

著作権法領域における正当化根拠論の現代的意義

同志社大学法学部助教 山 根 崇 邦

I 序

本稿は、著作権法領域において正当化根拠論が果たしうる意義は何か、という課題に取り組むものである。

筆者は、別稿において、無体物の性質から導かれる知的財産権の特徴——すなわち、物理的には誰でもどこでも同時に利用可能な情報を法的に囲い込むことで、情報の利用機会の人為的な稀少性を作出するという特徴——に着目しながら、そのような知的財産権の特徴を正当化する理論的根拠は何か、という課題に取り組んできた¹⁾。この取り組みは現在も進行中であるが、さしあたり得られた結論は、自然権論であれ、功利主義（帰結主義）理論であれ、正義論であれ、特定の理論、とりわけ有体物を前提として構築された財産権の原理論によって知的財産権の上記特徴を完全に正当化することは難しい、あるいは議論が袋小路に入り込んでしまい解が出ない、というものである。しかし、それでもなお、知的財産法領域において正当化根拠をめぐる議論を続けることには意義がある、と筆者は考えている。

本稿は、このような考えにたって、考察の対象を著作権法領域に絞りながら、同領域における正当化根拠論の今日的意義を明らかにしようとするものである。

1 「正当化根拠論」とは何か？

そもそも、「正当化根拠論」とは何か。まずは辞書的な意味を手かかりとして考えてみよう。広辞苑によれば、「正当化」とは、「正当であると認められる

ようにすること」であると定義されている。そして、「正当」とは「正しく道理に適っていること」、「正しい」とは「よいとするものや決まりに合っている」こと、「道理」とは「物事のそうあるべきすじみち」のことだとされる。

また、Oxford Dictionaryによれば、“justification”とは、“the action of showing something to be right or reasonable”のことであり、Longman Dictionaryによれば、“a good and acceptable reason for doing something”のことであるとされる。

以上の定義をもとに、「正当化根拠論」とは何かということを考えてみると、概ね次のように定義できるのではないか。すなわち、それは、「ある対象が、よいとするものに合致し、物事のあるべき筋道に適合するものであると認められることの根拠に関する議論」のことである、という定義づけである。

それでは、著作権法領域における正当化根拠論の対象とは何か。従来、我が国の著作権法学においては、「著作権の保護はなぜ必要か」「著作権制度の存在理由は何か」といったテーマが設定されてきた。²⁾米英の議論でも、“Rationales of Copyright Protection”に焦点をあてた議論は多い。³⁾しかし、“Justifications for Copyright Limitations”というフレーズが象徴するように、米英の最近の議論においては、正当化根拠論の対象として、「著作権の制限」や「利用者の権益」、「パブリック・ドメイン」や「アクセス権」といった主題を設定する研究が増えている。⁴⁾

こうした正当化根拠論の対象の問題は、一面において、著作権法がどのような権益を保護する制度なのかという制度観を反映している。従来、利用者の権益の正当化根拠を主題とする研究が少なかった背景には、著作権法が作者の権益を第一義的に保護する制度であると捉える制度観があったものと推測される。一方、近時の議論では、そのような制度観は見直され、著作権法は作者の権益と利用者の権益の衝突を制度的に調整し、両者の権益保護の均衡を図る私法規範であると捉える制度観が形成されつつある。このような制度観のもとでは、作者の権益のみならず、利用者の権益についても、その保護の正当化根拠を議論することの積極的な意義を見いだすことが可能となる。かかる新し

い制度観は学界において共有されつつあり、筆者も共感するところが多いため、本稿においても、「著作権の保護」のみならず、「利用者の權益」をも対象に含めた議論として、正当化根拠論を位置づけることにしたい。

2 なぜ今、正当化根拠論なのか？

ところで、なぜ今、我が国において正当化根拠論を議論する必要があるのだろうか。その理由として考えられるのは、次の2点である。

(1) 著作権保護に対する一般公衆の感覚の変化

1つは、著作権保護に対する一般公衆の感覚の変化である。

1990年代以降、デジタル・ネットワーク技術が急速に発展し、普及した結果、現在では誰でも、映画の作成や動画共有サイトでの著作物の公衆送信が容易にできるようになった。例えば、自分の部屋でギターを演奏する様子をビデオカメラで撮影し、パソコンで編集してDVDに記録すれば、個人でも簡単に映画の著作物を作成することができるし、その映像を動画共有サイトにアップロードすれば広く世界に向けて発信することもできる。自分の考えをブログやツイッターでつぶやくだけで、簡単かつ瞬時に公衆に自己の著作物を送信することができる。従来であれば特定の事業者しか行うことができなかつたような⁵⁾著作物の利用行為が、一般の個人でも技術的にはできる時代になったのである。

しかし、そうしたなかで、技術の発展等への対応としてなされた一連の著作権法改正は、基本的には新たな支分権の創設や制限規定の縮小など、著作権の保護を強化するものであつた⁶⁾。時代や社会の実態に合わせて著作権法を柔軟かつ抜本的に改正しようとする動きは、ベルヌ条約等の制約を前に、大きな潮流となるには至らなかつた。このようにして、技術的、物理的には個人でもできるようになった行為が、著作権法によって法的に、人工的に禁止されている、という感覚が徐々に生じるようになったわけである。⁷⁾

ここでは、「そもそも著作権の保護がなぜ必要なのか」という正当化根拠が究極的には問われている、と行うことができよう。

(2) 学界における基礎理論への関心の高まり

もう1つは、学界における基礎理論への関心の高まりである。

著作権法学においては、古くから「著作権の本質論」という形で、一元論か二元論かを、その哲学的思想にまで遡りながら考察をする研究が蓄積されてきた⁸⁾。そして、そこでは、「著作権の本質論は立法および解釈上の必要条件」であるとも指摘されてきた⁹⁾。

また、近年では、基礎理論への関心が一層高まっているとともに、研究の主題も多様化している。例えば、著作権制度の規範理論¹⁰⁾、「知的創作物の保護」¹¹⁾ 図式の再考¹¹⁾、著作権法における権利論の意義¹²⁾、権利制限の意義・根拠論¹³⁾、著作権と表現の自由¹⁴⁾、著作物利用者の「権利」¹⁵⁾など、正当化根拠論と密接に関連した研究が盛り上がりを見せている。近時の研究が基礎理論に関心を寄せる背景には、実務に埋没しない著作権法学のあり方を模索しようとする問題意識があるのかもしれない¹⁶⁾。いずれにしても、学界における基礎理論への関心の高まりは、現行法の新しい解釈論の提示にとどまらず、あるべき著作権法体系の探求や制度論の構築、望ましい立法政策論の展開など、多様性に富んだ実りある成果を生みだしている。

3 問題提起——「規範理論間の対立・選択」図式の議論に対する問題意識

ここで、我が国における正当化根拠論の先行研究を眺めてみると、従来は、「自然権論とインセンティブ論¹⁷⁾」あるいは「自然権（プロパティ）理論と功利主義（奨励）理論¹⁸⁾」という枠組みで議論が展開されてきたことが窺える。こうした議論においては、大きく2つの課題が設定されてきた。

(1) 記述理論としての課題

1つが、著作者に著作物に対する排他的支配権能を与える著作権制度の正当性を説明する理論として、自然権論とインセンティブ論（功利主義）とでは、どちらの方が妥当かというものである。これは、基本的に、現行著作権制度の構造や諸規定について、各理論からどの程度説得的に記述できるのかを探求する作業であるといえる。

例えば、現行制度上、事実行為としての創作をなすと同時にその著作物に対する権利が創作者に帰属する点や、¹⁹⁾ 依拠が権利侵害の要件とされ、独自に創作していれば著作権侵害の責任を免れることができる点等に、²⁰⁾ 自然権的思想の反映をみてとることができる²¹⁾と指摘されてきた。とりわけ権利の原始的帰属の構造（創作者主義の原則）に関しては、自然権論が「創作を行った者に創作物に対する一定程度の支配を認めることが功績（desert）として当然である」という形で「力強い正当化理由を提示する」の²²⁾に対し、功利主義理論は「社会的に望ましい成果が生ずるかを専ら問題にする結果」、有力な正当化理由を提示しえないとされ、²³⁾このことが功利主義理論の「最大の弱点」であると言われてきた。

他方で、現行制度上、著作物の複製のみならず、著作物を基にした他者の独自の創作行為（翻案）にまで著作者に排他的支配権能を与えられている点に関しては、これを「前国家的な普遍的原理」（自然権）として説明することの限界が指摘され、「『文化の発展』という公益実現のための手段」（インセンティブ論）として説明する方が、我々の道徳的直観により合致していると言われてきた。²⁴⁾

しかし、いずれにしても、「著作権制度全体を一つの正当化理由で説明するというのも困難でありまたその必要も乏しい。」²⁵⁾と指摘され、著作権制度の記述的な正当化理論としてみた場合に、自然権論とインセンティブ論（功利主義）にそれぞれ一長一短があることは、自然なこととして受容されてきた。

（2）規範理論としての課題

ところが、正当化根拠論が取り組むべき課題とされるもう1つの局面になると、議論の様相が一変する。それが、著作権法の解釈や制度設計の指針として依拠する理論として、自然権論とインセンティブ論（功利主義）とでは、どちらの方が適切かというものである。ここでは、両者の規範理論としての優劣が争われるようになる。

例えば、「自然権については、何についてどのような保護を行うかについてはほとんど明らかでないため、勢い、過剰な保護を導くおそれがある」との²⁶⁾に対し、功利主義理論は「具体的な制度のあり方についてもかなりの程度規定

する力を持っている」点が、功利主義理論の優位性として強調されるようになる。²⁶⁾ また、「人が何かを創作したという命題が、それだけで他者の自由を規制する積極的な根拠となるのか、疑問を覚えるものがある。」「権利によって制約される他者の行動の自由に対する配慮を欠いたまま、創作者の権利を強調することは許されないのではなからうか。」といった形で、自然権論の規範理論としての妥当性それ自体に対する懐疑が前面に押し出されるようになる。²⁷⁾

そして、これに対しては、そもそも従来の議論においてインセンティブ論(功利主義)と対置されてきた「自然権論」の定義や位置づけが不適切であるとして、議論図式の再考の必要性が説かれてきた。²⁸⁾ すなわち、インセンティブ論は、社会全体の福利増進やインセンティブの付与に必要がない場合には、いかなる権利も認めるべきではないという主張を含む理論なのであって、これと対置すべきは、そうした公益やインセンティブの付与に寄与するかどうかにかかわらず著作者に何らかの権利を認めるべきだとする考え方——すなわち「権利論」——である、というわけである。²⁹⁾ 権利論は、自己の知的活動の成果物に対する支配権(著作者への権利帰属)を原則とする考え方であるが(この原則の基礎づけをめぐる、さらに憲法論と原理論に分かれる)、そうした権利の保護のあり方をめぐっては権利論の内部で立場が分かれている。従来我が国で批判されてきた「自然権論」——すなわち、著作者の権利は当然に第一義的に保護されるべきであり、その権利の制限は法の純然たる例外としてできる限り厳格に解釈されなければならないとする立場——は、権利論の中でも最も極端な立場であり、ドイツの自然権論の中でも(現在では)非主流派の地位にあるとされる。³⁰⁾

かくして、近時の研究は、「(日本版)自然権論とインセンティブ論」という従来の図式を見直し、「権利論と政策論」という議論図式を新たに設定するのである。もっとも、ここで設定された対立軸——すなわち、インセンティブの付与に必要がない場合に権利を認めるのか否かという規準——は、実は既に我が国の著作権法学において論争の基軸となってきたものであり、それが著作権の保護範囲をめぐる繰り広げられたインセンティブ論内部における論争であったという点は、看過すべきでない。³¹⁾

著作権法の解釈や立法の指針となるべき規範理論の選択が、正当化根拠論の取り組むべき課題であるとすれば、規範理論として何を対置するのか、どのような対立軸を設定するのが重要な事項となる。それだけに、「自然権論とインセンティブ論」「権利論と政策論」という形で、二項対立図式で議論する場合、各理論の規範理論としての含意（規範内容）が論者間で一様でなく、また設定される対立軸もさまざまであるために、議論が錯綜したものとなりがちであったように思われる。

(3) 本稿の問題意識

本稿は、これらの先行研究の意義を積極的に認めるものであるが、従来の研究が「規範理論間の対立・選択」に議論を集中させがちであった点については、次のような問題意識を持っている。

第1に、「規範理論間の対立・選択」図式のもとでは、基本的に各理論は相容れないものという暗黙の前提が置かれているために、異なる理論や立場を採る論者との間で感情的な対立をうみだし、ときには対話の放棄に至ってしまう場合もあったように思われる点である。例えば、自然権論は現行制度の構造を記述的に正当化する理論として意義を有するものであるが、従前は、そのような記述的な議論の文脈において、自然権論の規範理論としての妥当性それ自体に対する懐疑が前面に押し出される傾向があった。その結果、自己の選択する規範理論以外の理論から著作権法の構造を把握し記述するといった営みに対して、ある種の心理的な抵抗感のようなものが形成されてきたように思われる。

しかし、こうした状況は学界の発展にとって望ましいものではない。我が国の著作権制度は、大陸法的な基本構造を採用しつつ、職務著作制度を有する点で英米法的な法制度であると評されることが多い。しかし近年の研究によれば、我が国の職務著作制度は大陸法系と英米法系の折衷的な制度であることが明らかにされている³²⁾。こうした我が国著作権制度のその複雑かつ多様な構造をより一層明らかにするためにも、「規範理論間の対立・選択」図式から転換を図ることが必要ではないだろうか。

第2に、正当化根拠論は、法哲学・憲法学（政治哲学）・経済学等の視点から

法的課題にアプローチすることで、学界への寄与を意図するものであるところ、近年の著作権法学が著作権法の制度形成を担う国家の立法裁量の統制のあり方に高い関心を寄せているなかで、従来の二項対立の議論図式によってどこまで対応が可能なのか、という点である。例えば、国家が一定の公益実現を目的として制度形成を行う場合、インセンティブ論がその立法裁量の統制規準を具体的に提示できるのか明らかではない。自然権論においても、どのような権益を国家が保護すべき「自然権」と捉えるのが問題となる。一方、憲法論に基礎をおいた権利論によれば、憲法を規準とした立法裁量の統制規準を提示しうるが、同様のことは、憲法哲学を定式化した正義論によっても可能かもしれない³⁴⁾。正当化根拠論がこうした新たな課題に対応していくためには、従来の二項対立の図式に縛られることなく、さまざまな正当化理論を包摂しうる議論枠組みを構築していく必要があるように思われる。

以上のような状況に照らした場合、我が国にとって必要なことは、複数の理論間で協調ないし協働しうる議論の枠組みを整えることであると考えられる。つまり、より実りある正当化根拠論を展開するためにも、従来の「規範理論間の対立・選択」図式から議論のフェーズを移行させる必要があるように思われるのである。

それでは、各論者の理論的立場や基本的態度の相違をこえて、「理論間の協調や協働」を可能とするような議論枠組みは、何か考えられないだろうか。ここで、正当化根拠論の研究蓄積が豊富な米英の議論に目を向けると、さまざまな場面で、その目的に応じて多様な正当化理論の援用を行う議論が展開されていることが窺える。ここに1つの手がかりを求めたい。

4 検討課題、検討対象

そこで本稿では、先の問題意識に照らし、米英の正当化根拠論の研究蓄積について、正当化に用いられる理論と理論の援用手法に注目しながら考察を行うことにしたい。具体的には、どのような正当化理論が、どのような場面で、どのような目的で援用されているのか、という視角から分析を試みる。そして、

こうした分析を手がかりとして、従来の「規範理論間の対立・選択」図式をこえた「理論間の協調・協働」を可能とするような議論枠組みを採求する。最後に、そうした議論枠組みからみた我が国著作権法領域における正当化根拠論の意義を明らかにして、本稿の結びとしたい。

なお、分析対象とする米英の議論は、「規範理論間の対立・選択」図式をこえた議論枠組みを模索するという本稿の問題意識に関連する範囲のものに限る。そのため、本稿の考察が米英の正当化根拠論研究の網羅的な紹介や分析を意図したものではない点を予めお断りしておく。

II 米英の正当化根拠論における理論の紹介とその援用手法

1 自然権論³⁵⁾

(1) 理論の紹介

まず、正当化に用いられる理論として、「自然権論」を取り上げよう。自然権論は、財の専有の正当性を個人的な淵源に求める理論である。例えば、「著作物は著作者の精神から派生したものであり、その人格の表現物であることから、著作者の能力と努力の成果である作品に対する著作者の権利は自然権として認められるべきである」と説かれたりする。ここでは、著作物を創作した者³⁶⁾に対する著作者の権利（著作者人格権および著作権）の原始的帰属を正当化するために自然権論が援用され、権利の正当性の淵源として、著作者の「人格」と「能力と努力の成果」の二つが挙げられている。一般に、後者は労働に基礎をおくタイプの自然権論、前者は人格に基礎をおくタイプの自然権論として区別して論じられていることから、以下でも両者を分けて紹介することにしたい。

(i) 労働所有理論——John Locke

労働に基礎に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・ロックの理論である。ロックは、1690年に匿名で出版した『統治二論』第2篇第5章において、有名な労働所有理論を展開している³⁷⁾。

ロックによれば、神が大地を共有物として与えたのは人が利用するためである。そして、すべての人は自己の身体に対する所有権を有しているため、自己

の身体の労働は自己のものであるとする。それゆえ、人が自然状態から取り出したものは何であれ、自己の労働によって所有権が発生するというわけである。³⁸⁾

近時のロック研究によれば、ロックは、こうした個人の労働による所有権取得が正当であると認められる実質的な理由として、3つの論拠を提示しているとされる。³⁹⁾

1つは、労働の混合論である。これは、労働者が労働という自らの所有物を外的資源に一体化させることにより、その物への所有権を正当に獲得するという論拠である。⁴⁰⁾もう1つは、功績論である。労働は骨の折れる辛く苦しいものであるから、勤勉に労働を行った者はその労働成果の所有権を正当な報酬として受けるに値する、という論理である。⁴¹⁾そして最後は、価値創造論である。ロックによれば、土地や財の価値の大部分を生み出すのは人の労働である。したがって、労働者はその価値を体現した対象物の所有権を正当に取得するというわけである。⁴²⁾

それでは、労働をなせば所有権の獲得が無制限に認められるのであろうか。そうではない。ロックは、正当と認められる所有権の範囲に、一定の制約を課している。それが、ロック的但書 (Lockean Proviso) と呼ばれる2つの制約である。第1に、資源の専有は生活の便宜のために有効利用しうる量や範囲に限られるとする。⁴³⁾資源の腐敗や浪費は人々の間での利用を意図した神の意志に反するからである。⁴⁴⁾これは腐敗の制約と呼ばれる。第2に、資源の専有は、共有物が他の人にも十分に、同じようにたっぷりと残されている場合に限られることを強調している。⁴⁵⁾これは充分性の制約と呼ばれている。

このように、神の意図や他者の取り分との関係から資源の専有許容範囲に一定の制限を設けるのが、ロック理論の特徴である。そして、こうした特徴はヘーゲルの理論にも共通にみられるものである。

(ii) 人格所有理論——Georg Wilhelm F. Hegel

そこで、ヘーゲルの人格所有理論を簡単に取り上げよう。ドイツの哲学者ヘーゲルは、1821年に公刊した『法哲学要綱』のなかで、人格所有理論を展開している。⁴⁶⁾同書は〈抽象法〉〈道徳性〉〈人倫〉の3部から構成されている。ヘー

ヘーゲルはその中で、個人の人格の自由意志がいかに自己を実現するのか、また人間の社会組織のなかでいかに発展していくのかを議論している。

ヘーゲルによれば、〈抽象法〉において所有権は、人格がある物にその自由な意志を投入し、それが占有、使用、譲渡という形で外界に現れるときに成立する。⁴⁷⁾つまり所有権が認められるためには、人格が物の所有意志をその内面的な表象として表すだけでは不十分であり、その現実的意志を何らかの客観的な形で具現化する必要があるというわけである。ヘーゲルは、生命であれ身体であれ名誉であれ財産であれ、自己の物といえるものであればすべて所有の対象となるとする一方、その譲渡に関しては一定の制限を課している。具体的には、自己の人格の内面的部分の譲渡を禁止している。⁴⁸⁾

以上の〈抽象法〉における所有権は、それが社会的な制限を受けないという意味で絶対的な権利であった。しかし、既存のいかなる社会秩序においても所有権は絶対的なものではありえない。所有権が現実の社会組織において発展していくとき、そこには他者の存在が立ち現れるからである。他者もまた自由意志の具現化によって所有主体となるのである。したがって、現実の社会や国家においては、自己と他者とが所有権をめぐる関わり合い、ともに所有主体として相互に承認しあうことが要請される。個人の自由で完全な抽象的所有権の実現は、このように他者の所有権に対して相対化され、両者の調整が図られることになる。⁴⁹⁾それを扱うのが〈人倫〉の体系である。

〈人倫〉において所有権は、国家や社会における高次の権利および目標に從属する形で扱われ、またさまざまな形での社会的制限が課せられる。⁵⁰⁾例えば、自己の財産の使用行為が他者の財産と関係し、何らかの不利益を及ぼす場合、他者への配慮として自己の財産使用が禁止される場合がある。そして、そうした調整を行うことが社会政策の任務の1つであるとヘーゲルは論じている。⁵¹⁾

(2) 理論の援用

それでは、以上のようなロックやヘーゲルの理論は、米英の議論において、どのような正当化の場面で援用されているのであろうか。ここでは、米国における自然権的アプローチとして引用されることの多いヒューズ (Justin

Hughes) とゴードン (Wendy J. Gordon), さらにスターク (Stewart E. Sterk) の議論を取り上げることにしたい。

(i) ロック・ヘーゲル理論に基づく著作権制度の記述的正当化

—Justin Hughes

まず、ロックとヘーゲルの所有理論を援用しながら、財産権の一般理論に基づいてどの程度米国著作権制度を記述的に正当化することができるかを分析するのが、ヒューズである。⁵²⁾

ヒューズは、1987年当時の米国著作権法について、不動産の場合以上にロック理論やヘーゲル理論に基づく正当化を受け入れる素地があることを明らかにしている。例えば、ロック理論との関係では、著作権法がアイデアやありふれた表現の保護を否定している点、著作物の利用行為の完全な排除を認めていない点、著作権の保護期間を限定している点から、後続世代の人々に創作物の利用・専有机会が十分に同じようにたっぷりと残されていると言いやすいことを指摘している。⁵³⁾ また、ヘーゲル理論との関係では、著作権法が保護要件として高度の創作性を求めず、ほんの僅かな個性の発露で足りるとし、実際、大抵の創作物には何らかの人格的要素が含まれている点を挙げている。⁵⁴⁾

他方で、ヒューズは、ロック理論やヘーゲル理論からみた場合に、1987年当時の米国著作権法に関して、いくつかの点で上手く正当化できないことも明らかにしている。例えば、ロック理論との関係では、著作権法が労苦を伴わずに創作された著作物であっても保護を認める点、著作物を公表せず社会的価値の浪費を生み出しても保護を否定しない点で、限界があるとみる。⁵⁵⁾ また、ヘーゲル理論との関係では、人格的表現とはみなし難いプログラムの著作物についても保護を認める点、氏名表示権や同一性保持権といった著作者の一身に専属する権利を認めず権利の完全な譲渡を容認する点で、一定の限界があるとしている。⁵⁶⁾

ヒューズは以上の分析の結論として、ロック理論とヘーゲル理論に基づく正当化には一長一短があるが、両者は排他的な関係にはなく、両者を架橋することで、財産権理論に基づく著作権制度の記述的正当化が可能となるとしている。

(ii) ロック的但書に基づく利用者の利益の正当化——Wendy J. Gordon

一方、具体的紛争の場面における著作権保護の限界を示し、利用者の利益保護を正当化するためにロック理論を援用するのが、ゴードンである⁵⁷⁾。

ゴードンは、著作権侵害訴訟において著作権が「財産権」として扱われることで、公衆による著作物の利用、とりわけ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⁵⁸⁾。そして、そうした裁判所の判断の背後には、ロックの自然権論が影響を与えているのではないかと分析している。そこでゴードンは改めてロック理論を検討し、ロックが、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考えていたことに着目する⁵⁹⁾。そして、ロック理論には「ロック的但書」という財産権保護に対する内在的な制約が含まれることを明らかにした上で、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る解釈枠組みを提示するのである⁶⁰⁾。

ゴードンは後の論文⁶¹⁾で、この枠組みを用いて、Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co., 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001) の分析を試みている。同事件では、南北戦争時代を題材にした有名な原告小説『Gone With the Wind (風と共に去りぬ)』の登場人物や場面設定、あらすじ等を利用しつつ、黒人の視点から一種のパロディ作品として書き直した被告小説が、著作権侵害に該当するかどうかが問題となった。ジョージア北部地区連邦地裁は、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おそれがあるとして、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。だが、第11巡回区連邦控裁は、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、地裁の暫定的差止命令を取り消したのである。

この点、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行為を正当化することが可能であるとするのである。⁶²⁾

(iii) ヘーゲル理論に基づく著作権保護拡張論の批判的検証

—Stewart E. Sterk

ロック『統治二論』の記述を精読することで労働所有理論の内在的制約を明らかにするのがゴードンであるとすれば、ヘーゲル『法哲学』の記述を精読することで、人格所有理論に基づく著作権保護拡張論の妥当性の批判的検証を試みるのが、スタークである。⁶³⁾

スタークの問題意識は明快である。すなわち、ヘーゲル自身、哲学は実定法の実践的な問題に対して明確な解を提供しえないと考えていたとされるところ⁶⁴⁾、著作権法上の政策課題に対する具体的な処方箋をヘーゲル理論から導出しようとする⁶⁵⁾こと自体に自ずと限界があるのではない。

このような問題意識の背景には、米国の著作権法学における人格所有理論への関心の高まりがある。スタークによれば、近時、著作者を保護する正当化根拠として、「著作者は著作物の作成により自我の本質を明らかにするものであり、彼らに自己の著作物をコントロールする権原を与えることは、彼らの自我像を保護するために不可欠なことである。」といった見解を提示する文献が増えている。そうした文献では、その思想的基礎をヘーゲルの人格所有理論に求めるものが少なくない。くわえて、人格所有理論を著作権保護の拡張を求める論拠として援用する論者も多い。そこでスタークは、かかる保護拡張論の妥当性を検証するために、ヘーゲル『法哲学』の記述を精読するのである。

そうした作業によりスタークが明らかにしたのが、既存の著作物を基にした二次創作に対するヘーゲルの見解である。ヘーゲルによれば、著作物などの

「精神的産物は、他の諸々の個人によって理解され、彼らの表象や記憶や思惟などに固有のもつとされることを目指すものである」から、そうした既存の著作物にならって思惟することにより外界に表された個人の表現物は、「いつでも容易に何らかの独自の形式をもつことになりやすい。その結果、これらの個人は、そのような表現から生じる資産を自分の所有とみなすことができるのであり、またこの独自の形式にもとづいて同じような生産活動を行う権利を自分のために主張することができるのである。」⁶⁶⁾ スタークは、かかる記述に、過度に広範な著作権保護を認めると、先人の文化的遺産に立脚した創作活動をなす後続の創作者の能力が阻害されることになってしまう、というヘーゲルの問題意識を見いだすことができるとする。そして、これを基礎にして、派生的著作物に対する著作権の広範な保護を正当化する目的でヘーゲル理論を援用することは誤りである、と主張するのである。⁶⁷⁾

スタークはまた、『法哲学』の精読により、人格所有理論の構造を明らかにしている。⁶⁸⁾ つまり、ヘーゲルにとって所有権とは、物の所有という形で客観的に表出された人格の自由意志を保護するものである。この構造に照らせば、著作権の役割も、作品に表出された著作者の人格の自由意志を保護する点に求められるのであって、著作者が死亡すればそうした人格との紐帯はなくなり、保護も消滅することになるはずだというのが、スタークの解釈である。⁶⁹⁾ そして、かかる解釈に基づいて、著作者の死後長期にわたる著作権保護期間を正当化するためにヘーゲル理論を援用することは妥当でない、と結論づけている。⁷⁰⁾

スタークはこのように、政策形成の場面において、ヘーゲル理論が著作権保護拡張論の論拠として提示された場合の批判的検証手段として、ヘーゲル『法哲学』の記述を援用している。

(3) 小 括

以上のように、米国では、法制度の構造の記述や利用者利益の保護、あるいは政策論の論拠の妥当性の検証を目的として、自然権論が援用されていることが窺える。

2 帰結主義理論⁷¹⁾

(1) 理論の紹介

続いて、我が国で自然権論と対置されて議論されることの多い、帰結主義理論を取り上げることにしよう。帰結主義は、財の専有の正当性を社会全体にもたらされる利益（帰結）に求める理論である。著作権の文脈で帰結主義の理論が議論される場合、それは大きく2つの立場に分かれる⁷²⁾。

(i) 事前のインセンティブ論

1つは、事前のインセンティブ論である⁷³⁾。この理論によれば、財産権の庇護がなければ、フリーライドが横行し、財の生産者は投下資本を回収する機会を十分手にすることができない恐れが生じるとする。その結果、市場において財の供給が過小になる恐れがある。こうした事態を回避し、財の生産への適正なインセンティブを付与する手段として、財産権を正当化するわけである。このように財の創出に向けた適正なインセンティブ付与に権利の基礎をおく同理論は、事前の正当化根拠論（ex ante justification）ということができる。

(ii) 事後のインセンティブ論

いま1つは、事後のインセンティブ論である⁷⁴⁾。この理論によれば、財産権の庇護がなければ、生産された財の管理・利用・流通に対する投資が過少となり、市場における財の利用・流通量が過小となる恐れがあるとする。そこで、財の効率的な利用・流通を促進する手段として、財産権を正当化するのである。このように財の創出後における適正な利用のインセンティブ付与に権利の基礎をおく同理論は、事後的な正当化根拠論（ex post justification）ということができる。

(2) 理論の援用

それでは、これらの帰結主義の理論は、米英の議論において、どのような正当化の場面で用いられているのであろうか。ここでは、米国の著作権法領域において帰結主義理論が言及されることの多い、2つの場面について取り上げることにしたい。

(i) 合衆国憲法特許・著作権条項の理念

① 事前のインセンティブ論に基づく特許・著作権条項の理念解釈

——連邦最高裁

まず、米国において事前のインセンティブ論が援用されることの多い場面としては、合衆国憲法1条8節8項に規定された条項の理念を解釈する場面が挙げられる。連邦の特許法や著作権法の制定根拠とされる同条項（一般に、特許・著作権条項と呼ばれる）は、次のように規定している。「連邦議会は、著作者や発明者に対し、一定の期間、その著作や発見に対する排他的権利を保障することにより、学術及び有用な技芸の発展を促進する権限を有する。」

上記から明らかのように、特許・著作権条項は、著作者や発明者に排他権を一定期間保障することにより学術や技術の発展を奨励するという、目的=手段構造⁷⁵⁾からなる。かかる憲法条項の構造からは、次のことが明確となる。すなわち、権利章典において承認された基本的人権とは対照的に、特許権や著作権は純粋に実定法の問題であるということ、しかもそれらは特定の社会目標に従属し、当該目的を達成するための手段として定立される権利であるということである。連邦最高裁も、「特許はその性質上、公共の利益の影響を受ける。憲法上認識⁷⁶⁾されているように、特許は『学術及び有用な技芸』の促進という公共の目的に奉仕するために策定された特別な特権なのである」と述べて、この理を確認⁷⁷⁾している。

そして、こうした構造をもつ特許・著作権条項の理念について、連邦最高裁は次のように解釈している。いわく、「この特許・著作権条項の背後にある経済哲学は、私的な利益を与えることによって個々の努力を奨励することこそが、『科学および有益な技芸』分野における著作者および発明者の才能をもって公共の福祉を向上させるための最善の方法である、⁷⁸⁾という確信である。」「米国著作権法の直接的な効果は、『著作者』の創造的な活動に対して公正な見返りを保障することにある。しかしながら、究極的な目的は、このようなインセンティブ⁷⁹⁾によって公共の利益のための芸術的な創造性を刺激することにある。」

このように連邦最高裁は、個人の創作活動に対する経済的な動機づけが社会

公共の福祉の向上に寄与するという政策理念が、特許・著作権条項の根底にあることを強調している。ここでは、もっぱら事前のインセンティブ論に基づく理念解釈が提示されているといえる。

② 自然権論に基づく特許・著作権条項の理念解釈の可能性

——Marshall A. Leaffer

こうした連邦最高裁の理解に対して、特許・著作権条項の文言や『フェデラリスト』の記述を手がかりとしながら、著作者の自然権の保障という新たな理念解釈の可能性を探究するのが、リーファーである。

特許・著作権条項は1787年9月5日に合衆国憲法草案に採択されたが、それに至る憲法制定会議は秘密会形式で行われた。そのため、本条項の起草にかかる経緯や憲法起草者の意図・心情などはほとんど明らかになっていない。リーファーによれば、そうしたなかで1つの手がかりとなるのが、憲法条項の文言である。この点、特許・著作権条項が著作者の権利を「保障する」(securing)という文言を使用したことは、その権利がもともと存在するものであることを認めていると解釈することもできる。少なくとも、そうした文言からは、憲法起草者たちが自然権論に基礎づけられた著作者の権利という概念を全面的に排斥する意図を有していたとまでは読み取れないというわけである。⁸⁰⁾

リーファーはこのような解釈を補強する資料として、憲法起草者の一人であるマディソンの『フェデラリスト』第43篇における記述を挙げている。それは特許・著作権条項についての解説である。「この権限の有用性については疑問の余地がない。イギリスにおいては、著作者の著作権は、コモン・ロー上の権利として厳粛に判決されてきた。有用な発明に対する権利も、同様な理由で、発明者に帰属するものとみなされる。これらいずれの場合においても、公共の利益は個人の権利と完全に調和する。どちらの場合についても、各州が個々別々では有効な措置を講じられないので、大部分の州では、この件については連邦議会の発議によって制定した法律によって決定されることが予期されているのである。」⁸¹⁾かかる記述からは、マディソンが著作者の権利を自然権に由来する個人の権利として把握していたことが窺えるというわけである。⁸²⁾

いずれにしても、ここでは、憲法条項の文言を手がかりとした新たな理念解釈を正当化するために、自然権論が援用されているのである。⁸³⁾

(ii) ソニー・ボノ著作権延長立法 (CTEA)

① 事後のインセンティブ論に基づく CTEA の制定理由の正当化

——連邦議会

以上の事前のインセンティブ論に対し、事後のインセンティブ論が援用された場面としては、1998年に制定されたソニー・ボノ著作権延長立法 (Sonny Bono Copyright Term Extension Act of 1998, 以下 CTEA と略記) の制定過程を挙げるができる。

連邦議会は、CTEA の制定理由の 1 つに、保護期間を 20 年延長する同立法が既存著作物の流通や保存に寄与するものであることを掲げている。⁸⁴⁾ CTEA は、施行日以降に創作される著作物のみならず、施行日に権利の存続している著作物にまで適用対象を拡大するものであった。⁸⁵⁾ そのため、創作済み著作物に対する追加的な保護を提供する CTEA の目的を新規創作活動の奨励に求めることは困難であった。そうしたなか連邦議会における法案審議では、合衆国憲法 1 条 8 節 8 項の目的が著作物の量的、質的な向上のみならず、既存著作物の流通や保存の増進をも含むものであり、CTEA は現存する著作物の流通や保存に寄与するものであるという見解が有力に唱えられたのである。⁸⁶⁾

こうした見解は特に映画産業の関係者から支持を受けたとされる。⁸⁷⁾ 古い映画作品は在庫フィルムの入替作業によって破棄されてしまう場合が少なくないところ、これらの作品の修復や保存に投資する十分なインセンティブを生み出すためには著作権保護期間の延長が必要であるというわけである。

著作権登録局 (the Register of Copyright) もまた、CTEA の審議において開かれた公聴会において、著作権保護期間の延長が著作権で保護された著作物の頒布や流通を増進させるという趣旨の証言を行った。いわく、「一部のケースでは、著作権保護の欠如は……著作物の流通を制限するだろう。というのも、排他的権利が保障されない限り、出版社や他の利用者らとその著作物に投資する危険を冒すとは考えられないからである。⁸⁸⁾」著作者が自己の権利を出版社や

映画制作者、あるいは他の著作物流通業者に譲渡する機会が多いことに鑑みれば、当該著作物の著作権はその著作物の出版や生産に対してなされた投資の保護を表示していると捉えることができる。もし著作権の残存期間が投資者にとって、自己の投下した資本を回収するのみならず、その投資に対する合理的な利潤を得るための期間として不十分であるとすれば、当該著作物は出版されな
いか、消費者のもとに流通しないことになろう。かかる状況においては、著作権保護期間の延長は、そうした活動への投資利益を高めることによって著作物の頒布や流通を増進させるものと考えられる。このように著作権登録局の担当者は証言したのである。⁸⁹⁾

以上のように、既存の映画作品の保存や書籍の流通に対する適正な投資のインセンティブを創出するために保護期間の延長が必要であるとして、連邦議会は CTEA を可決したのである。⁹⁰⁾ もし保護期間を延長しなければ、著作物の修復や保存や流通に対する投資が過少となり、市場において著作物が十分に流通しない事態が生じる恐れがあるというわけである。⁹¹⁾

② CTEA の制定理由と手段の整合性の検証——Paul J. Heald の実証研究
こうした議会の見解に対しては、既存著作物の保存・流通の増進という制定理由と 20 年の延長という手段との整合性を検証する実証研究が蓄積されている。例えば、CTEA の成立した 1998 年を軸として、CTEA の恩恵を受けずに著作権が消滅した書籍（1913 年～22 年発行書籍）と、CTEA の恩恵を受けて著作権が延長された書籍（1923 年～32 年発行書籍）の、その後の発行状況（入手可能性、版元数および価格）を調査したヒールド（Paul J. Heald）の研究がある。⁹²⁾ それによれば、著作権が延長された書籍よりも著作権が消滅した書籍のほうが、有意に多くの版元において、かつ高い比率で刊行されている。また、両書籍のうち最も長期的に人気を維持しているものを 20 件ずつ選んで価格を比較したところ、顕著な価格差が計測され、著作権が延長された書籍のほうが有意に割高であったという。そのため、書籍の流通市場は著作権消滅後も有効に機能しており、著作権延長がかえって社会的損失をもたらしているようにみえるというわけである。

このように、ヒールドの研究では、事後のインセンティブ論に基づいて立法を正当化する議会に対し、その論拠と手段の整合性及び妥当性を検証するために、実証研究が行われているといえる。

(3) 小 括

以上のように、米国では、憲法条項の理念の記述や立法目的の正当化を目的として、帰結主義理論が援用されていることが窺える。

3 正義論⁹³⁾

(1) 理論の紹介

最後に、我が国ではこれまで紹介されることの少なかった、正義論について取り上げよう。正義論といってもさまざまな理論モデルがあるが、知的財産制度の正当化理論として援用されることが多いのは、米国の哲学者ジョン・ロールズの公正としての正義論である（以下、単にロールズの正義論⁹⁴⁾という）。

(i) 公正としての正義論——John Rawls

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、社会の基本構造が基本善（primary goods）を分配するその仕方に向けられている。ロールズのいう基本善とは、基本的な権利や自由、移動および職業選択の自由、権力と特権、所得と富、自尊の社会的基盤のことである。これらは、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とされる⁹⁵⁾。

ロールズによれば、市民の基本的な権利と義務がどのように割り当てられ、社会的な協働から生じる利益と負担がどのように分配されるのかということは、市民の暮らしの見通しに深甚な影響を及ぼすものである。それゆえ、社会の主要な政治的・社会的制度がそれらの割り当てや分配の仕方を決定する方法を統制する必要がある。そのような社会の基本構造の統制原理として機能するのが、正義の原理である⁹⁶⁾。

② 正義原理の内容

それでは、ロールズの提示する正義の原理とは、どのようなものであろうか。ロールズはこれを「正義の二原理」として定式化している。正義の二原理の内容は、ロールズの初期の著作と後期の著作とでは若干の変化がみられるが、最終的に2001年に公刊された『公正としての正義：再説』では次のように定式化⁹⁸⁾されている。

〈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**）。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**）。

（ア） 正義の第一原理

ロールズ正義の第一原理は、「平等な基本的諸自由」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⁹⁹⁾。ロールズは、下記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。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¹⁰¹⁾道徳的能力と関連づけて基礎づけている。

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 ¹⁰²⁾
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

(イ) 正義の第二原理

続いて、正義の第二原理に移ろう。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。

1つは、「機会の公正な平等」と呼ばれる原理である。この原理は、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持っている人々であれば、社会のどの階層に属そうとも、同じような人生を切り拓く可能性や成功の見通しを持つべきだということである。¹⁰³⁾ロールズはこれを「リベラルな平等」と呼んでいる。

もう1つが、「格差原理」である。ロールズによれば、格差原理は、基本善のうち富や所得の分配に関するものである。¹⁰⁴⁾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、それが社会のなか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ければならない。したがって、例えば、一生涯に獲得しうる期待所得の社会階層間の格差は、期待所得の面で最も不遇

な状況におかれた低所得者層の利益に最大限寄与するものとならない限り、正当化しえないことになろう。¹⁰⁵⁾

(ウ) 正義の二原理の制度化とその優先関係

以上のような正義の二原理には、厳格な優先順位のルールが定められている。それによれば、第一原理が第二原理に常に優先し、また第二原理の中では、機会の公正な平等が格差原理に常に優先するのである。¹⁰⁶⁾こうした優先順位のルールは、ロールズの正義の二原理の制度化構想にも色濃く反映されている。

それでは、正義の二原理は社会の基本構造においてどのように具体化され、制度化されるのであろうか。ロールズは、この正義の二原理に基づく法体系の制度構想の手法として、四段階適用論を展開している。それによれば、第一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の適用が行われ、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。¹⁰⁷⁾

このうち、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として、主に憲法制定段階において考慮される。一方、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、特に立法段階において考慮される。しかし、この立法段階における法政策は、前述した第一原理の第二原理に対する優先性により、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。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、個人の基本的自由の保障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。¹⁰⁸⁾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。¹⁰⁹⁾

(2) 理論の援用

それでは、こうしたロールズの正義論は、米英の議論において、どのような正当化の場面で援用されているのであろうか。ここでは、正義論的アプローチを採用する英国系の議論として、クート (Alexandra Couto) とドラホス (Peter Drahos) の議論を、また米国の議論としてマージェス (Robert P. Merges) の議論を取り上げることにしたい。

(i) 表現の自由の保護範囲の限界を画する著作権法の構造把握

—Alexandra Couto

クートは、著作物利用者の表現の自由の保障という観点から、著作権法の構造を把握するために、ロールズ正義論を援用している¹¹⁰⁾。

クートの問題意識は、著作権法の枠組のもとで、利用者の表現の自由の侵害が問題となる場合があるのかというものである。例えば、著作権法は一定の著作物の利用行為を違法と評価し規律しているが、そうした規律は表現の自由に対する侵害と評価しうるのか。換言すれば、著作権法上違法と評価される表現行為類型の中に、その本質上、表現の自由によって保護されるべきものは存在するのか。

クートは、これらの問題を考える規準として、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¹¹¹⁾。ロールズによれば、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¹¹²⁾ている。

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言論

行為を規律する著作権法が、表現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）を規律するにとどまり、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¹¹³⁾。

もっとも、クート自身、別の箇所でも、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、ニュース内容が正確に伝わる場合もあることを認めている¹¹⁴⁾。このように考える場合には、アイディア・表現形式二分論を根拠とするだけでは、著作権法の規律が表現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見える。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によって決まる¹¹⁵⁾。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。また、急迫違法な実力行使への煽動を企てる言論も、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。¹¹⁶⁾

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、著作権法の規律が表現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言論行為が表現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つの観点から表現の自由の保護範囲外とされる言論行為を定義づけ、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言い切れるのか、精査している。¹¹⁷⁾

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、表現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、そのような表現の自由の本質的価値を体现したものは考えにくいと分析している。¹¹⁸⁾

以上のように、他人の著作物を利用した言論の保護領域を画する著作権法の構造を把握するために、ロールズの正義論を援用するのが、クートである。

(ii) 著作権法政策における財産権優越主義思想の批判的検証

—Peter Drahos

一方、ドラホスは、著作権法政策における「財産権優越主義」思想を批判的に検証するために、ロールズの正義論を援用している¹¹⁹⁾。財産権優越主義とは、財産権の保護が他の権利や利益に優越するという思想である。ドラホスは、ロールズの正義構想における基本善の分配規準を基礎として、このような思想に基づく法制度の編成が情報という基本善の分配に及ぼす影響を分析している。

ドラホスの問題意識は次の点にある。すなわち、著作物などの情報は、人生の見通しや人生計画の遂行にとって不可欠なものであり、人的資本の蓄積にとっても極めて重要な役割を果たすものである。したがって、情報にアクセスし交換する自由や権利は、ロールズの正義構想に照らせば、言論の自由と同様に、基本的自由の一種として、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善であると解される。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、国家は情報の自由を最大限保障すべきところ、財産権保護の優越性を根拠に、本来稀少資源ではない情報に法的な囲い込みを行い、人工的な稀少性つまり不平等な分配状態を作出することは、正義に反するのではないか¹²⁰⁾。

以上をもとにドラホスは、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るとしても、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¹²¹⁾と指摘している。

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¹²²⁾。この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、¹²³⁾ ロールズの法体系のもとで正当化するものではないというわけである。

ここでは、具体的紛争や制度設計の場面において、著作権の対抗利益の価値や重要性を理論的に裏付け、著作権の保護限界を提示するとともに、財産権優越主義の思想的基盤の脆弱性を浮き彫りにするために、ロールズ正義論が援用されている。

ドラホスはまた、ロールズの格差原理および自由の優先ルールを援用しながら、著作権の保護期間の延長が提起する問題の本質を明らかにしている。

知的財産制度は多くの場合、保護期間を限定していることから、一定期間経過後には、同制度によって生みだされる各種の有益な情報が社会の中で最も不利な立場にある人々にも均等に分配され、彼らの暮らし向きの改善に寄与するという状況を想像しうるかもしれない。例えば、ある種の有益な医薬発明が特許制度のおかげで初めて開発されたということが真理であるとするれば、特許制度がもたらす一時的な社会的・経済的不平等は、格差原理を充足するといえそうである。しかしドラホスによれば、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が不均等に分配される状態が法制度を通じて生みだされるという事実である。もちろん、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の余地があるが、かりに含まれないとしても、このような基本善の人為的な不均等分配に対しては、その正当性を懐疑的に検証しなければならぬ¹²⁴⁾。

ドラホスは、以上の見地から、著作権保護期間の延長が意味するものは、著作物へのアクセスおよび利用の自由（情報の自由）という基本善が不均等に分配される人為的状态の時間的な拡張にほかならないことを強調している。そして、もしそうであれば、当該基本善の分配における人為的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証拠が提示されない限り、著作権保護期間の延長はロールズの格差原理に反することになると分析している¹²⁵⁾。

ここでは、制度設計の場面において、情報の自由の分配における人為的不平

等の作出およびその時間的拡張はすべての人の利益にならない限り不正義である、という警鐘を立法者に鳴らす目的で、ロールズ正義論が援用されている。¹²⁶⁾

(iii) 公正の観点からみた著作権制度の存在意義の把握

—Robert P. Merges

これに対し、公正の観点からみた著作権制度の存在意義を把握するために、ロールズの正義論を援用するのがマーゼスである。¹²⁷⁾

マーゼスの問題意識は次の点にある。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とで、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わけである。¹²⁸⁾

マーゼスはまず、著作権制度が、第一原理上の基本的諸自由を保障する公正な法制度であるといえるかどうかを検証している。ここでは、著作者が自己の創作した著作物に対して有する権益は基本的自由とみなしうるか、とりわけ個人的財産を保有する権利とみなしうるかという点が、検討課題とされている。

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的自由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。この規準に照らせば、自己の創作した著作物を保有し排他的に利用する権益は、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であるから、まさに基本的で本質的な権利であるということができるとマーゼスは分析している。¹²⁹⁾

そして、もしこのように著作者の権益が基本的諸自由の体系の一部を構成するとすれば、そうした権益を保護する著作権法の枠組は第一原理の要請を充たす公正な法制度であるということができるとする。かりに著作権制度が著作者とそれ以外の人々との間で経済的な不平等を生み出すとしても、自由の優先ル

ールゆえ、著作者の基本的自由を保障する法制度は依然として公正なシステムと評価しようというわけである。¹³¹⁾

他方で、マージェスは、著作者の権益が基本的諸自由の体系に含まれるとする見解が必ずしも賛同を得られるわけではないことを認めている。そこで次に、もし著作者の権益が基本的諸自由の体系に含まれないとした場合、著作権制度が第二原理の規準に照らして公正な法制度といえるかどうかを検証している。ここでは、第二原理の中でも、格差原理との関係が検討課題とされている。

格差原理は、社会階層間における富の不平等な分配に関する公正規準を示すものである。マージェスは、著作権制度が格差原理を充足するとの結論に達するためには、同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一方で、同制度において富の分配上の格差が必要最小限のものとなるような措置が講じられていなければならないとする。そして、こうした観点からみて、現在の著作権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、著作権制度がいくつかの側面で格差原理の規準に合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。

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。¹³²⁾ 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えることができる。¹³³⁾

第2に、著作権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、著作権制度は、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、権利発生段階においては、保護対象を制限し、保護期間を限定している。¹³⁴⁾ また、権利発生後の段階においては、比例性原則を体現した法理として、例えば、フェア・

ユースの法理¹³⁶⁾を発展させてきた。著作権制度はまた、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ている¹³⁷⁾。また、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。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、著作権制度に内蔵された分配上のルールと評価しうるとマージェスは分析している¹³⁸⁾。

第3に、著作権者が著作権保護作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、著作権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¹³⁹⁾。

マージェスは、以上の分析に基づけば、著作権制度がロールズの正義原理に基づく公正な法体系からみて、現在いわれているほど不公正な法制度であると評価することはできないと結論づけている。

ここでは、著作権制度の公正性を判断するための評価規準として、ロールズの正義論が援用されているのである。

(3) 小 括

以上のように、英国および米国では、著作権制度の法構造や存在意義を把握する場面、あるいは紛争解決や制度設計の場面において、ロールズ正義論が援用されていることが窺える。

4 場面ごとの議論の整理

ここまで、自然権論、帰結主義、正義論という3つの理論について、理論ごとに、それを援用する各論者の議論をみてきた。それでは、以上のような米英の議論から、「対立・選択」図式から「協調・協働」図式への移行に向けた議論枠組みを構築するための手がかりを、何か得られないであろうか。

ここで、先ほどの議論を、理論横断的に眺めてみると、いくつかの場面では類似のテーマについて複数の理論が非競合的に援用されていることが窺える。そこで、場面ごとに議論を整理して考えてみよう。

(1) 法制度や法構造の説明の場面

第1に、法制度や法構造の説明の場面である。

例えば、ヒューズの研究では、著作権制度を財産権の一般理論によってどこまで正当化するのかを記述するために、労働理論と人格理論という2つの理論が援用されていた。そうして、有体物を対象とする複数の財産権理論から著作権制度を照射することで、ヒューズは、著作物という情報財を対象とする法制度の特徴や存在意義を複眼的に描き出すことに成功していた。

また、リーファーの研究では、従来はその構造に照らして、専ら帰結主義的な理念に支えられた条項であると考えられていた合衆国憲法の特許・著作権条項について、自然権論の視点から同条項を眺めてみることで、「保障する」(securing)という文言に新たな意味を見いだす可能性を切り開くことに成功していた。ここでは、憲法条項の理念についての複眼的な理解を模索するために帰結主義と自然権論とが援用されているのであって、両者の規範理論としての優劣が争われているわけではない。

さらに、クートの研究では、著作物利用者の表現の自由の保障という観点からみた著作権法の構造を把握するために、ロールズの正義論が援用されていた。従来、著作権と表現の自由の関係について法哲学的な分析を試みる研究は少ないところ、クートはロールズの憲法哲学から著作権法の構造を照射することで、保護対象、支分権、権利制限という3つの枠組が、著作物利用者の表現の自由の保護範囲の限界を画する機能を担っていることを浮き彫りにしていた。

そして、マージェスの研究では、公正の観点からみた著作権制度の存在意義を把握するために、ロールズの正義論が援用されていた。そして、ロールズの正義原理に基づく公正な法体系の構想から著作権制度を照射することで、公正規準に適った著作権制度の諸側面を浮き彫りにし、もって高まりつつある著作権制度の懐疑論に対抗するための制度基盤の提示に成功していた。

クートやマージェスの研究では、現代正義論の代表としてロールズの正義論が援用されているが、そこに他の原理論の援用を排斥する意図があるわけではない。現に両研究では、ロールズ以外の正義論も援用されており、複眼的な分

析が展開されている。

以上のような、法制度や法構造の特徴や存在理由を複眼的に把握する記述的アプローチは、我が国にとっても示唆に富むように思われる。

(2) 制度設計や立法の場面

第2に、制度設計や立法（政策形成過程を含む）の場面である。

とりわけ著作権保護期間の延長について、多様な理論援用がみられた。

例えば、スタークは、人格所有理論に基づく保護期間延長論に対して、ヘーゲル『法哲学』の記述を精読することで、同理論から作者の生存期間における人格の自由意志が具現された作品の保護を基礎付けることはできても、作者の死後における人格との紐帯を消失した作品の保護まで基礎付けることはできないことを明らかにし、もって延長論の誤謬を論証することに成功していた。

また、ドラホスは、ロールズの正義論の枠組みを用いることで、立法者に対して、保護期間延長が意味するものは利用者の自由を抑制する期間の拡張であることを認識させ、そうした延長がすべての利用者の便益となることを示す実質的な論拠の提示を迫ることに成功していた。そして、提示された論拠を批判的に検証する方策として、経済分析等が有用な手段となりうることを示唆していた。

こうした観点から CTEA をめぐる議論を眺めてみると、連邦議会が制定理由の1つとして提示した既存著作物の保存・流通の促進という論拠に対して、はたして当該議会の意図は20年の期間延長という手段によってどの程度実現しえたのかということを実証的に検証する研究が、ヒールドの研究であったと位置づけることができるのではないだろうか。

以上の議論では、自然権論か帰結主義か正義論かといった「規範理論間の対立・選択」図式はみられない。そこでは、立法に至る過程において正義論の警鐘を鳴らすことで明確かつ実質的な立法理由の提示を立法者に迫り、立法後には、提示された立法理由と手段との整合性を実証的に検証することで、立法の事後的評価を行い、さらにはそうした事後的評価に基づいて将来の立法の適正化を促すという、一連の循環的プロセスの中で、各理論が有機的かつ協働的に

援用されているのである。

従来、我が国では、法改正がなされた後で、その立法がどのような実質的な効果をもったのか、当初の立法意図はどの程度実現されたのか、あるいは実現されなかったのか、といった評価はあまり行われてこなかった。しかし、過去の法改正を事後的に評価し検証することは、現在および将来の法改正を適正に行うためにも不可欠な作業である。¹⁴⁰⁾ その意味では、上述した立法や制度設計の場面における漸進的適正化アプローチは、我が国にとって有益な議論枠組みとなるように思われる。

(3) 具体的紛争の場面

第3に、具体的紛争の場面である。

例えば、ゴードンは、著作権侵害訴訟においては、「財産権の保護」を理由に著作者側の利益が優先されやすく、他方、著作物利用者側の利益は「被疑侵害者」を理由に見過ごされやすい、という司法判断の傾向を明らかにした上で、そうした実態に警鐘を鳴らすべく、「財産権保護」思想の淵源とされるロックの自然権論を詳細に検討していた。そして、他者危害の回避を求めるロック理論の根本的な制約原理を明らかにして、財産権保護における他者の存在を前面に打ち出し、もって対抗利益の保護に正当化の視点を転換することに成功したのであった。

また、ドラホスは、ロールズの正義論を援用することで、「財産権優越主義」思想の理論的基盤の脆弱性を明らかにするとともに、情報の自由の価値や優先性の理論的根拠を提示して、著作者の権益の優越的保護から著作物利用者の権益の公正な保護へと視点を転換することに成功していた。

さらにクートは、著作権法が画する著作物利用者の表現の自由の限界領域を一応の前提としながらも、ロールズ正義論における基本的自由の保護範囲論を参照することで、たとえ著作権法上違法と評価される表現行為であっても、利用者の道徳的能力の行使と本質的に関連する表現行為である場合には、「被疑侵害者」を理由にその表現の自由の利益を無視することは許されないという、利用者利益の正当化の視点を打ち出すことに成功していた。

以上のような、紛争の場面において著作物利用者の権益を前面に押し出すアプローチは、我が国にとっても極めて示唆に富むものである。

Ⅲ 正当化根拠論の現代的意義

——「規範理論間の対立・選択」から「理論間の協調・協働」へ——

以上のように、我が国において「理論間の協調・協働」を可能とするための議論枠組みとしては、3つのアプローチが考えられるように思われる。そこで以下では、これらの各アプローチに基づいて、我が国の著作権法領域における正当化根拠論の意義を明らかにしたい。

1 法制度や法構造の特徴・存在理由を複眼的に把握する記述的アプローチ

第1に、法制度や法構造の複眼的把握を意図した記述的アプローチについてである。

例えば、自然権論および正義論の視点から我が国著作権制度の特徴や構造を記述的に把握することが考えられよう。

序論で述べたように、創作者主義の原則や無方式主義の原則、あるいは権利侵害における依拠の要件を自然権的な思想に照らして把握する取り組みは、従来からみられた。また、最近でも、権利論（ロック労働所有理論）に由来する報酬保護思想に照らして、日米欧の著作権制度における自然人クリエイタ（現実に創作的表現を作成した者）の保護のあり方を記述的に把握することで、国際社会における我が国著作権制度の特徴ないし特異性を浮き彫りにする営みがみられる。それによれば、創作者主義の原則を貫徹し、報酬保護思想を大原則に据える独国法には、著作権契約法や権利制限に伴う報酬請求権制度がある。また、職務著作制度を有する点で創作者主義の原則の修正を図る米国法にも、終了権制度があり、そこに自然人クリエイタに対する一定の報酬保護思想をみてとることができる。これに対し、大陸法系と英米法系の折衷的な法制度であるとされる日本法には、これらに類似する制度が極めて限定的にしかない。その意味で我が国著作権法は、国際的にみても自然人クリエイタに対する報酬保護思想

に乏しい法制度であると解されるというわけである。¹⁴²⁾

以上のような自然権論の視点に加えて、正義論の視点から我が国著作権制度の構造を眺めてみることも有益な営みとなりうる。ロールズ正義論の視点から浮かび上がる著作権法の構造とは、クートの議論を参考にすれば、著作権法が保護対象、支分権、権利制限の3つの観点から表現の自由の保護範囲外とされる表現行為を定義づけることで、著作物利用者の表現の自由の保護領域を画しているというものである。つまり、他人のアイディアを利用した表現行為、支分権に抵触しない態様で他人の表現を利用した表現行為、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表現行為の各領域が、著作権法における著作物利用者の表現の自由の保護範囲であるということになる。こうした表現の自由の保護範囲論の観点からは、例えば、我が国著作権法上、やむを得ない改変(20条2項4号)や引用(32条)等に該当せず権利侵害と評価される他人の著作物のパロディや援用アートのなかに、表現者の道徳的能力の行使と本質的に関連するものは存在しないといえるのか、ということが問題となりえよう。¹⁴³⁾このような検証作業にとって、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が参考になるろう。このように、ロールズの正義論から著作権制度に接近することで、ロールズの憲法哲学からみた著作権法の構造把握が可能となるだけでなく、憲法学との接点生まれ、著作権法学と憲法学との対話的フォーラムの形成にも寄与しうるのでないだろうか。

以上のような、原理論の視点から著作権制度を照射し、その法構造の特徴を複眼的に把握する記述的なアプローチは、複合的な思想的基盤のうえに立脚する我が国著作権制度を理解するうえで有意義な手法であると思われる。

2 立法や制度設計の場面における漸進的適正化アプローチ

第2に、立法や制度設計の場面における漸進的適正化アプローチについてである。このアプローチは、先ほどの米英の研究と同様、我が国においても、保護期間延長問題の場面で意義を発揮するものと思われる。

1つは、立法目的との関係である。我が国では従来、条約上の義務履行に加えて、諸外国の立法動向が延長の是非を決する実質的な基準として機能してきたと指摘されている¹⁴⁵⁾。この点、ベルヌ条約上の義務は少なくとも著作者の死後50年の保護であり、現在の保護期間を死後70年まで延長しないことが条約違反となるわけではない。一方、諸外国の立法動向としては、欧州、米国、アジア諸国と期間延長の連鎖が進んでいる¹⁴⁶⁾。そこで、我が国の選択が問題となるわけである。

しかし、正義論的視点に基づけば、保護期間の延長は権利者以外の人々の自由を抑制する期間の拡張を意味しており、したがって、立法者にはそうした期間の拡張がすべての人々の便益となることを示す責務があるということが分かる。とくに保護期間に関しては、一度延長するとその短縮は事実上不可能であるという問題が指摘されており、こうした正義論的警鐘がもつ意味は大きいといえる。それゆえ、例えば、欧米諸国に足並みを揃え、著作権制度の国際的調和を図る必要があるという延長理由は、それだけでは、すべての利用者にとっての具体的な便益が示されていない点で、正義論的警鐘に応答する論拠としては弱いように思われる。

いま1つは、立法目的と手段の整合性である。かりに著作者の創作意欲の増進が延長立法の目的として設定される場合には、そうした目的が果たして20年の期間延長という手段によって実現しうるのかを実証的に検証することが有益である。我が国では、既にこうした観点からの実証研究がなされている¹⁴⁷⁾。また、期間延長効果の事後的な検証という意味では、既に延長を実現した欧米の状況を分析することも考えられる。

以上のように、立法過程において正義論および帰結主義的検証を有機的かつ協働的に用いることで、立法者の答責性を高め、立法目的の明確化・実質化を促し、立法目的と手段との整合性のとれた立法の適正化に寄与しうるのではないだろうか。

3 紛争の場面において著作権の対抗利益を前面に打ち出すアプローチ

第3に、紛争の場面において著作権の対抗利益を前面に打ち出すアプローチについてである。

我が国では従来から、著作権侵害訴訟の場面において、著作権の対抗利益、とりわけ私人の行動の自由の確保に目を向ける必要があることが指摘されてきた。併せて、利用者の「自然権や正義あるいは自由」といった概念を手がかりとして、そうした著作権保護の限界づけをなす理論構築が課題であるとの指摘もなされてきた。¹⁴⁸⁾

この点、先ほど検討したロック労働所有理論を手がかりとするゴードンの議論、あるいはロールズ正義論を手がかりとするドラホスやクートの議論というものは、まさにこうした我が国著作権法学における問題関心に寄与するものである。

もっとも、正当化根拠論と解釈論との接合可能性に関しては、依然コンセンサスが得られていない。¹⁴⁹⁾ 我が国著作権法の概括的な規定（例えば、32条の引用）の解釈においては著作権の正当化根拠に立ち返った判断をなすことが不可欠とする見方がある一方で、個別の規定の趣旨や法目的以上に原理論を参照することには懐疑的な見方も強い。特に、正当化根拠論が裁判実務に対して具体的な解釈指針を提示しえるのかという点に関しては、否定的な見解のほうが多数かもしれない。¹⁵⁰⁾

確かに、「労働の混合」にせよ「充分性の制約」にせよ「正義の二原理」にせよ「基本的諸自由の保護範囲（中心的な適用領域）」にせよ、抽象的な概念であり、著作権の問題に適用した場合に多義的な解釈が可能であることは否めない。ロックやロールズは『統治二論』や『正義論』において明示的には著作権の問題を扱っておらず、また、決定的な解釈というものも存在しない。むしろロールズ自身は、『正義論』から具体的な政治問題に対する判断や政策決定を導き出すことに消極的な態度を示している。¹⁵¹⁾ このような状況において、これらの可能な解釈のうち、いずれが各理論において優位な解釈なのかを判断することは、裁判所に期待される役割でもなければ、裁判所の司法判断に馴染むもの

でもないだろう。そのような判断が「神々の論争」に発展しやすい点にも注意が必要である。

以上のことを踏まえれば、裁判実務における正当化根拠論の有用性には一定の限界があると言わざるをえない。このことは、紛争解決規範としてみた場合の正当化根拠論の意義の限界と捉えることができよう。

IV 結びに代えて

しかし、もしそうだとしても、正当化根拠論研究の意義が失われるわけではない。それでもなお「我々は、制度がなかった場合に比べて行動の自由が制約されたと感じる者に対して、その制度を正当化する義務を負っている」¹⁵²⁾からである。

米国の法哲学者ウォルドロンが強調しているように、「複製者はオリジナリティに欠ける剽窃者であるとか他人の作品の盗作者であるとして侮辱を受けるかもしれない。しかし、それでもなお、彼らは知的財産法の直接的な影響を受ける者なのである。知的財産法は彼らの行為から話し方、生計の立て方に至るまで、その行動のパターンに影響を及ぼし、その自由を制約している¹⁵³⁾のである。」

このことは、冒頭で述べた、著作権保護に対する一般公衆の感覚の変化に対して応答が求められている、ということにも通じる問題である。近年、我が国において著作権リフォーム論が盛り上がりを見せつつあるのも、このような問題と無縁ではないように思われる。¹⁵⁴⁾

したがって、今後は、一定の限界を自覚しつつ、正当化根拠論の研究を進展させていくことがますます重要になってくるものと思われる。そして、正当化根拠論の研究を多様で実りある研究領域へと発展させていくためには、従来の「規範理論間の対立・選択」図式から、「場面ごとの理論間の協調・協働」図式へと、議論のフェーズを移行させる必要があるというのが、本稿の結論である。¹⁵⁵⁾ 今後の議論の発展に期待したい。

1) 拙稿「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義 (1)~(8) [未完]」知的財産法政策学研

- 究 28号 195頁, 30号 163頁, 31号 125頁, 32号 45頁 (以上, 2010), 33号 199頁, 34号 317頁 (以上, 2011), 37号 125頁, 39号 265頁 (以上, 2012)。
- 2) 例えば, 中山信弘『マルチメディアと著作権』(岩波新書, 1996) 4~9頁, 田村善之『著作権法概説 [第2版]』(有斐閣, 2001) 4~8頁, 島並良 = 上野達弘 = 横山久芳『著作権法入門』(有斐閣, 2009) 4~5頁〔島並良執筆〕, 岡村久道『著作権法』(商事法務, 2010) 7~11・14~16頁。
- 3) 例 え ば, 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); Horacio M. Spector, *An Outline of a Theory Justifying Intellectual and Industrial Property Rights*, [1989] EIPR 270; Lawrence C. Becker, *Deserving to Own Intellectual Property*, 68 CHI.-KENT L. REV. 609 (1993); PETER DRAHOS, *A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY* (1996); William Fisher, *Theories of Intellectual Property*, in *NEW ESSAYS IN THE LEGAL AND POLITICAL THEORY OF PROPERTY*, 168 (Stephen R. Munzer ed., 2001); Mark A. Lemley, *Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*, 71 U. CHI. L. REV. 129 (2004); Wendy J. Gordon [田辺英幸訳]「INTELLECTUAL PROPERTY」知的財産法政策学研究 11号 (2006); Neil W. Netanel, *Why has Copyright Expanded?: Analysis and Critique*, in *NEW DIRECTIONS IN COPYRIGHT LAW*, VOL. 6, 3-34 (Fiona Macmillan ed., 2007); ROBERT P. MERGES, *JUSTIFYING INTELLECTUAL PROPERTY* (2011) 等参照。
- 4) 例 え ば, Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1982); Jeremy Waldron, *From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property*, 68 CHI.-KENT. L. REV. 841 (1993); Wendy J. Gordon, *Excuse and Justification in the Law of Fair Use: Commodification and Market Perspectives*, in *THE COMMODIFICATION OF INFORMATION* 149 (Neil Netanel and Niva Elkin-Koren eds., 2002); LUCIE GUIBAULT, *COPYRIGHT LIMITATIONS AND CONTRACTS: AN ANALYSIS OF CONTRACTUAL OVERRIDABILITY OF LIMITATIONS ON COPYRIGHT* (2002); Benjamin G. Damstedt, *Limiting Locke: A Natural Right Justification for the Fair Use Doctrine*, 112 YALE L. J. 1179 (2003); A. Drassinower, *A Right-Based View of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law*, 16 CAN. J. L. & JURIS. 3 (2003); MARTIN SENFTLEBEN, *COPYRIGHT, LIMITATIONS AND THE THREE-STEP TEST: AN ANALYSIS OF THE THREE-STEP TEST IN INTERNATIONAL AND EC COPYRIGHT LAW*, 5-34 (2004); ROBERT BARREL & ALISON COLEMAN, *COPYRIGHT EXCEPTION: THE DIGITAL IMPACT* (2005); JONATHAN GRIFFITHS & UMA SUTHERSANEN (eds.), *COPYRIGHT AND FREE SPEECH: COMPARATIVE AND INTERNATIONAL ANALYSES* (2005); NEIL WEINSTOCK NETANEL, *COPYRIGHT'S PARADOX* (2008); AXEL GOSSERIES, ALAIN

MARCIANO & ALAIN STROWEL (eds.), *INTELLECTUAL PROPERTY AND THEORIES OF JUSTICE* (2008); ZOHAR EFRONI, *ACCESS-RIGHT: THE FUTURE OF DIGITAL COPYRIGHT LAW* (2011); ANNABELLE LEVER (ed.), *NEW FRONTIERS IN THE PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY* (2012) 等参照。著作権法におけるパブリック・ドメインの意義に焦点をあてるものとして、例えば、Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 EMORY. L. J. 965 (1990); Yochai Benkler, *Free As The Air To Common Use: First Amendment Constraints On Enclosure Of The Public Domain*, 74 N.Y.U.L. REV. 354 (1999); David L. Lange, *Reimagining the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROB. 463 (2003); LUCIE GUIBAULT & P. BERNT HUGENHOLTZ (eds.), *THE FUTURE OF THE PUBLIC DOMAIN* (2006); JAMES BOYLE, *THE PUBLIC DOMAIN* (2008) 等参照。

- 5) 著作権の大衆化については、野口祐子『デジタル時代の著作権』(ちくま新書, 2010) 第2章を参照。
- 6) これまでの著作権法改正の動向については、中山信弘「著作権法改正の潮流」コピライト 578号2頁(2009), 永山裕二「著作権行政をめぐる最新の動向について」コピライト 595号4~11頁(2010), 増田雅史「コンテンツビジネスをめぐる法的環境の10年」『コンテンツに係る知的創造サイクルの好循環に資する法的環境整備に関する調査研究——コンテンツをめぐる法的環境のこの10年とこれから——報告書』(財団法人デジタルコンテンツ協会, 2011) 1頁, 増田雅史=生貝直人『デジタルコンテンツ法制』(朝日新聞出版, 2012)を参照。
- 7) 上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討——日本版フェアユースの可能性——」コピライト 560号26頁(2007), 田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト 1255号124頁(2003), 同「法教育と著作権法」ジュリスト 1404号35頁(2010)。山田奨治『日本の著作権はなぜこんなに厳しいのか』(人文書院, 2011)も参照。
- 8) 例えば、半田正夫『著作権法の研究』(一粒社, 1971) 8~87頁は、ドイツでは18世紀以降、作者の権利の本質を一元的に把握する立場(①財産権の側面が優越する権利とみる旧・新精神的所有権論, ②人格権の側面が優越する権利とみる人格権一元論, ③財産権的要素と人格権的要素とが対等かつ有機的に結合した単一の権利であるとみる著作権一元論)と二元的に把握する立場(④財産権と人格権とが対等に併存する権利とみる二元論, ⑤各々独立した著作財産権と著作者人格権とからなる複合権とみる *droit double* 論)とが対立してきたが、やがて③著作権一元論がドイツの通説となり、1965年制定の新著作権法にも採用されるに至ったことを明らかにしている。そして、例えば②人格権一元論について、カントやギールケの人格権思想にまで遡りながら検討を行っている(ローマ法時代から20世紀前半までのドイツ法における人格権の発展について、ドネルスや自然法学の思想にまで遡りながら検討を行う齊藤博『人格権法の研究』(一粒社, 1979) 3~57頁

- も参照)。この他、ドイツにおける学説史を手がかりとした著作者の権利の本質論につき、水野鍊太郎「著作権ノ性質ニ就テ」法学協会雑誌 21 巻 7 号 905 頁・9 号 1231 頁 (1903)、末川博「著作権の本質」『民法に於ける特殊問題の研究 第 1 巻』(弘文堂書房, 1925) 105 頁、榛村専一『著作権法概論』(巖松堂書店, 1933) 第 3 章、勝本正晃『日本著作権法』(巖松堂書店, 1940) 第 3 章、小林尋次『再刊 現行著作権法の立法理由と解釈』(第一書房, 2010, 初版 1958) 第 1 章、栗田昌裕「著作権法における権利論の意義と射程 (1) (2・完)」民商法雑誌 140 巻 6 号 46 頁, 141 巻 1 号 45 頁 (2009)、志賀典之「18 世紀末ドイツにおける『著作者の権利』の一断面 (1) (2・完)」早稲田大学大学院法研論集 131 号 103 頁 (2009)、141 号 173 頁 (2012) を参照。フランス著作権法における一元論につき、駒田泰士「フランス著作権法における一元論について」上智法学論集 49 巻 3=4 号 67 頁 (2006) を参照。
- 9) 小林・前掲注 8) 9 頁は、その理由を次のように述べている。すなわち、立法に際しては、「著作権の本質に関する見解の相違によって、立法の建前や法条の規定の仕方が相違して来」るからであり、また、法解釈にあたっては、「立法者が著作権の本質に関して、如何なる見解を以て法文を立案したかを見究めて置かないと、凡そ立法の意図したところと見当違いな解釈を下す結果となる」からである。
- 10) 例えば、小泉直樹「著作権制度の規範理論」『アメリカ著作権制度』(弘文堂, 1996) 第 2 章、田村善之〔比良友佳理訳〕「デジタル化時代の著作権制度の再検討」アメリカ法 2010-1 号 21 頁 (2010)。
- 11) 例えば、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 2 頁 (2010)。
- 12) 例えば、上野達弘「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察 (2・完)」民商法雑誌 120 巻 6 号 959 頁以下 (1999)、同「応用美術の保護——著作権保護の正当化根拠としての『創作的表現』をめぐる一考察——」著作権研究 36 号〔2009 年度〕98~104 頁 (2010)、栗田・前掲注 8)、同「憲法による著作権の保障と制約」著作権研究 37 号 152 頁 (2011)、同『『著作権の制限』の判断構造 (1) (2・完)』民商法雑誌 144 巻 1 号 1 頁, 同 2 号 1 頁 (2011)。
- 13) 例えば、権利制限一般につき、「シンポジウム権利制限」著作権研究 35 号 (2008) 所収の各論考、田村・前掲注 7)「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」、中山信弘『著作権法』(有斐閣, 2007) 241 頁以下、同「著作権の権利制限」高林龍一・三村量一・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) 273 頁、上野・前掲注 7)「著作権法における権利制限規定の再検討」、村井麻衣子「著作権市場の生成と fair use (1) (2・完)」知的財産法政策学研究 6 号 155 頁・7 号 139 頁 (2005)、同「フェア・ユースにおける市場の失敗理論とその修正」知的財産研究所編『デジタル・コンテンツ法のパラダイム』(雄松堂, 2008) 167 頁, 同「フ

- フェア・ユースの市場の失敗理論をめぐって」著作権研究 35 号 168 頁 (2008), 横山久芳「著作権の制限とフェアユースについて」パテント 62 巻 6 号 48 頁 (2009), フェアユース研究会『著作権・フェアユースの最新動向』(第一法規, 2010), 山本隆司=奥邨弘司『フェア・ユースの考え方』(太田出版, 2010), 栗田・前掲注 12)『著作権の制限』の判断構造 (1) (2・完)」等参照。同一性保持権の制限について, 例えば, 上野達弘「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察 (1) (2・完)」民商法雑誌 120 巻 4=5 号 748 頁, 6 号 925 頁 (1999), 佐藤薫「著作権法第 20 条第 2 項第 4 号の解釈と表現の自由権」著作権研究 17 号 111 頁 (1990), 松田政行『同一性保持権の研究』(有斐閣, 2006)。引用について, 例えば, 飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究 26 号 91 頁 (1999), 上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」半田正夫先生古稀記念『著作権法と民法の現代的課題』(法学書院, 2003) 307 頁, 田村善之「著作権法 32 条 1 項の『引用』法理の現代的意義」コピライト 554 号 9 頁 (2007), 平澤卓人[評釈]知的財産法政策学研究 17 号 183 頁 (2007)。保護期間について, 例えば, 横山久芳「著作権の保護期間延長立法と表現の自由に関する一考察」学習院大学法学会雑誌 39 巻 2 号 19 頁 (2004), 今村哲也「欧米の著作権の保護期間延長論議にみる理論的諸相」高林龍編『知的財産法制の再構築』(日本評論社, 2008) 208 頁, 上野達弘「ドイツ著作権法における保護期間に関する一考察」斎藤博先生退職記念『現代社会と著作権法』(弘文堂, 2008) 33 頁, 小島立「著作権の保護期間——文化政策の観点から」知的財産法政策学研究 33 号 259 頁 (2011)。
- 14) 例えば, 大日方信春『著作権と憲法理論』(信山社, 2011), 佐藤薫「著作権とアメリカ合衆国憲法第 1 修正条項」法と秩序 16 巻 2 号 23 頁 (1996), 同「著作物の改変利用と表現の自由」小森義峯教授古稀記念『現代における憲法問題の諸相』(国書刊行会, 1994) 507 頁, 同「著作権, 同一性保持権と表現の自由」憲法論叢 2 号 45 頁 (1995), 横山久芳「ミッキーマウス訴訟がもたらしたもの」ジュリスト 1244 号 268 頁 (2003), 横山・前掲注 13) 学習院大学法学会雑誌, 野口祐子「デジタル時代の著作権制度と表現の自由 (上) (下)」NBL777 号 18 頁, 778 号 32 頁 (2004), 今村哲也「著作権法と表現の自由に関する一考察」企業と法創造 1 巻 3 号 81 頁 (2004), 同「著作権の保護期間延長と表現の自由についての小考——Eldred 事件最高裁判決とその後の動向」企業と法創造 3 巻 1 号 163 頁 (2006), 山口いつ子「表現の自由と著作権」中山信弘先生還暦記念『知的財産法の理論と現代的課題』(弘文堂, 2005) 365 頁, 吉田仁美「著作権保護期間の延長と表現の自由」ジュリスト 1294 号 151 頁 (2005), 大林啓吾「表現の自由と著作権に関する憲法的考察」大沢秀介=小山剛編『東アジアにおけるアメリカ憲法』(慶應義塾大学出版会, 2006) 293 頁, 同「カナダにおける表現の自由と著作権」尚美学園大学総合政策研究紀要 13 号 13 頁 (2007), 同「表現の自由と著作権の制度的調整」帝京法学 27 巻 2 号 269 頁 (2011), 西森菜津美「表現の自由と著作権」立命館法政論集 6 号 1 頁 (2008), 紙谷雅子「コピーライト法と表現の自由」知的財産研究所編『デジタル・コンテンツ法のパラダイム』(雄

- 松堂出版, 2008) 211 頁, 小泉直樹「グーグル・フェアユース・表現の自由」世界 802 号 84 頁 (2010), 同「表現の自由, パロディ, 著作権」ジュリスト 1395 号 149 頁 (2010), 同「総論」著作権研究 37 号 2 頁 (2011), 小島立「著作権と表現の自由」新世代法政策学研究 8 号 251 頁 (2010), 同「著作権と表現の自由」憲法問題 21 号 77 頁 (2010) 等参照。
- 15) 例えば, 張睿暎「著作物ユーザに権利はあるか——新しい著作権法フレームとしての人權」別冊 NBL130 号『知財年報 2009』(商事法務, 2009) 294 頁。
- 16) このような問題意識を鮮明に打ち出したのが, 中山信弘教授である。中山教授は, 東京大学での最終講義において, 「これからの研究者には, 常に, 新しい方法論, 新しい体系を求めつつ研究を進めて欲しい」と述べたうえで, 知的財産法の研究者は実務に埋没しない固有の存在意義をもつ学者として, 条文の解釈や判例の分析にとどまるのではなく, 「知的財産法とは如何にあるべきか, 知的財産の体系とは如何なるものであるのか」を常に探究しなければならない旨を強調された(中山信弘「知的財産法研究の回顧と将来への課題」NBL 877 号 5・10~11 頁 (2008))。こうした中山教授の見解は, 学界の問題関心や研究手法に少なからず影響を与えているように思われる。例えば, 上野達弘「国際社会における日本の著作権法——クリエイタ指向アプローチの可能性——」コピライト 613 号 3 頁 (2012) は, 「実務をできるだけ実態に即して把握しながら, 同時にそこから一定の距離を保ち, 国際的状況の中で, 必要な立法論について, 時には根本的な点にまで立ち入って議論を喚起する」ということが, 研究者の「一つの責務ではないか」と指摘しており, 中山教授の問題意識を共有しているように見える。
- 17) 例えば, 田村・前掲注 2) 6~8 頁, 田村・前掲注 10) 21 頁以下, 横山久芳「文化・産業の振興と個人の権利」ジュリスト 1422 号 86~87 頁 (2011) を参照。自然権論とインセンティブ論を, 創作者に着目する大陸法系の法思想と複製に着目する英米法系の法思想の対立として理解するものとして, 齊藤博『著作権法 [第 3 版]』(有斐閣, 2007) 17 頁以下, 半田正夫『著作権法概説 [第 14 版]』(法学書院, 2009) 5 頁以下。
- 18) 小泉・前掲注 10)。
- 19) 我が国著作権法上, 著作物の創作がなされると同時に権利が発生し (51 条 1 項), 権利の享有には何らの方式も要さない (17 条 2 項)。これは, 無方式主義と呼ばれる。また, 原則, 事実行為としての創作行為をなした者が著作者となり (2 条 1 項 2 号), 著作者には著作物に対する著作者人格権および著作権が帰属する (17 条 1 項)。この原則は, 創作者主義の原則と呼ばれる。
- 20) 最判昭和 53.9.7 民集 32 卷 6 号 1145 頁 [ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー]。
- 21) 田村善之「創作者の保護と知的財産の活用の相剋」日本工業所有権法学会年報 29 号 98 頁 (2006), 吉田広志「特許法における創作者保護」日本工業所有権法学会年報 29 号 114 頁 (2006)。(無) 方式主義と自然権思想の関係について詳しくは, STEF VAN GOMPEL, FORMALITIES IN COPYRIGHT LAW: AN ANALYSIS OF THEIR HISTORY, RATIONALES AND POSSI-

- BLE FUTURE, chapter 6 (2011) を参照。創作者主義の原則と自然権思想との関係については、潮海久雄『職務著作制度の基礎理論』（東京大学出版会，2005）43～48 頁を参照。
- 22) 小泉・前掲注 10) 25・28 頁。
 - 23) 小泉・前掲注 10) 15・25 頁。
 - 24) 横山・前掲注 17) 87 頁。
 - 25) 小泉・前掲注 10) 15 頁。
 - 26) 小泉・前掲注 10) 15～16 頁。
 - 27) 田村・前掲注 2) 6 頁。
 - 28) 代表的な研究として、注 8), 12) に掲げた栗田准教授の一連の論考を参照。
 - 29) 栗田・前掲注 12) 「『著作権の制限』の判断構造 (1)」民商法雑誌 144 巻 1 号 3 頁。
 - 30) 栗田・前掲注 12) 「憲法による著作権の保障と制約」206～208 頁、栗田・前掲注 12) 「『著作権の制限』の判断構造 (2・完)」民商法雑誌 144 巻 2 号 43～45 頁。
 - 31) こうしたインセンティブ論内部での論争について詳しくは、拙稿・前掲注 1) 「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 200～202 頁を参照。
 - 32) 潮海・前掲注 21) 34 頁。
 - 33) 例えば、田村善之「知的財産法学の新たな潮流」ジュリスト 1405 号 22 頁以下 (2010)、同・前掲注 11) 2 頁以下、横山・前掲注 17) 87 頁以下を参照。京俊介『著作権法改正の政治学：戦略的相互作用と政策帰結』（木鐸社，2011）も参照。
 - 34) 詳しくは、拙稿・前掲注 1) 「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義 (7) (8)」知的財産法政策学研究 37 号・39 号を参照。
 - 35) 詳しくは、拙稿・前掲注 1) 「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義 (2) (3) (4)」知的財産法政策学研究 30 号・31 号・32 号を参照。
 - 36) 作花文雄『詳解著作権法〔第 4 版〕』（ぎょうせい，2010）41 頁。
 - 37) JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT (1690; Peter Laslett ed., 1988) [加藤節訳『統治二論』（岩波書店，2007）]。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。以下、本書を引用する場合、例えば第 2 編第 27 節であれば、「II 27 節」という形で表記する。
 - 38) 「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)
 - 39) 例えば、森村進『ロック所有論の再生』（有斐閣，1996）、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）を参照。
 - 40) 「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言ってよい。従

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、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)。

- 41) 「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貪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土地がたっ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)

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、苦痛をとまなう活動として理解していた。このことは、「労働」という言葉とならんで「勤勉」や「勤勞」という言葉が第5章の随所で用いられ、「労苦」「骨折」「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。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 39) 130~132 頁。

- 42) 「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)

- 43) 「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ちえた以上には、何の権利をもっていないからである。」(II 37 節)

44) 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)。

45) 「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、同じようにたっ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、同じようにたっ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。他人がたっぷり水を飲んだからといって、その後と同じ水の流が残されていて、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、それらが十分にありところでは、事情はまったく同じなのである。」(II 33 節)

46) Georg Wilhelm F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821) [上妻精 = 佐藤康邦 = 山田忠彰訳『ヘーゲル全集 9a・9b 法の哲学上巻・下巻』(岩波書店, 2000・2001), 藤野渉 = 赤沢正敏訳『法の哲学 I・II』(中公クラシックス, 2001)]。以下、本書『法哲学要綱』を引用する場合には、単に「§~」という形で表記する。

47) 「人格は、理念として存在するためには、自由の外的領域をもたねばならない。」 (§41), それは「外的なものであって、不自由で、非人格的で、法(権利)を欠いた『物』である」 (§42), 「人格はあらゆる物のうちに自分の意志を投入し、もって、当の物を自分のものとする権利をもつ。それは人格の核心をなす権利である」 (§44), 「わたしがなにかを外的な力のもとにおさめることが、所有である。そして、なにかを自然の必要や衝動やわがままから自分のものにする、という特殊面が、所有にまつわる特殊な関心を示す。しかし、わたしの自由意志が所有のうちに対象化され、こうしてわたしがはじめて現実の意志となる、という側面こそが、法(権利)の真理をあらわし、財産のなんたるかを示している。」 (§45), 「所有は、意志の物件に対する関係のうちで、より詳細な規定を

もつ。すなわち、この関係は、(α)意志がその現存在を、肯定的なものとしての物件のうちにもっているかぎりでは、所有は直接的に占有取得である。(β)物件が意志にとって否定的なものであるかぎり、意志はその現存在を、否定されるべきものとしての物件のうちにもっている。——これが使用である。(γ)意志が物件から自己のうちに折れ返る場合。——これが譲渡である。」 (§ 53)。

48) 「私の人格の核心や、私の自己意識の普遍的本質をなすような価値物、いやむしろ、そのような実体的個性は、譲渡することができない」 (§ 66)。ここでは、自己の所有物がその本性上、外的なものか、それとも内的なものかということが譲渡の可否のメルクマールとされる (§ 65)。したがって、例えば身体や生命は、人格にとって内的なものであり、その譲渡や放棄が禁止されるのである (§ 66 注・§ 70)。

49) Göran Lantz, Eigentumsrecht—ein Recht oder ein Unrecht? (1977) [島本美智男訳『所有権論史』(晃洋書房, 1990)] 邦訳 122 頁, 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 2~3 頁 (2008)。なお、ある個人の所有権は、他者の道徳的権利との関係でも相対化される。これは〈道徳性〉において論じられている。

50) Lantz・前掲注 49) 128 頁。

51) G. W. F. Hegel, Philosophie des Rechts nach der Vorlesungsnachschrift K. G. v. Griesheims 1824/1825, herausge. v. K.-H. Ilting [長谷川宏訳『法哲学講義』(作品社, 2000)] 邦訳 462~465 頁。本書は、ヘーゲルが 1824 年から 1825 年にかけてベルリン大学で行った『法哲学要綱』に基づく法哲学講義の講義録であるが、ヘーゲルの著作権法観を知る上で有益なものである。ヘーゲルの著作権法観につき、拙稿・前掲注 1) 「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義 (4)」知的財産法政策学研究 32 号 61~66 頁を参照。

52) Hughes, *supra* note 3.

53) ヒューズは、知的財産制度が 3 つの態様でコモنزの拡大をもたらすことを指摘している (*Id.*, at 315-325)。

第 1 に、知的財産制度が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さう。そして新たなアイデアが外界に置かれ、その存在を人々が認識するならば、それはコモنزの拡大をもたらすというわけである。

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。この中核的アイデアのカテゴリーはありふれたアイデ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、永続的なコモンズとして維持される。

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ンズ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。

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ンズの維持・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。それゆえ、知的財産権のほうが私的所有権よりも充分性の制約を充足しやすいというわけである。

54) ヒューズによれば、19世紀の半ばまで、米国の著作権判例は、著作権保護の要件として「偉大な芸術性」を要求していたとされる。しかし、*Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U. S. 239 (1903) を一つの契機として、19世紀末以降、作者の何らかの個性の発露を著作権保護の中心にすえる判例が次第に有力になっていったとされる。このように、連邦最高裁が著作物性の判断基準を「偉大な芸術性」から「ほんの僅かな芸術性」へと変更したことは、著作権保護の枠組みを、著作物の芸術的、審美的価値の保護から、著作物の個人的、人格的表現の保護へと移行させたことを意味する。このような著作者の個性の発露を基準とする著作権法の保護枠組みは、外的世界に具現された著作者の主観的人格性の保護に寄与することから、ヘーゲルの人格所有理論と整合的に把握することができるとヒューズは主張している。*Id.*, at 351-352.

55) *Id.*, at 302-305, 327-329.

56) *Id.*, at 341-342, 346-347. なおヒューズは、プログラムの創作物だから人格的表現とみなせないと考えることは過度の単純化であると指摘している。その理由は、プログラムの創作過程が効率性の制約を受けるとしても、プログラムを複数の方法で書くことが可能な場合は少なからず存在し、そうした複数の選択肢の中から1つの表現を選択する行為に人格的営為を見いだすことは不可能ではないからだとしている。*Id.*, at 342.

57) Wendy J. Gordon, *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 *YALE L. J.* 1533 (1993). 本論文については、小泉・前掲注10)、村井・前掲注13) 知的財産法政策学研究7号に詳しい紹介がある。

58) *Id.*, at 1536-1538.

59) 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39) 140~145・183~191頁を参照。

60) *Id.*, at 1570-1572.

- 61) Wendy J. Gordon, *Render Copyright unto Caesar: On Taking Incentives Seriously*, 71 U. CHI. L. REV. 75 (2004)
- 62) *Id.*, at 81-83.
- 63) Stewart E. Sterk, *Rhetoric and Reality in Copyright Law*, 94 MICH. L. REV. 1197 (1996).
- 64) 例えば, Jeanne L. Schroeder, *Virgin Territory: Margaret Radin's Imagery of Personal Property as the Inviolable Feminine Body*, 79 MINN. L. REV. 55, 131 n 287 (1994) は, ヘーゲルが実定法上の現実的な問題に対して哲学は明確な解を提供しえないと考えており, したがって共有財産と私有財産との適正な範囲確定の問題については取り組まなかったことを指摘している。ただし, ヘーゲルは, 財産の譲渡に対する制限のように, 論理的なプロセスから所有権に対する一定の制限を導くことはできると考えていたとする。
- 65) Sterk, *supra* note 63, at 1241.
- 66) Hegel・§ 69 注。ヘーゲルは、『法哲学要綱』に基づく法哲学講義の中でも, 既存の著作物を基にした二次創作に対する寛容な姿勢を示している。いわく, 「著作をまるごと複製することは禁止されるべきですが, 著作の内容を他人が借用することは, それとは別のことです。」「内容が共有財産となっているときには, 他人がその内容を自ら表現し, 内容に別の形式を与えたなら, それをもって他人ならぬ自分の著作——既成のものとは区別される自分の作品——だということができる。」もっとも, 付加された形式が, 本質的なものか(=新たな著作物), それとも表面的なものか(=剽窃)を判別することは難しいとしたうえで, これは名誉に関する問題であり, 各国の文化的気質によって判断は異なりうるとする。例えば, 名誉を重んじるフランスでは剽窃に対して厳格であるのに対し, 名誉をそれほど重視しないドイツでは剽窃行為に対して法律をもって禁止するのが困難であると述べている。Hegel・前掲注 51)『法哲学講義』149~150 頁。
- 67) Sterk, *supra* note 63, at 1241.
- 68) *Id.*, at 1240-1241.
- 69) こうした解釈は, 法哲学講義のなかで提示されたヘーゲルの著作権保護期間に対する見解とも整合的である。ヘーゲルによれば, 「著者が一冊の本を世に出したとき, かれは自分の思いのままに売却分を設定できるし, また, 依然として本の所有者であり, 所有権は永久に相続できる……そして, 出版者もそれに準ずる」といった見解は, 「根拠のない議論」である。なぜなら, 「肝心な点は, 著者とその作品との生きたつながりであって, 著者が死ねばつながりはなくなり, 作品はいわば所有者なきものになるから」である。だからこそ, 著作権法は保護期間を著者の生存中か, 死後十年かに限定しているのである。そしていったん著作権の保護期間が満了すれば, 「その本は読者の, 国民の, 世界の, 財産となり, 人びとの教化や喜びの手段となる」のであって, 当然, 著作物の自由な複製が認められるべきである。「これは大切なことです」とヘーゲルは力説している。Hegel・

前掲注51)『法哲学講義』151～152頁。

70) Sterk, *supra* note 63, at 1242.

71) 詳しくは、拙稿・前掲注1)「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(5)(6)」知的財産法政策学研究33号・34号を参照。

72) 帰結主義的インセンティブ論について、事前のインセンティブ論と事後的なインセンティブ論とに分けて議論を展開する文献として、例えば、Lemley, *supra* note 3, at 129-131; 田村善之『特許法の理論』(有斐閣, 2009) 13頁, 島並良「特許客体論の方法と構造」知財研フォーラム55号11頁(2003), 同「特許権の排他的効力の範囲に関する基礎的考察——取引費用理論からの示唆——」日本工業所有権法学会年報31号1頁(2008), 中山一郎「事後的インセンティブとしての特許制度の機能について」知財ふりむず2巻15号1頁(2003), 同「大学からの技術移転における特許の役割について」企業と法創造1巻2号161頁(2004), 同「大学特許の意義の再検討と研究 commons」知的財産研究所編『特許の経営・経済分析』(雄松堂, 2007) 301頁等を参照。

73) William M. Landes & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J. LEGAL STUD. 325 (1989); William M. Landes & Richard A. Posner [拙訳]「著作権の考え方」知的財産法政策学研究10号1頁(2006); WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW*, Ch. 2 (2003).

74) Edmund W. Kitch, *The Nature and Function of the Patent System*, 20 J. L. & ECON. 265 (1977)

75) 例えば、米国下院報告書は、次のように指摘している。「最初の規定の目的は、著作物に対する排他的な権利を一定期間、著作者に保障することによって学術の進歩を奨励するものである。ここにおける『学術』とは、今日もその単語が意味するところの1つである。知識全般を指称するものである。もう1つの規定は、議会が、発明に対する排他的な権利を一定期間、発明者に保障することによって、技芸の進歩を奨励する権限を有する、というものである。最初の特許法、そしてその後のかかなり長い間の特許法には、『有用な技芸の進歩を促進する法律』というタイトルが付されていた。」S. Rep. No. 82-1979 (1952), at 3.

なお、特許・著作権条項内の目的=手段構造に関しては、連邦議会に付与した立法権限を制限しようとする制憲者の意図が込められているとの指摘もみられる。例えば、Lawrence B. Solum, *Congress's Power to Promote the Progress of Science: Eldred v. Ashcroft*, 36 LOY. L. A. L. REV. 1, 13, 19-20 (2002); 大日方信春「著作権の憲法上の地位——合衆国憲法1条8節8項の文理解釈を導きの糸として——」姫路法学45号11～12・36～37頁(2006)を参照。一般に、ある権能を憲法上規定することは、それをある機関に帰属させることだけでなく、当該権能に憲法上の限界を定めることも同時に意図されていると考えられている。とくに著作権条項に関しては、憲法が著作権の立法権限について

規定したのは連邦議会に付与する当該権能の限界を明記する意図が込められていたという指摘もある。特許・著作権条項における立法統制機能について詳しくは、Paul J. Heald and Suzanna Sherry, *Implied Limits on the Legislative Power: The Intellectual Property Clause as an Absolute Constraint on Congress*, 2000 U. ILL. L. REV. 1119 (2000) を参照。

76) Waldron, *supra* note 4, at 848-849.

77) Precision Instrument Mfg. Co. v. Automotive Maintenance Machinery Co., 324 U. S. 806, 816 (1945). 連邦最高裁は他にも、Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U. S. 417, 429 (1984) において、「議会在認めた独占という特権は、無制約のものでなければ、特別の私的利益を与えることを主として意図されたわけでもない。むしろ、この限定つきの特権は、重要な公共の目的を達成するための手段として認められたものである。特別の報酬を与えることによって著作者や発明者の創作的活動を促進するとともに、独占的コントロールが及ぶ一定期間の経過後は公衆が彼らの才能がもたらす成果物にアクセスできるようにすること、これこそが目的なのである」と説示している。

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

79) Twentieth Century Music Corporation v. Aiken, 422 U. S. 151, 156 (1975).

80) MARSHALL A. LEAFFER, UNDERSTANDING COPYRIGHT LAW, 6 (5th ed, 2010).

81) ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON, JOHN JAY, THE FEDERALIST, No. 43, at 281 (introduction by Cass R. Sunstein; The Belknap Press of Harvard University Press, 2009) [斎藤眞=武則忠見『ザ・フェデラリスト』(福村出版, 1991) 211頁]。

82) 『フェデラリスト』第43篇に示されたマディソンの著作権法観の解釈をめぐる論争があり、マディソン自身は著作者の権利を功利主義的に理解していたが、国民の独占に対する反感と憲法草案に対する批判が高まるなかで、新国家に必要な著作権制度を連邦の制度として成立させるために、自然権のレトリックを借用したにすぎないという解釈も提示されている。詳しくは、白田秀彰『コピーライトの史的展開』(信山社, 1998) 286~290頁を参照。

83) 著作者の自然権保障という視点での特許・著作権条項の理念解釈の可能性を、憲法条項の文言や『フェデラリスト』の記述から探求するのがリーファーであるとすれば、当時の米国の社会的、文化的背景から探求するのがリンガーである(Barbara Ringer, *Two Hundred Years of American Copyright Law*, in TWO HUNDRED YEARS OF ENGLISH AND AMERICAN PATENT, TRADEMARK AND COPYRIGHT LAW, 117 (American Bar Association ed. 1977))。リンガーによれば、米国の出版業界は当時、広大な市場と需要の高まりを背景として、著作権保護に対するニーズを特に有しておらず、むしろ英国作品の海賊出版から収益をあげていた。しかし、米国内において、独自の文化的伝統の構築を求める風潮が次第に高まり、やがてそれが米国純文学の発展やロマン主義の興隆、教育の重視、図書

館の普及等と相まって、著作者の地位を法的に保障することの必要性が認識されるようになったと分析している。そしてその後、米国の巨匠らの作品が外国で海賊出版されるようになったことは、米国の国際的な著作権保護を求める動きへとつながっていったとしている。 *Id.*, at 126-130.

84) H. R. Rep. No.105-452 (1998), at 4.

85) 1998年のCTEA制定により、米国の著作権保護期間は、原則として著作者の死後70年、無名著作物、変名著作物および職務著作物については発行後95年もしくは創作後120年のいずれか早い方とされた(17 U. S. C. § 302)。

86) Senator Orrin G. Hatch & Thomas R. Lee, "To Promote the Progress of Science": The Copyright Clause and Congress's Power to Extend Copyrights, 16 HARV. J. L. & TECH. 1, 3 (2002).

87) 酒井麻千子「EU・アメリカはなぜ保護期間を延長したか」田中辰雄 = 林紘一郎編『著作権保護期間：延長は文化を振興するか?』(勁草書房, 2008) 182頁。CTEAの成立に至るまでの連邦議会における法案審議過程について詳しくは、酒井・前掲174~183頁を参照。

88) *Copyright Term, Film Labeling, and Film Preservation Legislation: Hearings on H. R. 989, H. R. 1248 and H. R. 1734 Before the Subcomm. on Courts and Intell. Prop. of the Comm. on the Judiciary*, 104th Cong. (1996) (statement of Marybeth Peters, Register of Copyrights and Associate Librarian for Copyright Services, Library of Congress), at 171.

89) 以上につき, *Id.* at 188.

90) H. R. Rep. No.105-452 (1998), at 4.

91) Hatch & Lee, *supra* note 86, at 16-17. *Eldred vs. Ashcroft*, 537 U. S. 186, 206-207 (2003) は、こうした予測を合理性の認められるものと判断している。

92) Paul J. Heald, *Property Rights and the Efficient Exploitation of Copyrighted Works: An Empirical Analysis of Public Domain and Copyrighted Fiction Best Sellers*, 92 MINN. L. REV. 1031 (2008) [今村哲也 = 宮川大介訳「保護期間の延長は社会厚生を高めたか：アメリカの場合」田中辰雄 = 林紘一郎編『著作権保護期間：延長は文化を振興するか?』(勁草書房, 2008) 111頁] 参照。

93) 詳しくは、拙稿・前掲注1「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(7)(8)」知的財産法政策学研究37号・39号を参照。

94) JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971) [矢島鈞次監訳『正義論』(紀伊国屋書店, 1979)]; JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE, REVISED EDITION (1999) [川本隆史 = 福間聡 = 神島裕子訳『正義論(改訂版)』(紀伊国屋書店, 2010)]; 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)]. 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、『正義論〔改訂版〕』を引用する際には「TJR」という略語を、『公正としての正義・再説』を引用する際には「JFR」という略語を、それぞれ用いる。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」「JFR §3・邦訳14頁」など)。なお、『正義論』の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、主に改訂版の訳本を参照した。

95) JFR §17.2・邦訳101頁。

96) TJR §2・邦訳11頁。

97) これは、ロールズが正義の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、基本的諸自由の衝突が起こる場合に、単に自由の範囲や総量のみに関心を払えば、基本的諸自由の体系内でさまざまな衝突が調整されるかのような言い方をしている点等について問題を指摘され(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)第7章]), これを受けて第一原理の定式化の表現を改めた。ロールズは、その著作のなかで、「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くなった修正よりも重要なものはない。」と認めている(JFR §13.1, n2・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。

98) JFR §13.1・邦訳75頁。

99) 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、われわれ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。

100) TJR §11・邦訳84~85頁。

101) 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用し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(JFR §13.4・邦訳79頁, §32.4・邦訳198頁), 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(JFR §13.4・邦訳79頁, §32.4・邦訳199頁), 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（JFR § 32.6・邦訳 201 頁）、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。

102) JFR § 32.6, n. 36・邦訳 378 頁注 36)。

103) TJR § 12・邦訳 99 頁。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が与えられなければならないということである。JFR § 13.2・邦訳 76～77 頁。

104) TJR § 16・邦訳 128～134 頁。

105) 格差原理について詳しくは、亀本洋『格差原理』（成文堂、2012）を参照。

106) TJR § 11・邦訳 85 頁。

107) TJR § 31・邦訳 266 頁。

108) 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有す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。

109) TJR § 11・邦訳 85 頁。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。

110) 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).

111) 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、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切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。TJR § 32・邦訳 276 頁においても同様の説明がなされている（「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。』。

- 112) 「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。
- 113) Couto, *supra* note 110, at 178–179.
- 114) *Id.*, at 167–168.
- 115) JFR § 32.4~32.5・邦訳 198~200 頁。
- 116) JFR § 32.5・邦訳 200 頁。
- 117) Couto, *supra* note 110, at 163–172, 176–177.
- 118) *Id.*, at 164, 170, 180–181.
- 119) DRAHOS, *supra* note 3, at Ch. 8.
- 120) *Id.*, at 173–175, 192–193.
- 121) *Id.*, at 178.
- 122) 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、上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、自社が発行する「The Age」紙と「The Sydney Morning Herald」紙において、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とる前であった。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なか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。
- 123) DRAHOS, *supra* note 3, 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 122) 邦訳 305頁も参照。
- 124) *Id.*, at 176-177.
- 125) *Id.*, at 177.
- 126) もっともドラホス自身、以上はロールズ正義論の観念的な手続的条件下で導かれる結論であり、異論の余地がありうることを認めている (*Id.*, at 192-193)。そこでドラホスは、ロールズの社会制度設計において、財産権はその安全性を保障された強固な地位を有さず、あくまで基本的諸自由を保障し、情報のような基本善へのアクセスおよび分配を最大にするための道具として扱われる点に着目している。ドラホスはこの着想のもとに、著作権は、特定の法目的を実現するために創出された自由を抑制する特権 (privilege) であるという主張を展開している。そして、特権付与による社会的コストを測定するために経済分析を利用し、保護期間の延長など特権を拡張する方向では懐疑的に、実際に重要なインセンティブ効果が実証された場合のみ擁護するという、道具主義の構想を提示するのである。*Id.*, at Ch. 9.
- 127) MERGES, *supra* note 3, at Ch. 4.
- 128) マージェスの問題意識について詳しくは、*Id.*, at Ch. 1 を参照。
- 129) JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM, at 298; JFR § 32.6・邦訳 201頁。
- 130) MERGES, *supra* note 3, at 110, 117.
- 131) マージェスによれば、著作権制度によって生みだされるインセンティブが原因で創作

者と利用者との間に、知的創作物の利用機会をめぐって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、彼らが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、原初状態の人々は、最終的に、オリジナリティに基づく自由と自律性はきわ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だろう。その結果、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全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、としている。*Id.*, at 110-112.

132) 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 (*Id.*, at 118-119)。

第1に、テレビ番組に関して。① PEW 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)。② KAREN 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事を理解できるし、情報も収集できると考えていると指摘)。③ Paul 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)。④ R. 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きわめて有効であると指摘)。

第2に、映画に関して。① LARRY 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)。② JANE 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セント銅貨一枚で映画を見せてくれ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 (Slumdog 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)。

- 133) MERGES, *supra* note 3, at 118–120.
- 134) 事実・アイディアの除外。17 U. S. C. § 102 (b).
- 135) 17 U. S. C. § 302–304.
- 136) 17 U. S. C. § 107.
- 137) 17 U. S. C. § 110 (8) (9), § 112 (d), § 121.
- 138) MERGES, *supra* note 3, at 128–132. なお、著作権制度における分配構造については、マーゼスとは異なった見方も提示されている。例えば、Molly Shaffer Van Houweling, *Distributive Values in Copyright*, 83 TEX. L. REV. 1535, 1540 (2005) は、著作権制度をめぐる分配的正義の側面として、次の3点を指摘している。第1は、著作権制度によって与えられる権利が、自己の作品に係る資金調達の前滑化の手段として、一部のクリエイタ志望の人々を間接的に支援するという側面である。したがって、著作権制度は、経済的に自立できるほど裕福な人々でなくても創作活動の機会が得られるように保障するものといえる。第2は、著作権法上の権利制限（例えばフェアユースなど）が、許諾や対価の支払いなしに著作権のある既存の作品の利用を許容することによって、一部の経済的に恵まれない（資金不足の）クリエイタのニーズを実現するという側面である。第3は、最近まで、著作権のある作品の利用に対して対価を支払う能力がなさそうな侵害者に対する著作権のエンフォースがそれほど頻繁には行われなかったという側面である。
- 139) MERGES, *supra* note 3, at 132–133. 課税という再配分の仕組みに対してはノージックなどのリバタリアンによる強い批判があるが（ROBERT NOZICK, *ANARCHY, STATE AND UTOPIA* (1974) [嶋津裕訳『アナーキー・国家・ユートピア』（木鐸社、1992）邦訳 284～290・433～439頁）、マーゼスは、著作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の売上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。ただし、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、注意が必要であるとしている。*Id.*, at 132–133.
- 140) 法改正の効果の事後的な検証の必要性を指摘するものとして、柳川範之『法と企業行動の経済分析』（日本経済新聞社、2007）9頁参照。同頁注3）に示された但書も参照。
- 141) 上野・前掲注16）。上野教授は、日米欧の著作権制度における自然人クリエイタ（現実に創作的表現を作成した者）の保護のあり方を比較検討しているが、本論文のなかで、報酬保護思想に照らした検討を明示的になしているわけではない。けれども、なぜ自然人クリエイタの保護に着目するのか、という観点から本論文を眺めてみると、ドイツ著作権法の大原則であるとされる報酬保護思想あるいは利益分配原則の記述が目にとまる。そこで、これを手がかりとして、本稿の問題関心によって本論文を読み解くならば、本文のような整理が可能ではないだろうか。なお、ドイツ法における報酬保護思想の展開については、栗田・前掲注8）「著作権法における権利論の意義と射程（2・完）」民商法雑誌 141

巻1号82頁以下に詳しい。

- 142) 上野教授の問題意識は、現在の日本法が本当に望ましいものなのかどうかを判断するためには、その前提として外国法との比較における日本法の客観的な位置づけを明らかにする必要があるというものである。そして、このような国際社会における日本法の客観的な位置づけを明らかにする作業は、諸外国にその成果と示唆を発信していく「発信型比較法学の試み」としても不可欠であると指摘している。上野・前掲注16) 29～31頁。
- 143) 著作物のパロディの問題に関しては、著作権研究37号の「シンポジウム パロディについて」所収の各論考、平成23年度文化庁委託事業『海外における著作物のパロディの取扱いに関する調査研究 報告書』（三菱UFJリサーチ&コンサルティング、平成24年3月）が詳しい。横山久芳「著作権法——『パロディ』から考える著作権法入門」法学教室380号27頁（2012）も参照。
- 144) 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）192～196頁・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）、宍戸常寿「憲法上の保護の範囲と程度」『憲法解釈論の応用と展開』（日本評論社、2011）25頁、長谷部・前掲注122）6頁以下を参照。
- 145) 我が国の現行著作権法は、著作者の生存期間プラス死後50年を保護期間の原則としている（著作権法51条）。一般にこれはベルヌ条約ブラッセル改正条約（1948）に対応したものとされている。しかし文献では、現行法制定当時の立法過程に大きな影響を与えたのは、条約の存在以上に、諸外国の立法動向であったことが指摘されている。斉藤博「著作物の保護期間に関する考察」L&T 35号4頁（2007）。
- 146) 国際的な状況を眺めてみると、欧州は1993年に著作権保護期間を一律20年延長をした。そしてこれを受けて、米国も1998年にソニー・ボノ著作権保護期間延長立法（CTEA）を可決した。CTEAに対しては違憲訴訟も展開されたが、合憲性を容認したEldred 連邦最高裁判決（Eldred vs. Ashcroft, 537 U. S. 186（2003））によって一応の決着をみた。米国政府は現在、二国間の自由貿易協定（FTA）の枠組みを用いて、著作者の死後70年の保護期間を国際的に拡大する通商政策を推進している。その結果、欧米諸国のみならずアジア諸国においても保護期間延長の連鎖が拡大している。
- 147) 例えば、書籍に関して、1957～66年に日本で死去した人の著作の出版状況を調査した研究がある。そこでは、死後50年から70年への「保護期間の延長で得られる収益の増加率は1～2%程度であり、印税が10%から10.2%に上がる程度の大きさである。この程度の大きさの収益が創作の誘因になるかどうかは疑わしい。また、没後に出版されるかどうかの確率をロジット推定すると、生前に10回出版した人でも没後50年たって一作でも出版される人は5%を下回ると予想され、やはり誘因としては弱い。例外的な作家はい

るだろうが、平均的には50年先の収益は小さく、保護期間の延長が大きな誘因を生み出すとは思われない。」という結論が提示されている（田中辰雄「本のライフサイクルを考える」田中辰雄＝林紘一郎編『著作権保護期間』（勁草書房，2008）73頁。この他、丹治吉順「本の減び方：保護期間中に書籍が消えてゆく過程と仕組み」同書第1章も参照）。

- また、映画作品に関して、映画著作物の保護期間を公表後50年から70年に延長した2003年法改正に着目し、同改正の恩恵を受けなかった作品（1953年末までに公表された作品）が仮に延長の恩恵を受けていた場合、どの程度追加的利益が得られていた可能性があるかということ映画DVDの売売データを用いて調査した研究も存在する。そこでは、「存続期間が延長されることによる追加的な期待粗利益を計算した場合、割引率を低く想定した場合（1%）でも20年間で平均238万円、高く想定した場合（7%）にはわずか7万円となり、決して高い金額とは言えない結果となった。」「以上の結果は、著作財産権存続期間の延長によって追加的に著作権者が得られるだろう期待利益は高くなく、創作インセンティブに与える影響は非常に限られたものであることを示している。」との結論が示されている（今西頼太＝大西宏一郎「著作財産権存続期間延長論——存続期間延長による映画著作物の収益性上昇効果の実証的考察」知的財産法政策学研究37号235頁（2012））。
- 148) 「自然権や正義あるいは自由といったものは、……これ以上、権利者以外の人々の行動の自由を奪ってはならない等の形で、かかる〔著作権制度により著作物の創作に対しインセンティブを与えるべきであるという〕民主的な決定でも決して侵すことのできない領域を確定する際に必要となってくるものであろう。」田村・前掲注2) 7～8頁。
- 149) この点に関しては、拙稿・前掲注1)「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199～202頁を参照。
- 150) 著作権に限らず、知的財産権の正当化理論が裁判官等に具体的な問題解決指針を提示できるのかという点に関しては、米国においても懐疑的な見方が強い。例えば、ハーバード大学のフィッシャー教授は、正当化理論には曖昧さ、内部矛盾、決定的な実証データの欠如といった欠点が存するため、それらは、情報のコントロールについて日々生じる様々な難問に答えることができないと指摘している（Fisher, *supra* note 3, at 194）。具体的には、①両作品の筋やフィクショナル・キャラクターがどの程度類似していれば著作権侵害を構成するか、②商品棚における消費者製品の配置・配列（e.g. 先発／後発医薬品を並べて販売する行為）にまで知的財産法の保護を及ぼすべきか、③商品価値が時間的要素に依存している情報（e.g. スポーツの試合結果、ニュース、金融データなど）の収集・配信サービスを営む事業者は、当該情報の無断複製行為から保護されるべきか等の問題に対して、正当化根拠論は明確な解決策を提示しえないことを挙げている。
- 151) ロールズはインタビューの中で、「普段、さまざまな時事問題について考えるとき、それらの出来事について『正義論』の枠組みを用いて考えたりするか。」という質問に対して、次のように答えている。「私が『正義論』で述べた見解が、何らかの形で、時事問

題についての私の考え方に影響を及ぼしていることは間違いないと確信している。しかし、私は、公正としての正義論であればどのように考えるであろうか、といったことを尋ねたりはしない。正義論は射程が限られたものである。私は、政治的な正義の構想をどのように考えるべきかを教えてくれるものとはみなしていない。正義の構想をあなたに答えを教えてくれる装置とみなすこと、つまりあなたが必要とする時にあらゆる問題に対する答えを提供してくれる装置と考えることは、大きな間違いである。そのことが、政治の具体的なトピックについて質問を受けたときに私が解答をためらう1つの理由である。……私自身は、公正としての正義という構想を、ある特定のしかし基本的な問題に答えようとする試みとして考えている。」S. Ayber, J. Harlan and W. Lee, *John Rawls: For The Record*, 1 HARVARD REVIEW OF PHILOSOPHY 38, 45 (1991).

152) Waldron, *supra* note 4, at 887.

153) *Id.*, at 887.

154) 例えば、『法的環境動向に関する調査研究——著作権リフォーム——報告書』（デジタルコンテンツ協会、2008）、梶山敬士「現行著作権法の主要課題——リフォーム論」『著作権論』（日本評論社、2009、初出2008）、茶園成樹「著作権制度のリフォームについて」知財研フォーラム75号（2008）、福井健策『著作権の世紀』（集英社新書、2010）第6章。米国における著作権リフォーム論の動向につき、例えば、Pamela Samuelson, *Preliminary Thoughts on Copyright Reform*, 3 UTAH L. REV. 551 (2007); パメラ・サミュエルソン& CPPメンバー（石新智規=橋本有加訳）「著作権の原則プロジェクトリフォームの方向性」『コンテンツに係る知的創造サイクルの好循環に資する法的環境整備に関する調査研究——コンテンツをめぐる法的環境のこの10年とこれから——報告書』（デジタルコンテンツ協会、2011）57頁、Jessica Litman（比良友佳理訳）「真の著作権リフォーム（1）（2・完）」知的財産法政策学研究38号・39号（2012）を参照。欧州における著作権リフォーム論の動向につき、例えば、欧州著作権コード（European Copyright Code：<http://www.copyrightcode.eu/>）を参照。なお、米・欧の動向に関しては、2012年度著作権法学会のシンポジウムにおいて、石新智規弁護士および上野達弘教授から報告がなされた。著作権研究39号に掲載予定の同報告内容も参照。

155) こうした着想を得るにあたって、対立を廃棄してそれぞれの対立項をより高い段階で総合するという、ヘーゲルの「aufheben」の概念から示唆を受けた。

【付記】 2012年10月17日校了。校了後、次の文献に接した。Diane Leenheer Zimmerman, *Copyrights as Incentives: Did We Just Imagine That?*, 12 THEORETICAL INQ. L. 29 (2011)〔澤田悠紀訳「インセンティブとしての著作権——単なる空想の産物か？」知的財産法政策学研究41号1頁（2013年）〕; MADHAVI SUNDER, FROM GOODS TO A GOOD LIFE: INTELLECTUAL PROPERTY AND GLOBAL JUSTICE (2012); HELENA R. HOWE & JONATHAN

GRIFFITHS (eds.), CONCEPTS OF PROPERTY IN INTELLECTUAL PROPERTY LAW (2013); Christopher Buccafusco & Paul J. Heald, *Do Bad Things Happen When Works Enter the Public Domain?: Empirical Tests of Copyright Term Extension*, 28 BERKELEY TECH. L. J. 1 (2013); 鈴木將文「国際著作権——動向と展望」日本国際経済法学会編『国際経済法講座Ⅱ——取引・財産・手続』(法律文化社, 2012年) 464頁, 島並良「著作権法と消費者法の交錯」コピライト 630号 2頁 (2013年), 同「著作権法における消費者の地位」根岸哲先生古稀祝賀『競争法の理論と課題——独占禁止法・知的財産法の最前線』(有斐閣, 2013年) 737頁。

また, 本稿に関連する論考として, 山根崇邦「Robert P. Merges の知的財産法概念論の構造とその意義」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』(弘文堂, 2013年) 3頁を發表した。併せて参照いただければ幸いである。