

Title	知的財産法制にみる創作プロセス一試論
Author(s)	土屋, 雄大
Citation	年次学術大会講演要旨集, 27: 933-936
Issue Date	2012-10-27
Type	Conference Paper
Text version	publisher
URL	http://hdl.handle.net/10119/11173
Rights	本著作物は研究・技術計画学会の許可のもとに掲載するものです。This material is posted here with permission of the Japan Society for Science Policy and Research Management.
Description	一般講演要旨

知的財産法制にみる創作プロセス一試論

○土屋雄大（青山学院大学）

I. はじめに

本稿では、知的財産基本法の理念を解釈し、かつ、知的財産法制における基本的な共通要素を、①仮説的な基本法則として、創作のモチベーション（受容のモチベーションを含む）の社会化、②特許法や著作権法にみる創作法における特徴、から検討するものである。もっとも特許法と著作権法では、法目的や保護可能性の基準を異にして解されてきたが、知的財産法の統合法理に向けて（あるいは、創作主体の行動にみる心理学的な範囲内で妥当とする事象）の一試論である。その可能性は何であるか、理論的に検討を加えてきたと思われるアメリカの議論や関連する判例の論点を基盤にする。

2003年3月に施行された「知的財産基本法（法律119）」¹、その目的規定²より本法の「理念と責務」を見出すことができる。実定的および手続的規定が在るわけではないから、「知的財産の創造、保護及び活用」という共通課題を実現するためには、当事者の行動規範として問われてこよう。実際、知的財産基本法でいう「理念と責務」は各知財法のなかで如何に反映され、そして解釈されていくのかは今後の制度的編成につながる重要な課題である。また、基本法2条³において定義が明記されたことは、立法事実として興味深い。しかし一旦は、定義規定の中に要約されたようにも見受けられるが、従来から非有体物を無体物と呼ぼうが、未だ知的財産（権）と称する概念は捉え難いものである。通説では、知的財産の法的保護の可能性をめぐり、物権法などのアナロジーが用いられ、一種の有体物であるかのように機能的に取り扱っていかうとする。また、流通形態の可能性に着目する場合は、創作された無体物を財産的情報の束として重疊的に捉え、譲渡したり担保にしたり債権化するため、契約上の構成要件を判断する必要がある。例えば、知的活動の成果であるノウハウ（事業活動に有用な技術又は営業上の情報）の効果的な活用のため、如何なる手法で保護できようか。営業秘密として管理するか、特許出願を行ったり譲渡契約に応じて、諸要件を考量する。技術的観点に基づき、従来の技術では未解決の分野（課題は共有している状態）において、新規かつ有用な情報は、画期的な（又は利用され易い）発明として高く評価される。そのような有用情報について、局面ごとに定量的な検証や定性的な評価がなされてきたが、有用情報の多様なアウトカム（e. g. **Information as an important asset and a principal export**）を見越し⁴、規範を立てることは、制度論において大切な問いかけになる。

¹ 因みに、2001年6月に「今後の経済財政運営及び経済社会の構造改革に関する基本法方針」（通称「骨太の方針」）が小泉純一郎内閣の主導で示された。

² 知的財産基本法（目的）「この法律は内外の社会経済情勢の変化に伴い、我が国の国際競争力の強化を図ることの必要性が増大している状況にかんがみ、新たな知的財産の創造及びその効果的な活用による付加価値の創出を基盤とする活力ある経済社会を実現するため、知的財産の創造、保護及び活用に関し、基本理念及びその実現を図るために基本となる事項を定め、国、地方公共団体、大学等及び事業者の責務を明らかにし、並びに知的財産の創造、保護及び活用に関する推進計画の作成について定めるとともに、知的財産戦略本部を設置することにより、知的財産の創造、保護及び活用に関する施策を集中的かつ計画的に推進することを目的とする」と明記（下線筆者）。

³ 知的財産基本法2条（定義）「この法律で「知的財産」とは、発明、考案、植物の新品種、意匠、著作物その他の人間の創造的活動により生み出されるもの（発見又は解明がされた自然の法則又は現象であって、産業上の利用可能性のあるものを含む。）、商標、商号その他事業活動に用いられる商品又は役務を表示するもの及び営業秘密その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報をいう。

⁴ この法律で「知的財産権」とは、特許権、実用新案権、育成者権、意匠権、著作権、商標権その他の知的財産に関して法令により定められた権利又は法律上保護される利益に係る権利をいう。」

⁴ Rochelle Dreyfuss, "A Wiseguy's Approach to Information Products: Muscling Copyright and Patent Law into a Unified Theory of Intellectual Property", 1992 SUP. CT. REV. 197p; "by stripping the nation of the power to enact statutes creating economic incentives, these decisions endanger the vitality of our information industries. To a nation that counts information as an important asset and a principal export, the outcome is (or should be) extremely worrisome."

Ⅱ. 知的財産基本法にみる創造プロセス

1. 仮説的な基本法則

社会的に適合する創造プロセスを組み立てるために、利活用を踏まえた創造と、その知的財産の保護可能性をみる。これまでの筆者の観察から、2つのものの見方を共時的に仮定する。一方は、有用情報は本来、社会で「利活用」されるものとみて、「集合体」が創り出す知財は社会で受け容れられる有用情報として「新たに付加価値を与え」ていき、情報の「受容モチベーション」が働くものとする。他方は、先行者の有用情報に、「新たな付加価値を加え」た「個人」の「独創性」に着目する。ある人が創り出す知財は、先行者の成果のうえに積み上げられていき、情報の「創作モチベーション」が働くものとする。

後者における独創性の要素に関し、桃中軒雲右衛門事件（著作権法違反並附帯私訴訟ノ件大正3年）の一審判決、そして大審院判決においては「…独特ノ創意ニ依リ蓄音機謝写調ノ瞬間ニ於テ作曲演唱シタルモノニ係リ…」⁵と、この時すでに「独特ノ創意」という語が用いられるなど、著作権の保護基準として独創性が加味されていたことを伺い知る⁶。時代背景は、レコード製造（複製）技術が日本に移転された頃のことである。

2. パブリックとプライベートという発想

知的財産法制のなかで捉えるべき共通の特徴があるとすれば、それは如何なるものか検討する。まず、国民という発想から、知的財産法で求められる理念については、基本法3条より次のようなものである。

「知的財産基本法3条（国民経済の健全な発展及び豊かな文化の創造） 知的財産の創造、保護及び活用に関する施策の推進は、創造力の豊かな人材が育成され、その創造力が十分に発揮され、技術革新の進展にも対応した知的財産の国内及び国外における迅速かつ適正な保護が図られ、並びに経済社会において知的財産が積極的に活用されつつ、その価値が最大限に発揮されるために必要な環境の整備を行うことにより、広く国民が知的財産の恵沢を享受できる社会を実現するとともに、将来にわたり新たな知的財産の創造がなされる基盤を確立し、もって国民経済の健全な発展及び豊かな文化の創造に寄与するものとなることを旨として、行わなければならない。」

たとえ、基本法3条より知的財産法のなかで判断しなければならないこと（パブリックとプライベートの関連など）が決められたとしても、保護基準と利活用の規範は正当か、又、実際に誰にその判断を担わせるのが妥当であるか。以下で若干限定的であるが考察を加えたい。本来、知的財産法は、知的財産権の保護及び利活用の局面において、利害関係者を調整する法規範である。しかれば、利害関係者とは誰であるか、論点である。プライベートの観点で、知的財産を保護するクリエイターやトランスファーする者との関係から、「主体を特定」できる。一般的に、サイエンティストやエンジニア、アーティストやデザイナー、又は、特定の分野で専門性を有する学者や職人、文学的テーマや音楽のリズムを表現する者など、多種の創作者（クリエイター）が存する。総称して「創作担当者」と呼ぶことにする。そして、パブリックな観点からは、利害関係者をより広く想定される。たとえば、知的財産の利用関係において、技術的に評価の高い製品が希少資源に依拠している場合がある。資源の供給制限が知財の権利行使を連鎖的に脆弱なものにする。上流環境の変化により、知財権者の有用情報が機能しなくなるおそれがある⁷。このような設例では、法域を超える事象であり、将来にわたる国民生活への影響をも考慮すれば、利害関係者は「不特定多数」となろう。

つぎに、わが国という発想から、知的財産法で求められる理念は、基本法4条より次のようなものである。

「知的財産基本法4条 知的財産の創造、保護及び活用に関する施策の推進は、創造性のある研究及び開発の成果の円滑な企業化を図り、知的財産を基軸とする新たな事業分野の開拓並びに経営の革新及び創業を促進することにより、我が国産業の技術力の強化及び活力の再生、地域における経済の活性化、並びに就業機会の増大をもたらす、もって我が国産業の国際競争力の強化及び内外の経済的環境の変化に的確に対応した我が国産業の持続的な発展に寄与するものとなることを旨として、行わなければならない。」

このように知的財産法学は、パブリックとプライベートの発想を包摂する概念が必要である。基本法4条を解するところ、「創造性ある研究及び開発の成果の円滑な企業化…」が要であり、創造される有用情報の社会化（商品化・事業化・市場化を含むもの⁸）であり、いわば社会的なイノベーションと調和する。ここでわ

⁵ 能見善久「桃中軒雲右衛門事件と明治・大正の不法行為論」学習院大学法学会雑誌 44 巻 2 号（2009）205 頁。

⁶ 斉藤博「『雲右衛門』判決へのもう一つの評価」、北川善太郎〔編〕『知的財産法制』東京布井出版（1996 年）107-108 頁によれば、浪花節の著作物性に関して、「判決」は著作物につき「固定」こそ要件としないものの、「創意者ノ主幹ニ於テ固定性ト持久可能性」を具備すること、「将来ニ向ツテ之ヲ反復スルノ意思ヲ有シ且之ヲ反復シ得ヘキ程度ニ於テ確定」していることを求めたのである。そして、「判決」は即効的瞬間的創作にすぎないものは著作権の目的とはいえないとした」という。斉藤は、「即効的瞬間的な創作であろうと著作物足りうるはずであり、そこに著作物の要件として「定型性」や「反復の意思」、「反復の可能性」を加えることは当時の法制の下でも妥当とはいえない」と説かれる。

⁷ 土屋雄大・菊池純一「希少資源から発生する知財の権利の脆弱性-特定物質に依拠する実施権」『日本知財学会第六回年次学術研究発表』、2J4（2008 年）

⁸ 武石彰、青島矢一、軽部大『イノベーションの理由 資源動員の創造的正当化』有斐閣（2012 年）i 頁より、「イノベーションを実現するには、新たな技術やアイデアを生み出す創造性が必要だが、その技術やアイデアの商品化、事業化に

が国に求められている社会的改革において、企業の創造性を産業・地域といった共同体へつなげ、内外の環境変化にも対応する「持続的な発展」といった概念を如何に受け容れるのか。知的財産法制では、様々な影響を見越して現状の規範を考え、持続的な発展に適合的な基準が必要となる。知的財産の創造、保護及び活用における様々な要素を評価する局面において、パブリックからのニーズありきプライベートの創作モチベーションをダイナミックに育んでいく⁹。市川の論¹⁰を借用するなら、「幼虫がさなぎに変わり、やがて蝶として飛翔するように」、有用情報は生かされる。

Ⅲ. 知的財産法における創作法の位置づけ

1. 不易と流行

創作法の制度的編成において、特許法と著作権法を中心に目的（動機）的に整理しておく。特許法と著作権は「同じ情報保護法でありながら、…《中略・筆者》「文化」と「産業」を明確に区別して規律している」であり、著作権法における「文化」とは、特許法における「産業」との対比において把握されるべき概念である（中山説¹¹）」とされる。著作権法1条は、その指導原理が明文化されており、文化発展を建前とする。保護対象はコンピュータ・プログラムも含まれるが¹²、本来、文芸・学術等の創作が対象であり、創作担当者の思想又は感情に関わるものであるゆえ、法律上は人格的側面を保護の適用を一応是としてきた。一方で、「特許法と比較すると、著作権法は産業政策的にはフレキシビリティに欠けるという点（中山説）」に関し、プライバシーを保護する風潮の高まりとの相関は無視できないと思われる。さらに、「権利の発生・侵害の基準が曖昧であるということは経済財としては利用しにくく、また余りに長い保護期間は情報の利用の長期にわたる独占を意味し、産業政策的には好ましくない。その上、強力な人格権は財産権とは異なった原理に立脚しており、経済合理性とは相容れない（中山説）」と謂われる。しかし経済合理性とは何かの問題と、「経済財」というよりそもそも「情報財」として呼び直すことの方が相応しいかも知れない。近時は、社会心理学を踏まえた行動経済学の知見から、従来の法律学・経済学に対する問題提起もなされている¹³。

〈研究の素材〉5000ドルから減らされた給料3000ドルと、2000ドルから増えた給料3000ドルの効用が区別されうる。両者の間で、損失と認識されたり利得と認識されたりする。これはプロスペクト理論によるフレーミング効果の説明（Tversky and Kahneman 1981）¹⁴をとまう応用例であるが、それぞれ人間は、その受け止め方が現実的に異なるというわけである。実態に近いモデルから法規範を検証していく、いわば経験的思考による。

また、「特許法と著作権法は、産業的に重要な成果の創作を奨励することを目的としたものであるから、同じ創作投資の保護を図る場合、…《中略・筆者》投資回収のレベルを超えて、より強固な保護内容の権利を付与するということも、理論的には可能とえる」と横山（2006）¹⁵が謂うように、創作投資の保護をはかるといふ共通の動機は指摘されうる。ところが、創作法の範疇で¹⁶、何故、特許法と著作権法の保護基準に差異

向けて資源を動員することを正当化するための創造性」の重要性は注目される。

⁹ 本稿Ⅱ2で間接的に関係するが、規範論の展開において、effort levels(努力レベル)にかかる従業員のモチベーションに着目するものがある（Kreps, D. M. "THE INTERACTION BETWEEN NORMS AND ECONOMIC INCENTIVES, Intrinsic Motivation and Extrinsic Incentives," American Economic Review 87(2)1997, at 359-364.）。

¹⁰ 等価変換理論（Equivalent Transforming Thinking）について詳しくは、市川亀久彌『創造性の科学』日本放送出版協会（1980年）103-116頁。

¹¹ 中山信弘『著作権法』有斐閣（2007年）15-17頁。

¹² なお、コンピュータプログラムの保護を著作権法の改正で実現するか、特許法のような専門的法律（この草案を「プログラム権法」と称した）で実現するか、かつて議論された。結果として、文化庁の管轄となりプログラムも著作物とされる。となれば、著作権を有するコンピュータプログラムの人格的側面をどう考えるかという問題があるが、本稿では立ち入らない。なお特許法1条では、産業政策的見地から制度設計されることが見受けられ発明を奨励し利用することが期待されており、著作権法に比べて創作担当者の人格を直接保護する規定はない（但し、願書に発明者の氏名は記載できる）。

¹³ 廣瀬久和「法と人間行動-必ずしも合理的でなく、画一的でもない人間観からの再出発-」Law&Practice 第4号（2010）。

¹⁴ プロスペクト理論については、Kahneman, D and A. Tversky 1979 "Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk," Econometrica 47:263-292。法と経済学の領域の日本語文献から、飯田高『〈法と経済学〉の社会規範論』勁草書房（2004年）第1章を参照。

¹⁵ 横山久芳「創作投資の保護」、工業所有権学会『知的財産法の現状と課題』有斐閣（2006年）145頁。

¹⁶ 相澤英孝・西村あさひ法律事務所『知的財産法概説〔第4版〕』弘文堂（2010年）6頁によれば、「創作法の特徴は、創作が保護のための要件となっている点にあるが、保護を受けるための創作性の程度は異なっている。特許法は登録により保護され、著作権法は保護を受けるために登録を要しない。特許権の内容は公示されるが、著作権の内容は公示されない。特許法は、保護の要件として、その発明が新規なものであることと、進歩性があることを要求しているが、著作権法は創作性があればよい」と謂う。

が見受けられるのか、「創作性」をめぐる判例・学説と相まって検討する余地がある。

2. 創作過程の心理学的分析と法的保護にみられる反射

なぜ特許（発明）と著作権（表現）の保護可能性の基準が異なるのか、米国の議論を参考に論じる。嘗てより、Dale Olson(1983)¹⁷が言及するところ、著作権は、他の著作物と類似もしくは同一であるとしても、独立的に創作された作品（独創性要素）たれば、侵害が成立し得ないと謂われる。他方で、特許の所有者は、他者が独創的な発明をしても、特許発明と同一であれば特許所有者の排他権が認められる¹⁸、としている。また、Olson(1983)の見解は、著作権の保護基準について、クリエイターの「モチベーション」との関係で、クリエイティブな仕事に対する公平なリターンを確保することにより、刺激され、公共財（public good）としてクリエイティビティが発揮されることが重要であると謂う。そのために、法で要求されるオリジナリティの基準は、最低限度であるべき（As a minimal protection, the originality standards required for copyright protection should be minimal as well.）¹⁹と帰結する。

比して、Jeanne Fromer(2009)²⁰の見解では、特許法と著作権法はそれぞれ、法的保護を受ける創作物に、創意（ingenuity）における閾値（a certain threshold of ingenuity）をのりこえることが要求されると謂う。功利主義的な理解（utilitarian understanding）のもとでは、法が、作品の創作性に対する社会的利益と引き換えに、クリエイターへ排他権というインセンティブを付与するが、許諾無しに創作物が複製されるような知的財産の保護を欠いた状況においては、潜在的なクリエイターらの創作は見込めないと謂う。実際に、法的保護の可能性について米国特許法は、新規性（novelty）、非自明性（nonobviousness）、そして有用性（utility）という「高いハードルに適合する発明」を要求している。他方で、著作権法は、「より低いオリジナリティという閾値」を単に求めているに過ぎない、と指摘する。

さらに、そうした特許と著作権において閾値の違いの理由を、Jeanne Fromer(2010)²¹は、クリエイティビティ（Creativity）の心理学的洞察を、特許法と著作権法に適用して説明する²²。特許法と著作権法の法的な保護基準の差を観るのではなく、一連の創作プロセスを共有し、段階的に（下記で言及するように）観ていく。そのことが、それぞれ法制度に反射（mirror）されているものと捉え、規範的に正当であると解すわけである。

〈創作法を補完する実験心理学のアプローチ〉

- ・ 特許法による保護により、サイエンティフィックな創造性が動機づけられ（motivating）、また、著作権法による保護により、アーティスティックな創造性が刺激される（stimulating）。
- ・ 段階的説明（問題発見と問題解決に関連づけられる局面）は、創作プロセスにおける重要な構成要素である。
- ・ 「アーティスティックな創造性」の特徴は、創作プロセスのうち「準備（Preparation²³）」段階にあたり、問題発見が強調される。その新しさの閾値はいくらか低いと謂う。これは、著作権法で要求される「オリジナリティ」の価値基準（そのハードルの低さ）に反射される。
- ・ 「サイエンティフィックな創造性」の特徴は、創作プロセスのうち、「思案（Incubation）²⁴」、「解明（Illumination）²⁵」、「検証（Verification）」²⁶の準に段階を経ていく。問題発見（準備段階）もあろうが、問題解決（思案・解明・検証）につながる発明が強調され、より高度な新しさが要求される。これは、先に述べた特許法で要求される「発明」の価値基準（新規性・非自明性・有用性というハードルの高さ）に反射される。
- ・ 新しいものの見方（拡散的思考：Divergent thinking）を強調する芸術の分野と、より新しい解決策（収束的思考：Convergent thinking）を強調する傾向にある発明の分野は、クリエイティビティの過程を共有する。

¹⁷ Dale P. Olson, “Copyright Originality”, 48 Mo. L. REV. 29, (1983) at32-35.

¹⁸ 島並良「比較で学ぶ知的財産法 第4回 特許発明と著作物（2）-進歩性と創作性」法学教室（2012年7月 No. 382）118頁では、特許権は偶然の一致についても侵害として捕捉できる点（絶対的保護）と、著作権は依拠性を侵害成立要件としている点（相対的保護）に分けて説明される。

¹⁹ Olson・前掲注（17）at61.

²⁰ Jeanne C. Fromer, “Claiming Intellectual Property”, 76 U. CHI. L. REV. 719, 731, 743(2009)

²¹ Jeanne C. Fromer, “A Psychology of Intellectual Property”, 104 NW U. L. Rev. (2010) at1442.

²² Fromer・前掲注（21）at1456, 1483.

²³ Fromer・前掲注（21）at1463, 「準備は、問題の発見と必要な情報を集めることから成る。」

²⁴ Fromer・前掲注（21）at1464, 「思案は、準備した問いを解くため無意識の過程での情報と関係する。」

²⁵ Fromer・前掲注（21）at1465, 「解明は、問題を意識的に突きとめる瞬間である。」

²⁶ Fromer・前掲注（21）at1465, 「検証は、アイデアをテストしてしっかり開発する過程である。」