

知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(3)

山 根 崇 邦

序論

第Ⅰ部 知的財産権の正当化根拠をめぐる議論の諸相

第1章 知的財産権の特徴

第1節 無体物の特徴

第2節 無体物の特徴から導かれる知的財産権の性質

第3節 知的財産権の正当性の非自明性

第4節 小括 (以上、第28号)

第2章 自然権理論

第1節 労働に基礎をおくモデル

第1款 ロック労働所有理論に基づく正当化

第2款 ロック労働所有理論に基づく正当化の批判的検討 (以上、前号)

第3款 労働所有理論の基底的思想と知的財産権の性質との整合性

第4款 ロックの著作権法観

第5款 労働所有理論のまとめ (以上、本号)

第2節 人格に基礎をおくモデル

第3節 自然権理論のまとめ

第3章 功利主義理論

第4章 正義論

第5章 正当化根拠論のまとめ

第Ⅱ部 自由規制領域の拡大とその要因

第Ⅲ部 正当化根拠論の現代的意義

結語

第3款 労働所有理論の基底的思想と知的財産権の整合性

知的財産権をロック労働所有理論によって正当化するうえでさらに問題となるのは、無体物の特徴から導かれる知的財産権の性質と労働所有理

論の基底的思想との整合性である。知的財産権には、前述のように他者の自由への大きな干渉パターンを生み出すという性質や人為的な稀少性を作り出すという性質がある。それでは、こうした知的財産権の性質はロック労働所有理論の基底をなす自己所有権の思想や原始的共有の理念とうまく調和するだろうか。これが本款における検討課題である。

1. 自己所有権の不可侵性との抵触

自己所有権 (self-ownership) とは、人が自己の身体やそれに付随する状態、能力、行為に対しても排他的権利のことであり¹。ロックは『統治二論』の中で、人は生まれながらにして等しく独立に自分の身体や生命、自由への権利を持つことを繰り返し述べており (II 6、27、44、87節)²、

¹ 森村進『財産権の理論』(弘文堂、1995年)18頁、同『ロック所有論の再生』(有斐閣、1997年)252頁。なお、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年)69～70頁は、「自己所有権」という名称には誤解を招きやすい面があるとして、これを「人身所有権」と呼ぶべきであると指摘する。本稿では、こうした指摘に留意しつつも、より一般的な名称である「自己所有権」を用いることにしたい。自己所有権論について詳しくは、森村進「自己所有権論の擁護—批判者に答える—」一橋法学5巻2号417頁(2006年)参照。その他、松尾弘「人格と所有権—所有制度の構造論的分析のための覚書き—」横浜国際経済法学4巻2号254～258頁(1996年)に示された批判的分析も参照。

² 「この状態 [=自由の状態]において、人は、自分の身体と自分の所有物とを処分する何の制約も受けない自由をもっている。……すべての人間は平等で独立しているのだから、何人も他人の生命、健康、自由、あるいは所有物を侵害すべきではない」(JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT, II 6 (1690; Peter Laslett ed., 1988) [加藤節訳『統治二論』(岩波書店、2007年)第2篇第6節(以下、II 6節と略記)]。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)。

「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云ってよい。」(II 27節)

「人間は(彼自身の主であり、また、自分の身体およびその活動や労働の所有者であることによって)自らのうちに所有権の偉大な基礎をもっている」(II 44節)

「人間には、自分のプロパティ、つまり生命、自由、資産を他人の侵害や攻撃か

自己所有権の不可侵性が労働所有理論の基礎をなすことを明確にしている。君主ではなく本人こそが自己の身体に所有権をもつのであり、君主の恣意的な干渉は排除されるというのが自己所有権思想の含意である。ロックの体系のもとでは、各人の消極的自由は自己所有権の一部として強力に保護され、他者の同様の自由やそこから派生した所有権と衝突しない限り、国家法によっても制限することは難しいとされる³。それゆえ、その同意なしに他人の身体や行動の自由を侵害するような権利は認められないと解される。

前章で述べたように⁴、土地や動産を対象とする所有権の場合には、誰か一人が利用すれば他人の利用は排除されるという有体物の競合的な性質のために、事実として、その有体物に接する形での利用行為が禁止されるにすぎない。こうした制約は、所有物の使用・収益・処分という権利の円満な実現にとって不可欠なものであり、社会的共存を実現するために各人が進んで払おうとする代償であるとみなしうる。また、所有権の場合には、不動産を中心に登記制度が用意されているほか、有体物の占有行為自体が権利の主体や権利範囲についての対外的な告知を果たす場合が少なくないと考えられる。それゆえ、所有権については告知機能が有効に働いており、所有権に対する公衆の予測可能性は比較的高いということができ⁵。

これに対し、発明や著作物を保護対象とする知的財産権の場合には、多数の者がどこでも同時に利用できるという無体物の非競合的な性質のために、所有権の場合に比べて、制約を受ける利用行為の範囲や行為者の数

ら守るため [に] ……生来的に権力が与えられているのである。」(II 87節)

³ 森村・前掲注1)『ロック所有論』254頁によれば、こうした背後には古典的な基本的自由権の考え方がある。ただし、本人の同意がある場合には別論となる。例えば売買契約上の債権は、代金支払義務や目的物の引渡義務という形で債務者の行動を拘束するが、それに債務者が同意していると考えられることから、正当な権利として認められる。

⁴ 以下の二段落につき、拙稿「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(1)」知的財産法政策学研究28号216～221頁(2010年)とその脚注に掲げた文献を参照。

⁵ JAMES BESSEN AND MICHAEL J. MEURER, PATENT FAILURE: HOW JUDGES, BUREAUCRATS AND LAWYERS PUT INNOVATORS AT RISK, 64-65 (2008).

が相当大きなものとなりうる。こうした制約を公衆が払うべき代償であるとみなすことは容易ではない。知的財産保有者は他者の無権原の実施や利用によって自己の実施等を妨げられるわけではなく、それでもなお公衆の利用を広く制約する必要があるというのは一見すると我々の直観に反するものだからである。また、知的財産権の場合には、禁止行為の対象や範囲を公衆に伝達する権利告知機能が有効に作用しにくいという面がある。発明や著作物には物理的な境界が存在しないうえ、実効的な侵害抑止という政策的な理由に基づいて保護範囲が変動しうるからである。一部の登録制度も、こうした権利告知機能の問題を解消するものではない。それゆえ、公衆にとっては、ある技術的思想や表現の利用が禁止行為に該当するかどうかの判断が難しく、所有権に比べると、知的財産権に対する予測可能性は低いといえることができる⁶。

このように所有権と対比してみると、知的財産権は、技術的思想や創作的表現を取り巻く公衆の活動領域に不意に立ち入り、人々の消極的自由に干渉するという性質を有していることが浮き彫りとなる。それゆえ、知的財産権は自己所有権の不可侵性を脅かす恐れのある権利であるといえることができる⁷。

⁶ *Id.*, at Chapter 3. 著者らは、同じ財産権としてみた場合に、特許権は所有権に比べると公衆への権利告知機能(notice function)の面で劣っており、そのことが特許制度の不確実性を高める要因となっていると指摘する。詳しくは、拙稿「米国特許制度の破綻とその対応策」アメリカ法[2010-1] (近刊)を参照。

⁷ 例えば、Edwin C. Hettinger, *Justifying Intellectual Property*, 18 PHIL. & PUB. AFF. 31, 45 (1989)は、自己の発明や著作物を他人が利用したりコピーするのを排除する権利は、創作者の支配権にとって不可欠なものではなく、むしろ他者の支配権を深刻に脅かすものであると指摘する。また、森村教授は、所有権と著作権を対比しながら次のように説明している。「動産や土地の所有権は他人の活動領域に介入しない。人が公共の土地や自分の家の中で何をしようが、その行動を禁止するわけではないのである。それに対して、著作権は、自分の身体と動産だけを使って自分の土地の中で行う行為にまで立ち入って禁止してしまう。」森村・前掲注1)『ロック所有論』254頁。森村進「21世紀初頭におけるロック所有論」一橋法学4巻1号92～93頁(2005年)も参照。

2. 原始的共有の理念との整合性—共有資源の効果的利用と専有の要否

ロックはまた、「神が世界を人類共有のものとして与えた」(II 25節)と述べて、所有権が始まる以前の原始的な状態について明らかにしている。世界が人類に共有のものとして与えられた状態は、一般に共有状態と呼ばれている。ロックによれば、この共有状態は全人類が大地や自然資源を共通に使用するために神から与えられたものである。ロックが原始状態を共有状態に設定したのは、神が世界をアダムとその継承者だけに与えたというフィルマーの見解(王権神授説)を批判するためであった⁸。

それでは、ロックのいう共有状態とはどのような状態のことを指すのだろうか。共有状態は、プーフENDORFの分類にならって⁹、積極的共有(positive community)と消極的共有(negative community)とに区別されることが多い。この区別に従えばロックの共有状態は消極的共有に該当すると解されている¹⁰。消極的共有とは、すべての事物が万人に共通のものとしておかれており、どの特定の者にも属していない状態のことである。消極的共有状態においては、誰も排他的な所有権をもっていないが、誰もが他の人々と同様に、神が与えた自然資源の一部を取って使用する共通の権

⁸ フィルマーは、原始的な共有状態という想定に基づいて所有権を証明することは困難であり、「神は、世界をアダムとその代々の継承者とだけに与え、それ以外のアダムの子孫はすべて除外したとの想定に立って、世界を支配するただ一人の君主を除いて誰も所有権をもつことはできないと考えるほかない」という説を唱えていた(II 25節)。

⁹ SAMUEL PUFENDORF, *DE JURE NATURAE ET GENTIUM LIBRI OCTO*, Volume II, 532-535 (the translation of the edition of 1688 by C.H. Oldfather and W.A. Oldfather, reprinted 1964). プーフENDORFの所有権理論について詳しくは、吉野悟「グロチウスとプーフENDORFにおける所有権思想(一)(二)」日本法学53巻1号54頁・54巻1号64頁(1988年)、松尾弘「プーフENDORFの所有権論と法理論の展開」比較法史研究2号347頁(1993年)、筏津安恕「プーフENDORFの所有権思想」山内進編『混沌のなかの所有』(国際書院、2000年)41頁参照。

¹⁰ JEREMY WALDRON, *THE RIGHT TO PRIVATE PROPERTY*, 155 (1988); 森村・前掲注1)『財産権』27頁、下川・前掲注1)112頁。

利を有している¹¹。

それでは、なぜ人類はこうした共通の権利をもつのだろうか。ロックはその答えを人間の生命を保存する神の意志に求める。つまり、神が人間に自己の生命と存在を保存する欲求を植え付け、人間の生存を意図したことから、人間は自己保存のために果実を採取したり、動物を捕獲したりする権利をもつというわけである¹²。

このような共有命題に関するロックの意図を重視すれば、神から与えられた共有資源は十分に利用されるべきものであり、その効果的な利用を実現するための1つの手段が専有であると考えられることができるだろう。例えば、土地の場合であれば、人間には資源を十分かつ効果的に利用する義務があり、土地の有効利用には排他的かつ長期的な管理が必要であることから、土地の私的所有つまり専有が認められるというわけである。こうした視点から、財の専有指向性、すなわち財の効果的利用の実現にとっての専有の必要性を専有正当化のための要件として導出し、財の性質上、その目的の実現のために専有を必要としないのであれば共同所有の推定が働くというロック解釈を展開するのがシフリンである¹³。

シフリンは、以上のロック解釈を前提とすれば、知的財産権をロック理論に基づいて正当化することはできないはずだと主張する。知的財産はそもそも物理的には排他的支配が困難なものであり、多数の者が同時に利用することができる財であって、財の利用価値を効果的に実現するうえで専有が必要というわけではないからである。知的財産の性質からすれば、むしろ広く開放して多数の人々の利用に供する方が財の利用価値は高まり、

¹¹ これに対し、積極的共有とは、一人の者ではなく複数の人間が自然資源の一部を他の人々に対して排他的な形で共同所有している状態のことである。積極的共有状態においては、その共同の所有権は他の人々を正当に排除する。このような積極的共有状態を解消するためには全員の合意が必要とされる。以上につき、PUFENDORF, *supra* note 9, at 532-533, 537; 下川・前掲注1)113頁を参照。

¹² 下川・前掲注1)110～112頁。森村・前掲注1)『ロック所有論』131～137頁も参照。

¹³ Seana V. Shiffrin, *Lockean Arguments for Private Intellectual Property*, in NEW ESSAYS IN THE LEGAL AND POLITICAL THEORY OF PROPERTY, 143-154 (Stephen R. Munzer ed., 2001). シフリンの論文については、森村進「現代財産権論の最前線」アメリカ法[2003-1] 121～122頁に簡潔な紹介がある。

効果的に実現されるといえるだろう。それゆえ、知的財産の排他的支配権は資源の有効利用を義務づけるロック理論と本質的に整合しないと結論づけるのである¹⁴。

シフリンの見解の特徴は、大地を共有物として与えた神の意図を資源の有効利用の奨励に見だし、ロック理論のもとではそうした利用価値の効果的実現にとって共有資源の排他的支配管理が必要な場合にのみ私的所有権が正当化されるとする点にある。ここでは、財が創出された後の事後的な利用のあり方に焦点が当てられている。このような財の有効利用という観点からみれば、シフリンが正当に指摘するように、非競合財である知的財産の利用にとって効果的な方法は、特定人による独占的支配管理ではなく、公衆の自由なアクセスや利用に広く開放することであるように思われる。発明や著作物といった無体物は、いったん公表されて原作者の手を離れると、空気のように瞬間に広まり、誰もがどこでも非競合的に利用することが可能となるのであって、本来的に専有指向性を欠くものだからである¹⁵。既にみたように、このことは古くはトマス・ジェファソンがその私信の中で明快に指摘していたことでもある¹⁶。

もっとも、シフリンの見解に対しては次のような反論がなされるかもしれない。それは、土地や果実のような物質資源と異なり、知的財産は人が創作活動により無から作りだしたものであり、純粋に原作者の創造物(pure *sui generis* creations)なのだから、そもそも原始的共有の想定は当て

¹⁴ *Id.*, at 156-158, 166-167. シフリンは、このような結論をサポートする資料として、後述するロックの草稿を挙げている。シフリンによれば、草稿から浮き彫りとなる古典作品の喪失や過剰利用を懸念するロックの態度は、『統治二論』におけるロックの関心が資源を共有物として授与した神の目的に照らして財の有効利用を促進する点にあったと考える著者のロック解釈と整合的なものとして捉えることができるとする。*Id.* at 154-156.

¹⁵ ただし、原作者が自発的にその創作物を公表したわけではない未公表作品あるいは未完成作品については別論となる。森村・前掲注13)122頁。

¹⁶ 拙稿・前掲注4)215～216頁。ジェファソンがマクファーソンに宛てた1813年8月13日付けの手紙について詳しくは、森村進『『大地の用益権は生きている人々に属する』—財産権と世代間正義についてのジェファソンの見解—一橋法学5巻3号729～732・736～738頁(2006年)を参照。

はまらないはずだという反論である¹⁷。ここで前提とされているのは、創作活動を高度に個人的な作業とみるロマン主義的な創作者観 (romantic authorship) である¹⁸。しかし、しばしば指摘されるように、実際の創作活動においては先人の技術的、文化的遺産から有形無形の影響を受けるのが通常であって、知的創作活動はいわば先行創作物との相互作用に基づく累積的かつ対話的なプロセスであると解される¹⁹。そして、そのような創作活動の累積的、対話的なプロセスにおいて主要な役割を担っているのが知的

¹⁷ これは想定される反論としてシフリン自身が提示するものである。Shiffrin, *supra* note 13, at 158.

¹⁸ 創作活動は高度に個人的な作業であり、オリジナル作品は創造的な創作者の手によって無から生みだされたものとする個人主義的な創作者観は、比較的歴史の浅い概念であり、主に18世紀のロマン主義運動を嚆矢として形成されたものであるとされる。Peter Jaszi, *Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of "Authorship"*, 41 DUKE L.J. 455, 455-456 (1991); MARTHA WOODMANSEE, *THE AUTHOR, THE ARTS, AND THE MARKET: REREADING THE HISTORY OF AESTHETICS*, 35-55 (1993).

¹⁹ 例えば、PETER DRAHOS, *A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY*, 61-62 (1996) は、知的創作活動に従事する者はその創作過程において創作者兼模倣者という二重の役割を担っていることを指摘する。また、Jeremy Waldron, *From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property*, 68 CHI.-KENT. L. REV. 841, 877-880 (1993) は、現代の文化的生産において、そのオリジナリティが尊重されなければならないといえるほど特異性を備えた作品は存在せず、ある文化的生産物について個人的な手柄とすることのできる者など誰もいないのであって、著作権法が重視する「著作者」の役割を純粋に担うことのできる実体は存在しないのではないかと述べる。さらに、Ken Shao, *Marriage by Mistake and its Incompatibility with Knowledge Creativity and Dissemination*, 39 HONG KONG L.J. 401, 408-409 (2009) は、知識創造は本質的に累積的なものであり、ポスト構造主義の言葉を借りれば、知識創造は間テクスト性 (intertextual) を帯びたものということができるとし、加えて、知識創作者と他者との関係は自律的なものというよりは互恵的なものであって、知識創造は対話的なプロセスであるということができると主張する。その他、WILLIAM M. LANDES AND RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW*, 58-60 (2003) [拙訳「著作権の考え方」知的財産法政策学研究10号30～34頁(2006年)] も、シェイクスピアの作品などを例に挙げながら、文学的創作の本質は、作者のユニークな個性の表現というよりも、過去の文学的遺産を承継し批判し豊かにするところにあると指摘する。

コモンズなのである²⁰。その意味で、ロマン主義的な創作者観は知的コモンズの重要性を等閑視するものといえ²¹、そうした概念に立脚する上記反論もまたその説得力に欠けるものであるということができるよう思われる。

3. 小括

以上の考察が示すように、知的財産権の性質というものはロック労働所有理論の基底的思想と緊張関係を生み出す面がある²²。さらにこのことを間接的に示唆するのが、1662年に制定された当時の著作権法 (印刷法) を厳しく批判するロック自身の書簡である。それらの書簡からは、後述するように、書籍業者に強力な独占出版権を認める勅許条項が古典作品へのアクセスや利用を妨げているというロックの憤慨や、初版から50年程度経過すれば書籍の出版は自由にできるようにすべきだというロックの提案が明らかとなる。このことは、ロック労働所有理論は強力な自然権的知的財産権を支持するものであるという見解に対する1つの反証とならないだろうか。かくして、これらの書簡の内容を確認し、ロックの著作権法観を描き出すことが次款の課題となる。

²⁰ DRAHOS, *supra* note 19, at 63-64.

²¹ 例えば、ボイルは、「知的財産法は“ロマン主義的な創作者”に報いるために存在するのだ」という暗黙の構想が知的財産関係の法的ルールを形成しているとしたうえで、そうした創作者観は、「創作者」の知的貢献を過大評価する一方で、他者の知的貢献をそれに応じて過小評価しがちであると指摘する。例えば、著作権関係訴訟において裁判所は、ロマン主義的な創作者観に基づき、創作者のたぐいまれな才能や作品のオリジナリティを強調し、外部資源の重要性を軽視する傾向がある。その結果、アイディアと表現の区別やフェア・ユースの成否などにおいて創作者 (権利者) に有利な形で判断が下されやすいと指摘する。JAMES BOYLE, *SHAMANS, SOFTWARE, AND SPLEENS*, 51-60, 108-118 (1996). なお、同書の書評である Mark A. Lemley, *Romantic Authorship and the Rhetoric of Property*, 75 TEX. L. REV. 873 (1997) も参照。

²² 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頁(2008年)、同「デジタル化時代の著作権制度—著作権をめぐる法と政策—」知的財産法政策学研究23号16～17頁(2009年)。

第4款 ロックの著作権法観

ロックは、1662年に制定された印刷法 (the Licensing Act)²³が書籍業組合 (Stationers' Company) の営業独占をもたらしていると考えていた。1662年印刷法は、当初2年間の時限立法として制定されたのであるが、延長に延長を重ね、途中に約6年間の失効期間を挟みながら、1690年代にまで更新を続けていたのであった²⁴。こうした状況を目の当たりにしたロックは、1690年代の半ばに、親しい友人であった貴族院議員のクラーク (Edward Clark) に対して、印刷法の更新を否決するよう働きかける手紙や覚え書き (Memorandum) を送っている。これらの書簡の内容を通じて浮かび上がるロックの著作権法観とは一体いかなるものであろうか。以下、3つの草稿について具体的にみていこう。

1. 3つの草稿

(1) 1693年1月2日付けの手紙 (クラーク宛)²⁵

ロックは、クラークに宛てた1693年1月2日付けの手紙の中で、1662年

²³ 正式名称は、“An Act for preventing the frequent Abuse in printing seditious treasonable and unlicensed Bookes and Pamphlets and for regulating of Printing and Printing Presses” (煽動的、反逆的、かつ無許可の書籍およびパンフレットの印刷における濫用を防止し、印刷業および印刷機械を規制するための法律)。

²⁴ 具体的には、1662年印刷法は1695年まで存続したとされる。白田秀彰『コピーライトの史的展開』(信山社、1998年) 95～96頁によれば、その経緯は次のとおりである。まず、2年後の1664年5月17日に、1662年印刷法の効力を次の会期の終了まで延長する法案が可決された。翌1665年5月2日にも同内容の延長法案が可決された。続いて、同年10月31日に、次の議会が召集される最初の会期まで延長する旨の改正がなされた。次の議会が召集されたのは1679年3月13日であった。同議会では延長を議決せず、1662年印刷法は一時的に失効した。しかし、1685年7月2日に1662年印刷法の復活が可決され、1688年及び1693年には更新が可決された。1662年印刷法の更新は1695年によく否決され、失効を迎えるに至った。

²⁵ THE CORRESPONDENCE OF JOHN LOCKE, Volume IV, 614-616 (E.S. De Beer ed., 1979). この手紙については、白田・前掲注24) 119～120頁に一部翻訳がある。本稿も訳出にあたり白田訳を参考にした。

印刷法が書籍の利用者ではなく販売業者や書籍業組合の独占利益に奉仕していることを示唆し、その弊害として、国内では良質で正確な新しい注釈付きの版の古典作品が非常に高価でしか手に入らないことを指摘している²⁶。そして、新たな注釈や訂正を施した古典作品を出版したり外国から輸入したりしようと思っても、書籍業組合がその保有する勅許を盾に、それらの出版や輸入を許可してくれない実態を明らかにしている²⁷。また、書籍業組合が保持する強大な独占出版権に触れながら、彼らが独占状態にあぐらをかいているために印刷の質が著しく低下している状況を切実に訴えかけている²⁸。そしてこのような弊害をもたらす要因となっている印刷法に対して、厳しい批判を展開するのである。とりわけ勅許対象書籍の印刷・輸入行為を禁止する印刷法第6条については、それが学問の自由に対する抑圧になっていることも指摘しながら、改正を行うよう求めている²⁹。

²⁶ 「書籍業者の連中は、ラテン語による古典作品の全部あるいは大部分について勅許を獲得し(一体どのような権利あるいは口実によってこのようなことができるのか、私には分かりかねますが)、それらの文章が彼らのものだとして主張して、彼らがここで現在出版しているのよりも良い正確な版や新しい注釈のついた版を、彼らと交渉することなしに輸入することを許そうとしません。それゆえ、これらの最も有益な書籍がひどく高価にし学者の手に入らず、独占による利益が無知で怠惰な書籍業者たちの手に渡っているのです。」 *Id.*, at 614-615.

²⁷ 「この独占のためにこの国では、新しい注釈を施した古典作品や、その他の改善を加えた古典作品を出版しようと意図しても、学識ある賢明な書籍業者の許可を得ないとすることはできません。というのは、かりに彼らがそれを自ら印刷しようと思わず、また誰にもさせようとしなければ、著作者の労働は無に帰してしまわずし、かりに書籍業者の連中がそれは絶対に印刷されるべきではないと思えば、大司教やその他の検閲官から印刷の許可を得たとしても、それは何の意味もありません。」 *Id.*, at 615.

²⁸ 「出版物を常に改善しているのだから、それらの販売についての権利を持つべきであるという理屈は、我らの書籍業者にとって口実となりえません。なぜなら、もし貴方がそれを調べてみれば、彼らの出版にかかる古典作品が、いかに劣悪に印刷されているかに気づかされると思うからです。」 *Id.*

²⁹ 「とくに、誰かが勅許を獲得している書籍を印刷し輸入することを禁止する、という条文は、数千年も前の著作者によるラテン語の書籍を印刷したり輸入したりす

ロックは、以上のような内容の手紙をクラークに送付し、書籍業組合の営業独占の拠り所となっている印刷法の廃止に協力するよう求めたのである³⁰。なお上記から明らかなように、ロックが印刷法に反対した理由は、言論・出版の自由を確立するためではなく、独占出版権のもたらす弊害を排除するためであった³¹。

この手紙は議会にも少なからず影響を与えたといわれている³²。ところが、印刷法への攻撃はフランスの陰謀だとする小冊子が配布されるなど、印刷法の延長をめぐる当時の状況は混沌としていた。そのため、多数の反対にもかかわらず、議会は結局1693年2月に印刷法の延長を僅差で可決したのである。

(2) 1695年1月頃の覚え書き（クラーク宛）³³

こうしてロックの夢は破れたかにみえたが、1694年11月、印刷法を含めて会期中に失効する法律を検討する委員会が組織された。そしてクラークもこの委員会のメンバーに選出された。そこでロックは、1695年1月頃に、1662年印刷法をほぼ逐条的に批判するコメントを付した覚え書き(Memorandum)を、クラークに送付したのである。印刷法は25条からなるが、その大部分の条文についてロックは辛辣なコメントを付している。

i) 印刷法第2条に対するコメント

例えば、誹謗的、異端的、反政府的書籍、小冊子の印刷、販売、輸入の

ることは自由である、という具合に緩和すべきであると私は考えます。……何らかの権利によって、誰かが数千年も前の誰かの著作を保有できるように考えることは、学者に対する重大な抑圧になっているのです。」*Id.*

³⁰ 「私は、貴方が1662年に制定された印刷法の存続を決議する1692年12月23日の投票をなさったことに気がつきました。私は、貴方が書籍販売業者たちや書籍業組合の連中全てと同様に、本を買う側の人間についても考慮して下さることを期待します。」*Id.*, at 614.

³¹ 白田・前掲注24)120頁、森村・前掲注1)『ロック所有論』247頁。

³² 白田・前掲注24)118～119頁。

³³ THE CORRESPONDENCE OF JOHN LOCKE, Volume V, 785-791 (E.S. De Beer ed., 1979). この覚え書きについては、森村・前掲注1)『ロック所有論』247～248頁に一部翻訳がある。本稿も訳出にあたり森村訳を参考にした。

禁止を定めた第2条に対して、ロックは「人が自分の言い分を何でも印刷する自由を持ってはならない理由など、私には分からない」³⁴と述べて、事前の検閲制度を批判する。

ii) 印刷法第6条に対するコメント

ロックのコメントのうち最長のものは、前述の印刷法第6条、すなわち「誰か他の者が開封勅許状等に基づいて独占出版の権限を持っている書籍については、印刷、輸入してはならない。」という条項に付されたコメントである。この第6条に対する批判的なコメントは、実に覚え書き全体の約3分の1を占めている。以下ではコメントの前半部分と後半部分に分けて検討するが、上述したクラーク宛の手紙と合わせて読むと、ロックの印刷法批判の矛先が一貫して書籍業組合による出版の独占に向けられていたことが浮き彫りとなる³⁵。

まず前半部分では、ロックは書籍業組合が印刷勅許を獲得した経緯にも触れつつ、第6条を根拠とする彼らの印刷独占のために、学者は外国で出版された優れた版の古典作品を安価に入手することができないという弊害が生じている旨を強調する³⁶。そしてこのような結果として、学者は所定の金額を支払わない限り、ラテン語も読めないような愚者に隷属しなけ

³⁴ *Id.*, at 785.

³⁵ 例えば、MARK ROSE, AUTHORS AND OWNERS: THE INVENTION OF COPYRIGHT, 32 (1993)は、覚え書きで展開されるロックの印刷法批判の矛先は主として検閲ではなく出版独占に向けられていたと指摘する。

³⁶ 「この規定によって、書籍業組合は全ての古典作品の独占を手にしており、学者はひどく高価格でしか外国で印刷されたそれら古典作品の良い正確な版や注釈を施したものを手にできないのである。その理由は、私が伝え聞くところでは、書籍業組合が、彼らの印刷した古典作品は紙質や正確さの両方において恥ずかしいほど劣悪なものであり、彼らの手になる古典作品はいずれも我慢できる版のものは稀であるにもかかわらず、彼らが優良かつ正確に印刷するかのように装って、古典作品の全部ないし少なくとも大部分を印刷する勅許を国王から獲得したからである。その結果、より優れた版の古典作品が外国から輸入されるたびに、書籍業組合がそれらを差し押さえ、輸入書籍1冊につき6シリング8ペンスの支払を輸入業者に強制するか、さもなければそれらを没収するのである。ただし、書籍業組合が非常に慈悲深いために、輸入業者にこれよりも低額で交渉することを認める場合は別であるが。」*Id.*, at 786-787.

ればならないような事態に陥っていると憤慨するのである³⁷。

次に後半部分では、ロックが望ましいと考える第6条の改正案を提示している。そこでは、独占ではなく自由競争により印刷水準の向上を図ったオランダにその模範を求めている。ロックの提示する改正案をまとめると、以下のようになる。

第1に、出版後50年以上も経つような書籍については、出版者に何らの権利も認めずに誰でも自由に出版できるようにすべきである。その理由は2つある。1つは、独占出版権を認める場合、その出版者が積極的に印刷を行うとは限らない一方で、他者が印刷を希望しても独占利益を守るべくそれを認めない可能性があり、結果的に権利が足枷となって多数の良書が失われる危険が存するからである。もう1つは、出版の非独占化を認める場合、オランダの経験に照らすならば、印刷業者間の競争が促進される結果、より安価で、良質の、正確な版の書籍が多数生産されることになることと考えられるからである。そしてこのことは、英国の書籍業者の評判を高め、取引の増大という形で結局彼らの利益となるはずである³⁸。

³⁷ 「しかし、本法によって、学者は、ラテン語の最も優れた古典作品の正贋本を持つべきであるにせよ、その許可を求めて彼らに6シリング8ペンスを支払わない限り、ラテン語も理解できないような愚鈍で惨めな者の権力に従属するはめになっているのである。」 *Id.*, at 787.

³⁸ 「もし印刷について別の法律が制定されるとしたら、印刷されてもう50年になる書籍については誰も何ら特別の権利を持たず、誰もがそれを印刷する自由を持つことが合理的ではないだろうか？なぜなら、眠ったままで他の人々の邪魔をする独占的権限のために、たくさんの良書がすっかり失われてしまうからである。」そして、「この自由 [=印刷の非独占化] は、それら [=古典作品] を印刷する誰にとっても、それらをより安価で質の優れたものにする方法であることは間違いのない。そしてこれこそが、オランダにおいてそれらの良い正確な版が非常に数多く生産されてきた要因なのである。そして印刷業者が皆、互いに競い合う努力をしていることもまた、オランダの取引に多額の利益をもたらした要因であると考えられる。」それに対し、「本法や勅許により英国で独占を手に行っている我らの書籍業組合は、品質を最も悪く作ることができるので、それら [=古典作品(の印刷)] をぞんざいに行っている。その結果、その劣悪さと高価さゆえに、それらの中で外国で販売されている書籍は1冊もない。加えて、それらは評判が悪く不正確であるために、外国の学者も現在ロンドンで印刷されている書籍を眺めたりしないだろう。」 *Id.*, at

第2に、新しい著作物に関しては、ロックの態度は曖昧であり、立法府の判断を尊重するとだけ述べている³⁹。もっとも、出版後50年経過した書籍と対比していることからすれば、ロックは新しい著作物について、出版から50年程度の独占出版権であれば出版者に認めてよいと考えていたのかもしれない⁴⁰。

以上のような出版の非独占化の提案においてロックが念頭に置いていたのは、古典作品であった。ロックは古典作品に関し、現在において何らかの出版権を認めることを正当化する理由など存在しえないと強い口調で語っている⁴¹。そして、古典作品の印刷規制は印刷法の目的と整合しない点を指摘して、第6条に対するコメントを結んでいる⁴²。

iii) 印刷法第25条に対するコメント

ロックのその他のコメントで注目されるのは、印刷法第25条に対するコメントである。第25条は、印刷法が2年間の時限立法である旨を定めている。同条が2年間という有効期間を定めたのは、国王による印刷法の濫用を警戒して、一定年限ごとに議会が存続を検討することができるように配慮された結果であった⁴³。しかし、冒頭でも触れたように、1662年制定の印刷法は、途中に約6年間の失効期間を挟みながらも、度重なる延長を経

787-788.

³⁹ 「しかし、現在執筆して書籍販売業者に自分の原稿を売っている著作者たちについては、決定される通りにしておこう。」 *Id.*, at 787.

⁴⁰ 森村・前掲注1)『ロック所有論』248頁。なお、「印刷法」という名称からも窺われるように、当時、著作権の概念は、著作者の原稿を買取った出版者の権利(独占出版権)として把握されていた点に注意が必要である。

⁴¹ 「いかなる人物であれ組合であれ、他者を締め出して、はるか大昔に生きていたカエサル(Caesar)やリウィウス(Livy)の作品の出版権を現在において持つべきであるというのは、非常にばかげた考えであることは一目瞭然である。また、私が適切と考えたとしても、私が書籍業組合と同様にそれらの作品を印刷することは許されないとする理由など、どこにも存在しえないのである。」 LOCKE, *supra* note 33, at 787-788.

⁴² 「そのため、古典作品の印刷を制限することが、どのようにして本法の標題であり口実でもある扇動的かつ反逆的な小冊子の印刷禁止につながるのを見いだすことは、困難であろう。」 *Id.*, at 788.

⁴³ 白田・前掲注24)95頁。

て、最終的には1695年に至るまで更新を続けたのである。

ロックはまずこうした経緯に触れて、教会と国王とが共謀して印刷法を恣意的に延長してきたと批判し⁴⁴、そのうえで印刷法制度のあるべき姿について持論を展開している。そこでは、古典作品については、第6条に対するコメントと同様の主張を繰り返している。すなわち、古典作品には独占出版権を認めるべきでなく、自由に出版できるようにすべきであると説く。これに対し、新しい著作物については、第6条のコメントよりも一歩踏み込んだ主張をなしている。すなわち、新しい著作物に関しては、著作者の死後または初版から特定の年数（50年から70年程度）の独占出版権を出版者に認めるのが合理的であるとしている⁴⁵。

ここで興味深いのは、著作権（独占出版権）とは原稿を買い取った出版者の権利であることを前提としながらも、ロックがその保護期間を著作者の死亡時期と結びつける提案を行っていることである。ロックの真意は定かでない。しかし、次に検討する別の手紙の草稿では、ロックは著作者の人格的利益（特に氏名表示権）について尊重する姿勢を示している。この点に着目すれば、ロックは独占出版権を完全に出版者の権利と割り切ることに躊躇いがあったのではないかと考えることもできよう⁴⁶。

⁴⁴ 「この法律は、求められたものを何でも捧げることで、誰もが熱心に教会や王室のご機嫌取りに励んでいたときに作られたものである。しかし、これは取引の自由や対象物の所有権への侵害であることが極めて明らかであるために、2年間の時限立法とされた。にもかかわらず、その法律は、1662年以来、教会と王室の共謀によって時あるごとに復活し、その結果、今日まで延長されている。」 LOCKE, *supra* note 33, at 791.

⁴⁵ 「いかなる人物であれ組合であれ、古代の著作者の独占的印刷の勅許を持つということは極めて不合理であり、学問的に有害である。そして現在生きていて執筆している著作者から原稿を購入する人々については、彼らの所有権を著作者の死亡あるいは書物の最初の印刷から特定の年数、たとえば50年とか70年の間に制限することが合理的かもしれない。私は次のことを確信する。誰であれ今生きている者が、ヨーロッパで印刷が知られたり使われたりする前に生きていた著作者の原稿や著作に所有権を持っている、あるいはその所有権を処分する力を持っていると僭越にも主張することは、極めて不条理であり馬鹿げている、と。」 *Id.*, at 791.

⁴⁶ 森村・前掲注1)『ロック所有論』249頁。

以上の覚え書きは、クラークの所属する委員会の議論にも影響を与えたとされる⁴⁷。そして紆余曲折を経ながらも1695年1月、議会は印刷法の更新を否決し、翌月、最終的に印刷法の失効が確定したのである。

(3) 1695年3月18日付けの手紙（喪失）の草稿（カレッジ宛）⁴⁸

1695年2月、議会は「印刷と印刷所の適正な規制に関する法案検討会」を指名し、新たな法案の作成に取り組んだ。そうしたなか、ロックは、同年3月18日付けで知的サロン「カレッジ」(College)⁴⁹に送ったと推測される手紙（喪失）の草稿の中で、法案に盛り込むべき条項を具体的に提案している。

ロックはまず、原稿に対する著作者の所有権（Authors property in his copy）やそれを譲渡した人の所有権を確保するためには、次のような内容の条項の挿入が有益であるとする。すなわち、著作者の権利として、著作者には初版から氏名表示権が認められること、そして、初版発行後、一定の期間、著作者には独占的再版権が認められることである⁵⁰。ロックが著

⁴⁷ 白田・前掲注24)121～122頁。

⁴⁸ LOCKE, *supra* note 33, at 795-796. この手紙の草稿については、森村・前掲注1)『ロック所有論』249～250頁に一部翻訳がある。本稿でも訳出にあたり森村訳を参考にした。

⁴⁹ カレッジは、ロック、クラーク、法律家フレイク(John Frake)の3人が主宰する知的サロンであり、議会に対して大きな影響力を有したとされる。白田・前掲注24)121頁。

⁵⁰ ロックの提示した2つの条項案は、次のようなものである(LOCKE, *supra* note 33, at 795)。

第1に、「印刷者は皆、書面による認可なくして、いかなる人物の名前も、書籍・パンフレット・肖像画・書類の著作者あるいは出版者として印刷してはならない。これに違反する者は、罰則として、そのように著作者あるいは出版者として名前を印刷された人物やその他の者に対し、[原文空白]の金額を支払うものとする。」

第2に、「著作者あるいは出版者の名前付きで印刷された書籍・パンフレット・肖像画・書類はすべて、著作者あるいはその授権を受けた者による書面による認可なくして、初版から[原文空白]年の間、著作者の名前をつけるにせよ、つけずにせよ、再版してはならない。これに違反する者は、罰則として、そのように再版された印刷物の全部を著作者あるいはその遺言執行者・遺産管理人・譲受人に没収

作者の氏名表示権の保護を重視したのは、人格権の問題以上に、当時、著作者の氏名を明示するか否かということが政治的、宗教的迫害を逃れるための重要な手段であったからだと推測されている⁵¹。実際、フィルムナーに対する政治的批判書としての性格をもつ『統治二論』をロックが匿名で出版したことは有名な話である。

続いてロックは、これらの条項の実効性を担保するために、次のような内容の条項を盛り込むよう提案している。すなわち、指定された2つの大学と王室の図書館に新しい書籍3部が納本された場合、各大学の副学長と王室司書はそれに伴って受領書を発行する義務を負う。そしてこの発行された受領書は、初版から一定の間（原文空白）、その書籍の著作者、遺言執行者、遺産管理人、譲受人に当該書籍を独占的に再版する特権（privilege）を付与する。その他の者によって再版された書籍はすべて、この法律に基づく押収権限により、当該著作者、遺言執行者、遺産管理人、譲受人に没収される⁵²。

こうしたロックの提案の中で特に重要と思われるのは、著作者の権利のうち、独占再版権は大学副学長等による受領書の発行によって特権として付与されるものだという点である。つまりロックによれば、著作者の所有権として保護される独占再版権とは、法律の規定に基づいて認められる権利（privilege）なのであって、自然権として認められる前制度的な権利ではないということである。もしロックが独占的再版権を『統治二論』で展開したような自然権的財産権の一種と認識していたとすれば、なぜ受領書の発行に基づく権利付与システムを採る必要があるのか、また、なぜ初版について著作者に独占出版権を認めないのかという疑問が生じるとともに、その応答に窮することになる⁵³。

これに対し、氏名表示権に関しては、ロックが自然権的財産権の一種として認識していた可能性を否定できないように思われる⁵⁴。なぜなら、氏

されるものとする。」

⁵¹ 森村・前掲注1)『ロック所有論』250頁。

⁵² LOCKE, *supra* note 33, at 795-796.

⁵³ 白田・前掲注24)123頁、森村・前掲注1)『ロック所有論』250～251頁。

⁵⁴ 森村・前掲注1)『ロック所有論』251頁。

名表示権に政治的、宗教的迫害から逃れるための一手段という意義が認められた当時においては、権力の恣意的介入に対する防壁として、自己所有権の延長線上に氏名表示権を位置づけることが可能だからである。このことは、上記ロックの提案において、氏名表示権の保護に関しては初版から認めており、しかも受領書の発行を必要としていないことから窺われる。

2. ロックの著作権法観

ここまで検討してきたロックの2通の手紙や覚え書きから窺われるロックの著作権法観をまとめると、以下のようになる。

第1に、古典作品をはじめ出版後50年を遙かに経過した著作物については、著作権を認めるべきでない。誰でも自由に出版できるとすべきである。

第2に、新しい著作物については、出版者に独占出版権が認められる。独占出版権は、著作者の死後または初版から特定の年数（例えば50～70年程度）が経過すると消滅する。その年数の決定については、立法府の裁量を尊重する。

第3に、著作者には、独占再版権と氏名表示権が認められる。独占再版権は、実定法に基づいて創設された特権であり、自然権的財産権ではない。それは一定の年数が経過すると消滅する。他方、氏名表示権は自然権として保護されるだろう。

このようにロックは、著作権について自然権的財産権としてではなく、政策的に策定される権利として捉えていたことが浮かび上がるのである⁵⁵。

⁵⁵ なお、特許権に関するロック自身の見解は明らかではない。この点、ロックの労働所有理論の熱烈な支持者であったジェファソンが、自然な排他性をもたない発明に対する特許権を自然権として捉える見方に対して極めて批判的であったことは興味深い。ジェファソンの特許法観については、THOMAS JEFFERSON, WRITINGS OF THOMAS JEFFERSON, VOL. 6, 180-181 (H.A. Washington, ed., 1854), *reprinted* in ROBERT P. MERGES AND JANE C. GINSBURG, FOUNDATIONS OF INTELLECTUAL PROPERTY, 17-21 (2004) のほか、森村・前掲注16)729～732・736～738頁、石井正『歴史のなかの特許—発明への報奨・所有権・賠償請求権—』（晃洋書房、2009年）86～109頁、拙稿・前掲注4)215～216頁等を参照。

第5款 労働所有理論のまとめ

本節では、知的財産権の正当化根拠としてのロック労働所有理論の妥当性について検討をしてきた。以上の検討から明らかになったことをまとめれば、次のようになる。

第1に、一見すると、労働所有理論における正当化論拠や制約条件はいずれも知的財産権に当てはまりそうにみえる。実際、米国ではロック的知的財産権理論を支持する学説や裁判例も存在している。

第2に、しかし、ロック労働所有理論に基づく知的財産権の正当化をめぐっては批判的な見解も多い。例えば、「知的労働」概念が曖昧であるために、労働の混合論は創作者に対し付与すべき権原内容について具体的な指針を提供しえない。また、知的財産権の付与から得られうる経済的対価の額は、創作者によって費やされた労力と釣り合わず、過大な報酬となる場合が少なくない。さらに、非競争的性質をもち本来的に排他的支配に馴染まない知的成果物の場合には、そもそも価値創造論の直観的魅力は色褪せる。かりに価値創造論に立脚した場合でも、創作活動によって価値ある知的成果物を生みだした者は、自ら付加した価値に対して権利を取得しうるととどまり、知的成果物の市場価値を専有する知的財産権の取得までが正当化されるわけではない。そしてロック的但書きとの関係では、発明や著作物は物質的な腐敗を観念しえないものの、それらが備える社会的価値の低下や浪費をもって腐敗の制約への違反と考えることができる。また、知的財産権には、公共財的性質をもつ無体物の利用を人工的に制約するという特徴があるため、他者危害回避原理に基づいて十分性の制約に違反するという見方もできる。以上のように、ロック的知的財産権理論に対する懐疑論には少なからず説得力がある。

第3に、しかしいずれにせよ、ロック理論を知的財産権にも適用できるとする立場は、有体物と無体物の性質の違いから導かれる知的財産権の特徴への配慮に欠ける面がある。つまりそうした見解は、人為的な稀少性すなわち他者の自由への干渉パターンを創出するといった知的財産権の特徴が、ロック労働所有理論の基底をなす諸概念と緊張関係にあるということを見落としがちなのである。ロック理論に依拠した知的財産権の規範論を展開するうえで、ロックが前提とした自己所有権思想や原始的共有理念

との抵触は深刻な問題として立ちはだかるように思われる。このことを踏まえれば、労働所有理論に基づいて知的財産権を正当化することは困難といわざるをえないだろう。書簡から浮き彫りとなるロック自身の著作権法観もこのような結論を間接的に支持するものであったといえる。