著作権法学の課題

田 村 善 之

Ⅰ 序

私の報告では，著作権法学の課題についてお話しいたしますが，まずは学際的な研究[1]に焦点を当て，他領域の研究によっては解決することが困難な課題を特定し，そのなかで，その課題の解決のために特に法学が果たすべき役割を論じてみようと思います。

Ⅱ 哲学的考察[2]

1 序

まずは哲学的考察です。

著作権に限らず，知的財産権の制度を考察するに際しては，それがどの程度選択可能な制度なのかということを検討しておくことが望ましいように思われます。もし，知的財産権を保護することが，正義とか自由などの要請により，そうしなければならないこととして決められているのだとすると，制度の選択の余地は大分狭められます。他方，正義等によりそこまで決定しているわけではないとすれば，知的財産権を保護することは選択の問題であり，民主的な決定などの何かの手続きで制度を選んでいくものだとなります。したがって，知的財産権の制度の全体像を包括する理論を構築しようとするのであれば，まずはこの点に関して自分なりの立ち位置を決めることが必要なのだろうと思います。

この点については，Robert Merges 先生[3]が『Justifying Intellectual Property』[4]という本を出しており，その邦訳『知財の正義』[5]も出版されています。Merges 先生は，従来は，功利主義の下，知的財産権は創作を刺激し，もって社会の効率性を改善するというインセンティヴ論に基づいて知的財産権を基礎付けていたのです[6]。これは，論理的には，効率性を改善しないのであれば，知的財産権を保護しなくてもよいということを意味しているはずなので，本報告の分類では非決定論に属します。ところが，Merges 先生は，この書籍では，それは間違いであったと言って，むしろ，創作者の自律に着目することで，結局は同じ結論となるのですが，Locke，Kant，Rawls 先生に依拠して，知的財産権を保護することは，正義の要請であると説きました[7]。これが決定論的な立場

の代表例です。

これに対して，非決定論の立場をとるものとして，Peter Drahos 先生の『A Philosophy of Intellectual Property』[8]があり，山根崇邦先生の邦訳[9]があります。私もこちらの陣営に与しており，Merges 先生の『Justifying Intellectual Property』と異なり，Locke，Kant，（Hegel，）Rawls 先生からは，知的財産権を保護することが正義の要請であるとする命題は導けず，知的財産権を保護するか否かは，最終的には選択の問題であると考えています[10]。順に説明していきましょう。

2 Locke

Merges 先生は，John Locke の有体物に対する労働所有理論が知的財産権にも妥当しうると説きます[11]。しかし，Locke の理論を見ていくと，まず神がいて，神が「自然」という名のコモンズを利用させるために，これを人類に与えたのだから，これが腐ってしまうとそれは神の命題に反する。だから，腐る前に，人が労働により自然から区分した物について，その利用のために所有権を主張しても，共有物に関わる他者の同意を必要としないと論じています[12]。

Locke のこの有体物に対する理論が知的財産権に妥当するのかということが問題となります[13]。

第一に，知的財産の場合には，1人の者しか占有しえない有体物と異なって，知的財産権という形で他者の利用に対して排他権を主張できなくても，自ら知的財産を利用することも可能です（＝非競合財）。しかも，腐敗もすることもありません。だとすると，Locke の命題は知的財産には妥当しないように思われます[14]。

第二に，これは森村進先生が説いていることですが，Locke の労働所有理論は，人が自己（person）に対する所有権（property）を有しているので，自己の身体による労働と自己の手による作業もその人のもの，いわば延長線上にあるという論理の展開に基づいています。Locke の労働所有の理論が，このような自己所有の原理に基づいているのだとすると，知的財産権は他者の身体の活動の自由を直接制約する権利ですから，これを認めるということは労働所有理論が拠って立つところの，自己所有の原理に矛盾することになるでしょう。この意味でも，労働所有理論をもって知的財産権を根拠付けることは困難だろうと思います[15]。

実際，Locke 自身も，当時の印刷法に関して廃止や改正を提案したその書簡の内容に鑑みると，著作権を自然権として把握しておらず，むしろ政策的にその内容を変更しうると理解していたことがうかがえることが指摘されています[16]。

3 Kant

Merges 先生は，Immanuel Kant の所有に対する考え方を，この世界に働きかけようと決断し，かつ働きかけたいと欲する意志を対象に刻み付けることを可能にするためには占有が必要であり，その結果，その人物はさらなる繁栄を手にすることができる，と要約しています[17]。これは，有体物に対する Kant の議論なのですが，Merges 先生はこの理屈を，創作物に対する Property で，つまり知的財産権の道を拓くものと高く評価します[18]。

しかし，創作物の占有が必要であるとする理論は，有体物についてのみ妥当するものだと思います。Merges 先生自身が，創作者の自律のために占有が必要となることを例証するために，Michelangelo が自己の思いどおりに作品を完成させるためには，大理石を継続的に利用できるとともに，他者から利用を邪魔されないことも必要であると説いています[19]。まさにそのとおりです。だからこそ，Michelangelo にとって，その創作には有体物の占有が必要なのです。これは Kant が自己の意志を外界に実現していくに当たって，外界物の占有が必要だと説いたことそのものだと私も思います。

もっとも，それを超えて，なぜ，創作をなした後に他人が利用する行為までをも禁止しないことには，つまり，知的財産権を認めないことには，創作者の自律が害されることになるのか，これはよく分かりません。創作後に知的財産権が認められなかったとしても，Michelangelo は創作を完成することができるからです。その点を，Merges 先生は，Michelangelo の計画や目的には，ただ大理石を削るだけではなくて，自らの才能を伸ばしたい，芸術家としての名声を手にしたい，そして最終的には生計を立てたいという欲求も含まれていると説きます。Michelangelo の彫刻に対する自律の利益を完全に実現するには，彫刻という作業に加えて，完成品を販売することで生計を立てる権利が含まれる，というのです。そして，この有体物に関する議論をさらにもう一歩進めて，創作者の計画に知的財産権によって生計を立てることを含めたうえで，知的財産権を与えることによって創作者の自律が促されると帰結しています[20]。

しかし，創作の対象物を占有しないことには，物理的に創作ができないという自律の話と，他者の無体物の利用を防ぐことによる利益を獲得しないことには，創作に専念することができない（かもしれない）という自律の話とでは，創作ができなくなる程度の問題として，隔絶とした違いがあります。かたや絶対的に不可であるのに対して，かたや知的財産権をいただけなかった場合に比して，創作に没入することが減少する（かもしれない）という程度の影響に止まるからです。しかも，Michelangelo の計画が，有体物を超えた無体物の利用に及んだ時点で，他者の有体物に対する意志（Kant の言う

選択意思）を行使する機会と衝突し，もって他者の自律を妨げる可能性が生じています。

Michelangelo 以外の者が異なる大理石を用いて彫刻をなそうとする行為を，知的財産権は頓挫させることができるからです。安易に知的財産権を認めることは，そもそも自律のために占有を認めた Kant の理論の出発点と矛盾するのではないでしょうか。実際，Kant 自身は，発明に対しては，特許権のような権利は認めていないと明言しています[21]。たしかに，書物に対する著作者の権利は認めていますが，それも，むしろ，今流に言えば氏名表示権に分類しうるものを認めるに止めていたのです[22]。

4 Hegel

Merges 先生は Friedrich Hegel に取り組んでいませんが，この文脈では，Hegel の精神的所有権（geistiges Eigentum）の理論が参考になります。

じつは，Kant と Hegel とでは，最終的に拠って立つ理論は，全く異なっています。Kant は人々の間で個々人の選択意思が互いに衝突した場合には，あくまで人に内在する（と Kant が想定する）意志の自律による調整を目指します。もちろん，裸の形での個人の意志のままでは折合いがつくはずもありませんが，Kant は普遍的で理性的な意志を想定し，そのような理性的な意志によって，つまり，社会が調整するのではなくて，あくまで人の理性的な意志によって自律的に調整がなされると説くのです[23]。このことは，Kant の「君の格率が，すべての人に妥当する普遍的法則となることを欲するような格率に従って行為せよ」という有名な定言命法[24]に端的に言い表されています[25]。

それに対して，Hegel は，同じく人の自由な意志から出発しながらも，社会政策によって調整を認めるという点で，じつは対極にあります[26]。しかし，出発点は自由な意志で，そこは同じです。そして，所有権についても Hegel は，精神世界において自由意志を有する人が，外的な物質世界において生活をしていく場合，必然的に外界についての決定を下さなければならないところ，外界を自己のものとする自由意志の決定が最初に具現化したものが財産権であると理解します[27]。ここまでは，Hegel は Kant とそっくりなのです。

しかし，Hegel によれば，外界である以上，自由意志は精神世界におけるそのままの形では貫徹しえない。そこには，他者の自由意志の表出である財産権が存するからだ，とはっきり言います。自己の財産が他者の財産と関係する場合に，他者に配慮して自己の財産の利用が制約されざるをえない。したがって，調整が必要となり，Hegel によれば，それは，あくまでも合理的な意志による自律の問題とする Kant と異なり[28]，社会政策の任務であるとされます[29]。

以上のように，Hegel は，Kant 自身というよりは，Merges 先生の『Justifying Intellectual Property』による Kant の理解とよく似ていて，創作者の自由な意志に知的財産権の淵源を求めていますが，じつは，それだけでなく，Merges 先生が転向する前の議論になりますけれども，功利主義的に権利を与えることにより学問や芸術が促進されるという議論で自説を補強しています[30]。つまり，Hegel は自由な意志のみで著作権を正当化することは困難であって，社会政策としてのインセンティヴ理論を持ち出すことが必要だと考えていたのだと思われます。これは，功利主義的な説明ということができます。

5 Rawls

Merges 先生は，John Rawls 先生の『A Theory of Justice』[31]をも自己に有利に援用しています。

同書における正義の構想は，以下のようなものとなります。

・・・

「第一原理

各人はすべての人のための同様の自由のシステムと両立する限り，最も広範で全体的な基本的諸自由のシステムに対する平等な権利を有する。

第二原理

社会的・経済的不平等は，次の二つの条件を満たすように調整されなければならない。

(a)　正義に適った貯蓄原理と矛盾しない限りで，最も恵まれない人々に最大の利益をもたらすものであること。

(b)　機会の公正な平等という諸条件の下で，すべての人に開かれている職務と地位に伴うものであること。」[32]

ここで，第一原理は，第二原理に対して，辞書のアルファベットの順序の如く優先する[33]。

また，第二原理は，効率性原理と相対的利益の総和の最大化原理よりもやはり辞書的に優先する[34]。

・・・

『A Theory of Justice』によると，正義の第一原理の基本的な自由として認められなければならない財産権は極めて限られています[35]。しかも，Rawls先生は，生まれながらの才能が優れていたというだけで，他の人々の暮らし向きを改善するわけでもないのに，自分たちの便益を増大させる制度的枠組みを要求する権利があるということにはならない旨を説かれているので[36]，必ず採用しなければならない第一原理に基づく権利として知的財産権を認めることはありえないように思われます[37]。

他方，正義の第二原理に基づき，政治的な選択の問題として広範な財産権を認めると決めることは許される，とされています[38]。ここで注目されるのは，第二原理に基づいて不平等が許されるのは，そうした不平等が最も恵まれない人々に利益をもたらす場合に限られると理解されていること（＝「格差原理」）です[39]。同書のなかには，明示的には知的財産権に言及するところがありませんが，富の格差を許容し，その理由を，企業家の見通しが良好であることがインセンティヴとして働く結果，技術や経営のイノヴェイションが促進され，もって労働者階級の見通しも高まることになると述べられています[40]。こうした理論の下では，知的財産権は，第一原理の基本財ではなく，第二原理に基づいて，インセンティヴ論で，いわば自己目的的ではなく（＝その保護自体を目的とするのではなく）道具主義的に（産業や文化の発達という目的を実現する手段として）正当化されることになると考えられます[41]。

ところで，『A Theory of Justice』は，自己の理論を論証するために，「原初状態」において，「無知のヴェール」により自らが代表している者が社会に置かれている地位を知ることのない仮想の代表者たちが，「マキシミン・ルール（maximin rule）」に従って，ルールを形成する，という場面を想定しています。このマキシミン・ルールとは，複数の選択肢が存在する場合，自らにもたらされる最悪の結果が最も小さくなる選択肢を採用するというルールです[42]。たしかに，一般的に人がリスクを嫌う，リスク・アバースの選好を持っているのだとすると，このマキシミン・ルールはいかにも採用されそうな選択手法だと言えるでしょう。『A Theory of Justice』によれば，この「原初状態」においてマキシミン・ルールに基づいて合意に到達するルールが，同書が提唱する正義の基準である，と論じられています[43]。

Merges先生は，Rawls先生のこの論理を活用し，原初状態で人は知的財産権によってより大きな「自由」を手にすることができ，幸せな人生を送ることができる職業的創作者になれる可能性が誰にでもあることを理由に，知的財産権の制度の創設に賛成するはすだと説いています[44]。しかし，Merges先生も認めているように，成功した職業的創作者になりうる可能性は小さいものに止まっています[45]。そうだとすれば，マキシミン・ルールに基づけば，原初状態の人々は，職業的創作者になれない場合に，自身の自由が害されることを恐れ，知的財産権を必ず保護しなければならない第一の正義原理に基づく基本財とするという選択肢には賛成しないと推測されます。

もちろん，先に述べたように，知的財産権の制度が自己を含む人々の暮らし向きを良化するということが示されるのであれば，原初状態の代表者たちは，その目的に必要な限度で知的財産権を保護することを選択すると思います。つまり，Rawls先生の『A Theory of Justice』によって正当化される知的財産権は，Merges先生の『Justifying Intellectual Property』が説くような第一原理ではなく，第二原理に基づく，自己目的的ではない，条件付きの道具主義的な知的財産権の制度であると考えられます。

6 小　括

以上の検討を総括すると，Locke，Kant，Hegel，Rawls先生に依拠しては，正義論の要請として，知的財産権を自然権として基礎付けることは困難だと思われます。他方で，功利主義的に産業や文化を発達させるという効率性の改善に根拠を求めることができるかもしれません。前述したように，Hegelはそれを認めていますし，Rawls先生も，分析すると，論理的にそうなるだろうということがうかがえます。Lockeについても，功利主義的な政策かは詳らかにしていないものの，著作権制度の前身の制度について政策的なものと理解していました。

ちなみに，私は，著作者人格権は自然権だと思っており，一般的な人格権に根差すものだと考えます[46]。他方，著作権に関しては，私は他人の創作物を利用する場合に，他人の労力にフリーライドしている以上，その他人に報いるべきだという互酬性の原則，平等主義に基づいて，消極的に正当化することはできるし，そのために自然権は必要だとは思っています。しかし，自然権はあくまで下支えでしかありません。知的財産権が他者の自由を直接，広汎に制約するものであることに鑑みると，その積極的根拠は，自然権に求めることはできない。自然権は，他の理由で知的財産権が正当化できそうなときに補強してあげる，そういうものに止まると考えています。

そうなると，Hegelがそうしたように，そしてRawls先生の理論からも導けるように，適度な創作のインセンティヴを付与することにより効率性を改善するものとして，産業や文化の発展を遂げるものとして知的財産権を基礎付けることができるかが，次の課題となります。

Ⅲ　経済学的考察

1　序

次の課題は，経済学の話になります。

功利主義をとったところで，知的財産権制度によって効率性が改善しないのであれば，その正当化はできません。逆に，本当に効率性が改善するというのであれば，かつての転向前の Merges 先生のように，決定論的に，知的財産権を保護することが要請されることになります。

2　市場万能主義：「馬の法」論

この点に関しては，そのようなことは考える必要はない，財産権を設定して市場に任せておけば，あとは市場が効率的な解に導いてくれるという考え方が提唱されることがあります。有名なものとしては，第一世代の法と経済学者の代表者である Frank Easterbrook 先生が唱えた「Cyberspace and the Law of the Horse（サイバースペースと馬の法）」という論文があります。

当時は，インターネットがそろそろ浸透しつつある時代で，そのような状況で講演を依頼された彼は，ロースクールの講義科目として「サイバースペース法」を設けるべきであるという議論に対して，どの大学でも，「馬の法」という講義科目はない，そして，「サイバースペース法」などという科目を設ける必要がないのも同じことなのだと説きました。何故「馬の法」という科目がないのかというと，その必要性がないからだというのです。つまり，排他権（property）を定めて，ひたすら取引費用を削減するように処理していけば，対象が馬だろうが，サイバースペースだろうが，あとは市場が解決する，だからサイバースペース特有の法理などを発展させる必要はない，というのです。そして，サイバースペースを取り巻く環境の変遷は極めて速く，立法による解決には限界がある反面，コースの定理[47]が成り立つ世界では，どのように権原を配分しようとも，当事者の交渉，取引を通じて効率性の観点からみて最適な資源配分が達成されるのだから，法の介入は当事者の取引を容易にするようなものでなければならない。そうだとすると，権利の範囲は明確なものとすべきである，という趣旨の議論を展開しました[48]。

このような，市場万能主義と言ってもよい議論が成り立つとすれば，知的財産権によって制度が改善するかどうかなんて気にしなくてよい，そんなことは気にしなくても，財産権を設定しておけば，市場が効率的な解に導いてくれるのだから，知的財産権の制度はあったほうがよい，といった説明になります。そのうえで，たとえば，取引費用を低めるために，権利の範囲を明確なものとする必要があると説かれたりしますので[49]，諸要素を考慮して権利を制限することを認めるフェア・ユースについては否定的な評価が下されることになるでしょう[50]。

3　市場の失敗としてのフェア・ユース理論

ただ，当然ながら，現実には少なからざる取引費用があり，また取引費用以外の理由でも，市場はしばしば失敗します。そして，著作権法自体，そうした市場の失敗があることを見越して，著作権を制限する規定を設けています。つまり，著作権法は，市場万能主義を採用していないのです。そのことを教えてくれるのが，Wendy Gordon 先生の唱えた市場の失敗としてのフェア・ユースという理論です[51]。

市場の失敗理論は，著作物の利用に際して利用者と著作権者の取引が困難であるという意味で市場が失敗している場合に，その事態を矯正するためにフェア・ユースが必要とされるのではないか，という発想の下，フェア・ユースを認めるべき条件を三つの要件に定式化しました。第一に，市場が失敗しており，第二に，著作権者から利用者に当該利用を行う権利を移転することが社会的に望ましく，第三に，著作権者の創作と著作物の普及に対するインセンティヴを不相当に害するものではない場合に，フェア・ユースを肯定すべきというのです[52]。

実際，アメリカの連邦最高裁判所で取り上げられた事件だけからでも，市場の失敗理論の下でフェア・ユースが肯定されるべき類型の典型例を拾うことができます。

第一類型は，交渉困難型とも言うべきもので，たとえば，零細な利用が大量に行われ，権利者も多種多様なために取引が困難な家庭内録画の Betamax 事件[53]がその典型例となります。

第二類型は，著作権者自身の効用と社会的な効用が乖離しており，著作権者に自己に都合のよいもののみが許諾されかねない批評・パロディ類型です。このような場合にまで著作権者に決定権を委ねる著作権を貫徹すると，本来，世の中にとって望ましい批評・パロディの多様化を妨げます。その意味で，これは外部不経済を理由とする市場の失敗の例となります。歌詞のパロディについてフェア・ユースが肯定された Pretty Woman 事件[54]では，連邦最高裁の判文上は，変容的利用であることが重視されていますが，以上のように，市場の失敗理論からもフェア・ユースを肯定した結論を正当化することができるのです。

第三類型は，直接の利用者の当該利用に対する私的な利益を超えた利益が社会に発生するために，利用を認めたほうがよい類型です。これは，外部経済を理由とする市場の

失敗の例です。たとえば，National Institutes of Health（国立衛生研究所）における医学の雑誌論文の複写サービスが問題となったWilliams & Willkins事件は，連邦最高裁で裁判官の立場が同数で分かれたため，特に説示がなされることなく，フェア・ユースを認めた原判決が維持されています[55]。

ところで，日本には，フェア・ユースを認める規定はありませんが，各種の著作権の制限規定が存在します。市場の失敗理論は，フェア・ユースの理論であるというだけではなく，これらの著作権の制限規定が，市場の失敗がある場合の矯正手段として機能することを論理的に明らかにするものでもあります。たとえば，私的使用目的の複製を認める30条1項柱書き[56]は第一類型の市場の失敗の例ですし，批評・研究目的の引用を認める32条1項は第二類型，図書館等における調査研究目的の利用を認める31条や教育目的での利用を認める33〜35条は第三類型の市場の失敗の例だと言えます。著作権制度を功利主義的に正当化しようとする場合，その著作権制度にこうした規定が存在するということは，財産権を設定しておけば，あとはすべて市場が解決するという立場を日本の著作権法が採用していると理解することができないことを意味します。

そうすると，功利主義に依拠するとしても，知的財産権，あるいは著作権をそこから正当化するためには，Easterbrook先生のように，それは市場に委ねておけば自動的に効率性が達成されるというわけにはいかないので，本当に効率性が改善するのかということを検証しなければならないという話になってくるわけです。

4　効率性の検証の困難性

しかし，ここで，立ちはだかるのが，効率性が改善したのか否かの検証が困難であるというハードルです。

第一に，そもそも効率性の測定自体が困難です。知的財産権が存在すべきかどうかという大きな話から，権利の保護の範囲や制限をどうすべきかといった個別的な改革に至るまで，特定の制度を採択することによって実際に効率性が改善したかどうかということを実証的に確証することは困難です[57]。

第二に，かりに測定できたとしても，そもそも理論的に効率性だけに依拠して制度選択を行うと，世代間衡平性の問題[58]に突き当たります。とりわけ知的財産権の制度は，世代間の衡平性の問題を必然的に扱う法律分野だというところが難しいのです。なぜならば，知的財産権を功利主義的に正当化するのであれば，将来における動態的効率性，つまり，知的財産権によってもたらされるインセンティヴによって促進される効率性の増大を目的としていることになります。しかし，他方で，それを目標とするということは，

排他権のもたらす効率性の低下という形で発生する静態的効率性を犠牲にすることになります。そのため，効率性に規範的な根拠を求めようとしても，世代間でいったいどちらの効率性をどのくらい重視するのかという問題にどうしても突き当たるので，一義的な解は出てこない運命にあります。

5　小　括

ここまでの経済学的な考察で，功利主義に依拠して知的財産権を正当化しようとしても，市場万能主義に基づいて決定論的に知的財産権制度を選択すべきだとは言えず，かといって，効率性を検証しようとしても測定が困難であるばかりか，理論的にも世代間衡平の問題が支障となることがわかりました。要するに，知的財産権の制度は，正義論ばかりでなく，効率性の改善という帰結主義的なアプローチをもってしても，それだけで正当化するのは困難なのです。

Ⅳ　政治学的考察

1　序

このように帰結主義だけで正当化できないということになると，知的財産権の制度を設けることに対する正当化（justification）は，効率性の達成度のみではなくて，そのような制度を採択するプロセスの正統性（legitimacy）にも求めざるをえません。この場合，その制度は，その採用による効率性が改善するという命題そのものによって正当化されるのではなく，そのような制度により効率性が改善される（かもしれない）と判断した政治的な責任による正統化によって正当化されます。そして，ここに，政治学的[59]な考察の余地が出てくるわけです。

2　少数派バイアス

プロセスの正統化の代表例は，立法による民主的な決定です。ところが，この立法府による民主的な決定には陥穽があります。有名なMancur Orson先生が唱えた公共選択論（集合行為論）は，以下のことを明らかにしました[60]。

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が反映されやすい反面，多数の者に拡散された組織化されにくい利益は反映されにくいという問題があるというのです。なぜならば，人は，経済合理的に行動する限りは，活動をするほどの便益がなければ，ロビイングや組織化等の政策形成過程に影響を与える活動をしないからです。その結果，少数者に集中した個別的には大きな利益（しかし，トータルでは小さいかも

しれない利益）は政策形成過程に反映されるのに対して，多数者に拡散した個別的な小さな利益（しかし，トータルでは大きいかもしれない利益）は，政策形成過程に反映されないという現象が起こります。これを少数派バイアスと言います[61]。

直接民主制をとれば，多数派であるだけに，そちらの利益を保護する法制度が通るかもしれないけれども，立法過程を経ることによって，少数派の利益を保護する制度が採用されてしまう。しかし，社会全体から見ると，直接民主性の下では採用されない選択肢であるというばかりでなく，功利主義的にみても社会全体にとって望ましくない選択がなされるかもしれないということが問題なのです。決して，少数派を悪者としているのではなく，まして，多数派が怠慢であると言っているわけでもなく，皆が経済合理的に行動すると，こういう結果になるということであり，誰かが倫理的に悪いなどという話をしているわけではありません。

3　知的財産権制度の危険性

そして，知的財産権は二つの意味で，政策形成過程のバイアスの影響を受けやすいと言えます。

第一の理由は，Drahos 先生の『A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY』が説いたものです。そこでは，所有権であれば，おおむね特定の有体物と物理的に接触する利用行為というものを基本に据えて権利を構築するというフォーカル・ポイントがあるが，知的財産権にはそれがないことが指摘されています。フォーカル・ポイントというのは，――Drahos 先生はこの言葉は用いていないのですが，そこで言われていることはフォーカル・ポイントと呼んでも差し支えない現象です――経済学のゲーム理論で用いられる用語で，おおかたの人々がそのように思うという状態のことを指します[62]。知的財産権にはそれがないので，権利の無限定な拡大に対する歯止めがない，というのです[63]。しかも，知的財産権は国境を越えて権利を拡大することが可能なので，経済的な価値が高く，利害関係者，特に多国籍企業のロビイングの対象になりやすい。その結果，権利が不必要に広範なものになりがちなのだ，というのです[64]。

第二の理由は，私が強調していることで，知的財産権は，構造的に少数派バイアスの影響を極めて受けやすい権利である，というものです。なぜなら，知的財産権は拡散した多数の者の行為を禁止する権利を極めて少数，多くの場合，単独の者に与える権利を人工的に設定するものなので，構造的に少数派バイアスの影響を極めて被りやすいと言えます。とりわけ，著作権は，文化を規律するものであるために，私人の活動を規制する場面が非常に多い権利として構成されています。つまり，規制される者の多くが相対的にロビイングを期待しにくい私人となります。もちろん，そのような権利であっても，多数の多様な人がロビイングに値する著作物の権利者になれるのであれば，権利の性質にかかわらず，少数派バイアスは発生しないのですが，現実には，そのような金になる著作物を生み出すことができる才能を有している人は一部の者に限られているように見受けられます。そうすると，著作権は，数ある法制度のなかでもトップクラスの少数派バイアスの危険性がある制度であると言えるでしょう[65]。

4　小　括

このように，知的財産権の制度は，その正当化を民主的な立法過程による正統化に求めなければならないにもかかわらず，政策形成過程のバイアスの影響を被りやすい制度である，というジレンマを抱えています。とりわけ著作権においてそれが顕著である以上，著作権制度を構築する理論を完成させようとするのであれば，この問題に取り組むことが必須となります。

V　社会学的考察

1　序

ここで，社会学的な考察を入れていこうと思います。と言っても，中味は，私自身が30年近く前から唱えている「著作権法の第三の波」論というものです。それは，著作権制度は，技術的・社会的な環境の変化に対応して構造的に変化してきており，また変化すべきであるといった観点から著作権に関わる諸問題を論じるアプローチで，これが少数派バイアスの分析と関わりますので，ここで紹介しようと思います[66]。

2　著作権法の第三の波

まず，著作権制度をもたらした第一の波は，印刷技術の普及に求めることができます。印刷技術が普及し，出版業が勃興する一方で，海賊版も横行するなかで，ロンドンの書籍業組合の運動と著作者に権利が与えられるべきという思想があいまって，出版に対する権利としての著作権法が18世紀初期にイギリスでコピーライトとして誕生しました[67]。しかし，当時は，複製には相当の投資が必要であったため，複製者が少数だったので，コピーライトは，事実上，業者を規制する権利に止まっており，私人の自由への介入の度合いは僅少なものに止まっていたわけです[68]。この時代は，複製に対する監視も相対的に容易であり，権利の実効性もあったので，バランスが取れた制度であったと評価できます。

それが，第二の波で崩れます。20世紀半ばに複製技術が私人にも普及した結果，零細的利用が現実的な課題になったのです。今も昔も，著作権が読むことに対する禁止権となったということはありません。著作権に著作物の利用価値を反映させようということだけを考えたら，もしかすると著作物の利用，つまり読書に対する排他権を与えたほうがよいなどということになるのかもしれないけれども，そのようなことには一度もなったことがない。それは，読書に対する排他権などが生まれたら，遵法意識が強いところでは人々の自由が過度に害されて世の中がカオスとなり，そうでないところでは，どうせ見付からなさそうなので侵害に勤しもうということになって権利が画餅に帰することになるだけだからでしょう。ところが第二の波の時代になって，皆が複製できるようになった結果，複製に対する禁止権は，今や，読書に対する禁止権と変わるところがなくなってきた。つまり，バランスが崩れてきました[69]。対策としては，実効性を失った行為を自由とする必要があります。日本では私的複製は著作権の規制の対象外とされているに止まりますが（30条1項），組織内複製にも自由とされる領域を拡大していかなければなりません（42条参照）。そのうえで，行為者がいまだ少ない行為に権利の対象を変更していく必要があります。レンタル・レコードの隆盛を発端として新設された公の貸与に対する規制であるとか，私的録音録画補償金請求権の導入などがその例と言えます。

そのような対策がいまだ道半ばという段階で，前世紀末に第三の波が押し寄せてきました。インターネットが普及した結果，公衆送信までもが私人に普及したのです。その結果，複製ばかりでなく，公の使用行為の規制（の一部）までもが私人の活動を抵触することになりました。

インターネット時代が到来した意味は，第一に，他人の著作物の利用の機会が増えたことです。つまり，著作権が利用の自由を制約する程度がより大きいものとなりました。しかし，著作権の強力な保護を欲する権利者の意向は政策形成過程に反映されますが，私的ユーザーの意向は政策形成過程になかなか反映されません。その結果，私的ユーザーの意向と著作権法は乖離したままとなっています。ただ，これは，第二の波の時代に既に発生していた問題の延長線上の問題に止まります。

じつは，より重要なこととして，デジタル化時代，インターネット時代には，第二の波の時代にはなかった質的に大きな環境変化を著作権制度にもたらしました。それは，公衆に実際に利用されている著作物が多様化したということです。その理由は主に二つあります。

一つは，Lawrence Lessig先生が強調したことで，デジタル技術により，文章，絵画

だけではなくて，音楽，動画等，さまざまな表現がプロだけのものではなくアマチュアに解放されました[70]。

もう一つは，私が強調したことで，インターネットにより，企業で創作される著作物や営利目的で創作がされる著作物ばかりでなく，多種多様な著作物が公衆に提供可能になった。これは初めてのことです。インターネットの到来前は，世の中に著作物を届けるには相当の投資が必要でしたので，その時点で営利目的に利用される著作物くらいしか世の中に提供されなかったのですが，それが，インターネットによって極めて容易に公衆に著作物を届けることができるようになった結果，個人が創作した私的な著作物や，過去に営利目的で利用されていたものの今では全くビジネスに供されていない著作物などが勝手にアップされるようになり，多種多様な著作物が大量にインターネットに氾濫するようになってきたのです。

その結果，利用される著作物のなかで，著作権処理のコストに見合うベネフィットを得ている著作物の割合が低下しました。それに伴い，第三の波の時代では，実際に利用されている著作物の権利者の意向が多様化しています。一方は，あくまでも権利を行使しようとする権利者の著作物で，そうした著作権の保護は，創作のインセンティヴにとっても必要なもので，こちらはしっかり保護しなければならないと思います。しかし，他方で，権利行使に一切無関心の権利者の著作物，その最たるものが権利者の所在が不明な著作物ですが，こうしたものまでもがインターネットを通じて公衆にとってアクセス可能になったことが，前時代にないインターネット時代の特徴です。ところが，現在の著作権法では，創作により自動的に著作権が発生し，一律の保護期間を享受することになっているために，もはや保護を必要としない著作物までもが長期間保護されており，不必要に人々の利用の自由が制約されています。

ここで，Lessig先生や私の考え方の立ち位置を明らかにするために，最近，邦訳が出版されたPaul Goldstein先生の『Copyright's Highway』[71]を紹介しておきましょう。この本は，初版が1994年に出版されており，第二の波の時代に書かれた本として受けとめるべきだと思います。たしかに2003年に改訂はされていて，第三の波と私が分類している話も出てくるのですが，分析の軸は初版当時に確立しており，あくまで権利の強化を欲する権利者とそれに抗う者達という両陣営の対立が問題であると理解されているからです[72]。しかし，第二の波の時代においてはその対立軸一本で分析することができたとしても，第三の波の時代では，権利者も分化しており，少数派バイアスが，権利者とユーザの間ばかりでなく，権利者の間でも生じてきているということが重要なのです。

象徴的なのは，Creative Commonsに対する評価です。Creative Commonsは，著

作権者が自己の著作物に関する著作権のあり方を選択し，それを表示するフォーマットを用意し，そのフォーマットを世に普及する活動です。

『Copyright's Highway』は，Creative Commonsを，インターネットの時代において収益を必要とする著作権者が無料と競争しなければならなくなっていることを指摘する「無料との競争」の章のなかで，著作権者にとって脅威となる運動という位置付けで紹介しています[73]。しかし，Creative Commonsの意義は，単に利用の自由の領域を拡大するということだけではなく，それ以上に，政策形成過程になかなか反映されにくい個別の権利者の意向をダイレクトに権利に反映させようとする運動として，分化する権利者の意向に合わせた法制度の形成を促すという意味があることを見逃してはなりません[74]。こうした活動により，著作権者の多くが実は現在の著作権法が志向するものよりも弱い著作権の保護を支持していることが世の中に明らかになれば，それが何らかの形で政策形成過程に反映されることにつながるかもしれません。そのような形で，Creative Commonsの活動には，政策形成過程のバイアスを矯正する試みという側面があるのです。

3　著作権制度の構造的課題：零細的利用・権利者所在不明著作物

このように，著作権法制は，複製技術が普及した第二の波の時代に，政策形成過程に影響を与えにくい零細的な利用を制約する権利を課す制度に変容し，さらにインターネットが普及した第三の波の時代に，やはり政策形成過程に影響を与えにくい者の権利，とりわけ権利者所在不明著作物の権利までもが通例，権利処理の対象となる制度と化しています。

対策としては，たとえば，零細的利用についてはフェア・ユースを導入することが有効打になりえます[75]。また，権利者所在不明著作物については，かつて1980年代までアメリカ合衆国に存在した存続期間の更新登録制度（一定期間を経過した場合，更新登録をしないと著作権の保護期間が切れる制度）を導入することが望まれます[76]。

しかし，零細的利用者や，権利者所在不明著作物の利用者の利益は，多数の者に拡散した，個別的には小さな組織化されにくい利益であり，少数派バイアスの影響を被ることになります。フェア・ユースの日本法への導入が失敗したことは記憶に新しいところですし，更新登録に関しては，ベルヌ条約も関わるために，さらに見込みが薄いと言わざるをえません[77]。

技術的・社会的環境の歴史的変化により，もはや制度が現実と齟齬を来しているにもかかわらず，政策形成過程のバイアスという政治的な構造により，容易に解決しえないものを構造的課題[78]と呼ぶことにすると，零細的利用と権利者所在不明著作物の問題は，技術的，社会的環境の変化に起因したものであるばかりでなく，著作権制度に関わる少数派のバイアスがその解決を妨げるという意味で，著作権法の構造的課題と言うことができるでしょう。

4　小括に代えて：寛容的利用

こうした構造的課題があるために，日本の著作権法が条文どおりに遵守されると，組織内でのコピペやPDF作成，ファイル添付等々，著作物の複製を伴う様々な作業を遂行することができなくなり，日本経済は著しく停滞するはずですが，現実には停滞は生じていません。現実には，大半の人が，このような「著作権侵害」行為に日々，勤しんでいます。

その理由は，Tim Wu先生が明らかにしたように，寛容的利用（Tolerated Use）が一種の均衡点を形成しているからだと言えるでしょう[79]。権利者は，利用にかかる利益があまりにも小さすぎる場合には，侵害訴訟にまで持ち込むことはしないかもしれません。もちろん，一般的に言えば，権利者にとって個々の利用行為を止めることから得る利益が小さいとしても，有利な判決を得た場合には，他の多数の同様の行為を判決の権威をもって一網打尽に抑止することに資するので，結果的に裁判に打って出ることが合理的な選択となる場合もありえますが，そうは言っても，個々の利用行為があまりにも些細なものである場合には，結局，裁判に持ち込むことはしないかもしれません。そしてそのように利用が放置されることが見込まれる場合には，人々は，条文上は違法となる利用行為であっても，権利行使されることはないと安心して，躊躇うことはない。そうすると，一般的には萎縮効果がはたらくとしても，ものすごく小さな利益しか関わらない利用に関しては，萎縮効果は働かないかもしれません。零細的利用はその例と言えるでしょう。このようにして寛容されている（と人々が信じている）利用のおかげで，フェア・ユース規定がないにもかかわらず，日本経済は，デジタル技術やインターネット技術の恩恵の享受に失敗するという事態は避けられています。

こうした状況は零細的利用に限られるわけではありません。日本最大規模の動員力を誇るとされるコミケの会場には，漫画やアニメの登場人物達が所狭しと活躍する「二次創作」で溢れ返っていますが，原作の著作権者がこれらの同人誌に対して権利行使することはほとんどありません[80]。その原因は，成功したクリエイタの多くが同人文化の出身者であり，その界隈の規範を共有しているとか，あるいは，そうでなくとも，迂闊に権利行使をすると，炎上騒ぎとなったりするなど，強力な反発を喰らい，かえって不利益

を被ることになるからかもしれませんが，とにかく，寛容的利用のおかげで，事実上のフェア・ユースが実現していると言えます。

インターネットに目を転じても，著作権者が特定可能であり権利者所在不明著作物ではないものも含めて，多数の動画や写真が溢れており，人々は，過去の映画やテレビ番組，有名人や建造物，著名事件の写真その他の資料に容易にアクセスすることができます。もちろん，零細的利用と異なり，こちらのほうはインターネットを通じて多数の利用者に利用される可能性がある以上，保護を欲する権利者は当然存在し，それらの者の著作権を侵害してアップロードされた著作物は順次，抹消の憂き目に遭っているわけですが，それにもかかわらず，日々アップロードされる著作物は多数に上ります。そのため，著作権法の条文とはデフォルト・ルールが逆転し，権利者が行動を起こさないと，著作物がインターネット上に残るという状況が現出しています。その結果，保護のための行動を起こさない者の著作物はインターネット上に残ることになり，分化した権利者に合わせた保護の棲み分けが達成されていることになります。これは，寛容的利用による事実上のオプト・イン方式と言えるでしょう[81]。人々は権利者所在不明著作物や著作権を行使しない権利者の著作物に対するアクセスを遮断されることなく文化を享受することができているのです。

もっとも，寛容的利用によるバイアス矯正による均衡は，法的な裏付けがない分，政策当局による刑事罰の拡張や，義務教育期からの著作権教育の導入による威嚇，寛容的利用を育むプラットフォームに対する権利行使などの攻撃に晒されており，不安定なものとなっているため，なお一般条項等による公認が必要であるように思われます[82]。私が先般，ダウンロード違法化拡大への反対運動に身を投じたのも，まさにインターネットにおける権利者所在不明著作物等の寛容的利用を萎縮させるべきではないと考えたからでした[83]。

Ⅵ　法学の役割

1　大きな陥穽

ここまでいろいろと申し上げてきましたが，じつは，大きな陥穽がこれまでの私のプレゼンテーションにあります。それは，政策形成過程にバイアスがあるのだとしたならば，著作権法制の構造的課題を克服するような構造的変革は，いったいどのようにしたら実現することができるのか，無駄ではないかという問題です。

2　人間の利他性

しかし，行動経済学や社会心理学は，人間は決して自己の利益ばかり追求するという存在ではなく，利他的な行動や互恵的な行動をなすということを明らかにしてくれます[84]。こうした利他的な行動の現象については，脳神経学で前頭葉のどこかに人と共感ができるようなものを持っている脳の構造の人が生き延びてきたというダーウィニズムで説明するなど，合理的な説明が試みられています[85]。

政策学者の佐野亘先生は，すべての人が利己的に振る舞っても，適正な政策アウトプットをもたらす制度を作っておけばよいという発想には無理がある，手続きで行動する人に，一定のモラルなり価値観が存在しなければそもそも手続きがうまく機能しないのではないか，と主張しています[86]。逆に言うと，そういったものを前提に政策論を展開してよいのではないかと思われます。

3　コンストラクティヴィズム

実際，国際政治学の世界では，国家間関係を基本的に対立的なものと見るリアリズム（現実主義）に対しては，国家間関係を基本的に調和可能であると見るリベラリズムも主張されており，さらには第三の立場として，コンストラクティヴィズムというアプローチもあって，行為主体が共有する認知，評価に関わる主観的な理解が国際社会の構築に果たす役割を強調し，規範や観念に着目することの重要性が説かれています。そこでは，問題の枠組みの設定の仕方（イッシュー・フレイミング）次第では，それが国家間の関係に影響を与えうるのだという議論が提唱されています。そして，TRIPS 協定が締結に至る過程を例にとって，「知的財産権」を「貿易問題」とする枠組みのアイディアが，その後の先進国の企業や政府における合意の形成に大きく影響を与えたという分析がなされています[87]。

4　メタファによる muddling through

ところで，認知言語学は，人が現実の世界を観察して解釈する際に，言語あるいはメタファに規定されていることを教えてくれます[88]。

具体的にも，TRIPS 協定の締結過程では，途上国の説得のために，“piracy”，すなわち知的財産権侵害品は海賊版であるというモラルに訴えるやり方や，それだけではなく，“welfare”，すなわち知的財産権の制度をつくっておくと結局，途上国も発展するという議論が用いられたことが知られています[89]。しかし，“piracy”，「海賊版」，さらに言えば「知的財産権」のような言語によって醸成される認知バイアスは，政策形成過程

における少数派バイアスと同一方向のバイアスであり，著作権法の構造的課題をさらに深刻化させてしまいます。そこで，私は，むしろ，政策形成過程のバイアスとは逆の認知バイアスにより人々の問題意識を醸成する方策として，知的財産権の実態は「政府による行為規制」であるとする見方[90]や，知的財産権制度の目的はじつはパブリック・ドメインを豊かにするところにあるとする「パブリック・ドメイン・アプローチ」[91]を提唱してきました。

最近では，著作権法の文脈における「人権」論の意義を，対抗メタファの定立に求めるアプローチも示唆されています。たとえば，鈴木將文先生は，国際的な著作権制度のルール形成場面において，著作権制度を変えなければならないとの問題提起を，著作権制度のなかから内発的に行うことは，実際上，容易ではないと前置いたうえで，「著作権制度の改革に向けたアプローチとして，人権のような著作権に対し外在的な，しかしその尊重に関して国際的にコンセンサスを得やすい価値を正面に掲げ，それとの調整という理屈で改革を図るのが，現実的な選択」である，と説いています[92]。比良友佳理先生の最近刊行されたばかりの『著作権と表現の自由』では，鈴木先生の説示を引用したうえで，「著作権をめぐる利害関係の対立をあえて人権論に引きつけることで，少数派バイアスの問題からそもそも立法に反映されづらく，なおかつメタファーの力によって軽視されがちなユーザー側の利益に，いわば『対抗メタファー』という形で，人権・基本権という後ろ盾をつけることは，ともすれば権利強化に傾きがちな著作権立法に対する程よい歯止めとして機能することができる。」「これこそが，著作権をめぐる利害関係の対立を人権論に引きつけることの意義であり，著作権と表現の自由の対立を，著作権法の規定の解釈問題に変換して表現の自由をヴェールに包んでしまうのではなく，戦略的に正面から人権の問題として捉え，歪んだ立法のプロセスを是正することが憲法の活用によって可能になるかもしれない。」と書かれています[93]。

Ⅶ 結　び

人間に利他的互恵的に行動する契機が備わっていて，現実の政策形成過程でも人々の共感に訴えるレトリックが用いられているのだとすれば，利他的，互恵的な観点に訴えるメタファを用いながら，少しずつでも少数派バイアスなるものを矯正していく漸進的試行錯誤（muddling through[94]）を続けていくことは決して無意味とは言えないように思われます。

いや，むしろそのようにすることで，ものごとをメタファなどの概念に包摂し，選択の問題に転化して政治的な決定に委ねつつ，基本的人権により選択の自由に対する制約を課す，そういった法的思考様式[95]の機能を存分に発揮させること，それこそが，構造的な課題に苦しむ著作権法制度を眼前にした著作権法学にとっての最大の課題であると言えるのではないでしょうか。そのことを指摘して，本報告の結びとしたく思います。

1）筆者の学際的な研究を俯瞰するものとして，田村善之「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＝山根崇邦編『知財のフロンティア 1』（2021 年・勁草書房）3～32 頁，同「知的財産法学の課題――旅の途中――」知的財産法政策学研究 51 号（2018 年）1～47 頁［同『知財の理論』（2019 年・有斐閣）447～489 頁所収］，同「知的財産法政策学の旅」『知的財産法政策学の旅』（田村善之還暦・2023 年・弘文堂）564～595 頁，田村善之＝山本真祐子『ベーシック法学研究』（近刊・弘文堂）。なお，筆者の知財法学の特徴を分析するものとして，鈴木惇心「田村善之『知的財産法政策学』のエッセンスについて」知的財産法政策学研究 70 号（2025 年）1～11 頁も参照。

2）本章についてより詳しくは，田村・前掲注 1）蜘蛛の糸 3～32 頁を参照。

3）本稿では，私と同時代を生きた方には，直接，見知っているか否かにかかわらず，「先生」と敬称を付している。

4）Robert P. Merges, Justifying Intellectual Property（2011）.

5）ロバート・P・マージェス（山根崇邦＝前田健＝泉卓也訳）『知財の正義』（2017 年・勁草書房）。

6）マージェス・前掲注 5）3 頁。

7）マージェス・前掲注 5）4・17～18 頁。

8）Peter Drahos, A Philosophy of Intellectual Property（1996）.

9）Peter Drahos（山根崇邦訳）「A Philosophy of Intellectual Property（1）～（8・完）」知的財産法政策学研究 34 号 1～56 頁・35 号 271～314 頁・36 号 153～179 頁（ここまで 2011 年）・37 号 91～123 頁・38 号 313～350 頁・39 号 229～263 頁（ここまで 2012 年）・42 号 259～296 頁・43 号 219～261 頁（ここまで 2013 年）。

10）Drahos・前掲注 9）「（8・完）」253 頁，田村・前掲注 1）旅の途中 3 頁［同・理論 449 頁所収］。

11）マージェス・前掲注 5）99 頁。

12）ジョン・ロック（加藤節訳）『完訳統治二論』（2010 年・岩波書店）326 頁。

13）諸説を俯瞰するものとして，参照，山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義（2）」知的財産法政策学研究 30 号（2010 年）164～200 頁・「（3）」31 号（2010 年）125～140 頁。

14）Seana V. Shiffrin, *Lockean Arguments for Private Intellectual Property, in* New Essays in the Legal and Political Theory of Property 156–57（Stephen R. Munzer ed., 2001）.

15）森村進『ロック所有論の再生』（1997 年・有斐閣）121・241～261 頁。

16）森村・前掲注 15）246～252 頁，白田秀彰『コピーライトの史的展開』（1998 年・信山社）117～123・125 頁，山根・前掲注 13）31 号 134～143 頁。論理的にも，Locke が人類の生存と繁栄のために私的所有権が必要であると考えていたことに鑑みれば，インセンティヴ論等に基づき，政策的に知的財産権を設けることを Locke は禁止していないと考えられることにつき，森村・前掲注 15）131～137・255～256 頁。

17）マージェス・前掲注 5）99 頁。たしかに，カントは，人がその選択意思を行使して，物理

的に自己の力を及ぼすべき物を占有しているにもかかわらず，万人の自由と両立しないことを理由にその使用を認めないとすれば，外的自由が自己自身と矛盾するに至ると論じて，実践理性は，人が選択意思とした対象についてはその人のものとしなければならない旨を説いている（カント（熊野純彦訳）『人倫の形而上学　第一部　法論の形而上学的原理』（2024年・岩波書店）104〜106頁）。

18）　マージェス・前掲注5）99・104頁。

19）　マージェス・前掲注5）94〜95頁。

20）　マージェス・前掲注5）106〜107・113頁。この側面に着目しながらも，自然権として正当化されるのは生計の維持に必要な限度での保護に限られるとし，それを超える保護は，知的財産権が他者の自由に対する制約となることにも配慮すると，インセンティヴ論の下，選択の問題となるとするものに，横山久芳「知的財産法の生成と創設」『岩波講座　現代法の動態1　法の生成／創設』（2014年・岩波書店）99〜100・102・106・112・118頁。

21）　円谷裕二訳「偽版の違法性について」『カント全集　13　批判期論集』（2002年・岩波書店）48〜49頁。

22）　円谷・前掲注21）49〜50頁（その要約的な叙述として，カント・前掲注17）200〜202頁）。そこでは，著作者の許諾を得て出版した先行出版者に，後行の出版者に対する権利を認めている。文献では，この点を捉えて，カントは明言こそしてはいないものの，著作者が著作権を有することを前提としているのだと読まれることもある（椙山敬士「18世紀末カント，フィヒテの『著作権』思想」『知的財産・コンピュータと法』（野村豊弘古稀・2016年・商事法務）370頁）。しかし，カントの認める出版者の権利は，著作者のところで発生した権利に由来するものではなく，著作者の許諾の下で出版した結果，出版者のところで初めて発生した出版者固有の権利であるように読める（参照，木村靖比古「カントの三篇の法律論」岩手大学学芸学部研究年報16巻（1960年）28〜29頁）。現代の著作権に馴染んだ者にはやや奇異に映るのかもしれないが（とはいえ，著作隣接権などはこの類の構成をとる），論理的には，出版をなした結果，当該出版に固有の権利が当該出版者に発生するという構成はありえるのであり，上記文献の読み方は，カントの意図するところを超えているように思われる。

23）　参照，ルイス・ホワイト・ベック（藤田昇吾訳）『カント「実践理性批判」の注解』（1985年・新地書房）221〜222頁，マイケル・サンデル（鬼澤忍訳）『これからの「正義」の話をしよう　いまを生き延びるための政治哲学』（2010年・早川書房）155〜161頁。

24）　坂部恵＝伊古田理訳「実践理性批判」『カント全集7　実践理性批判・人倫の形而上学の基礎づけ』（2000年・岩波書店）165頁。本文の訳は，大日方信春『ロールズの憲法哲学』（2001年・有信堂）47頁に依った。

25）　つまり，Kantにおける「自由＝自律」とは，他人と両立しうる形で自らのルールに従い行動することであって，自分の任意で好き勝手に行動できるという意味ではないのである（中野邦保「カントによる『自由の体系』の基礎付け——啓蒙期自然法論からの哲学的転向——」竹下賢＝宇佐美誠編『法思想史の新たな水脈』（2013年・昭和堂）196・206頁）。こうした立論は，Lockeと対比するのであれば，神に依存することなく，人間の理性に基づいて何が正しいのかということを導く点に特徴がある（大日方・前掲注24）46〜47頁）。

26）　KantがRawls先生に連なる義務論的リベラリズムに分類され，HegelがKarl Marxとともにその批判者としてMichael Sandelらの共同体論者に連なる系譜に位置付けられることにつき，大日方・前掲注24）165頁を参照。

27）　G・W・F・ヘーゲル（長谷川宏訳）『法哲学講義』（2000年・作品社）102・104〜105頁。

28）　Hegelも，調整を必要とすると理解する限度で，選択意思に基づく消極的自由が他者の消極的自由と衝突しうる積極的自由に転換しうる際に普遍的で理性的な意志による調整を必要としたKantの理論と共鳴する。しかし，その調整の根拠をKantのように人に内在する意志に求めることはしない点で袂を分かつ。Drahos・前掲注9）「(3)」280〜281頁は，Hegelは，所有と普遍性が相容れないものであることを理由に，Kantの普遍化原則に依拠して所有に関する道徳を確立することは論理的に困難であると考えていたことを指摘する。

29）　ヘーゲル・前掲注27）464〜465頁。

30）　ヘーゲル（上妻精＝佐藤康邦＝山田忠彰訳　上巻）『法の哲学』（2000年・岩波書店）128頁，同（藤野渉＝赤沢正敏訳）『法の哲学Ⅰ』（2001年・中央公論新社）216頁，同・前掲注27）149頁。

31）　ジョン・ロールズ（川本隆史＝福間聡＝神島祐子訳）『正義論　改訂版』（2010年・紀伊國屋書店）。

32）　ロールズ・前掲注31）402〜403頁（ただし，本文に記載した訳文は，マージェス・前掲注5）402〜403頁を参考に，本稿の筆者が訳出した）。

33）　ロールズ・前掲注31）403頁。

34）　ロールズ・前掲注31）404頁。

35）　ロールズ・前掲注31）85〜86頁。

36）　ロールズ・前掲注31）137・140頁。

37）　立論を異にするが，Drahos・前掲注9）「(7)」263〜275頁も参照（簡潔な要約として，山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義（8）」知的財産法政策学研究39号（2012年）271〜273頁）。

38）　ロールズ・前掲注31）368頁。参照，マージェス・前掲注5）138頁。

39）　ロールズ・前掲注31）84・106〜107頁。参照，マージェス・前掲注5）136頁。ただし，格差原理が問題としているのは，厳密な個人間の格差ではなく，集団としての社会階層間の格差であると読めること（本文で以下に示す具体例のほか，参照，ロールズ・前掲注31）108頁，ジョン・ロールズ（田中成明＝亀本洋＝平井亮輔訳）『公正としての正義　再説』（2004年・岩波書店）133頁）には注意を要する（山根・前掲注37）281頁）。

40）　ロールズ・前掲注31）84・106頁。また，Rawls先生自身が，格差原理の説得力が相対的に弱いことを自覚するに至っていることには留意しておいたほうがよい（同・前掲注31）xvi頁）。

41）　Drahos・前掲注9）「(7)」269・271頁。なお，Rawls先生の国際正義論（ジョン・ロールズ（中山竜一訳）『万民の法』（2006年・岩波書店）39〜59頁）を適用した場合の国際知的財産制度のあり方につき，Drahos・前掲注9）「(7)」287〜294頁，浅野有紀「国際知的財産法制に関する分配的正義および人権の観点からの考察」浅野有紀ほか編著『グローバル化と公法・私法関係の再編』（2015年・弘文堂）201〜202頁。

42）　ロールズ・前掲注31）159〜164・184〜192・204〜217頁。

43）　ロールズ・前掲注31）143〜158・172〜177頁。Rawls先生のこの論法は，普遍的で理性的な意志に依拠したKantの理論が任意の個人間に普遍的に妥当する世界理解が失われている現代の世界観的多元主義のなかで通用力を失っているところ，Kantにおける純粋理性の役割を自己の偶発的な意向や属性に関する情報を遮断されることでそれらから解放された「負荷なき自我」に負わせることで，正義原理が合理的な選択の所産であることを示したと位置付けるものに，大日方・前掲注24）46〜48頁。

44）　マージェス・前掲注5）144〜145頁。

45）　これは原初状態でも当然に知っているべきものであろう（マージェス・前掲注5）145頁もそれを認めている）。

46）　田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年・有斐閣）403頁。

47) コースの定理とは，Ronald Coase 先生が提唱したものであり（参照，ロナルド・H・コース（藤垣芳文ほか訳）「社会的費用の問題」同（宮澤健一＝後藤晃＝藤垣芳文訳）『企業・市場・法』（1992 年・東洋経済新報社）111 頁），それが成立する条件をどの程度具体的に書き込むかによって様々に定義できるが，たとえば「取引費用がない場合（ここで「取引費用がない場合」とは，効率的な合意を妨げる一切の事情がない場合という意味と解する必要がある），初期の権原をいかように設定したとしても，関係者間の取引により，最も効率的な資源配分が達成される」と表記することができる（参照，田村＝山本・前掲注 1）第 4 章「市場と法の役割分担」）。

48) Frank H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, 1996 U. CHI. LEGAL. F. 207, 209–10. 批判的な考察として，芹澤英明「ProCD v. Zeidenberg の分析」法学 61 巻 2 号（1997 年）231〜243 頁，田村善之「インターネットと著作権——著作権法の第三の波」アメリカ法 1999–2（2000 年）204〜205 頁を参照。

49) Easterbrook, *supra* note 48, at 208–09.

50) 実際，この種の発想に基づき，ネット上で行われる権利侵害行為についてプロバイダ等に厳格責任を課すべきことを主張した，Trotter Hardy, *The Proper Legal Regime for "Cyberspace"*, 55 U. PITT. L. REV. 993, 1042–44（1994）の議論の紹介とそれに対する批判的な検討として，田村善之「インターネット上の著作権侵害行為の成否と責任主体」同『市場・自由・知的財産』（2003 年・有斐閣）182〜183・170〜171 頁，田村＝山本・前掲注 1）第 4 章「市場と法の役割分担」を参照。このように取引費用ゼロのコース的世界（Coasean World）に現実の世界をできるかぎり近くするように法制度を設計しようと試みる発想をとる者（neoclassicist（新古典主義者））は，創作活動の奨励と創作物の普及を著作権法の目的と捉えるインセンティヴ論者よりも権利の範囲を強大なものにしがちである，と指摘するものとして，Neil Weinstock Natanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 YALE L.J. 283, 286–87, 308–11（1996）.

51) 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）. その紹介として，簡便には，田村善之「著作物の利用行為に対する規律手段の選択——続・日本の著作権法のリフォーム論——」著作権研究 42 号（2016 年）27〜29 頁［同・前掲注 1）386〜392 頁所収］，詳しくは，村井麻衣子「フェア・ユースにおける市場の失敗理論と変容的利用の理論（2）——日本著作権法の制限規定に対する示唆——」知的財産法政策学研究 46 号（2015 年）97〜111 頁を参照。また，市場の失敗理論のほうが，Pierre N. Leval, *Toward A Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105, 1111（1990）の提唱した，変容的利用（transformative use）の理論よりも，著作権を制限すべき場合の判別基準として優れていることにつき，田村善之「著作権の一般的な制限条項の機能とその運用手法について——立法論において議論すべきことは何か——」知財研フォーラム 107 号（2016 年）14〜16 頁を参照。

52) Gordon, *supra* note 51, at 1613–14. 参照，村井・前掲注 51）99〜102 頁。

53) Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417（1984）. 参照，ロバート・ゴーマン＝ジェーン・ギンズバーグ編（内藤篤訳）『米国著作権法詳解（下）』（2003 年・信山社）699〜708 頁。

54) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569（1994）. 参照，ゴーマン＝ギンズバーグ編・前掲注 53）639〜652 頁。

55) Williams & Willkins Co. v. United States, 487 F.2d 1345（Ct. Cl. 1973）, aff'd by an equally divided court, 420 U.S. 376（1975）. その後に下された判決として，民間の研究所内の研究者による学術雑誌の複写について，著作権の集中処理がなされていることを理由にフェア・ユース該当性を否定した Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913, 930–32（2d Cir. 1994）（参照，ゴーマン＝ギンズバーグ編・前掲注 53）725〜745 頁）をめぐる議論については，Lydia Pallas Loren, *Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission System*, 5 J. INTELL. PROP. L. 1, 53（1997）, 村井麻衣子「著作権市場の生成とフェア・ユース——Texaco 判決を端緒として——（2）」知的財産法政策学研究 7 号（2005 年）140〜147 頁，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』（2008 年・雄松堂出版）182〜191 頁を参照。

56) もっとも，私的複製は大量に行われうるので，著作物の創作のインセンティヴを過度に害する可能性があり，市場の失敗理論の第三要件を充足しない可能性があるため，その対策として，ただ著作権を制限するのではなく，私的録音録画補償金請求権などの集中処理による報酬請求権を抱き合わせることが望まれることにつき，田村・前掲注 51）リフォーム論 28 頁［同・前掲注 1）理論 389〜391 頁所収］。

57) 主に前者につき，Diane Leenheer Zimmerman（澤田悠紀訳）「インセンティヴとしての著作権——単なる空想の産物か？」知的財産法政策学研究 41 号（2013 年）1〜32 頁，マージェス・前掲注 5）2〜3 頁，河島伸子「現代美術と著作権法」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』（2013 年・弘文堂）100〜103 頁，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（2015 年）8〜11 頁，後者についても含意があるものとして，フリッツ・マッハルプ（土井輝生訳）『特許制度の経済学』（1975 年・日本経済新聞社）189 頁，Nari Lee（田村善之訳）「効果的な特許制度に関する多元的理論の試み（2）」知的財産法政策学研究 15 号（2007 年）161〜164 頁。

58) 鈴村興太郎「世代間衡平性の厚生経済学」同編『世代間衡平性の論理と倫理』（2006 年・東洋経済）10〜12 頁。

59) 政治学と言っても，本章で取り上げるのは政治経済学である。その他，国際政治学については，**VI**章で言及する。

60) マンサー・オルソン（依田博＝森脇俊雅訳）『集合行為論——公共財と集団理論——』（新装版・1996 年・ミネルヴァ書房）10〜11・41〜42・157〜159・181〜182・202〜203 頁。

61) NEIL K. KOMESAR, IMPERFECT ALTERNATIVES: CHOOSING INSTITUTIONS IN LAW, ECONOMICS, AND PUBLIC POLICY 53–97（University of Chicago Press 1994）.

62) DOUGLAS G. BAIRD, ROBERT H. GERTNER, AND RANDAL C. PICKER, GAME THEORY AND THE LAW 39–40（1994）, 田村＝山本・前掲注 1）第 4 章「市場と法の役割分担」。

63) Drahos・前掲注 9）「(6)」248・254〜255 頁。

64) Drahos・前掲注 9）「(6)」255〜262 頁。

65) 田村・前掲注 1）旅の途中 5〜6 頁［同・理論 450〜451 頁所収］。

66) 初出は，田村・前掲注 48）212〜214 頁であるが，第三の波の意義について，利用されている著作物の権利者の多様化という視点を入れたのは，田村善之「デジタル化時代の著作権制度——著作権制度をめぐる法と政策——」知的財産法政策学研究 23 号（2009 年）23〜27 頁，Yoshiyuki Tamura, *Rethinking Copyright Institution for the Digital Age*, 1（1）W. I.P.O.J. 63, 66–72（2009）［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（2010 年）25〜33 頁］である。包括的には，田村・前掲注 51）リフォーム論 64〜76 頁［同・前掲注 1）理論 311〜322 頁所収］を参照。

67) 以上につき，白田・前掲注 16）19〜143 頁を参照。

68) *See also* Jessica Litman, *Revising Copyright Law for the Information Age*, 75 OR. L. REV. 19, 36–37, 48（1996）（著作権法は，non- commercial user＝非営利的利用者，non-in-

stitutional user＝非組織的利用者を規律するものではなかったとする); Jessica Litman, *The Exclusive Right to Read*, 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 29, 34 (1994); JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT 18–19, 177–78 (Prometheus Books 2001), Jessica Litman（比良友佳理訳）「真の著作権リフォーム（1）」知的財産法政策学研究 39 号（2012 年）29〜30 頁，ローレンス・レッシグ（山形浩生訳）『REMIX ハイブリッド経済で栄える文化と商業のあり方』（2010 年・翔泳社）256〜258 頁，同（南部朋子訳）「文化の愛好のために〜Google，著作権，そして我々の未来〜」アメリカ法 2010–1（2010 年）11〜12 頁。

69) Litman, *supra* note 68, Right to Read at 34.

70) レッシグ・前掲注 68）REMIX24〜27・50〜69・98〜100 頁（従来型の文化を，人類史上，20 世紀に最も隆盛を迎えた，大量に生産され伝達されるものを大衆がただ消費するだけの文化であるとして，「Read/Only（RO）」文化と呼び，他方，デジタル技術とインターネットの普及によって文章ばかりでなく，音楽，映像等においても大衆が受け取ったものに加工しそれを伝達していく文化を，「Read/Write（RW）」文化と呼ぶ)。

71) PAUL GOLDSTEIN, COPYRIGHT'S HIGHWAY: FROM THE PRINTING PRESS TO THE CLOUD (2d ed. 2019) [1st ed. 1994]（ポール・ゴールドスタイン（大島義則＝酒井麻千子＝比良友佳理＝山根崇邦訳）『著作権はどこへいく？　活版印刷からクラウドへ』（2024 年・勁草書房)).

72) ゴールドスタイン・前掲注 71）280 頁。

73) ゴールドスタイン・前掲注 71）273〜275・285 頁。

74) ローレンス・レッシグ（山形浩生＝守岡桜訳）『FREE CULTURE』（2004 年・翔泳社）328〜332 頁，同・前掲注 68）REMIX266〜268 頁，田村・前掲注 66）知的財産法政策学研究 26〜28 頁（2008 年 7 月 29 日に札幌で開催された Creative Commons International が主催する iCommons Summit の LEGAL DAY における Copyright Institution in the Digital Age と題する keynote speech の講演録である)。

75) ルール型立法（個別条項）とスタンダード型立法（一般条項）の選択の理論と，フェア・ユースの導入論との関係については，田村・前掲注 51）リフォーム論 110〜112 頁［同・前掲注 1）理論 351〜353 頁所収］，田村＝山本・前掲注 1）第 5 章「法的判断主体間の役割分担」を参照。

76) レッシグ・前掲注 68）REMIX・254〜255 頁。

77) 日本を本国とする著作物に限って更新登録を導入することは，政治的にはともかく，ベルヌ条約の下でも可能であることとともに，参照，田村・前掲注 51）リフォーム論 135〜137 頁［同・前掲注 1）理論 373〜375 頁所収］。

78) 田村善之「著作権法の政策形成と将来像」著作権研究 39 号（2014 年）113 頁，同・前掲注 51）リフォーム論 75〜76 頁［同・前掲注 1）理論 321〜322 頁所収］。

79) Tim Wu, *Tolerated Use*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 617 (2008).

80) Salil Mehra, *Copyright and Comics in Japan: Does Law Explain Why All the Cartoons My Kid Watches Are Japanese Imports?*, 55 RUTGERS L. REV. 155, 161–66, 178–89 (2002), レッシグ・前掲注 68）REMIX40〜43 頁，福井健策『「ネットの自由」vs. 著作権』（2012 年・光文社）45〜50 頁。

81) *See also* Wu, *supra* note 79, at 622, 629.

82) 田村・前掲注 78）113 頁，同・前掲注 51）リフォーム論［同・前掲注 1）理論 325〜347 頁所収］を参照。

83) 田村善之「ダウンロード違法化拡大になぜ反対しなければならなかったのか？——インターネット時代の著作権法における寛容的利用の意義」同編『知財とパブリック・ドメイン　第 2 巻　著作権法篇』（2023 年・勁草書房）83〜99 頁。

84) 山岸俊男「集団内協力と評判心理」新世代法政策学研究 10 号（2011 年）122〜129 頁。

85) 町野和夫「法政策と経済学——法政策の目的に関するゲーム理論的考察——」新世代法政策学研究 5 号（2010 年）301〜311 頁，飯田高『〈法と経済学〉の社会規範論』（2004 年・勁草書房）2〜8 頁。

86) 佐野亘「紛争解決型思考と問題解決思考」新世代法政策学研究 3 号（2009 年）64・78〜80 頁。

87) 遠矢浩規「『TRIPs』の共有知識化（完全版）」知的財産法政策学研究 35 号（2011 年）144 頁，コンストラクティヴィズムとの関係につき，同 166〜167 頁。TRIPS 協定の成立過程に関する異なる見方として，参照，西村もも子『知的財産権の国際政治経済学　国際制度の形成をめぐる日米欧の企業と政府』（2013 年・木鐸社）49〜61・295〜296 頁（論旨を要約するものとして，参照，田村・前掲注 1）旅の途中 32〜33 頁［同・理論 475〜476 頁所収］)。同「デジタル化時代における国際著作権制度の形成過程（1）——WIPO 著作権条約の制定と欧米企業のロビー活動」知的財産法政策学研究 34 号（2011 年）211〜212 頁も参照。

88) G・レイコフ＝M・ジョンソン（渡部昇一＝楠瀬淳三＝下谷和幸訳）『レトリックと人生』（1986 年・大修館書房）7 頁，松浦好治『法と比喩』（1992 年・弘文堂）3〜4 頁。

89) PETER DRAHOS & JOHN BRAITHWAITE, INFORMATION FEUDALISM: WHO OWNS THE KNOWLEDGE ECONOMY? 19–29, 191–92 (Earthscan 2002).

90) Yoshiyuki Tamura, *'Intellectual Property' as a Metaphor: A Recommendation for an Understanding as 'Governmental Regulation of Actions'*, 73 (4) GRUR International 285–86 (2024), 田村善之「メタファとしての『知的財産』」情報法制研究 18 号（2025 年）1 頁，同「『知的財産』はいかなる意味において『財産』か——『知的創作物』という発想の陥穽」吉田克己＝片山直也編『財の多様化と民法学』（2014 年・商事法務）329〜350 頁［同・前掲注 1）理論 52〜71 頁所収］。

91) 田村善之「特許制度における創作物アプローチとパブリック・ドメイン・アプローチの相剋」同編『知財とパブリック・ドメイン第 1 巻　特許法篇』（2023 年・勁草書房）3〜53 頁。

92) 鈴木將文「国際著作権——動向と展望」日本国際経済学会編『国際経済法講座 II——取引・財産・手続——』（2012 年・法律文化社）479 頁。

93) 比良友佳理『著作権と表現の自由』（2025 年・勁草書房）368 頁。

94) 参照，田村善之「メタファの力による "muddling through"：政策バイアス vs. 認知バイアス——『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』総括報告——」新世代法政策学研究 20 号（2013 年）89〜111 頁。「muddling through」という言葉は，FRITZ MACHLUP, THE ECONOMIC REVIEW OF THE PATENT SYSTEM（U.S. Senate, Committee on the Judiciary Study No. 15, 1958）80（1958）［マッハルプ・前掲注 57）189 頁］が，アメリカの上院の委員会に対する報告書のなかで特許制度を存続させるべきかどうかということを論じた最後に結びに使った用語である（その含意とともに，田村・前掲 95 頁を参照)。

95) 目的手段思考様式と法的思考様式の区別については，平井宜雄『法政策学　法制度設計の理論と技法』（第 2 版・1995 年・有斐閣）21〜22 頁。法的思考様式の効能については，田村＝山本・前掲注 1）第 4 章「市場と法の役割分担」を参照。