



先端ビジネスローシンポジウム
「法学主導の学際的研究教育の可能性」

東京大学法学政治学研究科
田村善之

法学固有の意義

新たな方法論の模索

法学の危機感その1 ～法と経済学の台頭～

1970年代～ 米国で台頭

1980年代後半～ 日本に本格的な紹介が始まる
会社法学、独占禁止法学の分野で最先端の学者の間では米国並みに。徐々に、知的財産法学も

外部性が関わる問題に代表される複雑化した社会に対応するために、
法学に対する隣接諸学(とりわけ経済学)の知見の活用が説かれる

しかし、立法、法解釈において法を語る独自性はどこにあるのか?

←北海道大学法学研究科21世紀COE「新世代知的財産法政策学の国際拠点
形成政策学」:同グローバルCOEプログラム「新世代法政策学の創成」の問題
意識

新たな方法論の模索

法学の危機感その2

～政治(経済)学の関心：政策形成過程の現実への危惧感～

「実定法研究者のほとんどは、成文法の条文解釈や判例の研究に主たる関心を持ち、ルール形成のダイナミクスを見る目—たとえば国家法がいかなる政治過程を経て作られ、いかなる集団の利害がいかに反映し、その結果できたルールはどういう性格を帯びており、現実がいかなるパフォーマンスを果たしているか、外部性は発生させていないか、といった政治経済学的、公共選択的な視点—をしばしば欠いてきた」

「それにもかかわらず実定法学の「研究」ができてきたのは、民主的な手続きを経て作られた法律(ハードロー)の場合、正統性や拘束力等を一応所与の前提とすることが許されるため、実定法によって採用された一定の規範的な前提を出発点にして、そこから条文操作、論理整合性、場合によってはある種の実践的バランス感覚によって議論を展開できたからである」

(藤田友敬「はじめに」『ソフトローの基礎理論』(2008年・有斐閣)所収)

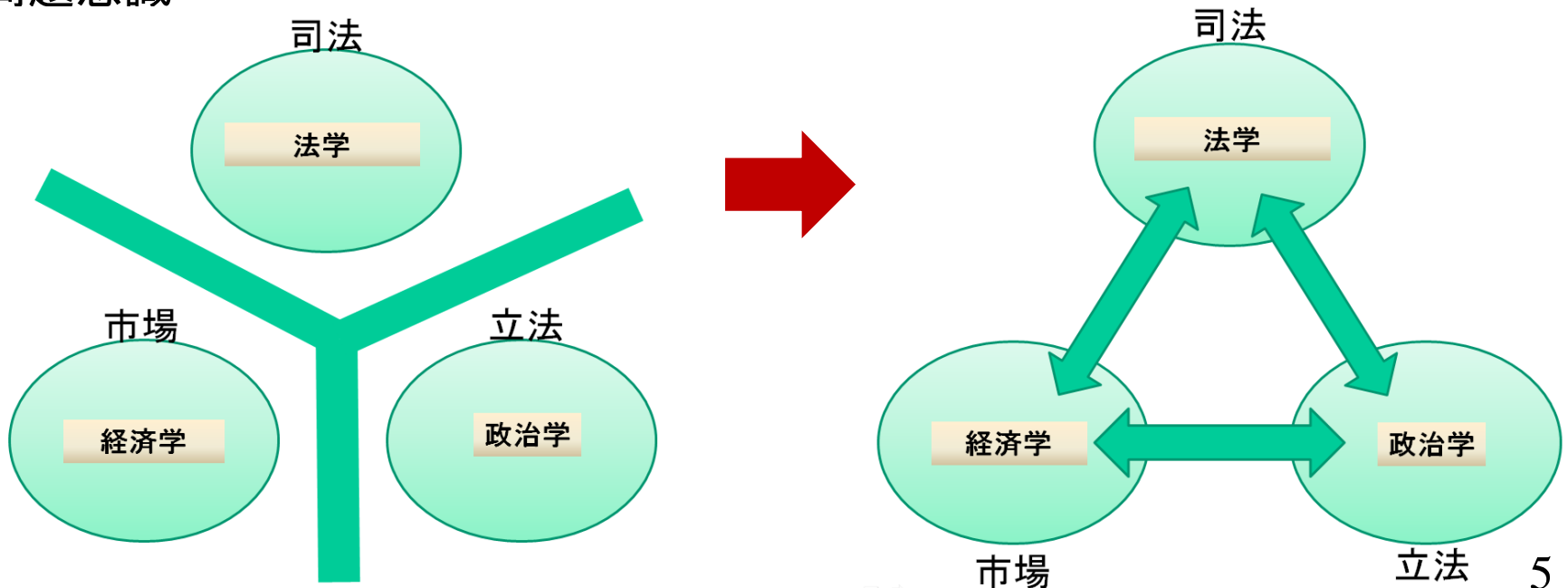
← 東京大学法学政治学研究科21世紀COEプログラム・グローバルCOEプログラム「国家と市場の相互関係におけるソフトロー」の問題意識

政治学・経済学・法学の役割分担のあり方

現代の複雑な社会において市場、立法、司法あるいは経済学、政治学、法学の各個別分野のみで100点の回答を得ることは困難

∴それぞれが垣根を作って、それぞれの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なく、
垣根をまたいで、相互に足らざるところを補い合いながら解決を目指すというインタラクティブな議論の展開が望まれる

←北海道大学法学研究科21世紀COEプログラム・グローバルCOEプログラムの問題意識



市場と対峙しうる方法論の模索

立法におけるmuddling through

頻繁な法改正

解釈論の延長線上の方法論の限界

平井宜雄「転換期の民法学－方法と課題－(コメント)」私法60号50～51頁(1998年)=1997年私法学会(北海道大学法学研究科が当番校)

「人間の理解もコントロールも及ばない、不気味な存在となりつつあるように見える」「市場機構の作用を十分な理解に立ちつつ、そこに現れる問題を発見し、それを解決するための代替案を構想し、その中から選択されたものを基礎として法制度を構築する、という目的に役立つ」「コントロールのための理論」が必要とされる旨を説く

⇒ こうした課題に応える理論を構築することが、望まれている

市場と対峙しうる方法論の模索

法と経済学のもたらしうるもの
規範的(normative)な法と経済学と実証的(positive)な
法と経済学の区別

規範的(normative)な法と経済学: 資源配分の最適化、効率性といった規範的な目標にコミットするアプローチに与しなくとも、

実証的(positive)な法と経済学: ある制度を採用したときに人々が(市場において)どのように反応するのかということに関する知見を得るために参酌することができる

法学独自の意義

隣接諸学に対する法独自の意義

■いかなる状態を自然状態とするのかによって解が変化する以上、何を基点として設定するかという**ベースライン**の確定が必要となる(得津晶「<法の経済分析研究会(1)>負け犬の遠吠え -多元的法政策学の必要性またはその不要性」新世代法政策学研究創刊号(2009年)=北大グローバルCOE

■効率性の改善の程度等の**検証不可能性**(田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号(2008年))=北大21世紀COE

■絶えず変化する科学的知見に依拠して裁断することの**規範的な脆弱性**(藤谷武史「より良き立法」の制度論的基礎・序説—アメリカ法における「立法」の位置づけを手がかりに」新世代法政策学研究7号(2010年))=北大グローバルCOE

∴ 隣接諸学に対して法を探求する意義がある

法学独自の意義

既存の制度と整合性を図りつつ漸進的な接近を可能とする方策

法概念というMetaphor(抽象的概念: abstract construct)の意義

(得津晶「民商の壁- 一商法学者からみた法解釈方法論争新世代法政策学研究2号(2009年) = 北大グローバルCOE

- 元来は千差万別な利害関係の枝葉を捨象し、
- 異質なものを既存の法制度に包摂することで、
- 等しいものを等しく扱うに過ぎないが如きフィクションを作出し、
漸進的な変化を可能とする

田村善之「メタファの力による“muddling through”: 政策バイアス vs. 認知バイアス—「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」総括報告—」新世代法政策学研究20号94頁(2013年) = 北大グローバルCOE

「法学の特徴というものは、時間と歴史の中で、過去にこのようにしていたということを踏まえたうえで、ゆえに今回はこのようにするという形で、既存の制度との整合性あるいは法の整合性(インテグリティ)を可能な限り保ちながら、漸進的に試行錯誤のプロセスを繰り返すなかで、可能な限り「正解」に接近する営為である、というところに求められるのではないか」(cf. 藤谷武史「プロセス・時間・制度-新世代法政策学研究のための一試論」新世代法政策学研究創刊号(2009年))

メタファ論からの示唆

認知言語学の示唆

メタファの構築や解釈は多義的
∴ 操作可能

しかも・・・

認知言語学は、人が現実の世界を観察し解釈する際に、言語あるいはメタファに規定されていることを教える

G・レイコフ＝M・ジョンソン(渡部昇一他訳)『レトリックと人生』
(1986)

松浦好治『法と比喩』(1992)

メタファ論からの示唆

大屋雄裕『法解釈の言語哲学 クリプキから根源的規約主義へ』
(2006年・勁草書房)

「法が扱い、あるいは積極的に作り出す現実とは、世界の物理的な・自然的な・あるいは本質的な存在と照らし合わせてその正否を判断されるようなものではない。むしろ本当はそうではないのに法的にはそうだとすること、つまり人工的な現実を作り出すという手法にこそ、法の解釈という行為の意味があるのではないか。法解釈とは、どこか世界に我々の行為と離れて存在する正解を見つけ出すための手法ではなく、法的な現実を作り出す我々の行為なのである。」

規範の定立の仕方を統御しうる方法論の模索

川濱昇「市場をめぐる法と政策－競争法の視点から－」新世代法政策学研究1号(2009年)

京都大学法学研究科学術創成「ポスト構造改革における市場と社会の新たな秩序形成－自由と共同性の法システム」の問題意識

市場に法が介入する分岐点を探るベースラインとしての基準(利潤犠牲基準(経済学的有意義性基準)、同等に効率的な企業に対する脅威(社会進化論的パースペクティブ)を挙げるとともに、人々が内面化し遵守しやすい原理としての規範を立てなければならないと説く

田村善之『知財の理論』(2019年・有斐閣)

北大グローバルCOEの問題意識

著作権侵害の判断基準「創作的表現の再生(共通性)」基準について

「インセンティブ論とはしていますが、・・・個別の行為に関して逐一インセンティブ論に基づいて、それを規制することが効率的な解をもたらすのかどうかはよく分からないことのほうが通常です。そこで、大数の法則で、個別事件はよく分からないが全体としてより効率的な解をもたらすところ、裁判所で判断がしやすく、市場においても行為者が遵守しやすい義務論的な規範を設けていく。しかも、その大数の判断ですら困難である以上、そこは政治的な責任を負う立法のところ、そういった作業が必要で、まさにそれによってもたらされたものが、創作的表現であれば著作物となり、その創作的表現が再生される形で利用される場合には著作権侵害となるという著作権法のルールだと思ふのです。」

規範の定立の仕方を統御しうる方法論の模索

規範の定立のあり方

- ✓ 産業や文化の発展という目標をある程度達成しうる可能性のある規範であり、
- ✓ 市場において人々の行為規範として機能し、
- ✓ 司法において二当事者間の法律関係に還元しうる基準を設定する

e.g. ルール対スタンダードの理論
エラー・コスト(フェイル・セーフ)論

政策形成過程に配慮しうる方法論の模索

公共選択論(集合行為論)
オルソン『集合行為論』(1996年)

政策形成過程には...

少数の者に集中した組織化されやすい利益が反映されやすい反面、

多数の者に拡散された組織化されにくい利益は反映されづらい

∴ 人は経済合理的に行動する限り、活動をするほどの便益がなければロビイング等の政策形成過程に影響を与えうる活動をしない

∴ 拡散した個別的には小さな利益(しかしトータルでは大きな利益)は政策形成過程に反映されにくい

⇒ 少数派バイアス

NEIL K. KOMESAR, IMPERFECT ALTERNATIVES: CHOOSING INSTITUTIONS IN LAW, ECONOMICS, AND PUBLIC POLICY 53-97 (University of Chicago Press, 1994).

政策形成過程に配慮しうる方法論の模索

大きな陥穽

政策形成過程にバイアスがあるのだとしたならば、ガバナンス構造の変革はどのようにしたら実現することができるのか？

ルール対スタンダード論の示唆

スタンダード＝抽象的な要件が立法で定められているところでは、法改正を待つことなく、ただちに(相対的にはロビイング体制がある)裁判所による舵取りが可能

しかし、ルール＝具体的な要件が立法で定められている場合、政治的な責任を負うことが困難な司法ではなく、より民主的な手続きに委ねるべき課題も多数存在

政策形成過程に配慮しうる方法論の模索

人間の心の本質：利他性・互惠性

山岸俊男「集団内協力と評判心理」新世代法政策学研究10号
(2011)

北海道大学文学部21世紀COE「心の文化・生態学的基盤に関する研究拠点」・同グローバルCOE「心の社会性に関する教育研究拠点」の問題意識

人間は決して自己の利益ばかりを追求するという存在ではなく、利他的な行動や互惠的な行動をなす

この現象の説明としては、ゲーム理論によるものに加えて、利他的な行動を取れる人間が適応上有利であるために生き残ってきたからであるという**進化生物学**的な説明や、それを裏打ちする**神経経済学**的な説明など、多角的な分析がなされている

cf. 飯田高『<法と経済学>の社会規範論』(2004年・勁草書房)

政策形成過程に配慮しうる方法論の模索

リアリズム・リベラリズム・コンストラクティヴィズム・

リアリズム：国家間関係を基本的に対立的なものとする考え方

リベラリズム：国家間関係を基本的に調和可能であると見る立場

コンストラクティヴィズム：行為主体が共有する認知、評価に関わる主観的な理解、すなわち間主観的理解が国際社会の構築に果たす役割を強調し、規範や観念のような非物質的な要素に着目する考え方)

政策形成過程に配慮しうる方法論の模索

人間に利他的、互恵的に行動する契機が備わっており、現実の政策形成過程でも人々の共感に訴えるレトリックが用いられているのだとすれば、

利他的、互恵的な観点に訴えるレトリックを用いながら、少しずつでも少数派バイアスを矯正していく試行錯誤を続けることができる
= muddling through

立法論と法解釈論の区別

法解釈論に対するハードル

法解釈論のひとつの到達点

「インテグリティとしての法」

Ronald Dworkin, “Law’s Empire”

立法論と解釈論を分けるものは、条文の文言そのものではなく、法の構造から導出された法の趣旨に従った解釈であるか否か

もっとも、政策形成過程のバイアスを踏まえた強力な批判が展開されている

William N. Eskridge, *Dynamic Statutory Interpretation*, 135 U. PA. L. REV. 1479, 1551–53 (1987).

立法過程にバイアスがあるのであれば、単純な制定法のインテグリティの追求は、バイアスを再生産することはあっても、バイアスに抗することができないのではないか？

立法論と法解釈論の区別

目的規定・前文の活用

条約交渉や政策形成過程のせめぎ合いの場面でも、各利益集団の代表は我々の利益になりますから採用しましょうという議論はしない

⇒ 一般には「polite」な理由付け、たとえば世界の産業や文化の発展のためといった理由付けが用いられる

法律や条約の目的規定や前文は、抽象的であるがゆえに、関係者や加盟国すべての利益に均等に配慮しているという意味で、よりバランスのとれた「polite」な目的が掲げられていることが多く、それがゆえに個別具体の条項における政策形成過程のバイアスを矯正する手段となりうる

憲法の活用

同様の観点から憲法の活用も示唆される

⇒ 伝統的な二重の基準の見直し

∵ 政策形成過程にバイアスがあるのであれば立法府に民主的な正統性が備わっていることを理由に、司法による違憲審査を控える理由はない

具体例：知的財産法政策学

イノベーションが想起する課題

・バイオ・テクノロジー

医工連携

ドラッグ・デリバリー・システム

エバーグリーン戦略

COVID19

⇒ 特許適格性、進歩性、存続期間の延長登録、差止請求の棄却の可能性、強制許諾、独占禁止法との交錯etc...

・ビッグデータ、AI、IoT

データ保護、ビジネスモデル特許、標準必須特許、消尽etc...

・デジタル化、インターネット

零細的利用、著作権者の分化＝孤児著作物問題

ダウンロード違法化、存続期間の延長

拡大集中許諾、フェアユース etc...

法学(正義論)の成果と限界

・知的財産権の自然権的正当化理論

ロック(労働所有論)

ヘーゲル(精神的所有権論)

ロールズ(リベラリズム)

ある程度の説明にはなるとしても(他の積極的理由により制度を導入する際に人々の納得を得るための正当化理論にはなりうるとしても)

知的財産権は、所有権と質的に異なり、物理的な限界なく、広範に人の自由を規制する制度である以上、自然権による完全な正当化は困難

法と経済学の成果と限界

イノベーションに即した特許制度の舵取り論など、ある程度の抽象的な選択肢は解明されてきているが・・・

世代間衡量の問題

検証不可能の問題

⇒ 個別具体の知的財産制度が本当にイノベーションを適度に促進し産業や分化を発展させるものであるのか否かは分からないところが残る

民主的正統化の必要性と政策形成過程のバイアス

そうだとすると、知的財産権の正当化は、産業や文化を発展させるかもしれないので、トライしてみようという立法がなされたという民主的な正統性に依存せざるをえない

ところが...

知的財産は少数の者(=知的財産権者)に利益を集中し多数の者の行為を規制する

∴ 集合行為論が典型的に妥当

⇒政策形成過程のバイアス=少数派バイアス

政策形成過程のバイアスを矯正しmuddling through を遂行する制度論

立法から相対的にバイアスを被りにくい司法に判断権限を委譲する

e.g. ルールvs.スタンダード論(特許の進歩性要件、著作権のフェア・ユース)

試行錯誤を可能とする多元的な判断ルート of 醸成

e.g. 最高裁と知財高裁大合議の役割分担論

技術的適格性を加味した裁判所と特許庁の役割分担論

メタファ論の活用

政策形成過程に相対的に十分な影響力を行使し得ない者の利益をより保護するメタファを選択する

= 政策形成過程のバイアスと逆方向のバイアスを有するメタファを採択する

⇒このようなメタファをベースラインにすることで、政策形成過程のバイアスの問題をいくらかでも矯正することを期待

「知的創作物」「知的財産」ではなく、「政府による行為規制」を選択

知的財産権の規制を唱導する者のほうが、公衆をしてそのような規制に対する得説得的な論拠を示す必要を迫られることになる

⇒議論によるmuddling throughの過程に波及

⇒特定の知的財産権の採用や強化が本当に所期の産業等の発展をもたらすのかということがより厳しく吟味されることになり、

インセンティブ論以外の消極的な正当化根拠の下支えがないと、何故、この場合に広汎な規制が許されるのかということの説明の必要性も高まる

e.g.他人が労苦をかけて創作したことに對し報いるべきであるという、最終的には平等原理に根ざす互酬的な観点による正当化

教育手法への反映

既存の教育プログラムの課題

個別の分野における最先端の知識の提供は進んでいる

しかし、学際的な研究の素養を修得しようとする場合、なにをどのように学んでいくべきかという全体を俯瞰する視野を獲得することが困難

⇒ 基礎セミナー・発展セミナーによる学際的な研究能力の涵養

諸科学にない法学の特徴

目的手段思考
モデル

=手段による目的
の達成度を問題と
するモデル

法概念による包摂
モデル

=概念に当てはま
るか否かを問題と
するモデルへ転換

漸進的な
試行錯誤により
解決を探る

法概念

法的効果

新たな
社会問題

自然科学・経済学等で詰
めれるところまで詰めた
うえ、残された難題は既
存の法概念に包摂される
か？=差分で理解

自由・平等
正義

利害関係者・市場・社会に受け入れやすい
規範の定立

① 判例評釈(事例分析)の方法論からスタート

東京大学法学政治学研究科固有の伝統的な手法である「判民型」を伝授する＝漸進的試行錯誤の出発点

※ 民商型(判決の理由付けを「判例」と理解する手法) vs. 判民型(判決の理由付けではなく、事案と結論との関係で「判例」を理解する手法)

cf. 田村善之「判例評釈の手法－「判民型」判例評釈の意義とその効用－」法曹時報74巻5号(2022年)

② 判例の総合研究の方法論につなげる

事例の集積による漸進的試行錯誤の積み重ね⇒規範形成への道程

※ 第一次法解釈論争 裁判の予見可能性としての法律学(川島)

cf. 田村善之「判例評釈の手法—「判民型」判例評釈の意義とその効用—」法曹時報74巻5号(2022年)

③ 比較法研究の意義を探る

博士論文の基本型を伝授

- ※ 系譜的比較法と機能的比較法(制度論)の区別
- ※ 第二次法解釈論争
利益衡(考)量論(星野) vs. 議論論(平井)
- ※ 解釈論と立法論の区別
integrityとしての法(ドウオーキン)

cf. 田村善之『知的財産権と損害賠償』(第3版・2022年刊行予定・弘文堂)

田村善之「知的財産法学の課題一旅の途中」同『知財の理論』(2019年・有斐閣)

④ 市場と法の役割分担の視点の導入

市場と法の役割分担＝法が介入する分岐点を探る

※ 法と経済学の意義

規範的法と経済学 vs. 実証的法と経済学

cf. 田村善之「市場と組織と法をめぐる一考察一民法と競争法の出
会い」同『市場・自由・知的財産』（2003年・有斐閣）

⑤ 制度間の役割分担の視点の導入

立法・行政・司法の役割分担＝法が介入するとした場合にどこで判断するか、判断能力、正統性、政策形成過程のバイアス問題等を加味し、適切な役割分担とそれを実現する規範を探究

法的判断機関と社会の役割分担＝社会における法の浸透の仕方

- ※ 行政過程論(塩野)
- ※ 少数派バイアス(集合行為論)
- ※ 内的視点の獲得(ハート)・法の表出力89
- ※ メタファ論(認知バイアス)

- cf. 田村善之「競争政策と民法」同『知財の理論』(2019年・有斐閣)
田村善之「知的財産法学の課題―旅の途中」同『知財の理論』(2019年・有斐閣)
田村善之「プロ・イノベーションのためのmuddling through」同『知財の理論』(2019年・有斐閣)

⑥ 正義論による矯正

以上の分析によって得られた暫定的な解を正義論の観点から矯正すべきか否か(=正義の問題なのか、選択の問題なのか?)を検討

※ ロック、カント、ヘーゲル、ロールズ

cf. 田村善之「蜘蛛の糸—『知財の哲学』『知財の正義』からみた『知財の正義』」田村善之＝山根崇邦編『知財のフロンティア1』(2021年・勁草書房)

今後の課題

- ✓ ビジネスローを前提とした方法論?
- ✓ オムニバスに頼らないことの意義とその限界
- ✓ 教材