



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	A Philosophy of Intellectual Property (2)
Author(s)	Drahos, Peter; 山根, 崇邦//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 35, 271-314
Issue Date	2011-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/47329
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ35_011.pdf



A Philosophy of Intellectual Property (2)

Peter DRAHOS

山根 崇邦(訳)

— 目 次 —

第1章 序

第2章 知的財産権の正当化：起源に遡って（以上、第34号）

第3章 ロック、労働、知的コモンズ

「所有権について」におけるロックの目的

ロックの解釈

知的財産権に関するロックの見解

共同体と知的コモンズ

知的コモンズ

4つのタイプの共同体

クリエイティビティと知的コモンズ

共同体とコモンズの選択

結論（以上、本号）

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3章 ロック、労働、知的コモンズ

人は自ら発見または創作した無体物に対して自然権としての所有権を有するだろうか。コモン・ローは最終的にそうした権利の存在を明言しなかった。しかし我々の問いに対する解答は、それでもなお哲学的には「Yes」

であるかもしれない。ここに、これまでおそらく誰よりも自然権的所有理論と結びつけられてきた一人の哲学者がいる。1690年に出版されたジョン・ロック『統治二論』(*Two Treatises of Government*)の第2篇第5章における所有権に関する小論が政治哲学に与えた影響は深遠なものである¹。所有権に関するロックの理論は人々の崇拜の対象であった。そのため、現代の理論家たちが知的財産権に関する「ロック労働理論」について議論することは驚くに値しないのである²。

本章の目的は、ロックの所有権に関する記述を知的財産権に応用することについて評価を行うことである。結論を先に述べておくと、一般にロックと結びつけて考えられる「労働所有理論」において、労働は比較的些細で機能的な役割を有するにすぎない。ロックの所有権に関する著述の真の価値はむしろ次の点にある。それは、自然権に基づいて知的財産権を正当化する議論の首尾一貫性や真理というものが、主に共同体概念(*concept of community*)とそれに付随する形而上学の体系に依存しているということを示したことである。労働所有理論において労働を強調することは、基本的には、一定の形而上学的前提や共同体概念を保持するよう奨励することなのである。

ロックはその思想についての解釈者に恵まれた哲学者である³。しかし本書では、労働所有理論について他の解釈を加えたり、労働所有理論の新説を提示したりするようなことはしない。本章の以下の叙述は4つの節に

¹ ロック『統治二論』の出典は、John Locke, *Two Treatises of Government* (1690; P. Laslett, ed., Cambridge, 1988)である。以下、『統治二論』の引用に際しては、第1篇(I)または第2篇(II)の表記に加えて、テキストの節番号を併記する。〔なお、引用箇所の訳出にあたっては、ジョン・ロック〔加藤節訳〕『統治二論』(岩波書店、2007年)を参照した。〕

² J. Hughes, ‘The Philosophy of Intellectual Property’, 77 *The Georgetown Law Journal*, 287, 288 (1988); H.M. Spector, ‘An Outline of a Theory Justifying Intellectual and Industrial Property Rights’, 8 *European Intellectual Property Review*, 270 (1989); E.C. Hettinger, ‘Justifying Intellectual Property’, 18 *Philosophy and Public Affairs*, 31 (1989).

³ 批判的なロック研究の優れた出典として、Richard Ashcraftの編集にかかる4巻本の書物 *John Locke: Critical Assessments* (London, New York, 1991)がある。同第3巻には、ロックの所有理論に関する議論が収められている。

分かれる。第1節では、『統治二論』第5章におけるロックの目的とその主張内容について簡単に説明する。ロックに詳しい読者は、この節を読み飛ばしてもよいだろう。第2節では、ロック所有権論の解釈をめぐる対立について検討する。そして、第3節および第4節では、これらの解釈を知的財産権と結びつけて考察を行うことにしたい。

「所有権について」におけるロックの目的

このようにいうと何と異端的な見方なのだろうと思われるかもしれないが、もしかするとロックは所有権の理論などというものは提示していないのかもしれない。第2篇の第5章は短い章である。かりに本格的な所有権の理論というものがそこに存在するのだとしても、それは控えめに提示されているにすぎない。ロックは第5章を「大いなる難問」という書き出しで始めている。つまりそれは、もし神が大地を「人類に共有物として」与えたとするならば、個人は一体いかにして事物の所有権を取得することができるのかという問いである⁴。第5章の残りの叙述は、この問いへの解答を提示するものとなっている。

第5章は、ロックの市民政府論を支える重要な役割を果たしている。周知のように、『政府二論』は絶対君主政に対する批判の書である⁵。ロックは、ロバート・フィルマー『族父論—王の生まれながらの権力—』(1680年)において示されたような具体的な絶対君主政論を批判した。フィルマーは、アダムがこの世界に対する完全な支配権を有しており、アダムの継承者である国王もその支配権を主張することができるという見解を展開した。ロックの第2篇の書き出しは、フィルマーの見解が成り立ちえないことを論証したという主張から始められている。このことは1つの問題を残す。もし政治権力の正統性をアダムの父権的継承に見いださないとすれば、それはどこに見いだされるのだろうか。ロックは必然的に次のように述べる。我々は「統治の発生、政治権力の起源、政治権力を有する者を指

⁴ II, 25.

⁵ J. Tully, *A Discourse on Property* (Cambridge, 1980), 53. 『統治二論』に付されたラズレット(Laslett)の「序」75～76頁も参照。

定し識別する方法について、ロバート・フィルマー卿の教示とは別のもの」を見いださなければならない、と⁶。

かくしてこれが第2篇の任務となる。第5章はどのように対応しているのだろうか。その答えは、フィルマーが自然法論者に対して投げかけた問題と自らの市民政府理論のために自然法の枠組みを用いたいというロックの願望とにある。フィルマーはグロティウスのような自然法論者には整合性や一貫性が欠けていると批判した。すなわち、一体いかにして自然法は、一方で共有の物が存在することを宣言しつつ、他方で私的所有の状態を導くことができたのか。これは変えられざるものを変えようとする所業なのではなかろうか。もし共有物から個人が専有する行為について共有者全員の同意が必要とされるとすれば、はたして共有者全員から同意を得ることなどできるのであろうか。

自然法に対するフィルマーの批判が決定的なものではないということを示すために、ロックは自然法の枠内で、平等や共有物が個人の専有や所有権と共存可能であるということを示す議論を構築する必要に迫られた⁷。このような議論枠組みの構築を経て初めて、ロックは政府と抵抗権に関する理論提示という彼の主たる任務に回帰することができたのである。神から与えられた共有物と私的な専有という問題に対するロックの解決策は、「すべての人は、自分の身体に対して所有権を有している」という前提から始まる⁸。この前提に基づき、ロックは個人の労働もまた個人に帰属すると主張する。そしてこのことは所有権の発生に関する次のような条件を生み出す。すなわち、「自然が与え、自然が残しておいたものから彼が取りだすものは何であれ、彼はそれに自分の労働を加え、それに彼自身のものである何ものかを混合したのであって、そのことにより、それを彼自身の所有物とするのである」と⁹。

ロックは、さらに2つの制約条件を付け加える。第1の制約条件は、「共有のものが他の人にも十分にそして同じようにたつぷりと残されている

場合」にのみ、労働はそれが付け加えられた対象に対する所有権を発生させるというものである¹⁰。食欲な取得に対する第2の制約条件は、ロックによれば、神の目的から導かれるものである。神は、人々が享受するために事物を作ったのであり、腐敗させたり破壊したりするために作ったのではない¹¹。このことからロックは次のことを演繹する。「いかなるものであれ、それが腐敗してしまわないうちに生活のために有効に利用しうる限りにおいて、その人は労働によって所有権を不動のものにしておくことができる。」¹² しかしロックは、この第2の制約条件が貨幣経済において大規模な財産所有を制限する機能を果たさないであろうということを認識していた。というのも、人々は貨幣と交換することにより、腐敗しない形で富の蓄積を図ることができたからである。この箇所についてのロックの議論には、単に非現実的であるということにとどまらないものがある。ロックの主張によれば、株式や貨幣を通じて巨額の富を手に入れることは許されるが、しかし一袋のプラムが無駄になるのを許容することは道徳上非難に値することであった。驚くべきことに、ロックは、財産、富、社会のおよび政治的権力がどのような関係にたつのかということや、貨幣を通じた巨額の富の蓄積が人類は生まれながらに平等であり財産に対する自然権をもつと述べるロック自身の理論に対してどのような意味合いをもつのかということに関して、ほとんど素通りしている。ロックを擁護する立場からは、彼は貨幣制の導入を望んでいたわけではないようだと言主張されるだろう¹³。

いかなる理由で人々は労働を通じて所有権を獲得することができるのだろうか。その答えは神の目的にある。神が人々に働くことを命じたのは、衣食住や快適な生き方といった生活の利便性を人々が享受しうるためであった¹⁴。ロックはすべての人々が労働する意欲をもつという想定はとっておらず、それゆえ、神は「勤勉かつ理性的な人々」に対して共有物を与

¹⁰ Ibid.

¹¹ II, 31.

¹² Ibid.

¹³ II, 46, 50. J. Dunn, *Locke* (Oxford, 1984), 40 も参照。

¹⁴ II, 32.

⁶ II, 1.

⁷ J. Tully, *A Discourse on Property* (Cambridge, 1980), 54.

⁸ II, 27.

⁹ Ibid.

えたものとしていた¹⁵。労働は一種の権利を得る証しとして機能することが期待されたのである。ロックにとって労働は否定的なものであったがゆえに、労働に対して報酬が与えられなければならないと考えられたのであった¹⁶。要約すれば、ロックの主たる提案は次のようなものである。

- 1 神は世界を人々に共有物として与えた。
- 2 すべて人は自分自身の身体に対する所有権を有している。
- 3 ある人の労働は彼に帰属する。
- 4 ある人が自らの労働を共有物に付け加えるときはいつでも、それは彼の所有物となる。
- 5 所有権には、共有物を他の共有者にも十分に、そして同じようにたっぷりと残すことという条件がつく。
- 6 人は、自らの便宜のために利用できる分より多くのものを共有物から取りだすことはできない。

ロックの上記4の主張は、それ自体所有権に正当化根拠を与えるものではない。労働によって所有権が発生するという主張は、依然として、なぜ意思や占有ではなく労働が所有権の基礎となるべきかという問いを残す。ロックは、なぜ労働がこうした役割を果たすべきなのかに関して、いくつかの解答を用意している。労働と所有権の結びつきは、神の命令により、あるいは自然法の定めにより、あるいはその両者により存在するものである。ロックは、所有権は勤勉な人々に対する正当な報酬であると示唆している。ロックは「正当な功績」という言葉をはっきりとは使用していないが、後に「正当な所有権」について議論している¹⁷。ロックはまた、個人の労働は生産物の価値を増加させ、社会全体に利益をもたらすと主張する。ロックは土地を例に用いながら、10エーカーの土地に囲いをし、そこから100エーカーの共有地から得られるのと同じ量の生産物を生みだす者は、「人

¹⁵ II, 34.

¹⁶ II, 34, 37.

¹⁷ II, 46.

類の共同財産」を増やしたことになる」と主張する¹⁸。この議論は功利主義の方向へと向かい始める¹⁹。

ロックの解釈

ロックの所有理論については異なる解釈がある。タリーとマクファーンソンによる解釈はよく知られているが、両者の解釈はあまりにも対立していて、はたして同じテキストを読んだのか、と読者に疑わせるほどである。すなわち、タリーによれば、ロックの哲学は「宗教の実践に関する哲学」を表すものであり²⁰、それは最終的に、私的所有権ではなく、共有地を正当化するものであるという。これに対し、マクファーンソンによれば、ロックは資本主義の最も忠実なイデオロギー奉仕者であり、「ブルジョアの専有に対して道徳的な基礎」を与えることがロックの職務であるというわけである²¹。

おそらくロックのテキストに伴う問題は、それが相反する解釈をもたらしやすいことである。ロック哲学研究の洞察力のある分析を著したモンソンによれば、この問題は、ロックがあまりに多くの基本概念を対置させるために（例えば、国家への服従 vs 反乱を起こす権利、無制限の専有 vs 他者のために保存する義務、多数決原理 vs 同意の不可奪性）、ほぼいかなる理論もそのテキストから導きだすことができる点に端を発しているという²²。もしモンソンが正しいとすれば、また実際ロックの著作物について多様な解釈が存在するということが自体がモンソンの見解が正しいだろうということを推測させるのだが、ロックのテキストは、所有権を正当化す

¹⁸ II, 37, 40.

¹⁹ A. Ryan, *Property and Political Theory* (Oxford, New York, 1984), 30.

²⁰ J. Tully, *A Discourse on Property* (Cambridge, 1980), 174.

²¹ C.B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism* (Oxford, 1979), 221.

²² C.H. Monson, 'Locke and his Interpreters' in R. Ashcraft (ed.), *John Locke* (London, New York, 1991), vol. 3, 13, 23-24. したがって、例えば、ロックの著作の中にフェミニズムへの貢献を見いだすことさえ可能となる。M.A. Butler, 'Early Liberal Roots of Feminism: John Locke and the Attack on Patriarchy' in R. Ashcraft (ed.), *John Locke* (London, New York, 1991), vol. 3, 639 を参照。

るモデルを広範囲にわたって構築することを許容しており、ほぼ確実に、その中に知的財産権を含めることができるということになる。ロックのテキストが解釈者やモデル構築者に極めて自由な解釈ゲーム (the hermeneutical free play) を許容しており、戦略的な自由度が高いということについて、知的財産権のロック的正当化理論を構築しようと試みる研究者が今後議論をなす必要があることは確かである。

ここでの目的は、知的財産権の正当化理論において労働が背負うことのできる負荷の量は共同体概念および当該共同体と知的コモンズの関連性という2つの要素に依存しているということを示すことにある。知的財産権の問題において裁判官はしばしば労働に訴えかけるけれども、そうした訴えかけに規範的な力を与える形而上学の枠組みが明らかにされることは稀である。同様に、国家が自国民の労働を保護するためには知的財産権の国際的保護の強化を図らなければならないと主張する場合、そうした国家の労働への訴えかけというものは共同体や知的コモンズに関する特定の概念がもたらす推し進められているということを示しているにすぎない。窃盗という大合唱の背後には、共同体の形而上学に関連するアジェンダが存在している。これらの主張を論証するために、我々はタリーとマクファーソンのロック解釈についてそれぞれ議論をする必要がある。

タリーの探求は、神学的ロックを求めているものである。ロックの所有理論の基礎は神と人間との特別な関係にある。タリーはこれを「ワークマンシップ・モデル」(the workmanship model) と名づけたうえで、自説の補強として次のようなロックの一説を引用している²³。

「というのは、人間が、すべて、ただ一人の全能で無限の知恵を備えた造物主の作品であり、主権をもつ唯一の主の僕であって、彼の命により、彼の業のためにこの世に送り込まれた存在である以上、神の所有物であり、神の作品であるその人間は決して他者の欲するままにではなく、神の欲する限りにおいて存続すべく造られているからである。」

人間が神の仕事を行うという概念は、神学的ロックにとって重要である。

²³ II, 6.

それは、人間はこの世界において明確な目的をもつというロックの主張を可能にし、また、人間に対する権利義務の基盤を形成する。人間は、理性を考慮に入れることで、自らが自然状態においてさまざまな義務を負っているということを発見する。まず第1に、人間は自己保存の義務を負っている。タリーいわく、この義務は「ワークマンシップ・モデル」に依存するものである。すなわち、神は全人類を造ったのであり、神は造物主として人間が負う自己保存および他者保存の義務に対応した権利を有している²⁴。所有権は、この保存の権利や保存につながる活動を行う権利から演繹される。生存に必要な品目に対する自然法上の所有権は、自然法上の保存の権利から導かれる必然的な帰結である²⁵。

自然権は原始的共有地および原始的共同体の存在と調和しなければならないために、自然権の存在は問題を引き起こす。ロックの著したところに従ってその知的な講話を解釈するのであれば、そこには2種類の共同体概念と所有権が含まれているとタリーは主張する。所有権の1つの解釈は、グロティウス、フィルマー、およびプーフエンドルフによって明示されたものであるが、所有権 (dominium) の意味を私的所有権に限定するというものである。私的所有権とは排他的占有権 (right of exclusive possession) のことを意味する。この世界は人類に共有物として与えられたけれども、重要なことに、「共有物として」とは、世界が「原始的には誰にも帰属しておらず、万人に開かれている」状態のことを意味する²⁶。所有権は、単に人々が共有地から取りだす物に対する排他的占有権を意味するにとどまる。共有地に加入する権利というものは存在せず、単に人々が共有地から取りだす物を支配する権利が存在するにすぎない。この種の共有地と所有権を支持する共同体概念は、消極的共同体である。

消極的共同体には、歴史的に以前から存する反対概念がある。それは、積極的共同体と呼ばれる第2の共同体概念である。トマス・アキナスの時代にまで遡ると、「dominium」という用語は排他的占有を意味するものであった。その語はまた、アキナスによって、自己保存のために自然の物を

²⁴ J. Tully, *A Discourse on Property* (Cambridge, 1980), 4.

²⁵ Id., 62-63.

²⁶ Id., 71.

使用することができる資格を意味する用語としても用いられた。この「使用権」(use right)は、万人が共同所有する共有地との関連で存在するものであって、万人が自由に獲得したり専有したりすることのできる共有地との関連で存在するものではない。ロックの時代には、既に所有権と共有地の関係について決定をなすべき明確な選択肢がみられた。消極的共同体とは、誰にも帰属していない共有地であって、誰でもその一部を専有することができる、そのような共有地として定義される。これに対し、積極的共同体とは、万人に帰属している共有地であって、万人はそれを使用する権利をもつにとどまる、そのような共有地として定義される。そしてタリーによれば、ロックが擁護しようと試みるのはこの包括的な積極的共同体概念である。積極的共同体概念の擁護を選択したことでロックが背負った大いなる難問は、一体いかにして、個人は共有者全員の同意を得ることなしに共有地の利用をなすことができるのかということである。同意なき取得は略奪を意味する。

ロックの解答は「積極的共同体を再定義する」ことである、とタリーは述べる²⁷。人が共有地に対して有する包括的な権利は、共有地内のあらゆる物に対する権利を含むものではなく、単に生存や自給自足の自然権を行使するために共有地内において認められる権利にすぎないものである。所有権が意味するものは、共有地および共有地から取りだされた物を使用する権利、つまり用益権 (usufructory right) のことである。ロックは、この共有地から物を取りだす方法について描写する際に、どのようにして労働が所有権の起源となるのかという有名な議論を展開している。ロックは、労働を所有権の出発点として用いることで、どのようにして個人は残りの共有者の同意を得ることなしに共有地から取りだした物の所有権を獲得するといえるのかという問題を克服するのである。労働が個々の共有者に対し各人の目的に応じて共有地を使用するための方法を提供するというわけである。

タリーのロック分析に基づけば、労働それ自体は所有権を生みだすものではない。より議論の余地のあるところであるが、タリーによれば、ロックは私的所有権の正当化根拠ではなく「英国の共有地」の正当化根拠を提

²⁷ Id., 127.

示している²⁸。共有地は人間に対する神の目的を果たすためにそこに存在しており、人は労働によって共有地を個別化し神の目的を実現することができるというわけである²⁹。

これに対し、マクファーソンは資本主義的なロックを見いだしている。ロックの「目覚ましい業績」は、所有権を自然法から導き出しながら、それと同時に、伝統的にその権利の行使に制限を課す自然法の諸条件を所有権から取り除くところにある。その結果、無制限の専有を支持する議論が生まれることになるというわけである。まず、腐敗の制約は貨幣の発明によって克服される。貨幣は果実と違って腐敗することがないので、物々交換制度から貨幣制度へと移行することにより、人々は腐敗の制約を侵害してしまうことを恐れることなく貨幣の貯蔵をなすことができるようになる。さらに、自然状態において貨幣の導入に対する同意がなされているので、このような資本の形成はロックによって正当なものと認められる、とマクファーソンは主張している³⁰。

次に、他者にも十分にそして同じようにたつぷりと残すことを人々に要求する充分性の制約は、1つにはロックが貨幣の導入によって克服されると主張しているので、彼によって取り除かれているとする。さらにロックは、充分性の制約を超える土地の専有は、もしその土地が専有されないままであったとすれば生じなかったであろう生産性の向上をもたらすという主張もなしている。要するに、「十分に、同じようにたつぷりと」という制約条件を土地に適用しないほうが、すべての人の暮らし向きはよくなるというわけである。したがって、土地の私的所有はより多くの富を万人にもたらし、それによって人類の生存の自然権を保障するものといえるだろう³¹。マクファーソンはさらに黙示的な第3の制約についても考慮している。それは、人は自ら労働を加えた物のみを専有することができるという制約である。しかしマクファーソンが示唆するところによれば、これはロックにとって制約とはみなされない。なぜなら、人はその雇用する使用

²⁸ Id., 130.

²⁹ Id., 3.

³⁰ C.B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism* (Oxford, 1979), 209.

³¹ Id., 212.

人の労働を通じて所有権を獲得することもできるとロックは想定しているからである³²。所有権を付与する労働の本質は、賃金のために他人に譲渡することが可能なのである。

マクファーソンにとって、ロックは邪悪な天才のようである。ロックは自然法の伝統の前提から出発しながら、資本主義的な無制限の専有を正当化する理論を生みだした。ロックの著作において、労働および労働の生産物が広い意味で個人と個人の労働が属する社会との共同事業であることを示唆する記述はみあたらない。資本主義的なロックにとって、個人は、トマス主義の伝統が積極的共同体において所有者に課していた伝統的な保存の義務の制限を受けない専有の法理のもとで、労働を行うのである。

タリーとマクファーソンの議論はともに、共有地は規範的な含みのある構成概念であるということを示明かにした。その共有地に定められた一連の初期条件次第で、私的所有権の始まりについて非常に多様な説明や正当化を展開することができる。そして17世紀の政治的な論議において、共有地に関する共同体の選択は、最も根本的なレベルでは積極的共同体と消極的共同体の間の選択であったということを、タリーの議論は示唆している。後でみるように、まさにこれと同様の選択に、知的財産権の多様なあり方について議論を戦わせる人々は直面することになるのである。

知的財産権に関するロックの見解

ロックが所有権について著述したとき、彼はおそらく知的財産権のことは考えていなかったと思われる。ロックの頭の中にあったのは、無体物の所有ではなく有体物の所有であった。ともあれ、既に簡単に述べたように、ロックの所有権に関する著述は、政府の本質に関するより広範な哲学的アジェンダの一部をなすものであった。ロックの所有権についての見解が形成された歴史的文脈は非常に異なるものであったが、それでも知的財産権について考察する論者はロックの著作を利用してきた。一般的にいえば、ロック理論を利用する人々は、もっぱら労働や労働の混合の比喩に焦点を合わせる傾向がある。しかししたいの場合、このように労働に重点をお

³² Id., 220.

くことは見当違いである。所有権の正当化を基礎づけるには、労働はあまりに漠然とした、または不完全な論拠である。労働に重点をおく議論は、例えばおもちゃの家を作ったり作物を作ったりするなどの一部のケースにおいては、ある程度うまく作用するかもしれない。しかし、多数の相互依存関係の存在によって特徴づけられる労働形態（例えば、コンピュータプログラムの設計や超高層ビルの建設）の場合には、その有効性は尽きることになる。

例えば、グロティウスやプーフENDORFにみられる所有権の起源に関する議論では、労働は主要な役割を果たしていない。もちろん、労働は両者において1つの役割を担っているが、この役割は共同体の形而上学の体系に決定的に依存している。プーフENDORFは、グロティウスよりも明確に原始的な共有状態を消極的共同体として描写している。そして続けて、人類がこの「物の原始的消極的共同体」から離脱した際に、人類は「契約によって物に対する個別的に独立した支配権を確立したが、しかしそれは実際には、突如として現出し、以降永続したわけではなく、連続的に、物事の状態や人間の性質および数が必要としていると思われるものに連動して形成された」という主張を展開している³³。私的所有権の出現が合意および共同体の形而上学の体系に基づいているということは、グロティウスにも同様に当てはまる³⁴。グロティウスの私的所有権の起源に関する説明において、労働は主要な説明のカテゴリーではない。同様に、ロックを労働所有理論の理論家として描写することは若干ミスリーディングである³⁵。このような見方は、ロックが取り組んでいた自然法の伝統に関するあまりに単純な見方である。

知的財産権の理論をロックにまで遡って結びつけようとするニーズは、イデオロギーの正統性の根拠と大いに関連がある。ロックは依然として強

³³ S. Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo* (1672; translation of 1688 ed. by C.H. and W.A. Oldfather, New York, London, 1964), IV, 4, 6.

³⁴ H. Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres* (1625; F. W. Kelsey tr., New York, London, 1964), II, 2, 5.

³⁵ その理由をめぐる議論として、S. Buckle, *Natural Law and the Theory of Property* (Oxford, 1991), 179-180 を参照。

力な崇拝の対象である。本節の残りの部分では、ロックの概念的遺産のさまざまな部分を用いることで、我々はいかに多様な「ロック的」知的財産権理論を生みだしうのかということを説明する。ロック哲学派であると称する学説は、自説が労働の混合の比喩を利用していることや、自説の確立する財産権がその存立基盤を実定法においていないことを理由に、自らの立場をそのように呼称する場合が多い。

もっぱらロックの労働の混合の比喩に焦点を当て、それと同時に当該比喩により正確な意味を与えるためにロックが用いる形而上学上の宗教的スキームを考慮の外におくことで、我々は知的財産権に対する強力な正当化理論を導きだすことができる。ここで「強力な」という語は、そうした正当化理論の射程が広範に拡張しうるものであることを指し示す言葉として用いている。私的な所有から逃れることができる無体物は、もしあったとしてもごく僅かであろう。そうした理論を支持する見解は、概要、以下のような形式をとる。強力な正当化理論は、人の創作物である無体物（例えば、ミュータント・ニンジャ・タートルズ、ビルボ・ザ・ホビット、シャーロック・ホームズ等）と、そもそも我々とは無関係に存在しておりそれが発見されたにとどまる無体物（電子、クォーク、数の大きな素数はすべてこのカテゴリーの候補である）との間で想定可能な区別を必然的に無視していくことになる³⁶。我々はこれを真の無体物と発見された無体物との区別と呼ぶことができるかもしれない。そうした区別は多数の形而上学的な問題を生じさせるが、本書では検討を見送らざるをえない。強力な正当化理論においては、創作物（creation）と発見（invention）はともに一般的な知的労働のカテゴリーに包摂されることになる。こうした正当化理論が進みうる1つの方向性は、知的コモンズといったものは存在しないのだと主張することである。無体物は、それが発見されたものであれ、創作されたものであれ、常に個人の知的労働の成果物であり、したがって、その創造に関与する知的労働者の財産である。無体物の私的所有に制限を設ける知的財産権の立法は、所有者の自然権を侵害する。この議論における重要なステップは、知的コモンズなるものは存在しないと想定することで

ある。ロックの所有権の検討は、共有物の存在から始まっている。共有物は神の贈り物とされている。ロックが立ち向かう難題は、物質的な世界において共有物から私有財産へという変化がいかにして生じるのかを説明することである。他方で、現にいまそうなっているように、もし無体物には物質的な世界における共有物に相当するものが存在しないのだとすれば、そうした無体物の所有権に関する理論を構築することは容易となる。知的財産権に関する強力なロック的労働理論のもとでの難題は、はたして先のような無体物が知的コモンズの一部となることなどありうるのかということ、すなわち、無体物が私有財産から共有物へと変化するということについて正当化を行うことである。こうした難題が生じるのは次のような理由による。それは、個人の労働行為によって共有者は生存のために不可欠な物質的な共有物の境界を定めることができるけれども、無体物に関連した労働行為は知的コモンズの出現自体を妨げる可能性があるからである。つまりいったん無体物に労働が付け加えられると、そうした労働によって個人はその無体物が知的コモンズに移るのを妨げることができるのである。別の言い方をすれば、労働はこれらの無体物について共有プールが創出されるのを回避する機能を果たすのである。

あるいは、そうした強力な理論は、知的コモンズの存在を認めたくて、それを発見可能な無体物の集合（したがって未所有の対象）と定義するかもしれない。強力な理論においては、そうした無体物は個人的労働を付け加える対象となりえる。無体物は有体物と同じようには共有物から取りだしたり持ち去ったりすることはできない。むしろ、我々は知的労働行為を通じて無体物を識別し、そうした識別行為を通じて無体物に対する所有権を獲得するであろう。

有体物を物質的な世界の共有物から取りだす場合と同様、知的コモンズからの無体物の取りだしを規制するために、充分性の制約と腐敗の制約という2つのロック的但書きが適用される。有体物に充分性の制約が文字どおり適用される場合、それはいかなる物も共有物から取りだすことができないという結果をもたらす。いかなる形であれ共有物を乱すことは、厳密に言えば他者にも十分にかつ同じようにたつぷりと残されているという

³⁶ 科学的事実論者は、この種の理論的実体が存在すると主張するだろう。科学的事実論の記述として、N. Tennant, *Anti-Realism and Logic* (Oxford, 1987), chapter 2 を参照。

条件を充足していると認めることはできないということを意味する³⁷。しかしおそらく、ロック的但書きはそれほど厳格には無体物に適用されないだろう。果物は腐敗するかもしれないが、数式はその無体物としての性質上腐敗することはない。「十分に、同じようにたつぷりと」という要件の充足も可能かもしれない。無体物は使用によって費消されることはない。無体物はある意味、知的コモンズから離れることはないものである。さらに、無体物は大量に存在しているようにみえる。例えば、分子の世界の本質は、1つの香りを合成したとしても他の製造業者には別の選択肢が数多く残されているといったものであるようにみえる。もし無体物の世界が、多かれ少なかれ同等なものの無限の集合であるとすれば、我々が議論してきた強力な理論のもとでは、個人によるいかなる無体物の専有行為も容認されるということになりそうである。

このような正当化の論法は、潜在的に、既存の知的財産権制度に対して極端なインプリケーションを有している。それはつまり、はるかに大規模な知的コモンズの専有が正当と認められる可能性があるということである。一般に知的財産権制度はアイデアや発見を財産権の対象に含めることは認めてこなかった。しかし、例えば熱力学の第2法則といった科学の基本概念について、労力をかけてそれらを生み出した人々がそうした基本概念を所有することができないとする理由は、原理的には存在しないことになる。同様に、著作権は伝統的にアイデアを保護対象から除外してきた。しかし、知的財産権に関する強力な自然権正当化モデルに基づけば、アイデアの発案者がそのアイデアに対する著作権保護を主張できないとする理由も、原理的には存在しないことになる。

³⁷ ロックの十分性の制約を有体の共有物に適用した場合の帰結については、これまでも程度議論の対象となってきた。例えば、R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (Oxford, 1974), 174-178; J. Waldron, 'Enough and As Good Left for Others', 29 *Philosophical Quarterly*, 319 (1979); J.H. Bogart, 'Lockean Provisos and State of Nature Theories', 95 *Ethics*, 828 (1985); J.J. Thomson, *The Realm of Rights* (Cambridge, Mass., 1990), 330-331. ロック的但書きとの関係でしばしば提起される問題への反論を試みる議論の例として、D. Schmidtz, 'The Institution of Property', 11 *Social Philosophy and Policy*, 42, 45-46 (1994) を参照。

知的財産権に対する強力な労働基底的自然権的財産権観に基づいて機能する社会制度は、知的コモンズの私有化や専有に非常に大きな比重をおくことが予想されるだろう。そのような社会制度のもとにある裁判所は、無体物に対する財産権の問題を考える場合に、もっぱら労働の有無に神経を集中させることが予想される。同様に、議会は新たなタイプの知的財産権を数多く承認することが予想される。その場合の実定法としての知的財産法の任務は、法律の制定される以前から存在していた労働基底的个人の権利を保障するところにあるということになる。

知的財産権に関する強力な自然権理論の説得力は、数多くの前提に依存する。1つの主要な前提は、無体物は労働の成果物である、あるいは労働の成果物となりうるというものである³⁸。これに対する1つの反論は、唯物論者にとっては信じがたいものであるが、無体物について超自然論者の議論を展開することである。例えば、無体物は神、霊魂、観念的天国といった外因を有しているので、労働を行う個人とは無関係なものであるという説明がなされるかもしれない。この見解に基づけば、人々はアイデアを受動的に受けとるのであって、労働を通じてアイデアを作り出すのではない。いうまでもなく、この反論における形而上学的性質はそれ自体大いに論争を巻き起こすものであろう。

無体物に対する財産権を支持する強力な議論を疑問視するうえで、異論の余地の少ない方法も存在する。強力な正当化理論は、ロックの十分性の但書きや腐敗の但書きは無体物には適用されないと想定する。しかし、これは真実であろうか。アイデア（無体物の1つの形態）は腐敗しえないのだろうか。確かにアイデアは無体物として腐敗しえないが、アイデアがもたらすさまざまな機会は腐敗するかもしれない。投石機の改良に関するアイデアは、投石機が包囲攻撃の武器として用いられていた期間にのみ有用性を有していた。いったんアイデアが専有されるとそれを有意義な形で多くのケースに応用することのできる期間は限られているという意味において、アイデアはおそらく腐敗しうるものである。それゆえ、何の目的もなくアイデアを専有する人々はロックの腐敗の但書きに違

³⁸ J. Hughes, 'The Philosophy of Intellectual Property', 77 *The Georgetown Law Journal*, 287, 310-314 (1988) を参照。

反するということができるだろう。

十分性の制約が無体物に対する自然権を制限するために適用されるかもしれないような状況も存在する。ここで、無体物の蓄えが無限にあり、かつその蓄えは同程度の有用性をもった多数の無体物から構成されている、といった事実が存するものと仮定してみよう。十分性の制約はこの場合に機能しうるだろうか。同制約が機能しうると考える1つの理由は、次のようなものである。すなわち、無体物の蓄えが無限にあるとしても、人はいかなる時点でその蓄えを有効に活用できるのかということは、その歴史上の時点に存在する文化的、科学的知識の状態によって左右される。人間の能力は利用対象となりうる無体物に制限を設ける。また、一部のアイディアや知識は他のものへの重要なゲートウェイであるかもしれないので、利用可能な無体物の集合もさらに減少するかもしれない。例えば、非ユークリッド幾何学は20世紀において理論物理学の飛躍的進歩に不可欠であった。社会は情報で溢れているという見方に反して、もしかすると歴史上のさまざまな時点において社会は無体物の供給不足に直面しているのかもしれない。このような不足の状態のもとでは、無体物に対して所有権を主張する人々は他者にも十分にたつぷりと残すことはできないだろう。

知的財産権の強力な正当化理論には他にも問題がある。この理論が設定する労働と所有権の対象の結びつきは、直接的ではない。労働はそれが発生させることを意図したところの権利の対象を正確に指定することができるだろうか。ノージックは、幾分からかうように、私のトマトジュースを海と混ぜ合わせることによって、私は海に対する所有権を主張することができるのかと尋ねて、この問題の1つの側面を取り上げている。ここには深刻な問題がある。もし労働が自然権の基盤を形成するとすれば、所有権の対象の境界を正確に定める何らかの方法が存在しなければならない。腐敗の制約と十分性の制約という2つのロック的但書きはここでは必ずしも役に立たない。なぜなら、それらは主として対象への所有権の拡大を制限するために機能するものでしかないからである。しかしそれでは、所有権の対象の境界を明らかにするものとは一体何なのか。この点、所有権を生み出すものは労働であるが、所有権の対象を特定するものは一体何であらうか。ロックにとってこの問題は中心的な問題とはなりえなかった。

というのも、獲物やドングリなど所有権の対象に関してロックが掲げる例は、その対象が自然な境界をもつということを読者に示唆しているからである。この境界の問題は、グロティウスが海は私的に所有できるのかどうかを議論した際に現れた。私的所有権は占有により生じうるが、占有が可能となるのは一定の境界をもった対象のみである³⁹。空気と同じように海は占有することができない⁴⁰。したがって、海は私的所有権の対象となりえなかった。グロティウスとプーフENDORFはともに、占有と占有にかかる有体物の結びつきに関する議論に時間を費やした。彼らは、有体物の場合でさえ、占有の対象を定めるためには、労働行為は習慣や慣行によって補完が図られる必要があることを明白に気づいていた。彼らはもちろんノージックの提示した架空の例については議論をしていないが、境界の存在は共通認識や慣習にかなりの程度左右されるので、このことはほとんど驚くに値しない。自然法の伝統においても、惑星の一部を清掃することで人はその惑星を所有することができるのだと真剣に主張する者など誰もいなかった。そのような主張がなされたとすれば、一見ただけで、神の意志に反することは明らかであると受けとめられたことであろう。

もし、労働所有理論が有体物の境界を説明するのに問題を有しているとすると、無体物の場合にはこれらの問題はさらに拡大する。第7章において、我々はこの問題の深刻さに気づくだろう。無体物は1つないし多数の有体物の上に存在しうる。物質的な世界における無体物の広がりはいずれの定義次第である。ある文学作品の原型（無体物）は多数の人の作品の中にも「みられる」可能性がある。物を書くという行為は無体物を作り出す。しかし、その無体物の所有範囲については、どのようにして制限を設けることができるのであろうか。労働行為自体は答えを提供しない。なぜなら、それは単に書くというプロセスを始めたにすぎないからである。自然法の伝統では、この問題に対する解答の大部分はある形而上学的な宗教的スキームによって与えられる。無体物の制限や定義をどのようにして行うことが可能なのかという問いに答えようとすれば、労働所有理論は、その理論

³⁹ H. Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres* (1625; F.W. Kelsey tr., New York, London, 1964), II, 2, 3.

⁴⁰ H. Grotius, *Mare Liberum* (1608; R.V.D. Magoffin tr., New York, 1916), chapter V, 28.

の中で労働が主たる不確定性要因となることを避けるために、何らかの形而上学的スキームを採用することから出発しなければならない。

強力な労働所有理論を真剣にとろうとすることは、逆説的に、個人の財産所有の正統性を脅かすことになる。市場社会において、人が生み出した物の価値は市場における他者の主観的な需要によって決まるものである⁴¹。もし個人の労働ではなく他人の需要活動によってそうした価値が決まるのだとすれば、労働はいかにして市場価値に対する自然権を基礎づけることができるのだろうか。もしその権利が価値とは関係がなく対象物と関係するのだとしても、前段落で述べた境界問題が生じることになる。個人の労働にもっぱら焦点を合わせることは、無体物の私的所有の可能性を完全に消滅させるかもしれない。相互依存的に分化した社会では、いかなる個人の労働も他者の労働によって可能となるのである。もし我々が無体物の創出を可能にする貢献という観点から労働の直接的な貢献を定義するとすれば、我々は表面上は個人所有にかかる多数の無体物が実際には共同の労働ゆえに集団的所有にかかるものであるという事実を承認しなければならない。もしかすると、私的所有権の起源の説明においてグロティウスやプーフェンドルフが慎重に合意や協定の役割を強調していたのは、他者の労働を完全に承認することが、私的所有権の実現性に対して、これほどまでに深刻な影響を与えるからかもしれない。彼らの理論において所有権は協定の要素を強く帯びている。プーフェンドルフの言葉によれば、「物の所有権は人々の間の協定から、黙示的にであれ明示的にであれ、直接的に起因するものである。」⁴²

これまでのところ我々の批判は労働所有理論に関する強力な正当化モデルに対して向けられてきた。これは、ロックのテキストから導出しうるであろう知的財産権理論の唯一のものではない。ロックに関する1つの見方は、私的所有権の成立における労働の役割は資源が豊富に存在する自然状態の時期に制限されるというものである。オリベクローナはこの論法を

とり、人口の圧迫が起こり貨幣の導入がなされたために、「資源が豊富に存在する時代」は終わりを迎えるに至ったと主張する⁴³。希少性の時代には、多様な共同体が存在し、財産の分配は主として協定に従ったものとなり、ロックの言葉を用いれば「契約と合意によって」確定されることになる⁴⁴。功利主義的な考慮に満ちた実定法や協定が財産法の形態を決めるのである。このアプローチに基づけば、知的財産法は、効用によって正当化され当該共同体の富の最大化という目標を実現するよう設計された実定法となるであろう。

知的財産権に関する強力なタイプの労働理論は、権利を前社会的な存在として描写する現代の理論と整合的である。こうした権利の独立性と自然性を重視する見方は、ノージックの国家と権利に関する理論において見いだせる。ノージックにとって、国家は創造されたもの（*invention*）であるが、個人の権利は創造されたものではない。少なくとも個人の権利は国家の創造物ではない。それどころか、個人の権利は私たちが正当にその創造を行うところの国家にさまざまな制限を課す。ノージックにとって国家の優先課題は、個人の財産権に干渉することではなく、むしろそれを保障することである。この種の理論的アプローチが知的財産権のリフォームに対して与えるインプリケーションは急進的である。知的財産権は個人によって永久に保持されるべきであるという結論に達する者もいるかもしれない。その場合、立法府が現在の特許権や著作権の場合と同じように、知的財産権の存続期間に制限を設けたり強制ライセンスの規定を制定したりすると、彼らは窃盗を働くことになるのである。

自然権的所有権の立脚する史的伝統は所有権の神聖性を確立するものではないので、自然権的所有権を支持する現代の論者はそうした史的伝統を軽視する傾向がある。所有権は依然として調整が図られるべき具象物である。政府は所有権を規制する権限をもつとロックは主張する⁴⁵。この規制権限の行使は自然法の目標と整合するように行わなければならないが、

⁴¹ E.C. Hettinger, 'Justifying Intellectual Property', 18 *Philosophy and Public Affairs*, 31, 38 (1989) を参照。

⁴² S. Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo* (1672; translation of 1688 ed. by C.H. and W.A. Oldfather, New York, London, 1964), IV, 4, 4.

⁴³ K. Olivecrona, 'Locke's Theory of Appropriation' in R. Ashcraft (ed.), *John Locke* (London, New York, 1991), vol. 3, 327-342.

⁴⁴ II, 45.

⁴⁵ II, 120.

それと同時に政府はさまざまな規制決定をなすうえで選択の余地をもつ⁴⁶。マクファーソンの解釈にかかわらず、ロックの所有権は主として道具的な権利であるということを示唆する証拠も十分に存在する。ロックの所有権は生命および自己保存の権利から演繹されるものであり、前者は「後者に常に従属する」ものである⁴⁷。そしてこれは、そうした実定法が常にそれ自体として自然法との整合性を失うことがない限りにおいて、自然権的所有権が実定法によって修正を加えられる可能性があるということを明らかに許容するものである。

このように突き詰めていくと、ロックを知的財産権に関する強力な労働理論の理論的源泉として捉えることは持続できるものではない。ロックの混合の比喩は、いったんその形而上学の文脈から取りだされると、あまりに多くの不確定要素や問題を引き起こすため、知的財産権に対する正当化根拠を提供することはできない。ロックの所有権論から得られる教訓は、我々は労働所有理論の形而上学の文脈やそれに付随する共同体のスキームを真剣に取り扱わなければならないということである。労働は脚光を浴びるべきではないのである。

共同体と知的コモンズ

知的コモンズ

所有理論を支持するために用いることができる形而上学のスキームは、おそらく数多く存在するだろう。ただし、共同体の一般的な説明を提供するとすると、選択肢はあまりない。その選択肢はグロティウスやプーフェンドルフやロックの面前にあったものと基本的に同じものである。それは消極的共同体と積極的共同体との間の選択である。次に続くものは、これら2つの共同体と知的コモンズとの関係に関する分析である。そして、前節の巻頭言の最後では、ロック所有権論の一部の要素は、知的コモンズな

ど存在すべきではないという結論を提示するために用いられる可能性があることを考察してきた。既にみたように、この極端な結論には問題がある。それは労働の性質に起因する不確定性の問題である。それ以上の議論を打ち切って、一定の知的コモンズ観は知的財産理論にとって不可欠であるということを我々は前提としなければならない。

我々は、一体どのように知的コモンズを記述することができるだろうか。それについて考える1つの方法は、知的コモンズは客観的知識世界の一部であって、所有権や他の協定上の制約（e.g. 契約）、技術的な制約（e.g. 暗号）、物理的な制約（e.g. 原稿の秘匿）のいずれにも服さないものである、と述べてみることである。我々の定義は、知的コモンズは独立に存在する資源であって、その利用が開放されているものであるという考え方を強調する。しかしながら、利用が開放されているということは知的コモンズにおける無体物が必ずアクセス可能であるということを意味しない。加えて、無体物が知的コモンズに属するものではなく、したがって利用が開放されているわけではないということは、無体物はアクセスできないものであるということの意味しない。少し例を挙げて説明してみる必要があるだろう。

『源氏物語』は、おそらく11世紀の上四半期に日本で完結されたものである。現在ではそれは知的コモンズの一部となっている。この物語が日本語で書かれたものにとどまっている間は、少なくともあるレベルでは、それにアクセスできるのは日本語を読める人に限られていた。同様に、現代の理論物理学の多くは、その利用が開放されている（つまり知的コモンズに属する）ものの、それにアクセスできるのはあくまで少数の人にすぎないのである。象形文字も知的コモンズの一部ではあるけれども、歴史上、誰もアクセスできない時代というものがあったということができるだろう。知的コモンズにアクセスできるかどうかは、関連する能力や資格（例えば、日本語を読んで理解する能力や資格）を共有者が有しているか否かによる。無体物の利用の開放性は、そうした無体物が知的コモンズに属していることによる。知的財産権は知的コモンズから無体物を取りだすことを可能とするが、しかしこのことは、そうした無体物へのアクセスができなくなるということ意味するものではない。資格と能力を有する者は関連するライセンス料を支払えば、依然として無体物にアクセスすることができる。知的財産権は無体物の利用について制限を課すものであるが、こ

⁴⁶ J. Tully, *A Discourse on Property* (Cambridge, 1980), 48.

⁴⁷ S.B. Dury, 'Locke and Nozick on Property', in Richard Ashcraft (ed.), *John Locke: Critical Assessments* (London, New York, 1991), vol. 3, 495, 506.

のことはエージェントが無体物にアクセスすることができるかどうかとは別個の問題である。既述したように、これはそのエージェントの能力と資格に関係するものである。

知的コモンズの特徴を述べるにあたって、我々は客観的知識世界 (objective world of knowledge) という概念を利用する。これはよく見積もってもポストモダン論者にとっては奇妙なものにみえるだろうし、いずれにしても無体物は存在するというを示唆するようにもみえる。実際、客観的知識の利用は、無体物は自存する (subsist) にすぎないという主張と整合しうるものである。客観的知識世界とは、その認識論的研究の一部としてカール・ポパーが作りだした概念である⁴⁸。ポパーはこの世界を第1世界、第2世界、第3世界という3つの世界に分類する。第1世界は物質世界であり、第2世界は我々の意識経験の世界であり、第3世界は客観的知識の世界である。この第3世界は本、図書館、コンピュータ・メモリ等といった論理的内容に等しい。ポパーにとって「客観的知識」とは、単純にこの世界の真実は我々の主観的選好から独立しているということの意味する。第3世界は依然として人間の構築物である。言語はこれら2つに関する有益な例証を提供する。人類は言語を発明した。言語を発明して以降、言語に関する特定の真実は人類の願望とは独立に存在するようになる。私はすべての言語が同じ主語述語の構造をもつものであってほしいと思うかもしれない。けれども、その問題についての真実は私の願望とは独立に存在するのである。無体物はこの第3世界に位置する。明らかに無体物については多様な存在論的説明が可能である。無体物の客観的状況はその形而上学的な状況を確定するものではない。

知的コモンズは、依然として自由に使用できる無体物から成り立っている。知的コモンズは、その性質により尽きることのない、しかし必ずしもアクセスできるとは限らない資源である。ここまで本書では、知的コモンズを、全人類の全時間にわたる集会的労働によって構築されたグローバルな構成物として描いてきた。このような知的コモンズに関するモデルから容易に導き出されうる1つの含意は、知的コモンズは万人が自由に使用できる資源であるということである。これは、知的コモンズを提示する唯一

⁴⁸ K.R. Popper, *Objective Knowledge* (Oxford, 1972), chapter 3.

の方法では決してない。他の可能性の検討には、イギリス法における共同入会地 (the common) との比較が役に立つ。

イギリスの所有権法において、共同入会地は独特な法概念である⁴⁹。ロックの時代には、共同入会地は既にイギリス法において複雑な法形式を帯びていた。ロックが所有権について言及する際、彼が念頭におくのはまさにこの法的概念である⁵⁰。共同入会地は、他人の土地について、複数の人が保有する入会権 (rights of common) に関係する⁵¹。例えば、放牧権、泥炭採掘権 (泥炭地入会権) および出漁権 (漁撈入会権) などがその例である。入会権は、村、荘園、町の住民といった特定の集団に限定される。我々の目的にとって最も重要なことは、共同入会地の概念が土地の公有 (public ownership) とは関係がないということである。共同入会地は、ある者によって既に所有されている土地であるが、その者に対して入会権者が権利をもつ土地である⁵²。入会権者は、その入会権の行使にとって必要となる範囲で共同入会地にアクセスする権利を有している。入会権者には全面的なアクセス権といったものが認められるわけではなく、同様に個別の公衆にも全面的なアクセス権が帰属することはない⁵³。イギリス法における共同入会地の概念は、極めて属地的で、集団特有の概念である。この共同入会地の概念は、すべての人々が立ち入ることができる権利を有するものではなく、特定の国家のすべての住民が立ち入ることができるものですらないのである。

知的コモンズに立ち入る権利は、全人類よりも小規模の集団に限定される。一部の国家は、自国の市民が長い期間をかけて創出した特有の知的コモンズに対して権利を主張するかもしれない。文化的コモンズは、人種や領土のような尺度によって定義される特定の集団と結びつけられることの多いものである。少なくとも国際法の文脈では、明確な国際的文化遺

⁴⁹ G.D. Gadsden, *The Law of Commons* (London, 1988).

⁵⁰ II, 35 参照。同288～289頁に記されたラズレットの注も参照。

⁵¹ *Halsbury's Laws of England* (4th ed.), vol. 6, para 505.

⁵² *Id.*, para 504.

⁵³ T. Bonyhady, *The Law of the Countryside: The Rights of the Public* (Milton Park Estate, Abingdon, 1987), 131.

産という概念は、萌芽的な第一歩を踏みだしたばかりである⁵⁴。国際的な文化的コモンズに属する対象が存在するという見解は、これまで議論されてきたところではあるが、文化的コモンズはその圧倒的大部分が国家的ないし地域的なものである、という信念に取って代わるものには到底なりえていない⁵⁵。各国は、自国の文化的コモンズを承認し保護するのと同じように、特定の地域や集団に対してのみ開放される、明確に属地的な科学的、技術的コモンズが存在するという主張を展開するかもしれない。属地的な科学的コモンズが存在するという信念は、西洋諸国が発展途上国に対して技術は人類の共有財産であるという主張を受け入れることに消極的である理由を説明するのに有益であろう⁵⁶。しかし同時に、現在では、技術の中には人類の共有財産となっているものがあるということに疑いはない。

これまでみてきたように、知的コモンズの範囲はさまざまな集団の活動と結びつけられることによって狭まりうるものである。知的コモンズは、場所、時間、内容に照らしていろいろな形で分類することができる。知的コモンズにおける共同体の性質に関しても、さまざまな想定がありうる。基本的なレベルにおいて、その決定は積極的共同体と消極的共同体との間の決定となる。後で述べるように、この決定は知的財産法の内容および範囲に直接影響することになる。

4つのタイプの共同体

本項の目的は、積極的共同体と消極的共同体についてなされるさまざまな選択を提示し、そうした選択が知的財産権に及ぼす影響、特にその専有

範囲に及ぼす影響を明らかにすることである。かかる取組みの一部として、積極的共同体および消極的共同体に内包されている分析上の可能性を説明するために、我々はプーフェンドルフを引合いにだす。しかし、プーフェンドルフを利用することは教典解釈的な企てを意図するものではないし、そのようなものとして受け取られることは筆者の本意ではない。最後に、プーフェンドルフ、グロティウスおよびロックについての課題は、事物が最初は共有物として存在する世界において私的所有権はいかにして発生するのかということを説明するところにある、という点を思いだしてほしい。我々の目的はこれとは異なる。我々の目的は、知的財産法が発展を遂げるかどうかは知的コモンズと共同体の関係をどのように設計するかに大きく依存しているということを示すことである。

グロティウスと異なり、プーフェンドルフは積極的共同体と消極的共同体の区別を議論することに時間を費やしている。彼はある一節において、消極的共同体を次のように描写している。いわくそれは、「あらゆる事物が万人に開かれた状態におかれていたが、誰か特定の者に帰属していたわけではなかった」「あらゆる事物の共同体」のことである⁵⁷。つまり、消極的共同体とは、事物が誰にでも開かれていて、それらを自己に排他的に帰属させることができる状態のことである。例えば、空気は、採集し、圧縮して、瓶に詰めることが可能なものである。これに対し、積極的共同体とは、事物（e.g. 土地や漁業水域）がある集団に共同で所有されている状態のことである。積極的共同体においては、共有物の個人所有者ではなく共同所有者が存在する。プーフェンドルフは、両者の相違を説明する際に、積極的共同体における共有物が「所有物と異なっているのは、前者が数人に帰属しているのに対し、後者は一人に帰属しているという、この一点においてのみである」と述べている⁵⁸。

積極的共同体は、プーフェンドルフにとって明らかに同意の産物である。それは人々がいつの間にかそのようなになっていることに気づいた状態ではない。むしろそれは、自己の目的に適うよう人々によって作りだされた

⁵⁴ 1972年のユネスコ総会で採択された世界の文化遺産及び自然遺産の保護に関する条約は、締約国が協働して文化遺産の保存を行うよう求めるものであるが、締約国が一定の国際的な文化コモンズに向けた義務を認識しなければならないことを示唆している。

⁵⁵ Council of Europe, *International Legal Protection of Cultural Property* (Strasbourg, 1984) を参照。

⁵⁶ 人類の共同遺産に関する議論については、本書の65頁〔「共同体とコモンズの選択」の項〕を参照。

⁵⁷ S. Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo* (1672; translation of 1688 ed. by C.H. and W.A. Oldfather, New York, London, 1964), IV, 4, 5.

⁵⁸ Id. IV, 4, 2.

状態である。「そして事物が創造された際、神がそれを、固有の物とも（積極的共同体の意味において）共有の物とも明示的に命じたことはなかったのであるが、この2つの区別は、後に人類社会の平穏の要請に従い、人間によって作りだされたのである。」⁵⁹ 積極的共同体に関するプーフェンドルフの議論が示していることは、積極的共同体というものは事物の所有者の全員を含むものではなく、「その事物が共有にかかるといわれているところの人々」のみを含むものであるということである⁶⁰。プーフェンドルフにとって積極的共同体は排他的な状態である。それは所有に関する協定を締結したメンバー以外の人々を排斥する。消極的共同体の場合には、これとは状況が全く異なる。所有に関する協定が存在し妥当しているなどということはない。いかなる人も協定に基づいて排斥されることはなく、したがって物の所有権を獲得することは万人に開かれている。消極的共同体においていったん所有行為が生じると、それは間違いなく本来的に排他的なものとなる。それにもかかわらず、少なくとも当初は所有権が万人に開かれているので、それを包括的な共同体の形態とみることができるかもしれない⁶¹。

プーフェンドルフの消極的共同体と積極的共同体の区別に従い、包括的／排他的という区別を両者に当てはめると、4つの基本的な類型の共有のマトリクスができる。すなわち、包括的な積極的共同体、排他的な積極的共同体、包括的な消極的共同体、排他的な消極的共同体の4つである。これら4つの共同体の類型は、それぞれに割り当てられた次のような規範的意義をもつ。

包括的な積極的共同体は、全人類を含む概念であるので、つまり集団はただ1つしか存在しないことになるので、人類共同体についての広範な見方を表す概念であるといえる⁶²。包括的な積極的共同体とは、万人が自己

の個人的な福利のために共有物を使用する権利をもつ、国際的な共同体概念なのである⁶³。共有物は、使用のために万人に帰属する一種の国際資源として機能する。この共同体の形態は、個人が私的所有権を保持することと完全に整合するものである。包括的な積極的共同体の条件下では、すべての個人は共有物を資源として使用する権利を有しており、ゆえに共有物の資源の利用によって作られた物に対する所有権を生みだすことも許容されるのである⁶⁴。共有物それ自体は専有の状態には陥らない。なぜなら、それは万人にとっての資源としての共有物を破壊してしまうことになるだろうからである。

排他的な積極的共同体とは、ある種の集団、つまり全人類よりも小規模の集団による共有地内の物の所有である。所有集団のメンバーではない人々は必然的に排斥される。

包括的な消極的共同体は、包括的な積極的共同体と同様、全人類を包含するものである。それはプーフェンドルフに従えば、物の獲得が万人に開かれている共有状態のことである。この包括的な消極的共同体と包括的な積極的共同体との主な違いは、前者の場合には、共有物は誰にも帰属していないことである。しかし、消極的共同体においては、誰でも共有地の一部を獲得したり所有したりすることができる。

排他的な消極的共同体は、包括的な消極的共同体の部分集合を表している。共有地内の物の所有は、万人にではないが、ある集団のメンバー全員に開かれている。

共同体の形態には多数のものが存在するのだから、4つの類型のみを指定することは、還元主義的な方法の最も望ましくないパターンであるように思われるかもしれない。しかし、我々の主張に対してこのような批判は当てはまらない。道徳的伝統、共通認識、生活様式の数と同じだけいろい

⁵⁹ Id. IV, 4, 4.

⁶⁰ Id. IV, 4, 2.

⁶¹ これは、バックルのプーフェンドルフ解釈である。S. Buckle, *Natural Law and the Theory of Property* (Oxford, 1991), 94 を参照。

⁶² もっとも、包括的な積極的共同体は、最も広義の共同体の考え方であるということとはできない。それはもっぱら人類に注意を向けているために、人類を他の動物よ

りも優れた種だと考える見方であるといった攻撃を受けやすいからである。

⁶³ タリーは、ロックが積極的共同体の概念をこうした線にそって再定義したと主張している。J. Tully, *A Discourse on Property* (Cambridge, 1980), 126-129 を参照。このようなタリーのロック解釈に対する異論として、S. Buckle, *Natural Law and the Theory of Property* (Oxford, 1991), 183-187 を参照。

⁶⁴ J. Tully, *A Discourse on Property* (Cambridge, 1980), 127.

るな共同体が存在している。多様な共同体はさらに、財産の分配や利用について非常に多様な規範的かつ法的な取決めを作りだす。けれども、すべての共同体は、共同体に属する人々と共有地の関係や共有地の範囲について決定をしなければならない。我々の4つの基本的な共同体の類型は、関係構築のあり方に関する選択肢のモデルを表している。これら4つのモデルの存在は、その道徳規範や財産規範の詳細において異なる、多数の共同体が存在するということと完全に整合的である。例えば、2つの共同体は、どちらも包括的な消極的共同体のモデルを採用するとしても、共有地からの取りだしが可能なものについては全く対立した見方をするかもしれない。消極的共同体において物が万人に開かれた状態にあるということは、すべての物が所有に開かれているということを必ずしも意味しない⁶⁵。さらに知的コモンズ自体は、我々が上記でみたように、内容、時間および場所に基づいてさまざまな境界をその周囲に描き出すかもしれない。したがって、例えば、知的コモンズは特定の人々の文化や北アメリカのような場所に限定されるかもしれない。そしてこのような知的コモンズの形態は、排他的な積極的共同体と結びつけられるかもしれないのである。

共有地の規制に関していえば、あらゆる所有権制度は、我々が特定した4つの基本的共同体類型のうちのいずれかのモデルによって支えられている。どのモデルがどの所有権制度にとって役に立つかということは、事実の問題である。例えば、プーフENDORFは、原始的共同体は消極的共同体であったこと、そしてこれは事実の問題であって道徳的な議論ではないことを明らかにしている⁶⁶。人は、自分たちが選択するものが何であれそれが自然法と調和する限りは、自由にこの取決めを変更することができる。

共有地および共同体に関する我々の分析は、2つの独立した問題を提起する。第1に、どの種類の共同体が知的コモンズに対する財産権の取決めを営むのだろうか。第2に、共同体と知的コモンズの関係について決定を

なす場合に、他の類型ではなくある1つの共同体の類型を選択することを支持する道徳的な議論は存在するだろうか。第1の問いは、主として事実の問題である。知的コモンズは資源、すなわち無体物からなる資源である。すべての共同体は、この資源の利用について決定を行わなければならない。これを回避する方法は存在しない。誰が知的コモンズへのアクセス権および利用権をもつべきかということの決定は、共同体にとって本質的な決定である。

我々が提起した第2の問いは、ある種道徳的な問題である。知的コモンズに関して規制的な取決めを行う場合に、他の類型ではなくある1つの共同体の類型を選択すべき理由は存在するだろうか。どの共同体であっても、第2の問いについてその文脈、その目標、そのおかれている立場から離れて答えることは困難であろう。もっとも、このことは、どの共同体および共有地のモデルが道徳的に望ましいかということに関して、文脈に依存しないア・プリオリな解答をもたらす哲学的方法論など存在しないということ主張するものではない。ロールズが正義論の分析においてなしたように、観念的理論と抽象的な契約論主義を組み合わせることで、人は何らかの普遍的な解答に到達することができるかもしれない。普遍的な解答への別のルートは、プラトンが採用した弁証法的論法を用いることであろう。しかし、これらの方法論のうちどちらか一方を選択することは、それらの見解に批判的な共同体主義論者との間の論争に巻き込まれることになる。

我々の第2の問いに対するもう1つのアプローチの方法は、知的コモンズの利用に関わる財産権の取決めをなす場合に、他の類型よりもある1つの共同体の類型を選択すべきと考える何らかの哲学的根拠が存在するかどうかを尋ねることである。このアプローチは、哲学的真実の証明を目指すものではなく、むしろそれが正しいと考える理由を提示することで、ある立場を支持する哲学的な論拠の構築を試みるものである。それと同時に、このアプローチはそうした哲学的な論拠が経験によって反証される可能性があることを依然として認めるものである。しかし同様に、哲学的な論拠が正しいものであることを示すうえで経験は有益であるかもしれない。

そこで我々の問いは、共同体と知的コモンズの関係について決定を行う

⁶⁵ ここでは、我々はプーフENDORFに従っていない。というのも、プーフENDORFは、消極的共同体において「万物は全人類に開かれている」という見解をとっていたからである。S. Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo* (1672; translation of 1688 ed. by C.H. and W.A. Oldfather, New York, London, 1964), IV, 4, 5 を参照。

⁶⁶ Ibid.

場合に、我々が特定した共同体モデルのうちの1つを支持する理由が存在するのかどうかである。論証抜きに我々がここで措定する1つの仮説は、共同体はそのメンバーのクリエイティビティを奨励することに関心があるというものである。解答にたどりつく1つの方法は、あらゆる種類のクリエイティビティの支援において知的コモンズが果たす役割を理解することである。我々が示唆するように、もし知的コモンズが創作過程において極めて重要な役割を果たしているとするれば、さまざまな基本的な共同体の類型の中から決定をなす1つの方法は、どの共同体の類型が知的コモンズを育むのに最も有益であるかを尋ねることである。もちろん、知的コモンズはクリエイティビティの促進に寄与するにとどまらず、経済の存続や社会の発展においてより一般的な役割を有しているといえるだろう。換言すれば、単にクリエイティビティの奨励ということ以上に、オープン・リソースとして知的コモンズを維持すべき理由が存在するだろう。以上を踏まえて、次節では、クリエイティビティと知的コモンズとの関連性に議論の焦点をしばることにする。

クリエイティビティと知的コモンズ

コモンズとクリエイティビティとの関連性は、ロックにおいてはみられない。タリーは、ロックが人間を物の生産者として捉えていると主張しつつ、続けて、ロックは人間の創造的業績を重視しようと努めていたと述べる⁶⁷。これはおそらくタリーの誤りである。というのも、クリエイティビティの概念が普及するのは20世紀になってからだからである。そもそも、それが一人前の概念として立ち現れるのは、18世紀のロマン主義運動以降のことではない⁶⁸。その時代まで、人間の身分は労働者の身分であり、創作者の役割はもっぱら神に占拠されていた。ロックにおいても、人間は創作者ではなくコモンズにおける職人や労働者であるということが明らかに前提とされている。我々が第5章でみるように、マルクスにおいては、

⁶⁷ J. Tully, *A Discourse on Property* (Cambridge, 1980), 121.

⁶⁸ P.O. Kristeller, 'Creativity and Tradition', XLIV *Journal of the History of Ideas*, 105 (1983) を参照。

人間のクリエイティビティが十分に認識されているものの、そうしたクリエイティビティの完全な表現は私的所有権や資本主義の外部で生じるものにすぎない。

1つの問題は、クリエイティビティの概念は長い間、哲学の領域ではなく心理学の領域で扱われてきたということである。それは哲学的取扱いに反応しえない概念であるかもしれない⁶⁹。ある見方に基づけば、クリエイティビティはせいぜい発見の文脈という哲学者のカテゴリーに押し込められるにすぎない単なる心理学的現象にとどまるという。しかし、これはあまりに狭窄的な見方であるように思われる。そして、いずれにせよ、科学哲学の文脈において伝統の重要性について調べた哲学的研究が示唆するところによれば、クリエイティビティに関して首尾一貫した哲学的説明を展開することは可能であるという⁷⁰。

クリエイティビティに関する1つの共通の見解は、それを高度に個人的なプロセスないし行為とみなすことである。この見解は、もし解析が行われるとすれば、その存在論的基礎によりある種の個人主義を体現するものであろう。大雑把に言えば、これは、社会生活において支配的な勢力をなすものは集団、歴史の力、組織などではなく、諸個人および彼らの決定であるという考え方である⁷¹。個人の合理性や独立性を強調する個人の一般的な本質論は、この存在論と関連している。個人がすべてであり、個人が社会生活の一部を占めるためにさまざまな方法で自らを拡張する。この見解に基づけば、創造的行為は各自の関心に基づいてなされる個人の表現行為ということになる。一方、クリエイティビティの分析において、個人を完全に下位におくこともできる。そうした分析は、個人に存在論的優越を与えないことを条件とする。ある意味で個人は、その構造がさまざまな集合体や非人格的勢力に依存した派生的創造物となる。個人は依然として

⁶⁹ クリエイティビティに関する哲学的な議論については、D. Dutton and M. Krausz (eds.), *The Concept of Creativity in Science and Art* (The Hague, Boston, London, 1981) を参照。A. Koestler, *The Act of Creation* (London, 1964) も参照。

⁷⁰ T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* (2nd ed., Chicago, 1970) がそうした定評のある研究である。

⁷¹ P. Pettit, *The Common Mind* (New York, Oxford, 1993), chapter 3.

創造を行うが、彼らの役割は何らかのより大きな全体のための導管ということになる。

これらのクリエイティビティに関する存在論の見方は、いずれもあまり魅力的ではない。クリエイティビティはもっぱら個人の行為である、あるいは反対に、クリエイティビティは個人を超えたより大きな力の現れである、といった主張をなすだけでは不十分である。第1の見解は伝統の重要性を無視している。クリエイティビティは伝統に関係している。作家、作曲家、音楽家、および科学者は、彼らが肯定的または否定的に反応する伝統や文化の中で活動をする。同様に、それを伝統や他の社会勢力の産物とみなすようなクリエイティビティの説明は、社会規範の殻を破ってその枠外に飛び出す個人の能力を無視している。クリエイティブな個人は、一面ではルールを破る者である。彼らは、ある領域の既存の規範や思考方法との整合性を直ちには認識できないような世界観を形成するのである。クリエイティビティに関するより望ましい考え方は、クリエイティビティの概念は相反する二重の役割をもった個人と関係があるということである。創作行為が完了したということは、自らは発明者、パイオニア、イノヴェーター、天才等の役割を果たしたのだと主張しうる前進を、個人が一步二歩と果たしたということを意味する。しかし他方で、伝統とクリエイティビティとの関連性が存在しているという事実は、創作過程において個人はもう1つの役割、すなわち借用者や模倣者の役割を演じているということの意味している。知的財産権が主張される場合、権利者はもっぱら創作者の観点から自分自身を考えがちであり、また他の借用者や模倣者からの保護を要求するために、自らが担ってきた役割の二重性を見失いがちである。知的財産法は、私的所有に焦点を当てることから、実際、クリエイティビティに関する個人主義的な考え方を植えつけるのに有益である。

こうしたクリエイティビティの見取図は、上記で説明した2つの存在論とは異なる存在論を前提としている。それは、個人の自律的な創作能力を認めることから、ある種の個人主義を是認する。しかし、それはまた、借用者の役割において創作者は他者のテーブルの上に座っていることから、個人は他者の助けを借りてその創作能力に至るにすぎないということの意味している。こうしたクリエイティビティの見方に一番フィットする存在論は、フィリップ・ペティットが全体個人主義 (holistic individualism) と

いう独特のラベルをつけて発展させ擁護した存在論である⁷²。大雑把に言えば、ペティットの議論は、社会的存在論には2つの軸が存在するというものである。縦軸は、個人がどの程度パターン化された社会的対象であるか、つまりどの程度構造や権力などにより上からパターン化されたものであるかということと関係している。横軸は、個人の能力がどの程度他者との相互作用に依存しているかということと関係している。ペティットは、縦軸においてある種の個人主義を擁護し、横軸において全体主義を擁護している。この存在論は我々のクリエイティビティ観にぴったりと当てはまるものであるから、これを我々の存在論的基礎として採用することにする。これにより、創作者は相反する二重の役割を担っているという我々の主張に対して、分析的な正当化根拠が与えられることになる。

ここまでみてきたように、創作過程に従事する個人は他者との相互作用を必要とする。他者の存在はさまざまな態様で現れうる。それは個人として発現する場合もあれば、創作者が他者の作品にアクセスするという形で概念として発現する場合もある。個人が伝統に則って作業をなす場合のように、発現が拡散的に行われる可能性もある。知的コモンズは相互作用の過程において極めて重要な役割を果たしている。それは、他者が作品に具現した無体物からなっており、その作品に依拠しながら他の個人が自己の作品を創作するという過程をたどるのである。無体物とは、他者の信念、主張および理論である。それらはいってみれば、他者の非具体的な存在である。その性質上、知的コモンズは使用を通じて内容が豊富化する無尽蔵の資源である。その影響を直線的な方法で描きだすことは難しい。

知的コモンズへの個人のアクセスを規制するためになされる取決めの種類は、さまざまな形でクリエイティビティに影響を及ぼすであろう。知的コモンズへのアクセスを制限することは、おそらくクリエイティビティに対して、あるいは少なくともアクセスを否定された個人に対して、マイナスの影響を与えるだろう。我々がここまで展開してきた一般的な議論は、こうした我々の懸念にもっともなものであるかのごとき装いを与える。けれども最終的には、この主張の真実性の評価は時の経過とともに明らかにされる経験の問題である。我々は、科学史上の一例を挙げることによって

⁷² P. Pettit, *The common Mind* (New York, Oxford, 1993).

我々の主張の確からしさを高めることができる。科学分野における大部分の学説の支配的なモチーフは、科学理論の運命は社会的および文化的な要因から大きな影響を受けるというものである⁷³。

ある科学の歴史は、たとえ知的コモンズに一時的な制約を課すにすぎない場合であっても、そのことは科学的な理解やクリエイティビティに長期の悪影響をもたらす可能性があるということを強く示唆している。例えば、4カ国における相対性理論への反応と普及をまとめたゴールドバーグの比較研究は、社会構造の相違が相対性理論の理解と普及にいかに広範な相違を引き起こしたかということを例証している。ドイツの科学者の研究生活には闘争的で競争心の強い気質が顕著であり、またドイツの研究者の行動様式は放浪的であるために、1905年から1911年にかけてのドイツでは、相対性理論が論争のフォーカルポイントになった。どの大学もたとえ短期間であっても学術的議論を支配することはできなかった。そうした知的競争環境における比較的自由的な情報と思想の流れは、さまざまな批判的な反応が巻き起こる空間を確保した。ドイツの場合、こうした多様性が相対性理論を受け入れる最終的な要因となった⁷⁴。他方、相対性理論に対する同時期のフランスの反応は深い沈黙として現れた。その理由は、相対性理論に対する見方をポアンカレという一人の人間が牛耳ることを可能にした制度的取決めにあった⁷⁵。

ゴールドバーグの研究は、相対性理論の普及に焦点を当てたものではあるが、特定の分野における反応の多様性がクリエイティビティの活性化の度合いを示す重要な指標となることを仮定として提示しており、かかる仮定に基づけば科学的アイディアの伝達を促す制度構造と科学的クリエイティビティとの間に強い連関が存在することを示唆として提示している。そのような主張は、クリエイティビティの本質が、ものの見方やアイディ

アや理論の枠組みを交配したり、組み換えたりすることにあると考える分析とも整合する⁷⁶。もしアイディアへのアクセスが全く認められないか、限定的にしか認められないとすれば、こうした交配型のクリエイティビティが発展する可能性は低いだろう。この種の研究に基づけば、科学におけるクリエイティビティは科学の活動の場である知的コモンズの構造の選択からとりわけ大きな影響を受ける可能性がある、と推測することも許されよう。

我々の到達点を要約すると次のようになる。知的コモンズはクリエイティビティにとって極めて重要である。我々は知的コモンズを資源として描くことができる。知的コモンズにはそれ以上の意味があると考えられるが、それはまた別の問題である。知的コモンズは、利用したり開発をすることでその規模が拡大するという点で特異な資源である。換言すれば、非所有の客観的知識（無体物）世界のコンテンツが拡大するにつれて、そうした世界は問題の解決にとってより価値のあるものとなる。芸術家であれ科学者であれ、開拓者は利用に開かれたより多くの無体物をもつ。こうして複雑かつ多元的な課題に対する解決策が発展していくのである。

もしこのことが正しいならば、知的コモンズの取決めを検討する際に、社会が考慮に入れるべき少なくとも2つの目標が存在する。第1に、既存の知的コモンズは枯渇させるべきではないということである。より少ない無体物ではなく、より多くの無体物が利用に開かれている状態を維持すべきである。（既に指摘したように、アクセスの問題は別個の問題である。）このことは、知的コモンズに関して保護主義的な義務が存在するということを示唆する。第2に、知的コモンズはこれからも引き続き拡大すべきであるということである。より少ない無体物ではなく、より多くの無体物が知的コモンズに付け加えられるべきである。このことは、養い育むべき義務というものが知的コモンズに関連しているということを示唆する。

そこで次の段階の議論として、我々は共同体と知的コモンズについての決定作業をどのように進めうるのかということを提示する。この問題に対

⁷³ 例えば、T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* (2nd ed., Chicago, 1970); R.K. Merton, *The Sociology of Science* (Chicago, 1973); S. Goldberg, *Understanding Relativity: Origin and Impact of a Scientific Revolution* (Oxford, 1984) を参照。

⁷⁴ S. Goldberg, *Understanding Relativity: Origin and Impact of a Scientific Revolution* (Oxford, 1984), 185.

⁷⁵ Id., 220.

⁷⁶ A. Koestler, *The Act of Creation* (London, 1964); A. Koestler, 'The Three Domains of Creativity', in D. Dutton and M. Krausz (eds.), *The Concept of Creativity in Science and Art* (The Hague, Boston, London, 1981), 1, 2.

する満足のいく普遍的な解答が存在する可能性は低いという点は、既に述べたとおりである。

共同体とコモンズの選択

知的コモンズに対する適切な財産権の取決めを決定する 1 つの方法は、自己利益 (self-interest) に委ねるという方策である。自己利益は、ある種の道徳論の基礎をなす。自己利益はまた、個人の行動やそうした行動がもたらす社会様式に関する合理的選択に基づく説明の中心的な仮説を提供する。従来、エージェントが消極的共同体と積極的共同体との間で選択を行わなければならない場合に、自己利益は効果を発揮してきたようにみえる。国際法のもとでの特定資源の来歴や、国際法における人類共同遺産の原則の展開は、いずれもこの点において有益なものである。消極的共同体の擁護者であるグロティウスが公海の自由 (freedom of the sea) の原則を主張したとき、「彼は非欧州諸国における物質資源に対する便利な競争上のイデオロギーを提供した」⁷⁷。公海の自由の原則を明確に述べたグロティウスの著作『海洋自由論』(*Mare Liberum*) は、周知のように、オランダの東インド会社によるポルトガル船の拿捕を正当化するために作成された法的書簡であった⁷⁸。多様な資源の利用を規律する共同体概念をめぐる議論は、今なお経済的自己利益の認識から大きな影響を受けている。例えば、深海底は天然資源である。特に深海底は鉱床を含んでいる。国際法における当該資源の地位は、長年にわたり大きな論争の対象となってきた⁷⁹。明らかに、深海底を開発する技術的能力を有する米国のような国家は、深海底を消極的共同体の状態にある共有地の一部とみなすような深海底の法制度を実施することから利益を得ることに大きな関心がある。そうした制度のもとでは、すべての国家は深海底の資源を専有する共有者の権利をもつが、

それらの権利を行使することができるのは一部の国家に限られるだろう。深海底を開発する能力を欠くという点で、消極的共同体に組み込まれないエージェントは、分配の原則に基づいて、あるいは一定の慈善の原則に依拠して、共有地の利益の分け前を主張する努力を続ける。消極的共同体や消極的共有地において個々のエージェントが手にする包括性は、全人類が有するといわれるにとどまる使用权や専有権の存在と関連しているにすぎない。こうした包括性はある者を共有地の共同所有者にすることにまでは及ばない。

それゆえ、深海底のような天然資源を開発する産業力を欠く発展途上国が、積極的共同体の形態こそがそのような資源開発を規制する法制度を支えるべきであると主張してきたことは、驚くに値しない。積極的共同体は共有者に対し共同所有の権利を与える。個々の共有者は皆、資源を利用するためには他の共有者の同意を求めるか、あるいは他の共有者と協同で資源を利用しなければならない。このような協同性は消極的共同体においては要求されない。積極的共同体と消極的共同体の対立は、深海底や「人類共同遺産」原則との関係において明確に現れる⁸⁰。問題は、共有地のような共同遺産原則は、それが国家の権利と義務に対してもつ含意が特定されるためには、それを支持する何らかの共同体概念を必要とするということである⁸¹。発展途上国は当然、何らかの積極的共同体概念をその原則に織り込もうとしてきた。一方、別の経済的文脈においては、発展途上国は消極的共同体の概念を支持するかもしれない。豊富で多様な植物遺伝情報を保有する発展途上国は、もしそうした情報を市場で取引可能な商品に変換して利益を得る経済力や技術力を自国が有しているとすれば、消極的共

⁷⁷ R. Tuck, *Natural Rights Theories* (Cambridge, 1979), 62.

⁷⁸ The Introductory Note by J. Brown in H. Grotius, *Mare Liberum* (1609; R.V.D. Magoffin tr., New York, 1916) を参照。

⁷⁹ 概観として、O. Schachter, *International Law in Theory and Practice* (Dordrecht, Boston, London, 1991), chapter XIII を参照。

⁸⁰ 国連総会は、深海底は人類の共同遺産であるという宣言を採択した。国家の管轄権の範囲を超える海底及びその地下を律する原則宣言 (深海底を律する原則宣言) を含む UNGA Res. 2749 (XXV), 17 December 1970 を参照。

⁸¹ 国際法における人類の共同遺産原則に関する議論として、B. Larschan and B.C. Brennan, 'The Common Heritage of Mankind Principle in International Law', 21 *Columbia Journal of Transnational Law*, 305 (1983); C.C. Joyner, 'Legal Implications of the Concept of the Common Heritage of Mankind', 35 *International and Comparative Law Quarterly*, 190 (1986); O. Schachter, *International Law in Theory and Practice* (Dordrecht, Boston, London, 1991), chapter XIII を参照。

体を支持するかもしれない。

自己利益は、共同体と知的コモンズについて他の種類の決定へとエージェントを導くかもしれない。それは、当然のことながら、そこにいう自己がその思考において単なる経済的利益以上のものを含むかどうかによくを依存する。いずれにせよ、かりに自己利益の計算が純粋に経済的観点から行われるとしても、合理的なエージェントは積極的共同体を支持するかもしれない。しばしの間、知的コモンズはクリエイティビティを支援するという主張が正しいと仮定しよう。さらに、エージェントが、この場合には国家であるが、あらゆる種類のクリエイティビティを奨励したいと願うと仮定しよう。その目的を達成するための1つの手段は、共同体の選択が知的コモンズの保存に寄与するということを確実なものとしてすることである。それでは、積極的共同体か消極的共同体のどちらか一方が知的コモンズの保存という目的にとってより望ましい寄与をなすと考えられる理由は存在するであろうか。この問いへの解答は、主として経験的な問題である。この問題について完全に論じなくても、積極的共同体はおそらく知的コモンズの保存に対するある種の注意義務を確立するであろう。そのことはロックの理論にまさに当てはまるように思われる。ロックによれば、他者にも十分に同じようにたづねと残されていることという但書きが自然状態で満たされない時点で、所有権は共同所有に復帰することが義務づけられている⁸²。このような状況は市民社会においても大きく変わるところはない。市民社会における所有権は現在、積極的な規制事項であるが、政府は人々が生命、自由、保存手段に対する自然権を有しているということを念頭において当該規制を実施しなければならない⁸³。個人は引き続き共同体の資源に関与する権利をもつ。共同所有の権利と私的所有権との共存は、資源に対する個人の自然権の保全を図るための1つの重要な方法である。知的コモンズの保存は、賢明な政府の義務の一部であるように思われる。

消極的共同体は、知的コモンズが存在、つまり知的コモンズの現在の存在およびその将来の拡大にとってより多くの危険を孕んでいる。そこには2種類の危険が存在する。第1の危険は、既存の知的コモンズに対する個

人の侵略がさらに推し進められることに関わる。知的コモンズに対する財産権の襲撃は、さまざまな形で現れる。例えば、特許適格対象の範囲の拡大である。第2の危険は、個人が無体物の知的コモンズへの帰属を回避する方法を見つけることである。つまり例えば、個人が無体物の保護枠組みを有限の存続期間制度から無期限の存続期間制度へと変更する方法を見つけることである。(その一例は、形状に対する意匠権の保護が満了した後も、商標権を利用して当該形状の保護を図るというものである。) これら双方の危険性が、財産権優越主義(proprietarianism)という思想のもとで高まりをみせているのであるが、これは最終章で論じることとしよう。

消極的共同体を採用することは、知的コモンズの大部分が長年にわたり専有されるという結果を引き起こす可能性がある。単にそれは起こりえる結果であると示唆するにとどめる理由は、2つある。第1に、物の中には本来的に専有が不可能なものが存在するからである。これはまさにグロテュウスが海洋について展開した主張であり、また、その議論において海洋が共有物の状態で保たれている理由でもある。第2に、消極的共同体を採用したとしても、もし何らかの形で専有許容範囲に制限を設ける調整的な慣行や原理が存在するのであれば、知的コモンズの専有が必然的にもたらされるわけではないからである。知的財産権の場合には、著作権法におけるアイディアと表現の区別や、特許法における発見と発明の区別といったものが、こうした調整機能を果たしている。

知的コモンズに対する消極的共同体の危険は、技術が新たな種類の専有を可能にする場合や、知的コモンズを保護する調整的な慣行が何らかの理由で機能しなくなる場合に生じる。そこでは知的コモンズが経済的強者や技術的有能者にとっての狩猟場と化す。特許法の分野における次のような例は、消極的共同体の状況のもとで容認されうるようになる専有の種類を説明するのに役立つ。たいていの特許制度は発明と発見の区別に基づいて機能している。発見は、何らかの新規な方法の一部でなければ、一般に特許を受けることができない。したがって、例えばヒトDNA配列は、自然に発生する情報配列であるため、通常は特許を受けることができないだろう。それらは知的コモンズの一部をなす。しかし、何らかの理由で、発見は特許を受けることができないという原則がもはや遵守されないものと化した場合、消極的共同体の状況のもとでヒト遺伝子は個人の専有対象と

⁸² J.L. Mackie, *Ethics* (Harmondsworth, 1977), 176.

⁸³ J. Tully, *A Discourse on Property* (Cambridge, 1980), 166.

なりえるだろう⁸⁴。一方、こうしたことが積極的共同体の状況のもとでも起こりえるのかどうかは、それほど明確ではない。もし起こりえるとしても、ヒト遺伝子自体は共同所有されているために、積極的共同体は事前に共有者全員の同意を要求するであろう。積極的共同体を知的コモンズと結びつけることは、個人によるコモンズの略奪行為を抑制する効果を発揮するだろう。個人がそのような行動をとる場合には、必ず事前に他の個人の協力が必要となるだろう。

消極的共同体および積極的共同体のいずれの状況のもとにおいても、知的コモンズの運命について確信を抱くことはできない。我々の一般的な主張は、消極的共同体の状況のもとでは、知的コモンズが存在が脅威にさらされる可能性が高まり、また財産化の対象とされる可能性が高まるというものである。もし我々が知的コモンズはクリエイティビティの維持、奨励という目的にとって不可欠であると認めるならば、積極的共同体を知的コモンズと結びつけることを選択する1つの理由を我々は有している。なぜなら、積極的共同体のほうが知的コモンズの保存に資する可能性が高いからである。知的財産権の拡大を主張し、そうした拡大を消極的共同体と結びつける論者は、結局、自滅的な戦略を示しているのかもしれない。知的コモンズに関していえば、消極的共同体の状況のもとで知的財産権を拡大することは、非保存主義的な方法で行動する強力なインセンティブを個人に与えることになろう。経済学者のいうコモンプールの問題と逆の現象が生じるのである⁸⁵。コモンプールの問題は、自由に取得できる価値ある対象や資産を扱う。魚のような有体物の場合に、その取得に関する財産権の

枠組みを欠くとすれば、すなわち先占ルールが適用されるのだとすれば⁸⁶、当該資源の枯渇をもたらすだろう。他の方法に切り換えるインセンティブが存在しないために、人々は魚を乱獲するからである。そうした場合において適切に定義された財産権の枠組みは、それによって人々に魚の乱獲のコストについて計算するように仕向けることができるのであれば、問題の資源を保存する効果を果たしうる。ところが、無体物の場合、消極的共同体の状況のもとでは、財産権は知的コモンズの専有をなすインセンティブや、無体物が知的コモンズに帰属するのを回避するインセンティブを提供する。財産権が強力であればあるほど、この効果は顕著に現れる。自己利益は競争の諸条件と相まって、こうした行動を唯一の合理的な行為方針とする。(我々は第5章および第6章においてこの議論をさらに拡張する。)消極的共同体の状況のもとでは、無体物に対する財産権は強い保存効果や養育効果をもはや有しない。そうした財産権は、その範囲次第では、我々が第6章で説明する理由により実際には破壊的な効果をもたらす可能性がある。知的コモンズは、有体物のコモンプールとは異なったタイプの悲劇に直面することになる。

以上ここまで、自己利益が共同体と知的コモンズの選択において果たする役割について考察してきた。しかし、検討の俎上に載せよう議論は他にもある——実際、そのリストは長いものとなろう。古典的自由主義の原則は、共同体と知的コモンズとの結びつきを斟酌するのであれば、積極的共同体の選択を支持する一応の (*prima facie*) 理由を提示する。ほとんどとまでいうことはできないが、多くのリベラリズムにとって、良き生 (*good life*) をめぐる諸構想の中で国家は中立的であるべきだという命題は公理のようなものとなっている。国家が干渉を行うのは、他者への危害を防止する場合に限られる。多様な良き生のビジョンが繁栄することを認めるリベラリズムの誓約にとって、私的所有権は中核をなす。私的所有権制度は、個人にその具体的な良き生のビジョンを実践するために必要となる資源の支配権を与える。市場社会においては、財産の保有が少数の人の手に集

⁸⁴ この問題に関する議論として、G. Winter, 'Patent Law Policy in Biotechnology', 4 *Journal of Environmental Law*, 167 (1992); R.S. Eisenberg, 'A Technology Policy Perspective on the NIH Gene Patenting Controversy', 55 *University of Pittsburgh Law Review*, 633 (1994); R. Moufgang, 'Patenting of Human Genes, Cells and Parts of the Body?—The Ethical Dimensions of Patent Law', 25 *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 487 (1994) を参照。

⁸⁵ H.S. Gordon, 'The Economic Theory of a Common Property Resource: The Fishery', 62 *Journal of Political Economy*, 124 (1954); A.E. Friedman, 'The Economics of the Common Pool: Property Rights in Exhaustible Resources', 18 *UCLA Law Review*, 855 (1971).

⁸⁶ 先占の問題に関する分析として、D.D. Haddock, 'First Possession Versus Optimal Timing: Limiting the Dissipation of Economic Value', 64 *Washington University Law Quarterly*, 775 (1968) を参照。

中するということが起こりうるかもしれない。これは、少数者による財産の支配が、個人の多様な良き生のビジョンを遂行する手段をも支配することになる点で、問題を孕んでいる。所有の集中化という問題は、通常積極的共同体ではなく消極的共同体が選択されるような社会において、より深刻化する可能性がある。積極的共同体は共有者の協力を義務づけているため、我々が普遍的かつ永久にアクセス可能な資産であるべきだと考える知的コモンズのような資源に関しては、より望ましい選択であるように思われる。

結 論

ロックは知的財産権の理論家にとって重要である。しかしその理由は、ロックが知的財産権に対して労働に基づく正当化理論を提供するからではない。第1に、所有権の理論の基礎としては、労働は不確定であるということを経験的ロックの分析は示している。労働は、ロックの形而上学的前提があるがゆえに、彼の著作において表面的に安定した理論化の基礎を提供しているにすぎないものである。ロックおよび彼がその一端をなす自然法の伝統は、財産形態の選択とは共同体の性質についての選択であるということを経験的に我々に気づかせてくれる。本章では、知的財産権の場合、我々は積極的共同体を選択するようにしなければならないということを論じた。知的コモンズは継続的な拡大のプロセスによって育まれなければならない。消極的共同体を選択する場合には、このプロセスに対する干渉や抑制を生み出すことになる可能性が高い。