

# 知的成果物の多様性を実現する ために知的財産法が果たす べき役割について

文化審議会著作権分科会国際小委員会  
(2015年11月20日(金))

九州大学大学院法学研究院  
小島 立

# 本日の報告内容

1. はじめに
2. 知的財産法は、知的成果物が生み出され、世の中に送り出されて、享受される過程にどのように関わっているのか？
  - (1) 知的成果物の創出および媒介がなされる際の「リソース」のやりとりと、そこで知的財産法が果たす役割について
  - (2) 知的財産法の「ものの考え方」がうまく当てはまらない領域があるのではないか？
3. 結語

# 本日の報告内容(続)

- 本報告:小島立「知的成果物の多様性と知的財産法」中山信弘先生古稀記念論文集『はばたき——21世紀の知的財産法』(弘文堂、2015年6月)36頁以下をベースにしている

# 1. はじめに

# 1. はじめに

- 本報告の検討課題：多様な知的成果物が生み出され、世の中に送り出されて、そして享受される環境（以下、「知的成果物の多様性」という）を実現するために、知的財産法はいかなる役割を果たすべきか？
  - 報告者がここ数年考察を行ってきた研究課題の延長線：知的財産法は、いかなるアクターに対して、いかなる場合において、いかなる形での支援を行うことができるのか？（小島[2011]、同[2013a]、同[2013b]、同[2014]）

2. 知的財産法は、知的成果物が生み出され、世の中に送り出されて、享受される過程にどのように関わっているのか？

2. 知的財産法は、知的成果物が生み出され、世の中に送り出されて、享受される過程にどのように関わっているのか？

(1) 知的成果物の創出および媒介がなされる際の「リソース」のやりとりと、そこで知的財産法が果たす役割について

2. 知的財産法は、知的成果物が生み出され、世の中に送り出されて、享受される過程にどのように関わっているのか？

(1) 知的成果物の創出および媒介がなされる際の「リソース」のやりとりと、そこで知的財産法が果たす役割について

- 知的財産法には、知的成果物の多様性に貢献する役割が期待されているはず
- 知的成果物の多様性を実現するためには、知的成果物を生み出す者（いわゆる「発明者」、「創作者」、「実演家」など）、それらの知的成果物を世の中に送り出す者（いわゆる「媒介者（メディア）」）、それらの知的成果物を享受する者（いわゆる「享受者」）と、それらアクター相互の関係について考察せねばならない（内藤[2012]の表現に依拠）
  - 本報告で行なう作業：「ファイナンス」という観点に基づいている（寺本[2007]。詳細については、小島[2014]）



2. 知的財産法は、知的成果物が生み出され、世の中に送り出されて、享受される過程にどのように関わっているのか？

(1) 知的成果物の創出および媒介がなされる際の「リソース」のやりとりと、そこで知的財産法が果たす役割について(続)

- 知的成果物を生み出す者および世の中に送り出す者：それらの活動を行うために、物資や資金などの「リソース(資源)」を必要とする
  - 人的なリソース(いわゆる「ヒューマン・キャピタル(人的資本)」)も含まれるであろう
  - あるアクターと別のアクターをつなぐことができる「コネクション」といったリソース(いわゆる「ソーシャル・キャピタル(社会関係資本)」)も含めてよいはず

2. 知的財産法は、知的成果物が生み出され、世の中に送り出されて、享受される過程にどのように関わっているのか？

(1) 知的成果物の創出および媒介がなされる際の「リソース」のやりとりと、そこで知的財産法が果たす役割について(続)

- 関係するアクターは、自前でそれらのリソースを調達できる場合もあるが、第三者の支援を必要とすることが多い
  - その場合の供給のあり方(手法)も様々
- 知的成果物を生み出す者の多くは企業などの「組織」に所属しており(多くの場合、「雇用」されており)、当該組織からリソースの供給を受けている

2. 知的財産法は、知的成果物が生み出され、世の中に送り出されて、享受される過程にどのように関わっているのか？

(1) 知的成果物の創出および媒介がなされる際の「リソース」のやりとりと、そこで知的財産法が果たす役割について(続)

- フリーランスとして活動する者：第三者からの仕事を請け負う形で、そこから得られる報酬などで生計を立てている者も多い。
- 知的成果物を生み出す者が、活動に必要なリソースを調達するために、政府や各種団体からの補助金や、私人や私的団体から「フィランソロピー」の獲得を目指すことも珍しくない
  - 「文化政策のポートフォリオ」という分析枠組み(小島[2011])

2. 知的財産法は、知的成果物が生み出され、世の中に送り出されて、享受される過程にどのように関わっているのか？

(1) 知的成果物の創出および媒介がなされる際の「リソース」のやりとりと、そこで知的財産法が果たす役割について(続)

- リソースの供給者がリソースの需要者に対してリソースの供給を行う場合には、それとともに何らかの「介入」を行うことが多いという事実も、私たちが歴史的または経験的に知ること
  - 要するに、リソースの供給者は「金も出すが口も出す」ということ！
- リソースの需要者が何らかの文化的表現を生み出すことが期待されている場合：リソースの供給者が行う介入が、しばしば表現者(すなわち、リソースの需要者)の「表現の自由」との間で緊張関係をもたらすことも珍しくない。
  - とりわけ国家が文化芸術助成を行う場合(駒村[2013]などを参照)

2. 知的財産法は、知的成果物が生み出され、世の中に送り出されて、享受される過程にどのように関わっているのか？

(1) 知的成果物の創出および媒介がなされる際の「リソース」のやりとりと、そこで知的財産法が果たす役割について(続)

■ 個々のリソースの供給のあり方における特徴を明らかにするためには...

- (1) いかなるアクターが、いかなるアクターに対して、いかなる種類のリソースを、いつの段階で、いかなる手法で供給すべきなのか(または供給すべきでないのか)? それらのリソースの供給はいかに正当化されるべきなのか?
- (2) いかなるアクターが、いかなるアクターに対して、いつの段階で、いかなる介入を行うべきなのか(または介入を行うべきでないのか)? それらの介入はいかに正当化されるべきなのか? どの程度までの介入であれば許されるべきなのか?

2. 知的財産法は、知的成果物が生み出され、世の中に送り出されて、享受される過程にどのように関わっているのか？

(1) 知的成果物の創出および媒介がなされる際の「リソース」のやりとりと、そこで知的財産法が果たす役割について(続)

- これまでの一連の問い: 社会的に望ましい「パトナージ」のあり方に帰着する (Garber [2007])
- リソースの供給者: 従来は裕福な王侯貴族など(いわゆる「パトロン」)がその代表的存在
- 現代社会: リソースの供給者は多様化
  - 政府、企業、篤志家(フィランソロピスト)などの主体に加えて、不特定多数の者が関わる「クラウドファンディング」なども活発化

2. 知的財産法は、知的成果物が生み出され、世の中に送り出されて、享受される過程にどのように関わっているのか？

(1) 知的成果物の創出および媒介がなされる際の「リソース」のやりとりと、そこで知的財産法が果たす役割について(続)

- 通常、リソースの供給者はリソースを供給することにより、供給量以上のリソースを将来のある時点において獲得できることを期待しているはず
  - しかし、その期待が常に叶えられるわけではない
- リソースの供給者は、将来におけるリターンの確保の実現可能性を高め、かつ、リソースの確保が難しくなった場合のリスクを小さくするような機能を兼ね備えた手段の獲得(いわゆる「引当」)を求めることが多い

2. 知的財産法は、知的成果物が生み出され、世の中に送り出されて、享受される過程にどのように関わっているのか？

(1) 知的成果物の創出および媒介がなされる際の「リソース」のやりとりと、そこで知的財産法が果たす役割について(続)

- 生み出される知的成果物に何らかの知的財産権が発生する場合：リソースの供給者としては、その知的財産権について譲渡を受ける、共有持分を獲得する、いわゆる「ライセンス」を受ける、担保権を設定するといった手法が考えられる(その際の法形式については、小島[2014])
- とりわけ知的財産権の譲渡(移転)は広範に見られる
  - 職務創作に関する規定に基づいて法人が権利を取得する場合(特許法35条、著作権法15条など)に加えて、契約に基づいて法人が権利を取得するケース
  - 後者の例：著作権法における「実演家の権利」が、実演家の帰属する組織(例えば、芸能プロダクションやレコード会社など)に譲渡されている実態(前田[2009])



2. 知的財産法は、知的成果物が生み出され、世の中に送り出されて、享受される過程にどのように関わっているのか？

(1) 知的成果物の創出および媒介がなされる際の「リソース」のやりとりと、そこで知的財産法が果たす役割について(続)

- 知的財産権の移転がなされることが多いケース：知的成果物を世の中に送り出す役割を果たす媒介者が、知的成果物を生み出す過程においても、いわゆる「リスクマネー」に相当するリソースの供給を行っている場合(内藤 [2012])
- 知的財産権が威力を発揮するのは、知的成果物を実装した商品が市場において人気を獲得した場合：その威力が最大限に発揮されるのは、当該商品が複製物や公衆送信を介して広まる状況
  - 「スーパースター効果」と呼ばれる現象(Rosen [1982])
  - ごく限られた少数の「スーパースター」に関係する商品が「ブロックバスター」として享受され、その商品によって市場が飽和する可能性がより一層高まるという分析(「ブロックバスター」については、Elberse [2013])

2. 知的財産法は、知的成果物が生み出され、世の中に送り出されて、享受される過程にどのように関わっているのか？

(1) 知的成果物の創出および媒介がなされる際の「リソース」のやりとりと、そこで知的財産法が果たす役割について(続)

- そのようなブロックバスターに関係する知的財産権についてコントロールを及ぼせるアクターは、そこからもたらされる増殖されたリソース(一般的には、経済的に大きな収益や高い名声などであろう)を手に入れられる可能性が高まる
- 獲得されたリソースについて、関係するアクターが与える「分け前」は、アクター間の力関係(バーゲニングパワー)に依存
  - 当該ブロックバスターを生み出す際に多くのリソースを供給したアクターが、より多くの分け前を獲得できるのが一般的なはず

2. 知的財産法は、知的成果物が生み出され、世の中に送り出されて、享受される過程にどのように関わっているのか？

(1) 知的成果物の創出および媒介がなされる際の「リソース」のやりとりと、そこで知的財産法が果たす役割について(続)

- 知的財産法は、ブロックバスターとなった知的成果物を生み出した一部のスーパースターと、当該ブロックバスターを世の中に広める役割を果たしている媒介者(メディア)を主に支援している、といえるのでは？
  - そこで知的成果物が拡散する構造は、いわゆる「マスプロダクション」や「マスメディア」に深く関係しているのではないか、という事実が観察される(参照、寺本[2010]、寺本[2012])。
- マスプロダクションやマスメディアの構造におけるアクター間でのリソースのやり取りには、知的財産法は適格的である可能性が高いのではないか？

2. 知的財産法は、知的成果物が生み出され、世の中に送り出されて、享受される過程にどのように関わっているのか？

(2) 知的財産法の「ものの考え方」がうまく当てはまらない領域があるのではないか？

2. 知的財産法は、知的成果物が生み出され、世の中に送り出されて、享受される過程にどのように関わっているのか？

(2) 知的財産法の「ものの考え方」がうまく当てはまらない領域があるのではないか？

- 前述の諸条件を満たさない形で生み出され、世の中に送り出されて、享受される知的成果物の多様性を実現するために、知的財産法がどこまで貢献できるのか、という点は未知数のはず
  - しかし、知的財産権の保護対象や保護範囲を拡張しようという動きは常に見られる(田村[2014])
  - その1つの例:いわゆる「伝統的知識」や「伝統的文化表現」と呼ばれる領域(以下では、主に「伝統的知識」という表現を用いる)

2. 知的財産法は、知的成果物が生み出され、世の中に送り出されて、享受される過程にどのように関わっているのか？

(2) 知的財産法の「ものの考え方」がうまく当てはまらない領域があるのではないか？(続)

- 伝統的知識：コミュニティ内で共同で創作・開発される、コミュニティ内で共有される、世代を超えて伝承される、口承で伝わる、伝承される間に創作・発見の蓄積や散逸により内容が変容する、コミュニティが存する土地の自然と調和的であり、コミュニティの包括的な文化と密接に結びついた利用のされ方をすることが多い、といった特徴(青柳[2006]。その他に、田村[2006]、Lewinski (比良訳)[2012]など)

2.知的財産法は、知的成果物が生み出され、世の中に送り出されて、  
享受される過程にどのように関わっているのか？

(2) 知的財産法の「ものの考え方」がうまく当てはまらない領域がある  
のではないか？(続)

■ 伝統的知識の特質を考えるに当たっての1つの  
興味深いエピソード (Van Zanten [2007])

- ある先住民の音楽を記録しようとした民族音楽学者 (Wim van Zanten) は、その録音に至るまでに、当該先住民のコミュニティに何度も足を運んで「信頼」を醸成したという体験を綴っている
- 当該先住民は「録音」という概念を知らなかったため、録音の際には、録音マイクを演奏者から見えない軒先の下に配置するといった配慮がなされた
- 伝統的知識の「利用」に際して金銭的な報酬を支払うことが、場合によっては先住民のコミュニティに対する「侮辱」となりうるという指摘もある

2.知的財産法は、知的成果物が生み出され、世の中に送り出されて、  
享受される過程にどのように関わっているのか？

(2) 知的財産法の「ものの考え方」がうまく当てはまらない領域がある  
のではないか？(続)

- 仮に伝統的知識の「法的保護」として知的財産権類似の制度を導入することになれば、伝統的知識の利用者には、いわゆる「事前の同意 (Prior Informed Consent)」の手続が求められる
  - 知的財産権の実施許諾や利用許諾など(いわゆる「ライセンス」)のアナロジー？
- 知的財産法に依拠した「事前の同意」の考え方は、伝統的知識に関係するアクターやそれを取り巻くコミュニティの「慣習」や「規範」にどこまで適合しているのだろうか？



2.知的財産法は、知的成果物が生み出され、世の中に送り出されて、  
享受される過程にどのように関わっているのか？

(2) 知的財産法の「ものの考え方」がうまく当てはまらない領域がある  
のではないか？(続)

- 伝統的知識を利用したいと考える者が、「ライセンス料」に相当する対価を支払って「事前の同意」を取れば事足りる、というような態度で臨むことがあったとしたら...
  - それは当該伝統的知識を継承し、現在まで保持してきたコミュニティの慣習や規範を軽視することになりはしないだろうか？

2.知的財産法は、知的成果物が生み出され、世の中に送り出されて、  
享受される過程にどのように関わっているのか？

(2) 知的財産法の「ものの考え方」がうまく当てはまらない領域がある  
のではないか？(続)

- 伝統的知識について、特許権や著作権などのいわゆる「創作」に係る知的財産権に類似した「法的保護」を与える場合：保護期間の問題
  - 伝統的知識が「進歩」を前提にしたものの考え方にも必ずしも依拠しているわけではない、という指摘(田村[2006])
- 伝統的知識に「法的保護」を与えるかどうかについては、その法的保護が当該伝統的知識に係るコミュニティの「自助」や「持続可能性」に役立つのかどうか、という点が考慮されねばならない

# 3. 結語

### 3. 結語

- 知的成果物の多様性を実現しようとするならば、知的成果物が生み出され、世の中に送り出されて、享受される過程において、いかなるアクター間で、いかなるリソースのやり取りがなされているのか、ということ进行分析する必要がある
- その上で、問題となっている状況において、知的財産法が知的成果物の多様性を達成するために十分な機能を果たすことができるのかどうか、ということが探られなければならない

### 3. 結語(続)

- その際には、関連するアクターが属する「コミュニティ」において妥当する「慣習」や「規範」などの果たす役割について検討することが重要(ここには、ある「業界」における「慣行」(内藤[2012])なども含めてよいはず)
  - そこで問題となっているコミュニティの慣習や規範のあり方が、アクター間のリソースのやり取りのあり方(いわゆる「資源管理」)に影響を与えており、その資源管理がなされる際の法的規律に影響を与える可能性が高いのではないかと考えられるから(類似の問題関心を示すものとして、山根[2013])
- 本報告の問題関心には、様々な現代的事象が関係する

### 3. 結語(続)

- 「マス・カスタマイゼーション」: デジタル技術を用いることにより、大量生産による「規模の経済」のメリットを損なうことなく、顧客のニーズに合わせたカスタマイズをより安価に行える「ものづくり」のあり方 (Braungart & McDonough [2009]; Anderson [2013])
  - 「オープンソース」、「クリエイティブ・コモンズ」、「オープンデザイン」などの動きと密接に関係
  - 「3Dプリンター」に代表される「デジタルファブリケーション」(田中[2012])
- 広く社会からの「参加」と「共創」が行われる、新しい「ものづくり」の考え方

### 3. 結語(続)

- いわゆる「ユーザーイノベーション」や「イノベーションの民主化」についての研究(小川[2013]。この研究の嚆矢としては、Von Hippel [2005])
  - 「製品やサービスの作り手であるメーカーだけでなく、使い手であるユーザーのイノベーションを起こす能力と環境が向上している状態のことを指す(小川[2013])

### 3. 結語(続)

- ある業界やコミュニティの慣習、慣行、規範などが、知的財産法といかなる関係に立つのかという問題は従来から存在した
  - 伝統文化である俳句において、その添削が著作権法上問題となった事件(東京地判平成9年8月29日判時1616号148頁[俳句添削事件第1審]、東京高判平成10年8月4日判時1667号131頁[俳句添削事件控訴審]。参照、中山[2002]、酒井[2009])
  - 伝統文化のほかにも、特許法における「クロスライセンス」、「パテントプール」、「FRAND条項」などの諸問題も、ある特許権(群)に関係する「業界」のアクターによって形成される「規範」が、そこでのアクターの行動に影響を与えているという点において、本報告の問題関心と符合



### 3. 結語(続)

- 知的財産法学においても、近時の資源管理やコモンズなどについての研究を参照しながら、知的成果物の創出、媒介および享受の過程におけるコミュニティのあり方と、そこでの慣習や規範の果たす役割について検討を深めることが求められている
  - 「資源管理」を含めた議論の詳細については、小島[2015]を参照

# 主な参考文献(五十音順)

- 青柳由香「伝統的知識等に関する国際機構・地域のアプローチの検討——法的保護の視点」慶應法学6号(2006年)89頁
- CHRIS ANDERSON, MAKERS: THE NEW INDUSTRIAL REVOLUTION (Random House Business Books 2013)
- ANITA ELBERSE, BLOCKBUSTERS: HIT-MAKING, RISK TAKING, AND THE BIG BUSINESS OF ENTERTAINMENT (Henry Holt 2013)
- 小川進『ユーザーイノベーション——消費者から始まるものづくりの未来』(東洋経済新報社、2013年)
- MARJORIE GARBER, PATRONIZING THE ARTS (Princeton University Press 2007)

# 主な参考文献(五十音順・続)

- 小島立「現代アートと法——知的財産法及び文化政策の観点から」知的財産法政策学研究36号(2011年)1頁
- 小島立[2013a]「文化多様性と法」武蔵野美術大学造形研究センター研究成果報告書別冊『芸術と法』(2013年)15頁(2012年10月13日に武蔵野美術大学で行なった講演に加筆修正を加えたもの)
- 小島[2013b]「より多様な実演を享受できる環境の整備——文化政策の観点から」公益社団法人日本芸能実演家団体協議会実演家著作隣接権センター(CPRA)編『実演家概論——権利の発展と未来への道』(勁草書房、2013年)158頁

# 主な参考文献(五十音順・続)

- 小島立「知的財産とファイナンスについての基礎的考察」民商法雑誌149巻4・5号(2014年)416頁
- 小島立「知的成果物の多様性と知的財産法」中山信弘先生古稀記念論文集『はばたき——21世紀の知的財産法』(弘文堂、2015年)36頁
- 駒村圭吾「国家助成と自由」小山剛＝駒村圭吾編『論点論究 憲法〔第2版〕』(弘文堂、2013年)184頁
- 酒井麻千子「著作者の同一性保持権と『慣行』に関する一考察」東京大学大学院情報学環紀要情報学研究77号(2009年)167頁

# 主な参考文献(五十音順・続)

- Wim van Zanten, *Prior Informed Consent: Experience with Ethnomusicology Recordings*, in TOSHIYUKI KONO (ED.), *INTANGIBLE CULTURAL HERITAGE AND INTELLECTUAL PROPERTY* (Intersentia 2009), p.283
- 田中浩也『Fablife——デジタルファブリケーションから生まれる「つくりかたの未来」』(オライリー・ジャパン、2012年)
- 田村善之「伝統的知識と遺伝資源の保護の根拠と知的財産法制度」知的財産法政策学研究13号(2006年)53頁
- 田村善之「日本の著作権法のリフォーム論——デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて」知的財産法政策学研究44号(2014年)25頁

# 主な参考文献(五十音順・続)

- 寺本振透「知的財産と金融」ジュリスト1327号(2007年)48頁
- 寺本振透「社会ネットワーク分析を法学に应用する」東京大学法科大学院ローレビュー5巻(2010年)327頁
- 寺本振透「知的財産権のはたらきを探る試み」法政研究(九州大学)79巻3号(2012年)938頁
- 内藤篤『エンタテインメント契約法〔第3版〕』(商事法務、2012年)
- 中山信弘「俳句と著作権」俳句雑誌春月107号(2002年)7頁
- ERIC VON HIPPEL, DEMOCRATIZING INNOVATION (The MIT Press 2005)

# 主な参考文献(五十音順・続)

- MICHEAL BRAUNGART & WILLIAM McDONOUGH, CRADLE TO CRADLE: RE-MAKING THE WAY WE MAKE THINGS (Vintage 2009)
- 前田哲男「音楽産業とその関係者——著作隣接権とは」紋谷暢男編『JASRAC概論——音楽著作権の法と管理』(日本評論社、2009年)231頁
- 山根崇邦「著作権法における多様化現象の位相——創作環境の変化と私的な規範形成の動きを中心として」『ダイバーシティ時代における法・政治システムの再検証』(成文堂、2014年)133頁
- Silke von LEWINSKI(比良友佳理訳)「フォークロアの保護——国際的な議論における取り組み」知的財産法政策学研究36号(2011年)209頁
- Sherwin Rosen, *The Economics of Superstars*, American Economic Review, Vol.71, Iss.5, at 845 (1981)