

効果的な特許制度に関する多元的理論の試み(2・完)

Nari LEE

田村 善之(訳)

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、第14号)
 - 3.3 効率的な特許財産権の制度 (以下、本号)
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

3.3 効率的な特許財産権の制度

報酬理論のこうしたバリエーションが財産権主義的になってしまうその原因は、報酬の性質についてのその考え方にある。**報酬は、財産権であり、条件付きで与えられた単なる特権ではないというのである。**そこでは、財産権制度は資源の効率的使用のために必要な条件であり、また、財産権制度の目的は取引を保護し確実性を与えることである、と論じられる。こうした議論によれば、このような財産権を付与し、譲渡し、行使するための明確かつ容易な手続きを備えた効率的な保護であって、他者の財産権を

尊重するものが、効率的な制度であるということになる。こうした目的をもった財産制度として特許制度を見る場合には、特許適格対象を拡大し、保護範囲を拡張し、存続期間を長期化し、制裁の対象となる侵害の範囲を広汎なものとすることによって、個別の権利の排他性を最大化すべきであるということになる。さらに、取引に関する制限を最小化し、一部譲渡のほかに権利自体の譲渡など、権利の移転に柔軟性を持たせることによって、特許権の移転可能性を最大化するという結論も導きうるものである。Ulen および Cooter⁹⁷は、特許が明白かつ単純な場合に、取引費用が最小化されるとしている。特許権に関するルールを標準化ないしハーモナイズすることは、取引費用と同様に、侵害を監視し制裁を課す費用を低下させることに資する。要するに、この目的（資源の効率的使用）に従った場合、財産権制度としての効率的な特許制度とは、全ての技術分野において取得可能であり、より長期の、広範な保護範囲と効果的な執行手段を享受する、国際的にハーモナイズされた特許法の下での制度であるということになる。

現代の特許制度は、私権を付与する制度として財産権類似の権利の制度となっており、有体物や不動産に関する財産法において用いられている登録や特定にかかる財産権のルールと慣習を採用している。特許法は、それが存在しなければ、捉えどころのない、実体のない目的物—知識—を特定するために、遵守すべき具体的な手続きを提供するために作り出されたものである。特許法は、この「目的物」に対して公的な保護が与えられるために遵守すべき手続き—出願と全公衆に向けられた登録—を規定すると同時に、私人が当該目的物に囲いを巡らし、ライセンス契約を起草することを認めている。ゆえに、特許に関する議論は、財産権の議論を採用してきたのである。特許制度の目的は、**排他性および譲渡可能性を最大化しつつ、取引費用を最小化することそのものにあり、もって資源を最も効率的に利用することを可能にするところにある**とされる⁹⁸。

⁹⁷ Robert Cooter and Thomas Ulen (1997), LAW AND ECONOMICS, Second Edition, Edison-Wesley at 84-87, 119-125. See also Cooter, Robert (1982) *The Cost of Coase*. 11 J. LEGAL STUD. 14-20.

⁹⁸ See Posner (1992), *supra* note 35.

この目的から特許制度を考察するものに、特許に関するプロスペクト（見通し）理論がある。この理論は、最初に Barzel⁹⁹によって生み出され、1977年に Kitch によって精緻化された。Barzel は、技術的情報の利用は、漁業や公共の道路と同様、資源の枯渇という問題を抱えており、技術的な機会を開発することに対して排他的な権利を設けることが、この問題を解決することにつながる旨、示唆した。特許の見通しとは、「既知の技術的可能性を開発する特定の機会」を指す¹⁰⁰。Kitch は、この理論をより子細に論じ、特許による見通しという側面は技術的なイノベーションに用いられる資源のアウトプットを増加させると論じることによって、「特許は、その排他的な支配の対象とする技術のアウトプットを不可避的に減少させる」という命題に対して反駁することを試みた¹⁰¹。**競合財において知られている共有地の悲劇の問題は、研究活動の重複によって生じる費用として、知識財においてもその存在を認めることができるというのである**¹⁰²。Kitch によれば、それゆえ、特許法は、新規であり有望な分野における研究と開発を中央集権的に調整することを促し、もって改良に向けられる努力の重複を防止するか減少させているのである、ということになる。私人をして**イノベーションに対し効率的に投資させるよう仕向ける方法は、私人にその生産するものに対する財産権を与えることである**。知的財産を創出した者に対し財産権を与えることによって、新規の発明を可能なかぎり早めに特定し、開発し、商品化するのに十分な投資を行うよう促すものこそが、効率的な制度的配置であるということになる。

特許のプロスペクト理論に対しては、財産権は知識を配分するための最も効率的な形態であり、特許は他の財産権と同様に取られるべきであると主張する。プロスペクト理論に対しては、たとえば、需要曲線が右下がりではなく水平であることを前提とする特許制度のモデルは議論の対

⁹⁹ Barzel. (1968), *supra* note 96.

¹⁰⁰ Kitch, Edmund W. (1977). *supra* note 96.

¹⁰¹ Id. at 266.

¹⁰² See Hardin (1968), *supra* note 62., compare it to, Heller and Eisenberg (1998), *supra* note 95.

象になりうること¹⁰³、つまり、レント・シーキング・レースのような経験則的な証拠は水平需要曲線のモデルが妥当しないことを示していること¹⁰⁴など、多くの批判が加えられている。

しかし、特許制度についての財産権主義的な考え方は、古典派経済学ないし新古典派経済学と、財産権についての法と経済学の理論の結合の成果である。このため、この考え方は説明用のツールばかりでなく、その前提の多くを借用している。これらの理論は、根本的には、財産権をして資源配分の最も効率的な制度であるとする理論に基づいている。財産権の制度がその基礎に置く多くの前提が欠如していることが判明しているということは、つとに指摘されているところである¹⁰⁵。たとえば、Rose は、財産権制度を、説得の制度であって、多くのものを一緒にたにして物語などの比喩を用いて多種多様に説明されうるものである、と説明する¹⁰⁶。さらにいえば、一般に財産権主義的な考えが前提とする二つの仮定、すなわち、資源の有限性および行動に関する合理的な選好の最大化という仮定は、発明のような知的成果に適用するには問題の多いものなのである。

資源の有限性という前提は、特許や他のあらゆる知的財産権の対象に対しては適用することができないものであろう。Thomas Jefferson¹⁰⁷が指摘した通り、「アイデアと呼ばれる考える力による行為」は、「それを所有しようとする者はその一部ではなく全てを所有するほかなく、しかも、一人の者がそれを所有したとしても、他の者の所有を減じるものではない」ことから「他のなにものにもまして排他的な財産権の対象には馴染まないもの

¹⁰³ See Scherer, F.M. (1986) *Comments on Edmund Kitch*. 8 RESEARCH IN LAW AND ECONOMICS 51.

¹⁰⁴ Merges, Robert P. and Nelson, Richard R.(1990) *supra* note 32. See also Grady Mark F. and Alexander Jay I. (1992) *Patent Law and Rent Dissipation*. 78 VA. L.REV. 305.

¹⁰⁵ Rose, Carol M. (1994) *Property and Persuasion. Essays on the History, Theory and Rhetoric of Ownership*. Westview Press.: Boulder etc.

¹⁰⁶ See Rose (1994) at *supra* note 105.

¹⁰⁷ The Writings of Thomas Jefferson, A, Lipscomb ed. (Washington D.C. Thomas

である」。ゼロ・サム・ゲームの理論は、特許および知識財には適用されないのである。特許権が付与される知識は、財産権の対象となるその他のものと対置されるべき識別性のある特徴を備えている。それは、経済学者が「公共財」¹⁰⁸と呼ぶもの一所有の非競合性、複製と頒布の限界費用の低廉性、オリジナルの生産に要する相当量の固定費用の存在という3つの要素を備えたものである。知識財は、これら3つの要素を全て備えている。私のアイデアをあなたが使用しても、私のアイデアの量は減ることはない。これは、知識の非競合的性質である。知的財産権の目的物は、一人の者の消費が、その元となった源を枯渇させることはないという性質を有しているのである。

このジレンマは、19世紀において特許制度の採否に関する議論に拍車をかけることになった¹⁰⁹。論者は、所有権の徴表である「占有」の観念について議論を交わし、知的財産権が所有権であるという理解を問題視するようになった¹¹⁰。共有地には一切の権利がないと仮定すると、物理的な占有、すなわち共有地から何かを取り出すという最初の行為は、通知と報酬という二つの重要な機能を果たすことになる。なるほど、発明の過程において利用される有体物の資源には限界があるということは正しいものであるとしても、それだからといって、そうした限界のある資源の所有を、結果として生じる発明の「占有」に結びつけなければならない、ということにはならない。知識は、その最初の保持者からひとたび分離したならば、公共財の一部となるのである。同じアイデアが、同時に別の人によっても発明されうるものである以上、あるアイデアがある人の財産であって他の人の財産ではないとすることはできない¹¹¹。特許制度が、最初の物理的な占

Jefferson memorial association of the United States, 1904), Vol. 7 at 93-99.

¹⁰⁸ See Foldvary (1994) *supra* note 24.

¹⁰⁹ See Penrose and Machlup. (1950) *supra* note 57.

¹¹⁰ 中山信弘編『注解特許法〔上巻〕』（第3版、青林書院、2000年）15頁参照。

¹¹¹ See Penrose (1951) *supra* note 83, quoting, Hermann Rentzsch, "Geistiges Eigentum" in *Handwörterbuch de Volkswirtschaft (Leipzig 1866)* at 333. and Wirth Max 1863.

有に代替するものとして採用したのは、発明思想の最初の着想という概念である。しかし最初の着想と先願ないし先発明に基づく公衆への通知によっては、同じアイデアが同時に着想された場合を説明することができないのである。最初の占有は、競合財に関する共有地の悲劇に対処するために観念されたものであるが、法律によって人為的に排他性が創出される形而上学的な占有は、同じ創造的アイデアへの投資によって引き起こされる資源の非効率な使用を減じることにはできないのである。

さらに、産業によっては、発明は、高度に累積的である¹¹²。これは、共有地には如何なる権利も存在しないという想定が真実ではない場合もあることを意味する。アイデアが他の者によって生み出されたアイデアの蓄積に基づくものである以上、純粋に新しいアイデアというものは存在しない。したがって、発明者が、他の者に負っているものの全てを最初に完済しない限り、一つの発明的思想に対する排他的な権利の請求は一切成り立たない¹¹³。ゆえに、アイデアを最初に着想するということは、木からリンゴを取ることも、土地の耕作（発明的思想の有形的な実施）のために道具（発明）を借りることに似るといえよう。

問題となる二番目の想定は、行動に関するものである。財産権的な見方をする見解は、防衛的または戦略的な特許取得といったような特許権者による反競争的行動を想定していない。財産権至上主義的理論は、特許の動態的な取引によって、特許が付与された発明がほぼ自動的に商品化されると説明する。特許権者、すなわち発明者かその承継人は、市場における特許発明の取引を望むからこそ、特許を出願している、と想定する。財産権は、利用に関する排他的権利を設定し、他の者は誰も発明を利用しえなくなるとすることで、この取引を可能にする。Bartow は、これを次のように説明している¹¹⁴。「発明の所有者は、プレミアムを徴収し、それによって

生じる独占的利益を活用して、発明に関連した費用を支払うことができる。権利者は、最初の発明を改良し他の価値のある発明につながる追加的な研究開発に投資することもできるかもしれない。社会は発明を実施した製品や方法から利益を得、発明の所有者も相応の利益を得、もって全ての者が幸福になるのである。」¹¹⁵

これは、取引が必ずなされ、独占がおこらないという行動上の仮説に基づくものである。しかしながら、既述した通り、こうした説明の基礎となっているパレート効率性は、完全な独占よりも完全な競争のほうを賞賛するというものではない。完全競争および完全独占のいずれも効率的とされる。取引費用ゼロの制度は、完全に競争的にも完全に独占的にもいずれにもなりうるのである。取引費用がゼロの場合においても、取引のための交渉は、非協調的なものになりえよう。機会主義的な個人は、その選好を最大化するために取引するばかりではなく、**取引を拒絶することによってその選好を最大化する**という選択をなすことがありうるのである。Coase の定理に対立するものとして Cooter が Hobbes の定理と呼ぶものから導かれる状況¹¹⁶においては、法制度は、脅迫その他の非協調的な解を制約することによって非効率性を最小化する必要がある。しかし、財産主義的行動の仮定は、こうした行動を想定していないという問題がある。

特許制度の場合では、Coase の世界における取引は起こらないかもしれないが、特許法によって要求される開示は、社会に十分な利益を与えると主張する者がいるかもしれない。しかし、開示そのものが不十分な場合には発明の完全な実施が妨げられる可能性もあるのだから、これはあまり説得的な論拠とはいえない。同様に、使用が禁止されている場合、商業的に生産するライセンスがなされえない発明に関する知識は、社会に大きな利益を提供することはできないだろう。くわえて、疑義がある特許の場合、当初の権利の非効率な付与は、取引が発生しなければ是正することができ

¹¹² Scotchmer (1991) *supra* note 32.

¹¹³ Boyle, James (1996) *supra* note 64.

¹¹⁴ Bartow, Ann. (2000). Separating Marketing Innovation from Actual Invention: A Proposal for a New, Improved, Lighter, and Better-Tasting Form of Patent Protection. 4 J.

SMALL & EMERGING BUS. L. 1.

¹¹⁵ Id.

¹¹⁶ Cooter (1982) *supra* note 97.

ない。効率性に向かう自動的な修正の経路は、ライセンスがなければ起こりえないものなのである。

さらに、知的財産権と所有権の双方とも他の者による侵害を排除するための法的に認められた条件を設定して権利者に与えるものであるということは正鵠を射ているとしても、財産権制度は、**そのようにして排除されない積極的な権利**を他の者のために確立するものではない¹¹⁷。このため、財産権制度としての特許制度は、必ずしも排除されない権利を創設しなければならないというものではない。しかしながら、知識の生産にとっては、将来における創造のためには、この排除されない積極的な権利というものは極めて重要なものとなりうるのである。効率性の議論において述べたように、知識に基づく財の生産および交換には、二種類の効率性が関係している。制度的な偏向が動的効率性を優遇する方向に傾くと、当該制度は静的には非効率なものとなる。その結果、「アンチコモنزの悲劇」が生じる可能性がある¹¹⁸。

特許制度を財産権制度と理解する場合、効果的な特許制度は、財産権の制度として、**効率的に他者を排除しうるかどうかがその評価を決定することになる**。効果的な制度とは、国際的にハーモナイズされた特許法の制度であって、あらゆる技術分野について、より長期の存続期間を享受し、広範な保護範囲を誇り、実効的な執行手段を備えたものだということになる。換言すれば、その場合、それが効果的な制度であるか否かということは、**財産権を保護し行使させるための公的制度として見た場合のその効率性の観点によって定義されうるものとなる**のである。同様に、保護における効率性は、権利の出願や登録における手続きが効率的であるか否かということ（配分的効率性）によって定義されうるものとなる。権利の行使における効率性は、侵害を特定する場面において手続きが効率的であるか否か（すなわち、侵害について明確なルールがあるか否か）、政府

¹¹⁷ David, Paul A. (2000) *A Tragedy of the Public Knowledge 'Commons'?* Global Science, Intellectual Property and the Digital Technology Boomerang, at 15.

¹¹⁸ See Heller (1998), *supra* note 95, Heller and Eisenberg (1998) *supra* note 95.

の措置を実施するための手続きが効率的であるか（すなわち、判決を執行するための明確なルールがあるか否か）ということによって定義されうるものとなる。

財産権説は、配分的効率性についてパレートまたはカルドア・ヒックスの定義を採用することが多い。効率性に関するこの定義は、特許制度を資源配分に関する財産権制度としてそれに合理性を与えようとする。これは、拡張する傾向をもった強力な特許保護を正当化することになる。しかしながら、この効率性の定義や、それに基づく取引費用を最小化する目的をもった制度的なモデル、そして、特許の対象や個々の交渉行動の性質に関する前提に対しては、理論面および規範面の双方から疑問が提起されている。特許制度についての自然権に基づく説明による正当化を超えて、財産権説は、制度そのものに対し基本的な地位を与え、共有地を私物化する最初の行為に対し報酬を与えるのである。

この説明は、発明についての国際取引のルールの基礎を構成する。TRIPS協定が、第7条において技術移転としての知識の普及を定めているが、そのルールの主たる理論的な基礎は、私権としての特許権の効率性に対する信念に基づいている。この理解によれば、財産権制度としての効果的な特許制度は、私人が、カルドア・ヒックス最適の水準を達成するために、取引費用を最小化して財産権を取引することができるようにするものでなければならない。そうすることで、資源は、それに対して最も高い評価を与える者に再配分されることになる。TRIPS協定は、取引費用を国際的に削減するために作成されたのである。TRIPS協定は、基本的に、自然権理論と、特許法に対する財産権主義的理解を是認するものである。

しかしながら、特許を私有財産と見ることは、長年にわたり繰り返し疑問視されてきた。これは、財産権制度そのものに対して議論が多いことのみ起因しているわけではなく、本質的に稀少性のない**無形物であり非競合財に対して、先に動いたというだけの者に対し排他的支配権を与えないといけないのか、その理由について満足のいく説明または理論がない**という事実によるものでもある。稀少性が、資源を効率的に管理する必要性

を理由づけるものであるならば、当然に、稀少ではない知的な知識は効率的に管理する必要がないことになるだろう。特許制度の財産権的理解を受け入れるということは、財産権的な理由付け、説明、レトリックを特許制度に関する議論に受け入れることになりかねない、という危険を伴うものなのである。

財産権的理論は、財産権制度に中核的な意義を与え、取引を中心に据えるべきことを強調することにより、自然権に基づく特許制度の説明による正当化とともに、制度そのものに対し根本的な地位を与えている。公衆のコモンズである知識に対しては権利が存在しないということを仮定することによって、財産権的理論は、公有のものを最初に私的に利用した者に報酬を与える。もって、この理論は、制度にその対象を拡大するという制度的な偏向を付与することになる。特許制度の財産権的理論は、報酬の正当化の基礎を労働、占有または同意のいずれに置くものであるかに拘わらず、財産権は知識のコモンズを配分するメカニズムのなかで最も効率的な形式であると考えるのである。

4. 特許制度を政策的道具とみる理論

特許制度についてのもう一つの見方は、特許制度を政策的制度として特徴づける考え方である。この見解は、道具主義的な観点から特許制度を俯瞰することになる。政策的制度としてみた場合、特許制度を説明する方法は多様である¹¹⁹。政策的観点からは、特許制度は、社会経済的利益および

¹¹⁹ 一般的には、知的財産権につき、財産権的観点よりもむしろ道具主義的観点から論じる Drahos (1996) supra note 64を参照。同様の議論は、May, C. supra note 64にも見られる。また、17世紀のステュワート朝後期の英国における政策的道具としての特許を描写する MacLeod (1988), supra note 83 at 20-39, 日本やドイツ等、産業化が遅れた国にとっては、特許制度は、工業化及び経済発展のための道具として用いられたと述べる中山(2000)・前掲注110)22頁も参照。特許に関して、インセンティブ志向の機能的な理論を主張するものとして、田村善之『機能的知的財産法の理論』(信山社、1996年)を参照。

公共善のために排他的権利という一時的な**特権**を付与するために創設された制度として説明される¹²⁰。かかる権利を付与する背景には政策的理由が存在するのであり、付与された排他的権利とかかる権利の便益が均衡しない場合、ルールは変更されることになる。それと同時に、政策は、公衆の同意によって支持されえない場合には、変更されるか、さらには撤回されることすらありうる。Brimelow の言葉を借りれば、「特権を与える理由は個別的に根拠づけられる必要があり、それを実現する法制度は、十分透明で民主的なものとなるだろう。逆に、公衆の同意を失った場合には、それが黙示的であるか明示的であるかを問わず、システムはリスクを抱える」ことになる。¹²¹

現存する法律の条文の多くが、極めて一般的かつ曖昧なものであるにせよ、特定の政策的な目標を志向することを宣言している¹²²。たとえば、TRIPS 協定は、同協定が規定する保護を第7条の目的の下に位置づけている。同条には、そうした保護が、「技術的な革新を促進し、技術の移転とその普及に資するものであって、技術的知見の産出者とその利用者の双方にとって利益となり、社会的、経済的な福祉を向上させるものであって、かつ、権利と義務を均衡させるものでなければならない」と定められている[訳注：公定訳は用いなかった]。これは、政策的観点を反映したものと見える。経済学者が説明するように、専有を可能とする制度が無い、あるいは弱い場合、発明者は価値あるノウハウを失うリスクを冒すことを慮って、開示に対し消極的になる。このため、排他的権利を与えることが必要となるが、それは開示と普及が伴う場合にのみ正当化されることになる。

¹²⁰ Brimelow, Alison (2001) *Does Intellectual Property Need a New set of Wheels?* [2001] EIPR 45は、知的財産権は特権の一形式なのであり、これが濫用されることは歴史によって証明されていることを銘記すべきである、と主張する。

¹²¹ Id.

¹²² 米国の場合、合衆国憲法は、排他的権利は「学術及び技芸の進歩を促進するものである」と定めている。日本の特許法は、その第1条において、「この法律は、発明の保護及び利用を図ることにより、発明を奨励し、もって産業の発達に寄与することを目的とする。」と定めている。

以下、特許制度を政策的制度として理解する理論のいくつかを検討してみよう。一般的に、特許政策理論は、**トレード・オフを認めることの重要性を強調**し、それがゆえ、効果的な特許制度とは、対立する政策を効率的に均衡するものであるということを示唆している。

4.1 独占理論

財産権制度として特許を捉える考え方に対して最も頑に反対するものの一つに、独占理論、すなわち、特許は国に後ろ盾された経済的独占の一形式であるとする見解がある。私的独占が抑止されるべきであるという信念が正しいものであるとすれば、私権としての特許権を積極的に評価することはできなくなる。一般的に、独占は、代替性の無い財の市場が、単独の売り手によって支配されており、かつ、相当の参入障壁があるような状況として理解されている。この独占という発想は、完全競争という概念を前提としている。完全競争を識別する要素としては、プレイヤーが多数であること、市場占有率が小さいこと、製品に均質性があること、情報が完全であること、そして、参入と退出が容易なことがあげられている¹²³。独占理論は、特許権をして、権利者に対し発明の利用を意のままに禁止する権利を与えることによって、特許対象の市場を経済的に独占するものであると捉えるのである。

しかし、かりに特許権が単に有体物に対する私的な財産権の延長に過ぎないのであれば、特許が「独占」であるとの主張は、その説得力を多少なりとも失うことになる。この種の反論は次のように説明されることが多い¹²⁴。財産権として、特許権それ自体が独占的なわけではなく、特許権の行使が独占的なものとなりうるに過ぎない。他者を排除する権利は所有権

における専有の権利と同質のものでしかなく、権利者は、鉛筆の所有者がその鉛筆を支配するのと同じように、発明やアイデアに対し法的な独占権を持っているに過ぎない。ゆえに、特許権の独占的行使を律する基準は、有体物についての経済的独占と同様なものとされるべきである¹²⁵。

経済学者は、このことを独占によって特許製品は競争価格よりも高い価格となるが、発明がなされる以前の費用よりも低い価格とすることを可能にすることを示す単純化されたモデルで説明することが多い¹²⁶。非特許製品と比較すると、低い費用でより多くの量が生産される。特許が、特許権者が一定程度高い価格を設定することを可能にすることから、独占価格に基づく社会的損失があり得ると論じることが可能である。独占価格によるこの損失が、生産量の増大によって回復可能なものであるか否かということ、政策に基づく見方、すなわち、特許制度の道具主義的な見方が焦点を当てるところである。

かつて Machlup によって同様の主張が行われたことがある。彼は、「経済的観点からは、『所有権』と『独占』が同一のものであり、また、発明の『所有者』は、家の所有者が、その家の使用について『独占権』を持っているのと同様に、発明の使用について独占権を持つに過ぎない、とする考え方がある」と主張した¹²⁷。しかし、独自発明の存在によって、この主張は論駁される可能性がある。なぜならば、「以前に他人が開発したものと全く同じ技術を開発する者は、その作業が完全に独立したものであったとしても、『最初の発明者』に与えられた特許権によって、その使用や販

¹²⁵ Kitch (2000) id.

¹²⁶ See Gellhorn (1986), *supra* note 123 at 385. しかしながら、Kitch は、右下がりの需要曲線を使ったこのモデルは、不正確であり、現実に適用できないと批判している。同モデルでは、特許自体ではなく、製品の価格と数量を想定しているために、グラフから導かれる経済的独占は、製品の独占を示しているというのである。See Kitch (2000), *supra* note 124.

¹²⁷ Machlup F. (1958) *An Economic Review of the Patent System*. Senate Subcommittee On Patents, Trademarks, and Copyrights of the Senate Committee, on the Judiciary, 85th

¹²³ Gellhorn, Ernest (1986) ANTITRUST LAW AND ECONOMIC :West at 62.

¹²⁴ See, for example, Rose, Simone A. (1999). *Patent "Monopolyphobia": A Means of Extinguishing the Fountainhead?* 49 CASE W. RES. 509. See also Kitch Edmund W. (2000) *Elementary and Persistent Errors in the Economic Analysis of Intellectual Property* 53 Vand. L. Rev. 1727.

売を禁じられることになる」からである¹²⁸。これは、特許の独占理論の前兆といえる。Machlup 自身は、全ての特許が独占であると明言したわけではないが、彼は、最初の発明者による、第二の発明者の「全く同じ」技術に対する独占の可能性を認めている。Kitch は、このモデルにおいて技術を実施する二つの製品が「全く同じ」であると仮定することに誤りがあると主張する。彼は、全く同じであるということと、特許クレームにおいて、機能的に等しいものであるということの混同が生じているようであると主張する。特許される技術に対する需要曲線は、水平的なものであって、ゆえにそこには独占による損失は存在しない、というのである。

政策的観点からみた場合、Kitch の議論は、特許制度全体を説明していないことになる。二つの技術がクレームされた範囲において文言上同一であるということと、機能的に同等であるということの混同は、理論上のみならず法の形成においても実際に生じている。特許法は、均等物を保護しているのである。特許は、技術の文言侵害のみならず、均等の範囲も制裁するのであり、そのようにして「全く同じ」技術の範囲を拡大しているのである。Kitch は、そのようなことが起こらないと主張しているのではなく、特許が他の経済的要素と組み合わされて経済的独占となるケースがある以上、特許独占として大まかに論じられているものは、独占禁止訴訟の対象となる経済的な独占とは異なる、と考えているのである。

しかし、全ての特許が市場支配力を持った経済的な独占になるわけではないにしても、特許権の排他的な消極的な権利としての性質が、濫用を防ぐ制度的な措置を必要とするのである。独占理論は、政策的な配慮に基づいて与えられる権利が持つ特別な性質を強調する。特定の目的に従って付与された特許は、その受益者に対し当該特許を政策的な目的に合致するように使用することを要請する。受益者以外の他の者の権利として、受益者に一定の義務を履行することを要求するように、制度的に措置することも可能である。たとえば、特許付与の際に想定された効率性を達成しうる

Congress; at 53.

¹²⁸ Id.

ようにするために、発明を開示する義務、発明を実施する義務、競争を阻害しない義務などがその例である。

権利の性質を概念的に分離するのか、それとも混同するのかということ、競争法の分野の立法における特許の取り扱い方に反映される。多くの国の法律が、原則として私的独占を禁止していることから、特許を独占とみる論者は、特許権は独占による禁止の一時的な例外であると措定する。特許制度の法的沿革は、過去においても、そして現在においても、権利に似た独占との区別が極めて曖昧である。歴史的に言えば、特許制度は、王室による独占権の付与から始まった。たとえば、今日の特許制度の始まりと考えられているイギリスにおける特許状の制度は、特定の市場を独占する特権であった¹²⁹。特許の許諾および実施を規律する最初の成文法は、「独占条例」と呼ばれ、その起源は、中世に王室によって与えられた特権にまで遡るものである¹³⁰。アメリカ合衆国の特許制度についても、最初は**主として発明者に報酬を与えるために作られたものであり、公衆に対する便益を目的としたものではなかった**、といわれている¹³¹。

アメリカ合衆国の古い判例は、この理解を表しているように思われる。連邦最高裁判所は、1944年の判決において、「発明の実施において競争を免れる権利があることは当然である... 特許権者にとってそれがいかに必要であり便利なものであろうとも、特許の独占を利用して他の独占を生み出すことが正当化されることはない... 特許は特権である。しかし、公共

¹²⁹ See generally, MacLeod (1988), *supra* note 83.

¹³⁰ Id, 10-19.

¹³¹ See Walterschied, Edward.C. (1997). To Promote The Progress Of Useful Arts: American Patent Law And Administration 1787-1836 (Part 1) *JPTOS* 79:1, 61-78 at 75. See also, Walterschied, Edward C. (1995). The Early Evolution of the United States Patent Law:Antecedents (Part 3). *JPTOS* 77:10, 771-777, Walterschied, Edward.C. (1998). To Promote The Progress Of Useful Arts: American Patent Law And Administration 1787-1836 (Part 2) *JPTOS* 80:1, 11-40.

的な目的によって制約された特権なのである。」¹³²と判示した。この判例そのものは明示的には覆されていないが、その後の判例法理は、結果的に、独占という言葉のこの種の用法には消極的な態度を示すようになっていく。それと同調するかのように、特許のミスユースの法理のようなアメリカ法における特許を制約する理論も後退を余儀なくされている¹³³。その代わりに、FTCの1989年の特許およびノウハウのライセンス契約に関するガイドライン¹³⁴は、特許権に「競争促進」的側面があることを認め、ゆえに、特許の財産権的な行使と考えられるものは、反競争的とは考えられないことになった。1995年のFTCのガイドラインは、全体として、特許の独占理論は誤解を招くものであり、特許は、権利者に、価格と生産量を競争水準を超えて、あるいは競争水準を下回って維持することを可能とするような市場支配力を与えるものではない、ということ的前提とするアプローチを採用している。

類似的な考え方はEUの競争政策や日本の独占禁止法でも繰り返されている。初期のEUの判例は、権利の存在と行使の二分法に基づき、権利そのものは反競争的な方法で行使されない限り、独占ではないという考えを支持していた¹³⁵。日本の独占禁止法は、この対立を似てはいるが異なる方法で規律する。同法21条は、明示的に知的財産権の**行使**を独占禁止法の適用

¹³² Mercoïd Corp. v. Mid-continent Inv. Co. 320 US 661(1944) 1944 U.S. LEXIS 1396.

¹³³ See Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co., 314 US 488 (1942) See also Mercoïd Corp. v. Mid-continent Inv. Co. 320 US 661(1944) Mercoïd Corp. v. Minneapolis-Honeywell Regulator Co. 320 US 680 (1944).

¹³⁴ 特許及びノウハウのライセンス契約に関する不公正取引慣行についての規制に関するガイドライン (Guidelines for the Regulation of Unfair Trade Practices with respect to Patent and Know-How Licensing Agreements)、1989年2月15日。前文第3段落は、「特許のような知的財産権を保護する法的枠組みは、事業者の研究開発を刺激することによって、競争を促進する効果を有するものであり、新たな市場や新しい技術の導入を促進するものとして機能する」と述べている。

¹³⁵ Consten and Grundig v. Commission Joined cases 56/64. and 58/64 of 13 July 1966 (1966) ECR 299.

から除外している¹³⁶。この規定の解釈をめぐっては、知的財産権の行使のうち、原則として競争促進効果のあるものはどれなのか、それとは逆に、競争規制当局からの許可を必要とするものはどれなのか、という点に関して争いがある。

しかしながら、特許の存在そのものが独占的であることはほとんどないという見解の多くは、存在を行使から分離することは困難であり、規制の基準や市場を不確実にするものであるとして、厳しい批判に晒されてきた。さらに、独占理論に対しては、Kitch¹³⁷が、知的財産権の経済的分析における四つの瑕疵を指摘し、**独占に関する誤解は知的財産権の理解を基本的に誤るものであるとした**。Easterbrook¹³⁸、Merges¹³⁹、Rose¹⁴⁰も同様の主張をなしている。特許に独占というレッテルを貼ることは、不当に特許に対する消極的な態度や敵意をもたらすものであり、特許そのものが反競争的であり、ゆえに公共の利益に反するものであるという誤解を生み出した、というのである。さらには、これにより公衆が特許出願に対して消極的な態度をとるようになったという主張すらなされている¹⁴¹。

¹³⁶ 日本の「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」(昭和22年法律第54号)第21条[知的財産権に基づく行為]「この法律の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない。」

¹³⁷ Kitch (2000), *supra* note 124. Kitchは、論者が、知的財産権を独占であると想定すること、システムを通じて知的財産権の単一のユニットしか分析しないこと、知的財産権はその付与後に譲渡されうるものであることを無視すること、知的財産権制度の設計においてとりうる政策の選択肢のうち限られた数のものしか検討しないこと、という誤りを犯している、と指摘する。

¹³⁸ Easterbrook Frank H. (1990). *Intellectual Property Is Still Property*, 13 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 108 at 118は、対象となっている財産が、その上を歩いたり手に持ったりすることができるのではなく、無体物であるということだけを理由に、他者を排除する権利は独占的ではないと帰結する。

¹³⁹ Merges Robert P. (2000) *supra* note 15.

¹⁴⁰ Rose Simone A. (1999), *supra* note 124 at 526-27.

もっとも、特許権を独占に関連づけることは、むしろ避けがたいものである。特許権は、他の者が一定の行為を行うことを排除したり禁止したりするという、基本的には消極的な権利である。究極的には、権利はものに向けられたものではなく、クレームされている発明の使用、生産、利用、販売、輸入ないし輸出といった行為に向けられたものなのである¹⁴²。最近の動向のなかには、この独占的な見方の復活を看取することができるものがあるように思われる。アメリカ合衆国の連邦取引委員会の2003年の報告は、特許による競争と排他性がより均衡のとれたものとなることを求めている。疑義のある特許が与えられる場合には、イノベーションを阻害する可能性があり、累積的にイノベーションが展開される産業分野においては、そのことが問題の多い特許取得行動を促すことになるからである¹⁴³。同様の傾向として、知的財産権の存在そのものを、EUの競争規則と抵触しうる独占に近いものとして解釈しうる事例が特定されるようになってきている¹⁴⁴。学者も、依然として、たとえば「特許権は、特許を受け登録された発明の利用に対する独占権である」という点を議論している¹⁴⁵。Drahosは、さらに進んで、特許に関する財産権志向の理解から、当初の特許制度の道具主義的な理解へとパラダイムを回帰することが必要である旨、提唱している¹⁴⁶。特許の独占的理解の現代版として、特許をして、国家が後ろ盾となった価格差別であるとか、ネットワーク外部性に対する配慮であると観察する考え方が、依然として説得力のある主張であると考え

¹⁴¹ Id.

¹⁴² 田村善之『市場・自由・知的財産』（有斐閣、2003年）120-123頁を参照。

¹⁴³ See generally, US. Federal Trade Commission (2003) To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy. FTC Report.

¹⁴⁴ See *IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co. KG*, Case C - 418/01, Judgment of 29 April 2004, available at: <<http://curia.eu.int/en/content/juris/index.htm>>. Commission Decision of 24 March 2004, relating to a procedure under Article 82 of the EC Treaty, Case COMP/C-3/37.792, *Microsoft* available at: <<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>>

¹⁴⁵ 中山信弘(2000)「ビジネス方法特許一序論」ジュリスト1189号24頁・25頁を参照。

¹⁴⁶ Drahos (1996), *supra* note 64.

られている¹⁴⁷。こうした見方は、そのように理解することによって、しばしば、公正な競争を維持するために特許制度が果たすべき役割の重要性に光を当て、知的財産権法と競争法のインターフェイスの必要性を力説する¹⁴⁸。

特許を、独占という特別の特権を与える制度と観念する発想は、高位の当局の意向に左右されるという権利の偶然的な特性を強調する。合理性の説明に終始する財産権のレトリックとは対照的に、独占理論は、予防法学や政策形成にとって有益な考え方である。もっとも、独占理論のそれよりも重要な利点は、効率性の様々な定義の均衡を図るパラダイムを受容する、その内在的な能力にある。

4.2 インセンティブ理論

特許制度は、産業の進歩は社会にとって望ましいという前提に基づいている。自然に存在する、創造のための他のインセンティブ（市場先行の利益、社会的賞賛、単なる趣味）は十分なものではなく、人工的なインセンティブが必要とされるのである。インセンティブは、第一義的には、発明とその公開を促すことを目的としたものであるが、この種の理論にはヴァリエーションがあり、インセンティブの性格づけにおいて異なるものが提示されることがある。

Schumpeterは、経済成長において特許（または知的財産権）の一時的な独占という必要悪を認めた最初の経済学者の一人である¹⁴⁹。Penroseは、

¹⁴⁷ See for example, Lemley, Mark A., Menell, Peter S, Merges, Robert P, and Samuelson Pamela. (2000) *Software and Internet Law*. New York : Aspen Law and Business. at 30-37, Lichtman Douglas (2000) Property Rights in Emerging Platform Technologies 29 J. Legal Stud. 615.

¹⁴⁸ Fox, Eleanor M. (1996). *Trade, Competition, And Intellectual Property - TRIPS and Its Antitrust Counterparts*. *VJTL* 29:3, 481-505.

¹⁴⁹ Schumpeter, J.A. (1950) CAPITALISM AND DEMOCRACY. NY:Harper.

「特許法は、発明を奨励することはそれ自体として望ましいことであり、独占的特権はそれを實現する最善の方法であるという仮定の上になりたっている。」と指摘する。¹⁵⁰ 報酬理論がインセンティブとしての報酬が財産権であるということを前提としていたのに対し、道具主義的な説明は、上記の文脈で、報酬ないしインセンティブが、人為的な特権であると理解するのである。この理解は、政府の補助、特許の買上げなど、特許制度以外にも、より効率的なインセンティブ構造がありうることを認めるのである¹⁵¹。

インセンティブ理論のもう一つの考え方は、特許誘導理論である。これは、特許制度が誘導する発明の純便益を分析することによって、特許制度と社会を説明しようとする経済理論である。同理論は、発明の創造が特許制度と因果関係があると想定したうえで、特許制度は、特許によって創造することが誘導された発明についてのみ報酬を与えるべきであると説明する¹⁵²。これは、単純な創作に対するインセンティブの理論が、排他権という報酬を与えられなかったイノベーションに対しても、何故インセンティブが与えられているのかという点の説明に失敗していることに鑑み、その理論的なギャップを埋めようとするものである。Scherer は、この理論の主たる提唱者と目されている¹⁵³。特許により誘導されなかった発明に報酬を与える社会的費用は大きすぎることから、同理論は、好奇心、市場、偶然などによって誘導された発明を報酬の対象から除外する。このような理解によって、法定の特許適格対象の要件、新規性、発明性、有用性などの現在の特許要件の趣旨について、特許によって誘導された発明をそうではないものから区別するために設けられている、という説明が可能となるかもしれない。

¹⁵⁰ Penrose (1951) *supra* note 83.

¹⁵¹ See Foray D. (1995). *supra* note 25.

¹⁵² See Oddi, A.S. (1996) *supra* note 23.

¹⁵³ Scherer, F.M (1970) INDUSTRIAL MARKET STRUCTURE AND ECONOMIC PERFORMANCE. Chicago: Rand McNully College Publishing Company.

Scherer は、発明を以下のように分類する。第一のものは、便益と費用の比率が不明な革命的かつ基本的な発明であり、これはインセンティブ（創造のインセンティブ）なしには創造されえないので、特許によって誘導されるものであるとした。第二に、費用に対する便益の比率が高い発明は、一般的には市場により誘導されるか、偶然や好奇心に誘導されるので、こうした創造にはインセンティブは必要とされない。第三のものは、費用に対する便益の比率が低いものである。典型的には、競争が激しい市場における応用範囲が狭い改良型発明がこれに属する。Scherer は、こうしたものは創造するインセンティブがほとんどなく、直ちに模倣されるものであることから、特許によって誘導されるものに分類した。特許誘導理論は、マクロ・レベルで制度を説明するには、有益な理論であるといえる。実証的な事例に解を与えることができないとか、低コストの発明を差別しているといった批判はあるが¹⁵⁴、それにも拘らず、特許誘導理論は、特許が特許によって誘導される発明（便益費用比率が不明な場合と低い場合）にのみ与えられるかどうか、社会的に純便益がもたらされるかどうかということに関して有益な予測を提供する。

特許制度が、制度として個人の行動に影響を及ぼすインセンティブには幾つかのものがある。全てのインセンティブ構造が肯定的なものではない。とりわけ、否定的なインセンティブとしてよく論じられるのが、レント浪費理論と発明競走理論の二つである。レント浪費理論は、特許誘導理論に対する二番目の批判を受けて、特許制度がもたらす負の副作用の一つを矯正する理論を展開した。特許制度は、発明者の発明に対して社会が支払うレント、つまり、開発に要する費用と社会が支払う意思のあるものとの差額に基づいている¹⁵⁵。レント浪費理論は、発明の社会に対する便益（レント）は、制度的なインセンティブ構造により奨励される余分な開発努力が重複すれば消散してしまうと説明する。特許が資格を認められた一人のコ

¹⁵⁴ See Bowman Ward S Jr. (1971) *Patent Antitrust Law: a Legal and Economic Appraisal* at 39-42, *supra* note 96 at 280-82, Grady and Alexander (1992) *supra* note 104 at 312-314.

¹⁵⁵ See Grady and Alexander (1992) *supra* note 104 at 312-314.

ーディネーターに単純に与えられるのであれば、利用可能な情報に基づき有望と思われる分野に権利を主張しようとする競争が起こることになる。そうした見込みを切り開く権利を得るための競争は、イノベーションによるレントを完全に消失させることになる。Grady と Alexander によれば、レントの浪費は、発明（着想）の時点、基本発明のシグナルに基づくイノベーション（改良）の段階、そして、特許制度に頼ることなく秘密裡に過剰な投資がなされる場合に発生する¹⁵⁶。効率的な特許制度とは、こうしたレントの浪費を最小化するものでなければならない、とされる。

この理論に対しては、シグナルを発する発明の定義が明確ではないという批判がなされている。産業の将来の展開について完全な情報があるのであれば、シグナルを発する発明とシグナルを発しない発明という区別はそもそも存在し得ないはずである¹⁵⁷。また、この理論が、本質的にはパイオニア発明であるはずのシグナルを発する発明を抑止する制度的配置を提唱することも、批判の対象となっている。

発明競走理論は、相対的に狭い保護範囲の特許を与えたほうが、改良発明（イノベーション）における競争が可能となって開発の速度が速まる結果、社会は便益を享受する、と説明する。特許の保護範囲に関する実証的な研究に基づき、Merges と Nelson¹⁵⁸は、1990年に、特許制度におけるインセンティブ構造は、特許を取得する競走のインセンティブを作り出すものであって、**なおかつパイオニア特許に対するインセンティブを過度に減らすことのないようなものとなるべきである**、と説いた。なぜならば、「**法は、ぎりぎりのところでは、パイオニアの企業によって支配された環境ではなく、改良のための競争的な環境を利するようにすべきである**。多くの産業においては、パイオニアのコーディネートの能力に依存して得られる効率性は、基本発明の改良の競争がなくなることによる損失によって凌駕

¹⁵⁶ Grady and Alexander. (1992) *supra* note104.

¹⁵⁷ Merges, Robert P. (1992) *Rent control in the Patent Districts: Observations on the Grady Alexander Thesis* 78 Va. L. Rev 359.

¹⁵⁸ Merges and Nelson. (1990) *supra* note 32.

される傾向にある」からである¹⁵⁹。

特許誘導理論が、革命的発明やパイオニア発明の重要性に焦点を当てているのに対し、発明競走理論は、同一のインセンティブ構造の下で、特許誘導理論と正反対の結論をとる¹⁶⁰。しかし、この理論は、市場その他の要因によっていずれにせよ誘導されるはずの発明に対しても、さらに追加的なインセンティブを提供してしまう。Oddi¹⁶¹は、この理論に対して、基本特許が冷遇されることによって、あるいは秘匿化が進むことによって、大量のレントの消失や浪費を招来することになる、という評価を与えている。

功利主義的なインセンティブ理論は、特許法の目的条項においてしばしば見出される。たとえば、米国の特許法は、合衆国憲法第1条第8項に定める、「**学術と有用な技芸の進歩を促進する**」ものである¹⁶²。ゆえに、効率的な特許制度は学術および技芸の進歩を促さなければならない。進歩を促進するための道具としての特許制度の道具主義的な性質が明記されることになる。日本においては、特許制度は、「**発明の保護及び利用を図ることにより、発明を奨励し、もつて産業の発達に寄与することを目的とする**」。究極の目的は、**産業の発達に寄与するために発明を奨励する**とこ

¹⁵⁹ Id at 843-844

¹⁶⁰ See Oddi (1996) *supra* note 23 at 283.

¹⁶¹ Id at 283-284.

¹⁶² 米国連邦議会は、次のように指摘している。「最初の規定の目的は、著作物に対する排他的な権利を一定期間、著作者に保証することによって学術の進歩を奨励するものである。ここにおける『学術』(science)とは、今日もその単語が意味するところの一つである、知識全般を指称するものである。もう一つの規定は、議会が、発明に対する排他的な権利を一定期間、発明者に保証することによって、技芸の進歩を奨励する権限を有する、というものである。最初の特許法、そしてその後のかなり長い間の特許法には、「**有用な技芸の進歩を促進する法律**」というタイトルが付されていた。S. Rep. No. 82-1979, at 3 (1952), reprinted in 1952 U.S.C.C.A.N. 2394, 2396; H.R. Rep. No. 82-1923, at 4 (1952). Quoted in *Abort, Retry, Fail: Protection For Software-Related Inventions In The Wake Of State Street Bank & Trust Co. V. Signature Financial Group, Inc.* 85 Cornell L. Rev. 1118 Chad King at 1163-1164.

ろにあり、保護と利用はこの目的を達成するための手段として位置づけられている。この目的は、発展のためのインセンティブの理論（インセンティブ理論）を裏書きするものである。そこではインセンティブ理論が財産権の付与を正当化する限りにおいて、間接的に財産権の立場が取られるに止まる。田村善之は、知的財産権制度を、「インセンティブ」の制度と考えている。当該制度がインセンティブを創設し、維持し、支援するものであるのか、そのいずれであるかを問わず、知的財産権の制度の目的は、「創造のためのインセンティブ」にあるのである。ゆえに、日本の特許法に対するこの解釈論の下では、自然権としての財産権理論は正しいものではない、ということになる¹⁶³。

インセンティブに基づく理論は、その本質において基本的には道具主義的である。これらの理論は、特許を独占とみるか特権とみるかに拘らず、特許制度を政策的な道具であると理解する点では共通している。もっとも、インセンティブを分析の中心とすることは同じであるとしても、各理論は、一方をして他方のアンチテーゼであるとまで言うほど、制度の説明の仕方はバラエティに富んでいる。

政策的な見方は、バランスの取り方が全く異なりうる多様なバージョンの効率性を許容するので、こうした多様性が存在しているのである。その結果、それぞれの理論がバランスを図る政策が、相対立する効率性をトレード・オフする態様は、著しく異なるものとなりうる。統一的な理論の欠如は必ずしも否定的なものではない。Burk と Lemley の最近の研究は、一つの理論によって、特許制度全体、あるいは産業全体を説明する必要はないということを指摘している¹⁶⁴。インセンティブ理論に対して以前から繰り返しなされている批判の一つに、インセンティブ構造は産業毎に多様であるというものがある。特許法は、一般化されたルールを、技術というさらに一般化された概念に対して適用するものであり、表面上は、概念的に

¹⁶³ 田村(1996)・前掲注119)16-20頁。田村善之『知的財産法』(第4版、有斐閣、2006年)7-21頁及び170-172頁も参照。

¹⁶⁴ See generally, Burk and Lemley (2003), *supra* note 142.

統一されている。しかし、産業はそれぞれの技術に則した特有の特許のルールを必要とするものであるために、各々の理論が実証的なデータによって支持される場所は部分的なものに止まる¹⁶⁵。かつて Oddi が評したように¹⁶⁶、このことにより、部分的には全て正しい様々な理論が産出されることになり、理論的な混乱をもたらしている¹⁶⁷。しかしながら、特許法は、政策的な道具として、柔軟に活用できる政策変速用のレバーを幾つか装備している、というのが、Burk と Lemley の主張である。政策的制度として、特許法は、対立する利益を効率的に調整する様々なレバーを装備している。効果的な特許制度は、排除と普及というその政策目標を達成するために、こうしたレバーをいかに効率的に用いているのかという点に見出されるものであるのかもしれない。

5. 結語

特許法に関する法と経済学の理論は、稀少な資源を最も効率的に配分することができるような特許制度が必要であることを教えるものである。この文脈において用いられている効率性とは、規範的な効率性を意味することが多い。パレート効率的な特許制度は、誰も悪化することなく、少なくとも一人の人を良い状態にするものであり、ゆえに、費用を発生させることなく便益のみを生み出す特許制度はパレート効率的となる。その意味では、特許制度は、ある種の発明がなされれば、全く新しい種の侵害と、費用を発生させる諸活動を作り出すことになるので、パレート効率的にはなりえない。他方、選好を最大化するという意味での効率性は、取引費用を最小化することによって達成することができる。この文脈では、特許制度は、効率的に排除するという目標を持った財産権の制度であるといえる。前述したように、この見方を採用した法理論は、しばしば、特許権の性質を財産権の延長線上に位置づけたうえで、自然権により正当化可能であるとし、特許の機能をして発明者が掛けた費用か、もしくは社会が受けた便

¹⁶⁵ Id at 1593-1614.

¹⁶⁶ Oddi. (1996) *supra* note 23.

¹⁶⁷ Burk and Lemley (2003), *supra* note 4.

益についての報酬であると考え。これとは異なり、二つの技術的効率性間のトレード・オフを強調すれば、制度的配置の偶発的な性質が際立たされることになる。これら二つの効率性概念は、何かを推奨したり正当化するというよりは、実証的な効率性として何かを説明するものであるということができる。これにより、複数の政策的な目標を定めることが可能となり、制度的な効率性として異なる政策目標の均衡を図ることもできるようになるのである。政策的な制度としてみる場合、特許制度の効果は、**特定の知識の普及と排除の均衡を図るうえでのその効率性**という尺度で測定することが許されよう。法理論に適用された場合、特許権は特権であり、特許の機能は、動態的効率性をもたらす各種のインセンティブを提供するものである、と性格づけることを可能とする。

本稿は、特許制度の基礎としての統一的な規範が存在することを否定するという展望に基づいている。さらにいえば、特許制度に関する統一的な定義があるということを前提とすることは、正鵠を射ない、無用のものであるとさえ言えるかもしれない。そのような仮定は、特許制度を異なる原理と政策を組み合わせた法制度であると理解する必要性を軽視することになりかねないからである。

くわえて、特許権は、社会が設計するものである。特許法の効果に関する研究は、人工的に他者を排除する権利を創設する制度としての特許法にアプローチすべきである。換言すれば、特許法は、特定の目的をもった道具主義的な制度である。特許制度としての効果を、目的を達成するための効率性と定義するのであれば、当該制度の目的を特定するところから始めるべきである。しかしながら、特許制度は、多様なルール、規範、例外、互いに抵触する原理を包含する法制度である。特許制度は、法制度として、基本的な利益の衝突を回避することはできない。ゆえに、社会が望ましいと考える何らかの価値に従ってこれらの異なる利益の間で優先順位をつけざるを得ない。この点に関し、効率性志向の分析は、優先順位をつけるために参酌されるべき枠組みは効率性である、と主張する。一つの利益を

促進することが、他の利益を促進することよりもより効率的であるというのである。しかし、効率性それ自体は価値を体現するものではない¹⁶⁸。たとえば、富の最大化¹⁶⁹における効率性、あるいは、知識の普及における効率性のように、他のものによる限定を必要とするのである。

以上のような観察を所与のものとした場合、特許制度はどのように分析されることになるのであろうか？特許制度に関する統一的な理論が存在しない以上、特許制度に関する研究は、多元的かつ機能的なものであって¹⁷⁰、具体的な適用場面に則した、文脈に依存するものにならざるを得ない。ゆえに、その効率性に関する理論や定義は、ある程度、偶発的であり、部分的に有効なものに止まる。効率的な特許制度の定義は、効率性の定義の範囲において、しかも、特許に関する特定の規範の範囲において妥当するものに過ぎないのである。したがって、特許制度の効果を一般的に評価することは不可能である。特定の場面でその効果を評価することは可能であるが、条件に依存したものとなる。研究の焦点は、制度が効率的かどうかということではなく、「**どの効率性による制度なのか**」、そして**何故その効率性なのか**ということに当てられるべきものとなる。

効率性そのものは規範的な目標たりえない。そのため、効率性が社会的制度の唯一の目標ではない以上、その観点のみからなされた制度の評価は、相当広い範囲で一般化がなされたものになっている。一定のルールに関し制度を効率的であるとみることができると否かということは、効率性の「適切な」定義如何に依存するのである。効率性分析に対しては、現状において存在する不確実性を説明することができるに過ぎないという本質的な批判が加えられている¹⁷¹。その論理的帰結として、効率性が既存のルールに適合するように定義されるのであれば、現状の法制度は、常にある

¹⁶⁸ Coleman, Jules L. (1980) *Efficiency, Utility and Wealth Maximization*. 8 HOFSTRA LAW REVIEW 509-551.

¹⁶⁹ Dworkin, Ronald M. (1980) *Is wealth a value?* 9 JOURNAL OF LEGAL STUDIES 191-226.

¹⁷⁰ たとえば、田村(2006)・前掲注163)15-17頁。

¹⁷¹ Boyle (2000), *supra* note 33.

程度は効率的なものたりえる、ということもできる。そうだとすると、どのようなルールであれ、どのようなルールに基づいた制度であれ、それらに適合するように効率性を定義することができるのだとすれば、いったい、何故、制度の効率性を評価するのかということが常に問われうることになる。制度は、一定のルールに関して、多少なりとも効率的なものとなる。しかし、North が指摘したように「制度は、必ずしも、というよりは常に、社会的に効率的なものとなるようには作られない。むしろ、制度は、…新しいルールを作るバーゲニング・パワーを持っている者の利益に奉仕するように作られるのである。」¹⁷²。したがって、法制度の効率性分析は、必ずしも、制度について行いうる最も有益な評価ではない可能性があり、それだからこそ、制度を見直したり、作り上げるためには役に立たないといわれるのである。しかしながら、このジレンマにも拘わらず、経済的効率性の観点から特許制度の効果を論じる意味はある。その理由は、主として、その種の議論が、経済的効率性に基づく政策変更の背後に存するバイアスを特定し、一種類の経済的効率性のみに基づく法の変更を批判的に理解するのに役立つといえるからである。特許制度の効果は、様々な効率性のバランスを図るところにある。そして、そのようなバランスの正当化は、社会的規範に見出されるべきものなのである。

【訳者注】

本稿は、“THE JOHN MARSHALL REVIEW OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW”に掲載される予定の Nari LEE, “Toward a Pluralistic Theory on an Efficacious Patent Institution, 6 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP. L.”の翻訳である。

Nari LEE さんは、現在、フィンランドの Joensuu University の研究員としてご活躍中であるが、前職は2006年8月まで北海道大学法学研究科 COE 研究員であった。本稿は、Nari さんが COE 研究員として勤務していた最後の頃に、以前からしたためていた原稿を最終的に手直したものである。私が在室しているために喧騒となる COE 研究室という研究環境の中で、このような本格的な論文を仕上げる Nari さんの胆力に敬服する次第である。COE 研究員として数々の貢献を果たしてくれたことと合わせて、翻訳原稿の掲載を快諾してくれたことに深甚の謝意を表したい。

¹⁷² Douglas North (1990) *supra* note 5 at 16

また、翻訳に際しては、2007年3月まで COE 研究員であった立花市子弁護士にご協力をいただいた。もちろん文責は私にあるが、本翻訳が少しでも良いものになっているのだとすればそれは立花さんのおかげである。COE 研究員として COE を切り盛りしてくれたことと合わせて、感謝申し上げたい。