

知的財産法学における権利論と功利主義の相克(1) —知的財産制度の正当化根拠をめぐる論争の一断面—

山 根 崇 邦

- I はじめに
 1. 論争の背景
 2. 論争の概観
 3. わが国の議論状況と本稿の検討課題
- II リベラルな権利論に基づく知的財産制度の擁護—MERGES『知財の正義』(2011)—
 1. 問題意識
 - (1) 知的財産制度の正当化理論としての功利主義の限界と権利論の可能性
 - (2) 著作権法学において台頭する技術至上主義への懐疑
 2. リベラルな権利論に基づく知的財産制度の正当化
 - (1) 職業的創作者の自律と独立の保障
 - (2) リベラリズムの道徳哲学による正当化
 3. 基盤の多元主義と中層的原理の意義
 - (1) 基盤の多元主義
 - (2) 中層的原理の意義
 4. 検討
- III 実証的功利主義に基づく現行制度への懐疑—Lemley「信念に基づく知的財産」(2015)—
 1. 問題意識
 - (1) 政府による自由市場規制の一形態としての知的財産権
 - (2) 近年の実証研究の発展と伝統的理論への懐疑
 - (3) 肥大化した現行知的財産制度への懐疑
 2. 義務論・直観主義に基づく現行制度擁護論への批判
 - (1) 信念に基づく知的財産理論の広がり
 - (2) 信念に基づく知的財産理論の問題点
 3. 検討
 - (1) 実証研究のリーダーとしての自負と非実証主義への批判
 - (2) MERGES『知財の正義』に対する批判の恣意性

- (3) 実証的功利主義の課題
- IV 基盤の多元主義に基づく実証原理主義批判－Merges「功利主義原理主義への反論」(2016)－
 - 1. 実証的功利主義帝国論の誤謬
 - (1) 実証的功利主義の規範的優越性の非自明性
 - (2) 厳格な実証主義の限界
 - 2. 経験的証拠から示唆される知的財産をめぐる道徳的判断の規則性
 - 3. 中層的原理に基づく対立する基盤論者間の対話可能性
 - (1) 基盤と中層的原理の区別
 - (2) 知的財産分野の政策課題の性質
 - 4. 検討
 - (1) 知的財産分野の実証研究の現状に対する Merges の評価
 - (2) 知的財産政策をめぐる Merges と Lemley の見解の対比 (以上、本号)
- V 新たな展開
- VI おわりに

I はじめに

本稿は、米国で近年大きな注目を集めている、知的財産制度の正当化根拠をめぐる Robert P. Merges (カリフォルニア大学パークレー校教授) と Mark A. Lemley (スタンフォード大学教授) の論争に焦点をあてて、知的財産分野における権利論と功利主義の意義について検討するものである¹。

ここで知的財産制度の正当化根拠論とは、なぜ社会は知的財産制度を創設し維持すべきなのかという問題に対する、妥当で説得力ある根拠を探求する議論のことである。そうした根拠を支える理論として、米国では大きく2つの考え方が提示されてきた。1つが功利主義 (Utilitarianism) であり、もう1つが権利論 (Rights-based theory) または義務論 (Deontology) である。

功利主義とは、制度や政策の正当性をそれが人々にもたらす結果 (帰結) によって判断する立場であり、社会全体の幸福を最も増大させるような制度や政策が道徳的に正当であるとする考え方のことである。これを知的財産に当てはめれば、社会が知的財産制度を創設し維持すべきなのは、それ

¹ Merges と Lemley の論争を紹介する先行研究として、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5頁(2015年)。

が社会全体の便益を増大させるからであり、それに反するような結果を生じさせる制度や政策は正当化しえないということになる。

一方、権利論とは、ある制度や政策を実現するうえで他の社会的な目標よりも個人の権利を保障することに優先的な価値を認める立場であり、社会全体の幸福を理由として個人の権利を犠牲にすることは許されないとする考え方である。権利論は、社会にもたらされる結果の善し悪しにかかわらず、社会には個人の権利を尊重すべき義務があるとする点で、義務論に位置づけられることもある。これを知的財産に当てはめれば、社会が知的財産制度を創設し維持すべきなのは、知的財産の創作者にその創作の成果に対する権利を保障するためであり、そのような創作者への権利の割当てを犠牲にするような制度や政策は、たとえ社会に便益をもたらすものであったとしても正当化しえないということになる。

以上のような知的財産制度の正当化根拠をめぐる議論は、古くから存在していたが、知的財産制度を取り巻く環境の変化に伴って、2000年代に入るあたりから再び盛んに議論されるようになった。本稿が取り上げるMergesとLemleyの論争もまさにそのような流れの中で繰り広げられたものである。まずは論争の背景を確認しておこう。

1. 論争の背景

米国では、連邦議会が特許法や著作権法を制定することができる目的や範囲が、合衆国憲法1条8節8項によって制約されている。これは、米国が連邦制を採用していることによるもので、連邦の有する立法権限の範囲が合衆国憲法において州から明示的に委譲を受けた事項に限定されているためである。合衆国憲法1条8節8項によれば、「連邦議会は、著作者や発明者に対し、一定の期間、その著作や発見に対する排他的権利を保障することにより、学術及び有用な技芸の発展を促進する権限を有する」とある。この条項は、一般に特許・著作権条項と呼ばれている。その構造は、学術や技術の発展を促進するために、著作者や発明者に排他権を一定期間保障するという、目的・手段の構造からなっている。まさにこのような構造ゆえに、特許・著作権条項は、もっぱら功利主義思想に支えられた条項

であると解釈されてきた²。そして、こうした一元的な理念解釈ゆえに、本条項を制定根拠とする特許法や著作権法についても、功利主義思想を正当化基盤とする法制度であると捉える見解が支配的となってきたものと解される。

例えば、ある論者は、米国知的財産法学における功利主義的正当化の優位性について次のように説いている。「[米国の] 知的財産研究者には、知的財産権について、帰結主義に基づく正当化を主張する者と義務論に基づく正当化を主張する者がいる」が、「圧倒的支持を得ているのは帰結主義理論である。」「帰結主義に基づく理論は功利主義的であって、知的財産権が正当化されるのは、それが社会的厚生を増大させるからだと主張する。」³

このような米国の支配的立場にとって、特許権や著作権の存在が発明者や著作者にとってその研究開発や創作活動への正味のディスインセンティブとなっており、技術や学術の発展を阻害していることを明らかにする

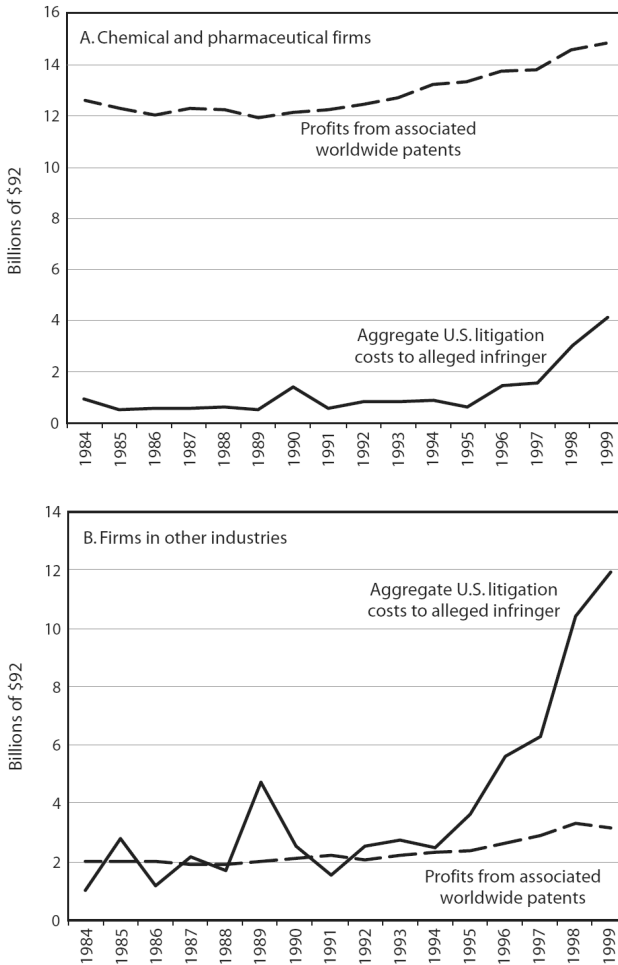
² 例えば、連邦最高裁によれば、本条項の構造から明らかになることは、「議会が認めた独占という特権は、無制約のものでもなければ、特別の私的利益を与えることを主として意図されたわけでもない。むしろ、この限定つきの特権は、重要な公共の目的を達成するための手段として認められたものなのである。特別の報酬を与えることによって著作者や発明者の創作的活動を促進するとともに、独占的コントロールが及ぶ一定期間の経過後は公衆が彼らの才能がもたらす成果物にアクセスできるようにすること、これこそが目的なのだ」ということである (Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 429 (1984))。同様の理解は、Precision Instrument Mfg. Co. v. Automotive Maintenance Machinery Co., 324 U.S. 806, 816 (1945) (「特許はその性質上、公共の利益の影響を受ける。憲法上認識されているように、特許は『学術及び有用な技芸』の促進という公共の目的に奉仕するために策定された特別な特権なのである」) においても見られる。

文献においても、本条項の構造は、権利章典において承認された基本的人権とは対照的に、特許権や著作権は純粋に実定法の問題であるということ、しかもそれらは特定の社会目標に従属し、当該目的を達成するための手段として定立される権利であるということを明確にするものであると指摘されている。Jeremy Waldron, *From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property*, 68 CHI.-KENT. L. REV. 841, 848-49 (1993).

³ Brian L. Frye, *Machiavellian Intellectual Property*, 78 U. PITT. L. REV. 1, 2 (2016).

実証研究の出現は、深刻な問題を提起するものとなりうる。なぜなら、そうした実証研究は、現在の特許法や著作権法がその制定根拠である合衆国憲法1条8節8項の理念に適合しないものであり、当該立法の正当性が疑わしいものであることを明らかにするものだからである。

【図1】特許制度が米国上場会社にもたらす便益と訴訟費用－製薬・化学産業の場合とそれ以外の産業の場合 (BESSEN & MEURER, *infra* note 4, at 15)



現に、特許法をめぐるのは、2000年代に登場した実証研究を契機として、特許制度の危機や破綻が叫ばれるようになった。具体的には、製薬・化学産業とそれ以外の産業（特にソフトウェア産業）とでは特許制度が果たす経済的機能に本質的な差異があり、後者の分野では1990年代半ば以降、特許に係る費用がその便益を大きく上回っているために、特許制度がイノベーションの阻害要因となっているというわけである（図1参照）⁴。こうした警鐘を受けて、2000年代半ば以降、立法・行政・司法によるパテント・リフォームへの取組みが大々的に展開されてきた⁵。

同様に、著作権法についても、デジタル技術やネットワーク技術の急速な発展と普及を契機として、著作権制度への反発が強まるようになった。具体的には、インターネットの普及により誰でも簡単に世界中の著作物にアクセスして利用することができるようになり、また、SNSやデジタルデバイスの普及により誰でも簡単に既存の著作物を利用して創作をしたり、その成果をインターネット上で公表して全世界に発信することもできるようになった。このようなアマチュア創作文化の隆盛に伴って、他人の著作物を一部に組み込んだ著作物や権利者を特定できない著作物（孤児著作物）が急増したが、著作物の利用に事前許諾を求める著作権法の原則は維持されてきた。その結果、私たちの私的な領域の隅々にまで著作権法の規律が及ぶようになり、著作権に抵触することなしに日常生活を送ることが

⁴ ADAM B. JAFFE & JOSH LERNER, INNOVATION AND ITS DISCONTENTS: HOW OUR BROKEN PATENT SYSTEM IS ENDANGERING INNOVATION AND PROGRESS, AND WHAT TO DO ABOUT IT (2004); JAMES BESSEN & MICHAEL J. MEURER, PATENT FAILURE: HOW JUDGES, BUREAUCRATS AND LAWYERS PUT INNOVATORS AT RISK (2008) [山根崇邦・アメリカ法2010-1号171頁]; DAN L. BURK & MARK A. LEMLEY, THE PATENT CRISIS AND HOW THE COURTS CAN SOLVE IT (2009) [山根崇邦・アメリカ法2011-2号495頁]; MICHELE BOLDRIN & DAVID K. LEVINE, AGAINST INTELLECTUAL MONOPOLY (2008) [山形浩生＝守岡桜訳『〈反〉知的独占』(NTT出版、2010年)].

⁵ 2011年米国特許法改正に至るまでの動向につき、山根崇邦「特許法学における制度論的研究の発展」日本工業所有権法学会年報35号1頁(2012年)。同改正後の動向につき、田村善之「アメリカ合衆国特許制度における notice function をめぐるリフォーム論と日本法への示唆：2011 FTC Report の紹介」別冊パテント9号1頁(2013年)。

困難になっているというわけである⁶。こうした警鐘を受けて、2000年代半ば以降、コピーライト・リフォームの気運が高まってきた⁷。

2. 論争の概観

こうした中で、功利主義ではなく個人の権利保障を基盤としたリベラルな権利論に基づいて知的財産制度を擁護しようとするのが、Mergesである。2011年にハーバード大学出版会から刊行された『知財の正義 (Justifying Intellectual Property)』と題する書籍において、Mergesは、Locke、Kant、Rawlsといったリベラリズムの道徳哲学に依拠しながら、職業的創作者が自らの才能を積極的に発揮して、その技術や芸術的才能で身を立てることを可能にするために付与される権利として知的財産権を位置づけ、職業的創作者の自律と独立を保障する制度として知的財産制度を正当化している⁸。

⁶ LAWRENCE LESSIG, *CODE: AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE, VERSION 2.0* (2006) [山形浩生訳『CODE VERSION 2.0』(翔泳社、2007年)]; LAWRENCE LESSIG, *THE FUTURE OF IDEAS: THE FATE OF THE COMMONS IN A CONNECTED WORLD* (2001) [山形浩生訳『コモンズ』(翔泳社、2002年)]; LAWRENCE LESSIG, *FREE CULTURE: HOW BIG MEDIA USES TECHNOLOGY AND THE LAW TO LOCK DOWN CULTURE AND CONTROL CREATIVITY* (2004) [山形浩生=守岡桜訳『FREE CULTURE』(翔泳社、2004年)]; LAWRENCE LESSIG, *REMIX: MAKING ART AND COMMERCE THRIVE IN AN HYBRID ECONOMY* (2008) [山形浩生訳『REMIX』(翔泳社、2010年)]; JESSICA LITMAN, *DIGITAL COPYRIGHT* (2000).

⁷ Pamela Samuelson, *Preliminary Thoughts on Copyright Reform*, 3 UTAH L. REV. 551 (2007); Pamela Samuelson & Members of The CPP, *The Copyright Principles Project: Directions for Reform* (2010), available at http://www.law.berkeley.edu/files/bclt_CPP.pdf [石新智規=橋本有加訳「著作権の原則プロジェクト リフォームの方向性」『コンテンツに係る知的創造サイクルの好循環に資する法的環境整備に関する調査研究報告書—コンテンツをめぐる法的環境のこの10年とこれから—』(デジタルコンテンツ協会、2011年) 57頁]; Jessica Litman, *Real Copyright Reform*, 96 IOWA L. REV. 1 (2010) [比良友佳理訳「真の著作権リフォーム(1)(2・完)」知的財産法政策学研究 38・39号(2012年)].

⁸ ROBERT P. MERGES, *JUSTIFYING INTELLECTUAL PROPERTY* (2011) [山根崇邦=前田健=泉卓也訳『知財の正義』(勁草書房、2017年)]. 本書の紹介として、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

これに対し、実証的功利主義の立場から現行知的財産制度の正当性に懐疑的な態度をとるのが、Lemleyである。2015年に Melville B. Nimmer 記念講座の講演成果として *UCLA Law Review* に掲載された「信念に基づく知的財産 (Faith-Based Intellectual Property)」と題する論文において、Lemley は、知的財産権が政府による自由市場規制の一形態である以上、その費用便益分析に基づく検証なしに望ましいものとして受け容れることはできないとし、さまざまな実証研究によって知的財産制度が社会に対して害よりも利益をもたらしているとは決していえないことが明らかになった今、現行制度について自信をもって正当化できるとしたり、あるいは現状維持が最善だとするのは、証拠を無視した信念に基づく知的財産理論であると批判する。中でも、功利主義に基づく正当化が困難であることを認めながら、義務論ないし権利論によって現行制度の正当化が可能だとする *Merges* に対し、証拠を必要としない信条の体系 (belief system) への退避にほかならず、証拠からの影響を受けない一種の宗教的信条に基づく議論であって、合理的な対話をなしえないと厳しく批判している⁹。

義務論ないし権利論に基づく議論を一種の宗教的信条にすぎないと断じた Lemley 論文は、当然のことながら大論争を巻き起こした。同論文が雑誌に先行して SSRN にアップされるや、早速、複数の知的財産研究者からブログ上で反論がなされた¹⁰。そうした中、2016年にセント・ジョーン

『知的財産法の挑戦』(弘文堂、2013年) 3頁。

⁹ Mark A. Lemley, *Faith-Based Intellectual Property*, 62 *UCLA L. REV.* 1328 (2015).

¹⁰ Lawrence Solum, *Lemley on Non-consequentialist Justifications for Intellectual Property*, *LEGAL THEORY BLOG* (Apr. 2, 2015), <http://lsolum.typepad.com/legaltheory/2015/04/lemley-on-non-consequentialist-justifications-for-intellectual-property.com>; Jeremy Sheff, *Faith-Based vs. Value-Based IP: On the Lemley-Merges Debate* (Apr. 2, 2015), <http://jeremysheff.com/2015/04/02/faith-based-vs-value-based-ip-on-the-lemley-merges-debate/>; James Grimmelman, *Faith-Based Intellectual Property: A Response*, *LABORATORIUM* (2d Ser., Apr. 21, 2015), <http://2d.laboratorium.net/post/117023858730/faith-based-intellectual-property-a-response>; Irina D. Manta, *Theory and Empirics: Where Do Locke and Mossoff Leave Us*, *LIBERTY OF LAW AND LIBERTY* (May 8, 2015), <http://www.libertylawsite.org/liberty-forum/theory-and-empirics-where-do-locke-and-mossoff-leave-us/>. なお、Lemley 論文が SSRN にアップされたのが 4 月 1 日であったことから、

ズ大学知的財産センターがMerges、Lemleyらを招いて「知的財産分野における価値、課題、方法」と題するシンポジウムを開催した。その中で、MergesにLemley論文への応答の機会が設けられた。その内容をまとめたものが、同年のSt. John's Law Reviewに掲載された「功利主義原理主義への反論 (Against Utilitarian Fundamentalism)」である¹¹。

同論文の中でMergesは、①実証的功利主義が真実へのただ1つの道であると考えるのはあまりにも狭量な考え方であり、自己の支持する立場以外の考え方に対し、《不合理で非科学的な信条》であるという軽蔑的なレッテルを貼ることで自己の立場以外に選択肢がないことを説くのは学問的方法として問題があること、②道徳的推論が経験的証拠を受けつけないというのは誤解であり、むしろ道徳的推論と経験的証拠が相補的な関係に立つ場合も少なくないこと、③厳格な実証主義には計算可能性の面で限界があり、知的財産分野の政策課題について最適解を示せないことが少なくないこと、④『知財の正義』が功利主義者と合理的な政策上の対話をなしえないとするのは全くあたらないこと、むしろ『知財の正義』では、最も根源的な基盤とは機能面で区別された中層的原理の存在を提示し、基盤の多元主義をとることで、知的財産制度を基礎づける根源的価値について立場が異なる論者間であっても、現行制度の運用上の諸原理(効率性、比例性、非専有性、尊厳性)に基づいて妥当な知的財産政策のあり方を議論することが可能であることを明らかにしたこと、を指摘している。

以上のようなMergesとLemleyの論争を受けて、近時の米国知的財産法学においては、基盤の多元主義に立脚しつつ、実証的功利主義からは不合理とされる現行特許制度の機能を社会学的な観点から分析を試みる研究¹²

一種のブラックジョークではないかと思ってアブストラクトを読んだ研究者もいたようである。Lisa Larrimore Ouellette, *Lemley on Faith-Based IP*, WRITTEN DESCRIPTION (Apr. 2, 2015), <http://writtendescription.blogspot.com/2015/04/lemley-on-faith-based-ip.html>.

¹¹ Robert P. Merges, *Against Utilitarian Fundamentalism*, 90 ST. JOHN'S L. REV. 681 (2016).

¹² Dan L. Burk, *On the Sociology of Patenting*, 101 MINN. L. REV. 421 (2016); Jessica Silbey, *Heuristic Interventions in the Study of Intellectual Property*, 101 MINN. L. REV.

や、実証心理学のデータに基づいて創作者の非金銭的なインセンティブの意義を分析し、知的財産制度がそうした非金銭的なインセンティブへの配慮を示すことで法の表出機能（expressive function）により創作活動が奨励される可能性があることを明らかにして、伝統的な功利主義（創作のインセンティブ論）では看過されてきた創作者の人格的利益の保護を功利主義の枠組みに取り込もうとする研究¹³が登場している。

3. わが国の議論状況と本稿の検討課題

翻って考えてみるに、わが国でも、「自然権論とインセンティブ論」「権利論と政策論（功利主義）」という形で、知的財産制度をめぐる正当化根拠の対立が議論されてきた。とりわけ2000年代以降、知的財産関連の法改正が毎年のように行われ、制度の抜本的見直しも行われるようになってきたことを受けて、政策論や制度論の中で知的財産権の正当化根拠論が参照されるケースが増えている¹⁴。その際、自然権論/権利論か、インセンティブ論/功利主義か、いずれの理論に立脚するかによって望ましい制度像が異なりうることから、両者の規範理論としての優劣が争われてきた。

例えば、「自然権については、何についてどのような保護を行うかについてはほとんど明らかでないため、勢い、過剰な保護を導くおそれが存在する」のに対し、功利主義理論は「具体的な制度のあり方についてもかなりの程度規定する力を持っている」点が、功利主義理論の優位性として強

Headnotes 333 (2017).

¹³ Jeanne C. Fromer, *Expressive Incentives in Intellectual Property*, 98 VA. L. REV. 1745 (2012); Stephanie Plamondon Bair, *Rational Faith: The Utility of Fairness in Copyright*, 97 B.U. L. REV. 1487 (2017).

¹⁴ 例えば、田村善之『知財の理論』（有斐閣、2019年）、山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義（1）-（8）」知的財産法政策学研究28・30-34・37・39号（2010-2012年）、同「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116頁（2013年）、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」コピライト613号2頁（2012年）、同「著作権法における権利の在り方：制度論のメニュー」コピライト650号2頁（2015年）、中山・前掲注1）、中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて』（信山社、2017年）、前田健「著作権法の設計思想」著作権研究44号118頁（2018年）。

調される¹⁵。他方で、「権利の(原始的)帰属についての基準」を提示しえず、「創作を行った者に創作物に対する一定程度の支配を認めることが功績(desert)として当然であるとか、先人の知的創作を自らのものとして利用し自己を表現することは自己実現の手段として公衆に認められなければならない、といった別個の配分原理に頼らざるをえない」点が、功利主義理論の「規範理論としての最大の弱点」だと指摘される¹⁶。

また近年では、デジタル・ネットワーク技術の急速な発展と普及により、私たちが個人で日常的に著作物の創作や複製・公衆送信を行うことができるようになる一方、ユーザの意見や権利行使に関心がない著作権者の意向が立法過程に反映されにくい状況の中で、私的使用目的であっても違法にアップロードされた音楽・映像ファイルをその旨を知りながらダウンロードする行為を著作権侵害とする立法(2009年改正)や刑事罰の対象とする立法(2012年改正)が進展し、さらにそのようなダウンロード違法化の範囲をすべての侵害コンテンツに拡大しようとする動きが加速していること等を受けて、現行著作権制度の存在意義やその基本構造に対する懐疑が打ち出され(e.g. 反著作権思想の台頭、著作権法の憂鬱論・構造的課題論)、抜本的リフォームの必要性が説かれる場合が増えている¹⁷。

これに対しては、権利論の観点から、「新しい技術が常に既存の法制度を根本から揺るがすほどのインパクトを持っているとは限らない。デジタルやマルチメディアというものも、…それが従来の著作権法における基本的な概念の変更を強いるほど革命的なものだったのか」というと、筆者は懐疑的である」、むしろ「いかに技術が発展しようとも時代を超えて変わら

¹⁵ 小泉直樹『アメリカ著作権制度』(弘文堂、1996年)15-16頁。

¹⁶ 小泉・前掲注15)25頁。

¹⁷ 例えば、中山信弘『著作権法(第2版)』(有斐閣、2014年)序章、同「著作権制度の俯瞰と課題」ジュリスト1461号85頁(2013年)、同「我が国著作権法の課題」金沢法学57巻2号209頁(2015年)、田村善之「日本の著作権法のリフォーム論」前掲注14)『知財の理論』279頁、同「著作物の利用行為に対する規制手段の選択：続・日本の著作権法のリフォーム論」前掲注14)『知財の理論』378頁、中山=金子編・前掲注14)、福井健策『著作権の世紀』(集英社新書、2010年)、同『「ネットの自由」VS. 著作権』(光文社新書、2012年)、名和小太郎『情報の私有・共有・公有』(NTT出版、2006年)、同『著作権2.0』(NTT出版、2010年)。

ないもの、変わるべきでないものはあるのか、あるとすればそれは何かという真理の探究」こそが重要である¹⁸、例えば、「自然人クリエイタの権利」に焦点をあてた「クリエイタ指向アプローチ」が「今後の著作権制度をめぐる議論に新たな方向性をもたら〔し〕」、「インターネット時代における著作権法をめぐる激しく利害が対立している近時の立法論にとっても一つのヒントになる」のではないかと¹⁹、といった指摘がなされている。

以上のような著作権制度をめぐる議論に比べると、特許制度に関しては、現行制度の存在意義に対する強い懐疑が示されることは稀であり、また、権利論や自然権論の観点から積極的に議論が展開されることも稀である²⁰。しかしわが国においても、インセンティブ論ないし功利主義の考え方を政策論や解釈論のレベルでどのように具体化すべきか、また、実証研究の活用はどうあるべきか、という点は重要な課題として認識されている²¹。

¹⁸ 上野達弘「時代の流れと著作権法」ジュリスト1361号65頁(2008年)。

¹⁹ 上野・前掲注14)「クリエイタ指向アプローチ」26-27頁。

²⁰ 貴重な例外として、横山久芳「知的財産法の生成と創設」岩波講座『現代法の動態1 法の生成/創設』(岩波書店、2014年)93頁、島並良「特許制度の現状と展望：法学の観点から」知的財産研究所＝島並良共編『岐路に立つ特許制度』(知的財産研究所、2009年)3頁、杉浦淳＝門良成「発明の成立性と特許制度の正当化理由についての一考察」特技懇257号92頁(2010年)、道祖土新吾＝杉浦淳「特許権の本質と審判制度の機能と運用に関する一考察(前編)(後編)」特技懇261号60頁・262号56頁(2011年)、時井真「日本、中国、ドイツ、EPO及び米国における進歩性に関する裁判例の統計分析及び若干の理論上の問題について(1)(2)」知的財産法政策学研究54号・55号(2019-2020年)。このほか、正義論の観点からの分析として、藤野仁三「FCV特許開放の正当化—正義論の視点から」特許70巻4号36頁(2017年)。

²¹ 例えば、田村善之「プロ・イノベーションのための特許制度のmuddling through」前掲注14)『知財の理論』95頁、鈴木將文「プロ・イノベーションの特許制度を目指して」日本工業所有権法学会年報36号101頁(2013年)。進歩性要件につき、前田健「進歩性要件の機能から見た裁判例の整理と実証分析」特許庁委託平成24年度産業財産権研究推進事業(平成24～26年度)報告書(知的財産研究所、2014年)、時井・前掲注20)。開示要件につき、前田健『特許法における明細書による開示の役割』(商事法務、2012年)207頁以下。差止請求権の制限につき、中山一郎「特許取引市場の機能と差止請求権制限の政策論的当否」日本工業所有権法学会年報36号121頁(2013年)、平嶋竜太「特許権に基づく差止請求権における『内在的限界』」別冊パテント

以上のようなわが国の状況に照らすとき、米国を代表する Merges と Lemley が繰り広げた知的財産分野における権利論と功利主義の意義をめぐる論争は、わが国にとっても示唆に富むように思われる。そこで以下では、両者の論争の内容およびそれを受けた近時の米国知的財産法学の議論動向について紹介・検討することにしたい。

II リベラルな権利論に基づく知的財産制度の擁護 —MERGES 『知財の正義』(2011)—

1. 問題意識

まず、『知財の正義』における Merges の問題意識を確認しておこう。Merges の問題意識は大きく 2 つある。

(1) 知的財産制度の正当化理論としての功利主義の限界と権利論の可能性

1 つが、知的財産制度の正当化理論としての功利主義の限界と権利論の可能性である。Merges によれば、米国では伝統的に功利主義が知的財産法の規範的基盤であると解されてきた。Merges 自身もこのような考え方を本書の執筆までは支持していた。しかし、研究を進める中で、絶えず大きな疑問が頭をよぎっていたという。それが、費用便益計算の複雑さであり、そうした複雑さを克服することは困難なのではないかという疑念である。

いわく、「確かにこの〔費用便益計算の〕プロセスは単純ではある。しかし実際には、決して簡単ではなく、きわめて複雑である。費用と便益を見積もり、時間をかけてそのモデルを作り、反事実的条件法に基づいて起こり得ること——例えば、著作権による保護がない場合、どれだけ多く小説やポップスが創作されるか、そうした状況から利益を享受するのは誰かなど——を予測するのは、気が遠くなるほど複雑な作業である。そしてこ

10号1頁(2013年)。職務発明制度につき、中山・前掲注1)15-16頁、井上由里子「平成27年職務発明制度改正についての一考察」特許研究60号18頁(2015年)。このほか、藤谷武史「《多元分散型統御》とは何か？」新世代法政策学研究20号149-151頁(2013年)も参照。

うした複雑さこそが、功利主義理論が抱える最大の問題である。」²²

「どんなに頑張ったところで、知的財産法がないよりもあった方が人びとの状況が改善することを示す検証可能なデータに基づいて、現在の知的財産制度を正当化することはできない。私が見つかったことは、効用を最大化することは、知的財産制度において用いることができる第一的な原理ではないということである。つまりそれは、最も根本的なレベルにおける知的財産権の本質ではないのである。」²³「これこそが、長年私が避けてきた真実である。」「だが、どんなに頑張ってみたところで、避けることができない一つの真実があった。それは、腹立たしいくらいに決定的なデータが存在しないということである。私の考えでは、それらのデータは、知的財産保護を正当化するうえでかなりしっかりとした論拠にはなるが、ゆるぎないほど強固で、完璧な論拠とはならない。」²⁴

このように *Merges* は、知的財産制度の必要性を基礎づけるに足りるだけの強固な実証的な証拠が存在しないことを明らかにしている。しかしそうした中でも、知的財産制度が必要であるという考えに揺らぎが生じることはなかったという。いわく、「実証的な証拠に対して大いに疑問を抱きながらも、知的財産法が必要かつ重要であるという私の信念は強まる一方であった。」²⁵「知的財産分野を究極的に基礎づける基盤が何であれ、知的財産権が現代の経済活動において極めて重要な役割を果たしていることは、私にはかなり明らかなように思われる。」²⁶

Merges は考えをめぐらす中で次のことに気がついたという。それは、裁判例が「知的財産権の存在意義は公共の利益に寄与する点にある」というお決まりのフレーズではじめながらも、最終的には「知的財産権は権利である」として判決文を締めくくることが多いことである。*Merges* によれば、こうした視点の変化に知的財産権の本質を理解する手がかりが潜んでいるという。いわく、「間違いなく、社会的効用から基本的権利への視点の

²² *MERGES, supra note 8, at 2-3* [邦訳 3 頁].

²³ *Id. at 3* [邦訳 3 頁].

²⁴ *Id.* [邦訳 3 頁]

²⁵ *Id.* [邦訳 4 頁]

²⁶ *Id. at xi* [邦訳 xi 頁].

移行は、本質的に重要な変化である。というのも、…権利の本質とは、社会的効用のみを理由として権利を犠牲にすることは許されないとするものだからである。ウォルドロンは『単なる利益』と真の権利とを巧みに区別するにあたって、この点に言及している。私が気づいたのは、知的財産分野では、功利主義的な説明が盛んに用いられているにもかかわらず、裁判所は多くの場合、(少なくとも黙示的には) 知的財産権を完全かつ真の意味での権利として理解しているということである。そして、少なくとも私にとってそれ以上に意外なのは、私自身もそうした裁判所の理解を支持するようになったことである。²⁷

こうしてMergesは、権利論に基づく知的財産制度の正当化を試みるのである。

(2) 著作権法学において台頭する技術至上主義への懐疑

もう1つが、近時の著作権法学において台頭する技術至上主義への懐疑である。Mergesは権利論の観点から、インターネット技術の進展が果たして著作権法の基本的な考え方に変更を迫るものなのか、疑問を投げかけている。

「ローレンス・レッシングの『CODE VERSION 2.0』、ジェシカ・リットマンの『デジタル著作権』、そして多くの類似の著作は、創作物を伝達する技術のこととなると、インターネットが存在する以前とそれ以後との間には急激な不連続性があると繰り返し強調する。彼らによれば、こうした変化の原動力は、知的財産分野の存在意義を解釈する際の支柱としても機能するという。その基本的な考えは単純である。創作物を広める技術が劇的に変化したのだから、この分野に関する私たちの考え方も劇的に変わらなければならないというのである。これこそが、技術至上主義(technocentrism)という表現で私が言わんとしていることである。」²⁸

「残念なことに、このような技術至上主義のアプローチが、いまや知的財産法を支配している。私は、学者はインターネットに関する高揚感に過度にとらわれるべきではないと主張する。むしろ私たちは、この分野の構

²⁷ *Id.* at 3-4 [邦訳 4 頁].

²⁸ *Id.* at 25 [邦訳32頁].

造を規定し、この分野を形成してきた基本的な考えに忠実でありつづける必要がある。デジタル時代の学者は『インターネットはすべてを変える』と説いてきた。実際、創作物を人びとに伝達する方法は大きく変化し、取得した創作物を使ってできる事柄も大きく変化した。しかし、新たな配信技術によっても変わることがなかった1つの重要な事実がある。それは、創作物を生み出すには、依然として労力と（多くの場合には）個人の意志ないし人格の投影を必要としているという事実である。労力と個性が知的財産の本質なのであるから、創作物に対して財産権を認めることは、インターネット時代においても依然として理に適っているのである。²⁹

2. リベラルな権利論に基づく知的財産制度の正当化

(1) 職業的創作者の自律と独立の保障

以上の問題意識をもとに、Mergesは、技術至上主義の下で看過されがちな職業的創作者の労力に光をあて、彼らの自律と経済的な独立を保障するには知的財産権が必要となることを強調する。そして、こうした職業的創作者の権利を基盤としたリベラルな権利論に基づいて、知的財産制度を正当化しようと試みるのである。

いわく、「創作に携わる人たちが自分たちの創作物を支配できず、しかもそれに対してわずかな報酬しか受け取ることができないとしたら、彼らが創作活動に勤しむことなどほとんど不可能だし、自らの運命を切り開くこともできないだろう。忘れてはならないことは、自律とは『自己統治』、すなわち自らの計画や設計に従って自らの人生のかじ取りができる能力を意味するということである。もし自らの創造力の産物に財産権が認められなければ、自律を持続的に確保することなどほとんど不可能だろう。」³⁰

「私は、知的財産権を、聴衆や市場を探し求めて、大胆にも荒海に自らの創作物を出そうとする人たちへの尊敬と評価の証と考える。もちろん、知的財産権には実用的な側面もある。こうした権利がなければ、勇気ある行為が経済的に割に合わなくなってしまう場合が多くなるだろう。たいていは希望にすぎないかもしれないが、生計を立てられるという見通しが、

²⁹ *Id.* at 24-25 [邦訳31-32頁].

³⁰ *Id.* at 18 [邦訳23頁].

職業的創作者という職種の維持に貢献している。知的財産権は彼らに、彼らの全員とまではいかないとしても、その一部が、自分が最も得意とすることを、いつの日か本当の意味でそれをキャリアとして身を立てることができるようになると思えることができるだけの根拠を提供するのである。」³¹

このように *Merges* の権利論の根底には、職業的創作者の労働の成果が社会にとって高い価値を有するものであり、我々の尊敬の念と報酬に値するものであるという理解がある。そして、この理解を前提として、創作的労働の成果はそうした労働をなした者の財産であり、国家は知的財産権を付与することでその財産としての価値を承認し、もって職業的創作者の自律と独立を制度的に保障しているという考え方を提唱するのである。

(2) リベラリズムの道徳哲学による正当化

Merges は、以上のような職業的創作者の自律と独立を保障する制度として知的財産権を捉える考え方を、リベラリズムの道徳哲学を基底とする財産理論によって体系化している。具体的には、個人の財産を保護することが国家形成の基盤であると考えた *Locke* や *Kant* の理論と、個人の財産から生じた収益の一部に対して課税し、最も恵まれない人々の窮状の改善のために再分配することで公正な社会を実現しようとする *Rawls* の理論とを、1 つに統合した体系的な理論を提示している。それが、リベラルな財産理論である。

いわく、「本書を執筆するにあたって私が望んだことは、〔財産権とは公正な社会にとって不可欠なものであるとともに、重要な制限と制約が課せられるものでもあるという〕基本的な言説を知的財産の文脈に移し替えること、つまりは知的財産法のリベラルな理論をあますところなく叙述することである。この理論の基本的な構成要素には、ロックやカントなどの思想家が述べるような、個人の財産権を第一義的な権利として保障することやそうした権利と利害が衝突する第三者の利益を尊重することが含まれるとともに、ジョン・ロールズの哲学に由来する、個人の財産権がもたらす構造的な困難に対処するための再分配政策を受け容れることも含まれ

³¹ *Id.* at 310-11 [邦訳386-387頁].

る。リベラルな知的財産権の理論が常に念頭に置いているのは、財産権とは政府から付与されるものだということである。つまり財産権とは、社会制度に支えられた個人の権利を具体化したものなのである。換言すれば、それは私的な権利ではあるが、決して利己的な権利ではないのである。」³²

3. 基盤の多元主義と中層的原理の意義

(1) 基盤の多元主義

以上のとおり、伝統的な功利主義によって知的財産制度の必要性を基礎づけることは困難であるとしつつも、リベラルな権利論に基づいて同制度を正当化することが可能であるとするのが、Mergesの見解である。もっともMergesは、このような正当化基盤の考え方については異論がありうることを認めている。いわく、「私は〔ロック、カント、ロールズらの〕哲学書に知的財産に関する確固たる足場を見出したと思っているが、読者はこれに同意しないかもしれない。」³³「私は義務論的な基盤が絶対的に正しいと思っているわけではなく、それがこの分野の正当性を基礎づける唯一の妥当な根拠というわけでもない。」³⁴

とりわけ技術環境の変化が激しい世界では、知的財産制度の存在意義に関して価値の対立が生じやすく、意見の集約を図ろうとしても通約不可能な議論に陥りやすい。そのため、基盤(1階)における合意形成に固執していると、建設的な議論が困難となりうる。そこでMergesは、知的財産制度の基盤を開かれた空間とし、価値の多元性を認めることを宣言している。そして、基盤の階層と運用原理の階層(2階)とを機能的に区別することで、各論者がその支持する根源的な基盤にかかわらず、知的財産政策上の問題について相互に共通の議論が可能となることを明らかにしている。

いわく、「私たちがこれまで社会で学んできたことの1つは、ある人の信念が強固で誠実であっても、その信念を他者に押しつける資格はないと

³² *Id.* at 13 [邦訳17頁].

³³ *Id.* at x [邦訳xi頁].

³⁴ *Id.* at 9 [邦訳11頁].

いうことである。」³⁵ 「私は自らの知的財産理論において、こうした基盤の多元主義を唱えている。今後、知的財産の保護が正味の社会的効果をもたらすことを示すより強力な証拠が出てくれば、私はそれを受け容れる用意がある。いつの日か、功利主義的な論拠がゆるぎないほど強固になれば、義務論的権利を退けて、この分野における基盤の座を占めるようになるかもしれない。しかしそれまでは、基盤について多元主義の立場をとることが有益である。というのも、そうした立場をとることで、功利主義に基づく説明を信じて疑わない人たちとも、義務論的権利に固執する人たちとも、さらには他の基盤を支持する人たちとも有意義な関係を維持できるからである。そして、このような共通の空間、つまり私たちが相互に関わり合える場を提供してくれるのが、中層的原理である。」³⁶

	概念的階層	詳細
3階	具体的なルール・法実践	ルール 原則 制度
2階	中層的原理 (Midlevel Principles)	効率性 (efficiency) 非専有性 (nonremoval) 比例性 (proportionality) 尊厳性 (dignity)
1階	規範的基盤 (Normative Foundations)	Kant Locke Rawls

(2) 中層的原理の意義

このように、Mergesの権利論にとって中層的原理は、異なる基盤論者との政策上の対話を可能ならしめる議論空間として重要な役割を果たしている。Mergesは中層的原理の意義を次のように敷衍している。「それは楽譜のようなものである。たとえ合奏という音楽の共同作業に対する根源的動機や究極的意義について意見が一致しない場合でも、楽譜があれば、皆で一緒に演奏ができる。同じように、中層的原理のおかげで、私たちは知的財産制度の究極的な意義に関する問いに寛容でいられる。」³⁷ 「中層レベルでの議論は、究極的な信念が正面から衝突することを回避しつつ、特定の事案や個々の事実類型を一般化することを可能にする。もちろん、中層

³⁵ *Id.* at x [邦訳xi頁].

³⁶ *Id.* at 10 [邦訳13頁].

³⁷ *Id.* [邦訳13頁]

の原理があっても、意見の不一致を完全に回避することはできないし、また、そうするべきでもない。むしろ中層の原理は、意見の不一致を受け容れ、生産的な意見交換と問題解決——最終的にはここにたどり着くと私は信じている——を促進するフォーラムを作り出すのである。³⁸

4. 検討

以上のようにMergesは、功利主義ではなくリベラルな権利論に基づいて、職業的創作者の自律と独立を保障するための制度として知的財産制度を正当化している。

この点、Mergesが本書において功利主義から権利論に「転向」したといえるのかどうかについては議論がある。確かにMergesは、本書の中で、「今後、知的財産の保護が正味の社会的効果をもたらすことを示すより強力な証拠が出てくれば、私はそれを受け容れる用意がある。いつの日か、功利主義的な論拠がゆるぎないほど強固になれば、義務論的権利を退けて、この分野における基盤の座を占めるようになるかもしれない」と述べている³⁹。それゆえ、Mergesは、あくまで現時点の評価として、功利主義は少なくとも最下層の規範的基盤たりえないと述べるにとどまり、功利主義と完全に訣別したわけではないと考えるのが適当であろう⁴⁰。

もともと、Mergesが将来的に受け容れる用意があると述べているのは、知的財産保護が正味の社会的便益をもたらすことを示す証拠、つまり知的財産権の正当性を示す証拠についてである。反対に、特許制度の危機・破綻論が提示するような、特許制度がソフトウェア産業に対し正味の社会的費用をもたらしていることを示す証拠を受け容れるのかどうかに関しては、Mergesは明らかにしていない。Mergesは、「マハルプの研究以来、……この分野では数多くの実証研究がなされてきたが、マハルプの基本的な結論を否定するに十分な証拠を示すことができた者は誰一人としていない」

³⁸ *Id.* at xi [邦訳xi頁].

³⁹ *Id.* at 10 [邦訳13頁].

⁴⁰ 中山・前掲注1)13頁は、「[Merges]教授の議論は、現時点の知見による限り(第一の留保)、少なくとも最下層の根本規範としては(第二の留保)、功利主義のみでは不十分であることを指摘するものと理解することができる」と指摘する。

とだけ述べている⁴¹。ここでいう Machlup の基本的な結論とは、「いかなる経済学者も、現在の知識をもとに、現在運営されている特許制度が社会に正味の便益をもたらすか正味の費用をもたらすかを、確信をもって述べることはできない」というものである⁴²。それゆえ、Merges としては、特許制度の危機・破綻論が提示する証拠は特許制度の経済的効果に関する確固とした証拠とはいえないと考えているのかもしれない⁴³。

いずれにしても、Merges が知的財産制度の正当化基盤をリベラルな権利論に求めていることからすれば、かりに特許制度がソフトウェア産業に対して正味の社会的費用をもたらしていることが明らかになったとしても、Merges が同産業における特許制度の存在意義を否定することはないように思われる。なぜなら、リベラルな権利論の下では、社会的費用や効用のみを理由として創作的労働の成果に対する職業的創作者への権利の割当てを犠牲にすることは許されないからである⁴⁴。こうした職業的創作者の自律と独立の保障を目的とした創作的労働の成果に対する権利の割当てこそ、Merges がたどり着いた知的財産制度の規範的基盤、すなわち「いかに技術が発展しようとも時代を超えて変わらないもの、変わるべきでないもの」なのである。

⁴¹ MERGES, *supra* note 8, at 6 [邦訳 8 頁].

⁴² FRITZ MACHLUP, AN ECONOMIC REVIEW OF THE PATENT SYSTEM 79 (U.S. Senate, Committee on the Judiciary Study No. 15, 1958) [土井輝生訳『特許制度の経済学』(日本経済新聞社、1975年) 188頁].

⁴³ なお、本書には特許制度の危機・破綻論への言及や文献引用が一切ない。この点は本書が執筆された当時の学界状況に照らせばやや不自然であり、本書が Lemley らの先行研究を尊重していないという批判を受けてもやむをえない面があるように思われる。

⁴⁴ MERGES, *supra* note 8, at 3 [邦訳 4 頁]. こうした権利観は、「個人の権利を保障することに他の社会的な目標の実現に優先する価値を認める立場」とされるわが国の権利論の考え方とも共通する。山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望：権利論の視点から」法学論叢154巻 4=5=6 号294頁(2004年)、栗田昌裕「著作権法における権利論の意義と射程(1)」民商法雑誌140巻 6 号49頁(2009年)。山本顕治「現代不法行為法学における『厚生』対『権利』」民商法雑誌133巻 6 号 2 頁(2006年)も参照。

Ⅲ 実証的功利主義に基づく現行制度への懐疑 —Lemley「信念に基づく知的財産」(2015)—

以上のようなMergesの議論に対し、功利主義に基づく正当化が困難であると認めながら、義務論ないし権利論によって現行制度の正当化が可能だとするのは、証拠を必要としない信条の体系への退避であり、一種の宗教的信条に基づく議論だと批判するのが、Lemleyである。

1. 問題意識

まずはLemleyの問題意識を確認しよう。Lemleyの問題意識は3つある。

(1) 政府による自由市場規制の一形態としての知的財産権

第1に、知的財産権が政府による自由市場規制の一形態である以上、その費用便益分析に基づく検証なしに望ましいものとして受け容れることはできないはずだという点である。

いわく、「知的財産権とは、有益な社会目標すなわち創作とイノベーションの奨励への寄与を目的とした、政府による自由市場規制の一形態である。知的財産権は、一部の人々（消費者、リユース、批評家）が、自らの…個人的財産を思いのままにできるという自由を、他の人々（発明者や創作者）の生活向上のために制限することによって、望ましい社会目標の達成を図ろうとする、政府の市場介入である。」「知的財産権が政府による市場規制だからといって、知的財産権が悪しきものだというわけではない」が、「市場経済においては、費用便益分析に基づく正当化を経てはじめて、私たちはその規制を受け容れるのである。」⁴⁵

(2) 近年の実証研究の発展と伝統的理論への懐疑

第2に、特に2000年代に入って以降、産業分野ごとの特許制度の経済的効果や、誰が特許を取得し、誰が権利を行使し、誰がそれで成功を手にするのか等に関する驚くほど多くの優れた実証研究がなされ、その結果、複雑で曖昧な面もあるが、少なくとも現在の特許制度が社会に対して害より

⁴⁵ Lemley, *supra* note 9, at 1330-31.

も利益をもたらしているとは決していえないことが明らかになったという点である。

いわく、「私たちには、もっともらしく聞こえる理論があった。それは、作品を創作しても、それを他者がより安いコストで真似できる場合、合理的なアクターは多額の費用をかけてまで作品を創作しないだろうという理論である。しかし、この理論を何らかの形で裏づけることのできる証拠はほとんどなかった。1950年代に議会から特許制度の評価を委ねられた Fritz Machlup は、極めて曖昧な結論に達した。すなわち、特許制度が存在しないとしても、そうした制度の創設を正当化する証拠は存在しないだろうが、すでに特許制度は存在しているのだから、証拠によってその廃止は正当化されないだろうと。つまり、特許制度が費用便益分析に基づく検証に耐えうるものかどうか、あまりよくわからなかったということである。」「[しかし] これはもはや真実ではない。この30年間に、知的財産法と革新的で創造的な市場のほぼすべての側面に関して、かつてないほど——そして驚くほど——多くの優れた実証研究がなされたからである。」⁴⁶

Lemleyはこうした実証研究の例として、次のような研究を挙げている。

✚ 特許とイノベーションに関する研究⁴⁷

⁴⁶ *Id.* at 1331-32.

⁴⁷ See, e.g., John R. Allison & Mark A. Lemley, *The Growing Complexity of the United States Patent System*, 82 B.U. L. REV. 77 (2002); John R. Allison & Mark A. Lemley, *Who's Patenting What? An Empirical Exploration of Patent Prosecution*, 53 VAND. L. REV. 2099 (2000); John H. Barton, *Reforming the Patent System*, 287 SCI. 1933 (2000); Bronwyn Hall & Rosemarie Ham Ziedonis, *The Patent Paradox Revisited: Determinants of Patenting in the U.S. Semiconductor Industry, 1979-1995*, 32 RAND J. ECON. 101 (2001); Adam B. Jaffe & Manuel Trajtenberg, *International Knowledge Flows: Evidence from Patent Citations*, 8 ECON. INNOV. NEW TECH. 105 (1999); Daniel K. N. Johnson & Vittorio Santaniello, *Biotechnology Inventions: What Can We Learn from Patents?*, in AGRICULTURE AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS 169 (V. Santaniello et al. eds., 2001); Samuel Kortum & Josh Lerner, *Stronger Protection or Technological Revolution: What is Behind the Recent Surge in Patenting?*, 28 RES. POL'Y 1 (1999); Mark A. Lemley, *An Empirical Study of the Twenty-Year Patent Term*, 22 AIPLA Q.J. 369 (1994); Richard C. Levin et al., *Appropriating the Returns from Industrial Research and Development*, in 1987 BROOKINGS PAPERS ON

- ✚ 特許を誰が取得し、誰が行使し、誰が成功を手にするのかに関する研究⁴⁸
- ✚ 特許が株価実績に与える影響に関する研究⁴⁹
- ✚ 各種産業における創造性の原動力に関する研究⁵⁰

ECON. ACTIVITY 783 (1987); Edwin Mansfield, *Patents and Innovation: An Empirical Study*, 32 MGMT. SCI. 173 (1986); Cecil D. Quillen, Jr. et al., *Continuing Patent Applications and Performance of the U.S. Patent and Trademark Office - Extended*, 12 FED. CIR. B.J. 35 (2002); see also Wesley M. Cohen et al., *Protecting Their Intellectual Assets: Appropriability Conditions and Why U.S. Manufacturing Firms Patent (or Not)* 3-4 (Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper No. 7552, 2000), available at <http://www.nber.org/papers/w7552.pdf>.

⁴⁸ See, e.g., John R. Allison, Mark A. Lemley & David L. Schwartz, *Our Divided Patent System*, 82 U. CHI. L. REV. 3 (2015); John R. Allison, Mark A. Lemley & David L. Schwartz, *Understanding the Realities of Modern Patent Litigation*, 92 TEX. L. REV. 1769, 1782 (2014); John R. Allison, Mark A. Lemley & Joshua Walker, *Extreme Value or Trolls on Top? The Characteristics of the Most-Litigated Patents*, 158 U. PA. L. REV. 1, 3 & n.3 (2009); James Bessen & Michael Meurer, *Lessons for Patent Policy From Empirical Research on Patent Litigation*, 9 LEWIS & CLARK L. REV. 1 (2005); Colleen V. Chien, *Of Trolls, Davids, Goliaths, and Kings: Narratives and Evidence in the Litigation of High-Tech Patents*, 87 N.C. L. REV. 1571, 1577 (2009); Colleen V. Chien, *Predicting Patent Litigation*, 90 TEX. L. REV. 283, 287 (2011); Paul M. Janicke & LiLan Ren, *Who Wins Patent Infringement Cases?*, 34 AIPLA Q.J. 1, 10 (2006); Jay P. Kesan & Gwendolyn G. Ball, *How Are Patent Cases Resolved? An Empirical Examination of the Adjudication and Settlement of Patent Disputes*, 84 WASH. U. L. REV. 237, 261 (2006); Richard C. Levin et al., *Appropriating the Returns from Industrial Research and Development*, 1987 BROOKINGS PAPERS ON ECON. ACTIVITY 783, 794-95; Gideon Parchomovsky & R. Polk Wagner, *Patent Portfolios*, 154 U. PA. L. REV. 1, 5-6 (2005); Mark Schankerman, *How Valuable Is Patent Protection? Estimates by Technology Field*, 29 RAND J. ECON. 77, 79 (1998); Cohen et al., *supra* note 47, at 3.

⁴⁹ BESSEN & MEURER, *supra* note 4. But see Glynn S. Lunney, Jr., *On the Continuing Misuse of Event Studies: The Example of Bessen and Meurer*, 16 J. INTELL. PROP. L. 35, 37, 49-56 (2008); David L. Schwartz & Jay P. Kesan, *Analyzing the Role of Non-Practicing Entities in the Patent System*, 99 CORNELL L. REV. 425, 447-48 (2014) (criticizing the Bessen-Meurer methodology).

- ✦ 各種産業のイノベーションが、知的財産制度の変化やインターネットの普及、国際化をはじめとする外からの影響にどのように対応しているのかに関する研究⁵¹
- ✦ 被験者が自己の創作物の販売をどのように考えているのかに関する研究⁵²
- ✦ 特許の救済手段の組合せとイノベーション・生産性・社会的効用の関係をインタラクティブな繰返しゲームのモデルを用いてコンピュータでシミュレーションした実験的研究⁵³

⁵⁰ See, e.g., BURK & LEMLEY, *supra* note 4, at chs. 4-5; YOCHAI BENKLER, THE WEALTH OF NETWORKS: HOW SOCIAL PRODUCTION TRANSFORMS MARKETS AND FREEDOM 2-3 (2006); KAL RAUSTIALA & CHRISTOPHER SPRIGMAN, THE KNOCKOFF ECONOMY: HOW IMITATION SPARKS INNOVATION 4 (2012); Kal Raustiala & Christopher Sprigman, *The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design*, 92 VA. L. REV. 1687, 1693 (2006); Dotan Oliar & Christopher Sprigman, *There's No Free Laugh (Anymore): The Emergence of Intellectual Property Norms and the Transformation of Stand-Up Comedy*, 94 VA. L. REV. 1787, 1787-88 (2008); Emmanuelle Fauchart & Eric von Hippel, *Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs* (MIT Sloan Sch. of Mgmt., Working Paper No. 4576-06, 2006), available at <http://ssrn.com/abstract=721182>; David Fagundes, *Talk Derby to Me: Intellectual Property Norms Governing Roller Derby Pseudonyms*, 90 TEX. L. REV. 1093, 1099 (2012); Matthew Beasley, *Who Owns Your Skin: Intellectual Property and Norms Among Tattoo Artists*, 85 S. CAL. L. REV. 1137, 1141 (2012); Aaron Perzanowski, *Tattoos and IP Norms*, 98 MINN. L. REV. 511, 525 (2013); Elizabeth L. Rosenblatt, *A Theory of IP's Negative Space*, 34 COLUM. J.L. & ARTS 317, 323 (2011). But see C. Scott Hemphill & Jeannie Suk, *The Law, Culture, and Economics of Fashion*, 61 STAN. L. REV. 1147, 1177 (2009).

⁵¹ See, e.g., Mark A. Lemley, *IP in a World Without Scarcity*, 90 N.Y.U. L. REV. 460 (2015) and sources cited therein.

⁵² See, e.g., Christopher Buccafusco & Christopher Jon Sprigman, *The Creativity Effect*, 78 U. CHI. L. REV. 31, 33 (2011); Christopher Buccafusco & Christopher Sprigman, *Valuing Intellectual Property: An Experiment*, 96 CORNELL L. REV. 1, 25 (2010).

⁵³ See, e.g., Andrew W. Torrance & Bill Tomlinson, *Property Rules, Liability Rules, and Patents: One Experimental View of the Cathedral*, 14 YALE J.L. & TECH. 138, 149-52 (2011).

- ✚ 創作者や発明者を対象としたモチベーションに関するアンケート調査⁵⁴
- ✚ 人がなぜ、そしてどのように創作を行うのか、そうした創作欲求に金銭がどのような影響を及ぼすのか（あるいは影響を及ぼさないのか）に関する心理学的研究⁵⁵

Lemleyは、以上の実証研究の証拠から明らかとなる知的財産制度の効果について次のように評価している。「こうしたすべての証拠から導き出される結果は知的財産に対する政府規制の理論の正当性を完全に裏づけるものには程遠い。」「特許とイノベーションの関係は、産業によって大きく異なるように思われ、例えば、バイオメディカル産業では特許制度はその費用に見合うのに対し、他の産業では費用に見合わないことが一部の証拠

⁵⁴ See, e.g., JESSICA SILBEY, *THE EUREKA MYTH: CREATORS, INNOVATORS, AND EVERYDAY INTELLECTUAL PROPERTY* (2015).

⁵⁵ See, e.g., JULIE E. COHEN, *CONFIGURING THE NETWORKED SELF: LAW, CODE, AND THE PLAY OF EVERYDAY PRACTICE* 50-57 (2012); Julie E. Cohen, *Creativity and Culture in Copyright Theory*, 40 U.C. DAVIS L. REV. 1151, 1152 (2007); Jeanne C. Fromer, *A Psychology of Intellectual Property*, 104 NW. U. L. REV. 1441, 1443-44 (2010); Eric E. Johnson, *Intellectual Property and the Incentive Fallacy*, 39 FLA. ST. U. L. REV. 623, 627 (2012); Gregory N. Mandel, *Left-Brain Versus Right-Brain: Competing Conceptions of Creativity in Intellectual Property Law*, 44 U.C. DAVIS L. REV. 283, 285-86 (2010); Gregory N. Mandel, *To Promote the Creative Process: Intellectual Property Law and the Psychology of Creativity*, 86 NOTRE DAME L. REV. 1999, 2000 (2011); Jessica Silbey, *Harvesting Intellectual Property: Inspired Beginnings and "Work-Makes-Work," Two Stages in the Creative Processes of Artists and Innovators*, 86 NOTRE DAME L. REV. 2091, 2093 (2011); Sara K. Stadler, *Incentive and Expectation in Copyright*, 58 HASTINGS L.J. 433, 436 (2007); Rebecca Tushnet, *Economies of Desire: Fair Use and Marketplace Assumptions*, 51 WM. & MARY L. REV. 513, 515 (2009); Diane Leenheer Zimmerman, *Copyright as Incentives: Did We Just Imagine That?*, 12 THEORETICAL INQUIRIES IN L. 29, 31 (2011); cf. Laura G. Pedraza-Farina, *Patent Law and the Sociology of Innovation*, 2013 WIS. L. REV. 813, 856. But see Daniel J. Hemel & Lisa Larrimore Ouellette, *Beyond the Patents-Prizes Debate*, 92 TEX. L. REV. 303, 353-55 (2013) (challenging the idea that creation is driven by nonmonetary motivations by noting that they often coexist with monetary ones).

から明らかになっている。」⁵⁶「Fritz Machlup の時代において、まだ証拠がないのだから、理論を信用すべきだと主張することは1つの見識である。証拠がないのなら、現状維持が最善だという Machlup の指摘は正しかったといえる。しかし、私たちが積極的に証拠を集め、知的財産権が社会に対して害よりも利益をもたらしているとは決していえないことが明らかになった今、それでもなお理論を信じ続けるというのは、これとは全く別の話である。」⁵⁷

(3) 肥大化した現行知的財産制度への懐疑

第3に、特許であれ、著作権であれ、この30年間で知的財産権の保護が大幅に拡大・強化されたことは明らかであって、政府による自由市場規制の範囲がこれだけ拡大したにもかかわらず、また実証研究の結果が前述のようなものであるにもかかわらず、現状維持が最善だということなどできないはずだという点である。

いわく、「私たちはただ現状を維持しているのではない。この数十年間、知的財産に関する数々の新法が制定され、そのほとんどすべてが知的財産権の拡大を目指すものであった。」確かに「近年、特許法は知的財産権の拡大の例外として重要な存在になった」が、それでも「今日の特許法は30年前に比べるとはるかに強力である。」「2014年の特許発行件数は30年前の6倍にあたり、そうした特許に基づく訴訟の大半は、パテントトロール、つまり40年前には存在すらせず、しかも道徳上実際の製品の生産者よりも弱い権原しかもたないとされる新しいカテゴリーの原告が提起したものである。」⁵⁸ また、「著作権はいまだにその範囲を拡大し続けている。」「著作権に関する多くの新たな法律が制定された結果、著作権の保護期間のみならず保護の範囲も拡大され、罰則が増え、実際の侵害行為から程遠い行為にまでその適用範囲が広がっている。」「知的財産に対する既存の政府規制の構造を証拠によって正当化することが難しいとするならば、インターネット上の違法行為から知的財産の所有者を守るという名目で次から次

⁵⁶ Lemley, *supra* note 9, at 1334.

⁵⁷ *Id.* at 1334-35.

⁵⁸ *Id.* at 1335.

に制定される、自由市場から大きく逸脱した新法を証拠によって正当化することはさらに難しいといわざるをえない。⁵⁹

2. 義務論・直観主義に基づく現行制度擁護論への批判

(1) 信念に基づく知的財産理論の広がり

こうしてLemleyは、実証的功利主義の立場から、伝統的な知的財産理論や肥大化した現行知的財産制度の正当性に対して懐疑的な態度をとるのである。しかしLemleyによれば、「多くの人々は、この証拠に基づいて知的財産理論に疑問を投げかけるのではなく、証拠を無視し、これまで通りのやり方を続けるための方法を探している。」⁶⁰中には、「証拠を必要としない信条の体系に退避する」ことによって、「全く証拠に依存しない立場を徐々に確保しようとしている」者もいるとする⁶¹。

Lemleyがその象徴として挙げるのが、MERGES『知財の正義』である。いわく、「Mergesはこれまで数十年にわたって特許制度の経済分析を先頭に立って擁護してきたにもかかわらず、『どんなに頑張っても、私には、知的財産法がないよりもあった方が人々は豊かになることを証明する検証可能な証拠に基づいて、現在の知的財産制度を正当化することはできない』として白旗を揚げた。」⁶²「自らの理論が証拠によって裏づけられないならば、その理論を疑うのが合理的である。」しかし、Mergesはそうではなく、知的財産権とは本来社会的効用のみを理由に犠牲にすることが許されない道徳的な権利であって、「知的財産法が必要かつ重要であるという私の信念は強まる一方であった」というのである⁶³。これは、証拠から信条の体系への退避であって、信念に基づく知的財産理論にほかならない⁶⁴。

Lemleyは、このほかにも、自然権や正義に基づく知的財産権の正当化を

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.* at 1336.

⁶² *Id.* at 1336-37.

⁶³ *Id.* at 1337.

⁶⁴ *Id.*

試みる Spinello & Bottis や Moore らの研究⁶⁵や、アイデアに対する財産権の合理性を証拠や費用便益に基づいて分析するのではなく、当該財産権それ自体を自己目的化して分析を進める経済学者 Epstein らの研究⁶⁶を挙げながら、信念に基づく知的財産理論が増えつつあることを明らかにしている。

(2) 信念に基づく知的財産理論の問題点

Lemley はこのように、証拠や費用便益分析に依拠することなく、義務論や権利論に基づいて知的財産権を正当化する立場を「信念に基づく知的財産理論」として位置づけている。Lemley によれば、信念に基づく知的財産理論には大きく 2 つの問題があるという。1 つが記述理論としての限界であり、もう 1 つが証拠に基づく検証の困難性と道徳的直観主義政策への懸念である。

① 記述理論としての限界

まず、記述理論としての限界から見ていこう。Lemley は、信念に基づく知的財産論者の主張について、Locke や Hegel に由来する「私が作ったのだから、所有するのは私だ (I made it and so I own it)」という考え方の変型バージョンを説くものと整理している⁶⁷。MERGES『知財の正義』の主張内容に関しても、基本的にこれ以上の意義を認めていない。そのうえで、こう

⁶⁵ RICHARD A. SPINELLO & MARIA BOTTIS, A DEFENSE OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS (2009); Adam D. Moore, *Intellectual Property, Innovation, and Social Progress: The Case Against Incentive-Based Arguments*, 26 HAMLIN L. REV. 601, 630 (2003); Alina Ng Boyte, *Finding Copyright's Core Content*, 10 U. ST. THOMAS L.J. 774, 775 (2013); David Opperbeck, *Beyond Bits, Memes, and Utility Machines: A Theory of Intellectual Property as Social Relations*, 10 U. ST. THOMAS L.J. 738 (2013).

⁶⁶ Richard A. Epstein, *The Disintegration of Intellectual Property? A Classical Liberal Response to a Premature Obituary*, 62 STAN. L. REV. 455, 456 (2010). Cf. RONALD A. CASS & KEITH N. HYLTON, LAWS OF CREATION: PROPERTY RIGHTS IN THE WORLD OF IDEAS 211-18 (2013); Daniel F. Spulber, *How Patents Provide the Foundation of the Market for Inventions*, NW. U. SCH. L. & ECON. SERIES 1, 2 (2014), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2487564.

⁶⁷ Lemley, *supra* note 9, at 1338-39.

した主張に基づいて知的財産権の性質や現行制度の構造をうまく説明することはできないとして、MERGES『知財の正義』の記述理論としての限界を指摘している。

例えば、「かりに私たちがLockeに〔基づいて〕『彼の』リンゴの所有権を認めるのが望ましいと考えたとしても、彼は木になっているリンゴを摘み取ることができることを発見したのだから、彼には他人が同じことをするのを禁じる道徳的な権利が認められると考えるのは、かなり飛躍した話である」として、Mergesの主張の説得力に疑義を呈している⁶⁸。

また、特許訴訟において独自発明者が被疑侵害者として訴えられることが圧倒的に多いことを挙げたうえで、「私が創作したのだから、所有するのは私だ」という道徳理論に基づいて、「最初の発明者が、それによってもたらされる社会的費用にかかわらず、他のすべての独自発明者によるアイデアの開発を禁止できる権利を手にする」というのも、かなり飛躍した話であって、説得力に欠けるとする⁶⁹。

さらに、かりにMergesが「私たちは労働それ自体に価値を見出しており、労働を行ったのだから、労働した人がその成果を手にするのだ」という考え方に立脚しているのだとしても、「知的財産権はこうした労働に対する報酬という直観とうまく整合しない」とする。なぜなら、「私たちは、偶然発明をした人に極めて貴重な特許を付与し、たまたま素晴らしい写真が撮れるちょうどよい時間にちょうどよい場所に居合わせた写真家に極めて貴重な著作権を付与する」だけでなく、「権利者以上に生産的な労働を付加して最終生産物へと仕上げた人々——パテントコントロールがスケッチしたアイデアに基づいて実際に製品を製造する企業や、一枚の写真を偶像的イメージへと作りかえたアーティスト——に対してそれらの権利が行使されることさえも許容している」からである⁷⁰。

⁶⁸ *Id.* at 1339. このほか、Lemleyは、Locke、Hegel、Rawlsといった道徳哲学の思想家らが知的財産権をその理論に取り入れなかった点も、これらの道徳哲学に基づく知的財産理論に説得力が欠ける理由の1つとして挙げている。

⁶⁹ *Id.* at 1342.

⁷⁰ *Id.* at 1340.

② 証拠に基づく検証の困難性と道徳的直観主義政策への懸念

次に、証拠に基づく検証の困難性と道徳的直観主義政策への懸念についてである。

Lemleyは、信念に基づく知的財産理論が証拠による反証可能性を認めない点を最大の問題として指摘している。義務論や権利論に基づく知的財産理論は経験的な検証を必要とせず、証拠による反証も認めないため、有意義な対話が成立しないというわけである。

いわく、「Mergesは、知的財産法に対する自らの『信念』に言及しているが、この言葉は的確な言葉である。私が、証拠からの退避を信念に基づく知的財産と呼ぶのは、…知的財産制度の正当性を信念におおているからと、そうすることの論理的な根拠が一種の宗教的信条だからである。この新興宗教の信者は、知的財産制度を信じている。…彼らは知的財産権それ自体を目的としている、つまり、知的財産権とは発明者と創作者に与えられたある種の前国家的権利であると信じている。これは信条なのだから、聖書の文言を鵜呑みにしている人に、神が7日間でこの世界を創ったのではないと私が説得できないように、証拠でこの信条をぐらつかせることはできないのである。もちろん、7日間で天地創造がありえない話だということを証明する地質学上の証拠や考古学上の証拠なら存在するだろう。しかし、信念は、証拠による裏づけに疑念を抱いているだけではない。それは、証拠からの挑戦に頑なに抵抗するのである。実際、この新興宗教の多くの信者は、そのことを自らの信念の強みとして大々的に宣伝し、そのおかげで『功利主義的アプローチで求められる経験的検証の必要性を回避する』ことができると主張するのである。」⁷¹

Lemleyはまた、私たちが信念に基づく知的財産理論に依拠するようになると、知的財産政策が道徳的直観に基づいて策定されるようになり、政策の妥当性をめぐる検証や対話が困難となる点についても警鐘を鳴らしている。

いわく、「ある人物の所有権の主張と、自由が失われたという別の人物の主張とを比較する原理に基づいた方法が存在しないのと同様に、道徳的権利に基づく主張と、そうした権利の行使が実際に他者の創造性を低下さ

⁷¹ *Id.* at 1337-38.

せることを示す証拠とを比較衡量する方法も存在しない。信念に基づく知的財産は基本的に信仰であって科学ではない。なぜなら、それは間違いだと証明される可能性を認めないからである。信念に基づく知的財産へと向かう動きがもたらす必然的な帰結は、私たちが、自分たちの道徳的直観に基づいて政策を策定するようになり、しかもそうした政策の知恵について有意義な対話をなしえなくなるということである。皆さんの道徳的直観が知的財産権を支持するか、それとも反対するかにかかわらず、それが成功の秘訣ではないという点で私たちの意見が一致することを望むばかりである。」⁷²

3. 検討

(1) 実証研究のリーダーとしての自負と非実証主義への批判

Lemley論文から透けて見えるのは、2000年代以降の知的財産分野における実証研究を牽引してきたリーダーとしての自負である。Lemleyは私財を投じて統計分析を行うベンチャー企業（Lex Machina）を起ち上げ、産業分野ごとの特許制度の経済的効果や特許訴訟の動向等に関する数々の実証研究を公表して、特許政策をめぐる議論に多大な貢献をしてきた。そうした自負が、Fritz Machlupの時代との違いを強調し、伝統的な特許理論への懐疑を前面に押し出す主張によく現れている。それだけに、ソフトウェア産業における特許制度の危機論をはじめ、Lemleyのこれまでの実証研究の成果を無視するようなMergesの議論に対して、極めて敏感かつ攻撃的に反応するのだろう。

Lemleyの攻撃の矛先は主にMergesに向けられているが、しかしそれにとどまらない点には注意が必要である。前述のとおりその矛先は、実証研究に依拠せず、もっぱら伝統的な特許理論に依拠して現行特許制度の正当性を擁護する者にも向けられているからである。

さらにLemleyは、本来味方であるはずの一部の知的財産制度懐疑論者にもその批判の矛先を向けている。いわく、『「情報は自由であることを望む』と考える多くの人たちも、証拠に基づく合理的な分析の代わりに、彼らが考える自由基底的な世界のあるべき姿の構想を採用するという、同様

⁷² *Id.* at 1346.

の罪をしばしば犯している。情報は所有されることを望まないのと同じように、自由であることも望まない。私たちが社会としてこうあってほしいと願う情報に関するルールは、私たちの本能や信念ではなく、それらのルールが有益である以上に有害なのかどうかによって決まるべきである。」⁷³

このようにLemleyは、現行知的財産制度の擁護論か懐疑論かを問わず、証拠を無視した議論や証拠に依存しない議論を展開する非実証主義の立場に対して、一貫して批判的な態度をとっている。

(2) MERGES『知財の正義』に対する批判の恣意性

もっとも、MERGES『知財の正義』に対するLemleyの批判に関しては、恣意的な面があるように思われる。前述のとおりLemleyは、同書の主張内容について、「私が作ったのだから、所有するのは私だ (I made it and so I own it)」と説くものということ以上には、その意義を認めていない。原書で100頁強にわたって展開されたMergesの正当化基盤に関する議論は、「I made it and so I own it」という8語の主張内容であって、それに尽きるというわけである。そして、これを前提に、こうした主張に基づいて知的財産権の性質や現行制度の構造をうまく説明できないとしてMergesを批判している。

しかし、Mergesの主張の記述的な意義の限界とされる問題の多くは、実際には、MERGES『知財の正義』の中で紙幅を割いて論じられているものである。例えば、思いがけない幸運 (serendipity) による発明や偶然の創作の取扱い (第4章)、二次創作や独自の創造的貢献をなした者に対する過大な権利行使の制限 (第6・8章)、楽曲のリミックスの問題 (第8章) などである。そこでは、Locke、Kant、分配的正義の理論の観点から、あるいは比例性原理など中層の原理の観点から議論が展開されており、義務論ないし権利論に基づく説明が具体的に提示されている。それゆえ、Lemleyのいう記述的意義の限界というのは、多くの場合、Mergesの議論を「私が創作したのだから、所有するのは私だ」と説く道徳理論として定式化するLemley自身の議論枠組みに起因するところが大きいように思われる。

この点に関連して憲法学者であり法哲学者でもあるLawrence Solumは、

⁷³ *Id.* at 1344.

Mergesに対するLemleyの批判の問題点を次のように指摘している。いわく、「Lemleyは、帰結主義に基づかない正当化根拠の擁護者は『信念』に突き動かされているという個人攻撃を行っているが、こうした主張は典型的な非形式的誤謬 (informal fallacy)⁷⁴を犯すものである。つまりLemleyに欠けているのは、現代の道徳・政治哲学の全体像をしっかりと踏まえた実体的内容に関する論証である。…そのためには、現代における最善の道徳・政治哲学への本格的な関わりが求められるのである。」⁷⁵

同様のことは、Mergesの議論は証拠に基づく検証が困難であり、道徳的直観に基づく知的財産政策の策定へと私たちを導くものであるというLemleyの批判にも当てはまる。確かに、Mergesは、社会的費用や効用のみを理由として創作的労働の成果に対する職業的創作者への権利の割当てを犠牲にすることは許されないと主張しており、この点に関してはLemleyのいうとおりかもしれない。しかし他方でMergesは、知的財産制度の規範的基盤と中層的原理とを区別することで、各論者がその支持する根源的な基盤にかかわらず、中層的原理に基づいて知的財産政策に関する対話をなすことが可能となるとも主張していた。Mergesのいう中層的原理には効率性原理や比例性原理が含まれており、義務論や権利論の立場であっても知的財産政策の策定にあたって証拠に照らした検証や対話を行うことが予定されている。LemleyはこうしたMergesの主張には一切触れていない点で恣意的な面があるように思われる。

(3) 実証的功利主義の課題

ところで、Lemley自身、実証的功利主義には課題があることも認めている。それが、証拠の複雑さや曖昧さである。つまり、証拠によって明らかになる状況が複雑であったり、ときに相互に矛盾した結果が明らかになる点である。「こうした証拠の極度の曖昧さこそ、知的財産を専門とする法律家や研究者、そして政策決定者としての私たちを悩ます元凶に違いな

⁷⁴ 非形式的誤謬とは、論証における推論に何らかの間違ひのある論証パターンのことをいう。

⁷⁵ Solum, *supra* note 10.

い」とLemleyは説明している⁷⁶。

とりわけ著作権分野の実証研究の話になると、Lemleyの主張は急にトーンダウンする。いわく、「著作権業界では、インターネットによる挑戦への対応が一樣でないうえに、業界の収益性には、インターネット上での違法行為の容易さやその頻度との明確な相関関係もないように思われる。芸術家や発明者を対象とした行動研究も複雑である。ほとんどの創作者にとって、金銭的な儲けは創作活動の主たるモチベーションではないようだが、ときには金儲けへの欲求が創作意欲に勝る場合もある。また、作品を無料で公開するための手段がインターネット上で提供されているために、驚くほど多くの人が、自分の作品を無料で公開することに躊躇しないようである。その一方で、知的財産権によって収入が得られる結果、プロの芸術家が存在するようになり、このことは、分配上の理由から、あるいは私たちがアマチュアの作品よりもプロの作品を好むという理由から、望ましいかもしれない。」⁷⁷

このうち、私たちにはアマチュアの作品よりもプロの作品を好む傾向があり、プロの芸術家を知的財産権によって支援することが望ましいという点は、職業的創作者の労働の成果は社会にとって高い価値を有するものであり、私たちの尊敬の念と報酬に値するというMergesの議論⁷⁸を支持する証拠であるように見える。また、驚くほど多くの人がインターネット上で自己の作品を無料で公開することに躊躇しない傾向があるという点も、デジタル環境における取引費用の問題は権利者の自発的な権利放棄によって軽減を図ることができるとするMergesの議論⁷⁹を裏づける証拠であるように思われる。

このように、著作権の分野に関しては実証研究の結果が一樣ではなく、Mergesの議論を裏づけるような証拠も散見される。こうした状況を受けてか、Lemleyは、著作権の正当化理論に対しても相対的に寛容な態度を示している。いわく、「例えば、人は世の中が自分たちを公平に扱ってくれる

⁷⁶ Lemley, *supra* note 9, at 1334.

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ MERGES, *supra* note 8, Ch. 10 [邦訳第10章].

⁷⁹ *Id.* Ch. 7 [邦訳第7章].

と思えばますます創造的になるとか、人はフリーライド行為を本質的に不公平な行為だとみなしているといった主張もありうるだろう。」「ひよっとすると皆さんの理論とは、人は、自分たちが亡くなっても孫たちは食うに困らないとわかったときにだけ、創作に励むということなのかもしれない。」「私はいずれにも懐疑的だが、これらは〔著作権の〕保護を正当化するかもしれない理論であって、1つの立論として証拠に照らして検証されるべきものである。」⁸⁰

こうしたLemleyの態度は、特許分野の実証研究に関して Machlup の時代との違いを強調し、今なお伝統的な特許理論を信じ続けることに対して極めて批判的な態度をとっていたのとは対照的である。このことは、実証的功利主義の立場にとって、著作権の分野には乗り越えるべき課題が多いことを示唆しているように思われる。

IV 基盤の多元主義に基づく実証原理主義批判

—Merges 「功利主義原理主義への反論」(2016)—

Lemley論文が公表された翌年、Mergesは、「功利主義原理主義への反論」と題する論文を公表し、Lemley論文への反論を試みている。

Mergesはまず、Lemleyによる批判の要点を次の3点にまとめている。すなわち、「(i)非経験的な推論は本来的に疑わしいものである。(ii)厳密な意味で経験的でない理論は反論、特に実証に基づく反論に抵抗する根源的なコミットメントを有している。(iii)したがって、実証に基づかない知的財産理論は学問的対話にそぐわないものである。なぜなら、そのような理論の擁護者は、冷静な理由からではなく、宗教的信条——軽蔑的な意味で『信念』——の領域で擁護しているからである。」⁸¹

こうしたLemleyの批判に対して、Mergesは、実証的功利主義帝国論の誤謬、経験的証拠から示唆される知的財産をめぐる道徳的判断の規則性、中層の原理に基づく対立する基盤論者間の対話可能性という3つの観点から反論を加えている。

⁸⁰ Lemley, *supra* note 9, at 1345.

⁸¹ Merges, *supra* note 11, at 681-82.

1. 実証的功利主義帝国論の誤謬

第1に、実証的功利主義帝国論の誤謬についてである。この点につき Merges は、実証的功利主義の規範的優越性の非自明性と厳格な実証主義の限界の2つに分けて敷衍している。

(1) 実証的功利主義の規範的優越性の非自明性

まず、実証的功利主義の規範的優越性の非自明性から見ていこう。Merges によれば、Lemley は実証的功利主義が真実へのただ1つの道であると考えているが、これはあまりにも狭量な考え方であるとする⁸²。この点に関しては Solum も同様の指摘をしている。いわく、「現状について見解の相違はあるものの、[Lemley のように] 帰結主義が間違いなく真実だと考えるのは明らかに誤りであろう。」⁸³

そのうえで、Merges は、Lemley が非実証的な立場をすべて一括りに「信念に基づく知的財産理論」と位置づけ、不合理で非科学的な信条であるという軽蔑的なレッテルを貼ることで自己の立場以外に選択肢がないことを説くのは、学問的な方法として問題があるとして厳しく批判している。いわく、「1つの道だけを選んで、それ以外の道を支持する人たちを排他的だと批判するのはやりすぎである。」⁸⁴「Lemley 論文は、対立するすべての理論をひとまとめにして、太古に起源をもつような、あまりにも単純かつ不合理で、後ろ向きな議論であるというレッテルを貼ることによって、自らの考え方以外に選択肢はないことを明確にしている。」⁸⁵「[こうした手法によって] 実証的功利主義理論を真実へのただ1つの道、すなわち啓蒙への唯一の道のりであるかのようにその地位を押し上げることは深刻な過ち」であり、決して擁護できるものではない⁸⁶。

⁸² *Id.* at 685.

⁸³ Solum, *supra* note 10.

⁸⁴ Merges, *supra* note 11, at 681.

⁸⁵ *Id.* at 685.

⁸⁶ *Id.*

(2) 厳格な実証主義の限界

次に、厳格な実証主義の限界についてである。Mergesによれば、Lemleyは実証原理主義とでもいうべき厳格な実証主義の立場をとっているが、こうした立場には計算可能性 (calculability) の面で大きな限界があるとす。いわく、「まず、ある行為の帰結をすべて予測することは不可能に近いことである。もちろんこれは、因果関係に関する文献ではよく知られたことである。下流事象の『重要な』または『直接的な』原因を判断することですら複雑な作業である。ましてや、相互作用の効果を考慮する場合——すなわち、ある決定が他の決定にどのような影響を及ぼし、関連する行為が最初の決定とどのように作用し合って最終的な結果がもたらされるのかを予測する場合——には、ますます難しくなる。」⁸⁷

そのうえで、Mergesは、こうした計算可能性の限界が、厳格な実証主義の実効性に対し深刻な問題を突きつけることを指摘している。Mergesはその一例として、インターネット上の著作権侵害に係るプラットフォーム運営者の責任をどのように考えるべきかという問題を挙げている。いわく、「例えば、インターネット上のプラットフォーム運営者が、そのプラットフォームにユーザが投稿した著作権侵害物について責任を負うべきかどうかを私たちが決めなければならないとしよう。1つの案は、大量の著作権侵害行為が確認された人物の投稿を遮断する義務を負うことを条件に、プラットフォーム運営者を広く免責することである。もう1つの案とは、プラットフォーム運営者の責任レベルを上げること、すなわち、投稿者が特定できるか否かにかかわらず、また素材が著作権を侵害していることをプラットフォーム運営者自身が事前に知っていたかどうかにかかわらず、著作権侵害の投稿についてプラットフォーム運営者にさらに広範な責任を負わせることである。」⁸⁸

「この判断の帰結はどうなるだろうか。免責という案を選べば、プラットフォーム運営者が利益を得るのは明らかである。なぜなら、著作権侵害が原因で大きな責任を負う心配がなくなるからである。だが、もしこうしたプラットフォーム運営者の保護のせいで、著作物の作者の収入を得る能

⁸⁷ *Id.* at 697-98.

⁸⁸ *Id.* at 698.

力が低下することになれば、作者は困るのではないか。たぶん困るだろう。しかしこの場合も、プラットフォームの相対的開放性によって、より多くの人たちに創作の場を提供することができるだろう。ひょっとすると、アマチュアの創作者は聴衆を増やすかもしれない。あるいは、プラットフォームの使用者は、著作権の行使が寛容な環境で、多様な創作物から利益を得るかもしれない。これに対し、プラットフォーム運営者の保護は少なく/責任を重くする案を選択した場合、著作物の特定に役立つ優れたフィルタリングソフトウェア（アクセス制限ソフト）が開発されるかもしれない。おそらくこのソフトウェアは、検閲に一役買うことになるだろう。そしてそれによって、いつどこで著作物が利用されたかを具体的に特定することが可能となり、創作者への少額の直接的な支払いにも役立つ自動補償金システムが構築されることになるだろう。さらにもしかすると、その結果として、これで生きていけるかもしれないと期待して、この分野に参入する人が増えるかもしれない。しかしこの場合もやはり、プラットフォーム運営者が著作権侵害の請求に対し定期的に支払いを行わざるをえないとなれば、こうした企業にとってイノベーションの機会は減少するだろう。こうした企業は、ビデオや音楽を製作するための独自のスタジオ建設に投資する余裕もなくなるかもしれない。その結果、こうした投資が行われれば利益を得られたであろう芸術家は、最低の生活に陥るかもしれない。もしかすると、こうした芸術家の中には創作活動を断念する者も現れて、いくつかの傑作が誕生するチャンスが失われることになるかもしれない。』⁸⁹

「このように潜在的な帰結を考えていて気づくのは、包括的な帰結主義には希望がないということである。ある哲学者が指摘するように、『私たちは、厳密な意味で何も知らないわけではないかもしれないが、事実上、何も知らないに等しい状態にある。この場合、帰結主義の問題点とは、ある行為の予測可能な帰結が、多くの場合、実際の帰結という大海の一滴にすぎないということである。』⁹⁰ さまざまな結果に蓋然性を割り当てることでこの問題の深刻さを緩和しようとしても、うまくいかないだろう。そ

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ James Lenman, *Consequentialism and Cluelessness*, 29 PHIL. & PUB. AFF. 342, 350 (2000).

れによって問題の複雑さは解消しない。むしろ、事象に重要性を割り当てるといふ別の任務を帰結主義に負わせることになるのである。」⁹¹

2. 経験的証拠から示唆される知的財産をめぐる道徳的判断の規則性

第2に、経験的証拠から示唆される知的財産をめぐる道徳的判断の規則性についてである。Lemleyは非経験的な理論（義務論）に基づく推論は非科学的で、経験的証拠に抵抗する根源的なコミットメントを有していると主張するが、Mergesによれば、こうした主張は実証研究から明らかとなる道徳的判断の規則性を看過するものであって妥当性を欠くとする。

Mergesはまず、Lemleyの主張がかつてのPosnerの議論を彷彿とさせることを指摘している。Posnerは、法と経済学の立場から自然的正義の基盤を批判する野心的な著作の中で、道徳的判断に対し、道徳的な判断能力はもっぱら論理的根拠のない、あるいは論理的に根拠づけることができない好みや嫌悪から構成されており、道徳的判断の基礎には「一般的な道徳原則など存在せず、あるのは個別的な道徳的直観のみである」と批判した⁹²。しかし、こうしたPosnerの主張に対しては異論が強い。例えば、道徳的判断がもっぱら個別的な道徳的直観に依拠してケースバイケースで行われるというのは誤った仮定であり、「平均的な個人が、数えきれないほどの新しいケースについて体系だった安定した道徳的判断ができる理由を説明するには、その人物が、暗黙のうちに原則や規則の体系によって導かれていると仮定しなければならない」と指摘されている⁹³。

Mergesは以上のような議論を紹介したうえで、Lemleyの主張の問題点を次のように指摘している。「物事をうわべしか見ない多くの人々は、道徳的直観を『証拠からの退避』と同じものとして、すなわち経験的観察または科学的事実で代わるものとして捉える。しかしこのように考えると、道徳的推論の性質をひどく誤解することになる。道徳的判断の説明として最

⁹¹ Merges, *supra* note 11, at 699.

⁹² RICHARD A. POSNER, *THE PROBLEMATICS OF MORAL AND LEGAL THEORY* 11 (1999). 同書の紹介として、林田清明「R. ポズナーの道徳無用論」アメリカ法2001-1号100頁。

⁹³ John Mikhail, *Law, Science, and Morality: A Review of Richard Posner's The Problematics of Moral and Legal Theory*, 54 STAN. L. REV. 1057, 1092 (2002).

も有名なのは、そのような判断は不合理な直観ではなく、すべての人間に固有の『普遍的な道徳文法 (universal moral grammar)』に基づいている⁹⁴、というものである。⁹⁵

「道徳に関する合理的な議論には、しばしば正義または公正という普遍的感覺への訴えかけが含まれており、それらは明らかに個別主義的ではない。実際、数多くの文献で、人の道徳的判断の規則性を経験的に明らかにする試みがなされている。つまり、道徳的直観については膨大な量の経験主義が存在するのである。したがって、この両方の意味で Lemley の主張は誤っている。義務論に基づくコミットメントを有する私たちは理性を避けるのではなく、それに依存している。しかも私たちは、経験的証拠に抵抗しているのではない。私たちはしばしばそうした証明を渴望しており、それに関心をもっている。つまり、その違いとは、義務論者の関心は善悪に関する私たちの共通の判断に向けられているのであって、さまざまな行動の結果に関する経験的なデータに厳密で排他的な関心があるわけではない点である。」⁹⁶

Mergesによれば、知的財産に関して、私たちの道徳的判断が広い範囲で重なり合うことを示す研究が存在する。Mergesはその一例として、物の所有者とアイデアの所有者に関する子供の判断を調査した研究を挙げている⁹⁷。すなわち、同研究によれば、「子供（6歳～8歳）は、物とアイデアのいずれについてもその占有を最初に確立するのは誰かということに基づいて、それらの所有者を判断する。調査2の結果が示すように、子供はアイデアの所有者を判断するために、物の所有者に関する別の原則、すなわち許諾をコントロールしているのは誰か、当該事物に他者がアクセスするのを制限する能力を有しているのは誰かという基準を適用する。…こうした実験結果を総合的に判断すると、成人と同じく6歳児も、物だけでなくアイデアについても、所有者に関するルールを適用することが示唆され

⁹⁴ JOHN MIKHAIL, ELEMENTS OF MORAL COGNITION: RAWLS' LINGUISTIC ANALOGY AND THE COGNITIVE SCIENCE OF MORAL AND LEGAL JUDGMENT 15 (2011).

⁹⁵ Merges, *supra* note 11, at 692.

⁹⁶ *Id.* at 689-90.

⁹⁷ *Id.* at 693-94.

るのである。」⁹⁸

Mergesはまた、創作的な労働が介在する場合の所有者に関する子供の判断を調査した研究も、知的財産に関する道徳的判断に大に関係があるとする。いわく、「ある研究では、子供に、Aという人物が所有する粘土のような物を見せたあと、Bという人物がその粘土に手を加えて何かの作品——例えば小さな人形——を作る様子を見せた。そうしたところ、『3歳児および4歳児は、創作的な労働を理由として、素材の最初の所有者ではなく作品の作者を最終作品の所有者として認める傾向が強い』ことが明らかとなった⁹⁹。しかも、こうした創作的な労働を評価するという傾向は、子供自身の作品のみならず他者の作品についても及ぶのである。」¹⁰⁰

以上をもとにMergesはこう主張している。「これらの研究から明らかなのは、所有権、公正性および創作的な労働の重要性に対する人々の考え方には強い規則性があるということである。」¹⁰¹「したがって、KantやRawlsの義務論に基づく体系的制度を拒絶したとしても、経験的にいえば、財産権の問題については多くの人が道徳的判断を下すための固有の共通基盤に立ち返るという事実と直面せざるをえない。逆説的になるが、道徳上の問題については、人は本来、経験主義者ではないことを示す経験的証拠が存在する。人は、広く浸透しているがために普遍的存在に近い道徳的判断に依存している。そしていずれにせよ、そうした道徳的判断は、洗練されていない、検証不能で不安定な信条にすぎないものではない。そうした道徳的判断には一貫した形状とパターンが存在するように思われる。つまり、道徳的判断とは、盲目的な信仰 (blind faith) の問題ではなく、一種の独特な理性 (reason) なのである。」¹⁰²

⁹⁸ Alex Shaw, Vivian Li & Kristina R. Olson, *Children Apply Principles of Physical Ownership to Ideas*, 36 COGNITIVE SCI. 1383, 1383 (2012).

⁹⁹ Patricia Kanngiesser, Nathalia Gjersoe & Bruce M. Hood, *The Effect of Creative Labor on Property: Ownership Transfer by Preschool Children and Adults*, 21 PSYCHOL. SCI. 1236, 1238 (2010).

¹⁰⁰ Merges, *supra* note 11, at 694.

¹⁰¹ *Id.* at 695.

¹⁰² *Id.* at 695-96.

3. 中層的原理に基づく対立する基盤論者間の対話可能性

(1) 基盤と中層的原理の区別

第3に、中層的原理に基づく対立する基盤論者間の対話可能性についてである。Mergesによれば、Lemleyは実証に基づかない知的財産理論が学問的対話にそぐわないと主張しているが、こうした主張は『知財の正義』の議論を完全に無視したものだとする。なぜなら、『知財の正義』では、まさにLemleyのような批判を想定して、知的財産制度の根源的な正当化基盤と同制度の運用を支える中層的原理とを区別し、義務論(権利論)か功利主義かにかかわらず、共通の原理に基づいて知的財産政策をめぐる対話を可能にする議論枠組みを提示したからである。

いわく、『知財の正義』で私は、[特定の基盤理論以外をすべて排斥するといった]『基盤の排斥』論を予測し、それを回避するために全力を尽くした。私の戦略は多元的な政治理論、とりわけ故John Rawlsの業績に手がかりを求めるというものであった。その際私は、知的財産分野の政策に関する対話の長所として、そうした対話が、根源的なコミットメントに関する対話を超えたレベルで行われていることを指摘したが、その考えは今も変わっていない。実際私は、自らが念頭においていた基盤の多元主義を説明するために、『最下層における空間的な余裕』という表現を用いた。知的財産理論の『最下層』という概念自体、知的財産法の日常の政策論争から、基盤レベルのコミットメントを切り離すためのものである。こうした多層構造の明らかな目的とは、特定の基盤のコミットメントに関する排他的主張を防ぐことにある。つまり私は、各人の基盤のコミットメントとは無関係に、知的財産政策について議論できる『公共的空間』が必要だということを明らかにしようとしたのである。この姿勢は、狭量で排他的なものではなく、むしろその逆である。¹⁰³

「あらゆる点で『知財の正義』は、他者に敬意を払い、多元的なコミットメントを認めている。この著書を、曖昧だとか誤りだと批判することはできるだろう。…しかし、この著書に対話を拒絶し、理性的な議論に抵抗する理論を構築するものと非難するのは公平ではないように思われる。なぜならこの著書は非排他的であるために多大な努力を払っているのだ

¹⁰³ *Id.* at 682-83.

から。」¹⁰⁴

(2) 知的財産分野の政策課題の性質

このように *Merges* は、義務論者と功利主義者であっても、最も根源的な基盤とは機能的に区別された中層的原理に基づいて望ましい知的財産政策のあり方を議論することは可能であるとしている。ここで注目されるのは、*Merges* がその論拠の 1 つとして、知的財産分野の政策課題には基盤レベルでのコミットメントから切り離して論じることができるものが多いことを挙げている点である。*Merges* はこの点を知的財産分野の長所として評価している。

いわく、「知的財産を取り巻く環境のプラスの側面として、多様な基盤のコミットメントをもつ知的財産研究者と実務家とが常に寄り集まって政策について議論することができる点を挙げることができる。」¹⁰⁵ 「実際、私も *Mark Lemley* とは定期的に議論し、政策に関する具体的な提言についてたびたび合意している。そもそもなぜ社会に知的財産制度が存在するかという点では意見は一致しないものの、私たちの間には明らかに共通の認識があって、そのおかげで私たちは相互に影響し合い、協力することができるのである。私の考えでは、私たちは基盤レベルを超えたレベルで相互に影響し合っている。つまり、私たちの間には、知的財産分野に効率性や比例性といった特定の中層的原理が存在することについて合意が存在するのである。」¹⁰⁶

4. 検討

(1) 知的財産分野の実証研究の現状に対する *Merges* の評価

以上のとおり *Merges* は、実証主義を厳格に要求する *Lemley* の見解に対し、その限界や問題点を明らかにしている。では、*Lemley* が強調していた 2000 年以降の知的財産分野の実証研究の質的・量的な拡大に対して、*Merges* はどのように評価しているのだろうか。

¹⁰⁴ *Id.* at 709.

¹⁰⁵ *Id.* at 701.

¹⁰⁶ *Id.* at 701-02.

Mergesによれば、「知的財産法には、『正味の総計』としてみた〔経済的効果の〕結論を正当化できるほど広範な研究が行われた分野がほとんど存在しない。この分野の実証研究の多くは、1つの独立した法理ないし実務について検討を行うものにすぎず、包括的といえるような研究は皆無に等しい¹⁰⁷。」¹⁰⁸「ただし、1つだけ例外が考えられる。すなわち、製薬・化学産業から特許保護を撤廃すれば、現存するそれらの産業は深刻な被害を受けることになるだろうということは、確かにいえるように思われる¹⁰⁹。しかし、この場合でも結論は暫定的なものにすぎない。なぜなら、これらの実証研究はあくまでも現在の産業の構造を前提とするものだからである。例えば、政府の補助金や、研究開発投資に応じた一般消費者向け広告支出の厳格な規制など、一定の抜本的な再編が行われた場合には、知的財産権がなくても製薬・化学産業が存続できる可能性があることは容易に想像がつく。」¹¹⁰「したがって、この典型的な事例においてすら、私たちは、こうした業界で知的財産権の保護を撤廃した場合の帰結について、恒久的で包括的な判断を下すに足りるだけの十分なデータがあると結論づけることはできないのである。」¹¹¹

以上の記述からは、Mergesが、知的財産制度の経済的効果に関する実証

¹⁰⁷ See, e.g., Christopher Buccafusco & Paul J. Heald, *Do Bad Things Happen When Works Enter the Public Domain?: Empirical Tests of Copyright Term Extension*, 28 BERKELEY TECH. L.J. 1, 29 (2013) (著作権の保護期間が満了しても当該著作物の入手可能性は減少しないとす); Eric Budish, Benjamin N. Roin & Heidi Williams, *Do Firms Underinvest in Long-Term Research?: Evidence from Cancer Clinical Trials*, 105 AM. ECON. REV. 2044, 2045 (2015) (特許の有効な保護期間が医薬品の研究開発を歪めており、その結果、医薬品の研究開発においては、製品化に要する期間がより短く、特許の有効な保護期間がより長い医薬品の方が、製品化に要する期間が長い医薬品よりも多くの注目を集めているとする); see generally Robert P. Merges, *A Few Kind Words for Absolute Infringement Liability in Patent Law*, 31 BERKELEY TECH. L.J. 1, 12-14 (2016) (知的財産分野の厳格責任に関する実証研究を要約している)。

¹⁰⁸ Merges, *supra* note 11, at 701-02.

¹⁰⁹ See Stuart J.H. Graham et al., *High Technology Entrepreneurs and the Patent System: Results of the 2008 Berkeley Patent Survey*, 24 BERKELEY TECH. L.J. 1255, 1325 (2009).

¹¹⁰ Merges, *supra* note 11, at 700 n. 46.

¹¹¹ *Id.* at 699-700.

研究の現状について、製薬・化学産業における特許制度の経済的効果に関する実証研究を除いて、Machlup の時代と何ら状況は変わっていないと評価していることが窺える。この点は、Machlup の時代との相違を強調する Lemley と見解が鋭く対立している点である。

Merges は、『知財の正義』と同様に、本論文においても、Lemley らが主張するソフトウェア産業における特許制度の危機・破綻論には全く言及していない。また、Lemley らがその論拠として提示する実証研究についても引用をしていない。こうした Merges の真意は明らかでないが、Lemley らの先行研究に触れることなく特許制度の経済的効果に関する包括的な研究は皆無に等しいと結論づける点が、証拠の無視という Lemley の批判を招く最大の要因になっているように思われる。

一方、Merges が、製薬・化学産業における特許制度の正の経済的効果を示す実証研究に関しては、好意的に評価している点も目を惹く。これは、『知財の正義』で受け容れる用意があったとしていた、知的財産の保護が正味の社会的効果をもたらすことを示す証拠の一例といえようか。もともと、Merges は、実証研究に基づいて製薬・化学産業における特許保護を真に正当化するには、同産業を取り巻く構造の変化の可能性をも視野に入れた、恒久的で包括的な判断を下すに足りるだけの十分なデータが必要となるとして、実証的功利主義に基づく正当化の限界も強調している。

(2) 知的財産政策をめぐる Merges と Lemley の見解の対比

① 特許政策

前述のとおり Merges は、知的財産制度の存立基盤に関しては Lemley と意見が一致しないものの、知的財産分野の政策論は基盤レベルを超えた中層的原理レベルで行われることが多いため、具体的な提言に関しては Lemley と合意することが少なくないと主張している。

ここで Merges が念頭においているのは、主に特許政策に関してであろう。例えば、自らは実施する見込みのない者がもっぱらライセンス料を獲得する目的で特許を購入して権利行使を行うような場合に、特許権侵害に対する差止めを一律に認めてよいのかという論点（いわゆるパテントトロール/

Patent Assertion Entity (PAE) 問題) について、MergesとLemleyはともに、一定の範囲で差止めを制限する eBay 最判¹¹²を支持している¹¹³。

また、出願日前に「販売に供されていた (on sale)」発明の新規性喪失を定めた2011年改正特許法102条(a)(1)の規定が、出願日前に秘密保持義務を負う第三者に販売された出願発明にも適用されるのかという論点に関しても、両教授はともに同規定の適用を認め、新規性の喪失を肯定する政策を支持している¹¹⁴。そして、この論点が争点となった *Helsinn Healthcare S.A. v. Teva Pharmaceuticals USA, Inc.* 事件において共同でアミカスブリーフを執筆し、2011年改正特許法102条(a)(1)の適用を否定した連邦地裁判決を批判したうえで、連邦巡回区および連邦最高裁に対し、(改正前と同様に)秘密保持義務を負う第三者への販売であっても新規性の喪失事由に該当することを明らかにするよう求めている¹¹⁵。こうした中で連邦最高裁は、全員一致で同規定の適用を認め、両教授の見解を支持した¹¹⁶。

このように、特許法分野における望ましい政策に関しては、MergesとLemleyとで意見の一致を見ることがしばしばある。もちろん、ソフトウェア産業における特許制度の意義や、特許権侵害における独自発明の抗弁の導入の要否¹¹⁷など、両者の間で見解が対立している論点もあるが、全体と

¹¹² eBay, Inc. v. MercExchange, LLC, 126 S. Ct. 1837 (2006).

¹¹³ Robert P. Merges, *The Trouble with Trolls: Innovation, Rent-Seeking, and Patent Law Reform*, 24 BERKELEY TECH. L.J. 1583, 1610, 1614 (2009); MERGES, *supra* note 8, at 165-67 [邦訳214-217頁]; BURK & LEMLEY, *supra* note 4, at 30, 138-39, 160, 164.

¹¹⁴ Robert P. Merges, *Priority and Novelty Under the AIA*, 27 BERKELEY TECH. L.J. 1023 (2012); Mark A. Lemley, *Does "Public Use" Mean the Same Thing It Did Last Year?*, 93 TEX. L. REV. 1119 (2015).

¹¹⁵ Brief for 42 Intellectual Property Professors as Amici Curiae Supporting Appellants, *Helsinn Healthcare S.A. v. Teva Pharms., Inc.*, Fed. Cir. Case No. 2016-1284 (March 14, 2016); Brief Amici Curiae of 45 Intellectual Property Professors in Support of Respondents, *Helsinn Healthcare S.A. v. Teva Pharms., Inc.*, S. Ct. Case No. 17-1229 (Oct. 9, 2018).

¹¹⁶ *Helsinn Healthcare S.A. v. Teva Pharm. USA, Inc.*, 139 S. Ct. 628 (2019).

¹¹⁷ Robert P. Merges, *A Few Kind Words for Absolute Infringement Liability in Patent Law*, 31 BERKELEY TECH. L.J. 1 (2016); Christopher A. Cotropia & Mark A. Lemley, *Copying in Patent Law*, 87 N.C. L. REV. 1421 (2009).

してみれば、特許法分野における両者の対立は見かけほど大きなものではないように思われる¹¹⁸。

これは1つには、特許法の分野では産業の発達やイノベーションの促進がその実現すべき究極的な目的であることについて概ね合意があるからだろう。特許法の個々のルールや政策に関しても、そうした究極的な目的に資するためのものという理解が共有されているように思われる。したがって、権利論に基盤をおく *Merges* であっても、特許制度の運用原理としては効率性原理や比例性原理、あるいは非専有原理を重視しており、個々のルールや政策についても効率性や比例性等の観点から議論を立てる場合が少なくない¹¹⁹。そのため、特許政策をめぐる、功利主義に基盤をおく *Lemley* との間で見解が一致するケースが多いのだと思われる。

② 著作権政策

一方、著作権の政策に関しても同じようにいえるのかは議論の余地があるろう。

例えば、インターネット時代における著作権制度のあり方に関して、両者は基本的な立場を異にしている。*Merges* は、著作物の伝達・配信技術が劇的に発展したとしても依然として著作物の作成に創作者の労力と人格の投影が必要となることに変わりはなく、インターネット時代においても著作権法の基本的な考え方に忠実であり続けるべきだと主張している¹²⁰。これに対し、*Lemley* は、インターネットの発展は情報コンテンツの制作と流通の費用を劇的に削減するとともに、非金銭的な動機に基づく開放的な創造性の繁栄をもたらしており、排他権に基づく人工的な稀少性の作出と

¹¹⁸ この点は、わが国の先行研究でも、特許制度の正当化根拠をめぐる対立する両者の間には、見かけほどの断絶はないのではないかと指摘されているところである。中山・前掲注1)14頁。

¹¹⁹ この点に関連して、*Merges* は『知財の正義』の中で、これまでの自身の特許法研究の成果について次のように述べている。「是非とも分かっていたいただきたいことは、本書のとりわけ第I部の議論が、効率性の観点からなされた私のこれまでの研究や、そうした観点からコミットしてきた詳細なルールや法理の分析…を台無しにするものではないということである。」*MERGES, supra note 8, at 11* [邦訳14頁]。

¹²⁰ 本文II.1.(2)参照。

金銭的な動機づけを基礎とした著作権制度のあり方に大きな挑戦を突きつけていると主張している¹²¹。

また、著作者人格権の保護をめぐっても両者の見解は鋭く対立している。職業的創作者の自律を重視する *Merges* は、尊厳性の観点から著作者人格権の保護を積極的に評価している。いわく、「著作者人格権に基づけば、ある作品の創作者は、その作品の他の権利の売却または譲渡後であっても、なお保護されることになる。こうした創作者の尊厳の利益は、個々の創作者と作品を結びつけ、法的権利の譲渡という正式な行為によっても断ち切ることができない目に見えない糸のようなものとして考えることができる。歴史的な理由から、尊厳性原理は他の地域よりもヨーロッパ大陸の知的財産法制度において大きな発展を遂げているが、… (私を含め) 多くの者が [米国においても] 尊厳性原理にもっと注目すべきだと感じている。」¹²² これに対し、*Lemley* は、効率性の観点から著作者人格権の保護に批判的な立場をとっている。*Lemley* によれば、著作者に対し、著作権とは独立に、他者が自己の同意なく著作物を改変して改良を加えることを禁止できる権利 (同一性保持権) を付与することは、社会に対して多大な費用をもたらすとする。なぜなら、第 1 に、著作物の利用にあたって著作権と著作者人格権という 2 つの権利処理が必要となるからである。第 2 に、著作者人格権は包括的な放棄ができないため、著作者との取引は単発的な契約関係ではなく、新たな利用のたびに著作者の意向の確認が求められる継続的な関係となるところ、このことは作品の生産的な利用にとって困難と費用を増大させるからである。第 3 に、著作者人格権制度の下では、パロディや風刺といった最も生産的な著作物の利用形態の多くが、著作者にとって好ましくない「変更」や「切除」であることを理由に、完全に排除されてしまうおそれがあるからである¹²³。

このように、著作権法分野における望ましい政策に関しては、*Merges* と *Lemley* とで見解が対立することが少なくない。上記以外にも、既存楽曲の

¹²¹ Mark A. Lemley, *IP in a World Without Scarcity*, 90 N.Y.U. L. REV. 460 (2015).

¹²² MERGES, *supra* note 8, at 8-9 [邦訳11頁].

¹²³ Mark A. Lemley, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, 75 TEX. L. REV. 989, 1031-33 (1997).

リミックスやデジタルサンプリングの問題¹²⁴、あるいはファイル共有ソフト提供者の著作権侵害責任の問題¹²⁵など、デジタル・ネットワーク環境における著作権政策をめぐる見解の対立が目につく。

これは1つには、著作権法の分野において文化の発展がその実現すべき究極的な目的であることについて概ね合意があるとしても、その目的がかなり多様な価値を含んだ漠然としたものであって、特許法における効率性のような特定の尺度によってその目的を具体化しにくいからであろう。そのため、著作権法の個々のルールや政策に関しても、その実現すべき具体的な価値や目的についての理解が一致せず、著作権制度の運用を支える中層的原理として何を重視するかによって、著作権政策の方向性が変わって

¹²⁴ 例えば、Mergesは、リミキサーよりもオリジナル創作者の保護を優先すべきだと主張している。いわく、「もしも職業的創作者が自らの作品がインプットとして扱われることを望まないのであれば、あるいはインプットとして、いつ、どのように扱われるのかを自分で決めたいのであれば、法はその意向を尊重しなければならない。」「できるかぎり率直に言えば、リミキサーの主張は、通常、オリジナル創作者の主張と同じ重みをもつわけではない。なぜなら、両者の主張はオリジナル創作物との関係性においてその立ち位置が大きく異なるからである。」「たしかにリミキサーにはオリジナリティがある。しかし、オリジナリティの程度には作品間で差がある。」「固定された最終的な創作物ではなく、アイデア〔のみ〕を利用したオリジナリティは、既存の完成作品を組み合わせたオリジナリティよりも優先されるべきである。」MERGES, *supra* note 8, at 245-46 [邦訳306-308頁]。

これに対し、Lemleyは、次のように述べている。「他の人々はそれを最初に創作した人と同等の利益を有していないというのは、その答えとはなりえない。それが事実の場合もありえる——確かに私自身、自分が書いた言葉とつながりを有している——が、こうしたつながりは排他性を必要とするものではない。それは、氏名表示や同一性といった人格権を正当化するかもしれないが、そのような権利は知的財産法によって認められる権利のほんの一部にすぎない。知的財産権はむしろ、他の人々がその目や耳にした言論を生産的に用いることができる場合であっても、また、彼らのその言論へのつながりが作者と全く同じくらい強いものであったとしても（例えば、多くのファンフィクションの場合）、彼らがその言論を用いてできることに対して深刻な制限を課すのである。」Lemley, *supra* note 9, at 1340-41.

¹²⁵ MERGES, *supra* note 8, Ch. 8 [邦訳第8章]; Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, *Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation*, 56 STAN. L. REV. 1345 (2004); Lemley, *supra* note 121.

くる場合が少なくない (e.g. 著作者人格権、フェアユース、保護期間)。それゆえ著作権法の分野では、権利論に基づいて尊厳性原理を重視する Merges と、功利主義に基づいて効率性原理を重視する Lemley とで、見解が対立する場合が多いのだと解される。

著作権法分野の実証研究の結果が極めて複雑で曖昧になるのも、こうした制度理解の複雑さに起因しているのだろう。だからこそ Lemley も、著作権分野ではその実証的功利主義の主張についてトーンダウンせざるをえなかったのだと解される。

[付記]

本研究はJSPS 科研費 JP18H05216、JP17K13664、JP15H01928の助成を受けたものである。