



Title	知的財産権の正当化根拠論の現代的意義 (2)
Author(s)	山根, 崇邦
Citation	知的財産法政策学研究, 30, 163-200
Issue Date	2010-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/44332
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ30_007.pdf



論 説

知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(2)

山 根 崇 邦

序論

第Ⅰ部 知的財産権の正当化根拠をめぐる議論の諸相

第1章 知的財産権の特徴

第1節 無体物の特徴

第2節 無体物の特徴から導かれる知的財産権の性質

第3節 知的財産権の正当性の非自明性

第4節 小括 (以上、第28号)

第2章 自然権理論

第1節 労働に基礎をおくモデル

第1款 ロック労働所有理論に基づく正当化

第2款 ロック労働所有理論に基づく正当化の批判的検討 (以上、本号)

第3款 労働所有理論の基底的思想と知的財産権の性質との整合性

第4款 ロックの著作権法観

第5款 労働所有理論のまとめ

第2節 人格に基礎をおくモデル

第3節 自然権理論のまとめ

第3章 功利主義理論

第4章 正義論

第5章 正当化根拠論のまとめ

第Ⅱ部 自由規制領域の拡大とその要因

第Ⅲ部 正当化根拠論の現代的意義

結語

第2章 自然権理論

前章で述べたように、無体物を保護対象とすることから導かれる特徴として、知的財産権には人為的な稀少性を創出したり、他者の自由に大きな

干渉パターンを作出したりするといった性質がある。こうした性質をもつ知的財産権は自明な正当性を有する権利であるとはいえない。それゆえ、本来誰でもどこでも同時に利用可能な情報に対して、なぜ人々の自由を制約してまで人為的な稀少状態を作り出す必要があるのかということが問題となる。知的財産権の付与を正当化する根拠は何であろうか。

本章では自然権理論について考察する。権利の私的な淵源に着目する自然権理論は、創作者の「労働」に基礎をおくモデルと、創作者の「人格」に基礎をおくモデルとに大別することができる。以下では、知的財産権の正当化根拠としての各モデルの意義と問題点について探求することにした。

第1節 労働に基礎をおくモデル

労働に基礎をおくモデルとしてしばしば援用されるのが、英国の哲学者ジョン・ロックの労働所有理論である。ロックは、1690年に匿名で出版した『統治二論』の第2篇第5章において、「自然が供給し、自然が残しておいたものから彼が取り出すものは何であれ、彼はそれに自分の労働を混合し、それに彼自身のものである何ものかを加えたのであって、そのことにより、それを彼自身の所有物とするのである」¹という有名な一節を象徴とする、労働所有理論を展開している。この労働所有理論は知的財産権の付与を正当化する根拠にはならないだろうか²。

¹ JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT, II 27 (1690; Peter Laslett ed., 1988)[加藤節訳『統治二論』(岩波書店、2007年)第2篇第27節(以下、II 27節と略記)]. 本稿においてロックの引用は、特に断らない限り、加藤訳を参照した。

² ロック労働所有理論と知的財産権の関係について論じる主な先行研究として、以下のものがある。我が国における議論として、田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号1頁(2008年)、田村善之「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究36号[2009年度](近刊)、田村善之『知的財産法(第5版)』(有斐閣、2010年)7頁、森村進『財産権の理論』(有斐閣、1995年)166頁、森村進『ロック所有権論の再生』(有斐閣、1997年)241頁、小泉直樹『アメリカ著作権制度—原理と政策—』(弘文堂、1996年)28頁、田村理『フランス革命と財産権』(成文堂、1997年)177頁、白田秀彰『コピーライトの史的展開』(信山社、1998年)165

頁・202頁・314頁、吉田邦彦「情報の利用・流通の民事法的規制」『民法解釈と揺れ動く所有論』(有斐閣、2000年)473頁、潮海久雄『職務著作制度の基礎理論』(東京大学出版会、2005年)43頁、村井麻衣子「著作権市場の生成とfair use—Texaco判決を端緒として—(二・完)」知的財産法政策学研究7号150頁(2005年)、栗田昌裕「著作権法における権利論の意義と射程(一)(二・完)—ドイツにおける憲法判例と学説の展開を手がかりとして—」民商法雑誌140巻6号638頁・141巻1号45頁(2009年)、山口いつ子『情報法の構造』(東京大学出版会、2010年)302頁等を参照。

米国における議論として、Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 GEO. L.J. 287 (1988); Edwin C. Hettinger, *Justifying Intellectual Property*, 18 PHIL. & PUB. AFF. 31 (1989); Alfred C. Yen, *Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession*, 51 OHIO ST. L.J. 517 (1990); Tom G. Palmer, *Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects*, 13 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 817 (1990); James W. Child, *The Moral Foundations of Intangible Property*, 73 THE MONIST 578 (1990); MARK ROSE, *AUTHORS AND OWNERS: THE INVENTION OF COPYRIGHT* (1993); Jeremy Waldron, *From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property*, 68 CHL.-KENT. L. REV. 841 (1993); Wendy J. Gordon: *Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 YALE L.J. 1533 (1993); Lawrence C. Becker, *Deserving to Own Intellectual Property*, 68 CHL.-KENT L. REV. 609 (1993); Neil Weinstock Netanel, *Copyright, Alienability Restrictions and the Enhancement of Author Autonomy in United States and Continental Copyright Law*, 12 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 1 (1994); A. Samuel Oddi, *Nature and Scope of the Agreement: Article: TRIPs—Natural Rights and a “Polite Form of Economic Imperialism”*, 29 VAND. J. TRANSNAT'L L. 415 (1996); Adam D. Moore, *A Lockean Theory of Intellectual Property*, 21 HAMLIN L. REV. 65 (1997); ADAM D. MOORE, *INTELLECTUAL PROPERTY AND INFORMATION CONTROL* (2004); Seana V. Shiffrin, *Lockean Arguments for Private Intellectual Property*, in *NEW ESSAYS IN THE LEGAL AND POLITICAL THEORY OF PROPERTY*, 138–167 (Stephen R. Munzer ed., 2001); William Fisher, *Theories of Intellectual Property*, in *NEW ESSAYS IN THE LEGAL AND POLITICAL THEORY OF PROPERTY*, 168–199 (Stephen R. Munzer ed., 2001); Benjamin G. Damstedt: *A Natural Right Justification for the Fair Use Doctrine*, 112 YALE L.J. 1179 (2003); John Tehrani, *ET TU, Fair Use? The Triumph of Natural-Law Copyright*, 38 UC DAVIS L. REV. 465 (2005) 等を参照。

英国等における議論として、Horacio M. Spector, *An Outline of a Theory Justifying Intellectual and Industrial Property Rights*, [1989] EIPR 270; PETER DRAHOS, *A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY*, 41–72 (1996); HUW BEVERLEY-SMITH, *THE COMMERCIAL APPROPRIATION OF PERSONALITY*, 288–296 (2002); Spyros M. Maniatis, *Trade Mark*

歴史的にみると、18世紀の大陸法諸国において、著作者から著作物に対する権利の譲渡を受けた出版人の利益を保護するための理論として、精神的所有権論が主張された。その際、著作者の権利を正当化するための論拠としてしばしば援用されたのが、ロックの労働所有理論であるといわれている³。こうした著作者の権利保護思想の発展⁴は、18世紀後半から19世紀における英国著作権法の形成に影響を与え、やがて19世紀から20世紀を通じて米国著作権法にもさまざまな形で影響を及ぼしてきたと考えられている⁵。このようにロック労働所有理論は、著作権法をはじめとする知的

Rights: A Justification Based on Property, [2002] IPQ 123; Abraham Drassinower, *A Right-Based View of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law*, 16 CAN. J.L. & JURIS. 3 (2003); Matthew Fisher, *Classical Economics and Philosophy of the Patent System*, [2005] IPQ 1; Daniel Atlas, *Lockean Justifications of Intellectual Property*, in INTELLECTUAL PROPERTY AND THEORIES OF JUSTICE, 29-56 (Axel Gosseries, Alain Marciano and Alain Strowel eds., 2008); Ken Shao, *Marriage by Mistake and its Incompatibility with Knowledge Creativity and Dissemination*, 39 HONG KONG L.J. 401 (2009) 等参照。

³ 18世紀末のフランス革命期におけるロック的思想の影響については、田村(理)・前掲注2)155~161・177頁以下参照。また、ドイツ法においては、ロックの労働所有論自体は明確に主張されなかったものの「少なくとも報酬保護の思想という媒介項を通して、ロックの労働所有論が、精神的所有権論の成立に影響を与えていたといえる」と指摘されている(栗田・前掲注2)(一)646頁)。ただし、「同じロックの学説でも、各国の時代背景により援用のされ方や承継の仕方が異なる上に、ロックの自然権思想と今日の大陸法における自然法思想に基づく著作者の権利とは、譲渡の可否や権利の帰属の点で決定的に異なる。」という指摘もある(潮海・前掲注2)46頁)。

⁴ 著作者やオーサーシップ概念(authorship)の歴史的発展や著作権法への影響について詳しくは、Martha Woodmansee, *The Genius and the Copyright: Economic and Legal Conditions of the Emergence of the "Author"*, 17 EIGHTEENTH-CENTURY STUDIES 425 (1984); Peter Jaszi, *Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of "Authorship"*, 41 DUKE L.J. 455 (1991); MARTHA WOODMANSEE & PETER JASZI (eds.), *THE CONSTRUCTION OF AUTHORSHIP: TEXTUAL APPROPRIATION IN LAW AND LITERATURE* (1994).

⁵ MARSHALL A. LEAFFER, *UNDERSTANDING COPYRIGHT LAW* (4th ed., 2005) [牧野和夫監訳『アメリカ著作権法』(レクシスネクシス・ジャパン、2008年)]邦訳22~23頁。米国では、ロックの自然権理論は憲法起草者(Framers)の知的財産法観に影響を及ぼしてきたとされる(Damstedt, *supra* note 2, at 1179)。その典拠としてしばしば挙

げられるのは、THE FEDERALIST NO. 43, at 239-40 (James Madison) (Clinton Rossiter ed., 1999); Letter from Thomas Jefferson to Isaac McPherson (Aug. 13, 1813), in BASIC WRITINGS OF THOMAS JEFFERSON, 708 (Philip S. Foner ed., 1944) である。ただし文献では、これらはむしろ起草者の功利主義的な知的財産法観を反映した資料であるとの見方も有力に提示されている(Tehrani, *supra* note 2, at 470-472)。これに対し、起草者の見解がどうであれ、米国特許法上の先発明主義について純粋に功利主義的に捉えることは困難であり、むしろそれは公平や自然権といった発想に親和的であるとすると文献として、Adam Mossoff, *Who Cares What Thomas Jefferson Thought About Patents? Reevaluating the Patent "Privilege" in Historical Context*, 92 CORNELL L. REV. 953 (2007); Adam Mossoff, *"Rethinking the Development of Patents: An Intellectual History," 1550-1800*, 52 HASTINGS L.J. 1255 (2001) 参照。この他、連邦議会は、「自己の勉学の成果ほどその人の所有物とするのに適切なものはない」ことを理由に著作権法を採択するよう奨められたという指摘もある(BRUCE W. BUGBEE, *GENESIS OF AMERICAN PATENT AND COPYRIGHT LAW*, 113 (1967))。

また、19世紀の著作権関連裁判例においては、同理論が保護の拡大を正当化する便利なレトリック装置として援用されてきたといわれている。米国知的財産法の初期の判例におけるロック理論の具体的な影響については、Diane Leenheer Zimmerman, *Information as Speech, Information as Goods: Some Thoughts on Market-places and the Bill of Rights*, 33 WM. & MARY L. REV. 665, 690-703 (1992) を参照。また、Tehrani, *supra* note 2, at 480-492 は、一般にはパブリックドメインの皆たるフェアユース法理を生みだした判決として紹介される *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841) (No. 4901) について、従来の変形的利用を重視する道具的著作権法観から著作者の財産的利益の保護を重視する自然権的著作権法観への転換点となった判決として位置づけ、ストーリー判事の意見におけるロック理論の影響を明らかにしている(著作権法の発展に最も悪影響を及ぼした判決と評価する L. Ray Patterson, *Folsom v. Marsh and Its Legacy*, 5 J. INTELL. PROP. L. 431 (1998) の分析も参照)。

もつとも、英国文学作品の海賊版が蔓延していた19世紀の米国においては、そうした海賊行為の恩恵に浴する国内状況に照らして、ロック流の議論はときに裁判所によって否定されたといわれている(MEREDITH L. MCGILL, *AMERICAN LITERATURE AND THE CULTURE OF REPRINTING 1834-1853*, at 45 (2003))。

無体物を保護対象とする知的財産権にも労働所有理論を適用することは可能なのかという点について、慎重な検証が必要であろう。前述のように所有権と知的財産権の間には、有体物と無体物の性質の違いから、自由の制約の度合い等の点で相違がみられる。知的財産権へのロック理論の適用を考えるうえで、こうした相違はいかなる意味をもつのだろうか。その相違は労働所有理論が前提とする思想的基盤と整合的であろうか。あるいは、著作権法に対するロック自身の考え方は労働所有理論との関係でどのように捉えることができるだろうか。以下、順に検討していこう。

第1款 ロック労働所有理論に基づく正当化

『統治二論』第2篇第5章第25節（以下、II 25節という）におけるロックの所有権に関する記述は、次のような問題提起からはじまる。「どのようにして人々が、神が人類に共有物として与えたもののある部分に対して、しかも全共有者の明示的な契約もなしに所有権をもつようになったのか」。これがロックの課題であった。

ロックによれば、自然の理性や啓示によって、神が世界を人類共有のものとして与えたことは明らかである。しかしこのように仮定した場合、いかにして人間が共有財産の一部に私的な所有権をもつようになるのかということ、決して自明のことではないというわけである。

この課題に取り組むロックの論証内容は多岐にわたるが、ここでは知的財産権付与の正当化根拠との関係で参照されることが多い議論について取り上げることにしたい。具体的には、労働の混合、功績、価値創造、ロックの但書きの4つである。以下、それぞれ順にみていこう。

1. 労働の混合

「たとえ、大地と、すべての下級の被造物とが万人の共有物であるとしても、人は誰でも、自分自身の身体に対する所有権をもつ。これについては、本人以外の誰もいかなる権利ももたない。彼の身体の労働と手の働きとは、彼に固有のものであるといってよい。したがって、自然が供給し、自然が残しておいたものから彼が取り出すものは何であれ、彼はそれに自

分の労働を混合し、それに彼自身のものである何ものかを加えたのであって、そのことにより、それを彼自身の所有物とするのである。」(II 27節)

ロックはII 27節において、労働という自己の所有物を外的対象に混合することにより、労働者の人格とでもいうべきものをその対象に一体化し、その結果、労働者はその対象物への所有権を獲得するという主張を展開している。そして例えば、どんぐりやリンゴの採集（II 28節）、魚や野うさぎの捕獲（II 30節）等の労働によって動物に対する所有権が発生すると述べる。また土地の所有権についても、果実や動物に対する所有権と同様、労働の付加により獲得されることは明らかだとする（II 32節）⁶。

こうした労働の混合論は、著名人の氏名・肖像の営利目的利用を規律するパブリシティ権の正当化根拠として援用されることがある。例えば、マカーシーは、上述したロックのII 27節を引用しながら、「人は誰でも、自分自身の身体に対する所有権をもつ」という論拠はパブリシティ権が他の財産権と同じように保護されるべきであることを措定すると主張している。つまり、人は自らのアイデンティティやパーソナの識別力ある側面について、自己の「財産」(property)として法的に承認されるべきであり、したがって無許諾の商業的利用から保護を受けるべきであるというわけである⁷。こうした見解は、Uhlender v. Henricksen, 316 F. Supp. 1277 (1970)をはじめ、パブリシティ権関連の裁判例にも影響を与えている⁸。

2. 功績

ロックはまた、II 34節において、土地所有権が土地改良という労苦に対

⁶ 「私は、土地の所有権も前 [=果実や動物] と同じようにして獲得されることは明らかであると思う。つまり、人が耕し、植え、改良し、開墾し、その産物を利用しうるだけの土地が、彼の所有物なのである。……神と人間の理性とは、人間に、土地を征服すること、つまり、生活の便宜のために土地を改良し、そこに、彼自身のものである何ものか、すなわち労働を投下するように命じた。神のこの命令に従った者は、その土地のある部分を征服し、耕し、種を蒔いたのであって、それにより、その土地に彼の所有物である何ものかを……付加したのである。」(II 32節)

⁷ J. THOMAS MCCARTHY, 1 THE RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY, § 2:2 (2d ed.).

⁸ 裁判例への影響について詳しくは、BEVERLEY-SMITH, *supra* note 2, at 293-294.

する正当な報酬であることを説き、自己が額に汗して働いた労働の成果を他人が権限や労苦なくして欲するのは不当であることを指摘している⁹。

ロックは、労働を勤勉で理性的な人間の不断の努力として把握し、なおかつ、労働を骨の折れる、苦痛をともなう活動として理解していた¹⁰。このことは、「労働」という言葉とならんで「勤勉」や「勤労」という言葉が第5章の随所で用いられ、「労苦」「骨折り」「汗」等の表現も頻繁に登場することからも窺える(II 37、42、43節等)。このような労働観を前提として、労働は努力や苦痛を伴うものであるから、勤勉に労働を行った者はその対象の所有権をその正当な報酬として受けるに値する(serve)という主張をロックは導くのである¹¹。

以上の論理に基づけば、辛く苦しい知的創作活動を行った者はその労苦に応じた報酬として知的財産権を受けるに値するという主張をなすことが可能となる。例えば、血の滲むような苦勞をして新曲を制作した者はその見返りとして楽曲の著作権を取得するに値するというわけである。これが功績論に基づく知的財産権の正当化である。

こうした功績論の思想は、「著作権制度を確立する趣旨といいますが、著作者等の労苦に報いる、その結果として、選りすぐれた著作物即ち文化的な所産ができていくということで、文化の発展に寄与することになる、そういう考え方でございます。」という我が国現行著作権法の起草

⁹ 「神が世界を与えたのは、あくまでも勤勉で理性的な人間の利用に供するためであり(労働がそれに対する彼の権原となるべきであった)、断じて、喧嘩好きで争いを好む人間の気まぐれや食欲さのためではなかった。自分の改良のために、すでに私有化されたのと同じくらいの土地がたつぷりと残されている人間は、何ら不平を言う必要はなく、また、他人の労働によってすでに改良されている土地に決して干渉すべきではない。もし干渉したとすれば、彼は、あきらかに、何の権利もないのに他人が苦勞して得た利益を欲したが、神がそこで労働をさせるために他者との共有物として与えた土地は欲しなかったことになる。」(II 34節)

¹⁰ 下川潔『ジョン・ロックの自由主義政治哲学』(名古屋大学出版会、2000年)129頁、森村・前掲注2)『ロック所有論』124頁。

¹¹ ロックは、功績論を主要な論拠として提示しなかったものの、少なくとも暗黙の前提としていたと考えられている。下川・前掲注10)130～132頁。

者の見解¹²や、「創造的な活動に捧げられた犠牲的な日々というものは、なされた仕事に相応しい報酬に値する」という米国連邦最高裁判決の一節¹³にみて取ることができる。

功績論はまた、米国著作権法のオリジナリティ要件の解釈において長年有力であった「額に汗」(sweat of the brow)の法理¹⁴や、「種蒔かざるところ刈り取るべからず」という米国コモンロー上のミスアプロプリエーション法理(misappropriation)¹⁵の思想的基礎をなすものでもある。

¹² 加戸守行『著作権法逐条講義〔5訂新版〕』(著作権情報センター、2006年)13～14頁。

¹³ Mazer v. Stein, 347 U.S. 201, 219 (1954).

¹⁴ 19世紀の米国著作権判例の特徴として、著作権の保護を受ける前提として著作物への労力の投下を要求する傾向がみられた。こうした傾向は、1909年著作権法によって「すべての作品」が著作権法の対象とされるまで、地図や判例集などの事実的著作物について特に顕著であったとされる(Jane C. Ginsburg, *A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America*, 64 TUL. L. REV. 991, 999-1002 (1990))。その代表的な判例が、Emerson v. Davies, 8 F. Cas. 615 (C.C.D. Mass., 1845)である。この事件においてストーリー判事は、傍論ながら、「人は自らの費用、技能、労力、または金銭において探査するか、既存の素材を編集した成果である州または郡の地図については、著作権を有する。他人が同じ州または郡の地図を出版できるのは、先行者と同じ手段または素材、かつ同じ技能、労力および出費をもってした場合だけである。そのような技能、労力または出費を行わずに、他人の地図から実質的部分をわざと持ってくる者は出版する権利を有しない。」と判示した。この説示はその後の判決にも影響を与えたとされる(小泉・前掲2)7～8頁)。しかしこうした労力保護を目的とした「額に汗」の法理は、Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991)によって否定されることになる。Feist判決について詳しくは、牧野さゆり「米国における編集著作物の保護について—FEISTはなにを変えたのか—」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル5号(1998年)、蘆立順美『データベース保護制度論』(信山社、2004年)参照。

¹⁵ ミスアプロプリエーション法理とは、費用・労力・時間をかけて生み出した商業上の価値を他人が不正利用し、それによって損失を被った場合に適用されるコモンロー上の救済法理である(Leo J. Raskind, *The Misappropriation Doctrine as a Competitive Norm of Intellectual Property Law*, 75 MINN. L. REV. 875 (1991))。連邦裁判所が有するとされた連邦コモンロー権限に基づいてこのミスアプロプリエーション法理を最初に打ち立てたのが、有名なInternational News Service v. Associated Press,

さらにこの功績論は、15世紀頃のイタリアで誕生し、やがて1624年の英国専売条例 (Statute of Monopolies) へと至る創成期の特許制度の目的とも整合的なものである。諸外国の優れた技術を国内に導入することに尽力し、もって国内産業の発展に貢献した者に対して報奨を与えることが、特許制度の当初の目的であったからである¹⁶。

248 U.S. 215 (1918) である。この事件では、ニュースの配信を業とする AP 通信社が東海岸でその会員である新聞社に配給したニュースを、ライバル会社である INS 社が AP 社の会報や東海岸で発行される新聞の紙面から探知し、それを表現をかえて西海岸の自らの顧客である新聞社に配信する行為が問題となった。連邦最高裁は、AP 社が費用・労力・時間を費やして収集したニュースについて「準財産権」(quasi property) を認めたとうえで、INS 社に対し、ニュースの商業的な価値が失われるまでの間、AP 通信社のニュース報道の流用を禁止する判決を下した。その際、連邦最高裁は、INS 社の行為について「自ら種を蒔かないところから刈り取る」ものと評価しており、その規制根拠を一部労働所有理論 (功績論) に求める姿勢を示している (蘆立・前掲注14) 178頁の指摘も参照)。

連邦コモンロー権限に基づくミスアプロプリエーション法理はその後、Erie Railroad Co. v. Tompkins, 304 U.S. 64 (1938) により無効と判断された。もともと、Erie 判決後もイリノイ州やニューヨーク州を中心に、州法上の理論として採用され一部の事案において同法理に基づく差止めが認められたことから、今なお同法理は説得的典拠としての意義をもつという見方が有力である (LEAFFER・前掲注5) 53頁、蘆立・前掲注14) 179頁以下、白鳥綱重『アメリカ著作権法入門』(信山社、2004年) 28頁、会沢恒『アメリカ著作権法と連邦制の交錯』田村善之編『新世代知的財産法政策学の創成』(有斐閣、2008年) 420～422頁等参照)。

¹⁶ 製造技術に対する独占特許という発想は、英国よりも先に大陸諸国において出現したものと考えられている (大河内暁男『発明行為と技術構想』(東京大学出版会、1992年) 130～131頁、石井正『知的財産の歴史と現代』(発明協会、2005年) 40～42頁)。15世紀のイタリアには、ヴェネチア・ガラスの製造について秘法の伝授と引換えに職人の保護と一定期間の営業独占を認める制度が存在していた。この制度は大陸諸国に伝わり、やがてオランダから英国へと持ち込まれた。

工業後進国であった英国は、1624年に英国専売条例 (Statute of Monopolies) を制定した。そして産業の振興を目的として、大陸の工業先進諸国から新技術や新産業を国内に移転・導入すべく当該特許制度を積極的に活用した。具体的には、大陸からの移住職人や外国技術の導入創業者に対して、技術の伝授を条件に営業独占を認める特許を付与した。この独占特許の保護期間は、英国国民が有益な新技術や新産業

3. 価値創造

さらにロックは、第5章において土地や財の価値の大部分を生みだすのは人の労働であることを繰り返し述べる。例えば、「土地はどんなに広大であっても労働を投下することなしにはほとんど価値のないものである」(II 36節)、「タバコや砂糖が栽培され、小麦や大麦が蒔かれている1エーカーの土地と、耕作が何も施されないまま共有地にとどまっている同じ1エーカーの土地との間にどれだけの相違があるかを考えてみれば、価値の大部分を作り出すのは労働による改良だということがわかるであろう。」(II 40節)、「われわれがこの世で享受しているものの価値の大部分は、いかに多く労働によって作り出されたものであるかがわかる」(II 42節)といった記述がみられる。かかるロックの記述は、自己の労働により対象の価値を創造した者はその価値を体現した対象物の所有権を取得するという議論として理解されている¹⁷。

こうした論理に基づけば、自己の知的創作活動によって対象の経済的価値を生みだしたり高めたりした者は、その対象物に対する知的財産権を取得するという主張をなすことが可能となる。例えば、音楽活動によりヒット曲を制作した者は、その楽曲の著作権を取得するというわけである。これが価値創造論に基づく知的財産権の正当化である。

こうした価値創造論は、米国の著作権保護期間延長論議においてしばしば援用され、「米国社会は、価値あるモノを生みだした者は自己の労働の成果を享受するという原則の上に成り立っている」という主張が延長の正

を習得するまでの合理的な期間に限定されていた。このことは、独占特許制度が人的資本の発展の促進を目的としていたということを示唆している。そのため、いったん新技術が社会全体に普及すると、独占特許はむしろ商業を阻害する要因となることから、国王が独占特許の更新を行うことは原則として認められなかったとされる (DRAHOS, *supra* note 2, at 30-31)。

¹⁷ 森村・前掲注2)『ロック所有論』116頁。なお、下川・前掲注10) 135～138頁の批判的分析も参照。こうした価値創造論は、耕作による無主の土地の専有や狩猟による野生動物の獲得など、典型的な無主物先占に当てはまるだけでなく、市場における価値創造的活動にも当てはまると考えられている (森村・前掲注2)『財産権』48頁)。

当性を訴える論者の決まり文句となっているという指摘がある¹⁸。

4. ロック的但書き

ロックは、労働の混合等により正当化される所有権の取得について一定の制約を課している。それが腐敗の制約と十分性の制約という2つの制約である¹⁹。所有権の取得に対するこれらの制約条件は一般にロック的但書き(Lockean Proviso)と呼ばれている。知的財産権の付与はこうしたロック的但書きを充足するだろうか。以下、順に検討しよう。

(1) 腐敗の制約

第1に、ロックは、自然資源の専有とその保有について、資源の腐敗や浪費を禁止している(II 31節、37節)²⁰。この腐敗の制約は土地の所有にも適用される(II 38節)。ロックによれば、資源を腐敗させる行為は、神の目的や自然法に違反するために禁止されるのであるが、それは同時に、他

¹⁸ Fisher, *supra* note 2, at 174.

¹⁹ この他、慈愛(charity)の義務もロックは制約条件として課していると考えられている。慈愛の制約について詳しくは、JEREMY WALDRON, GOD, LOCKE AND EQUALITY: CHRISTIAN FOUNDATIONS IN LOCKE'S POLITICAL THOUGHT, 177 (2002) 参照。

²⁰ 「しかし、神は、どの程度にまでわれわれに与え給うたのであろうか。それらを享受する程度にまでである。つまり、人は誰でも、腐敗する前に、自分の生活の便宜のために利用しうる限りのものについては自らの労働によって所有権を定めてもよい。しかし、それを越えるものはすべて彼の分け前以上のものであり、他者に属する。腐敗させたり、破壊したりするために神が人間に向けて創造したものは何もない。」(II 31節)

「しかし、それら[＝労働により獲得した自然の産物]が、彼が所有している間に適切に使用されることなく朽ち果ててしまったとすれば、つまり、彼が消費する前に果実が腐ったり、鹿の肉が腐敗してしまったりした場合には、彼は、万人に共通の自然法に背いたことになり、処罰を免れなかった。すなわち、彼は、隣人の分け前を侵害したのである。というのは、彼は、自分が使用するために必要であったもの以上には、そして、それらが彼の生活の便益に役立つ以上には、何の権利をももっていないからである。」(II 37節)

者の消極的共有の侵害となることも指摘している(II 37節)²¹。

腐敗の制約が禁止しているのは、財産を何ら有効に使用せずに腐敗や浪費させることである。これを回避するための正当な利用方法として、ロックは、財の消費、物々交換、譲渡に加えて、貨幣のような耐久性のある形で保存することを挙げている(II 46節)²²。ロックはまた、貨幣を有用な方法で利用せずに死蔵することについても、財産の浪費になるとは考えなかった²³。それゆえ貨幣の導入後においては、貨幣との交換により資源の浪費を容易に回避することが可能であり、腐敗の制約が実際に機能する場面はそれほど多くないと考えられている²⁴。

²¹ この後者を強調すれば、浪費を禁止することで他者の専有の機会を確保するという意味で、次の十分性の制約と共通点をもつことになる。

²² 「もし彼が、自分が所有している間に無駄に朽ち果てないように、その一部を他人に譲ったならば、彼はその分を利用したことになる。また、もしも彼が、一週間すれば腐ってしまうプラムを、優に一年間は食べられる木の実と交換したならば、彼は何の権利侵害も犯さなかったことになる。彼の手のうちで無駄に腐ってしまうものがない以上、彼は共通の貯えを浪費することもなく、また、他人に属する分け前のいかなる部分をも破壊することはないからである。更に、もし彼が、木の実を、色が気に入って一片の金属と交換し、また、自分の羊を貝殻と、あるいはまた、羊毛をきらきら光る小石やダイヤモンドと交換した上で、それらを自分の手許で一生保存したとしても、彼は他人の権利を侵害することにはならない。彼は、それら耐久性のあるものを好きにだけ蓄積してもかまわないのである。なぜなら、彼の正当な所有権の限界を越えたかどうかは、彼の所有物の大きさのいかんにあるのではなく、そのなかの何かが無駄に消滅してしまったかどうかにあるからである。」(II 46節)

²³ ただし、ロックは貨幣の退蔵には反対していたとされる。下川・前掲注10)147頁。

²⁴ その結果、貨幣経済において、個人は巨額の富を蓄えることが可能となる(森村・前掲注2)『ロック所有論』139頁)。このようにロックが富の蓄積を無制限に許容することは、人類は生まれながらに平等であり財産に対する自然権をもつとする基本思想や政治・社会権力についての基本構想との間で、一定の緊張関係を招来しうるものであるという指摘もみられる(DRAHOS, *supra* note 2, at 43)。これに対し、ロックが貨幣の退蔵と独占に反対していたことを理由に、ロックが擁護しているのは、貨幣の無限の蓄積ではなく、一国の経済の生産性や自然状態における経済的繁栄に危害を及ぼさない限りでの貨幣の蓄積として解釈すべきだとする見解もある(下

もつとも、腐敗の制約の意義が完全に失われたわけではない。貨幣導入後であっても、貨幣以外の形で資源を保有している場合にその資源を有効活用しないことは、やはり腐敗の制約に違反することになる²⁵。

それでは、知的財産権の付与はこうした腐敗の制約に違反するだろうか。発明や著作物といった知的資源は無体物である。そのため、リンゴや土地のように物質的に腐敗したり荒廃したりすることはない。また、知的財産は耐久性のある形で保存が可能であるから、貨幣の貯蓄と同じく有効活用しなくても特に浪費にはあたらないと考えることもできるかもしれない。これらに照らせば、知的財産権の付与は腐敗の制約を充足しうるといえそうである²⁶。

(2) 十分性の制約

(i) 序

第2に、ロックは、自然資源の専有が認められるのは、それが「他者にも十分に、同じようにたつぷりと残されている場合」²⁷に限られる旨を強調

川・前掲注10)147頁)。

²⁵ 例えば、利用可能な農作物を焼き捨てることは、腐敗の制約に違反し許されないのである。また、ある土地を正当に獲得した所有者がその土地を非経済的な方法で使うことも、この制約に違反することになると思われる。森村・前掲注2)『ロック所有論』139・156頁。

²⁶ 上述したように、貨幣導入後における腐敗の制約の意義が乏しいことは、ロック自身も示唆していた。またノージックは、ロックが十分性の制約を採用する限り、腐敗の制約は不要であると批判している (ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE, AND UTOPIA (1974) [嶋津格訳『アナーキー・国家・ユートピア』(木鐸社、1992年)] 邦訳295頁)。

²⁷ 原文は“where there is enough, and as good left in common for others”である。このうち“enough, and as good”という表現の理解をめぐる争いがある。一方の立場は、これは“enough”と“as good”という別々の条件を意味していると考えべきではなく、まとめて「同じように十分に」という意味で解釈すべきだとする (森村・前掲注2)『ロック所有論』143頁。G.A. COHEN, SELF-OWNERSHIP, FREEDOM, AND EQUALITY (1995) [松井暁＝中村宗之訳『自己所有権・自由・平等』(青木書店、2005年)124頁注20])も参照)。これに対し、もう一方の立場は、“as good”は残される資源の量ばかりでなく、その等質性をも含意するから、両者は量的側面と質的側面

している (II 27節、33節)²⁸。これは十分性の制約と呼ばれている。ロックは、とくに土地の専有について、十分性の制約を充足すべきことを繰り返し言及している (II 34節、36～38節)。

ただし、十分性の制約を厳格に適用する場合には、稀少性をもつ資源の専有一般が否定されることになりかねない。例えば、誰かが金・銀・ダイヤモンドなどの鉱物資源を専有したとしても、その種の鉱物資源を獲得する機会が他の人々にも十分に同じようにたつぷりと残されているという状態は、想定できない。また、ロックが念頭においていた土地の専有でさえ、現代は人口急増により土地不足が深刻であるといわれるように、十分性の制約を厳格に適用すれば土地の私有化が禁止される結果となりかねない。

そのため、こうした不都合をいかに回避するか、とりわけ十分性の制約の充足を専有正当化の必要条件と考えるか否かをめぐって論争が生じている²⁹。伝統的な立場はこの制約の充足を専有正当化の必要条件であると

という別々の条件を意味していると考えべきであり、「十分に、同質の」という意味で解釈すべきだとする (A. JOHN SIMMONS, THE LOCKEAN THEORY OF RIGHTS, 292 n.173, 295, 295 n.182 (1992), 下川・前掲注10)第3章注12)34頁)。

²⁸ 「この労働は労働した人間の疑いえない所有物であって、少なくとも、共有物として他人にも十分に、同じようにたつぷりと残されている場合には、ひとたび労働が付け加えられたものに対する権利を、彼以外の誰ももつことはできない」(II 27節)

「また、土地のある部分を改良することによってそれを専有することは、他の人間に対していかなる損害をも与えなかった。というのは、土地はなお十分に、同じようにたつぷりと残されており、しかも、まだ土地をもたない者が利用しきれないほど残っていたからである。従って、実際のところ、誰かが自分のために囲い込みをしたからといって、他人の分として残された土地が減るわけではなかった。なぜならば、他人が利用できるだけの土地を残しておけば、彼は何も取らなかったに等しいからである。他人がたつぷりと水を飲んだからといって、その後と同じ水の流れが残されていて、自分も喉の渇きをいやすことができるのであれば、誰も自分が権利侵害を受けたなどとは思わないであろう。土地の場合であれ、水の場合であれ、それらが十分にあるところでは、事情はまったく同じなのである。」(II 33節)

²⁹ こうした論争について詳しくは、森村・前掲注2)『ロック所有論』151～157頁を参照。

考えたうえで³⁰、やや緩やかな解釈を採用している。つまり、現実的な不都合を回避すべく、充分性の制約について、それは他者に対して同種資源の専有機会を保障しているのではなく、他者の全体的な生活状態が悪化しないことを保障しているのだと解するのである。これに対し近時は、充分性の制約の充足について専有正当化の十分条件にすぎないと考える立場が有力になりつつある³¹。充分性の制約の充足が必要条件か否かをめぐる論争は未だ決着がついていない³²。しかし本来的に稀少性をもつ有体物について、充分性の制約を道徳的に説得力ある形で充足することが難しいという点は、労働所有理論における1つの限界とも指摘されている³³。

³⁰ その理由は、第1に、ロックは資源が十分にはなくなった状態では専有が制限されると考えていた様子が窺われること(Ⅱ31節、36節、39節、51節)、第2に、ロックは他人に害や不利益を与える場合には専有が認められないと考えていたこと(Ⅱ33節、36～37節の反対解釈)、第3に、契約による共有地(特定の人々による排他的支配としての共有)について、共有者の誰も単独で専有できない理由として充分性の制約を挙げていること(Ⅱ35節)等である。

³¹ その理由は、第1に、ロックがそれを明確に必要な条件だと述べている箇所は存在しないこと、第2に、問題のⅡ27節は「少なくとも…の場合(at least where)」と表現しており、ここから充分性を専有の十分条件とみなす解釈が可能であること、第3に、ロックは貨幣の導入による富の不平等を認めているが、これは充分性の厳格な解釈と矛盾するものだから、それを専有の必要条件とみなすことはできないこと、第4に、もし<充分性の制約>が専有の必要条件ならば、それに加えて腐敗の制約を持ち出す必要はないこと等である。

³² 森村・前掲注2)『ロック所有論』153～154頁の分析を参照。

³³ Damstedt, *supra* note 2, at 1181. なお最近では、充分性の制約を危害回避の制約として捉え直す解釈も提示されている。ロックのテキストを忠実に解釈すれば、ロックは他者に危害を及ぼさないことが正当な所有権獲得の必要条件であると考えており、十分かつ同質の資源を残すことが危害回避を実現するための十分条件と考えている節が窺えるという。詳しくは、下川・前掲注10)140～145・183～191頁参照。ただし下川教授は、ロックが危害回避の制約を重視しながらも、最終的に経済的繁栄論を展開して非所有者の自由の制約に十分配慮していない点を批判している。そして結論として、資源が局地的に稀少化しはじめる場合には、経済的繁栄に訴えかけて専有を正当化するのではなく、稀少資源の専有を認める条件として、他者の自由を制約することに対して賠償や補償を支払うよう要求すべきであると提案している。

(ii) 知的財産権への当てはめ

それでは、こうした充分性の制約は知的財産権の付与を制限するだろうか。知的財産権の場合、専有対象の知的資源には非競合的な性質があり、他者の利用を妨げることなく多数の者が同時に利用可能であるため、本来的に稀少性の問題は生じない。それゆえ、そうした非稀少資源の専有において充分性の制約を充足することはさほど困難ではないようにみえる³⁴。

また、充分性の制約の充足を認める見解の中には、知的財産制度が知的共有資源(コモンズ)の拡大をもたらす点にその根拠を求めるものがある。例えば、ヒューズは、知的財産制度が3つの態様でコモンズの拡大をもたらすことを指摘する。

第1に、知的財産制度は権利者に他人の利用行為を完全に排除する権限を認めていない点である。例えば、著作物を自宅で読むことは自由であるし、頭の中であればどのような形で利用したって構わない。知的財産制度は規制対象となる利用行為を制限しており、それ以外の利用態様については自由としている。こうした自由利用領域を通じて、1つのアイデアは遙かに多くのアイデアをもたらす。そして新たなアイデアが外界におかれ、その存在を人々が認識するならば、それはコモンズの拡大をもたらすというわけである³⁵。

第2に、知的財産制度は中核的アイデア(core idea)の専有を認めていない点である³⁶。この中核的アイデアのカテゴリーはありふれたアイ

³⁴ Damstedt, *supra* note 2, at 1181-1182.

³⁵ ヒューズによれば、知的財産制度が完全な排除を認めていない理由は2つある。1つには、他人をアイデアから完全に排除する場合には、個人のプライバシーや自由を過度に侵害することになるからである。もう1つには、技術的または経済的な観点からみて、そうした完全な排除を実効的に行うことが困難だからである。Hughes, *supra* note 2, at 315-316.

³⁶ ヒューズによれば、これらの中核的アイデアに財産権を認めない1つの理由は、そのような保護を認めると当該アイデアの保有者に対して多大な富の再分配が生じるからである。これらの中核的アイデアは、あまりにも一般的な有用性をもつために、特定の者に独占を認めると大きな社会的弊害が生じる。例えば、航海図は18世紀において航行を続ける唯一の安全策であったことから、その独占が否定されたという。Id., at 319-322.

ディアと並外れたアイデアとに分類される。前者の例は、パブリカを彩りのためにキッシュに加える、あるいはキャンプで怪奇話をするといったアイデアである。後者の例は、ピタゴラスの定理や地動説といったアイデアである。これらの中核的アイデアは知的財産制度の保護対象外とされ、その専有が禁止されることから、永続的なコモنزとして維持されるのである³⁷。

第3に、知的財産制度は保護期間を限定している点である。有限の保護期間はすべてのアイデアがある時点以降自動的にコモنزに帰還することを確実にしている。何度でも更新が可能な商標権についても、商標が普通名称化すれば保護は消滅する。このように新しいアイデアの利用が一定期間経過後に自由となることが保障されている限り、アイデアの発展は継続するというわけである³⁸。

こうしたヒューズの分析に従えば、知的財産制度は規制行為類型、保護対象、保護期間という3つの観点から知的コモنزの維持・拡大を実現しているものであり、他者にも同種の知的資源の専有机会が十分に開放されているといえることができる。それゆえ、知的財産権のほうが私的所有権よりも十分性の制約を充足しやすいというわけである³⁹。

(3) ロック的但書きのまとめ

以上のように、物理的に腐敗することがなく本来的に稀少性もない知的資源を対象とする知的財産権の場合には、腐敗の制約や十分性の制約というロック的但書きを充足しやすいというのが、労働所有理論に基づく知的財産権の正当化を支持する論者の見解である⁴⁰。

³⁷ これに関連して、現行知的財産法が抽象的、一般的なアイデアの専有を禁止し、言論の自由利益（修正第1条）やパブリックドメインの利益を制度的に保護しようとしていることは、ロック的但書きのアプローチと整合的であるとする見解も提示されている。Gordon, *supra* note 2, at 1581-1583.

³⁸ Hughes, *supra* note 2, at 323-324.

³⁹ *Id.*, at 325. こうしたヒューズの議論は、3つの「砦」にはコモنزの拡大を担保する機能があることを教えてくれる点で示唆的である。

⁴⁰ シフリンの分析によれば、無体物に関しては、有体物の場合以上に、労働所有理

5. 小括

ここまでの内容をまとめれば、ロック労働所有理論から導かれる労働の混合論、功績論、価値創造論の各論拠はいずれも知的財産権の正当化根拠として妥当しそうであり、また、無体物を対象とする知的財産権の場合にはロック的但書きの充足も比較的容易にみえるということができよう⁴¹。

第2款 ロック労働所有理論に基づく正当化の批判的検討

しかし、ロック労働所有理論に基づく知的財産権の正当化をめぐる楽観論ばかりが提示されているわけではない。労働所有理論の各論拠に対してはそれぞれ有力な批判があり、それらの批判が知的財産権にも妥当する可能性が指摘されている。また、有体物と無体物の性質の違いがロック労働所有理論にもたらすインプリケーションについても、改めて検証する必要がある。

以下では、労働の混合論、功績論、価値創造論、ロック的但書きについて順に検証していくことにしたい。

1. 労働の混合

まず、労働の混合論に対しては、「労働」概念の不明確性が古くから指摘されてきた。そうした指摘は18世紀の英国哲学者ヒュームにまで遡る。「我々はただ比喩的な意味においてのみある物に労働を加えると言い得る

論の適用は容易であると楽観的に捉える論者は少なくないという。Shiffrin, *supra* note 2, at 140.

⁴¹ 例えば、森村・前掲注2)『ロック所有論』246頁は、「ロックの所有論の基本的な要素を著作権に応用すると、私的所有権の正当化根拠は大体妥当し、＜腐敗の制約＞と＜十分性の制約＞という2つの制約が著作権を制限するかどうかは、それらの制約の解釈や経験的条件に依存するので一概には決まらないが、どうやら他の財産権以上に制約することはなさそうだ」と指摘している。なお森村教授は、別の理由から著作権を自然権的に捉える見方を否定している。

にとどまる。適切に言えば、我々は労働によって物に変更を与えるだけである。」とヒュームは説く⁴²。つまり労働の混合論は正当化の議論というよりも比喩的なレトリックであるというわけである。実際、自己の労働によって外的対象の所有権を獲得することがなぜ正当といえるのかについて、労働の混合のレトリックはこれを曖昧に回避してしまう面がある。また、そうした比喩の曖昧さゆえに所有権の範囲が極めて不明確になってしまうという問題もある⁴³。

こうした問題はロック理論に基づいて知的財産権を正当化する場合にも生じうる。つまり、知的労働を混合した者は知的財産権を取得したした場合、権利の発生原因となる「知的労働」概念が極めて不明確だというわけである⁴⁴。例えば、フィッシャーは、「知的労働」概念として、①時間および労力、②他人が取り組みたくないような活動、③社会的利益となるような活動、④創作的活動の4つほどが考えられるとしたうえで、①から④のいずれを知的労働とみなすかで正当化される知的財産権の範囲が大きく異なりうることを指摘する⁴⁵。

⁴² DAVID HUME, A TREATISE OF HUMAN NATURE, 505 n.1 (L.A. Selby-Bigge and P.H. Nidditch eds., 1978) [大槻春彦訳『人性論(四)』(岩波文庫、1952年)] 邦訳85頁注。ロック労働所有理論に対するヒュームの批判について詳しくは、森村・前掲注2)『ロック所有論』159～165・180～183頁を参照。

⁴³ 詳しくは、下川・前掲注10)169～170頁。なお、労働の混合による人格の拡張を強調する議論もあるが、これに対しても、人がどのような労働の対象に人格を拡張するかは極めて主観的な事項であるため、人格の拡張によって正当化される所有権の範囲が不明確であるという批判がなされている。人格の拡張論は、動物の狩猟や果実の採集のように自己の身体で現実に支配したり利用したりできる資源の専有にしか当てはまらないとされ、特に、貨幣導入後の大規模な財産所有については正当化できないと指摘されている。その他の問題点も含め、森村・前掲注2)『財産権』128～130頁、同・前掲注2)『ロック所有論』129～131頁を参照。

⁴⁴ このように曖昧な「知的労働」概念によって知的財産権の正当化を行うことは困難であるという指摘として、例えば、DRAHOS, *supra* note 2, at 48; BEVERLEY-SMITH, *supra* note 2, at 295 を参照。

⁴⁵ 具体的には、①を選択すれば「額に汗」を保護するよう要求、②を選択すれば自己の作品を愛しているアーティストに対しては法的権利を与えないよう要求、③を選択すれば特許権の付与には当該発明が高度の「有用性」要件を満たすことを要求、

「知的労働」概念がこのように曖昧であるために、創作者がどの程度の排他的権原を取得しどの程度の期間それを保護すべきか、あるいは保護を受ける創作物から誰が利益を享受すべきか等の問題に関して、労働の混合論から有益な手がかりを得ることは困難かもしれない。自然権の理念と実定法の実態との齟齬をもたらしやすいという点は、労働の混合論の難点として指摘されているところである⁴⁶。

2. 功績

次に、辛く苦しい知的創作活動を行った者はその労苦に応じた報酬を受けるに値するという功績論についての検討に移ろう。前述のように、功績論は歴史的にみて一定の説得力をもつものであるが、それでも功績論には次のような問題があると思われる。つまりそれは、どのような報酬を労苦に相応しい報酬とみなすか、またその報酬は労苦の大きさに釣り合った報酬といえるかという問題である。これを知的財産権の文脈に当てはめて敷衍すれば以下ようになる。

第1に、創作者の労苦に相応しい報酬は、必ずしも労働の成果物に対する財産権である必要はないのではないか⁴⁷。例えば、社会的に適切な額の賞金や公的資金援助であっても、創作の労苦に対する報酬としては機能すると考えられる。また、必ずしも経済的報酬である必要もなく、感謝・尊敬・称賛・栄誉・表彰・地位・権力といった社会的、心理的報酬であっても構わないであろう⁴⁸。

実際、18世紀から19世紀にかけての特許制度の正当化議論においては、

④を選択すれば特許法の「非自明性」要件に類似した要件を著作権にも加えるよう要求といった形で、「知的労働」概念の捉え方によって保護の基準が大きく変わりうる点を指摘している。Fisher, *supra* note 2, at 185-186.

⁴⁶ LEAFFER・前掲注5)23頁。

⁴⁷ Hettinger, *supra* note 2, at 41-42; 森村・前掲注2)『財産権』127～128頁、山口・前掲注2)303～304頁。

⁴⁸ 例えば、公的称賛表現として、我が国には文化勲章がある。英国には受勲者名簿(Honours List)があり、米国にも自由章(Medal of Freedom)やケネディセンター勲章(Kennedy Center Honors)などがある。

特許に基づく技術独占に対する強い批判から、特許制度の代替案として、優れた発明や研究に対して賞金やメダルを授与して表彰する報奨制度がかなり有力に唱えられていた⁴⁹。

⁴⁹ 18世紀以降、発明や技術導入に対してなぜ特許権を賦与するのかという正当化根拠をめぐる議論が活発に行われるようになった。発明や技術導入が産業振興にとって有用であることは衆目の一致する所であったが、その奨励促進策としての独占特許となると、独占に対する根強い嫌悪感が影響して意見の対立が生じたことが背景にあった。具体的には、技術振興策として、一定の独占を伴う特許制度よりも、優れた発明等に報奨金を授与するとともに、その成果を自由に公開する報奨制度の方が望ましいのではないかという見解が唱えられた。18世紀半ばから19世紀半ばにかけての、独占一般に対する批判が強い社会状況下においては、こうした報奨制度を推進する立場が徐々に有力になり、社会的にも大きな影響力をもつようになったと考えられている(大河内・前掲注16)146～150頁)。

当時、奨励金授与を目的とした産業振興組織として最も有名であったのが、1754年に設立されたロンドン芸術産業通商振興会である。この振興会は、振興対象を6つの分野に分けたうえで、各分野ごとに振興すべき課題を毎年設定して発明や研究を公募し、応募者が特許を出願しないことを条件に、優れた発明や研究に報奨金やメダルを授与して表彰した。そして発明や研究は振興会によって公開され、公衆の自由利用に供された。

こうして議論の争点は、技術振興策として特許制度と報奨制度のいずれが優れているかに移った(大河内・前掲注16)153～155頁)。一方で、特許制度に対しては、技術独占に対する批判や発明明細書の曖昧さに起因する包括的な特許の出現が当該技術分野の発展を阻害するとの批判が浴びせられた。また、特許出願手続きの煩雑さや特許取得に係る多額の費用なども批判の対象となった。他方で、特許制度の擁護論も有力に展開された。英国経済学者のミルは、発明の金銭的評価の裁量を国家や特定機関に与えることになる報奨制度を批判し、一定期間の排他的特権を発明者に賦与する特許制度の方が、特定人の恣意を排除し、発明の有用性に比例した褒賞を受益者から受け取ることが可能となる点を強調した(J.S. ミル〔末永茂喜訳〕『経済学原理(五)』(岩波文庫、1963年)269～270頁)。

特許制度に対する批判は、大陸諸国においても拡大し、ドイツでは19世紀半ば頃に、各ラントの間で程度の差はあれ、特許法の改正もしくは廃止が相次いだ。スイスでは、連邦議会が独占特許は法の下での平等に反すると判断し、特許制度の導入を拒み続けた。そしてオランダでは、1817年制定の特許法を1869年に一旦廃止するに至っている。19世紀における反特許運動の勃興に関しては、Fritz Machlup and Edith Penrose, *The Patent Controversy in the Nineteenth Century*, 10 J. ECON. HIST. 1 (1950);

また、著作権制度に関しても、インターネットのフリーソフトウェアやWikipediaのような無償の表現活動や知識活動が存在するように、財産権的な著作権を排他的に強く保護することの必要性について疑問が呈されている⁵⁰。著作者が創作する動機は経済的利益だけではない。名声や芸術的・学問的使命感に駆られて創作する者も少なくない⁵¹。現在のような著作権制度があればシェークスピアやゲーテやモーツァルトはより一層創作活動に励んだかといえ、必ずしもそうとはいえないだろう。著作者の著作意欲の中心が経済的利得の獲得にあるといえるかどうかは難しい問題である⁵²。そうだとすれば、著作者がその著作物を自発的に公表した

EDITH TILTON PENROSE, *THE ECONOMICS OF THE INTERNATIONAL PATENT SYSTEM* [黒田龍久＝中柴武雄＝吉村孝訳『国際特許制度経済論』(英文法令社、1957年)] 邦訳23～26頁、FRITZ MACHLUP, *AN ECONOMIC REVIEW OF THE PATENT SYSTEM* (U.S. Senate, Committee on the Judiciary Study No. 15, 1958) [土井輝生訳『特許制度の経済学』(日本経済新聞社、1975年)] 邦訳23～25頁を参照。

⁵⁰ 例えば、オープンソースソフトウェア運動やクリエイティブ・コモンズの活動が注目される。オープンソースソフトウェア運動の著作権法上の意義について詳しくは、Yochai Benkler, *Coase's Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm*, 112 YALE L.J. 369 (2002); Eric Steven Raymond [山形浩生訳]『伽藍とパズール』(光芒社、1999年)、平嶋竜太「オープンソース・モデルと知的財産法一序論」相田義明ほか編『先端科学技術と知的財産権』(発明協会、2001年)57頁、今村哲也「オープンソースと著作権」隅藏康一編『知的財産政策とマネジメント』(白桃書房、2008年)41頁。また、クリエイティブ・コモンズの活動について詳しくは、クリエイティブ・コモンズ・ジャパン編『クリエイティブ・コモンズ』(NTT出版、2005年)。ローレンス・レッシング [白石忠志訳]「創造を育むコモンズ (The Creative Commons)」NBL 752号21頁(2003年)も参照。

⁵¹ 井上達夫「知は所有できるか」科学78巻9号1頁(2008年)は、研究者や表現者も仙人ではない以上、経済的利益に無関心ではないし名誉心もあるが、彼らの場合、研究・表現活動自体に内在する喜び、つまり自己の業績や作品が広く受容・利用され学問や芸術の発展に寄与することの喜びが非常に重要な動機付けをなすとする。

⁵² もちろん、著作意欲の核心が経済的利得の獲得にないとしても、経済的利得の保障が著作意欲を向上させ、流通する情報の質と量の最適化を実現しうるのであれば、著作権の保護が社会政策的に正当化される余地はあろう。もっとも歴史的にみれば、自然科学の発展は、経済的利得に対する無関心と獲得知識の共有化を旨とする科学者共同体倫理を基盤として実現されてきた。それゆえ、知的財産権による研究成果

場合に受け取るべき利益は、自己の満足と他者からの称賛であって、人工的な排他権ではないと考えることも強ち不合理とはいえないだろう⁵³。

いずれにしても、労苦に相応しい報酬の決定は、決して自然権としてア・プリオリに解決できる問題ではなく、労働や労働対象の種類、労働の目的、報酬の種類などの諸事情を考慮して、社会政策の問題として解決するほかないと思われる⁵⁴。

第2に、功績としての知的財産権の付与は、創作者が費やした労苦の大きさと釣り合わないのではないか⁵⁵。これは創作に要する労苦や時間と創造される成果物の価値とが比例しないことに起因する⁵⁶。多大な制作費、時間、労力をかけて作られた駄作曲もあれば、一瞬のひらめきで制作されたヒット曲もある。創作物の価値は多くの場合、人間のコントロール外の要

の囲い込みは、科学の自律性の喪失、すなわち経済的関心への科学の隷属をもたらす恐れがあるという指摘もみられる (Peter Drahos, *Decentering Communication: The Dark Side of Intellectual Property*, in FREEDOM OF COMMUNICATION, 261-266 (Tom Campbell and Wojciech Sadurski eds., 1994); 長谷部恭男「憲法学者はなぜ著作権を勉強する必要がないか?」『Interactive 憲法』(有斐閣、2006年)180頁注15) 参照。
⁵³ 森村・前掲注2)『財産権』171・174頁。称賛の表現は、創作者の氏名表示を保障する制度によって実現することができるかもしれない。また、必ずしも公的制度である必要はなく、著作物に創作者の名前を付けるという慣行によっても、創作者の氏名表示を存続させることができるかもしれない。Becker, *supra* note 2, at 622-623.

⁵⁴ 森村・前掲注2)『財産権』127～128頁、同・前掲注2)『ロック所有論』126～127頁、下川・前掲注10)174～175頁。

⁵⁵ Hettinger, *supra* note 2, at 41-42; 山口・前掲注2)304～306頁。島並良「特許制度の現状と展望：法学の観点から」知的財産研究所20周年記念『岐路に立つ特許制度』(知的財産研究所、2009年)15頁の指摘も参照。

⁵⁶ ロックの労働所有理論に対して、こうした労力と権利との不釣り合いの問題を最初に提起したのは、ノージックであると考えられている。ノージックは、所有権の及ぶ範囲がその労働が生みだした価値増加分に対応するものに限られず、その対象全体にまで拡大されるのは一体どうしてなのかという問題意識に基づき、「もし私が一缶のトマトジュースを所有していて、それを海に注ぎ、その分子が海全体に平均的に混ざる…ようにすれば、そのことによって私は、海を所有するに至るのか」という有名な問いを投げかけた。Nozick・前掲注26)293～294頁。

因に大きく影響されるが、誰しも幸運であることに対しては報酬を受けるに値するとは考えないだろう⁵⁷。

例えば、次のような例を考えてみよう⁵⁸。一定の開発コストを投資してエイズ治療薬を発明した者は、特許権に基づいて、20年間にわたって途上国の貧困者を含む世界中のエイズ患者がその治療薬へのアクセスに支払う巨額の対価を受け取るに値するといえるだろうか。あるいは宇宙帝国間の戦いをテーマとする小説を執筆した者は、著作権に基づいて、映画の制作、小説の続編の執筆、キャラクター商品の製造等を希望するすべての人々から報酬を受け取るに値するといえるだろうか。

これらの事例から窺われるように、知的成果物に対する財産権(知的財産権)の付与は、その権利の価値が創作者によって費やされた労力と不釣り合いであるならば、正当な報酬とはいえない難いのである⁵⁹。

3. 価値創造

続いて、知的創作活動により経済的価値を生みだしたり高めたりした者はその創作物に対する知的財産権を取得するという価値創造論について検討しよう。「他にもないこの人がその価値を創造した」とさえいえれば、他者の権利を侵害しない限り、その人に創造された価値への権原を認めるのに十分である⁶⁰といわれるように、価値創造論は、我々の道徳的直観に訴えかける力に秀でており、説得力を有するものである⁶¹。しかし逆にいえば、そうした直観的な魅力が色褪せる場合には、その説得力もまた失われていくように思われる。

⁵⁷ 森村・前掲注2)『財産権』127・166頁。

⁵⁸ Fisher, *supra* note 2, at 188-189.

⁵⁹ Hettinger, *supra* note 2, at 43 は、ソフトウェアの違法コピーが蔓延する一要因として、こうした不公正感(開発済みソフトの追加的な製造コストと販売価格の不均衡)の存在を指摘している。

⁶⁰ 森村・前掲注2)『財産権』50頁、同・前掲注2)『ロック所有論』121頁。

⁶¹ 規範道徳の議論における直観の意義について詳しくは、森村進「自己所有権論の擁護—批判者に答える—」一橋法学5巻2号426～429頁(2006年)を参照。

第1に、価値創造論の直観的な魅力は対象物が本来的に排他的支配に服しうる物理的な財かどうかという対象の性質に依存している⁶²。例えば、土地やリンゴの場合であれば、それらは競合財であり自明の共有不可能性が存することから、価値創造論はその直観的訴求力を発揮しやすい。一方、知的創作物は非競合財であるため、どの程度まで創作物に対する排他的支配を認めるべきかをめぐって意見の対立が生じやすい。しかも物理的には誰でも自由に創作物の利用が可能であるところ、価値創造者に人工的な排他的支配権を認めると、かえって公衆の活動領域を規制する結果となりがねない⁶³。それゆえ、価値創造論の直観的な魅力は知的財産権の文脈において色褪せやすいと解される。

第2に、知的創作活動の成果が価値あるものであり、価値創造論に基づき創作者に対してその価値を享受する権利を付与するとしても、創作者は自らが付加した価値に対して権利を取得するにとどまり、最終成果物の市場価値すべてを専有する権利を取得するという帰結は導かれまいと思われる⁶⁴。

ロックの議論では、自然状態において労働が万物に対して価値の相違を

⁶² 森村・前掲注2)『財産権』58～59頁。

⁶³ この点については、次の説明が明快かつ説得的であると思われる。「私が外から見える自分の家の庭を手入れして、一年中丹精こめて美しい草花を育てているとしてみよう。そのため近所の人々は私の家の前を散歩することを楽しみにしている。それどころか、私の家の向かいの家が売られる時、私の庭がよく見えるために高く売れた。では私は私の庭の美しさから利益を得ている人々から対価を受け取る道徳的権利があるだろうか？ そんなことはない。彼らが私の庭から受け取る喜びは確かに私が作り出したものだが、彼らはその利益を得る際に何ら私の活動領域を侵害したわけではない。また彼らは私に園芸をするように頼んだわけでもない。私は自分の庭が外から見えないようにしたり、庭の手入れをやめたりすることはできるが、自分の庭が他の人々に与える利益についてまでは権利をもたない。一般的にいつて、価値創造者がその価値を体現した対象への権利をもつための条件として、その対象が所有者の物理的な活動領域の中にあるということをつけ加えるべきである。その条件が満たされない場合、価値創造者に所有権を与えることは、かえって受益者の方の活動領域に侵入することになってしまう。」森村・前掲注2)『財産権』58～59頁。

⁶⁴ Hettinger, *supra* note 2, at 37, 39; 山口・前掲注2)303頁。

生みだすために、個人の労働が土地の価値の大半を占めると推測できた。しかし現実には、労働の成果物の市場価値は、他の生産者との競争、消費者の需要、あるいは政府が制定し執行する財産権・契約・市場の種類などに依存しており、社会的に創出された産物であるといえる⁶⁵。例えば、新薬の市場価値といったものは、政府が付与し執行する特許権の保護期間や保護範囲、当該新薬を必要とする需要規模、代替物の入手可能性や価格等に依存している。それゆえ、創作者は知的労働を付加することで社会的に創出された市場価値を専有する権利を取得するという主張には、論理の飛躍がある⁶⁶。価値創造論からはあくまで、創作者は新たに付加した価値に対してのみ権利を取得するという帰結しか導かれまいと解される。

第3に、かりに労働による付加価値と知的創作物の市場価値とを同一視するとしても、そうした創作物の価値は創作者だけでなく多数の寄与者の労働の集積によって形成されるものである。例えば、著名人のパブリシティ価値は、本人の努力のみならず、劇中の配役を生みだした脚本家、芸能

⁶⁵ *Id.*, at 38-39.

⁶⁶ もっとも、土地の場合であれば、その市場価値はある程度土地の利用価値や稀少価値に依存しており、価値創造論を受け容れやすい素地がある。これに対し、知的創作物の市場価値というものは、著作権ビジネスをみれば分かるように、マスメディアでの知名度、マーケティングの巧みさ、口コミなど対人的な評判の広がり、権威者による推奨などに依存した相対的な価値であり、創作物の実用性や稀少性の外部から生みだされる側面が強い。そのため、知的創作物の場合には価値創造論を受け容れ難いのだと解される。BEVERLEY-SMITH, *supra* note 2, at 295-296.

なお、米国商標法の領域においては、リーガル・リアリズムを代表する論者によって早くから価値創造論への懐疑が提示されていた。すなわち、宣伝広告によって商標自体に経済的価値を生みだした者は、価値ある物 (a thing of value) つまり「財産 (property)」を作りだしたのであるから、その価値を奪おうとする第三者の行為から商標法上の保護を受ける資格があるという価値創造論に対して、商標の経済的価値というものはそれが法的にどの程度まで保護されるかに依存しているのである。先ずの価値創造論は循環論法に陥っているという批判が1930年代にみられたのである。Felix S. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 COLUM. L. REV. 809 (1935). 山口・前掲注2)322～324頁、田村善之＝小嶋崇弘「商標法上の混同概念の時的拡張とその限界」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『「ブランド」と「法」』(商事法務、2010年)241～244頁も参照。

界に引き抜いたエージェント、著名人の公のイメージを作り上げたスタジオやマーケティング責任者、そして著名人の人気をかき立てたファンさえもが、それを作り出すことに一役買っている⁶⁷。したがって論理的には、彼らもまたパブリシティ価値に対する正当な権利を有しているという帰結が導かれるはずである。つまり価値創造論に基づけば、市場価値は最終成果物の形成に寄与したすべての人々によって共有されるべきであって、市場価値を専有する権利を創作者に帰属させるべきという命題は導かれないように思われる⁶⁸。

以上のことから、知的成果物の市場価値を専有する権利は価値創造論によっては正当化しえないと解される。市場において製品を販売して利益を得る「権利」というのは、社会的に創出された特権であって前制度的な権利とはいえない⁶⁹。各創作者がどの程度その成果物の市場価値について専有することが許されるかということは、基本的に社会政策の問題であると考えられる⁷⁰。

⁶⁷ 著名人のペルソナがもつ商業上の市場価値は、本人のコントロール外の諸要因によって形成されるものであることを指摘する見解として、例えば、Michael Madow, *Private Ownership of Public Image: Popular Culture and Publicity Rights*, 81 CAL. L. REV. 127, 184-96 (1993); Rosemary J. Coombe, *The Celebrity Image and Cultural Identity: Publicity Rights and the Subaltern Politics of Gender*, 14 DISCOURSE: BERKELEY JOURNAL FOR THEORETICAL STUDIES IN MEDIA AND CULTURE 59, 61 (1992); Stacey L. Dogan and Mark A. Lemley, *What the Right of Publicity Can Learn from Trademark Law*, 58 STAN. L. REV. 1161, 1181 (2006) を参照。裁判例においても、例えば、*Cardtoons v. Major League Baseball Players*, 95 F.3d 959, 975 (10th Cir. 1996) は、エンターテインメント産業における有名人の名声は主にメディアや聴衆の創造物である旨を指摘している。*Memphis Development Foundation v. Factors Etc. Inc.*, 616 F.2d 956, 959 (CA Tenn. 1980) も参照。

⁶⁸ Hettinger, *supra* note 2, at 38; BEVERLEY-SMITH, *supra* note 2, at 296; Dogan & Lemley, *supra* note 67, at 1181.

⁶⁹ Hettinger, *supra* note 2, at 39-40.

⁷⁰ このことを示す1つの例が、累積的なイノベーションに対する特許保護の問題である。技術開発の場においては、真に独創的なパトリア発明というものはほとんど存在せず、大半の発明は多かれ少なかれ先行技術に立脚した累積的性格を有するものである。それゆえ、各発明者がどの程度その発明に対する排他的権原をもつ

4. ロック的但書き

以上に加えて、知的財産権の付与がロック的但書きを充足するといえるかどうかについても、悲観論が提示されている。腐敗の制約と十分性の制約について順にみていこう。

(1) 腐敗の制約

確かに、知的財産は無形の財であるため、食糧や土地のように、物質的に腐敗したり浪費したりすることはない。それゆえ、知的財産を有効活用せずに死蔵しても浪費には該当せず、腐敗の制約を充足すると考える立場もありえよう。しかし無形の知的資源に関しても、その社会的浪費を観念することはできるとする見解も有力である。例えば、腐敗概念を社会的浪費と個人的浪費に分けて分析するヒューズの議論をみてみよう⁷¹。

ヒューズによれば、食糧の腐敗は2つの態様で浪費とみなしうる⁷²。第1に、それは、非食糧保有者による現在の潜在的利用にとって入手しえないということの意味する。これは、食糧を必要とする他者における浪費であり、社会的文脈における浪費である(社会的浪費)。第2に、食料の腐敗は、現保有者による将来の潜在的利用にとって入手しえないことを意味する。これは、自己に何ら利益をもたらすことなく個人的労働を消費する本人における浪費であり、個人的文脈における浪費である(個人的浪費)。

これを知的財産の領域に当てはめれば、アイデアの個人的浪費は観念

べきかということは、ア・プリオリに決まるものではなく、産業政策上の観点から解決が図られるべき問題であると解される。累積的イノベーションに対する特許法上の保護について詳しくは、例えば、SUZANNE SCOTCHMER, INNOVATION AND INCENTIVES, Chapter 5 (2004) [青木玲子監訳=安藤至大訳『知財創出』(日本評論社、2008年)第5章]、Mark A. Lemley, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, 75 TEX. L. REV. 989 (1997); Robert P. Merges and Richard R. Nelson, *On the Complex Economics of Patent Scope*, 90 COLUM. L. REV. 839 (1990); 長岡貞男「累積的な技術革新と知的財産権:最近の理論研究の含意」特許研究25号11頁(1998年)等参照。

⁷¹ Hughes, *supra* note 2.

⁷² *Id.*, at 327.

できないが、アイデアの社会的浪費は観念できるというのが、ヒューズの分析である。すなわち、アイデアは大抵、将来的な価値を内在しているため、個人的浪費を観念することは難しい。例えば、ある時点(T1)でアイデアへの個人投資が無駄になったようにみえても、その投資は後の時点(T2)で価値を生みだすかもしれない。しかし、アイデアが陳腐化するまで死蔵させることは、アイデアの内面に劣化や荒廃がみられないとしても、社会的背景に対して価値の喪失を生みだす。このようにアイデアの社会的価値を適切に実現しないことは、社会的浪費として観念しようというわけである⁷³。

そして実際にも、かかる社会的浪費禁止の理念は長い間米国連邦著作権法に組み込まれていたとヒューズは指摘する。それが1909年法において連邦著作権の保護要件として定められていた著作物の発行(publication)である⁷⁴。1909年法の下では、未発行の著作物についてコモンロー上の権利が認められていたため⁷⁵、著作物の発行前は各州のコモンロー上の著作権により保護され、発行後は連邦著作権法によって保護されるという形で、コモンローと連邦法との保護の棲み分けが図られていた⁷⁶。このような発行の時点を基準とした著作権保護の二元的枠組みは、連邦法上の保護を欲する著作者に対しその著作物を公衆に開示するよう促すものであった。その意味で1909年法における発行要件は、文学作品や美術作品が社会的文脈において浪費されることを防ぐ機能を果たしていたことができる、としている⁷⁷。

⁷³ *Id.*, at 328.

⁷⁴ 17 U.S.C. § 10, Copyright Act of 1909. 同条は著作権の表示(notice)も要求している。

⁷⁵ 17 U.S.C. § 2, Copyright Act of 1909. 未発行の著作物に対するコモンロー上の著作権の保護を肯定したのは、著作権者が自身の著作物中に有するプライバシー権を認めたためであったとされる。つまり、著作権者が自分の著作物を公表することによって経済的活用をしようと決するまでは、このプライバシーの利益が公衆の利用の利益より優先されるものとされたのである。LEAFFER・前掲注5)212頁。

⁷⁶ 白鳥・前掲注15)34・61頁。

⁷⁷ ヒューズ自身は、未発行の著作物についてコモンロー上の著作権保護が与えられることを、1909年法における発行要件の社会的浪費禁止機能を喪失させるものと評

しかし1976年法改正によって、著作権の保護については連邦著作権法が専占(preempt)する旨が明確化され⁷⁸、また、連邦著作権法の保護要件から発行が除外されるに至った⁷⁹。そのため1976年法の下では、発行の有無にかかわらず、著作物が著作物を有形的媒体に固定した時点で著作権保護が発生することになった⁸⁰。こうして長らく米国連邦著作権法にビルトインされていた社会的浪費禁止の要件は、現行の1976年法において姿を消すに至ったのである。今や知的財産法制度において腐敗の制約を具現化した要件や法理を見つけることは困難であるとヒューズは分析している⁸¹。

ところでヒューズ自身は、アイデアの社会的価値が有効に実現されないとしても、その将来的価値は維持されることを理由に、腐敗の制約が知的財産権において深刻な問題となることはない結論づけている⁸²。しかしこうした結論に対しては異論も呈されている。

価している(Hughes, *supra* note 2, at 328-329)。しかし、そうした評価はやや性急にすぎると思われる。1909年法下における著作権保護の二元的構造を本文のように捉える余地があるのではないか。なお、1909年法における発行要件の意義について詳しくは、Fulton E. Brylawski, *Publication: Its Role in Copyright Matters, Both Past and Present*, 31 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 507 (1984)を参照。

⁷⁸ 17 U.S.C. § 301, Copyright Act of 1976.

⁷⁹ 17 U.S.C. § 102 (a), Copyright Act of 1976 参照。

⁸⁰ ただし1976年法下においても、依然、発行はいくつかの規定において重要な基準として機能している。例えば、無名または変名の著作物の保護期間について、発行の時から75年または創作の時から100年と規定されている(17 U.S.C. § 302(c))。また、外国人の著作物の保護は発行の有無で判断が異なってくる(17 U.S.C. § 104)、発行によって著作権局に著作物を納付する義務も生じてくる(17 U.S.C. § 407)。発行の定義規定も設けられている(17 U.S.C. § 101)。白鳥・前掲注15)61~62頁。

⁸¹ Hughes, *supra* note 2, at 328-329. なお、ヒューズによれば、商標権の取得要件として現実の使用ないし使用の意図を要求する商標の「名目的使用」(token use)の法理は、商標の不使用を回避し腐敗が生じるのを防止する役割を果たしていた。しかしこの名目的使用の法理は、1989年のランハム法改正において廃止されたため、現在では腐敗の制約を体現した法理を見いだすことは困難であるとする。*Id.*, at 329 n.164.

⁸² *Id.*, at 328. ヒューズは他にも、知的財産の場合には「消費」行為(consumption)が生産行為と不可分であることを指摘している。

例えばドラホスは、投石機の改良発明は投石機が包囲攻撃の武器として使用されなくなるとその有用性が色褪せることを例に挙げながら、物理的に腐敗しないアイデアといえどもそれを各種ケースに応用し有効活用しうる期間は限られているとする⁸³。

またヘッティンガーは、発明や著作物などの知的産物には非競合的な性質があり、本来すべての人が同時に利用して便益を得ることが可能であるところ、知的財産権は一定の利用行為を禁止することから、明らかに無駄を生じさせると主張する⁸⁴。知的財産の専有がどの程度無駄を生じさせるかということは、結果的にその利用を禁止された人々にとってそれらの知的産物がどの程度有益であるかによって決まるものであるが、いずれにせよ知的財産権は社会的浪費をもたらし、腐敗の制約を完全に充足することは困難だとしている⁸⁵。

一方、我が国の議論においても、著作権制度は著作物の公表支援により社会的浪費禁止の理念を実現しているとの見解がみられる。例えば、塩澤教授は、「文化の発展」を目的とする著作権法の意義を文化的所産の多様化を図る動的な循環システムとして捉えたうえで、著作権法はそうした目的を実現するために公表を躊躇させる要因を払拭し、著作物が安心して著作物を公表できる法的環境を整えているとの体系観を提唱している⁸⁶。かかる公表支援装置としての著作権法観に基づけば、著作権制度は、著作物が公衆の目や耳に触れ、創作の連鎖という知的創造サイクルに組み込まれることを制度的に促すことで、著作物が社会的文脈において浪費されることを防止する法的システムであるということができよう。

⁸³ DRAHOS, *supra* note 2, at 50-51.

⁸⁴ Hettinger, *supra* note 2, at 44-45.

⁸⁵ この他、知的財産権者がその創作物について不実施であり、かつライセンスや譲渡等も行わない場合には、腐敗の制約が発動され、利用者は「ロックのフェアユースの権利」を獲得するという見解もみられる。Damstedt, *supra* note 2, at 1182-1183.

⁸⁶ 塩澤一洋「公表支援のフレームワークとしての著作権法の意義」成蹊法学68=69号235頁(2008年)。著作権法の目的規定(1条)における「文化の発展」の意義を、文化的所産の「多様化」あるいは「多様性の促進・尊重」と捉えなおす同教授の著作権法観については、塩澤一洋「著作権法の創造性・序説」紋谷暢男教授古稀記念『知的財産権法と競争法の現代的展開』(発明協会、2006年)591頁も参照。

もつとも、そうした著作権制度といえども、著作物が非生産的な仕方では死蔵される場合には社会的浪費に該当し、腐敗の制約に違反するという見解も有力である。例えば、森村教授は、腐敗の制約に違反する例として、著作物への需要があるにもかかわらず著作権者がその著作物の複製や利用を合理的な理由なしに拒絶する場合を挙げている⁸⁷。そしてこれらの場合に、著作権者は、著作物が社会的背景の中で生みだしうる価値を実現していないのであるから、その禁止権を行使することはできない(使用料相当額の請求ができるにとどまる)と解すべきだと主張している⁸⁸。

(2) 十分性の制約

次に、十分性の制約の検討に移ろう。他者の利用を妨げることなく多数の者が同時に利用可能な無体物の場合には、その専有において十分性の制約を充足することは一見すると容易である。しかし文献の中には、知的財産権の行使が十分性の制約に違反する可能性があることを指摘する見解もみられる。

第1に、独立発明者に対する特許権の行使が十分性の制約に違反することを指摘する論者として、ノージックがいる⁸⁹。ノージックは、十分性の制約について、所有権の獲得によって他者の状況を悪化させないことを求める要件であると解している⁹⁰。そのうえで、発明者の努力がなければ当

⁸⁷ 森村・前掲注2)『ロック所有論』244頁。森村教授は、合理的な理由として、例えばプライバシーや名誉の侵害、他の出版社からの刊行の予定などを挙げる。ただし、拒絶の合理性や使用料を判定するのが困難であることは否定できないとも認められている。

⁸⁸ なお、この見解に基づけば、例えば休眠特許や孤児著作物は、社会的背景の中で生みだしうる価値を十分に実現していないのであるから、権利者は合理的な理由がない限り、他人の利用行為に対して禁止権を行使しえず、報酬請求権を行使しうるにとどまることになる。そうすると、我が国知的財産法が特許発明の不実施の場合(特83条)や著作権者不明の場合(著67条)に裁定制度を設けているのはその趣旨であると理解することも可能かもしれない。

⁸⁹ NOZICK・前掲注26)。

⁹⁰ ノージックは、所有権の獲得によって他者の状況を悪化させる場合として、より厳密に、①無主物の専有によって他者の状況改善の機会(専有の機会)を減少させ

該発明自体が存在しなかったと考えられるから、発明者に対する特許権の付与は充分性の制約に違反しないが、依拠を権利侵害の要件としない特許権の行使は独立発明者の状況を悪化させるものであると主張する。そして充分性の制約に違反せずに特許権を正当化するための条件として、独立発明者による特許製品の製造・販売を認めるべきであること、特許権の保護期間も特許発明を知らない者が独立に発明をなすのに要する平均的な期間だけ保障すれば足りること、という2つの制限を要求している⁹¹。

このように、独立発明者に対する権利行使を認める現行特許法は充分性の制約を充足せず、労働所有理論が正当化する範囲を超えて特許権者を保護しているというのがノージックの見解である。なお、ノージックの立

ることによる場合と、②それまでは(誰も専有しないまま)自由に使えた物が、もう使えなくなることによる場合とを区別したうえで、②の場合のみをロック的但書きの要件に含めており、①の場合についてはロック的但書きの問題として考えていない(Nozick・前掲注26)296・299頁)。

このような充分性の制約の解釈に対しては批判もある。例えば Shao, *supra* note 2, at 408-409 は、知的財産権が規律する知識創造活動は本質的に累積的であり、知識創作者と他者との互恵的な関係に基づく対話的プロセスであるという認識に基づいて、充分性の要件を単純に「他者の暮らし向きを悪化させないこと」として捉えることはできないと主張する。

⁹¹ Nozick・前掲注26)304～305頁。ところで、ノージックが提示する保護期間論は、徒弟制度における修業年限を基礎とした保護期間を定めていた1624年の英国専売条例を彷彿とさせるものである。専売条例は、独占特許の保護期間について、新規の特許については14年以下に限定し、既存の特許についても21年以下に限定している。そして、14年以下という新規特許の保護期間は、当時の徒弟制度における修業年限の7年を基礎としたものであり、発明者は新技術を習得する職人の養成を14年間で2度実施することで、技術移転の定着を図ろうとしたものであったと考えられている。EDWARD COKE, THE THIRD PART OF THE INSTITUTES OF THE LAWS OF ENGLAND (1797), *reprinted*, (William S. Hein Co, 1986), at 184; 大河内・前掲注16)139頁、石井・前掲注16)49～50頁。なお、清瀬一郎『発明特許制度ノ起源及発達』(学術選書、1997年、初出1915年)79～80頁は、14年間の保護期間に関して、徒弟(英国職人)は新事業を習得すべく最初の7年間は学習し、次の7年間は実習することで、14年後には独立して事業経営することが可能となる趣旨であると説いている。いずれにしても、発明者からの直接伝授によって新技術を移転することが想定されていたことが窺える。

場からは、他と異なる多様な著作物の創作を奨励するために比較的長期の保護期間を保障し、依拠を権利侵害の要件として独立創作の抗弁を認める著作権法は、充分性の制約に違反することなく労働所有理論に基づいて正当化が可能であるように思われる⁹²。

第2に、先行著作物から否定的な影響を受けた利用者に対する著作権の行使が充分性の制約に違反する可能性があることを指摘する論者として、ゴードンがいる⁹³。ゴードンは、他者に危害を及ぼさないことが正当な所有権獲得の条件であるとロックが考えていたこと(no harm principle)に着目し⁹⁴、充分性の制約について、先行の創作者が有していたのと同じだけの表現・解釈・反応の自由を後行の創作者にも保障するための要件、すなわち、既存の著作物を自己表現のために利用する自由を公衆に保障するための要件として捉えている⁹⁵。

そして、現在の知的財産権侵害訴訟において著作権が「財産権」という名の魔法を身にまとうことで、公衆による著作物の利用、とりわけ公衆の表現の自由を過度に制約しすぎる嫌いがあることを指摘する。そしてこうした問題意識のもと⁹⁶、相互依存的なこの世界において知的創作物がいったん公表されると必然的に世界に何らかの変化をもたらし、場合によっては、詩・思想・芸術作品といったものが「私の一部」となることも考えられ、そのような場合に当該著作物の利用を禁止されるとあたかも自分自身の一部を切り取られたかのような気持ちとなることから、充分性の制約を充足しないとす⁹⁷。

⁹² もっとも、ノージック自身は著作権の正当化について曖昧な態度に終始している。Nozick・前掲注26)222～223頁。

⁹³ Gordon, *supra* note 2. 本論文の紹介として、村井・前掲注2)150～159頁を参照。

⁹⁴ ロックの他者危害回避原理について詳しくは、*Id.*, at 1544-1549, 1561-1562; 下川・前掲注10)140～145・183～191頁を参照。

⁹⁵ Gordon, *supra* note 2, at 1570-1572. なお、充分性の制約に関するゴードンの解釈に対する批判として、Shao, *supra* note 2, at 409-410 参照。シャオは、ゴードンが伝統的なロック解釈の信条にとらわれ、充分性の制約について「他者の暮らし向きを悪化させないこと」という前提条件を受け入れている点を批判している。

⁹⁶ Gordon, *supra* note 2, at 1536-1538.

⁹⁷ *Id.*, at 1569-1570.

ゴードンは別の論文⁹⁸でそのような典型ケースとして、Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co., 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001)⁹⁹を挙げている。この事件で問題となった被告小説『The Wind Done Gone』(風は永遠に去りぬ)は一種のパロディ作品であり、南北戦争時代を題材にしたマーガレット・ミッチェルの長編小説『Gone With the Wind』(風と共に去りぬ)をその登場人物や場面設定、あらすじ等を利用しつつ、黒人の視点から書き直すというものであった。ジョージア北部地区連邦地方裁判所は、被告小説が量的にも質的にも必要な限度以上に原告小説を利用しており、いわば続編小説として原告小説やその二次的著作物の市場に影響を及ぼす恐れがあるとしてフェアユースの抗弁の成立を否定し、著作権侵害を認め、被告に対して出版等の差止めを命じた。これに対し、第11巡回区連邦控訴裁判所は、被告にとって原告小説に大きく依存することなしに批判を加えることは難しく、また被告小説は内容的に独自の視点に基づく新たな作品へと変容しており、かかる被告の利用行為が原告に対して損害賠償によっては回復できない損害をもたらすとは考えられないとして、地裁の暫定的差止め命令を取り消した。

ゴードンはこの控訴審判決を高く評価したうえで、ロック的但書きに基づく理論的説明を試みている。すなわちゴードンによれば、本件において被告は原告小説に接して多大な衝撃や否定的影響を受け、原告小説に対して代替不可能な感情移入をなすに至ったものである。被告にとって原告小説はもはや自己の経験の一部を織りなし、それを批判的に利用することが自己表現のためには不可欠となる。もしそれができないとすると自己の一部を切り取られたかのような思いをすることから、充分性の制約に基づいて被告のパロディ行為を正当化することが可能であるとしている^{100 101}。

⁹⁸ Wendy J. Gordon, *Render Copyright unto Caesar: On Taking Incentives Seriously*, 71 U. CHI. L. REV. 75 (2004).

⁹⁹ 本判決について詳しくは、紙谷雅子「判批」アメリカ法 [2003]年227頁、山本隆司「判批」ジュリスト1215号172頁(2002年)を参照。

¹⁰⁰ 具体的には、ゴードンは次のように述べている。「法が先行アートの利用を禁止すべきではない者の中には、先行作品に接することで理解において深い影響を受けるとともに否定的な影響を受けた、そのような新たな著作者がいる。Alice Randall

(3) ロック的但書きのまとめ

以上を整理すれば次のようになる。発明や著作物といった知的財産は物質的な腐敗を観念しえないものである。しかし、それはひとり権利者に止まらない社会的価値をもつことから、そうした社会的価値の低下や浪費をもって腐敗の制約に違反しうると考えるべきであろう。また、知的財産権には、本来公共財的な性質をもつ知的資源の利用を人工的に制約するとい

がその一例である。Randall は *The Wind Done Gone* の著者であるが、同書は *Gone with the Wind* の批評を目的とした続編であり、黒人に焦点を当てて描かれた書籍であった。同書はしばらくの間、著作権侵害を理由に店頭販売を禁止されていた。Randall は、*Gone with the Wind* を読むくらいなら『生まれつき目が見えない』方がましだった、と主張した。こうした著者の立場は先行作品から否定的な影響を受けた結果である。このような変化への対処に不可欠な道具の利用を禁止すると、Randall は先行作品に全く接しなかった場合よりもその暮らし向きが悪くなる可能性がある。「その動機が単に道具的なものではなく、またその経済効果も純粋に代替するものでもない、多数の利用者について説明するための大まかなスペクトラムを描くことができる。一方の極には、ある種の信頼に基づく自己防衛特権によって先行作品の利用権限が与えられるべき Alice Randall のような著作者らが位置する。したがって、こうした人々は労働者が何ら完全な財産権を主張しえない者たちである。というのも、その労働の成果は彼女に害を与えたからである。もしその害をなくそうとする自助行為に当該財産の利用が必要であるならば、ロック的但書きによってそうした利用は認められるだろう。一部の訴訟になったケースでさえ、そうした自己防衛は適法に特権の与えられた行為であると認めている。そして有害な言論に対しては、たとえ複製行為を伴う場合であっても『対抗言論』(more speech) を行使するのが妥当である。」Gordon, *supra* note 98, at 81-83.

¹⁰¹ ゴードンのように表現の自由の確保を目的とする場合のほか、表現の選択の幅が狭い著作物について著作権保護を否定するために十分性の制約に訴えかける見解も存在する。例えば白田秀彰「コピーライトの史的展開(4)」一橋研究21巻1号106頁(1996年)は、充分性の制約について、当該著作物と同じ種類の作品の創作が許容されるべきことを意味するという厳格な解釈を採用し、表現の多様性が大きい芸術作品等については制約条件を充足するが、表現の選択の幅が狭い著作物については制約条件に抵触しうるとする。もっとも、自然権を相対化する見解に対しては、権利論としての意味を喪失しているという批判もなされている。詳しくは、長谷川晃「〈競争的繁栄〉と知的財産法原理—田村善之教授の知的財産法理論の基礎に関する法哲学的検討—」知的財産法政策学研究3号25頁(2004年)参照。

う特徴がある。それゆえ、他者危害回避原理に基づいて充分性の制約の充足を否定すべきとする見解には説得力があると思われる。

5. 小括

以上のように、ロック労働所有理論から導かれる各論拠は知的財産権の正当化根拠としては必ずしも妥当しないとする見解が有力である。さらに最近では、ロック労働所有理論の基底をなす思想が知的財産権の本質と整合しないのではないかという問題提起もなされている。そこで次款では、これらの議論について考察することにした。