HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	知的財産法学における権利論と功利主義の相克 (2・完) : 知的財産制度の正当化根拠をめぐる論争の一断面
Author(s)	山根, 崇邦
Citation	知的財産法政策学研究, 56, 1-49
Issue Date	2020-09
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/79514
Type	bulletin (article)
File Information	ipl-56_01.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

知的財産法学における権利論と功利主義の相克(2・完)
－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、55号）
Ⅴ　MergesとLemleyの論争に対する学界の反応
1．Lemleyの論法に対する批判
2．功利主義か義務論かの選択の強制に対する反発
3．費用便益分析における考慮要素の問題と厚生主義の不確定性
4．小括
Ⅵ　新たな展開
1．法の表出機能の枠組みに基づく創作者の人格的利益の保護と功利主義の再構成
(1) 問題意識
(2) 知的財産法における表出機能に基づくインセンティブの枠組み
(3) 知的財産法による表出のインセンティブの過大な保護と社会的費用
(4) 検討
2．社会学の枠組みに基づく特許制度の非合理性の再構成
(1) 問題意識
(2) 新制度派組織論の枠組み
(3) 新制度派組織論から見た特許制度と組織の関係
(4) 検討
Ⅶ　おわりに
1．総括
(1) 知的財産制度の正当性の非自明性
(2) 知的財産政策をめぐる権利論と功利主義の相克
(3) 帰結主義アプローチの多様化
(4) デフォルトの選好の対立と社会的選択の問題としての論争の再定位
2．問いの多様化と研究の学際化

Ⅴ　MergesとLemleyの論争に対する学界の反応

ここまで、知的財産制度の正当化根拠をめぐるMergesとLemleyの論争に焦点をあてて検討してきた。こうした両者の論争は学界においてどのように受け止められているのだろうか。

Lemleyの主張が過激で論争誘発的なものであったことから、全体的な傾向としてはLemley論文に対する批判的な論調が目につく。特にLemleyが知的財産制度の正当化の文脈に限らず、広く一般に権利論や義務論の合理性を認めず、証拠に基づかない議論を一種の宗教的信条にすぎないとした点は、大きな反発を招いた。もっとも、Merges以降、権利論ないし義務論に基づく知的財産制度の正当化の議論が見られるかといえば、必ずしもそうではない。自らは積極的に権利論ないし義務論に基づく議論を展開するわけではないが、基盤の排他主義には賛同しないというスタンスの論者が多いように思われる。

両者の論争に対する反応を大別すれば、①Lemleyの論法に対する批判、②功利主義か義務論かの選択の強制に対する反発、③費用便益分析における考慮要素の問題と功利主義の基礎をなす厚生主義の不確定性の3つに整理することができる。以下、順に見ていこう。

１．Lemleyの論法に対する批判

第１に、Lemleyの論法に対する批判がある。とりわけLemleyが自己と異なる見解に「非合理で非科学的な信条」や「信念に基づく理論」といった軽蔑的なレッテルを貼ることに対して強い批判が見られる。

例えば、Grimmelmannは、Lemley論文の特徴を、「合理的な人たちが意見を異にする可能性があり、実際にもそのような意見の相違が見られる問題について、一方の選択肢を非合理なものと定義することで、合理的な人であれば意見を異にすることは許されないと言い換える」点に見出したうえで、「こうした論法は学問上の論争を一種の文化戦争に変えようとする試み」であると批判している[126]。

同様にSolumも、義務論に基づく知的財産理論を「信念に基づく理論」

[126] Grimmelmann, *supra* note 10.

と評するLemleyの論法に対し、一種の「個人攻撃の論証」であると批判している。また、LockeやRawlsが知的財産について明示的に論じていないとするLemleyの主張に対しても、不適切な「権威に基づく論証」の一形態であると批判している[127]。

２．功利主義か義務論かの選択の強制に対する反発

第２に、第１の点とも関連するが、Lemleyが証拠に基づかない権利論や義務論の合理性を認めず、功利主義の選択を強制することに対する反発が見られる。

例えば、FryeはLemley論文に対する反発の高まりを次のように分析している。「知的財産研究者がLemley論文に拒絶反応を示す大きな要因は、帰結主義に基づく知的財産理論と義務論に基づく知的財産理論は根本的に相容れないという彼の考察にあるように思われる。」[128]「知的財産を専門とする研究者の多くは、帰結主義に基づく知的財産理論と義務論に基づく知的財産理論をなんとか両立させることができるのではないかと考えている。彼らにとっていずれの理論にも説得力がある。つまり彼らは、知的財産権の目的は公共財における市場の失敗を解決することにより社会的厚生を増大させることにあると考えていると同時に、発明者および著作者は自己の発明や著作物に対し特定の排他的権利を有しているとも考えている。したがって知的財産研究者の多くは、帰結主義に基づく知的財産理論と義務論に基づく知的財産理論が境界事例で時折対立することはあっても、広い範囲で両立するという仮定に納得するのである。Lemley論文による問題提起で議論の的になっているのは、これらの理論が両立不可能で、基本的に相容れないという認識を明らかにしたからである。言い換えるなら、Lemleyは人々に選択を迫っているのである。しかもLemley自身はこの選択を容易だと考えているのにもかかわらず、他の者はそうは思っていない。」[129]「Lemleyの主張が議論を呼んだのは、彼の選択に原因があったからではなく、どちらかを選択しなければならないという認識を明らかにし

---

[127] Solum, *supra* note 10.

[128] Frye, *supra* note 3, at 7.

[129] *Id.* at 12.

たからである。」[130]

同様にBurkも、功利主義を選択しない限り合理的な議論ができないとするLemleyの主張に対し、次のように異議を唱えている。「例えば、特定の法制度の正当化根拠が異なっていても、そしてその一部が帰結主義に基づくものではないとしても、実りある議論は可能だと筆者は考える。一例を挙げれば、刑法や不法行為法の分野では、抑止といった功利主義的な正当化――しかもその妥当性がかなり疑わしい経験的証拠に基づくもの――もあれば、応報主義のような完全に義務論的な正当化も見られるにもかかわらず、今なお継続的に対話が行われている。確かに義務論に基づく知的財産権の正当化の発展は、いかなる犠牲を払ってでも現状を維持しようとするある種の知的財産権ジンゴイズムに訴えるものといえるかもしれないが、それもまた極めて正当な法学上の議論の一部であるといえよう。」[131]

３．費用便益分析における考慮要素の問題と厚生主義の不確定性

第３に、実証的功利主義の意義を強調するLemleyに対し、費用便益分析における考慮要素の問題と功利主義の基礎をなす厚生主義の不確定性を指摘する見解がみられる。

ここでいう考慮要素の問題とは、費用便益分析に基づいて知的財産制度の正当性を判断するうえで、知的財産制度に係る費用・便益としてどのような要素を考慮するのかという問題である。Sheffによれば、功利主義に基づく知的財産理論に対しては、創作者が創作活動から得る満足感やプロの自律性といった主観的で非金銭的な便益が十分に考慮されていないのではないか、といった疑問が呈されてきたという。いわく、「例えばRebecca Tushnetは、多くの人が創作活動に大きな喜びを感じていると主張する。創作者は金銭的な報酬以外の理由でも創作意欲を感じ、創作活動によって個人的な満足感や達成感を得るというわけである[132]。これに関連してMerges教授が特に重視するのは、知的財産制度のもとで自らの創作活動によって生計を立てているプロの自律性である[133]。これらのいずれも…創作活動か

---

[130] *Id.* at 11.

[131] Burk, *supra* note 12, at 423.

[132] Tushnet, *supra* note 55, at 526-27.

[133] MERGES, *supra* note 8, at 195-236［邦訳248-296頁］.

ら生じる便益である点で、こうした活動を促し規律することを目的とした法制度の評価に関連した要素であるように思われる。しかし両教授とも、帰結主義に基づく枠組みでは上記で特定した事象を適切に考慮しえないと主張している。」[134]

こうしたTushnetやMergesの主張に対し、Sheffは「費用便益分析を前提とする帰結主義ではこうした創作活動から得られる満足感や自律性といった特徴を考慮しえないというのは誇張にすぎよう」と指摘する[135]。実際、Lemley自身、「私は皆さんに、金銭や古典的な法と経済学における合理的なアクターという仮定を重視させようとしているのではない。一部の研究者は私たちに、功利主義に基づく計算法は単純な貨幣価値以上のものを重視しうるし、重視するべきであることを再認識させてくれる」と述べている[136]。

もっとも、Sheffによれば、こうしたLemleyの応答は諸刃の剣でもあるという。なぜなら、「そのような考慮をしようとすれば、イノベーションや創造性といった複雑な社会現象の規律に対する帰結主義的正当化の本質的な不完全性が明らかになり、さらにはそのような正当化を評価するための経験的方法の能力に深刻な限界があることも露呈する」からである[137]。とりわけ問題となるのは、創作者の満足感や自律性といった主観的で非金銭的な価値をどのように定量化するのか、また、そうした定量化のプロセスにおける不確定性と価値判断の問題にどのように対処するのか、という点である。いわく、「例えば、創作活動で生計を立てているプロが享受する自律性や、創作活動でそのプロが得ている満足感を例にとってみよう。こうしたプロの自律性や満足感の価値とは何だろうか。どのようにしてそれを測定すればいいのか。金銭に換算するべきだろうか。だがそれは可能なのか。プロの収入が適切な基準なのか。創作活動よりも割のいい労働を選択肢として特定し、その労働による計算上の逸失所得と知的財産権の行使による所得の差額をそのプロの自律性の『価値』とみなすべきだろうか。

---

[134] Jeremy N. Sheff, *Values, Questions, and Methods in Intellectual Property*, 90 ST. JOHN'S L. REV. 549, 555-56 (2016).

[135] *Id*. at 556.

[136] Lemley, *supra* note 9, at 1345.

[137] Sheff, *supra* note 134, at 556.

その場合、どのようにすればいいのか。選択肢になりうる労働が何かとか、それによる計算上の所得がどれほどなのかについて現実世界で直接観察できない場合、果たして私たちにはそれらが特定できるのか。あるいは、プロに対して創作活動から得られる自律性や満足感の価値を金銭に置き換えるよう求めるべきなのか。プロがそうした価値を金銭に置き換えた場合、私たちはその評価額を額面どおりに受け取るべきなのか。その評価額を有益なデータとみなしていいのだろうか。」[138]

同様の指摘は他の論者からもなされている。例えば、Fryeは、Lemleyが「功利主義に基づく計算法は単純な貨幣価値以上のものを重視しうるし、重視するべきである」と述べていることに照らせば、Lemleyは功利主義の中でも厚生主義的なアプローチ（welfarist approach）を指向していると解されるが、このことはLemleyにとって強みにもなれば弱みにもなるとする。いわく、「厚生主義的功利主義に基づく知的財産理論を選択した結果、Lemleyは自らの主張のアキレス腱を露呈させた――いや、むしろアキレス腱を生み出したというべきか。」「厚生主義的功利主義に基づく知的財産理論には、氏名表示のような主観的で非経済的なインセンティブでもたらされる厚生についても考慮できるというメリットがある一方、不確定性をもたらすというデメリットもある。このような不確定性は、厚生主義的功利主義では知的財産権が正当化しうるかどうかについての客観的な判断ができないという問題をもたらす。例えばLemleyは、一部の知的財産権についてはそれに伴う費用が便益を上回るという理由で正当化しえないことが実証研究から明らかだと主張するが、もし厚生主義的功利主義理論が知的財産権によって生じる費用と便益を客観的に定量化し、両者を比較できないとなれば、この理論では知的財産権が正当化しうるかどうかの判断ができないということになろう。」[139]

---

[138] *Id.* at 557. Sheffによれば、こうした定量化のプロセスにおける不確定性と価値判断の問題は、知的財産の分野に特有のものではなく、安全衛生規制の分野でも指摘されているという。FRANK ACKERMAN & LISA HEINZERLING, PRICELESS: ON KNOWING THE PRICE OF EVERYTHING AND THE VALUE OF NOTHING (2004); Cass R. Sunstein, *The Value of a Statistical Life: Some Clarifications and Puzzles*, 4 J. BENEFIT-COST ANALYSIS 237 (2013).

[139] Frye, *supra* note 3, at 5.

４．小括

以上のとおり、MergesとLemleyの論争に対する学界の反応としては、Lemleyの主張に対する批判的な論調が多い。もっとも、そうした議論の多くは、権利論ないし義務論に基づく知的財産理論を一律に排斥すべきではないと説くものであり、必ずしも権利論ないし義務論に基づく正当化を支持する論者が増えているわけではない。費用便益分析における考慮要素の問題や功利主義の基礎をなす厚生主義の不確定性の問題を指摘する見解も、あくまでLemleyが提唱する実証的功利主義に基づく知的財産理論の課題ないし限界を明らかにするにとどまり、功利主義ないし帰結主義に基づく知的財産制度の正当化それ自体を否定するものではない。学界全体としては、依然として功利主義ないし帰結主義に基づく正当化を支持する論者が多数を占めている状況に変わりはないように思われる。

Ⅵ　新たな展開

その後の知的財産法学は、広い意味での功利主義ないし帰結主義に立脚しつつ、その中で、権利論ないし義務論の示唆をどう取り込んでいくのか、また、厳格な実証主義にどう対峙していくのかを模索している。

例えば、法の表出機能の枠組みに基づいて創作者の人格的利益の保護と功利主義との再構成を試みる研究が登場している。ここでは、創作者が自己の創作の成果に対する人格的利益を重視しているという事実を直視し、これを非金銭的なインセンティブとして捉え直すことで、権利論的な示唆の功利主義への取り込みが探求されている。また、別の観点からの研究として、Lemleyが批判した特許制度の非合理性を社会学の枠組みに基づいて再構成する研究も見られる。ここでは、特許制度の意義をイノベーションへの現実の寄与の観点ではなく、特許制度が長年にわたって存続し社会に定着してきたという持続可能性の観点から捉え直すことで、社会学的な合理性の帰結主義への取り込みが探求されている。

そこで以下では、このような新たな展開についてみていくことにしたい。

１．法の表出機能の枠組みに基づく創作者の人格的利益の保護と功利主義の再構成

功利主義か権利論/義務論かの選択を迫るLemleyに対し、功利主義に軸足をおきつつも、MERGES『知財の正義』に示唆を得て、知的財産法が保護するインセンティブの範囲を金銭的インセンティブのみならず法の表出機能（expressive function）に基づくインセンティブにまで拡大することで、功利主義と創作者の人格的利益の保護との調和を探求するのがFromerである[140]。

Fromerは、創作者の人格的利益が法の表出機能によるインセンティブという形で適切に保護された場合、著作物や特許製品を開発するための功利主義的インセンティブを最小限の社会的費用で向上させ、結果として、「学術または有用な技芸の発展を促進する」という知的財産法の憲法上の目的の実現に寄与することができる可能性があることを示唆する。

（1）問題意識

まずはFromerの問題意識を確認しておこう。Fromerの問題意識は大きく3つある。

① 人格的利益に対する創作者の強い信念の存在

１つが、人格的利益に対する創作者の強い信念の存在である。Fromerによれば、著作者と発明者が自己の作品に対して人格と労働に基づく重要な利益を有していることは、さまざまな証拠から裏づけられるとする。「さまざまな証拠から明らかなのは、著作者や発明者が、作品に対する人格や労働に基づく利益を重要視している点である。」「著作者や発明者は、自らの自己概念が作品と密接に関連していると頑なに信じている。つまり彼らは、自身の洞察や天賦の才を利用して作品を完成させるという特別な立場にいるのである。彼らが創作活動を行う大きな理由は、名声を得るためである。彼らは自らの作品を心理的に所有している。そしてしばしば、その制作に多大な労力を費やしたことを根拠に、完成した作品やその同一性の

[140] Fromer, *supra* note 13.

保持に大きな利益を有するのである。」[141]

ただし、Fromerは、著作者が自己の作品に対して有している人格的利益は、発明者が自らの発明品に対して抱いている信念とは同一ではないとする。順に見ていこう。

（a）人格的利益に対する著作者の信念

Fromerによれば、「著作者が自らの作品に関して必ず抱いている絶対的信念とは、作品が自らの自己概念と密接に結びついているということである。心理学や哲学の論文が明らかにしたところによれば、人が何かを所有するということは、その人物の自己概念と強く結びついている[142]。」[143]

「心理学の研究によれば、こうした作品に対する心理的オーナーシップ…は、人が自らを定義し、他者に対して自身のアイデンティティを表現し、自己を継続して維持することに寄与する。」「著作者は自らの作品に所有に基づく利益を有していることから、彼らは、自己には作品の改変を防ぐことができるはずだという意味で、しばしば自らの作品の同一性を強く信じることになる。」[144]「また、著作者にとって、自らの芸術作品は名声や評価――明らかに人格に基づく重要な利益――を高めるための手段である。多くの作家が文学作品を執筆する最大の理由は、承認や注目など名声に関連した利益を期待するからである。」[145]

（b）人格的利益に対する発明者の信念

以上のような著作者の人格的利益に対する信念と、発明者が自身の発明

---

[141] *Id.* at 1760.

[142] *See*, MIHALY CSIKSZENTMIHALYI & EUGENE ROCHBERG-HALTON, THE MEANING OF THINGS: DOMESTIC SYMBOLS AND THE SELF 16 (1981); John Christman, *Distributive Justice and the Complex Structure of Ownership*, 23 PHIL. & PUB. AFF. 225, 235-37 (1994); Lita Furby, *Possessions: Toward a Theory of Their Meaning and Function Throughout the Life Cycle*, *in* 1 LIFE-SPAN DEVELOPMENT AND BEHAVIOR 297, 317-23 (Paul B. Baltes ed., 1978); Jon L. Pierce et al., *The State of Psychological Ownership: Integrating and Extending a Century of Research*, 7 REV. GEN. PSYCHOL. 84, 85-86 (2003).

[143] Fromer, *supra* note 13, at 1766.

[144] *Id.* at 1767-68.

[145] *Id.* at 1770.

品について抱く信念とは同一ではないとFromerはいう。確かに、「発明者も、自らの発明品は自らの自己概念と密接に関連していると考えている。」「実証研究で明らかなのは、発明者が、発明行為によって感じる満足感や知的挑戦をかなり重視している点である。」[146] しかし、「特定の方法で具体的な課題を解決できるのは自分しかいないという発明者のこの信念は、著作者が自身の芸術作品と独自のつながりを有するという考え方とは異なる。著作者とは違って発明者は、具体的な課題――空気を冷却する、文章を暗号化するためのソフトウェアを開発する、ポリオのワクチンを開発するなど――を解決するための機能に関する考察によって最終的に発明品にたどり着く。」「個人的な感情や記憶あるいはテーマが具体的な課題の解決に役立たない場合、発明者は、機能に関する考察を通じてそうした感情などから距離をおくようになり、最終的に具体的な解決策に到達することになるのである。」それゆえ、「彼らの同一性保持に基づく利益は、著作者の場合の利益ほど大きな危機に瀕しているわけではない。」[147] ただし、「実証研究によれば、発明者は、自らの創作活動からもたらされうる名声や評価に強い関心をもっている。」「Mertonによれば、名声に対するこうした利益は極めて重要であり、したがって社会では、こうした利益を保護するために先に発見した者が優先されるようになっているのである[148]。」[149]

② 創作者の人格的利益の保護と功利主義の関係についての再考

もう１つが、創作者の人格的利益の保護と功利主義の関係についての再考である。Fromerによれば、以上のように創作者が人格権に対して強い信念を有しているとするならば、功利主義は、知的財産法において、適切な状況で創作者の人格的利益を重視することに強い関心をもつべきであるとする。

「最高の芸術、科学、技術作品の制作のために最小限のインセンティブを与え、それによって社会に利益をもたらすことを最も重視している功利主義者は、著作権法や特許法による創作者の人格権の実質的保護や人格権

---

146 *Id.* at 1771.

147 *Id.* at 1773-74.

148 ROBERT K. MERTON, THE SOCIOLOGY OF SCIENCE 273-74 (Norman W. Storer ed., 1973).

149 Fromer, *supra* note 13, at 1775.

に対する配慮の表現が、さまざまな方法で――おそらく伝統的な金銭的インセンティブではできない方法で――、創作者に法の表出機能に基づくインセンティブを与えることができる点を評価すべきである。」[150]「著作権法と特許法は、創作者の人格権――彼らにとって不可欠なもの――に対する配慮を示し、この権利を実現するためのインセンティブを提供することで、創作者に対し、社会にとって価値のある作品を完成させるための強いインセンティブを提供することができるのである。」[151]

「もちろん、功利主義者は、金銭的インセンティブを付与する場合の社会的費用について関心をもつべきであるように、法の表出機能に基づく特定のインセンティブを付与することによって生じる社会的費用…についても関心をもつべきである。法の表出機能に基づくインセンティブの付与で生じる社会的便益が社会的費用を上回る場合にのみ、法の表出機能に基づくインセンティブは与えられるべきである。」[152]

したがって、「〔再構成された〕功利主義の枠組みでは、さまざまな金銭的インセンティブと表出のインセンティブの費用と便益――具体的には、創作者にとってのそれらインセンティブの望ましさ、それによって生じる社会的費用、そしてこうしたインセンティブによって実現が促される作品が社会にもたらす便益――がすべて考慮されることになる。」[153]

③ 法と規範の研究および法の表出理論から示唆される表出のインセンティブの重要性

3つ目が、法と規範の研究および法の表出理論（expressive theories of law）から示唆される表出のインセンティブの重要性である。Fromerによれば、創作者の人格的利益を法の表出機能によるインセンティブの形で保護することの有用性は、法と規範に関する研究や法の表出理論の枠組みによっても裏づけられるとする。

---

[150] *Id.* at 1760.

[151] *Id.* at 1777.

[152] *Id.* at 1760.

[153] *Id.* at 1778.

（a）法と規範の研究からの示唆

例えば、Fromerは、法と規範の研究に照らせば、著作者や発明者に対し創作に励むよう説得するためには、知的財産権のインセンティブは著作者や発明者の規範に準拠したものでなければならないことが示唆されるとする。

「文献では、法の内容と社会規範との相互作用について記述的にも規範的にも研究がなされている。こうした相互作用に関する支配的な見解とは、法はその強制力と正当性を強化するために、人々の中にある規範を制度化しなければならないというものである[154]。Robert Cooter教授が刑罰の事例で指摘したように、『法が社会規範と一致する場合、法は社会的制裁を補完するために国家の制裁を用いることができる。例えば、脱税者という不名誉を補完するために罰金を科すことができる。このように社会的制裁を法的制裁で補完することによって、私たちは制裁の総体を増やすことができるのである。』[155] 逆に、法が人々の規範に一致しない場合には、その信頼性が損なわれるおそれがある。」[156]

「法と規範の調和のとれた相互作用というこの考え方は、知的財産法のインセンティブの設計にとって重要な意味をもっている。刑法が犯罪者を社会的に辱める応報刑を課すことで抑止力を手にすることができるのと同じように、知的財産法も、人格権に根ざす功利主義的な創作のインセンティブを提供することができる。創作者の規範がその作品に対する強い人格的、労働的利益を喚起することを考慮すると、知的財産法は、そうした人格権の利益を保護し、それらに対する配慮を示すインセンティブを提供することで、創作のインセンティブを拡大することができるのである。」[157]

---

[154] *See, e.g.*, Yuval Feldman, *The Behavioral Foundations of Trade Secrets: Tangibility, Authorship, and Legality*, 3 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 197, 231 (2006); Richard D. Schwartz & Sonya Orleans, *On Legal Sanctions*, 34 U. CHI. L. REV. 274, 294-99 (1967); *cf.* Robin Bradley Kar, *The Deep Structure of Law and Morality*, 84 TEX. L. REV. 877, 878 (2006).

[155] Robert D. Cooter, *Three Effects of Social Norms on Law: Expression, Deterrence, and Internalization*, 79 OR. L. REV. 1, 15 (2000).

[156] Fromer, *supra* note 13, at 1781-82.

[157] *Id.* at 1783-84.

（b）法の表出理論からの示唆

また、Fromerによれば、法の表出理論からも、創作者の人格的利益に対する配慮を示すインセンティブを知的財産法が保護することの有用性が示唆されるとする。

この分野の代表的な論者によれば、「表出理論は、個人、組織、国家などのアクターに対し、さまざまな実体的価値観に対する適切な態度を示しながら行動するように命じる」とされる[158]。実際、さまざまな法分野において、表出理論に基づく強固な議論が展開されてきた。例えば、差別を禁止した平等条項や宗教の自由を認めた国教樹立禁止条項など、憲法上の多くの条項は、国家による道徳的価値観の表出を目的としたものと捉える見解がある[159]。また、絶滅危惧種の保護に関する環境関連法を、人類とその環境との関係という特定の概念を象徴したものと位置づける見解もある[160]。さらに、刑法における懲役刑などの特定の刑罰は、罰金といった他の処罰に比して共同体のより強い非難を表しているとする見解もある[161]。

「知的財産法における表出のインセンティブの重要性についても、以上と同様に理解することができる。価値ある作品の創作意欲を高めるうえで、人格的利益を守る表出のインセンティブを与えることの効用以外にも、表出のインセンティブは、著作者や発明者が強い関心をもっている人格と労働の価値に対する配慮を伝えることができる。これを伝えるだけで、表出のインセンティブは、著作者と発明者に対し、社会的に価値のある作品の創作と流通を奨励したり、その人格権を尊重する知的財産制度を選択するよう奨励することもできるのである。」[162]

---

[158] Elizabeth S. Anderson & Richard H. Pildes, *Expressive Theories of Law: A General Restatement*, 148 U. PA. L. REV. 1503, 1504 (2000).

[159] *Id.* at 1531-51.

[160] Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 U. PA. L. REV. 2021, 2024 (1996).

[161] Dan M. Kahan, *Social Influence, Social Meaning, and Deterrence*, 83 VA. L. REV. 349, 352 (1997).

[162] Fromer, *supra* note 13, at 1786.

（2）知的財産法における表出機能に基づくインセンティブの枠組み

以上の問題意識をもとに、Fromerは、知的財産法における表出機能に基づくインセンティブの枠組みについて検討を行っている。Fromerによれば、知的財産法の構造の中には、表出機能に基づくインセンティブがすでに組み込まれているものがあるという。以下では、①氏名表示、②著作権の保護期間の構造、③先発明主義の３つに絞って見ていくことにしたい。

① 氏名表示

第１に、氏名表示についてである。Fromerによれば、表出のインセンティブとして最も認知される可能性が高いのは、保護対象となった作品にその創作者の氏名を表示させる権利（氏名表示権）だという。作品への創作者の氏名表示が表出のインセンティブとなりうる理由として、Fromerは次の２点を指摘している。

１つは、その作品への創作者の関与を広く知らしめ、結果として創作者の評価を高めうる点である。氏名表示は、創作者の評価を高めることで、創作者が作品の中心としての価値を有していることを表出する。もちろん、氏名表示によって評価が高まれば、プロとしての活躍の場が増えて昇給するなど、創作者は金銭的な報酬を得ることができる。それゆえ氏名表示は、この意味では伝統的な金銭的インセンティブとしても機能する。このように氏名表示の権利は、表出のインセンティブと金銭的インセンティブの双方をもたらしうるのである[163]。

もう１つは、創作者とその作品とのつながりを目に見える形で明らかにする点である。氏名表示は、創作者が最終的に自らの作品の著作権を保有しなくなった場合でも、その作品とのつながりを目に見える形で維持し、もって自らの作品を自己概念の強力な構成要素として見ることへの人格的な利益を具体化するのである[164]。

以上から氏名表示は、著作者や発明者にとって是非とも手に入れたいものとみなされている。例えば、クリエイティブ・コモンズは、2004年までに約98％の著作者が氏名表示を求めるクリエイティブ・コモンズ・ライセ

---

[163] *Id.* at 1790.

[164] *Id.*

ンスを選択していたことを受けて、氏名表示を同ライセンスの標準機能として採用するようになった[165]。また、実証研究によれば、創作者が自らの作品について氏名表示を受けるために、その知的財産権をライセンスする際に受け取る金額を大幅に減らしてもよいと考えていることが明らかになっている[166]。

それでは、知的財産法は、氏名表示に係る表出のインセンティブをどのような形で保護しているのだろうか。Fromerによれば、特許法と著作権法とでは氏名表示についての保護の態様が異なるとする。

（a）特許法における氏名表示

まず、特許法は、特許出願書類や発行される特許証に発明者全員の氏名を記載するよう求めている[167]。それによって特許法は、発明者の氏名表示を義務づけ、発明に貢献した個人の功績を称えている。また、発行された特許証の発明者欄に実際に発明に携わった者の氏名が記載されていない場合には、関係するすべての当事者の申請に基づき、特許商標庁の長官が、発明者の記載を訂正できるようにしている（ただし、当該訂正は特許権の有効性には影響を及ぼさない）[168]。

Fromerいわく、興味深いのは、「企業に勤める発明者がその発明に係る特許権を雇用主に譲渡する契約を締結しているというよくあるケースでも、依然として特許法では発明者の氏名表示が義務づけられている点である。」[169] この点についてFiskは、「ほとんどの発明は、雇用主からの資金提供で組織的に行われる研究によってではなく、個人の努力によって生まれるという概念が一般人の心に植え付けられている」ことの現れであると評

---

165 Glenn Otis Brown, *Announcing (and Explaining) Our New 2.0 Licenses, Creative Commons*, May 25, 2004, http://creativecommons.org/weblog/entry/4216.

166 Christopher Jon Sprigman, Christopher J. Buccafusco & Zachary C. Burns, *What's a Name Worth?: Experimental Tests of the Value of Attribution in Intellectual Property*, 93 B.U. L. REV. 1389 (2013).

167 35 U.S.C. §§ 115-116 (amended 2011), § 154.

168 *Id.* §256 (amended 2011).

169 Fromer, *supra* note 13, at 1793.

価している[170]。

（b）著作権法における氏名表示

一方、著作権法は、著作権保護の要件として著作者名の表記を義務づけていない。また、著作物にその著作者の氏名を表示させる一般的な権利も認めていない。わずかに、1990年の視覚芸術家権利法（Visual Artist Rights Act: VARA）が、頒布数が200点以下の視覚芸術著作物という極めて限定的な著作物における氏名表示権をその創作者に認めているにすぎない[171]。これらの創作者には、「著作者であることを主張する」権利や、他人の創作物や無断で改変された自己の著作物に自己の名前が使用されることを防止する権利が認められている[172]。

こうした極めて限定的な視覚芸術著作物の場合を除けば、著作権法は、著作者に氏名表示の権利を認めていない。もっとも、Fromerによれば、著作権法は、著作権登録において著作者名の記載を義務づけ、著作権登録を促すことで、著作者の氏名表示を間接的に奨励している[173]。すなわち、著作権法は、著作物の最初の発行後3ヶ月以内の登録の効果として、法定損害賠償や弁護士費用賠償の請求権を付与し[174]、また、著作物の最初の発行後5年以内の登録の効果として、著作権の有効性や権利保有について法律上の推定を認めることで[175]、早期の著作権登録を促している。くわえて、著作権登録は侵害訴訟提起の前提条件にもなっている[176]。このように著作権法には、著作権登録を通じて間接的に著作者の氏名表示を促す仕組みが組み込まれているというわけである[177]。

---

[170] Catherine L. Fisk, *Removing the 'Fuel of Interest' from the 'Fire of Genius': Law and the Employee-Inventor, 1830-1930*, 65 U. CHI. L. REV. 1127, 1140 (1998).

[171] 17 U.S.C. §§ 101, 106A (2006).

[172] *Id.* § 106A(a).

[173] Fromer, *supra* note 13, at 1793-94. 著作権登録の申請事項につき、17 U.S.C. § 409 (2006).

[174] *Id.* § 412.

[175] *Id.* § 410(c).

[176] *Id.* § 411.

[177] なお、登録された著作者名の記載に誤りがある場合、著作権法は、当該著作者名

もっとも、職務著作の著作権が登録される場合、雇用主が著作者として記載され、著作物を実際に作成した従業員の氏名は記載されない[178]。また、1955年の時点で職務著作がすべての著作権登録の40%を占めており、この比率はその後高くなっている可能性がある[179]。Fromerは、このように著作権登録全体のかなりの部分を占める職務著作に関して、当該著作物を実際に作成した従業員の氏名表示を不要とする著作権法の規律の正当性は必ずしも明らかでないとしたうえで、表出機能に基づくインセンティブ付与の観点からは、現在の著作権登録のあり方を再考する余地があるとする[180]。とりわけ、著作者が金銭的な権利以上に氏名表示の利益を重視している場合があり、また、比較的安価な費用で実現が可能であることに鑑みれば、職務著作の著作権登録において従業員の氏名表示を要求することは一考に値すると結論づけている[181]。

② 著作権の保護期間の構造

第２に、著作権の保護期間の構造についてである。Fromerによれば、同じような内容の小説であっても、その執筆後に著作者がどれだけ長生きしたかによって著作権の保護期間が大きく異なる著作権法の構造は、従来、功利主義の枠組みで説明することが難しいと考えられてきたが、法の表出機能のレンズを通して眺めることで功利主義の体系に位置づけることができるとする。

「ここで、著作権法の保護期間の構造が表出のインセンティブとしていかに効果的であるかを明らかにしよう。重要なのは、保護期間の構造とその長さを同一視しないことである。理論上、期間の長さは問題ではない。功利主義に基づく制度の枠組みの中で適切な長さに保護期間を設定することは、主に経済的な問題である。実際、複数の指摘によれば、特許の保

の記載を是正するための補完的登録手続を定めている（37 C.F.R. § 201.5(b)(2)(ii)(2011)）。ただし、これによって著作権が無効になることはない。この点は特許法の場合と同様である。

[178] 17 U.S.C. § 201.

[179] Fromer, *supra* note 13, at 1794.

[180] *Id.* at 1794, 1797.

[181] *Id.* at 1797.

護期間――現在は主に出願日から20年――が著作権の保護期間よりも大幅に短く設定されているのは、両者の保護対象に経済的な違いがあるからである。特許の場合には、科学技術の進歩のために累積的に積み重ねることができるよう、特許を取得した技術をパブリックドメインにすることに対してより大きな社会的必要性が認められる。これに対し、著作物にはそうした意味での必要性はない。その理由として特に考えられるのは、著作権法が後続の創作者に対し、これらの著作物からアイデアや一定の表現を借用することを認めているからである。」[182]

「著作権保護期間の適切な長さが決まれば、次にその期間をどのような構造にするのかを決めなければならない。」「〔具体的には〕対象となる著作物の創作年、著作者の生存期間（それに考えられうる固定期間を加える）、あるいは他の変数のいずれを起算点とするのかを総合的に決めなければならない。」[183]

「しばしば指摘されるのは、著作権の保護期間が、著作者にとって最も目に見える著作権法の要素とまではいえないとしても、目に見えてわかりやすい要素の１つだということである。そこで、創作のインセンティブを提供する１つの方法とは、特に創作者の目をひく期間構造を用いることである。著作権の保護期間の構造は、著作者の人格的利益をインセンティブとして呼び起こすことで、まさしくその方法を実践しているように見える。著作権法は、著作者の生存期間を著作権保護の重要な変数とすることで、著作者の生涯（さらに死後の一定期間）にわたって著作者を中心に据えた形で著作物を保護している。著作者の生存期間において、その作品に対する著作者の人格的利益が最も重要であるのはほぼ間違いない。なぜなら、その著作者は自身の作品を自己概念と結びつけて評価を確立しているからである。生存期間を加えた保護期間は、著作者自身を起算点とするだけでなく、著作権法において著作者が極めて重要だというシグナルも送っている。これらの理由から、著作権の保護期間の構造は、表出のインセンティブとして機能しうるものであり、芸術作品の創作の奨励という著作権法

[182] *Id.* at 1801.

[183] *Id.* at 1801-02.

の目的を達成するうえで特に有益なものと考えられるのである。」[184]

③ 先発明主義

第3に、先発明主義についてである。Fromerによれば、米国では制度運営のコストやハーモナイゼーションを理由に先発明主義から先願主義へ移行したが、従来の先発明主義には、名声や自己概念といった発明者の世界の人格規範が特許法において尊重されることを発明者に伝える表出機能があった点を看過してはならないとする。

「ほとんどの国の特許法では、最初に出願した者に特許を認めるという先願主義が採用されている。2012年9月、米国もこれらの国々と足並みをそろえる形で、先願主義に近い制度に移行した。」もっとも、原則的には先願主義を採用しているものの、例えば後願であっても発明を最初に公に開示した場合には後願者に特許を付与したり[185]、特許出願よりも1年以上前に特許発明を商業的に使用していた場合には特許権侵害に対する抗弁権を認めるなど[186]、「幅広い例外を認めている点で、先発明主義の名残のようなものを内包している。」[187]

こうした先願主義への移行に関しては賛否両論あるが、「どちらの意見を支持するかにかかわらず、制度運営のコストやハーモナイゼーションという利益がなければ、最初に発明した者に特許を認めることが理論上最も公正なルールであるという考えが強いように思われる。さらに先使用者の抗弁権や公の開示の例外が新法に採用されたことは、明らかに、『少なくとも絶対的な先願主義の公正性に対する全体的な不満の表れ』[188]にほかならない。年間に発行される特許の中で、先願主義によって優先順位に違いが生じるケースがほんの一部だとしても、先発明主義の存続を求める声は

---

[184] *Id.* at 1802.

[185] 35 U.S.C. §§ 100, 102, 146 (amended 2011).

[186] *Id.* § 273 (amended 2011).

[187] Fromer, *supra* note 13, at 1810-11.

[188] Adam J. Sedia, *Storming the Last Bastion: The Patent Reform Act of 2007 and Its Assault on the Superior First-To-Invent Rule*, 18 DEPAUL J. ART, TECH. & INTELL. PROP. L. 79, 124-25 (2007).

大きかったのである。」[189]

「最初に発明した人に特許権を認めるのが公正だという考え方の背景には、発明者の人格や労働の利益が密接に関係しているように思われる。発明者は、自己の発明で評価を高めたいという思いを強くもっており、だからこそその発明に自己の氏名が表示されるよう積極的に投資を行うのである。」[190]「したがって、発明の先使用や先開示などかなり広い範囲にわたって例外を認めているとはいえ、先発明主義から先願主義への移行は、表出機能に基づく有用なインセンティブの減少という否定的な側面を伴うものであって、この点は従来見落とされがちであったように思われる。明らかに先発明主義は、名声や自己概念といった発明者の世界の人格規範が特許法の権利の付与において尊重されることを発明者に伝える役割を果たしていたのである。」「こうした洞察があれば、議会は、先発明主義から先願主義への移行を躊躇したはずである。」[191]

（3）知的財産法による表出のインセンティブの過大な保護と社会的費用

Fromerは、知的財産法における表出機能に基づくインセンティブの重要性を説く一方で、そのようなインセンティブを過大に保護することによる社会的費用の問題についても明らかにしている。Fromerがそのような問題の１つとして取り上げるのが、著作物の利用における同一性の尊重という価値を著作権法が表出するうえでの同一性保持権と翻案権の重複の問題である。

「著作者はしばしば著作物の同一性を保持することに対して強い利益を有しているが、Amy Adlerが明らかにしたように、後続の著作者がさらなる芸術を生み出すために既存の創作物の改変、破壊、翻案を行うのを認めることには、その同一性の保持に係る著作者の利益を相殺しうるほどの重要な社会的利益が存在する[192]。こうした改変や翻案の機会の減少は、それがどのようなものであれ、そうした作品を保有し、それを享受している社会の人々に対して影響を及ぼす。したがって、著作者の同一性保持権を強

---

189 Fromer, *supra* note 13, at 1811-12.

190 *Id.* at 1812.

191 *Id.* at 1812-13.

192 Amy M. Adler, *Against Moral Rights*, 97 CALIF. L. REV. 263 (2009).

固に保護することは、著作者に対して表出機能に基づく強いインセンティブをもたらしうるとしても、社会や社会における文化の発展に対して多大な費用を課すおそれがあるため、賢明とはいえないだろう。」[193] こうした観点から見た場合、VARAは、頒布数が200点以下の視覚芸術作品に限って、限定的な同一性保持権を著作者に認めているということができる[194]。

もっとも著作権法は、著作者に対して、同一性保持権とは別に、著作物をもとに二次的著作物を作成する排他的権利（翻案権）を認めている[195]。「この権利に関する有名なケースとして、ABCが空飛ぶモンティ・パイソンを編集した番組を放映することを暫定的に禁止した第2巡回区控訴裁判所の判決がある[196]。この番組は、コマーシャルを挿入し、攻撃的な箇所や卑猥な箇所を削除するために、通常30分の同番組3本を編集して24分の番組にしたものである。モンティ・パイソン側は、この編集行為が著作物の同一性を損なう『切除』にあたると主張した[197]。第2巡回区裁判所は、モンティ・パイソンの請求を認め、著作権法上、本件の編集行為はモンティ・パイソンが有する最初の脚本をもとに二次的著作物を作成する権利を侵害するおそれがあると判示した[198]。この判例から明らかなように、著作権者が有する二次的著作物を作成する権利は、同一性保持権を侵害するような態様での著作物の編集、改変行為から保護されるための手段として行使することが可能なのである。」[199]

確かに、著作権法にはフェアユースの法理が存在するが、「フェアユースの法理は、後続の創作者による著作物の改変を認めることの社会的利益という、同一性保持権の対抗利益を十分に保護するものではないだろう。」[200]「全体として、著作物の同一性を保持することに係る原著作者の利益と、既存の著作物を社会のために利用したり改変したりすることに係る後続

---

[193] Fromer, *supra* note 13, at 1817.

[194] 17 U.S.C. § 106A(a) (2006).

[195] *Id.* § 106(2).

[196] Gilliam v. Am. Broad., 538 F.2d 14 (2d Cir. 1976).

[197] *Id.* at 18.

[198] *Id.* at 20-21.

[199] Fromer, *supra* note 13, at 1818-19.

[200] *Id.* at 1820.

の著作者の利益という、相対立する利益の綱引きは、特定の文脈において表出機能に基づく過度に広範なインセンティブを付与することの危険性を示している。著作権法は、VARA、二次的著作物を作成する著作者の排他的権利およびフェアユースを組み合わせることで、競合する利益間の調整を図ろうとしているが、意図的ではないにせよ、そうした試みは後続の著作者の利益を犠牲にして、原著作者の表出上の利益を過度に保護する結果をもたらす可能性が高いように思われる。」[201]

（4）検討

① Fromer論文の意義

従来の知的財産制度の正当化根拠をめぐる議論においては、功利主義／帰結主義か権利論／義務論かという二者択一の対立図式で議論が進められてきた。そうした中で、功利主義に軸足をおきつつも、法の表出機能に基づくインセンティブというレンズを通して創作者の人格的利益の保護と功利主義との再構成を図ろうとするFromer論文は、学界に大きなインパクトを与えた。とりわけFromer論文が、創作者の非金銭的なインセンティブに注目する後続の研究を促した点は高く評価されている[202]。

例えば、そうした後続研究の１つにNewmanの研究がある[203]。Newmanによれば、創作者個人が表現作品を安い費用で流通させることが可能なソーシャルマーケットが普及し、創作物の生産と流通構造が大きく変化した結果、功利主義理論は創作のインセンティブに関する計算式の見直しを迫られているとする。とりわけソーシャルマーケットにおいては、社会的なつながりが成功の可能性を左右するため、氏名表示権をはじめとする人格権が創作者の社会的地位を高める手段として重要になってくるという。したがって、創作物を対象としたソーシャルマーケットがさらに発展普及していくことで、現在の知的財産制度が提供する経済的な権利とは対照的に、人格権に基礎をおく権利が今後ますます顕著な創作のインセンティブを提供するようになる可能性があるとNewmanは主張している[204]。

---

[201] *Id.* at 1820-21.

[202] Bair, *supra* note 13, at 1449-1500.

[203] John M. Newman, *Copyright Freeconomics*, 66 VAND. L. REV. 1409 (2013).

[204] *Id.*, at 1463-64.

同様に、著作権者の訴訟動機を調査したBuccafusco & Fagundesの研究もFromer論文の影響を受けた研究といえる[205]。同研究によれば、著作権者は経済的な理由ではなく道徳的な理由から訴訟を起こすことが多い。それゆえ、著作権者の非経済的な動機を理解することで、著作権の功利主義的な目標をよりよく実現する処方箋を導くことができるとする。例えば両教授は、侵害の基準を修正し、著作権者に対し非金銭的または金銭的な損害の証明を義務づけることを提案している。彼らはさらに、フェアユースの法理を調整して、市場に損害が生じたことを示す取るに足らないような証拠によってフェアユースの成立が退けられないようにすべきだとも提案している。このようにして両教授は、著作権者の行動リアリズムにそった帰結主義の構想を提示するのである[206]。

さらに、公正感（perceived fairness）と内発的動機づけ（intrinsic motivation）に着目するBairの研究もこうした系譜に位置づけることができる[207]。Bairいわく、心理学の洞察によれば、公正感は人々に創作活動への内発的な動機づけを提供し、より創造的な思考やアウトプットをもたらす[208]。それゆえ、著作者はその創作の成果に対して権利を受けるに値するという権利論的な視点に基づく著作権法の設計は、著作者に対し公正感に基づく創作のインセンティブを提供するという意味で功利主義とは必ずしも矛盾しないというわけである[209]。

---

[205] Christopher Buccafusco & David Fagundes, *The Moral Psychology of Copyright Infringement*, 100 MINN. L. REV. 2433 (2016).

[206] *Id.* at 2480 ff.

[207] Bair, *supra* note 13.

[208] *See*, TERESA M. AMABILE, CREATIVITY IN CONTEXT 107-10 (1996); Teresa M. Amabile, *The Motivation to Be Creative*, *in* FRONTIERS OF CREATIVITY RESEARCH: BEYOND THE BASICS 223, 225 (Scott G. Isaksen ed., 1987); Todd Dewett, *Linking Intrinsic Motivation, Risk Taking, and Employee Creativity in an R&D Environment*, 37 R&D MGMT. 197, 202-05 (2007); Shung Jae Shin & Jing Zhou, *Transformational Leadership, Conservation, and Creativity: Evidence from Korea*, 46 ACAD. MGMT. J. 703, 707-12 (2003); Pamela Tierney, Steven M. Farmer & George B. Graen, *An Examination of Leadership and Employee Creativity: The Relevance of Traits and Relationships*, 52 PERSONNEL PSYCHOL. 591, 603-17 (1999).

[209] Bair, *supra* note 13, at 1501-08.

② 法の表出機能の枠組みに基づく知的財産研究の課題

以上のとおり、功利主義か義務論かという従来の議論図式の転換を試みたという意味でも、後続研究への影響力という意味でも大きな意義を有するFromer論文であるが、法の表出機能の枠組みに基づく知的財産研究には課題もあるように思われる。

第1に、Fromerが功利主義に立脚し、知的財産法の表出機能に基づくインセンティブという主観的で非金銭的な便益を功利主義の費用便益計算の考慮要素として取り込んでいる点である。この点はVで見たように、金銭的な報酬しか考慮要素に含めていないという従来の功利主義に対する批判に応える試みであって評価されるべきものであるが、同時に、不確定性という本質的な課題を抱えることにもなる。とりわけFromerが「法の表出機能に基づくインセンティブの付与で生じる社会的便益が社会的費用を上回る場合にのみ、法の表出機能に基づくインセンティブは与えられるべきである」と説いていることから[210]、例えば、著作権法が著作者の死亡時期を保護期間の終期起算点とすることで著作者の中心性を表出することに伴う社会的便益と費用をどう測定するのか、また、特許法が先発明主義を採用することで発明者の世界の規範に対する尊重の念を表出することに伴う社会的便益と費用をどう算定するのか、といったことが課題となるように思われる。

第2に、1点目にも関連するが、Fromerが法の表出機能に基づく分析を、知的財産制度の記述的な説明のみならず、規範的な提言にダイレクトに結びつけている点である。Fromer論文は、氏名表示にせよ、著作権の保護期間の構造にせよ、先発明主義にせよ、知的財産制度の機能に関する記述的な説明としては非常に示唆に富むものであり、説得力を有するものである。一方、Fromerが「先発明主義から先願主義への移行は、表出機能に基づく有用なインセンティブの減少という否定的な側面を伴うもの」であり、こうした洞察があれば議会は先願主義の移行を躊躇したはずだと主張している点については[211]、慎重な評価が必要なように思われる。例えば、Fromerも認めているように、先発明主義の運営に多大な費用が生じていたことは

---

[210] Fromer, *supra* note 13, at 1760.

[211] *Id.* at 1812-13.

多くの証拠から明らかになっている。そうだとすれば、先願主義への移行によって表出機能に基づく有用なインセンティブが減少するとしても、それを上回る利益（先発明主義の運営に伴う多大な社会的費用の節減）を先願主義への移行に見出せるのであれば、そうした政策を功利主義的に正当化することは可能なように思われる。それゆえ、特許法の先発明主義には表出機能に基づくインセンティブの付与という機能を見出せるという記述的な説明から、議会は先発明主義から先願主義への移行を躊躇すべきであったという規範的な提言へと結びつけるには、より多くの論証が必要なように思われる。

２．社会学の枠組みに基づく特許制度の非合理性の再構成

実証的功利主義の観点からイノベーションの促進を目的とした特許制度の存在意義に極めて懐疑的な目を向けるLemleyに対し、特許制度が長年にわたって存続し社会に定着してきたという特性に着目し、社会学（Sociology）の枠組みに基づいて制度の持続可能性の観点から特許制度の意義を捉え直そうと試みるのがBurkである[212]。

Burkは、社会学の中でも新制度派組織論の枠組みを参照し、特許制度の役割を特許がイノベーションに寄与するという神話ないしナラティブ（narrative）を広く社会に浸透させる点に見出している。そして、このような神話ないし社会的ナラティブとしての特許制度下における組織活動について考察し、企業等による特許の取得行為について、こうしたナラティブに従って行動していることを示す一種の儀礼的・象徴的なプラクティスであって、当該組織の存在や活動の正当性と安定性を確保するための社会的行為であると再定位している。

（1）問題意識

まずはBurkの問題意識を確認しておこう。Burkの問題意識は大きく2つある。

---

[212] Burk, *supra* note 12.

① 特許制度の非合理性と持続可能性への関心

1つが、特許制度の非合理性と持続可能性への関心である。Burkは特許制度の非合理性について次のように述べる。

「興味深いことに、ほとんどの特許はライセンスされず、権利行使もされず、ほぼ忘れ去られているようである。」「大半の特許が利用されないままであるにもかかわらず、企業は特許取得に莫大な資本を投じる。企業が合理的に行動すると仮定した場合、特許取得にかかるコストや手数料は、とりあえず支払う価値のあるものでなければならないはずであるが、特許のライセンスによる収入やそれに類似した収益によって、それまでにかかった費用が合理的に正当化されることを示す証拠はほとんど存在しない。」「実際、特許の取得は長らく非常に非合理なものと考えられてきた。」[213]

「筆者にとって関心があるのは、知的財産分野における帰結主義に基づかない論拠の台頭ではなく、反証が存在するにもかかわらず、特許をインセンティブとして捉える理論が依然として根強く主張されていること――つまり、明らかに破綻していることなどお構いなしに、功利主義に基づいて知的財産権を説明しようとすること――である。知的財産権の擁護者、とりわけ広範な知的財産権の擁護者がその根拠を功利主義に基づくインセンティブ理論においている限りにおいて、その立場を裏づける証拠はあるとしても極めて少ないばかりか、それ以上に悪いことには、その立場を否定する証拠が徐々に増えているのである。」[214] したがって、「特許などの知的財産権は、経済的合理性という意味で説明できないというだけでなく、そうしたモデルを裏づける証拠が欠如しているという点で、それらの前提にこれまでどおり忠実に従うことは、口語的な意味でも非合理に思われる。特に、知的財産権をインセンティブとして捉える理論をこれまでどおり支持することは、純粋に教義（dogma）の問題、つまり理性の行為というよりも信念の行為のように思われる。」[215] その意味では、「知的財産権に対する証明不能な信条に関するLemleyの基本的な主張は、特許をインセンティブとして捉える功利主義的理論を頑なに信じる者に対しては、かな

---

[213] *Id.* at 424-25.

[214] *Id.* at 424.

[215] *Id.* at 427.

り有効なように思われる。」[216]

このようにBurkは、特許制度が神話とでもいうべき一種の非合理性のうえに成り立っていることを正面から認めたうえで、そのような特許制度が長年にわたって持続し、社会制度として定着してきた点に着目している。いわく、「特許の社会的価値は事実上不可知論的なものである。特許は実際に存在し、何かを行っている。特許に費やされた時間と労力を考えると、特許が何を行っていようとも、明らかにそれは特許を取り囲む共同体にとって極めて大きな意味をもっている。特許は、効率性、公正性、美徳、あるいはそれ以外の考えうる基準に基づいて正当化されるかもしれないし、されないかもしれない。しかし、特許制度を所与のものとして捉えることで、つまり近い将来、消滅することもなければ、急激に変化することもないと考えることで、なぜその制度が運用されているのかではなく、どのように運用されているのかに焦点をあてることができるようになる」のである[217]。

② 社会学の枠組みに基づく分析の有用性

もう１つが、社会学の枠組みに基づく分析の有用性である。Burkによれば、知的財産制度に対する信念に基づく説明は必ずしも非合理な説明ではなく、社会学の分野では十分に理解されているものであって、逆にこれによって長年存続している社会的・政治的制度をうまく説明できるとする。

「知的財産がある種の非宗教的信念に依存しているというLemleyの批判は、多くの社会学者からすれば驚きでもなんでもなく、むしろ既知の事実として迎えられるだろう。長年、社会学の特定の学派は、客観性や合理性への現代の依存を含め、ほとんどの社会行動は首尾一貫した社会機能を可能にするものとして広く容認された神話に基づいていると主張しているからである。」[218] ある新制度派組織論者の言葉を借りれば、「現代社会は制度的なルールに満ちており、そうした制度的ルールは、さまざまなフォーマルな構造を望ましい目的を達成するための合理的な手段として描い

---

[216] *Id.* at 424.

[217] *Id.* at 452.

[218] *Id.* at 422.

た神話として機能している」のである[219]。

特許制度に関しても同様のことが当てはまるのであって、「特許制度の基本的な前提は神話である。」[220]「新制度派アプローチは、特許法の神話に関する対話を可能にするものである。このアプローチは、特許分野においては目新しいものかもしれないが、法律学の研究者にとって馴染みのないアプローチというわけではない。なぜなら過去20年にわたって新制度派は、法的分析と社会学的分析を組み合わせた『法と社会』学派にとって欠かせない存在となっており[221]、理論的にも実証的にもさまざまな法制度を検証するために活用されてきたからである[222]。しかし今日に至るまでこの考え方が特許制度の検討に拡張されることはなかった。つまり、特許制度を対象とした社会学的分析はこれまでほとんどなされてこなかったのである。」[223]

「新制度派アプローチには、特許の社会的役割を検討する際に特に有益な２つの特徴がある。第１に、新制度派の分析が組織特有の質を重視していることである。明らかにこれは特許取得行動の正しい検討レベルと思われる。これまでの特許研究には、企業の行動ではなく、個人の行動に重きがおかれる傾向があったが、特許を取得し、維持し、権利を行使しているのは、圧倒的に組織つまり企業や大学が多いからである。」「第２に、新制度派の分析が知的財産分野で浸透している神話の影響を評価するのに向いている点である。Jessica Silbeyは、知的財産の配分を正当化するための

---

[219] John W. Meyer & Brian Rowan, *Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony*, 83 AM. J. SOC. 340, 345 (1977). 本論文について詳しくは、佐藤郁哉＝山田真茂留『制度と文化：組織を動かす見えない力』（日本経済新聞社、2004年）183頁以下参照。

[220] Burk, *supra* note 12, at 427.

[221] See Mark C. Suchman & Lauren B. Edelman, *Legal Rational Myths: The New Institutionalism and the Law and Society Tradition*, 21 LAW & SOC. INQUIRY 903 (1996).

[222] Julia Black, *New Institutionalism and Naturalism in Socio-Legal Analysis: Institutionalist Approaches to Regulatory Decision-Making*, 19 LAW & POL'Y 51 (1997); Shauhin A. Talesh, *Institutional and Political Sources of Legislative Change: Explaining How Private Organizations Influence the Form and Content of Consumer Protection Legislation*, 39 LAW. & SOC. INQUIRY. 973, 979 (2014).

[223] Burk, *supra* note 12, at 450.

ナラティブの力について論じた先駆的論文で、すでにこの方向性を示唆している[224]。新制度派アプローチは、こうした見解をさらに一歩進め、知的財産全般、特に特許に関わる組織行動や構造にはナラティブが重要な役割を果たしていること示唆するのである。」[225]

(2) 新制度派組織論の枠組み

以上の問題意識をもとに、Burkは、新制度派組織論の枠組みに基づいて特許制度と組織の関係の分析を試みるのである。Burkはまず、新制度派組織論の枠組みについて、①制度と組織、②社会的ナラティブの儀礼的遵守と効率的組織行動の矛盾調整（ルース・カップリング）、③新制度派社会学の合理性と新古典派経済学の合理性の異同という3つの観点から説明している。

① 制度と組織

Burkによれば、新制度派において制度と組織は次のように説明される。

「新制度派によれば、社会制度は、単に適切な行動を定義するだけにとどまらず、個人が社会的現実を構築するうえでの基礎となる脚本と行動モデルを提供する。」[226] つまり「制度は、どのような選好や目標が受け入れ可能で、社会的に是認されるのかを定義し、習慣化した行動の代表例を相互に誘発するのである。言い換えるなら、制度は、特定の習慣的行動に関連した共通の意味や理解をもたらすのである。」[227]

「新制度派の最も重要な教義とは、個人や組織の局所的行為は、より広範な環境で機能する制度の影響を受けるということである。」「つまり、組織フィールドの全体に浸透している社会的ルールや慣行が、組織の構造や

---

[224] Jessica Silbey, *The Mythical Beginnings of Intellectual Property*, 15 GEO. MASON L. REV. 319 (2008).

[225] Burk, *supra* note 12, at 440-41.

[226] *Id.* at 431. Burkによれば、ここで「脚本」という演劇用語が使われるのは、制度主義が意図的なものであるということを説明するためだとされる。すなわち、社会的アクターが特定の社会的役割を演じる場合、彼らは自らの行動を組み立てるために社会的に適切な脚本を採用し、それを強化しているとする。

[227] *Id.*

見通しの枠組みを決めているのである。」[228] 別の見方をすれば、「新制度派は、組織の決定やその結果としての行動が、外部からの刺激に直面した際に効率性を実現するための合理的対応だという概念を事実上否定するのである。」[229]

「ここで興味深いのは、組織が支配的な社会的神話への同調性を示すために、政策や構造やプログラムを採用することである。…組織は、その構成員に正当性を伝えるための儀礼的または象徴的慣行によって社会への同調性を実現することができる。周囲の社会的儀礼や象徴は、特定の目的を正当化するために戦略的に利用されるだろう。多くの組織構造は、組織における外的価値観の受容と採用を示すために、儀礼的機能を果たすのである。」[230]「このアプローチが暗に意味するのは、フォーマルな構造は機能的であると同時に象徴的なものであって、共通の社会的ナラティブまたは期待に対する組織の投資を表しているということである。実際、構造や慣行の採用は、組織の目標や機能によってではなく、正当性や社会秩序のニーズによって命じられる可能性がある。採用される構造や政策は、組織の運用を促進するという機能的な意味で必ずしも効率性が高いものではないかもしれないが、それらは社会環境に対する確固たる対応である。制度化された神話に従うことが、機能性よりも優先される場合がある。」[231]

---

[228] *Id.* at 432.

[229] *Id.* at 433.

[230] *Id.* at 434.

[231] *Id.* Burkによれば、ここで注意すべきは、「神話」という言葉が空想とか嘘といった口語的な意味ではなく、むしろ共同体を結束させる広く浸透した社会的理解やイデオロギーを表すものとして用いられている点である。Burkは、そのような神話の例として、現代の西洋医学における白衣と聴診器を挙げている。いわく、「白衣と聴診器は、現代の西洋医学における医師にとって儀礼的服装の一部である。上着が白でなければならない特別な理由はない。おそらくピンクや緑でもよかったはずだが、西洋化された現代社会が、医療の専門知識を示す比喩として決めた約束事が白だったのである。白衣も聴診器も、それを着用している人物の能力について重要な情報を提供するわけではない。それを着ている人物は、有能な医者かもしれないし藪医者かもしれない。」しかし、「ひとたび白衣が着用されるようになると、医師としての義務の遂行にその服装が本当に関係するかどうかに関わらず、医師は白衣を着なければならないだろう。」*Id.* at 429-30.

このように、「組織の生き残りと成功は、その組織の実際の機能や業績ではなく、社会参加や同調性を表す構造を採用するかどうかで決まる場合がある。組織を取り巻く共同体の合理的なナラティブを取り入れることで、その組織は、集合的価値を反映させ、社会的承認を勝ち取り、批判や不利な監視を回避することができる。これは、内部と外部の構成員を広く浸透している社会的脚本に適合させることで、組織の安定性、生き残り、および成功の実現に寄与するのである。」[232]

② 社会的ナラティブの儀礼的遵守と効率的組織行動の矛盾調整―ルース・カップリング

もっとも、Burkによれば、組織の生き残りと成功が社会的ナラティブや神話の儀礼的遵守によって決まる場合があるとはいえ、組織は絶えず固く忠実にそうしたナラティブや神話に従っているわけではないという[233]。あまりに忠実に遵守しすぎると、組織の実際の効率的な業務遂行を過度に阻害する場合があるからである。そこで、ときに組織は、そうした矛盾を調整するために、表面上は社会的ナラティブに従っているように見せかけつつ、それとは切り離した形で組織の本質的活動を遂行する場合があるというわけである。Burkはこうした制度的神話と組織行動の緩やかな結びつきを、新制度派の用語法に倣って「ルース・カップリング（loose coupling）」と呼んでいる。

「〔新制度派の枠組みでは〕社会的期待と実際の慣行との乖離、つまり神話と現実との乖離が生まれやすいことについては十分理解されている。」「実際、組織が〔その現実の運用において〕社会的脚本を完璧に実施すれば、組織の日常的機能は支障をきたし、危機的状況に陥る可能性がある。」「広く浸透している神話や比喩は正当性や結束に必要であるとしても、それらは必ずしも組織の実際の機能に基づくものではないため、組織の円滑または効率的な運用の妨げになりうるからである。儀礼的遵守は、資源を本質的な機能から逸らせたり、場合によっては、組織の実際の業務を円滑

---

[232] *Id.* at 435.

[233] こうした制度的神話と組織行動との固い結びつきはタイト・カップリング（tight coupling）と呼ばれる。

に進めるものとは正反対の行為を要求するおそれもあるのである。」[234]

「したがって新制度派は、ときに実際の慣行と社会規範が分離し、両者が対立することなく共存できるようになる場合があると予測する。組織がこれを達成するには…社会的ナラティブと組織が実際に運用している現実の手続やシステムとの間の『緩やかな結びつき（ルース・カップリング）』を設けるだけでよい。現実と理想とのこうしたルース・カップリングは、適切な社会的脚本に口先だけ賛同しつつ、他方で組織の本質的活動を進めることで、神話と現実が同一組織内で共存することを可能にするのである。影響力の強い神話の遵守は、社会的比喩の事実上の無視と併存しうるし、さらには明白な非遵守とも併存しうるだろう。」[235]

③ 新制度派社会学の合理性と新古典派経済学の合理性の異同

最後に、Burkは、以上のような新制度派組織論が基礎とする合理性と新古典派経済学の合理性の異同を次のように説明している。

「新制度派が強調するのは社会的同調行動であり、これは経済的合理性の問題とは別の問題として解釈される。もっとも、社会学的分析は、必ずしも合理性の概念から完全に分離されるわけではなく、少なくとも特定の種類の合理性からは分離されない。」[236]「別の表現をすれば、新制度派は、合理性と効率性を社会的に構成された概念として捉えるのである。したがって、新制度派の認知的根拠が個人は合理的に行動すると仮定するのは、必ずしも個人の重要な幸福を実現するという意味においてではなく、社会的に適切な方法で、個人のアイデンティティを定義し表現するという意味においてである。組織フィールドで制度化される組織の反応や構造は、合理的なものとみなされるようになる。新制度派にとっての疑問とは、ある

---

[234] Burk, *supra* note 12, at 436-37. Burkは次のような学校現場の破綻の例を紹介している。すなわち、あるパブリックスクールを調査した民族誌学的研究によれば、同校が教師の説明責任や生徒の評価といった広く浸透した社会的ナラティブを忠実に遵守する教育方針に切り替えた結果、それまでうまく回っていた同校の教育現場に混乱が生じ、教育・学習メカニズムが機能しなくなり、最終的に同校の教育が破綻したというわけである。*Id.* at 437.

[235] *Id.*

[236] *Id.* at 438.

活動が個人的厚生と社会的厚生のいずれかを最適化するのかということではなく、その活動について受容可能な正当な説明が存在するのかということである。ある特定の行為について示される説明は、個人的厚生または社会的厚生のいわゆる最適化であろうが、重要なのは、ストーリーの受け入れ可能性であって、その客観的な効果ではない。したがって、新制度派におけるアクターは、合理的効用の最大化を図るというよりも、最大の効用の合理化を図るのである。」[237]

「しかし、ルース・カップリングに関する文献が示唆するように、社会規範と効率性が対立し、お互いが正反対の組織構造や両立しえない資源配分を命じる可能性がある。自らの機能の効率性にまったく関心のない組織が、この世界で長く生き残ることはできないだろうが、極めて効率性の高い組織でも、関係する構成員からの信頼や承認が得られなければ、やはり長く生き残れないのは紛れもない事実のように思われる。その反面、効率性が極めて低くても、社会的に尊敬され、評価を得ている組織は、非常に長い期間生き残ることができるだろう。実際、制度的正統性(institutional legitimacy)の枠組みは、普通に考えればずいぶん前に失敗して消えていたはずの多くの非効率な政治組織、社会組織、企業組織が、今なお生き残っ

[237] *Id.* at 439. Burkは、新制度派社会学の合理性と新古典学派経済学の合理性の違いについて次のような説明も行っている。「新制度派社会学の合理性は、新古典学派経済学の合理性とは異なる。新制度派の合理性には境界があるというだけでなく、その境界は、経済分析で想定される境界を超えたところに設定されている。合理的な経済行為は、人が自らの目的を達成するための最善の方法を選択することとして定義されている。しかし新制度派は、選択した者の選好と受け入れ可能な方法は個別に存在しないことを認める。なぜなら両者は、何が望ましいのかということと何が『最善の』方法なのかということの２つを定義する同じ社会環境の結果だからである。制度上の影響は、何が望ましいのかということと、欲求はどのようにして満たされるのかという２つのことを定義する。例えば、組織においては、個人の立場と責任によってその人物の選好が決まる傾向がある。個人の選好は、その人物の合理的選択を支えるものであるため、社会的影響や他のアクターとの関係に基づいて境界を設定されるだけでなく、定義されもするのである。」*Id.* at 438-39.

ていることについてのもっともらしい仮説を提示している[238]。」[239]

(3) 新制度派組織論から見た特許制度と組織の関係

Burkは、以上の枠組みをもとに、新制度派組織論から見た特許制度と組織の関係について分析を行っている。以下では、①企業による特許取得、および②大学の技術移転機関による特許取得の2点に絞って見ていくことにしたい。

① 企業による特許取得

第1に、企業による特許取得についてである。Burkは、ほとんどの特許が利用されないにもかかわらず、なぜ企業は特許取得に多大な資本を投じるのかという冒頭の問いに対して、新制度派組織論の視点から次のように説明している。

「特許法は、何が社会的に受け入れられ、何が望ましいかに関するナラティブを示している。この場合、特許の取得は、組織が行うべきこととして日常的に受け入れられるか、あるいはそのナラティブに同調していることを表すための道具として利用されうるかのいずれかである。いずれにせよ特許の取得は、イノベーション、競争、成功について広く知られているナラティブに組織が忠実に従っていることを示す、極めて儀礼的なもののように思われる。特許は、ベンチャーキャピタリスト、株主、債権者をはじめとする構成員に対し、その企業が企業として当然の行動をしていることを証明するだろう。特許の取得は、その企業には先進的で革新的な技術があり、投資や雇用の必要条件である信頼に足る企業である旨を示すことで、これらの構成員を満足させるだろう。」[240]

「この理論において特許の取得は、競合他社、従業員、投資家に一種のシグナルを送っている。そのため、特許は企業の質の指標だとするLongのシグナリングモデルを彷彿とさせるかもしれない[241]。しかし新制度派は、文

---

238 *See* MARSHALL W. MEYER & LYNNE G. ZUCKER, PERMANENTLY FAILING ORGANIZATIONS 45 (1989).

239 Burk, *supra* note 12, at 440.

240 *Id.* at 442.

241 Clarisa Long, *Patent Signals*, 69 U. CHI. L. REV. 625 (2002).

化的神話に忠実であることが、必ずしも企業の実際のまたは機能的な質を示すシグナルではなく、また明らかに経済的効率性を示すシグナルでもない点について注意を喚起している。むしろこの場合のシグナルとは、社会的または儀礼的なものであって、経済的なものではない。つまりそれは、遵守と信頼性を示すものであって、期待される社会秩序に参加していることの証なのである。特許は、イノベーション、能力、競争力という広く知られたナラティブに不可欠なものであるため、こうした遵守の証としての役割を果たす。もちろん実際には、企業が革新的で高い能力と競争力をもつ場合もあればそうでない場合もあるが、それはさほど重要なことではない。なぜなら特許を保有するということは、適切な社会的脚本の中で適切な役割を担っていることの証だからである。」[242]

「これは、スタートアップ企業の資金調達といった、特許に関わるパズルの説明に大いに役立つだろう。すでに述べたように、技術力のあるスタートアップ企業に投資する前に、ベンチャーキャピタリストが特許を保有している企業を探すというのは、事実として明らかである。ベンチャーキャピタリストがなぜ特許を保有する企業を好むのかは大きな謎である。この問題について経済学者は、経営能力のシグナルといった効率性の論拠を求めた。だが、彼らの研究結果はどのような解釈も成り立つものである。最もわかりやすい説明は、間違いなく新制度派の示唆であろう。それは、ベンチャーキャピタリストが特許をイノベーションの証として考えるのは、革新的企業が特許を保有するはずだからだということである。こうした説明にややトートロジーな傾向があることはいうまでもない。しかし、特許がこのフィールドに浸透しているイノベーションという社会的比喩を具体化している限りにおいて、こうしたトートロジーは新制度派論者にとって驚くべきものではないだろう。」[243]

② 大学の技術移転機関による特許取得

第 2 に、大学の技術移転機関による特許取得についてである。Burk によ

---

[242] Burk, *supra* note 12, at 442. ただし、以上のことは、必ずしも特許がときにイノベーションをもたらすインセンティブとして機能することや、ときに経営能力等を示すシグナルとして機能することを妨げるものではないとする。*Id.* at 444.

[243] *Id.* at 442-43.

れば、こうした組織慣行は、ルース・カップリングの観点からうまく説明できるとする。

「Reagan政権時代に連邦技術移転法とバイドール法が成立したことがきっかけで、大学は、連邦の研究資金を使って特許を取得できるようになり、特許の取得が奨励されるようになった。主な研究機関では、そうした特許の取得とライセンス供与を行うために、技術移転機関を設立した。これは大学での特許の蓄積への賢明な対応ではあろうが、それと同時に財務上の問題をもたらしている。経験的証拠から明らかなのは、技術移転によって大学に多大な収入がもたらされることはほとんどなく、しかも多くの技術移転機関では生み出す収入以上の費用がかかるということである。経費と収入のバランスを考えると、理論的には大学は特許取得を控えるべきだということになるだろう。にもかかわらず、特許の取得は依然として盛んに行われているのである。」[244]

「その理由は、大学の機能的構造と神話的構造とが緩やかに結びついているためといえよう。特許とそれに関連する技術移転構造は、研究型大学にとって独立した儀礼的かつ非財政的役割を果たすだろう。公立大学は、税金からの補助金を使用することを正当化しなければならないという圧力に常に晒されている。私立大学もそうした圧力と無縁というわけではない。なぜなら、卒業生や寄付をしてくれた篤志家に対し、自分たちの活動を正当化しなければならないからである。こうした資金調達に係る義務については、公立大学にも課せられるケースが増えている。技術移転機関を設立しておけば、大学は、研究成果を商業セクターに移すことで、地元の企業や経済成長を刺激し、結果として自らが共同体に利益を『還元』していることを証明することができる。また、技術移転プログラムがあれば、大学は、ライセンス供与というビジネスチャンスを資金源として、いわば自分で自分の生活費を稼ぐことができるわけで、納税者や篤志家からの贈り物を無駄に使っているわけではないことを証明することもできる。つまり、たとえ技術移転プログラムが実際の収入創出という観点からは非合理に思えるとしても、大学による特許取得とライセンス供与は極めて儀礼的

[244] *Id.* at 444-45.

な機能を果たす可能性があるのである。」[245]

③ 小括

以上ここまで、Burkの行論にそって新制度派組織論から見た特許制度と組織の関係について概観してきた。Burkはこのような分析の意義を次のようにまとめている。

「私の示唆にそって新制度派の分析を適用することで明らかになるのは、知的財産制度の正当化根拠ではなく、そうした制度がいかに機能しているのかについての説明である。正当化根拠、とりわけLemley教授が最も関心を寄せる証拠に基づく正当化根拠については、説明を待つ必要があるだろう。私たちが前進するための最も賢明な方法とは、特許がビジネスや技術革新の生態系の一部として特定の社会的役割を果たしている事実を素直に受け入れることであろう。そうすることで私たちは、特許がどのような役割を果たしているのかを見極めることができるのである。その結果、そうした役割が果たして善きものなのか悪しきものなのかについての議論が可能になるわけであるが、まずもって取り組むべきは、特許の現実の作動をたどり、その社会的機能の理解を深めることである。」[246]

(4) 検討

① Burk論文の意義

Burkは、よく知られているようにLemleyの古くからの友人であり、何よりLemleyが実証的功利主義を展開する際に基礎とした研究書『特許制度の危機』の共著者でもある。そのようなBurkが、「筆者はLemley論文の核心となる洞察――知的財産権の価値に引き続き執着することは、ある種の神話に執着することに等しいということ――には賛同するものの、その他の主張についてはほとんど賛同できない」[247]と喝破したことから、Burk論文は大きなインパクトをもって受け止められた。

新制度派社会学の枠組みに基づいて特許制度と組織の関係を分析する

---

[245] *Id.* at 445-46.

[246] *Id.* at 452.

[247] *Id.* at 423.

Burk論文の意義について、Silbeyはこう力説している。「新制度派の枠組みに基づいて特許法とそのプラクティスを分析するという彼のこの労作は、学際的研究の重要性を浮き彫りにする。」「Lemleyが法の経済分析の枠組みを通じて『信念に基づく』ものだと嘲笑したものについて、Burkは、新制度派社会学の枠組みを通じて、多様な組織モデルにわたって説得力があり実証されたものであることを明らかにしたのである。」[248]「Burk論文が非常に重要と思われる理由は、1つには、Burkが法理の分析や法の経済分析を超えて社会的実践として知的財産法を説明しようとする、少数だが数が増えつつある法学者…の一人だからである。Burk論文が証明しているのは、法（知的財産法や特許法に限られない）とは社会構造を反映しそれを形成する社会的実践として理解しうるのであって、こうした理解には、法規、判例、出願手続、経済モデルを分析するだけでは足りないということである。」[249]

② 経済的効率性から社会学的合理性への視座転換

Burk論文の1つの特徴は、特許制度の意義を捉える際の視点を経済的効率性から社会学的合理性へと転換した点にある。Lemleyをはじめとする従来の研究は、「特許制度はイノベーションを促進しているのか、それとも阻害しているのか」という点に最大の関心を寄せ、特許制度が経済的に効率的な制度かどうかを検証するために実証研究を積み重ねていた。これに対し、Burkは、「特許は実際に存在し、何かを行っている。特許に費やさ

---

[248] Silbey, *supra* note 12, at 333-34.

[249] *Id.* at 334. このほかにもSilbeyは、Burk論文がナラティブに注目した点について次のように評価している。「社会的・政治的関係の構造を理解する方法としてのナラティブと対話の研究は、社会科学と人文科学のいずれにおいても確立された領域である。ナラティブは、データだけでなく、社会科学や人文科学の多くの研究において説明のためのツールを形成する。したがってナラティブの中心的役割、複雑性、幅広い効用は過小評価されるべきではない。ナラティブは、法を包摂する文化を演じることなのである。1つの社会学的方法としての観察に基づく民族誌学以外にも、事例研究やさまざまな形態の質的実証研究は、その説得力を言語やその言語の使用によって生み出される意味の研究から引き出している。新制度派社会学の枠組みで特許の役割を研究することは、特許法研究の対象を個人から制度に転換させるうえで重要な中間的枠組みである。」*Id.* at 339.

れた時間と労力を考えると、特許が何を行っていようとも、明らかにそれは特許を取り囲む共同体にとって極めて大きな意味をもっている」[250]として、効率性の観点からは非合理とされる特許制度が長年にわたって存続してきた点に最大の関心を寄せ、社会学の観点から見た特許制度の合理性を探求していた。

このようにBurkは、特許制度の存在と持続を基礎としたうえで、特許制度が組織との関係でどのような役割や機能を果たしているのか、また、企業や大学等の組織はなぜ特許の取得に多くの資本を投じるのかに目を向けるのである。そして、新制度派組織論の観点から、特許制度の役割を特許がイノベーションに寄与するというナラティブ（外的価値観）を広く社会に浸透させる点に見出したうえで、企業等による特許の取得行為について、そうした外的価値観の受容と採用を示す一種の儀礼的・象徴的なプラクティスであって、当該組織の存在や活動の正当性と安定性を確保するための社会的行為であると再定位するのである。

確かに、研究開発に従事する企業の間で特許の取得が一般化している状況では、特許を取得していない企業は株主、投資家、顧客等から疑いの目で見られる可能性があるため、効率性の面から合理的といえるかどうかにかかわらず、革新的企業が自己の存在と活動の正当性を維持するために特許の取得を行うという説明は、直観的によく理解できるところがある[251]。Burk論文は、特許制度やそれを取り巻く組織について新たな角度からの分析枠組みをもたらし、制度や組織の現象に対する私たちの理解を深める点で有益な研究といえよう。

③ 新制度派組織論に基づく特許制度研究の課題

もっとも、新制度派組織論に基づく特許制度研究には次のような課題もあるように思われる。

第１に、特許制度の存在と持続が過度に自明視されている点である。Burkは、「私たちが前進するための最も賢明な方法とは、特許がビジネス

---

[250] Burk, *supra* note 12, at 452.

[251] 食品業界の食品衛生管理システムにおけるHACCP認定の取得についても同様の特徴が見られることにつき、佐藤＝山田・前掲注219）176頁。

や技術革新の生態系の一部として特定の社会的役割を果たしている事実を素直に受け入れることであろう」、「特許制度を所与として捉えることで、…なぜその制度が運用されているのかではなく、どのように運用されているのかに焦点をあてることができるようになる」と達観しているが[252]、Burk自身がLemleyとの共同研究で明らかにしたように、製薬・化学産業と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、後者の分野では特許制度の正当性を自明視できないほど危機が生じていたのではないのか。それゆえ、こうした制度変化の問題についても検証が必要なように思われるが、新制度派組織論のもとで特許制度の変容の問題がどのように位置づけられるのか、Burk論文からは明らかでない。

第2に、特許制度をめぐる組織活動の産業分野ごとの特性が捨象されている点である。例えば、特許の取得動機については、製薬産業とソフトウェア産業とで相違が見られることがこれまでの実証研究から明らかとなっている[253]。しかし、Burk論文ではこうした産業分野ごとの多様性は考慮されておらず、組織群全体の平均的な傾向だけが取り上げられている。この点は今後の課題と思われる。

Ⅶ　おわりに

１．総括

本稿においては、知的財産制度の正当化根拠をめぐるMergesとLemleyの論争に焦点をあてながら、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考察を行ってきた。両者の論争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から浮き彫りとなる点をまとめると、以下のようになる。

---

[252] Burk, *supra* note 12, at 452.

[253] John R. Allison & Mark A. Lemley, *Who's Patenting What?: An Empirical Exploitation of Patent Prosecution*, 53 VAND. L. REV. 2099 (2000); John R. Allison and Mark A. Lemley, *The Growing Complexity of the United States Patent System*, 82 B.U. L. REV. 77 (2002). Bronwyn H. Hall & Rosemarie Ham Ziedonis, *The Patent Paradox Revisited: An Empirical Study of Patenting in the U.S. Semiconductor Industry, 1979-1995*, 32 RAND J. ECON. 101 (2001) も参照。

(1) 知的財産制度の正当性の非自明性

第1に、知的財産制度の正当性の非自明性についてである。Lemleyが強調していたように、知的財産制度は自己正当化が可能な制度ではない[254]。発明や著作物といった無体物は法的保護が与えられなければ公共財として本来誰もが自由に利用しえるはずのものであり、知的財産権による保護は、この本来自由になしえるはずの行為を制約するという側面をもっているからである[255]。それゆえ、私たちは、制度がなかった場合に比べて行為自由が制約されたと感じる者に対して、なぜ知的財産権の保護が必要か、なぜ社会は知的財産制度を創設し維持すべきなのかを明らかにする義務を負っているのである[256]。

もっとも、すべて法は何らかの意味で行為自由を制約している。いかなる個人の行動様式も法的権利をもった他者の存在によって制約を受けるからである。したがって、ベースラインをアナーキズムにおかない限り、他の法律とは異なる配慮を必要とするような、何か特別な意味で人々の行動様式に影響を及ぼす権利なのかということが、知的財産権の性質を考えるうえでは依然として問題となる[257]。

この点について、MergesとLemleyは見解を異にしているように見える。すなわち、Mergesは、一般の財産権と知的財産権とで他者の行為自由にもたらす影響に大きな違いがあるとは考えていない。確かに、知的財産権は、他者が創作的労働の成果を利用する自由を対世的に制約するが、こうした「他者の自由を制約する権限は、それが受けるに値するものであり、かつ適切なものである場合には、私たちの尊敬のしるし、つまり社会的報酬の裏返しとなるものである。」[258] それゆえ、知的財産権による自由の制約は、

---

[254] Lemley, *supra* note 9, at 1030-31.

[255] Mark A. Lemley, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, 83 TEX. L. REV. 1031, 1055 (2005) は、「知的財産権の保護とは、イノベーションに対する経済的リターンを人工的に増やすために、ある種の財に稀少性をもたらし、その財が日常的に欠乏する状況を作り出すという意図的な決断である」とする。

[256] Waldron, *supra* note 2, at 887.

[257] *Id*. at 868. ベースライン問題につき、得津晶「負け犬の遠吠えー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頁以下（2009年）。

[258] MERGES, *supra* note 8, at 293［邦訳364頁］.

職業的創作者の自律と独立を保障するために私たちが進んで受け入れる社会的義務として位置づけることができるというわけである[259]。

これに対し、Lemleyは、一般的な財産権と知的財産権とで他者の行為自由にもたらす影響に大きな違いを見出している。一般的な財産権の場合、他者がそのリンゴを消費すると所有者が消費できなくなるという消費の競合性ゆえに、所有者の円満な自己利用を確保するために他者の利用を制約することが必要となる[260]。こうした制約は、社会において自由の共存を実現するために各人が進んで払おうとする代償といえる。しかし、知的財産権の場合、多数の者が同時に利用可能であるという情報の性質ゆえに、創作者の自己利用を確保するうえで他者の利用を制約することは必要とされない。そうした中で、知的財産権によって人工的に利用を制約すると、極めて多くの人々の行為自由が制約を受けることになる[261]。こうした制約は、各人が進んで払おうとする代償とはいえず、創作やイノベーションの奨励など望ましい社会目標の達成に不可欠な場合に限って許容されるものである。それゆえ、そうした検証なしに知的財産権による自由の制約を正当化することはできないというわけである[262]。

このように、MergesとLemleyとは、知的財産権が他者の行為自由にもたらす影響についての捉え方が相違しており、この点が知的財産制度の正当性をめぐる両者の議論にも影響を及ぼしているように思われる。

（2）知的財産政策をめぐる権利論と功利主義の相克

第2に、知的財産政策をめぐる権利論と功利主義の相克についてである。Mergesは権利論の立場から、Lemleyは功利主義の立場から、それぞれ望ま

---

[259] *Id.* at 265-66, 293［邦訳332−334頁、363−364頁］.

[260] Lemley, *supra* note 255, at 1052-53. Lemleyによれば、他者のリンゴを消費することが悪い行為だと感じられるのは、このためだとする。

[261] 関連して、Waldron, *supra* note 2, at 887は、「複製をなす者は、オリジナリティに欠ける剽窃者であるとか他人の作品の盗作者であるとして侮辱を受けるかもしれない。しかし、それでもなお彼らは、知的財産法の直接的な影響を受ける者なのである。知的財産法は、彼らの行為から話し方、生計の立て方に至るまで、その行動のパターンに影響を及ぼし、その自由を制約しているのである」とする。

[262] Lemley, *supra* note 9, at 1030-31.

しいと考える知的財産政策を提示していた。両者が提示する知的財産政策には対立が見られた。もっとも、そうした対立は、特許法の分野では見かけほど大きなものではないように思われる一方で、著作権法の分野では容易には解消できないものであるように思われた。これは１つには、次のような理由によるのだろう。

すなわち、特許法の分野では、産業の発達ないし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コンセンサスがあり、そうした目的が効率性という特定の尺度によって具体化されていくことについても概ね共通の理解がある。また、特許法が規律する技術の世界では、課題解決に向けた手段の選択や改良において絶えず機能の観点からの修正が求められるため、発明者の氏名表示を別とすれば、発明者の人格的利益は問題となりにくい[263]。そのため、権利論に基盤をおくMergesであっても、特許法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することになり、功利主義に基盤をおくLemleyとの間で特許政策をめぐる見解が一致する場合が多いのだと解される。

これに対し、著作権法の分野では、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は概ね合意があるものの、その目的が多様な価値を含みうるものであるために、特定の尺度によってその目的を具体化することが難しい。それだけに、著作権法の価値として何を重視するのか、その価値を他の価値よりもどの程度重視するのかによって、見解の対立が先鋭化しやすい。また、著作権法が規律する文化の世界では、他と異なる創作であることが重視されるため、著作者はその創作した作品と自己概念とを強固に結びつけて考えることが多く、著作者の人格的利益が問題となりやすい[264]。そのため、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との間で、著作権政策をめぐって見解が対立する場合が多いのだと解される。

(3) 帰結主義アプローチの多様化

第3に、帰結主義アプローチの多様化についてである。Lemleyは、実証

---

[263] Fromer, *supra* note 13, at 1773-74.

[264] *Id.* at 1766-68.

的功利主義の立場から、証拠（evidence）に基づく議論や政策立案を重視し、経験的な検証を必要とせず、証拠による反証を認めない権利論や義務論に基づく議論を「信念（faith）に基づく知的財産理論」として排斥していた[265]。これに対し、その後の論者は、Lemleyのように厳格な実証主義ないし徹底した証拠に基づくアプローチをとることには懐疑的で、帰結主義に立脚しつつも多様な議論を展開していた。

具体的には、権利論や義務論に基づく知的財産理論の合理性を認めつつ、創作者が自己の創作の成果に対する人格的利益を重視しているという同理論の示唆を、法の表出機能に基づくインセンティブのレンズを通して帰結主義の枠組みに取り込む議論（Fromer）や、特許制度の意義をイノベーションへの現実の寄与ではなく、長年にわたって存続し社会に定着しているという制度の持続可能性の観点から捉え直すことで、経済的に効率的かどうかにかかわらず社会学的に合理的な制度として再定位する議論（Burk）が見られた。

（4）デフォルトの選好の対立と社会的選択の問題としての論争の再定位

第4に、MergesとLemleyの対立について、突き詰めれば両者のデフォルトの選好ないしその重視する価値の対立に帰着するという見解も提示されている。すなわち、Sheffによれば、実証的功利主義といえども、どの前提から議論するかというデフォルトの選好＝価値判断から逃れられないという意味では権利論と同様であり、経済学や実証研究の方法論の専門的な訓練を受けたからといって知的財産法の価値の問題に答えられる特権的な地位が得られるわけではなく、最終的には適切な社会的選択メカニズムによって解決を図るほかないとする[266]。

「私の考えでは、知的財産権の帰結主義的正当化にかかる実証分析への最大の反論とは、『複雑』だ――実際複雑なのだが――ということではない。むしろ最も深刻な問題は、実証分析が観察という行為ではなく、力の行使だという点である。つまりこの分析は、何をどのように考慮するのか、

---

[265] 証拠に基づく議論や政策立案を重視するエヴィデンス・ベース・ロー（evidence-based law）について詳しくは、太田勝造「伝統的法学と21世紀法の政策科学」同編『AI時代の法学入門－学際的アプローチ』（弘文堂、2020年）45-62頁。

[266] Sheff, *supra* note 134.

そして他の価値の淵源や基準とどのように比較するのかを決定する行為なのである。」[267]「もちろん、〔義務論ないし権利論に基づく知的財産理論のように〕すでに故人となった…哲学者の権威や何が正しく善なのかに関する彼らの深い洞察に頼ることも、特定の費用便益分析モデルを措定することと同じく力の行使である。いずれの場合も、分析者の結論は、その分析様式の基礎となっている仮定においてどのような価値が重視されているのかによって決まる。つまり私がいいたいのは、帰結主義または義務論のどちらかが真実でどちらかが間違っているということではない。」[268]

「もし私たちの仮定の基礎となっている価値判断が実際に私たちの分析結果を左右し、私たちの議論の重要性を定義しているのであれば、こうした価値判断を費用便益分析の方法論や哲学的解釈の引用の中に隠してしまうことは最善の方法ではないだろう。私たちは価値判断そのものに向けた議論を行うべきである。例えば、Merges 教授の分析では創作者の利益に対するデフォルトの選好が明らかにされている。一方、Lemley 教授の分析からは消費者の利益に対する、あるいは少なくとも市場を基礎とした配分…に対するデフォルトの選好が明らかになる。こうしたデフォルトの選好が実際に両者の見解の相違をもたらしているとするならば、それらの実体的側面について直接議論する必要があろう。そして、そうした議論においては知的財産権の評価に影響をもたらす可能性がある広範かつ多様な価値を必ず含めるようにしなければならない。」[269]

「もちろん、私たちが何を重要な価値と考えるのか、その重要と考える価値を他の価値よりもどの程度重視するのかに関して、どうしても相容れない意見の相違が生じる場合があるだろう。そのような場合、学術的議論ではもちろん経験的証拠によってもこの行き詰まりを解消することはできない。そうなると私たちの見解の相違は、競合する個々の優先事項を調整して 1 つの社会的な行動計画にまとめるという非軽蔑的な意味での政治の問題になる。最終的にこのような根本的な相違は法学者が特に優位性を主張できない適切な社会的選択のメカニズム――できれば民主的なメ

---

[267] *Id.* at 558-60.

[268] *Id.* at 560.

[269] *Id.* at 560-61.

カニズムが望ましい――によって解決を図るほかない。しかし私たちは規範的なコミットメントをオープンに議論することで、実際には多くの共通点があることに気づいたり、今後の研究や議論や知識構築に向けた目標を設定するために合意できる領域を特定して見解の相違を狭めたり、その範囲を明確にすることができることに気づいたりするだろう。」[270]

２．問いの多様化と研究の学際化

Sheffの示唆するとおり、とりわけ著作権法の分野においては、著作権法の価値として創作者の利益を重視するのか、それとも消費者や公共の利益を重視するのか、各利益を他の利益よりもどの程度重視するのかをめぐって根源的な対立が生じやすく、そうした価値の対立は最終的には一種の政治の問題として社会的な選択に解決を委ねるほかないのかもしれない。

もっとも、権利論と功利主義の対立を政治の問題に還元したからといって、問題が解決するわけではないだろう。知的財産法の政策形成過程には、少数の者に集中した利益が反映されやすい反面、多数の者に拡散した利益は組織化されにくく反映されにくい、という少数派バイアスの問題があることが指摘されているからである[271]。それゆえ、法学、経済学（法と経済学）、政治学の各分野が、それぞれ垣根を作って、各領域の中で独自に完結した議論によって解決を目指すだけでは不十分であり、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ことが必要となってくるだろう[272]。

こうした観点から見た場合、米国の知的財産法学が、知的財産制度の正当化根拠をめぐって実に多様な問いを研究課題として掲げ、知的財産制度のより良い理解や解釈を示そうと取り組んでいることに気づかされる[273]。

---

[270] *Id.* at 561-62.

[271] 田村・前掲注14）283-288・473-474頁。

[272] 田村・前掲注14）465-466頁。

[273] 例えば、本稿で紹介した議論においては、知的財産制度はなぜ必要か、その存在意義は何か、制度を取り巻く環境の変化によりよく適合するために知的財産制度はどうあるべきか、知的財産制度は現実の社会や産業においてどのような機能を果たしているのか、知的財産制度のもとで企業や個人はどのように行動し、どのような制度的影響を受けているのか、といった問いに取り組んでいた。

そこでは「法学」が取り組むべき問題かどうかといった発想は見られない。その結果、これらの問いに取り組むうえで必要であれば、新たな方法論が選択され、法と哲学、法と経済学、法と心理学、法と社会学といった形で、研究手法が学際化していた。ここではあくまで「問い」が方法論を規定しており、法学固有の方法論が先にあって、その方法論によって答えうる問いが選択されているわけではない。

米国の知的財産法学が非常にダイナミックで開放的なのも、こうした理由によるのだろう。確かに、厳密な体系性や緻密な論証性には欠ける面があるが、条文や判例の枠から出て、新たな方法で既存の法学的問いを問い直すことは、未知の問題が絶えず生起する知的財産法の分野においては極めて重要な営みといえる。こうした多面的な面白さを取り込んで進化していく方法論的多様性こそ、米国知的財産法学の魅力にほかならない[274]。

翻ってわが国の知的財産法学では、知的財産法がビジネスローであることや商業雑誌への論文投稿が主流であることから、裁判例の分析を中心とした、裁判実務への示唆をもたらしうる研究であることが重視されてきた。それに伴って、知的財産法研究の「問い」としても法学固有の方法論で対処しうる問題が選択されることが多く、「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義は何か」といった問いを選択した場合には、“それは知的財産法の問題なのですか”という反応が示されることが一般的であったように思われる。

もっとも、田村善之教授編集の『知的財産法政策学研究』の発刊（2004年）や中山信弘教授の東京大学での最終講義（2008年）を１つの契機として、わが国でも、知的財産法研究の「問い」が徐々に多様化しつつあるように思われる。中山教授いわく、「知的財産の研究者が、実務家類似の研究だけを行っていればよい時代は、最早過去のものとなってきつつある。ビジネスローである以上、研究者は実務に目配りすることは当然であるが、研究者は研究者にしかでしかできない独自の分野を切り開いて行かねばならない。」「アメリカの法学者は、研究者でしかなし得ない方法論を追求しているのであろうと思える。」「これからの研究者には、常に、新しい方

[274] 文脈は異なるが、参照、藤谷武史「異端と正統のあいだ」法学セミナー785号38頁(2020年)。

法論、新しい体系を求めつつ研究を進めて欲しい。」[275]

本稿が、わが国の知的財産法学と社会科学とのインタラクティブな研究のあり方を考える１つの叩き台となることを願って、筆を擱く[276]。

［付記］

本稿は、Merges 教授を招聘した国際ワークショップ（The 3rd International Workshop on Meta Science and Technology・パブリック・ドメイン研究会共催、2020年３月２日、神戸大学）、およびパブリック・ドメイン研究会（東京大学知的財産法研究会・北海道大学知的財産法研究会共催、2020年６月27日、Zoom）での報告内容に加筆修正したものである。報告の機会をいただいた神戸大学の柳川隆先生、松田毅先生、角松生史先生、高橋裕先生、前田健先生、東京大学の田村善之先生、並びに貴重なコメントをいただいたMerges 先生、参加者の皆さまに深く感謝申し上げる。本研究はJSPS 科研費 JP20K 01435、JP18H05216の助成を受けたものである。

[275] 中山信弘「知的財産法研究の回顧と将来への課題」中山信弘＝韓相郁『知的財産法の未来』（信山社、2010年、初出2008年）12-13頁。

[276] 学際的アプローチの重要性につき、飯田高『法と社会科学をつなぐ』（有斐閣、2016年）、太田編・前掲注265）参照。