

〈論文〉

知的財産法におけるパブリックドメインの 法的意義に関する基礎的考察

栗原 佑介

Abstract

特許法、著作権法に代表される知的財産法は、知的財産に法的な保護を与える一方で、それ以外の部分は、パブリックドメイン (PD) の存在を自認の上、調整原理として機能する。最近、知的財産と PD の境界が曖昧な領域における保護と利活用の調整を行う解釈として、PD アプローチ (PD に帰属する場合は権利保護、行使を認めない理論) や、対抗利益としてユーザの権利 (UR) の概念がある。本稿は、前提となる PD 及び UR の法的意義を検討する。

結果、①先行研究及び裁判例において PD は知的財産法の不保護の部分として用語は存在するが、理論的検討が行われたのは最近であり、国内においてはほぼない、②UR は、PD の確保、豊富化という観点から、一定条件下においては等しく利用できる権利として認められること、③プラクティスとして、文化資源のデジタルアーカイブのような公益目的においては、その行為が UR の行使として肯定され得ること、以上3点が明らかになった。

キーワード (Key Words) : 知的財産、パブリックドメイン、ユーザの権利、デジタルアーカイブ

1. はじめに

1.1. 問題の所在 (理論面から)

本稿の一貫した問題意識は、知的財産又は知的財産権 (知的財産基本法 2 条 1 項、2 項のそれらを意味する。以下、特に明示のない限り「知的財産」の用語には知的財産権を含む。) としての保護・不保護の境界が不明確であることにある。著作権を例に取れば、権利者不明著作物の取扱いや、DRM (Digital Rights Management) による権利以外の事実上制約される (=本来は自由利用できる) 領域の侵害といった現象は、自由利用できる領域であるパブリックドメイン (以下「PD」という。) の侵害とみることができる。この領域を確保することは、著作物を利用するユーザを保護する観点だけでなく、知的創造サイクルの好循環のために重要である。そして、そのために、①従来理論的な検討が少なかった知的財産法における PD の意義を検討する必要がある、②PD を利用する権利を近年議論される「ユーザの権利」として、構成することができないか、検証する。ユーザの権利として位置付けることができれば、ユーザが積極的に権利主張し得るからである。

知的財産の保護は、「知的財産権法定主義」と評されるように¹、知的財産基本法が明示する知的財産が保護され、それ以外の領域については、原則として前述の司法的救済が否定される (例外としてパブリシティ権など判例法理で認められる権利を除く。)。したがって、その部分は自由に利用できると考えられている。このように、知的財産は、保護対象自体が問

題となる一方、それ以外は自由利用である領域であることを前提に何ら規律していない。これを知的財産の分野ではPDとして扱ってきた。典型的には、保護期間満了後の著作物が典型例である。

そして、PD自体は昔から存在していた²が、その存在意義は、著作権の保護期間延長論の際に、立法論として知的財産が拡張される際に、しばしば議論の対象とされてきた（このときに知的財産の正当化根拠論³も含む⁴）。しかし、日本における議論は、著作権法の枠組みでの議論に留まった印象がある⁵。米国においても、2006年時点で、PDに対する検討の薄さが指摘されていた⁶。もちろん、延長により著作権者が得られる利益の推定を経済学に分析することなどは有益であるが、保護期間延長に関する論文の中で、PDの本質について、殆ど言及はなかった。

権利制限規定の立法や法解釈には、少なくとも正当な目的が存在する。この際、表現の自由が対抗利益として提出される⁷が、PDが持ち出されることはあまりなかった。しかし、この状況に多少の変化がみられる。特許分野では後述するように、PDアプローチにより先使用権の要件解釈に影響がみられ、商標分野では言葉のPDの観点からの分析も見られる⁸。

本稿は、以上のPDに関する先行研究を、知的財産の中でも著作権・特許権を中心に再検討し、PDが保全、豊富化するための積極的な活動の正当化として、「ユーザの権利」論から再評価を試みる。

1.2. 問題の所在（実践面から）

PDの法的意義を再検証する意義は、実務上もある。例えば、前述した著作物は、理論的には保護対象か、PDかの二者択一であるが、実際上は、その判断には困難が伴う。実際にPDと思われていたものがそうではないことがある。最近では、JASRACが2021年9月9日、George Gershwinの作曲した著作物のうち、一部の著作権管理を2022年1月1日より再開することを公表した⁹。報道発表によると、米国の著作権管理団体ASCAPから提供された資料により、337楽曲が1983年に亡くなったIra Gershwinとの共同著作物であることを確認できたためとしている。共同著作物の場合の保護期間の始期は、最終に死亡した著作者の死後から起算する（51条2項かつこ書）ため、同人が創作に関与した作詞作曲については、それぞれ著作権が存続することになる。本件は、権利者が権利を主張していたものの、確認未了として、暫定的にPDとされてきたが、この事態は、権利主張が突然され、事後的にその主張が正しかった場合でも同様に事態になる。このような場合、PDとされていた期間の著作物の利用料相当額を権利者は主張できるのか。この場合は、本来の権利者は、権利があることを知り得ないため、除斥期間の適用は原則的には否定できないが、利用者が消滅時効の援用の主張することは認められないであろう。

また、孤児著作物のような著作権者不詳の著作物について、存続期間満了と推定すること¹⁰の是非はいかに正当化されるか。これらはPDの意義から帰結されるべき問題である。

以上の理論的、実務的な問題意識から、まずは、PDの現状における位置づけを確認し、その後、PDの法的意義に関し、国内外での先行文献、裁判例を検証する。そのうえで、PDの利用主体として観念し得るユーザ（一般市民・国民）の権利との関係性を明らかにする。

2. クリエイティブ・コモンズと PD

PD は、権利というコインの裏として存在する。つまり法的な位置づけは「保護されないもの」と背理的に定義されてきた。これを、権利表示の1つとして取り入れたのが、クリエイティブ・コモンズ・ライセンス（以下「CC ライセンス」という。）である。

CC ライセンスは、2001年に米国の憲法・知的財産法学者の Lawrence Lessig によって設立された非営利団体である“Creative Commons”が2002年に第1版を公表した「自分自身の情報がどうシェアされ、どうディストリビューションされ、どう他人が使って良いか、悪いか、というような原則を自分で決め、それを自己表現するための手段」である¹¹。コンテンツを共有できる状態にすることで、多様で豊かな創作活動の連鎖を生み出されることが期待されるほか、知的財産の政策形成過程になかなか反映されにくい個別の権利者の意向をダイレクトに反映させる運動として、分化する権利者の意向に合わせた法制度の形成を促す意味もある¹²。CC ライセンスには、表示 (BY)、継承 (SA)、非営利 (NC)、改変禁止 (ND) の4つの条件の要素の組み合わせがある。これらと別に CC0 と PDM がある。前者は、著作権保護コンテンツ権利者が、著作権による利益を放棄し、作品を完全に PD に置くことを可能とする。後者は「著作権やその他すべての関連する権利の保護下でない作品」として、いわば PD であることを宣言するが、各国で著作権の保護期間が異なるなど完全に権利が切れているものでなければ不相当とされている。また、ここでいう PDM には特許権や商標権は含まれておらず¹³、一般的には CC0 が推奨される¹⁴。

日本では、2003年3月に組織として活動を開始し、普及した¹⁵。2008年10月には、文化審議会著作権分科会の中の「過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会」において、中間整理¹⁶で CC ライセンスの有用性が示された。2015年12月には、政府機関のウェブサイトで公開されているデータの二次利用を促進する観点から、統一的なひな形として示された各府省庁ウェブサイトの利用に関するルール「二次利用の促進のための府省のデータ公開に関する基本的考え方(ガイドライン)」に別添1「政府標準利用規約(第2.0版)」が策定され¹⁷、CC ライセンス 4.0 と互換性があり、同規約ルールが適用されるコンテンツは CC BY に従うことでも利用することができる旨明記された。

さらに、2017年5月、2011年3月の東日本大震災によるオープンデータに対する関心の高まりを受け、政府はオープンデータ基本指針を公表¹⁸、2020年8月のジャパンサーチ正式版公表に至るまで、二次的利用条件として CC ライセンスは、わが国においてもデファクトスタンダードとなった。

CC ライセンスの普及により、自由利用という PD がもたらす機能と似た状況の作出が可能になり、PD の意義を深く考察せず、解決できる問題が増えた。ただ、二次的条件利用に関しては、権利行使しない宣言をすることで情報流通を促進させる消極的な意味合いが強い。また、孤児著作物を典型例に、CC ライセンスがなされないコンテンツの利活用は依然として解決しない問題は残る。

3. 先行研究—米国を中心に¹⁹

3.1. WIPO 報告書

PD の包括的研究としては、2007年に WIPO（世界知的所有権機関）が著作権と特許権を対象に行ったものがあり、その報告書が公表されている²⁰。

同報告書によると、“(Copyright) public domain”は、ビクトル・ユーゴーが、ALAI (国際著作権法学会) 第1回総会の冒頭のスピーチで初めて用いたとされる。このときのユーゴーのいうPDには、2つの意味がある。第一は、著作者が著作物を公表することになると直ちに、その著者は支配者ではなくなり、他の性質として捕捉され、これをPDなどと呼ぶ。第二に、著作物が必然的な宿命として迎える著作権保護の終点である²¹。

著作権の国際的保護を取り決めた1886年成立のベルヌ条約18条においても、「その効力発生の時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全ての著作物に適用される」と規定されており、第二の意味におけるPDの観念を見ることができ²²。この報告書では、IVにおいて、オープンソースソフトウェア(OSS)、オープンアクセス、CCライセンスなどを取り上げる。また、一部の国では、著作権法の中にPDへの明確な言及や定義がある²³ことを指摘する。

3.2. 米国

PDの議論は、古くは1981年のLange²⁴の研究も見られ、知的財産権への対抗としてPDを強調していた²⁵。多くは1990年頃から、研究がみられるようになり、注目を集めた契機は、米国での著作権法改正による保護期間の20年間延長であろう。時系列としては、上記のWIPO報告書の前である。

3.2.1. Jessica Litman 論文²⁶

PDは、知的財産権で保護されない領域、という消極的な意味しかなかったのに対し、積極的な意義を見出した代表的な論者がLitmanである。著作権法におけるオリジナリティの概念は「驕り(conceit)」であり、これに基づく著作権制度は、第三者の利益を侵害しているという²⁷。さらにPDは、単なる不保護領域でなく、著作権の資源をコモンズに留保することで、他者が利用できるようにする他にない機能を持つ装置であるとする²⁸。PDとして「囲い込む」ための正当化根拠を提示したことに意義がある。

3.2.2. Edward Samuels 論文²⁹

Samuelsは、PDをカテゴライズし、これに該当するものを保護し、減少しないことを目指した³⁰。そのカテゴリは、①保護期間満了後の著作物、②性質上は、保護対象だが、手続を怠ったことにより著作権没収されたもの(1988年ベルヌ条約施行法により廃止)、③著作権法が対象外とした作品(公文書等)、④著作権が持つPDの側面(教育目的などの権利制限規定)、⑤先占の代替としてのPD(連邦法で対象外とされたことが、州法での保護を排除する場合)、⑥著作権法制定に際しての遡及的保護の禁止を挙げている。

なお、Samuelsは、知的財産権の正当化根拠を法哲学的観点から分析する際に援用されるJohn Lockeの労働所有権との関係を指摘している点も重要である。Wendy J GordonがLockeの労働所有権論に依拠すること³¹に対し、Lockeのモデルは知的財産理論を正当化するためのベターあるいは唯一のモデルであるか不明であると批判する。最近では、Mergesが、労働所有権論とPDの親和性は認めつつ、功利主義対労働所有権論との二項対立への批判を前提として、知的財産権の規範的基盤(理論的正当化を行う基盤)において、Kantの理性主義、Lockeの労働所有説、Rawlsの分配的正義の理論を援用し、功利主義を否定する³²。

Samuels の指摘を回避するように、労働所有権論以外にも依拠して正当化を図る。

わが国著作権法に引き直すと、PD の区分の内、①③④⑥は、該当するが、それ以外は、米国固有の問題である。しかし、①③は当然としても、④は、正確には、権利制限ではなく、著作権で保護された著作物が有する PD の一側面と位置付けている点は特筆できるが、PD を保全するための理論的検討の側面が強い。

3.2.3. Carol M. Rose 論文³³

Rose は、当初から、PD と著作者の領域が互いに独立し対峙して存在する 2 つの領域とする認識は誤りであり、必ずしも分断されていないことを指摘する³⁴。

Rose は、Jürgen Habermas が指摘する公共圏の誕生に PD が関連することも指摘する。要旨、公共圏は、私的領域と公的領域の間に生じた市民社会の集合体として観念できるが、この誕生が、従来の王室から与えられた特権としての財産権から、私的権利へと転換するに不可欠であり、著作権の誕生と同時に、PD も生まれたとしている³⁵。

3.2.4. Pamela Samuelson 論文³⁶

著作権法の大家、Samuelson の 2003 年の論文は、題名のとおり、「デジタル PD」をマッピングすることで PD の理論化を試みる。これにより、①デジタル化などの技術の発展により、PD への影響を評価できること、②特定の法律・政策のイニシアティブが PD にどの程度影響するか、賛否を問わずに役立つこと、③PD コンテンツのうち、何が真に中核をなす PD の要素であるのか、分析するのに役立つことを挙げる³⁷。実際のマッピング結果³⁸が本論の最大の成果である。PD として、「科学的・数学的原則」、「アイデア・概念・理論」、「単語、氏名、数字、シンボル」、「法、規則、法的意見」、「事実、データ、情報」、「整理された情報（権利失効、権利主張しないもの）」、「整理されていない情報」とし、その周辺に 10 種類の知的財産（オープンソース、制限なき拡大使用、フェアユース&特権的使用、著作権、商標、特許、営業秘密、その他知的財産権（回路配置利用権、育成者権）、分類された情報、混合領域）が囲む。

重要な点は、純粋な PD ではなく、デジタル時代の PD に焦点を当てており、その PD が多方面から脅威にさらされていることを明示するため、「マッピング」を試みている。アメリカにおける保護期間延長法案や DRM について批判的に検討し、知的財産政策において、公共性の観点からデジタル PD やフェアユースに配慮する必要があると指摘する³⁹。

3.2.5. Lawrence Lessig のコモンズと PD

前述の Lessig は、PD は“Free”であるという。誰も使用に対価を支払う必要がない「無料」であり、使用に際し誰の許可も不要という意味で「自由」である⁴⁰。Lessig は、PD の概念よりむしろ、“Free”という性質に着目する。CC ライセンスも、基本思想としては、PD は文化的環境に資するため、その領域を拡大するために必要であることが根幹にある。

その点で特に問題視しているのが、前述の著作権保護期間のほか、DRM である。後者は、フェアユースにより使用できるはずの一定の著作物の利用（つまり、PD の利用）が、DRM によって利用目的などを考慮せず一律に制限される結果、PD の領域が侵害される⁴¹。

ただ、Lessig は、“Commons”（コモンズ）の用語を用いる。コモンズとは、一般的には、

「あるグループの人々が共有する資源」を指し⁴²、これは有体物の自然資源（伝統的コモンズ⁴³）を念頭に置いているが、Lessigのコモンズは無体物であり、Hessがいう新しいコモンズ⁴⁴の一種であり、関連コミュニティ内の者であれば誰もが誰の許可を求めることもなく利用できる資源を指す。そして、その理由を、当該資源がいかなる法的規律の中になく、即ち、PDであるからと説明する⁴⁵。

つまり、Lessigは、PDを（特に著作権法の）法的規律のない、不保護の自然状態であると把握するのに対し、コモンズは、日本語で共有地を意味するように、複数の者に帰属することを前提とした利用可能な「資源」とする。しかし、他方でPDとコモンズを並列的に著作権の向こう側にある価値であるとしており⁴⁶、知的財産が及ばない領域という観点では共通した性質を持っている。

PDとコモンズの間をLessigは厳密には論じていないが、上記の概念認識を前提とすると、LessigがPDではなく、コモンズに着目するのは、誰かが利用可能な領域を形成するためには、利用を希望する者を含めた「関連コミュニティ」の者に帰属させなければ利用権が発生しないからといえ、PDの利用に法的意義を認めようとする立場からすれば、コモンズとPDの法的意義は、この点において同義といえる。

3.3. 欧州

PDの概念は、1789年のフランス革命の直後に既に見られる。同革命直後、特権許可状の制度が廃止され、1791年1月13日・19日法⁴⁷及び1793年7月19日・24日法⁴⁸の2本の法律が制定され、160年以上、フランスの著作権制度を支えた⁴⁹。1791年1月13日・19日法2条によると、「著作者の没後5年で劇場著作物はPD (*propriété publique*) に帰し、劇場で無差別に上演できる」とされ、英国では、後述する1774年の判決において、*Publici juris*と表現する。

3.3.1. Peukert Alexander 論文⁵⁰

フランクフルト大学のPeukertは、PDの区分、PDの法的保護として消極的保護（PDが何にも所有されない領域である故に排他的な知的財産権を「排除」する効力）と積極的保護（PD領域に侵入した場合に制裁する効力）の2つを検討している。

さらに、PDを4つに区分する。①これまでいかなる知的財産権によっても保護されなかった知識に関するもの、①の具体例として、発見、科学的理論、数学的手法を挙げる。TRIPS協定9条2項も、著作権の保護について、「表現されたもの」に及び、アイデア、手続、運用方法、数学的概念自体の保護は認めない。特許権の保護においても、米国では自然法則、自然現象や抽象的アイデアには及ばないとされている（米国特許法100条(a)）⁵¹。わが国でも同様であり、発見自体は対象外である⁵²。

次に、②かつて保護対象であったもの（conditional PD）であり、保護期間満了後の知的財産がこれに該当し、③契約に基づくPD（contractual PD）として、保護可能な対象物を自由に利用できるように、自ら保有する知的財産権を対世的に全て放棄することを意味する。これは前述したCC0が該当しよう。

最後は、④保護対象物の利用が侵害を構成せず、法定の支払義務を生じない場合をいい、特定の利用に関わるに過ぎないことから、個別的PDとしている（specific PD）。特許にお

ける試験研究例外（特許法 69 条 1 項）、著作物の私的利用のための複製（著作権法 30 条 1 項）といった、規定又は理論上の権利制限を指している。

以上を検討したうえで、PD の保護として、契約法又は不法行為法における非対称性の是正を述べる。

3.3.2. Seftleben による商標と PD

PD の侵害が著作権と商標の重複保護により発生すると指摘するのが、Seftleben である。商標権が、半永久的に更新可能である点に着目し、文化的象徴すらもビジネス戦略として商標を獲得することが可能になるため、重複保護を問題視する。著作権においては、「保護期間の満了の承認と PD の充実は、著作権保護が期間限定で排他的権利を享受するために支払われる代償である」⁵³が、商標による重複保護はこの見方を失わせ、後続する文化的イノベーションに悪影響であるという。その一例として、既に PD にある文化的表現の再利用（PD から削除する行為）は許容できず、ある商標が、文化的に重要でトレードシンボルになった場合は、商標権としての保護は取り消されるべきであるとする⁵⁴。さらに、商標法解釈・運用として、事前規制（文化的標章を登録拒絶事由とすること）と事後規制（商標的使用の厳格解釈及び文化的使用による抗弁の導入）を提案する⁵⁵。

3.4. オーストラリア

2018 年に刊行された G Greenleaf & D Lindsay の共著⁵⁶では、これまでの PD 理論を網羅的に取り上げ、PD を利用する権利を広く“Public Rights”（以下「公衆の権利」と訳する。）とする構成を提唱する。公衆の権利については、Greenleaf らが、既にオーストラリア著作権法を例に、公衆の権利としての PD を定義づける⁵⁷。

同論文では、オーストラリア著作権法が実質的侵害要件を設けている点、公益目的使用などを踏まえ、PD を公衆の権利の基礎と位置づける。そのため、同国以外に、この PD の定義を適用できるか疑義があるとしていた。これを欧米の著作権制度も含めて検討したのが、本書である。PD を「公衆が許可を得ることなく等しい条件で著作物を利用できること」と定義⁵⁸する点は共通するが、その利用を可能にする正当化根拠として、「公衆の権利」という概念を用いる。この公衆の権利は、「PD を私有財産の完全かつ平等な要素である反映として、ユーザが著作物を使用する権原」⁵⁹であるとする。

また、ユーザの権利（以下「UR」という。）は、権利者からライセンスを「特権」として、受けた側面が強いため、PD の概念をよりよく反映させた「公衆の権利」の方が用語として適切であると主張する。そして、公衆の権利は、OSS ライセンス、一定要件の義務的ライセンスにおいて、その思想が垣間見えるという。

3.5. 国内

我が国において、知的財産法の枠組みで PD が注目されたのは最近である⁶⁰。従前は、海外の研究者の論考の翻訳⁶¹が多い。前述の Peukert の「中心的知見を要約」し、およそ 2010 年までの議論状況と理論を俯瞰したのがほぼ最初である⁶²。

このように、海外の動向紹介にとどまり、理論的な研究は皆無であった。しかし、最近、知的財産法の観点から PD に関する研究が出ている。その中心的人物が田村善之である。田

村は、知的財産権の存在意義の少なくとも主たる目的の1つが、最終的には人々が利用し得る知的財産を増大させることを企図しているはずであり、これはPDの豊富化を目的とすることを意味する。そして、PDの醸成と確保に焦点を当てて知的財産法を俯瞰するアプローチをPDアプローチと名づけ、思考実験として意義があると主張する⁶³。

その実績は、特許法の解釈アプローチとして先使用権の解釈などにおいて展開されており⁶⁴、これに反応するいくつかの論文が存在するのが現状であり⁶⁵、PDが誰にも権利帰属しない自由利用な領域であることを自明のものとして、PDアプローチを特許分野における権利成立に関する場面で検討を行っている点に特徴がある。

4. 裁判例におけるPD

4.1. 国外

裁判例では、権利制限の文脈でPDに言及することがある。古くは1774年、英国のDonaldson v. Beckett事件⁶⁶においてCamden卿が、科学と学問を「全人類に共通するもので、空気や水のように自由で一般的なものであるべきだ」としたことは著名であり、Lessigは、このことからPDは1774年以降に生まれたという⁶⁷。その後、諸外国でのPDの意義は、大別すると、①知的財産の補完的役割としてのPDと、②URの基盤となる対抗利益の文脈で論じられる。

4.1.1 知的財産の補完的役割としてのPD

ドイツでは、2009年に連邦通常裁判所が、保護期間を経過した著作物の利用に権利が及ばないことを「PD作品の使用原則」であるとし⁶⁸、その後も下級審で、裁判所の判決書など官公庁の著作物につき、著作権の保護を受けないのは、PD (Gemeinfreiheit) であると指摘する⁶⁹。

米国では、知的財産の分野でPDの用語を1896年以前に用いた裁判例は、①Wheeler v. McCormick⁷⁰と②Brush Electric Co. v. Electrical Accumulator Co.⁷¹の2件に留まる⁷²。その後、PDに関して言及したのは、1896年5月18日に連邦最高裁が特許権侵害の事件⁷³において、特許権が満了し、当該発明がPDになることは自明の理と判示したのものがある。

他方、著作権分野については、ボストン大学のShipleyが最新の論文⁷⁴で、米国著作権法に関する重要な判断⁷⁵を下してきた第11巡回区控訴裁判所が1981年の設立から40年経った現在までの判決を分析し、同裁判所の判決は、PDを保護してきたと指摘する⁷⁶。

さらに、米国では、前述のとおり、PDは、1998年の米国著作権保護期間延長法 (別名ソニー・ボノ法) に対する強い反対運動と連動している点に特徴がある。その象徴が、同法が、合衆国憲法の著作権条項の“Limited time”に反するとして、争われたEldred事件⁷⁷である。この事件で著作権の“Limited time”とは、短い期間でなく、無期限ではない期間であることを意味し、著作権には、新しい作品を奨励しPDを追加する2つの目的があることなどを理由に、合憲の判示をし、原告敗訴となった。

ちなみに、その後、2003年と2005年の2度にわたり、Lessigが法案の核を構成し、Zoe Lofgren議員ら9人が共同で、PD拡張法 (Public Domain Enhancement Act) を提出している⁷⁸。PDEAは、無方式主義を採用するベルヌ条約の問題を回避するため、「米国内で創作された著作物 (published United States work)」のみ対象としていたが、その後採択さ

れることはなかった。

なお、裁判ではないが、伝統的知識（Traditional Knowledge、TK）との関係で、世界的に特許が無効になるケースがあり、米国のターメリック（ウコン）特許が無効にされるケース（USP5,401,504）は著名である⁷⁹。TKは、各国法制によって扱いは異なるが、先進国が特許化（理論的には新規性は世界主義を採用するため、当然に無効理由を有するが、非特許文献ですらない口承文化であることもあり、無効理由の発見が困難）することを問題視する点は共通しており、PD（ここでは先進国含め誰でも利用できる領域の意義で使われる）にTKを帰属させることは、否定的に捉えられている⁸⁰。

4.1.2. URの基盤となる対抗利益

カナダでは、最高裁が、フェアディーリング（FD）をURと評価する点に特徴がある。2004年のCCH事件⁸¹、2012年SOCAN事件⁸²において、FDをURして認めたことで、世界的に著作権法におけるURを「牽引する」⁸³存在である⁸⁴。前者は、「FDは…URである」と指摘し⁸⁵、SOCAN事件でもCCH事件を引用する。PDは、本件解釈の前提として、前述のLitmanらの論文を取り上げると同時に、2002年のThéberge判決⁸⁶を引用し、創作性の判断基準として、「額に汗」だけで足りるとすると、著作者やクリエイターの権利に有利な方向に傾き、将来の創造的なイノベーションを促進する強固なPDを維持する社会の利益が損なわれると指摘する⁸⁷。最近でも、2021年7月のYork事件⁸⁸において、傍論的ではあるが、FDはURであると確認した。

4.2. 国内

裁判例にPDを正面から取り上げたものは見当たらない。しかし、美術の著作物の著作権と、その原作品に対する所有権との関係を明らかにした著名な判例（顔真卿自書建中告身帖事件）⁸⁹において、「…著作権の消滅後は、所論のように著作権者の有していた著作物の複製権等が所有権者に復帰するのではなく、著作物は公有（パブリック・ドメイン）に帰し」と指摘する。もっとも、本件に関する判例評釈は多くある⁹⁰ものの、PD（という用語）に関して言及したものは殆どない⁹¹。

他方、特許分野は見当たらなかった。しかし、いわゆる後発医薬品について、旧薬事法所定の承認申請をするために必要な試験を行うことと「試験又は研究のためにする特許発明の実施」（特許法69条1項）の関係が争われた事件⁹²は、PDアプローチから解釈できる。

つまり、「特許権の存続期間が終了した後は、何人でも自由にその発明を利用することができ、それによって社会一般が広く益されるようにすることが、特許制度の根幹の一つ」であり、「期間中は後発医薬品の製造承認申請に必要な試験のための右生産等をも排除し得るものと解すると、特許権の存続期間を相当期間延長するのと同様の結果となるが、これは特許権者に付与すべき利益として特許法が想定するところを超える」としているが、前述のPeukertの区分によれば、conditional PDに当たる。知的財産権の時間的な有限性から、一定期間経過後の自由利用は保障されなければならない領域がPDであり、その部分を確保するために、PDを侵食させる解釈は認められないことを、「特許制度の根幹の一つ」として言及していると解釈することもできる。知的財産権は、保護対象が時間的にも、質的な意味でも範囲を有する有限である以上、常に保護と不保護の領域は白か黒かという関係で規

律できるはずであるが、いずれも不明確ゆえに、グレーゾーンが生じている。さらに、同事件では、「期間延長するのと同様の効果」が生じる事実上の保護を否定した点に特徴がある。

5. 先行研究・裁判例のまとめ

以上をまとめると、PD 自体の総論的な研究が相対的に少ないのに比して、各論として、以下の4つに区分できる。

第一に、保護期間延長議論のように、知的財産の保護を拡張する議論の際に、侵食される反対利益としてのPDを検討する議論である。

第二に、知的財産権の正当化根拠に関する議論がある。財産権と擬制して保護する知的財産の制度を法哲学的に分析する議論である。特に、Locke が提示する原始的共有の概念がPDと親和的であり、PDに創作性を加えることで保護が正当化される唯一無二の創作物に変わる。

第三に、個別的PDと呼ばれる領域にあるように、フェアユース、特許の権利行使の限界など、知的財産法で保護される知的財産の存在を前提とし、その権利行使の際に、その正当性や限界を検討する際に、PDを考慮する研究・裁判例であり、田村が先使用権の成立要件として、発明の同一性の要否の検討において用いたPDアプローチがこれに該当する。

第四に、PDに帰属すべき内容の問題として、TKがある。

以上を鑑みると、PD自体の内容に触れているのは、第四の点のみである。このときにPDに関する議論がなされてはいたが、TKに関する議論は、バイオパライシー（特に、先進国が途上国の豊かな生物資源や遺伝資源、古くから伝わる自然物、その加工品等の伝統知識を利用し、医薬品や食品に転用して自国で権利化して収益を上げることを指す）といった行為のように、南北問題として政治的側面が強い⁹³。

また、国内外の裁判例においても、保護を受けない第三の区分での個別的PDを明示するに留まっているといえ、アメリカのフェアユース、カナダ最高裁のURといった対抗利益によって調整を図り、PDがなぜ、PDでなければならないのかという観点はないといえる。

6. PDと知的財産の関係—公開か形式的独占か

米国では、研究機関の研究成果をPDとするより、特許権を獲得して独占権を確保するほうが商業的関心を集め、有効活用されると考えられ、1980年、「1980年大学・中小企業特許手続法」（通称バイ・ドール法）の制定に繋がった⁹⁴。同法のポイントは、①連邦政府資金によって大学、非営利機関や中小企業が研究成果を創出した場合、その成果から得られた知的財産権を、これらの研究開発を実施した組織に帰属させることを可能とし、②その実施において、技術移転先として国内企業を優先させるルールを定め、積極的に国内企業や国内産業の活性化に繋げられるようにした⁹⁵。この背景には、1970年後半の米国の国際経済力低下があった。

この効果は、一般的にはイノベーションを刺激し、新たな製品プロセスをもたらし、市場を拡大したと評価される一方、医薬やバイオテクノロジー分野では、政府や公的部門が貢献に見合う利益を享受できないとする指摘もある⁹⁶。我が国でも1998年に大学等における技術に関する研究成果の民間事業者への移転の促進に関する法律（TLO法）、1999年に日本版バイ・ドール法（産業技術力強化法）を制定した。現在、国が実施するほぼすべての委託

研究開発プロジェクトにおいて同法 19 条 1 項が適用されており、受託者に知的財産権を帰属させる運用がなされている⁹⁷。この背景も、国際競争力強化に主眼がある。

ただし、日米共通する留意点として、ここでの PD は、各国内において、利用に関して条件が平等であることを意味する。つまり、ある技術を最大限活用させる手段として、PD でなく、特定の研究機関の独占が望ましいかという価値判断であり目的は、公益であるといえる⁹⁸。バイ・ドール特許と国有特許との比較では前者の方が、特許が活用されているとする研究もある⁹⁹。

また、米国では、特許権においては、ミスユース理論（反競争的ライセンス規約を規正するため、権利行使を濫用として認めないとする衡平法上の積極的抗弁）がある¹⁰⁰。さらに、連邦控訴裁判所の一部では、プログラムが著作権法による保護対象となったことなどを背景に、特許のミスユース理論を著作権に適用することも容認している¹⁰¹。この法理は、当事者間の利害関係の調整でなく、知的財産法の公共政策に反するときに認められる¹⁰²。この発想に、「公共の情報財を侵蝕する行為を知的財産法の関心の対象外としてしまうのではなく」PD に対し、「より創造的な意味と独自の保護手段をあたえるべきではないか」との問題意識があるからである¹⁰³。

わが国では、ミスユース理論はないが、公正取引委員会「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」（平成 19 年 9 月 28 日、最終改正平成 28 年 1 月 21 日）の「第 4 の 5 の (3) 権利消滅後の制限」では、ライセンサーがライセンシーに対して、技術に係る権利が消滅した後においても、当該技術を利用することを制限する行為、又はライセンス料の支払義務を課す行為は、一般に技術の自由な利用を阻害するものであり、公正競争阻害性を有する場合には、不公正な取引方法に該当する（一般指定第 12 項）。ただし、ライセンス料支払義務が分割又は延払いとされている場合はライセンシーの事業活動を不当に拘束するものではないと規定されている。

したがって、公正競争阻害性（競争の排除又は回避効果）が認められる場合に、競争法の観点から制限がかかることとされている。他方で、著作権に関しては、このような規定はないが、ミスユース理論の問題意識は、わが国の法解釈において無視すべきでなく、権利濫用を PD と知的財産による独占の調整の結果として認める法解釈はあり得よう¹⁰⁴。

7. 分析—UR と PD、そしてデジタルアーカイブ

7.1. PD から UR へ

これまでの議論は、PD の法的保護は、消極・積極的効力にせよ、知的財産権の効力（排他権又は独占権）の裏返しとしての効力のみが検討されていた。これだけでは、保全はできても、豊富化はできない。その具体例が、冒頭述べた権利者不明著作物の取扱いや、DRM による事実上の制約や後述するコンテンツアーカイブの際の「権利の壁」である。これを解決する法解釈や立法論のため、PD の意義から再検討してきた。しかし、それでは不十分であることが判明した。つまり、PD を水槽に例えると、漏水防止のみでは、貯水できないことと同様である。水槽を水で満たすためには、①水を確保し、②それを水槽に入れる 2 要素が必要となる。PD を知的財産法の観点からのみ見ることは、ある意味で知的財産法から漏れた排水を入れることしか考えていないことと同義であるが、実態は、不特定の個人による非独占的な創作によって PD に「水」を注いでいるといえる¹⁰⁵。

この「水」が著作権との関係で言えば著作物に置換可能であるが、水と異なり著作物は、時間や場所を超えて利用可能な状態にしてこそ、Litman のいうコモンスに留保すべき資源となる。

無論、水槽という PD には、水というコンテンツが、権利の裏返しとして流れてくる（青空文庫はその蓄積といえる。）。しかし、青空文庫が、著作権保護期間が 50 年から 70 年となったことで、現在、ギャップ期間として、コンテンツが蓄積されなくなったように、単なる権利の裏返しとして構成したのでは、いわば恩恵的なものに過ぎなくなる。そこで、検討すべきは、流れてこない上流の水のうち、本来は PD として帰属すべきものを、水槽に水を入れる手段（②に該当する）はあるのか、あるとしたら、それを権利として構成することは可能であるか、という点である。そして、この過程では、当然に①に該当する部分、つまり、PD を確保する「行為」が必要となる。この行為を正当化するのが、UR であるとする。

PD が単なる不保護の領域であることを超え、法的に独自の意義ある領域とすべき正当化根拠は、利用するユーザが存在するからである。なぜなら、誰にも帰属しない領域が不可侵で、ユーザが利用できないとすることは、背理だからである。そうであれば、PD を UR（少なくとも法的利益）として構成する正当性が見いだせる。

もっとも、PD は、これまで判例で認められ、権利の保護期間規定が存在する裏返しとして立法趣旨からも認められるが、カナダを除けば、UR の場合、当然に認められるものではない点が PD との違いでもある。

この点、UR に関し、山口いつ子は「...創作のプロセスには事前の「インプット」が必要であり、創作性の付与のみならず事前に既存の素材等にアクセスして学ぶために十分な権利の付与も等しく重要である」とする。そのうえで、人間のインプットと比較し「AI へのインプット...であればフェアユースとなる一方で人間によるものであれば未知ではないとされる現状」を疑問視する米国の議論を参照し、技術的保護手段によるオーバーライド問題等で UR 概念の考察を深める重要性を指摘する¹⁰⁶。

つまり、著作権者の権利に対峙する対抗利益は、PD の存在意義を前提として初めて、憲法上の権利を含む一定の正当性のあるユーザが、自己の利用を主張する部分につき、「著作権の不行使を求める法的利益」として構成可能ではないか。ここで、「法的利益」とし、権利と構成することに躊躇するのは、PD を確保、豊富化を図るべきとの規範は、国家に向けられた拘束力であり、他方で、UR は、（権利者に対峙する）主観的権利だからである。しかし、PD アプローチは、PD に法的な価値があることを自認し、介在させることで、既存の条文解釈の方向づけを行う、司法への拘束を求めるものでもある。そのため、具体的には、侵害訴訟において、特定の権利制限規定を抗弁として提出し、それを裏付ける主張として、PD の正当化根拠（個別的 PD）を示すことになる。したがって、実質的には、一部は UR と同等の機能をもたらす¹⁰⁷、結果として PD から UR が導出できる。

PD の利用権を、Peukert は、ドイツ連邦共和国基本法における表現及び情報の自由（同 5 条 1 項）、芸術や学問の自由（同条 3 項）、営業の自由（同法 12 条 1 項）に対する基本的権利により保障されており、さらにその基底にある自己の人格の自由な発展に対する一般的権利により保障される（同法 2 条 1 項）と述べる¹⁰⁸。

わが国でも、憲法 13 条を一般的な規定として、表現の自由（同法 21 条 1 項）、学問の自由（同法 23 条）、営業の自由（同法 22 条参照）が対応し、具体的立法として、著作権法の

各種権利制限や文化芸術基本法 2 条 3 項前段の文化芸術創造享受権（同法 29 条はデジタルアーカイブ（以下「DA」という。）の振興を規定している）はその表れと評価できる。そして、DA を行うことは、PD の確保、豊富化にあるのだから、UR による具体化と評価することも許されるのではないか。もっとも、この権利は、それぞれ根拠が異なり、制約の強度や程度の正当化も異なり得る点に留意が必要である。

7.2. UR の具体的実践としてのデジタルアーカイブ

これまで論じた UR の実践例が、DA（特定の目的に沿って情報資源を収集・組織化・利用提供・保存できる仕組み（施設、組織、機能など）¹⁰⁹である。）である¹¹⁰。アーカイブと知的財産法との関係を論じた前田健の論文が「公益の実現と法」の一環で掲載されているように、DA は、文化資源のデジタル化により、地理的、時間的制約を超えてアクセス可能性を高めることで公益を図る点に特徴がある。

前述の Samuelson も、情報のデジタル化は、PD の有効活用に非常に良い影響を与えることを指摘する¹¹¹。また、前述の WIPO 報告書では、PD のデータベースとしての活用として、Europeana を挙げる¹¹²。

DA においては、著作権、肖像権など権利処理の問題が付きまとう¹¹³が、著作権に関しては、本来 PD であるのに、DA できず死蔵・散逸しかねない作品も多い。PD は、「誰にも所有されていない」¹¹⁴領域であると同時に（それ故に不可侵ではなく）、不特定多数のユーザ（このときに条件が付く場合があることは前述したとおりである）が利用できる領域であることも意味する。

8. むすびにかえて

PD の具体的中身は、不保護であるという特徴以外はその中身を表現することは難しい。しかし、PD から創作物や標識が生まれることも事実であり、それが引用など利活用されて別の創作物が生まれ、当初の創作物はやがて PD となる。この過程は知的創造サイクルそのものである。PD は、利用条件などが整備されたコモンズであることが有益である。誰にも帰属しない領域であるとして、無秩序であっては、「共有地の悲劇」が起こり得る。そこで、PD の規律が必要となる。そのため、公衆の権利の考え方を敷衍し、UR として構成することを提案したい。これにより、権利義務関係が生成され、PD はコモンズとなり、知的財産法による不保護と保護との緊張関係が顕在化し、ひいては知的創造サイクルの健全性が保たれると考える。

今後の課題としては、本稿での基礎的考察がプラクティスに与える影響の検証、利用モデルの構築である。本稿では、DA を例に検証したが、知的財産政策、文化政策の観点からも、その解釈の正当性はあり得ることは示したが、さらなる精緻化が課題である。

*謝辞：本稿は、（公財）村田学術振興財団 2020 年度研究助成、慶應義塾大学 2021 年度森泰吉郎研究振興基金研究者育成費による研究成果の一部である。

-
- ¹ 島並良「知的財産法の規律対象：判例の統合的理解に向けて」別冊 Law and Technology No.5 (2019) p.43
- ² See, Tyler T. Ochoa, *Origins and Meanings of the Public Domain*, 28 U. Dayton L. Rev. 215, 222 (2002)
- ³ 正当化根拠論については、Robert P. Merges, *JUSTIFYING INTELLECTUAL PROPERTY* (2011); Mark A. Lemley, *Ex Ante versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*, 71 U. Chi L. Rev. 129 (2004).邦語文献として、山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(1)~(8・完)」知的財産法政策学研究 28号 (2010) pp.195-223、30号 (2010) pp.163-200、31号 (2010) pp.125-145、32号 (2010) pp.45-68、33号 (2011) pp.1-56、34号 (2011) pp.317-349、37号 (2012) pp.125-149、39号 (2012) pp.265-291、中山一郎「特許制度の正当化根拠をめぐる議論と実証研究の意義」特許研究 60号 (2015) pp.5-17 など参照
- ⁴ See, William M. Landes & Richard A. Posner, *Indefinitely Renewable Copyright*, 70 U. Chi L. Rev. 471, (2003)
- ⁵ 田中辰雄・林紘一郎編『著作権保護期間 延長は文化を振興するのか?』、田村善之『著作権法概説』(有斐閣、第2版、2003) pp.269-270 参照。2000年代の諸外国の状況については、三菱UFJコンサルティング&リサーチ編「著作物等の保護と利用円滑化方策に関する調査研究『諸外国の著作物等の保護期間について』報告書」(平成20年2月) 参照
- ⁶ Pamela Samuelson, *Enriching Discourse on Public Domains*, 55 Duke L.J. 786 (2006) .
- ⁷ 著作権と表現の自由の代表的著作として、大日方信春『著作権と憲法理論』(信山社、2011)、比良友佳理「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究(1)~(7・完)」知的財産法政策学研究 45号 (2014) pp.79-103、46号 (2015) pp.69-93、47号 (2015) pp.97-118、48号 (2016) pp.61-95、49号 (2017) pp.25-76、50号 (2018) pp.19-33、53号 (2019) pp.75-107 参照
- ⁸ 荒木雅也「「和牛」は誰のものか? 主に、地理的表示の普通名称化(言葉のパブリックドメイン)という観点から」パテント 72巻9号 (2019) pp.13-26 参照。田村善之「普通名称と記述的表示：独占適応性欠如型アプローチと出所識別力欠如型アプローチの相剋」知的財産法政策学研究 37号 (2012) pp.151-193 が指摘する普通名称を商標の登録拒絶事由とする正当化根拠を独占適応性の欠如に求めるアプローチは、言葉のPDといえる。
- ⁹ 「ジョージ・ガーシュウィン (George Gershwin) が作曲した一部著作物の著作権の管理再開について」(https://www.jasrac.or.jp/smt/release/21/09_1.html) (最終閲覧 2021年10月31日、以下同じ)
- ¹⁰ 2021年9月22日、文化庁が開始したパブリックコメント(文化審議会著作権分科会基本政策小委員会「簡素で一元的な権利処理」の在り方に関する意見募集の実施について)では、DX時代の著作権制度・政策について幅広く検討するため、「簡素で一元的な権利処理」の在り方を目指すべく、小委員会の議論が始まる前に論点に関する意見を募集した。PDとの関係では、「保護期間の複雑な計算や著作権者等の没年不詳の場合の扱いに対する方策。例えば、一定の場合に保護期間を推定させる仕組みなどは考えられるか。」とする項目が注目される。
- ¹¹ 武邑光裕「デジタル・アーカイブにおける課題と展望」情報の科学と技術 54巻9号 (2004) p.445
- ¹² 田村善之『知財の理論』(有斐閣、2019) p.64
- ¹³ 渡辺智暁・小林心「クリエイティブ・コモンズ：オープンソース、パブリックドメインとの関係からの考察」パテント 72巻9号 (2019) p.40。なお、意匠権についてはケースバイケースとされる(同 pp.40-41)。
- ¹⁴ 中川隆太郎「CC4.0時代のオープンデータとライセンスデザイン」情報の科学と技術 65巻12号 (2015) p.510
- ¹⁵ クリエイティブコモンズ・ジャパン編、ローレンス・レッシング・梶山敬士・上村圭介・林 紘一郎・若槻絵美・土屋大洋『クリエイティブ・コモンズ—デジタル時代の知的財産権』(NTT出版、2005)

-
- 16 「文化審議会著作権分科会過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会中間整理」
(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h2010_kako_chukan.pdf)
- 17 「政府標準規約第 2.0 版」(https://www.kantei.go.jp/jp/singi/it2/densi/kettei/gl2_betten_1.pdf)
- 18 「オープンデータ基本指針」(平成 29 年 5 月 30 日高度情報通信ネットワーク社会推進戦略本部・官民データ活用推進戦略会議決定令和元年 6 月 7 日改正、令和 3 年 6 月 15 日改正)
(https://cio.go.jp/sites/default/files/uploads/documents/data_shishin.pdf)
- 19 米国で議論が展開している背景とその分析につき、山根崇邦「知的財産法学における権利論と功利主義の相克(2・完)－知的財産制度の正当化根拠をめぐる論争の一断面－」知的財産法政策学研究 56 号 (2020) pp.47-49 参照
- 20 Dusollier, Severine, Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain (March 1, 2011). World Intellectual Property Organisation Publication, March 2011.
- 21 *Id.* at 18.
- 22 茶園成樹『知的財産関係条約』(有斐閣、2015) p.289[青木大也]
- 23 *See*, Dusollier, *supra* note 20, the table III in Annex for complete definitions.
- 24 David Lange, *Recognizing the Public Domain*, Law and Contemporary Problems, 24 (1981), at 147-81.
- 25 *Id.* at 147.
- 26 Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 Emory L. J. 965 (1990) .
- 27 *Id.* at 1019.
- 28 *Id.* at 968, 1023.
- 29 Edward Samuels, *The Public Domain in Copyright Law*, 41 J. COPYR. SOC'Y 137-182 (2003) .
- 30 *Id.* at 151.
- 31 *See*, Wendy J. Gordon, *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 Yale L.J. 1533 (1993).
- 32 Merges, *supra* note 3 at 139-42.
- 33 Carol M. Rose, *Roman, Roads, and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age*, 66 Law & Contmp. Prob. 89 (2003).
- 34 *Id.* at 103.
- 35 M. ROSE, *Nine-Tenths of the Law: The English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domain*, Law and Contemporary Problems, vol 66 (2003) at 76.
- 36 Pamela Samuelson, *Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities. April 2003; Law and Contemporary Problems* 66, (2003) at 147-71; *Enriching Discourse on Public Domains*, 55 Duke Law Journal (2006) at 783-834.
- 37 *Id.* at 150.
- 38 *Id.* at 151(Fig.1).
- 39 *Id.* at 170.
- 40 Lawrence Lessig, *Re-Crafting a Public Domain*, 8 Yale J.L. & Human, 2006, at 56-57.
- 41 *Id.* at 63.
- 42 Hess, Charlotte & Ostrom, Elinor, eds., *Understanding Knowledge as a Commons: From Theory to Practice*, MIT Press, (2007) at 349.
- 43 *Id.* at 4.
- 44 Hess, Charlotte, *Mapping the New Commons* (July 1, 2008).西川開「知識コモンズ研究の系統化に関する理論的考察」情報知識学会誌 Vol. 29, No. 3 (2019) p.214 では、Hess の新しいコモンズのうち、知識コモンズの枠内で Lessig のコモンズを列挙するが、Hess のマッピングでは、文化コモンズと知識コモンズを区分しており、PD や知的財産は後者に帰属させる一方で、アートなどは前者とする (*See*, Hess, Fig.1)。この区分からすれば、著作権で保護される芸術作品は両者にまたがるため、Lessig のコモンズと知識コモンズは合致しない。
- 45 Lawrence Lessig, *CODE VERSION 2.0*, (2006) at 198.
- 46 *Id.* at 200.
- 47 Loi du 13 janvier 1791, relative aux théâtres et au droit de représentation et d'exécution des œuvres dramatiques et musicales
- 48 Loi du 19 juillet 1793, relative à la propriété littéraire et artistique
- 49 宮澤溥明『著作権の誕生 フランス著作権史』(太田出版、2017) pp.20-26

-
- ⁵⁰ Peukert, Alexander, *Die Gemeinfreiheit. Begriff, Funktion, Dogmatik* (The Public Domain. Theory, Functions, Doctrine) (March 1, 2012). *Die Gemeinfreiheit. Begriff, Funktion, Dogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- ⁵¹ *See*, US Supreme Courts *Alice Corp. v. CLS Bank International*, Case No.13-298, 19 June 2014.
- ⁵² 吉藤幸朔 (熊谷健一補訂)『特許法概説』(有斐閣、第13版、2001) p.65
- ⁵³ Martin Senftleben, *The Copyright/Trademark Interface: How the Expansion of Trademark Protection Is Stifling Cultural Creativity* (2020) at 7.
- ⁵⁴ *Id.* at 310.
- ⁵⁵ *Id.* at 520-26.
- ⁵⁶ Greenleaf, G., & Lindsay, D., *Public Rights: Copyright's Public Domains* (Cambridge Intellectual Property and Information Law). Cambridge: Cambridge University Press, (2018).
- ⁵⁷ Greenleaf, Graham and Bond, Catherine, '*Public Rights*' in *Copyright: What Makes Up Australia's Public Domain?* (January 23, 2013). *Australian Intellectual Property Journal*, (2013) 23 AIPJ 111-138, UNSW Law Research Paper No. 2013-9.
- ⁵⁸ Greenleaf et al, *supra* note 56 at 54.
- ⁵⁹ *Id.* at 49.
- ⁶⁰ 例外的に田中宏和「日本の著作権法におけるパブリックドメインとその利用価値」(岡山大学社会文化科学研究科博士論文、2010年)、同「パブリックドメイン増進法を考える」岡山大学大学院社会文化科学研究科紀要 31号(2011)pp.61-81がある。また、大林啓吾「表現の自由と著作権の制度的調整」帝京法学 27巻2号(2011) pp. 269-356は、米国で修正1条と著作権が問題となった憲法判例を分析する過程で、パブリックドメインの意義を検討する(pp.342-346)
- ⁶¹ 胡開忠(大内哲也翻訳)「知的財産法におけるパブリックドメインの保護について」知的財産法政策学研究 23号(2009) pp.157-182、黄汇(蘭蘭翻訳)「著作権法におけるパブリック・ドメインの衰退と興隆」知的財産法政策学研究 38号(2012) pp.283-311
- ⁶² ポイケルト・アレキサンダー(島並良・角松生史訳)「パブリック・ドメインの法理(A Doctrine of the Public Domain)」神戸法学雑誌 64巻3・4号(2015) pp.191-192 参照
- ⁶³ 田村善之「特許法における創作物アプローチとパブリック・ドメイン・アプローチの相剋～権利成立の場面を題材として～」*パテント* 72巻9号(2019) p.5
- ⁶⁴ 田村善之「際物(キワモノ)発明に関する特許権の行使に対する規律のあり方～創作物アプローチ vs. パブリック・ドメイン・アプローチ～」別冊*パテント* 22号(2019) pp.1-24
- ⁶⁵ 吉田広志「パブリックドメイン保護の観点から考える用途発明の新規性と排他的範囲の関係：知財高判平成29・2・28[乳癌再発の予防ワクチン]を題材に」特許研究 64号(2017) pp.6-33、同「パブリック・ドメイン保護の観点からの新規性と先使用の再構成—用途発明・パラメータ発明を題材に—」*パテント* 72巻12号(2019) pp.57-74、大須賀滋「用途発明の新規性と効果—パブリック・ドメインの保護を重視する学説の検討を踏まえて—」*パテント* 74巻3号(2021) pp.58-72
- ⁶⁶ *Donaldson v. Beckett* (1774) 1 Eng. Rep. 837、詳細は白田秀彰「コピーライトの史的展開(7)」一橋法学 21巻3号(1996) pp.83-92 参照
- ⁶⁷ Lawrence Lessig, *Free Culture: The Nature and Future of Creativity* (2004) at 93.
- ⁶⁸ BGH, 22.01.2009 - I ZR 19/07, Abschnitt 12.
- ⁶⁹ *Württemberg Urteil v. 07.05.2013 - 10 S 281/12*, Abschnitt 41.
- ⁷⁰ 29 F. Cas. 905 (C.C.S.D.N.Y. 1873).
- ⁷¹ 47 F. 48 (C.C.S.D.N.Y. 1891).
- ⁷² Ochoa, *supra* note 2, at 239-41.
- ⁷³ *Singer Manufacturing Co. v. June Manufacturing CO.* 163 U.S. 169 (1896).
- ⁷⁴ Shipley, David E., *Protecting the Public Domain and the Right to Use Copyrighted Works: Four Decades of the Eleventh Circuit's Copyright Law Jurisprudence* (2021). *Journal of Intellectual Property Law*, Vol. 29 (2021).
- ⁷⁵ 論文では、いわゆる Merger 理論を提唱した Feist 事件 (*Feist Publications, Inc. v. Rural Tel Ser. Co.*, 499 U.S. 340, 1991) の連邦最高裁の判断をもとに、第11巡回区控訴裁判所がソフトウェア、建築の著作物、フェアユースにおけるパロディをどのように扱ってきたか検討する。

⁷⁶ Shipley, *supra* note 74 at 63.

⁷⁷ Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003).

⁷⁸ 主に米国内で最初に発行された著作物について、最初の発行の日から原則 50 年後及びその後保護期間終了まで 10 年ごとに著作権維持料金として 1 ドル支払うことを義務付け、6 か月の猶予期間終了までに支払わない場合は権利が失効するとした法案。詳細は、三菱 UFJ リサーチ&コンサルティング「コンテンツの円滑な利用の促進に係る著作権制度に関する調査研究報告書」(平成 19 年 3 月) pp.25-26 参照。
Also see, Christopher Sprigman, *REFORM(ALIZ)ING COPYRIGHT*, 57(2) Stanford L. R. at 554-68.

⁷⁹ 日本国際知的財産保護協会「各国における伝統的知識の保護制度と伝統的知識に係る条約に関する調査研究報告書」(平成 30 年 3 月) 参照

(https://www.jpo.go.jp/resources/report/takoku/document/zaisanken_kouhyou/h29_01.pdf)

⁸⁰ *See*, Okediji, Ruth, *Traditional Knowledge and the Public Domain* (June 26, 2018). Centre for International Governance Innovation Papers No. 176.

⁸¹ CCH v. LAW SOCIETY OF UPPER CANADA, [2004] 1 S.C.R. 389[CCH]

⁸² Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada, [2012] SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326[SOCAN]

⁸³ 山口いつ子「表現の自由と著作権—AI時代の「ユーザライツ」概念とそのチェック機能」論究ジュリスト 25 号 (2018) pp.61-67

⁸⁴ 谷川和幸「カナダ著作権法における「利用者の権利」としての著作権制限規定」情報法制研究 4 号 (2018) pp.57-68

⁸⁵ [CCH] at para 48.

⁸⁶ Th  berge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc., [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34.[Th  berge]

⁸⁷ [CCH] at para 23.

⁸⁸ York University v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright), 2021 SCC 32 (CanLII)

⁸⁹ 最判昭和 59 年 1 月 20 日民集 38 卷 1 号 1 頁

⁹⁰ 齊藤博「判批」『小野昌延先生喜寿記念知的財産法最高裁判例評釈大系Ⅲ』(青林書院, 2010 年) p.86、中山信弘「判批」法学協会雑誌 102 卷 5 号 (1985) p.213、半田正夫「判批」民商法雑誌 92 卷 3 号 (1985) 参照。

⁹¹ 上野達弘「判批」著作権判例百選 (第 5 版) pp.4-5 は PD に言及するが、著作権法の趣旨として保護期間経過後の著作物が PD として自由利用できることにありと指摘するに留まる。

⁹² 最判平成 11 年 4 月 16 日民集 53 卷 4 号 627 頁

⁹³ 伏見邦彦「知的財産を巡る国際的な議論～先鋭化する南北問題」パテント 63 卷 13 号 (2010) pp.55-65 参照

⁹⁴ 小林雅人「ゲノム創薬時代の特許問題」法律時報 73 卷 10 号 (2001) p.50

⁹⁵ 特許庁・発明協会アジア太平洋工業所有権センター「公的研究機関の技術移転について」(2010) p.4
(https://www.jpo.go.jp/news/kokusai/developing/training/textbook/document/index/technology_transf er_by_public_research_organizations_jp.pdf)

⁹⁶ Congressional Research Service, *The Bayh-Dole Act: Selected Issues in Patent Policy and the Commercialization of Technology*.

⁹⁷ 特許庁「平成 26 年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書 国の研究開発プロジェクトにおける知的財産マネジメントの在り方に関する調査研究報告書」

(<https://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/11515276/1>)

⁹⁸ *See supra* note 96 at 16.

⁹⁹ 小出輝・中根知大・松本賢英・渡邊政嘉「日本版バイ・ドール制度の効果に関する考察」産学連携学 Vol.14, No.2 (2018) pp.41-48

¹⁰⁰ 裁判例などは、鈴木将文「米国特許法 271 条の立法経緯と「共同侵害」に関する米国の判例動向」日本弁理士会中央知的財産研究所研究報告第 22 号『複数人が関与する知的財産権侵害について』(2008) pp.31-53 参照

-
- ¹⁰¹ Lasercomb America, Inc. v. Reynolds, 911 F.2d 970 (4th Cir. 1990)
- ¹⁰² 根岸哲「特許期間終了後のロイヤルティ支払義務とパテント・ミスユース—Brulotte 判決との関係—Kimble et al. v. Marvel Entertainment, LLC, successor to Marvel Enterprises, Inc., 135 S.Ct..2401(2015)—」公正取引 No.805 (2017) p.78
- ¹⁰³ 飯島歩「ネットワーク社会の保護の対象としてのパブリック・ドメイン」判例タイムズ No.1076 (2002) p.50
- ¹⁰⁴ 商標権侵害を中心に、知的財産権にも基づく損害賠償請求は権利濫用として棄却されることがある。このような事件は、取引事情による通常の権利濫用事例の場合もあるが、請求の基礎となる当該商標自体に顧客吸引力が全くないことに起因することがある（最判平成9年3月11日民集 第51巻3号 1055頁（小僧寿し事件））。この場合、当事者間の利害調整でなく、知的財産権の性質からの帰結として、ミスユース理論における公共政策的な側面が出ていると言える。
- ¹⁰⁵ See, Benkler, Y. *Coase's Penguin, or, Linux and "The Nature of the Firm."*, 112(3) The Yale L. J. (2002) at 381.ただし、Benkler は、PD でなく、知識コモンズと表現する。
- ¹⁰⁶ 山口・前掲注 83) p.67
- ¹⁰⁷ 比良友佳理「著作権と基本権に関する3件の欧州司法裁判所大法廷判決」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦Ⅱ』（弘文堂、2020）pp.264-283 は CJEU の Funke Medien 事件、Pelham 事件、Spiegel Online 事件の3件を検討し、これらの判決が「著作権侵害訴訟において表現の自由は外在的制約の根拠とはなり得ず、著作権と表現の自由のバランスは既存の条文の解釈を通じて衡量していくアプローチ」が示されたとしており、本稿の結論を補強すると評価できる。
- ¹⁰⁸ ポイケルト・前掲注 62) p.198
- ¹⁰⁹ 柳与志夫『デジタルアーカイブの理論と政策』（勁草書房、2020）p.68 参照
- ¹¹⁰ 前田健「コンテンツのアーカイブと知的財産法の役割」法律時報 93 巻 10 号（2021）pp.85-91
- ¹¹¹ Samuelson, *supra* note 36 at 152.
- ¹¹² Dusollier, *supra* note 20 at 66-7.
- ¹¹³ 生貝直人「デジタルアーカイブの構築に関わる法制度の概観」福井健策監修、数藤雅彦責任編集『デジタルアーカイブ・ベーシックス 1 権利処理と法の実務』（勉誠出版、2019）pp.1-14、酒井麻千子「アートのデジタルコンテンツの権利処理に関わる法的問題について」高野明彦監修、嘉村哲郎責任編集『デジタルアーカイブ・ベーシックス 4 アートシーンを支える』（勉誠出版、2020）pp.67-86
- ¹¹⁴ ポイケルト・前掲注 62) p.197