

論 説

知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(1)

山 根 崇 邦

序論

第Ⅰ部 知的財産権の正当化根拠をめぐる議論の諸相

第1章 知的財産権の特徴

第1節 無体物の特徴

第2節 無体物の特徴から導かれる知的財産権の性質

第3節 知的財産権の正当性の非自明性

第4節 小括 (以上、本号)

第2章 自然権理論

第3章 功利主義理論

第4章 正義論

第5章 正当化根拠論のまとめ

第Ⅱ部 自由規制領域の拡大とその要因

第Ⅲ部 正当化根拠論の現代的意義

結語

序論

本稿は、現代において知的財産権の正当化根拠を探求することの意義を探るものである。

我が国では最近まで正当化根拠論への関心が低調であった。例えば、次の一節をみてみよう。

「工業所有権の本質論については、従来多くの議論がなされ、この問題につきページを割く体系書も少なくない。これらの議論は、歴史的には極めて重要な意味を有しており、かつ工業所有権という法分野の確立に大いに寄与したと考えられるが、現在においてはそれほど大きな意味をもつと

は考えられない。すなわち、現在においては、本質論により、解釈や立法に大きな差異の生ずることはほとんどないであろう。」¹

この記述は、1993年に弘文堂から出版された中山信弘『工業所有権法(上)』の総論の一節である。ここには、「工業所有権法の存在理由」として従来論じられてきた工業所有権の本質論に対する当時の中山教授の評価が示されている。つまりそれは、法制史としての意義はともかく、解釈論や立法論にとって工業所有権の本質論が実益を有することは稀だというものである²。実務先行型の法領域において実務に資する「実学としての工業所有権法」の体系書を志向していた同書にとって³、正当化根拠論に対するこのような評価は自然であったといえよう。

しかし、ときが経つにつれ中山教授の基本姿勢には徐々に変化がみられるようになる⁴。例えば、2007年に有斐閣から出版された中山信弘『著作権法』をみてみよう⁵。同書は著作権制度の存在理由に関し、「創作へのインセンティブ」と「自然権的アプローチ」が対立していることを紹介したうえで、いずれの立場が妥当かということに関しては明言を避けている⁶。

¹ 中山信弘『工業所有権法(上)』(弘文堂、1993年)8頁。

² 中山・前掲注1)10頁注2)は、「たとえば、民法の分野において、法典編纂時の諸議論は極めて重要でありかつ興味深いものではあるが、それはすでに法制史の分野に属するものであり、民法の体系書で詳しく扱うことはしない。工業所有権の分野でも同様であり、もし本質論の議論をするとすれば、体系書以外でなすべきであろう。」と述べる。

³ 中山・前掲注1)「はしがき」「本書の執筆方針」を参照。

⁴ なお、中山信弘『工業所有権法 上 特許法(第2版)』(弘文堂、1998年)においては、「知的財産法の存在理由」という項目の記述が大幅に圧縮され、前述した「工業所有権の本質論」という項目については削除されるに至っている。

⁵ 中山信弘『著作権法』(有斐閣、2007年)。中山教授の立場を理解するうえで示唆的な書評として、田村善之「書評 中山信弘『著作権法』書斎の窓574号37頁(2008年)がある。

⁶ そこでは、「著作権制度の存在理由を実現する手段は一つではなく、その時代の置かれている状況によって異なりうる」こと、つまり「具体的な著作権制度自体は、その時代の産物である」ことが強調され、「アナログ時代に適合的であった制度が、必ずしもデジタル時代に適合的であるとはいえない」旨の指摘がなされるにとどまっている(中山・前掲注5)13~14頁)。

しかし、各論において解釈論の基本原則を唱える際には、「自然権的アプローチ」ではなく「創作へのインセンティブ」アプローチを採る場面が少なくない。例えば、著作権の制限について、著作権は天賦の人権ではなく、文化の発展という目的のためにその内容を決めるべきものであるから、著作権法30条以下は著作権の制限規定であるがゆえに制限的に解釈しなければならないという考え方は採用しがたいとの記述がみられる⁷。また、著作権の保護期間に関して、著作権による表現の自由の制限が許されるのは、著作権制限規定の存在、アイデア表現二分論、保護期間の制度があるからであり、現状でも長期にわたる著作権の保護期間をさらに延長させることは、創作のインセンティブの改善が検証されない限り、社会に不利益を与えるものでしかないとの記述もある⁸。このように、インセンティブ論に立脚した目的手段思考が中山信弘『著作権法』の一つの特徴をなしており、ここに上記『工業所有権法(上)』における基本姿勢との相違を読み取ることができる。

そして、2008年の東京大学における最終講義では、「これからの研究者には、常に、新しい方法論、新しい体系を求めつつ研究を進めて欲しい」

しかし他方で、著作権法の基本構造は創作者の個性の流出物としての著作物の保護を前提としており、人格権重視にその特色があるところ、「著作権の保護客体が膨張し、経済的価値のある情報が取り込まれてきたことにより、著作権の有する意味も変化せざるをえない」とも指摘しており、デジタル時代において著作権制度は「自然権的アプローチ」から「創作へのインセンティブ」アプローチへのパラダイム転換を迫られているとの認識を中山教授は抱いているものと推察される(同25頁)。

もっとも現実としては、「悩ましいことに、従来型の古典的著作物も顕在であり、著作権法をビジネスという観点だけで割り切ることできない」ために、著作権法を一つの原理で貫くことができず、著作者の個性の保護と投資保護との調和を解釈論としていかに図るかという難題を抱えながら、「著作権法は憂鬱の時代に突入し、当分の間は「混迷の中をさ迷うことになろう」との展望を提示するのである(同3、6、26頁)。

⁷ 中山・前掲注5)241頁。本来、著作権は無制限な権利であって制限規定はその権利を奪うものであるとか、著作者の犠牲になるような権利制限をすべきではないなどの議論はなすべきではない、という叙述もみられる(同272頁)。

⁸ 中山・前掲注5)342~345頁。

と述べたうえで、知的財産法の研究者は実務に埋没しない固有の存在意義をもつ学者として、条文の解釈や判例の分析にとどまるのではなく、「知的財産法とは如何にあるべきか、知的財産の体系とは如何なるものであるのか」を常に探究しなければならない旨を強調している⁹。ここでは知的財産法領域における本質論の重要性が説かれており、中山教授の基礎理論への関心の高まりを窺い知ることができる。

このような中山教授の基本姿勢の変化と重なるように、我が国でも知的財産権の基礎理論への関心が高まりつつある。とりわけ近時は、総論において独自の知的財産法体系を構築したり、各論において解釈論との接合を試みるなど、より実践的な目的で正当化根拠論が取り上げられるケースが増えている。

第1に、独自の体系論を構築する目的で正当化根拠論に着目する先行研究としては、田村善之教授の一連の体系書や教科書が存在する。例えば、田村善之『著作権法概説(第2版)』(有斐閣、2001年)は、著作権制度の存在意義の積極的な根拠をインセンティブ論に特化し、自然権論は消極的な根拠にとどめるとしたうえで、そのような立場から、著作権法の条文の順序にとらわれることなく、独自の叙述の構成を採用している。具体的には、著作権は物理的には自由である人の行為を目的達成のために法的に人工的に制約する権利に過ぎないというインセンティブ論に立脚して、法で設定された侵害の範囲を決めることが先決であり、その後で権利の帰属(=著作権)や経済的利用を考えるという体系を提唱している¹⁰。同書はダイナミックな構成を採用する体系書の好例として評価されている¹¹。

また田村教授は、知的財産法の教科書についてもインセンティブ論に立

脚した独自の体系的叙述を行っている¹²。知的財産法はその名称のもとに括られる法分野が多岐にわたるだけに、これらを体系的に関連づける一貫した理論構築を試みることは重要な意義をもつ。知的財産法の教科書における総論の欠如が「課題」として指摘されることもあるなかで¹³、独自の理論的視角から一貫した体系論を展開する田村教授の研究は、知的財産法領域において正当化根拠論が果たしうる積極的な意義を浮き彫りにしたという意味でも、先駆的な業績であるといえることができる¹⁴。

第2に、冒頭の中山教授の引用からも窺えるように、正当化根拠論と解釈論との接合可能性についてはこれまで懐疑的な見方が強かった。正当化根拠論が裁判実務に対して具体的な解釈指針を提示しえるのかという点

¹² 田村善之『知的財産法(第4版)』(有斐閣、2006年)。より具体的には、知的財産法総論で示された理論的視角(市場と法の役割分担、法的判断主体間の役割分担・規律手法の選択、自由の領域の確保)に基づき、市場に既に存在するインセンティブを支援することを目的とする知的財産法と、それとは別に独自にインセンティブを創出することを目的とする知的財産法という分類を採用するとともに、市場と法の役割分担、裁判所と特許庁等専門機関との役割分担という視点から各種制度の趣旨を論じている(同書初版はしがきiv～v頁参照)。田村善之「機能的知的財産法の理念」同『機能的知的財産法の理論』(信山社、1996年)1頁も参照。

¹³ 愛知靖之[書評]ジュリスト1306号112頁(2005年)。

¹⁴ このほか、特許権という財産権を設定することが権利付与後の当該発明の取引を促進させるという、特許権発生後の社会的便益に着目する取引費用理論に基づいて、特許制度の体系を捉え直そうという研究もみられる。例えば、島並良「特許権の排他的効力の範囲に関する基礎的考察—取引費用理論からの示唆—」日本工業所有権法学会年報31号1頁(2008年)は、発明をめぐる取引を第1段階の発明開示取引(特許権の発生過程において、発明者と公衆の間で結ばれる発明開示と独占権付与の交換を内容とした取引)と第2段階における権利利用取引(特許権の発生後において、特許権者と相手方との間で結ばれる権利に関する取引)とに分けたうえで、2つの段階における取引内容を予め定めた契約条項が特許法の規定であると捉えている。すなわち、特許法は、合理的な当事者が通常の取引において締結するであろう契約条項を標準書式として置くことで、個別取引の費用を節減する機能を果たしているとする。そしてこのような特許制度観に基づいて、特許権の排他的効力範囲を画する諸制度(均等侵害、間接侵害、消尽理論)を体系的に位置づける試みを行っている。

⁹ 中山信弘「知的財産法研究の回顧と将来への課題」NBL 877号5・10～11頁(2008年)。

¹⁰ 田村善之『著作権法概説(第2版)』(有斐閣、2001年)はしがきiii頁。

¹¹ 中山・前掲注5)はしがきiii頁。中山教授自身は、現行著作権法の条文どおりの構成が読者にとっても馴染みが深いことを理由に、著作権法の条文の順序にほぼ沿う形で体系を論じている。このような中山教授の体系の意義については、田村・前掲注5)37頁を参照。

に関しては、現在でも否定的な見解が有力かもしれない¹⁵。しかし近年、解釈論における正当化根拠論の意義を模索する試みも蓄積されつつある。とりわけ特許法や著作権法の規定の中には、概括的な規定や政策的な判断を予定していると思われる規定が存在していることから、これらの規定の解釈においては特許権や著作権の正当化根拠に立ち返った判断をなすことが不可欠であると指摘されている¹⁶。こうした指摘からは、解釈論において正当化根拠論が重要な視点を提供しうる可能性を秘めていることが窺える。

もともと、正当化根拠論と解釈論の接合の可否をめぐるのは依然コンセンサスが得られていない。原理論レベルでは共通の立場に立つ論者の間で

¹⁵ 原理論研究が盛んな米国においても、知的財産権の正当化理論が裁判官等に具体的な問題解決指針を提示できるのかという点に関しては、懐疑的な見解が示されている。その一人が、ハーバード大学教授のフィッシャーである (William Fisher, *Theories of Intellectual Property*, in *NEW ESSAYS IN THE LEGAL AND POLITICAL THEORY OF PROPERTY*, 176-177 (Stephen R. Munzer ed., 2001))。いわく、正当化理論には曖昧さ、内部矛盾、決定的な実証データの欠如といった欠点が存するため、それらは、情報のコントロールについて日々生じる様々な難問に答えることができない。例えば、①両作品の筋やフィクショナル・キャラクターがどの程度類似していれば著作権侵害を構成するか、②商品棚における消費者製品の配置・配列 (e.g. 先発/後発医薬品を並べて販売する行為) にまで知的財産法の保護を及ぼすべきか、③商品価値が時間的要素に依存している情報 (e.g. スポーツの試合結果、ニュース、金融データなど) の収集・配信サービスを営む事業者は、当該情報の無断複製行為から保護されるべきか等の問題に対して、明確な解決策を提示しえないとフィッシャーは主張している。

¹⁶ 例えば山根「特許客体論の方法と構造」知財研フォーラム55号11頁(2003年)は、特許権の客体に関する要件のうち、発明要件、産業上利用可能性要件、公序良俗性要件に着目し、これらの要件の判断においてはもっぱら概括的・政策的な事項が争点とされることが多いために、特許権付与の正当化根拠に立ち返る契機に満ちていると指摘する。また、新規性要件や進歩性要件に関しても、当該技術と先行技術との対比の基準自体 (e.g. 当業者の技術水準の設定) は各技術分野の特性に応じた政策的な判断によって決定されるべき問題であるから、場当たりの価値判断の表明に終始することを避けるためにも、そうした政策判断の裏づけとなる原理的考察は不可欠であると論じている。

も、解釈論として、現行法の構造から離れて知的財産権をどこまで実質的かつ規範的に捉えることが許されるのかという問題をめぐって、見解の相違がみられる。その結果、例えば被告の壮大な絵画作品のなかに原告のキャラクターが埋没しているような写り込み事案の処理において、ともにインセンティブ論に立脚しつつも、複製権 (21条) や翻案権 (27条) の解釈手法および解釈帰結において対立が生じる場合もある¹⁷。解釈論における

¹⁷ 一方の立場は、個別事案の利益衡量を通じた複製権・翻案権の実質的解釈を行うというものである (山根「二次創作と創作性」著作権研究28号[2001年度]28頁(2003年)、山根＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』(有斐閣、2009年)5頁[山根執筆]。山崎卓也「著作権、パブリシティ権侵害における『実質的違法性』—引用、パロディを中心として—」コピライト54号2頁(2006年)も参照)。例えば本文のような写り込みの事案について、被告の絵画は必ずしも原告キャラクターの財産的利益を奪取していないという点を重視し、被告著作物に原告の創作的表現が取り込まれた場合であっても、被告著作物に新たな創作的表現が多量に付加され、その作品全体の中に原告表現が埋没してしまうような場合には、原告表現の本質的特徴を直接感得しえないことを理由に著作権侵害を否定しようとする (橋本英史「著作権(複製権、翻案権)侵害の判断について(上)(下)」判時1595号27頁・1596号11頁(1997年)、山根・前掲「二次創作」、高部眞規子「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究34号[2007年度]4頁(2008年)、相山敬士「翻案の構造」知財管理56巻2号207頁(2007年)、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」斉藤博先生退職記念『現代社会と著作権法』(弘文堂、2008年)281頁等を参照)。こうした見解の背後には、現行著作権法の基本構造は著作者の個性の保護を基軸とした「創作性中心主義」を建前としており、このような建前に基づいて画一的かつ形式的に複製権・翻案権の解釈を行う場合には、情報量の増大化と情報流通の円滑化という視点に照らして望ましくない結果が生じかねないという懸念がある (山根・前掲「二次創作」31頁)。また、権利制限規定の硬直性も著作権の実質的解釈を促す一因となっているとされる (高部眞規子「発言」著作権研究34号[2007年度]110～111頁(2008年))。

これに対し、他方の立場は、写り込みの事案といえども、被告著作物に原告の創作的表現が認識可能な形で残っている以上、被告が原告著作物を利用したことは否定できず、制限規定の適用を受けない限り著作権侵害になるとする (田村・前掲注10)58頁、大野聖二「翻案権侵害について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第4巻[著作権法・意匠法]』(新日本法規、2007年)205頁、駒田泰士「著作物と作品概念との異同について」知的財産法政策学研究11号145頁(2006年)、同「複製または翻案における全体比較論への疑問」前掲『現代社会と著作権法』304頁、

正当化根拠論の意義については必ずしも明らかではないというのが現在の状況と思われる¹⁸。

ところで以上の議論は、現行法の体系や解釈として何が望ましいかという問題への取り組みにおける正当化根拠論の意義を探るものであった。ここでは既存の法制度が所与の前提とされている。これに対し、知的財産法

上野達弘「ドイツ法における翻案—『本質的特徴の直接感得』論の再構成—」著作権研究34号[2007年度]28頁以下(2008年)など。著作権法上、著作物とはアイデアではなく思想・感情を創作的に表現したものをいうのであるから(2条1項1号)、著作権の保護範囲もアイデアではなく創作的表現の共通性で決すべきだからである。こうした見解の背後には、権利範囲の解釈において事案ごとの実質的な利益衡量を行うことは現行法の構造と整合せず、法的安定性や予測可能性の面からも妥当性を欠くとの懸念がある(田村・前掲注10)62～63頁)。上記ケースにおいて被告の利用行為を許容すべきかとの規範的判断をかりに行うとしても、そのような判断は権利制限の解釈・立法論において行うことが適切であるとするのである(上野・前掲「ドイツ法における翻案」52頁、上野達弘[発言]著作権研究34号[2007年度]120頁(2008年))。

¹⁸ なおこれに関連して、伝統的に原理論を重視してきたドイツやフランスの学説・裁判例でも、著作権法の権利制限をめぐる解釈において原理の一貫性よりも結論の妥当性が優先される傾向があるという指摘がみられる(駒田泰士「大陸法における権利制限」著作権研究35号[2008年度]52頁以下(2008年)、著作物の流通・契約システムの調査研究『著作権制度における権利制限規定に関する調査研究報告書』(平成21年3月)[駒田泰士執筆]82頁以下。栗田昌裕「著作権法における権利論の意義と射程(1)(2・完)—ドイツにおける憲法判例と学説の展開を手がかりとして—」民商法雑誌140巻6号、141巻1号(2009年)も参照)。両国の学説・裁判例は、著作権法全体を貫く基本原理として伝統的に著作者の優位性を承認し、そうした見地から権利制限規定の解釈手法として厳格解釈のテーゼを採用しているとされる。もともと、これらのことはあくまで「大まかな傾向」としてそのようにいえるにすぎないという。すなわち、近時の学説・裁判例の多くは必ずしもモデル内で一貫したスタンスをとっているわけではなく、厳格解釈のテーゼを前提としながらも、妥当な結論を導くために条理に基づく権利制限法理の創造や憲法上の公共的価値との衡量を理由とする制限規定の類推解釈を行うなど、いわば「禁じ手」が用いられることも少なくないことが指摘されている(駒田・前掲「大陸法」53～61頁、前掲『著作権制度における権利制限規定に関する調査研究報告書』[駒田執筆]83～93頁を参照)。

制度を取り巻く近年の状況はかかる議論枠組みに再考を促しつつある。すなわち、我が国では1990年代以降、知的財産法に関連した法改正が毎年のように行われている¹⁹。さらに近年では、プロパテント政策の歪みへの対応に取り組む米国の動向を受けて、著作権制度リフォームや特許制度リフォームの必要性が我が国でも叫ばれるようになっており、知的財産権制度の抜本的見直しに向けた機運が高まりつつある²⁰。このような状況に鑑みれば、現行法の立場自体が変わりうることを前提とした議論枠組みが必要になってくるのではなからうか。すなわち、現行法の解釈として何が望ましいかという問題(解釈論)だけでなく、現行法を改正したほうが望ましいか、改正するとしてどのような内容の立法を策定するのが望ましいかという問題(政策論)をも視野に入れた議論が、規範的な知的財産法学の構築においては重要になってくると思われるのである²¹。

¹⁹ 知的財産法に限らず、法領域一般において「立法のインフレーション」化の動きがみられることを指摘するものとして、井上達夫「立法学の新展開 特集にあたって」ジュリスト1369号8頁(2008年)、同「立法学の現代的課題—議会民主政の再編と法理論の再定位」ジュリスト1356号128頁(2008年)。

²⁰ 例えば、『法的環境動向に関する調査研究 著作権リフォーメーション—コンテンツの創造・保護・活用の好循環の実現に向けて—報告書』(デジタルコンテンツ協会、2008年)、相山敬士「現行著作権法の主要課題と『著作権リフォーメーション』論」コピライト568号2頁(2008年)、茶園成樹「著作権制度のリフォーメーションについて」知財研フォーラム75号2頁(2008年)、イノベーションと知財政策に関する研究会報告書『イノベーション促進に向けた新知財政策』(特許庁、2008年)、知的財産研究所20周年記念『岐路に立つ特許制度』(知的財産研究所、2009年)等を参照。

²¹ 一方、上野達弘「時代の流れと著作権法」ジュリスト1361号56頁(2008年)は、ユビキタス社会における諸サービス(e.g. テレビ番組を海外等で視聴等できるサービス)を素材として、その著作権法上の評価にあたってグランドデザインの必要性を認めながらも、新しい技術や時代の登場が既存の法制度の抜本的な再構築を必要とするほどのインパクトをもったものなのか、冷静かつ慎重な見極めが必要であると指摘している。なお、会社法学においては政策論の重要性が広く認識されている。例えば、得津晶「民商の壁—商法学者からみた法解釈方法論争」新世代法政策学研究2号233頁(2009年)、田中亘「総論—会社法学における実証研究の意義」商事法務1874号5頁(2009年)、森田果「実証研究ノススメ」NBL850号6頁(2007年)、同「これが学者の生きる道♪」NBL800号59頁(2005年)等を参照。

近年の知的財産法政策を眺めてみると、国際的枠組みレベルでも国内法レベルでも、技術の進歩や社会における情報の財産的価値の高まりに応じて、知的財産権の保護領域の拡大が急速に進められてきたことが窺える。これは知的財産権を取り巻く環境の変化に的確に対応した立法政策の成果であると捉える見方もありえよう。コンピュータ・プログラム、データベース、バイオテクノロジー、ビジネス方法など、現代において情報財の法的保護のニーズが高まっていることは事実である。しかしそのような保護領域の拡大が、保護対象の拡大、保護すべき行為類型の拡張、保護期間の延長という形で実現されてきた点は看過してはならないように思われる。その理由は、利用者の自由を制約するという知的財産権の性質（権利者の保護と利用者の自由とのトレードオフ）ゆえに、知的財産権制度は保護対象・保護すべき行為類型・保護期間という主に3つの観点から自由規制領域を制度的に限界づけていると解されるからである。

これらの制度的限界づけはいわば「自由の砦」というべきものであり、かかる「自由の砦」は知的財産権の正当性基盤を担保する三本柱として重要な機能を果たしている。それゆえ「自由の砦」を侵食する形での知的財産権の保護拡大には、その必要性やそれが制度全体に及ぼす影響について慎重な熟慮と討議を行うことが求められよう。ところが近年の立法過程を眺めてみると、むしろ政治的な力学や経路依存性に左右される形で自由規制領域の拡大が推し進められている実相が浮き彫りとなる。このことは知的財産権の正当性基盤を脆弱化させる契機とならないか。これが本稿の問題意識である。

それでは、こうした状況のなかで正当化根拠論はいかなる意義をもちうるのだろうか。知的財産権をめぐるより望ましい法政策を実現するために我々が向かうべき針路は、その法政策形成過程を知的財産権の正当化根拠論に照らした実質的討議の場へと修整することであるように思われる。現に最近では、正当化根拠論に立ち返った知的財産権政策の批判的検証の重要性が認識されはじめている。かくして知的財産権の正当化根拠論の意義を現代の法政策形成過程との関係で捉え直すこと、これが本稿の課題である。

このような課題に取り組むために、本稿は次のような順序で論述をすすめる。まず第I部では、考察の出発点として、知的財産権の正当化根拠を

めぐる議論を検討する。その際、正当化根拠論の分析視角を得るために、無体物を保護対象とすることから導かれる知的財産権の性質に着目する。次に第II部では、近年の国際的および国内的な知的財産法政策の動向を検討する。具体的には、第I部の考察から明らかとなる知的財産権制度内の「自由の砦」に着目しながら、TRIPs協定の成立（1994年）を契機として自由規制領域が拡大している現状を浮き彫りにし、その要因を分析する。そして第III部では、主に我が国の著作権保護期間延長問題や米国のパテント・リフォーム論議を手がかりとしながら、知的財産法政策形成過程における正当化根拠論の意義を探求する。我が国では現在、著作権保護期間の延長の是非をめぐって活発な議論が繰り広げられているが、そこには原理的な考察が意義を発揮できる領域が広がっているように思われる。また近年では特許制度改革に向けた動きがみられることから、特許制度の正当化基盤を改めて検証し、現行法制度のさまざまなルールを抜本的に見直そうとする米国のパテント・リフォーム論議は、我が国にとって参考になるものと思われる²²。最後に、第I部から第III部までの考察をまとめるとともに、残された課題を明らかにして、本稿の結語としたい。

²² ところで米国では、知的財産権の正当化根拠論に対する関心は1980年代あたりから高まったと考えられている。その背景には、1980年代に米国政府がいわゆるプロパテント政策へと舵を切ったこと、またバイオテクノロジーなどの先端科学技術やデジタル・ネットワーク技術が急速に発展したこと等の事情がある（Peter S. Menell, *Intellectual Property: General Theories*, in *ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS, VOLUME II. CIVIL LAW AND ECONOMICS*, 129 (Boudewijn Bouckaert and Gerrit de Geest eds., 2000)）。これらの事情は、伝統的に保たれてきた権利者の保護と利用者の自由とのバランスに変容をもたらし、新たな知的創作活動の源泉としてのパブリックドメインに悪影響を及ぼしかねないとの懸念を生みだした。そしてこのことは知的財産権の正当化根拠の再考をうながす一つの契機となったとされる（*Id.* at 164）。

米国のパテント・リフォーム論議もこのような流れのなかに位置づけることができる。すなわち、米国では近年、1980年代以降のプロパテント政策時代に蓄積した歪みが顕在化しはじめ、「特許制度の危機」や「特許制度の崩壊」が叫ばれるようになっていく。それに伴って、特許制度の正当化基盤を改めて検証し、現行法制度のさまざまなルールを抜本的に見直そうという機運が高まっているのである。

第 I 部 知的財産権の正当化根拠をめぐる議論の諸相

前述のとおり第 I 部では、知的財産権の正当化根拠は何かという課題について、無体物の特徴から導かれる知的財産権の性質に着目しながら検討を行う。知的財産権の客体である「無体物」の概念は必ずしも明白な概念ではない。そこで無体物概念の特徴を炙りだすために、無体物概念の起源および性質について考察を行う。

こうした考察からは、発明や著作物などの無体物は法的保護が与えられなければ公共財として本来誰もが自由に利用しえるはずのものであり、知的財産権による保護はこの本来自由になしえるはずの他者の利用行為を制約するという側面をもっていることが浮かびあがる。それでは、物理的には誰でもどこでも自由に利用可能な情報に対して、なぜ人々の情報利用の自由を制約してまで知的財産権を付与する必要があるのだろうか。これが本稿の第 I 部における問題意識である。

従来、知的財産権の付与がなぜ認められるのかという知的財産権の正当化根拠については、権利の個人的な淵源に着目する自然権理論(=私益の正当化)と、権利を付与することで社会全体にもたらされる利益に着目する功利主義理論(=公共の正当化)との、2つのアプローチが主に議論されてきた²³。本稿でもこれら2つの正当化理論については詳しく論じる。さらに本稿では、権利を設定した場合の情報の配分状態の問題について論じる正義論にも着目する。正義論は必ずしも知的財産権付与の正当化根拠を論じるものではない。しかし、先に述べた本稿の問題意識にとって、個人の基本的自由権を出発点とした功利主義的公共的決定の限界づけを提示するロールズの正義論は有益な視座を与えてくれるように思われる。こ

²³ 例えば、田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号1頁(2009年)、小泉直樹「著作権制度の規範的理論」同『アメリカ著作権制度—原理と政策—』(弘文堂、1996年)13頁、島並・前掲注16)14頁、同「特許制度の現状と展望：法学の観点から」知的財産研究所20周年記念『岐路に立つ特許制度』(知的財産研究所、2009年)13頁、Wendy J. Gordon〔田辺英幸訳〕「INTELLECTUAL PROPERTY」知的財産法政策学研究11号9頁(2006年)等を参照。

れが正義論を取り上げる理由である²⁴。そしてこうした正義論的な視点から知的財産権制度を眺めてみると、公衆の自由を過度に制約しないよう、知的財産権制度がさまざまな形で自由規制領域を制度的に限界づけていることが浮き彫りとなる。

第1章 知的財産権の特徴

以上のような問題意識に基づいて、知的財産権の特徴を浮き彫りにすることから考察をはじめることにはしたい。こうした作業を通じて、知的財産権が自明な権利とはいえないことを明らかにし、正当化根拠をめぐる議論の分析視角を獲得することが本章の課題である。

第1節 無体物の特徴

知的財産権は無体財産と呼ばれることがある²⁵。これは、有体財産と無体財産とを区別したうえで、知的財産権は無体財産を規律する法であるという意味で付けられた呼称であろう。ここでは有体財産という概念と無体財産という概念とが対置され、有体物と無体物の明確な区別が前提とされている。例えば、所有権の保護対象である土地やリンゴは有体財産(有体物)の категорияに属し、特許権や著作権の保護対象である発明や著作物は無体財産(無体物)の categoriaに属するということになる。

このように知的財産権の客体は有体物ではなく無体物であると一般に理解されているが、この無体物(ないし無体財産)という概念はよく考え

²⁴ 知的財産権と正義論との関係を論じる文献として、例えば、PETER DRAHOS, A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY, 171-197 (1996); Speranta Dumitru, *Are Rawlsians Entitled to Monopoly Rights?*, in INTELLECTUAL PROPERTY AND THEORIES OF JUSTICE, 57-72 (Axel Gosseries, Alain Marciano and Alain Strowel eds., 2008); 長谷川晃「〈競争的繁榮〉と知的財産法原理」田村善之編『新世代知的財産法政策学の創成』(有斐閣、2008年)103頁以下等を参照。

²⁵ 例えば、中山信弘「無体財産権」岩波講座『基本法学3 財産』(岩波書店、1983年)281頁を参照。

てみるとそれほど自明な概念ではない。無体物は存在するのかという素朴な疑問を考えてみても、即答することが意外に難しいことに気づかされる。無体物という概念はいつごろ誕生し、どのような性質を有するものであろうか。無体物と有体物の性質の違いは、法的文脈においてどのような意味をもつのであろうか。このように権利の客体である無体物の概念について考察することは、知的財産権自体の性質や特徴を考えるうえで有益であろう。そこで以下では、知的財産権の特徴を考える出発点として、無体物という概念に着目し、その起源および性質について考察することにしたい。

第1款 無体物の起源

有体物と無体物の区別の起源は、古代ローマ私法にまで遡ると考えられている²⁶。古代ローマ法は、ガイウスの『法学提要』から分かるように、私法の分類として、人の法 (*ius personarum*)、物の法 (*ius rerum*)、訴訟の法 (*ius actionum*) という3分類を行っていた²⁷。有体と無体の区別は、物の法においてみられる。ガイウスは、具体的に次のように述べている。

「12. また、物は有体物 (*res corporales*) と無体物 (*res incorporales*) に分けられる。13. 有体物とは接触できる物をいう。例えば、土地・奴隷・衣服・金・銀そのほか多数の物である。14. 無体物とは接触できない物をいう。すなわち、権利として存在するものがそれである。例えば、相続財

²⁶ DRAHOS, *supra* note 24, at 16.

²⁷ ガイウスの『法学提要』は、最も一般的な法上の諸概念に関する簡潔な説明のあとで、人の法、物の法、訴訟の法の順に説明がなされている。これは法学入門書として、読者の身近で最も理解しやすい部分の説明を冒頭に配置し、最も多くの技術的要素を含む訴訟法に関する説明を末尾に配置したことに由来するものと考えられている。そして、こうした体系は、ユスティニアヌス(Justinianus)の『法学提要』にも採用され、その後中世において広く踏襲されたといわれている(船田亨二『ローマ法入門(改訂版)』(有斐閣、1960年)68~69頁)。ガイウスの『法学提要』は、すべての権利の客体を有体物と無体物とに分けたうえで、物に関する理論のなかで相続や債務関係をも扱っている点に特徴を有するが、こうした講学上の分類は、実際の意味を獲得しなかったと指摘されている(マックス・カーザー〔柴田光蔵訳〕『ローマ私法概説』(創文社、1979年)154頁)。

産・用益権・各種の債権である。』²⁸

このように、ガイウスにとって有体物と無体物の区別のメルクマールは接触できるか否かであった。そして、接触できない無体物としては、一体として観察された物の総体(e.g. 相続財産)や経済的価値を有する種々の権利(e.g. 用益権や各種の債権)が念頭に置かれていたことが窺える。ただし、ガイウスが無体物に分類した権利は、例えば引渡請求権のように、あくまでその客体が有体物と関連した権利であり、客体も無体物であるような権利は意識されていなかった²⁹。

それでは、古代ローマの法学者は有体物と無体物の区別に関する着想をどこから得たのだろうか。その1つの可能性として、ストア哲学の影響が指摘されている³⁰。ストア哲学は古代ローマの法文化や哲学に多大な影響力をもっていただけでなく、ストア哲学の思想において有体物と無体物の区別が見受けられるからである³¹。ストア哲学においては、時間、空間、空虚、意味されるもの(*lekta*)の4つが無体であるとされ、神や魂は有体の存在であるとされていた。そして、有体のもののみが現実存在するものとされ、無体物は人間の精神生活によって抽象的に存続するものであると考えられていた。そのため、無体物は人間の精神を有体世界に重ね合わせることによって初めて認識しえたのである。例えば、意味されるもの(*lekta*)はそれ自体因果的に不活性なものであるが、表現可能なものであるために、人々の信念の一部を形成して具体的な意味を帯びるようになれば因果的要素となりえる。このようにストア哲学の体系においては、無体

²⁸ ガイウス〔船田亨二訳〕『法学提要(新版)』(有斐閣、1967年)123頁を参照。

²⁹ 中山信弘『発明者権の研究』(東京大学出版会、1987年)16頁注1)。これに対し、無体の権利(*incorporeal right*)と無体の客体(*incorporeal object*)とが初めて意識的に結びつけられたのは、英国財産法において多様な知的財産形態が債権的財産(*choses in action*)として分類され、動産(*chattel*)における財産権と注意深く区別されたときであるといわれている。DRAHOS, *supra* note 24, at 18.

³⁰ JOHN AUSTIN, LECTURES ON JURISPRUDENCE, Lecture XIII (5th ed., 1885); DRAHOS, *supra* note 24, at 16.

³¹ ストア哲学の思想における非物体論に関する邦語文献として、エミール・ブレイエ〔江川隆男訳〕『初期ストア哲学における非物体的なものの理論』(月曜社、2006年)を参照。

物は精神の構成物として存続するものであり、精神の構成物が具現化された信念となって初めて有体性や実在性を獲得しえるものであったと考えられている³²。

ともあれローマ法は無体物 (*res incorporales*) というカテゴリーを創り出したわけであるが、その後、11世紀末のボローニャにおいて生じた註釈学派 (Glossatoren) による法学の復活によって、ローマ法はヨーロッパ各国の法制度に浸透していった³³。そして無体物という概念も大陸法およびコモン・ローの法律用語に入り込んだ。その際、近代知的財産法の母国とされる英国³⁴の財産法において、無体物のカテゴリーが債権的財産 (*chose*

³² DRAHOS, *supra* note 24, at 17-18. このようなストア哲学上の無体物のカテゴリーから得られる一つの示唆は、著作権であれ特許権であれ、知的財産権を主張する前に保護対象に関する何らかの仕様書が必要であるということであるとドラホスという。それは例えば、特許権の登録のような一定の形式の要求となって現れるという。

³³ 註釈学派の祖は、イルネリウス (Imerius) とされている。註釈学派のローマ法研究の方法は、各法の規定や用語の註釈から進んで、法の全体系を把握しようとするものであった。ボローニャの法学校には、イタリア、フランス、イギリス各国から多数の留学生が訪れ、1200年前後には学生数が1万人ほどに達したといわれている。これらの留学生は、各地における法の発達とローマ法の伝播に大きな役割を担ったと考えられている。以上につき、船田・前掲注27) 42~43頁、カーザー・前掲注27) 14~17頁を参照。

³⁴ ここで英国を取り上げているのは、今につながる知的財産法制度の起源の一つとして重要と考えるからである。成文法としての近代特許制度の起源は、厳密には1474年のヴェネチア特許法に遡ることが明らかにされているが (Giulio Mandich [Prager, F.D. trans], *Venetian Patents (1450-1550)*, 30 J. PAT. OFF. SOC'Y 166, 206-207 (1948))、一般に、制定法としての特許制度の起源は、1624年の英国独占条例 (Statute of Monopolies) に求められることが多い。英国は、産業の振興を目的として、とりわけ大陸の工業先進諸国から新技術や新産業を国内に移転・導入するのを奨励するために、独占特許制度を創設したといわれている (特許制度の起源に関しては、清瀬一郎『発明特許制度ノ起源及発達』(学術選書、1915年) 1~125頁、Edith Tilton Penrose [黒田龍久=中柴武雄=吉村孝訳]『国際特許制度経済論』(英文法令社、1957年) 16~19・28~29頁、富田徹男「概説—工業所有権制度の発生と形成過程」特許庁工業所有権制度史研究会編『特許制度の発生と変遷』(大蔵省印刷局、1982年) 9~12頁、中山・前掲注29) 18~26頁、大河内暁男『発明行為と技術

in action) のカテゴリーと融合したと解されている³⁵。この債権的財産カテゴリーは、英国の財産法体系のなかでも残余的性格が濃く、その属性の無定形さゆえに拡張的な性質をもつ人的財産カテゴリー (personal property) の一部を構成するものである³⁶。この非常に柔軟な人的財産の概念は、中世における財産概念を特徴づけた「物類似性」(thinglikeness) を後退させ、財産とは物ではなく人と人との関係であるという思想を生み出す契機と

構想 (東京大学出版会、1992年) 129~139頁、守誠『特許の文明史』(新潮選書、1994年) 100~104頁、谷原修身『独占禁止法の史的展開論』(信山社、1997年) 20~47頁、小原喜雄「Darcy v. Allein (1602)」小野昌延先生古稀記念『知的財産法の系譜』(青林書院、2002年) 191~197頁、石井正『知的財産の歴史と現代』(発明協会、2005年) 41~52頁、同『歴史のなかの特許』(晃洋書房、2009年) 21~29頁を参照。

一方、制定法としての著作権制度の起源は1709年の英国アン法典に遡ると解されている (DRAHOS, *supra* note 24, at 22-28; PETER DRAHOS WITH JOHN BRAITHWAITE, INFORMATION FEUDALISM: WHO OWNS THE KNOWLEDGE ECONOMY?, 29-38 (2002); 白田秀彰『コピーライトの史的展開』(信山社、1998年)、山田奨治『<海賊版>の思想: 18世紀英国の永久コピーライト闘争』(みすず書房、2007年) 参照)。

なお、英国における近代知的財産法の歴史的展開を叙述した研究では、英国において近代知的財産法が他と明確に区別された独立の法的カテゴリーとして承認されるようになったのは、意外にも19世紀半ばになってからであることが指摘されている。BRAD SHERMAN AND LIONEL BENTLY, THE MAKING OF MODERN INTELLECTUAL PROPERTY LAW, 95 (1999)。

³⁵ なお、より一般的にイングランド法がローマ法を継受したといえるか否かに関しては、英国において学説上の対立が存在しており、否定的な見解が通説であるとされている。もっとも、近時は少数説の意義についても見直されているようである。詳しくは、メイトランド他 [小山貞夫訳]『イングランド法とルネサンス』(創文社、1977年)、小山貞夫『『イングランド法とルネサンス』考—イングランドにおけるローマ法継受の可能性とコモン・ローの近代化—』法学48巻2号1頁 (1984年) 参照。

³⁶ 英国では一般に、人的財産とは不動産である土地を除くすべての財産のことを指すと考えられている (MICHAEL BRIDGE, PERSONAL PROPERTY LAW, 1 (3d ed., 2002))。人的財産カテゴリーの残余的かつ拡張的な性格や債権的財産カテゴリーについて詳しくは、山口いつ子「知的財産権と自由な情報流通との調整の在り方をめぐる憲法学的考察—情報技術に関する法における基本原理の探求—」『特許庁委託平成19年度産業財産権研究推進事業報告書』(知的財産研究所、2008年) 19頁以下を参照。

なったと考えられている³⁷。

コモン・ローの歴史の初期においては、債権譲渡を禁止するルールが存在していた。その理由は、債権的財産は譲渡に相応しくないほど高度に人的な債務であると考えられていたからであり、また、債権的財産は訴訟によって実現する権利であるところ、その譲渡は訴訟の譲渡を意味し、濫訴をまねく恐れがあったからであるとされる³⁸。しかし、特許や著作権が登場した時期には、債権譲渡禁止ルールはエクイティ裁判所によって実質的に有名無実化させられていた。このことは、特許や著作権を債権的財産のカテゴリーに当てはめるのを容易にした。また、これらの財産形態が譲渡可能であることは商業上の要請でもあった。このほか、著作権や特許権の無体の性質もその債権的財産としての分類に影響を与えたと考えられている³⁹。

このようにして英国では、人的財産の中でも債権的財産のカテゴリーに知的財産権が分類されるようになったのである。もともと、知的財産権が債権的財産であるか否かをめぐってはその後も議論があり、現在では特許権について人的財産ではあるが債権的財産ではないという変則的な位置づけがなされている⁴⁰。しかしいずれにしても、人的財産ないし債権的財産カテゴリーに分類された結果、知的財産権はその起源からして人的関係を規律する性質を帯びていたという点が重要である。

無体物の発展経緯からは、財産法の非物質化や抽象化が進み、「物類似性」を喪失したかのように感じられるかもしれない。しかし法的にみれば、知的財産権の「物類似性」は、抽象的な客体に対して一定の有体性を課す様々な要件（例えば、発明要件や有用性要件、固定性要件など）となって

³⁷ DRAHOS, *supra* note 24, at 19.

³⁸ *Id.* at 20. 田中英夫編『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）69～70頁も参照。

³⁹ *Id.*

⁴⁰ 英国のコモン・ロー上、特許は債権的財産であるとみなされてきたが、1977年の特許法改正において従来のコモン・ローの立場が覆され、30条1項に、特許又は特許出願は債権的財産ではないとの特段の定めが置かれるに至った。一方、著作権は現在でも債権的財産とみなされているという。詳しくは、山口・前掲注36)24～25頁を参照。

現れるのである⁴¹。ともあれ重要なことは、抽象的な対象に財産権を創設することで、無体物を通じた物質世界における広範な財産関係、すなわち、広範な人的関係を支配することが可能となったということである⁴²。

なお近年は、このような人的関係の規律という側面から「無体物」概念の批判的検討が進んでおり、「無体物」というレトリックがもつ危うさも指摘されている⁴³。本稿ではこうした指摘に留意しつつ、有体物に対する所有権と対比する意味で、また無体物という発想が根強いことにも鑑みて、引き続き無体物なる用語を用いることにする。

第2款 無体物の性質

次に、無体物の性質について考察しよう。無体物の性質を考えるにあたっては、有体物と比較することが有益である。有体物と無体物の性質を比較した場合、財の消費に競合性があるかどうか、財の範囲について物理的な境界線を引くことができるかどうか、という2点において主に相違がみられる。以下、敷衍しよう。

⁴¹ 法規制の実効性を確保するために、有体の物質的な世界との関連性が要求されることを指摘するものとして、Nari Lee, *Patent Eligible Subject Matter Reconfiguration and the Emergence of Proprietary Norms: The Patent Eligibility of Business Methods*, 45 IDEA 321 (2005) [田村善之＝津幡笑訳「特許対象の再編成と財産権主義の台頭—ビジネス方法の特許適格性—」知的財産法政策学研究9号23頁(2005年)]を参照。

⁴² DRAHOS, *supra* note 24, at 21.

⁴³ 例えば、田村善之「知的創作物の未保護領域という発想の陥穽について」著作権研究36号[2009年度]（近刊）。そこでは、「特定のプログラムの著作物（無体物）の公衆送信（行為）」と「特定のプログラムの送信方法の発明（無体物）」を例に、何が無体「物」とみなされるかということは利用「行為」の抽象度の程度によって決まること、それゆえ人の行為から分離した無体物なるものを観念することはフィクションにとどまること、しかし「無体物」というレトリックが実際には人の行為が制約されていることを覆い隠す効果があること等が指摘されている。知的財産法は多種多様な人の行為の類似するパターンを抽出し、それを無体物と呼んでいるにとどまることを指摘する文献として、Gordon・前掲注23)1～8頁を参照。

1. 消費の非競合性

まず第1に、経済学的な観点からみると、有体物と無体物とは消費の競合性の有無において大きく相違している⁴⁴。

動産や不動産などの有体物には、ある人が消費すると他者はそれを消費できないという性質がある。例えば、私を手元にあるリンゴを消費すれば、他者はもはやそのリンゴを消費することはできない。これを一般に、有体物の競合的性質(rivalous)という。この競合的な性質のために、本来的に稀少性をもつ有体物を過剰消費すれば、やがて資源の枯渇問題が生じることになる。そして資源を共有状態に置いておくと、各人が自己利益を追求するあまり共有資源を使い果たしてしまう恐れがある。そこで、資源を共有に置いた場合の悲劇を回避するために、私有財産権の設定が必要となる。これがいわゆる「コモンズの悲劇」論に基づく正当化である⁴⁵。すなわち、共有資源を私有財産に振り分けると、各人はその持ち分について過剰利用を回避するインセンティブをもつようになり、資源が将来世代の利用のために保護されると考えるのである⁴⁶。

これに対し、情報などの無体物には、他者の消費を減少させることなく、多数の者が同時に消費可能であるという性質がある。例えば、私が面白いアイデアを思い付いたとすれば、私はそのアイデアを保持したまま友人にそれを伝えることができる。しかも、友人はそのアイデアを私から

物理的に奪うことなく利用することができる。これを一般に、情報の非競合的性質(non-rivalous)という。つまり情報には本来的に稀少性がないのである。むしろそれは公共財に近い性質をもつ。このような性質のために、情報などの無体物については古くから占有や所有権の対象に馴染まないということが指摘されてきた。例えば、第3代米大統領であり初代国務長官(特許委員会委員長を兼任)でもあったトマス・ジェファソンは、マクファーソンに宛てた1813年8月13日付けの手紙の中で、次のように述べている⁴⁷。

「もし自然がほかのすべての物よりも排他的所有に不適格なものを一つ選ぶとすれば、それはアイデアと呼ばれる思考力の行為である。個人はアイデアを自分自身にとどめておく限り、それを排他的に保有するだろう。しかしそれが公表された瞬間、それは万人の占有に入り、その受け手がそこから追いつかれることはありえないのである。加えて、アイデアには、他のすべての者がアイデアの全体を所有しているために、その所有が少なくなる者は一人もいないという特異な性質がある。つまり、私からアイデアを受け取る者は、私の分を減少させることなく、彼自身で享受するのである。」それゆえアイデアは、「火と同様に、どの地点においてもその濃度を減少させることなく全空間に広がりうるもの」であり、また「空気と同様に、閉じ込めたり排他的に専有することができないもの」である。このように「アイデアが地球上で人から人へと自由に広めるべきであるということは、自然が特別にまた博愛的に設計したものであるから、「発明は、その性質上、所有権の対象となりえない。」⁴⁸

ジェファソンが強調するように、アイデアという無体物は本来特定の者による排他的支配に適さないものである。アイデアはその非競合的な性質ゆえに、多数の人々の広範なアクセスや自由な流通を指向するのである。アイデアを含めた情報一般について、情報の動態性および累積性と

⁴⁴ 経済学的な観点からみた無体物の性質、とくに情報の性質について詳しくは、野口悠紀夫『情報の経済理論』(東洋経済新報社、1974年)40～65頁、廣松毅=大平号声『情報経済のマクロ分析』(東洋経済新報社、1990年)23～49頁、ジョセフ・E・スティグリッツ=カール・E・ウォルシュ〔藪下史郎ほか訳〕『スティグリッツ・ミクロ経済学(第3版)』(東洋経済新報社、2006年)668～680頁等を参照。

⁴⁵ コモンズの悲劇については、Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 161 SCIENCE 1243 (1968) [桜井徹訳「共有地の悲劇」シュレーダー=フレチュット編〔京都生命倫理権研究会訳〕『環境の倫理 下』(晃洋書房、1993年)445頁]、山本顯治「現代不法行為法学における『厚生』対『権利』」民商法雑誌133巻6号898～903頁(2006年)を参照。

⁴⁶ CATHERINE COLSTON AND KIRSTY MIDDLETON, *MODERN INTELLECTUAL PROPERTY LAW*, 31 (2d ed., 2005).

⁴⁷ THOMAS JEFFERSON, *WRITINGS OF THOMAS JEFFERSON*, VOL. 6, 180-181 (H.A. Washington, ed., 1854), reprinted in ROBERT P. MERGES AND JANE C. GINSBURG, *FOUNDATIONS OF INTELLECTUAL PROPERTY* 17-21 (2004). 本稿では後者の文献を参照した。以下の引用箇所の数も後者の文献のものである。

⁴⁸ 以上につき、*Id.* at 19.

いう派生的な性質を導くことができるとする見解もある。すなわち、利用に供されるにつれてアイデアが絶え間なく発展するという意味で、情報には動態的な性質 (dynamic) があり、またパブリックドメインに属する既存のアイデアから新しいアイデアが生まれるという意味で、情報には累積的な性質 (cumulative) があるというわけである⁴⁹。

2. 明確な境界の欠如

第2に、明確な境界の有無という点でも、有体物と無体物の間には顕著な相違がある⁵⁰。

動産や不動産などの有体物には物理的な境界がある。それゆえ有体物の場合には、権利が及ぶ範囲が明確であり、五感をもってその範囲を知ることができる⁵¹。もちろん、境界というのは慣習的な概念である。土地や領土の境界線について考えてみれば分かるように、境界の決定は、社会的、政治的、軍事的な観点から行われうるものである。しかし、そのような慣習的な境界線であっても、いったん境界が決定されるとそれはある程度有効に維持されうる。このように有体物の場合には、明確な境界線を引くことが可能である。

これに対し、無体物に関して境界線を引くという作業は、有体物の場合に比べて遙かに困難な作業である。発明や著作物という無形の情報は、物理的な境界線を引くことができない。無体物の境界は多くの場合、知的財産権侵害訴訟における同一性又は類似性判断によって画定される。例えば、特許侵害訴訟の場合であれば、特許請求の範囲 (クレーム) の記載と被告製品とを対比し、被告製品が特許権の技術的範囲 (特許法70条1項)、均

等範囲 (最判平成10.2.24民集52巻1号113頁 [ポールスプライン軸受])、あるいは間接侵害の範囲 (特許法101条) に属するか否かによって、境界が画定されることになる⁵²。また、著作権侵害訴訟の場合であれば、原告作品と被告作品を対比し、被告作品に原告作品の創作的表現が再生されているか否かによって判断されることになる (最判平成13.6.28民集55巻4号837頁 [江差追分])⁵³。

このような慣習的な境界は、いちど境界が決定されてもそれがその後も有効に維持されるとは限らない。実際、第1審と控訴審とで侵害成否の判断が逆転するケースは少なからず存在する⁵⁴。このことから窺えるように、類似性の具体的範囲を明確化する作業は非常に困難であり、所有権など他

⁵² 例えば、中山・前掲注51)381頁以下、田村・前掲注12)『知的財産法』220頁以下、増井和夫＝田村善之『特許判例ガイド(第3版)』(有斐閣、2005年)121頁以下、高林龍『標準特許法(第3版)』(有斐閣、2008年)115頁以下、竹田和彦『特許の知識(第8版)』(ダイヤモンド社、2006年)372頁以下・416頁以下等を参照。

⁵³ 例えば、中山・前掲注5)465頁以下、田村・前掲注10)58頁以下、島並＝上野＝横山・前掲注17)252頁以下を参照。

⁵⁴ 例えば、近時の特許権侵害事件として、インクカートリッジ事件 (東京地判平成16.12.8判時1889号110頁 [同1審] は侵害を否定したのに対し、知財高判平成18.1.31判時1922号30頁 [同控訴審] および最判平成19.11.8民集61巻8号2989頁 [同上告審] は侵害を肯定)、一太郎事件 (東京地判平成17.2.1判時1886号21頁 [同1審] は侵害を肯定したのに対し、知財高判平成17.9.30判時1904号47頁 [同控訴審] は侵害を否定) 等を挙げることができる。また、著作権侵害事件としては、江差追分事件 (東京地判平成8.9.30知的裁集28巻3号59頁 [同1審] および東京高判平成11.3.30民集54巻4号945頁 [同控訴審] が侵害を肯定したのに対し、最判平成13.6.28民集55巻4号837頁 [同上告審] は侵害を否定)、すいか写真事件 (東京地判平成11.12.15判時1699号145頁 [同1審] は侵害を否定したのに対し、東京高判平成13.6.21判時1765号96頁 [同控訴審] は侵害を肯定)、記念樹事件 (東京地判平成12.12.18判時1709号92頁 [同1審] は侵害を否定したのに対し、東京高判平成14.9.6判時1794号3頁 [同控訴審] は侵害を肯定)、通勤大学法律コース事件 (東京地判平成17.5.17判時1950号147頁 [同1審] は侵害を肯定したのに対し、知財高判平成18.3.15平成17(ネ)10095等最高裁HP [同控訴審] は侵害を否定 (ただし不法行為の成立については肯定))、ロクラクII事件 (東京地判平成20.5.28判時2029号125頁 [同1審] は侵害を肯定しているのに対し、知財高判平成21.1.27平成20(ネ)10055等 [同控訴審] は侵害を否定) 等を挙げることができる。

⁴⁹ COLSTON AND MIDDLETON, *supra* note 46, at 31. コルストン＝ミドルトンによれば、もしすべてのアイデアが知的コモンズに属する先行のアイデアから導き出され、利用によって発展するのだとすれば、より広範にアイデアが共有されればされるほど、より多くの人々がそれから恩恵を受けるだろうという主張をなすことさえ可能となるのである。

⁵⁰ DRAHOS, *supra* note 24, at 155-156.

⁵¹ 中山信弘『工業所有権法 上 特許法 (第2版増補版)』(弘文堂、2000年)24頁。

の財産権に比べると知的財産権の保護範囲に関する予測可能性は低いものである。これは、無体物が物理的な境界をもたないことに加えて、知的財産権の場合には、侵害行為の実効的な抑止を目的として保護範囲にある程度の幅をもたせる必要があることによると指摘されている⁵⁵。このように無体物の場合には、政策的な理由からも境界が変動しうるのであり、明確な境界線を引くことは困難である⁵⁶。

第2節 無体物の特徴から導かれる知的財産権の性質

先ほどジェファソンが指摘していたように、無体物の非競合的な性質は、発明や著作物の排他的所有の正当性に対して疑問を呈する一応の論拠となりうる。有体物の場合であれば、他人の所有や利用を排除する権利というものは、自己の所有や円満な利用にとって必要であることから正当化される。例えば、バイクを他人に盗まれ乗り回された場合、その所有者はバイクに乗ることができず、その利便性を完全に奪われることになる。それゆえ、取戻請求権や妨害排除請求権などの権能が所有権の効力として正当化されるのである⁵⁷。

⁵⁵ 例えば、中山・前掲注51)26頁注12)は、知的財産の各法領域により違いはあるとの留保を付しつつ、「知的財産の保護範囲については常に争いの種となる宿命を負っている」と指摘する。中山教授によれば、知的財産の保護範囲の画定において求められる「幅」は、固定の原理によって決定されるものではなく、政策的理由により決定されるものであり、国によって、あるいは時代によっても変化しうるものであるとする。

⁵⁶ 中山・前掲注25)287頁。

⁵⁷ 所有権の効力(物権的請求権)については、例えば、内田貴『民法Ⅱ 総則・物権総論(第4版)』(東京大学出版会、2008年)367頁、大村敦志『基本民法Ⅰ 総則・物権総論(第3版)』(有斐閣、2007年)272頁、佐久間毅『民法の基礎2 物権』(有斐閣、2006年)297頁、近江幸治『民法講義Ⅱ 物権法(第3版)』(成文堂、2006年)214頁、加藤雅信『新民法大系Ⅱ 物権法(第2版)』(有斐閣、2005年)33頁、奥田昌道「物権的請求権について」法学教室198号7頁(1997年)、鎌野邦樹「物権的請求権について」高島平蔵教授古稀記念『民法学の新たな展開』(成文堂、1993年)119頁等を参照。

だが、無体物に関してはこのような正当化は有用でない。無体物の場合、第三者は権利者から占有を奪うという行為を介在させることなく、いつでも、どこでも発明や著作物の利用を行うことができるのであり、また、そうした第三者の無権原の実施や利用によって権利者の利用それ自体が妨げられるわけでもないからである。例えば、ある小説を他人に盗作され複製された場合、作家は潜在的な経済的利益を失う可能性はあるが、自らその小説を複製して出版する自由そのものを侵奪されるわけではない⁵⁸。我が国の特許法や著作権法が差止請求権などの物権的構成を採用しながらも、取戻請求権の規定をもたないのはこのためであると解されている⁵⁹。

発明や著作物といった無体物は法的保護が与えられなければ公共財として本来誰もが自由に利用しえるはずのものであり、知的財産権による保護は、この本来自由になしえるはずの個人の利用行為を制約するという側面をもっている。知的財産権は一般に情報という無体物に対する私有財産権であるといわれるが、人々の行動様式を規律する点にその特徴があり、そのような権利を認めることによって、人々の行動の自由が制約されているということを看過してはならない。知的財産権の法的性質について、物権的には自由になしうる人の行動のパターンを法律で人工的に制約する特権(privilege)でしかないと言主張される理由もここにある⁶⁰。

⁵⁸ この点につき詳しくは、Edwin C. Hettinger, *Justifying Intellectual Property*, 18 PHIL. & PUB. AFF. 31, 35 (1989); Wendy J. Gordon, *An Inquiry Into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory*, 41 STAN. L. REV. 1343, 1425-1435 (1989); Jeremy Waldron, *From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property*, 68 CHI.-KENT. L. REV. 841, 870-874 (1993)を参照。

⁵⁹ 詳しくは、中山・前掲注51)21~22頁、中山・前掲注5)18頁、金井高志『民法でみる知的財産法』(日本評論社、2008年)53~55頁、島並=上野=横山・前掲注17)6頁等を参照。

⁶⁰ DRAHOS, *supra* note 24, at 17-21, 32-33, 211-212; 田村・前掲注23)3頁以下を参照。また、Gordon・前掲注23)1頁以下は、propertyというラベルが、所有権のような財産権以上に、知的財産権の本質が人と人との関係であり人と物との関係ではないことを見失わせることを指摘し、知的財産権を類似のパターンに対する権利であると把握すべきである旨、強調している。

もつとも、すべて法は何らかの意味で行動の自由を制約している。いかなる個人の行動様式も法的権利をもった他者の存在によって制約を受ける。法的権利というものは、自由を脅かすような他者の行為を禁止する社会基盤を構築することで、自由の領域を創出しているのである。したがって、ベースラインをアナーキズムに置かない限り、他の法律とは異なる配慮を必要とするような、何か特別な意味で人々の行動様式に影響を及ぼす権利なのかということが、知的財産権の性質を考えるうえでは依然として問題となる⁶¹。この問題を考えるにあたっては、土地に対する所有権と知的財産権とを比較することが有益であろう。

財産権の一つの説明として、財産権は他者がその権利の内容に規定された方法で干渉するのを禁止する消極的権利の一形態であるといわれる。例えば、土地に対する所有権は、他人がその土地に侵入したり、耕作したり、売却するといった所有権に定められた方法で干渉するのを禁止する権利である。この意味では、知的財産権も消極的権利であることに変わりはない。例えば、著作権は他者がある著作物を複製、上演、譲渡、公衆送信等するのを禁止する権利であるし、特許権も他者が特許発明の技術的範囲に属する製品を業として生産、使用、譲渡等する行為を禁止する権利である。しかし重要な相違もある⁶²。

第1に、有体物を対象とする所有権の場合、誰か一人が利用すれば他人の利用は排除されるという有体物の競合的な性質のために、事実上、その有体物に接する形での利用行為のみが禁止される。こうした制約は、所有権の円満な実現にとって必要なものであり、市民社会において共存を実現するために各人が進んで払おうとする代償であるとみなしうる。それゆえ、対象物が滅失しない限り権利が永久に存続するとしても、特段の不都合は生じないと解される⁶³。

⁶¹ Waldron, *supra* note 58, at 868. ベースライン（基準点）問題については、得津晶「負け犬の遠吠え—多元的法政策学の必要性またはその不要性」新世代法政策学研究創刊号359頁以下（2009年）を参照。

⁶² DRAHOS, *supra* note 24, at 211-212.

⁶³ 例えば、中山・前掲注25)288頁は、「有体物に関する所有権は、その有体物を独占的、排他的に使用、収益しうる権利ではあるが、それはあくまでもその物に限定

これに対し、無体物を対象とする知的財産権の場合、多数の者がどこでも同時に利用可能であるという無体物の非競合的な性質のために、所有権の場合に比べて、利用の制約を受ける行為者の数が相当大きなものとなりうる。また、発明や著作物のなかには社会的・文化的・経済的営みにとって重要な資本として機能するものも含まれる。そのため、無体物を通じた広範な人的依存関係を規律するという性質も知的財産権の場合にはあるだろう（無体物の起源からの示唆）。ドラホスの言葉を借りれば、知的財産権は「他者の自由への大きな干渉パターンを生み出す権利」なのである⁶⁴。このような権利が永久に存続するとすれば、社会にもたらされる弊害は甚大なものとなりうる。それゆえ、知的財産権には原則として権利の存続期間が法定されているものと解される⁶⁵。

第2に、所有権の場合、保護対象である有体物には「物」という物理的な限界が存在するために、権利の及ぶ範囲は明確かつ限定的である。これに対し、知的財産権の場合には、前述したように保護客体である無体物には「物」という物理的な境界や限界が存在しない。そのため、無体物の範囲が国境を越えて国際的に無限定に広がりうるという違いもある（無体物の性質からの示唆）⁶⁶。

される。従って、第三者がそれと同じ物の使用を欲するならば、同一のものを製作し、あるいは購入すれば足りる。従って、所有権は永久であっても不都合の生ずることは少ない。」と指摘している。

⁶⁴ DRAHOS, *supra* note 24, at 211. COLSTON AND MIDDLETON, *supra* note 46, at 31にも同様の指摘がみられる。

⁶⁵ なお、商標権には10年間の存続期間が設けられているが（商標法19条1項）、特許権等と異なり、何度でも更新登録することが可能である（19条2項）。これは、商標に信用が化体されている限りこれを保護することが営業活動の不断努力を促すことに繋がる一方で、商標権の場合には、特許権に比べて競争制限効果が小さいことによる。商標法が存続期間を区切っている趣旨は、不使用商標等、無駄な登録を自然淘汰することにあると解される。中山・前掲51)26頁注9)、田村善之『商標法概説（第2版）』（弘文堂、2000年）46頁。

⁶⁶ 田村・前掲注23)5～6頁。中山・前掲注51)18頁は、「工業所有権の対象は無体財貨（一種の情報）であり、有体物と比較するならば、その保護法制は本来的に国際化する傾向を内在している。なぜならば情報に関しては、物と比べれば、国境の

第3節 知的財産権の正当性の非自明性

ここまで繰り返し述べてきたように、有体物と比較した場合、情報などの無体物には本来的に稀少性がなく、むしろそれは公共財に近い性質をもつ。このような情報を私的財として保護するために、国家は物理的には誰もが自由になしうる情報の利用行為を禁止する権利を設定し、人工的な稀少性を作り出してきたのである。しかし情報の性質上、消費しても枯渇する恐れがなく、広範な利用を指向する動態的かつ累積的な性質があるのだとすれば、一体なぜ人為的に禁止権を設定してまで稀少性を作出しなければならないのかということが問題となる。ベッカーが強調しているように、「もし知的財産権を正当化したいと思うならば、正当化すべき対象はこうした策略的な稀少性にほかならない」のである⁶⁷。

知的財産権には他者の行動の自由に大きな干渉パターンを生み出すという特徴があり、しかもその権利は国際的に歯止めなく拡大する可能性がある点で、知的財産権の場合には、所有権など一般の財産権以上に権利の正当性が問題となりやすい。また、知的財産権が規制する行動様式には表現活動や研究活動など憲法上の基本的価値と密接に結びついた行為が含まれることから、知的財産権の正当化根拠に遡って議論することの意義は大きいと解される。

従来は、ともすれば経済的価値のある情報を知的財産権によって手厚く保護することが自明視されてきた。しかし上記の観点に立てば、知的財産権は自明の正当性を有するものとはいえず、知的財産権による情報利用規制を正当化する根拠は何かという、原理的な考察が不可欠であると考える。

この点について法哲学者ウォルドロンは次のように明快かつ説得的に論じている。いわく、「知的財産制度は自己正当化が可能なものではない。我々は、制度がなかった場合に比べて行動の自由が制約されたと感じる者に対して、その制度を正当化する義務を負っている。複製者はオリジナリ

有する意味は相対的に低いからである」と指摘する。

⁶⁷ Lawrence C. Becker, *Deserving to Own Intellectual Property*, 68 CHL.-KENT. L. REV. 609, 616 (1993).

ティに欠ける剽窃者であるとか他人の作品の盗作者として侮辱を受けるかもしれないが、それでもなお彼らは知的財産法の直接的な影響を受ける者なのである。知的財産法は彼らの行為から話し方、生計の立て方に至るまで、その行動のパターンに影響を及ぼし、その自由を制約しているのである。現状において我々が知的財産制度を正当化する義務を負っているのは、潜在的な複製者に対してである。」⁶⁸

また、次のような見解も目を惹く。「抽象的なアイデアは万人にとって潜在的に利用可能であるため、知的財産権は、他の財産権に比べると、遙かに広範な範囲・程度をもって他者の活動に干渉する能力をもっているのである。こうしたアイデアは、社会的、文化的、経済的な発展にとって不可欠な基本的事項を形成し、さらに資本の一形態であるともみなしうる。したがって、知的財産権による保護を通じて人工的な排他性を創出し、知的コモンズを縮小させるには、それを正当化する根拠が示されなければならない。」⁶⁹

第4節 小括

第1章の分析から明らかになったことをまとめれば、次のようになる。知的財産権には無体物という曖昧な概念から導かれる特徴として、人為的に稀少性を作り出すという性質や他者の自由に大きな干渉パターンを生み出すという性質が存在する。このような性質をもつ知的財産権は自明な正当性を有する権利であるとはいえず、それゆえ、そもそもなぜ権利を付与する必要があるのか、知的財産権の付与を正当化する根拠は何かという問題を探求することが重要となる。

それでは、本来誰でもどこでも同時に利用可能な情報に対して、なぜ人々の情報利用の自由を制約してまで人為的な稀少状態を作り出す必要があるのだろうか。このような視角から知的財産権の正当化根拠をめぐる議論を考察することが、第2章からの課題となる。

⁶⁸ Waldron, *supra* note 58, at 887.

⁶⁹ COLSTON AND MIDDLETON, *supra* note 46, at 31.