

18 財産権 (property) としての知的財産権 — 情報取引契約についての議論の前提として —

平成 17 年度長期在外研究員 瀧麻依子

本報告は、3 つの部分から構成される。まず、米国でさかんに議論されている知的財産権の正当化根拠についてその概略を紹介する。ここでは、各理論の由来、位置づけについて紹介していく。引き続いて、米国における property の議論を整理する。Property は米国のロー・スクールにおいて必須の科目である。Property の取得からその内容、property をめぐる私人間の関係、政府との関係と展開し、全体像を概観する。また、それぞれの論点との関係で、知的財産権に関連する裁判例を紹介し、対比させていく。大陸法と異なり、物権と債権を峻別する考え方の存在しない米国において、知的財産権をどのように位置づけるかということを試みる。最後に知的財産権を property の体系にどのように位置づけるかを考える上で鍵となるいくつかの論文を紹介し、今後の知的財産権制度設計のあり方を探る一助としたい。

I. 本報告書の目的

知的財産に対する社会の関心・期待の高まりは周知のところである。経済の立て直しを図るために、知的財産はその鍵となりうるものであると考えられるようになった。「知的財産立国」という言葉が端的にそれを示す。加えて、特に著作物について、レコードや書籍といった有体物に化体して取引されていた情報が、デジタル技術の普及によりそうした媒体を介することなく情報そのものとして取引の対象となった。

「知的財産の保護を強化しなくてはならない」。そのような意識が世間に広まったのはおそらくここ 10 年ほどのことではなかろうか。

知的財産法の研究を志す者として、知的財産が保護されるべきものであることは決して否定しない。むしろ積極的に保護されるべきものであると考える。筆者の問題意識は「適切な情報」が「適切な程度に」保護されるべきである、ということにある。著作権の保護期間延長の動きにも見られるように現在の知的財産権保護は強化の一途を辿っているように感じられる。しかし、強い知的財産権は諸刃の剣である。確かに、知的財産権の強い保護は、現在の権利者の利益を増加させるものであろうが、視点を社会全体に向ければ、その利益の増加につながるか否かは必ずしも明らかでない。特許権にしても著作権にせよ、先人の業績の上に立って、技術の革新なりあらたな著作物の創作なりを行うものだからである。

本報告書は、アメリカにおける property の議論を整理した上で、それぞれの論点との関係で Intellectual Property をどのように位置づけるかを試みることを目的とする。アメリカにおいて研究を進めているうちに、まずは財産権の中で知的財産権をどのように位置づけ、そしてさらにその上で契約によるコントロールの可能性を探求することの必要性を痛感することとなった。知的財産権とは、社会に存在する数多の情報の中から各知的財産権の目的に値するものを選び出し独占的な権利を与えるものと理解されているはずである。そこには、権利獲得のための競争、対象物へのアクセスや排除、また私人同士あるいは私人対パブリックの衝突があるという点では他の有体物と同様である。Property の議論の展開を通じて、こうした共通する問題点を浮かび上がらせることを最終的な目的とする。

II. 知的財産権の正当化根拠 — アメリカにおける議論

1. 知的財産権をめぐる代表的な四つの理論

近年の知的財産権の経済的・文化的地位の向上をうけて、アメリカにおいても、法律・経済および哲学の観点から、知的財産権に関する理論 (theories) に関する議論を展開するものが増えてきたという。本章では、こうした議論について整理したハーヴァード・ロースクールの William Fisher 教授の論文^(*)をもとに、アメリカにおける知的財産権の正当化根拠をめぐる議論を追う。

(*) William Fisher, Theories of Intellectual Property, Stephen Munzer, ed, New Essays in the Legal and Political Theory of Property, 168.

Fisher 教授は、近年の議論は、以下に示す四つのアプローチの間で繰り広げられていると指摘する(*2)。

第一に挙げられるのは、知的財産権のデザインは、“net social welfare”（純社会厚生）を最大化すべく行われるべきという功利主義的アプローチである(*3)。知的財産権は、発明活動や創作活動の刺激すべき独占権としての性質と国民一般がこうした創作の成果を享受することを妨げる権利であるという性質の間で、最適なバランスとなるよう設計されるべきというのである。これを Utilitarianism という。

第二のアプローチは、近年支配的になっており、ジョン・ロックの理論に由来するものである。誰のものでもない、あるいは共有物(“held in common”)である資源に労働を加えた者は、その成果物 (fruits) に対して自然権 (natural property right) を有し、政府はこの自然権を尊重し実施する義務を持つ。このロックの理論は、事実やコンセプトといった生(raw)の素材が共有物に例えられ、また、労働が成果物への鍵となる労働になぞらえられて、知的財産権について特によくあてはまると考えられている。Labor Theory である(*4)。

第三のアプローチは、私権 (private property right) は基本的な人間の欲求を満足させる非常に重要なものであり、政策担当者は人々がこうした欲求を満たすことができるような方法で権原を創出し、また、分配すべきであるというものである。カントやヘーゲルの著作から抽出された理論である。これを Personality Theory という(*5)。

第四には次のようなアプローチが挙げられる。財産権は一般に、そして特に知的財産権においては、公正かつ魅力的な文化 (just and attractive culture) の達成を促すように形作られるべきであるという議論である。この議論を主張する者は、ジェファーソンや初期のマルクスのものを含む理論からインスピレーションを得ている。このアプローチは功利主義的アプローチに理論的な方向性は類似するものの、功利主義者のいう社会厚生というよりもあるべき社

会 (desirable society) という議論を展開するという点において異なる。こうしたアプローチを Social Planning Theory と呼ぶ(*6)。

2. 小括

Fisher 教授はこれらの四つのアプローチが問題点を含むことを指摘する(*7)。それでもなお、これらの理論が、知的財産権のはらむ個々の問題点 (例えばパブリシティ権) について解決の糸口をもたらしたり、あるいは立法に関与する当事者の間に対話をもたらしたりするといった観点でこれらのアプローチの有用性を述べる(*8)。

こうした知的財産権の正当化根拠について、日本においても全く考慮されていないわけではないが、アメリカと比較すればそれほど議論は活発でない。大陸法の影響を大きく受ける日本の知的財産法について、こうしたアメリカでの議論がただちに適用可能であるとは限らない。しかし、Fisher 教授も語るとおり、こうした議論は、新しい問題を検討する折の理論的な背景として有用となりうるだろう。

Ⅲ. アメリカにおける Property Law の議論(*9)

1. はじめに

英米法では、大陸法と異なり、物権と債権を峻別する考え方が存在しない。しかし、物権と債権に概ね対応する Property と Contracts という研究分野が存在する。近年では、アメリカ法の研究者が大陸法における物権法定主義に着目するなど、法学研究上、property は必ずしも大陸法の研究と無関係でないことが明らかになりつつある。

Property の研究は、知的財産権とも大きく関わる。Property の内容は、確かにコモン・ローによって歴史的に形成されてきたものではあるが、時代によってその内容は変遷してきた。さらに、property の内容は、自然法によって与えられたものであると理解すべきでは必ずしもない。むしろ、その外延は政府の規制等により画されていること

(*2) Id. at 169.

(*3) Id. at 169-170.

(*4) Id. at 170-171.

(*5) Id. at 171-172.

(*6) Id. at 172-173.

(*7) Id. at 176.

(*8) Id. at 194.

(*9) 本章の議論について、ハーヴァード・ロースクールの2006-2007年度のDavid Barron教授の講義およびその教科書であったJoseph Singer教授のケースブックに負うところが多い。Joseph William Singer, Property Law: Rules, Policies, and Practices, 4th ed., (Aspen, 2006)参照。

もある。極端に言えば、契約法と **property** は「モノ」の帰属に関する種類の異なる二つのルールであり、場合によっては、相互代替的に用いることができるのかもしれない。そうであるとすれば、知的財産権も、単にそれが **property** なのか否かということを考えるよりも、むしろ、いかなる種類の **property** (あるいは **contract**) なのか、いかなる種類の **property** あるいは **contract** として位置づける (あるいは設計する) ことによってその目的とするところを達成できるのか、ということ考えたほうが良いということになる。

2. Property の取得

Property はどのようにして取得するか。この点について、アメリカの議論では、取得のための競争について、その競争が公平であるかどうかを問題とする。野生の動物(*10)や原油において関係する当事者のうち誰が占有 (**possession**) を取得するかという点から始まり、情報についても同じ文脈で議論されることになる。例えば、**INS v. AP (1918)**(*11)では、ホットニュースと呼ばれる速報性の高い情報について、**quasi property** (準財産権) とした上で、**INS** の行為を専ら **AP** との関係で問題とし、**AP** の投資の回収を不可能とする行為は不正競争 (**misappropriation**) にあたるがゆえに許されず、差し止めることができるとした。**NBA v. Motorola (1997)**(*12)では、フリーライドの有無が結論を左右した。

3. Property へのアクセス／Property からの排除

いかなる者が **property** に対してアクセスできるのか。あるいは、**property** へのアクセスを排除することができるのか。この問題については、取得時効、公序に基づく **property** からの排除の制限、**public trust** などの様々な論点が存在する。

なかでも、**Property** へのアクセスについては、いかなる場合に **property** への立ち入りが **trespass** (不法侵入) となるか、権利者の視点からは、どのような人を排除すること

ができるか、という問題を避けて通ることができない。ここでもっとも重要な判例といえるのは、**State v. Shack (1971)**(*13)である。また、この論点に関連しては、日本ではアクセス権ということが、特に公的な情報について議論されるむきがあるが、アクセス権の元来の含意が **property** に関するものであることなどが興味深い(*14)。

4. 発展

こうした **property** の取得およびアクセスに関する議論が、知的財産権についてはどのように関わるか。例えば、フェア・ユースに関する事例として著名な **Sony v. Universal City Studio (1984)**(*15)では、連邦最高裁は、結論として、ソニーが家庭用ビデオテープレコーダーを販売することは寄与侵害、代位責任の責を負わないとした。本稿の問題意識との関わりで言えば、著作権者の独占権に対する侵害を独占的な領域への **trespass** と言い直したところなどが興味深い。

5. Private Land Use

ここでは、私人間の関係という観点から、土地利用をめぐる複数当事者との関係が問題となる。具体的には、土地の使用に関し日本でいう地役権に相当する **easement**、また、**easement** を制限しようとする裁判所の傾向に対し、それを回避するために当事者による契約的なアレンジとして発展した **covenants** などの論点がある。**covenants** が契約であることに鑑みれば、本来は第三者に対抗できないはずであるが、裁判所は、不動産に関して第三者への対抗力を一定の要件のもとに承認するようになった(*16)。こうした **covenants** の議論は、利用に関する契約の効力を第三者に対して主張することができるかという点で知的財産権の利用契約などにも参考となるものであろう。

6. Public Land Use

公的な観点からの土地利用についても様々な論点がある。例えば、**nuisance** や **zoning**、**taking** といった論点が挙げ

(*10) **Pierson v. Post**, 3 Cai. R. 175, 2 Am. Dec. 264 (N.Y. 1805)や **Eliff v. Texon Drilling Co.**, 210 S.W. 2d 558 (Tex. 1948)など。

(*11) **International News Service v. Associated Press**, 248 U.S. 215 (1918). (*14) 細菌に加えて、動物細胞 (受精卵を含む) や植物細胞など、特許微生物寄託制度の対象となる生物材料一般を指す。

(*12) **National Basketball Association v. Motorola, Inc.**, 105 F.3d 841 (2d Cir. 1997).

(*13) **State v. Shack**, 277 A.2d 369 (N.J. 1971).

(*14) **Uston v. Resorts International Hotel, Inc.**, 455 A.2d 370 (N.J. 1982).

(*15) **Sony Corp. v. Universal City Studios**, 464 U.S. 417 (1984).

(*16) **Spencer's Case**, 77 Eng. Rep. 72 (1583).

られる。Zoningとは地域地区規制であり、州政府の持つ一般的な規制権限に基づき、州は地方自治体(市町村)に土地利用を規制する権限を授権している。一方、takingとは(公用)収用であり、正当な補償(just compensation)をもって公共の用(public use)のために行う場合にのみ、takingは認められる。これらはそれぞれに独立したものではなく、私人の土地利用への規制として連続的に捉えられるべきである。

ここでは代表的な判決である Penn Central Case (1978) (*17)を取り上げよう。ニューヨーク市の中心にあるグランドセントラル駅について、その建物の上部に増築を行うことを駅の所有者である原告が企画した。ニューヨーク市には歴史的建造物の保全のための条例が制定されており(まさに zoning である)、こうした歴史的建造物の外観の変更に対して認可する権限を有するニューヨーク市の歴史的建造物保全委員会はこの増築を認可しなかった。このことが、原告の不動産について taking にあたるか否かが争われたという事案であった。法廷意見は、グランドセントラル駅上部の空間について空中権(air rights)があることは認めたが、当該土地全体として taking の有無を考えるべきであり、原告の土地について合理的な収益を上げる利用は依然認められており taking にはあたらないと結論づけた。こうした土地利用に関する一連の論点は知的財産権と無関係のものではない。強制実施権あるいは保護期間の延長・縮減(もっぱら延長の議論ばかりなされるが)の可能性について検討の際にこれらの一連の議論を参照できないか。また taking にあたるとすれば補償が必要となる。その額の算定も含めて興味深い実験となりうる。

IV. 知的財産法への示唆 - Calabresi and Melamed 論文および Hansmann and Kraakman 論文から得るもの

1. Calabresi and Melamed 論文の検討

Property において最も重要な論文のひとつは、Calabresi

教授と Melamed 氏による 1972 年の論文である Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral(*18)であると言えよう。

この論文では、一定の行為を行う絶対的な権限を一定の者に付与する、あるいは、一定の侵害を決して受けない権限を一定の者に付与するルールを Property Rule(*19)とし、逆に、損害賠償等の金銭の支払があれば他人からの侵害を認めなくてはならない、あるいは、金銭さえ支払えば一定の行為を誰でも行うことができるというルールを Liability Rule(*20)とする。また、契約をもってしても一定の property の取引は認めないというルールが Inalienability(*21)である。

これら三つのルールは、知的財産権の制度設計を考えるにあたって非常に有意義である。特許権を例に挙げれば、そもそも侵害を決して認めないようにするのが Property Rule 的な設計であり、ライセンス料を支払う限りにおいて誰でも特許権を実施するようにするのが Liability Rule 的発想である。こうした制度設計は、知的財産権の目的に従い自由に選択する可能性がある。

2. Hansmann and Kraakman 論文からの示唆

Property Rule と Liability Rule の議論を直接には援用しないものの、Calabresi and Melamed 論文の応用と言えるのが、Hansmann 教授と Kraakman 教授による論文(*22)である。

二人の人物がひとつの property に対して共に権利を有するとき、権利について理解を共通にしていることを確かめる手段が必要であるというのが、両教授の主張である(コーディネーションの問題)。さらに、この問題が解決されたとしても、機会主義的に相手の権利に入り込んでこないような保証が必要である(執行の問題)。この両方の問題は十分な証明(verification)の手段があるか否かにかかっているが、基本的には、契約がコーディネーションと執行の問題を解決する主たる手段である。ところが、ある property に関する権利を持っている者同士が必ずしも契約関係にあるとは

(*17) Penn Central Transportation Co. v. New York City 438 U.S. 104(1978).

(*18) 85 Harvard Law Review 1089.

(*19) Id. 18 at 1090.

(*20) Id. 18 at 1091.

(*21) Id. 18 at 1092.

(*22) Henry Hansmann and Reinier Kraakman, Property Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights, 31 Journal of Legal Studies, 373 (2002).

限らず、property の中心的な役割は、証明の問題について解決するためのメカニズムを提供することにあるというのである。

一方、占有(possession)はもっとも原始的かつありふれた証明のルールである。あらゆる資産について占有のみを基準にするルールもありうる。しかし、契約で占有を伴わない権利を作り出すこともできるが、第三者へ対抗することができない。また、占有のみを基準としたルールには、分割された財産権(divided rights)が使えないという限界もある。こうした背景のもとで、占有以外の証明ルールが必要となり、あらゆる法域でそれが生み出されてきた。

こうしたルールを検証するために、Hansmann 教授と Kraakman 教授が取り上げたのは、芸術家の権利、とりわけ同一性保持権(the right of integrity)である。同一性保持権について、1)契約による変更を認めないルール(Fixed Rights, No contract)、2)権利を法で認めた上で契約による変更を認めるルール(Fixed Rights with Contractual Alternation)、3)明認方法(labeling)による財産権を設定するルール(Property Right by Labeling)、4)登録(registry)による財産権を認めるルール(Property Right by Registry)という大きく四つの場合を想定し、それぞれの帰趨について検討が行われている(*23)。

V. 終わりに

本報告書では、全体を大きく三つに分けて検討を行った。まず、第 I 章に続く第 II 章においては、アメリカにおける知的財産権の正当化根拠をめぐる議論の概観を紹介した。この分野の議論は日本ではあまり議論の多くないところである。今後、我が国においても新しい種類の情報に対する保護を考える上で参考になる議論であろう。

続いて、第 III 章では財産権一般をめぐる判例及び議論についての整理を行った。まず、財産権の取得とそれをめぐる競争について、続いて、property へのアクセスあるいは property からの排除へと議論を進めた。こうした中で、property をめぐっては、モノと人の関係よりも、人と人との関係がより重視されていることが明らかになってくる。引き続き、private land use では、土地をめぐる人と人との関係を、契約の効果を第三者にも主張できるかという

観点から議論を紹介している。ここからは知的財産権と契約の関係に示唆が得られる。最後に、public land use へと議論を展開させた。ここでは私人とパブリック、なかでも漠然とした public というよりも具体的な政府(連邦あるいは州政府)との関係で property の利用が制約を受けることの可否について議論を展開した。こうして property をめぐりせめぎあう関係について、視点を、私人と私人から私人とパブリックへと移してきた。

第 IV 章で取り上げた Calabresi and Melamed 論文及び Hansmann and Kraakman 論文では、現在採用されている知的財産権制度が絶対のものではないということについて、彼らの議論を引きながら紹介している。契約やその他の手段をもって、モノ(ここではもちろん情報を含む)を保護する程度や方法は変えることができる。そして、そこにはいくつものバリエーションの可能性がある。今後の知的財産権をめぐる制度設計について考える折の参考資料とすることを念頭においたつもりである。

現在ある知的財産制度が絶対のものではないことは、ハーヴァード・ロースクールの教授達を中心として試みられている Noank Media(*24)というシステムにおいても明らかである。Noank Media では、レコード会社や映画会社といった著作権者が Noank に対し、ある特定の国において自己の著作物のデジタル・コピーを頒布することを許諾する。Noank はインターネット・サービス・プロバイダーと契約関係に入り、その顧客にコピーを提供することを認めるものである。そして、各プロバイダーは顧客に代わって Noank に代金を支払うというシステムである。著作権の報酬請求権化については、早くも 1996 年には、中山信弘教授がその著書『マルチメディアと著作権』の中で示唆するところであったが、そのある種の実現形態と言えるであろう。

今回の長期在外研究では、実は日本においても十分に参照資料のない property の全体像について、時間をかけて学び根本的に検討する貴重な機会を得られたことを非常にありがたく思う。今回得られた知見を元に、知的財産権の保護のあり方について検討を行う際の素地としたい。少なくとも財産権の側面からの制約をいかに正当化するかという議論の叩き台となれば幸いである。

(*23) Id 22 at 386-395.

(*24) システムの概要については、<http://www.noankmedia.com/>を参照。