

制度設計論(その2):デザイン社会システムの設計 －知識社会における実装知覚の世界観－*

Institutional Design (Part2): Initiatives of Design-oriented Social System; Theoretical
Outlooks of Operating Sensory Cortex Packages in The Coming Knowledge Society

菊池 純一**

要約

知識社会（知識の本位制に基づく社会）において、デザイン社会システムの健全な発展を設計するためのイニシアティブ（積極的政策提案）をまとめた。現行のデザインに係るビジネス慣行は、必ずしも、知的財産のサプライチェーンに基づく社会システム構成を意図しているわけではない。また、現行法制度の規律においても、意匠法など特別法の法理はデザインの法に関する齟齬を回避できていない。特に、自然人の視覚、聴覚、触覚、嗅覚、痛覚、味覚等の知覚による感知感得を社会に実装した状態（実装知覚）は、デザイン社会システムの知的財産を構成する有用な無体物としてグローバルな発展が期待できる分野である。健全なデザインドリブンの社会システムを持続することを期待する。

【目次】

はじめに

1. 知財システムモデルを進化させるために
2. デザインの法に係る病巣
3. デザインのサプライチェーンの切れ目
4. 知財パッケージの再編成とデザインドリブン

おわりに

* この論文は、菊池純一「制度設計論（その1）：情報仮想人の知財とその世界観の法理－現行法解釈の限界と実装知覚の制度設計－」『青山ビジネスロー・レビュー』第5巻1号（青山学院大学、2015年）の応用的展開を試みたものである。したがって、その部分を引用する場合には、特段の注書きを入れていない。一般財団法人知的資産活用センター寄付講座として2015年6月6日から7月18日まで計8回行われた青山学院大学大学院法学研究科ビジネス法務専攻「デザインの法と実務」授業の中で議論された内容を反映している。

** 青山学院大学法学部教授

はじめに

知識社会の本位は、アイデアから知財を創成し、その実装を通じて社会のグローバルな発展を促し、よって知識の蓄積に資することである。近年の10年間程度の間知識社会は急速に変容した。しかし、望まれる知識社会は未熟である。見えざる知財の根底には法制度という半透明の規律がある。かつ、アイデアの制度的所在に至っては不明に据え置かれている。知識社会の発展様態に適合する知財の運用システムを安定させるためには、まずは、デザインを社会システムとして再編成することが急務であると考ええる。

これまでの経験と知見を踏まえて共通の課題を要約すると次の4つになる。1) デザインの与益と受益のシステムを社会に実装することは、知識社会のインフラ投資行為である。2) デザインを知財のプラットフォームとするためには、人材育成の場作りから始めなければならない。3) デザイン社会システムに係るファクトベースの資料や教材は不足している。ゆえに、産業と文化と学術の連携を図り個性ある教材を作成すべきである。4) 知財は多様性と躍動性、かつ、同時性を内在している。それゆえ、複合リスク（病巣）が発生しやすい。デザイン社会システムの健全な発展を設計するためのイニシアティブを公表すべきである。

1. 知財システムモデルを進化させるために

知財システムの実施内容や形態を類型化することがどの程度有用なのかは定かではない。しかし、近年の10年間程度の間構築されてきた知財システムモデルの特徴をとらえて、知識社会の企画設計に資する提案（イニシアティブ；デザイン社会システム構想）をまとめることは必要不可欠であると考ええる。

1.1 知的創造循環モデルの弱点を補う

2004年に日本が導入した知的創造循環モデルは、創造、保護から始発し活用へと変位するパスウェー（選択経路）上に配された仕事を分業することであった。また、同時に、産業財産権の特別法の中に配置された特許発明を主務することが前面に押し出された。このモデルの選択が間違っていたとは言えない。なぜならば、知的財産（発明、商標、意匠、著作、営業秘密、種苗、その他有用な情報）を保護することは、一つのステップにすぎない。それらの知的財産を積極的に活用することも、重要なステップである。そして、種々の権利関係が絡む利益相反に係る紛争に対処することも、必要なステップである。しかし、反省すべき点はあるだろう。例えば、知財をビジネスに実装する際に、定形不定形の複合的リスク（病巣、Lesion）が発生することが社会常態化している。これらの病巣を治療し、健康を回復するためのステップが必要であると考ええる。少なくとも、複合的リスクの発生を軽減するためには、知的財産が社会的イノベーションをもたらすことの有様を俯瞰的に

構想し、予定調和的ではない複数の選択肢を創造することを明確に意識しなければならないことが確かであろう。とすれば、選択肢として別のパスウェーへ移行するための専門的な架け橋の仕事をも知財の分業システムに組み入れるべきであった。つまり、例えば、知財に係る情報（アイデアを含む）を分解して顕在化していない可能性や危険性を知るための方法論（仮に、これを知財のリバースエンジニアリングと称しよう。）について学ぶことは、非構造的な個別事例の内容から新たな選択肢を組み上げることに他ならないと考える。さらに、知的財産が複数の競合財（有体物を含む）や非競合財（主に無体物）に係わるとすれば、それらを組み合わせ、それに参画する者たちや利活用の図式を勘案し、再編成する能力（仮に、これを知財のパッケージングと称しよう。）も勘案する必要があるだろう。知財のリバースエンジニアリングや知財のパッケージングの仕事（仮に、これらの仕事を総じて知財のアウトリーチと称しよう。）は、必ずしも、パスウェー上にあるとは期待できない。とすれば、新たな選択経路を探索する知財のアウトリーチの仕事についても知財システムモデルに入れることが望ましいと考える。

1.2 排他独占の合理性を求めることの弱点を補う

知の独占と共有の連携に係る課題は、社会の本質に係る極めて古いテーマである。知識社会とは、自然人及び法人が為す活動の根幹において形成され他者に譲渡可能となった情報のかたまりである知識、この知識を「本位とする社会」のことであると考ええる。知識は国の枠組みを越えて、分野の境界域を越えて、社会の中に開花する文化と産業の活動の態様に多様性と爆発的な躍動力を持たせることになる。したがって、法の規律についても社会的適合性を問われることになる。それゆえに、知財システムの役割として法治の遵守に係る啓蒙のみならず次世代の制度設計を担う知恵に係る事柄も視座に入れる必要がある。

知的創造循環モデルの根底においては、人と人が相乗りする「舟」と「場」を構想し、「互惠関係」を築くことが自由の共生につながることを意識していたはずである。少なくともそのように期待する。権利主張に関し、他者から何らかの干渉を受けないという自由（これを A.Barlin は消極的自由という。）を保障する上で、他者が関わることを禁止する（排他権を設定する）には、まずは、当該の情報のかたまりが社会にもたらす裨益の内容（これを知財の与益と称する。）を開示する必要がある。同時に、権利主張に関し、自らが自律的に決定できるという自由（これを A.Barlin は積極的自由という。）を保障する上では、排他権を含む複数の権利を選択的に編成できる環境（制度環境及び知財の取引環境）が必要になる。干渉を受けない自由と自律的に決定できる自由を保障するには、さらに、知識社会を構成する自者と他者とが信頼関係（Fiduciary の関係とするのが相当である。）を作り、自由を共生しなければならないという条件（これを J.Gray を基にして菊池は共生的自由 symbiotic freedom を保つ制度デザインとしている。）が加わると考える。したがって、排他独占に係る知財システムモデルにおいては、知識社会における財産としての知財から得られる与益創成に係るコモنزの有様を踏まえて、知財の権利の束から求める

受益配分の合理性を企画設計する必要があると考える。知識社会を担う者たちは、自ら、「知財に係る三つ子の魂（自由三原則、与益主義、知識本位）」を醸成する責務があると考ええる。

1.3 法学・経営学・工学の隣接領域の総合化を求めることの弱点を補う

デザインは知的財産であり、社会システムの基盤となる。しかし、この点に関する学際的アプローチは未熟である。

1989年以降、知的財産に係る研究所や学術団体等が設立され、知財を開放系社会の中に組み入れ、特に、産学官連携の枠組みの中で利活用する図式が展開されてきた。しかし、法学・経営学・工学の隣接領域の総合化を求める試みは、20数年の歴史を持つにすぎない。アカデミック・デシプリンとして知財システムの学問領域が確立し、所定の方向性を持つに至るまでには、もうしばらくの時間を要するであろう。しかし、デザイン社会システムの構築が知識社会のインフラとなるのであれば、この総合化の枠組みの中に、芸術・科学・教育の絡み合いを組み入れて、早急にそのイニシアティブを示すべきであろう。なぜならば、地球規模での人、法人、物、情報、制度等が同時性をもって交差することを想念することは、現代に与えられた喫緊の課題である。

1.4 知財システムの健康管理を組み入れて知財の弱点を補う

2004年に、数名の者が強い知財の基底に健康な知財を希求することに協賛し、知財クリニックという「知財の病院」を始めた。10年目で症例は410数件を越える程度になり、この実践教育の機関に係わる者も数十名に至っている。知財に係るトピック・ 이슈を生きた状態で捉えてきた経験を踏まえると、全ての事柄が病理的な症候群の様相（病巣）を呈しているとまでは明言することはできないが、デザインに係る制度的齟齬を含む各種の摩擦的調整の歪みが内在していることは確かである。それゆえ、「知識社会が要請する将来の姿（複数の選択肢）を想定した上で、現行制度の不都合等を解析し、新たなイノベーションを設計すること」を開始するべきであろう。¹⁾

2. デザインの法に係る病巣

2.1 現行の知財制度の基本原理の弱点

2.1.1 憲法 29 条「財産権は、これを侵してはならない。2 財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。3 私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる」。

1) 菊池純一編著『知財のビジネス法務リスク・理論と実践から学ぶ複合リスク・ソリューション-』（白桃書房 2014 年）。

財産権の法根拠は、憲法 29 条にあり、同 2 項において特別法を定めることとしている。したがって、デザインが知的財産に係ることであれば、産業発展及び国際競争力等を目的として意匠法、商標法、特許法、実用新案法の対象となり、文化発展を目的とするのであれば、著作権法の対象となる。さらに、健全な経済発展を目的とするのであれば、不正競争防止法、あるいは、一般的不法行為を規律した民法 709 条等の守備範囲となる。制度的にはデザインを重疊的に保護することは可能なのであるが、ビジネス上、特定のデザインを保護するための財産構成を組成することは容易ではない。例えば、サムネイルスケッチ（見本の描写）は著作権帰属処理が契約交渉の中で発生することが多く、法的弱者の病巣を作りだすことがある。

2.1.2 知的財産基本法 2 条 1 項「この法律で「知的財産」とは、発明、考案、植物の新品種、意匠、著作物その他の人間の創造的活動により生み出されるもの（発見又は説明がされた自然の法則又は現象であって、産業上の利用可能性のあるものを含む。²⁾）、商標、商号その他事業活動に用いられる商品又は役務を表示するもの及び営業秘密その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報をいう」。同 2 条 2 項「この法律で「知的財産権」とは、特許権、実用新案権、育成者権、意匠権、著作権、商標権その他の知的財産に関して法令により定められた権利又は法律上保護される利益に係る権利をいう」。消費者基本法 7 条 2 項「消費者は、消費生活に関し、環境の保全及び知的財産権等の適正な保護に配慮するよう努めなければならない」。

知的財産は、法令に定められた権利に基づき、財産権者の消極的自由、積極的自由、そして、共生的自由が保障される。それゆえ、例えば、特定期間に渡り利益の独占、侵害の警告、侵害継続の差止、実損に対する賠償請求、業務信用の回復請求を求めることができる。著作権に関しては、財産権のみならず人格権の保護が保たれている。また、特許権については、技術思想の発明者の積極的自由を確保するため冒認行為に対する財産権の回復措置がある。かつ、特許権等の存在確認または無効審判に対する紛争解決を円滑にするための手続き上の規律が配されている。ただし、財産権者の権利濫用による横暴を防ぐため、かつ、産業及び文化の発展という将来の可能性を確保するため、特別法には、適用除外の法理が採択される。

消費者基本法の視座は、知のメーカーならず知のユーザーを含む知識社会のシステムを律するものである。つまり、知的財産の利活用に参画する人（法人を含む）の物、サービス、情報取引に係る自由の三原則を確保するものである。しかしながら、知的財産の根底となり得るアイデア（着想）という情報のかたまりは、法制度的保護の対象から外れていることが散見されている。

2) この法概念における「物」と「もの」は、廣松渉『哲学入門一歩前 - モノからコトへ』（講談社 1988 年）とは異なる。ただし、藤井美文・菊池純一『先端技術と経済』（岩波書店 1992 年）の動的機能を有する「もの」と同義である。

2.1.3 独占禁止法 21 条「この法律の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない」。

独禁法に知的財産権行使に係る適用除外を明文化していることは特異なことである。しかし、これは、1946 年に導入された外国技術輸入型の産業発展イノベーション・モデルに起因するものである。その後、国内創成ベースの技術開発イノベーション・モデルに転換した後も改正されることなく維持されてきた法理である。³⁾ 知的財産パッケージ型グローバルイノベーション・モデルの発展においてもこの法理は用いられるであろう。しかし、財産権の濫用を防ぐ規律は一律な基準ではなく、二国間の調整、多国間の調整にとどまらず、共生的自由の確保を基盤にした上で、複数の原理原則を参酌した合意形成がなされることになる。

2.1.4 民法 180 条「占有権は、自己のためにする意思をもって物を所持することによって取得する」。205 条「この章の規定は、自己のためにする意思をもって財産権の行使をする場合について準用する」。206 条「所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する」。399 条「債権は、金銭に見積もることができないものであっても、その目的とすることができる」。703 条「法律上の原因なく他人の財産又は労務によって利益を受け、そのために他人に損失を及ぼした者は、その利益の存する限度において、これを返還する義務を負う」。709 条「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う」。

人（法人を含む）の法律行為を規律するのは、民法の体系である。その際、知的財産に係り、特に意識しなければならないことは、当事者間の善意悪意の二律ではなく、情報を共有する第三者の介在、財産権に均等する情報範囲の介在、及び、当該知的財産の利活用図式の他用途展開の介在である。したがって、一般不法行為の法理に基づく法執行にとどまらず、適正な方法をもってして知的財産の病巣（Lesion）を修繕することの意義と必要

3) 菊池純一「1946 年エドワーズ報告書とカーム氏試案における知財の法益 ～なぜゆえに、日本の独禁法に「特許」という用語が挿入され残ったのか～」『青山法学論集』第 51 巻 第 1-2 号（青山学院大学法学会 2009 年） 329-361 頁。例えば、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（独禁法）は、1947 年の昭和二十二年四月十四日法律第五十四号である。その第二十一条（旧二十三条）に「この法律の規定は著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない。」とされている。いわゆる、この条文は一度も修正されることなく解釈運用の下現在に至っている法的ボラリスなのである。正確には、ノースウエスタン大学教授のエドワーズ（Corwin D. Edwards）が、1946 年 3 月 14 日に、財閥解体、独占禁止法の制定、経済力集中排除の政策決定の指針となった、通称、エドワーズ報告書の中で、当時の特許法改正を付帯条件として適用除外の規定を提案し、その後、1946 年 8 月 6 日付カーム氏試案の 13 条（免除）を、日本語訳した、「許可された特許権、著作権又は商標権に付いては、特許状の範囲内にその活動が限られるときにのみ本法の規定を適用しない。」を骨格にして、1947 年 2 月 25 日付修正試案の「第 6 章 適用の特訓」において、「この法律の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法によって権利の行使と認められる行為には、これを適用しない。」という文言に修正され、ほぼ、現行独禁法の条文となったのである。「特許」という用語が記載されるように、その権利行使と認められる行為を適用除外しているのである。

性は高いといえる。

2.1.5 会社法5条「会社がその事業としてする行為及びその事業のためにする行為は、商行為とする」。

法人あるいは社団が成す行為について、会社としての商行為（法律行為）に該当するのは規律されている。その商行為の多様な発展に寄与するために、金融商品取引法等を含む各種特定商品に係る特別法も規律されている。しかしながら、知識社会の本位であり、経営資源の首座に置かれるはずの知的財産については、会計法及び税法も含み必ずしも取引の安全を規律している状態にはないを考える。かつ、特に、知的財産基本法2条1項の後段に示す「事業活動に有用な技術又は営業上の情報」については、不正競争防止法のみならず、個人情報保護法や電気通信事業法にとどまらず、特定の物質、情報の管理に係る特別法や法令についても目配りをせざるを得ないのである。それらのことは、商事倫理（Business Integrity）と法の解釈及び執行判断に連動することが多い。

2.2 ビジネス上の複合リスク（病巣）の事例

病気になった原因の第11位から22位までは、次のようなことである。⁴⁾

- ・ 過去からのしがらみ（利用慣行）をそのままに放置してきた
- ・ 著作者の権利主張が強すぎた
- ・ 営業秘密はノウハウと同じであると考えていた
- ・ 技術の国外流失となることを望まないのにその対応をしなかった
- ・ 空の権利を購入してしまった
- ・ 財産が盗まれていたことを知らなかった
- ・ 著作権を侵害した行為をつづけていることを知らなかった
- ・ 高度な情報スキルを必要とすることを知らなかった
- ・ 極めて安価な金額で重要発明を売却してしまった
- ・ 相続の対象になっていることを知った
- ・ 共同研究の相手が倒産した
- ・ 事業撤退をするので知財を処分したかった

そのような原因の背景として、三つのことが考えられる。まず、知財の病気を早い段階に治してくれる専門家がないということである。第二は、知的財産に係る権利主張が強すぎる。そして、特許発明、論文著作に偏って知的な財産を掻き集めているのである。適正な宣言行為がなされていないのであろう。

4) この複合リスク・リストは、菊池純一「経営に役立つ知財戦略－なぜ、与益主義のシステムを提案するのか－」『特技懇』No.255（2009年）p.26-34からの引用であり、知財クリニック症例約200件程度の分析事例である。

病気になった原因の第6位から10位までは、すこし、様相が異なる。

- 自らの財産を大切に育てるための方法、手順を知らなかった
- 大手企業から注目されていることを初めて知った
- 連携に参画する仲間の範囲が狭かった
- ビジネスモデルの基盤が不安定であった
- 商標の価値が業務信用によって増えることを知らなかった

原因の背景として、主たるものをあげるのであれば、研究成果や知財内容情報が広く検索されるようになったということである。つまり、極めて便利な情報検索技術が普及したが、情報開示制度が求める自己責任を果たし得ない環境に晒されているのである。知財に係る組織的活動に限定してみれば、R&D&D（研究 Research、開発 Development、普及 Diffusion）を進めるには連携せざるを得ない。そして、特に、研究分野の拠点がグローバル（全球的）になったのである。そのような状況に知財戦略が対応できていないのであろう。

病気になった原因の上位、第1位から第5位までは、次のようなことである。

- 契約書等のひな型が旧態以前のもので、専門家に相談する機会がなかった
- 特定の知財に目がいってしまい、周りの知財を結合することができなかった
- 不必要な範囲で、秘密保持契約を交わしていた
- 特許発明のみでは、事業化が不可能であったことを知り得なかった
- 研究テーマの内容自体が知財であることを知らなかった

その背景として、知財の宣言行為に関する専門家の支援が必要になっているのである。その支援は、弁護士により可能なのか、弁理士なのか、あるいは、ソリューション業を売りものにする集団により可能なのかは不明である。しかし、会社等の組織内部では、必要とする支援の機能が育成されていないから、病気になる。多くの場合、知的財産に係る法制度を含めて周辺環境が大きく変わったにも関わらず、知財戦略を再編成する機会を取り逃がしているのである。

2.3 デザインに係る現行意匠法と著作権法の限界

2.3.1 意匠法2条「この法律で「意匠」とは、物品（物品の部分を含む。第八条を除き、以下同じ。）の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合であつて、視覚を通じて美感を起こさせるものをいう」。同8条「同時に使用される二以上の物品であつて経済産業省令で定めるもの（以下「組物」という。）を構成する物品に係る意匠は、組物全体として統一があるときは、一意匠として出願をし、意匠登録を受けること

ができる」。7条「意匠登録出願は、経済産業省令で定める物品の区分により意匠ごとにしなければならない」。

この法律に係り、積極的自由の解釈運用から派生することの要点は三つである。一つは、「物品」対「組物」の特異な様態区分に係る解釈的対立である。第二は、「視覚美感」対「知覚感得」の差異に関することである。第三は、「細分」対「統一」の解釈的対立である。これらの対立は、法執行に所定の限界を作り出すものとする。

2.3.2 意匠法9条（先願）「先願同一又は類似の意匠について異なつた日に二以上の意匠登録出願があつたときは、最先の意匠登録出願人のみがその意匠について意匠登録を受けることができる」。14条「登録日から三年以内の期間を指定して、その意匠を秘密にすることを請求できる」。24条2項「登録意匠とそれ以外の意匠が類似であるか否かの判断は、需要者の視覚を通じて起こさせる美感に基づいて行うものとする」。26条「意匠登録出願の日前の出願に係る他人の特許権、実用新案権若しくは商標権若しくはその意匠登録出願の日前に生じた他人の著作権と抵触するときは、業としてその登録意匠の実施をすることができない」。29条3項「規定する要件に該当することを知らないで、日本国内において当該意匠又はこれに類似する意匠の実施である事業をしているもの又はその事業の準備をしているものは、その実施又は準備をしている意匠及び事業の目的の範囲内において、その意匠権について通常実施権を有する」。

この規律を準拠することを目的とした場合、主に消極的自由の解釈運用から派生することの要点も三つである。まずは、「登録」対「発生」に係る先使用の解釈的対立である。第二は、「公示」対「秘密」に係る事業の目的範囲に係る事柄である。最後は、「類似」対「同一」の解釈的対立が生じる。

2.3.3 判例からの含意

二つの判例を用いて、デザインの法に係る病巣を解説する。

(1) 携帯情報端末意匠審決取消請求事件（知高裁平成27年1月28日判決）

訴外の事実に係り、この裁判では、「意願2012-15986号」（優先権主張・2012年1月6日）と「特許庁意匠課公知資料番号第HA23007213号」の意匠」（雑誌DIME発行・2011年11月1日）が存在している。つまり、公知となっているとすれば、原告はいかなる自由を裁判所に求めたのかを見定める必要がある。

被告審決の理由に係り、携帯情報端末の帯状面に類する意匠（引用相当部分）の公知が存在する。共通点の要件構成について、基本的構成は周囲に施された細幅の帯状面とした。かつ、具体的構成については、意匠の位置は上下端部より中央部であり、側面視でわずかに湾曲し、帯状の幅を漸次わずかに幅広に形成とした。さらに、相違点の要件構成については、具体的構成は側面視で上下端部の短辺をわずかに傾斜とし、側面側対正面側の類比

を判断した。さらに、背面視確認資料では側面側から背面側に向けて回り込むように構成しているが、しかし、視認不明であるとした。つまり、7面視認ができない状態を認めた。

原告主張の立論に係り、共通点の要件構成評価について、共通点に係る類否判断の主体は、購入者である若者の美意識である。機能確保上の意匠制約があり類似し、意匠創作の幅は限られる。ゆえに、類否範囲を限定すべきである。湾曲は人間工学に基づく理論的解であり、外観上のスリムな印象に対し、おとなしい印象を賦与するものであり、異なる印象を創成する。相違点の要件構成評価について、側面視及び背面視での僅かな傾斜方向の相違は、曲線の幅の差異、つまり、不均一幅対均一幅の違いがあり、印象の差をつくる要部であるとし、証拠書類として、公知では視認不明とされた範囲を含む各面の詳細写真を提出し、裁判記録に残した。

被告の反論に係り、購入者の一定の関心を示すことは否定しない。しかし、極めて細かな帯状の相違にデザインの差別化を捉えて選択、購入するとは考え難い。ゆえに、特別な関心を寄せる対象ではない。帯状面を形成するラインを入れてあることは共通感が醸し出される主要部である。微細な相違を過大評価することは妥当ではなく、意匠を創作した結果が似ていれば類似することになる。湾曲は先行登録意匠には見られない極めて特徴的な共通点であり、公知資料が示すことである。

裁判所の判断に係り、被告審決の判断に誤りはないとした。

では、原告の訴訟動機は何か。まずは、自らの失当にて公知となったデザインを改良し権利の設定を求めたが、それが拒絶された。そこで、先使用を主張できない恐れの部分存在を積極的に主張して審決の取り消しを求めた。しかしながら、敗訴に至った。ただし、裁判が確定することによって、裁判公示資料として内容が記録されるに至ることは、消極的自己主張（消極的自由と積極的自由の組合せ）であると推認できる。

(2) 幼児用二脚椅子著作権侵害行為差止等請求事件（知高裁平成27年4月14日判決）

この判例の構造的な特徴を項目列举し、論点を明確にする。結果的に、原告敗訴となったが、控訴人代理人が関係法の総動員的な立論を成したことによって、いくつかの法理が判例として確認されたといえる。つまり、争点に対する裁判所の判断に係り、「幼児用椅子」は美術工芸品には該当しない「応用美術」（ただし、著作権法での定義はない。）である。法が列举せずとも、著作物の要件（作成者の個性が発揮されている。特徴的形態〈2脚の椅子〉、機能制約による必然性がない創作性を備えている）を満たせば、「美術の著作物」といえる。要件において「美的鑑賞性」は主観的要件であり不要である。意匠法と著作権法の優先劣後関係は存在せず、重複保護は可能である。控訴人代理人の後輩である裁判官は、次の判断を示した。

- ① 著作権の譲渡契約資料からして、著作権の独占的利用権は、控訴人にある。しかし、著作物性が認められる部分は、共通点を凌駕している。したがって、異なるものであるがゆえに、被控訴人の行為は侵害にはあたらない。ゆえに、損害賠償（約1億

3500万円プラス完納までの金員）、差止（製造、販売、展示の差止）、謝罪広告（目録記載の新聞への謝罪広告）を求める根拠はない。

- ② 不競法2条1項1号にいう商品等表示の例示と異なり、一次的に出所識別を本来の目的とするものではないが、客観的に見て特徴的に顕著なものであり、需要者に認識され周知に至る証拠があれば、二次的に出所識別機能を備えるに至る。ただし、安全性品質基準に関しては、具体的形態を指定していないから証拠とはならない。顕著性と周知性を獲得したのであるから、不競法2条1項2号の混同を生じさせる行為は成立しない。
- ③ 模倣したとは認められず、混同を生じさせる行為を成したのでなければ、一般不法行為による信用毀損は成立しない。

上記、二つの判例に照らし合わせて、デザインの創成、保護、利活用を推進する際に必要な項目は、次の三点であろうと考える。

- 1) デザインの保護法益は、意匠法のみならず、著作権法、不正競争防止法、不法行為法、さらには商標法により、重疊的に保護することが可能である。
- 2) しかし、そのためには、客観的証拠をもって説明し得る複数の構成要件を事前に設計する必要がある。特に、主体間の契約証拠、図式に係る世界観（周知性、顕著性の共生状況）の証拠、客体に体化された特性（固有性、凌駕性を示す状況）の証拠を配備することが必要となる。
- 3) 自らのデザインに係る消極的自由、積極的自由、共生的自由を確保するためには、自らの過去のデザイン（成果）範囲にとどまらず、他者のデザインとの間に、特徴的な共通点を具備しないように、継続的な努力を続けることが創成者としての責務である。

3. デザインのサプライチェーンの切れ目

3.1 無体物と有体物の組合せ

法は、有体物（民85、「物」を有体物）を定め、反射的に無体物（有体物以外のもの）を規律している。無体物の例示としては、人（法人を含む）が成す行為、及び、物（有体、無体に関わらず）が成す移動過程も含まれる。さらに、知識社会の本位である知識そのものも無体物の典型である。むろん、この場合、知識として体系化または局所断片としてまとめられずとも、一般的に識別される情報のかたまりも無体物である。

仮に、知財の世界観（可能性の集合体）が有体物と無体物の組み合わせから組成されるとすれば、有体物以外のものを射程範囲とする知的財産の諸法は、それらの組み合わせの法執行に係る事柄を特例として規律することになる。例えば、著作権法2条1項の「…物に固定」という記述、また、同15号の「…有形的に再製する…」という記述に見られるように、著作の表現行為によって、無体物と有体物との組み合わせが創成される。また、特許法2条3項では、「物（プログラムを含む…）の発明にあたって…」として、同2条

1 項で、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」として無体物を規律しており、無体物と有体物の組み合わせによる権利設定がなされている。

「意匠」においては、意匠法2条1項「物品（物品の部分を含む…）の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合であつて、視覚を通じて美感を起こさせるもの」と規定し、無体物と有体物との組み合わせを直接的に知的財産としている。さらに、同8条によって、組物（同時に使用される二以上の物品であつて全体として統一がある物）の意匠を一筆の権利として認めている。かつ、同10条1項によって、自己の創作意匠のうちから選択した一つの意匠に類似する意匠を関連意匠として権利が設定できる。ゆえに、複数の有体物と複数の無体物の集合体を意匠法が保護する法益とすることが可能であるから、少なくとも、産業の発展に寄与する目的をもつ意匠を創作した者は、自らの世界観の普及（本論では、「実装」を用いる）について自由の三原則（消極的自由、積極的自由、共生的自由）を行使できるといえる。

3.2 サプライチェーンの存在

可能性の集合体としてデザインを捉えるとき、知識社会における産業の発展に寄与する目的（所定の方向性）を考えてみよう。仮に、伝言ゲームのように始発の情報と到着の情報が異なることが社会常態なのであれば、その間に配された情報の導管は病巣（Lesion）を持っているといえるであろう。では、その病巣がその導管を構成する有体物と無体物の組み合わせから生み出されているとすれば、有体物または無体物の固有性にその原因が内在されているのか、あるいは、それらの組み合わせが作りだす機能性にその原因があるのかを解析することが望ましいだろう。つまり、期待する出口に期待する物やサービスが出てこなければ、エンド・ツー・エンドのシステム内部において派生する複数の経路選択を想定し、健全な導管を維持するためには、いくつかのサプライチェーンを論理的に導き出さざるを得ない。物と物のつながりの健全性（または病巣）を説明する場合、良く使われるのが生態系食物連鎖のモデルである。同様に、資源から素材、部材、モジュール、そして、完成品という自動車の加工組立のモデルも良く使われる。情報の取引においても加工組立の図式を援用することができる。したがって、知的財産も同様のモデルを当てはめることは可能である。しかし、知財のパッケージにこれらのモデルを当てはめることが相応しいとは必ずしも言えない。なぜならば、知財のサプライチェーンには、少なくとも二種類の切れ目（病巣）が存在するからである。

3.3 知財サプライチェーンの切れ目

一つの「切れ目」は、知財がイノベーションを引き起こすことから生じる。詳細を説明する必要はないと考えるが、イノベーションとは、特定分野の技術思想等が社会に実装されて多くの人々の生活様式が変容することである。したがって、技術革新や社会革新の用語が当てはめられてきた。むろん、イノベーションについての先駆的研究者であるシュム

ペーターの考えによれば、その過程において大量の廃棄（有体物及び無体物双方の廃棄）を伴うことがあり得るから、緩やかな革新の現象ではない場合は、特に創造的破壊という用語を当てはめた方がよいとしている。情報の革新の場合、かつ、知識の革新の場合、緩やかな単線的変化ではなく、時として、爆発的で非線形的なしきい値の変化（つまり、切れ目）が顕在化することがあると想定した方がよい。その場合には、サプライチェーンのモデルとして、単純な食物連鎖的図式は適合しないであろう。

もう一つの「切れ目」は、情報の取引経路の一部が非開示になることから生じる。人が情報を他に向かって発信する場合、少なくとも二様の経路を想定しなければならない。現行の日本国憲法に記された基本原則からしても二様である。一つは、相手が限定されている親書による通信という手段である。通信の秘密を侵してはならない、これが原則である。もう一つは、特定多数あるいは不特定多数に発せられるメディアを介した表現という手段である。表現の自由を侵してはならない、これも原則である。では、知的財産の場合は、どうなるのであろうか。まず、創作者が何らかの情報を引用した場合には、原則、その出所を開示しなければならない。そして、自らの発意となる新規な部分を表現し、そのことを介して何らかの受益を得る場合には、自らの先使用の機会を明記し、特定の法的保護益を確保する必要があるれば所定の手続きに基づいて、他者がその受益を享有することを一定期間にわたり排除できるのである。複雑そうに見えるが、事は単純である。つまり、自らの判断に基づいて知的財産の先取り内容情報を開示すれば、受益を占有できる。他方、開示せずに利用したとしても秘密であることの条件を満たせば、受益を占有できるのである。それゆえ、情報の開示と非開示のスイッチが切れ目を作ることになる。

3.4 デザインのサプライチェーンの健全性

サプライチェーンに切れ目があることが異常ではなく、常態であるとするならば、その病巣から派生するリスクをどのように軽減できるのであろうか。デザインに関しては、現行法制度の枠組みを所与として知財システムモデルの中で取り扱うことが許されるのであれば、主として五つの宣言行為の取組が必要となる。

(1) オリジナル情報となるアイデアを確定すること。

アイデア（着想）は著作権法による保護の対象ではない。有用な情報であるならば、自らが一般不法行為の対象とならないように、特定アイデア集（特定着想）を管理し、限定開示するための法人（アイデア集団）を作り、切れ目を補強することが望ましい。特定着想の提供者を匿名にせず、実名（法人名を含む）で特定アイデア集に記録することが望ましい。

(2) 特定アイデアに依拠したデザインに係る著作、発明、考案のサプライチェーンの各ステージを可視化すること。

特別法が指定する登録制度を利用するだけでなく、各ステージゲートにて記録をする習慣（客観的管理習慣）を課しておけばよい。ステージゲートにおけるサムネイルスケッ

チ（見本の描写）については、登録制度を採択していない著作権の帰属処理を事前に確認しつつ、その見本が他人の特定アイデア（世界観の素、特定着想）の範囲なのか、あるいは、その見本には自らの知覚が感知感得する範囲を表現しているのか。または、それらを凌駕する共同著作、共同開発をなすための初期値とする特定のアイデアなのかを示す必要がある。つまり、この種の特定着想の宣言を行うことは自由の三原則を誠実に構成するための契機となる。

(3) 当該デザインの典型的実装図式を示し、それに関連する他用途図式を例示すること。

実装図式を示すことは当業者からすれば容易である。しかし、他用途図式の例示を示すためには、第三者（異業種の者等）を交えた上で、この指とまれ方式の協議を踏まえた方が得策である（つまり、客観的管理習慣を実装することである）。

(4) デザイン情報は先使用の事例を確保した上で非開示とせず、アウトリーチ広報に供すること。

先使用による自由の三原則の構成を踏まえ、特定のアイデアの世界観を具現化したデザイン社会システムの存在を示すことが望ましい。特に、積極的自由と共生的自由を示すのであれば、国際社会の表彰制度に参画したアウトリーチ広報を展開するべきであろう。

(5) 革新的変化の予兆を嗅ぎ取ること。

自らが革新的変化の渦中にいる場合には、その予兆を読めないものである。時には、才能ある者は自らの立ち位置を見失うこともあるだろう。むしろ、思い悩むことなく、思うことを話し合える隣人を作っておくことは、客観的管理習慣を実装することに他ならない。

4. 知財パッケージの再編成とデザインドリブン

4.1 知財パッケージの編成方式

知的財産という用語は、2001年の知的財産基本法（公布：平成14年12月4日法律第122号）によって、法制度の概念として定義された。しかし、「デザイン」なるものは、法制度の知的財産を越えた部分を包摂する。特に、意匠法が規定するものは、狭義な範囲であり、ここで展開するものとは同義ではないことも明らかである。かつ、「デザイン」の利用実態を鑑みるに、情報の客体としてのみならず、多くのプレーヤーが参画するグローバルなイノベーションの図式の中に社会実装され、経済価値の高い情報の財産としての実績を持ち、さらには、所定の将来においてそのような様態を持続することが期待される。とすれば、少なくとも、現行の知的財産基本法に記された「人間の創造的活動により生み出されるもの」かつ「事業活動に有用な技術上又は営業上の情報」という内容を精査し、「デザイン」を知識社会のシステムとして編成する必要があるだろう。

知識社会における「デザイン」は、知財のサプライチェーンの導管の中に編成され、知識社会の進化を促すものであると考える。つまり、社会システムとして、『アイデア（世界観の素となる着想）⇒企画構想⇒デザイン（標識、意匠、著作、発明等に不可欠な

知覚考案）⇒知財パッケージ化（標識、トレードドレス、様式体系、業務信用）⇒制度保護（知的財産の諸法、関係業法）⇒デザインの社会実装（ブランドスキーム運用）⇒産業・文化の発展（革新、増進、健全）⇒知識社会の進化』という経路をたどると考える。それゆえ、知識社会におけるデザインとは、「アイディア（世界観の素となる着想）を基底に企画構想に供せられ、標識、意匠、著作、発明等に不可欠な知覚考案であり、社会実装される可能性がある集合体」であると定義するのが良い。あえて略するのであれば、「実装知覚の知覚考案」とでも称するのが良いろう。

となると、その実装知覚は「知財」そのものであり、知覚考案に基づきパッケージとして編成され社会機能を持つことになる。つまり、抽象的にその構成を概観すれば、客体要素（知的財産の内容情報）、主体要素（参画する主体に係る情報）、図式要素（客体の実装（利用・使用・実施）され、主体が活動する場の環境、ビジネスモデル等に関する情報）の三要素からなる情報は、可能性の集合体を形成し、アイディアを入り口とし、その出口を知識社会の進化とする知識社会の網脈を作ることになる。その網脈が情報の連鎖からなるシステム（デザインのサプライチェーン）である。客体要素、主体要素、図式要素のどこかに病巣があると、知財サプライチェーンはその作動を停止する恐れがある。ゆえに、予防的な処方も踏まえ病巣を取り除く努力は怠ることができない。また、入り口となるアイディアの源は、先駆者たちの歴史的な考察を踏まえても、かつ、実務実態から得られる直感に照らし合わせても、人と人のつながりに他ならない。なぜならば、N.Luhmann は、複雑化した社会システムにおいては、発話行為のみならず拡散した知覚による接触を同時に行う必要があるとしている。⁵⁾ 知覚の実装化を試みるためには、人と人のつながりを源泉とするデザインの創成循環（クリエイティブ・エコロジー）を構築することが一つの帰結として受け入れられるであろう。

4.2 デザインドリブンというアイディア

「創成循環」（クリエイティブ・エコロジー）とは、情報のかたまりである知財を人から人へと運ぶ「People-ship base」をしっかりと認識し合うことによって、事前の知財与益を事後的に実現させることができるという考え方である。「People-ship base」とは、人と人が相乗りする「舟」であり、物事に対する「共感」あるいは「共観」が得られる「場」であり「機会」である。そのような「ship base」にとって必要なのは、「互惠」であり、「信頼」である。知識社会においては、その「People-ship base」をしっかりと認識し合う「状態」あるいは「関係」が共通インフラストラクチャー、つまり、コモンズとなる。⁶⁾

例えば、仮に、自動車社会が成熟したとすれば、そのような社会における基盤には、規格化された道路や信号や運用ルール、そして、人々のマナーや遵法の心がコモンズとして

5) N.Luhmann 著 土方昭監訳『社会システムと時間論』（新泉社 1982 年） 11 頁。

6) 菊池純一「知的財産とコモンズ」細野助博編著『コモンズデザイン論』（中央大学出版会、2015 年 近刊）2 章。

求められる。さらに、最も重要なのは、相互の信頼関係である。同様に、知識社会が成熟したとすれば、知の源泉を人と人の関係の中に見出し、過去の人がなし得た知の連鎖の関係を現在の人々の連鎖の关系到に写し入れ、その上で、将来に向けて新たな可能性を作り出すことを求めるであろう。ゆえに、最も重要なのは、相互の信頼関係であるという帰結になる。したがって、健全な「People-ship base」を求めることは知識社会に固有の方向性ではなく、前段の情報社会がもたらした格差的弊害や制度的疎外からの回復を求める声が大きいが故に強調されたに過ぎないのである。

「People-ship base」の中にアイデア（世界観の素となる着想）を実装する負担行為を図式化できるのであれば、その発端が個々の情熱に依拠しようと、自己の欲求実現に帰着しようと、「ship base」は「実装知覚」を生み出す社会的機能を持つことになる。しかし、その負担行為が陰伏され、かつ、不誠実な処遇を受けるのであれば、健全なデザインドリブンを持続することは望めない。

4.3 知財の再編成によるブランドスキーム

デザイン社会システムの再編成を考える上で、参考になる図式は二つある。一つは、追及権制度であり、もう一つは、クリエイティブ・コモンズ（Creative Commons）という権利のライセンス方式である。

フランス法社会が1920年著作権法に取り込み、現在は、79か国に制度導入された「追及権」（美術の原作品の転売価額の一部を原作者あるいは相続人が請求できる権利）は、オリジナル情報を提供した者が成した先行的負担行為に対して事後的与益を還元する図式の典型例である。日本法にはこの制度は導入されていない。なお、米国の連邦法レベルではこの制度を導入してはいないが、カルフォルニア州法 CRRA⁷⁾では美術品の再販条項として運用している。この種の世界観を実装するには、例えば、フランスの「グラフィック・アートおよび造形芸術作家協会」のような組合機能が必要になる。鑑みるに、追及権のアイデアは、知覚考案の創成循環に不可欠なブランドスキーム（信用図式）を維持することに資すると思われる。

著作物に関する「クリエイティブ・コモンズ（Creative Commons）という権利のライセンス方式」においては、全ての私的権利の主張から全ての私的権利の放棄まで、8段階の権利主張をルール化しようとしている。⁸⁾ 本論の「1節」において論じたように、権利主張に関し、他者から何らかの干渉を受けないという自由を保障する上で、他者が関わることを禁止する（排他権を設定する）には、まずは、当該の情報のかたまりが社会にもたらす与益の内容（あるいは、所定の方向性）を示す必要がある。同時に、権利主張に関し、自らが自律的に決定できるという自由を保障する上では、排他権を含む複数の権利を選択

7) California Resale Royalty Act。これら追及権の研究は小川明子氏（早稲田大学）が第一人者である。

8) 詳細は、creativecommons.jp のホームページを参照すると良い。

的に編成できる環境が必要になる。したがって、クリエイティブ・コモンズのライセンス方式は、それら消極的自由と積極的自由の二原則を保障するスキームであるといえる。しかし、干渉を受けない自由と自律的に決定できる自由を保障するには、さらに、第三の自由、つまり、共生的自由を保つことを加味しなければならない。それゆえ、クリエイティブ・コモンズではその世界観を共有する社団を作り、所定のブランド・マークを使用することを押し進めている。これらのことは自者と他者との信頼関係からなる「People-ship base」の構築に他ならない。

4.4 デザイン社会システム構想のイニシアティブ

現在、デザインの定義は多様である。それは、知識社会が未熟であることが原因であるからにすぎない。その未熟さに相当する程度の定義を現行法は採用している。例えば、知的財産の諸処の特別法条文や民法規定に表現されているように、無体物の固有な社会関係は有体物の社会関係を主軸として、その関係を捕縛的に制限している。この制限があるため、社会の根底にある深層的意識（自由を求める意識）を解き放つことなく、所定の行動規範を組成し、時には、未熟のままに留まることを「善」とすることが常態化していると懸念する。

思うに、やみくもに変革することを望むものではないが、仮に、創造的破壊を恐れつつ、創成循環を成し得るためのイニシアティブを求めることが新たな相当の関係性を作ることにより寄与するのであれば、デザインの定義を改めて、「実装知覚の知覚考案」と定めおきその座標軸を知識社会の進化に合わせる事が望ましい。

おわりに

本論においては、制度設計論（その1）の考えに基づき、その応用分野として「従来のデザイン概念を再考する」ことを提案した。

知財システムモデルを進化させるためにデザイン社会システム構想は、必要不可欠である。そのことは、次の四つの反省点を踏まえている。つまり、知的創造循環モデルの弱点を補うため、知識社会はもっと早い段階から、知財のリバースエンジニアリング手法を取り入れるべきであった。排他独占の合理性を求めることの弱点を補うには、知識社会は功利主義論にとどまらず、自由論の観点から制度設計の要点を再点検すべきであった。法学・経営学・工学の隣接領域の総合化を求めることの弱点を補うには、総合化の政策的枠組みの中に、芸術・科学・教育の絡み合いを組み入れるべきであった。知財システムの健康管理を組み入れて知財の弱点を補うには、制度的齟齬を含む各種の摩擦的調整の歪みを解消するための方法を確立すべきであった。

現行のデザインを社会システムとしてとらえ「実装知覚の知覚考案」と置き換えることは、制度設計の視点からすると容易ではない。しかし、知識社会の変容が実装知覚に基づ

く法の安定性を容認するのであれば、要点を点検する余地があると考える。