HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	<競争的繁栄>と知的財産法原理 : 田村善之教授の知的財産法理論の基礎に関する法哲学的検討
Author(s)	長谷川, 晃
Citation	知的財産法政策学研究, 3, 17-34
Issue Date	2004-08
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43406
Type	departmental bulletin paper
File Information	3_17-34.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

〈競争的繁栄〉と知的財産法原理†

―田村善之教授の知的財産法理論の基礎に関する法哲学的検討―

長谷川　　晃

Ⅰ．　知的財産法における田村善之教授の理論が我が国の法学の大きな成果の一つであることは論を俟たない。田村教授の一連の著作は、教授の学問的創造力の一端を示して余りある。そのような田村知財法論が現今のみならず今後の法実務に与えてゆく影響も極めて大きなものがあろう(1)。

その一方で、田村知財法論が抱懐している理論的ないしは法哲学的前提はこれまで必ずしも十分に分析・検討される機会がなかったように思われる。それはもちろん田村知財法論が法哲学的な含蓄を持っていなかったとか、その理論的基礎が不分明であるなどといったことを意味しているのではない。実際、田村教授は自身で幾つかの論文の中で明示的に法哲学的問題との関連に言及して来られたし、また田村知財法論はこの領域において斬新かつ首尾一貫した理論的パースペクティヴを確立してきたのである(2)。問題はむしろこの新たな法領域の理論的意義に関して十分な関心を払い、そこで大きな意義を持つに至っている田村知財法論をめぐって考察を進めて来なかった法哲学の側にあると言えるかもしれない。かくいう私自身もその一人であったことは言うまでもない。それ故本稿は、このような不足を些かでも補うべく、まずはこの影響力ある田村知財法論の理論的前提を分析・整理し、それに若干の検討を加えようとするものである。

本稿で田村知財法論の理論的前提を整理・検討してゆく場合のポイントは大きく３つに分けられる。

第１に、田村理論の基本パースペクティヴは、大別して、知的財産に関連する社会関係の像、それに対する法的な構え方、および知的財産法における規制態様の３つから成る。それらがいかなるものであるか、以下ではまずそれを明らかにする。第２に、この基本的パースペクティヴに関連し

て、田村教授が批判的に見ている知的財産に関する自然権論や、田村教授の理論とは異なる力点を有するピーター・ドラホス（Peter Drahos）教授の知的財産における正義の理論とのコントラストがいかなるものであるかという点を明らかにしながら、田村理論の特質をより明確にする(3)。そして第３に、これらの整理・検討を踏まえたうえで、私なりに考える〈情報の正義〉（informational justice）の見地からする知的財産法へのアプローチについてのオルタナティヴの可能性を素描してみたいと思う。

Ⅱ．　そこで第１に田村知財法論の基本パースペクティヴの問題から検討することにしよう。これは、大別して、知的財産の領域に関わる社会関係の像、それに対する法的な構え方、および知財法の規制態様の３つのポイントから成り、しかもそれらは一定の密接な論理的連関の内にある(4)。

第１の知的財産に関わる領域に成り立つ社会関係の像について、まず一般に社会関係についての像はその関係を規範的に統御しようとする法にとっての対象を与える。法は一定の社会関係を一定の仕方で把握し、そのうえでその関係に対して統御を加えようとする。それ故、田村知財法論においても、その構想する理論を通じて知的財産法が統御すべき社会関係がいかなるものとして捉えられているかが、理論の出発点となる。そこで、田村知財法論は、知的財産の保護が特に重要となるような情報の領域は不断の創造の領域で様々なインセンティヴに溢れており、それ自体が相当程度の自律性を有している、と見るものである(5)。人々は様々な情報を多様な形で生み出しており、そこには自由が横溢していていろいろな形での発信が可能であって、誰もそれを押しとどめることはできない。このような情報の開発と発信の競争のうちで人々は相互に様々な情報を取得しそれを利用する機会を得られるのであって、それによって社会は全体として豊かな情報を維持し発展させる形で繁栄するのである。そして田村教授は社会におけるこの種の繁栄を基本的に評価している(6)。私はこれを〈競争的繁栄〉（competitive flourishing）論と呼ぶことにしたい。ただしこの見方は社会の全体像ではなく、情報の領域に限定されたものであって、それ以外の社会領域との関わりは一応除かれる。

さて、法は一定のあり方で成り立つ社会関係との関わりで、それに対する規範的統御の見地から一定の構えを持って対処する制度である。以前に

論じたことがあるように、広い意味での制度は二種類に区別される(7)。すなわち、個々人の行動をそれが形づくる集団のレヴェルで統御する第一次的制度と、社会のうちに存在する種々の第一次的制度の間に存在すべき秩序を規定する第二次的制度との二つである。第一次的制度は家族や自発的集団などで形成される慣行的な規範の集合体であるが、この意味での制度は社会の内に多様な形で存在し、社会的あるいは歴史的動因によって自然に変化してゆく。第二次的制度は、社会を形づくる個人や様々な集団の総体を対象として、それらに慣行的に成り立っている秩序を一定の規範的観点から変更・修正しつつ統御しようとする。この第二次的制度の一部は第一次的制度と同様に慣行的に変化してゆくが、同時に人為的な確立や修正の余地が大きい。第一次的制度に対してさらに第二次的制度が現れるのは、第一次的制度の機能に関して何らかの規範的問題が生じているからであり、第二次的制度が第一次的制度の機能不全を規範的に処理しようとするからである。このような意味で、法は第二次的制度として既存の社会秩序に対してそれを統御しようとする。法はその規範的観点に基づいて第一次制度における規範逸脱の状態を是正しようとするのである。そして知的財産法もまた、この例に洩れず、情報をめぐって慣行的に現れる様々な社会関係のあり方に対して一定の規範的な構えを持つことになる。では、法はどのように構えることになると田村知財法論は考えるのであろうか。

この第２の知財法の構え方に関わるポイントとして田村理論が提示しているのは次の３つの視点、すなわち「市場指向型知的財産法の視点」、「機能的知的財産法の視点」、そして「自由統御型知的財産法の視点」である(8)。ここで「市場指向型知的財産法の視点」とは、市場に事実として存在している種々のインセンティヴの自律的な作用を信頼する形で知的財産法の制度が設計されるべきであるという立場を指している。また、「機能的知的財産法の視点」とは、知的財産法の制度のなかで問題に応じた規制手法や決定機関の役割分担を探ってゆく立場を指している。そして「自由統御型知的財産法の視点」とは、市場におけるインセンティヴの円滑な実現と促進をめざしながらも、そこで失われがちな個々の活動における自由の保護についても十分に関心を払って制度を運用するという立場を指している。一見すると、これらの視点は田村知財法論の価値的な原点、いわばその公理のようなものとして規定されているように見える。しかし、これら

を単純なドグマ、あるいは理論構成のための自由な選択として捉えてはならない。むしろ、論理的に見るならば、それぞれの視点にはさらに根本的なレヴェルでそれらを可能にしている田村知財法論の基本原理が存在している。

この見地からするならば、「市場指向型知的財産法の視点」を可能にしているより根本的な基本原理は〈市場活用の原理〉であり、「機能的知的財産法の視点」を可能にしているのは〈目的論的制度化の原理〉(the principle of teleological institutionalization) であり、そして「自由統御型知的財産法の視点」を可能にしているのは〈インセンティヴ最大化と自由の補完性原理〉であると言うことができよう(9)。ここで言う〈市場活用の原理〉とは、市場において展開される様々な活動はそれ自体で基本的に善なるものであり、それを統御する法は自己の規範的基準を押しつけることなく最大限にそれらの善を尊重するべきであるという、法の基本的目的に関する原理である。また、ここで言う〈目的論的制度化の原理〉とは、法はそれ自体が固有の存在意義を有する規範体系ではなく、それが統御対象とする第一次制度のあり様に則してその自生的な展開に資するための第二次的な規範体系として構築されるべきであるとする、法の制度的性格に関する原理である。さらに、ここで言う〈インセンティヴ最大化と自由の補完性原理〉とは、法が市場の活用のために制度化される場合にはまず市場活動におけるインセンティヴの促進が価値的な原則となるが、しかしそれは個々のアクターの自由を無視するものではなくむしろ自由をも保護する形で考えられなければならない、という法運用の際の価値基準に関わる原理である。これらの原理はそれぞれに先の３つの田村知財法論の視点を根拠づけるものであり、田村理論の真の出発点はこれらの原理に存している。

だが、ここで見逃せないのは、これらの原理そのものも単に選択もしくは仮定されざるを得ないようなものではなく、その成立にはさらに次のような前提条件が伴っていることである(10)。すなわち、〈市場活用の原理〉が意義を持つのは、その前提条件として、市場における様々な情報に関する活動が縦横に展開されその成果が人々に享受されかつそのような活動のいっそうの開発が促進されて、そこに情報の創造、成果の享受、開発の促進というある種のポジティヴ・フィードバックが現れるはずであり、ま

たそれが望ましいという判断が付随している。これを〈成果と開発の促進の前提〉と呼ぶことにしよう。次に重要なのは〈目的論的制度化の原理〉であるが、この原理が意義を持つのは、一定の社会関係に対してそれを統御する法的な制度が立てられる場合には、その制度における規制のあり方が当該の社会関係に対して実効的 (effective) な手段となるように、換言すれば当該の社会関係に対する規制効果が十分なものになるように組み立てられる必要があるという判断が付随していることによる。これを〈規制手法の実効性 (effectivity) の前提〉と呼ぶことにしよう。さらに、〈インセンティヴ最大化と自由の補完性原理〉を意義あるものとしているのは、インセンティヴの最大化と自由という2つの価値を一定の仕方で関係づけるメタ価値理論である。ここでこの2つの価値が補完的な関係に立つというのは、知財法的規制が〈成果と開発の促進〉をめざして〈規制手法の実効性〉を図りながら組み立てられてゆくときには、一定の効率性の実現がまず追求されており、その追求の一部分として自由の保護も考慮されているという状態をさしている。このことは、換言すれば、〈成果と開発の促進〉に向けて制度が組織化され、その実効性が検証されるという政策的な方略の内でインセンティヴ最大化と自由という2つの価値が補完的に重視されることを意味しており、この方略の全体は社会的な目標に基底された価値的枠組みが重要であるという判断を伴っている。これは〈目標基底的倫理 (goal-based ethics) の前提〉と呼ぶことができよう。

こうして、田村知財法論の根本前提は、〈市場活用の原理〉-〈成果と開発の前提〉、〈目的論的制度化の原理〉-〈規制手法の実効性の前提〉、〈インセンティヴ最大化と自由の補完性の原理〉-〈目標基底的倫理の前提〉という３つの原理的セットによって明らかにされる。田村知財法論がこのような原理のセットによって成立していること自体が改めて確認されるべきことである。

ただし、それに加えて重要なのは、これらのセットを支えている3つの前提それ自体は実はすべて、先に述べた〈競争的繁栄〉論と連動していると考えられることである(11)。すなわち、〈競争的繁栄〉の関係が情報の領域を支配しているということは、そこでは情報に関わる活動の成果と開発の促進に意義があるということに集約的に表現され、そのような評価が法的な規制手法の実効性に反映されると共に、その実効性の担保に導かれな

がら、目標基底的倫理の理論を通じて価値的に一元化された形の知的財産法の体系が志向されているのである。そして、このように目標基底的な形で体系化された知的財産法が、翻って情報の領域における創造的活動とその成果の享受の促進に資するはずなのである。もっとも、このことは〈競争的繁栄〉論が田村理論のアルファにしてオメガであるということではない。ここで強調されるべきことはただ、これまでに述べた種々の〈原理〉や〈前提〉は〈競争的繁栄〉論をもその一環とする理論的構成体となっているということである。

さて、第3に重要なのは、ここまでに述べてきたような一定の規範的構えを持つ知的財産法の規制態様をどのような形で捉えるかということである。田村知財法論は、知財法の基本的な規制態様を個別的なインセンティヴ対応型のものとして捉え、プラグマティックな紛争処理を志向して、例えば後にも触れる自然権論のような包括的原則に基づく体系的な規制はむしろ〈競争的繁栄〉を阻害するものとして批判する(12)。

田村理論におけるこのような見方は、ある意味で自然なもののように思われる。個別的なインセンティヴ対応型の規制と包括的な自然権保障型の規制との相異は、特に法的規制の機動性に現れる。一般的に言って、後者のようなタイプの規制は、例えば憲法における人権条項のように、ある法体系の基幹部分の内で基本的に不可変更的な価値や利益を特定する場合に大きな意義があるが、その一方で、経済政策のように法変動が激しく不断の立法的修正が必要な領域には必ずしも適合的とは言えない。もちろん私的所有権や職業選択の自由の権利の保障のようなベースラインの指定には大きな意義があるが、しかしそれらの保障は抽象的次元のものであって、実際の経済政策の運営そのものはより個別具体的な次元の問題である。そして、まさに情報の領域のように、日進月歩の革新や変化が通常である領域では、憲法レヴェルでの基本的な人権保障を踏まえたうえで、さらに個別具体的な問題やケースに応じたプラグマティックな規制が必要とされることは明らかである。加えて、そのようなプラグマティックな規制においても、特にインセンティヴ対応型の規制は当該の社会関係それ自体において高度の創造性や個別性が現れるという場合に適合的である。例えば、生存権のような基本的な社会権が問題になる場面では、必要な限度の生活水準に関わる活動をいっそう促進する必要は必ずしもないのであって、

人々の間に自然に起こる活動の推移も見ながらそこに政策的観点から種々の補完的な活動を組み込み、全体として生存の権利を基本線において擁護できる状態にしておくことが重要となるであろう。しかし、情報の領域のように高度の創造性や個別性を有する活動が不断に湧き起こり変化をもたらしているような状況においては、基本線レヴェルの保障はかえって規制の硬直化をもたらす危険があり、さらに種々の政策的介入はかえって活動の創造性や個別性を阻害しかねないことにもなる。それ故、ここで必要なのは個別の創造的活動を生かし、かつその社会的促進のための方向づけを行うような規制であろう。

田村知財法論が個別的なインセンティヴ対応型の規制を重視する理由がこのような考慮にあるとすれば、ここにも明らかに、〈競争的繁栄〉の関係においては個々の情報に関する活動の創造性や個別性が重要であり、それに対応すべき法のあり方としてはそのような個々の活動の独自のあり方に感受性の高い規制が必要であるとの判断が看取されることになる。

なお、田村知財法論は時に効率性（ただし、自由の尊重を無視するわけではない）を志向する立場であるかのように見えるかもしれない。しかしながら、この点はむしろ、田村教授自身も若干の留保を示しているところであり(13)。またここでも論じてきているように、〈競争的繁栄〉論と連動するところの成果と開発の促進の前提との関係において個別的なインセンティヴの最大化として理解されるべきであり、社会的厚生を増大させる単純な効率性論として理解されるべきではないであろう。

例えばデッド・コピーの規制に関しても、単純な効率性論の見地からすれば、デッド・コピーが先行商品のモデル・チェンジを逆に刺激して、いっそうの製品改善を促し消費者に利益をもたらす効果がある限りはそれも許されるという議論になる可能性がないわけではない。しかし、田村知財法論はデッド・コピーが先行商品の開発利益を減殺するとして、むしろその規制を主張する(14)。田村理論は一方で自然権論を否定しているのであるから、このデッド・コピー規制の議論は、そもそも先行商品の開発行為こそが真正な形で〈競争的繁栄〉をもたらすという判断なしにはあり得ないと思われる。そうだとすれば、この意味では、田村知財法論はいわば情報の領域における〈創造実効性〉(creation effectivity)とでも言うべき価値を追求するものであると言える。この〈創造実効性〉の保障は〈競争的繁

栄〉に内含される価値基準である。〈創造実効性〉の保障はもちろん最大限の社会的成果をめざしてはいるが、それは個別の創作行為の自由な発展を同時に伴うはずのものである。それ故、時に効率性という観念が使われるとしても、それはあくまで一種の〈制約された効率性〉(bounded efficiency)という意味で理解されるべきであろう。

この点の確認はさらに重要な論点に導く。それは田村知財法論の3つの「視点」(とそれに付随する〈前提〉)を統括している秩序理念の問題である。それは、およそ一定の社会像や法的な構え方、そしてそれに連動する法的な規制方法などから成る法理論がなぜそのような形で必要であるのかということを支える根本的な理念の問題である(15)。私は以前からこの秩序理念の問題を正義の観念の問題として捉えてきたが(16)、その見方に則して言うならば、田村知財法論の根本的な秩序理念は、正義としての〈創造実効性〉の保障ということにあるのではなかろうか。それは一定の自由の保障でもあるが、伝統的に言われる消極的自由の保障でもなければ積極的自由の保障とも異なる。それはむしろ、社会における人間の活動そのものの根元的な自由性そのものに関する評価に関わっており、情報の領域におけるその表現形態として理解されるべき価値であるように思われる(17)。

Ⅲ. 田村知財法論の特質に関わる第2番目の問題として、田村理論と情報における自然権論やドラホス教授の正義論的な知的財産権論とのコントラストについて考えてみることにしよう。

まず田村教授による知的財産に関する自然権論的アプローチへの批判であるが、この自然権論批判も、以上に述べてきたような社会像、法的構え方、法の規制態様という3つのファクターから理解されるであろう(18)。つまり、田村知財法論のもとでは、情報に関する自然権論は個々の活動から生ずる情報をその活動に則して絶対的に保護することで競争的阻害とでも言うべき社会状態を生み出すものであり、権利保護の名によって創造的な社会関係に対する規範的制約の過剰を引き起こしうるものであって、かつ自然権の保障という包括的な原則による一律規制を含むものとして捉えられることになる。この理解からすれば、情報における自然権論は柔軟性に欠ける理論である。確かに、個人や組織の情報創出に関する強い自然権論は、新薬開発の例などが示唆するように、情報の成果について排他

的な保護を与え、その結果として社会全体における情報の浸透や享受の可能性を減殺するという問題を抱える可能性が大きい。また、これらの問題を克服するために、自然権論が情報に関する権利を他の種類の権利や公共の福祉などの制限に服するように相対化されるならば、田村知財法論から見ればそれは逆に権利論としての意味を喪失することになるであろう。そのようなディレンマや問題性を含む理論と田村知財法論との優劣を考えた場合、理論としての首尾一貫性と実効性のいずれにおいても後者が優位に立つように見えるわけである。

その一方で、ドラホス教授によって展開された正義に基づく知的財産権論との関係では、田村知財法論の立場は必ずしも直ちに優位に立つとは言えない面がある。ドラホス教授の議論の特徴は、一方で知的財産権の意義を評価しながらも他方でその限界やそれに対する制約をも重視することである。そこでは特に、情報という資源が有する独自の存在性格とそれに伴う権力性が留意され、それ故にこそ情報の等しい共有の意義が強調される(19)。そしてまた、そのコロラリーとして、情報が誰にでも開かれている場としてのインテレクチュアル・コモンズの意義や、情報の共有と個別の情報創造とが調和するダイナミックな効率性などが示唆され、これと関連して、国際的な知的財産の規制における各国家や集団の自律、道徳的多様性、エンパワーメント、協力といった価値の重要性も示唆されている(20)。そして、これら一連の価値を統括している背景的な価値基準は〈情報の正義〉(informational justice)の観点である。

この見方は、情報とは社会の全員に等しく優先配分されるべき財、すなわちジョン・ロールズの正義論が言う社会的優先財(social primary goods)の一つであるという教授の基本的な立場にも示されている(21)。ロールズの言う社会的優先財については、ここでは多言を要しないであろう。社会的優先財とは合理的な人間であれば誰でもが欲するものであり、各人が善き生活の観念を形成し、それを追求するために必要な社会的背景条件と全目的的な手段である。社会的優先財は誰にでも共通に必要な財であるので、その欠損を計り、等しく分配することが可能であるが、あくまで個人の活動の基本的条件にのみ関わり、各人自身が追求する個別目的に必要な財までは含まない。そして、社会的優先財には、基本的諸自由(思想・信条の自由、集会の自由、人格的自由、法の支配の下での自由、政治的自由など)、

移動と開かれた機会を背景とする職業選択の自由、職務の権限や責任ある地位、所得と富（食料、土地、建物、機械など交換可能な財）、そして自尊心などがある[22]。ロールズ自身がこの優先財の中に明示的に情報を含めて考えているわけではないが、ドラホス教授がその優先財の一つの解釈として情報を含めていることは決して不自然ではない。様々な種類の情報を可能な最大限度において保持できることは、特に現代社会においては人々が活動する際の必須の条件である[23]。このことは情報へのアクセス権が憲法上の基本的人権としても論議されるようになっている現況や、市場メカニズムが適切に働くための理論的な基本条件として情報の完全性が要求されること（もちろん現実はその近似を達成できるにとどまるにしても）などにも看取することができる。この意味で、情報とは基本的に社会構成員の誰にでも等しく与えられ、それを活用する機会が等しく保障されるべき種類の財としての意義を持つのであり、それ故また最大限に等しく享受されなければならないものである。もちろん現実には人々の状況に応じて情報量の格差が生ずる可能性がある。しかし、このような現実自体は情報が社会的優先財であることとは矛盾しない。現実における情報量の格差は少なくとも情報へのアクセスの機会が確保されることによって解消されうるからである。

このような〈情報の正義〉の観点は、田村知財法論に言うインセンティヴ規制ともあるいはそれが批判する自然権論とも異なるものである。比較的単純な自然権論を手がかりにするならば、こう言えるであろう。まず田村知財法論は情報に関する自然権論のいわばネガのようなものである。それは、市場的競争の肯定的評価を自然権論と共有しながらも、自然権論が含む規範主義（normativism）や包括的原則による規制に反対し、むしろ市場的競争の実効性を促進するためにインセンティヴの個別的規制を重視するものである。従って、田村知財法論はその基本精神においては私的な形での情報創出こそが社会的に重要だとする点で、自然権論と同じ見方に立っているのである。このことは、言ってみれば、2つの理論は情報を私的善（private good）とみなすことで成り立っているという点で共通性を有しているとも言えるであろう。これに対してドラホス教授の議論は、すでに触れたように情報を誰にもその活動の基本資源として共通する財、つまりある種の共同善（common good）として位置づけることから出発している[24]。このような見方は、場合によっては自然権論と同じであるとも見られないわけではない。共同善としてであれ情報やそれに対する基本的権利が正義の見地からする規範的原則として立てられるならば、その限りでは情報に関する自然権を基本原則として立てるという見方と大差ないように見えるからである。確かに〈情報の正義〉論には一定の包括的原則性が含まれる。しかし、その原則性の内容は、私的善としての知的財産権の絶対的保護にあるのではなく、共同善としての情報の等しい享受の可能性の保障にあるのであり、かつその範囲において権利の意義を積極的に認めるものである。これは、田村知財法理論が批判する自然権論とは全く異なる意義と射程を示している。

以上のような田村知財法論と自然権論あるいはドラホス教授に見られる正義論的な見方との相異の整理が当たっているものかどうかはそれ自体一つの大きなイシューであり、さらに立ち入って検討する必要があるであろう。特に情報がいかなる意味で共同善として位置づけられるかという問題に関しては、ロールズ流の社会的優先財の発想をとるとしてもなおその根拠づけの問題が残っている。例えば、ロールズは社会的優先財の理論を根拠づけるために個人善の形式的合理性に依拠した〈薄い〉理論を展開した[25]。情報もそのような〈薄い〉理論によって社会的優先財として位置づけられるのか、それにはさらに議論を展開する必要がある。しかし、その余裕は今はない。ここでは問題提起にとどめておくことにしたい。

IV. 最後に取り上げておくべき点は、田村知財法論や自然権論とは異なる〈情報の正義〉の見地からのオルタナティヴの見通しである。

改めてここまでに述べてきたポイントを確認するならば、田村知財法論の場合には情報の領域における〈競争的繁栄〉論とそれに即応する知的財産法の構え方、そして法的規制態様の原理的セットが次のようにして含まれている。すなわち、法の構え方としては〈市場活用の原理〉-〈成果と開発の促進の前提〉、〈目的論的制度化の原理〉-〈規制手法の実効性の前提〉、そして〈インセンティヴ最大化と自由の補完性原理〉-〈目標基底的倫理の前提〉が含まれており、加えて法的規制態様のあり方として個別的インセンティヴ規制の必要性が示されることで、田村知財法論の基礎が成り立っているのである。

それでは〈情報の正義〉論の理論的ポイントはどうであろうか。本稿で用いてきた社会関係の像、法的構え方、法の規制態様というファクターに則し、かつ田村知財法論の見方に対比させながら言うならば、それは例えば次のようになるであろう。すなわち、〈情報の正義〉からの知財法論は基本的な社会関係の像としてはいわば〈協同的繁栄〉(cooperative flourishing)論に立つ。つまり、情報は人々の生活にとっての基本資源として等しく享受されることで社会の繁栄に資すると考えられる。これに則して、知的財産法をも含む情報に関わる法の基本的な構え方としては、まず情報の領域における自由な創出や活用のプロセスが一定の平等の尊重を含む形で抑制されたものとなることが必要である。これは〈市場馴致(the taming of market)の原理〉という形で表現されよう。そして、ここには〈協同的繁栄〉論に則して、情報の領域における人々の活動は理に適った判断に基づく自発的行為と他者との関係における適正な謙抑を前提することになる。また、そのような〈情報の正義〉への志向のもとで、法はそこで要請されている情報の等しい享受の原則を承けてそれを実効的に制度化するものとなるから、ここには〈義務論的制度化(deontological institutionalization)の原理〉が働く。そしてその場合には、法的な規制手法が一定の演繹的論理性(deductivity)を伴って具体化もしくは特殊化されることが前提となる。さらに、これらの原理の内質として重要な意義を有するのは、情報の分配やアクセスの可能性における平等とそれに基づいた情報の創造や享受の自由であるから、それをここでは〈等しい自由の原理〉と呼ぶことができよう。そしてこの〈等しい自由の原理〉が法のあり方を論理的に規定するときには、理念基底的倫理(ideal-based ethics)の前提が伴うことになるであろう。そしてこれらの原理や前提の全体を嚮導する秩序理念は何かということになれば、それは例えば〈情報への均しいアクセス〉の保障であるということになるかもしれない[26]。

このような〈情報の正義〉からの見方が知的財産法に関わる様々な具体的問題に関していかなる意義を有することになるかについて、今は深く立ち入る余裕はない。ただ一般的に言えることは、もしこのようなオルタナティヴが可能であるならば、実のところ問題は、田村知財法論と〈情報の正義〉論との2つの見地のいずれが正しいのかということよりも、むしろ2つの見地の共存のあり方にあるであろうということである。というのも、

もし様々な活動のための基本的資源として人々の情報量が等しいという条件が満たされるのであれば、事後にそれを活用して各自がいかなる創造を行うかという問題は個別的なインセンティヴ規制になじむと思われるからである。そして実際田村知財法論は、むしろそのような位置づけのもとで解釈できる可能性がないわけではない。なぜなら、すでに触れたように、田村理論にとって基本的な価値基準は〈創造実効性〉に存していてインセンティヴ最大化と自由とはそのもとで調和するはずであるから、〈創造実効性〉が〈情報への均しいアクセス〉を条件として成り立つならば、そこに大きな矛盾はないからである。この場合、〈創造実効性〉は〈情報の正義〉が満たされた条件下で人々が自発的な情報活用を試みるときに看取することのできる基準であると言える。例えばそれは、ロールズが正義原理が満たされた社会では個々人は自己の善を追求し、その拡張と発展を望むことができるという「アリストテレス的原理」をも論じていたこととも通底している[27]。ここで重要なのは、同じ私的パーシャリティの内での自然権と自由へのインセンティヴとの対立ではなく、情報をめぐる共同性と私的パーシャリティとの両立の問題、ないしは〈情報の正義〉の見地からの倫理性(ethics)と賢慮(prudence)との共存の問題である[28]。

以上のような見通しをさらに知的財産法の全体にわたって検討する余裕は今はない。ただここでは、さらに関連してくるであろう幾つかの問題に触れておきたい。

第1は、具体例として先にも触れたデッド・コピーの規制の問題である。田村知財法論はすでに述べた諸条件のもとでそれを禁止する。それは〈創造実効性〉の保障の見地から行われ、最終的には不正競争防止法などによる規制も認めようとする。これに対して、〈情報の正義〉の見地からは、デッド・コピーは確かに禁止されることになるものの、それは共有されるべき情報の真正さ(authenticity)の見地からなされることになるであろう[29]。田村理論からすれば、このことはデッド・コピー行為の倫理性の問題を過剰に評価することになると見られるかもしれないが、この議論が私的善ではなく共同善の見地からなされることに注意をする必要があるし、また、田村教授自身も説くようにデッド・コピー規制が結局インセンティヴも損なうことがないとするならば[30]、そこには2つの見方の調和が成り立つと見ることができよう。

第２は、一定の社会の中での情報の文化的条件、あるいは情報の制度的条件の問題である。いかなる情報が人々の生活にレレヴァントであり、重要な保護や促進の対象となるのかは、その社会の中の価値観や情報をめぐる制度のあり方に依存してくるところが大きい。それ故、インセンティヴ規制になじむ情報や創造活動、あるいは平等志向的な規制になじむ情報や創造活動の範囲は、それらの見方の相異のみならず、文化や制度のあり様によっても変化する(31)。そうであるならば、田村知財法論と〈情報の正義〉論のいずれが適切かという問題は絶対的に解決できるものとはならないであろう。むしろ、この問題は、情報が私的善であるのか共同善であるのか、あるいはどのような文脈でどちらの性質がより重要になるのか、という問題として位置づけ直すことができるかもしれない。

最後に田村知財法論がここで指摘してきたような論理構造によって成り立っているとすれば、情報の領域の〈競争的繁栄〉の観念は成熟した情報社会には当てはまっても発展途上の社会には当てはまらない可能性があるため、田村理論の妥当範囲もそのような制約を受ける可能性がある。このことは、田村理論の適用される社会を成熟した社会にのみ制限するならば問題ではないが、国際的な情報の格差を勘案するときには注意が必要である。つまり、田村理論の対象となりうる社会は、〈競争的繁栄〉論を採ることでいっそうの発展が期待できる或る閾値（threshold）に達していることが必要であろう。この点では、〈情報の正義〉の見地からの議論は、成熟した情報社会ではそこで大きな情報格差が生じたような場合に活用されうるし、また国際的にはむしろ成熟度に格差がある場合にこそ余計に重要になるという、田村理論よりも広い意義を持つ可能性がある(32)。この問題は、あるいは田村理論の射程外であるかもしれない。しかしながら、国内的のみならず国際的な知的財産の保護も重要な問題となりつつある現今では、田村理論のさらなる成否を測るための一つの重要な論点となるであろう。

† 本稿は、2004年２月24日、北海道大学法学研究科21世紀 COE プログラム国際シンポジウム「知的財産法政策学の基本理念の確立に向けて」において行った、田村善之教授による報告「市場指向型・機能的・自由統御型知的財産法」に対するコメントの草稿に加筆したものである。このシンポジウムのコメンテーターにお誘いいただき、他にプロジェクト助成に関しても様々な便宜を図ってくださった田村善之教授、瀬川信久教授、そのほか関係者の方々に厚くお礼申し上げる。またシンポジウムの席上において有益なコメントをいただいたピーター・ドラホス教授や、その他に質問をいただいた参加者の方々にも感謝申し上げたい。

(1) 知的財産法とその関連領域に関わる田村善之教授の著作は多岐にわたるが、本稿のテーマに関連するものとしては以下のものがある。田村善之、『機能的知的財産法の理論』（信山社、1996年）；同、『競争法の思考形式』（有斐閣、1999年）；同、『知的財産法（第3版）』（有斐閣、2000年）；同、『不正競争法概説（第2版）』（有斐閣、2003年）；同、『市場・自由・知的財産』（21世紀 COE 知的財産研究叢書1、北海道大学大学院法学研究科、2003年）。

(2) 参照、田村、『機能的知的財産法の理論』、14頁以下；同、『競争法の思考形式』、2頁以下および36頁以下；同、『知的財産法（第3版）』８頁以下；同、『不正競争法概説（第2版）』、第２章；同、『市場・自由・知的財産』、第１章。

(3) Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property* (Ashgate, 1996); do., "Intellectual Property Industries and the Globalization of Intellectual Property: Pro-Monopoly and Anti-Development?", 本号65-90頁。

(4) 社会関係の把握とそれに対する法的な構え方との間に成り立つ論理的関係は些か複雑であろう。前者は後者にとって一種の評価的な前提条件（presupposition）である（前提条件に関しては、とりあえず cf. A. C. Grayling, *An Introduction to Philosophical Logic*, 3rd. ed., Blackwell, 1997, ch. 4）が、それが成り立つにはさらに一定の論理が働いているように思われる。すなわち、社会関係について把握される一定の属性は当該の社会関係の全体に関する属性の一部分である。そこで注目される社会的属性をＳとするならば、それと関連する法理論的な評価Ｌは、!S, ～L→～S, ∴ !L という発見的な論理のもとで導入されるであろう（これはしばしばアブダクションと呼ばれる推論形式のヴァリエーションである）。しかし、その半面では、このような発見的推論が成り立つには、そもそもＳが選択的に成り立っていることが何がしかの形で論理的に示される必要がある。この場合、Ｓは可能な社会関係の属性の内から一定の基準によって選択されているものであろう。そこでは、一定の秩序理想Ｏとの関係において、Ｏに適合的な社会関係の属性が重視されることになると思われる。つまり、問題となる社会的属性Ｓは、!O, ～S→～O, ∴ !S という

より基本的な発見的論理のもとで導入されるのではなかろうか。このことはもちろんOの内容がいかなるものであるかに応じてSの内容も異なってくることを意味している。さらに、このような法理論形成のプロセスにおいて働いているメタ・レヴェルでの原理は「採られるべき秩序理想に最も適合的な社会関係上の属性を把握し、それを当該の理想の採用根拠として位置づけるべし」という論理的構成原理だということになるが、このようなメタ原理がいかなる存在性格を持ち、かついかに妥当な形で成り立つかといったことはそれ自体大きな法哲学的イシューであることは言うまでもない（この点はおよそ制度一般の基本的な構成原理の問題とも関連している。例えば cf. John Searle, *The Construction of Social Reality*, Penguin Books, 1996, ch. 4)。とりわけ、ここにはある種の論理的循環が起こっている。つまり、LはOの一定の特殊化もしくは具体化であると考えられるから、S, L, Oは相互に支え合うことになる。この循環をどのように理解するかも重要な問題であろう。ともあれ、本文における以下の叙述はこのような見方に則してなされている。

(5) 田村、『知的財産法（第3版)』、5頁以下。

(6) 例えば、田村、『知的財産法（第3版)』、9頁、12頁以下。また、市場メカニズムの意義を前提としながらその多元的な法的統御方式について議論する同、『市場・自由・知的財産』、第1章も〈競争的繁栄〉論を支えにしていると言えよう。

(7) 拙著、『解釈と法思考』（日本評論社、1996年)、185頁以下。

(8) 田村、『知的財産法（第3版)』、8頁以下。

(9) 田村理論に言うこれらの3つの「視点」と本文で言う〈原理〉とは、論理的含意(entailment) の関係に立っている。例えば、「知的財産法は市場指向型の法である」という判断は「知的財産法は市場のあり方を活用すべきである」という判断を含んでいる。

(10) ここで言う〈原理〉と〈前提〉との間の論理的関係は、注(4)でも触れたように一種の前提条件（presupposition）の関係である。〈前提〉が成り立っていることは〈原理〉の妥当性そのものとは別個の問題であるが、〈前提〉なしには〈原理〉は意味をなさない。ただし、ここでは〈前提〉も〈原理〉も一定の規範的内容を有していることには注意する必要がある。特にここで言う〈前提〉は、注(4)でも示唆したように、それが当該の社会関係における様々な属性の中から選択的に解釈されているがゆえに純粋に事実的であるとは言えない。ここには通常の〈存在論的コミットメント〉以上の評価が含まれている。cf. Grayling, *op.cit.*, p. 94f.

(11) 種々の〈前提〉と〈競争的繁栄〉という社会関係の像との関係は、後者に含まれた社会関係の属性に対する肯定的評価を介して前者が成り立っているという点にあると思われる。すなわち、「様々な創造的活動の成果が社会に現れ開発もますます進んでいる」という社会のあり様の把握に関して、「社会のあり様がそれ自体として革新的傾向を持つならばそれをさらに促進すべきである」という評価が加わるときに〈成果と開発の促進の前提〉が帰結するであろう。ここで重要なのは、明らかにこの肯定的評価の論理的身分である。この問題は、先の注(4)で触れたような、社会像と法の構え方が論理的に接合されるときの秩序理想の意義に大いに関連していると思われるが、その仔細の考察に関しては他の機会に譲りたい。

(12) 田村、『機能的知的財産法の理論』、2頁以下；同、『知的財産法（第3版)』、10頁以下。

(13) 田村、『知的財産法（第3版)』、19頁以下；同、『市場・自由・知的財産』、第6章。

(14) 田村、『機能的知的財産法の理論』、40頁以下；同、『知的財産法（第3版)』、24頁以下；同、『不正競争法概説（第2版)』、282頁以下。

(15) 先に注(4)で述べたOというファクターが、それとの関連において規定される法理論Lと有する関係の問題である。

(16) 参照、拙著、『公正の法哲学』（信山社、2001年)、第3章；拙稿、「市場における法的正義とは何か」（法律時報、2003年1月号）など。

(17) この点に関しては、田村教授がしばしばフリードリヒ・ハイエクの思想に対する親近感を語るときがあることが重要だと思われる。ハイエクの思想は人間の自由な活動の進展に定位しており、その保全のために消極的な正義のルールの確立が重要であり、またそれに則して様々な法的・政治的原則が重要となるからである。参照、田村、『市場・自由・知的財産』、10頁。なお、cf. Friedlich Hayek, *The Constitution of Liberty* (Routledge & Kegan Paul, 1960), chs. 2, 15.

(18) 田村、『知的財産法（第3版)』、18頁以下。

(19) Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, chs. 6, 7.

(20) Drahos, "Intellectual Property Industries and the Globalization of Intellectual Property: Pro-Monopoly and Anti-Development?", 82頁以下。

(21) Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, ch. 8, esp. p. 173ff.

(22) Cf. John Rawls, *A Theory of Justice* (Rev. ed) (Harvard U.P., 1999), §15.

(23) Cf. Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, p. 174f., p. 177, p. 179f., p. 189f.

(24) Cf. Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, p. 210ff.; do., "Intellectual Property Industries and the Globalization of Intellectual Property: Pro-Monopoly and Anti-Development?", 85頁以下。情報が共同善として位置づけられるという見方には若干の留保が必要かもしれない。つまり、情報はあくまで個々人や集団の自由な活動のための基本的資源（もしくはロールズの言う社会的優先財）とすれば、それが共有されるべき資源だという意味はその共同性よりもむしろ公共性に関わっているとも考えられるからである。しかし、この場合には情報そのものの共同的な重要性とその分配における公共的な公正さとを区別することができるかもしれない。

(25) Rawls, *op.cit.*, §63, 66.

(26) 参照、拙著、『公正の法哲学』、165頁以下。
(27) Rawls, *op.cit.*, § 65.
(28) 参照、拙著、『公正の法哲学』、80頁以下。
(29) ここで言う情報の真正さとは情報の人間的意義に関わる一つの属性である。それは嘘や虚偽が基本的にはカテゴリカルに不正なものとされるという道徳のコロラリーとして考えられるであろう。
(30) 田村、『知的財産法（第3版）』、25頁以下；同、『不正競争法概説（第2版）』、284頁以下。
(31) 田村知財法論がこのような問題への配慮を欠いているというわけではないが（参照、田村、『知的財産法（第3版）』、462頁以下）、重要なのは、そこで基調となっている情報活動に伴う不要なコストの減殺という方向が、非欧米社会におけるフォークロアなどの伝統的文学や伝統的音楽の保護の可能性といった問題にどこまで対応できるかということである。
(32) Cf. Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, p.187ff.