



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	A Philosophy of Intellectual Property (1)
Author(s)	Drahos, Peter; 山根, 崇邦//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 34, 1-56
Issue Date	2011-06
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/47303
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ34_001.pdf



A Philosophy of Intellectual Property (1)

Peter DRAHOS

山根 崇邦(訳)

―目 次―

第1章 序

いくつかの区別

経済学理論

本書各章の概観

知的財産権の対象分野に関するノート

第2章 知的財産権の正当化：起源に遡って

なぜ歴史なのか？

知的財産権の分類：ローマは物語る

知的財産権の正当化

著作権

特許権

結論（以上、本号）

第3章 ロック、労働、知的コモンズ

第4章 ヘーゲル：知的財産の精神

第5章 生産的生活における abstract objects：マルクスの議論

第6章 財産、機会、利己主義

第7章 abstract objects の力

第8章 情報の正義

第9章 知的財産権：道具主義に賛成、財産権優越主義に反対

第1章 序

所有理論 (the theory of property) に関しては、これまで数多くの著作が書き表されている。所有はこれまで、そして今なお、社会科学理論についての根本的なテーマの1つとなっている。その権利の形式（つまり、所有と

は権利の束であるという考え方¹⁾において、所有は哲学的分析の主要な対象であり続ける。所有に関する文献は膨大な数にのぼるが、知的財産について明示的に論じたものは比較的少ない。もしかすると、所有の一般理論が知的財産権を含むあらゆる所有形態を明らかにするということが前提とされているのかもしれない。この前提はおそらく正しいし、またおそらく正しくない。他の財産権 (property rights) と同じく、知的財産権は私人間の関係を規律するものである。しかし不動産法と異なり、知的財産法は権利を abstract objects (抽象的対象、無体物) に指定する。アルゴリズムやペニシリンの製法およびその派生物は abstract objects の具体例である。多くの人々が abstract objects を必要とし、利用をし、依存をしている。現代の「オン・ライン」社会における社会生活や事業を特徴づける相互依存関係の多くが、そのような abstract objects と結びついている。重要な abstract objects の私的支配を許容する所有形態は、とりわけ社会において多くの人的依存関係を生み出す。それは私的権力の膨張をもたらす。個人の消極的自由、つまり干渉されない権利はますます大きな危険に直面する。所有がその範囲を abstract objects にまで拡大するとき、多くのことが危機にさらされる。これらの理由から、少なくとも次のことを問うことには価値があるように思われる。それはすなわち、我々は所有に関する既存の1つまたは複数の一般的な説明の枠内で知的財産を受容することができるのか、それとも我々は知的財産特有の理論を発展させなければならないのかということである。

本書はこの問いに対する解答の端緒を提示するものである。本書では、ロック、ヘーゲル、マルクスという、所有に関する三人の重要な思想家の著作を取り上げる。そして結論として、驚くことではないが、我々が知的財産の現象について理解するうえでこれらの著作は非常に有益なもので

¹ 権利の束という財産観は、ケビン・グレイ (Kevin Gray) の次のような一節が上手く捉えている。いわく、「私が領空の一部を販売する場合、肝心なことは、希薄な大気の分子を別にすれば、そこには絶対に *何も (nothing)* 存在しないということである。もちろん重要なことは、私はあなたに物ではなく『権利の束』 (a bundle of rights) を譲渡したのであり、『権利の束』こそが財産を構成するということである。」K. Gray, 'Property in Thin Air', 50 *Cambridge Law Journal*, 252, 259 (1991).

あるということを提示する。本書では包括的な知的財産理論の提示は行わない。その代わりに最終章では、道具主義という哲学的姿勢が知的財産に関する学際的アプローチや理論枠組みを構築するうえで指針となるべきことを主張する。とりわけこのことは、知的財産権の場合には、特権 (privilege) という用語が財産権という既存の用語に取って代わるべきであるということの意味する。義務を帯びた特権こそが知的財産理論の中核をなすべきであるというのが、本書の最終章の主張である。

いくつかの区別

リベラルな系譜における所有理論の構築は、通常、財産権理論の構築という形をとることが多かった。このように所有を一種の権利として取り扱うことは、権利の一般理論と所有理論との大きな相互作用を生み出すことが予想される。そしてそのことは、はたしてあらゆる権利は財産権であるのかという問いへと我々を誘うのである²⁾。権利基底的な所有理論に属する研究がその権利の範囲および対象の境界を定めるために典型的に用いるいくつかの区別が存在する。そうした区別の種類というのは、存在論的アプローチ、言語学的アプローチ、分析的 (ないし概念的) アプローチ、および規範的アプローチ間での区別である。我々は現在の取組みがこれらの区別との関連でどこに位置するのかについて、ここで簡単にでも何かいっておく必要がある。しかし、まずは当該区別自体について一言述べることにする。

存在論的分析は、権利は存在するか否か、存在するとすればどのような方法で存在するのかという問題に焦点を当てる。自然権や自然権的財産権の存在をめぐる論争は、存在論的問題の具体例である。言語学的アプローチとは、通常の言語使用においてみられる意味や区別を参照することで、所有や権利の意味を確定しようと試みる手法のことである³⁾。限られた紙幅の中で言語学的アプローチと分析的アプローチとの区別を行うことは

² こうした議論については、G.F. Gaus, 'Property, Rights, and Freedom', 11 *Social Philosophy and Politics*, 209, 211-216 (1994) 参照。

³ A. Reeve, *Property* (London, 1986), 10-12.

困難である⁴。ごく大まかにいえば、分析的アプローチとは、資料としての通常の言語に自らを閉じこめることなく、理性および確立された推論技法という制約のもとで、特別に規定された多様な区別や概念モデルを検討の用に供することを提案し構築するものと概括することが許されよう。分析的アプローチは、所有や権利のような概念の論理的な性質に焦点を当てる傾向がある。そうした分析的アプローチは、定義および概念分析のプロセスを通じて、よりよい概念モデルや概念の構造的かつ関係的理解を得ようと努める。分析的に取り組む場合、哲学者は、誰が権利をもつことができるのか、そしてそれはどのような条件の下においてかといった質問を行う。例えば、哲学者は、権利をもつということは何であるのかということと、どのような権利を我々は承認すべきかということとの区別を描きだそうとする。所有や権利の分野において大きな影響力をもつ分析的アプローチの例は、権利 (right)、義務 (duty)、特権 (privilege)、無権利 (no-right) といった相互に説明可能な概念間の、法的相関項の集合 (a set of *jural correlatives*) としての、つまり矛盾項 (contradictories) および相関項の矛盾項の集合としての、ホーフエルド (Hohfeld) の権利モデルである⁵。(我々は第7章においてその体系と知的財産権へのインプリケーションについて論じる予定である。) 最後に、所有理論や権利論における規範的アプローチは、何らかの結論に到達するために、あれこれと多様な価値を利用する。規範的アプローチは処方箋あるいは正当化と関係している。つまり行為のルールが提案されるか、あるいは擁護されるのである。

規範的所有理論の大半が私的所有権の正当化可能性の検証に焦点を当ててきた⁶。この特定の取組みへの強い関心は、単に現代においてみられる

ものではない。それは大抵の哲学的問題と同様、昔からみられるものである。私的所有に対する継続的な関心は、自然法の伝統において研究に取り組む者にとって重要な意味をもつ問いかけに端を発するものである。それは、所有権の起源や基盤を探し求めることから構成されるものであった。

自然法論者にとって、所有権の起源の究明はあらゆる確立された個人の財産保有の正当性を脅かす可能性がある。そのような革命的な帰結が起こりえそうであることは、神の存在と聖書の内容を真剣に考慮することから生じたものであった。ブラックストーンは、その著書『イギリス法釈義』(*Commentaries on the Laws of England*)の中で、問題の本質を上手く捉えている。彼は次のように指摘する。厳密に言えば、「なぜ羊皮紙に書かれた文書の文言が土地の支配権を付与することになるのかということについての、自然ないし自然法上の根拠は何も存在しない。」⁷ キリスト教における神中心の世界では、この問題は特に深刻である。というのも、神が大地をその住人に共有のものとして与えたことに疑いはないからである。それでは、いったいどのようにして、この世界における個々の所有者がその所有物に対して結果的に行使することになる「唯一絶対の支配権」を正当化することができるのであろうか⁸。実際のところ、ブラックストーンは「正当化」という言葉は用いていない。むしろ彼は、私的所有権は広く普及しており、また一般大衆によって広く受容されているものであるが、それは説明が必要なものであると考えている。つまり私的所有というものは、法が合理的科学として機能する以上、なお説明を要する現象であるというわけである。

自然法上の所有理論におけるこうした説明的分析方法の重要性は、グロティウスの所有論に見いだすことができる。グロティウスにとって、戦争の原因の1つは、我々に帰属する事物への侵害である⁹。こうしたことが

⁴ その理由の1つは、そうした区別を行おうとする試みが直ちに哲学的分析それ自体の性質問題を生みだすからである。この問題に関する文献として、R. Rorty (ed.), *The Linguistic Turn* (Chicago, London, 1967) を参照。

⁵ W.N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions* (Westport, Connecticut, reprinted 1978).

⁶ 現代の議論としては、例えば、L.C. Becke, *Property Rights – Philosophic Foundations* (London, Boston, 1977); A. Ryan, *Property and Political Theory* (Oxford, New York, 1984); J.O. Grunebaum, *Private Ownership* (London, New York, 1987); J. Waldron, *The Right to Private Property* (Oxford, 1988); S.R. Munzer, *A Theory of Property* (Cambridge,

1990) がある。議論の概観として、A. Reeve, ‘Property’ in R.E. Goodin and P. Pettit (eds.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy* (Oxford, 1993), chapter 31 を参照。

⁷ Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765; 1783 ed., reprinted by Garland Publishing, New York, London, 1978), Book II, chapter 1, 2.

⁸ Ibid.

⁹ H. Grotius, *De Hure Belli Ac Pacis Libri Tres* (1625; F. W. Kelsey tr., New York, London,

ら、グロティウスは、ある事物が誰かに帰属するといえるのはどのような条件の下においてかということを研究するようになり、それはやがて、「所有権 (proprietorship) の起源を知ることが不可欠である」という彼の考えへとつながっていくことになる¹⁰。グロティウスが念頭においていた知識というのは、歴史的な知識である。「神聖な歴史」、詩人、哲学者らを引き合いに出しながら、グロティウスは、神が人間に共有のものとして与えた世界から私的所有権が発展していく様子を描写している¹¹。この歴史的な研究はある根本的な原理を確立した。これらはグロティウスにより、具体的な規範的結論 (海洋権や難民の権利など) を生みだすために用いられている。少なくともグロティウスにおいて、自然法上の所有理論は説明および正当化という両方の目的を有する。

時が経つにつれ、一階 (first order) の道徳理論の文脈では、私的所有権の起源を事実原理から説明することの重要性が薄れていった。一方で、私的所有権の正当化を行うこと、すなわち財産取得の正当性についての説明を提示することへの関心は、依然として強く残った。財産権の起源を説明するという課題は、心理学、社会学、経済学といった経験科学の分野に移行していったように思われる¹²。

以上のような所有理論に関するいくつかの基本的区別の簡単なスケッチをもとにして、本書が知的財産の分析をどのように発展させるのかを今から説明することにしたい。本書の分析パートは、いくつかの前提の上に成り立っている。まず、2つの重要な前提が特定される必要がある。第1に、分析的所有理論は、権利の形式における所有を概念分析の対象として捉える。説明の対象は財産権 (right of property; right of ownership) と置換可

能な用語として用いられる場合もある) である。ホーフエルドによれば、我々は権利をそれに基づいて演繹を始める基底的なターム (base terms) として扱うべきではなく、一連のより基本的なカテゴリーに分解しうる一般的なターム (generic term) として扱うべきである。権利は、財産権を含めて、論理アーキテクチャー (logical architecture) を有している。この論理アーキテクチャーは義務論理 (deontic logic) の形態¹³をとる。財産権のアーキテクチャーを特定するうえでは、複数の義務論理の選択肢が存在する¹⁴。所有権理論の枠内では、通常、ホーフエルドの体系がそうした目的のために選ばれる¹⁵。ここではその慣習に従うことにする。

所有とは物 (a thing) であるという考えは、今日では古くさい誤った見方であると考えられている。少なくともそうした考えは有益ではないとされる。所有とは、一対一の私人間の権利関係 (つまり single-place の関係)、あるいは一対多の私人間の権利関係 (つまり many-place の関係) であると考えられている¹⁶。所有は人々が必要ないし希望する、そして時には個人であれ集団であれその生存が依存することもある、そのような対象の支配をめぐる争いである。オノレ (Honore) が我々に気づかせてくれるように、「所有者と所有物とを直接つなぐイデオロムは、決して無意味なものではない。すなわち、他者を排除する権利が存在するところには、実際、(法的には) 権利の保有者と当該物との間に非常に特別な関係が存在しているのである。」¹⁷

ここではこれ以上の深入りは避け、次に進もう。我々の第2の前提は、財産権は私人間の関係に「くわえて」、人と対象との関係をも伴うというものである。知的財産法の場合、問題の対象は abstract objects である。しかも、

1964), Book II, chapter 2, I.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Id. at Book II, chapter 2, II, 3.

¹² アイディアの専有に関する興味深い心理学的説明として、R.A. Wicklund, 'The Appropriation of Ideas' in P.B. Paulus (ed.), *Psychology of Group Influence* (2nd ed., Hillsdale, NJ; Hove, London, 1989) を参照。ゲーム理論を用いながら財産権の起源についても一部取り扱う、財産権に関する経済学的説明として、D. Friedman, 'A Positive Account of Property Rights', 11 *Social Philosophy and Policy*, 1 (1994) を参照。

¹³ すなわち、道徳的要請と道徳的概念の領域における、フォーマルな議論と言語に関する研究とその展開のことである。

¹⁴ サーベイおよび議論として、L. Lindahl, *Position and Change* (Dordrecht, Boston, 1977) を参照。

¹⁵ 最近の例として、S.R. Munzer, *A Theory of Property* (Cambridge, 1990) を参照。

¹⁶ 後者の見方が論理的に誤っている理由については、L. Lindahl, *Position and Change* (Dordrecht, Boston, 1977), 37 を参照。

¹⁷ A.M. Honoré, 'Ownership' in A.G. Guest (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence* (Oxford, 1961), 106, 134.

あいにくなことに、abstract objects は存在しない、あるいは少なくとも我々はそのように主張する。知的財産法における abstract objects は勝手のよい法的フィクションの形をとる。この点に関する議論は、第2章および第7章で展開される。この法的フィクションの心理的作用は、遂行的発話論 (theory of performative utterances) の観点に基づいた説明をなすことが最も有益であると思われるが、しかし、それは我々がここで追求すべき問題ではない¹⁸。

知的財産法に関する多くのテキストは、知的財産の定義に関する記述から始まる¹⁹。定義というものは、外延的にも内包的にもなすことが可能である。知的財産の外延的定義 (extensional definitions) は、知的財産のいくつかの伝統的な中心分野を掲げるだろう。例えば、著作権、特許、商標、意匠、不正競争防止法、トレード・シークレットの保護などである。(本章の最終節には、これらの分野に関する簡単な説明のノートがある。) 時の経過とともに、新たな対象分野がこのリストに現れてきた。集積回路配置の保護や植物新品種の保護などはその例である²⁰。一方、知的財産の内包的定義 (intentional definitions) について体系的に述べることはより難しい²¹。ここでは、知的財産権とは、多方面の分野の人的活動における

¹⁸ 北欧リアリズム法学の伝統に属する学者は、遂行的発話論を利用して法律用語の本質を説明した。K. Olivecrona, 'Legal Language and Reality' in R.A. Newman (ed.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound* (Indianapolis, New York, 1962), 151; K. Olivecrona, *Law as Fact* (2nd ed., London, 1971) を参照。

¹⁹ 従来、工業所有権や知的財産権と呼ぶことが慣例であった。「工業」(industrial) という用語は、特許や意匠のような、技術ベースの対象分野をカバーするために用いられた。「知的財産」(intellectual property) という用語は、著作権やその文化的保護対象に言及するために用いられた。今では多くの人々は、工業所有権および知的財産のあらゆる分野をカバーするために、「知的財産」という用語を一般的に用いている。本書でもこうした現代の慣例に従うことにする。

²⁰ 両者はいずれも国際条約の対象である。1962年12月2日に修正された植物の新品種の保護に関する国際条約、および集積回路に係る知的所有権に関する条約(ワシントン、1989)を参照。

²¹ 包括的な形で表現された、かなり広範な知的財産権の定義の一例は、1967年7月14日にストックホルムで署名された世界知的所有権機関を設立する条約(WIPO 設

abstract objects の所有および利用を規律する、ルールに支配された特権 (rule-governed privileges) であると定義することにしたい。この定義はより一層概念的な結論である。それは、後続の章で提示される、知的財産に関する特定の理論的視点に基礎をおくものである。

本書の議論が導きだす規範的結論は、知的財産権とは自由を侵害する特別な特権 (liberty-intruding privileges of a special kind) であるというものである。知的財産権は派閥主義を促し、危険な私的権力のレベルを増進させるという議論が展開される。分配的正義の観点からは、知的財産権の保護範囲は制限されるべきである。そうした権利について考える方法は、自然主義的経験主義のレンズを通してである。これらの主張に関する議論は第6～9章で展開される。本書では、私的所有の新たな正当化根拠を探索するような試みは行わない。エプスタイン (Epstein) が指摘するように、「私的所有の望ましさは、これまで学問分野を超えて延々と議論されてきた。」私的所有を支持する理路整然とした哲学的提言であふれている²²。それらは多すぎるぐらいかもしれないとベッカー (Becker) は最近の論文において示唆している²³。そしてベッカーがそれとなく仄めかしているように、我々は利用可能な私的所有の道徳的正当化論の数を増やすことよりも、さまざまな社会生活分野において私的所有がもたらす経験的に決定しうる

立条約) の第2条(viii)においてみられる。同条項は、「知的財産」とは以下に関連する権利を含むものをいう、と規定している。

「文芸、美術及び学術の著作物

実演家の実演、レコード及び放送

人芸の活動のすべての分野における発明

科学的発展

意匠

商標、サービス・マーク及び商号その他の商業上の表示

不正競争に対する保護

に関する権利並びに産業、学術、文芸又は美術の分野における知的活動から生ずる他のすべての権利。」

²² R.A. Epstein, 'On the Optimal Mix of Private and Common Property', 11 *Social Philosophy and Policy*, 17(1994).

²³ L.C. Becker, 'Too Much Property', 21 *Philosophy and Public Affairs* 196 (1992).

帰結に、より多くの関心を払うべきであろう。私的所有権を支持する強力な理由は確かに存在するが、我々はそうした理由づけを条件付きの帰結主義的な思考方法で行うべきである。もし私的所有権の一種である知的財産権が、消極的自由を脅かすような組織化のパターンや慣習を促進するということが判明すれば、これらの権利の保護範囲を厳格に制限したり、その中のいくつかの権利を完全に廃止したりすることを支持する根拠が存在することになる。本書は、知的財産権がこうした脅威を与えるものであると考える論拠を提示するものである。しかしながら、結局のところ、これは私的所有のア・プリオリな正当化に基づいて判断することができる問題ではない。我々が念頭におくアプローチは、社会生活や民主主義文化において所有が果たす役割についての、哲学的に擁護可能な視点によって導かれる。この点に関する我々の提言は、ヒューマンイズムの原則に賛同する道具主義 (instrumentalism) の形でもたらされる。

経済学理論

知的財産権は市場と緊密に関係している。知的財産権は、情報市場を形成するうえで重要な役割を果たしている。経済学理論は、知的財産権の哲学的議論において無視することができないほど非常に重要な資料である。同理論はまた、1つの研究でカバーすることができないほど非常に大規模な資料でもある。経済学はアプローチに富んだ学問領域である。その範囲を狭いなどと評することはとてもできない。例えば、ダグラス・ノース (Douglass North) の研究に代表される新たな経済史というものは、新古典派経済学のアプローチに対する情け容赦ない批判である²⁴。情報経済学は、新古典派経済学のパラダイムにとって危険な補完機能を果たすようにみえる²⁵。制度派経済学は、power というものは単なる市場支配力よりも複

²⁴ ノースの著作としては、D.C. North and R.P. Thomas, *The Rise of the Western World: A New Economic History* (Cambridge, 1973); D.C. North, *Structure and Change in Economic History* (New York, 1981); D.C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (Cambridge, New York, 1990) がある。

²⁵ 情報経済学の重要な貢献に関する文献として、D.M. Lamberton (ed.), *The Eco-*

雑な概念であるということを認める²⁶。公共選択論は、少なくともその擁護者からみれば、政治理論に足を踏み入れて実りある成果を挙げたことは明らかである²⁷。シカゴ学派は、法の性質についての重要かつ刺激的な主張を生みだし続けている²⁸。一連の重要な実証研究も存在し、図らずもその大部分は特許制度に関するものである²⁹。

したがって、所有理論を展開する経済学外の論者にとっては、利用しうる研究の数が多すぎるといえる。本書は経済学に関する書物ではなく知的財産の哲学に関する書物であるので、選択をなすことが必要である。

多くの知的財産立法が有する明らかな経済学的性質を考えると、検討に値する1つの可能性は、何らかの経済学理論が各種の知的財産権の制定を正当化する根拠を提供するかもしれないというものである。もちろん、これらの権利は法律の詳細や性質において相互に大きな相違がある。特許による独占は同一発明を独自に発見した者に対しても行使可能な禁止権を

nomics of Information (Harmondsworth, UK, 1971); D.M. Lamberton (ed), *The Economics of Communication and Information* (Cheltenham, UK, 1996) を参照。

²⁶ この種の研究にインスピレーションを与えた古典的文献は、J.R. Commons, *Institutional Economics* (New York, 1934) である。

²⁷ I. McLean, *Public Choice: An Introduction* (Oxford, 1991); D.A. Farber and P.P. Frickey, *Law and Public Choice: A Critical Introduction* (Chicago, 1991) を参照。

²⁸ R.A. Posner, *Economic Analysis of Law* (4th ed., Boston, 1992) が、こうしたアプローチの象徴である。

²⁹ 1つの古典的な研究は、F. Machlup, *An Economic Review of the Patent System* (Study No. 15 of the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Committee on the Judiciary, U.S. Senate, 85th Congress, Washington, D.C., 1958) である。このほかにも重要な研究として、例えば、E.T. Penrose, *The Economics of the International Patent System* (Baltimore, 1951); J. Schmookler, *Patents, Invention, and Economic Change* (Z. Griliches and L. Hurwicz eds., Cambridge, Mass., 1972); C.T. Taylor and Z.A. Silbertson, *The Economic Impact of the Patent System* (Cambridge, 1973) がある。オーストラリアの立場からみた特許の経済学の議論として、T. Mandeville, D. Lamberton and J. Bishop, 'The Use of Patent Information: Economics of Disclosure' in *The Economic Implications of Patents in Australia* (Canberra, 1981), 271 を参照。特許制度が発展途上国にもたらす影響に関する議論として、A.S. Oddi, 'The International Patent System and Third World Development: Reality or Myth?', *Duke Law Journal*, 831 (1987) を参照。

特許権者に付与するのに対し、著作権は複製行為を禁止する権利を付与しているが、同一著作物を独自に創作する行為についてはこれを禁止していない。これらの重要な相違にもかかわらず、知的財産権は基本的な性質を共有する。すなわち、知的財産権は **abstract objects** に対する権利であるということである。このような類似性により、経済学者および哲学者は同一の質問をなすことが可能となる。すなわち、**abstract objects** に財産権を創設することを正当化する根拠は何かという問いである。

この問いに対して経済学者は、人間性についての基本的な直観、あるいは形而上学といってもよいが、そうしたもののから分析を始める。人はインセンティブや報酬に対してポジティブに反応する。もし **abstract objects** の創造において個人的利益を期待するのであれば、それらの **abstract objects** は何らかの方法で、少なくとも一時的に囲い込まなければならない。このことは、経済学者に対して、財産権が **abstract objects** の創造に向けた個人のリソース投入を十分かつ確実なものにする最良の方法であるかもしれない可能性について検討するよう、働きかけるものである。ここにおいて我々は、知的財産権の創出を支持する根拠を提供する経済学的議論を概略ながら手にするのである。我々はそうした議論を第6章において検証する。

経済学者は、他の社会理論学者や政治理論学者と同様、**power** に関心がある。経済学者はしばしば市場支配力、つまりごく簡単にいえば、限界費用を上回る価格をつけることができる **power** に最も関心を寄せている。制度派経済学においては、**power** は単に価格機構を通じてもたらされるものではなく、市場を形成し創出するものとして、より広く捉えられているようにみえる。第7章において我々は、知的財産と **power** の関係に関する分析を発展させるため、古典的制度学派の論者の一人であるペブレンの業績を利用する。

経済学者はまた、論理関係、形式的特性、そして演繹的真理に関心を寄せる。我々が先ほど概略を述べた知的財産に関する経済学的正当化の議論は、推論的ないし分析的議論の一例である。さらに推し進めて、知的財産権がいかんして厚生全体の利益を促進するのかということの説明を行う、

知的財産保護に関するフォーマルなモデルを構築することもできる³⁰。フォーマルなモデルは興味深い分析的真理を伝達することができるけれども、この世界についての真相を確認するためには、統計的定量化および／または実証的研究が必要となる。経済学には、そのフォーマルなモデル構築に基づく規範的なアウトプットが生き長らえる運命にあるのか、それとも息絶える運命にあるのかを決する、妥協を許さない厳格な実証的側面がある。知的財産権の保有を支持するア・プリオリな経済学的議論を展開することは可能である。しかし、それで事が終わるわけではない。知的財産権に関する経済学的判断は、最終的には費用便益計算の結果に基礎をおくものでなければならない。シンプルなお例で考えてみよう。意匠法の保護が自動車のスペア・パーツには及ばないというケースを想定してみよう³¹。これは多くの法域に当てはまる状況である。自動車メーカーの団体に雇われた経済学者が、意匠法の保護がスペア・パーツにまで拡大されるとすれば、デザイン・イノベーションにとってネットの利益を期待しうることを示すモデルを構築したとしよう。ここで同じ経済学者がそのモデルに関するいくつかの前提について検証を行う。そして彼はある主要な前提が誤りであることを発見する。具体的には、メーカーがデザインに継続的に投資を行う動機となっているものは、一定のデザイン保護の水準というよりも、むしろ市場の圧力であるということを発見するのである。さらに、現実のデザイン投資水準が表しているものは、実際には自動車メーカーの費用のうちのごく一部、具体的には1パーセント以下のものにすぎない。このことが意味するのは、デザイン活動の損失という点に関してフリーライダーがもたらす費用の影響は非常に小さいものであるということである。こうして、デザイン保護を拡大することから得られるはずの効率性の向上は実際には期待できないということが明らかとなる³²。自動車メーカーは

³⁰ 例えば、W.M. Landes and R.A. Posner, 'An Economic Analysis of Copyright Law', 18 *Journal of Legal Studies*, 325 (1989); W.M. Landes and R.A. Posner, 'Trademark Law: An Economic Perspective', 30 *Journal of Law and Economics*, 265 (1987) を参照。

³¹ サーベイとして、Australian Law Reform Commission, *Designs* (DP 58, Australia, 1994), chapter 14 を参照。

³² Industry Commission, *Report on Vehicle and Recreational Marine Craft Repair and*

当てがはずれ、落胆し、法律家に「適切な仕事」をさせなければならないなどとぶつぶつと不平をいうほかにすることがなくなるだろう。

知的財産の分野において、こうした費用便益アプローチの例はほかにも数多くみられる。最適保護期間をめぐる議論はその1つである³³。おそらく、知的財産分野において経済学ができる最も大きな貢献は、知的財産に関するさまざまな取決めの帰結を経験的に跡づけることである。本書の最終章で我々が提示する道具主義という考え方は、そのような経済学の貢献に大いに頼るものである。もし費用便益アプローチをもたなければ、知的財産権は不透明な制度にとどまるだろう。とりわけ、国家、議会、そして裁判官が abstract objects の境界を変更し、知的コモンズにおける新たな囲い込みの境界線を設定する場合に、誰が真の勝者であり敗者であるのかということが分からなくなってしまうだろう。

本書各章の概観

我々は、知的財産法における abstract objects の歴史についてごく簡単に論じることから始める。その目的は、英国法がどのようにして abstract object のカテゴリー、あるいは法律家の用語でいうところの incorporeal rights を作りだすようになったのかを示すことである。こうした概念を創出した起源はローマ法である。第2章はまた、コモン・ローの判決において見いだされる知的財産権の正当化根拠について扱う。コモン・ローは著作権および特許権の正当化の問題に取り組まなければならなかった。というのも、著作権や特許権は、特に制定法以前の形態においてはコモン・ローの基本原則、つまり営業を行う国民の権利、より正確には取引市場に参入する権利に反するものであったからである。この問題に対処する概念装置は自然法の伝統によってもたらされた。そしてこうした伝統の枠内において、対照的な正当化のアプローチが生みだされたのである。

そうした伝統のメンバーの一人が、ジョン・ロック (John Locke) である。

Insurance Industries (Australia, 1994), 123 を参照。

³³ この点については、L. Kaplow, 'The Patent-Antitrust Intersection: A Reappraisal', 97 *Harvard Law Review*, 1815, 1823-1829 (1984) の議論を参照。

第3章の前半は、所有に関するロックの著作についての大きく異なった2つの解釈の説明にあてられる。これらの解釈は、いわゆるロック労働所有理論がそのもっともらしさの基盤を労働よりも共同体の概念 (a concept of community) においているということを明らかにするために用いられる。労働というものは、知的財産権の強力な正当化理論を構築するにはあまりに不確定な基盤であるというのが我々の主張である。知的財産権にとってロックが有する実質的な関連性というのは、ロックや他の自然法思想家が見いだした、積極的および消極的共有概念と所有との連関、つまり共有物が万人によって所有されている共同体と共有物が万人の所有に開かれている共同体との連関にある。第3章の後半は、共同体、知的コモンズ、そして知的財産権の相互関係について探求する。

ロックと異なり、ヘーゲルは単に所有の起源を理解することのみならず、社会システムの文脈におけるその発展結果にも関心がある。ヘーゲルにとって所有は、まず第1に個人の生存にとって基盤となるメカニズムである。しかし所有はまた、さまざまな形で共同体を決裂させる可能性を有するものでもある。知的財産は特にこの種の危険をもたらす。

マルクスは、ヘーゲル以上に、所有形態についての説明的な視点を提供する。第5章は、知的財産についての理解を深めるうえで、マルクスの階級理論は有益ではないが、個人資本家の身に迫る競争圧力についてのマルクスの分析は有益であると思われる、ということを論じる。マルクスは生産の物質性に固執したために、資本主義の商品蓄積プロセスにとっての abstract object の重要性を看過することになった。しかし、資本主義が存続するためには創造的労働 (creative labor) が重要であるというマルクスの認識は、個々の競争主体として資本家を捉える彼の理解と相まって、知的財産権の任務を明確に特定することを可能にするものである、というのが我々の主張である。

第6章は、経済学者に対する深刻な批判を提示する。それは、経済学者は個人の利己的な行動を少なくとも知的財産権の場合には一十分真剣に考慮していないというものである。その結果、知的財産権がもたらす現実の費用は、最初に想定されるものよりもずっと大きなものとなる可能性が高い。これらの費用の要因は、市場における機会主義的なアクターが採用する抑止戦略にある。知的財産権はこうした戦略を生みだす源泉なので

ある。知的財産権は他の所有形態よりも派閥の問題を招きやすい。

第6章において暗示されているのは、知的財産と power の関係である。この関係の本質は、第7章において分析がなされる。我々の主張は、所有とは支配権メカニズム (sovereignty mechanism) であり、それは知的財産の場合には支配権効果 (sovereignty effects) をもつというものである。この第7章では、abstract object の本質について第2章よりも詳しい分析を行う。abstract objects は一種の重要な資本である。無体物はさらに「人的依存」関係をも作りだす。そうすることで、abstract objects はある種の強制的な請求を実現可能なものになっているのである。

abstract objects は基本財 (primary good) の1つである。我々はそれらの分配について規範的に考えなければならない。第8章は、ロールズの正義論のもとで知的財産権の運用はどのようになるのかということを探る。最終章は、知的財産法の発展を支配するようになった信条の1つが財産権優越主義 (proprietaryism) であることを論じる。そして同章では、財産権優越主義の代替案として道具主義を提案する。道具主義は知的財産権を自由を侵害する特別な特権であるとみなす。財産権優越主義の影響のもとでは、これらの特権は消極的自由に対して大きな脅威をもたらすようになる。本書が提唱する道具主義は、ヒューマンイズムの原則によって導かれる自然主義的経験主義の形をとる。

知的財産権の対象分野に関するノート

知的財産権の伝統的な主要分野に馴染みのない読者のために、ここであえて過度に単純化した解説を展開しておこう。これらの分野は通常、制定法によって規律される。これらの制定法の内容は各国の国家政策の問題であるが、知的財産権保護の最低水準 (minimum standards) を規定する国際条約は増加している。一般に、知的財産法は関連する対象に私有財産権を創設する。このことは、例えば、特許権の譲渡やライセンスが可能であるということを意味する。特許権のような一部の権利は保護期間が限定されている。これに対し、他の権利、例えば商標権には保護期間の限定がない。著作権は、文学作品や芸術作品のような伝統的文化的著作物に対する著作者の権利を取り扱うものである。著作者が取得する権利の例としては、複

製権や公の実演権などがある。著作権の保護は、従来の権利の拡張（例えば、文学作品としてコンピュータ・ソフトウェアを保護すること）を通じて次第に拡大され、また新たな対象分野（例えば、サウンド・レコーディングや映画）にも拡大されてきた。

特許法は発明を保護している。その保護は、発明性や新規性をはじめとするさまざまな要件の充足を条件とする。意匠法は工業製品の外観について扱うものである。（トイレの便器の外観は意匠登録の対象となりうる。彫像の形状は著作権保護の問題となる。）商標法は事業者が自他商品・役務を識別するために用いる標識 (sign) を保護するものである。「標識」は今では広範な意味を有しており、それには香りや音も含まれる。

不正競争防止法は漠然とした領域である。工業所有権の保護に関するパリ条約 (1883年) の改正後の10条の2は、工業上または商業上の公正な慣習に反するすべての競争行為は不正競争行為を構成する、と規定している。知的財産権の分野の中では一番、不正競争に関連する法律が各国で極めて多様な方向へと発展を遂げている。

トレード・シークレット法は、非開示選択がなされた商業的に有用な技術情報に対する保護を提供するものである。同一の abstract object は複数の知的財産法分野のもとで保護を受ける可能性がある。アルゴリズムは、特許法、著作権法、トレード・シークレット法のもとで保護を受ける可能性を秘めている。標識は、商標であると同時に芸術作品であるかもしれない。ある対象に対する保護の選択は、ビジネス戦略の問題である。各法制度は異なったメリットとデメリットを有している。リバーズ・エンジニアリングが容易な製品（例えば機械）については、トレード・シークレットの保護よりも特許保護を選択するほうが望ましい。なぜなら、トレード・シークレット法は、独立の開発者に対する権利行使を認めていないからである。特許保護に伴う1つの問題は、有限の保護期間である。もしリバーズ・エンジニアリングが容易にはできない製品であれば（コカ・コーラのレシピがこのカテゴリーに入るといわれている）、トレード・シークレットの保護に頼るほうが望ましい。なぜなら、一定の条件を充足すれば、その保護は無限に続くからである。

第2章 知的財産権の正当化：起源に遡って

なぜ歴史なのか？

歴史は哲学にとって重要である。もしそうでなければ、哲学的な分析作業はより単純なものになるであろうから、大いに助かるのだけれども。なぜ知的財産権の分析に何らかの歴史が導入されるべきかということに関しては、少なくとも3つの理由がある。第1に、分析作業を行ううえで選択されるかもしれない一部の哲学的枠組みは、必然的に歴史を利用するものだからである。史的唯物論というマルクスの理論を（単純かつ機械的に）適用しながら、知的財産権は資本主義社会の発展における工業化（おそらくは脱工業化）段階に対応する上部構造現象であるという主張をなす者がいるかもしれない¹。そのような説明は、歴史的証拠によってのみ妥当なものとなりえるだろう。

第2に、歴史は知的財産権の経済分析や帰結主義的分析にとっても重要だからである。これらのタイプのアプローチは、福祉、経済成長、文化保護、クリエイティビティに対する報奨等といった一定の規定された目標の実現にとって有益であることを理由に、知的財産権の創設を正当化するのである。このようなアプローチにとって、歴史上の実際のデータは、ア・プリオリな理論よりも知的財産権の効果を理解するうえで好ましい資料となるであろう。第3に、歴史的な視点は、クエンティン・スキナー（Quentin Skinner）が政治哲学との関係で説明しているような理由で、知的財産権の哲学的位相に関する我々の理解を深めてくれるものだからであ

る²。スキナーの方法論的主張とは、政治哲学の基本的諸概念に関する現在の意味は、これら諸概念の歴史的時系列をそれぞれたどり、それらを使用する者の社会的コンテキストとそれらの使用を取り巻く前提の双方を明らかにする、言語学的分析を通してのみ理解できるというものである。スキナーが念頭においている、哲学的、歴史的、言語学的分析からなる複合的なゲーム分析は、知的財産権の文脈において実施されたことはない。そうした分析は本書でも行わない。これは明らかに専門家の仕事である。しかし、スキナーの一般的な方法論的主張は、知的財産権の哲学がなぜ歴史に背を向けてはならないのかということに関する別の理由を提供する。

知的財産権の哲学が少なくとも何らかの歴史を必要とするということの論証をし終えると、すぐにその次の作業として、我々は現在の目的に鑑みて史料の利用範囲を限定しなければならない。明らかに、著作権や特許制度のような、ある1つの知的財産制度に関する国家の歴史というものは、それだけで独立した研究対象となりうるだろう。かりに歴史的研究の範囲をヨーロッパ諸国における制定法や裁判官の創造した法（judge-made law）に制限したとしても、何世紀にも及ぶ膨大な史料が存在する。「知的財産」（intellectual property）という語は、互いに独立して、異なる時代に異なる場所で誕生した法制度群を指し示す、20世紀における一般名称である³。例えば、イングランドは、1709年にアン法典（*Act of Anne*）と呼ばれる著作権法を世界で初めて制定した国であるとしばしば認められている。また、ベネチア人は世界で最初の特許法を制定したと考えられている⁴。しかし、どのような場合でも、知的財産法の歴史は制定法から始まっているわけではない。イングランドにおける著作権や特許権は、もともと国王大権

¹ これは、マルクス主義者が知的財産に対して必然的にこのような方法でアプローチするというのをいっているわけではない。マルクスの感化を受けた伝統の中には、より複雑に、かつよりニュアンスをともなった法の分析を行う議論も存在する。例えば、K. Renner, *The Institutions of Private Law* (O. Kahn-Freund ed., A. Schwarzschild tr., London, 1949); E.B. Pashukanis, *Law and Marxism: A General Theory* (C. Arthur ed., B. Einhorn tr., London, 1978) を参照。著作権法を用いてその法理論の一部の要素を構築するマルクス主義的な論法として、B. Edelman, *Ownership of the Image* (E. Kingdom tr., London, Boston, Henley, 1979) を参照。

² 主に精神史において生じているようにみえるこうした議論の雰囲気として、J. Tully (ed.), *Meaning and Context: Quentin Skinner and his Critics* (Cambridge, 1988) を参照。このほか、D. LaCapra and S. Kaplan (eds.), *Modern European Intellectual History: Reappraisals and New Perspectives* (Ithaca, N.Y., 1982) も参照。

³ 工業所有権と著作権の双方を指し示す用語として「知的財産」という語が初めて使用されたのは、1950年代に入ってからであるように思われる。A. Boggsch, *Brief History of the First 25 Years of the World Intellectual Property Organization* (Geneva, 1992), 8 を参照。

⁴ S. Ricketson, *The Law of Intellectual Property* (Sydney, 1984), 860-861.

(prerogative)、特権 (privilege)、および独占 (monopoly) という複雑な制度から生まれたものである。同様に、ロシアを含めた多くのヨーロッパ諸国では、工芸技術を規制する国王令 (royal decrees) や特権という複雑な制度が存在した⁵。

本章では、2つの作業が史料の選別を規定している。第1の作業は、知的財産権の法的分類に関係するものである。1つの可能性は、英国財産法における知的財産権の分類方法から、我々は知的財産権への何らかの哲学的洞察を得られるかもしれないということである。英国財産法の内部にみられる独自の分類構造は、我々が知的財産権の性質を理解するのに有益であるかもしれない。このことは、そのような法的性質それ自体が一定の既存の哲学的思想や作用に基礎をおくものであるとすれば、とりわけ当てはまる。こうした可能性は軽視されるべきではない。後でみるように、知的財産権を incorporeal rights として法的に分類することは、直ちに abstract objects という哲学的概念へと結びつくものである。この哲学的概念と財産概念との融合は、第7章で述べるように、現代の経済システムにおける権力の基礎が abstract objects の支配に横たわっているという議論にとって重要なものとなる。

法的史料についての第2の用途は、初期の英国著作権法や特許法にみられる正当化根拠を検証するというものである。当然ながら、哲学者はこれらの正当化根拠に拘束されるものではない。こうした史料は、知的財産権に関する初期の正当化アプローチが極めて道具的なものであったという主張を裏づけるために用いられる。本書の最終章では、道具的な態度が知的財産権における理論発展を特徴づけるべきであるという規範的議論を展開するために、こうした史料がより頻繁に利用されることになる。

作業を開始する前に、知的財産権制度の批判的評価において歴史が果たしうる役割についての、より一般的な考察を俯瞰しておこう。歴史というのは一種の特殊な物語であるが、知的財産権はより多くの歴史的批判的物語を必要とする分野である。そうした物語の1つの目的は、知的財産権の

⁵ F. Machlup and E. Penrose, 'The Patent Controversy in the Nineteenth Century', 10 *The Journal of Economic History*, 1, 2 (1950) を参照。ロシアに関しては、J. Vojacek, *A Survey of the Principal National Patent Systems* (London, 1936) を参照。

オーソドックスな正当化根拠の評価を支援する点にあるだろう。現に、本書で検討されている歴史は、さまざまな社会がその制度的な組織および規範の観点から人類のクリエイティビティー科学のおよび非科学的なものの両方を含む一を奨励し利用してきた過程に関する、一連の歴史である。例を挙げて説明すると、知的財産権の創設を正当化するために用いられる基本的な議論の形は、知的財産権は特定の権利の適用対象となる活動に従事するインセンティブを人々に与えるというものである。この議論によれば、特許権は発明を奨励するためのものである。発明やイノベーションの促進を望む社会にとって、財産権というものが唯一の手段であるのかどうかを歴史は我々に教えてくれるだろう。中華帝国 (Imperial China) は、科学とイノベーションにおいて目覚ましい成果を挙げた社会の一例であるが⁶、知的財産権やそれと同等の慣習に頼っていなかった⁷。知的財産権、科学、経済発展という三者の関連性は、必然的かつ普遍的 (necessary and universal) なものであるというよりは、偶発的かつ地域的 (contingent and local) なものであるということを歴史は我々に教えてくれるであろう。

そうした歴史的批判的研究が寄与しうる他の目的も存在する。そうした研究は、知的財産権に関する我々の分析が陥りがちなヨーロッパ中心志向の見方を緩和してくれるだろう。そこから得られる証拠は、知的財産とはさまざまな社会によりさまざまな形で設定されてきた多様な概念であるということを示唆している。ローウィ (Lowie) の人類学的研究は、incorporeal property (無体財産) という概念、とりわけ特許および著作権と

⁶ J. Needham, *The Grand Titration* (London, 1969) を参照。このほか、J. Needham, *Science and Civilization in China* (Cambridge at the University Press, 1954 v.1-) シリーズの各巻も参照。

⁷ このことは次のような問題を提起する。すなわち、中華帝国はいかにして、知的財産権が存在しない状況においてこのような輝かしい実績を打ち立てることができたのか、ということである。これは科学技術史の研究者にとっての課題である。しかし、知的財産権が何ら役割を果たさなかったということには疑いが無い。中華帝国には知的財産権に相当する法的ないし慣習的な制度は存在しなかったからである。W.P. Alford, 'Don't Stop Thinking About ... Yesterday: Why There was No Indigenous Counterpart to Intellectual Property Law in Imperial China', 7 *Journal of Chinese Law*, 3 (1993) を参照。

いう概念が、アンダマン諸島の住民 (the Andaman Islanders)、カイ人 (the Kai)、コリヤーク族 (the Koryak)、およびプレーンズ・インディアン (the Plains Indians) の間で高度に発展していたことを明らかにしている⁸。これらの社会は、西洋のアプローチとは対照的に、そうした権利の譲渡可能性を制限することに大きな関心を払っていた。

知的財産権の歴史はまた、知的財産権の理解を経済学のストーリー・テラーに過度に依存することから守ってくれるだろう。伝統的な経済アナリストが財産一般に関する理解の手がかりとして残す指標は、さまざまな価値と財産との連関について明示的に取り扱うものではないし、権力 (power)、統治 (domination)、搾取 (exploitation)、統制 (control) といったテーマ、つまり歴史家にとっては非常に馴染みのあるテーマを明示的に取り扱うものでもない。財産のルールは、ほかの大半のルール以上に、一定の社会の基本的な道徳に根ざすものである。例えば、西洋の著作権法は、個人のクリエイティビティや個人の権利の重要性を奨励する芸術観を反映しているが、それは東洋には実質的に類似するものがない考え方である⁹。西洋型の知的財産制度が非西洋諸国に移植されるとき、経済学のストーリー・テラーの指標は、同制度の導入を行う人々によって批判的に読み取られる必要がある¹⁰。外国の法制度モデルの導入に関する決定は、いわばインフォームド・コンセントとともに行われなければならない。歴史的批判的物語を記述することは、知的財産権の法的伝統を受容する人々がそのことがもたらす帰結全体について理解を深めることに寄与しうるのである。

知的財産権の分類：ローマは物語る

知的財産権を学ぶたいの学生は、corporeal property (おおよそ tan-

gible property (有形財産) に相当) と incorporeal property (おおよそ intangible property (無形財産) に相当) の区別について教わり、そして知的財産権は incorporeal rights の一例であると教わる。このことが直ちに引き起こす分析的な難問は、corporeal rights (有体の権利) の可能性そのものである。なぜなら、あらゆる権利は incorporeal rights であると考えるのが最も適切であるように思われるからである (権利を鋤で耕すのは困難である)。この難問に対する司法の解答は、これは大雑把ではあるが一般的な言い方であり、先の区別は権利の性質に着目したものではなく、権利が言及している対象の性質に着目したものであるという答えである¹¹。あらゆる権利は incorporeal であるが、財産の一部はそうではないというわけである。

corporeal things と incorporeal things の区別は、古代ローマ私法においてみられる¹²。我々は『ガイウス法学提要』(Institutes of Gaius) から知っているように、古代ローマ法は、あらゆる法を、人の法 (the law of persons)、物の法 (the law of things)、訴訟の法 (the law of actions) という 3 つに分類していた。corporeal と incorporeal の区別は、物の法において生じる。このことはガイウスによって次のように記述されている¹³。

¹¹ これは、ウィンディヤー判事 (Windeyer J) が *Pacific Film Laboratories Pty. Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1970) 121 C.L.R. 154, at 168 において当該問題に対処した方法である。

¹² 「古典時代」(classical period) という表現は、何人かの著者によってプリンキパトゥス—アウグストゥス治世 (27 B.C.) からディオクレティアヌス治世 (284 A.D.) の初めまでの期間—を指す表現として用いられている。F. Schulz, *Classical Roman Law* (Oxford at the Clarendon Press, 1951), 1 を参照。

¹³ *The Institutes of Gaius* (F. De Zulueta (ed. and tr.), Oxford at the Clarendon Press, 1946), Book II, 12-14. この区別は、*Justinian's Institutes* (translated with an Introduction by Peter Birks and Grant McLeod, Ithaca, New York, 1987), 2.2 においても同様に記述されている。すなわち、

corporeal な物もあれば、incorporeal な物もある。1. corporeal things は実際に触れることができるものである。—例えば、土地、奴隷、衣服、金、銀、おおよそその他多数の物である。2. incorporeal things は触れることができないものである。それらは法的権利からなる—例えば、相続財産、用益権、各種の契約上の債権債務などである。相続財産が corporeal things を含む可能性があるということとは重要ではない。……肝心なことは、現実の相続権が incorporeal であるとい

⁸ R.H. Lowie, *Primitive Society* (New York, 1920), 235-243.

⁹ A. Hauser, *The Social History of Art* (S. Godman tr., London, 1951), volume 1, 65-66 を参照。

¹⁰ こうしたグローバリゼーションの最も明白な例は、1994年4月15日にマラケシュで宣言されたウルグアイ・ラウンド多角的貿易交渉の結果を収録する最終文書の付属書1Cに含まれる、知的所有権の貿易関連の側面に関する協定である。

12. また、物は corporeal と incorporeal に分かれる。13. corporeal things とは接触できる物 (tangible) をいう。例えば、土地、奴隷、衣服、金、銀、およびその他多数の物である。14. incorporeal things とは接触できない物 (intangible) をいう。すなわち、権利として存在するものがそれである。例えば、相続財産、用益権、各種契約上の債権債務である。

したがって、corporeal と incorporeal の区別というのは、tangible objects と intangible object との区別である¹⁴。こうした区別は古いものではない。というのも、corporalis および incorporalis という言葉は、神聖ローマ帝国の時代になって初めて登場したものであるからである¹⁵。

それでは、古代ローマの法学者はこうした区別をどこから得たのだろうか¹⁶。この問いは古典学者に向けられた問いである。1つの可能性はストア哲学 (Stoicism) である¹⁷。ストア哲学は法文化を含むローマの文化や哲学に広範な影響力を有していた。先の区別もストア哲学の思想において見

うことである。……

¹⁴ 現代における tangible と intangible との区別は、感覚によって知覚することができる物と、単に精神の創造物にすぎない物との区別である。ローマ法においては、tangible とは接触や使用をすることが可能な物を意味したように思われる。P. Warmelo, 'The Institutes of Justinian as Students' Manual' in P.G. Stein and A.D.E. Lewis (eds.), *Studies in Justinian's Institutes in Memory of J.A.C. Thomas* (London, 1983), 164, 169 を参照。

¹⁵ W.W. Buckland, *The Main Institutions of Roman Private Law* (Cambridge at the University Press, 1931), 91. ブックランドの考察によれば、これらの言葉が法学文献以外で用いられることは稀であったという。

¹⁶ 現代ローマ法のテキストは、ローマ法の哲学的起源よりも法の内容に関心があるため、この問題には取り組んでいない。

¹⁷ ジョン・オースティンは、こうした区別はストア哲学 (Stoics) および快楽主義哲学 (Epicureans) から借用したものであると確信している。J. Austin, *Lectures on Jurisprudence* (5th ed., London, 1885), Lecture XIII を参照。このように考えるのはオースティンだけではない。この区別がストア哲学に由来することを示唆するものとして、P. Colquhoun, *A Summary of the Roman Civil Law* (London, author's preface 1851), vol. 2, 13, section 931 も参照。

いだすことができる¹⁸。したがって、ローマ法上の incorporeal things のカテゴリーは、incorporeals に関するストア哲学の観念に由来したものである可能性がある¹⁹。ストア哲学においては、4つのものが incorporeal であるといわれていた。すなわち、時間、空間、空虚さ、lekta (単語や文章の意味) の4つである²⁰。ストア哲学が徹底的な唯物論 (materialism) の哲学であることを前提とすれば、そのストア派が incorporeal のカテゴリーを有していたに違いないということは、一見すると驚くべきことである。神と魂はストア哲学にとって corporeal の存在物であった。corporeal の存在物のみが実在するもの (real) であった²¹。incorporeal things は実在するもの (existent) ではなく、自存するもの (subsistent) であった。それらは人間の精神生活によって自存するものであり、また、精神によって corporeal の世界に重ね合わされたものであった²²。

唯物論的哲学における incorporeal things なるカテゴリーは、興味をそそる並列的配置といえる。その分析的な特徴の1つは、ストア派がプラトン (Plato) のように抽象的なイデア (Ideas or Forms) の実在を確約することなく、普遍的なもの (universals) についての説明をなすことを可能にした点にある²³。プラトンにとって、数字の1、直角の性質、正義のような

¹⁸ ローマの思想や文化に対するストア哲学の影響の一般的な議論として、E.V. Arnold, *Roman Stoicism* (London, 1911, reissued 1958) を参照。

¹⁹ 我々はストア哲学がこうした区別を有していたということをセクストゥス・エンピリクスの業績から知っている。Sextus Empiricus, *Adversus Dogmatico*, ii, 11-13, in *Sextus Empiricus* (R.G. Bury tr., London, Cambridge, Mass., 1935), vol. 2, 247-249 を参照。

²⁰ lekta という語は、リストの書物では「意味されるもの」(things meant) と訳されている。J.M. Rist, *Stoic Philosophy* (Cambridge, 1969), 152-153 を参照。このほか、「表現されうるもの」(that which can be expressed) や「意味されるもの」(what is meant) という訳もみられる。G. Watson, *The Stoic Theory of Knowledge* (Belfast, 1966), 41 を参照。

²¹ 一般的な議論に関して、D.E. Hahm, *The Origins of Stoic Cosmology* (Columbus, Ohio, 1977) を参照。

²² この点に関する議論に関して、G. Watson, *The Stoic Theory of Knowledge* (Belfast, 1966), chapter 2 を参照。このほか、J.M. Rist, *Stoic Philosophy* (Cambridge, 1969), chapter 9 も参照。

²³ ストア哲学が普遍的なものについての理論を有していたという議論として、D.

道徳的用語といった普遍的なものは、永遠不変のアイデアとして実在するものであった。一方、ストア哲学の形而上学の理論においては、特殊なもの (particulars) のみが実在するものであった。普遍的なものは incorporeal things として *自存する* (subsist) 勝手のよいフィクション、つまり本質的には観念的な虚構であった。

現代の知的財産権は、私人間の一連の関係を構成するだけでなく、一定の物 (thing) に対する財産権の付与に関連しているということを、我々は心に留めておかなければならない。しかし、この物の性質は何であろうか。それは物質的な対象ではありえない。というのも、すべての法学部生が教わるように、私がある本の物質的複製物を所有しているという事実、私がある本の著作権を所有しているということを含意しないからである。さらにいえば、私は物質的な複製物を所有していなくても、その本の著作権を所有することはできるのである (例えば、私が書いて送った手紙は他の誰かにより所有されている)。知的財産権を認めることによって、法は「幽霊のような」実体 ('spooky' entities)、つまり普遍的なものを認めざるをえないのであろうか。あるいはストア哲学の思想は、incorporeal things に対する財産権について、より合理的な説明を提供しうるだろうか。

最も興味深いストア哲学の incorporeal のカテゴリーは、lekta (意味) のカテゴリーである。意味は表現可能なものであると考えられる。もっとも、文書やスピーチにおける物質的な文章表現、例えばメモ帳に記された言葉や演劇の話し言葉などと混同してはならない。lekta は、その物質的な表現やコミュニケーションとは論理的に異なる、明示された意味である。lekta は incorporeals であるので、この世界では活動しえない。lekta は因果的に不活性なものである。しかし、意味はいったん人々の信念の一部を形成すると、因果的要素となりうる²⁴。incorporeal の表現可能なものが人の信念に入り込む段階では、それは corporeal の力となる。したがって、ここに incorporeal things の法的カテゴリーに関する形而上学的性質についての 1 つの見方が存在する。著作権であれ、特許権であれ、意匠権であれ、保護

対象に関する何らかの具体的な明確化 (specification) が存在して初めて、知的財産権の主張をなすことが可能となるということである。この明確化プロセスは、一定の形式をとまなう場合 (例えば、特許権の登録) もあれば、形式をとまなわない場合 (トレード・シークレットの保護対象となりうる情報の単なる創出) もある。この保護対象に関する明確化は、2 つの役割を果たしている。1 つは、意味を表すもの (signifiers: 物理的な表現物) の創出である²⁵。もう 1 つは、ストア哲学の言葉でいう「表現可能なもの」(an expressible) の創造に相当する、具体的な意味をもった実体 (an entity) の創出である。表現可能なものは抽象的な実体であり、勝手のよい観念的なフィクションでもある。それは、精神の構成物として自存する。abstract object は corporeal の世界では存在しない。しかし、いったん abstract object が具現化された信念となることで corporeality (有体性) を獲得すると、少なくともストア哲学の物のスキームでは、人々の社会的生産関係において因果的役割を果たすことが可能となる。それと同時に、abstract object は人間の行動に影響を与えることから、法的規制の潜在的な候補となるのである。

要約すると、1 つの考え方は、精神の構成物が知的財産関係の本質であるというものである。換言すれば、知的財産権は我々の精神の投影に対する権利であるという見方である。ほかの選択肢は、これらの abstract things に関して、ある種の実在論的 (realist) な説明を採用することである。手短かにいえば、この見方は、abstract entities は法律書籍やテニスボールのような実在する実体であるという主張をとまなうだろう。後者の実在論的な立場に従えば、abstract objects に対して、独立した存在論的 (ontological) な地位が割り当てられる必要があり、さらにはその存在に関する内在的な説明 (アリストテレス派) か、超越的な説明 (プラトン派) かのいずれかの説明が行われる必要があるだろう。どちらの説明も哲学的基盤を有するが、こうした abstract objects に対する実在論的な見方は、知的財産法を形而上学の世界にはるか深くまで入り込ませることになる。そのため、知的財産法は、観測不可能な実体に関する独立した存在を深く考慮しなければならない

Sedley, 'The Stoic Theory of Universals' in R.H. Epp (ed.), *Recovering the Stoics*, XXIII, Supplement, *Southern Journal of Philosophy*, 87-92 (1985) を参照。

²⁴ F.H. Sandbach, *The Stoics* (London, 1975), 92.

²⁵ G. Verberke, *The Presence of Stoicism in Medieval Thought* (Washington, D.C., 1983), 22-33 を参照。

いのである。

ローマ法は、*res incorporales* というカテゴリーを創り出すことで、財産法を形而上学の分野に直接植えつけた。そしてすぐ後でみるように、英国法は、英国財産法に非常に柔軟なカテゴリーをつけ加えるために、この *res incorporales* のカテゴリーを利用したのである。しかし叙述を進める前に、ここでガイウスやユスティニアヌス (Justinian) における *incorporeal things* の概念が法的権利に言及している点について明らかにする必要がある。ガイウスやユスティニアヌスは、権利 (rights) という語を、我々が一般に考えるところの財産権のみならず契約上の権利を含むものとして使用している。ユスティニアヌスから強く示唆されるものは、*incorporeal things* は *corporeal* の対応物を有しているということである。つまり、*incorporeal things* は *corporeal objects* と強い関連性があると考えられているのである。英国財産法において *incorporeal rights* と *incorporeal objects* (つまり我々が *abstract objects* と呼ぶもの) との結びつきが前面に現れるようになったのは、多様な知的財産の形態が債権的財産 (*choses in action*) として分類され、動産 (*chattel*) における財産権と注意深く区別されたときであった²⁶。知的財産権は *incorporeal things* であるが、次第に *abstract objects* と関連した *incorporeal rights* を意味するようになったのである。

まさに出発点から、*incorporeal things* のカテゴリーは法的曖昧さを生みだしている。ガイウスは『法学提要』において、契約上の債権債務関係のある箇所では *res incorporales* に含めたり、別の箇所では含めなかったりしている²⁷。上述のような区別に基づく場合、*dominium* (所有権) は権利と関係しており、権利は接触しえないものであることから、*physical objects* に

における *dominium* とは *res incorporales* であると予想する者がいるかもしれない。しかしながら、ローマ法の研究者が頻りに指摘しているように、*dominium* は *res corporales* のカテゴリーにおいてみられるものである²⁸。ここでは、客体が所有権 (ownership) に代用されている、あるいは、おそらく客体と所有権は代替物とみなされているということであろう²⁹。近代ローマ法の研究者は、その論理的欠陥を指摘する以外には客体と所有権との区別に対してそれほど注意を払わなかった³⁰。このような状況は、19世紀の法学者オースティン (Austin) には我慢がならなかったようである。オースティンは、当該区別を、「不完全なものであるか、さもないと矛盾に満ちたものである」と述べて、全く役に立たないものとして否定する³¹。

ローマ財産法体系は客体と所有権とを融合させているが、通行地役権のような他の権利は、もはや実際の通行路として具体的に捉えられているわけではなく、*intangible rights* としてみなされている。一部の著者は、

²⁸ W.W. Buckland, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian* (3rd ed., revised by Peter Stein, Cambridge, 1963), 186.

²⁹ ニコラスは、*corporeal thing* のみ所有することができるのであるから、所有権と所有権の客体とを明確に区別する必要はないと示唆する。その結果、客体と所有権とは相互に取り替え可能な用語としてみなされるようになる。B. Nicholas, *An Introduction to Roman Law* (Oxford University Press, 1962), 107 を参照。

³⁰ この区別は論理的なものではないといわれている。なぜなら、それは所有権と所有権の客体とを同一視しているからである。B. Nicholas, *An Introduction to Roman Law* (Oxford University Press, 1962), 107 を参照。その他、H.F. Jolowicz and B. Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (3rd ed., Cambridge, 1972), 412-413; W.W. Buckland, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian* (3rd ed., revised by Peter Stein, Cambridge, 1963), 185-186; W.W. Buckland, *The Main Institutions of Roman Private Law* (Cambridge at the University Press, 1931), 91-92 も参照。

³¹ J. Austin, *Lectures on Jurisprudence* (5th ed., London, 1885), Lecture XLVI, 777. オースティンの非難は、ローマ法において *corporeal things* の意味が、知覚で察することができる対象に加えて、行為 (acts) や不作為 (forbearances) にまで拡大されていることに基づいている。もし不作為が *corporeal* の対象の一部を構成するとすれば、*tangible* と *intangible* とが同列に扱われることになって、矛盾が存在することになる。もし不作為が *corporeal* の対象の一部でないとしたら、区別する対象がなくなってしまおうとオースティンはいう。

²⁶ 英国法において、特許は債権的財産 (*choses in action*) である。In *re Heath's Patent* [1912] W.N. 137 を参照。この権利は、特許に基づいて製造される物理的な物に対する所有権とは完全に切り離されたものである。Edwards & Co. v. Picard [1909] 2 K.B. 903, 905 を参照。

²⁷ W.W. Buckland, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian* (3rd ed., revised by Peter Stein, Cambridge, 1963), 186 を参照。ガイウスがこの区別を必ずしも徹底していなかったことに関しては、R. Zimmermann, *The Law of Obligations* (Cape Town, Wetton, Johannesburg, 1990), 26 を参照。

corporeal / incorporeal の区別を、古代の法学者の見解が一般に大いなる抽象化の傾向を示していたという主張を裏づけるために用いる³²。この主張が正しいのかどうかは別の問題であるが、我々は次のことを指摘できよう。すなわち、財産法の文脈において *res incorporales* というカテゴリーが認識され、一部の権利が *intangible* として形式上分類されていることは、少なくとも財産の概念についてより抽象的な法的思考様式が発展する可能性を残すものといえるだろう。

corporeal / incorporeal の区別は、11世紀ボローニャにおいてイルネリウス (Imerius) とその門下生が古代ローマ法の再発見およびリバイバルを成し遂げるまで休止状態にあった。しかしここから、ローマ法の新たな征服の旅が始まったのである。ローマ法は、さまざまな時代において、またさまざまなレベルにおいて、ヨーロッパの法制度に入り込んだ。*res incorporales* というカテゴリーも、その未開拓の可能性を秘めながら、大陸法およびコモン・ローの双方の法律用語に入り込んだ³³。そして incorporeal things は、より厳密に言えば incorporeal things というカテゴリーは、苦勞しながらも、債権的財産という同様に曖昧な法的カテゴリーと融合することによって、辛うじて英国法に紛れ込んだのである³⁴。何にもましてこの

債権的財産という人的財産に関するカテゴリーは、中世における財産概念に対する態度を特徴づけた「物に類似した性質」(thinglikeness) をいつでも喪失することのできる状態の整ったものであった。そしてその結果、財産とは物ではなく、人と人との間の一連の関係であるという現代法学の発見への道が開けたのである。

知的財産権を債権的財産と呼ぶことで、直ちに問題が解決するわけではない。その理由を簡潔に言えば、債権的財産という概念は、構成メンバーを自ら主体的に選択することができるような定義ではなく、その構成メンバーを記述することによって初めて理解しうる集合にすぎないものである、と法理論学者によって結論づけられていたからである³⁵。債権的財産の説明として、債権的財産とは動産 (choses in possession) ではなく、金銭債務のように訴訟によって回収が図られるものであるという説明がなされることが多い³⁶。しかし、すべての訴権 (right of action) が債権的財産であるわけではない。債権的財産は、法的基礎と関連した曖昧さの程度に関して、通常以上の曖昧さを含んでいるように思われる。占有を有しない動産所有者のような、一見すると単純なケースの分類がこれまで議論の対象となってきた³⁷。corporeal / incorporeal の区別は、債権的財産のカテゴリーにおいて認識されているが、明確性という点ではさしたる貢献はない。債権的財産は intangible property、すなわち物理的な占有を獲得することでは請求ができないものと関連しているのに対し、動産は corporeal things ないし tangible things と関係しているといわれている³⁸。

に関する法的に確立された意味に基づいて、関連する権利を人的財産に分類している。オーストラリアの例として、1990年特許法13条(2)、1968年著作権法196条(1)、および1994年植物育成者権法20条を参照。英国人的財産法の議論に関しては、A.P. Bell, *Modern Law of Personal Property in England and Ireland* (London, Edinburgh, 1989) を参照。オーストラリアの議論に関しては、J.W. Carter *et al*, *Helmores Commercial Law and Personal Property in New South Wales* (10th ed., Sydney, 1992) を参照。

³⁵ O.R. Marshall, *The Assignment of Choses in Action* (London, 1950), 33. このほか、債権的財産に関する10個の多様な定義が掲載されている同書6～8頁も参照。

³⁶ *Halsbury's Laws of England* (4th ed.) vol. 6, 2, para. 1.

³⁷ O.R. Marshall, *The Assignment of Choses in Action* (London, 1950), 8-16 を参照。

³⁸ A.P. Bell, *Modern Law of Personal Property in England and Ireland* (London, Edin-

³² H.F. Jolowicz and B. Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (3rd ed., Cambridge, 1972), 412 を参照。しかし、反対の見解として、F. Schulz, *History of Roman Science* (Oxford at the Clarendon Press, 1946), 130-131 を参照。

³³ ユスティニアヌス『法学提要』が英国に与えた影響については、A. Watson, 'Justinian's Institutes and some English Counterparts' in P.G. Stein and A.D.E. Lewis (eds.), *Studies in Justinian's Institutes in Memory of J.A.C. Thomas* (London, 1983), 181-186 を参照。

³⁴ 英国財産法においては、不動産と人的財産とで区分がなされている。不動産は土地の利益と結びつけられているのに対し、人的財産は不動産以外の財産を指すものとして消極的に定義されている。人的財産はさらに、不動産に関する人的財産 (chattels real) と不動産に関係しない人的財産 (chattels personal) とに分類される。不動産に関する人的財産は、不動産賃貸借が歴史的な理由から人的財産に分類されたことに基づく特異なカテゴリーである。不動産に関係しない人的財産はさらに、動産と債権的財産とに分類される。そしてこの後者のカテゴリーに、特許や著作権を始めとする多くの知的財産制定法が含まれるのである。制定法は一般に、その用語

なぜ知的財産権は債権的財産とみなされるようになったのだろうか。その答えは、論理の当てはめというよりも、偶然や歴史、英国法制度の内部力学といったものと関係がある。この分類の過程は長期間に及ぶものであった。というのも、英国では、例えば著作権は本当に債権的財産かどうかといった論争が19世紀の初頭においてもなお静かに進行していたからである³⁹。

コモン・ローの歴史の初期においては、債権譲渡を禁止するルールが存在していた⁴⁰。その主な理由は、債権は譲渡に相応しくないほど高度に人的な債務であると考えられていたからであり、また、いずれにせよ債権の譲渡が必要以上に訴訟を引き起こす可能性があるからであった⁴¹。しかし、特許や著作権が登場した時期には、債権の非譲渡性ルールはエクイティ裁判所によって実質的に衰退させられていた。このことは、特許や著作権を債権的財産のカテゴリーに当てはめることを容易にした。また、これらの財産形態が譲渡可能であることは商業上の要請でもあり、譲渡禁止ルールは徐々に衰退していった。特許や著作権の債権的財産としての分類に影響を与えた別の要因は、その *incorporeal* な性質であった⁴²。

そうだとすると、状況は全く違ったものとなった可能性もあるのである。例えば、ホールズワース (Holdsworth) は、もしエクイティ裁判所が債権譲渡を禁止するルールの結論を修正しなければ、知的財産権は無体法定相続

産 (*incorporeal hereditament*) として扱われていたかもしれないと主張する⁴³。これに対しては、知的財産権が債権的財産に分類されるか、それとも無体法定相続産に分類されるかということは、どちらも財産カテゴリーなのであるから重要な問題ではない、という見方もありえよう。しかし、おそらくは各カテゴリーが表す抽象性のレベルにおいて相違が存在する。ブラックストーン (Blackstone) が列挙する無体法定相続産 (例えば、地役権や採取権) は、強い属地性を有している⁴⁴。大部分の無体法定相続産は、何らかの形で境界を有する不動産と関連している。これに対し、債権的財産は、他の財産形態との関係で存在する属地性や有体性の痕跡—ポロック (Pollock) が英国財産の「物に類似した性質」と呼んでいるもの—を消失するのにより適している。こうした新たな形態の人的財産は、慣習的形式および封建的形式の財産にみられるような強い態様で共同体を拘束しないことから、ある意味では人的側面の弱いものであった。しかしこれらの新たな形態は、所有者と第三者との匿名的かつ非個人的な連関、すなわち20世紀において通常の財産関係の属地性を打ち破って真のグローバル化を実現した連関を可能とするものであった。

債権的財産の重要性の高まりを通じて生じた心理的および概念的变化の大きさは、過小評価されるべきではない。メイトランド (Maitland) とポロックはともに、英国物的財産権法 (*real property law*) の大部分は、中世においては権利の移転と物の移転とを区別することができなかったということを踏まえれば容易に理解できると主張している⁴⁵。通行地役権のような無体法定相続産の場合でさえ、「物類似の」性質をそれらに起因するものとみなし、その財産の性質を土地との類比で説明する傾向があった。例えば、借地人による新権利者の承認 (*attornment*) のような慣行は、無体法定相続産の移転を取り囲むものであるが、それはこうした法定相続産が

burgh, 1989), 21-22.

³⁹ H.W. Elphinstone, 'What is a Chose in Action?', 9 *Law Quarterly Review*, 311 (1893); C. Sweet, 'Choses in Action', 10 *Law Quarterly Review*, 303 (1894); F. Pollock, 'What is a Thing?', 10 *Law Quarterly Review*, 318(1894); S. Brodhurst, 'Is Copyright a Chose in Action?', 11 *Law Quarterly Review*, 64 (1895); T.C. Williams, 'Property Things in Action, and Copyright', 11 *Law Quarterly Review*, 223 (1895); C. Sweet, 'Choses in Action', 11 *Law Quarterly Review*, 238 (1895) を参照。

⁴⁰ O.R. Marshall, *The Assignment of Choses in Action* (London, 1950), chapter 3 を参照。

⁴¹ 訴訟幫助 (maintenance) に対する異議として知られている。 *Lanpet's Case* (1612) 10 Co. Rep. 46b at 48a; 77 ER 994 at 997 を参照。債権譲渡は、訴訟幫助つまり干渉者による訴訟の推進を助長するだろうと考えられていた。訴訟幫助は犯罪となり、かつ不法行為が成立した。

⁴² E. Jenks, *A Short History of English Law* (6th ed., London, 1949), 281 を参照。

⁴³ W.S. Holdsworth, 'The History of the Treatment of Choses in Action by the Common Law', 33 *Harvard Law Review*, 997(1920).

⁴⁴ Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765; 1783 ed., reprinted by Garland Publishing, New York, London, 1978), Book II, chapter 3.

⁴⁵ F. Pollock and F.W. Maitland, *The History of English Law* (2nd ed., Cambridge at the University Press, 1898, reissued 1968), 124-125.

実際には権利ではなく物としてみなされていたということを明らかにするものであるとメイトランドは示唆している⁴⁶。

英国法は、ローマ法の *incorporeal thing* のカテゴリーを債権的財産のカテゴリーと結びつけることによって、非常に柔軟な人的財産概念を創出した。英国法が柔軟である理由は、まさに正確に特定された一定の属性によってその拡張が制限されていなかったからである。その非限定性 (*indefiniteness*) は、財産制度の機能的強みの源泉であった。その結果、英国法は市場や社会関係の多様な分野にまで広がることができたのである⁴⁷。これは大陸民事法制度には実際に相当するものがない概念であった⁴⁸。

最後に 1 つ検討しなければならないことがある。ある見解によれば、我々がみてきた *incorporeal things* の発展に関する短いストーリーは、財産法はその長い発展過程において次第に非物質化され、一層抽象的なものとなり、ポロックの言葉を用いるならば、その「物に類似した性質」を喪失してきたという考え方を支持するものであるように思われるかもしれない。このような結論を下すのは簡単であるが、しかし果たして我々はこのような結論を下すべきであろうか。我々が述べたストーリーにおける出来事というのは、現実の問題に対する現実の解決策を構築するためにローマ法上のカテゴリーが英国法学者によって用いられたということである。アイディアの豊富な人というのは、広い意味では資産 (*assets*) を有しているのである。そうした人が市場経済で生計を立てることを可能とするためには、その *intangible assets* (無形資産) が商業的に利用可能となるよう、それらの資産は何らかの方法で財産権として承認されなければならない。このような目的にとって極めて重要な概念装置の一部がローマ法によって

⁴⁶ F.W. Maitland, 'The Mystery of Seisin' in *Select Essays in Anglo-American History* (edited by a committee of the Association of American Law Schools, Cambridge at the University Press, 1909), 591-610.

⁴⁷ 非限定性こそが財産の本質であるとオースティンは主張する。しかし彼は、それがあたかもすべての法域の財産に当てはまるかのように記述している。J. Austin, *Lectures on Jurisprudence* (5th ed., London, 1885), Lecture 48 を参照。

⁴⁸ コモン・ロー制度と大陸法制度との財産に対するアプローチの相違に関する優れた議論として、'Introduction' by O. Kahn-Freund (ed.) in K. Renner, *The Institutions of Private Law* (A. Schwarzschild tr., London, 1949) を参照。

もたらされた。英国のコモン・ローは、そのプラグマティズムで有名であるが、危険を冒して形而上学領域の奥深くにまで立ち入り、知的財産の *abstract objects* を *incorporeal things* のリストにつけ加えたのである。そうすることで、知的財産は *material objects* にまでその手を伸ばした。芸術家、作家および発明家は、この世界で経済的に生存していくためにはその *intangible assets* を *material assets* (有形資産) に転換しなければならない。いったん知的財産法が *abstract objects* における財産を承認した後は、物質世界における財産関係を支配する物質性 (*materiality*) の重要性がより一層強まったのであって、弱まったのではない。その重要性が強まった理由は、*abstract objects* を通して、ますます多くの *material objects* が、数においても種類においても、個人財産所有者の影響下におかれうることになったからである。*abstract object* は *material object* を支配する 1 つの方法となった。1 つの特許は無数の *physical objects* に関連しうる。知的財産権の *corporeality* は、法的にいえば、はるか遠くにあるのではなく、*abstract object* に物質性を課すさまざまな要件となって現れるのである⁴⁹。

知的財産権の正当化

知的財産権の場合、*abstract objects* は私人間の財産関係を媒介する「物」(*things*) である。利用による枯渇を観念しえない資源の最適な例であるものに財産権を創設することを正当化する根拠は、結局のところ何であろうか。*tangibles* の場合には、人はその物を利用することで他者から物を奪うことができる。しかし、*abstract objects* の性質はその物を同時に利用する

⁴⁹ 例えば、特許出願においては当該発明について説明し定義した明細書を添付する必要がある。発明自体は、物質を喚起するような用語で定義されることが多い。専売条例 (*Statute of Monopolies*) は、「いかなる態様のものであれ、新たな製造物」(*any manner of new manufactures*) に言及している。この文言は1990年オーストラリア特許法にも継承されており、同法18条(1)(a)は発明を「専売条例6条の意味における製造の態様のもの」(*a manner of manufacture within the meaning of section 6 of the Statute of Monopolies*)と定義している。著作権法も一般に著作物に関して物質的形態の要件を課している。

ことを認めるため、利用による abstract objects の剥奪という事態は生じえない。

英国法は、特許権および著作権の文脈において、こうした正当化根拠の問題に最初に対峙しなければならなかった。これらの各文脈において、この問題に対する解答は、キリスト教の影響を強く受けた法的伝統の中で、そしてまた自然法上の財産理論の影響を受けた言説の中で提示された。このような伝統の中で、正当化根拠の問題は特許権と著作権とで異なる議論が行われた。これらの主張を説明するために本書では、著作権に関してはアン法と *Millar v. Taylor* 事件の議論に、特許権に関しては専売条例 (*Statute of Monopolies*) と *The Case of Monopolies* の議論に、それぞれ限定して考察を行うことにしたい⁵⁰。もちろん、これだけの事例では数が少ないということは認めざるをえないが、しかしそうはいっても、裁判例や制定法の中には当時の広範な法的世界について多くのことを明らかにするものもある。本書で取り上げる 2 件の裁判例は、英国法において最も有名なものであって、哲学的議論に富むものであり、正当化根拠の問題を解決するために用いられた法的準拠枠を明確に提示するものである。

著作権

著作権から始めることにしよう。英国著作権の歴史については数多くの優れた文献が存在する。したがってここでは、我々が分析対象として選択した素材に取りかかるのに先だって、英国の著作権史をごく簡単に眺める程度にとどめたい⁵¹。

⁵⁰ *Millar v. Taylor* (1769) 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201; *Act of Anne* 8 Anne, c. 19 (1709); *The Case of Monopolies* (1602) 11 Co. Rep. 84b, 77 E.R. 1260; *Statute of Monopolies* 21 Jac 1 c. 3 (1623).

⁵¹ 第一次資料に関する優れたソースは、E. Arber (ed.), *A Transcript of the Registers of the Company of Stationers of London 1554-1640 A.D.* (London, 1875-94, privately printed, 5 volumes) である。専門的なテキストの例としては、C. Blagden, *The Stationers' Company: A History, 1403-1959* (Cambridge, 1960); L.R. Patterson, *Copyright in Historical Perspective* (Nashville, 1968); G. Putnam, *Books and their Makers During the Middle*

15世紀イングランドにおける書籍の印刷および出版は、正式には書籍出版業者 (the Stationers) として知られていた手工業者ギルド (a craft guild) によって営まれていた。すべての手工業者ギルドと同様に、書籍出版業者は、独占利益に強い関心があり、またそれと同じくらい競争への恐怖心を抱いていた。このように独占利益への関心と競争への恐怖心とが組み合わさった結果、書籍出版業者のギルドのメンバーは、やがて1557年に法人化勅許状 (a royal charter of incorporation) の取得に向けて請願を行うに至った⁵²。メアリー女王 (Queen Mary) は、書籍出版業者の請願を喜んで受け入れた。印刷の統制権限を書籍出版業組合 (Stationers' Company) に付与することは、扇動的、異端的情報の拡散を統制しうる別の手段をもたらすことになったからである (もともと、国王が早い時期から書籍出版業者を利用しようとしたのではなく、むしろ拷問や殺害のようなより手荒い手段に頼ることを好んだ点は指摘しておく必要がある)⁵³。

二組の自己利益間に相補関係がみられたことを背景として、出版業を統制するために特権を利用するケースが16世紀イングランドにおいて現れた。すなわち、一方で、国王はその政治的安定にとって印刷の支配権限が不可欠であると考えていたのであり、他方で、書籍出版業者はロンドンを中心とする彼らの独占を維持し、地域的に、さらには国境を越えてスコットランドにまで彼らの影響力を拡大するための手段として、特権制度とみなしていたのである。著作権の歴史におけるこの段階では、著作者はほん

Ages 1476-1600 (New York, 1962); H. Ransom, *The First Copyright Statute* (Austin, 1956) がある。

⁵² E. Arber (ed.), *A Transcript of the Registers of the Company of Stationers of London 1554-1640 A.D.* (London, 1875-94, privately printed, 5 volumes), vol. 1, xxviii に再録されている。1557年法人化勅許状は、次のような冒頭で始まる。

「国王と王妃は、……汝らのことを知っている。つまり国王と王妃は、いくつの中傷のかつ異端的な書物や詩および論文が、さまざまな挑戦的で悪意に満ちた離教のかつ異端的な人々によって日々出版され配布されており、臣民や家臣を、国王と国家の威信に対する反逆と不服従へと唆すのみならず、聖母教会の真実かつ健全なカソリックの教義に対して、それを作り変え変革しようという、最も大それた憎むべき異端へと唆すということを考慮し、明白に把握している。」

⁵³ Ibid at xxvii.

の脇役にすぎなかった。中心的役割を演じたのは国王と印刷業者であり、その両者とも著作権の権利や経済および文化にとっての複製権の価値には特に関心を示さなかった。著作権が個人的な特権を手に入れるほど恵まれている場合を除いては、著作権の立場は弱く、もし原稿が公に配布されることに著作権者が同意したとすれば、書籍出版業組合のメンバーが当該原稿の著作権を登録し、それを利用することを禁止するのが不可能なほどであった。書籍を印刷する権利は、著作権者ではなく、特定の作品を登録する書籍出版業組合のメンバーに帰属していた。

この特権制度は結局破綻した。その理由の一端は、出版産業の至るところで特権が不均等にばらまかれており、同産業において収益の高い大きなシェアをもつ人々と、同産業の縁で生き延びている人々との間で、軋轢を生み出したという点に求めることができる。1709年のアン法は、特権制度に取って代わるものであった。アン法は、著作権に対する公共利益の位相の到来を告げるものであったことから、画期的な制定法であった。アン法の前文は、著作権を「学問の奨励」(Encouragement of Learning)と結びつけた。アン法は、著作権の保護期間を制限することによって、パブリック・ドメインの存在を承認した⁵⁴。アン法は、まだ印刷されておらずこれから出版される書籍に関して、著作権に「印刷の独占的自由」(sole Liberty of printing)を与えた。アン法全体の趣は、道具的かつ実用的であった。著作権の役割は著作権者の創作を促すことであり、それによって学問を奨励し、学問に新たなものをつけ加えるという、より大きな目的に奉仕することであった。既に出版された書籍に対する書籍出版業者の独占的な支配は、アン法が既存書籍に対する保護を「1710年4月10日から」21年間に制限することによって排除された。書籍の価格統制条項も導入され、大学の諸利益は明確に守られた。

アン法の到来は、書籍出版業者にとって大いなる歓喜の種では決してなかった。その後、数十年にわたり、アン法は英国裁判所において検証が行われた。18世紀におけるこれらの裁判例は、非常に現代的な意義を有している。というのも、著作権者がアン法制定後も存続する権利をもつのかどう

かを判断する際に、裁判所は著作権保護の根拠について真正面から取り組む必要に迫られたからである。その結果、裁判所は哲学的な領域へと立ち入らざるをえなかった。書籍出版業者による訴訟は、書籍の財産権あるいは「文芸的財産権」(literary property)に関する広範な社会的論争の一部であった。この論争は、17世紀後半から18世紀にかけての英国史において、最も長期にわたる、最も鋭く意見の対立した論争の1つであった⁵⁵。実際、出版業界に利害関係をもつ人々だけでなく、一般の知的サークルに属する人々までもがこの論争に加わったのである。数多くのことが問題とされた。一部の人々にとって真の問題はアイディアの普及に対する統制にあった⁵⁶。

法廷における議論は、著作権者が自己の著作物を出版した後においてコモン・ロー上の著作権(common law copyright)は存在するのかどうかということを根本的に問うものであった。書籍出版業者は、独占状態が崩れるのを嫌がり、次のように主張した。すなわち、コモン・ローはいかなる制定法とも独立に著作権者に対して永久の著作権(書籍出版業者が著作権者から獲得することのできる著作権)を付与するものであり、このコモン・ロー上の著作権は出版およびアン法のいずれの影響も受けないものである、と。結局、書籍出版業者のこうした主張は受け入れられなかったが、彼らは法廷においてそうした主張を展開したので、英国の裁判官にとっては、著作物における著作権者の権利の性質について意見を述べる機会が与えられた。そして最終的には、*Donaldson v. Beckett* 事件において、(6対5という)僅差の多数意見ではあったが、アン法はコモン・ロー上の著作権を廃止したものであるという判断を下したのである⁵⁷。本件はこの問題について裁判

⁵⁵ この論争に関連する書籍のタイトルは、S. Parkes (ed.), *The English Book Trade 1660-1853* (New York, London, 1974) 中の42冊ものの巻に再録されている。とりわけ興味深いのは、以下のタイトルである。すなわち、'English Publishing, the Struggle for Copyright and the Freedom of the Press: Thirteen Tracts, 1666-1774'; 'The Literary Property Debate: Seven Tracts 1747-1773'; 'The Literary Property Debate: Six Tracts 1764-1774'; 'The Literary Property Debate: Eight Tracts, 1774-1775' である。

⁵⁶ こうした影響に対する裁判所の見解として、*Millar v. Taylor* 98 E.R. at 229-250 におけるイエーツ裁判官の反対意見を参照。

⁵⁷ (1774) 4 Burr. 2408, 98 E.R. 257. 本件において貴族院はそもそも著作権者がコモン・ロー上の著作権を保有することについて支持しなかったとする見解として、L.

⁵⁴ L. Ray Patterson and Stanley W. Lindberg, *The Nature of Copyright* (Athens, London, 1991), 29-31.

所の見解が示された最後の裁判例というわけではないが、著作権が制定法の産物であると考えられるようになる思考の道筋を確立したのはまさに本判決であった。

それではここで、本節の冒頭で述べた最初の事件の検証に移ることにしよう。1769年の *Millar v. Taylor* 事件は、*Donaldson v. Beckett* 事件に先行するものであり、いろいろな意味で文芸的財産権をめぐる議論の本質を捉えた事件である。*Millar v. Taylor* 事件は、次の2つの問題を提起した。すなわち、著作権はコモン・ロー上の複製権 (a right of copy at common law) を有しているだろうか。もし有しているとすれば、このコモン・ロー上の複製権はアン法によって剥奪されたのだろうか。本件における原告ミラーは、「四季」(The Seasons)という詩の登録著作権の保有者であった。被告テイラーは、ミラーの許諾を得ていなかったが、当該詩の複製物を保有していたので、それらを販売することができた。アン法によって与えられた保護期間は満了していた。ミラーが勝訴する唯一の望みは、アン法の影響を受けないコモン・ロー上の著作権が存在することを証明することであった。ミラーはこうした証明に成功した。4人中3人の裁判官は、ミラー勝訴の判決を下したのである。

コモン・ロー上の著作権を支持する判断を下した裁判官からは、多様な正当化の議論が提示された。マンズフィールド主任裁判官 (Mansfield CJ) は、出版される前であれ後であれ著作権者の権利の淵源は同じであると述べたうえで、権利の基礎は正義にあると主張する。すなわち、「著作権者は自己の創意と労働に関する金銭的利益を手に入れるべきだとすることが正義にかなう。そしてまた、他者は同意なくして著作権者の名前を使うべきではないとすることが正義にかなう。」と主張するのである⁵⁸。ほかの裁判官も正義に訴えかけているけれども、彼らは追加的な論拠を提示している。ウィレス裁判官 (Willes J) は、道具的議論を提唱した。彼は財産権をインセンティブと結びつけて考える。自ら種をまかなかったものから他者が利益を得ることができるのだとすれば、「そのような自然法上の正義には賛

同しない」と認めたうえで、ウィレス裁判官は次のような議論を提示する。いわく、「いかなる国においても、学識ある者たちの学問や骨の折れる研究を奨励することは賢明である。最も簡単で最も平等な方法は、彼らに自己の成果に対する財産権を保障することである。」⁵⁹ 正当化根拠の第3の立場は、アストン裁判官によって提示された。アストン裁判官は、著作権は知的労働の成果を所有するということに権利の存在の基礎をおく⁶⁰。この見解は、なぜ労働がこうした財産権の付与といった性質をもつべきなのかという問いを引き起こす。この点に関するアストン裁判官の論拠は明らかではないが、後に、財産権の侵害は自然の理性に反するという自らの主張をサポートするために、自然法を引用している⁶¹。アストン裁判官の分析は、明らかにロック (Locke) の系譜に属するように見受けられるし、実際、彼は『統治二論』第二篇 (Book II of the *Two Treatises of Government*) におけるロックの所有権に関する議論に触れている。もっとも、それはロックの所有権に関する議論が文芸的財産権とは関連しないものであると述べるためにすぎない⁶²。それにもかかわらず、著作権者の知的労働は財産権を生み出すというアストン裁判官の議論は、次章でみるように、相当程度、ロックの所有権の起源に関する分析と類似している。

要約すれば、*Millar v. Taylor* 事件においては、正当化根拠に関する3つの立場がみられる。我々はそれらを正義による正当化、インセンティブによる正当化、および自然権による正当化と呼ぶことができる。これらは明らかに独立している。財産権が創作のインセンティブであるということについては否定しながらも、創作者に報いる (reward) ために財産権を創設することは正義の要請であると主張する者がいるかもしれない。インセン

⁵⁹ Id., at 218.

⁶⁰ Id., at 221.

⁶¹ Id., at 222.

⁶² Id., at 220-221. アストン裁判官がこのような考える理由は、ロックの理論が「生活必需品」に適用されるものであるからである。さらに、ロック理論のような理論は、一定の占有行為つまり身体的な接触行為に基礎をおいている。占有は文学的作品における財産権の獲得にとって関連性を有しないことをアストン裁判官は示唆しているようにみえる。

Ray Patterson and Stanley W. Lindberg, *The Nature of Copyright* (Athens, London, 1991), 36-46 を参照。

⁵⁸ 98 E.R., at 252.

ティヴによる正当化はその性質上、道具的である。財産権は社会的に有益な活動を獲得するための梃子である。自然権による正当化は、その望ましさを、自然法の存在とそれを識別することのできる人間の理性の存在に依存している。これらの正当化根拠は著作権の文脈において裁判官によって考え出されたものであるけれども、それらは知的財産権の他の分野にも等しく適用することが可能である。後の章では、これらの正当化根拠のそれぞれがより詳細な評価対象となるだろう。ともあれ差し当たっては、*Millar v. Taylor* 事件の分析を続けることにしたい。なぜなら、財産についての自然法的思考と著作権との関係について、多くのことを明らかにしているからである。

Millar v. Taylor 事件の1つの興味深い特徴は、各裁判官が自然法上の財産理論を利用する方法がそれぞれ異なっていることである。裁判官は全員この知的伝統と向き合わなければならなかった。その理由は、1つには、弁護士がその答弁において相当程度、自然法上の財産理論に依拠しているということが本件から明らかだからである。またもう1つには、自然法上の財産理論が当時の支配的な伝統であったからである。所有権とその正当化についての問題に関心がある場合に、現代の評者がこの事件から得られる1つの教訓は、そうした問題の分析結果は、道徳理論の選択にはそれほど依存しておらず、むしろ特定の正当化理論が拠って立つ共同体の特徴や記述に大きく依存しているということである。先の2つの判決をより緻密に検討すれば、こうした特徴が浮かび上がる。

アストン裁判官とイエーツ裁判官（反対意見を述べた唯一の裁判官）はともに、グロティウス（Grotius）、プーフェンドルフ（Pufendorf）、ロックらの理論を援用する⁶³。イエーツ裁判官は、英国人的財産法の発展を自然

法と明確に関連づけて考えている⁶⁴。しかし、同じ自然法の枠内で考えながらも、アストン裁判官とイエーツ裁判官は正反対の結論を導きだす。アストン裁判官は、著作者は **abstract objects** に財産権を有すると結論づけるのに対し、イエーツ裁判官は、公表（**publication**）によってこの財産権は消滅すると主張する。両者の間には、自然法に関する知的集成物の用い方において数多くの相違が存在するが、なかでも決定的に重要な相違はそれぞれの共同体概念の用い方である。アストン裁判官は、著作者が著作物をこの世にもたらした瞬間から文芸的財産権が著作者に帰属すると主張する。アストン裁判官はこうした文芸的財産権を、共有状態から始まり一定の占有行為を通じて個人所有へと至るものと彼がいうところの、**tangible property** と対比する。次の一節は、アストン裁判官がなす二種類の財産間の対比を示している⁶⁵。

この種の財産には、占有によって獲得される財産、つまりもともとは共有のものであり、個人所有のものではないが、しかし個人の一定の行為を通じて個人所有のものへと変容する財産との間において、重要な相違がある。というのも、この種の財産は原始的には著作者のものである。したがって、著作者自身の行為またはその完全な同意によって明確に共有のものとされない限り、その財産は依然として著作者本人の所有物であるはずである。

有権を獲得する想像上の態様」を仄めかしている。98 E.R., at 218 を参照。これはおそらく、ドングリに直接言及するロックの所有権の議論を参考にしたものである（J. Locke, *The Second Treatise of Government* (P. Laslett (ed.), Cambridge, 1988), Book II, chapter 5, section 28 を参照）。しかしいかなる場合でも、ウィレス裁判官は、自然法の伝統についての明示的な議論は **physical objects** とのみ関連性を有するものであると主張して、そうした議論を回避することを選択する。一方、マンズフィールド裁判官は、自己の結論を正当化するために、自然法の原則や道徳的正義に依拠する。もともと、同裁判官は、グロティウス、プーフェンドルフ、あるいはロックの議論を明示的に引き合いにだすことはしない。

⁶⁴ 98 E.R., at 229.

⁶⁵ Id., at 221.

⁶³ アストン裁判官は、98 E.R., at 220 において、ロックの *The Second Treatise of Government* (1690) における所有権に関する議論に明示的に触れている。同裁判官はまた、グロティウスの *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres* (1625) における所有権の起源に関する議論や、プーフェンドルフの *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo* (1672) にも言及する。98 E.R., at 220-221 を参照。イエーツ裁判官は、98 E.R., at 231 and 233 において、プーフェンドルフを明示的に援用する。ウィレス裁判官は、「弁護人の創造力」を用いたものと彼がいうところの形而上学的議論に言及し、「ドングリ」の所

上記の主張をなすにあたり、アストン裁判官は、グロティウス、プーフエンドルフ、ロックのような自然法論者にとって極めて重要な問題に関する議論を引用している。これらの理論家たちは、私有財産権の発展について説明しようとした。神は大地とその内容物を共有のものとして、つまり共同所有権という形で、原始的共同体に与えたのだろうか。あるいは、この付与は単に大地を利用可能にすることだけを目的としており、所有権の問題は後の段階で人間によって決定すべきものなのであろうか。前者の共同体構想、つまり積極的共同体 (positive community) は、個人による財産の取得を他者の同意に大きく依存したものとするだろう。なぜなら、個人は万人に帰属しているものを取得しようとするからである。これに対し、後者の共同体構想、つまり消極的共同体 (negative community) は、個人が労働を通して財産を取得することのできる範囲をより広げるものである。なぜなら、個人は、万人にその取得が開かれているが、誰か一個人に帰属しているわけではないものを取得しようとするからである⁶⁶。ここでは他者の同意は積極的共同体におけるほど強い役割を有していない。

アストン裁判官は、消極的共同体の擁護者であるプーフエンドルフを肯定的に引用し、著作者の精神的労働は文学作品における財産権の根拠を与

えると主張する⁶⁷。abstract objects が財産となりうるという事実は、アストン裁判官にとって問題とならない。なぜなら、アストン裁判官はプーフエンドルフに依拠しながら、財産権の対象は時の経過とともに解決されると主張するからである。換言すれば、自然法原理は、社会がその実定法上の財産ルールを新たな状況に適合させるために調整することを禁止したりしないのである。発見、発明、および芸術は、財産権の考えられる対象範囲を拡大したのである。

一方、イエーツ裁判官は、アストン裁判官と同様に自然法理論にみられる財産権の一般理論に依拠するが、著作者はアン法を超えてコモン・ロー上の著作権を有しないと説示して、アストン裁判官とは正反対の結論を導く。abstract objects は占有できないのであるから、占有は当該権利の基礎となりえない⁶⁸。abstract objects に価値があるという事実によって、当該対象が個人の財産に変わることはない。なぜなら、「単なる価値は財産を構成しない」からである⁶⁹。イエーツ裁判官がコモン・ロー上の著作権を否定する理由は、1 つには abstract objects の性質に基づいている。すなわち、イエーツ裁判官が次の一節で明らかにしているように、abstract objects は所有することが不可能だからである。

しかし、ここで主張されている財産は全くもって観念的なものである。つまりそれは、何らの境界や目印をもたず、目にみえる形で占有することができるものではなく、財産としての性質や付随条件を何一つ維持することができるものではないのである。その存在はすべて頭の中

⁶⁶ グロティウスは、原始的共同体の性質の問題については若干曖昧である。*Mare Liberum* においてグロティウスは、その共同所有権の性質を明確にすることなく、「万人が享受しうる共有の」ものがいくつか存在すると述べて話を始める。その後グロティウスは、原始状態において「共有のもの」とは万人が所有権を共有していることではなく、単に所有権が全く存在しないことを意味するにすぎないと示唆している。H. Grotius, *Mare Liberum* (1608; R. Van Deman Magoffin tr., New York, 1916) at 2, and 22-25 を参照。私的所有権の起源および発展に関する議論については、H. Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres* (1625; F.W. Kelsey tr., New York, London, 1964), Book II, chapter 2 も参照。そこでグロティウスは、ユスティヌス (Justin) を引用して、万物はもともと共有の物であって、全人類の所有にかかる分割不可能な物であったと述べる。グロティウスはこれに続けて、「各人は自己の必需品として欲するものは何であれ直ちに取得することができる」と主張する。これは消極的共同体と整合的である。自然法の研究者による消極的および積極的共同体の利用に関しては、the commentary by K. Haakonssen on Thomas Reid, *Practical Ethics* (K. Haakonssen ed., Princeton, New Jersey, 1990), 323-326 を参照。自然法における所有理論に関する優れた議論として、S. Buckle, *Natural Law and the Theory of Property* (Oxford, 1991) を参照。

⁶⁷ 原始的共同体は消極的共同体であるとするプーフエンドルフの主張に関しては、S. Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo* (1672; translation of 1688 ed. by C.H. and W.A. Oodfather, New York, London, 1964), IV. 4. 3. を参照。

⁶⁸ ブラックストーンは、占有とは「それ以前には誰にも帰属していなかった物を所持する行為」であると指摘する。Sir William Blackstone, *Commentaries of the Laws of England* (1765; 1783 ed., reprinted by Garland Publishing, New York, London, 1978), Book II, Chapter 16, 258.

⁶⁹ 98 E.R., at 230.

にあるのみである⁷⁰。

イエーツ裁判官の議論のより核心的な部分は、アイデアは万人に開かれたものであるということを明確に前提としているところにある。アイデアの性質はまさに、いったん公表されると、もはやそれらは独占的に使用したり享受したりすることができないというものである。公表という行為は、必然的に「公衆への贈り物」であり、そうしたアイデアはコモンズに加えられる⁷¹。しかし、以上のことから、著作者は自己の労力に対する報酬を受ける資格がないということにはならない。イエーツ裁判官は、すべての者は自己の労働の成果に対する権利を取得するという原理を援用して、著作者は報酬を受ける権利をもつということに賛同する。しかし、この報酬は「人間の一般的権利、および財産の一般的ルール」を前提としなければならないと説く⁷²。

イエーツ裁判官は、自然法原理を巧妙かつ興味深い方法で利用する。まさに人的財産法が自然法原理を基礎としているために、コモン・ロー上の文芸的財産権は存在しえないのである。イエーツ裁判官によれば、財産権は現実の占有に基礎をおくものであるが、abstract objects は占有することができない⁷³。イエーツ裁判官がその判決の末尾で明らかにしているように、そのような「占有しえないものに基礎をおいた」権利が存在するとい

う主張は、財産権の一般理論とは全く相容れないものである。確かに、正義は著作者が何らかの報酬を受けるべきことを要求するが、議会は著作者に有限期間の独占を与えるアン法を立法化したことで、正義の要請を満足したのである。独占の付与は、それが正義と一致し、学問および科学を奨励することから正当化される。しかし、この独占権の行使は、それが他者の自然権と両立しなければならないという、最優先の条件の制約を受ける。他者はアイデアを利用する権利を有しているのであり、独占権の対象物を取引する権利を有しているのである。イエーツ裁判官の説示に暗示されている共同体の考え方は、アストン裁判官の分析にみられるような強い消極的共同体概念ではない。abstract objects は、依然として万人が使用する資源であり続ける。それらは、万人がアクセスして使用する自然権をもつコモンズの一部となるのである。

Millar v. Taylor 事件は、少なくとも 2 つのレベルにおいて啓発的な裁判例であることがわかる。1 つのレベルでは、本件においてみられる、コモン・ロー上の著作権の存在を正当化する 3 つの異なった論拠が、現代的な関連性を有している点である。ウィレス裁判官のインセンティブの議論は、クリエイティビティに対する動機づけは abstract objects に対する財産権を利用することによって高められ、そうした財産権がない場合には弱められると考える、現代経済学の議論の先駆けである⁷⁴。アストン裁判官の自然権による正当化は、一部の現代リバタリアンが主張する私的所有権の正当化根拠に類似した立場である⁷⁵。もう 1 つのレベルでは、本件は次のことを明らかにした。すなわち、財産権に関する一階 (first order) の正当化の分析がたどる可能性の高い進路は、その分析が含まれる形而上学のスキームに深く依存しており、また共同体についての特徴や前提に特に依存しているということである。この依存関係があまりにも強いため、自然法という同じ一階の道徳理論の枠内であっても、共同体についての見方が異なれば特定の財産権の取決めを正当化しうるか否かについての結論が異なってくるのである。

⁷⁰ Id., at 233.

⁷¹ Ibid.

⁷² Ibid.

⁷³ Id., at 230. 占有の概念は、グロティウスとブーフエンドルフのいずれにとっても、私的所有権の発生についての説明の可否を決する重要なポイントであると考えられている。グロティウスの次の一節が、まさにその例証となっている。「財産ないし所有権が考案されたとき、自然界の状態を手本にして財産に関する法が制定された。身体的な必要性に関連して財産という概念の使用が開始されたことが、前述したように、財産の最初の起源であるのだが、それと同様の関係に基づいて、物が個人の財産であるということが決定された。この関係こそが『占有』と呼ばれるものであり、それは、かつては共有物として保持されていた物に対する用語として最も適切なものである。」H. Grotius, *Mare Liberum* (1608; R. Van Deman Magoffin tr., New York, 1916), 25 を参照。

⁷⁴ 財産権の重要性一般については、D.C. North and R.P. Thomas, *The Rise of the Western World: A New Economic History* (Cambridge, 1973) を参照。

⁷⁵ R. Nozick, *Anarchy, state, and Utopia* (Oxford, 1974).

コモン・ロー上の著作権に関する初期の裁判例が抱える1つの難問は、それらが発する明らかに矛盾したシグナルである。ホールズワースが指摘するように、ほとんどの英国裁判官はコモン・ロー上の著作権を支持したが、それにもかかわらず英国法においては最終的に経済的で実用的な著作権法概念が勝利したのである⁷⁶。なぜこうしたことが生じたのかという問題について研究を行う価値は十分にある。ともあれ、ロック流の自然権を基礎とする財産権の説明は、18世紀のイングランドにおいて広く受け入れられたのである⁷⁷。大多数の英国裁判官は、その出発点として、個人の労働と私的所有権の存在との強い関連性、つまり自然法の伝統を引き継ぐ理論家がこれまで議論してきた関連性を前提とする見解をとった。*Jefferys v. Boosey* 事件においてポロック裁判官が提唱したような、著作権は「全く人工的な権利」であるという見解をとった裁判官の数は極めて限られていたのである⁷⁸。

著作権法の経済的概念はおそらく、自然法原理に反してというよりも、むしろ自然法原理のおかげで英国法に到来した。営業を行う万人の権利は、長い間コモン・ローの一部を形成し、他の大方の権利よりも基本的な地位を享受してきた⁷⁹。コモン・ロー上の著作権の問題について解決を迫られた裁判官は、文芸的財産権による永久の独占がもたらす経済的影響を考慮せざるをえなかった。彼らは、出版者と著作者の利益を分離するのではなく、アン法の施行を支持することによって、潜在的には絶対的なコモン・

⁷⁶ W.S. Holdsworth, *A History of English Law* (2nd ed., 1937, London), vol. 6, 379 を参照。米国についても同じことがいえる。米国では、*Wheaton v. Peters*, 33 U.S. (8 Peters) 591 (1834) において連邦最高裁がコモン・ロー上の著作権を廃止した。

⁷⁷ ロックの影響に関しては、R. Larkin, *Property in the Eighteenth Century* (Dublin, Cork, 1930) を参照。

⁷⁸ 4 H.L.C. 815, 10 E.R. 681 at 729.

⁷⁹ 営業の自由（取引の自由：freedom of trade）の権利は、*Millar v. Taylor* 事件の中でイェーツ裁判官によって自然権として描かれている。98 E.R. at 250 参照。本章において後述する *The Case of Monopolies* もこのような見解にとつての典拠となる。この原則の基本的性質を説く他の裁判例としては、*The Case of the Tailors, etc. of Ipswich* (1614) 11 Co. Rep. 53a, 77 E.R. 1218や*Norris v. Staps* (1616) 11 Co. Rep. 53a, 80 E.R. 357 がある。

ロー上の著作者の権利を制限する道を選んだのである⁸⁰。また、著作権に対する経済的見地の勝利は、変化する経済的、技術的状況に適合した現実的な解決策を作り出すために自然法上の財産原則の調整がいかにして行われたかを示す、1つの例であるということもわかる。英国法は、著作権の経済的概念を採用するに際して、実際に自然権の正当化を否定したわけではない。むしろ英国法は、自然法原則を採用したうえで、著作者が自己の労働に対して一定の報酬を獲得する一方、他者もまた自己の営業の自由に対する自然権を追求しようよう取り計らう、そのような現実的な解釈を自然法原則に与えたのである。そしてそれは結局、拡大の一途をたどった18世紀後半の産業経済に適合する解釈であったのである。

特許権

意義深いことに、発明者は著作者と同様に永続する権利を享受すべきであるという議論が真剣になされたことはなかった。発明者の権利が国王大権や議会制定法に依拠するものであるということは定着していた⁸¹。この理由はおそらく、発明は社会的有用性の観点から非常に重要なものとして考えられていたため、発明者の手に委ねておくことができなかったからであろう。コモン・ロー上の文芸的財産権を支持した裁判官は、発明に対する財産権と書籍に対する財産権との区別を図るという課題を抱え込むことになった⁸²。これは難しい分析上の仕事である。というのも、発明と著作の双方とも精神の労働をともなうからである。一方の労働は国家が特許という形で特権の付与を決定しない限り、何の権利も確立しないのに対して、なぜ他方の労働は自然権的財産権を確立すると考えるべきなのであるか。英国法が採用した哲学的な解答は、発明者は単に既存の物を発見するにすぎないのに対して、著作者は何かを生み出すからである、というも

⁸⁰ 出版者と著作者の利益を切り離して考える必要があることについては、L.R. Patterson, *Copyright in Historical Perspective* (Nashville, 1968) を参照。

⁸¹ *Jefferys v. Boosey* (1854) 4 H.L.C. 815, 10 E.R. at 745.

⁸² 若干の試みとして、*Millar v. Taylor* 98 E.R. at 216 and 226 を参照。

のである⁸³。この解答は、特に説得的であるわけではない。発明者は何も生みださないという発想は、自然法則の先在とその新たな応用とを混同している。後者の行為は実際に創作的労働を必要とする。発明に創作的要素が存在するにもかかわらず、英国法は依然として、特許権の取扱いにおいて高度に道具主義的であったといえる。特許権は何世紀にもわたり、特権という言葉から決して離れることはなかった。このことが著作権についても当てはまるのかどうか〔著作権もまた特権であるのかどうか〕に関しては、さらに多くの司法上の反対が存在したが、最終的には著作権も特許権と同様に、自然権ではなく特権であると考えられるようになった。

特許法は、著作権法と同様、中世イングランドにおける国王大権に基づく特権制度に起源を有する。国王は、特権付与に関する国王大権に基づいて、土地の利権、多様な公職、一手販売権 (franchises) の付与を含むあらゆるものを付与しえた。こうした特権付与の権限の範囲は広範なものであったが、独占権の付与に関しては慎重に行われなければならないというのが建前であった。問題は現実にはそうならなかったことであった。代々の英国国王にとって、独占権の付与は都合のよい収入源となった。ホールズワースは、国王が理論上は制限された独占権付与の権限を巧みに利用して金儲けを行う姿勢を適切に描写している。

ジェームズ I 世 (James I) は絶えず財政難に喘いでおり、対価を目当てに、政府関係および産業関係の双方について多数の特権を付与する用意をしていた。……こうしたさまざまな特権付与のうち後者の産業関係の例として、牛革の輸出に関する独占権の付与、タラとリングの輸入に関する独占権の付与、ファージング銅貨の製造に関する独占権の付与等を挙げることができる⁸⁴。

⁸³ 「もしミルトン (Milton) が『失楽園』 (Paradise Lost) を書かなかったならば、それは永遠に現れなかっただろう。もしワット (Watt) が高圧蒸気利用について発明をしなかったとしても、ほかの誰かがそれを発明しただろう。」 Halsbury, *The Laws of England* (London, 1912), vol. 22, p.127, para. 267 を参照。

⁸⁴ W.S. Holdsworth, 'The Commons Debates 1621', 52 *Law Quarterly Review*, 481, 487 (1936).

国王による独占権付与の権限行使が非常に慎重になされなければならなかった理由は、*The Case of Monopolies* が明らかにしたように、権限自体がかなり制限されたものであったからである。国王大権が、理想の観点から国民の消極的自由の保護を意図したマグナ・カルタおよびコモン・ローの制約を受けていたことは明らかであった⁸⁵。国王大権に基づく独占権は、各国民がある種の営業を行うことを完全に妨げることから、消極的自由に対する著しい干渉であった。伝統的な財産権は、取引や営業を行う過程で蓄積された財産保有を保護するように機能したことから、消極的自由に対する同様の危険を抱えることはなかった。伝統的な財産権は、他者が取引や営業を行うのを妨げたりしなかった。

コモン・ロー裁判所が独占権付与に対して示した反応は、たとえ契約の自由への干渉となるような場合でも、営業の自由 (freedom of trade) の原則を最重要視するというものであった⁸⁶。しかしながら、裁判所は、国王大権行使の有効性を判断する司法権を有していなかったため、独占に関する法宣言の機会を待たなければならなかった⁸⁷。裁判所は、1601年に発布された女王の詔勅によって、独占に関する問題を取り扱う司法権を与えられた。そして翌1602年、英国法上最も有名な事件の1つである *The Case of Monopolies* が、女王座部裁判所で審理された⁸⁸。この裁判例のストーリーはこれまでも頻繁に語られてきた⁸⁹。本書は、本件において、若干の例外はあるが独占はコモン・ローに違反する、という結論を支持する際に用いられた議論に関心がある。

⁸⁵ コモン・ロー上の営業の自由を宣言した初期のケースとして、*The Case of Monopolies*, 77 E.R., at 1263 において言及された、*Davenant v. Hurd* (1599) がある。

⁸⁶ *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Company* [1894] A.C. 535, per Lord Watson at 552 を参照。このほか、*Trego v. Hunt* [1896] A.C. 7, per Lord Macnaghten at 24 も参照。

⁸⁷ K. Boehm, *The British Patent System, I: Administration* (Cambridge at the University Press, 1967), 15 を参照。

⁸⁸ (1602) 11 Co. Rep. 84b, 77 E.R. 1260. 本件はまた、*Darcy v. Allen* (1602) Noy 173, 74 E.R., 1131; *Darcy v. Allen* (1602) Moore K.B. 671, 72 E.R. 830 としても記録されている。

⁸⁹ W.S. Holdsworth, *A History of English Law* (2nd ed., 1937, London), vol. 4, 349-353 を参照。

本件は、ダーシー (Darcy) が、イングランドにおいてトランプの供給を行う排他権、とりわけトランプの輸入、販売を行う排他権を付与する特許状を取得したことに関係するものである。ダーシーは、アレン (Allen) がトランプを無断で販売し、自己の特許権の利益を詐取したと主張して、アレンを訴えた。原告ダーシーの独占は望ましいものであるのか否かという一般的な問題について、被告アレンの弁護士が陳述した弁論の中には、判決に取り入れられた主張がいくつか存在した⁹⁰。その1つは、雇用に関するものであった。他者の労働を妨げる独占権は王国の利益に反するものである。コモン・ローにおいて、すべて国民は適法な営業を行う権利を有している⁹¹。もう1つの弁論は、端的に経済的なものであった。独占権は究極的には私的利益を目的としており、これは独占権が一定の望ましくない性質を有していることを意味する。とりわけ、独占権は価格の高騰を招くものである。また、いったん独占権がほかの誰かに付与されると、もはや当該営業を営むことができなくなることから、独占権はその付与前には当該営業を営むことができた人々の暮らし向きを悪くしがちである。コモン・ローおよび「エクイティとしての神の法」はともに、こうした独占権の性質を非難するものである⁹²。

本件における1つの明確かつ重要な主題は、独占権は国民の営業の自由に対する重大な干渉であり、そうした理由からコモン・ロー上無効である、というものである。特権を設定する国王大権が、国民を苦しめるために行使されることは許されないだろう。アレンの弁護士は、独占特許の有効性に関して1つの例外が存在すると主張した。ある個人が有用な商業や発明を王国内に導入する場合には、「国王は、当該発明によって王国内にもたらされる利益に鑑みて、国民が同様の発明を習得するまでの合理的な期間、彼に独占特許を付与するだろう。しかし、それ以外の場合には独占特許を付与しないだろう。」⁹³ここに、当時のイングランドにおいて何が特許制度

の目的であると認知されていたかということに関する明確な指標が存在する。つまりそれは、価値ある商業や技術をイングランドに導入することを奨励するというものであった。国王は、国王大権を適切に行使しているとすれば、何かを発明した者や外国から発明や商業を導入した者に対してのみ独占権を付与するであろう⁹⁴。したがって、発見行為のみならず、外国で発見された物を輸入する企業家の活動に対しても、この段階において恩恵が与えられていたのである。特許制度の重要な目的は、実際のところ、人的資本の発展を促進することであった。ただし、いったん関連した知識が社会全体に普及すると、独占権は商業を阻害することになるため、国王は独占権の更新を行うことができなかった⁹⁵。

以上のような特許制度の道具主義的正当化のほかにも、独占権の役割を制限する理由をもたらす、宗教上の道徳性に基づく重要な論法が存在する。被告アレンの弁護士は、訴訟において、本件独占権は神の法に反するものであるということを論証しようとした。その主張は、次のようなものであった。自己や自己の家族が生き残るために労働をするということは神の命令である。人間の労働はさまざまな営業技術を生じさせるが、これは神の構想の一部である。そのため、自ら選択した営業を営むことを禁止するのは、すべて自由への干渉であるだけでなく、神の法の侵害でもある。以上の主張は、簡潔に述べられているが、これまでにない強い口調で独占権を非難してきた教会の教えを利用していることから、おそらくは裁判所の聴衆に対して相当の説得力を有したと思われる。教会が多くの独占権を罪とみなしてきた理由は、いくつか存在した⁹⁶。独占権保有者の価格決定能

⁹⁴ このことを明確に述べるものとして、*The Clothworkers of Ipswich Case* (1615) Godbolt, 252, 78 E.R. 147 を参照。初期の特許に課された一定の訓練条件については、E.W. Hulme, 'The History of the Patent System under the Prerogative and at Common Law', 12 *Law Quarterly Review*, 141-154 (1896) を参照。

⁹⁵ *The Clothworkers of Ipswich Case* (1615) Godbolt, 252, 78 E.R. 147.

⁹⁶ 宗教の思想や倫理が商取引に及ぼした影響についての古典的だが一般的な記述として、R.H. Tawney, *Religion and the Rise of Capitalism* (West Drayton, Middlesex, 1938 ed.) がある。このほか、D.J. Gerber, 'Prometheus Born: The High Middle Ages and the Relationship Between Law and Economic Conduct', 38 *Saint Louis University Law Journal*, 673, 720-725 (1994) も参照。

⁹⁰ 被告側の弁護士が陳述した弁論については、Noy 173, 74 E.R. 1131 に記録されている。

⁹¹ 77 E.R., at 1263 を参照。

⁹² Id.

⁹³ 74 E.R., at 1139.

力は、公正な価格理論に反するものであった⁹⁷。独占権は、投機的経済的な性質を有するものとみなされ、高利貸しに向けられた道徳的批判一般の対象となった。また、多数の独占権は食糧と関係するものであった。そのため、必需品の不足を生みだす独占権保有者の能力は、公共の福祉の一部とはなりえないと考えられていた。

独占権は神の法に違反するという議論は、労働を最重要なものとして位置づける。キリスト教社会では、他者の労働は特許権の役割の不要な設定や拡大を防止する理由となる。特許権は、他者の労働に干渉するからこそ、特権なのである。特許権の設定は、他者の労働権と調和しなければならない。被告アレンの弁護士が主張したように、人間の労働能力は神の構想の一部なのである。特許権はこうした神の構想に干渉する可能性があるため、特許権の設定権限を有する者が誰であれ、責任をもって行動しなければならない。(特許権の設定に用いられた) 国王大権は、「国民を害する正当な理由となるものではない」のである⁹⁸。

コモン・ロー裁判所の独占権に対するアプローチの中核を担う道具主義的態度は、1623年の専売条例へと進んでいった。専売条例の第1条は、「公共財」(public good)の普及を促進するという意図された役割を独占権が果たしてこなかったことを明らかにし、したがって、すべての独占権はこの王国の法に反し、無効であると宣言した。ただし、例外が1つあり、第1条の宣言は新しい製造方法の発明者に対する特許付与には及ばないとされた⁹⁹。特許の付与は、それが法に反するものではないこと、あるいは、何らかの形で「国家に害を与える」ものではないことを条件とした。専売条例は、特許が自然権といった類のものではなく、特権として発明者に帰属するものであることを明確にした。そして、その第1条において、独占がこの王国の「古くからある基本法」(auncient and fundamental lawes)に反するものであることを明記したのである。これは、かりに独占権が許容されるとすれば、公共財の普及に貢献する場合に限られるということを含意

している。専売条例は多くの点で経済政策を純粋に反映したものであった¹⁰⁰。

立法府が特許権を自然権という用語で表現するのを躊躇った理由は、国王による特権制度の濫用という観点から完全に理解できる。自然権概念が革命期に政治的影響力を発揮していた米国やフランスのような諸国においてでさえ、自然権が特許権に及ぼす影響力の程度は、これらの法域における初期の特許法を基準に考えれば弱まってきたように思われる。自由権のような古典的な自然権には権利の有効期限があるとは考えられていなかったが、米国やフランスでは、特許権は当初から実定法によって容易に創設され、制限され、そして最終的には消滅される可能性のある権利としてみなされていたのである¹⁰¹。

結 論

ここまでの考察により、英国法においてなぜ特許権の正当化がこれほど高度に道具的であったのか、また一定の議論の後、なぜ著作権も同じ道を歩んだのかという点について、理解がより容易になったといえよう。個人は自己の労働によって生きていかなければならないということは、当時の社会においては論争の対象にならなかった。これは神の構想の一部であった。発明者や著作者は他者と同様、労働をして報酬を得る権利を有していたが、神の構想と整合を図る形で彼らに認められた報酬は一時的な特権にすぎなかった。これ以上のものは、他者の労働に対する過度の干渉となり、したがって神の法や英国の基本法に反することになるだろう。発明者や著作者はせいぜい他者に対してある種の一時的な優越を期待しえなすぎない。この優越の性質が特権なのであった。そうした特権はそれ以上のもの

¹⁰⁰ W.R. Cornish, *Intellectual Property* (2nd ed., London, 1989), 67.

¹⁰¹ 初期の米国特許法に関する議論については、B.W. Bugbee, *Genesis of American Patent and Copyright Law* (Washington, D.C., 1967) を参照。また、フランスの1791年の特許権に関する国民議会デクレは、自然権という言葉を用いる一方で、発明者の思想が有用であることを要求し、かつ当該権利の保護を特定の期間に制限するものであった。Bugbee at 153 を参照。

⁹⁷ 1つの説明として、R. De Roover, 'Monopoly Theory Prior to Adam Smith: A Revision', 65 *Quarterly Journal of Economics*, 492, 500 (1951) を参照。

⁹⁸ 74 E.R., at 1139.

⁹⁹ Section 6.

のとはなりえなかった。なぜなら、そのことは、特に商取引分野において他者の消極的自由を過度に脅かすものであると解されるからである。営業の自由の権利はコモン・ロー上の基本的権利である。それは少なくとも理論上は、人々が労働力に参入する権利を有していたということを意味する。**abstract objects** に対する一時的な特権は他の人々の産業を増大させる長期的な効果をもつと考えられた。そうした特権は基本法や神の構想と整合的なものであった。しかし、**abstract objects** に対する自然権的財産権はそれらと整合性がとれるものでは決してなかった。人の労働が生みだした **physical objects** に対する自然権的財産権は神の構想と整合性がとれるものであった。

特許権や著作権の道具的正当化の興味深い特徴は、そうした正当化が自然法の伝統の文脈において、つまり一見すると人の労働の精神的成果物を道具的に取り扱うことを支持するようには思われない伝統の文脈において行われたということである。そのような正当化が現れたということは、知的財産権の正当化を行う場合、重要な選択は、一階の道徳理論の間（自然法対功利主義）にあるのではなく、むしろ共同体概念とその共同体概念が依拠している形而上学の体系との間にあるということを示している。偶然にも、正当化根拠の問題についての現代の重点は一階の道徳理論のレベルにおかれている。しかし、このことは共同体概念が正当化根拠の問題に無関係であるということの意味しない。むしろそのことは、共同体概念が正当化根拠をめぐる議論を静かに操作しているということを示唆しているのである。