



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	A Philosophy of Intellectual Property (6)
Author(s)	Drahos, Peter; 山根, 崇邦//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 39, 229-263
Issue Date	2012-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/51543
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ39_008.pdf



A Philosophy of Intellectual Property (6)

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（以上、第38号）

第7章 無体物の力

序

所有権と私的な主権

無体物

無体物の力

結論（以上、本号）

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7章 無体物の力

序

力と知的財産の結びつきに関する議論は、知的財産権、独占、市場支配力の三者間の結びつきの性質に関する議論へと容易に転換しうるのである。実際、知的財産権が独占権であるといわれることがある¹。独占者

¹ 例えば、オーストラリアでいえば、*Parkdale Custom Built Furniture Pty Ltd. v. Puxu*

と称されることは、単なる記述以上のことを意味する場合がある。それは非難でもありうる。独占が非難の意を含むものとして使用される理由は、初期のキリスト教の教義と関係があると考えられる。キリスト教が独占者を非難したのは、独占者の機会主義的な行動（強欲の罪）がよきクリスチャン・モデルに適合せず、独占が食料のような必需品の価格をつり上げることでキリスト教コミュニティに実害をもたらすようにみえたからであった²。

独占に対する20世紀の経済学の考え方は、全面的な非難に徹しているわけではなく、よりニュアンスに富んだものである。例えば、独占が資本主義の進化的発展過程において不可欠な動態的役割を果たしていると考えられることがある³。同様に、一定の技術発展および経済格差を所与とすると、経済において、ある種の独占は「自然な」ものであると考えられることもある⁴。新古典派経済学理論は、独占的行動の記述および評価をそうした行動が効率性にもたらす影響に基づいて行うものである。独占は道徳的な悪ではないが、その発展を奨励すべきではないことを示す経済学上の根拠が存在する。経済学が独占に対して唱える標準的な異議は、独占が死重損

Pty Ltd. (1981-82) 149 C.L.R. 191, 206-207におけるメイソン判事 (Mason J) の意見を参照。米国では、*Hartford-Empire Co. v. United States*, 323 U.S. 386, 452 (1944) を参照。

² 独占の弊害は、宗教的には対立する者からも賛意が表明されるほどのものであった。「企業連合について、本来、多くのことを語らねばならないのだが、じつのところ、この問題は際限のない、底知れぬ、食欲と不正とに満ちている。……企業連合が露骨な独占以外のなにものでもないということをわからぬような愚者がこの世にいるだろうか。異教徒の市民法でさえ——神の義やキリスト教の律法はいうまでもなく——、独占は、この世のいたるところで、害悪をもたらすことが明々白々なものとして断罪しているのである。」Martin Luther, *Von Kaufhandlung und Wucher* quoted in R.H. Tawney, *Religion and the Rise of Capitalism* (West Drayton, Middlesex, 1938 ed.), 104-105.

³ シュンペーター (Schumpeter) は、ある種の独占が経済発展において極めて重要な役割を果たすものと考えていた。J.A. Schumpeter, *The Theory of Economic Development* (Cambridge, Mass. 1949); J. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy* (5th ed., London, 1976).

⁴ W.W. Sharkey, *The Theory of Natural Monopoly* (Cambridge, 1982).

失をもたらすというものである⁵。完全競争市場の場合、消費者の満たされない需要は存在しない。一方、独占市場では、唯一の生産者が、消費者の満たされない需要が生じることになるような水準で価格を設定することができる。独占的な生産者は価格の設定について選択権をもっており、したがって消費者から自己への富の移転が最大となる水準で価格を付けることができる。富の移転は経済学上の問題ではない（もっとも、明らかに、分配的正義論の観点からは問題とされうる）。独占に伴う経済学上の問題は、消費者の満たされない需要が（静態分析の観点では）生産者の利益によって完全には補えないことであり、その結果、独占市場の総便益が競争市場の総便益よりも小さくなることである。

知的財産権を攻撃する1つの方法は、それが独占であると主張することである。こうした論の進め方は、誰が真の独占者であって誰がそうでないのかについての議論を引き起こす。それは、プロパテント派とアンチパテント派が長年続けてきた議論である⁶。プロパテント派は、特許が必ずしも市場支配力へと転化するわけではないという主張をもって、独占という非難に挑戦する。私はネズミ捕りに関する特許を取得することができるが、私はそれでもなおキラークャットとの競争に直面しなければならない。法律上の独占は、必ずしも経済学上の独占へと転化するわけではないのである。

知的財産権と独占の問題を考えるもう1つの方法は、知的財産権の保有者が独占者であることを認めるが、しかし**それは他のあらゆる財産権の保有者と同じように独占者であるにすぎない**と主張することである。独占者は市場において唯一の売手である。もし私が1区画の土地を所有している

⁵ R.A. Posner, 'The Social Costs of Monopoly and Regulation', 83 *Journal of Political Economy*, 807 (1975).

⁶ J.T. McCarthy, 'Intellectual Property and Trade Practices Policy: Coexistence or Conflict? The American Experience', 13 *Australian Business Law Review*, 198 (1985) を参照。こうした潮流はその後変化をみせ、知的財産権が必然的に独占をもたらすものであるとは考えない論者の見解が有力になりつつあるように思われる。この点に関する議論については、F.H. Easterbrook, 'Intellectual Property Is Still Property', 13 *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 108 (1990) を参照。

とすれば、私は当該区画についての唯一の売手である⁷。私以外にも他の区画の土地を販売する売手がいるという事実は、私が自己の区画についての唯一の売手であるという独占的な地位を変えるものではない。明らかに、他の土地所有者の存在は、私が市場において有する力の量に影響を与えるものである。大まかにいえば、独占者の力の程度は、2つの変数——すなわち、製品（またはサービス）に対する需要（または依存）、および、消費者が代替財を受け入れる用意の程度ないし代替財の実行可能性の程度——からなる関数である。極端な市場支配力を示す極端な例は、空気の供給者が一人だけしかいないという世界である。もしこのような世界において消費者が空気に依存しており、実行可能な代替財が存在しないとすると、その唯一の生産者に集中する市場支配力の規模は極めて大きなものとなるだろう。

ここまでの議論の目的は、知的財産権と市場支配力に関する議論を行うための土台作りをする点にあるのではない。なぜなら、こうしたことはまさに経済学理論の問題だからである⁸。むしろ、ここまでの議論から我々が導きだす結論は、知的財産権が独占かどうかを決めることによって得られるものはあまり多くないということである。我々に関する限り、あらゆる財産権が独占をもたらすものだからである。ここでは、我々は異なった種類の関係、具体的には知的財産権と権力との関係、つまりより一般的に力と考えられているものとの関係について検討することにしたい。パートランド・ラッセル（Bertrand Russell）が示唆したことは、権力とはエネルギーのようなものであり、それは多数の形態をもつということである⁹。本章の分析が焦点を当てるのは、特殊な権力の一形態としての知的財産権の性質とこの権力が社会生活のさまざまな領域にもたらす影響である。以下、本章の構成を示すと、次のようになる。まず次節では、所有が私的な

主権の一形態であるという主張を展開する。知的財産権は、これまでの章でみてきたように、無体物と関係するものである。そうすると、知的財産権は無体物に対する主権の一形態であるということになる。この無体物の性質が第3節のテーマとなる。これに続く第4節では、無体物、財産権のメカニズム、依存関係という三者間の関係およびそのような関係の文脈において生じる威嚇力に関する議論を展開する。

所有権と私的な主権

所有権の概念に関し、公私の区別にほとんど拘泥しないという重要な論法を示したモリス・コーエン（Morris Cohen）は、私有財産とは他者に対する主権（sovereignty）の一形態であると主張した¹⁰。この主張は破壊的な性質をもつ。というのも、主権は公法上の概念であるのに対し、所有権は通常私法上の一部と考えられているからである¹¹。コーエンの分析は、所有権とは、物をめぐる人と人の関係から構成されるものであって、人と物の関係から構成されるものではない、という今では一般的に受け入れられている見解に基礎をおいている。*dominium*（所有権）と*imperium*（国家の命令権）を結びつける作業は、所有権は他者を排除する権利である点において際立った特徴を有するという主張を展開することで、極めて説得的に実現されている。他者を物から排除する能力というものは、特にそれが重要な物や必需品であるような場合には、所有権の保有者に、他者に対する相当程度の力、場合によってははるかに巨大な力を与えるものである。そのようなわけで、コーエンは、「物に対する*dominium*は、我々人間に対

¹⁰ M.R. Cohen, 'Property and Sovereignty', 13 *Cornell Law Quarterly*, 8 (1927). コーエンの分析は、ロバート・ホール（Robert Hale）の見解と近似するものである。R.L. Hale, 'Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State', 38 *Political Science Quarterly*, 470 (1923); R.L. Hale, 'Bargaining, Duress and Economic Liberty', 43 *Columbia Law Review*, 603 (1943) を参照。

¹¹ コーエンによれば、所有と主権との区別は、*dominium* というローマ法上の所有概念と *imperium* という統治概念との区別に基づくが、この区別は、部族の法（tribal law）において承認されていたものではなく、人的役務が所有と直接関連していた封建法においても特に明確であったわけでもない、という。Id., at 8-11.

⁷ M. Friedman, *Capitalism and Freedom* (Chicago, London, 1962), 127.

⁸ ランデス&ポズナーによれば、市場支配力に関するシンプルな経済学上の定義は、「限界費用よりも高い価格を付けることができる能力」というものである。W.M. Landes and R.A. Posner, 'Market Power in Antitrust Cases', 94 *Harvard Law Review*, 937, 939 (1981) を参照。

⁹ B. Russell, *Power: A New Social Analysis* (London, 1938), 10.

する *imperium* でもある。」と結論づけるのである¹²。

我々は、この議論から何を受け取るべきであろうか。主権の定義に強く固執し、所有権者とは法の創造者のことであり、財産権者とは法的な権利の所有者のことでありと説くことで、この種の議論を迂回しようとする者がいるかもしれない。オースティン (Austin) の主権者の定義は、その者への習慣的な服従傾向が現れるような人物というものであるが、このような定義は、上記の区別に固執する者のために資することになろう¹³。しかし、これはコーエンの議論をあまりに粗略に扱うものである。コーエンの所有権と主権の結びつきに関する深遠なメッセージは、分析法学を適用することによって最も適切に把握することが可能となる。分析法学は、財産に関する権利の分析枠組の構築に中心的な役割を果たしてきた。ラディカルな批評家が、権利の議論をその卓越した地位から引きずり下ろそうと試みてきたけれども、依然として、権利が、とりわけ財産の分析と関係しているような場合には、主たるディスコースを形成しているというのが正確なところである¹⁴。財産に関するこうした権利基底的な思考アプローチにおいて、権力と所有権とが享受する本質的な結びつきが断ち切られてきたわけではない。分析法学の伝統の流れを汲む有力な権利の分析理論の1つが、ホーフエルトの理論である¹⁵。我々は本書においてそれを用いることにしたい。

ホーフエルトの理論の目的は全くもって実践的なものである。つまりそれは、所有権、契約、信託等といったオープンエンドな法的利益や概念を一对の基本的または基礎的な法的概念に単純化して分類することで、実践的な法的問題の解決がより容易に図れるようにするというものである。権利 (right) と義務 (duty)、特権 (privilege) と無権利 (no-right)、権限 (power) と責任 (liability)、免責 (immunity) と無能力 (disability) といった組合せ

が、ホーフエルトの体系における法的相関項として用いられる。法的な対義語 (jural opposites) は、権利と無権利、特権と義務、権限と無能力、免責と責任といった組合せから構成される。ここでの我々の関心は、このような手法を用いるホーフエルトの体系が財産権の概念にどのように関係しているのかという点にある。

権利は、ホーフエルトにとって、慢性的に曖昧な一般用語であった。それは潜在的に、権限、免責、特権などを指示するものである。ホーフエルトが提示するところでは、権利の意味は、それに相関する義務が存する請求に限定されなければならない。権利それ自体もしくはそれに由来する請求権が、義務と結びついているということは公理とされる。つまり、そのような権利は必然的にそれに相関する義務を伴うものなのである¹⁶。相関性命題には批判があるが、ここでの我々の目的にとっては、そうした批判は重要なものではない¹⁷。財産関係は、おそらくは権利と義務の相関性命題に関する中心的な例であり、実際、相関性命題についてホーフエルトが挙げる例示の多くが財産権に関するものである。例えば、「XがYに対してYはXの土地に近づいてはならないとする権利を有しているとすれば、相関項 (等価項) は、YがXに対してXの土地に近づいてはならない旨の

¹⁶ ホーフエルト (Hohfeld) が相関性命題を発展させた最初の論者であるわけではない。彼はこの命題の着想を裁判例の用語から得ている。オースティンもまた、権利を付与する法律はすべて義務を課すものであると論じている。J. Austin, *Lectures on Jurisprudence* (5th ed., London, 1885), Lecture I を参照。同様にベンサム (Bentham) は、義務を作り出す法律と権利との間に論理的な連関を認識している。ベンサムの理論に関する議論として、L. Lindahl, *Position and Change* (Dordrecht, Holland, 1977), 4-21 を参照。相関性命題のメリットとデメリットがどのようなものであれ、それは法についてのリベラルな思考の深層構造の一部をなしている。

¹⁷ N. MacCormick, *Legal Right and Social Democracy* (Oxford, 1982), chapter 8; A.R. White, *Rights* (Oxford, 1984), chapter 5 を参照。こうした批判が重要でない1つの理由は、相関性命題とはホーフエルトの体系における1つの推論ルールであると解するのが最も適切だからである。相関性命題に対する反証を挙げることができるとしても、そのことは単に別の体系では異なった推論ルールを有する可能性がある主張することを意味するにすぎない。そうしたことは間違いなく事実であるが、それにもかかわらず、ホーフエルトの体系は、そのうちの個々の推論ルールの限界に我々が悩む必要がないほど、十分な分析的な能力を発揮しうるものなのである。

¹² Id., 13.

¹³ J. Austin, *Lectures on Jurisprudence* (5th ed., London, 1885), Lecture VI.

¹⁴ 例えば、C. Smart, *Feminism and the Power of Law* (London, New York, 1989); M. Tushnet, 'An Essay on Rights', 62 *Texas Law Review*, 1363 (1984) を参照。

¹⁵ W.N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions* (W.W. Cook ed., Westport, Connecticut, 1919, reprinted 1978).

義務を負っているということである。」¹⁸ 相関性が財産権と関係する場合に、財産権とは主権の一形態であるという主張が一定の信憑性を獲得し始める理由は、主権者がその市民に対して権利と義務の関係に立つということが出来るからである。ベンサムやオースティン、ホーフエルトの法の分析モデルの特徴は、主権者と財産権の保有者との定義上の相違が、これらの概念の機能に含まれる論理的な構造が分析される場合に、決して強い態様では現れないという点にある。主権者は法域内において法を制定する機能を有する。法の分析はモデルによって異なるが、命令（command）と禁止（pro）は、すべてのモデルに共通する法の正統な形式である。モデルの中には、ベンサムのモデルのように、許可（permission）のような他の形式をこれに付け加えるものもある¹⁹。これらの形式は、命令、禁止、許可のように、他者の行動に対して指図する機能をもつ。財産権の保有者の行動を指図する能力も、一般的な財産権の概念の論理的な構造が特定される場合には、主権者がもつこうした能力と相似しているものであることがみえてくる。ホーフエルトの法的体系はこうした構造を手際よく露わにする。その1つの側面は、財産権の保有者が相関的な義務をもつ他の個人に対して請求権を有するということである。請求権以外にも、財産権の保有者はまた、特権（土地に立ち入る特権）、権限（例えば権原や占有を移転する権限）、免責（他者は譲渡不可であること）を有する。ホーフエルトの体系は、財産権がどのように「権利の束」へと分解され、財産権の保有者に行動を指図する大きな能力を与えるのかということを示すものである。財産権の保有者が有する権利、権限、特権、免責は、命令、禁止、許可を通じて行為を規制する主権者の権力と構造が相似する、縮図であると考えることができる。

ここまでの叙述で十分に、財産権が主権の一形態であるというコーエンの主張は強固なものとなった。この主張を確立することが重要である理由は、それによって我々が私有財産を私的な権力とのみ関連づけて考えるこ

とから離れることが可能となるからである。私有財産は、私的な権力の一形態であるとともに、公的な権力の一形態でもあるのである。かかる権力の私的な性質がホーフエルトの体系において明確になるのは、ホーフエルトが財産関係を権利者と義務者との一対一の地位の関係として提示する場合である。財産権がもつ公的な権力性もまたホーフエルトの分析によって捉えられている。なぜなら、財産権とは、ホーフエルトの体系において、個人によって保有され不特定多数の人々に対して行使される同種の権利群、つまり財産関係の法律家が好む表現を用いれば、対世的な排除効をもつ権利のことだからである。財産権とは、事実上、一種の制度化されたオープンエンドな契約関係のことである。すなわち、そうした財産権の保有者との間の契約関係には不特定多数の人々が入ることが可能であるが、それでもなお権利者と義務者という関係が維持されているのである。

財産権と主権とを結びつけることにより、我々が、知的財産権と権力の関係の分析において進もうとしている道は、フーコー（Foucault）が示唆したように、権力に関する非常に不完全な見方を与えるものであるように思われる。古典的な法の見方においては、権力とその行使が、ある種、魔法のような法的なしるしを所有するという概念と関連しており、そのしるしに基づいて、当該しるしの所有者が消極的なふるまいをなすことができる、すなわち禁止、制限、妨害等々をなすことができる、というわけである²⁰。反対に、フーコーの方法論的アプローチは、権力をフローでありネットワークでもあるという観点から扱うものである。つまりフーコーによれば、権力は流通するものであり、「ネットワーク状に行使される」ものであって、人々は「権力に服すると同時に自ら権力を行使する立場に常におかれている」のである²¹。

権力をネットワーク・フローの観点から扱うことは、権力の分析に対して極めて深遠な貢献をなすものである。しかしながら、このアプローチの下では、ある重要な問題が依然として未回答のままである。すなわち、どのようにしてアクターが関連するネットワーク内において権力のフローを統御していくのか、という問いである。明らかに、個々のアクターは、

¹⁸ W.N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions* (W.W. Cook ed., Westport, Connecticut, 1919, reprinted 1978), 38.

¹⁹ D. Lyons, 'Logic and Coercion in Bentham's Theory of Law', 57 *Cornell Law Review*, 335 (1972) を参照。

²⁰ M. Foucault, *Power/Knowledge* (C. Gordon ed., Brighton, 1980), 88, 139-140 を参照。

²¹ *Id.*, 98.

権力を行使するためにはそれを統御する必要がある。フーコー自身の分析が示唆することは、この問題への回答が、あるアクター(A)が権力のフローをある程度自己に集中させることを許容し、その結果、AがBの利益に反してBに影響を及ぼすことが可能となるようなメカニズムの観点から検討されなければならない、ということである²²。

ここでの我々の目的は、権力を統御する目的で用いることが可能なメカニズムというものについて一般的に記述することではない。我々の目的は、財産権がそのようなメカニズムの1つであり、主権のメカニズムといっているものの1つであることを示すことにある。このメカニズムは明らかに法に依存するものである。この点で、我々の分析はフーコーの分析に収斂していくことになる。なぜなら、法はフーコーにとって権力の道具だからである——もっとも、それは、伝統的な分析が主張すると思われるものよりは複雑で部分的なものであるが²³。財産権は我々にとって法に依存した権力のメカニズムである。権力のメカニズムこそが、フーコーの言葉によれば、すべての財産権の保有者一人一人が服すると同時に自ら行使しているものなのである²⁴。このことが真実である理由は、財産権とは財産権の保有者であるXと非保有者である者との間の「~~対一~~」の地位の関係だからである。Xがそのような関係に数多く入る可能性があるという事実が、権利それ自体を多数者間の地位の関係に変えることはない²⁵。いかなる社会においても、すべての人々が何らかの私有財産を所有している社会においては、極めて多数の「対一」の地位の関係が存在し、そこにおいて個人は財産権の保有者か非保有者かのいずれかとなる。財産権がこのように分析される場合、財産権とは、形式的には、権力がすべての個々の財産権の保有者の間に拡散され分散される関係のパターンを作り出すメカニズムである

²² このような形で行動することができるAの能力は、ルークの主張によれば、さまざまな権力へのアプローチにとって基盤となるものである。S. Lukes, *Power: A Radical View* (London, Basingstoke, 1974), 27 を参照。

²³ M. Foucault, *Power/Knowledge* (C. Gordon ed., Brighton, 1980), 141.

²⁴ *Id.*, 98.

²⁵ この重要な点については、L. Lindahl, *Position and Change* (Dordrecht, Holland, 1977), 37 を参照。

ように思われる。しかし財産権は、個人が極めて多数の他者との間で極めて多数の「対一」の地位の関係に立ち、そうした他者の一人一人もまた別の他者との間で極めて多数の「対一」の地位の関係に立つ、ということの連鎖構造を基礎とした社会的な配置なのである。権力は、財産権に基礎をおくものである場合には、確かに「数え切れないほどの地点から行使される」ものであるように思われる²⁶。

権力を多元的な現象と捉えるという分析視座の転換は、依然として、人々がどのように権力を利用するのかという問題に直面し、その説明を迫られる。つまり、個々のアクター間の権力の不均衡やそれらの不均衡がどのようにして維持されるのかということについて説明を迫られることに変わりはないのである。この点で我々の分析はフーコーの分析と袂を分かつことになる。なぜなら、フーコーが試みていることは、伝統的な権力分析の基礎をなしてきた法的、政治的な主権理論を、支配のメカニズム、支配戦術、支配戦略に焦点を当てたアプローチに置き換えることだからである²⁷。本書が支持するアプローチは、フーコーが権力のメカニズムを重視する点を取り入れつつ、しかし主権との結びつきは維持するというものである。本書がそのようにする理由は、本書の議論したい内容が、権力のメカニズムが、そしてとりわけ財産権が、新しい形態の主権をもたらし、したがって新しい種類の支配をもたらすということだからである。換言すれば、権力のメカニズムが、一種の伝統的な、したがって容易に認識できる公的な主権の形態を私的な主権の形態へと置き換えるうえで極めて重要な役割を果たすということである。したがって、フーコーが「我々は権力の研究においてリヴァイアサンモデルを捨て去らなければならない」と示唆しても²⁸、我々はフーコーに従うべきではない。むしろ我々が認識すべきなのは、権力のメカニズムを通じて、リヴァイアサンがその姿を変え、後継ぎを生みだし、その後継ぎが最終的にはリヴァイアサンの優越性を脅かすようになるという点である。

この点について、我々が論じてきたことは、財産権とは権力のメカニズ

²⁶ M. Foucault, *The History of Sexuality* (R. Hurley tr., New York, 1980), vol. 1, 94.

²⁷ M. Foucault, *Power/Knowledge* (C. Gordon ed., Brighton, 1980), Lecture 2, 92-108.

²⁸ *Id.*, 102.

ムであるということである。このメカニズムが必ずしも特定の権力分配のパターンを生みだすわけではない。生みだされるパターンは種々の条件、とりわけ社会の初期条件に依存する事柄である。一定の条件の下では、財産権のメカニズムが権力の集中をもたらし、個々のアクター間の権力関係に不均衡を生みだす。財産権がいわば主権の効果を有するのである。以下、本章では、知的財産権が無体物と関連するものであるがために、この主権の効果を有しているということを論証する。財産権は、明らかに、権力の分析に関連する唯一のメカニズムではないが、重要なメカニズムであり、しかもおそらくは最も重要なメカニズムである。同様に、財産権が有する主権の効果は、無体物にのみ結びついているわけではない。財産権のメカニズムがこうした効果をもつ動因となりうる権力の源はほかにも存在する。我々は本書の議論を無体物に限定するが、無体物是一種の権力基盤ないし権力資源にすぎない²⁹。同様に、財産権はこの特定の権力資源を利用するための1つのメカニズムにすぎないのである。

次節では、知的財産法の目的にとって無体物とは何かという問いに対し、より完全な回答を提示することを試みる。いったんこの問いに対する回答が適切になされれば、我々は歩を進めて、知的財産権がどのようにしてその主権の効果を実現するのかという考察へと移ることができる。

無体物

無体物とは何か。この問いに対する回答の一端は第2章において示された。そこでは、無体物とは従属的に存するものととどまる、換言すれば都合のよい観念的な構築物であるということが提示されたのである。無体物が実存すると指定することで、法は、単なる法的フィクションに従事するにすぎない。しかし、実際には、多くの現実の権力はまさにこのフィクションに依存しているのである。

本節の目的は、無体物を知的財産の文脈から離れて取り扱うことにはないけれども、簡単に哲学におけるその一般的な取扱いを考察してみる価値

²⁹ これらの用語は、H.D. Lasswell and A. Kaplan, *Power and Society* (New Haven, 1950), 83-86 を基にしている。

はある。このような考察が示唆するのは、無体物をフィクションではあるが有益な実体として捉えるという選択肢が、哲学の世界では批判が強いものの、擁護しうる首尾一貫した選択肢であるということである。

形而上学において、無体物は実存のカテゴリーに属しうる候補の1つである。しかし、この出発点からより正確な定義へと移行することは、結局はかなり困難であることがわかる。無体物は非常に多くの場合、例示のリスト（例えば、 x という性質、関係、構造など）や消極的にそれが有していない性質によって定義される³⁰。この無体物の消極的な性質には、非有形的な物、時空にない物、因果的変化主体ではない物などが含まれる³¹。ある哲学者の言葉によれば、無体物という用語の意味は、「完全に明確ではないかもしれないが、1つ明確であるように思われることは、無体物と称されるものは、数、機能および集合のように、いずれも抽象的なものであるということである——つまり、それらはもし実存するとすれば、抽象的なものであろうということである。」³² この主張の最後の部分は、無体物について主要な哲学的論争的となってきたもの、すなわち無体物は存在するのかという問いに光を当てるものである。無体物の実存を否定することは、ある種の唯名論に結びつく。唯名論者にとって難題とされてきた論証は、無体物が存在しない場合に、どのようにして我々は数学の真理のようなある種の真実を説明することができるのかということであった。数学の命題が関係するものがもし無体物でないとすれば、一体何に関係するのだろうか³³。实在論者は無体物の実存を認めるが、そうするためには、どのようにこれらの無体物が人間の行動や知識と結びつくのかに関し

³⁰ このリストは決して排他的なものではない。さらに多くの例については、P. Simons, 'What is Abstraction & What is it Good For?' in A.D. Irvine (ed.), *Physicalism in Mathematics* (Dordrecht, Boston, London, 1990), 17, 18 を参照。哲学において無体物とは何かということに関する広範な議論として、W.K. Künne, 'Criteria of Abstractness' in B. Smith (ed.), *Parts and Moments* (München, Wien, 1982), 401 を参照。

³¹ B. Hale, *Abstract Objects* (Oxford, 1987), 46-50.

³² H.H. Field, *Science Without Numbers* (Oxford, 1980), 1.

³³ この問題に関する優れた議論として、A.D. Irvine (ed.), *Physicalism in Mathematics* (Dordrecht, Boston, London, 1990) 所収の各論文を参照。

て説明しなければならない³⁴。实在論者が立ち向かわなければならない難問は、もし無体物が実存するとしたら、それらが実存する領域は一見したところ、具体的な対象が存在する時空間の領域外にあるという問題である。はたして、そのような実体はいかにして知覚可能なものとなりうるのだろうか。

このような現代哲学における唯名論者と实在論者間の専門的な形而上学的、存在論的論争は、無体物に対する実存的な懸念を権力の性質や基盤に関する問いと結びつけてはいないが、それには例外もあったということを銘記することが肝要である。プラトンの著書『国家』(*Republic*)の長所の1つは、プラトンがその形而上学理論と政治理論の統合化を図っている点にある。プラトンの形而上学理論の中核を担うのは、イデア論である。イデア論の主張によれば、完全なイデアという理想的な永遠不変の世界が存在し、現実の世界はその不完全な模倣にすぎないとされる。哲学者がプラトンの「国家」において統治者となれる理由は、哲学者のみがこの無体物からなる超越的な世界にアクセスすることができるからである。これらの無体物についての知識が、定義上、完全な知識であり、この完全な知識こそが、その知識にアクセス可能な哲学者に対して「国家」の統治者となる資格を与えるものなのである。

「国家」の統治者が有する主権は、「国家」の統治者が、そしてその統治者のみが、イデアの世界にアクセスすることができるという事実に基づいて適用される。この権力の行使は、無体物に基礎をおくものであり（なぜなら、それがプラトンのイデアの本質にほかならない）、濫用されることはない。プラトンのいう「国家」とは、理想国家、すなわち完全な社会のことである。そこにおいて、その統治者である哲学者の権力は、叡知に基づいて適用される。プラトンの哲人王が権力を獲得する理由は、彼らだけが無体物にアクセスすることができるからであるが、彼らはこの権力を利用して他者に対する支配力を増進することはしない。むしろ哲人王は、無体物に関する知識を利用して公正な統治の技能を発展させる。プラトンの理論の帰結であるように思われることは、国家の統治者である哲学者の

³⁴ プラトン哲学の考え方に関する現代的な正当化の例として、B. Hale, *Abstract Objects* (Oxford, 1987) を参照。

私的な知識が、政治的手腕の過程を通じて、民衆の間にあまねく広まり、その結果、少なくとも一定程度、公共の共有知識となるということである。

プラトンのイデア論を利用することから生じるこのような帰結は、前章の議論と著しい対照をなすものである。前章における議論の前提とされていた想定は、市場におけるアクターが機会主義的に行動し、彼らが知的財産権を集団の利益を無益なものとするような方法で利用するだろう、というものである。簡潔に言えば、前章が示唆したことは、不完全な社会では、個人が無体物へのアクセスを制限できることに基づいて権力を獲得すると、彼らはそうした権力を利用して、さらなる権力を獲得しようとするだろうということである。このように、不完全な社会においては、財産権のメカニズムと無体物との結びつきを創出することは、制度設計の戦略として危険であるということがわかる。

権力と無体物とを結びつける少なくとも1つの哲学的先例が存在するというを示し終えたところで、我々は、本節の主要な課題に立ち帰り、知的財産と関わる場合の無体物の性質についてより明確な説明を行うことにしよう。その際に、あらかじめ述べておくべき重要なことは、知的財産の文脈において「無体物」という用語を使用する場合、我々はそうした無体物の実存に対する存在論的なコミットメントを含意するつもりは全くないということである。無体物が実存すると信じることは、単純に誤りであるということになるかもしれない。しかし、このことは法的な目的にとって関係がないことである。知的財産制度は無体物の存在論的実在性を否定するかもしれないが、それは依然として、無体物のカテゴリーを使い勝手のよいフィクションとして維持し、アクター間の関係について決定を下す際に利用するかもしれない。

我々がここで焦点を当てたい無体物の重要な特徴は、無体物が**法的な**同一性判断において果たす役割である。この役割について説明する前に、我々は焦点を明確にする必要がある。我々はここで、無体物が同一性の一般哲学理論において果たす役割には関心がない³⁵。対象 x と対象 y とを同一または類似ならしめるものは何か、という問いに答えるうえで1つの起

³⁵ 同一性は大きなテーマである。H. Noonan (ed.), *Identity* (Aldershot, 1993) 所収の各論文を参照。

点となるアプローチは、対象 x と対象 y とが全く同一の性質を共有するか何らかの性質を共有する場合には、それらは同一または類似である、と提案することである³⁶。しかし、これは我々の目的にとって適切な起点ではない。我々が選択した見解は、無体物はフィクションの実体であるが、非常に使い勝手のよいものであるというものである。我々の問いは、こうした無体物が権力の集中においてどのような役割を果たすのかというものである。我々の回答は、法の中で、無体物が同一性判断、すなわち誰が不可欠な資本資源にアクセスできるのかということを最終的に決定する判断の基礎を形成するというものとなろう。こうした判断がフィクションの実体を利用して行われるという事実が示唆することは、当該判断そのものが実践的なものであり、慣習に基づいたものであるということである。

繰り返しになるが、以下で述べる無体物の議論は、同一性に関する一般哲学理論の一部を形成するものではなく、無体物がとりわけ知的財産権侵害の法的判断において果たす役割についての帰納的な説明を企図するものである。

「無体物」という用語は、推測的な存在のカテゴリーに関係するものである。それは法的技術に関する用語ではない。我々が第2章で考察したように、知的財産権は法的には無体の権利に分類される。これらの権利が関係する対象であり、個々のアクター間の関係が形成される対象が、無体物である。法的に言えば、物質的对象は知的財産権の対象ではない。しかし、無体物の同一性が法によって把握されるのは、物質的对象を通じてである。財産権が無体物に結合する前のある時点で、多種多様な知的財産法制度は、無体物に関してある種の「有形化」を要求している³⁷。ある特定の無体物

は、しかしながら、単にその対をなす具体的な物質的对象の虚空の鏡像であるにとどまらない。書籍や発明品は、少なくとも法的な世界においては、その対をなす抽象的で無形のものとして完全に同一視するものではない。しかし、もし無体物がその対をなす具体的な物質的对象と同一ではないとすると、無体物とは何なのか。1つの答えは、無体物とは、具体的な対象の同一性にとって不可欠な核心をなす構造のことであるということである。この核心構造は、観察者がある特定の物質的对象間の同一性判断を行う際の基盤を形成する。つまり、それは評価規準であって、それによって対象の「同一性」の評価が行われるのである。要するに、無体物とは核心構造のことであり、それは法的アクターが全く異なる物質的对象が同一または酷似のものであるのか、あるいは相互に類似しているのかどうかを判断する過程において用いられるもののなのである。

一般に、さまざまな知的財産権の侵害に関する法制が認めていることは、無体物の全体に満たないものが利用されるケースにおいても、侵害が起こりうるということである³⁸。もちろん、特定の知的財産権の侵害に関する法制は、法域によって異なる。そして、たとえ同じ法域内であっても、一部の知的財産権の分野は、他の分野よりも無体物に対する保護が弱いものになるということは考えられる³⁹。しかし、こうした法域間の差異や知的

有者が法的保護を求めるのである。

³⁸ 英国のコモンローは、早い時期から、同一性の認められる複製とはいいい難いようなものであっても著作権侵害を構成するという立場をとっていた。例えば、*D'Almaine v. Boosey* (1835) 1 Y. & C. EX. 288; 160 E.R. 117 を参照。一方、特許権侵害の場合には、コモンローは「真髄」(pith and substance) 理論を発展させてきた。*Clark v. Adie* (1875) L.R. 10 Ch. App. 667 を参照。著作権侵害が成立するためには著作権のある作品の実質的な部分が利用されるだけで足りるという要件は、現在では、大半の著作権法制において条文化されている。例えば、オーストラリアの1968年著作権法の第14条を参照。原著作物と侵害物との間に要求される類似性の程度は、実際に変化してきたようにみえる。エリザベス女王時代には複製に対する社会の態度がより寛容であったことに関しては、B. Kaplan, *An Unhurried View of Copyright* (New York, London, 1967), 23-24 を参照。

³⁹ オーストラリアにおける一例は、意匠法に見いだすことができる。オーストラリア法改革委員会は、意匠に関して、オーストラリアの裁判所が「侵害に関する規定

³⁶ A. Brennan, *Conditions of Identity* (Oxford, 1988), 6. また、S. Shoemaker, 'Identity, Properties and Causality' in H. Noonan (ed.), *Identity* (Aldershot, 1993), chapter 7 も参照。

³⁷ 例えば、著作権法は、一般に、著作物が有形的な形態をとらなければならないことを著作権の成立要件としている。特許法の場合には、通常、発明が十分に記述されていなければならないことを特許付与の要件としている。意匠法や商標法の場合には、通常、出願意匠や出願商標を図示することを出願人の義務としている。トレード・シークレット法もある意味では、有形性を要件とするものである。トレード・シークレットが何らかの有形的にアクセス可能な形態で存在するからこそ、その所

財産権の分野間の差異にもかかわらず、知的財産法は核心構造という形態の無体物を保護するものであって、その対をなす物質の対象と同一の無体物を保護するものではないというのが、共通してみられる基本的な見解である⁴⁰。

同一性と評価の判断は、知的財産権の侵害に関する問題の中核に位置する。著作権の問題であれ、特許の問題であれ、意匠の問題であれ、商標の問題であれ、裁判官が判断をなす際には、その基本的なプロセスは、2つの物質の対象またはプロセスを比較し、一方が他方の許されない模倣であるかどうかを判断する作業を伴う。裁判官はこの争点に関する判断を事実問題とみなしている。しかしながら、この事実に関する結論を支えるのは、社会的、心理的、観念的要因の動態的な集合体である。判断を下すためには、裁判官は必然的に抽象化のプロセスに巻き込まれることになるが、そのプロセスの中で、裁判官は、同一性判断の基盤を形成する無体物を、あ

を狭く解釈してきたために、登録意匠権者の保護が事実上完全な模倣品に対する保護に限定されてきた」という認識が広範にみられることを報告している。Australian Law Reform Commission, *Designs* (DP 58, Australia, 1994), 94 を参照。

⁴⁰ この主張を例証するうえで有益な裁判例がいくつか存在する。*Francis Day & Hunter Ltd. v. Bron* [1963] Ch. 587 において、裁判所は、ある歌が別の歌の著作権を侵害するかどうかについて判断する必要に迫られた。裁判所は、*Austin v. Columbia Gramophone Co. Ltd.* (1923) Macg. C.C. (1917-1923) 398 at 415 におけるアスプリー裁判官 (Astbury J) の「音楽著作権の侵害とは音符と音符を逐語的に比較するという問題ではない」という意見を支持した。ディブロック控訴院裁判官 (Diplock LJ) は、*Francis Day* 事件 (at 627) において、著作権侵害の1つの要素は原著作物と侵害物とが客観的に類似していなければならないというものであるが、このことは両著作物が同一でなければならないということの意味するものではないとの意見を述べた。著作権の文脈で、シャンド卿 (Lord Shand) は、*Franz Hanfstaengl v. H R Baines & Co. Ltd.* [1895] A.C. 20 at 31 において次のように述べた。「私が考えつくことができるのは、結局、侵害の問題は類似の程度によって決まる、ということしかない。」同様に、特許の分野でも、オーストラリアの裁判所は、特許権の保護が特許の背後にある「実質的な思想」にまで及ぶということを明確にしてきた。*Radiation Ltd. v. Galliers & Klaerr Pty Ltd.* (1938) 60 C.L.R. 36 at 51 におけるディクソン裁判官 (Dixon J) の意見；*Minnesota Mining & Manufacturing Co. and 3M Australia Pty Ltd. v. Beiersdorf (Aust.) Ltd.* (1980) 29 ALR 29 を参照。

えていえば、創出するのである⁴¹。このプロセスが非常に問題を孕んだものとなる理由は、無体物の抽象性は程度問題であって、オール・オア・ナッシングの問題ではないからである。抽象性が生じる程度はさまざまである。例えば、この世界で最後に残された3つのものというアイディアを基礎とする物語について想像してほしい。その3つは国家であれ、民衆であれ、恐竜であれ構わない。これらの物語の具体的な表現は全く異なったものとなる可能性が高い。しかし、抽象化のレベルを十分に高くすれば、それらの物語は等しいものと捉えられる可能性がでてくる。そして、抽象化のレベルが最も高い点では、それらの物語は幾何学的な3点の構造を具体化したもので、そこには点が3つのみ存在し、そのうち2点のみが一行に並んでおり、その列から外れた1点が常に存在するというアイディアに基づいた物語であると主張されるかもしれない。この物語においては、点および列に解釈や定義が与えられ、例えば、そうした点や列がそれぞれアクターや潜在的な同盟国となる。物語をこのような幾何学的な構造にまで還元することは、おそらくいかなる裁判官も選択しないであろう抽象化のレベルである。しかし、侵害事件の場合に避けて通ることのできない同一性の判断をなすためには、何らかのレベルが選択されなければならない。明らかに、もし裁判官が核心構造として高度の抽象化のレベルを選択し、それを自己の同一性判断の基礎に据えるならば、同形のもの、つまりあらゆる種類の同等物が「看取」されるようになり、その結果、侵害が肯定される事例の増大をもたらすことになるだろう。

ここまでの無体物に関する分析が明らかにしたことは、無体物が2つの異なった役割を有しているということである。つまり第1に、無体物が知的財産をめぐるさまざまな関係の対象を形成しており、第2に、無体物が知的財産権侵害訴訟の文脈における同一性判断の基礎を形成しているということである。裁判官が無体物の解釈において有する裁量の程度を決する要因には、2つのものがある。第1の要因は、我々が既に述べたことであるが、さまざまな程度の抽象性が存在するということである。第2の要因は、無体物に関して境界線を引くという因習的な作業が、物質の対象の

⁴¹ 数学の対象における創造的な定義および抽象化の定義の例については、H. Weyl, *Philosophy of Mathematics and Natural Science* (Princeton, 1949), 8-13 を参照。

場合に比べてはるかに困難であるという事実から生じる。不動産は境界を有する。境界というのは因習的な概念である⁴²。境界は社会的、政治的、あるいは軍事的に創りだされたものであるが、現実世界の物質的对象に関連しているために、その有体財産の境界は、いったん決定されると、一定の水準で正確に維持されうる⁴³。知的財産権が対象とする無形の無体物は、物質的对象のように境界線を引くことはできない。それゆえ、ある無体物が、全く異なる物質的对象を一塊のものに分類するために利用されるということが起こりうる。著作権法の下では、例えば、映画は文学作品を複製したものであるといえるし、3次元の作品が2次元の作品を複製したものであるということもできるとされている。つまりここにおいて、全く異なる物質的对象が、知的財産法においては、同一の無体物を模倣しているということを理由に、同一のアイデンティティを共有しているとされうるのである。そうした同一性の判断が拠り所としているのが、関連する判断に対しても同一性の条件を規定する核心構造の存在である。この核心構造は、既述したように、それ自体が司法上の構成物である。核心構造についての創設的な判断は、因習的な判断である。核心構造は、ひとたび配置されると、所定の財産権の物質世界における効力の範囲の外延を決定することになる。

この因習的な判断をなすことがいかに困難であるかということを示すものとしては、著作権およびコンピュータ・ソフトウェア分野における例が有名である。コンピュータ・プログラムの特徴は、同じプログラムの機能を異なるコンピュータ言語で書かれたプログラムによって実現することができるところにある。プログラムの文字的な表現やプログラムの本質的部分に対する保護は、当該プログラムの機能の保護には役に立たない。今では有名な米国における司法上の解決は、プログラムの構造および手順

に対する保護について語ることから着手するものであった⁴⁴。このアプローチが基本的に無体物の抽象性を増大させた結果、コンピュータ・ソフトウェアに関する同一性の判断が非文字的要素にまで及ぶこととなった⁴⁵。このコンピュータ・ソフトウェアの保護が鮮明に提起した問題は、著作権法の他の領域やその他の知的財産法分野においても常に存在してきた問題である⁴⁶。これは、知的財産の同一性判断の基礎をなす核心構造の境界を特定し、決定することに伴う問題にほかならないのである。

無体物の力

前節では、知的財産における無体物の役割について説明を行った。我々はこの中で、当初の関心に戻ることができる。それは、知的財産権がどのようにしてその権利の保有者に対し主権の効果を獲得することを許容するのかというものである。我々は既にこの問いに対する回答のアウトラインを手にしている。なぜなら、財産権というものは、我々が既に論じたように、主権の一形態であるからである。しかし、このことは財産権の形式的な特徴にすぎないのであり、必ずしも権力の特定のパターンや分配に結びつくものではない。我々の関心の対象は、知的財産権がどのようにして個々のアクター間での権力の不均衡を生み出す機能を果たすことができるのかという点にも向けられる。知的財産権は、主権のメカニズムであるだけでなく、社会制度において主権の効果を有するものでもある。以下、本章では、この主張を敷衍し擁護することにしよう。

権力の源のリストが作成されるとすれば、通常、富ないし資本がそのリ

⁴⁴ *Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc.*, 797 F. 2d 1222 (3rd Cir. 1986).

⁴⁵ Whelan 事件以降、米国の裁判所は、ソフトウェアに関連した無体物の境界を狭めるための判断基準の構築に努力してきた。*Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992) を参照。

⁴⁶ 演劇作品が同じような問題を提起してきたことにつき、J. Lahore, *Copyright Law* (Service; Sydney, 1988), para. 9.20.215 を参照。

⁴² 不動産の境界に関する概念的な議論については、T. Steinberg, 'God's Terminus: Boundaries, Nature, and Property on the Michigan Shore', XXXVII *The American Journal of Legal History*, 65 (1993) を参照。

⁴³ 例えば、土地の調査は正確に行われなければならない、というのがトレンス式登記制度 (Torrens system) の要件である。

ストの中に含まれる⁴⁷。だが、無体物はそうではない。資本が重要な権力の源であることは、ほぼ異論のないところである。その分配の程度は、経済的な権力や他の形態の権力が社会においてどこに集中しているのかを評価する場合、考慮に入れるべき要因の1つとなる。それは1つの（しかし単に1つの）権力の尺度である⁴⁸。非人的資本は、通常、生産道具や生産設備として特定される⁴⁹。我々の分析からわかることは、多くの資本財の背後には、生産工程や製品（サービスを含む）そのものが無体物として存在しており、これらが知的財産法を通じて独立の所有と管理の対象となりうるということである。無体物そのものが資本財であり、市場において取引の対象となりうるものなのである。

ゆえに、ここで、無体物とは資本の一形態であるという考え方を提唱することにしたい⁵⁰。知的財産権はこの種の資本の存在を創設するだけでなく、その所有をも決定するのである。我々はこの提案をシュンペーター（Schumpeter）の資本の概念化の延長線上にあるものとして理解することができる。シュンペーターの主張によれば、資本とは、具体的な財貨と同一ではなく、企業家が新たな生産可能性——シュンペーターが「新結合」（new combinations）と呼ぶもの——を開拓するうえで必要とする具体的財貨をその支配下におくために用いる梃子のことである⁵¹。この定義は、企業家が生産財を新たな方向に向け直すためには、生産財に対する支配を許容するものとしての資本が必要となるという考え方を、シュンペーターが発展させる過程で提唱されるに至った。資本とは、シュンペーターの言葉によれば、「購買力のファンデ」（fund of purchasing power）なのである⁵²。

⁴⁷ D.H. Wrong, *Power* (Chicago, 1988), 124-125 を参照。

⁴⁸ 権力の測定に伴うさまざまな難しい問題に関しては、D.A. Baldwin, *Paradoxes of Power* (New York, Oxford, 1989), 24-30 を参照。

⁴⁹ A.A. Alchian and W.R. Allen, *Exchange and Production* (3rd ed., Belmont, California, 1983), 173.

⁵⁰ 無体物が資本の一形態であるという考え方は、知識が資本の基本形態であるという現代の成長理論の想定と類似している。P.M. Romer, 'Increasing Returns and Long-Run Growth', 94 *Journal of Political Economy*, 1002, 1003 (1986) を参照。

⁵¹ J.A. Schumpeter, *The Theory of Economic Development* (Cambridge, Mass., 1949), 116.

⁵² *Id.*, 120.

この理解は、資本とは生産手段に対する統制力のファンデであると言い換えることで、無体物を含むように修正することができる。無体物も製品に対して統制力を発揮するものであって、単なる生産手段を超えたものである⁵³。理想的には企業家が両者を結びつける。現代の経済においては、このファンデがますます無体物で構成されるようになっていく。知的財産法が、このファンデの一部に対する財産権とそのファンデを利用できる者を決定するのである。こうしたファンデに対する統制力が、財産権のメカニズムによって与えられるのである。

知的財産権により創設される無体物が資本の一形態であるという主張は、以下の要素を含んでいる。無体物は価値ある物質的対象へのゲートウェイとして機能する。これらの物質的対象は、生産過程において重要な資本の項目である場合もあれば、ペニシリン、遺伝子組換え生物、種子などの生産過程の最終成果物であって、模倣ができない製品である場合もある。無体物はさらにそれ自体が資本として存在しており、そのような資本とし

⁵³ この無体物の所有者による物的製品のコントロールは、一定の流通行為を含みうる。そのため、例えば、オーストラリアの1963年著作権法の第37条に基づけば、著作権者の許諾なく作品をオーストラリア国内に輸入する行為は著作権の侵害となる可能性がある。並行輸入の規定は、オーストラリアにおいて大いに議論の対象となってきた。例えば、Copyright Law Review Committee, *The Importation Provisions of the Copyright Act 1968* (Canberra, 1988)。Prices Surveillance Authority による調査結果について注82)も参照。アカデミックな議論としては、M.J. Davison, 'The Market for Books: Open or Closed?', 18 *Australian Business Law Review*, 179 (1990); A. Fels and J. Walker, 'The Market for Books and the Importation Provisions of the Copyright Act 1968', 17 *Melbourne University Law Review*, 566 (1990); C. Turner, 'Copyright and Parallel Importation: The Australian Experience and Recent Initiatives', 7 *Intellectual Property Journal*, 149 (1992) がある。輸入禁止権は、特許法にも規定がある。W.A. Rothnie, *Parallel Imports* (London, 1993), chapter 3 を参照。米国著作権の文脈における輸入権に関する議論については、*BMG Music v. Perez*, 952 F.2d 318 (9th Cir.), *cert denied*, 112 S. Ct. 2997 (1992) を参照。R.H. Stern, 'Some Reflections on Parallel Importation of Copyrighted Products into the United States and the Relation of the Exhaustion Doctrine to the Doctrine of Implied Licence', 4 *European Intellectual Property Review*, 119 (1989) も参照。並行輸入一般に関する議論については、W.A. Rothnie, *Parallel Imports* (London, 1993) を参照。

て利用されたり取引の対象とされたりしうものである⁵⁴。

無体物とは資本の一形態であり、したがって権力源の1つであるという考え方は、部分的にはあるが、ヴェブレン (Veblen) の企業の本質に関する理論においてみられる。ヴェブレンの提言によれば、「企業の実質的基礎はその無形資産である。」⁵⁵ この提言の背後にある1つの考え方は、ビジネスの成功にとって極めて重要なものは一定の独占の要素であるというものである⁵⁶。独占の1つの要因が「顧客と名声 (グッドウィル)」である⁵⁷。これらの種類の独占は、ヴェブレン自身この特徴を厳密には記述していないけれども、宣伝に関連している。一見するとどれも似たり寄ったりに見える棒状石けんのような商品間においても、まさに宣伝広告を通じて、取引者はさまざまなレベルの製品の差別化を実現しているのである⁵⁸。

⁵⁴ 財産化された無体物がそれ自体で取引可能なものであるという帰結は、そうした無体物を譲渡可能な人的財産の一形態として分類することから生じるものである。典型的な制定法の規定の一例として、オーストラリアの1968年著作権法の第196条を参照。注34)に掲げた文献の第2章も参照。知的財産権は現代の経済において担保の一形態としてますます重要な役割を果たすようになっている。知的財産権は譲渡抵当 (mortgage) または特殊な担保権 (charge) の対象になりうる。M. Henry, 'Mortgages of Intellectual Property in the United Kingdom', 5 *European Intellectual Property Review*, 158 (1992); S.M. Pollard, 'Aspects of Lenders' Security Over Computer Software', 6 *Australian Intellectual Property Journal*, 80 (1995) を参照。また、かつては単独で取引可能な商品として認識されていなかった商標でさえ、今ではそのようなものとして認識されるようになりつつある。商標の取引の禁止に関する英国の歴史についての司法上の議論として、Re 12 *Applications by American Greetings Corporation to Register the Trade Mark 'Holly Hobbie'* (1984) 1 IPR 486 におけるブライトマン卿 (Lord Brightman) の判決を参照。

⁵⁵ T. Veblen, *The Theory of Business Enterprise* (1904, reprinted New York, 1965), 143.

⁵⁶ Id., 54. ヴェブレンが用いる独占という概念は、供給に対する排他的支配という経済学的に厳密な意味のものではなく、それよりも緩やかな意味のものである。前掲注2) at 54 を参照。

⁵⁷ Id., 55.

⁵⁸ ベイン (Bain) が結論づけたところによれば、特定の市場に参入することを希望する新たな取引者の前に立ちはだかる最も重要な障壁は、製品の差別化である。J.S. Bain, *Barriers to New Competition* (Cambridge, Mass., 1956), 216.

知的財産法は現代のマーケティングにとっては不可欠なものである⁵⁹。商標法がなければ、例えば、広告が多数の市場に現存する高度の製品の差別化を創り出すことはできないだろう。現代のマーケティングの中核にあるものは、消費者を説得し自分好みの製品を選択しているのだと思い込ませるようなイメージの創出である。商標のような無体物はそうしたイメージにとって便利なタグとなる。商標は現代の消費者社会において、もはや単に情報を提供するだけのものではないのである⁶⁰。

ビジネス上の競争に勝ち残っていくために無体物がいかに重要であるかということは、ヴェブレンの資本および資本化の議論において再度取り扱われる。物質的な生産対象に縛られた資本の定義を拒みながら、ヴェブレンが示唆するのは、企業部門において資本化の基礎は「1つの営業体としての企業の収益力」にあるということである⁶¹。この収益力は、グッドウィルによって固体化されるものであるが、このグッドウィルにヴェブレンは、企業の評判、フランチャイズ、商標、特許、著作権およびトレード・

⁵⁹ ヴェブレンは、広告および販売術こそが製造業において「第1位」を占めるであろうと考えていた。T. Veblen, *Absentee Ownership* (London, 1924), chapter XI を参照。W. Kingston, *The Political Economy of Innovation* (The Hague, Boston, Lancaster, 1984), chapters I and II は、経済理論においてマーケティングや知的財産権の役割が一般的に軽視されてきたことを見事に浮き彫りにしている。

⁶⁰ 本書第9章の「財産権優越主義の展開」という見出しの節における商標に関する議論を参照。商標は製品のマーケティングにおいて重要な役割を果たす無体物の唯一のものではない。実在のものであれ、架空のものであれ、著名な人物を利用して製品の宣伝広告を行うことは、今や消費者の忠誠や選好を生みだし獲得するための日常的な方法となっている。人格の商業的利用に関する法は、英米の法域において大きな発展を遂げてきた。またしても、この法的問題の核心部分にあるとされてきたものは、無体物の所有の問題、すなわち多大な人気を博し販売促進力をもつ大衆受けのする人格の所有の問題である。英国およびオーストラリアでの発展に関する議論として、S.K. Murumba, *Commercial Exploitation of Personality* (Sydney, 1986) を参照。米国については、M. Madow, 'Private Ownership of Public Image: Popular Culture and Publicity Rights', 81 *California Law Review*, 127 (1993); S.R. Barnett, 'At a Crossroads: The Right of Publicity in the United States', 160 *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, 5 (1994) を参照。

⁶¹ T. Veblen, *The Theory of Business Enterprise* (1904, reprinted New York, 1965), 137.

シークレットを含めるよう要求している⁶²。企業の生命線は、ヴェブレンの主張によれば、無形の財産の獲得である。無形の財産こそがさまざまな差別的優位性をその所有者に与えるからである⁶³。

ここまでの議論をまとめると次のようになる。所有とは、主権のメカニズムである。この主権のメカニズムが、知的財産の場合、無体物に適用される。無体物とは核心構造のことであり、それは法的同一性の判断にとって不可欠なものである。無体物は資本の一形態であり、それ自体が権力の源として機能する。この権力の源を利用するためのメカニズムが財産権である。しかし、このメカニズムは、無体物に適用される場合、どのようにして主権の効果を有するようになるのだろうか。換言すれば、どのようにして無体物に対する財産権が、社会における個人間の権力の分散ではなく、その集中を促すのであろうか。

その答えの一部は、我々の無体物の性質に関する議論にある。無体物の顕著な特徴の1つは、それらが曖昧で未確定の対象であるというものである。無体物の境界は、リーガル・エリートによる同一性の判断に依存している。こうした判断は脆弱な因習に基づく判断であり、瓦解しやすいものであって、特定の利益団体の影響を容易に受けやすい。その結果、そうした判断は、本来その目的とされていたはずのより広範な、より拡散した社会的利益に奉仕しなくなる。これらの無体物がその他多くの種類の資本資源へのゲートウェイであるという事実は、個々のアクターがそうした無体物を蓄積する強い動機を与える。さらに、無体物の曖昧な性質は、財政的に恵まれたアクターが、これら無体物の同一性に関する因習的な判断を自己に都合のよいように変えるインセンティブを与える。そのようなアクターは、無体物の曖昧さを利用して、自己のために資本移転を獲得することもあるかもしれない。彼らには、関連する無体物の範囲についての因習的な法的判断を変更するという方策が存するからである。そのようにして、財政的に恵まれたアクターはさらに強力な資本資産を手に入れるのである。

法が、例えば、特許適格対象の範囲を拡大したり、植物新品種の権利の

ように立法で新たな形態の無体物を創出したりすることによって新しい無体物を創設するたびに、かかる法は事実上、資本を創造しているのである。しかし、この種の資本が有している危険は、それがごく僅かな選ばれた人々にとって巨大な権力資源として機能する可能性があるということである。すべての無体物が権力を創出する効果をもつわけではない。著作権の保護を受ける芸術作品や詩を生産することが、著作者の権力基盤の強化につながることはおそらくないだろう。しかし、無体物の中には、一般に相当程度ないし普遍的な依存性が認められる資源に関連した種類のものも存在する。いったん法が、遺伝子、種苗、化学合成物、治療方法のような資源に関わる無体物を創りだすと、その法は一定のレベルを超えて集団が依存している資源を私的に所有することを可能にするのである。経済学者にとっては、この種の資源に対する無体物の創出は、それがそのような権利のコストを上回る真に動態的な効率性の増加をもたらすのであれば、正当化されることになる。しかし、ここでは検討を要するより広範な影響が存在し、しかもそれは経済学の規準では測定が困難なものである。そして、まさにこれが、所定の社会制度において権力の分配に及ぼす効果として、無体物が有しているものなのである。

資源の中には、我々がつい先ほど述べた資源のように、多くの人々が依存しているものがある。我々は、いったん無体物がこれらの資源へのアクセスを統制するようになった場合、資源の依存関係に形式的な法的に制定された人間的な依存関係が付加されることを論証した。農家が、作物を植えることができるかどうかということは、植えるための種をもっているかどうかにかかっている。これを我々は物的な依存関係と呼ぶことにしよう。もしこれらの種が今では特許権または植物新品種の権利の対象であるとすれば、農家がこれらの種にアクセスしうるか否かということは、その無体物の所有者が許可するかどうかにかかっている。人間的な依存関係が物的な依存関係に付け加えられたのである。人と人の依存関係の性質は、次のように広く特徴づけることができる。すなわち、BがAに依存しているといえるのは、BがAとの関係を断つと、Bの1つ以上の利益に望ましくない影響が生じるので、Aとの関係を断つことができないと、Bが信じている場合である。

人と人の間の依存関係はさまざまな形で起こりうる。依存関係がAとB

⁶² Id., 139.

⁶³ Id., 139-143.

との間に存在する場合、1つの予想される帰結は、BがAからの強制（coercion）の主張に直面するだろうというものである。最も一般的な形態の強制の主張は、AがBに対してxをするよう強制しているとされる状況である。強制の理論は、そうした主張が真に強制力を有するいえる条件を特定しようとする⁶⁴。強制の理論において一般に賛同を得ている1つの見解は、強迫（threats）が強制的であるということである。これに比べるとはるかに論争の対象になっているのが、申込（offers）は強制的なものともみなすことができるのか、また、強迫と申込を区別するために用いるべき正しいテストとはどのようなものか、ということである⁶⁵。この論争を追いかけることは、ここでの目的にとって必要なことではない。ここでは、我々は単に、依存関係が信憑性のある強迫を行うための必要条件を創出するという直観的に妥当な主張をしたいだけである。強迫が依存関係の文脈で行われる明確な例は、Bが治療のために医者Aに依存しており、Aも治療を行う義務を負っているにもかかわらず、AがBに対し、x（例えば、Aにもっと多くのお金を支払うこと）をしない限り治療を止めることを申し出るような場合である⁶⁶。AがBに対し、ある依存関係の文脈においてxをさせようとする試みが、強制の主張に該当することになるかどうかは、申込についてどのような立場をとるかによって左右されるだろう。人によっては、申込、少なくとも一部の申込は、強制的なものではないという見方をするかもしれないからである。しかし、強制の主張には、少なくとも強迫が含まれることは明らかである。以上を要するに、依存関係が強制の主張を実行可能なものにするのである。依存関係が、AのBに対する「強迫力」の利用を許容する条件を創出するのである⁶⁷。Aがこの力を利用しようようになるためには、Aは何らかのメカニズムを利用しなければならない。財産権はそうしたメカニズムの一例である。

あらゆる種類の財産権は、少なくとも潜在的に、人間的依存関係を創出

する。明らかに、多くのものが財産権の対象に依存している。財産権の対象が無体物であり、その関連する資源が相当程度または普遍的な物的依存の対象である場合、権力の分配について2つの帰結が生じる。1つは、新種の強迫力が出現するということである。こうした帰結が生じる理由は、既にみたように、無体物に係る財産権の創出が人間的依存関係を生みだし、こうした人間的依存関係が無体物の所有者が強迫力を行使するために必要な条件を生み出すからである⁶⁸。これらの無体物が多数の人が依存している資源と関連する場合、その強迫力の範囲は広範なものといえることができる⁶⁹。無体物を基盤とした力の範囲は、潜在的には全世界に及びうるものである。それは確実に国境を越える力である。1984年にオーストラリアが国際的な特許制度における自国の立場を検討した際、そうした特許制度から撤退することに伴う主要なコストとして考慮したものは、同国が技術の輸入国として直面するであろう強迫力であった⁷⁰。

社会制度において無体物に係る財産権の創出が強迫力にもたらす第2の帰結は、この種の広範な力が社会制度において偏在しがちであり、ますますその傾向が強まっているということである。このことは、分析的な帰結ではなくて、現代の経済的生産の性質に由来するものとして経験的に蓋然

⁶⁸ この権力の行使は、少なくとも法の支配と私有財産権を承認する社会制度の存在に依存している。無体物に基礎をおいた権力は、極めてルール基底的で構造依存的な権力形態である。構造主義的な権力の説明を支持する人々と個人主義的な権力の説明を支持する人々の間で論争がある。K.M. Dowding, *Rational Choice and Political Power* (Aldershot, 1991), 5-8 を参照。本書における我々の立場は、ここではその論証は省略するが、権力への構造主義的アプローチか個人主義的アプローチかという二者択一的な問題設定は、進むべき有用な方法ではないように思われるというものである。構造は、一部の権力類型の創造、定義および維持にとって不可欠なものである。権力はこれらの構造を通して行使される。これらの構造の内部で作用する個人は、権力を有しているというよりも、むしろさまざまな社会的メカニズムを通して権力を利用する手段を有しているのだ。

⁶⁹ 広範性は権力の1つの特徴である。B. De Jouvenel, 'Authority: The Efficient Imperative' in C.J. Friedrich (ed.), *Authority* (Cambridge, Mass., 1958), 159 を参照。

⁷⁰ *Patents, Innovation and Competition in Australia* (Industrial Property Advisory Committee, Australia, 1984), 17.

⁶⁴ A. Wertheimer, *Coercion* (Princeton, New Jersey, 1987), 5 を参照。

⁶⁵ Id., chapter 12.

⁶⁶ 類似のケースにおいて申込に当たるといえる場合の議論として、Id., 207-208 を参照。

⁶⁷ K.E. Boulding, *Three Faces of Power* (Newbury Park, London, New Delhi, 1989), 25.

性をもって示しうる帰結である。第2の帰結が経験的に起こりえると考え理由は、我々のマルクスと無体物に関する議論にまで遡る。そこでわかったことは、マルクスが技術は新たな世代となるたびに以前にも増してより大きな投資費用がかかると考えていたということである。科学的生産は、マルクスが正確に予見したように、以前にも増してより重要なものになり、より費用がかかるものになる性質を有している。競争の圧力の下で、資本家はこの投資費用を負担する必要に迫られるだろう。1つの好例が金属の製造である。鉄および鋼の製造は、何世紀にもわたって試行錯誤のプロセスであり、その進歩は十分な数の物質の組合せをテストすることができるかどうかにかかっていた⁷¹。いったん使用されている技術の背後にある化学プロセスが理解されれば、その技術は以前にも増してより優れた製品を生産することに応用できるようになった。科学は自ら商業的および軍事的に有用であることを証明したために、産業は科学者を以前にも増して組織的に利用し始めるようになり、やがて産業研究所 (industrial laboratories) という形をとるようになった⁷²。化学および鉄鋼産業は、初期の科学的専門技術のリクルーターの1つであった。

「1916年から1945年までの期間、年間特許付与件数は化学や物理のような科学知識の応用に基礎をおいた分野で急激に増加したのに対し、経験的、実用的知識や機械的な創意工夫に基礎をおいた分野では、相対的に緩やかな増加にとどまった⁷³。」

この例が明らかにしているのは、ある種の無体物の所有が、高水準の科学的能力のみならず大規模な資本投資をも必要とするということである。斬新な科学分野では、関連する無体物の所有が、ほんの一握りの資金力に恵まれたプレーヤーにのみ門戸が開かれているということがあるかもしれない。そして、これらの無体物が普遍的に重要な資源へのゲートウェイである場合、こうした無体物の所有者は巨大な強迫力を手に入れることにな

る。1区画の土地の所有者と救命薬について特許を所有する製薬会社はいずれも、自ら自由に使える主権のメカニズム (財産権) を有する者である。形式的には、両者は関連する他者と一対一の地位の関係にあるが、無体物の承認 (薬の特許) を通じて人的な依存関係が創出される結果、製薬会社のほうがはるかに大きな強迫力を利用することができることになる。製薬会社の場合にのみ、財産権に係る主権のメカニズムが主権の効果を有するのである。ある種の無体物に財産権を宣言することは、巨大な強迫力をその所有者に集中させることにつながるのである。

無体物に基づく強迫力の道徳性は、本章が取り組んでいる問題ではない。本章の主要な目的は、無体物に対して財産権を認めることが、主権の効果という代償を伴うということを示すことである。すなわち、広範な権力、ひょっとすると世界的な権力が、科学的、技術的能力や資本資源の優位性によって、普遍的な依存性が存在する資源である無体物を財産権のメカニズムを通じて掌握することができる一部の人々の手に集中することになる可能性が高い、ということである。

このような形で一部のアクターの強迫力を増大させることに対する反応は、さまざまであろう。それがどの程度、問題であるかは、明らかにその属する政治的伝統のタイプによって左右される。一部の共和政の伝統は、エリート的手中に世界的な強迫力が集中することに懸念を示すだろう。そうした強迫力は、社会が共和政の自由の理想を、つまり国民が自由社会の一部であって、法の支配によって守られた固有の利益を有しているといった理想を実現することをより困難なものにすると考えられるからである⁷⁴。共和政論者にとって、消極的自由の理想は集団に根差しているため、どのようなメカニズムであれ、集団において強迫力の分配に極端な差異を生み出すメカニズムは、批判的に捉えられるであろう。リバタリアンの中には、無体物に基礎をおいた強迫力の存在についてもっと楽観的に捉える者がいるかもしれないし、ひょっとすると、それを強迫力とみなすことさえしない者もいるかもしれない。ノージック (Nozick) は、ロックの但書について論じる中で、ある医学的に有益な物質を発見し、その全供給量を専有

⁷¹ N. Rosenberg, *Technology and American Economic Growth* (New York, 1972), 120.

⁷² N. Rosenberg and L.E. Birdzell Jr., *How the West Grew Rich* (New York, 1986), 247.

⁷³ N. Rosenberg, *Technology and American Economic Growth* (New York, 1972), 118.

⁷⁴ 共和政の理念に関する議論として、J. Braithwaite and P. Pettit, *Not Just Deserts* (Oxford, 1990), chapter 5 を参照。

する人は、もし彼の発見がなければ他の人は誰もその物質を発見しなかったであろうから、他者の状況を悪化させるものではない、と述べている⁷⁵。ノージックは、特許権の効力についても同様の指摘をしている。つまり、特許権の対象は特許権者の努力によって初めて誕生したのだから、特許権は他者からその対象へのアクセスを奪うものではない、というわけである⁷⁶。

ここで、A（1社ないしは2～3社の製薬会社）がB（1ないし複数の発展途上国）に対し、もしBがx（ペニシリンのような救命薬に対してもっと多くのお金を支払うこと）をしなければ、Aはt（特許ライセンスの取消、Bに対する技術情報やノウハウなどの供与の拒絶）をするつもりであると申しでるような場合を想定してみよう⁷⁷。前述した我々の分析の観点からは、これは依存の状況であり、そのような状況においては強制の主張が確実に実行可能となる。しかし、ひょっとするとリバタリアンの中には、Aが行使をしている強迫力など何ら存在しないと主張したい者がいるかもしれない。そうした見解は、黙示的に、消極的共同体を措定していると理解して間違いないだろう。問題の物質は、万人にその所有が開かれており、その中にはAも含まれている。財産権は、大雑把にロック流とみなせる理由に基づけば（より厳密に言えば、ロックの労働理論に関する1つの解釈に基づけば）、当該物質に対して高度の不可侵性を認めることになるだろう。これに、特許権は誰からも関連した物を奪わないのでロック的但書に違反しないという見解が組み合わされると、上記の場合にAが強迫と申込を区別する道徳性テストを満たすことが認められるかもしれない。道徳性テストは、単純に、Aが申込と強迫のいずれをなしているかは、Aが道徳的にどのような行為義務を負っているのかによって決まる、とする⁷⁸。

⁷⁵ R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (Oxford, 1974), 181.

⁷⁶ Id., 182.

⁷⁷ 製薬会社が特許を国際的な規模で共謀の道具として利用していることに関しては、P.M. Costello, 'The Tetracycline Conspiracy: Structure, Conduct and Performance in the Drug Industry', 1 *Antitrust Law and Economics Review*, 13 (1968) を参照。

⁷⁸ ノージックは、この道徳性テストについて重要な議論をなしている。R. Nozick, 'Coercion' in S. Morgenbesser et al. (eds.), *Philosophy, Science, and Method* (New York, 1969), 440 を参照。

もしAが道徳的にその薬をBに提供する義務を負っていないのであれば、Aは申込をしているにとどまることになる。（もちろん、申込の中には強制的であると論じるものもありえようが、そのことはここでの説明の目的にとって重要なものではない。）リバタリアンは、消極的共同体の状況下では、Aは自己が発見した薬を取得する権利を有しており、財産権は他の種類の権利に対してある種の辞書的な優位性を享受するために、価格についてAはBに対して何の義務も負うものではないと論じるかもしれない。我々は、すべてのリバタリアンが上記の事例をこのように論証するだろうか、無体物の強迫力をこのように考えるだろうと主張しているのではない。むしろ我々が明らかにしたいことは、無体物、財産権、強迫力についてなされるさまざまな関連づけや推論が、共同体の性質のようなより深い前提に依存しているということである。明らかに、一種道徳的な財産権優越主義に与するリバタリアンが、この種の財産権の行使に基づく活動を強制的とみなす可能性は極めて小さいといえるだろう。

無体物の財産権に基礎をおく強迫力は、法に依存した権力の一形態である。既に指摘したように、法が無体物を創設するのである。このことは、ある意味では、強迫力を脆弱な権力形態にする。というのも、その強迫力は法規範の受容やそれらの規範を支持する執行メカニズムの有効性に依存するからである。しかし、まさに強迫力が法に依存しているからこそ、それが強迫力の一形態であると認識することが困難となるかもしれない。法と密接不可分である強迫力は、その正当性を法それ自体から導くために、ひょっとすると社会が創出し、促進しようと目論むには最も危険な種類の権力であるかもしれない。こうしたことが起こる危険性は、無体物に基づく強迫力が財産権のメカニズムと結びついているために、一層深刻なものになる。繰り返しになるが、自由主義のイデオロギーにおいて財産権は最も重要な権利であるため、この種の強迫力は大部分が無批判に受け入れられるか、当然視されるか、あるいは強迫力とさえみなされない可能性が高い。いわば法の権威がこの種の強迫力を覆い隠すのである。

無体物に基づく強迫力が機会主義的なアクターの手中に収められるとき、あらゆる種類の経済的、社会的危険が生じる可能性が極めて高いものとなる。そのリベラリズムの擁護において、ハイエク（Hayek）は、自由主義的経済と集散主義的経済を区別し、前者が競争の存在を所与とする点

をその相違点として指摘している⁷⁹。ハイエクにとって競争の主たる美德は、競争が、誰であれ個人が社会において権力を保持することができる範囲に制限を課すところにある。集産主義的経済計画が危険である理由も、それが計画立案者に与える権力の大きさにある。いわく、「すべての経済活動を支配する人は誰でも、我々のすべての目的に対する手段を支配するため、必然的に、どの目的を満足させ、どの目的を満足させるべきでないかを決定することになる。そして、まさにこのことこそが問題の核心をなす。」⁸⁰ ほとんど同じことが、世界的な私的な統治者がなそうとする計画についても妥当する⁸¹。国家がある財産権の形態を創設し、もって私的な統治者が巨大な強迫力を利用することを可能にすることは、危険な戦略に乗り出すことを意味している。なぜなら、それにより、私的な統治者の市場を規律し、反競争的な計画を立てる能力が増大するからである。私的な統治者は、集産主義的な統治者と同様、競争的な計画ではなく、反競争的な計画を立てる可能性が極めて高いのである⁸²。

⁷⁹ F.A. Hayek, *The Road to Serfdom* (London, 1944).

⁸⁰ Id., at 68.

⁸¹ 制度派経済学派の論者は、資本主義経済における集権的計画の私的形態という概念をその研究テーマにしている。簡単にいえば、制度学派は、権力を市場の中に見だし、権力を市場構造の産物として描写する新古典派経済学モデルに満足しない。制度学派にとって、より現実的な経済像は、市場を権力を保持する集団の産物として、とりわけ経済の企業部門にいる人々の産物としてみなす場合に得られると考えられている。Prices Surveillance Authority, *Inquiry into Book Prices: Final Report* (Canberra, December 1989); Prices Surveillance Authority, *Inquiry into the Prices of Sound Recordings* (Canberra, December 1990); Prices Surveillance Authority, *Inquiry into Prices of Computer Software: Final Report* (Canberra, December 1992) を参照。

⁸² 無体物を利用して市場を規律したり市場秩序を維持したりする形態には、多数のものがある。並行輸入を禁止することは、「市場秩序維持」の1つの形態である。オーストラリアでは、並行輸入の禁止によって生じる経済的な影響を論証する多くの文献の蓄積がある。Prices Surveillance Authority, *Inquiry into Book Prices: Final Report* (Canberra, December 1989); Prices Surveillance Authority, *Inquiry into the Prices of Sound Recordings* (Canberra, December 1990); Prices Surveillance Authority, *Inquiry into Prices of Computer Software: Final Report* (Canberra, December 1992) を参照。

結 論

リベラリズムにおいては、個人が大規模な保有財産を取得することにより、権力をも手にし、他者にとって危険な存在となるといった可能性が指摘されることは少ない。しかし、社会が無体物に財産権を創設すると、その社会は広範な強迫力が少数の者の手に集中するという事態に直面する可能性が高くなる。このような結論が導かれる論拠は、財産権とは主権のメカニズムであるという命題に存する。この主権のメカニズムが無体物と関連して作動すると、社会制度における強迫力は劇的に増大する。このことが生じる原因は、無体物が資本の一形態であり、他の資本、とりわけ他者が依存している資本へのゲートウェイであるからである。財産権のメカニズムは、かかる資本形態の周辺に形成される依存関係から生じる強迫力を、財産権の所有者が利用することを許容するのである。

無体物が資本の一形態であり、そうした無体物が強迫力の形成や行使と結びついていると示すことは、そのような資本の分配の問題を惹起する。この種の資本が法を通じて創設されるため、国家やその法の創造者はそうした資本の分配において極めて重要な役割を果たすことになる。それでは、そのような無体物の分配に対して、いかなる制度編成を構築することが適切となるのであろうか。次章では、この問題に対する回答として考えられるものの1つを探索することにした。