

动自由的限制不可超过怎样的界限等,这些课题所表现出来的,就是那些即使是经过民主性的决定也绝对不能侵犯的领域。在确定这些绝对不可侵犯的领域之际,自然权利、正义或者自由等理论,都是不可或缺的。

从而,在倡导解释论之同时,在民主性决定中去找寻现行法制之所以被设立的积极根据这一点上,我们应该探求在现行法的构造上,设立相关制度的民主性决定是如何被做出的,以这样的手法,明确合理地去解释现行法的趣旨。并且在另一方面,认为存在有法所欲具体实现之价值的领域(例如:确保个人行动的自由)时,我们所应该建构的解释论,必须更重视需要守护的价值观而非拘泥于现行法的构造。

“竞争的繁荣”与知识产权法的原理

——从法哲学的角度检讨田村善之教授的
知识产权法理论基础

[日]长谷川晃*

一、序 言

田村善之教授的知识产权法理论无疑是我国法学界重要成果之一,田村教授一连串的著作都展现了其丰富的学术创作能力。田村教授的智财法理论不仅在目前,而且对于今后的法律实务也将产生极大的影响。^①

然而,截至目前,并没有学者对田村智财法论所包含的理论或法哲学前提从事详细的分析检讨,这并不意味着田村智财法理论缺乏法哲学的内容,也不意味着其理论基础不明确。事实上,田村教授在自己的数篇论文中都曾明确地提及法哲学问题的关联,此外田村智财法论在此领域中也建立了崭新而首尾一

* 日本北海道大学大学院法学研究科教授。2004年2月24日举办了北海道大学法学研究科21世纪COE计划“建构知识产权法政策学的基本理念”国际研讨会。其间,田村善之教授报告了“市场指向型·机能的·自由统御型知识产权法”,笔者担任其评论人,本文便是由评论的草稿改写而成。笔者十分感谢田村善之教授、濑川信久教授以及其他相关人员,邀请笔者参与本次研讨会的评论以及其他各种相关的补助计划;另外也要感谢Peter Drahos教授在研讨会上给予笔者许多有用的意见,感谢其他与会者对笔者提出问题。

^① 田村教授关于知识产权法与相关领域的著作甚多,与本文题目相关者如下:《机能的知的财产法的理论》(信山社,1996年版);《竞争法的思考形式》(有斐阁,1999年版);《知的财产法》(有斐阁,2000年版);《不正当竞争法概说》(有斐阁,2003年版);《市场·自由·知的财产》(北海道大学大学院法学研究科,2003年版)。

贯的理论观点。^① 因此,问题是法哲学这方面并未十分关心新的法领域之理论意义,对于意义重大的田村智财法论没有进行分析考察,当然我自己也曾经是其中一人。故本文希望能对这样的理论空白进行补充,首先分析整理田村智财法论的前提,之后则进行若干检讨。

本文在整理、检讨田村智财法论的前提时,将留意以下三个重点。

第一,田村理论的基本观点大致上可分为,与知识产权相关的社会关系的相貌、其法律的构成方式以及知识产权法的规制形态这三点,以下将探讨其具体内容。第二,藉由探讨田村教授所批判的知识产权自然权利论以及探讨彼得·达沃豪斯(Peter Drahos)教授所主张的知识产权正义理论(与田村教授的理论有不同的重点),可以让田村理论的特质更加明确。^② 第三,在整理检讨了上述事项后,本文从我所思考的“信息的正义”(informational justice)的角度出发,试图找出知识产权法的方法论之另类可能性。

二、田村智财法论的基本观点及评析

首先,本文将探讨田村智财法论的基本观点问题,可再分为知识产权相关的社会相貌、其法律的构成方式以及知识产权法的规制形态这三点,且三点间具有密切的逻辑关联。^③

^① 参见〔日〕田村善之:《机能的知的财产法的理论》,信山社1996年版,第14页以下;《竞争法的思考形式》,有斐阁2003年版,第2、36页以下;《知的财产法》,有斐阁2000年版,第8页以下;《不正当竞争法概说》,有斐阁2003年版,第2章;《市场·自由·知的财产》,北海道大学大学院法学研究科2003年版,第1章。

^② See Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Ashgate, 1996, pp. 65—90.

^③ 社会关系的理解与对该关系的法的建构方式二者间所成立之逻辑的关系有些复杂。前者对于后者而言乃是一种评价的预设(presupposition)(关于预设请参见A. C. Grayling, *An Introduction to Philosophical Logic*, Blackwell, 1997, Ch. 4),其成立背后尚有一定的逻辑。亦即社会关系的一定属性,乃是该社会关系全体属性的一部分。这时我们假设重点的社会属性是S,与此相关的法理论的评价L,将会经由!S, ~L→~S, ∴ !L这样的“发现的逻辑”而被推导出(这是一种“逆推”(abduction)的推论形式)。然而另一方面,上述发现的推论在成立之前,必须要拿出逻辑上的证据说明S是选择性的成立。此时S是根据一定的标准,在可能的社会关系属性内被选出者。这时,一定的秩序理想被称作O,在O的关系方面,我们将会重视适合O的社会关系属性。也就是说,我们关心的社会属性S,其实是经由!O, ~S→~O, ∴ !S的“发现的逻辑”被导出的。当然这也就意味着,S的内容会因为O的内容而有所不同。其次,在这样的法理论形成过程发生作用的后设层次原理是,“我们应找出,最适合于秩序理想的社会关系属性为何,然后把该属性定义为该理想的选择根据”这样的逻辑原理。然而这样的后设原理有何种存在性格,且怎样才能成为妥当的形式,这些问题仍是法哲学的重要议题(这点跟制度一般的基本构成原理问题也有关联。cf. John Searle, *The Construction of Social Reality*, Penguin Books, 1996, Ch. 4)。尤其此处发生了一种逻辑的循环,亦即L是某种特殊化或具体化的O,因此,S;L,O三者互相支持。对于这样的循环怎么理解也是个重要问题。但无论如何,本文将从上述的角度出发,往下进行。

第一,在知识产权相关领域所产生的社会关系相貌方面,首先一般地,社会关系的相貌对于要规范其关系的法而言,乃是其对象。法会使用一定的方法来理解一定的社会关系,其后对该关系加以规范。因此,田村智财法理论也是,知识产权法通过其建构的理论,所要规范的社会关系为何,这便是理论的出发点。此际,田村智财法理论认为,知识产权法保护特别重要的信息领域,即持续创造的领域,这个领域里充满了各种各样的诱因,而诱因本身则有相当程度的自律性。^① 人们以多样的形态自由地生产出各种信息,并可以使用各种各样的形式发送信息,无人能阻挡这一趋势。在此种信息的开发与传送的竞争中,人们相互间取得各种信息并拥有利用信息的机会,藉此,社会全体便能保有丰富的信息,并对之开发进而产生繁荣。田村教授基本上对于社会的此类繁荣给予正面的评价。^② 笔者将此称为“竞争的繁荣(competitive flourishing)论”。但此观点并非针对社会全体相貌,而是限定在信息的领域,故与信息以外的其他社会领域并不相关。

社会关系由一定的样式所构成,从规范统御的角度,对此给予特定方式的处理,这一制度便是法。如同过去笔者曾提及的,制度在广义上可分为两种。^③ 亦即,第一层级的制度是在由个人组成的集团层次上,规范个人的行动,而第二层级的制度,则是针对社会上所存在的各种第一层级的制度,决定其间的秩序。第一层级的制度是由家庭或自发性集团等所形成的习惯性规范的集合体,此意义上的制度以多样的形式存在于社会中,会因为社会或历史的变动而自然地变化。第二层级的制度以组成社会的个人和各种集团的总体为对象,从特定规范的观点,对于长久以来形成的秩序给予变更、修正,并有意规范之。第二层级的制度和第一层级的制度相同,也会因为时间经过而转变为习惯,但同时也有很大的人为订立和修正的空间。相对于第一层级的制度而言,第二层级的制度之所以会出现,乃源于第一层级制度的相关机能发生了某些规范的问题,而第二层级的制度便要在规范上设法处理第一层级制度的机能不全问题。在此意义上,法乃是第二层级的制度,对既存的社会秩序加以统御。法基于这种规范的观点,欲改正第一层级制度所发生的规范脱节的状态。知识产权法也不例外,在信息方面,它对于各种习惯性的社会关系样式给予特定的规范。那么田村智

^① 〔日〕田村善之:《知的财产法》,有斐阁2000年版,第5页以下。

^② 同上注,第9、12页以下。此外,以市场机制的意义为前提,讨论其多元的法规范方式者,《市场·自由·知的财产》第1章,也是以“竞争的繁荣论”为基础。

^③ 〔日〕长谷川晃:《解释与法思考》,日本评论社1996年版,第185页以下。

财法论认为法应该如何地进行规范呢?

第二,对知识产权法的构成方式的问题,田村的理论提出了以下3个观点。亦即市场指向型知识产权法的观点、机能的知识产权法的观点以及自由统御型知识产权法的观点。^① 此处的“市场指向型知识产权法的观点”指的是,应信任事实上存在于市场的各种诱因的自律作用,来进行知识产权法的制度设计。另外“机能的知识产权法的观点”指的是,应在知识产权法的制度当中,依照问题的不同来订定规制方法和决定机关的角色分配。至于“自由统御型知识产权法的观点”指的是,在运用制度时,一方面要促使市场中的诱因顺利实践,另一方面也要保护因此而丧失的各个活动自由。乍看下,这些观点似乎都是田村智财法论的价值原点,亦即如同公理般的东西。但是我们不应认为它只是单纯的定理,也不应认为它是为了建构理论而自由选择的结果。从逻辑的角度而言,上述各个观点在更基础的层次上,存在着田村智财法论的基本原理,支持着上述观点。

从这个见解而言,使“市场指向型知识产权法的观点”成为可能的基本原理是“活用市场的原理”,使“机能的知识产权法的观点”成为可能的基本原理是“目的论制度化的原理”(the principle of teleological institutionalization),使“自由统御型知识产权法的观点”成为可能的基本原理是“诱因的最大化与自由的补充性原理”^②。此处“活用市场的原理”指的是,在法的基本目的相关事项上,市场上的各种活动本身基本上都是善的,对之规范的法不需将自己的基准强压于其上,而应尽可能地尊重这些善。另外,此处“目的论制度化的原理”指的是,在法的制度性格相关事项上,法本身的规范体系并无固有的存在意义,它依照着其规范对象的第一层级制度的样式,进行自我的演进,因此应将之建构成如上述第二层级规范体系。至于“诱因的最大化与自由的补充性原理”指的是,在法运用的价值基准方面,法为了促进市场活络而被制度化时,首先重点在于促发市场活动中的诱因,这是原则,但亦不能忽视各个行动者的自由,应该保护自由。这些原理便是先前田村智财法论的观点的根据,也是田村理论真正的出发点。

但是我们当留意,这些原理并非单纯是必然选择或假设的对象,其成立尚

^① [日]田村善之:《知的财产法》,有斐阁2000年版,第8页以下。

^② 田村的理论提到的3个观点与本文所言的原理属于逻辑的蕴涵(entailment)关系。例如“知识产权法是市场指向型的法”,这一个判断中包含了“知识产权法应灵活运用市场的型态”这样的判断。

有以下的前提。^① “活用市场的原理”在下述前提之下始有意义,即市场内有各种信息相关的活动进行着,人们享受其成果,且这样的活动将更为活跃进展,此处伴随着一个判断——预期出现信息创造、成果享受、开发促进等正面的回馈效果,或希望达成这样的效果。笔者将之称为“成果与开发促进的前提”。其次重要的是“目的论制度化的原理”,这个原理的意义伴随着以下的判断,即对于一定的社会关系,若要建立法的制度来加以规范,此制度的规制方法必须是有效的(effective)手段,换言之,对于该社会关系的规制效果必须是充分的。笔者将之称为“规制手法有效性(effective)的前提”。另外是“诱因的最大化与自由的补充性原理”,使这个原理有意义的是,以一定的方法定义诱因的最大化与自由这两个价值的关系的后设价值理论。此两个价值处于补充的关系指的是,若知识产权法的规制是以“促进成果与开发”为目标,追求“规制手法的有效性”,那么我们首先便要重视效率的实现,而自由的保护是其中的一部分,也应加以考量。笔者将之称为“目标取向伦理”(goal-based ethics)的前提。

如上所述,田村智财法论的根本前提由下述3套原理所组成:“活用市场的原理”——“成果与开发促进的前提”,“目的论制度化的原理”——“规制手法有效性的前提”,“诱因的最大化与自由的补充性原理”——“目标取向伦理的前提”。我们在此再度确认,田村智财法论由上述原理组合而成。

更重要的是,支持这些原理组合的3个前提本身,都与前述的“竞争的繁荣论”有联系。^② “竞争的繁荣”关系支配了信息的领域,它对信息相关的活动成果与开发的促进有一定意义,这样的评价反映在法的规制手法的有效性上,保证了其有效性,透过目标取向伦理的理论,以价值一元化的知识产权法为目标。于是,以目标为取向的形式体系化的知识产权法,反过来应可促进信息领域的创造与成果。当然,这并不意味着“竞争的繁荣论”贯穿于整个田村理论中。这里只是要强调,上述各种原理及前提使得“竞争的繁荣”也成为其理论的构成

^① 此处,“原理”与“前提”间的逻辑关系,属于前注已提及的一种预设(presupposition)关系。“前提”的成立与“原理”的妥当性本身是不同的问题,但若没有“前提”,“原理”就没有意义。唯须留意的是,“前提”与“原理”均有一定的规范内容。尤其是此处提到的“前提”,如同前注所言,乃是在该当社会关系里的各种属性当中,选择性地加以解释,因此它并非纯粹的事实。这里所说的“前提”不只包含一般使用的“本体论的承诺”。Cf. Grayling, *op. cit.*, p. 94f.

^② 各种“前提”与“竞争的繁荣”的社会关系相貌的关联如下,即对于后者包含的社会关系属性给予肯定的评价,而前者便是藉由该评价而成立。亦即“社会上出现各种创造的成果,开发也逐步进行”,对于这样的社会相貌,若我们给予“若社会相貌其自身有创新倾向,那么就更加以促进”的评价,就将归结到“成果与开发促进的前提”。重要的是,这个肯定的评价的逻辑身份。这个问题,如同前注提到的,与社会相貌和法的构成方式在理论连接的秩序理想意义有着很大的关联,但详细情形留待他文进一步的研究。

部分。

第三,如何理解具有一定规范构造的知识产权法的规制形态。田村智财法论认为,知识产权法的基本规制形态是个别的诱因对应形态,以实用的纷争处理为目标,并批评本文之后提到的自然权利论等,基于包括性原则的体系规制,将会阻碍“竞争的繁荣”^①。

田村理论的这个看法在某个意义上而言是很自然的。个别的诱因对应型的规制与包括性的自然权利保障型的规制两者的重要差异,在于法规制的机动性上。一般而言,后者形态的规制,例如宪法的人权条款,在某个法体系的根干部分当中,特定何为最基本而不可变更的价值或利益时,有着重大的意义。但另一方面,它不见得适合于经济政策等领域,因为该领域的法变动十分激烈,因而该领域需要频繁的立法修正。无可讳言,个人所有权与职业选择的自由保障等,对于划定基准线有很大的意义,但这些保障是抽象层面的东西,而实际的经济政策决定却是更个别具体层面的问题。信息领域是个充满日新月异的进步与变化的领域,我们对于这样的领域固然应给予宪法层次的基本人权保障,此外,尚应依照个别具体的问题和案例,给予实用性的规制。另外,在该社会关系中,若出现了高度的创造性或个别性情形,这样实用性的规制,尤其是诱因对应型的规制,就是十分合适的措施。例如,在讨论生存权这样的基本社会权时,不见得需要促进生活水平的相关措施,我们只要观察人们自然进行的活动,并从政策的观点给予补充,重点使全体的生存权都维持在基准线上即可。然而信息的领域有着高度的创造性和个别性,它不断地活动变化,在这种状况下,基准线层次的保障反而有使规制僵化的危险,各种政策的干预反而有可能阻碍创造性和个别性。因此,此时我们需要的规制是,能促进个别的创造并有利社会者。

田村智财法论重视个别的诱因对应型规制,若是基于上述的考量,那么我们可以看出,田村理论认为,在“竞争的繁荣”关系上,个别信息活动的创造性和个别性十分重要,而法应敏锐地响应此类个别活动的独自形态。

另外,有人可能认为,田村智财法论是以效率性为目标(但并非忽视自由)。但关于此点,田村教授自己仍持保留态度^②,本文亦提到,此点应在结合了“竞争的繁荣论”与“成果与开发促进的前提”的关系下,被理解为个别的诱因最大化,

^① 参见〔日〕田村善之:《机能的知的财产法的理论》,信山社1996年版,第2页以下;《知的财产法》,有斐阁2000年版,第10页以下。

^② 参见〔日〕田村善之:《知的财产法》,有斐阁2000年版,第19页以下;《市场·自由·知的财产》,北海道大学大学院法学研究科2003年版,第6章。

因此不应单纯地认为田村智财法论是增加社会利益的效率性理论。

举例而言,关于无意义的作品(dead copy)的规范,若单纯从效率性理论的角度来看,可能得到下述结论,即只要无意义的作品商品可刺激先行商品进行改造,促进商品改善,进而为消费者带来利益,就可以被容许存在。但田村智财法论却认为,无意义的作品将会减损先行商品的开发利益,因此他主张对其加以规范。^③ 由于田村理论对于自然权利论持否定态度,故在这个无意义的作品的讨论中,它必定认为先行商品的开发行为才是真正带来“竞争的繁荣”的行为。若是如此,那么在这个意义上,田村智财法论便是在所谓的信息领域中追求“创造有效性(creation effectivity)”这一价值。“创造有效性”的保障是被包含在“竞争的繁荣”里面的价值基准。“创造有效性”的保障固然以创造最多的社会成果为目标,它同时也有助于创作行为的自由发展。因此,虽然有时田村理论使用了效率性这个观念,但它其实是一种“限制的效率性”(bounded efficiency)。

确认了此点后,一个重要的论点将被推导出,即指导着田村智财法论的3个观点(与附随其上的前提)的秩序理念为何的问题。这个基础的理念问题可解决,由特定的社会相貌、法律的构成方式以及法的规制形态等问题所组成的法理论,为何需要采取如此的形式的问题。^④ 笔者向来将这种秩序理念的问题理解为正义观念的问题^⑤,若从这个观点出发,田村智财法论最基础的秩序理念可以说是,作为一种正义的“创造有效性”的保障。这固然是一定自由的保障,但它既非传统所指的消极自由的保障,亦不同于积极自由的保障。这个理念关系着人类活动最根本的自由性,是表现在信息领域的价值。^⑥

^① 参见〔日〕田村善之:《机能的知的财产法的理论》,信山社1996年版,第40页以下;同《知的财产法》,有斐阁2000年版,第24页以下;《不正当竞争法概说》,有斐阁2003年版,第282页以下。

^② 这个问题也就是先前提到的,0这个要素与其所决定的法理论L之间关系的问题。

^③ 参见〔日〕长谷川晃:《公正的法哲学》,信山社2001年版,第3章;长谷川晃:《市场上的法的正义为何》,载《法律时报》2003年1月号。

^④ 关于此点,田村善之教授经常提到,这与Friedrich Hayek的思想较接近。Hayek的思想推展了人类的自由活动,为了保护这种自由,应建立消极的正义规则,此外针对该自由而存在的各种法的、政治的原则亦十分重要。参见〔日〕田村善之:《市场·自由·知的财产》,北海道大学大学院法学研究科2003年版,第10页。另外,Cf. Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, Routledge & Kegan Paul, 1960, chs. 2, 15.

三、田村理论与信息自然权利论及达沃豪斯的正义论之差异

接下来是关于田村智财法论特质的第二个问题,笔者欲检讨,田村理论与信息自然权利论及达沃豪斯教授的正义的知识产权论有何差异。

一方面,田村教授对知识产权的自然权利论方法进行了批判,我们可以从上述的社会相貌、法的构成方式以及法的规制形态这3个要素来进行解读。^①也就是说,田村智财法论认为,信息自然权利论对于各个活动所生之信息给予绝对的保护,这将造成阻碍竞争的状态出现,即由于保护权利之故,对于创造性的社会关系加诸过多的规范制约,使用自然权利保障这个包括性的原则做出均一的规范。从这样的观点来看,信息自然权利论是缺乏弹性变通的理论。诚然,开发新药物的例子也显示,强有力的自然权利论在个人或组织的信息创造领域,对于该信息的成果给予排他性的保护,这可能减损了全体社会享受该信息利益之可能性。此外,为了走出这一困境,自然权利论把信息相关权利解释为,它必须服膺于他种权利或公共福祉的限制之下;田村智财法论认为,这个解释反而丧失了权利论的意义。我们若将两个理论加以比较,从理论的连贯性和有效性方面看,自然权利论存在着上述困境与问题,因此,田村智财法论看起来较有说服力。

另一方面,达沃豪斯教授主张基于正义的知识产权论,若把田村智财法论与之相比,则在某些方面田村智财法论不见得比较有利。达沃豪斯教授的理论的特征是,他肯定了知识产权的意义,但同时他也重视知识产权的界线和限制。他尤其留意到,信息这个资源有着独特的存在性格并伴随着权力性,因此他强调信息共有的意义。^②于是他推论的结果是,强调信息对众人开放所带来的智慧公有园地(intellectual commons)的意义,以及调和信息的共有与个别的信息创造而带来的动态效率性,另外也十分重视与此相关联的国际知识产权规范、各国和各个集团应有的自律、道德的多样性、授权、合作等价值。^③这一连串价值背后隐藏的价值基准便是“信息的正义(informational justice)”这一观点。

这个看法可以显示,达沃豪斯教授认为,信息应被优先均等地分配给社会

① 参见〔日〕田村善之:《知的财产法》,有斐阁2000年版,第18页以下。

② See Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Ashgate, 1996, Ch. 6, 7.

③ Ibid., p. 82.

全员,也就是约翰·罗尔斯(John Rawls)的正义论所说的社会优先财(social primary goods)的一种。^①关于罗尔斯的社会优先财,此处毋庸赘言。社会优先财指的是,理性的人类一定会追求的事物;每个人形成一套良善生活的观念,为了追求这种生活,所需要的社会背景条件和目的性手段便是社会优先财。社会优先财是所有人类共通必要的财,虽然我们可以计算其不足而加以平均分配,但它仅与个人活动的基本条件相关,不包含个人追求个别目的所需要的财。社会优先财包括各种基本自由(思想信仰的自由、集会的自由、人格的自由、法支配下的自由、政治的自由等)、迁徙的自由、以开放机会为条件的职业选择自由、拥有职务权限与责任的地位、所得与财富(例如粮食、土地、建筑、机械等可能交换的财货)以及自尊心等。^②虽然罗尔斯教授并未明示将信息包括在优先财中,但达沃豪斯教授把信息解释为优先财的一种也绝非不合理。最大限度保存各种信息,这对于现代社会中人们的活动而言乃是必须的条件。^③这个现象我们可以从以下的议题中察觉,即现今我们所讨论的信息取得权是否为宪法上的基本人权,另外,基于让市场机制顺利地运作所需的基本条件,我们则要求信息的完全性(当然,现实上也许仅能达成接近完全的地步)。在这个意义上,社会成员基本上被平等地赋予信息,而他们运用信息的机会应被平等保障;信息就是拥有上述意义之财货,因此它也应尽可能地被同等地分享。当然现实世界中,人与人之间可能发生所持信息数量多寡不均的问题,但这个事实与资讯乃是社会优先财此一命题并不冲突。若能确保取得信息的机会均等,那么现实中所持信息数量多寡不均的问题则有可能被解决。

这个“信息的正义”观点,既与田村智财法论提到的诱因规制不同,亦与田村智财法论所批判的自然权利论不同。我们先从较单纯的自然权利论比较起,首先我们知道,田村智财法论在信息方面,可说是自然权利论的对极。虽然田村智财法论与自然权利论均肯定市场竞争,但田村智财论反对自然权利论的规范主义(normativism)与包括性原则的规制。它认为,为了促进市场竞争的效率,应重视诱因的个别规制。因此,田村智财法论在基本精神上,认为个人的信息创造对于社会而言十分重要,在这一点上,田村智财论和自然权利论持同样的看法。也就是说,这两个理论同样都把信息理解为个人的善(private good)。另一方面,先前已提及,达沃豪斯教授主张,信息是所有人类活动基本资源的共

① See Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Ashgate, 1996, Ch. 8, esp. p. 173ff.

② John Rawls, *A Theory of Justice* (Rev. ed), Harvard U.P., 1999, §15.

③ See Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Ashgate, 1996, pp. 174, 177, 179, 189.

通财货,也就是一种共有的善(common good)。^① 这个看法有时候也可能被认为跟自然权利论相同。把信息与其基本权利从正义的观点定为规范原则或是共有的善的观点,与把信息相关的自然权利定为基本原则看法,其实没有太大的差异。事实上,“信息的正义论”本来就含有包括性的原则。但与自然权利论不同的是,“信息的正义论”的原则的内容,并非给予个人的善的知识产权绝对的保护,而是保障人们平等地享受共有的善的信息,并在这个范围内积极地承认权利的意义而已。由此可见,“信息的正义论”与田村智财法论所批判的自然权利论,在意义与射程方面都有极大的差异。

以上稍微整理了田村智财法论与自然权利论和达沃豪斯教授正义论的差异,笔者整理的内容是否完全无误,则仍有议论的空间,相关内容需要更进一步的检讨。特别是关于信息究竟在何种意义之下可被理解为共有的善这个问题,固然可以引用罗尔斯的社会优先财观点作为支持,但理论根据仍存有问题。例如罗尔斯为了佐证社会优先财的理论,将个人善的形式合理性作为根据,提出了“弱”理论。^② 然而是否可以根据这个“弱”理论,就将信息定义为社会优先财,这仍是需要讨论的。但本文受篇幅限制,故仅能将问题点出,希冀日后能出现进一步的研究。

四、对知识产权的另类检讨

最后笔者想讨论的,与田村智财法论和自然权利论都不同,而是从“信息的正义”这一观点出发,对知识产权进行另类的检讨。

首先让我们再度确认一些重点,田村智财法论中包含,信息领域的“竞争的繁荣论”,和与此相对应的知识产权法的构成方式,以及法的规制形态的原理组合。具体而言,法的构成方式包含了:“活用市场的原理”——“成果与开发促进的前提”、“目的论制度化的原理”——“规制手法有效性的前提”、“诱因的最大化与自由的补充性原理”——“目标取向伦理的前提”,此外,法的规制形态应

^① Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Ashgate, 1996, p. 210ff.; do., “Intellectual Property Industries and the Globalization of Intellectual Property: Pro-Monopoly and Anti-Development?”, 85 页以下。对于达沃豪斯教授主张信息是一种共有的善这一说法,我们应持若干保留的态度。信息主要是个人和集团自由活动所需的基本资源(或者是罗尔斯说的社会优先财),若从这个角度来看,信息属于共有资源的此一说法的意义,与其说是在于共有性,不如说它与公共性更为相关。然而,此际我们或许可以区分,信息共有的重要性与公共公正地分配信息之不同。

^② See John Rawls, *A Theory of Justice* (Rev. ed), Harvard U. P., 1999, § 63, 66.

采取个别的诱因规制。上述内容便是田村智财法论的基础。

那么“信息的正义论”的理论重点为何呢?若从社会关系的相貌、法的构成方式以及法的规制形态这3个要素出发,并将之与田村智财法论的观点做比较,可以得到如下述几个例子的结论。即,“信息的正义论”主张的知识产权法论的基本社会关系相貌应该是所谓的“合作的繁荣”(cooperative flourishing)论。换句话说,此理论认为,信息若成为人们生活的基本资源,而被平等地分享,则有助于促进社会繁荣。因此,包含知识产权法的信息相关法律的基本构造应为,信息领域的自由创造与活动的程序必须受限于尊重平等的条件。笔者称之为“市场驯化(the taming of market)的原理”。根据“合作的繁荣论”,信息领域中的人类活动有两个前提,一是基于合理判断的自发行为,另一是与他人关系方面,则有适当的谦抑。此外,以“信息的正义”为目标,并以信息的平等分享为原则,法便是此原则有效地制度化后的产物,故此处发生了“义务论的制度化(deontological institutionalization)原理”。此时法的规制方法具有一定的演绎的逻辑性(deductivity),而变得具体化或特殊化。再者,更重要的是这些原理的本质是,信息分配和取得可能性的平等,以及由此而生的信息创造和享受的自由,因此笔者将之称为“平等自由的原理”。当这个“平等自由的原理”在逻辑上决定了法的形式时,理念取向伦理(ideal-based ethics)的前提便被导出。那么这些原理与前提的上位秩序理念为何呢?例如保障“平等取得信息”,便可能是其秩序理念。^①

在知识产权法的各个相关具体问题方面,究竟“信息的正义”观点有何意义,本文对此无法进行更深入的探讨。一般而言,如果这样的另类观点成立,那么真正的问题不在于田村智财法论与“信息的正义论”哪一个看法比较正确,真正的问题是,此两种看法要如何共存。也就是说,如果信息是各种活动的基本资源,而人们又取得了同等的信息量,在此前提下,人们要利用这些信息,各自进行何种创造的问题,则属于个别诱因规制方面的问题。事实上,田村智财法论也不是不能定义为如此。就如先前已论及的,田村理论最基本的价值基准在于“创造的有效性”,而调和诱因最大化与自由这两项要素。因此,若“创造的有效性”可以在“平等取得信息”的条件下实践,那么两个理论间就不存在太大的矛盾。此际,“创造的有效性”在符合“平等取得信息”的条件下,乃是人们自发地利用信息时的基准。罗尔斯曾提到,在符合正义原理的社会中,每个人追求自己的善,并期盼其扩大与发展,他称之为“亚里士多德的原理”。笔者认为,上

^① 参见〔日〕长谷川晃:《公正的法哲学》,信山社2001年版,第165页以下。

述情形跟罗尔斯的此一原理有共通之处。^① 此处重点不在于,同样都属于个人偏袒 (partiality) 的自然权利与自由诱因的对立问题;重要的是,信息的共有性与个人偏袒的并存问题,或者是“信息的正义”观点中的伦理性 (ethics) 与慎思 (prudence) 并存的问题。^②

本文因篇幅有限,无法从上述观点对于知识产权法进行全盘性的检讨,但此处仍想再提出几个可能相关的问题。

第一是,先前也提到的,关于无意义的作品规制的问题。田村智财法论在前述的各项条件之下主张禁止无意义的作品,为了保障“创造的有效性”,它最后并同意以不正竞争防止法加以规范。与此相较,“信息的正义论”虽然也认为无意义的作品是应被禁止的行为,但其理由却是信息真正性 (authenticity) 的问题。^③ 田村理论对于这种看法,可能会认为它过度重视无意义的作品的伦理性问题,但我们要注意的是,这个看法并非从个人的善的角度,而是从共有的善的角度出发的。此外,正如田村教授自己所言,若规范限制无意义的作品结果并不会有益于诱因^④,那么这两个看法应该是可以调和并存的。

第二是,社会中信息的文化条件,或是信息的制度条件的问题。何种信息对人们的生活是有意义的,而能成为保护和促进的对象,须视该社会中的价值观以及信息相关的制度态样而定。因此,什么样的信息和创造活动适合诱因规制、什么样的信息适合平等均一的规制,不仅是意见看法的差异问题,还牵涉文化与制度态样。^⑤ 倘若如此,那么田村智财法论与“信息的正义论”,究竟何者适当的问题,就不是绝对能回答的。这个问题似乎应修正为,信息究竟是个人善或共有的善,或者是在何种脉络下哪个性质比较重要,这样来讨论似乎较为妥适。

最后,笔者要指出的是,若田村智财法论由上述提及的逻辑结构所组成,那么信息领域的“竞争的繁荣”此一观念,虽然适用于成熟的信息社会,但不见得适用于发展中社会,因此田村理论可能有此种范围上的限制。如果我们将田村

① See John Rawls, *A Theory of Justice* (Rev. ed), Harvard U. P., 1999, § 65.

② 参见〔日〕长谷川晃:《公正的法哲学》,信山社2001年版,第80页以下。

③ 此处所言的信息真正性,乃是信息的人类意义相关的属性之一。也就是说,谎言和虚伪在道德推论的结果,基本上被认为是分类上的不正义。

④ 参见〔日〕田村善之:《知的财产法》,有斐阁2000年版,第25页以下;《不正竞争法概说》,有斐阁2003年版,第284页以下。

⑤ 虽然田村智财法论并未忽视这个问题(参照田村善之:《知的财产法》,有斐阁2000年版,第462页以下),重要的是,在这里他认为应该尽量减少信息活动造成的不必要花费;但问题是,这样的想法,对于非欧美社会的民俗文化等传统文学和传统音乐能保护到什么程度,值得检讨。

理论仅适用于成熟的社会,可能问题不大,但要留意到国际间信息持有数量多寡不均的问题。也就是说,在采用了“竞争的繁荣论”后,社会出现的进展期望达到某个临界值 (threshold), 这样的社会才是适用田村理论的社会。关于这一点,当成熟的信息社会发生所持信息数量不均的问题时,我们便可以适用“信息的正义论”;此外当国际间成熟度有差异时,“信息的正义论”反而更显重要,由此观之,它可能比田村理论具有更广泛的意义。^① 虽然这个问题可能不在田村理论讨论的范围内,但现下知识产权的保护不只局限于国内,国际间的保护也逐渐成为重要的问题,故这点也可作为评断田村理论正确与否的一个指标。

① Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Ashgate, 1996, p. 187ff.

补 遗

本刊创刊号中日本学者长谷川晃教授的论文《“竞争的繁荣”与知识产权法的原理——从法哲学的角度检讨田村善之教授的知识产权法理论基础》的译者为黄诗淳,所属单位为日本北海道大学大学院法学研究科(博士后期课程3年)。岛并良教授的论文《专利客体论的方法及其结构》的译者为金燕,所属单位为日本北海道大学大学院法学研究科(法学政治学专攻修士课程2年)。特此说明。