

知的財産法と奢侈禁止規範(3・完)

Barton BEEBE

南部 朋子(訳)

— 目 次 —

はじめに

- I. 奢侈禁止規範とコピー技術の問題点
 - A. 奢侈禁止規範と流行のプロセス
 - B. 競争的消費の限界
 - C. コピー技術の社会的問題点 (以上、第34号)
 - II. 奢侈禁止法としての知的財産法
 - A. コピーのイデオロギー
 - B. 希釈化防止法としての知的財産法
 - 1. 希釈化の法的・文化的概念
 - 2. 希釈化防止法としての商標法 (以上、第35号)
 - 3. 希釈化防止法としての著作権法
 - 4. 希釈化防止法としてのデザイン保護法
 - C. 真正担保法としての知的財産法
 - 1. 地理的表示の保護
 - (a) TRIPS 協定23条
 - (b) 2006年の米国 EC ワイン協定
 - 2. 伝統的文化表現の保護
 - III. 奢侈禁止法としての知的財産法の失敗
 - A. 奢侈禁止的知的財産法の無益性
 - B. 奢侈禁止的知的財産法から博愛主義的知的財産法へ
- 結論：フィアット・プロパティ (Fiat Property)

3. 希釈化防止法としての著作権法—我々の著作権法に関する伝統的な考え方の下では、著作物性のある表現についての、希釈化を招くコピー行為

は許されない²⁷⁹。逆に、上述のコピーのイデオロギーが前提とすることに賛同するのである。この前提とは、著作物性のある創作物は尽きないものであり消費において競合しないということ、及び、その有用性は、相対的有用性であれ絶対的有用性であれ、当該創作物が創作されてしまえば保護する必要がないということである。これらの前提と対比すれば、著作物性のある作品の有用性を保持するために、このような創作物のコピーを制限すべきとする発想は、ばからしく思われるであろう。なるほど、このような発想は著作権法の核心、すなわち長期的に可能な限りコピー行為を可能とするため目先のコピー行為を制限することで「進歩を促進する」ということとは逆の発想である。

このような著作権法の伝統的で、進歩的な考え方にもかかわらず、著作権法の実務では一貫して、裁判所が実際には著作物の消費が競合するものであること及び殊に著作物の相対的有用性が奪われてしまうおそれがあることについてかなり神経を尖らせていることがわかる。裁判所は、通常、原告の著作物の「独自性とオリジナリティ²⁸⁰」を「過剰露出²⁸¹」、「市場浸透²⁸²」及び汚染から守るために著作権法を用いるのである²⁸³。例えば、セ

²⁷⁹ *But see* Christina Bohannon, *Copyright Harm, Foreseeability, and Fair Use*, 85 WASH. U. L. REV. 969, 1022-27 (2007) (いくつかの裁判所が「著作権の希釈化」を認めていることについて論じている。 *id.* at 1022).

²⁸⁰ *Dr. Pepper Co. v. Sambo's Rests., Inc.*, 517 F. Supp. 1202, 1208 (N.D. Tex. 1981); *see also* *Autoskill Inc. v. Nat'l Educ. Support Sys., Inc.*, 994 F.2d 1476, 1498 (10th Cir. 1993) (原告が主張する被告の侵害行為によって、原告の著作物が「市場において独自性を失ったことによる損害を受ける」との原告の主張に関し、回復不能な損害が生ずる可能性があるとして認定した地方裁判所の判断を維持したもの (quoting *Autoskill, Inc. v. Nat'l Educ. Support Sys. Inc.*, 793 F. Supp. 1557, 1572 (D.N.M. 1992)) (internal quotation marks omitted)); *Bestland v. Smith*, No. 06CV00466WYDPAC, 2006 WL 3218893, at *5 (D. Colo. Nov. 6, 2006) (「回復不能な損害は、申立当事者が『市場において独自性を失ったことによる損害を受ける』ことを示すことで立証できる」 (quoting *Autoskill Inc.*, 994 F.2d at 1498)); *cf.* *Mozart Co. v. Mercedes-Benz of N. Am., Inc.*, 833 F.2d 1342, 1346 (9th Cir. 1987) (特許及び著作権による保護は「製品自体の独自性を保護するべく設計されている」と指摘している)。

²⁸¹ *Brewer v. Hustler Magazine, Inc.*, 749 F.2d 527, 529 (9th Cir. 1984).

²⁸² *Ty, Inc. v. W. Highland Publ'g, Inc.*, No. 98 C 4091, 1998 WL 698922, at *16 (N.D. Ill.

ントラルパークの写真が印刷されたTシャツの複製が問題となった事件である *Engel v. Wild Oats, Inc.*²⁸⁴において、裁判所は、「希少な芸術的目的物に対する原告の著作権は、Tシャツやトレーナーなどの比較的希少とはいえない媒体に複製された場合には非常に損害を受けやすい性質を有する」とかなり明確に指摘した²⁸⁵。連邦第7巡回区控訴裁判所の *Beanie Babies* の事件²⁸⁶が示唆するように、そのような事件における裁判所の主な関心は、絶対的有用性をさらに創造することを奨励することにあるのではなく、ほとんど遡及的効力を認めるような態様で、既に創造されたものの相対的有用性を保持することにある。*Beanie Babies* という動物のぬいぐるみ製造者である *Ty, Inc.* がとる市場戦略は、イリノイ州の北部地区の裁判所が「市場を盛り上げるために品不足を生じさせる利口なビジネス手法²⁸⁷」と表現したものであり、また他の裁判所で「カラの棚—すなわち欠乏状態を計画的に作出することであり、これによってロコモの需要を熱狂的なものへと押し上げるのである」²⁸⁸と表現されることもあった。*Ty* は、著作権で保護された自社の動物ぬいぐるみのデザインの多様な模倣品の製造を防止す

Oct. 5, 1998); *see also* *Castle Rock Entm't v. Carol Publ'g Group, Inc.*, 955 F. Supp. 260, 272 (S.D.N.Y. 1997) (「オリジナルのバリエーションを(潜在的な)市場に過剰供給することはしない」という原告の「芸術家としての決断」に重きを置いている)。

²⁸³ *See* Bohannon, *supra* note 279, at 1026-27; *see also* *Metro-Goldwyn-Mayer, Inc. v. Am. Honda Motor Co.*, 900 F. Supp. 1287, 1300 (C.D. Cal. 1995) (「James Bond とホンダの低価格モデルとを結びつけることは、James Bond の将来の高級なライセンスから見れば、James Bond の価値を脅かす可能性が高い。」)。

²⁸⁴ 644 F. Supp. 1089 (S.D.N.Y. 1986).

²⁸⁵ *Id.* at 1092.

²⁸⁶ *See, e.g., Ty, Inc. v. Publ'ns Int'l Ltd.*, 292 F.3d 512 (7th Cir. 2002); *Ty, Inc. v. Le Clair*, 103 F. Supp. 2d 1047 (N.D. Ill. 2000); *W. Highland Publ'g*, 1998 WL 698922; *Ty, Inc. v. GMA Accessories, Inc.*, 959 F. Supp. 936 (N.D. Ill. 1997), *aff'd*, 132 F.3d 1167 (7th Cir. 1997).

²⁸⁷ *W. Highland Publ'g*, 1998 WL 698922, at *16 (citing *GMA Accessories*, 132 F.3d at 1171).

²⁸⁸ *GMA Accessories*, 959 F. Supp. at 943 (quoting Gary Samuels, *Mystique Marketing*, FORBES, Oct. 21, 1996, at 276, 276) (internal quotation mark omitted).

るために、裁判所に対し、自社のデザインが「独自性のあるもの」²⁸⁹であるとの認識が保たれるようにすること、及びそれによって「Tyの著作権そのものが本来有する価値」²⁹⁰を保護するよう強く迫った。裁判所はこれに従った²⁹¹。ここでは、意外なことに、実質的な類似性を問うことは本質的には希釈化を防止するための問いであり、消費者が原告の製品よりも被告の製品を購入することが原告にとっての害悪なのではなく、原告の製品が、市場においてその識別性を失うことにより、原告の製品が有していた有用性のすべてを失うという点に害悪があるのである²⁹²。

このような、原告の創作物の希少性についての懸念は、著作権の理論の他の部分において明白である。これまでに解釈されてきたとおり、法律で規定された著作権のフェアユースの第4要件では、被告が許諾なく使用し、その使用が「広範」なものとなった場合に、原告の創作物の市場に対してどのような影響があるかという点について、裁判所が特に考慮するよう指示している²⁹³。裁判所は、小規模な代替を防止するためにさえ、常日頃このような危険な先行きの原理を適用してきたが、この原理を、特に「限定版」として具現化した創作物に関する事件において、商標におけるような、希釈化を招くような「借用の蔓延」に関する懸念に対処するためにも利用してきた²⁹⁴。同様に、著作権侵害事件において損害を評価するにあたって、

²⁸⁹ *Id.*

²⁹⁰ *Id.* (quoting Ty, Inc. Memorandum in Support of Preliminary Injunction at 8, *GMA Accessories*, 959 F. Supp. 936 (No. 96 C 8465); see also *GMA Accessories*, 132 F.3d at 1173 (「Tyは、Beanie Babiesの流通を制限したいと考えており、これまでそれに成功している。そのことは、Beanie Baby 一個(「Peanuts the Elephant」という名のぬいぐるみ)に高く2200ドルの値がついたことが報告されるような Babies の中古市場が存在することからもわかる。」)。

²⁹¹ See *GMA Accessories*, 132 F.3d at 1173; *W. Highland Publ'g*, 1998 WL 698922, at *21; *GMA Accessories*, 959 F. Supp. at 945.

²⁹² See, e.g., *W. Highland Publ'g*, 1998 WL 698922, at *16.

²⁹³ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 590 (1994) (quoting 4 MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT § 13.05(A)(4) (1993)).

²⁹⁴ *Richard Anderson Photography v. Brown*, No. 85-0373-R, 1990 WL 538929, at *2 (W.D. Va. Apr. 16, 1990); see also, e.g., *Gregerson v. Vilana Fin., Inc.*, 446 F. Supp. 2d

裁判所は、原告の創作物のコピーの「利用可能性及び普及」²⁹⁵による原告のグッドウィルの喪失及びその名声の毀損に関し、希釈化からの保護を理由としてきた²⁹⁶。例えば、*Harolds Stores, Inc. v. Dillard Department Stores, Inc.*²⁹⁷ではDillard社がHarolds Storesのスカートのプリント柄のデザインをコピーしたことが問題となったが、連邦第10巡回区控訴裁判所は、顧客がプリント柄のスカートのデザインがHarolds独特のものだと思っていたのが、実際には他でも購入可能であったということに気がついたことによりHarolds Storesの評判が低下したことを示すアンケートを、証拠として採用した²⁹⁸。最後に、William LandesとRichard Posnerが示唆するように、2次著作物を許諾なく制作することを禁じることで、とりわけ、既存の著作物の複数の2次著作物が競合することによる潜在的な混雑外部性を防止することができるのである²⁹⁹。

確かに、大多数の著作権の事件においては、著作権法は絶対的有用性の無形の形態を創作することを促進するため、そのような形態を無許諾でコピーしてその代替物を生じさせるような行為を禁じるが、それ以上のことはしない、という伝統的な進歩的考えに沿って審理される。著作権に関する希釈化の判例法は少数派のままである。しかし、その影響は大きくなってきている。しばしば指摘される、著作権保護の範囲の拡大、特に実質的類似性の範囲の拡大について考えてみてほしい。商標法における販売後の混同の概念のように、実質的類似性に関する「全体的な概念と感覚」のテストは、おそらく、原告の著作物の識別性のあるスタイルや「美的な魅力」³⁰⁰を性質上完全に代替するものではないがその希釈化を招くようなコ

1053, 1058 (D. Minn. 2006); *W. Highland Publ'g*, 1998 WL 698922, at *16.

²⁹⁵ *Spinmaster, Ltd. v. Overbreak LLC*, 404 F. Supp. 2d 1097, 1111 (N.D. Ill. 2005).

²⁹⁶ See, e.g., *Couleur Int'l Ltd. v. Opulent Fabrics Inc.*, 330 F. Supp. 152, 154 (S.D.N.Y. 1971).

²⁹⁷ 82 F.3d 1533 (10th Cir. 1996).

²⁹⁸ *Id.* at 1547.

²⁹⁹ See LANDES & POSNER, *supra* note 71, at 226.

³⁰⁰ *Boyd's Collection, Ltd. v. Bearington Collection, Inc.*, 360 F. Supp. 2d 655, 663 (M.D. Pa. 2005) (quoting *Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weiner Corp.*, 274 F.2d 487, 489 (2d Cir. 1960)).

ピー行為にまで、侵害の範囲を拡大するための手段にすぎないものである³⁰¹。希釈化防止法としての著作権の他の部分と同様に、そのようなアプローチは究極的には、進歩的著作権法をひっくり返すものである。相対的有用性を保持するために、裁判所は、絶対的有用性をさらに創り出すことを制限する羽目になるのである。

4. 希釈化防止法としてのデザイン保護法—希釈化防止の考え方は、3次元デザインの保護法にも広がった。一つは現在規定されている意匠特許法であって³⁰²ここでは少しだけ紹介することとし、もう一つは議会で検討されているアパレルデザインの保護法案であっていずれ法律となる可能性が高いものであり³⁰³、こちらのほうをより長く解説することとする。これらはほとんどそうと気づかれることはないが、本質的には希釈化防止法なのである。外国の同様の法律のように³⁰⁴、これらは明確にその保護の対象を、「外観が魅力的ないし識別性のある³⁰⁵」製品デザインに限定し、その主な目的は、このような識別性の創造のインセンティブを生み出し、識別性が維持されるように確保することである。なるほど、これらが、知的財産法が単に「進歩を促進する」という利用目的を有するだけでなく、このような目的と緊張関係にある利用目的、すなわち、我々の消費に基づく区

³⁰¹ See, e.g., *Boisson v. Banian, Ltd.*, 273 F.3d 262, 272 (2d Cir. 2001); *Dawson v. Hinshaw Music Inc.*, 905 F.2d 731, 734 (4th Cir. 1990); *Selle v. Gibb*, 741 F.2d 896, 904 (7th Cir. 1984) (「二つの作品の類似性の程度を分析するにあたって重要な要素は、類似すると主張されている部分の独自性である。」)。

³⁰² 35 U.S.C. § 171 (2006).

³⁰³ See *Design Piracy Prohibition Act*, H.R. 2196, 111th Cong. (2009). この法案と同様の法案が H.R. 2033 として第110回議会 (2007) に、S. 1957 として第110回議会 (2007) に、そして H.R. 5055 として第109回議会 (2006) において提出された。

³⁰⁴ See, e.g., *Designs Act, 2003*, §15(1) (Austl.) (「デザインは、それが当該デザインの優先日より前に存在する当該デザインの芸術的基礎と比較して新規で識別性があるといえる場合には登録可能なデザインとなる。」); *Parliament and Council Directive 98/71, Legal Protection of Designs*, art. 3, 1998 O.J. (L 289) 28, 30 (EC) (「デザインは、それが新規で固有の特徴がある限りにおいて権利で保護される。」)。

³⁰⁵ 17 U.S.C. § 1301(a)(1) (2006).

別の制度を、当該制度を脅かすコピー技術に直面する中で保持するという利用目的を有する一連の法律へと「機能的転換」を果たした具体例として最もはつきりしたものである。

まず、意匠特許法について考えてみてほしい。特許法の解説書は、特許法に独占的に重点を置く傾向にある。特許法では、確かに、「特許パラドックス³⁰⁶」及び「特許ポートフォリオ競争³⁰⁷」がゼロ和の闘争の特徴を大いに有し、特許それ自体が、発明家や会社にとってのステータスシンボルとして様々な方法により利用されているのである³⁰⁸。驚くことではないが、流行のプロセスは、特許の世界においてもその他の世界におけると同様に作用するのである。我々が特許に注目しているにもかかわらず、近年は米国特許商標庁や世界中の特許庁において年間の意匠登録数が急増しており、特許の登録数の増加率をはるかにしのぐほどである³⁰⁹。その理由は、商標の原理と多くの共通点を有する意匠の原理において明らかになる。両者はあまりに共通点が多いので、下級審が双方の領域における、保護の対象となるか否かのテスト (双方ともほぼ間違いなく識別性の有無の分析に

³⁰⁶ Bronwyn H. Hall & Rosemarie Ham Ziedonis, *The Patent Paradox Revisited: An Empirical Study of Patenting in the U.S. Semiconductor Industry, 1979-1995*, 32 RAND J. ECON. 101 (2001).

³⁰⁷ *Id.* at 101 (internal quotation marks omitted); see also Ann Bartow, *Separating Marketing Innovation from Actual Invention: A Proposal for a New, Improved, Lighter, and Better-Tasting Form of Patent Protection*, 4 J. SMALL & EMERGING BUS. L. 1, 8 (2000) (「追いついているかのように見せる特許」について論じている); Gideon Parchomovsky & R. Polk Wagner, *Patent Portfolios*, 154 U. PA. L. REV. 1 (2005) (特許ポートフォリオについて論じている)。

³⁰⁸ See Mark A. Lemley, *Essay, Rational Ignorance at the Patent Office*, 95 NW. U. L. REV. 1495, 1506 (2001) (「地位の確立した会社は、市場のリーダーとしての名声を保持し、あるいは単に『特許技術』によって製品を売るという宣伝効果のために不活性化から特許を生み出すかもしれない。」)。

³⁰⁹ See, e.g., U.S. PATENT AND TRADEMARK OFFICE, *PERFORMANCE AND ACCOUNTABILITY REPORT, FISCAL YEAR 2008*, at 119 tbl.6 (2008) (1999年から2008年までの10年間で、特許登録数に8%の増加があったのに対し、意匠登録数に68%の増加があったことを示している)。

関わるものである)³¹⁰あるいは侵害か否かのテスト（双方とも消費者の混同の有無の分析に関わるものである）³¹¹を混同したために、事件が差し戻されたり上級審で逆転判決が出されたりしている。裁判所は、会社が意匠登録出願するのは、当該会社の「創造ないし独自性に対する評判」を一般的に保護するためだけでなく³¹²、「(当該会社の) デザインの独自性を保護するため³¹³」であるということを確認している。意匠特許は、ハイテク大衆製品分野では特に重要であることが証明された。なぜならば、そのような高度な技術は、製品の外観以外からはなかなかわからないものであり、製品の外観は多くの場合模倣者の標的となるからである³¹⁴。意匠特許は、そのような製品の設計者が自ら創造した絶対的有用性を、明確にわかる（そして保護の対象となる）相対的有用性の形態に転換することができ、このような形態こそが、ハイテク製品の消費者が究極的に欲する有用性の本来的な形態なのであろう³¹⁵。

しかし、知的財産法における奢侈禁止的転換の例としてこれまでで最も

³¹⁰ See, e.g., *In re Klein by Klein*, 987 F.2d 1569, 1574-75 (Fed. Cir. 1993) (商標審査官が「保護の対象であるか否かについて、審査官自身が『識別性』と表現した誤った基準を適用した」ことを認定し、*id.* at 1574, デザインを保護の対象としないという審査官の判断を維持した Trademark Trial and Appeal Board の判断とは逆の判断をした)。

³¹¹ Cf. *Unette Corp. v. Unit Pack Co.*, 785 F.2d 1026, 1029 (Fed. Cir. 1986) (地方裁判所が「混同の可能性」テストを最高裁判所の *Gorham Co. v. White*, 81 U.S. (1 Wall.) 511 (1872) 事件のテストに加えて適用したことが、無害の過ちであったと認定している)。

³¹² *Torspo Hockey Int'l, Inc. v. Kor Hockey Ltd.*, 491 F. Supp. 2d 871, 882 (D. Minn. 2007)。

³¹³ *Pac. Furniture Mfg. Co. v. Preview Furniture Corp.*, 626 F. Supp. 667, 670 (M.D.N.C. 1985)。

³¹⁴ See, e.g., Joseph L. Flatley, *Keepin' It Real Fake, Part CCXXXIII: MacBook Air Loses Two Inches, Adds a Windows Key*, ENGADGET, Aug. 26, 2009, <http://www.engadget.com/2009/08/26/keepin-it-real-fake-part-ccxxxiii-macbook-air-loses-two-inche>.

³¹⁵ See James Conley, *Trademarks, Not Patents: The Real Competitive Advantage of the Apple iPod*, CORE77, http://www.core77.com/reactor/12.05_ipod_trademark.asp (last visited Jan. 9, 2010).

際立ったものは、アパレルデザイン（衣類、バッグ、ベルト、メガネフレームのデザインを含む）の複製に対する希釈化防止のためのコントロールという形式をとっており、この節をその説明で終わらせることとする³¹⁶。米国の意匠特許制度は、そのような物品のデザインを、そのデザインが新規性及び進歩性の要件を満たすことを条件に保護するものであるが、その登録手続はアパレルファッション界の急速な変化に対応するにはあまりに遅いものであると考えられている³¹⁷。アパレルデザイナーは、米国以外では長い間特有の保護を受けていたため³¹⁸、米国でも幾度となく同様の保護を求めてきた³¹⁹。そのような努力がなぜ今まで成功しなかったのかについての説明には、議論の多いものを含め、様々なものがある³²⁰。しかし、彼らの訴えに大いなる緊急性及び説得力を付加したのが、アパレル製造産業において I. C 章³²¹で述べたような極めて強力なコピー活動がなされるようになったことである。議会において Susan Scafidi 教授が証言したように「ファッションショーで発表された衣類の高品質なデジタル画像をインターネットにアップロードし、ショーが終わる前に世界中の模倣者に配信することができる。そしてその模倣品を数日のうちに販売することができ、それは正規品が店頭に並ぶ日として予定されている日よりずっと前な

³¹⁶ See Design Piracy Prohibition Act, H.R. 2196, 111th Cong. § 2 (2009).

³¹⁷ See, e.g., *Hearing on H.R. 5055, supra* note 133, at 3 (statement of Rep. Howard L. Berman, Ranking Member, H. Subcomm. on Courts, the Internet, & Intellectual Property).

³¹⁸ See, e.g., Copyright, Designs and Patents Act, 1988, c. 48, § 213 (Eng.) (登録されていないデザインの保護について規定している); *id.* § 269 (登録されたデザインの保護について規定している); Council Regulation 6/2002, Community Designs, 2002 O.J. (L 3/1) (EC); Law No. 94-361 of May 10, 1994, Journal Officiel de la République Française [J.O.] [Official Gazette of France], May 11, 1994, p. 6863; see also *Société Yves Saint Laurent Couture S.A. v. Société Louis Dreyfus Retail Mgmt. S.A.*, Tribunal de Commerce [Trib. Comm.] [commercial court] Paris, May 18, 1994, European Commercial Cases [ECC] 1994, 512 (Fr.).

³¹⁹ See generally David Goldenberg, *The Long and Winding Road: A History of the Fight Over Industrial Design Protection in the United States*, 45 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 21 (1997).

³²⁰ See *id.*

³²¹ See *supra* section I.C, pp. 830-36.

のである³²²」。もちろん、アパレルデザイン産業は、何百年とはいわないまでも何十年の間模倣品の製造について不服を申し立ててきたが、昔と違うのは、許諾を得てコピーを行う者が、先行者としての優位性を利用できる期間をもちや享受しないということであり、かつては特定の製造行為や材料について効果的な独占状態を享受していたとしても、コピー技術の進歩により、そのような優位性も同様に浸食されてきているのである。現代市場における識別性を媒介するものの中で、アパレルファッションは疑いようもなく最も有力なものである。そして、疑いようもなく、模倣技術の脅威に最も晒されているのである。

アパレルデザイン産業は、インセンティブに基づく知的財産保護の理論の伝統の中に直接身を置くがゆえに、同産業に対抗する形で新たなコピー活動が勢ぞろいしていることを踏まえると、新たなデザインの刷新を継続することは、そのようなデザインが何らかの形で法的に保護されることが保証されない限り、不可能であると主張するのである。アパレルデザイン産業は、デザイナーが自己の刷新から利益を得ることができなければ、ファッションの「進歩」は止まってしまうと主張するのである。最近の重要な論文で、Kal Raustiala 教授と Chris Sprigman 教授は、同産業がまさに誤った理解をしていると論述している³²³。教授らは、「コピー行為によっても、ファッション産業における刷新を阻止することができない。なぜなら、半直観的なことであるが、コピー行為は創作者にあまり損害を与えないからである。…コピー行為は、アパレル産業における刷新の回転の速さの重要な要素として作用するのであり、おそらく必須の基礎としてさえ作用するのである」と主張する³²⁴。このような主張に対するアパレル産業の反応は雑多なものとなったが³²⁵、少なくとも Raustiala と Sprigman がそのような論争についての当該業界の最初の構想に答えたのである。Raustiala と

³²² *Hearing on H.R. 5055, supra note 133, at 82* (Fordham ロースクールの法学客員教授である Susan Scafidi の発言)。

³²³ See Kal Raustiala & Christopher Sprigman, *The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design*, 92 VA. L. REV. 1687 (2006).

³²⁴ *Id.* at 1691.

³²⁵ See Emili Vesilind, *The New Pirates*, L.A. TIMES, Nov. 11, 2007, at P6.

Sprigman が述べるとおりコピー行為がアパレルデザインを巻き起こすというのは正しいが、悪名高いほどに回転が速く革新的な流行のプロセスにおいて、このような巻き起こしがどの程度「刷新」を生じさせるのかについては到底明らかとはいえない。なるほど、当該産業が強力な知的財産保護を受けられないからこそ、その中で回転を今のように速くするのであると主張することはできよう。

より大きな点としては、進歩といった場合に、それが美的な形で表れるものであれ機能的な形で表れるものであれ、絶対的有用性を刷新することを意味するのであれば、アパレルデザイン産業では「進歩」を追求するという虚報を脇に置くことが必須であるということである。なぜならば、当該産業が長く供給してきたものは、絶対的有用性というより相対的有用性であり、美というよりは識別性であるからであって、多くのファッション批評家が述べてきたように (そのいくつかは Raustiala と Sprigman が引用しており、評価に値する³²⁶)、ファッションは美しいから識別性があるのではなく、識別性があるから美しいのである³²⁷。アバンギャルドなファッションショーの目的は、他の宣伝の形態と同様に、このような識別性を生み出し、利幅が高く、より前衛的ではないような商品、具体的にはハンドバッグや香水という形で商品化することにある。この産業は全体として、このような商業的信念の企業活動に非常に成功してきたのであり、それは消費者一般との関係だけでなく、政策決定者である消費者との関係でも同様であった。したがって著作権庁は、議会の前で、第三者が「最新ファッションデザインの市場をむしばむ」のを防ぐ大切さを述べるのである³²⁸。

³²⁶ See, e.g., Raustiala & Sprigman, *supra* note 323, at 1726-27 (新たなファッションというものは「本質的に醜く」、「美的嫌悪感」を生じさせ、それがファッションのプロセスを動かすのであるとの Thorstein Veblen の意見を引用している (internal quotation marks omitted))。

³²⁷ Cf. JEAN BAUDRILLARD, *SYMBOLIC EXCHANGE AND DEATH* 94 (Ian Hamilton Gran trans., 1993) (1976) (「コミュニケーションを目的とする言語と対比して、ファッションはコミュニケーションを遊び半分にし、コミュニケーションをメッセージも目的もないが意義のある利害関係へと変えるのである。すなわち、その感覚的快楽であって、それは美醜とは何の関連もないのである。」)。

³²⁸ *Hearing on H.R. 5055, supra note 133, at 210* (米国著作権庁の発言)。

同時に、議員は自分を典型的な、ファッションに疎い人物に見せるために労を厭わないのである。例えば、「妻に『プラダを着た悪魔』を見に行かされたばかりです…私がファッション産業について知っていることはその映画で知ったことですべてです…³²⁹」といったように。にもかかわらず彼らはファッション産業に同情的であり、ソビエトを引き合いに出して「本当のことをいおう。(ファッションは)芸術なのだ。そうでなければ、ソビエト時代にロシア人が着ていたようなものかそれよりひどいものを我々が皆着ることになる³³⁰」というのである。アンシャンレージュ³³¹の申し子であるが、現代の広告によりやっとなら体制に至ったアパレルファッション産業は、他の何よりも効果的に我々の消費に基づく社会的区別の奢侈禁止規範を永続させるのである³³²。ファッション産業は、この意味で

³²⁹ *Id.* at 190 (下院の、裁判所、インターネット及び知的財産の小委員会の委員である Ric Keller 下院議員の発言)。

³³⁰ *Id.* at 187 (下院の、裁判所、インターネット及び知的財産の小委員会の委員である Darrell Issa 下院議員の発言)。

³³¹ See DANIEL ROCHE, *THE CULTURE OF CLOTHING: DRESS AND FASHION IN THE 'ANCIEN RÉGIME'* (Jean Birrell trans., Univ. of Cambridge Press 1997) (1989).

³³² H.R. 5055 及び H.R. 2033 の公聴会では、アパレルデザインの保護の支持派も反対派も、それぞれの立場を支えるものとして、衣類で階級間の区別を表現できることを引用した。Compare *Design Law – Are Special Provisions Needed To Protect Unique Industries?: Hearing on H.R. 2033 Before the Subcomm. on Courts, the Internet, & Intellectual Property of the H. Comm. on the Judiciary*, 110th Cong. 33 (2008) (Stony Apparel のオーナーである Steve Maiman の発言) (「おしゃれでありながら安価な衣類が手に入ることで、すべてのアメリカ人は、自分が価値のある人間で、最先端に行く、スタイリッシュな人間であると感じることができるのである…しかし、この法案が通れば、裕福な者だけが最新のファッションに身を包むような未来しか予測できない。この法律は、米国を二つの階級に分けてしまうおそれがある：著作権で保護されたデザインの服を購入する金がある者と、そのような金が出せない者である。)], with *Hearing on H.R. 5055, supra* note 133, at 10 (ファッションデザイナーである Jeffrey Banks の発言) (「裕福な者は、デザインの保護がなされている欧州や日本で創られたデザインの服を購入することがまだ可能である。そのほかには、米国では、欧州の安価な模倣品を購入するしかなくなる。この重要な法律を成立させることを強く勧める。」)。

極めて保守的な産業なのである。

したがって、提案されたアパレルデザインの保護法案は、進歩的知的財産法というよりは、奢侈禁止的知的財産法として理解しやすいものである。進歩的知的財産保護とは異なり、その主な目的は代替性を生じさせるコピー行為を防止することにあるのではない。高級ファッションデザイナーが、低所得購買者が2000ドルのハンドバッグの安価な模倣品を買ってもほとんど売上げを減らすことはなく、また、そのようなデザイナーがTyのように製造数を計画的に制限する傾向にある限り、高所得購買者が模倣品を買うために製品の購入待ちリストからはずれたとしても、デザイナーがほとんど売上げを減らすことはないということは、広く認識されている。だからこそ、相対的商品の模倣は「被害者のない犯罪」と表現されることが多いのである³³³。アパレルデザインの保護の主な目的はむしろ、希釈化を招くコピー行為を防ぐことにある。そのようなコピー行為の被害者は、自己の製品、自分自身、そして自己をとりまく世界を区別すべく奢侈禁止規範に頼る者であり、過度のコピー行為により相対的有用性の製造と消費が妨げられる者である³³⁴。これは、米国議会で説明するのがよりいっそう

³³³ See Dana Thomas, *Terror & Purse Strings*, N.Y. TIMES, Aug. 30, 2007, at A23 (「多くの人は、模倣品のハンドバッグや財布を購入することは、害のないことであり、被害者のない犯罪であると考えている。」); see also John Tagliabue, *Fakes Blot a Nation's Good Names*, N.Y. TIMES, July 3, 1997, at D1 (イタリアの公衆は「模倣者を現代のロビンフッドとして考える傾向にある」ことを報告している)。

³³⁴ 最近の重要で影響力の強い事件である *Review Australia Pty Ltd v. Innovative Lifestyle Investments Pty Ltd* (2008) 166 F.C.R. 358 では、オーストラリアの連邦裁判所はアパレルデザインの保護のこのような側面を明確に認めた。裁判所は、原告のドレスのデザインの模倣品を被告が製造販売したことは、代替性をもたらすコピー行為ではないと認定した：「本件の状況の下では、(被告の)ドレスを購入した消費者が、当該ドレスが入手可能でなかった場合に、(原告の)ドレスを購入したであろうと結論づけることはできなかった。」*Id.* at 365. むしろ、その害は「希釈化」を引き起こしたのである：

もし(原告のもの)実質的に同様な衣類がアウトレットや他のブランドの下で見られるようになったら、(原告の)デザインが独特のものであるとの消費者の知覚が必然的に弱まることとなる。極端な場合には、消費者は(原告の)衣類が特別なものではないと感じるかもしれない…もちろん、現在の状況

難しいような害悪であることが判明した。特に、合法的な被害者が真正品のハンドバッグを購入するために2000ドルを支払う余裕も意思もある者と位置づけられ、ほとんど言及されることはないが、非合法的な被害者が、既に模倣品を購入した者であると位置づけられるような場合に、説明が困難である。

アパレルデザインの議論は、究極的には、商品化された識別性の形態の製造に従事する産業（ほとんどの産業は現在これにあてはまる）のより大きな真実を明らかにするものである。その真実とは、そのような産業が希釈化を招くコピー行為から利益を得るということであり、まさにそのような行為を奨励するということである。ただし、これは、そのような産業が、希釈化のプロセスを計画しコントロールできる場合に限られる。アパレルデザインの会社の伝統的なビジネスモデルでは、当該会社自身が、自己のオートクチュールデザイン、あるいはより正確にいえばそのようなデザインで築き上げられたブランドを、様々なレベルの既製服や商品へと徐々に伝えていくことで、自己のデザインの段階的な希釈化を管理し、そこから利益を得るのである。以前は、そのような産業は、希釈化の生来の限界に頼ることができた。すなわち、衣類のデザインや商品のもっともらしいコピーを迅速に複製することが技術的に不可能であったのである。しかし、現在ではもはやそうではない。コピー技術は、流行のプロセスの原理を圧倒するおそれがある。アパレルデザイナーであるNicole Millerが率直に述べたように、新たなコピー活動により「トレンドがあまりに早く終わってしまう…コピー行為があまりに盛んで、人々は、自分の衣類をもはや価値がないものとして捨ててしまう。これでは全部台無しである³³⁵」。急速なコ

がこのような極端な場合と同様であったとは認定できないが、(被告の)ドレスが市場に出回っていることによって、(原告の)独自性についての評判に小規模ながらも何らかの希釈化を生じさせた可能性はあったということは、認定する用意がある。

Id. at 367.

³³⁵ Eric Wilson, *The Knockoff Won't Be Knocked Off*, N.Y. TIMES, Sept. 9, 2007, at WK 5 (アパレルデザイナーであるNicole Millerの発言を引用)。HemphillとSukはその根底にある理論について説明している：「もしコピー行為が増加し、それによって物

ピー行為によって、より一般的に、消費者が、自分に提示された商品化された識別性の前進のスピードが速くなっていることにこれまでになく無感動な反応をすることを招くおそれがある。これにより、消費者は、全員でゼロ和ゲームを放棄し、「流行を追う消費主義」が反消費主義へと一変してしまうかもしれないというリスクがある。希釈化防止法の役割は、商標や著作権においてそうであるように、3次元デザイン法においても、このような「台無し」といった状況が生じることを防ぐことである。その役割は、希釈化を禁ずることではなく、秩序正しく利益が生ずるような態様で、そして社会的に保守的な態様で希釈化を促進することである。このような重要な意味で、奢侈禁止的知的財産法は、本質的に現代初期の奢侈禁止法の歴史に続くものであり、ぜいたく品の消費を排除することを追求したことはなく、むしろそれをコントロールして意図された社会的機能を果たすよう確保していたのである³³⁶。現代の奢侈禁止的知的財産法がその規制的役割を果たすことに成功することが判明するか否かという問題については、第3部で検討することとする。しかし、まずは、同様にコピー技術の社会的影響に対抗するのに有用であることがわかってきている知的財産保護の2番目の態様に目を向けることとする。

C. 真正担保法としての知的財産法

Benjaminの論文Work of Artに対する一般的でおそらく正当な批判としては、同論文が、模倣技術の出現によってもたらされたある一つの重要な結果を認めなかったことがあげられる。その結果とは、「機械的複製」によってこれまでになく多くのコピーが製造される中で、機械的に複製されたコピーではなくむしろ真正なオリジナルとして知覚されているものの識別性のある「オーラ」が、なおさら増幅するにすぎないということであ

品の流行期間が短くなれば、消費者はその事実に気がついて、支払う意思を低下させるであろう。」Hemphill & Suk, *supra* note 38, at 1183.

³³⁶ See KILLERBY, *supra* note 2, at 91 (「高級品は、都市において多くの便利な機能を果たした。そしてそれは、正確には立法者が、その利用を厳格に規制することを確保することに関心を寄せていた、象徴としての重要性が原因である。」)。

る³³⁷。製造者は、対照的に、このことをずっと認識しており、このような状況に応じて対応してきた³³⁸。もちろん、製造者のほとんどは、自己の商品を、その出所が商品をもともとデザインした出所と同じであるという意味において「オリジナル」であるものとして、あるいは自己の商品が許諾の下に製造されたコピーであるという意味において「真正品」であるとして宣伝することができる。しかし、製造者の中でもある類型に属する者は、格別に識別性のある真正性の形態に最近なったものを主張するのに特に積極的であった。それは、地理的場所及び歴史的時期の真正性である。例えば、欧州のワイン製造者は、自己のワインに現れる神秘的な「テロワール」³³⁹を激賞する。伝統的文化表現の土着の創作者、例えばオーストラリアのアボリジニの芸術家などは、自己の創作物はそれを生じさせた土地と歴史を離れては創作したり理解したりすることはできないと主張する³⁴⁰。そして滑稽なことに、天然ダイヤモンド製造者は今、天然ダイヤモンドが

³³⁷ SCHWARTZ, *supra* note 27, at 141 (「機械的な複製の時代において衰えていくのは、芸術作品のオーラではなくむしろ我々自身に活気があるという確信である…我々がそのような原動力をオリジナルに帰するのはコピーの文化においてのみである。)。Benjamin は、本物という類型が創られたことに機械的複製が大いに寄与したということ認識していたが、*see* BENJAMIN, *supra* note 158, at 243 n.2, 論文 *Work of Art* の第4部において、Benjamin は機械的複製が「芸術の全体的な機能」を儀式から解放するという大いなる希望を依然として保持している。 *Id.* at 224.

³³⁸ *See* CHARLES LINDHOLM, *CULTURE AND AUTHENTICITY* 52-64 (2008) (「真正性の商品化」について議論している。 *id.* at 52).

³³⁹ *See* JAMES E. WILSON, *TERROIR: THE ROLE OF GEOLOGY, CLIMATE, AND CULTURE IN THE MAKING OF FRENCH WINES* 55 (1998) (「(テロワールは、) ブドウ畑の生息地の物理的要素、すなわちブドウの木、底土、敷地、水はけ、及び微気候を含む。測定可能な環境制度を超えて、付加的な側面がある。それはその歴史の喜び、悲しみ、誇り、汗、及び不満を認める神秘的側面である。)」。

³⁴⁰ U.N. Econ. & Soc. Council [ECOSOC], Sub-Comm'n on Prevention of Discrimination & Prot. of Minorities, *Study on the Protection of the Cultural and Intellectual Property of Indigenous Peoples*, ¶ 21, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/28 (July 28, 1993) (*prepared by Erica-Irene Daes*) (先住民にとっては、「知識と創造の究極的な源は土地そのものである」ということを説明している)。

「できるまでに数十億年かかる³⁴¹」こと、及び「ダイヤモンドがこんなにも求められる理由の謎とオーラに寄与するのは」「一カラットの、研磨された宝石として耐えうる品質のダイヤモンド一粒を作るのにおおよそ250トンもの原石を採掘し、処理しなければならない」という事実である、ということ強調する³⁴²。広い範囲の商品に渡って欧州の農業政策の中心的な要素となったもの及び国際的發展政策の要素として台頭してきているものの中で、伝統的製造者は自己の商品の製造をとりまく正確な地理的、歴史的状況及び人間関係を強調することで自己の商品を「やみくもな崇拜の対象にする³⁴³」ことを狙っているのである。本質的には前現代ないし反現代の形態であるもの³⁴⁴を商品化することを通じて、伝統的製造者は、テロワール、歴史及び伝説のもつ識別性を、領域、歴史、そして神秘性も失われた世界に対し、売り込もうとしているのである。Marc Augeの言葉を借りれば、「場所を売っているのであり、より米国人的な言い方をすれば、Edward HopperやDastarの世界にNorman Rockwellを売っているのである。

しかしながら、問題は、模倣技術をもってして今はもっともらしくそして合法的に、地理的歴史的に真正な商品のほとんどについてその物質的特徴を再現できるということであり、その結果、これらの物質的特徴は、もはや真正であることを確かに示すものではないということである。真正であることの徴候を物質的に示すものを作り出すことをコントロールすることができなくなったので、伝統的製造者は地理的表示などの知的財産の形態に着目し、真正であることの非物質的な徴候を作り出すことに対する法的なコントロールを確立するようになったのである。より本質的にいえ

³⁴¹ O'Connell, *supra* note 25 (quoting De Beers Group).

³⁴² *Id.* (quoting De Beers Group).

³⁴³ Rosemary J. Coombe, Steven Schnoor & Mohsen Ahmed, *Bearing Cultural Distinction: Informational Capitalism and New Expectations for Intellectual Property*, 40 U.C. DAVIS L. REV. 891, 892 (2007) (internal quotation marks omitted).

³⁴⁴ *See* Jeff Pratt, *Food Values: The Local and the Authentic*, 27 CRITIQUE OF ANTHROPOLOGY 285, 287 (2007).

³⁴⁵ MARC AUGÉ, *NON-PLACES: INTRODUCTION TO AN ANTHROPOLOGY OF SUPERMODERNITY* 79 (John Howe trans., Verso Books 1995) (1992). *See generally id.* at 75-115.

ば、伝統的製造者は、テロワールについて語っているにもかかわらず、典型的なポスト産業戦略をとっているのである。すなわち、彼らは物質的な欠乏状態がかつて果たした社会的機能を果たすような、非物質的な欠乏状態を作り出すよう促進することを知的財産法に求めているのである。

この節では、私は、伝統的製造者が自己の特定の奢侈禁止的目的を果たすべく知的財産法を曲げようとする取組みのうち二つの具体例について検討する。最初の具体例は、地理的表示（例えばシャンパーニュやバーガンディ）、すなわち「ある商品に関し、その確立した品質、社会的評価その他の特性が当該商品の地理的原産地に主として帰せられる場合³⁴⁶」にその商品の地理的原産地を特定するものの保護に関わるものである。2番目の具体例は、土着の美的表現及び宗教的表現（例えばアメリカ先住民又はマオリ族の絵画的表現）であって、「伝統的文化表現」（TCE）としても知られているものの保護に関わる。これらの知的財産保護の形態はいずれも、Dastar 事件及び知的財産法の進歩的側面が支持するコピーのイデオロギーのあらゆる側面を拒絶し、知的財産法に対し、少なくとも同法が真正担保法としての役割を果たす上では、同様にコピーのイデオロギーのあらゆる側面を拒絶するよう求めているのである。

1. 地理的表示の保護—欧州のワイン産業は、現在危機状態にある³⁴⁷。最も顕著である、新世界のワインの台頭により、欧州は近い将来、ワインの純輸入国となる現実の可能性に直面しているのである³⁴⁸。当該産業の直面

³⁴⁶ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights art. 22.1, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex IC, art. 22.1, 108 Stat. 4809, 869 U.N.T.S. 299, [hereinafter TRIPS Agreement] available at http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf.

³⁴⁷ See Comm'n of the European Cmty's., *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Towards a Sustainable European Wine Sector*, COM (2006) 319 final (June 22, 2006).

³⁴⁸ See *id.* at 4; see also Kym Anderson, *Wine's New World*, FOREIGN POL'Y, May/June 2003, at 47, 47 (「今日、未開人が我々の門戸にやってきている：オーストラリア、ニュージーランド、米国、チリ、アルゼンチン、南アフリカ」(2001年のフランスの農業省の報告書を引用している) (internal quotation mark omitted)).

する問題のうち、比較的重要性が低いもののように見えるものがある。それは、非欧州人が、欧州を原産地としないワインの説明をするのに伝統的な欧州の専門用語を使用するという問題である（例えば、カリフォルニア産「シャンパン」やオーストラリア産「スパークリングバーガンディ」）。このような慣行は、欧州のワイン生産者にとって長らく不満の源となってきた。欧州のワイン生産者は、現在は新世界の技術を利用している新世界のワイン生産者が、その「研究室で作られたような³⁴⁹」ワインを欧州の伝統的な専門用語をもって説明することが、冒涇に近いようなものであると考えてきたのである。欧州のワイン生産国と欧州連合は、それゆえに、このような慣行を終わらせるような知的財産保護体制を貿易協定に組み込むよう積極的に求めてきたのである。したがって、奇異なことに、米国の通商交渉担当者が、情報技術、バイオテクノロジー及びエンターテインメントといった「第三波」の経済分野における自己の国の相対的優位性を促進するような知的財産体制を求めるのに対し³⁵⁰、欧州の交渉担当者は明確に「第一波」の農産品に焦点をあてている。しかし、欧州人は賭けをしており、それはおそらくとても有利なものなのである。彼らはDastar 事件の考え方が間違っていることに賭けている。彼らは、コピーの文化にあって、消費者は「ナイル川とそのすべての支流の源泉」に関心があり、地理的かつ歴史的に出所の確かな商品にはプレミアムを支払うということ、そしてそれはその商品のコピーであれば等しく与えられる絶対的有用性ゆえにそうなのではなく、その商品の相対的有用性の独自の形態であって、時空に関する真正性に基礎づけられて、端的にコピーすることができないものゆえにそうなのであるということに賭けているのである。

(a) TRIPS 協定23条—欧州の通商交渉担当者が地理的表示について特別の保護を得ることに成功した好例を、世界貿易機関 (WTO) の知的所有

³⁴⁹ *European Union Approves Wine Trade Deal, With Reservations*, WINE SPECTATOR ONLINE, Dec. 22, 2005, http://www.winespectator.com/webfeature/show/id/European-Union-Approves-Wine-Trade-Deal-With-Reservations_2874.

³⁵⁰ See Susan K. Sell, *Industry Strategies for Intellectual Property and Trade: The Quest for TRIPs, and Post-TRIPs Strategies*, 10 CARDOZO J. INT'L & COMP. L. 79 (2002).

権の貿易関連の側面に関する協定の22条と23条に見ることができる³⁵¹。この二つの条文は、その保護対象たる知的財産につきかなり異なる考え方を追求する。

TRIPS 協定の22条は、原産地表示について極めて伝統的な保護形態を制定している。通常、我々が原産地表示を許諾なく使用できないようにするのは、消費者が実際に当該表示を、原産地を識別するものとして知覚する場合であって、許諾のない使用により消費者に、原産地について混同を生じさせることが証明された場合あるいは当該原産地表示の識別性を希釈化することが証明された場合に限られる。それによって我々は、保護の形態及び範囲を、当該保護によって与えられる利益（これには消費者の検索コストの最小化と製品の品質を一貫した水準とすることを懲罰すること）が含まれる）及び当該保護によって課されるコスト（これにはパブリックドメインの締めつけが含まれる）に適合させる。このような従来からの考え方において、22.2(a)条では、WTO加盟国が「商品の特定又は提示において、当該商品の地理的原産地について公衆を誤認させるような方法で、当該商品が真正の原産地以外の地理的区域を原産地とするものであることを表示し又は示唆する手段の使用」を防ぐ救済措置を規定すべきことを明記する³⁵²。このような文言により、WTO加盟国は原産地に関する消費者の混同があったことを証明することを要求することができるのである³⁵³。TRIPS 協定の22条は、伝統的かつ進歩的な知的財産法を完璧に再述したものである。

しかし、TRIPS 協定の23条は、ワインと蒸留酒の地理的表示にのみ適用されるものであり、全体として全く異なる事項を規定している。その目的は、消費者の検索コストの最小化や製品の品質を一貫した水準とすることを懲罰することにあるのではなく、世界中の知的財産国内法や表示に関する国内法を大きく変更する必要性を生じた限りにおいて、伝統的な知的財産法からは程遠いものである。むしろ、その目的は、伝統的な専門用語を

他のワインや蒸留酒の製造者が使用することを絶対的に禁止すること、すなわち使用した場合には無条件に違反行為となることを制定することにより、ワインと蒸留酒の伝統的製造者がその製品の真正性を宣伝することができるようにすることにある。23条は、WTO加盟国が、ワインと蒸留酒の地理的表示を、当該地理的表示で示される場所を原産地としないワインと蒸留酒に使用することを「真正の原産地が表示される場合又は地理的表示が翻訳された上で使用される場合もしくは『種類 (kind)』、『型 (type)』、『様式 (style)』、『模造品 (imitation)』等の表現を伴う場合においても」防止する法的手段を規定しなければならないと具体的に規定している³⁵⁴。23条の実際上の効果としては、カリフォルニアのワイン生産者が、自己のワインに、例えば「サンセール様式カリフォルニア白ワイン」とか「サンセールのような味わい」というラベルをつけてはならず、それは当該ワイン生産者が自らの「サンセール」という文言の使用により消費者がワインの真の地理的原産地を混同しないことやその他「サンセール」という文言の識別性を希釈化しないということを証明することができる場合であっても同様であるということである³⁵⁵。このように消費者に伝えることのできる情報の種類を意図的に限定することにより、保護された文言の「販売力」を強化するとともに、消費者の検索コストを増加させる可能性が極めて高い。

(b) 2006年の米国 EC ワイン協定—パブリックドメイン、商業的表現の自由、進歩的知的財産法の目的という観点からすれば、23条の規定には失望を覚える。しかし、その後続いたことに比べれば、実際にかかなり合理的なように見える。23条は、欧州の通商交渉担当者にとって重要な勝利を表すものであったが、二つの根本的な制限のあるものであった。第一に、強化された保護の基準はワインと蒸留酒にしか適用がなかったということと、第二にその経過規定によって、新興の製造者が、1994年より前に、少なくとも10年以上使用していた場合あるいは善意で使用していた場合

³⁵¹ See TRIPS Agreement, *supra* note 346, arts. 22, 23.

³⁵² *Id.* art. 22.2(a) (emphasis added).

³⁵³ See Justin Hughes, *Champagne, Feta, and Bourbon: The Spirited Debate About Geographical Indications*, 58 HASTINGS L.J. 299, 316-17 (2006).

³⁵⁴ TRIPS Agreement, *supra* note 346, art. 23.1.

³⁵⁵ See Kal Raustiala & Stephen R. Munzer, *The Global Struggle over Geographical Indications*, 18 EUR. J. INT'L L. 337, 362 (2007).

に限り、伝統的な専門用語を使い続けることができたということである³⁵⁶。この最初の制限を克服するため、欧州の国々は、近年のWTO交渉のドーハラウンドを利用し、23条の規定につき、すべての地理的商品を適用対象とするよう求めてきたが、今のところ成功はしていない³⁵⁷。しかし、主に性質上双方向的な努力によるものであるが、2番目の制限を克服するための努力によってより多くの成功を収めている。欧州委員会は、2003年に、「取り戻しリスト」として知られるようになった、シャブリ、キャンティ、コニャック、ウヅ、ゴルゴンゾーラ、ロックフォールなど41の文言のリストを発行し、これらの文言が使われる様々な国において識別性を失ったか否かにかかわらず、また、これらの文言のうちワインと蒸留酒の表示がTRIPS協定の経過規定の適用を受けるか否かにかかわらず、これらの文言について世界中で排他的権利を求めるとした³⁵⁸。この取り戻し戦略の成果が、少なくともワインと蒸留酒の表示に関するものとしては、あまり知られていないかもしれないが、注目に値する2006年の米国ECワイン協定であった³⁵⁹。

この協定の核心を構成するのが、通商に対する権利を文言に対する権利と交換することである。欧州連合は、その譲歩として、とりわけ、欧州のワイン製造者が一般的には使用することが認められていない様々な非伝統的な方法により作られた米国のワインを欧州共同市場において販売す

ることを認めることに合意した³⁶⁰。その見返りとして、米国は、欧州人が取り戻しリストに含め、あるいはその他の方法でコントロールしようとしたワインに関連する様々な地理的表示の、米国における「法的地位を変更するよう努める³⁶¹」ことに合意した³⁶²。米国は、欧州のワイン製造者に対し、50ページにも上る別紙に網羅的に列挙された、その他の地域的及び伝統的な欧州のワイン製造に関する文言を、米国市場において使用する排他的な権利を与えることに合意した³⁶³。重要なことに、23条についていえば、これらの権利は、文言上の制限がないために、その権利を保有しない者に対しては絶対的な禁止を課すものである。すなわち、欧州のワイン製造者でないワイン製造者は、列挙された文言を使用した場合に消費者がワインの真の地理的原産地を混同しなくても、あるいはその他の方法で文言の識別性を希釈化しない場合であっても、いかなる方法によっても列挙された文言を米国市場において使用してはならないのである³⁶⁴。とりわけ、米国が、TRIPS協定の経過規定により使用が許されている「シェリー」や「シャブリ」などの17の文言であって、米国の消費者が、他の場所と同様米国を原産地とする商品を示すものとして信用するに至っていたものを、自国

³⁵⁶ TRIPS Agreement, *supra* note 346, art. 24.4.

³⁵⁷ See William New, *Collapse of WTO Talks Washes Away Hope for TRIPS Changes*, INTEL. PROP. WATCH, July 29, 2008, <http://www.ip-watch.org/weblog/index.php?p=1181>.

³⁵⁸ Press Release, European Comm'n, WTO Talks: EU Steps up Bid for Better Protection for Regional Quality Products (Aug. 28, 2003), available at <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/1178>.

³⁵⁹ Agreement Between the United States of America and the European Community on Trade in Wine, U.S.-E.C., Mar. 10, 2006, <http://www.ttb.gov/agreements/eu-wine-agreement.pdf> [hereinafter U.S.-E.C. Wine Agreement]. See generally Scott Danner, Note, *Not Confused? Don't Be Troubled: Meeting the First Amendment Attack on Protection of "Generic" Foreign Geographical Indications*, 30 CARDOZO L. REV. 2257 (2009) (協定の背景について説明している).

³⁶⁰ この問題に関連する、複雑でわかりにくく構文的にも無秩序な協定上の文言が示唆するように、see U.S.-E.C. Wine Agreement, *supra* note 359, art. 4.1., この譲歩の綿密な条件、具体的には「新しいワイン製造方法」に関連するものをめぐる交渉は、*id.* art. 5, 極めて困難なものであった。See Brian Rose, Comment, *No More Whining About Geographical Indications: Assessing the 2005 Agreement Between the United States and the European Community on the Trade in Wine*, 29 HOUS. J. INT'L L. 731, 756 (2007) (米国と欧州共同体との間のワインの取引に関する2国間交渉を「積極的な交渉戦略と中間地点を模索する意欲のなさを特徴とする」ものであると述べている).

³⁶¹ See U.S.-E.C. Wine Agreement, *supra* note 359, art. 6.1. 米国がこれらの文言の法的地位の変更を目指すことにどのように取り掛かってきたかについては、see Danner, *supra* note 359, at 2265.

³⁶² 米国が法的地位を変更することに合意した17の文言は、バーガンディ、シャブリ、シャンパーニュ、キャンティ、クラレット、オーソーテルヌ、ホック、マデイラ、マラガ、マルサラ、モーゼル、ポート、レツィナ、ライン、ソーテルヌ、シェリー、トカイである。See U.S.-E.C. Wine Agreement, *supra* note 359, art. 6.1 & Annex II.

³⁶³ See *id.* Annex IV.

³⁶⁴ See *id.* art. 6.

のワイン製造者が使うことを段階的にやめさせることに合意した事実を照らせば、23条に関しては、前述のような禁止は、実際には消費者の検索コストを増加させるように作用する可能性がある。

様々な伝統的表現に対する財産的権利にすぎないものと引き換えに貿易障壁を大幅に下げるという取引は、とても奇妙で、バランスを欠いたもののように見えるかもしれない。しかし、双方とも、もっと根本的な問題がかかっているということを知っていたのであり、それが合意に至るまでに20年もかかったことの原因なのかもしれない³⁶⁵。米国ECワイン協定によって、新世界の技術対旧世界のテロワール、「機械的複製」対「伝統の領土」、米国のコピー対欧州の本物という対立点が明らかになったのである。やがて、米国人は間違いなく自己の地理的歴史的主張をもつようになるであろうし、欧州人は間違いなく自己のワイン製造の実務に対するコントロールに対し態度を軟化させるであろうが（実は、双方のプロセスは既に始まっている³⁶⁶）、いずれの側もそれにもかかわらず自己の競争上の優位性の中核が他方のそれを圧倒すると予期しているのである。原産地表示に関する進歩的知的財産法の伝統的目的が激しいやり取りの中で失われている。

2. 伝統的文化表現の保護—私はこの節を、伝統的文化表現 (TCE) に対する知的財産保護の現在の形態及び提案されている形態を検討することで締めくくる。TCEの保護は、我々が有する奢侈禁止的知的財産法の形態の中で最も野心的で反動的なものを代表するので、その保護の現在の形態及び提案されている形態を検討することが適切である。本稿が指摘しようとしているより大きなプロセスの中の奇妙な小宇宙にあって、土着の地域社会では、自己の知的創作物に関する奢侈禁止法を世界的義務に昇格させることで社会的安定を保持しようとしている。

³⁶⁵ See Rose, *supra* note 360, at 759.

³⁶⁶ See, e.g., Council Regulation 479/2008, On the Common Organisation of the Market in Wine, 2008 O.J. (L 148) 1 (EC); Robert C. Ulin, *Globalization and Alternative Localities*, 46 ANTHROPOLOGICA 153, 156-62 (2004) (ミシガン州のワイン製造者の伝統を作り上げようとする取り組みについて記述している)。

TCEの保護のための様々な国際的法的文書及び国内法が証明するよう³⁶⁷、TCEはその典型的な形態において、現代奢侈禁止的知的財産法の対象としての典型的な性質を有するのである。第一に、TCEは差異の形態であり、例外の形態である。定義によれば、それを創り出した地域社会の「特徴」である³⁶⁸。それを生み出した地域社会を識別するものでない限り、TCEとして保護される資格はない³⁶⁹。第二に、TCEのもつ識別力のせいで、希

³⁶⁷ See, e.g., UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, Oct. 17, 2003, 2368 U.N.T.S. 35; African Intellectual Property Org., *Agreement Revising the Bangui Agreement of March 2, 1977, on the Creation of an African Intellectual Property Organization*, Annex VII, tit. I (February 24, 1999), available at http://www.oapi.wipo.net/doc/en/bangui_agreement.pdf; World Intellectual Property Org. [WIPO], Intergovernmental Comm. on Intellectual Property and Genetic Res., Traditional Knowledge and Folklore, *The Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore: Revised Objectives and Principles*, WIPO/GRTKF/IC/9/4 (Jan. 9, 2006) [hereinafter *Revised Objectives and Principles*]; Secretariat of the Pacific Cmty., *Regional Framework for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture* (2002) [hereinafter *South Pacific Model Law*], available at http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/laws/pdf/spc_framework.pdf; UNESCO & WIPO, *Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions* (1985) [hereinafter *Model Provisions*], available at http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/laws/pdf/unesco_wipo.pdf; UNESCO & WIPO, *Tunis Model Law on Copyright for Developing Countries* (1976) [hereinafter *Tunis Model Law*]. TCEを保護するための国際的法的文書の作成への取り組みについての歴史を概観するものとして、see Noriko Aikawa, *An Historical Overview of the Preparation of the UNESCO International Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*, 56 MUSEUM INT'L 137 (2004).

³⁶⁸ See, e.g., *Revised Objectives and Principles*, *supra* note 367, Annex at 13 (『特徴』という文言は、『真正性』という概念あるいは保護の対象たる表現が『本物』で特定の人や地域社会に『関連し』あるいは『帰せられる』ものであるとの概念を伝えることを意図している。)]。

³⁶⁹ See, e.g., *Model Provisions*, *supra* note 367, ¶ 36 (「保護される『フォークロア表現』として認められるために、構成要素となっていないなければならない伝統的な芸術的遺産の特徴的要素とは、当該状況下において当該要素が地域社会の識別性のある伝統的遺産を示すものとして一般的に認識されなければならないということを意味する。)]。

積化を招くコピー行為が膨大に生じた³⁷⁰。現代の消費者社会は、土着の創作物を「原始的な高潔の象徴であり、模倣により屈曲していないもの」として深い敬意を払うようになった³⁷¹。しかしながら、我々の典型的な尊敬の方法は、これらの創作物を模倣し、コピーへと融合させることである³⁷²。これは、その奇妙な競合性と枯渇可能性の形態ゆえに特に希積化の影響を受けやすいTCEにとっては損害の大きいものであることが証明された。Michael Brownが記したように、土着の地域社会では典型的に、聖なる知識をとりわけ「複数の場所に正しく存在しえない限られたものである。不適切な場所に存在する宗教的知識はその力が減じられるかあるいは危険なほどに歪んでしまっているかもしれない…」ものとして考えている³⁷³。Brownは、ニューメキシコ州のZia Puebloの例を引用する。Zia Puebloは、自分たちの太陽の印が同州の州旗、ナンバープレート、その他の世俗的な文脈で使用されていることにより、その印の聖なる力が希積化されており³⁷⁴、それは「少なくとも（Ziaの）威厳を傷つけるものであり、最悪の場合、真の不幸を解き放ってしまいかねないような危険な冒涇の形である」と主張し続けている³⁷⁵。オーストラリアの裁判所は、無許諾のコピー行為がTCEそのものに負わせかねない損害に対し、特に敏感な反応を示してきた。例えば、Milpururru v. Indofurn Pty Ltd事件における1994年の意見は重要で影響力の強いものであったが³⁷⁶、オーストラリア連邦裁判所は、アボリジニの芸術家は「夢を保存」するために無許諾の翻案に対し法的措置をとる義務があることを認めた³⁷⁷。原告と裁判所の懸念の対象は、言い方を変え

れば、希積化を招くコピー行為、すなわちこの場合には創作物の相対的有用性あるいは「販売力」をさほど破壊せず、むしろ創作物の神聖な力、その「オーラ」、ある意味ではその絶対的有用性を破壊しあるいは歪めてしまうようなコピー行為であった。

第三に、おそらく最も印象的なものとして、現代の消費に基づく識別性の形態のように、TCEはその出所である社会における、社会的な序列化のための道具なのである。そのような社会では、とりわけ、社会的ヒエラルヒーの実現と社会的ホメオスタシスの生産をしやすくするため、自己の特定のTCEに自己の構成員が接触するのを意図的に制限する傾向にある³⁷⁸。ここでもオーストラリアの裁判所は、TCEのこの側面に対し、特別に敏感に反応することがわかった。早くも1976年に、オーストラリアの北部特別地域の最高裁判所は、その地域内での学術書の販売の差止めを支持した。理由は、当該学術書によって「(ピィチャンチャチャラ族の人々の) 秘密が、その族内の女性、子供、及び成人と認められていない男性に開示されることによって」、当該部族の「社会制度の社会的宗教的安定性を損なう可能性がある」というものであった³⁷⁹。TCEの保護のための国際的的文書でも、秘密のあるいは神聖なTCEの階層化機能を暗に是認している。その例は、世界知的所有権機関の遺伝資源、伝承の知識及びフォークロアに関する政府間委員会の「伝統的文化表現／フォークロアの表現の保護の目

³⁷⁰ See, e.g., *id.* ¶¶ 1-4.

³⁷¹ Michael F. Brown, *Can Culture Be Copyrighted?*, 39 CURRENT ANTHROPOLOGY 193, 202 (1998).

³⁷² See JANE E. ANDERSON, LAW, KNOWLEDGE, CULTURE: THE PRODUCTION OF INDIGENOUS KNOWLEDGE IN INTELLECTUAL PROPERTY LAW 101-05 (2009).

³⁷³ Brown, *supra* note 371, at 197.

³⁷⁴ *Id.*; see also Wendy Brown, *Pueblo Seeks Respect for Zia Symbol*, SANTA FE NEW MEXICAN, Oct. 31, 2007, at A1.

³⁷⁵ Brown, *supra* note 371, at 197.

³⁷⁶ (1994) 54 F.C.R. 240 (Austl.).

³⁷⁷ *Id.* at 246.

³⁷⁸ See, e.g., MICHAEL F. BROWN, WHO OWNS NATIVE CULTURE? 30 (2003) (「意味のある経済的階層化を欠く社会においては、儀礼上の秘密主義によって助長された社会的序列によって既存の指導者の地位のパターンが支えられるかもしれない。逆にいえば、秘密主義が破綻することによって、政治的宗教的生活の伝統的なパターンが脅かされる。); Sarah Harding, *Value, Obligation and Cultural Heritage*, 31 ARIZ. ST. L.J. 291, 314 (1999) (「秘密であることは、特定の対象物、話、歌や儀式などの神聖さに不可欠な部分であり、文化的集団の中での特定の社会構造を維持するための手段である。)。)

³⁷⁹ Foster v. Mountford (1976) 29 F.L.R. 233, 236 (Austl.); see also Pitjantjatjara Council, Inc. v. Lowe (1982) 30 Aboriginal L. Bull. 11 (Austl.) (Charles Mountfordのコレクションのスライド写真の展示を禁止し、これらのコレクションをピィチャンチャチャラ自治公社に譲渡することを命じている)。

のと原則 (改訂版)³⁸⁰」に規定されている TCE の定義の中にある。この定義では、特定の「個人」が、自己の社会の「慣習法及び慣例に従って」TCE を保持し、利用し、又は創り出す「権利」を承認している³⁸¹。

TCE は、現代の奢侈禁止的知的財産法の保護対象と類似するにもかかわらず、その多くが、伝統的な著作権法で求められる独自性及び固定化の要件を満たすのに苦労し、伝統的な商標法の下で保護対象となるにはあまりに広範囲に渡り、変幻自在なのである。このことが、TCE について独特で、極めて非伝統的な保護形態を求めることへと駆り立てたのである。前述の「目的と原則 (改訂版)」では、例えば TCE に独自性があることや固定化されていることという要件を課しておらず、TCE の出所となった地域社会がその使用を継続する限り、当該 TCE が永続的に保護されることを規定している³⁸²。その解説書では、この規定が「現在使用しているということについて、商標のように重点を置くことを具体化するものである」と説明する³⁸³。パブリックドメインとなった TCE や、そうでなくとも TCE の出所となった地域社会以外の当事者に何らかの態様で使用されている TCE については、「目的と原則 (改訂版)」では、遡及的保護について規定している。その「経過措置」規定では、「目的と原則 (改訂版)」が効力を生ずる前に開始された侵害行為は、「合理的期間内に」同規定に「適合するようにされなければならない」と規定する³⁸⁴。目的と原則 (改訂版)」では TCE の公正な目的での使用、例えば「非商業的調査や私的研究」目的での使用や「法的手続の過程での使用」を認める一方で³⁸⁵、そのような使用が「関連する

地域社会に対し無礼にならないような場合」にのみ認めている³⁸⁶。このような途方もない権利が、TCE の権利者が著作権、商標権及びその他の従来からの知的財産保護の形態に基づき有する権利に上乘せられるのである³⁸⁷。

読者は、TCE の保護のための他の法的文書のように、「目的と原則 (改訂版)」は上昇志向の国際法にすぎないものであり、実際に何らかの拘束力のある国際的な法的文書となる可能性は極めて低いと反論するかもしれない。それはおそらくそのとおりであろう。しかし、従来からの進歩的知的財産法の規範が、「社会制度」の保持に向けて歪められた場合に、どうなるのかについて何らかの暗示を与えるものではある。とはいえ、このような洞察を得るために、TCE の法的文書に依拠する必要はない。なぜなら、「目的と原則 (改訂版)」において、土着の社会制度を保存するためになすべきこととして提案されていることのほとんどについて、我々は、より目立たない方法によってではあるが、自己の社会制度を保存するために既に行っているからである。我々が既に、商標におけるような希釈化からの保護を、商標、著作物性のある表現、及び製品デザインを含む識別性の形態に対し与えており、少なくとも商標という形態に対しては、このような保護が期間的に無制限であるということは上述したとおりである。また、例えば米国の消費者が長い間一般的なものと考えてきた原産地表示がパブリックドメインから復活し、現在はその公正な利用が厳しく抑制されていることについても上述したとおりである。そしておそらく最も印象的なのは、現代の消費者社会がその最も識別性のある商品へのアクセスをコントロールするために知的財産法に依存するようになったことである。その違いは、これらの無形の商品は秘密にされているのではなく、むしろ大いに広告されているということである。

³⁸⁰ See Revised Objectives and Principles, *supra* note 367.

³⁸¹ *Id.* Annex at 9.

³⁸² See *id.* art. 6; see also *South Pacific Model Law*, *supra* note 367, cl. 9 (「伝統的文化的権利は永続的に効力を有する」と規定している); *Tunis Model Law*, *supra* note 367, § 6 (「国内のフォークロアの創作物」を「時間的制約なく」保護している)。

³⁸³ See Revised Objectives and Principles, *supra* note 367, Annex at 30.

³⁸⁴ *Id.* Annex at 39; see also *South Pacific Model Law*, *supra* note 367, cl. 3 (「伝承の知識と文化表現であって (a) この法律の施行よりも前に存在したもの又は (b) この法律の施行時もしくは後に創造されたもの」に対し保護を与えている)。

³⁸⁵ Revised Objectives and Principles, *supra* note 367, Annex at 26.

³⁸⁶ これと比較して、*Id. The Model Provisions* は、中でも「教育目的」及び「独自の創作物を創るための」広範な例外を認めている。See *Model Provisions*, *supra* note 367, § 4, ¶¶ 51, 53.

³⁸⁷ See Revised Objectives and Principles, *supra* note 367, Annex at 43.

Ⅲ. 奢侈禁止法としての知的財産法の失敗

私はこれまで、知的財産法が奢侈禁止法として機能するようになったこと、そしてそれが、初期の現代的奢侈禁止法が行ったように消費者がいかなる識別性のある商品を消費してよいのかを規制する手段を提供するからではなく、端的に識別性のある商品の製造者がその製造をコントロールできるようにするからであると主張してきた。知的財産法は、これまでにわかった範囲では、このような側面での奢侈禁止的役割を果たすことになり成功している。未解決のままとなっている唯一の法的問題は、執行の問題である。この点に関しては、奢侈禁止法のこれまでの形態では例外なく決まって失敗している。しかし、これらの形態と比較すれば、奢侈禁止的知的財産法は、功を奏してきた。それは、我々が奢侈禁止的知的財産法を、我々の消費に基づく社会的区別の制度の安定性を保持する取組みとして、財産法の名の下で間接的にのみ執行するからであり、もしかすると意識的にそうしてきたとさえいえるのかもしれない。我々の執行の取組みは本質的には、現代の奢侈禁止法そのものと同様、性質上私的なものである。

私はさらに、知的財産法が奢侈禁止法として機能する能力が、現代の競争的消費の大部分を、識別性のある知的財産の消費へと移行させるのに役立っていると主張した。これは、他の商品化された識別性の形態であって知的財産法により保護されていないものが、その正確な複製あるいはもっともらしい模倣を通じてすぐにコピーされすぎて、その結果その識別性がすぐに希釈化されるからである。同じプロセスが、間違いなく、商品化されていない識別性の形態及び意味の形態に対し同様に影響を与える。先住民の伝統的表現に対して与えようとしている保護を我々は自らのそれには与えはしないのである。例えば我々の宗教的、政治的シンボルは、自由に使用することができ、その意味は希釈化され放題なのである。その結果、社会的区別の形態の中でも最も強力で明快なものも多くが、より広範に意味を有するものでないにしても、知的財産として³⁸⁸、我々の前に登場し、この中には前現代的文化によって与えられた「原始の高潔の象徴」が含ま

³⁸⁸ See Katya Assaf, *The Dilution of Culture and the Law of Trademarks*, 49 IDEA 1 (2008).

れるのである。

最後に、私は、知的財産法それ自体の理論的首尾一貫性が奢侈禁止的知的財産法の出現により激しく損なわれたこと、奢侈禁止的知的財産法の前提と目的が、従来からの進歩的知的財産法のそれと大きく対立するものであること、及びこのことが、主流の知的財産法の「進歩を促進する」能力に実際的な影響を与え始めていることを主張してきた。我々が一般的には社会的に識別性のあるものと考えないような商品の製造に従事している企業が、奢侈禁止的知的財産法の理論を利用して自己の商品に与えられている保護の範囲を拡大している³⁸⁹。とりわけ商標の文脈において、希釈化を招くコピー行為を防ぐために与えられている保護が、結果的には、代替性を招くコピー行為を防ぐために与えられる保護であって効率的であるとの根拠に基づいてのみ正当化されるものよりもずっと広範囲となっている³⁹⁰。それは、地理的文言の使用に対して絶対的権利の徹底的な付与がなされており、このような権利には実際の消費者の知覚や公正な利用の規範による制限がないことから自明である。

検討すべき問題として残されているものであって、この部において私が実験的に検討するのは、知的財産法が、これまでの表面的な成功にかかわらず、現代の商品を基礎とした社会的区別の制度を保存することに最終的に成功するか否かという点である。私は、それは成功しないと示唆する。実のところ、奢侈禁止的知的財産法の出現によって、この制度の衰退と解体を早めることしかできないであろう。しかし、これは幸運な失敗であることが判明するのかもしれない。失敗するに当たって、奢侈禁止的知的財産法は、異なる社会的区別の制度のための条件を上げるのかもしれない。その制度は、識別性の消費よりも製造によって特徴づけられるものであり、知的財産法が依然として重要で有益な役割を果たすようなものである。

³⁸⁹ See Robert G. Bone, *Enforcement Costs and Trademark Puzzles*, 90 VA. L. REV. 2099, 2100-01 (2004). See generally Glynn S. Lunney, Jr., *Trademark Monopolies*, 48 EMORY L.J. 367 (1999).

³⁹⁰ See Lunney, *supra* note 389, at 485-86.

A. 奢侈禁止的知的財産法の無益性

我々は、奢侈禁止的知的財産法が進歩的知的財産法の目的にどのような影響を与えるかについて関心をもつ一方で、進歩的知的財産法が奢侈禁止的知的財産法の目的にどのような影響を与えるかについても関心をもつべきである。知的財産法はよりいっそう文化の構成要素を占めるようになってきており、奢侈禁止的知的財産法の、文化に及ぼす影響ゆえに関心をもつべきなのである。知的財産法が奢侈禁止の方向へと転換したことが、同法の「進歩を促進する」力を阻害するのかもしれないが、同法が進歩を強調することにより、奢侈禁止的知的財産法が奢侈禁止の規律を安定化する能力に対し最終的にどの程度の影響を与えるのであろうか。もし我々が、奢侈禁止的知的財産法というものが存在すること及びそれに苦しめられていることを受け入れたならば、少なくとも奢侈禁止的知的財産法がその意図することを達成できるものであると結論づけることができるのであろうか。

知的財産法という手段で奢侈禁止規範を保存しようとする者の観点からすれば、このような問いに対する答えは、励みとなるようなものではない。上述のとおり、初期の現代奢侈禁止法の一貫した特徴の一つは、繰り返し新たな流行を禁止しようとするのであった。奢侈禁止法の体制がそれを目指すということは納得のいくことである。識別性のある商品の消費をコントロールすることによって、当該特定の商品の識別性を維持することができるのであろうが、消費者が、自己を他者と区別するために、単純に他の識別性のある商品を求めることができるのであれば、このようなコントロールは奢侈禁止の規律を安定化するのにあまり役に立たない。この点に関する知的財産法の根本的な失敗は、同法が新たな識別性の形態の創造を防ごうとしないばかりか、防ぐための手段も何らもたないということにある。逆に、同法は、その進歩的な側面の具体化を通じ、要件を満たすすべての商品に対し保護を与えることで、そのような創造を意図的に奨励するのである。

奢侈禁止法を現代初期に立案した者が間違いなく認識していたことで

あるが³⁹¹、そのような制限のない奢侈禁止法の制度は、既存の商品の識別性の希少性が希釈化されることを防止するかもしれないが、このような制度は同時に、奢侈禁止規範に新たな希少性の形態を複数導入することを奨励することで、希少性のもつ識別性そのものの希釈化を促進するのである。現代初期の立案者は、新たな流行の導入をコントロールすることができないことがわかったが、少なくとも、新たな識別性のある商品を導入する上での物質的制限に依拠することができた。しかしながら、我々は、そのような制限に依拠することができない。その理由の大部分は、知的財産法にある。我々の競争的消費の対象が、知的財産保護により希少性が保証され促進されてさえる非物質的な商品へと移れば移るほど、競争的消費の対象は、希少性を基礎づける物質的な制限から解き放たれるのである。識別性のある消費の創作に利用可能な原材料は、事実上無制限となった。我々が直面する唯一の意味のある制限は、我々に提供されている豊富な希少性を消費する能力あるいは理解する能力に限界があることによって存在している。

そのような状況の社会的文化的影響は深遠なものである。それは、このような状況が既に十分に通用している場所、すなわち仮想現実では、とりわけ明白である。セカンドライフの評論家の一人が物語っていたように、「セカンドライフにおいては、ダイヤモンドの結婚指輪などというものは存在しない。問題は、セカンドライフにおいて、我々が知る希少で貴重な石は存在しえないということである。なぜならば、これらを一度購入すれば、簡単に複製することができ、それがその市場価値の根拠をむしばむからである³⁹²」。そうであるとするならば、セカンドライフのような仮想世界における権利者が、希少性のレジームを実現するために知的財産的な規律を導入し始めたこと³⁹³、及び同様に、高級品の製造者が、その商品の仮想世界での模倣行為を阻止するために、現実世界の知的財産法に依拠するよう

³⁹¹ See KILLERBY, *supra* note 2, at 15.

³⁹² Douglas MacMillan, *Big Spenders of Second Life*, BUS. WK., Apr. 16, 2007, http://www.businessweek.com/technology/content/apr2007/tc20070416_386810.htm.

³⁹³ See F. Gregory Lastowka & Dan Hunter, *The Laws of the Virtual Worlds*, 92 CAL. L. REV. 1, 29-37 (2004).

になったことは驚くべきことではない³⁹⁴。しかし、これらの取組みは今のところ、競争的消費の仮想世界におけるレジームを安定化するにあたって、その他の奢侈禁止法の形態と比較してさほど効果的なものといえないように見える。ここでの問題は、単に非効率的な執行に関するものではない。より根本的なことであるが、問題は、セカンドライフのような特質を有する仮想的な環境の多くにおいて、新たな識別性の形態の導入に対し何ら制限がないということにある。そのような環境、すなわち「すべての人が、高級品の消費者である³⁹⁵」環境においては「地位を示す商品はありふれたものになりすぎて、その社会的意味を失う可能性がある³⁹⁶」。その結果、最も過激か複雑に設計された識別性の形態だけが地位を与え、そしてその形態がすぐにコピーされるのである³⁹⁷。

仮想環境がますます実世界環境に近づいているという考え方はありふれているが、その逆もおそらく同様に真なのである。進歩した消費者社会においては、実世界がどんどん仮想世界に近づいていっている。これらの二つの収束の形態の違いは、もちろん、後者の収束の形態に伴う利益がかなり大きいということである。階級的地位を得るための競争について考えてみてほしい。私は、階級的地位を求めることが、ゼロ和の結果をもたらす傾向にあると上述した。これはその他の場所と同様に、仮想現実においてもあてはまるように見える。しかし、実世界における地位を示す非物質的な商品の製造と消費が知的財産法の保護の下で激化することに伴い、このようなゼロ和の苦難による社会コストがとてども現実味を帯びてきている。他のところで、例えば絶対的有用性や「進歩」を追求するために消費したほうがよい資源が、無形の相対的有用性の形態や、典型的に極めて無

意味で無益な相対的有用性の形態を追求するために消費されている³⁹⁸。地位を示す無形の商品の創造を促進し、創造され次第それを保存することで、知的財産法は、その奢侈禁止の側面の具体化部分及び進歩的側面の具体化部分の双方を通じて、このプロセスを助長するだけである。このことが、今や同法の意図する目的の一つであるように思われるというのは、大した慰めにはならない。

しかし、奢侈禁止的知的財産法が無制限であることの影響は、階級的地位のための競争ではない、単純に区別、相違、そしてアイデンティティのための競争との関係では、おそらくずっと重大である。私は上記のとおり、我々の消費に基づく社会的区別の制度によって、商品化された識別性の形態がますます生み出されるに従って、このような形態を個人が理解する能力が限界に達するかもしれない、その限界を超えるとそのような識別性の形態が一見無限にあるという状態が、識別性のない状態へとぼやけてしまうように見えるという説を唱えた。ここで、消費に基づく自己の区別の制度が崩壊するのである。その言葉は、個人や個人に識別性を付与する者にとってもはや意味のないものなのである。たしかに、これは極めて不確かな仮説である。しかし、我々は、このようなプロセスが既に仮想現実環境で作用しているのを見ている。多人数同時参加型オンライン世界の出現をめぐる、圧倒的な商業的・学術的熱狂の中で見落とされがちであるが、より冷静な「メタバース³⁹⁹」のユーザーは、「メタバース」の住人が、意義を見出せるほどに興味深い何かあるいは何者かを求めてとりとめもなくさまよう中で、知的で解放された「怠け者⁴⁰⁰」のポーズをどの程度採用する

³⁹⁴ See Andrey Kotelnikov, *Trade Marks and Visual Replicas of Branded Merchandise in Virtual Worlds*, 12 INTELL. PROP. Q. 110 (2008).

³⁹⁵ MacMillan, *supra* note 392 (仮想世界ビジネスの CEO である Reuben Steiger の発言を引用) (internal quotation marks omitted).

³⁹⁶ Albert C. Lin, *Virtual Consumption: A Second Life for Earth?*, 2008 BYU L. REV. 47, 95.

³⁹⁷ See, e.g., *id.* at 97.

³⁹⁸ See Frank, *supra* note 79.

³⁹⁹ NEAL STEPHENSON, SNOW CRASH 24 (2000).

⁴⁰⁰ See MAREN HARTMANN, TECHNOLOGIES AND UTOPIAS: THE CYBERFLANEUR AND THE EXPERIENCE OF "BEING ONLINE" (2004); Mike Featherstone, *The Flâneur, the City and Virtual Public Life*, 35 URB. STUD. 909, 919-923 (1998); see also LEV MANOVICH, THE LANGUAGE OF NEW MEDIA 274 (2001); Christa Erickson, *Networked Interventions: Debugging the Electronic Frontier*, in EMBODIED UTOPIAS: GENDER, SOCIAL CHANGE, AND THE MODERN METROPOLIS 225, 226 (Amy Bingaman et al. eds., 2002).

のかについて頻繁に指摘している⁴⁰¹。また、このプロセスは、19世紀及び20世紀初頭の都市研究において、無感動で冷淡に皮肉なスタンスをとる現代の都会人を生んだものとして繰り返し指摘されている。Georg Simmelが *The Metropolis and Mental Life* においてその特徴を取り上げたように、「無感動な態度」は、「ものの意味や異なる価値、したがってもの自体が、実態のないものとして感じられる」という「差別の鈍化にある」。無感動な人にとってみれば、これらは等しく平坦で灰色の色調に見え、ある物体が他の物体よりも好まれる価値がないのである⁴⁰²。Simmelにとってみれば、Simmelが「客観文化」と呼んだものの圧倒的な力を受け入れるための取組みとして、個人はこのような態度をとるのである⁴⁰³。より現代的な言い方をすれば、個人は「ロングテール⁴⁰⁴」の「記号論的無秩序⁴⁰⁵」、すなわち現代の世界市場及びそこに住むすべての人を特徴づける、競合する識別性の形態のざわめきを受け入れるためにそのような態度をとるのである。

奢侈禁止的知的財産法は、間違いなくこの識別性の一般的な希釈化を激化させ、さらにSimmelが説明した無感動な「うわべだけの冷たい無関心⁴⁰⁶」を正確に消費者に植えつけるのである。皮肉なことに、消費の選択は言語の一形態であるとの考え方に対する主な反論は、そのような考え方が「共有されるシンボルの制度が存在する」という誤った推測をしているということである⁴⁰⁷。皮肉なのは、このような共有されるシンボルの制度を欠い

ていることが、仮想現実におけると同様に、今ほぼ間違いなく実世界において実感されるようになってきているということである⁴⁰⁸。経済が商品（ラテン語で便宜を意味する *commoditatis* からきている）経済からコピー（ラテン語で多作、豊富を意味する *copia* からきている）経済へと移行するに従って、希少性の非物質的徴候は「浮遊する表示者⁴⁰⁹」の性質を有し（例えば、日本におけるHello Kitty商標⁴¹⁰）、その他の同様の表示者との関係での相対的識別性のみ表すものである。物質的希少性による制限から解き放たれ、意味的な希少性による制限からいっそう解き放たれて、無形の識別性の形態は意味のない識別性、内容のない形態、あるいは記号論的用語でいえば、意味のない価値を与えるのである。これは、世界的な商標制度において最も明確になっている。世界的な商標制度には、世界的に有名な「ハイパー商標⁴¹¹」が多く存在する。この「ハイパー商標」は、出所を表示するものというよりは、そのような表示の商品化された模倣である。消費的となっているのは、模倣された表示の付されている製品が存在するとしてもそのような製品ではなく、むしろ模倣された表示自体なのである。しかしこれは、おそらく現代消費者社会の多くの特徴でもあり、そこでは奢侈禁止的知的財産法が保護し促進する個別の識別性の形態の強化にかか

⁴⁰¹ See, e.g., LARRY RAY, *GLOBALIZATION AND EVERYDAY LIFE* 105 (2007)（「インターネットは、[Georg] Simmel が現代都市生活の典型を示すものであるとした、親密さのない近さと孤立による無感動な態度を与える。」）。

⁴⁰² GEORG SIMMEL, *The Metropolis and Mental Life*, in SIMMEL ON CULTURE, *supra* note 38, at 174, 178.

⁴⁰³ *Id.* at 184.

⁴⁰⁴ See generally CHRIS ANDERSON, *THE LONG TAIL: WHY THE FUTURE OF BUSINESS IS SELLING LESS OF MORE* (2006).

⁴⁰⁵ SCOTT SIMPKINS, *LITERARY SEMIOTICS: A CRITICAL APPROACH* 101 (2001).

⁴⁰⁶ RENÉ GIRARD, *DECEIT, DESIRE, AND THE NOVEL: SELF AND OTHER IN LITERARY STRUCTURE* 162 (Yvonne Freccero trans., Johns Hopkins Univ. Press Paperbacks ed. 1976) (1961).

⁴⁰⁷ Campbell, *supra* note 46, at 341.

⁴⁰⁸ See MAYNARD, *supra* note 47, at 88（「我々の断片化されたポスト産業世界において、一般的に理解されないような共通点のないドレスコードや、方言さえも累積する可能性がある。」）。

⁴⁰⁹ See FREDERIC JAMESON, *Reification and Utopia in Mass Culture*, in *SOCIAL TEXT* (1979), reprinted in *THE JAMESON READER* 123, 130 (Michael Hardt & Kathi Weeks eds., 2000)（複製行為がいかにして「虚構と『指示対象』の漠然とした不存在を伴う物体世界」を生み出すのかについて議論している）。

⁴¹⁰ See Brian J. McVeigh, *How Hello Kitty Commodifies the Cute, Cool and Camp: 'Consumutopia' versus 'Control' in Japan*, 5 J. MATERIAL CULTURE 225, 234-35 (2000)（Hello Kittyのイメージの「表現可能性」について議論しており、「その簡素さによって、ハローキティは意味ある事柄によって解釈され埋められることを待つ暗号のような象徴として特徴づけられる」としている。*id.* at 234), cited and discussed in ROB WALKER, *BUYING IN: THE SECRET DIALOGUE BETWEEN WHAT WE BUY AND WHO WE ARE* 17-18 (2008).

⁴¹¹ See Beebe, *supra* note 267, at 669.

ならず、識別性の識別性そのものが希釈化されているのである。この問題は、何十年もの間、広告をする者が苦慮してきたものであり⁴¹²、これが、偶然にも、故David Foster Wallaceの仕事の最も重要なテーマだったのである⁴¹³。

B. 奢侈禁止的知的財産法から博愛主義的知的財産法へ

我々の消費に基づく区別の制度の長期の見通しは、以上より実に厳しいものであると考えられるが、このような「同じであることの地獄」を、我々をとりまく永続的な状況としておく理由はない。もし、我々の模倣行為が、Nicole Millerがいうように「すべてを台無しにする⁴¹⁴」おそれがあるということが本当なのであれば、他の区別の制度が、我々の商品を基礎とする制度が失敗するところで成功する準備が整っているということも本当なのである。なるほど、そのような代替的な社会的区別の制度は既に出現してきているが、それはポスト産業社会の限られた地域のみにおいてである⁴¹⁵。それは、共有財に基づいた社会的区別の制度であり、オープンソース⁴¹⁶、クリエイティブコモンズ⁴¹⁷、あるいは「共有財に基づくピアプロダ

クション⁴¹⁸」方式の技術的文化的創造の基礎となるものである。この社会的区別の制度においては、個人は、商品の消費を通じて識別性を獲得するのではなく、与えるものの創造を通じて識別性を獲得するのである⁴¹⁹。個人は、自己実現と利他主義⁴²⁰の仕事に従事するという固有の欲求を満たし、かつその仕事から発生するかもしれない評判を獲得するという両方の目的のために共有財に対し、自発的に与えるのである⁴²¹。本当に時代を物語るものの中で、このように出現してきている社会的区別の制度の中心の一つ明確な特徴は、何よりも、知的財産保護に対するアプローチである。それは、知的財産保護の特定の規範（排他的使用権）を徹底的に拒絶すると同時に、他のもの（排他的氏名表示権）は徹底的に採用するのである⁴²²。本質的には、譲渡不可能な労働⁴²³という実現不可能な約束、すなわち創造的で自己実現に資する生産活動を通じて人類が繁栄することを追求するためにそのようにするのである。もし我々の知的財産法の政策決定が技術的にのみならず社会的に、そして政治的に⁴²⁴進歩的であるべきなのであれ

⁴¹⁸ BENKLER, *supra* note 415, at 60 (internal quotation marks omitted).

⁴¹⁹ See *id.* at 116-22; Magnus Bergquist & Jan Ljungberg, *The Power of Gifts: Organizing Social Relationships in Open Source Communities*, 11 INFO. SYS. J. 305 (2001).

⁴²⁰ See CLAY SHIRKY, *HERE COMES EVERYBODY: THE POWER OF ORGANIZING WITHOUT ORGANIZATIONS* 133 (2008) (共有財に基づくピアプロダクションに寄与する動機の一つは「よいことをしたいという欲求」であると指摘している)。

⁴²¹ See Josh Lerner & Jean Tirole, *Some Simple Economics of Open Source*, 50 J. INDUS. ECON. 197 (2002) (名誉の獲得をプログラマーがオープンソースプロジェクトに寄与する動機として強調している)。But see Maria Alessandra Rossi, *Decoding the Free/Open Source Software Puzzle: A Survey of Theoretical and Empirical Contributions*, in *THE ECONOMICS OF OPEN SOURCE SOFTWARE DEVELOPMENT* 15, 17-22 (Jürgen Bitzer & Philipp J.H. Schröder eds., 2006) (Lerner と Tirole の命題に疑問を投げかける実証的証拠について論じている)。

⁴²² See, e.g., Creative Commons, *License Statistics*, http://wiki.creativecommons.org/License_statistics (last visited Jan. 9, 2010) (クリエイティブコモンズのライセンサーによって選択されているライセンス条件に関する統計を提供している)。

⁴²³ See JOHAN SÖDERBERG, *HACKING CAPITALISM: THE FREE AND OPEN SOURCE SOFTWARE MOVEMENT* 156-59 (2008).

⁴²⁴ オープンソース運動の政治的見込みについては、see KELTY, *supra* note 416; and

⁴¹² See ROLAND MARCHAND, *ADVERTISING THE AMERICAN DREAM: MAKING WAY FOR MODERNITY, 1920-1940*, at 94-104 (1986).

⁴¹³ See, e.g., DAVID FOSTER WALLACE, *INFINITE JEST* (1996).

⁴¹⁴ Wilson, *supra* note 335 (衣料品デザイナーである Nicole Miller の発言を引用している); see *supra* p. 868.

⁴¹⁵ See YOCHAI BENKLER, *THE WEALTH OF NETWORKS: HOW SOCIAL PRODUCTION TRANSFORMS MARKETS AND FREEDOM* 119-22 (2006), available at http://www.benkler.org/Benkler_Wealth_Of_Networks.pdf.

⁴¹⁶ See Open Source Initiative, *The Open Source Definition*, <http://www.opensource.org/docs/osd> (last visited Jan. 9, 2010) (ソフトウェアが「オープンソースソフトウェア」として認められるために含める必要のある10の配布条件を列挙している); see also CHRISTOPHER M. KELTY, *TWO BITS: THE CULTURAL SIGNIFICANCE OF FREE SOFTWARE* (2008).

⁴¹⁷ See Creative Commons, *About*, <http://creativecommons.org/about> (last visited Jan. 9, 2010).

ば、我々の進めるべき仕事は、政策決定で可能な範囲において、この社会的区別の制度に依存し、かつこれを普及させるのに役立つ社会運動の成長と拡張を奨励することである。

この観点での知的財産法の主な課題としては、名誉の消費ではなく産出を奨励するような知的財産に関するルールを設計することである。すなわち、我々の課題は、氏名表示を容易にし、それによっておそらく共有財産の主な原動力である名誉に基づく区別の制度を容易にしながら、同時に社会的区別の徴候としての氏名表示の商品化と消費を容易にはしないというものである。これは簡単なことではない。共有財産者がその共有財への貢献について功績を認められることを確保することを目指す現在の氏名表示のルールは、ルイヴィトンがその製造する商品について信用を得られるようにし、それをもってルイヴィトンがその商品の欠乏をコントロールできるようにするルールと同じものである。これら二つの氏名表示の形態の違いは、それが明白であるとすれば決定的なものであり、それは共有財に基づく氏名表示が到底希釈化の影響を受けやすいものではないということである。その識別性は、希少性に基づくものではなく、希少性が失われても希釈化しないのである。逆にその識別性は、伝播によってのみ高められるのである。それは、共有財に基づく氏名表示の識別性が、その氏名表示が固定されている商品の欠乏から生じるものではないからである。つまり、当該商品が自由にコピーできるものであるために、当該商品が欠乏したとしても識別性は生じえないのである。むしろ、氏名表示の識別性は、当該商品のもつ絶対的有用性から生じるのである⁴²⁵。たしかに、共有財商品に内在する絶対的有用性は何らかの新たな絶対的有用性の形態により取って代わられるかもしれず、先行商品を生み出した者の獲得し

SÖDERBERG, *supra* note 423.

⁴²⁵ もちろん、ある領域では、例えば、オープンソースソフトウェアの消費者となることは流行に添っているのかもしれないが、その同じ領域で、これによる識別性の発現は、そのソフトウェアの制作に実際貢献することによって得られる識別性の発現と比較すると、ささやかなものなのである。See ERIC S. RAYMOND, THE CATHEDRAL AND THE BAZAAR, 49-54 (rev. ed. 2001) (「オープンソースソフトウェアの社会的背景」について議論している。id. at 49).

た名誉は減少するかもしれないが、これは希釈化ではない。これはむしろ「科学と有用な技術の進歩」をまさに伴うものである。

知的財産法のより大きな課題は、したがって、社会的区別のためのゼロ和の闘争の問題を克服することではない。物質的なものと非物質的なものが全体として豊富な理想郷においてさえも、個人がなお自らを他と区別する手段を求める可能性が高く、かつそれは有益なことである。また、その課題は、無形の商品の相対的消費の形態をすべて排除するというものでもない。これはあまりに不可能すぎるのである。むしろ、より大きな課題としては、単に技術的創作的進歩を長い期間をかけて突き詰めるためだけでなく、おそらくより重要なことに、現在の人類の繁栄をさらに実現するために「社会物理学⁴²⁶」の法律を最大限に活用することである。多くの知的財産改革を実行することは、そこそこではあるが、この目的達成に有効かもしれない。第一に、相対的商品の魅力を下げるために、TRIPS協定の23条を含む、知的財産法分野全体を通じて様々な形態で徐々に希釈化からの保護を廃止することができる。第二に、名誉の消費ではなく生産を促進するために、Dastar事件の結論を見直すことができる。同事件では、最高裁判所は、Dastar社が自己の製品に、当該製品がもともとFox社によって制作されたパブリックドメインの作品に基づいている旨の簡単な注意書きを付すことで、パッシングオフ及びリバースパッシングオフの双方の責任を回避できると判断することを拒否した⁴²⁷。Dastar事件の結末は全体として見れば確かに進歩的なものであったが、裁判所は、共有財に基づく創造のモデルの基礎となる氏名表示の制度にとって決定的に重要な原則、すなわち、氏名表示を主張する排他的権利が、当該氏名表示が付されている商品の使用をコントロールする排他的な権利を必ずしも付帯しないということ、を確立する機会を逃した。第三に、関連することであるが、我々はよりしっかりと、米国的性質をもつ、人格的権利のレジームであって、強力な氏名表示権及びあるとしてもわずかな同一性保持権を提供する

⁴²⁶ AUGUSTE COMTE, *Necessity and Opportuneness of This New Science*, in AUGUSTE COMTE AND POSITIVISM 195, 196 (Gertrud Lenzer ed., 1975).

⁴²⁷ See *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 539 U.S. 23, 36 (2003).

ものを確立することができるであろう⁴²⁸。

私は、これらの改革の可能性を、ここでは端的にそして仮定的にのみ提案する。なぜなら、そのいずれも、すぐに実施される可能性は低からである。また、これらがすぐに実施されるかどうかは必ずしも問題ではない。我々のコピー技術は、これに関係なく進歩し続け、その社会的影響は感じられ続けるであろう。奢侈禁止的知的財産法の必要性を生み出した物質的状况と、同法の、当該物質的状况の社会的影響を制圧する能力を圧倒し続ける物質的状况とは同じなのである。そして、このコピー技術が進歩するに伴って、共有財に基づくピアプロダクションが進歩し、ソフトウェア、科学、芸術の領域を超える領域へと広がっていく可能性が高い。もし知的財産政策決定を通じて「夢想家的な構想⁴²⁹」としての「豊かな暮らしそしてその広範な実現を促進するような社会⁴³⁰」を追求することが適切なのであれば、共有財型生産者が既に行っているように思われるように、法がどうであれ技術的状况はそのような夢想家的構想を追求しているかもしれない、ということに気がつくことも、この場合は適切かもしれない。

結論：フィアット・プロパティ (Fiat Property)

Simmelは、「金銭は、いっそう金銭以外の何物でもなくなっていく」と1900年の論文*The Philosophy of Money*に記述した⁴³¹。本稿は、最終的には財産についてどの程度同じようなこと、すなわち財産がいっそう財産以外の何物でもなくなっていく、ということがあてはまるかという問題を追求

するものであった。金銭とその「純粹に否定的な性質⁴³²」について述べる中で、Simmelは、「知的な抽象化する能力が増大することが我々の時代を特徴づけるのである。その時代においては、金銭が、ますますその内在する価値にとって重要でない純粹なシンボルになっていく」と主張した⁴³³。確かに、金銭についてのSimmelの主張とは対照的に、多くの財産の形態は、その絶対的特徴を通じて「内在的価値」を与え続けるのである。オートクチュールデザインの許諾を得たコピーであろうと、そのようなデザインの無許諾の模倣であろうと、衣類が温かさを与えることはまぎれもなく明らかである。フェラーリのデザインの許諾を得たコピーであろうと、模倣品であろうと、何らかの装置の形態を付与しているのである。我々は「フィアット・プロパティ (規制により創出された希少性以外に価値のない財産)」という一般的な制度を「不換紙幣」という一般的な制度に合わせることは程遠い。それにもかかわらず、本稿で提言しようとしてきたように、少なくとも財産の形態の中でもあるものは(ハイパー商標はよい例であるが)、本質的にはフィアット・プロパティなのである。これらの財産は、絶対的有用性を付与するにしても、それは、せいぜい区別を与えるという役割に加えて名目的に付与する程度である。Felix Cohenがはるか昔に指摘したような基本的な循環性の強化の中で⁴³⁴、これらは財産であること、排他性、希少性、差異の形態であるということのほかは何ら意義のある特徴を有しないのである。これらは相対的有用性の純粹で抽象的な形態であって、社会的区別以外の何も与えないものである。知的財産法によってこれらは存在することとなったのである。

フィアット・プロパティ、すなわち欠乏しているから保護され、保護されているがために欠乏しているもの⁴³⁵、が出現したことは、知的財産法の

⁴²⁸ *But cf.* Greg R. Vetter, *The Collaborative Integrity of Open-Source Software*, 2004 UTAH L. REV. 563 (オープンソースソフトウェアに対する権利規範の強化を提案している)。

⁴²⁹ William W. Fisher III, *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, 101 HARV. L. REV. 1659, 1664 (1988).

⁴³⁰ *Id.* at 1744.

⁴³¹ GIANFRANCO POGGI, MONEY AND THE MODERN MIND: GEORG SIMMEL'S *PHILOSOPHY OF MONEY* 161 (1993) (quoting 6 GEORG SIMMEL, GEORG SIMMEL GESAMTAUSGABE 609 (David Frisby & Klaus Christian Köhnke eds., 1989)) (internal quotation marks omitted).

⁴³² GEORG SIMMEL, *THE PHILOSOPHY OF MONEY* 441 (David Frisby ed., Tom Bottomore & David Frisby trans., 2d enlarged ed. 1990).

⁴³³ POGGI, *supra* note 431, at 177 (quoting SIMMEL, *supra* note 431, at 171-72) (internal quotation marks omitted).

⁴³⁴ Felix S. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 COLUM. L. REV. 809, 815 (1935).

⁴³⁵ *Cf.* ROSEMARY J. COOMBE, *THE CULTURAL LIFE OF INTELLECTUAL PROPERTIES: AU-*

社会的役割が、おそらくまだ先のことではあるが出現することを予期するものである。「進歩」を強調しながら、知的財産法は、「進歩」がよりいっそう圧倒しつつある特定の欠乏と希少性のある状況を保存することによって、その状況を基礎とする社会的構造を保存する手段として台頭してきている。これは、我々が、本質的に、より多くのもの、すなわちより多くの「科学」、より多くの「有用な技術」、そして究極的にはより多くのコピーを追求する一連の法律としてずっと理解していた知的財産法にとっては奇妙な役割である。このような理解は、我々がよりいっそう得ようになっているものは絶対的有用性であると前々から思っていたので納得のいくものであった。しかし今は、知的財産法は、より多くの識別性の徴候、より多くの希少性、より多くの相対的有用性を生み出すことを可能にするよう期待されている。これは、我々が自らを他と区別する主な手段が、我々が自ら作り上げたおびただしい数の無形の欠乏を消費することであるという、異様で究極的には受け入れがたい状況を、既にあらわにしているものでなければ、予期するものであり、我々は既に、これらの欠乏をこれまでになく大量に作り上げているように思われるのである。

THORSHIP, APPROPRIATION, AND THE LAW 71 (1998) (「価値があるから保護され、(商標は)主に保護されているからこそ価値がある。」).