

# 15 知的財産の保護方法の一般原則に関する研究

招聘研究員 申 宰昊<sup>(\*)</sup>

知的財産制度は一般的に、i)知的財産生産者の自然法上の権利を保護する機能、ii)知的財産の生産を刺激し、産業発展を促進する機能、iii)競争秩序を維持する機能を有しているが、本論文においては、知的財産生産者の権利保護機能は他の機能を遂行するための手段として理解する。すなわち、知的財産権が自然法上の権利とは別のものであり、またこのような自然法上の権利に対する補償ではないという前提下で知的財産の保護方法に接近している。新しい保護方法を導入するためには、まずは保護の必要性に対する判断が先に行われなければならないが、これは、創作を刺激する、又は投資を誘導し、公正な競争秩序の確立により創出される公共の利益と知的財産の自由な利用を不可能とする人為的制限が引き起こす公衆の損失を比較考量しなければならない、非常に政策的な判断である。また、知的財産の保護方法は保護客体の特性と密接な関連があるが、本論文においては保護客体と関係なく、保護方法によって従属的に決まる権利の内容を分析することにより、新しい保護方法を導入する際に保護客体と関係のない一般原則について検討した。このような原則は新しい保護方法において権利化の手続を最小化する、又は保護の程度を変化させる場合に政策的に考慮できる範囲に対する限界を提示することになる。

## I. 序論

知的財産の保護方法は非常に広範囲であり、その視点の相違によって、多くの論点をはらむ領域である。そのため、知的財産の保護方法について議論する際には、まず知的財産に関するその定義と保護する意義とを明確しておく必要がある。したがって本論文では、その主眼たる知的財産の保護方法について論じる前に、知的財産制度そのものの本質と必要性についてまず触れ、不要な誤解を解消してから、問題の知的財産の保護方法論についての私見を述べ、本論に入ることとする。

そして次に、特許法的保護方法と著作権法的保護方法を中心としながら知的財産の伝統的保護方法についても詳述し、最近試みられているハイブリッド保護システム<sup>(\*)</sup>に進んでいきたい。最後に、以上のような保護方法を検討することで、私なりの新しい保護方法の設計方法論を提示し、本論を結びたい。

## II. 知的財産制度の本質と必要性

### 1. 知的財産の意義

知的財産という用語は、“intellectual property”の訳語に由来する<sup>(\*)</sup>。そもそも“知的”という言葉は「人間の知的・精神的活動の結果物」を意味するが、最近では、その領域が拡張し、すべての知的財産において、“知的”という言葉は適応し難くなっている一面がある。

例えば、商標権の問題がそうである。商標権の実質的な保護対象は商標に化体された営業の信用であるが、これが、経験や学歴若しくは人脈などと異なり、知的財産として取り扱われてきた理由は、それが知的・精神的活動の結果物や無形資産であるからというよりも、その標識を媒介として第三者が他人の構築した営業上の信用を容易に盗用できる今日の市場メカニズムの弊害をなくすためである。このことから、単純な努力や投資の結果物として評価されている、いわゆる創作性のないデータベースも、最近では知的財産の概念の拡張とともに新たな知的財産の一つとなっている<sup>(\*)</sup>。こうしたことから、

(\*) 法学博士、漢陽大学 仁荷大学 法学部 講師

(\*)1 既存の保護方法の短所を補完する、又は予想し得ない新しい保護対象に一番適合した保護方法を模索する過程において、知的財産の伝統的保護方法と言える特許法的保護方法と著作権法的保護方法、不正競争防止の形式の保護方法としては分類できない新しい保護方法が試みられている。このような保護方法では、他の保護方法の特徴的要素が加味、又は選択的に組み合わせられることにより、ハイブリッド(hybrid)的な性格を有するようになるが、本論文においては、これらの保護方法をハイブリッド(hybrid)保護システムに分類し、検討を行っている。

(\*)2 Property は“物的財産”(real property)と“人的財産”(personal property)とに分類され、物的財産はほぼ不動産に匹敵するが、歴史的な理由により、“不動産賃借権”(lease)は後者に分類され、人的財産は“動産(chattel)と預金、債権及び知的財産”(intellectual property)を含む“無形財産”(intangible property)に分類される(英米法辞典、東京大学出版会、2000、675 頁)。したがって、Property は物に対する絶対的、かつ観念的な支配権源である大陸法系の“所有権”(Eigentum)より広い財産権一般を意味する概念である(中山信弘、『工業所有権法(上)』、弘文堂、2000、3-4 頁)。

すなわち、英米法上の物の概念は一般的・統一的に定義されておらず、ただ訴権によって具体的な対象を有形化しておくだけで、さらに“thing(s)”の概念自体がローマ法上の物の概念のように“property”と概念的に完全に分離されていなく、一体的に把握されている。このような観点から、バンデクテン式法体系を取っている国において、そのまま受け入れる、又は参考にするには難しいところがある(崔景津、“民法上の物に関する研究”、成均館大学博士學位論文、2004、46 頁)。

ひいては、英米法上、このような分類は知的財産(intellectual property)を所有権の客体である物のように準物権の保護客体として見るのではなく、第三者の一定な行為を禁止させられる債権のような権利として把握するという意味であり、自然権では接近していない結果でもある。

(\*)3 創作性のないデータベース製作者の権利が 2003 年度改正著作権法に導入された(韓国著作権法 § 73 の 2 から § 73 の 9)。

著作物のような水準の創造性が認められない、あるいは著作権に類似した別途の権利を付与しなければならない著作隣接物などを除き、“知的”という表現はほとんどの知的財産である創作物により適合した表現であると言えるだろう<sup>(\*)4)</sup>。

本論文においては知的財産を“利用統制を通じて公共の利益を創出し得る財産的価値を有する情報”と定義することとする。情報の概念を使用した理由は、今後議論されるであろう知的財産制度の展開過程等を考慮した場合、知的財産として保護される必要性が議論されている客体について、その共通した特性を探し、このような客体の特性を中心として知的財産の領域を確定するのがもっとも正しいアプローチと考えたからである。そしてこの特性とは、占有が不可能で、同時に利用することができ<sup>(\*)5)</sup>、容易に模倣することができ<sup>(\*)6)</sup>、価値が相対的で、効用が不確定的という、経済財としての情報に非常に類似している<sup>(\*)7)</sup>。

## 2. 知的財産の保護の必要性

知的財産については、その利用統制を通じて公共の利益が創出できるものにその対象を限定したが、これは、いわゆる自然権説を排除することを明確にするためである。この場合、著作人格権の取扱いが問題となるが、実は著作人格権を必ず知的財産権の一部として理論構成する必然的な理由はない。国際的にも大陸法系と英米法系との法源の差があるため、まだ統一化されていないのが実情である<sup>(\*)8)</sup>。

私見としては、このような自然法上の権利の存在や保護の必要性について否定するわけではないが、このような自然法上の権利は知的財産権とは別個の権利であり、また知的財産権がこのような自然法的権利の補償になってはならないと

思う<sup>(\*)9)</sup>。

現在の知的財産法においては、知的財産権の付与とともに公益に関する権利の制限が同時に規定されている。このため、このような議論に果たして実益が伴うかどうか、疑わしいような気もするが、新しい知的財産の取扱いにおいては、両者は立場を異にすることになる。自然権説<sup>(\*)10)</sup>では、既存の知的財産権者は原則的に保護されなければならないと要求するだろうが、政策説<sup>(\*)11)</sup>では当該知的財産の保護を通じて創出される公共の利益を検討し、例外的に権利を付与するようになるだろう。本論文においては以上のような前提をもとにし、そこにインセンティブの付与をもって知的財産の生産を促進し、その利用を拡大し、公正な取引秩序を確立する、公共の利益を創出できる知的財産制度が存在することを確認した上で、以下に知的財産の保護方法について議論する。

## III. 知的財産の伝統的保護方法

### 1. 伝統的保護方法の分類

知的財産はその所有者の占有が第三者の利用を妨害しないため、同時に利用することができ、それが消滅されないという客体の特性を有している。このように占有することができず、現実的に利用の統制ができない知的財産を、法的に保護するためには、正当な権限無しにその知的財産を勝手に利用する行為を禁止し得る権限が付与され、不当な知的財産の利用行為に対しては違法性を認めなければならない。このような知的財産の保護方法は、第三者の不当な利用行為に対してはそれを不法行為として理論構成する必要がある。その方法は権利付与型保護方法と行為規制型保護方法に分類

(\*)4) 知的活動による結果物に対し権利が発生するという意味を含蓄しており、特に創作物の場合は権利の主体との関係について明確に説明している。

(\*)5) これを非競争的(non-rival)、かつ非排他的(nonexclusive)な特性と言う。このような理由からその量が限定されている財貨とは区別され、消費の非排他性は“人間の欲望は無限であるが、財貨は限定されている。”という基本前提から出発した物権法体系とは違う法体系を求める。

(\*)6) 限界費用がほとんど 0 に近い複製・模倣の容易性により、知的財産の再生産を誘引するためには、最初生産者に対する十分なインセンティブ(incentive)が保障されなければならない。

(\*)7) 野口悠紀雄、『情報の経済理論』、東京経済新報社、1974(上田修一・倉田敏子共著、情報の発生と伝達論、京仁文化社、1998、11 頁を再引用)では、経済財としての情報を“情報の本質的な性質として複製が可能、及び複製しても本来の形態が破壊されないことから、社会的限界費用が 0 で、去来が不可決的であり、ある個人にとっての情報有用度は、ほかの個人の保有量によって左右されるため強い外部効果が起こり、分割できないものが多く、消費において不確実性がある等の特徴を持っている”と分析している。

(\*)8) 著作財産権と著作人格権の相互関係、及びこれらの権利と著作権との関係について三つの見解が対立しているが、i)著作権を著作財産権として解釈し、著作人格権は著作権とは別の権利として理解する見解、ii)著作人格権も著作権の概念に含めるものの、著作財産権と対立・併存するものとして理解する見解、iii)著作財産権と著作人格権は相互密接な関係を持っているため分離ができず、著作権はこれらが渾然一体された一つの権利として見る見解である。これに対する詳細は、半田正夫、『著作権法概説(第9版)』、一粒社、1999、1-7 頁参照。

(\*)9) 知的財産生産者に自然法上の権利が発生することは否定できないが、実定法に基づき付与される知的財産権はこれとは別の権利である。知的財産ごとにその過程を異にするだけで、窮極的には知的財産の保護を通じて知的財産の利用通制による社会的損失以上の公共の利益が創出できるという前提で知的財産権の付与が正当化されることである。ただ、大陸法系国家においては、沿革的に自然権説の立場から知的財産法が発生し、国内法においても依然とこのような要素が残存している。特に著作権法の場合は、文化発展を窮極的な目的として明示しているが、特許法においては自然権説を批判する理論(出願人のみを保護、最善出願人のみを保護など)の適用ができず、著作人格権などを考慮する時、韓国の著作権法はむしろ自然権説で説明したほうが容易なところがある。しかし、知的財産法をどのように理解するのかについて、先進国の沿革的考察や国内法の制定趣旨などを考慮して一律的に決定することは正しい接近方法でないことがある。

(\*)10) 発生過程で知的財産権の付与の根拠を探するという見解においては、知的財産の生産者に自然権、すなわち実定法の根拠がなくても生存権、自由権、幸福追求権のように自然法上認められる権利が発生し、知的財産法はこれらのような権利を確認しているものであると解釈する。このような思想は、知的財産制度をいわゆる“恩恵主義”から“権利主義”へと転換させ、すべての特権の掃蕩という近代革命の渦中においても所有権の中へ逃避させることにより知的財産制度の存続を維持させることができた(宋永植・李相王呈、知的財産法、世昌出版社、2003、17 面)。

(\*)11) 保護結果から知的財産権の付与根拠を探するという見解においては、現行の実定法が認めている特許権と著作権などの権利を自然法上当然認められる権利として見ることはできず、知的財産権の保護結果、特定目的を達成することにより、公共の利益を創出するために法が付与した権利として解釈する。このような見解を自然権説に対比し、本論文においては“政策説”と言い、このような政策説はどのような効果を通じて公共の利益を創出するのかの可否により、またインセンティブ説、公開補償説、競争秩序維持説等で分類できる。

できる。

権利付与型保護方法は、知的財産自体に所有権に類似した準物権を付与することにより、知的財産に対する全面的な使用・収益・処分の権限を付与し、正当な権限無しに利用する場合は当該権利侵害として規制する理論構成の保護方法である。また行為規制型保護方法は、正当な権限のない特定の知的財産利用行為を特殊な不法行為の類型として規定し、侵害差止請求権及び損害賠償請求権などの民・刑事的な救済手段を付与する保護方法である。

## 2. 行為規制型保護方法

行為規制型保護方法<sup>(\*)12)</sup>は、代表的には既存の不正競争防止法において具現化されており、原則的には当該知的財産の利用は自由であるという前提の下、客観的法秩序の毀損を別途の保護要件として特定利用行為のみを規制している<sup>(\*)13)</sup>。

資産化が困難という短所があるが<sup>(\*)14)</sup>、行為規制による保護方法は、今日その役割がより強調されなければならないだろう。権利付与による利害得失の判断ができなければ、このような保護方法を通じて、情報の独占、技術格差の深化など、知的財産制度に対するマイナス効果を最小化することができるからである。

## 3. 権利付与型保護方法

権利付与型保護方法を中心として見ていくと、この保護方法には、権限ある機関がその権利の正当性を事前に判断、その後、権利を新たに付与する特許法的保護方法と、著作物という点に着目し、別途の手段や方式無しに自動的に権利を付与する著作権法的保護方法とがある。

これらを見ても分かるように、その権利付与方法には差が

ある。特許法的保護方法による権利は、事前に権利の正当性が認められ、そこから独占・排他権が発生することが推定されることに反して、著作権法的保護方法による権利の方は、その権利の正当性を権利者が立証する必要があり、また著作権者の著作物に基づかない創作物については著作権者は権利行使ができない模倣禁止権によりその権利が制限されている<sup>(\*)15)</sup>。

ただ特許権とは異なり、著作権を模倣禁止権で制限できる法的根拠については検討する必要があるが、日本特許法第68条において、“特許権者は業として特許発明を実施する権利を専有する”と規定しているのに対して、著作権法は第21条以下において、“その著作物を複製、上演、公衆送信などを行う権利を専有する”と規定している。ここで用いられている“その”という表現が模倣禁止権の法的根拠になれるのではないかと思われる<sup>(\*)16)</sup>。模倣禁止権の性格については、ただ単に解釈論によって導かれたと言うべきではない。その権利に及ぶ社会的影響を考慮すれば、問題は多々あり、法的根拠を探ることができなければ立法的補完が必要な事案である。

また、特許法的保護方法では原則的にアイデアを保護することであるが、著作権法的保護方法では表現のみを保護するため、著作物に内在しているアイデアを盗用しても表現を異にすれば著作権の効力は及ばないという問題がある。

ただ、いわゆるアイデア表現二分法の理論も、日本や韓国ではアイデアの保護を排除する明示的な規定は置いていないため、その法的根拠が疑問となる<sup>(\*)17)</sup>。日本の場合は第2条第1号の著作物の定義規定において、著作権の保護対象である著作物を“思想又は感情を創作的に表現したものの”と規定し、間接的に思想や感情自体は保護対象ではないことを表している。だが、韓国著作権法第2条第1号におい

(\*)12) 中山信弘、『マルチメディアと著作権』、岩波新書、1996、7頁においては交通規制のような単純に制限を課する規制とは違って、法的秩序を形成することから規整という表現を使っている。

(\*)13) 権利付与型保護方法で当該知的財産に対する第三者の利用行為を原則的に権利侵害として見て、例外的に権利制限事由に該当される場合に自由な利用を許容することは反対に接近するものである。また、権利付与型保護方法で正当な権源のない者が当該知的財産を利用したという事実だけで権利侵害が認められる一方、行為規制型保護方法で違法性が認められるためには、当該知的財産の無断利用により別途の法益が侵害されることを要件としている。例えば、営業上標識を使う場合は誤認・混同を惹起しなければならず、営業秘密を使用する場合は不正取得が媒介にならないと不正競争行為として取り扱われない。すなわち、行為規制型保護方法では知的財産の無断利用行為により惹起される、またはほかの法益の侵害可否により、当該知的財産の利用行為に対する違法性可否が決定される。

(\*)14) 不正競争防止法上の不正競争行為は、制度の趣旨上競争関係にある場合に限定されるため制限的であり、一定の地位を喪失する場合は権利自体が消滅させられる不確定的な権利である。すなわち、営業と分離して知的財産を譲渡する、又は質権を設定することは現実的に不可能であり、不正競争行為を禁止させることができる者は、特定人に対しこれを容認することにより間接的に権利行使が可能である。

(\*)15) 模倣禁止権という意味は、“相対的独占権”という用語で表現されることもある。例えば、作花文雄、『著作権法(基礎と応用)』、発明協会、2003、79-80頁においては、“著作権法は著作者に対世効のある物権的権利である排他的権利を付与しているが、その性質はいわゆる相対的独占権であるため、結果的には同一な著作物であっても独自の創作されたなら著作物として保護される。このような相対性により著作権侵害が認められるためには、原告の著作物に基づいて複製されたかの可否について判断しなければならない。”とした。また、高橋明弘、『知的財産の研究開発過程における競争法理の意義』、国際書院、2003、100頁においても、“著作権は特許権とは違って相対的独占権にすぎないため、他人が独自の創作した表現が自分の表現に類似しているものと認められるとしても、それだけでは著作権法上の差止請求権や損害賠償請求権を行使することはできない。”としている。一方、最近では侵害可否の決定において、主観的な要件が求められることから、弱い権利という表現を使用することもある(日本産業構造審議会知的財産政策部会、第2回意匠制度小委員会、資料1-、意匠制度の枠組みの在り方について、15頁参照)。

(\*)16) ベルヌ条約の規定をよく見てみると、‘依拠’の要件を複製の概念に包括して解釈できる複製権(第9条)のみにおいて“these works”という用語を使っており、公演権(第11条)、放送権(第11条の2)、朗唱権(第11条の3)、二次的著作物作成権(第12条)においては、すべて所有格である“their works”という用語を使用している。

(\*)17) WIPO著作権条約第2条とTRIPs第9条第2項においては、“著作権保護は表現には及ぶが、思想・手続・運用方法、又は数学的概念には及ばない。”と規定してこれを明示しており、アメリカ著作権法102(b)においても同様な趣旨の規定を置いている。

ては、著作物を単純に“文学・学術、又は芸術の範囲に属する創作物”として定義しており<sup>(※18)</sup>、アイデア表現二分法の法的根拠が疑問視される<sup>(※19)</sup>。

要約すれば、伝統的な権利付与型方法は特許法的保護方法と著作権法的保護方法で分類され、伝統的に特許法と著作権法は代表的な知的財産法としてその役割を果たしてきた。しかし、文化と産業の境界がなくなり、アイデアと表現の限界領域にある創作物が新たに発生し、発明や著作物の概念が拡張されている今日の現実を考慮すれば、産業発展や文化発展といった法目的に生じる差と、発明なのか著作物なのかという保護対象といった面に生じる差から両者を分類することは、これ以上大きな意味はなくなってきた。

両者は保護方法の差において区別する実益があり、模倣禁止権での制限可否、及びアイデア表現二分法が今日両者を区別する一番核心的な要素であると言えるだろう。

## IV. ハイブリッド(hybrid)保護システム

### 1. 新しい保護方法における発生背景

最近新しい保護方法が試みられているが、それらは、投資の誘導という新しい保護根拠による投資結果物、あるいはアイデアと表現の限界領域にあるコンピューター・プログラムのような仮想空間における知的財産など、従来の伝統的保護方法下では予想できなかった新しい保護対象が出現したため、伝統的保護方法で保障しているインセンティブが今日の産業構造においては実質的に作用しなくなっているからである。

新しい保護対象の場合には、i)関連産業への投資を誘導しようとする、又は他の保護の必要性によって創作と関係なく保護要件が決まらなければならない場合等があり、ii)‘アイデア保護’と‘表現の保護’という二分法的思考においては適正な保護範囲の選択ができず、iii)伝統的保護方法下では予想できなかった仮想空間における様々な利用形態は、権利者と利用者の均衡(Balance)に対して再評価が求められおり、それでもすべてカバーすることは困難となっている。このようなことから、伝統的保護方法に単純に保護対象を追加することだけでは解決できない。その意味で、半導体チップの配置設計、コンピューター・プログラム、タイプフェイス、データベース、デジタル・コンテンツなどがこれに該当し、その保護のために独自の保護方法が提示されている。

このほかに、既存の知的財産法において保護している対象に対しても新しい保護方法を導入する必要性が叫ばれて

いる。だが実は、伝統的な保護方法が形成された時点と今日における産業構造は大きく違う。すなわち、伝統的保護方法で保障しているインセンティブが今日実質的には保護できていない場合も少なくなく、もちろん形式的には保護の機会を付与してはいるが、時間やコストの面で、実質的にこれを活用するのが不可能な場合も出ている。このような実質的保護に対する要請は、主に特許法的保護方法を採用分野において甚だしく、その権利化に必要な時間と費用の最小化が模索され、新しい保護方法の導入が検討されている。

このような新しい保護方法は全く別個のものではなく、伝統的保護方法の長所を盛り込んだハイブリッド方式で現われている。このような保護方法は、i)特許法的保護方法を基本として(一部)無審査制度を導入する、又は権利発生以前に無方式による保護を加味するシステム(特許法的アプローチの修正)、ii)著作権法的保護方法を基本として登録制度を導入したシステム(著作権法的アプローチの修正)、iii)行為規制型保護方法を基本として権利付与型保護方法を加味するシステム(行為規制型アプローチの修正)で分類することができる。

### 2. 特許法的アプローチの修正

まず、修正された特許法的アプローチには、韓国の意匠無審査制度や実用新案先登録制度のように特許法的保護方法を基本として一部無審査制度を導入した保護方法がある。

実用新案法においては、“技術評価制度”という別途の手続を置いてあるが、日本法とは違って、韓国の実用新案法においては技術評価や異議申立によって取消決定を受ければ実用新案権は遡及的に消滅するようになる。これは権利の不確実性を改善しようとする趣旨として見ることができるが、逆説的には登録された権利といっても技術評価を受ける時までには不確実性を回避できない。また、技術評価制度が権利性を決める手続として認識されてから技術評価の申請が増加され、審査負担として作用する面がある。すなわち、実体的要件に対する実質的判断と言える技術評価により、維持決定を受ける前までは他人の侵害行為に対して排他的権利行使が制限される。

韓国の意匠無審査制度においては、まず一部の流行性が強い物品にその対象を限定しているということに特色がある。ただ、最近無審査対象物品として指定されている衣服、寝具、事務用紙製品、包装紙、織物紙などの5種類について、それが本当に流行性、若しくはライフサイクルを基準として決められた物品であるかどうか、疑問の声がある。また、無審査対

(※18) 1984年度以前の著作権法改正案においては、思想、感情という用語を挿入していたが、その後著作権法改正案の作成のための諮問会議において、我が国で思想と言うと政治的な思想として誤認される可能性があるとの意見が台頭され、改正法から削除された(許女喜成、新著作権法逐条概説、汎友社、1988、20面)。

(※19) 著作権法はこのような要件を規定していないが、判例を通じてこれを著作物の要件として認めている(最高裁判所、1977.12.13.宣告 77Nu76、判決;1979.12.28.宣告 79Do1482 判決。)。しかし、著作物のこの要件により著作物の保護範囲が表現に限定され、いわゆるアイデア・表現二分法の法的根拠になるということを考慮するとき、立法的補完が必要な事案であると思われる。

象物品に対する登録前の審査事項は、過去には手続的な要件だけに限定していたが、現行法においては比較的判断が容易な引用意匠が不要な実体要件までも審査する。このことにより、不実権利の発生を最小化しようとしており、改訂法においては情報提供がある場合、すべての拒絶の理由に対して審査できるようになっている<sup>(\*)20</sup>。

権利の効力面においては、技術評価制度のように、明確に完全に権利の回復をはかる別途の手続が用意されていないため、無審査登録から発生し得る不実権利を懸念し、無審査登録意匠権者が他人の意匠権を侵害した場合にも過失が推定されるという規定のみを置いているだけ<sup>(\*)21</sup>で、無審査を通じて登録された意匠権も審査登録意匠権と同一の権利を付与しており、このことから実用新案先登録制度とは差がある。

しかし、排他的権利を制限した実用新案権だけで早期権利化が実現されたとは言えない。さらに無審査登録による意匠無審査制度も、不実権利については利用者がその有効性を判断した後に実施しなければならないという短所が指摘されている。また権利化に必要な時間と費用の問題を抱える特許法的保護方法が根本的な解決策になるはずもなく、現在韓国においても実用新案先登録制度と意匠無審査制度に対する全面的な見直しが進んでいる。

修正された特許法的アプローチの、また他の保護方法として、いわゆるデザイン法的アプローチというものもある<sup>(\*)22</sup>。これは権利取得の前に著作権法的保護方法、若しくは行為規制型保護方法と並行して特許法的保護方法を補完する新しい保護方法と言えるだろう。すなわち、権利発生要件として一定の手続と費用、及び時間を要する特許法的保護方法の短所を無審査、若しくは形式的審査主義の導入で解決せず、権利発生以前に別途の権利を用意することにより補完している。

### 3. 著作権法的接近方式の修正

著作権法的保護方法においては、無方式で権利が発生することにより権利発生による社会的費用を最小化しているが、発生する権利の性格は安定的ではない一面もある。すなわち、創作と同時に手続などを要せず権利が発生するため、権利の取得可否が不確実であり、しかも広範囲な表現の創

作物を保護対象とするため保護範囲を抽象的に規定するしかなく、特定保護対象の場合は規制対象になる利用行為が不明確になる場合すらある。このような理由で、特定知的財産に対し独自の立法を通じて著作権法的保護方法を修正した新しい保護方法が試みられている。すなわち、i)独自の立法を通じて保護対象を特定し、ii)登録を権利発生要件として権利の取得可否をはっきりする一方、iii)当該知的財産の特殊な利用形態に対する規制可否を別途に規定しながら、iv)人格権を排除、又は弱化させ、v)保護期間を短縮することにより不要、又は過度な権利を制限する保護方法である。このような保護方法で分類できる代表的な立法例として、半導体集積回路の配置設計に関する法律と、国内外においてコンピューター・プログラムの新しい保護方法として議論されているWIPOのコンピューター・ソフトウェア保護のための、モデル規定<sup>(\*)23</sup>のような独自の立法形態のモデル法案である。これらのような保護方法は、登録制度を導入して権利を取得しようとする意思表示(出願)がない場合は保護対象から除き、権利の主体・客体・存属期間を公示して法律関係を安定させていることから、著作権法的保護方法とは差があるが、実体的保護要件は個別訴訟で判断され、原則的に遮断効が認められない模倣禁止権で権利の性格が制限される。このことから、基本的に著作権法的保護方式を修正したものであると評価できる。

### 4. 行為規制型アプローチの修正

新しい保護方法のもう一つの類型としては、原則的には行為規制型を基本としているものの、保護期間を設定するなど、その実質は権利付与型保護方法と大きく異なるように構成される方法がある。このような保護方式は、2001年度にデジタル・コンテンツ産業を育成しようと韓国において独自の制定されたオンライン・デジタル・コンテンツ産業発展法(以下、“デジタル・コンテンツ法”と言う。)において試みられたが、立法過程において、いわゆる“デジタル化権”を付与する権利付与型保護方法から行為規制型保護方法へと転換された。このことからして、その背後の事情にも見当がつけられよう。デジタル・コンテンツ法においては、デジタル・コンテンツ製作者に自分の製作したデジタル・コンテンツの一定の利用行為が統制できる権限を付与している<sup>(\*)24</sup>、基本的には

(\*)20 2005年7月から施行される改正意匠法(法の名称を“デザイン保護法”に変更する。)においては、第26条第3項を新設し、情報提供がある場合はすべての拒絶理由に対して拒絶決定ができるようにしている。

(\*)21 無審査登録意匠権の場合は不実権利の発生可能性を認め、無審査登録意匠権などが他人の意匠権などを侵害した場合にも過失推定規定を準用するという別途の規定を置いているだけである(韓国意匠法第65条第2項)。

(\*)22 一つのデザイン保護法制下において、未登録意匠と登録意匠に対し差別化された権利を付与する、いわゆる“デザイン接近方法”(Design approach)では、未登録デザインに対し比較的短期間に模倣禁止などから保護しているが、未登録デザインを短期間保護するイギリスの1989年著作権・意匠・特許法(Copyright, Designs and patent Act)と2001年12月12日に採択され施行されている“共同体デザイン保護のためのEC規定(Council Regulation(EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community Designs)”においては、正面に未登録デザイン権を認めている。

(\*)23 WIPO Model provisions on the protection of computer software Geneva 1978のように、WIPOは1976年と1983年に条約草案を準備したことがあるが、締結はされなかった。

(\*)24 デジタルコンテンツ法第18条。

行為規制型保護方法を採択していながらも一般的な行為規制型保護方法とは幾つか違うところがある。前述したように、保護期間を設定しているということは権利付与型保護方法的な要素が加味されたと考えられる。しかし、行為規制型保護方法で保護期間を設定するのは、既に1993年に日本の不正競争防止法において商品形態の保護に当たって導入したことがある(日本不正競争防止法第2条第1項第3号)。すなわち、日本不正競争防止法においては商品形態の模倣行為を不正競争行為の一類型として列挙し、最初に販売した日から起算して3年が経過したものは除外し、保護期間を制限している。この規定は2004年7月から施行された韓国の改訂不正競争防止法に類似した形態で導入された(不正競争法第2条第1号1目)。

原則的に行為規制型保護方法を採択している韓国のオンライン・デジタル・コンテンツ産業発展法は、保護期間を設定しているのみならず、デジタル・コンテンツ製作者の表示を保護要件としていることに特色がある。表示を保護要件とする意義として2点挙げられる。まず公的機関でない知的財産生産者自身の表示によって保護可否が決まることから、権利発生による社会的費用は無方式によって権利を発生させる著作権法的保護方法に準ずる程度に最小化される。また、知的財産生産者が積極的に保護を受けたいという意思を表示した知的財産だけに保護対象が限定されるということにおいても意義があり、これは一定な方法により表示した場合のみに例外的に保護するという意味から、著作権法的保護方法とも差がある。

## V. 新しい保護方法の設計方法論

### 1. 新しい保護方法の導入時における考慮事項

まず、新しい保護方法の導入時における考慮事項についてよく見てみると、保護の必要性と保護客体の特性、そして保護の程度に対する検討が必要だろう。

特に新しい客体の保護方法を定めるためには、まず保護の必要性に対して十分な検討が事前に行われなければならない<sup>(\*)25)</sup>。それは知的財産法において別途の立法を行わなくても、民法上の不法行為により当該知的財産の利用が統制される余地があり、社会的にも契約などを活用して、ある程度知的財産の利用が統制されているからである<sup>(\*)26)</sup>。政策説の

立場において、別途の立法が要求される場合は、当該知的財産の保護可否が不明瞭な状態で放置されれば、現在又は将来にむしろ社会的弊害をもたらすおそれがあると判断される場合である。すなわち、当該知的財産が社会的に有用であるにもかかわらず、拡大生産されないおそれがあり、それによって関連分野の発展を萎縮させてしまう場合である。したがって、その場合には当該知的財産の利用を統制することによって創出しようとする公共の利益を明確にしなければならない。これは、創作を刺激する、又は投資を誘導し公正な競争秩序を確立することによって創出される公共の利益と、知的財産の自由利用を制限する人為的制限が引き起こす公衆の損失とを比較衡量して考えなければならない、非常に政策的な判断である<sup>(\*)27)</sup>。

保護の必要性に対する合意が導出されたら、次は保護客体の特性に対する十分な検討が必要である。既存法の保護対象としては収容できない理由を十分に分析しなければならない。公共の利益を創出するために必要な、最小限の保護要件を設定し、当該知的財産の利用形態を把握することにより、知的財産生産者にインセンティブが可能な権利の内容について検討しなければならない。

このほかに、権利化に対し要求できる時間や費用、権利の性格、保護期間、刑事処罰の可否、親告罪の可否など、保護の程度に対する政策的な決定が必要であろう。

すなわち、保護方法は保護客体の特性と密接な関連を持っている。だが、本論文においては保護客体とは関係なく、保護方法によって従属的に決まる権利の内容を分析した。このことにより、保護客体と無関係な一般原則について検討を行う。

### 2. 保護客体と無関係な一般原則

#### (1) 保護方法

新しい保護客体に対する保護方法は、原則的に行為規制による保護から始められなければならない。利用統制による社会的利害の得失に対する確信無しに権利付与型保護方法を導入することは、その後の試行錯誤を繰り返す危険を覚悟しなければならない。権利付与型では正当な権限無しに当該知的財産を利用するという事実だけで直接違法性が認められるようになるが、行為規制型では一般的には他の法益の侵害が要件となるため、利用統制による弊害よりはそれを最

(\*)25) 新しい知的財産の保護方法の設計において、まず判断しなければならないことは保護しなければならないものであるかの可否である。最近、pro-patent の傾向により、知的創作物であるか何でも保護しなければならないという主張もあるが、依然と保護しなければならないかの可否は検討されるべきである。順次的には保護の必要性、次に何を禁止すべきかに対して考察しなければならないが、逆に禁止しなければならない行為であるかの可否を検討すると、結果的にそのような行為はなくなる場合もあり、この場合は保護客体の次元に戻り、保護が不要ということになる。すなわち、人為的に保護しなくても投資が行われる場合には、いって保護する必要性はなく、このような screen を通じて保護しなければならないものが知的財産である(清川寛、『プロパテントと競争政策』、信山社、1999、20頁)。

(\*)26) 田村善之、『機能的知的財産法の理論』、信山社、1996、14頁以下においては物理的に access が不可能、又は合法的な access が不可能な場合は現実的に利用が制限され対価が請求され、それで十分な場合には個別的に民法上不法行為法で対処するようになると説明している。

(\*)27) ある模倣行為を禁止する必要があるのかということは、時代や社会状況、産業構造、技術水準などによって違い、知的財産権の分野においては、常に時代の要請に従って規定を設ける必要がある(中山信弘、『マルチメディアと著作権』、岩波新書、1996、7頁)。

小化させることができるからである。すなわち、行為規制型では知的財産の無断利用によって需要者に誤認・混同を引き起こす、又は不正手段の介入によって知的財産生産者の営業上の利益が侵害される行為のみが規制されるため、公共の利益のために必要な自由利用は保障することができるからだ。実は“世の中は模倣(free ride)によって発展し、豊かになった”という言葉があるように、利用統制によって生じるマイナス効果以上のプラス効果が検証されない現状で、知的財産利用自体に対し違法性を認めることは非常に危ない発想である。

また、行為規制型保護方法から権利付与型へと保護の程度を強化することは、時代の要請によってそれを十分に反映することができるが、一応付与された権利を行為規制型保護の水準で弱化させることは現実的に不可能であるということにも留意しなければならない<sup>(\*)28)</sup>。このほかに、権利付与型の場合は登録制度や審査制度を維持するための社会的費用が要求される。このため、新しい知的財産を保護するためには、行為規制型から社会的費用とマイナス効果を甘受しなければならない権利付与型へと段階的にアプローチしなければならないだろう。

ただ、行為規制型保護方法を採用している我が国の不正競争防止法においては、規制される保護対象を非常に具体的に列挙している一方、特許法や著作権法などの権利付与型保護方法を採用している法律においては保護対象を抽象的に定義しており、新しい保護対象を知的財産法体系に収容することにおいて、権利付与型保護方法がより容易であるという問題がある。発明や著作物の概念を拡張して新しい保護対象を抱き込むのが適切な接近方法なのかについては、一層検討を行う必要がある<sup>(\*)29)</sup>。

## (2)有効性判断

独占・排他的権利を付与するためには、権利の有効性判断が先に行われなければならない。すなわち、知的財産生産者の知的財産に基づいて利用せず、独自の生産された知的財産の利用まで統制できる権利を付与するためには、必ず実体的要件に対する事前審査が必要である。特に、保護要件の充足可否に対し専門的な検索(新規性)と政策的な判断(進歩性)が求められる場合に、その判断を利害当事者に転嫁させることは規制対象行為を明確にしようとする知的財産法制度の存在意義を毀損させることであり、非常に無責任な発想である。

保護要件の充足可否について、利害当事者たちがどれほ

ど予測できるのか、その可否によって違いはあるけれども、形式的審査だけで発生する権利に対しては原則的に模倣禁止権で制限しなければならず、場合によっては債権的性格の対価請求権でより弱化させる、又は別途の有効性判断の手続を用意する場合は、権利行事の時期を留保させる方策も考慮できる。

## (3)遮断効

権利発生時に遮断効を付与するためには、権利化のための一定な手続と方式が求められる。遮断効を付与するためには、その前提条件として1客体1権利のみを認めなければならず、このためには一定な基準が必要であり(例えば、先創作主義や先出願主義)、このような基準を適用する一定な手続が求められ、このような手続によって権利は創設的に発生しなければならない。もし無方式で発生する権利に対し遮断効を付与する場合は、先行権利の認識ができないまま形成された権利関係を事後的に整理しなければならない混乱を惹起し、法的安全性を毀損するおそれがある。これもまた、規制対象行為を明確にしようとする知的財産法制度の存在意義を毀損させることである。

## (4)保護期間

保護期間を通じて知的財産生産者のインセンティブを調整する場合には、保護期間が満了していない既存の保護対象までに遡及して適用してはいけない。保護期間を短縮する場合には、当然既得権を侵害することはできず、既に形成されている法律関係を尊重しなければならないはずだが、保護期間を延ばす場合にも政策説の立場ではこれを遡及して適用する何らの理由がない。知的財産制度を通じて得ようとする公共の利益は、権利化過程(出願手続)において既に実現されたか、又は創作の刺激や投資の誘導を通じて将来に初めて実現できるからである<sup>(\*)30)</sup>。すなわち、保護期間延長の遡及適用は知的財産制度の本来の趣旨から外れ、条約締結のために保護水準を統一化させるなど、国際的外交・通常の次元のみにおいて可能な議論である。

これとは反対に、アメリカは1998年度に著作権の保護期間を20年間延長するというアメリカ著作権保護期間延長法(Sonny Bono Copyright Term Extension Act:1998年10月28日発効)を制定し、保護期間が満了していない既存の著作物に対し遡及して適用したが、この法律がアメリカ連邦憲法に違背しているのではないかと、批判が噴出したことがある。しかし、2003年1月15日にアメリカ連邦最高裁判所はEldred v. Ashcroft事件で7対2の多数決により、アメリカ著作権保護期

(\*)28) 一旦権利として保護すれば保護レベルを下げることは困難であることから、このように権利設定型による保護の必要性が明らかでない限り、まずは行為規制型の保護を導入することが適当と考えられる(『21世紀に向けての知的財産制度のあり方に関する調査研究』、知的財産研究所、2000、43頁)。

(\*)29) 新たな種類の情報の保護については、仮に現行法の解釈で可能であるとしても、まずはいかなる制度で保護することが適切であるかという点に帰って検討した上で、適切な制度を選択する必要がある(上掲43頁)。

(\*)30) 新しい著作物に対する創作意欲を高めるためのincentiveとして著作物を保護するわけであり、現時点に限定すると著作権制度は文化発展により大きな逆効果をもたらすからである(中山信弘、『工業所有権法(上)』、弘文堂、2000、8頁参照)。

間延長法がアメリカ連邦憲法の著作権条項及び修正条項第1条に違反しないという合憲判決を宣告した<sup>(\*)31)</sup>。主な判断根拠としては、過去にも著作権と特許権の保護期間を延長してから遡及適用を認めてきた議会の慣行と、特許権保護期間の遡及的延長に対して連邦憲法に違反しないという合憲判決があったこと、そしてEUが著作権保護期間を70年に延長し、アメリカ著作権者たちも同等な水準の保護を受けなければならないということを強調している。しかし、このような理由だけでは論理的根拠が貧弱に見え、むしろ保護期間の延長がなかったなら、ウォルトディズニー社のキャラクターのミッキーマウスは2003年、プルートは2006年、グーフィーは2008年に著作権が満了される予定であった、という厳然たる事実がこの合憲判決の裏側にあったと見る方がより説得力があるように思える。

### (5)重複保護

独自の立法を通じて新しい保護方法を導入する場合には、既存法との関係設定を明確にしなければならない。これは主に無方式によって権利が発生する著作権により、重複保護<sup>(\*)32)</sup>が可能か、との問題として議論される<sup>(\*)33)</sup>。このためには、既存法の役割分担が先に行われなければならない、独自の立法を通じて新しい保護方法を導入する場合には、既存法との役割分担を明確にして相互調整規定を設けなければならないだろう。独自の立法は後述するように、類似した地位にある他の知的財産に対し、意図しなかった効果を生じさせるようになり、既存法において合意された権利者と利用者との間の均衡を毀損することができるからである。

## 3. 独自の立法の妥当性

独自の立法の妥当性は、原則的に既存法における弾力的な解釈のための基本概念に対する改訂、若しくは解釈論によるカバーが既存法の体系をどのくらい歪曲させるのかによって決定する事案である。

深刻な歪曲が懸念されるものは、まず新しい保護根拠による知的財産である。この場合は法目的や保護要件を異にするしかないため、別途の立法を通じて解決するのが妥当であろう。

また伝統的な法体系が長い期間、アイデアと表現の保護として両分され定着してきたため、特定知的財産のみに対して保護範囲を異にして解釈する例外的規定もまた既存の法体系を深刻に歪曲させるおそれがある。このような独自の立

法は、何よりも保護客体に一番適合した保護要件と保護範囲が設定できるという長所があるが、前述したように類似した地位にある他の知的財産に対しては、別途の立法が設けられるまでの間に、むしろ保護が排除されるような意図しなかった効果が発生し、さらに新しい制度を創出して定着させるために掛かる社会的費用なども考慮しなければならない。

## VI. 結論

知的財産制度は法律ごとにその程度の差はあるが、一般的に、i)知的財産生産者の自然法上の権利を保護する機能、ii)知的財産の生産を刺激して産業発展を促進する機能、iii)競争秩序を維持する機能といったものを有している。しかし、本論文においては知的財産生産者の権利保護機能は他の機能に従属するため、他の機能を遂行するための手段として理解する。すなわち、知的財産権は知的財産生産者の自然法上の権利とは別のものであり、またそのような自然法上の権利に対する補償ではない。このことから知的財産の保護方法を接近させている。こうした観点から、知的財産の生産を促進してその利用を拡大させる、又は競争秩序を維持して公共の利益を創出することができなければ、知的財産権の付与は正当化されることができず、その保護方法は知的財産生産者の自然法上の権利を配慮する次元ではなく、ただ公共の利益を極大化する観点で設計されなければならない。本論文はこのような思考を前提として、知的財産の保護方法を再評価している。言うまでもなく、このような論議はそれなりに基準と原則についても一度考えさせられるきっかけになる。知的財産法は時代に即して一番敏感にその姿を変える動的な概念である。そのため、知的財産法をどのように理解するべきなのか、これについては一律に決めることが正しいアプローチになるとは限らない。“各国の状況”において、そして“現時点”において知的財産法をどのように理解するのか、この問題は、知的財産法分野すべての議論において出発点にならなければならない。今後の知的財産法の役割に応じられるように新たに定立されなければならない事案である。

(\*)31) Eldred v. Ashcroft 537 U.S.186(2003)

(\*)32) 重複保護という表現の代わりに、重畳保護(cumulation of protection)という用語が使用されることもある。

“重畳保護とは、同一対象に対し権利の種類を異にして、同一人に重複的な権利を付与する体制を言う。選択によって、二つのうち一つ、又は両者全部にその保護を訴えることができ、同時に二つ以上の法により保護されることができるといふ重畳保護と、単純に選択の可能性のみを開けておいただけ、一回選択したらそれ以上ほかの法に訴えられない保護の併存(co-existence of protection)は区別して使われなければならない概念である。”(WIPO, Intellectual Property Reading Material, 1995, p.417)。

(\*)33) 著作権とは違う知的財産権との交錯に対しては、「各知的財産制度の適切な保護領域のあり方に関する調査研究」、知財研紀要、知的財産研究所、2002、27-28頁参照。