上問題があるスイジェネリスの保護制度における世界的リーダーになったのである。ゆえに、欧州における財産権主義的なトレンドは EU 自身の手によるものということができる。

さらに、一般的なルールとして、欧州の知的財産関連の制度は、商標やデザイン法以外については、経済政策または公共政策上の考慮に基づく強制的な例外を持たない。全く逆に、たとえば、加盟国に許されている著作権の例外や制限は情報社会著作権指令に限定列挙されている³⁵。他方で、欧州レベルでは、排他権は概して広く定義されている。情報社会著作権指

³⁴ 米国知的財産法における「競争促進理論」について、Cotter (2006), *passim*。著作権の *ミスマニース* について、see Cross & Yu (2008), *passim*。

³⁵ Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Article 5。このアプローチに対する批判として、see Heide (2000), *passim*。特に欧州委員会は、(より)強制的な例外や、「著作権の例外の実施に関する、権利者とユーザー間の契約上の取り決めの奨励やガイドライン」といったような他の方策を導入する可能性を検討している。このうち、後者は、法の解釈や市場取引に対して現実的には大きな影響を与えることのない、最も容易な選択肢であろう。Green Paper, *Copyright in the Knowledge Economy* (2008), at p. 5-6。

令 2 条によると、複製権とは「直接または間接的に、一時的または永久的に、あらゆる手段またはあらゆる形状でなされる、全体または一部の複製を許諾または禁止」する排他権とされている³⁶。欧州委員会によれば、「指令を裏付ける基本原則は、権利者に対して高水準の保護を与えることであり、それゆえ、排他権の範囲はとて広く定義されたのである³⁷」という。このため、商標法と意匠法以外では、非常に広範に排他権が定義されるが、欧州レベルでは強制的でハーモナイズされた例外や制限はそれに比して相対的に欠如しているという、欧州の知的財産保護に特有の重大な構造的な問題が存在するのである。これにより欧州レベルの保護は均衡を欠いたものとなっており、例外や制限の背後にある価値や利益は、国内の例外や制限が欧州の立法措置 (たとえば情報社会著作権指令) において限定列挙されている例外の範疇にあるかどうかや、それらが欧州法 (ソフトウェア指令、データベース指令、および情報社会著作権指令) での解釈におけるスリーステップテストが課す基準を充足するかどうかを検討する際に、消極的に考慮されるだけになっている。さらに、その段階ですら、欧州の裁判所がスリーステップテストの適用において WTO パネルの解釈に従うとすると、例外や制限の背後にある公益的要素の実体的な評価はなされず、テストの各要件が形式的に適用されるに止まることになろう。いずれにせよ、このような評価の下では、国内の例外や制限が、それが保護しようとする価値や利益に照らして不十分である、という結論が導かれることはありえそうにない³⁸。

それゆえ、欧州レベルでの役割は、概していえば、EU 全体における強力かつ高水準の保護を確立し、例外や制限の存在や適用を取り締まること

³⁶ 本規定の文言は、欧州司法裁判所が *カシス・ド・ディジョン* 判決と *ケック* 判決を制限せねばならなかった物の自由移動の分野における、有名な *ダッソンビル* 基準を想起させる。この判例法の詳細につき、e.g., Craig & De Búrca (2008), p. 668-720。

³⁷ Green Paper, *Copyright in the Knowledge Economy* (2008), at p. 4。

³⁸ 原則として、共同体指令が実施されると加盟国は EU 基準の保護を充足せねばならない。See, e.g., case 5/88, *Wachauf v. Germany*, [1989] ECR 2609, at paragraph 22。しかし、ECJ による EU の知的財産措置に対する、基本権に基づく司法審査に照らすと (後に詳述)、共同体の知的財産指令を実施する国内措置でこの基準が充足される可能性は非常に低いようである。

なのである。欧州レベルでのそのような知的財産権の保護の規制はゆがんだものとなる。例外や制限の背後にある利益や価値のうち、欧州レベルでは、その一部のみが、共同体裁判所が極めて稀な強制的例外を解釈する際に明示されるに止まる。国内裁判所が、主として、著作権に対する例外や制限の解釈を確定することになるが、用いる例外は情報社会著作権指令において限定列挙されており、WTO および欧州レベルの両者においてスリーステップテストが機能するために、国内裁判所に残された解釈の余地は極めて狭い。このような枠組みの下では、個々の裁判所や判断機関が、他者の自由や集合的善の制限を、特定の解釈や法理に従ってなしたうえで、保護すべき利益と権利者の排他権との関係を適切なものに保つという責任を請け負うことは困難であり、そもそも不可能である。ゆえに、知的財産権法内におけるバランスに関して、欧州レベルに内在的なチェックは存在しない。例外や制限の背後にある基本的権利関連の根拠および経済的根拠は、一般的に言って、ヨーロッパの立法者にとっては関心事ではないのである。

そのような規制は望ましい域内市場の目的を達することができないという事実に加えて、欧州の立法者は水平レベルにおける基本権を保護するという自らの義務を無視しているということが指摘されよう。知的財産法を立法する際、EUの立法者の責務は、個々の権利者が比例性を欠いて他者の基本権を制限することができないこと、あるいは基本権に関連する集合的善の実現を深刻に妨げないことを保障すべきである。もし強力あるいは高水準の保護が排他権によって創設されるのであれば、例外と制限はこれに対応し、基本権に関する価値とその背後にある利益の実現を適正に保障できるものとならなければならない。例外と制限の背後にある基本権に関する利益を保護するという任務を加盟国に委ねていながら、それと同時にその射程と適用を厳格に制約してしまうのであれば、この義務を履践することはおよそ不可能となる。欧州の知的財産権によって形成された情報および市場のパワーは、合意をもって共同体競争法、および各国が決定する例外の適用に委ねられているのである。欧州レベルの排他権は、経済的および情報的なパワーを生み出す一方で、これに対処する能力もその意欲も欠いているのである。欧州では、米国知的財産法のフェアユース、ミスユース、あるいは柔軟性の点においてこれに比肩する他の法理と同様の

比較衡量は、競争法等の他の法制度の役割だと考えられているのである。

欧州と米国との違いとして、特許の強制的ライセンスの可能性が米国にはないことが指摘されている。しかし、実務においては、強制ライセンスが付与されることは、理由の如何を問わず、管見の限り、現在、ほとんどのEU加盟国において極めて稀なこととなっている³⁹。たとえば、フィンランドにおける特許の強制ライセンスに関する判例は1件のみである⁴⁰。ドイツでは、1950年以来最終的な判決において強制ライセンスが認められた事例はない。このような国際的な趨勢に鑑みる場合には、強制ライセンス制度は工業化した国においてはその実務的な意義を失った、との議論もなされている⁴¹。しかしながら、国内および欧州レベルの判例の両者が示すように、競争法は知的財産をライセンスする義務を創設しうる⁴²。それゆえ、特許法下の強制ライセンスが実務上存在しないことは、競争の維持こそが特許権の排他性を制限しうる価値として最高位に置かれているという、社会的価値の機能的ヒエラルキーを反映しているように思われる。もっとも、特許法の強制ライセンス規定に内在する価値は失われてはいない。工業化した国において特許法下でなされる強制ライセンスがないという現状の下では、これらの社会的価値は、未だに事実上の強制ライセンスを実現することが可能である競争法の適用において重要性を有するものとなろう。競争的理由に基づく強制ライセンスを他の原因に比べてより緩やかに扱うTRIPS協定31条(k)は、この結論を強める。たとえば、不実施特許あるいは利用特許という状況は、競争法が許容する限度で、同法の適

³⁹ See, e.g., Koelman (2006), p. 835 (generally); Cornish & Llewelyn (2007), p. 301 (UK); Hilty & Geiger (2005), p. 641 (Germany and France); Beier (1999), p. 259-260 (Germany) and Mylly et al. (2005), *passim* (Finland). 以下の文献でも、イタリアにおける近時の事例の報告はない。Ghidini & Arezzo (2005) and Ghidini (2006), *passim*.

⁴⁰ See Bruun (2001), p.87.

⁴¹ Beier (1999), p. 259-260.

⁴² See, e.g., *Standard-Spundfass*, Decision of 13 July 2004, KZR 40/02 (*Bundesgerichtshof*), translated into English in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 36, issue 6/2005, pp. 741-754 and case T-201/04, *Microsoft Corp. v. Commission*, [2007] ECR II-3601; Commission's Decision COMP/C-3/37.792, およびこれらの事件で言及されている先例。

用の事例として構成することができるだろう⁴³。同様に、他の強制ライセンスの原因もまた競争法の下で争われる可能性も排斥されていない。たとえば、産業セクター全体に対する危機、事業閉鎖や大規模余剰の防止、業務上の安全の向上、一般公衆衛生の促進、電力の継続供給の保証といった、ドイツの Interferon-gamma 事件⁴⁴において言及された歴史的な公益的理由の多くは、共同体競争法の現在あるいは歴史的な機能および目的に十分に関連付けることができるのである。

なぜ既存の基本権に関する実務では十分ではないのか？

しかしながら、欧州司法裁判所 (ECJ) における欧州レベルの知的財産法の司法判断が存在する以上、基本権に関する問題を内在する立法は、この段階において却下されるといえないのだろうか？ 結局、欧州司法裁判所は、判例法において、基本権の遵守と相容れない措置は共同体において受容されないことを確認してきた⁴⁵。また、基本権は、欧州の知的財産に関する規範に対する権威的解釈にも影響を与える。基本権は、米国のステイトアクション・ドクトリンと広範な機能的同等性を持つ、私的領域における基本権を保護するという政府の義務を通じて、知的財産によって可能になった水平的関係における私的な情報パワーの制限としてすら機能しうるのである。しかし、これまで批判的に指摘されているように、私的領域にまで基本権を及ぼすこれらの法理は非常に謙抑的であり、また最終的な行為者は政府なのである⁴⁶。

さらに、共同体の関連する裁判例の分析により、基本権は共同体レベル

の知的財産関連措置の司法審査において実効的な根拠としては機能せず、また、欧州司法裁判所の知的財産法や競争法の解釈に有意な程度の影響を与えないことが明らかにされている。むしろ判例はトータルでは、たとえ問題とされる立法措置における基本権のバランスが歪められているとしても、欧州司法裁判所は共同体知的財産法制に対するいかなるチャレンジをも却下するだろう、ということを示している。たとえば Laserdisken 判決では、単なる知的財産権という概念が、共同体立法府による選択をあらゆる憲法的審査や表現の自由に基づく議論から免れせしめる効果を奏したのである⁴⁷。くわえて、欧州司法裁判所は、TRIPS 協定にみられる過剰保護の傾向を、知的財産権に対する基本権に基づく司法審査をさらに遮蔽する要因として活用してきたのである⁴⁸。こうした既存の裁判例が打ち立てた定式に比すると、比較的近時に下された Promusicae 判決⁴⁹は、幾分見込みはあるとはいうものの、その法理を定式化することにはいまだ極めて慎重な態度を示しており、集合的善や他者の権利に悪影響を与える情報パワーに対して基本権によるコントロールを及ぼすに至る先例として解釈することは困難である。欧州司法裁判所が、このようにして知的財産分野における共同体立法者の選択に対して強力な保護を与えてきたのであるが、同じような状況は、他分野の共同体二次立法にも認めることができる⁵⁰。しかしながら、これは知的財産分野では特に重大な意味を有する。現在、共同体の措置は一般に財産権主義的バイアスを反映しており、当該分野における各国の立法権限を専占し、共同体全体を通じて結果として片面的でありながら頑強な知的財産立法をもたらすのである⁵¹。

したがって、欧州司法裁判所の基本権に関する裁判例は、強固な知的財産

⁴³ 米国の反トラスト法適用の事例にみられるような、不実施および技術的抑圧につき、特に、see *Saunders* (2002), p. 434.

⁴⁴ *Interferon-gamma*, Decision of 5 December 1995, X ZR 26/92 (*Bundesgerichtshof*), translated into English in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 28, issue 2/1997, pp. 242-250.

⁴⁵ See, e.g., Case C-299/95, *Kremzov v. Austria*, [1997] ECR I-2629, paragraph 14 and Case C-112/00, *Schmidberger v. Austria*, [2003] ECR I-5659, paragraph 73.

⁴⁶ See *Anderson* (2005), p. 4, 14 and 143 and also *passim*.

⁴⁷ Case C-479/04, *Laserdisken ApS v. Kulturministeriet*, [2006] ECR I-8089.

⁴⁸ Case C-200/96, *Metronome Music v. Music Point Hokamp*, [1998] ECR I-1953.

⁴⁹ Case C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) v. Telefónica de España SAU*, judgement given 29 January 2008, [2008] ECR I-271.

⁵⁰ See also *Craig & de Búrca* (2008), p. 390-391 (知的財産法を論ずることなく一般的なレベルについて).

⁵¹ 財産主義的な傾向は、組織化されやすい利益は一般的に大規模な知的財産の権利者であり、個人や中小企業の利益に優先するという、政策形成過程によっても部分的に説明しうる。See *Tamura* (2009), p. 15.

産の所有や知的財産制度一般を正当化するという機能を有してきたといえる。基本権の保護が重要な影響を有しうる場であり、また有さなければならない場——すなわち、EUの知的財産立法についての司法審査、すべての共同体規範の解釈と体系化、そして私的な情報力の直接的なコントロール——において、これらの十分な影響力を発揮するのに失敗するか、あるいは悪くすると、逆に、EUの立法者の選択を単に正統化し、関連する法の背後にある財産権主義的バイアスをさらに強化する結果をもたらしてしまうのである。関連する裁判例を検討すると、たとえ基本権が現在よりも広い私的領域に及ぶようになったとしても、私的情報パワーをコントロールしたり、あるいは近年の知的財産立法に広範にみられる一方的な財産主義的バイアスを制限することにおいて、基本権に関する法の役割が高まったという結論を直接導くことは困難である。

しかしながら、欧州レベルの裁判例の記録を吟味するとこのような帰結が得られるとしても、そのこと自体は、基本権に関する対話をなすことが、個別の事例において、あるいは、関連する法の法理や体系化に影響を与えるというより継続的な基盤を与えることで、知的財産法と競争法の解釈を改善するという潜在的な力を有していることを否定するものではない。基本権に関する既存の判例法理に内在する問題についての議論は、そのように増幅する相互作用に対する素朴な期待を回避してしまうのである。うまくすれば、そのような相互作用は、ある分野の法律に特有の法理や解釈をなんとか解放し、個別の適用の場面で現出する様々な価値、利益、そして効果に関する考慮を拡張するとともに改善し、もって、これらの分野の法に内在する法理が、この相互作用に基づいてさらに発展する機会をもたらすこととなる。しかし、悪くすると、基本権が問題の法分野における既存の立法上の選択や法理を正当化するために用いられるか、あるいは逆に、対話的な相互作用の可能性を閉ざし、法理やその帰結の実体的な内容を決定するために用いられてしまうだろう。後者の戦略は、基本権に関する法と私法の分野間の対立を増大させ、基本権に関する法が自らの前提にあわせるため後者の修正を図ることとなる。

また、競争法に基づく強制ライセンスを基本権の保護という観点から分析することも可能である。これにより、そのような場合における典型的な法的議論が豊穡なものとなり、標準的な競争法法理が検討の対象となる。

強制ライセンスはコントロールを通じた介入という性質を有する。というのは、強制ライセンスは、財産の社会的機能の一環として当該個人に課される積極的な義務や、当該財産に対する排他権の剝奪という意味を有しうるためである⁵²。そのような介入は、国家は他者の利益や権利を保護するために個人の権利に対して介入しなければならない可能性があるという理由により正当化されることになる。したがって、権利の所有は、積極的義務の可能性をも内包する社会的側面を必然的に伴うのである⁵³。財産に対する権利という観点からは、所有権者の地位というものが重要である。すなわち、個人の発明者か多国籍企業かで違いが生ずる。同様のことは、当該知的財産に関する権利者の財産的な利益にも当てはまる。つまり、権利者の事業の中核を構成する特許権と、防御（あるいは攻撃）の目的のために保有されている数千もの特許のうちの一つとでは違いがある。また著作権の場合には、著作人的人格権に対する危害は、著作人の表現の同一性や自由の侵害と解されうるものであるが、そのような考慮は、一般的に、ソフトウェアの商業的製造という枠組みにおいて開発されるコンピューター・プログラムについては妥当しない。観点を変えていうと、問題とされる知的財産権（経済的権利）に対する他者の依存の度合いや、それがコミュニケーションの多様性のような他の個人の権利や集合的善の実現に対して与える影響が、当該事実関係の下で、財産的利益との間で比較衡量される必要がある。

このような応用問題に取り組んだり、これに基づいて関連する競争法理論を批判的に検討したりすることによって、現状における、他の基本権関連の価値に対する財産権の推定的優位という思考方法を疑問視すること

⁵² See *Banning* (2002), p. 106 (知的財産権について明示的に言及することなく一般論として)。

⁵³ *Banning* (2002), p. 112-113. ドイツ基本法における財産権の社会的側面に関する背景も参照(ドイツ基本法14条2項は次のように規定する。「所有権は、義務を伴う。その行使は、同時に公共の福祉に役立つべきものでなければならない」)、*ibid.* at p. 146-147. より理論的にはsee *Singer* (2000), p. 84-86 in particular (「権利者をして他者の利益を完全に無視することを可能とする財産権の中核というものを定義することはできない」と述べる。At p. 18).

ができるようになり、その結果、とりわけ、欧州競争法に基づく強制ライセンスに現在要求されている例外的な状況という概念の解釈に対して一定の方向性を与えることができる。さらにいへば、Microsoft 判決で示された、イノベーションを行おうとする知的財産権者のインセンティブに対して重大な悪影響がある場合には、権利の実現に必要な制限は、それが他者の権利や集合的善をいかに制限しようとも正当化されうるものとなる、という客観的正当化に基づいた思考方法に挑戦することもできるだろう。これは、個別の状況に応じて異なる権利の所有の状態を、当該権利者や他者の具体的な権利や利益に着目することにより、文脈化するための手段をもたらし、もって、厳格な分類や裁判所が創設した柔軟性を欠く基準による型どおりの形式的な競争法分析を削減することが可能となる。最後に、このような分析は、現在の競争法において有力な経済的厚生基準を、特にコミュニケーション、情報、メディア、あるいは文化的な生活などに関する場合に、社会的基準、もしくは社会的厚生基準をもって補完する必要性を認識することにもつながるだろう。

しかしながら、伝統的な権利立憲主義の一環としてのそのような行使や対話の実施には、欧州レベルでの関連する基本権についての判例法が有する財産権主義的バイアスという限界があるだけでなく、権利立憲主義には一般的な能力の問題として限界があり、経済的グローバリゼーションや過度の商品化という匿名かつ自律的なプロセスによってもたらされる私的なパワー、集合的善への影響、そして社会のサブシステムや集合的善の一般的かつ長期的な植民地化といった問題に対処することが困難である。そのような事象に対して憲法的な司法判断がなされることは滅多になく、また不適切でもある⁵⁴。基本権のコントロールの下で私的な規制の慣行と非対称の権力を適切に統合し、集合的善に対する影響を十分に考慮する方向へと基本権の法理を推進することはもちろんとして、さらに、我々は、伝統的な憲法の研究者や主流派の基本権法理の限界を超えて、理にかなった批判的な対話の形をとった新たな立憲主義を必要としているのである。

⁵⁴ 基本的価値に対するそのような状況や脅威に対処する際の、権利立憲主義の主流派が有する限界に関する異なる見方として、Teubner (2006) and Andersson (2005), both *passim*.

そのような新たな立憲主義は、伝統的な権利立憲主義による概念や理論、制限の枠内で、しかしそれを活用して当該分野の法に特有のものとして示された展開の民主主義的正統性や倫理観を疑問視するものとなる。

とりわけ、共同体裁判所の基本権に関する判例法理は、そのような新たな立憲主義の重要性を強調している。このような進展は他の法制度——そして知的財産法に内在する法理——に対して、適切な内在的限界なくしてなされている知的財産立法の拡大的傾向と情報パワーの創設とに抵抗するように圧力をかけるものである。ところが、主流派の基本権の法理は、知的財産制度により実現した情報権力に対する適切なコントロールとしても、また欧州の知的財産制度を特徴付ける強固な権利という精神に対する適切なコントロールとしてもおおよそ機能しないのである。たしかに、事案によっては、競争法が、市場の自由やコミュニケーションの多様性のような集合的善に関する問題を斟酌することが可能であるといえよう。しかしながら、競争法は知的財産権の一般的な拡大に対処できず、また、私人への影響に関わる個別の事例では一般に助けとはなりえない。したがって、このような点において競争法の可能性には限界があるといえる。そのため、民主主義的価値および基本権に関する価値を解釈に取り入れることを可能ならしめるべく、知的財産法内部におけるバランスングの手段を創設することが必要となる。以下では、欧州競争法の枠組みにおける、そのような可能性を検討する。競争法にはそれ自体の限界があるとしても、文脈次第では、ネットワーク効果や標準化のような市場の状況を通じて生じた、知的財産権によって可能となった過度の情報パワーをコントロールするために利用しうる最善の手段となるのである。

[訳者付記]

参考文献リストは、本翻訳の二回目の連載である本誌第28号を参照されたい。