



## パブリック・ドメインの法理

ポイケルト, アレキサンダー  
島並, 良 [訳]  
角松, 生史 [訳]

---

**(Citation)**

神戸法學雑誌, 64(3/4):189-226

**(Issue Date)**

2015-03

**(Resource Type)**

departmental bulletin paper

**(Version)**

Version of Record

**(JaLCD0I)**

<https://doi.org/10.24546/81008880>

**(URL)**

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81008880>



神戸法学雑誌第六十四巻第三・四号二〇一五年三月

## パブリック・ドメインの法理

アレキサンダー・ポイケルト\*

島 並 良(訳)

角 松 生 史(訳)

## I はじめに

本稿は拙著“Die Gemeinfreiheit. Begriff, Funktion, Dogmatik”(“The Public Domain: Theory, Function, Doctrine”<sup>(1)</sup>)の中心的知見を要約するものである。同書は、知的財産権によって保護されていない知識と情報の法的地位について論

---

\* フランクフルト大学（ゲーテ大学。フランクフルト・アム・マイン）教授（民法・商法・知的財産法。„The Formation of Normative Orders”（規範的秩序の形成）クラスター）a.peukert@jur.uni-frankfurt.de。本稿はJSPS科研費〔課題番号24243011〕助成による神戸大学における筆者の講演（2014年2月28日）に基づくものである。筆者を日本に招いて頂いた〔JSPS科研費：研究課題番号21243007〕研究代表者の吉田克己教授による招待と助力にこの場を借りて謝意を表したい。また、講演を主宰された角松生史教授・興津征雄准教授（神戸大学）、コメントを頂いた島並良教授（神戸大学）にも感謝申し上げる。

(1) Peukert, Die Gemeinfreiheit. Begriff, Funktion, Dogmatik, 2012; 参照、Trimble, The IP Law Book Review Vol. 3 No. 2 (April 2013) pp. 60-68.

じたものである。このような非＝保護の領域がパブリック・ドメインと呼ばれるのである。パブリック・ドメインは、知的財産の保護が終わるところから始まり、概念上は排他的権利の対極にあるものであるが、その一方で、今日の知識秩序の一部でもある。パブリック・ドメインに関する適切な法理がなければ、知的財産制度は未完成でアンバランスな構造のままになるということが、まさに本稿の中心的論点なのである。

加えて、パブリック・ドメインの理論と法理は、実践上も非常に重要である。たとえば、立法府は、知的財産権の保護期間を遡及的に延長できるのだろうか？知的財産権に対する制限や例外を限定的に解釈しても構わないだろうか？著作物の引用や翻案を禁じるエンド・ユーザー・ライセンス条項は有効だろうか？実施許諾した特許が契約締結後に無効を宣告された場合、ライセンサーはライセンシーに対して賠償責任を負うのだろうか？知的財産権保有者と主張する人物が、競業者やその顧客に不当な警告状を送付したことで、責任を負うことはあるだろうか？これらの状況は全て、知的財産権で保護されていない知識、すなわちパブリック・ドメインの法的地位という根本的な問題を提起する。知的財産権の適用範囲外では、どのようなルールが適用されるのだろうか？立法府、司法府、そして私的当事者による干渉からパブリック・ドメインを保護するための規定や原則は存在するだろうか？こうした疑問に答えるためには、知的財産制度をその枠組みの外から分析し、そして——これがより重要なのだが——パブリック・ドメインについて、「権利の不在」という無意味で消極的な概念にとどまらず、積極的な概念を構築する必要がある。

さまざまな理論や法理が存在する知的財産権とは対照的に、パブリック・ドメインは長い間、政治的にも学問的にも脚光を浴びることはなかった。19世紀後半に、ビクトル・ユーゴーが国際著作権法学会（ALAI）第1回総会のオープニング・スピーチで *domaine public* という表現を初めて使って以来、この

- 
- (2) „Constatons la propriété littéraire, mais, en même temps, fondons le domaine public. Allons plus loin. Agrandissons-le.“ 参照、Dusollier, Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain, World Intellectual Property

言葉は、無形物の中には知的財産の保護の対象とはならないものがあるということの意味するにすぎなかった。この意味において、文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約第18条では、この条約は、「その効力発生の際に本国において保護期間の満了により既に公共のものとなった著作物以外のすべての著作物について適用される」と規定されている。

知的財産の保護が世界中に浸透していく一方で、パブリック・ドメインは触れられることが全くなり、まるでこの概念そのものが消滅してしまったかのようであった。2008年に当時の欧州共同体の委員会が大学およびその他の公共研究機関における知的財産管理について行った勧告で、“intellectual property (知的財産)” という表現が用いられたが、これは「特許等の法制度による保護の対象か否かを問わず、発明、ソフトウェア、データベース、微生物を含む、最も広い意味での知識<sup>(3)</sup>」を意味していた。つまり [同勧告は]、知識を単純に知識と呼び、その中には自由に利用できるものもあれば保護を受けられるものもあるとするのではなく、全ての知識を知的財産（ドイツ語では“Geistiges Eigentum”）と呼んだのである。パブリック・ドメインに属する知識は存在しないことになる。この結果、知識の非保護について言及することすら不可能になってしまった。

パブリック・ドメインは理論上も法理上も取り上げられず、しかもその言葉自体が死語となっていたが、意外にも、ドイツ連邦通常裁判所の判決には既に重要な概念として登場していた。1965年、同裁判所は、保護期間が経過した著作物はすべての人が自由に利用できるものだと強調した<sup>(4)</sup>。さらにその後の

---

Organization, CDIP/4/3/REV./STUDY/INF/1, 7.5.2010, p. 18.

- (3) Recital 3, EC Commission Recommendation of 10 April 2008 on the management of intellectual property in knowledge transfer activities and Code of Practice for universities and other public research organisations, 2008/416/EC.
- (4) German Federal Supreme Court Case Ib ZR 111/63, 13.10.1965, BGHZ 44, 288 – Apfel-Madonna.

判決で、同裁判所は、抽象的アイデアや、自明でありかつ進歩性のない技術改良における排他的権利を禁止する、「パブリック・ドメインの原則」を明示することまでしたのである。<sup>(5)</sup> 2000年以降のドイツでは、裁判所も評釈者もパブリック・ドメインという用語にますます言及するようになったが、その意味についての突っ込んだ検討は行われていない。<sup>(6)</sup> 1990年代後半、アメリカ合衆国では、著作権の保護期間が20年間延長されたことを契機に、研究者の間ばかりでなく、一般市民の間でもパブリック・ドメインに対する関心が高まった。ジェシカ・リットマン (Jessica Litman)<sup>(7)</sup>、エドワード・サミュエルス (Edward Samuels)<sup>(8)</sup>、パメラ・サミュエルソン (Pamela Samuelson)<sup>(9)</sup>、そして最後ではあるが忘れてはならないジェームス・ボイル (James Boyle)<sup>(10)</sup> の論文がきっかけとなって、パブリック・ドメインに関する世界的な議論が起こった。ヨーロッパでも10年前からこの議論が盛んに行われるようになり、ついに2007年には

- (5) German Federal Supreme Court Case I ZR 19/07, 22.1.2009, GRUR 2009, 942 para. 12 – Motezuma; Cologne Regional Court Case 6 U 8/97, 28.8.1998, ZUM-RD 1998, 547; Munich Regional Court Case 29 U 4978/08, 30.4.2009, GRUR-RR 2009, 307 - Der Seewolf.
- (6) Peukert (n. 1), at 2-3 にあげている例参照。
- (7) The Public Domain, *Emory Law Journal* 39 (1990), 965-1023.
- (8) The Public Domain in Copyright Law, *J. Copyright Soc’y USA* 41 (1993), 137-182.
- (9) Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities, *Law & Contemp. Probs.* 66 (2003), 147-171; Enriching Discourse on Public Domains, *Duke L.J.* 55 (2006), 783-834.
- (10) The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain, *Law & Contemp. Probs.* 66 (2003), 33-74; The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind, 2008.
- (11) Guibault/Hugenholtz, The Future of the Public Domain. Identifying the Commons in Information Law, 2006; Waelde/MacQueen, Intellectual Property. The Many Faces of the Public Domain, 2007; Benabou/Dusollier, Draw me a Public Domain, in: Torremans, *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research*, 2009, 161-184.

世界知的所有権機関が、著作権と特許法におけるパブリック・ドメインに関する2つの研究に着手したのである。<sup>(12)</sup>

つまり、新たな千年紀を迎える頃、世界中に普及していた知的財産制度が危機に陥ると、それまで排他性の陰に隠れていたパブリック・ドメインが姿を現したわけである。ただし、合衆国の研究者による功績は、主に理論、とりわけ活力あるパブリック・ドメインの経済的、文化的および社会的機能に関するものだった。また彼らの論文は、法理的性質よりも、むしろ将来志向的（プログラムの）性質が強かった。

さきほど触れた拙著で私は、現在のドイツ法及びヨーロッパ法に照らしたパブリック・ドメインの法理の概要を説明することにより、このギャップの解消を試みたのである。その意味で拙著は、基本的に現状記述の試みだと言ってよいだろう。ただし同書には、既存の法を単に再記述しようとするのではなく、規範論的な側面もある。パブリック・ドメインに対して法システムの中における理論上ふさわしい地位を与えることで、保護の対象とならない知識の法的地位が明らかになる。その結果、すでに十分に理論が構築され、保護の対象となっている知的財産権に対し、これまで論じられることのなかったパブリック・ドメインという、非対称な構造が解消される。同書全体における規範論的目標は、バランスのとれた知的財産制度の規範的枠組の構築である。<sup>(13)</sup> 排他性とアクセスについてのこのバランスは、パブリック・ドメインが知識の規制の不可欠な一部となることで、初めて実現する。知的財産権とパブリック・ドメインはコインの表と裏のようなもので、この両者があいまって、近代的であり、市場志向的である、知識に関する法秩序が生まれるのだ。

---

(12) Dusollier (n. 2); Phillips et al, Study on Patents and the Public Domain, WIPO Document CDIP/4/3 Rev./Study/INF/2, 27.4.2011.

(13) US Supreme Court *KSR v. Teleflex* 127 S. Ct. 1727, 1741, 1745 f. (2007); *Laboratory Corp. v. Metabolite* 126 S. Ct. 2921, 2922 ff. (2006).

## II パブリック・ドメインの法的地位

パブリック・ドメインの法的地位を明らかにするうえでまずしなければならないのは、その意味と範囲を特定することである。これは言い換えれば、次の問いである。知的財産権で保護されない知識に関する積極的な分類論は可能だろうか？

### 1. パブリック・ドメインの領域性

パブリック・ドメインの境界は知的財産保護の境界と一致する。したがって、この両者は本質的に領域性を有している。ある知的財産権の適用範囲は、それを付与する国家の領土に限定される。<sup>(14)</sup> いかなる無形対象物も、世界中で適用される一つの共通の権利によって保護されることはない。技術的発明であれ、芸術著作物であれ、ブランドであれ、それぞれが生み出されたおそらく150以上の国および地域において、領域的に適用される権利の対象となる。これらの権利はそれぞれが独立しているため、発明や著作物などが、ある国では保護されても、別の国では保護されないという場合も考えられる。この点ではパブリック・ドメインも同じである。その範囲は各国の知的財産制度の範囲によって決まるため、どこの国でも同じパブリック・ドメインというわけではない。つまり、ドイツにおけるパブリック・ドメインや日本におけるパブリック・ドメインはあっても、世界共通のパブリック・ドメインは存在しない。今回、私が「パブリック・ドメイン」という言葉を使う場合、それは、特定の法域のみに適用されるこうしたドメインの一つ、特にドイツにおけるパブリック・ドメインのことを指している。

---

(14) 参照、Peukert, *Territoriality and Extraterritoriality in Intellectual Property Law*, in: Handl/Zekoll/Zumbansen (eds), *Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalization*, 2012, 189-228, available at <http://ssrn.com/abstract=1592263>.

## 2. パブリック・ドメインに属する知識の4種のカテゴリー

このように特定の法域内において適用されるパブリック・ドメインであるが、それに属する知識は4つのカテゴリーに分類することが可能である。まず、構造的パブリック・ドメイン (structural public domain) とは、これまでいかなる知的財産権によっても保護されたことのない知識に関係するものである<sup>(15)</sup>。たとえば、発見、科学的理論、数学的手法は、ヨーロッパにおいては、それ自体が特許の取得対象になることはない。また合衆国の特許法は、「自然法則、自然現象および抽象的アイデア」には適用されない<sup>(16)</sup>。TRIPS協定第9条第2項によれば、「著作権の保護は、表現されたものに及ぶものとし、アイディア、手続、運用方法又は数学的概念自体に及んではならない」とされている。さらに、最先端技術へのありきたりな追加であって、そのことが自明であるか、進歩性に欠けているか、あるいは独創的または創造的でないものについては、保護の対象とはならない<sup>(17)</sup>。つまり、知識の中でも基本的構成要素としての役割を果たすものとあまり重要でないものについては、排他的権利による保護の対象とはならないのだ。

商標法上も構造的パブリック・ドメインは存在するが、イノベーションを保護する知的財産権とは対象も目的も異なる。まず、商標法で保護の対象となるのは標識のみであり、ブランドが他との差別化をはかろうとする商品やサービス自体は含まれない。これは、とりわけ次のような意味を持つ。すなわち、商

---

(15) Samuels (n. 8), at 162 et seq.; Dusollier, *Le Domaine Public, Garant de L'Intérêt Public en Propriété Intellectuelle?*, in: Buydens/Dusollier (eds), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, 2008, 111, 136-7 (domaine public ontologique).

(16) US Supreme Court *Alice Corp. v. CLS Bank International* Case No. 13-298, 19 June 2014, with further references.

(17) German Federal Supreme Court Case I ZR 17/78, 26.9.1980, GRUR 1981, 267 – Dirlada (copyright law); German Federal Supreme Court Case X ZB 27/05, 20.6.2006, BGHZ 168, 142 para 20 – Demonstrationsschrank (utility models and patent law).

品そのものの性質に由来する形状のみで表されている標識は、商標として保護され<sup>(18)</sup>ない。第二に、商標として保護されるのは、一企業の商品またはサービスを別の企業のもの<sup>(19)</sup>と区別することができる標識に限定される。一例を挙げれば、国際サッカー連盟 (FIFA) は、「サッカー・ワールドカップ」という表示をドイツで商標登録することができな<sup>(20)</sup>かった。こうした標識をあらゆる企業が自由に利用できることで公正な競争が促進され、商標法によって、市場へのアクセスや競争が抑制されるという事態を防ぐことができるのである。

2つ目のパブリック・ドメインには、かつては保護の対象となっていた物が該当する。この条件付きパブリック・ドメイン (conditional public domain) は、知的財産の保護期間が切れているという先行条件が満たされる場合にのみ成立する。具体的には、ジェネリック薬品、不利用商標、毎年1月1日時点において以後「パブリック・ドメインに属する」(参照、ベルヌ条約第18条) ものとされる多くの著作物などのことである<sup>(21)</sup>。

3つ目のものは、契約に基づくパブリック・ドメイン (contractual public domain) と呼べるだろう。この場合、保護可能な対象物を自由に利用できることは、自ら保有する知的財産権を対世的にすべて放棄した人物の自発的な決断に基づ<sup>(22)</sup>いている。

そして最後のパブリック・ドメインは、保護対象物の利用が侵害を構成せ

(18) Art 3 (1) (e) Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22.10.2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, OJ L 299/25; Art 7 (1) (e) Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26.2.2009 on the Community trade mark, OJ L 78/1.

(19) Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System, 15.2.2011, [http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/mpi\\_final\\_report.pdf](http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/mpi_final_report.pdf), para 1.29.

(20) German Federal Supreme Court Case I ZB 96/05, 27.4.2006, GRUR 2006, 850 para 20-22 – FUSSBALL WM 2006.

(21) 参照、German Federal Supreme Court Case Ib ZR 111/63, 13.10.1965, BGHZ 44, 288 – Apfel-Madonna; Dusollier (n. 15), at 132 et seq. (domaine public temporel).

(22) Dusollier (n. 15), at 134-5 (domain public consenti); Samuels (n. 8), at 158 et seq.

ず、また法定の支払い義務を生じない場合である<sup>(23)</sup>。前述のパブリック・ドメインとは違い、これは特定の知識や標識そのものではなく、知的財産権で保護されている他の対象物の特定の利用に関わるにすぎない。このことから私は、これを個別的パブリック・ドメイン (specific public domain) と呼ぶ。これには、排他的権利の範囲を超えた利用が含まれ、具体例としては、特許商品の修理や、著作物の私的利用などが挙げられる。特許法における試験研究実施などの制約や例外、著作権法における引用の権利やフェアユース、さらには商標法における記述的表示のフェアユースも、この個別的パブリック・ドメインに含まれる。いずれの場合も、権利保有者の事前の同意なしに、あるいは法定の支払い義務を負うことなしに、誰もが合法的な目的のために自由に利用することができる。

### 3. 平等で消極的な自由としての、知識を利用する自由

4つ目のパブリック・ドメインが持つこの法的効果は、他のパブリック・ドメインにも共通する。パブリック・ドメインとしての知識は、とりわけ商業的利用などをも含むあらゆる合法的な目的のために、誰もが同じ条件で自由に利用することができる。つまり、パブリック・ドメインとしての知識は、誰にも所有されていないのである。

しかし、誰もそれに権利を有しないからと言って、パブリック・ドメインが法律と無関係というわけではない。法律が考慮の対象としない荒地や砂漠のようなものではないのだ。そうではなく、パブリック・ドメインの法的根拠とは、自由主義的な法の支配の核となるもの、すなわち万人に平等な消極的自由の原則<sup>(24)</sup>である。

---

(23) Krasilovsky, Observations on Public Domain, Bull. Copyr. Soc'y 14 (1967), 205, 207-8 („limited areas of public domain“); Lange, Reimagining the Public Domain, Law & Contemp. Probs. 66 (2003), 463, 478-9; Dusollier (n. 15), 137 (domaine public réglementaire).

(24) WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic

他の点で合法的なすべての目的のためにパブリック・ドメインとしての知識を利用する自由は、表現および情報の自由、芸術や学問の自由、営業の自由に対する基本的権利によって保障されており、さらにはその基底にあるところの自己の人格の自由な発展に対する一般的権利によって保障されている（ドイツ基本法第2条第1項）。すべての人には、これらの自由が等しく与えられている（ドイツ基本法第3条第1項）。平等な消極的自由の原則において、法の下におけるすべての人の尊厳、自由、平等が確立されるのである。基本的自由同士の間に対立がある場合、すべての関係者の基本権に可能な限りの実効性が認められるべきという趣旨の実務的整合性（*praktische Konkordanz*）原則に基づいて解決されなければならない。<sup>(25)</sup>したがって、すべての人の平等な消極的自由を最大限維持することは、法の支配によって規律される民主的な社会における究極の目標と言えるだろう。

ドイツ語で言うところの“*Gemeinfreiheit*”はパブリック・ドメインのこうした解釈をよく表すものである。この解釈はバーデン＝ヴュルテンベルク上級行政裁判所の判決でもすでに認められている。<sup>(26)</sup>即ち、マンハイムにおかれて

Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Note on the Meanings of the Term „Public Domain“ in the Intellectual Property System with Special Reference to the Protection of Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions/ Expressions of Folklore, 24.11.2010, Doc. WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8, Annex paras 7-9; Samuelson (n. 8), *Duke L. J.* 55 (2006), 783, 826 et seq.; Benabou/ Dusollier (n. 11), at 171 (「自由かつ平等な利用」); Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, *N. Y. U. L. Rev.* 74 (1999), 354, 358 et seq. (「全ての利用者は、その消極的自由に基づき等しく当該資源を利用する権限を有する (privileged)」).

(25) German Federal Constitutional Court Case 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74, 25.02.1975, BVerfGE 39, 1, 43 – Schwangerschaftsabbruch I; Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20th ed, 1999, paras 317 et seq. [初宿 正典／赤坂 幸一(訳)『ドイツ憲法の基本的特質』(成文堂、2006年) 206頁以下]

(26) Case 10 S 281/12, 7.5.2013, NJW 2013, 2045.

いる同行政裁判所は、ドイツ著作権法第5条により著作権保護の対象とされていないドイツの裁判所の判決について、すべての人は等しくそれにアクセスしかつ利用する自由を有し、したがって構造的パブリック・ドメインであると判示した。その上で同裁判所は、ドイツ連邦憲法裁判所は、オープン・アクセスのリーガル・データベースの提供者を含むすべての出版者に、その判決の電子コピーを同じ条件で提供しなければならないと結論づけたのである。連邦憲法裁判所が特定の出版者を優遇することは許されない。そうした差別は、裁判所判決というパブリック・ドメインの地位に照らして不当なものだからである。

パブリック・ドメインとしての知識にアクセスし、それを利用するという自由は、非常にわかりやすい。しかしその反面、ドイツ基本法の基本原理に抵触していることをドイツの行政裁判所がドイツ連邦憲法裁判所に指摘せざるをえなかった事実は、パブリック・ドメインとしての知識を利用する平等で消極的な自由が、独特かつ侵害されやすい概念であることを示している。

市場経済では、価値ある財には所有者がいるのが通常である。価値あるものは権利になるということだ。しかし、パブリック・ドメインとしての知識の場合はそうではない。ヒトゲノムやパラセタモール、モーツァルトのオペラのように、パブリック・ドメインに属する知識には、非常に経済的価値が高いにもかかわらず、誰にも所有されず、したがって合法的な目的のためには誰もが利用できる知識がある。このにわかに信じがたい解決策が容認できるのは、無形物に非競争性という独特の性質があるからに他ならない。知識や情報といった非競争財の限界生産費用は、ゼロかほぼゼロである。しかもこうした財は、不特定多数の人間が、それぞれの消費を妨害することなく、同時に利用することが可能である。こうした条件があるからこそ、いかなる権利も主張されない、つまり所有者がないという概念が経済的に持続可能なのである。また、それぞれの法秩序や社会は、個人の自由とオープンなコミュニケーションを尊重し

---

(27) Benkler, Intellectual Property and the Organization of Information Production, *Int. Rev. L. & Econ.* 22 (2002), 81, 83 with footnote 13.

なければならないという点もある。

#### 4. 他の解釈や概念との区別

パブリック・ドメインを特定の知識を利用できる平等な消極的自由として概念化することで、他の解釈や概念と区別し、それらを否定することが可能になる。

まず、パブリック・ドメインは、他人に対する私的で主観的な権利ではない。<sup>(28)</sup>なぜならこのような権利話法（ライツ・トーク）の本質は、何かが個人によって正当に所有され、権利が主張される一方で、それ以外の人たちは、何かを行い、何かを控えることを義務付けられるということだからである。しかしこれは、パブリック・ドメインとしての知識には全くあてはまらない。第二に、“*res communes omnium*（「万人に共通の物」）”、“*res publicae*（「公物」）”、“*res nullius*（「無主物」）”<sup>(29)</sup>といったローマ法の問題は、本来、海洋や公共施設、神聖な人工物などの有体物、つまり競合財に適用される。ローマ人は、個人が所有しうる「発明」や「著作物」といった無体物という概念をまだ持っていなかった。だからこそ、現代の新たな表現である「パブリック・ドメイン」、すなわち“*Gemeinfreiheit*”が望ましいのである。第三に、パブリック・ドメインはコモンズと区別する必要がある。<sup>(30)</sup>共有資源とは、土地、湖、海、大気、

(28) Canadian Supreme Court *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* [2004] 1 S.C.R. 339 para 48; Geiger, *Droit d’auteur et droit du public à l’information*, 2004, para 218; Lange (n. 23), at 147; Dreyfuss, *TRIPS - Round II: Should Users Strike Back?*, U. Chi. L. Rev. 71 (2004), 21.

(29) Cf. *Donaldson v. Becket* (1774) Hansard, 1st ser., 17 (1774), 953, 999; US Supreme Court *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215, 234 (1923)（「通常は *publici juris* であるような物事についての報告である。それは現代の歴史なのである」）; Rose, *Romans, Roads, and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age*, *Law & Contemp. Probs.* 66 (2003), 89, 92 et seq.; Benabou/Dusollier (n. 11), at 178.

(30) しかし、次のような用例も参照、Litman (n. 7), at 975（「この概念は真正のコモンズを示すものである」）、1012 et seq.; Lange (n. 23), at 463; Benabou/Dusollier

景観などを意味する。こうした財は、知識とは違って、消費に際して非競争的ではない。それどころか、誰かが大気を汚染したり、巨大なビルを建てて景観を破壊すると、その後、他の人たちはきれいな空気を吸ったり、美しい景観を楽しむことができなくなってしまう。しかも共有財産は、特定のコミュニティによって所有される。それは、ある共通の内部規則によって利用が規制され、すべての部外者が排除される集合財である。何者にも属さないものとみなされるわけではないのだ。<sup>(31)</sup>

以上のことから、財は法的地位によって次の3種類に分類することができる。

- 一もしくは複数の特定可能な個人が所有しうる財（所有権）
- 不特定多数からなるコミュニティが所有しうる財（集合財／コモンズ）
- 何者も所有しえない財（パブリック・ドメイン）

## 5. 権利不在の地位としてのパブリック・ドメイン知識の問題

パブリック・ドメインに属する知識の権利不在という地位は難しい問題を含んでいる。西洋の自由主義的な法秩序や市場秩序は、最も広い意味でのあらゆる種類の財における主観的または個人的権利という概念に基づいて、そしてそれに関連して構築されているからである。たとえば、ドイツや日本の不法行為法では、他人の「権利」および法的に保護されている利益が守られている。<sup>(32)</sup> 手続上は、ドイツ基本法第19条第4項に基づき、何人も、公的機関によって自らの「権利」が侵害された場合は、裁判所に救済を求めることができる。連邦憲法裁判所の判例によれば、この規定は、個人の権利と利益を守るという、ド

---

(n. 11), at 162, 166.

(31) 参照、Peukert, *Schutz wertvoller Stadtlandschaften durch das Zivilrecht? Bemerkungen zum Schutz individueller und kollektiver Rechtsgüter*, *Kobe University Law Review* 48(2014), 45-70.

(32) 参照、日本民法第709条、sec. 823 para. 1 German Civil Code.

イツの法秩序の基本的判断を示すものである。<sup>(33)</sup>

私がパブリック・ドメインを主観的権利として捉えるという選択肢をすでに拒絶したことで、ここで私たちはジレンマに陥ることになる。一方ではパブリック・ドメインは、ドイツの法秩序の基本的規範に唯一のそれではないとしてもその一つに一依存している。加えて、情報などに対する基本的な自由は、国家による不当な干渉から保護される基本的権利である。ところが他方で、平等な消極的自由の原則も、情報などの自由に関する個人の基本的権利も、他人に対する主観的な権利をもたらすものではない。すでに述べたように、パブリック・ドメインとしての知識は、何者によっても所有されないのである。

しかしこのことは、パブリック・ドメインとしての知識を利用するという平等な自由に、法的保護が与えられないことを意味しない。その保護が所有権という形態をとりえないということにすぎないのである。むしろ私は、パブリック・ドメインの基礎を成す自由への基本的権利について、ドイツの法学者ロバート・アレクシー (*Robert Alexy*) が唱える概念を採用したい。法的に保護された自由という概念 (*bewehrte Freiheiten*) である。<sup>(34)</sup> 以下では、パブリック・ドメインとしての知識を利用するという平等な消極的自由は法で保護されているだろうか、保護されているとすればどのように保護されているだろうかという点を問題にする。

(33) German Federal Constitutional Court Case 1 BvR 2466/08, 1.10.2008, NVwZ 2009, 240; German Federal Constitutional Court Case 1 BvR 198/08, 10.6.2009, NVwZ 2009, 1426, 1427; 参照、also Art. 263 IV TFEU.

(34) Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 3rd ed. 1996, pp. 202 et seq.; Hohagen, *Überlegungen zur Rechtsnatur der Kopierfreiheit*, in: Ohly et al (eds), *Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts*, Festschrift für Gerhard Schricker, 2005, 353, 361; Stieper, *Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts*, 2009, at 164-5; Wielsch, *Zugangsregeln. Die Rechtsverfassung der Wissensteilung*, 2008, at 51.

### Ⅲ パブリック・ドメインの法的保護

#### 1. 「消極的」アプローチ：知的財産権の限界

活力あるパブリック・ドメインを維持するための最初の、そして分かりやすい方法は、排他的な知的財産権を制限することである。この「消極的な」アプローチは、その定義がなされていないことを本質とするというパブリック・ドメインの性質に適合する。つまり、パブリック・ドメインとしての知識を利用するかどうか、そしていかに利用するかは、人々が決めることである以上、知的財産権の範囲が広すぎるものになることからこの自由を守るだけにとどめ、パブリック・ドメインの積極的な概念—それは定義と線引きを必要とするだろう—を構築しないことが適切だと考えるアプローチである。パブリック・ドメインへの「消極的な」アプローチは、公的機関に対し、知的財産保護の範囲を制限することを要求する。この主張が拠りどころにしているのは、知的財産権が平等な消極的自由という基本原則、つまりパブリック・ドメインの例外をなすという前提である。そしてこの前提は、基本権の分析に基づくものである<sup>(35)</sup>。

ある知的財産法が施行され、その結果知的財産権が創設あるいは拡張される直前まで、すべての人は等しく、それぞれの知識を自由に利用できる立場にある。ドイツおよびヨーロッパ各国の憲法や基本権を定める法によれば、排他的な知的財産権の創設は、立法府の排他的権限に属する。国民代表からなる議会が新しい排他的権利に同意を表明した場合にのみ、その権利が対世的に拘束力を持つことが正当化される。こうした形態によってのみ、予見可能性、アクセス可能性そして正確さに関して、法的根拠が法の支配の要件を満たしているこ

---

(35) Peukert, *The Fundamental Right to (Intellectual) Property and the Discretion of the Legislature*, Goethe University, Faculty of Law, Research Paper No. 7/2013 (<http://ssrn.com/abstract=2324132> 又は <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2324132> で入手可能), Christophe Geiger (ed.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property: From Concepts to Practice*, 2015. (近刊) 所収予定

とが確実になる。一言で言えば、知的財産権は法律の創設物なのである。<sup>(36)</sup>

私的支配がおよぶ領域を確立することにより、立法府はパブリック・ドメインに侵入する。そして所有者には、特定の活動を独占的に行う特権が認められる一方で、他の人たちは、今後、そのような行為を控えざるをえなくなる。この結果、商業化を含むコミュニケーションなどの目的のために彼らがほぼ平等に有していた、財にアクセスしこれを利用するという消極的自由は制約されることになる。こうした干渉は、たとえ将来の事例について行われることであるとしても、必ず正当化を必要とする。<sup>(37)</sup> 知的財産に関わる事柄において、立法府には確かにきわめて広範な判断余地がある。基本権としての所有もその他の基本権も、知的財産の保護の具体的な範囲を示すものではない。ただし、立法府による知的財産権の範囲拡大には、憲法によって上限が設定されている。その上限とは、パブリック・ドメインの侵害、すなわち個人の自由に対する侵害には正当な根拠がなければならず、したがって、こうした侵害は「民主的な社会に必要なもの」<sup>(38)</sup>でなければならないということである。

(36) Canadian Supreme Court *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, at para 5; US Supreme Court *Wheaton v. Peters* 33 U.S. 591 (1834), at 662-663 (「この権利は…コモン・ローには存在しない。それが生じたとすれば、議会の行為によるものである」); German Federal Constitutional Court Case 1 BvL 77/78, 15.07.1981, BVerfGE 58, 300, 330 - Nafßauskiesung (「立法府は客観法の水準において、所有者の法的地位を創設する諸規定を創設する」)。

(37) ECJ Case C-200/96 *Metronome Musik* [1998] ECR I-1953, para 26; art 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the EU (「本憲章が承認する権利・自由のいかなる制限も、法律によって定められねばならず、また、これら権利・自由の本質を尊重するものでなければならない」)。ドイツの憲法も、人の全ての活動に対して「人格の自由な発展への基本権」(ドイツ基本法2条1項)を認めることで、同じ結論に達している。参照、German Federal Constitutional Court Case 1 BvR 253/56, 16.01.1957, BVerfGE 6, 32, 36 et seq – *Elfes*; German Federal Constitutional Court Case 1 BvR 921/85, 06.06.1989, BVerfGE 80, 137, 152 et seq – *Reiten im Walde*。

(38) 参照、Art 10 European Convention of Human Rights; European Court of Human

この正当化の要件が重要性を増すのは、知的財産保護の既存の範囲がすでに広い場合である。すでに排他性の範囲が広がっていればいるほど、「民主的な社会に必要」とされるさらなる拡大を検討する際の閾値は一層高くなる。たとえば立法府は、著作権保護期間の延長が、経済分野での権利保有者の自律的生活を実際に促進することを証明しなければならない。こうした措置の恩恵に浴する権利保有者が実際には数えるほどしかいないのであれば、かかる措置を正当化する根拠は薄弱になり、すべての人の平等な自由を維持することへの関心の方が強くなる。

これに関連するものとして、遡及効が認められる期間の延長は特に議論を呼ぶものである。新法施行後に創られた対象物のみならず、各施行日においてなお保護の対象であることを条件として、既存の対象物にもより長い保護期間が適用されることが国際的な慣行であるようだ。<sup>(39)</sup> EU法では、当該著作物が一つの加盟国で保護されていれば、たとえ他のすべての加盟国でこの著作物がパブリック・ドメインに属していても問題は無いとされている。結果として、かなり以前に創られた著作物やデザインであって、著作権法や意匠法でかつて保護されたことがない、あるいは過去の一定期間しか保護されたことのないものが、初めて、あるいは再び保護されることになった。<sup>(41)</sup> このような取り扱いは、新法の施行日以降の活動に適用されるだけであるから、「真正」遡及効—それは明らかに憲法に違反する—があることにはならない。しかし、パブリック・ドメインのこうした停止や延長には正当な理由が必要である。

EU単一市場の条件の確立をめざすためというだけでは、上の目的として十

---

Rights, *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden* (dec.), no. 40397/12, 19.2.2013, unreported.

- (39) Cf. art 18 (2) Berne Convention, art VII World Copyright Convention, art 13 WIPO Copyright Treaty, art 22 WIPO Performances and Phonograms Treaty, art 70 (3) TRIPS.
- (40) ECJ Case C-240/07 *Sony Music/Falcon Neue Medien* [2009] ECR I-263 paras 22-5.
- (41) ECJ Case C-168/09 *Flos/Semeraro* [2011] ECR I-0000 paras 32-4.

分とは言えない<sup>(42)</sup>。そうではなく、立法府は、パブリック・ドメインとしての知識の利用という平等な自由に対する重大な制限をもたらす「必要がある」こととその理由を証明しなければならないのである。やはりこの場合も、すでに知的財産権者が享受した排他性が大きければ大きいほど、そして一般市民がその知識を自由に利用していた期間が長ければ長いほど、そのような制限が必要だと主張することは一層難しくなる。いずれにせよ、著作権または特許の無期限の保護は、コミュニケーションの自由と明らかに矛盾する<sup>(43)</sup>。公的知識の利用への平等な自由の原則や排他的な知的財産権の例外性という原則を覆すことになるのだ。

知的財産法によって知的財産権が一旦確立されると、ドイツおよびヨーロッパにおける基本権に基づいて、知的財産権の剥奪または利用の規制には、法における予見可能な根拠が必要になる<sup>(44)</sup>。この場合も、それぞれの規制を制定しなければならないのは立法府である。つまり、所有への基本権に対するこうした干渉を正当化しなければならないのは立法府ということになる。

立法による制度には、パブリック・ドメインを頂点とする規範のヒエラルキーが常に反映されなくてはならない。排他的権利が、技術的・社会的な新しい環境に裁判所が対応できるようにするために、開かれた形で (open-ended) 規定されるべきだというのであれば、その例外や制限もまた、柔軟な形で規定

(42) Contra ECJ Case C-168/09 Flos/Semeraro [2011] ECR I-0000 para 43.

(43) German Federal Constitutional Court Case 1 BvR 766/66, 8.7.1971, BVerfGE 31, 275 para 37 – Bearbeiter-Urheberrechte; US Supreme Court *Graham v. Deere*, 383 U.S. 1, 5 f. (1966) (「…特許に関する連邦の権限は、議会に『著作者および発明者に、その著作物及び発明に対する独占的な権利を一定期間保証することにより、学術および有益な技芸の進歩を促進する』[訳注：高橋和之編『新版世界憲法集』(岩波書店、2007年)(土井真一訳)を利用した]権限を与える憲法の特定の条項(第1条第8節⑧)から生じるものである。同条項は、権限を与えると同時に制限している」))。

(44) 参照、art 1 (1) s 2, para 2 of protocol no 1 European Convention of Human Rights; art 17 (1) 1 s 2, 3 Charter of Fundamental Rights of the EU; art 14 (2), (3) German Basic Law.

されるべきである。現在のヨーロッパおよびドイツの著作権法には、こうした構造上の対称性が盛り込まれていない<sup>(45)</sup>。それは排他性については、最低限のレベルしか規定せず開かれたものにする一方で、排他性の例外と制限については国際的な3段階テストによる閉ざされたリストを定め、それをパブリック・ドメインの上限としている。

このような批判があるといっても、裁判所の仕事は、現行の知的財産法の枠組みを適用することであって、それを書き変えることではない<sup>(46)</sup>。そうであれば先の主張は大して重要ではないことのように思えるかもしれないが、それはパブリック・ドメインの維持に大きく影響しうる。まず、排他性は、法律で規定されない限り範囲を拡大することができない。現在の保護のレベルを立法府が明確に想定していたレベルを超えて解釈すべきではない。立法による保護のレベルで既に、憲法における財産保護の最低レベルははるかに超えているからである。知的財産権は、平等な消極的自由という基本的規範からの逸脱を定めるもの、例えて言うならば知的財産権は「自由という海に浮かぶ排他性という島」なのだから<sup>(47)</sup>、排他性の範囲を広く解釈すべきではない。所有について基本権が認められるからといって、「高度な保護」が当然に正当化されるわけではない<sup>(48)</sup>。「価値あるものは権利になる」という法原則は存在しないのだ<sup>(49)</sup>。次に、法律に基づく制限や例外、即ち個別のパブリック・ドメインをきわめて限定的に適用するべきではない。ドイツ連邦憲法裁判所は、著作権もその制限も、基

---

(45) Hugenholtz, Copyright and Freedom of Expression in Europe, in: Elkin-Koren/Weinstock Netanel, *The Commodification of Information*, 2002, 239, 250-1 (「権利は開かれ、例外は閉ざされている」)。

(46) Peukert (n. 35)。

(47) Geiger, *Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?*, IIC 35 (2004), 268, at 272.

(48) ECJ Case C-456/06, *Peek & Cloppenburg* [2008], ECR I-2731 paras 37 et seq.; Peukert, *Intellectual Property as an End in Itself?*, *European Intellectual Property Review* 2011, 67 et seq.

(49) Peukert, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, 2008, pp. 740-1.

本権—つまり、一方では所有への基本権、他方では表現の自由への基本権—に基づいていることを強調した。したがって、制限や例外には、限定的な解釈も拡大解釈も許されず、立法上の制度によって意図された通りの内容として解釈されなければならないのである。<sup>(50)</sup> 第三に、裁判所は、パブリック・ドメインを、知的財産制度の不可欠な要素とみなさねばならない。このことは、いわゆる権利の重複<sup>(51)</sup>に対する適切な法適用のために特に重要である。権利の重複は、2つの知的財産権の同時適用可能性という場合のみに生じるのではない。特定の知識または特定の利用がある知的財産法の対象となるにもかかわらず、別の知的財産制度によればパブリック・ドメインに属するという状況もこれに含まれる。

たとえば、モナ・リザのような名画が、長い間「パブリック・ドメインに属して」いたとしよう。しかし、こうした絵画の複製が、ドイツで実際にそうであるように、著作権もしくは著作隣接権に基づいて単なる写真として保護される場合、<sup>(52)</sup> 本物の絵画の所有者は、特に営利目的の絵画の利用を規制することができる。パブリック・ドメインとしての原著作物の地位を現実化するためには、写真に関する権利を限定的に解釈するべきである。少なくともパブリック・ドメインに属する絵画や古書などの二次元的著作物については、その複製もパブリック・ドメインに属するものとみなす必要がある。この場合、原著作物のパブリック・ドメイン性が、これと重複するデジタル複製に対する権利に優先

---

(50) German Federal Constitutional Court Case 1 BvR 1145/11, 17.11.2011, *Neue Juristische Wochenschrift* 2012, 754, 755 掲記の文献も参照。CJEU, *Joined cases C-403/08 and C-429/08, Football Association Premier League and Others and Karen Murphy* [2011], ECR I- 9083, paras 163-4; Canadian Supreme Court *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* (n 28), para 48 (interpretation of fair dealing).

(51) 参照、Derclaye/Leistner, *Intellectual Property Overlaps*, 2011.

(52) Cf. sec. 72 German Copyright Act.

するのである<sup>(53)</sup>。しかし、モナ・リザが商標登録されるとなると話は別だ。<sup>(54)</sup>商標法は著作権法上のパブリック・ドメインに優先する。商標権は、絵画そのものを独占するのではなく、ある企業の商品やサービスを別の企業のそれと区別する標識としての機能のみを独占するものだからである。このようなコミュニケーション機能に関してのみ、商標権保有者は絵画に対する排他的権利を取得している。商標保護の発生は、モナ・リザの商品化というすべての人に平等な消極的自由の合法的行使に因るものである。モナ・リザは絵画であるだけでなく特定の製品にとってのブランドでもあるという意味で、この著作物に最初に二次的意義を与えた人物に、新たな商標に対する保護が認められるべきなのである。要するに、パブリック・ドメインと知的財産権の重複や抵触は、適用可能な権利や自由の対象物、範囲、目的を分析することによって解決されなければならない。

知的財産の保護を限定することでパブリック・ドメインを維持し保護するという、「消極的」あるいは限定的アプローチは、公的機関を名宛人とするものである。立法府も司法府も、知的財産保護の範囲を引き続き制限することによって、公的知識を利用するというすべての人に平等な消極的自由を尊重しなければならない。

## 2. 「積極的」アプローチ：パブリック・ドメインの知識の私的専有への制裁

ところが、私的な主体が知的財産保護の限界を超え、権利が存在しないにもかかわらず権利を主張する場合には、この「消極的」概念では不十分だ。パブリック・ドメインとしての知識のこうした私的専有に対しては、さらに法的制

---

(53) German Federal Supreme Court Case I ZR 14/88, 8.11.1989, GRUR 1990, 669, 673 – Bibelreproduktion; Stang, Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist. Negative Schutzrechtsüberschneidung, Remonopolisierung und der Grundsatz der Gemeinfreiheit, 2011, at 187.

(54) German Federal Patent Court Case 30 W (pat) 247/97, 3.4.2000, BPatGE 42, 275 – Franz Marc; Frankfurt am Main Regional Court Case 6 U 88/08, 1.10.2009, MarkenR 2009, 547 – Medusa; Stang (n. 53), at 396.

裁が必要である。まず、競業者やその他の人たちが、知的財産侵害による深刻な影響を懸念して、自らの自由の合法的な行使を控える可能性がある。また、パブリック・ドメインの不当な私的専有は、知的財産法で規定されている排他性と自由との微妙なバランスを乱す。

パブリック・ドメインに対するこうした私的干渉への法的対抗措置を、財産法や財産権論から導き出すことはできない。利益相反は、知的財産法の範囲の外で生じるからである。いずれの当事者もパブリック・ドメインにおいて行動している。一方当事者が排他的権利を主張するのに対し、もう一方の当事者は、それぞれの知識が誰にでも自由に利用可能だと主張する。結局、パブリック・ドメインを守るには、私法の対象としてのパブリック・ドメインという積極的な概念が必要になるのである。すでに述べたように、パブリック・ドメインの法的根拠とは、知的財産権で保護されていない公的知識を利用する、すべての人に平等な消極的自由という点にある。では、手続法や実体法のいずれのルールや原理によって、こうした自由は守られるだろうか？

#### a) パブリック・ドメインの手続的保障

手続法は、パブリック・ドメインを保護するためのさまざまな手段を提供する。まず、ほとんどの場合、知的財産権を取得するためには手続き要件を満たさなければならない。取得のための敷居が高ければ高いほど、出願者は「排他性という島」になかなかたどり着くことができない。産業財産権の多くは登録によってのみ発生する(オプト・イン)<sup>(55)</sup>。こうした登録がなければ、発明や意匠、その他のイノベーションは、一般市民に利用可能になった時点で自動的に、自由に利用できる最先端技術の一部になる。つまり、登録が要件とされていることは、発見された知識がパブリック・ドメインに属するという基本的規範を示

---

(55) Art. 62 (1) TRIPS; secs 17 German Patent Act, 47 German Trademark Act; art 86 European Patent Convention, 46-7 Community Trademark Regulation 207/2009 (n 18), 13 Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12.12.2001 on Community designs, OJ L 3/1.

しているのである。

知的財産機関が、出願の保護可能性について形式的審査のみならず、実質的な審査も行うならば、こうした機関はパブリック・ドメインの守護神になる。また、純粹に形式的意味しか持たない登録や更新手続きであっても、パブリック・ドメインの維持と拡大に重要な役割を果たす。多くの潜在的権利保有者が、出願して最終的に権利を登録するチャンスをあきらめるからである。保護の形式的要件の重要性は、著作権者不明著作物という現象が見られることから明らかである。<sup>(56)</sup> 著作権者が不明または所在地が判明しないという理由で、多くの著作物がまるで鍵をかけられたような状態になるという深刻な問題が発生するのは、著作権が創作活動に伴って自動的に発生し、著作者の死後70年間継続するからに他ならない。この問題を効果的に解決するためには、著作権取得のための形式的手続きをもう一度復活させるしか方法はない。<sup>(57)</sup>

第二に、異議申立、取消、無効に関する手続きは、パブリック・ドメインとしての知識に対して所有権を主張する登録の削除に役立つ。注目すべきことに、TRIPS協定には、登録を無効にするこうした手続きの必要最低条件が規定されている。同協定の第62条第4項によれば、「加盟国の国内法令が定める場合には、行政的取消及び異議申立、当事者間の取消、無効等の手続きは、第41条(2)及び(3)に定める一般原則により規律される」ことになっている。つまり、知的財産権の登録申請の場合と同じく、無効のための手続きは、公正かつ衡平でなければならず、不必要に複雑であったり、多額の費用を要するものであったり、不当な期限が付されたり、不当な遅延を伴うものであってはならないと

---

(56) 参照、US District Court for the Southern District of New York, *Authors Guild v. Google*, Case 1:05-cv-08136-DC, 14.11.2013; Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25.10.2012 on certain permitted uses of orphan works, OJ L 299/5.

(57) van Gompel, *Formalities in Copyright Law. An Analysis of Their History, Rationales and Possible Future*, 2011; 参照、also the contributions published in BTLJ 28, Issue 3 (Symposium 2013).

いうのである。<sup>(58)</sup> 言い換えれば、TRIPS協定では、登録手続と無効に関する手続きに同一の手続上の原則が適用されている。その全体としての目的は、保護可能な対象物のみ確実に登録への道を拓くということにある。

無効のための手続きを公正かつ衡平に行うために、それぞれの規定において、このようなパブリック・ドメインの擁護が持つ特質が考慮されなければならない。特に請求人は、個人の主観的権利ではなく、公的知識の自由な利用可能性に対する自らの利益を追求するものである。知的財産権の出願数に比べて、無効を求める手続の数が相対的に少ないことからわかるように、パブリック・ドメインのために「私的司法長官」としての役割を果たすことへのインセンティブはそれほど大きいものではない。<sup>(59)</sup> こうした弱点を補うために、手続法上、無効のための手続きを、登録手続きよりも簡単にしかも安く利用できるようにする必要がある。

また、ドイツおよびヨーロッパの産業財産権法では、誰もが異議申立てや無効の手続きをいつでも開始することができる。請求人には、こうした法的手続<sup>(60)</sup>を行うことに合法的利益を有していることを証明する必要はない。そのため、ある法律事務所が、単に記述的な洗剤の商標登録に異議を申立て、それが認められることもありうる。<sup>(61)</sup> さらに関係機関や裁判所は、申立ての事実について検討しなければならず、その際、両当事者が提出する事実や証拠、主張、そして求められる救済<sup>(62)</sup>だけを検討対象とするべきではない。最後に、特許に対す

(58) Correa, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights. A Commentary on the TRIPS Agreement*, 2007, at 414; Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 4<sup>th</sup> ed 2012, paras 2.462, 2.353.

(59) 参照、Peukert, *A European Public Domain Supervisor*, IIC 2011, 125–129.

(60) Secs 59, 81 (3) German Patent Act; sec 15 (1) German Utility Models Act; secs 54 (1), 55 (2) no 1 German Trademark Act; arts 25, 52 (1), 84 (1) (2) Community Design Regulation 6/2002 (n 55); arts 40, 56 (1) (a) Community Trademark Regulation 207/2009 (n 18).

(61) CJEU Case C-408/08 *Lancôme/HABM* [2010] ECR 0000 paras 40 et seq.

(62) Secs 87 German Patent Act; 17 (2), 18 (2) German Utility Models Act; secs

る異議申立てや無効の手続きで関係機関や裁判所に支払う費用は、登録料や更新料よりもはるかに安くなっている<sup>(63)</sup>。こうした費用体系は、不当な登録からパブリック・ドメインを守ることへのインセンティブの弱さの表れに他ならないが、その一方で実用新案や意匠については逆の現象が起きている。即ち、現在のドイツ法では、実用新案や意匠の取得にかかる費用の方が、それに対する異議申立てにかかる費用よりも安い<sup>(64)</sup>。どうやらこうした規則が成立したのは、ドイツ特許商標庁が、無効審判請求の場合のみに実体的検討を行うという事実があるからというだけのことであるようだ。とはいえ、関係機関や裁判所における手続費用の規則は、こうした機関の予算だけを考慮して決めればいいわけではない。パブリック・ドメインを守るための「公正かつ衡平な」可能性に対して手続規則が及ぼす効果も考慮する必要がある。

同様の懸念は、欧州連合（EU）統一特許の翻訳言語に関する規則をめぐる対立に影響を与えている<sup>(65)</sup>。ヨーロッパの特許の翻訳言語を英語、フランス語、ドイツ語に限定するということに対して、スペイン、イタリア、ポーランドは留保を表明しているが、こうした留保を、国家の時代遅れの虚栄心の表れだとか、自国の弁理士を保護するという誤った考えの表れだと矮小化してはならない。これら3カ国の留保は、保護されているものやそうでないものに簡単にアクセスできることに対して、英語、フランス語、ドイツ語以外の言語圏の人た

---

59, 73 German Trademark Act; art 114 European Patent Convention; art 76 Community Trademark Regulation 207/2009 (n. 18).

(63) 参照、Peukert (n. 1), at 156-159.

(64) *Id.*

(65) 参照、Council regulation (EU) No 1260/2012 of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements, OJ L 361/89. 批判的なものとして、Hilty/Jaeger//Lamping/Ullrich, The Unitary Patent Package: Twelve Reasons for Concern, Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 12-12, <http://ssrn.com/abstract=2169254> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2169254>.

ちが有している合法的な利益の表れでもあるのだ。特許公開が自分の知らない言語で行われれば、利害関係を有する市民の多くが、最先端技術にアクセスできなくなる。その結果、自由に利用できる公的知識がもたらす正の外部性が大きく阻害されてしまう。

類似の問題が発生するのは、侵害訴訟手続において、登録済みの権利の無効を、付帯的抗弁、または少なくとも反訴として主張できない場合である。ドイツでは、特許を侵害したとされる者は、無効主張をする場合、連邦特許裁判所で別の手続を開始しなければならない。この制度は、矛盾する判決が下されることを防ぎ、特許の実施を促進する可能性がある。しかしそれは、原告が特許を主張する発明について、パブリック・ドメインか否かを議論する際には、手続上の大きな障害になる。<sup>(66)</sup>

パブリック・ドメインを有効に維持するための手続法上の第三の—これで最後になるが—制度は、特定の無形物が知的財産権によって保護されるかどうかに関する立証責任の分配である。権利保有者は、世界に対して行使可能な例外的特権を主張するのだから、知的財産権の存在やその有効性を立証するのは、権利保有者の責任である。<sup>(67)</sup> 有効性の推定が正当化されるのは、特許庁（局）が職権で (*ex officio*)、知的財産権の保護可能性をすでに審査している場合のみである。したがって、実用新案、意匠権、著作権など、審査が行われない権利については、それが既存の有効な権利であることを、権利を保有していると

(66) やはり批判するものとして、Hilty/Lamping, Trennungsprinzip – Quo vadis, Germania, in: Bender/Schülke/Winterfeldt (eds), 50 Jahre Bundespatentgericht, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Bundespatentgerichts am 1. Juli 2011, 2011, 255; Melullis, Über eine Gerechtigkeitslücke im deutschen Patentverfahrensrecht, in: Erdmann, Willi u.a., Festschrift für Michael Loschelder zum 65. Geburtstag, 2010, 233, 237–8.

(67) 参照、German Federal Supreme Court Case I ZR 19/07, 22.1.2009, GRUR 2009, 942 para 15 – Motezuma (copyright); German Federal Supreme Court Case I Xa ZR 2/08, 17.9.2009, BGHZ 182, 245 para 15 – MP3-Player-Import (patent law).

主張する者が、侵害の手続きで証明しなければならない。<sup>(68)</sup>

#### b) パブリック・ドメインの私法による保護

こうした手続き上の手段が厳密に適用されるのであれば、平等な自由が広く認められるべき場合に、行政機関や裁判所は決して排他的権利を付与したり、履行したりしないようになるだろう。しかし、パブリック・ドメインとしての知識の私的専有は、形式的手続き以外でも、すなわち、市場取引や公共コミュニケーションの過程でも起こり得る。こうした裁判外でのパブリック・ドメインへの介入について、実体私法で制裁措置が用意されているだろうか？この問いに答えを出すためには、契約に基づく状況とそうでない状況を区別する必要がある。

#### aa) 契約法

契約の自由は、パブリック・ドメインを実現する手段にも、それを制限する手段にもなる。

当事者自治によりパブリック・ドメインが実現されるのは、権利保有者が自らの知的財産権を譲渡または放棄し、結果として「契約に基づくパブリック・ドメイン」が成立する場合である。登録済みの権利が更新されない場合、あるいは譲渡が登録される場合に、この結果が生じることは明確だ。<sup>(69)</sup>ところが、無形物が、無登録の権利、特に著作権によって保護される可能性がある場合、こうした無形物の法的地位はあまり明確ではない。この場合、形式的な手続きに

- 
- (68) German Federal Supreme Court Case I ZR 19/07, 22.1.2009, GRUR 2009, 942 paras 17-8 – Motezuma; but 参照、German Federal Supreme Court Case I ZR 204/05, 3.7.2008, GRUR 2008, 1081 paras 21-3 – Starlight (「複製された表現がパブリック・ドメインにあることを被告が立証しなければならない」参照、Peukert (n. 1), at 188-200.
- (69) Secs 20 (1) no 1 German Patent Act, sec 23 (3) no 1 German Utility Models Act, sec 48 German Trademark Act, art 51 Community Design Regulation 6/2002 (n. 55), art 50 Community Trademark Regulation 207/2009 (n. 18).

よって知的財産権の効力発生や譲渡が証明されることはない。この場合の知的財産権の放棄が効力を有するかどうかは、動産の所有権放棄の場合の類比によって決まる。ドイツ民法第959条によれば、動産の所有者が、所有権放棄の意図を持って、当該動産の所有を放棄した場合、この動産は所有者のない状態になる。無形物の場合、物理的にそれを保持することはできないのだから、権利保有者は、別の手段を使って、その対象物におけるすべての権利を放棄する旨を、十分明確かつ恒久的な方法で表明しなければならない。一つの方法として、クリエイティブ・コモンズの正式なCC0ライセンスを利用し、対象物に対する「いかなる権利も保有しない」ことを宣言する方法がある。これに対し、著作物としてのコンテンツを、詳細な説明なしにインターネット上で利用可能にするだけであれば、それは著作権の放棄にはならない。こうした行動によって、著作者は、インターネットでの——具体的にはダウンロードやハイパーリンクによる——自らの著作物の予測可能な共同利用について、暗黙の裡に同意したことはなる。しかし、著作者が、自らの権利すべてを常に放棄したことにはならない。<sup>(71)</sup>パブリック・ドメインに対する認知度を高め、法的確実性を向上させるうえで、パブリック・ドメインとしての著作物の地位を明示する世界共通の標識の作成はきわめて重要である。著作権が自動的に発生し、著作権表示が義務付けられないことを考えれば、契約に基づくパブリック・ドメインをこのように形式化する必要性は当然だ。

しかし、自らの著作物をパブリック・ドメインにするという意味を作者が明確に宣言した場合でも、ドイツの著作権法はこうした自発的な意思決定の効果を認めない。著作権が譲渡不能であると明示的に規定されているのである。<sup>(72)</sup>

(70) <http://creativecommons.org/choose/zero/waiver>.

(71) German Federal Supreme Court Case I ZR 69/08, 29.4.2010, BGHZ 185, 291 paras 34-36 – Vorschaubilder; Peukert, Der digitale Urheber, in: Bullinger et al (eds), Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag, 2013, 455, available at <http://ssrn.com/abstract=2268916> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2268916>.

(72) Sec. 29 (1) German Copyright Act.

多数説によれば、作者には、対世的効力を持つ形で自らの著作権を放棄する権利は認められない<sup>(73)</sup>。しかし、この説が見過ごしている点がある。それは、作者が著作権を処分する権限を法律で制限する趣旨は、作者よりも強い交渉力を持つ生産者から作者を保護するためだということである。パブリック・ドメインへの提供の場合、こうした非対称な双務関係と関わるものではない。この場合、作者は排他性の譲渡ではなく、放棄を決断したのである。強い交渉力を持った相手も存在しない。したがって作者は、ドイツの著作権法の下でも、すべての利用権を自由に放棄することができると解すべきだ。人格権の核心部分のみがその例外とされる。

しかし、既に述べたように、契約の自由がパブリック・ドメインの範囲を制限する道具となる場合もある。例えば、著作権の例外および制限に基づく合法的な利用にあたるものが、エンド・ユーザー・ライセンス条項で禁止される場合である<sup>(74)</sup>。特に、特許権の存続期間満了後もライセンシーにロイヤルティの支払いを義務付けることによって、特許ライセンスが許諾特許の範囲を超えて適用されるときがある。

一般的には、知識を利用する自由をこのように契約に基づいて制限することは有効である。そもそも当事者自治とは、特定の利益と引き換えに、もともとは存在しない義務に人が服することを可能にすることである。排他的知的財産権の範囲を超えたライセンス契約は、パブリック・ドメイン全体を消滅させるものではない。こうした契約はその当事者を拘束するにすぎないからである。もしも当事者が、自らの自由の放棄を得策と判断したのなら、それでよい。契約に基づくパブリック・ドメインの制限が無効となるのは、例外的な場合に限られる<sup>(75)</sup>。

そのような場合としては、第一に、パブリック・ドメインの知識に関するラ

---

(73) 参照、Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6th ed. 2013, para 346.

(74) 参照、Rehbinder/Peukert, Urheberrecht, 17th ed. 2014, paras 1157 et seq.

(75) Supreme Court of the German Reich Case I 119/14, 21.11.1914, RGZ 86, 45, 55; Swiss Federal Court BGE 101 II 102, 104 (1975).

イセンス契約が、競争の妨害、制限または歪曲をその目的に掲げるか、または結果として引き起こす可能性がある場合である。かつてのドイツの判例では、知的財産権の範囲を超えたライセンス契約それ自体が競争を阻害するがゆえに、無効とされていた（内容説 “Inhaltstheorie”<sup>(76)</sup>）ことがある。現在大きな支持を得ている、より経済的なアプローチの下では、こうした反トラスト規則はますます柔軟になっている。欧州委員会の技術移転契約に関するガイドラインによると、通常、当事者は、EU競争法と抵触しない範囲で、許諾特許の存続期間満了後も、ロイヤリティの義務を適用することについて合意することができる。欧州委員会の見方によれば、これら権利の保護期間満了後は、第三者が、当該技術を合法的に利用すること、および契約当事者と競合することができる。こうした実際の競争や潜在的競争で、ロイヤリティの義務がそれほど大きな反競争の効果を持たないようにするうえで通常十分役に立つというのである<sup>(77)</sup>。

この論理は説得力に欠ける。ライセンシーが許諾特許の有効性に異議を申し立てることを禁じた規定について同委員会が指摘しているように、通常ライセンシーは、知的財産権の有効性を判断できる最上の立場にある。無効な権利は、イノベーションを促進するのではなく、阻害するのだから、こうした権利は排除されるべきだ。そのために必要な権利への攻撃は、技術に最も近い立場のライセンシーによって始められるのが典型的だ。つまり、異議を申し立てることを禁じた排他的ライセンス協定を有効とみなすことが適切なのは、この規定が終了権と組み合わせられることによって、ライセンシーが、ライセンス契約を継続するか、それとも自らの責任で技術を利用するかのをいずれかを選ぶことがで

---

(76) German Federal Supreme Court Case X ZR 14/03, 5.7.2005, GRUR 2005, 845, 846 – Abgasreinigungsvorrichtung; ECJ Case C-193/83 Windsurfing/Kommission [1986] ECR 611 paras 26 et seq.

(77) Communication from the Commission, Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements, 2014/C 89/03, OJ C 89/3, 28.3.2014, para 187.

きる場合のみである。<sup>(78)</sup>

契約に基づくパブリック・ドメインの制限が無効となりうるもう一つの理由は、それが公序良俗に反する場合である。ただし、当事者自治に対するこうした一般的制限は、例外的に適用されるにすぎない。たとえば、圧倒的な交渉力に屈した当事者が、最も重要な基本的自由の譲渡に同意し、その結果、当事者の自律性 (*autonomy*) が他律性 (*heteronomy*) に変わる場合である。<sup>(80)</sup> パブリック・ドメインとしての知識の利用を控えることに同意すること、あるいはパブリック・ドメインとしての知識に何がしかの金銭を支払うこと自体は、公序良俗に反するものではない。しかしながら、著作物の引用や自由な変容的利用を明らかに禁じる規定は無効である。こうしたコミュニケーション的自由の核心部分は、パブリック・ドメインの核心部分であり、他の私的当事者に対しても不可欠な部分なのである。

パブリック・ドメイン知識に関するほとんどの契約が有効で拘束力を有するという考え方に立っても、契約という方法で自由な知識を専有することについての白紙委任を意味するわけではない。ライセンサーが排他的権利を有しない知識についてライセンスを付与することが、契約上の責任を発生させる場合がある。<sup>(81)</sup>

この点に関しては、知的財産権の売り手またはライセンサーが、当該権利の保有者ではないか、あるいはそもそも登録された権利が存在しない場合、この売り手またはライセンサーが責任を問われる可能性があるということが一般に認められている。<sup>(82)</sup>ところが、ドイツの判例や学説上の多数説では、買い手

---

(78) Id, at para. 133-40; cf. Art. 5 (1) (b) Regulation (EU) No 316/2014 of 21.3.2014 on the application of Article 101 (3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements, OJ 93/17.

(79) Sec. 138 (1) German Civil Code.

(80) Stieper (n. 34), at 325 ff.

(81) Peukert (n. 1), at 234-246.

(82) Kraßer, Patenrecht. Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht, 6th ed

たはライセンサーが契約締結後に、問題となっている権利の無効を知った場合については、売り手またはライセンサーの責任が否定されている。つまり、知的財産権の有効性について、売り手またはライセンサーは責任を問われないということだ。その根拠として、買い手またはライセンサーは自らの責任で投機的取引を行うと論じられる。保有者と主張する人物が技術などの利用を控える場合、ライセンス取得者は、対価を支払ったもの、つまり契約の対象の自由な利用による経済的利益を受け取る。パブリック・ドメインとしての知識を買ったりライセンスを取得してしまうことによるリスクを抑えたいとライセンス取得者が考えるなら、売り手またはライセンサーから個別の保証を得るために交渉しなければならない。権利がすでに無効と宣言されているか、あるいは市場におけるすべての競業者が明白に無効な法的権原を無視する場合に限り、買い手またはライセンサーは、事情変更の原則に基づいて契約を終了させることができる。ただし、買い手またはライセンサーは、すでに支払った代金またはライセンス料の全額またはその一部でさえ返還を求めるとはできない。<sup>(83)</sup>ロイヤルティは売り手またはライセンサーの手元に残るのだから、パブリック・ドメインとしての知識—たとえば、最新技術以外の技術—を売却することやそれに関するライセンスを与えることは、リスクを伴わず潜在的に有望なビジネスモデルとなる。

これが正しい法であるはずはない。<sup>(84)</sup>第一に、この事例は、契約成立の根拠となる事情の変化（事情変更の原則）にのみ関連するものではない。無効な知的財産権の販売もしくはライセンス供与は、売り手またはライセンサー側の不履行に該当する。契約に基づいて、売り手またはライセンサーは、自らが所有

---

2009, at 946, 948.

(83) German Federal Supreme Court Case I ZR 162/09, 2.2.2012, ZUM-RD 2012, 514 paras 17 et seq. – Delcantos Hits with further references.

(84) Ullmann, Versprechen mit leerem Inhalt? – Gedanken zum Handel mit Scheinrechten, in: Bücher et al (eds), Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, 2014, 75 et seq.

を主張する権利の譲渡もしくはそれに関するライセンスの供与を義務付けられる。買い手またはライセンシーが取得を望むのは、有効な法的権原であって、あいまいで不安定な経済的利益ではない。契約が締結された時点で、この義務の履行の障害となるものがすでに存在していた。対象物は、保護の法的要件を満たしていなかったのである。このような場合、ドイツ民法311a条は、売り手またはライセンサーが、契約締結時に契約の無効についての認識がなく、かつその認識の欠如について責任がないことを証明できる場合を除いて、義務の遂行もしくは負担した費用の返還の代わりに損害賠償を求める権利を、買い手またはライセンシーに認めている。第二に、契約法をこのように直截に適用することこそが、契約の対象物のパブリック・ドメインとしての地位に相応しいものである。契約の対象物が保護されないのは、新規性、進歩性あるいは独創性に欠けるという理由からである。そのような〔それらが欠ける〕知識は、すべての人が自由に利用できるようにするべきだ。それが持つ経済的価値は、この自由を積極的に行使する人たちが享受するべきであって、知識に対して所有権を主張するだけの人に与えられるべきではない。

実際、売り手またはライセンサーは、権利が無効であるという認識の欠如が自らの責任ではないと証明できない限り、支払われた金を返す義務を負うべきだ。そのため売り手またはライセンサーは、契約締結時に合理的注意を行使したことを証明しなければならない。したがってここで最も重要な問題は、知的財産権の保有者と見られる人物が、自分のものだと主張するこの権利の有効性をどの程度まで調べなければならないのかということになる。特許庁による特許適合性の審査については頼りにすることができるだろうが、製品デザインなど、特許庁では審査されない対象物の保護可能性については調べる必要がある。こうした義務の範囲は、個々の事例の状況によって違う。権利保有者と主張する人物が経験豊富であればあるほど、そして最先端技術が限定的であればあるほど、その人物の義務の範囲は広がるに違いない。

パブリック・ドメインとしての知識の買い手またはライセンシーの側に寄与

過失がある場合、支払われるべき損害賠償額は少なくなる<sup>(85)</sup>。おおざっぱに言って、過失のある売り手またはライセンサーは、受け取ったロイヤルティの少なくとも半分を返金しなければならない。こうした結果全体から、すべての当事者には、不用意に請求を行わない、そしてパブリック・ドメインの知識を契約で商品化しないというインセンティブが生まれるのである。

#### bb) 不法行為法

最後だが重要な点として、パブリック・ドメインとしての知識の私的専有は、契約に基づく関係の範囲外でも発生する。具体例としては、権利保有者と見られる人物が、不存在・無効な知的財産権の存在を主張する広告や警告状がある。

広告については、ドイツの不正競争防止法第5条に規定されている。この規定では、誤認を招く、したがって不当な商慣行が禁止されている。商慣行は、なかんずく「それが、・・・知的財産権を含む、資産などの起業家の権利・・・に関して欺瞞に該当する虚偽の情報またはそれ以外の情報を含む場合」に誤認を招くとみなされなければならない。この規定、ならびにこの規定の元となった規定に基づいて、裁判所は、ドイツで登録されておらず、したがって存在しない特許およびその他の産業財産権を主張する広告主に対する差止め命令を認め<sup>(86)</sup>た。広告主が登録済みの権利を有しているとしても、無審査の意匠権や実用新案など、正式に存在する権原が明らかに無効な場合には、商品またはサービスの販売促進における表現は誤認を招くものであるとされる<sup>(87)</sup>。

商品に関して知的財産権が存在しない、あるいは無効な場合、こうした商品の販売促進は、競合者や消費者の商業上の決定に何らかの影響を及ぼす可能性

(85) Cf. sec. 254 (1) German Civil Code.

(86) Ebert-Weidenfeller/Schmüser, Werbung mit Rechten des geistigen Eigentums - „ges. gesch.“, „Pat.“, ®, TM, © & Co., GRUR-Prax 2011, 74 with further references.

(87) Düsseldorf Regional Court Case 2 U 145/97, 1.10.1998, WRP 1999, 218 – Schaukelpferd.

がある。パブリック・ドメインへの侵害としてこれ以上に深刻なのが、不当な警告状である。主張の真偽が判断しにくいというのに、知的財産権の侵害が深刻な結果をもたらすことから、多くの場合、競合者は警告状に従う。自分たちの事業の根幹に関わるという場合に限り、彼らは、必要とあらば法廷で、パブリック・ドメインを擁護する。こうした非対称が一層顕著になるのは、権利保有者と見られる人物が、競合者の顧客に警告状を送りつけ、競合者の商品が知的財産権を侵害しており、このままでは知的財産の救済という深刻な事態に陥る恐れがあると伝える場合である。このような場合、ほとんどの顧客は、その競合者との取引を打ち切り、問題となっている商品により強い権利を持っていると主張する別の業者に鞍替えする。

不当な警告状は競争に深刻な影響を与え、競争を抑制するにもかかわらず、ドイツにはこれを明確に規制する法律がない。不正競争防止法と公序良俗への故意損害という不法行為類型では、不法行為者が、不正または公序良俗違反の判断を根拠づける事実について明らかに知っていなければならないとされている<sup>(88)</sup>。正式に登録され、その結果として存在する権利の無効性ということになると、こうした認識の証明はきわめて難しくなる。

上のような結論に立つと、競業者やその顧客が、パブリック・ドメインとしての知識を営利目的で有効に利用する自由は、保護されないままになるだろう。リスクがゼロに近ければ、市場参入者は知的財産の侵害を主張する。警告状を受け取った側がこの安易な主張に従えば、侵害を主張した側は、その競争上の立場を著しく強化する。たとえ競業者が法廷で侵害を否定して自らの自由を擁護するとしても、侵害を行ったとされる側が、すべての損害、特に主張の正当性を判断するために、生産を一時的に停止したことによる損害を回復することは手続法上認められていない。

こうした非対称は、第2帝政時代の最高裁判所によって既に容認しがたいも

---

(88) 参照、Peukert, in: Teplitzky/Peifer/Leistner (eds), Großkommentar UWG, 2nd ed. 2014, § 3 paras 362-383 with further references.

のと認められていた。1904年、ライヒ裁判所は、客観的に虚偽である知的財産権侵害の主張に基づいて訴えられた競業者は、権利保有者と主張する者の行為が過失に基づくものであっても、損害賠償を請求できるとの判断を下した<sup>(89)</sup>。その根拠は、「すでに成立した営業への権利」というあいまいなものだった。それから100年を経てようやく、この不法行為法の適切な正当化根拠が連邦通常裁判所によって示された<sup>(90)</sup>。

連邦通常裁判所は、知的財産権の競争上の重要性和その侵害が認められた場合の法的帰結の重大さに鑑みると、それに対する法的対応物が存在しなければならないと判示したのである。こうした特権的な立場を主張する人は、自らの主張の正確性に責任を負わなければならない。この義務は所有権から派生するものではない。いずれの当事者も所有権を主張することができないからである。その代わりに裁判所は、私的な介入から、基本的権利と自由—この場合は、パブリック・ドメインとしての知識にアクセスし、それを利用できる、すべての人に平等な消極的自由—を守るという義務を果たしている。こうして裁判所は、強く保護された個人の知的財産権と、パブリック・ドメインとしての知識を利用することへの広く分散した自由との間の非対称構造を是正するのだ。これによって裁判所は、知的財産に関する不当な警告状は、それ自体違法だとするルールを再確認した。このルールに過失によって違反した者は、それが原因で損害を被った者に賠償を行う義務を負う。過失の有無にかかわらず、損害を被った側が差止めを求めることもできる。

無効な知的財産権のライセンス供与の場合と同じく、権利保有者とされる人物が、自らの権利の有効性や範囲を評価する際に合理的な注意を行使しなかった場合、損害賠償責任が発生する<sup>(91)</sup>。この場合も、通常、特許保有者は、行政

---

(89) Supreme Court of the German Reich Case I 418/03, 27.2.1904, RGZ 58, 24 – Juteplüsch.

(90) German Federal Supreme Court Case GSZ 1/04, 15.7.2005, BGHZ 164, 1 – Unberechtigter Schutzrechtsverwarnung.

(91) German Federal Supreme Court Case GSZ 1/04, 15.7.2005, BGHZ 164, 1, juris

機関による審査の結果を頼りにすることができる。しかし、登録済みか否かにかかわらず、権利が、実体に関する職権による審査をまだ受けていない場合、いずれの者も、知的財産の侵害があったとする主張の正当性を慎重に調査しなければならない。どの程度の調査が必要になるのかは、個々の事例の状況に応じて、とりわけ権利保有者と見られる人物の能力に応じて決まる。警告状を受け取った側に寄与過失があれば、支払われるべき賠償額は減額される可能性がある。

以上のことを要約すると、知的財産権の虚偽の主張に対して責任を負わせることは、契約に基づく場合もそうでない場合も、パブリック・ドメインの維持に役立つ。つまり、公的知識を利用するという平等な消極的自由は、契約法および不法行為法の中に適切な場所を見出すことができる。民法と知的財産法はお互いを補い合っている。民法は、強力な知的財産権と広く分散したパブリック・ドメインとの構造的非対称を是正する<sup>(92)</sup>。

現代の知識秩序を全きものとするためには、こうしたルールが必要だ。この秩序は、排他的権利と平等な自由によって成り立っており、そのいずれもが保

---

paras 28-9 - Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung.

(92) 参照、German Federal Supreme Court (GS) GSZ 1/04, 15.7.2005, BGHZ 164, 1, juris paras 14, 29 - Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung.

[訳者注] 著者アレクサンダー・ポイケルト教授による冒頭注にも示されているように、本稿は、同教授が2014年2月28日に神戸大学で行った講演に基づくものである。同講演はJSPS科研費基盤研究(A)「市場に対する経済的・社会規制の手法に関する法律学的・経済学的研究」(研究代表者: 泉水文雄(神戸大学)、課題番号24243011)の主催、JSPS科研費補助金基盤研究(A)「ネットワーク社会における都市空間のガバナンス」(研究代表者 吉田克己(早稲田大学)、課題番号21243007)の共催により行われた。当日は、本講演に対して共訳者島並がコメントし、角松が司会および講演全体のコーディネートを担当した。ご多忙にも関わらず講演とその翻訳公表をご快諾頂いたポイケルト教授、講演の実現に尽力された関係者各位、並びに本翻訳の素案作成および当日の討論通訳を担当された(株)サイマル・インターナショナルに感謝を申し上げる次第である。

護されて然るべきものである。それと同時にこのいずれもが、バランスのとれた知的財産制度を実現するうえで考慮されなければならない。バランスのとれた知的財産制度は、独創性とイノベーションを阻害することではなく、育むことこそを目標とするものであるからだ。