



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	A Philosophy of Intellectual Property (5)
Author(s)	Drahos, Peter; 山根, 崇邦//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 38, 313-350
Issue Date	2012-06
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/49624
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ38_010.pdf



A Philosophy of Intellectual Property (5)

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（以上、第35号）

第4章 ヘーゲル：知的財産の精神（以上、第36号）

第5章 生産的生活における無体物：マルクスの視点（以上、第37号）

第6章 財産、機会、利己主義

序

完全競争の合理性

財産権の4つの機能

専有機能

調整機能

自己防衛機能

計画機能

ベイオフにおける財産権

禁止戦略

知的財産の派閥

結論（以上、本号）

第7章 無体物の力

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6章 財産、機会、利己主義

序

利己主義は、自我を突き動かすものは何かということについての完全な説明ではないが¹、それでも利己主義が自我について多くのことを説明できる場合も確かにある。まさにそれゆえに、社会による知的財産権という制度の利用を多大な費用を伴うものとし、ひいてはこの制度の利用をもちや拡大すべきではないという推測が成り立つに違いないと思われるほどとなるのである。現実社会において知的財産権がもたらす費用がいくらかということは、依然として経験的な調査を要する複雑な問題である。本章の考察は、こうした現実の費用を解明する助けには全くならないが、そのような費用が通常考えられているよりも高額なものとなりうるとする見解を支持する議論を提示するものである。

知的財産権は市場を指向して創設された権利であり、市場という文脈の中で存在する権利である。そのような文脈の中で、知的財産権は内在的に危険なロジックを有することになる。知的財産権は、後でみるように、それ特有のさまざまな機会を作り出すものである。合理的で利己主義的なアクターはそれらの機会を利用する。そうすることで、彼らは、もともとは知的財産権を保有することの正当化根拠であった社会的利益を無益なものとするのである。合理的選択論の格言は、制度の基盤としては美德よりも利己主義に頼ったほうが安全であるというものであるが、これはしばしば、制度設計の解決策として財産権を採用する結果をもたらすことになる²。実際、財産権と利己主義とを結びつけることによって生じる有益な効果は、

多くの者にとっては、ほとんど信仰に近いものとなっている³。こうした関連づけは、知的財産権の場合には、自己破滅的なものとなる現実の危険を冒すものである。その問題は、後でみるように、無体物に財産権を創設することが、社会的にみて高価な費用となるような水準にまで機会主義的な行動を誘発するところにある。利己主義が個人にそのような行動を起こさせるのである。

以下では、このような主張をサポートするための議論を、次のような段階を辿って展開していこうと思う。最初の節では、完全競争モデルについて検証する。数多くの批判を受けているにもかかわらず、完全競争モデルが競争に関する精確な分析上の定義であることに変わりはない。それは依然として、市場において情報に対する一定水準の財産権が必要となるのはなぜか、という問いについての経済学的な説明の出発点である⁴。次の節では、無体物に対する財産権が担う4つの機能が区別される。すなわち、専有機能、調整機能、自己防衛機能、計画機能である。これらの機能はルール変更戦略と禁止戦略という2つのタイプの一般的な戦略と関連している。まさに個々のアクターが市場において生き残るためにこれらの一般的な戦略を特定の場面において行使することが、知的財産権の費用を潜在的に非常に高いものとするのである。実際にこれらの戦略が市場において知的財産権の保有者によって行使されているのかということの証明は、事実の問題であるが、本章の考察が示唆しているのは、我々が知的財産制度のさらなる拡大に向けてリソースを投下する前に、個別企業による知的財産権の戦略的な行使に関して、より多くのデータを必要としているということである。本章の最後の節では、知的財産権が社会における強力な派閥の問題と関連しており、そうした派閥が知的財産権の広範な行使をもくろ

¹ なぜ完全な説明ではないのかということに関する理由として、A.K. Sen, 'Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory', 6 *Philosophy and Public Affairs*, 317(1977) を参照。別の観点からの批判として、J.A. Nelson and M.A. Ferber (eds.), *Beyond Economic Man: Feminist Theory and Economics* (Chicago, 1993) を参照。

² G. Brennan and J.M. Buchanan, *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy* (Cambridge, 1985).

³ 「次の真実は根本的であるのと同じくらい単純である。すなわち、私有財産と私有財産権とは、いや私有財産のみが、誰もが認める正当で絶対的な道德原理であり、持続的で『最適』発展基盤である……ということだ。」H. Hoppe, *The Economics and Ethics of Private Property* (Boston, 1993), 227 を参照。

⁴ K.J. Arrow, 'Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention' in *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors* (a Report of the National Bureau of Economic Research, Princeton, 1962), 609 を参照。

んで万全の態勢を整えているということを示唆する。

要約：本章の基本的な要旨は、無体物に対する財産権がその保有者に市場において戦略的な機会を提供するということである。このことは、アクターにとって魅力として作用し、それらの財産権を自己に都合のよいように行使し再設計することについて考えるよう働きかける。その結果、全体の利益と自己の利益とは袂を分かつことになる。

完全競争の合理性

完全競争モデルの中核となる考え方は、アダム・スミスによって直観的に表現された。自由競争は、アダム・スミスいわく、十分な数の個々の競争者、市場の知識、反社会的な共同謀議の禁止を要求する⁵。こうした考え方は最終的にフォーマルな完全競争モデルに組み入れられたが、それは次のような仮定を前提とするものである⁶。

- 1 十分な数の買い手と売り手が存在するため、いかなる個人も価格に影響を及ぼすことができない。
- 2 個人は共謀的行動に参加しない。
- 3 取引者はほぼ完全な情報を有しており、その中には生産方法に関する情報も含まれる。
- 4 資源の移動性が存在するため、個々の取引者は資源をあらゆる利益獲得機会に変えることができる。
- 5 資源が利益獲得機会へと変化することを妨げるいかなる参入障壁も存在しない。

これらの条件の下では、消費者の主観的な需要は、そうした需要について完全な情報をもつ大勢の取引者群によるサービスや財の供給によって満足されることになる。各取引者にとってある一定の財に関する費用と価

格は同一なものとなる。なぜなら、例えば価格に関するいかなる逸脱も、利益の損失か販売の損失のいずれかを意味するからである。取引者は合理的な極大者であるため、価格が合致していることは産出量が最大であることを意味し、費用が合致していることは投入量が最小であることを意味する。完全競争がこうした配分を生み出す理由は、とりわけ、売り手が超過利潤のある市場のどんな分野にも自由に移動することができ、また買い手も価格が高すぎる部門から自由に退出することができるからである。

完全競争モデルはその妥当範囲が限定されている。完全競争モデルの主張は分析的なものであって、経験的なものではない。完全競争モデルは基本的に一種類の効率性つまり資源配分の効率性にのみ関心がある⁷。完全競争モデルは、消費者が価格決定メカニズムを通して生産者から一定の投入量に対する最大限の産出量を引きだす、緊密な投入・産出モデルである。このモデルは、現実的合理性に関する特定の理論、つまり合理的な取引者がこのモデルによって特定された条件下でどのような行動をとるのかということに関する理論であると評価することができる。このことは次のような問いを提起する。すなわち、取引者は、合理的で利己主義的な者であるとして、完全競争モデルの下で、新たな情報の生産に投資するかどうかを決定する際にどのような行動をとる可能性があるだろうか。2つの明白な可能性が存在する。1つは、取引者が新たな情報の生産に投資するという可能性である。これはおおそマルクスが技術変化について説明する際に提示した理由による。発明やイノベーションは個々の資本家にとって重要な収益源である。競争圧力と利潤（や生存）の追求が、知識創造への投資を個人的にも商業的にも不可欠なものとするのである。

我々の問いに対するもう1つの答えは、完全競争社会においては、フリーライドが最善の策であるというものである。簡単にいえば、フリーライダーとは、その生産費用に寄与することなしにある商品の利益を得る経済

⁵ 完全競争モデルの歴史的な考察として G.J. Stigler, 'Perfect Competition, Historically Contemplated', *LXV Journal of Political Economy*, 1 (1957) を参照。

⁶ C.A. Tisdell, *Microeconomics of Markets* (Brisbane, 1982), 182-83.

⁷ 経済学者は一般に、資源配分の効率性、パレート最適、パレート優位、カルドア＝ヒックス効率性を区別する。J.L. Coleman, *Markets, Morals and the Law* (Cambridge, New York, 1988), 68 を参照。発明を刺激する市場の能力は、動態的効率性という概念によって把握されている。

的なアクターのことである⁸。フリーライドは必ずしも問題をもたらすわけではない。とりわけ、フリーライドは情報の普及に寄与し、したがって、ある経済の潜在的な生産力を増大させる⁹。しかしながら、フリーライドは、十分な資源が新たな知識の創出に充てられるのを確実にしようとする場合には、市場メカニズムにとって問題を引き起こすと考えられている。問題が生じる理由は、知識が公共財としての性質をもつといわれているからである。公共財とは、ある個人による財の消費が他の個人による当該財の消費可能性を損なわないような個々の財のことである¹⁰。さらに、いわゆる「純」公共財（例えば、国防）は、非排除性という性質を有する。つまり、いったん生産されると、他者がその財を消費するのを排除することが事実上困難なのである。もし純公共財の供給が市場に委ねられているとすると、その財を消費するフリーライダーは定義上生産費用に寄与しないであろうから、最適以下量の資源がその生産に充てられる可能性が高い。情報がただで、あるいは原価で手に入る完全競争システムにおいては、利潤獲得機会是一般に情報の創造からは生じない。トマトの生産者が、もしその作物の分け前をただで与えなければならぬと知っていたら、生産のインセンティブをあまり有しないのとはほぼ同じように、情報の生産者は、

⁸ フリーライド問題を解決する各種アプローチのサーベイとして、J. McMillan, 'The Free-Rider Problem: A Survey', 55 *Economic Record*, 95 (1979) を参照。

⁹ 技術の普及に伴う便益の一般的な議論として、P. Stoneman and P. Diederer, 'Technology Diffusion and Public Policy', 104 *The Economic Journal*, 918 (1994) を参照。イノベーションにおける法の役割に関するニュアンスに富んだ議論として、C. Arup, *Innovation, Policy, and Law* (Cambridge, 1993) を参照。

¹⁰ 米国において公共財に関する最も重要な業績は、サミュエルソンの(彼が集合的消費財と呼ぶものに関する)業績である。P.A. Samuelson, 'The Pure Theory of Public Expenditure', 36 *The Review of Economics and Statistics*, 387 (1954); P.A. Samuelson, 'Diagrammatic Exposition of a Theory of Public Expenditure', 37 *The Review of Economics and Statistics*, 350 (1955); P.A. Samuelson, 'Aspects of Public Expenditure Theories', 40 *The Review of Economics and Statistics*, 332 (1958) を参照。それ以来、公共財に関しては多数の研究が蓄積されている。R. Cornes and T. Sandler, *The Theory of Externalities, Public Goods, and Club Goods* (Cambridge, New York, 1986); A. de Jasay, *Social Contract, Free Ride: A Study of the Public Goods Problem* (Oxford, New York, 1989) を参照。

フリーライダー問題が増えれば増えるほど、情報生産のインセンティブを減退させることになる。情報のイノベーションの中には、取引者に最初の市場参入者の利益を与えるものもあることから、完全競争の条件の下でも依然としてその生産を期待できるものがあるだろう。しかし、重要なことは、完全競争は新たな情報の生産に対する最適な資源配分を実現できないだろうということである。アロー (Arrow) は、この問題に関する現在では古典となった論述において、自己の見解を次のように要約している。

「要するに、我々は自由企業経済が発明や研究に（理想状態と比べると）過少投資を行うと予想する。その理由は、そうした投資がリスクであり、その製品は限られた範囲内でしか専有することができず、利用上の利益も大きくなるからである。こうした過少投資はより基礎的な研究ほど増大するであろう。」¹¹

この具体的な市場の失敗のケースを解決する試みとしては、2つのスタンダードな方法が存在する。1つは、政府の役割の拡大を提案するというものである。公共財の供給は集合行為を必要とする。アローが示唆するところによれば、科学研究の場合に彼の分析はかかる結論に達するのである。したがって、研究に資金を提供することにより、政府が公共財を提供し、市場の失敗を埋め合わせることになる。もう1つは、情報に財産権を創設し、この再建された市場が配分的機能を果たすことを可能にするというものである。どちらの解決策も政府の介入に頼るものである。革新市場の場合において市場の失敗を是正するために知的財産権を創設ないし拡大することを擁護する人々は、政府規制を招来しているのである¹²。この点に

¹¹ K.J. Arrow, 'Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention' in *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors* (a Report of the National Bureau of Economic Research, Princeton, 1962), 609, 619 を参照。R.R. Nelson, 'The Simple Economics of Basic Scientific Research', 67 *Journal of Political Economy*, 297 (1957) も参照。

¹² あらゆる財産権は、権利の初期設定に一定の集团的決定を必要とするという意味では、政府介入の一形態である。G. Calabresi and A.D. Melamed, 'Property Rules,

関する帰結は、必ずしも十分に理解されていない。つまりそれは、政府の失敗に関するさまざまな理論が、知的財産政策や知的財産権の創出に潜在的に関係するものとなるということである¹³。

知的財産権に関する経済学的な議論はシンプルで堅固なものであるが、それはある矛盾を含んでいる。知的財産権は報酬である、より正確には、市場において報酬を得る機会である。これらの報酬は個人が新たな情報を生み出すインセンティブとして作用し、もしそうした情報が他者に普及するとすれば、それは社会に利益をもたらすものとなる。しかし、この条件は満たされないか、かりに満たされることがあったとしても部分的なものにとどまるだろう。知的財産権の保有者にはその情報へのアクセスを制限する権限が与えられるからである。このことはその情報の最適な利用を妨げる。したがって、生産を奨励する知的財産権の保護が、同時に、権利の行使の対象である知識の普及を妨げるのである。情報の創造を促進するルールは、必ずしも情報の普及に役立つものではない。ある論者の言葉によれば、そのようなルールの間には「強力な緊張関係」が存在するのである¹⁴。これに対する基本的な正当化の議論が示唆するのは、知的財産権が各種資源を情報の生産に配分するうえで重要な役割を果たすということである。しかし同時に、その議論は、知的財産権が公益と私益のバランスを図るように設計されなければならないということも示唆している。ベーシックな経済学の議論は、知的財産権に絶対的な地位を割り当てない。経済学者にとって、知的財産権の設計は複雑な費用便益計算の問題となる。少なくとも理論的には、特許の最適な保護期間はその特許対象の性質によって変わりうるだろう¹⁵。知的財産権に伴う費用の種類には、管理・執行費用、具

体的には、予想されるフリーライダーの排除に伴う費用（フリーライダーが製品を改良することも十分考えられるため、この費用には動態的便益の損失可能性も含まれる）やレント・シーキング行動によって生じる費用が含まれる¹⁶。さらには、経験的に発見可能な費用も存在しており、それは例えば知的財産権の利用の周辺で形成される各種の反競争的慣行となって現れる¹⁷。そうした慣行は、ある経済内で影響を及ぼすとともに、国家経済間においても影響を及ぼすものである。特許制度が多く国で存在することは、一国単位では厚生利得をもたらすかもしれないが、全体ではネットの厚生損失を生み出すかもしれない¹⁸。

我々がここまで述べてきたベーシックなア・プリオリな経済学の議論は、何かと問題を孕んだものとなりうる。したがって、例えば、脱構築主義的なアプローチを採用して、その経済学理論のカテゴリーがもつ、社会的に構築された偶然的な性質を明らかにする人がいるかもしれない¹⁹。あるいは、情報がずっと多くの性質を有しているのであって、単に経済学理論や情報化社会における知的財産権の役割の理解にとって重要な公共財とし

Reinterpretation', 62 *American Economic Review*, 422 (1972); W.D. Nordhaus, 'The Optimum Life of a Patent: Reply', 62 *American Economic Review*, 428 (1972) を参照。

¹⁶ W.M. Landes and R.A. Posner, 'Trademark Law: An Economic Perspective', 30 *Journal of Law and Economics*, 265 (1987) を参照。

¹⁷ 特許がもたらす費用に関する古典的な研究として、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)がある。F. Scherer, *Industrial Market Structure and Economic Performance* (2nd ed., Chicago, 1980), chapter 16 も参照。

¹⁸ 特許制度が国際関係に及ぼす影響を批判的に論じた文献として、C.V. Vaitos, *Intercountry Income Distribution and Transnational Enterprises* (Oxford, 1974), 76-79; E. Penrose, 'International Patenting and the Less-Developed Countries', 83 *Economic Journal*, 766 (1973); S. Lall, 'The Patent System and the Transfer of Technology to Less-developed Countries', 10 *Journal of World Trade Law*, 1 (1976); A.S. Oddi, 'The International Patent System and Third World Development: Reality or Myth?', *Duke Law Journal*, 831 (1987) を参照。

¹⁹ 1つの好例として、J. Boyle, 'A Theory of Law and Information: Copyright, Spleens, Blackmail, and Insider Trading', 80 *California Law Review*, 1413 (1992) を参照。

Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral', 85 *Harvard Law Review*, 1089, 1092 (1972) を参照。

¹³ それらの理論については、C. Wolf Jr., 'Market and Non-Market Failures: Comparison and Assessment', 7 *Journal of Public Policy*, 43(1987) を参照。

¹⁴ F.H. Easterbrook, 'Insider Trading, Secret Agents, Evidentiary Privileges, and the Production of Information', *The Supreme Court Review*, 309, 313 (1981).

¹⁵ したがって、例えば特許権の保護期間の長さについても、究極的には費用便益計算の問題である。F.M. Scherer, 'Nordhaus' Theory of Optimal Patent Life: A Geometric

ての性質をもつにとどまるものではないということを提示する人もいるかもしれない²⁰。我々のアプローチは異なったものである。我々は完全競争モデルを個々のアクターが強固に最大化する合理性をもった特定の現実的合理性モデルとして解釈するつもりである。このことから、我々は行動に関するもう 1 つの仮定を付け加える。それが、アクターはマイルドに機会主義的であるという仮定である。取引費用理論は、機会主義を前提としており、それを「悪だくみをもった利己主義の追求」と定義している²¹。これには嘘をつくことや盗むこと、さらなる悪行を働くことが含まれる。我々のマイルドに機会主義的なアクターは悪者ではあるが腐敗した者ではない。例えば、マイルドに機会主義的な運動選手は、仲間の競技者に毒を盛ったりはしないが、その競技者がトレーニング・グラウンドを利用するのを困難にすることで当該競技者を不利にしようとする。マイルドな機会主義は、マルクスが『資本論』において想定しているような資本家の合理性と関連がある。合理性こそが、個人をその最大化に巻き込むと同時に、その最大化を成し遂げるために他者を不利な立場におくことを戦略的に考えるよう仕向けるのである。これらの前提に留意しつつ、我々は完全競争に立ち返ることにしたい。

財産権は、完全競争下において 2 つの明白な機能を有する。それは 1 つには、アクターが資源をコントロールする基盤を提供し、もう 1 つには、価値の専有の発生を可能とするのである。無体物に財産権を導入することは、少なくとも 2 つの方法で完全競争モデルと衝突する。完全競争は完全情報が存在することを指定している。市場におけるアクターは全員が市場機会や技術的生産可能性についての情報を有するものと仮定されている。しかし、一部の知的財産権の分野、例えば営業秘密の保護は、情報のフロ

ーを完全に遮断するものである。生産費用を削減する製造過程の知識をもつ生産者は、営業秘密の保護に頼ることで、いつまでもその情報を保護し、結果としてより高い利ざやを享受することができるだろう。完全競争はまた、いかなる参入障壁も存在せず、その結果、生産者は利益が生ずる財やサービスへとその生産を自由に切り替えることができると仮定している。しかし、ペイン（Bain）の業績が示すように、知的財産権は主要な参入障壁の 1 つなのである²²。

完全競争モデルと知的財産権をこのような方法で併置した場合、そのことが示唆する 1 つの結論は、不完全競争経済において競争上の優位性を得るための重要な根源は、さまざまな情報の非対称性に由来するということである。株式市場やインサイダー取引はこのことが当てはまる一例であるが、情報の非対称性は経済生活全体にはびこっているものである。それは、あらゆる投資家や中間業者が自らの生計を立てるための手段となっている。情報の非対称性と経済的な優位性との広範な関係は、経済学理論の問題であるが、知的財産権がアクターに経済領域における不確実性と相互依存関係に対応するための新たな機会を提供するということは明白である。完全競争モデルと不完全市場は 1 つの共通点を有する。両者はともに相互依存の意思決定の例である。ある取引者がなすことは別の取引者に影響を与え、その決定はそれ自体、他の取引者がなすことに影響を受けている。これが繰り返される。完全競争の条件下では、取引者は完全な知識を有しており、このことゆえに彼らの決定が決定論的に推し進められるのである。相互依存関係がもたらすネットの効果は、生産や利潤を 1 つの方向に、つまり資源配分の効率性に向けて推し進めるというものである。知的財産権は、しかしながら、不完全経済において、取引者に情報の非対称性を発生させる機会をもたらす。営業秘密の保護法は、例えば、経済的に敵対関係にある者に、どのような化合物が最も頑丈なプラスチック製の椅子を作り出すのかということを秘密にしておくために用いることができる。また特許法は、ある特定の技術の周辺に特許を網の目のように張り巡らせ、競争者にその分野での研究開発を行うのを思いとどまらせるために用いることができるのである。

²⁰ D.M. Lamberton, 'Innovation and Intellectual Property' in M. Dodgson and R. Rothwell (eds.), *The Handbook of Industrial Innovation* (Cheltenham, UK, 1994), 301; D.M. Lamberton, 'The Economics of Information and Organization' in M.E. Williams (ed.), *Annual Review of Information Science and Technology* (American Society for Information Science and Technology, White Plains, New York, 1984), 3 を参照。

²¹ O.E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism* (New York, London, 1985), chapter 1.

²² J.S. Bain, *Barriers to New Competition* (Cambridge, Mass., 1956).

知的財産権は、取引者に情報の非対称性を創出し維持する可能性を与えるだけでなく、個々のアクターが高い取引費用から利益を得ることをも可能にする。取引費用理論は、個人が取引費用を最小にしようと努めることに基づいて組織関係を説明しようとする²³。そして、このアプローチはかなりの説得力を有してきた。また、財産権は、取引費用が存在する場合のみプラスの経済効果を有しうること明白である。取引費用が存在しない場合には、最初に財産権をどのように分配するかということは、コース (Coase) のおかげでいまや周知となっているように、資源配分の結果には影響を及ぼさない²⁴。無体物における財産権は取引費用（執行や契約の締結に要する費用）を生み出す。これらの費用はさまざまな理由から高くつく。有形物の場合とは異なり、無体物は何ら自然の境界を有していないため、権利の客体を特定する費用が存在する。無体物の性質ゆえにフリーライドの機会が増大するという問題もまた存在する。それにもかかわらず、無体物の場合、一部のマイルドに機会主義的なアクターは高い取引費用を好むかもしれない。例えば、大規模の多国籍企業にとっては、特許制度がもたらす高い取引費用が意味するものは、研究開発に従事する小規模の競合企業が特許制度をうまく利用できない可能性が存するという点だからである²⁵。そのうえ、無体物に財産権を創設することは、そのような権利に関して高い取引費用のオプションを意図的に維持する戦略と結びつくと、大規模のプレイヤーにはフリーライドのオプションを与えるが、小規模のプレイヤーにはそのようなオプションを与えない、という結果をもたらすだろう。大規模のプレイヤーは、自らを相手取って訴訟が提起されるケースなどほんの一握りであり、ましてそうした訴訟が成功する割合となるとさらに低いだろうと認識しながら、小規模のプレイヤーの知的財産

²³ O.E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism* (New York, London, 1985), chapter 1.

²⁴ R.H. Coase, 'The Problem of Social Cost', 3 *Journal of Law and Economics*, 1 (1960).

²⁵ こうした戦略は、多国籍企業が自己と同様に豊富な資源を有する競争者に出くわす場合には問題を引き起こす。この場合の解決策は、そのような競争者が、取引費用の低下をもたらす（仲裁のような）より安価な紛争解決手続に同意することである。

に関する権原を侵害することができるだろう。この種の強力でマイルドに機会主義的なアクターによるフリーライド戦略は、知的財産権がその一因となっている高い取引費用によって、一定程度、維持されているのである。

コースが考察するように、生産要素は、有体物そのものではなく、権利の中に認められるものであると考えられる²⁶。権利は生産要素の中でも特異な存在である。社会的に生みだされた人工物として、権利は根本的に再設計されうる。ひとたび、マイルドに機会主義的なアクターが、知的財産権が明確な戦略的価値を有しており、完全競争の自由制限的な相互依存関係を通して自己の進路の舵取りを行ううえで有益であると認識すれば、こうしたアクターは知的財産権それ自体やそのさらなる再設計に関心を抱くようになる。

知的財産権が合理的なアクターにとって有する価値は、知的財産権の4つの機能に依存している。これらを特定することが次節の課題である。その後で我々は、これらの機能が、知的財産権がもたらすべき厚生利得を無益なものとする傾向をもつ特定の戦略の基盤を提供する、ということを論証してみよう。

財産権の4つの機能

専有機能

財産権は経済学者にとって道具的な制度である。それは資源配分や資源利用の問題を解決するための1つの手段である。経済学者が共同所有よりも私有財産権を好む基本的な理由は、私有財産権が個人の権原を特定し保護するからである。その結果、この権原は所有者によって主観的に評価されるようになり、他の権利と取引することが可能となるのである²⁷。財産

²⁶ R.H. Coase, 'The Problem of Social Cost', 3 *Journal of Law and Economics*, 1, 44 (1960).

²⁷ 財産権に関する一般的な議論として、G. Calabresi and A.D. Melamed, 'Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral', 85 *Harvard Law Review*, 1089 (1972); B.A. Ackerman (ed.), *Economic Foundations of Property Law* (Bos-

権は、個人が価値を専有することができる確実な手段である（専有機能）。こうした理由から、財産権は個人に対して強力なインセンティブを形成する。財産権は商業活動を刺激しその骨組みを作るのに役立つ。経済学者にとって、おそらく私有財産権は社会が自由に使える最も重要な道具であろう。そして、一般的には、財産権を支持する根拠になるといえるものとはほぼ同じものが、知的財産権を支持する根拠にもなるとわれてきた²⁸。

調整機能

財産権の専有機能は唯一の機能ではない。資本主義制度において、財産権は利益と負担を分配する調整メカニズムである。個人が財産権に関する法（財産法）を利用する目的は、自ら利益を得るため、あるいは他者に負担を転嫁するため、そのいずれかである。このプロセスは法制度の下で機能するが、そこでは個人が、法的主体として、形式的な平等と契約の自由を享受しているといえることができる²⁹。

この財産権が社会制度において果たす広範な調整機能は、外部性を取り扱う経済理論の分野では既に認識されているものである。経済学においては、外部性の定義の仕方に関してさまざまな議論がある³⁰。外部性の背後にある考え方は、個人のとる行動が（マイナスであれプラスであれ）他者にさまざまな影響を与えるが、影響を受ける他者にはそうした個人の行動の原因となる意思決定に影響を与えることを可能とするような経済メカニズムがない、というものである。財産権は、意思決定の効果がその相互に作用する人々全員にのしかかるようにすることによって、外部性を内部

化することができる。デムゼッツ（Demsetz）は、財産権の経済理論を明確に打ち出す重要な試論の中で、社会が知識や技術の変化を経験することを所与とすると、そこでは新たな有害ないし有益な効果が生じることになるから、そこに新たな外部性の発生を認めることができると論じている³¹。そして、経済学と社会学が会おう境界線へと向かいながら、デムゼッツは、「財産権が外部性を内部化するために設けられるようになるのは、内部化による便益が内部化にかかる費用よりも大きくなる場合である」と主張するのである³²。デムゼッツは、インディアン部族（モンタグネス族）の毛皮貿易を取り扱ったある人類学的研究を援用しながら、この命題を説明している。共有地内での狩猟は外部性の好例である。狩猟を行うという決定は他の狩猟者にとって費用となるが、共有地内での狩猟統制がないということ的前提とすると、いかなる特定の個人にとってもこれらの費用を考慮に入れようとするインセンティブが働かない。商業的毛皮貿易の到来が狩猟の価値を高める。毛皮の価値が上昇し、ますます多くの狩猟が行われるようになる。外部性の問題が増大し、ついには毛皮貿易の行く末がその動物の行く末となる、つまり絶滅を迎えるということが、現実的な危険と化する。土地に対する私有財産権を創出することによって、狩猟物の保全の促進を実現することが可能となる。将来の狩猟の費用が個々の財産所有者に内部化されるからである。

自己防衛機能

財産権は外部性の問題への社会的反応であるという主張は、経験的なものである。それが経験的な主張であるとされる理由は、財産権の出現を説明する手がかりが新たな害や便益へ適応するのに要する費用にあると考えられているからである。しかし、上述のインディアン部族の例はまた、財産権の別の特徴を示唆する。なぜモンタグネス族は自分たちの伝統的な取決めの下で狩猟を続けなかったのだろうか。共有地の天然資源が枯渇し

ton, 1975); R.A. Posner, *Economic Analysis of Law* (4th ed., Boston, 1992) を参照。

²⁸ 例えば、M. Lehmann, ‘Property and Intellectual Property—Property Rights as Restrictions on Competition in Furtherance of Competition’, 20 *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1 (1989) を参照。

²⁹ E.B. Pashukanis, *Law and Marxism: A General Theory* (C. Arthur ed., B. Einhorn tr., London, 1978).

³⁰ R. Cornes and T. Sandler, *The Theory of Externalities, Public Goods, and Club Goods* (Cambridge, New York, 1986), 29-30.

³¹ H. Demsetz, ‘Toward a Theory of Property Rights’, 57 *American Economic Review*, 347, 348 (1967).

³² Id., 350.

たことは、おそらくこれが最初ではなかったはずである。ここでの1つの妥当な推測は、彼らがその所有地内での生活様式を維持することに特に関心が強く、私有財産権という道具がそうした目的にとって適した手段であったというものである。私有財産権のメカニズムを採用するという決定は、外部性の問題が脅かす慣習や伝統への感情的なコミットメントによって動機づけられている。この場合の私有財産権は、ある集団が必死で自分たちの生活様式を守ろうとする一種の自己防衛メカニズムとして機能したのである。財産権があまりにも明確に理性や利己心と結びついているため、我々はその感情との結びつきを看過しがちである。もっぱら外部性の問題としてモンタグネス族の苦境に焦点を当てることは、この状況において非経済的な動機が重要な役割を担っていることを軽視し、財産権がアクターにとって重要な防衛機能を果たしうることを見逃すことになりかねない。

財産権が防衛メカニズムとして機能する別の例は、著作権の歴史から得ることができる。印刷機の発明は、一般的に考えられているように、著作権の発展に対する重要な刺激になった。印刷特権の創出に対する1つの説明は、著作権は正の外部性、すなわち定評のある出版社の努力へのフリーライドに対処するために現れるというものだろう。これは、財産権が外部性を調整するために現れるという明快な場合であるように思われる。しかしながら、その一方で、印刷の特権がこの場合に自己防衛の一形態として機能したと主張することも可能であろう。英国の国王が印刷に関する特権を創りだした主要な動機は、異教徒の思想や扇動的な思想が普及するのを阻止しようとしたことにあった。新たな技術の脅威は国王にとっては主に政治的なものであった。したがって、政治的な自己保存のほうが、少なくとも歴史のこの時点に関しては、外部性がもたらす経済的な費用よりも、著作権の特権が出現した要因の説明として適合的なものであるように思われる。

計画機能

ここまで、合理的なアクターにとって重要な財産権の機能として、専有、調整、防衛という3つを特定してきた。財産権は、さらに第4の観点にお

いても合理的なアクターにとって欠くことのできないものである。すなわち、財産権は計画にとって不可欠な機能を果たすものである。合理的なアクターは計画を立てる。そうした計画はよいものにも悪いものにも、長期的なものにも短期的なものにも、よく考えられたものにもそうでないものにもなりうるが、そうした計画の範囲や価値がどのようなものであれ、それらの計画は社会的、経済的生活の避けられない一部なのである。計画は、将来と関連した現在の活動である。規範についての1つの考え方として、機能主義者は、規範を他者の期待を読みとるための手段として捉える³³。計画は規範によって可能となる。明らかに、規範は、もし計画に少しでも役立つものとなろうとするならば、時を超えて安定しなければならない。これは制度の役割、なかでも契約および財産権の役割となる。

周知のとおり、パーソンズ (Parsons) とルーマン (Luhmann) によれば、法は期待構造である³⁴。制度化された法が時を超えて作用する能力が、計画可能性の前提となる。法は、個人の心の中に、将来はかなりの程度において過去および現在の結果であり、彼らの現在のはかない期待は、将来の不確実性によって過度に裏切られたり失望させられたりしないだろうという信念を生みださなければならない。財産法が、計画、さらには時を超えて期待を伝達するために果たすべき役割は甚大である。私の家に対する私の財産権の主張は、単に現在私が他者に対して抱いている期待のシグナルであるだけでなく、将来そうあってほしいと私が考え、希望する他者への命令としても機能する。こうした計画における財産法の重要性に関する主張は、我々のヘーゲルに関する議論と結びつく。そこで明らかとなったことは、ヘーゲルにとって財産権は、世の中における人格の確立に必須のものであるということであったが、いまや我々は、財産権は時を超えて人

³³ パーソンズや他の論者が指摘するように、これは期待に対する期待 (the expectations of expectations) となる。T. Parsons and E.A. Shils (eds.), *Toward a General Theory of Action* (New York, 1951) を参照。

³⁴ N. Luhmann, *A Sociological Theory of Law* (M. Albrow ed., E. King and M. Albrow trs., London, 1985). パーソンズの具体的な法観念については、T. Parsons, 'Law as an Intellectual Stepchild' in H.M. Johnson (ed.), *Social System and Legal Process* (San Francisco and London, 1978), 11 を参照。

格を渡航させるためにも極めて重要であるといえることができるのである。

財産権はさまざまな方法で合理的な計画者に救いの手を差し伸べるが、それは財産権の性質やその状況に依存する。我々の関心は、市場の文脈における知的財産権にある。我々が取り組むべき2つの問いが存在する。1つは、現代市場において計画はどのような性質を帯びるのかという問いである。もう1つは、合理的なアクターがどのように知的財産権を利用して、自己の計画のニーズの充足に役立てるのかという問いである。アダム・スミスの著書『国富論』(*Wealth of Nations*)の有名な一節は第1の問いへの解答を提供する。いわく、「同業者は、たとえ楽しみと気晴らしのためであっても滅多に集まることはないのだが、いざ集まって同業者が言葉を交わせば、最後には社会に対する共同謀議、つまり価格を引き上げる策略の話になるものである。」³⁵ スミスは、市場の参加者は反市場的な計画を立てる傾向があることを明瞭に認識していた。市場参加者が市場の力に抗して計画を立てるというこうしたテーマは、ガルブレイス (Galbraith) が追究するところである。ガルブレイスによれば、産業制度における現代的生産の性質が、消費者主導の競争市場経済が生みだす不確実性を克服するために、計画を要求するのである³⁶。現代の産業制度の特徴は、大規模な企業が市場参加者として存在し、彼らが長期にわたり大量の資本を投下し消費する点にある。とりわけ、そのような参加者はリスクと不確実性を最小限に抑えようと努める。彼らはそのような最小化を実現するために、そのかなりの時間を市場が彼らに負わすであろう不確実性に対抗するための計画の作成に費やすのである。

第2の問いは、知的財産権が現代の市場における合理的なアクターの計画ニーズの実現にとってどのように役立つのか、というものであった。まさに我々はこれらのニーズを不確実性への対応の必要性という観点から広範に特徴づけてきたのである。我々が提起している問題は、視点の転換を伴うものである。すなわち、発明に対する最適資源配分の問題に関するアローの議論では、その問題の提起が競争市場の視点からなされていた。

³⁵ A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776; Glasgow ed., Indianapolis, 1981), 145.

³⁶ J.K. Galbraith, *The New Industrial State* (Harmondsworth, 1967), chapter 3 を参照。

これに対し、我々の議論は、個別企業の視点から問題の提起を行うものであり、具体的には、競争市場が発明に対する一定の最適配分を達成できるようにするための財産権の導入が既に実現されている状況下におかれた個別企業の視点から問いを立てるものである。そのような企業は、合理的な計画者であり、不確実性にうまく対応する者でもある。かかる企業は、新たな制度的な道具を有しており、それを自己の意のままに使用して不確実性への対応に役立てることができる。それが知的財産権である。それでは、そうした企業は一体どのような用途でこの道具を用いるのだろうか。我々がみてきたスタンダードな解答は、経済的価値の専有手段として知的財産権を用いるというものである。しかし、知的財産権の用途の多様な可能性はこれにとどまるものではない。

情報の創造に関して考慮すべき不確実性の根源としては、基本的に3つのものが存在する。1つは、自然状態それ自体である。科学的問題を調査することは、その問題が解決されるということを意味しない。知的財産権は科学的問題の複雑性を変えるものではない。もっとも、知的財産権が科学的問題への資源の追加的な投入を促すのであれば、知的財産権はその問題の解決に資することにはなるだろう³⁷。第2の不確実性の根源は、社会制度の複雑な性質に由来する。一体誰が、今から10年ないし20年後に市場や政府が行っていることをわかるというのだろうか。ケインズ (Keynes) が強調するように、「これらの事柄に関して、信頼できる蓋然性を形成するに足る科学的な根拠は存在しない。我々は単純にわからないのである。」³⁸ 知的財産権がこの種の不確かな知識に対処するための何らかの貢献を果たす可能性は、限りなくゼロに近い³⁹。

³⁷ もし研究を漁のプロセスとしてモデル化するならば、我々は、ある特定の場所で漁をする漁師の数が増えれば増えるほど、特定の魚が捕獲される可能性が高くなるということができるかもしれない。知的財産権は、より多くの漁師に対し特定の場所で漁をするように働きかける効果を有するかもしれない。G. Wyatt, *The Economics of Invention* (Brighton, 1986), 122-123 を参照。

³⁸ J.M. Keynes, 'The General Theory of Employment', 51 *The Quarterly Journal of Economics*, 209, 214 (1937).

³⁹ 限りなくゼロに近いというように一定の留保を付したのは、特定の種類の重要な

第3の不確実性の根源は、競争条件の下における情報の創造に関するものである。すなわち、競争者の存在である。情報の生産が競争条件の下で行われる場合には、競争者はさまざまな形で不確実性をもたらす。競争者はフリーライドするかもしれない。知的財産権はこのフリーライド問題に取り組む1つの方策である。かりに知的財産権がこのフリーライド問題を解決すると想定しても（これは疑わしいものであるが）、競争者は他の方法により不確実性を生みだす。競争者は科学的問題を解決する最初の者になるかもしれない。特許制度は「先着順」の原則に基づいて機能している。最初に発明（ないし登録）する企業が一定期間すべての報酬を獲得するのである。ここからすぐにわかることは、着手する研究開発の量について決定を下さなければならない企業のうち、特許権の恩恵に与ることができるのはごく一部のものとどまるということである。エルスター (Elster) は、個別企業がさらに直面する不確実性について明確な像を提示している⁴⁰。ある企業が投資しようとする研究開発の量は、成功する蓋然性によって決まる。たとえ競争者がいない場合でも、その結果は本質的に不確かなものである。競争者がいる場合には、不確実性はさらに増大する。もし個別企業が多額の投資をしても、その企業は依然として特許レースに敗れ、その結果損をするかもしれない。もし競争者が大規模な投資をしないとすれば、その企業は多額の投資をしても差し支えないかもしれない。しかし、すべての企業がこうした計算を行っているため、ある種の循環が生じる。多数の企業が投資するという決定を行う場合には、ある特定の個別企業にとっては投資しないほうが合理的となる。しかし、すべての企業がこうした個別計算を行っているため、すべての個別企業にとっては投資することが合理的となる。要するに、結論は、エルスターがいうように、「ここには合理的な信頼を形成するに足る根拠は何ら存在せず、したがって行動

情報が所有されるように決められているということを知っているために、制度的に特定のシナリオに至りうる可能性を、一定の蓋然性をもって予測しうようになる場合がありえないわけではないからである。1つの例として、特許制度が遺伝資源のプールをすべて囲い込むために利用されるような場合を想定することができよう。

⁴⁰ J. Elster, *Nuts and Bolts for the Social Sciences* (Cambridge, 1989), 33-34.

を決定するに足る確固たる根拠も何ら存在しない」⁴¹のである。

エルスターの見立ては正しいかもしれないし、正しくないかもしれない。エルスターが正しいと想定しよう。たとえアクターがこの状況を所与とした場合に合理的な確信に達することができないとしても、彼らはそれでもなお事態を打開するための戦略を立て始めるかもしれない。大雑把な経験的事実によれば、企業は確かに研究投資を行っている。合理的な信頼を提供する蓋然性を伴った知識を有しない場合でも、企業はやはり、投資の不確実性に対処するための何らかの打開策に従事するかもしれない。合理性というものは、エルスターにとっては人をして不確実性のサークルの中へと導くものであったが、まさにその合理性が、人をして不確実性のサークルの外へと導くこともあるのである。我々が次節で検討する1つのルートは、財産権を通じて不確実性のサークルから抜けだすルートである。しかし、それは必ずしも唯一のものではない。別の解決策として、他の企業を追い払うためにある企業はマフィアを雇うかもしれない。だが、実際には、次節で述べるように、企業が知的財産権を有する場合には、マフィアを雇う必要はそれほどないだろう。

ペイオフにおける財産権

ここまでの議論において示したように、専有機能に加えて、財産権にはさらに調整機能、自己防衛機能、計画機能という3つの機能がある。本節では、これらの機能が知的財産権の場合にどのように組み合わさって、個々のアクターが市場における新たな知識創造に伴う不確実性に対処することができるようになるのか、ということを提示したい。

知的財産権が相互に作用し合う人々にとって明らかに欠くことのできないものとされる、その1つの理由は、それがペイオフを変えるために用いることができるからである⁴²。2つの企業が市場において競争していて、

⁴¹ Id., 34.

⁴² ここで使用されている用語はゲーム理論に由来するものである。ゲーム理論は、合理的なアクターが相互依存関係の下でどのような決定を下すのかを考察する研究である。R.D. Luce and H. Raiffa, *Games and Decisions* (New York, 1958) を参照。

そこでは両者は同じ費用と利潤構造を有すると想定しよう。この場合に、双方の企業とも研究開発を通じて費用を低下させることはできるが、他方の企業がコピーすることを防止することはできない。これが標準的なフリーライダー問題である。これらの想定の下におけるペイオフは、双方の企業とも研究を行った場合には両者は同じ収益をあげることになるが、各企業にとってベストの結果となるのは、自らはフリーライドをして、他方の企業が研究を行う場合である。しかし、それでも、企業は独自に研究を行っている場合のほうが、全く研究を行っていない場合よりも、依然として良化する。以上のような条件の下では、思慮深い企業は独自に研究を行うものと思われる。

これはテルサー (Telser) が示した問題であるが、このモデルにおいては、財産権が隠れたオペレーターになっている⁴³。そこでは、明らかに、企業が自ら販売する商品の利益を専有することを可能とする通常の財産権が存在することに疑いはないが、他方で、研究結果に対する執行可能な財産権は何ら存在していないと考えられる。さもないとペイオフは、そこに呈示されている形にはなりえないからである。したがって、実際には財産権の定義こそが、そこに示されたペイオフの形を決定したのである。

企業の研究開発の努力が、財産権を通じて専有できるようになると想像してみよう。ペイオフは変化する。どちらの企業も研究を行わない場合には、双方にとって収益はゼロのままである。一方の企業が研究を行う場合には、他方の企業はそこから利益を得ることができない。そのため、研究開発を行う企業にとっては収益が生じる。ここで重要な問題は収益の規模である。この問題に対する答えは再び財産権の定義によって決まる。財産権は他の企業が研究開発を利用することを禁止するかもしれないが、同じ研究を独自に発見することは禁止しないかもしれない(著作権はそのような権利の一例である。ソフトウェア企業は独自に同じソフトウェアを設計することが可能であり、そのソフトウェアに財産権を取得することもできる)。2番手の企業は、研究開発を行って1番手の企業の後についていくほかなく、さもないと勝てる見込みのない価格競争にさらされることにな

る。双方の企業とも研究を行う場合には、収益は等しいものとなるが、一方の企業のみが研究を行う場合には、他方の企業は収益がゼロとなる。最も重要なことは、知的財産制度が変更される場合、あるいは「より強力な」知的財産権が採用されうる場合には、研究開発に投資を行う企業の状況はさらに良化するということである。したがって、例えば、財産権の性質が、いったん一方の企業が(特許を)取得すると他方の企業はその研究を独自に商業的に利用することを禁止されるようなものである場合には、研究を行う企業がすべての収益を得る一方で、研究開発を行わない企業や1番手ではない研究開発企業は収益がゼロになるということである。

この例は、2つの企業の間の相互作用において、財産権の存在と内容がペイオフを形成するということを示している。こうした結果は、研究開発の予算を決定しなければならない二国間にも同じように適用することが可能である。ここでもう1つ、おそらくほとんど異論を差し挟むことが困難だと思われる主張をなしておく、それは、研究開発に携わる企業であれば、自己に最も有利なペイオフを探し求めると推測してよいだろうということである。アクターは、引き続き、現在支配的となっている財産権の規範を再交渉したり再構築したりする方法を絶えず探し求めるものと予想される。いったん私人が知識を私的財へと変える一定の限定付きの財産権を取得したならば、1つの極めて合理的な戦略は、自己にとってさらに有利となるようこれらの権利の再構築に取り組むことである。この理をより抽象化して表現するならば、合理的なアクターは市場において財産法がやがては変更しうるものだというその可能性を利用するだろうということである⁴⁴。我々の議論は、市場システムにおける財産権のフィードバック効果を指摘するものである。知的財産権は発明性と創造性の供給における個人の利益を促進するために創設されたものである。もっとも、知的財産権がどの程度個人の利益を促進するのかということは、実際にはよくわかっていない。しかし、知的財産権が1つのことをなすのは間違いない。それは、知的財産権が合理的なエージェントの財産権それ自体への関心を

⁴³ このモデルに関する議論は、L.G. Telser, *A Theory of Efficient Cooperation and Competition* (Cambridge, New York, 1987), 205-210 に示されたものである。

⁴⁴ これは、法一般にみられる特徴であり、財産法に限られるものではない。この点に関する議論として、N. Luhmann, *A Sociological Theory of Law* (M. Albrow ed., E. King and M. Albrow trs., London, 1985), 159-166 を参照。

刺激するということである。合理的なエージェントであれば、ひとたび、ルールを固定されたゲームがもたらす不利な制約を、自ら財産権を再定義することによりゲームのルール自体を再定義するという戦略を通じて、他のより有利なゲームに切り替えることで回避しうる、ということに気づいた暁には、知的財産権への関心を急激に高めることになる。こうして合理的なエージェントは、より明確にゲームのルールの変更可能性に焦点を当て始めるのである。

ゲームとは、一般的には、我々がルールの固定されたゲームと呼ぶことができるようなものを指す。その意味するところは、単に、ゲームというものが一定のルールを有しており、しかもそれらすべてのルールは潜在的なプレイヤーたちが知っているか、事前に学ぶ機会があるものであって、その結果、当該プレイヤーたちはいかなる状況の下でどのような行為が許容されるのかを知っている、ということである。フォン・ノイマン (von Neumann) と Morgenstern (Morgenstern) がフォーマルなゲーム理論を発表したとき、彼らの理論は、どのようなゲームであれ、そのルールは固定されたまま変動しないという前提の下で発表されたものであった。与えられたゲームの範囲内においてプレイヤーたちは戦略を追求するが、プレイヤーたちにとって利用できない1つの戦略は、ゲームのルールの修正を求めることであった。なぜなら、それらのルールは、あたかも「絶対座標指令」として機能するとされていたからである⁴⁵。ゲームのルールを破ることは、定義上、その者はもはや同じゲームを行うものではないということの意味したのである。このようにして創始されて以来、ゲーム理論においては、協力ゲームと非協力ゲームとを区別することが慣例となっている⁴⁶。協力ゲームにおいては、プレイヤーたちは交渉することや拘束力のある協定を結ぶことが可能であるのに対し、非協力ゲームにおいては、

プレイヤーたちは互いにコミュニケーションをとることなく複数の戦略間で選択を行い、プレイヤー間の選択の組合せの効果によって決定される形態の報酬を得るにすぎないのである。協力ゲームと非協力ゲームとはいずれもルールの固定されたゲームである。

ゲームのルールは必ずしも固定されている必要はない。ゲームが進むにつれて、ルールがプレイヤーによって変更されたゲームというものを想像することができるだろう。換言すれば、ゲームというものは、ルールの変更が可能なものとなりうるのである。子供と大人はよくルールの変更が可能なゲームに興じるが、それはプレイヤーの一人（通常は子供であることが多い）がルールの変更を導入するような場合である。幼い子供がルールに変化をもたらす理由は、彼らは既存のルールの下ではゲームに勝ちそうにないか、あるいは、彼らはルールを変えるとゲームに勝つ機会を期待できるからである。大人はさまざまな理由からルールの変更を許容する場合がある。大人は子供に自信をもたせたいのかもしれないし、子供をハッピーにしたいのかもしれないし、子供が不機嫌になるのを避けたいのかもしれない等々。したがって、ルールの変更が可能なゲームとは、勝利を獲得するためにプレイヤーたちがゲームの過程でルールの変更を確保しようとするゲームなのである。ルールの変更を確保する手段は、取引、交渉から相手方に対する強制まで色々ありうる。ルールの変更が可能なゲームという考え方は、次のような事実到我々の関心を向けさせることになる。それは、合理的なアクターであれば、ペイオフや選択可能な手番やコミュニケーションの可能性を規定する一連のルールの下で自己が有しているオプションについて戦略的に考える傾向にあるとされているのだが、そうだとすれば、それと同様に、彼らはゲームの構造的な要素についても戦略的に考える傾向がある、という事実である。特定の時点をもととすれば、我々はフォーマルなゲーム理論を用いることで、その多様で相互依存的な決定がプレイヤーたちにもたらす帰結のいわば分析的なスナップショットを手に入れることができる。前述した研究開発への投資を競い合う2つの企業に関する議論はこの例である。しかし同時に、これらのプレイヤーたちは、ゲーム自体を超えてその外から、当該ゲームが自分たちに課すさまざまな制約を変更する戦略を展開しようとするかもしれない。経済的な生活の大部分は、我々が示唆するように、ルールの固定されたゲームとルール

⁴⁵ この点については、J. von Neumann and O. Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behaviour* (3rd ed., Princeton, 1953), 49 による単純化されたゲーム概念に関する議論を参照。

⁴⁶ J.C. Harsanyi, 'A New General Solutions Concept for Both Cooperative and Non-cooperative Games', in J.C. Harsanyi, *Papers in Game Theory* (Dordrecht, Holland, 1982), 211-212 を参照。

の変更可能なゲームとが複雑に混じり合ったものであり、そこでは、アクターは自分たちに作用するさまざまな制約を取り除いて、自分たちの利用できる機会を増やそうとするのである。財産権はこのプロセスにとって基本的なものとなる。

財産権は、ルールの変更可能なゲームにおいても、ルールの固定されたゲームにおいても主たる役割を果たしている。もし我々が研究開発への投資をルールの固定されたゲームとしてモデル化する場合、財産権の1つの明確な機能はそのペイオフを確定することである。しかし、財産権はまた、ルールの変更可能なゲームにおいては、合理的なアクターのターゲットにもなる。企業はある種類のペイオフの下で情報を探し始めるだろうが、彼らが興じているゲームはルールの変更が可能なゲームであるので、企業がより有利なペイオフを手に入れる可能性が残されている。そして、財産権こそがペイオフを決する重要なファクターであることを前提とすれば、どこであれ研究開発を行う企業にとって並行的に追求することが自然でパラレルな戦略は、より有利なペイオフを手に入れるために、何らかの手段（例えば、訴訟やロビイング）を通じて、個人的に、あるいは組織の一員として、関連する財産権の定義の見直しを求めることである。この種の戦略的な利用が知的財産権に関してどの程度なされるのかということは経験的な問題であるが、それは少なくとも一部のアクターにとって追求に値する自然な戦略であるように思われることは確かである。

禁止戦略

前節は、なぜ知的財産権が合理的なアクターにとって戦略的な思考の対象になるのかという理由を論じた。本節では、知的財産の所有者が採用する一般的な戦略について検討する。この戦略は他人の行為を禁止するという発想に基礎をおくものである。このことを理解するために、我々は排除効と禁止効とを区別する必要がある。排除(exclusion)と禁止(prevention)とは、同じことを意味する場合もある。私が医療業務の活動資格を剥奪されたものと仮定してみよう。私は医療業務に従事することから公式に排除されると同時に、禁止されることになる(もっとも、私は法律を無視することを選択するかもしれないが)。しかし、私がある活動から排除される

かもしれないとしても、それに取り組むことを禁止されるわけではないというケースもいくつか存在する。例えば、クラブはさまざまな理由で入会を排除することがある。テニスクラブは人種や宗教、ドレスコードを理由にある人を排除するかもしれない。けれども、排除された人々は必ずしもテニスをプレーする活動を禁止されるわけではなく、もしどこかほかにプレーのできる場所をみつけることができるのであれば、彼らはその活動をなすことができる。誰かを特定の活動から排除することは、必ずしも、その人が同一の活動をなすことを禁止されるということを意味しないのである。排除は必ずしも阻止ではない。この区別から演繹される帰結の中には、後述するように、重要なものもいくつか含まれている。

排除とは、非常に多くの場合、所有関係の重要な徴表であると考えられている。排除は知的財産権の場合には明らかに極めて重要なものである。というのも、排除によって情報の専有行為が可能となるからである。排除、専有、市場、競争は皆、強く関連している。特定の市場において互いに競争関係にある個人は、抑制と均衡のプロセスに巻き込まれることになるが、そうしたプロセスにおいては、いかなる個人も価格を決定する完全な力を有していないのである。このような面白くないプロセスに参加するインセンティブは、財産権が個人に対し個人投資の成果を専有することを可能とすることによって生みだされる。専有は、財産権の本質を排除に見いだす財産権観と巧みに結びついているのである。

知的財産権にはもう1つ主要な徴表がある。それが禁止という徴表である。禁止は、知的財産法において特に追加された次元の要素である。次の例は、この主張を説明するのに用いることができる。例えば、5エーカーの農地において市販用にさくらんぼの栽培を営むある農家を想像してみよう。その農家が自己の農地やさくらんぼに対してもつ財産権は、それ自体、他者が同様の農地を取得したり、さくらんぼを栽培したりすることを禁止するものではない。もし競争から得られる利益があり、ほかのすべての条件が等しいとすれば、このさくらんぼ農家は競争にさらされることが予想される。他者が市場に参入してくるからである。財産権はこの例においてスタンダードな形で機能している。ここで、このさくらんぼが遺伝的に操作されて、より大きく、よりおいしく、より赤くなる効果をもち、しかもそれらについて農家が特許権を有している場合を想像してみよう。こ

のことは競争の終焉を意味しないのであり、もし我々が果物市場をさくらんぼの関連市場として定義するのであれば、なお競争が存続することになる⁴⁷。とはいえ、ここで特許権が1つ非常に重要な効果を発揮する。その農家がライセンスを選択しない限り、他者はその農家がなすのと同じように活動することが禁止されるのである。他者は市場により大きく、より赤く、よりおいしいさくらんぼを供給することができないことになる。これを最初の例と対比してみよう。最初の例では、農家は有体物（土地やさくらんぼ）に対する財産権を有しているが、無体物（さくらんぼのDNAコード）に対する財産権は有していない。そこでは、他者はその農家を模倣する、つまり農家がなすのと同じように活動することができる立場にある。これに対し、2番目のケースでは、他者が自由にその農家を模倣したりすることはできないのであり、そのような模倣が可能となるのは、農家が彼らに許諾を与える場合に限られるのである。こうした知的財産権の特徴は、概念的には、排除よりもむしろ禁止という観点からより適切に捉えることができるものである⁴⁸。知的財産権は皆、他者の模倣行為を阻止することに関係するものである。著作権と商標権はいずれも、他者を有体物から排除するものではなく、他者の模倣的行動を阻止することに関係する。他者を有体物から排除することは、他者が無体物を再生することを阻止するものではない。他者が模倣することを禁止することは、知的財産権に付け加えられた特徴であり、財産権の排除機能では十分に拾い上げることができない特徴なのである。

⁴⁷ 市場の定義の問題は、競争法上の主要な課題である。M. Brunt, “‘Market Definition’ Issues in Australian and New Zealand Trade Practices Litigation”, 18 *Australian Business Law Review*, 86 (1990) を参照。

⁴⁸ どのようなものが(本書でいうところの)知的財産権の禁止的な性質をなすのかということに関する1つの顕著な例が、オーストラリアで起きた *Davis v. The Commonwealth* (1988) 166 C.L.R. 79 という事件である。この事件において、オーストラリア建国200年祭事務局 (Australian Bicentennial Authority) は、「200年」「200年祭」「建国」「シドニー」などのような表現の利用を規制する権限を与えられた。これに対し、裁判所は、1980年に制定されたオーストラリア建国200年祭事務局法案 (*Australian Bicentennial Authority Act 1980*) は「表現の自由を著しく侵害するもの」であって (at 100)、単純に度を越した法案であると判断した。

競争にさらされる市場参加者にとって、知的財産権の禁止機能は非常に魅力的である。このように考える理由は、競争というものが参加者が損害を被るリスクを伴ったプロセスだからである。この理はかつて二人の裁判官によって次のように表現されたことがある。「競争はまさにその性質上、計画的なものであり、情け容赦のないものである。競争者は売上を得ようと画策しており、相対的に優る競争者が相対的に劣る競争者の売上を奪うことで、相手を害しダメージを与えているのである。かくして、常に競争者は相互に他者を『害する』ことを企図しているのである。」⁴⁹

競争は、単に損害を被るリスクを伴うだけではない。競争は、基本的には模倣のプロセスでもある。競争者は、市場において自他の製品やサービスを識別することに努めると同時に、同種の製品やサービスを提供することにも取り組んでいるのである。競争というものは、他者が誰かのよいアイデアを模倣し始めるときに生じるプロセスなのである。ピザの電話宅配サービスを最初に思いついた人は、すぐにそのよいアイデアに飛びつく多数の模倣者を招来することになった。疑いもなく、彼はそうした模倣を禁止する手段があるならば、すぐにでもそれを手にしたいと思ったことであろう。競争市場が、主として市場参加者が相互に模倣することを奨励するものであるのに対し、知的財産権の関心は、主として模倣を禁止することにある。模倣を奨励したいという欲求と、模倣を禁止したいという願望との緊張関係は、結局のところ、市場と知的財産権との根本的な緊張関係をもたらすのである⁵⁰。

⁴⁹ *Queensland Wire Industries Pty Ltd. v. BHP Ltd.* (1988-89) 167 C.L.R., 177, 191 *per* Mason CJ and Wilson J.

⁵⁰ このような緊張関係の存在についてはさまざまな見解がみられる。一部の見解は、知的財産権がイノベーションを奨励し経済の動態的効率性を促進するということを理由に、知的財産権は競争促進的であるとする。例えば、OECD, *Competition Policy and Intellectual Property Rights* (Paris, 1989), 11-12 を参照。しかし、このような見解は誤解を招きやすいものである。もし知的財産権が真にイノベーションを生みだすのであれば、知的財産権から厚生利得が得られる場合もあるだろう。しかし、このような厚生利得を得ることの代償が競争プロセスへの干渉なのである。知的財産権とは模倣行為の禁止に関わるものであり、競争とは模倣行為の実施を許容するプロセスに関わるものであると考える以上は、これは不可避免的な結論である。

知的財産権が合理的で利己主義的な市場参加者に対して有する魅力というものは、いまやより明瞭に看取することができるだろう。知的財産権は専有の可能性を提供するのである。参加者はまた、知的財産権を用いて自己を競争のプロセスから守ることもできる。知的財産権は、個々の参加者に対し、市場において自己の利益を守るために禁止戦略を構築する可能性を提供するからである。知的財産権がどのような種類の禁止戦略を生じさせるのかということは、経験的な問題であり、そうした戦略がもたらす費用と便益の問題もまた同様である。ここまで、我々は禁止と知的財産権との概念的な結びつきを示すことに関心を示してきた。これ以上、その問題の子細を追及しなくとも、我々は、知的財産権の保有者が追い求めるであろう禁止戦略の種類について若干の考察をなすことができる。禁止戦略には、2つの基本的なタイプがあるように思われる。第1のタイプは、我々が権利拡大戦略と呼ぶことができるようなものである。知的財産権の拡大が可能となる場合としては、新たな権利を創出することによる場合（例えば、半導体チップ、データベース、植物新品種に対する *sui generis* による保護）⁵¹か、もしくは既存の権利の定義を見直すことによる場合（例えば、コンピュータ・ソフトウェアを著作権法の保護対象に含めること⁵²、無意識の依拠の可能性を認めること⁵³、間接的な複製の構成要件について無限定説をとることで複製の意味を拡大すること⁵⁴）が考えられる。第2のタ

⁵¹ *sui generis* 立法の例としては、*Semiconductor Chip Protection Act 1984* (US); European Commission, *Amended Proposal for a Council Directive on the Legal Protection of Databases*, OJ 1993 C308/1 15 November 1993; *Plant Breeder's Rights Act 1994* (Aus.) 等がある。

⁵² 米国において、コンピュータ・プログラムの著作権法による保護は、「1980年の著作権法改正の後に確立した。」*Williams Electronics, Inc. v. Artic Intern., Inc.*, 685 F.2d 870, 875 (3d Cir. 1982) を参照。オーストラリアでは、1968年著作権法が1984年に改正され、文学的著作物の定義の中に「コンピュータ・プログラム」が追加された。

⁵³ *Francis Day & Hunter Ltd. v. Bron* [1963] Ch 587 (United Kingdom Court of Appeal).

⁵⁴ 例えば、*Frank M Winstone (Merchants) Ltd. v. Plix Products Ltd.* (1985) 5 IPR 156 (Court of Appeal of New Zealand) を参照。間接的な複製の意味の適切な限定に関する議論として、*British Leyland Motor Corporation Ltd. v. Armstrong Patents Company Ltd.* [1986] 1 All E.R. 850, 876-884 (House of Lords) におけるグリフィス卿の意見を参照。

イブの戦略は、知的財産権を交渉の取引材料として用い、ほかの参加者にもし知的財産権がなければ選択しないであろう行動を起こさせる点にある。第1のタイプの戦略、つまり権利拡大戦略は、ある程度、無体物が明確な境界を有していないこと、少なくとも有体物と同じようには明確な境界を有しないことに依存している。無体物が極めて抽象的であるということが意味するのは、無体物の所有者が、有体物と有体物の間の均等、同形性、同一性、類似性、酷似性といった関係を主張して、自己の所有する無体物の境界の拡大を企てるのが可能となるということである。財産権の境界を変更する機会というものは、疑いなく、市場における私的なアクターが真剣に考慮するオプションである。その理由は、そうした財産権の境界の変更が、他者が直接の競争者となることを禁止する可能性を伴うものだからである。ここで肝心なことは、無体物の範囲が拡大するにつれ、そうした無体物が市場において競争者が提供しうる代替物の可能性を制限するようになるということである。換言すれば、許容される模倣の程度が低減するということである。

我々が言及した第2のタイプの禁止戦略は、知的財産権を市場において梃子として利用するというものであった。こうしたタイプの戦略を提供してくれる豊富な源泉は、知的財産権のライセンスと競争法との交錯領域に見いだすことができる。ライセンスは本質的に、知的財産権の保有者によってなされる、ほかの誰かにその知的財産へのアクセスを認める条件付きの許諾にすぎない。知的財産権と競争に関する制定法を有する法域は、知的財産の保有者にその知的財産権によって与えられる独占を利用することを許容する一方で、競争政策上の理由からその限界線を設定しなければならない⁵⁵。本章の分析的な用語でいえば、競争政策は、許される禁止戦

⁵⁵ オーストラリアにおいては、知的財産権と競争との交錯は1974年取引慣行法 (*the Trade Practices Act 1974*) の51条によって規律されている。両政策分野の間でとられるべきバランスに関する取引慣行委員会の見解として、Trade Practices Commission, *Application of the Trade Practices Act to Intellectual Property* (Commonwealth of Australia, July 1991) を参照。ヨーロッパでは、ヨーロッパ経済共同体条約（ローマ条約—1992年に欧州共同体条約に名称を変更した）が競争に関するルール（85～86条）と商品の自由な流通に関するルール（30～36条）を含んでいる。これらの条項は、知的財

略と許されない禁止戦略とを区別しなければならないのである⁵⁶。

ここまで我々が考察してきたことは、知的財産権が市場における利己主義的なアクターに一定の戦略的可能性を提供するということであり、財産権の調整、防衛、計画機能がそうした戦略的可能性の基盤をなすということである。かかる戦略的可能性には、財産権を利用してペイオフを自己に都合のいいように変えることや、禁止戦略を立てて自己の競争者を市場において阻止することが含まれる。これらの戦略は、知的財産権が提供する多様な戦略的可能性を語り尽くすものではないけれども、知的財産権が本来奉仕しなければならない集团的利益が知的財産権によって無益なものと化す可能性がある用例を示すには十分なものといえよう。知的財産権の利用に関してどのような戦略の利用が現出するのかということは、経験的な問題として残されている。次節における我々の課題は、知的財産権が内在的に危険なロジックを有するという我々の主張を論証することである。

知的財産の派閥

知的財産権が内在的に危険なロジックを有するということは、本書にお

産権と競争政策との関係を取り巻く判例を形成してきた。この点に関する議論として、V. Rose (ed.), Bellamy and Child, *Common Market Law of Competition* (4th ed., London, 1993), chapter 8 を参照。同様に、米国では、連邦最高裁が (1890年シャーマン法および1914年クレイトン法を起源とする) 反トラスト法の解釈を通じて、競争政策と知的財産権との共存原則を作り上げた。この点に関する議論として、A.D. Neale and D.G. Goyder, *The Antitrust Laws of the USA* (3rd ed., Cambridge, 1980) を参照。このほか、S.W. Waller and N.J. Byrne, ‘Changing View of Intellectual Property and Competition Law in the European Community and the United States of America’, *XX Brooklyn Journal of International Law*, 1 (1993) も参照。

⁵⁶ 米国において裁判所を巻き込むほどの問題になる場合もある禁止戦略の一例は、パテント・プールの慣行 (「もし彼らを打ち負かすことができないのであれば、仲間になったほうが安全だ」という戦略) である。これは、二以上の特許権者が自己の特許をクロスライセンス (プール化) することに同意することに関わる。その目的はしばしば市場における独占力の獲得にある。*United States v. Krasnov*, 143 F. Supp 184 (E.D. Pa. 1956), *aff’d per curiam*, 355 U.S. 5 (1957) を参照。

いてこれまでもある程度示されてきたことである。なぜなら、我々はここまで、合理的なアクターが知的財産権を用いて反市場的な計画を立てるかもしれない理由について述べてきたからである。本節において我々がさらに踏み込んで示唆したいことは、こうした反市場的な計画の立案が強力な派閥によって行われる可能性が高いということである。我々はこの「派閥」(faction) という言葉を、『ザ・フェデラリスト』(*The Federalist Papers*) におけるマディソン (Madison) の用法にならって、「他の市民の権利に反する、あるいは共同社会の永続的・全般的利益に反するような」⁵⁷、ある共通の利益に基づいて組織された個人の集団という観念を伝える言葉として使用する。我々は議論を、財産権は社会において派閥が生じる根源であるというマディソンの主張から始める。

「しかしながら、派閥の生ずる、最も普遍的で永続的な要因は、財産の種類が多様であり、それが不平等に配分されていることにある。財産を持つ者と持たない者が、これまでも常に、社会の明確に異なった利益群を形成してきた。債権者である人々と債務者である人々もまた、相対立している。土地所有者の利益、製造業者の利益、商人の利益、それに金融業者の利益は、その他多くの群小利益群とともに、文明諸国に必然的に生ずるものであり、人々を相異なる感情と見解とによって動く相異なる階層へと分かちつのである。」⁵⁸

マディソンの主張は歴史に基づく一般化であるが、それは説得的なものである。人間はおそらくこれまで、自己の財産利益を守ることが目的とする場合のほうが、奴隷の解放や鯨の保護を目的とする場合よりも、組織化する傾向が強かったように思われる。経済的な利益は、一般的にいて、人間の行動の強力な動機づけとなることがわかっている。もちろん、我々が冒頭で指摘したように、動機や人間の性質については、単にこのことだ

⁵⁷ *The Federalist Papers* (1788 ed., I. Kramnick ed., Harmondsworth, 1987), Number X, 123.

⁵⁸ *Id.*, 124. [引用箇所の出典にあたっては、斉藤眞＝中野勝郎訳『ザ・フェデラリスト』(岩波文庫、1999年) 56頁を参考にした。]

けでなく、もっとたくさんのことがいえるのであり、実際にも、『ザ・フェデラリスト』では、人間の動機に関してよりニュアンスに富んだイメージが提示されている⁵⁹。しかし、我々の目的はこのことを示すことにあるのではなく、経済的な利己心が行動の強力な動機づけとなることから、それは知的財産権をして社会が過度に広範に頼るのは危険であるような制度へと変容させるということを示すことにある。

我々の問いは次のようなものである。一体なぜ知的財産権の所有者は組織化して派閥を形成するのか。その明白な答えは、彼らが組織化するのは自分たちの利益を守るためだというものである。マディソンが示唆するように、人間は自己の利益や感情に基づいて諸派閥に分かれる場合のほうが、公共善のために協働する場合よりも、傾向としては強いのである。しかし、ある意味でこれは不完全な解答である。なぜなら、利益を有するすべての集団が組織化するとは限らないからである。それでは、知的財産権の所有者が組織化するだろうと我々が考える理由は、どこにあるのだろうか。その答えは、集合行為のロジックにある⁶⁰。

集合行為の問題に関するオルソン（Olson）の分析は、紛れもなく、組織はそれが代表する集団の共通の利益を促進するために資するものであるという主張から始まる。集団が共通の目標を達成しようとする場合、組織は効果的にその集団に対して公共財ないし集合財を供給する必要がある。しかし、こと公共財の供給となると、すべての集団が同様に行動するわけではない。小さな集団は、その構成員にとっての集合財を生産するために、強制や特別なインセンティブに頼る必要はない。というのも、少なくとも小さな集団の構成員の一部に、公共財を獲得することで良化する者が存在し、したがってその供給にかかる費用を負担する用意がある者が存在するからである⁶¹。これに対して、大きな集団が直面する問題は、組織化にかかる費用がいかなる個人の便益をも上回るということである。この

ことは、大集団は組織化されないということをいつているわけではない⁶²。大集団は現に組織化されており、労働組合や環境保護団体がその例である。オルソンが特定するロジックが示唆するのは、大きな集団は組織化される可能性がより小さいと考えるべき理由が存在するということである。

集合行為のロジックが最も強力に機能するのは、小さな集団の利益が経済的なものである場合である。例えば、医薬品の特許を追い求める製薬会社は皆、共通の利益を有しており、開発費用を回収するために自社が取得する医薬品の特許が執行されることを、あるいはその特許の存続期間ができる限り長期のものとなることを期待している。製薬会社が侵害者を成功裏に訴える場合や、製薬ロビー団体がまんまと特許の存続期間に関してより有利な取引を手に入れる場合には、製薬会社ないし製薬ロビー団体はその集団の構成員に公共財を供給することになる。製薬市場はグローバルなものであり、何十億ドルもの価値があるために、私的なプレイヤーは個別に自己の利益を守るとともに組織的に団結する莫大な経済的インセンティブを有している。他方で、大きな集団の拡散した利益は、知的財産の世界においても存在する。社会の構成員の全員が、本書のロックの議論で説明したような包括的な知的コモンズの存在に対して利益を有しているといえるだろう。しかし、知的コモンズの維持を支援するような組織は、オルソンが説明するような理由から供給不足になると予想することができるだろう。諸要因の中でもとりわけ、そのような大規模な無定型の集団を組織する費用が甚大なディスインセンティブとして働くだろう。

ここまで我々が示唆してきたのは、なぜ知的財産権の保有者が派閥を形成しがちなのかという理由である。集合行為のロジックは我々に1つの理由を提供するが、その理由は財産権に固有のものではない。マディソンの見解は、派閥を生じさせる要因の中でも財産権が最も強固なものであるというものであったが、その含意から得られる帰結の1つの可能性は、財産権はその中に派閥主義を促進する財産権特有の内在的なロジックを有するのではないかというものである。この問題を解明するための1つの方策が、市場において財産権が個人の機会集合を決定するのに果たす役割を検討することである。機会集合という概念は、ある個人がその中から実際に

⁵⁹ この点に関する議論として、M. White, *Philosophy, the Federalist, and the Constitution* (New York, Oxford, 1987) を参照。

⁶⁰ M. Olson, *The Logic of Collective Action* (Cambridge, Mass., 1965)。

⁶¹ Id., chapter 1.

⁶² その理由については、Id., chapter 6 を参照。

選択するであろう一連の行動を指している⁶³。個人がなしうる選択は、程度の差はあれ、制約を受けないものから完全に制約を受けるものまでさまざまなものである。個人が直面する1つの制約は、他者の財産権である。しかし、財産権は単に選択を制約するものであるだけでなく、制約を転嫁する手段にもなりうる。なぜなら、財産権はその保有者に資源をコントロールする機会を与えるからである。財産権は制約を課するために作用するとともに、機会を与えるためにも作用するのである。財産権が制約を転嫁する場合、そうした転嫁は、明らかに、他の個人の機会集合の減少を犠牲にして行われる。もっとも、このことは、市場の観点からいえば、財産権の課す制約が「見えざる手」のプロセスの一部である場合には問題ではない。換言すれば、財産権が有する制約を課するという性質は、市場において他者に制約を課すほどの完全な力を有する個人が現れない限り、集団の利益になるように作用する。制約を課す力自体、財産権を所有することに伴う機能である。（しかし、このことは財産権が唯一の力の淵源であるということの意味しない。）これが知的財産権となると、所有者が有する制約を課す可能性が劇的に増大する。この制約を課すプロセスは、無体物との関連では、何ら自然的な境界を有しない中で作用することになる。このことは、我々が第7章で考察するように、個人に対し莫大な権力を約束するものとなる。なぜなら、いまや、ごく限られた数の者が、国際的な依存が認められる資本の形態を所有することが可能となったからである。無体物に対する財産権が見えざる手を押しのけ、利己心が他者の消極的自由を脅かすような態様で解放されることになる。

おそらく、財産権と派閥がこんなにも緊密な関係を有する1つの理由は、財産権が市場において制約を転嫁する力を提供するというばかりでなく、この種の力が市場において人がもちうる力の中でも最も強力な形態であるからであろう。派閥が財産権の周辺にひとりで形成されていくのは、財産権がその力や生活様式を維持することに資するからである。知的財産権は、それが非常に強力な方法で禁止戦略の可能性を提供することから、

⁶³ A.K. Dragun, 'Externalities, Property Rights, and Power', XVII *Journal of Economic Issues*, 667, 668 (1983); Jon Elster, *Nuts and Bolts for the Social Sciences* (Cambridge, 1989), 13 を参照。

もし我々が正しいとすれば、その勢力を拡大するよう促す強力な派閥を周囲にはびこらせることになるだろう。

結 論

アダム・スミスは、なぜ財産権、機会、利己心が組み合わさって有益な社会的成果を生みだすのかを説明する議論を提示した。彼の見えざる手のメカニズムは、財産権や市場に頼ることが望ましい強力な理由を提供する。このメカニズムの実効性は、明確に定義された財産権の存在に依存する。本章で特定された財産権の4つの機能がすべて促進されるのは、財産権がその保有者に財の所有についての安全性の期待を与える場合である。しかしながら、財産権が無体物に対する特権という形をとる場合には、見えざる手のメカニズムはもはや集合財にとって頼りになるガイドではなくなるだろう。市場において、プレイヤーたちは勝つことに没頭している。合理的で機会主義的なアクターとして、彼らは勝つための方策を探し求めている。彼らに与えられた特権の性質を変化させることでペイオフを変えることは、1つの一般的な戦略である。知的財産権の禁止機能もまた、そのような戦略を基礎づける。強力な派閥はそれにも増してそのような戦略を促進する傾向が強い。これらの戦略は、我々が示唆してきたように、反市場的に作用する。こうした戦略は知的財産権に随伴する費用の一部となる。それは、その可能性の次元がまだ完全には顕在化していない費用である。それはまた、今後、ますます多くの経済生活のより多くの部分が無体物に対する特権に巻き込まれていくにつれて、増大し続けることが予想される費用である。おそらく、いくぶん皮肉ではあるが、このように取り込まれ続けることにより、所有の確保力はますます低下することになるだろう。なぜなら、我々が第2章で議論したように、無体物の所有が、さらに多くの有形物をその射程に収めていくことになりうるからである。

我々の議論は、アダム・スミスが受容する可能性のある議論である。公的な統治者が市場に介入することを嫌ったスミスが、私的な統治者が市場に介入することに対して好意を示すとは考え難いからである。本章の最終節で示唆した権力と知的財産権の結びつきが、次章のテーマとなる。

[訳者付記]

本稿（第6章）の翻訳は、明治大学文部科学省私立大学戦略的研究基盤形成支援事業（平成23年度～平成27年度）「情報財の多元的価値と、創作・利用主体の役割を考慮した知的財産法体系の再構築」の成果の一部である。