



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	A Philosophy of Intellectual Property (8・完)
Author(s)	Drahos, Peter; 山根, 崇邦//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 43, 219-261
Issue Date	2013-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/55084
Type	departmental bulletin paper
File Information	43_08.pdf



A Philosophy of Intellectual Property (8・完)

Peter DRAHOS

山根 崇邦(訳)

一目 次一

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（以上、第39号）

第8章 情報の正義（以上、第42号）

第9章 知的財産権：プロプライエタリヤニズムへの異論と道具主義の擁護

プロプライエタリヤニズムの信条

プロプライエタリヤニズムの実践

プロプライエタリヤニズムへの異論

道具主義に向けて

特権に付随する義務

結論（以上、本号）

第9章 知的財産権：プロプライエタリヤニズムへの異論と道具主義の擁護

どのような態度をとるかということは、アプローチに影響を及ぼす。この最終章では、我々が知的財産権の正当化、形成、拡大、執行の問題や理論にアプローチする場合、財産権優越的な態度ではなく、道具的な態度をとるべきだということを論じる。

本章は、知的財産権の一般理論を提示しようと試みるものではない。か

りにそのような一般理論を構築するとすれば、それは、多数の学問領域にまたがるものにならざるをえないだろう。というのも、知的財産権が扱う対象は、情報、権利、経済成長、権力と広範にわたり、さらにそこに知的財産権の全ストーリーの一部を構成するサブプロットが加わるからである。このことは、知的財産権の一般理論をして、倫理学、政治哲学、経済学、社会学、法理論の分野にとって理論化を試みるべき格好のターゲットとなる。このため、知的財産権に関する統合された多元的な理論を満足いく程度に具体化することは、大変な仕事となる。また、そもそも、知的財産権のスーパー・セオリーを構築しようとする自体、疑われて然るべきものであるかもしれない。ポスト・モダンの信奉者は、そのような理論を、財産権に関する伝達不可能なもの——客観的事実や関係——を伝達しようとする無益な試みとみなすかもしれない。彼らは、財産権とは、制度の骨組みのようなものであり、それは、歴史的にも文化的にも偶発的に発生するとともに、時の経過の中で不断に再構成される関係の集合を隠蔽するために用いられるものである。したがって、現実には、財産権について本質主義的な真実など存在しない、というかもしれない。

この種の懐疑論は、規範理論や政策展開をなそうとする人々や、知的財産権の理論的な発展の方向性について肯定的な論調で書物を締めくくろうとする人々を暗鬱とした気分させる。本書は、こうしたポスト・モダンの信奉者の懐疑論を心に留めながらも、知的財産権の理論の構築が進むべき一定の方向性を示唆しなければならないのである。ここではまず、否定的な場合から始めよう。知的財産権の理論が発展すべきでない1つの方向性は、プロプライエタリアニズム (proprietaryism) によってその理論を基礎づけることである。このアプローチの危険性が高まるのは、それが形式的な合理性の様式で機能する法制度と組み合わせられる場合である。反対に、肯定的な場合というのは、知的財産権に対して道具主義的な態度をとるべきであるという主張から始まる場合である。ここでいう道具主義的な態度とは、大まかにいえば、知的財産に対する権利についての議論は、特権の議論に置き換えられるべきだという考え方である。そこでは、知的財産の特権には、特権の行使を制限する義務が必然的に含まれるということが主張されるだろう。

プロプライエタリアニズムの信条

プロプライエタリアニズムは、自然権をその中心に据えるような正義論を指称するものとして用いられることがある¹。ロックは、第3章でみたように、こうした伝統の古典的な代表例であり、近年では、ノージックがもう一人の例である。権利の自然性を主張する理論には、2つの際立った特徴が存在する。1つは、これらの権利が、社会以前に、また制度以前に存在するものであるといわれることである。それらの存在論的な地位に関する正確な詳細は、それに付随する形而上学が、例えば神学的なものなのか、非神学的なものなのかによって異なる。第2の重要な特徴は、ノージックの言葉を借りれば、これらの権利が政策決定に対する制約として機能するということである。このことが意味するものは、そうした権利が道徳的に許されることの限界を永続的に設定するということである。こうした見解に基づけば、権利とは一種の固定されたものとなる。一定のよりよい結果が得られるということを理由に、権利を移転することは許されない。したがって、1つの典型例を挙げるとすれば、単に公衆により多くの幸福をもたらすというだけでは、無辜の個人の自由を侵すことは許されないのである。

こうした自然権を基底としたプロプライエタリアニズムは、本章の分析対象ではない。本章にいうプロプライエタリアニズムとは、もっと広い意味を有する。その主な特徴は、財産権に対して根本的かつ堅固な地位を与える点にある。つまり、財産権には他の種類の権利や利益に比して優先的な順位が与えられるのである。こうした財産権の根本的かつ堅固な地位を正当化するために援用される議論は、さまざまである。例えば、権利基底的なプロプライエタリアニズムの立場は、自然権という考え方や、財産権とは根本的な背景的権利であるという考え方に依拠してきた²。しかし、他方で、プロプライエタリアニズムは、帰結主義の枠組においても同様に支持されるものである。プロプライエタリアニズムとは、非常に多様な道徳理論の文

¹ P. Pettit, *Judging Justice* (London, 1980), 75.

² 背景的権利と制度的権利の区別については、R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London, 4th impression, 1984), 93を参照。

脈において支持されうる考え方なのである。財産権に関するベンサムの見解は、このような分析を如実に例証するものである。他の一貫した功利主義者と同様に、ベンサムは、自然権という考え方を否定し、したがって、自然権としての財産権という考え方についても否定する。しかしその一方で、ベンサムは、「国家は、財産権に対する不可侵性を尊重することなしに、豊かになることはできない」と信じている³。

ベンサムは、その功利主義の枠内において、財産権に根本的な尊重を与える十分な理由を有している。ベンサムは明らかに、効用原理を指針とする人々が、富める人々の財産権を分配を目的として侵害することも、もしそれが結果として全体の幸福の増大をもたらすのであれば、正当化しうると考えるはずだということを理解している。財産権の侵害の背後にある目的は、何も崇高なものである必要はない。略奪行為であっても、もし大多数の人々が従事するのであれば、おそらく大きな一時的幸福を生み出すであろう。しかし、この種の行為を正当化する規範理論が、ほとんど真剣に受け止められることのないことは明らかである。そこでベンサムは、財産権の不安定化を避けるための方法として、理想的な立法者は、生存や安全という目的を、富や平等という目的よりも上位におくはずであると主張した。ベンサムにとって安全とは、そのほとんどが、通常の社会相互関係において、人々が他者の行動に対して有する期待は裏切られないということの意味する。ベンサムの安全と法に関する議論によれば、法には二重の役割が割り当てられている。第1に、さまざまな期待の形成が法を通じて行われるということである。第2に、法はこれらの期待を安定化させ、保護するというものである。ベンサムにとって、財産権とはもっぱら法の産物である。つまり、「財産権と法はともに生まれ、ともに死ぬ」のである⁴。財産権が創出し、制度化するさまざまな期待は、社会の幸福にとって不可欠なものである。なぜなら、こうした期待は人々に労働をする理由を与えるからである。ロックと同様、ベンサムは、人々は労働に駆り立てられる必要があり、財産権は「労働に対する自然な嫌悪感」を克服するために必

³ J. Bentham, 'The Theory of Legislation' in C.B. Macpherson (ed.), *Property* (Toronto, 1978), 41-48, 55.

⁴ Id., 52.

要とされるものであると考えていた⁵。財産権を与えられることで、人々は労働に対するインセンティブをもち、産業が繁栄することになる。反対に、もし財産権がなければ、「産業の衰退」が起こるだろう⁶。このため、財産権は不可侵の尊重に値するとベンサムは結論づけるのである。このように財産権と不可侵性とを結びつけることは、プロプライエタリアニズムの信奉者であれば誰であれ喜ぶようなアプローチである。そして、これこそが、財産権をして他の権利や利益よりも上位におき、堅固なものとするアプローチなのである。

ここまで本書が説明してきたようなプロプライエタリアニズムは、真実の意味での財産権の理論ではない。むしろそれは、そのような考え方の支持者をして財産権原理主義へと傾倒させるような信条や態度であるといった方がより正確であろう。規範理論内での帰結は、財産権の利益に対して絶えず道徳的な優越性が付与されるということである。それが知的財産法に及ぼす影響については、次節のテーマであるが、ここではまず、本書にいうプロプライエタリアニズムが有する他の2つの特徴について触れる必要がある。プロプライエタリアニズムもまた、何らかの形で財産権に関するファースト・コネクション理論を支持する。ファースト・コネクション理論の一般的な定式化は、次のようなものである。すなわち、経済的価値を有する客体や経済的価値を生み出す活動に最初に関係をもった者は、その客体や活動に対する財産権を取得するというものである。ここでは、財産権は抽出する権利として考えられているといえることができる。つまり財産権は経済的価値を抽出ないし専有する権利だというわけである。このファースト・コネクションの本質は、境界を設定する個人の行為となって現れる。ロックの比喩的な言葉でいえば、財産権の客体に対するファースト・コネクションを確立するための、自己の労働を混合するといった個人の行為があるに違いない。ヘーゲルの言葉を借りれば、ファースト・コネクション理論とは、人格が何らかの方法でその所有したいと思う客体に最初に刻み込まれることを求める要件である、といえるかもしれない。比喩の程度を緩やかにすれば、ファースト・コネクション理論とは、一定の支配行

⁵ Id., 53.

⁶ Id., 55.

為を要求するものである。こうした支配行為が生じる最も一般的な方法が、先占行為である。動物を罠で捕えること、鯨をもりで突き捕獲すること、植物新品種を発見すること、海底を採掘すること、海底の土地や資源を発見すること、人工衛星を軌道に乗せること、ペニシリンの派生物を合成すること、遺伝子を突き止めること、電磁波スペクトルを使うこと、これらはすべて先占ルールの下で財産権を生じさせる支配行為の例である。

プロプライエタリヤニズムを決定づける特徴の最後のものは、消極的共同体に対する信念である。本書のロックに関する議論に基づけば、このことが意味するのは、プロプライエタリヤニズムの信奉者は、すべての事物が原始的には消極的コモンズの状態で存在するという立場をとるということであるといえよう。つまり、すべての事物は誰の所有物でもないが、それを所有する権利はいかなる個人にも開かれているということである。我々は、本書にいうプロプライエタリヤニズムの概念について、次のようにまとめることができる。プロプライエタリヤニズムは中核となる3つの信念から構成される。それらは、財産権が他の権利や利益よりも道徳的に優越するという信念であり、ファースト・コネクション理論に対する信念であり、消極的コモンズの存在に対する信念である。プロプライエタリヤニズムの信奉者とは、最初に経済的価値を生み出す活動は必然的に財産権を形成し、かつ、この世のあらゆる事物がそうした活動の対象となりうるものであり、そこには限界はないと信じる人々のことである。また、プロプライエタリヤニズムとは、占有をした者がすべてを手に入れるべきであり、財産権の特権は共同体の利益よりも勝るべきであり、世界とそこに含まれる事物は財産権に開かれている、という信条である。これは、最も強力なタイプのプロプライエタリヤニズムであり、いかなる道徳理論といえども、少なくともリベラリズムの範囲内においては、これと結びつくものはない。しかし、本書において示唆してきたことは、こうしたプロプライエタリヤニズムが、帰結主義および非帰結主義のいずれの枠組においても受容されうることである。本書ではこれ以上、この問題について立ち入らないけれども、おそらくそれは、個人主義の思想と強く結びついていると思われる。

哲学的なレベルにおいては、上述したような強力なタイプのプロプライエタリヤニズムを擁護する者を見つけることは困難である。ロックがその一例であるかどうかは、ロックの著作の解釈によって決まる。だが、ロック

は積極的共同体の支持者であったというタリーの主張（第3章を参照）によれば、ロックは強力なプロプライエタリアニズムの信条の支持者たりえないことになる。もっとも、ロックは明らかにファースト・コネクション理論の支持者であり、したがって、何らかの弱い意味でのプロプライエタリアニズムの信奉者であったということはできるかもしれない。いずれにせよ、我々の目的は、本書のプロプライエタリアニズムの定義を用いてさまざまな歴史上の人物をフィルターにかけることにはない。我々が主張したいことは、プロプライエタリアニズムがこれまでの知的財産法政策の展開とその方向性に浸潤してきたということである。こうした嫌疑をかけるには、一定の例証が求められるが、そうした要求に応える試みが次節の課題である。

最後に指摘しておく必要のある点は、プロプライエタリアニズムと資本主義イデオロギーとの結びつきについてである。プロプライエタリアニズムが知的財産権に影響を及ぼす主たる因子となっているという主張は、他のいくつかの問いを引き起こす。例えば、なぜプロプライエタリアニズムが優勢なのか。プロプライエタリアニズムは誰の利益に寄与するものなのか。これらは重要な問いではあるが、ここでの考察の範囲を超えるものである。求められている解答は、因果関係についての説明的なものだからである。1つの解答のスタイルとしてイデオロギー理論を利用したものがあるが、満足できるものとはいいいない⁷。本章は、プロプライエタリアニズムの興隆について因果的な説明をなすことはしない。それは明らかに別個の取扱いを必要とする問題である。我々が本章において取り組む問いは、規範的なものである。つまり、我々は知的財産権においてプロプライエタリアニズムを擁護すべきであろうか。それとも、我々はプロプライエタリアニズムを別のものに取って替えるべきであろうか。後でみるように、我々が提示する代替案は道具主義である。しかしまずは、現に進行中のプロプライエタリアニズムについて、いくつかの例を挙げる必要があるだろう。

プロプライエタリアニズムの実践

プロプライエタリアニズムが世界の知的財産法政策に対して主要な規範

⁷ J. Elster, *Making Sense of Marx* (Cambridge, 1985), chapter 8 を参照。

の影響力を及ぼしているものであることを示すことは、経験的な主張であり、しかも、かなり大きな主張となる。その裏づけのためには、壮大な比較法的考察が必要となる。ここでこうした考察を行うつもりはない。本節では、単に、知的財産法において現在進行中のプロプライエタリアニズムの例をいくつか提示する。これらの例は、上述の主張を検証するものであれば必要となる、広範な比較法的考察を代替することを意図するものではない。

そして、留保を付すべき点がもう1つ存在する。プロプライエタリアニズムは、発展途上の信念である。このことは、プロプライエタリアニズムがいまだ知的財産権のすべての分野において幅をきかせるには至っていないということを意味する。しかしながら、プロプライエタリアニズムは、知的財産の生産について考える範囲内では法的、イデオロギー的優位性を獲得しつつある。本書がプロプライエタリアニズムというラベルを付けた、特徴的な規範的信念の中核となる考え方に焦点を当てることで、知的財産権のさまざまな分野における多様な変化の中に1つのパターンを見いだすことが可能となる。本書がプロプライエタリアニズムの特徴として特定した信念は、無体物の個人所有を増大させるというパターンに帰着する複雑な因果のプロセスと深く関わっている。このパターンがすべてというわけではなく、それぞれの場面ごとにさまざまな形態をとる。プロプライエタリアニズムの信念は、必ずしも知的財産権の現在の政策決定のすべてを説明するものではない。少し後でみるように、裁判官の中にはプロプライエタリアニズムに反対する者も存在する。プロプライエタリアニズムを支持することを拒む者がいるということは、驚くに値しない。知的な流行も、他の流行と同様、すべての人々に受け入れられるものではないからである。しかし、流行に抵抗する人々が存在するという事実がプロプライエタリアニズムの潮流を止めることはなかったし、我々もそうしたことを期待すべきではない。プロプライエタリアニズムは、グローバル資本主義の本質、競争条件下でのグローバル資本主義の発展、そうした競争が増大させる不確実性、さらには一部の国家による覇権的地位への願望により深く根差しているのである。

商標法、特許法、著作権法の各領域は、いずれも現在進行形のプロプライエタリアニズムの信念の具体例を提供している。商標法においては、プロプライエタリアニズムの信念は、商標として使用することができるものに関

する拡張的な見解となって現れる。今やますます多くのものが、消極的コモンズの下で、商標権者に服する可能性を秘めているのである。古い商標法制の下では、ある種の視認できる商標についてのみ登録が認められていた⁸。一方、現代の商標法は、色彩、音、香り、味覚についても商標の標識カテゴリーに含めることを認めている⁹。ハーレー・ダビッドソンは今やそのオートバイの音について登録を求めることができるし、BP〔訳注：米国石油会社〕もその緑色の色彩について登録を求めることができるのである。

商標のプロプライエタリアニズムは他の形でも表面化する。例えば、商標の機能をめぐる議論において明確に現れる¹⁰。プロプライエタリアニズムの擁護者は、商標法を市場のニーズと関連させるという観点によって、自分たちの主張を表現する傾向がある。彼らが正当化する主題は、現代化や商取引のニーズといったものである。こうした主張を受け入れることの帰結は、商標が単独で取引可能な存在となり、その所有者の利益に適うものになるということである。商標法における消費者および公共の利益の重要性は、初期の商標の考え方では認識されていたが、今では境界からひっそりと姿を消した。

⁸ 例えば、1905年のイギリス商標法の第3条を参照。そこでは、商標とは、「図形、ブランド、見出し、ラベル、チケット、名称、サイン、単語、文字、数字、若しくはこれらの任意の組合せ」を含むものと定義されている。

⁹ 国際的なレベルでみれば、標識の範囲は、次第に拡張されてきている。The First Council Directive of 21 December 1988 to Approximate the Laws of the Member States relating to Trademarks (OJ L 040 11.02.89 p.1 in article 2)は、商標には、グラフィックを用いて表現できる標識であればどのようなものでも含めてよいと述べている。TRIPS協定の第15条も参照。このTRIPS協定上の商標の定義を国内法において実践した一例として、1995年のオーストラリア商標法の第6条の標識の定義を参照。

¹⁰ F.I. Schechter, 'The Rational Basis of Trademark Protection', 40 *Harvard Law Review*, 813 (1927); R.S. Brown, Jr., 'Advertising and the Public Interest: Legal Protection of Trade Symbols', 57 *Yale Law Journal*, 1165 (1948); L.N. Klar, 'An Argument for the Restructuring of the Law of Trade Marks', 12 *Osgoode Hall Law Journal*, 223 (1974); T. Martino and W. Ullah, 'The Quality Guarantee Function of Trade Marks: An Economic Viewpoint' [1989] 8 *European Intellectual Property Review*, 267; S.L. Carter, 'The Trouble with Trademarks', 99 *Yale Law Journal*, 759 (1990)を参照。

本来こうした話をするには紙幅がとても足りないが、もう少しだけ詳細を付け加えることにする。19世紀のイギリス法においては、商標の本質は、ある商人の商品と他の商人の商品とを識別する機能を果たす点にあると考えられた。すなわち、「製造業者が自己の商標について有する権利とは、どこで、誰によって、どの工場で、商標が付された商品が製造されたのかを表示するために、その商標を排他的に使用する権利である。」¹¹ 商標とは、それを理解する人々に対して、特定の商品（後にサービスも含まれるようになる）の出所を指し示すシンボルのことであった¹²。商標はある意味、非常に派生的な形態の知的財産であった。マークを排他的に使用する権利というものは、それが付された商品に関連して当該マークを使用することのみ関係するものであった。つまり商標は、裁判例によって明らかにされたように、独立した存在物として保護を受けることはできなかったのである。

出所に関する情報は、昔も今も商標の唯一の機能ではない。消費者は、単なる商品の出所よりも、主にその商品の品質について何らかの情報を得ることに関心がある。いったん消費者が特定の商標の付された商品を経験すると、その商標がもつ意義というのは、当該商品やその製造業者が製造する他の商品についての品質に関する情報を伝達することにまで広がる。つまり商標は、商品を生産する人々の評判を伝えるようになるのである。

出所、品質、グッドウィルといった商標の機能は、一般的なコミュニケーション機能に集約することができる。商標は、商品の出所や性質を伝達する広範な機能を有しているといえるかもしれない。明らかに、こうした伝達から生じる利点がいくつか存在する。消費者は、それがなければ確認に時間と費用のかかる情報を簡略に記した表現物として、商標を信頼する

¹¹ *The Leather Cloth Company v. The American Leather Cloth Company* (1865) 11 H.L.C. 523, 533-534. また、*Massam v. Thorley's Cattle Food Co.* (1880) 14 Ch. D. 748, 755 (James 控訴院裁判官) および *In re Magnolia Metal Company's Trademarks* [1897] 2 Ch. 371, 390 (Rigby 控訴院裁判官) も参照。この原則は20世紀まで援用されてきた。*Aristoc Ltd. v. Rysta Ltd.* [1945] A.C. 68, 96 を参照。

¹² S. Ricketson, *The Law of Intellectual Property* (Sydney, 1984), 603; W.R. Cornish, *Intellectual Property* (2nd ed., London, 1989), 399 を参照。

ことができる。経済学の用語でいえば、商標は消費者のサーチコストを削減するものである¹³。一方、取引者も、自己が使用する商標が、消費者市場において自己の生産する製品に関する忠実な情報伝達者となることを知っているという点で、利益を得る。このことは、取引者に基準を維持または向上させるある種のインセンティブを与えるからである。

イギリス商標法の司法上の発展過程の初期においては、商標が消費者および公共の利益に適うものであるという考え方が真剣に受け止められていた¹⁴。識別力は、おそらく商標法の基本的な概念であるが、その具体化は、他者が同一のシンボルを正当に利用したいと望む蓋然性がどの程度あるか、という観点から行われるものであった¹⁵。「商標登録をなす絶対的な権利など何ら」存在しなかった¹⁶。商標登録は特権であって、権利ではなかったのである。他の取引者にマークの使用を許すといった、関連する取引において日常的になされてきた慣行は、そのマークについての有効性を判断する際の基礎とはされなかった。そうした判断において重視された要素は、その慣行が公衆を欺くものであるのかどうかであった¹⁷。このようにコモン・ローが商標の公共性を重要視することは、容易に理解できる。商業的なレベルでの商標の誕生は、市場において消費者がそのマークに意

¹³ 商標の経済学に関する議論については、W.R. Cornish and J. Phillips, 'The Economic Function of Trade Marks: An Analysis with Special Reference to Developing Countries', 13 *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 41 (1982); W.M. Landes and R.A. Posner, 'Trademark Law: An Economic Perspective', 30 *The Journal of Law and Economics*, 265 (1987) を参照。

¹⁴ 裁判官は今なお、商標法の根本的な目的が消費者を欺罔行為から守るところにあると考えている。New South Wales Dairy Corporation v. Murray Goulburn Co-operative Co. Ltd. (1991) 171 C.L.R. 363, 414におけるMcHugh裁判官の説示を参照。コモン・ロー上の商標に関する議論、および裁判所によって解決が図られた事業者と消費者との利益の調和に関する議論について、簡便には、GE Trade Mark [1973] R.P.C. 297, 325-327 (Diplock 卿) を参照。

¹⁵ *Registrar of Trade Marks v. W. & G. Du Cros, Ltd.* [1913] A.C. 624, 635 (Parker卿) を参照。

¹⁶ *In re Applications of W. & G. Du Cros, Ltd.* [1912] 1 Ch. 644, 660.

¹⁷ こうした判断手法を採用する典型的な裁判例として、Wood v. Butler (1886) 3 R.P.C. 81 を参照。

義や認識を与える場合に初めて認められるものであった。つまり、一般消費者の人々が繰り返し認識する行為を通じて、商標にその商業上の活力が吹き込まれるのである。そして、このことが生じると同時に、取引者は、少なくとも潜在的には、そのマークが関係する商品やサービスとは独立に利用可能な無体物を獲得するのである。大まかにいえば、当時のコモン・ローと議会は、マーク単独での利用は、いかなるものであれ、そのマークに初めて商業的な活力を吹き込んだところの一般消費者による認識行為と矛盾するものであってはならない、という立場を採用していた。法定の特権の付与と公共の利用とを通じて価値をもつようになったマークが、個々の所有者にそっくりそのまま移転し、その自由な利用に供されるというような事態は、到底容認し難いことであった。商標の立法は、商標権者がその保有するマークに関してライセンスや譲渡を通じてなしうことに制限を設けたのである¹⁸。こうしたアプローチの精神の大部分は、*Bowden Wire Ltd. v. Bowden Brake Co. Ltd.*の次の一節にうまく表現されている¹⁹。

「商標法の目的は、取引者がこれまで築いてきた名声を保護することであって、取引者がそうした名声を自己のグッドウィルとは独立に、それ自体で市場性のある商品として他の取引者に譲渡するのを手助けすることではない。もしそうしたことが認められるとすれば、公衆は欺かれてしまうことになる。なぜなら、公衆は、実際には他の人が製造した商品であるにもかかわらず、彼らがその評判を知っているところの人が製造した商品であると信じて購入することになるからである。」

¹⁸ 例えば、商標法は、商標の売買慣行を一般に禁止していた。*Re 12 Applications by American Greetings Corporation to Register the Trade Mark 'Holly Hobbie'* (1984) 1 IPR 486 を参照。一方、コモン・ローは、事業上のグッドウィルの移転を伴う場合に限り、商標の譲渡を認める、という立場をとっていた。*GE Trade Mark* [1973] R.P.C., 297, 326 を参照。

¹⁹ (1914) 31 R.P.C. 385, 392。現代の商標法にとって、この *Bowden* 判決はますますその重要性を失いつつある。この点に関する議論については、W.R. Cornish, *Intellectual Property* (2nd ed., London, 1989), 470-471 を参照。

標識の意味を拡大して音、香り、色彩、形状まで含めること、商標の取引に関する制限を緩和すること、それに商標を使って消費者の利益に何ら資するところがないにもかかわらず市場を地域的に分断することを許容することは、ますますプロプライエタリアニズムへ移行している商標法を志向するものである²⁰。プロプライエタリアニズムの影響下において、商標法の主要な目的は、取引者の利益の保護へと帰着する。それに伴って、特権や独占という言葉で商標を説明することは行われなくなる。やがて特権や独占という言葉は、より一般的な、それゆえより曖昧な財産権という言葉に置き換えられる。その結果、商標法の発展はますます商標権者のニーズの影響を受けるようになり、今や消費者の利益は他の法分野に追いやられるに至っている。構造的に言えば、商標法におけるこうした消費者利益の追放は危険である。なぜなら、消費者利益の保護が引きつづき商標法の主要な目的であった時代には、公的に付与された独占特権を私的に使用する場合には、そうした目的と整合するものでなければならぬと考えられていたからである。このことは、商標法の発展に制約を課し、機会主義的なアクターの目的に抵抗することを可能とした。いったん商標法と消費者市場の利益の結びつきが切断されると、たやすく予想しうることはあるが、取引者に付与された狭い法定の特権が拡大していくことになる²¹。取引者はもはや自己の利益と消費者の利益とが合致することを示す必要はない。法定の特権は今や私的な利益と私的な使用に奉仕するようになる。商標法は、徐々に、他の知的財産法分野と同様、レント・シーキングをなそうとする者の願望を受け入れる方向へと移行しているのである。

プロプライエタリアニズムの思考の目を見張るような実践例は、アメリカ

²⁰ 市場を地理的に分断するために商標を使用することに関する問題は、一般化するのが難しい複雑な問題である。法的な側面についての優れた議論として、W.A. Rothnie, *Parallel Imports* (London, 1993), chapter 2を参照。商標を使用した欧州市場の細分化の取り組みに関する議論については、W.R. Cornish, *Intellectual Property* (2nd ed., London, 1989), 481-489を参照。

²¹ プロプライエタリアニズムが及ぼしたもう1つの変化は、商標の公の使用に関する要件の変化である。コモン・ローの下では、商標に対する権利は、公の使用を基礎として確立された。これを、TRIPS協定の第15条および第19条の規定と比較してみると、両規定はいずれも使用を登録および登録維持の条件とはしていない。

著作権法の歴史における「額に汗」の法理に見いだすことができる。例えば、*Jeweler's Circular Pub. Co. v. Keystone Pub. Co.* 事件がその一例である²²。本件において原告は、宝石取引に関する商標名鑑を編集した。一方、被告は、同種の商標名鑑を出版したが、それは原告の商標名鑑の倍の長さを有するものであった。そうした中、原告が、被告の名鑑は原告の商標名鑑に依拠して作成されたものであると主張して、訴訟を提起した。訴訟では被告が敗訴した。重要な一節において、裁判所はプロプリエタリアニズムの旗を揚げたのである。

「作成に労力を費やした本について著作権を取得する権利は、公の財産（*publici juris*）である素材から構成されているかどうか、その素材がその思想または表現において文学的才能ないしオリジナリティを示しているかどうか、勤勉に収集されたという以上のものであるかどうかとは関係がない。町の通りを歩いて、その住宅および番地とともに各住人の名前を書き留めた人は、彼が著作者となるところの素材を取得したことになるのである。」²³

Jeweler 事件において、裁判所がその理由づけの基礎としている基本的な前提は、判決の基礎となった名簿に関するイギリスの裁判例と同様に、市場関係の文脈においては、いかなる者も他者の労働の成果をわがものとする権利を有しないというものである。裁判所は、著作権とパブリック・ドメインの存在との関連性を蔑ろにしないように慎重を期し、他の人々が独自の編集物を創作するために一次資料にアクセスするのを妨げられることはない指摘した²⁴。このことは、後続の編集者は自力で「マイルストーンを数えなければならない」し、地図の場合には、「三角測量のプロセスをすべてこなさなければならない」ということを意味する²⁵。

²² 281 F 83 (CA2 1922).

²³ 281 F 83, 88 (CA2 1922).

²⁴ 281 F 83, 91 (CA2 1922).

²⁵ *Kelly v. Morris* (1866) L.R. 1 Eq. 697, 701-702. この判断は、*Jeweler's* at 281 F 83, 91 においても是認されている。

Jeweler 事件や他の類似の事件は、パブリック・ドメインというものをややもすると狭小なものであるかのように想定している。パブリック・ドメインは、既存の事実からなると想定されているが、実際には、事実に関する叙述から構成される。事実のパブリック・ドメインを形作る事実の叙述とは、常に、世界の出来事や事物についてのある特定の言語による叙述である。たいていの人は、ほとんどの場合、自分で直接検証した事実よりも叙述された事実に頼る。「額に汗」の法理の形をとる著作権のプロプライエタリアニズムは、これらのパブリック・ドメインの叙述を私人の手中に移転させる可能生がある。その結果生じることは、叙述される知識や事実の拡散、つまり検証可能なパブリック・ドメインの知識へのアクセスポイントとして機能する叙述の拡散が、著作権者のライセンス活動に依存するようになるということである。

このことを詳細に示すためには、とりわけ、著作権法におけるオリジナリティの要件に関する幅広い議論が必要となるが、ともあれ、我々はそうした議論の縮小版を提示することはできる。一般論をいえば、作者がある作品について著作権を取得するためには、オリジナリティの要件を満たさなければならない。ここにいうオリジナリティとは、その作品が「これまで一度も書かれたことがない」という究極的な意味において、オリジナルでなければならないということを意味するものではなく、それに満たない程度のもので足りる。むしろ、そのような究極的な意味でのオリジナリティの水準からどの程度低いものであっても、なお著作権の保護を受けるのに十分といえるのか、ということがずっと問題とされ続けているのである。そして、容易に予想されるように、作者が既存の事実や素材を収集し、選択し、整理し、配列等をして、それにより著作権が認められる作品を創作したのだと主張したケースにおいて問題が顕在化し、今に至っている²⁶。裁判所は時折、オリジナリティの基準を非常に低く設定することが

²⁶ 著作権法のこの分野については、数多くの学術的な議論が活発に展開されてきた。例えば、R.A. Gorman, 'Copyright Protection for the Collection and Representation of Facts', 76 *Harvard Law Review*, 1569 (1963); L.R. Patterson and C. Joyce, 'Monopolising the Law: The Scope of Copyright Protection for Law Reports and Statutory Compilations', 36 *UCLA Law Review*, 719 (1989); J.C. Ginsburg, 'Creation and Commercial Value: Copy-

ある。例えば、サッカーくじの申込み票が著作権の要求するラインを越えると認められたこともある²⁷。

著作権法におけるオリジナリティの要件の目的は、十分に明確である。それは、著作者に対して、著作権の保護の利益を主張する前に何らかの独自のクリエイティヴな活動に従事するよう義務づけるということである。そして、著作権の存続期間が有限であることから、このクリエイティヴな活動は最終的には知的コモンズへと辿り着くのである。オリジナリティの要件を理解するための1つの方法は、この要件が知的コモンズの構築に寄与すると主張することである。オリジナリティの要件は、一定の情報を著作権という権利の手の届かないところに留めおくのに役立つ。本書第3章のロックの議論を参考にすると、事実に関して、著作権法はこのような方法で積極的共同体の構築に寄与しているといってもいいだろう。事実（それは常に叙述の形をとるが）は、消極的共同体における場合と異なり、著作権法の下では著作権による所有には開かれていないのである。

オリジナリティの要件を非常に低く設定したり、あるいは全く不要にする場合、事実やあらゆる種類の情報は、著作権のある作品に形を変えてリサイクルすることが可能になる。著作権は、ここでは消極的共同体を構築することに寄与する。この消極的共同体においては、事実を含みますます多くの情報の交換が、著作権のモニタリングやエンフォースメントの対象となる。著作権は、基本的な情報の交換に対する私税として機能するようになるのである。

アメリカ著作権法における「額に汗」の法理の物語は、プロプリエタリアニズムの見地からは悲しい結末を迎える。ホワイト・ページの個人別電話帳に対する著作権保護が否定された *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.* 事件において、連邦最高裁は、著作権法から「額に汗」

right Protection of Works of Information', 90 *Columbia Law Review*, 1865 (1990); S. Rick-
etson, 'The Concept of Originality in Anglo-Australian Copyright Law', 39 *The Journal of
the Copyright Society of the USA*, 265 (1992); T. Dreier and G.W.G. Karnell, 'Originality of
the Copyrighted Work: A European Perspective', 39 *The Journal of the Copyright Society
of the USA*, 289 (1992) を参照。

²⁷ *Ladbroke (Football), Ltd. v. William Hill (Football), Ltd.* [1964] 1 All E.R., 465.

の法理を排除しようと最善を尽くした²⁸。最高裁は、議論を進める過程で、「学術および有用なる技芸の発展を促進すること」という憲法に規定された著作権法の目的に再び関心を向ける²⁹。著作権法は、事実に関するパブリック・ドメイン、つまりすべての人々が利用者としての権利をもつような領域を創出することに寄与することで、その憲法上の目的を実現することを支援しているというわけである。この判決に対しては、主として、データベース産業に及ぼすと想定される影響を理由とする批判があるが、判決はその根本において正鵠を射ていると思われる³⁰。最後に、我々がこの事例から離れる前になしておくべき考察が1つある。それは、「額に汗」の法理が終焉を迎えたということは、事実の所有に向けたプロプライエタリアニズムの進行が頓挫したということの意味しないということである。データベースとその内容に対して特別の保護を与えるために提案されている構想の多くは、「額に汗」の法理を*sui generis*による保護の形式に新たに作りかえたものといってもいいだろう³¹。

現実に行進するプロプライエタリアニズムの実践に関する最後の、3つ目の例は、特許法においてみられるものである。特許法における重要な区別の1つは、発見と発明の区別である。伝統的に、特許法では、発見はそれ自体で特許を受けることができないという立場がとられてきた³²。一方、発明は、もしそれがさまざまな法的基準を満たすとすれば、特許を受ける

²⁸ 111 S. Ct. 1282 (1991).

²⁹ US Constitution, article I, § 8, cl. 8.

³⁰ 例えば、J.C. Ginsberg, ‘No “Sweat”? Copyright and Other Protection of Works of Information After *Feist v. Rural Telephone*’, 92 *Columbia law Review*, 338 (1992); A.C. Yen, ‘The Legacy of *Feist*: Consequences of the Weak Connection Between Copyright and the Economics of Public Goods’, 52 *Ohio State Law Journal*, 1343 (1991)を参照。

³¹ European Commission, *Amended proposal for a Council Directive on the legal protection of databases*, OJ 1993 C308/1, 15 November 1993; see also J. Morton, ‘Draft EC Directive on the protection of Electronic Databases: Comfort after *Feist*’, 8 (2) *Computer Law and Practice*, 38 (1992)を参照。

³² *Harwood v. Great Northern Railway Co.* (1865) 11 H.L.C. 654; *Lane Fox v. Kensington and Knightsbridge Electric Lighting Co.* [1892] 3 Ch. 424, 428 (Lindley 控訴院裁判官); *Case v. Cressy* (1900) 17 R.P.C. 255, 261 (Buckley 裁判官)を参照。

ことができるとされる。イギリス法における発見と発明の区別の基礎にある考え方は、次のようなものである。すなわち、発見とは、世の中に存在するものを明らかにする行為に関わるものである。それは、いわば「真実を覆うベールを取り除くこと」である³³。一方、発明とは、発見行為に加えて、そうした発見をそれ自体で世の中に作用する可能性がある特定のプロセスや対象と結びつける行為のプロセスである。しばしば引用される一節であるが、Lane Fox v. Kensington and Knightsbridge Electric Lighting Co. 事件の中でリンドレー控訴院裁判官（Lindley LJ）は、発見の例を次のように挙げている。「ボルタ（Volta）氏がカエルの脚に金属を接触させることにより電流の効果を発見したとき、彼は偉大な発見をしたけれども、特許を受けられるような発明をしたわけではなかった。」³⁴

コモン・ローが発見と発明の区別を強調することは、イギリス特許制度の目的に照らせば容易に理解できる。本書の第2章において考察したように、その目的は、工業技術や商業に関する技能がイングランドに蓄積されるのを促進することにあった。イギリス特許制度は、既存の商業の技術の拡散や改良を促進すること、あるいは新たな商業の形成を促進することを目的としていた。明らかに、こうした実用的な目的を単なる知識の発見を通じて達成することはできない。商業に携わる人々は、業務に用いる工具、装置、プロセスを手にする必要があった。つまり換言すれば、無体物が特許という特権の対象になりうるためには、有形的な応用例の形をとる必要があったということである。重要なことは、発見と発明の区別が、一部の無体物を万人が利用できる知的コモンズにとどめておくことを確実にした点である。特許法における発見と発明の区別は、著作権法におけるオリ

³³ *Reynolds v. Herbert Smith & Co.* (1903) 20 R.P.C., 123 at 126 (Buckley裁判官) を参照。その後、オーストラリア最高裁判所の判決である *Neilson v. The Minister of Public Works for New South Wales* (1914) 18 C.L.R. 423 at 429-430 (Isaacs裁判官) においても是認されている。また、*Moore and Hesketh v. Phillips* (1970) 4 C.L.R. 1411 at 1425-6 も参照。1977年のイギリス特許法の第1条2項(a)は、明示的に発見を発明から除外している。アメリカの裁判例 *Funk Brothers Seed Co. v. Kalo Inoculant Co.* 333 U.S. 127 (1984) は、自然の産物が特許適格性を有しないことを明らかにした重要な判決の1つである。

³⁴ [1892] 3 Ch. 424, 428.

ジナリティの要件と同様に、積極的共同体の状態の下で知的コモンズの構築に寄与するものであった。

オーストラリア最高裁判所は、ある大きな影響力をもつ判決において、発見と発明の境界を厳密に線引きすることは困難であり、その区別はあまり有用なものではないと示唆した³⁵。最高裁が懸念したことは、発明であればすべて思想という要素を含むという事実であった³⁶。発明、特に方法の発明の構成要素を厳密に解析し、発見と発明のカテゴリーに仕分けていくと、その発明の思想は結局は発見にほかならず、そのような思想の実践に際して発明と認めうるような功績が何ら存在しないために、特許のクレームの多くが無効と判断されることになってしまうというわけである。

発見と発明の区別を明確化することに対して司法が謙抑的な態度をとる理由は、もしその区別の適用を間違えると、特許制度の伝統的な目的を損なうことになるかもしれないという懸念に由来している。一方、プロプライエタリヤニズムは、発見と発明の区別を異なった理由から非難する。プロプライエタリヤニズムの下では、発見は、発明と同様、コストのかかる、労働集約的な、経済的価値の高いものでありうることから、いかなる法的意義もこの区別にしがみつくべきではないということになる³⁷。ファースト・コネクション理論、消極的共同体、財産権の根本的性質のすべてが総動員され組み合わせられると、抽象的な情報は、それが発見であれ発明であれ、特許権の対象となるべきであるという結論をもたらす。他方で、このことが共同体やクリエイティビティに与える影響（第3章参照）、権力関係に与える影響（第7章参照）、重要な知識の分配やアクセスに与える影響（第8章参照）、機会主義的行動のコストに与える影響（第6章）については、言及されるところがない。

³⁵ *National Research Development Corp. v. Commissioner of Patents* (1959) 102 C.L.R. 252.

³⁶ 現に特許明細書は技術的思想を開示するものである。*Radiation Ltd. v. Galliers & Klaerr Pty Ltd.* (1938) 60 C.L.R. 36, 51 (Dixon裁判官)を参照。

³⁷ よく組織されたリサーチ・プログラムであり、ある種の自然発生的な生物学的物質の発見をもたらしたケースにおいて、こうした主張が不成功に終わった一例として、*Genentech Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.* [1989] R.P.C. 147を参照。

プロプライエタリアニズムが特許法に及ぼす長期的な影響というのは、以前にはパブリック・ドメインとされていたタイプの抽象的な情報がすべて私有の対象となりうるということである。特許制度は、昔から思想の一时的な私有を認めてきたけれども、これらの思想は発明の形式、つまり工業技術としての有用性を備えた形式で表現される必要があった。発見と発明の区別を廃止すべきだというプロプライエタリアニズムの主張に対して示される1つの異議は、有用な抽象的信息であれば、必然的に、その思想に対応する特定の有用な産業上の応用例が存在しないままに、当該情報が私人の手に渡ってしまう、というものである。換言すれば、プロプライエタリアニズムの1つの危険性は、特許制度を、有用な効果という形態をとる思想を保護する制度から³⁸、有用な情報それ自体を保護する制度へと変容させてしまう点にあるということである。

現在進行形の特許のプロプライエタリアニズムを最もよく体现する例の1つを、植物、動物、ヒト遺伝子、微生物学的生命体に対する財産権の分野に見いだすことができる。1980年に、アメリカの連邦最高裁は、*Diamond v. Chakrabarty* 事件において、議会が特許適格対象に「この世において人間によって創出されたものであればいかなるものであっても含まれる」ことを意図している、という見解を支持することを表明した。それは多くの点で、消極的共同体——すなわち、特許がいかなるものであっても切りだして、その排他権を及ぼすことができる世界——を高らかに喧伝するものであった³⁹。さらに、既に当時から、「創出された」(made)という文言は実際には「発見された」(found)という意味を含んでいた。というのも、アメリカでは当時既に、自然発生する物質から不純物を取り除いたものに特許を認める一連の裁判例が存在していたからである⁴⁰。もし発明が単に物質から「不純物を取り除く」ことをも包含するのであれば、発見と発明の区

³⁸ オーストラリア最高裁判所は、*National Research Development Corp. v. Commissioner of Patents* (1959) 102 C.L.R. 252において、特許制度の主要な目的は経済的に有用な効果を生み出すことにある、という判断を示した。

³⁹ 447 US 303, 309 (1980).

⁴⁰ R.S. Eisenberg, 'Patenting the Human Genome', 39 *Emory Law Journal*, 721, 727-729 (1990) を参照。

別は一体どこに行ったのか、と疑問を投げかけられて当然であるといえよう。Chakrabarty判決以来、あるいはその以前から、特許法はプロプライエタリアニズムの影響と歩調を合わせる形で発展してきたのである。発見と発明の区別のレトリックは依然として残っているけれども、自然界で発見される生物素材（遺伝子を含む）は本来的に特許を受けることができるものであるという考え方に次第に議論が収束しつつある⁴¹。関連する分野である育成者権においては、発見と発明の区別は消滅した。植物育種ビジネスを営む多国籍企業は、自社が育成した植物新品種のみならず、自社が発見した植物新品種に対しても財産権を主張することができる⁴²。バイオテクノロジー分野の特許出願に添付されたクレームは、知的コモンズにも手を伸ばす広範さをその特徴とする⁴³。分子生物学のレベルにまで降りていく動きがある一方で、特許制度は、特許適格対象という点では、進化のはしごを上へのぼる方向の展開も見せ始めている。例えば、動物の特許は、倫理的問題が数多く存在するにもかかわらず、アメリカや他の法域において付与されているのである⁴⁴。

⁴¹ C. Correa, 'Biological Resources and Intellectual Property Rights' [1992], 5 *European Intellectual Property Review*, 154, 155. 遺伝子特許の問題についての欧州とアメリカの立場に関しては、B. Looney, 'Should Genes Be Patented? The Gene Patenting Controversy: Legal, Ethical, and Policy Foundations of an International Agreement', 26 *Law and Policy in International Business*, 231 (1994) を参照。

⁴² 1961年12月2日に作成され、1972年11月10日、1978年10月23日および1991年3月19日にジュネーブで改正された、植物の新品種の保護に関する条約（UPOV条約）の第1条に定められた「育成者」の定義を参照。この条約上の義務を国内法において履行した一例として、*Plant Breeder's Rights Act 1994* (Aus.) section 5 を参照。

⁴³ T. Roberts, 'Broad Claims for Biotechnological Inventions' [1994], 9 *European Intellectual Property Review*, 373; R.S. Crespi, 'Biotechnology, Broad Claims and the EPC' [1995], 6 *European Intellectual Property Review*, 267 を参照。

⁴⁴ D. Manspeizer, 'The Cheshire Cat, the March Hare, and the Harvard Mouse: Animal Patents Open Up a New, Genetically-Engineered Wonderland', 43 *Rutgers Law Review*, 417 (1991); L. Maher, 'The Patent Environment: Domestic and European Community Frameworks for Biotechnology', 33 *Jurimetrics Journal*, 67 (1992).

プロプリエタリアニズムへの異論

本書の第7章において、無体物を対象とする財産権は、危険なレベルの脅威の力を生じさせるということを論じた。ついでに言えば、このことは、消極的自由を尊重し、擁護する政治的伝統にとって懸念すべき事項であるということを我々は示唆した。前節では、知的財産権領域におけるプロプリエタリアニズム的思考の影響が無体物の私有の範囲を拡大している態様について、いくつか例を示した。プロプリエタリアニズムの思想が、知的財産権の拡大の背後にあるということである⁴⁵。こうした拡大は消極的自由の中心的な価値を脅かすものである。本節の残りの部分では、こうした考え方を発展させることにしたい。

ロックのような古典的リベラルの論者が擁護する権利のリストには、少なくとも、生命、自由、財産に関する権利が含まれている。これらの権利は、我々が消極的自由とみなすことができる権利である⁴⁶。これらの権利が意味することは、権利の保有者以外の人々は、権利の保有者に対して、生命の剥奪や自由の剥奪、財産の収用によって干渉してはならない旨の義務を負うということである。つまり消極的自由という概念は、その古典的な形態においては、妨害してはならない個人の行為が存在するという考えを伴うものなのである。例えば、ホブズは消極的自由について次のように述べる。「自由とは、この言葉の固有の意味によれば、外的障礙が存在しないことであると解される。……自由民とは、……彼が自分のしたいことをする力を使用するのを妨げられたいしない者のことである。」⁴⁷ ホー

⁴⁵ 新しいタイプの権利がどのようにして創りだされるのかということにつき、W.R. Cornish, 'The International Relations of Intellectual Property', 52 *Cambridge Law Journal*, 46, 54-63 (1993) を参照。

⁴⁶ 積極的自由とは、各人が単に干渉されないというだけでなく、自らが自己の支配者でありたい、自らが自律的に決定したい、という願望を核とする自由概念である。I. Berlin, *Four Essays on Liberty* (London, 1969), 123; T. Campbell, *The Left and Rights* (London, 1983), 29-30; Q. Skinner, 'The Idea of Negative Liberty: Philosophical and Historical Perspectives' in R. Rorty, J.B. Schneewind and Q. Skinner (eds.), *Philosophy in History* (Cambridge, 1984), 193 を参照。

⁴⁷ T. Hobbes, *Leviathan* (1651; C.B. Macpherson ed., Harmondsworth, 1968), 261-262.

フェルドの法的枠組においては、これらの古典的権利は請求権として位置づけられるものであり、そうした権利はその相関項として義務を伴うものである。財産権は消極的権利の一形態であるといえる。例えば、土地の所有権は、他人がその土地に立ち入ることや売却すること、あるいは所有権と整合しない他の何らかの形で干渉することを特に禁止する権利である。また、本の著作権は、他人がその本を複製することや翻訳すること、あるいは出版することを禁止する権利である⁴⁸。つまり財産権というものは、権利の客体が本であれ、発明であれ、土地であれ、車であれ、他人がその権利の内容に定められた方法で干渉することを禁止する権利なのである。

このように知的財産権は、他の種類の財産権と同じように消極的権利であるといえる一方で、他の種類の財産権と比較した場合、知的財産権が無体物と結びついていることから生じる重要な相違も存在する。無体物は、その性質上、世界中でアクセスが可能なものである。少なくとも理論的には、地球上にいるすべての人々が、同一のアルゴリズムを同時に使用することができる。このことは、1区画の土地や1台の車には当てはまらない。こうした相違から導かれる1つの帰結は、知的財産権が他の人々の生活に生じさせる干渉のパターンは、他の種類の権利の場合よりもはるかに大きいものになるということである。もちろん、あらゆる種類の権利が一定の干渉パターンを生み出す。集団内のすべての個人が権利を有しているという事実は、必然的に、いかなる個人の行動も権利をもった他の人々の存在によって制限されるということを意味する。権利というものは、自由を脅かすような他の人々の行為を禁止する社会基盤を構築することで、自由の領域を創出するのである。他の人々の行為を禁止することは、他の人々の自由への干渉であるとみなしうる。1区画の土地に対するXの所有権は、他の人々がその土地を所有することを禁止するものである（ここでは、Xがその土地を売却することを望んでいない場合を想定している）。しかしながら、消極的権利が自由に課す制約というものは、おおよそホブズが特定したような理由から、Xや他の人々が進んで払おうとする代償である

⁴⁸ したがって、*Corelli v. Grey* (1913) 29 T.L.R. 570 では、著作権は消極的な権利として記述されている。

ということができる。ルールによって統御された安定的な関係的集団に代わるものとは、少なくともホップズの説明に基づけば、万人が自分の欲することをなす特権をもつような関係的集団のことである。こうした特権のアナーキーに伴う代償というものは、その特権の行使が他の人々の願望や力に依存するということである。そして、ホップズが主張するように、誰もこうした代償を払うことを望んでいないのである。相対的にいえば、リヴァイアサンの方が望ましい選択肢だというわけである。人々は、他の人々のための消極的権利の存在を容認する覚悟がある、といってもよいだろう。そのような権利が互恵的な形で共存を可能とするように作用するからである。

知的財産権は、他の人々の自由に大きな干渉パターンを生み出す権利である。その理由は、無体物が極めて重要な資源だからである。本書の第7章でみたように、無体物は資本の一形態であり、他の資本へのゲートウェイでもあるのである。無体物は、あらゆる種類の社会的、文化的、経済的な企てにとって不可欠なものである。そのような無体物を対象とする財産権は、人的な依存関係を創り出す。知的財産権の特異性は、それが広範な干渉パターンを創出する点にある。知的財産権と他の種類の財産権とのアナロジーは、表面的なものにすぎない。確かに、両者はともに消極的権利であり、したがって、他の人々の行為を禁止する権利を付与するものということができる。しかしながら、こうした知的財産権の分析は不十分である。なぜなら、それは、知的財産権の客体の性質により生じる体系的な影響を考慮に入れていないからである。無体物を対象とする財産権は、二面的な性格を有する権利である。つまりそれは、消極的権利であると同時に、他の人々の活動に干渉する権利でもあるのである。本書の主張は、無体物と一個人による一国全土の所有とのアナロジーによって、最もよく説明することができる。イギリスの封建制度は、国王という一個人が、封建的な土地保有条件（tenure）の制度を介して、全領土の究極的な所有者であったという状況の、最も代表的な例であろう。そのような状況について、国王が財産権、つまり干渉されない権利を享受していたにすぎないという人がいるかもしれない。しかし明らかに、そのような位置づけでは、国王がその保有する領土の所有権やそうした所有権を支える複雑な社会構造に基づいて、封建的な土地保有条件の体制に結びつけられたすべての人々の

生活に干渉できた程度を把握することはできないであろう。無体物の所有と国王による封建的土地保有との間にアナロジーを見いだすことが適切な理由は、いずれも、その所有者が、他の多くの人々が不可避免的に依存している資本形態を支配する点で共通しているからである。そして、無体物の場合には、そうした依存関係は、単なる地域的なものではなく、グローバルなものになる可能性があるのである。

知的財産権を他の消極的権利から際立たせるこのような付加的な性質は、可能性の禁止的効力という性質として表現することができる。知的財産権は、人々の可能性を発展させるに当たって基礎となる知識や他の資本へのアクセスを制限する権利である。人々が自己の可能性の向上を図る重要な方法の1つは、自己の人的資本の蓄積に投資を行うことである。本書が第8章において示唆したことは、知的財産権が人的資本を利用したり蓄積したりすることにマイナスの影響を及ぼしうることである。無体物の所有者が、その所有権に基づいて特定の態様における他の人々の行動の許否を決定することができるという事実ゆえに、知的財産権は歴史的に特権とみなされ、またそのようなものとして説明されてきたのである。あらゆる知的財産権の中核をなす特権は、他の人々の消極的自由に干渉する特権であり、それは国家に基礎をおいたルール統御型の特権なのである。我々は知的財産権を自由を抑制する特権と呼ぶことができるかもしれない。もっとも、別のタイプの特権も存在する。例えば、特権の中には、共通の不利益の**免除**を認めることを通じて創設されるタイプのものがある。免税は、このタイプの特権の一例である。3つ目のタイプの特権は、他の人々が手にする共通の利益を**上回る**地位を付与することに基づくものである。例えば、市民であれば皆コミュニケーションの自由を享受しうけれども、国会議員の地位を有する人々には、通常、コミュニケーションの自由に関しては、追加的な（しばしば絶対的な）特権が与えられているのである。

知的財産権とは、共通の不利益を**創出すること**に依存した特有の特権形態である。本書の第2章における特許の歴史に関する簡潔な議論は、このことを説明するものであった。独占の歴史、特に17世紀初頭における独占の歴史からはっきりと明らかになることは、国王大権に基づく特権というものがある共通の不利益を創出することを特徴とするものであって、まさにそ

れゆえに、特権の保有者は利益を得ることができたということである⁴⁹。そして、こうした特権は、国王の臣民の消極的自由、特に経済的自由に深く干渉するものであったことから、非常に強い反対を受けたのである。こうして次第に、国王大権に基づく特権の創出は公的規制の問題となっていたのである⁵⁰。

知的財産権がもはやこうした特権として考えられなくなった1つの理由は、知的財産権が繰り返し権利の総称として語られるからである。そうした言葉遣いのプロセスを通じて、知的財産権は私有財産権のディスコースによって堅固に守られることになったのである。つまり、知的財産権は私有財産という用語に置き換えられることで、その公的特権としての起源を覆い隠してきたのである。

道具主義に向けて

さて、ここからは視点を変えて、知的財産権に対して道具的態度をとるべきだということを論じることにしたい。道具主義という語は、さまざまな意味をもった用語である。科学哲学において、道具主義とは、理論というものは、予測や結論を導きだすために観察に基づいて述べられたことを体系化するための、実用的な手段であると理解する考え方のことを指す⁵¹。ここでいう理論とは、プロセス上有益なものであるが、真偽を判断するためのものではない。また、ときに道具主義は、プラグマティズム哲学を指称するために用いられることがある⁵²。さらに、法との関連で用いられる

⁴⁹ 独占の歴史については、E.F. Churchill, 'Monopolies', 41 *The Law Quarterly Review*, 275 (1925); W.H. Price, *The English Patents of Monopoly* (Cambridge, Mass., 1913) を参照。

⁵⁰ *Statute of Monopolies of 1623*.

⁵¹ E. Nagel, *The Structure of Science* (London, 1961), 129 を参照。

⁵² John Dewey は、道具主義という用語を、プラグマティズムを指すものとして使用している。J. Dewey, *Philosophy and Civilization* (New York, 1931), 26 を参照。プラグマティズム哲学の内容とその歴史に関する優れた議論として、H.S. Thayer, *Meaning and Action* (Indianapolis, New York, 1968) を参照。また、M.G. White, *The Origin of Dewey's Instrumentalism* (New York: Morningside Heights, 1943) も参照。

場合、道具主義とは、法は道具であるという考え方のことを指す⁵³。本書にいう道具主義的態度とは、我々が財産権に対するアプローチの基礎となるべきものと主張するものであるが、上に掲げた特定の専門分野に特化した意味での道具主義とは異なるものである。

おそらく、財産権に対する道具主義についてまずもって述べるべきことは、それが第一義的には、財産権の哲学的考察を特徴づけてきた形而上学的、倫理的、認識論的な問題よりも、財産権の行動的側面に焦点を合わせるものであるということである。財産権に対する道具主義は、財産権の深層構造やその本質的な特徴を明らかにすることを志向しない。そうした財産権の性質を解明しようとする作業は、財産権が制度的メカニズム——すなわち、本書の第7章において述べた主権効果を有するメカニズム——とみなされることとなった地点で停止する。その地点に到達した後は、道具主義は、財産権と個人の行動や選択、あるいは財産権と集団や派閥の形成、財産権と権力、それに財産権と経済成長や経済発展のパターン、さらには財産権とそれが生じさせる社会的パターンや社会組織との間にある、さまざまな偶発的な関連性やプロセスについて調査を開始するとともに、財産権が社会組織によってパターン化され、成形されていく有り様についても調査を開始するのである。この点において、道具主義には参照に値する業績が既に数多く存在する。経済学における新旧の制度学派はその一例であるし、制度理論や制度設計に基づいてなされた研究成果についても同様である⁵⁴。

また、財産権に対する道具的態度は、法に対する経済学的なアプローチを活用する。それは、知的財産権の保護に伴う社会的コストを計算するアプローチを支持する。経済学的なアプローチには、財産権の制度編成の変化に伴う分配上の結果をより透明化するというメリットもある。しかし、本書が念頭においている道具主義は、単に費用便益を分析することや経済

⁵³ 法の道具主義に関する議論、そしてそれがプラグマティズムやアメリカのリーガル・リアリズムとどのように結びついているのか、という議論に関しては、R.S. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory* (Ithaca and London, 1982) を参照。

⁵⁴ こうした議論の俯瞰として、R.E. Goodin, 'Institutions and Their Design' in R.E. Goodin (ed.), *The Theory of Institutional Design* (Cambridge, 1996), 1 を参照。

的効率性の問題を尋ねること、あるいは単純な目的手段的アプローチを採用することを意味するものではない。費用便益計算には技術的な問題がある⁵⁵。また、費用便益計算は、道徳的価値を排除するものではなく、むしろ道徳的感覚によって後押しされたり制限されたりするべきものである⁵⁶。同様に、財産権は単にあらかじめ設定された目的のための手段であるという見解は、手段と目的を容易に分離することができるものと想定している。しかし、ロン・フラー（Lon Fuller）が論じているように、手段と目的の関係は決して単純なものではない⁵⁷。制度が1つの目的に奉仕するということは減多にない。財産権には4つの異なった機能があるという本書の議論が、まさにこのことを明確にしている。目的は手段によって規定されており、逆もまた然りなのである。

本書が念頭においている財産権に対する道具主義は、道徳的価値に奉仕するものでなければならない。そのために必要とされるただ1つの明白な条件がある。それは、財産権の道具理論においては、財産権は基本的な価値ないし権利として機能してはならない、ということである。さもないと、この基本的な価値ないし権利が、当該理論をプロプライエタリアニズムの方向に押し進めてしまうからである。つまり、道具主義的態度によれば、財産権は道徳的価値に奉仕するものではあっても、道徳的価値の基礎となることはないのである。ここで自然に生じる問いかけは、どの道徳的価値に奉仕するのか、ということである。このことは、本書の考えによれば、基本的に選択の問題である。財産権に対する道具主義は、その支持者に、特定の道徳理論や道徳的価値を所与のものとして押しつけたりしない。財産権に対する道具主義は、議論の俎上から自然権としての財産権という概念を排するにすぎず、自然権という概念自体を排するものではない。また、財産権に対する道具主義は、人間主義を志向するといえるかもしれない。

⁵⁵ これに関連する議論については、A.K. Dasgupta and D.W. Pearce, *Cost Benefit Analysis: Theory and Practice* (London, 1972) を参照。

⁵⁶ S. Hampshire, 'Morality and Pessimism' in S. Hampshire (ed.), *Morality and Conflict* (Oxford, 1983), 82 を参照。

⁵⁷ L.L. Fuller, 'Means and Ends' in K.I. Winston (ed.), *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller* (Durham, N.C. 1981), 48.

このことが意味するのは、財産権の説明や分析、それにその正当化が、人間の経験の理解や向上に何らかの形で寄与するものでなければならない、ということである。明らかに、このように明晰化された人間主義は、財産権に対する道具主義をして全く異なる複数の道徳理論と結びつけられることを許容するのである⁵⁸。もし我々が財産権に対する道具主義に何らかのラベルを貼らなければならないとすれば、それは、財産権に対する人間主義的、自然主義的な経験主義の態度であるといえるかもしれない。

財産権に対する道具主義は人間主義的なものでなければならないという要件は、最小限の要件であるが、知的財産権の理論の発展を狭くて技巧的なものから、より広範で評価的なものへと転換するよう押し進めるものである。その意味するところを示す1つの例を、本書の人的資本や情報の正義に関する議論から導きだすことができる。そこでは、知的財産権のルールが、人的資本の形成を阻害し、ゆえに経済成長に影響を及ぼす可能性がある、ということを示唆した。本書にいう財産権に対する道具主義の下では、経済学者は分配理論に関心をもつ必要があるだろう。なぜなら、分配理論は、経済モデルが経済成長において死命を決することになると考えている制度と関連しているからである。例えば、ひとたび我々が人的資本は物的資本よりも重要であるという内生的経済成長モデルに説得されると、次にそうした所見に対して制度設計上の対応をいかに図るかという問題が生じるのである。このことは必然的に、経済学者をして分配理論の論者が考慮しなければならないような制度へと導くのである。人的資本の場合であれば、家族や教育のような基本的制度が経済学者にも正義論の論者にも同じように関係する。教育に対する機会とアクセスの平等の原理は、正義論によって規定されるものであるが、長期的な経済成長理論にとっても重要な原理であるといって差し支えない。ひょっとすると、そうした原理は、すべての親が自分の子供の教育に投資するインセンティブをもつことに鑑みれば、人的資本の蓄積を最大化するかもしれない。同様に、正義論の論者は、(少なくとも非理想的な理論のレベルにおいては、) 経済成長と、社会の中で分配的に機能する主要な社会制度との関連性について考え

⁵⁸ 道徳理論と人間主義との関係については、J. Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford, 1986), 194 を参照。

必要がある。というのも、こうした社会制度の編成が、経済成長に影響を及ぼし、ゆえに分配的に実行可能な選択肢に制約を課することになるからである。財産権に対する道具主義は、こうした経済成長理論と分配理論との相互交流を求めるものである。なぜなら、財産権はどちらの理論においても基盤をなす制度だからであり、また、そのような道具主義における人間主義的原理が、理論の発展に対して、その最低限の目標として人間の状況と経験を改善するよう要求するからである。もちろん、何が改善とみなされるのかということ自体は、道徳理論によって決定されることになる。そして、前述したように、財産権に対する道具主義は、特定の道徳理論を所与のものとするのではないのである。

本書が展開する財産権に対する道具主義は、自然権としての財産権は存在しない、という限定的で否定的な形而上学上の提言をなすものである。この提言は、そのコロラリーとして次のような帰結をもたらす。つまり、財産権に対する道具主義は、財産権の性質について徹底した懐疑論を採用するということである⁵⁹。特に、その懐疑的な態度の矛先は、財産権が主観的権利の1つであるとする考え方に立脚した財産権の理論に対して向けられている。本書が念頭においている徹底した懐疑論を例証するには、ケルゼン（Kelsen）の財産権に関する見解の一部を利用することが最適である。期せずして、財産権に対する徹底した道具主義は、ケルゼンの純粋な法実証主義から導かれる帰結の1つでもある⁶⁰。

ケルゼンの財産権に対する徹底した道具主義は、ケルゼンが、19世紀の実証主義を特徴づけた二元論を否定することから導かれるものである⁶¹。

⁵⁹ 知的財産権に対する懐疑論の優れた例として、A. Plant, ‘The Economic Theory Concerning Patents for Inventions’, 1 *Economica* (new series), 30 (1934); A. Plant, ‘The Economic Aspects of Copyright in Books’, 1 *Economica* (new series), 167 (1934); S. Breyer, ‘The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs’, 84 *Harvard Law Review*, 281 (1970) を参照。

⁶⁰ 私がケルゼンの財産権論に目を向けることができたのは、Stanley Paulsonのおかげである。

⁶¹ ケルゼンがこのことを議論している箇所は、H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1934; B. Paulson and S.L. Paulson (trs.), Oxford, 1992), chapter 4; H. Kelsen, ‘The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence’, 55 *Harvard Law Review*,

この19世紀の実証主義には、客観的法（法）と主観的法（権利）の区別、公法と私法の区別という二分論を介して、自然法の遺産が紛れ込んでいた。この種の実証主義の下における主観的権利とは、権利は法から独立して存在し先行するものであって、客観的法はそうした権利に奉仕するものである、という考え方を伴うものであった。そして、ケルゼンによれば、財産権がそうした「主観的権利の原型」にはかならない⁶²。主観的権利は、ケルゼンにとって、明確なイデオロギー機能を有するものなのである。このイデオロギー機能は、実証主義的法概念の下で国家は自由にその運命を決めることができるという認識から生じるものである。国家の法秩序の内容を確定する作業は、当該法秩序すなわち国家しかなしえないものとされている。民主主義社会においては特に、法の内容は、以前には夢想だにされなかったような偶発性の産物でしかないのである。もし、民主主義社会がそのように選択するならば、法秩序は自らを根本的な方法で作りかえることも可能である。君主制は、共和制になることができるということである。こうした意志による制限しか受けない実証主義を背景として、私有財産権（主観的権利）の概念が、法秩序が財産的利益に対してなしうることを制限する手段となる。ケルゼンは、主観的権利のイデオロギー機能を説明しながら、次のように強調している。「主観的権利とは、実際には私有財産権を意味するものであるが、客観的法に対して超越的なカテゴリーであり、法秩序の内容を形成する活動に対して超え難い制限を設ける制度である。」⁶³ ケルゼンのこうした主張は、彼のより大きな任務の重要な一部を構成するものである。その任務とは次のような実証主義的法理論を提唱することである。それは、依然として規範的な理論にとどまっているという意味でイデオロギー的理論ではあるが、特別な利益や訴答が法の規範的性格の一部を形成しないという意味では反イデオロギー的理論でもある、そのような法実証主義の理論である。つまり、ケルゼンによって提唱された純

44 (1914); H. Kelsen, 'Law, State and Justice in the Pure Theory of Law', 57 *Yale Law Journal*, 377 (1948); H. Kelsen, 'Foundations of Democracy', LXV *Ethics*, 68 (1955).

⁶² H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1934; B. Paulson and S.L. Paulson (trs.), Oxford, 1992), 38 である。

⁶³ *Id.*, 40-41.

粹法学は、主観的権利を排除するものにほかならない。かくして、主観的権利と客観的法とは1つに統合されることになるのである。

主観的権利に現れでる特徴のすべてを排し客観的法に還元する試みに対して、即座に示される1つの反応は、それが個人の自由に対して深刻なマイナスの影響を与えるというものである。確かに、主観的権利は、国家による自由の侵奪行為に対する最後の哲学上の砦であるといえるかもしれない。しかし、この種の反応は、本書が財産権の取扱いとして支持している徹底した懐疑論や道具主義を真剣に受け止めていない。まず第1に、道具主義の下で主観的権利が自由のパターンにどのような影響を及ぼすのかという問題は、ア・プリオリな哲学的技巧のみを駆使することで解決できるような問題ではない。このことは、ある国の憲法を解釈するだけでは、その国における自由のパターンについて真摯な結論をだすことができないと同様である。例えば、ソビエト憲法は、とても立派なものに読める。自由のパターンというものは、究極的には、ある具体的な権利が、特定の富の分配や資源、それに制度構造を有する社会制度のコンテキストにおいてどのように発展し、機能するのかということに依存する。換言すれば、財産権と自由に関する議論は、一般的に認識されているよりもはるかに高度に統合的な要素からなるべきものである。

財産権に対する徹底した懐疑論は、やや直観に反することなのだが、財産権が主観的権利として、一定の状況下において国民の自由を阻害する可能性が残っていることを否定しない。我々はそうした可能性の概略を述べることができる。ケルゼンの財産権についての分析の核心部分は、主観的財産権が、潜在的に対立する客観的法秩序に制限を設けるという機能的な役割を果たすことを明らかにする点にある。富や権力の分配に著しい不均衡が存在する社会制度においては、主観的権利としての財産権のイデオロギー機能を利用しうる能力が一部の者に集中し、他の人々が利用しうる能力を大きく上回ることがある。主観的財産権は、財産を豊富に有している人々が、客観的法秩序が財産権の規範に加えたいと思う変更抵抗するために行使することを許す、なんとも形容し難い道具となりうるのである。知的財産権に関して主観的財産権が調整される危険性は特に高い。なぜなら、知的財産権は、前述したように、自由を抑制する特権の形態をとるのである。また、知的財産権は、本書の第7章で説明したような理由から、

社会において私的な主権を創出するものでもある。そのような特権を所有する人々は、本書の第6章において略述したような理由から、特権の拡張を求める傾向がある。主観的権利という概念は、知的財産権と結びつくと、特権の追求者に対して、他者の自由を危険にさらす特権を拡張したり新たに創出する機会を提供するのである。主観的権利という概念が知的財産権と結びつく場合、それは特権の保有者が享受する特別な利益を堅固に擁護する働きをする。特権の保有者は、合理的な自己利益を追求する結果、より大きな特権を求めて活動を行う。彼らの視野には、そうした特権がもたらす社会的コストやそうした特権によって見込まれる不正義、あるいはそうした特権の権力が民主主義制度の根幹に引き起こす脅威といったものは入ってこない。主観的権利という名の下に、知的財産権は他の財産権の形態と同様に扱われるのである。そして、知的財産権の顕著な特徴やそれがもたらす脅威といったものは、特権の追求者の特別な利益を擁護するために普遍的な主観的意志が結集されるところの、私有財産権というレトリックによって隠蔽されることになる。このことが他の人々に与える波及的なコストは、不断に無視され続けるのである。

財産権に対し懐疑的道具主義の態度をとることに対して示される1つの懸念は、次のようなものであろう。すなわち、そうした道具主義は、財産権の起源を実定法に求めるものであるところ、個人の財産権は、個人の自由を保障するために必要とされる本質的な要素を構成するものであり、翻って考えるに、主観的権利の概念こそが財産権を保障するものなのである、と主張されるかもしれない。財産権に対する道具的アプローチに基づく場合、財産権は一見すると国家の恣意に委ねられているようにみえる。そのため、そうした権利は非常に脆弱なものになってしまうというわけである。財産権に対する道具主義を支持しない別の理由としては、そのような懐疑的道具主義の態度が、主観的権利としての財産権の概念の周囲に群生するさまざまな基本的価値にマイナスの影響を及ぼすというものが挙げられる。この考え方は、財産権が自由、つまり個人の人格やプライバシーの保護と不可分に結びついているというものである。懐疑的道具主義が抱える問題というのは、そうした懐疑的道具主義の態度が結局のところ何らかの狭かな経済的尺度に基づいて財産権に犠牲を強いる手続にほかならないということだ、と主張されるかもしれない。実際、たいいていの知的

財産権（例えば、録音物や出版物に対する著作権や植物新品種の権利など）は明らかに経済的性質を有していることから、そうした権利の判断において経済的尺度を用いることは適切である。それにもかかわらず、知的財産権の中には、社会集団としての諸個人が重要で有意義なものと考えているために、そのような価値を制度化して、コストを基準としてその有用性を判断した場合のいかなる結論をも超越するものとされた権利が存在するのである。それらは、いわばコストを超越する権利である。そのような権利を、懐疑的道具主義というミルを使って運用することにより、これらの権利とさまざまな基本的価値とのつながりに由来する文化的、象徴的価値が損なわれることになる。当該著作物の著作者であることを一般に認識されるための著作者の権利や、自己の著作物を破壊する行為を禁止することができる著作者の権利というものは、そうした権利の例といえようか。その種の権利は、芸術作品の取引を禁止する機能を有する点で、経済学的にみれば効率的とはいいい難いものなのかもしれない。しかし、たとえこうした主張が正しいものであるとしても、これらの権利は他の論拠に基づいて擁護することが可能であろう。すなわち、芸術作品の存在というのは、それ自体として内在的に価値があるものと考えてよいかもしれない⁶⁴。芸術作品を奨励したり保存することを目的とした権利であるならば、それが内在的な財の奨励に資するという根拠に基づいて正当化することが可能であろう。これは、依然として道具的スタイルの正当化であるが、もはや権利のコストの測定プロセスの影響を受けることのない正当化である。

懐疑的道具主義に対して示されたこれら2つの懸念は、いずれも外的なものである。まず、第1の懸念は、財産権は個人の自由にとってあまりに重要すぎて主観的権利と財産権とのつながりを壊すような危険を冒すことなどできない、と主張するものであった。しかし、このことは本書の懐疑的道具主義に対する異論を意味しない。それはまさに、個人の自由を構成する概念の範囲を広く捉えることによって、財産権に対する道具主義が守られる必要があるということを示すものである。財産権に対する道具主義の下では、こうした考慮が財産権の関係とは無関係に押し進められるということが重要である。換言すれば、個人の自由の性質を財産権的な関

⁶⁴ J. Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford, 1986), 201.

係の取扱いと同一視し、財産権的な関係の取扱いをして、広義の個人の自由に対する結論を導く根拠たらしめるものとするのは、誤りだということになる。一例として、リベラルな人々にとって、財産権に対する懐疑的道具主義とは、財産権を消極的自由の典型例として援用することではなく、財産権の規範が消極的自由に与える影響について尋ねることを意味するものである。かりに財産権について道具主義的な問いかけをしないとすると、リベラルな人々は、知的財産権の場合において、自由を抑制する特権制度を支持するという可能性を受け入れることになってしまうのである。

次に、道具主義に関する第2の懸念は、コストを超越する権利という概念を引き合いにだすものであった。しかし、この種の懸念は十分に根拠のあるものではない。まず第1に、我々は現実世界の財産権のコストが道徳的に重要なものであるということを銘記する必要がある。コストの存在は、他のものに利用することができたはずの資源が利用されているということ意味する。このことは経済的に重要であるだけでなく、道徳的にも重要である。ある特定の社会において、特定の制度のコストを支払うために資源が移転されているという事実は、その社会における人々の発展の可能性に影響をもたらすからである。例えば、ルワンダは特許制度を有している。そしてそれは、他のすべての特許制度と同様にコストを創出している。ルワンダのような国が、特許制度を創設、維持、執行するために、その貴重な資源を消費すべきであると考えるべき理由はどこにあるのだろうか。財産権に対する懐疑的道具主義は、この種の問いを奨励する。それは自治権や自決権のような基本的価値の擁護と完全に一致する問いである。ある特定の道徳的原理主義を通して、財産権に対する道具主義を詰ませようとする試みは、ある1つの基本的価値を擁護しようとするのと往々にして他の基本的価値が犠牲にされる、という事実を無視している。

懐疑的道具主義を採用した場合に、いかなる財産権も残存することはないというような結論に至るわけではない。結果として生じるのは、「権利」という一般的な用語が解体されてその構成要素に還元される、ということである。どのような形でこうした解体が行われるのかということは、その作業のために選択された関連する義務論的論理によって規定されることになる。財産権の中には、最終的に、請求権として分類されるものもあるだろう。また、別の権利、例えば知的財産権などは、最終的に、特権と

しての地位を有するにとどめられることになろう。懐疑的道具主義に適応するために用いられる道徳理論の種類に応じて、ある特定の対象に対するある種の財産権は、最終的に、重要な請求権として合理的なものとして感得され正当化されることになろう⁶⁵。まとめると、懐疑的道具主義は、ベンサムが論じたような傾向、すなわち人々が法によって授与されるあらゆる利益を自己の財産権として叙述するといった傾向を避けるための方策を求めていくことになるだろう⁶⁶。

これで、本書にいう財産権に対する懐疑的道具主義の概要の説明を終えることにしたい。本書を結ぶ前になすべき簡潔な作業が、まだ1つ残っている。それは、知的財産権の道具主義理論が道具主義的な義務を導出することをも約束する、ということを示す作業である。

⁶⁵ このことは帰結主義の下でも十分に起こりうることであるように思われる。もともと、ここでいう帰結主義とは修正されたタイプのものである。そのようなアプローチの一例は、センの目的権利体系に見いだすことができる。A. Sen, 'Rights and Agency', 11 *Philosophy and Public Affairs*, 3 (1982) を参照。また、P. Pettit, 'The Consequentialist Can Recognise Rights', 38 *The Philosophical Quarterly*, 42 (1988) を参照。これらのアプローチは、次のような権利の問題を扱うものである。義務論的な権利観は、複雑な相互依存性の問題をそれらの権利がもたらす帰結を考慮することで解決を図ることを認めない。一方、厚生主義的なタイプの帰結主義アプローチは、特定の状況における関連する個人の選好をすべて集計することによって諸個人を結びつける点で、相互依存性の問題を取り扱うことを得意とする。しかし、そうした厚生主義的なアプローチも、現実にはさまざまな社会的、道徳的生活の側面が存在しており、それらは単に効用情報に基づく計算を通じて分析することができるものではない、という事実を見落としている。センのようなハイブリッドなアプローチの優れた点は、財産権に対する徹底的な道具主義の態度をとる論者が権利（著作権法における著作権人格権のような権利）について帰結的に評価することを可能にする一方で、問題となっている帰結というものが、厚生主義的帰結主義が認識しうる帰結だけでは十分にカバーできないものであるということを認識する点にある。

⁶⁶ J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1780; J.H. Burns and H.L.A. Hart, London, 1970), 211.

特権に付随する義務

本節が解答を試みる問いは2つある。1つは、いかにして特権から道具的義務が導かれるのかというものであり、もう1つは、どのような種類の義務が導かれる可能性があるかというものである。裁判例から抽出される例が、2つ目の問いに解答するために用いられるが、ここで一言、あらかじめ注釈が必要であるように思われる。知的財産権の道具主義理論は、規範的な理論であり、法的な解釈論や道徳的な決議論として、その役割を果たすものである。道具主義理論が実際に意味するところは、知的財産法の解釈は、法の目的に従って体系的に行われるべきものであって、労働の実行や価値の創造に基づいた法以前に存在する期待を保護する必要があるなどといった道徳的な観念を喧伝するようなものではない、ということである。それは、換言すれば、プロプライエタリアニズムに反対するものである。以下に示す例は、道具主義の原理から導かれる義務を例証することを意図しているのであって、これらの事例において、裁判所が実際に前節で概説した道具主義理論に基づいて行動している、と主張しようとするものではない。

知的財産権は自由を抑制する特権である。我々の主張は、道具主義に基づく特権には特権の保有者に課される義務が付随するというものである。特権を生み出す目的がある特定の承認された目標を実現することにあるのであれば、特権の保有者は、特権が与えられたそもそもの目的に反するような態様で特権を行使してはならない、という義務を負うことになる。特権に、それが創設された目的を促進する一連の義務を結びつける考え方は、初期の民主的急進主義哲学によって打ちだされた政府の構想と通じるものがある。ロックは、政府モデルを発展させるに際し、政府の権力がその国民に対して負う義務によってさまざまな形で制限を受けるということを確立するために、信託の概念を繰り返し使用した。具体的には、立法府を「信託された権力」として位置づけたうえで、ロックは続けて次のように述べる。「ある目的を達成するために信託によって与えられたいかなる権力もその目的によって制約されるので、その目的が明らかに無視され

たり、背かれたりするときはいつでも、その信託は必然的に失効することになる。」⁶⁷

ここにおける直観的な考え方は、権力の保有者は、その権力が付与された目的と整合するものでなければならないという形で制限された権力を有するというものである。ここでいいたいことは、財産権に関する特権の場合、特権の範囲に対して課される制限が義務の形をとるということである。そして、このことは本節の冒頭で述べた問いへとつながるのである。すなわち、いかにして道具的義務が特権から導かれるのか、ということである。これに対する解答は、そうした義務の導出は、最初に特権を創出する場合と同様、道具的に規定されるものであるということである。これを公式化すると、知的財産権に関する特権の保有者は、特権が創出された当初の目的が実現される可能性を最大化する義務を負う、ということが出来る。つまりこの義務は、特権が対象とする目標の達成を促進する手段として存在するものである。よって、もしそのような義務が存在しないとなれば、特権の付与は自己破滅的であり、そうした義務を創出しないことは不合理であるといえよう。

ここで論じているような義務の存在を確立する非道具的な方法も存在するかもしれない。しかし、このことを論証するのは、本書が採用する道具的な方法よりも困難であろう。簡単にいえば、非道具的な論証方法とは、義務を権力の存在と結びつけて考えるというものである。知的財産権は主権メカニズムの1つであり、知的財産権の保有者は権力の地位を占める。こうした地位と関係しているのが、権力の行使が責任ある態様で行われるよう求める一連の義務である⁶⁸。このような論理で義務を導く方法は、直前で述べた道具主義的な導出方法とは異なるものである。道具主義的な導出方法は、とりわけ、自己破滅的に行動すべきではないという助言を与えてくれる目的手段的な合理性に基礎をおくものであり、そうした目的を促進する効用を基準として義務を選定するものである。一方、本書がここで

⁶⁷ John Locke, *Two Treatises of Government* (1690; P. Laslett ed., Cambridge, 1988), Book II, para 149.

⁶⁸ 地位と義務という言葉は、F.H. Bradley, *Ethical Studies* (2nd ed., Oxford, 1927), 160の小論「My Station and Its Duties」からとったものである。

あえて冒険を試みている非道具主義的な正当化は、義務が権力の地位と必然的に結びついているという前提に基づいて、作業を進めようとするものである。こうした義務は、特権が対象とする目標の達成のために必要なものであるかどうかにかかわらず、存在するものである。つまり、特権の目的は義務から結果として生じるものであって、義務の存在理由ではないのである。実際、こうした義務は、内在的な義務に分類することが許されるかもしれない。内在的な義務とは、他者の権利に相関的に依存するものではなく、むしろ権利とは無関係に存在する義務である。その1つの例は、これはラズが説明に用いる例であるが、第1の友人が第2の友人に危害を加えた場合に、たとえ第1の友人の行為がいかなる意味においても非難に値しないとしても、第1の友人は第2の友人にその損害を賠償する義務を負う、というものである⁶⁹。このような義務は、友人関係の本質の論理的な帰結として導かれるものである。ここでの中心的な主張は、ある特定の行動が内在的な義務の対象となるのは、基本的な価値の属性について共通の考え方が存在するがゆえである、ということである。子供への愛を尊重すべきことは、内在的な義務の源泉となりうるもう1つの例であろう。

ある特定の義務が権力の地位に随伴するとの見解を、内在的な義務という概念と結びつけることによって、非道具的な方法で特権に付随する義務の存在を証明できる可能性がある。そうした論法は、道具主義的な正当化よりも利点があるといえるかもしれない。いかにして特権の目的が最適に実現されるかという狭い問いかけだけでなく、特権が付与する権力の責任ある行使に関心が向けられる場合もあるかもしれない。例えば、知的財産権の保有者は、訴訟を通じて自己の特権をエンフォースすることができる。しかし、こうした特権をエンフォースする権利の存在に関しては疑いの余地がないとしても、特権の保有者には責任ある態様でエンフォースメントの権利を行使すべき義務がある、と主張したい者もいるかもしれない。例えば、コモン・ローは、**無効な**特許権に依拠する者であっても、他者のビジネスを破壊することを意図した訴訟の威嚇をなしうる可能性があることを次のように認識していた。

⁶⁹ 内在的な義務に関する議論一般については、J. Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford, 1986), 210-213 を参照。

「多くの者は、非常に恐ろしい侵害訴訟に巻き込まれる危険を冒すよりも、即座に特許を侵害すると主張される製品の販売を中止するだろう。そして、もし太古から知られているものに特許が取得され、警告状の回覧によって非常に大規模な商売が独占され、他者の商売が破壊されるとすれば、公衆にとっての危機は最大のものとなるだろう。」⁷⁰

このような根拠がない威嚇のケースにおいて、イギリス法は威嚇された者に救済を与えた⁷¹。知的財産権の保有者が、特定の状況下では訴訟提起の威嚇をなしてはならないという義務を負う根拠は、規範理論の問題としては、他の取引者の権利（それ自体道具主義に還元されるべきものであるが）を基礎とするものではなく、民主的で公正な社会における特権という権力の性質に対する共通の考え方を基礎とするものである。知的財産権に関する特権の場合に、特権の義務が非道具的に導出されうること示すことは、前述したように、困難な作業となる。我々はここまで、その可能性を詳細に検討していないけれども、単に、それがいかにしてもっともらしい議論となりうる可能性があるのかということを示すことはできたように思う。

本書もいよいよ、知的財産権に関する特権からどのような道具的な義務が導かれる可能性があるのかということに関して、何点か一般的なコメントを述べる作業を残すのみとなった。明らかに、こうした義務は、特権が奉仕することが予定された目標の達成に寄与するという道具的な目的を有していることから、その関連する義務は当該目標と強く関連づけられる

⁷⁰ *Axmann v. Lund* (1874) L.R. 18 Eq. 330, 336.

⁷¹ 1883年のイギリス特許・意匠・商標法の第32条は、根拠のない特許訴訟による威嚇の問題について規定している。この規定の適用例として、*Drifffield and East Riding Pure Linseed Cake Company v. Waterloo Mills Cake and Warehousing Company* (1886) 31 Ch. D. 638 がある。1883年法の制定以前においても、裁判所は、もし自らの特許が無効であることを知りながら訴訟を提起して威嚇した場合、その者は当該行為について法的責任を負うものと認めていた。*Halsey v. Brotherhood* (1880) 15 Ch. D. 514, 518 を参照。根拠のない訴訟による威嚇は他者の商業上の利益を害するために用いることは許されないとする、こうしたエクイティ上の原則は、当時のアメリカにおいても同様に認められていた。*Emack v. Kane* 34 Fed. R. 46 (1888) を参照。

必要がある。どのような道具的な義務が課されることになるのかということ、関連する特権の目的がどのように性格づけられるのかということ、そして、そうした特権が行動にどのような影響を及ぼすと考えられるのかということにも依存するだろう。そこで、例えば、特許制度の目的が単純に富の生産であると規定され、かつ、特許に関する特権がもたらす報酬の大きさに比例して富の生産性が高まると考えられるのであれば、そのような目的を達成するために必要とされる道具的な義務の数は少ないものとされる可能性がある。というのも、特許権者に課される制限の数が少なければ少ないほど、当該特権がもたらす報酬はより一層大きなものとなると主張されると考えられるからである。このような議論が知的財産権に対する道具的アプローチの下で正当化される可能性は、特許に関する特権が富の創造において実際に重要な役割を果たしており、特権の保有者に対する最小限の義務が重要なインセンティブ効果を有するということが経験的に実証された場合に限られる。

一方、特許制度の目的を以上とは異なる形で性格づける場合には、広範な義務を生み出すことになろう。特許制度の歴史は、この点に関して示唆的である。イギリス特許制度の歴史を振り返ると、その1つの重要な目的は、前述したように、国内のニーズにとって不可欠と思われる特定の商業や産業の創出に寄与することにあった。このため、特許法の発展の初期の段階においては、関連する産業の専門知識がすべての人々にとってアクセスしやすいものとするために、特許権者はその特許権を王国内において実施する義務を負っていたことが観察される。イギリス特許法には、特許権の濫用を禁止する規定が含まれていることが多かった。これらの規定を読むと、その目的が、イギリス国内において特許権の付与された知識を移転させ行き渡らせることを促進する点にあったことがわかる⁷²。実際、イギリスの裁判所は、特許制度の特定の目的が達成されるのを確実にするために、特許権者に道具的な義務を課すことに大きな役割を果たした。特許権者は需要を創出しようと試みなければならない、と明言する判決すら存在

⁷² 例えば、1970年のイギリス特許・意匠法の第27条（主としてもしくはもっぱらイギリスの国外において作用する特許権の取消しを許容している）を参照。

する⁷³。強制ライセンスは、ある意味、特許権者が知識を普及させる道具的な義務を遵守しなかったことに対する救済であると評価することができる⁷⁴。本書が「道具的な義務」と呼ぶところのもう1つの例は、アメリカの裁判所においてなされた著作権ミスユースの抗弁や特許ミスユースの抗弁の存在に関する議論に見いだすことができる。ミスユースの抗弁は、著作権または特許権の侵害訴訟において、原告が特権付与の背後にある公序に反するような態様で特権を行使する場合に、原告の勝訴を妨げるものである⁷⁵。ミスユースの法理は、それ自体が、知的財産権に関する道具主義的原理の下で自然に演繹される特権に付随する義務の一例なのである。ちなみに、道具主義理論の下では、知的財産権をミスユースしてはならないという義務は、被告の行為が原告にどのような影響を与えるのかにかかわらず存在する義務である。

結 論

道具主義的な態度が知的財産権をいかなる方向に導くことになるのか、その全体的な傾向は、これまでの叙述によってもはや明らかなものとなっ

⁷³ *Boulton's Patent* (1909) 26 R.P.C. 383, 387. *Kent's Patent* (1909), 26 R.P.C. 666; *In the Matter of Johnson's Patent* (1908), 25 R.P.C. 709, 727 も参照。

⁷⁴ イギリスにおける強制ライセンスの目的の詳細については、W.R. Cornish, *Intellectual Property* (2nd ed., London, 1989), 206-208 を参照。

⁷⁵ ミスユースの抗弁をエクイティ上の原則として構成するものとして、*Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger* 314 US 488 (1942) を参照。著作権法におけるミスユースの抗弁の適用例として、*Lasercomb America, Inc. v. Job Reynolds* 911 F.2d 970 (4th Cir. 1990) を参照。被告は、原告からソフトウェアを購入し、その違法なコピーを作成したうえで、結果的には原告のソフトウェアとほとんど同一のソフトウェアを発売した。そのような行為にもかかわらず、本件において被告は、著作権のミスユースの抗弁を主張することに成功したのである。原告らは、ライセンス契約において、いかなるライセンシーも原告らと類似のソフトウェアを開発してはならない旨の条項を盛り込んでいた。原告らの目的は明らかであった。原告らは、著作権を用いて、コンピュータ支援型サイコロ製造装置に関するアイディアを独占しようとしたのであった。著作権を利用したアイディアの支配権を得ようとする企ては、著作権のミスユースを構成するとされた (911 F.2d at 979 を参照)。

ているはずである。それは、プロプリエタリアニズムの代替案となることを志向するものである。また、道具主義は、知的財産権が担う公共的な目的と役割が極めて明晰なコンセプションとして提示されることを要求する。知的財産法に関する法的な発展は、その目的を厳格に守るものでなければならない。道具主義は古風な形式の語り口を要求する。財産権という言葉は、独占的な特権という言葉に置き換えられなければならない。こうした独占的な特権は、義務という発想と結びつけられる。義務を伴った独占的な特権が、知的財産権に対する道具主義の中核を担うことになるのである。道具主義の下において、知的財産権は、より広範な道徳理論と一連の価値の文脈に位置づけられることになる。つまり財産権は、道徳に奉仕するものであって、それをコントロールするものにはなりえないのである。最後に、知的財産権の道具主義理論は、自然主義的な経験主義に立脚することになる。ゆえに、知的財産権についての立法上の試みは、その現実世界のコストと濫用に関する情報によって決定されることになるのである。

〔訳者付記〕

本稿は、PETER DRAHOS, A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY (Dartmouth, 1996) の全訳である。本書の翻訳掲載をご快諾くださり、また、訳者の質問にいつも丁寧にお答えくださった著者の Peter Drahos 先生にこの場を借りて感謝申し上げる。

本書を翻訳するに至ったきっかけは、訳者が北海道大学大学院に在籍していた時期に、指導教官の田村善之先生から修士論文のテーマとの関係で本書をご紹介いただき、2005年5月から同年10月にかけて同大学院で開講された田村先生主催の本書の講読ゼミにおいて、毎週、翻訳を担当したことに端を発している。本誌上での翻訳の連載が始まってからも、田村善之先生には、訳の内容から訳語の選択に至るまで、毎回、懇切丁寧なご指導をいただいた。心から御礼を申し上げたい。

また、翻訳の推敲過程において、特許庁の杉浦淳先生、道祖土新吾先生をはじめとする、特許庁知的財産法哲学研究会のメンバーの皆様にも、有益なご教示をいただいた。記して感謝申し上げる。

最後に、Dartmouth Publishing Company との仲介の労をとっていただいた安藤和宏先生、本誌上での翻訳連載にあたり、校正等を通じて大変お世話になった高橋直子さんにも、この場を借りて御礼を申し上げたい。