

## 知的財産政策学の旅路の Path Dependence

得津晶（一橋大学ビジネスロー専攻）

### 1. はじめに

田村善之教授は、「知的財産法政策学の旅<sup>1</sup>」（以下、本講演とする）において、田村教授の「研究の問題関心がどのように移り変わってきたのか、またその都度どのような研究を行ってきたのか」、①基礎となる法学方法論と②知的財産法の研究成果との両面について時系列に沿って紹介されている。

理論的には、①法学方法論に基づいて、②知的財産法における具体的実作がなされるという関係にあり、①法学方法論が、理論的に、②知的財産法における具体的実作に先行することになるはずである。しかしながら、実定法学者であれば誰しも研究はこのような手順でなされるのではなく、むしろ、②それぞれの専門分野の研究の実作が先行し、それを基礎づけるような①法学方法論を自覚するようになるという時系列をたどることの方がむしろ多いことも認識しているであろう。

そのように考えると、田村教授の①法学方法論と、②知的財産の実作との関係は、田村教授がその研究生生活の中で触れていった具体的な研究テーマに沿って形成されたものであり、その研究の旅路は path dependence によって形成されたものといえる。すなわち、同様の①法学方法論を採用したとしても、日々接する法律問題が異なれば、田村教授とは異なる②知的財産の実作がなされた可能性は大いにあるのである。そして、このことは翻って自覚化される①法学方法論の見え方もまた変わってくるのではないか。

本稿は、田村教授が本講演で示された「知的財産政策学の旅路」が path dependence によって成立したものを示すことで、同一の研究基盤に立ちながらも、田村教授の旅路とは異なる「旅路」の可能性を示したい。本講演は、特定の社会的課題・問題に対して、一定の学術的方法論 discipline によって分析を加えることで新たな知見・解を見出そうとするという意味での学術論ではなく、あくまで田村教授ご自身の研究を振り返る個人研究史 autobiography である。このような本講演に対して、本稿筆者の特定の問題意識を押し付けて分析をするというのは野暮なことかもしれない。だが、このような田村教授とは異なる「旅路」を示すことは、翻って、それによって自覚化される法学方法論に、田村教授の方法論に内在しながらも明示されていなかった新たな視点を提供できると考えており、これは、こと知的財産法学にとどまらず、今後の法律学における 1 つの discipline を明確化させる点で意義があると考えている。

### 2. 法学方法論の進展と知的財産法学のアジェンダ

---

<sup>1</sup> 田村善之「知的財産法政策学の旅」吉田広志＝村井麻衣子＝Branislav Hazucha＝山根崇邦編集『知的財産法政策学の旅－田村善之先生還暦記念論文集』（弘文堂・2023）564－595 頁。

本講演では、田村教授のこれまでの研究について、(1) 学部生・助手時代 (1980 年代後半)、(2) 北大助教授赴任時 (1990 年代～2000 年頃)、(3) 21 世紀 COE プログラム (2003～2008 年)、(4) GCOE プログラム (2009 年～2013 年)、(5) 基盤研究〔行為規制としての知的財産〕 (2013～2017 年)、(6) 基盤研究 S〔パブリック・ドメイン研究〕 (2018～2022 年) の 6 つの時期に分けて、①基礎となる法学方法論と、②知的財産の具体的な研究成果との双方について紹介されている (【表】参照)。

そして、冒頭に述べたように、この①法学方法論と②知的財産研究の具体的な成果とは必ずしも 1 対 1 に対応していないという点に本稿の問題関心がある。そして、この①法学方法論と②知的財産法研究のズレを埋めることで、②知的財産法研究にとどまらない①法学方法論への新たな示唆があると考えられる。

田村教授の①法学方法論の側面は (1) 学部生・助手時代の当時隆盛であった利益衡量論への「議論」論によるアンチテーゼが示された第二次法解釈論争 (星野＝平井論争) と内田貴教授・Ronald Dworkin『法の帝国』による「法のインテグリティ」構想に始まり、(2) 北大助教授採用時代の塩野宏教授の (各法制度の)「役割分担論」及び平井宜雄教授『法政策学』の「市場と法の役割分担」論、(3) 21 世紀 COE 時代の知的財産権の正当化原理としての効率性とその証明不可能性を補うための「民主的正統化」論と、かかる民主的正統化を担保するための公共選択論の知見を活用したロビイング耐性論、(4) GCOE 時代の法学固有の意義としてのメタファとその機能及び社会心理学の利他性・互惠性といった点が挙げられている。

だが、これらの性質が②知的財産研究の実作にどのように結びついたのかは明らかではない。田村教授が知的財産研究成果の公表を本格的に始める (2) 北大助教授時代は、知的財産権を他人の自由の制約と捉え、その正当化原理としての功利性基準 (あるいは社会厚生 の最大化基準) を唱えるという点に大きな特徴がみられる。そして、その根拠としては、平井宜雄教授の『法政策学』や藤田友敬教授の法と経済学などから Market-oriented approach を学んだとしつつも、さらにその基礎としてハイエクの価格メカニズムを通じた効率的な資源分配等を根拠としている<sup>2</sup>。

そして、功利性を根拠とする立場のもと、実際には知的財産権制度において、功利性の向上を立証することが不可能であるという問題に対して、民主的正統化で知的財産権を基礎づけるという立場をとる。

(3) 21 世紀 COE 期には、このような民主的正統化を十全に機能させるため、ロビイングしやすさ・政策形成過程のバイアスといった点への着目が始まる。この議論を知的財産権にもスライドさせたのが Mark Lemley らの知見を基にした知的財産権の正当化論としての政策レバー論である。ロビイングしやすさ・政策形成過程の歪みやすさがある場合には、議

---

<sup>2</sup> 田村・前掲注(1)文献 572 頁。

会よりもロビイング耐性の強い司法機関にその判断を委ねるべきであるとする。知的財産権の文脈では、少数の集合した利益は多数の分散した利益よりも糾合しやすいため政治的意思決定の場面で重視されやすいところ、知的財産権を保有している側が前者に該当し、知的財産権によって行為を規制される多くの市民は後者に該当するとされ、政策形成過程では知的財産の権利者の利益が過度に重視される方向にバイアスがかかっていることから、裁判所に判断を委ねるべきであるとするのである。

ここで残された課題として、議会の決定が政策形成過程の歪みによって正当化できないにしても、それではなぜ司法機関の決定は信頼できるのかという問題が生じる。この問題に取り組むのが(4) GCOE 期である。そこでは、法学固有の議論の意義としてメタファ（レトリック、フィクション）とその機能に注目され、司法機関による政策決定の正当化を図る。

他方で、法学固有の意義であるメタファとしての機能を知的財産権に活用する際に、「知的財産権」という所有権的なメタファを用いると、その実態であるところの人の自由・行為の規制を超えて、強くなりすぎることを懸念する<sup>3</sup>。そして、そのような懸念から、「知的財産」というメタファではなく、「行為規制」というメタファで問題を捉えることを主張し<sup>4</sup>、これによって政策形成過程のバイアスを是正し、所有権的なメタファに基づいた「知的財産権」の権利範囲の非効率な拡張を抑えることを図った。

その後の(5) 基盤研究 A の行為規制としての知的財産権、そして(6) 基盤研究 S の知的財産権の及ばない範囲を政策的に自由利用を認めた範囲と捉える「パブリック・ドメイン」論もまた、法概念の「メタファ」によって、所有権的な「知的財産権」のメタファによる非効率な権利範囲の拡張を抑えるための知的財産権の実作ということができる。

---

<sup>3</sup> 田村・前掲注(1)文献 588 頁。

<sup>4</sup> 田村・前掲注(1)文献 589 頁。

【表 1】各時期における①法学方法論と②知的財産法の研究

	① 法学方法論	② 知的財産法のアジェンダ
学部生・助手時代	<ul style="list-style-type: none"> <li>利益衡量論の隆盛から第2次法解釈論争（星野＝平井論争）へ</li> <li>→利益衡量論の支持</li> <li>法のインテグリティ（Dworkin, 内田貴）</li> <li>→「体系」の重要性</li> </ul>	
北大助教授	<ul style="list-style-type: none"> <li>塩野宏の役割分担論</li> <li>→一定の領域（経済活動など）における様々な法律間の役割分担</li> <li>平井宜雄『法政策学』</li> <li>→市場と法の役割分担</li> <li>藤田友敬・ハイエクの Market-oriented approach</li> </ul>	<p>知的財産法総論</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>他人の自由の制約としての知的財産権</li> <li>積極的正当化根拠としての効率性</li> <li>「効率性」の立証困難性に対する補充原理としての「民主的正統化」</li> </ul>
?	<ul style="list-style-type: none"> <li>正当化原理の「効率性」の立証不可能性とその解決策としての民主的決定による正統化</li> <li>↓公共選択論</li> <li>「民主的決定」の環境整備</li> <li>→ロビイング論・政策形成過程へのバイアス論</li> <li>少数に集中した組織化されやすい利益 vs 多数に拡散した組織化されにくい利益</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>産業分野ごとに経済学の正当化論</li> <li>+</li> <li>知財分野ごとに立法プロセスにおける民主的正統化論</li> <li>=ロビイングによる歪み防止のための司法の活用</li> <li>→問題点：しかし今度は民主的正統性がない</li> </ul>
GCOE	<ul style="list-style-type: none"> <li>法学固有の意義論課題</li> <li>- 議論のベースライン（スタートライン）としての法学のこれまでの議論</li> <li>- 効率性の検証不可能性・変化する科学的知見</li> <li>→「知的財産」はメタファ</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>知的財産というメタファ</li> <li>メタファ論＝「等しいものは等しく扱え」も基礎にした Muddling through 論</li> <li>↓</li> </ul>

	<p>メタファの意義</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>① 目的手段型思考様式から法的思考様式 (=概念包摂モデルの論証) 「等しいものは等しく扱う」・漸進的变化</li> <li>② 判断の容易化</li> <li>③ 「内的視点」</li> </ul> <p>(⇔副作用：認知バイアス)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・ 利他性・互惠性 (進化心理学・山岸俊男)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 知的財産メタファ vs 行為規制というメタファ</li> </ul>
<p>基盤研究 A</p>	<p style="text-align: center; font-size: 2em;">?</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 政府による行為規制としての知的財産 「権利」のメタファからの解放</li> </ul> <p style="text-align: center;">↓ ?</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・ 「寛容の利用」 Tolerated Use (by Tim Wu)</li> </ul>
<p>基盤研究 S</p>		<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 「パブリック・ドメイン」論 知財の範囲外は「自由利用」という積極的な政策判断がなされた領域</li> </ul>

### 3. 議論の《場》(フォーラム)の違いとメタファ

以上のような田村教授の議論においては、(1) 法学方法論と (2) 知的財産研究の実作との間に密接な関係がみられ、(2) 知的財産研究の実作における欠点を補う形で (1) 新たな法学方法論からの摂取がなされていった。だが、その中で一点だけ、(1) 法学方法論と (2) 知的財産研究の実作との間で「断絶」している点を田村教授の中で繋げている点に注目したい。

それが、メタファの意義に関して、所有権・自然権的な発想の「知的財産権」というメタファと「行為規制」というメタファの対立構造について「司法機関」をも対象にしている点<sup>5</sup>である。しかし、そのような行為規制のメタファを採用すべきという理由として挙げてい

<sup>5</sup> 田村・前掲注(1)文献 593 頁。

るのは、知的財産権の権利者は少数の集中した利益として集約されやすく立法過程に反映されやすいという政策形成過程の歪み（少数派バイアス）<sup>6</sup>という立法過程における問題である。

つまり、ロビイング耐性の強い司法機関において、知的財産権のメタファを避け、行為規制のメタファを採用する理由はない。実際に、知的財産権の及ばない情報について、田村教授は政策として自由利用の促進される「パブリック・ドメイン」論を提唱するものの、民法研究者には、不法行為の法益発見機能・司法機関の法益発見機能を重視して、不法行為損害賠償・裁判によって保護対象とされる情報の帰属を観念することは可能とする見解も有力である<sup>7</sup>。裁判所においては、権利濫用・信義則等の一般規定が存在することから、「権利」のメタファを取るからといって、必ずしも権利保護がなされるという結論が採られるわけではなく、また、ロビイングによって政策決定過程が歪んでいるわけでもない。

このように考えると、議会においては、行為規制としての知的財産権あるいは「自然権」メタファから解放された制度設計・政策決定としての議論のモードに基づいて議論がなされ、他方で、司法の場では、「権利論」的なメタファに基づいた議論がなされるという帰結もありうることになる。これは、同一の法制度であっても立法機関と司法機関とで「議論のモード」が異なることを意味する。同じ「公共の議論」public discourse でありながら、司法機関における議論のモードを議会における議論のモードと異ならしめることが可能であるか、真剣に検討すべきなのではないか。

#### 4. 終わりに

法学部の教育の最終目標の1つは、単に法律の知識を身につけるというのではなく、「法律家らしく論じる」能力という意味でのリーガルマインドの修得が強調されてきた。この「法律家らしく論じる」とは、ステロタイプには、裁判の場・法解釈論の場での議論のモードを身につけることであったであろう。だが、近時、法律家の役割はそのような狭い意味での裁判・法解釈の場に限定されず、政策決定・経営意思決定など広い範囲に及ぶようになっており、また、必ずしも狭義の法律家となるわけではない法学部卒業生にとって必要な「法律家らしく論じる」能力というのは、裁判の場・法解釈論よりも、むしろ政策決定・経営の意思決定の場で論じる能力なのではあるまいか。

そして、本稿の知的財産のメタファをめぐる田村教授の研究成果の観察は、政策決定・立法の場での「法律家らしく論じる能力」とは、裁判の場・法解釈論の場面での「法律家らしく論じる能力」とは異なることを示唆するものであった。それでは、政策決定・立法の場で

---

<sup>6</sup> 田村・前掲注(1)文献 589、593 頁。

<sup>7</sup> 高秀成「データ取引をめぐる初期率と帰属保護の現在地」NBL1248 号（2023）39 頁注 21。

の議論では、法的思考様式ではなく、目的手段型の政策的思考様式が妥当することから<sup>8</sup>、そもそも『法律家』としての議論は不要であろうか。そうではないことを田村教授の研究は示しているのではなかろうか。すなわち、議会・政策決定の場面では、司法・法解釈の場とは異なった形での「メタファ」を持った法的な議論が要求されており、それが知的財産権でいうところの「行為規制メタファ」だということである。狭義の裁判・法解釈以外の政策決定の場であっても、目的手段型思考様式に基づいてデータから一定のトリートメントが「合理的」「有効」であるということ論じるだけでなく、そのようなことがデータ制約上できない場合であっても、議論の参加者から「共感」「納得」を獲得していった、議論を進めることが求められる場合も大いにある<sup>9</sup>。そのような議論を進めるための「共感」「納得」を獲得するためには、議会・立法の場における「メタファ」を意識した議論が必要であり、それが、今後の法学部・法律家教育に求められる要素なのかもしれない<sup>10</sup>。

---

<sup>8</sup> 平井宜雄『現代不法行為理論の一展望』（一粒社・1980）170頁以下、平井宜雄『法政策学〔第2版〕』（有斐閣・1995）18頁。

<sup>9</sup> このように大量のデータから相関関係を導くことよりも、人々の「共感」を獲得しながら人間中心で社会的な課題に取り組んでいくことを志向するものとして、近時、「デザイン思考」が着目されている。ティム・ブラウン（千葉敏生・訳）『デザイン思考が世界を変える〔アップデート版〕ーイノベーションを導く新しい考え方』（早川書房・2019）参照。

<sup>10</sup> 得津晶「民事法学が政治学を必要とする理由」法律時報94巻8号（2022）5-6頁。