HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	著作権法と特許法における「懲罰的賠償制度」の非懲罰性
Author(s)	蒋, 舸; 山東, 佳帆//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 54, 1-40
Issue Date	2019-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/76020
Type	departmental bulletin paper
File Information	54_01-Jiang_Santo.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

巻頭論文

著作権法と特許法における「懲罰的賠償制度」の非懲罰性

蒋　舸
山東　佳帆(訳)

内容摘要：
著作権法と特許法で追加的損害賠償を導入するにあたり、懲罰目的を追求しない場合、「懲罰的賠償」という用語はイノベーションに関する規則の体系についての誤解を招く。イノベーションに関する領域の救済制度の上限は、権利侵害に対する最適な予防の範囲に留まるべきだが懲罰の本質は予防目的とは別の制裁にあるため、最適な予防と懲罰の両者が併存することはできない。イノベーションには連続性があり、後続のイノベーターにとって、既存のイノベーションについての財産権を回避することは、しばしばネックとなり得る。よって、適切なイノベーションに関する規則は、過去のイノベーターを保護するだけではなく、未来のイノベーターにもインセンティブを与えるものでなくてはならない。また、集団的合理性の観点から知的財産権の境界線を曖昧にしておくことを選択した場合、未来のイノベーションに大きな権利侵害のリスクをもたらすこととなる。この場合、救済制度で、補填不足や予防不足のほかに、イノベーション活動に対する必要以上の過剰な予防についても警戒する必要がある。著作権・特許権分野において、追加的な損害賠償を導入する主な目的は、完全な損害補填を実現することと、特殊な状況下で、マクロレベルで最適な予防を追求できるようにすることである。よって、ここでは予防の範囲を超えた、非功利的な懲罰効果を追求するべきではない。「非懲罰性」の原則は、追加的損害賠償の要素に対する従来の理解を改め、それを捕捉するものであり、一連のイノベーション制度の目的に合う損害賠償制度の規範についての啓示をもたらす。著作権法・特許法の領域で、「非懲罰性」は追加的損害賠償と損害補填の原則の衝突を緩和し、主観的要件が損害賠償にもたらす不確定性を減少させる。ここで加重する賠償の程度は、後続のイノベーターが知的創造物のために捻出したイノベーションの程度に比例すべきで、権利侵害者の支払能力と関連付けられるべきではない。可能であれば、裁判官が他の救済手段による抑止効果と比較考量をすべきという前提のもと、損害賠償が追求する最適な予防を確立すべきである。

キーワード：著作権法　特許法　懲罰的賠償　追加的な損害賠償　イノベーション

著作権法並びに特許法は、いわゆるイノベーションについての調整を行う法体系の核心である。この二つの領域のいずれか一方でも、重要な規定に変更があった場合、イノベーション活動に対して大きな影響を与えることとなる。両法が導入に向けて調整を行っている三倍賠償制度は、イノベーションの模式に変革をもたらす可能性のある重要な規定である[1]。適切に運用されれば、それの持つプラスの効果によって、イノベーションを生み出す環境が大幅に改善されるはずである。しかし、逆に適切な運用がなされなければ、変革の持つマイナスの効果により、イノベーションを生み出す正常な環境を破壊してしまう可能性が高い。今までの三倍賠償についての理解には多くの危険が潜んでいる。なぜなら、著作権法、特許法の改正草案の法文Ⅰでは、「懲罰的賠償」という文言こそ使用されていないが、このような三倍賠償と懲罰的賠償とがイコールだという概念は、立法趣旨を含む様々な文献で頻繁に登場しており[2]、三倍賠償の導入が徐々に定説となっていくにつれて、徐々に批判を受けることもなくなってきたからである。しかし、「懲罰的賠償」を全面的に擁護する前に、今まで無視されてきた根本的な問題を解決する必要がある。それは、著作権法と特許法の損害賠償において懲罰目的を追求する必要があるのか、という問題である。

この問題については、まだ通説がないというより、問題の存在自体が認識されていなかったと言うべきであろう。これまでの議論で、著作権法と特許法分野での追加的損害賠償は、懲罰目的と一括りにして議論されてきた。つまり、損害の範囲を超えた追加的な損害賠償に賛成する者は、基本的に懲罰を目的としている[3]。それも、付随的なものではなく主な目的と

[1]『中華人民共和国著作権法（改正草案送審稿）』第76条、『専利法改正草案（意見募集稿）』第65条参照。

[2]『「中華人民共和国著作権法（改正草案送審稿）」に関する説明』の第二部分、及び『「専利法改正草案（意見募集稿）」に関する説明』の第四部分参照。

[3] 例として、曹新明「知识产权侵权惩罚性赔偿责任探析－兼论我国知识产权领域三部法律的修订（知的財産権侵害の懲罰的賠償責任の探求－我が国、知的財産分野の三法の改正について論ず）」知識産権2013年第４期５頁、銭玉林＝驢福林「论我国知识产权法中的惩罚性赔偿（我が国知的財産法における懲罰的賠償）」法学雑誌2009年第４期112頁、易建雄「应在知识产权领域引入惩罚性赔偿（知的財産権領域において懲罰的賠償を導入すべきである）」法律適用2009年第４期95頁などがあげられる。

している。[4] これに対し、懲罰賠償に反対する側の理由は、懲罰目的の阻止である[5]。追加的損害賠償に賛成する者で、懲罰目的を追求すべきでないと主張する者はいない。一方で、懲罰的賠償に反対する者で、賠償額を加重すべきと主張する者はいない。ごくたまに、追加的損害賠償の損害補填又は侵害予防の機能を強調する文献もあるものの、残念なことに詳しい適用規則を示すことはできていない[6]。また、領域に違いがあるため、補填原則の重視という理由からは、イノベーションに関連する領域で、懲罰を排除する必要性があることを説明することはできない[7]。さらに、著作権法と特許法の研究において、残念なことに現在に至るまで、イノベーション活動の特質という側面からイノベーションを調整する法律と懲罰目的との間に互換性があるかどうかを分析した文献は未だない。

実際、追加的損害賠償と懲罰目的は必ずしも関連しているわけではない。懲罰目的を追求すれば、当然に損害の補填以上の追加的損害賠償が要求されることになるが、追加的損害賠償の導入だけのとき、侵害の予防機能を超えた懲罰目的まで必ずしも追求する必要はない。追加的損害賠償で懲罰目的を追求するかについては、法が調整している社会的関係に基づき詳しく分析していかなければならない[8]。本論では、イノベーション活動には

---

[4] 羅莉「论惩罚性赔偿在知识产权法领域的引进和实施(懲罰的賠償の知的財産法領域での導入と実施について論ず)」法学2014年第4期30頁。

[5] 李晓秋「专利侵权惩罚性赔偿制度:引入抑或摒弃(特許権侵害の懲罰的賠償制度:導入か放棄か)」法商研究2013年第4期136頁以下を参照。知的財産以外の領域では、一般的に、懲罰的賠償に反対する者の反対の理由は、私権の性質と懲罰目的の衝突にある。

[6] 胡海容＝雷雲「知识产权侵权适用惩罚性赔偿的是与非－从法经济学角度解读(知的財産権侵害に懲罰的賠償制度を適用する是非－法経済学の角度からの解釈)」知識産権2011年第2期70頁以下。

[7] 馬新彦「内幕交易惩罚性赔偿制度的构建(インサイダー取引のための懲罰的賠償制度の構築)」法学研究2011年第6期112頁。

[8] 知的財産権の領域以外の文献では、確かに懲罰を懲罰的賠償の目的としている。懲罰を目的とした懲罰的賠償について述べた文献として、王利明「惩罚性赔偿研究(懲罰的賠償に関する研究)」中国社会科学2000年第4期112頁、朱廣新「惩罚性赔偿制度的演进与适用(懲罰的賠償制度の変化と適用)」中国社会科学2014年第4期

独特の構造があり、これが「追加的」と「非懲罰的」の両方を必要不可欠なものとしていると考える。しかしその一方で、ある種の知的創造活動の結果に対する侵害行為には、隠蔽しやすく、追及するのが困難であるという特徴があることも無視できない。これらのことを鑑みれば、知的財産権の領域は補填原則が本来適用されていた環境とは大きく異なると言えるので、追加的な賠償を行わなければ権利侵害を予防することはできない。しかし、さらにもう一方で、イノベーションには連続性があり、多くのイノベーションが権利侵害とみなされる潜在的可能性を持っている。故に、賠償制度が予防目的とは別の懲罰目的を追求すれば、それによって引き起こされた権利侵害への過剰な予防がイノベーションを促進するという制度目標に直接の打撃を与えてしまうことになる[9]。したがって、著作権法と特許法の損害賠償にとって、追加的な賠償も懲罰目的の排除も同じく必要である。しかし、現在の議論では、ただ前者の追加的賠償を導入する必要性の議論のみが注目されていて、後者のそれによって生ずる過度な予防効果の危険性については注目されていない。ここでは、「追加的賠償」がより適切な表現であることは承知しつつも、専門用語については慣習的な使用方法が重要であることに鑑み、あえて「懲罰的賠償」という用語を用いて議論を進めていきたいと思う。本稿は、用語の使い方によって生じた誤解を招くような効果を修正し、イノベーションシステムの目的に符合させることを目的とする。

115頁などがあげられる。

イノベーションを整備の対象としていない領域であれば、懲罰目的を追求することは正当と言えるかもしれない。例えば、食品安全の領域で、懲罰は「公衆の身体的な健康と生命の安全を保障する」という食品安全法第 1 条の立法目的に反するものではなく、また権利侵害に対する過剰な予防によって良くない結果が引き起こされる心配もない。

[9] 最適な予防については、Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 HARV. L. REV. 869, 877-96 (1998) を参照。（原則通りであれば、各ケースの損失を完全に補填することによって最適な予防を実現することができる。しかし、被告が追及を逃れてしまう確率が非常に高いため、追及を逃れる確率に乗じて損失を補償することによってのみ最適な予防を実現することができる。）

一．イノベーションの持つ連続性の角度から見たイノベーションに関する制度の目標

イノベーションに関する規則を整備するにあたって、イノベーション活動の特徴を考慮することは必要不可欠である。そして、イノベーションの最も顕著な特徴は、それが何もないところから突然発生したものではなく、段階的に発生したものであるという点である。言い換えれば、イノベーションは互いに独立したものではなく、互いに関連し合っているものであるということである。そのため、同時に多くの知的財産権が一つの製品上に存在していることがよくある。故に、イノベーションに関する制度を整備するにあたり、先にイノベーションを行った者の利益を保護することだけではなく、後からイノベーションを行う者のための空間を残しておく必要があることも、常に念頭に置いておくべきである。イノベーションの連続性及びそれによって生まれる知的財産権の重畳性は、イノベーションに関する規則を構築するにあたって、必ず尊重されるべき事実的根拠である。

(一) イノベーション活動の連続性

具体的な技術の探求であろうと、抽象的な思想の探求であろうと、たゆまぬ努力なしでは成功を収めることはできない。したがって、著作権法や特許法では、未来のイノベーターの創造意欲の維持と過去のイノベーターの知的財産の保護が同じくらい重要である。科学哲学では、「ほとんどのイノベーションは、より多くの資料の収集、事実の検証、開発を含む既存のパラダイムに対する小さな改変に過ぎない。」とされている。この過程で、その分野での既存のパラダイムの説得力は絶えず上昇していくが、その一方で、同時に既存のパラダイムでは対処できない例外となる問題も徐々に蓄積されていく。そして、問題がある程度蓄積されると、新しい認知システムが既存のそれに取って代わり、パラダイムが一新され、新しいサイクルがはじまるのである[10]。これは、先駆的な発明が実は少なく、多くの特許は細かな小さい改良を行っただけのものであるという科学技術

[10] トーマス・サミュエル・クーン(金吾倫＝胡新和訳)『科学革命的結构(科学革命の構造)』4－5頁(北京大学出版社、2012年版)。

分野のイノベーションの実像そのものである[11]。新しい技術は、いつも既存の技術から構築されるか、それが集積してできるものである[12]。現代社会が享受している科学技術は、無数の個人による共同作用の結果である。イノベーションに関する制度の研究者たちからすれば、当該分野において、価値を生み出す方法に特殊性があることは、とうの昔からわかっていた事実である[13]。イノベーションの連続性を理解することは、特許システムについての多くの研究にとって、根本的な認識の出発点である[14]。

価値の累積性は、科学技術におけるイノベーションのみならず、文化的なイノベーションにおいても同様に体現されている。文学や芸術における成果は、表面的には特定の権利者にのみ属しているように見える。しかし、広い歴史的な観点から見れば、それらの成果は何世代にも渡って蓄積された創造の最終形態である[15]。また、石破天驚の詩文や音楽を生み出すより、適度に歴史的伝統に沿ったものや、その時代の思想を反映した産物の方がより人の心を動かすことが多い[16]。文学だろうが芸術だろうが、時代の前

---

[11] 董濤＝賀慧「中国専利質量報告－実用新型与外観設計専利制度実施情況研究（中国専利の質に関する報告－実用新型と外観設計専利制度の実施状況の研究）」科技与法律2015年第２期237頁。

[12] ブライアン・アーサー（曹東溟＝王健訳）『技术的本质（技術の本質）』XII頁（浙江人民出版社、2014年版）。

[13] *See* Suzanne Scotchmer, *On the Shoulder of the Giants: Cumulative Research and the Patent Law*, 5 J. ECON. PERSP. 29, 30-31 (1991).

[14] 例えば、Kitchのプロスペクト理論は、先行するイノベーションのコントロール権を拡張したものであり、以後のイノベーションでの無駄な争いを減らすものである（Edmund Kitch, *The Nature and Function of the Patent System*, 20 J.L. & ECON. 265 (1977)）。MergesとNelsonはKitchと同じく発明の連続性に気が付いたが、逆の観点を導き出した。彼らは、先行する発明者によって後続のイノベーションが制限されるよりも、後続のイノベーションに競争力のある方が良いとして、先行するイノベーションの権利をより狭くするべきだと主張している（Robert Merges & Richard Nelson, *On the Complex Economics of Patent Scope*, 90 COLUM. L. REV. 839 (1990)）。

[15] *See* Pierre Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105, 1109 (1990).

[16] エルンスト・H・ゴンブリッチ（範景中訳）『艺术的故事（美術の物語）』596頁以下（広西美術出版社、2014年版）、イポリット・テーヌ（傅雷訳）『艺术哲学（芸術哲学）』10頁以下（江蘇文芸出版社、2012年版）。

後という縦の角度から見ようが同じ時代のものを横の角度から見ようが関係なく、同じ要素を共有する作品が多いことは否定できない。後続の創作で、少しでも気を抜いて他人の表現を転用してしまえば、権利侵害という心配事を引き起こしかねない。これは文学・芸術において歴史が継承されていくことの表れであり、文芸活動が社会的経験から離れることができないことで引き起こされた結果でもある。最も優秀な学生としてイェール大学英文科を卒業したポズナー裁判官が、よくある剽窃の形態を紹介した際、文学史上の多くの転用や重複を例にあげた。ここでは、シェイクスピア、エリオット、イェイツ、コールリッジなどの名前もあげられた[17]。これらは全て、イノベーションと模倣をはっきり切り分けることができないことを証明するものである。創作者同士の強い関連性は、多くの著作権侵害の案件でその判断が困難であることの元凶である。民謡の改変に関する争い[18]から台本の権利侵害の争い[19]に至るまで、その是非曲直は一通りではない。似ているが同じではない文芸的創作において、合法な引用と違法な剽窃との境目ははっきりしていない。これが、著作権法学者が、著作者の権利を保護するためだからと言って「協力文化」[20]を犠牲にすることはできないと主張している背景である。

裁判官たちに多くの難題を突き付けているイノベーションの連続性だが、これは避けることのできないものである。そればかりか、社会に必要なものとも言える。全ての創作を一から行わなければならないとすれば、それこそ資源を浪費することになる。Lemley と O'Brien によるフィードバックの中で述べられたソフトウェアに関する著作権を、このようなマイナ

---

[17] リチャード・アレン・ポズナー(沈明訳)『论剽窃』60頁以下(北京大学出版社、2010年版)。

[18] 北京高級人民法院(2003)高民終字第246号「黒竜江省饒河県四排ホジェン族郷人民政府と郭頌、CCTV、北京北辰ショッピングセンターの著作権紛争案件」中華人民共和国最高人民法院公報2014年第7期26頁。

[19] 北京市第三中級人民法院(2014)三中民初字第07916号「陳喆、余征らによる著作権紛争案件(瓊瑶、于正らによる著作権紛争案件)」。本稿を書いた時点では、まだ二審判決は言い渡されていない。

[20] *See* Peter Jaszi, *On the Author Effect: Contemporary Copyright and Collective Creativity*, 10 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 293, 304 (1992).

スのモデルとしてあげることができる。このソフトウェアに関する著作権の保護方式は、プログラマーに「ソフトウェアにとってのホイールとトランジスタのような最も基礎的な部品に相当する部分を一から発明させる」ことを常に強制するものであった。このせいで、毎年およそ20億から1,000億ドルの価値の資源を浪費していた[21]。一方で、オープンソースソフトウェアや、多くの人の協力によって成り立っているウィキペディアや百度知道のような開放式のウェブサイトは良い見本であると言え、イノベーションにおいて互いに参考・協力し合うことが大きな意義を持つことを示している。ニュートンもかつて「私が彼方を見渡せたとしたら、それはひとえに巨人の肩の上に乗っていたからです。」という言葉を残している。イノベーション活動が価値を生み出す際、連続性があることは明白で、ソフトウェア業界ではこの名言についてOTSOG（“on the shoulders of giants”）原則[22]という略称まで作られたほどである。後続のイノベーションの便宜を図ることと、既存のイノベーションの成果を保護することはどちらも特許法と著作権法の核心となる価値である。既存のイノベーターの権利を守ることは、より多くのイノベーションを引き起こすための手段であり、これが未来のイノベーションの障害となってはならない。さらにイノベーション制度のどの部分でもこの基本概念は貫かれなければならない。

（二）知的財産権の重畳性

有形財産上の所有権の単一模式とは異なり、知的創造活動の成果の財産権はしばしば、複雑に重なり合った形式で現れることがある。著作権と特許権はどちらも主に排他的権利としての役割を果たすもので、自己使用権ではない[23]。著作権を例にとって見てみると、その権利内容は権利者の同意を得なければ実施できない行為を一つ一つ規定したものである。例えば、複製権は権利者の同意を得なければ他人が著作物を複製することができ

---

[21] Mark Lemley & David O’Brien, *Encouraging Software Reuse*, 49 STAN. L. REV. 255, 256, 260 (1997).

[22] Mark Lemley, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, 75 TEX. L. REV. 989, 997 (1997).

[23] 王遷『知识产权法教程』9 頁以下（中国人民大学出版社、2014年版）。

ないことを意味しており、興行権（上演権、上映権、演奏権）は権利者の同意を得なければ著作物の上演、上映、演奏などを行ってはいけないことを意味している。しかし、権利者は彼らが許可を与えていない複製や興行を阻止することができるのみで、権利者本人に複製又は興行をする権利があるとは限らない。すなわち、ある脚本が小説に基づいて改編された場合など、著作物に保護期間内の既存の創作物が含まれる際、脚本の著作権者は複製、興行を行う前に小説の著作権者の同意を得なければならないということである。特許権においても、その性質が自己使用権ではなく排他的権利であることは明確である。原始特許権者であろうが、改良された特許の権利者であろうが、相手が自分の知的創造活動の成果を利用することを禁止することができるのみである。つまり、相手の同意を得ずに自分の知的創造活動の成果の全ての社会的価値を実現することはできない。1人の権利者が本人の知的創造活動の成果をコントロールすることは、しばしば、他人の知的創造活動の成果の価値の実現に影響を与える。いくつもの発明が最終的に同じ製品上で混在することがやむを得ない状況について、法的観点から異なる知的財産権の重畳と表すことができる。

知的財産権が互いに重なり合っていることとイノベーションの連続性には密接な関連がある。有形財産は一つの単独の主体によって生産が可能だが、知的財産の出現は過去の知的財産の累積による結果である。有形財産の生産者は、自分で各要素を生産することも、他人の手から買い取ることもできる。もし生産のプロセスが、保護を受けている知的創造活動の成果に関わっていなければ、全ての要素について物理的なコントロールが可能となる。その後の生産者は対価を支払うことでしか、それらを最終的な製品に組み込むことができない。例えば、家具を生産する際に必要な工場、設備、労働力、原材料などの様々な要素は、いずれも対価を支払わなければ利用できないが、これは最終的な製品の生産者が各要素の貢献者の権利を吸収することを意味し、最終的な製品上には統合された後の単一の財産権しか残らない。イノベーションの一方で、イノベーションが関わってくるプロセスでは、その特性が最終的な製品の複雑な財産権構造を決定している。まず、このプロセスでは、後続者に「自ら手を動かすことで満足を得る」ことができる制度的空間が残されていないことが多い。例えば、特許は、「勝者が全てを得る」という過酷なゲームで、先に出願したものに

のみ権利を与えるという原則に従って、それ以降の発明者は同じ発明について、たとえ独立した発明であっても、特許実施許諾を得て実施することしかできず、独立に創作したということを通して先願者の財産権という障害物を回避することはできない。次に、財産権の境界線が物理的な制御という指標を欠いていることで、後続のイノベーションが、先行するイノベーションと容易に結び付くことができるようにしている。さらに、必ずしもこれについて対価を支払う必要はない。小説の翻訳や、映画の撮影、工業技術の改良、技術基準の運用などは全て物理的な指標を欠いていると言えるもので、これらの行為によって、財産権の重畳性が生まれる。後から改変された部分を含む著作権及び特許の権利侵害案件は、財産権の重畳の具体的な表れである。

知的財産権が互いに重なり合っていることに事実的根拠がある以上、イノベーション規則においては先行者・後続者の両方を保護すべきであるということについて、道徳的及び経済理論的観点からの裏付けをすることも十分に可能である。財産権の重なり合いの道徳的な根拠は、自然法の角度から説明するのが最もわかりやすい。先行するイノベーションと後続するイノベーションのどちらも労働を経て生み出されたものであり、どちらもイノベーターの人格を反映させたものである。労働価値説から出発しようが人格説から出発しようが関係なく、全てのイノベーターが、その貢献について適切な対価を受けるべきという点は変わらない。財産権の重なり合いの合理性はインセンティブの経済的効果からも説明できる。インセンティブ前後の二つのイノベーションに関する財産権制度は、①イノベーションによって最終的に生じた価値を先行するイノベーションを行った者に分配するか、②後続の者に分配するか、あるいは③双方が均等に利益を受けることを認めるかの三パターンしか考えられない。真っ先に排除されるべきなのは①のパターンである。なぜなら、このような制度はイノベーションをさらに改良しようという意欲を後続者から奪うからである。そして②のパターンについては、かなり迷惑なものとなり得る。確かに、先行するイノベーターはその本人のイノベーションを利用することで、直接インセンティブを受けることができる以上、その改良や進歩についてはコントロール権を与える必要はないと考える者もいる。しかし、中には、イノベーションにかかるコストが非常に高いわりに、単独で実施しても収益に限

りがあるものが存在するという点がこの考えからは抜け落ちている。このようなイノベーションの意義は後続のイノベーションの基礎を固めるという点にある。先行するイノベーターから、後続者の改良・進歩によって利益を回収できる可能性を奪ってしまえば、最初のイノベーターは投資した資源を回収できない。これは、ある種の基礎的なイノベーションに対するインセンティブ不足を引き起こす。したがって、③のパターンのみ実施可能である。つまり、完璧なインセンティブを与えるためには先行者、後続者のうちどちらか一方にインセンティブを与えるだけでは駄目で、両方にインセンティブを与えなければならない[24]。

本章で記述したイノベーションの連続性と知的財産権の重畳性は、イノベーション規則が調整・コントロールを行う対象が特殊な性質を持っているという事実的根拠である。故に、制度設計の全てのプロセスでこれを考慮に入れ、著作権と特許権が持つ、将来のイノベーションを促進するという目的が実現できないことを防ぐ必要がある。

二. 権利の曖昧さを基盤とする知的財産の救済原則

著作権と特許権は主に財産権として体現されているが、その功利主義的な意図は非常に明らかで、財産権というインセンティブを通してさらに多くの知的創造物が出現している。しかし、インセンティブの効果の実現は、通常、事前に排他的権利の境界線を明示することを前提としている。しかし、著作権と特許権においては特殊な問題に直面している。それは、著作権と特許権では、事前に財産権の範囲を定めることの社会的コストがそれによる社会的利益を上回ることがよくあり、多くの財産権の境界線は事後に定めることしかできないという問題である。よって、後続のイノベーションには大きなリスクを伴う。「イノベーションを行いさえすれば権利侵害にあたる危険性がある」という事実を理解することは、集団的合理性の観点から見れば仕方ない選択であるが、これは、著作権及び特許権の領域で権利侵害に対する救済の場面で、争っている両当事者の利益をより適切に判断することに役立つ。

[24] Scotchmer, *supra* note 13, at 31.

（一）知的財産権の境界の曖昧さの具体的な表れ

著作権と特許権はどちらも通常の場合、権利の境界が十分に明確とは言えない。権利の境界の曖昧さは、事前に権利自体が存在するかを確認することが難しいことと、事前にその使用が排他的権利の範囲内に入るかどうかの判断が難しいことの二つの方面から具体的に表れている。

著作権について言えば、著作権の保護を受けられると期待した創作者の期待が裏切られた事例は山ほどある。それらの事例で、原告の成果は思想として認められるか[25]、あるいは事実に属するとされた[26]。たとえ同じ裁判所であったとしても、場合によっては客体判断の基準が変化することもあり、その基準を把握することは難しい[27]。さらに、中国には、古典の校訂や句読点付け[28]、コンピューターのフォントの創作性[29]、「字庫」（font library）

---

[25] 例えば、茶馬古道をもう一度歩こうという活動計画に関する、胡明方と曹文志らによる著作権及び不正競争防止法の案件などがこれにあたる。昆明市中級人民法院（2005）昆民初字第64号参照。

中国国外の判例では、典型的なものとして記帳方式に対する著作権保護を排除するものがこれにあたる。*See* Baker v. Selden, 101 U.S. 99 (1879).

[26] 例えば、異なる著作物中の同じ題材の時代背景、キャラクター描写、人物設定等に関する、李鵬と石鐘山らの著作権紛争がこれにあたる。北京市第二中級人民法院（2008）二中民終字第02232号参照。

中国国外の判例では、典型的なものとしてヒルデンブルク号爆発事件についての描写がこれにあたる。*See* A.A. Hoehling v. Universal City Studios, Inc., 618 F.2d 972 (2d Cir. 1980).

[27] ドイツ連邦裁判所は、かつて長い間、実用的な価値を持つ芸術作品（応用美術）の創作性は普通の著作物よりも高いという見解を維持していた（BGH, Urteil v. 22.06.1995, “Silberdistel”, GRUR 1995, 581）。しかし、最近になって、応用美術の創作性の判断基準は、他の種類の著作物の判断基準と同じであるという見方に変わった（BGH, Urteil v. 13.11.2013, GRUR 2014, 175）。

[28] 古典の校訂及び句読点付けの成果を著作物と認定した案として、葛懐聖と李子成による著作権紛争の判例（山東省高級人民法院（2014）魯民三終字第340号）があげられる。一方で、著作物にあたらないと認定した案件として、周錫山と江蘇鳳凰出版社有限公司等による著作権紛争の判例（上海市高級人民法院（2014）濾高民三（知）終字第10号）があげられる。

[29] コンピューターの「字庫」（font library）中の個々のフォントの著作権について肯

の創作性[30]などの中国特有の問題も存在しており、様々な議論が飛び交っている。創作者と使用者に、事前に権利の有無を明らかにするよう要求することは、実際、容易なこととは言い難い。さらに、たとえ権利の有効性が疑いようのない場合でも、その使用が排他的権利の範囲に入っているか否かについては、やはり多くの不確定要素が残ってしまう。著作権は表現を保護するのみで、思想や事実、実用性等は保護範囲から排除されている。しかし、具体的な著作物において、表現と思想、事実をどう区別するかについては、一番良い場合でもガイドラインとなり得る基準（standard）があるのみで予測可能性を持つ規則（rule）は存在しない[31]。まさしく、ラーニド・ハンド判事が思想・表現二分論を述べた重要判例の中で出した、思想と表現の「境界線は誰にも定められたことはなく、そして誰にも定められることはない」[32]という悲観的で現実的な結論の通りである。

また、特許権の境界もこれと同様に不確定なものである。まず、審査で可能なことには限りがあり、完全に特許の有効性を確定することまではできない。方式審査のみを必要とする外観設計（意匠）と実用新型（実用新

定的な意見を述べている判例に、北京北大方正電子有限公司と山東イ坊文星科技開発有限公司による著作権紛争の判例がある（北京市高級人民法院（2005）高民終字第443号）。一方で、否定的な意見を維持した判例に、北京北大方正電子有限公司と広州宝潔有限公司等による著作権紛争の判例がある（北京市海淀区人民法院（2008）海民初字第27047号）。

[30] コンピューターの「字庫」（font library）が美術の著作物にあたると認定した判例に、北京北大方正電子有限公司と広州宝潔有限公司等による著作権紛争の判例がある（北京市第一中級人民法院（2011）一中民終字第5969号）。一方、美術の著作物にあたらないとした論文に張玉端の「论计算机字体的版权保护（コンピューターにおけるフォントの版権）」科技与法律2011年第１期60頁がある。

[31] 規則（rule）と基準（standard）の区別に関して、ある学者は規則の明確性と基準の柔軟性を強調している（Pierre Schlag, *Rules and Standards*, 33 UCLA L. REV. 379 (1985)）。また、ある学者は、規則は事前に手引きをするものであるが、基準は事後に決断を行うものであると主張している（Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992)）。どのような基準を採用したとしても、著作権法と特許法の権利確定及び権利侵害に関する規則は基準であり規則と言えるものではない。

[32] Nichols v. Universal Pictures Corporation et al., 45 F.2d 119, 121 (1930).

案）だけではなく、実体審査が要求されている発明であっても同じである。2001-2010年の間に結審した中国の専利無効審判に関する判例のうち、半分近くの発明専利と実用新型が、その全部又は一部に対する無効宣告を受けた[33]。さらに、特許がたとえ有効であっても、クレームの解釈や双方の技術又はデザインの比較などの部分で、極めて高い不確定性が依然として残る。事前に、特許が実際に実施される際の排他的範囲を判断することは、難中の難である。

権利の境界の曖昧さは、権利者にとっても行為者にとっても不確定性を生み出す。著作権と特許の領域で、少しでも知的創造物の内容の改変やその利用方式の変更を行い、それが最小限の模倣の範囲を超えてしまっていた場合、権利者であろうと行為者であろうと、その行為が権利侵害にあたるかを判断することは難しい。このような、当事者たちですら手も足も出せないような状況と法律が追求している明確性との間には、明らかに大きな隔たりがあり、「知的財産の境界は、争いが起きる前の時点では往々にして曖昧なもので、争いが起きてからやっとはっきりする。これは結局、制度的欠陥によるものなのか、それとも合理的選択によるものなのか。」という疑問を抱かざるを得ない。

（二）知的財産権の境界の曖昧さについての合理的な根拠

異なる種類の権利の定義付けも、実際にはその背後にある統一された規則で説明することができる。財産権の境界が明確であればインセンティブを与え、利益を増やすことができるため、一見すると最も適切な社会的取り決めのように見える。しかし、実際には完全に適切なものとは言えない。その理由は簡単である。はじめから明確な財産権は確かに社会的利益を生み出すが、そのように財産権を定義するにも社会的コストが必要だからである。ある財産権が存在するか否か、それが明確であるか否かは、単に財産権の明確さに応じて生まれる社会的利益のみから決まるものではなく、人々がコストの比較衡量を何度も行った結果から決まるものである。土地

[33] 発明専利無効審判請求のうち、全部又は一部無効を宣告されたものは全体の47.04%を占めている。同じ時期の実用新型専利の無効審判請求では46.47%である。董＝賀・前掲注(11)275頁参照。

という重要な財産権を例にとってみても、全ての社会がその私有化によって土地利用率の増加という目標を達成しようとしているわけではない。政策的な視点以外からも、経済学的観点からの分析によって、土地の私有化の変遷について非常に多くの解釈が行われている。例えば、一部の学者は中国の農業社会の土地取引と役人への褒賞について研究し、土地の私有地の存在は断続的であるとの結論を出した。人は少なく土地が多いとき、個人の財産権の設定によって一つ一つの土地の生産性を高める必要はないため、土地の私有制は存在しない。しかし、人が多く土地は少ないとき、その土地の生産限度はゼロより大きい。ここでやっと土地の私有制が出現する[34]。また、別の学者は北アメリカの原住民社会での土地の私有化と毛皮貿易の関連を分析している。これによれば、交通が不便だった商品経済より前の時代では、たとえ狩猟量が増えたとしてもそれを利益に転化することはできなかった。よって、コミュニティでは度をこした狩猟が起こる心配はなく、「コモンズの悲劇」を防ぐための狩猟区を明確に定めてはいなかった。しかし、毛皮貿易が盛んになるにつれて、増加した分の狩猟量を収益に変えることができるようになった。この利益と照らすと、土地の境界線を定め、それを守るコストがそれなりに受け入れられるものに思えてくる。そこではじめて、原住民たちは狩猟区を分け始めたのである[35]。

上記の分析は、財産権の明確な定義付けが、必ずしも適切というわけではなく、財産権の曖昧さが常に欠陥であるとは言えないことを示している。具体的な形を持った財産権は個人の天賦の権利ではなく、社会にとっても常に必要なものではない。福利・収支を正確に反映させた財産権の規則こそが、集団的合理性を実現させ、社会の発展を促進する。「法律の制定者に非公式な協力を促す社会的条件を見抜く力が足りないと、法律が多いにもかかわらず秩序が少ない世界をつくりかねない。」[36] 同じように、財産権

---

[34] 楊志文「土地所有权的起源和废弃－一个基于人口增长和人口大毁灭的理论模型(土地所有権の起源と廃れ－人口増加と人口大減少に基づく理論モデル)」社会科学战线2010年第 6 期56頁。

[35] Herold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 AM. ECON. REV. 347, 351-52 (1967).

[36] ロバート・エリクソン(蘇力訳)『无需法律的秩序－邻人如何解决纠纷(法によら

の規則の制定者も、財産権に関わる利益の仕組みに対する理解が足りないと、表面的には十分な保護がなされているように見えて、実際には効率が非常に悪い産業を作り出してしまう可能性がある。

著作権と特許制度にとって、普段は権利の境界の曖昧さを容認し、利益の衝突が起こるのを待ってから、再度整理して権利の範囲を定めることは、集団的合理性に基づく選択である。有形の財産は、占有し、低コストで管理することが可能なため、その核心となる財産権の境界をはっきりさせることができる。対して、技術的解決法のような無形資産はこれとは異なり、物理的に占有することができないため、その財産権の定義は裁判官の規則と政策に対する理解に完全に依存している。よって、権利範囲を画定させる難易度もコストも有形財産よりはるかに高い。特許発明の出願とライセンス契約は、知的財産権を確定させるコストが高いことについての典型的な証拠であると言える。具体的に言えば、一件の発明に関する出願には通常数千から数万元の代理費が必要で、出願の段階での社会的投資を反映している。さらに審査機関と出願人が審査の段階で投入した人材と物資も同様に優れた社会的資源である。2014年の中国の特許出願数は23.1万件で、9,000人余りの審査員が審査を担当しており[37]、実に毎年1人あたり平均で262件の出願を処理しなければならない。1年のうち営業日は約250日あり、毎日の労働時間は8時間で、出願1件あたりに使うことのできる時間はおよそ8時間しかない。故に出願や審査に莫大な社会的資源が投入された場合でも、1件の特許権の境界について、ライセンス契約や訴訟によって確定される前に範囲をはっきりさせることは不可能である。近年の中国は、特許出願数とライセンスの数では安定して世界第一位をキープしているが、特許の質の面では多くの批判を受けている[38]。ここで、批判者は往々にして特許の与える不穏な弊害だけに注目し、特許の質を高めるコストについては関心を示さない。質を上げるのであれば、代理人はより詳細な出

ない秩序)』354頁(中国政法大学出版社、2003年版)。

[37] http://www.sipo.gov.cn/gk/ndbg/2014/201504/P020150414553847604891.pdf。このおよそ9,000名の審査員は明らかに他の職務部門のサポートを必要としている。

[38] *Patents, Yes; Ideas, Maybe: Chinese Firms are Filing Lots of Patents. How Many Represent Good Ideas?*, Economist, Oct. 14, 2010.

願請求を書く必要があり、審査機関はより多くの時間を検索と既存の技術との比較に費やす必要がある。実務において、協議[39]や訴訟等を通じて特許の境界を明確にさせた[40]特許の比率はあまり高くないため、全ての特許の安定性を向上させることは逆に非効率的である可能性がある[41]。

権利確定に行政的な手続きを含む特許とは異なり、創作が完成すれば自動的に発生する著作権の境界はさらに不確実になる。しかし、その制度の正当性は一目瞭然である。著作権は権利成立のハードルが低く、作品の量や作品の違いを判別するための特徴が数え切れないほどあるため、立法者が著作権の権利の境界を早期に定めようとして事前に権利が確定する模式（例えば、特許のように出願しなければならないようにするなど）を選択した場合、そのコストは他とは比べものにならないほど高くなってしまう。ほとんどの作品の創作性は、それほど高いとは言えず、その作品の価値も小さいため、その権利の境界を協議や訴訟を通じて明確にする必要もない。これらのことは全て、著作権の境界をより明確に定義することによる収益は非常に限られていることを説明している[42]。権利を確定させるコストが明確な財産権のもたらすインセンティブの収益を上回る場合は、基本的には財産権の境界が曖昧なことを容認し、明確にすることが必要になったときに、交渉あるいは訴訟を通じて、事後的に定めるという模式の方

---

[39] 2005–2010年までの間、すでに実施されている専利の譲渡を行った例は発明専利のおよそ11%、実用新型のおよそ６％、外観設計のおよそ４％である。また、すでに実施されている専利について使用許諾を出した例も発明専利のおよそ14%、実用新型のおよそ７％、外観設計のおよそ7%しかない。以上の結果は、董＝賀・前掲注(11)の図20、21の中の数字から計算したもの。

[40] 2001-2010年までの専利無効請求の請求件数は、合わせておよそ20,000件で、毎年平均およそ2,000件という計算になる。董＝賀・前掲注(11)274頁参照。司法的な手続きで特許の有効性の問題を解決した案件はさらに少なく、2013年に全国の裁判所が受理した特許行政訴訟の一審の件数は760件であった。『中国知识产权司法保护年鉴』80頁（法律出版社、2014年版）参照。

[41] アメリカでの特許権の事前確定性のコストとその効果の分析については Mark Lemley, *Rational Ignorance at the Patent Office*, 95 NW. U. L. REV. 1 (2001) 参照。

[42] 崔国斌「知识产权确权模式选择理论（知的財産権の権利確定モデルの選択理論）」中外法学2014年第２期408頁以下。

が適切な制度モデルであると言える。

以上のことから、特許でも著作権でも、権利の状態が不安定でその境界が不明確なことは、必ずしも権利者又は審査機関の制度的な欠陥というわけではなく、まさに、権利確定のコストを衡量した後の意図的な「合理的無知[43]」だと言える。情報へのアクセスと使用に費用がかからない理想的な社会では、権利を明確に定義することは素晴らしいことである。しかし、現実では、権利を明確にするためのコストがこの素晴らしい理想の実現の障害となっている。理論上の最善策は結局、二番目に適切な選択肢でしかない。権利の境界がある程度の曖昧さを持っていることを容認することで、現実的な最善策を達成することができるのだ。

（三）知的財産権の境界の曖昧さが救済規則にもたらす影響

集団的合理性に基づき、完全に明確とは言えない知的財産権の境界線を選択したことにより、後続のイノベーターが少しでも気を抜けば先行する権利者のコントロールしている範囲に入ってしまうという結果をまねいた。「全ての潜在的な発明家は、同時に潜在的な権利侵害者である[44]」、このことは著作権でも特許でも同じである。

著作権法の歴史において、潜在的な権利侵害者は同時にイノベーターでもあった。後続者の貢献は、時に、プログラムを直したり[45]、ポスターを書いたり[46]、又は小説の創作[47]や彫刻の作成[48]など、新たな著作物の創作に

---

[43]「合理的無知」という概念は公共選択論でよく使われるもので、特定の公共政策の形成を説明するために使われる。その核心となる内容は、情報を得るコストが潜在的な収益を上回るとき、人はその情報を無視することを選択するというものである。知的財産権の権利の境界を設定することは、実質的には排他的権利の範囲内にある情報の獲得と利用である。故に、権利者と潜在的な使用者によって構成されている社会が、自ら、権利の境界については事前に絶対的な定義付けを行わないことは、まさに合理的無知の具体的な表れである。

[44] Merges & Nelson, *supra* note 14, at 916.

[45] Computer Association International v. Altai, 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992).

[46] Steinberg v. Columbia Pictures Industries, 663 F. Supp. 706 (S.D.N.Y).

[47] 庄羽と郭敬明等による著作権紛争に関する判例（北京市高級人民法院（2005）高民終字第539号）。

よって体現される。またある時は、インターネットニュースのプラットフォーム[49]やデータベース[50]など新しい技術を通じて、著作物の使用と伝播方式を変えることによって体現されることもある。新しい作品を作る際、内容を借用するリスクは当然小さくはない。特に著作権侵害は厳格な責任制をとっていて、被告が権利侵害を意図していなかったことを主張しても無益である。創作空間が制限されるいくつかの領域において、このことは後続の創作者に大きなプレッシャーを与える。例えば、通常流行りの音楽のメロディーは簡単で、しかも特定の年代のスタイルを持っているため、その範囲は非常に限られている。先に作られた作品が一定の知名度を持っている場合、ひとたび、後の作品が実質的にこれと似てしまえば、独立の創作による抗弁で権利侵害の責任を免れることは難しい。例えば、ビートルズのメンバーに対する有名な訴訟の原告は、1963年にランクインした流行歌の著作権者だった。被告はそれから7年の時を隔てて、スタジオで、即興で権利侵害にあたる部分のメロディーを作ったのだが、結果、原告のメロディーと実質的に似てしまった。裁判所は「40ページに及ぶ裁判の記録から、被告が原告のメロディーを使ったことを意識していなかった」と認めはしたものの、被告はやはり直接権利侵害の厳しい責任を負う必要があった[51]。新しい技術を提供する際、先行する著作物の内容を転用しなかったとしても、新しい技術の商業化の段階で、結局、他人の著作物から離れることができないので、リスクは同じく非常に大きい。許可を得ていない利用行為、他人に著作物の利用を進める行為、及び技術の提供行為の著作

---

[48] 中科院海洋研究所と鄭守儀が劉俊謙等を訴えた判例(山東省高級人民法院(2012)魯民三終字第33号)。本件の原告は中科院の院士で、長年の研究をもとに有孔虫モデルを作った。被告はこれと細部が異なる有孔虫の彫刻を製作したが、裁判所に原告の著作権を侵害していると判断された。この判決は2012年中国法院知識産権司法保護重大革新性判例に入選したが、誤判の可能性が高い。被告はモデルの要素を参考にしただけであって、事実の範囲内に入る可能性が高い。

[49] 王遷「“今日头条”著作权侵权问题研究(“今日头条”著作権侵害問題の研究)」中国版权2014年第4期5頁。

[50] 李昌奎と北京世紀超星信息技術発展有限公司等の著作権紛争の判例(最高人民法院(2010)民提字第159号)。

[51] Bright Tunes Music Corp. v. Harrisongs Music, 420 F. Supp. 177, 180 (1976).

権的な側面からの合法性はしばしば疑わしいものである。コンピューターの一時ファイルが複製権の侵害にあたるか否か[52]、ディープリンクが「信息网络传播权」（公衆送信、伝達）を侵害していないか[53]、ネットテレビプレーヤーの製造及び販売は間接的な権利侵害にあたるかどうか[54]、P2Pサービスの提供者は権利侵害にあたる著作物の伝播を促進したことの責任を負うべきか[55]、など後続の開発者は常に茨の道を歩いている。すでに裁判所が判決を下したものもあるにもかかわらず、不確実性は依然として消滅していない。同じ法域でも異なる時期の裁判官によって、また同じ時期でも異なる法域の裁判官によって、同じ技術やビジネスモデルが著作権法に反しているかどうかについて異なる認定がなされる可能性がある。米中両国の、インターネットサービスプロバイダの責任認定問題についての議論の繰り返しと曖昧さがその証拠である[56]。最後に、たとえ創作性も権利

---

[52] 王遷『网络环境中的著作权保护研究（インターネット環境での著作権保護の研究）』10頁以下（法律出版社、2011年版）（ここでは、一時ファイルは複製ではないとしている）、崔国斌『著作权法：原理与案例』384頁以下（北京大学出版社、2014年版）（「一時ファイルは複製であり、その合法性の問題についてはフェアユース又は黙示的許諾等の学説で処理した方がより合理的である」と主張している）参照。

[53] ディープリンクは「信息网络传播权」を侵害しないと認定したものに、上海激動網絡株式有限公司と武漢市広播影視局等の著作権紛争の判例（武漢市中級人民法院（2012）鄂武漢中知初字第３号）がある。ディープリンクを「信息网络传播权」の侵害と認定している判例に新力唱片（香港）有限公司と北京世紀悦博科技有限公司の著作権紛争の判例（京市高級人民法院（2004）高民終字第714号）がある。

[54] 美亜長城影視文化（北京）有限公司と精倫電子株式有限公司の著作権紛争（湖北省高級人民法院（2014）鄂民三中字第00107号）。

[55] Metro-Goldwyn-Mayer Studios v. Grokster, 545 U.S. 913 (2005).

[56] アメリカの裁判所は、早期からBBSのプラットフォームのプロバイダは直接権利侵害の責任を負うべきだと考えていた。*See* Playboy Enterprises v. Frena, 839 F. Supp. 1552 (1993). その後、デジタルミレニアム著作権法でセーフ・ハーバー・ルールが確定し、プロバイダが事前審査を怠って責任を負う可能性は基本的にはなくなった。*See* 17 U.S.C. §512. セーフ・ハーバー・ルールは中国にも導入されたが、その適用は一致性に欠けている。判例の概要は、崔国斌「网络服务商共同侵权制度之重塑（ネットワークサービスプロバイダの共同権利侵害に関する制度の再構築）」法学研究2014年第４期153頁以下参照。

侵害の段階での性質も疑いようもなく定まっていたとしても、まだ違法性判断の段階が残っている。フェアユースを含む様々な抗弁は柔軟性があることで有名で[57]、その後のクリエイターが事前にリスクを判断する難易度をさらに上げている。

著作権分野の各段階での懸念は、特許分野でも同様に存在する。まず、権利の効力の判断について、特許の客体の適格性、産業上の利用可能性、新規性、進歩性、及び十分に公開されているかという点から行政と司法の両方のプロセスによって認定される必要がある。権利侵害の判断については、裁判官によって、後続の技術が先行する特許請求の範囲に入ってしまっていないか判断される必要がある。これは特許請求の内容の解釈にも関連し、均等侵害の運用にも関わってくる[58]。裁判官はこれについて比較的広い裁量権を持っている。さらに、特許権侵害にも同様に直接侵害と間接侵害の区別があり、直接侵害の判断はしばしば困難で、間接侵害についても同様に問題は山積みである[59]。また、専利法では違法性阻却事由が多く、その基準には柔軟性がある。これもまた、後続のイノベーションに法的リスクが発生する重要な原因の一つである。基準が必要な特許の問題については、日に日に浮き彫りになってきている。一つの最終的な製品には100以上の標準特許が含まれており、何人もこれを「回り道の発明」(invent around)によって避けて通ることはできない。アメリカ連邦巡回控訴裁判

---

[57] 例えば、フェアユースに関する有名な論文の中で、著者は「最近の5つの有名な事件では、その全てで控訴がなされ、さらに1回判決が書き換えられた」とまとめている。Leval, *supra* note 15, at 1106.

[58] 中国専利法自体には明確な規定等の権利侵害に関する原則はないが、司法解釈と裁判の実務においては体現されている。最高人民法院『特許権侵害紛争事件を審理する際の法律の適用に係る若干の問題に関する最高人民法院の解釈』(原法釈[2001]第21号、経法釈[2013]第9号改正)第17条参照。裁判の実務については、大連仁達新型墻体建材厳と大連新益建材有限公司特許権侵害紛争事件(最高人民法院(2005)民三提字第1号)参照。

[59] 陳武＝胡傑「专利间接侵权制度初论(特許間接侵害制度についての最初の議論)」知识产权2006年第1期62頁、李佳俊「间接侵权不"间接"－对我国专利间接侵权制度的若干立法建议(間接侵害の非「間接」－我が国専利間接侵害制度に対する若干立法意見)」中国发明与专利2010年第2期96頁参照。

所は、「被告が特許製品について十分な“回避設計”（design around）をしたかどうかの判断は非常に難しい。裁判官又は陪審員が最終決定を下す前に、自分のした改変が権利侵害を避けるのに十分であるかどうか確証を持つことは誰にもできない。」[60]と認めている。

知的創造を行う際、まるで地雷区を通り抜ける時のように、一歩一歩恐る恐る進まなければならないことがよくある。後続のイノベーターに曖昧な地帯を避けて通るよう要求することは、実際のところ、財産権の境界を曖昧にしておくという社会的選択によって発生したコストを、後続のイノベーターに負担するよう一方的に押し付けるものであり、不公平である。このように押し付けてしまえば、後続のイノベーションに対するインセンティブの効果が減少し、制度の効率が悪くなる。イノベーションの法制度を調整する際、先行するイノベーターの保護ばかりを強調してはならず、後続のイノベーターが負担するリスクについても同様に考慮に入れ、双方の需要を比較衡量しなければならない。この絶妙な均衡を追求する努力をするにあたり、損害賠償は最も重要な手段の一つである。損害賠償は、適切に適用されれば公平さと効率の良さとの両方を兼ね備えた制度となる。しかし、適用に偏りがあれば、制度の公平さと効率、及び文化と経済に多くのマイナスの影響を与える。そのため、著作権法と特許法で「懲罰的賠償」と呼ばれる損害賠償を導入するにあたっては、特に慎重になるべきであり、まずはその導入によって実現したい効果並びにどのような影響が起こるかを明らかにする努力をすべきである。

三．懲罰の道徳的属性とイノベーションの倫理的中立

「懲罰的賠償」の要となる概念は「懲罰」であり、「懲罰」の核心となる観念は非難である。非難には道徳的な意味が含まれているが、知的創造活動の成果に対する権利侵害への全ての非難が、推敲に値するというわけではない。前章ですでに、先行するイノベーターのみを保護する一方的な規則は正当性を欠いていると述べた。本章では後続者に懲罰を与える規則も同様に正当性がないことを分析する。

[60] Read v. Portec, 970 F.2d 816, 828 (Fed. Cir. 1992).

(一) 懲罰の観念と懲罰的賠償の解釈

「懲罰」という単語に含まれている意味は多い。イェーリングもかつて「懲罰は他のどんな概念とも異なる。一般的な柔軟性と可塑性を持っており、民衆倫理の発展の全ての段階に参与していて、なおかつその全ての段階において爪痕を残してきた」[61]と述べた。懲罰の概念の多くの解釈のうち、最も典型的なものは道徳的な解釈と功利主義的な解釈である。

多くの文化の中での憶測は報復を起源としていて、「一種の非難感情及びある何らかの不当な行為(wrong)への意見の実施」と理解されており[62]、道徳的評価という側面を色濃く含んでいる。旧約聖書[63]、コーラン[64]及びハンムラビ法典[65]の全てにおいて、「目には目を、歯には歯を」といったような似た記述が見られるが、まさにこれは報復的な懲罰観を体現したものである。今日に至るまで、懲罰は評価の手段として理解されてきた。今なおこれは懲罰概念の核心にあたるもので、これは懲罰が予防と区別され独立していることの根拠でもある。このように解釈された場合、懲罰の目的は被害者及び社会の報復の需要を満たすためにあり、「道徳的な観点から見て、罪を犯したものに罰を与えることは、その者が自由自在に暮らすこと

---

[61] Rudolf von Jhering, Das Schuldmomont im Römischen Privatrecht, Verlag von Emil Roth, 1867, S. 2.

[62] オリバー・ウェンデル・ホームズ・ジュニア(冉昊=姚中秋訳)『普通法(コモン・ロー)』3頁(中国政法大学出版社、2006年版)。

[63] 出エジプト記21:23-25「…命には命、目には目、歯には歯、手には手、足には足、焼き傷には焼き傷、傷には傷、打ち傷には打ち傷をもって…」JA1955。中国語原文における参考文献は、馮象訳注『出エジプト記』。馮象『寛寛信箱与出埃及记』263頁(生活·读书·新知三联书店、2012年版)に記載。

[64] 馬堅訳『コーラン』83頁(中国社会科学出版社、1981年版)「生命には生命、目には目、鼻には鼻、耳には耳、歯には歯、凡ての傷害にも、(同様の)報復を。」。

[65] ハンムラビ法典196条「人もし、自由人の眼を傷つけたる時には、彼自身の眼も傷つけられるべし」、200条「もし人が彼と同格の人の歯を落とした時は彼の歯を落とす。」参照。

中国語版:http://baike.baidu.com/link?url=17J237mQPBfavnmiAt9dbydFGEaCImR_wrWQMzuZ7uFGPQ9Ynz7WY5gqEBF1ognNJIFL4H3suVtVovE5zv7ea_#4。

よりはるかに良い」[66]との考えを強調するものである。道徳的観点からの解釈では、功利主義の目標以外からの懲罰の正当性を追求している。一方では、予防を訴えるのではなく、回顧的な視点から行為者とその行為の帰責性によって懲罰の幅を決定している。さらに他方で、損失を限度とせず、損失を上回ってはじめて報復目的を達成することにしている。懲罰を与える裁判者が最も関心を持っている事柄は、その裁判が将来に与える影響ではなく、非懲罰者に苦痛を感じさせることであることが調査によって明らかになっている[67]。だからこそホームズは、このような責任の問い方は「内在的な基準を採用しており、客観的又は外在的な基準を採用していない」[68]と述べたのである。

当然、客観的あるいは外在的な基準で懲罰を解釈することは不可能ではない。実際に、懲罰概念の功利主義的な解釈が重視している点は、行為者の主観的な帰責性ではなく、行為の客観的効果である。このような解釈では、懲罰を予防のための手段としており、懲罰の程度とその方式は予防効果によって定められることが強調されている[69]。ベンサムは、懲罰は苦痛を意味し、苦痛そのものは悪であると考えている。社会が懲罰を容認したのは、「それがより大きな悪を排除することができるから」に過ぎない[70]。懲罰の正当性は、道徳的解釈では糾弾にあり、功利主義的解釈では利益衡量にある。報復は回顧的であり無意味である。将来を見据えた制度にこそ法的価値がある。この場合の懲罰は、懲罰という名の下に行われるが、糾弾という実にはこだわらない。懲罰という名の下に行われる予防というのがふさわしい。

懲罰に対する二つの解釈は、懲罰的賠償制度の二つの適用方式にそれぞれ対応している。現代で、懲罰的損害賠償が最も広く適用されている国は

---

[66] John Rawls, *Two Concepts of Rules*, 64 PHIL. REV. 1, 5 (1955).

[67] PAUL BLOOM, JUST BABIES: THE ORIGINS OF GOOD AND EVIL 93-94 (Bodley Head 2013).

[68] ホームズ・前掲注(62)35頁。

[69] Rawls, *supra* note 66, at 6.

[70] ジェレミ・ベンサム(時殷弘訳)『道徳与立法原理導论(道徳および立法の諸原理序説)』158頁(商务印书馆、2000年版)。

アメリカである。アメリカは懲罰的賠償制度については最も代表的な国であり[71]、主な学説や実務においても道徳的解釈によって懲罰的賠償を運用している。教科書で懲罰的賠償を説明する際も、行為者の犯した過ちに基づいた懲罰を強調している[72]。さらに、学者によってまとめられた懲罰的賠償の正当性の根拠の中でも、最初に来るのは権利侵害に対する道徳的懲罰である[73]。また、最近の文献でも行為者の帰責性[74]と懲罰の必要性[75]が強調されている。アメリカの裁判所の実務における主な考え方と学説上の通説は一致しており、帰責性を懲罰的賠償の程度を決める際の最も重要な基準としている。アメリカの最高裁は「懲罰的賠償は実際の損害以外の賠償を意図して特に設計されたものであり、その目的は被告のした不当な行為の高い帰責性を明確にすることである」[76]とした上で、「重大な不法行為に対する社会の怒りを表す」[77]ものだと明確に表明している。懲罰の程度を定める際、主に考慮される要素は、その行為がどの程度悪質であるかである[78]。懲罰的賠償制度は往々にして「不名誉な印」とされるが、ここで損害を受けるのは被告の信用と尊厳である[79]。懲罰的賠償についての司法判断をまとめると、その注意は基本的には予防ではなく非難に向いている。

しかし、アメリカでも、少数ではあるが懲罰的賠償を予防のための手段

---

[71] 張新宝＝李倩「惩罚性赔偿的立法选择（懲罰的賠償制度の立法的選択）」清华法学2009年第4期8頁。

[72] JAMES FISCHER, UNDERSTANDING REMEDIES 7 (LexisNexis 2006).

[73] Dorsey Ellis Jr., *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, 56 S. CAL. L. REV. 1, 3 (1982-1983).

[74] Benjamin McMichael, *Constitutional Limitations on Punitive Damages: Ambiguous Effects and Inconsistent Justifications*, 66 VAND. L. REV. 961, 1003 (2013).

[75] Roseanna Sommers, *The Psychology of Punishment and the Puzzle of Why Tortfeasor Death Defeats Liability for Punitive Damages*, 124 YALE L.J. 1295 (2015).

[76] Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip, 499 U.S. 1, 54 (1991).

[77] Cass Sunstein, Daniel Kahneman & David Schkade, *Assessing Punitive Damages (With Notes on Cognition and Valuation in Law)*, 107 YALE L.J. 2071, 2074 (1998).

[78] *Cf.* David Owen, *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, 39 VILL. L. REV. 363, 387 (1994).

[79] Malcolm Wheeler, *The Constitutional Case for Reforming Punitive Damages Procedures*, 69 VA. L. REV. 269, 282 (1983).

とみなし、懲罰を道徳的非難から引き離して考えている裁判官もいる。予防は行為者が将来的に他人に与える損失を内在化させる。一般的な状況では、行為者にその事案の権利者の損失を補償させることが一番の予防となる。例外は、その侵害行為が非貨幣化社会に損失を与える場合と行為者がその権利侵害の責任追及を逃れる可能性が高い場合だけである。このとき、裁判官が損害補填だけにこだわれば、行為者が一部の社会的コストを負担しないことを許すことになる。特に、追及を逃れることが容易である場合、抑止手段はほぼ失われたと言え、予防不足を招いてしまう。このような弊害のために、英米法体系のカラブレイジ[80]やイースターブルック[81]、ポズナー[82]ら有名な裁判官たちは、追及を逃れる確率を、各損失を超える賠償を命じる判決の主な根拠とすることで、権利侵害者の日和見主義を修正している。このように「懲罰的賠償」を適用した場合、道徳的非難の要素は排除され、予防目的とは別の懲罰目的は追求されない。

中国の著作権・特許権の領域での懲罰的賠償の展開についての議論では、多くの場合、道徳的視点と功利主義的視点の衝突を無視し、当該領域の三倍賠償は「予防性」と「懲罰性」の両方を兼ね備えることができると考えられている。これは、懲罰目的と懲罰効果の混同によって招かれた結果である。ある規則が懲罰性を持っているかの基準が、被告に苦痛を与えたかどうかという効果に設定されれば、どんな救済手段も懲罰性を持つことになりかねない。例えば、人によっては、原告の損失が被告の利益を上回っているとき、被告に原告の損失を補償させた場合にも懲罰性があると考えるかもしれない[83]。懲罰性をこのように説明してしまえば、懲罰的賠償を導入しようがしまいが、我が国の損害賠償制度にはすでに懲罰性が備わっているということになってしまう。なぜなら、たとえ厳格に補填の原則に基づいて損害賠償の判定を行っても、やはり懲罰性を帯びてしまう可能性があるからである。このように大雑把に理解してしまうことは、懲罰的賠償と非懲罰的賠償を区別する意義を失わせるだけではなく、我々の補填原

[80] Ciraolo v. New York, 216 F.3d 236, 243-47 (2000).

[81] ZAZÚ Design v. L'ORÉAL, S.A., 979 F.2d 499, 508 (1992).

[82] Mathias v. Accor Economy Lodging, Inc., 347 F.3d 672 (2003).

[83] 羅・前掲注(4)26頁。

則についての理解にもそぐわない。よって、このような解釈は成立しない。

故に、救済制度が懲罰的な規則か否かを検討する際は、目的の側面から判断するべきである。さらに目的の側面から見たとき、道徳的な「懲罰」は予防とは完全に異なる。なぜなら、損害賠償分野での予防というのは、過不足のない正確な点を指しているからである。しかし、非難は正確な点とは言えず、予防を超えた追加的な制裁を必要としている。したがって、「懲罰的賠償」は、補償と予防を目的としていて「懲罰」の二文字の持つ意味は失われると解釈されるか、予防とは別の懲罰という意味を残して最適な予防の限度を超える結果をもたらすものになるかのどちらかである。本論では前者の解釈をとるが、後者こそ知的財産権の懲罰的賠償に対する主流の認識である。後者の解釈の問題点は、著作権と特許の領域で「懲罰」という意図を残してしまえば、予防を目的としない懲罰目的を追求することとなり、イノベーションに関する規則の目標と乖離してしまう点である。

(二) イノベーションの特徴とイノベーション規則の倫理的中立

著作権制度と特許制度の最終目標は、先行するイノベーターを保護することではなく、後続のイノベーションを促進することである。このことは、損害賠償が適度に抑えられる必要があることを意味しており、過度に先行者に偏った制度のリスクを警告している。これ以外にも、イノベーション活動の二つの特徴が、イノベーションを調整対象とする法制度では過度な予防を避けることが重要であることを強調している。

まず、一つ目の特徴として、イノベーション活動には強烈な正の外部性があり、イノベーション活動の法規範は、社会に対して正の外部性を正当に共有することを保障しなければならないという点があげられる[84]。イノベーション活動の正の外部性は、知的創造活動の非競争性から生まれる。有形財産は一旦誰かに使用されてしまえば他人が同時に使用することはできないが、知的財産は誰かが使用しているときでも他人が同時に使用することが可能である。正の外部性は、自然法の学説、特にロックの労働価値説で知的財産権の正当性を説明しようとした際、克服が難しい問題の一つである。他人が労働の成果を利用することで、労働者自身が自らの成果

[84] Brett Frischmann & Mark Lemley, *Spillovers*, 107 COLUM. L. REV. 257 (2006).

を利用することの妨げとなるのであれば、労働者に自身の創造物に対する完全なコントロールを与えることは、当然、公平で効率的な方法である。しかし、他人の利用が労働者の自身による利用を妨げないのであれば、労働者に労働によって生み出された物に対する完全なコントロールを与えることは、自説と矛盾する。有形財産の社会的価値が、その所有権者にとっての価値と基本的に同じであるのに対し、知的創造活動の成果が作り出した社会的価値は、それが創造者個人に与える価値よりもはるかに大きいことが多い[85]。つまり、有形財産の価値は「溢れ出す」ことが少ないが、知的創造活動の成果には常に「溢れ出た」分がある。適切なイノベーション規則は、社会がこの「溢れ出た」分の価値を利用することを妨げるものであってはならない。つまり、正の外部性が存在しない財産の救済制度にとっては創造者の保護が非常に重要だが、正の外部性が明らかな知的財産についての救済制度の目標は、創造者に全ての効果を獲得させるのではなく、同時に使用者の利益も考慮するものであるべきである。正の外部性を持たない領域での規則の設計においては、権利者の利益が社会の利益に相当するので、権利者だけに保護を与えるという考えを採用することも可能かもしれない。しかし、イノベーション活動の規則では必ず両方に目を向けることが必要である。権利者と使用者の双方の利益は同時に考慮されなければならない。なぜなら、権利者個人の利益と実現可能な社会的利益には違いがあり、双方の利害と損得を総合考慮することではじめて、知的財産の社会的価値を最大限に発揮させることができるからである。

次に、著作権制度と特許制度が、先行するイノベーターに発揮する作用と後続のイノベーターに発揮する作用は異なるという点について述べる。先行する創造者にとって知的財産権がイノベーションを行う唯一の動機というわけではない。また、後続のイノベーターについては、知的財産権がそのイノベーションの障害となってはならない。イノベーション経済学の学者たちは膨大な数の研究を行い、イノベーションの原動力の複雑な景

[85] ある調査で、発明の社会に対する還元は私人への還元の二倍あることがわかっている。

MORTON KAMIEN & NANCY SCHWARTZ, MARKET STRUCTURE AND INNOVATION 16 (Cambridge University Press 1982).

観を描き出した。この景観において、著作権と特許は重要ではあるものの決して唯一のものではない。創作衝動、先行者利益、国家の支持などのすべてが、イノベーションの原動力である[86]。これはもちろん、知的財産権の保護の放棄や減少を考慮すべきという意味ではなく、著作権並びに特許権のシステムが常に権利の過剰な保護について注意する必要性があることを示している。両法はどちらも、いかにして功利主義の角度からインセンティブを実現するかという点に注目すべきで、この基本的な追求に反しないということを前提に、公平と正義を両立すべきである。無形財産権の領域で適切な救済の程度を定めることの難しさに鑑み、救済規則の基本的立場が予防不足を極力避ける点にあるのか、それとも過剰な予防を警戒する点にあるのかということは、法律の効果に大きく影響する。

著作権や特許権に関する多くの規則において、使用者利益の重視と過剰な権利保護への警戒は現れ出ている。著作権と特許権の保護期間は、それが現れ出ている顕著な例である。客体保護の厳格な規定は、多くの知的創造物を保護の範囲外に追いやる[87]。また、著作権法と特許法は、どちらも広く違法性阻却事由を規定していて、後続のイノベーションが妨げられることを防いでいる。これには、黙示のライセンス理論[88]、権利の消尽の原則[89]、価値が極めて小さい[90]等の抗弁が含まれているだけでなく、頻繁に使

---

[86] 最も有名な研究には、Fritz Machlup, *An Economic Review of the Patent System*, *in* ROBERT MERGES & JANE GINSBURG, FOUNDATIONS OF INTELLECTUAL PROPERTY 55-56 (LexisNexis 2006) がある。

[87] 例えば、2012年、ヨーロッパ特許庁による授権率は49.8%である。つまり、半分以上の出願が特許可能性の要求に符合しないことを理由に授権を受けることができなかったということである。

『世界五大知识产权局统计报告(2012)』http://www.sipo.gov.cn/tjxx/2012tjbgcn.pdf (2015年5月11日最終アクセス)。

[88] 前掲注(30)の判例が例としてあげられる。

[89] Lee v. A.R.T. Company, 125 F.3d 580 (7th Cir. 1997).

[90] アメリカとドイツの著作権法はどちらも、被告が複製した原告の知的創造活動の成果が被告の著作物全体のうち「価値が極めて小さい」部分である場合、被告は権利侵害の責任を負う必要はないと認定した。ドイツ著作権法第57条、JULIE COHEN, LYDIA LOREN, RUTH OKEDIJI & MAUREEN O'ROURKE, COPYRIGHT IN A GLOBAL INFOR-

用されるフェアユースの理論も含まれている。フェアユースにおいて、変形的利用がますます重要になっていく傾向は、後続の創作がより尊重されるようになってきている事実を体現している。以前、フェアユースでは、後続の使用行為の創作性の程度については無視していた[91]。しかし、裁判官たちは、そのまま真似をして使用したような場合と創作的な使用とを区別する必要があると次第に気づき始め、後続の使用で変形的利用がなされているかどうかも考慮に入れるようになった。後続者が以前の著作物を使用する際、「その目的や性質が変更され、新たな表現によって、新たな意味が記され、新たな情報が伝達」[92]された場合には、後続の創造者の積極性を台無しにすべきではない。特に、後続の利用者が新たな市場を発掘した場合で、もとの権利者にこの市場を開発する能力がないか又は開発する意図がない可能性が高い時、この新たな市場は利用者の方に帰属させるのがよりふさわしい。

中国国内でも国外でも、後続利用の尊重を反映した判例がいくつも存在する。Campbellのケースで、アメリカ連邦最高裁判所は、被告が大胆に原告の曲調を使用した行為を正当なものとした。その理由は、被告が歌詞や

MATION ECONOMY 253-57 (Wolters Kluwer 2015) 参照。中国の判例としては、黄法木と黄声香による著作权纷争（北京市第二中級人民法院（2002）二中民初字第8042号）があげられる。

[91] 3ステップテストを用いようが4要素の基準を用いようが関係なく、伝統的な解釈では変形的利用は重要視されていなかった。3ステップテストでは、フェアユースの適用は「特殊な状況に限られ、著作物の正常な使用に損害を与えず、故なく著作権者の利益を侵害することがない」ようにしなければならないとされている。『ベルヌ条約』第9条第2項及び『著作権法実施条例』（2013）第21条参照。アメリカの著作権法第107条に規定されている4つの要素のうち、1項目だけが使用行為の性格に関連するものである。しかし、伝統的な視点では、その使用が商業性を帯びているか否か及び教育などの非営利目的であるか否かに注目しており、使用の変形的利用は考慮に入れていない。ソニーの事例がその代表例である。中国の裁判官も、かつては直接4要素の基準によってフェアユースを認定していた。Google社と王莘の著作権侵害に関する控訴審（北京市高級人民法院（2013）高民終字第1221号）参照。

[92] Campbell v. Acuff Rose Music, 510 U.S. 569, 579 (1994).

編曲、曲調に関して変更を行ったからである[93]。Googleが数百万冊の書籍について無許可で複製、伝播を行った事例も、検索機能を実現させたことを理由にフェアユースと認定された[94]。さらに、アメリカで有名な現代アート作家Koonsが被告となった二つの訴訟における、変形的利用の重要性は誰の目にも明らかである。一つ目の判例で、Koonsは原告の写真の凡庸さを嘲笑うために、その写真に忠実な彫刻を作って「バナリティ・ショー」で展示した。その結果、権利侵害とみなされた[95]。もう一つの判例は、Koonsが自身の絵画で、原告の撮影した写真を使用したとして問題となった。しかし、ここでは原写真にカットや角度の調整、要素の追加が行われ、新たに組み合わされていたため、フェアユースにあたるとされた[96]。変形的利用はフェアユースの分析の中で、考慮されないものから考慮されるものに変わり、さらにフェアユースを決定する要素にまでなった[97]。著作権が後続の利用者の権利を妨げてはならないという理念は少しずつ明確にされてきた。中国の学会で繰り広げられた『たった一つのマントウが引き起こした殺人事件』についての熱烈な討論でも、同様に後続の創作の自由に対する重視が表明されている[98]。著作権のフェアユースに似た規定は、特許法にも逆均等論という形で存在する。後続の技術がたとえ先行する特許請求を全面的にカバーしたものであっても、突破性を持つイノベーションによって権利侵害責任を免れる可能性がある[99]。過剰な予防を防ぎ、後続の

---

93 *Id.*

94 Authors' Guild v. Google Inc., 1:05-cv-08136-DC, filed 11/14/13, 26.

95 Rogers v. Koons, 960 F.2d 301 (1992).

96 Blanch v. Koons, 467 F.3d 244 (2006).

97 Leval, *supra* note 15, at 1116.

98 蘇力「戏仿的法律保护和界限－从〈一个馒头引发的血案〉切入（真似の法的保護と限界－たった一つのマントウが引き起こした殺人事件から）」中国法学2006年第3期3頁、梁志文「作品不是禁忌－评〈一个馒头引发的血案〉引发的著作权纠纷（作品はタブーではない－一つのマントウが引き起こした殺人事件が引き起こした著作権紛争の評論から）」比较法研究2007年第1期118頁、胡開忠「论重混创作行为的法律规制」法学2014年第12期89頁。

99 蔡暁東「反向等同原则－美国专利字面侵权抗辩的利器（逆均等論－アメリカにおける特許侵害の文章上での権利侵害の抗弁の利器）」科技与法律2012年第2期80頁。

イノベーションにインセンティブを与えることを、著作権法と特許法の基本理念に据えなければ、前述の規則の正当性を理解することは困難である。

過剰な予防を警戒することは、著作権法と特許法の財産規則の軟化と責任規則の硬化をも体現している。知的創造活動の成果は、知財産権の客体に無形性を帯びさせている。このことは、それについて物理的なコントロールを行う社会的コストが極めて高いことを意味している。さらに、その権利の境界線も有形財産のものと比べて曖昧であり、取引中の検索や交渉にかかるコストはより高くなる。また、多くの権利が共存している場合、一つの財産権が全体の価値を掌握するという状況が発生しやすい。したがって、有形財産権の実現方式と比べ、著作権法と特許法は財産規則にはあまり依存しておらず、責任規則の方により依存している[100]。基準が必要な特許の領域では、禁令の使用に慎重になっていることがそのよい例である[101]。

以上の分析から、著作権と特許権の領域の救済に関する規範は、かねてより倫理的中立を重視していて、非難を重視するのではなく選別を重視していることがわかる。救済規範の作用は、先行するイノベーターだけに与えられる一方的な保護や補償ではなく、後続のイノベーターへの損失の内在化によって、効率的な後続イノベーションを選び出すことだとわかる。損失の内在化の要求を超えて、行為者の主観的な状態の評価を追求することは、イノベーション制度の理想的な利益構成と符合しない。

四．非懲罰的な著作権と特許の損害賠償制度の構造

前述のイノベーション活動とイノベーション規則の分析は全て、イノベーション活動の損害賠償制度の目的を予防に留めるよう調整するためのもので、懲罰まで延長させることではない。これはもともと、中国の著作権法と特許法における損害賠償の基本的な共通認識であったが、三倍賠償の導入によって曖昧になってしまった。著作権と特許権の損害賠償の非懲罰的な意義は、概念の融合を追求することや私法の伝統的な学術的衝動に

[100] Stewart Sterk, *Property Rules, Liability Ruels, and Uncertainty about Property Rights*, 106 MICH. L. REV. 1285, 1327–34 (2008).

[101] 李揚＝許清「知识产权停止侵害请求权的限制」法学家2012年第 6 期75頁。

よってカバーできるものとは全く異なる。むしろ、その意義は損害賠償を是正しようとして行き詰まることや、イノベーションが実際に必要としているものとは異なる救済制度が定められることを防ぐことにある。明確に懲罰性を排除することは、理論の問題点を明らかにすることができるだけでなく、明確で透明な規範的な意味を持っている。

(一) 賠償と予防を目標にする

知的財産権で追加的賠償を導入することに関する討論で、最も大きな理論的障害は、賠償のいわゆる「懲罰性」と、我が国の私法が伝統的に従って来た補填の原則とが衝突していることである。特に、追加的賠償が行為者の主観的な悪意に対する懲罰と説明される際、過ちの程度を原則考慮に入れない補填原則との衝突はさらに顕著なものとなり、調和させることは困難である。しかし、一度イノベーション活動を対象とした損害賠償は非懲罰的であるべきだと明確にしてしまえば、上記の理論上の問題点はすんなりと解決する。なぜなら、完全な補償と適切な予防を目標とした損害賠償制度は、補填原則に基づく法的救済の客観主義の立場を保持したまま、追加的賠償の実利主義のスタイルも取り入れることができ、両者の併存を理論的に調和させるからである。

まず、補填原則の真髄は、法的評価の基準を客観化しようという立場の強調にあり、非懲罰的な追加的賠償も同様に客観化の立場を基礎としている。したがって、補填原則の理論と伝統での二重の吸引力を保つことができる。いわゆる補填原則の客観性は、損害賠償を計算する際に客観的な損失のみを考慮し、行為者の主観的な過ちを評価しないという点にある。これについて、比較法上で最も典型的な例は、ドイツ民法典第249条の規定の差額説[102]である。補填原則のもとでの損害賠償は、行為者に権利者の損失を考慮させることができるが、行為者を非難したり評価したりはしない。行為の客観性から離れ、行為者の主観面だけを考察すれば、賠償額は損害額より小さくなるか大きくなるかのどちらかになってしまうため、予防不足か過剰な予防を引き起こしかねない。どちらにしても法律が実現しよう

[102] Heinrichs / Palandt, BGB, 73 Aufl., C.H. Beck, 2014, Vorb v § 249, Rn. 1.

としている効率の目的の妨げとなる[103]。同時に、行為の客観的効果を重視して行為者の主観的な動機を重視しないことは、現代法の尊重する個人の自由の基本的な要求とも符合する。なぜなら、他人の利益あるいは社会の動きに影響しない限り、公権力が私人の主観的状態を評価する正当な根拠はないからである。非懲罰化された著作権法と特許法は、補填原則と同じように、主観的な懲罰概念を排除する。中国の裁判所の権利者救済の水準が低い現状に鑑みれば[104]、追加的賠償を導入することの最も重要な政策的狙いは、全ての事案で真の損害補填を実現することである。追加的賠償が補填原則を実現する手段として使われれば、両者は衝突しないのである。

次に、補填原則の限界は重補償、軽予防にあり[105]、著作権と特許権の保護を実現するにあたって、先天的不足が存在している。追加的賠償は日和見主義の阻止に有効で、損害賠償の実用的効果を高める。しかし、具体的な事案で追加的な賠償が必要かどうかを決めるには、まず、日和見主義を予防する必要性があるかどうかを考慮する必要がある。ある種の形態の権利侵害では追及を逃れるのが非常に難しい。例えば、ポータルウェブサイトで人気映画を違法に放映することや、有名な企業が権利侵害製品を販売することなどがこれにあたる。権利維持が行われる環境全体で損失を補償

---

[103] Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 Harv. L. Rev. 869, 877-87 (1998).

[104] 詹映『中国知识产权合理保护水平研究』149頁以下（中国政法大学出版社、2014年版）。

[105] ドイツ民法典249条を例とすると、その目的は、かつては補償のみで、懲罰でも予防でもなかった。ミュンヘン民法典評論の第1版から第3版の全てで、「すでに起きた損失の補償が249条及びそれ以下の条文の“唯一の”目的」と考えられている。Grunsky / Münchener Kommentar zum BGB, C.H. Beck, 1979, 1985, 1994, Vor § 249, Rn. 3.

第4版から、「249条以下の条項の“主な”目的はすでに起きた損失の補償」と考えられるようになった。Oekter/ Münchener Kommentar zum BGB, C.H. Beck, 2003, 2007, 2012, § 249, Rn. 8-9.

この変更は、損害賠償法が依然として補償を主な目標とはしているものの、次第に現実的な実りのある方に傾いてきて、予防目的をかねるようになったことを示している。

することさえできれば、潜在的な権利侵害者が非効率的な権利侵害行為をする意欲はなくなるであろう。しかし、一方である種の権利侵害は発見されにくく、責任追及がしにくい。例えば、方法特許を無断で使用していた場合や、有名でないウェブサイトで海賊版の作品をオンラインで放映した場合などがあげられる。追及を逃れやすい権利侵害が、特許権と著作権による保護に依存している領域で起きた場合[106]、追加的賠償を導入し、具体的な事案での保障と全体的な保障の間にある大きな溝を埋め、社会的な側面での最適な予防を達成する必要がある。これについて、追加的賠償は具体的な事案での補填を社会的な補填に改造する手段と言えるので、両者はやはり衝突しない。

(二) 主観的要素を客観化して解釈する

通常の理解での懲罰的賠償制度は、行為者の主観的な悪意の程度を重視する。著作権法と特許法では三倍賠償の適用に、どちらも、権利侵害に「故意」があることを前提としている。道徳的非難の視点から「懲罰」を理解した場合、行為者の主観的な方面を評価する必要性があることは、論ずるまでもなく明らかである。なにしろ、カントの見方によれば、結果が把握できなくても、主観的な意思こそが善悪評価の対象だからである[107]。だからこそ、懲罰目的を強調する学者たちは、損害を考慮せずに、過ちの程度によって懲罰的賠償を決定することを提唱しているのである[108]。

---

[106] 異なる領域のイノベーションごとに知的財産権の保護への依頼度は異なる。研究開発の費用が高い領域では、模倣による収益が非常に大きいため、イノベーションにとって知的財産権の保護は極めて重要なものとなる。また、ある領域では、イノベーションの頻度が短く、費用も比較的安い。さらに、先に発明を行った者は、先行者利益やインターネットの影響など多くの知的財産権以外のインセンティブを受けている。よって、これらの領域ではイノベーションはそこまで知的財産権の保護に依存していない。

See Dan Burk & Mark Lemley, *Policy Levers in Patent Law*, 89 VA. L. REV. 1575 (2003).

[107] イマヌエル・カント(唐鉞訳)『道徳形上学探本(道徳形而上学原論)』8頁(商务印书馆、2012年版)。原文に基づき訳文に調整を加えた。

[108] 羅・前掲注(4)32頁。

三倍賠償から懲罰的な要素を除いた場合、追加的賠償の前提となる主観的要件をどのように理解すべきか。実際のところ、道徳的な判断を排除しても、特定の主観的な状態が賠償額の決定に作用することを妨げない。むしろ、損害賠償額を算定する際の不確定性を下げることに繋がる。道徳的評価は直感的な判断であり、細かく見積もりを立てるものではない。行為経済学は、異なる裁判官の間で道徳的責任追及についての意見が一致する必要があるのかという問題と、どの程度まで責任を追及すべきであるかという問題には雲泥の差があると示している。道徳的な非難に基づいて懲罰的賠償を定める際に、適用できる基準はほぼないに等しい[109]。

予防の角度から懲罰的賠償を観察すると、主観的要件を評価する全く新しい視点が見えてくる。補償と予防を目標とした損害賠償が行為者の主観的状況に関心を持つ理由は、主観的状態が示す行為に基づいて客観的な影響が与えられるからである。裁判官にとって、直接権利の客観的な結果を考察することは、しばしば非常に困難である。特に、客体に形がなく、行為が表立って行われない著作権及び特許権の領域の場合、差額説を用いて損害賠償を計算することは、ほぼ不可能である[110]。そのため、補助的な証拠を使って、間接的に行為の影響を推測するという手段をとる必要がある。異なる主観的状態はそれぞれ異なる客観的影響に対応している。故意と悪意によって行われた権利侵害が損失を与えた可能性並びにその損失の範囲はより大きなものであるはずである。さらに、この類の権利侵害は責任追及を免れる可能性がより高い[111]。したがって、行為者の主観的状態は、行為の客観的効果の表徴として運用することができる[112]。しかし、損害賠償の領域であるため、主観的状態は情報の仲介的な役割を果たすのみである。よって、特定の主観的状態が損失の程度に影響せず、なおかつ権利侵害の責任追及から免れさせることもできない場合、当然、追加的賠償は行

---

[109] Sunstein et al., *supra* note 77, at 2074.

[110] およそ4,000件の判例分析から、多くの事案は法定賠償によって損害賠償額を決定していることが言える。詹・前掲注(104)129頁。

[111] Steven Shavell, *Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*, 85 COLUM. L. REV. 1232, 1247–48 (1985).

[112] *Id.* at 1232.

われるべきではない。

(三) 改善の度合いを考慮に入れる

イノベーションの連続性は、イノベーション活動を調整対象とする規則のシステムに、過剰な予防に対して特別に警戒をするよう要求する。さらに、行為のイノベーションの程度は異なるため、規範が過剰な予防に注意すべき必要性にも違いがある。後から知識を利用したとしても、イノベーションの程度が大きければ大きいほど、社会に与える貢献は大きく、過剰な予防による抑制を受けるべきではない。三倍賠償の導入以前は、中国の著作権並びに特許制度には、予防不足の問題しか存在しなかったが、導入以降は、過剰な予防という新たな問題が出てきた。

主に累積された知的創造活動の成果の利用行為について、過剰な予防を防ぐ必要がある。この類の行為は、フェアユースや黙示のライセンス等の抗弁事由が使えない場合、権利侵害にあたる。故意の権利侵害とみなされる可能性すらある。今後、特許法と著作権法で三倍賠償が導入された後は、単純な剽窃による権利侵害でないものについて、たとえ故意が認められたとしても、追加的賠償を下す際には通常以上に慎重にならなければならない。前述の通り、故意によって間接的により大きな損失を証明できる場合を除き、故意が存在したとしても追加的賠償を下すべきではない。アメリカの特許についての懲罰的賠償に、これについての覆車之戒となるべき事例がある。ここで、学者たちは故意を認定した後に懲罰的賠償を言い渡した判決が、後続の発明者に既存の発明の研究を避けるという間違ったインセンティブを与えるものであり、結果的に特許の公開の追求する社会的効用を減少させたとして批判した[113]。剽窃型の権利侵害について言えば、過剰な予防を警戒する必要性は低くなる。このとき、故意があっても、より緩やかな基準で追加的賠償を適用することで、予防不足の可能性はなくなる。まとめると、後続の利用での変更の程度が大きければ大きいほど、追加的賠償には慎重にならなければならない。

---

[113] Mark Lemley & Ragesh Tangri, *Ending Patent Law's Willfulness Game*, 18 BERKELEY TECH. L.J. 1085 (2003).

（四）支払能力の考慮を避ける

予防効果を超える懲罰として追加的賠償を行うことは、権利侵害者の財産の多さによって損害賠償の額を決定すべきことを意味する[114]。なぜなら、懲罰の目的は侵害者に苦痛を与えることにあり、同じ額の賠償では異なる財力を持った侵害者に与えられる苦痛にそれぞれ違いが出てしまうからである。同様の苦痛を与えられるために、支払能力が強い侵害者はより多くの賠償額を支払わなければならない[115]。「権利侵害者の財産の10%」を基準として懲罰的賠償の額を計算すべきだと言い出す学者までいる[116]。これと似ている観点が、追加的賠償は懲罰目的を追求すべきだと考えている学者たちから支持されているが、功利主義的な観点からこの正当性を認めることはできない。

功利主義的な視点から見た追加的賠償は、権利侵害者の苦痛を追求せず、既存の知識についての非効率的な後続利用を選別するためにある。さらに、著作権や特許の権利侵害の多くはそもそも企業によって行われていて、これに「苦痛」を与えることが可能であるかも甚だ疑問である[117]。たとえ侵害者が苦痛を受けたとしても、その苦痛は功利主義的な追加的賠償の目的ではない。また、実際、財力がない者は、先行知識に対して非効率的な剽窃を行ったとしても、簡単に責任逃れをすることが可能となってしまう。十分に裕福でなかったために追加的賠償を逃れることができるとなれば、予防不足を引き起こしかねない。さらに、財力のあるものが後続利用を行うことについては、特別に注意を払ってそれに対する過剰な予防を防ぎ、イノベーションの促進を行わなければならなくなる。侵害者に苦痛を与え

---

[114] アメリカの特許判決ではよく見られる。例えば、St. Regis Paper v. Winchester Carton, 410 F. Supp. 1304, 1309 (1976) など。

[115] 唐義虎「关于专利侵权的惩罚性赔偿的思考（特許権侵害での懲罰的賠償に関する考え）」河北科技大学学报（社会科学版）2014年第 4 期65頁。

[116] 鄭謙「论惩罚性赔偿在我国知识产权领域实行的可行性－以著作权法为例（懲罰的賠償の我が国知的財産分野における実行可能性－著作権法を例として）」法制与社会2011年第12期（上）69頁参照。

[117] 異なる研究でも、直接に権利侵害行為を行った自然人以外の主体に、追加的な賠償責任を課すことによって懲罰目的を達成することは困難であると証明されている。Polinsky & Shavell, *supra* note 9, at 910; Sommers, *supra* note 75, at 1297 参照。

ることを追求するために賠償額を上げる工夫を行った場合、イノベーションの抑制という弊害が出てしまう。同様の権利侵害行為について、中小企業には甘く、大企業には厳しく賠償額を定めてしまえば、中小企業に破産法の規格外の保護を受けさせることになる。その一方で、大企業については、努力によって獲得した市場における成功を罰してしまうこととなり、これは公平でない上に効率的でもない。したがって、侵害者の支払能力は考慮すべき要素から外される。「懲罰的賠償」の直感的理解に反するものが、実際には、著作権法と特許法の損害賠償における効率の目標を達成することに役立つ結果となる。

（五）他の抑制手段と両立させる

「非懲罰」の角度から追加的賠償を読み解くと、他の法的手段の予防効果と両立させる必要があるという、もう一つの反直感的結論を得ることができる。追加的賠償が主観的な悪意に懲罰を与える手段だとみなされるようになればなるほど、その他の法的手段による効果から離れて、主観的な要件の評価に専念しがちである。ここで、よくある提案としては、補償性を持つ賠償と懲罰性を持つ賠償を明確に分けることである。後者では、行為者の主観的悪意の程度のみを考慮し、行為の客観的な結果の考察は行わない[118]。しかし、著作権と特許法の損害賠償の目的は懲罰ではなく補償と予防であるため、他の法的手段によって実現可能な効果を完全に断ち、単独で追加的賠償の額を決めるべきではない。最適な予防は侵害の抑止に限りがあることを意味し、限度を超えた抑止は許されない。さらに、様々な法的手段には全て抑止効果があるため、その他の法的手段の抑止効果を考慮に入れず、追加的賠償だけを考察していては、抑止の総量を最適な予防に近付ける努力を放棄したに等しい。追加的賠償も、結局は民事法上の責任負担の方式の一つでしかない。追加的賠償を命じる際、可能であれば、その権利侵害によって発生した他の民事、行政及び刑事上の責任の程度と合わせて最適な予防に必要な抑止の総量を決めることがふさわしい[119]。

---

[118] 羅・前掲注(4)32頁。

[119] これに似た考えを持った学者もいる。権利侵害者が刑事的な罰金又は行政的な処罰を言い渡された後は、懲罰的賠償を命じないという考えである。易・前掲注

結　語

イノベーションは社会的な生産活動の一つであるが、それが社会の発展を促進する方法は有形財産の生産活動とは大きく異なる。このような特殊性は、懲罰的賠償制度を誤用した場合のマイナスの影響を一層顕著なものにする。よって、当該領域では、特に懲罰目的を排除する必要がある。加えて、「懲罰的賠償」という名称が、制度を正しく適用する難易度を上げている。故に、特に、意識的に正しくその意味を読み取り、誤解を招きやすい名称によって消極的な効果が起きないようにする必要がある。違う領域からそのまま伝わってきた名称自体は重要ではない。中国がこの制度を輸入する目的こそが重要で、心に留めておく必要がある。著作権法及び特許法の改正草案の立法理由に記されている、三倍賠償を導入した趣旨を詳しく読んでみると、実際には損害の補填と侵害の予防が本来の目的であることがわかる[120]。しかし、「懲罰的賠償」というラベルを貼ってしまうと「懲罰」目的があるように捉えられてしまう。確かに、著作権と特許の損害賠償では、現在、主に賠償不足という問題に直面しているが、過剰な賠償に対する懸念が存在しないわけではない[121]。三倍賠償は裁判官に比較的大きな裁量権を与えるため、制度目的と結び付けてその解釈に誘導と制限を加えないと、もともと欲していなかった結果がもたらされかねない。「角を矯めて牛を殺す」のを待ってからその行き過ぎを正すよりも、はじめから制度の目標を明らかにし、常にその制度のもたらす効果を検証していった方が良い。

---

(3)93頁参照。本論では、さらに、刑事的な罰金と行政的な処罰以外の他の救済手段を考慮に入れることも可能だと考える。

[120]『「中華人民共和国著作権法（改正草案送審稿）」に関する説明』第一部分「（現行著作権法では）著作権の保護は十分でなく、権利侵害行為を抑制するのが困難で、創作者の積極性に対するインセンティブも不足している」。

『「専利法改正草案（意見募集稿）」に関する説明』第三（四）部分「補填原則だけでは権利侵害によって権利者が受けた全ての損失を補償することはできない」。

[121] 曾平＝周詳「知识产权损害赔偿责任研究－对知识产权损害赔偿的个案分析（知的財産権の損害賠償責任研究－知的財産権の損害賠償に関する判例の分析）」知識産権2008年第４期61頁。