慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	知的財産制度とデジタル・デバイド
Sub Title	
Author	林, 紘一郎(Hayashi, Koichiro)
Publisher	慶應義塾大学メディア・コミュニケーション研究所
Publication year	2004
Jtitle	メディア・コミュニケーション : 慶応義塾大学メディア・コミュニケーション研究所紀要 (Keio media communications research). No.54 (2004. 3) ,p.95- 109
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1121824X-20040300-0095

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

知的財産制度とデジタル・デバイド[1]

林紘一郎

▶1　問題の視角

知的財産に関する論議が，かまびすしい。なるほど情報化社会になれば，情報の生産がモノ（有体物）の生産を，売上高や雇用の面で上回ることとなろうから，情報の生産物[2]である知的資産を法的にどう位置づけるかは，国力そのものに関係している。アメリカ政府は早くからこの事実に気づき，「プロ・パテント政策」など着々と布石を打ってきたとされる[3]。日本政府も遅ればせながら「知財立国」を目指し，総理大臣直属の知的財産戦略本部を作って，国策として知的財産の保護・関連産業の育成に乗り出そうとしている。

しかし，事はそのような単純なものではない。問題となる諸点は大きく分けて３つある。

問題点１：産業社会を発展させた原動力は，私有財産制とそれを法的に担保した所有権であった。しかし有体物ではない知的財産の場合は，その権利保護の程度を高めれば，より多くの生産物が生まれる，というような単純な論理では動かない。逆に，保護の程度を強めすぎると，生産性が下がってしまうことすらある。

問題点２：知的財産は国際的に取引されるものだから，制度を国際的に調整して皆が同じ仕組みで取引できることが，法的安定につながり流通も円滑になされる。しかし，情報アクセスでデジタル・デバイドが懸念されているように，知的財産の「富者」と「貧者」の間の取引に，比較優位論など有体物の貿易に関する理論を，そのまま適用することはできない。

問題点３：補助金の支出についても，問題が生ずる。政府がある技術なり芸術なりを選ぶことは，市場を通じた取引による選別過程を，政府が代替することだが，果たして政府にそのような眼があるのかどうか。仮に眼があったとしても，政府が優劣を判断することに危険はないのか？とりわけ著作権のように「言論の自由」と密接に関連している分野については，この問いは深刻である。

脚注

1．本論文は拙稿［2003］を発展させたものである。
2．以下で明らかにするように，無形の財貨に対する法的あるいは経済的仕組みは，有形財に対するようには整備されていない。「生産物」という表現自体が，モノの時代の模倣である。
3．アメリカでは長らく，知的財産権の保護政策と自由競争を促進するための独占禁止政策がせめぎあい，ほぼ20年周期でプロ・パテントとアンチ・パテント政策が採られてきた。1980年代から今日までは，前者を重視する方向に向かっている。

以下，これらの論点について，私見を述べよう。なお知的財産権には，技術情報を主とした特許・実用新案などと，表現行為を主体とした著作権があるが，ここでは主として著作権を例にして論ずる。

▶2　なぜ所有権が必要なのか？

前述のとおり，産業社会の基本法制は「所有権」を中心にするものであった。「なぜ財産権ルールが必要なのか」について[4]，経済学者が加える最も素朴な説明は「Conmmonsの悲劇」の寓話である（Hardin［1968］）。

誰も権利者がおらず，誰もが羊を連れてきて自由に牧草を食べさせることができる，共同利用地（コモンズ）があるとする。出入りが自由なのだから，羊を連れてくる人は次第に増え，やがて牧草が再生不能なまでに食べ尽くされてしまうという「悲劇」に陥る。これは経済学的には，取引当事者の行為が他人にも影響（外部性）を及ぼしていることだから，それを内部化する仕組みが必要だ，ということになる。法的には排他権を設定すれば，権利者は自分の土地を最大限に活用しようとするから，柵を設けて料金をとることによって羊の数を制限し，資源を維持可能にするだろう。このときの権利が，財産権（その代表としての所有権）だという訳である。

一方この対極に，「アンチ・コモンズの悲劇」という現象がある。これは社会主義の崩壊直後に旧ソ連などで広く観察された現象で，国有・国営（コモンズ）であった資産を，市場原理に委ねた（アンチ・コモンズ）としても，コモンズの悲劇と同様うまく行かなかったことのたとえである。なぜうまく行かないかといえば，所有権のように完全な排他性を付与しない中間形態であったり，区分所有の概念が不明確なため取引が実行上不可能になって（アパートの一室の権利をもらっても，他人に貸そうにも家賃は統制されているとか，転売は当局の承認が必要というように），結局はマフィアによるenforcementに頼らざるを得なくなったからである（Heller［1998］）。

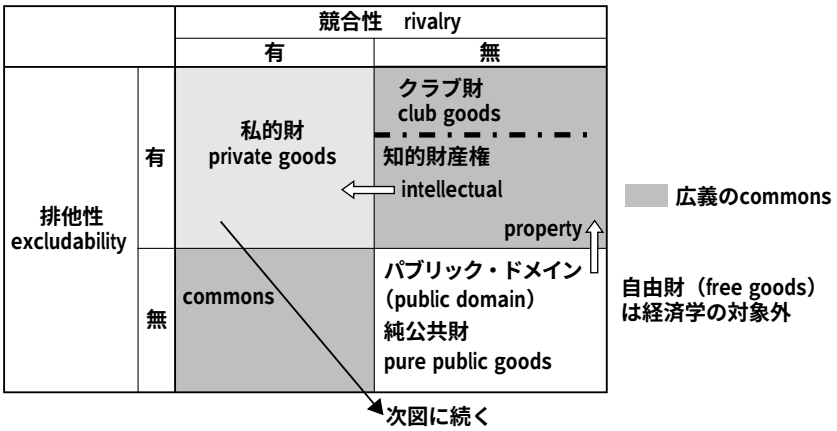
そこで最新の経済学の発展は，財産権の説明をもう少しエレガントにしている。経済活動の主体が意思決定をするに当たって，あらゆる情報が入手可能でしかも無料だとし，また契約を締結したり実行するに当たっても同じ条件であるとする。そうすれば，契約の当事者はあらゆる条件を想定して事細かな契約書を作成できるので，事前に何らかの形で権利が与えられていなくても不都合はない（Hart［1995］）。

しかし現実の社会では，以上に述べたことは全くの虚構であろう。入手できる情報には限界があるし，コストもかかる。将来を予見することはさらに難しい。また取引当事者の経済行為が第三者にも影響を及ぼすとすれば，その外部効果を「内部化」しなければ社会全体のコストが分からない。このような中で取引を可能とするためには，特定の契約のパターンを「バンドル」して権利として付与し，不確実性を最少限にしておくことが望ましい。またその権利者も一人に絞っておく方が良い。なぜなら権利者が多いと，アンチ・コモンズの悲劇に陥り易いからである。所有権は，こうした要請に応えて，広汎な権利をバンドルしたものと考える事ができる。

脚注

4．所有権より財産権の方が広い概念で，英語のpropertyは後者に近いが，必ずしもイコールではない。ここでは，これらの差異についての説明は，ひとまず措いておく。

図１　経済学における排他性と競合性による財貨の分類



▶３　なぜ所有権が有効だったのか？

次に，有体物（モノ）の生産を中心とする社会で，なぜ所有権が有効だったのかを考えてみよう。経済学にいう「財貨」には，排他性があるもの（他人の利用を排除することが物理的にもコスト的にも可能なもの）とそうでないものがあり，また競合性があるもの（私が使っていれば他の人が使えないもの）とそうでないものに分けることもできる。このマトリクスは**図１**のようになり，４つのケースが生ずる。

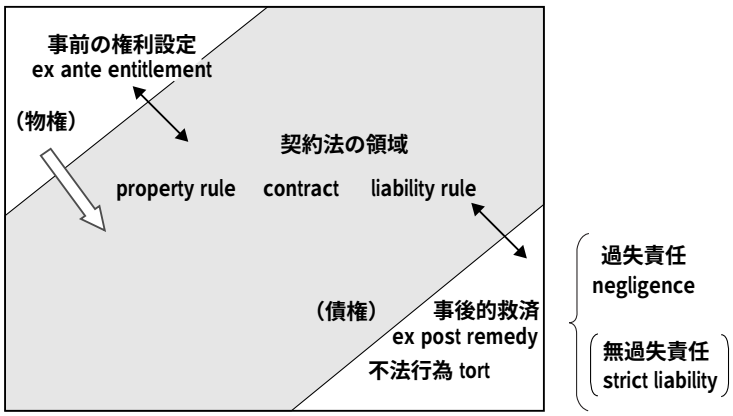
最も一般的なものは排他性も競合性もあるもので，私的財（private goods）と呼ばれる。この対極にあるのが排他性も競合性もない「純公共財」（pure public goods）であり，国防・警察・消防などが代表例とされる。その他の２つのボックスはコモンズと呼ばれることがあるが，狭義のコモンズは「排他性はないが競合性がある」もの，つまり前述の「コモンズの悲劇」を伴うような混雑現象が生ずるものに限定される。残った部分は，「排他性はあるが競合性がない」もので，クラブ財と呼ばれている。

ここで３つの点に注意が必要であろう。１つは所有権が関連しているのは，私的財の領域に限られていることである（もっとも後述のように，財産権だけが正義の実現手段のすべてではない）。しかし数量的に見れば，世の中に存在するものの大多数は，私的財として取引可能である。

２点目はこれと相反するようだが，所有権は最も強力で最も権利者に有利だから，私的財以外のケースもなるべくこれに依った制度にしようという，ベクトルが働くことである。知的財産権は次節で述べるように所有権とは本来異質のもので，経済学的性質は純公共財に近い。しかし図中に ⇨ で表示したようにクラブ財的に扱い，さらには私的財として扱いたいとする人が多い。

第３点は，この表は経済学が取り扱いの対象とする財貨の分類図であって，経済学が扱わない「自由財」は入っていないことである。自由財というのは，資源が無限にあって「有限性（あるいは希少性）」の故に資源配分のあり方を論ずる必要がないもの（制約から自由）のことである。しかし，それも時代と共に変化する。たとえば水が自由財であった時代もあったろうが，今日では私的財である（もっとも公的供給の例が圧倒的だが）。かつては空気は自由財であったが，今日では汚染を心配する限りにおいて，空気に

図2　法学的説明



対する「負財」（bads）の存在を考えなければならなくなった[5]。

ところで，所有権のような予め法に規定された何らかの権利が無ければ，この世の中の正義が実現されないか，というとそうではない。たとえば私の家は空港の近くにあるが，私は古くから住んでおり空港が後からできた。風向きにもよるが，離着陸の際の騒音に悩んでいるとしよう。私は所有権に基づく妨害排除も請求できそうである。しかし，所有権が上空どこまでも，地下のどこまでも及ぶとすれば，飛行機が飛んだり地下鉄を走らせたりすることが，著しく困難になってしまうので，「公共の福祉」の観点から請求は認められないだろう。そこで法的には「土地の所有権は法令の制限内において」のみ「その上下に及ぶ」こととされ（民法207条），こうした事例は「所有権」の問題ではなく「不法行為」（民法709条以下）の問題として捌いている（Liability Rule＝不法行為ルール）。

不法行為ルールとは，故意又は過失によって他人の権利を侵害した者が，その損害賠償の責任を負う仕組みで，ここでの権利は所有権のような排他的権利だけを意味しない。このケースで侵害されているのは，土地の所有権ではなく「平穏な生活」というような一般的利益（保護されるべき法益）である。また加害者と被害者の間には契約のような法的関係はなく，両当事者はいわば赤の他人である。

ここで**図2**により，権利の強弱を考えてみよう。所有権のような権利付与は，「事前の権利設定」（ex ante entitlement）であるのに対して，不法行為による救済は事後的な救済（ex post remedy）で，後者の場合は原則として過失責任（negligence）である。したがって所有権ルールの方が，排他性や対世効（関係当事者だけでなく，第三者を含む世間一般に対する効力）が強い。不法行為ルールでは，加害者による故意や過失があることを被害者の側が立証しなければならないなど，実効性の面で弱い権利であることは否めない。この中間に「契約自由の原則にもとづいた各種の契約」（contract）が成立し得るが，これは締結当事者を拘束するだけで，原則として第三者や社会一般に直接効力が及ぶものではない。

脚注

5．この図を使った最高の頭の体操は，周波数（より正確には電波資源）の位置づけである。周波数は属に「公共財」と呼ばれることがあるが，競合性がある以上言葉の正しい意味では公共財ではなく，狭義のコモンズであろうか。しかしオークションによって私的財にすることも可能だし，WiFiのように無免許で使える帯域（これは自由財）もある。要は，どのような制度設計が望ましいかを考える時期にきており，その際にはこの図の分類によって混乱を避けることが，まず大前提になると思われる。

●表１　情報の分類

財貨性 ＼ 有体物への体化	なし	あり	
		権利なし	権利あり
あ　り	A	B	C
な　し	D	E	F

資本主義社会では，この３つの制度が相互に競争したり補足し合っている。たとえば，公害を例にすると，先の騒音のケースのように不法行為で処理することもできるが，当事者間の契約によって解決することもできる。また京都議定書で創設されたように排出権（空気を汚す権利）を設定して，それを取引可能にすることもできる。しかし総じて言えば財産権（とりわけ所有権）が最もポピュラーで最も強力な手法と言えよう。従って権利を主張したいと言う人々が，entitlementを求めてロビー活動を行なう傾向があるのも肯ける。図１で示した知的財産権を私的財とみなすベクトルに対応して，図２では権利設定から右下方に矢印が出ているのは，この傾向を示している。

所有権の主な機能は，①使用権（方法を問わず無期限に使用できる），②収益権（他人に利用させて対価を得ることができる），③譲渡権（自由に売却できる）である（民法207条）が，派生的には担保を設定したり他人の利用を排除するなど，ほとんどあらゆる手段が可能である。しかもここで，妨害排除のために差し止めを請求できる点が，知的財産制度との関連では大切である。この意味では「所有権は権利の束」であり，「所有権は絶対である」という命題は，一応の妥当性を持っている。

▶４　無形財にも拡張できるか？

有形財（モノ）の取引について有効であった所有権という法制度が，無形財にもそのまま適用可能かどうかを考えてみよう。情報という無形の財貨は，有体物に体化されて取引されるものと，無形のまま取引されるものに分れる。また財貨として取引される情報と，取引の補助手段としてのものがあり，前者はさらに著作権のように権利を付与されたものと，そうでないものに分れる。こうして得られるマトリクスは**表１**のようなものになり，ここで右下段のF型が，従来とは最も異質の問題を提起するであろう。Cについては一般的に「知的財産制度」で保護されているが，これがFに直ちに適用可能か否かが問われているからである。

その際，特許権のような技術情報（アイディア）に対する権利設定よりも，表現行為一般に対する権利である著作権の方が，より汎用性を持っている。つまり著作権は，産業社会における所有権にも比肩し得るような，無形財に関する基本的権利のモデルとなり得るのである。

有形財を中心とする民事法体系の根幹は，時代の変化にもかかわらず，ほとんど変化していない。民法85条において「本法において物とは有体物をいう」とあるのが象徴的である[6]。そしてそれには，十分な理由がある。「有形財」の場合には，「自己のためにす

脚注

6．70年代以降わが国でも，ソフトフェアを特許法によって保護するようになったが，「発明」の３分類（物，方法，物を生産する方法）のうち「物」として位置づけた（特許法２条３項１号）ところにも，有体物中心の発想が現れている。しかも当初は，プログラムが媒体に記録されていることを要件としてきたが，2000年末からは記録されていない場合も「物の発明」であるとした。なおソフトウエアは，1986年以降，著作権でも保護されている。

●表２　知的財産の保護方式

方　式	内　容	現行法	効　力
権利付与	創作者に権利を付与する	特許法 著作権法など	妨害排除，損害賠償請求，譲渡，相続，実施許諾，第三者への対抗，担保権の設定など
特定行為規制	不正競争により創作権等営業上の利益を害する行為を禁止する	不正競争防止法	差止請求，損害賠償請求，（損害額の推定の規定あり）
一般不法行為規制	故意または過失により，創作者等の利益を害する行為を禁止する	民法	損害賠償請求のみ

Figure & Table

る意思をもって物を所持する」ことが可能で，法的にはこの「占有」（民法180条）を前提に，権利者の排他権を認めたものが「所有権」であり，これを（第三者を含む）社会一般に担保する仕組みが，登記や引き渡しなどの「対抗要件」である（民法177条，178条）。

ところが「情報財」は，本人でさえ触って確認することができない実体のないものだから，他人の使用を排除することはきわめて難しい。また誰かに「情報財」を引き渡したつもりでも，私の手元には同じものが残っている。つまり法的には「占有」状態が不明確だし，明確な移転も起こらないのである。

もっとも「情報の保護」と真正面から銘打たなくても，有形財の場合と同様，実行上これに近い効果を与えてくれる規定は存在する。たとえば民法の「不法行為」においては「他人の身体，自由又は名誉を害したる場合」に「財産以外の損害に対しても」損害賠償の責任を課している（民法710条）から，名誉など「非財産的損害」も保護されていることになる。

しかし不法行為によって事後的に救護される場合（一般不法行為規制，Liability Rule）よりも，事前に排他権が与えられていて他人の利用や妨害を排除できる場合（権利付与法制，Property Rule）の方が保護の程度が強いことは明らかである。知的財産制度はこの後者の代表例といえる（Calabresi & Memaled［1972］）。この中間に，保護されるべき利益を害する行為を特別に禁止する方法（特定行為規制）があるが，この三者を比較して見ると，権利付与＞特定行為規制＞一般不法行為規制と権利の強弱が異なることが分かる（**表２**）。

このように考えてくると，改めて「所有権」が極めて強い排他権であることが確認できよう。所有権は表２の権利付与方式の「効力」欄に掲げるすべての機能を有している。また所有権に代表される財産権（＝物権）は民法に特定されていて，「財産権はこれを侵してはならない」と憲法に明記されている（例外はあるが）。このような所有権の特徴を知ってか知らずか，知的所有権という用語が使われることがあるが，情報が所有の対象になり得ないことは繰り返すまでもないだろう[7]。

ところで，著作権が本来保護しているのは，「思想または感情を創作的に表現したもの」（著作権法２条１項１号）であって，体化とりわけ固定はごく限られた著作物について要件とされているだけで，一般的な要件ではない。たとえば即興演奏のように瞬時に消え去るものでも，音楽の著作物としての保護が及ぶことに変りはない。しかも一般には誤

脚注

7．この問題は一見言葉の問題のように見えるが，実は権利の強弱をどう捉えるかに関係している。そして，公的機関による審査や登録を要件とする特許権の場合より，何らの手続きを必要としない（無方式主義の）著作権の場合に，より先鋭な形を取る。

解され易いが，固定された「物」の「所有権」と，そこに体化されている「情報財」の「著作権」とは別である。例えば私が，さる高名な画家の絵を購入したとしても，契約前に著作権のうち出版権が既に第三者に譲渡されていれば，私が自分で絵を鑑賞したり他人に見せることは自由だが，自分で出版することはできない（顔真卿自書建中告身帖事件[8]）。

一般に無体物に権利を付与しようとすれば，それを他と区別する必要があるから，体化と固定は，保護を受けやすくする手段として有効である。前述の即興演奏のケースでは，いかに権利があっても，それを裁判で証明しようとすれば，とてつもない困難に遭遇するであろう。

▶ 5　著作権保護の法理

著作権の目的とするところは，一方で創作者にインセンティブを与え，より多くのより多様な作品が生産されるようにすると同時に，公表された作品がより多くの人に利用されて多様な文化が花開くことに期待している。この目的の前段は事前の（ex ante）問題であり，後段は事後の（ex post）問題であって，しかも両者はトレード・オフの関係が強い（著作者の権利を強めれば利用者の利用が厳しくなり，利用者の自由度を高めれば著作者の権利は弱くなる）。

しかしインセンティブを主体とした説明は，著作権の歴史を遡って見ると，ごく最近の理論であることが分かる。著作権の源流とも言うべき「出版特許」は，15世紀のイタリアに始まり，16世紀以降ヨーロッパ諸国に広まったとされる。当時印刷機という固定資産に相当額の投資をし，古典の複製に労力をかけて事業を始めた印刷業者の思惑と，印刷を産業として振興したい国王との利害が一致し，国王が印刷業者に独占的出版権を付与したのが始まりである。しかし，その背景には，印刷が自由に行なわれると人々の政治意識が高まって，統治の基盤が危うくなることを恐れた国王の思惑が見え隠れする。したがって，独占的出版権と検閲とが同居していたことも，また特許料という国庫収入が期待されていたことも，想像に難くない。

しかし，やがてブルジョア革命によって，市民が新しく政治の表舞台に登場すると，著作権に関する考え方は180度の転換をみせる。ここでは自立した個人が本来的に持つ「自然権」と，それを憲法上の権利として確定した「基本的人権」が最大限に尊重されることになった。「思想・信条の自由」「言論・出版の自由」は，その重要な一部であり，かくして著作権も「自然権」の側面から論じられた。

この文脈を貫徹すれば，著作権は「精神的自由権」の一種となり，「著作者人格権」こそが主たる権利となったはずなのに，実際はそうならなかった。実際，著作権を確立するための運動に積極的に参加した作家たち（ビクトル・ユーゴーなど）にとっても，「著作者人格権」だけでは生活の糧にならず，財産的価値を生み出すことが当面の目標であった。かくして「著作財産権」が重んじられ，「著作権」は創作を生み出すプロセスである「精神的自由権」ではなく，創作の成果を保護する「精神的所有権」と見なされることが多くなった。つまり自分が生み出した著作には，自分の財産権が及ぶはずだという論理であった。知的所有権という用語は，この時代の発想に近いと思われる。

その後，産業革命を経て工業が発展し，先進国では産業社会と呼ばれる時代が到来す

脚注

8．事案はもっと入り組んでいるが，ここでは分かりやすいよう簡素化した。

●表３　著作権保護の法理

法　理	概　　要	適した環境	備　考
印刷業者の独占的営業権	国王などの国家権力から独占的出版を認められた事業者の権利	絶対王政	検閲，コピーライトの語源と密接な関連
自然権	自立した個人が本来的に持つ権利の１つ（思想・信条の自由，言論・出版の自由の発露）	近代市民社会	基本的人権，所有権の絶対性，契約自由の原則などとの関連
インセンティブ	文化の発展のために創作者に与えるインセンティブ	工業（産業）社会	工業所有権，知的所有権という用語との関連，文化面重視
情報の円滑な流通	情報財の取引が主体となる社会における取引の安定性の確保	近未来の情報社会	情報財の値付けとの関連，産業面重視，独禁法とのバランス

Figure & Table

ると，若干違った見方が有力になった。ゆとりが生じた人々には，創作者の権利そのものよりも，創作者に何らかのインセンティブを与えることが，文化を発展させ社会全体のためになるという，「インセンティブ論」がフィットするように思われたからである。現行の著作権条約などは，ほぼこの時代の産物であり，片方で経済自由主義に依拠する「所有権の絶対性」を掲げながら，他方で「文化的側面」をも重視する制度となっている（**表３**参照）。

しかしデジタル時代の到来は，このような牧歌的秩序を根こそぎ転換する勢いをもっている。なぜなら，かつてはマス・メディアに固有の機能だと思われていた「情報の大量の流通」がインターネットのおかげで個人にも可能となったからである。これまでの制度は，何らかの形で「仲介業者」の存在を前提にし，流通段階を押さえることで実効性を担保してきた。しかし誰でも情報を生産し，流通させる手段を持った以上，その流通を専業にする者だけに特定の権利を与えることは，かえって流通の妨げになることさえ想定される。これからは「情報の円滑な流通」にふさわしい新しい制度を設計することが，求められていると言えよう。

▶６　デジタル化と著作権

デジタル化によって，著作権制度がどのような影響を受けるかについては，早くも1992年のOTA（Office of Technology Assessment）の報告書『Finding A Balance』に先駆的な分析があり（OTA［1992］），次のように今日でも有効な論点を含んでいる。

まずデジタル情報の特性として，次の６点を挙げるが，⑤と⑥はすでに解決済みといえようか[9]。

① 作品が複製されやすい。
② 伝送が容易であるか，多数のユーザからアクセス可能である。
③ 改変が容易である。
④ 文字・映像・音声情報が同一のビットに還元されるので，作品は同質となる。
⑤ 検索・復号化等のためにハードとソフトが必要。

脚注

９．この報告書は副題にあるとおり，コンピュータ・ソフトウェアの側面からのアプローチであり，加えてインターネットの商用化（1994年）以前の分析であるため，今日的には非現行の点も多い。

⑥ ソフトが新しい検索とリンクを可能にするので，新しい手法によって作品を生み出すことが可能になる。

そこで法的な論点としては，次のような諸点が登場すると言う（日本法に適用可能なように，表現を変えてある点をお許しいただきたい）。

① 作品（「著作物」）：たとえばネット上の討論結果は，個々の著作物の集合体か，集合的著作物か，編集著作物か。
② 改変：マルチメディア作品は，それ自体を一つの著作物として捉えられるか，それとも個々の著作物の集合体か。
③ 創作性と「額に汗の理論」：データベースには著作権があるか。
④ 著作者：ハイパーリンクで構成された作品を工夫した人は著作者か，それとも他の著作権の侵害者に過ぎないのか。
⑤ オンライン出版：本（有体物）に対する消尽理論は適用できず，アクセスを制御することになる。具体的には情報をライセンスする形態をとり，権利義務はライセンス契約に書かれ，ライセンスが多段階になることがある。しかし上述のデジタル情報の特性①～③から，複製などを完全に制御することは難しい。
⑥ 違法コピー：デジタル複製には劣化が生じないので，違法コピーの確率は高くなる。これを防止する技術もあるが，開放型システムではあまり有効ではない。
⑦ 図書館の特異な地位：デジタル情報についてはライセンスに依拠して使用料を支払わねばならなくなり，財政的に苦しくなるとともに，図書館相互間の貸借も制限される。利用者からの遠隔アクセスも問題になる。オンラインを通じてユーザが違法行為をした場合の，図書館の責任問題も生ずる。加えて図書館サービスを向上させる（たとえばカタログに本の目次や要約まで入れる）と，著作権そのものの侵害も。

この報告書から約10年を経て，National Research Councilの「知的財産権と急進する情報インフラストラクチャ委員会」が発表した『デジタル・ディレンマ』という報告書（NRC［2000］）は，上記の問題点を掘り下げているが，解決策を見出したというより，問題の根の深さをより鮮明にした，という評が当たっていよう。

というのも，同書のExecutive Summaryには14の「結論」と16の「勧告」，１つの「論点」が収録されているが[10]，次の３者を比較すれば，いずれも「論点整理」ではないかとさえ思われるからである。

Conclusion: The tradition of providing for a limited degree of access to published materials that was established in the world of physical artifacts must be continued in the digital context. But the mechanisms for achieving this access and the definition of “limited degree” will need to evolve in response to the attributes of digital intellectual property and the information infrastructure.

Recommendation: The committee suggests exploring whether or not the notion of copy is an appropriate foundation for copyright law, and whether a new foundation can be constructed for copyright, based on the goal set forth in the Constitution (“promote the progress of science and the useful arts”) and a tactic by which it is achieved, namely, providing incentive to authors and publishers. In this framework,

10. 第６章のConclusions and Recommendationsのそれぞれから，さらに絞り込まれている。

the question would not be whether a copy had been made, but whether a use of a work was consistent with the goal and tactic (i.e., did it contribute to the desired "progress" and was it destructive, when taken alone or aggregated with other similar copies, of an author's incentive?). This concept is similar to fair use but broader in scope, as it requires considering the range of factors by which to measure the impact of the activity on authors, publishers, and others.

Point of Discussion: Many members of the committee believe that a task force on the status of the author should be established, with the goal of preserving the spirit of the constitutional protection and incentives for authors and inventors. Such a task force would evaluate the viability of mechanisms that facilitate both distribution and control of work (e.g., rights clearance mechanisms) and examine whether issues should be addressed with government action or kept within the framework of private-sector bargaining.

そのような中で，唯一ともいえる「結論」があるとすれば，次のものに集約されているとしか言いようがない。

Conclusion: There is great diversity in the kinds of digital intellectual property, business models, legal mechanisms, and technical protection services possible, making a one-size-fits-all solution too rigid. Currently, a wide variety of new models and mechanisms are being created, tried out, and in some cases discarded, at a furious pace. This process should be supported and encouraged, to allow all parties to find models and mechanisms well suited to their needs.

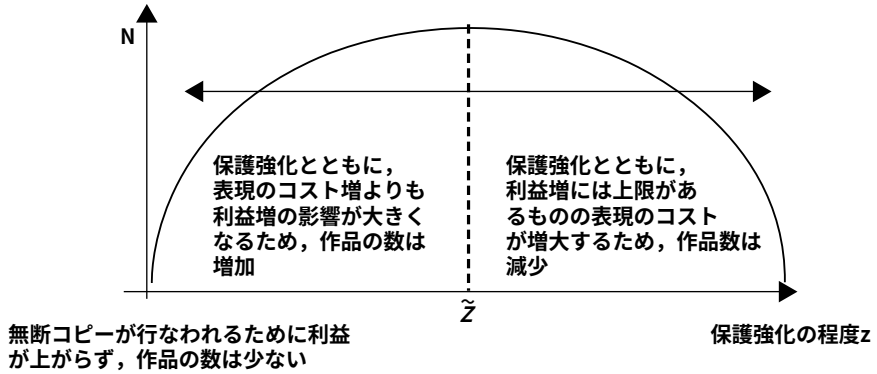
▶7　権利保護の最適化と世代間問題

研究開発も含めた特許権，著作権といった知的財産権に関する経済学的な分析の最大の論点として，Arrow［1962］が指摘した「事前のインセンティブと事後のアクセスのトレード・オフ」があげられる。すなわち，創作物をより多くするためには，創作者の利得を可能な限り多く保証し，創作のインセンティブを高めることが望ましい。それに対して，いったん創作物が出来てしまえば，逆に多くの人が利用できるように，できるだけ創作物の価格を低く抑えるのが望ましく，創作者の利得も可能な限り低くするのが望ましい。

こうしたトレード・オフ（事前と事後の不整合性）は，市場経済や著作権制度では完全に解決することが出来ないが，経済学的分析ではこの問題を最小限に抑えることを主たるテーマとして扱っており，議論の中心は権利付与の強度，とりわけ権利存続期間の長短である。このうち最も包括的に著作権法の経済学的分析を行なっているのは，Landes and Posner［1989］である（この分析は，他の論文とともにLandes and Posner［2003］に発展的に継承されているが，主たる論点は変らない）。

彼らの分析に特徴的なのが，アイディアを実際の作品として表現するために必要な「表現のコスト」（e）である。伝統的な経済学による著作権へのアプローチは，事前の視点と事後の視点とのトレード・オフに注目するものであり，Landes and Posner も基本的にはそのような伝統的なアプローチに則って分析を進めているが，著作権保護を強化

図３　保護の程度と作品数の関係



すれば表現のコスト（e）が増大するということを強調することで，事前の観点からも保護強化がもたらすマイナスの要因に注目しているところに特徴がある。つまり，表現のコスト（e）は著作権保護の水準（z）の増加関数としている。

ここで作者は純利益（R）が正の場合にのみ創造活動を行ない，作品を創作するものとし，創造する作者数，つまり原作品の数をNとする。ここでは各作者が同程度の質，量を持つものを１単位づつ創造するとし，その需要構造などは同質であるとする。それに対して，原作品を創造する作者のコストは作者間で異なる。よって，上記を満たすような作者は限られており，その数Nは

$$N = N(R, e)$$

と表現できる。

ここで，事後の利潤増加は作品を創造する人の数を増加させるため，NはRの増加関数である。それに対して，コストが増加すると原作品を作る人の数は減少する。eはｚの増加関数であるため，ｚの増加はコストを増加させ作品数を減少させる効果を持つ。ところが，上述したとおりRはzの増加関数でもあるから，zが増大すれば，収入の観点からはNは増加する。このようにzの増大は，表現のコストを上昇させて作品数を減少させるとともに，Rの増加を通じては作品数を増加させるという，Nに対して増加と減少という異なる影響を与える。

ここで，表現のコストeはzの増大とともに比例的に増加する。それに対して，作者の粗利Rは，zが小さいうちは大きく増加する。しかし，徐々に保護の水準を強化することの効果が薄れていき，ある一定の水準を越えれば，それ以上増加しなくなる。これは保護を強化することが，複製者のコストを押し上げることに由来する。当初複製者のコストが上昇することは，それだけ独占者である作者が提供するオリジナルの価格を高め，作者の利潤を増加させる。しかし，保護の強化によって複製者の採算が全く合わなくなれば，市場に作品を供給できるのは作者だけとなるために，それ以上保護を強化しても（zを大きくしても）Rは増加しない。したがって，zがNに与える影響は，**図３**にあるとおり，ある特定の水準（$\tilde{z}$）まではzの増加とともにNも増加するが，増加の程度は徐々に減少し，$\tilde{z}$を超えればNは減少することになる。

これは権利者側が往々にして主張する「著作権を強化すれば文化の発展を促す」という俗説を排し，「権利保護は強すぎてもいけないし，弱すぎてもいけない」ことを示している。しかし残念ながら「どの程度の権利付与が妥当か」についての答えはない。権利

の強度にも種々の要素があるが，一番分かりやすく実際上も効力が強いのは，権利存続期間であろう。そこで，この点が憲法裁判に発展した，アメリカの裁判事例を見てみよう。

Eldredは，著作権が期限切れとなった名作小説などをネットワーク上で公開し，これをビジネスにしている人である。彼は1999年改正以前の著作権法では，著作物の権利保護期間が一般の著作物にあっては「著者の存命中と死後50年」，法人などの著作にあっては「公表後75年」であることを前提に，ビジネスプランを立てていた。

ところが法改正が行なわれ（発案者の名をとってSony Bono法という[11]），2003年からは存続期間がそれぞれ20年延長され，「死後70年」と「公表後95年」となることが決まったので，この法律は「言論の自由」を定めた憲法修正１条に違反するから無効であるとする訴訟を提起した。これにLaurence Lessigなどの憲法学者が加わり，ノーベル経済学賞受賞者５人を含む著名な経済学者17人の参考意見[12]が提出されるなど，2002年中は大いに議論が盛り上がったが，判決そのものは７：２で「憲法違反とは言えない」ということで結着した[13]。

ここで経済学者が共同で主張した点は，次のようなものであった（林［2004］）。

① 法改正が妥当であるか否かは，期間延長による著作者の便益（インセンティブ）の向上と，想定されるコストとの比較によりなされなければならない。

② 著作者の便益の向上には２種類あるが，将来の著作者に対するものは（現在価値としては）軽微であり（著作者の死後50年を経て，なお経済的価値を有する著作物は稀なので，更なる期間延長による便益の増大は限定的），現在の著作者にとっては（既に投資がなされた以上）発生しない。

③ 権利期間は２つの点で経済効率と関連している。まずコストを上回る独占価格の継続期間が延びる訳だから，非効率が生ずる（特に期限切れ目前の著作物について顕著）。次いで期間延長により，二次的著作物の取引コストを引き上げるので，著作物の減少を招く。

④ 以上を要するに，著作者の便益の増大が新規発生コストを上回るということは生じにくいのみならず，既存著作物の場合にはコストの増大が明らかである。

⑤ 以上のことは，効率の代わりに消費者の厚生を考慮しても，同じことになる。著作者に対するインセンティブ効果が不明である一方で，利用者の便益減少は明らかである。つまり著作権侵害を恐れる著作者には，表現に対する萎縮効果（chilling effect）が発生することは明らかであるから，憲法修正１条に違反すると言わざるを得ない。

以上に述べた諸点は，前述のLandes and Posnerの分析ともほぼ符合するものであり，いわば常識的な意見であると言えよう[14]。しかし，そこにはより重要な含意が含まれている。仮に著作権が所有権と同様永久のものだとすれば，創作から何世紀を経た次の創作者も，何世紀も前の著作物の著作権を侵害していないかどうか，常にチェックしなければならなくなる。これでは，創作に没頭することなどできなくなって，作品の数は著し

脚注

11. なおこの法案の反対者は，推進者であるディズニーを暗示する「ミッキーマウス法」と呼び，この方が広く知られている。正式には Copyright Term Extension Act of 1998, Pub.L.No.105-298, 112 Stat.2827，略称CTEA。
12. Amici Curiae in support of Petitioners，May 22, 2002.
13. Eldred v. Ashcroft, 123 S.Ct. 769, http://www.supremecourtus.gov/opinions/02pdf/01-618.pdf
14. 常識で違憲訴訟に勝利することができるとは限らない。なぜなら，立法府（議会）において合法的な手続きを経て策定された法律の効力を，司法府（裁判所）で覆すためには，十分な証明の挙証責任が原告側にある。この例では最低でも「死後50年の方が死後70年より妥当である」ことを証明しなければならなかったのに，その立証ができなかった以上，敗訴は当然の帰結とも言えよう。

く低下するだろう。著作権の保護期間が有限であるのは，こうした弊を避けるためであるが，その期間が100年近くになった現状では，これは既に世代間問題になっている，ということである。

▶ 8　知的財産と南北問題[15]

このように，知的財産制度のあり方が，先進国内部の「世代間問題」としての様相を示す中で，自分達の知的財産を尊重せよという主張が，発展途上国の先住民や，先進国内の先住民からも提起されるようになった。先進国の企業が，これら先住民の芸術作品を勝手に持ち出して，商品化して大きな利益を挙げるようになったからである。

たとえばオーストラリアには，アボリジニという先住民がいて，神聖な儀式に使っている特有のデザイン（フォークロアという）がある。ある白人系の事業家が，このフォークロアを，カーペットに織り込んで市販した。その結果，そのカーペットは異教徒に土足で踏まれることになったので，そのような許諾を得ていないとして訴えられた。

先進国の企業の眼から見れば，それは何らやましい行為ではない。フォークロアは，先住民社会の中で何世代にも渡って共有され，公知のことであるから，著作権の対象としても特許権の対象としても，保護期間はとうに切れているからである。

しかし，先住民の眼から見ると，全く違って見える。自分達が伝承し，コモンズだと思ってきたものが，先進国企業によって商品化され，彼らが著作権や特許権を取得することになって，自分達がそれを自由に使えなくなる。そればかりでなく，先進国企業が巨額の利益を得る一方で，自分達には利益が還流してこない。

特許権については，もっと深刻な問題がある。一つは「伝統的知識」と呼ばれる地域密着型の知識に関するものである。たとえば，先住民が何世代にも渡って薬用に使ってきた物質の成分が，先進国企業によって解明され特許として認められると，フォークロアの例で見たと同じ問題が生ずる。インドのニームという植物のエキスは，何世代にもわたって殺虫剤や歯磨き粉として使われてきた。ところが，アメリカ・日本・ドイツの企業が約20年前から特許を取り始め，アメリカの特許だけで既に40件以上が認められているという。

同じことは先進国間でも起こり得る。ゲノムとりわけヒトゲノム情報は，これまで未知のものであったが，技術の驚くべき進展で大半が解明されつつある。ここで「早い者勝ち」ルールで特許を付与すれば，情報富者と貧者の間に著しい差を作り出すことになるだろう。なぜなら特許権には銀メダルや銅メダルはなく，金メダルだけが許されているからである。幸いこの問題については世界的な合意に達し，特許権は付与されないことになった。

第二の（もっと深刻な）問題は，エイズ治療薬に関するものである。途上国から始まったエイズ・ウイルスの浸透は，先進国でも緊急の課題になったため，先進国の薬品業界にとって新たなビジネス・チャンスになった。多国籍企業を始め薬品大手は，競ってこの分野に参入している。その結果，より効果的なワクチンが開発されつつあるが，開発中の企業にとっては，その成果を特許にしてライセンスで儲けなければ，莫大な開発費を回収できない。ところが，患者は先進国にもいるが，なんといっても途上国に圧倒的に多い。しかし，途上国の患者は，ワクチンを買うお金がない。

脚注

15. 本節の記述は，名和［2002］［2003a］［2003b］に多くを負っている，記して謝意を表する。

つまり，資本主義社会の論理に従えば，一方でインセンティブを与えなければ企業は激しい開発競争をしようとしないから，特許を付与することが妥当だとされる。ところが，それによってコストを回収しようにも，受益者の大半が途上国の人々だとすれば，支払能力の点がネックになって，権利の実効性が覚束ないことになっている。

一般に有体物（とくに製造物）の貿易においては，「比較優位論」が妥当するとされてきた。A国とB国の保有する資源（天然資源から人的能力まで）には，著しい格差があり，あらゆる要素でA国が恵まれているとしても，A国がすべての要素の輸出国になり，B国が輸入一辺倒になることはない。なぜなら，要素毎の生産性に差があれば，A国はより生産性の高い分野に特化し，他はB国から輸入した方が，全体の効率は高いからである。ところが，無形の財については，この「比較優位論」が通用しない。A国の「独り勝ち」になりやすく，これに権利を付与するとすれば，「独り勝ち」が法的に追認された形になる。

このジレンマを解消するため，たとえばアメリカ政府が特許を買い上げて，途上国援助の一環としてワクチンを無償供与する，などの案が提案されている。ここまでくると，この問題を経済効率だけで論ずることはできず，社会的公正の観点を入れざるを得ない。つまり経済学だけでは解決できないため，政治的な解決を模索せざるを得ず，しかもガット・ウルグァイラウンドで合意に達したこと自体が，正義に適ったことだったかどうかが問われている[16]。

再びフォークロアの問題に返れば，世界知的所有権機関（WIPO）がユネスコと協力して「フォークロアの保護に関するモデル規定」を提案してから20年余になる。しかし，国際的な合意を得るには至らず，アボリジニのデザインの一部は，例外的に著作権を認められたに過ぎない[17]。

そこで，ブラジルに住む先住民が集まって「知的財産権，伝統的知識および遺伝資源の保護に関するシャーマン宣言」という文書を発表した。この宣言は「われわれの共有する知識は，市場で取引される商品ではなく，われわれの存在，法律，慣行，価値観，宇宙観と，分かち難いものである」と謳っている。

途上国の多くは，こうした国内の動きに呼応して，地域協定を結んでフォークロアや伝統的知識を保護するようになりつつある。先進国もこれに押されて，途上国の要望に応えざるを得ない状況に追い込まれている[18]。

しかし，この問題は一筋縄では行かないだろう。というのも，名和［2003a］の指摘するように，フォークロアや伝統的知識は，西洋型の「知識」，すなわち「文献として記録され」「引用に値する」ようなものではないからである。図１に返って考えれば，それは「私的財」にふさわしいものとして設計されておらず，「純公共財」でもなく，「コモンズ」あるいは「クラブ財」として慣習的に扱われてきたに過ぎない。この問題は，資本主義か社会主義かという「大抗争」の20世紀には顕在化することがなかったが，社会主義が崩壊した21世紀には，「小抗争」の一つとして浮上してきた，と言えようか。

脚注

16. 1986年から始まったGATT（General Agreement on Tariffs and Trade）ウルグァイ・ラウンドは，1995年にWTO（World Trade Organization）とTRIPs（Trade-Related aspects of Intellectual Property）協定を生んだ。しかし本文にあるとおり，比較優位論が機能しない情報やサービスの分野に，モノの貿易と同じ理論を適用して良かったのかどうかが問われている。Bhagwati［2002］および，その投稿をめぐる国際製薬工業会のNoehrenbergとの，同紙上での論争を参照されたい。
17. ニームの特許の一部は無効になったが，これまたケース・バイ・ケースの判断による。
18. 特許の方が動きが早く，伝統的知識については1992年の生物多様性条約の中で，「伝統的知識の利用による利益の公平な分配」という原則と，「先進国の政府は，その利益を途上国の政府に還元すべし」というルールが盛り込まれた。

▶9　結びに代えて

しかし，この問題は「小抗争」として片付けるには重過ぎる。なぜなら，21世紀は明らかに「情報」が重きをなす社会，すなわち情報社会であろうから，有体物についての法体系よりも，無体財産の関する法体系が，より重視されるであろう。とすれば，モノ（有体物）に関する「所有権」を中心に形成された近代西欧社会の法体系が，今後も有効に作用するとの保証もないからである。

われわれは歴史に学ぶとともに，過去を無批判に延長するのではなく，新たな発想で構想をめぐらす時期に来ている，と言えそうである。そのような問題意識に立って，私は慶應義塾大学が申請し認められた「21世紀COEプログラム」の一つである「多文化多世代交差社会の政治経済秩序形成」の一環として，この問題を継続して研究していく予定である。

●参 考 文 献

名和小太郎［2002］『ゲノム情報は誰のものか』岩波書店
名和小太郎［2003a］「権利の主張始めた先住民」『朝日新聞』９月４日（夕刊）
名和小太郎［2003b］「伝統的知識の保護と保全」『科学技術社会論研究』No.2
林紘一郎［2003］「情報財への権利付与：経済効率・社会的公正」『計画行政』26巻４号
林紘一郎［2004］（編著）『著作権の法と経済学』到草書房（予定）
Arrow, Kenneth J.［1962］‘ Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention ’ in R.R. Nelson（ed.）“ The Rate and Direction of Incentive Activity ” Princeton University Press.
Hardin, G.［1968］‘ The Tragedy of Commons “ Science ” 162.
Hart, Oliver［1995］“ Firms, Contracts, and Financial Structure ” Oxford University Press.
Heller, M.A.［1998］“ The Tragedy of the Anticommons ” Harvard Law Review ” 111.
Landes, William M., and Richard A. Posner［1989］‘ An Economic Analysis of Copyright Law “ Journal of Legal Studies ” Vol.18.
Landes, William M., and Richard A. Posner［2003］“ The Economic Structure of Intellectual Property Law ” Harvard University Press.

（林　紘一郎　慶應義塾大学メディア・コミュニケーション研究所教授）