HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	知的財産権の正当化根拠論の現代的意義（6）
Author(s)	山根，崇邦
Citation	知的財産法政策学研究，34，317-349
Issue Date	2011-06
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/47313
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ34_011.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(6)

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ヴに基礎をおくモデル（以上、第33号）
　　第2節　成果開発前のインセンティヴ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（以上、本号）
　　　第2款　小括
　　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２節　成果開発前のインセンティヴに基礎をおくモデル

以上のような成果開発後のインセンティヴ論に対し、知的成果物の開発に向けた経済的インセンティヴ付与の必要性を説くのが、成果開発前のイ

ンセンティヴ論である。同理論によれば、競争市場においては、情報財の供給が過少となる恐れがある。発明を例にとれば、一旦発明が公開されると、情報財の排除困難性ゆえ、対価を支払うことなく発明内容を享受するフリーライダーを発明者が排除することは難しい。公開された発明を第三者が自由に利用しうる場合には、発明の開発に必要なコストを投入していない分、フリーライダーのほうが有利となる。したがって、発明の生産に必要となるコストを負担する発明者の費用便益分析の下では、社会的に望ましい量まで発明の生産がなされない恐れがあるというわけである。そこで、こうした情報財の過少生産という市場の失敗を治癒し、社会的に適正な水準の生産を実現する点に知的財産権の正当性を求めるのが、成果開発前のインセンティヴ論である[1]。

第１款　情報財の過少生産の恐れとその抑止

１．成果開発前のインセンティヴ論に基づく正当化

こうした成果開発前のインセンティヴ論は、米国では最も有力な正当化理論として受け入れられてきたとされる。そして、日本でも支持を受けているようにみえる。それでは、成果開発前のインセンティヴ論は、これまでどのような場面において正当化根拠として援用されてきたのであろうか。

(1) 知的財産関連条項の理念解釈

①合衆国憲法の特許・著作権条項

[1] 例えば、SUZANNE SCOTCHMMER, INNOVATION AND INCENTIVES (2004)［青柳玲子監訳＝安藤至大訳『知財創出』（日本評論社、2008年）］邦訳34～36頁、田村善之『知的財産法（第５版）』（有斐閣、2010年）14頁以下、同「知的財産法総論―市場指向型・機能的・自由統御型知的財産法の試み―」同『市場・自由・知的財産』（有斐閣、2003年）93～95頁、同「創作者の保護と知的財産の活用の相剋」日本工業所有権法学会年報29号95頁（2006年）、吉田広志「特許法における創作者保護」日本工業所有権法学会年報29号113頁（2006年）などを参照。

まず、米国において成果開発前のインセンティヴ論が援用されることの多い場面としては、合衆国憲法１条８節８項に規定された条項の理念を解釈する場面が挙げられる。連邦特許法や著作権法の制定根拠とされる同条項（一般に、特許・著作権条項と呼ばれる）は、次のように規定している[2]。

「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、学術及び有用な技芸の発展を促進する権限を有する。」

上記から明らかなように、特許・著作権条項は、著作者や発明者に排他権を一定期間保障することにより学術や技術の発展を奨励するという、目的＝手段構造からなる[3]。かかる憲法条項の構造からは、次のことが明確

[2] なお、特許・著作権条項という名称から窺えるように、米国憲法１条８節８項には連邦商標法の制定権限に関する手がかりが明示されていない。このことをどのように考えるべきであろうか。かつて連邦議会は、1870年および1876年に、米国憲法１条８節８項に基づいて連邦商標法を制定した。これに対し連邦最高裁は、特許・著作権条項のもとで議会が商標を規制する権限を有しているという見解を否定し、1870年法および1876年法は違憲であると判断したのである（*Trade-Mark* Case, 100 U.S. 82 (1879)）。

Trade-Mark Case における連邦最高裁の違憲判断は、連邦議会が商標法の規制を州際取引に使用される商標に限定していないということを理由としていた。そのため現在では、ランハム法をはじめ連邦商標法の制定権限の根拠は、米国憲法１条８節３項の州際通商条項に求められている。以上につき、ROBERT P. MERGES, PETER S. MENELL, AND MARK A. LEMLEY, INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW TECHNOLOGICAL AGE, 734-735 (5th ed., 2010) 参照。このほか、ランハム法の「使用の意思」要件をめぐる合憲性について論じる Charles J. Vinicombe, *The Constitutionality of an Intent to Use Amendment to the Lanham Act*, 78 TRADEMARK REP. 361, 366-373 (1988); Kenneth L. Port, *Foreword: Symposium on Intellectual Property Law Theory*, 68 CHI.-KENT L. REV. 585, 595 n.63 (1993) も参照。

[3] 例えば、米国下院報告書は、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、著作者に保障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』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、発明者に保障することによって、技芸の進

となる。すなわち、権利章典において承認された基本的人権とは対照的に、特許権や著作権は純粋に実定法の問題であるということ、しかもそれらは特定の社会目標に従属し、当該目的を達成するための手段として定立される権利であるということである[4]。連邦最高裁も、「特許はその性質上、公共的利益の影響を受ける。憲法上認識されているように、特許は『学術及び有用な技芸』の促進という公共の目的に奉仕するために策定された特別な特権なのである」と述べて、この理を確認している[5]。

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 (1952), at 3.

なお、特許・著作権条項内の目的＝手段構造に関しては、連邦議会に付与した立法権限を制限しようとする制憲者の意図が込められているとの指摘もみられる。例えば、Lawrence B. Solum, *Congress's Power to Promote the Progress of Science: Eldred v. Ashcroft*, 36 LOY. L.A. L. REV. 1, 13, 19-20 (2002); 大日方信春「著作権の憲法上の地位―合衆国憲法１条８節８項の文理解釈を導きの糸として―」姫路法学45号11～12・36～37頁（2006年）を参照。一般に、ある権能を憲法上規定することは、それをある機関に帰属させることだけでなく、当該権能に憲法上の限界を定めることも同時に意図されていると考えられている。特に著作権条項に関しては、憲法が著作権の立法権限について規定したのは連邦議会に付与する当該権能の限界を明記する意図が込められていたという指摘もある。特許・著作権条項における立法統制機能について詳しくは、Paul J. Heald and Suzanna Sherry, *Implied Limits on the Legislative Power: The Intellectual Property Clause as an Absolute Constraint on Congress*, 2000 U. ILL. L. REV. 1119 (2000) を参照。

[4] Jeremy Waldron, *From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property*, 68 CHI.-KENT. L. REV. 841, 848-849 (1993). もっとも、特許・著作権条項が著作者や発明者の権利を「保障する」(securing)という用語を使用したことは、その権利がもともと存在していることを認めていると考えることも可能であり、それゆえ自然権理論に基づく著作者の権利という概念を憲法起草者たちが全面的に否定する意図までは読み取れないとする指摘もある。MARSHALL A. LEAFFER, UNDERSTANDING COPYRIGHT LAW (4th ed., 2005)［牧野和夫監訳『アメリカ著作権法』（レクシスネクシス・ジャパン、2008年）］邦訳９頁。

[5] Precision Instrument Mfg. Co. v. Automotive Maintenance Machinery Co., 324 U.S. 806, 816 (1945). 連邦最高裁はほかにも、Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 429 (1984) において、「議会が認めた独占という特権は、無制約のものでなければ、特別の私的利益を与えることを主として意図されたわけでもない。むしろ、この限定つきの特権は、重要な公共の目的を達成するための手段として認められたものなのである。特別の報酬を与えることによって著作者や発明者の創作的活動を促進するとともに、独占的コントロールが及ぶ一定期間の経過後は公衆が彼らの才能がもたらす成果物にアクセスできるようにすること、これこそが目的なのである」と説示している。

そして、こうした構造をもつ特許・著作権条項の理念について、連邦最高裁は次のように解釈している。いわく、「この特許・著作権条項の背後にある経済哲学は、私的な利益を与えることによって個々の努力を奨励することこそが、『科学および有益な技芸』分野における著作者および発明者の才能をもって公共の福祉を向上させるための最善の方法である、という確信である。」[6]「米国著作権法の直接的な効果は、『著作者』の創造的な活動に対して公正な見返りを保障することにある。しかしながら、究極的な目的は、このようなインセンティヴによって公共の利益のための芸術的な創造性を刺激することにある。」[7]

このように連邦最高裁は、個人の創作活動に対する経済的な動機づけが社会公共の福祉の向上に寄与するという政策理念が、特許・著作権条項の根底にあることを強調している。ここでは、もっぱら成果開発前のインセンティヴ論に基づく理念解釈が提示されているといえる。こうしたインセンティヴ論一元的な理解は、学界においても共有されている[8]。このことは、知的財産法領域において法と経済学の分析手法が発展する基盤となったとも指摘されている[9]。

[6] Mazer v. Stein, 347 U.S. 201, 219 (1954).

[7] Twentieth Century Music Corporation v. Aiken, 422 U.S. 151, 156 (1975).

[8] 例えば、LEAFFER・前掲注４）26頁は、米国憲法が、政府補助金や賞金ではなく、制限つきの独占権を付与することにより著作物の生産を奨励する途を選択したということは、著作物の価値判断を市場に委ねて個人取引を奨励し、もって公共の福祉を増進するという形で、著作権法が市場経済において重要な役割を演じることを暗に認めたものであると指摘している。

[9] ロバート・A・ゴーマン＝ジェーン・C・ギンズバーグ編〔内藤篤訳〕『米国著作権法詳解（上）』（信山社、2003年）19頁。

②我が国特許法および著作権法の目的規定

それでは、我が国についてはどうか。例えば、我が国の特許法や著作権法の目的規定（第１条）をみてみよう。そこには、「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、もつて産業の発達に寄与することを目的とする。」「この法律は、著作物……に関し著作者の権利……を定め、これらの文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り、もつて文化の発展に寄与することを目的とする。」とある。これらの規定の構造からは、米国の特許・著作権条項と同じく、特許権や著作権の保護は産業や文化の発展という公共目的を達成するための手段であるということが明らかとなる。我が国最高裁も、最判平成11.4.16民集53巻４号627頁［フォイバン錠］においてこの理を確認している[10]。そしてこうした構造をもとに、学説では、我が国特許法や著作権法の目的規定の理念について、成果開発前のインセンティヴ論に立脚した解釈が提示されている[11]。

(2) 特許権および著作権の効力範囲の確定

続いて、我が国では、特許権や著作権の効力が及ぶ範囲を確定する際の指針として、成果開発前のインセンティヴ論が援用される場合がある。

①特許権の効力範囲の確定

例えば、最判平成10.2.24民集52巻１号113頁［ボールスプライン軸受］は、特許請求の範囲の記載よりも特許権の効力範囲を拡張する均等論を承

[10] いわく、「特許制度は、発明を公開した者に対し、一定の期間その利用についての独占的な権利を付与することによって発明を奨励するとともに、第三者に対しても、この公開された発明を利用する機会を与え、もって産業の発達に寄与しようとするものである。このことからすれば、特許権の存続期間が終了した後は、何人でも自由にその発明を利用することができ、それによって社会一般が広く益されるようにすることが、特許制度の根幹の一つであるということができる。」

[11] 例えば、横山久芳「文化・産業の振興と個人の権利」ジュリスト1422号87頁（2011年）は、「現在の我が国の立法は、『産業・文化の発展』という公益に最終的な目的を求めており（特許１条、著作１条など参照）、基本的には『インセンティヴ論』に立脚しているものと考えられる。」と指摘している。

認すべき根拠の１つとして、成果開発前のインセンティヴ論のロジックを援用している。いわく、「特許出願の際に将来のあらゆる侵害態様を予想して明細書の特許請求の範囲を記載することは極めて困難であり、相手方において特許請求の範囲に記載された構成の一部を特許出願後に明らかとなった物質・技術等に置き換えることによって、特許権者による差止め等の権利行使を容易に免れることができるとすれば、社会一般の発明への意欲を減殺することとなり、発明の保護、奨励を通じて産業の発達に寄与するという特許法の目的に反する」結果となるというわけである。

また、最判平成11.4.16民集53巻４号627頁［フォイバン錠］は、薬事法上の後発医薬品の製造承認申請に係る試験を目的とした特許発明の実施行為に対し、特許権の効力を及ぼすことを制限する根拠の１つとして、成果開発前のインセンティヴ論のロジックを援用している。いわく、特許権者が「存続期間中の特許発明の独占的実施による利益」を確保するには、第三者が存続期間満了後に譲渡する目的で後発医薬品を生産・使用する行為について排除できれば足りるところ、「もしこれを、同期間中は後発医薬品の製造承認申請に必要な試験のための右生産等をも排除し得るものと解すると、特許権の存続期間を相当期間延長するのと同様の結果となるが、これは特許権者に付与すべき利益として特許法が想定するところを超えるものといわなければならない。」そして、特許権者に過剰なインセンティヴを付与することは、特許権の存続期間が設定された公益目的に照らして正当化しえない（特許制度の根幹に反する）ことを理由に、特許権の効力を制限すべきであるというわけである。

以上のように、我が国の最高裁判決の中には、特許権の保護範囲の広狭を調整する際の正当化根拠として、成果開発前のインセンティヴ論のロジックを援用するものが散見される[12]。また、下級審裁判例に目を向けると、職務発明の相当対価額を算定する場面等において同様のアプローチが採用されていることが窺える[13]。

[12] 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２～３頁（2008年）。

[13] 例えば、職務発明をなした従業員が有する補償金請求権の対価額について、従業員の発明のインセンティヴとなるとともに、さまざまなリスクを負担する企業にも

②著作権の効力範囲の確定

一方、著作権の文脈では、例えば被告の壮大な絵画作品の中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において、著作権の効力を制限すべき根拠として成果開発前のインセンティヴ論を援用する見解がみられる[14]。被告の絵画作品に原告のキャラクターが取り込まれている場合であっても、被告作品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キャラクターが埋没してしまうような場合には、被告作品はもはや原告キャラクターの財産的利益を奪取しているとはいえず、また著作物の豊富化と著作物利用の円滑化という法目的にも寄与しうるものであるから、被告作品に原告の著作権の効力を及ぼすことは正当化しえないというわけである。

(3) パブリシティ権の承認根拠

このほか、米国では、パブリシティ権の保護を正当化する根拠として、成果開発前のインセンティヴ論が援用されることがある。

例えば、原告が地方フェアで行った人間砲弾の興行の全演技（約15秒間）を被告ローカル・テレビ局が無断でニュース報道として放映した行為が、原告のパブリシティ権を侵害するか否かが争われた、Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co., 433 U.S. 562 (1977) をみてみよう。原審のオハイオ州最高裁は、原告のパブリシティ権を承認しつつも、原告のパフォーマンスは公共の利益に関わるものであり、被告の報道行為は修正第1条の言論の自由条項によって免責されると判示していた。これに対し、連邦最高裁は、被告テレビ局が修正第1条の利益を享受するといえども原告パフォーマーの全演技を放送することまでは免責されないとして、オハイオ州最高裁の判決を覆した。そして連邦最高裁は、そうした判断を正当化する根拠の1つとして、次のような議論を提示したのである。

「原告の全演技を収めたフィルムを放送してしまうことは、このパフォーマンスの経済的な価値にかなりの脅威を与えるものである。オハイオ州最高裁判決も認めているように、この演技は原告自身の才能とエネルギーの産物であって、多くの時間と労力と費用をかけた末の成果である。その経済的価値の多くは、『原告のパフォーマンスに与えられるパブリシティに対する排他的コントロール権限』に依存している。すなわち、もし公衆がこの演技をテレビで無料でみることができるとすれば、同演技を地方フェアにおいてお金を払ってみることはしなくなるであろう。当該パフォーマンスを公に放送してしまうことの効果は、原告が入場料をとることを禁止するに等しいものである。」[15]「本件において原告のパブリシティ権を保護するとしたオハイオ州最高裁判決は、もちろん、単にパフォーマーがその演技に投資した時間や労力に報いること以上のものに基礎をおいている。そうした保護は、公衆の興味をそそるパフォーマンスを生みだすのに必要な投資をなす経済的インセンティヴを当該パフォーマーに与えるものである。これと同様の考慮は、当裁判所が長らく執行してきた特許法および著作権法の根底にも流れている。……これらの法律は、『所有者への報酬を二次的な考慮要素』とみなすかもしれないが、しかしそれらの法律は、公衆の利益となる著作物の創作活動をより一層奨励するために、『価値ある、エンフォース可能な権利を付与することを明確に意図した』ものなのである。合衆国憲法は、本件においてオハイオ州最高裁が同様の選択を行い、この種のパフォーマンスの生産を奨励するためにエンターテイナーのインセンティヴを保護する判断をなすことを禁止していない。」[16]

上記において連邦最高裁は、原告のパフォーマンスについて、発明や著作物と同じく、一種の公共財であるという見方を提示している。そして特許権や著作権と同じく、公共財の供給に伴う市場の失敗を治癒する手段と

配慮して、発明を奨励しつつ産業の発達にも寄与するという特許法の趣旨に即して算定を行うべきだとする和解勧告案決定がある（東京高裁平成17.1.11和解勧告案判時1879号141頁［青色発光ダイオード］）。この決定は、事前のインセンティヴ論に立脚しながら職務発明に対する補償金額の算定のあり方を考える立場を示したものと評価されている。田村善之「青色発光ダイオード事件控訴審和解勧告について―職務発明に対する補償金額の算定のあり方―」知的財産法政策学研究8号1頁（2005年）、島並良「東京高裁の『考え』を読む」ジュリスト1286号78頁（2005年）。

[14] 島並良「二次創作と創作性」著作権研究28号〔2001年度〕28頁（2003年）。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544号2頁（2006年）も参照。

[15] 433 U.S. at 575-576.

[16] *Id.*, at 576-577.

して、原告のパブリシティ権の保護を位置づけている。すなわち、もしエンターテイナーのパフォーマンスに係る名声や顧客吸引力を他者が無断で利用しうるとすれば、彼はそうしたパフォーマンスを生みだすキャリアへの投資意欲を著しく減退させる恐れがある。それゆえ、エンターテイナーに自己のパフォーマンスから派生する経済的利益を排他的にコントロールしうる権利を承認し、もってパフォーマンスの生産を奨励する必要があるというわけである[17]。

なお、本件は人間砲弾のパフォーマンスという特殊な事案であったため、上記説示の射程を限定的に捉えることも可能かもしれない。しかし学説では、連邦最高裁がパブリシティ権の正当化根拠としてインセンティヴ論を一般的に適用しようと意図していたことは明らかであると指摘されている[18]。

(4) 小括

以上のように成果開発前のインセンティヴ論は、これまで、特許権や著作権に関する条項の理念を解釈する場面や当該権利の効力範囲を拡縮することの正当性を基礎づける場面、あるいはパブリシティ権という新たな権利を承認することの正当性を基礎づける場面等において、援用されてきたということができる。とりわけ米国では、連邦特許法や著作権法の制定根拠とされる合衆国憲法の特許・著作権条項の構造は成果開発前のインセンティヴ論に基づく理念解釈と適合的であるという理解が優勢であった。このことは、同理論が特許法や著作権法の領域における最も有力な正当化理論として受容される要因となったようにみえる。また、我が国では、裁判所が主に特許権の効力範囲を広げたり狭めたりすることを正当化する論拠として、成果開発前のインセンティヴ論がもちだされてきた。こうした裁判所の判断においては、同理論が特許権の保護範囲の調整原理として機能しうるということが暗黙の前提としておかれているように思われる。

[17] 批判的な立場からの分析として、Diane Leenheer Zimmerman, *Fitting Publicity Rights into Intellectual Property and Free Speech Theory: Sam, You Made the Pants Too Long!*, 10 DEPAUL-LCA J. ART & ENT. L. 283, 305 (2000) を参照。

[18] HUW BEVERLEY-SMITH, THE COMMERCIAL APPROPRIATION OF PERSONALITY, 302 (2002).

2．成果開発前のインセンティヴ論に基づく正当化の批判的検討

しかし、成果開発前のインセンティヴ論に基づいて特許・著作権条項の理念を一元的に理解することや、同理論を指針として特許権や著作権の保護範囲を調整することに関しては、そうした営みの限界や相対化の必要性も指摘されている。特に保護範囲の調整にあたっては、物理的には自由になしうる第三者の情報財利用を不可避的に制約するという知的財産権の性質に留意する必要があろう。こうした観点からは、成果開発前のインセンティヴ論に対して次のような問題が提起されよう。すなわち、知的財産権が存在しない場合に、競争市場は有効に機能せず、情報財の供給が過少となるといえるだろうか（市場の失敗の有無)。かりに市場の失敗が生じるとしても、知的財産権は成果開発前のインセンティヴとして有効に機能し、情報財供給の適正化に資するといえるだろうか（市場の失敗の治癒の有無)。以上のような検証は、パブリシティ権といった新たな権利を承認する際にも求められるものである。

以下、順に検討していこう。

(1) 知的財産関連条項の理念解釈の相対化

①合衆国憲法の特許・著作権条項

前述したように米国では、合衆国憲法の特許・著作権条項について、その構造に照らし、もっぱら帰結主義的な理念に支えられた条項であるという理解が支配的である。しかし、こうした理解に対しては、次のような批判がある。すなわち、特許・著作権条項が著作者の権利を「保障する」(securing) という文言を使用したことは、その権利がもともと存在することを認めていると考えることも可能であり、それゆえ自然権理論に基づく著作者の権利という概念を憲法起草者たちが全面的に否定する意図までは読みとれない、というわけである[19]。ここでは、自然権理論の視点から特許・著作権条項を眺めてみると、「保障する」(securing) という文言を手

[19] Barbara Ringer, *Two Hundred Years of American Copyright Law*, in TWO HUNDRED YEARS OF ENGLISH AND AMERICAN PATENT, TRADEMARK AND COPYRIGHT LAW, 117, 126 (American Bar Association ed., 1977).

がかりとした、同条項に関する複眼的な理念解釈の可能性が広がっていることが示唆されている。こうした見解は、従来のインセンティヴ論一元的な理念解釈に対して再考を迫り、そうした解釈を相対化する必要性を鋭く訴えるものである。

②我が国著作権法の目的規定

また、我が国著作権法の目的規定（第1条）に関しても、そのインセンティヴ論一元的な理念理解に対しては、起草者の見解に基づく批判が提起されるかもしれない。

起草者は、「この法律の窮極の目的とするところは、文化の発展に寄与するということにある」と述べて、著作権法の最終的な目的が公益にあることを認めている[20]。しかし他方で、「著作権制度を確立する趣旨」は「著作者等の経済的あるいは人格的な利益を確保することによって、著作者等の労苦に報いる、その結果として、……文化の発展に寄与することになる」という考え方にあると述べて、著作権および著作者人格権保護の正当性を著作者の労苦に報いる点に求める姿勢を示している[21]。こうした起草者の見解は、ロック労働所有理論における功績論を彷彿とさせるものである。そしてこれに続けて、起草者は、第1条の目的規定の趣旨は「第2条以下を解釈する際の基準」を提示する点にあるところ、そうした解釈基準としては「著作者等の権利の保護が第一義的な目的であるということ」を指針とすべきであると指摘している[22]。ここでは、第1条の規定にみられる目的手段構造を重視する視点は後景に退き、著作者の権利保護を第一義的に重視する視点が前景に押しだされている。

以上のような起草者の見解は、著作権法の目的規定の理念を成果開発前のインセンティヴ論に基づいて一元的に理解する立場を相対化するものであり、同規定の理念解釈にあたっては複眼的な理解が求められているということができよう[23]。

[20] 加戸守行『著作権法逐条講義（五訂新版）』（著作権情報センター、2006年）13頁。

[21] 加戸・前掲注20）13～14頁。

[22] 加戸・前掲注20）14頁。

[23] なお、著作者の権利保護が著作権法の第一義的な目的であるという起草者の見解は、本稿において自然権理論の代表例として紹介したロック労働所有理論やヘーゲル人格所有理論によっても、その正当性を基礎づけることは困難であると解される。財産権保護の正当性を個人的な淵源に求めるロック理論やヘーゲル理論であっても、そうした財産権保護が許容される範囲について、他者との関係から常に一定の制限が課せられていたからである。ここでは、他者の自由等に対して個人の財産権保護が第一義的に優先するという発想はみられないのである。

(2) 特許制度および著作権制度の経済的機能の批判的検証

①特許制度および著作権制度の不存在と市場の失敗の有無

第1に、もし特許制度や著作権制度が存在しないとすると、競争市場が有効に機能せず、発明や著作物の供給は過少となるといえるだろうか。

（ｉ）特許制度の不存在と市場の失敗の有無

この問題を考えるうえで1つの有益な手がかりとなるのは、大陸諸国の歴史であろう。大陸諸国の中には、特許制度の廃止や導入見送りを経験した国が存在するからである。

独占一般に対する嫌悪感が根強く残っていた18世紀半ばから19世紀半ばにかけての大陸諸国では、発明や技術導入に対し独占特許を付与することへの批判が高まり、反特許運動が勃興した[24]。こうした反特許運動の影響を受けて、オランダでは、19世紀半ば以降、議会において常に特許制度の是非が議論されるようになり、次第に廃止論が優勢になっていった。そしてついに1869年、オランダ議会は1817年制定の特許法を一旦廃止するに至ったのである。オランダにおける特許制度の廃止期間は1910年まで続いた。こうしたオランダの動向は、スイスにも影響を及ぼした。自由貿易を重んじる伝統をもつスイスは、独占特許は法の下の平等に反することを理由に、特許法を制定する議会の権限を憲法上否定していた。そのため、1887

[24] 19世紀における反特許運動の勃興に関しては、Fritz Machlup and Edith Penrose, *The Patent Controversy in the Nineteenth Century*, 10 J. ECON. HIST. 1 (1950); EDITH TILTON PENROSE, THE ECONOMICS OF THE INTERNATIONAL PATENT SYSTEM［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）］邦訳23～26頁、FRITZ MACHLUP, AN ECONOMIC REVIEW OF THE PATENT SYSTEM (U.S. SENATE, COMMITTEE ON THE JUDICIARY STUDY NO. 15, 1958)［土井輝生訳『特許制度の経済学』（日本経済新聞社、1975年）］邦訳23～25頁を参照。

年に国民投票によって憲法改正がなされるまで、スイスは特許制度の導入を拒み続けたのであった。

それでは、特許制度の廃止や導入見送りを経験した時期における、オランダやスイスの国内産業活動の状況はいかなるものであったのだろうか。

例えば、特許制度の保有国と非保有国がともに参加した、1851年ロンドン万国博覧会および1876年フィラデルフィア万国博覧会における出展カタログ記載の展示物データをもとに、特許法がイノヴェーションに与える効果について調査した研究をみてみよう[25]。それによれば、特許制度非保有国のスイスは、ロンドン万国博覧会において一人当たりの展示物数が参加国中２番目に多かった。また、博覧会において、傑出したイノヴェーションを示す展示物に対して授与されるメダルの数は、特許制度非保有国のほうが圧倒的に多かったという[26]。ただし、特許制度の非保有国においては、食品加工や科学機器といった、特許よりも秘密管理のほうが有効である産業分野にイノヴェーション活動が集中する傾向がみられることが指摘されている[27]。しかしいずれにしても、調査全体を通じて、特許制度の機能として一般にいわれるような、イノヴェーション活動の量的増大や質的向上を示す証拠はみられなかったとされる。

もちろん、こうした19世紀の実例を掲げたとしても、それだけで特許制度の存在意義が否定されるわけではないだろう[28]。実際、上記調査においても、両博覧会の提示物データからは、大規模製造業用機械をはじめ、機械類のイノヴェーションにとって特許が重要であることが窺えると指摘されている[29]。また別の文献では、19世紀において特許が広く利用された産業のイノヴェーションは、他分野よりも取引される傾向があり、かつ地

[25] Petra Moser, *How Do Patent Laws Influence Innovation? Evidence from Nineteenth-Century World's Fairs*, 95 AMERICAN ECONOMIC REVIEW 1214 (2005).

[26] *Id.*, at 1222 n.3.

[27] 例えば、オランダでは、特許制度廃止の前後で食品加工分野のイノヴェーションが11%（1851年）から37%（1876年）へと増加した。*Id.*, at 1229 and 1230 Figure 3.

[28] 歴史研究がもつ弱みについては、島並良「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）17頁を参照。

[29] Moser, *supra* note 25, at 1233.

理的に遠方まで広まりやすいことが指摘されている[30]。こうした特許の取引を容易にし、イノヴェーションの伝播に寄与しうる点に、特許制度の意義を求めることも可能かもしれない[31]。とはいえ、歴史的にみれば特許制度が必ずしも技術開発や産業の発展に寄与するわけではないという指摘は、特許制度の機能の再考を促す契機となりうるものであると思われる[32]。

（ii）著作権制度の不存在と市場の失敗の有無

続いて、もし著作権制度が存在しないとすると、著作物の供給は過少となるであろうか。

この点に関し、著作権制度が存在しない場合でも、最初の出版者には海賊出版者の費用上の有利さを相殺して余りある対抗利益が存するため、著作物の供給は必ずしも過少とはならないとする見解がある。例えば、元ハーバード大学教授で現在は連邦最高裁判事を務めるブライヤーの議論をみてみよう[33]。

ブライヤーは、出版後の最初の数ヶ月で対価を回収することが期待されている商業出版物（例えば、小説やノンフィクション）の場合には、市場先行の利益が代替的インセンティヴとして有効に機能しうると主張する。

[30] 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271～272頁。

[31] こうした発想は、取引費用理論に基づく特許法体系の再構成という形で、近時の研究においても引き継がれている。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取引費用理論に立脚して、特許制度の体系を捉え直そうとする研究として、島並・前掲注12）を参照。

[32] 本文で紹介した以外にも、オランダが特許制度を概ね廃止していた時期（1900-13年）と復活させた時期（1913-38年）の、国民一人・時間あたりの生産性増加率を比較すると、1.1%から1.5%に微増しているものの、特許制度の有無が生産性に特に影響を及ぼしたとはいいきれないという指摘として、石井正『歴史のなかの特許―発明への報奨・所有権・賠償請求権―』（晃洋書房、2009年）175頁注６）参照。より包括的な検討として、ERIC SCHIFF, INDUSTRIALIZATION WITHOUT NATIONAL PATENS: THE NETHERLANDS 1869-1912: SWITZERLAND 1850-1907 (1971) を参照。

[33] Stephen Breyer, *The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs*, 84 HARV. L. REV. 281 (1970)［美作治夫「紹介」著作権研究４号185頁（1971年）］.

これに対し、固定費用が大きく対価の回収に数年を要する学術書籍や参考図書（例えば、大学教科書、百科事典、辞書など）の場合には、市場先行の利益が小さく代替的インセンティヴとして期待できない。しかしブライヤーによれば、その場合でも、最初の出版社は、海賊版と同価格の廉価版を販売するとか「著作者認定版」という表示を付すといった報復行為によって、海賊版出版社に対抗しうるというわけである。さらに、著作権保護のシステムは、書籍購入グループの組織化や政府による出版助成などの方法によって代替できる可能性があることもブライヤーは指摘している[34]。

以上のようなブライヤーの議論は、著作権制度の存在意義をただちに否定するものではない。ブライヤー自身、著作権制度の正当性というものは、どのような根拠をもってしても肯定と否定のいずれにも解することができるのであり、結局のところ、それが廃止されると不都合が起こるかもしれないという不安が著作権制度を支えていると考えるほかないと指摘している[35]。

むしろブライヤーの議論の意義は、その執筆意図との関係で捉えるとより明確になる。すなわち、本論文が執筆された当時、連邦議会では、著作権保護を大幅に拡大する内容の著作権法改正法案（1976年改正として結実）が審議中であった。ブライヤーは、法案内容のうち、保護期間の延長やコンピュータプログラムの著作権による保護等には反対の立場をとっていた。そこでブライヤーは、著作権制度の存在意義が一般に考えられているよりも薄弱であることを理論的に明らかにし、もって著作権保護の拡大を図る法改正が必要であるとする主張への反論を展開したのである[36]。

[34] *Id.*, at 299-308.

[35] *Id.*, at 322.

[36] *Id.*, at 350-351. このブライヤー論文は、各方面においてかなり大きなインパクトを与えた。とりわけ、その中心的主張である著作権保護の理論的根拠の薄弱さをめぐって賛否両論が巻き起こった。翌年、Tyerman による反論が公表され、出版市場における市場先行の利益が新規著作物を出版させるための適切な経済的報酬をもたらすという仮定に攻撃が浴びせられた。Barry W. Tyerman, *The Economic Rational for Copyright Protection for Published Books: A Reply to Professor Breyer*, 18 UCLA L. REV. 1100 (1971). 同論文に対するブライヤーの再反論として、Stephen Breyer, *Copyright: A Rejoinder*, 20 UCLA L. REV. 75 (1972) を参照。

こうしたブライヤーの議論から得られる示唆は、著作権制度の制度変更に際して、我々はその必要性を慎重に評価しなければならないということである。

一方、文献の中には、著作権制度がない場合に生じうる非効率性の歪みをみつけることができるとする見解もある。例えば、ランデス＆ポズナーは、もし著作権制度がないとすれば、著作者や出版社等はさまざまな決断をする時期について非効率なインセンティヴしか得られない恐れがあり、また多額の防衛コストが発生する恐れもあると指摘している[37]。

具体的には、著作者は一時的な流行作品や短命の作品を創作するインセンティヴを過度にもつかもしれない。また、出版社は市場においてできる限り有利な先行スタートを切るために、出版の前宣伝をしたり刊行日を事前に公表したりすることを躊躇うかもしれない。さらに、小説のような著作物の場合には、著作者や出版社は複製者が先に出版するのを恐れて、原稿を保管するための金庫を購入し、守衛を雇い入れ、草稿の数や流通を制限し、ひどい場合には著作物を時期尚早の不完全な状態で出版することすら強要されるかもしれないというわけである。

以上のようなランデス＆ポズナーの主張は、あくまで理論的な可能性にとどまるものである。それゆえ、実証的な証拠が集積されるにつれて修正を迫られるかもしれない。とはいえ、著作権制度が存在しない場合に生じうる非効率性の存在は、著作権制度の廃止論に安易に飛びつくことを諫める一応の論拠となりえよう。

②特許制度および著作権制度の創設による市場の失敗の治癒の有無

それでは、特許権や著作権は、発明や著作物の開発のインセンティヴとして有効に機能し、市場における発明や著作物の過少生産の防止（および生産の適正化）に寄与しうるであろうか。

（ｉ）特許制度の創設による市場の失敗の治癒の有無

特許権は企業の研究開発投資のインセンティヴとして適切かつ有効に

[37] William M. Landes & Richard A. Posner〔拙訳〕「著作権の考え方」知的財産法政策学研究10号28～30頁（2006年）。

機能するだろうか。近時の研究によれば、特許権のインセンティヴ効果は必ずしも有効に機能していないということが明らかとなっている。

ａ）特許権の保護を強化する法改正および判例の効果

第１に、特許権の保護を強化する法改正や判例に着目し、その前後における企業行動の変化を観察する調査研究が存在する。

例えば、我が国において改善多項制が導入され、医薬品等の特許に関する存続期間の延長が図られた1987年特許法改正に着目し、同改正の施行の前後で我が国企業のイノヴェーション活動がどのように変化したかを調査した研究が存在する[38]。それによれば、統計上、特許権の保護範囲を拡大する同改正に起因して我が国企業が研究開発投資やイノヴェーションの産出量を増大させたことを示す証拠は全く得られなかったという。

また、イタリアにおいて、新薬の発明の特許適格性を否定し医薬品を保護対象から除外していた1939年特許法を違憲と判断し、新薬発明の特許出願について容認する旨を明確にした1978年の最高裁判決[39]に着目し、1978年の前後でイタリア製薬企業の研究開発費等がどのように変化したかを調査した研究が存在する[40]。それによれば、1978年に医薬品特許が認められた後も、新薬の開発よりも他国で開発された医薬品の模倣に従事するというイタリア製薬企業の基本的な戦略姿勢に特段の変化はみられず、その研究開発費の増加を加速させたことを示す証拠も得られなかったとされる[41]。

これらの研究は、現状よりも特許権の保護を厚くすることが企業の研究開発行動を刺激するわけではないということを例証するものである。このことは、特許権のインセンティヴ効果に対して疑義を呈する１つの論拠となりえよう[42]。

[38] Mariko Sakakibara and Lee Branstetter, *Do Stronger Patents Induce More Innovation? Evidence from the 1988 Japanese Patent Law Reforms*, 32 RAND J. ECON. 77 (2001).

[39] Constitutional Court, March 9, 1978, n.20, published in Gazetta Ufficiale. 本最高裁判決の判断を受けて、イタリア議会は、1982年に新薬発明の特許適確性を認める旨の特許法改正を行った。

[40] F.M. Scherer and S. Weisburst, *Economic Effect of Strengthening Pharmceutical Patent Protection in Italy*, 26 IIC 1009 (1995).

[41] これに関連して、1978年以前においてもイタリアの後発医薬品産業が１世紀以上にわたって活況を呈していたという指摘もみられる。BOLDRIN & LEVINE・前掲注30）315〜317頁。

ｂ）専有可能性を確保する手段としての特許の有効性

第２に、専有可能性（appropriability）を確保する手段としての特許の有効性について調査した研究が存在する[43]。専有可能性とは、イノヴェーションによって社会全体が受ける利益のうち、研究開発に投資をしてイノヴェーションを実現した企業がどの程度、自らの手中に収めることができるのか、ということを示す概念である[44]。研究開発投資を行う企業にとって、特許権に基づいて自らが実現したイノヴェーションから収益を挙げることができるとすれば、特許は研究開発のインセンティヴとなると考えられる。

《イェール・サーベイ》

例えば、イェール大学が米国130業種650名の研究開発部門担当者を対象

[42] 島並・前掲注28）17〜18頁。

[43] 特許の有効性に関する実証研究のより包括的な検討については、田村善之「プロ・イノヴェイションのための特許制度の muddling through（1）」知的財産法政策学研究35号掲載予定を参照。同論文では、伊地知寛博ほか『全国イノベーション調査統計報告』（調査資料-110、文部科学省科学技術政策研究所、2004年）や INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, DEVELOPMENT, AND CATCH-UP: AN INTERNATIONAL COMPARATIVE STUDY, 2 (Hiroyuki Odagiri et al eds., 2010); 小田切宏之「『知的財産権、経済発展とキャッチアップ』研究プロジェクトからの教訓」知的財産法政策学研究33号１頁（2011年）など、本稿では扱っていない国内外の実証研究について詳細な紹介・検討がなされており、参考になる。

なお、バークレイ・サーベイ以前の状況については、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（2002年）、島並良「特許客体論の方法と構造」知財研フォーラム55号13〜14頁（2003年）等も参照。

[44] 後藤晃＝永田晃也『イノベーションの専有可能性と技術機会：サーベイデータによる日米比較研究』（科学技術政策研究所、1997年）16頁。

として実施した1983年の調査（以下、イェール・サーベイと呼ぶ）をみてみよう[45]。その結果は、下記の図表が示すように、イノヴェーション企業の間で専有可能性を確保するための手段として特許が重視されているとはいい難いものであった。全業種を平均した特許の有効性は、製品イノヴェーションでは４番目、方法イノヴェーションでは５番目に位置しており、いずれのケースでも、市場先行の利益、学習曲線をいち早く滑り降りること[46]、販売・サービス努力といった手段の後塵を拝する結果となっている[47]。

図表：専有可能性を確保する手段の有効性（イェール・サーベイ）[48]

	製品イノヴェーション	方法イノヴェーション
1	販売・サービス努力（5.59）	市場先行の利益（5.11）
2	市場先行の利益（5.41）	学習曲線をいち早く滑り降りること（5.02）
3	学習曲線をいち早く滑り降りること（5.09）	販売・サービス努力（4.55）
4	技術模倣を防止するための特許（4.33）	秘密管理（4.31）
5	ロイヤリティ収入を確保するための特許（3.75）	技術模倣を防止するための特許（3.52）
6	秘密管理（3.57）	ロイヤリティ収入を確保するための特許（3.31）

ただし、専有可能性を確保する手段としての特許の有効性は業種間でばらつきがある。例えば、物特許の有効性は、医薬品産業ではトップに挙げられており、有機化学、プラスチック素材、製鋼製品といった産業でもトップと肩を並べる位置に挙げられている[49]。また、医薬品や石油精製といった産業では、方法特許の有効性が高く評価されており、最有力手段に準じるものとしてみなされている[50]。一方、機械系の産業では、物特許、方法特許ともにその有効性の評価は低い[51]。

以上のように、特許は専有可能性を確保する手段の１つであるが、医薬品産業や化学産業を除く多くの産業では、それほど有効な手段とは考えられていないということがイェール・サーベイから明らかとなっている[52]。

《カーネギーメロン・サーベイ》

続いて、カーネギーメロン大学が製造業に属する米国企業の研究開発部門・研究所1478件を対象として実施した1994年の調査（以下、カーネギーメロン・サーベイと呼ぶ）をみてみよう[53]。下記図表が示すとおり、専有可能性を確保する手段としての特許の評価は、全体平均では製品イノヴェーション、方法イノヴェーションともに極めて低く、市場先行の利益、秘密管理、補完的能力（製造、販売・サービス網）といった手段の後塵を拝する結果となっている[54]。これは、上記のイェール・サーベイと基本的に同様の結果を示すものといえるが、秘密管理の有効性が大幅に上昇した点は顕著な相違点として指摘できよう。

[45] Richard C. Levin, *et al*., *Appropriating the Returns from Industrial Research and Development*, 3 BROOKINGS PAPERS ON ECONOMIC ACTIVITY 783 (1987).

[46] これは、学習により課題をより効率的に解決する効果が高まることを利用して、迅速に学習を重ねることで他者に対してアドヴァンティジを得ることを指しており、広い意味で市場先行の利益に含ましうる専有可能性の手段のことである。

[47] Levin, *et al*., supra note 45, at 794-795.

[48] *Id*., at 794. なお、図表の（　）内の数字は、（１＝全く有効でない～７＝極めて有効）のスケールを表す。

[49] *Id*., at 796-797.

[50] *Id*., at 796.

[51] *Id*., at 797.

[52] それでは、なぜ企業は特許を取得するのだろうか。*Id*., at 798 は、アンケート調査の際に付された自由回答欄から窺われる理由として、定量的観察が困難な研究開発部門の従業員の労務管理のためといった理由や、海外投資先の国が現地企業へのライセンスを参入の条件とすることがあり、その前提として特許取得が必要となるためといった理由を指摘している。

[53] Wesley M. Cohen, *et al*., *Protecting Their Intellectual Assets: Appropriability Conditions and Why U.S. Manufacturing Firms Patent (or Not)*, NBER Working Paper No. 7552 (2000).

[54] *Id*., at 9-10.

図表：専有可能性を確保する手段の有効性（カーネギーメロン・サーベイ）[55]

	製品イノヴェーション	方法イノヴェーション
1	市場先行の利益（52.8%）	秘密管理（50.6%）
2	秘密管理（51.0%）	補完的な製造能力（43.0%）
3	補完的な製造能力（45.6%）	市場先行の利益（38.4%）
4	補完的な販売・サービス網（42.7%）	補完的な販売・サービス網（30.7%）
5	特許（34.8%）	特許（23.3%）
6	他の法的保護（20.7%）	他の法的保護（15.4%）

また、カーネギーメロン・サーベイでも、専有可能性を確保するうえでの特許の重要度には産業間で差異がみられた。例えば、研究開発集約型の産業である医療機器や医薬品産業では、物特許が市場先行の利益や秘密管理に次いで2番目に高く評価されている[56]。また、石油や医薬品産業では、方法特許の有効性が比較的高く評価されている[57]。このように特許が重要な手段として把握されている産業がある一方で、食品、印刷・出版、鉄、電子部品、通信機器産業など、特許の有効性に対する評価が低い産業もある。また、製品イノヴェーション、方法イノヴェーションともに、特許

[55] *Id.*, at Figure 1, 2.

[56] **図表：製品イノヴェーションに係る専有可能性の確保手段の有効性**（*Id.*, at Table 1）

	医療機器	医薬品
1	市場先行の利益（58.06%）	秘密管理（53.57%）
2	特許（54.70%）	特許（50.20%）
3	補完的な販売・サービス網（52.31%）	市場先行の利益（50.10%）
4	秘密管理（50.97%）	補完的な製造能力（49.39%）
5	補完的な製造能力（49.25%）	補完的な販売・サービス網（33.37%）
6	他の法的保護（29.03%）	他の法的保護（20.82%）

[57] **図表：方法イノヴェーションに係る専有可能性の確保手段の有効性**（*Id.*, at Table 2.）

	石油	医薬品
1	秘密管理（57.33%）	秘密管理（68.13%）
2	特許（36.67%）	補完的な製造能力（44.17%）
3	市場先行の利益（32.00%）	特許（36.15%）
4	補完的な製造能力（31.33%）	市場先行の利益（35.52%）
5	補完的な販売・サービス網（27.67%）	補完的な販売・サービス網（25.21%）
6	他の法的保護（6.33%）	他の法的保護（16.04%）

を最も有効な手段とみなす産業は1つも存在しなかったことも指摘されている[58][59]

[58] *Id.*, at 9, Table 2.

[59] また、米国企業826社、日本企業593社を対象として実施された1994年の米日比較調査（米国企業に関してはカーネギーメロン・サーベイのデータを利用）においても、次のような結果が出されている。詳しくは、後藤＝永田・前掲注44)18〜19頁参照。Wesley M. Cohen, Akira Goto, Akiya Nagata, Richard Nelson and John Walsh, *R&D information flows and patenting in Japan and the United States*, in ECONOMICS, LAW AND INTELLECTUAL PROPERTY (O. Grandstrand, ed., 2003) においても、同様のデータに基づく分析がなされている。この調査研究について詳しくは、田村・前掲注43)を参照。

図表：製品イノヴェーションの専有可能性を確保する方法の有効性（平均値）

	米国	日本
1	市場先行の利益（51.8%）	市場先行の利益（40.7%）
2	技術情報の秘匿（51.4%）	特許による保護（37.8%）
3	製造設備・ノウハウの保有・管理（45.5%）	製造設備・ノウハウの保有・管理（33.1%）
4	販売・サービス網の保有・管理（41.9%）	販売・サービス網の保有・管理（30%）
5	生産・製品設計の複雑性（40%）	技術情報の秘匿（25.6%）
6	特許による保護（35.7%）	生産・製品設計の複雑性（20.2%）
7	他の法的保護（20.3%）	他の法的保護（16.3%）
8	その他（8.6%）	その他（6.5%）

図表：方法イノヴェーションの専有可能性を確保する方法の有効性（平均値）

	米国	日本
1	技術情報の秘匿（52.7%）	製造設備・ノウハウの保有・管理（36.1%）
2	製造設備・ノウハウの保有・管理（43.3%）	技術情報の秘匿（28.9%）
3	生産・製品設計の複雑性（38.6%）	市場先行の利益（28.2%）
4	市場先行の利益（38%）	特許による保護（24.8%）
5	販売・サービス網の保有・管理（29%）	販売・サービス網の保有・管理（22.7%）
6	特許による保護（23.9%）	生産・製品設計の複雑性（22%）
7	他の法的保護（15%）	他の法的保護（11.8%）
8	その他（8%）	その他（6.6%）

図表から分かるように、製品イノヴェーションに関する専有可能性確保の手段としては、米日ともに、市場先行の利益が最も有効であるというのが産業界全体の回答である。また、方法イノヴェーションに関する専有可能性確保の手段としては、

《バークレイ・サーベイ》

以上の２つのサーベイは、一般に考えられているよりも特許の有効性は低いものであることを示唆していた。もっとも、これらのサーベイは、製造設備や販売・サービス網等の補完的資産をすでに保有していると考えられる既存企業を調査対象としていた。そのため、同調査結果に対しては、新規参入して間もないスタートアップ企業の認識が反映されていないという限界が指摘されていた[60]。補完的資産を保有せず、市場先行の利益を確保しうるだけの体制を備えていないスタートアップ企業にとっては、特許がより有効な手段として機能する可能性があるというわけである。

このような問題意識に答える形で、スタートアップ企業を対象とする調査研究が最近行われた。それが、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（以下、バークレイ・サーベイと呼ぶ）である[61]。

スタートアップ企業全体の平均値でみると、イノヴェーションに係る競争上の優位性を獲得するための手段としては、市場先行の利益が最も重視されており、その評価は他の手段に比べて頭一つ抜けている。次いで重要な手段とみなされているのが、秘密管理、補完的資産、特許の３つである。これらの手段の重要性には相互に有意な差異はみられないと指摘されて

米日とも、製造設備・ノウハウの保有・管理や技術情報の秘匿が上位を独占している。ただし産業分野別でみた場合、米日とも医薬品や化学産業等において特許の有効性が高く評価されている。この日米比較調査から浮かび上がる興味深い点として、製品・方法のいずれについても、プロパテント政策を強力に推進してきたはずの米国における特許の有効性は、概して日本よりも低くなっていることが指摘されている。中山・前掲注43）12頁。

[60] 中山・前掲注43）14頁。こうした問題意識は、イェール・サーベイにおいても共有されている。Levin, *et al*., *supra* note 45, at 791.

[61] Stuart J. H. Graham, et al., *High Technology Entrepreneurs and the Patent System: Results of the 2008 Berkeley Patent Survey*, 24 BERKELEY TECH. L.J. 1255 (2009). なお、図表の（　）内の数字は、（１＝全く重要でない、２＝僅かに重要、３＝適度に重要、４＝非常に重要）のスケールを表す。

おり[62]、実質的には市場先行の利益に次いで有効な手段の１つとして特許が理解されていることが窺える。

図表：競争上の優位性を獲得する手段の重要性〔全体平均値〕（バークレイ・サーベイ）[63]

1	市場先行の利益（3.3）
2	秘密管理（2.8）
3	補完的資産（2.7）
4	特許（2.7）
5	リバース・エンジニアリングの困難性（2.6）
6	商標（2.5）
7	著作権（2.5）

方法 vs. 製品というイノヴェーションのタイプでみると、特許は、方法イノヴェーションでは最下位にランクされているのに対し、製品イノヴェーションでは市場先行の利益に次ぐ第２位にランクされている[64]。前述した先行サーベイを振り返ってみても、特許の有効性に対する評価が両タイプでこれほど相違するケースは稀である。スタートアップ企業の間では、製品イノヴェーションに係る競争上の優位性を獲得する手段として特許を重視する姿勢が顕著であるということであろう。

もっとも、忘れてはならないのが、特許の有効性評価に対する産業分野毎の相違である。例えば、ソフトウェア産業では、下記図表にあるとおり、専有可能性を確保する戦略手段の中で特許は最も重要性の低い手段であると考えられている。また図表にはないが、インターネット産業でも、イノヴェーションに係る競争上の優位性を獲得するうえで特許が果たす役割は僅少なものと評価されている[65]。これに対し、バイオテクノロジー産業では特許が最も重要な競争上の優位性獲得手段であるとされ、医療機器産業でも市場先行の利益に次ぐ重要な手段として考えられている。また図表にはないが、ベンチャー・キャピタルから資金援助を受けている IT ハ

[62] *Id*., at 1289 n.106.

[63] *Id.*, at 1289.

[64] *Id.*, at 1293.

[65] *Id.*, at 1292-1293.

ードウェア産業（半導体産業や通信機器産業など）でも、特許は秘密管理と並んで最も重要な手段として評価されている[66]。先のカーネギーメロン・サーベイにおいて製品イノヴェーションに係る特許の有効性の程度は、半導体産業や通信機器産業では秘密管理の半分ほどであり（順位としては下から２番目）、医薬品産業でも秘密管理の後塵を拝する地位にあったことに照らせば[67]、バークレイ・サーベイでは特許の有効性が相対的に高まったということができよう。これは、１つにはスタートアップ企業は企業規模が小さく、補完的資産にも乏しいために特許に頼らざるをえないこと、もう１つには工場をもたない半導体企業が増え、企業間のクロスライセンスも増加傾向にあるといった産業変化により、特許の比重が高まったことによるものと推測されている[68]。

図表：競争上の優位性を獲得する手段の重要性〔産業分野別〕（バークレイ・サーベイ）[69]

	ソフトウェア産業	バイオテクノロジー産業	医療機器産業
1	市場先行の利益	特許	市場先行の利益
2	補完的資産	市場先行の利益	特許
3	著作権	秘密管理	秘密管理
4	秘密管理	補完的資産	補完的資産
5	商標	リバース・エンジニアリングの困難性	リバース・エンジニアリングの困難性
6	リバース・エンジニアリングの困難性	商標	商標
7	特許	著作権	著作権

以上のように、スタートアップ企業の間では、バイオテクノロジー、医療機器、IT ハードウェアといった産業を中心に、特許の重要性が相対的に

[66] *Id.*, at 1291-1292, 1292 n.118.

[67] カーネギーメロン・サーベイによれば、専有可能性を確保する各手段の有効性は、半導体関連産業では秘密管理60.00％、特許26.67％、通信機器産業では秘密管理47.21％、特許25.74％となっており、また、医薬品産業では秘密管理53.57％、特許50.20％となっている。Cohen, *et al.*, *supra* note 53, at Table 1.

[68] Graham, *et al.*, *supra* note 61, at 1292.

[69] *Id.*, at 1290 (Figure 1).

高まっているといえる。これらの産業における特許の取得動機をみると、下記図表が示すとおり、製品・サービスの模倣の防止、外部からの投資を確保する機会の拡充、資産流動化の機会や質の向上といった目的が上位に挙げられている。一方、そうした特許の役割に懐疑的なソフトウェア産業では、企業の評判や製品イメージの向上といった点に主たる特許取得動機が求められている。

図表：特許の取得動機〔産業分野別〕（バークレイ・サーベイ）[70]

	ソフトウェア産業	バイオテクノロジー産業	医療機器産業
1	企業の評判・製品イメージの向上	製品・サービスの模倣の防止	製品・サービスの模倣の防止
2	製品・サービスの模倣の防止	投資確保機会の拡充	投資確保機会の拡充
3	資産流動化の機会・質の向上（例：新規株式公開、企業買収）	資産流動化の機会・質の向上（例：新規株式公開、企業買収）	資産流動化の機会・質の向上（例：新規株式公開、企業買収）
4	投資確保機会の拡充	他企業との交渉地位の向上（例：クロスライセンス）	企業の評判・製品イメージの向上
5	他企業との交渉地位の向上（例：クロスライセンス）	ライセンス収入の獲得	他企業との交渉地位の向上（例：クロスライセンス）
6	特許侵害訴訟に巻き込まれることの防止	企業の評判・製品イメージの向上	特許侵害訴訟に巻き込まれることの防止
7	ライセンス収入の獲得	特許侵害訴訟に巻き込まれることの防止	ライセンス収入の獲得

また、特許取得動機に関連して、産業間で程度差はあるものの、スタートアップ企業にとって特許がファイナンスを確保するうえで重要な役割を果たしていることも注目すべき点として指摘されている[71]。つまり、これといった資産も実績もなく、企業情報が限定的で、観察可能な成功の尺度ももたないスタートアップ企業にとって、外部資金の調達は頭を抱える課題であるところ、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というわけである。

[70] *Id.*, at 1301 (Figure 3).

[71] *Id.*, at 1303-1309.

《3つのサーベイのまとめ》

ここまでの結果を整理すると次のようになる。3つのサーベイからは、イノヴェーションに係る競争上の優位性を獲得する手段として、一般に考えられているほど特許が重視されているわけではないことが明らかとなった[72]。製品イノヴェーションであれ方法イノヴェーションであれ、多くの産業分野では、市場先行の利益、秘密管理、補完的資産（製造、販売・サービス網）といった他の手段ほうが相対的に重視されていた。もっとも、特許の有効性が相対的に高く評価されている産業分野や企業も存在する。その1つが、医薬品や医療機器産業である。もう1つは、スタートアップ企業（ただしソフトウェア産業を除く）である。ただしスタートアップ企業においては、研究開発の投資に対するインセンティヴとして特許が機能しているというよりは、外部からの投資を呼び込むためのシグナルとして機能していた。その意味では、特許権が適切な発明のインセンティヴ効果をもつことが実証的に示されたわけではない点には注意が必要であろう。

ｃ）特許制度のコストとベネフィット

第3に、特許制度がもたらすコストとベネフィットを比較検証する研究が存在する。

例えば、経済学者のマハループは、1958年の調査報告書の中で、特許制度全体の経済的評価は、特許制度が存在する場合と存在しない場合との相違を分析しなければならないと述べたうえで、「いかなる経済学者も、現在の知識をもとに、現在運営されている特許制度が社会にネットの便益をもたらすかネットのコストをもたらすかを、確信をもって述べることはできない」と結論づけている[73]。マハループによれば、このように特許制度全体の評価が不明確である場合に導きだせる1つの政策提言は、「その制度で長く生活してきたときは、それをもって、またその制度なくして生活してきたときは、それなくして、『どうやらこうやら切り抜けていく』（muddle through）ということである。我々が特許制度をもたなかったならば、その経済的結果について我々が現在もっている知識に基づいて特許制度を設けるよう奨めることは、無責任であろう。しかし、我々は長年、特許制度をもっているので、我々が現在もっている知識に基づいて特許制度を廃止するよう奨めることも、無責任であろう。」というものである[74]。

これに対し近年では、米国を中心に、特許制度が多くの産業分野においてイノヴェーションの阻害要因となっているという指摘がみられる。

例えば、ベッセン＆ミューラーは、各種データを整序しながら、米国特許制度が米国公開会社に対してもたらすコストとベネフィットについて、次のように分析している[75]。第1に、1990年代初頭に特許訴訟の件数が急増したのに伴って、米国特許制度の経済的機能は90年代半ばに著しく低下した。第2に、化学・製薬以外の産業、とりわけソフトウェア産業やハイテク産業では、90年代後半に特許訴訟のコストが特許から得られる便益を大幅に上回った。同産業における訴訟コストは80年代には年間約20億ドルで安定していたが、1999年には毎年100億ドル以上に跳ね上がった。一方、同産業の平均的な企業の特許ポートフォリオが生みだす便益は約30億ドルにとどまることから、特許制度が実際にはイノヴェーションに対するネットのディスインセンティヴをもたらしている可能性が高い。第3に、化学・製薬産業も同じく90年代に訴訟コストの増加を経験したが、それほど深刻な問題とならなかった。化学・製薬産業にとって特許制度は依然としてプラスのイノヴェーション・インセンティヴをもたらしている。

以上のような分析結果について、ベッセン＆ミューラーは下記の2つのグラフを用いながら、鮮烈に提示している。こうした研究に基づけば、米国の製薬・化学産業以外の産業、特にソフトウェア産業では、90年代半ば以降、特許制度が研究開発のインセンティヴとして有効に機能しておらず、かえってイノヴェーションの阻害要因と化しているということが明らかとなる。

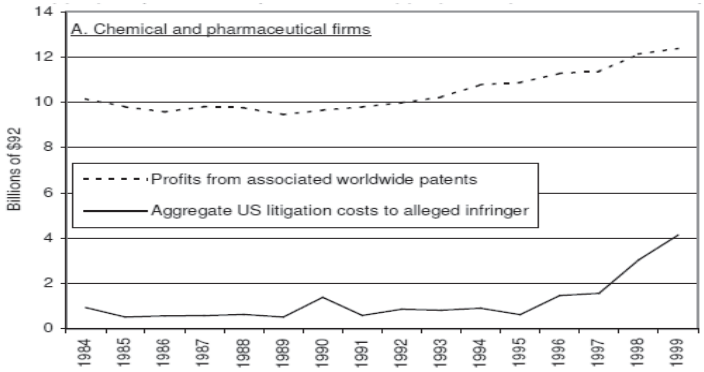
[72] 英国においても同様の指摘がなされている。JEREMY PHILLIPS AND ALISON FIRTH, INTRODUCTION TO INTELLECTUAL PROPERTY LAW, 107-109 (4th ed., 2006).

[73] MACHLUP・前掲注24）188頁。

[74] MACHLUP・前掲注24）189頁。

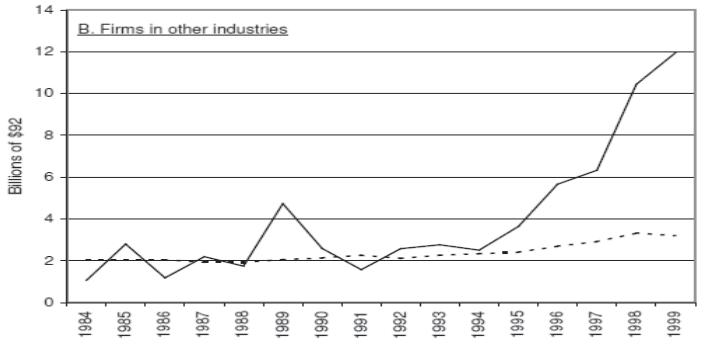
[75] JAMES BESSEN AND MICHAEL J. MEURER, PATENT FAILURE: HOW JUDGES, BUREAUCRATS AND LAWYERS PUT INNOVATORS AT RISK (2008). 同書の紹介として、拙稿「米国特許制度の破綻とその対応策」アメリカ法［2010-1］171～179頁（2010年）、田村・前掲注43）を参照。

＜製薬・化学産業の場合＞



(BESSEN & MEURER, at 15)

＜製薬・化学以外の産業の場合＞



(BESSEN & MEURER, at 15)

（ⅱ）著作権制度の創設による市場の失敗の治癒の有無

一方、著作権については、そのインセンティヴ効果に関する実証研究の蓄積が乏しいのが現状である[76]。また、「著作権が表現作品の生産を最適化するという観点からみて必然的に良いものか悪いものかを述べるのは困難であり、実際おそらく不可能であろう」という指摘が示唆するように[77]、著作権制度がもたらすコストとベネフィットに関しても、その比較検証作業は十分進んでいないのが現状であるように思われる。

③小括

以上のように、米国を中心として、特許制度に関しては、そのインセンティヴ効果の有効性に疑義が呈されていた。さらにソフトウェア産業等の分野では、特許制度がイノヴェーション促進基盤としての存在意義を喪失しているという警鐘も鳴らされていた。また、著作権制度に関しても、実証研究の蓄積は乏しいものの、文献では、一般に考えられているほど強固な正当化基盤を有していないという指摘がみられたのである[78]。

[76] 著作権に関する実証研究の状況については、例えば、Sylvain Dejean, *What Can We Learn from Empirical Studies About Piracy?*, 55 CESIFO ECONOMIC STUDIES 326 (2009); Matthias Leistner（川田篤訳）「著作権における経済学的調査の寄与－現状の調査と学際的な理論の描写」知的財産法政策学研究29号１頁（2010年）、林紘一郎編『著作権の法と経済学』（勁草書房、2004年）、田中辰雄＝林紘一郎編『著作権保護期間』（勁草書房、2008年）、新宅純二郎＝柳川範之編『フリーコピーの経済学』（日本経済新聞出版社、2008年）を参照。

[77] Landes & Posner・前掲注37）28頁。

[78] これらの事情は、技術振興策や文化振興策として、特許制度や著作権制度以外のインセンティヴ制度の採用可能性を模索するきっかけとなりえよう。そうした代替的なインセンティヴ制度としては、例えば、事前の資金助成制度や事後的な報奨金制度・賞金制度といったものが考えられる。

実際、大陸諸国では、科学が飛躍的な発展を遂げ、各国が精力的に発明の奨励に取り組んだ14世紀から19世紀にかけての時代、つまりルネッサンスから産業革命にかけての時代において、資金助成制度や賞金制度が技術振興策として積極的に活用されたといわれている。しかし、研究開発がそうした制度への依存を深めた同時期には、秘密主義の蔓延や中央集権化の傾向などの弊害が顕在化したことが指摘されている（SCOTCHMER・前掲注１）11～12頁）。

また、19世紀の米国では、文化振興策としてパトロネージに依拠した著作者報酬制度が利用されたといわれている。しかし、文化政策がそうした制度への依存を深めた同時期には、パトロン偏重の傾向や民主政パラダイムへの悪影響などの弊害が顕在化したことが指摘されている（Thomas B. Macaulay, *A Speech delivered in the House of Commons on the 5th of February, 1841*, in MACAULAY, PROSE AND POETRY, 731-743 (selected by G.M. Young, 1952); Neil Weinstock Netanel, *Copyright and a Demo-*

(3) パブリシティ権の承認根拠としての限界

最後に、パブリシティ権の承認根拠としての成果開発前のインセンティヴ論の妥当性について検討しよう。もしパブリシティ権の保護が承認されなければ、芸能人やスポーツ選手等（以下、芸能人等と略記）はパブリシティ価値を生みだすキャリアに対して資金や労力、才能を投資する意欲を過度に減退させるであろうか。

芸能人等は、その本業である芸能活動やスポーツ活動から多額の収入を得ることができる場合が多い。そのため、自己の氏名や肖像を付したトレーナーやマグカップの販売から対価の還流を期待しえないとしても、芸能人等がそのパブリシティ価値を生みだす本業のキャリアへの投資意欲を大きく低下させるとは考えにくい。実際、パブリシティ権の保護が承認されないために、彼らが芸能活動やスポーツ活動に対して時間、労力、費用等の投資を減少させることを示す実証的なデータは存在しないとされる[79]。何より、英国をはじめパブリシティ権を承認していない多くの国々では、芸能人等になるために熱心に打ち込む極めて健全な人々の集団を輩出し

cratic Civil Society, 106 YALE. L.J. 283, 341-347, 352-64 (1996). このほか、報償金制度を採用した場合、国家が特定の表現活動を積極的に支援することになり、国家の公平中立性の観点から問題があるという指摘として、中山信弘『マルチメディアと著作権』（岩波書店、1996年）5～9頁、横山久芳「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77頁注87）（2004年））。

もっとも、近時の研究では、最適なインセンティヴ制度として報償制度を設計することは理論的には可能であるという見解が有力に唱えられている。報奨制度の理論的意義を再評価する見解として、例えば、Steven Shavell and Tanguy von Ypersele, *Rewards versus Intellectual Property Rights*, 44 J.L. & ECON. 525 (2001); Nancy Gallini and Suzanne Scotchmer, *Intellectual Property: When is It the Best Incentive System?*, in 2 INNOVATION POLICY AND THE ECONOMY 51 (Jaffe et al eds., 2002); Michael Abramowicz, *Perfecting Patent Prizes*, 56 VAND. L. REV. 115 (2003) を参照。このほか、文化的表現の多様化という文化政策の目的を達成するうえで国家が用いることのできる政策手段のポートフォリオの中に著作権法を位置づけ、その役割の相対化を図る、小島立「著作権と表現の自由」新世代法政策学研究8号258～264頁（2010年）、同「著作権の保護期間―文化政策の観点から―」知的財産法政策学研究33号263～269頁（2011年）も参照。

[79] 例えば、Zimmerman, *supra* note 17, at 306 を参照。

続けているのであり、そうした事実が1つの経験的な証拠となるという指摘もみられる[80]。

以上のように、パブリシティ権を承認することで与えられる経済的インセンティヴがなくても、芸能人等の名声やセレブリティが豊富に生みだされるとすれば、成果開発前のインセンティヴ論に基づいてパブリシティ権を正当化する議論の説得力は薄れていくことになろう。それゆえパブリシティ権を正当化するには、成果開発前のインセンティヴ論以外の理論にその論拠を求める必要があるように思われる[81]。

[80] *Id.*

[81] 例えば、BEVERLEY-SMITH, *supra* note 18, at 307; Stacey L. Dogan and Mark A. Lemley, *What the Right of Publicity Can Learn From Trademark Law*, 58 STAN. L. REV. 1161, 1186-1190 (2006); Cardtoons, L.C. v. Major League Baseball Players Ass'n, 95 F.3d 959 (10th Cir. 1996) を参照。