

リレー連載：「多元分散型統御の基礎理論を目指して」

muddling through としての法政策学
—「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」
中間報告—

田村善之

「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」の総論については、おかげさまで、本拠点の発行する「新世代法政策学研究」（本誌）2号から開始されたリレー連載（得津（2009b）、尾崎（2009）、町野（2010）、長谷川（2010）、瀬川（2010））に代表される本拠点の様々な成果によって、総論のほうは大分、煮詰まってきました。本日は、その煮詰まり度を私なりにお話ししたうえで、今後の本拠点の活動の進展のために、各論への橋渡しをしてみたいと思っています。

1. muddling through—法学独自の意義を求めて—

知的財産、競争、環境といった外部性が関わる問題に代表されるような社会の複雑化に対応するためには、法学だけではなく、隣接諸学（ex. 経済学、政治学 etc…）の知見が必要だということがよく説かれます。しかし、そのように他の学問を活用するとすると、逆に、法学の独自の意味、法学の存在意義がどこにあるのだろうかという、「アイデンティティ・クライシス」生じることとなります（この言葉は、得津（2009a）、得津（2009b）、藤谷（2009b）の元となる報告に接した尾崎（2009）の感想であるが、その後、刊行された会沢（2010）にも同様の感想を抱かれるかもしれない）。このため、リレー連載等では、多くの方が、他の学問に比して、法学というものにいったいどのような独自の意義があるのかという問題に取り組ん

できました。

その成果を私なりに概括すると以下の3点に収斂させることができます。それは、①（特に（法と）経済学に対して）いかなる状態を自然状態とするのかによって解が変化する以上、何を基点として設定するかというベースラインの確定が必要となること（得津（2009a））、②（特に（法と）経済学に対して）効率性の改善の程度が検証不可能であること（田村（2008））、③絶えず変化する科学的知見に依拠して裁断することには規範的な脆弱性が随伴すること（藤谷（2010b））という3点の問題解決において、隣接諸学に対する法学独自の意義があるのではないかというものです。

このうち、まず、得津（2009a）は、自由に弊害があり市場に失敗がある場合に限って、しかも、政府の介入により改善する場合に限って、政府の介入が認められると考える、法と経済学の特定の立場に、「便宜的に」「藤田＝森田ライン」という名称を与えます。これは、藤田（2008a）、森田（2004）に代表される両先生の一連の著作を念頭に「デフォルメ」したものであって、両先生の手法はこれに尽きるものではありませんが、議論のために仮想した考え方です。そして、現代社会があまりにも複雑になり過ぎており、制度が何もない、完全に自由な自然状態を、法的な介入のない「基準点（ベースライン）」とすることはできない。したがって、「藤田＝森田ライン」を現実に適用して何らかの制度を作ろうとする場合も、議論の出発点となる自然状態ないし基準点をどこかに設定し、漸進的に当該制度の得失を論じることになるはずである。ゆえに、「藤田＝森田ライン」であっても、そのベースラインの設定を先行させなければならない。それは、現代の複雑な社会を前提とする限り、法と経済学ではできない。そこに、法学が食い込む余地があるかもしれない、というものです。

次に、厳密には本拠点の前身である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」の成果となる、田村（2008）は、Lee（2008）に依拠して、特許制度のように制度の積極的な根拠が効率性に求められるべきことについて議論がほぼ収束しているような分野ですら、特許制度が存在すべきかどうかという大きな話から、個別的な制度改革を施すべきかどうかというかなり小さな話をなす場合を含めて、いずれの場合においても、特定の改革によって実際に効率性が改善したのかどうかということについて実証研究を施しても、よく分からないという答えしか出てこ

ないことを指摘しました。つまり、制度の正当化根拠として効率性に依拠するだけでは、その検証が困難であるという問題がつきまといま

最後に、藤谷（2010b）が指摘したのが、たとえば安全性など、科学的知見というものが不変なものではなく、学問の進展に伴って絶えず変化していく性質を有するという点です。そのため、裁判で科学的知見だけに依拠した判断に基づいて判決を下すと、将来、当該科学的知見が学問的な正当性を失ってしまったときに、あの判決は何だったのかということ、裁判の正当性も動揺することになりかねない。この点において、科学的知見に依拠した正当化には規範的な脆弱性があるということです。その脆弱性をカバーするものとして、法を探究する意味があるのではないかということでした（なお、さらに民主的実験主義（democratic experimentalism）につき、藤谷（2010a））。

それでは、法学は、隣接諸学のない方法で、どのようにしてこれらの課題に対処しようとしているのかということですが、藤谷（2009a）の叢知を借りて、私なりに表現すると、法学の特徴というものは、時間と歴史の中で、過去にこのようにしていたということを踏まえたくて、ゆえに今回はこのようにするという形で、既存の制度との整合性あるいは法のインテグリティ（ドゥウォーキン（1995）、内田（1988）、尾崎（2009））を可能な限り保ちながら、漸進的にトライ＆エラーのプロセスを繰り返すなかで、可能な限り「正解」に接近する（あるいは接近する振りをする）営為である、ということに求められるのではないかと考えています。これを一言で表現した言葉が、本報告の標題に掲げたマドリリング・スルー（muddling through）という言葉です。これは、後述するように、経済学者のMachlup（1958）が、特許制度を存続させるべきかどうかということ論じるアメリカの上院の委員会に対する報告書のなかで最後に結びに使った、知的財産法学の世界では有名な言葉です。

このような既存の制度と整合性を図りつつ、漸進的な接近、まさにマドリリング・スルーを可能としている法の特徴が、法的思考様式、とりわけその中核をなす法概念というものです。いま、「法概念」という言葉を使いましたが、実際、これにどのような言葉を当てはめるべきなのか、迷っているのですが、フィクション（得津（2009b）、メタファー、あるいは、アブストラクト・コンストラクト（abstract construct : Drahos（1996））とい

たほうがよいのかもしれませんが。現実には生起する事象というものは、千差万別であってそれぞれの事象ごとに異なるものであるはずなのですが、そういったものの枝葉をある意味では強引に捨象して、元来は異質なものを既存の法概念の中に包摂することで、本当は違うものを等しく扱っているかのごとくフィクションを作り、もって漸進的な変化を可能とすることが、法学独自の法的思考様式の他の学問にない特質なのではないかと思うわけです。

そのうえで、例えば外部性が課題となる場面では、この法概念というメタファーのところで、功利性のある程度達成し得るものであって（マクロ正当化）、かつそれだけではなく、訴訟において適用可能であること、そして最終的には、当事者が納得しやすい（ミクロ正当化）概念を設定していくということになります。

以上の説明は非常に抽象的で分かりにくいかもしれませんが、知的財産法を題材として、このことをもう少し具体的にお話ししようと思います（田村（2010d））。

知的財産法というのは、異口同音のように、「知的創作物」に対する権利、すなわち発明や著作物に対する権利であるといわれています。ここで言う発明や著作物、知的創作物が、先ほどのメタファーに該当します。

つまり、この発明や著作物である無体物というのは、実存するわけではなく、人工的な構成物にすぎないわけです（Draho (1996)）。そうであるにもかかわらず、知的創作物、あるいは無体物、発明、著作物があるのだということによって、すなわちこのレトリックを使うことによって、何が行われているのでしょうか。誰かが何か物を作っていること、あるいは誰かが何か歌を歌っていることは、1つの行為でしかないのですが、その中からその行為の客体たる物（有体物ではない）というものを、行為から切り離れたものとして峻別する発想がそこにはあります。

しかし、実はこの両者の区別は相対的なものしかありません。例えば、特定のプログラムをネットワーク上で送信する行為は、著作権法の条文上では、特定のプログラムまでが著作物で、公衆送信は行為というように区別されていることが明らかです（著作権法23条1項）。しかし特許法では、同じ技術について、特許権者の出願書類の請求項（クレーム）の書き方次第で、例えば特定のプログラムまでを発明と書けば、著作権法と同様、特

定のプログラムが発明であって、それをネットワーク上で送信する行為が発明の実施行為であるということになります。特許権者が特定プログラムのネットワーク上で送信方法が発明であると書けば、ネットワーク上で送信するところまでもが発明という無体物のほうに入ってしまうことになり、いかにこの知的創作「物」という概念が相対的、人工的なものなのかということが分かります。

要するに、この「知的創作物」というものはフィクションであり、多種多様な人の行為の中から類似するパターンを抽出してそれを無体物と呼んでいるに止まります。実際には、知的財産権は、知的創作「物」に対して権利を設定しているのではなく、特定のパターンの人の行動を禁止しているにすぎません（Gordon (2006)）。このようなフィクションにはものごとの本質を覆い隠すという弊害がありますが（田村（2010c））、しかし、それにもかかわらず、一定の効用があることも指摘することができます。

知的財産法の領域では、先ほど申し上げたように、特定の制度の導入により効率性が改善したか否かの判断が非常に困難であることに加えて、将来における動態的効率性（特許のインセンティブによって促進される効率性の増大）と静態的効率性（特許という排他権がもたらす効率性の低下）のトレード・オフという世代間衡平性の問題（鈴木（2006））すら生じます（Lee（2008））。その結果、特定の制度改革どころか、そもそも特許制度自体についてすら、特許制度の存在によって効率性が改善するものなのか疑義が呈されています（実証研究の要領のよい紹介として、山根（2010b）、近時の成果として、Graham（2009））。

こうしたことを踏まえて、先に紹介した Machlup（1958）は、システム全体が果たしてよいか悪いかよく分からないときに、一番よい政策的な結論は、何とか切り抜けていくしかない（muddling through）と述べています。しかも、そのマドリング・スルーの仕方はというと、かりに我々が特許権という制度を持っていなかったとしたならば、今現在の我々の知見に基づいて特許制度を導入すべきだと主張することは非常に無責任だろう。しかし、幸か不幸か、我々はすでに特許権の制度を長きにわたって持っています。そうすると逆に今、現在我々の知識でこれを廃止しろというのも、また無責任だろうということです。

“If one does not know whether a system “as a whole” (in contrast to certain features of it) is good or bad, the safest “policy conclusion” is to “muddle through” – either with it, if one has long lived with it, or without it, if one has lived without it. If we did not have a patent system it would be irresponsible on the basis of our present knowledge of the economic consequences to recommend instituting one. But since we have had a patent system for a long time, it would be irresponsible, on the basis of our present knowledge to recommend abolishing it.”

要するに、制度が存在するのだから仕方がない、あるがままに受け止めて、その中で起こってくる不都合をマドリング・スルーしていくしかないという話となりますから、ここには組織が存在することによって制度の選択が制約されていくという経路依存性の問題が関わってきています（ノース（1994））。

このように、個別の創作された成果に関して、特許制度の目的である産業政策に鑑みて、それについてフリーライドを禁止したほうが望ましいのか否かという判断をなすことは、ヘラクレス（参照、ドウウォーキン（1995））や神様であればできるのかもしれませんが、実際にはできません。そのような中で、知的創作物ないし発明というフィクションには、このような目的手段思考様式ではなく、問題を発明に該当するか否かという形での法的思考様式に転換してしまうという機能があります。このような問題設定の転換により、結果的に当該規制がどの程度効率性に資するののかということではなく、発明に該当するかという包摂モデルでの正当化が可能となっています。したがって、たとえばコンピュータ・プログラムであるとかバイオ・テクノロジーなどに代表されるように、新たに特許制度のなかに取り組みでいくべきか否かということが問題となるものは様々にあるわけですが、これらが抽象的な概念としての発明に含まれるとすると、特許権の付与が正当化されることとなります。そのことの善し悪しは別途、議論する必要がありますが、このように発明というメタファーを用いることには、このような形で議論を収束させる、悪くいえば停止させるという効用があるということです。

この場合、最終的な正当化は、「等しきものは等しく扱え」（あるいは「類似の事例は類似の仕方です」と判断されるべきである（長谷川（2010））という命

題に求められていることとなります。しかも、本当は等しくないかもしれないにも関わらず、実際の事象を抽象化した発明なり知的創作物なりといったメタファーが用いられることにより、等しくないかもしれないものも等しいかの如く装うフィクションが成立し、それにより正当化が図られていることとなります。これが法的思考様式の包摂モデルによる正当化で、法制度の漸進的な発展か、少なくとも漸進的かもしれない試行錯誤を可能としている、ということとなります。以上が、藤谷（2009a）の説くところを、私なりに具体的に説明するとこのようなことになるというお話でした。

2. 「多元分散型統御」を目指して

法的な独自の意味が、マドリング・スルーにありそうだということが分かったとしても、マドリング・スルーを実現するメタファーの構築にも大きな課題があります。メタファーの解釈が多義的であるとともに、先ほど申し上げたようにメタファー自体について操作が可能のために、政策形成過程にかりにバイアスがあるとすると、それが如実に反映されるからです。

とりわけ外部性にかかわる場合（知的財産、競争、環境など）には、多数の利害関係が影響しますので調整が特に必要になります。それを司法が全てなすことができず、なすべきでもないため、市場、立法、行政、司法で役割分担をする必要があります。まさに、これが本拠点のいう多元分散型統御の必要性だということになります。

ところで、東京大学の21世紀 COE プログラム「国家と市場の相互関係におけるソフトロー・ビジネスローの戦略的拠点形成」の成果であるソフトロー研究叢書第1巻の巻頭論文で、藤田（2008b）は、従来の実定法学に対して、次のように厳しい指摘をなしています。

「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一例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、公共選択的な視点一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、正当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。」

こうした藤田（2008b）の問題意識は、私も共有するところです（私法学会シンポジウムにおける民法学に対する田村（2007）の報告と、藤田（2008a）、内田（2008）、森田（2008）のコメント、発言を参照）。たしかに、在来の伝統的な法学のなかには、市場がうまくいき、かつ立法もうまくいっているということ（暗黙の）前提にした上で、出来上がった立法の解釈論の研究に終始するものが少なくなかったように思います。もしかすると、法学者の中では、経済学、政治学との役割分担の在り方として、経済学は経済学で垣根を作ってその中で独自の完結を目指し、政治学は政治学で垣根を作ってその中で独自に完結した解決を目指し、法学は法学で独自の解決を目指すという形での役割分担が暗黙裡のうちになしていた方が少なくなかったのかもしれませんが（会沢（2010）、加賀見（2010）も参照）。

しかし、知財の世界で顕著なように、市場はけっして完全ではなく、さりとて政策形成過程にもバイアスがかかるとなると、法学、経済学、政治学の垣根をまたいで、相互に足らざるところを補い合いながら解決を目指すという、互いにインタラクティブな議論の展開が望まれるだろうと思います。

そして、平井（1995）（初版は平井（1987）、その位置づけに付き、瀬川（2010）、大村（2007））などを嚆矢として、実際にそのような研究は以前から存在しており、さらに、たとえば、田村（2010c）では、知的財産法学においては、国際的に次のような試みが一つの潮流となりつつあることを指摘しました。

「多国籍企業等によってどんどん知的財産法が強化されているという知的財産法制度の政治的な現実、立法に民主的な正当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限界を意識させることになり、特に英語文献の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る。筆者が提唱する知的財産法政策学もその一つに他ならない。」

もっとも、法の独自性をマドリング・スルーに求めるという構想と、多元分散型統御に関する一般論の定立は、そもそも相容れないところがあるのかもしれませんが。尾崎（2009）は、本拠点の構想に対して、次のようにコメントを加えています。

「もし、複雑化した社会の多元分散型統御＝多元分散型応答を本気で考えるなら、結局は、法領域と歴史的・社会的文脈に応じた個別的で非構造的な応答を、さしあたりプラグマティックに志向するしかない。」

しかし、外在的にながしかの成果を求められている拠点リーダーとしては（得津（2008）も参照）、あまりシニカルに構えているわけにもいきません。尾崎（2009）の言説をあえて正面から受け止めて、「法領域と歴史的・社会的文脈に応じた個別的で比構造的な応答を…プラグマティックに志向する」実践例の積み重ねをなしていくとともに、そこから可能な限り、多元分散型統御の具体像を描出することを試みるほかありません。以下では、その一例として、知的財産法政策学での私の試みの展開から少しでも新しい課題なり手法なりのように見えるものをお知らせしようと思います（より詳しくは、田村（2010c））。いずれも萌芽的なものでしかありませんが、ともあれ、他の分野に対して何かヒントになるところがあればいい、あえて報告をさせていただく次第です。

3. 知的財産法政策学の展開

3.1 21世紀 COE プログラム終了時の知的財産法政策学の骨格

21世紀 COE プログラムの終了時点で、田村（2008）は、第一に、市場と

法の役割分担を考え、第二に、そのうえで法の役割分担に入ってきた事項に関しては、判断機関や、規制手法の役割分担を考えて具体的な法制度を設計し、第三に、そのような法制度が私人の自由を過度に害していないかの吟味を行うという、私の従来の3段階の思考枠組み（田村（2003））を維持しつつ、それに政策形成過程のバイアスを矯正する制度設計を入れていくというプロセス志向を加える知的財産法政策学を提唱しました。

3.2 グローバルCOEプログラム下における進展

① 政策形成過程の分析

第一に、政策形成過程の分析をしなければいけないということです。

もともと田村（2008）が依って立ったのは、古典的な集合行為論（オルソン（1996））です。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が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しづらいという問題があります。なぜかという人が経済合理的に行動する限りは、活動する便益がなければ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ため、拡散した個別的な小さな利益、しかし本当はトータルで大きいかもしれない利益は政策形成過程に反映されにくいという、少数派のバイアスが働くということです（Komesar（1994））。

ところが、政策学者の佐野（2009）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されています。むしろその手続き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いいのではないかと提唱されておられました。

そして、実際に知財の世界では、次のような仮説が提唱されています。

例えば、国際的な多国籍間の知的財産法の条約交渉等の舞台では、多国籍企業が自社の利益を図るために様々なロビイングを行っているのですが、実際の交渉の場面では、我が社のために、あるいは我が国のA社のために、我が国のB社のために特定の制度を義務づけてほしいなどといわれることは稀で、そのような利害関係や権力関係を剥き出しにした議論ではなく、

もう少しポライトな一般に受け入れやすいような正義の理論（“polite” reason and justice）が用いられるという指摘がなされています（Oddi（1996）を引き合いに出しつつ、Shao（2010））。

たとえば、DRAHOS & BRAITHWAITE（2002）は、TRIPS協定の締結過程では、途上国の説得のために、ピラシー、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、ウェルフェア、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が述べられています。

特に注意を要するのが、実際にこのような言説が、字義どおりの制度改革をもたらすこともあるということです。その例として、ドーハ閣僚宣言があります。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の特許権の存在が邪魔になった場合には、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をTRIPS協定31条の条文が妨げているように見えることについて、このドーハ閣僚宣言等では、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（Yu（2009））。

このように、田村（2008）では必ずしも視野には入っていなかったのですが、政策形成過程に関してモラルや価値のようなものが働く場面があるということを実際の枠組みに入れた方がよい、ということが明らかになってきました。これは、国際政治学において、リアリズム（現実主義：国家間関係を基本的に対立的なものとする考え方）、リベラリズム（国家間関係を基本的に調和可能であると見る立場）という伝統的な二大潮流に対して、第三の軸として提唱されたコンストラクティヴイズム（行為主体が共有する認知、評価に関わる主観的な理解、すなわち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考え方）の要素（ネオリアリズム、ネオリベラリズムとともに、これらの諸概念の簡便な紹介として、森（2010）も、（全てではないにせよ）分析の枠組みに加味しようというものだと位置づけてもよいでしょう（ニュアンスはそれぞれ異なるが、最近の国際知的財産法制度に関する国際政治経済学的分析として、遠矢（2010）、西村（2010）も参照）。

② 人々の規範に対する内的視点の獲得の仕方（法の表出力）の分析

第二に、やはり田村（2008）では、政策形成過程には目を向けていても、法が公衆に受容される過程の方の分析が抜け落ちていました。

それについてはハート（1976）の説く、法の外的視点と内的視点の区別が示唆を与えてくれます。外在的なサンクションなく人々が法を内面化して受け入れるとき、法は単なる外的視点ではなく、内的視点を獲得したとされます。そのような方は「表出力」（expressive power）（飯田（2004））があるといわれます。Hazucha（2009）は、著作権侵害を題材にして、いくらサンクションを高めても、かえって法に対する公衆の反発を招くという悪循環が起こるから、実効的な法制度を作るには、内的視点を獲得する法がどのようなものなのかということに関する分析が必要であると述べています。関連して、最近では、進化ゲーム、行動経済学、神経経済学、進化生物学などのさまざまな観点から、人間には単に従来型の経済合理的な感覚だけではなく、それ以外にも利他性や公平に対する共感が生まれる土壌があるということを合理的に説明する試みがなされていることは、大いに注目に値するところであり（町野（2010））、今後はその方面からの研究の活用も試みられるべきでしょう。

それでは、知財の場面では、どのような法制度が内的視点を獲得しうるものとなるのでしょうか。この点については、Gordon（2006）は、創作の労に対する互酬の意識が生まれるような法環境が必要ではないかと指摘しています。これを私なりに理解すると、著作権法制度は、創作行為を崇拝するというロマンティック・オーサーシップ観（批判的に捉えつつ、Boyle（1996）、山根（2010a））ではなく、労苦を払ったのだからそれに対して報いてもよいといった、平等に根差した共感の獲得を目指すべきであると翻訳するわけです（田村（2010d））。

ちなみに、私は、知的財産法の正当化根拠に関しては、行動の自由を第一義に置く立場を基調とし、人の自由を制約する性質を有する知的財産法制度は、その積極的根拠を、産業や文化の発展のために必要だからであるという道具主義的なインセンティブ論に求めざるを得ないと考えるとともに（森村（1995））、その消極的根拠を人が創作したものだから多少の自由の制約は甘受しなさいという自然権論で下支えする二元論者なのです（たとえば、古くは田村（1998）、最近では、田村（2008）、田村（2010b）な

ど）。私の知的財産法に対する見方は「インセンティブ論」と呼ばれることが多く、その言葉の響きだけから一元論のように勘違いされることも少なくないようです。たしかに私は、インセンティブを設けることが不要な場合には、自由を重視すべく、知的財産法による規制などは不要であり、市場先行の利益その他の市場の原理に委ねておくと主張はしていますが、だからといって逆にインセンティブを設けることが必要だというだけで、ただちに知的財産法による自由の規制を容認するものではありません。インセンティブ論だけでは、Waldron（1993）が指摘するように、社会的な利益を権利の積極的根拠に置くものですから、結局、知的財産権ないし著作権は、人の自由、利用者の自由というものを社会的な利益のために規制すると説明していることになりかねません。自由に基礎を置く考え方からは、別途、消極的根拠として、自由を制約することを正当化する原理が必要となると思われるわけです。そして、先ほど示した内的視点の獲得は、この消極的根拠に関わってきます。

③ metaphor の設定－ Issue Framing

第三に、メタファーの設定の仕方について目を向けるべきであるということです。

国際社会で何らかの形で美しい標語が出されるように、人々が規範を受け入れるときには何らかの形で共感を呼ぶようなものがが必要です。やはり最終的には言葉で勝負をしていくわけですから、メタファーをどのように設定するのかということが極めて大切な話になります。あるいはイシュー・フレイミング（Issue Framing）という言い方をしても良いかもしれませんが（伝統的知識の文脈におけるイシュー・フレイミングの重要性を説く、Teubner & Fischer-Lescano（2011）も参照）。

いま現実に知的財産法の世界で盛んに用いられているイシュー・フレイミング、あるいはメタファーは、前述したように「知的創作物」というものです。これによる人の内的視点の獲得はある程度、成功しているところもあります。要するに、人の「もの」なのだから、盗んだらだめということです。くわえて、法技術的に見ても、「知的創作物」というアブストラクト・コンストラクトには、禁止されるべき多種多様な行為の中から、一般的に共通するパターンを取り出して、それを発明や著作物と呼ぶことで、侵害となる行為の範囲を可視化し、把握しやすくするという効用がありま

す。その意味で、要件論として、このような法概念が用いられることはいたしかたないことだと思います。

しかし、そのような内的視点の獲得は、先ほども示唆したように、ものごとの本質を見誤らせて獲得したものに過ぎないのではないかと思います。つまり、人の行為とは別に、知的創作物というものが、それに対して権利を設定しているにすぎないとするメタファーは、結局、自分とは関係ないもの、切り離されているものに排他権があるにすぎないと感じさせる原因になっているのではないかと、ということです。「情報」に対する利用行為といわれることも多いですが、それでも結局、情報というものが人の行為と無関係に、独立に実存すると思わせる点では、やはり問題があると思うのです（田村（2010d））。その意味で、Gordon（2006）は、先見の明があり、知的財産権は人の行為のパターンを制約する権利だと指摘しています。内的視点の獲得を唱導するとしても、検証不可能な問題があるために効率性だけで完全な積極的根拠を与えることができない知的財産法制度の世界では、民主制のようなプロセスによる正統化が必要とされるわけですが（田村（2008）、Tamura（2009））、まさにそれだからこそ、民主制の目安ともなる内的視点の獲得は虚構に基づいたものであってはならないと考えるのです。しかも、「知的創作物」を所有権と結びつける考え方は、排他謙を前提としていて、一方的に知的創作物の創作者の権利を利用の自由に優先させるものであり、政策論喚起の余地がないという問題も随伴します。

したがって、条文の文言上の要件論としてはともかく、知的財産法を貫く原理論として一般に呈示するものとしては「知的創作物」という概念は用いないほうがよいということになります。規制の必要がある場合に限り、効率性をなるべく達成することができ、人の自由の侵食の度合いをなるべく少なく、創作者の労力や貢献に見合った規制とする、といったような原理のほうが、具体的な政策論を喚起するとともに、内的視点の獲得ができるのではないかと考えています（田村（2010d））。

このようなイシュー・フレミングの重要性は、知財に限られるものではありません。例えば市場に法が介入する分岐点を探るベイスラインとして3つの基準を挙げるとともに、人々が内面化し遵守しやすい原理としての規範を立てなければならないと説く川濱（2008）、川濱（2008～2009）

にも共通する問題意識だと思います。

3.3 インタラクティブな手法の開発

さらに、法学、政治学、経済学の垣根を取り払い、相互に補い合うインタラクティブな手法として、下記のような諸方策を提言しています。

① 政策形成過程に反映されにくい利益を吸い上げるようにガバナンスの構造の変革を試みる方策

政策形成過程に反映されにくい利益を吸い上げることができるよう、直接、ガバナンス構造を変革することが試みられています。たとえば、Drahos（2010）は、米欧日の3極を中心に展開される国際的な特許制度の強化の流れに対抗すべく、途上国の特許庁間のネットワークや、途上国特許庁と同国内の薬事行政を司る公衆衛生当局等、各関連分野の担当官庁とのネットワークの構築を提唱します。さらに、Lawrence Lessig 先生が創始した Creative Commons（野口（2010））は、利用の自由の確保だけでなく、それ以上に、強力な著作権制度を好まない零細な著作権者の意向を容易に権利の内容に取り込む方策を提供し、もって著作権制度の政策形成過程に反映されにくい者の意思の表明を容易とすることで、ガバナンス構造の変革を目的とする制度です（レッシング（2004）、田村（2009））。昨今、話題となった Google Books 和解案にも、政策形成過程の閉塞感を打破する私的秩序形成としての次善の策であるという評価を与えることが可能です（田村（2010a））。

法学的な手法としても、たとえば、著作権制度の現在のデフォルト・ルールは、創作すると直ちに著作権が発生するというものであるため、何もアクションを取ることがなければ著作権は残ったままとなります。著作権を要らないと思っている権利者のほうが Creative Commons を利用したりというようなアクションを起こさなければいけません。ところが、権利者不明の孤児著作物に代表されるように、政策形成過程に関心のない権利者は、著作権を行使する意欲などないにも関わらず、Creative Commons にも無関心です。そこで、そのようなデフォルトを逆にする、つまり政策形成下でアクションを取ることが困難な側に法制度を合わせて、政策形成下でアクションを取れる側に権利を得るために何らかのアクションを要求す

る方策が望まれます。そのようなことを実現する法技術が登録制度です。かつてのアメリカ著作権法は、一定期間経過後は更新登録という制度を用意し、1回登録をしないと著作権を消滅させることによって、本当に著作権を行使することに利益を持っている人だけに著作権が残るようにするという制度を保持していました。このような更新登録制度の復活というのもガヴァナンス構造を変革する法技術の一つといえるでしょう（レッシング (2010)、Tamura (2009)）。

② バイアスがかかりにくいアクターの活用

バイアスがかかりにくいアクター、たとえば司法を活用するために、司法における政策形成を可能とするよう、立法技術としてルールではなくスタンダードを用いるという法策がありえます。

これを提唱したのが、Burk & Lemley (2010) の「特許政策の舵取りの理論」(Policy Levers in Patent Law) です。Burk & Lemley (2010) によると、特許制度のイノベーション理論に関していろいろな理論があるけれども、それぞれ妥当する分野が違っている。たとえば、特許を早く、強く与えた方がよいとするプロスペクト理論 (Prospect Theory: Kitch (1977)) は製薬産業に、何も特許を与えない方がいいとする競争的イノベーション理論 (Competitive Innovation Theory: Arrow (1962)) はビジネス方法に、基本的な発明と改良発明の双方にインセンティブを付与するためにデフォルト・ルールとして両者に特許権を与えるべきとする累積的イノベーション理論 (Cumulative Innovation Theory: Merges & Nelson (1990)) はソフトウェア産業に、特許の数が多すぎて困るとするアンチコモモンズ理論 (Anticommons Theory: ヘラー&アイゼンバーグ (2001)) はバイオ産業に、権利範囲が広すぎで困るとする特許の藪理論 (Patent Thickets Problem: Shapiro (2001)) は半導体産業に、それぞれ妥当するという形で、さまざまなかじ取りが必要となる、というのです。

さらにそのかじ取りを誰に行わせるかという問題設定を Burk & Lemley (2010) は行い、立法には事前の境界線の確定が困難であり、また司法のほうがロビイング耐性があるということを理由として、司法に行わせるべきだと結論づけています。これを実現するために活用する法技術が抽象的な概念 (=Policy Levers) です。ここでいうレバーとは自動車におけるギアチェンジのレバーのことを指しており、私は翻訳では「舵取り」と訳して

います。特許適格対象、非自明性（進歩性、非容易推考性）、あるいは保護範囲等に関する抽象的な要件などについて、これらの要件の司法による具体的な運用を通じて、かじ取りを実現していくと説いているわけです。ここではメタファー、あるいはアブストラクト・コンストラクトが、政策を入れるための容器、さらには、政策を具体化する場を立法から司法に移すための容器として使われています。伝統的な法と経済学におけるルールとスタンダードの区別について、この政策形成過程のバイアスといった要素も加味して考えていくといった手法が示されているのです。

同じことが、著作権にフェアユースという一般的な制限条項を入れる可否かという議論についても妥当します。ルール、すなわち個別の制限規定を立法しようとする、ロビイングの攻撃目標が明確化し、権利者側に有利な方向に収めるという圧力が働きます。その結果、出来上がった制限規定はずいぶん著作権の保護の水準が高すぎるものになりがちのところ、スタンダード、すなわちフェアユースで大ざっぱにこれを位置付け、その具体化はよりロビイングに対して耐性があると思われる司法に委ねていくという形でのバイアス対策という視点があるだろうということです（田村 (2010e)、Engelbrekt (2009)）。さらに、最近手は、行動経済学の知見の下、禁止権のルールが原則とされ、制限規定が例外として個別列挙された場合の利用に対する威嚇効果を分析すべきことが指摘され、著作物の利用が過度に萎縮されることのないよう、相対的には開放されたスタンダード型の制限規定の導入が示唆されることもあります（Leistner (2010)）。

③ 政策形成過程のバイアスを回避する解釈手法の模索

以上のように、1番目に制度全体でガヴァナンス構造を変えるような法技術について、2番目に既存のガヴァナンス構造を前提にした上で判断機関を移す法技術についてそれぞれお話をしてきたわけですが、3番目に、どこかの判断機関が判断するにせよ、その判断の際にも解釈手法としてバイアスを回避するやり方があるのではかということをお話しします。

たとえば条約の解釈を例にとると、法的拘束力があるかどうかについて議論がある前文、あるいは条約の中の自力執行が困難な抽象的な目的規定よりは、強制実施権に関する規定など、具体的個別条項の方を優先して解釈するのが当然のように思われるかもしれませんが、しかし、国際知的財産の分野、特に TRIPS 協定の解釈に関して、最近では、多少、個別の条文の

文言を歪めてでも、むしろ前文や目的条項に返って、個別条文の解釈をやり直そうという動きがあります（Yu (2010)、Geiger (2010)）。実際に政治的にもドーハ閣僚宣言でそのような方策が採用されたことは取られたということは、前述いたしました。

この手法は、バイアスのかかり方が少ない抽象的な一般条項の解釈の方を、個別の解釈において優先させる手法と位置付けることができるのではないかと思っています。さきほど指摘した多国籍間の条約の交渉過程においてはポライトであり、そのために一般的には異論が少ない目的が掲げられることが多いという国際条約の締結過程に鑑みても、推奨されるべき解釈手法であるように思われます（田村 (2010c)）。

4. 結びに代えて

以上の報告をまとめますと、これまで皆さんの叡知を尽くした結果、法学の独自の次の段階の作業として、意義ということに関する総論の方の議論は充分煮詰まってきたように思います。今後は、次の段階の作業として、リレー連載その他の新世代法政策学研究に掲載された諸論文や本報告における総論の総括などを踏まえながら、知的財産法に限らず、各論について実作を重ねていきつつ、多元分散型統御に焦点を当てた総論的な研究を推進していくことが、いま本拠点に求められているところだと思います。既に、いわゆる公私協同現象や統治のグローバル化現象に対して、民主的な正統性を補完し、基本的な人権をいかに保障していくのかということが課題となるところ（山本 (2009)）、行政過程論を公共制度設計論へと昇華させるべきことを説かれたり（原田 (2010)）、Global Administrative Lawの構想が紹介されるなど（藤谷 (2010a)）、示唆的なものが現れており、さらに、文脈を異にしますが、多元分散型統御の一般論の定立も試みられています（長谷川 (2010)）。そうした動きが大きくなると期待して、拠点リーダーとしての本プログラムの中間報告を結びたく思います。

【参考文献】

- 会沢 (2010)：会沢恒「(効率性)はいかなる意味で〈法的〉か」新世代法政策学研究6号
- 飯田 (2004)：飯田高『〈法と経済学〉の社会規範論』(2004年・勁草書房)
- 内田 (1988)：内田貴「探訪『法の帝国』—Ronald Dworkin, LAW'S EMPIRE と法解釈学 (1)～(2)」法学協会雑誌105巻3・4号 (1988年)
- 内田 (2009)：内田貴[コメント]「競争秩序と民法」私法70号 (2008年)
- 大村 (2007)：大村敦志「紛争解決の民法学から制度構想の民法学へ」『民法学における法と政策』(平井宜雄古希・2007年・有斐閣)
- 尾崎 (2009)：尾崎一郎「トートロジーとしての法(学)?—法のインテグリティと多元分散型統御」新世代法政策学研究3号 (2009年)
- 加賀見一彰「法、法学および経済学」新世代法政策学研究7号 (2010年)
- 川瀆 (2009)：川瀆昇「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1号 (2009年)
- 川瀆 (2008～2009)：川瀆昇「市場秩序法としての独禁法 (1)～(3)」民商法雑誌139巻3号・4＝5号・6号 (2008～2009)
- 佐野 (2009)：佐野亘「紛争解決型思考と問題解決思考」新世代法政策学研究3号 (2009年)
- 鈴木 (2006)：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)
- 瀬川 (2010)：瀬川信久「『民商の壁』を超えるために」新世代法政策学研究7号 (2010年)
- 田村 (1998)：田村善之『著作権法概説』(初版・1998年・有斐閣) [第2版・2000年]
- 田村 (2003)：田村善之「知的財産法総論」同『市場・自由・知的財産』(21世紀 COE 知的財産研究叢書1巻・2003年・有斐閣)
- 田村 (2007)：田村善之「競争政策と『民法』」NBL 863号 (2007年)
- 田村 (2008)：田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号 (2008年)
- 田村 (2009)：田村善之「デジタル化時代の著作権制度—著作権をめぐる法と政策—」知的財産法政策学研究23号 (2009年)
- 田村 (2010a)：田村善之「Google Books 和解案の光と影」NBL 925号 (2010年)
- 田村 (2010b)：田村善之『知的財産法』(第5版・2010年・有斐閣)
- 田村 (2010c)：田村善之「知的財産法学の新たな潮流—プロセス志向の知的財産法学の展望」ジュリスト1405号 (2010年)
- 田村 (2010d)：田村善之「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究36号掲載予定

- 田村（2010e）：田村善之「著作権に対する一般的な制限条項（フェア・ユース）導入論の意義と限界」知的財産法政策学研究32号掲載予定
- ドゥウォーキン（1995）：ロナルド・ドゥウォーキン（小林公訳）『法の帝国』（1995年・未來社）
- 遠矢（2010）：遠矢浩規『TRIPs』の共有知識化—構造・過程・主体— 法学研究83巻3号（2010）
- 得津（2009a）：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1号（2009年）
- 得津（2009b）：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（2009年）
- ノース（1994）：ダグラス・C・ノース（竹下公視訳）『制度・制度変化・経済成果』（1994年・晃洋書房）
- 西村（2010）：西村もも子「国際制度の形成における企業間協力—GATT TRIPs交渉と日米欧企業—」国際政治161号（2010）
- 野口（2010）：野口祐子『デジタル時代の著作権』（2010年・筑摩書房）
- ハート（1976）：H.L.A. ハート（矢崎光圀監訳）『法の世界』（1976年・みすず書房）
- 長谷川（2010）：長谷川晃「〈リーガルガバナンス〉の観念—多元分散型統御の法的条件に関する法哲学的スケッチ」新世代法政策学研究6号（2010年）
- 原田（2010）：原田大樹「多元的システムにおける行政法学—日本法の観点から」新世代法政策学研究6号（2010年）
- 平井（1987）：平井宜雄『法政策学』（初版・1987年・有斐閣）
- 平井（1995）：平井宜雄『法政策学』（第2版・1995年・有斐閣）
- 藤田（2008a）：藤田友敬[コメント]「競争秩序と民法」私法70号（2008年）
- 藤田（2008b）：藤田友敬「はじめに」『ソフトローの基礎理論』（2008年・有斐閣）
- 藤谷（2009a）：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1号（2009年）
- 藤谷（2009b）：藤谷武史「給付付き税額控除と『税制と社会保障制度の一体化』？」新世代法政策学研究3号（2009）
- 藤谷（2010a）：藤谷武史「多元的システムにおける行政法学—アメリカ法の観点から」新世代法政策学研究6号（2010年）
- 藤谷（2010b）：藤谷武史「『より良き立法』の制度論的基礎・序説—アメリカ法における『立法』の位置づけをてがかりに」新世代法政策学研究7号（2010年）
- ヘラー&アイゼンバーグ（2001）：マイケル・A・ヘラー＝レベッカ・S・アイゼンバーグ（和久井理子訳）「特許はイノベーションを妨げるか？—生物医学研究におけるアンチコモンスズ」知財管理51巻10号（2001年）
- 町野（2010）：町野和夫「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（2010年）

- 森（2010）：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）
- 森田（2004）：森田果[書評]ジュリスト1275号（2004年）
- 森田（2008）：森田果[発言]私法70号（2008年）
- 森村（1995）：森村進『財産権の理論』（1995年・弘文堂）
- 山根（2010a）：山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義（3）」知的財産法政策学研究31号（2010年）
- 山根（2010b）：山根崇邦[書評]アメリカ法掲載予定（2010）
- 山本（2009）：山本隆司「日本における公私協同の動向と課題」新世代法政策学研究2号（2009年）
- レッシング（2004）：ローレンス・レッシング（山形浩生＝守岡桜）『FREE CULTURE—以下に巨大メディアが法をつかって創造性や文化をコントロールするか』（2004年・翔泳社）
- レッシング（2010）：ローレンス・レッシング（山形浩生訳）『REMIX ハイブリッド経済で栄える文化と商業のあり方』（翔泳社・2010年）
- Arrow（1962）：Kenneth J. Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in THE RATE AND DIRECTION OF THE RATE AND DIRECTION OF INVENTIVE ACTIVITY; ECONOMIC SOCIAL FACTORS (Richard R. Nelson eds., Princeton University Press, 1962)
- Boyle（1996）：JAMES BOYLE, SHAMANS, SOFTWARE, AND SPLEENS: LAW AND THE CONSTRUCTION OF THE INFORMATION SOCIETY (1996)
- Burk & Lemley（2010）：Dan L. Burk = Mark A. Lemley（山崎昇訳）「特許法における政策レバー（1）～（2）」知的財産法政策学研究14号～15号（2007年）
- Drahos（1996）：PETER DRAHOS, A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY (Dartmouth, 1996)
- Drahos（2010）：PETER DRAHOS, THE GLOBAL GOVERNANCE OF KNOWLEDGE—PATENT OFFICES AND THEIR CLIENTS (Cambridge University Press, 2010)
- Drahos & Braithwaite（2002）：PETER DRAHOS & JOHN BRAITHWAITE, INFORMATION FEUDALISM: WHO OWNS THE KNOWLEDGE ECONOMY? (Earthscan, 2002)
- Engelbrekt（2009）：Antonina Bakardjieva ENGELBREKT（田村善之訳）「制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック（2）」知的財産法政策学研究23号（2009年）
- Geiger（2010）：Christophe Geiger（安藤和宏訳）「情報化社会に対する著作権法の適応におけるスリーステップテストの役割（1）～（2）」知的財産法政策学研究27～28号（2010年）
- Gordon（2006）：Wendy J. Gordon（田辺英幸訳）「INTELLECTUAL PROPERTY」知的財産法政策学研究11号（2006年）

- Graham (2009): Stuart J. H. Graham, Robert P. Merges, Pamela Samuelson, and Ted M. Sichelman, *High Technology Entrepreneurs and the Patent System: Results of the 2008 Berkeley Patent Survey*, 24 BERKELEY TECH. L. J. 255-327 (2009)
- Hazucha (2009): 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 (2009年)
- Kitch (1977): Edmund W. Kitch, *The Nature and Function of the Patent System*, 20 J.L. & ECON. 265 (1977)
- Komesar (1994): NEIL K. KOMESAR, IMPERFECT ALTERNATIVES (1994)
- Lee (2008): 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」田村善之編『新世代知的財産法政策学の創成』(2008年・有斐閣)
- Leistner (2010): Matthias Leistner (川田篤訳)「著作権における経済学的調査の寄与—現状の調査と学際的な理論の描写」知的財産法政策学研究29号 (2010年)
- Machlup (1958), THE ECONOMIC REVIEW OF THE PATENT SYSTEM (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)]
- Merges & Nelson (1990): Robert P. Merges & Richard R. Nelson, *On the Complex Economics of Patent Scope*, 90 COLUM. L. REV. 839 (1990)
- Oddi (1996): A. Samuel Oddi, *TRIPS - Natural Rights and a "Polite Form of Economic Imperialism"*, 29 VAND. J. TRANSNAT'L L. 415 (1996)
- Shao (2010): 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 (2010).
- Shapiro (2001): Carl Shapiro, *Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools and Standard Setting*, in 1 INNOVATION POLICY AND THE ECONOMY (Adam Jaffee, Josh Lerner, and Scott Stern eds., MIT Press, 2001)
- Tamura (2009): Yoshiyuki Tamura, *Rethinking Copyright Institution for the Digital Age*, 1 W.I.P.O.J. 63 (2009) [邦訳：田村善之 (比良由佳理訳)「デジタル化時代の著作権制度の再検討」アメリカ法掲載予定]
- Teubner & Fischer-Lescano (2011): Gunther Teubner & Andreas Fischer-Lescano (田村善之訳)「認識の共喰い：近代法による伝統的な文化的表現の保護の可否をめぐって」知的財産法政策学研究33号掲載予定
- Waldron (1993): Jeremy Waldron, *From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property*, 68 CHI.-KENT L. REV. 841 (1993)
- Yu (2010): Peter K. YU (安藤和宏訳)「TRIPS協定の目的と原則 (1)～(2)」知的財産法政策学研究29～30号 (2010年)

[付記] 本稿は、2010年10月29日に北海道大学法学研究科において開催されたグローバル COE プログラム中間総括シンポジウム「多元分散型統御を目指す新世代法政策学：その現状と課題」における筆者の報告をまとめたものである。講演録を作成する際には、筑波大学図書館情報メディア研究科の村井麻衣子講師のお手を煩わせた。記して感謝申し上げます。