

知的財産法学の課題 ―旅の途中―

田村善之

1 なぜ知的財産法学は難しいのか

知的財産法学の課題をお話しするに当たって¹、最初に、私が日頃から考えていることからお話を始めようと思います。それは、なぜ知的財産法学はこんなにも難しいのかという問題です。ただ、そうは言っても、知的財産法が独禁法や会社法、民法などの隣接領域に比べて相対的に難しい領域であると言おうとしているわけではありません。そのような評価を下すことは私の能力を超えています。他方で、少なくとも私にとっては絶対値として知的財産法学はかなり難しい学問だと思っています。

1) 効率性に依存する解決の限界

世代間衡平性

一つ目の理由として、効率性に依存する解決の限界ということがあると

¹ 本稿は講演録としての性格上、文献引用を最小限のものに止めている。詳細は、田村善之「メタファの力による“muddling through”：政策バイアス vs. 認知バイアスー『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』総括報告ー」新世代法政策学研究20号89～111頁（2013年）、同「『知的財産』はいかなる意味において『財産』かー『知的創作物』という発想の陥穽」吉田克己＝片山直也編『財の多様化と民法学』（2014年・商事法務）329～350頁、同「知的財産法学の新たな潮流ープロセス志向の知的財産法学の展望」ジュリスト1405号22～32頁（2010年）、同「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号1～36頁（2008年）を参照されたい。

思います。

その中でも、とりわけ知的財産法が世代間の衡平性の問題を必然的に扱う法律分野だというところが難しいと思います²。どういう意味かと言いますと、たとえば、知的財産法の制度は、将来における動的効率性、つまり、特許等の知的財産権によってもたらされるインセンティブによって促進される効率性の増大をその目的の一つに掲げることがよくあります。他方で、それを目標とするということは、静態的効率性、つまり、排他権のもたらす効率性の低下を犠牲にすることになります。そのため、かりに効率性、あるいは効率性らしきものに規範的な根拠を求めようとしても、世代間でいったいどちらの効率性をどのくらい重視するのかという問題にどうしても突き当たるので、一義的な解は出てこない運命にあります。

効率性の検証困難性

さらにいえば、そもそもこのような世代間衡量の問題にいたるまでもなく、効率性をいかに測定するのか、その実証が困難であるという問題もあります。たとえば、特許権や著作権の制度が存在すべきかどうかという大きな話から、均等論や罰則をどうすべきかといった、個別的な制度改革までも含めて、特定の改革によって実際に効率性が改善したかどうかということを実証研究で確認することは困難です³。

以上をまとめると、かりに効率性に制度の根拠を求める、あるいは効率性らしきものに制度の根拠を求めるとしても、知的財産法分野で資源配分の最適化というような厳格な命題、つまり、経済学がモデル分析の際に好

² 鈴木興太郎「世代間衡平性の厚生経済学」同編『世代間衡平性の論理と倫理』(2006年・東洋経済)10～12頁。

³ Nari Lee (田村善之訳)「効果的な特許制度に関する多元的理論の試み(2)」知的財産法政策学研究15号161～164頁(2007年)、Diane Leenheer Zimmerman (澤田悠紀訳)「インセンティブとしての著作権—単なる空想の産物か?」知的財産法政策学研究41号1～32頁(2013年)、ロバート・P・マージェス(山根崇邦=前田健=泉卓也訳)『知財の正義』(2017年・勁草書房)2～3頁、河島伸子「現代美術と著作権法」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』(2013年・弘文堂)100～103頁、中山一郎「特許制度の正当化根拠をめぐる議論と実証研究の意義」特許研究60号8～11頁(2015年)。

む命題を実現しようとすることはほぼ幻想に近い目標を掲げることになると言わざるをえません。

そのため、こちらの方向をとるとしても、効率性——あるいは厚生と言い換えても同じだと思いますが——の改善の「可能性」に懸けることになるのかもしれませんが。つまり効率性の改善などという強い言い方を避け、あるいは、その可能性、より平たく言えば多くの者に多くの利益がもたらされるかもしれないという程度の目標を提示することで満足するのが現実的であるように思います。

つまりこの方向の正当化根拠としては、——かなり弱いものになりましたけれど——細かな制度も含めて特定の知的財産権の制度を設けた方が、産業や文化が発展するあるいは多くの者に多くの利益をもたらせる——私はあまり「公益」という言い方をしたくないのでこのように言っています——かもしれないというところに正当化の根拠を求めることになりません。

2) 民主的な正統性の確保の必要性和陥穽

民主的な正統性

そうすると、話は次の民主的な正統性の問題に移ります。つまり、特定の制度を、強い意味での効率性の改善とその度合いのみによって帰結主義的に正当化することが実はかなり困難だということになると、知的財産権の制度を設けることに対する正当化は、効率性の達成度のみではなくて、そのような制度を採択するプロセスの正統性にも求めざるをえなくなります。

プロセスの正統性の代表例が、立法府による民主的な決定です。立法過程では、たとえば、効率性がもたらされる可能性があるのとにかくやってみようということで、特許を設けてみようとか、何かの著作権を設けてみようとか、あるいは逆にフェアユースを設けるのをやめようとか、いろいろな判断がなされているわけです。そして、その判断の正当性は、効率性の改善の度合いが明確には検証できない以上、そういうことを政治的に決めたのではないかというプロセスの正統性に依存する必要があるわけです。

集合行為論

もつとも、この話には留保があります。すなわち、プロセスの正統性に対しては、Mancur Olsonが唱えた公共選択論における集合行為論の問題が出てくるわけです。つまり政策形成過程には少数の者に集中した組織化されやすい利益は反映されやすい反面、多数の者に拡散された組織化されにくい利益は反映されづらいという問題があります。なぜかと言うと、人は経済合理的に行動する限りは、活動するほどの便益がない限りロビイング等の政策形成過程に影響を与える活動をしないので、拡散した個別的な小さな利益は、もしかしたら集合的に全て通算すると大きな利益なのかもしれないですけれども、政策形成過程に反映されにくいからです⁴。その結果、政策形成過程には、Neil Komesar先生が言うところの少数派バイアスが働くこととなります⁵。

なぜ知的財産権は拡大するのか？

知的財産権に関しては、この集合行為論を使った極めて示唆的な論文として、Peter Drahos先生の著書『A Philosophy of Intellectual Property』があります。

Drahos先生は、知的財産権に関しては所有権のようにおおむね特定の有体物と物理的に接触する利用行為というものを基本に据えて権利を構築するというfocal pointがないことを指摘しています。focal pointというのは——実際にはDrahos先生はこの言葉は用いていないのですが、そこで言われていることはfocal pointと呼んでも差し支えない現象です——経済学のゲーム理論で用いられる用語で、おおかたの人々がそのように思うという状態です。知的財産権にはそれがなくて、歯止めがなくなり、権利が無限定に拡大する。そのため、他者の行為を広汎に制約する可能性があるとDrahos先生は指摘します⁶。

⁴ マンサー・オルソン (依田博=森脇俊雅訳)『集合行為論—公共財と集団理論—』(新装版・1996年・ミネルヴァ書房) 10~11・41~42・157~159・181~182・202~203頁。

⁵ NEIL K. KOMESAR, IMPERFECT ALTERNATIVES: CHOOSING INSTITUTIONS IN LAW, ECONOMICS, AND PUBLIC POLICY 53-97 (University of Chicago Press 1994).

⁶ Peter Drahos (山根崇邦訳)「A Philosophy of Intellectual Property (6)」知的財産法政

ということかと言うと、権利の設定に概念的な限定がないために、他者の行為を広汎に制約する権利を人工的に設定しうる。そして知的財産権は国境を越えて権利を拡大することが可能なもので、経済的な価値が高いため、利害関係者、特に多国籍企業のロビイングの対象になる。その結果、権利が不必要に広汎なものになりがちなのだ、というのです⁷。このように、Drahos先生は、知的財産権という概念に対する人々の認識と、集合行為論を結びつけて、知的財産権がなぜ拡大するのかということを論理的に明らかにしてみせました。

これはもうそのとおりで、知的財産権の制度は構造的に少数派バイアスに陥る危険性が高いものだと私も思います。特に、著作権において少数派バイアスが大きいと考えられます。なぜかと言うと、著作権は文化を規律するために私人の活動に侵入する度合いが大きい権利として構成されており、広汎に私人の行為をも規制しています。つまり、規制される者の多くが相対的にロビイングを期待しにくい私人となります。その結果、著作権は、特許以上に構造的に少数派バイアスを生みやすい制度となります。もちろん、そのような権利であっても、多数の多様な人がロビイングに値する著作物の権利者になれるのであれば、権利の性質にかかわらず、少数派バイアスは発生しないのですが、現実には、そのような金になる著作物を生み出すことができる才能を有している人はごく一部の者に限られているように見受けられます。そうすると、著作権は、数ある法制度の中でもトップクラスの少数派バイアスの危険性がある制度であるかもしれません。

他方、特許に関しては、特許発明を実施する者は実質的に業者に限られていることが通例であり、また日本法上は、禁止行為に該当するためには業としての要件が課されているために、被規制者もたいていは業者である点、そしてそれがゆえにある権利における被規制者は別の権利では規制者になることが多い点で、著作権とは事情を異にします。とは言うものの、研究開発費が生産量の多寡にかかわらず一度支出するものである反面、その成果である技術的思想は何度でも利用可能なため規模の経済が働くこ

策学研究39号248・254～255頁(2012年)。

⁷ Drahos/前掲注6・255～262頁。

とに鑑みると、大企業の方が中小企業よりも発明がなされやすい環境にあるために、特許権は大企業に偏在しがちとなります⁸。そうだとすると、特許の分野でも、やはり少数派バイアスが働くこととなります⁹。

3) 正義による正当性確保の必要性

利益の特異的な集中に対する正当化の必要性

ここまでの考察では、知的財産権の制度の根拠は、少し弱めた効率性、つまり多数の者の多数の利益を改善する可能性に懸けることが政治的に決定されたからだという話になります。しかし、これに疑問を呈しているのが法哲学者のJeremy Waldron先生です。Waldron先生は、知的財産権というものが存在する根拠が産業や文化の発展を促すために設けられたものだとすると、すごく不思議な制度ではないかと指摘しています。なぜなら、社会全体の利益のために人々の行為を規制する制度であることを意味するからです。そのような公益のために人々に負担を課す制度に対しては、元来は、かなり強い心理的な抵抗があるはずだということです¹⁰。

この点に関連して、ここでは知的財産権のような利益の集中ではなくて、損失の集中に関する平等についての議論を紹介しましょう。これは法と経済学で著名なGuido Calabresi先生が言っていることですが、自動車を導入することは社会全体の便益になる。他方、それによって必然的に被害者が出る。そうすると、自動車が社会全体に利便性をもたらしていることを理由に自動車を社会に導入しようとする正当化する議論を引き合いに出すと、被害者は自動車の利便性に関しては他と同様に広く薄い恩恵を受けているにすぎないにもかかわらず、不利益だけは局所的に大きなものを受け取るということになるので、被害者はそれに疑問を覚えることになる、と

⁸ 遠矢浩規「通商国家と知的財産権—国際政治経済学による知的財産権原論」知的財産法政策学研究34号182～185頁(2011年)。

⁹ 遠矢浩規「『TRIPs』の共有知識化(完全版)」知的財産法政策学研究35号142～144頁(2011年)。

¹⁰ Jeremy Waldron, *From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property*, 68 CHI.-KENT L. REV. 841, 862-64 (1993).

いうのです¹¹。

法哲学者の松浦好治先生はこの議論を少し一般化しています。社会全体の観点を強調する根拠付けは、社会にとって有益であるかもしれないが、なぜ自分が社会の犠牲にならなければならなかったかという平等主義的な反論を喚起する。そのために、その根拠付けは損失を分配されるというか、押し付けられる当事者にとってはそのままでは受け入れ難いものになる。だからほかの比喻が必要だ、というのです¹²。

これは損失の押付けの話でしたけれど、同じことは裏返しの関係にある利益についても言えると思います。つまり、利益の分配について社会全体の観点を強調する根拠付けは、社会全体の利益になることは分かっているけれど、なぜあいつだけが利益を持っていくのだというような、平等意識に反するという不公平感を増すことになるのだらうと思うのです。

法の表出力

社会全体のための規制が特定の者に利害を偏在させる場合に、被害を受けたり負担を課されたりする公衆をどう納得させるかということがここでの問いです。このうちの害の方がさきほどの自動車事故の話でしたけれど、その場合は損失が偏在することを納得させる必要性がありました。他方、利の話、つまり、知的財産権の正当化根拠に関するいわゆるインセンティブ論のように社会全体の産業や文化の発展のための制度として知的財産権が把握されるものだとすると、なぜそのような社会全体のための制度の下で、特定の人、つまり知的財産権者に特異的に利益が流れ込むのかということを説明する必要があるわけです。このことは、知的財産の規制を唱道する者は、公衆をしてそのような規制を納得させる説得的な論拠を示さないと公衆の納得心が得られないということを意味しています。

ここでいう法が納得心を得る力のことを、正義論で著名なH.L.A. Hart先生は「expressive power」と読んでいます¹³。「表出力」と訳したらよいのか

¹¹ グイド・カラブレージ(松浦好治=松浦以津子訳)『多元的社会の理想と法—「法と経済」からみた不法行為法と基本的人権—』(1989年・木鐸社) 31頁。

¹² 松浦好治『法と比喻』(1992年・弘文堂) 112～113頁。

¹³ H.L.A. ハート(矢崎光圀監訳)『法の概念』(1976年・みすず書房) 97～100・107

もしれません¹⁴。知的財産権との関係では、Branislav Hazucha先生もこの概念を使って、まさに著作権制度が「expressive power」を持ったものかどうかを実証的に研究する、国際的にも珍しい論文を著しています¹⁵。

自然権論による正当化の必要性

この納得に関して、知的財産権の正当化根拠に関する自然権論という話が出てきます。いろいろなタイプの自然権論がありえますが、最もよく引かれるのは、John Lockeの労働所有論¹⁶に依拠しつつ、労苦をかけて創作したというところに意義を見出す自然権論でしょう¹⁷。これは、知的創作物は簡単に出てきたものではなくて、それなりに創作した人が苦労してつくったものなのだから、その苦労に対して報いるべきだという発想です。

これは平等主義に根差した互酬的な説得と位置付けることができると思います。現在、皆が便益を受けているものを創作をした人はそれだけ特異的に苦労しているわけだから、そこから特異的に利益が流れ込んで当然なのだ、というところに互酬的な説得力が働きうる、そして実際にも働いているのだらうと思います。もちろん、自然権論はこうした互酬的なものに限られるわけではありませんし、たとえばクリエイタ指向¹⁸というとき

～108頁。参照、Branislav Hazucha(田村善之＝丹澤一成訳)「他人の著作権侵害を助ける技術に対する規律のあり方—デュアル・ユース技術の規制における社会規範の役割—」知的財産法政策学研究24号63～66頁(2009年)。

¹⁴ 「expressive function」を「表出機能」と訳すものに、飯田高『〈法と経済学〉の社会規範論』(2004年・勁草書房)137・145頁。

¹⁵ Branislav Hazucha＝劉曉倩＝渡部俊英(柳瀬貴子訳)「ユーザーから見た著作権とその保護手段のあり方」知的財産法政策学研究41号179～208頁(2013年)、ブラニスラブ・ハズバ＝劉曉倩＝渡部俊英「消費者から見た著作権法—日本における著作権遵守の実証研究—」著作権研究40号122～157頁(2014年)。

¹⁶ ジョン・ロック(加藤節訳)『統治二論』(2007年・岩波書店)212～213頁。

¹⁷ Locke自身が著作権のような制度を自然権論で位置付けようとしたわけではないことも含めて、参照、山根崇邦「知的財産権の正当化根拠の現代的意義(2)」知的財産法政策学研究30号164～200頁・31号125～145頁(2010年)。

¹⁸ 参照、上野達弘「国際社会における日本の著作権法—クリエイタ指向アプローチの可能性—」コピーライト613号26頁(2012年)。

に、この労苦をどのくらい考慮に入れるかどうかで立場が分かれるのでしようが、とにかく利益の特異的な偏在に対して、(弱い) 効率性や、民主的正統性ばかりでなく、人々の納得心を得るための自然権論的な正当化根拠が必要なことはたしかなように思います¹⁹。

4) 小括

以上、なぜ知的財産法学は難しいのかという話でした。

その理由は、まとめると、第一に、知的財産権の制度には世代間の衡平性や検証可能性の問題が随伴するため効率性で正当化しきれないこと、第二に、ゆえにプロセス的な正統化に依存する必要があるが、その代表例である民主的正統化には、知的財産権が構造的に引き起こす少数派バイアスという課題がつきまとうこと、第三に、そして、いずれにせよ一部の者に利益を集中させつつ、他の者に負担を課す制度である以上、人々を納得させるためには自然権的な説明が必要となり、必然的に正当化根拠は多元的なものとならざるをえないこと、ということになります。

2 「知的財産」「知的創作物」というメタファの効用と陥穽

次に、知的財産法の法技術的な特徴の話をしようと思います。知的財産法は「知的財産」や「知的創作物」というメタファを用いるのですが、こうしたメタファは、さきほど述べた知的財産法に随伴する難題を解く手段として、意識的、あるいは無意識的に活用されています(メタファの効用)。しかし、その反面、問題をさらに複雑化していることも分かります(メタファの陥穽)。

¹⁹ 著作権の正当化根拠論に関し、「規範理論間の対立・選択」図式から「場面ごとの理論間の協調・協働」図式へと議論のフェイズを移行させる必要がある旨を説くものとして、参照、山根崇邦「著作権法領域における正当化根拠論の現代的意義」著作権研究38号122～123・155頁(2013年)。

1) 知的創作「物」or 無体物の利用「行為」というレトリック

知的財産法の分野では法技術的に「知的創作物」ないし「知的財産」と、その「利用行為」を峻別する言語が用いられます。たとえば、「発明」の「実施」と言ったり、「著作物」の「利用」と言ったりします。

このレトリック、つまり行為と行為の客体を峻別する発想は知的財産法の条文のいたるところに浸透していますが、実は両者の区別は相対的なものでしかありません。たとえばプログラムをネットワーク上で送信する行為に関して、著作権法の規定は、まずプログラムの著作物を特定し、つまりそこについて「無体物」を観念して、そのうえで、送信行為をその無体物の公衆送信として位置付けています（著作権法23条1項）。

他方、特許法ではどうかというと、特許法の条文上は規定がないので、無体物である「発明」と行為の境界線は出願人がどのようにクレームを書くかによって決まります。たとえば特定のプログラムの送信方法という形式のクレームで発明を出願することができます。その場合は、公衆送信まで含んだところが無体物に位置付けられることとなります。

この例は要するに「知的創作物」と「行為」の区別が相対的なものであることを示しています。つまり人の行為から分離した知的創作物という無体物なるものを観念するのはフィクションに止まります。そもそも無体物があるかどうかということ自体が哲学的に争われているようで、私は立ち入ることはできませんが、しかしそのような私でも言うことができることは、行為と無体物はそもそも相対的な問題で、それは要するに人が観念で決めている区別だということです。

つまり、人の行為は多種多様に存在するところ、知的財産法はその中から類似するパターンを観念的に抽出して、それを無体物と名付けているのだと考えられます。つまり知的財産法が禁止しているのは、特定のパターンの人の行動にすぎないということです。Wendy J. Gordon 先生が知的財産の全般を話す解説の中でこの点を明言しています²⁰。

²⁰ Wendy J. Gordon (田辺英幸訳)「INTELLECTUAL PROPERTY」知的財産法政策学研究11号6～7頁(2006年)。

2) 「知的財産」「知的創作物」というフィクションの効用その1：規範の可視化の促進

このレトリックには、どのような効用があるのでしょうか。

規範の内面化とレトリック

独禁法の話ですが、川濱昇先生は独禁法の規制を実現するとき、市場に法が介入する分岐点を探るベイスラインとしての基準について、——さきほど述べた「expressive power」に関係しますが——人々が規範として内面化して、行動の指針にしやすい法規範を立てないといけないのだと指摘しています。その例として、排除型として独禁法で規制すべき行為について、「利潤犠牲基準（経済学的有意性基準）」とか、あるいは「同等に効率的企业に対する脅威基準」、「ライバル費用引き上げ戦略」などといった言語に効率性の問題を変換する必要性を説いています²¹。

共通要素の切出しとその客体化による可視化

知的財産法の場合も、規制する行為をいろいろと列挙するよりは、ある行為が規制すべきだと決まったときに、どのような行為にも共通している抽象的な要素を切り出して規律し、他方で個別の行為ごとに異なる色彩を放つ固有の行為の要素を「知的財産」、たとえば、「著作物」として把握する。それによって規制すべき行為をそのような「知的財産」を「利用する行為」、たとえば、「複製」として定義する、という方策をとっています。こうした個別的に考えないといけないところを「著作物」、「発明」という形で言い表すことによって、——複製や公衆送信が何かということは皆さんがすぐに理解できるわけですから——注意しないといけないところは著作物とか発明の範囲であるという意識を植え付けさせます。それによって、それでは著作物の範囲は何か、たとえば創作的表現と理解すればよいのではないかとか、発明の範囲はクレーム解釈によるのか、均等論も認め

²¹ 川濱昇「市場をめぐる法と政策—競争法の視点から—」新世代法政策学研究創刊号81～87頁(2009年)、同「市場秩序法としての独禁法(3)」民商法雑誌139巻6号592～606頁(2009年)。

られるのかというように、悩むべきところが、悩まなくても分かるところから截然と区別されるということになります。

このように、「知的財産」「知的創作物」のメタファには、特定の権利によって禁止されることとなる行為を特定の知的創作「物」に権利が与えられたと抽象的に指定することにより、多種多様な行為の中から一般的な共通パターンが取り出され、発明や著作物という言葉で侵害となる行為の範囲が可視化される、把握されやすくなるという効用を認めることができると思います。

3) 「知的財産」「知的創作物」というフィクションの効用その2：目的手段思考様式から法的思考様式への転換

目的手段思考様式と法的思考様式

「知的財産」「知的創作物」というレトリックの効用はこれに止まるものではありません。効用のその2として、目的手段思考様式を法的思考様式に転換するというものを挙げるができます。

これは平井宜雄先生の法政策学における言葉遣いです²²。目的手段思考様式においては当該規制がどの程度効率性に資するのか、たとえば特許を認めることが社会的な効率性を改善することになるかということの問題とします。しかし、これをいきなり裁判所で判断しろとか、あるいは裁判所ではなくてもいきなり当事者間で判断しろとしてしまうと、大きな問題となります。たとえば——かなり非現実的な話になりますが——何か特許法に、ある行為に対する権利を認めることが効率性を改善する可能性があるときにはその行為は規制されますよというふうにもし条文が書いてあったりすると大変なことになるわけです。どのように判断すればよいのか裁判所は分からないし、当事者も分からないということになるでしょう。

そこで、そのような目的手段思考様式ではなく、法的思考様式が有用になってきます。これは規制の判断基準を、包摂モデルといいますか、ある定義に当たるか当たらないかで判断するという形に変換をする法技術です。つまり、法的思考様式の下では、何ものかが抽象的概念に含まれると

²² 平井宜雄『法政策学』（第2版・1995年・有斐閣）16頁。

判断されると特定の法律効果が付与されるということが分かることになります。

平等原理による正当化

この場合、発明や著作物の要件に該当するものの利用は規制される、該当しないものは規制されないという形で、個別的に効率性の改善可能性があるかということを調べずに、当てはめがなされます。ですから、変換の過程のどこかで、そもそも政治的な決定によって目標としていたはずの効率性の改善の可能性からずれが生じているわけです。このような包摂モデルの決定の正当化は最終的にはもちろん政治的責任によるわけですが、その背後にあるメタの原理は、実は、「等しきものは等しく扱え」という命題、つまり、これまで保護されていたものと同じ発明に分類できるから、あるいは、同じ著作物に分類できるから今回も保護しよう、という形での平等原理に求められることとなります²³。

メタファによる muddling through：既存の制度と整合性を図りながらの漸進的な試行錯誤

このようにして法的思考様式＝包摂モデルの正当化は、検証困難な具体的な効率性の改善の可能性の話から、あるものが発明や著作物の要件に当たるか当たらないかという形の問題、言い換えれば、あるものが今までに認められてきた著作物や発明と同じものと評価できるかどうかという形での問題に転換することを可能にします。このような転換によって、いきなり更地でゼロから議論するのではなくて、今までのものと同じかどうかという形での漸進的な試行錯誤が可能となるわけです²⁴。

これは「muddling through」と呼ばれる試みそのものです。経済学者のFritz Machlup先生が1958年にアメリカの連邦議会から委託を受けて特許制度を残すべきかどうかを研究したのですが、その答えは、特許制度がよいものなのか、悪いものなのかということは分からないというものでした。その

²³ 田村／前掲注1・新世代法政策学研究20号96～98頁。

²⁴ 藤谷武史「プロセス・時間・制度－新世代法政策学研究のための一試論－」新世代法政策学研究創刊号54～55・60～61頁(2009年)も参照。

うえて、もし何もない段階で特許制度をつくれと言われたら、現在の知識から特許制度をつくった方がよいとはとても言えないけれど、現に特許制度がある現状でやめるとも言えない、という結論を提示したのです。そこで、結局、現在あるものを前提として試行錯誤を繰り返すしかないのだという意味で「muddling through」という言葉が使われています²⁵。

この「muddling through」、私の言葉で言い換えるのであれば、既存の制度と整合性を図りながらの漸進的な試行錯誤を可能とする方策がメタファであり、たとえば、「著作物」や「発明」といった抽象的概念です。

このメタファは、①元来は千差万別な利害関係の枝葉を捨象し、②異質なものを既存の法制度に包摂することで、③等しいものを等しく扱うにすぎないが如きフィクションを作出し、もって漸進的な変化を可能とします。私は、これこそが経済学では果たしえない法学固有の方法論の特殊性だろうと思っています²⁶。

法哲学者の大屋雄裕先生は、このような法の持つ特殊性を、その著書『法解釈の言語哲学 クリプキから根源的規約主義へ』のはしがきで、知的財産権の例も引合いに出しながら、いみじくも次のように指摘しています。

「法が扱い、あるいは積極的に作り出す現実とは、世界の物理的な・自然的な・あるいは本質的な存在と照らし合わせてその正否を判断されるようなものではない。むしろ本当はそうではないのに法的にはそうだとすること、つまり人工的な現実を作り出すという手法にこそ、法の解釈という行為の意味があるのではないか。法解釈とは、どこか世界に我々の行為と離れて存在する正解を見つけ出すための手法ではなく、法的な現実を作り出す我々の行為なのである。」²⁷。

²⁵ FRITZ MACHLUP, THE ECONOMIC REVIEW OF THE PATENT SYSTEM 80 (U.S. Senate, Committee on the Judiciary Study No. 15, 1958) [邦訳：フリッツ・マッハルプ(土井輝生訳)『特許制度の経済学』(1975年・日本経済新聞社)189頁。

²⁶ 田村／前掲注1・新世代法政策学研究20号91～95頁。藤谷武史「《多元分散型統御》とは何か? —法(政策)学への貢献の可能性」新世代法政策学研究20号142～143頁(2009年)の位置付けも参照。

²⁷ 大屋雄裕『法解釈の言語哲学 クリプキから根源的規約主義へ』(2006年・勁草書

この叙述は、現実には人の行為であるにもかかわらず、「著作物」や「発明」といった「知的創作物」のメタファを用いて、それらの利用行為であるというフィクションを作出し、それによって何らかの解を得ようとする試みの本質を言い得て妙で表現するものであるように思われます。実際、そのはしがきでは、知的財産権の例が引合いに出されています。

このようなはしがきの後、同書は、法解釈を正解を探すゲームではなく、議論と対話により、絶え間なくその兆しを見せる綻びに抗しながら、暫定的かつ漸進的に、ゆえに不断に、問題を脱文脈化し普遍性を創造していく営為として捉えていきます²⁸。そこで言われていることは、私がこの講演で「muddling through」と呼んで言い表そうとしているもの、そのものであるように思われます。

4) 「知的財産」「知的創作物」というフィクションの効用その3：規範としての内的視点の獲得の容易化

効用その3です。これは、知的財産の場合には規制に対する納得性を高める必要が特に強いということをさきほどお話ししましたが、そのために用いられているものが「知的財産」や「知的創作物」というメタファだということです。たとえば、知的財産は他人が創作したものなのだから、それを無断で盗んではいけないよね、という形でのメタファの使い方があります。

また、TRIPS協定の締結過程では、途上国に対して、高度の知的財産権の保護を義務付けることに合意してもらうために、知的財産権の強化が最終的には途上国に対しても産業の繁栄をもたらしますよという言い方や、知的財産を守らないことは「piracy」、つまり「海賊」ですよという言い方で、知的財産制度を正当化するということが行われています²⁹。

房) i ~ iii 頁。

²⁸ 大屋・前掲注27(特に200頁)。同書全体の論旨を要約するものとして、参照、田村／前掲注1・新世代法政策学研究20号94~95頁。

²⁹ PETER DRAHOS & JOHN BRAITHWAITE, INFORMATION FEUDALISM: WHO OWNS THE KNOWLEDGE ECONOMY? 19-29, 191-92 (Earthscan 2002).

5) 「知的財産」「知的創作物」というフィクションの陥穽：認知バイアス

しかし、メタファには効用ばかりがあるわけではありません。メタファによって人に納得感を与えるということは、逆に危険でもあるわけです。メタファには真実を覆い隠す効果があるからです³⁰。たとえば、大屋先生のように卓越した法哲学者ですと、「知的財産」というものはないとか、そのようなものは人工的なものにすぎないと喝破するわけですが、たいていの人はそのように理解していないので、そこには何かモノがあるだろうと思って議論するわけです。

つまり、「知的財産」「知的創作物」というメタファには、実際に規制されているのは人の行為であるにもかかわらず、それが人の行為と無関係に切り離された、何かの客体であるかのような印象を人々に与えたり、あるいは人々が規制されている気がしないようにさせたりするという現実を覆い隠す効果があります。さらに言うと、ただ現実を覆い隠すだけではなくて、メタファによって人の行為から切り離されたうえに、それに「財産」とか「創作物」という言葉が与えられるために、そもそも他人のものだから、あるいは他人がつくったものだからという意識が醸成され、それによって（実態に何ら変化がないにもかかわらず）規制が受け入れられやすくなるという危険性もあるわけです³¹。

むしろ、私の理解では、知的財産権と呼ばれているものの実体は、政府による人工的な行為規制でしかないと思います³²。有名な言葉としては、「Regulatory Copyright」と言われることもあります³³。最近、私が使っているものとして、「プロセスの一通過点としての特許『権』』とすることもで

³⁰ G・レイコフ＝M・ジョンソン（渡部昇一他訳）『レトリックと人生』（1986年・大修館書房）215～225頁。

³¹ 比良友佳理「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究（5）」知的財産法政策学研究49号71～76頁（2017年）、遠矢／前掲注8・192頁。

³² Mark A. Lemley, *IP and Other Regulations*, Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 476 (2015); 鈴木将文「知的財産権の排他性と侵害に対する救済措置—特許権を中心として—」著作権研究42号4頁（2016年）。

³³ Joseph P. Liu, *Regulatory Copyright*, 83 NC. L. REV. 87, 91 (2003).

きます。これは、特許権は「権」と言っているけれども、実は行為規制であり、ある特定の行為を規制するためにいろいろな判断をしていくものだという理解です。これによると、特許庁の判断は、特許庁の判断が終わりましたよ、だから多くの場合、正当化できるから、ここで民事的な権利を与えますよ、という通過点になっているにすぎない。したがって、その時点までに特許庁で吟味しえなかった事情、たとえば当事者間の地位の非対称性であるとか、関係特殊的投資等の事情については、独禁法による規制とか、強制実施権とか、裁判所の権利濫用論などの場面において斟酌して「権利」を制限してよいのだという私の見方がここから生まれてくるわけです³⁴。

3 知的財産法学に求められるもの：知的財産法政策学の構想

以上が知的財産法学の難しさと、それに対して用いられる「知的財産」「知的創作物」の利用行為という法技術の効用と危険性の話でしたが、そのような中で、果たして知的財産法学は何をしなければいけないのかというところに移ろうと思います。

1) 立法論を展開しうる方法論であること

知的財産法の分野では頻繁な法改正があり、知的財産法学者には解釈論ばかりでなく、立法論を展開することが求められています。さまざまな知的財産法学者が関係審議会の委員等として立法過程に参画しています。もちろん知的財産法学者以外にも審議会の委員の方がおられますが、制度設計にあっては法学者がかなり期待されているという状況があります。だから知的財産法学は立法論を展開できる学問、つまり、制度を設計しうる学問である必要があるだろうと思うのです。

これに対して、解釈論の延長線上で立法論を展開することには限界があ

³⁴ 田村善之「特許権と独占禁止法・再論－権利 vs. 行為規制という発想からの脱却－」日本経済法学会年報32号66頁(2011年)、同「プロ・イノベーションのための特許制度の muddling through (5・完)」知的財産法政策学研究50号191頁(2018年)。

ります。たしかに、既存の法制度の整合性を保ちながら制度の改善を図る場面などで有益な示唆を与えてくれることもあるでしょう。しかし、特定分野の特有の事情に即した制度を導入しようとする場合などでは、たとえば一般法から導かれる法理の延長線上に特別法の制度を収めようとするタイプの解釈論だと、特別法に特有の事情を斟酌した特別の制度の選択肢を徒に制限することになりかねません³⁵。また、そもそも解釈論の延長で考えることが困難な場面、たとえば、1993年の不正競争防止法改正の際の商品形態のデッド・コピー規制の新設³⁶の場面などのように、更地で制度を設計しようとする際には、多くを期待することはできないように思います。

2) 市場と対峙しうる方法論であること

制度設計をなしうる方法論をということであれば、まずは、市場と対峙しうる方法論であることが求められるように思います。

知的財産法に関して立法論を展開しようとするのであれば、知的財産法が市場に介入して産業や文化を発展させようとするものである以上、市場との関係を取り込んだ方法論を構築することが望まれます。また、解釈論を展開する場合にも、知的財産法が市場を利用して政策目的を達成しようとする制度である以上は、やはり市場との関係を無視することはできないように思われます。

二つの私法学会における議論

この市場と対峙すべき方法論をということについては、私法学会で意を

³⁵ その旨を指摘するものとして、興津征雄「行政作用としての特許権発生と特許無効—特許法104条の3と行政法ドグマーティク—」知的財産法政策学研究38号55～56・75頁(2012年)。

³⁶ 参照、田村善之「他人の商品の模倣行為と不正競争防止法—デッド・コピー規制の具体的提案—」ジュリスト1018号24～30頁(1993年)、同「不正競争防止法2条1項3号の制度趣旨とその要件論」日本工業所有権法学会年報21号133～146頁(1998年)。

強くした思い出があるので、ご紹介しておきます。

一つ目の思い出は、1997年の私法学会のときなのですが、北海道大学の民法の先生方が中心となって展開された「転換期の民法学－方法と課題－」と題するシンポジウムにおいて、コメンテータとして登壇された平井宣雄先生がなされたコメントです。私は実はこの私法学会のシンポジウムの準備過程で多くの研究会が北海道大学で開催された際にいろいろ思うところがありまして、そのことについてはこの私法学会の後、論文として世に著したのですが³⁷、その私が思っていたことをはっきり指摘されたのが、平井先生のコメントでした。

平井先生は、「人間の理解もコントロールも及ばない、不気味な存在となりつつあるように見える」「市場機構の作用を十分な理解に立ちつつ、ここに現れる問題を発見し、それを解決するための代替案を構想し、その中から選択されたものを基礎として法制度を構築する、という目的に役立つ」「コントロールのための理論」が必要とされる旨を説いたうえで、次のように結んでいます。

「つまり、現在要求されているのは、法制度のデザイナー又は設計者としての法律家であり、それを養成するための民法学（法律学）なのである。」³⁸。

私法学会にまつわる二つ目の思い出は、その10年後の2007年の私法学会になります。その年のシンポジウムは、ふたたび北海道大学の登壇者を中心とするもので、今回は私も報告者の末席に入れさせていただきました。全体のタイトルは「競争秩序と民法」というものでした。これに対して、私は自らの報告の論題を「競争政策と『民法』」という名前にして、シン

³⁷ 田村善之「市場と組織と競争法をめぐる一考察(1)～(2)」民商法雑誌121巻4・5号562～593頁・6号775～812頁(2000年)[同『市場・自由・知的財産』(2003年・有斐閣)所収]。

³⁸ 1997年の私法学会の際のコメントは、私法60号50～51頁(1998年)に掲載されているが、ここでは、同旨をより詳細に説いた、平井宣雄「民法施行100周年を迎えるにあたって」ジュリスト1126号7頁(1998年)から抜粋した。

ポジウムのタイトルの「競争秩序」という切り口にも、「民法」という切り口のどちらについても文句を言ったわけです。このうち、後者の切り口に関しては後に触れることとし、前者についての私のコメントを紹介すると、それは以下のようなものでした。

「そもそも、競争秩序の前提を独占禁止法や不正競争防止法等が規定することもあるのだから、競争秩序と法とは、インタラクティブに影響し合う関係にある。ゆえに、競争秩序ないし競争の意味を明らかにするとともに、競争と法の相互関係のプロセスを解明しそれをコントロールすることを可能とする理論が必要であるように思われる。

競争秩序の存在を法以前の所与のものとする権利論では、肝心の競争秩序のところがブラック・ボックスとなってしまう、そこをコントロールすることができない。」³⁹

そのシンポジウムでは、全員ではないにしても、大半の登壇者の方が、競争秩序というものが存在することを所与として、その中身については法学の考察の対象の外にあるのだということを前提に、そうした競争秩序に関わる私人の権利はいかにあるべきかという形で、いわば競争と法（権利）の関係を単線的なものと捉えて議論をしていました。これに対して、私は、いや、競争と法はインタラクティブな関係なのだから、「競争秩序」であるとか「競争」の中身を明らかにし、競争と法の相互関係のプロセスを解明しそれをコントロールする理論が必要であることを説いたわけです。ところが、多くのパネリストが前提としていた単線的な議論の仕方では、こうした課題を実現することが困難なのです。

このように申し上げたところ、同旨の指摘が、民法の内田貴先生と商法の藤田友敬先生のコメントにも含まれていました⁴⁰。こうして登壇者間に方法論的な断絶が鮮明に認められたこともあって、このシンポジウムは一部の研究者、とりわけ、法と経済学を指向する若手の商法系の学者に強い

³⁹ 田村善之「競争政策と『民法』」NBL 863号86頁(2007年)。

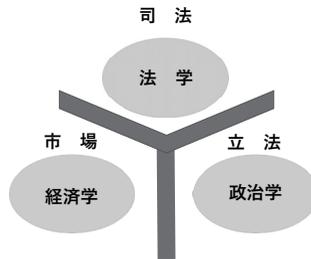
⁴⁰ 内田貴[コメント]私法70号5～11頁(2008年)、藤田友敬[コメント]私法70号11～16頁(2008年)。

印象を与えたようです⁴¹。

法学・政治学・経済学の役割分担のあり方

私法学会での私のコメントは、特に知的財産法の制度のように、冒頭で指摘した市場や政策形成過程に関わる複雑な問題を抱えている分野に特に妥当するようと思います。このような分野では、市場・立法・司法、あるいは経済学・政治学・法学の個別分野のみで満点の回答を得ることは困難なのではないかと思えます。

こういう現実に対して、あるいは一部の法学者の考え方は、いや、競争秩序がどうなるかというのは法学者の仕事ではなくて、経済学者の仕事だというものなのでしょう。だからそれはそっちでやってくださいとなるのでしょうか。法学者はそこで出来上がった答えを受け取ってそれに基づいて何かするのだというイメージではないかと思うのです。図にするとこのような感じになります。

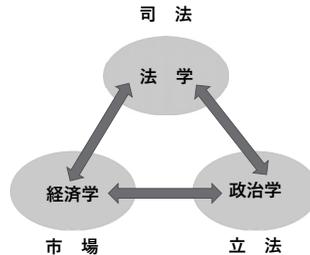


経済学を学問として否定するのなら別ですけれど、たいいていの法学者は、経済学も立派な学問だと考えていると思いますから、市場に対する研究が必要であることは理解しているはずですが。ただそれを自身の仕事ではないと考えているのですから、結局、この図で示したような役割分担を前提にしているのだらうと思えます。

しかし、知的財産法の制度のように、経済学も関わるし、あるいは、政治学も関わるという難しさがあるところでは、各分野の学問が個別にやっていたのではそれぞれが40点ずつくらいまでしかとれずに、敗退してしま

⁴¹ 得津晶「民商の壁—商法学者からみた法解釈方法論争」新世代法政策学研究 2号233～234頁(2009年)。

うのではないかと思います。だから学問の垣根を越えて相互にインタラクティブに頑張って、何とか60点などの及第点を目指すべきではないかと思っ
ているわけです。図にすると、このようなイメージになります。



法と経済学のもたらしうるもの：規範的 (normative) な法と経済学と実証的 (positive) な法と経済学の区別

このうち、法学と経済学との垣根を取り払おうとするものが、法と経済学ですが、留意していただきたいことは、法と経済学と言ってもいくつかのタイプがあるということです。大別すると、規範的 (normative) な法と経済学と、実証的 (positive) な法と経済学というものがあるとされています⁴²。

前者は、規範的に、資源配分の最適化等の効率性を法が追求することを (ときとして一元的な) 目的とする法と経済学です。特に初期の法と経済学には法の目的を効率性に一元化する色彩が強いものが多かったかもしれませんが、このような過度の一元化に対しては当然に反発も強いわけです (私自身は、特に知的財産法の分野では産業の発展など、効率性を追求することが大きな、しかし一つの目的となるとは思っておりますが、冒頭に述べたように、資源配分の最適化などという強い効率性の命題を目標とすることは困難であり、くわえて、そもそも制度の目標を効率性に一元化すべきであるとも思っておりません)。

しかし、法と経済学はこのような規範的な目的を追求するものに限りま

⁴² マーク・ラムザイヤー『法と経済学－日本法の経済分析－』(1990年・弘文堂) 5～6頁。参照、スティーブン・シャベル(田中亘＝飯田高訳)『法と経済学』(2010年・日本経済新聞出版社) 1～2頁(規範的 (normative) 分析、記述的 (descriptive) 分析という言葉を用いる)。

せん。たとえば、ある制度を採用したときに、人々や市場がどのように行動するのかということをはっきりと示すタイプの法と経済学もあるわけです。このタイプの実証的な法と経済学には規範的なコミットがないのです。そして、人々の行動を規律する何かの制度を設計する以上は、その意味で、この種の法と経済学は、知的財産法が追求すべき規範を自然権や基本権の擁護とその衡量に求める研究者にも有益な示唆を提供しうるものなのです（ちなみに、「インセンティブ論」という名称からよく誤解されることがありますが、私も、知的財産法の目的に自然権なり基本権なりが関わっていると考えており、とりわけ人の自由の確保が肝要であると思っています）。

3) 関係機関の役割分担を議論しうる方法論であること

制度設計をなしうる方法論となるためには、次に、それは関係機関——ここでは、立法、行政、司法ばかりでなく、発明者や創作者、企業の知財部や法務部、あるいは、弁理士、弁護士などのさまざまなアクターを含む概念として用いているのですが——の間の役割分担を議論しうる方法論である必要があるだろうというものです。機関の役割分担というアプローチの仕方は塩野宏先生の説かれた行政過程論に教わったものです。

行政過程論

行政過程論、とりわけ塩野先生の考え方を紹介させていただくと、それ以前の古典的な行政法学は、特定の法典を持っていない行政法においていかなる体系を構築するかというときに、先行する民法学に対するあこがれの下で、法的な拘束力を有する「行政行為」「行政立法」「行政強制」等の概念を作出して、それらの概念を中心に学問体系を構築していったわけです。ところが、塩野先生は、そういった古典的な行政法学が、行政指導、行政計画等、法的拘束力を直ちに発生させるわけではないけれども、現実には行政が果たしている作用の多くを全く考察の対象の外に置いていたことを問題視します。そして、行政の活動を一連のプロセスと捉え、何かの目的が決まったときにその目的に応じて活動する行政の諸活動を統御しうる学問体系を目指すのだと言いました。これが塩野先生の行政過程論だ

ということになります⁴³。

公法と私法の区別に対する批判：「行政法」各論の否定

さらに、塩野先生の発想のもう一つの大事な特徴として、公法私法二分論に対する批判に関わる、行政法各論の位置付け方というものがあります。塩野先生は、私法秩序とパラレルなものとして公法秩序を想定する伝統的な行政法学に反対する考え方に与しています。そのうえで、たとえば伝統的な行政法学を具現する田中二郎先生の行政法の体系書では、その最終巻になると、警察法、規制法、給付行政法といった行政法の各論を扱っていましたが、塩野先生はこうした行政法の各論を方法的な枠組みとしては否定するのです。なぜかと言うと、行政法各論は各論と言っているのだけれど、これらの分野では別に行政法以外のものも関わってきているわけだから、その中からことさらに行政法だけを取り上げて研究しても意味がないと言うのです。だからこれらの分野を、たとえば環境法や警察法といった独自の学問として切り出したうえで、たとえば私法的な規制等、さまざまな規制を考慮する独自の学問として議論すべきだ、と説きました⁴⁴。では、行政法は何をするかと言うと、行政法にはその独自の学問で決まった何かの目的に対して行政機関が使われる場面でその行政機関の作用をコントロールするための総論としての役割があり、その役割を行政過程論が果たすのだと言うのです。

法秩序間の対立から役割分担論へ

これを競争政策について応用してみると、以下のように、言い換えることができるように思います。

⁴³ 塩野宏『行政法 I 行政法総論』（第6版・2015年・有斐閣）54～60・96～101頁。なお、参照、藤田宙靖『行政法総論』（2013年・青林書院）21～26・133～140・359～368頁（古典的行政法学の方法論に「法律による行政」という「ものさし」としての意義を認める）。

⁴⁴ 塩野宏「公法・私法概念の再検討」同『公法と私法』（1989年・有斐閣）131～137頁、同「行政作用法論」同書219～220頁、同「行政法の対象と範囲」同書249頁。

「その主張を、競争政策に関わる法を素材にパラフレイズすれば、競争政策に資する法としては、公取委による行政規制を主として念頭に置く独禁法もあれば、私人による民事規制に期待する不正競争防止法、さらには民事規制に頼りつつ、権利の発生やその消長に行政を介在させることもある知的財産権法等が存在するのであるから、ことさらに独禁法のみを取り上げて競争法を体系化することは、実態に適合しないばかりか、立法論に関しても初めから選択肢を限定してしまうことになりかねず、疑問であるということになる。」⁴⁵⁾

これは競争政策についての私の言葉を引いたものですが、同じことは知的財産法制度にも言えるわけです。

たとえば、知的財産法制度に関する法律関係が公法秩序ないし本来的行政法に属するものなのか、あるいは私法秩序ないし本来的民事法に属するものかという形で議論する考え方が提唱されることがありますが⁴⁶⁾、そのような分断論よりは、むしろ、特許庁と裁判所の機能に鑑みた役割分担論の方が生産的な議論を提供することができるように思われます。

4) 規範の定立の仕方を統御する方法論であること

三番目が規範の定立の仕方を統御する方法論であることです。

これは先ほど紹介した川濱先生の議論が指摘していたことです⁴⁷⁾。つまり規範は最終的には裁判規範として通用しなければいけないし、かつ、紛争が起こったり、裁判に行くのは一部ですから、裁判外の市場や社会で行動している人が内面化できる規範である必要があるだろうということです。

これがとても難しいわけですが、たとえば、私がパネリストとして登壇していた著作権法学会の会場で投げかけられた質問で、著作権の保護範囲

⁴⁵⁾ 田村善之「競争的利益」ジュリスト1126号89頁(1999年)。

⁴⁶⁾ 批判的な見地からの紹介として、参照、田村／前掲注34・知的財産法政策学研究50号213～214頁。

⁴⁷⁾ 注21所掲の文献を参照。

を決する基準である「創作的表現の共通性」というものは自然権論を前提にしており、誰かが創作的表現をなしたのだからそれを再生すると侵害ですよという意味で、自然権論に立つものではないかという指摘に対して、私は次のように応えています。

「インセンティブ論とはしていますが、…個別の行為に関して逐一インセンティブ論に基づいて、それを規制することが効率的な解をもたらすのかどうかはよく分からないことのほうが通常です。そこで、大数の法則で、個別事件はよく分からないが全体としてより効率的な解をもたらすようなところで、裁判所で判断がしやすく、市場においても行為者が遵守しやすい義務論的な規範を設けていく。しかも、その大数の判断ですら困難である以上、そこは政治的な責任を負う立法のところでは規範化する、そういった作業が必要で、まさにそれによってもたらされたものが、創作的表現であれば著作物となり、その創作的表現が再生される形で利用される場合には著作権侵害となるという著作権法のルールだと思うのです。」⁴⁸。

要するに、産業や文化の発展という目標をある程度達成しうる規範であって、市場において人々の——著作権のことを考えると市場でなくてもよいのですが——行為規範として機能しうるものであって、かつ、最終的には裁判所における二当事者間の法律関係に還元しうるという規範をつくる必要があるということです。

たとえば、この例における「創作的表現の再生（共通性）」基準であるとか、進歩性（非自明性）に関する「TSMテスト（Teaching Suggestion Motivation test）」⁴⁹などが、そのような試みの例と言えます。これらの基準

⁴⁸ 田村善之〔発言〕著作権研究36号112頁（2010年）。山根崇邦「Robert P. Mergesの知的財産法概念論の構造とその意義」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』（2013年・弘文堂）30～35頁の位置付けも参照。

⁴⁹ 参照、田村善之／飯村敏明ほか「日本弁理士会中央知的財産研究所 開設20周年記念公開フォーラム『進歩性について－更なる研究－』」パテント69巻14号（別冊16号）244～245頁（2016年）、同／前掲注34・知的財産法政策学研究50号216～217・221頁。

は、効率性を改善するという目標をある程度達成することができ、しかもかなりの程度人々が可視化することができ、裁判所でも判断可能なものとして、通用することを期待されている基準であると理解することができます。

もちろん、これらの基準には、規範を正当化して人々の得心を高めるために、創作的表現が再生されているのだから権利が及んでも仕方がないとか、先行文献に他の技術と組み合わせて当該発明に到達しうる教示、示唆があったり、あるいはその動機付けがあったのだから特許が認められなくても仕方がない、という形で内的視点を獲得するという意味合いももたらされており、その意味では自然権的な発想も入り込んでいます。

つまり、これらの基準は、インセンティブ論の目標をある程度実現し、人々に対して可視化することが可能であり、裁判規範として運用可能なものであって、しかも人々の得心を得るため自然権論的な感覚に訴える必要がある、という複合的な目的を達成するために設定されるものである、と捉えて初めてその意義を評価することが可能となるものなのです。

5) 政策形成過程のバイアスに抗しうる方法論であること

政策形成過程に目を向ける必要性

最後に、方法論に期待される四番目の課題に移ります。それは、政策形成過程に目を向けた方法論であることです。

この点に関して、藤田友敬先生は、次のように、従前の法律学に対して大変厳しい言葉を投げかけています。

「実定法研究者のほとんどは、成文法の条文解釈や判例の研究に主たる関心を持ち、ルール形成のダイナミクスを見る目——たとえば国家法がいかなる政治過程を経て作られ、いかなる集団の利害がいかに反映し、その結果できたルールはどういう性格を帯びており、現実がいかなるパフォーマンスを果たしているか、外部性は発生させていないか、といった政治経済学的、公共選別的な視点——をしばしば欠いてきた」

「それにもかかわらず実定法学の『研究』ができてきたのは、民主的な手続きを経て作られた法律（ハードロー）の場合、正統性や拘束力等を一

応所与の前提とすることが許されるため、実定法によって採用された一定の規範的な前提を出発点にして、そこから条文操作、論理整合性、場合によってはある種の実践的バランス感覚によって議論を展開できたからである」⁵⁰。

この後、藤田先生の議論は、制定法はそうだけれど、ソフト・ロー、たとえば制定法になっていない慣習法にはこれが通用しない、という方向に移るわけです。そして、それが藤田先生もリーダー格の一人であった東京大学法学研究科の21世紀COEプログラム、グローバルCOEプログラムのテーマであったわけでもあります。そこで「一応」所与の前提とすることが許されると限定が付されていることから明らかなように、制定法であっても正統性を前提としない場合がありえるわけですし、私は知的財産法というのはまさにこの正統性のところが弱いという問題がある分野なのではないかと思っています。そして、そのような観点で研究を進めたのが、私が拠点リーダーを務めた北海道大学法学研究科の21世紀COEプログラム「新世代知的財産法政策学の国際拠点形成」、グローバルCOEプログラム「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」だったのです。

藤田先生の問題意識を知的財産法の分野で私の問題意識で語ると以下ようになります。

「知的財産法制度の政治的な現実、立法に民主的な正統性が備わっていることを前提に、その政策形成過程をブラックボックスとしたまま、出来上がった条文の解釈に終始する伝統的な法解釈論により対処することの限界を否応なく意識させることになり、知的財産法学においては、市場と法の役割分担ばかりでなく、知的財産法制度の政策形成過程というプロセスにまで立ち入った新たな方法論が模索されはじめています」⁵¹。

⁵⁰ 藤田友敬「はじめに」中山信弘編集代表『ソフトローの基礎理論』（2008年・有斐閣）1～2頁。

⁵¹ 田村／前掲注1・ジュリスト1405号26頁。

政策形成過程バイアス論の陥穽

しかし、知的財産法の政策形成過程にバイアスがかかっていることに依拠する方法論には必然的に極めて大きな陥穽が随伴します。政策形成過程にバイアスがあるのだとしたら——だからこそ、ガヴァナンス構造を変革しろということになるのですが——、ガヴァナンス構造を変革しろと言っても、バイアスがあったらそれはできないではないか、どのようにしてそれを実現するというのか、という疑問に当然に突き当たることになるわけです。

もちろん、制度の変革は立法だけで行われるのではなく、司法によって実現することができる場合もあります。たとえば、アイデアと表現の区別や創作性、あるいは進歩性などのように条文の文言が抽象的に定められているときは、裁判所によるバイアスの修正に期待することは可能です。そして、相対的に言えば裁判所は、立法機関に比して、政策形成過程のバイアスを被りにくいとは言えるでしょう。しかし、裁判所は政治的な責任を負うことに長けている機関とは言えず、それがゆえに条文の枠内での解釈論を展開しうるに止まりますから、司法によるバイアス矯正には限界がもちろんあるわけです。だからこそ、著作権を一般的に制限するフェア・ユースを認める条文が必要だと言われたりするわけです。

しかし、政策形成過程にかかるバイアスが動かし難いものだとすれば、そのような分野に関してはもう法学は何も役に立たず変革を諦めるしかないのかもしれないかもしれません。民主主義の現実が、熟議型の民主主義ではなく、闘技型の民主主義であるのだとすれば⁵²、つまり、「民主的政治過程とは、多様な利益集団がそれぞれにとって有利な政策決定を獲得すべく抗争し妥協する過程であり、競争に勝ったものが自らの私的利益にとって有利な立法や政治決定を獲得することができるという手続き」⁵³であるのだとすると、もはや付け入る余地はないように思えてくるからです。

⁵² 参照、船越資晶『批判法学の構図 ダンカン・ケネディのアイロニカル・リベラル・リーガリズム』(2011年・勁草書房) 213～226頁。

⁵³ 長谷部恭男『憲法学のフロンティア』(1999年・岩波書店) 77～80頁。

人間の心の本質：利他性・互恵性

他方で、社会心理学の研究では、人間の心の本質に利他性、あるいは少なくとも互恵性が備わっているという結果が得られているようです。独裁者ゲームといって、二人の被験者のうち一方だけにお金を渡して、自由に二人の間でお金を分けてくださいと指示し、ゲームが終わると、分けられたお金をそれぞれがゲーム参加の報酬として受け取るというゲームがあります。このゲームを、参加者には相手が誰だか分からない状況で、また、実験を実施している者も誰がどのように分けたか分からない状況で実施しても、平均して相応の金額を被験者は相手方に配分するという実験結果が得られるというのです⁵⁴。

こうした実験結果は、人間は決して自己の利益ばかりを追求する存在ではなくて、利他的な行動や互恵的な行動をなす存在だということを示しているように見えます。このような現象については、人間には、実際には評判を気にかけなくて済む場合にも、大きなエラー・コストを回避するために評判を気にする仕組みが備わっているのだとか⁵⁵、利他的な行動をとれる人間が適応上有利であるために生き残ってきたからであるという進化生物学的な説明や、それと脳神経学を組み合わせた神経経済学的な説明が試みられています⁵⁶。

コンストラクティヴィズム

政治学の方でもリアリズム、つまり国家間の関係を基本的に対立的なものとする考え方と、リベラリズム、つまり国家間の関係を調和可能であるとする考え方が対立しています。リアリズムというのは先ほど言った闘技型に類するもので、リベラリズムはそれと対極にある考え方と言えるでしょう。さらに、近時は、コンストラクティヴィズム、つまり行為主体が共

⁵⁴ 山岸俊男「集団内協力と評判心理」新世代法政策学研究10号131～132・141～142頁(2011年)。

⁵⁵ 山岸／前掲注54・133～134頁。

⁵⁶ 山岸／前掲注54・112～113頁、町野一夫「法政策と経済学—法政策の目的に関するゲーム理論的考察—」新世代法政策学研究5号301～310頁(2010年)、飯田・前掲注14・2～8頁。

有する認知、評価に関わる主観的な理解、すなわち間主観的理解が国際社会の構築に果たす役割を強調し、規範や観念のような非物質的な要素に着目する見解も有力のようです⁵⁷。このほか、それらをゲーム理論で説明しようとする試みがなされていたりと、多様な考え方が提示されています⁵⁸。

特にコンストラクティヴィズムの考え方の下では、問題の枠組みの設定の仕方(イシュー・フレイミング)次第では、それが国家間の関係に影響を与えうるのだという議論になります。たしかに、知的財産の世界を例にとると、多国間条約の交渉の場面では、多国籍企業の利益のために当該制度を導入するなどという現実の政策形成過程の力関係を剥き出しにした議論があらさまに行われることは稀であり、より「polite」な理屈で背後の利害関係をオブラートに包んだ形で交渉が展開されると指摘されています⁵⁹。そして、TRIPS協定が締結に至る過程では、「知的財産権」を「貿易問題」とする枠組みのアイデアが、その後の先進国の企業や政府における合意の形成に大きく影響を与えたという分析があります⁶⁰。また、TRIPS協定の締結過程では、途上国の説得のために、“piracy”、すなわち知的財産権侵害品は海賊版であるというモラルに訴えるやり方や、それだけではなく、“welfare”、すなわち知的財産権をつくっておくと結局途上国も発展するという議論が用いられたことも知られています⁶¹。

もっとも、コンストラクティヴィズムでTRIPS協定の成立過程をどこまで説明できるのかという点に関しては、さまざまな見方がありえます。たとえば、西村もも子先生は、TRIPS協定を例にとって、企業間の国際的な合意が形成され、先進国の政府に採用されていく過程のモデル化を試みて

⁵⁷ 以上につき、森大輔『ゲーム理論で読み解く国際法 国際慣習法の機能』(2010年・勁草書房)179～182頁。

⁵⁸ 森・前掲注57・83・184～185頁。

⁵⁹ A. Samuel Oddi, *TRIPS - Natural Rights and a “Polite Form of Economic Imperialism”*, 29 VAND. J. TRANSNAT’L L. 415, 426-40 (1996)を引合いに出しつつ、Ken Shao, *From Lockean Theory to Intellectual Property: Marriage by Mistake and Its Incompatibility with Knowledge, Creativity and Dissemination*, 39 HONG KONG L.J. 401, 402 (2010)。

⁶⁰ 遠矢/前掲注9・144頁、コンストラクティヴィズムとの関係につき、同166～167頁。

⁶¹ DRAHOS & BRAITHWAITE, *supra* note 29, at 19-29, 191-92.

います。それは、概要、企業が必要と考える国内規制の変更にその国の政府が反対している場合に、企業は他国の企業と協力し、また、そのようにして国際的に企業間で形成された国家間ルールの案を政府が採り入れるのは、政府間交渉において他国の合意を得られる可能性が高く、国内の利害関係者から広く合意が得られている案を各国政府が採り入れることになる、というものです⁶²。そして、このモデルは、TRIPS 協定やささらには WIPO 著作権条約、WIPO 実演・レコード条約の成立過程をかなり上手く説明できるというのです⁶³。この分析は、先進国の企業が私的な利益を追求するものという前提の下で議論が進められていますから⁶⁴、コンストラクティヴィズムを前提とするものではありません。もっとも、提示されている分析枠組みとコンストラクティヴィズムとは必ずしも排斥的な関係にあるわけでもなく⁶⁵、くわえて、先進国政府間の合意が途上国を巻き込んだ合意に発展していく過程は、分析の射程外となっていますから、TRIPS 協定全体の成立過程が、いかなる観点でどの程度説明することができるのかということに関しては、まだ議論が収束したというわけでもなさそうです。

合理的経済人の仮定を緩めた法政策学による muddling through の可能性

要するに何を言いたいのかというと、政策学者の佐野亘先生が私の言いたいことを述べてくれています。

「すべてのひとが利己的に振舞っても適切な政策アウトプット…をもた

⁶² より厳密には、西村もも子『知的財産権の国際政治経済学 国際制度の形成をめぐる日米欧の企業と政府』（2013年・木鐸社）49～61・295～296頁。同「デジタル化時代における国際著作権制度の形成過程（1）－WIPO 著作権条約の制定と欧米企業のロビー活動」知的財産法政策学研究34号211～212頁（2011年）も参照。

⁶³ 西村・前掲注62・知的財産権232～234・288～289頁、同「デジタル化時代における国際著作権制度の形成過程（2・完）－WIPO 著作権条約の制定と欧米企業のロビー活動」知的財産法政策学研究35号174～192頁（2011年）。

⁶⁴ 西村・前掲注62・知的財産権27～28頁。

⁶⁵ 西村・前掲注62・知的財産権82頁は、TRIPS 協定の交渉過程に対するコンストラクティヴィズムによる分析を中立的に紹介している。

らす制度をつくっておけばよいという発想には、やはりどこか無理がある」

「手続の中で行動するひとに一定のモラルなり価値観なりが存在しなければ、そもそも手続はうまく機能しないのではないか」⁶⁶

佐野先生は、すべての人が利己的に振る舞っても適切な政策アウトプットをもたらす制度をつくらうといった、彼から見ると古い公共選択の考え方には、無理があるのではないかと指摘しています。むしろその手続の中で行動する人に、モラルなり価値観なりが存在していなければ、元来、制度はうまくいかないため、このモラルや価値観のようなものを考えた方がよいというのです。

すでに見たように、人間に利他的、互恵的に行動する契機が備わっており、現実の政策形成過程でも人々の共感に訴えるレトリックが用いられているのだとすると、利他的、互恵的な観点に訴えるレトリックを用いながら、少しずつでも少数派バイアスなるものを矯正していく「muddling through」を続けることが全く無意味なものではないように思います。

以上、知的財産法学が直面している課題に応える方法論として求められているものについてお話をしました。まとめると、知的財産法に関して制度設計をなしうる方法論であること、市場に対峙する方法論であること、関係機関を統御する方法論であること、それから最終的には人々の行為規範となりうる、しかしそれでもある程度政策目標も達成しうる規範を作り出す方法論であること、そして、最後に、政策形成過程のバイアスに抗しうる方法論であることとなります。

4 知的財産法の解釈論に求められるもの

ここまでは解釈論に止まらず、立法論も含む知的財産法学全般に関する方法論の話でしたが、ここからは、その中で特に解釈論に特有の方法論に

⁶⁶ 佐野亘「紛争解決型思考と問題解決型思考」新世代法政策学研究 3号64・78頁(2009年)。

ついでにお話をしようと思います。

星野＝平井論争

私が東京大学法学部の助手として研究者を志すことになったとき、私が参加することになった研究会を舞台として民法学の大家同士の間で星野＝平井論争という大変有名な論争が起きました⁶⁷。これは、平井宜雄先生が、「法学教育」の方法として星野英一先生が提唱する「利益考量論」が非合理主義に陥っていると言って批判したというものです⁶⁸。この「法学教育」の部分は括弧でくくっても構わないように思います。平井先生が明示的にそのように言っているわけではないのですが、おそらく学問方法論として議論することは学問方法論は何をやってもよいという平井先生の立場に矛盾するとともに⁶⁹、また、方法論同士を比較するための尺度を設けるために、平井先生はあえて法学教育の方法論として評価するというように問題を規定したと思われるからです⁷⁰。

ともあれ、利益考量論の法学教育に対する悪影響を示す例として平井先生が挙げているものを多少、戯画化すると、裁判例を題材とする演習において学生が「私は原告を保護すべきだと思うので、こちらの解釈をとります」と主張すると、今度は他の学生が「いや、私は被告のほうを保護すべきだと思うので、それとは別の解釈をとります」というような立論をするので、水掛け論となってそこから先に話が進まないことが少なくない、と

⁶⁷ この論争を含む、日本の民法の解釈論の方法論に関する変遷については、山本敬三「日本における民法解釈方法論の変遷とその特質」民商法雑誌154巻1号1～35頁(2018年)の俯瞰が分かりやすい。

⁶⁸ 平井宜雄「戦後日本における法解釈論の再検討—法律学基礎論覚書1」同『法律学基礎論の研究』(平井宜雄著作集I・2010年・有斐閣)42～43頁。

⁶⁹ 平井／前掲注68・44頁。

⁷⁰ 実際、「法(民法)学者養成」として有意義かどうかという問題や、あるべき「学問研究」(平井宜雄「戦後法解釈論の批判的考察—法律学基礎論覚書3」同・前掲注68・125・134頁)、あるいは、「学説の『発展』」「法解釈論」の『『進歩』』(平井宜雄「議論と法律学像—法律学基礎論覚書4」同・前掲注68・197～198頁)にも言及されているから、法解釈の方法論としても論じていると解釈することが許されないわけではないように思われる。

いうものです⁷¹。つまり、全く議論にならないというのです。そのため、平井先生はむしろ議論論と呼ばれるもの、つまりできる限り「反論可能性」の大きい立論により議論をしていくという方法論を展開していったのです⁷²。

法解釈論固有の方法論

私は、こうした論争に大いに刺激され、以降、なるべく「反論可能性」の高い立論をするように心がけているのですが、ただ、平井先生が説く方法論だけでは法解釈学固有の方法論と言えるのか⁷³、法解釈論の方法論と言うからにはもう少し具体化したものが必要ではないかと感じていました。

たとえば、平井先生が演習で経験したとされる例は、私の経験では、学者を構成員とする研究会や、さらには論文や概説書の世界でもまま見かけるものです。一例を挙げると、特許法70条1項という条文が特許請求の範囲によって特許の技術的範囲を決めると定めているにもかかわらず、請求範囲の文言と抵触しないところにまで特許の保護を拡張する均等論について、特許法70条1項の条文の文言どおりの解釈は「不当だから」とか「特許権者に酷だから」という程度の理由で、条文の文言に従った解釈を否定し、均等論を採用すべきだ、などということが言われたりしていたのです。

このような議論の仕方は、自らが妥当だと思ふものであればいかような解釈論をも採用しうる方法論を前提としていますから、立法論と解釈論の区別が付いていないと言わざるをえません。しかし、こうした前提をとっている人に対して、「反論可能性」の大きい議論をするようにと説くだけでは、どれほど解釈論固有の議論が進捗するようになるのか、甚だ心もとないところがあります。解釈論は立法論とはどこが違うのかということをも明らかにする方法論を論じるべきではないか、というのが平井先生の議論

⁷¹ 平井／前掲注70・法律学基礎論覚書3・148・151～152頁、同／前掲注70・法律学基礎論覚書4・243～244・257～258頁。

⁷² 平井／前掲注70・法律学基礎論覚書4・166～171・224～227・230～234・236～243頁。

⁷³ 得津／前掲注41・257～260頁も参照。

論に対する私の感想でした⁷⁴。実際、少し後になりますが、北大で平井先生を招聘して開催された研究会でそのような疑問を、直接、平井先生にぶつけたこともあります⁷⁵。

インテグリティとしての法

そのような中、星野＝平井論争とちょうど同時期に、内田貴先生の紹介⁷⁶を通じて、法哲学者の Ronald Dworkin 先生がその著書『Law's Empire (法の帝国)』で唱えた「law as integrity」(インテグリティ(統合)としての法)⁷⁷という考え方に接し、大いに感銘を受けました。

『法の帝国』は、過去の政治的決定、たとえば国会の議決などに法の強制力の淵源を求める「conventionalism (慣例主義)」と、過去の政治的な決定の束縛から裁判官を解放し、共同体の利益のために自由に判決を下すことを許容する「Legal Pragmatism (リーガル・プラグマティズム)」のいずれも否定し、第三の選択肢として「インテグリティとしての法」という概念が提示されます⁷⁸。そこでは、法の解釈が、「構成的解釈」、芸術作品でいえばその「創造的解釈」になぞらえられています。芸術の創造的解釈とは、作者の目的を探究するものではなく、作品の目的の解釈であって、その作品が芸術として最も優れたものになるように構成的に解釈するものであるということです。たとえば、シェイクスピアの戯曲を演出する際の構成的な解釈とは、シェイクスピアがその実際の心理において戯曲に込めた意図を忠実に再現することを目的とするのではなく、戯曲のテキストを前

⁷⁴ この種の疑問に対する回答は、個別の問題解決を離れてアприオリに妥当する解釈論の方法論など存在しないというものであることにつき、平井宜雄「法解釈論の合理的基礎付け—続・法律学基礎論覚書1」同・前掲注68・193・251～253頁。

⁷⁵ その質疑応答の内容は、「シンポジウム—民法学の方法・思想・思考様式—」北大法学論集47巻6号1896～1898頁(1997年)に記されている。

⁷⁶ 内田貴「探訪『法の帝国』(1)・(2・完)」法学協会雑誌105巻3号219～259頁・4号408～445頁(1988年)。

⁷⁷ ロナルド・ドゥウォーキン(小林公訳)『法の帝国』(1995年・未来社)353～363頁(integrityに「純一性」という訳語を当てる)。

⁷⁸ ドゥウォーキン・前掲注77・160～163頁、内田／前掲注76・法学協会雑誌105巻3号244～245頁。

提としつつ、もしかしたらシェイクスピア自身ですら明確には抱いたことがないかもしれない大きな芸術的な企図を現代の観衆を前に表現する最善の手段を見付けることである、というのです⁷⁹。そして、法の解釈は、小説家のグループが一つの小説を順次に書いていく連作小説に擬することができるかとされています。そこでは、各々の小説家は新たな一章を書き加えるために、それ以前の章を解釈しつつ、新たに付加する部分も含めて総体として、単一の小説として最善の小説となるように努めていくことになる。そこでの解釈は、全く自由でもないが、しかし完全に拘束されていないわけでもない状態で行われる、というのです⁸⁰。

実は私は学生時代、アマチュア演劇の演出のまねごとのようなものをおかじったことがあり、また、演出家の蜷川幸雄先生のシェイクスピア作品「ハムレット」の演出に感銘を受けたことがあったので⁸¹、演劇において演出とは戯曲の作者の内心の意図を探究するのではなく、戯曲のテキストを前提としつつそこに矛盾しない限度で、可能な限り、演出家の意図を込め、作者と演出家のシナジー効果により、それぞれが単独では果たしえなかったかもしれない芸術的意図を具象化することである、という素人なりの理想の演出家像を持っていました。『法の帝国』における構造的な解釈のイメージは、こうした私が抱いていた理想の演出家像に適うものであり、得心することができるものでありました。

以降、私は、自分なりに理解したこのインテグリティとしての法という方法論に従って、(知的財産)法というアメーバと格闘してまいりました。なぜアメーバと表したかということ、知的財産法に限らず、世の中には多種多様な多数の法があり、不定型のアメーバのようにたえず変形しながら動いているわけですから、どうしても相互に矛盾するところが出てきます。そのような中で、法の解釈というものは、各場面での判断が相互に矛盾しないように、そのような中でもがき苦しみながらも、相互になるべく矛盾

⁷⁹ ドゥウォーキン・前掲注77・85～99頁、内田／前掲注76・法学協会雑誌105巻3号231～235頁。

⁸⁰ ドゥウォーキン・前掲注77・353～357頁、内田／前掲注76・法学協会雑誌105巻3号249～253頁。

⁸¹ 参照、蜷川幸雄＝長谷部弘『演出術』（2002年・紀伊國屋書店）278～291頁。

しないような解釈、ある場面とある場面で取扱いを違えるのであればそれについて整合的な説明が付くような解釈を見付けていく、そのような漸進的な試行錯誤がインテグリティとしての法という言葉で包括されているように思います。もちろん、我々は『法の帝国』で想定されているようなヘラクレス判事ではないので、完全なインテグリティを追求することはできませんが、「local priority (局地的優先性)」という考え方により、暫定的に特定の分野に限定したインテグリティを追求することから着手することはできるように思います⁸²。

ところで、インテグリティという発想の下では、起草者の言っていることは絶対視されません。立法者と言っても多数いて、どれが立法者意思か不明であることにくわえて、法の改正をなさないというのも立法者の判断であるのだから、改正時の議会の意思に拘束される理由もないことなどを挙げて、起草者の意思は重視しないと述べられているのです⁸³。同様に、私も重視しませんし、ときには他の条文や制度の趣旨とのインテグリティを保つために、条文の文言にすら反する解釈を採用しますので、よく田村は少数説だと言われるわけです。

立法論と解釈論の区別

このような考え方に基づけば、立法論と解釈論の区別の仕方も明らかになります。「インテグリティとしての法」というアプローチに基づけば、単なる立法論と解釈論を分けるものは、条文の文言そのものではなく、法の構造から導出された法の趣旨に従った解釈であるか否かということになるからです。

当時の私は、こうした「インテグリティとしての法」を実践するような解釈論の体系を新堂幸司先生の民事訴訟法学に見出しておりました。たとえば、新堂先生は、既判力が判決の主文で表現されている判断に及ぶとされていること（現行法で言えば、民事訴訟法114条1項）について、その趣旨をかつての実体法説、訴訟法説、権利実在説、具体的法規範説などが

⁸² 参照、ドゥウォーキン・前掲注77・388～394頁。

⁸³ ドゥウォーキン・前掲注77・168・486～487・490～491頁、内田／前掲注76・法学協会雑誌105巻4号412～414頁。

対立する既判力の本質論から導き出すのではなく、既判力の正当化根拠を、訴訟の開始から終局に至るまで訴訟物の存否という解決目標が与えられその存否について当事者が攻撃防御を尽くす機会が与えられているという手続保障に求めます。そして、そこから逆に、条文上は判決の効力が生じないとされている判決の理由中の判断についても、当事者が実際に攻撃防御方法を尽くした争点に関する場合には、それに対する裁判所の判断に拘束力を認めることが正当化できると論じて、紛争解決の実効性を高めるために、いわゆる争点効の理論を提唱したのです⁸⁴。

そこでは、民事訴訟法の構造から法の趣旨が構成的に解釈され、それによって民事訴訟法114条1項の文言からは反するよう見える理由中の判断に対する拘束力＝争点効という解釈論が、民事訴訟法の構造において(「局地的優先性」)、矛盾なく整合的に導き出されています。しかも、そのように法の趣旨を探究し、矛盾なき説明を試みる際に、決して実体法説、訴訟法説云々といった人工的な概念による説明を無矛盾性の尺度とするものではありません。むしろ人々の利害に対する法の判断をもって法の規律と理解しているところも、なんだかんだ言っても利益衡(考)量論に大いに影響を受けている私には大いに共感を覚えるところでありました⁸⁵。

同様のことを、知的財産法分野で、たとえばさきほど例に挙げた均等論で説明してみましょう。均等論を採用すべきであるのは、特許法、具体的にはその70条1項がもたらす帰結が不当だから条文の文言を離れて自由に解釈する、というわけではありません。そうではなくて、なぜ特許法70条1項が特許権の技術的範囲をクレームによって限定することにしたのかという趣旨を探究することになります。そして、クレームという制度が何のために存在するのかというと、潜在的に侵害者となりうる可能性のある人々に特許権の保護範囲を警告し、その予測可能性を確保する機能を果たすためであると思われるわけです。しかし、そうだとすれば、クレームの一部を置換しても特許発明に係る技術的思想を具現することが可能で

⁸⁴ 新堂幸司『新民事訴訟法』(第5版・2011年・弘文堂)680～685・711～713頁。

⁸⁵ 法概念を区別するというためのみだけに人々に不自由を強いる立法とその解釈論の実例とそれに対する筆者の批判として、田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年・有斐閣)496頁注1を参照。

あること（＝置換可能性）が当業者にとって明らかである場合（＝置換容易性）には、そこまで保護を及ぼしても、クレーム制度の存在意義を失わせることはない、と行うことができるでしょう⁸⁶。

もっとも、ここまでの論述は、置換容易性がある場合にはクレームに拘束される必要はないという消極的理由⁸⁷が示されているに止まります。したがって、これだけではクレームに縛られなくてもよいと言えるだけであって、つまり、どちらでもよいということまでしか言えていません。クレームに縛られないようにすべきであるという積極的理由が示されない限り、均等論を解釈論として採用すべきだということまでは言えないのです。そして、この積極的理由の方は、より高次の、特許法全体を通有すると目される特許制度の趣旨、すなわち発明に係る技術的思想に対するフリー・ライドを禁止する権利を発明者に与えることにより、発明に対するインセンティブを付与しようという特許法の目的に求め、技術的思想が利用されている限りにおいて保護を及ぼすべきであるという結論を導くことになります⁸⁸。

以上、均等論を題材にとった「インテグリティとしての法」という発想に基づいた解釈論の実践例でした。

政策形成過程のバイアスを矯正する解釈論の可能性

しかし、「インテグリティとしての法」に基づく解釈論には、さきほど私が示した知的財産法学の方法論に望まれていることという観点から見ると、限界があるかもしれません。立法過程にバイアスがあるのであれば、単純な制定法のインテグリティの追求は、バイアスを再生産することはあっても、バイアスに抗することができないのではないかという疑問が呈されているからです⁸⁹。

⁸⁶ 田村善之〔判批〕IPマネジメントレビュー22号25頁（2016年）。

⁸⁷ 「消極的理由」と「積極的理由」の区別については、田村善之の「はしがき」同『知的財産法』（第5版・2010年・有斐閣）i～ii頁を参照。

⁸⁸ 田村／前掲注86・24～25頁。

⁸⁹ See, William N. Eskridge, *Dynamic Statutory Interpretation*, 135 U. PA. L. REV. 1479, 1551-53 (1987).

しかし、だからと言って解釈者が政策判断を自由に行うというのでは、やはり立法論と解釈論の境界がなくなるわけです。それでは、どうするかということが問題となります。

これはかなりの難題ですが、ここでは立法過程にバイアスが存する場合の解釈論について、暫定的な対応策を二つほど挙げておこうと思います。

一つは、目的規定、前文、さらには、憲法等の抽象的な規範に下位の規範を解釈する指針を導き出したり、下位規範をオーバーライドする効力を認めたりするなど、法的な拘束力を見出していく方策です。もう一つは、政策形成過程のバイアスとは逆方向の認知バイアスを喚起するメタファを用いたり、やはりバイアスと逆方向の者に有利な制度をベイスラインとして、そこから逸脱する解釈論を提唱する者にその論証責任を課すという方策です⁹⁰。

目的規定・前文の活用

さきほど人々の心に住まう利他性、互惠性に期待した政策論の展開の話をしましたが、実際、現実の条約交渉や政策形成過程のせめぎ合いの場面でも、各利益集団の代表は我々の利益になりますから採用しましょうという議論はしないことが多いかもしれません。普通は「polite」な理由付け、たとえば皆さんのために、世界の産業の発展のために、文化の発展のために、あるいは知的創作物のクリエイタのためにといったきれいな理由付けが用いられるわけです⁹¹。

これは、最終的な条文の文言に妥当します。この条約や法律が実は特定の利益集団のために採用されているなどということがあからさまに謳われている場面にお目にかかることはそうあるものではないでしょう。たとえばTRIPS協定は多国籍企業の利益を守るためにつくりましたとは書いていないわけです。個別の条項は妥協の産物、あるいはバイアスの産物であったとしても、目的規定とか、前文とかは、たいていは異論がほとんど

⁹⁰ このうち、後者は議論の仕方に関するもので、解釈論ばかりでなく、立法論にも活用しうるものであり、前者もインテグリティを保ったままの立法の許容範囲を見極めることに用いることができる。

⁹¹ Oddi, *supra* note 59, at 426-40; Shao, *supra* note 59, at 402.

ないようなことが書かれているのです。

かりにこの見立てが正しいとすると、法律や条約の目的規定や前文は、抽象的であるがゆえに、加盟国すべての利益に均等に配慮しているという意味で、よりバランスのとれた「polite」な目的が掲げられている可能性が高く、それがゆえに個別具体の条項における政策形成過程のバイアスを矯正する手段となりうるように思われます。たとえば、個別条項がバイアスの影響を受けていることが看取される場合、抽象的にすぎるため通常の解釈論では軽視されがちな一般的な目的規定や、さらには法的拘束力があるとは一般には考えられていない条約の前文などを梃子としてバイアスを矯正する、という方策をとることが考えられます⁹²。

実際にこのような方策がとられた例としてよく知られているのが、ドーハ閣僚宣言における TRIPS 協定の 7 条、8 条の活用です。エイズの流行に対して、エイズ薬を世の中に安く頒布するときに特許権の存在が邪魔になった場合に、いわゆるメジャーではない製薬会社が、他国のために特許薬を製造するために強制実施権制度を用いることが考えられます。しかし、TRIPS 協定 31 条の条文は、これを妨げているように見えます。そこで、このドーハ閣僚宣言では、強制実施権などの細かな定めではなく、TRIPS 協定の前文や 7 条、8 条の目的規定を使って柔軟に解釈し、強制実施権の発動に対する制約を緩和する政治的な決着をもたらしました⁹³。

Peter K. Yu 先生はこのドーハ閣僚宣言を一つの手がかりとして、TRIPS 協定の 7 条、8 条の活用を提唱していますし⁹⁴、マックスプランク・イノベーション・競争研究所が主導し、私も参加した「特許保護に関する宣言」でも、これらの条文のほか、前文がふんだんに活用されています⁹⁵。

⁹² 田村／前掲注 1・ジュリスト 1405 号 28～29 頁。

⁹³ RESOURCE BOOK ON TRIPS AND DEVELOPMENT 484-95 (Cambridge University Press 2005); Peter K. Yu (青柳由香訳)「国際的な困り込みの動きについて (3)」知的財産法政策学研究 18 号 10～29 頁 (2007 年)。

⁹⁴ Peter K. Yu (安藤和宏訳)「TRIPS 協定の目的と原則 (2)」知的財産法政策学研究 30 号 161～162 頁 (2010 年)。

⁹⁵ 参照、田村善之＝中山一郎訳「特許保護に関する宣言－法制度設計に関する各国の主権と TRIPS 協定－」知的財産法政策学研究 45 号 1～2 頁 (2014 年)。

同様に、小嶋崇弘先生も、TRIPS 協定13条の著作権の制限を許容するための3ステップ・テストについて、それが権利者よりのバイアスの産物であることを喝破するとともに、同協定7条、8条を斟酌して柔軟化することを提唱しています⁹⁶。

憲法の活用

同様の観点から憲法の活用も示唆されています。

違憲審査に関する芦部信喜先生の「二重の基準」論は、表現の自由を制約する立法に対しては厳格な違憲審査を求めますが、他方で、表現の自由に代表される精神的自由が保障されていれば民主的な政治過程が機能するのだから、それ以外の自由、たとえば経済的な自由に対する規制に対しては緩やかな意見審査基準を用いれば足りると論じています⁹⁷。そこでは(精神的自由が保障されているのであればという条件付きで)立法過程に対する信頼があるわけです。

これに対して、比良友佳理先生は、著作権制度における構造的な政策的バイアスを看取る立場から、著作権という規制に対しては厳格な違憲審査基準で臨むべきであると説いています⁹⁸。その中でも下記の説示は、私が言いたいことを的確に表現していますので、引用しておきます。

「特定の制度によって実際に効率性が改善したのか否かに関する検証が困難で、著作権のさらなる拡大が著作者にとって追加的インセンティブをもたらすとも全くもたらさないとも断言しづらい状況においては、『財産権』あるいは『海賊』というメタファによって語られる権利強化を押し進めるストーリーが絶大な力を持ちうることは想像に難くないだろう。……『経済の発展』や『著作物の豊富化』、『海賊行為の撲滅』といった美辞麗句の裏には、歪んだ立法プロセスと隠された真の立法目的が潜んでいる可

⁹⁶ 小嶋崇弘「著作権法における権利制限規定の解釈と3 step test (6・完)」知的財産法政策学研究45号262頁(2010年)。

⁹⁷ 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法』(第6版・2015年・岩波書店)194頁。

⁹⁸ 比良/前掲注31・36～76頁、同「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究(6)」知的財産法政策学研究50号19～33頁(2018年)。

可能性があることに注意しなければならないだろう。このようにして制定された立法に対して、立法目的と立法手段の間の関連性を裁判所が厳格に審査し、立法の隠された意図を明るみにする司法審査が、1つの解決策になる可能性があるのではないだろうか。」⁹⁹

バイアスに対抗するメタファやベイスラインの選択

もう一つの方策は、政策形成過程のバイアスに対抗するメタファやベイスラインを用いることで、議論による *muddling through* の過程に影響を与え、政策形成過程のバイアスの問題をいくらかでも矯正していくというものです。

前述したように、「知的財産権」と呼ばれているものに対するメタファとしては二つの候補があるわけです。一つは、「知的財産」を保護する「権利」であるという見方であり、もう一つは、人々の自由を制約する「政府による行為規制」であるという見方です。

ところで、認知言語学は人々が現実の世界を観察して解釈する際に、言語あるいはメタファに規定されていることを明らかにしています¹⁰⁰。そうだとすると、複数のメタファの選択肢がある場合には、政策形成過程のバイアスと逆方向のバイアスを有するメタファを採択することが望まれるように思えてきます¹⁰¹。

たとえば、「政府による行為規制」というメタファが選択された場合、知的財産権の根拠としてよく言われる産業や文化の発展を促すためだという説明は、前述したように、社会全体の利益のために人の行為を規制するものとして捉えられることになり、負担を課されることになる人の心理的な抵抗を増やすことになるでしょう。その場合、知的財産権の規制を唱導する者の方が、公衆をしてそのような規制に対する得心を獲得させるためにより説得的な論拠を示す必要に迫られることになるでしょう。その結果、特定の知的財産権の採用や強化が本当に所期の産業等の発展をもたらすのかということがより厳しく吟味されることになるでしょうし、それと

⁹⁹ 比良／前掲注31・36～76頁。

¹⁰⁰ レイコフ＝ジョンソン・前掲注30・7頁、松浦・前掲注12・3～4頁。

¹⁰¹ 田村／前掲注1・新世代法政策学研究20号108～109頁。

の相関において、インセンティブ論以外の消極的な正当化根拠の下支えがないと、なぜ、この場合に広汎な規制が許されるのかということの説明の必要性も高まることになると考えられます。たとえば、他人が労苦をかけて創作したことに対し報いるべきであるという、最終的には平等原理に根差す互酬的な観点はその一つの候補です。いわゆる自然権もこの文脈に位置付けることができるように思われます。

こうした手法をとることで、どの程度、政策形成過程のバイアスに抗する解釈論が展開されることになるのか、疑問をもたれるかもしれませんが、少なくとも政策形成過程のバイアスと同一方向の認知バイアスを喚起する「知的財産権」「知的創作物」といったメタファを用いるよりはよっぽどましであるというのが私の考え方です¹⁰²。

同様に、政策形成過程のバイアスが認められる分野でいずれと決すべきかということについても、政策形成過程に反映されにくい者の意向を法のデフォルトとすべきであると思われまます¹⁰³。つまり、そのようにして形成されたベースライン¹⁰⁴からの逸脱を求める者の方が、何かをしなければならぬように仕向けられることになります。その結果、解釈論においては論証の責任を負い、場合によっては立法に向けての行動を起こす必要があるのは、政策形成過程においてアクションをとりやすい側となり、やはりバイアスの矯正がいくばくなりとも果たされることを期待しうるのではないかと考えられます。少なくとも、こうした行動を政策形成過程においてアクションをとりにくい側の負担としてしまうと、バイアスをさらに促進することになりかねないことは、メタファについてさきほど述べたとおりです。

¹⁰² 田村／前掲注1・新世代法政策学研究20号108～109頁、同／前掲注1・吉田＝片山編347～348頁。

¹⁰³ 参照、田村善之「日本の著作権法のリフォーム論—デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて—」知的財産法政策学研究44号134頁(2014年)。

¹⁰⁴ 参照、得津晶「負け犬の遠吠え—多元的法政策学の必要性またはその不要性」新世代法政策学研究創刊号359～366頁(2009年)、田村／前掲注1・新世代法政策学研究20号92頁。

5 結び

今日は時間の関係もあって、抽象的に知的財産法学が投げかけられている課題と、それへの対応策を抽象的に報告するに止め、それをどのように具体化するのかということは省略しました。より具体的な提言については、特許法について「プロセスの通過点としての特許『権』」という発想を提唱したもの¹⁰⁵、著作権法について「著作権制度の第三の波」という従前から提唱していた発想を応用したリフォーム論¹⁰⁶や商標法について保護法益を出所識別機能に特化すべき旨を説いたもの¹⁰⁷などがありますので、そちらを参照していただければ幸いです。

[付記]

本稿は、2017年12月23日に北海道大学法学研究科（情報法政策学研究センター）で開催された知的財産法研究会で筆者がなした報告の記録に基づいている。参加者の方々にこの場を借りて感謝申し上げます。また、講演録の作成に際しては、北海道大学法学研究科の橘雄介助教の助けを借りた。記して感謝申し上げます。

本研究は、JSPS 科研費 JP 25245013・JP 17H00984・JP 18H05216、ならびに公益財団法人民事紛争処理研究基金平成29年度研究助成の助成を受けたものです。

¹⁰⁵ 田村善之「プロ・イノベーションのための特許制度の muddling through (1)～(5・完)」知的財産法政策学研究35号27～50頁・36号153～179頁（以上、2011年）・39号293～315頁（2012年）・46号269～292頁（2015年）・50号175～254頁（2018年）。

¹⁰⁶ 田村／前掲注103・25～140頁、同「著作物の利用行為に対する規律手段の選択一続・日本の著作権法のリフォーム論」著作権研究42号22～68頁（2016年）。

¹⁰⁷ 田村善之「商標法の保護法益」同『ライブ講義知的財産法』（2012年・弘文堂）100～137頁、田村善之＝小嶋崇弘「商標法上の混同概念の時的拡張とその限界」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『「ブランド」と「法」』（2010年・商事法務）235～281頁。