

## 科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 28 年 6 月 2 日現在

機関番号：17401

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2013～2015

課題番号：25380042

研究課題名(和文) 知的財産権と憲法 - 標識法と表現の自由を中心に

研究課題名(英文) Intellectual Property Rights and Constitutional Law

研究代表者

大日方 信春 (Obinata, Nobuharu)

熊本大学・法学部・教授

研究者番号：40325139

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,500,000円

研究成果の概要(和文)： 知的財産法は、管理可能性なき無体物に管理権を設定することで、当該無体物の私物化、商品化を可能にしている。知財法は、有益な情報の生産、頒布に仕えているといえる。

ただ、この法制度は、無体物の自由利用を制約するものでもある。知財法制なかりせば自由利用できたはずの情報は、いまでは生産者、権利者の許諾なく利用できない。そして、この法規制の枠組は、憲法上の重要な価値とされている表現の自由との関係においてとくに顕著である。

本研究は、知的財産のうち標識法(営業上の信用に化体する標識を保護するもの)に分類される商標をとりあげ、同権利を保護することの表現規制的側面について憲法学の視点から分析したものである。

研究成果の概要(英文)： Intellectual property law is enabled privatization of intangible property - information, expression, invention and so on. This systems are promoting distribution of useful information, but they are restricting freedom of expression. This conflict between information as a common goods and information as a privately owned goods is a constitutional problem.

This research picks up trademark law. This law system is constrained free speech. Because this system is grant trademark owners greatly control over their mark. Trademarks are languages in modern expression. This research is conclude that trademark enforcement impinges on right to free expression, and the Court should scrutinize this law systems.

研究分野：憲法学

キーワード：憲法 知的財産権 表現の自由 商標

## 1. 研究開始当初の背景

(1) 知的財産権とは、情報や表現といった無体物に国家が管理権を(法律により、または、訴訟を通じて)認めることにより成立した人工的な財産権である。こうした無体物に権利者の管理可能性をもたらした国家行為は、情報や発明の増加・促進に仕えている。

ところが、上の国家行為は、情報・発明といった無体物についての自由利用を規制するものでもある。同規制なかりせば自由に利用することができた無体物は、いまでは権利者の許諾なく利用することはできない。このことは、無体物を用いての表現行為において、とくに顕著である。

本研究は、知的財産権を保護する国家行為がその反面で憲法上重要な価値であるとされてきた表現の自由を規制するものとしての両面をもつものと捉えて、その憲法適合性を判定するものである。

(2) 知的財産権と表現の自由の関係について、研究代表者はこれまでもいくつかの研究業績を積み上げてきている。たとえば、2011年に刊行した『著作権と憲法理論』(信山社)や「特許と憲法 - 表現の自由を中心に」熊本法学 125号(2012)、「特許権をみる憲法学の視点について」日本工業所有権法学会年報 37号(2014)などが、その代表例である(いずれも単著)。これらの研究を通して、知的財産法のうち、人間の精神的活動の成果を保護する「創作法」と憲法理論、とくに、表現の自由との関係をどのように考えていくのか、いかに知的財産権と表現の自由という両価値は調整されるべきかについて、一定の道筋をつけることができたと思われる。

知的財産法は、権利保護の対象の観点から、上にふれた「創作法」と営業上の信用を化体する標識を保護することを目的とした「標識法」に分類することができる。本研究は、知的財産法のうち標識法に分類される諸法令の表現の自由規制的側面に注目して、その憲法適合性を分析する枠組を提示しようとするものである。

(3) 知的財産権と憲法との関係を分析する研究は、とくに、著作権と表現の自由の関係をめぐるものにおいて、著作権法学界及び憲法学界の両面から、わが国でも徐々に議論の蓄積がなされつつある。ただ、特許や標識法と憲法理論との関係については、まだ、いずれの学界においても研究の緒についたばかりであると思われる。

本研究は、わが国ではまだ十分な議論がなされているとは言えない「特許と憲法」につづいて、標識法と憲法理論の関係、そのなかでも、商標に関する諸法令の表現の自由制約的側面に注目して、その憲法適合性を判定する枠組を提示しようとしたものである。

## 2. 研究の目的

(1) 知識(knowledge)や情報(information)は、その無体物としての性質から、経済学でいう公共財(public goods)であると考えられてきた。したがって、それらは「非競合性(non-rivalness)」「同時に複数人が消費できる」「非排他性(non-excludability)」「管理可能性がないため他者の消費を防止できない」という性質をもっている。表現の自由を保障した日本国憲法 21条は、言論空間におけるこうした知識や情報の自由な利用を保護することで、政治参加や知の探究といったわたしたちの高度な精神活動を保護している法規範である。

(2) 「1. 研究開始当初の背景」(1)でも示したように、無体物である知的財産は、権利者の管理権を執行(enforce)する国家行為により知的財産権としての地位を得ている。したがって、法律により創設された権利である、と理解できるであろう。本研究は、第一義的には、この法律が言論規制的法律ではないか、というのである。

ところで、各種法令の制定の背景には、当該法令の制定を目指す利益団体・圧力団体の存在が指摘されて久しい。しばしば、権利に対する法規制は、各種業界の利益の保護・拡張を目指すものである、と言われてきているのである。いわゆる「少数派のバイアス(Minoritarian Bias)」がはたらいているというのである。

この「少数派のバイアス」とは、法律制定過程、政策形成プロセスにおいては、意見集約が容易で組織化されやすい少数者の利益は反映されやすいが、偏在し拡散している意見は、それが実は多数派であったとしても、意思決定過程に反映されにくい現象を指す術語である。たとえば、著作権法制についていえば、意見集約が容易で法律制定過程に反映されやすいのは権利者側の意見であり、著作物を利用する一般の表現者の意見は、一般的には多数派であると考えられるのに、法律制定過程には反映されがたいと考えられている。つまり、法律制定過程では、権利者側の権利が保護されやすいという性質をもっているのである。

(3) わが国が「知財立国政策」を掲げて久しい。同政策は、知的財産の国際的・国内的保護を確実にして、わが国の国際競争力の維持・向上を目指すものである。そのための法整備も現実に実施されてきているところである。

ところが、こうした法整備は、反面で、憲法上の重要な価値とされてきた表現の自由を制約しているのである。知的財産権を保護する政策は、おそらくは、望ましい政策であるといえるものであろう。ところが、同政策の適法性は、政策の「望ましさ」により得られ

るものではない。政策の基になっている法律の憲法適合性が確保されてはじめて、同政策は適法な政策であると言えるのである。

研究代表者は、これまで、上の視点から知的財産権のうち、おもに、著作権・特許権について、その憲法適合性を判定する枠組を提示してきた。本研究では、知的財産権のうちの標識法、とくに、商標に関する法令の憲法適合性を判定する枠組を分析するものである。

### 3. 研究の方法

(1) わが国の知的財産法は、大きく分けると財産権的権利と人格権的権利を保護法益とするものである。したがって、まずは、この2つの保護法益ごとに従来の憲法理論、とくに、表現の自由論との関係でいかに位置づけるかを検討する必要がある。

本研究は、まず、知的財産権の財産権的側面については、従来の表現の自由論でいえば表現の自由と名誉毀損やプライバシー侵害の問題と同じ枠組で分析可能であると考えた。なぜなら、この何れもが無体物である情報やデータを情報・データ主体に無断で利用することが不法行為に該当する、という枠組で語られてきた問題であるからである。知的財産権、とくに、本研究との関係では、商標などの標識の無許諾使用と表現の自由の関係が、従来の憲法理論という名誉毀損・プライバシー侵害と表現の自由の問題と同一の枠組で分析可能であることを、まずは明らかにしておくことが必要になった。

また、本研究は、知的財産権の人格権的側面については「消極的表現の自由」論の中に位置づけることができる、との仮説を提起した。「消極的表現の自由」論とは、表現表出者の自由意思に基づかない表現強制を表現の自由を侵害するものと捉える法理論である。商標などの標識が権利者の意図しない方法で使用されるならば、それは言論市場において同権利者を本人の意図しない表現で評価する危険をもたらすものとなる。また、本来は存在していない冒用された商標と権利者と間に関係・連携があることを需要者に誤解させるおそれもある。したがって、知的財産権の人格権的側面については、従来の憲法理論でいえば表現の自由論のなかのとくに「消極的表現の自由」論に位置づけられることの論証を試みている。

(2) 本研究は、こうした知的財産権と憲法理論、なかでも、表現の自由論との関係の基礎理論を、アメリカの判例理論、法理論の知見のなかから探究している。なぜなら、わが国の従来の憲法学では論じられては来なかった「知的財産権と憲法理論」、より具体的には「知的財産権と表現の自由」について、彼の国には一定の議論の蓄積を見ることができからである。その成果は、EUGENE VOLOKH,

THE FIRST AMENDMENT AND RELATED STATUTES (3rd ed., 2008)に要領よく記載されている。本研究は、同書内にまとめられている法理論、指示されている諸文献、諸判例をもとに、また、所属研究機関で利用できるデータベース(Lexis等)を活用して、アメリカにおける法理論、判例理論を学ぶことでわが国の憲法理論に関する新たな知見を得ようとした。

また、知的財産権をめぐるアメリカの法理論は、その多くを不法行為法の理論に負っていることもわかっている。したがって、本研究の成果を確実なものとするためには、彼の国の不法行為法理論を確認しておくことも必要になった。そのために、VINCENT R. JOHNSON & ALAN GUNN, STUDIES IN AMERICAN TORT LAW (3rd ed., 2005)およびRICHARD A. EPSTEIN, TORTS (1999)などで基本的理解を深め、SHELDON H. NAHMOND, MICHAEL L. WELLS & THOMAS A. EATON, CONSTITUTIONAL TORTS (2d ed., 2004)で応用的な知見を得ている。

(3) なお、くり返しであるが、本研究は、従来の憲法学では論じられることがあまりなかったテーマを扱っている。その証拠に、わが国の憲法概説書のほとんどで、知的財産権の問題を表現の自由の項目で扱っていない(もっとも、その他の項目、たとえば、財産権のなかで知的財産権について具体的に論じているものもない)。また、知的財産法学においても、同権益を憲法理論、とくに、表現の自由論との関係で論じているものは、ごく僅かである。そこで、本研究は、憲法学、知的財産法学の両方の学問領域において、「知的財産権と表現の自由」の問題に関心をもつ僅かに存在する研究者の指導をときと仰ぐという方法で研究を進めている。

そのなかでも、研究分担者として参加しているJSPS科学研究費助成事業「知的財産権と憲法的価値」(課題番号:15H01928)(平成27年度~平成31年度)(研究代表者:高倉成男)における研究は、本研究の進展に寄与するところが大きかった。

### 4. 研究成果

(1) 知的財産権と憲法理論の関係について  
従来の知的財産権論、あるいは、憲法理論は、知的財産権と憲法上の権利との関係について、権利者と利用者の間での私人間における利益調整の問題として捉えてきたと思われる。したがって、この問題は、各種の知的財産法上に規定されている権利保護規定、権利制限規定によりすでに調整済であると考えられてきたのではなかろうか。それは、表現行為と名誉毀損・プライバシー侵害との関係を見るかつての憲法理論と同一のものであろう。

ところが、こうした分析枠組は、アメリカでは、New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)で否定されている。公職者

に対する名誉毀損的表現の名誉毀損該当性が争われた本件で、連邦最高裁は、名誉の保護にあたって表現者の行為を制約してきた国家行為 (state action) に憲法上の価値 (表現の自由) を照射して、名誉保護法制に憲法上の限界を画する判例法理を確立させたのである。以来、彼の国では、名誉毀損法制、プライバシー保護法制をはじめ、各種の知的財産保護法制と表現の自由の関係も、この Sullivan の法理を意識した議論展開がなされている。アメリカでは「知的財産権と表現の自由」のテーマについては、名誉毀損と表現の自由、プライバシー保護と表現の自由の問題と同様、すでに、憲法上の論点として確立しているのである。

本研究は、このアメリカにおける議論状況を紹介したあと、知的財産法制には公共選択論でいう「少数派のバイアス」(前述)が見られることを指摘しつつ、権利者保護的な法制運営 (国家行為、state action) に憲法上の限界を画する法理論の提示が憲法学には要請されていることを指摘している。

では、いかなる方法で知的財産権の保護という表現の自由の制約の憲法適合性を判定していくのか。ここでも、名誉毀損的表現、あるいは、プライバシー侵害的表現を規制する国家行為の憲法適合性を判定する手法として確立してきた「定義的衡量 (definitional balancing)」の手法がとられるべきであることを主張した。どのような表現が知的財産権を侵害するものなのかを事前に明確にして (定義して) おき、他者の知的財産を用いた表現の当該定義該当性を判定したあと、定義該当性が肯定されたとしてもそれを上回る憲法上の価値 (たとえば、フェア・ユースなど) による免責の可否を判断するこの手法は、無体物を使用した表現行為の憲法上の位置づけを、知財権利者との関係で表現者優位のものに再考する視点を提示して得ているはずである。

(2) 知的財産権の人格権的側面を「消極的表現の自由」論のなかで検討することについて

たとえば、著作権について見ると、わが国の法制度は、その財産権的側面 (著作財産権) と同時に、人格権的側面 (著作者人格権) をもその保護法益に含めている。この著作者人格権は、さらにその権益に応じて「公表権」、「氏名表示権」、「同一性保持権」に区分して説かれている。この著作者人格権について、研究代表者は、以前の JSPS 科学研究費補助事業 (課題番号: 22530034) (平成 22 年度 ~ 平成 24 年度) のなかで、著作者人格権は著作財産権とともに言論市場での表現取引の適正さを確保するための制度的権利と捉える視点を提示している。

ところで、本研究が主に比較法研究の対象としているアメリカでは、知的財産権は、原則として人格権 (moral right) としては理解されていない。それは、彼の国の知的財産

法制が、権利者の人格権的利益を保護法益のなかに含めていないからである。それでも、彼の国では、わが国で言うところの「公表権」については表現者がもっとも効果的な表現表出時期を決定できる権利として、「氏名表示権」については表現と表出者を連結させる権利として、そして「同一性保持権」については表現内容が表現者の意図するものであることを保障する権利として、理解されてきている。この枠組で捉えれば、標識法である商標法が商標の「希釈化 (dilution)」を防止している理由も、商標権者の意図しない商標利用 (意図しない表現) を強制されないという「消極的な権利 (消極的表現の自由)」を保障するためである、と捉えることもできよう。

本研究は「知的財産権と表現の自由」のサブカテゴリにある「標識法と表現の自由」について、権利者の人格権的権利についても、表現の自由論のパラダイムの上で検討する視点を、アメリカの議論に基づいて提示している。

(3) 商標と表現の自由について

商標 (trademark) に一定の管理権を設定する標識法も、権利保有者 (owner) または当該マークを先行して使用している者 (senior) と後行使用者 (junior) との間での利害調整を目指したものである。従来なら私人間の法的問題であると捉えられてきたと思われるこの問題も、商標に一定の管理権を設定し執行する国家行為は、反面で、当該マークを利用しての表現行為を制約するものであると捉えて憲法上の論点を形成すべきであることについては、(1) で述べた通りである。本研究は、同様の議論がすでになされているアメリカの法理論を参照する形式でこうした視点を紹介した。

ところで、こうした商標保護は、伝統的には、不正競争防止の一部として理解されてきた。商標法制は、商標の出所識別機能を保護することで、同マークの需要者が別商品と混同することを防止するものであったのである。ただ、その保護法益は、商標の希釈化に法令上の防止が与えられて以来、変転してきている。商標保護法制は、需要者の「混同 (confusion)」を防止することで商標保持者の取引上の信用 (business reputation) を保護することにくわえて、したがって、第一義的には消費者の利益を保護することにくわえて、商標そのものに宿っているブランド・イメージやプレステージを保護することを目的とするものに変容してきているのである。これは、アメリカにおいても、そして、わが国においても指摘されてきた。

商標法制の保護目的のこうした拡大は、その「希釈」概念の曖昧性とも相まって、対立利益との調整を困難なものにしてきている。その対立利益というのが、表現の自由である。商標間に混同が生じなくても、商標を希釈化

させるような商標使用は不法行為となるのである。こうした「商法法制のパラダイム転換」にアメリカ法はどのように対応しているのだろうか。

本研究は、アメリカの判例実践およびそれをめぐる諸学説の検討のなかで、つぎのような結論を得ている。まず、後行表現者の表現が営利的表現である場合、商標保護法制は営利的言論を制約していることになる。彼の国においては営利的言論を制約する国家行為については、セントラル・ハドソン・テストでその憲法適合性を判定するという判例法理が確立している。他者の商標が営利目的で使用され、それを商標法制が規制しているとき、同国家行為は、この憲法適合性審査の手法を使ってその適法性が審査すればよいことになる。また、後行表現者の表現行為が非営利的なものである場合、この場合には、知的財産法が表現の自由を制約する場合の一般法理に戻って定義的衡量的方法で、その憲法適合性が判定されることになる。そのさい、彼の国の商標法は「フェア・ユース規定」をもっている（15 U.S.C. § 1125(c)(3)(A)）。この規定の解釈適用を通して、アメリカでは商標保護法制をも表現の自由保護的に運用する術をもっている。

ひるがえってわが国を見ると、商標法制を表現規制法制と捉える視点は、憲法学界にも知的財産法学界にも、欠けている。したがって、商標に関する使用規制を、表現の自由論で分析してはきていないのである。こうした学界状況のなかで本研究の意義はそれなりに認められると思われる。ただ、わが国における裁判例をとり上げて、それを表現の自由論の枠組で検討する作業がまだ残されている。この課題の遂行は、他日を期すしかない。

## 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文](計 2 件)

大日方信春、著作物のパロディと表現の自由 - 憲法学の視点から、阪本昌成先生古稀記念論文集『自由の法理』(成文堂) 査読無、2015、797-857

大日方信春、商標と表現の自由(一)、熊本法学、査読有、136号、2016、71-122

URL

[http://reposit.lib.kumamoto-u.ac.jp/bitstream/2298/34402/1/KLaw0136\\_071-122.pdf](http://reposit.lib.kumamoto-u.ac.jp/bitstream/2298/34402/1/KLaw0136_071-122.pdf)

## 6. 研究組織

### (1)研究代表者

大日方 信春 (OBINATA, Nobuharu)