

## 知的財産法と奢侈禁止規範(1)

**Barton BEEBE\***

南部 朋子(訳)

—目 次—

はじめに

- I. 奢侈禁止規範とコピー技術の問題点
  - A. 奢侈禁止規範と流行のプロセス
  - B. 競争的消費の限界
  - C. コピー技術の社会的問題点 (以上、本号)
- II. 奢侈禁止法としての知的財産法
  - A. コピーのイデオロギー
  - B. 希釈化防止法としての知的財産法
    - 1. 希釈化の法的・文化的概念
    - 2. 希釈化防止法としての商標法
    - 3. 希釈化防止法としての著作権法
    - 4. 希釈化防止法としてのデザイン保護法
  - C. 真正担保法としての知的財産法

---

\* ニューヨーク大学ロースクール教授。コメントをくださった次の方々に感謝したい: Jennifer Arlen, Oren Bar-Gill, Stefan Bechtold, Dan Burk, Thomas Cotter, Deven Desai, Stacey Dogan, Tim Willy Dornis, Abraham Drassinower, Rochelle Dreyfuss, Eric Goldman, Georg von Graevenitz, Justin Hughes, Howard Lee, Mark Lemley, Mark McKenna, Geoffrey Miller, David Nimmer, Tyler Ochoa, Eric Posner, Jennifer Rothman, Amrit Singh, Christopher Sprigman. 本稿は、以下の各所での発表から大いに恩恵を受けたものである: McGill 大学法学部における Leger Robic Richard セミナー、ミネソタ大学ロースクール商標研究会、ニューヨーク大学ロースクール学部研究会、Thomas Jefferson ロースクール学部研究会、トロント大学 Innovation Law & Theory 研究会、EPIP の商標及び商標データ研究会、コーネルロースクール学部研究会、スイス連邦工科大学知的財産の法と経済研究会。優れた調査支援をしてくれた Andrew Lee氏と Zhujun Zhang 氏に感謝したい。コメントは [barton@bartonbeebe.com](mailto:barton@bartonbeebe.com) 宛に歓迎する。

1. 地理的表示の保護
    - (a) TRIPS 協定23条
    - (b) 2006年の米 EC ワイン協定
  2. 伝統的文化的表現の保護
- III. 奢侈禁止法としての知的財産法の失敗
- A. 奢侈禁止的知的財産法の無益性
  - B. 奢侈禁止的知的財産法から博愛主義的知的財産法へ
- 結論：フィアット・プロパティ (Fiat Property)

本稿は、知的財産法が現代的な奢侈禁止法としての役割を担い始めていることについて見極めるものである。本稿は、我々が、奢侈禁止規範の実現可能性を脅かす社会的及び技術的状況の始まりに直面する中で、消費に基づいて社会的区別をする伝統的制度である奢侈禁止規範を維持するための手段を提供するものとして、知的財産法の特定の領域に依拠し始めたことについて述べるものである。奢侈禁止的知的財産法を通じて、我々は特に、いっそう強力となりつつあるコピー技術による革命的な社会的文化的影響を抑圧することを目指している。奢侈禁止的知的財産法は、よく知られている知的財産法の技術的に進歩的な側面に対する、社会的文化的な反動としてのアンチテーゼとして具体化しているのである。本稿は、このように知的財産法と奢侈禁止法の奇妙な連結をもたらしている状況を特定し、発展する様々な知的財産法の理論にこのような連結が存在することを証明するものである。本稿では、さらに、知的財産法が、消費に基づいて社会的区別をする伝統的制度を維持することに成功しないことを予言し、このような失敗を通じて、別のより優れた社会的区別のための制度、すなわち識別性を消費するというより生み出すという特徴を有し、知的財産法が重要かつ進歩的な社会的役割を果たす見込みがある制度、に必要な条件を特定する。

## はじめに

ローマの奢侈禁止法 (leges sumptuariae) は、贅沢な消費を規制し、共和制帝政ローマにおける社会的なヒエラルヒーを実現することを目的としていた<sup>1</sup>。このようなローマ初期の先駆け以来、奢侈禁止法の歴史は奇

<sup>1</sup> See generally DAVID DAUBE, ROMAN LAW: LINGUISTIC, SOCIAL AND PHILOSOPHICAL

妙なものであった<sup>2</sup>。次のように定めていた1668年の日本の布告を考えてみてほしい：操り人形の衣装は贅沢なものであってはならない。金や銀の葉はどんなものにも使用してはならない。操り人形の中でも將軍の人形だけは金や銀の烏帽子をつけてよい<sup>3</sup>。あるいは、次のように悲嘆するがごとく記述する17世紀のニュルンベルグの奢侈禁止令を考えてみてほしい：男性及び女性の双方が、全くの無責任な態度により、けしからぬほどにかつ理不尽なまでに服装や新たなスタイルへの浪費にかられているために、異なる階級がほとんど区別のつかないほどになっているというのが、残念ながら証明された事実である<sup>4</sup>。最も注目すべきは、おそらく、ベネチア共和国の上院の行動である。国の奢侈禁止令を実現するために1472年に贅沢を監視する Proveditori sopra le Pompe の任命を要求し<sup>5</sup>、1511年には、(も

ASPECTS 117-28 (1969); Jonathan Edmondson, *Public Dress and Social Control in Late Republican and Early Imperial Rome*, in ROMAN DRESS AND THE FABRICS OF ROMAN CULTURE 21(Jonathan Edmondson & Alison Keith eds., 2008); Charlene Elliott, *Purple Pasts: Color Codification in the Ancient World*, 33 LAW & SOC. INQUIRY 173, 182-86 (2008). ローマの奢侈禁止法は部分的にギリシャの奢侈禁止法を基礎としたものであった。See AILEEN RIBEIRO, DRESS AND MORALITY 21-22 (Berg Publishers 2003) (1986).

<sup>2</sup> See generally ALAN HUNT, GOVERNANCE OF THE CONSUMING PASSIONS: A HISTORY OF SUMPTUARY LAW (1996); CATHERINE KOVESI KILLERBY, SUMPTUARY LAW IN ITALY 1200-1500 (2002); SUSAN MOSHER STUARD, GILDING THE MARKET: LUXURY AND FASHION IN FOURTEENTH-CENTURY ITALY 84-121 (2006); Donald H. Shively, *Sumptuary Regulation and Status in Early Tokugawa Japan*, 25 HARV. J. ASIATIC STUD. 123 (1964-1965).

<sup>3</sup> Donald H. Shively, *Bakufu Versus Kabuki*, 18 HARV. J. ASIATIC STUD. 326, 345 (1955) (日本の布告3/1668 (御触れ2695) に言及); accord HUNT, *supra* note 2, at 1. Professor Alan Hunt 教授による目覚ましく体系的な記述のおかげで本引用及びこれに続くいくつもの引用が可能となっている。

<sup>4</sup> 3 MAX VON BOEHN, MODES AND MANNERS 173 (Joan Joshua trans., 1935) (1657年のニュルンベルグの奢侈禁止法を引用している)。

<sup>5</sup> HUNT, *supra* note 2, at 36-37; see also Catherine Kovesi Killerby, *Practical Problems in the Enforcement of Italian Sumptuary Law, 1200-1500*, in CRIME, SOCIETY AND THE LAW IN RENAISSANCE ITALY 99, 109 (Trevor Dean & K.J.P. Lowe eds., 1994) (1514年まで Proveditori が任命されたことを算定している)。

つとも、このときにとどまらないが<sup>6)</sup>、「新たな流行はすべて禁止する… 今後は、想像し話題にできるような新たな流行は許されることはない。」という旨の法令を發布した<sup>7)</sup>。翌年、強力なカンブレー同盟が攻撃の準備をしていたころ、上院は袖の幅や靴のデザインについて議論していた<sup>8)</sup>。しかし、そのような法の内容だけが読者に奇妙であるとの印象を抱かせるものではない。現代ヨーロッパ初期の「膨大な贅沢な多作」<sup>9)</sup>や徳川の奢侈禁止令の「残忍なまでに詳細な記述」<sup>10)</sup>にもかかわらず、これらの法はほぼ例外なく無視され、回避され、又は公然と拒絶され<sup>11)</sup>、18世紀のロンドンの舞台の登場人物が「かまいやしない。もう禁止されていない。」と宣言するほどであった<sup>12)</sup>。奢侈禁止法の歴史は、1676年に、法で着用が禁じられたドレスを着て、そのドレスの着用を理由に審理を行わんとしているマサチューセッツ州のノースハンプトンの裁判所にあえて出頭した Hannah

<sup>6)</sup> See THOMAS OKEY, THE OLD VENETIAN PALACES AND OLD VENETIAN FOLK 286-87 (1907).

<sup>7)</sup> *Id.* at 281 (emphasis omitted).

<sup>8)</sup> Diane Owen Hughes, *Sumptuary Law and Social Relations in Renaissance Italy*, in DISPUTES AND SETTLEMENTS: LAW AND HUMAN RELATIONS IN THE WEST 69, 71 (John Bossy ed., 1983).

<sup>9)</sup> HUNT, *supra* note 2, at xii.

<sup>10)</sup> LAFCADIO HEARN, JAPAN: AN ATTEMPT AT INTERPRETATION 187 (1904); see also Elizabeth B. Hurlock, *Sumptuary Law*, in DRESS, ADORNMENT, AND THE SOCIAL ORDER 295, 299 (Mary Ellen Roach & Joanne Bubolz Eicher eds., 1965) (徳川の奢侈禁止法につき「世界で類を見ないほどに厳格なもの」として言及している)。

<sup>11)</sup> See, e.g., 1 JOHN HENRY GRAY, CHINA: A HISTORY OF THE LAW, MANNERS, AND CUSTOMS OF THE PEOPLE 362 (photo. reprint 1974) (William Gow Gregor ed., 1878) (中国の奢侈禁止法による「取り締まり状況が非常に悪かった」こと、及びそれが「失政」にのみよるものではなく、「抑制しえないものを抑制することを試みたものであること」も原因であることを報告している); Killerby, *supra* note 5.

<sup>12)</sup> C. WILLETT CUNNINGTON & PHILLIS CUNNINGTON, HANDBOOK OF ENGLISH COSTUME IN THE EIGHTEENTH CENTURY 14 (1957) (quoting COLLEY CIBBER, *The Double Galleon*, in 3 THE DRAMATIC WORKS OF COLLEY CIBBER, ESQ. 1, 39 (London, J. Rivington & Sons 1777)).

Lyman のような者で埋め尽くされている<sup>13)</sup>。

歴史学者は、人類の社会史における奢侈禁止的規制の浸透性及び持続性を説明すべく多くの競合する学説を提言してきたが、ある一般命題が広く受け入れられているようである。それは、社会はその奢侈禁止規範を制定し実現するために奢侈禁止法を定める、というものである。社会の奢侈禁止規範<sup>14)</sup>とは、その消費習慣の制度であり、言語(あるいは少なくとも「ひとまとまりの方言」<sup>15)</sup>)に類似のものであって、これにより社会の中の個人

<sup>13)</sup> See ALICE MORSE EARLE, 1 TWO CENTURIES OF COSTUME IN AMERICA 63 (1903) (Lyman が「誇示するような態度かつ無礼な方法で絹を着用し、審理の前のみならず審理中もそのようにしていた」として激しく非難されたとする裁判記録上の記述を引用している)。

<sup>14)</sup> 「規範」のメタファーは、この文言を広範囲にわたって使用する Thorstein Veblen から借用したものである。See, e.g., THORSTEIN VEBLEN, THE THEORY OF THE LEISURE CLASS 51 (2d ed. 1912) (「礼儀正しい消費の手段と方法に関する詳細な規範であって、最新の、広く認められたもの」について論じたもの); *id.* at 201 (「礼儀作法、しきたり、使い方についての規範であって、いつでもいかなる人の中でも流行しているものは、多かれ少なかれ有機的統一体としての性格を有する。このため、体系のある一点において感知できるほどの変更があれば、全体の再編成とまではいかないまでも、その他の点における変更や再調整が必要となる。」); see also ROLAND BARTHES, THE FASHION SYSTEM 35 (Matthew Ward & Richard Howard trans., Univ. of Cal. Press 1990) (1967) (「服装に関する実際の規範」と「服装に関する制定された規範」について議論している); JEAN BAUDRILLARD, THE CONSUMER SOCIETY: MYTHS AND STRUCTURES 60 (Chris Turner trans., Sage Publ'ns 1998) (1970) (消費社会の「規範」を、交換、類型化及び差別化の制度であって、「これに消費行動が適合し、そこから消費行動の意味が見出されるもの」として記述している); PIERRE BOURDIEU, DISTINCTION: A SOCIAL CRITIQUE OF THE JUDGMENT OF TASTE 2 (Richard Nice trans., Harv. Univ. Press 1984) (1979) (「消費はコミュニケーションの過程における一段階、すなわち、判読、解読の行為であって、暗号や符号の実践的なし明確な習得を前提とするものである。」); MARSHALL SAHLINS, CULTURE AND PRACTICAL REASON 180 (1976) (アパレルファッションに関し、「物体の属性及びその意義あるコンビネーションの規範」について論じている)。この規範の性質についての議論は、see *infra* section I.A, pp. 819-24.

<sup>15)</sup> DIANA CRANE, FASHION AND ITS SOCIAL AGENDAS: CLASS, GENDER, AND IDENTITY IN CLOTHING 247 (2000).

がその消費を通じて他者との差異及び類似性を示すものである。このような規範を管理し保持することを目的とした法は奢侈禁止法である。歴史的に、消費に基づいた区別をする社会制度の支配を目的とした法は、消費に対する直接のコントロールという形をとることが多かった。その一例として、決して非典型的とはいえないのが英国の1463年の布告であり、これは貴族が履く靴の長さをその親指から2インチまでに制限するものであった<sup>16</sup>。社会では、支配層が、その社会の富が顕著な消費や退廃的な形での消費によって無駄になっていると考えるようになった場合<sup>17</sup>や、その社会の相対的な消費制度が、社会の種々の構成員を統制するまではいかないまでも<sup>18</sup>、彼らを区別ないし識別するためにさえもはや確実には機能しないと考えるようになった場合<sup>19</sup>、いつも決まってそのようなコントロールを課した。後者の問題、すなわち消費に基づく社会的区別の制度の崩壊は、典型的には、以前は希少であった商品あるいはこれらと同等のものが突然豊富になった場合、あるいは、以前は社会の上級層のみが消費した商品を

<sup>16</sup> R. TURNER WILCOX, *THE MODE IN COSTUME* 59 (2d rev. & expanded ed. 1947). 消費に対する直接のコントロールの初期の例であって、おそらく最も古いものであると考えられるものが、17世紀のB.C.E. Locrian Codeに見られる。See MICHAEL GAGARIN, *EARLY GREEK LAW* 58-62, 67, 78 (1st paperback prt. 1989). モンターニュが伝えるように、立法者であるLocriのZaleucusは、数ある中でも「女性の自由人は、酩酊している場合でない限り、2人以上の召使を従えることは許されない。」ということや「男性は、刺客である者以外、金色の指輪をつけてはならず、ミレトスの都で織られた男らしくないローブを着用してはならない」ということを制定した。I MICHEL DE MONTAIGNE, *ESSAYS OF MONTAIGNE* 360 (William Carew Hazlitt ed., Charles Cotton trans., 1877).

<sup>17</sup> See, e.g., KILLERBY, *supra* note 2, at 41-42 (中世後期及びルネッサンス時代のイタリアにおける奢侈禁止法の序文が、そのような法の正当性として「資本の浪費」*id.* at 41を頻繁に引用したことを指摘する)。

<sup>18</sup> See generally Alan Hunt, *Governing the City: Liberalism and Early Modern Modes of Governance*, in FOUCAULT AND POLITICAL REASON 167 (Andrew Barry et al. eds., 1996).

<sup>19</sup> See, e.g., RIBEIRO, *supra* note 1, at 15 (「(初期の現代英国奢侈禁止法の) 本当の目的は、服装を通じて徐々に損なわれていったとの感触のあった階級区別を戻すことにあった。」)。

消費する経済力を社会の下級層が得た場合に生じた<sup>20</sup>。また、都市化によっても生じた。都市化は社会的地位の表示と認識を複雑にする傾向にあるからである<sup>21</sup>。前者の問題、すなわち国家の富の浪費は継続的に心配の種となってきたが、それは戦時中に最も深刻にとらえられていたようである<sup>22</sup>。

本稿では、我々が最近、奢侈禁止法を新たに制定する一連の作業に着手し、それが米国においてのみならず世界的に行われ、その理由が、過去に奢侈禁止的な方向転換へと駆り立てられた理由と類似するものであることを論じる。奢侈禁止法は、一般的に考えられていることとは違い、産業化と民主化によっても消滅していない。むしろ、それは新たな、しかし依然としてかなり常軌を逸した形をとるようになった。知的財産法である。確かに、知的財産法の明示的な目的と最も重要な効果は、流用の防止と技術的文化的進歩の推進のままである。しかし、種々の理由により、我々は、知的財産法に新たな目的をますます与えており、同法をその新たな目的に適合するように押し進めている。この目的は、現代の奢侈禁止規範を、その存続を危うくする社会的・技術的状況の出現に直面する中で保存し安定させることであり、このような社会的・技術的状況への対処には、知的財産法が比類なくふさわしいのである。したがって、我々はますます、知的財産法により社会的ヒエラルヒーを守るというより、同法により消費に基づく社会的区別の制度とこれを基礎とする社会構造と規範を単に保護する、あるいは、Pierre Bourdieuの言葉を借りれば、「再製」<sup>23</sup>しようとして

<sup>20</sup> See Hughes, *supra* note 8, at 99.

<sup>21</sup> See VEBLÉN, *supra* note 14, at 87-88 (「名声を得る手段としての消費の有用性のみならず、礼儀正しさの要素として消費を強要することも、社会の中でも、人間としての個人の接触が最も広範に行われかつ人口の流動性が最も高い部分において、一番顕著である。」*Id.* at 87.); see also HUNT, *supra* note 2, at 136 (初期の現代ヨーロッパにおける都市化及び現代化への変遷が始まることを示した「認識可能性の危機」について論じている (internal quotation marks omitted)).

<sup>22</sup> See, e.g., Hunt, *supra* note 18, at 170.

<sup>23</sup> See PIERRE BOURDIEU & JEAN-CLAUDE PASSERON, *REPRODUCTION IN EDUCATION, SOCIETY AND CULTURE* (Richard Nice trans., Sage Publ'ns 1977) (1970); Pierre Bourdieu, *Cultural Reproduction and Social Reproduction*, in KNOWLEDGE, EDUCATION, AND CULTURAL CHANGE 71, 97 (Richard Brown ed., 1973); see also CULTURAL REPRODUCTION

いるのである。結果として、知的財産法は二つの矛盾する側面により構成されることになる。それはすなわち、おなじみの、法の進歩的な側面であって合衆国憲法の文言でいえば「学術及び有用な技術の進歩を促進するため」<sup>24</sup>に機能する側面と、真価を認められていない奢侈禁止の側面であって進歩的というよりむしろ社会的・技術的に反動的な側面である。本稿は、説明的内容としては、知的財産法と奢侈禁止法との奇妙な連結をもたらしている状況を特定することを目指している。さらに本稿は、予言的内容として、知的財産法が最終的に奢侈禁止法として成功するのかについて考察し、規範的内容として、同法が奢侈禁止法として成功をおさめるべきなのかを判定する。

第一部では、現代社会が、新しくかつ間接的な形式によってではあるが、奢侈禁止法を用いてきた理由を考察することで本稿の説明的側面に入ることとする。過去の2世紀において、我々の、消費に基づく社会的区別の制度は、重要な社会的機能を果たしていた。個々及び集団のアイデンティティの形成を容易にしていたのである。しかし、二つの理由により、我々の現代的な奢侈禁止規範が崩壊してきている。その一つは主として社会的な理由であり、もう一つは主として技術的な理由である。第一に、性質上階層的なものであろうとなかろうと、競争的消費の形態は、当該形態相互の識別性をなくす傾向にあり、やがてすべての消費者の識別性を低下させることにもなりかねない。多様な文化的活動を見ればわかるように、このような可能性が最近現実のものとなった。これまでになく高まっている競争的消費の「軍拡競争」によって、識別性の不存在、意味のない差異、ノイズと大差ないものがよりいっそう生み出されている。第二に、密接に関連することであるが、我々をとりまく物質的状况は、奢侈禁止法が機能するために必要な、特定の不足状態、あるいはその美化された形としての希少性を支持しないのである。「人工ダイヤモンド」が「天然ダイヤモンド」<sup>25</sup>

---

(Chris Jenks ed., 1993).

<sup>24</sup> U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 8. 知的財産法の進歩的イデオロギーに対する批判で現在も時を得たものとして、see Margaret Chon, *Postmodern "Progress": Reconsidering the Copyright and Patent Power*, 43 DEPAUL L. REV. 97 (1993).

<sup>25</sup> See Vanessa O'Connell, *Gem War*, WALL ST. J., Jan. 13-14, 2007, at P1.

よりも完璧であるといわれ、競争的に消費された商品が上手に真似されるような時代において、ますます強大となっている我々のコピー技術によって、識別性のある商品の希少性が奪われ、これによって識別性も希釈化されるという脅威に、我々は早くもさらされているのである。「ポスト欠乏社会」<sup>26</sup>が間違いなくこれまでにならぬほどに遠のいている一方で、我々はポスト希少性社会を既に迎えている。したがって、我々の模倣技術の威力によって困難な問題が突きつけられている。それは、ほとんどすべての物について再製と模倣をするために存在し、その能力をますます高めている「コピーの文化」<sup>27</sup>が、どのようにして同時に識別性、希少性、コピーでないものを生み出すのか、そして当該文化をまさに特徴づける希釈化の波から識別性を守ることができるのかということであり、より本質的には、強力に模倣的な文化において、いかにして奢侈禁止規範を維持するのかということである。

第二部で説明するように、その答えは、結局はほかに適切な場がなかったからかもしれないが、知的財産法の中に出現した。消費に基づいた区別の制度を保とうとするならば、かつて我々の物質的状况が果たしていた役割を代わりに果たすような一連の法律が必要となる。すなわち、技術によって、それ自体がもつ希少性を実現する能力が奪われたならば、代わりに文化によってその役割を埋めなければならない。しかしながら、決定的なことに、我々は、もはや直接、競争的消費をコントロールすることができない。なぜならば、自由市場民主主義は、そのような消費者至上主義に対する制約を支持しないからである。だからこそ我々は知的財産法に目を向けたのである。(詐欺を禁ずるような法を除けば) 識別を可能にする形あるものを模倣や過剰生産から保護する能力がある唯一の法領域だからである。端的に述べれば、商品の特徴(例えば、ダイヤモンドの物理的構造)の多くは技術的にも合法的にも模倣できるようになったが、知的財産法により保護される特徴(例えば、ダイヤモンドのブランド)は、技術的には模倣できても、合法的には模倣できない。知的財産法は、従来の様々な奢侈禁止法のように直接、どの消費者層がどの識別性ある商品を消費する

---

<sup>26</sup> MURRAY BOOKCHIN, *POST-SCARCITY ANARCHISM*, at xvi (3d ed. 2004).

<sup>27</sup> HILLEL SCHWARTZ, *THE CULTURE OF THE COPY* (1996).

かをコントロールしないものの、当該商品の無許諾のコピー行為を防止することを通じて当該商品の生産の民間コントロールを容易にすることで、我々に、現代の奢侈禁止規範を間接的に支配する手段を与えるのである。このことのみをもって、なぜ現在我々の奢侈禁止規範の多くが、識別性のある知的財産（例えば商標）に基づいているのか、及びなぜ知的財産権の行使が知的財産を無許諾のコピー行為から保護することを中心としているのかについて、説明が見つかるかもしれない。知的財産は、典型的には商品化が容易であり、広く利用可能であり、明確に判読可能な希少性の形態である。さらに重要なことに、模倣されやすい性質をもちながら、知的財産は、我々に残された希少性の形態の中で最も安定的なものである。したがって、知的財産法は、奢侈禁止法としての役割を押しつけられたもののその役割をさほど引き受けてはおらず、その結果、知的財産法の特定の領域は、我々の奢侈禁止規範を統制することに向けた「機能的変質」<sup>28</sup>を経ている最中なのである。

第二部は、知的財産法の奢侈禁止法への転換を特に表している同法中の二つの領域に焦点をあてている。一つ目は希釈化からの保護であり、この点は知的財産の保護の形態の中でも目立たないものであって、あてはまるものがあるとすれば商標くらいであったが、今は著作権法とデザイン保護法を含む知的財産法の全域において様々な形態により実施されている。希釈化からの保護が広く実施されているのは、それが容赦のない模倣文化の有する典型的な問題、すなわち希釈化を招くコピー行為の問題に取り組むための手段を提供するからである。代替性をもたらすコピー行為によって創作者がコピー可能な作品を創作するインセンティブが損なわれることはよく知られている。あまりよく知られていないのは、希釈化を招くコピ

ー行為が創作者のインセンティブを損なうのみならず、さらに悪い結果を生じさせるということである。なぜならば、希釈化を招くコピー行為は、創作物の識別性を希釈化し、ごく一般的なものにすることで創作物そのものの有用性、とりわけその相対的有用性を損なうからである。希釈化から保護するという行為は、ある特定の知的創作物の有用性が消耗するものであり、その消費が競争的であるということを受け入れることである。代替されることから保護することではしばしば達成できないことを行うことを目指している。それは、創作物の識別性を保持し、その消費者を区別し続けられるよう確保することである。

関連する二つ目の領域は「真正を担保するための保護」ともいべきもので構成されている。地理的・歴史的に真正な商品、例えばヨーロッパのワインやオーストラリアのアボリジニの視覚的表現は、現代の消費者に特別な形態の識別性を与える。すなわち、まがいものではなく真正品を所持しているという点での識別性である。とはいえ、現代の模倣活動によって、真正品の物質的特徴を再製することが可能であることが証明され、このような模倣活動は、これらの特徴のもつ識別性のみならず、その根源たる文化をも希釈化してしまうのである。さらに本質的には、そのような活動によって、商品の、純粋に無形の、知的な特徴の信ぴょう性が減じられているのである。伝統的な生産者は、状況に応じて知的財産法の種々の形態、例えば地理的表示に関する法や伝統的文化的表現の保護に目を向け、自己の商品及び文化の信ぴょう性を高め保護してきた。

第二部で説明する予定であるが、希釈化からの保護及び真正を担保するための保護を通じて奢侈禁止の目的を果たすことができるようにすることは、特に意味深い。なぜならば、このような目的に貢献するにあたって、両保護形態は、我々が知的財産の性質及び知的財産法の目的についてこれまで考えてきたほとんどすべてのこととは逆の方向の推測にしたがって機能するからである。知的財産法の奢侈禁止の側面が、ともすれば同法の全体としてのまとまり及び効果に厳しい結果を伴いつつも、同法の進歩的側面の奇異であべこべな形としてどのように表れてきているかが、両保護形態を通じて明らかになる。

第三部では、奢侈禁止的知的財産法によって現代の奢侈禁止規範を固定化することはできないことを予言するが、そのような結果は規範的に望ま

<sup>28</sup> See KARL RENNER, THE INSTITUTIONS OF PRIVATE LAW AND THEIR SOCIAL FUNCTIONS 81 (O. Kahn-Freund ed., Agnes Schwarzschild trans., 1949) (法や一連の法の機能が、その形式と内容が変化しないにもかかわらず変化する「機能的変質」の過程について論じている); see also HUNT, *supra* note 2, at 13 (奢侈禁止法の歴史は法規範の「機能的変質」のケーススタディーを提供するものであって、「そこでは同じ一つの法的枠組みが、変移した状況下において異なる計画のために有用となるよう効果的に配置されている」と主張する)。

しいことであると主張する。知的財産法は、奢侈禁止の側面においては、存在する無形の識別性の形態を無許諾のコピー行為と希釈化から積極的に保護するが、進歩的側面では、そのような新しい識別性の形態が発展することを強く奨励する。その結果生ずるのは、幅広い解釈の可能な形態の奢侈禁止法であり、我々の奢侈禁止秩序をこれまでになく不安定なものとするであろう。とはいえ、これは幸運な失敗となるであろう。ほかならぬ、進歩したポスト産業経済においては、知的財産法は、欠乏状態や希少性のある状態に基礎を置く社会的文化的規範が存在し、かつそのような状態を技術で克服することがますます可能となっているような社会制度の最後の砦としてとらえられてきた。知的財産法は、その奢侈禁止の側面においては、社会的な「不活発」<sup>29</sup>が与えた効果であり、同時にその原因となったものである。対照的に、希釈化が生じ真正でないものが流通するという現象は、我々の模倣技術が、消費に基づいた社会的差別化の制度を、コピー製品であふれさせることにより時代遅れにするという、社会的に進歩的で自由主義的な潜在能力を有することを証明する。我々は、知的財産法を、苦し紛れの、究極的には無益な対策ではあるが我々のコピー技術の社会的に革命的な潜在能力を抑圧するものとして掲げたのである。第三部ではそうすることが、殊に知的財産法の進歩的計画と一貫せず、また、より概括的には近代化の進歩的計画と一貫しないことについて論じる。

## I. 奢侈禁止規範とコピー技術の問題点

フランスでは、ヨーロッパの他の特定の国と同じく、模倣品を単に製造したり販売したりすることのほかに所持することも犯罪行為であり、どこで模倣品を購入したかも問わない<sup>30</sup>。しかし、それでも、2002年のことで

<sup>29</sup> See TALCOTT PARSONS & NEIL J. SMELSER, *ECONOMY AND SOCIETY: A STUDY IN THE INTEGRATION OF ECONOMIC AND SOCIAL THEORY* 263 (1st paperback ed. 1965).

<sup>30</sup> See CODE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE art. 716-10 (Fr.), available at [http://www.legifrance.gouv.fr/telecharger\\_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414](http://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414). イタリアはまた、模倣品を、情を知って譲り受け又は所持する者に対し、高額な罰金を科した。See Adam L. Freeman & Sara Gay Forden, *In Italy, 'Buying a Fake Bag Isn't a Joke'*

あるが、とある韓国人の大学生は、パリにあるシャネルの店舗に入って、自分のシャネルのバッグの肩ひもが壊れたので修理しろと要求することを思いとどまることはなかった。シャネルの店舗は「平謝り」で無償で修理を行った<sup>31</sup>。大学生は、自分のバッグが模倣品であることを十分に承知していたが、シャネルの従業員らは、バッグを間近で調べても、それが模倣品だということを全く見破れなかった<sup>32</sup>。従業員らは気がつかなかったが、自分たちはかの伝説的な韓国製の「スーパーコピー」<sup>33</sup>、すなわち完璧なデジタルコピーを立体的に再現したもの、を目の当りにしたのである。

第一部の目的は、スーパーコピーを生み出し、現代の世界中の Hannah Lyman に我々の奢侈禁止規範のみならず奢侈禁止法を拒絶する力を与え

---

*It's a Crime*, INT'L HERALD TRIB., Jan. 13, 2006, available at <http://www.nytimes.com/2006/01/13/business/worldbusiness/13iht-fake.html> (フィレンツェの女性が11ユーロで偽ブランド品のサングラスを買ったことで3333ユーロの罰金を科されたことを伝えている)。

<sup>31</sup> Velisarios Kattoulas, *Bags of Trouble*, FAR E. ECON. REV., Mar. 21, 2002, at 52, 52.

<sup>32</sup> *Id.* 第3巡回区控訴裁判所の事件である *Gucci America, Inc. v. Daffy's, Inc.*, 354 F.3d 228 (3d Cir.2003) は、同様の背景事実を有するものである。本件では、被告は594個もの「Jackie-O」風の Gucci のバッグを信頼性のあるサードパーティーの販売店から購入し、うち6つを除きすべて売却した。バッグが真正品であることを証明するために、被告は自己の従業員に、その従業員が贈り物として受け取ったバッグが真正品であるかどうかを確かめたいという口実の下で Gucci のアウトレット店に行かせた。店員は、バッグを確かめて、それが真正品であると述べた。被告は、別の痛んだバッグを Gucci の修理センターに送ったが、同センターは何の疑問も呈することなくバッグを修理し、返却した。実際には、594個のバッグのすべてが模倣品であった。*Id.* at 229-30. 意外なことに、地方裁判所は、被告に模倣品であるバッグすべてを回収することを命じなかった。「模倣品の品質と、Daffy's の買い物客がその模倣品を手に入れるために出すつもりであった金額が比較的高額であったことが、Gucci の商標が傷つけられたとの主張を説得力のないものにした」からである。*Id.* at 234. 第3巡回区控訴裁判所は、原審の判断を維持した。*Id.* at 243.

<sup>33</sup> Kattoulas, *supra* note 31, at 52; see also RADHA CHADHA & PAUL HUSBAND, *THE CULT OF THE LUXURY BRAND: INSIDE ASIA'S LOVE AFFAIR WITH LUXURY* 269-70 (2006) (中国製及び韓国製の「純然たる偽物」の品質の高いことを論じている); Ray Tai, *Label Conscious*, MANAGING INTELL. PROP., Apr. 2007, at 50, 50 (「A等級」の「優れた偽物」について論じている)。

るような模倣技術の有する影響、中でも社会的影響を探究することである。知的財産法について議論する中で、我々は、そのような技術の経済的影響、すなわち、いかにして著作者や発明者が創作し発明するためのインセンティブを減退させ、それにより「進歩」を遅らせるのかという点にのみ焦点をあててしまうことがあまりに多い。第一部では、むしろ、そのような技術が、消費に基づいた社会的区別の制度に対し、どのような影響を与えるのかに焦点をあてることとする。そのような技術が、識別性のある物理的な商品のイミテーションを迅速に複製し普及させる力を有することにより、物理的な商品が確実に識別性を与える能力を破壊し、我々の社会的区別の制度の主眼点を、識別性のある知的財産の消費へと移行させているのである。このような移行によって、重大な結果がもたらされている。最も重要なのは、我々が、流行のプロセスの速度を弱めるものとして、識別性の物理的形態が有する物質性に依拠することはできないということである。これは、競争的消費の根本的問題点を深める恐れがある。すなわち、識別性の形態が互いの識別性を打ち消しあうような先を争う「軍拡競争」の様相を呈する傾向にあるということである。なるほど、識別性の非物理的な形態へと移行することは、そのような形態が無許諾のコピー行為の影響を特に受けやすいために、この問題を単に深める以上のことを生じさせる恐れがある。我々の消費に基づく社会的区別の制度を完全に疲弊させる可能性があるのである。

このような推論を支えるべく、私はまずこの制度の機能と働きについて簡単に論じる。特に、流行のプロセスの有する性質に集中して議論する。なぜなら、このプロセスの複雑な動きを通じて消費者社会が社会的区別を付与するからである。次に私は、競争的消費につきまとう、成果の上がない消費の外在的な問題に焦点をあてる。最後に私は、我々の模倣技術が流行のプロセスの働きを凌駕し、あわせて我々の消費に基づく社会的区別の制度を凌駕する可能性について考察する。

## A. 奢侈禁止規範と流行のプロセス

伝統的な奢侈禁止法は、産業化及び民主主義化の高まりに伴い衰えていったかもしれないが、奢侈禁止規範はそうではなかった。消費者社会の出

現により、強まっただけである。大多数の経験則的社会科学的研究により、人類は、自尊心を支えるため、そしてさらに根本的には、自らが首尾一貫しているという感覚を形成し保持するため、自らを他と区別されるものとして認識する必要性を感じるものであるということが論証された<sup>34</sup>。識別性のあるアイデンティティを構築するにあたり、個人は、他者よりも階級的に優っているとか完全に対極にあると感じることを必ずしも求めるわけではなく<sup>35</sup>、ましてや絶対的にユニークであると感じることを求めることもしない。反対に、「同化と差別化への相反する衝動」<sup>36</sup>の均衡を追求するにあたり、個人は、自らを特定の集団と適合させつつ他の特定の団体とは差別化することで一定の「最適な識別性」<sup>37</sup>を求めるのである<sup>38</sup>。重要な

<sup>34</sup> See, e.g., C.R. SNYDER & HOWARD L. FROMKIN, *UNIQUENESS: THE HUMAN PURSUIT OF DIFFERENCE* (1980); Vivian L. Vignoles, Xenia Chrysochoou & Glynis M. Breakwell, *The Distinctiveness Principle: Identity, Meaning, and the Bounds of Cultural Relativity*, 4 *PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. REV.* 337 (2000).

<sup>35</sup> See C.R. Snyder, *Product Scarcity by Need for Uniqueness Interaction: A Consumer Catch 22 Carousel?*, 13 *BASIC & APPLIED SOC. PSYCHOL.* 9, 20-21 (1992) (「キャッチ22の回転木馬を駆り立てる動力は社会的地位ではない。社会的地位は、車輪を回し続けるのに貢献している重要なエネルギー源ではあるかもしれないが、それよりもむしろ、あまり所持する者がいないという事実が、本来的に特別であるという感覚を個人に与え、それが決定的な力となっているのである。」); see also Wilfred Amaldoss & Sanjay Jain, *Pricing of Conspicuous Goods: A Competitive Analysis of Social Effects*, 42 *J. MARKETING RES.* 30, 30 (2005) (「ユニークさについての研究が暗示する重要な事実として、人々が、自己の富や社会的地位を示すためではなく、単に他の消費者とは違った存在になるために、異なる商品を買うことを選択する場合があります」ということがあげられる。);

<sup>36</sup> Marilyn B. Brewer, *The Social Self: On Being the Same and Different at the Same Time*, 17 *PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. BULL.* 475, 478 (1991).

<sup>37</sup> *Id.* at 475 (emphasis omitted).

<sup>38</sup> See GEORG SIMMEL, *The Philosophy of Fashion*, in *SIMMEL ON CULTURE* 187, 189 (David Frisby & Mike Featherstone eds., 1997) (「社会的同化」と「個人の差別化」という「二つの相反する傾向」について論じている); see also C. Scott Hemphill & Jeannie Suk, *The Law, Culture, and Economics of Fashion*, 61 *STAN. L. REV.* 1147, 1164-66 (2009) (消費者と生産者が「群がり」と「差別化」に没頭する傾向にあることを論



ことに、個人が識別性を追求しようとするれば、少なくとも部分的には他者の認知に依拠することとなる。すなわち、識別性があると感じるためには、個人は、他者から識別性がある人物であると認知されていると必要がある<sup>39</sup>。識別性があると感じたいという欲求は全人類共通の動機であるようだが、最適な識別性の基準やそれを達成するための特定の手段は、文化や時代によってかなり異なる可能性がある<sup>40</sup>。Georg Simmel<sup>41</sup>や Edward Sapir<sup>42</sup> (及び Caroline Foley<sup>43</sup>) のような社会理論家が、1世紀前にその仮説を立て、以来十分に論証されてきたことであるが<sup>44</sup>、現代の都市社会において、個人は、他の集団から自らを差別化するための、格別に強烈な「適合しないという意欲<sup>45</sup>」を経験する傾向があるが、そのために自己が他の

じている)。

<sup>39</sup> See Marilyn B. Brewer, *Optimal Distinctiveness, Social Identity, and the Self*, in HANDBOOK OF SELF AND IDENTITY 480 (Mark R. Leary & June Price Tangney eds., 2005); see also Jonah Berger & Chip Heath, *Who Drives Divergence? Identity Signaling, Outgroup Dissimilarity, and the Abandonment of Cultural Tastes*, 95 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 593 (2008) (アイデンティティの発信の社会的性質を強調する)。

<sup>40</sup> See Vignoles et al., *supra* note 34, at 342-46.

<sup>41</sup> See, e.g., GEORG SIMMEL, *The Metropolis and Mental Life*, in THE SOCIOLOGY OF GEORG SIMMEL 409 (Kurt H. Wolff ed. & trans., 1950).

<sup>42</sup> See, e.g., EDWARD SAPIR, *Fashion*, in 3 THE COLLECTED WORKS OF EDWARD SAPIR 265 (Regna Darnell et al. eds., 1999).

<sup>43</sup> See Caroline A. Foley, *Fashion*, 3 ECON. J. 458 (1893). Foley の作品が認知されるようになったのはつい最近である。See Edward Fullbrook, *Caroline Foley and the Theory of Intersubjective Demand*, 32 J. ECON. ISSUES 709, 709-10 (1998).

<sup>44</sup> See, e.g., Angela Chao & Juliet B. Schor, *Empirical Tests of Status Consumption: Evidence from Women's Cosmetics*, 19 J. ECON. PSYCHOL. 107, 114 (1998) (「Veblen の説に従えば、都会的な環境では、地位を得るために目に見える消費の必要性が比較的高い」という仮説について経験則的な根拠があるとし、「このような予測は、都市部における社会文化がより流動的なものであり、そのために地位のもつ側面のうち、消費に関連のない部分がより目立たないものとなっているとの意見に基づいている」と指摘している)。

<sup>45</sup> Kelly Tepper Tian & Karyn McKenzie, *The Long-Term Predictive Validity of the Consumers' Need for Uniqueness Scale*, 10 J. CONSUMER PSYCHOL. 171, 172 (2001); see also

集団の中のある一部と同質であることを主張するという方法をとるのである。過去1世紀にわたって、殊に、Simmel と Sapir がその関心のほとんどを注いだ都市部の産業化された社会において、個人は、自分自身が差別化を図れる商品だと考えるもの、及び他者が差別化を図れる商品だと考えると当該個人が考える商品を消費することで、いっそうこの意欲に基づいて行動したのである<sup>46</sup>。他の、伝統的に強力な同化と差別化の要素、たとえば性別、人種、宗教、階層やカーストは、未だに都市部の産業化された社会で機能しているが、このような要素でさえ、現在は消費の慣習や社会、略していえば消費の「ライフスタイル」を通じて表現され、かつその影響を受けることが珍しくない<sup>47</sup>。

現代の奢侈禁止規範は、固定的で重要な制度とは到底いえないが、その多様な意義や価値は、流行のプロセスの論理から導き出されるのである。このプロセスは、繰り返し用いられる社会的な仕組みであって、これによって (1) 個人は、集団内外の識別性の形態を導入しコピーすることを通じて最適な識別性を追求し、(2) これらの形態のうち特定のものについて

Paul R. Nail, *Toward an Integration of Some Models and Theories of Social Response*, 100 PSYCHOL. BULL. 190, 197-200 (1986) (個人の社会的状況に対する反応における「反同調」の概念について論じている)。

<sup>46</sup> See, e.g., Michael Lynn & C.R. Snyder, *Uniqueness Seeking*, in HANDBOOK OF POSITIVE PSYCHOLOGY 395, 399-402 (C.R. Snyder & Shane J. Lopez eds., 2002) (個人による、自己の差別化と消費との関係に関する調査を再検討するもの); see also MIKE FEATHERSTONE, *CONSUMER CULTURE AND POSTMODERNISM* 84 (2d ed. 2007) (「消費者文化に身を置く現代の個人は、自分が、衣服だけではなく、自宅、家具、内装、自動車及びその他、好みの存在及び不存在という観点から解釈、分類されるような活動をもって自己を表現するのだということを意識させられる。); ALISON LURIE, *THE LANGUAGE OF CLOTHES* 3 (Owl Books 2000) (1981) (「何千年もの間、人類は、まず服装という言語を通じて互いにコミュニケーションをとっていた。)。But see Colin Campbell, *When the Meaning Is Not a Message: A Critique of the Consumption as Communication Thesis*, in BUY THIS BOOK: STUDIES IN ADVERTISING AND CONSUMPTION 340 (Mica Nava et al. eds., 1997) (消費が言語であるとの仮説について論じている)。

<sup>47</sup> See MARGARET MAYNARD, *DRESS AND GLOBALISATION* (2004); see also CLOTHING AND DIFFERENCE: EMBODIED IDENTITIES IN COLONIAL AND POST-COLONIAL AFRICA (Hildi Hendrickson ed., 1996) [hereinafter CLOTHING AND DIFFERENCE].

は、あまりに大規模にコピーされるため、もはや集団を他の集団から区別もしくは識別せず、又は個人を、同じ集団の中の他の個人から区別もしくは識別せず、(3) そうなると個人又は集団は、他の識別性の形態を新たに導入するかコピーするのである<sup>48</sup>。希釈化を招くコピー行為は、それが許諾のあるものであろうとなかろうと、このプロセスを生じさせる主たる原因であり、Simmelの有名な言葉にあるように「流行が広まると、徐々にその終わりへと向かう。」<sup>49</sup>のである。そのようなコピー行為は既存の流行の識別性を破壊するとともに、新たな流行の必要性をもたらす<sup>50</sup>。高級品の分野から悪名高い例をあげれば、Pierre Cardinは自己の商標のライセンスを乱発しすぎ、「1980年代には800もの商品に自分の名前を貸し、その中には便座カバーも含まれていた」<sup>51</sup>。そのために彼のブランドは瞬く間に希釈化され、露出過度のリスクに対してより慎重な他の高級ブランドが出現する道を開いてしまった<sup>52</sup>。希釈化を招くコピー行為と流行のプロセスとの関係を表す最も身近な具体例は、典型的には高級アパレル商品の世界に見られるが、流行のプロセスによってもたらされるのは単にアパレルファッションにおける変化にとどまらない。広く宣伝されている雑誌Vogueの神話や「プラダを着た悪魔」(The Devil Wears Prada)の映画のライセンスを、流行のプロセスの実情とは分けて考えることが必須である。なぜならば、流行のプロセスは、広い範囲の商品や社会的集団<sup>53</sup>(及び学問の分野<sup>54</sup>)に

<sup>48</sup> See, e.g., Giacomo Corneo & Olivier Jeanne, *Segmented Communication and Fashionable Behavior*, 39 J. ECON. BEHAV. & ORG. 371, 371 (1999) (「流行は、ライフサイクルに応じて成長する。各サイクルは、異なる段階に細分化される。導入、模倣、大規模な画一化、そして衰退である。」(emphasis omitted)); see also A.C. Pigou, *The Interdependence of Different Sources of Demand and Supply in a Market*, 23 ECON. J. 19 (1913).

<sup>49</sup> Georg Simmel, *Fashion*, 10 INT'L Q. 130, 138-39 (1904).

<sup>50</sup> See generally Peter M. Kort et al., *Brand Image and Brand Dilution in the Fashion Industry*, 42 AUTOMATICA 1363 (2006) (ブランドイメージのメンテナンス戦略について論じ、モデル化している)。

<sup>51</sup> *Business Sense*, ECONOMIST, Mar. 6, 2004, 50 (Fashion Survey insert), at 8.

<sup>52</sup> See *id.*

<sup>53</sup> See GILLES LIPOVETSKY, *THE EMPIRE OF FASHION* 5 (Catherine Porter trans., Princeton

またがって機能するからである。流行のプロセスについての伝統的な経済的観点からの説明によれば、個人や集団は、自己の地位が他者よりも階級的に優れていると主張するために新たな流行を採り入れ、以前より存在する流行をコピーすることで自己の地位が他者と階級的に等しいことを主張するとされるが、このような想定<sup>55</sup>は不正確である。このような想定は、Bernard MandevilleやAdam Smithといった者が何世紀も前にしたときや、さらにはThorstein VeblenとSimmelが前世紀にしたときであれば適切であったかもしれないが、現代の世界的な流行のプロセスについて、もはや納得のいく説明を与えてくれるものではない<sup>56</sup>。流行のプロセスにおける「通貨浸透」理論は定量分析の大いなる助けになる可能性がある一方で、その理論は、経験によって立証できる問題としては、長い間疑わしいものとされてきた<sup>57</sup>。米国<sup>58</sup>、開発途上国<sup>59</sup>、及びその他の場所<sup>60</sup>における

---

Univ. Press 1994) (1987) (「我々の社会の主な特徴は、厳密に流行の途方もない一般化である。つまり、『流行』の形態が、かつてその勢力の範囲外にあった集団へと広がること、魅力的で短命なもの、すなわち流行の論理そのものによって上から下まで再構築された社会が出現することである。); *id.* at 6 (「流行はもはや美的な装飾ではなく、共同体生活の装飾的なアクセサリではない。複雑な組織全体への手掛かりなのである。」)。

<sup>54</sup> See Scott Jaschik, *Academic Fashions Aren't Just Sartorial*, INSIDE HIGHER ED, Dec. 28, 2006, <http://www.insidehighered.com/news/2006/12/28/papers> (米国現代語学文学協会の文学的、学術的流行に関するパネルについて説明している)。

<sup>55</sup> See, e.g., H. Leibenstein, *Bandwagon, Snob, and Veblen Effects in the Theory of Consumers' Demand*, 64 Q.J. ECON. 183, 184 (1950); see also Philip R.P. Coelho & James E. McClure, *Toward an Economic Theory of Fashion*, 31 ECON. INQUIRY 595, 596 (1993); Paul Frijters, *A Model of Fashions and Status*, 15 ECON. MODELLING 501, 502 (1998); Wolfgang Pesendorfer, *Design Innovation and Fashion Cycles*, 85 AM. ECON. REV. 771, 772 (1995).

<sup>56</sup> See generally CRANE, *supra* note 15.

<sup>57</sup> See, e.g., Diana Crane, *Diffusion Models and Fashion: A Reassessment*, 566 ANNALS AM. ACAD. POL. & SOC. SCI. 13 (1999); George A. Field, *The Status Float Phenomenon: The Upward Diffusion of Innovation*, 13 BUS. HORIZONS 45 (1970); see also Herbert Blumer, *Fashion: From Class Differentiation to Collective Selection*, 10 SOC. Q. 275, 277-82 (1969).

流行のプロセスについての研究によれば、新たな流行は世界のあらゆる文化から生まれ、多様な地域へと広がっていくことがわかる<sup>61</sup>。新たな流行を導入するにしてもコピーするにしても、個人は最適なレベルの識別性を求め、それは必ずしも階級的な地位を与えるものである必要がない<sup>62</sup>。なるほど、絶えず変化する識別性の現代の市場、「マーケティングしないというマーケティング」<sup>63</sup>、「インディーズブランド」<sup>64</sup>及び「大衆のための特注生産」<sup>65</sup>が暗示するように、商品化された識別性の形態においては、その究極の目的を達成するため、階級的地位競争で採用される基準をはっきりと拒絶する場合が多い。その究極の目的とは、流行を導入した者あるいは採用した者に対し、同等であるものがあふれる世界、すなわち現に生じつつある、消費者が高級贅沢品の明らかな偽物を、精選された識別性の徴候

<sup>58</sup> See, e.g., Dorie S. Goldman, "Down for La Raza": Barrio Art T-Shirts, Chicano Pride, and Cultural Resistance, 34 J. FOLKLORE RES. 123 (1997).

<sup>59</sup> See MAYNARD, *supra* note 47; see also CLOTHING AND DIFFERENCE, *supra* note 47.

<sup>60</sup> See, e.g., DICK HEBDIGE, SUBCULTURE: THE MEANING OF STYLE (Terence Hawkes ed., 1979); TED POLHEMUS, STREET STYLE: FROM SIDEWALK TO CATWALK (1994).

<sup>61</sup> See CRANE, *supra* note 15, at 237 (「20世紀後半においては、世界的な文化の中心が複数存在する。スタイルは中心部から周辺部へと流れ、その逆もまた真である。」).

<sup>62</sup> See ROBERT G. DUNN, IDENTIFYING CONSUMPTION 123 (2008) (「ステータスの主張は、今は、非経済的基準の水平な横軸に沿って人々を区別している表現行動の形態に基づくことが多い。これがあてはまる範囲においては、ライフスタイルの形式は不平等性というより違いを示すものとなり、ステータスの概念はよりいっそうあいまいなものとなった。」).

<sup>63</sup> Rob Walker, *The Marketing of No Marketing*, N.Y. TIMES, June 22, 2003, § 6 (Magazine), at 42.

<sup>64</sup> See, e.g., Julie Naughton & Matthew W. Evans, *Color Outperforms Fragrance in 2005 Department Store Tally*, WOMEN'S WEAR DAILY, Apr. 14, 2006, at 1 (「インディーズ」と「アーティスト及びオルタナティブ」化粧品ブランドの成功について論じている).

<sup>65</sup> See Benedict G.C. Dellaert & Stefan Stremersch, *Marketing Mass-Customized Products: Striking a Balance Between Utility and Complexity*, 42 J. MARKETING RES. 219, 219 (2005); see also DANA THOMAS, DELUXE: HOW LUXURY LOST ITS LUSTER 318 (2007) (「大衆のための特別扱い」のマーケティングについて論じている (internal quotation marks omitted)).

として見せつける現象<sup>66</sup>の中で、単なるコピーではない別の存在であるという「意味のある差異」<sup>67</sup>の感情を芽生えさせることである。Thomas Frankが説得的に説明したように、このように他との差異を商品化することは、例えば、1960年代の男性アパレルファッションにおける「ピーコックレビューション」の典型的な特徴であり、以来続くこととなった「流行を追う消費者主義」(これはApple社のSteve Jobsが最も効果的に攻略している)を助長したのである<sup>68</sup>。

我々は、個人が自らを識別性があると感じるためには、階級的に優越していると感じる必要性はないということを認識することで、現代の奢侈禁止規範の根本的な考えを正しく理解することができる。この根本的な考えは、我々が、知的財産に対し識別性のある商品としての役割を果たすことを期待するようになった理由を説明するのに役立つ。その考えとは、商品は、その消費者に識別性を与えるためには、格別高価なものである必要はない、というものである。このようにいえるのは、商品が少なくとも二つの異なる次元の双方又は一方において、希少であると知覚されれば、その限度で識別性のあるものとして知覚されるからである<sup>69</sup>。一番目に、わかりきったことであろうが、商品が希少なものと知覚されるのは、その複製品が極めて少ないからか、又は、需要よりもずっと少ない数の複製品しかない(例えば、高価な、自動車の限定モデル)からである。しかし、二番目に、よりわかりにくいかもしれないが、商品は、それと同じようなものが市場にあまりないと知覚されているために、希少であると知覚され

<sup>66</sup> See Susan Scafidi, *Bag Lady*, COUNTERFEIT CHIC, July 13, 2009, <http://counterfeitichic.com/2009/07/bag-lady.html> (「偽物」と表示されたハンドバッグの例を紹介している); see also Frederic Glaize, *Contrefaçon*, LE PETIT MUSÉE DES MARQUES, Nov. 15, 2006, <http://www.pmdm.fr/wp/2006/11/15/contrefacon> (ある出願人がフランスの工業所有権庁に「contrefaçon」(模倣品)という商標を衣料品を指定商品として登録しようとした試みについて論じている).

<sup>67</sup> HEBDIGE, *supra* note 60, at 102 (「意味のある差異があることの伝達が、すべての壮観なサブカルチャーの背景にある『目的』である。」 (emphasis omitted)).

<sup>68</sup> See THOMAS FRANK, THE CONQUEST OF COOL 184-205 (1997).

<sup>69</sup> See generally Dwight E. Robinson, *The Economics of Fashion Demand*, 75 Q.J. ECON. 376, 385-90 (1961) (流行のプロセスにおける希少性の役割について論じている).

ることもある(例えば、iPhone)。このような希少性の二番目の次元が存在するからこそ、企業は、宣伝により商品が希少であるとの感覚を強めつつ、同時にその商品の複製品をどんどん大量生産することができるのである。また、希少性の二番目の次元が存在するからこそ、あるブランドが至る所にあり、その複製品がたくさん存在するがゆえに、そのブランドの遍在そのものが、その希少性が知覚される原因となるということが起こりうるのである。例えば、有名であることがあまり有名ではないかもしれないが、コカ・コーラのブランドは大変珍しいとはいえないものの、比類なきほどに遍在するがゆえに、識別性を有するのである。現代の奢侈禁止規範における、この奇妙な、一見逆説的な希少性の論理(及び商標法における「識別性の存在」の概念<sup>70</sup>)は、「コピー」という言葉の多義性に要約されており、「コピー」とは(1) 特定の商品の完全な複製、(2) 他の後続商品であって元の商品と似ているものの、その完全な複製ではないもの、又は(3) そのような後続商品の完全な複製<sup>71</sup>、のいずれかを意味しうるのである。したがって、限定版の商品は、完全な複製がたくさん作られることによって識別性を失う可能性がある一方で、大量生産品、あるいはついでに言えば限定版の商品は、その完全な複製ではない類似の商品がたくさん作られることによって識別性を失う可能性がある(例えば、Blackberry Storm 又は Palm Pre)。いずれの場合においても、識別性の希釈化が損害であり、そのような損害については、後で見るように、知的財産法で対処するのが極めて適切である。

<sup>70</sup> See Rosemary J. Coombe, *Embodied Trademarks: Mimesis and Alterity on American Commercial Frontiers*, 11 *CULTURAL ANTHROPOLOGY* 202, 206 (1996) (商標の「標準化と識別という逆説的な期待」について論じている)。

<sup>71</sup> Cf. WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW* 48-49 (2003) (『コピー』という言葉は、二つの全く異なる対象を指し示すものである。コピーした者の生産物を指し示すが、それとともにコピーされた創作物の制作者の物理的な生産物のことをも指し示すのである。)]。

## B. 競争的消費の限界

流行のプロセスに関する根本的な問題は、社会的区別というもの「社会的に欠乏したもの」<sup>72</sup>であり、自然のものではないということである。我々の技術のすべてをもってしても、社会的区別の総数を増やすことはできない。我々は、手元にある総数を配分することしかできないのである。経済思想では、この問題は、社会における階級的差別の観点から、時折しぶしぶながらも<sup>73</sup>、長きにわたって認識されてきており、階級的差別のための競争は、一つの垂直的な次元に沿ってなされるものであり、性質上ゼロ和であると立論された。しかし、経済思想は、区別が社会的に欠乏するという問題にはあまり調和するものではなかった。なぜならば、経済思想は、社会における非階級的な、多面的な識別性に悪影響を与えるからである。それでも、社会的欠乏の問題は、ここでも同様に生じ、ほぼ間違いなくより深刻である。なぜならば、非階級的な識別性の形態をこれまでになく多く作り上げることを目指す中で、消費に基づく社会的区別の制度は、ある限界、すなわち密集閾であってそれを超えると社会的区別自体が識別性のないものとなるものに到達する可能性があるからである。後者の点はわかりにくいものであるが、どのようにして知的財産法が我々の奢侈禁止規範の運命に影響を与えるのかを理解する上で必須である。それは、相対的有用性の枠組みの中で、最も理解しやすいものである。

本稿においては、私は相対的有用性を、ある者がその消費を他者の消費とどのように比較するかによって見出す有用性として定義し、絶対的有用性を、ある者がその消費を他者の消費とどのように比較するかにかかわらず見出す有用性として定義する<sup>74</sup>。孤独な、ルソー的自然状態においては、

<sup>72</sup> FRED HIRSCH, *SOCIAL LIMITS TO GROWTH* 3 (2d ed. 1999).

<sup>73</sup> See generally ROGER MASON, *THE ECONOMICS OF CONSPICUOUS CONSUMPTION: THEORY AND THOUGHT SINCE 1700* (1998) (統計を意識した消費に関する経済思想の歴史を調査している)。

<sup>74</sup> See Bruno S. Frey & Alois Stutzer, *Testing Theories of Happiness*, in *ECONOMICS & HAPPINESS* 116, 123-25 (Luigino Bruni & Pier Luigi Porta eds., 2005) (「相対的有用性」について論じている); Michael R. Hagerty & Ruut Veenhoven, *Wealth and Happiness*

消費者は、商品の絶対的特徴、すなわち「商品そのものに生来備わる性質」のみを消費する<sup>75</sup>。しかしながら、社会においては、消費者は商品の相対的特徴を意識し、これを消費し始めるであろうし、経験上の事実が圧倒的に示すところによれば、消費者はそのような特徴を大いに意識しているのである<sup>76</sup>。我々は、他者が何を着用しているのかにかかわらず、衣類から温かさを得ることはできるかもしれないが（絶対的有用性）、他者が着用しているものと比較することで、識別性を見出すこともある（相対的有用性）。

絶対的有用性と相対的有用性の違いは、我々が無形財産についてどのように論じるかに対して重要な影響を与える。知的財産は減耗しない商品で構成されており、その消費は競合的ではない<sup>77</sup>という考えは、知的財産に

---

*Revisited – Growing National Income Does Go with Greater Happiness*, 64 SOC. INDICATORS RES. 1, 1-2 (2003) (「絶対的有用性」と「相対的有用性」の理論について論じている); Matthew D. Rablen, *Relativity, Rank and the Utility of Income*, 118 ECON. J. 801, 801 (2008) (「相対的有用性」を、自らを他者及び過去の自分自身と比較することを伴うものとして定義する); *see also* Robert H. Frank, *The Demand for Unobservable and Other Nonpositional Goods*, 75 AM. ECON. REV. 101, 101 (1985) (「地位的商品」を「その物の価値が、他者によって所有されている物と比較してどうかという点に比較的強く依存するもの」として定義し、「非地位的商品」を「そのような比較にどちらかというあまり依拠しないもの」として定義している)。 *See generally* Nestor M. Davidson, *Property and Relative Status*, 107 MICH. L. REV. 757, 764 (2009) (財産のもつ、地位を示す機能と「このような現象における法の役割」を探究している); Richard H. McAdams, *Relative Preferences*, 102 YALE L.J. 1, 2-26 (1992) (相対的選好の経済的理論を再検討している)。

<sup>75</sup> Leibenstein, *supra* note 55, at 188-89.

<sup>76</sup> *See, e.g.*, Fredrik Carlsson, Olof Johansson-Stenman & Peter Martinsson, *Do You Enjoy Having More than Others? Survey Evidence of Positional Goods*, 74 ECONOMICA 586, 596 (2007); Olof Johansson-Stenman & Peter Martinsson, *Honestly, Why Are You Driving a BMW?*, 60 J. ECON. BEHAV. & ORG. 129, 134, 143 (2006); Erzo F.P. Luttmer, *Neighbors as Negatives: Relative Earnings and Well-Being*, 120 Q.J. ECON. 963, 965 (2005).

<sup>77</sup> *See, e.g.*, Alex Kozinski & Christopher Newman, *What's So Fair About Fair Use?*, 46 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 513, 521 (1999) (「一筆の土地をあなたの居間として使いつつトランプタワーの底地とすることはできないが、一つの知的財産はそのような制

関する伝統的な知識である。私があるアイデア（例えば、ワイン造りの方法、ネクタイを結ぶ方法）を使うことは、あなたが全く同じアイデアを使うことを妨げるものではないし、私があるアイデアを使ったからといって、あなたにとってそのアイデアの有用性が低下するものでもないとい一般に考えられている。しかし、我々は、ここでいうところの有用性とは、絶対的有用性を指すのだということを認識しなければならない。知的財産の形態の中で、実際には負の混雑外部性の影響を受けやすいという意味でその消費が競合するものは多くある。私とあなたのどちらか又は両方が、もう片方が知的財産を利用することにより当初は利益を得るかもしれない。特に我々が違いを求める場合はそうであろう。しかし、ある時点において、私又は私以外の者が財産（例えば、ワイン造りの方法、ネクタイを結ぶ方法）を利用することで、その財産が社会的にあなたを差別化する力を阻害することにより、あなたにとっての財産の有用性を減じる可能性がある。そして同様に、あなたが利用することにより、その財産が私を社会的に差別化する能力を減じる可能性があるのである。その意味で、このような形態の有用性は、競合するものであって、減耗するものなのである。利用者があまりにたくさんいれば、その財産を月並みの、識別性のないものにしてしまう可能性がある。ここの有用性は、絶対的有用性ではなく、相対的有用性なのである。

相対的有用性の概念は、競争的消費のプロセスがどのように機能するのか、そしてその最終目的が何であるかについて、重要な問題提起をする。もし我々が、伝統的な経済的観点による説明のとおり、消費者が競争的消費に没頭することを通じて、他者よりも上の、あるいは他者と同等の等級

---

限を課されることはない。来年の今頃は、著作権の対象となっているキャラクターである Harry Potter がマクドナルドの宣伝に使われ、土曜日の朝の漫画に使われ、サタデー・ナイト・ライブの寸劇（もちろんそれは間違いなく映画化されるであろう）、そして任天堂のゲームに使われていることに賭けても構わない。これらの各使用は他のいずれの使用とも抵触しない。）。 *But see* STEPHEN BROWN, WIZARD!: HARRY POTTER'S BRAND MAGIC (2005) (「Harry Potter」ブランドを過剰露出から保護する重要性について論じている); Parija Bhatnagar, *Is Harry Potter Dead?*, CNNMONEY.COM, July 11, 2005, [http://money.cnn.com/2005/07/11/news/fortune500/brand\\_harrypotter](http://money.cnn.com/2005/07/11/news/fortune500/brand_harrypotter) (「Harry Potter」ブランドが過剰に露出されているかどうかについて論じている)。

を得ようとしていると仮定するならば、ある消費者が上の等級を獲得し、又は等級が等しいことが確認できた場合、必ず他の消費者の等級の格下げが起ころねばならないということになる。この理屈によれば、地位の競争は性質上ゼロ和であると考えられ、社会全体においてはそのようにいえないにしても、少なくともその社会の中の特定の集団の中ではゼロ和であると考えられるのである<sup>78</sup>。さらに悪いことに、集団内又は社会内において決まった量しかない識別性を獲得せんがため、他の用途に費やしたほうがよい資源を各人がどんどん費やすことで、全員が失うかもしれない<sup>79</sup>。参加することを選択した者にとっては、地位を求めての「肩書きの軍拡競争」<sup>80</sup>はこれまでになく加速的な「肩書きのトレッドミル」<sup>81</sup>を強いるものとなるかもしれない。順序が表れる地位競争のもつゼロ和的性質が、人類の幸福に対して有する影響は、重大で異論の多いものであり、我々は、それについて考え始めたばかりである<sup>82</sup>。ある者は、消費に基づいた地位競争は経

<sup>78</sup> See Will Wilkinson, *Out of Position: Against the Politics of Relative Standing*, POLICY, Spring 2006, at 3, 7 (「ある地位の一つの次元における肩書きの数は固定化されているかもしれない一方で、地位の次元を無限に増やすことができない理由はない…サーファー野郎はスタートレックオタクとその地位を争うことはない。」)。

<sup>79</sup> See FRANK, *supra* note 68; JOHN RAE, *THE SOCIOLOGICAL THEORY OF CAPITAL* 283-84 (Charles Whitney Mixter ed., 1905); Ben Cooper, Cecilia Garcia-Penalosa & Peter Funk, *Status Effects and Negative Utility Growth*, 111 *ECON. J.* 642, 643 (2001); Robert H. Frank, *Positional Externalities Cause Large and Preventable Welfare Losses*, *AM. ECON. REV.*, May 2005, at 137, 137. *But see* GARY S. BECKER & KEVIN M. MURPHY, *SOCIAL ECONOMICS* 125 (2000) (地位を求め行動は、企業家的な活動を増進し、社会福祉の純増加の結果を生むとの意見を述べている)。

<sup>80</sup> Robert H. Frank, *Taking Libertarian Concerns Seriously: Reply to Kashdan and Klein*, 3 *ECON. J. WATCH* 435, 436 (2006), [http://www.aier.org/ejw/archive/doc\\_view/3597-ejw-200609?tmpl=component&format=raw](http://www.aier.org/ejw/archive/doc_view/3597-ejw-200609?tmpl=component&format=raw).

<sup>81</sup> ROBERT H. FRANK, *CHOOSING THE RIGHT POND: HUMAN BEHAVIOR AND THE QUEST FOR STATUS* 153 (1985).

<sup>82</sup> 平易な出版物として、see RICHARD LAYARD, *HAPPINESS SCIENCE* (2005). *See also* Richard A. Easterlin, *Will Raising the Incomes of All Increase the Happiness of All?*, 27 *J. ECON. BEHAV. & ORG.* 35, 36 (1995) (個人の収入増加により高まった幸福感は、平均収入の増加により幸福感が減少したことで打ち消される可能性があるとして仮定する)；

済的進歩、技術的進歩、そして文明の進歩さえ後押しすると主張してきた<sup>83</sup>。他の者は、それが、特に発展した消費者社会において人類の不幸の主な原因となったと主張するのである<sup>84</sup>。

地位競争はゼロ和的性質を有するという基本的な経済的観点からの説明は、理論上はすばらしく整っているが、現代の高度に多様な世界的消費者社会における複雑な消費の現実については多くを語らない。なるほど、上記で述べるとおり、流行のプロセスに関する研究からすれば、我々としては、特定の集団や社会の全構成員が組み込まれるような、垂直的で密集行進法的な地位のヒエラルヒー、例えば「大いなる地位の連鎖」<sup>85</sup>、標準的なウッフィー指数<sup>86</sup>、U.S. News & World Report の個人的地位の比較一覧表といったものが存在するとの仮定は採用し難い。むしろ、消費者は、競争的消費に没頭する中で非階級的な「質的差別化」<sup>87</sup>を追求するのがより一般

Richard A. Epstein, *Happiness and Revealed Preferences in Evolutionary Perspective*, 33 *VT. L. REV.* 559, 564 (2009) (幸福は相対的な繁栄に依拠するとの主張について考察している)。

<sup>83</sup> *See, e.g.*, BERNARD MANDEVILLE, *THE FABLE OF THE BEES* (London, J. Tonson 4th ed. 1725) (1714); WERNER SOMMERT, *LUXURY AND CAPITALISM* 113-14 (W.R. Dittmar trans., 1967) (1913); *see also* BECKER & MURPHY, *supra* note 79, at 124-25.

<sup>84</sup> *See, e.g.*, ROBERT H. FRANK, *LUXURY FEVER: WHY MONEY FAILS TO SATISFY IN AN ERA OF EXCESS* (1999); Cooper et al., *supra* note 79, at 653; *cf.* JULIET B. SCHOR, *THE OVERSPENT AMERICAN: WHY WE WANT WHAT WE DON'T NEED* (1999).

<sup>85</sup> Will Wilkinson, *The Great Chain of Status?*, *THE FLY BOTTLE*, Oct. 31, 2006, <http://www.willwilkinson.net/flybottle/2006/10/31/the-great-chain-of-status>.

<sup>86</sup> *See* CORY DOCTOROW, *DOWN AND OUT IN THE MAGIC KINGDOM* (2003), *available at* [http://craphound.com/down/Cory\\_Doctorow\\_-\\_Down\\_and\\_Out\\_in\\_the\\_Magic\\_Kingdom.pdf](http://craphound.com/down/Cory_Doctorow_-_Down_and_Out_in_the_Magic_Kingdom.pdf) (「ウッフィー」を各個人の定量化できる財産と仮定し、それが他者から当該個人に対して向けられる尊敬の程度を表すものとしている)；*see also* Dylan Tweney, *Q&A: Cory Doctorow*, SFGATE, Jan. 23., 2003, <http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?file=/gate/archive/2003/01/23/cdoctorow.DTL> (「ある意味で、ウッフィーは、自分を社会規範に従う存在にする方法の一つである。それは必ずしもよいことではない。」(Cory Doctorow の発言を引用))。

<sup>87</sup> SIMMEL, *supra* note 41, at 421; *see also* Douglas B. Holt, *Postmodern Markets*, *BOSTON REV.*, Summer 1999, at 17, 17 (「今消費を動かしているのは、上流階級の模倣ではな

的である。消費を通じて、消費者は、自らを、単純にアイデンティティを与えてくれる極めて多様な同化と差別化の均衡へと振り分けるのである<sup>88</sup>。しかし、このように仮定内容をより限定することとしたとしても、消費の負の外部性の問題が解消されるわけではない。反対に、非階級的識別性を追求することで、階級的識別性を追求することにより理論的に直面するとされる「社会的混雑」<sup>89</sup>の問題に、同じように直面するののかという問題を引き起こすのである。2人以上の消費者又は2つ以上の消費者集団が、識別性のある同じ商品を消費した場合、その商品が彼らを水平的観点から識別する能力は損なわれ、垂直的観点から識別する能力についてはなおさら損なわれることは明らかである。しかし、これはさらに興味深い疑問を残すものである。相対的有用性についての経済的観点からの説明では、消費者が同じ商品を消費しているかどうかに関係なく社会全体を通じ階級的地位が欠乏していることを強調する。問題なのは、社会全体のレベルにおいて、同様に非階級的識別性も欠乏しているのかどうかということである。消費者は、限定的に供給される質的識別性を獲得するために社会で競争するのであろうか。社会が獲得でき、あるいは少なくとも社会の構成員が知覚し、それにより他者に授けることのできる質的識別性の量に社会的な上限はあるのだろうか。

これに対するきれいな回答はなく、この問題に関する本稿での議論の多くを第三部までとっておくこととする。なぜならば、知的財産法の奢侈禁止法としての役割がその議論にどのような影響を与えるかについて理解できるようになるまでに、より多くの前提について理解する必要があるからである。しかし、ここでの目的のためには、現代の社会理論家がそうしたように<sup>90</sup>、よりいっそう大衆化し複雑化した、都市における今や世界的

---

く、要するに、差別化である。』。

<sup>88</sup> See LIPOVETSKY, *supra* note 53, at 46 (「個人的な独自性を表現する欲求」が流行のプロセスを動かすものとして重要であることを強調している)。

<sup>89</sup> HIRSCH, *supra* note 72, at 3.

<sup>90</sup> See, e.g., ZYGMUNT BAUMAN, INTIMATIONS OF POSTMODERNITY, at xx (1992) (「絶え間なく攻勢にあう状況の中で、公衆はその吸収力をもってしても、競合する誘惑のどれにもほんの束の間しかしがみつことができない。注目を集めるためには、ディ

な消費者社会においては、個人が(企業が)、自らを、市場において包み込む「生ける大衆」<sup>91</sup>から区別し、差異に基づく不協和音を感じるのはいっそう困難となる、ということを示唆するだけで足りるかもしれない。そのような社会の構成員は、個性化の証の中でも最も過激な類のもの、すなわち Simmel が都会人の特徴として指摘した「無感動な態度<sup>92</sup>」(これについては後述する)、消費者の「広告回避<sup>93</sup>」戦略を克服するための「ショック広告<sup>94</sup>」、現代のランウェイファッションのほとんど及び現代美術の一部、以外のすべてのものに慣れてしまうのである。個人と集団がさらに多くの、そしてより強力な質的識別性の形態を追求すれば、個人がこのような形態を理解する能力は限界、すなわち「知覚過多<sup>95</sup>」、「社会的過剰供給<sup>96</sup>」又は解釈のある種の「Gruen transfer<sup>97</sup>」ともいうべきものに近づく。この限界においては、識別性そのものが識別性のないものとして知覚されるほどに

---

スプレイはかつてないほどに風変わりなものでなければならず、内容の濃いものでなければならず、そして(そう!)うるさいものでなければならぬ。おそらくこれまでになく容赦なく、恐ろしい、脅迫的なものでなければならぬ。』。

<sup>91</sup> WALT WHITMAN, *Crossing Brooklyn Ferry*, in LEAVES OF GRASS 144, 155 (Doubleday 1997) (1855).

<sup>92</sup> See SIMMEL, *supra* note 41, at 413.

<sup>93</sup> See MARK TUNGATE, ADLAND: A GLOBAL HISTORY OF ADVERTISING 146-49 (2007) (ショック広告の実務について論じている)。

<sup>94</sup> Paul Surgi Speck & Michael T. Elliott, *Predictors of Advertising Avoidance in Print and Broadcast Media*, J. ADVERTISING, Fall 1997, at 61, 61.

<sup>95</sup> DAVID HARVEY, THE CONDITION OF POSTMODERNITY: AN ENQUIRY INTO THE ORIGINS OF CULTURAL CHANGE 286 (1990).

<sup>96</sup> KENNETH J. GERGEN, THE SATURATED SELF: DILEMMAS OF IDENTITY IN CONTEMPORARY LIFE 49 (1991); see also TODD GITLIN, MEDIA UNLIMITED: HOW THE TORRENT OF IMAGES AND SOUNDS OVERWHELMS OUR LIVES 38-44 (2001) (「過飽和」と無関心について論じている); Coombe, *supra* note 70, at 203 (「国内の大衆市場の視覚的文化では、社会的差異の徴候が過剰供給されていることが多い。』)。

<sup>97</sup> See Margaret Crawford, *The World in a Shopping Mall*, in VARIATIONS ON A THEME PARK: THE NEW AMERICAN CITY AND THE END OF PUBLIC SPACE 3, 14 (Michael Sorkin ed., 1992) (「(消費者が)定まった歩行から気まぐれで曲がりくねった足取りへと変化したことから Gruen Transfer の現象を直ちに見てとれる。』)。

豊富になる。それはノイズになるのである<sup>98</sup>。その結果は、完全に同じものではないにしても、相対的志向をもつ経済理論家にとって、少なくとも聞き覚えのあるものであろう。それは、他人の一枚上をゆくことを目指す、らせん状のゲームであり、混雑したレストランで大きくなっていく雑音あるいはタイムズスクエアの共感覚が増幅したものと同種のものである。その結果は、言葉を換えれば、ゼロ和ゲーム、あるいは少なくともコモンスの悲劇、すなわち、商品化された識別性は、それ自体がありふれたものであるがゆえに、識別の役に立たないという状況に極めて類似するようと思われる。Simmelの主張を概括すれば、流行のプロセスが広がれば、そのプロセス自体が徐々に終わりに、すなわち Jean Baudrillard が「同じであるという地獄<sup>99</sup>」と非常に悲観的に称した終着点に近づいていくのである。

我々が、理論的により注意深いアプローチを採用し、識別性を性質上単に階級的な1次元のものとして考えるか、さらに突き進んで、性質上対等な多次元のものでもあるとして理解するかにかかわらず、奢侈禁止規範の下での、商品化された識別性の制度が限界、すなわち密集閾<sup>100</sup>であって、

<sup>98</sup> See RICHARD SENNETT, *THE CONSCIENCE OF THE EYE: THE DESIGN AND SOCIAL LIFE OF CITIES* 129 (1990) (「私は豊富であること、すなわち啓蒙運動で約束された改善によって苦しめられている。私の感覚は、イメージであふれているが、あるイメージと他のイメージとの価値の差は、私自身の行動のようにはかないものとなる。違いというものが単なる種類のパレードになるのである。」); Douglas Kellner, *Baudrillard: A New McLuhan?*, ILLUMINATIONS, <http://www.gseis.ucla.edu/faculty/kellner/essays/ baudrillardanewmcluhan.pdf> (last visited Jan. 9, 2010) (「メディアによるメッセージが過剰供給されていると一般に考えられている社会では、情報と意味は『内側に破裂』し、崩壊して意味をもたない『ノイズ』、すなわち内容や意味を有しない純粋な効果となる。」 (JEAN BAUDRILLARD, *The Implosion of Meaning in the Media, in SIMULACRA AND SIMULATION* 79 (Sheila Faria Glaser trans., Univ. of Mich. Press 1994) (1981) をパラフレーズしたもの)).

<sup>99</sup> JEAN BAUDRILLARD, *THE TRANSPARENCY OF EVIL* 122 (James Benedict trans., Verso Books 1993) (1990).

<sup>100</sup> Cf. Jonathan M. Barnett, Essay, *Shopping for Gucci on Canal Street: Reflections on Status Consumption, Intellectual Property, and the Incentive Thesis*, 91 VA. L. REV. 1381, 1389 (2005) (「過剰供給閾」に達した後、流行の需要が低下し始めることについて論じている (internal quotation marks omitted)).

相対的有用性全体にとどまらず、おそらく絶対的有用性さえも低下し始める地点に直面するという問題が我々には未だに残されているのである。私がこの結論を提案すると、読者は、双方のアプローチがその制度の理論を極端なところまで、すなわち我々の実際の消費制度が今までに到達しておらず、永遠に到達しない可能性がある終着点まで突き詰めていると異議を唱えるかもしれない。なるほど、これは現代の学術的文化理論のほとんどに対しては正当な批判である。しかし、我々は、相対的消費の制度において最近生じた根本的な転換の重要性を過小評価してはならない。それは、我々が識別性を与えるものとして依拠していた商品の性質を変え、そのような商品の生産と流通を大いに加速させたのである。ポスト産業化経済におけるその他の価値あるもののように、我々の地位を表す商品は、ますます知的財産の形態をとるようになっていく。これは、知的財産法が、我々がこれまでずっと自然に任せていた、個々の識別性の形態が欠乏する状況を実現するひとまとまりの法律だからである。このような転換へと駆り立てた技術的状況についてこれから論じることとする。

### C. コピー技術の社会的問題点

次のような多様なコピー行為の具体例について考えてみてほしい。そのいくつかは高度に精巧なものであり、その他は明らかにそれほどでもない。第一に、1954年にゼネラルエレクトリックの技術者が、主に研磨材に利用される非常に小さな人造ダイヤモンドを製造する方法を開発した<sup>101</sup>。そのときから、様々な会社が、宝石としての質を備えた「人工ダイヤモンド」であって多くの人が天然ダイヤモンドと区別できない<sup>102</sup>ものを製造する

<sup>101</sup> See H.P. Bovenkerk et al., *Preparation of Diamond*, 184 NATURE 1094 (1959); F.P. Bundy et al., *Man-Made Diamonds*, 176 NATURE 51 (1955).

<sup>102</sup> See Ziv Hellman, *A Multi-Faceted Industry*, JERUSALEM REP., Mar. 18, 2008, at 32, 33 (「現在の人造ダイヤを一つ、50年の経験をもつダイヤモンド鑑定士の目の前に置き、顕微鏡を与えて見てもらいなさい。それでも鑑定士は天然ダイヤモンドとの区別がつけられないでしょう。」 (E.G.L. Ltd. 宝石学研究所の C.E.O. である Guy Benhamou の言葉を引用)).



方法を開発した。2004年には、デビアスのカルテルが、文字通り最初に、ダイヤモンドにレーザーで商標を刻みつけることを始めた<sup>103</sup>。第二に、Marc Cooper は、氏の2001年の自叙伝 *Pinochet and Me* において、次のように記録している。「チリのサンチアゴにある上品な Vitacura 地域の中の警察の検問所によれば、運転中に携帯電話を使用していることで違反切符を切られた運転者が、高い割合でおもちゃの携帯電話を使用しており、中には木製のレプリカを使用している者もいたということがわかった。中流階級の運転手で、クーラーがあることを装うために、窓をしめたまま日焼けする者もいた<sup>104</sup>」。第三に、Jacques Pépin *Fast Food My Way* では、有名な料理人である Jacques Pépin が「マッシュルームとトリュフ入りスクランブルエッグ」のレシピにおいて「よいトリュフがみつからなければ、よいトリュフオイルで代用してください<sup>105</sup>」と提案する。Pépin は実際のトリュフが、それがたとえ「よい」トリュフであっても、そこから油など取れないこと、むしろ「トリュフオイル」が合成物質であり、高級レストラン（そこで使われる最も重要な材料が大抵、強烈に刺激的な有機化合物である 2,4-ジチアペンタンである<sup>106</sup>）で広く、しかしこっそりと使われているものであることを注記しない。最後に、四番目として、1969年から1973年までの間に、イタリアの自動車製造会社フェラーリがちょうど100台の365

<sup>103</sup> See *Changing Facets*, ECONOMIST, Feb. 24, 2007, at 75.

<sup>104</sup> MARC COOPER, PINOCHET AND ME: A CHILEAN ANTI-MEMOIR 85-86 (2001), quoted in Luuk van Kempen, *Fooling the Eye of the Beholder: Deceptive Status Signalling Among the Poor in Developing Countries*, 15 J. INT'L DEV. 157, 157 (2003); see also David Barboza, *Where False Rings True*, N.Y. TIMES, Apr. 28, 2009, at B1; cf. *Simulated Car Phone*, U.S. Patent No. 4,973,285 (filed Oct. 5, 1989).

<sup>105</sup> JACQUES PÉPIN, JACQUES PÉPIN FAST FOOD MY WAY 58 (2004).

<sup>106</sup> See Daniel Patterson, *Hocus-Pocus, and a Beaker of Truffles*, N.Y. TIMES, May 16, 2007, at F1; cf. Peter Kiefer, *Diner Beware: Touristi Pay More in Roman Restaurants*, N.Y. TIMES, Aug. 9, 2006, at A4 (味のわからない観光客向けに安価な材料で料理を作る実情を述べている); Editorial, *Truffle in Paradise*, GLOBE & MAIL, Jan. 20, 2003, at A14 (フランス政府がペリゴールトリュフを中国産トリュフと区別するためにDNA検査を開発しようと尽力していることについてコメントしている)。

GTB/4 Daytona Spyder オープンカーを製造した<sup>107</sup>。1985年には、中古市場で Daytona Spydery が最高で 1 台200万ドルで取引されていたが、テネシー州キングSPORTの Carl Roberts が「Miami Spyder」改造キットを販売し始めた。そのキットは、主な構成部品がファイバークラス製の張りぼてで、シボレー社のコルベットの車体にボルトで固定することで真正な Daytona Spyder のように見えるというものだった<sup>108</sup>。Roberts は、フェラーリが商標権侵害及び著作権侵害に基づき訴えを提起する前に<sup>109</sup>、そのキットをおよそ80個、安くして 1 つ8500ドルで販売した。このとき、既にフェラーリは、同じく「フォラーリ (fauxrrari)」(訳者注: Faux は「にせの」という意味がある) キットの製造をしていた他の会社に対しても訴えを提起していた<sup>110</sup>。

これらのコピー行為の具体例には、それぞれ何らかのコピー技術が関わっており、それぞれが、独自の方法で、奢侈禁止の規律を脅かすものである。私がコピー技術と言った場合は、手動式のもの、機械式のもの、デジタルなもの、遺伝子学的なもの、あるいはその他の技術によるものをすべて含み、我々が、無形のデザイン又は形態(知的財産用語でいえば、無形の「創作物」)から、出来のよい有形のコピーを作るのに使うもの(ことを意味し、そのデザインが人の手によるものか自然界に存在するものかにかかわらない。そのようなコピーは、無形のデザインを完璧に具現化する必要はなく、多くの場合具現化していないが、単純に、具現化したデザインの利用目的を達成するのに十分な態様でそのデザインに近似するというように、修辭的な意味においてもっともらしいのである。大量生産の自動車のデザインの(あるいは大量に製本された書籍のデザインでさえも)1 番目のコピーと1000番目のコピーは全く同じものではないが、我々は、

<sup>107</sup> Ferrari S.P.A. *Esercizio Fabbriche Automobili E Corse v. Roberts*, 944 F.2d 1235, 1237-38 (6th Cir. 1991).

<sup>108</sup> Ferrari S.P.A. *Esercizio Fabbriche Automobili E Corse v. Roberts*, 739 F. Supp. 1138, 1140 (E.D. Tenn. 1990), *aff'd*, 944 F.2d 1235.

<sup>109</sup> *Id.*

<sup>110</sup> See Ferrari S.P.A. *Esercizio Fabbriche Automobili E Corse v. McBurnie Coachcraft Inc.*, No. 86-1812-B (IEG), 1988 WL 391519 (S.D. Cal. Aug. 31, 1988).

各コピーが、同じデザインをコピーしたものであれば機能するであろう態様で機能する限りは、それぞれが同じデザインのもっともらしいコピーであると通常考えるのである。我々は、無形のデザインが具現化したもののうち、天然のもの、許諾に基づくもの、あるいはそれ以外の理由で許容できるようなもののほとんどが、当該デザインに十分近似し、「スーパーコピー」として容易に通用することを期待するようになったのである。もっともらしいかどうかという問題はほとんど関連性がないように思われる。しかし、デザインを具現化したもののうち、人造のもの、無許諾のもの、あるいは代用品を製造することについて考えた場合、そのデザインが知的財産法で保護されているか否かにかかわらず、もっともらしさが問題となるのである。したがって、もっともらしさこそが、ワイン評論家がニューワールドで作られた、フランスのシャンパーニュ地方のスパークリングワインの「よくできたコピー<sup>111</sup>」について話すときに考えていることであり、あるいは芸術評論家がロダンの彫刻の生前の作品と死後の作品を区別するのに苦労しているときに考えていることなのである<sup>112</sup>。イタリアの高級品メーカーが、自己の商品の市場にいわゆる「真正な偽物<sup>113</sup>」、すなわち真正品の製造に使われるのと同じ材料で真正品の製造を受託している業者が製造している無許諾の過剰生産品<sup>114</sup>があふれている場合に関心をもつのも、もっともらしさである。そのような場合により重要な問題は、商品がどのようなものであるかということではなく、商品がどのように知覚されているかなのである<sup>115</sup>。

<sup>111</sup> Jancis Robinson, *Make Sure Your Fizz Is the Biz*, FIN. TIMES, Dec. 28-29, 2002, at x.

<sup>112</sup> See Deborah M. Hussey, *The Sine Qua Non of Copyright*, 51 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 763, 789-90 (2004).

<sup>113</sup> See Richard Boudreaux, *In Italy, It's Survival of the Fakest*, L.A. TIMES, Oct. 6, 2000, at E1.

<sup>114</sup> See TIM PHILLIPS, *KNOCKOFF: THE DEADLY TRADE IN COUNTERFEIT GOODS* 69-70 (2005); Boudreaux, *supra* note 113.

<sup>115</sup> See THOMAS, *supra* note 65, at 280 (「旅をしてわかったことは、人が本物と偽物との間に違いがあるとはもはや考えていないということである。Bernard Arnault のマーケティング計画はうまくいった。消費者は、高級ブランド品を、それ自体がどのようなものなのかを見て買うのではなく、それがどのようなことを表しているのか

最後に述べたような意味で、コピー技術は、絶対的有用性よりも相対的有用性を授与することを主な機能とする、もっともらしいコピーを作るのに利用される場合に、特に強力であって、奢侈禁止の規律を脅かすものであることが判明した。特に強力である理由は、そのようなコピーは、通常、もっともらしくあるためにオリジナルと同じ絶対的有用性をもたらすものである必要がないからである<sup>116</sup>。Roberts の改造キットの購入者は、木製の携帯電話が本物の携帯電話と同じ絶対的有用性を与えてくれるものでないと同様に、キットをもってしても、基礎となる「ドナー車」に Daytona Spyder の絶対的有用性、例えばそのハンドリングや加速力が備わるはずはないことは十分承知していた。重要なのは、ドナー車が一定程度の絶対的有用性を与えるものでなければならず、そうでなければたぐらみは失敗に終わってしまうということである。しかし、同様に重要なのは、米国での速度制限や交通状況の実態の下では、Roberts の顧客は、コルベット、さらには結果的には Pontiac Fiero<sup>117</sup>でさえも、ドナー車としての役割を十分に果たすものと考えたようだということである。非常に明白なことであるが、この種のコピー技術は、策略を探知する人間の知覚能力の限界、あるいは策略を受け入れる用意のある人間の知覚能力の限界に依拠するのである。絶対的有用性の需要が緩和された場合や、絶対的有用性のレベルが合理的な人間の知覚能力を上回り、鑑定家や模倣品捜査官でさえも違いがわからないような場合は、多くの場合、代用品（トリュフオイル）のほう複製した物（実際のトリュフ）と比べても十分なのである。

識別性のある商品のもっともらしいイミテーションは、そのようなイミテーションが流通することで元の商品が相対的有用性を与える能力を阻

を見て買うのである。よくできた偽物、すなわち本物として通用するような類のものは、今は社会的には本物と同じものを表すのである。』。

<sup>116</sup> Cf. Gene M. Grossman & Carl Shapiro, *Foreign Counterfeiting of Status Goods*, 103 Q.J. ECON. 79, 82 (1988) (「模倣者は、製品のステータスの側面と質的側面を切り離すことで、双方と一緒に購入するために高い金額を支払うことを望まない消費者が、前者を購入することができるようにするのである。』)。

<sup>117</sup> See Ferrari S.P.A. *Esercizio Fabriche Automobili E Corse v. Roberts*, 739 F. Supp. 1138, 1141 (E.D. Tenn. 1990), *aff'd*, 944 F.2d 1235 (6th Cir. 1991).

害し、かつそのような有用性は、多くの場合、元の商品が提供することが求められるただ一つの有用性の形態であるがゆえに<sup>118</sup>、奢侈禁止の規律を特に脅かすものである、ということが判明したのである。天然ダイヤモンド業界は、1世紀前に天然真珠業界が懸念を抱いていたように、高度にもっともらしいイミテーションが出現したことを懸念しているが、その主な理由は、代替されることにあるわけではない。婚約指輪として天然ダイヤモンドを買ったであろう消費者が、代わりに人工ダイヤモンドを買うであろうということではない<sup>119</sup>。当該業界の懸念はむしろ、希釈化である。それは、デビアスのカルテルが明らかに、長きにわたって非常に神経をとがらせていた現象である<sup>120</sup>。デビアスのカルテルが懸念しているのは、もっともらしいイミテーションが豊富にあることで、流通していると思われる天然ダイヤモンドの総数という次元と、流通していると思われる天然ダイヤモンドに極めて近い商品の数の次元の双方における、ダイヤモンドが希少であるという認識を、時の経過とともに侵食するのではないかということである。なるほど、ダイヤモンドが希少であるとの認識は、既に希釈化が始まっているように思われる<sup>121</sup>。これはおそらく、相対的商品の業界においても模倣に関する一番の懸念事項であり、ハイテク商品（例えばスーパーカー<sup>122</sup>や携帯電話<sup>123</sup>）の模倣についても同様である。

<sup>118</sup> *But see* Barnett, *supra* note 100, at 1382-83 (特定の状況の下では、不完全な模倣品のおかげで、合法的な製造者の収入が増加する可能性があるとして主張する)。

<sup>119</sup> Sophia Chabbott, *Industry Splits on Natural vs. Man-Made Diamonds*, WOMEN'S WEAR DAILY, July 9, 2007, at 14 (「高級志向の消費者は、人造ダイヤモンドではなく、天然ダイヤモンドを欲しがらるだろう。」(天然ダイヤモンド販売業者 Diamond in the Rough の代表者 Anjanette Clisura の発言を引用している))。

<sup>120</sup> *See generally* JANINE ROBERTS, GLITTER & GREED: THE SECRET WORLD OF THE DIAMOND CARTEL 83-98 (2d ed. 2007)。

<sup>121</sup> *See* Edward Simpkins, *The Changing Face of Diamonds*, SUNDAY TELEGRAPH, Dec. 14, 2003, at 6。

<sup>122</sup> *See* Christian Fraser, *Italy Arrests "Fake Ferrari" Gang*, BBC NEWS, Feb. 28, 2008, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/7269774.stm> (最近のイタリアにおける、Ferrari 328 GTB の模倣品製造を行っていた個人の集団の逮捕について記述している)。

<sup>123</sup> *See* Shunsuke Tabeta, *Apple's Sophisticated Marketing Expertise Faces Tough Test in*

確かに、ありとあらゆるコピー行為は、人類による模倣があったころから存在し、奢侈禁止法の歴史により証明されるように、長らくの間、識別性のある商品についてなされる場合に、特に効果的だった。テオドシウス二世は、15世紀に、無許諾でウールを「皇帝を表す深い紫色」に染めた者あるいはシルクを「薔薇色に染めた後、別の色彩で染めた者は、死刑とする」旨の勅令を発した<sup>124</sup>。17世紀のフランスの奢侈禁止法令では、貴族以外は、それが本物であろうとイミテーションであろうと<sup>125</sup>、金、銀、コードュロイ又はレースで刺しゅうされた生地を身につけてはならない旨、入念に規定した。重要で影響力の大きい1879年の Trade-Mark Cases という事件<sup>126</sup>は、輸入シャンパンの模倣が原因となって発生したが<sup>127</sup>、Hand 判事は、半世紀後の商標に関する意見の中で、「不実な飲食店経営者」は「夜が更けるにつれて殊更に」「国産のシャンパンで代用する」かもしれない、それが容易であることは裁判所に顕著であるとした<sup>128</sup>。

しかし、我々は、おそらく、そのような行為の新たな段階に到達したのである。「デジタル時代」において、もっともらしい、実に完璧なデジタルコピーの製造コストが急落し、デジタルコンテンツ産業の損失が膨大であるというのは従来から知られていることである。あまりよく認識されて

*China*, NIKKEI WKLY., July 28, 2008, at 11 (中国における iPhone もどきの普及について論じている); Jason Tan, *Banking on the Look Factor*, NEW STRAITS TIMES (Malaysia), Dec. 6, 2007, at 9 (同前)。

<sup>124</sup> Code Just. 11.8.3 (Theodosius, Arcadius & Honorius 393/395) (S.P. Scott trans.)。

<sup>125</sup> CARL KÖHLER, A HISTORY OF COSTUME 289 (Emma von Sichart ed., Alexander K. Dallas trans., 1933); cf. Cissie Fairchilds, *The Production and Marketing of Populuxe Goods in Eighteenth-Century Paris*, in CONSUMPTION AND THE WORLD OF GOODS 228 (John Brewer & Roy Porter eds., 1993) (18世紀後半のパリにおける、奢侈禁止法の廃止後の下流階級による「貴族的な高級品の安価なコピー」の消費について論じている)。

<sup>126</sup> 100 U.S. 82 (1879)。

<sup>127</sup> *See* Zvi S. Rosen, *In Search of the Trade-Mark Cases*, 83 ST. JOHN'S L. REV. (forthcoming) (manuscript at 32), available at <http://ssrn.com/abstract=1268558>。

<sup>128</sup> G.H. Mum Champagne v. E. Wine Corp., 142 F.2d 499, 501 (2d Cir. 1944) (Hand, J.); *see also* David Hancock, *Commerce and Conversation in the Eighteenth-Century Atlantic: The Invention of Madeira Wine*, 29 J. INTERDISC. HIST. 197, 216-18 (1998) (18世紀のマデラ酒製造業者の、イミテーションを抑制しようとする試みについて記述している)。

いないのは、我々の「ダイヤモンド時代」<sup>129</sup>の初期において、有形物を上手に模倣するコストもまた急激に低下し、模倣の質とスピードが劇的に上昇したということである<sup>130</sup>。考えてみてほしいのは、最近の注目の事件である Tiffany (NJ) Inc. v. eBay, Inc.<sup>131</sup>において、様々な eBay の販売業者から Tiffany が購入した186個もの Tiffany ブランドの銀のジュエリーのうち、Tiffany がそのおよそ4分の1について模倣品か真正品かが判断できないと認めたということである<sup>132</sup>。あるいは、ファッションデザイナーらが、以前からしていることであるが、自身が自己のデザインの真正なコピーを流通させることができるようになる前に、模倣者らがファッションデザイナーらの最新デザインの「完全なコピー」<sup>133</sup>を量販店に流通させることができるということについて、今や頻繁に、議会に苦情を申し立てている（あるいはそのことを認めている）ということを考えてみてほしい<sup>134</sup>。物質的希少性のほとんどすべて、すなわち相対的有用性を物質的に具現化したもののすべては、技術的に模倣することができ<sup>135</sup>、かつ模倣されているので

<sup>129</sup> See generally NEAL STEPHENSON, THE DIAMOND AGE (1995); Ralph C. Merkle, *It's a Small, Small, Small, Small World*, TECH. REV., Feb./Mar. 1997, at 25, extended version available at <http://www.zyvx.com/nanotech/MITtecRvwSmlWrld/article.html> (分子のナノテクノロジーによる製造能力について論じている)。

<sup>130</sup> See, e.g., *Imitating Property Is Theft*, ECONOMIST, May 17, 2003, at 52, 54 (模倣技術の改善について論じている)。

<sup>131</sup> 576 F. Supp. 2d 463 (S.D.N.Y. 2008).

<sup>132</sup> *Id.* at 485. この事実気づかせてくださった Ann Bartow 氏に感謝したい。

<sup>133</sup> *Protection for Fashion Design: Hearing on H.R. 5055 Before the Subcomm. on Courts, the Internet, and Intellectual Property of the H. Comm. on the Judiciary*, 109th Cong. 12 (2006) [hereinafter *Hearing on H.R. 5055*] (ファッションデザイナー Jeffrey Banks の米ファッション・デザイナー協議会を代表しての発言)。

<sup>134</sup> See *id.* at 81-82 (Fordham Law School の法学客員教授である Susan Scafidi の発言); see also THOMAS, *supra* note 65, at 283 (『模倣者は、元の商品の3次元スキャンをとる。その方法でパターンの完璧なコピーを生み出すのである。』(模倣防止の専門家の発言を引用している)); Hemphill & Suk, *supra* note 38, at 1170-74 (『ファストファッションの模倣者』について論じている)。

<sup>135</sup> See, e.g., Org. for Econ. Co-operation & Dev., THE ECONOMIC IMPACT OF COUNTERFEITING AND PIRACY 262 (2008) (『ほとんどすべてのものを模倣することが可能であ

り、その結果、多くの相対的商品が、紙幣と同じく、認証装置の伝達と展示の手段にすぎないものとなり、それ自体が識別性のある商品として保持され展示されている(そして模倣されている)。

そのような実情が、最終的に予告するかもしれないことは、本稿では物事を極端なところまでを考えるのであえて述べるが、ほかならぬ、一種の奢侈禁止規範のダイヤモンド時代の到来である。ダイヤモンド時代のメタファーは、SF小説に由来するものであり<sup>136</sup>、そしてそれだけでは、多くの読者が受け入れないかもしれないが、科学者や技術者はおそらく拒否しないであろう<sup>137</sup>。いずれにしても、少しの間考えてみるだけの価値はある。その象徴がイメージするものは、個々の原子とその構造的関係を操作することによって人類の技術で安価にいかなる物質的な形態をも複製することができる人類の発展の時代であり、そのような技術が広く利用可能な時代である。その時代で達成するもののうちの代表的なものは、ダイヤモンドを様々な形態で容易に製造することのできる人類の能力であろう。我々が相対的商品を(必ずしもその絶対的有用性を模倣することなく)もっともらしく模倣する能力は増大しているが、この能力は、そのような環境において知的財産法が果たす社会的役割がどんなものであるかを予期する。なぜならば、上記で論じた模倣技術が最終的に予測するのは、ある種のポスト希少性世界であり、そこでは特定の絶対的有用性の物質的形態が欠乏したままであるものの、相対的有用性の物質的形態のもっともらしいコピーは過剰となるからである。これを突き詰めると、これらの技術は、「万能プリンター」とでもいうべきものが、単に想像上のものではなく、ますます現実化していく可能性のあるものだということを示唆する<sup>138</sup>。15世紀

る。』)。But see Barnett, *supra* note 100, at 1385 (『購買行動がステータス志向により強く駆り立てられている市場においては、無許諾のイミテーションは一般的に不十分なものである。』)。

<sup>136</sup> See generally, e.g., STEPHENSON, *supra* note 129.

<sup>137</sup> See generally, e.g., Paul W. May, *The New Diamond Age?*, 319 SCIENCE 1490 (2008).

<sup>138</sup> See Duncan Graham-Rowe, *3-D Printing for the Masses*, TECH. REV., July 31, 2008, <http://www.technologyreview.com/Infotech/21152/?a=f>; Saul Hansell, *Beam It Down from the Web, Scotty*, N.Y. TIMES, May 7, 2007, at C1 (3次元プリンターの開発について論

の2次元プリンターと、デジタル記録化されたデザインに従って有形物を「印刷」することができる21世紀の3次元プリンターの違いは、種類の違いというより程度の違いとして考えられるだろうと示唆しても、大げさではないであろう。概念的には、産業的な製造のすべてが、多かれ少なかれ、この万能プリンターに近いものであった。違いは、我々の製造技術の、活字に少し類似した<sup>139</sup>、極めて高い柔軟性にある<sup>140</sup>。そのような、表現や物のレトリックを印刷する万能プリンターの経済においては、すべての商品が本質的には知的商品（すなわち、無形のデザインが具現化したもの）となり、空間と自我を除くすべての財産が、本質的には知的財産となるのである（バーチャルな世界では既にそのようになっているが、そこではバーチャルな空間と、おそらくバーチャルな自我も含めてそのようになっている）。そして、ここでこのいっそう限定的な目的からして重要なのは、相対的商品と奢侈禁止的規律の規制は、完全に知的財産法に委ねられるということであり、ここで、知的財産法の現代の奢侈禁止法としての役割に話題を移すこととする。

---

じている); Ian Mount, *Rise of the Instapreneur: Manufacture and Sell Anything*. In *Mimutes.*, WIRED, Apr. 2008, at 129.

<sup>139</sup> Cf. MARSHALL MCLUHAN, *ESSENTIAL MCLUHAN* 307 (Eric McLuhan & Frank Zingrone eds., 1995) (「活字は、既に、現代の組み立てラインの萌芽であったのである。」).

<sup>140</sup> 柔軟な専門化については、*see generally* MICHAEL J. PIORE & CHARLES F. SABEL, *THE SECOND INDUSTRIAL DIVIDE: POSSIBILITIES FOR PROSPERITY* (1984). Cf. BOOKCHIN, *supra* note 26, at 61-62 (「高度に融通性のある、多目的機械」であって「一つの工場で、多くの種類の製品を製造することを可能とするもの」について論じている); J. Storrs Hall, *Utility Fog: The Stuff that Dreams Are Made Of*, in *NANOTECHNOLOGY: MOLECULAR SPECULATIONS ON GLOBAL ABUNDANCE* 161 (B.C. Crandall ed., 1996) (様々な形をとって様々な機能を果たす機械的な「フォグレット」の群れを予想している).