



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	知的財産権の正当化根拠論の現代的意義 (8)
Author(s)	山根, 崇邦
Citation	知的財産法政策学研究, 39, 265-291
Issue Date	2012-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/51544
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ39_009.pdf



知的財産権の正当化根拠論の現代的意義 (8)

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 (以上、第34号)

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、第37号)

第2款 知的財産法制度への適用

第3款 小括 (以上、本号)

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 知的財産法制度への適用

本稿第I部では、知的財産法制度が、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排他的利用権を創設し、人々の情報財利用を法的に制約して人為的な希少性——すなわち人々の行為自由への国家の干渉パターン——を作り出す必要があるのは何故か、という分析視角から、原理的な考察を進めてきた。そして本章では、正義論を取り上げて検討を進めてきた。前号においては、法制度の評価規準となる分配的正義の理論、とりわけロールズの〈公正としての正義〉論の概要を、正義原理の役割およびその内容を中心にまとめた¹。それでは、〈公正としての正義〉論を規準とした場合、人々の行為自由への国家の干渉パターンを生み出す知的財産法制度は公正な法制度と評価しえるだろうか。本章では、この問題について取り組む。

こうした問題を考えるうえで手がかりとなるのは、ロールズの正義原理に基づく法体系の構想である。ロールズは、平等な基本的諸自由と社会的・経済的不平等に関する規準からなる正義の二原理を制度化した公正な法体系の構想を提示している。ロールズの正義の二原理に基づく公正な法体系とは、どのようなものであろうか。

ロールズは、正義の二原理を法体系として制度化する手法として、4段階適用論を展開している。それによれば、第1段階の原初状態において採択され定式化された正義の二原理は、続く憲法制定段階において具体化され、正義に適う憲法典が編纂される。続く立法段階では、そうした憲法典に基づく法律や政策が体系的に制度化される。そして最終段階では、裁判

官や行政官により具体的な事例へのルール適用が行われ、市民一般によりルールが遵守されることで、最終的な具体化が図られるのである²。

このような4段階適用論の構造に即して正義の二原理の機能を整理すれば、次のようになる。すなわち、正義の第一原理は、憲法典に必ず明記すべき事項を規定した最も重要な規準である。それは主に憲法制定段階において考慮される。次に、第二原理は、社会的・経済的領域における不平等に関する政策規準として機能し、特に立法段階において考慮される。そして、これら二原理に基づく法体系の構想においては、厳格な優先順位のルールが適用される³。その結果、第一原理が第二原理に辞書的な意味において常に優先し、また第二原理の中では、機会の公正な平等原理が格差原理に常に優先することになる。

こうした厳格な優先順位のルールを前提とすれば、立法段階における法政策は、平等な基本的諸自由を侵害するものであってはならないことになろう。かりに社会公共の利益の増進に資する立法政策であるとしても、個人の基本的自由を侵害するような立法は、ロールズの法体系の下では正当化されえないのである⁴。基本的自由と社会的・経済的利益とのトレード・オフを禁止するこの原則は、自由の優先ルールと呼ばれている。

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。基本的諸自由が相互に衝突する場合には、基本的自由といえども制限を受けるのである⁵。

¹ 本稿において、ロールズの著作を引用する際には、次のような略語を用いる。①「TJ」(JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971) [矢島鈞次監訳『正義論』(紀伊国屋書店、1979年)]、②「TJR」(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)]、③「PL」(JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM (1993))、④「JFR」(JOHN RAWLS, JUSTICE AS FAIRNESS: A RESTATEMENT (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)]。また、引用箇所の特記にあたっては、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。

² TJR§31・邦訳266頁。長谷部恭男『続・Interactive憲法』(有斐閣、2011年)65頁は、ロールズの正義論の主要なテーマは結局のところ「公正な社会はどのような憲法を持つべきか」というものであると指摘している。

³ TJR§11・邦訳85頁。

⁴ 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拒否することは、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。

⁵ 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たったとしても、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・邦訳85頁。

1. 正義の第一原理に基づく知的財産法制度の正当化

それでは、以上のようなロールズの法体系の構想に照らして、人々の自由領域への国家の干渉パターンを生み出す知的財産法制度は公正な法制度といえるだろうか。まず考えるべきは、知的財産法制度と正義の第一原理（憲法原理）との関係である。もし知的財産法制度が市民の基本的諸自由を十全に保護する法制度であるとすれば、それはロールズの法体系の下で、公正な法制度と評価されるだろう。逆に、もし知的財産法制度が市民の基本的諸自由の侵害を惹起する法制度であるとすれば、それは不公正な法制度と評価されるだろう。

(1) 基本的自由に基づく知的財産権の正当化

1つの見解は、自己の知的創作物を排他的に利用する権益は憲法上保障されるべき基本的自由であり、知的財産権の保護を通じてそうした基本的自由の保障を実現する知的財産法制度は公正な法制度と評価できるというものである。このような見解をとる論者として、例えばマージェスを挙げるができる⁶。

マージェスは、自己の知的創作物を排他的に利用する権益が基本的自由とみなしうかどうかについて、そうした権益が基本的諸自由のリストにおける「個人的財産を保有する権利」の射程に含まれるかどうかに関心を絞って分析している。

ロールズにおいて、「個人的財産を保有する権利」が憲法上の基本権とみなされる理由は、それが個人の生存や自律と関連しており、人格の独立を促し自尊心の物質的基礎を提供するものだからである⁷。マージェスは、この規準に照らして精査すれば、自己の知的創作物を保有し排他的に利用する権益は、基本的で本質的な権利とみなしうとする。なぜなら、そうした権益は、人格の個性や自律のニーズと密接に関連するものであり、また、個人がクリエイティブな力を活かして独立し、その後の充実したキャ

リアを達成するための基盤を提供するものだからである⁸。そして、もしこのように自己の知的創作物を排他的に利用する権益が基本的諸自由の体系の一部を構成するとすれば、そうした権益を制度的に保障する知的財産法の枠組は、第一原理の要請を満たす公正な法制度であるということができるとマージェスは主張している⁹。

以上を要するに、「知的財産が個人的財産としての性質を有すること、そしてまた、知的財産権が個人の人格や個人の自律のニーズと密接に関連していること」に鑑みれば、「知的財産権は、明らかに、基本的で本質的な財産権という数少ない権利の一部」であり、「秩序だった社会における『基本的諸自由の体系』の一部を構成する」ものである、というのがマージェスの見解である¹⁰。

(2) 基本的自由に基づく知的財産権の正当化の批判的検討

しかし、このような見解に対しては、次のような批判が考えられる。

(i) 「個人的財産を保有する権利」の本質的価値との抵触——批判的検討その1

1つは、自己の知的創作物を排他的に利用する権益が基本的自由とはいえないという批判である。

⁸ マージェスによれば、知的財産法制度によって生みだされるインセンティブが原因で作者と利用者との間に、知的創作物の利用機会をめぐる不平等な分配が起こりうるが、そのようなインセンティブは創造力豊かな人たちに職業の選択肢を与え、仕事で充実感を得るために必要なものである。したがって、原初状態にある人は、最終的に、オリジナリティに基づく自由と自律性は極めて重要な価値を有しており、根本的な自由の1つとしてみなされるべきだということを理解するはずだという。それゆえ、知的創作物の保護によって分配上の不平等が生じるとしても、やはり公正な社会はすべての市民に認められる基本的諸自由の権利の1つとして知的財産権を保障することに同意するはずだ、というのがマージェスの見解である。

MERGES, *supra* note 6, at 110-112.

⁹ *Id.*, at 110, 117.

¹⁰ *Id.*, at 117.

⁶ ROBERT P. MERGES, JUSTIFYING INTELLECTUAL PROPERTY, chapter 4 (2011).

⁷ PL, LECTURE VIII §2, at 298; JFR §32.6・邦訳201頁。

本稿で強調してきたように、知的財産権と通常の財産権との間には、無体物と有体物の性質の相違から導かれる本質的な差異がある。つまり知的財産権は、通常の財産権に比べると、予測可能性が低く、創作的表現や技術的思想を取り巻く公衆の活動領域に不意に立ち入り、人々の消極的自由に干渉するという性質を有しているのである。これは、知的財産権が本来消費において競合しない無体物を法的に人工的に囲い込む権利であり、しかもそうした権利の主体や権利範囲を公衆に告知する公示機能が有効に働いているとはいいい難いこと等に起因するものである¹¹。

このような知的財産権の性質は、創作者の自律を保護する一方で他者の自律を脅かすものであって、すべての市民に等しく優先的に保障されるべき基本的自由の本質的価値と整合するものとはいいい難い。そうだとすれば、自己の知的創作物を排他的に利用する権益を、「個人的財産を保有する権利」の射程に含めて基本的自由とみなすことは、難しいように思われる¹²。

¹¹ 有体物と無体物の性質の違いから導かれる知的財産権の特徴に関しては、拙稿「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(1)」知的財産法政策学研究28号207～223頁(2010年)を参照。

¹² これに対し、マージェスは、知的財産権がかりに「個人的財産を保有する権利」に含まれないと解する場合でも、ロールズが基本的諸自由から「個人的財産を保有する権利」以外の財産権をすべて排除したのは誤りであると主張している。とりわけ知的財産は、公正な社会の基本構造によって保障されるべき、功績に値する生産的財産であり、それは個人の自律を強化するものでもある。したがって、知的財産は、ロールズ流の枠組の下では個人的財産と生産的財産のハイブリッドな性質を有する財産として位置づけられ、正義の第一原理によって保障されるべき基本的自由の1つとしてみなすことが可能であるとしている。MERGES, *supra* note 6, at 364 n.91.

しかし、本文で述べたように、本稿の分析視角からすれば、知的財産権が基本的自由の1つとみなすことができるかどうかを考えるうえで、権利者以外の者の自律を不意に脅かすという知的財産権の性質を看過することはできないように思われる。これに関連して、著作権の正当性を著作者の自律の保護によって基礎づけようとする試みが、他者の自律の毀損という事態に直面し、議論が袋小路に入り込みやすいことを指摘する、Jeremy Waldron, *From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property*, 68 CHL.-KENT. L. REV. 841, 876-877 (1993)も参照。

(ii) 対抗権益との調整の必要性——批判的検討その2

もう1つは、かりに自己の知的創作物を排他的に利用する権益を基本的自由とみなしうとしても、それと衝突する他の基本的自由が存在する場合には、両権益の調整を図る必要があるから、そのような可能性についての検討が不可避なはずだという批判である。そのような対抗権益としては、例えば、情報の自由や言論の自由、身体・生命・健康の自由などが考えられよう。

ア) 情報の自由

創作的表現や技術的思想といった知的創作物は一種の情報ということができるどころ、情報に自由にアクセスして交換を行う権益の意義を強調するのがドラホスである¹³。ドラホスによれば、情報は人生の見通しや人生計画の遂行にとって不可欠な基本善であり、人的資本の蓄積にとっても極めて重要なものである。それゆえ、情報に自由にアクセスして交換を行う権益は、「言論の自由」と同様に、社会の構成員の間で広く均等かつ優先的に分配されるべき基本的自由の一種であるとする。ドラホスは、これを「情報の自由」と呼んでいる。

このような理解を前提とすれば、かりに知的財産権が「個人的財産を保有する権利」として基本的自由の一種とみなしうとしても、市民の情報の自由をみだりに犠牲にするような態様で財産権制度を構築したり、財産権の保護を拡大したりすることは、ロールズの正義の第一原理に照らして正当化しうるものでないと指摘している¹⁴。

ドラホスは、このような問題意識を反映する一例として、政府が政治的な文書について著作権を取得し、それらの文書が報道機関により公表されるのを阻止するために著作権を行使するような場合を挙げている¹⁵。この

¹³ PETER DRAHOS, A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY, chapter 8 (1996).

¹⁴ *Id.*, at 178.

¹⁵ 具体的には、Commonwealth of Australia v. John Fairfax & Sons Ltd. [1980] 147 CLR 39, 32 ALR 485を挙げている。本件の当事者は、原告がオーストラリア連邦政府、被告が報道機関のジョン・フェアファックス・アンド・サンズ社である。被告は、『1968-1975年 オーストラリア外交・防衛政策に関する資料』と題する書籍を入手し、自社が発行する「The Age」紙と「The Sydney Morning Herald」紙において、上

ような報道機関による公文書の利用は、公衆に重要な情報を提供するものであり、公的・政治的論争に寄与する面もあることから、その侵害判断にあたっては情報の自由の価値との衡量が欠かせない。このような状況において、財産権優越主義の思想に立脚し、財産権の侵害を理由に対抗権益との衡量の必要性を斥けることは、ロールズの法体系の下で正当化しうるも

記書籍に掲載された東ティモール危機および太平洋安全保障条約(A.N.Z.U.S. Treaty)に関する政府の外交・防衛資料を一部抜粋した新聞記事を数回にわたる連載記事形式で公表することを企画した。上記書籍に関しては、別の訴訟において著作権侵害が認定され、上記書籍の発行差止めの命令が出されたが、被告が連載第1回の新聞記事を公表したのは、当該判決の通知を受け取る前であった。これを受けて、オーストラリア連邦政府は、当該記事の中には、政府が著作権を有する機密資料や政治的にセンシティブな資料が含まれており、今後の連載記事の中でも含まれる可能性があるとして、著作権侵害を理由に、政府資料を利用した新聞連載記事の公表の差止めを求めて提訴した。裁判所は、著作権侵害に基づく政府側の請求を認容した。本判決の判断の批判的検討として、Jonathan Griffiths, *Copyright Law and Censorship: The Impact of the Human Rights Act 1998*, [1999] YEARBOOK OF COPYRIGHT AND MEDIA LAW 3, 5-6を参照。

類似の争点を扱った近時の英国の裁判例として、Ashdown v. Telegraph Group Ltd. [2002] Ch 149がある。この事件の当事者は、原告が英国自由民主党の元党首のアシュダウン(Paddy Ashdown)、被告が報道機関のテレグラフグループであった。1997年の総選挙においてブレア(Tony Blair)率いる労働党が勝利した。これを受けて、労働党と同盟関係にあった自由民主党の党首(当時)のアシュダウンが、総選挙後に、今後の政権運営や政治協力のあり方について、ブレア首相らと密談を行った。その際、アシュダウンは、密談内容をメモ書きしていた。アシュダウンは、党首辞任後に自己の回想録の中でそのメモの内容を載せることを計画し、出版関係者に守秘義務を前提としてメモを見せていた。そうしたところ、テレグラフグループがその発行する「Daily Telegraph」紙において、メモの5分の1程度の内容を記事にして公表した。これを受けて、アシュダウンは、当該メモの著作権侵害を理由に、メモの使用差止めと損害賠償を求めて裁判所に提訴した。裁判所は、テレグラフグループの上記使用行為はフェアディールに当たらないとして、著作権侵害を肯定した。本判決の紹介および評価として、ERIC BARENDT, FREEDOM OF SPEECH (2nd ed., 2005) [比較言論法研究会訳『言論の自由』(雄松堂、2010年)] 邦訳300～301頁、長谷部恭男「表現の自由と著作権」コピライト616号6頁(2012年)参照。

のではないというわけである¹⁶。

以上のように、ドラホスの議論では、基本的な財産権と情報の自由とが衝突する場合には、両権益の保護の調和が図られなければならないことが強調されている。

イ) 言論の自由

このような基本的自由同士の衝突調整のあり方について、著作権と言論の自由の関係を素材としながら考察を行うのがクートである¹⁷。

クートは、他人の著作物を利用して表現行為を行う権益が基本的諸自由のリストにおける「言論の自由」の射程に含まれることを前提としたうえで、著作権制度の下で、著作物利用者の言論の自由の侵害が問題となる場合があるかどうかを検証している。具体的には、著作権法が他人の著作物を利用した表現行為を一定の範囲で違法と評価し規律しているところ、そうした違法と評価される表現行為類型の中に、その本質上、言論の自由によって保護されるべきものが存在するのかどうかを精査している。その際、クートは、第一原理上の基本的諸自由の保護に関するロールズの2つの議論を参照している。

①基本的諸自由の統制と制限の区別論

1つが、基本的諸自由の「統制」(regulation)と「制限」(restriction)の区別論である。

ロールズによれば、言論の自由に対する統制の典型は、言論がなされる時間、空間、量、手段等に対する規律である。これに対し、言論の自由に対する制限の典型は、言論の内容に対する規律である¹⁸。ロールズによれ

¹⁶ DRAHOS, *supra* note 13, at 177-178. 上記のCommonwealth of Australia v. John Fairfax & Sons Ltd. [1980] 147 CLR 39, 32 ALR 485について、守秘義務違反を理由とした公表差止めの請求は斥けながら、著作権侵害を理由とした請求については認容する裁判所の結論を正当化するには、著作権には「財産権」というラベルが付けられているからだと説明するほかないと指摘する、BARENDT・前掲注15)邦訳305頁も参照。

¹⁷ Alexandra Couto, *Copyright and Freedom of Expression: A Philosophical Map*, in INTELLECTUAL PROPERTY AND THEORIES OF JUSTICE, 160-187 (Axel Gosseries, Alain Marcano and Alain Strowel eds., 2008).

¹⁸ ロールズは、言論の自由に対する統制と制限の区別について、次のような例を挙げて説明している。「例えば、自由な討論を取り上げれば、順番を定めるルールが、

ば、統制は、基本的諸自由を制度化する際に必要となるものであって広く許容されるが、基本的自由の制限が許容されるのは、他の基本的自由と衝突する場合に限られるとしている¹⁹。

そこでクートは、こうした区別論に基づいて、他人の著作物を利用した表現行為を規律する著作権法が、言論の自由に対する統制なのか、制限なのかを検証している。そして著作権法が、アイディア・表現形式二分論により、言論が表明される形式的特徴（特定の表現形式の利用）を規律するとどまり、言論によって表明される特定の思想や感情の内容に規律を及ぼすものではないことから、ロールズならば、著作権法の規律は統制であって、基本的自由を侵害するものではないと考えたのではないかと分析している²⁰。

もっとも、クート自身、別の箇所、表現形式が思想内容と密接に関連しており、形式が内容理解に影響を及ぼしているために、内容だけを抽出

それを統制するために不可欠である。すべての人が同時に発言することはできないし、それぞれ異なる目的のために、同一の公共施設を同時に利用することもできない。基本的諸自由を制度化する際には、相互に異なる利益を実現するときと同様、時間、空間、その他について、社会的な組織化と計画が必要となる。その際必要となる統制を、言論内容に対する制限——例えば、さまざまな宗教的・哲学的・道徳的・政治的教説を公に主張することの禁止、基本構造とその社会政策が正義に適っているかどうかに関連する一般的ないし特殊的事実について疑問を提起することの禁止——と取り違えてはならない。」JFR§32.2・邦訳196～197頁。『正義論（改訂版）』でも同様の説明がされている。「例えば、議論を統制するためには議事規則に関する一定のルールが必要であるから、審理や論争の妥当な手続きが受け入れられていなければ、言論の自由の価値は失われる。他方で、特定の宗教、道徳、もしくは政治の見解を抱いたり擁護したりするのを禁止することは、自由の制限であって、それ相応の判定が下されねばならない。」TJR§32・邦訳276頁。

¹⁹ 「基本的諸自由の調整については、その制限と統制とを区別する必要がある。それら諸自由が、1つの枠組への統合のために単に統制されている——統制されざるを得ないのだが——だけでは、基本的諸自由の優先性が侵されていることにはならない。」JFR§32.2・邦訳196頁。「基本的諸自由には中枢をなす適用領域があり、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。」TJR§11・邦訳85頁。

²⁰ Couto, *supra* note 17, at 178-179.

して利用することが難しい場合があること、また、ケネディ大統領暗殺のニュース報道のように、暗殺の事実内容を言葉で詳細に説明するよりも、暗殺場面を撮影した写真（特定の表現形式）を利用する方が、ニュースの内容が正確に伝わる場合もあることを認めている²¹。このように考える場合には、アイディア・表現二分論を根拠とするだけでは、著作権法の規律が言論の自由を制限するものではないと結論づけることが難しくなる。

②基本的諸自由の保護範囲論

そこでクートは、もう1つの議論である基本的諸自由の保護範囲論を参照している。

基本的諸自由のリストには単に「言論」の自由と記載されていることから、第一原理上、あらゆる言論が同等に保護されるかのようにもみえる。しかしロールズは、そのような同列の扱いはせず、基本的自由として優先的な保護を受けるに値する言論と値しない言論とを区別している。

ロールズによれば、ある言論が基本的自由の保護範囲に属するか否かは、それが道徳的人格の有する能力（正義感覚への能力および善の構想力）とどの程度本質的に関連するものであり、そうした能力の行使にとってどの程度必要な制度的手段であるのかによって決まる²²。例えば、私人に対する名誉毀損や喧嘩言葉、急迫違法な実力行使への煽動などの言論は、もはや基本的自由としての保護を受けるに値しないとする。なぜなら、私人の名誉を毀損する言論は、政治家等の公人に対する名誉毀損とは異なり、市民の公共的理性の自由な使用にとって全く重要でなく、私法上も違法とみなされるからである。急迫違法な実力行使への煽動を企てる言論もまた、演説者の政治的見解がどのようなものであれ、それは民主的な政治プロセスを破壊するようなものであって、法律上も犯罪とみなされるからである²³。

ここでは、基本的自由の保護範囲外にある言論を違法行為として法的に規制しても、そのことは言論の自由に対する侵害や第一原理上の問題を惹起するとは考えられていない。むしろ、法的規律が道徳的人格の能力と無

²¹ *Id.*, at 167-168.

²² JFR§32.4-32.5・邦訳198～200頁。

²³ JFR§32.5・邦訳200頁。

関係な言論について違法行為類型を定義づけることで、言論の自由の保護範囲の限界を画していると考えられているのである。

そこでクートは、このようなロールズの理論に照らして、著作権法の規律が言論の自由の保護範囲の限界を公正に画するものといえるのか、換言すれば、著作権法上違法とみなされる表現行為が言論の自由の保護範囲外にあるといえるのかどうかを検証している。具体的には、著作権法の規律が、保護対象、支分権、権利制限の3つの観点から言論の自由の保護範囲外とされる表現行為を定義づけ、もって他人の著作物の利用を伴う言論の保護領域を画している——すなわち、他人のアイディアを利用した言論、支分権に抵触しない態様で他人の表現を利用した言論、および支分権に抵触するが権利制限の適用を受ける態様で他人の表現を利用した言論の各領域の保護を明確にしている——と解されるところ、そのような保護領域外の違法行為類型に属する言論の中に、道徳的人格が有する能力と本質的に関連するものが存在しないといい切れるのか、精査している²⁴。

そして結論として、違法行為類型に属することが多いパロディ、風刺、批評などの言論類型に関しては、表現者の道徳的能力の行使と本質的に関連するものも存在し、言論の自由に対する侵害を惹起しうると解されるが、違法行為類型に属するその他の言論に関しては、そのような言論の自由の本質的価値を体現したものは考えにくいと分析している²⁵。

いずれにしても、クートの議論では、著作者の権益の保護枠組のみならず、対抗権益である言論の自由との保護調整枠組のあり方をも視野に入れ

て、著作権制度の公正性の評価を行わなければならないことが強調されている²⁶。

ウ) 身体・生命・健康の自由

以上のような情報の自由や言論の自由のほかにも、身体・生命・健康の自由も対抗権益として考えられる。とりわけ特許制度の場合には、医薬発明の例にもみられるように、身体・生命・健康など市民の生活と深く結びついた公共政策分野に特許権の対象がかかわることが少なくない。こうした場合に特許権が足枷となって身体・生命・健康の自由が脅かされ、公衆衛生に深刻な影響が生じるという事態は、正義の第一原理に照らして正当化されるとは考えにくい²⁷。

この点、我が国の特許制度を眺めてみると、例えば、特許要件を満たす発明であっても、公序良俗または公衆の衛生を害するおそれのある発明は、特許対象から除外されている（特許法32条）。従来、この規定が適用されるケースは稀であったが、最近の特許庁の審査実務では、特許出願された発明のクレーム内にヒト胚の破壊のプロセスが含まれる場合には、公序良俗に反するとして、特許付与を認めない運用が（一部で）なされている²⁸。

²⁶ なお、近時は、特許権と言論の自由との保護調整枠組のあり方についても議論されており、注目される。詳しくは、大日方信春「特許と憲法—表現の自由を中心に—」熊本法学125号110頁（2012年）参照。

²⁷ 例えば、平井宜雄『法政策学（第2版）』（有斐閣、1995年）131頁は、市場的决定と正義性基準の関係について、「市場的决定のもたらすものが『正義』に反すると非難される場合は、実は『分配志向的平等』に反することを問題にしていると考えなければならない。とくに、配分される財が生命・健康・自由など人間の存在によって不可欠の基本的なものであればあるほど、『分配志向的平等』に反すると考えられる程度は高くなる。」と指摘している。

²⁸ 例えば、エジンバラ大学特許の事例（特願平成6-522943）では、「動物幹細胞を単離するおよび/または富化するおよび/または選択的に増殖する方法」という記載のクレームについて、ヒトを含む動物の胚から胚を破壊して細胞を得る方法が含まれるとして、公序良俗に反すると判断された（最終的に、クレームを非ヒトに限定して特許が認められた）。また、カリフォルニア工科大学出願の事例（特願平成6-504741）では、「神経堤幹細胞の単離集団を獲得するための方法」という記載のクレームについて、ヒトを含む哺乳動物の胚芽神経管の取得を伴うとして、公序良俗に反すると判断された。さらに、アムラド特許の事例（特願平成1-508674）では、「動

²⁴ Couto, *supra* note 17, at 163-172, 176-177. このような検証作業は、憲法学における低価値表現に対する表現規制と定義づけ衡量テストの関係についての議論と共通項を有するものであるように思われる。憲法学における低価値表現に対する表現規制と定義づけ衡量テストの関係についての議論として、例えば、高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第2版）』（有斐閣、2010年）192～196・200～209頁、阪口正二郎「表現の自由—表現の内容に基づく規制と定義づけ衡量の関係を中心に」法学教室357号27頁（2010年）、穴戸常寿「憲法上の保護の範囲と程度」同『憲法 解釈論の応用と展開』（日本評論社、2011年）25頁、長谷部・前掲注15）2頁を参照。

²⁵ *Id.*, at 164, 170, 180-181.

また、国民の生命や健康など国民生活に直接関係する分野において、特許発明の実施が公共の利益のために特に必要と認められる場合には、当事者間のライセンス交渉が不成立に終わったとしても、経済産業大臣の裁定によって実施を許諾する強制許諾制度が用意されている（特許法93条）。この強制実施権の規定は、一般には極めて例外的な事態に対応するための制度であるという位置づけがなされており²⁹、実際、これまで一度も適用されたことのない制度であるが、特許制度における非経済的公益への配慮という観点からは重要な意義を有する制度であると位置づけることができよう³⁰。学説では近年、特許法93条の適用範囲をかなり広範なものと捉え、競争制限も公共の利益に含まれるとする見解が有力に提唱されている点も注目値する³¹。

いずれにしても、特許制度において、自己の発明を排他的に利用する権益と公衆衛生とを調整する必要性が認識されていることが窺える。

物胚からの胚性幹細胞の分離方法」および「胚性幹細胞の維持方法」という記載のクレームについて、いずれも動物胚にヒト胚が含まれるとして、公序良俗に反すると判断された（最終的に、クレームを「ヒトを除く」と限定して特許が認められた）。その他の事例も含め、ヒト胚の滅失に伴う倫理的な問題と特許制度における対応のあり方について詳しくは、田村善之「ES細胞・iPS細胞と特許制度」国際コンファレンス『特許制度と公共政策』（2012年3月8日、於明治大学）配付資料を参照。

²⁹ 特許発明の実施が公共の利益のために特に必要と認められる場合の一例としては、悪性伝染病が全国的に蔓延し、これに対する特効薬である特許実施品を急速かつ大量に供給する必要がある場合が挙げられている（吉藤幸朔〔熊谷健一補訂〕『特許法概説（第13版）』（有斐閣、1998年）544～545頁）。公共の利益のための強制実施許諾制度（特許法93条）に関して詳しくは、土肥一史「強制実施許諾制度と公共の福祉」日本工業所有権法学会年報24号117頁以下（2001年）を参照。

³⁰ 特許制度における非経済的公益実現のための権利制限規定の構造を明らかにする研究として、高倉成男「特許と非経済的公益」法学セミナー692号26頁（2012年）を参照。

³¹ 白石忠志『技術と競争の法的構造』（有斐閣、1994年）24頁注47）、田村善之『知的財産法（第5版）』（有斐閣、2010年）348～349頁。同「特許権の行使と独占禁止法」同『市場・自由・知的財産』（有斐閣、2003年）141頁、同「特許権と独占禁止法・再論」日本経済法学会年報32号53頁（2011年）も参照。

(3) 小括

ここまでの考察をまとめよう。まず、自己の知的創作物を排他的に利用する権益（知的財産権）を憲法上保障すべき基本的自由（個人的財産を保有する権利）と捉え、知的財産法制度をそうした基本権の保護を具体的に実現する私法規範と位置づけることで、知的財産法制度を正義の第一原理に基づいて正当化する見解がみられた。しかし、この見解は次の2点で問題があるように思われる。第1に、個人的財産としての有体物と無体物の性質の違いから導かれる知的財産権の特徴、すなわち他者の活動領域に不意に立ち入り、その自律を脅かすといった性質が、基本的自由としての財産権の本質と抵触する点である。第2に、この見解が、その論証過程において、もっぱら知的財産権の基本的自由としての価値に焦点を当て、それと対抗関係に立つ他の基本的な権益の存否や相互調整のあり方については看過している点である。

このように、本稿が第Ⅰ部第1章において分析視角として設定した知的財産権の特徴に拘って考えてみるならば、ロールズの正義の第一原理の下で、知的財産権を基本的自由とみなすことは難しいといわざるをえない。この点で本稿と見解を異にするマージェスは、「読者の中には、知的財産権（あるいはより一般に財産権）が基本的諸自由の体系を構成する権利に含まれることに納得しない方がいるかもしれない。」と一定の譲歩を示しつつ³²、返す刀で、本稿のような見解をとったとしても、「公正という根拠に基づいて、知的財産権がもたらす分配上の効果は完全に擁護しうるものであることを——**見事に**——論証することができる」とし、「そこで、以上の理由から、ロールズの第二原理を詳細に検討し、知的財産法制度によって生みだされる不平等が、最も貧しい人々の目からみて、正当化しうる不平等であることを主張したいと思う」と力説している³³。

そこで以下では、はたして正義の第二原理に基づいて知的財産法制度を正当化することができるのか、項を改めて検討することにしよう。

³² MERGES, *supra* note 6, at 120.

³³ *Id.*, at 117.

2. 正義の第二原理に基づく知的財産法制度の正当化

ロールズによれば、公正な社会において、市民の基本的諸自由の保障が制度的に確立された後は、社会的・経済的基本善の平等な分配が道徳上の規準として機能する。しかし、社会的・経済的基本善の不平等な分配をもたらす制度であるとしても、2つの条件を満たす場合には、依然として公正な制度と評価することができるとする。その2つの条件を定めたのが、正義の第二原理である。第二原理は、機会の公正な平等原理と格差原理からなり、この順序で社会制度に適用される。

(1) 機会の公正な平等原理

そこでまず、知的財産法制度が、機会の公正な平等原理に照らして、公正な法制度といえるのかということが問題となる。知的財産法制度は、人々の社会的地位や出身階層にかかわらず、等しく才能のある人々に同等の機会を与える制度といえるだろうか。この点、知的財産法制度は、自己の個性を発揮して思想や感情の表現物を創作した者や従来の技術的課題を克服する新しい装置を発明し出願した者——つまり法定の要件を満たす者——であれば、その社会的地位や出身階層とは無関係に、知的財産権の保護を受ける機会を等しく保障する制度であるといえることができる。したがって、機会の公正な平等原理の充足は肯定できそうである。

(2) 格差原理

そこで次に、知的財産法制度が格差原理を充足するといえるかどうかの問題となる。格差原理は、社会階層間の富の不平等な分配に関する公正規準を示すものであるが、「ロールズ正義論の生命線」ともいわれるように³⁴、

³⁴ 亀本洋『格差原理』(成文堂、2012年)はしがきvi頁。その理由は、生まれや生まれながらの才能・運といった偶然的な事柄、本人に責任のない事柄によって生じる不平等は道徳的にみて正当とはいえない難いのではないかと、という疑問がロールズ正義論の出発点にあり(TJR§14・§87・邦訳22頁・137～138頁; JFR§55・邦訳95～96頁)、格差原理はまさにこの問題に正面から応えるものだからだとされる。詳しくは、亀本・同書34頁参照。

知的財産法制度の正当性を評価するうえで重要な規準となるものである。

格差原理が問題とするのは、社会の構成員が一生を通じて獲得しうる所得と富の見込みに関する不平等である³⁵。ロールズ自身は所得の格差に特に焦点を当てている。ここでいう所得とは生涯期待所得(機会としての所得)のことであり、実所得(結果としての所得)のことではない³⁶。また、格差原理が問題としているのは、社会階層間のいわば集団単位の所得格差であって、個人間の所得格差ではない³⁷。要するに、格差原理にいう「最も不利な状況にある構成員」とは、期待所得が最も低い集団のことであるとされる³⁸。

(i) 格差原理に基づく知的財産法制度の正当化

以上を前提として、マージェスは、知的財産法制度が格差原理を充足するというためには、次の2点を論証しなければならないとする。すなわち、知的財産法制度が最も貧しい人々を含むすべての人々に利益をもたらすこと、それとともに、知的財産法制度が富や所得の分配の格差を必要最小限に抑えるための措置を講じていることである。マージェスは、こうした観点からみて、現在の知的財産法制度が公正な制度であることを厳密に論証することは至難の業であるとしつつも、知的財産法制度がいくつかの側面で格差原理の規準に適った構造となっていることを明らかにすることは可能であるとしている³⁹。

³⁵ JFR§59・§62・§65・邦訳102頁・107頁・111～112頁; TJR§67・邦訳106頁。

³⁶ JFR§40・§41-42・§59・邦訳70頁・73～74頁・102頁; 亀本・前掲注34)41～43頁。

³⁷ JFR§61・邦訳108頁; TJR§84-85・邦訳133頁。

³⁸ ロールズ自身はこれ以上詳しく述べていないが、亀本・前掲注34)44頁は、より具体的に「最も不利な状況にある構成員」のイメージを次のように敷衍している。いわく、「あえてもつと露骨にいうと、最も貧困な社会階層に属する家庭に、最も低い所得獲得潜在能力をもって生まれ、しかも、その家族がそのなけなしの潜在能力を伸ばすような養育・教育を一切してくれないような、そのような家庭で成長した人々である。ロールズは、決して口にしないが、『正義論』(初版)発刊当時、おそらく、アメリカ合衆国の黒人貧困層のことを念頭においていたと推測される。」

³⁹ MERGES, *supra* note 6, at 120.

ア) 知的財産法制度が最貧困層の人々にもたらす恩恵

第1に、著作権制度に大きく依存した業界（例えばエンターテインメント業界）の製品の多くが、最も貧しい階層の人々に直接利益をもたらしている点である。例えば、米国の低所得者層の多くは、テレビ番組や映画をこよなく愛しており、彼らにとってそれらは生活の「必需品」であると考えられていることが複数の実証研究において明らかにされている⁴⁰。これらの研究に基づけば、エンターテインメント業界の人々が著作権制度から

⁴⁰ ここでマージェスが依拠している実証研究の概要は、次のようなものである(MERGES, *supra* note 6, at 118-119)。

第1に、テレビ番組に関して。①PEW RESEARCH CENTER, SOCIAL AND DEMOGRAPHIC TRENDS, available at <http://pewsocialtrends.org>, link at Reports, link at 2006 (米国の非政府団体が2006年に行ったアンケート調査。回答を寄せた年収3万ドル未満の人〔米国における所得分布の最下層3分の1ほど〕のうち66%はテレビが「必需品」だと答えた。また32%は、ケーブルテレビや衛星テレビが必需品と答えたと指摘)。②KAREN E. RIGGS, MATURE AUDIENCES: TELEVISION IN THE LIVES OF ELDERS, 87 (1998) (米国の比較的貧しい高齢者を対象に文化人類学の見地から実施された調査。かなりの数の高齢者が、テレビは大きな力を与えてくれる媒体であり、たとえ高齢のために移動がままならず、限られた情報しか得られないようになって、テレビがあればいろいろなことを理解できるし、情報も収集できると考えていると指摘)。③Paul Taylor and Wendy Wang, *The Fading Glory of the Television and Telephone*, PEW RESEARCH CENTER REPORT (August 19, 2010), at 6, available at <http://pewsocialtrends.org>, link at Reports, link at 2010 (薄型テレビは必需品と答えた低所得者は、高所得者の約2倍に達すると指摘)。④R. Moynihan, et al., *Coverage by the News Media of the Benefits and Risks of Medications*, 342 NEW ENG. J. MED. 1645-1650 (1999) (テレビは市民の間に浸透し、人気を博していることから、公共サービスのメッセージを貧しい人々に伝える媒体として極めて有効であると指摘)。

第2に、映画に関して。①LARRY MAY, SCREENING OUT THE PAST: THE BIRTH OF MASS CULTURE AND THE MOTION PICTURE INDUSTRY (1980) (移民やその他の低所得者層にとって重要な娯楽と考えられてきたと指摘)。②JANE ADDAMS, THE SPIRIT OF YOUTH AND THE CITY STREETS, chapter 4 (1930) (1920年代のシカゴの貧困層の間では、5セント銅貨1枚で映画を見せる映画館が人気を博していたと指摘)。③実際の映画作品のテーマ (例えば「怒りの葡萄(The Grapes of Wrath)」や「スラムドッグ・ミリオネア(Slumdogg Millionaire)」など、社会の最も恵まれない人たちの生活を詳細に描いた作品が少なくないことを指摘)。

多額の期待所得を受け取るとしても、著作権制度はそうした所得分配の格差を正当化しうる恩恵を低所得者層の人々にもたらしているということができるとする⁴¹。

同様に、特許制度に依存した技術開発の成果は、貧困層の人々に大きな恩恵をもたらしてきたとする。マージェスはその一例として、米国で1970年代に始まった農業分野における画期的なイノベーションが食糧価格の大幅な下落をもたらしたことを指摘している⁴²。このほかにも、マージェスは、米国の最貧困層の生活に革命をもたらした技術として、空調技術、携帯電話、先端医薬品などを挙げている⁴³。

もちろん、以上のデータや事例に基づいて、知的財産法制度が最も貧しい人々に最大の利益をもたらす制度であると結論づけることはできない。しかし、米国の低所得者層の多くがエンターテインメント製品を享受し、また技術開発の成果から恩恵を被っているということは紛れもない事実であり、知的財産法制度が「最も不利な状況にある構成員」に少なからず利益をもたらしていることは明らかだというわけである⁴⁴。

イ) 知的財産法制度内における格差抑制の仕組み

第2に、知的財産法制度がその制度内において所得分配の格差を抑制するための仕組みを設けている点である。

例えば、知的財産法制度は、権利者に還流する対価がその貢献に比して著しく過大な報酬となることを防止するために、次のような仕組みを設けているとする。すなわち、権利発生段階においては、保護対象を制限し(著作権法における事実・アイデアの除外⁴⁵や特許法におけるプロセス、機械、生産物、組成物に該当しない対象の除外⁴⁶など)、保護期間を限定して

⁴¹ *Id.*, at 118.

⁴² ここでマージェスが依拠しているのは、LESTER R. BROWN, SEEDS OF CHANGE: THE GREEN REVOLUTION AND DEVELOPMENT IN THE 1970's (1970)である。

⁴³ 詳しくは、MERGES, *supra* note 6, at 119, 360-361.

⁴⁴ *Id.*, at 119-120.

⁴⁵ 17 U.S.C. §102(b).

⁴⁶ 35 U.S.C. §101. また、判例上、自然法則、自然現象、抽象的アイデアの3つは、特許対象に含まれないものとされている。Diamond v. Chakrabarty, 447 U.S. 303

いる⁴⁷。また、権利発生後の段階においては、比例性原則を体现した法理として、例えば、著作権法におけるフェア・ユースの法理⁴⁸や特許法における実験的使用の例外法理⁴⁹、特許権侵害訴訟における差止命令の制限法理⁵⁰などを発展させてきたとする⁵¹。

知的財産法制度はまた、社会的・経済的に恵まれない人々への配慮として、視覚障害者の人々のための著作権の制限条項を設けたり⁵²、医療行為を実施する医師や医療機関のために特許権侵害に対する救済規定の適用を制限したりしている⁵³。また、著作権法におけるフェア・ユースの法理も、社会的・経済的に恵まれない人々への再分配の機能を果たしうるとする。

マージェスによれば、以上のような権利発生時および権利発生後の段階における権利の制限構造は、知的財産法制度に内蔵された分配上のルールと評価しうるというわけである⁵⁴。

ウ) 法体系一般に組み込まれた再分配の仕組み

第3に、権利者が著作権保護作品や特許製品から得る収益は課税対象とされており、そのようにして徴収された税金が市民一般の幅広いニーズを満たすために分配される点である。課税措置は、知的財産法制度に内在的

な仕組みではないが、法体系一般に組み込まれた再分配の仕組みであるとマージェスは評価している⁵⁵。

エ) 小括

以上のように、知的財産法制度が富や所得分配の格差を生み出すとしても、同制度から最も貧しい人々を含むすべての人々が少なからず恩恵を受けていること、そしてまた、知的財産法制度の内外において富や所得分配の格差を必要最小限に抑えるような仕組みが設けられていることから、現在の知的財産法制度は格差原理の規準を相当程度充足するものと評価できるというのが、マージェスの結論である。

(ii) 格差原理に基づく知的財産法制度の正当化の批判的検討

以上のような格差原理に基づく知的財産法制度の正当化論は説得力に富むものであるが、次の3点について、それぞれ慎重な検討が必要であるように思われる。

ア) 知的財産法制度が最貧困層の人々にもたらす恩恵

第1に、知的財産法制度が最貧困層の人々にもたらす恩恵は、知的創作物の利用機会の人為的な希少性を生み出す知的財産法制度によらなければ実現しえないものなのか、という点である。もしテレビ番組や映画作品の制作あるいは医薬品の開発が、人為的な希少性を伴わない他の立法政策手段によって同じように実現できるとすれば、知的財産法制度の公正性は薄れていくように思われるからである⁵⁶。

確かに、前章で考察したように、経済学の理論では、投下資本の回収を円滑化し、準公共財の性質を有する発明や著作物の生産への適正なインセンティブを創出するためには、フリーライドの横行を防止するための法的な排他権が必要であると考えられている⁵⁷。もし最も貧しい人々を含むす

(1980).

⁴⁷ 17 U.S.C. §302-304; 35 U.S.C. §154.

⁴⁸ 17 U.S.C. §107.

⁴⁹ 35 U.S.C. §271(e)(1).

⁵⁰ eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C., 547 U.S. 388 (2006).

⁵¹ 知的財産法制度における比例性原則 (the proportionality principle) の意義と機能について詳しくは、MERGES, *supra* note 6, at chapter 6を参照。

⁵² 17 U.S.C. §110(8)(9), §112(d), §121.

⁵³ 35 U.S.C. §287(c). もっとも、本規定は、§287(c)(2)において多数の例外条項が定められているために、事実上骨抜きにされており、実質的には医師の行為の免責規定としての意義を有しているとはいえないと指摘されている。井関涼子「診断方法に用いられた自然現象と特許権の保護対象」同志社法学322号22～25頁(2007年)、同「医療行為の特許保護」高林龍＝三村量＝竹中俊子編集代表『現代知的財産法講座 I 知的財産法の理論的探究』(日本評論社、2012年)100～101頁を参照。

⁵⁴ MERGES, *supra* note 6, at 129-132.

⁵⁵ *Id.*, at 132-133.

⁵⁶ このような問題意識に立つて、ロールズ正義論(とりわけ格差原理)の意義と限界を明らかにしようとする研究として、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)を参照。

⁵⁷ いわゆる成果開発前のインセンティブ論に基づく正当化論である。詳しくは、拙

べての人々にとって福音となる画期的新薬の開発が特許制度によって初めて実現可能となると論証できるのであれば、出願後20年という一時的な分配の不平等は格差原理に基づいて正当化しうるかもしれない。

しかし、ドラホスが強調しているように、ここで目を向けるべきは、一時的であれ「情報の自由」という社会的に重要な基本善——すなわち発明や著作物といった情報に自由にアクセスし享受する機会——が不均等に分配される状態が法制度を通じて作出されているという事実である⁵⁸。情報の自由が基本的諸自由のリストに含まれるかどうかは議論があるが、かりに含まれないとしても、このように重要な基本善を人為的に不均等に分配する場合には、経済学的なデータを含めその論証プロセスを慎重かつ懐疑的に検証しなければならないように思われる。

この点、マージェスは、複数の実証研究に基づいて、最貧困層の人々がエンターテインメント製品を生活必需品としていること、エンターテインメント業界が著作権制度に依存していること、よって最貧困層の人々に著作権制度が直接利益をもたらしていることを挙げていた。しかし、最も貧しい人々がテレビ番組や映画を日常生活における重要な娯楽と考えているという事実が、はたして著作物という基本善を長期間にわたって人為的に不平等に分配することを正当化しうるものなのか、疑問なしとしない⁵⁹。知的財産法制度が最も貧しい人々にもたらす「恩恵」は、多くの場合、彼

稿「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(6)」知的財産法政策学研究34号317頁以下(2011年)参照。

⁵⁸ DRAHOS, *supra* note 13, at 176-177.

⁵⁹ このほか、米国のハリウッド映画が米国の低所得者層や開発途上国に浸透していることに対しては、文化的多様性の喪失という否定的な評価を与えることも可能であるという指摘もみられるところである。Branislav Hazucha [南部朋子訳]「知的財産権と文化多様性—市場と文化との関係に関する2つの見解—」知的財産法政策学研究28号39頁(2010年)。なお、これに関連して、寡占的な市場において生産される作品は、総体として同質性が高く、文化多様性という価値に否定的な影響を及ぼすという主張に対し、現時点で市場の論理(市場構造)と文化の論理(多様性)との間に相関関係があると結論づけるのは性急であり、両者は分けて議論すべきだとする、河島伸子「文化多様性と市場構造—メディア、エンタテインメント経済学からの検討—」知的財産法政策学研究28号91頁(2010年)も参照。

らの期待所得の増大をもたらすようなものではなく、また彼らの生活状況の大幅な改善をもたらしうるようなものでもない点にも注意が必要であらう。

イ) 知的財産法制度内における格差抑制の仕組み

第2に、マージェスの議論では現行法制度が前提とされているが、現行法制度における権利の制限構造に変更を加える動きに対しては、格差原理との関係でどのように評価するのか、という点である。

例えば、ドラホスは、知的財産権の保護期間の延長は情報の自由が人為的に不平等に分配される期間の拡張を意味するものであるとして、警鐘を鳴らしている。そして、基本善の分配における人為的な不平等の時間的拡張が最も恵まれない人々の利益を最大化することを示す実質的な証拠が提示されない限り、知的財産権の保護期間の延長を格差原理に基づいて正当化することはできないと結論づけている⁶⁰。

これに対し、マージェスは、このような保護期間の制限構造に変更を加える立法行為の当否について、議論していない。米国では、1998年にソニー・ボノ著作権延長立法(CTEA)が制定されたが、マージェスはこれを格差原理との関係では取り上げていない。僅かに、CTEAの合憲性が争われたEldred vs. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003)に触れた箇所では、アイデア・表現二分論やフェア・ユースの法理を始めとする著作権法内部の制限構造の存在を理由に、修正第1条に基づく著作権法の制限の必要性を否定した判例として紹介するにとどまり、それに対する評価等は示していない⁶¹。

しかし、マージェスの問題意識が、法制度を取り巻く環境の変化をも視野に入れたうえで、知的財産法制度の公正性の基礎づけを試みる点にあるというのであれば⁶²、このような現行法制度における権利の制限構造の立

⁶⁰ DRAHOS, *supra* note 13, at 177.

⁶¹ MERGES, *supra* note 6, at 364 n 93.

⁶² マージェスの問題意識の1つは次のようなものである。すなわち、米国では近年、デジタル・ネットワーク社会における著作権制度の存在意義や制度枠組の正当性に対して懐疑的な見方が強まっているが、現在いわれているほど著作権制度は不公正な制度なのだろうか。現代の分配的正義論の代表的理論に照らして考えてみるこ

法的変容に対する評価も含めて、格差原理に基づく知的財産法制度の正当化を論じる必要があるように思われる。

ウ) 法体系一般に組み込まれた再分配の仕組み

第3に、「勤労収入への課税は、強制労働と変わらない。」という一節が象徴するように、課税という再分配の仕組みに対しては、リバタリアンによる強い批判がある点である⁶³。

この点、マージェスは、知的財産権はその実効的な保護やエンフォースメントを国家機関の機能に大きく依存しているのであるから、国家の構成員たる市民のニーズを満たすために、国家に著作権保護作品や特許製品の売上げに対する課税権限が認められるのは当然のことであると主張している⁶⁴。

しかし、かりにこの主張を受け入れるとしても、課税率が高すぎる場合には、国家の課税権限の正当性が失われてしまうため、さらに詰めて検討する必要がある。

(3) 小括

以上の考察をまとめよう。正義の第二原理に基づく知的財産法制度の正当化に関しては、格差原理との関係に議論が集中していた。

で、公正な社会における著作権制度の存在意義を検証してみようというものである。マージェスの問題意識について詳しくは、*Id.*, at chapter 1 を参照。

⁶³ 例えば、ノージックによる批判が有名である。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281～292・433～439頁(本文の引用箇所は、邦訳284頁)参照。

もっとも、リバタリアンな立場の中には、国家が果たすべき役割を基本的人権の保護実現と市場が供給しない公共財の提供に限定したうえで、そのような国家の役割を果たすうえで必要となる財源の調達を目的とした課税であり、なおかつ国が与えてくれる利益に比例する税負担(比例課税)であれば、正当化しようと説く見解もある。例えば、森村進『財産権の理論』(弘文堂、1995年)第8章(このような比例課税が、国家の財源の調達を目的とするものであって、富の再分配を目的とするものではない点を強調している)を参照。

⁶⁴ MERGES, *supra* note 6, at 132-133.

そうした中で、例えばマージェスは、次の3つの論拠から、格差原理に基づく知的財産法制度の正当化の可能性を肯定的に評価していた。その論拠とは、第1に、最貧困層の人々が著作権制度に依存したエンターテインメント製品を享受し、特許制度に依存した技術開発の成果から日々恩恵を受けていること、第2に、知的財産法制度内に格差を抑制するための権利の制限構造が設けられていること、第3に、知的財産権の対象製品の売上げが課税対象とされ、徴収された税金が市民一般に分配されていること、である。

この見解は、説得力に富むものであるが、次の3点においてさらなる検討が必要であるように思われる。第1に、知的財産法制度が、社会的に重要な基本善(情報の自由)を有限とはいえ長期間にわたって人為的に不平等に分配することを正当化するほどの便益を最も貧しい人々にもたらすといえるのか、精査が必要である点、第2に、保護期間の延長など、現行法制度における権利の制限構造に変容をもたらす立法行為に対して、格差原理との適合性審査をなす必要がある点、第3に、課税という再分配の仕組みに対するリバタリアンからの批判に応える必要がある点、である。

第3款 小括

本節では、一国内の知的財産法制度の正当性を考えるための1つの評価軸として、ロールズの〈公正としての正義〉論を参照し、考察を進めてきた。本節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、ロールズは、〈公正としての正義〉に適った法体系を提示している。正義の二原理に基づく法体系の構想である。それは、社会の基本構造を具現化している社会的または経済的立法を、次の2つの条件により統制しようとするものである。すなわち、1つは、基本的諸自由の体系をすべての市民に等しく優先的に保障しなければならないこと(正義の第一原理)。もう1つは、基本的諸自由の公正な価値が制度的に保障されていることを前提として、機会の公正な平等を確保するように努め、さらには最も貧しい人々に最大の利益をもたらすような社会的・経済的諸制度を取り決めなければならないこと(第二原理)、である。

第2に、正義の第一原理に基づく知的財産法制度の正当化に関しては、

第1章で設定した分析視角に拘って考えるならば、知的財産権を基本的自由として正当化することは難しいということである。これに対し、文献では、知的財産権を基本的自由と把握し、そうした基本権の保護を立法的に実現する私法制度として知的財産法制度を正当化する見解もみられたが、かりにそのように考える場合でも、知的財産法制度が知的財産権と衝突する可能性のある対抗権益の保護に配慮し、基本的諸自由間の衝突調整を図っている点を看過してはならない。このような視点は、知的財産法制度内における権利の制限構造の自由保障機能に目を向ける契機となる。

第3に、正義の第二原理に基づく知的財産法制度の正当化に関しては、機会の公正な平等原理の充足を認めることは可能であるが、格差原理の充足性については、これを完全に肯定することは難しいということである。知的財産法制度がその生み出す経済的格差に真に見合う利益を最も貧しい人々にもたらしているのか、懐疑的にならざるをえない面がある。もっとも、知的財産法制度内にある権利の制限構造が、権利者への報酬が不釣り合いなものとならないようにしたり（比例性原則）、社会的・経済的に恵まれない人々の利用を容認しているといった視点は、知的財産法制度の分配的機能に目を向ける契機となり、示唆に富む。

以上のとおり、本節の検討からは、ロールズの〈公正としての正義〉論に基づいて知的財産権の特徴や知的財産法制度を正当化することには限界があることが明らかとなった。しかし、このことは正義論が正当化根拠論として無価値であるということの意味しない。例えば、ロールズ正義論の視点から知的財産法制度を照射することで、その制度内に組み込まれた権利の制限構造に重要な原理的機能を見いだすことができる点は上述した。また、本稿ではロールズの正義論に基づく知的財産法制度の正当化の限界を示唆したにとどまり、ロールズ以外の正義論に基づく知的財産法制度の正当化の可能性については、本節の議論の射程外である。この点の検討については、今後の課題としたい。

ところで、ロールズは、1980年代の末頃から、国内正義の問題に加えて、国際正義の問題についても取り組みを始め、そうした国際正義論に関する成

果を公表している⁶⁵。奇遇にも、同時期の知的財産法領域の動向に目を向けると、国際条約や自由貿易協定の締結等を通じて知的財産権の国際的保護を図る取組みが活発化している。また、特許制度とAIDS治療薬の問題が盛んに論じられるようになったのも、まさにこの時期である。

そこで次節では、このような状況を踏まえ、国際正義論と国際知的財産法制度の関係について考察することにした。

⁶⁵ John Rawls, *The Law of Peoples*, in ON HUMAN RIGHTS: THE OXFORD AMNESTY LECTURES 1993, at 41-82 (Stephen Shute and Susan Hurley eds., 1993) [中島吉弘＝松田まゆみ訳「万民の法」S・シュート＝S・ハーリー編（中島＝松田訳）『人権について：オックスフォード・アムネスティ・レクチャーズ』（みすず書房、1998年）51頁以下]；JOHN RAWLS, *THE LAW OF PEOPLES: WITH "THE IDEA OF PUBLIC REASON REVISITED"* (1999) [中山竜一訳『万民の法』（岩波書店、2006年）]。