



Title	知的財産権の正当化根拠論の現代的意義 (5)
Author(s)	山根, 崇邦
Citation	知的財産法政策学研究, 33, 199-227
Issue Date	2011-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/45725
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ33_008.pdf



論 説

知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(5)

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、第28号)

第2章 自然権理論

第1節 労働に基礎をおくモデル (以上、第30～31号)

第2節 人格に基礎をおくモデル

第3節 自然権理論のまとめ (以上、第32号)

第3章 功利主義理論

第1節 成果開発後のインセンティブに基礎をおくモデル

第1款 情報財の過少利用の恐れとその抑止

第2款 情報財の過剰利用の恐れとその抑止

第3款 小括 (以上、本号)

第2節 成果開発前のインセンティブに基礎をおくモデル

第3節 功利主義理論のまとめ

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

第3章 功利主義理論

知的財産権は他人の行動の自由領域に大きな干渉パターンを生み出すという特質をもつ。それゆえ、権利の淵源を「労働」や「自由意志の表出」といった創作者個人の利益に求める自然権理論は、知的財産権の積極的な正当化論拠とはなり難いように思われる。

他方で、権利の設定により社会全体にもたらされる利益に着目する帰結主義の立場は、知的財産権の正当化根拠として相対的に優れているように思われる¹。帰結主義に基づけば、知的財産権は人々の情報財（知的成果物）利用の自由を制約することと引き替えに、情報財の開発者に経済的インセンティブを付与し、もって「文化の発展」や「産業の発達」という社会的価値を実現する権利として正当化される。ここで知的財産権は、社会全体の利益と私人の自由とのトレードオフを基盤として、公共的価値を実現するための手段的、道具的な財産権として定立されるのである。

このような帰結主義的インセンティブ論は、情報財の開発者へのインセンティブ付与のあり方をめぐって、大きく2つに分けることができる²。第1のモデルは、情報財が開発された後における財の管理（management）、維持（maintenance）、改良（improvement）のインセンティブ付与の必要性を

¹ 田村善之『知的財産法（第5版）』（有斐閣、2010年）8～9頁、同「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号3～4頁（2008年）。

² 帰結主義的インセンティブ論について、事前のインセンティブ論と事後的なインセンティブ論とに分けて議論を展開する文献として、例えば、Mark A. Lemley, *Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*, 71 U. CHI. L. REV. 129, 129-131 (2004); 田村善之「抽象化するバイオテクノロジーと特許制度のあり方」同『特許法の理論』（有斐閣、2009年、初出2006年）13頁、島並良「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）、同「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）、中山一郎「事後的インセンティブとしての特許制度の機能について」知財ふりむ 2巻15号1頁（2003年）、同「大学からの技術移転における特許の役割について」企業と法創造1巻2号161頁（2004年）、同「大学特許の意義の再検討と研究コモンズ」知的財産研究所編『特許の経営・経済分析』（雄松堂、2007年）301頁等を参照。

説く、成果開発後のインセンティブ論である。同理論は、情報財の過少利用や過剰利用を防止し、社会的に望ましい利用レベルを実現する点に、知的財産権の正当性を求めるものである。このように成果開発後における適正な情報財利用のインセンティブ付与に権利の基礎をおく同理論は、事後的な正当化根拠論（ex post justification）ということができる。一方、第2のモデルは、情報財が開発される前のインセンティブ付与の必要性を説く、成果開発のインセンティブ論である。同理論は、情報財の過少生産を防止し、社会的に望ましい生産レベルを実現する点に、知的財産権の正当性を求めるものである。このように情報財の開発に向けた適正なインセンティブ付与に権利の基礎をおく同理論は、事前の正当化根拠論（ex ante justification）ということができる。

これら2つのモデルは同じ理論的系譜に属するものの、いずれを採用するかによって正当化される知的財産権の内容や範囲が変わってくる。例えば、事後的な正当化根拠論に立脚し、発明・映画・人名などの効率的な管理や運用に知的財産権の存在意義があると考えたとすれば、管理や運用が継続的に行われる限り、保護を存続させるべきだということになりそうである。同様に、情報財の過剰利用の防止を目的として知的財産権が設計されていると考えるのであれば、第三者による著作物の無断利用をフェアユースとして容認することはその目的を損なうということになる。文献の中には、事後的な正当化根拠論に立脚すれば、創作者が自己の創作物から生じる経済的価値のすべてを掌握する道徳的権原を主張することや、他者のフリーライドを原則違法とみなすことが可能となるという指摘もある³。

このように事後的な正当化根拠論と事前の正当化根拠論とを比較してみると、前者のほうがより長期で広範な知的財産権を支持する方向に働き

³ もし知的財産権の目標がフリーライドを原則排除することにあるのであれば、保護期間や保護範囲の制限は法の抜け穴ということになる。こうした可能性を指摘しつつ、強い懸念を示すものとして、Mark A. Lemley, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, 83 TEX. L. REV. 1031, 1041-1046 (2005); Lemley, *supra* note 2, at 130-131 を参照。

やすいと解される⁴。そこで本稿では、両者を区別したうえで、事後的な正当化根拠論から先に論じることとした。

第1節 成果開発後のインセンティブに基礎をおくモデル

事後的な正当化根拠論は、上述したように情報財の開発後における利用のインセンティブに着目して知的財産権を正当化するものである。同理論は、情報財利用の効率化のあり方をめぐって、さらに2つのタイプに分けることができる⁵。1つは、知的財産権の存在意義を情報財の開発後における財の過少利用の抑止に求めるタイプの議論である。つまり知的財産権は、知的財産保有者がその発明や著作物の管理、維持、改良等の事後的利用に効率的かつ継続的に投資するよう促すために必要であるというわけである。本稿ではこれを「管理・維持・改良のインセンティブ論」と呼ぶことにする。もう1つは、知的財産権の存在意義を開発された情報財の過剰利用の抑止に求めるタイプの議論である。つまり知的財産権は、情報財の利用が過飽和状態となってその価値が枯渇してしまうこと（一種のコモンズの悲劇）を防止し、情報財の効率的な利用に対するインセンティブを創出するために必要であるというわけである。本稿ではこれを「情報コモンズ

⁴ Mark A. Lemley, *Romantic Authorship and the Rhetoric of Property*, 75 TEX. L. REV. 873, 898-904 (1997). レムリーは、事後的な正当化根拠論に立脚すれば、知的財産法の内容は連邦法が定めた単なる「デフォルトルール」としてみなされる可能性があることを指摘する。現に *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996) は、知的財産法によって課された制限をデフォルトルールとして捉え、事実上、私的な契約によって知的財産法を書き換えることが可能であることを示唆している。同判決の法廷意見を執筆したイースターブルック判事は、論文の中で、知的財産権を単に政府がエンフォースメントを行う任意的約束 (voluntary undertaking) の産物にすぎないものとして捉え、連邦法における「バランス」の存在は州が同様の政策を採用しなければならぬということを意味せず、連邦法はすべての州法に専占するわけではないこと、また、知的財産法の特徴の大部分は契約によって作りだすことができること等を提唱している。Frank H. Easterbrook, *Intellectual Property is Still Property*, 13 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 108 (1990).

⁵ ここでは、Lemley, *supra* note 2, at 131-132 の整理を参考にした。

の悲劇論」と呼ぶことにする。

それでは、このような管理・維持・改良のインセンティブ論および情報コモンズの悲劇論は、知的財産権を正当化する論拠として成立しうるであろうか。例えば、知的財産権が存在しない場合に、情報財のマネジメントやメンテナンスに対する投資が過少となってしまうのであろうか。同様に、知的財産権が存在しない場合に、情報財の利用が過飽和となって一種のコモンズの悲劇が生じてしまうのであろうか。このような前提ははたして成立するだろうか。前述のように、事後的な正当化根拠論に基づけば自由規制領域の拡大が導かれやすいことから慎重な検討が必要であろう。そこで以下では、これら2つの事後的な正当化根拠論の意義と限界について検討を行うことにしたい。

第1款 情報財の過少利用の恐れとその抑止

1. 管理・維持・改良のインセンティブ論に基づく正当化

管理・維持・改良のインセンティブ論は、情報財の効率的な利用を促進する手段として知的財産権の付与を正当化するものである。この理論は、情報財の開発のみならず、情報財のマネジメント、メンテナンスおよび改良についても、排他権の庇護のもとで初めて適正な投資が行われるようになるということを前提とするものである。このような発想の基盤となっている考え方が、米国経済学者キッチが1977年に発表したプロスペクト理論 (prospect theory) である⁶。

⁶ Edmund W. Kitch, *The Nature and Function of the Patent System*, 20 J.L. & ECON. 265 (1977). プロスペクト理論の整理として、例えば、Lemley, *supra* note 2, at 133; 田村・前掲注2)25~26頁、中山一郎『『プロパテント』と『アンチコモンズ』—特許とイノベーションに関する研究が示唆する『プロパテント』の意義・効果・課題— 経済産業研究所ディスカッションペーパー02-J-019・30~31頁 (2002年)、同・前掲注2)知財ふりずむ2頁以下、竹中俊子「バイオニア発明に係る特許の保護範囲—バイオニア発明と商業化のための改良発明インセンティブをめぐる経済理論—」前掲注2)『特許の経営・経済分析』284・291~298頁等を参照。

(1) プロスペクト理論

キッチの問題意識は、特許制度の現実的機能に即した理論枠組みを構築することにある。従来、特許制度は発明に成功した者にその報酬として排他的権利を付与する装置であると捉える報酬理論 (reward theory) が有力に説かれていた。しかしキッチによれば、こうした報酬理論は特許制度の機能について不完全な見方しか提供していないという。なぜなら、第1に、特許クレームによって画される特許権の保護範囲は、特許の報酬機能が要求するものを遙かに超えた範囲にまで及ぶからである。例えば、基本特許の保護範囲は、発明時点では実用化が困難であったその後の優れた改良製品にまで及ぶことが少なくない。これは基本特許の発明者が実際になした発明の範囲に比して過大な報酬となりやすいというわけである。第2に、米国特許制度は早期の特許出願を促すルールをさまざまな形で組み込んでおり (例えば、先願主義国への先行出願に対する優先権や厳格に制限されたグレース・ペリオドなど)、出願時点において報酬に値するような価値のある発明かどうかは基本的に問わない仕組みになっているからである。実際、多くの特許はその商業的利用が可能となるかなり前の段階で付与されているのである⁷。

そこでキッチは、特許制度の機能を、発明に成功した者に排他的権利を付与することで発明の市場化に向けたプロスペクトの効率的な管理を実現する装置として捉え直すべきことを提唱している。ここでいうプロスペクトとは、「明らかになった技術的可能性を発展させる特定の機会」を意味するとされる⁸。大まかにいえば成功する見込みという意味である。こうしたプロスペクトの発展は、複数の企業によって追求される可能性があるが、効率的な発展を実現するためには次のような条件の充足が必要であるという。すなわち、プロスペクト間の効率的な資源配分を達成する蓋然性の高い制度が存在し、マネジメント能力に秀でた企業が各プロスペクトの管理を行い、その企業によって把握された情報は他の企業に広く効率的に伝達されることである。キッチによれば、まさにこうした機能を特許制度は果たしているというわけである。そしてこの意味で、特許制度は採鉱

⁷ Kitch, *supra* note 6, at 267-271.

⁸ *Id.*, at 266.

権 (the mineral claim) と同様の機能を有しているということができるとする⁹。

こうした特許制度のプロスペクト機能の意義についてキッチはさらに敷衍している¹⁰。

第1に、特許制度がイノベーション投資の管理を行う効率性を向上させる点をキッチは指摘している。特許発明は多くの場合、開発段階のみならず、その流通および市場化の段階においても多大な費用や労力を要する。製品のマーケットを特定し、製品の有用性について潜在的な顧客を説得するために、企業は多大な投資を行わなければならない。もし排他権が与えられなければ、発明者は競業者がフリーライドすることを嫌ってこうしたイノベーション活動への投資をためらう結果、過少投資の問題が生じる恐れがある。しかし、早い段階で発明者に排他権を付与することで、特許発明の価値を高めるための投資リスクが軽減され、特許権者は発明の市場化に向けた投資を行うインセンティブをもつようになる。またそれにとともに、製品化のためのさまざまな周辺技術の開発や広い意味での製品マーケティング活動への投資も促されるというわけである。

第2に、特許制度が特許権の登録により発明の技術可能性についての情報を広くシグナリングすることで、その後のイノベーション活動における重複投資を削減し、それとともに、発明価値を最適化するために必要な補完的情報や資産を保有する企業と特許権者との間での契約締結にかかる取引費用を低減している点をキッチは強調する¹¹。キッチの考えでは、

⁹ *Id.*, at 271-275. 採鉱権と特許権のプロスペクト機能の類似性については、中山・前掲注2)『特許の経営・経済分析』319～320頁も参照。

¹⁰ *Id.*, at 275-280. ここでキッチは、発明の保護手段として秘密管理と特許制度とを対比したうえで、プロスペクト機能という面からみた特許制度の優位性として7点を指摘している。これらは内容的に相互に関連しているものも多いため、本稿では、本稿の問題意識に関係する範囲で筆者なりに整理した形で紹介する。

¹¹ 特許が、投資家に対して自社が有利な投資対象であることを示すシグナリング効果を発揮していることを指摘する文献として、Clarisa Long, *Patent Signals*, 69 U. CHI. L. REV. 625 (2002). 同様に、カリフォルニア大学バークレイ校が1332社の米国技術系スタートアップ企業 (1998年以降に創業された企業) を対象として実施した2008年の調査においても、特許の取得によって企業の評判や信用を高め、ベンチャー・

発明者は自らの発明の価値を熟知しており、その後の技術的、市場的な拡大のあり方を効率的に探索し調整するうえで理想的な地位にある。したがって、発明者に特許権を付与すれば、発明の最も効率的な利用方法(=発明価値を最適化する方法)がコーディネートされる。もしライセンスが望ましいとなれば、特許権者は、特許発明の情報を広く流通させて、その利用や改良を希望する者を探しだし、そうした者との間でライセンスを締結する積極的なインセンティブをもつとする。このようにして特許制度のもとで特許発明の市場化に向けた重複投資が回避され、効率的な資源配分が達成されるというわけである。

(2) 医薬品

以上のようなプロスペクト理論は、医薬品の特許保護を正当化する論拠としてもちだされることが多い。製薬産業においては、新薬の発明に多額の研究開発費用がかかるのみならず、最終的に新薬を市場にだすためには長期間にわたる厳格な臨床試験を実施する必要がある。しかも、新薬候補物質のすべてが臨床試験をクリアして医薬品として承認されるわけではない。このように医薬品については、発明の完成から市場化までに多額の投資と長い年月を必要とするうえ、市場化に成功するかどうかの不確実性が大きい。したがって、製薬企業にとって医薬品の実用化にはハイリスクの投資が求められるということができる¹²。このような新薬発明完成後の

キャピタルに対して自社が有望な投資対象であることを示すシグナルとして特許が機能していることが指摘されている。Stuart J.H. Graham, Robert P. Merges, Pamela Samuelson, and Ted M. Sichelman, *High Technology Entrepreneurs and the Patent System: Results of the 2008 Berkeley Patent Survey*, 24 BERKELEY TECH. L.J. 1255, 1306-1309 (2009).

¹² 米国製薬工業協会(PhRMA)によれば、市場に投入した各新薬にかかる平均的な開発費用は8億ドルにのぼり、また研究開発から製品販売までにかかる平均的な総時間は12~15年であるという。PhRMA, *Industry Profile* (2003), available at www.phrma.org/publications/publications/profile02/index.cfm. もっとも、8億ドルという数字は若干誇張されたものであるという指摘として、Dan L. Burk and Mark A. Lemley, *Policy Levers in Patent Law*, 89 VA. L. REV. 1575 (2003) [山崎昇訳「特許法における政策レバー(1)(2・完)」知的財産法政策学研究14号45頁・15号53頁(2007年)邦訳(1)93

ハイリスクの投資を誘引するためには、事前に早い段階で排他権が保障される必要がある。プロスペクト理論に基づけば、かかる主張を正当化することが可能となるというわけである。

(3) 著作権保護期間延長

また近年、プロスペクト理論に立脚した見解が米国著作権保護期間を一律20年間延長するソニー・ボノ著作権延長立法(Sonny Bono Copyright Term Extension Act of 1998、以下CTEAと略記)¹³を正当化するための論拠としてもちだされたことから、プロスペクト理論は著作権法の分野においても脚光を浴びている。

CTEAは、施行日以降に創作される著作物のみならず、施行日に権利の存続している著作物にまで適用対象を拡大するものであった。そのため、創作済み著作物に対する追加的な保護を提供するCTEAの目的を新規創作活動の奨励に求めることは困難であった。

そうした中、連邦議会における法案審議では、合衆国憲法1条8節8項の著作権条項¹⁴の目的は著作物の量的、質的な向上のみならず、既存著作

頁注130)、SUZANNE SCOTCHMER, *INNOVATION AND INCENTIVES* (2004) [青木玲子監訳=安藤至大訳『知財創出』(日本評論社、2008年)] 邦訳119頁注9)。

¹³ 1998年のCTEA制定により、米国の著作権保護期間は、原則として著作者の死後70年、無名著作物、変名著作物および職務著作物については発行後95年もしくは創作後120年のいずれか早いほうとされた(17 U.S.C. §302)。

¹⁴ 合衆国憲法1条8節8項(U.S. Constitution Art. I, §8, cl.8)は、次のように規定している。「連邦議会は、著作者や発明者に対し、一定の期間、その著作や発見に対する排他的権利を保障することにより、学術および有用な技芸の発展を促進する権限を有する。」(“The Congress shall have Power ... To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited times to Authors and Inventors the exclusive Rights to their respective Writings and Discoveries.”) この規定は、一般に特許・著作権条項と呼ばれている。

米国では、合衆国憲法に根拠をもたない連邦法を連邦議会が制定することはできない。すなわち、連邦議会が有する立法権限は、合衆国憲法1条8節の各条項に列挙された事項に関するものに限定されており、他の事項に関する立法権限は、合衆国憲法によって禁止されているものを除き、州または人民に留保されている(松井茂記『アメリカ憲法入門(第6版)』(有斐閣、2008年)30頁)。このことは知的財産

物の流通や保存の増進をも含むものであり、CTEAは現存する著作物の流通や保存に寄与するものであるという見解が有力に唱えられたのである¹⁵。こうした見解は特に映画産業の関係者から支持を受けたとされる¹⁶。古い映画作品は在庫フィルムの入替作業によって破棄されてしまう場合が少なくないところ、これらの作品の修復や保存に投資する十分なインセンティブを生み出すためには著作権保護期間の延長が必要であるというわけである。

著作権登録局 (the Register of Copyright) もまた、CTEAの審議において開かれた公聴会において、著作権保護期間の延長が著作権で保護された著作物の頒布や流通を増進させるという趣旨の証言を行った。いわく、「一部のケースでは、著作権保護の欠如は…著作物の流通を制限するだろう。というのも、排他的権利が保障されない限り、出版社や他の利用者らがその著作物に投資する危険を冒すとは考えられないからである。」¹⁷ 著作物が自己の権利を出版社や映画制作者、あるいは他の著作物流通業者に譲渡

権に関する連邦法の制定にも当てはまる。1776年の独立宣言後、13州はそれぞれ独自に特許法と著作権法を制定していた。しかし、各州が重商主義に基づき専ら自州における発明や著作の振興を政策目標としたために、統一市場の形成が困難であった。そうした中、統一市場の実現には特許制度・著作権制度の統一が必要であるという考えが次第に有力となり、その結果、合衆国憲法において特許・著作権条項（1条1項8号）が設けられたといわれている。詳しくは、山本隆司「パロディによる表現の自由と著作権の保護の限界」ジュリスト1215号172頁（2002年）、同『アメリカ著作権法の基礎知識（第2版）』（太田出版、2008年）8頁以下を参照。

¹⁵ Senator Orrin G. Hatch & Thomas R. Lee, "To Promote the Progress of Science": The Copyright Clause and Congress's Power to Extend Copyrights, 16 HARV. J.L. & TECH. 1, 3 (2002).

¹⁶ 酒井麻千子「EU・アメリカはなぜ保護期間を延長したか」田中辰雄＝林紘一郎編『著作権保護期間：延長は文化を振興するか？』（勁草書房、2008年）182頁。CTEAの成立に至るまでの連邦議会における法案審議過程について詳しくは、酒井・前掲174～183頁を参照。

¹⁷ Copyright Term, Film Labeling, and Film Preservation Legislation: Hearings on H.R. 989, H.R. 1248 and H.R. 1734 Before the Subcomm. on Courts and Intell. Prop. of the Comm. on the Judiciary, 104th Cong. (1996) (statement of Marybeth Peters, Register of Copyrights and Associate Librarian for Copyright Services, Library of Congress), at 171.

する場合が多いことに鑑みれば、当該著作物の著作権はその著作物の出版や生産に対してなされた投資の保護を表示していると捉えることができる。もし著作権の残存期間が投資者にとって、自己の投下した資本を回収するのみならず、その投資に対する合理的な利潤を得るための期間として不十分であるとすれば、当該著作物は出版されないか、消費者のもとに流通しないことになろう。かかる状況においては、著作権保護期間の延長は、そうした活動への投資利益を高めることによって著作物の頒布や流通を増進させるものと考えられる。このように著作権登録局の担当者は証言したのである¹⁸。

以上のように、既存の映画作品の保存や書籍の流通に対する適正な投資のインセンティブを創出するために保護期間の延長が必要であるとして、連邦議会はCTEAを可決したのである¹⁹。もし保護期間を延長しなければ、著作物の修復、保存および流通に対する投資が過少となり、市場において

¹⁸ 以上につき、*Id.* at 188.

¹⁹ H.R. Rep. No. 105-452 (1998), at 4. こうして制定されたCTEAに対しては、「ミッキー・マウス保護法である」という批判が浴びせられ、大規模な反対運動や違憲訴訟が繰り返されるに至った。そうした中、連邦最高裁は *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) において7対2の評決でCTEAの合憲性を支持した。これを受けて、CTEAをめぐる紛争は一応の決着をみた。*Eldred v. Ashcroft* 判決について詳しくは、横山久芳「ミッキー・マウス訴訟がもたらしたもの—著作権保護期間延長立法の合憲性—」ジュリスト1244号268頁（2003年）、同「著作権の保護期間延長立法と表現の自由に関する一考察」学習院大学法学会雑誌39巻2号19頁（2004年）、芹澤英明「アメリカ著作権法における著作権保護期間延長規定の合憲判決」L&T 20号114頁（2003年）、尾島明「著作権の保護期間延長と合衆国憲法」知財研フォーラム53号2頁（2003年）、大日方信春「1998年『著作権保護期間延長法』の合憲性」広島県立大学論集7巻1号169頁（2003年）、I. Fred Koenigsberg, Stefan Mentzer〔日本国際知的財産保護協会事務局訳〕「著作権の保護期間延長と合衆国憲法」AIPPI 48巻5号348頁（2003年）、ローレンス・レッシング〔山形浩生＝守岡桜訳〕『Free Culture』（翔泳社、2004年）251頁、城所岩生「権利保護期間延長の経済分析：エルドレッド判決を素材として」林紘一郎編『著作権の法と経済学』（勁草書房、2004年）107頁、紙谷雅子〔評釈〕アメリカ法 [2004-1] 142頁、吉田仁美「著作権保護期間の延長と表現の自由」ジュリスト1294号151頁（2005年）、山口いつ子「表現の自由と著作権」中山信弘先生還暦記念『知的財産法の理論と現代的課題』（弘文堂、2005年）365頁等を参照。

著作物が十分に流通しない事態が生じる恐れがあるというわけである²⁰。

(4) 小括

このように、情報財創出後における追加投資のインセンティブ付与の必要性を説くプロスペクト理論は、医薬品の市場化や古い映画作品の保存、あるいは既存書籍の流通といった場面において、知的財産権保護の必要性を正当化する論拠として参照されてきたといえることができる。

プロスペクト理論に基づく説明は、新薬発明の製品化のように情報財の創出後における市場化に多額の費用と長い年月を要するケースでは、特に説得力を有するものと考えられる。しかし、そうした一部のケースを超えて、広く一般に特許権や著作権を正当化する論拠として、プロスペクト理論は合理性や説得力をもちうるだろうか。著作権の保護が存在しない場合に、はたして著作物のメンテナンスに対する投資が過少となり、市場における著作物の流通量が減少するだろうか。次項では、こうした問題意識をもとにプロスペクト理論に対する批判を検討することにした。

2. 管理・維持・改良のインセンティブ論に基づく正当化の批判的検討

プロスペクト理論に対しては数多くの批判が提示されている。そうした批判は多岐にわたるものであるが、本稿がとくに重要と考えるのは、プロスペクト理論の前提をなす議論に対して向けられた批判である。

(1) 事後的なインセンティブの不足？

第1は、排他権がなければ情報財の管理・維持・改良に向けた投資のインセンティブが不足し、過少投資の問題が生じるという議論に対する批判である。

プロスペクト理論によれば、特許権や著作権が早期に与えられなければ創作者は投資の成果が競業者にフリーライドされることを危惧して、発明や著作物の製品開発や改良に向けた投資やそのマネジメントやメンテナ

²⁰ Hatch & Lee, *supra* note 15, at 16-17. *Eldred*, 537 U.S. at 206-207 は、こうした予測を合理性の認められるものと判断している。

ンスに向けた投資を過度に減少させてしまう恐れがあるという。これは、上記の CTEA の審議過程において示された憂慮、すなわち著作権保護がなければ既存著作物の保存や流通への過少投資をまねくという懸念を映し出すものである。

しかし、実証研究によれば、少なくとも著作権保護期間延長問題の文脈においてはこうした議論に反する結果がだされている。例えば、CTEA の成立した1998年を軸として、CTEA の恩恵を受けずに著作権が消滅した書籍（1913年～22年発行書籍）と、CTEA の恩恵を受けて著作権が延長された書籍（1923年～32年発行書籍）の、その後の発行状況（入手可能性、版元数および価格）を調べた調査研究をみてみよう²¹。それによれば、著作権が延長された書籍よりも著作権が消滅した書籍のほうが、有意に多くの版元において、かつ高い比率で刊行されている。また、両書籍のうち最も長期的に人気を維持しているものを20件ずつ選んで価格を比較したところ、顕著な価格差が計測され、著作権が延長された書籍のほうが有意に割高であったという。そのため、書籍の流通市場は著作権消滅後も有効に機能しており、著作権延長がかえって社会的損失をもたらしているようにみえる。また、映画作品の流通に関しても、1927年から1946年にリリースされた映画作品の入手可能性は2002年時点で約7%程度であり、著作権延長後も低いままであるという指摘がある²²。

このように実証研究の結果に基づけば、書籍や映画の流通については、著作権の保護がなくても競争的な市場が機能しているようにみえることから、「そうした市場において……深刻な市場の失敗が存在していることを主張するためには、実際のところその市場がみたく通りではないという、

²¹ Paul J. Heald, *Property Rights and the Efficient Exploitation of Copyrighted Works: An Empirical Analysis of Public Domain and Copyrighted Fiction Best Sellers*, 92 MINN. L. REV. 1031 (2008) [今村哲也＝宮川大介訳「保護期間の延長は社会厚生を高めたか：アメリカの場合」田中辰雄＝林絃一郎編『著作権保護期間：延長は文化を振興するか？』(勁草書房、2008年) 111頁] 参照。

²² Deirdre K. Mulligan & Jason M. Schultz, *Neglecting the National Memory: How Copyright Term Extensions Compromise the Development of Digital Archives*, 4 J. APP. PRAC. & PROCESS 451, 472 (2002) 参照。

実証的な根拠を示す責務がある」といえよう²³。

(2) 取引費用、権利者による調整の限界

第2は、情報財に財産権を設定することで情報財の取引費用が低減し、かつ特許権者による調整が有効に機能するという議論に対する批判である。

プロスペクト理論によれば、特許権の付与により発明が財産化されると、発明について排他権が発生するとともに、その公開がなされて技術内容が明確になる。その結果、発明が秘匿される場合よりも技術移転やライセンスにかかる取引費用が低減し、改良や実用化に向けた追加投資が誘引されるというわけである²⁴。

ここでは第1に、特許権について、誰がどのような権利を保有しているかを公衆に知らせる財産権の告知機能が有効に作用するということが前提とされている。

しかし最近の研究によれば、ソフトウェア特許やビジネス方法特許については、医薬特許に比べるとクレームの文言が曖昧かつ抽象的であり、権利の境界が不明確であって、財産権の告知機能を効果的に発揮しているとはいえないとされる²⁵。加えてソフトウェア産業では、1つの製品の上に複数の特許が成立するのが通常である。そのため、ソフトウェア関連特許については、権利範囲が過度に広範かつ錯綜したものとなって権利処理が効率的に進まないという、いわゆるパテント・シケツ問題 (patent

thicket) が生じやすいことが指摘されている²⁶。このようにソフトウェア分野では、低質な告知機能による権利処理コストの高騰が懸念されており、特許権の設定がむしろ取引費用を高める要因となっているといえる²⁷。したがって、ここではプロスペクト理論の説明は妥当性を欠くといわざるをえない²⁸。

第2に、プロスペクト理論においては、完全情報、完全合理性、取引費用ゼロというコースの定理の仮定に基づいて²⁹、発明者に財産権を付与す

²⁶ パテント・シケツ問題に関して詳しくは、Carl Shapiro, *Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools and Standard Setting*, in 1 INNOVATION POLICY AND THE ECONOMY, 119 (Adam Jaffee, Josh Lerner, and Scott Stern eds., 2001); James Bessen, *Patent Thickets: Strategic Patenting of Complex Technologies* (ROI Working Paper, 2003), available at <http://www.researchoninnovation.org/thicket.pdf>を参照。

²⁷ なお、製品上の特許の重量性に関しては、主にバイオ産業において、上流の研究成果に成立する特許権の数が増えると、下流の製品開発において多数の特許権を束ねるための取引費用が極めて高くなって、情報財の利用がかえって停滞する恐れがあるという、いわゆるアンチコモنزの悲劇の問題も指摘されている。アンチコモنزの悲劇について詳しくは、Michael A. Heller & Rebecca S. Eisenberg, *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, 280 SCIENCE 698 (1998) [和久井理子訳「特許はイノベーションを妨げるか—生物医学研究におけるアンチコモنز—」知財管理51巻10号1651頁(2001年)]、中山・前掲注6)23頁以下、Nari Lee (田村善之=立花市子訳)「標準化技術に関する特許とアンチ・コモنزの悲劇」知的財産法政策学研究11号85頁以下(2006年)、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903~904・912~921頁(2006年)等を参照。

²⁸ この他、ソフトウェア分野については、技術開発プロセスの累積性はその特徴として挙げられる。こうした累積的イノベーションにとって、基本特許権者による発明の改良および実用化の調整を重視するプロスペクト理論の発想は妥当性を欠くという指摘もある。例えば、Robert P. Merges and Richard R. Nelson, *On the Complex Economics of Patent Scope*, 90 COLUM. L. REV. 839, 843, 872-874, 885-894 (1990); 長岡貞男「累積的な技術革新と知的財産権：最近の理論研究の含意」特許研究25号12~13頁(1998年)、中山・前掲注6)31~33頁を参照。

²⁹ Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & ECON. 1 (1960) [藤垣芳文訳「社会的費用の問題」ロナルド・H・コース [宮沢健一=後藤晃=藤垣芳文訳]『企業・市場・法』(東洋経済新報社、1992年)111頁以下]。コース以降の理論的進展も含めたコースの定理の解説として、参照、ロバート・D・クーター=トーマス・S・

²³ Heald・前掲注21) 邦訳140頁。著作物の流通や保存への過少投資の問題に基づいて著作権保護を正当化する場合、中央集権的コントロールによってもたらされる便益が、保護期間延長にともなうコスト(独占の死重損失)を上回ることを示す必要があることを強調している。田村・前掲注2)26頁、今村哲也「欧米の著作権の保護期間延長論議にみる理論的諸相」高林龍編『知的財産法制の再構築』(日本評論社、2008年)223~227頁の分析も参照。

²⁴ この点については、島並・前掲注2)知財研フォーラム15~16頁参照。

²⁵ 例えば、JAMES BESSEN AND MICHAEL J. MEURER, PATENT FAILURE: HOW JUDGES, BUREAUCRATS AND LAWYERS PUT INNOVATORS AT RISK, Ch.9 (2008); 拙稿「米国特許制度の破綻とその対応策」アメリカ法 [2010-1] 173~177頁参照。

れば、最終ユーザや潜在的改良者らとの間で効率的なライセンスが締結されるということが前提とされている。

しかし、特定人または特定企業が市場において情報財の効率的な利用を調整するうえで最適な地位にあるという見方は、我々の経験則に反するものである。計画経済の行き詰まりからも示唆されるように、特定企業の能力やインセンティブではなく、競争こそが市場の働きを効率的なものにする と解される³⁰。特定の者の管理下で展開されるイノベーションの過程では、排他権を早期に得たことにより弛緩が生じ、新規の技術開発に励むよりは、むしろ現在の地位に安住するために排他権を行使するという機会主義的な行動に終始することになりかねない³¹。実際、歴史的にみれば、偉大な発明者とされるジェームズ・ワットやライト兄弟が独占的な地位の保全を目的としてその保有する特許権を戦略的に行使し、その後のイノベーションを停滞させたことはよく知られている³²。

かりに情報財を効率的に頒布するために特定の者に排他権を付与することが必要であるという前提を受け入れるとしても、発明者や著作者が最も効率的な管理者であるとは限らないだろう。発明者は自らの発明の意義や商業的価値について過大評価しがちであるといわれているように³³、むしろ彼らは管理者としての資質に欠ける場合が多いかもしれない。そうした限定された合理性の問題ゆえ、発明者や著作者が適切な利用者にライセンスを与えることに失敗する恐れがあるという点に留意すべきである³⁴。

ユーレン [太田勝造訳]『法と経済学(新版)』(商事法務研究会、1997年)123頁以下、ロバート・クーター [太田勝造訳]「コースの費用」同 [同編訳]『法と経済学の考え方—政策科学としての法律学—』(木鐸社、1997年)51頁以下。

³⁰ Lemley, *supra* note 2, at 135.

³¹ Merges & Nelson, *supra* note 28, at 876-879. Lemley, *supra* note 2, at 140 も参照。

³² その他の多数の例も含めて、MICHELE BOLDRIN AND DAVID K. LEVINE, AGAINST INTELLECTUAL MONOPOLY (2008) [山形浩生=守岡桜訳『〈反〉知的独占』(NTT出版、2010年)] 邦訳第1章、第4章を参照。

³³ 特許権者が自己の発明について過大評価しやすいという「認知上のバイアス」や「帰属バイアス」問題について詳しくは、Heller & Eisenberg・前掲注27) 邦訳1658頁。

³⁴ Merges & Nelson, *supra* note 28, at 873, 877. かりに著作者が有能な資質を備えた管理者であるとしても、著作権のように保護期間が著作者の死後長期にわたる場合

3. 小括

ここまでの議論をまとめれば次のようになる。プロスペクト理論に基づく知的財産権の正当化は、医薬品の市場化のように、情報財の創出後に多大な費用および時間を要するケースにおいては適格的である。しかし、書籍の流通や映画作品の保存など著作物の事後的利用に対する投資という文脈においては、CTEAをめぐる実証研究の結果を前提とする限り、プロスペクト理論に基づく著作権の正当化は合理性を欠くものといわざるをえない。また、ソフトウェア特許のように、特許権の告知機能を必ずしも有効に果たしていないようなケースにおいても、プロスペクト理論の妥当性は薄れていく。以上を踏まえれば、一人の権利者の調整によって生みだされる情報財の管理・維持・改良のほうで、競争的な環境が継続する中で不特定の者により調整される情報財の管理・維持・改良よりも効率的であるというプロスペクト理論の主張は、少なくとも一般論としては成立し難いように思われる。

第2款 情報財の過剰利用の恐れとその抑止

1. 情報コモنزの悲劇論に基づく正当化

以上で述べた管理・維持・改良のインセンティブ論と同様に、既に創作された情報財の効率的な利用に焦点を当てながら知的財産権を正当化するのが、情報コモنزの悲劇論である。情報コモنزの悲劇論によれば、情報財をパブリック・ドメインに供すると、情報財の利用が過飽和状態となって、情報財の経済的価値が非効率的に使い果たされてしまう恐れがある(混雑外部性の発生)。したがって、情報財の利用を適度に抑制して効率的な資源配分を達成するために知的財産権が必要であるとする。

には、著作者の孫がそうであると考えるべき理由はみあたらないという指摘もある。Lemley, *supra* note 2, at 137-138.

(1) コモンズの悲劇

このような発想の基礎におかれているのは、米国社会学者ハーディンが提唱した有名なコモンズの悲劇 (tragedy of commons)、すなわち共同牧草地における過放牧の問題である³⁵。ハーディンによれば、牧畜主らの共有に供された牧草地は、各牧畜主の合理的な判断に任せておくと、過放牧による牧草地の荒廃という悲劇が生じる恐れがある。なぜなら、牧畜主は放牧に係る利益をすべて手にする一方で、放牧に係るコストについては僅かな部分しか負担しないため、各牧畜主には牧草地の全体にもたらされるコストを考慮するインセンティブが働かないからである。しかし、共有牧草地を私有化して、これを各牧畜主に割り当てれば、各牧草地の所有者には放牧量を調整して牧草地の保全を図ろうとするインセンティブが生まれる。牧草地の所有者は、放牧に係る利益のみならず、それに係るコストについてもすべて負担することになるからである。その結果、過放牧による悲劇は解消されることになるというわけである。このように、有限資源である牧草地の効率的な利用を実現する手段として所有権を正当化するのがコモンズの悲劇論である。

(2) 情報コモンズの悲劇論

そして、こうしたコモンズの悲劇論を情報という無体物にも拡張的に適用するのが情報コモンズの悲劇論である。

例えば、ランデス＝ポズナーは次のように述べる。もし著作権の保護期間が満了するなどしてミッキーマウスがパブリック・ドメインとなり、誰でもミッキーマウスを本や映画や歌などに自由に利用できるよ

うば、公衆はミッキーマウスのキャラクターに急速に飽きてしまい、ミッキーマウスのイメージも薄まってしまうだろう。その結果、ミッキーマウスの価値は急落し、その商業的価値がゼロに等しくなるまでその需要が低下してしまうかもしれない。したがって、ウォルト・ディズニー社は、著作権に基づいてミッキーマウスが世の中に露出しすぎないように効果的に管理することで、ミッキーマウスの商業的価値の低下を抑制しているのである。そうすることでディズニー社はブランド寿命の引き延ばしを図っているのである³⁶。

またこれに関連して、有名人の過剰露出を防止する手段としてパブリシティ権を正当化する議論が提示されている。パブリシティ権は、有名人にその氏名・肖像の商業的利用をコントロールする権利を認めることで、パブリシティ価値の「過剰利用」を抑制しているというわけである³⁷。こうした見解を支持する裁判例も存在する。例えば、*Matthews v. Wozencraft*, 15 F.3d 432, 437-438 (5th Cir. 1994) は、「人の氏名および肖像をミスアプロプリエーションから保護することは社会的に有益なことである。……もし肖像の保護によって作出される人工的な希少性が存在しなければ、その肖像は利用に係る限界価値がゼロになるまで商業的に利用されるだろう。」と述べる。また別の箇所では、「もし個人のグッドウィルの専有が無制約に認められるとすれば、各利用者は自己の利用が他者にもたらす外部効果を斟酌しないために、その肖像は過剰利用されることになるだろう。著名人の氏名や肖像の各利用は、他の利用者がそれから手にすることができる価値を減少させるであろう。したがって、氏名や肖像の利用は、一般道路の過剰利用と似ている。つまり各利用者は、その道路を利用するかどうかを決定する際に、自己の利用が他者に及ぼす渋滞の増加の影響を考慮に入れ

³⁵ コモンズの悲劇について詳しくは、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『京都生命倫理研究会訳『環境の倫理 下』(晃洋書房、1993年) 445頁]、山本・前掲注 27) 898～903頁を参照。ハーディンのコモンズの悲劇論に対する批判およびその後のコモンズ論研究の展開について詳しくは、秋道智彌『コモンズの人類学—文化・歴史・生態—』(人文書院、2004年) 29～32頁、室田武＝三俣学『入会林野とコモンズ—持続可能な共有の森—』(日本評論社、2004年) 134～139頁、菅豊「コモンズの喜劇—人類学がコモンズ論に果たした役割」井上真編『コモンズ論の挑戦—新たな資源管理を求めて—』(新曜社、2008年) 2～19頁を参照。

³⁶ William M. Landes and Richard A. Posner, *Indefinitely Renewable Copyright*, 70 U. CHI. L. REV. 471, 487-488 (2003). WILLIAM M. LANDES AND RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW, 222-228 (2003) でも同様の議論が展開されている。

³⁷ Mark F. Grady, *A Positive Economic Theory of the Right of Publicity*, 1 UCLA ENTER. L. REV. 97, 103-104 (1994); J. THOMAS MCCARTHY, 1 THE RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY, § 2:7 to 2-22 (2d ed., 2003); Landes & Posner, *supra* note 36, at 485.

ないのである。」と主張している³⁸。

その他、米国商標法上のダイリューション規制は、著名なマークの市場価値を減少させるような過剰利用を効果的に抑止する手段であるという見解もある。例えば、マグロッカは、ダイリューションに関する古典とされる1927年のシェヒター論文³⁹について、ストロング・マークにおけるコモنزの悲劇の問題を本質的に明確にした先駆的業績として評価している。いわく、「価値ある資源（例えば、識別力を有するマークの説得力）の後続の使用は個々的には無害かもしれないが、総体としてみればこれらの使用は適切な規制がなされない限り資源を減らし、破壊する可能性があるだろう。マークはこの種の利用から影響を受けやすい。なぜなら、マークの所有者は他者がそのマークを使用することを物理的に禁止することができないからである。非排除性はあらゆるマークに当てはまる特徴であるが、シェヒターは主要なコモنز分析の焦点をストロング・マークに当てている。そうしたストロング・マークは、おそらくは多くの他企業がコピーをしたいと考えるであろうマークだからである。こうした観点からみれば、ダイリューションは、マークの所有者にその資源を保護するより強力な権限を与えることで、迫り来るコモنزの悲劇に立ち向かうよう設計された救済手段であるといえよう。」⁴⁰

(3) 小括

以上のように、情報コモنزの悲劇論は、有名なキャラクターの著作権による保護、有名人の氏名・肖像のパブリシティ権による保護、および著名なマークに対する商標法上のダイリューション規制などの場面において、それらの保護や規制を正当化する論拠として援用されてきたというこ

³⁸ 15 F.3d at 438. 同判決はここで、Frank H. Knight, *Some Fallacies in the Interpretation of Social Cost*, 38 Q.J. ECON. 582 (1924) を引用している。この他、ポズナー判事の判決である *Douglass v. Hustler Magazine Inc.*, 769 F.2d 1128 (1985) も参照。

³⁹ Frank I. Schechter, *The Rational Basis of Trademark Protection*, 40 HARV. L. REV. 813 (1927).

⁴⁰ Gerard N. Magliocca, *One and Inseparable: Dilution and Infringement in Trademark Law*, 85 MINN. L. REV. 949, 976-977 (2001).

とができるだろう。

2. 情報コモنزの悲劇論に基づく正当化の批判的検討

しかし、情報コモنزの悲劇論の理論的妥当性については、主に次のような観点から疑問が提示されている。すなわち、そもそもコモنزの悲劇という状況は、有体物の場合のみならず、情報財という無体物の場合にも起こりえるのだろうか。情報財のコモنزがもたらす帰結は本当に「悲劇」といえるのであろうか。情報コモنزの悲劇論は、著名なマークやキャラクター、有名人の氏名・肖像に対する保護を超えて、広く一般に知的財産権の保護を正当化する論拠として合理性や説得力をもちうるのだろうか。

以下、情報コモنزの悲劇論に対するこれらの批判について具体的にみていくことにしたい。

(1) 情報財の枯渇？

第1に、消費の競合性の有無という、有体物（牧草地）と無体物（情報財）の性質の相違に基づく批判がある。上述のように、コモنزの悲劇は、土地のような有限資源が過剰に消費されることにより枯渇してしまう場合に生じるものである。そしてこうした悲劇を回避するための手段として所有権の付与が正当化されるのであった。これに対し、情報財は非競合的な性質を有しており、消費による枯渇を観念しえない資源である。しかも情報財をコピーすれば新たな複製物が生じるだけでなく、より多くの人が情報財を認識して拡散・伝播する可能性が高まる。したがって、他者が利用しうる情報財はむしろ増大するとさえいえるかもしれない⁴¹。このよう

⁴¹ このような情報資源の特徴を指摘するものとして、Harold S. Reeves, *Property in Cyberspace*, 63 U. CHI. L. REV. 761, 785 (1996); James Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, 66 L & CONTEMP. PROBS. 33, 41 (2003) を参照。また、Dennis S. Karjala, *Statement of Copyright and Intellectual Law Professors in Opposition to H.R. 604, H.R. 2589 and S.505, The Copyright Term Extension Act, Submitted to the Joint Committees of the Judiciary*, at 9 (January 28, 1998), available at <http://www.public.asu.edu/~dkarjala/legmats/1998Statement.html> も、「知的財産の過放

な状況を捉えて、情報財を皆で共有しあう情報コモンズの状態は、「悲劇」(tragedy)というよりも皆が恩恵を受ける「喜劇」(comedy)であるという指摘もなされている⁴²。

以上を前提とすれば、過剰利用により情報財が枯渇するという見解は、情報財の性質について誤った見方をしており、経済学の知見に反するものであるといえよう。情報コモンズの悲劇論に基づいて知的財産権を正当化するためには、従来の知見の誤りを証明すべく、現実には「情報コモンズの悲劇」が生じていることを実証的に明らかにする必要があるように思われる⁴³。

もっとも、ここで注意すべきは、情報コモンズの悲劇論の論者の多くが、過剰利用により情報財それ自体が枯渇するという主張を避けて、所有者にとって情報財の「希少価値」あるいは「経済的価値」が減少し枯渇する恐れがあるという主張を行っている点である⁴⁴。つまり、これらの論者は、

牧が起る可能性はない。……知的財産は、消費によって破壊されたり減少したりすることはないからだ。ひとたび作品ができあがると、その知的コンテンツは無限に増殖が可能である。」と指摘している。パブリック・ドメインの作品の入手可能性については、Dennis S. Karjala, *Opposing Copyright Extension* (2004), available at <http://www.public.asu.edu/~dkarjala/legmats/hatch95.html> も参照。

⁴² 消費において非競争的な情報資源については「コモンズの悲劇」は妥当せず、むしろ「コモンズの喜劇」が妥当すると説く文献として、Carol M. Rose, *The Comedy of the Commons: Custom, Commerce, and Inherently Public Property*, 53 U. CHI. L. REV. 711 (1986) を参照。Carol M. Rose, *Romans, Roads, and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age*, 66 L. & CONTEMP. PROBS. 89 (2003) も参照。

⁴³ 以上につき、Lemley, *supra* note 2, at 143. なお、情報資源の過剰利用を抑制する手段としては、知的財産権以外にも社会的非難や慣習といった社会規範も考えられるが、情報コモンズの悲劇論の論者は、これらの代替手段は有効に機能しないということを暗に前提としている。しかし英国の経験に照らせば、人の氏名や肖像の利用が問題となる場面では、そうした社会規範が重要な役割を果たす場合が多いと指摘されている。BEVERLEY-SMITH, *THE COMMERCIAL APPROPRIATION OF PERSONALITY*, 309-310 (2002) を参照。

⁴⁴ このことは、本文で取り上げた *Matthews v. Wozencraft*, 15 F.3d 432 (5th Cir. 1994) にも当てはまる。同判決は、肖像の過剰利用によりパブリシティ価値の枯渇が生じうるという結論を導くにあたり、次のようなポズナーの議論を引用している

私のアイディアのコピーを他の人々が無断で利用して販売することができるとすれば、私自身のアイディアの利用可能性は影響を受けないとしても、私が自己のアイディアの販売から手にすることができる収益性は減少し、私のアイディアの経済的価値は枯渇してしまうと主張しているのである。このような情報財の希少価値の減少や経済的価値の枯渇の恐れに基づいて知的財産権を正当化することは可能であろうか。

(2) 情報財の希少価値の減少

そこで第2に、情報財の希少価値の減少を抑止するために排他的利用権を認めるべきだという主張は、市場における自由競争原則に反するものであるとの批判がある。

確かに、情報財の排他的利用権を特定の者に認めるとすれば、情報財の希少価値を人工的に創出することが可能となる。その結果、情報財の管理者は、競争市場の場合よりも価格を引き上げることにより、より多くの収益を上げることができるだろう。他方で、情報財の利用について市場での自由競争を原則とするならば、情報財の希少価値は減少し、情報財の価格も引き下げられることになろう。しかしここで問うべきは、情報財の利用が「過飽和」の状態にあり、混雑外部性による市場の失敗、つまり「悲劇」が実際に発生していることを示す証拠は存在しないにもかかわらず、なぜそうした情報財の希少価値や経済的価値の減少が社会にとって望ましくないと考えたのかということである⁴⁵。

(Richard A. Posner, *The Right of Privacy*, 12 GA. L. REV. 393, 411-414 (1978))。ポズナーいわく、広告目的で使用される写真の財産権をある個人に認めれば、それに最も高い価値を見いだす広告主が購入することが実現される。逆に、その写真を広告主全員の共同財産としてしまうと、この目標は実現しえないだろう。なぜなら、多製品を広告するために同一の写真をさまざまな形で使用することは、その写真の広告価値をおそらくはゼロにまで減退させてしまうからである。ポズナーはこのように、過剰利用による情報価値の枯渇を問題としている。

⁴⁵ なお、かりに情報財の経済的価値の減少が社会にとって望ましくないと考えたとしても、一部の情報財については利用や露出が増えることでかえって財の経済的価値が高まるということも考えられる(これはバンドワゴン効果と呼ばれている。詳しくは、Robert G. Bone, *Enforcement Costs and Trademark Puzzles*, 90 VA. L. REV. 2099,

一般に経済学では、市場メカニズムが有効に機能する場合には、財の利用について市場における競争に委ねるほうが資源配分の効率性が達成されると考えられている⁴⁶。競争市場では、個々の企業は常に他企業との競争に晒されており、もし不合理な行動を選択すれば、それを凌ぐ他企業のパフォーマンスによって淘汰される運命にある。そのため、競争市場においては、特定の企業が他企業のフリーライドを完全に排除したり、財の利用から生じる社会的余剰のすべてを掌握したりすることは難しい。反面、競争市場は財・サービスの質向上や価格の低下をもたらすなど、消費者にとっては利益となるのである。

それでは、なぜ情報財の利用には同様の理が当てはまらないのだろうか。混雑外部性による市場の失敗が証明されていない状況において、なぜ排他権を設定して情報財の利用や流通を抑制すべきなのであろうか。

例えば、情報コモンズの悲劇論の論者は、情報財利用の場面では市場メカニズムが有効に機能しないと想定しているのかもしれない。情報財の無断利用を完全に排斥して、情報財の社会的余剰をすべて掌握しえない限り、私企業は情報財を最適量まで生産しないだろうというわけである。しかし、こうした立場を正当化する実質的な論拠を情報コモンズの悲劇論の論者は提示していないといわざるをえない。

あるいは、次のような主張がなされるかもしれない。消費者は著名人や著名キャラクターの文化的アイコン(cultural icon)としての一様性を望んでおり、それらをパブリック・ドメインに帰属させて、多様な文脈における再利用を許容してしまうと、消費者が享受していた当該イメージや作品の価値を低下させる恐れがある。例えば、麻葉の売人として描かれたミッ

2171-2173 (2004); 小嶋崇弘「ELLEGARDEN 2 審評釈」知的財産法政策学研究21号279頁(2008年)参照。この場合、法的規制において、このような利用や露出の増加が価値の向上につながる情報財と財の価値の低下につながる情報財とを区別すべきか、区別するとしていかにして線引きを行うのか等々、複雑な問題が待ち構えている。

⁴⁶ 例えば、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)292頁以下、柳川隆＝町野和夫＝吉野一郎『ミクロ経済学・入門』(有斐閣、2008年)76頁以下を参照。

キーマウスの肖像やボルノスターとして描かれたバービーの肖像といった対抗文化作品の数々は、健全な文化的アイコンの性質に影響を及ぼし、公衆が抱くアイコン像を破壊する結果、それらの需要を著しく減少させてしまうだろう。それゆえ、こうした需要減少効果を抑制するために著作権やパブリシティ権が必要となるというわけである⁴⁷。

この需要減少効果に基づく議論は、現在の社会的選好を表す需要曲線を一種の内在的価値(inherent value)の指標として扱っている点や需要減少を示す実証的データを提示していない点で欠陥があると指摘されている⁴⁸。一方で、需要減少効果論の理論的妥当性を一部認める論者もいる。例えば、レムリーは、限定的な範囲であれば需要減少効果論に基づく著作権やパブリシティ権の正当化が成立する余地があることを認めている⁴⁹。レムリーによれば、需要減少効果論により正当化する権利の対象は、公衆の期待が結集した文化的アイコンといえるほど著名性を獲得した著作物や有名人に限られるとする。一般的な著作物や芸能人の氏名・肖像の場合には、それらをパブリック・ドメインにおいて多様な二次創作を認めたとしても、社会的な損失とみなしうるような文化的価値の減少が生じるとは考えにくいからである。加えて、文化的アイコンとみなされるような対象は社会において言語的要素の一部をなしていることが多く、公衆がこうした対象をパロディとして利用したり批評したりすることには実質的な社会的価値(言論の自由の価値)が認められる。したがって、需要減少効果論に基づく正当化にあたっては、少なくともそうした言論の自由の利益と需要減少効果とを比較衡量する必要があるとしている。

以上のように、需要減少効果論の妥当性を受け入れるとしても、同理論によって正当化される著作権やパブリシティ権の範囲は決して広いものではない。文化的シンボルとみなしうるほど公衆の期待が結集した著名な

⁴⁷ Landes & Posner, *supra* note 36, at 486-488. 本文の記述は、Lemley, *supra* note 2, at 145の整理を参照した。ランデス&ポズナーの議論の整理については、Dennis S. Karjala, *Congestion Externalities and Extended Copyright Protection*, 94 Geo. L.J. 1065, 1069-1071 (2006)も参照。

⁴⁸ Karjala, *supra* note 47, at 1071-1074, 1076-1083.

⁴⁹ Lemley, *supra* note 2, at 145-146.

著作物や著名人の氏名・肖像の保護が正当化されうるととどまる。また、それらの保護に関しても、著作権やパブリシティ権の排他性が完全に保障されるわけではなく、言論の自由の利益といった他の社会的価値との調整が常に求められるのである⁵⁰。

あるいは、商標のブランド・イメージの利用については、排他権がなければ希少価値や高級であるという価値（プレステージ）の減少によって商標保有者の商品の顧客吸引力が低下するという主張がなされるかもしれない。すなわち、商標保有者の多大な宣伝広告投資の成果であるブランド・イメージにフリーライドすることを認めると、宣伝広告を通じて商品に関する感情的、情緒的な情報を需要者へ伝達する商標保有者のインセンティブが害される結果、商品の顧客吸引力が低下し、商標保有者の売上げの減少や商品価格の引下げという不都合が生じかねないというわけであ

⁵⁰ 少なくとも米国や我が国の現在の法制度を前提とする限り、著作権やパブリシティ権の制度の設計は、需要減少効果論に馴染むものとはなっていない。著作権の保護を受けるうえで高度の創造性が求められるわけではなく、またパブリシティ権の主体に関しても有名人に限られないとする見解が多数を占めるからである。これに対し、レムリーは取り上げていないが、著名性を保護要件とする米国商標法上のダイリューション規制（15 U.S.C. §1125(c)）（我が国でいえば不正競争防止法2条1項2号の規制）に関しては、需要減少効果が妥当する余地があるかもしれない。ただし、その場合でも、著名な商標をパロディや諷刺として利用する行為については、そうした利用者の表現の自由利益への配慮が必要であって、当該利益と需要減少効果との利益衡量に基づいて法的規制の正当性が検討されるべきであろう。文化的シンボルとなっているような著名な商標をパロディや諷刺として利用する行為について、とりわけ言論の自由の利益への配慮が必要であることを強調する見解として、Rochelle C. Dreyfuss, *Expressive Genericity: Trademarks as Language in the Pepsi Generation*, 65 NOTRE DAME L. REV. 397 (1990); Jessica Litman, *Breakfast with Batman: The Public Interest in the Advertising Age*, 108 YALE L.J. 1717, 1731-1735 (1999); Mark A. Lemley, *The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense*, 108 YALE L.J. 1687, 1710-1713 (1999)。実際、米国連邦商標法43条(c)(3)には、著名商標のダイリューション規制に対するフェアユースの抗弁の規定が設けられている（15 U.S.C. §1125(c)(3)）。詳しくは、ジョン・マクダーモット〔鈴木信也訳〕「米国商標のフェアユースの法理（その1）（その2）」知財管理60巻5号799頁・同6号977頁（2010年）を参照。

る⁵¹。

確かに、経済学のテキストにおいても、価格が高いこと自体が消費者の効用を高めるような商品（ヴェブレン効果）や、一般に普及することにより効用が減少するような商品（スノブ効果）に関しては、ブランド・イメージを破壊して価格を低下させることが、かえって消費者の総余剰を減じることにつながる可能性があることが指摘されている⁵²。ただし同文献では、競業者が同質の商品を安価で販売した結果、商標保有者の作り上げたブランド・イメージが崩壊し、競争により価格も低下するという事態が、一般論として社会にとって好ましくないといえるのかどうか、消費者心理の精緻な分析を踏まえた慎重な判断が必要である、という留保が付されている点を看過してはならない⁵³。またさらに、こうした希少価値やプレステージに基づいて商標権を正当化としても、このような正当化はルイ・ヴィトンやロールス・ロイスやロレックスなど、高級ブランド品に関するケースに妥当しうるととどまり、その射程は限定される点にも留意すべきである。

(3) 検閲の問題

第3に、特定の個人に情報流通をコントロールする権利を付与すべきだという見解は、情報の総量を制限するのみならず、公衆が受信する情報のタイプや質に影響を及ぼす可能性が高い点で問題がある。これは検閲の問

⁵¹ Bone, *supra* note 45, at 2173-2174。井上由里子『「購買後の混同（post-purchase confusion）」と不正競争防止法上の混同概念—アメリカでの議論を手がかりに—』前掲注19) 中山選暦432~434頁、小嶋・前掲注45) 321~322頁。

⁵² ダイヤモンドやエルメスのクラッチ・バッグを例にこの点を指摘する文献として、林敏彦『需要と供給の世界（改訂版）』（日本評論社、1989年）180~191・203~209頁を参照。

⁵³ 林・前掲注52) 209~210頁。商標保有者の作り上げたブランド・イメージは、製品の品質だけから考えればより安価な価格で買い求めることができるはずの商品について、多大な宣伝広告費をかけることで他の製品との差別化を図ることによって維持されているものにすぎないという指摘として、田村善之『市場・自由・知的財産』（有斐閣、2003年）80~83頁を参照。

題につながりかねない⁵⁴。前述した管理・維持・改良のインセンティブ論の場合と同様、情報財の開発者がその流通を管理するのに最適な立場にあると考えるべき実質的な理由はみあたらないのである。

3. 小括

ここまでの議論をまとめよう。情報コモンズの悲劇論は、希少性をもつ有体資源の利用に関するコモンズの悲劇論の論理を、本来的に希少性を欠く情報財の利用に応用しようとする点で、理論的な問題を抱えているといえることができる。消費において非競争性をもつ情報財の場合、過剰な消費により枯渇してしまうという事態は起こりえない。そこで、情報コモンズの悲劇論の論者は情報財の希少価値ないし経済的価値の減少に着目するが、市場の失敗の存在を示す実証データが存在しない中では、そうした議論は十分な説得力をもちえないだろう。もっとも、情報コモンズの悲劇論に基づく知的財産権の正当化は、有名ブランドの商標や有名人の氏名・肖像、あるいは有名キャラクターのイメージの保護が問題となるケースにおいてはある程度合理性が認められるのかもしれない。しかしそうしたケースでも、知的財産権の排他性が完全に保障されるわけではなく、言論の自由の価値との調整など、ある程度相対化されざるをえないように思われる。他方、著名性が認められないケースでは、排他権に基づく情報財利用の抑制が望ましいと解すべき実質的論拠は提示されていないといわざるをえない。

第3款 小括

本節では、管理・維持・改良のインセンティブ論および情報コモンズの悲劇論という、2つの事後的な正当化根拠論について論じてきた。2つの事後的な正当化根拠論は、市場選択ではなく、中央管理こそが最も効率的

な結果をもたらすであろうという前提を基礎に据えている点で共通する⁵⁵。

第1に、事後的な正当化根拠論の支持者は、非常に早い段階で、市場は効率的な結果を生みださないと帰結している。彼らは、実際に市場の失敗が生じているかどうかを慎重に検証することなく、公共財やコモンズの悲劇など市場の失敗に関する理論を援用しているのである。しかし、現状では市場が効率的に機能しないことを示す証拠は未だだされていない。むしろ、多くのケースでは事後的な正当化根拠論の主張に反する実証結果がだされているのである。

第2に、事後的な正当化根拠論の支持者は、情報の利用や流通をコントロールする個々の企業の知識、合理性、誠実さに対して揺るぎない信頼をおいている。彼らは、取引費用の存在により各企業はその権限を効率的に行使することができないかもしれないという点には無関心である。しかし、私企業が公益に沿って行動すると期待してはならないという警告はよく知られている。とりわけ市場競争の淘汰作用が機能しない状況においては、認知的バイアスの問題も相まって、排他的管理を行う各企業の意志決定が効率的なものであると考えるべき理由はみあたらないように思われる。

もっとも、以上のことは事後の正当化根拠論がおよそ合理性を欠くということの意味しない。事後の正当化根拠論は、ごく一部のケースにおいては知的財産権を正当化する根拠として合理性と説得力を有している。しかし、そうした限られた場面を超えて、広く一般的に知的財産権の文脈に適用する場合には、事後の正当化根拠論はさまざまな理論的な問題や弊害を抱えるものであるといえることができるだろう。

⁵⁴ この点を強調する見解として、Mark A. Lemley and Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases*, 48 DUKE L.J. 147 (1998).

⁵⁵ こうしたことから、事後的な正当化根拠論は市場秩序に頼ることのない私的秩序に依拠しているという指摘がある。市場秩序に頼らない私的秩序形成観の問題点も含めて、Lemley, *supra* note 2, at 149 を参照。