



Title	知的財産権に基づく請求権の制限について
Author(s)	李, 揚; 蘭, 蘭//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 28, 1-37
Issue Date	2010-03
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/43644">https://hdl.handle.net/2115/43644</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	28_1-37.pdf



## 知的財産権に基づく請求権の制限について

李 扬  
蘭 蘭(訳)

### 一. 問題の提起

知的財産権に基づく請求権には、侵害停止請求権、侵害危険停止請求権、侵害組成物および侵害装置の廃棄請求権が含まれる<sup>1</sup>。混乱を避けるため

---

<sup>1</sup> 知的財産権に基づく請求権の性質と特徴については、蒋志培「我国立法和司法确认的知识产权请求权」中国律师2001年第10期、蒋志培「知识产权请求权及其相关内容」<http://www.civillaw.com.cn/Article/default.asp?id=7643> (2009年3月10日アクセス)、王太平「浅论知识产权请求权」[http://www.hicourt.gov.cn/theory/artilce\\_list.asp?id=3676](http://www.hicourt.gov.cn/theory/artilce_list.asp?id=3676) (2009年3月10日アクセス)、刘红兵「知识产权侵权物司法处置若干问题的思考」<http://rmfyb.chinacourt.org/public/detail.php?id=122767> (2009年3月10日アクセス)、张农荣「知识产权的民法保护方法」[http://www.chinalawedu.com/news/2004\\_6/2/1429294264.htm](http://www.chinalawedu.com/news/2004_6/2/1429294264.htm) (2009年3月10日アクセス)、杜颖「日本知识产权保护中的差止请求权」外国法译评1999年第4期、吴汉东「试论知识产权的『物上请求权』与侵权赔偿请求权」法商研究2001年第5期、陈锦川「试论我国知识产权请求权的初步确立」人民司法2002年第10期、杨明『知识产权请求权研究』(北京大学出版社、2005年)を参照。

学説のなかには請求権の分類について、請求権を侵害類型とそれに応じた救済手段の違いから、防御請求権、保全請求権および救済請求権という形で分類するものがある。これは、大陸法における物権的請求権と債権的請求権という伝統的な二分法を覆すものである。田土城「请求权类型化研究」美中法律评论2005年第8期を参照。このような学説が成り立つのであれば、知的財産権に基づく請求権には、侵害停止請求権、侵害危険停止請求権、侵害装置廃棄請求権、侵害成果物廃棄請求権のほか、損害賠償請求権や不当利得返還請求権なども含まれることとなろう。しかし、こうした見解は絶対的な少数派である。論争を避けるために、本稿ではこの

に、また概念を明確にするためにも、本稿でいう知的財産権に基づく請求権とは侵害停止請求権のことを指すものとする。

知的財産権には排他性があり、また有効性の推定<sup>2</sup>が働くために、裁判所はある行為が知的財産権の侵害行為に当たると認定すると、他の要素をほとんど考慮することなく、被告の侵害行為の差止めを原則的に認めている。知的財産法制度が制定されて以来、このような法運用が裁判所において千古不滅の真理として堅持されてきた。しかしこのような状況は2006年を境に急激に変化しつつある。同年5月15日、米国連邦最高裁はeBay事件<sup>3</sup>について最終審としての判断を下した。最高裁によれば、権利者に永久の差止請求権を付与することを認容しうるか否かをめぐっては、下記の4つの要素を併せて考慮しなければならないという。すなわち、(1)権利者が回復不能な損害を被っていること、(2)現行法が用意している金銭賠償等の救済方法では十分に権利者を救済することができないこと、(3)両当事者の不利益のバランスに鑑みてエクイティ上の救済が正当化されるこ

問題について詳論しない。

<sup>2</sup> 知的財産権の有効性の推定とは、裁判所が知的財産権侵害や契約違反の事件を審理する際、知的財産権は一般に合法かつ有効な権利であると推定することをいう。

<sup>3</sup> 本件の事案は、次のとおりである。eBayはオンライン上の著名なオークションサイトである。本件サイト上で売り手と買い手は各自の求めに応じて商品を検索することができる。そして参加型オークションを通じて、あるいは定価で商品を購入することができる。一方、MercExchangeは、オンラインオークションに関連した3件の特許技術を保有する小規模会社である。本件においてeBay、Half.com、ReturnBuyの3社は、顧客が直接ネット上で定価商品を購入できるシステムを利用した。これはMercExchangeの固定価格競売特許と抵触する疑いがあった。そのためこれに気付いたMercExchangeがヴァージニア州東部地区連邦地方裁判所に訴訟を提起した。訴訟中にMercExchangeとReturnBuyとは和解した。連邦地裁は、他の被告2社の行為について故意侵害であると認定し、原告に対して合計3500万ドルの損害賠償の支払いを命じた。ただし連邦地裁は、種々の要素を考慮した結果として、eBayに対する永久の差止命令を認めなかった。MercExchangeとeBayは、それぞれ判決を不服としてCAFCに控訴した。CAFCは、特許権侵害および特許の有効性に基づいてMercExchangeの永久差止請求権を認容した。これを受けてeBayは、CAFC判決を不服として連邦最高裁に上訴した。連邦最高裁は、連邦地裁およびCAFCにおける判断に過誤があることを理由にCAFCの判決を破棄した。

と、(4)差止めによって公益を害しないこと、の4つである。この基準によれば、英米法における権利者の永久の差止請求権、あるいは大陸法における侵害停止請求権（以下では検討の便宜のため、永久の差止請求権と侵害停止請求権を併せて侵害停止請求権という）は、公共の利益が害される場合や被告が重大な損失を被る場合には認められず、その場合には損害賠償請求権によって代替されるべきであるということになる。eBay事件最高裁判決が下されて以降、同判決は東洋および西洋の知的財産法の世界に多大な影響をもたらした。同判決の意義については多数の研究者が高い評価を与えている。しかし、eBay判決に類似する裁判例は2004年頃にはすでに中国において現れていた。すなわち、珠海市晶芸ガラス工事有限会社が広州白雲国際空港株式有限会社を相手に提起した実用新案権侵害訴訟事件における広州市中級人民法院の判決がそれである<sup>4</sup>。本件の原告は「可動式カーテンウォール連結装置」という考案について実用新案権を有しており、訴訟提起時には当該実用新案権は存続期間内にあった。被告は空港の建設工事において、原告実用新案権の技術的範囲に属する製品を無断で使用した。使用面積は1万3千平方メートルにも及ぶものであった。そこで原告は被告に対し、侵害行為の停止および損害賠償、実用新案権の使用料の支払いを求めた。広州市中級人民法院は、「空港という施設の特殊性に鑑みれば、被疑侵害製品の使用の停止を認容することは社会公共の利益に反する」と説示し、被疑侵害製品の使用停止の請求を認めない代わりに、被告広州白雲国際空港株式有限会社は原告に相当な使用料を支払うべきことを命じた。原告の侵害停止請求権はどのような場合に認容されるべきかについて、広州市中級人民法院は米国連邦最高裁のような詳細な分析を行わなかったものの、少なくとも両判決の考え方の大筋はある程度共通するものであることが分かる。つまり、原告実用新案権（特許権）を侵害する被告製品の使用を停止すると公共の利益が害されることになると思われる場合には、原告の侵害停止請求権を認めるべきではないこと、そしてその場合には、被告に対して実用新案権の使用料の支払いを命じるという救済手段によるべきであること、の2点で両判決は共通している。しかし極めて遺憾なことに、中国の裁判資料の公表に多大な時間がかかったこ

<sup>4</sup> 広州市中級人民法院（2004年）穗中法民三知初字第581号。

とに加えて、中国の知的財産法研究者に鋭敏な洞察力がなかったこと等の事情により、広州市中級人民法院が下した本判決は、その意義の大きさにもかかわらず学界においてさほど重要視されないまま現在に至っている。そのため、中国において本判決が他の裁判所に影響を与えることもほとんどなかった。

米国連邦最高裁と中国広州市中級人民法院は、ともに判決を通じて知的財産権に基づく請求権の制限について新たな方法を提示した。被告に使用料を支払わせること（米国の裁判所や学者の間では損害賠償と呼ばれる）をもって侵害行為の停止に代替するという方法である。しかし多くの疑問点も残されている。たとえば、米国連邦最高裁によって確立された4つの判断要素は、それらをすべて満たしたときに初めて知的財産権者の侵害停止請求権が制限されるのか？一方、広州市中級人民法院によって確立された公共の利益の要素は、それが害されたという判断のみで知的財産権者の侵害停止請求権が制限されるのか？以上は判決に関する疑問であるが、その前提に関する疑問もある。たとえば、現行の知的財産法制度には知的財産権に基づく請求権を制限する方法が何かあるだろうか？もしあるとすれば、なぜ米国連邦最高裁や中国広州市中級人民法院は前述したような知的財産権に基づく請求権を制限する方法を新たに作り出す必要があったのだろうか？このほか、理論面に関する疑問もある。たとえば、知的財産権の有効性の推定や排他性を認めるのであれば、場合によって使用料の支払いという形で知的財産権者の侵害停止請求権に代替する必要があるのだろうか？等々である。これらの疑問を明らかにしない限り、知的財産権者の権利を過度に制限してしまう可能性があり、大規模な侵害行為の横行を招きかねないという恐れもある。そのような事態は、知的財産権者の創作のインセンティブを維持するうえで非常に不都合であり、立法や司法をつかさどる者が目にしたくない光景である。

ここで思い浮かぶのは、90年代末頃に中国で広く論じられていた「武松打虎」事件である<sup>5</sup>。1980年に本件の被告である景陽岡酒造場は、画家劉繼卣氏の「武松打虎」と名付けられたシリーズ絵画著作物のうち第11枚目の絵画に修正を加え、それを自社が生産する景陽岡焼酎の瓶ラベルと外箱

に付して販売をはじめた。1989年に被告景陽岡酒造場は、再び第11枚目の絵画に修正を加えたうえで、国家商標局に商標出願し、商標登録を受けた。被告は1990年に景陽岡焼酎を中国酒文化博覧会に出品した。1995年6月、被告は北京人民大会堂において「景陽岡醸造品評会」を開催した。これを受けて翌1996年7月、劉繼卣氏の相続人である原告遺族等は著作権侵害を理由に訴訟を提起した。訴訟において原告は、被告に対し、直ちに著作権侵害行為を停止すること、経済的な損害として50万人民币を賠償することを求めた。裁判所は、被告の行為が著作権侵害に該当すると判示し、被告に対して、原告が著作権を有する絵画著作物を被告の景陽岡焼酎の瓶ラベルおよび外箱包装に使用する行為の停止、および原告の経済的損失として20万人民币の損害賠償を命じた。1997年、原告はこの判決文をもって国家商標局に景陽岡酒造場の商標登録の取消しを求めた。国家商標局は原告の請求を容れて景陽岡酒造場の商標登録を取り消した。以上から窺えるように、「武松打虎」事件は前述した米国連邦最高裁および広州市中級人民法院の各判決と関連性を有するものである。それでは「武松打虎」事件において裁判所が、被告に対し、被告焼酎の瓶ラベルおよび外箱に原告絵画を付して使用する行為の停止を命じたことは妥当であっただろうか？また、同判決に基づいて国家商標局が被告の登録商標を取り消す旨の処分を行ったことは適切であっただろうか？

以下では、前述した問題点について詳しく検討するが、検討に先立ってまずは知的財産権の保護と利用のバランスについて考えることにしよう。

## 二. 知的財産権の保護と利用のバランス

知的財産権の客体である情報の無体物性<sup>6</sup>ゆえに、情報の創作者は、有体財産の所有者が物理的な手段を通じて所有物をコントロールするようには情報をコントロールすることができない。したがって知的財産権の客体は、使用および消費の面で非競争性および非排他性を有しており、公共財的な性格を具備しているのである<sup>7</sup>。他方で、その生産過程に着目すれ

<sup>5</sup> 孙建・罗东川編『知识产权名案评析2』（中国法制出版社、1998年）79～82頁。

<sup>6</sup> 李扬『知识产权法总论』（中国人民大学出版社、2008年）1頁。

<sup>7</sup> 公共財とは、使用および消費において排他性を持たない財である。一人の者が公

ば、情報の生産には首効性やリスク性という特徴がある<sup>8</sup>。この2つの特徴が合わさると以下のような傾向が生じるかもしれない。すなわち、誰しもリスクを冒してまで、自らの知恵、費用、労力、時間等のコストを費やして新たな情報を開発することを望まないだろう。むしろ他人の開発成果にただ乗りすることを望むようになる。こうなると、情報の生産と利用の間に一種の緊張関係が生じることになる。社会全体の効率を追求する立法者にとって第一の目標は、有効なメカニズムを構築し、もって十分な情報が生産されることを保障することである。国家による投資や買上げは確かに1つの選択肢ではある。しかし国家による投資であれ買上げであれ、それらは効率性と公平性を保障することができないために、どちらも最善の選択肢ではない<sup>9</sup>。経済学者の研究成果および歴史的な変遷から得た法則に鑑みれば、最も望まれる選択肢は1つしかない可能性がある。それはす

---

共財を消費しても、そのことは他者が当該財を消費することを排除しない。また、他者の使用を排除するには極めて高いコストがかかるため、他者による当該財の消費を排除することはできない。Robert D. Cooter & Thomas S. Ulen『法和経済学』（上海三联书店出版、1992年）147頁。

<sup>8</sup> 首効性とは、知的財産がいったん創作されると、その使用および消費の非排他性ゆえに、それ以上に重複して創作する必要はないということを指す。重複投資は社会の知的財産の総量を増大させることにはならないため、有限の社会資源の浪費にしかならない。一方、リスク性とは、知的財産の生産はすべて新たな創作物の誕生を意味するので、新たに誕生した創作物の成功の可否、成功する可能性の程度、成功後に市場化できる可能性、創作者による投下資本の回収見込みなど、様々な不確実性が存在していることを指す。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。

<sup>9</sup> Arrowの主張によれば、国家が直接税収を投入し、知的財産生産活動を行う場合、いったいどの程度の資金を投入すれば有用な知的財産を得られるかについて不確実である。さらに、投資リスクを軽減するために、知的財産の生産活動のための費用をすべて国家に負担させるのは効率性の低下を招きやすいとする。Kenneth J. Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in *THE RATE AND DIRECTION OF INVENTIVE ACTIVITY: ECONOMIC AND SOCIAL FACTORS*, pp. 609-625 (Princeton University Press, 1962). このほか、国が資金投入対象を的確に選定できるかという点も研究に値する問題である。田村善之『市場・自由・知的財産』（有斐閣、2003年）93頁。

なわち、市場メカニズムを活用しながら、法律を通じてあらゆる人が欲する稀少な資源を人工的に作り出すこと、つまりは排他性を有する権利を作り出すことである。無体物性を有する情報に排他的な権利を付与することは、何人もその情報に接したり、学んだりすることはできるが、権利者の許諾がない限り、いかなる形の営利的な利用もできなくなることを意味する。これにより、自らは労力をかけずに利益を得るようなフリーライド行為を防ぐことができる。こうした排他的権利は一種の稀少な資源に属するため、情報の創作者が力を奮って獲得したい目標となる。このまま進展すれば、立法者の第一目標、すなわち十分な情報が産出されることを保障するという目標は実現されることになる。排他的な稀少資源である権利を創設し、権利を有する者が市場の状況に合わせて自己の自由意志に合う効率的な利用態様を選択する（他人への利用許諾の可否の選択を含む）というこのような方法は、通常、権利創設方式とかプロパティ・ルール（所有権的保護方式）と呼ばれている<sup>10</sup>。ときには絶対権・排他権的方法と呼ばれることもある。この方法のメリットとしては次のようなものが考えられる。すなわち、権利者は完全な排他権を有することから、情報の利用を希望する者は何人もそのたびに必ず事前に権利者の許諾を得ることが必要となる。そのため、権利者は市場の具体的な状況に基づいてその利用許諾の効率性を評価することができる。この過程においては、国家権力が私人の自由領域に干渉することはなく、もっぱら権利者が利用の価格を決定することができるのである。ただ例外的に、市場メカニズムが機能不全に陥るなどの事態によって取返しのつかない侵害行為が起こる場合には、国家の審判機関が事後的に権利の価格を決定することになる。

理論的にいえば、排他性を有する稀少資源である権利を作り出す際、立法者は、情報の創作者により強いインセンティブを付与しより多くの情報生産を促進するために、その排他性をできる限り強化し、甚だしきに至ってはそれを絶対化しようとする。しかしながら、すべての物事はある極点に達すれば必ず逆の方向に働くときが来る。権利の排他性を絶対化してしまうと、情報に関するいかなる利用行為であっても、事前に権利者の許諾

---

<sup>10</sup> Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, HARV. L. REV., Vol. 85, No. 6, pp. 1089-1128 (1972).

を得なければならぬことになる。情報には非排他性という特徴があるため、現実には情報の利用および学習について権利者が完全にコントロールすることはできないのだが、それはさておき、かりに権利者がそうしたコントロールをできるとしても、予想される膨大な取引コストが権利自体の利用からもたらされる効率性を相殺してしまうかもしれない。したがって知的財産権の排他性を絶対化すること、つまり知的財産権を所有権のように絶対化することを効率的に実現しうる可能性は低いといわざるをえない。

さらに重要なことは、知的財産権の排他性を絶対化する場合、立法者はもう1つの目標の選択に関わる問題、すなわち情報利用の促進を実現しうるのかという問題を突きつけられることになる<sup>11</sup>。情報の生産は、立法者が実現しようとする社会全体の効率性という目標にとって何よりも重要なことである。しかし創作された情報は、その後社会において利用されな

<sup>11</sup> 知的財産権の保護を強化することと知的財産の利用を促進することは、知的財産権法の2本柱である。たとえば、中国専利法第1条は、「特許権者の合法的な権利を保護し、発明創造を奨励し、発明創造の応用化を推進し、イノベーション能力を向上させ、科学技術の進歩と経済社会の発展を促進することを目的として、本法を制定する。」と定めている。

また、中国著作権法第1条は、「文学、芸術及び科学的著作物の著作者の著作権並びに著作権に隣接する権利と利益を保護し、社会主義における精神的文明と物質的文明の樹立に有益な作品の創作と伝達を奨励し、社会主義における文化と科学事業の発展及び繁栄を促進することを目的として、憲法に基づき本法を制定する。」と定めている。

知的財産権法の立法目的を最適に表しているのは、米国憲法第1条8節8項である。「連邦議会は、著作者及び発明者に対し、その著作及び発見に対する排他的な権利を一定期間保障することにより、学術及び有用な芸術の発展を促進する権限をもつ。」この条項の目的については、米国連邦最高裁が Mazer v. Stein, 347 U.S. 201 (1954) において具体的に説明している。すなわち、「本条項は、連邦議会に特許及び著作権を付与する権能を認める規定である。その背後にある経済哲学は、私的な利益を与えることで個々の努力を奨励することこそが、著作者や発明者の才能をもって『学術及び有用な技芸』分野の公共の福祉を増進させるための最善の方法である、との確信である。」沈四宝・刘彤『美国反垄断法原理与典型案例研究』（法律出版社、2006年）331頁。

ければ、立法者が実現しようとする社会全体の効率性という目標が達成されない恐れがある。したがって、プロパティ・ルールを通じて十分な情報の生産を保障すると同時に情報の利用を促進するために、いかなるメカニズムの制度設計を行うべきかということが立法者に課せられたもう1つの難題である。

ライアビリティ・ルール（損害賠償的保護方式）は1つの選択肢となるかもしれない。ライアビリティ・ルールとは、権利者の意向にかかわらず、何人も権利者のコントロール下に置かれた情報を利用することができるが、その代わりに、侵害行為が起きると被告に対し権利者の被った経済的損失を補償するよう裁判所が命じるという方法である。この方法の本質は知的財産権の排他性を完全に解消してしまう点にある。このようにライアビリティ・ルールによれば、権利者との交渉コストは省かれるため、何人も権利者のコントロール下に置かれた情報を利用することが可能となる。ゆえに、情報利用の促進という立法者が目指す目標を達成するうえでは、むしろこのようなライアビリティ・ルールのほうが相応しい。しかし問題は、この方法の下では知的財産権者の権利価格が裁判所の判断に委ねられる点にある。現実の裁判において豊富な経験を蓄積しているとはいえ、裁判所はつまるところ市場主体ではない。そのため、知的財産権の価値を裁判所が正確に評価することは困難である。もう1つの問題は、知的財産権者のコントロール不能な市場の至るところに利用者がいるという点である。利用者がどの範囲でどの程度まで自己の情報を利用したかについて、知的財産権者は正確に証明することができない場合が多い。これら2つの要素が働く状況の下では、裁判所の出した権利価格の正確さには疑問が残ろう。もし裁判所が最終的に決定した価格が侵害行為に係る利益よりも遙かに低い場合、それは侵害者に興奮剤を与えるに等しく、結局、海賊版の横行を招くことになる。このほか、各利用者はそれぞれ状況が異なり、知的財産権者のコントロール不能な状況に置かれているために、利用者の利用行為が知的財産権者の追求する効率性と合致するかどうか、また知的財産権者の権利や信用が損なわれるかどうかについてさえ容易に確定することはできない。このような場合には、知的財産権者の権利が有効に利用されるかどうかを容易に確定することなどできないだろう。ライアビリティ・ルールは知的財産権の排他性を完全に解消してしまうのみならず、

前述したような様々な欠点があるために、情報の伝播および利用の促進という目標を実現するうえで立法者はこれを最善の選択肢としては用いないだろう。

権利の保護と利用をめぐる問題の解決に当たって、前述したプロパティ・ルールとライアビリティ・ルールとのメリットおよびデメリットを総合考慮するとしたならば、立法者は比較的緩やかなプロパティ・ルールを選択せざるをえないだろう。比較的緩やかなプロパティ・ルールとは、知的財産権に排他性を認め、情報の利用行為を権利者の排他的コントロール下に置いたうえで、一定の場合には権利者の許諾なしに情報の利用を認めるというものである。それには、(1)利用者は権利者の許諾なしに情報を利用することができ、かつ権利者に一定額の金銭の支払いも要しない場合、(2)利用者は権利者の許諾なしに情報を利用することができるが、その代わりに権利者に使用料を支払うことを要する場合、(3)利用者は管理機関に強制許諾を求めることにより利用する場合の3つが考えられる。このように、市場メカニズムや他の様々なメカニズムが機能しない場合に限ってライアビリティ・ルールを発動するというのが、相対的に緩やかなプロパティ・ルールである。

世界各国の知的財産法の規定をみれば分かるように、ほぼ例外なくすべての国は相対的に緩やかなプロパティ・ルールを用いて知的財産権の保護と利用をめぐる問題を解決しようとしている。つまり、知的財産権の排他性を強化しつつ、それと同時に知的財産権の保護と利用をめぐる問題と排他性との緊張関係を弱めようとするものである。

### 三. 従来の知的財産権に基づく請求権の制限方法 (一般的な制限方法)

相対的に緩やかなプロパティ・ルールの下では、知的財産権者の許諾を得ていない利用行為はすべて権利侵害行為となる。これに基づいて知的財産権者は侵害停止請求権を行使することができる。これにより十分な情報創作のインセンティブおよび情報生産が保障されることになる。他方で、情報利用を促進するために、一定の事前の処理を通じて、利用者の利用行為を適法なものにしたり、知的財産権者の請求権を行使する機会を取り上

げたり、もしくは知的財産権者の請求権を行使する機会を減らしたりすることができる。現在、世界各国の知的財産法の規定には、主に以下のような方法がある。

#### 1. 合理的な利用

合理的な利用とは、他人の知的財産権のコントロール下に置かれた情報を無償で自由に利用することである。これは知的財産権の排他性を完全に解消するものである。合理的な利用は、世界各国の知的財産法の規定では主に著作権法や商標法において見られる。特許法には「特許権侵害とみなさない行為」が定められているものの<sup>12</sup>、合理的な利用行為に関する明示的な規定はない。著作権法における合理的な利用は、主に2つの形で現れる。1つは米国著作権法第107条のような包括規定方式のものである。すなわち、ある行為が他人の著作物の合理的な利用行為に該当するか否かについて、以下の4つの要素を通じて総合的に判断する。(1)利用の目的と性質、(2)被利用著作物の性質、(3)被利用著作物全体との関係における被利用部分の量と質、(4)利用行為が被利用著作物の潜在的市場や価値に与える影響。もう1つは、中国著作権法第22条の規定のような限定列举方式のものである。日本著作権法も第30条から第50条までの規定ぶりをみれば、合理的な利用について限定列举方式を採っていることが分かる。この方式では、著作権法が明示的に列举した行為のみ合理的な利用行為に該当する

---

<sup>12</sup> たとえば中国専利法第69条は、「次に掲げる事情のいずれかに該当するときは、特許権の侵害とはみなさない。(1)特許製品又は特許方法により直接得られる製品が特許権者又はその許可を得た機関又は組織又は個人に販売された後に、当該製品を使用、販売の申出、販売、輸入する場合。(2)特許出願日前にすでに同一製品を製造し、同一方法を使用し又はすでに製造、使用のために必要な準備をし、かつ従前の範囲内でのみ製造、使用を継続する場合。(3)一時的に中国の領土、領海、領空を通過する外国の輸送手段において、その属する国と中国が締結した協定、又は両国が共に加盟している国際条約、又は相互主義の原則に従い、その輸送手段自体の必要上その装置及び設備に係る特許を実施する場合。(4)専ら科学研究及び実験のために特に関係する特許を実施する場合。(5)行政審査のための情報を提供するために、特許薬品又は特許医療装置を製造、使用、輸入する場合、及び専らそのために特許薬品又は特許医療装置を製造、輸入する場合。」と定めている。

こととなる。ここで両者を比較してみよう。包括規定方式のメリットは、複製技術が急速に発達を遂げた現代社会の需要にも十分に対応することが可能であり、また利用行為が合理的な利用に該当するか否かを判断する際に、裁判官が訴訟の具体的な事案に応じて自由な裁量を発揮することができる点にある。一方、包括規定方式のデメリットとしては、大前提となる原則に頼りすぎる点が挙げられる。つまり列挙された具体的な規定がないために、裁判官の法的教養が低かったり、正義感が足りなかったりした場合には、裁判官がこの制度を濫用する事態を招きかねないという懸念がある。これに対し、限定列挙方式は利用者の行為に明確な道標を示すというメリットがある。他方で、限定列挙方式は合理的な利用に関する一般条項をもたないために、複製技術の発達状況に応じて合理的な利用の範囲を柔軟に画するなどのニーズに応えることができないというデメリットがある。

商標法における合理的な利用とは、すでに排他性が獲得された記述的表示の通常の使用のことを指す。すなわち、ある記述的表示が他人の商標権の対象となったとしても、公衆は依然としてそれを記述的な表示として普通に用いられる方法で使用することができる（非商標的使用）。こうした使用に対して商標権者は何らの請求権も行使することはできない。商標法における合理的な利用は各国法において大同小異である。たとえば、中国商標法実施条例第49条は、登録商標に商品の普通名称、図形、型番、品質、主要原料、効能、用途、重量、数量またはその他の特徴が含まれる場合、もしくは地名が含まれる場合、登録商標の独占的使用権者が他人の正当な使用を禁止することは認められないと定めている。ここでの正当な使用とは、前述のように記述的表示を通常の使用で非商標的に使用することをいう。日本商標法は第26条1項にこれと類似する規定を置いている。

合理的な利用は情報の伝播と利用を促進できる反面、知的財産権の排他性を完全に解消してしまうため、特定の場面に限って発動が許されるにすぎず、一般的に適用される制度とはなりえないものである。そうでないと、知的財産権は建前としては立法者に一種の稀少資源として創設されるものであるにもかかわらず、実質的にはその情報を誰でも自由に利用することができる公共財へと変容することになってしまい、その結果、創作者の情報創作のインセンティブを保障することや十分な量の情報が創作され

ることを期待できなくなる恐れがある。

## 2. 強制実施許諾

強制実施許諾とは、ある特別の事情が認められる場合には、知的財産権者の許諾を得なくても知的財産権の所轄機関に許諾を求めることで、他人の知的財産権のコントロール下に置かれた情報を利用することができるものとする制度である。強制実施許諾と合理的な利用とは、知的財産権のプロパティ・ルールによる保護の正当性を認めている点や情報利用の促進を最終的な目標に据えている点で共通する。しかし、情報利用の目的を実現する方法が強制実施許諾の場合には知的財産権の排他性を完全に解消するものではない点で両者は相違する。強制実施許諾は特定の条件下においてのみ暫定的に知的財産権の排他性を中断させるものである。それゆえ強制実施許諾は、知的財産権者から侵害行為に対する停止請求権の行使機会を取り上げ、知的財産権者のコントロール下に置かれた情報を利用者が手にすることを可能にし、もって情報の利用を促進するのである。

いくつかの国では著作権法にも強制実施許諾の規定が置かれているが<sup>13</sup>、多くの国では特許法のなかに強制実施許諾の規定が置かれている。これは主としてTRIPs協定に起因するものである。TRIPs協定第31条は、各加盟国がその付与した特許権について強制実施許諾を設定する権限を有する

---

<sup>13</sup> たとえば日本著作権法第68条1項は、「公表された著作物を放送しようとする放送事業者は、その著作権者に対し放送の許諾につき協議を求めたがその協議が成立せず、又はその協議をすることができないときは、文化庁長官の裁定を受け、かつ、通常の使用料の額に相当するものとして文化庁長官が定める額の補償金を著作権者に支払って、その著作物を放送することができる。」と定めている。また、第69条は、「商業用レコードが最初に国内において販売され、かつ、その最初の販売の日から3年を経過した場合において、当該商業用レコードに著作権者の許諾を得て録音されている音楽の著作物を録音して他の商業用レコードを製作しようとする者は、その著作権者に対し録音又は譲渡による公衆への提供の許諾につき協議を求めたが、その協議が成立せず、又はその協議をすることができないときは、文化庁長官の裁定を受け、かつ、通常の使用料の額に相当するものとして文化庁長官が定める額の補償金を著作権者に支払って、当該録音又は譲渡による公衆への提供をすることができる。」と定めている。

旨を明示的に定めている。これは特許技術の利用を促進することを意図したものである。中国専利法には、第6章の第48条から第51条にかけて強制実施許諾に関する規定がある。そこでは(1)合理的な条件を満たした強制実施許諾(中国専利法第48条)<sup>14</sup>、(2)独占禁止法に違反する強制実施許諾、(3)公共の利益のための強制実施許諾(同第49条)<sup>15</sup>、(4)公共の健康のための強制実施許諾(同第50条)<sup>16</sup>、(5)利用関係にある場合の強制実施許諾(同第51条)<sup>17</sup>の5つが定められている。日本特許法においても、強制実施許諾に関する規定として、不実施の場合の裁定実施(日本特許法第83条1項)、利用関係にある場合の裁定実施(同第92条1項)、公共の利益のための裁定実施(同第93条1項)という3つが置かれている。

強制実施許諾は、特許権者が特許技術を不実施とすることを防ぐことが

<sup>14</sup> 中国専利法第48条は、「次の各号のいずれかに該当するときは、国务院特許行政部門は実施条件を備えている機関又は組織又は個人の申請に基づき、その発明特許又は実用新案特許の実施について強制許諾を与えることができる。(1) 特許権者が特許権を付与された日から3年間、かつ特許出願をした日から4年間にわたって正当な理由なくその特許を実施していないか、又はその特許の実施が不十分である場合。(2) 特許権を実施する特許権者の行為が法律により独占行為と認定され、当該行為によってもたらされる競争上の不利な影響を解消するか、又は軽減させる場合。」と定めている。

<sup>15</sup> 中国専利法第49条は、「国家に緊急事態又は非常事態が発生したとき、又は公共の利益のために必要と認められるときは、国务院特許行政部門は発明特許又は実用新案特許の実施を強制許諾することができる。」と定めている。

<sup>16</sup> 中国専利法第50条は、「公衆の健康を守るために特許権が付与された薬品について、国务院特許行政部門はこれを製造し、中華人民共和国が加盟した関連の国際条約の規定に合致する国又は地区に輸出することを強制許諾することができる。」と定めている。

<sup>17</sup> 中国専利法第51条は、「特許権を取得した発明又は実用新案が、先に特許権を取得した発明又は実用新案と比較して、経済的意義が顕著な重要な技術的進歩を有しており、その実施が先の発明又は実用新案の実施に依存している場合、国务院特許行政部門は、後の特許権者の申請に基づき、先の発明又は実用新案の実施について強制許諾を与えることができる。前項の規定により強制許諾を与えた場合、国务院特許行政部門は、先の特許権者の申請に基づき、後の発明又は実用新案の実施についても強制許諾を与えることができる。」と定めている。

できる点、公共の利益を解決することができる点、発展途上国および後発発展途上国における公益的な健康問題を解決することができる点、特許技術の改良問題を解決することができる点などを、そのメリットとして挙げることができる。それゆえ強制実施許諾は特許権の排他性を弱めるための特許制度内の“伝家の宝刀”と考えられてきた。一部の学者からは、強制実施許諾制度をきちんと整備すれば、同制度の有効活用によって特許技術の利用をめぐる問題を解決することが可能であり、eBay事件の米国連邦最高裁が示した4つの要素によって特許権の排他性を制限する必要はないとの意見も出されている<sup>18</sup>。これは確かにその通りかもしれない。しかし強制実施許諾にはデメリットもある。それはメリットと同様に顕著に現われる。たとえば、強制実施許諾の適用条件が厳格であり、手続きが複雑であることについては改めて指摘するまでもないだろう。これは瞬間に変化し続ける市場に対応しなければならない実施者にとって非常に不利である。またコストの問題は別としても、効率性について疑問がないわけではない。さらに重要な点は、強制実施許諾において権利価格の最終決定者は権利者自身ではなく、権威的な特許の所轄機関であるということである<sup>19</sup>。ここには2つの問題がある。1つは、権利価格の決定に権威的な機関が介入するというのは、現代法規制における自由の理念に反する。もう1つは、権威的な機関は市場主体ではないため、実際の技術市場の状況を正しく把握することができない。そのため、同機関の決定した権利価格が市場における実際の権利価格と合致するかどうかは大きな問題となりうる。特に、強制実施許諾を求める者が実施許諾のための実質的条件を満たしておらず、信用や品質が低いと判断される場合には、事態をさらに悪化させる恐れがある。上述したような種々の要素により、かりに大々的に強

<sup>18</sup> 鲁灿「从ebay案看美国专利保护趋势—兼论我国专利『停止侵权』责任方式」[http://www.law-lib.com/lw/lw\\_view.asp?no=7764&page=2](http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=7764&page=2) (2009年3月10日アクセス)。

<sup>19</sup> 中国専利法第57条は、「強制実施許諾を取得した組織又は個人は、特許権者に合理的な実施料を支払うか、又は中華人民共和国の加盟した関連の国際条約の規定に基づき、実施料の問題を処理しなければならない。実施料を支払う場合、その額は双方の協議により定める。双方が合意に達しないときは、国务院特許行政部門が裁定する。」と定めている。

制実施許諾の範囲を広げ、強制実施許諾の設定条件を緩めることで情報の利用を促進することができたとしても、高い取引コストおよび非効率性といった問題が存在する限り、権利者は最終的に技術を市場に投入した際の状況に基づいて権利価格を決めることができず、その結果、はたして十分な情報生産が保障されるのかということが依然として問題となりうるのである。

### 3. 法定実施許諾

法定実施許諾とは、法が定める特定の状況において、知的財産権者の許諾を得なくても権利者のコントロール下に置かれた情報を利用することができるものとし、ただしその際には、法の定めに従って一定の使用料を支払うことを求める制度である。法定実施許諾は合理的な利用とは異なる。利用者が知的財産権者の許諾を得なくても、そのコントロール下に置かれた情報を利用することができる点において両者は共通する。しかし、法定実施許諾の場合には利用者は知的財産権者に一定の使用料を支払わなければならないのに対し、合理的な利用の場合には利用者は使用料の支払いを要求されない点で両者は異なる。法定実施許諾は強制実施許諾とも異なる。利用者が知的財産権者に一定の使用料を支払わなければならない点において両者は共通する。しかし次の点で両者は相違する。つまり法定実施許諾の場合、利用者は知的財産権者から事前に許諾を得なくても利用することができる。一方、強制実施許諾の場合には、利用者は最終的に権利者の許諾を得ることを要しないが、諸規定が定める条件と手続きを経て所轄機関に利用の申出をしなければならない。知的財産権の排他性の制限という観点から三者を比較すると、合理的な利用は特定の条件下において知的財産権の排他性を完全に解消するものであるのに対し、法定実施許諾は特定の条件下で知的財産権の排他性を一定程度のみ解消するものである。そして強制実施許諾は、特定の条件下で知的財産権の排他性のある程度弱めるにすぎないものである。

世界各国の現行知的財産法制度を眺めてみると、法定実施許諾制度は少数の国の著作権法に見出すことができる。中国著作権法は世界的にみてもおそらく最も多くの法定実施許諾の規定を有する法制度であろう。そうした規定としては主に以下のものが挙げられる。教育のための法定実施許諾

(中国著作権法第23条、中国情報ネットワーク伝達権保護条例第8条)<sup>20</sup>、新聞社の法定実施許諾(中国著作権法第32条2項)<sup>21</sup>、録音製作者の法定実施許諾(同第39条3項)<sup>22</sup>、ラジオ放送、テレビ局の法定実施許諾(同第42条2項、第43条)<sup>23</sup>、貧困支援のための法定実施許諾(中国情報ネットワーク伝達権保護条例第9条)<sup>24</sup>。

<sup>20</sup> 中国著作権法第23条は、「9年制義務教育及び国の教育計画を実施するために、教科書を編集出版する場合には、著作者が事前に使用を認めない旨を表明している場合を除き、著作権者の許諾を得ることなく、既に公表された著作物の一部若しくは短い文芸の著作物、音楽の著作物又は個別の美術の著作物又は写真の著作物を教科書に編集することができる。ただし、規則に従って報酬を支払い、著作者の氏名及び著作物の題号を明示しなければならない、かつ、この法律に基づき著作権者が享有するその他の権利を侵害してはならないものとする。」と定めている。

中国情報ネットワーク伝達権保護条例第8条は、「情報ネットワークを通じて9年制義務教育や国家教育計画を実施する場合、著作権者の許可を得ずに公表済みの作品の一部や短い文字作品、音楽作品や一品製作の美術作品、映像作品を使用して教材を制作することができる。教材を制作し若しくは法的に教材を入手した遠隔教育機構は、情報ネットワークを通じて登録した学生に提供することができるが、著作権者に報酬を支払わなければならない。」と定めている。

<sup>21</sup> 中国著作権法第32条2項は、「掲載された著作物について、著作権者が転載若しくは要約編集してはならない旨を表明している場合を除き、他の新聞社はこれを転載し、要約し、若しくは資料として掲載することができる。ただし、規則に従って著作権者に報酬を支払わなければならない。」と定めている。

<sup>22</sup> 中国著作権法第39条3項は、「録音物の製作者が、他人の適法に製作された録音物に収録される音楽の著作物を使用して録音物を製作する場合には、著作権者の許諾を得る必要はない。ただし、規則に従って報酬を支払わなければならない。著作権者が使用を許諾しない旨を表明している場合は、この限りではない。」と定めている。

<sup>23</sup> 中国著作権法第42条2項は、「ラジオ放送局又はテレビ放送局は、他人の公表された著作物を放送する場合には、著作権者の許諾を得る必要はない。ただし、報酬を支払わなければならない。」と定めている。

中国著作権法第43条は、「ラジオ放送局又はテレビ放送局は、既に出版された録音物を放送する場合には、著作権者の許諾を得る必要はない。ただし、報酬を支払わなければならない。当事者間で別段の取り決めがある場合は、この限りではない。具体的な方法は、国務院により別に定められる。」と定めている。

<sup>24</sup> 中国情報ネットワーク伝達権保護条例第9条は、「貧困支援のために、情報ネット

法定実施許諾の場合、知的財産権者の事前の許諾が不要なため、知的財産権者のコントロール下に置かれた情報の利用について利用者は実施条件と価格に関する事前の交渉手続と交渉コストを節約することが可能である。そのため、情報利用の促進という観点からみれば相対的に優れている。ただし法定実施許諾においては、権利価格の決定は依然として知的財産権者自身によるのではなく、国家機関が直接決定したもの（法律に直接規定されている）に基づくことになる。このような事前に決めた価格は情報市場における価格を正しく反映することができるのかということが問題となる。これが1つ目の問題である。2つ目の問題は、利用者が積極的に実施料を支払おうとしない場合、知的財産権者は訴訟あるいは権利集中管理団体を通じて使用料を回収することができるが、その際、多大な訴訟費用、時間、管理費用等のコストがかかる。また利用者の利用行為を発見できない限り、知的財産権者がその対価を回収することは難しい。さらに知的財産権者は利用者を選別することができないため、利用者が利用条件を満たさない場合や商業的な信用に問題がある場合に、彼らは権利コントロール下に置かれた情報の効率的な利用を実現することができるのかということも問題となる。これらの要素を考慮すれば、法定実施許諾は確かに情報利用の促進に資する面はあるが、情報の創作者に十分なインセンティブを与えることができるかどうかは疑わしい面もある。したがって法定

---

トワークを通じて農村地区の公衆向けに中国の公民や法人又はその他の組織が発表済みの栽培・養殖、病気の予防・治療、防災・災害減少といった貧困支援に関連する著作物や基本的な文化的ニーズに適合する著作物を提供する場合、ネットワークサービス提供者は提供前に提供する著作物及びその作者、報酬支払いの基準を公告しなければならない。公告日から30日以内に著作権者が提供に同意しない場合、ネットワークサービス提供者はその著作物を提供してはならない。公告日から30日が過ぎて著作権者から異議のない場合、ネットワークサービス提供者はその著作物を提供することができ、また公告の基準に基づいて著作権者に報酬を支払う。ネットワークサービス提供者が著作権者の著作物を提供した後、著作権者が提供に同意しない場合、ネットワークサービス提供者は速やかに著作権者の著作物を削除し、また公告の基準に基づいて著作権者に著作物を提供した期間の報酬を支払う。前項の規定に基づいて著作物を提供する場合、直接又は間接的に経済的利益を得てはならない。」と定めている。

実施許諾に関しては、その適用範囲を無闇に広げることは望ましくなく、特定の状況に限ってその適用を認めるべきである。

#### 4. 権利集中管理団体

権利の集中管理とは、知的財産権契約または信託という形を通じて知的財産権者がその保有する権利を権利集中管理団体に管理してもらう制度である。同制度は主に著作権法において見出すことができる。権利集中管理団体には、著作権管理協会、実演家協会、音楽および映像製作者管理協会、音楽家協会等が含まれている。中国には現在、著作権集中管理組織として、中国音楽著作権協会（1992年設立）、中国著作権使用料・報酬徴収還元（振替・代理）センター（1993年設立）、中国音楽映像集中管理協会（2005年設立）がある。

権利集中管理団体制度によれば、著作権者が契約または信託という形で集中管理団体にその権利を寄託した後、何人も集中管理団体に利用許諾の申請を出せば、正当な理由がない限り権利集中管理団体はその管理下にある作品の使用を許諾すべきであるとされる<sup>25</sup>。権利集中管理は申出制度を採用し、使用料も事前に定められているため、著作権のある作品を利用する場合に利用者は著作権者の探索コストや著作権者または集中管理団体との事前の交渉コストを節約することが可能となる。その結果、利用者は自分の希望する作品の利用をいち早く実現することができる。このような権利集中管理制度は、強制実施許諾に比べると低コストで済むというメリットがある。また法定実施許諾と比べても、権利集中管理制度には優れている面がある。つまり法定実施許諾の場合には、どれくらいの数の利用者が当該作品を利用しているのかについて著作権者は把握できないのに対し、権利集中管理制度の場合には、利用者について明確かつ確実に把握することができる。権利集中管理制度の下では、利用者は著作権者の作品を利用する前に集中管理団体に事前申請を行わなければならない、また規定に従って事前に費用を支払わなければならない。たとえ事前に費用を支払う

---

<sup>25</sup> 中国著作権法管理条例第23条3項は、「利用者は合理的な条件をもって著作権集中管理団体と利用許諾契約を締結することができる。著作権集中管理団体はこれを拒んではならない。」と定めている。

ことが要求されていなくても、事後的に規定に従って費用を支払う必要がある。そのため、著作権者の利益は比較的保障されているといえる。万一、使用料の滞納や権利侵害が起きたとしても、権利集中管理団体が主導的に訴訟手続を進めることから、著作権者は訴訟費用を節約することができる。権利集中管理制度は、権利保護と情報利用という2つの要請に対して比較的バランスよく配慮しつつ対応することを可能にするものであるといえよう。

ただし、権利集中管理はあくまで著作権者の自発的な意思に基づくものである。そのため、著作権者が自己の作品を権利集中管理団体に寄託ないし信託して管理してもらうことを拒む場合には、権利集中管理制度は機能しないことになる。そして最も重要な点として、権利集中管理団体を通じて徴収された使用料について公平な分配方法が依然確立されておらず、権利集中管理団体が使用料から抜き取る共益費の使途についても有効な監視監督規制が整備されていないという問題がある。それゆえ権利集中管理団体は様々な方面から多くの批判を受けている。

#### 四. 新たな知的財産権に基づく請求権の制限方法

以上で述べたように、現行知的財産法制度内において知的財産権に基づく請求権を緩和する方法は、いずれも各々の守備範囲内で発揮すべき機能を発揮している。しかし、各方法にはそれぞれ限界もあるため、無制限にその範囲と条件を広げてあらゆる状況に適用しようとするのは難しい。肝心なことは、これらの方法がみな事前に知的財産権の排他性を解消または緩和する方法(すなわち権利者に知的財産権に基づく請求権を行使させない方法)に属するものであって、それぞれ独自の適用条件や適用プロセスを有するものだという点である。問題は、上記の各方法が定める条件やプロセスに反して利用者が知的財産権者のコントロール下に置かれた情報を利用した場合に、権利者は知的財産権の排他性に基づいて侵害行為の停止を請求することができるのかということである。

言うまでもなく、上記の各方法が定めた条件やプロセスを経ずに利用者が知的財産権者のコントロール下に置かれた情報を利用した場合、当該情報そのものが損なわれるわけではない。しかしこの場合、権利者のコント

ロール下に置かれた知的財産権が侵害され、しかも現実の損害が発生する可能性がある。損害が実際に発生した場合に、知的財産権者は損害賠償の仕組みを活用することが可能であり、豊富な経験を有する裁判所に権利の使用価格の決定を事後的に委ねることができる。しかし、このような事後的な賠償システムは依然として、権利コントロール下に置かれた情報の利用者に対し、知的財産権者はその利用行為の停止を求めることができるのかという問題を解決することができない。

もちろん、このような知的財産権の侵害場面において、権利者は利用者に対し侵害行為の停止や侵害の予防を請求することができるのかという問題設定を行うこと自体が間違いであると考えられる学者もいるだろう。知的財産権は十分な情報生産を保障するために、プロパティ・ルールを優先的に採用して権利者を保護するものであるから、上述した特定の状況を除けば、プロパティ・ルールが権利に付与した排他性に基づき、知的財産権者にはあらゆる侵害行為を排除する権限が保障されるものと考えられる。そうでなければ、知的財産権は実効性の欠如した名目的な権利になりかねない。しかし問題はそれほど単純なものではない。たとえば、本稿の冒頭で言及した広州新白雲空港事件においては、かりに原告実用新案特許を実施する被告行為の停止を認めなければならないとすると、被告はカーテンウォール連結装置を取り外さなければならないことになる。そうすると飛行機の運航は一時的にストップせざるをえなくなり、公衆の利益に支障をきたすことになりかねない。一方、「武松打虎」事件においても、かりに原告の著作権を侵害する商標や商品の包装・パッケージを使用する被告行為の停止を認めなければならないとすると、長年にわたり商標や商品の包装・パッケージに蓄積された被告の信用が一切消えてしまうことになりかねない。これは知的財産権の保護を強化し、利用の促進を図るという法の趣旨に適う事態であろうか。一部の学者はおそらく以下のように考えるだろう。すなわち、知的財産権法の第一の目的は十分な情報生産を保障する点にある。また同法は、利用者の情報利用に対して、合理的な利用、強制実施許諾、法定実施許諾、権利集中管理等の適法な手段を十分用意している。知的財産権法はこのようにして保護と利用の目的を実現しようとしているのである。それにもかかわらず、利用者があえて法の定め枠外で知的財産権者の権利下に置かれた情報を利用しようとするのであれば、その結果

に対する責任は当然利用者が自ら負担すべきであろう。しかし、以下に掲げる事実と理由は、このような視点の合理性に疑問を投げかけることになる。

### 1. 効率の差異性

法律の世界において、知的財産権法のように効率性の最大化を第一の目標として掲げる法律はおそらくないだろう。前述したように、知的財産権法が無体物という抽象的な客体の上に稀少資源を創設した第一の目的は、十分な情報生産および情報利用を保障するところにある。知的財産権の歴史が始まって以来、同制度が経済の推進役を果たしてきたということが、このことの証左となる<sup>26</sup>。ただし知的財産権の効率性には差異性が存在するという事は、同制度の創設以来、否定することのできない事実の1つとなっている。知的財産権は制度全体でみれば効率性を有するということができるかもしれないが、個別の知的財産権が効率性を有するか否かについては定かでない。個別の知的財産権がかりに効率性を有するとしても、これらの効率性の間には差異が存在している。こうした差異性は単に同一領域の個別の知的財産権に適用されるのみならず、特許権、著作権、商標権等、異なる領域の知的財産権にも適用されるものである。出願人の多くは特許を取得しても実施しないと、商標登録されても実際の商業活動には使用しないとといったことは、個別の知的財産権には効率性を認めにくいことの好例といえよう。個別の知的財産権の効率性に差異が存在することの例としては他にもある。たとえば、数百億から数千億ドルもの価値をもつ商標もあれば価値がゼロに等しい商標があることや、作品自体には数百ドルの価値しかないにもかかわらず、それを商標として使用することによりその価値が数百万から数千万ドルに跳ね上がることなどが挙げられる。

### 2. 知的財産権の排他性

知的財産権は他人の自由を制約する特権の1つとして<sup>27</sup>、他人の消極的

<sup>26</sup> 興味があれば、劉華『知識産権制度的理性と績效分析』（中国社会科学出版社、2004年）を参照。

<sup>27</sup> Wendy J. Gordon（田辺英幸訳）「INTELLECTUAL PROPERTY」知的財産法政策学

な自由への介入領域の範囲を明確かつ具体的に定めている。知的財産権が画定した領域には誰も立ち入ってはならない。さもないれば知的財産権の高圧線に触れたり、知的財産権の地雷を踏んだりすることになる。

### 3. サンクコストの合理性

確かに、立法者等は経済合理性の支配下において効率性の最大化を追求することを知的財産権制度の第一の目標として掲げている。一方、経済学者等はサンクコストの誤謬を激しく批判している<sup>28</sup>。しかし実態調査を通じて判明したことは、社会にいる多くの人々はサンクコストを重視しており、かつ自分がそのようなサンクコストを重視する行為やそれに基づく行動の選択は合理的なものであると信じているということである<sup>29</sup>。そのため立法者は、このような人々の「サンクコストの合理性」に真正面からアプローチせざるをえない。立法者が種々の理由によりこのようなサンクコストの合理性に真正面から立ち向かうことができず、また法制度においても同様の調整を行うことができない場合には、司法官が前面に出て事態に対処すべきであろう。すなわち、裁判所は司法プロセスの能動性を活かしながら、法の適用過程においてサンクコストの合理性に従って当該法律関係

研究11号10頁(2006年)。田村善之（李揚・許清译）「智慧財產法政策学初探」太平洋学报2008年第7期。

<sup>28</sup> サンクコストとは、ひとたび支出されると回収不能となる費用である。その支出についてどのような選択をしても回収が困難なのであれば、合理的な個人や企業は行動選択の決定においてそれを無視する。Joseph E. Stiglitz（梁小民・黄險峰译）『経済学（第2版）』（中国人民大学出版社、2000年）40～41頁。新古典派経済学者は、それまでの投下資本を考慮して旧来の選択を堅持する行為者について非合理的な者であるとする。これは、いわゆるサンクコストの誤謬(Sunk Cost Fallacy)と呼ばれるものである。「歴史的なコストは無知な考えをもつ人々の頭のなかで強力な影響力を有するものである。」George J. Stigler（施仁译）『价格理论』（北京经济学院出版社、1990年）116～117頁。

<sup>29</sup> 华中科技大学ロースクールに所属する成凡教授が厦門大学および华中科技大学のロースクールの学生を対象に行ったアンケート調査によれば、人々は普遍的にサンクコストを重視する傾向にあり、かつ自己の選択は理性的であると信じ込む傾向にあるという。成凡「沉没成本理性——一个侧重法律推论的初步分析」（未公表）2～4頁。

に合理的な解釈を行い、もって適切な判決を下すべきである。立法においてであれ、司法においてであれ、サンクコストの合理性を重視することの本質は公平の追求そのものである<sup>30</sup>。

個別の知的財産権の効率性を確定することは困難であるが、他者の自由に知的財産権がもたらす制約は非常に明確かつ確実であるところ、サンクコストの合理性の観点から立法者や司法官に公平の追求が要請される場合には、次のような結論を得ることができる。すなわち、立法者と司法官はいかなる状況下でも知的財産権の排他性を必ず維持しなければならないというわけではない。少なくとも以下のような特別な状況においては、合理的な利用などの前述した現行法上の方法以外にも、知的財産権者の侵害停止請求権を制限する可能性があることを立法者は明文で示すべきである。明文規定がない場合には、司法官が抽象的な法原則に照らして個別事案に応じた解釈を行い、知的財産権者の侵害停止請求権に対して特別の制限を加えることを許容すべきである。

(1) 公共の利益<sup>31</sup>が損害を被る場合。公共の利益は最大の利益である。知

<sup>30</sup> 経済合理性によればサンクコストはもはやコストではない。したがってサンクコストは決定を下す際に考慮すべきものではない。ただしサンクコスト合理性は行為者に対し過去について責任を負うことを求めている。このような簡潔な事実に注意すべきである。そのためサンクコスト合理性は法制度上、公平に対する普遍的な訴求として現れる。たとえば、かりに行為者が再び犯罪を起こす可能性はなくても、法律の責任を負うことが要求されるのである。サンクコスト合理性は過去に目を向けるものであるのに対し、経済合理性は将来に目を向けるものである。これは法的推論において、契約アナロジーと権利侵害アナロジーとの棲み分けとして現われる。これはまた、公平対効率性の対立ともいえる。成凡・前掲注(29)12頁。

<sup>31</sup> 中国憲法第13条は、「国家は公共利益のために必要な場合、法律の規定に従って公民の私有財産を収用又は徴用することができる。その際には補償をなさなければならない。」と定めている。中国土地管理法第2条は、「国家は公共利益のために、法律に従って土地を徴収又は徴用することができる。その際には補償をなさなければならない。」と定める。また、中国物権法第42条は、「公共利益のために必要な場合、法律に規定する権限と手順に従って、団体が所有する土地及び組織、個人の家屋及びその他の不動産を収用することができる。」と定める。しかし、中国には公共利益の定義に関する明文規定はない。梁慧星が2000年に集約して起草した「物権

的財産権者のコントロール下に置かれた情報の利用を停止すると公共の利益に損害がもたらされる場合、確かに利用者の行為は侵害行為であり、知的財産権者にとってそのような権利侵害の状態は公共の利益に比べて微々たるものとはいえないかもしれないが、それは少なくとも権利者が合理的に受忍すべき程度のものであるといえよう。

公共の利益は代替不可能なものであることから、他人の知的財産権のコントロール下に置かれた情報を利用する者の行為を停止することで公共の利益に損害が生じる場合、権利者が侵害停止請求権を行使できるかどうかについて他の要素を考慮する必要はない。そうでなければ公共の利益は保障されなくなってしまう恐れがある。このような観点からは、前述したeBay事件において米国連邦最高裁が知的財産権者の永久の差止請求権を認容するかどうかの判断に当たり、公共の利益という要素にとどまらず他の3つの要素も同時に考慮すべきであるとの立場を示した点は、なお再考の余地があるように思われる。

より重要なことは、公共の利益の代替可能性ゆえに、利用者に主観的な悪意もしくは重過失があったとしても、つまり知的財産権者の権利下に置かれた情報であると知りながら利用した場合やそうした事情を知らな

法草案(学者の意見稿)においては、公共道路交通、公衆衛生、災害の予防と治療、科学および文化教育事業、環境保護、文化財および自然名勝地区の保護、公共水源および飲用水排水用地域の保護、森林保護事業などが「公共の利益」として挙げられているが、公共の利益とは何かについて一般的な定義はなされていない。筆者の考えでは、公共の利益とは共同体の利益や公衆の利益のことであり、私人の利益と対をなすカテゴリに属するものである。それは、社会性と共有性の2つの基本的特徴を有するものである。公共の利益がもつ社会性とは、相対的普遍性を有するものであり、特定の一部の人に属する利益ではなく、ある共同体の構成メンバーの共通利益のことを指すものである。ただし公共の利益は、ある共同体を構成する個々のメンバーの利益の単純な総和を意味するものではない。次に、公共の利益がもつ共有性とは、受益性の共有ともいえる。すなわち、公共の利益の存在は、客観的にある共同体のメンバー全員に利益が均霑されることを指す。ただし、これはある共同体を組織するメンバーがこうした公共の利益を私有化できるということの意味するものではない。公共の利益は社会性、共有性、および使用と消費における非競争性・非排他性という性質を有するために、公共の利益に関する財は通常、共同体が税収に基づく投資と生産を主導的に行うことが必要となる。

かったことについて重大な過失がある場合でも、知的財産権者の侵害停止請求権は制限を受けるべきであるということである。

前述した広州新白雲空港事件は、まさに原告実用新案特許を実施する被告行為の停止が公共の利益に損害をもたらす例であった。本件において被告の行為を停止すると、カーテンウォール連結装置の取外しが必要となるが、それはすべての管制塔が施工のために使用できなくなってしまうことを意味する。その結果、不特定多数の者の外出に不便をもたらし、ひいては飛行機の運航の安全に悪影響を及ぼす恐れもある。このような場合、たとえ原告の実用新案特許を実施する被告の行為に過失があったとしても、既に使用されている原告実用新案特許の実施品の取外しを求める原告の請求はやはり認容することができないということになる。

(2) 利用者には過失がなく利用の停止によって重大な損失を被ることが不可避であるのに対し、知的財産権者には損失がないかその程度が極めて僅少なものとどまる場合。この場合に知的財産権者の侵害停止請求権の行使を制限するためには、下記の条件を満たす必要がある。

i) 利用者には主観的な過失がないこと。過失には故意と過失が含まれる。たとえ合理的な利用、法定実施許諾、強制実施許諾など知的財産権の排他性を緩和する手段が存在せず、情報の利用者が勤勉な努力を通じて事業の規模を大きく成長させたとしても、もし利用者がその情報が知的財産権者の権利下に置かれた情報であると知っていた場合には、権利者の侵害停止請求権の行使を制限すべきではないだろう。この場合に権利者の侵害停止請求権を制限して利用者の行為の継続を許すと、大量の侵害行為を誘発し、海賊行為の横行を招くことになりかねない。そして最終的には権利者の情報創作のインセンティブが過度に減殺され、十分な量の情報生産を保障することができなくなってしまう恐れがある。eBay事件において、ヴァージニア州東部地区連邦地方裁判所と連邦巡回区控訴裁判所(CAFC)はともに、eBayの侵害行為は故意の要件を充足すると認定した。しかし同地裁と連邦最高裁が、原告特許製品を利用する被告の行為を停止した場合に公共の利益に損害をもたらされるかどうかを確認しないままに、eBayに永久の差止請求権を認めないという判断を下した点は、なお検討に値する問題であるように思われる。

ii) その利用行為を停止すると利用者が重大な損失を被ること。ここでいう損失とは、単に利用許諾を得るための知的財産権者との交渉コストに関する損失を指すにとどまらない。それは、利用行為が行われて以降、利用者がこれまでに得た利益とこれから見込まれる利益に関する損失を含む概念であり、こちらの方が重要である。利用行為を停止することによって利用者に重大なる損失が生じる場合とは、一体どのような場合であろうか？ 前述した「武松打虎」事件にその手がかりを見つけることができる。同事件において被告は、既に1980年において、画家劉継貞氏の「武松打虎」と名付けられたシリーズ絵画著作物のうち第11枚目の絵画に修正を加えたうえ、それを被告が生産した景陽岡醸造シリーズ焼酎の瓶ラベルおよび外箱包装に使用した。そして1989年に、その使用する上記第11枚目の絵画に修正を加えたうえ、それを国家商標局に商標出願し、商標登録を受けた。さらに1990年に被告は景陽岡焼酎を中国酒文化博覧会に出品し、1995年6月には北京人民大会堂において「景陽岡醸造品評会」を開催した。こうした一連の経緯から分かるように、被告が原告の著作権を侵害していることは確かである。しかし原告がその権利行使を懈怠している間に、被告はその商標の信用を形成するために巨額の投資を費やした。もし原告の侵害停止請求権を認めてしまうと、つまり原告の著作権を侵害する被告の商標または商品包装・パッケージの使用を停止させると、被告が長年にわたり商標または商品包装・パッケージに蓄積してきた信用が一切消えてしまうことになりかねない。これにより被告の現在の市場は急速に縮小し、被告は新たな商標の信用形成に向けて巨大なコストをかける必要に迫られるかもしれない。その結果、被告の経営コストが著しく増大し、最悪の場合には経営困難な状況に追い込まれることになって、従業員の失業問題へと発展するかもしれない。このような場合に原告の侵害停止請求権の行使を許容すべきかどうか、原告の請求を認めるべきかどうかについては疑問がある。もし既に形成された消費者選好や心理的な要素も併せて考慮するのであれば、こうした結論の説得力は増すだろう。この点に関連して、「五朵金花」事件において<sup>32</sup>一審裁判所が原告の請求を容れずに被告の勝訴を認

<sup>32</sup> 本件の事案は次のとおりである。映画脚本「五朵金花」は、季康と公仆が共同で創作したものである。これはその後、長春映画製作会社によって映画化された。雲

めた理由は、おそらく次のような事実に基づく利益衡量が働いたからではないかと推測される。つまり、原告の権利行使が否定されたのは、原告作品の表題に独創性がないからではないだろう。本件の被告は、原告作品の表題を商標として登録し、長年かけてその商標を使用して営業を継続しており、当該商標には既に被告の膨大な無形資産が蓄積されている。これに対し、原告は長年、権利を行使するのを懈怠していた。もし原告の請求を認容すると、これらの被告の無形資産は完全に浪費してしまうことになる。

なお、前述した「武松打虎」事件において、原告の著作権を侵害する被告の商標または商品包装・パッケージの使用を停止することにより、はたして被告が重大な損失を被ることになるのかどうかに関しては、比較的曖昧で抽象的な事実しか判明していないように見える。価値評価の方法としては、まず原告と被告の権利の価値を算出し、次に両者の価値の大小を比較し、最後に原告の権利下に置かれた情報の利用行為の停止によって被告が重大な損害を被ることになるのかどうかを測定する、という手法が考えられるかもしれない。

iii) 知的財産権者には損失がないか、極めて僅少な程度にとどまること。たとえ利用者には主観的な故意または過失がなく、かつ知的財産権者の権利下に置かれた情報の利用行為の停止によって利用者が重大な損失を被

---

南曲靖煙草会社は、1974年より「五朵金花」という名称のたばこの販売を開始し、1983年に「五朵金花」を商標として使用して商標登録を受けた。季康は、曲靖煙草会社が「五朵金花」を商標として使用して商標登録を受けた行為について、それは著作権を侵害するものであると主張した。2001年2月5日、季康は公仆とともに曲靖煙草会社を相手取って訴訟を提起した。その訴訟のなかで季康らは、曲靖煙草会社に対し、著作権侵害行為の即時停止と謝罪を求めた。曲靖煙草会社は、抗弁として、「五朵金花」という名称は創作性要件を満たさず、中国著作権法上の著作物に該当しないと主張した。一審裁判所は、「五朵金花」に関する映画脚本の著作権は季康と公仆の2人の共有に係ることを認めたが、「五朵金花」という脚本名ないし作品の題名は著作権法の保護対象とはならないことを判示した。それと同時に、国家版權局が裁判所に提出した回答を引用し、作品の題名は著作権法の調整を受けない旨を説示し、これに基づいて原告らの請求を斥けた。原告らは、第一審判決を不服として控訴審裁判所に上訴したが、その後両当事者は裁判所の仲裁の下、和解した。

ることになる場合であっても、もしその利用行為を停止させないと逆に権利者が重大な損失を被ることになるような場合には、十分な量の情報生産を保障するという知的財産権法の第一目標に照らして、やはり権利者による侵害停止請求を認容すべきであると思われる。

研究に値する一つの問題としては、知的財産権者の損失に人格的な側面における逸失利益を含めて考慮すべきかという問題がある。このような状況は、「武松打虎」事件のように、主に原告が著作者人格権を有する事件において現われる。原告の著作者人格権が侵害された場合に、知的財産権者が侵害停止請求権を行使できるかどうかは、一概には答えられない。著作者の人格は一般の人格とは異なり、作品の創作によって発生する人格である。著作者人格権の侵害は2つの場合に分かれる。1つは比較的的重大な侵害である。これは主に作品に対する評判や著作者に対する評判を低下させる行為である<sup>33</sup>。もう1つは一般的な侵害である。これは著作者の意向に反して、その作品を公表したり、改変を加えたり、あるいは著作者の署名方法を変えたりする行為であり、前述のような作品の評判や著作者の評判を損なうまでには至らない行為である。したがって、もし利用者の利用行為が作品の評判や著作者の評判に損害を与えることが確実である場合には、原告が訴訟の中で著作者人格権に基づく侵害を主張しない限り、利用者の過失の有無や利用の停止によって多大な損失を被る可能性について問うことなく、裁判所は原告の侵害停止請求権を認容すべきである。一方、利用者の利用が著作者の意向に反した程度にすぎない場合には、客観的にみてその作品の評判や著作者の評判に損害を与えるとは考えにくいから、利用者に過失がなく利用の停止によって多大な損失をもたらすことになるのであれば、裁判所は原告の侵害停止請求を制限するべきである。

利用者には主観的な過失がなく、しかも利用の停止によって重大な損失が生じるのに対し、知的財産権者には損失がないか極めて僅少なものとどまる場合に知的財産権者の侵害停止請求権を制限することは、効率性に

---

<sup>33</sup> 著作物や著作者の名声の毀損についてどのように判断すべきかは難問である。一般的にいえば、客観的な判断基準を堅持すべきである。すなわち、利用者の利用行為から客観的に当該著作物や当該著作者に対する否定的な評価が導かれるのであれば、当該著作物または著作者の名声が毀損されたと判断すべきである。

基づいた考慮というよりも公平を追求した結果というべきかもしれない。知的財産権の侵害停止請求権の行使に関する一般原則に従えば、行為者にたとえ過失がなくても、その行為が同法の定める侵害行為に該当する場合には、行為者は侵害行為を停止しなければならない(ただし、損害賠償責任については免責される)。このことから、行為者に過失がなくてもその行為が権利侵害を構成する場合には、知的財産権者は侵害停止請求権を行使できるということが分かる。ここでは、知的財産権の立法者が情報創作者にインセンティブを保障するという観点から知的財産権者に侵害停止請求権を認めるか否かを考慮しているために、侵害者の侵害行為の停止にかかるコストについては全く考慮していないということが浮き彫りとなる。ただし上で述べたように、サunkコスト合理性は、立法者と司法官に対して、経済合理性に完全に支配されることなく、侵害行為者が既に費やしたコストに目を向けなければならないことを要求する。さもなければ、経済合理性の支配下では見逃されがちな、特別な事情が認められる場合の正義の追求という立法上の問題を立法プロセス(ルールの形成)や司法プロセス(個別事案での裁量)を通じて克服することはできないだろう。

(3) 利用者には過失があるがその程度は小さく、知的財産権者の権利下に置かれた情報の利用を停止すると利用者は重大な損失を被る可能性がある一方で、知的財産権者にも過失があり、利用者が利用を継続しても知的財産権者は重大な損失を被る可能性はないか、ごく僅少な損失にとどまる場合。この場合、利用者の行為はやむをえない行為に該当するため、知的財産権者の侵害停止請求権が受けるべき制限は、前述した2つの状況とは異なるものである。このような状況は通常次のような形で現われる。すなわち、一方で利用者は、権利者の目的が主に譲渡料やライセンス料の収受にあり自己利用はしていない情報や、自己利用も行っている情報について知的財産権者から譲渡やライセンスを受けるために、すでに多数の権利者との交渉コストを投下したという状況に置かれている。他方で知的財産権者は、譲渡料やライセンス料額を引き上げるために意図的に交渉時間を引き延ばし、利用者との譲渡契約やライセンス契約になかなか同意せず、交渉の最終段階になって利用者との契約締結を拒んだり、あるいは一定の言動を通じて利用者には締約可能性についての期待を惹起しつつ、最終段階に

なって利用者との契約締結を拒否したりして、利用者にも多大な時間と費用を浪費させるという状況にある。あるいは、実施準備の整った利用者により自己の権利下に置かれた情報を利用するよう強制し、利用者に対して権利侵害を訴え、高額な賠償金を得るということもある。こうした状況において、利用者は契約締結における知的財産権者の過失責任を問うことができる場合がある。しかし契約締結の過失責任の法理に従えば、利用者が賠償を受けることができるのは、契約上の履行利益ではなく信頼利益に係る損失のみである。そのため、利用者の利益が保障されるとは言い難い。このような状況では、知的財産権者の同意を得ずにその権利下に置かれた情報を利用するという行動を利用者は選択するかもしれない。

いざ上記のような状況が起きると、利用者の行為に過失がないとはいえないが、しかし利用者が知的財産権者の同意を得ることなくその情報を利用することにしたのは、知的財産権者の過失と不可分な面があることは否めない。そのため、知的財産権者はその権利下の情報を実際には利用していないのに対し、利用者は継続的な努力を通じて営業の規模を大きく成長させた場合において、過失のある知的財産権者が行う侵害停止請求や損害賠償請求を認めてしまうと、「水を溜めて魚を飼育して魚を殺す」行為を放置するに等しい結果となる。このような場合には効率性の観点からの考量が必要となる。すなわち、この場合において、利用者の利用行為がもたらす効率性が知的財産権者の不実施がもたらす効率性よりも遙かに大きいのであれば、知的財産権者の侵害停止請求権は制限を受けるべきであろう。

ここまでの叙述では、いかなる場合に知的財産権者の侵害停止請求権が特別の制限を受けるべきかについて説明してきた。次なる問題は、知的財産権者の侵害停止請求権にどのような形で特別の制限を加えるべきかということである。この点に関しては、広州市中級人民法院が広州新白雲空港事件において既に適切な答えを出している。すなわち、前述した特定の状況では知的財産権者の侵害停止請求権を認めることは妥当でなく、利用者には使用料を支払わせることをもって侵害行為の停止に代替することが望ましいというものである。つまり前述した3つの特定の状況の下では、利用者は使用料の支払いを条件として権利者のコントロール下に置かれた情報を利用し続けることができることになる。それでは、なぜ利用者は

費用を支払わねばならないのか？これについてはおそらく3つの理由が考えられる。第一に、民法の一般理念に基づけば、何人も他人の権利を侵害しながら利益を得ることは許されない。第二に、使用料の支払いをもって侵害停止に代替することは、自己の知的財産権を市場化して経済的利益を獲得しようという権利者の意図や、効率性の最大化および対価回収機会の保障を実現しようとする法目的に合致する。第三に、利用者が侵害行為の停止も使用料の支払いも免れることができるとすると、知的財産権という稀少資源を創設し、それにより十分な量の情報が生産されることを保障するという知的財産権法の第一目標が著しく損なわれ、ひいては法制度の基盤まで脅かされてしまうことにもなりかねない。

このほか説明を追加する必要があると思われるのは、使用料の支払いをもって侵害停止に代替する方法は、損害賠償をもって侵害停止に代替するという米国連邦最高裁の確立した方法よりも科学的であるという点であろう。損害賠償による方法は、利用者が過去に行った利用についてしか解決できないという性質があるために、利用者が将来にわたって利用行為を継続する場合の問題については未解決のままである。論理的に言えば、損害賠償をもって侵害停止に代替する方法には問題が存在する。使用料の支払いによる場合は、利用者の過去の利用行為に関する問題を解決できるのみならず、将来にわたる利用行為に関する問題を解決することもでき、少なくとも論理上、混乱は起こらないだろう。

## 五. 知的財産権に基づく請求権の制限の新たな方法に関する立法論的選択

一定の特別な事情が認められる場合には、利用者に使用料を支払わせることをもって侵害行為の停止に代替するという方法に関して、米国では伝統的なエクイティの原則によって解釈しているが、中国には明確な法律の規定が存在する。中国コンピュータソフトウェア保護条例の第30条は、「ソフトウェアの複製品所有者は同ソフトウェアが侵害複製品であることを知らないか又は知りえた合理的理由がない場合には、賠償責任を負わない。ただし、その使用を停止し、同侵害複製品を廃棄しなければならない。同権利侵害複製品の使用停止又は廃棄が複製品の使用者に重大な損失を及

ばず場合には、複製品の使用者はソフトウェアの著作権者に合理的な費用を支払ったうえで、引き続き使用することができる。」と定めている。この規定によれば、次の2つの条件を満たす場合には、ソフトウェア複製品の所持人は使用料の支払いをもって侵害行為の停止に代替することができる。1つはソフトウェア複製品の所持人に主観的な過失がないことである。もう1つは侵害複製品の使用を停止し、それを廃棄することによって同所持人が重大な損失を被ることである。この2つの条件は、使用料の支払いをもって侵害行為の停止に代替するという、上述した2類型の方法と概ね共通している。両者の相違は、本条がソフトウェアの著作権者の損失については問わない点にある。ソフトウェアの著作権者の損失を問わないとしたのは、主観的な過失がない侵害複製品の使用者に重大な損失を負担させることは回避するとしても、使用を停止しないとソフトウェアの著作権者に更なる損失をもたらす恐れがあれば、ソフトウェアの著作権者の侵害停止請求権を制限する十分な理由はないということである。立法論の観点からみれば、中国コンピュータソフトウェア保護条例第30条の規定には依然として改善の余地がある。

さらにいえば、かりに中国コンピュータソフトウェア保護条例第30条に立法論的な問題はないとしても、同条項はソフトウェアの著作物にしか適用することができない。他の著作物については適用対象外である。そして中国特許法や商標法等、他の知的財産権法にはコンピュータソフトウェア保護条例の第30条に相当するような規定は見当たらない。そのため、知的財産権に基づく請求権に対して特別な制限を加える必要がある前述した3つの場面においても、被告は他の知的財産権法に明確な法律上の根拠を見出すことはできないのである。

もちろん、解釈論の観点からすれば、知的財産権法の全体性の観点に基づき<sup>34</sup>、知的財産権に基づく請求権を特別に制限する必要のある前述した3つの場面において被告は一般法のなかに根拠を探ることができる。ここ

<sup>34</sup> 李扬「重塑整体性知识产权法」法商研究2006年第6期。筆者はそこで知的財産権特別法、不正競争防止法、民法が1つの有機的な体系を形成しているとの構想を提示している。したがって法律の適用であれ、事件の処理であれ、研究の角度からは一体として取り扱うべきである。

での根拠は、まさに中国民法総則第7条に規定された、民事上の権利を濫用してはならないという一般法原則である<sup>35</sup>。ここで少し説明を要するのは、権利侵害行為が発生した場合に知的財産権者が侵害者に対して侵害行為の停止を請求することは、本来正当な権利行使に属する行為であるということである。それでは、一定の特別な事情が認められる前述のような場合に、なぜ知的財産権者による請求権の行使が権利の濫用行為に該当するのであろうか？

ここでのポイントは、知的財産権の濫用行為をどのように理解するかということである。民事上の権利濫用の判断基準については、世界各国において次のような6つの基準が現われた。すなわち、故意損害、正当な利益の欠如、加害目的での権利行使、権利行使によって得られる利益を大きく上回る損害の発生、権利の存在目的の無視、不法行為法の一般原則への違反等である<sup>36</sup>。それでは、民事上の権利濫用の判断基準は一体どのように確定すべきであろうか？これに関する徐国棟教授の見解は、問題の複雑性に鑑みれば、主観と客観を結合する基準を採用すべく、裁判官による自由裁量権の行使を前提に様々な状況を総合して判断すべきであるというものである。具体的には、まず主観面として、権利の濫用を構成するような権利者の故意または過失が認められるかどうかに着目すべきである。その判断の方法としては、正当な利益の欠如、加害目的での権利行使、権利行使によって得られる利益を大きく上回る損害の発生等の基準を総合的に考慮しながら、その外部的な行為態様から権利者の心理的態様を推測すべきである。そして権利者の外部的な行為態様がこの基準を満たす場合には、権利濫用の故意が推定されることになる。このほか、権利の存在目的

<sup>35</sup> 「権利を濫用してはならない」という原則の根本的な根拠は、中国憲法第51条の規定に求められる。同規定は、「中華人民共和国の公民は、自由と権利を行使する場合、国家、社会、集団の権利、及び他の公民の合法的な自由と権利を毀損してはならない。」と定めている。ただし体制の問題により、中国憲法は依然として司法化されておらず、訴訟において憲法を直接の根拠とすることはできない。

<sup>36</sup> これらの判断基準について、中国人民大学法律系民法教研室編『外国民法論文選(第二輯)』(中国人民大学出版社、1986年)437～450頁を参照。徐国棟『民法基本原则解释—成文法局限性之克服』(中国政法大学出版社、1992年)95～97頁。

を無視した権利行使や不法行為法の一般原則に違反した権利行使等の基準を採用して、権利者の権利濫用の故意もしくは過失を推定する方法もある。次に客観面として、権利者が権利を濫用するものであるかどうかは、他者に損害を与えたか否か、社会に損害を与えたか損害を与える恐れがあるか否かに着目すべきである。もし既に損害が発生しており、同時に主観的な要件も満たすという場合には、ただちに権利濫用を構成することになる。かりに主観的な要件しか満たしていなくても、損害が発生する恐れが認められる場合には、蓋然的な権利濫用行為を構成することがある<sup>37</sup>。

以上の基本原理に従えば、少なくとも以下の2つの状況において知的財産権者が権利を行使することは、知的財産権の濫用行為に該当するということができる。

第一に、知的財産権の存在目的を無視した権利の行使である。前述したように、知的財産権法が知的財産権という稀少資源を創設した理由は2つある。1つは十分な情報が生産されることを保障するためであり、もう1つは情報の利用を促進するためである。もし権利者がこのような2つの知的財産権の存在目的を無視して知的財産権を行使する場合には、それは知的財産権の濫用行為に該当し、権利者の侵害停止請求権は制限されるべきである。前述した第二と第三の場面において、知的財産権者が侵害停止請求権を自由に行使できるとすると、明らかに知的財産の利用に不利益を及ぼすため、そうした権利の行使は知的財産権の濫用行為を構成するものと考えらるべきである。

第二に、加害目的での知的財産権の行使である。加害目的による知的財産権の行使とは、知的財産権を行使する方法が色々とあるなかで、知的財産権者があえて公共の利益ないし他人の利益を害する方法を選んで権利を行使することをいう。前述した3つの状況でいえば、知的財産権者は被告に使用料の支払いを求めることで知的財産権の市場化という利用目的を達成することができる。それにもかかわらず、知的財産権者があえて被告に対して自らの権利下にある情報の利用行為の停止を求める選択をしたことは、明らかに公共の利益や被告の利益に重大な損害をもたらす権利

<sup>37</sup> 徐国棟・前掲注(36)97頁。

の行使であり、知的財産権を濫用する行為に属するものと考える<sup>38</sup>。

<sup>38</sup> どのような行為が知的財産権の濫用行為に該当しうるだろうか。まず指摘したいのは、知的財産権の濫用という語彙は比較的曖昧であるために、知的財産権の濫用行為について法律で厳格かつ明確な定義をなすことや明確な範囲を示すことは難しく、そうしたことを立法者に求めるのは非現実的であるということである。法適用の観点からみれば、知的財産権の濫用行為は多くの場合、拡大解釈、縮小解釈、一般条項や基本原則に基づく解釈など、個別事案における目的解釈の手法を用いた司法解釈に委ねられている。もっとも、知的財産権の濫用という概念の語彙的な曖昧性が存するとはいえ、立法者が関連立法のなかで列举の規定を設けることは妨げられない。たとえば中国契約法第329条は、「違法に技術を独占し、技術の進歩を阻害し、又は他人の技術成果を侵害する技術契約は、無効とする。」と定めている。また、最高人民法院が2004年12月16日に公布した『最高人民法院による技術契約紛争事件審理の法律適用における若干問題に関する解釈』の第10条は、「技術の違法な独占、技術進歩の阻害」に該当する行為として具体的に6つの例を挙げている。すなわち、「(1)当事者の一方が契約目的の技術に基づいて新たな研究開発を行うことを制限すること、若しくは改良された技術の使用を制限すること、あるいは双方の改良技術交換の条件が不平等であることなど。これには一方が自ら改良した技術を他方に無償で提供することを要求すること、相互利益とならない技術譲渡、当該改良技術の知的財産権を無償で独占又は共有することが含まれる。(2)当事者の一方が、その他の出所から技術提供側に類似する技術又はそれと競争関係にある技術を取得することを制限すること。(3)当事者の一方が、市場の需要に基づき、合理的な方法によって契約の目的である技術を十分に実施することを妨害すること。これには受入側が契約の目的となっている技術を実施して生産する製品又は提供するサービスの数量、種類、価格、販売ルート及び輸出先を明らかに不合理に制限することが含まれる。(4)技術の受入側に、技術の実施に不可欠ではない附帯条件を受け入れるよう要求すること。これには不必要な技術、原材料、製品、設備、サービスの購入及び不必要な人員の受入れが含まれる。(5)技術の受入側の原材料、部品、製品、設備等の購入ルート又は購入先を不合理に制限すること。(6)技術の受入側が契約の目的である技術の知的財産権の有効性に異議を申し立てることを禁止すること、又は異議申立てに条件を付けること。」である。

中国最高人民法院は司法解釈を通じて、上記の6つの行為について「技術の違法な独占、技術進歩の阻害」に当たる行為として処理している。しかし厳密に言えば、特許技術の独占が市場の独占に繋がるとは限らないため、上記行為が独占禁止法の違反する行為となるかどうかについては、さらに独占禁止法の規定に照らして具体的に判断すべきである。しかし、上記6つの状況における技術は、それが特許技術

以上のように、権利を濫用してはならないという原則を通じて、知的財産権者の侵害停止請求権の制限はもはや純理論的な探究ではなくなった。実際、日本では既にこのような事件が登場している。それが「写真で見える首里城」事件である<sup>39</sup>。本件において被告は、「写真で見える首里城」と題する書籍（以下、被告書籍）において、原告が著作権を有する写真の著作物を原告の許諾を得ずに使用した。そこで原告は複製権侵害および氏名表示権侵害を理由に、被告に対し、被告書籍からの写真の削除を求めるとともに、当該写真を削除しない限り被告書籍の複製および販売をしてはならない旨の請求を行った。日本の那覇地方裁判所は、被告書籍が増刷される可能性は極めて低いことを指摘しつつ、被告に対し写真を削除しない限り被告書籍の複製および販売をしてはならない旨を求める原告の請求は権利の濫用に当たり、これを認めることはできないと判示した。

民事上の権利濫用の原則を用いるという手法は、前述のような特殊な問題が実際に現れる場面において柔軟に対応可能である反面、一般原則は結局のところ抽象的であるために、利用者に明確な予測可能性を提示することはできない。また、この手法は裁判官に広範な裁量権を与えることになるため、司法の公正性と統一性の形成にとって必ずしも好ましいものではない。したがって立法論の観点からすれば、中国コンピュータソフトウェア保護条例第30条の立法経験を参考にしながら、その不足を補完すると同時に、知的財産権に基づく請求権が特別な制限を受けるべき様々な場面を想定して、各種の知的財産権法における侵害停止請求権の条文規定に次のような但書きを加えるべきである。すなわち、「ただし、権利侵害者が侵害品の利用を停止することによって公共の利益が害される場合、あるいは、権利侵害者が侵害品の利用を停止することによって権利侵害者自身が重大な損失を被る恐れがある一方、権利者には損失がないか僅少なものとどまる場合であって、権利侵害者に主観的な故意がなく、権利者に過失がある場合には、権利侵害者は合理的な使用料の支払いを条件として利用行為を継続することができる。」

に関するものであれば、明らかに特許法の立法目的に反した特許権の行使に当たることになる。そのため、それらはすべて権利の濫用行為に該当するであろう。

<sup>39</sup> 那覇地判平成20年9月24日判時2042号95頁 [写真で見える首里城事件]。