HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|---|---|
| Title | 知的財産権の観念について:法定主義及びその適用 |
| Author(s) | 李, 揚; 金, 勲//訳 |
| Citation | 知的財産法政策学研究, 12, 35-89 |
| Issue Date | 2006-08 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/43492 |
| Type | departmental bulletin paper |
| File Information | 12_35-89.pdf |

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

# 知的財産権の観念について：法定主義及びその適用

李　　揚
金　　勲（訳）

**内容の要約**：財産権労働理論は知的財産権の保護範囲を無限に拡大する危険を持つ。また知的製品の経済的特徴も知的財産権の内容を困難にする一つの要因である。社会公共利益と私人利益間の矛盾、及びその上に現れる知的財産権の持つ不正義の特徴に鑑み、知的財産の領域では法定主義の原則を堅持しなければならない。知的財産権の法定主義は一つの立法原則であるのみならず、司法原則でもある。当該原則は、権利の創設と権利の制限という二重の機能を果たしている。したがって、知的財産権は、自由を出発点とし、社会全体の効率を連接点とし、社会正義を帰着点とする完結した制度設計を通して実現されなければならない。また知的財産権には類型化不足の問題が存在しない。知的財産法以外にも伝統的民法及び不正競争法などが存在するが、それらが規制するのは一定の行為であり、保護するのは一定の利益又は優位性に止まる。すなわち、一定の行為に対する禁止、利益・優位性に対する保護といえども、それは原告が知的財産法上の特定の知的財産権或いは知的財産法以外の不特定の知的財産権を享受することを意味するものではない。

**キーワード**：知的財産、自然権観念、法定主義観念

## 一、問題の提起：知的財産権自然権論　v.知的財産権法定主義

易継明教授は『法学研究』2005年第3期「知的財産の観念：類型化及び法律適用」（以下易論文という）の中で「知的財産をはじめとする無形財産がますます重要になるのは社会の発展の結果であり、知的財産権は伝統的財産権を引き継ぐものである。一方で我々は知的財産権類型化の難題に直面しており、自然権、他人の利益、社会正義との利益平衡という法的難題に立ち向わなければならない。とりわけ、知的財産権の私権的性質と観

念を強調し、司法のプロセスの中で伝統的民事法制度を通じて知的財産権立法の目的を実現しなければならない」と述べている[1]。

易論文の表面的な論理矛盾と曖昧な態度[2]の中からは易論文の思想の核心を容易に発見することができる。つまり、易論文は社会的に重要な地位を占める知的財産権の類型化は困難であるため、ロック（John Locke）の財産権労働理論を基礎に、裁判官は自由裁量権を行使し、伝統的民事法制度を通じて知的産品の生産者のために、知的財産権制度以外で一定の知的財産権を創設する旨を唱えているのである。言い換えると、知的財産法が明文を置いていなくても、裁判官は労働が財産権を生み出すという自然権利理論に基づいて、不法行為法、契約法などの伝統的民事法制度を利用して具体的事件のなかの原告のために一定の権利を創設すべきであると易論文は主張する。その考え方は以下の内容からもよく分かる。

「しかしロックの理論の前提、条件及び判断はともかく、ロックは我々に人々の労働成果は尊重されなければならないという一つの信念を提供した。もちろん知恵或いは知的労働も労働の成果である以上、当然尊重されなければならない。それが法律的には如何に人の知的労働を保護するかという知的財産権の問題となるわけである。本件の原告の技術成果に対する権利は尊重されるべきである。もちろん知的財産権を一種の自然権と理解するのは我々の生活観念の一つの基礎でもある。」[3]

易論文はロックの財産権労働理論の限界を踏まえつつ自然権利と社会利益、社会正義との間には衝突があると認めているものの、『法学研究』2000年第3期に発表した「財産権労働学説について」という論文の中で述べた主張を以下のように繰り返している。「その一、天賦権利の学説は権利本位を唱え、財産個人主義と所有権絶対思想の基礎となる。その二、労働価値学説は財産権に合法的な基礎を与え、社会発展の核心的価値を確立した。その三、人格権を拡張し（創造物は自己人格の拡張）、財産権に人格的基礎を与えた。」[4]

もっとも、易論文の以上のような見解は梁慧星教授の見解と一致するものである。早くも1995年に梁慧星教授は広西放送テレビ新聞が広西炭鉱労働者新聞を訴えた著作権侵害事件に対する評釈の中で利益衡量の立場から同じ見解を述べている。この事件は被告が許可を得ずに原告の作成したテレビ番組表を複製したことを巡る訴訟であるが、争点となったのは作品





の創作性である。一審裁判所は、テレビ番組表に創作性は認められないため著作権法上の作品とは言えないとし、原告の請求を退けた。二審では、テレビ番組表には創作性が認められないため著作権法上の作品とはいえないとしつつ、上訴人は労働を投入しており、その労働成果に対する権益は保護されるべきとし、上訴人の請求を認めた。その判決結果が広く報道された後、梁慧星教授は論文の中で利益衡量の視点から分析を行い、以下のような結論を示している。「以上のような利益衡量と、「利益を創造した者に利益を享受させる」という民法の基本精神および現代法制の基本精神に鑑みれば、二つの異なる解釈（ニュースであるという解釈と非ニュースという解釈）の余地があるとしても、一週間のテレビ番組表は非ニュースとして解釈すべきであり、それが合理的で妥当な解釈である。逆に、ニュース或いは新聞記事として解釈することは、合理的で妥当な解釈とは言えない。」[5]

「利益を創造した者に利益を享受させる」はロックの労働理論の現代版であるといえる。また梁慧星教授は裁判官の自由裁量権の合理性について以下のような結論を導いている。

「裁判官は法の明文規定がないことを理由に裁判を拒んではいけないというのが私法領域の基本原則である。したがって、裁判官が立法者の良き助手になり、法解釈の方法を運用し、様々な事件を弾力的な法の解釈を通じて法律規範の中に納めつつ、合理的かつ妥当な裁判を行うことが要請される。よって当事者の合法権益が保護され、私法秩序が維持され民法の基本精神が実現し社会の公平と正義が守られることになる。」[6]

以上のような知的財産権に対する自然権利観念は「知的財産権法定主義」の主張に反対するだろう[7]。鄭勝利教授によると、知的財産権法定主義とは、「知的財産権の種類、権利、権利獲得の要件及び保護期間など重要な内容を法律によって統一的に規定し、立法者の法律による特別授権を除き、何人も法律によらずに知的財産権を創設できない」[8]とのことである。その上、鄭勝利教授は「知的財産権法定主義によれば、何人も法律によらずに知的財産権を創設できないため、法律の保護対象になりそうであっても（著作物と認められないデータベース、伝統的知識など）、それを如何なる法制度で保護すべきかはっきりしていない場合あるいは立法化されていない場合は、その知的財産権を認めるべきではない。なぜなら間違い

かもしれない権利を与えるより、暫定的に公共領域に置いた方が良い選択であろうから。」[9]

何人も法律外で知的財産権を創設できないとするため、知的財産権法定主義は「行政手続或は司法手続の中でこのような権利を創設することができない」とし、その理由は「知的財産権は両当事者の利益のみではなく、公衆と消費者の利益とも関わっているからである」[10]。

このように、知的財産権の観念及び法律適用の問題において知的財産権自然権理論・観念と知的財産権法定主義理論・観念とが対立している。前者は労働を基礎とする知的財産の自然権観念の下、裁判官が自由裁量権を行使し知的財産権法以外にも知的財産権を創設できるとする。これに対して後者は、知的財産権は制定法により創設されなければならないと主張し、裁判官の制定法以外の自由裁量権による権利創設に反対する。ロック以後財産権の正当性をめぐる論争[11]とともに、知的財産権領域でも自然権利説と法定権利説との争いが長い間続いてきた。そのため自然権論と法定権論の論争自体はそれほど新しいものではない。また現実の法の観点からみても知的財産権法制度は法定主義を取り、且つ法定主義の立場からロックの財産権労働理論を大きく修正した。しかしこの議論は、知的財産権の基本的観念、知的財産権という私権と社会公共利益との関係、知的財産権法定主義と自由裁量権の関係、および知的財産権立法技術と法解釈の関係など多くの問題に関わるため、知的財産権の自然権観念と法定主義観念及びその適用問題について検討して行きたい。

この問題を議論することになったもう一つの契機は、易継明教授が論文の中で「叶暁明らが日本 SOKKIA 器機有限責任会社を訴えた事件」[12]を取り上げたことである。筆者は上訴人叶暁明らの代理弁護士として本件訴訟の二審の全過程に関わっている。訴訟で争われた技術内容は営業秘密に当たるため、事件そのものは易継明教授のいうような深遠なる意義をもつものではなく、知的財産権の類型化不足問題に繋がるものでもない。判決のいうように本件では両当事者が技術提供協議中に営業秘密を公開してしまい、営業秘密としての保護が認められないとされている。ただ、技術提供契約に存在する事実に影響するものではないため、本件の焦点は当事者間の技術提供契約における費用の問題にすぎない。しかしながら、易論文が本件を知的財産権の基本観念及び法律適用の問題のレベルで議論を進めているため、それには筆者なりの応答を示さざるを得ない[13]。

もちろん、この問題は抽象的意義をもつため、筆者は易論文中の具体的事件及び一部の具体的見解までの検討は控えることにし、論文の曖昧・婉曲に表現しようとする易教授の主張の核心、すなわち知的財産の自然権利観念及び自由裁量権による知的財産権創設を支持するとの主張について検討することにする。以上の問題意識を抱えながら、さきに筆者の立場でもある知的財産権法定主義の主張を提示したい。

## 二、知的財産権法定主義観念及びその理論基礎

鄭勝利教授の提起された知的財産権法定主義は知的財産権の基本観念に止まらず、知的財産権法領域の基本原則であり、知的財産権法立法から司法に至るまで指導的役割を果たす知的財産権法全般における法原則であると思われる。同時に、基本観念として以下のような基本信条を持たなければならない。つまり、ノージックの所有正義論のいうように知的財産権の享受自体が一定の「不正義」の色彩を帯びており、朱理博士のいう「法律の明確の授権がない利益は享受し得るものではなく、少なくとも法律により奨励されるものではない」[14]との信条である。法定主義は、立法原則として知的創作物がもたらす財産的利益を考える際に、権利と利益、権利と行為態様、平等自由権と効率との関係など各要素を総合的に考量し、特に市場と法の異なる役割に注目し、慎重に臨むことを求める。他方で、司法原則として法定主義は、裁判官に自由裁量権を与えるか否かの問題とするのではなく、裁判官の自由裁量権を根本的に否定する。また、裁判官の知的財産権法に対する解釈は認めるものの、その解釈も法定主義観念の制約の下で、社会公共利益に有利な視点から厳格たる全体的解釈あるいは制限的解釈がなされなければならない。

但し知的財産権法定主義は、厳格規則主義と区別されることにも注意を払わなければならない。厳格規則主義は19世紀のヨーロッパ大陸に現れた法律観念であり、立法者に社会のあらゆる問題について詳細に立法で規定することを求め、司法過程においては詳細たる法律だけに依拠することを求める。つまり、三段論法的方法を用いてすべての問題の解決を図り、自由裁量は認めない[15]。ロスコー・パウンドは厳格規則主義について次のよ

うに述べている。「19世紀の法学家たちは司法から人的要素を排除し、個別要素への法律の適用を排除しようとした。彼らは厳密で機械的な、実践的で閉鎖的な法律体系が構築できると信じていた。彼らからすると閉鎖的法規システムの起源と運用の中で人為的創作的要素を許すことは不都合なことであった」[16]。しかしながら、知的財産権法定主義はこの厳格規則主義とは異なるものである。知的財産権法定主義はすべての知的財産権の法律関係を明細化することを求めるものではなく、原則的あるいは抽象的規定を禁じようとするものではない。知的財産権法定主義の求めるものは、すべての知的財産権の種類、内容、保護要件及び権利制限など重要な内容が法律により明確に規定されることである。また、司法過程における法律解釈現象を認めながら、これらの解釈は自由裁量ではなく、知的財産権法定主義観念の制約の下で、全体的・制限的解釈がなされるべきとする。

以下、知的財産権法定主義の歴史的起源、ロック財産権労働理論の欠陥、知的創作物の経済的特徴、ノージックとロールズの正義理論など四つの側面から知的財産権法定主義の理論基礎について述べた後、知的財産権法定主義の役割、その限界の克服、及び本原則から導ける立法技術と法解釈の特徴について検討し、最後に論文の結論をまとめたい。

### （一）　知的財産権法定主義の起源とその歴史的啓示

英米法と大陸法とは法律の伝統、法律理念、立法技術などの面で異質的であるものの、知的財産権制度の立法に限っては、それほど変りがなく単行制定法形式を用いて知的財産権を保護し、両方とも有形財産権とは区別される独立した法律体系として知的財産権法を発展させている[17]。つまり、知的財産権法律制度は発生の最初から法定主義の特徴を帯びていたのである。

特許はイギリスでは当初から君主の授権あるいは議会法の授権による特権であり、著作権における永久権論争のようなものは存在しなかった[18]。その理由はイギリスでは最初から発明・創作は社会的に重要な意義を持つため、発明者に永久に帰属させることはできないと認識されていたからである。1602年の Darcy v. Allen 事件で、被告の弁護士は独占の四大危害を法廷で訴えた。一つ目は独占により他人が同じ市場に進出する機会を奪い、コモンロー上の自由貿易権を侵害することであった。二つ目は、独占の最終目的は私人の利益であり公共利益ではないことであった。三つ目、独占者は商品・役務の価格を高く設定し、消費者に不利益を与える。四つ目、独占は神様の法と宗教の教義に違背する。したがって、コモンローからも神様の法からも独占は違法なものであると主張したのである。しかし、被告の弁護士は独占を全面的に否定したのではなく、一つの例外、つまり発明創作についてのみ公共利益に有利で、かつ合理的期限付きの独占を認めることができると主張した。弁護士のこの主張は判決に決定的影響を与え、裁判所は原告の独占がコモンローに違反するとの判断を下した[19]。もっとも裁判所の独占に対する見解は、イギリス1623年の独占法の制定に大きな影響を与えたことである。当該法律の第一条では、独占は公共利益に資することがないため、すべての独占は違法であり、無効であると規定している。ただ例外として、法律と国家利益に反しない限り、新しい創作方法の発明者に独占権を与えることができるとしている。これらは、特許法が発生する時から特許は制定法が認めた特権であり、自然権利ではないことを説明している。発明創作特許独占権の社会における重要性と国王の権利濫用の恐れに鑑み、立法者は自然権として認めなかったのである。自然権の影響を深く受けているアメリカとフランスでさえ、自然権の特許権に対する影響は制限的である。「この二つの国において、特許権は初めから実定法が任意に設計し、制限し且つ最終的に廃棄しうる権利として見なされた」[20]。

特許とは異なり、著作権が自然権利から法定主義権利に移り変わるまでには長い論争が伴っていた。1709年にイギリスで制定されたアン女王法はイギリスの歴史の中で革命的なものであった。女王法は特権であった著作権を私権とし、著作権保護の重心を王室と出版商から作者に移すようにした。また版権保護の目的は作者に一定期間の権利を与え、もっと広い範囲の学習を促すためであるとしていた。当該法律案の最初の名前は『学習の奨励及び書籍複写財産権保護提案』であり、後で『学習を奨励するための作者或は購入者の書籍複写財産権に関する法案』に改められた。初版の前文の中で作者は‘知識と労働である作品’について‘争いを許さぬ財産権’を持ち、時間的制限もないと書かれていたが、最終版の前文では大きく修正され、‘争いを許さぬ財産権’の表現は削除された。立法の目的は違法コピー防止以外に、作者に一定期間の独占複製権を認め、知識ある者の「役

立つ書籍」[21]創作を奨励することにあるとされている。独占複製権の期間は14年とし、作品の初出版日から計算され、この期限が過ぎて作者が生きている場合はさらに14年間延長することができるとしている[22]。アン女王法が制定された後、法定された版権保護期限が切れた後に、コモンローにより版権が自然権として永久に保護されるか否かについて、長い間論争が続いた。論争の結果、コモンロー上の永久版権がアン女王法の規定する法定権利により代替されることになった。1769年と1774年の結論を異にする有名な二つの事件が論争のクライマックスとなった。

1769年の Millar v. Taylor 事件の中で、原告は『季節（The Season'）』という詩歌の登記版権者であり、被告は許諾を経ずに詩歌を複製し販売しようとした者であった。アン女王法に依れば詩歌の保護期限は切れており、原告の勝訴のためには、コモンロー上版権はアン女王法の影響を受けず永久たるものであるとの抗弁が成立しなければならなかった。興味深いのは7名の裁判官の中4名がコモンロー上の永久版権の存在を認め、原告が勝訴したことである[23]。

その後1774年、同じ内容の *Donaldson v. Becket* 事件が貴族院で審理された。この事件の審理に当たって、上院議員のチャンスラー・アプスリー（Chancellor Apsley）と カムデン（Camden）二人が五つの根本的問題を提起し、裁判官及び議会上院で議論になった。前者は三つの問題を提起した。一つ目の問題は、作品の作者はコモンロー上初回印刷と出版の権利を有するか否か？これらの権利を認めるならば、他の者は許諾を得ずには印刷、出版或は販売ができないのか？ということである。チャンスラー・アプスリーのこの問題提起は明確でないと指摘される。なぜなら作者の作品とは有形物としての原稿であるかそれとも無形物である作品そのものかがはっきりしていないからである[24]）二つ目の問題は、作者の有するコモンロー上の印刷と出版の権利が、アン女王法に抵触するのか？他の人が自分のために作品を印刷・販売するのは作者の意思に反するものか？ということであり、三つ目の問題は、コモンローが作者に賦与した権利がアン女王法に抵触するというのは、如何なる侵害に対してもアン女王法のみにより救済されなければならないことを意味するのか？ということである。後者はさらに明確に二つの問題を提起した。一つは、作者にコモンロー上の永久的印刷と出版の権利があるのか？もう一つは、コモンロー上永久版権が認められるとすれば、それはアン女王法により制限或は代替されるのか？[25]ということである。

以上の五つの問題について、12名の裁判官の中マンスフィールド（Mansfield）裁判官が1769年の Millar v. Taylor 事件でコモンロー上の永久版権を認める意見を明確に述べていたため沈黙し、他の11名が自分の意見を各自述べた。一番目の問題については10対1で作者のコモンロー上の初回印刷と出版の権利を認める数が多かった。二番目の問題については7対4で作者の権利は作品の公開により消滅するものでないとする意見が多かった。三番目の問題については6対5で作者の権利はアン女王法により剥奪されるものでないとする意見がやや多かった。四番目の問題については7対4で作者のコモンロー上永久印刷権を認める意見が多数を占めた。五番目の問題については6対5で永久版権はアン女王法により認められなくなったとする意見がやや多かった[26]。

裁判官間の激しい論争は一致した結論には至らなかったものの、コモンロー上の永久財産権は文学作品の使用を制限し、学問と知識の進歩を妨げる恐れがある点については共感を得ることができた。コモンロー上の永久版権は作者と出版社の潜在的利益の拡大には資するものの、永久版権のもたらす弊害は利益より大きいことに鑑み、個人利益は公共利益に服従し、この種の権利は出版されるとともに消滅するべきとする意見が上院で22対11の多数を占め、Millar v. Taylor 事件の結論を逆転し、コモンロー上の永久版権の存在を否定した。ロナン・ディズリ（Ronan Deazley）は18世紀のイギリスで版権は出版商と作者にのみ関係する問題ではないと指摘する。アン女王法と Donaldson 事件の判決から分かるように、この時期の立法過程で版権は私人利益の視点ではなく、主に公共利益の観点から権利の正当性が証明されることになった。版権立法の目的は教育、及び良い書籍の持続的創作の促進と伝播にあった。書籍出版権を分配する際に、18世紀のイギリス議員たちが関心を持っていたのは個人の権利ではなく、もっと広い意味での社会目標であった[27]。

以上の分析から分かるように、特許権と版権の正当性の証明において自然法理論の功績も大きいが、自然権利の軌跡そのものを辿ったのではなく、制定法による多くの修正を経て最終的に自然権利から法定権利に変わったのである。この変化は何を示しているのだろうか。ドラホスは以下のよ

うにまとめている。

「知的財産権法制度の発展史は、発明者・創作者が他の者と同様に自己の労働から代価を得る権利を有し、且つこの種の代価は暫定的特権であり、さもなければ他人の労働及び消極的自由――とりわけ商業と貿易の消極自由――を妨げることになり、神様の意志に反するのみではなく国家の基本法律に違反するものであることを示唆している。抽象物における暫定的特権は商業と貿易の永久繁栄に資するが、抽象物上に設定される財産権を一種の自然権として認めてはその効果を上げることができない。同時に知的財産権法制度の発展史は、知的財産権の正当性の論証において自然権利と功利主義の間で択一するのではなく、共同体と共同体の存在基礎となる形而上学の背景に求めなければならないことを教えてくれる。」[28]

### （二）　ロックの財産権労働理論の内在的危険と実践の難しさは知的財産権法定主義観念発生の基本前提である

財産権は古くから人々に注目され、財産権を巡る議論も様々に展開されてきた[29]。しかし後世にもっとも大きな影響を及ぼしたのはロックの財産権理論である。後世の学者たちが財産権を議論する際に反対であろうと賛成であろうとロックの理論を避けては通れない。

財産権労働説は、財産権は他のものから来るのではなく労働からもたらされるとする。ロックの理論によると、「たとえ地とすべての下級の被造物が万人の共有のものであっても、人は誰でも自分自身の一身（his own person）については所有権（property）をもっている。これには彼以外の何人も、なんらの権利を有しないものである。彼の身体（body）の労働、彼の手の働きは、まさしく彼のものであるといってよい。そこで彼が自然が備えそこにそれを残しておいたその状態から取り出すものはなんでも、彼が自分の労働を混えたのであり、そうして彼自身のものである何物かをそれに附け加えたのであって、このようにしてそれは彼の所有となるのである。この労働は、その労働をなしたものの所有であることは疑いをいれないから、彼のみが、この労働のひとたび加えられたものに対して、権利をもつものである。少なくともほかに他人の共有のものとして、十分なだけが、また同じようによいものが、残されているかぎり、そうなのである。」[30]





ロックの財産権労働理論は以下の六点にまとめることができる。①神様が世界を全人類の共有として与えた；②人は誰でも自分の一身について所有権を有する；③人の労働は自身に帰属する；④人の労働と共有状態のものが結合する際に彼は当該物の所有権を取得する；⑤人は財産を取得する際に少なくともほかに他人の共有のものとして、十分に残さなければならない；⑥誰でも自己の需要を超えて共有物を取得してはいけない[31]。

多くの財産権法哲学者はロックの財産権労働理論が有形財産権の正当性に関する根拠を提供しただけではなく、無形の知的財産権にも正当性根拠を示していると考えているようである。上記の梁慧星教授と易継明教授の主張ももちろんそうである。外国においても同じ考え方がある。例えばイギリスのマックファーソン（Macpherson）は、ロックの功績は自然法の中から財産権を導き、ロックの「十分さという制限」と「損傷の制限」は，貨幣の導入によって克服され、資本主義財産権のために最高の理論的弁護を行ったと評している[32]。

しかし、労働が本当に財産権の決定的要素であろうか。カントとルソーは、労働による占有とは事実問題に過ぎず、事実が法律上の権利となるためには社会意志の承認が必要であるとする。

カントは、「私が言葉或は行動を通じて外部のあるものが私のものであるとするならば、それは、私がすべての人に対してそのものにタッチしてはいけないと宣言することである。仮に私にこのような法律行為がないとすれば、このような他人に強制するような行為は人々に受け容れられないだろう……一方的意志での外部的・偶然の占有が、すべての人に強制的法則として働くものではない。なぜならこれは普遍的法則としての自由に反するからである。したがって、公共的・団体的・権威的意志のみがすべての人を拘束することができる。その意志だけがすべての人の安全を保証することができるからである。人々が普遍的で、外在的・公共立法の状況下で、且つ権威と武力が存在するときにこの状況は文明状態となる。つまり、文明社会だけに一種の外在的‘私のもの’と‘相手のもの’が存在するのである。」[33]

ルソーの理論はもっと明快である。

「事実上需要と労働をもって最初の占有者に権利を認めるというのはこの権利を最大限に拡大するのではないか？この権利に何ら制限もないの

だろうか？たとえ公共の土地を踏み土地の持主と宣言したら権利者となるのだろうか？他人をその土地から排除する力さえあれば永遠に他人を排除する権利を有するのだろうか？ひとりの人間或は一つの民族が罰せられるべき――彼らは他人から大自然の恵みである住居地と生活品を奪い取ったから――略奪手段によらずに全人類の広大なる土地を剥奪することなんて可能であろうか。」

「得失を考慮する際に過ちを犯さないために、我々は個人の力を限界とする自然の自由と公共意志に拘束される社会の自由を区別しなければならい。その区別は力或は先占取得により得た権利と正式の権利として認められる所有権の差から来るものである。」[34]

ここで、カントとルソーは財産をもっと広い範囲での社会共同体の中において労働と財産権との関係を考察している。これらの視点の下で財産権は人間の労働と物との関係だけではなく、人間と人間との関係から説明されなければならない。これは、「財産の本質は人と物との関係が引き起こした人と人との関係である。人と人との関係は、人と物との関係とは異なるものである。権利は手段であり、社会はこれを以て人類の相互依頼性をコントロール或は調整しつつ、人々の利益分配問題を解決していくのである。」[35] 労働は労働者の労働産物に対する占有という事実を作り出すことはできるが、この事実はまだ安定的な法律上の権利とは言えない。この種の労働（純粋たる占有）は必然的に私的財産権を賦与されるとはいえない。マルクスもこの問題について「私有財産の基礎、即ち占有とは一つの事実である。解釈しようのない事実であるが、権利ではない。社会が法律の規定により占有者に合法的性質を賦与してからこそ私有財産の性質を有することになる」[36]と説明している。カントも権利は「人の人に対する外在的・実践的関係であり、彼らの行為という事実を通じて、お互いに間接的・直接的に影響し合うのである」[37] とする。これは「財産権の正当性を証明するに当たり、労働が決定的基準でも、十分たる基準でもない」[38]ことを深く説明している。

労働と財産権との関係の単純化という欠陥以外にも、ロックの財産権労働理論は労働そのものが克服することのできない実践的困難を抱えている。グロティウスは、占有による私人の所有権は事実上の前提を持たなければならないと指摘している。つまり、占有物は一定の境界をもち、私人





が自己の物理的力に頼り占有することが可能でなければならない[39]。グロティウスの主張はロックの財産権労働理論に対するものではないが、労働による財産権発生の基本条件をよく示している。一個の有形物の境界が無限に広がる際に、私人が労働によりその物に対する財産権を確定することは非常に難しいことである。このような財産権の境界確定に困ってしまう労働理論に対してノージックは二つの面から批判をしている。ノージックは財産権の境界確定問題におけるロックの労働理論に対して以下のような疑問を投げかける。「仮に一人の私人たる宇宙飛行士が火星で一定の土地を開墾したとすると、彼の労働は住んでいない宇宙と混えたのだろうか？それとも特定の土地と混えたのだろうか？」続いてノージックは、ロックの労働とある物が混ざり財産権が発生する必然性について疑問を提起する。「仮に私が自分の一箱のケチャップを海に入れると、私は海を所有することになるのだろうか？それともケチャップを無駄にしてしまったのだろうか？」[40]

財産権労働理論が有形財産権の根拠として占有と境界確定の難題を抱えているならば、実体のない知的創作物上の知的財産権においてはもっと難しくなるだろう。経済的性質からみれば、知的創作物は消費・使用において非排他性、非競争性、及び歴史的継承性をもつ。ある知的創作物が生産され、公開されてしまえば生産者から離れる。つまり労働そのものにより知的創作物を占有し、財産権の境界を確定できるというのは必然的ではない。また、マルクスの労働価値理論によれば、市場経済において商品の価値は労働から生まれ、商品に消費された労働時間により価値が決まり、それを基準に取引が行われるとされる[41]。しかし、知的創作物は一般的物的商品の生産と比べて、生産者の個性が強い。また、知的創作物価値の実現は一般商品と異なり、市場に頼らざるを得ない。そこで独立した知的創作物の市場価値が形成される。市場が存在しなければ、知的創作物も商品になり得ず、価値もゼロに等しい。ヘーチングのいうように、「新しい処方の市場価値は、当該処方が賦与された特許権の存続期間、範囲、及び使用者に対する効果、代替品の価格、獲得の難易度等の要素によって決まる。つまり「生産したから所有する」という労働価値理論の元来の動機が働かなくなり、市場価値理論が優位になった。したがって、労働生産が自然権利を生むとの主張も説得力を欠くのである。」[42]

それでは、なぜ知的創作物の財産的価値をその生産者に完全に帰属させてはいけないのだろうか？

知的創作物価値の形成プロセスからみても、ロックの財産権労働理論のもう一つの欠点を指摘することができる。知的創作物は創作者の個性の現れでありながら、創作に必要となるのはそれだけではなく、様々な条件を必要とする。現代の複雑な市場関係の中で、コンピュータープログラム、大型データベース、製品設計図など多くの知的創作物の創作には知力と技術、資金などが投入される。経済学者サイは「労働のみが価値を創造するというのは誤りである」とスミスを批判している[43]。晏智杰教授は、「マルクスの労働価値理論が価値の創造を労働のみに限定しているのはテクノロジー時代に合わず、その運用範囲も狭いので市場経済の基本カテゴリである価値のために堅実な基礎を提供できない」とする。また蔡継明教授は「相対生産力レベルの高い部門で労働の自乗作用は大きく、平均的レベルの生産力部門より労働の価値創出力が高い。また、相対生産力は労働要素と非労働要素により決まり、非労働要素には生産資料の性質・規模、組合せ、資本の回転速度、テクノロジーの応用と独占程度、自然資源の性質、質量、数量及び独占程度などがある。」と述べている。また、钱伯海教授は、「価値の源泉は生きた労働のみではなく、物質化された労働も価値を生み、テクノロジーがその良い例である」[44]とする。つまり、資本・テクノロジーなどの生産要素の価値創出における役割を肯定するならば、価値分配においても肯定しなければならない[45]。したがって、労働のみをもって知的創作物の境界を定め、関係する権益の帰属を決めるのは、技術的に困難であるだけではなく、不公平なことでもある。

ドラホスは知的創作物の経済的特徴と価値形成の過程に対する考察を通して、労働のみを基準とする知的財産権の確定は、私人財産権の保護に役立たず、逆に知的財産権を集団所有の財産権にさせるだけであると指摘する。その理由は、「相互依存性の高い多元社会の中で、誰でも他人の労働に頼らざるを得ない」[46]からである。その結果、如何なる知的創作物でも歴史的継承性をもつため、知的創作物は限りなく多くの労働により作られたことになり、多くの人間の共同所有財産となってしまう。もちろん、労働のみによる知的財産権基準は労働概念の濫用を招き、私的財産権が否定される恐れもある。ロックの理論はそのキーワードでもある労働概念について限定をしていないため、窃盗、強盗、戦争も労働に含まれると誤解されることがある。これについてアメリカの経済学者スミドは「牛を奪い殺したインディアンの行為も労働とすれば、窃盗、戦争も労働になりかねない。そうすると森林の中で果物を取る行為とその果物を盗む行為を区別することもできない」[47]と言及している。このように曖昧な労働概念は知的財産権領域の海賊版、偽物、模造品に口実を与えることになりかねない。そうするとゴーシーニーのいうように「海賊版、偽物、模造品を阻止し、同じアイデアの持主の無許諾営利行為を阻止することができなく」[48]なり、知的財産権が過去の「財産権暗黒時代」に戻ってしまい、「暴徒の神聖権利時代」になりかねない[49]。

一方で、ロック理論の曖昧な労働概念は知的創作物生産者にも武器を提供することになる。労働が争えない財産権を生むとすると、生産者は自然権として自分の知的労働のすべてに対して権利を主張するだろう。そうすると、曲三强教授のいうように「彼らは知的財産を獲得するため、知的共有物の財産化と占有に集中」[50]する結果を招いてしまう。そうなると、立法の観点からは、知的財産権立法者は「創造的労働――市場――効率」という価値連鎖の制約を受け、それを前提に知的財産権を分配しやすくなる。特許領域では、発見と発明の区別、技術と非技術の区別が曖昧になり、遺伝子、商業方法に特許権を与えてしまうかもしれない。著作権領域では、思想と表現、作品と媒体、作品そのものと作品保護手段との境界が混同され、著作権の「物権化」を招来するかもしれない。商標法領域では、登録商標とくに著名商標の標識範囲と商標権を次々と広めてしまうおそれがある。知的財産権と不正競争防止法との関係においては、両者の規制範囲が混同され不正競争防止法により規制されるべき「利益」が知的財産権法により保護されてしまうかもしれない。立法においても立法者が知的創作物生産者の立場から立法を進める可能性が高い。司法では、知的財産権法に明文規定がないにもかかわらず、裁判官が財産権労働理論に基づいて原告のために一定の知的財産権を創設するかもしれない。また、知的財産権思想・観念の側面においては多くの知的財産権法学者は権利者の立場から議論を進めがちである。理論的に優れている学者達はまたロックの財産権労働理論を用いて、知的財産権範囲の拡大及び保護強度の増大傾向を見せる立法と司法のために弁護する。

労働を建前に知的財産権の客体が拡張し、知識共有物を浸食する現象に対して、ドラホスは共同体と知識共有物との関係から検討を行っている。労働と財産関係に対する選択は実質的には共同体形式に対する選択である。共同体はいろいろな形があり得るが、基本的には消極的共同体と積極的共同体に分けることができる。積極的共同体の中で、共有物は共同体の構成員に開放され、誰でも共有物を享受することができるが、個人所有の財産にすることはできない。消極的共同体の中で、共有物は誰にも帰属しない。ただ構成員は一定の方法によりその一部を個人所有の財産にすることができる。ドラホスは、財産の使用及び分配において共同体はいろいろな選択をなしうるが、共有物の範囲及び共同体構成員間の関係問題は共通するものであると強調する。事実上消極的共同体の方法が選ばれる可能性が高いが、それにしてもすべての共有物が個人財産になりうるのではない[51]。知的共有物はすべての共同体構成員の創造性において極めて重要性を持つため、如何なる社会であっても知的共有物について制度設計をするに当たり、二つの基本問題を解決しなければならない。一つは、既存の知的共有物が消尽しないこと、もう一つは知的共有物の範囲が継続的に拡大することである。如何なる共同体でも二つの基本問題を解決するためには、知的共有物の保存・発展を図らなければならない[52]。

ドラホスの論文はロックの財産権労働理論は如何なる共同体に適合するかについては結論を出していないが、筆者は消極的共同体がロック理論の前提になっていると考える[53]。経験的側面からいえば、知的財産権制度を構築しているほとんどの国は国家政策から国際社会で積極的共同体モデルを提唱しているが、国内では消極的共同体モデルを選択している。知的創作物は抽象物として広い範囲で人間の行為に影響を及ぼしたり、また迅速に財を集める最高の手段になったりする[54]。よって、消極的共同体モデルは以下のような二つの結果を生むことになる。一つは、機会主義的かつ経済合理的な人間が知的共有物を私物化する。もう一つは、知的抽象物の共有領域への流出を阻害する。どちらの結果も知的共有物にとっては災難である。要するに、共同体と知的共有物の関係からすれば、ロック財産権労働理論により知的共有物の制度設計をするには「知的共有物の不在」[55]という結果を招きかねない。

知的財産権におけるロック理論の限界が、知的財産権法定主義観念の発生するきっかけになり、社会公共利益の立場からも知的財産権法定主義観念が必要となった。

ゴードン（Gordon）は、ロック理論が知的創作物の創作者の権利だけではなく、社会公衆の権利にもっと注目していると指摘する[56]。ゴードンはロック労働理論から出発してこの結論に至ったのである。つまり、彼女はロック理論の条件をもってロック理論の結論に反対している。ロック理論は労働を通じて共有物を自分の財産にすると同時に、他人にも十分である、良い物を残さなければならないとしている[57]。ロック理論のこの条件には「平等」と「個人主義」の二つの基本前提が含まれているとゴードンは指摘する。平等は、誰でも公共物を利用でき、労働と創造をする権利があると同時に、他人を害しない義務があることを言う。個人主義は、人間の一部の基本権利及び自由はかけがえのないものであることを意味する。知的財産権領域において平等と個人主義とは、他人の平等な創造と既存の文化科学遺産を害しない前提の下で、知的創作物の創作者は財産権を有することを意味する[58]。つまり、ロックの条件からしても効率若しくは公共目的のみによって、ある財産権を賦与できるのではない。その理由は自然法も他人の共有物利用を著しく害する財産権の賦与を許さないからである。表現の自由における共有物の重要性もその理由の一つになるとされる[59]。そこで、ゴードンは三つの結論を導いている。一、ロック条件は共有領域の知的財に対する自由利用を保護し、十分且つ良い知的財を残さない限り公共領域のものを持ち去ることはできない。二、新知識の創造により公の知識価値が減少する場合、ロック条件は社会公衆に新知識を利用できる特権を与え、最初と同様の地位を維持させることができる。三、ロック条件は他人にも同様の創造の自由を与え、誰でも先行者と同じく新知識の創造・使用ができるとする[60]。

以上の理由を以て、ゴードンは知的創作物創作者の権利主張（claims）と公衆の権利主張（entitlement）が衝突する場合、ロックの条件からも社会公衆の利益が優先するという結論を得られると主張する。これは、立法機関及び裁判所においても改めて知的財産権の内容を確定・縮減する必要があることを表している[61]。

総じてみると、ロックの財産権労働理論は知的財産権のため一側面から理論基礎を提供しているものの、道具主義的制定法をもってそれに修正を

加えなければならない。法定主義は、少なくとも三つの点でロック財産権労働理論を修正できる。一、創作者のコントロールできる範囲内で権利の範囲を確定する。二、知的財産分配の側面から、労働と資金、技術など生産要素の関係を調整することができる。三、ロックの二つの条件を運用して、知的財産権の保護範囲と保護強度を合理的に調整し、公共利益を確保する。これらは、易継明論文のように自然権利の視点から、労働のみに頼り財産権制度を解釈するのは不都合があることをよく説明している。

**（三）　知的創作物の経済的特徴は客観的に知的財産権法定主義を要請する**

これまで労働は、知的財産権の権利客体、権利内容を確定する直接の基準にはなれないことについて述べきた。それでは、どうして労働が直接の基準になれないのだろうか？その理由について、ドラホスは、知的財産権は固定的な境界のない抽象物に設定された権利だからと説明する[62]。ドラホスのいう抽象物は知的創作物である[63]。ここでは知的創作物の固有の公共的属性、及びその属性と知的創作物生産の個人性との矛盾関係の視点から知的財産権法定主義の必然性を述べたい。

経済学では、使用・消費性質を基準に製品を私人製品と公共製品に区別する。私人製品とは、消費・使用において排他性をもつ製品である[64]。公共製品とは、消費・使用において排他性がない、あるいは排他的使用・消費のコストが高すぎるため、排他的使用ができない製品である。知的創作物は私的属性を有する一方で、公共的属性も有し、典型的な私人属性と公共属性との結合品である。

知的創作物が私人属性を有する理由は次の二つである。一つは、使用と消費において一定の排他性を有するからである。理論的には知識の公開により誰でもそれを使用・消費することができるが、使用・消費そのものにコストがないということではない。知的創作物の使用・消費は一般的物の使用・消費とは異なり、使用・消費するための能力が必要とされる。文字を知らない者には知的創作物を消費することも困難である。また、その能力の獲得にもコストがかかる。教育はその典型例である。知識の蓄積にコストがかかるだけではなく、使用・消費にも代価を払わなければならない。生産者が営業秘密として知的創作物を保有していれば、事実上他人の使用・消費を排除することも可能である。もう一つの理由は暗黙知の存在である。暗黙知とは、ミセル・ポラーニ（Michael Polanyi）により1985年に哲学の分野において提起された概念である。彼は信仰に頼る知識に対する考察の中で、信仰の要素は知識の中に隠れていることを発見した。彼によると、人間のもつ二種類の知識の中で、文字、図表、数式など表現はその一種類に過ぎず、表現されていない知識即ち行動の中の知識がもう一種類であるとする。彼は前者を形式知、後者を暗黙知と呼んだのである。ミセル・ポラーニによれば、形式知は人間により一定の符号システム（典型は言語であり、それには数学公式、図表、点字、手話、手旗信号など）として完全に表現できる知識である。暗黙知は形式知と反対に、我々が知っているが表現できない知識である[65]。暗黙知の使用と消費は営業秘密と同様に、強い排他性を有し私物性をもつ。

知的創作物は私物性をもつと同時に、もっと強い公共物性をももつ。1959年にネルソン（Nelson）が知的創作物の公共物性を議論し、その後経済学者のアロー（Arrow）は情報経済学の議論の中で知識の公共性について論じたことがある。その他にもグプタやダビッド等の経済学者が知的創作物の公共性について議論を展開している。これらの経済学者の研究成果は知的創作物の公共性について以下のように説明する。

知的創作物の使用・消費は非排他性、非競争性、非消耗性があるのに対して、有形物は排他性をもつ。例えば、一台を二人が同時に使うことはできない。しかし、知的創作物（営業秘密と暗黙知を除く）は排他性を有しない。無形物である作品がインターネット上で無数の人に読まれることはできるが、有形物のご飯は誰かに食べられるとそれだけ他人の分は少なくなる。知的創作物の使用・消費は競争性がない。例えば、１＋１＝２の情報を同時に甲乙丙丁に教えても、教えた人の知識が喪失することはない。アメリカ三代目の大統領のトマス·ジェファソンは知識の非競争性について次のように述べている。「私に教えられ、人が得をしても、私は損をしない。まさに私のところで火をもらった彼の蝋燭は明るくなるだけで暗さを私に残すことがないようなものである。」[66]有形物は使用・消費されると消耗されてしまう。車は繰り返して運行すると劣化するし、リンゴは食べてしまうとなくなる。逆に、知的創作物は使用・消費により消耗されない。同一の知的創作物が反復的に使用・消費されても、減損することはなく価値の総量は使用するたびに大きくなる。

知的創作物は拡散性をもつ。有形物の流通には高いコストがかかるのに対して、知的創作物は簡単に複製流布することができる。とくに、現代社会の複製技術の発展とともに知的創作物の複製コストはゼロに近くなった。もちろん、知的創作物の拡散を生産者が物理的にコントロールすることはもはや不可能である。先進技術による対策を講ずるとしても、コントロールし切れない。

知的創作物には歴史的継承性がある。歴史の流れからみて、新しい有形物の生産は必ずしも古い有形物に頼るとは限らない。しかし、知的創作物は創造的であるものの、その創造は必ず先人の知的創作物を基礎とするものである。歴史文化遺産や現に参照可能な知識システムを無くしては、いかなる新知的創作物の生産・創造も不可能である[67]。

知的創作物の公共的属性は知的財産権の主体、客体、権利範囲等重要事項の確定に客観的に法定主義観念を要請する。

知的創作物は使用・消費において非排他性・非競争性及び拡散性を有するため、知的創作物が一旦公開されると、多くの人が同時に使用・消費しているかもしれない。すると一体何をもって権利主体を確定する基準とすべきであろうか？ロック理論のいう労働は無数の権利主体を認めてしまう恐れがあるため、具体的基準にはならない。なぜならば、ロックの労働理論によれば知的創作物に接触した主体は誰でも労働を加えたといえるからである。そうすると、ドラホスのいうように知的財産権が集団財産になりかねない。だからこそそこに知的財産権法定主義が介入しなければならない。知的財産権法定主義は労動の基準を高めるとともに一連の手続とクレームを規定することにより、権利主体を確定している。法定主義は、すべての労働が知的財産権を有するのではなく、創造性のある労働のみが知的財産権を有すると説く。したがって、創造的貢献のない人は権利者になることがない。法定主義は、作品に接触しただけでは効果のない重複労働に過ぎないため、如何なる権利も獲得できないとする。つまり、創造性のある労働のみが知的財産権の享受資格をもつことになる。この資格を有するとしても、創造的労働が社会全体的利益を害する場合、例えば人類を壊滅させるかもしれない生物の発明がそれに当たる。また、科学技術の進歩にあまりにも大きな影響を及ぼす科学発見―例えば相対性理論の発見など―については法定主義により更なる制限を加えることができる。つまり、法律に反しない創造的労働のみが知的財産権を享受することができる。具体的には、犯罪道具のような創造的労働については知的財産権享受の可能性を完全に剥奪し、科学の発見のような創造的労動については、濫用の禁止、フェアユース、特定の権利のみを認めるなどの制限を加え、発見者に身分権と部分的経済権利のみを認めることも可能である。

知的財産権法定主義が労働の基準を高くしても、なお技術的問題は残る。つまり、如何なる方法で人々に知的創作物と創作者との関係を知らしめることができるだろうか？有形物の場合に物自体に物理的境界があるため、占有のみで簡単に解決できる問題だが、無形物の場合には外的占有により解決できる問題ではない。よって、法定主義の制定法のみがこの問題を解決することができる。一つは、出願、登録、審査、公告などの手続により、権利主体と権利客体の関係問題を処理することができる。特許法、商標法、動植物新種保護法、商号などはこのような方法を取っている。もう一つは、署名或は秘密措置により権利の主体と客体を関連づけることができる。例えば、著作権法は署名方式、営業秘密は秘密措置による。

知的財産権の権利客体からみて、有形物その物自体が確かな境界をもっているため、客体の範囲が比較的明確である。しかし知的財産権の客体はそうではない。知的創作物は歴史的継承性をもつため新しい知的創作物の生産は多かれ少なかれ他人からの吸収により成り立つ。よって、現に存在する知的創作物との区別が容易ではない。ならば、如何なる方法で多くの人の様々な労働と人格をはっきりと区別することができるだろうか？労働のみでは難しいため、ここでも法定主義によらざるを得ない。文学芸術作品において、法定主義は創作性のあるものに限って著作権の保護客体にすることによって、著作権の保護客体と一般的文学芸術作品、特に公共領域の作品とを区別している。発明において、法定主義は新規性、創造性と実用性のあるものに限って特許権の保護客体にすることによって、特許権の保護客体を一般的発明、とくに公共領域の発明創造と区別している。商標において、法定主義は顕著性のある標識に限って商標権の保護客体にすることによって、商標権の保護客体を一般的標識、とくに公共領域の標識と区別している。しかしながら、法定主義により知的財産権客体の範囲がすべて明瞭になるわけではない。その場合であっても、知的創作物の歴史継承性に鑑み、知的創作物生産者に偏ってはならない。また、人間理性と

立法技術の限界があるため保護客体を規定するに当たり、列挙し尽くす方法を取ることができないため、司法上の法解釈に委ねざるを得ない。

権利の内容からみて、有形物の財産権は権利者のコントロールできる対象が決まっているため、権利の内容と範囲が明確である。権利者の権利行使が他人の干渉を受けなければ済む。これに対して、無形財産は排他性、競争性を有せず、伝播において拡散性を有するため、生産者は自分の物理的な力では無断使用・消費即ちフリーライドを排除することができない。ここでも法定主義の介入なしには、権利者の保護を図ることができない。有形物の財産権は権利確認モデルをとっているのに対して、無形物の財産権は権利創設モデルを採用することができる。つまり生産者の知的創作物に対する支配可能な行為、他人の不作為義務を規定することによって、権利内容の範囲を決めることができる。このことによって、権利者は知的創作物に対する積極的支配を通じて収益を得る一方、法定範囲内で他人の使用・消費行為を排除し不正侵害を防いで有形物の財産権と同様の効果を得ることができる。現行の知的財産権法制度もこの二つの角度から知的財産権の権利範囲と具体的内容を規律している。梅夏英博士のいうように、知的財産権は「無形利益空間に対する人為的確定」であり、「益々厳格な法定性」を有し、物に対する自然占有に基づくのではなく、法律が賦与した支配的権利であると同時に、「立法者が人為的に確定した無形の利益境界」である[68]。

以上で述べたように、知的創作物の権利主体、客体及び権利内容から法定主義は要請されている。道具主義としての制定法が権利主体、権利客体及び権利内容を決めるに当たって、私権化される知的創作物の範囲について厳格に限定することもできる。こうしてロックの財産権理論の危険性と実践における困難は克服される。もちろん、知的創作物生産の特徴及び生産過程の矛盾を克服するためにも知的財産権法定主義は要請される。

有形財の生産と比べて知的創作物生産は、以下三つの特徴を持つ。一、生産の「一次有効性」。有形財の生産は社会的需要が存在する限り、市場法則の下で繰り返して行われる。例えば、食料生産は社会的富の総量を増加させるし、市場の需要をも満足させる。しかし、知的創作物の生産はそれとは全く異なる。生産された知的創作物の使用・消費は排他性を有しないため、重複生産を必要としない。したがって、重複生産自体も知的創作物の総量を増加させることができぬどころか、有限の社会資源を無駄にしてしまう[69]。二、生産のリスク。有形物の生産もリスクを負うが、知的創作物の生産に比べるとリスクの程度は低い。つまり知的創作物は、生産、市場化、投資の回収、収益等の面において事前にコントロールし難いため、有形物の生産より多くの不確定性とリスクを負うことになる。知的生産の関数関係には、生産者の現に有する知識、思考能力だけではなく、リスクに対する勇気と意志等精神要素も含まれる[70]。三、知識生産の個人性。現代社会には組織的知識生産活動も多く存在するが、知識生産の主要方式は個人的である。組織的生産活動であっても、組織は補助的役割を担うだけで、個人に替って創造的知的活動をすることはできない。ある学者は知識生産の個人性について次のような例を挙げて説明する。「農民ジョーンが芋を生産しなければ、農民スミスがするかもしれない。しかし、シェイクスピアは‘失楽園’を書けないし、ミルトンも‘真夏の夜の夢’を書けない」。彼らの異なる天賦があったからこそこれらの作品は異なる品格と個性を有する。にもかかわらず、二人の巨匠の言葉はイギリスにおける先輩たちの文化の蓄積から来ていることは間違いない[71]。

上述の三つの特徴は重要な意義をもつ。知的創作物生産の「一次有効性」により、一つの知的創作物が生産されれば最初の生産者がそこから生じる利益を独占するため、同じ知的創作物の生産に費やされた全ての労働は無駄となりかねない。しかし、知的生産の情報は常に透明であるとは言えないため、多くの人間が同時に一つの知的創作物の生産に当たり、重複研究がなされかねない。もっとも、知的探求の角度からみると効果のない労働も必要である。失敗と挫折も科学研究と発見にとっては貴重な経験であり、失敗の積み重ねによって更なる成果を上げることになる。それでは、これらの創作者間の関係は如何なる方法で調整すべきなのか？ここでは労働により説明することができない。なぜならば、労働理論によれば後に成功した者も同じ権利を持たなければならないからである。そうなると一つの知的創作物に多くの権利者が存在することになり、権利主体が判然としない。知的創作物生産の「一次有効性」は、実質的に先発明者の権利と自由を保障するために他人の自由・権利を剥奪しているとも言える。ロックの財産権労働理論には二つの制限条件があるが、知的創作物の「一次有効性」という特徴を説明するには無理がある。例えば、甲がある分子式を発見し

たとする。他の人も発見するかもしれないが、甲が先に発見したため他の人たちは権利を失ってしまう。もちろん、甲の権利は他人の同じ内容の研究と創造にとっては邪魔になる。もしもロックの労働理論から甲に全ての権利を認めてしまえば、他人には酷である。そこで、道具主義の制定法から出発し、創作者間の自由・権利について調整を行わなければならない。法定主義の下で制定法はまず先発明者の権利を認めるべきである。それは先発明者の労働に対する尊重であると同時に、新しい知的創作物の生産を刺激し、情報公開を奨励することによって、重複研究と資源の無駄使いを防ぐことができる。しかし、先発明者の権利は他人の同じ権利の享受可能性に対する排除である。また、知的創作物自体が公共財の性質を持つため、先発明者の権利を絶対化してしまうのは他の主体に酷である。もちろん知的創作物の使用・消費における非排他性及び伝播における拡散性により、制定法も先発明者の権利を絶対化することはできない。よって、制定法は先発明者の権利を肯定する上で、権利の保護範囲、フェアユース、保護期間等の点で制限を設け、或は特殊な制度設計を利用して先発明者と後発明者の利益関係を調和しなければならない。例えば、特許制度の中の先使用制度、強制許可制度等がそれに当たる。

個人の知的生産活動は大きなリスクを伴う。また知的創作物は公共的性質を持つため、発明が公開されれば、全社会がフリーに使用・消費する可能性も高い。つまり、知的創作物の公共的性質と生産の個人性・リスク性の間には深刻な矛盾が存在する。コートとユーロンはこの矛盾について次のように述べている。合法的独占がないと十分な情報が生産されないが、しかし合法的独占により多くの情報が利用されなくなった[72]。これらの矛盾を解消するためには、二つの問題を解決しなければならない。一つは、如何にして大きなリスクを負う生産者に十分なインセンティブを与えられるか？もう一つは、如何にして知的創作物固有の公共財的性質を保ち、社会の公共利益が侵害されないように保証できるか？上述したようにロックの労働理論は知的創作物生産者の権利を無限に拡大し、知的公共財を縮小させる傾向があるため、この矛盾を解決できない。また単に市場に任せれば知的創作物の生産は活発になるかもしれないが、それを権利として保証するメカニズムがない限り生産者は秘密手段に頼るしかない。そうすると知的創作物の公共的性質はまた保証されなくなり、知識の伝播と拡散に悪影響が出てしまう。そこで知的財産権法定主義を立法原則とする権利創設機能こそがこの矛盾を解決することができる。なぜなら制定法は、一方で経済学の成果を利用して知的財産権を一種の私権として分配することによって発明を奨励する。もう一方で、知的創作物の生産の性質に基づき権利を適宜に制限し、公共財不足問題の解決を図ることができる。

上記分析を通して分かるように、知的財産権法は知的財産権保護における労働の抽象的作用を維持させるものの、労働を権利確定の直接の基準にはしていない。知的財産権の保護は労働そのものに対する保護ではなく、単なる経済効率性に対する保護でもない。知的財産権の創設において労働と経済的効率性の要素を排除することはできないが、しかし創造自由の平等及び道徳価値ももっと考慮されなければならない。

コーエンは私人財の効果に関する研究の中で、財産は他人をコントロールする権利形式であり、その理由は権利者の物に対する支配は実質的に他人に対する一種の命令であるからと述べている[73]。ホーフェルドは、財産そのものは、権力、特権、免除権など権利の束であり、命令、禁止と許諾を通じて主権権力の他人に対する支配と同じ効果をもたらすことができると指摘している[74]。フーコーは、権力は禁止、制限、阻止などの要素を含む網状のものであり、財産の上に成り立つ権力もこの網状の構造の中の無数の連結点の上で機能していると考えている[75]。ドラホスは、抽象物の上に創設された知的財産権は、法律により創設された主権メカニズムを通して資本の形で社会において広範に威力をもつ権力を生み、さらには人間間の人格的従属関係を作り出すと指摘する[76]。これらの議論は知的創作物の経済的特徴から議論を展開し、知的創作物及び知的財産権の社会的意義を深く指摘していると同時に、法定主義によりロックの労働理論の欠点を克服し、知的財産権の分配において様々な総合的要素を考慮に入れなければならないことを示唆している。

### (四)　知的財産権法定主義は正義の要請である

正義の角度からも自然権利論と単純な労働基準には不都合がある。

民主社会の市民の権利・義務を確認し、社会資源を合理的に分配するため、政治原則として、ロールズは二つの正義原則を構想している。ロールズによると、「民主主義社会においては、正義が諸制度の第一の徳性にな

る。社会的ルールは、もしそれが著しく正義に反しているのならば、効率性に関係なく改善されねばならない。多くの者に大きな利益をという形でいくら効率が増したとしても、それによって少数者の自由が喪失して当然とされることはない。」[77] また、ある社会が正義であるか否かは、社会における基本権利と義務の分配、及び社会各面における経済的チャンスと社会条件により判断されなければならないとする。そのため、ロールズは原初状態における社会契約の上で二つの基本正義原則を提起している。「各人は、基本的自由に対する平等の権利をもつべきである。その基本的自由は、他の人びとの同様な自由と両立しうる限りにおいて、最大限広範囲にわたる自由でなければならない。社会的経済的不平等は、次の二条件を満たすものでなければならない。（一）それらの不平等が全員の利益になると矛盾なく予期しうること。（二）それらの不平等が全員に開かれている地位や職務に付随するものでしかないこと。」[78]フェーファーによれば、ロールズの二原則には次の四つのポイントがあるとする。原初状態を出発点とする無知のヴェール、平等の権利と自由、職の平等機会、所得分配における格差原則がそれである[79]。ロールズは第一の正義原理を社会制度と市民の基本権利・自由領域に応用し、各人の基本自由と権利は平等に社会制度により保証されなければならないとする。この原理は平等な自由原理と呼ばれている。第二の原理は、社会的・経済的不平等は次の二条件を満たすものでなくてはならないとする。それらの不平等が全員の利益になると無理なく予期しうること、それらの不平等が全員に開かれている地位や職務に付随するものでしかないことがその内容で、この原理は格差原理と呼ばれている。二つの原理には優劣順位があり、第一原理である自由原理が第二原理に優先する。第二原理中の機会平等原理は格差原理に優先する。

ロールズは正義の二原理により他の政治理論と一線を画している。一、功利主義（utilitarianism）に反対する。個人の権利・自由と社会利益が衝突する場合、功利主義は効用最大化の角度から出発し、社会の利益のために個人利益を犠牲にする。これに対して、ロールズの第一原理は個人権利の優越性を保証する。この原理により社会全体の利益を理由としても個人は侵害されてはいけないとする。二、右派自由主義（libertarianism）に反対する。右派自由主義は、最低限の機会平等さえ保証されれば、例えば性別、肌の色、年齢などにより差別されないことを前提に、経済分配は市場





に任されるべきであり、貧富格差が大きくても政府が干渉してはいけないとする。これに対して、ロールズの第二原理は経済分配における格差を認めるが、格差と不平等などは厳格な条件により限定され、社会的に最も不利な地位にいる人間にとって一番有利にすべきとする。三、所謂道徳完璧主義（moral perfectionism）に反対する。ロールズの自由原則は政府による特定の価値観念と信仰の強制に反対し、人々が自由に道徳・宗教信仰を選ぶべきとする。四、社会主義に反対する。格差原理は資源分配の絶対平等とは異なり、有能者の多報酬を認める。

上記の正義の二原理を導くために、ロールズは有名な「無知のヴェール」理論を提起するとともに、ロック、ルソー及びカントの社会契約説の成果を取り入れている。その内容は次のようである。仮に多くの人が集まって公正なる原則を考え出そうとしても、各人の能力、人生目標、社会的地位が異なるため、一致した結論には達し得ない。もっとも同じ結論に達するとしても、それは交渉力の異なる人々の妥協の結果に過ぎない。したがって、当事者たちはある種の特定の事実について無知であることが前提とされる。第一に、当事者は、社会における自らの位置、すなわち、階層あるいは地位を知らない。また、自然的資源そして能力の配分における自らの財産、すなわち［自らの所有している］知性、力そういったものを知らない。おなじく、自らが何を善とみなすのか、自らの人生の合理的な計画の細部、自らの心理的な特性さえも知らないのである。このような「無知のヴェール」をかぶせられた当事者は基本的社会財、例えば権利、自由、機会、権力、収入、富、健康などの必要性だけを知ることになる。このような状況の中で当事者達は同じ交渉能力を持ち、お互いに冷淡で、他人に無関心である。そうすると彼らの交渉によって提起される原則こそが公平な原理である。原初状態中の合理的かつ利己的な人間が、ゲーム理論に従って消極的に選択する場合、まずは基本財（自由、機会と収入など）の平等分配に賛成するうえ、最弱者に有利でさえあれば、財の分配における不平等も受け入れるだろうとする。その理由については、この方法が一人一人にとっては絶対平等より有利であり、かつ最も安全な方法であるからと説明する。これがロールズの格差原理である。

ロールズの理論は厳密なロジックで「平等原理」と「格差原理」を導いている。しかし格差原理が人間の才能を公共財と見なし人々に共有される

べきとしている点についてはノージックの厳しい批判を受けている。ノージックはロックの権利理論から出発し、制度設計の主要目的は個人の権利の保護であるとしている。『国家・アナーキー・ユートピア』という本の中で、ノージックは個人には権利があると宣言している。如何なるもの或は団体であっても個人の権利を侵害してはいけないと説いている。個人主義の立場に立ち、ノージックはロールズの如何なる形の再分配にも強く反対する。ただ「最弱の意味での国家」が個人の権利保護のためになら再分配が許され、それ以外の全ての再分配は自由権利に対する侵害であるとする。所謂最弱の意味での国家（a minimal state）とは、暴力、窃盗、詐欺、契約の強制履行など最低限の機能を持つ国家であり、こうした国家のみが正当性（justified）のある国家である。それ以外の多くの機能をもつ国家（extensive state）は個人権利を侵害しかねないため正当性がないとする。ノージックは国家は古典自由主義のいう夜警国家（night watch man state）であるべきと考えている。

ロールズの「格差原理」を批判するために、ノージックは三つの正義原則を提出する。一、「獲得における正義」原則。この原則は最初の財産の出所が正当で、強権略取と詐欺によってはいけない。ここでの「最初の財産」とは遡及しうる最初の状態をいい、一代或は何代に制限されるのではない。先代の汚職による大量の富を後代が相続したとしても、その財産は正当とはいえない。二、「移転における正義」。この原則は財産の取引が自由・公正で強権の介入が無いことを要請する。三、「匡正における正義」。ノージックによれば正義は遡及できる自己完結的なものでなければならない。その中の一環に不正義があるとすれば、その後の取引が公正であるとしても結果的に正義とは言えない。また不正義の結果については、「正義の歴史的原則」に基づき徹底的に矯正されなければならないとする[80]。ノージックの理論によれば、財産の最初の獲得が合法的で、市場における自由公平たる取引により獲得されたとすれば、一人の人間がどれだけの財産を持つとしても、たとえ全世界の財産を所有するとしても正義であるため、国家は如何なる理由であっても強制的にその財産を再分配することは許されないとする。

以上で考察したように、ノージックは個人主義の立場から、ロールズは社会理想の視点からそれぞれ議論を進めている。両者は自由の正義原則に





おいては一致しているが、富の再分配の問題においては意見が対立している。ノージックは所有の正義原則を出発点として、個人の立場から最小国家運営以外の富の再分配に反対する。それに対して、ロールズは分配の正義原則を出発点とし、社会理想の角度から国家の強制力で格差原理による再分配を認める。道徳の視点から、両者とも人文主義の色彩が強いものの、ノージックが関心を持つのは金持ちの利益であり、ロールズが関心を持つのは貧乏人の利益である。ロールズの正義論はノージックのそれより人道的色彩が強いと言える。

筆者は、両者の理論を正反対というよりは、両説の架橋を試みたい。所有が正義であるとすれば、ロールズの分配の正義原則も妥当である。なぜならロールズ理論の「無知のヴェール」の中には所有正義の仮説が内在しているからである。所有が不正義であれば、ノージックの「匡正における正義」は現実の中では不可能であるため、尚更ロールズの分配の正義により、社会の富の再分配を行わなければならない。それでは権利の客体が非物質である知的財産権領域では、如何なる正義原則に依るべきだろうか？

知的財産権の享受がノージックの獲得における正義原則に合致するとすれば、ノージックの匡正における正義原則は必要とされなくても、知的創作物の公共性に鑑み、知的創作物がもたらす利益はロールズの格差原理により合理的再分配を行わなければならない。これを獲得の正義＋分配正義原則と呼ぶことができる。その一方で、知的財産権の享受がノージックの獲得における正義原則に合致しないとすると、現実的にはノージックの匡正における正義原則を実行しえないのみならず、知的創作物の公共性に鑑み、ロールズの格差原理により知的創作物権益に対して再分配をしなければならない。これを獲得の不正義＋分配の正義原則と呼ぶことができる。それでは、知的財産権においては、獲得の正義＋分配の正義原則を取るべきか？それとも獲得の不正義＋分配の正義原則を取るべきであろうか？

この問題を議論するためには、まず知的財産権の獲得が正義であるか不正義であるかを議論しなければならない。問題解決には二つのアプローチがあり得る。

一つは、知的創作物の経済的特徴に対する分析である。知的創作物の非物質的性質により、労働は知的創作物と知的財産権を区分する具体的基準となれない。にもかかわらず、立法者は知的財産権法律制度を制定するに

当たり、労働の知的財産権分配における抽象的・基礎作用を認めざるを得ない。このことにより知的財産権の分配と享有は形式的には正義であるが、実質的には不正義である。なぜならば、1．知的創作物の中に化された抽象労働を計るのは困難である。2．知的創作物の価値は交換価値により現れるため、市場及び市場取引がないと知的創作物の価額はゼロになりかねない。よって労働により創造された価値と市場において膨らんだ価値を区別することは困難である。3．知的創作物の生産は現に存在する公共領域或は他人の知識財を大量に使用している。以上で述べたように一体どこまでが個人の労働であるかは非常に難しい問題である。したがって、立法者は抽象的で曖昧な「労働」を基準に権利を分配している。そうしないと、絶対的平均主義によりもっとまずい結果を招致してしまうかもしれない。よって、知的財産権の分配と享有は公正であるとは限らない。例えば、一つの作品についてどれだけが著作権者のもので、どれだけが公共領域或は他人のものであるだろうか？特許の場合もどれだけの技術が発明者のもので、どれだけが公共領域或は他人のものであるだろうか？商標の場合私人創作部分と共有領域部分の区別が尚更難しい。なぜなら商標の殆どが共有知識の私有化であるからである。区別が困難な場合、法律は常に権利を私人に認めているため、公共領域或は他人の知的財に対する奪い取りでないとは言えない。また知的創作物の第一発明者がそこから生じる全ての権利を享受してしまうため、時間的に遅れた生産者の権利と利益の享受可能性を剥奪してしまい、知的財産権の獲得においてもっと不正義であるといわざるを得ない。人間社会のすべての人が容認しなければならない不正義の制度があるとすれば、それは知的財産権制度である。

もう一つ、知的創作物の生産と享有の現実状況からみても、知的財産権の享受は不正義のイメージが強い[81]。現段階の中国の多くの自然科学又は社会科学の研究は、国の財政によって支えられている。財政援助の常連は既得権者、或は学術権威であるが、彼らの知的成果物は個人のポケットに入ってしまう。知的創作物の市場化過程をみれば、権力を通じ或は国家の金銭を使って論文を発表したり、発明品を宣伝したりすることも珍しくない。このような不公平な知識生産と市場化資源の分配のもとで、知的財産権の享有が正義であるとは言えない。

知的財産権は不正義の色彩を帯びているため、ロールズの分配正義原則





により知的財産権の享有について再分配を行わなければならない。具体的方法としては、知的財産権法定主義観念を用いて、知的創作物生産者に権利を賦与すると同時に、権利の範囲と内容については厳格に限定することによって、公共領域の知的財が侵害されすぎないように確保することができる。このような正義を「不正義を含む正義」と称することができる。知的財産権は受け容れざるを得ない不正義の制度であると認めると同時に、この不正義制度を改良することにより正義に合致させなければならない。これは当面の知的財産権立法者及び全ての知的財産権学者の持つ問題意識と全く逆である。現在の立法者と学者は次のように考えている。知的財産権制度は正義で、正義の制度にもかかわらず欠点を有するため、一定の制限を加え利益の公平を図らなければならないと考える。これに対して「不正義を含む正義」と称される考え方は真っ向から対立する。この説は、知的財産権は初めから不正義であるため、制度設計をする際に権利範囲と内容を厳しく制限することで、不正義制度の不正義の程度を低減しなければならないと考えている。前者は功利主義的で、後者はノージック理論とロールズ理論との折衷的立場に立つ。前者は権利拡大主義で、後者は権利制限主義である。両説は視点が異なるのみならず、原則的・本質的な違いを有する。立法と司法においてみると、その差は大きい。例えば、立法活動の中で新しい知的財産権権利のクレームに対して前者は新権利の社会に対するメリットを考えた後でデメリットを考慮するため、容易に権利を認めてしまう。しかし後者は経済的効率は人間の基本自由と権利を犠牲にしてはいけないと考えるため、最初に権利創設のデメリットを考慮し、それからメリットを斟酌する。よって知的財産権の創設・分配には慎重な態度を取り、権利の制限に厳しい。司法実務の中で前者の立場に立つと裁判官は権利主義視点から解釈を行い、裁判官の法創造を招致する。これに対して、後者は法定主義に基づいて公共利益を優先する解釈をするように裁判官に要請し、裁判官の法創造に反対する。「不正義を含む正義」観は性悪説の視点に立っている。

以上の考察から、知的財産権法定主義の理論基礎及び知的財産権自然権利理論との根本的対立が明確になった。それでは、知的財産権法定主義は一体如何なる機能を有するのだろうか？これは立法、司法及び法律解釈における知的財産権法定主義の応用問題にかかわる。

## 三、知的財産法定主義観念の適用

### （一）　権利設定及び権利制限機能：裁判官の法創造に対する批判

知的財産権法定主義は、ただ知的財産に関する基本観念だけではなく、基本法律原則として、知的財産立法及び司法の過程を貫いている。

法律原則の抽象性及び普遍適用性のため、多くの学者、例えば、アメリカのラリー・アレキサンダー（Larry Alexander）及びケン・クレス（Ken Kress）[82]は、法律原則の効力の存在に疑問を表したが、大多数の学者は法律原則の存在を肯定し、法律は規則、原則、判例、政策、公認の学説理論等により構成されていると認めている[83]。ドイツの学者エリック・ウォルフ（Erike Wolf）は、如何なる形式の立法も例外なく普遍性を有する法律原則をあらかじめ設定していると宣言した[84]。アメリカの現代著名法哲学学者フローは、法律原則は如何なる法律制度においても必須となる要件であると言った。真の法律制度には、最低以下のような原則が含まれているべきである。法律的一般性原則、非遡及性原則、明確性原則、一致性原則、可執行性原則、安定性原則、政府行為と法律一致性原則である[85]。この８大原則は、法律の内在道徳を構成していて、このような原則に反した法律は真の意味の法律ではなく、且つ法律の中の人文精神も消えることになる。

法律原則はただ存在するのではなく、内在的及び外在的効力を有している。内在効力は、法律原則の下位原則及び規則に対する効力を指す。静態的に見て、原則は下位原則及び規則の適用に方向性を明確にし、範囲を規定している。立法の角度から見て、法律原則は立法者が法律を制定するにおいて根拠とする最終的なものである。コーフマンが言ったように「法律原則がないと法律規範がない」[86]。法律原則は、「立法に対し方向指示の作用がある」[87]。司法の角度から見て、法律原則は法律解釈の合法性、正当性を検査する最後の根拠である。ある学者が指摘したように、法律解釈の中で、「法律の諸原則により構成される背景に基づき、制定法を解釈しなければならず、裁判官は、制定法の解釈ができる限り法理が設定した一般司法原則に合致するようにしなければならない」[88]。また、法律原則は裁判官が具体的規範を形成する出発点[89]であり、裁判官の法律解釈に対して制限作用を有する。要するに、法律原則はその普遍適用性、抽象性、論理性、可証成性及び規範性[90]等の特徴があるので、現代法治社会においてロジックの整合及び価値の協調等重要作用を発揮している。





立法原則として、知的財産権法定主義は知的財産権の種類、権利対象、権利保護の範囲、権利の具体的内容等は、制定法を通じて厳格且つ明確に規定しなければならないだけではなく、更に知的財産権法律制度を制定する時、簡単に財産権労働理論に基づくのではなく、道具主義角度から知的財産権制度の創設、運用に影響する各要素を考慮しなければならない。特に、知的製品の公共物品性及び生産特徴を考慮して、私権化できる知的製品の範囲及び知的財産権権利の範囲に対して厳格な制限をすることができる。一つの立法原則として、知的財産権法定主義は知的財産権を創設する機能もあるが、知的財産権を制限する働きもある。制定法の知的財産権の各方面に対する厳格且つ明確な規定を通じて、法定以外にいかなる知的財産権の存在する可能性を排除することができる。知的財産権法定主義は、いかなる知的財産も制定法を通じて創設しなければならず、制定法の明文によらないものは、知的製品の生産者が享受できないものであり、権利と言えないものである。この原則は、一般的私法理念に反するものである。しかし、知的財産権制度に影響する各要素、特に知的製品の公共物品性及び生産特徴を総合的に考慮すると、知的財産権制定法は知的財産権制度の設立が公共利益に対する影響をもっと考慮しなければならない。この点に対し、朱理博士は以下のように総括した。

「知的財産権の公有領域との緊密な関係及び公有領域に対する巨大な影響のため、私権モデルの知的財産権を確定するとき、民事活動のその他の領域と比べて、立法者が受けた制限がもっと多く、政策目標性ももっと強く、権利制限の色彩ももっと重い。彼らが知的財産権の類型及び範囲を設計するとき、もっと慎重に考慮しなければならない。立法者において、法定主義原則の下で、科学の進歩がもたらす新たな利益に面して、公共利益を帰着点とし、慎重に権利及び内容を設定しなければならない。明確な理由と著しい必要性がない場合、その利益を社会に残すほうを選択したほうがもっと安全な方法である。この方法は、個人権利の社会利益に対する不合理な影響を避けるが、個人に対する影響は比較的小さいほうである。ここにおいて、法律の明文規定がない権利類型或いは内容は、立法者の意図的設置であり、過失による遺漏ではない。立法者の知的財産権利に対する制限と排除であって、司法者に与えた自由裁量の空間ではない。我々は、

立法者が法律の明文規定がない権益を個人ではなく、公衆に与えたと信じたい。」[91]

知的製品の複雑性及び複雑な利益関係に鑑み、法定主義原則により具体的知的財産権を設定するのは非常に複雑な問題である。前述した知的財産権法定主義理論基礎により、立法者が具体的立法を行うとき、以下の要素を総合的に考慮しなければならない。

平等な創造自由の問題。ある知的財産権を創設することが個人の平等な創造自由を保証することができるか？できないなら、どのような制度を通じて平等な創造自由を保証することができるか？

また、このような権利の有無は社会にどれぐらい弊害をもたらすか？鄭勝利教授が述べたように、ある知的財産権が社会にどれぐらいの困難をもたらしたかを証明するのは非常に難しいので、反証の方法を使って、このような知的財産権制度がないと社会にどれぐらい損害を与えるかを反証する[92]。ただ、このような一面の反証だけでは足りず、このような権利を配置することが社会にどれぐらい危害をもたらすかを考慮しなければならない。ここにおいて、考慮すべき要素は多く、例えばコストと個人効率及び社会効果、利益間の関係問題等がある。また、公有制は、財貨の維持及び保持の問題等がある。

市場において関連代替物が存在するのか？ここに二つの要素が含まれている。一つは、市場自身の作用であり、もう一つは、代替性保護機能の存否問題である[93]。

このような要素を総合的に考慮すると、ある知的財産権の設定が他人の平等な創造自由を侵害しない、或いは侵害されても回復装置が整っていれば、それは自由な創造および社会共同利益を害することにはならない。このような権利の設定は、共同利益に危害をもたらさないだけではなく、社会全体の効率と利益にも有利に働く。市場に代替的制度が存在せず（市場のインセンティブ不足、又は代替可能な保護制度が存在しない）、同時に権利の運用コストが権利保護からの収益より大きい場合、新知的財産権を創設する必要性がある。すなわち、法定主義は、知的財産権制度の創設の起点を自由とし、社会全体の効率を連結点とし、社会正義を帰着点とする完全な連鎖である。このような目的を達成するため、社会公衆の参与及び聴聞手続が必要であるから現在普遍的に存在する専門家が書斎に閉じこもって盲目的に法律を作る現象を改善すべきである。





ひとつの司法原則として、知的財産権法定主義は、司法機関が知的財産法を使って関連案件を処理する過程において、知的財産権法の規定を厳格に守るべきであり、「司法自由裁量権」を任意に行使してはならない。例えば、知的財産権法に対し拡張解釈をし、制定法規定以外に知的財産権を創設してはならない。多くの民法学者達は、裁判官の自由裁量権を成文法の限界を克服する合理的手段と認識しているが、中国の裁判官に自由裁量権を行使させる制度要件と裁判官レベルの要件を備えたかは別にしても、筆者はこのような自由裁量権を知的財産権領域まで拡張することに賛成できない。前述したとおり、知識製品の経済特徴がもたらした知的財産権の不正義の特徴のため、知的財産権の司法活動において次の原則を守らなければならない。すなわち、知的財産権法が明文に規定していないものは、知的製品の生産者が享受できないものである。知的財産法に明文の規定がないところは、立法者の意図的なものである。立法者はこのような明文規定をしない方式を通じて一部分の利益を個人ではなく社会に残したものである。このような意義から、我々は裁判官が知的財産権法に明文の規定がない案件で、「労働があれば、収穫がある」の原則に基づき原告に有利な判決を下すことに反対である。「労働があれば、収穫がある」という原則は実質上ロックの財産権労働理論のコピーであり、知的財産権法定主義原則と相反するので、禁止すべきである。

ロックの財産権労働理論の影響を深く受けたイギリスとアメリカも前世紀90年代以降から「額に汗の法理」を放棄し始め、最低限度の創造性及び創造力の角度から何が作品であるかを理解し始めた。その原因は、1991年にアメリカで起きた有名な Feist 事件[94]である。Feist 事件の判決及びそれが確定した基準の影響はアメリカだけではなく、その他の英米法系国にまで及んだ。これに対し EU が先に反応した。アメリカの影響及び EU 一体化の下で、イギリスも額に汗の法理に対する主張を放棄しなければならなくなり、編集作品の保護基準を実質的に調整し、「最低限度の知的創造レベル」へ変えた[95]。このような変化は、大陸法系および英米法系において著作権領域の独創性の衝突の中、英米法の「版権の伝統」が大陸法の「著作者の権利の伝統」への妥協で幕を閉じたことを表明する。このような変化により、大陸法系及び英米法系国家も厳格に知的財産権法定主義の観念

を守るようになった。同時に、ますます公共利益の角度から制定法を解釈するようになった。

厳格な知的財産権法定主義を主張し、法定主義以外の「司法自由裁量権」に極端に反対することで知的財産権制定法の硬直をもたらし、情報経済時代に現れた各種の権利及び利益の要求に反応できない可能性もある。このような心配にもそれなりの理由はある。人類の理性認識能力の制限を受け、立法者が法律を制定する時、未来の生活の各方面をすべて予測できるわけではない。特に科学技術がもたらす変化は予測困難なので、制定法は現実生活に遅れる一面がある。立法者は、法律を制定する時すべての利益関係を考慮することは不可能である。しかし、このような心配も実は要らないわけである。

まず、われわれは法律万能の観念を排除すべきである。法律は人々の生活を大きく変えているが、社会生活中のすべての問題が解決されるのではない。したがって、知的財産権の制定法も完全無欠とはいえない。

次に、知的財産権法定主義は、立法者により高い水準を要請する。これは、立法者が知的財産権法律を制定する時、もっと真剣な態度をもって、科学技術の進歩により創作可能な知的製品及びそれがもたらす各種利益関係及び影響を充分に予測したうえで、権利配置と公共利益の間で比較的合理的な選択をすることができる。このように、知的財産権法定主義は、立法の穴を避けることができる。

第三に、知的財産権法律に穴があった場合、二つの方法を通じて解決することができる。すなわち、立法と司法である。我々が知的財産権法定主義原則を主張し、法定主義以外の司法自由裁量権に反対することで、司法による方法が封鎖された。唯一可能な方法は立法を行うことを通じてである。立法にも二つの選択がある。一つは、概括式及び列挙式結合の立法方法である。概括式立法方法は、司法者が新たな問題にあった場合、法定主義原則の指導のもとで法律解釈を通じて問題を解決することができる。このような法律解釈の中に新たな権利が現れる可能性もあるが、これは我々が主張する知的財産権法定主義と矛盾するわけではない。なぜなら、新権利自身も知的財産権概括性の条項の中に含まれているので、裁判官が自由裁量権を行使したこととは違うためである。もう一つは、即時に法律を改定することを通じて、新たに現れた権利要求を法定化することで、知的財





産権法定主義が表す閉鎖、硬直の危険を比較的徹底的に解決することができる。しかし、立法者が新種の知的財産権を創設するとき、必ず上述した厳格な条件を遵守しなければならない。

第四に、上述した三種類の手段でも解決できない問題がある場合、知的財産権以外のその他の法律及び市場機能自身の働きがあるから、心配しすぎることはない。法定主義以外に存在する利益要求は、知的財産権体系に入らないが、その他の法律により保護される可能性が高い。例えば、不正競争法、契約法或いは民法上の不当利得を通じて問題を解決できる。この角度から見て、知的財産権類型化不足及び知的財産権自然権利観を利用して、裁判官の自由裁量権を通じて原告に知的財産権を与えようとすることは許されない。

**(二)　法定主義及び知的財産権立法技術、法律解釈**

知的財産権法定主義は、知的財産権立法技術及び法解釈に特別な要求を提起した。立法技術上、知的財産権立法用語技術の運用、特に、知的財産権権利が及ぶ範囲、社会公衆が享受すべき知的財産権の利益等条項において、正確、明確さを要する。すなわち、社会一般公衆に正確な法的予測を提供すると同時に、司法者が正確に法律を適用することに便利でなければならない。法律解釈の総原則は、制限解釈を守る原則、ドゥオーキンが提唱した客観解釈原則を遵守すると同時に、ポズナーの主観解釈原則、裁判官自由裁量権、裁判官の法律作り現象に反対することである。

中国において、知的財産権法学者たちが知的財産権の立法技術及び法律解釈問題を積極的に研究したことはないが、この二つの問題は、重視されるべき問題である。本文は、前述した知的財産権法定主義の総合要求に基づき、知的財産権法立法技術及び法律解釈の要求を簡略に分析する。

周旺生教授の努力のもとで、立法技術は中国においても一つの科学になった。しかし、中国の実際の立法作業中、立法技術はやはり多くの問題が存在する。周旺生教授のまとめによると、この問題は以下の八つの方面において表現される。一、大量の法規定に矛盾、抵触、衝突が存在するので、何を適用するか戸惑う。二、多くの規定に政策性が濃厚であり、操作性が低い、或いは法律と道徳の限界を混同したので、有効に実施されない。三、多くの法規定に不明確、具体性の不足、抽象、原則化しすぎ、或いは意味

が明らかでなく解釈の余地が大きすぎるので、正確に把握することが難しい。四、多くの法規定が、厳密でない、法理に合致しない、或いは国情、地益状況に合わないので実現し難い。五、大量の法規定が不完全であり、行為モデルだけあって、結果モデルがないか、或いは関連規定がないため実行できない。六、大量の法規定が遅れているので社会発展を阻害する、また、不適当に進んでいるので必要な社会基礎を失っている。七、一部分の規定は厳格と緩和のバランスが取れていない、或いは簡略と複雑のバランスが取れていないので、実施されている中で不利な結果を導くことが起きる。八、一部の法規定は、実際の生活の必要性からではなく、立法担当者の主観的な法体系の完成か或いは自分の業績を表すため制定したため、実行し難い[96]。この問題の中で、立法技術中の用語技術問題が一番重い。立法用語技術によると、強制力ある社会行為規範として、立法用語は、明確、正確、厳密、精錬でなければならない。同一概念は正確な同一用語で、どんな状況で、何ができ、何をすべき、何をしてはならない、このような規定に違反すれば、どんな法律効果を負担するかをもれなく、明確に使わなければならない。これは、立法用語は極力、様式化、標準化した言葉及び文章を使うことを要する。立法用語技術の運用は、関連法案が調整しようとする法律関係の中の各主体の権利義務関係により決められる。

知的製品の限界が不明確であるので、法定主義が追求する価値目標の要求によれば、知的財産権立法用語技術の応用、特に知的財産権権利が及ぶ範囲と社会公衆が享受すべき利益に関する条項については、正確、明確にしなければならない。それによって、社会一般公衆に正確な法的予測を与えると同時に、司法者が正確に法律を適用することに便利を与える。しかし、この点において、中国の知的財産法立法はまだ足りない部分が多い。例えば、著作権法第22条は、一つ目の合理使用の場合を「個人の勉強、研究或いは鑑賞のために他人の発表済み作品を使用する」と規定している。ここでいう個人の定義とは？「個人家庭」を含むかどうか？六つ目の合理使用は、「学校の授業或いは科学研究のために翻訳或いは少量に他人の発表済み作品をコピーして、授業或いは科学研究員に使用させることができるが出版発行してはならない。」と規定されている。「少量コピー」という言葉の意味は？編集、注釈等を行ってもいいのか？ここには明確な答えがない。八つ目の合理使用は、「図書館、資料館、記念館、博物館、美術館





等が陳列或いは保存版の需要のため、本館保存の作品をコピーすることができる。」と規定されている。図書館等が陳列あるいは保存版のため、「その他の館署に保存されている作品をコピー」してはならないのか？十番目の合理使用は「室外公共場所に設置或いは陳列されている芸術作品に対し、模写、絵画、撮影、録画をすることができる。」と規定されている。ここの「室外」をどう理解するか？芸術作品の設置或いは陳列は長期でなければならないのか？例えば、彫刻大師の作品をイベントで一時間陳列した場合、公衆は模写、絵画、撮影、録画することができるか？このような明確でない規定は、公衆利益の保護に不利である。特許法にも同じ問題がある。例えば、特許法第11条は以下のように規定している。「発明及び実用新案に特許を授与した後、本法律の別段の規定がある以外、いかなる単位或いは個人も特許権者の許可なしにその特許を実施してはならない。すなわち、生産経営を目的にその特許製品を製造、使用、許諾販売、販売、輸入或いは、その特許方法を使用、または、その特許方法により直接取得した製品を製造、使用、許諾販売、販売、輸入してはならない。意匠を授与された後、いかなる単位或いは個人も特許権者の許可なしにその意匠を実施してはならない。すなわち、生産経営を目的にその意匠製品を製造、販売、輸入してはならない。」この規定によれば、特許権者は「輸入権」を有している。他人は特許権者の許可なしに、生産経営目的のために特許製品或いは特許方法により直接取得した製品を輸入してはならない。ただし、特許法第63条を見ると「以下のような場合は、特許権侵害と見ない。（一）特許権者が製造、輸入或いは特許権者の許可を経て製造、輸入した特許製品或いは特許方法により直接取得した製品が販売された後、その製品を使用、許諾販売或いは販売することは.....」と規定している。この条文によれば、特許製品が合法ルートで市場で流通された後、他人は販売することができる、もちろんその中には輸入も含まれている。この規定は第11条の規定と明らかに矛盾している。つまり、並行輸入行為の法律上の位置づけは不明確な状況にある。

要するに、このような規定の混乱と矛盾は、中国の立法技術は、法定主義の知的財産権立法技術に対する要求からまだ遠いことを説明している。このような現象は、中国の知的財産権立法の指導思想の不明確さを表している。しかし、この問題はそれほど解決し難い問題ではない。法定主義の

正義に対する理解には強い権利制限思想が含まれている。知的財産権に有する不正義のため、且つこのような不正義は天然の独占及び濫用の性質を持っているので、知的財産権立法においては、自由原則を守ると同時に、知的財産権濫用を如何に制限するかに着目しなければならない。すなわち、立法者は、知的製品創作者に権利を与えると同時に、如何に権利を制限するかを立法の指導思想として考慮しなければならない。このような立法指導思想が立法技術に反映されると、できるだけ広く、明確に知的財産権権利の範囲及び効力に対して制限を規定することである。

もちろん、制定法が知的製品生産後の各種の利益関係にいくら明確な規定を置いたとしても、実際に知的製品の紛争が起きた場合、やはり知的財産権法に対する裁判官の解釈を必要とする。知的財産権法立法技術と同様、知的財産権法の解釈問題もあまり知的財産権法学界では重視されなかった。筆者は、ドゥオーキンとポズナーの法解釈理論に基づき、知的財産権法定主義の要求を考えながら知的財産権法律解釈の原理及び要求を問いかける。

法律解釈は、法学においてとても重要な理論及び実践問題である。法律解釈の概念に対し、広義説及び狭義説がある。広義説は、法律解釈は社会主体の法律規定に対する解釈及び説明であると考えている。しかし、狭義説は、法律解釈は権利ある国家機関が一定基準及び原則に基づき、法定権限及び手続きに従い、法律の文意及び目的に対して解釈を行うものを指す。ここで法律解釈概念の各主張に関する比較及び分析は行わない[97]。筆者は、法律解釈を人民法院及び裁判官が法律適用の過程において法律に対し解釈を行うことであると思う。法律解釈には、規範性司法解釈（最高人民法院が法律適用の過程に関連問題に対して行った法律解釈）及び個別性法律解釈（裁判官が法律を適用し事件を処理する過程で法律に対し行った解釈）が含まれている。

法律解釈の立場及び角度に関する問題は二種類すなわち客観主義と主観主義（或いは「厳格解釈」及び「自由解釈」と呼ぶ）がある。学者たちはこの二種類の間で激しい論争を行っている。その中で、もっとも代表的で反対の立場に立っているのはポズナーとドゥオーキンである。前者は主観主義、後者は客観主義を代表している。ポズナーは、法律解釈の機能と目的は単純に法律を発見することにあるのではなく、法律を創造する過程





であると述べている。その理由として「法律的規則は不明確、限界がないものであり、理由は臨時的で、論争が多いものである。また、法律規則は変更可能なものであり、実質上も常に変更している。」[98] 法律自身が持っている不明確性が原因で、解釈者は立法者と同じ立場と角度で法律を理解できないことになっている。法律解釈には、数多くの不明確な変数が解釈者達に影響している。このような変数には、文化、時間、地域等要素が含まれている。このような変数が法律解釈の客観性を妨げるのである。例えば、「ある人が自分の数年前書いたものを読む時、他人のような感じがあるかもしれない。その時彼の想像再構は失敗する可能性もある。」[99]。特に、解釈者達の生活背景、文化伝統、価値観念、信仰等の相違のため、法律解釈を通じて法律の客観内容を究明、すなわち、法律を再構使用することは不可能である。ポズナーは、裁判官が事件を処理する時、法律解釈が立法者及び憲法創設者の意図を真実的に反映するかに注目する必要はなく、解釈の社会効果、数多い解決案の中でどの解釈案がもっともいい結果をもたらすかにもっと注目すべきであると主張している。アドーゾの言葉を引用すると「永遠に変化している中、裁判官が臨んでいる問題は二重性を有する問題である。まず、彼らは一連の先例の中から基本的原則を抽象しなければならない。すなわち、判決理由（ratio decidendi）である。それから、彼らは当該原則の運用及び発展の方向性を決めなければならない。」[100]のである。ポズナーは、解釈そのものも不明確な言葉を含んでいるので、それはコミュニケーションをめぐる理解、翻訳、拡大、補充、変形、転換等と考えることもできるとする。彼は、「解釈は不明確で、限界がない概念である」と述べ、「解釈」の単語を完全に捨てるべきであると述べた。「この概念がなければ、我々はもっとよくなるかも知れない」[101]。「要するに、解釈の問題は、ひとびとが真剣に読んだうえ、適当な文化距離を置かないことにあるのではなく、問題は、難しい文言に対する客観解釈の技術を獲得できなかったところにあると解釈学が提示したが、解決方法に言及していない。」[102]。ポズナーは、法律解釈の客観性を解体しただけではなく、且つ実用主義の立場に立ち、法律解釈自体の有用性を解体した。

ポズナーの「解釈超え」と違うのは、ドゥオーキンであるが、彼は、法律解釈は法律を創造するのではなく、ただ「法律再構」をしているだけであると述べている。彼は、法律というのは規則システムだけを指すのでは

なく、原則及び政策[103]（すなわち、法律には規則以外にも、その背後に隠れている法律原則及び政策）も含まれている。従って、裁判官は法律を適用する時、法律規則の背後の規則、すなわち「隠れた法律」を発見しなければならない。このような「隠れた法律」は、一連の抽象的原則の可能性もあるし、一連の周知の事実、一連の合理的推理を経た結論の可能性もある。このような「隠れた法律」を発見してからこそ、裁判官は、類似事件を明晰に判断できる。よって、同じ状況に同じ対処をする基本要求に達することができるようになる。ドゥオーキンは、裁判官が法律の全体性を追求することは、多数の作者が一部の小説を創作することのように、各作者とも作品が一人により書かれたように見せるために努力する。裁判官が法律を理解、適用する時も連載小説の思考様式でものを考え、以前の決定を自分が必ず解釈及び続行しなければならない小説の一部であると思う。そして、完全性の角度から自身の理論知識及び価値観念を基礎とし、できるだけ正確で合理的な判断をしなければならない[104]。「全体性の法」が存在するため、どんな難件でも「唯一正確」な答案がある。且つ「法律穴」問題が存在しない、たとえ文言に表現の欠陥、社会に重大な変化、或いは法律自体に調和できない部分があっても、全体性法律の「自給自足」は紛争に対する「漏れない保護」を実現することができる。少なくても我々が「法律の全体性」要素を注視すれば、法律解釈は客観的であることが可能である。ポズナーと反対に、彼は、裁判官の法律解釈はある問題に対する「再構」であると述べている。彼らは、「全体性」法律が既定している枠及び範囲内において、法律に対する「建設的解釈」を行っている。

ポズナーの解釈方法の実質は、実用主義方法を通じて法律解釈の有効性を探究することにある。彼は、裁判官の機能は「立法の中に表現された利益集団の取引を解釈し、且つ紛争解決の権威ある法案を提供する基本的公共サービスを提供する；その中で規範に頼るだけではなく、論理的に規範を述べなければならない。裁判官は、皆社会財産を最大化できる規則、手続き及び条件、結果を採用することを希望している。」[105]。しかし、「社会財産の最大化規則の最終基準は、推理の精密性あるいはロジック性ではなく、当該規則が社会財産に与える影響である。」[106]。ポズナーの最大多数の最大幸福的解釈論は中国の現実にもっと近い感じがするが、このような解釈論は、真の民主主義制度のない、裁判官の権力に有効な監督が足りない





中国にとって、このような方法は、裁判官は手元の権力の濫用と、権力と金銭の取引を引き起こす可能性が高い。

知的財産権領域において、我々は一部裁判官の自由裁量能力あるいは法律に対する忠誠を否定するわけではなく、ただ公共利益の需要を考慮したので、ドゥオーキンの法律再構解釈論で知的財産権法に対する解釈を行うことを主張するわけである。ドゥオーキンの法律再構法律解釈論によると、裁判官は、法律を適用し具体的事件を処理する中で法律規則自体を考慮するだけではなく、その背後に隠れている規則、立法者の意図、価値選択等を一つの法律システムとして理解し、それを基礎に事件に対する正確な判断を下さなければならない。知的財産権法定主義観念の正義、立法及び司法に対する要求に従い、知的財産権紛争を解決する中で、関連法律条文に対する解釈を行うとき、必ず法定主義の権利制限理念を考察してからそれを法律解釈の指導思想としなければならない。特に、法律条文に多数の理解が存在する場合、公衆利益に有利な解釈をしなければならない。例えば、前で述べた中国特許法第11条の輸入権及び第62条第１項に規定した例外の関係問題において、法定主義の法律解釈に対する要求に従い、関連特許製品の並行輸入の権利侵害の有無を判断するとき、第62条第１項が第11条の規定を排除したと解釈し、特許製品の並行輸入は合法であるという判決を下さなければならない。また、前にも述べた著作権法第22条に規定した「室外公共場所に設置或いは陳列されている芸術作品に対し、模写、絵画、撮影、録画」をする合理使用行為に対し、裁判官は固定要求、時間制限のない限定解釈をしなければならない。すなわち、このような芸術品が長期間固定場所、例えば公園の彫刻であるか、或いは短時間設置、陳列した、例えばイベントで短期間陳列した作品であるかを問わず、模写、絵画、撮影、録画する行為は合理使用行為である。さらに、授業或いは研究目的で他人の作品を合理的に使用する行為、例えば、ある映画学校がある作家の作品を映画に編集し授業に使ったとしても、立法者の目的を総合的に考慮し、この編集行為を合理であると解釈すべきである。要するに、法定主義の知的財産権法律に対する解釈の全体的要求は、知的財産権規則が含んだ範囲内において、知的財産権権利効力及び範囲に関わる所に対し厳格な制限解釈をすべきである。しかし、公共利益に関わる所に対しては、広くて柔軟な解釈をしなければならない。

ドゥオーキンの「全体的法」の提起により、法解釈は一種の再構築となった。この方法は裁判官が法律を理解し運用するに当たって、法律の全体性を保ち小説の続き書きのような考え方を取らなければならない。裁判官は前の内容を自分の書くべき小説の一部としながら自分自身の理論知識と価値観念に基づいてなるべく正確で合理的な判断をしなければならない。このような「全体的法」は法律ルールの論理的構造、法的ルールの明確性、異なる法の間の関係、及び法律と政策との関係などが明確であることを要請する。「中国の現実は‘全体的法’とは相当離れている。なぜなら中国の制定法の条文は曖昧で、条文と条文が衝突し、矛盾する場合も多く存在する。条文背後の「隠れた」原則と政策を掴むには尚更困難がある。」[107]このような状況は、「全体的法」の再構築をもっと難しくする。ドゥオーキンの「全体的法」の観念は、知的財産権立法者、知的財産権学者に「全体的知的財産権法」の再構築の任務を提示している。

## 四、結論

以上の考察から筆者は多くの場合に知的財産権制定法は労働を知的財産権分配の抽象的な基礎にしているが、それを知的財産権の直接的・唯一の基準にすることには賛成できない。よって知識生産による財産的利益の問題について具体的に区別しなければならない。ドラホスの知的財産権道具主義はこの種の財産的利益について、一部は法定知的財産権の特権として認められるものの、一部は知的財産権と認められずある種の利益或は優位にすぎないとしている[108]。したがって、立法者が知的財産権制度を設ける際に労働という抽象的基準を取っているとしても、そこから知的財産権の類型化の不足という結論は得られない。また知的財産権類型化の不足という結論を得られるとしても、知的財産権制定法以外に裁判官の自由裁量権による知的財産権創設という結論は得られない。類型化についていうならば、国際的にも国内的にも知的財産権種類の規定は十分完備されているのみならず、包括的規定も設けられている[109]。したがって現在の知的財産権に類型化不足問題があるとは言い切れない。充分な類型化とは何かさえも曖昧な問題である。実務の中に新しい権利或は利益のクレームが現れたとしても現にある知的財産権法体系の中で充分規制することができる。易





論文のいうように実務の中で既存の知的財産権制度に属しない「新知的創作物」が現れたとしても、それは現行知的財産権法が規定する要件を満たさない知的創作物にすぎない。この場合であってもそれは立法者の狙うところである。なぜならば立法者はこれらの知的創作物を公共財として提供しているからである。或は、ドラホスのいう法律に保護されるべき利益（benefit）又は優位（advantage）であるかもしれない。しかしこの利益又は優位も法定の知的財産権（intellectual property right）ではない。

この場合、原告が現行知的財産権法のみにより訴訟を起こしたならば、法定主義原則により敗訴を免れないだろう。しかし、知的財産権以外の法律、例えば契約法、民法上の不当利得に関する規定、及び不正競争防止法などで訴訟を起こすならば、これらの法の原則に照らし原告の請求が認められるかもしれない。そうだとしても、それは市場先行利益に対する保護に過ぎない[110]。つまりこの場合契約法は被告の行為責任を追及したに過ぎず、原告の知的財産権法上の権利又は知的財産権法外の不特定の財産権を認めたのではない。もちろん一般法と特別法の関係問題でもある。一般法である民法と特別法である知的財産権法の適用関係において、一般的には知的財産権法が優先的に適用されるとする。ただ知的財産権法の規定がない場合には民法の一般的規定を適用する。これに対して筆者も賛成である。しかしながら、この適用関係も制限されなければならない。つまり知的財産権が禁止する或は積極的に肯定しない場合は、一般法である民法の適用も排除されなければならない。さもなければ知的財産権は物権と何ら変わらない絶対権になってしまう。これは知的財産権制度の趣旨に反するものである。

知的財産権の拡張される現今において、知的財産権法定主義の提起は現有の知的財産権観念から制度に至るまで徹底的「転覆」を要請するかもしれない。

知的財産権の自然権観念を捨て、法定主義観念を樹立しなければならない。知的財産権は社会の科学技術・文化事業の進歩に貢献できるが、しかしすべての知的財産権が社会全体において有益であるわけではない。適当な知的財産権保護は社会全体において有益であるが、知的財産権の過度の保護は逆効果をもたらし、社会の発展と進歩を阻害する。知的財産権は客体の支配性をもつため、監督されない政治権力の如く天然の独占、拡張、

濫用と腐敗の性質を有する。したがって社会公共利益に危害をもたらすかもしれない。知的財産権そのものは創造的自由の法的表現であるが、この自由の法律化は他人の創造の自由を対価とする。

つまり知的財産権享有者の自由は他人の自由のコストとなるため、不正義の面を持つ。だからこそ、知的財産権立法及び司法において「労働には必ず報酬」との教条主義観念を捨てなければならない。立法者は一定の知的財産権を創設する際に、全体的には「権利制限」の観念を指導原則としなければならない。司法においては制定法以外で知的財産権を創設することは許されず、公共利益の視点から出発し、厳格に全体的・制限的法解釈をしなければならない。

制度的側面からは、知的財産権における保護の強化の波に埋れてしまった基本信条を回復しなければならない。

特許の保護する発明は、自然法則を利用した技術的要素を含む人工物或は方法であり、且つ産業上の大規模利用可能性を有しなければならない。何ら技術性がない或は自然界に既に存在した物・方法は特許の領域で排除されなければならない。現今の発明と発見との境界を意識的に曖昧化させる傾向には注意しなければならない。発明と発見との区別が本当に困難な場合であっても、公共利益の視点から解釈しなければならない。よって所謂ビジネス方法プログラム、生物遺伝子などに特許権を認めてはならない。

著作権においては「創作の高度」の視点から独創性（著作物性）を認めなければならない。所謂創作の高度とは、著作権の保護作品は人類の精神的創作でありながら、内容と形式において作者の個性を有することをいう。よって創作の高度の認められない或は低い電話帳、罫線編集帳等の表現形式は著作物性がないと解釈されなければならない。

商標においては商標の基本的識別機能を取り戻し、一方では識別機能のある標識に限って商標登録を認め、もう一方では商標権侵害を認定するに当たって、消費者の客観的誤認の可能性を判断基準としなければならない。

不法行為の視点からは過失責任原則に基づき、主観的に過失がある場合に限って責任を負わせなければならない。そうすると、現在論争中のネットサービス提供者の法律責任問題については、何ら責任を負わないか、過失責任を負うかであろう。知的創作物の最終ユーザも責任を負うべきではないかもしれない。





[1] 易継明教授の論文の内容要約を参照。

[2] このように言える理由は、論理的反問さえ提起すれば、易論文の問題の所在が分かるためである。どうして自然権利、社会利益と社会正義間の利益調整の困難さを理由に、直接知的財産権の私権的性質観念と伝統民事法による知的財産権の実現が必要であるとの結論が得られて、それと反対に、社会利益と社会正義の重要性及び公共利益の保護という結論には達し得ないのか？

[3] 前掲注１，易継明論文の第四部分。

[4] 易継明・「评财产权劳动学说」,「法学研究」2000年第３期。

[5] 梁慧星・「电视节目预告表的法律保护和利益衡量」,「法学研究」1995年第２期。

[6] 梁慧星・前掲注５。

[7] 前掲注１，易継明論文第三部分。

[8] 郑胜利・「论知识产权法定主义」,「中国高校知识产权研究会第11届年会暨高新技术知识产权保护与大学技术转移国际论坛论文集」上册第３页，2003年10月。

[9] 郑胜利，前掲注８，第３页。

[10] 郑胜利，前掲注８，第３页。

[11] 興味のある方は、S.Buckle, Natural Law and the Theory of Property, Oxford University Press, 1991; L.C.Becker, Property Rights–Philosophy Foundations, Routledge London Press, 1977; A.Ryan, Property and Political Theory, Oxford, New York, N.Y.: Blackwell, 1984; J.O.Grunebaum, Private Ownership, London, New York, Atherton Press , 1970; J.Waldron, The Right to Private Property, Oxford University Press, 1988を参照されたい。

[12] 事件の事実については、湖北省武汉市中级人民法院民事判决书〔2001〕武知初字第37号を参照。

[13] 易継明教授の論文「评财产权劳动学说」については、筆者は反論論文を書いた。論文のなかで筆者は知的財産権実定法とロック財産権理論との関係からロック理論の欠点及びその原因について分析している。拙稿「也评洛克财产权劳动理论」,「現代法学」2004年第１期。

[14] 李揚＝他・「知识产权基础理论和前沿问题」，法律出版社，2004年版，第141页。

[15] 厳格規則主義の提起と関連問題については、徐国栋・「民法基本原则解释」，中国政法大学出版社，1992年。

[16] ロスコー・パウンド（Roscoe Pound）・「法律史解释」，华夏出版社，1989年版，第123页。

[17] 例えば、イギリスでは1623年に世界でもっとも早く近代的特許法（即ち「独占法規」）を制定し、1709年に近代的著作権法（即ちアン女王法）を制定した。その後1875年に商標法を公布した。アメリカはそれぞれ1790年、1790年、1870年に著作権法、特許権法、商標権法を公布した。フランスはそれぞれ1791年、1793年、1857年

に特許法、著作権法と世界初の近代的意義での商標法を公布した。ドイツはそれぞれ1837年、1874年、1877年に著作権法、商標法と特許法を公布した。日本はそれぞれ1884年、1885年、1899年に商標法、特許法、著作権法を公布した。現在フランスのみが所謂知的財産権法典を有しているが、体系と内容からみれば単なる知的財産権法規の編纂物にすぎない。

[18] Peter Drahos, A Philosophy of Intellectual Property, Dartmouth Publishing Company, 1996, P29.

[19] 当該事件は、イギリスでのトランプのライセンス権を有する原告が、ライセンスを受けずにイギリスでトランプの販売を行った被告を訴えた事件である。W. S. Holdsworth, A History of English Law (2nd., Methuen & Co. Ltd, 1937, London), vol.4, P349-353を参照。

[20] Peter Drahos，前掲注18, P32.

[21]The Statute of Anne 1709 序言を参照。Ronan Deazley, On the Origin of the Right to Copy, Appendix I, Hart Publishing, 2004.

[22] The Statute of Anne 1709 第１条と最後の第11条を参照。Ronan Deazley，前掲注21, Appendix I.

[23] 本件の中で、コモンロー上の永久版権に賛成した裁判官は三つの理論を提起した。一、正義論。Mansfield 裁判長は、コモンロー上の永久版権の基礎は自分の天賦と労働による著者の獲得すべき利益にあるとする。二、インセンティブ論。Willes 裁判官は種を蒔いていない者が収穫するのは正義とは言えず、国家が著者に財産権を与えることによって、賢い者の苦労を奨励するのは良い選択であるとする。三、自然権論。Aston 裁判官は著者が自分の精神労働品について権利を有しているとする。三つの理論は視点を異にしているが、実質的には自然権論を用いている。つまり、肉体労働か、精神労働かに関わらず、労働を通じて権利は制定法の影響を受けず永久に存在するという考えであり、ロックの財産権労働理論と暗合する。上記の三名の裁判官とは異なり、Yates という裁判官はグロティウス、プフォンドルフ (Samuel Pufendorf) とロックの理論を援用しながら正反対の結論にいたる。彼は、占有は版権獲得の基礎となり得ず、版権の客体は創作者にとって非常に価値あるものではあるが、価値そのものが財産権ではないとする。その理由は版権の客体は境界も外在形態もないので、有形物のように占有することができないからと説明する。作品は一旦出版されると作者は一人で使用・享受することができない。したがって作者の報酬獲得の自然権は他人の自然権と調整しなければならない。著者が事実上永久版権を持つとすると、独占することになり、これは技術上不可能なだけではなく、他人の自然権を害することになるため、作者はアン女王法以外は何の権利も享有とすることができないとする。明らかに、Yates は版権を制定法上に規定された明確の権利と理解している。Peter Drahos，前掲注18，P24-27.





[24] Ronan Deazley，前掲注21，P196-198.

[25] Ronan Deazley，前掲注21，P195.

[26] Ronan Deazley，前掲注21，P197.

[27] Ronan Deazley，前掲注21，P226.

[28] Peter Drahos，前掲注18，P32-33.

[29] 古代ギリシャの哲学者はユートピアの考えに基づき、私人の財産権を否定した。しかし、彼の学生のアリストテレスは私人の財産権を守護しようとした。アリストテレスによれば、私有財産制度は社会に富をもたらす最も有効な手段であるという。この制度の下では、個人は自分の所有物に関心を持つため、社会的にも大きく役立つ。公共利益はそのような幸運はなく、「最も多くの人間に属する公共物に対する面倒は一番少ない、人々は自分の物に関心を持ち、公共物には無関心である。公共物に対しては自分と関わりのあることのみに留意するだけである。」アリストテレス・「政治学」，第48页。カントは意志と社会公意により財産権が生まれるとしている。ルソーは社会公意が財産権を生むと主張する。ルソー・「社会契约论」，何兆武訳，红旗出版社，1997年版，第43、45页。

[30] ロック・「政府论」（下篇），叶启芳＝翟菊农訳，商务印书馆，1964年版，第19页。

[31] Peter Drahos，前掲注18，P43.

[32] C. B. Macpherson, The Political Theory of Possessive Individualism, Oxford, 1979, P209-220.

[33] カント・「法的形而上学原理——权利的科学」，沈淑平訳，商务印书馆，1991年版，第55页。

[34] ルソー・「社会契约论」，何兆武訳，红旗出版社，1997年版，第45页、第43页。

[35] アイロン・スミス・「财产、权力与公共选择」，黄祖辉等訳，上海三联书店、上海人民出版社，1999年版，第６、34页。

[36]「マルクスエンゲルス全集」第１卷，人民出版社，1960年版，第382页。

[37] カント，前掲注33，第39－40页。

[38] Peter Drahos，前掲注18，P48.

[39] H. Grotius, De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres (1625; F. W. Kelsey Tr., New York, London, 1964) II.2.3.

[40] Robert Nozick, Anarchy, State and Utopia, Basic Books, Inc, Publishers, 1974, P173-175.

[41]「マルクスエンゲルス全集」第23卷，人民出版社，1960年版，第50-52页。

[42] Hittinger, Justifying Intellectual Property, Rowman & Littlefield Publishers, Inc (New York), 1997, P17-27.

[43] サイ・「政治经济学概论」，陈福生＝陈振骅訳，商务印书馆，1963年版，第39页。

[44] 郭小鲁・「对马克思劳动价值论的再思考」,「经济学动态」2001年第７期。
[45] 李揚等・「知识产权基础理论和前沿问题」, 法律出版社, 2004年版, 第38页。
[46] Peter Drahos, 前掲注18, P52.
[47] アイロン・スミス, 前掲注35, 第36頁。
[48] W. R. Cornish, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, London, Sweet and Maxwell, 1996, Third Edition, P5-6.
[49] Ejan Mackaay, The Economics of Emergent Property Rights on the Internet, P. Bernt Hugenhoitz (ed.) Kluuer Law International, 1996, P13.
[50] 曲三强, 传统财产权理论与知识产权观念[J], 中国高校知识产权研究会第十届年会论文集 (2002), 西安, 西安交通大学出版社, 2002. 133. 132.
[51] Peter Drahos, 前掲注18, P57-59.
[52] Peter Drahos, 前掲注18, P63-64.
[53] ロックの財産権労働理論が積極的共同体を前提とし、改めて限定しているにすぎないとする説もある。J. Tully, A Discourse On Property, Cambridge, 1980, P127-130.
[54] 財産権の支配的効果については、M. R. Cohen, Property and Sovereignty, 13 Cornell Law Quarterly, 8, (1927).
[55] Peter Drahos, 前掲注18, P67, P54.
[56] Wendy J. Gordon, A Property Right in Self-Expression. Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property. I, Yale Law Journal, May, 1993.
[57] ロックの原文は“Labour being the unquestionable Property of the Labourer, no Man but he can have a right to what that is once joined to, at least where there is enough and as good left in common for others.”John Locke, Two Treatises of Government, P288, Peter Laslett ed., 2nd ed. 1967.
[58] Wendy J. Gordon, 前掲注56.
[59] Wendy J. Gordon, 前掲注56.
[60] Wendy J. Gordon, 前掲注56.
[61] Wendy J. Gordon, 前掲注56.
[62] Peter Drahos, 前掲注18, 第７章.
[63] 知的財産権の客体とは何かについてはまだ議論のあるところである。知的成果或は知識と称したりする。筆者は Gordon 教授の意見に賛成し、知的財産権の客体を知的創作物（知識産品）と称するのが妥当であると考える。一、知識の商品性質を表し、知的財産権法律制度と経済学を架橋している。二、労働の創作物生産過程中の役割を明らかにしている。三、客体の非物質性を表している。もちろんこの概念もまだ十分正確ではない。なぜなら知的財産権保護対象は一般知的創作物ではなく、創造性のある知的創作物であるからである。よって知的財産権客体を正確には創造的知的創作物と呼ぶべきである。論文の中では便宜のため、知的創作物と呼ぶことにする。Wendy J. Gordon, A Property Right in Self-Expression. Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property., Yale Law Journal, May, 1993. この論文の中で, Gordon の使用している概念は“intellectual property”である。
[64] コートとユロンは経済学の本の中で二つの例を挙げて私人物品について説明する。一個のズボンは特定の時間内に一人で穿かざるを得ないし、車は同時に二つの方向へ運転することができない。コートとユロンは核時代の軍事安全を例にあげて公共物を説明する。一人の国民に核攻撃からの保護を提供すると同時に他の国民への保護数を減らせない。事実上、異なる国民に異なる数の核攻撃からの保護を提供することは不可能である。ロバート･コート＝トマス･ユロン・「法和经济学」, 上海三联书店出版, 1992年版, 第146－147页。
[65] http://zh.wikipedia.org。検索日：2005年９月24日。暗黙知は、暗黙性、個人性、非合理性、状況性、文化性、偶然性と任意性、相対性、安定性、全体性などの性質をもつ。
[66] Jefferson (1884), 胡鞍钢・「知识与发展・21世纪新追赶战略」, 北京大学出版社, 2001年９月, 第５页より引用。
[67] ゴードン、ドラホス等は何度も知的創作物の歴史性を強調する。Wendy J. Gordon, 前掲注56. Peter Drahos, 前掲注18, P54-57.
[68] 梅夏英・「财产权构造的基础分析」, 人民法院出版社, 2002年版, 第100页。
[69] 杜月升・「论知识生产及其经济特征」,「深圳大学学报」(人文社会科学版) 第16卷第２期。
[70] 杜月升, 前掲注69。
[71] P. Laslett, Challenges to the Creator Doctrine, Kluwer Law and Taxation Publishers, P23.
[72] ロバート･コート＝トマス･ユロン, 前掲注64, 第185頁。
[73] M. R. Cohen, 前掲注54, P13.
[74] W. N. Hohfeld, Fundamental Legal Conceptions (W. W. Cooked., Westport, Connecticut, 1919, reprinted 1978).
[75] M. Foucault, Power/Knowledge (C. Cordon ed., Brighton, 1980), P98. M. Foucault, The Hisotry of Sexuality (R. Hurley tr., New York, Vantige Books, 1980), vol.1, P94.
[76] Peter Drahos, 前掲注18, P150, P163.
[77] John Rawls, A Theory of Justice, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1971, P3.
[78] 前掲注77, P302.
[79] Rodney, G. Peffer, Marxism, Morality, and Social Justice, NewJersey: Princeton University Press, 1990, P418.
[80] Nozick, 前掲注40, P151.

[81] この簡単な分析は中国の状況に基づくものであり、普遍的意義をもつとは言えない。

[82] Alexander, Larry & Kress, Ken 1995 “Against Legal Principles”, in Andrei Marmor, ed., Law and Interpretation, Oxford: Clarendon Press, 1995, P293; 82 Iowa Law Review (1997), P753.

[83] 张文显・「二十世纪西方法哲学思潮研究」，法律出版社，1996年版，第391页；刘星・「法律是什么―二十世纪英美法理学批判阅读」，中国政法大学出版社，1998年版，第155页；罗纳德＝德沃金・「认真对待权利」，信春鹰＝吴玉章訳，中国大百科全书出版社，1998年版，第20页以下；スチブンス・J・ボルトン・「法律和法律推理导论」，张志铭＝解兴权訳，中国政法大学出版社，“导言”，第１页，“正文”第13、110、196页。Hart, H. L. A. 1961. The Concept of Law, 1st ed. (Oxford: Clarendon Press) 1994. The Concept of Law, 2nd ed. (Oxford: Clarendon Press)

[84] アルトゥール・カウフマン・「类推与“事物本质”―兼论类型理论」，吴从周訳，台湾学林文化事业有限公司，1999年版，第27页。

[85] 参见沈宗灵・「现代西方法理学」，北京大学出版社，1992年版，第58－62页，另见吕世伦主编・「现代西方法学流派」（上卷），中国大百科全书出版社，2000年版，第66－68页。

[86] アルトゥール・カウフマン，前掲注84，第29页。

[87] アルトゥール・カウフマン・「四十五年来的法律哲学历程」，〔德〕アルトゥール・カウフマン・「类推与“事物本质”―兼论类型理论」，吴从周訳，台湾学林文化事业有限公司，1999年版，“附录”，第201页。

[88] 刘星・「法律是什么―二十世纪英美法理学批判阅读」，中国政法大学出版社，1998年版，第152、157页。

[89] Karl Larenz・「法学方法论」，陈爱娥訳，台湾五南图书出版有限公司，1996年版，第21页；ロスコー・パウンド・「通过法律的社会控制・法律的任务」，沈宗灵＝董世忠訳，商务印书馆，1984年版，第24页。

[90] 李可・「法律原则论」，天涯法律网。

[91] 李揚等・「知识产权基础理论和前沿问题」，朱理執筆の第六章「知识产权法定主义―一种新的认知模式」，法律出版社，2004年版，第141页。

[92] 郑胜利・「论知识产权法定主义」，载「中国高校知识产权研究会第11届年会暨高新技术知识产权保护与大学技术转移国际论坛论文集」上册，2003年10月。

[93] 朱理は知的財産権の創設を議論する際に立法者が考えるべき四つの要素を提起した。「権利の創設と行使のコストが権利による社会的収益より少ないのか？新権利がないとすれば知的成果の創造が阻害されるのか？市場に代替品が存在するのか？新権利の創設が社会公衆の伝統公有領域を侵害していないか？」、ここで朱理は順番を決めていない、また自由と効率の関係問題を言及していない。したがって筆者は彼の上記の要素を捨て去った。李揚等・「知识产权基础理论和前沿问题」，朱理執筆の第六章「知识产权法定主义―一种新的认知模式」，法律出版社，2004年版，第143页を参照。

[94] このような変化は、大陸法系及び英米法系において実施されたが、一部の裁判所は額に汗の法理に基づき、独創性のない事実編集に版権の保護を与えていた。ところが、1991年のアメリカ最高裁判所は、観点を明確にする判決を出した。本案中、原告 Rural（Rural Telephone Service Company）は電話サービス会社の社員であったが、自分の所在地区の非商業性電話番号編集し電話帳を作った。出版会社である被告 Feist (Feist Publications, inc.) は、電話帳を出版する中で、Rural の電話帳から1300個の電話番号をコピーしたが、その中には Rural 社が他人の無断印刷を防止するため作った偽番号４個も含まれていた。Rural 社は、1983年３月23日に Feist が自分の版権を侵害したとして起訴した。三級裁判所の８年をかけた裁判を経て、1991年アメリカ最高裁判所裁判官 O’Connor は、以下のような判決を出した。「Rural 社の電話帳には必要な独創性が欠けており、Feist 社の使用は版権侵害にならない」。この結論を導くため、O’Connor 裁判官は、事実と事実的編集を区分した上、憲法が版権保護を提供する二つの要件を強調した。O’Connor 裁判官は、事実は事実であり、作者の創作ではないので、版権の保護を受けることができないとした。ただし、事実的編集の中で選択及び編集を通じて全体的に編集者の独創性を表現すれば、版権の保護を受けるべきである。また、O’Connor は、明確に版権保護の本質的要件を指摘した。「版権保護に必要な独創性のレベルがいくら低くても、独立の創作のうえに最低限度の創造性という基準は、事実上存在するものである」。遺憾であるのは、原告の電話帳が非常に豊富な情報量を含んでおり、且つ多くの人に便利をもたらしたが、氏名の順番による伝統的な方法で作られたので、いかなる創意もなく、著作権の保護を受けることができない。Feist は、アメリカ事実編集類データベースの保護に深刻な影響を与えた。裁判所は、類似の事件にあった場合、まず敏感に編集者が事実選択、整理或いは編集において独創性を表現したかを考慮して判決を出すようになった。例えば、1991年第二巡回裁判所が審理した Kregos v.The Associated Press 及び Key Publications, Inc.v.Chinatown Today Publishing Enterprises 事件、1994年の Martindale-Hubbell, Inc. v. Dunhill International List Company Inc 事件、1995年の Skinder-Strauss Associates v. Massachusetts Continuing Legal Education, Inc 事件及び1996年の Pro-CD v. Zeidenberg 事件と1997年アメリカ連邦最高裁判所で審理した Warren Publishing v. Microdos Data Corp 事件がある。このような事件は、全部被告が許可なしに原告の編集した事実をコピーしたものだが、裁判所は、原告のデータベース事実の選択及び編集において版権の保護を受けるに足りる独創性がないと判断した。See Feist Publications v. Rural Telephone Service co., 499 U.S. 340 (1991), P345, 346. 同時に Paul T.Sheil and Robbert Penchina, WHAT’S ALL THE FUSS ABOUT

FEIST? THE SKY IS NOT FALLING ON THE INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS OF ONLINE DATABASE PROPRIETORS, Day Law Review 563, Winter 1992を参考にした。

[95] 1996年にＥＵは「データベースの法的保護指令」を採択した。指令の第三条は、保護されるデータベースは必ず内容の選択或は編集上編集者の独創性を有しなければならないと規定している。また指令はＥＵ加盟国が1998年１月１日までに法律、法規と行政条例などの形で指令内容を実施するように規定した。このことにより、イギリスなどのコモンロー国では長年の「額に汗の法理」を改めて、版権保護基準を高くした。その前、イギリスの司法実務の中で独創性の基準は非常に低く、作品が作者の独立した技能、知識、趣味或は判断をわずかでも消耗し、他人のコピーでなければ保護されるとした。Pearson 裁判官が University of London v. University Tutorial Press 事件の中でいうように「独創」という言葉は original 或は inventive の思想表現を意味するのではなかった。版権法が重視するのは思想の独創性ではなく、思想の表現であり……しかし、法律は独創的或は新しい表現方法を要請するのではなく、作品が他の作品からの複製でさえなければ、作者のものとされる。(See John Adams, Small Earthquake in Venezuela: The Database Regulations 1997, E.I.P.R. Vol.20 Issue4, Apr.1998, P129)。このような説が支配的であるイギリスでは、電話帳、株価表、テレビ番組表、競馬日程表、弁護士事務所名簿なども著作権法の保護を受けている。

[96] www.jiaoyitong.com. 検索日：2005年６月23日。

[97] 法律解釈の多様な主張については、张志铭・「法律解释的操作分析」，中国政法大学出版社，1999年版；陈金钊・「法律解释的哲理」，山东人民出版社，1999年版。

[98] ポズナー・「法理学问题」苏力訳，中国政法大学出版社，2002年版，第572页。

[99] ポズナー，前掲注98，第132页。

[100] アドーゾ・「司法过程的性质」苏力訳，商务印书馆出版，1998年版，第14页。

[101] ポズナー，前掲注98，第345页。

[102] ポズナー，前掲注98，第376页。

[103] 德沃金・「认真对待权利」，信春鹰等訳，中国大百科全书出版社，1998年版，第40页。

[104] 朱景文・「认真对待意识形态：批判法学对德沃金〈法律帝国〉的批判」，「外国法评訳」，1993年第４期。

[105] ポズナー，前掲注98，第444页。

[106] ポズナー，前掲注98，第452页。

[107] 田成有＝李来儒・「重构还是超越・法律解释的客观性探询」。www.xslx.cn，検索日：2004年１月10日。

[108] Peter Drahos，前掲注18，P219.





[109] 例えば中国の反不正競争法第二条が規定する基本原則、中国著作権法第三条列挙と包括的規定、「世界知的財産権組織公約」の第二条第九項第八款（工業、科学、文学、芸術領域における知的活動から発生する一切の権利)。

[110] 市場と法律の知的創作物保護における異なる役割と知的財産権制度の創設に対する影響については、日本田村善之教授の「市場、自由、知的財産」(有斐閣・2003年）第一章と第二章を参照されたい。

付記：本論文執筆において北海道大学法学研究科の田村善之教授と長谷川晃教授、及びＣＯＥ研究員の皆様からのご教授を頂き深く感謝の意を表したい。また金勲さんの翻訳のご苦労に心からお礼申し上げたい。