

はしがき

知的財産法は学際的な研究を必要としている。

長きにわたって研究を続けるなかでその思いはますます深くなるばかりである。

第一に、知的財産権を守るべきなのか、守るとしてそれはなぜなのか、という根本のところから議論がある。

ここでかりに、知的財産権は正義の問題として当然に守らなければならないのだと割り切ることができたのであれば（たとえば、本書の第1編の諸論文で検討対象とされているマージェス『知財の正義』（勁草書房、2017年）は、その代表例である）、少しは肩の荷が下りたかもしれない。しかし、私には、こうした主張に相応の説得力があることを認めつつも、この論拠だけで、他者の行動の自由を規制する知的財産権を正当化することは困難なように思われた。

他方で、同じく正義の問題として知的財産権を設けてはいけないということになったのであれば、話は楽になったであろう（とはいえ、知的財産法の研究にいま私が感じている面白さを奪われるという別の問題に直面することになるが）。しかし、幸か不幸か、正義論だと、むしろ、知的財産の創作が刺激され、人々がより幸福になるのであれば、知的財産権を保護してもよいのではないか、少なくともそのような制度の選択をなすことを正義は止めはしない、という結論が得られることがしばしばあり、それが私の以前からの構想と合致していた。

第二に、そうなると、はたして知的財産権によって創作が相応に刺激され、皆がより幸福になるのか、経済学の言葉を借りれば社会がより効率的になるのか、ということが肝要となるのだが、これがまたよく分からないのである。まったくそのようなことはない、むしろ知的財産権によって社会はより非効率になるということが確実であれば、それはそれで話は簡単になるのだが、ご多分に漏れず、どうも、それは場合により、どのような場合に効率的となるのかと

いうことは確実には分からないことのほうが多いようなのである。

第三に、そうすると、知的財産法の正当化は、うまくいかないとも決まっていけないので、うまくいくほうに賭けてみようかということが正統な手続きで決定されたことに求めるほかない。その代表例は立法に体现される民主的な決定であるが、しかし、これでもまだ問題が尽きないのである。集合行為論によれば、政策形成過程には少数の者に集中した組織化されやすい利益は反映されやすいが、逆に多数の者に拡散し組織化されにくい個々的には小さな利益（しかし合算すると少数の者に集中した利益の集合よりも大きくなるかもしれない利益）は反映されにくいという（少数派バイアスの問題）。それが真実であるならば、知的財産権は、法により特定少数の者に多数の者の行為を規制する権利を与える制度なのだから、この少数派バイアスが妥当する典型例となる。実際、私の目には国内外の知的財産権制度の強化の歴史が、この懸念が杞憂ではないことを物語っているように見える。

立法による民主的な決定に対して、自由の砦を築くのは憲法という楯を擁する司法の役割であるが、伝統的な二重の基準論（表現の自由が機能している分には民主制がうまく回っていくのだから、表現の自由の規制に対する違憲審査は厳格にすべき反面、経済的自由の規制に対する違憲審査は緩くてよいとする基準）は、民主的な決定が機能していることを前提としているように思われ、政策形成過程のバイアス問題を抱える知的財産権の場面では物足りなさを覚えてしまう。そもそも、憲法自体、立法の産物なのだから、バイアス問題と取り組む必要から免れているわけではないはずである。

第四に、他方で、社会心理学や行動経済学は、人々が必ずしも利己的に行動するわけではなく、利他的に行動する場合も少なくないことを教えてくれる。知的財産権の政策決定の場面でも、特定少数者の利益のために皆さんの利益を犠牲にしてくださいなどという言説が声高に叫ばれるのであれば、人々の平等に対する意識を喚起し反発も増すから、通るものも通らなくなるだろう。

しかし、現実の政策形成過程では、そのようなあからさまな言説が用いられることはまれであり、むしろ、知的「財産」なのだから守らなければならないのですよとか、それで創作が刺激されて皆が豊かになるのだからよいではないですかなどということが語られるのである。とりわけ、法の目的規定（「産業

の発達」(特許法1条)、「文化の発展」(著作権法1条)など)や条約の前文などの抽象的な規範ではそれが多くのように見える。この理は、憲法にも妥当するように思われる。要するに、一口にバイアスの産物といっても、一律にどこもかしこも等しくバイアスがかかっているということでもない。ここから、特に、皆が豊かになるという類の目的を重視するというバイアスの影響下にある法特有の解釈の仕方や、憲法論の活用などへの道が開けるかもしれない。

第五に、ところで知的「財産」については、そもそもその内実が問題となる。認知言語学は、人々が現実の世界を観察して解釈するとき、言語あるいはメタファに規定されていることを明らかにしている。そして、人々は他人の「財産」と聞くと、なにか自分からは切り離された、他人に帰属している存在として受け止める傾向があるように思われる。

しかし、知的財産権は、物理的に見れば、何人も自由になしうるはずの行動を、人工的に政府が主導する立法で規制することにより成立している制度なのだから、その実態は政府による規制にほかならない。知的「財産」というメタファはそうした実態に対する人々の意識を覆い隠す側面がある。ともすれば知的財産の研究者ですら、無自覚にそうした認知バイアスの下で議論をすることが少なくない。

この認知バイアスは、政策形成過程の少数派バイアスと同方向のバイアスである分、バイアス矯正という観点に鑑みるとやっかいな存在となる。その対策として、議論の際には、むしろ政策形成過程とは逆の認知バイアスを引き起こす「政府による行為規制」というメタファのほうがふさわしいのではないかと、この筆者の構想が生まれてくるわけである。

編者の一人である田村が著した『知財の理論』(有斐閣, 2019年)、とりわけその最終章である「知的財産法学の課題—旅の途中—」は、以上略述した編者の問題意識を反映し、知的財産法学を超えた学際的な研究の必要性を訴えるものであった。これを読んだ、勁草書房の中東小百合さんに、編者の問題意識の下で学際的な研究者による知的財産制度の研究書を出してみませんかと声をかけていただいたのが、本書誕生のきっかけとなった。

こと学際的な研究に関しては、本には、学術雑誌に掲載される論文にはない威力があるように思われる。私自身の経験でも、法学以外の分野の方が以前から

知的財産絡みの業績を公表されているにもかかわらず、その存在に気付いたのが本になってからだとすることがしばしばあった。私が著した本をきっかけに私の存在に気付いてアプローチされた異分野の方も何人かいたことに鑑みると、その逆もまた真であるのかもしれない。結局のところ、書店に並ぶこと、市販されている書籍としてインターネット上に掲示されることの効果は思いのほか大きく、そこには、学術雑誌をインターネットに掲載し公衆にアクセスしうるようにしたとしても超えられない壁があるということなのだろう。

そのように考えていた私にとって、中東さんからいただいた企画は、渡りに舟というところがあった。知的財産法学の分野でも学際的研究に関心を有している方、知的財産法学以外の分野でも知的財産に関連する研究をなしている方が一堂に会し、それぞれの成果の一端を示してもらえれば、多様な分野の読者の関心を引きつけ、上に記した私のような体験が各所で生起するのではないかと考えたのである。

企画の実現に際しては、かねてから私の学際的研究のよき窓口となってきている山根崇邦さんのご協力を得た。山根さんとも相談して、本書は各分野の状況をサーベイするような文書というよりは、むしろ、各自の研究の成果の一端を示してもらうような論文のほうが、学際的な交流の起爆剤という本書の目的に適うのではとないかと考えた。

幸い、本書は、知財法学者はもとより、法哲学者、憲法学者、情報法学者、民法学者、政治学者、文化人類学者、経済学者、実務家等、多数の執筆者の賛同を受け、各人の先端的な研究を、しかし他分野の読者を想定しながら、紙幅の都合のなかで簡潔に記していただいた論文集として完成するに至った。途中、中東さんの産休・育休を挟んで、勁草書房の鈴木クニエさん、永田悠一さんの下で、原稿のとりまとめや最終的な編集そして校正の作業が遂行された。本書にご協力いただいたすべての方に感謝の意を表したい。そして、このようにして成立した本書が、斯界の学際的な研究に資するところがあれば、編者としてこれに優る喜びはない。

田村善之

目 次

はしがき 田村善之 i

第1編 知的財産と法哲学

第1章 蜘蛛の糸 ……………田村善之 3

——『知財の哲学』『知財の理論』からみた『知財の正義』

I 序 3

II 知的財産権の保護は正義の要請か 4

1 『知財の正義』の特徴・その1——知的財産権の必要性に関する決定論の採用 4
／2 ロック 4 ／3 カント、ヘーゲル 9 ／4 ローius 16 ／5 蜘蛛の糸 20

III 政策形成過程のバイアスへの関心の程度 21

1 『知財の正義』の特徴・その2——政策形成過程のバイアス問題の軽視 21 ／2
知的財産権の強大化——資本主義の歴史的必然 21 ／3 集合行為論からの論理的帰
結 23 ／4 政策形成過程のバイアス問題を内在的な理論として組み込む必要性 24
／5 道具主義のすすめ 26

IV 知的「財産」とは何か 27

1 『知財の正義』の特徴・その3——知的「財産」の操作可能性に対する配慮の欠如
27 ／2 「知的財産」とその利用「行為」という峻別は可能か 27 ／3 「知的財産」
に対する権利というメタファの陥穽 29 ／4 バイアスに対抗するメタファの選択 30

V 結語 31

第2章 知的財産法制の再考 ……………浅野有紀 33

——職業的知的創作の自由の観点から

I はじめに 33

II マージェスの知的財産権理論 34

1 ロック、カント、ローiusによる権利論の基礎づけ 34 ／2 考察 38

III	ウォルドロンの権利論批判	40
1	ウォルドロンの権利論	40 / 2 考察 47
IV	知的財産権の代替案	50
1	知的創作職業の保護	51 / 2 ベーシック・インカム 52 / 3 利益配分 52

第3章 知的財産制度の正当化根拠をめぐる権利論と功利主義の相克

.....山根崇邦 55

——知的財産と法哲学の交錯の一断面

I	はじめに	55
1	知的財産制度を取り巻く環境の変化とリフォーム論の展開	56 / 2 マージェスとレムリーの論争 58 / 3 わが国の議論状況と本稿の検討課題 59
II	リベラルな権利論に基づく知的財産制度の擁護	
	——マージェス『知財の正義』（2011）	62
1	問題意識	62 / 2 リベラルな権利論に基づく知的財産制度の正当化 63 / 3 基盤の多元主義と中層的原理の意義 64 / 4 検討 66
III	実証的功利主義に基づく現行制度への懐疑	
	——レムリー「信念に基づく知的財産」（2015）	67
1	問題意識	67 / 2 義務論・直観主義に基づく現行制度擁護論への批判 69 / 3 検討 72
IV	基盤の多元主義に基づく実証原理主義批判	
	——マージェス「功利主義原理主義への反論」（2016）	74
1	実証的功利主義帝国論の誤謬	74 / 2 経験的証拠から示唆される知的財産をめぐる道徳的判断の規則性 75 / 3 中層的原理に基づく対立する基盤論者間の対話可能性 78 / 4 検討 79
V	おわりに	83
1	総括	83 / 2 反応 86 / 3 課題 87

第4章 所有権の神話大屋雄裕 89

——知的財産権の過去と未来？

I	知的財産権の正当化という問題	89
II	理論的な状況	91
1	リバタリアニズムの現在	91 / 2 ロック的自己所有権 93 / 3 カント的自然

法論	95	/4	功利主義	96
Ⅲ	財産からリベラリズムへ			98
1	内的な財という理解	98	/2	配分と分配の差異 99
Ⅳ	情報という財			100
1	占有と外的なもの	100	/2	情報とその性質 101
Ⅴ	未来?			104
1	WWW までの問題	104	/2	サブスクリプションという分配機構 106
			/3	法という統制手段 107
			/4	ホッブズの空間の可能性 108

第2編 知的財産と憲法

第5章	知的財産権の憲法化の背景と意義	……………比良友佳理	113
Ⅰ	知的財産権の憲法化とは		113
Ⅱ	知的財産権の憲法化の背景		114
Ⅲ	知的財産権の憲法化の歩み		116
1	著作権	116	/2 商標権 124 /3 その他の法分野 127
Ⅳ	知的財産権の憲法化の意義		130
1	憲法化に対する懸念	130	/2 憲法化のメリット 132 /3 考察 136
Ⅴ	おわりに		137
第6章	拡大する商標保護と表現の自由の保障	……………平澤卓人	139
	——米国における商標法と修正1条の議論からの示唆		
Ⅰ	はじめに		139
Ⅱ	米国での議論状況		140
1	権利行使場面における修正1条の働き	140	/2 商標登録場面における修正1条の働き 143 /3 背景にある憲法理論 145 /4 小括 154
Ⅲ	日本法における表現の自由との調整		155
1	日本法の特徴	155	/2 標識法により表現の自由は制約されるか 155 /3 規制の性質 156 /4 標識法は表現規制を正当化するか 158 /5 標識法の内在的調整による解決は可能か 160 /6 商標登録拒絶事由のあり方について 161
Ⅳ	結語		163

第7章 著作者の権利に基づく差止めと表現の自由…大日方信春	165
I はじめに—いくつかの事例から	165
1 藤田朋子事件	165 / 2 『三島由紀夫—剣と寒紅』事件 166 / 3 著作権判例百選事件 166 / 4 本論文の目的 167
II 憲法理論の欠如	168
1 事前抑制原則禁止の法理	168 / 2 知的財産権と表現の自由 169 / 3 インジヤンクション 170
III 著作財産権との関係	171
1 簡略な判断過程	171 / 2 慎重に判断する傾向 174 / 3 小括 176
IV 著作者人格権との関係	177
1 総説	177 / 2 Garcia v. Google, Inc. 177 / 3 若干の考察 182
V おわりに	185
1 ウォール・ストリート・ジャーナル事件	185 / 2 著作者の権利による表現の事前抑制に適用される憲法理論 186 / 3 アメリカの裁判例から得られる示唆 187

第3編 知的財産とアーキテクチャ

第8章 アーキテクチャによる法の私物化と著作権制度	
.....	栗田昌裕 191
—ドイツ法との比較法による検討	
I はじめに	191
II アーキテクチャと著作権法	191
1 アーキテクチャとは何か	191 / 2 四つの規制手段(法, 規範, 市場, アーキテクチャ) 192 / 3 私物化された法 193 / 4 アーキテクチャと法の協働 194 / 5 自然権論又は財産権原理主義 196
III 法による権利の限界—制限規定によって保護される利益	197
IV 法によるアーキテクチャの統御—著作権の制限規定の貫徹	198
1 情報社会指令6条4項	198 / 2 ドイツ著作権法95b条 199 / 3 小括 202
V 契約とアーキテクチャの協働—デジタル消尽とユーザーの権利	203
1 UsedSoft 事件先決裁定 (C-128/11)	203 / 2 Tom Kabinet 事件先決裁定 (C-263/18) 207 / 3 ドイツ法の展開 209

VI おわりに 212

第9章 著作権とアーキテクチャ ……………成原 慧 215

——情報法の視点から

I はじめに 215

II アーキテクチャとは何か 215

1 アーキテクチャの定義と種類 215 /2 アーキテクチャの有する性質と問題 217

III 著作権法における法とアーキテクチャの関係 218

1 総論——連携・対抗・オーバーライド 218 /2 法とアーキテクチャの連携——
アーキテクチャを通じた間接規制 219

IV 間接侵害者の責任 219

1 幫助者の責任 219 /2 カラオケ法理 220 /3 アーキテクチャを通じた間接
規制としての機能とその限界 221 /4 幫助者の刑事責任——Winny 事件 222

V 技術的手段の実効性確保のための法規制 227

1 重層的な規制構造 227 /2 正当な回避行為とアーキテクチャによる制約 228

VI 利用者によるリンクの設定とプラットフォーム事業者によるアーキテク
チャの設計 229

1 リツイート事件 230 /2 リーチサイト規制 234

VII ブロッキング 235

1 ブロッキング問題の経緯 236 /2 通信の秘密の侵害と緊急避難による違法性阻
却 236 /3 アクセスプロバイダに対する差止請求 237 /4 立法論と憲法問題
237

VIII おわりに 238

第4編 知的財産と人々の意識

第10章 知的財産をめぐる人々の意識の醸成 ……………中空 萌 241

——現代人類学の視点から

I はじめに

——知的財産をめぐる法学と文化人類学の対話をめざして 241

- II 知識が誰かのものになるとき
——マリリン・ストラザーンの所有論から 244
 - 1 ハーゲン社会における「所有者」 244 /2 メラネシアから知的財産権へ 246
- III 伝統的知識と知的財産権——知識と所有者の設定 248
 - 1 伝統的知識と知的財産権をめぐる諸問題 248 /2 「伝統的知識の所有者」の想定とその非現実性 250 /3 伝統的知識の所有者の設定 251
- IV プロジェクトの民族誌——所有主体と意識の生成をめぐる 252
 - 1 伝統的知識をめぐる新たな展開 252 /2 データベース化と所有意識の生成 253
- V プロセスとしての知的財産——学際的対話の可能性 257

第11章 写真の技術的特性に対する意識 ……………酒井麻千子 263

——被写体の決定と創作性判断をめぐる議論

- I はじめに 263
- II 被写体に関する工夫をめぐる議論の対立 265
 - 1 現行著作権法制定以降の裁判例・学説とスイカ写真事件 265 /2 学説の対立 267 /3 裁判例の展開 270 /4 論点 271
- III 「被写体に関する工夫」の内容と意味 272
 - 1 被写体を決定する作業と他の考慮要素との関係 272 /2 アイデアとしての「被写体を決定する作業」？ 274
- IV 被写体の独占と創作性判断の方法論 276
 - 1 日本の裁判例——「諸要素の総合的判断」 277 /2 アメリカの裁判例における写真の創作性判断と被写体の考慮 277 /3 「総合的表現」としての写真と創作性判断の方法 281
- V おわりに 282

第12章 著作権法上の非変容の利用をめぐる人々の意識

……………ブラニスラヴ・ハズハ＝清水紀子 285

——日米独仏の文化比較による実証研究

- I はじめに 285
- II 本研究の背景 287
 - 1 著作物の販売に影響を与える要因に関する研究 287 /2 消費者が著作物を消費する方法に関する研究 289 /3 著作物の作成段階で著作者に影響を与える要因とそ

の権利の利用に関する研究 290 /4 判例分析に関する研究 293

III 調査の設計と実施 294

1 予備調査 296 /2 アンケート 296 /3 標本抽出とデータ収集 302

IV 調査結果 303

1 自転車の持ち去りのストーリー 304 /2 DVD複製のストーリー 306 /3
楽曲のアップロード・ダウンロードのストーリー 309

V 結論 311

第13章 海賊版対策異論田中辰雄 313

——海賊版への前向きな対処方法

I 問題設定——海賊版サイトの取り締まりと定額配信サービス 313

1 海賊版の経済分析 313 /2 カジュアル消費者と定額配信 317 /3 定額配信
の理論的理解 323

II 漫画での海賊版——実証研究 325

1 海賊版サイトの増加は漫画の売上を減らすか 325 /2 漫画村の閉鎖は漫画の売
上を増やしたか 328

III 漫画の定額配信サービスの可能性 333

IV プラットフォーム間競争 338

1 予想される批判 338 /2 プラットフォーム独占 339 /3 産業政策上の視点
341

索引

執筆者紹介

第2巻目次

第5編 知的財産とイノベーション

- 第14章 職務発明制度とイノベーション——基本的構造の頑健性と合理性 中山一郎
- 第15章 創業イノベーションに向けた特許制度と薬事法制の協働 前田健

第6編 知的財産と産業実態

- 第16章 標準必須特許の権利行使とホールドアップ——経済学と競争政策の視点から見た FRAND 条件の意義と課題 岡田羊祐
- 第17章 コンテンツ産業と著作権活用——迫る危機とビジネスの変容 河島伸子

第7編 知的財産と実証研究

- 第18章 知的財産制度はどのように利用されているのか——いくつかの知的財産に関する実証研究とその含意 渡部俊也＝吉岡（小林）徹＝平井祐理＝胡章
- 第19章 特許の有効性判断に対する第三者の貢献 中村健太

第8編 知的財産と国内政治

- 第20章 知的財産権法に関する立法プロセスと課題 別所直哉
- 第21章 著作権法の政策形成およびルール形成が抱える課題について——一般条項型の権利制限規定のあり方に焦点を当てて 小島立
- 第22章 著作権法をめぐる国内政治の政治学的分析——違法複製ファイルへのアクセスに関する法整備をめぐる政治過程の比較分析 京俊介

第9編 知的財産と国際政治

- 第23章 「TRIPs」の共有知識化の主体・構造・過程 遠矢浩規
- 第24章 米国 FTA の知的財産規定をめぐる政治過程——後発薬をめぐる国内分裂 西村もも子
- 第25章 特許権者の国内実施要件に関する一考察——条約整合性と政策的意義の検討 鈴木将文

第1章

蜘蛛の糸

——『知財の哲学』『知財の理論』からみた『知財の正義』

田村善之

I 序

本稿は、道徳的な義務論ないし権利論に基づいて知的財産権の正当化を試みたロバート・P・マーゼスによる *Justifying Intellectual Property* (2011)⁽¹⁾ [以下、『知財の正義』] を批判的に検討することを目的とする。

方法論としては、『知財の正義』に先んじて知的財産を法哲学的に検討したピーター・ドラホスによる *A Philosophy of Intellectual Property* (1996) [以下、『知財の哲学』]⁽²⁾ と、筆者の『知財の理論』⁽³⁾ [以下、『知財の理論』] との偏差において『知財の正義』の特徴を炙り出したうえで、『知財の正義』の規範的基盤の論理が一条の「蜘蛛の糸」によって支えられていることを明らかにするとともに、その蜘蛛の糸の頑健性（あるいは脆弱性）を検証し、それとは対照的な『知財の哲学』や『知財の理論』が目指す方向性⁽⁴⁾を示そうと思う。

(1) 邦訳として、ロバート・P・マーゼス（山根崇邦＝前田健＝泉卓也訳）『知財の正義』（2017年、勁草書房）[以下、マーゼス『知財の正義』として引用する]。

(2) 邦訳として、Peter Drahos（山根崇邦訳）「A Philosophy of Intellectual Property (1)～(8)」知的財産法政策学研究34号・35号・36号（ここまで2011年）・37号・38号・39号（ここまで2012年）・42号・43号（ここまで2013年）[以下、ドラホス『知財の哲学』として引用する]。なお、マーゼス『知財の正義』はドラホス『知財の哲学』を引用していない。

(3) 田村善之『知財の理論』（2019年、有斐閣）[以下、田村『知財の理論』として引用する]。

(4) マーゼス『知財の正義』を「リベラルな権利論の構想」、ドラホス『知財の哲学』を「懐疑的道具主義の構想」、田村『知財の理論』を「知的財産法政策学の構想」をそれぞれ提示すると位置づけるものとして、参照、山根崇邦「知的財産法は何のためにあるのか」前田健＝金子敏哉＝青木大也『図録知的財産法』（2021年、弘文堂）7頁。

II 知的財産権の保護は正義の要請か

1 『知財の正義』の特徴・その1

——知的財産権の必要性に関する決定論の採用

『知財の正義』の最大の特徴は、知的財産権の制度を採用するか否かは選択の問題であるとする『知財の哲学』『知財の理論』と異なり、知的財産権は保護しなければならないという命題が、正義論によって、いわば決定論的に導かれるという立場をとっていることである。

これは、『知財の正義』における著者のいわゆる「転向」に関わる⁽⁵⁾。著者自身が従来は効率性に基づいて知的財産法が必要であると論じていたが、じつは知的財産権があったほうが人々の状況が改善するということを実証できないことを自覚していたことを告白したのである⁽⁶⁾。それでは、知的財産権を正当化することは困難という結論に至るのかということ、そうではなく、『知財の正義』は、知的財産権を保護しなければならないことは、正義の要請するところである旨を説くにいたった⁽⁷⁾。

そこで、以下では、ロック、カント、ロールズという三つの「第一次的な原理」⁽⁸⁾に依拠して展開する論証が、どの程度、功を奏しているのかということを検証する作業から、同書の検討に着手してみよう。

2 ロック

『知財の正義』は、ジョン・ロック『統治二論』(John Locke, *Two Treatises of Government*)の次の一節に代表される所有権の正当化の理論が知的財産権にも妥当する旨を説く。

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固有権(プロパティ)をもつ。これ

(5) 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11頁(2015年)。

(6) マージェス『知財の正義』3頁。

(7) マージェス『知財の正義』4頁。

(8) マージェス『知財の正義』17-18頁。

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。したがって、自然が供給し、自然が残しておいたものから彼が取り出すものは何であれ、彼はそれに自分の労働を混合し、それに彼自身のものである何ものかを加えたのであって、そのことにより、それを彼自身の所有物とするのである。それは自然が設定した状態から彼によって取り出されたものであるから、それには、彼の労働によって、他人の共有権を排除する何かが付加されたことになる。(9)

『知財の正義』によると、ロックの理論は知的財産権の正当化と「相性」がよい(10)、という。その主張の骨子は、以下の3点にまとめることができよう(11)。

第一に、ロックは、神によって、大地とそれが生み出す産物が万人に共有物として与えられたと理解しているが、この自然状態としての共有物は、知的財産権の世界ではパブリック・ドメインに対応している(12)。

第二に、ロックによると、神が万人に共有物を与えた目的は人間の生存を維持し快適にするためにあったのだが、それを利用するためには専有する必要があり、万人の共有物であるからといって他の全員の同意がないと専有できないとするのでは、共有物が与えられた目的に反することになるという(13)。この理は、情報の創出に権利を与えることで人類の繁栄を促進する知的財産権にも妥当する(14)。

第三に、ロックの理論は所有者のいないものを見出しそれに労働を付け加えたことをもって所有権を正当化するものと理解することができる(15)、パブリ

(9) マージェス『知財の正義』42-43頁による John Locke, *Two Treatises of Government*, 287-288 (Peter Laslett ed., 1988) (1698) の翻訳 (参照, ジョン・ロック (加藤節訳) 『完訳統治二論』(2010年, 岩波書店) 326頁) [以下, 本書では用語の整合性を保つために, 『知財の正義』に翻訳が掲載されているときは, 原則として, 『知財の正義』の翻訳を転載している。ただし, 『知財の正義』の訳者は, 既存の邦訳本を参照しているので (「訳者はしがき」 マージェス『知財の正義』 vii 頁), 本書でも『知財の正義』が引用した訳書を「参照」として引用する]。

(10) マージェス『知財の正義』39頁。

(11) マージェス『知財の正義』86-87頁も参照。

(12) マージェス『知財の正義』40, 44-45頁。

(13) マージェス『知財の正義』42頁。

(14) マージェス『知財の正義』48-49, 51頁。

(15) マージェス『知財の正義』52頁。