



Title	知的財産法政策学の成果と課題 : 多元分散型統御を目指す新世代法政策学への展望
Author(s)	田村, 善之
Citation	新世代法政策学研究, 1, 1-28
Issue Date	2009-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43671
Type	other
File Information	1_1-28.pdf



知的財産法政策学の成果と課題

—多元分散型統御を目指す新世代法政策学への展望—

田村善之

はじめに

本日は、グローバル COE プログラム「多元分散型統御を目指す新世代法政策」の創立シンポジウムにおける基調講演ということで、拠点リーダーである私がこのプログラムを申請するに際して、どのような問題意識をもっていたのかということを中心にご報告をいたしたく思います。もっとも、本日の報告は、文字どおり問題意識ということに止まっており、それではどうするのかというところは、同じく私が拠点リーダーをつとめさせていただき、本年3月に終了した「新世代知的財産法政策学」の構想を中心にご紹介いたしまして、知的財産以外の分野における応用の可能性を探るという程度に止まり、あとはこれから5年近くの研究をご期待くださいということになってしまいます。また、拠点リーダーといっても私の構想は本拠点の一メンバーの構想でしかなく、皆さんがそれぞれ様々な思いをお持ちです。まさに、それが「多元分散型」ということとなりますが、これをいかに「統御」していくのかということもこれからの課題となります。本日の私の報告は、そのようなものとして受け取っていただけると幸いです。

I 基本権の衡量論

[基本権の衡量論]

まず最初に、私が、理論に組み入れつつ、その限界をわきまえながら活用するというで念頭に置いたものとして、基本権の衡量論というもの

がございます。最大の論客のお1人は、京都大学の山本敬三先生です（山本敬三（2000）、山本敬三（2008））。

公法と私法をカテゴリー的に区別する発想というものは、行政法の分野ではもう捨て去っているのではないかと思うのですが、いまだに民法では根強いところ、山本先生は、それを批判しまして、いずれも究極的には、憲法秩序の下で憲法を保障する基本権を保護、支援するために国家が定めた法であると理解いたします。そういたしますと、公法も私法もともに、同じ基本権の保護、支援という目的を追求することはあり得ることになり、たとえば、取締法規違反の私法上の効力であるとか、不法行為という民法の一般条項の場面にも、基本権の保護や支援という概念が入ってくることになります。その結果、これらの場面で、公法と私法が協働することになるわけです。

山本先生の議論を私なりに位置付けてみますと、それより先立って、行政法の分野では、公法と私法を実体法上区別したうえで、私法秩序とパラレルなものとして公法秩序を想定することに対しては、塩野宏先生をはじめとして、疑義が呈されておりました（塩野（1989a））。

塩野先生によりますと、行政法各論のような形で、警察法、規制法、給付行政法といった形で、行政作用に関する法のうち、公法のみを取り上げて各論として把握することは、論理的な基盤を欠くのではないかということになります。行政法各論として論じられていた部分は、私人間の関係を含めたいやうで、独立の法学として考察しろ、というのです。このような見解を伺っておりますと、知財のほうでも、知財に関わる行政法と私法をカテゴリー的に区別することなく、むしろ行政機関と司法との役割分担という視点で諸論点を研究しなければならないとか、あるいは不正競争防止法や独禁法も入れて、競争法として把握したうえで研究するなどといった考え方になってくるわけで、私の知的財産法や競争法の研究は、このような塩野先生の考え方に大いに影響を受けているわけです。

それからもう1つ、別の方向からの議論として、これも私が大いに啓発されました田中英夫先生、竹内昭夫先生の「法の実現における私人の役割」という発想がございます。これは、アメリカにおいては、たとえば独占禁止法の実効性確保のために、三倍賠償の制度によって促進される私人による訴訟がいかに重要な役割を果たしているのかということを強調するもの

です（田中＝竹内（1987））。もっとも、これはプラグマティックにそういったものが必要だよというふうに謳うものでありまして、山本敬三先生の発想とは若干毛色を異にするところがあります。

最後に、山本敬三先生の前後に、時をほぼ同じくいたしまして、大村敦志先生が、フランスの経済的公序という概念を取り入れて、民法90条の中に取締法規違反といますか、行政法規違反、独禁法違反等をストレートに入れてよいのだという考え方を提唱されておりました（大村（1999））。

こうした中で、山本先生の基本権の衡量論というのは、従来型の、公法と私法を区別して、公法秩序と私法秩序を完全に分離した上でアプリオリに、公益は公法の仕事であって、私法は私益のみ扱うという古典的な、しかしいまだに特に民法の先生方に根強い考え方に、憲法上の基本権の基礎付けを伴ったアンチテーゼを打ち出したというところが、1つの功績であると思います。

ただし方向性としては、その法の実現における私人の役割という発想、つまり、民法にも政策志向ないし公益志向の発想を持ち込む方策、これは私などがこちらになるわけですがすけれども（田村（2007a））、そうではなくて、むしろ公法を権利志向に理解する方向で融合を図ったというところに特徴があります。ここで山本敬三先生は議論の前提として、基本的人権の私人間効力の論点について直接適用説を採用されておまして、基本権保護義務、あるいは基本権支援義務というものを肯定する御立場なのです。当然、間接適用説が通説とあってよい憲法学からみれば少数説になりますので、そちらの方向からの批判ももちろんあり得ると思います。ちなみに、私はこの点では山本敬三先生に啓発されまして、直接適用説を採用し、基本権支援義務があることを前提に、国民全体の憲法13条の幸福追求権を実現するためには、一定のフリー・ライドを防ぐ知的財産権が必要となると理解しております（田村（1999）、田村（2001）、田村（2003a））。そういたしましたら、憲法の法科大学院用の教材で、山本敬三先生と並んで検討の俎上に載せられました（初宿（2005））。もっとも、私のように、国民全体の福利厚生改善のために憲法を持ち出すようになってしまったら、個人志向の山本敬三先生の議論とはそもそも袂を分かってしまっていることに留意しなければならないでしょう。

〔プロセス志向という観点からみた基本権の衡量論—知的財産法と不法行為法の関係を題材に—〕

さて、このように私も大いに示唆を受けている山本敬三先生の議論ですが、限界もあるのではないかと考えております。それは、基本権というものは絶対に譲れない領域、絶対に守られなければならない利益を画定するには有用かつ必要であると思いますが、すべてを基本権、そして衡量論、国家の過剰介入の禁止という形でさばっていくということには、やはり限界があるのではないかとと思われるわけです。

例えば、知財の分野で、しかし不法行為の例で、2件ほど具体の裁判例で議論してみましょう（田村（2008b））。どちらも既存の知的財産法で保護されていないと評価した創作物の利用行為に対して、民法709条の一般不法行為該当性を肯定したという裁判例です。

その一つ目は、知財高判平成17.10.6平成17（ネ）10049〔ライントピックス〕です。Yomiuri On-Lineに掲載される25字以内のニュース記事見出し（ex.「マナー知らず大学教授、マナー本海賊版作り販売」、「A・Bさん、赤倉温泉でアツアツの足湯体験」）について、ありきたりの表現であるということ等を理由に著作物性を否定しながらも、返す刀で、そういうことをする判決は珍しいのですが、被告は、原告が報道機関として多大な費用・労力をかけて得た見出しを作成後まもなく実質的にデッドコピーして登録ユーザーのホームページに表示させているということに着目して、不法行為該当性を肯定したという判決です。

二つ目が、知財高判平成18.3.15平成17（ネ）10095等〔通勤大学法律コース〕です（山根（2007））。これは、一部につき著作権侵害を肯定した原審の東京地判平成17.5.17判時1950号147頁〔通勤大学法律コース〕の判断をわざわざ覆し、著作権保護の対象とならないアイデアが似ているに過ぎないことを理由に原被告の著作物が類似しないと判断して著作権侵害を否定しつつ、やはり返す刀で「他人の文献に依拠して別の文献を執筆・発行する行為が、営利の目的によるものであり、記述自体の類似性や構成・項目立てから受ける全体的印象に照らしても、他人の執筆の成果物を不正に利用して利益を得たと評価される場合には、当該行為は公正な競争として社会的に許容される限度を超えるものとして不法行為を構成する」と判示し、損害賠償請求を認容したという判決です。

ご注意ください、こうした裁判例は決して主流ではありません。それにも関わらず、この二つの判決を取り上げたのは、基本権の衡量論で不法行為の成否を決するという意味で、山本敬三先生と志を同じくする潮見先生が評釈を書いているからです（潮見（2006））。

潮見先生によりますと、この問題は「営業活動の自由および営業利益さらには財産権というX側の基本権と、同様に営業活動の自由および営業利益を有するY側の基本権との衡量問題」と捉えるべきとなります。それでは、具体的に、それはどのような判断になるのでしょうか。潮見先生によりますと、それは「前者の基本権を保護するために後者の基本権を制約すべきか否かとその程度とを、権利保護の必要性と権利制約という観点から—権利侵害要件と故意・過失要件のもとで—検討していく」という作業となるということです。

特徴としましては、まず第一に、決定論的に、すべては基本権とその衡量だけで決まるというアプローチがとられています。しかし、やや皮肉なことになってしまいますが、このアプローチだと現実には決定できないのではないのでしょうか。実際、この判例評釈も、アプローチの仕方は書いておられるのですが、先に掲げた文章で検討を打ち切られていて、基本権の衡量論を本件に関して具体的に当てはめるとどのような結論になるのか、本件を違法と考えるべきか否かということに関しては言及がないのです。それは、判例評釈だからであって、本格的な論文となれば別だということになるかもしれませんが、しかし、私には、さきほどのような抽象的な命題からはたして具体的な結論を本当に導けるのか、そこには方法論的な限界があるように思えてならないのです。

そもそも、このような権利の基礎付け方に関しては、そこで潮見先生がいわれるX側の基本権というのはいったい何なのか、何を理由に導かれるものなのか、実はよく分からないところがあります。

可能性の1として、競争の過程というのは弱肉強食なわけで、誰かがもうければ誰かが、一般用語の意味では損害を被るわけですが、そういった競争の過程で生じる利益・不利益を、逐一基本権の衝突ととらえるつもりなのかもしれません。

しかし、逐一、市場に法の判断を介入させるか否か決めなければなり、市場というものの意義を著しく減殺させることになりかねません。これは

理論としては、成り立たないのではないかと思います。こういった問題意識は、より洗練された形で川瀨先生が、競争に対する法的介入の是非の分離点を探るベースラインという問題設定をされています（川瀨（2007））。

可能性の2として、潮見先生の本意ではないかもしれませんが、可能性としては、たとえば創作した成果ないし労力の成果ということに根拠を置く、知財型の意識で、単に営業上の利益があって、それが害されたからではなくて、プラスアルファの要素を求めていくという考え方がありえるでしょう。

こちらの方がまだしも見込みがあるように思いますが、ただ、少なくとも私の理解では、John LockeやGeorg Wilhelm Friedrich Hegelの理論（Locke（1988）、ヘーゲル（2000））を応用すると、このような自然権的な理解は困難ではないかと思います（田村（2008c））。もっとも、これは方法論の話ではありません。

方法論としては、不法行為法の中には、たしかに山本先生や潮見先生が強調するような基本権の衡量論が妥当する領域ももちろんあるわけですが、先ほどから例にあげているような問題に関してまでそれが妥当するのか。たとえば、政策的な規制、例えば効率性を理由とする規制、たとえば、フリー・ライダー問題があるために、知的財産創作に関する過少投資を導くときに法が介入するというような形の産業政策的な規制、効率性を理由とする規制がなされるということはあるのか（結果的に、それが不法行為法によって保護される「権利」ないし「利益」となるにしても）ということが問題になります（山本顕治（2006）、角松（2001））。

山本先生や潮見先生というわけではありませんが、論者のなかには、そういった政策目的が法の目的となることは認めるけれど、それは行政法等、公法の仕事であって、不法行為法や民法の仕事ではないと割り切る方もいらっしゃると思います。そういった自律的な民法秩序のようなものを措定することに対しては、昨年度の私法学会で、藤田友敬先生や森田果先生などが痛烈に批判されたところで（藤田（2008）、森田（2008））、私自身もそのような発想には疑問を覚えているところです（田村（2007a）と、内田（2008）によるその位置づけを参照）。

第二に、さらに、潮見先生のアプローチの特徴として、決定論的に考えるとしても、その場合、決定ないし判断のプロセスという視点が市場、立

法、司法の役割分担という視点は存在しないということを指摘することができそうです。つまりこういった問題に関して、例えば著作権法等の関連する法律があるわけですが、そういう立法の存在をどう考えているかということには言及がありません。これは論理的にそうなるのではないかと推察いたします。なぜかという、基本権の保護と支援は、立法、行政、司法のすべてが追求しなければならない正義になりますから、役割分担などといったもので、みな頑張れ、みなで一緒に一つの解に到達するのだということになるのではないかと思います。

これに対して、立法と司法の役割分担というプロセスという視点を導入する場合には、著作権法が保護を否定していると理解されることをどのように考えるのか、一切無視するのかということが問題になります。たとえば、同様の問題意識を有するのが、窪田充見先生でして、法が近くにあるのだったら、その法の趣旨を付度して、否定するなり肯定するなり、そもそも、まずはその法の解釈が先だろうというお考えを出されているところであります（窪田（2006））。

[Rawlsの転向]

このように決定や判断のプロセスという視点を語るとなると、正義論を語る上で欠かせないJohn Rawlsがかつての決定論的な正義論からプロセス的な正義論に転向していることが示唆的ではないかと思います（ロールズ（2004））。

Rawlsは、当初も、そして転向後もそうですが、「原初状態」において「無知のヴェール」により自らが代表している者が社会に置かれている地位を知ることのない仮定の代表者達が、「マキシミン・ルール」（最悪の状態を回避する）に従う結果、必ず合意に到達するものを正義とする、という構想です。そういったアプローチで、基本的な自由と格差原理と呼ばれる社会保障的な原理という正義論を導出するわけです。

これはコペルニクス的転換と申しますか、正義論というのはどうしても最後の最後は決定論的なもの、循環論法的な公理に頼るところがあるところ、それを演繹的に証明しようとしたところに特徴があります（町野（2007））。そして、この時点における正義論は「道徳的な包括的教説」とRawlsが呼ぶところの決定論的な地位を与えられており、法学あるいは政

治学の対象となる制度の全分野にわたって特定の基準を与える正義論を目指すものであったということです。

ところが、その後、転向した後の Rawls は、こういった形での道徳的かつ包括的な教説としての正義論は採用していません。そこでは、「穏当な多元主義」という社会の現実に照らして、この道徳的かつ包括的教説としての正義論の押し付けは、いましめるべきだという形で考え方が変えられております。

そうするとどうなるのかといいますと、Rawls の正義論の構想は、先ほどのものは基本構造にかかわるものになりまして、憲法制定、立法、法の適用という段階に応じて無知のベールは次第に取り払われて、次第に情報が投入されていきます。その過程で、基本構造によって正義感覚と善の構想という、Rawls が言うところの道徳的能力が担保された、理性的な市民による公共的理性を伴った討議によって、多元主義の中でも、そういった理性があるのだから、互惠の精神で、一定の範囲では重なり合うコンセンサスが得られ、それが安定的に続くのだという、そういった形での熟議民主主義により正義が実現するという構想、政治的リベラリズムというものを提唱されているところです。つまり Rawls の正義論はかつての形而上学的なものからプロセス的なものに変容したということなのです（ハーバーマス（1999）の評価を参照）。

このように、かつては決定論的な正義論を唱えた Rawls が決定のプロセスに着目して正統化を試みる正義論に転向したということは、決定論的な基本権の衡量論にもながしかの示唆を与えているように思われます。もっとも、Rawls 自身は、反論を意識しながら再反論を試みてはいますが、やはり基本構造さえ押さえておけば、後は市民の公共的理性により正義が実現するという構想は、ユートピア的で、やや楽観的に過ぎるのではいかという思いを禁じえないところがあります。多元主義の時代だからこそ、転向後の Rawls のような政治学的な正義論ではなく、プロセスにおける議論を一定程度統御しうるような、その意味では多少なりとも決定論的な基準をも示す理論が望まれているように私には思われるのです。

II 法と経済学

〔法と経済学〕

決定論的な基準を志向しうる理論として注目されるのは、法と経済学を活用する手法です。これにつきましては、かつての草創期の法と経済学のなかに、一時期は資源配分の効率性を唯一無二の規範的な目的に設定するとか（批判的な検討として、川浜（1999））、あるいは完全競争に可能な限り現実の条件を近づけることが法の目標であると考えたら、取引費用を縮減させてコージアン・ワールドに世の中を近づければ、あとは市場が最適な資源配分を導いてくれるといったような、やや現実から遊離したところがなかったわけではありません。たとえば、プロパティさえ設けておけばあとは市場が解決してくれるのだから、技術の進展が早いインターネットの世界で徒に法が介入する必要はない旨を説いた Frank H. Easterbrook 判事の講演で（Easterbrook（1996））、だから大学に馬の法の講座がないのと同様に、インターネットの法の講座を設ける必要はないのだよということの意味するその刺激的なタイトルもあいまって、インターネット法学の世界ではよく引用されるところです（批判的な紹介として、芹澤（1997）、田村（2000））。

しかしながら、現在の法と経済学は、このような草創期のものとは異なり、必ずしも効率性のみを保護の目的と主張するわけではなく、限定された合理性その他の行動経済学やゲーム理論を取り入れた、より実践的なものとなっております（川濱（1999））、契約法、会社法、独占禁止法等々の分野において、さまざまな魅力ある提言を行っているところです（藤田（1998）、川濱（2006））。

〔プロセス志向という観点からみた法と経済学—正当化と正統化の連携〕

もっともモデルを精緻化していったとしても、それをある特定の法制度の提言に結び付けるためには、モデル＝現実社会ではない以上、法と経済学の理論のみから決定論的に特定の法制度を同定することには、やはり困難が残る場合が少なくないだろうと思われれます。現実問題として、特定の制度によって効率性が改善したのか否かということを検証することが困難な場合も少なくないでしょう（Lee（2008））。

それにもかかわらず、特定の法制度を提言する実践的な理論たりうるためには、1つの方向性としては、さらにモデルの精緻化を目指したり、実証的なデータをとる研究を目指すというのが学問の1つの方向性であって、推奨されてしかるべきではないかと思えます。しかし、突き詰めていっても解明仕切れないところが残るとすれば、もう1つの方法論もあるのではないかと思えます。

それは、判断主体の法的な、あるいは政治的な判断を介在させざるを得ないという現実を正面から受けとめ、そして判断のプロセスをも理論に取り込もうとするのも、1つの学問の方向性ではないかと思うのです。

例をあげますと、特定の制度によって、たとえば知的財産に関する特定の制度によって、知的財産権の保護範囲をある程度広げるとか、そういった制度によって、効率性等の規範目的が達成されるか否か、その意味で内容的な「正当性」に関しては、これはどうしても検証が困難であり不分明なところは残るわけですが（Lee (2008)）、しかし、それを民主的に決定したからよしとするとか、あるいは、専門機関によって判断をできる限り詰めていったからよしとするとか、利害関係者も参加をして判断をなしたからよしとするというような、プロセスの「正統化」に依拠するという方策があり得るのではないかと思われるのです（法と経済学を念頭に置いたものではないが、ルーマン (2003)）。

ただし、その場合、まず第一に、判断主体の「正統性」を果たしうるようなプロセスを工夫する必要があります。その意味で、最近の法と経済学には、ロビイング等、公共選択の理論をも取り入れた議論が展開されていることは注目に値します（松井 (2007)、森 (2008)）。

たとえば、ルールとスタンダードの区別についても、一般的には、法形成に要するコストと、執行に要するコストを比較してどちらが望ましいのかということを考えていき、たとえば紛争が頻繁に起こる場合で関係者が事前にルールが定められればそれに則って行動することが期待される分野では明確な基準を伴うルールを事前に立法することが効率的であり、他方で、そのような条件が満たされない場合、たとえば紛争がそれほど多発しない類型では後の裁判における解釈の指針となるようなスタンダードを立法しておくに止めたほうが望ましいという形で議論をしていきます（森田 (2007)）。これは基本に据えるべきアプローチであるということができま

すが、しかし、政策形成過程のプロセスということを加味するのであれば、政策形成過程に反映されやすいものと、反映されにくいものの利害が対立している分野に関しては、これにプラスして、スタンダードには、大まかなコンセンサスを取り付けておいて、つまり各自が内心でどのようにそのスタンダードを解釈しているかということとはさておき、大まかなコンセンサスを取り付けておいて、あとの判断を司法に委ねるということで、立法過程におけるロビイングによる攻撃をかわし、司法による解釈の余地を残すという意味があるのではないかと思うわけです。もちろん、こうした議論は裁判官の独立性、司法のロビイング耐性がどの程度のものであるのかということによって影響されるわけですが、一つの可能性として検討に値すると思えます。

たとえばスタンダード型の立法の典型例と目してよい著作権のフェア・ユースを導入すべきかどうかということ为例にとりましょう。この場合、私的な利用等、非常に多数の事例があるので、通常のルール、スタンダードの区別でいきますと、あるいはスタンダードではなくてルールが好まれるところかもしれません。しかし、ロビイングのことを考えますと、ルールで形成しようとする、わりと高めにルールが形成されて、著作権保護の方に傾きますので、そこはさらっとスタンダードでかわして、司法による解釈に委ねるという、そういう方策があるのではないかと思えます。このように、ロビイング耐性の弱い立法から、耐性の強い司法にルール形成の場を移す機能があることを、フェア・ユースに認めて議論していくべきではないかと思われるのです（Engelbrekt (2007)）。

第二に、当然のことながらプロセスの「正統」性の担保にも限界がありますから、そのようなプロセスによってもたらされる判断内容ができる限り「正当性」のあるものとなるようにするために、法と経済学によって得られた精緻な理論を立法、行政、司法等、個々の判断主体が判断しやすいようなルールに翻訳していく作業がなされることが望まれると思えます。

たとえば、知財の分野では、産業分野ごとに大別して妥当すべき経済理論のモデルを違えていくという、特許政策のポリシー・レバー（舵取り）という理論があります（Burk = Lemley (2007) につき、田村 (2008b) の紹介を参照）。

また、独占禁止法の分野でも、独占禁止法違反を認定する際に、競争回

避型の違反類型の場合は相対的に容易なのですが、競争排除型の行為類型の場合には、他社の競争を排除するということは競争の必然的な過程でありますから、競争を不必要に萎縮させないようにするためには、どのような場合に法が介入するのか、その分岐点はどこにあるかというベースラインの問題が重要となります。従前の法律学であれば、公正競争阻害性とか、競争の実質的制限というような言葉を使った枠組みを用意して、あとは公正取引委員会が頑張ってくれ、裁判所が頑張ってくれということになりがちであり、それはそれで極めて重要な作業だと思いますが、川瀨昇先生は、さらに具体的な法的介入の分岐点を探る基準を示すこともなされております。具体的には3つほど基準を挙げておられます。これはもうそろそろ刊行される先生の論文に掲載される予定のもので、私は昨年、北大で開催された研究会でその内容を伺ったものです。

それによりますと、一つ目が、独占目的以外に合理的な意味を認めがたい行為であれば、介入してよいのではないかという経済的有意性（make economic sense）基準。二つ目が同等の企業が生き残れない程度の価格競争であれば、介入してよいのではないかという同等の効率性のある競争者基準、三つ目はライバルを直接害する行為は介入してよいのだとするライバル費用引き上げ戦略というように、介入の分岐点を明らかにする基準を3つ挙げておられます（川瀨（2007）に概要が示されている）。

この議論のみそは、この3つがある意味では統一感がなくばらばらな基準だということにあるのではないかと思います。これがばらばらというところが逆に極めて大事なところでして、一元的に何かの基準を取るのではなくて、公正取引委員会であるとか、場合によっては裁判所が判断して間違いない基準ということで、フェイル・セーフで、このような基準であればこれらの機関に判断させても大過ないだろうという基準を3つ抽出しているということが肝要だと思われるのです。

このように、私は、川瀨先生のベースラインの議論を、判断機関の判断能力の限界に着目して、法と経済学の精緻なモデルを適用可能なルールに翻訳していく作業と位置づけたいと思っております。もともと、独占禁止法の分野では、フェイル・セーフに市場的決定という、何とかしてくれるかもしれないものを置いておくことができるところが、ある意味では救いになっておりますので、これをより普遍化した議論につなげていくのは大

変難しいところだと思いますが、しかし競争法の分野でこういった考え方が出てきていることには注目すべきものということができるでしょう。

Ⅲ 新世代知的財産法政策学—21世紀COEの成果

[21世紀COEとグローバルCOEの関係]

本拠点の多元分散型統御を目指す新世代法政策学の構想は、一言でいえば、基本権の衡量論と法と経済学の長所とその限界を見極めたうえで、良いとこどりをし、さらにプロセス正統化という要素を加えるというものです。もちろん、言うは易し行うは難しで、これから4年と少しの時間をかけて練り上げていくこととなりますが、知財の分野では先行する21世紀COE「新世代知的財産法政策学の国際拠点形成」の5年間のプロジェクトにより一定の成果が出ておまして、グローバルCOEでは、この知財における成果を進展させ他の分野に応用するという作りとなっています。21世紀COEの成果に関しましては、この1月に開催した21世紀COEの総括シンポジウムで詳しくご紹介したところでありますので（参照、田村（2008c））、ここでは角度を変えて、私の構想がどのような発見のプロセスを辿って構築されたのかということをお知らせしておきましょう。

[市場指向型・機能的・自由統御型知的財産法—21世紀COE以前の構想]

まずは、21世紀COEが始まるまでに私が到達していた構想の過程をご説明すると次のようになります。

私の発想は、何といても、知的財産権を自然権ではなく道具的な権利と把握したうえで、排他権にこだわらない政策論を志向する中山信弘先生の知財法の発想を出発点としております（中山（1988）、中山（2008））。そのうえで、第一に、市場的決定と権威的決定の区別を柱とする平井宜雄先生の法政策学（平井（1995））に示唆を受け、市場と法の役割分担を基軸に据えます。第二に、公法と私法というドグマティックな対立図式を廃し、たとえば公定力なるもの一つをとっても取消訴訟の排他性をどこまで及ぼすべきかというプラグマティックな役割分担の話として問題設定する塩野先生の行政過程論（塩野（1989a）、塩野（1989b）、塩野（2005a）、塩野（2005b））を活用して、法的判断主体間の役割分担や技術的な規制手法の

選択という視点から知的財産法の諸問題を論じます（田村（1996））、第三に、やはり平井先生の法政策学の効率性基準（目的手段思考様式）に正義基準（法的思考様式）を対置する考え方にも啓発されて、知的財産法における自由の領域の確保に思索を巡らすことにします（田村（2003b））。

その結果、私の体系は、市場に関わる法として、知的財産権法以外にも、不正競争防止法や独占禁止法、さらには一部の民法までも取り込んで競争法と一括りにしたうえで、いずれの法もドクマティックな原理に違いがあるのではなく、単に法的判断主体や法技術の役割分担という観点からプラグマティックに区別されるに過ぎないという理解を提唱します（田村（1999）、田村（2003b）、田村（2007a））。

以上が発見のプロセスですが、その結果、21世紀 COE が始まった時点での私の知的財産法学は、次の3つのステップで、解釈論や立法論を展開すべきであるというものになっていました。

第一に、市場と法の役割分担という視点を意識し、どこまでを市場に任せておけば足り、どこから法が介入すべきなのかという分岐点を探ります（市場指向型知的財産法の視点）。

第二に、かりに法の決定が必要であるとした場合、次のステップとして、その法的決定をどの機関に判断させるべきなのか、たとえば裁判所が判断するだけでよいのか、専門機関（特許庁等）の判断を介在させた方がよいのか、という法的判断主体の役割分担の問題設定を行います。くわえて、その際には、報酬請求権（損害賠償請求権を含む）に止めるのか、それとも差止めまで認めるのか、登録制度を介在させて権利の譲渡を容易とする保護を与えるのか、という規制手法の選択を行うことで法制度の具体化を図ります（機能的知的財産法の視点）。

第三に、以上の作業により構築された法の規律が私人の思索の自由、行動の自由を過度に制約するものになっていないか、吟味するというものです（自由統御型知的財産法の視点）。

[Dworkinの法解釈方法論—インテグリティとしての法]

以上のような知的財産法の制度的な理解に立脚しつつ、法解釈の方法論としては、内田貴先生の論文（内田（1988））に教示を受けて、Ronald Dworkin先生のインテグリティを追求する手法（ドゥウォーキン

（1995））の実践を心がけました。そして、プラグマティックな問題意識に端を発しながら、訴訟物や既判力制度の根拠を機能的に理解し、そのようなメタの理解から現行の制度と矛盾することなく争点効理論等を導く新堂幸司先生の民事訴訟法の体系（新堂（1988）、新堂（1991）、新堂（2008））に憧れつつ、制度の趣旨に遡って、現行法のなかで、できる限り相互に矛盾のないように体系的かつ整合的に知的財産法や競争法を説明することができると解釈論を構築することを心がけておりました（田村（2005）、田村（2006a））。

インテグリティとしての法というアプローチは、私が以前から、そして今後もプロセス志向という修正を加えながらも、法の解釈の手法のベースに据えようと思っている法解釈の方法論ですので、ここで紹介しておきましょう（ドゥウォーキン（1995））。Dworkin先生は、過去の政治的決定、たとえば国会の議決などに法の強制力の淵源を求める「慣例主義（conventionalism）」と、過去の政治的な決定の束縛から裁判官を解放し、共同体の利益のために自由に判決を下すことを許容する「プラグマティズム」のいずれをも否定します。そのうえで、法が妥当する根拠を平等に求め、ある場面での取り扱いとある場面での取り扱いに、原理的な整合性がなければならぬ。それを可能な限り実現することを目指すのが法の解釈論だと理解するわけです。

だいたい世の中には、様々な法があり、アメーバのように始終動いているわけですから、どうやったら相互には矛盾するところはどうしてもあるわけですが、法の解釈というのは、各場面での判断が相互に矛盾しないように、そのような中でもがき苦しみながらも、相互になるべく矛盾しないような解釈、ある場面とある場面を取扱いを違えるのであればそれについて整合的な説明がつくような解釈を見つけていく、そのような作業がインテグリティという言葉で包括されているわけです。

じつは私はこのインテグリティという方法論に従って、おおよそ20年近く、知的財産法というアメーバと格闘してまいりました。インテグリティという発想の下では、起草者の言っていることなどはあまり重視されません。Dworkin先生自身、立法者といっても多数いて、どれが立法者意思か不明であるに加えて、法の改正をなさないというのも立法者の判断であるのだから、改正時の立法者の意思に拘束される理由もないことなどを

挙げて、起草者の意思は重視しないと述べています。同様に、私も重視しませんし、ときには他の条文や制度の趣旨とのインテグリティを保つために、条文の文言にすら反する解釈を採用しますので、よく田村は少数説だと言われるわけです。

[プロセス志向の新世代知的財産法政策学—21世紀COEの成果]

ところが、21世紀 COE を遂行する過程で、Peter Drahos 先生の議論に教えを受けて、知的財産法のように多国籍企業等をはじめとして権利者側の大企業が国際的にロビイングを展開するような分野では、できあがった法の integrity を保つという解釈論を展開するだけでは、自由の確保どころか、本来の制度の目標であるはずの効率性すら達成することができないということに思い至りました (Drahos (1996)、Drahos = Braithwaite (2004))。とくに、李ナリ先生が指摘するように、知的財産法に関する特定の制度を採用したことによる効率性の改善の有無を検証することができず (Lee (2008))、なおさらお題目のうえでは産業の発展などの立派なスローガンの下、実際には政策形成過程に影響力を行使しうる者側の利益に偏した制度ができあがってしまうことは見やすい道理ですし、現に、国際的に知的財産権は過度に強化される一方であるように見受けられます (Drahos = Braithwaite (2004))。

そのようななかで、非容易推考性や均等論などに代表されるような抽象的な法概念を用いて、立法から司法へとロビイング耐性の強い判断機関へと特許政策の舵取りをなす場を移行させていくことを提唱する Burk = Lemley (2007) に啓発されて、先に述べた3つのステップにより知的財産法の制度を設計するという従前の考え方に比べて、法制度設計から法解釈にいたるまで一貫してプロセス志向という視点を加味することにいたしました。

その結果、21世紀 COE が終了した時点における知的財産法政策学の到達点を略述しておきますと、次のようになります (田村 (2008c))。

第一に、知的財産権が人の自由を制約する規制である以上、労働所有論や人格権といった自然権論でその存在意義を正当化することは困難であり、インセンティブの付与による効率性の改善という論理に依拠せざるを得ません (森村 (1995))。

しかし、第二に、他方で、効率性の尺度には争いがあり、自由とのトレード・オフが問題となるほか、そもそも効率性の改善の検証が困難である以上 (Lee (2008))、最終的には、民主的な決定等の政治責任によるプロセス正統化に頼ることになります。

もともと、第三に、政策形成過程には組織化されやすい大企業の利益などが反映されやすい反面、組織化されにくい私人の利益は反映されにくいという構造的なバイアスが働くために、知的財産権はともすれば過度に強化されがちとなります (Drahos (1996)、Engelbrekt (2007))。

そこで、第四に、政策形成過程を可能な限りバイアスを解消する方向に統御するガバナンス構造を模索しつつ、自由の確保のために風穴を開ける司法の役割を活用することでプロセスの正統性を担保します。たとえば、非権利者側の利益が反映されるように、途上国の特許庁の連携を図り、国際的な特許交渉の連結点としたり (Drahos (forthcoming))、クリエイティブ・コモンズ (クリエイティブ・コモンズ (2005)) や著作権保護期間の延長問題を考えるフォーラム (think C) (田中=林 (2008) を参照) のような NGO の運動を推進するとともに、利用者側の利益の擁護が問題となるような場面では、ルールではなくフェア・ユースのようなスタンダード志向の立法技術を活用して、判断主体を立法から司法に移行することなどが考えられます (Engelbrekt (2007))。

それとともに、第五に、効率性の観点からみて望ましい制度 (あるいは望ましくない制度) を可能な限り説明するとともに、確保すべき自由の領域を明確化する帰結主義的な理論を呈示することで、グレイの領域を減らし、プロセスによる決定の裁量の枠を狭めるべきである、というものです。たとえば、前述した特許政策の舵取りの理論 (Burk = Lemley (2007) はもともとは司法による舵取りを志向するものですが、これを少なくとも日本では、技術分野別に審査官の集団が構成されている特許庁の審査構造に即した議論として、第一義的には特許庁において分野ごとに非容易推考性等の判断基準を違えて良いとする解釈論として受けとめます (田村 (2008b))。また、著作権の分野では、著作権法の歴史的認識に立って自由の確保を提唱する私の著作権法の第三の波の理論 (田村 (2003b)) に基づいた解釈論を展開します (田村 (2003a)、田村 (2003b))。

もともと筆者の従前の市場指向型、機能的、自由統御型知的財産法とい

う思考方法は、市場、立法、行政、司法の役割分担により、効率的な制度を実現するとともに、自由を確保することを意図するものであり、プロセス志向という発想を内に抱えるものでした。両者は、知的財産の制度の設計のあり方を説く知的財産法政策学の縦糸と横糸として機能するものといえます。

IV 多元分散型統御を目指す新世代法政策学 ーグローバルCOEの課題

【知的財産法政策学と新世代法政策学】

グローバルCOEでは、この21世紀COEの知的財産法政策学の成果を進展させるとともに、他の分野に応用していくことを計画しています。

他分野に応用可能なように、前述した知的財産法政策学の構想を、メタの部分で大雑把にとらえるならば、まずは基本権の衡量論を用いて絶対に擁護しなければならない領域を確定します。そのうえで、基本権の衡量論では決まらない領域に関しては、どのような民主的な決定がなされているのかということを探ることになりますが、その場合、政策形成過程に反映されやすい利益と反映されにくい利益が対立している分野では、できる限りバイアスを是正しうるようなガバナンス構造を探る。それとともに、立法、行政、司法を可能なかぎり統御しうるような決定論的な理論を打ち出していき、という形で、政策形成過程、法的判断過程のプロセスを「多元」に、「分散」して統御することを目指します。

もっとも、このような構想が、知的財産法の分野で、グローバルCOEの遂行につなげてよいというお許しを得る程度の成果を得ることができた背景には、次に述べるような条件があったことに留意しなければなりません。

まず第一に、異論はあるところですが、少なくとも私の構想では、前述いたしましたように、基本権だけで権利を主張する側の権利と利用する側の利益とは引き分けに終わると考えています。つまり、基本権の衡量論により、知的財産法の分野において絶対に譲れない領域と譲れる領域を確定する作業をなしても、知的財産権を積極的に根拠付けることはできないだろう、と考えているのです。

第二に、それでは、なぜ知的財産権が必要かという、それは産業や文

化の発展のために必要だからという目的手段思考様式に支えられることになるのですが、なぜそのような効率性に主眼を置いた正当化が可能であると私が考えているかというと、個別の知的財産法の背後に、知的財産法の制度によって産業や文化を進展させるべきだという民主的な決定を看取しているからです（長谷川（2008）が評するところの「競争的繁栄観」）。先住民族の社会における伝統的知識の保護の根拠を想起すれば分かるように（田村（2008a））、産業政策のために知的財産権を設けるという原理は世界中のどこでも通用する普遍的な原理というわけではありませんから、どこかでその国はそのように考えるという民主的な決定がなされている必要があります。それを私は、インテグリティの問題として、個別ばらばらの知的財産法を整合的に理解するのであれば、産業や文化を進展させるために知的財産法が設けられていると理解すべきであると考えているのです（田村（2008b））。

このように、目的が明確になりますと、その後の具体の法制度の善し悪しはこの目的をどの程度実現したのかという尺度で図られることとなります。もちろん、前述したように実際には効率性の改善の有無の検証が困難である場合が少なくない以上、個別具体の制度に関しても、民主的な決定というプロセスの正統化が必要となる場合が少なくないわけですが、かりに究極の目的である産業や文化の発展に支障が出るのが明らかな制度であれば、それが正当化されないことは明白であり、そのような制度の採用は拒否すべきということがいえることとなります。

これに対して、知財以外の分野では、最終的に目的手段思考様式に還元することができず、基本権間の衡量論でも完全な決定はできず、基本権間のバランスのとり方について民主的な決定が必要とされる場合があります。また、民主的な決定自体が目的手段思考様式ではなく（基本権でないにしても）権利や自由の調整という形をとることも少なくないでしょう。そのような場合に、どのように知的財産法政策学の主張を変容させていくのかということが本拠点の課題となります。

【公共選取論とインテグリティとしての法】

民主的な決定を探る場合には、私は依然として、前述したDworkin先生の法のインテグリティというアプローチが重要であると考えています。

もっとも、単純にインテグリティを迫り、整合的な解釈を見つけていくだけでは、知財の分野で示したように、政策形成過程にゆがみがあり、組織化されやすい利益が反映されやすい、そういった法の分野では、政策形成過程のバイアスが、そのまま法の解釈にストレートに反映してしまうことを防ぎ切れません。Dworkin 先生は、共同体を構成する各人の連帯責任、資源の平等に対する配慮を求めることでこの問題を回避しようとなさっています。私も、自由統御型知的財産法という形で、司法における風穴に期待するという方策を取っていたわけですが、こうした手法だけではどうしてもバイアスを完全に是正することは困難だろうと考え、21世紀 COE では、政策形成過程自体にメスを入れるとともに、立法、行政、司法の各場面の総動員で、政策形成過程、判断過程のプロセスを統御しようとしたのです。グローバル COE が「多元分散型統御を目指す」新世代法政策学というスローガンを掲げているのは、この手法を知財以外の分野に継承しようとしているからにはほかなりません。

私は、解決の鍵は公共選択論にあるのではないかと考えています。

Mancur Olson が提唱した伝統的な集合行為論によれば、利益が広範に拡散している場合には、当該集団の状況を改善する可能性があるにも関わらず、集団が大きくなればなるほど、組織化のコストとフリー・ライダー問題があるために、集団内の個人は集団の利益となるような行動に参加することに関心を抱かなくなります（オルソン（1996））。さらに、政治過程につきものの、プリンシパル・エージェント問題がこれに加わります。その結果、本報告が何度か言及してきたように、多数の者に広範に拡散している利益ほど、政策形成過程に反映されることが少なくなり、他方、少数の者に集中している利益ほど、政策形成過程に反映されることとなります。ゆえに、両者の利害が対立している場合には、前者が多数の者の利益が社会全体でトータルで見ればより大きな利益であったとしても、後者のごく少数の者の利益が優先されることとなります（ブキャナン＝タロック（1979））。以上は伝統的な少数派バイアス（Minoritarian bias）の説明ですが、最近では、利益が多数の者に拡散しているとしても、少数派が固定化している一方で、多数派が政治的に活発であり、しかも、単純なシンボルによってメディアがコミュニケーションすることが容易な利害が関わっている場合には、政治家は容易に多数派の利害を活用しうるようになるの

で、そこには逆に多数派のバイアス（Majoritarian Bias）が働くことが指摘されており（Pierce（1989）、Komesar（1994））、その功罪の評価とともに、議論は単純ではありません（佐野（1998）、Engelbrekt（2007）の俯瞰を参照）。

逆にいえば、後者の点は、制度の子細ではなく抽象的な制度目標のようなものであれば、多数の者に拡散された利益であっても政策形成過程に反映されることを示しています。実際、知的財産権の例をとっても、特定の制度の採用が少数の大企業の利益になるということを明示して政策形成が進むことは減多になく、大抵は知的創作活動を保護することによって国民の生活が豊かになるというような理由付けが呈示されます。そのことは、特許法等、各種知的財産法の目的規定を参照すれば一目瞭然です（国際的には、Draho = Braithwaite（2004））。その場合、もちろん、それが「知財立国」のような分かりやすいスローガンによって押し進められた場合には、多数派バイアスが働く可能性も大いにあるわけですが、長期間にわたって抽象的な目標に変化が無いとすれば、そこに安定的な民主的な決定を看取することも許される場合があるように思われます。前述したように、私の新世代知的財産法政策学の構想が、個別の知的財産法の総体の背後にインテグリティとしての「競争的繁栄観」を看取したのも、こうした理解に立脚しています。

仮にこの考え方が通用するのだといたしますと、知的財産以外の分野でも抽象的な原理のところ、バイアスのかかっていない民主的な決定を看取することができるかもしれません。具体的な方法論としては、基本権によって絶対的に擁護しなければならない領域を確定する第一段階での作業が終了したあとの第二段階での作業において、法のインテグリティを保つ解釈論を展開する際に、個別の法に通暁する抽象的な原理を看取できる場合には、それを上位の規範としたうえで、それに抵触する下位の規範をオーバーライドする形で解釈論を採用する手法をとることが考えられます。実際、知財の分野で私が解釈論を展開する場合には、そのような方法論を実践することを心がけています。

[社会規範の吸い上げの是非]

立法過程のみで完全にプロセス正統化を図ることができない場合、法と

は別個独立して社会に存在するかもしれない規範をどの程度、法に吸い上げるのかという問題があります。

たとえば、本報告の冒頭で扱いました個別の知的財産権法によって保護されていない利益はいかなる要件の下で一般不法行為の保護を受けるのかという論点に関しては、窪田充見先生は、生成途上の権利が法的保護に値するという社会的な承認があることを前提とする見解があります（窪田（2006））。しかし、私は、既述したように、少なくとも日本法に関しては、個別の知的財産法の集合体の向こうに、必要な成果の開発のインセンティブに不足があるときは、そのインセンティブを保護するためにフリー・ライドを規律することも辞さずという法の価値判断を看取しています。窪田先生と同様、私も、知的財産権の創設には司法は謙抑的でなければならないと考えていますが、その理由は、社会的な承認がないからというよりは、技術的に判断が困難であり、政治的な責任をとれないからだというに止まります。もちろん、知的財産権を創設する者の利益は政策形成過程に反映されやすい以上は、原則として、立法を待てば良いのですが、特定のフリー・ライドを放置しておくことと産業の発展という民主的な決定がなされている目標に反する事態となることが裁判所にとって明らかな場合には、司法による積極的な介入も辞すものではないと考えています（田村（2008b））。逆に、このような条件が満たされない場合には、生成途上の権利を承認している社会規範がかりに存在しているように見えるとしても、その吸い上げには慎重であって然るべきです。

なぜかと申しますと、民主的に決定された「競争的繁栄観」に従えば、元来は知財の創出と利用の促進という産業政策から判断しなければならない問題であるところとして、権利を主張する者と、権利を主張された者の個別の利益に還元されない外部効果が問題となっているのですから、これらの二当事者間の交渉が積み重なってできあがるルールをもって、プロセス的に正統と認めることは困難です。そもそも、これから権利を創設するか否かを決めようとするときに、権利が創設されていることを前提とした主張が受け入れられるか否かを判断材料とすることは論理的に循環していることができるかもしれません。社会で権利があるかの外観を呈しているものは訴訟コスト等の考慮により成立したものでしかないかもしれません。もっとも、権利者とユーザーの双方が属している業界団体内にお

ける規範には民主的な討議に代替する機能を認めることが可能であるかもしれませんが、その場合にも裁判所の規範として吸い上げるべきか否かについてはなお検討が必要でしょう。司法の介入がなくともうまく機能しているのであれば放置しておけばよいからです。

逆に、既存の知的財産権法の明文に従えば知的財産権が及んでいるように見える行為であっても、たとえば、一定の企業内複製、インターネット・オークションサイトにおける商品の画像の掲載（田村（2006b））や検索サイトにおける著作物の表示やキャッシングなど（田村（2007b））、知的財産の利用の自由を承認する社会規範が存在する場合には、権利がそこまで及んではないという民主的な決定がなされていると見て取れる場合もあるように思われます。もちろん、ファックス送信に伴う著作物のコピー等、基本権としての自由の確保が問題となっている場合には、そのような社会規範の生成を待つまでもなく利用の自由を認めるべきですが（田村（2003a））、基本権としての自由の浸食とはいえない場合であっても、なお権利が及ぶべきではないとする規範の生成を看取できる場合があるように思われるのです。

他方で、知的財産権のように権利の積極的な基礎付けを目的手段思考様式に求めるのではなく、そもそも多面的な利益の調整が必要とされる場面では、そのような多面的な社会が政策形成過程に反映されにくいとすると、プロセス正統化という視点から積極的な社会規範の吸い上げを考慮してよい場面があるように思われます。もちろん、その場合、社会規範の生成のメカニズムを解明することが肝要となるでしょう（川瀆（1999）、藤田＝松村（2005））。

【むすびに代えて】

以上、総論を中心に本拠点の構想をお話ししてきました。各論に関しましても、本拠点は知財分野以外にも研究の対象を拡大していくわけですが、その中でも、外部性というキーワードで大括りすることができる競争と環境という分野を主たる研究対象に含めることにしております。

前者の競争の分野では、私自身、一定の構想を示したことがあります（田村（2007a））、法が規制しても間違い無い行為を炙り出すという観点から、法と経済学の知見を公取委や司法が適用可能な基準に変換し、法的介

入の分岐点を探る手法を構築するうえで、前述した川濱先生の市場との関係で競争政策の介入の分岐点を探るベース・ライン問題というアプローチの仕方がベースとなると考えています（川濱（2007））。そのうえで、消費者団体訴訟などを競争政策のプロセス正統化の側面から推奨していくことを企図しています。

また、環境の分野では、リスクの抑止等、追求する目的が相対的に明確ではあるのだけれど判断に必要な情報が不足しがちな場合（藤谷（2009）が指摘する「知識問題」という枠組も参照）、たとえば、原発などに関しては、時々刻々と変化する現実や新たな科学的知見をフィードバックしていく仕組みが必要であることを意識して、立法⇒行政⇒司法という時間的にもヒエラルヒー的にもリニア（単線的）な役割分担を要求する厳格な法治主義の貫徹に必ずしもこだわらない発想が示されているところ（山本隆司（2005））。

他方で、多様な価値が対立している場合（藤谷（2009）が指摘する「価値問題」という枠組も参照）、たとえば都市景観の問題等に関しては、国、地方公共団体、あるいは地域のコミュニティ等のどこで決定することが、プロセスとして正統な解決となるのかという視点を導入し、司法が吸い上げるべき規範はどこかということを決すべきではないかと思えます。

以上のように、総論、各論ともに課題が山積していますが、与えられた残り4年半と意図時間のなかで、皆さんの協力を得ながら、拠点リーダーとして課題の解決に邁進したいと思います。ご清聴いただき、どうもありがとうございました。

〔参考文献〕

- 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（2008）：内田貴〔コメント〕私法70号（2008年）
- 大村（1999）：大村敦志「取引と公序」同『契約法から消費者法へ』（生活民法研究Ⅰ・1999年・東京大学出版会）
- オルソン（1996）：M・オルソン（依田博＝森脇俊雅訳）『集合行為論』（新装版・1996年・ミネルヴァ書房）
- 角松（2001）：角松生史「経済的自由権」安藤高行編『憲法Ⅱ』（2001年・法律文化社）
- 川浜（1993）：川浜昇「法と経済学と法解釈の関係」民商法雑誌108巻6号・109巻1～3号（1993年）
- 川浜（1999）：川浜昇「法と経済学の限界と可能性——合理的選択と社会規範をめぐって」井上達夫＝嶋津格＝松浦好治『法の臨界ⅡⅡ』秩序像の転換』（1999年・東京大学出版会）
- 川濱（2006）：川濱昇「独禁法における『法と経済学』」日本国際経済法学会年報15号（2006年）
- 川（2007）：川濱昇「私的独占解釈論の現状と課題」日本経済法学会年報28号（2007年）
- 窪田（2006）：窪田充見「不法行為法から見たパブリシティー生成途上の権利の保護における不法行為法の役割に関する覚書」民商法雑誌133巻4・5号（2006年）
- クリエイティブ・コモンズ（2005）：クリエイティブ・コモンズ・ジャパン編『クリエイティブ・コモンズ—デジタル時代の知的財産権』（2005年・NTT出版）
- 佐野（1998）：佐野亘「『政治』と『市場』 経済学的政治制度設計論の射程」日本公共政策学会年報1998（CD-ROM版）（1998年）
- 塩野（1989a）：塩野宏『公法と私法』（1989年・有斐閣）
- 塩野（1989b）：塩野宏『行政過程とその統制』（1989年・有斐閣）
- 塩野（2005a）：塩野宏『行政法Ⅰ 行政法総論』（第四版・2005年・有斐閣）
- 塩野（2005b）：塩野宏『行政法Ⅱ 行政救済法』（第四版・2005年・有斐閣）
- 潮見（2006）：潮見佳男〔判批〕コピライト538号（2006年）
- 初宿（2005）：初宿正典他『憲法 Cases and Materials 人権』（2005年・有斐閣）
- 新堂（1988）：新堂幸司『訴訟物と争点効（上）』（1988年・有斐閣）
- 新堂（1991）：新堂幸司『訴訟物と争点効（下）』（1991年・有斐閣）
- 新堂（2008）：新堂幸司『新民事訴訟法』（第四版・2008年・弘文堂）
- 芹澤（1997）：芹澤英明「ProCD v. Zeidenberg の分析」法学61巻2号231～243頁（1997年）

- 田中＝竹内 (1987) : 田中英夫＝竹内昭夫『法の実現における私人の役割』(1987年・東大出版会)
- 田中＝林 (2008) : 田中辰雄＝林紘一郎『著作権保護期間—延長は文化を振興するか?』(2008年・勁草書房)
- 田村 (1996) : 田村善之『機能的知的財産法の理論』(1996年・信山社)
- 田村 (1999) : 田村善之『競争法の思考形式』(1999年・有斐閣)
- 田村 (2000) : 田村善之「インターネットと著作権」アメリカ法1999-2 (2000年)
- 田村 (2001) : 田村善之『著作権法概説』(第二版・2001年・有斐閣)
- 田村 (2003a) : 田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト1255号 (2003年)
- 田村 (2003b) : 田村善之『市場・自由・知的財産』(2003年・有斐閣)
- 田村 (2005) : 田村善之『不正競争法概説』(第二版・2005年・有斐閣)
- 田村 (2006a) : 田村善之『知的財産法』(第四版・2006年・有斐閣)
- 田村 (2006b) : 田村善之「絵画のオークション・サイトへの画像掲載と著作権法」知財管理56巻9号 (2006年)
- 田村 (2007a) : 田村善之「競争政策と『民法』」NBL863号 (2007年)
- 田村 (2007b) : 田村善之「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題 (1) ～ (3) — 寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等—」知的財産法政策学研究16号 (2007年)
- 田村 (2008a) : 田村善之「伝統的知識と遺伝資源の保護の根拠と知的財産法制度・再論」知的財産法政策学研究19号 (2008年)
- 田村 (2008b) : 田村善之「知的財産権と不法行為」田村善之編『新世代知的財産法政策学の創成』(2008年・有斐閣)
- 田村 (2008c) : 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 (2007年)
- 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)
- 中山 (1988) : 中山信弘『ソフトウェアの法的保護』(新版・1988年・有斐閣)
- 中山 (2008) : 中山信弘「知的財産法研究の回顧と将来への課題」NBL 877号 (2008年)
- ハーバーマス (1999) : ユルゲン・ハーバーマス (河上倫逸編訳)『法と正義のディスクール』(1999年・未來社)
- 長谷川 (2008) : 長谷川晃「競争の繁栄」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—」田村善之編『新世代知的財産法政策学の創成』(2008年・有斐閣)
- 平井 (1995) : 平井宜雄『法政策学』(第二版・1995年・有斐閣)
- 藤田 (1998) : 藤田友敬「契約と組織——契約的企業観と会社法」ジュリスト1125号 (1998年)
- 藤田 (2008) : 藤田友敬 [コメント] 私法70号 (2008年)
- 藤田＝松村 (2005) : 藤田友敬＝松村敏之「社会規範の法と経済—その理論的展望」ソフトロー研究1号 (2005年)
- ブキャナン＝G. タロック (1979) : J. M. ブキャナン＝G. タロック (米原淳七郎他)『公共選択の理論—合意の経済論理』(1979年・東洋経済新報社)
- 藤谷 (2009) : 藤谷武史「プロセス・時間・制度—新世代法政策学のための—試論」新世代法政策学研究創刊号 (2009年)
- ヘーゲル (2000) : G・W・F・ヘーゲル (長谷川宏訳)『法哲学講義』(2000年・作品社)
- 松井 (2007) : 松井智予「近年における国際私法の経済分析の例—Andrew T. Guzman」ジュリスト1346号 (2007年)
- 町野 (2007) : 町野和夫/柳川隆他『ミクロ経済学・入門』(2007年・有斐閣)
- 森 (2008) : 森大輔「準拠法選択における当事者自治の経済分析—Larry E. Ribstein」ジュリスト1350号 (2008年)
- 森田 (2007) : 森田果「最密関係地法—国際私法と“Rules versus Standards”」ジュリスト1345号 (2007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 (2007) : 山根崇邦 [批判] 知的財産法政策学研究18号 (2007年)
- 山本敬三 (1993) : 山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治 (1) ～ (2)」法学論叢133巻4号・5号 (1993)
- 山本敬三 (2000) : 山本敬三『公序良俗論の再構成』(2000年・有斐閣)
- 山本敬三 (2008) : 山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究5号 (2008年)
- 山本顯治 (2006) : 山本顯治「現代不法行為法学における『厚生』対『権利』」民商法雑誌133巻6号 (2006年)
- 山本隆司 (2005) : 山本隆司「リスク行政の手続法構造」城山英明＝山本隆司『環境と生命』(融ける境 超える法5・2005年・東京大学出版会)
- ルーマン (2003) : ニクラス・ルーマン (今井弘道訳)『手続を通しての正統化』(新装版・2003年・風行社)
- ロールズ (2004) : ジョン・ロールズ (エリン・ケリー編：田中成明他訳)『公正としての正義・再説』(2004年・紀伊国屋書店)
- Burk = Lemley (2007) : 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15～16号 (2007年)

- (1996) : PETER DRAHOS, A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY (1996)
- Drahos (forthcoming) : Peter Drahos, *Trust me: Patent offices in developing countries*, Am. J. L. and Med., forthcoming 2008 (<http://cgkd.anu.edu.au/menus/workingpapers.php>)
- Drahos=Braithwaite (2004) : PETER DRAHOS & JOHN BRAITHWAITE, INFORMATION FEUDALISM: WHO OWNS KNOWLEDGE ECONOMY? (2004)
- Easterbrook (1996) : Frank H. Easterbrook, *The Cyberspace and the Law of the Horse*, 1996 U. Chi. Legal. F. 207 (1996)
- Engelbrekt (2007) : Antonina Bakardjieva Engelbrekt, Review of Economic Research on Copyright Issues, Vol 4 (2), pp 65-97 (2007)
- Komesar (1994) : NEIL K. KOMESAR, IMPERFECT Alternatives (1994)
- Locke (1988) : JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT, 286 (Peter Laslett ed., 1988) (1698)
- 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)
- Pierce (1989) : Richard J. Pierce, Jr., *Public Utility Regulatory Takings: Should the Judiciary Attempt to Police the Political Institutions?*, 77 Geo. L. J. 2031 (1989),