

日本語版への序文

こうして本書 JUSTIFYING INTELLECTUAL PROPERTY の日本語版に序文を書くことは、私にとって大変光栄なことである。とりわけ、私の元教え子である特許庁の本間友孝氏に労をとっていただいたことや、特許庁の杉浦淳氏（現大阪工業大学知的財産研究科教授）をリーダーとする本書の翻訳プロジェクトチームのメンバーにご尽力いただいたことは嬉しい限りである。彼らの励ましがなければ、そして、このプロジェクトに献身的に取り組まれた訳者による勤勉かつ入念な仕事があれば、本訳書が生まれることはなかったであろう。

翻訳チームの中でも、山根崇邦同志社大学准教授（2016-2018年カリフォルニア大学バークレー校客員研究員）、前田健神戸大学准教授、特許庁泉卓也氏（現NEDOシリコンバレー事務所）の3氏には格段のご尽力をいただいた。また、島並良神戸大学教授には本訳書の解説をご執筆いただいた。どんな著者であれ、このような多大な努力の恩恵を受けることができる者は、謙虚な感謝の気持ちを抱かずにはいられない。訳者の仕事は孤独な作業となりうる。しかし、こうした努力がなければ、多くの作品はその著者の母国語の壁に閉じ込められたままとなってしまうだろう。本書の訳者は、皆さんが読めるようにこの作品を言葉の壁から解き放ってくれた。私は、そして読者の皆さんもそうであることを願うが、彼らの努力と忍耐に謝意を表したいと思う。私の謝意が無条件のものであることは間違いない。訳者が膨大な時間をかけて一心に努力してくださったことは私にとって大変名誉なことであり、言葉では表現できないほど感謝している。

本書は、なぜ社会が知的財産権制度を採用し維持すべきなのかという問題に対する、妥当で説得力ある根拠を提供しようとする試みである。こうした根拠こそ、私が「正当化する（justify）」という言葉によって意味するものである。正当化とは単に説明することではない。それは深い根源にまで遡って説明することである。「正当化」とは、なぜあるものが正当であるのか、つまりなぜそ

れが妥当かつ必要なものであるのかを明らかにすることなのである。

しかし本書はまた、知的財産権を制度として今よりもうまく機能させようとする試みでもある。それは知的財産法の雑多な側面を整理すること、つまりそれらをきれいに整然としたものにする試みである。文書の行末が不揃いででこぼこになっている場合に植字工が行末の並びをきれいにまっすぐに直すことを、英語では「行末をそろえる (justify)」というが、“Justifying Intellectual Property”という本書のタイトルにもこうした意味が込められている。つまり私は、知的財産権をより秩序だった、より一貫したものにしたいのである。

本書を執筆した後、私は世界各国からやってきた学生に対して本書を用いて授業を行う機会があった。その中には日本人の学生もいた。あるとき、本書の第6章を読んだ日本人の学生が授業終了後に私のところにやってきて、そこに示された「比例性原理」という考え方は彼にとって非常になじみがあると話してくれた。というのも、そこで私が議論している基本的な問題は、日本の有名な判例にも見られるものであるからだという。その判例とは、宇奈月温泉事件（大審院昭和10年10月5日判決民集14巻1965頁）のことである。日本の法学部生の間では、「権利濫用」法理を確立した最重要判例の1つとしてこの事件を学ぶことが何世代にもわたって慣例となっている。一方、米国には、権利濫用 (abuse of rights) と呼ばれるような特定の法理は存在しない。しかし、それと非常によく似たルールは数多く存在する。したがって私は、宇奈月温泉事件のみならず、これらのルールも含めて「比例性」の例として説明するだろう。宇奈月温泉事件において土地の購入者は、その購入した土地に、湯元の貴重なお湯を宇奈月温泉に供給するための引湯管が通っていることを巧みに利用しようとした。その土地自体は「本来的に」特に利用価値のないものであったが、そこに通っている引湯管がその土地を価値あるものにしていった。介入を求められた裁判所は、土地の購入者が宇奈月温泉に対し（引湯管を強制的に撤去して）温泉を閉鎖させる旨の脅しをかけることはできないと判示した。私の解釈では、本件においては、温泉の閉鎖を可能にする「脅しの価値」が土地の購入価格に比して「不釣り合い」であったということになる。多くの場合、同様のことは知的財産権に関わるケースにおいても当てはまる。

「比例性」のような一般的原理は、（たとえば日本から米国まで）地理的な空間をこえて適用することが可能だけでなく、私見によれば、時間をこえて適用することも可能なものである。技術はますます急速に発展し、知的財産法に対

して未曾有の難題を突きつけているようにみえるけれども、知的財産法の基本原理は引き続き妥当するだろう。たとえば、「IoT」(Internet of Things, モノのインターネット)は、多数のデバイスをインターネットに接続し、それによって世界中の無数のプロセスやシステムをより高度な情報処理能力に基づいて管理しうる可能性を提供する。しかしながら、つながりという面で劇的な変化が生じたにもかかわらず、依然として高度の技能をもった発明者——つまり職業的創作者——がこれらのシステムを設計し調整しなければならないことに変わりはない。そうである以上、彼らには、他の分野の発明者や創作者と同様に知的財産権の保護を求める正当な資格がある。換言すれば、高度に複雑な相互接続によりきわめて多数のデバイスの相互運用が可能になったとしても、そうした可能性の実現を背後で支えているのは人間の設計者の叡知なのである。したがって、この場合の設計者は、人間の手がより明確に、より直接的に見える場合と比べても、何ら劣ることなく知的財産権の保護に値するのである。

同じことが人工知能(AI)システムについてもいえる。近時、コンピュータコードを自動的に作成する人工知能プログラムをめぐって、「著作者」とみなしうるかどうか議論されている。私は本書の中でこの問題について全く触れていないけれども、本書全体の要旨および力点からは上記の点につき否定的な考えを導くことができる。知的財産権は人びとを対象とするものである。つまりそれは、本質的には個々の職業的創作者に対して与えられる権利の集合である。私が理解するところでは、いかなるシステムであれ、いかなるプログラムであれ、それ自体が知的財産権の保護を受けるに値するということはない。なぜなら、知的財産権は人びとに報い、励ますことを目的とするからである。したがって、本書で議論される原理の多くは、ロックの人間の労働論であれ、カントの自律論であれ、あるいは尊厳性原理はその典型であるが、政府や社会に対する人文主義的な見方に根ざしたものとなっている。それらの大きな目的は人間の繁栄を促進することである。機械そのものを「著作者」とダイレクトに認めることは、この目的に適わない。それゆえ、私が考えるところでは、機械それ自体は知的財産権の保護を生みだす要素ではない。ある人物が自動的にコードを作成するプログラムを開発した場合、当然のことながらこの人物は、そのプログラムに対する知的財産権を主張することができる。しかし、この人物のプログラムによって生みだされるコードは、せいぜい当該プログラムの発明者の「メタ創作物」にすぎない。したがって、プログラムそれ自体は、功績を

主張すること、つまり知的財産権を受けるに値すると主張することはできない。権利は人びとを対象とするものだからである。

これらの例が示すように、基本的な法概念には普遍的な側面がある。つまりそれらは、知的財産の場面のみならず不動産の場面にも適用されるし、日本のみならず米国にも適用されるし、単純な技術のみならずIoTや人工知能にも適用されるのである。私は、知的財産分野をよりよいものにしていくうえで、こうした普遍的な原理がどのように私たちの役に立つのかということを、本書を通じて読者の皆さんにご理解いただけることを願っている。ぜひ本書を味わっていただき、そこから何かを学びとっていただければと思う。そして、もし読者の皆さんがそうすることができたのなら、どうかたゆまぬ努力をつづけた訳者に感謝の意を表していただきたい。

カリフォルニア大学バークレー校教授

ロバート・P・マージェス

訳者はしがき

本書は、ROBERT P. MERGES, JUSTIFYING INTELLECTUAL PROPERTY (Harvard University Press, 2011) の全訳である。直訳すれば『知的財産権の正当化』というタイトルの書籍である。本書が、哲学的思想を基礎として、知的財産制度の普遍的原理を明らかにしようとするものであることに鑑みて、邦題は『知財の正義』とした。

著者のロバート・マージェス教授は、1959年にアメリカ合衆国ニューヨーク州アルバニーで生まれた。1981年にカーネギー・メロン大学(B.S.)を卒業後、シリコンバレーのソフトウェア企業に就職し、1年ほどテクニカルライターとして働いた。1982年にイェール大学ロースクールに進学し、1985年にJ.D.の学位を取得。1年ほどシリコンバレーの法律事務所に勤務したのち、今度はコロンビア大学ロースクールに進学。経済学者リチャード・ネルソン教授の研究・アシスタントを務めながら、1988年にLL.M.およびJ.S.D.の学位を取得した。その後、ボストン大学ロースクール准教授、教授を経て、1995年にカリフォルニア大学バークレー校ロースクール教授に就任。現在は、同校のウィルソン・ソンシーニ・グッドリッチ & ロサーティ記念講座教授を務めている。

マージェス教授はこれまでに多数の論文やケースブック等を執筆しているが、単行本としてモノグラフを執筆するのは本書が初めてである。「はじめに」によれば、本書が執筆されたのは教授が40代の後半から50代の初めにかけての時期である。それまでのマージェス教授は、知的財産法分野における〈法と経済学〉学派の泰斗として名を馳せていた。*Commercial Success and Patent Standards: Economic Perspectives on Innovation*, 76 Cal. L. Rev. 803 (1988); *On the Complex Economics of Patent Scope*, 90 Colum. L. Rev. 839 (1990) (with Richard R. Nelson); *Uncertainty and the Standard of Patentability*, 7 High Tech. L. J. 1 (1992) という3本の論文で鮮烈な学界デビューを飾り、33歳という若

さで教授昇進を果たして以降、40代の半ばにいたるまで、主に組織の経済学の観点から知的財産制度を分析する論文を次々に発表して学界をリードしてきた。そんなマージェス教授が、本書ではこれまでとは違った姿を見せている。マージェス教授にどのような心境の変化があったのか、「序章」で語られる真実の告白には心揺さぶられるものがある。本書の詳しい内容については巻末の島並良教授による解説をご参照いただきたい。

本書はその論争的な内容から多くの反響を呼んだ。当然ながらその中には本書に対する批判も含まれる。本書の刊行後、マージェス教授がそれらの批判に応える形で執筆した論文として、*The Relationship Between Foundations and Principles in IP Law*, 9 San Diego L. Rev. 957 (2012); *Foundations and Principles Redux: A Reply to Professor Blankfein-Tabachnick*, 101 Cal. L. Rev. 1361 (2013); *Against Utilitarian Fundamentalism*, 90 St. John's L. Rev. 681 (2016); *Philosophical Foundations of IP Law: The Law and Economics Paradigm*, in RESEARCH HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW: VOL I-THEORY (Peter S. Menell & Ben Depoorter eds., Edward Elgar Publishing, forthcoming 2017) がある。最初の2本は、本書の議論を敷衍し、補完するものであり、本書の内容を理解するうえで重要な著作といえる。また、後の2本は、スタンフォード大学のマーク・レムリー教授への反論であり、学界を代表する論者間の論争として大きな注目を集めている。本書の内容に興味をもたれた方は、ぜひこれらの著作も手にとっていただきたい。

次に、本訳書の誕生経緯について触れておこう。本書の翻訳プロジェクトはもともと特許庁内で進められていた。2011年の暮れ頃から特許庁の杉浦淳審査長（当時、現大阪工業大学知的財産研究科教授）を中心に、高倉成男明治大学法科大学院教授のご指導を仰ぎつつ、特許庁内外の有志の方々が本書の翻訳作業を進められ、2013年5月頃には仮訳を完成された（本翻訳プロジェクトにご尽力された方々のお名前は末尾に掲載させていただいた）。その後、このプロジェクトに神戸大学の島並教授と前田健准教授、それに私に加わるようになった。そして、杉浦審査長（当時）をはじめとする関係者の皆様のご判断により、本書の翻訳は、特許庁内の翻訳作業の中核を担っておられた泉卓也審査官（当時、現NEDOシリコンバレー事務所次長）、前田准教授、私の3名で、引き続き行うことになった。

翻訳にあたっては、まず、分担を決めて作業を進めた。泉審査官（当時）がはじめに、第1章、第5章、第6章、第9章を、前田准教授が第7章、第8章、第10章を、そして私が日本語版への序文、第2章、第3章、第4章を担当した。翻訳作業においては、正確な翻訳に努めると同時に、論理展開の厳密さを損なわない範囲で、できるだけ日本語として自然で読みやすい訳文の作成を心がけた。定訳がある場合にはそれに従い、既存の邦訳本が出ている場合にはそれを参照した。訳語に悩む場合や争いがある場合には、マージェス教授に意味を確認して、訳語を確定するように努めた。たとえば、“where there is enough, and as good left in common for others”というロックのフレーズに関しては、“as good”を「善きもの」と訳すのか「たっぷり」と訳すのかをめぐって論争がある。マージェス教授に確認したところ、前者の意味で使っているということであったので、本訳書では「善きもの」とした。

担当章の翻訳の草稿ができあがってからは、全章の草稿を持ち寄って互いに点検しあい、少しでもわかりにくい箇所があればマークし、コメントや訳文案を記入して担当者に返却するという作業を繰り返した。こうした共訳者間での推敲作業に1年以上もの月日を費やしたが、このような作業を通じて、誤訳の箇所を減らすとともに、文体や訳語について統一を図ることができたのではないかと考えている。今はただ、協働の産物としての本訳書が少しでも読みやすいものとなっていることを、そして、ひとりでも多くの人に読んでいただけることを願うばかりである。

本訳書の完成までには多くの方々のお世話になった。著者のマージェス教授には、日本語版への序文をご執筆いただいたうえ、本書の内容に関する多数の質問にも迅速にご回答いただいた。また、マージェス教授に日本語版への序文の執筆をお願いするにあたっては、本間友孝 JETRO 北京事務所知的財産権部部長のお力をお借りした。杉浦審査長（当時）や齊藤真由美審判官をはじめとする特許庁の翻訳プロジェクトチームの方々には、本書の仮訳や参考資料を見せていただくなどのご配慮を賜るとともに、翻訳の草稿に対しても数多くの有益なコメントを頂戴した。島並教授には、本書の解説をご執筆いただくとともに、訳語や訳文の表現に関して貴重なご助言を賜った。さらに、一橋大学の森村進教授には、翻訳の草稿に目を通していただき、法哲学の専門用語や文献等に関して貴重なご教示を賜った。お力添えをいただいたすべての皆様に、厚く御礼を申し上げる。

最後に、本訳書の企画段階から刊行にいたるまで、なかなか予定どおりに進まない作業の進展を辛抱強く見守ってくださった勁草書房の鈴木クニエ氏に、心より感謝申し上げます。

2017年3月

訳者を代表して

山根崇邦

特許庁内の翻訳プロジェクトにご尽力された方々は、以下のとおりである。

小山隆史（外務省経済局知的財産室室長，弁護士），森友宏（アペリオ国際特許事務所代表弁護士），杉浦淳（大阪工業大学知的財産研究科教授），齊藤真由美（審判部第21部門上級審判官），古屋野浩志（審査第一部アミューズメント上席総括審査官），福田聡（内閣府知的財産戦略推進事務局参事官），本間友孝（日本貿易振興機構（JETRO）北京事務所知的財産権部部長），北川創（審査第一分析診断上席審査官），道祖土新吾（審査第一部事務機器上席審査官），泉卓也（国立研究開発法人新エネルギー・産業技術総合開発機構（NEDO）シリコンバレー事務所次長），小川亮（審判部第2部門審判官（併：審判企画室課長補佐）），大塚裕一（山口大学大学院技術経営研究科准教授），櫻井健太（独立行政法人工業所有権情報・研修館（INPIT）知財情報部部長代理（情報提供担当）），奥田雄介（独立行政法人工業所有権情報・研修館（INPIT）知財戦略部部長代理（営業秘密管理担当）），相田元（審査第三部プラスチック工学審査官），藤脇沙絵（審査第一部アミューズメント審査官），佐々木祐（審査第一部ナノ物理審査官），右田純生（総務部情報技術統括室（特許庁PMO）機械化専門官），寺田祥子（審査第一部調整課審査評価管理班（品質管理室）審査評価管理係係長）。

※所属等は平成29年3月時点

※杉浦審査長（当時）以下，特許庁関係者は入庁年次順

はじめに

数年前、私は、本書の執筆に取りかかり始めたことを、高名で経験豊富なパークレーの同僚であるジェシー・チョッパーに話した。私の構想を少し聞いた後、「わかった。思いっきりスイングをしてみるということだね」と彼は言ってくれた。私は今プロジェクト全体を振り返りながら——この「はじめに」は読者の目に最初に触れるが、最後に書かれるという永遠の矛盾を抱えている——彼が正しかったことがよくわかる。それまでの私は、ケースブックの改訂作業に中断されながらも、ローレビューに掲載される論文を定期的に執筆し、他の論文等とともに掲載される「短い論考」もときどき書いていた。しかし本書に取り組むことで、私のはまり込んでいたこのような学者のリズムを崩さなければならぬくらい忙しくなっていた。私は、もっと大きく、より確かなものに挑戦したかった。たとえるなら、ダッグアウトに戻り、もっと大きなバットを持ち、思い切ってフルスイングをしたかった。本書は、このような運命的で、非常に馬鹿げた決意によって生まれたのである。

こうして私は、専門的知的財産分野の困難な問題に切り込もうと意気込み、大きな一歩を踏み出した。近年、知的財産の分野では、「知的財産はデジタル時代にはもはや必要ない」、「知的財産分野はこじつけの根拠と中途半端な理論が脈絡なく絡み合ったものである」、「知的財産は、それが何であれ、真の財産とはいえない」といった多くの非難が浴びせられている。私はこのような非難から知的財産権を擁護したかった。ただし、私がしたかったことは、現在の知的財産法の体系をそのまま維持するような単なる擁護ではなく、それ以上のことである。創作的な人びとを尊重し、彼らに報いるように創作物を保護するというこの法分野の主たる目的はこれまでも達成されてきたと私は考えているが、私がしたかったことは、この法分野の輪郭を整え、体系をていねいに整理することで、これまで以上にこの主たる目的に資する方法があることを示すことである。そういうわけで、本書のタイトルには2つの意味がある。私はさまざまな批判から知的財産権を擁護するという意味で知的財産権を正当化（justify）

したいと考えているが、それと同時に、乱れてしまった知的財産の法体系を真っ直ぐに並べ直したり、まとめたり、体系立てることにより、その輪郭や並びを、もう少し整然としたものに (justify) したいとも考えている。

この目的を達成するためのプランを教えよう。私は主として次の3つのことを話すつもりである。第1に、歴史上の哲学者（ロック、カント）から比較的最近の哲学者（ジョン・ロールズ、ロバート・ノージック、ジェレミー・ウォルドロン）にいたるまでの卓越した哲学者たちの考えを提示する。第2に、主として知的財産の細部を念頭におきながら、これらの考えを詳しく検討する。第3に、ますますデジタル化・ネットワーク化が進行する世界における財産権の未来を理解するにあたり、これらの考えがどのように役立つかを論じる。

本書の完成には当初計画していた以上に時間がかかったし、思ったよりも困難であった。しかし同時に、この仕事を「楽しい」以外の言葉で表現することは難しい。ただ、普通の意味での「楽しい」ではない。家族よりも数時間早く起き、コーヒーを入れ、難解なテキストが言わんとしていることを理解するのに、ただただ苦悩した。また、複雑に絡まった難問を前にして自分の考えが全くまとまらないことにも頭を悩ませた。最も苦労したことは、自分の考えから言葉と文章をつむぎだし、理論整然と伝わるように、それらをまとめることであった。この挑戦は、春の洪水で荒れ狂う川を、自分を支えてくれる踏み石が川底にいくつかあるかもしれないという漠然とした期待だけを頼りに渡ろうとするようなものであった。このように言うと、良識ある人ならたいいは自主的に断念するような話に聞こえたかもしれないが、その認識はきつと正しい。しかし私にとっては、この挑戦はたまらなく魅力的であった。

私は、知的財産法分野を巡りながら、さまざまな見解や理論と出会った。そして、それらを詳細に検討するにつれ、特に以下の3つが重要と思われた。第1に、カントの所有に関する構想である。この構想は、所有者の行動の自由とコミュニティにおける他者の利益とのバランスを図るものであり（また、ジョン・ロールズが提唱した分配的正義の理念にも適合するものである）、知的財産権の公平かつ理論的な研究に適している。第2に、知的財産理論における「中層的原理」の重要性である。この中層的原理は、深く根ざした信念に対応する基盤層とさまざまな原則と事実からなる詳細層の中間に位置する。第3に、労力や価値に比例した報酬の概念である。この概念は、知的財産法の多くの原則からなる駆動機構を動かす強力なメインエンジンとして機能する。私はこの3

番目の概念を比例性原理と呼ぶこととする。そしてこれこそが、たった今述べた中層的原理の典型例である。

ここで、これらの原理について一言述べておくべきだろう。私たちがこれまで社会で学んできたことの1つは、ある人の信念が強固で誠実であっても、その信念を他者に押しつける資格はないということである。序論で要点を述べ、第I部で明らかにしていくが、私は、財産権に関する哲学書に、探し求めている知的財産法における確固たる規範的根拠を見出した（序論では、この規範的基盤が、とりわけ伝統的な法と経済学の枠組みのなかで行われた分析的研究のほとんどと完全に整合することについても説明する）。私はこれらの哲学書に知的財産に関する確固たる足場を見出したと思っているが、読者はこれに同意しないかもしれない。この規範的根拠のせいで、読者はがっかりし、うんざりし、関心を完全に失ってしまうかもしれない。それでは、何をすべきなのか。他の人の心に染みついた感情や考えに根ざした知的財産法の哲学的基盤の発見や構築の余地を残しつつ、私がまとめた基盤を説得的に伝えるにはどのような方法が最適だろうか。この論点をこのように言い換えたところ、その答えは明らかであった。政治的多元主義を深く考察した文献、特にジョン・ロールズの研究や、現代の法哲学者のなかではとりわけジュールズ・コールマンの研究に見られる考えを援用するだけでよかった。必要なものは、多様な根本的概念の上位に位置し、それらを束ねる一連の考え方や表現方法である。中層で議論することで、究極的な信念が正面から衝突することを回避しつつ、特定の事案や個々の事実類型を一般化することができる。中層的原理があっても、意見の不一致を完全に避けられるわけではないし、中層的原理が完全にそれに取って代わるわけでもでもないし、そうなるべきでもない。むしろ中層的原理は、意見の不一致を受け容れ、生産的な意見交換と問題解決——最終的にはここにたどり着くと私は信じている——を促進するフォーラムを作り出すのである。

知的財産の分野に、安心して議論や対話ができる空間を残しておくことが重要である。なぜなら、あまりにも多くの論点が未解決のまま残されているからである。知的財産の基盤が最終的に何になったとしても、現代の経済活動において知的財産がきわめて重要な役割を果たしていることは、私にはかなり明らかだと思われる。人びとが自らの創作能力を発揮することで生計を立てられるのは知的財産権のおかげである。この「労働の財産化」のおかげで、作曲家、音楽家、小説家、発明者は、自らの創作物を活用し、自分の労力を市場性のあ

る資産に変えることができるのである。このことは単に収入を増やすだけでなく、自由を手に入れることでもある。創作力のある人は、自分が望むときに、望む場所で、望む人と仕事をすることができ、自分の作品の複製物を販売することでお金を稼ぐことができる。さらに創作者は、創作物に対する権利を得ることで、それがどのように読まれ、演奏され、使用されるかについて、そしてそれをどのように組み合わせ、どのように上市するかについて、コントロールすることができる。知的財産権のこれらの特長は、古くから哲学者（特にカントとヘーゲル）が財産権に関連づけてきた「自律」という抽象的な価値が、日常の世界において具現化したものである。本書の後半では、ハリー・ポッターの著者であるJ・K・ローリングに関する事例研究を取り上げ、これらの恩恵を説明する。

簡単に言えば、知的財産権のおかげで、創作業はより多くの人にとってさらに有望な職業になる。この基本的な事実は、知的財産を引き続き研究することの意義を物語っている。たとえ知的財産権の所有に大企業が影響を与えることが多いとしても、知的財産のおかげで、より多くの創作者が自分の創作物を所有できる。知的財産権に関連する言葉は、所有することでコントロールと尊厳が授けられるというメッセージを伴っている。労働者は賃金を得るが、知的財産権者はロイヤリティを受け取るのである。このロイヤリティという言葉には、創作活動の社会的な位置づけに対する重要なメッセージがこめられている。そしてこの言葉は、この種の活動に付随する価値——知的財産権を唯一の根拠として具体化された価値——をうまく表現している。

執筆作業は孤独な仕事となりやすい。しかし、私にとって幸いなことに、学者たちは社交的な仲間である。そして私たちは、社交的でなければならない。話し相手がいなければ、つまり、自分のお気に入りの考えに異議を唱えたり、自分の意見に反対したりする人がいなければ、自分の考えが大きく広がることはほとんどないだろう。私は、長年にわたり、たくさんの仲間と一緒に自分のアイデアを議論し、発展させてきた。彼らにはとても感謝している。ここで挙げさせていただいた方々はほんの一部であって、決して包括的なリストとは言えないことに留意してほしい（もしあなたの名前を忘れてしまったとすれば、私の不遜さと記憶の悪さをお詫びする）。

哲学的文献については、パークレーの同僚であるクリス・クッツが非常に貴

重要な情報を提供してくれた。哲学に関する参考文献について異なる方向に興味を向けてくれた UCLA ロースクールのスティーブン・マンザーとカードーズ・ロースクールのジャスティン・ヒューズの2人にも感謝したい。最後に、元同僚のジェレミー・ウォルドロンに敬意を表したい。本書を読めば明らかのように、彼の学術的貢献は私の考え方に非常に大きな影響を与えた。コロンビア大学のケント・グリナワルト、エール大学のロバート・エリクソン、シカゴ大学のリチャード・エプスタインにも感謝したい。それぞれの時期、それぞれの方法で指導・支援をくださったこの3人の経験豊かな学者は、私の思索にきわめて重要な人たちであることがよくわかった。ハーバード大学のヘンリー・スミスとエール大学／アリゾナ大学のキャロル・ローズにも感謝したい。2人は、長年にわたって、私の研究成果を見てくれるとても身近で協力的な読者でいてくれた。アダム・スミスに関連する哲学的な問題についての有益な情報を提供してくれた、サミュエル・フライシャッカーにも感謝したい。

カードーズ・ロースクール、キースウェスタン・ロースクール、コロンビア・ロースクール、ヒューストン大学ロースクール、バージニア大学ロースクールにおけるワークショップの主催者と参加した教授たちに感謝したい。これらのすべての大学で、本書において発展させた考えのいくつかを最初に披露し、意見を聞かせていただいた。最後に、本書の各章に関連した多くの発表に耳を傾けてくれたバークレーの同僚たちに感謝する。特に、ロバート・パール（知的財産を愛好する仲間であり、何より熱烈なレッドソックスファンである）、エイミー・カプチンスキー、ピーター・メネル、パム・サミュエルソン、ターラ・サイド、スザンヌ・スコッチマー、モリー・ヴァン・ハウエリングに感謝したい。彼らは「バークレー・ロー&テクノロジー研究センター (Berkeley Center for Law and Technology)」における私の友人であり同僚である——彼ら是一緒になってすべての学識経験者が欲しいと願う最先端の学術拠点を形成している。私を何かと助けてくれた他のバークレーの同僚たちには、ロースクールのボブ・バーリング、ジェシー・チョッパー、ヤン・フェッター、エリック・タリー、故フィル・フリッキー、経済・経営学部のリッチ・ギルバート、デイヴィッド・モーリー、カール・シャピロがいる。クリス・エドレー学部長と前任のハーマ・ヒル・ケイには、本書に取り組むための時間と場所を与えてくれたことに特に感謝を申し上げたい。そして、例年支給される夏の研究費もとても大切であったことを念のために述べておく。バークレー以外の人びとでは、ダ

ン・バーク、レベッカ・アイゼンバーグ、マーク・レムリー、ジョン・ダフィー、ロシェル・ドレフュス、スチュー・グラハム、アシシュ・アローラ、リチャード・ネルソン、ハル・エドガー、ジェーン・ギンズバーグ、アダム・モゾフ、ジョー・ミラー、マーク・ジャニス、ダグ・リヒトマン、ディートマル・ハーホフ、モーリーン・オルーク、アンドレア・オットリーニ、ジュゼッペ・マツイオッティ、シュンメイ・シュン、グレイム・デインウッディ（オックスフォード大学の学監であって熱狂的なペイトリオッツファンである）の名前を特に記しておきたい。知的財産分野の体系書を著したきわめて優れた4人、ドン・チザム、ポール・ゴールドスタイン、トム・マッカーシー、デイヴィッド・ニンマーにも大いに感謝する。彼らの専門的意見と友情は、長年にわたり貴重なものであった。長い間、私の考えに影響を与えてきた多くの裁判官と政府職員を忘れたくない。そのなかでも首席級（だじゃれを狙った）なのが、連邦巡回区控訴裁判所のランドール・レーダー首席判事であり、さらにリチャード・ポズナー判事、故ジャイルズ・リッチ判事、リチャード・リン判事、ロナルド・ホワイト判事である。また、長年開催されている連邦司法センターの「知財短期集中講座」（活力みなぎる同僚であり、「バークレー・ロー&テクノロジー研究センター」の共同設立者のピーター・メネルが立案している）への参加に際してバークレーを訪れた多くの裁判官も忘れられない。

ここ数年にわたり、誠意をもって支えてくれた研究アシスタント、スーザン・デ・ガラン、アミット・アガーワル、ランガツシュ・スダルシャン、アナ・ペンティアードにも感謝する。彼らなしには、知的財産分野で大量に膨れ上がる二次文献のすべてを収集・選別することはできなかっただろう。このような感謝の気持ちは、究極的には、それ以前にお世話になった多くの研究アシスタント、たとえば、ジェフ・クーン、イネス・ゴンサレス、セレステ・ヤングにも捧げられるし、ボストン大学における私の最初の研究アシスタントであるロブ・コバート、ジョー・カート、ロブ・リーダス、ブレット・ソコルやその他の多くの方々にも捧げられる。また、クリス・スウェイン、デイヴィッド・グラディ、ルイズ・リーによる日々のかげがえのない支援にとっても感謝している。高い能力と専門性で、私の大雑把な手書きの絵を美しいイラストにしてくれた、ブリタニー・エリーズ・サーモンにも感謝の意を表したい。

バークレー・ロースクールの2009年卒業生であり、すべての章にわたって助けてくれたベン・ピーターセン（しかも、彼の仕事の開始が遅れたことは計り

知れない恩恵をもたらした)とハーバード大学出版のエリザベス・ノールの2人からの支援は特筆に値する。彼女が3年以上前に私のオフィスを立ち寄ったとき、彼女はほとんど何も知らず、無邪気に「何かおもしろいことに取り組んでいますか」と尋ねてきた。

知的財産ビジネスと投資の専門企業であるオビディアングループ社(この会社の顧客を通じて、知的財産権の現実的価値をいつも痛感させられた)の共同設立者、同僚、友人である、アレックス・コーエン、スティーブン・ホロウィッツ、リサ・マックフォール、CEOのジョー・シイノ、新人のサティア・パーテル、そしてシェリ・シイノとエミリー・リービットには、物質的な支援はいうまでもないが、さまざまな面で精神的に支えてくれたことを大きな声で伝えたい。

すべての人、とりわけ学者は、頭脳労働以外の活動に時間を使うことが必要である。このような活動における支援として、メアリー・リン・トービン牧師を含むデービスコミュニティ教会のすべての友人、DCC 賛美歌楽団の演奏家の仲間(特に、音楽監督であるデービット・デフナー)、ジョン・ハナン、スターバックス土曜朝会仲間(発起人はトム・ニューカムとティム・マスターソン)のティム・ムーニィに感謝している。もちろん、私が長年指導・監督してきたすべての子どもたち、とりわけ2007年から2009年にかけて指導したデービス・リトルリーグ・カブスと2009年のフラッグフットボールのペイトリオッツ(このチームは優勝した)の子どもたち、指導仲間である「ヒッチパス」のトム・ホールとケビン・バンフィルにも感謝している。

最後に、私の家族である、ジョー、ロビー、ジェームス、両親、兄弟のブルース、ポール、マットに感謝したい。「謝辞」とは、本来私が感謝すべき皆さんの恩義に取り囲まれた瘦せた葦のようなものである。それは、パイロットが操縦の際に空気の助けに感謝するようなものだ。彼らは私が暮らす環境そのものであり、私の行動を意義づける存在であり、私らしくいさせてくれる支柱であり土台であると言った方が適当である。彼らには単純な謝辞では表現できないところで深く感謝している。特に、妻のジョーには深く感謝している。難解な専門用語とわかりにくい余談であふれた本書のような本を、何と言われようと書きつづける男と結婚生活をつづけていることを想像してほしい。もっと言えば、彼女は想像の世界にとどまることを許されない。つまり、実際に暮らさなければならぬのである。そのことに私は感謝しきりであり、大いに驚いている。

知財の正義

目次

日本語版への序文	i
訳者はしがき	v

はじめに	ix
------	----

第1章 序論——本書のテーマ	1
----------------	---

I 基盤

第2章 ロック	38
---------	----

第3章 カント	89
---------	----

第4章 分配的正義と知的財産権	134
-----------------	-----

II 原理

第5章 知的財産法の中層的原理 182

第6章 比例性原理 207

III 諸問題

第7章 職業的創作者，企業所有，取引費用 248

第8章 デジタル時代の財産権 297

第9章 開発途上諸国の特許と医薬品 338

第10章 結論——財産権の未来 359

原注 389

解説 島並良 473

索引 479

解 説

神戸大学大学院教授

島並 良

はじめに

本書は、ロバート・P・マージェス教授（カリフォルニア大学（UC）バークレー校ロースクール）の著書 JUSTIFYING INTELLECTUAL PROPERTY, HARVARD UP (2011) の、脚注等も含む全訳である。著者によると、“justify”の語には「正当化」と「整序」の両義が込められているという。本書では、知的財産法（以下、知財法という）に含まれる諸法のうち、とくに特許法や著作権法など、人の知的な創作物を保護する創作法と呼ばれる制度を対象に、それがなぜ存在するのかという「正当化」根拠と、そうした存在理由に照らして同制度が今後いかに「整序」されていくべきかについて、思索が展開されている。

現代に生きる私たちの生活は、無数の発明——IT からバイオ医薬まで——や著作物——アニメからデータベースまで——に取り囲まれている。日常を豊かに彩るこれらの知的創作物について、創作者に法的権利（独占的な利用権）を付与するのが知財法である。その制度設計においては、創作者にどれだけ強い権利を付与するのか、裏返しに言えば権利者以外の者による利用の自由をどこまで制限するのかが常に問題となる。はたして、その判断はどのような方法と基準に基づいてなされるべきか。単に権利が強すぎる、弱すぎるといった水掛け論を越えて、そこに理論的なアプローチは可能なのだろうか。こうした課題に対して、知財法の存在理由にまで遡って取り組む研究として、本書は最新かつ最重要の作品であり、今後の知財法学は賛否を問わず本書への言及を避けて通ることはできないだろう。

知財法（とりわけ創作法）の正当化根拠論については、経済学を取り入れた功利主義的な立場と、道徳哲学に依拠した義務論的リベラリズムの立場が長らく対立してきた。両者いずれもその内容は多面的であるが、ごく簡単にまとめると、前者は創作誘引による社会的効用（発明や著作物の量的拡大・質的向上）

の最大化という目的（政策目標）を実現するための「手段」として知財法制度を捉えるのに対して（帰結からの正当化）、後者は知財権を創作者が本来的にもつべき当然の「権利」として把握する（淵源からの正当化）。マージェス教授は、原著刊行の前からすでに国際的に著名な知財法の泰斗であったが、なかでも前者の立場からの特許制度等の経済分析（いわゆる「法と経済学」と呼ばれる研究手法）に関する優れた業績で知られていた。ほかでもないそのマージェス教授が、つまり亜流の学者ではなく当代一流の研究者が、これまでの功利主義的研究を総括し、義務論的リベラリズムへの転向を宣言したために、原著は米国知財法学界の耳目をさらうこととなったのである。

こうして大きな反響を呼んだ原著は、このたび現在の日本で考えうる最良の訳者の手を経て日本の読者の元に届けられることとなった。マージェス教授は、優れた研究者としてのみならず、米国のロースクールで最も広く使用されている判例教材（ケースブック）の共編者としても、またその気さくな人柄でも知られている（長らく少年野球の指導者も務められているとか）。そのため、米国で知財法を学ぼうとする日本人研究者や実務家には、彼の指導を求めてUCバークレーに留学する者が少なくない。訳者の一人である山根崇邦氏（同志社大学法学部）もまた、マージェス教授の下で研鑽を積み、知財法の正当化根拠論について精力的に研究を進められている。また、共訳者である前田健氏（神戸大学大学院法学研究科）は、マージェス教授と双璧をなす米国知財法研究者であるマーク・レムリー教授（スタンフォード大学ロースクール）に付いて学ばれた、米国法に精通する研究者である。さらに、もうお一人の共訳者、泉卓也氏（特許庁、NEDO シリコンバレー事務所）は、庁内きっての理論派官僚として実務のみならず学界にも知られる。本書は、これら3名の論客がそれぞれの得意とされる分野について翻訳を分担したものであり、正確性の担保はもちろん訳語等の統一についても十分な相互チェックを経て完成された。

以下では、本書の概要と特徴、およびその背景と今後の展望を紹介することで、必ずしも知財法に親しんでおられない読者への誘いとしてたい。

概要と特徴

目次をご覧いただければおわかりのとおり、本書は、その主題——混乱の時代にある知財法制度の正当化と整序——を提示する第1章「序論」と、それに

続く3つの部からなる本論で構成されている。本論のうち、第I部「基盤」では、知財法制度がなぜ存在するのかという正当化根拠が、また第II部「原理」では、知財法制度を運用する際の指導原理が検討されている。さらに、第III部「諸問題」は、それまでの基盤と原理に関する考察を受けて、現在の知財法制度が抱えるさまざまな課題がいかに関解決されるべきかが示されている。第I部と第II部が一般的・抽象的な理論編、第III部はそうした基礎理論を踏まえて具体的な知財法制度を「整序」する実践編ということになる。では、第I部「基盤」と第II部「原理」は、互いにどのような関係にあるのだろうか。

実は、この「基盤」と「原理」を区別している点にこそ、本書最大の特徴がある。従来は、(i) 知財法制度の正当化根拠に関する功利主義（創作誘引）と義務論的リベラリズム（権利保護）の対立については議論を棚上げしたうえで、そこから離れて知財法制度の具体的なあり方を論じる立場と、(ii) 正当化根拠について功利主義と義務論的リベラリズムの一方を選択したうえで、そこからできるだけ演繹的に具体的な解釈論・立法論を展開する立場とが見られた。

ところが、マージェス教授はこれらいずれの立場にも与しない。彼は、正当化根拠に関する基底的「基盤」と、解釈・立法の指針となる中層的「原理」とを峻別し、まず前者について、自らは義務論的リベラリズムに立つことを表明する。すなわち、社会を裨益する発明や著作を行った創作者に対して、その所有（プロパティ）という形で労力に報いることが公正な社会にとって不可欠であり、またそのことが創作者に選択と行動の自由、そして確かな生計の途を担保するからこそ、知財法制度の存立は正当化されうるというわけである。こうした報酬と自律という観点からの正当化は、ロックの労働所有論（第2章）、カントの理性主義（第3章）、ロールズの分配的正義論（第4章）などのリベラルな規範的所有理論を参照しながら導かれている。功利主義者の多くは、発明や著作物といった無体物を対象とする知財法制度と、動産や不動産という有体物を対象とする所有権制度の違いを強調する。しかし、知財法制度は、所有権制度を便宜的・比喩的に借用したものではなく、あくまでその射程内にあること、そして私たちがすでにもつ所有の観念や社会の基本構造と知財権とを整合的に理解する必要があること、したがって所有権と同じく知財権にも一定の制約があることを、本書は主張するのである。

もっとも、マージェス教授は、そのような基底的「基盤」を知財制度の具体的なあり方に短絡させることはしない。彼は、①情報には公共の領域（パブリ

ックドメイン)が確保されること(非専有性), ②知財法制度ができるだけ少ない費用で円滑に機能すること(効率性), ③創作物の価値とそれに対する知財権の強さとが釣り合っていること(比例性), ④創作者が他者から尊敬されその功績を認められるべきであること(尊厳性)という4つの中層的「原理」を媒介させ, それらを知財法制度設営(立法や解釈)の指針として位置づけるのである(第5章・第6章). ここではとくに, 4つの中層的「原理」の1つとして, 効率性が挙げられていることに注目したい. マージェス教授は, 義務論的リベラリズムを採りつつも, 功利主義から完全に訣別するのではなく, 他の3つの原理と協働し互いに調整されるべき価値として効率性に配慮する.

さらに, マージェス教授は, 「基盤」と「原理」に関する検討のあり方を次のように説明する. すなわち, 知財法制度がよって立つ「基盤」について仮に合意に至らなくても, 同制度の設営に際して参照されるべき「原理」について議論し, 意見を一致させることは可能である. 本書が挙げる卓抜な比喻によれば, それはあたかも, 合奏という音楽の共同作業に加わる動機を異にしても, 楽譜という共通の指針さえあれば一緒に楽器を演奏できるようなものだ, というわけである. このように, 知財法制度がなぜあるのかという「基盤」を開かれた空間として価値の多元性を認めたくえて(本書第I部), それとは独立に4つの指導「原理」を構想し(第II部), 後者に基づいて具体的な制度論を展開する(第III部)というのが, 本書で明らかにされたマージェス知財法学の骨子である.

背景と展望

では, 知財法制度の設営に際して指針となるのが, 非専有性, 効率性, 比例性, 尊厳性という4つの中層的「原理」であるとするならば, そもそも, それに加えて基底的「基盤」を意識する意味はどこにあるのだろうか. 仮に知財法制度の正当化根拠にかかわらず, その運用指針を措定して実際の制度を設営することが可能であるなら, さらにその正当化根拠を観念的に論じる実益はない(一部論者のようにこの点の議論を棚上げしてもよい)ようにも見える. この疑問への回答を探るには, マージェス教授が思想的に転向するに至った背景を理解する必要がある.

先述のとおり, マージェス教授は, かつては功利主義に立ち, 創作誘引によ

る社会的効用の最大化を達成するために望ましい知財法制度のあり方について研究を続けてきた。イェール大学ロースクールを卒業後、弁護士としての実務を経て研究者の道を志してからは、コロンビア大学で経済学者リチャード・ネルソン教授のリサーチ・アシスタントも務めている（特許権の保護範囲に関する2人の共著論文 On the Complex Economics of Patent Scope, 90 Colum. L. Rev. 839 (1990) は、マージェス教授にとっての出世作となった）。その後も経済分析を踏まえた数多くの業績を積み重ね、知財法分野における最も重要な〈法と経済学〉者の一人と目されていた彼が、本書で突然、功利主義を放棄し義務論的リベラリズムの立場へと転向した理由は、要するに、検証可能なデータに基づいて知財法制度の費用（独占）と便益（創作誘引）を比較し、社会的効用の最大化という観点から知財法制度の正当化を図ることは、そのプロセスがあまりにも複雑なために不可能だという点にある。

合衆国憲法の第8条は、連邦議会が（各州との関係で）立法権限を有する事項を列挙するが、その8項は「著作者および発明者に対し、一定期間その著作および発明に関する独占的権利を保障することにより、学術および有益な技芸の進歩を促進すること」と定める。このいわゆる特許著作権条項は、創作誘引という政策目標を実現する手段として、連邦政府が創作者に著作権と特許権を付与することを認めている。しかし、建国の父祖たちが立脚したこうした功利主義的思想にもかかわらず、米国でとくに2000年代に入って相次いだ特許破綻（Patent Failure）論や著作権改革（Copyright Reform）論に対して、データをもって知財法制度の有用性を提示しえないことに研究者たちは苦悩してきた。

これまではデータを都合よく選択し過大・過小評価してきたが、それでも知財法制度の存在を正当化する決定的な論拠は得られなかったとまで吐露するマージェス教授の告白は、彼の真摯な学問態度とともに本書の執筆動機を端的に示している。義務論的リベラリズムは、脅かされた知財法の存立基盤を再度固め、確信をもって自らの専門分野を研究することを求めたマージェス教授が、苦悩の末にたどり着いた希望の地なのである。

それがはたして楽園であったかどうか、その検証は本書が今後の知財法学に投げかける課題である。たとえば、功利主義を否定した第I部と、効率性原理を擁護する第II部は、本当に両立可能なのだろうか（原著への書評の多くがこの点を指摘する）。また、理論と実証が乖離するからといって、実証を要しない立場へと待避することは適切か（先に触れたレムリー教授は、こうしたマージェ

ス教授の態度を「信念に基づく知財 (faith-based IP)」と呼び、宗教的信条にすぎないと非難する)。さらに、創作者へ適切な報酬が付与され、創作者が自律的な生活を営むことは、それ自体もまた社会的効用を高める帰結であって、(実証の困難性をさしあたり脇に置けば) 少なくとも規範理論として功利主義と矛盾するものではないのではないか。

基礎理論に関するこれらの疑問だけでなく、理論を具体的な諸問題にあてはめた第 III 部での主張についても、さらなる検討が必要であろう。たとえば、職業的創作者 (およびその使用者たる企業) を犠牲にして (リミックス等を行う) アマチュア創作者を著しく優遇すべきでない (第 7 章)、インターネットを中心に取引されるデジタル資源についても、なお所有の観念とある程度強い知財権は有効である (第 8 章)、他方で開発途上国の困窮者に対しては特許医薬品を開放すべきである (第 9 章) といった見解は、どれ 1 つをとっても今後の論争を誘発する刺激的なものである。

おわりに

以上の簡単な紹介からも容易に見て取れるように、本書は、ともすると棚上げされがちであった知財法の基礎理論に深く切り込むと同時に、特許制度や著作権制度が抱える現代的課題を広く拾い上げるものである。その挑発的な姿勢もあって、原著は、米日の知財法研究者のなかで多くの論議を呼び、すでに批判的な検討もなされている (邦語文献として、本書訳者による山根崇邦「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) 3 頁以下、および中山一郎「特許制度の正当化根拠をめぐる議論と実証研究の意義」特許研究 60 号 5 頁以下 (2015) がある)。

しかしこれらの反応は、本書の失敗を意味しない。知財法学のダイナミズムを示し、その魅力を伝える書として、実務家や学生だけでなく、知財法制度に関心をもたれる一般の方々にもぜひ本書を手にとっていただきたい。なにしろ、iPhone をめぐるアップルとサムスンの特許訴訟、楽器演奏に関する JASRAC と音楽教室の紛争など、日々報道される多くの例を挙げるまでもなく、特許制度や著作権制度のありようは世界の産業と文化、そして私たちの生活に強い影響を及ぼしているのだから。