

**デジタル時代の著作権協議会（CCD）**  
**2019年度第2回著作物の保護と利活用に関する研究会**

**議事要旨**

日時：2019年10月28日（水）14:00～16:00

場所：CRIC会議室

議題1：講演：知的財産の法と行動経済学  
講師：太田勝造氏（明治大学法学部 教授）

議題2：その他

議題1：講演「知的財産の法と行動経済学」

明治大学法学部の教授である太田勝造氏による講演が行われた。

以下概要

1. 知的財産権・情報の法的保護制度

(1) 知的資産・情報の特色

知的資産・情報には有体物とは異なる以下の属性がある。

①費用構造について

- ・「ゼロの社会的限界費用」という属性である。すなわち、知的資産や情報は、最初の生産費用に対して移転費用や複製費用が極度に小さいという特色がある。限界費用とは、追加で作るときにかかる費用であり、それが最初に作る時にかかる費用に比べ極端に小さいということである。ソフトウェアの生産費用とコピー費用を考えればよい。音楽や絵画などのコピー費用、模倣費用と、創作の労力を考えればよい。
- ・「排除不可能性」という属性である。フリーライダー（ただ乗りしてる人）を取り締まって使用料を払わせることが難しいという特色が知的資産・情報にはある。デジタル化された芸術作品の無許可利用者の摘発の困難性、不当利得返還請求の困難さを考えれば良い。
- ・「appropriability problem＝収益不可能性（非占有性問題）」という属性である。違法複製物を簡単に譲渡でき、被譲渡者も競争相手になってしまう。すると作成費用の回収が困難になる。これは、ゼロの社会的限界費用と排除不可能性のもたらすものである。芸術家が、一部を除いて生活に困るレベルにあることが多いことの一因である。

②知的資産・情報の評価の困難性

- ・情報を見せないと値を付けてもらえないが、見せると知られて取られたのと同じになる。（Kenneth Arrow）
- ・情報を引き渡した後では、契約解除しても完全には元に戻せない。物は取り返せば元に戻せるが、情報は一度知られたら取り返せない。《取引の不可逆性》
- ・複数の情報から1つのものを作ったときに、それぞれの情報の貢献度が分からない、よって、争いの元になる。

③知的資産・情報に内在するパラドックス

- ・短期のただ乗りは長期の技術革新を阻害するが、長期の過保護は短期の利・活用を阻害

する。

- ・無料の情報の方が利用され便益を生むが、無料では過小生産になる。
- ・発明など蓄積型の知的資産・情報によく見られるが、和歌の本歌取りなど芸術活動にも当てはまる。

※ 以上のような知的資産・情報の属性のゆえに、市場は失敗する。有体物であれば、市場の見えざる手によって効率的な生産と消費がもたらされるが、知的資産・情報の場合は市場がうまく形成できなかつたり、非効率な取引となつたりする。《市場の失敗》

## (2) 知的資産・情報の社会的最適生産のための社会システム

### ① 知的資産・情報の類型化が必要である

知的資産・情報の多くはゼロの社会的限界費用の属性を持つが、常に排除不可能とは限らない。また、常に収益不可能とは限らない（非占有性問題が生じるとは限らない）。

- ・機密性のない情報（簡単な道具の発明など）は、見れば分かってしまう。
- ・機密性のある情報はリヴァース・エンジニアリング不能。

知的資産・情報を以下のように類型化でき、市場の失敗の有無が分かれる。

- (a) 過大生産となる場合は過剰投資・過当競争になってしまう。例えば、病気の特効薬の開発競争が世界中で、施設や能力のない研究所なども含めてなされる場合。才能がないのに芸術家を目指す若者などが考えられるかも知れない。
- (b) 適正生産となる場合は投下資本回収・経済利潤ができ、市場が機能する。有体物と同様で、特に法的介入は必要ない。芸術家が真善美のために、お金になるか否かを考慮しないで芸術活動に勤しむ場合などが挙げられるかも知れない。
- (c) 過小生産となる場合。これが一般的な知的財産制度の保護の対象であり、保護の方法は独占権の付与の形式である。

### ② 社会的最適生産への処方箋

- (a) 過大生産に対しては無駄を省くための免許制度、課税などが有効。要するに、施設や資金や能力の十分なものにのみ許可する。税を支払っても実施できるだけのものが参入する。
- (b) 適正生産は準レントが得られる場合などに起き、市場はそのままで機能する。例えば、lead time（最初に作った物が他の人にコピーされたり追随されたりするまでの間に十分に投下資本を回収して経済利潤を得ること）がの利益が得られるような場合。
- (c) 過小生産に対しては知的財産法制を導入して知的資産・情報の生産者を権利者として保護する。あるいは国家社会自体が情報を生産する（例えば、天気予報や自然科学の基礎研究など）、さらには、公的補助、優遇税などが有効な処方箋となりうる。

### ③ 機密性の、その他の法的人為的創設

- ・情報を漏洩、フリーライドしたものに法律上の責任を課す。しかし取締りが困難。
- ・契約上の守秘義務を設けて違反したものに契約違反の差止や賠償義務を課す。しかし、事前の契約関係がなければ使えない。
- ・秘密漏洩罪、横領罪、窃盗罪、詐欺罪などに類似の刑事責任を課す。しかし罪刑法定主義の適用があるので、事前に犯罪として制定法化して置かなければならない。

※ 上記の法的人為的保護を契約法制で行う場合、第三者に対して物権のように対抗できず（対世効がない）、対世効のある所有権法制を創設して保護を行うことにな

った。知的所有権は知的資産・情報に排除可能性を人為的に創設し、第三者に対して対抗できるようにする制度（収益可能性の保証）。その目的は効率的な生産と消費を実現するため（市場の構築）。その経済学的な基礎は、後に述べる「コースの定理」であり、明確な権利義務関係を導入すれば、そして、取引費用（交渉費用や監視費用、強制費用、情報蒐集費用など）がゼロであれば、人々の自由な取引を通じて効率的な生産と消費が達成できるという「法と経済学」の根本定理である。

まとめると、情報の上の私的所有権の設立するために、情報生産者に独占権を法律上設定して情報・知的資産の生産者の収益可能性を保証する。物権的な対世効を持った権利を与えることで、情報に法という外部から排除可能性を付与する（例：特許権、実用新案権、著作権、商標権など）。これによって、コースの定理の前提条件を整えることで効率性の達成へ向けて地ならしをするのが知的所有権（知的財産権）の社会的使命である。

## 2. 法と社会の相互作用

### （1）法と社会の共進化モデル

法と社会の世界には相互作用がある。社会が法を作り、社会が変化し、新たな法を必要とし、それが新たな社会を生む、それが「法と社会の共進化モデル」である。

このモデルは、社会と法が「より良いものになる」こと（法と社会の好循環）を保証するものではなく、ナチス法学部とナチス社会の時代のように、共進化が悪い方向に暴走することもありうる（法と社会の悪循環）。

法の創造・改廃と社会の変化の相互作用において、Evidence-Based（事実と証拠に基づいていること）であれば失敗しなくなる。人種差別などは誤った事実認識、捏造された情報に基づく法政策や社会変化から起きており、Evidence-Based の考え方であれば抑止できたかもしれない。

### （2）事実と証拠に基づく法システム：Evidence-based Law (EBL)

エヴィデンスとは「立法事実」である。

- ・憲法訴訟で提示された（狭義の）立法事実 (Legislative facts)  
⇒「法律を定立する場合の基礎を形成し、それを支えている事実、立法の背景となる社会的・経済的事実」（芦部信喜教授）
- ・立法事実と対置される判決事実 (Adjudicative facts)  
⇒「係属事件の解決だけの目的で確定されねばならない、法適用の対象たる事実」（これは、法律要件〔要件事実〕に該当する具体的事実である主要事実といえる。刑事訴訟法、民事訴訟法などの訴訟法における「事実」はほとんどが判決事実のことである）

### （3）法と社会の相互作用が悪循環に陥らない工夫

立法事実アプローチでは EBL が必要であり、立法のみならず、行政（行政裁量）や司法（裁判による法創造・創造的法解釈）でも必要。

### （4）コースの定理（法と経済学）

「取引費用 (Transaction Costs)」が、ゼロないし無視できるならば、法律のルールの内容

がどのようなものであろうとも、当事者の行動はパレート最適となる」(法律のルール自体は明確であることも要件とされることが多いが、取引費用には法律が曖昧なために生じるコストも含まれるので、ここでは敢えて括りだしていない)

パレート最適とは、パレート改善を続けて到達する究極の社会状態である。パレート改善とは、不利になるものが一人も出なくて、少なくとも一人はより有利になるような社会改革であり、多数決を取れば、反対票を投じるものは出てこず(不利になるものがないから)、開票すれば賛成票のみ(棄権はありうるかも知れない)であることが保証されるような社会改革である。よってパレート改善は社会的に望ましい。

パレート最適は、社会的に望ましいパレート改善を突き詰めた社会状態であるから、法政策上の目標とされるべきである。

#### ・コースの定理の法政策上の意義

取引費用を低減させるよう法的ルールを構築することが社会的に望ましい、という規範的提言をすることができる。取引費用低減の例として、登記制度がある。登記制度がないと売買するときに、売り主に本当に権利があるのか、あるいは抵当権が付いてないか等が分からないので、調べる費用や手間、取引の失敗の費用などを低減するための制度である。

コースの定理により、知的財産権制度は知的資産・情報の生産と消費がパレート効率的になるための条件整備をするものであることになる。こうして、市場の失敗を是正するための法制度であるといえる。

### 3. 行動経済学から見た「人間の弱さ」

参考文献：ターリ・シャーロット(上原直子訳)『事実はなぜ人の意見を変えられないのか：説得力と影響力の科学』白揚社、2019年

シャーロットは、行動経済学や認知心理学、脳科学などの成果を取り入れて、人々が証拠や事実などのエヴィデンスによってはなかなか合理的に説得されない(説得されようとしない)ことを明らかにしている。その上で、「合理的に説得できない人を動かす方法」について、人間の認知バイアスの知見に基づいて、考察している。シャーロットの分析を基にして「著作権ルールなどの知的財産権ルールを守らせる方法」を解説してみたい。

#### (1) 著作権ルールなどの知的財産権ルールを守らせるには？

- ・著作物など知的財産権のルールを知りつつ敢えて無視する人や、本来自由に無料で使用できるはずだと確信している人を正面から説得しようとしても徒労に終わりやすい。むしろ、知的財産権に関連した事項で、相手を守るべきだと思っていることや納得していることと矛盾しない、あるいはそれを補強するような事実や証拠を示し、相手を納得のモードにしつつ、当該事項を前提とすると、著作権など知的財産権ルールを守ることの方が正しいことになる、という筋道で説得するよう努力する(そのような事項を探り出して利活用する)。
- ・著作権ルールを守らせようとするときは、そうしないとその内に何か世の中に不利益が生じるぞ、というような長期的で漠然とした説得は効果が薄い。むしろ、著作権ルールを守ると、わかりやすく有益なことがすぐに起きるよ、というような短期的で具体的なメリットによる説得の方が効果が大きい。また、著作権違反行為をさせないようにしたいときは、守ると良いことが起こるといようなメリットによる説得よりも、違反をすると、大変なことになる、というようなデメリット・制裁による説得の方が効果が大きい。

い場合が多い。

- ・自分で選ぶことができると聞いただけで脳の報酬系は活性化（賦活）するため、自分で主体的に著作権ルールを守る形にした方が納得でき履行する。相手が自ら遵守を選び取る工夫、ないし選び取ったかのように思い込む工夫をこらす。
- ・説得のムードを作るとき、悪い出来事の話は、相手に警戒心を抱かせ、納得が得にくくなる。良い出来事の話は、相手のガードを引き下げて納得が得やすくなる。そのため、相手の気分の見極めと説得の潮目の変化を待つ忍耐力が重要となる。

## （２）ナッジ（nudge）

著作権ルールなど知的財産権ルールを守らせるには「ナッジ（nudge）」の活用を考えると良い。

「ナッジ（nudge）」とは

人々に影響を与えて、一定の方向に誘導するインフォーマルな工夫であり、強制や制裁などによって他の行動選択肢を禁圧して、ある行動へと導いたりするのではない（よって、法規制や行政規制と異なる）。また、露骨な経済的インセンティブ（誘引）を与えて、一定の行動へ導いたりするのでもない（よって、明白な利益誘導ではない）。

むしろ、人々がよく考えずに、なんとなくする行動や判断が、目的の行動（知財ルール遵守）と一致してしまうような、シンプルで安価な工夫をするもので、他の行動も取れるが、多くの場合、多くの人々が、いつの間にか、目的の行動をしてしまうように、枠組み（フレーム）やデザインや環境構造を工夫すること。

### ※ ナッジの例

- ・手の届く所にサラダを置き、遠くの方に脂肉を置くと野菜をたくさん食べるようになり、油肉を取る量も減る。（人々を健康に叶う摂食行動へ導くナッジ）
- ・交差点や曲がり角でラインの間隔を徐々に詰める（認知バイアス、錯視によって体感速度を実際以上に速いものと思わせて、ブレーキを早めに踏ませ交通安全に叶う行動を自らさせるためのナッジ）
- ・やって欲しい選択肢をデフォルトにし、それ以外の選択は意識的に行動を起こして選択しなければならないようにする（敢えてデフォルト以外の行動をするには意識的な脳活動のコストがかかるので、おのずからデフォルト行動をするように仕向けるナッジとなる）

## 4. 法社会学(Law & Social Science)から見た著作権研究

以下の本の紹介をさせていただきます。

太田勝造編著：尾城亮輔・川崎邦宏・喜 多俊弘・護守卓志・酒井雅弘・農端康輔・水町雅子・宮内宏・宮永雅好共著）『チャレンジする東大法科大学院生：社会科学としての家族法・知的財産法の探究』（商事法務、2007年11月）

### 議題2：その他

事務局から連絡事項

次回の研究会は決まり次第連絡する。

以上