

『市場競争から見た知的所有権』

第 1, 2 章

今井 祐之

日時： 2001 年 11 月 25 日

場所： 立教大学

内容要約	2
第 1 章 知的所有権とは.....	2
1.0 対象	2
1.1 知的所有権の発生.....	2
1.2 知的所有権の経済的（機能的）根拠.....	2
1.3 知的所有権の法的（正当化）論拠.....	3
第 2 章 知的所有権制度.....	3
2.0 対象	3
2.1 概説	3
2.1 工業所有権	4
2.2 著作権	6
2.3 工業所有権と著作権との区別.....	7
第 3 章 歴史的価値観と基本的な法制.....	7
3.0 対象	7
3.1 概説	8
3.2 平等の観念	8
3.3 民法	8
3.4 裁判制度	8
第 4 章 知的所有権制度の確立.....	8
4.0 対象	8
4.1 各国制度	8
4.2 国際的制度	8
第 5 章 国際カルテルの時代.....	9
5.0 対象	9
5.1 独占禁止と特許制限.....	9
5.2 国際特許カルテル.....	9
第 6 章 自由主義経済とアンチパテント	9
6.0 対象	9
6.1 アメリカ国内の情勢.....	9
6.2 国際情勢	10
6.3 アンチパテント時代に現れた知的所有権の新潮流.....	10
第 8 章 第二次大戦と日本.....	11
8.0 対象	11

8.1 第二次世界大戦終了まで	11
8.2 第二次世界大戦後	11
第9章 知的所有権から見た日本の産業	11
9.0 対象	11
9.1 日本における特許権の特徴	12
問題点	12
1. 法的意識における区別の展開	12
第一段階——有体物と無形物との区別	12
第二段階——対象と自己との区別	13
われわれの立場	13
2. 資本主義的生産における特許権の位置	14
著作財産権と著作者人格権	14
知的生産物の帰属問題	14
3. 様々な中間形態	15
商標権の取り扱い	15
実用新案の取り扱い	15
4. 付随的諸論	15
独占と知的所有権	15
技術公開代償説について	15
産業政策上の問題	16
物権的権利と債権的権利との分離について	16

内容要約

第1章 知的所有権とは

1.0 対象

この章は、知的所有権の歴史的発生の説明を通じて、社会にとっての知的所有権の必要性を説明しようとしている。

1.1 知的所有権の発生

〔富田は日本の楽市楽座から話をはじめているが、こんな発明特許とも著作権とも無関係な話に付き合う必要はない。〕

イギリスの独占条例の例外規定：封建的独占と資本主義的独占との区別。1624年のイギリスの専売条例（独占条例）は封建的独占を禁止したが、しかしその例外規定（第6条）として、発明については一定期間に限って独占を認めた。

1.2 知的所有権の経済的（機能的）根拠

1.2.1 著作権の経済的根拠

1.2.2 工業所有権の経済的根拠

開発費用の回収など。

1.3 知的所有権の法的（正当化）論拠

「権利というものはほとんどがあまり明確な根拠を持ってはいない」（第 15 頁）。

1.3.1 著作権の法的論拠

著作権の法的論拠は、要するに自己労働に基づく私的所有である。自己労働の生産物が有体物であろうと無体物（知的生産物はそのほんの一部であるのに過ぎない）であろうとも、あるいは自己労働の対象化において現れている自己の姿がどれほど自己的であろうとも、自己労働の対象化は総て自己のものとして承認されなければならないのである。——「これらの知的所有権の法制は、独占であるか否かはさておき、フランス革命後の新しい民事法典の編纂の中で、新しい位置づけを与えられ、確定していった。人間の知的な活動は思想的な産物を作り出すのであり、それに対し人は所有権（propriété）を宣言できるというのである。そして現代の法制はその法理論の延長上にある」（第 13 頁）。

1.3.2 工業所有権の法的論拠

工業所有権の法的論拠：工業所有権の場合には、そもそも著作権のような単純商品流通の諸表象に即応した形態での正当化（すなわち法的な正当化）は不可能である。そして、——「工業所有権においては、産業政策上の問題もあって、法律論だけでは説明がしきれない」（第 16 頁）。

技術公開代償説：唯一のまともな説明は、オロウスキーの技術公開代償説である。この節は明細書の提出義務に着目し、技術を公開するということに対して代償を支払うということを以て、特許を正当化しようとした。乱暴に言うとも、特許は公開サービスと貨幣との等価交換であり、それなりに単純商品流通の諸表象に準拠しているように見える。なお、日本の最高裁判決もこの説を採用している。

第 2 章 知的所有権制度

2.0 対象

この章は、現代日本における知的所有権制度を例にとって、知的所有権諸法の体系、工業所有権法と著作権法との関連を説明している。

2.1 概説

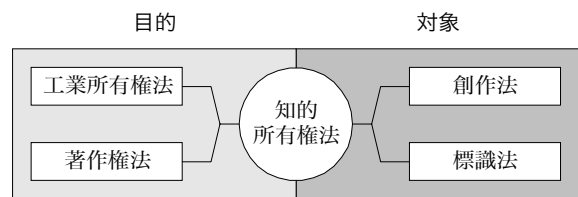
知的所有権の区別：目的の区別に応じて、知的所有権は工業所有権法と著作権法とに分かれる。保護対象の区別に応じて、知的所有権は創作法と標識法とに分かれる。

工業所有権法と著作権法：知的所有権諸法の中で、

産業発展を目的にする法が広義の工業所有権法である。この中で、特許法・実用新案法・意匠法・商標法が狭義の工業所有権法をなす。これに対して、文化発展を目的にする法が広義の著作権法である。

創作法と標識法：知的所有権諸法の中で、特許法・実用新案法・意匠法のように産業的創作を保護する法、および著作権法のように文化的創作を保護する法が創作法である。これに対して、商標法、不正競争防止法、商号を保護する商法などのように、営業上の表式を保護する法が標識法である。

工業所有権の内部区別：工業所有権法の核になるのは、特許 (Patent) である。実用新案 (Utility Model) は特許の簡易版である。意匠 (Design) は、美感を呼び起こすという点で著作権と共通する面をもつから、特許・実用新案とはやや問題を異にする。商標 (Trademark) は創作ではなく標識であるから、特許・実用新案・意匠とも著作権 (Copyrights) とも——これらは総て創作である——、全く問題を異にする。



2.1 工業所有権

2.1.1 特許

2.1.1.1 概説

対象：特許法の保護対象は発明である。

特徴：〔法律的な議論を別にすると、特許の特徴は、(i)それが公開されるということ、(ii)それが実施されなければならないということであろう〕。

2.1.1.2 要件

創作の高度性：特許法では、発明とは「自然法則を利用した技術的思想の創作のうち高度のもの」(特許法2条1項)のことであり(創作の高度性)。例えば、プログラムそのものは自然法則を利用したものではないから、特許の対象にならない。但し、全ての発明に特許が与えられるわけではない。特許が与えられる発明は以下の要件を満たすものだけである。

(1) 産業上の利用性：特許が与えられる発明は、「産業上の利用性」がある発明だけである。

(2) 新規性：特許が与えられる発明は、新規性を満たしている発明だけである。創作の新規性とは、その発明が公知公用技術²⁾でないということである。

(3) 進歩性あるいは非自明性：特許が与えられる発明は、進歩性(日本などの場合)あるいは非自明性(特にアメリカの場合)を満たしている発明だけである。(i) 創作の進歩性とは、その発明が、単に今までなかった(=新規性)だけでなく、今までのよりもかなり進んでいる技術であるということである。つまり、この(日本などの)基準によると、たとえ今までになかった技術であろうとも、遅れた技術には特許は与えられない。(ii) 創作の非自明性とは、その発明が、単に新しい(=新規性)だけでなく、公知技術とは明らかに(=自明でないほどに)異なる——公知技術よりも進んでいようとも遅れていようとも——技術であるということである。つまり、この(アメリカの)基準によると、たとえ新しい技術であろうとも、ほんの僅かにしか新しくないような技術には、特許は与えられない。

2.1.1.3 審査・登録・公開

日本の場合には、(a) 出願；出願人——発明者あるいは発明譲受人³⁾——が出願書類、特許明細書、図面を特許庁に出願する。特許明細書の中には、(b) 出願の公開；総ての出願について、特許庁は出願内容を公開する。(c) 審査；出願人から審査請求があった場合にのみ、特許庁がこれを審査する。(d) 登録；審査の結果として特許要件を満たしていると認定された場合には、特許庁は原簿にこれを登録する。

審査主義と無審査主義：特許権を得るためには、発明は書面で担当省庁(日本では特許庁)に提出されなければならない。その際に、当該省庁が特許権を審査した上で(審査主義)与える国と、審査なしで(無審査主義)与える国とがある。日本では審査主義が採用されている。

先願主義と先発明主義：特許は、独占的権利である以上、一つの発明について一人にだけ与えられる(一発明一特許の原則)。もし同じ発明が複数人から出願されたならば、先願主義では(発明が後であろうとも)先に出願した者が、また先発明主義では(出願が後であろうとも)先に発明した者が特許を取得する。日本などでは先願主義が、特にアメリカでは先発明主義が採用されている。

1) 「自然法則を利用し」ている以上、この発明に基づいて生産が行われると、——少なくとも確率的には——同じ結果が繰り返し発生するはずである(反復可能性)。

2) 特許出願前に、(1)日本国内で公然知られた発明(公知発明)、(2)日本国内で公然実施された発明(公用発明)、(3)日本国内あるいは外国で頒布された刊行物に記載された発明(文献公知発明)には、新規性がない。

3) 発明を行うのは自然人であるというのが法のタテマエである。職務発明の場合には、会社が特許権の権利者になることも、発明者が特許権の権利者になることもある。会社が特許権の権利者になるためには、出願者でなければならない。職務発明の中で、出願者が会社である場合には、“就業規則あるいは契約に則った形で、一定の代価と引き換えに、会社が発明者から発明を譲受した”ということになるわけである。

2.1.1.4 実施

特許権：特許権の権利者は、特許された発明を、(i) 自己で排他的に実施し得るし、(ii) 他者をして特許を実施させ得る。一般に、特許を実施する権利が**実施権**である。

実施権：他者をして特許を実施させる場合には、殆どの場合に、ライセンス契約を結ぶことになる。特許権の権利者はライセンサー、特許の許諾を受けた者はライセンシーになる。ライセンシーは特許権の権利者ではないが、**実施権**の権利者になる。ライセンシーはライセンサーに支払う実姉料がロイヤルティである。

契約実施権・法定実施権・裁定実施権：(a) 契約実施権；上記のようにライセンス契約を結んだ結果として発生する**実施権**が**契約実施権**である。(b) 法定実施権；これに対して、特に明示的に契約を結ばなくても、特許権の権利者以外の者が**実施権**をもつ場合に発生しているのが**法定実施権**である。例えば、職務発明の場合には、特許権については発明者から雇用者への譲渡が必要になるが、**実施権**については雇用者が自動的に無償でこれを有することになる。(c) 裁定実施権；**裁定実施権**とは要するに強制**実施許諾**に基づく**実施権**のことである。

通常実施権と専用実施権：(a) 通常**実施権**；特許権の権利者は、自己を含む複数の者に特許を実施させ得る。この場合に発生しているのが**通常実施権**である。この場合には、もちろん自己自身でも特許を実施し得る。(b) 専用**実施権**；特許権の権利者は、ただ特定の者にのみ特許を実施させもし得る。この場合に発生しているのが**専用実施権**である。この場合には、自己自身も特許を実施することができない。

2.1.2 実用新案

実用新案：実用新案法の保護対象は考案（小発明）である。一般に、実用新案の権利存続期間の方が特許の権利存続期間よりも短い。一般に、実用新案は無審査である¹⁾。なお、イギリス・アメリカには、実用新案制度はない。

2.1.3 意匠

意匠：意匠法の保護対象は意匠（デザイン）である。要するに、デザインとは、機能に照応する機能的定在の様式のことである。日本の意匠法によると、デザインは「美観」を呼び起こすということになっている。

意匠権と特許権・実用新案権：このように、「美感」を呼び起こすもの（定在様式）は機能から区別される。同じ機能をもつ物品が異なる定在様式を有し得る。「美感」を呼び起こすものは意匠法で保護されるのに対して、機能は特許法・実用新案法で保護される。

意匠権と著作権：意匠は「美観」を呼び起こすものであるから、一般に、「美感」を呼び起こすものの中で、大量生産の量産品の定在様式は意匠法で保護されるのに対して、一品制作の芸術品のそれは著作権法で保護される。

機能的デザイン：機能の定在様式に対する関係は照応関係であるから、一つの機能に複数の定在様式が照応するというだけでなく、一つの機能に一つの定在様式しか照応しない（機能的デザイン）ということもあり得る²⁾。後者の場合には、意匠は保護されない。

部分品の意匠：特にアセンブル型の生産物の場合には、機能的定在様式を構成するのは多くの部分品である。もし個別的部分品のデザインにも意匠権が設定されるのであれば、消費者は修理の際には

1) 「この制度の特徴は世界的に見て、審査をしない特許ということであ」(第 28 頁)る。なお、日本では、実用新案は以前には審査されていたが、現在では無審査である。

2) なお、もし後者の場合だけが「機能的デザイン」と呼ばれるならば、前者の場合は機能的デザインではないということになるであろう。しかし、日常品の総てのデザインは機能に照応しているのである。例えば、花柄の金槌は可能であるが、豆腐形状の金槌は不可能である。

高価な純正品を買うしかないであろう。結局のところ、この問題は政治的に決着される（生産者の横暴が制限される）。

内部部品の意匠：内部部品のデザインは消費者にとって「美感」を呼び起こすものではないが、意匠法で保護される¹⁾。

2.1.4 商標

商標：商標法の保護対象は商標（商品商標と役務商標）である。他の工業所有権とは異なって、商標権は半永久的権利である。そもそも「商標はいわゆる知的な産物に対する独占権ではない」（第 32 頁）。それならば、これ以上駄話に付き合う必要はない。

2.1.5 広義の工業所有権

- (1) 不正競争：省略。
- (2) 種苗：省略。
- (3) 半導体チップ：省略。

2.2 著作権

2.2.1 対象

対象：著作権の保護対象は著作物である。著作物とは、「思想又は感情を創作的に表現したもの」（著作権法第 2 条）、つまり表現である。表現とは内的なものを外に押し出すことであるから、内的なもの（＝「思想又は感情」）それ自体は著作物ではなく、従って著作権によって保護されない。

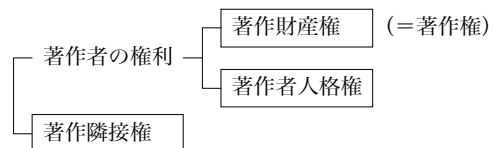
要件：著作権の決定的な要件は創作性である。

二次的著作物と編集著作物：著作権は階層的に発生し得る。(a) 二次的著作物；例えば、或る著作物（＝原著作物）を翻訳・翻案すると、その結果として新しい著作物（＝二次的著作物）が発生する。従って、原著作物とは別に、二次的著作物にも著作権が付与される。(b) 編集著作物；編集に創作性が認められる場合には、表現としての編集物それ自体が、その個々の構成部分とは別に、著作物になる。

共同著作物と結合著作物：(a) 共同著作物；複数の著作者が共同で著作して一つの著作物を創作した場合には、この著作物は共同著作物になる。共同著作物は、分離しては利用され得ない。例えば、共同著作物としての共著論文は、著作権者全員の同意がないと、出版され得ない。(b) 結合著作物；これに対して、複数の著作者の著作物を単に集めたのに過ぎない場合には、この著作物は結合著作物になる。結合著作物は、分離して利用されうる。例えば、結合著作物としてのオムニバス論文集は、著作検車全員の同意がなくても、同意しない著作者が権利を持っている部分を除いて、出版され得る。

2.2.2 権利

著作財産権：著作財産権は、著作者が著作物の利用によって収益を上げる権利であり、権原がない者が著作物の利用によって収益を上げるといことを妨げる権利である。著作権は、著作の性質に応じて相異なる多数の権利（複製権など）の束である²⁾。日本では著作権とは著作財産権のことのみを指す。



著作者人格権：著作者人格権には、公表権、氏名表示権、同一性保持権が含まれている。著作財産

1) そもそも意匠は美しいかどうかという評価とは無関係に発生する。そもそも意匠は機能に照応する定在様式だったのである。法律はそれを無理やりに「美」の世界に押し込めようとした。しかし、部分品の意匠では、意匠は「美観」とは無関係であるということが明らかになっている。

2) 演劇については上演権。音楽については演奏権。放送の放送権・有線放送権。講演・朗読などについては口述権。絵画・写真などについては展示権。映画については上映権。映画フィルムについては頒布権。

権が譲渡されうるのに対して、著作者人格権は譲渡され得ない。なお、著作者人格権は、日本では著作権に含まれていないが、ドイツなどでは著作権に含まれる。著作者人格権は著作者のものであるが、著作権は著作権の権利者のものである。

著作隣接権：著作財産権と著作者人格権とが著作者がもっている権利であった。これに対して、著作物について、その著作者以外にも、実演家・放送事業者・レコード制作者は著作隣接権 (certain rights called neighbouring on copyrights) を持っている。著作隣接権は、著作者が持っている権利ではなく、従って著作権ではない¹⁾。

無法式主義と方式主義：著作権を取得するためには、アメリカのように登録が必要である (=方式主義) 国と、日本・ヨーロッパのようになんの登録も必要でない (=無法式主義) 国とがある。

法人著作：従業員が職務で著作した場合には、法人が最初から (なんの譲渡もなしに) 著作権の権利者になる。

2.3 工業所有権と著作権との区別

[ここで、日本の法制度を表象しながら、工業所有権——範疇的には特許権——と著作権との区別について補足しておこう。]

無法式主義と審査主義：日本などの場合には、著作権は無法式で著作者のものになるが、特許権は審査を経て初めて出願者のものになる。但し、アメリカのなどでは著作権について方式主義を採用しているし、また日本では同じ工業所有権でも実用新案については無審査主義が採用されている。従ってこれは、全くどうでもよい区別であろう。

期間：一般的に言うと、著作権の保護期間の方が工業所有権の保護期間よりも長い。例えば、日本では、著作権は死後 50 年。

目的：既に見たように、日本の法制度では、そもそも工業所有権と著作権との区別は、目的の区別、および対象の区別であった。目的の区別も無概念的なら、対象の区別も無概念的であり、目的と対象との関連も無概念的であった。産業発展という目的に無理やりに発明という対象を対応させ、文化発展という目的に無理やりに著作という対象を対応させていた。しかし、現在では、著作物も産業発展に役立つものになってきている。目的の区別は既に崩壊した。

法人著作と職務発明：法人著作の場合には、最初から法人に著作権がある。これに対して、職務発明の場合には、発明は個人的発明家によって行われるというタテマエに立っているから、法人は契約を結んで有償で従業員から特許の出願権を譲渡してもらわなければならない。これを通じて初めて、法人が特許権を取得し得るようになる。

創作性と新規性あるいは非自明性：既に見たように、著作権は、創作性を要件にするが、新規性を要件にはしない。従って、もし全く同一の著作が二人の個人によって全く独立に創作されたのであれば、どちらにも著作権が付与される。これに対して、特許の場合には、新規性あるいは非自明性を要件にするから、一発明一特許の原則が存在する。

第 3 章 歴史的価値観と基本的な法制

3.0 対象

この章は各国間での歴史的な経済発展の相違に即して、現在の知的所有権制度の相違を説明している。この章では、富田は、いわゆる唯物史観と全く同じ立場に基づいて「かなり強引な説明」(第 56 頁)を行っている。

1) 例えば、歌謡曲は、歌詞という言語著作物と、曲という音楽著作物とが統一された著作物である。歌手はこの歌謡曲という著作物を利用するが、しかしこの歌謡曲の著作者になるわけではない。

3.1 概説

知的所有権の基本はどの国でも同じである。しかし、知的所有権制度は各国毎に異なっている。その背景には、「文化的な価値観」（第46頁）の相違がある。文化的な価値観の相違の背景には、歴史的な経済発展の相違がある。

3.2 平等の観念

アングロサクソン型資本主義では、個人の利益が優先され、機会の均等（機会の平等）が重視される。これに対して、ライン型資本主義では、共同体の利益が優先され、平等な分配（結果の平等）が重視される。ライン型資本主義であるドイツで、一方で特許権保持者だけが利益を得るのを許しておらず、他方でトラスト・カルテルを許していたのは、これに起因する。

3.3 民法

アングロサクソン型資本主義であるイギリス・アメリカでは、コモンローが基本にあつて、現実の変化に応じて、それを判例がだらしなく承認する。

ライン型資本主義であるドイツ・フランスはきちっとした民法がある。しかし、同じライン型資本主義でも、ドイツとフランスとでは民法の性格が異なる。

物の概念：有体物と無体物。有形物と無形物。この相違をもたらしたのは、歴史的な経済発展の相違であつて、一言で言うと、ゲルマンでは物々交換が行われていたのに対して、ローマでは貨幣経済が発達していた。ドイツ民法はゲルマンの慣習を継承したのに対して、フランス民法はローマの慣習を継承したのである。

3.4 裁判制度

3.4.1 裁判所の役割

同じくドイツとフランスとでは裁判所の役割が異なる。

3.4.2 陪審制度と実質証拠の原則

第4章 知的所有権制度の確立

4.0 対象

この章は、その発生から第一次世界大戦までの時期について、各国の知的所有権制度の歴史と特徴とを説明している。また、国際的な知的所有権制度の発生を説明している。

4.1 各国制度

4.2 国際的制度

パリ条約：特許権については、1883年にパリ条約が締結された。その内容は、(a) 加盟国の国民は内国民待遇を受ける；(b) 第一国への出願から一年以内に他国に出願した場合に、その間には他人にいかなる権利も発生しない（優先権）；(c) 各国の特許制度は相互に独立的である；(d) 不正競争からの保護を各国が約す、など。

ベルヌ条約：著作権については、ベルヌ条約が締結された。その内容は、(a) 無方式主義、(b) 著作者人格権の承認、など。

世界戦争と特許：一言で言うと、国家間の戦争においては、特許権は蹂躪されなければならない。第一次世界大戦では、敵国の特許は取用され、また、戦争遂行に必要な技術についての特許は、自国

民が取得した特許であろうと敵国民が取得した特許であろうとも、強制実施許諾された。

第 5 章 国際カルテルの時代

5.0 対象

この章は、ドイツとアメリカとを例にとって、戦間期における国際特許カルテルの形成を説明している。

5.1 独占禁止と特許制限

アメリカ：ニューディール政策では、農業調整法に見られるように、生産量と価格とが協定で定められ、従って反トラスト法の適用から除外した。しかしまた、結局のところ、ニューディール政策は批判を受け、反トラスト法の弱体化は阻まれた。

ドイツ：社民党政権では、公共福祉のために私権が制限された。そこで、平時にも、特許権の取用と強制実施許諾とが行われた。

小括：アメリカでは反トラスト法に基づいて、独占形成が禁止された。これに対して、ドイツでは、民法の権利濫用法理に基づいて特許権が制限された。「ドイツはカルテルを認めてそれに国家が介入するのであるから、当然、国際カルテルにドイツ政府が介入してくることになる。一方アメリカはカルテルを違法とするのであるから、国際カルテルを結ぶ企業は表だつてはカルテル行為を行えず、その結果、特許権を煙幕にしたカルテル活動を行い始めるのである」(第 100 頁)。

5.2 国際特許カルテル

国際特許カルテル：各国の独占企業がカルテルを結び、市場を地域的に分割して、自己が支配する市場には他国の独占企業が参入し得ないようにする。一般的に言って、これが国際カルテルである。

市場分割手段としての特許：特許権は各国で独立して存在している。A 国の独占企業 α と B 国の独占企業 β とがカルテルを結ぶと仮定しよう。 α が A 国に x 技術についての特許権を持ち、 β が B 国に x 技術についての特許権を持っていれば、国際カルテルによる参入制限が実効的に保証される。つまり、カルテル加盟企業 α もカルテル非加盟企業 λ も、B 国の独占市場に参入し得ないようになる。

カルテル間での技術移転：国際特許カルテルのもとでの技術移転は独自の形態を受け取る。すなわち、特許権が相互に譲渡されるわけである。例えば、上例の x 技術を発明するのは α であったと仮定しよう。その場合に、 α が A 国に x 技術についての特許を出願し、その特許権が β に譲渡され、こうして β は B 国に x 技術についての特許を出願するわけである。こうして、カルテル加盟企業以外の参入を阻止するように、技術が移転する。

第 6 章 自由主義経済とアンチパテント

6.0 対象

この章は、第二次世界大戦中からベトナム戦争終了までのアンチパテントの時代を扱っている。

6.1 アメリカ国内の情勢

反トラスト法：アメリカの反トラスト法の特徴は、(a) 州際取引および国際取引を取り締まる（週内取引については州法が優先する）；(b) 刑事制裁とリンクする（また、判例では民事制裁も行われている）。

戦時中の判例：(a) もし特許権や特許権者に違法性があるならば、権利者側が敗訴するだけでなく、三倍賠償額を請求される（クリーンハンドの原則）。(b) 特許権の実施契約で、特許権がない材料等の購入を要求するということが禁止される。(c) 特許のクレーム放棄において善意であるということが要求される。つまり、特許のクレームの一部放棄を、他のクレームを無効にするために利用するということが禁止される。

6.2 国際情勢

情勢：植民地の独立は、各国の独占資本にとっては、自己が分割支配する植民地市場の消滅を意味する。従って、第5章で見たような国際特許カルテルは基本的に崩壊し、寧ろ先進帝国主義国の各国市場を、独占資本が奪い合うようになった。特許について言うと、独占資本は、特許を自国で取得するのとともに各国の独占資本に譲渡するのではなく、そうではなく、各国で取得するようになった。

(1) 統一的特許制度：独占資本が相互に各国で特許を取得するようになると、特許出願数が増大する。ヨーロッパでは、条約で特許法が統一され、またヨーロッパ特許庁が設立された。こうして、ヨーロッパ特許庁への単一出願がヨーロッパ各国への個別の出願と同等の効果を生じるようになった。

(2) パテントファミリー：独占資本が相互に各国で特許を取得するようになると、特許明細書が多言語に翻訳されなければならないようになる。各国で特許を取得する場合には、パリ条約の優先権の規定を利用して、自国での出願から一年以内に各国に特許が出願される。こうして、あらゆる言語訳が揃っているパテントファミリーができあがる。

(3) 並行輸入：独占資本が各国で特許・商標を取得し、また正規代理店を通じて各国に商品を販売するようになると、それに対抗して、並行輸入が行われるようになる。消尽理論に基づいて、“輸入元の国で特許権・商標権が消尽されているから、輸出先の国での特許権・商標権の行使は特許料・商標使用料の二重取りになる。それ故に、輸出先の国の特許権・商標権を利用して、その国への並行輸入を阻止するということはできない”という判例が一般的である。但し、日本では、まだ判例が確立していない。

6.3 アンチパテント時代に現れた知的所有権の新潮流

6.3.1 世界公知

国内公知から世界公知へ：特許要件としての新規性の判断基準が国内公知から世界公知に切り替えられた。

6.3.2 物質特許

(1) 微生物利用によって作成された化合物の特許：もともと、物質特許は、アメリカ・イギリスでは認められていたが、ドイツ・日本では認められていなかった。しかし、合成化学において微生物利用が進むと、物質特許の要請が強くなる。何故ならば、もした製法特許のみが認められており、しかるに物質特許が認められていないのであれば、化合物の製法に複数のものがある場合に、最初に化合物を発見するまでの投資がペイされなくなるからである。そこで、ドイツ・日本でも物質特許が認められるようになった。

(2) 遺伝子組み替えによって作成された微生物の特許：しかしまた、アメリカでも、遺伝子組み替えによって作成された微生物の特許は、認められていなかった。ところが、チャクラバーティ判決で、遺伝子組み替えによって作成された微生物の特許もまた、認められるようになった。

(3) 植物品種の特許：そもそも植物品種の保護には、ヨーロッパ起源の新品種保護法（日本では種苗法）と、アメリカで認められていた植物品種の特許という、二つの方法があった。品種改良の方法が交配から遺伝子操作に移ってくると、遺伝子操作は特定の品種に限定されないから、新品種保護法には馴染まなくなってきた。

6.3.3 プログラムの知的所有権

(1) 著作権によるプログラム保護：当初は、プログラムについては著作権がこれを保護し、またプログラムが実現する機構については特許権がこれを保護するというように、プログラムと機構とで法が分かれていた。ところが、裁判実務上、アメリカでは、著作権侵害を立証するためには、陪審員の説得が必要である。しかし、陪審員にプログラムの審議は困難である。従って、著作権によるプログラム保護は失敗した。

(2) 企業秘密によるプログラム保護：そこで、プログラムは企業秘密によって保護されるようになった

た。但し、アメリカの場合には、企業秘密は特許権・著作権とは異なって連邦法に基づく権利ではない。

(3) 特許権によるプログラム保護：また、プログラムそのものは自然法則を利用したものではないから特許権によっては保護されないが、機構を制御するためのプログラムが機構と不可分のものである場合には、プログラムは機構の一部としては、自然法則の利用という要件を満たす。そこで、特許権がこういう形態でプログラムを保護するようになってきた。

第 8 章 第二次大戦と日本

8.0 対象

この章は、戦間期、第二次世界大戦中、第二次世界大戦直後の日本における特許取得の特徴を扱っている。

8.1 第二次世界大戦終了まで

外国から日本への技術移転：戦争中は敵国の製品の輸入が不可能になる。そこで、戦間期および第二次世界大戦中に政府が国産化政策を推進した。また、第二次世界大戦中は、敵国人の特許が取用されたから、国内企業への技術移転が行われた。

国内企業間での技術移転：財閥毎に隔てられた同種企業間で技術移転を推進するために、1943年に特許発明等実施令が交付された。これによって、総動員業務を行う企業がその業務を遂行するのに他者の特許を使用しなければならない時には、内閣総理大臣がその実施権の設定をするようになった〔一種の強制実施許諾〕。それとともに、財閥の壁を越えて同種企業間で技術交流が行われるようになり、その結果として、敗戦時には、同種企業はほぼ同じ技術力を持つのに至った。

8.2 第二次世界大戦後

8.2.1 市場と競争

市場の変化：日本は植民地での市場を失った。しかし、(a) 農地解放は農村での市場を拡大した。また、(b) 女性解放は家屋内の電化を文化的に後押し、これを通じて家電市場の拡大に貢献した。以上を通じて、国内市場は拡大した。

競争の促進：財閥解体はそれまでの競争秩序を解体し、激しい競争を実現した。

不正競争の防止：模倣製品の輸出とダンピングとは戦前の日本のお家芸であった。サンフランシスコ平和条約の全文に公正競争の遵守が盛り込まれているということから判るように、外圧によって模倣製品の輸出は徐々に困難になっていった。

8.2.2 技術移転

戦時中に開発された日本の軍事技術：戦前・戦中に取得された（軍事技術に関する）秘密特許は民間に公開された。復員してきた技術将校は民間企業を創業／に就職した。

アメリカの技術：朝鮮戦争が始まると、アメリカは開発中の最先端技術と、戦時中に開発された技術とを積極的に日本企業に供与された。開発中の最先端技術には、マイクロ波、半導体などがあつた。戦時中に開発された技術の特徴は、拡大した戦線に適合するための、可搬性と耐気候性とであった。可搬性という要件は、製品の小型化を要請した。また、日本は南北に気候が異なるから、耐気候性という要件を満たすのに都合がよかった。

第 9 章 知的所有権から見た日本の産業

9.0 対象

この章は、第二次世界大戦から今日に至るまでの、日本における特許権の特徴を大量出願として纏めている。第 8 章に引き続いて、ここでも、扱われている知的所有権は工業所有権（特に特許権）だ

けである。

9.1 日本における特許権の特徴

大量出願：日本における特許権の特徴は特許の出願の数が相対的に多数だということである。

大量出願の原因：日本では、一つの業種にほぼ同じ技術水準を持つ、相対的に多数の企業が激しく競争しており、これらの企業が横並びで類似製品を開発する。特許権を侵害しないように類似製品を開発する以上、他者とは微妙に異なる技術を用いなければならない。そこで、これらの企業は同種製品の開発において各自、同等ではあるが微妙に異なる特許を出願することになる。相対的に多数の企業がそれぞれ同種の製品を開発して、しかもその製品について各自、特許を出願するから、日本では大量出願という現象が現れる。

新規参入への大量出願の影響：日本には特許カルテルはない。しかし、相対的に多数の企業が同種製品の製法についてそれぞれ異なる特許を取得すると、他の製法を発見するのは非常に困難になる。そこで、一つの業種において同種製品を開発する企業数は相対的に多数であるとは言っても、安定的である（それ以上は増えない）。こうして、——相対的に多数の既存企業が激しく競争し合っているとは言っても——、新規参入は阻止されている。従って、大量出願は事実上、カルテルと同様の効果を持つ。

利益配分への大量出願の影響：第一次世界大戦後のドイツでは、技術水準が相対的に低度であり、他の先進国に追い付くために、強制実施許諾が行われた。これによって、企業間で完成した技術が共有され、それを通じて利益が配分された。これに対して、現在の日本では、技術水準が相対的に高度であり、特許権は尊重されている。しかし、類似製品について大量出願が行われると、実際には細目については各社が相互に特許権を侵害し合っているから、逆に、各企業は相互に特許権を尊重せざるを得なくなる（よほど重要な発明について以外では、特許権侵害で係争しないようになる）。こうして、企業間で類似技術が共有され、それを通じて利益が配分されている。従って、大量出願は事実上、強制実施許諾と同様の効果を持つ。

問題点

1. 法的意識における区別の展開

第一段階——有体物と無形物との区別

第一段階。ドイツ法の出発点是有体物と無体物かという素材的な、非本質的な区別である。法的意識は有体物と無体物という素材的区別を絶対化し、無体物と知的生産物との素材的同一性を確認する。とは言っても、その同一性たるや、有体物ではないという、消極的・否定的な同一性なのだが。だからこそ、商標は、——何故に“知的”であるのかさっぱり解らないのにも拘わらず——知的所有権に含まれるのである。

生産物が物体であるのか物体でないのかという素材的な区別から、無形物に対する所有権をゴツタ混ぜにする。ゴツタ混ぜという形式での統一が“知的所有権”である。

「著作権は伝統的に工業所有権とは別の法体系であ」(第 37 頁)る。「しかし現実には〔……〕産業上の法制に近づいている」(第 37 頁)。寧ろ、産業政策上の必要性が正当化の必要性を呑み込み、こうして工業所有権が著作権を呑み込んだと考えるべきである。

しかし、このような非本質的な区別では、電気などのような対象的な無体物と知的生産物とを区別するという事はできない。

第二段階——対象と自己との区別

第二段階。次にそれが対象的であるのか、自己的であるのかということで区別が行われる。ここで、対象と自己との、物と知との区別が事実上、現れる。

電気は物体ではないが、対象的なものだから、物体として見做される。

物体である（有体物）のか、物体ではない（無体物）のかという区別からは商標権は知的所有権に含まれる。われわれはこの第二の意義における知的所有権を本来の知的所有権として見做そう。それならば、商標権は知的所有権から除外されなければならない。

しかしまた、知は対象的・物的な形態をとるから、知の物的な形態に対して所有権が設定される。知そのものではない。発明は書面化されなければならない（明細書）。演劇構想は対象に記録されるか、あるいは実際に演じられる（これも、いやこれこそが対象化である）かしなければならない。

そもそも所有権を設定し得るのは対象に対してのみであって、自己は所有され得ないものである（奴隷は自己としてではなく、対象として所有されたのである）。所有の対象は必ずや対象であるのだから、自己と対象との区別と言っても、対象において現象する限りでの相対的区別である。

そもそも対象は自己の対象であるから、自己ではない対象はあり得ない。総ての物的生産物は知的生産物なのである。逆に、知的生産物の方もそもそも自立したのではない。われわれの精神的労働そのものは、対象ではなく、従って所有の対象ではない。精神的労働の産物こそが所有の対象になるのだが、そのような産物は必ず対象的な形態を受け取る。小説は書籍という物的実存形態を受け取る、音楽演奏は CD という物的実存形態を受け取る、等々。総ての知的生産物は物的生産物なのである。

われわれの立場

われわれの立場。第一に、総ての所有権は知的所有権である。そもそも所有とは労働の結果であるべきものだが、他ならない労働が労働において知識を措定し、この措定を通じて知識を前提するからである。総ての労働は知識の産出であり、且つ知識の適用である。所有はこれこれまた、労働の結果としては、知識の成果でもある。もちろん、そのように所有が労働によって措定されるやいなや、今度は所有は労働に前提されるようになる。但し、資本主義社会では、労働の結果——所有——は、労働とは無関係なものとして現象する場面において、つまり交換過程において、現象する。何故ならば、交換過程以外には、私的所有者間での——人格間での——相互的承認の場面がないからである。交換過程で、自己労働（＝原因）に基づく所有（＝結果）という形態で、原因と結果とが分離した場面で、原因と結果との統一を表す。

このような、労働と不可分であり、且つ労働（つまり自己、すなわち自己労働）にしか正当化の根拠がないのにも関わらず、労働そのものにおいては正当化のメカニズムがなく（＝労働の無自覚性）、交換過程という労働そのものから完全に分裂して自立した労働の肢体においてしか正当化（＝自覚化）のメカニズムがないから、交換過程が労働過程から自立化するのと同様に、所有もまた交換過程から自立化してしまう。単なる権利として自立化した所有権。占有から分離した単なる権利としての所有。従ってまた所有者にとってさえ全く外的な所有。占有と所有との分離の帰着は所有と所有者との分離である。コンスタンチノーブルの不在地主。株主の場合には更に事態が深刻。

第二に、しかし、知的所有権は他の所有権から区別されて現象する。換言すると、知的所有権は他の所有権とは異なる。両命題を通じて、知的所有権は所有権一般の特質を体現する。

知識そのものは労働の結果であるが、労働の結果として対象的に自立化せず、有機的であるからである。

さて、そもそも労働は知識の適用であるが、大工業において、遂に科学的知識の意識的・計画適用として昇華する。外形的事実に着目するならば、科学的知識が知識から区別されるのは、第一に体系的であるということ、第二に、この体系的性をつうじて公開されているということである。

以上の点を平板に表現しているのが以下の文である。——「知的所有権という言葉は非常に範囲が広い。人間が作り出したものは全て、知的所有権に含まれてしまいそうだからである」（第 5 頁）。こ

こには、第一に、「人間が作り出したものは全て、知的所有権に含まれ」という本質的・概念的な関係が述べられている。しかし、第二に、「そうだ」という表現で、「人間が作り出したものは全て、知的所有権に含まれ」るわけではないという、その現象形態が述べられている。つまり、知的所有の概念と、その現実化における概念否定との両者が言及されているわけである。

2. 資本主義的生産における特許権の位置

著作財産権と著作者人格権

法律的に言うと、知的所有権は、人格的権利（人格権）かつ財産的権利（所有権）である。法律的な小理屈を別にすると、この統一は——一言で言うと——所有権と呼ばれる。この二つの権利を統一する主体が、単純商品流通における人格的な主体、つまり自由・平等な私的所有者である。私的所有者は人格的な主体だから人格権を有し、私的所有の主体だから所有権を有する。または、換言すると、同じ一つの権利が、主体的自己に即しては人格権として現象し、客体的対象に即しては所有権として現象する。——それだけの話である。

法的意識にとっては素材的な区別が総てであるから、物的生産物と知的生産物との素材的区別を絶対化し、その上でこの区別そのものを統一しなければならない。要するに、“物的生産物と知的生産物とはこういう風に素材的に違うから、同じ法をそっくりそのまま当て嵌めるわけには行かない。けれども、やはり同じ権利（所有権）として保護されなければならない”というわけである。

「知的所有権とは開発技術や創作、営業努力などを保護する権利であるが、これらの権利は技術開発—産業—消費者という市場構造と対応した権利である」（第5～6頁）。

知的生産物の帰属問題

法人著作・職務発明について、個人の役割を強調する立場は、確かに、著作者・発明者と著作権・特許権の権利者との分離、それ故に、個人と組織との対立、人格と物象との対立、労働と資本との対立を見抜いている。しかし、それだけでは、プルドン主義に留まる——寧ろ、直接的にロマン主義に移行する。

資本の社会的生産のリアリティ、資本の生産力のリアリティにおいては、法人著作・職務発明の場合には、寧ろ、果たして個人が著作者であるのか、果たして個人が発明家であるのかということが問われるべきである。ここから、労働の社会的生産力を資本の生産力に転換する立場（法人著作・職務発明を資本のものとして承認する立場）と、労働の社会的生産力を労働の個人的生産力に還元する立場（プルドン主義の立場、合衆国憲法の立場）との分離が成立する。後者の立場は、それだけでは、前者の立場を批判しきっていないのであって、結局のところ、前者のカウンターパートであるのに過ぎない。後者の立場の唯一の積極性は、反資本主義的だという点だけにある。しかしまた、それは“反社会的だ”という仕方でのみ反資本主義的なのであって、社会性を基準にする限りでは、前者の方が積極的になる。前者は資本主義的生産の敵対的社会性の社会性を擁護する立場であり、これに対して後者は資本主義的生産の敵対的社会性の敵対性を批判する立場であり、結局のところ、どちらも、対立し合って補完し合う両極の中の一極であるのに過ぎない。

ドラッカーは、知識が個人とは不可分のものであるということを論拠にして、私的所有者の形成を見る。この幻想も崩壊している。知識は個人とは不可分なものであり、且つ社会的に共有（シェア）されるしかない。ドラッカーの幻想もまた、企業のリアリティにおいて、企業秘密において、知識は個人のものではなく企業のものであるべきだという当為において、崩壊している。

3. 様々な中間形態

商標権の取り扱い

法的意識にとっては素材的な区別が絶対的であるから、商標権も知的所有権に含まれる。“商標は物体ではないから、知である”というわけだ。そしてまた、それは知的所有権の中でも工業所有権に含まれる。どう考えても、その目的は文化の発展ではなく、産業の発展だからである。

こんな馬鹿馬鹿しい議論に付き合う必要はない。われわれにとっては、商標は知的生産物ではない。実際にまた、法律家が工業所有権と著作権との対立の話をする時には、商標権はどこかにいってしまう。法律家が無自覚的に捨象する商標権を、われわれは自覚的に捨象しよう。

実用新案の取り扱い

特許と実用新案とを区別するのは、結局のところ、現在では審査があるのか無審査であるのかという違いだけである。これも本質的な区別ではない。個別的な当事者にとって無審査であるということがどれほど大きなメリットであろうとも、そのような純粹に制度的な区別は所有権の本質とも産業政策の本質とも無関係である。だから、われわれは実用新案を特許に含めておこう。

両極として設定されているのは、特許権と著作権であって、このような中間的な性格のものはこの両極に即して理解されなければならない。

物と知との分裂

ソフトとハードとの分裂

4. 付随的諸論

独占と知的所有権

独占条例。資本主義の発展を阻害する独占と、促進する独占とを法的意識が区別したのである。最初から特許が独占の問題として意識されていたというのは注目に値する。特許は独占なのであって、法的意識がそれを排他的権利として独占的権利から素材的に区別しようとも、やはり独占である。両者を区別するのは資本にとっての意義の区別だけである。ここで、競争が独占であって独占ではないという矛盾——一言で言うと、競争は競争でないものであるという矛盾——が資本に役立つ独占と役立つしない独占との制度的区別という形態で現象しているわけである。

封建的特許が死滅していくのに連れて、特許は発明特許——資本主義的特許——のことだけを意味するようになる。現在では、「特許」と言って朱印状を表象する者はいないであろう。

著作権が人権を出発点にしているのに対して、特許権は特権を出発点にする。実は著作権もまた人権ではなく、市民権であるのだが、このことはよくは見えてこない。寧ろ、特許権を見る方が、資本にとっての独占・特権の区別が目に見えるようになる。

知的所有権法と独禁法との関連を巡る法律的戯言。

知的所有権において、私的所有権が独占的権利として現象している。私的所有権は独占的権利である。この独占的権利が、資本主義の発展に応じて、つまり（現象面では）産業政策上の要請に応じて、資本主義発展に適合的な権利と阻害的な権利とに区別されて現れる。法的意識は、前者を排他的権利と呼び、後者を独占的権利と呼ぶ。

そもそも私的所有権は独占権なのである。但し、資本主義の成立に不可欠な独占権なのである。やがては封建的独占権と同様に、しかしまた本来の資本主義的独占権（社会的生産の発展）にとって、このような独占権は桎梏になる。

技術公開代償説について

この説は、“公開”に着目しているという点で、事実上、大工業の現実性に基づいている。例えば、

寿司職人の高度な技能が“公開”されたからと言って、それを真似することができかどうかは、全く個別的・偶然的である。もちろん公開が生産様式を伝播させるのは、偶然的な事実としては、古代からあったであろうし、とりわけ手工業でもマニファクチュアでもあったであろう。だが、公開が生産様式を必然的に普及させるというのは、機械設備が導入された後のことである。だから、“公開”をシステムに内在的な、必然的な要因として把握するということは、大工業という歴史的事実を前提するのである。

この説のポイントは公開され得ない技術を公開するという点にある。しかし、そもそも科学的知識の意識的適用においては、知はこれから公開されるのではなく、既に公開されているのである¹⁾。逆に言うと、可能性から見て発明はいくらでも真似することができるからこそ、発明者の経済的利益を護るためには、特許によって保護されなければならないわけである。特許取得者側の立場に立って言うと、絶対に真似することができないような発明——if exists——については、なにも特許を取得する必要はない。公開義務は、いわば“真似”を促進し用意するのに過ぎない。その限りでは、この説が依拠しているのは、事実上、既にテクノロジーが公開されている大工業の現実性ではなく、公開され得ない技能を公開する手工業の現実性である。

ここに矛盾がある。結論として言うと、大工業の現実性においては、特許の法的正当化はおおよそ不可能である。

産業政策上の問題

新技術を普及させてはならず、普及させなければならない。

知は独占されなければならない、独占されてはならない。

この矛盾を媒介する一契機が特許である。実際には、問題は特許そのものではなく、資本主義的大工業の矛盾である。大工業においては、特許がなくても新技術は普及するし、且つ理念的には、特許があろうとなかろうと、新技術は“普及”しない（資本主義的生産に特有な、特別剰余価値をとともなう普及は、タイムラグを前提する。しかし、固定資本の償却などという外的な理由を別にする——この理論によると、発明は償却後にしか行われなければならないはずだ——と、知は科学的知識として公開されているのだから、新技術は瞬間的に普及し得る。しかし、普及の前提はタイムラグなのだから、瞬間的に普及するということは、普及しないということである）。すなわち、そもそも特許権は所有権の正当化問題ではなく、産業政策上の問題である。

徴収権から独占権への転化について。

自分で実施するか実施を許諾するか。

物権的権利と債権的権利との分離について

財産権＝所有権（物権）＋債権

法律的には、知的所有権には権利行使期限があるから、知的所有権は物権的権利（所有権）ではないと表象される。しかしまた、債権的権利を重視するフランスモデルと物権的権利を重視するドイツモデルとに分割するというのも全く無意味である。“物権的権利がないところに債権的権利が発生し得るのか”という問題に答えが出ない。知的財産について言うと、“この債権的権利に対応する債務的義務は何であるのか”という問題に答えが出ない。

物権的権利と債権的権利とはどちらが重視されるかという問題ではない。問題は、物権的権利と債

1) ここでは私は概念的な関係について述べているのであって、個々のケースにおいてどこまで完全に「知る（知識する）」ことができるのかということについては、これを問題にしていない。微積分の知識が公開されているからと言って、実際にそれを「知る」ことができるかどうかは偶然性の問題であると同様である。

権的権利とがどのようにして分離するのか，ということ。ここさえ明確になっていれば，後は分裂した両極の一極にしがみつ়意識と，他極にしがみつ়意識との分裂として，法的意識が分裂するだけ。

システムに即しては，掛売買において，所有権と債権とへの所有権の自己分裂が現れる。商品の所有権は既に買い手に移っているが，貨幣の所有権はまだ売り手に移っていない。そこで，貨幣の所有権が支払約束として債権になる。商品交換が広がれば広がるほど，総ての関係は貨幣関係（金銭関係）に還元されるから，物権的・絶対的な権利が相対化されて，総ての権利が債権的権利として現象する。