



Title	知的財産権の正当化根拠論の現代的意義（7）
Author(s)	山根，崇邦
Citation	知的財産法政策学研究，37，125-149
Issue Date	2012-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/49031
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ37_005.pdf



知的財産権の正当化根拠論の現代的意義 (7)

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 (以上、第30～31号)

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 (以上、第32号)

第 3 章 功利主義理論

第 1 節 成果開発後のインセンティブに基礎をおくモデル (以上、第33号)

第 2 節 成果開発前のインセンティブに基礎をおくモデル

第 1 款 情報財の過少生産の恐れとその抑止 (以上、第34号)

第 2 款 小括

第 3 節 功利主義理論のまとめ

第 4 章 正義論

第 1 節 法制度の評価規準としての正義論

第 1 款 法的な正義概念の整理

第 2 款 法制度の評価規準としての分配的正義論

第 2 節 国内正義論と知的財産法制度

第 1 款 ロールズの〈公正としての正義〉論 (以上、本号)

第 2 款 知的財産法制度への適用

第 3 款 小括

第 3 節 国際正義論と国際知的財産法制度

第 4 節 正義論のまとめ

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款 小括

以上のように、成果開発のインセンティブ論は、これまで、合衆国憲法の特許・著作権条項（1条8節8項）や我が国特許法および著作権法の目的規定（1条）の理念を解釈する場面や、特許権や著作権の効力が及ぶ範囲を拡大したり縮小したりすることの正当性を基礎づける場面、あるいはパブリシティ権のような生成途上の権利を承認することの正当性を基礎づける場面等において、援用されてきた。

しかし、成果開発のインセンティブ論に基づいて知的財産制度の意義や機能を正当化することに関しては、その限界も指摘されてきた。例えば、研究開発企業がイノベーションに係る利益の専有可能性を確保する手段として特許がさほど重視されていないとする研究、特許権の保護を強化する法改正や判例に着目した場合にその前後において企業の研究開発行動に有意な変化がみられなかったとする研究、あるいはソフトウェア産業を中心に米国の特許制度が研究開発のディスインセンティブとして機能しているとする研究などがみられた。これらの調査研究の結果に基づけば、特許制度の存在理由や経済的機能を企業の研究開発投資の誘因やイノベーションの促進に求めることは、一般論としては困難な状況になりつつあるのかもしれない。現に米国の知的財産法学界では、事前のインセンティブ論の代表的な論者の一人と目されてきたカリフォルニア大学バークレイ校教授のマージェスが、近年その立場を転向し、功利主義（帰結主義）に基づいて現在の知的財産制度を正当化することは困難であるという主張を展開して、反響を呼んでいる。いわく、「どんなに頑張ったところで、知的財産法がないよりもあったほうが人は幸せになれることを示す証明可能なデータに基づいて、現在の知的財産制度を正当化することはできない。私がわかったことは、功利性を最大限にすることは、知的財産制度において用いることができる一階の基本原理（first-order principle）ではないということである。つまりそれは、最も根本的なレベルでは知的財産権の

本質ではないのである。」「これは、永年私が認めまいとしてきた真実である。そのために私は、ある時は巧妙な手を使い（例えば、知的財産法は必要で効率的だということを示す、知的財産制度に有利ではあっても決定的ではないデータを過大評価し、知的財産法が不必要で非効率的だということを示す決定的なデータは無視した）、またある時はあからさまな方法を使ったりもした（いずれのデータもすべて無視したり、あるいは、もっと確実なデータが近々明らかになると嘘をついたりした）。だが、どんなに頑張ってみたところで、認めざるをえない1つの真実があった。それは、決定的なデータなど1つもないということである。」¹

このように、事前のインセンティブ論は、その規範理論としての合理性や説得力を裏づけるはずの実証的なデータの面で弱いところがあり、反証を示す調査結果の集積に対して、なかなか有効な打開策を見いだせずにいる。こうした閉塞感は今後、知的財産制度の理念や権利付与の根拠を記述的に説明する場面にも波及し、事前のインセンティブ論に基づく説明の説得力に暗い影を落とすことになるかもしれない。マージェスの転向はそうした懸念が現実のものとなりうることを示唆しているようにもみえる。

第3節 功利主義理論のまとめ

本章では、知的財産権の正当化根拠としての功利主義理論について、成果開発後および成果開発前のインセンティブに基礎をおくモデルに注目しながら、考察を進めてきた。本章の検討から明らかになったことをまとめると、次のようになる。

第1に、成果開発後のインセンティブに基礎をおくモデルとしては、知的財産権の保護がないと創出された情報財の利用が過少になってしまう

¹ ROBERT P. MERGES, JUSTIFYING INTELLECTUAL PROPERTY, 3 (2011). マージェスは別の箇所で、「私自身に関していえば、効率性に対する興味（と信念）があったからこそ、知的財産法分野全体の根拠をこの効率性におこうとした、換言すれば、効率性に基づいてこの分野を正当化しようとした。ところがうまくいかず、それがきっかけで本書の執筆へつながる道が開けていったのである。」とも述べている（*Id.*, at 6）。

恐れがある点に権利付与の正当性を求める、管理・維持・改良のインセンティブ論がみられた。この理論は、その経済学的な基盤をプロスペクト理論におくものである。それは従来、医薬品の特許保護の必要性や著作権の保護期間延長の必要性を正当化する場面において援用されてきた。

しかし、管理・維持・改良のインセンティブ論に基づく知的財産権の正当化に対しては、批判が強い。特に、一人の権利者の調整によって生みだされる情報財の管理・維持・改良のほうが、競争的な環境が継続する中で不特定の者により調整される情報財の管理・維持・改良よりも効率的であるという主張に対しては、その一般的な合理性に疑問が呈されていた。例えば、医薬品の市場化のように、情報財の創出後に多大な費用および時間を要するケースにおいては管理・維持・改良のインセンティブ論の主張は適合的でありえるけれども、著作権保護期間延長立法（CTEA）をめぐる実証研究が明らかにしたように、書籍の流通や映画作品の保存など著作物の事後的利用に対する投資という文脈においては、同理論に基づく著作権の正当化は合理性を欠くものといわざるをえない。このほか、情報財に財産権を設定することで情報財の取引費用が低減するという同理論の主張についても、ソフトウェア関連特許のように、特許権の告知機能を必ずしも有効に果たしていないようなケースにおいては妥当性を欠くものといえよう。

第2に、成果開発後のインセンティブに基礎をおくモデルとしては、情報コモンズの悲劇論に基づく知的財産権の正当化もみられた。知的財産権の保護がないと創出された情報財の利用が過剰になってしまう恐れがある点に権利付与の正当性を求める同理論は、その経済学的な基盤をコモンズの悲劇論におくものである。かかる情報コモンズの悲劇論は、ミッキーマウスの著作権による保護、有名人の氏名・肖像のパブリシティ権による保護、もしくは著名標章の商標権による保護（ダイリューション規制）を正当化する場面において援用されてきた。

しかし、情報コモンズの悲劇論に基づく知的財産権の正当化に対しては、批判が少なくない。コモンズの悲劇とは、乱獲によって有限資源が枯渇してしまう状況のことを指すが、消費が競合せず物理的な枯渇を観念しえない情報財の場合には、そもそもコモンズの悲劇の状況は起こりえないのではないか。情報財それ自体は枯渇しないとしても、情報財を排他的に保護

する知的財産権がないと情報財の希少価値が減少し枯渇する恐れがあるといった反論もみられるが、過剰利用による市場の失敗（混雑外部性）の発生を示す証拠は存在しないにもかかわらず、なぜそうした希少価値の減少が社会にとって望ましくないと考えるべきなのか、論証がない。情報コモンズの悲劇論は、高級ブランドの商標を保護する場面や、文化的シンボルといえるほど著名性を獲得したキャラクターおよび芸能人の氏名・肖像を保護する場面では、一定の合理性や説得力をもちうるものの、そのような極めて限定的なケースを超えて、広く一般に知的財産権の保護を正当化する論拠としては合理性を欠く。

以上のように、管理・維持・改良のインセンティブ論の主張および情報コモンズの悲劇論の主張は、いずれも、少なくとも一般論としては成立し難いように思われる。

第3に、一方、成果開発前のインセンティブに基礎をおくモデルとしては、知的財産権の保護がないと準公共財としての性質をもつ情報財の生産は過少になってしまう恐れがある点に権利付与の正当性を求める、成果開発のインセンティブ論がある。この理論はこれまで、合衆国憲法の特許・著作権条項（1条8節8項）や我が国特許法および著作権法の目的規定（1条）の理念を解釈する場面や、特許権や著作権の効力が及ぶ範囲を拡大したり縮小したりすることの正当性を基礎づける場面、あるいはパブリシティ権のような生成途上の権利を承認することの正当性を基礎づける場面等において、援用されてきた。

しかし、例えば、成果開発のインセンティブ論に基づいて特許制度の維持や特許権の保護を正当化することに対しては、次のような批判がみられた。まず、特許制度の廃止や導入見送りを経験した19世紀のオランダやスイスの経験に基づけば、特許制度を保有しない国においても、一定の量および水準の技術開発が行われ国内産業の発展がみられたのであり、特許権の保護がないと発明生産が過少になって市場の失敗が起きるという因果関係は必ずしも一般的に成り立つわけではない。また、研究開発企業がイノベーションに係る利益の専有可能性を確保するうえでどのような手段を重視しているのかを調査した研究によれば、日米とも、医薬品産業や化学産業を除けば、特許は一般に考えられているほど重視されているわけではなく、特に米国では、市場先行の利益や秘密管理もしくは補完的資産

といった他の手段の後塵を拝する地位にとどまっていた。つまり特許権の保護が与えられたとしても、特許権が必ずしも技術開発意欲を刺激するインセンティブ効果を果たすわけではないということである。このことは、特許権の保護を強化する法改正や判例に着目した場合に、その前後において企業の研究開発行動に有意な変化がみられなかったとする研究からも示唆される。さらに、米国の特許制度がもたらす費用便益を検証した研究によれば、製薬・化学産業以外の産業、特にソフトウェア産業では、1990年代初頭に特許訴訟件数が急増し、それに伴って90年代半ば以降、特許訴訟の費用が特許から得られる便益を大幅に上回った結果、特許制度が研究開発のディスインセンティブとして機能しているという指摘もみられたのである。

以上に基つけば、特許制度の存在意義を企業の研究開発投資の誘因やイノベーションの促進に求めることは、一般論としても困難な状況になりつつあるということができよう。そうすると、発明のインセンティブの増減に応じて特許権の効力範囲を拡張するといった運用も、確固たる正当性を有するわけではないことになろう。

第4章 正義論

物理的には誰でもどこでも同時に利用可能な情報財に対して、なぜ知的財産権を創設し、人々の情報財利用を制約して人工的な希少性をつくりだす必要があるのか。このような問題意識のもと、ここまで知的財産権制度の正当化理論として自然権理論と功利主義理論を検討してきた。本章では、近年、第3の理論として注目されるに至っている正義論について検討することにした。

正義の具体的内容を論じる規範的な正義論は、法実証主義や価値相対主義の考え方が支配的であった時代においては、客観的な学問対象になりえないとすら考えられていたようであるが²、1971年にジョン・ロールズの

² 例えば、中山竜一『二十世紀の法思想』（岩波書店、2000年）102頁は、「19世紀半ばから1960年代の終わりごろまで、考察対象を行為ルールや規範の体系たる実定法に限定し、法の制度目的をめぐる考察を政策論や道徳問題に還元する『法実証主義』、

『正義論』が登場して以降³、広範な政治的・社会的関心に支えられた学問的営為として復権され⁴、今日ではマイケル・サンデルの正義論に関する講義や著作が一般に人気を博すほど注目を集めている⁵。法学の領域に目

ならびに、正義は道徳と同じく実質的な価値の問題であり、究極的には個人の価値選択の問題であるとする『価値相対主義』的な思考様式が、法理論や実定法学のすみずみにまで浸透していたために、正義の具体的内容などは、批判の対象ならともかく、冷静で客観的な学問の対象にはなり得ないと考えられてきた」と指摘する。また、田中成明ほか『法思想史（第2版）』（有斐閣、2001年）256頁〔平野仁彦執筆〕も、「19世紀の後半以降とくに、自然科学をモデルとする科学的合理主義の支配的な思潮のもとで、法的な価値判断の客観性や合理性が厳格に問われ、正義についての規範的理論の重要性が久しく軽視されてきた」と指摘している。第二次大戦においてナチス・ドイツ等による専制的な全体主義国家の悲惨さを経験したことも、価値相対主義の考え方が法理論や実体法学において支持を広げるきっかけとなったとされる。

³ JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971)〔矢島鈞次監訳『正義論』（紀伊国屋書店、1979年）〕。なお、本書に関しては、1999年に改訂版が出版されている。JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (rev. ed. 1999)〔川本隆史＝福岡聡＝神島裕子訳『正義論（改訂版）』（紀伊国屋書店、2010年）〕。

本稿において、『正義論（初版）』を引用する際には、「TJ」という略語を用いる。一方、『正義論（改訂版）』を引用する際には、「TJR」という略語を用いる。また、引用箇所の特定にあたっては、それぞれ原書に付された「§」番号を表記するとともに、邦訳の頁数を併記する（例えば、「TJ § 1・邦訳 3 頁」「TJR § 2・邦訳 10 頁」など）。なお、初版と改訂版とでは、ロールズの主張内容が変化しているところもあるが（改訂版における重要な修正点等については、改訂版の序文を参照。TJR, *Preface for the Revised Edition*・邦訳 xi～xix 頁）、その主張内容が基本的に変わっていない箇所については、主として改訂版の訳本を参照したことをお断りしておく。

⁴ 田中成明『現代法理学』（有斐閣、2011年）377頁。

⁵ ハーバード大学におけるマイケル・サンデル教授の学部講義「正義（Justice）」が非常に人気を集めたため、同講義は2009年に米国 PBS で放送され、日本でも2010年に NHK 教育テレビにおいて『ハーバード白熱教室』（全12回）として放送された（日本では、同番組を収録した DVD『ハーバード白熱教室』も発行されている）。また、この講義をもとにした単行本（MICHAEL J. SANDEL, JUSTICE: WHAT'S THE RIGHT THING TO DO? (2009)〔鬼澤忍訳『これからの「正義」の話をしよう：今を生き延びるための哲学』（早川書房、2010年）〕）は、日米でベストセラーとなった。こうした「サンデルブーム」を受けて、法学セミナーの2011年 5 月号（677号）では、『正義論』

を向けてみると、法哲学における正義論研究の蓄積はもちろんのこと⁶、憲法学における正義論の知見を活かした研究の蓄積にも目を見張るものがあるが⁷、知的財産法の分野において正義論に目を向ける先行研究はそ

への招待—憲法・法哲学から“サンデル”を読む」というタイトルの特集が企画されるに至っている。

⁶ 現代正義論の議論状況を俯瞰する邦語文献として、例えば、平井亮輔編『正義』（嵯峨野書院、2004年）、田中・前掲注4）第12章、亀本洋『法哲学』（成文堂、2011年）第8～9章、井上達夫『共生の作法—会話としての正義—』（創文社、1986年）第3章、同『他者の自由—公共性の哲学としてのリベラリズム—』（創文社、1999年）第3～5章、渡辺幹雄『ロールズ正義論とその周辺—コミュニタリアニズム、共和主義、ポストモダニズム』（春秋社、2007年）、長谷川晃『公正の法哲学』（信山社、2001年）、W・キムリッカ〔千葉眞＝岡崎晴輝訳者代表〕『新版 現代政治理論』（日本経済評論社、2005年）などを参照。

⁷ 我が国憲法学における近年の研究成果として、例えば、ロールズの規範的正義論における人権の哲学的基礎づけ、個人と社会の関係の見方、国家の役割論を手がかりとして、憲法学における基礎理論への架橋を試みる研究として、大日方信春『ロールズの憲法哲学』（有信堂高文社、2001年）が、ノージックの権原理論、ドゥウオーキンの資源の平等論、ウォルツァーの複合的平等論といった現代正義論を手がかりとして、福祉国家の展開を我が国の憲法構造との連関において把握するために必要な「福祉」概念の理念的基礎の解明を試みる研究として、尾形健「福祉国家の憲法論的基礎—現代正義論を手がかりに」同『福祉国家と憲法構造』（有斐閣、2011年）第2章がある。また、ドゥウオーキンの共同体論を手がかりとして、公共哲学としての憲法学の構築を試みる研究として、小泉良幸『リベラルな共同体—ドゥウオーキンの政治・道徳理論』（勁草書房、2002年）が、ドゥウオーキンの法理論を手がかりとして、裁判官が憲法問題に直面したときに経験的知識や実践的知恵、関係者の将来の行動予測など、多様な要素を考慮して戦略的な司法判断をなすプラグマティズムの採用が法の支配の否定につながるわけではないことを明らかにする研究として、浅野博宣「プラグマティズムは法の支配を否定するか—ドゥウオーキンにおける立憲主義と哲学—」岩波講座『憲法1 立憲主義の哲学的問題地平』（岩波書店、2007年）251頁がある。このほか、長谷部恭男『権力への懐疑—憲法学のメタ理論』（日本評論社、1991年）、同『比較不能な価値の迷路—リベラル・デモクラシー』（東京大学出版会、2000年）、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社、2001年）、毛利透『民主政の規範理論—憲法パトリオティズムは可能か』（勁草書房、2002年）、同『表現の自由—その公共性ともろさについて』（岩波書店、2008年）、巻美矢紀「憲法の動態と静態(1)～(6・完) — R・ドゥウオーキン法理論の『連

れほど多くはない⁸。それらの貴重な先行研究においては、①TRIPs 協定など国際的な知的財産法制度の正当性の評価規準としてロールズの国際正義論（『万民の法』⁹）を援用するもの¹⁰、②著作権法や特許法など国内の知的財産法制度の正当性の評価規準としてロールズの国内正義論（「公正と

続戦略」をてがかりとして」国家学会雑誌117巻1＝2号37頁、7＝8号55頁、9＝10号57頁、11＝12号110頁（以上、2004年）、118巻7＝8号1頁（2005年）、120巻7＝8号435頁（2007年）も参照。

⁸ 例えば、PETER DRAHOS, A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY, ch. 8 (1996); Molly Shaffer Van Houweling, *Distributive Values in Copyright*, 83 TEX. L. REV. 1535 (2005); Speranta Dumitru, *Are Rawlsians Entitled to Monopoly Rights?*, in INTELLECTUAL PROPERTY AND THEORIES OF JUSTICE, 57-72 (Axel Gosseries, Alain Marciano and Alain Strowel eds., 2008); Alexandra Couto, *Copyright and Freedom of Expression: A Philosophical Map*, in INTELLECTUAL PROPERTY AND THEORIES OF JUSTICE, 160-187 (Axel Gosseries, Alain Marciano and Alain Strowel eds., 2008); MERGES, *supra* note 1, ch. 4; 長谷川晃「＜競争の繁栄＞と知的財産法原理」田村善之編『新世代知的財産法政策学の創成』（有斐閣、2008年）103頁、同「先住民の知的財産保護における哲学的文脈」知的財産法政策学研究13号27頁（2006年）、大瀬戸豪志「特許無効審判請求の取下げについて」別冊パテント64巻7号23頁（2011年）などを参照。

⁹ JOHN RAWLS, THE LAW OF PEOPLES (1999) [中山竜一訳『万民の法』（岩波書店、2006年）]. 本稿において本書を引用する際には、「LP」という略語を用いる。また、引用箇所の特定にあたっては、原書に付された「§」番号を表記するとともに、邦訳の頁数を併記する。

¹⁰ 例えば、DRAHOS, *supra* note 8, at ch. 8 は、ロールズの国際正義論の基本原則を手がかりとして、保護主義的な国際知的財産権制度の枠組み—すなわち、i）より短期間ではなく、より長期間の保護を支持する、ii）より狭い分野ではなく、より広範な分野の情報を財産化する、iii）すべての国に一律の知的財産保護の実体的基準を課す、iv）各国家がその経済発展の段階に応じて実体的基準や保護水準を調整しうる裁量をほとんどないし全くもたない、といった特徴をもつ知的財産権保護の国際的な制度編成—が締結されることの正当性に疑義を呈している。このほか、ロールズの国際正義論を足場とするものではないが、伝統的知識を始めとする先住民の知的財産保護の枠組みについて、正義論の規準に照らした評価を試みる研究として、長谷川・前掲注8）「先住民の知的財産保護における哲学的文脈」を参照。同論文への応答として、田村善之「伝統的知識と遺伝資源の保護の根拠と知的財産法制度」知的財産法政策学研究13号53頁（2006年）も参照。

しての正義¹¹⁾」を援用するもの¹²⁾、③②に属する研究でもあるが、著作権と表現の自由の衝突に関する制度的な調整規準としてリベラリズムの正義論(ロールズの国内正義論やウォルドロン権利論)を援用するもの¹³⁾、④特許法上の正義の規準としてキケロやウルピアヌスの正義観念(「各人に彼のものを帰属させることが正義である」)を援用するもの¹⁴⁾などがある。

以上からも窺えるように、一口に正義といっても、具体的に何が正義か、

¹¹⁾ 前掲注3)で掲げたTJやTJRのほか、JOHN RAWLS, JUSTICE AS FAIRNESS: A RE-STATEMENT (Erin Kelly ed., 2001)〔田中成明＝亀本洋＝平井亮輔訳『公正としての正義・再説』(岩波書店、2004年)〕も参照。本稿において同書を引用する際には、「JFR」という略語を用いる。また、引用箇所の特定にあたっては、原書に付された「§」番号を表記するとともに、邦訳の頁数を併記する。

¹²⁾ 例えば、MERGES, *supra* note 1, at ch. 4は、ロールズの公正としての正義論を手がかりとして、知的財産権が憲法上保障されるべき基本的自由権の1つとしてみなしうること、また、そうでないとしても、知的財産権制度は最も不利な状況にある人々の長期的な期待を向上させるものであることを根拠に、現行知的財産権制度の正当化を試みている。

¹³⁾ 例えば、Couto, *supra* note 8は、著作権と表現の自由とが衝突しうることを前提に、リベラリズムの正義論を手がかりとして、同等な地位にある両権利の相互調整のあり方を探求している。

¹⁴⁾ 例えば、大瀬戸・前掲注8)27～28頁は、法の理念は正義の実現にあるとし、正義観念の多義性を前提としたうえで特許法上の正義として最も適合的なものは、キケロやウルピアヌスらの説いた「各人に彼のものを帰属させること」という正義観念であるとする。そして、こうした正義観念を特許法に当てはめれば、「真に特許に値する発明をした発明者に特許権を帰属させること、これこそがまさに正義である」ということができる。こうした観点からは、真に特許に値する発明をした発明者でない者に特許権を帰属させることやそうした過誤特許の存続を放置することは、特許法上の正義に反することになるが、そのような特許法上の不正義を是正するための制度が無効審判制度の存在意義であると説く。そして、こうした見地から、過誤特許であることを知りながら、無効審判請求の取下げをなすことを許容する現行法制に対して、批判的な議論を展開している。同様の問題意識に基づく、大瀬戸豪志「特許権侵害訴訟及び特許無効審判の係属中の和解と独禁法上の問題」村林隆一先生傘寿記念『知的財産権侵害訴訟の今日的課題』(青林書院、2011年)258頁も参照。

あるいは知的財産法が実現すべき正義とは何かについての揺るぎない共通理解があるわけではない。実定法の遵守をもって正義と考える見解もあれば、上記の先行研究のように何らかの実質的価値理念をもって正義と考える見解もある。法の内容やその実現についての正義の問題を論じる際には、このような正義観念の多義性に対して慎重な配慮を払う必要があるだろう。議論の前提となっている正義観念についての相互了解が不十分な場合には、議論が噛み合わなかったり、無用の混乱が生じたりする場合が少なくないからである¹⁵⁾。

そこで次節では、そもそも正義とは何か、といった正義観念の意味を探求する議論(「正義概念」論)を整理したうえで、本稿が依拠しようとする正義概念について明確にすることから始めたい。また、上記のとおり本稿は、知的財産権制度の正当化理論として正義論に着目するものであり、正義論を法制度の評価規準として援用しようとするものである。しかし、そのためには、抽象度の高い正義概念を、各場面に応じた具体的な評価規準へと定式化する必要がある。この定式化された規準は「正義構想」と呼ばれている¹⁶⁾。正義構想には多様なバージョンがありえるため、知的財産権制度の文脈においてどのような正義構想を参照すべきか、ということが問題となる。そこで次節では、本稿が依拠しようとする正義構想についても明らかにすることにした。

¹⁵⁾ 正義観念の多義性やレトリックとしての魅力がもたらすさまざまな問題については、田中・前掲注4)314頁を参照。

¹⁶⁾ 正義概念(the concept of justice)と正義構想(conceptions of justice)の区別については、井上達夫『法という企て』(東京大学出版会、2003年)13頁を参照。井上教授によれば、正義概念とは、正義という理念の意味そのものである。一方、正義構想とは、さまざまな場面(分配・制裁・補償・交換など)における正義理念の適用基準を明示、特定し、その正当化を試みるものである。そうした適用基準としては、例えば、「各人からはその能力に応じて、各人へはその労働に応じて」といったものが考えられるとする。

第1節 法制度の評価規準としての正義論

第1款 法的な正義概念の整理

1. 遵法的正義、形式的正義、手続的正義、実質的正義

実定法の内容やその実現についての正義の問題が論じられる場合、そこで提示される正義概念には、大きく4つのタイプのものがある¹⁷。

第1に、遵法的正義である。すなわち、実定法の内容自体の正・不正を問うことなく、もっぱらその規定するところが忠実に遵守され適用されているか否かを正義の問題とするものである。アリストテレスを始め、古くは遵法的正義が一般的正義であるとの見解もみられたが¹⁸、近世以降は、法と道徳が分離され、法と正義が対立的に把握されるようになった。そのため、現代では、ラートブルフの見解に代表されるように¹⁹、遵法的正義は法的安定性つまり正義とは別個独立の法的価値として把握されるのが一般的であるとされる。

第2に、形式的正義である。これは、「等しきものは等しく、等しからざるものは等しからざるように取り扱え」という格言に代表される、純粹に形式的な正義の要請である。ラートブルフは、形式的正義こそが唯一の正義観念であると考えていたとされる²⁰。もっとも、形式的正義は単独で機能するものではなく、一定の実質的規準——例えば、いかなる人々や事例を等しいものとして扱うべきか、その各々に対して具体的にどのような取扱いをすべきかを決する規準——の存在を前提として、その規準の一般

性と公平な適用を要請するものである。それゆえ、形式的正義それ自体は決定の指針を与えるものではないが、実質的正義の具体的な原理に共通する要素として、正義観念の普遍的要素の1つを構成するものと考えられている。

第3に、手続的正義である。これは、決定に至るまでの手続過程に関する規準である。決定における恣意性を排除し、公正な手続に基づきその決定の利害関係者の各要求に公平な配慮を払うよう要請するものである。従来、手続的正義は実質的正義の実現手段にすぎないとみられがちであったが、近時は、手続的正義の遵守自体が、その結果如何を問わず、固有の価値をもつと考えられつつあるとされる。実際、現代正義論の開拓者であるロールズの公正としての正義論においては、実質的正義原理の正当化や社会的諸制度への適用において手続的正義が重要な役割を果たしている。

第4に、実質的正義である。これは、実定法の内容や判決等の具体的な法的決定内容の正当性を評価・判定する実質的な価値規準のことである。一般に、法についての正義の問題が論じられる場合、この実質的正義の議論が展開されている場合が多い。実質的正義の問題は、法の合目的性に取り込まれるといった見解（ラートブルフ）もあるが²¹、近時は、法的な権利・義務あるいは社会的・経済的な利益・負担の適正な割当てを規制する特殊な価値原理であると捉える見解（ロールズ、ハート）が有力とされる²²。

2. 分配的正義と矯正的正義——実質的正義の二類型

前述したとおり、本稿では、正義論を法制度の評価規準として援用する。こうした目的にとって適合的な正義概念は実質的正義の観念である。実質的正義に関する議論は、それが問題とする社会関係の場面に応じて、さらに分配的（配分的）正義論（distributive justice）²³と矯正的正義論（corrective

¹⁷ 以下の各正義概念に関する説明は、田中・前掲注4）317～326頁の記述に負う。笹倉秀夫『法哲学講義』（東京大学出版会、2002年）111～131頁、亀本・前掲注6）第8章も参照。

¹⁸ アリストテレス〔朴一功訳〕「第5巻 正義と不正」『ニコマコス倫理学』（京都大学学術出版会、2002年）195頁以下。アリストテレスの正義論について詳しくは、岩田靖夫『アリストテレスの倫理思想』（岩波書店、1985年）第7章、小沼進一『アリストテレスの正義論』（勁草書房、2000年）、亀本・前掲注6）433～457頁を参照。

¹⁹ G・ラートブルフ〔田中耕太郎訳〕『ラートブルフ著作集第1巻：法哲学』（東京大学出版会、1961年）第7章・第9章。

²⁰ ラートブルフ・前掲注19）。

²¹ ラートブルフ・前掲注19）。

²² H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW (1961)〔矢崎光圀監訳『法概念』（みすず書房、1976年）〕、TJR §1・2・邦訳6～16頁。

²³ なお、「distributive justice」については、「分配的正義」よりも「配分的正義」と訳されることのほうが多いかもしれない。しばしば「配分」と「分配」とは互換的

justice) とに整理することができる²⁴。

分配的正義とは、社会の構成員間の利益と負担の割当てに関する配分関係における正義のことである²⁵。一般に分配的正義は、その倫理的な評価基準を「各人にその α に応じて」という形で定式化することが多く、そうした具体的基準 α としては、例えば功績原理(desert principle)や必要原理(needs principle)が挙げられる。このような分配的正義は、近代法の公法・私法二分論の下では、公法の正義とされ、法外在的な立法者の正義であるとされる。

一方、矯正的正義とは、社会の構成員全体に関わる一定の分配的正義を前提としつつも、分配的正義の問題とは区別された次元の正義のことであり、侵害に対する賠償・救済・制裁など、特定個人間の利得と損失の調整に関わる正義のことである²⁶。これは、先の二分論の下では、私法の正義とされ、法内在的な裁判官の正義であるとされる。もっとも、現代法の展開に伴って公法と私法の融合化が進展し、とりわけ私法領域では分配的正義の影響が強まっているとされる²⁷。

に用いられる。ただ、本稿が主に参照するロールズの著作においては、どの財・サービスがどこに行くかという観点から言及される「配分」(allocation)と、誰がどれだけ手に入れるかという問題である「分配」(distribution)との区別が強調されていることから、市場における財の配置の効率性を問題としているのではないことを明確にするためにも、本稿では、「分配的正義」という表現を用いることにしたい。なお、尾形・前掲注7)63頁も参照。

²⁴ こうした整理の淵源は、一般にアリストテレスにまで遡るとされる。アリストテレスは、正義の概念を、全体的な正義(広義の正義)と部分的な正義(狭義の正義)とに区別し、前者の正義は徳全般のことであるとしたうえで、後者の正義概念についてさらに2つに区分している。すなわち、1つは、ポリスの市民間における名誉や財産などの配分に関わり、各人の価値に応じて異なりうる幾何学的比例関係に基礎をおく分配的(配分的)正義であり、もう1つは、市民間の相互交渉における不均衡の回復に関わり、関係者の価値を考慮に入れない算術的比例関係に基礎をおく矯正的正義である。アリストテレス・前掲注18)195頁以下参照。

²⁵ 田中・前掲注4)320～321頁。

²⁶ 田中・前掲注4)321頁。

²⁷ 現代社会における私的保険メカニズムの普及や社会保障法の存在に着目し、不法行為法の主要な制度目的を、矯正的正義に基づく被害者の損害填補ではなく、事前

前述したとおり、本稿の主眼は、知的財産権制度の正当性を評価する点にあるので、本稿では、国家の立法行為が適正なものであるかどうかの評価基準となる分配的正義論に注目することにした。

第2款 法制度の評価基準としての分配的正義論

1. 分配的正義の観念に基づく具体的な正義構想の選択方法

それでは、知的財産権制度の評価基準として、どのような分配的正義論を参照するのが適切であろうか。分配的正義の観念に基づく具体的な正義構想としては多様なものが想起される。また、それらの正義構想が互いに対立・競合することも考えられる。そのような状況において、我々は、知的財産権制度の評価基準として適合的な正義構想をいかにして選択することができるのか。この問題を考えるにあたっては、正義構想の選択方法に関する議論に目を向けることが有益であると思われる。法哲学の文献では、そのような選択手法として次の3つの方法が提示されている²⁸。

第1に、理念的規制導出論である。これは、複数の異なった正義構想に通底する正義概念を導出して、それを評価基準とする方法である。例えば、井上教授は、当事者の個的同一性による規範的判断の差別化の排除を要請する「普遍主義的要請」(具体的には、フリーライダーの排除、二重基準の排除、権利の公共性、集団エゴイズムの抑制)をそのような正義概念の一例として挙げている²⁹。

第2に、文脈的構想選択論である。これは、特定の法体系について、それが特定の正義構想にコミットしていることを示し、そうした特定の法体系との原理的整合性という文脈に照らして評価基準の導出を試みる方法である。この方法による場合、いかなる点を捉えて当該法体系の基盤をなす正義構想とみなすかについては争いが生じうるが、特定の法体系との整

のインセンティブ論に基づく加害行為の抑止に見いだす研究として、森田果＝小塚莊一郎「不法行為法の目的―損害填補は主要な制度目的か」NBL874号10頁(2008年)。小林公『合理的選択と契約』(弘文堂、1991年)第2・4章も参照。

²⁸ 井上・前掲注16)13～15頁。

²⁹ 詳しくは、井上・前掲注16)16～23頁を参照。

合性という評価の足場をもつため、次の普遍的構想選択論よりも論争性は小さいとされる。

第3に、普遍的構想選択論である。これは、特定の正義構想が最善のものであることを示し、当該正義構想を評価基準として選択する方法である。例えば、自然権論における自然法原理や功利主義／帰結主義理論における富の最大化原理、あるいは公正としての正義論における正義の二原理を、いわば優越的な正義構想として選択し、法の指導原理とする場合などがこれに含まれる。普遍的構想選択論は、法制度の評価基準の同定を、競合する正義構想のいずれが優れているかという一般的な政治道徳問題に全面的に依存させているため、その論争性を免れることはできないとされる。

2. 本稿における正義構想の選択

以上の議論からも明らかなように、理念的規制導出論を別とすれば、文脈的構想選択論によるにせよ、普遍的構想選択論によるにせよ、知的財産権制度の評価基準としていかなる正義構想が妥当かは、その選択が政治道徳的次元の評価を含むものである以上、論争を避けて通ることはできない。そうした正義構想選択の論争性や正義観念の多義性に留意しつつ、本稿では、ロールズの〈公正としての正義〉の構想を1つの参照軸として選択しようと考えている。確かに、ロールズ自身はその著作の中で知的財産権の問題について触れているわけではない。けれども、先行研究の多くはロールズに着目している。ロールズの正義構想が知的財産権制度の評価基準として有益であると思われる理由は何か。

それは、ドラホスが指摘しているように、普遍的構想選択論としてみた場合、ロールズの正義論が、i) 原初状態の住人という仮想的な人々の取決めに依存しており、形而上学の観点からみれば自然権論よりも問題が少ないこと、ii) 功利主義理論と異なり、極めて難解で複雑な費用便益計算に依存していないこと、iii) 強力でア・プリオリな規範的切れ味を有していること、さらには、iv) そのリベラルな系譜から財産権に反対するような性質を有していないことである³⁰。これが、本稿がロールズの〈公正としての正義〉論を1つの参照軸として選択する理由である。

³⁰ DRAHOS, *supra* note 8, at 172.

第2節 国内正義論と知的財産法制度

第1款 ロールズの〈公正としての正義〉論³¹

それでは、法制度の評価基準としてのロールズの〈公正としての正義〉論とは、どのようなものであろうか。以下では、まず、ロールズの理論体系における正義原理の役割を明らかにすることから始めよう。続いて、正義原理の内容について検討することにした。

1. 社会の基本構造の統制原理としての正義原理

ロールズの正義論の主要な関心は、社会の基本構造 (the basic structure of society) が基本善 (primary goods) ——すなわち、さまざまな社会的条件と汎用的手段であって、市民が正義感覚と善の構想への道徳的能力を適切に発達させ十分に行使することを可能にし、かつ、各自の善の構想を追求するために一般的に必要なもの——を分配するその仕方に向けられている。ロールズは具体的に次のような基本善のリストを掲げている³²。

³¹ ロールズの〈公正としての正義〉論に関しては、数多くの研究が存在するが、本稿では主に、田中成明『法理学講義』(有斐閣、1994年) 227～235頁、同・前掲注4) 385～401頁、川本隆史『ロールズ—正義の原理』(講談社、1997年)、田中ほか・前掲注2) 256～279頁 [平野仁彦執筆]、中山・前掲注2) 102～111頁、服部高宏「福祉国家の正義論」平井編・前掲注6) 43～62頁、渡辺幹雄『ロールズ正義論の行方 (増補新装版)』(春秋社、2000年)、同『ロールズ正義論再説』(春秋社、2001年)、大日方・前掲注7)、伊藤恭彦『多元的世界の政治哲学：ジョン・ロールズと政治哲学の現代的復権』(有斐閣、2002年)、福岡聡『ロールズのカント的構成主義』(勁草書房、2007年)、亀本・前掲注6) 523～547頁、C・クカサス＝P・ペティット [山田八千子＝嶋津格訳]『ロールズ「正義論」とその批判者たち』(勁草書房、1996年)を参照した。井上・前掲注6)『共生の作法』133～137・177～182頁に記された批判的検討も示唆的である。

³² JFR § 17. 2・邦訳101頁。

基本善のリスト	解説
基本的な諸権利・自由	二つの道徳的能力を適切に発達させ、十分な情報に基づき十分に行使するために必要不可欠な制度的条件
移動の自由と職業選択の自由	多様な機会を背景とし、さまざまな種類の目的の追求を許し、また、それらの目的を修正・変更する決断を実効的にするもの
権威と責任のある職務と地位に伴う諸々の権力・特権	各人の自制心を養い、社会的な役割を成し遂げるために必要とされるもの
所得と富	交換価値をもつ汎用的手段であって、人生の目的の実現に一般的に必要とされるもの
自尊の社会的基盤	市民が自分の人格としての価値について生き生きとした感覚をもち、各自の目的をもって推進するために通常不可欠な基本的制度

ロールズのいう社会の基本構造とは、主要な社会制度——すなわち、政治の基本組織および経済・社会の重要な制度編成——が各市民の基本的な権利と義務を配分し、社会的協働の生みだした相対的利益の分配を決定する方式のことである³³。

それでは、なぜ社会の基本構造が正義論にとって主たる問題なのか。ロールズはその理由を次のように説明している。「例えば、思想の自由や良心の自由を法律で保護すること、競争的な市場、生産手段の私的所有、および一夫一婦制の家族が主要な社会制度の実例をなす。それらが総体としてひとつの制度枠組みを形成しているため、主要な諸制度は人間の権利と義務を規定するとともに、人びとの暮らしの見通し（予期しうる自分たちの生活状態および希望しうる自分たちの暮らし向き）に対して影響を及ぼす。社会の基本構造が有する影響力がきわめて深甚であり社会生活のスタート地点からその影響力が存在しているという理由でもって、基本構造が正義の第一義的な主題となる。」³⁴

³³ TJR § 2・邦訳10～11頁。

³⁴ TJR § 2・邦訳11頁。

かくして、ロールズは、政治の基本組織と経済・社会のシステムが、市民の基本的な権利と義務をどのように割り当て、社会的な協働から生じる利益と負担をどのように分配するのかという決定方式を、社会正義の諸原理によって統制する必要があると主張するのである。このように、ロールズにおいては、社会正義の諸原理は社会の基本構造の統制原理として機能するものである。そして、それらの正義原理は、社会的諸制度に適用される段階においては、制定される憲法および立法の制度編成についての評価・統制規準として機能するものである³⁵。

それでは、ロールズの提示する社会正義の諸原理とは、具体的にどのようなものであろうか。項を改めて検討することにしよう。

2. 正義原理の内容

ロールズによれば、正義に関する比較的一般的な構想とは、次のようなものである。すなわち、「すべての社会的な諸価値——自由と機会、所得と富、自尊の社会的諸基礎——は、これらの一部または全部の不平等な分配が各人の利益になるのでない限り、平等に分配されるべきである。」³⁶ したがって、この構想を前提とすれば、不正義とは、「全員の利益とならない不平等」のことだということになる³⁷。

³⁵ TJR § 31・邦訳266頁以下によれば、正義原理の採択とその社会制度への適用は、4段階の順序の枠組みで行われる。すなわち、原初状態での正義原理の選択、憲法制定会議、立法段階、個別事例におけるルール適用ないし遵守、という4段階である。このうち、正義の第一原理（平等な基本的諸自由）は、憲法の必須事項を規定した最も重要な規準として、憲法制定会議の段階で適用される。一方、正義の第二原理（機会の公正な平等および格差原理）は、平等な基本的諸自由という第一原理が維持されていることを条件として、立法段階で適用される。

第1段階	原初状態における正義原理の選択の段階	
第2段階	憲法制定会議の段階	正義の第一原理による統制
第3段階	立法段階	正義の第二原理による統制
第4段階	個別事例におけるルール適用ないし遵守の段階	

³⁶ TJR § 11・邦訳86頁。

³⁷ TJR § 11・邦訳86頁。

もつとも、ロールズによれば、こうした正義の一般的な構想は、非常に曖昧なものであって、法体系の基礎づけとなる根本規範の内実を確定するうえで未だ不十分なものである。そこで、これを正義の原理へと定式化する必要がある。そのようなロールズの試みが、いわゆる「正義の二原理」の定式化である。

正義の二原理の内容は、70年代の著作と80年代以降の著作とでは若干の変化がみられるが³⁸、最終的に2001年に公開された『公正としての正義：再説』では次のように定式化されている³⁹。

＜第一原理＞

各人は、平等な基本的諸自由からなる十分適切な枠組みへの同一の侵すことのできない請求権をもっており、その枠組みは、全員にとって同一の諸自由の枠組みと両立するものである（平等な基本的諸自由）。

＜第二原理＞

社会的・経済的不平等は、次の2つの条件を充たさなければならない。

第1に、社会的・経済的不平等が、機会の公正な平等という条件のもとで全員に開かれた職務と地位に伴うものであるということ（機会の公正な平等）。

³⁸ これは、正義の第一原理の定式化に関して、ロールズは当初、「最も広範な基本的諸自由への全体系への平等な権利」という表現を用いていたが、ハートから、自由の範囲・量の最大化と平等との関係性や基本的諸自由間の相互調整基準の不明確性などの問題点を指摘され(H.L.A. Hart, *Rawls on Liberty and Its Priority*, 40 U. CHI. L. REV. 551 (1973) [小林公＝森村進訳「ロールズにおける自由とその優先性」『権利・功利・自由』(木鐸社、1987年)第7章])、これを受けて第一原理の定式化の表現を改めたためである。ロールズは、その著作の中で、「公正としての正義の再説を試みる本書でなされた修正のうちで、ハートの批判に応えるためにせざるをえなかった修正よりも重要なものはない。」と認めている(JFR § 13. 1, n.2・邦訳364頁注2))。ハートの批判に対するロールズの応答として、John Rawls, *The Basic Liberties and Their Priority*, in POLITICAL LIBERALISM, 289-371 (1993) を参照。

³⁹ JFR § 13. 1・邦訳75頁。

第2に、社会的・経済的不平等が、社会のなかで最も不利な状況にある構成員にとって最大の利益になるということ（格差原理）。

(1) 正義の第一原理

ロールズの正義の第一原理は、「平等な基本的諸自由」(equal basic liberties)である。この第一原理は、平等な基本的諸自由からなる十分適切な体系を、すべての市民に不可侵の権利として平等に保障することを要求するものである。

それでは、平等な基本的諸自由とは何か。ロールズにとって、平等な基本的諸自由とは、自由で平等な人格がもつ2つの道徳的能力——すなわち、正義感覚への能力と善の構想を形成するための能力——の適切な発達と十分な行使にとって不可欠な諸権利および諸自由のことである⁴⁰。

ロールズは、具体的に次のようなリストを掲げて平等な基本的諸自由を特定化している⁴¹。

基本的諸自由のリスト	具体例等
政治的諸自由	投票権、公務就任権など
言論および集会の自由	報道の自由を含む
思想および良心の自由	信教の自由を含む
人身の自由	心理的抑圧および身体への暴行・損傷からの自由を含む
個人的財産を保有する権利	動産を保有する権利 住居や私有地など一定の不動産を保有する権利も含む ⁴²
法の支配により規律される自由	恣意的な逮捕や捜索・押収からの自由など

⁴⁰ ロールズは、自由で平等な人格にとって2つの道徳的能力の行使が必要となる場面として、次の2つの場面を挙げている。1つは、基本的諸制度と社会政策が正義に適用かどうかを判断するために道徳的能力が行使される場面であり、もう1つは、我々の善の構想を追求するために道徳的能力が行使される場面である。JFR § 13. 4・邦訳79～80頁。

⁴¹ TJR § 11・邦訳84～85頁。

⁴² JFR § 32. 6, n.36・邦訳378頁注36)。

このリストに掲げられている権利および自由は、いわゆる自由権的な基本的人権とみなされている権利・自由であって、歴史的にも多くの立憲民主政体において保障されてきたものである。もっとも、ロールズは、基本的諸自由のリストの構成をあくまで人格の道徳的能力と関連づけて基礎づけている。

例えば、平等な政治的諸自由や思想の自由は、社会の基本構造や社会政策が正義に適っているかどうかを判断する際に、市民がその正義感覚を十分かつ効果的に行使できるような機会を保障するものである点に⁴³、また、良心の自由や結社の自由は、市民が善の構想を形成し、修整し、合理的な方法で追求する際に、その道徳的能力を発達させ行使できるような機会を保障するものである点に⁴⁴、さらに、個人的財産を保有する権利は、道徳的能力の適切な発達と行使にとって不可欠の、個人的な独立と自存の感覚に対して十分な物質的基礎を提供し、自尊の社会的基盤を形成する点に⁴⁵、その基本的諸自由としての地位の基盤を見いだしている。

(2) 正義の第二原理

続いて、正義の第二原理は、人々の人生の暮らし向きにおける社会的・経済的不平等の許容条件を定めた原理である。それは、さらに2つの原理に分かれる。

i) 機会の公正な平等

1つは、「機会の公正な平等」(fair equality of opportunity)と呼ばれる原理である。これは、いわゆる「自然本性的自由の体系」(the system of natural liberty)における機会の形式的平等——すなわち才能に応じた地位と職——がもっている欠陥を是正することを目的として導入された原理であるとされる⁴⁶。この目的を実現するために、機会の公正な平等は、公職お

よび社会的地位が形式的な意味で開かれているだけでなく、そうした職および地位につく公正な機会が全員に与えられていることを要求する。

それでは、ここでいう公正な機会とは何を意味するのか。ロールズによれば、それは、同じような能力と才能をもっている人々は、社会のどの部分に属そうとも、同じような人生を切り拓く可能性をもつべきだということである⁴⁷。より具体的にいえば、生来の資産の分布が定まっているものとして、才能と能力が同一の水準にありそれらを活用しようとする意欲も同程度にある人々には、出身階層、つまり自分が生まれ、分別のある大人になるまで過ごした社会階層の如何にかかわらず、同等の成功の見通しを与えられなければならないということである⁴⁸。ロールズはこれを「リベラルな平等」(liberal equality)と呼んでいる。

ii) 格差原理

もう1つは、「格差原理」(difference principle)と呼ばれるものである。格差原理によれば、人生の見通しに関する社会的・経済的不平等は、それが社会の中の最も不利な状況にある構成員の利益を最大化するものでない限り、許されない。

ロールズによれば、この格差原理は、社会に分配されるべき多様な基本善のうちの、富や所得といった社会的・経済的基本善に関するものである⁴⁹。それゆえ、格差原理にいう「社会的・経済的不平等」とは、社会的な協働から生じる富や所得の分配に対する諸個人の期待の不平等のことを意味するものと解される。同様に、「最も不利な状況にある構成員」とは、富や所得の分配が最も見込めない階層に属する人々（つまり、そうした経済的有利性の分配に対する期待が最も低い諸個人）のことを意味するものと解されている⁵⁰。したがって、格差原理とは、富や所得といった経済的有利性を獲得する人生の見通しに関する不平等については、そうした獲得の見通しにおいて生まれつき不遇な暮らし向きにおかれた諸個人の

⁴³ JFR § 13. 4、§ 32. 4・邦訳79・198頁。

⁴⁴ JFR § 13. 4、§ 32. 4・邦訳79・199頁。

⁴⁵ JFR § 32. 6・邦訳201頁。

⁴⁶ TJR § 12・邦訳98～99頁。

⁴⁷ TJR § 12・邦訳99頁。

⁴⁸ JFR § 13. 2・邦訳76～77頁。

⁴⁹ TJR § 16・邦訳128～134頁。

⁵⁰ JFR § 17. 3・邦訳102頁、大日方・前掲注(7)154～155頁。

利益に最大限に寄与するものとならない限り、正当化しえないとする規準である、ということができよう。

(3) 正義の二原理の優先関係

ロールズによれば、以上の正義の二原理には適用上の厳格な優先ルールが存在し、「二つの原理は、第一原理が第二原理に先行するという逐次的順序に従って配列されなければならない」という⁵¹。その意味するところは、「第一原理が保護する平等な基本的諸自由の侵害は、社会的・経済的利益の増大によって正当化されえない（あるいは補償されえない）」ということである⁵²。

平等な基本的諸自由と社会的・経済的利益とのトレード・オフを禁止するこの原則は、一般に「自由の優先ルール」と呼ばれている。ロールズの正義論は功利主義への対抗軸を意図して提示されたものであったが、基本的諸自由に対して、社会全体の福利の増進につながる場合であっても侵すことのできない優越的地位を保障する点に、そうした意図をみて取ることができる。

もっとも、自由の優先ルールは、基本的諸自由の絶対的な保障を意味するものではない。ロールズいわく、基本的諸自由には「中枢をなす適用範囲があり、その範囲内では他の基本的な自由と対立する場合にのみ、自由が制限・削減されうる。自由が相互に衝突するときには制限を受け入れるのであるから、基本的諸自由のどれひとつとして絶対的なものではない」からである⁵³。

また、第二原理の中でも優先ルールが規定されており、機会の公正な平

等が格差原理に優先するとされる。そして、平等な基本的諸自由、機会の公正な平等、格差原理という正義原理の社会的制度への適用にあたっては、各優先ルールの遵守が要請され、優先する原理の諸要求がすべて充足されて初めて劣後する原理が適用されることになる。それゆえ、平等な基本的諸自由が維持されていることを条件として、公正な機会均等の条件が満たされている場合に初めて、社会の基本構造の制度編成において、最も不利な状況にある人々の長期的な期待を最大化するような社会・経済政策が要請されることになるのである⁵⁴。

3. 小括

以上のように、ロールズの〈公正としての正義〉は、基本的諸自由の公正な価値の保障と機会の公正な平等によって自由と平等の実質的調和を図りつつ、格差原理によって社会的・経済的不平等を規律しようとするものであり、リベラルで平等主義的な正義構想であるといえることができる。

⁵¹ TJR § 11・邦訳85頁。

⁵² TJR § 11・邦訳85頁。例えば、ロールズは次のような事例を挙げて説明している。「平等な政治的諸自由をある種の集団に対して許否することは、その集団にそうした政治的諸自由を与えると、経済成長や経済効率のために必要な諸政策の遂行が阻止される可能性があるという根拠があっても許されない。」JFR § 13.5・邦訳81頁。

⁵³ TJR § 11。ただし、「相互調整の結果、複数の自由がひとつのシステムをどのように形成するにいったとしても、そのシステムはすべての全員にとって同じものとならねばならない。」とされる（TJR § 11）。

⁵⁴ TJR § 31・邦訳270～271頁。